

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية محكمة
تعنى بالبحوث والدراسات الفقهية والقانونية
تصدر عن كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية في منيسوتا

العدد الثاني - المجلد الأول
أبريل - 2026م

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي
المركز الرئيسي

mag@ium.edu.so



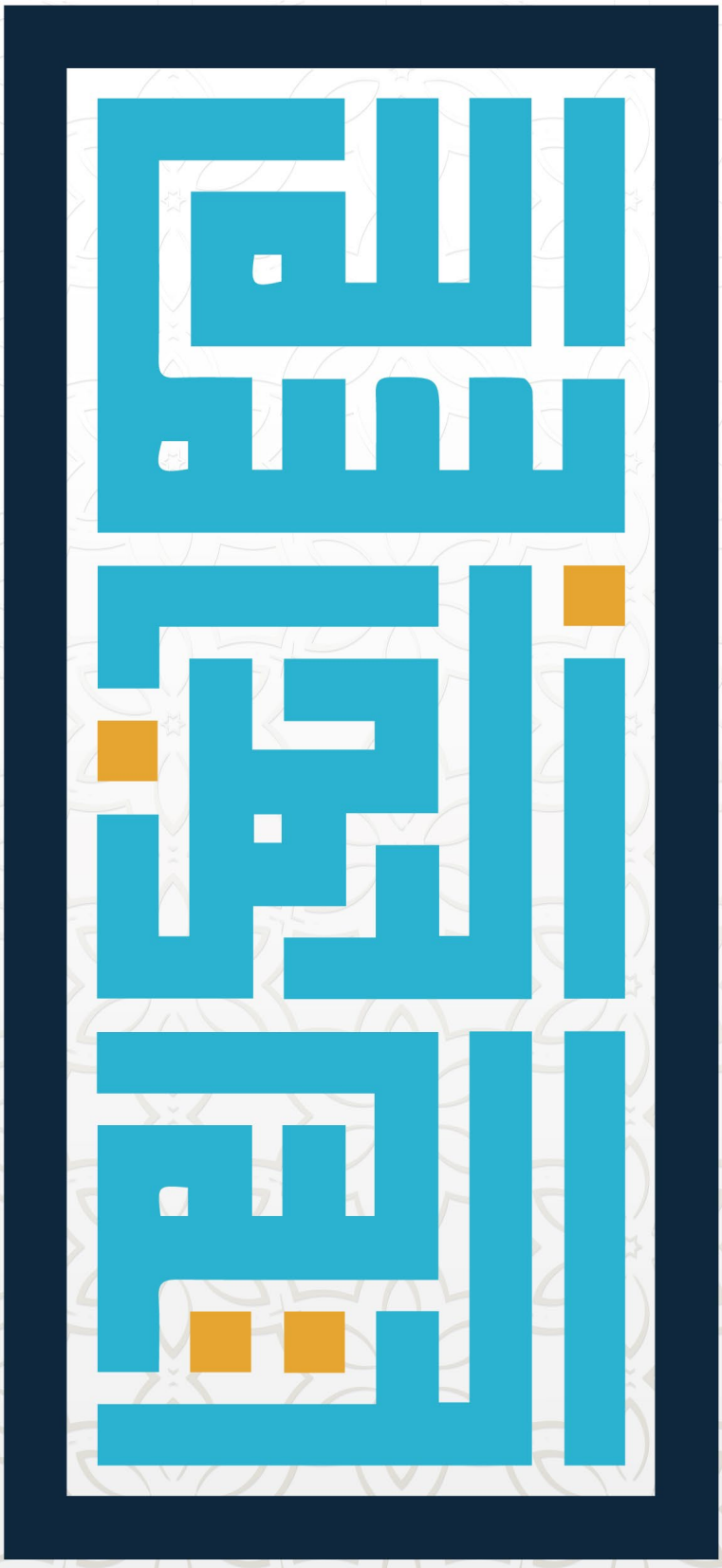






ما ورد في هذه المجلة يعبر عن آراء المؤلفين ولا يعكس بالضرورة آراء هيئة التحرير أو الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

جميع حقوق الطبع محفوظة للجامعة الإسلامية بمنيسوتا



الحمد لله الذي علَّم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على حبيبنا محمد النبي الأكرم، وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم وسار على نهجهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

إن العلم هو النور الذي يكشف الظلام السائد في أي مجتمع، وهو من يحقق التطور والتقدم للمجتمع، وهو الركن الأساس وعماد بناء الحضارة والتقدم في كل الأزمنة، وهو السبيل للقضاء على الجهل والتخلف والفقر، فجميع الدول المتقدمة تقدر العلم وتحترمه وتوفر سبله للفرد، فيستطيع الإنسان مواكبة العصر الذي يعيش فيه ويستطيع توفير سبل الحياة الكريمة التي ترفع من شأنه وشأن المجتمع، فعندما يكون المجتمع مثقفاً يستطيع أن يحل مشكلاته ويحقق السيطرة في جميع المجالات الموجودة في الحياة مثل الاقتصاد والتجارة والصناعة والزراعة وغيرها من المجالات التي تعد هي أساس القوة لأي أمة أو حضارة.

ولهذه الأهمية فقد جعل ديننا الحنيف العلمَ ركيزة أساسية يستند عليها في رقي أمتنا ومضاهاتها بل وتفوقها على الأمم به، ولهذا العلم سبل كثيرة ومن أهمها اليوم «البحث العلمي»، ففيه نجد الحلول لكل المشاكل الثقافية والفكرية التي تواجه مجتمعاتنا وفيها تعزيز لدور المؤسسات التي أخذت على عاتقها حمل رسالة العلم كالجامعات وغيرها من المؤسسات التعليمية، وهذا ما جعل عمادة البحث العلمي في كل الجامعات ومنها الجامعة الإسلامية بمنيسوتا عموماً والمركز الرئيسي خصوصاً أن تقوم بهذا الدور الريادي في سبيل رفعة الأمة وزيادة الإنتاج العلمي والمعرفي، ونشر الأبحاث والدراسات العلمية ضمن القواعد والضوابط المتعارف عليها أكاديمياً وعلمياً، وها نحن اليوم بعد الجهود المبذولة نصدر العدد الثاني من مجلة «كلية الشريعة والقانون»

وهي توفر كل السبل المتاحة لكل الباحثين في المجالين الشرعي والقانوني لاستقبال مشاركاتهم ونشر نتاجهم العلمي سواء من داخل أو خارج الجامعة.

والله ولي التوفيق.

رئيس التحرير

أ.د.مزاحم المصطفى

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so
http://ium.usa.online
ium.usa.online@gmail.com
+ 967 730053135
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي





كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

أثر قطع العلاقات السياسية الخارجية على المعاهدات دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية

The Effect of Severing Foreign Political Relations in Treaties A Comparative Study Between Islamic Jurisprudence and Positive Systems

إعداد الباحث

أ.د. مزاحم طارق المصطفى

Mouzahem Tareq Al Moustafa

ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان أثر قطع العلاقات السياسية الخارجية على المعاهدات، وهل تتأثر كل المعاهدات بقطع العلاقات؟ وهل هناك اتفاق أو اختلاف بين الفقه الإسلامي والنظم الوضعية في هذا؟ لبيان ذلك استخدم الباحث المنهج الاستقرائي المقارن بين الفقه والنظم الوضعية وتوصل الباحث بنتيجته الكلية إلى اتفاق الفقه الإسلامي والنظم الوضعية إلى أنه في حال قطع العلاقات السياسية تلغى معاهدات الصداقة وحسن الجوار والمعاهدات ذات الطابع الديني، ولا تلغى المعاهدات الاقتصادية؛ إلا إذا اتُخذت كتدبير سياسي، ولا تلغى المعاهدات الخاصة بفداء الأسرى ورعاية الجرحى، وإن بلغت حدة التوتر إلى الصراع المسلح.

الكلمات المفتاحية: المعاهدات، السياسة الخارجية، اقتصادية، الصلح، حسن الجوار، فداء الأسرى.

Abstract

This research aims to show the impact of severing foreign political relations in treaties, and whether all treaties are affected by severing relations ? Is there any agreement or disagreement between Islamic jurisprudence and positive systems in this regard ? To explaining researcher used the comparative inductive approach between jurisprudence and positive systems . The researcher reached the overall result of the agreement between Islamic jurisprudence and positive systems that in the event of severing political relations, treaties of friendship and good neighborliness and treaties of a religious nature are cancelled , and economic treaties are not cancelled ; unless they are taKen as a political measure, and treaties related to the ransom of captives and the care of the wounded are not cancelled , even if the intensity of tension reaches the point of armed conflict .

Key words : Treaties , foreign policy , economic , reconciliation , good neighborliness , ransom of captives.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، ربنا لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك سبحانك لا نحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك، والصلاة والسلام على أشرف المخلوقات سيدنا وحبيبنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، الحمد لله الذي أكرم هذه الأمة بشريعة حنيفية سمحة مناسبة للناس جميعاً في كل مكان وزمان، الشريعة التي تحمل في طياتها مجالات الحياة كافة السياسة والاقتصادية والاجتماعية وغيرها فضلاً عن ما تحمله من تنظيم للعلاقات الدولية. فالشريعة الإسلامية تدعو بمنهجها الحكيم، إلى تنظيم العلاقات بين الدول بمجالاتها كافة وفي جميع أحوالها، ومن بينها المعاهدات والتي هي الرابط المشترك بين الدول من أجل الأمن والسلام، وهي أداة من الأدوات الرئيسة في السياسة الخارجية في الإسلام ، وتبرز أهميتها كأداة سياسية من خلال قيامها على مبدأ الرضا بين الأطراف فيما يتعلق بتحديد الحقوق والواجبات المترتبة على الطرفين .

وأنها تُعدّ ضمانة قانونية للحقوق والواجبات ، ولاسيّما أنها وُقّعت على أساس التراضي، وأنها أداة لتنظيم العلاقات وقت الحرب ، وذلك لما تتطلبه ظروف الحرب من تبادل الأسرى والجرحى. فالسياسة الخارجية المتمثلة بإقامة المعاهدات والاتفاقيات وإقامة السلام، قد تؤثر فيها قطع العلاقات والحروب، لذلك كان التشريع الإلهي منظماً لهذا النوع من التعامل الدولي، فأسس العلاقات بين الدول تقوم على المصالح، والمصلحة هدف أساس لكل دولة؛ لكن يختلف مفهوم المصلحة من دولة إلى أخرى، فبعض الدول ترى مصلحتها بالاعتداء على الآخرين دون النظر بعين الاعتبار إلى التشريع سواء أكان سماوياً أم وضعياً، ودون الاعتبار للإنسانية بشكل عام، وإنما تقوم على الملذات والمصالح الخاصة، وهذا ما ترفضه الشريعة الإسلامية.

أسباب اختيار البحث وأهميته:

إن من أهم أسباب اختيار هذا البحث؛ هو قلة الدراسات السابقة في هذا الجانب، فأحببت تسليط الضوء عليه وإبرازه، وعليه تظهر أهمية البحث من خلال النقاط الآتية:

1 - بيان مواقف الفقه الإسلامي في المعاهدات والسياسة الخارجية، وأنه لا يقل أهمية عن القوانين الدولية الوضعية؛ بل يفوق عليها بديموته ومناسبته لكل زمان ومكان.

2 - إبراز أن المعاهدات في الفقه الإسلامي لها أهميتها ومكانتها ويجب المحافظة عليها إلا لعارض يخل بالأمن والسلام.

3 - إبراز أن قطع العلاقات السياسية الخارجية له دور في إلغاء المعاهدات.

4 - يعد البحث لبنة في بناء الفقه السياسي الإسلامي المعاصر.

أهداف البحث:

إن الهدف الرئيس لهذا البحث بيان أثر قطع العلاقات السياسية الخارجية على المعاهدات في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، ويضاف إليها ما يأتي:

1- توضيح مفهوم قطع العلاقات السياسية الخارجية.

2- تعريف المعاهدات ومشروعيتها وضوابطها وأهدافها وانتهاؤها والآثار المترتبة عليها.

3- بيان أثر قطع العلاقات على معاهدات الصداقة وحسن الجوار والصلح.

4- بيان أثر قطع العلاقات على المعاهدات الاقتصادية والدينية وفداء الأسرى

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الإجابة عن أثر قطع العلاقات السياسة الخارجية على المعاهدات، ويتفرع عنها الأسئلة الآتية:

1 - ما مفهوم قطع العلاقات السياسية الخارجية؟

2 - ما هي المعاهدات ومشروعيتها وضوابطها وأهدافها وانتهاؤها والآثار المترتبة عليها.

3 - هل يؤثر قطع العلاقات على معاهدات الصداقة وحسن الجوار والصلح؟

4 هل يؤثر على المعاهدات الاقتصادية والدينية وفداء الأسرى؟

منهجية البحث:

اعتمدت في بحثي هذا على المنهج الاستقرائي المقارن بين الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، واعتمدت على المصادر الأصيلة والمعاصرة بالنسبة للفقه الإسلامي، وعلى الدراسات القانونية والسياسية وقرارات المنظمات والمؤتمرات الدولية بالنسبة للنظم الوضعية.

الدراسات السابقة:

لم أجد - حسب اطلاعي - دراسات مستقلة حول هذا الموضوع في الفقه الإسلامي؛ لكن هناك دراسات عن السياسة الخارجية بشكل عام، ومن بينها:

1- قطع العلاقات السياسية الخارجية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه مقدمة في جامعة دمشق، كلية الشريعة، إعداد مزاحم طارق المصطفى، وهي مطبوعة ببيروت– دار النوادر– 2014م.

2- العلاقات الخارجية للدولة الإسلامية، أطروحة دكتوراه مقدمة في جامعة

الأزهر، إعداد : سعيد عبدالله حارب المهيري، مطبوعة في بيروت– مؤسسة الرسالة- 1995م .

3- الدبلوماسية الإسلامية، أطروحة دكتوراه، مقدمة في كلية أصول الدين و الدعوة- جامعة أسيوط إعداد : عبد الرحمن محمد عبد الرحمن، مطبوعة في المنصورة– دار المتقين- 2006م.

أمّا الدراسات القانونية :

فهناك كتاب بعنوان قطع العلاقات الدبلوماسية (وهو خاص بالقانون الدولي) للدكتور أحمد أبو الوفا، مطبوع في القاهرة– دار النهضة، 1991م.

ويتميز بحثنا عن غيره من الدراسات بأن الدراسة فيه دراسة مستقلة، وتجمع بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة ومبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم مصطلح قطع العلاقات السياسية الخارجية والمعاهدات

المطلب الأول: معنى القطع والسياسة في اللغة والاصطلاح

المطلب الثاني: معنى قطع العلاقات السياسية الخارجية في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية

المطلب الثالث: تعريف المعاهدة ومشروعيتها وضوابطها

المطلب الرابع: أهداف المعاهدات وانتهاؤها والآثار المترتبة عليها

المبحث الثاني: أنواع المعاهدات وأثر قطع العلاقات السياسية الخارجية فيها

المطلب الأول: معاهدات الصداقة وحسن الجوار

المطلب الثاني: معاهدات الصلح

المطلب الثالث: معاهدات ذات طابع ديني

المطلب الرابع: معاهدات اقتصادية

المطلب الخامس: معاهدات الفداء

المبحث الأول: مفهوم مصطلح قطع العلاقات السياسية الخارجية والمعاهدات

المطلب الأول: معنى القطع والسياسة في اللغة والاصطلاح

أولاً: القطع لغة:

القَطْعُ والقَطِيعةُ: الهِجْرانُ ضِد الوصل، والقَطِيعَةُ: الهِجْرانُ والصَّد[1]، وهيَ فَعِيلَةٌ من القَطْعِ، ويريد به ترك البر والإحسان إلى الأهل والأقارب، وهي ضدّ صِلَة الرَّحِمِ [2]، ومنها قوله تعالى: (وَقَطَّعْنَاهُمْ فِي الْأَرْضِ أُمَماً مِنْهُمُ الصَّالِحُونَ وَمِنْهُمْ دُونَ ذَلِكَ وَبَلَوْنَاهُمْ بِالْحَسَنَاتِ وَالسَّيِّئاتِ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ) [لأعراف﴿١٦٨﴾]. وقاطع فلان القوم: امتنع عن التعاون معهم، وحرم الاتصال معهم على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي ضمن منهج معين [3] ومنها قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ) [الرعد﴿٢٥﴾].

---

١ – لسان العرب، ابن منظور، ج٨ ص٢٨٠.

٢ - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج٢، ص٧٤٥.

٣ – المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج٢، ص٧٤٥.

ثانياً: السياسة في اللغة:

القيام بالشيء ورعايته وإصلاحه وتدبيره، وهي الرياسة فيقال: ساس الناس أي: تولى رياستهم وقيادتهم، ويقال: سَوَّسَ الرجل أمور الناس إذا صيّر ملكاً أو ملك أمرهم، وساس الرعية سياسة: أمرها ونهاها، والسياسة هي الفعل من السائس، فيقال: فلان يسوس الدواب إذا قام برعايتها وترويضها وتأديبها[٤].

ثالثاً: السياسة في الاصطلاح الشرعي:

ولها تعريفات عدة، ومنها:

السياسة: إصلاح أمور الرعية وتدبير أمورهم[٥].

وهذا التعريف هو تعريف للسياسة التي تنطبق على كل ما فيه إصلاح وتدبير لأمور الرعية بشكل عام، سواء بوضع الشارع أو لا.

ولها تعريف آخر وهو: ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول، ولا نزل به وحي [٦].

وهذا التعريف قريب من السابق إلا أنه صرح (وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي) وهذا تعريف للسياسة بمفهومها المعاصر، فقد حصرها بفعل الساسة، وهذا ما ذهب إليه الساسة المعاصرون ؛ إذ يحصرون السياسة بفعل الحاكم لمصلحة الأمة لتميزها عن غيرها من السياسات، وذلك لتشعب أبواب هذه الكلمة.

---

٤ – لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، ٨ / ١٠٨.

٥ – حاشية البجيرمي، سليمان البجيرمي، ٢/ ١٧٨.

٦ – الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، ص١١.

ويمكن أن أعرّف السياسة بأنها:

التدابير القولية والفعلية المتخذة المتعلقة بمصالح الناس عامة ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية.

والمراد بالتدابير القولية: القرار الذي يتخذه أولو الأمر لتحقيق مصالح الناس.

والمراد بالفعلية: التصرفات والسلوكيات التي يقوم بها أولو الأمر لتحقيق المصالح. وهذا الجانب التطبيقي لها.

والمراد بالمتعلقة بمصالح الناس عامة (الشمولية) ؛ فهي تشمل المسلمين، وغيرهم من أهل الذمة والمستأمنين، وتشمل جوانب الحياة كافة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعسكرية والبيئية وغيرها، وتشمل السياسة الداخلية والخارجية.

والمراد بضمن مقاصد الشريعة الإسلامية: أي ضمن الأهداف التي يرمي إليها التشريع الإسلامي [٧]، وهي تتمثل بحفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل [٨].

رابعاً: السياسة في النظم الوضعية:

تعرّف حسب معجم المصطلحات القانونية والسياسية بأنها: «فن وعلم وفلسفة تندمج جميعها في عملية الحكم» [٩].

---

٧ – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوسف العالم، ص٨٣.

٨ – المستصفى، الغزالي، ١/ ٦٦٣.

٩ – معجم المصطلحات القانونية والسياسية والدبلوماسية والعسكرية، مجلس من الأكاديميين، ص ١١٣. و انظر: أصول علوم السياسة، الدكتور محمد طه البدوي، ص٥٣.

فالسياسة فن ؛ لأنها تقوم على المهارة والموهبة والقدرة على الإقناع في التعامل مع الدول الأخرى ومع الرعية ضمن المصالح الوطنية أو القومية، إضافة إلى بُعد النظر والإلهام [١٠].

والسياسة علم ؛ لأنها تستند إلى المعرفة العلمية القائمة على الواقع والبعيدة عن المصادفة والتخمين، وتقوم على أسس ومبادئ تحكم ممارستها وكيفية تطبيقها في العلاقات الدولية. [١١]

والسياسية فلسفة، «كونها وسيلة الفكر النقدي الذي يسعى أساساً إلى تحقيق التكامل بين جوانب الخبرة الإنسانية، واكتشاف إمكانيات احتمالات الانسجام والتعاون وعوامل ومظاهر الصراع والانشقاق، وهذا كله يجعل للسياسة دوراً حيوياً في حياة المجتمع. « [١٢]

وعرِّفت أيضاً بأنها: «معرفة كل ماله علاقة بفن حكم الدولة وبإدارة علاقاتها الخارجية». [١٣]

وبناءً على التعريفين السابقين يُلاحظ أن معنى السياسة في النظم الوضعية لا يخرج عن معنى السياسة من منظور الفقه الإسلامي ؛ لكن ثمة فرق بينهما من حيث المصادر ؛ إذ المصدر الرئيس للسياسة في الفقه الإسلامي: القرآن الكريم والسنة المطهرة، إضافة للإجماع والقياس والمصادر الشرعية الأخرى. [١٤]

أمّا المصدر الرئيس للسياسة في النظم الوضعية فهو العقل ؛ إذ يقوم العقلاء وذوو الخبرات بوضع مناهج ودساتير لتسيير أمور الدولة. [١٥]

---

١٠ – معجم المصطلحات القانونية والسياسية، مجلس من الباحثين، ص١١٣.الوظيفة الدبلوماسية، الدكتور علاء أبو عامر، ص٣٧.

١١ – معجم المصطلحات القانونية والسياسية، ص١١٣.

١٢ – المرجع السابق، ص١١٣.

١٣ – مدخل إلى علم السياسة، الدكتور عصام سليمان، ص١١.

١٤ – انظر: سلوك المالك في تدبير الممالك، ابن أبي الربيع، ص٩٢ وما بعدها.

١٥ – انظر: علم السياسة، حسن صعب، ص٤٣. التخلف السياسي في الفكر الإسلامي المعاصر، الدكتور صلاح الدين أرقه دان، ص٣٠.

المطلب الثاني: معنى قطع العلاقات السياسية الخارجية في الفقه الإسلامي والنظم الوضعية.

أولاً - في الفقه الإسلامي:

هذا المصطلح لم يتعرض له الفقهاء - حسب حدود علمي - لكن يمكنني أن أعرّفه بأنه:

إيقاف التعامل وصلات المودة بين الدولة الإسلامية ودولة أخرى ضمن أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

المعنى المراد من التعريف: مقاطعة الدولة المراد عدم التعامل معها، ونبذ المعاهدات، ورفع حالة السلم والمودة. وقد يكون هذا الأمر مؤشراً على اندلاع الحرب بين الطرفين. لكن هذا الأمر مشروط بأن يكون ضمن أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وهذا يعني أنّ هناك أسباباً وضوابط لقطع تلك العلاقات، فلا يجوز لأولي الأمر في الدولة الإسلامية قطع العلاقات السياسية إلا ضمن تلك الأسباب والضوابط، كما سيأتي في المباحث التالية.

والقول: إيقاف التعامل وصلات المودة، فيه إشارة إلى وجود علاقة سياسية سلمية بين الدولة الإسلامية والدول الأخرى، أو وجود مراسلات بين الطرفين، ثم قُطعت هذه العلاقة ؛ ليخرج بذلك حالة عدم وجود علاقات سياسية ابتداءً، فهذه الحالة لا يطلق عليها قطع العلاقات السياسية ؛ لأنه لم تكن هناك علاقة في الأصل لتقطع، وذلك كالعلاقة بين الدولة الإسلامية في عهد النبي r والصين، وفيه إشارة إلى وجود نزاع بين الطرفين ثم حصلت المقاطعة ؛ لأنه قد يكون هناك علاقة سياسية سلمية بين الطرفين، لكن لم ترسل الدول ممثليها، بسبب انشغالهم في قضاياهم الداخلية أو غيرها. فلا نسمي هذه الحالة بالمقاطعة السياسية ؛ لوجود حالة السلم بين الطرفين، والتزامهم بالعهود والمواثيق ؛ لكن لظروف ما، لم يكن بينهم اتصالات.

ثانياً - في النظم الوضعية:

النظم الوضعية وضعت تعريفات لهذا المصطلح تحت عنوان: قطع العلاقات الدبلوماسية، والمراد بذلك قطع العلاقات السياسية، وذلك بسبب التداخل بين مصطلح الدبلوماسية والسياسة الخارجية، مع العلم أن الدبلوماسية هي أداة من أدوات السياسة الخارجية.

ومن أهم التعريفات لهذا المصطلح، ما ورد في معجم المصطلحات القانونية والسياسية، وهو:

« اتفاق جماعة من الجماعات على اتخاذ إجراءات جماعية لوقف كل الصلات، ورفض التفاوض في أية معاملات مع شخص، أو منشأة، أو جماعة دون الاتجاه إلى استخدام القوة.»[١٦]

وعرفه الدكتور أحمد أبو الوفا بأنه: «تعبير انفرادي عن إرادة ما في وضع حد لوسيلة الاتصال العادية بينها وبين دولة أخرى (وذلك باستدعاء البعثة الدبلوماسية المعتمدة لدى كل منهما) والذي يترتب عليه آثار قانونية معينة. « [١٧]

ويعلّق على تعريفه بأنه من خلاله، يشتمل قطع العلاقات الدبلوماسية على أربعة عناصر ؛ هي العناصر اللازمة لوجود العمل القانوني، وهذه العناصر هي: الفاعل، والموضوع والآثار القانونية والإرادة.

- فالمقصود بالفاعل، هو من بيده قرار قطع العلاقات ؛ أي الدولة أو مجموعة

١٦- معجم المصطلحات القانونية والسياسية، ص٢٠.

١٧- نقل الدكتور أبو الوفا عدداً من التعريفات لفقهاء القانون الدولي ومنها تعريف مسيو باديفان « بأنه قيام حكومة دولة ما باستدعاء بعثتها الدبلوماسية الدائمة لدى حكومة دولة أخرى وباستدعاء هذه الاخيرة لبعثتها التي أرسلها لديها وبهذا يتم وضع نهاية للعلاقات الرسمية التي تربط عادة الدول المتمدينة.» ويعرفها الميسيو سفز « بأنه عمل انفرادى، تعبير عن اختصاص تقديري للدول والذي تختلف معاينة وأشكاله طبقاً لأسباب ونوايا الأطراف المعينة، ويترتب عليه انتهاء مهمة البعثة الدبلوماسية الدائمة وبعض الآثار القانونية المحددة «. وتعرف مدام باستيد « بأنه عبارة عن قرار تتخذه دولة ما بأن لا يكون لها ممثلين دبلوماسيين لدى حكومة دولة أخرى وبعدم استعدادها لاستقبال ممثلي هذه الأخيرة لديها.» قطع العلاقات الدبلوماسية، الدكتور أحمد أبو الوفا، ص ٢١. ٢٢.

الدول، وبناءً على هذا لا يقال: إنّ هناك قطعاً للعلاقات الدبلوماسية بين المنظمات الدولية، أو بين هذه المنظمات ودولة أخرى.

- أمّا الموضوع، فيتمثل في وضع حد لوسيلة الاتصال بين الدول، عن طريق استدعاء البعثة.

- وإن قطع العلاقات يؤدي إلى العديد من الآثار القانونية.

- ولا يمكن الحديث عن عمل قانوني مالم يكن هناك تعبير حقيقي عن الإرادة.[١٨]

المطلب الثالث: تعريف المعاهدات ومشروعيتها وضوابطها

أولاً: تعريف المعاهدات

1 - المعاهدات لغة:

المعاهدات جمع معاهدة مشتقة من العهد والعهد لغة:» حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال، هذا الأصل، ثم استعمل في الموثق الذي يلزم مراعاته، وهو المراد.»[١٩]

والعهد: الأمان والوصية والموثق واليمين والذمة والمعاهدة والتعاهد والتعهد واحد، وهو إحداث عهدته.[٢٠]

تقول: « تعاهد القوم: أي أعلن بعضهم لبعض بما التزمه له وارتبط معه إليه وأعلمه به.»[٢١]

---

١٨ – قطع العلاقات الدبلوماسية، الدكتور أحمد أبو الوفا، ص ٢٢.

١٩– التعريفات، الجرجاني، ص ١٥٩.

٢٠ – القاموس المحيط، الفيروزأبادي، ص٢٨٩. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ج٢، ص٦٣٣.

٢١– أحكام القرآن، ابن العربي، ج٢، ص٥٢٥.

والمعاهدة هي المواثقة من الميثاق وهي الشدة في العقد والربط [٢٢] ؛ ومنه قوله تعالى:[وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ إِذْ قُلْتُمْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ] [المائدة ٧]..

2 - المعاهدة شرعاً:

المعاهدة بهذا اللفظ، لم تذكر في القرآن الكريم ؛ لكن وردت كلمتا عهد وميثاق للتعبير عنها.

وكلمة عهد أو معاهدة في المصطلح الشرعي، لا يبعد عن المعنى اللغوي.

والمعاهدة في اصطلاح الفقهاء، تطلق على المهادنة، والموادعة، والمسالمة، وكلها ذات معنى واحد إذ يعرِّفونها « أن يعقد لأهل الحرب عقداً على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض «.[٢٣]

ويعرِّفونها بأنها:» مصالحة أهل الحرب على ترك القتال مدة بعوض أو غيره.»[٢٤]

يلاحظ من هذين التعريفين: أنها اقتصرت على المهادنة، وهي نوع من أنواع المعاهدات ؛ لكن يمكن للباحث أن يعرفها - بمعناها الشامل - بأنها:

التزام الدول الإسلامية مع غيرها من الدول باتفاقيات مشتركة ضمن نطاق الشريعة الإسلامية.

٢٢- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج١، ص٢١١.

٢٣- المغني، ابن قدامة، ج١٠، ص٥١٩. المهذب، أبو اسحاق الشيرازي، ج٢، ص٢٥٩.بدائع الصنائع، الكاساني، ج٩، ص٤١٩.

٢٤ - حاشية البجيرمي، ج٤، ص ٣٧٨.

هذا وإن كانت المهادنة والموادعة والمسالمة [٢٥] تطلق على المعاهدة إلا أنها هي من أجزائها ؛ إذ كل مهادنة وموادعة ومسالمة معاهدة ؛ لكن ليس كل معاهدة مهادنة وموادعة ومسالمة، والفرق يكمن في أن المهادنة والموادعة والمسالمة لإنهاء حالة الحرب ؛ بينما المعاهدة تكون قبل الحرب وبعدها.

3 - المعاهدة في النظم الوضعية:

للمعاهدة تعريفان، تعريف تقليدي عرفي، والآخر حسب معاهدة فينا المتعلقة بشأن قانون المعاهدات سنة 1969م.

فالتعريف التقليدي: اتفاق معيّن ينتج عنه واقع قانوني وحقوقي، مبرم بين طرفين، أو عدة أطراف للقانون الدولي، ويدير القانون الدولي هذا الاتفاق [٢٦].

والتعريف الاتفاقي الثاني:

حسب البند الأول من المادة الثانية لمعاهدة فيينا « يتفق تعبير معاهدة مع تعبير اتفاق دولي مبرم كتابة بين الدول. ويديره القانون الدولي على أن يرد بوثيقة أو اثنتين أو عدة وثائق ملحقة، مهما تكن تسميتها الخاصة «. [٢٧]

وعرَّفها آخرون بأنها: « اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر من الأشخاص الدولية من شأنه أن ينشئ حقوقاً والتزامات متبادلة في ظل القانون الدولي.» [٢٨]

من خلال هذين التعريفين نجد أن فقهاء القانون الدولي، قد قصروا تعريف المعاهدة على الاتفاقيات المتعلقة بالدول، بينما يطلق على الاتفاقيات المتعلقة بالأفراد العقود، كالاتفاقات المعقودة بين الدول وشركات البترول [٢٩]،

---

٢٥ – المهادنة والموادعة والمسالمة ذات معنى واحد وهو المصالحة. انظر: قانون السلام في الإسلام، الدكتور الغنيمي ص ٤٦٣.
٢٦ – قانون العلاقات الدولية، غي آنييل، ص١٣ – ١٤.
٢٧ – المرجع السابق، غي آنييل، ص١٣ – ١٤.
٢٨ – القانون الدولي العام وقت السلم، الدكتور عزيز شكري، ص٣٦٩.
٢٩ – القانون الدولي العام، الدكتور عزيز شكري، ص٣٧٤.

وذلك وفقاً لاتفاقية فينا المتعلقة بالمعاهدات سنة 1969م، وهذا ما يتفق مع الشريعة الإسلامية إذ تسمي الاتفاقيات الدولية معاهدات، واتفاقيات الأفراد عقوداً كعقد الأمان.[٣٠]

ثانياً: مشروعية المعاهدات:

للحاكم المسلم عقد المعاهدات مع الدول غير الإسلامية ؛ إذا كان في ذلك مصلحة للمسلمين.

ومشروعية المعاهدات واردة في القرآن الكريم، والسنة المطهرة.

1 - في القرآن الكريم:

إن في القرآن الكريم آيات كثيرة تدل على مشروعية المعاهدات ؛ منها قوله تعالى: [وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ] [الأنفال، 61]. ومعنى الآية: إن دعوك للصلح فاستجب لهم، وهذه الآية الكريمة، ليست بمنسوخة ؛ بدليل قبول الجزية من أهل الكتاب، وقد صالح أصحاب الرسول r كثيراً من بلاد العجم، تركوهم على ما هم عليه، وهم قادرون على استئصالهم.[٣١]

[إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَنْ يُقَاتِلُوكُمْ أَوْ يُقَاتِلُوا قَوْمَهُمْ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتَلُوكُمْ فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاً] [النساء ﴿٩٠﴾] وهذه الآية الكريمة تدعو إلى الاستجابة لطلب المعاهدة في حال رغب الكفار في المصالحة والموادعة فليس لكم أن تقاتلوهم ما دامت حالهم كذلك[٣٢]، ولا مانع من البر

---

٣٠ – الحقوق والواجبات، الدكتور رأفت عثمان، ص ٢٣٢.

٣١ – الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج٤، ص٢٨٧٩.

٣٢ – تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، ج١، ص٥٠٦.

بهم ومعاملتهم ودعوتهم للدخول في الدين بالتي أحسن ؛ لقوله تعالى :

[لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ #إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَى إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ].[الممتحنة ﴿٨٩﴾] وقوله تعالى: [ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ] [النحل ﴿١٢٥﴾].

ومن الأدلة على المشروعية، الآيات التي تدعو إلى الوفاء بالعهد، كقوله تعالى:

[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ] [المائدة ﴿١﴾]. وقوله تعالى: [وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً] [الإسراء ﴿٣٤﴾].

وقوله تعالى: فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ] [التوبة ﴿٧﴾].

والمعنى ما داموا على الوفاء بالعهد والميثاق، فيجب عليكم الوفاء بالعهد والميثاق، ومن يتقي الله يوفي بعهده لمن عاهد.[٣٣]

٣٣ – التفسير الكبير، الرازي، ج١٥، ص٢٢٩.

2 - في السنة المطهرة: فقد عاهد النبي r اليهود بعد دخوله المدينة المنورة.[٣٤]

وعاهد كثيراً من القبائل العربية ؛ ومنها بنو ضمرة، وهذا نص ذلك العهد:

« هذا كتاب محمد رسول الله r لبني ضمرة، بأنهم آمنون على أموالهم وأنفسهم، وأن لهم النصر على من رامهم، إلا أن يحاربوا في دين الله، ما بل بحر صوفةً، وإن النبي إذا دعاهم إلى النصرة أجابوه، عليهم بذلك ذمة الله ورسوله، ولهم النصر من بر منهم واتقى » [٣٥].

وكذا نصارى نجران، وغيرهم.[٣٦]

ثالثاً - ضوابط المعاهدات:

يشترط في العهود التي يجب احترامها والوفاء بها، الضوابط الآتية:

1 - ألا تخالف حكماً من الأحكام الشرعية المتفق عليها، وأن تكون شروط المعاهدة ضمن أحكامها، يقول رسول r: ((من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق)) [٣٧] ومعنى الحديث يجب على أولي الأمر الذين يتعاهدون مع غير المسلمين عدم قبول أي شرط يتعارض صراحة أو دلالة مع نصوص الشريعة الإسلامية محافظة على النظام العام للشريعة، ومثال ذلك أن تتضمّن المعاهدة التحالف مع غير المسلمين ضد المسلمين، أو تتضمّن عدم الدفاع عن الديار الإسلامية حال الاعتداء على أي بلد من بلادها.[٣٨]

---

٣٤ – السيرة النبوية، ابن هشام، ج٢، ص٥٠١ وما بعدها.

٣٥ – المواهب اللدنية ، أحمد بن محمد القسطلاني، ج١، ٢٠٣. مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، محمد حميد الله، ص٢٦٧.

٣٦ – السنن الكبرى للنسائي، ج٤، ٢٤٦.

٣٧ – **صحيح مسلم**، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث (١٥٠٤)، ج٣، ص١٥٥٦.

٣٨ – أحكام المعاهدات في الفقه الإسلامي، الدكتور إسماعيل كاظم العيساوي، ص١٥٩. الفتاوى الإسلامية، جاد الحق جاد الحق، ج١٠، ص٣٦٢٧.

2 - أن تكون عن رضا واختيار، فإن الإكراه يسلب الإرادة، ولا احترام لعقد، لم تتوفر فيه الحرية. فلا يحق لأولي الأمر المعاهدة والصلح تحت التهديد ؛ لأنه من مبادئ الإسلام التراضي في العقود.

3 - أن تكون بينة واضحة، لا لبس فيها، ولا غموض، حتى لا تفسر تفسيراً يكون مثاراً للاختلاف عند التطبيق ؛ كالعقود التي عقدها الرسول r، فقد كانت واضحة ومحددة في الحقوق والالتزامات بين الطرفين، وذلك خشية الغش، وضياع الحقوق.[٣٩]

المطلب الرابع: أهداف المعاهدات وانتهاؤها والآثار المترتبة عليها

أولاً: أهداف المعاهدات:

يمكنني اختصار أهداف المعاهدات في الآتي:

1 - توطيد السلم والأمن الدوليين وإنهاء النزاع المسلح، وتسوية الخلافات بالطرق السلمية.

2 - حماية الدعوة الإسلامية، ودفع الخطر عن الدولة الإسلامية، فإذا كان الخطر يُدفع بالمعاهدات بدل الحروب فهي الأولى.

3 - التعاون مع الدول الأخرى لتحقيق المصالح المشتركة.

4 - تهيئة الظروف الملائمة لإتاحة فرصة التعرف إلى الإسلام ومبادئه، فالمعاهدات تؤدي إلى معرفة حقيقة الإسلام، فتكون سبباً في دخولهم الإسلام كمعاهدة أو صلح الحديبية.

5 - القيام بعملية تبادل الأسرى وعلاج الجرحى - في حال الهدنة المؤقتة -

٣٩ – المرجع السابق، للعيساوي، ص١٤١ وما بعدها. والفتاوى الإسلامية، جاد الحق جاد الحق، ج١٠، ص ٣٦٢٧.

وذلك لتسوية الآثار التي خلفتها الحرب [٤٠].

ثانياً: انتهاء المعاهدات:

ينتهي العمل بالمعاهدة بين الطرفين اتفاقاً بالأمور الآتية:

1 - انتهاء مدة المعاهدة: إذا كانت مدة المعاهدة محددة بأجل، يجب الوفاء وإتمام المدة ؛ لقوله تعالى:[إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئاً وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَداً فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ] [التوبة ٤]. ويقول عليه الصلاة والسلام: ((من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحلّنَّ عقدة ولا يشدها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم))[٤١]. في هذا الحديث دلالة على عدم جواز المباغتة على العدو آخر مدة الصلح ؛ بل يجب انقضاء المدة أو ينبذ إليهم.[٤٢]

فإذا انتهت المدة المتفق عليها فالإمام المسلم بالخيار - حسب المصلحة - بين تجديد المعاهدة، أو الإسلام، أو الحرب وهو الخيار الأخير. أمّا انقضاء المدة في النظم الوضعية ؛ فإن عدم نقضها من قبل الأطراف بعد انتهاء مدة المعاهدة تُجدد ضمنياً لمدة جديدة تعادل المدة المنصوص عليها في المعاهدة الأولى.[٤٣]

2ـ عدم تحقيق شرط من شروطها:

إذا لم تتحقق شروط المعاهدة كاملة فإنه يترتب عليه انتهاء المعاهدة وعدم الالتزام بها، وهذا ما فعله المصطفى - عليه الصلاة والسلام - مع قبائل اليهود المجاورة للمدينة المنورة ؛ إذ اتفق معهم على الالتزام بشروط المعاهدة، وكان من شروطها: ألا يظاهروا عليه عدواً.

---

٤٠ – العلاقات الخارجية في الإسلام، الدكتور سعيد المهيري، ص١٩٢.

٤١– **سنن أبي داود**، كتاب الجهاد، باب في الإمام يكون بينه وبين العدو عهد، حديث (٢٧٥٩)، ج٣، ص٨٣. **وسنن الترمذي**، كتاب السير، باب ما جاء في الغدر، حديث (١٦٢٩)، ج٣، ص٧١، وقال حديث حسن صحيح.

٤٢ – نيل الأوطار، الشوكاني، ج٨، ص٥٥.

٤٣ – القانون الدولي العام، شارل روسو، ص٧٣.

والتزم الطرفان بالمعاهدة ؛ لكن بعد غزوة بدر الكبرى، نقضت اليهود عهدها بإخلالها بشروط المعاهدة، فاعتبرت المعاهدة ملغاة، أمّا الإخلال بشرط واحد من شروط المعاهدة يجعلها منتهية، فقد بدا ذلك باتفاقه عليه الصلاة والسلام مع خيبر التي أخلت بشرط من شروط المعاهدة ؛ إذ كان قد اتفق مع خيبر على شروط منها: ((ألا يكتموا، ولا يغيبوا شيئاً، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولاعهد)) فغيّبوا مسكاً لحيي بن أحطب فيه حليّهم [٤٤]، فاعتبر المصطفى - عليه الصلاة والسلام - المعاهدة ملغاة لإخلالهم بهذا الشرط.

وفي النظم الوضعية: يُعدّ الإخلال بشروط المعاهدة السياسية سبباً من أسباب قطع العلاقات السياسية على اعتبار أن هذا التصرف يُعدّ تصرفاً مخالفاً للقانون، ولا ينسجم مع أحكام القانون الدولي ؛ ومثاله: ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية بقطع علاقاتها السياسية مع ألبانيا سنة 1946م ؛ بسبب عدم التزام الأخيرة بشروط المعاهدات والاتفاقيات الموقعة بينهما منذ سنة 1939م.[٤٥]

3- المنابذة وخوف الخيانة: وتنتهي بالنبذ وهو الطرح والعودة إلى ما قبل؛ يقول سبحانه وتعالى:[وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لا يُحِب الْخَائِنِينَ] [الأنفال، 58]

ثالثاً: الآثار المترتبة على المعاهدات:

1. الآثار المترتبة على عقود المعاهدات في الفقه الإسلامي:

أ - الوفاء بالعقود والعهود والمواثيق، قال تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] [المائدة ١] وقال تعالى: [وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ

٤٤ – **سنن أبي داود**، كتاب الخراج والإمارة والفيء باب ما جاء في حكم أرض خيبر، حديث ٣٠٠٦، ج٣، ص١٥٧ – ١٥٨. **سنن البيهقي الكبرى**، أبواب السير، باب من رأى قسمة الأرض المغنومة، ج٩، ص١٣٧.[يقول صاحب عون المعبود: إن هذا الحديث سكت عنه المنذري، عون المعبود، العظيم آبادي، ج٨، ص١٦٨].

٤٥ – إنهاء العلاقات الدبلوماسية، غفون اليامي، ص٦٣.

وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ] [الأنعام ﴿١٥٢﴾]. وقال تعالى: [وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ] [النحل ﴿٩١﴾].

وقال تعالى: [وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً] [الإسراء ﴿٣٤﴾].
وقال تعالى: [إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئاً وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَداً فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ] [التوبة ﴿٤﴾.]

ب - تطبيق نصوص وشروط المعاهدات، وأن يأمن الطرف الآخر (الكفار) على أنفسهم وأهليهم وأموالهم.[٤٦]

هذه مبادئ الإسلام في المعاهدات التي تضمن السلام المستقر للطرفين، وتحفظ لهما الحقوق مع انهاء الغدر والخيانة من قبل الطرفين، ولزوم الوفاء بالعهد.[٤٧]

2- الآثار المترتبة على عقود المعاهدات في القانون الدولي:

أ - الالتزام بالمعاهدات الدولية، وعلى الأطراف احترامها وتنفيذها على الوجه المتفق عليه.

ب - تطبيق المعاهدة، وذلك من عدة جوانب:

الأول: الموضوع: فأي معاهدة تُعقد بين دولتين، يتوقف الأثر على الموضوع الذي من أجله وُقعت المعاهدة.

---

٤٦ – الفقه الإسلامي وأدلته، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي، ج٦، ص٤٣٨.
٤٧ – الفتاوى الإسلامية، جاد الحق، ج١٠، ص٣٦٢٧.

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so + 967 730053135 http://ium.usa.online
كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

الثاني: النطاق الإقليمي، المعاهدة تشمل أقاليم الدولة كافة، إلا في حال نصت المعاهدة على أقاليم معينة.

الثالث: النطاق الشخصي، فالمعاهدة لا تمتد إلى غيرها من أطراف المعاهدة.

ج - المعاهدة تؤثر في النطاق الداخلي للدولة، فلا يحق للدولة فسخ المعاهدة بحجة مخالفتها للنظام الداخلي ؛ بل يجب اتخاذ الاجراءات لتنفيذ المعاهدة.[٤٨]

وبالمقارنة بين القانون الدولي والفقه الإسلامي نجد:

1 - اتفاق القانون الدولي مع الفقه الإسلامي في الالتزام بالمعاهدة ؛ بالرغم من الاختلاف في الباعث على الالتزام، فالباعث على الالتزام في الفقه الإسلامي، هو تطبيق أوامر الله تعالى في الوفاء بالعهد، وفي النظم الوضعية الباعث، هو الأخلاق فقط.

2 - اتفاق القانون الدولي مع الفقه الإسلامي في تطبيق المعاهدة من ناحية الموضوع، أو دخول الأقاليم الخاصة بالدولة.

3 - يختلف القانون الدولي مع الفقه الإسلامي من حيث تأثير المعاهدة في النظام الداخلي، ففي الفقه الإسلامي، لا تؤثر في النظام الداخلي ؛ بل يجب أن توقع على أساس النظام الداخلي ؛ بينما في القانون الدولي، فيتغير النظام الداخلي، وفقاً للمعاهدة.[٤٩]

---

٤٨ – القانون الدولي العام، شارل روسو، ص٦١.

٤٩ – العلاقات الخارجية في الإسلام، الدكتور سعيد المهيري، ص٢٥٨ – ٢٥٩.

المبحث الثاني: أثر قطع العلاقات السياسية في المعاهدات

المعاهدة كأداة من أدوات السياسة، تسمى في الفقه الإسلامي بعدة مسميات كالموادعة والمهادنة، والعهد والأمان، وذلك حسب تعلق كل منها بالغرض السياسي المراد، سواء في حالة السلم أو الحرب، ولم يقتصر العمل الإسلامي على عقد المعاهدات المتعلقة بالحرب فقط ؛ بل هناك معاهدات تتعلق بتنظيم علاقات الصداقة وحسن الجوار، والمعاهدات المتعلقة بالتجارة وغيرها، وقطع العلاقات، قد يؤثر في البعض، ولا يؤثر في الآخر حسب طبيعة المعاهدة، وفيمايلي بيان ذلك:

المطلب الأول: معاهدات الصداقة وحسن الجوار:

أولاً: تعريف معاهدات الصداقة وحسن الجوار:

وهي المعاهدات التي تعقد ها الدولة الإسلامية مع الدول، أو الجماعات المتجاورة، وقبلت العيش بسلام بموجب العقد [٥٠].

وتعتبر المعاهدة التي عقدها الرسول r مع اليهود بعيد دخوله المدينة المنورة، هي الأصل في ذلك ؛ إذ توفر هذه المعاهدة العيش الرغيد لليهود بجوار الدولة الإسلامية، وكان المسلمون ملتزمين بنصوص تلك المعاهدة ؛ إلا إن الإرادة اليهودية وحبها للخيانة، أدت إلى نقضها من قبلهم.

وكذلك المعاهدة التي وقعها النبي r وأهل نجران، وفيها: « ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبي رسول الله على أنفسهم، وملتهم وأرضهم، وأموالهم وغائبهم وشاهدهم وعيرهم، وبعثهم وأمثلتهم، لا يغير ما كانوا عليه، ولا يغير حق من حقوقهم، ولا يفتن أسقف من أسقفيته، ولا راهب من رهبانيته، ولا واقه من وقايته على ما تحت أيديهم من قليل أو كثير، وليس عليهم رهق ولا دم جاهلية، ولا يحشرون ولا يعشرون، ولا يطأ أرضهم جيش من

٥٠ – انظر: أحكام المعاهدات، الدكتور العيساوي، ص ٧٥، والعلاقات الخارجية للدولة الإسلامية، سعيد المهيري، ص ٢٢٤.

سأل منهم حقاً فبينهم النصف غير ظالمين ولا مظلومين بنجران، ومن أكل منهم رباً من ذي قبل، فذمتي منه بريئة، ولا يؤخذ منهم رجل بظلم آخر، ولهم على ما في هذه الصحيفة جوار الله، وذمة محمد النبي أبداً، حتى يأتي أمر الله ما نصحوا وأصلحوا فيما عليهم غير مكلفين شيئاً بظلم.»[٥١]

وفي النظم الوضعية، تعرّف هذه المعاهدة بأنها: اتفاق بين دولتين لتوطيد الصداقة والتفاهم الودي وحسن العلاقة بينهما، كما يتعهد كل من الطرفين بأن لا يتخذ في علاقاته مع البلاد موقفاً يتعارض مع المحالفة القائمة بينهما.[٥٢]

فالقانون الدولي اليوم يأخذ بعين الاعتبار هذا النوع من المعاهدات، وذلك من خلال الاتفاقيات الدولية كالاتفاقية المتعلقة بشأن البحر الإقليمي والمنطقة المجاورة المنعقدة سنة 1958 م، والاتفاقية المتعلقة بشأن البحار المنعقدة سنة 1958م، واتفاقية الطيران المدني الدولي المنعقدة سنة 1944 م وغيرها من الاتفاقيات التي تنظم الشؤون المشتركة بين الدول.[٥٣]

ثانياً: أثر قطع العلاقات السياسية الخارجية في معاهدة حسن الجوار:

1ـ في الفقه الإسلامي:

هذا النوع من المعاهدات، يتأثر تأثراً بالغاً في حال قطع العلاقات السياسية ؛ إذ تعتبر أس العلاقات السياسية الخارجية، وفيها التعبير عن قطع العلاقات أو وصلها، ويؤكد على إلغائها في حال أدى قطع العلاقات إلى نشوب النزاع المسلح، ومثال ذلك في الفقه الإسلامي، ما فعله r باليهود بعد نقضهم للعهد والميثاق الموقع بينهم، ما أدى إلى قطع العلاقات بينهما، وألغيت معاهدة حسن الجوار.

---

٥١ – البلدان وفتوحها وأحكامها، البلاذري، ص٩٩.

٥٢ – معجم المصطلحات السياسية، ص ٦٠.

٥٣ – العلاقات الخارجية، الدكتور سعيد المهيري، ص٢٢٦.

2ـ في النظم الوضعية:

وكذلك في القانون الدولي، تُلغى هذه المعاهدات بمجرد قطع العلاقات السياسية، ولا سيّما في حال نشوب النزاع المسلح، وكذا المعاهدات التي لا تتضمن قواعد قانونية ثابتة كمعاهدات التحالف والاتحاد ومعاهدات الحماية، والخاصة بسلامة الأراضي.[٥٤]

وتنص المادة 63 من اتفاقية فينا سنة 1969م أنه (لا يؤثر قطع العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية بين أطراف معاهدة دولية ما على العلاقات القانونية التي أقامتها المعاهدة، إلا في حال ما إذا كان وجود العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية ضرورياً لتطبيق المعاهدة)

فالاستثناء الوارد في النص، يشير إلى استثناء معاهدات الصداقة وحسن الجوار من عدم تأثير قطع العلاقات على المعاهدات.[٥٥]

المطلب الثاني: معاهدات الصلح

أولاً: تعريف معاهدات الصلح:

هي المعاهدات التي تعقد عقب انقطاع العلاقات السياسية بين الدولة الإسلامية والدول الأخرى. وتعقد هذه المعاهدات لتجنب الصراع المسلح بين الطرفين[٥٦]، ومن أمثلة هذا النوع من المعاهدات معاهدة الحديبية أو صلح الحديبية بين المسلمين وقريش، وكانت بنود الصلح ما يلي:

يرجع الرسول من عامه هذا، فلا يدخل مكة إلا في العام القابل، يقيمون بها ثلاثاً معهم سلاح الراكب والسيوف في قرابها، ولا يتعرض لهم أحد من قريش.

---

٥٤ – أحكام المعاهدات، الدكتور إسماعيل العيساوي، ص ٢١٣.

٥٥ – انظر: قطع العلاقات الدبلوماسية، الدكتور أبو الوفا، ص١٦٢ وما بعدها. وانظر: إنهاء العلاقات الدبلوماسية، غفون اليامي، ص١٣٤ وما بعدها.

٥٦ – أحكام المعاهدات، الدكتور العيساوي، ص ٧٧، والعلاقات الخارجية للدولة الإسلامية، الدكتور سعيد المهيري ص٢١٥.

توضع الحرب بين الطرفين لمدة عشر سنوات، يأمن فيها الناس، ويكف بعضهم عن بعض.

من أحب أن يدخل في عقد محمد r وعهده دخل فيه، ومن أحب أن يدخل في عقد قريش وعهدها دخل فيه. ومن يدخل معهم من القبائل يعتبر من الفريق الذي دخل فيه، وأي عدوان على هذه القبائل الداخلة في كل فريق يعتبر عدواناً على الفريق.

من أتى محمداً من قريش من غير إذن وليه - أي هارباً - رده عليهم، ومن جاء قريشاً ممن مع محمد لم يرد عليه [٥٧].

ثانياً: أثر قطع العلاقات السياسية في معاهدات الصلح والهدنة:

هذه المعاهدات وُقعت ابتداءً لإنهاء حالة قطع العلاقات، وفيها حل للنزاع القائم بين الأطراف، فإذا انقطعت العلاقات السياسية بسبب نقض العهد أو الإخلال بشروط المعاهدة أو ظهرت بوادر الخيانة من الطرف الآخر، أو قامت بعمل يعبر عن إعلان الحرب تُعد هذه المعاهدة ملغاة، وذلك كصلح الحديبية ؛ إذ ألغيت الهدنة والصلح بسبب قطع العلاقات بسبب نقض العهد والميثاق من جانب قريش، وكالذي فعلته خيبر بإخلالها بشروط المعاهدة، فانقطعت العلاقات واعتُبرت المعاهدة ملغاة.

وكذا في القانون الدولي، تلغى تلك المعاهدات بمجرد قطع العلاقات السياسية بسبب الاعتداء أو القيام بما يخل بأمن الدولة، أو التجسس وغيرها من الجرائم.[٥٨] وهي من الاستثناء الوارد في نص المادة 63 - من اتفاقية فينا سنة

---

٥٧ – السيرة النبوية، ابن هشام، ج٣، ص ٣٠٨ وما بعدها، البداية والنهاية، ابن كثير ج٤، ص١٩٠.

٥٨ – العلاقات الدولية المعاصرة، الدكتور الدوري، ص٢٢٤.

1969م أنه (لا يؤثر قطع العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية بين أطراف معاهدة دولية ما على العلاقات القانونية التي أقامتها المعاهدة، إلا في حال ما إذا كان وجود العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية ضرورياً لتطبيق المعاهدة).

المطلب الثالث: معاهدات ذات طابع ديني

أولاً: تعريف المعاهدات ذات الطابع الديني:

وهي المعاهدات التي تعقدها الدولة الإسلامية مع الدول الأخرى مع الإقرار لهم بالبقاء على دينهم.

وهي تبع لمعاهدات حسن الجوار ؛ لكن أخذت ميزة الطابع الديني بحكم إقرارهم على دينهم [٥٩]، كالمعاهدات التي عقدها رسول الله r مع بني قينقاع وبني النظير وبني قريظة من اليهود، وكالمعاهدات التي عقدها r مع نصارى نجران ؛ إذ مضمون المعاهدات تلك فيه إقرار من النبي r على البقاء على دينهم، مقابل حسن الجوار والأمن والاستقرار للطرفين.

ومثاله في التاريخ الإسلامي مايلي:

«لما فرغ أبو عبيدة من أمر مدينة دمشق، سار إلى حمص، فمر ببعلبك، فطلب أهلها الأمان والصلح فصالحهم على أن أمنهم على أنفسهم وأموالهم وكنائسهم وكتب لهم:

بسم الله الرحمن الرحيم.

هذا كتاب أمان لفلان بن فلان، وأهل بعلبك رومها وفرسها وعربها على أنفسهم وأموالهم وكنائسهم ودورهم داخل المدينة وخارجها وعلى أرحائهم، وللروم أن يرعوا سرحهم ما بينهم وبين خمسة عشر ميلاً، ولا ينزلوا قرية عامرة فإذا مضى

٥٩ – العلاقات الخارجية للدولة الإسلامية، الدكتور سعيد المهيري، ص ٢٢٦.

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

شهر ربيع وجمادى الأولى ساروا حيث شاؤوا، ومن أسلم منهم فله ما لنا، وعليه ما علينا، ولتجارتهم أن يسافروا إلى حيث أرادوا من البلاد التي صالحنا عليه وعلى من أقام منهم الجزية والخراج شهد الله، وكفى بالله شهيداً.»[٦٠]

ثانياً: أثر قطع العلاقات السياسية في المعاهدات ذات الطابع الديني :

وهذه المعاهدات تلغى في حال قطع العلاقات السياسية الخارجية، ودليله ما فعله الرسول r باليهود بعد نقضهم للعهود، وقطع العلاقات السياسية بينه وبين اليهود.

وفي النظم الوضعية، تتأثر هذه المعاهدة بقطع العلاقات السياسية الخارجية بناءً على الاستثناء الوارد في نص المادة 63 من اتفاقية فينا سنة 1969م أنه (لا يؤثر قطع العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية بين أطراف معاهدة دولية ما على العلاقات القانونية التي أقامتها المعاهدة، إلا في حال ما إذا كان وجود العلاقات الدبلوماسية أو القنصلية ضرورياً لتطبيق المعاهدة).

المطلب الرابع: معاهدات اقتصادية

أولاً: تعريف المعاهدات الاقتصادية:

هي المعاهدات المتعلقة بالتبادل التجاري بين الدولة الإسلامية والدول الأخرى ؛ فهذه المعاهدات توطد العلاقة بين الدولتين، ولاسيما على الصعيد السياسي، وهي عامل مهم في تكوين السياسة الخارجية للدولة وهذا ما يسمى اليوم بالتجارة الخارجية، والهدف منها توزيع الفائض من الإنتاج والتنمية البشرية والمادية، وتوفير الاحتياجات من السلع والخدمات ضمن قواعد ومناهج سياسية يحددها أولو الأمر، والأهم من هذا كله زيادة قوة الدولة في الميدان السياسي[٦١].

---

٦٠ – البلدان وفتوحها وأحكامها، البلاذري، ص١٦٩.

٦١ – أحكام المعاهدات، الدكتور العيساوي، ص٨٠. العلاقات الخارجية، الدكتور المهيري، ص٢٢١.

فالسياسة هي التي تقوم بتنظيم النشاط الاقتصادي، وتوظفه ضمن مقاصد تطمح إليها.[٦٢]

وفي النظم الوضعية: هي معاهدة تعقدها دولة مع دولة، أو دول أخرى لتنظيم المسائل ذات الصبغة الاقتصادية بتنظيم شؤون الرسوم والإجراءات الجمركية وإنشاء المشروعات وتبادل التمثيل التجاري إلخ.[٦٣]

ثانياً: أثر قطع العلاقات السياسية في المعاهدات الاقتصادية:

تبقى المعاهدات التجارية والعلاقات التجارية قائمة بالرغم من قطع العلاقات السياسية حتى وإن وصل التوتر بين البلدين إلى حد نشوب الحرب.

أمّا إذا رأى أولو الأمر أن قطع العلاقات الاقتصادية ذات فاعلية سياسية، ولها تأثير مباشر على الأعداء ويحقق مصلحة الدولة الاسلامية، فيجوز ذلك بدليل:

(إقرار النبي ما فعله ثمامة بن أثال[٦٤] حين أسلم ودخل مكة معتمراً، قالوا له: أصبأت ياثمامة ؟ قال: لا، ولكني اتبعت خير الدين دين محمد، والله لا تصل إليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله r ثم خرج إلى اليمامة فمنع أهلها أن يحملوا إلى مكة شيئاً).[٦٥]

وكذلك خروج النبي r قبل موقعة بدر لاعتراض قافلة قريش القادمة من الشام إذ فيها تأثير كبير على اقتصادها.[٦٦]

---

٦٢ – مدخل إلى العلوم السياسية، الدكتور عصام سليمان، ص٧٤ – ٧٥. الدبلوماسية الإسلامية، الدكتور عبد الرحمن، ص٤٣٩ وما بعدها.

٦٣ – معجم المصطلحات السياسية، ص٤٩.

٦٤ – ثمامة بن أثال اليمامي: من كبار بني حنيفة أسره المسلمون وأسلم بعد ذلك، حبسته قريش لإسلامه فحلف أن لا يصل إلى قريش من القمح عن طريق اليمامة، ثبت على إسلامه أيام الردة. [الإصابة، العسقلاني، ج١، ص٢٠٣].

٦٥ - **صحيح البخاري**، كتاب الجهاد، باب وفد بني حنيفة وحديث ثمامة بن أثال، حديث (٤١١٤)، ج٣، ص١٤٨٣. **صحيح مسلم**، كتاب الجهاد، باب ربط الأسير وحبسه وجواز المن عليه، حديث (١٧٦٤)، ج٤، ص١٨٤٩.

٦٦ – السيرة النبوية، ابن هشام، ج٢، ص٦٠٦.

وكذلك استعمل الرسول r الحصار الاقتصادي في سرية عبد الله بن جحش[٦٧] التي أخذت عير قريش فقالوا أحل محمد الشهر الحرام[٦٨]،فأنزل سبحانه وتعالى: [يَسْأَلونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ] [البقرة ﴿٢١٧﴾].

وكذا في القانون الدولي إلا إذا رأت الدولة من مصلحتها قطع تلك العلاقات ؛ وذلك من خلال تنظيمهم للعلاقات الاقتصادية، وأخذها صورة من صور السياسية بإنشاء القنصليات التي تهتم بالعلاقات التجارية ومصلحة البلاد بشكل عام في الدول الأخرى. ومن خلال المقررات الدولية الخاصة بنظام القنصليات، كمقررات اتفاقية فيينا سنة 1963م.[٦٩]

المطلب الخامس: معاهدات الفداء

أولاً: تعريف معاهدات الفداء:

وهي المعاهدات المتعلقة بالأسرى، يتم بموجبها تحريرهم عن طرق التبادل، أو الفداء بالمال، أو أي منفعة ؛ والأصل في هذه المعاهدة فعل النبي r في غزوة بدر الكبرى ؛ إذ أطلق أسرى العدو مقابل منفعة وهي تعليم الأسير القراءة والكتابة لعشرة من المسلمين.[٧٠]

٦٧- عبد الله بن جحش: صحابي جليل أسلم مبكراً شهد موقعة بدر، واستشهد في غزوة أحد، ودفن مع حمزة بن عبد المطلب في قبر واحد [الإكمال على تهذيب الكمال بهامش تهذيب التهذيب، العسقلاني، ج٤، ص٢٥٥].

٦٨ – السيرة النبوية، ابن هشام، ج٢، ص٦٠١.

٦٩ – انظر: العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، الدكتور عدنان البكري، ص٢٨٠.

٧٠ – **مصنف عبد الرزاق**، ج٥، ص٢١١. السيل الجرار، محمد بن علي الشوكاني، ت – محمود إبراهيم زايد، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ، ج٤، ص٥٢٢ – ٥٦٩. أحكام المعاهدات الدكتور العيساوي، ص٧٩.

ثانياً: أثر قطع العلاقات السياسية في هذه المعاهدات:

هذه المعاهدات، تقرها الشريعة الإسلامية بالرغم من قطع العلاقات السياسية الخارجية، وإن بلغت ذروتها، ونشب النزاع المسلح بين الأطراف، وذلك لمصلحة المسلمين المتمثلة بحفظ أنفس المسلمين عن طريق تخليصهم من الطرف الآخر [VI]، وعودتهم إلى بلاد الإسلام، وتتمثل المصلحة أيضاً في حفظ دينهم خشية أن تقوم الدول الأخرى بفتنة الأسير في دينه.

وكذا في القانون الدولي تبقى هذه المعاهدات سارية المفعول، وإن بلغت حدة التوتر إلى النزاع المسلح كمعاهدة لاهاي وجنيف الخاصة بتنظيم حالة الحرب ؛ بل يجب الالتزام بها ؛ لأنها أبرمت لتنظيم حالة الحرب. [VII]

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

أولاً - النتائج:

1 - قطع العلاقات السياسية الخارجية هو : إيقاف التعامل وصلات المودة بين الدولة الإسلامية و دولة أخرى ضمن أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها .

2 - المعاهدة بمعناها الشامل:

التزام الدول الإسلامية مع غيرها من الدول باتفاقيات مشتركة ضمن نطاق الشريعة الإسلامية.

3 - اتفاق القانون الدولي مع الفقه الإسلامي في الالتزام بالمعاهدة ؛ بالرغم من الاختلاف في الباعث على الالتزام، فالباعث على الالتزام في الفقه الإسلامي، هو تطبيق أوامر الله تعالى في الوفاء بالعهد، وفي النظم الوضعية الباعث، هو الأخلاق فقط.

٧١ – أحكام المعاهدات، الدكتور العيساوي، ص٢١٠ – ٢١١.

٧٢ – العلاقات الدولية المعاصرة، الدكتور الدوري، ص٢٢٤.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
المركز الرئيسي IUM

4 - اتفاق القانون الدولي مع الفقه الإسلامي في تطبيق المعاهدة من ناحية الموضوع، أو دخول الأقاليم الخاصة بالدولة.

5- يختلف القانون الدولي مع الفقه الإسلامي من حيث تأثير المعاهدة في النظام الداخلي، ففي الفقه الإسلامي، لا تؤثر في النظام الداخلي ؛ بل يجب أن توقع على أساس النظام الداخلي ؛ بينما في القانون الدولي، فيتغير النظام الداخلي، وفقاً للمعاهدة.

6- تتفق النظم الوضعية مع الفقه الإسلامي في إلغاء معاهدات الصداقة وحسن الجوار في حال قطع العلاقات السياسية الخارجية.

7- وكذلك تتفق النظم الوضعية مع الفقه الإسلامي في إلغاء المعاهدات ذات الطابع الديني في حال قطع العلاقات السياسية الخارجية.

8 - واتفقوا عدم إلغاء المعاهدات الاقتصادية ؛ إلا إذا اتُخذت كتدبير سياسي.

9 - واتفقوا عدم إلغاء المعاهدات الخاصة بفداء الأسرى ورعاية الجرحى، وإن بلغت حدة التوتر إلى الصراع المسلح.

ثانياً: التوصيات:

1 - الاهتمام بدراسة العلاقات السياسية الخارجية في الفقه الإسلامي، دراسة أكاديمية وإعطاء كل جانب من جوانب الدراسة حقه؛ ليتضح للناس مدى أهمية العلاقات الخارجية للإسلام.

2- استغلال وسائل الإعلام الحديثة في إيصال الأسس التي تقوم عليها السياسة الخارجية في الإسلام لكل شعوب العالم، وأن السلام هو على رأسها وليس الحرب ؛ لأنه الحرب هو الخيار الأخير في السياسة الخارجية في الإسلام.

أهم المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

- ابن أبي الربيع، سلوك المالك في تدبير الممالك، ت - عارف عبد الغني، دمشق، دار كنعان، 1996م.

- أرقه دان ، الدكتور صلاح الدين التخلف السياسي في الفكر الإسلامي المعاصر ، بيروت ، دار النفائس ، ط1 ، 1423هـ / 2002م .

- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ت - الدكتور: مصطفى البغا، دمشق، دار العلوم الإنسانية، ط2، 1413هـ / 1993م.

-ـ البجيرمي ، سليمان، حاشية البجيرمي ، المكتبة الإسلامية ، ديار بكر ، تركيا ، د . ت .

- الترمذي، سنن الترمذي ، بيروت ، دار الفكر ، ط2 ، 1403هـ / 1983م .

-ـ الجرجاني ، علي بن محمد التعريفات ،بيروت ، دار الكتب العلمية ، 1416هـ / 1995م .

- الجصاص، أبو بكر محمد بن علي الرازي، أحكام القرآن ، ت ـ محمد الصادق قمحاوي ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، 1405هـ .

ـ الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح ، ت ـ أستاذنا الدكتور مصطفى البغا ، دمشق ، دار العلوم الإنسانية .

- العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر الشافعي، الإصابة في تمييز الصحابة ، ت ـ علي محمد البجاوي ، بيروت ، دار الجيل ، ط1 ، 1412هـ / 1992م .

- ابن العربي، أبو بكر ، أحكام القرآن ، ت ـ علي محمد البجاوي ، بيروت ، دار الجيل ، د . ت .

- العيساوي، الدكتور إسماعيل كاظم ، أحكام المعاهدات في الفقه الإسلامي، عمان، دار عمار، 1420 هـ / 2000م.

- السجستاني، أبو داود، سليمان (275 هـ)، سنن أبي داود، القاهرة، دار الحديث، 1408 هـ /1988م.

- سعيد، الدكتور: محمد رأفت، السلم والحرب والعلاقات الدولية، المنصورة، دار الوفاء، 2002م.

-سليمان، الدكتور عصام ، مدخل إلى علم السياسة، بيروت، د. ن، ط3، 1996م.

- شلبي، أحمد، العلاقات الدولية في الفكر الإسلامي ج9 من موسوعة الحضارة الإسلامية، القاهرة، مكتبة النهضة العربية .

-الشهابي الدكتور إبراهيم يحيى ، الحرب والسلام في الإسلام، د. م، مؤسسة مي، ط1، 1990م.

- الشوكاني، محمد بن علي السيل الجرار، ت - محمود إبراهيم زايد، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1405هـ.

- صعب، حسن ، علم السياسة، بيروت، دار العلم للملايين.

- العظيم آبادي، محمد شمس الحق عون المعبود ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط2 ، 1415هـ .

ـ الفيروز أبادي ، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ط2 ، 1424هـ / 2003م .

ـ مجموعة من علماء الأزهر ، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية ، القاهرة ، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية في وزارة الأوقاف ،ط2 ،1418هـ / 1997م .

- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد ، المغني، بيروت– دار الكتاب العربي.

- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ / 1995م.

ـ ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل تفسير القرآن العظيم ، القاهرة ، دار الحديث ، ط6 ، 1413هـ / 1993م .

- المصطفى، الدكتور مزاحم، قطع العلاقات السياسية الخارجية، بيروت– دار النوادر، 2014م.

ـ ابن مفلح : برهان الدين إبراهيم بن محمد، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد ، ت ـ عبد الرحمن العثيمين ، الرياض ، مكتبة الرشد ، ط 1 ، 1990 م .

- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت، دار صادر، د. ت.

- النيسابوري، مسلم بن الحجاج القشيري (261 هـ)، صحيح مسلم، ت- مصطفى البغا، دمشق، دار العلوم الإنسانية، 1418 هـ / 1997 م.

- ابن هشام، عبد الملك بن هشام، السيرة النبوية، ت - مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ شلبي، بيروت، دار المعرفة، د - ت.



كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

انـكار العدالـة فـي تنـازع الاختصـاص القضائـي السـلبي والايجابـي فـي القانـون الدولـي الخـاص

Denial of justice in the conflict of negative and positive Judicial Jurisdiction in private international law

إعـــداد الباحـث

الدكتور محمد ضو فضيل

أسـتاذ القانـون الدولـي الخـاص المشـارك: -كليـة الشـريعة والقانـون بمينيسـوتا-جامعة مينيسـوتا الولايـات المتحـدة الأمريكيـة -كليـة الشـريعة والأنظمة-جامعـة الطائـف المملكـة العربيـة السـعودية

D. Mohamed Dhaou Fdhil

Lecturer Professor of Private International Law: -Minnesota College of Sharia and Law - University of Minnesota United States of America -Department of International private Law, College of Sharia and Regulations, Taif University

E-mail : fdmeds@yahoo.fr

الملخص

يحدث انكار العدالة عندما يمتنع القاضي عن الفصل في النزاع دون مبرر قانوني، مما يشكل إخلالًا بالعدالة. في السياق الدولي، قد يواجه الأطراف صعوبة في العثور على محكمة مختصة، خاصة عند رفض المحاكم الأجنبية النظر في القضية، مما يؤدي إلى «العجز القضائي». في التنازع الإيجابي للاختصاص، قد يؤدي التوسع في اختيار المحاكم إلى تضارب في القرارات بين محاكم من أنظمة قضائية مختلفة، مما يزيد من خطر انكار العدالة. هذا يهدد مصداقية النظام القضائي الدولي. وبالتالي، تتطلب هذه التحديات وجود قوانين وآليات قانونية لضمان العدالة وتجنب حرمان الأطراف من اللجوء إلى محكمة مختصة. لذلك كان لا بد من وجود قوانين تضمن تحققها.وقد قسمنا موضوع دراستنا إلى مقدمة وثلاث مباحث رئيسية وخاتمة. تناولنا في المقدمة تعريف الموضوع وأهميته والأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع. وفي المبحث الأول سنتناول ماهية انكار العدالة، ونتناول في مبحث ثاني إنكار العدالة في التنازع السلبي للاختصاص القضائي، وفي المبحث الثالث إنكار العدالة في التنازع الايجابي للاختصاص القضائي. وفي النهاية قدمنا الخاتمة التي بينا فيها أهم ما تضمنه البحث خلال هذه الدراسة، ثم أرفقنا ذلك بأهم النتائج والتوصيات اللازمة.

الكلمات المفاتيح: العدالة، انكار، تنازع، اختصاص قضائي، قانون دولي.

Abstract:

Denial of justice occurs when a judge refuses to rule on a dispute without a legal justification, which constitutes a breach of justice. In the international context, parties may face significant difficulties in finding a competent court, especially when foreign courts refuse to hear their case, leading to "judicial incapacity." In positive conflict of jurisdiction, the broad discretion in choosing courts may lead to conflicting decisions between courts from different judicial systems, thereby increasing the risK of denial of justice. This threatens the credibility of the international judicial system. Therefore, these challenges necessitate the establishment of laws and legal mechanisms to ensure justice and prevent parties from being deprived of access to a competent court. Consequently, laws must be in place to guarantee the realization of justice. We divided the subject of our study into an introduction, three main topics, and a conclusion. In the introduction, we discussed the definition of the topic, its importance, and the reasons that led us to choose this topic. In the first topic, we will discuss the nature of the denial of justice. In the second topic, we will address the denial of justice in the negative conflict of judicial jurisdiction, and in the third topic, the denial of justice in the positive conflict of judicial jurisdiction. In the end, we presented the conclusion in which we presented the most important results that we reached during this study, and then we attached that to the most important results and necessary recommendations.

Keywords: Denial, Justice, Conflict, Judicial Jurisdiction, Law,

International.

الدراسات السابقة:

-»إنكار العدالة»، القاضي عامر حسن شنته، مجلس القضاء الأعلى، https://sjc.iq، ويبين فيه تطرق المشرع العراقي إلى بعض صور انكار العدالة، في باب (الشكوى من القضاة)، المنصوص عليها في المواد (286-292) من قانون المرافعات المدنية وعد تلك الصور أسباباً تبيح مخاصمة القضاة. وفي حال ثبوتها، يحكم على القاضي بتعويض الضرر الذي حل بالمشتكي. وإبلاغ الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى، لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة.

هذه الدراسة على أهميتها يمكن أن نوجه لها بعض المؤاخذات من خلال النقاط التالية: أولًا، هناك حاجة لتوسيع مفهوم إنكار العدالة ليشمل صورًا أخرى غير التي نص عليها القانون. ثانيًا، فشل التمييز الواضح بين الشكوى والمخاصمة قد يثير لبسًا قانونيًا. ثالثًا، قد تكون التعويضات المالية غير كافية لإصلاح الضرر الاجتماعي والنفسي الذي يلحق بالمتضررين. رابعًا، تساؤل حول مدى استقلالية مجلس القضاء الأعلى في محاسبة القضاة، خاصة في حال وجود ضغوطات سياسية. خامسًا، تأثير إنكار العدالة قد يمتد إلى تآكل الثقة في النظام القضائي ككل. وأخيرًا، هناك حاجة لإصلاحات قانونية ومؤسسية مثل تعزيز آليات الرقابة القضائية وتعزيز الثقافة القضائية لضمان العدالة الفعلية.

-»مبدأ انكار العدالة والاختصاص القضائي الدولي في مسائل الإجراءات الوقتية والتحفظية»، البشير أورير، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2021، ويبين فيه كيف أن الإجراءات الوقتية والتحفظية في القانون تلعب دور مهم في حماية الحقوق ذات الطابع الاستعجالي التي يصعب حمايتها عند تطبيق القواعد العادية مما يؤدي الى فقدان الحق أو تلف الشيء المعني.

هذه الدراسة على أهميتها يمكن مؤاخذتها من عدة جوانب: أولاً، تقتصر الدراسة على الإجراءات الوقتية والتحفظية دون توسيع نطاق البحث ليشمل أنواعًا أخرى من الإجراءات القضائية. ثانيًا، تقتصر تفسيرات مبدأ «إنكار العدالة» على إجراءات وقتية فقط، مما يحد من شمولية الموضوع. ثالثًا، هناك غياب للمناقشة حول تحديات تطبيق الاختصاص القضائي الدولي في الإجراءات الوقتية، حيث قد يكون هناك تضارب بين الأنظمة القانونية المختلفة. رابعًا، قد تفتقر الإجراءات الوقتية إلى التوازن بين السرعة والعدالة، ما قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة أحيانًا. خامسًا، غياب التنسيق بين الأنظمة القضائية المحلية والدولية قد يعوق حماية الحقوق. أخيرًا، تفتقر الدراسة إلى مقترحات لتطوير آليات التعاون بين الأنظمة القانونية لتعزيز فعالية هذه الإجراءات وحماية العدالة في السياقات الدولية والمحلية.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته

لئن مثلت العدالة بوصلة كل ذي لب فان انكارها لم تخلو منه عديد الأحكام القضائية سواء منها ذات الطابع الوطني أو الأحكام ذات الطابع الدولي حيث تتعارض أحيانا فكرة العدالة مع المصلحة الوطنية للقاضي خاصة عندما يتعلق بتنازع الاختصاص القضائي السلبي وكذلك بتنازع الاختصاص القضائي الإيجابي والذي لم يحظ بالدراسة والبحث من قبل فقهاء القانون. وهذا من أهم الأسباب التي دفعت الى اختيار هذا الموضوع لماله من أهمية بالغة ستتم معالجتها في صلب البحث بناء على ما يلي:

-مفهوم انكار العدالة

-انكار العدالة في تنازع الاختصاص القضائي السلبي

-انكار العدالة في تنازع الاختصاص القضائي الإيجابي

أهداف الدراسة

الهدف من دراسة هذا الموضوع هو معرفة المعضلات التي تحول دون تحقق العدالة في نزاعات القانون الدولي الخاص والأسباب التي تدفع المحاكم الوطنية أو الأجنبية الى انكار العدالة في كثير من النزاعات التي كان يأمل الخصوم تحققها خاصة وأنها تعتبر الملاذ الأخير الذي يلجؤون اليه لاسترداد حقوقهم ورفع الظلم الذي سلط عليهم.

المنهجية:

اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي والتحليلي من خلال بيان مفهوم انكار العدالة. كما تعرضنا الى الحالات التي يمكن أن تكون انكارا للعدالة عند التنازع السلبي للاختصاص القضائي الدولي. وبينا أيضا الحالات التي يمكن أن تكون انكارا للعدالة عند التنازع الايجابي للاختصاص القضائي الدولي.

إشكالية الموضوع:

ان الحق في المحاكمة، الذي يضمن فعالية القانون، يجب أن يضمن بدوره الفعالية. وهنا تطرح الإشكالية عندما يتعلق النزاع بتنازع الاختصاص القضائي السلبي وكذلك بتنازع الاختصاص القضائي الإيجابي. حيث أن الحرمان من العدالة يتم التذرع به في القانون المحلي عندما يعجز المتقاضي عن العثور على قاض أو عندما يواجه تناقضا في القرارات. ومع ذلك، يجب أن نتذكر أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليس لها وظيفة توزيعية؛ فهي تشير فقط إلى ما إذا كان النظام القضائي الذي تنبثق منه له اختصاص أم لا. ويؤدي ذلك إلى مشاكل التنسيق المتأصلة في أي نظام أحادي الجانب: تضارب سلبي «لا تقبل أي محكمة الاختصاص»، وتضارب إيجابي «تقبل عدة محاكم الاختصاص»؛ وتتضاعف مخاطر عدم التصرف القضائي أو تضارب القرارات القضائية.

ثم يثور السؤال مرة أخرى: عند تقييم ما إذا كان هناك خطر حقيقي من الحرمان

من العدالة أو من صدور قرارات متضاربة، ألا ينبغي لنا أن نعيد الاعتبارات السابقة المتعلقة بالحق في حكم فعال، الذي يُفهم على أنه الحق في محاكمة عادلة؟ وبعبارة أخرى، ألا يوجد خطر حقيقي من الحرمان من العدالة، حتى وإن كان من الممكن إحالة القضية إلى محكمة أجنبية، إذا كانت تلك الإحالة لا تكفل احترام الحق في محاكمة عادلة؟ وعلى العكس من ذلك، هل هناك خطر حقيقي من صدور قرارات متضاربة إذا كان القرار الأجنبي لا يحترم هذا الحق الأساسي؟

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية انكار العدالة

المطلب الأول: مفهوم العدالة

الفرع الأول: تعريف العدالة

الفرع الثاني: نشأة العدالة

المطلب الثاني: مفهوم انكار العدالة

الفرع الأول: تعريف عام لإنكار العدالة

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لإنكار العدالة

المبحث الثاني: إنكار العدالة في التنازع السلبي للاختصاص القضائي

المطلب الأول: الحرمان من العدالة، علاج لاستحالة رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية

الفرع الأول: استحالة الإحالة إلى محكمة أجنبية

الفرع الثاني: قبول القانون الوضعي للاختصاص القائم على إنكار العدالة

المطلب الثاني: إنكار العدالة كوسيلة انتصاف لعدم نفاذ قرار أجنبي

الفرع الأول: الحرمان من العدالة وعدم قبول الدعوى في الخارج

الفرع الثاني: الحرمان من العدالة ورفض الاعتراف بالقرار الأجنبي أو إنفاذه

المبحث الثالث: إنكار العدالة في التنازع الإيجابي للاختصاص القضائي

المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص

الفرع الأول: شروط التنفيذ الصارمة

الفرع الثاني: آلية تقتصر على مخاطر الأمر المقضي به

المطلب الثاني: الدفع بالتسبيب: استثناء الاتصال الدولي

الفرع الأول: الإحجام عن قبول الإقرار بالتماس الطرف الآخر استناداً فقط إلى مصلحة العدالة

الفرع الثاني: استثناء الدعاوى ذات الصلة كحل لخطر تضارب الأحكام

الخاتمة

مقدمة:

انكار العدالة ضياع للحقوق وأكل لأموال الناس بالباطل وطمس للحقائق واذن بفساد الراعي والرعية وقطع للأرحام وسفك للدماء. والعدل أساس العمران والعدالة استقرار المعاملات، سعى الانسان اليها منذ الأزل ظفر بها أحيانا وخاب المسعى أحينا أخرى. قد يبدو تحققها سهل المنال في النزاعات الوطنية ولكن قد يصل الأمر الى انكارها في النزاعات الدولية. خوف كبير يعتري أطراف النزاع بين أروقة المحاكم الوطنية والأجنبية في إطار قضايا القانون الدولي الخاص والتي قد تؤرق حتى أصحاب الاختصاص من القضاة خاصة فيما يتعلق بالتنازع السلبي وكذلك التنازع الإيجابي للاختصاص القضائي مما قد ينجر عنه ما لا يحمد عقباه وهو انكار العدالة وبالتالي الحرمان منها. لذلك كان لا بد من وجود قوانين تضمن تحققها.

ويهتم القانون بأثر القواعد والتعامل معها أكثر مما يهتم بمصدرها وصحتها الشكلية، ويعتبر أن حرمان شخص يملك حقا من تأكيده بفعالية هو بمثابة إنكار للعدالة. هذا لا يعني أن الاهتمام بالفعالية هو انشغال جديد تماما؛ فعصر حظر إنكار العدالة نفسه يشهد على ذلك. ولكن، وتحت تأثير القانون الأوروبي، فإن هذه الرغبة الواقعية أو البراغماتية في أن تكون الحقوق فعالة قد تكثفت بشكل كبير في السنوات الأخيرة: فالحق في المحاكمة، الذي يضمن فعالية القانون، يجب أن يضمن بدوره الفعالية. وتعتبر الفقرة 1 من المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان مهد هذا الحق في المحاكمة العادلة:" لكل شخص الحق في محاكمة عادلة وعلنية في غضون فترة زمنية معقولة من قبل محكمة مستقلة ومحايدة منشأة بحكم القانون، للفصل في حقوقه والتزاماته المدنية وفي أي تهمة جنائية موجهة إليه"[٧٣]. وتربط المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هذه المادة مباشرة بحظر الحرمان من العدالة، الذي لا تتردد في

٧٣الفقرة ١ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

تصنيفه كمبدأ أساسي معترف به عالميا ولذلك يجب اعتبار انتهاك الحقوق التي تكفلها الاتفاقية في المادة 6 فقرة 1 -الحق في الوصول إلى المحكمة، والحق في أن تضمن له محكمة مستقلة ونزيهة منشأة بموجب القانون، والحق في طول مدة معقولة للإجراءات، والحق في علانية الإجراءات، والحق في محاكمة عادلة -بمثابة حرمان وإنكار للعدالة[٧٤]. وقد أيد هذا التطور الواقعي في القانون الفرنسي قرار المجلس الدستوري الصادر في 9 أبريل 1996، حيث قرر المجلس الدستوري، بالإشارة إلى المادة 16 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان التي تنص على أن" أي مجتمع لا يكون فيه ضمان الحقوق مكفولا... لا دستور له"[٧٥]، أنه" من حيث المبدأ، يجب ألا ينتقص بشكل جوهري من حق الأشخاص المعنيين في ممارسة سبيل انتصاف فعال أمام المحكمة"[٧٦]. وهكذا فإن الحق في محاكمة عادلة المنصوص عليه في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، بعيدا عن التعارض بالضرورة مع القانون العادي، يضاعف في كثير من الأحيان متطلبات هذا الأخير. ولا يجب استكمالها بأحكام دولية إلا إذا ثبت أن متطلبات القانون المحلي غير كافية.

إن الطابع الدولي للنزاع لا يستدعي للوهلة الأولى أي اعتبار خاص فيما يتعلق بالحق في محاكمة عادلة. فسواء أكانوا أطرافا في نزاع محلي أم في نزاع دولي، يجب الاعتراف للأشخاص القانونيين، في ظل نفس الشروط، بحق مماثل في محاكمة عادلة وبالتالي فعالة. ولكن لا يزال من حيث فعالية الحق في الحصول على حكم قضائي فعال، فإن الحرمان من العدالة يتم التذرع به في القانون المحلي عندما يعجز المتقاضي عن العثور على قاضٍ[٧٧] أو عندما يواجه

---

٧٤ BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 1995 ; G. COHEN JONATHAN, "Convention européenne", not. Rép. pr. civ. ; M.-A. FRISON-ROCHE, "Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice", J.C.P. 1997. I. 4051. ; J. NORMAND, Rev. trim. dr. civ., 1993. 874.

٧٥المادة ١٦ من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان.

٧٦ Décision n° 96-373 du 9 avr. 1996, Statut de la Polynésie française, A.J.D.A., p. 371.

٧٧ Décret du 26 oct. 1849.

تناقضا في القرارات[٧٨]. ومع ذلك، يجب أن نتذكر أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليس لها وظيفة توزيعية؛ فهي تشير فقط إلى ما إذا كان النظام القضائي الذي تنبثق منه له اختصاص أم لا. ويؤدي ذلك إلى مشاكل التنسيق المتأصلة في أي نظام أحادي الجانب: تضارب سلبي (لا تقبل أي محكمة الاختصاص)، وتضارب إيجابي (تقبل عدة محاكم الاختصاص)؛ وتتضاعف مخاطر تضارب القرارات القضائية.

ثم يثور السؤال مرة أخرى: عند تقييم ما إذا كان هناك خطر حقيقي من الحرمان من العدالة أو من صدور قرارات متضاربة، ألا ينبغي لنا أن نعيد الاعتبارات السابقة المتعلقة بالحق في حكم فعال، الذي يُفهم على أنه الحق في محاكمة عادلة؟ وبعبارة أخرى، ألا يوجد خطر حقيقي من الحرمان من العدالة، حتى وإن كان من الممكن إحالة القضية إلى محكمة أجنبية، إذا كانت تلك الإحالة لا تكفل احترام الحق في محاكمة عادلة؟ وعلى العكس من ذلك، هل هناك خطر حقيقي من صدور قرارات متضاربة إذا كان القرار الأجنبي لا يحترم هذا الحق الأساسي؟ هذه الإشكاليات وغيرها التي يطرحها موضوعنا «انكار العدالة في تنازع الاختصاص القضائي السلبي والايجابي في القانون الدولي الخاص» ستتم معالجتها من خلال ما يلي: ماهية انكار العدالة (المبحث أول) وتنازع الاختصاصات السلبية (المبحث الثاني) وتنازع الاختصاصات الإيجابية (المبحث الثالث) في القانون الدولي الخاص.

---

٧٨ Cass. civ. 1ère, 11 fév. 1986, Bull. civ. I, n° 19, p. 16 ; C.E., 12 fév 1990, Commune de Bain-de-Bretagne, Rec. CE., p. 33 ; G.P. 1990, I, p. 263 ; Tribunal des conflits, 27 fév. 1995.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المبحث الأول: ماهية انكار العدالة

لدراسة ماهية انكار العدالة سنتطرق في مطلب أول الى مفهوم العدالة، ثم نتطرق في مطلب ثان الى مفهوم انكار العدالة.

المطلب الأول: مفهوم العدالة

«وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل»[٧٩]، «والوزن يومئذ الحق»[٨٠]، فعدل قائم خير من عطاء دائم، «فالعدل لا رخصة فيه في قريب ولا بعيد ولا في شدة ولا رخاء»[٨١]. فما تعريف العدالة؟ فرع أول، وكيف تجسدت في بعض المجتمعات؟ فرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف العدالة

العدل هو الأمر المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط، وهو الاعتدال والاستقامة والميل إلى الحق. والعدل نقيض الجور، يقال «عَدَلَ بين الخصوم أي أنصف ولم يظلم». وعلى هذه المعاني المتقاربة يدور استعمال كلمة العدل، وكلمة القسط، في لغة العرب.

وعلى وجه العموم توجد أربعة أنواع مختلفة من العدالة: التوزيعية ويقصد بها «تحديد من يحصل على ماذا»، والإجرائية ويقصد بها «تحديد مدى عدالة معاملة الناس»، والجزائية ويقصد بها «على أساس العقوبة على الخطأ»، والتصالحية ويقصد بها «التي تحاول استعادة العلاقات إلى الصواب».

الفرع الثاني: نشأة العدالة

لقد نشأ عن إقرار العدالة عند الرومان توحيد أحكام الأشخاص والأموال والمعاملات: ففيما يتعلق بالأشخاص ساوى الرومان بين المركز القانوني لكل

٧٩النساء، آية ٥٦.

٨٠الأعراف، آية ٨.

٨١من كتاب عمر بن الخطاب لسعد بن أبي وقاص.

من الروماني والأجنبي وكذلك لم تعد هناك فروق أحكام بين كل من الحر الأصيل والحر الذي كان عبدا، وفيما يتعلق بأحكام الأموال لم يعد هناك أحكاما خاصة بالأموال النفيسة والغير نفيسة، وفي أحكام المعاملات فقد أجازوا نقل الملكية بالشهادة وأقروا مبدأ تناسب الغرم بالعلم في المشكلات. وأما اليونان فقد اعتبروا أن قانون الطبيعة هو صورة العدل المطلق والعدالة عند أفلاطون تمثل الرابط الذي يجمع الأفراد في المجتمع مع بعضهم البعض (الرابط الذي يوحد أفراد المجتمع)، وهي جزءٌ من الفضيلة الإنسانية، وعليها يقوم المجتمع والخير، وهي التي تحفظ النظام للروح أيضا، وتبقيها صحيحة ومعافاة.

وأما الإسلام فان العدالة مشروع حضاري ذو أبعاد أخلاقية وإنسانية، ولا يتحقق أو يقوم المشروع الحضاري لأي أمة إلا من منطلق العدالة التي خلقت الإنسانية لتحقيقها بين جميع أفراد مكوناتها البشرية، وهذا ما يصوّره القرآن الكريم في أسلوب أمميّ حضاري: (وَمِمَّنْ خَلَقْنَا أُمَّةٌ يَهْدُونَ بِالْحَقِّ وَبِهِ يَعْدِلُونَ).[٨٢] فمفهوم العدل في الإسلام شامل يتضمن المساواة بين الناس في الحقوق والواجبات وإعطاء كل ذي حق حقه، بل إنه يتسع ليشمل غير الإنسان من نبات وحيوان. فهو فريضة واجبة على الحكام نحو الرعية والمحكومين والعدل في المعاملات بين الرعية بعضهم البعض وبين المسئولين ومن تحتهم، أمر الله تعالى به وحض عليه في القرآن الكريم.

وأما العصر الحديث فتظهر مبادئ العدالة في: وثيقة اعلان الاستقلال الأمريكية لسنة 1776 فقد نصت على أن جميع البشر خلقوا متساوين، وأنهم وهبوا من خالقهم حقوق غير قابلة للتصرف، وأن من بين هذه الحقوق حق الحياة والحرية والسعي وراء السعادة.

٨٢الأعراف، آية ١٨١.

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so + 967 730053135 http://ium.usa.online
كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

أطلق على هذه الجملة «واحدة من أشهر الجمل في اللغة الإنجليزية» و«أكثر عبارة قوة وترتيبا في التاريخ الأمريكي .«استخدمت الجملة كثيرا في الدفاع عن حقوق الجماعات المهمشة، وأصبحت تمثل للعديد من الناس المعيار الأخلاقي الذي ينبغي على الولايات المتحدة الدفاع عنه. وقد أثرت وجهة النظر هذه كثيرا في أبراهام لينكون، والذي اتخذ الإعلان كأساس لفلسفته السياسية، وروج لفكرة ان إعلان الاستقلال هو وثيقة للأساسيات التي ينبغي من خلالها تفسير دستور الولايات المتحدة.

كما تظهر أيضا في وثيقة اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسية لسنة 1789 حيث تمت الموافقة على الإعلان من قبل الجمعية الوطنية في 26 أغسطس 1789 ولا يزال يشكل الأساس القانوني لجميع دساتير الديمقراطيات الغربية اليوم. إعلان حقوق الإنسان والمواطن، أحد المواثيق الأساسية للحريات الإنسانية، ويحتوي على المبادئ التي ألهمت الثورة الفرنسية.

المطلب الثاني: مفهوم انكار العدالة

ان معرفة ماهية انكار العدالة يقتضي بالضرورة التطرق الى مفهوم انكار العدالة في فرع أول، كما يقتضي التطرق في فرع ثاني الى التعريف الفقهي له.

الفرع الأول: تعريف عام لإنكار العدالة

مصطلح انكار العدالة يستخدم للتعبير عن حالة انكار العدالة والتي تعني في القانون الدولي الخاص حرمان الأجنبي من اللجوء الى القضاء الوطني أو عدم توفير الضمانات الكافية له أمامه أو أن يظلم ظلما جليا بعد السماح له بالالتجاء اليها.

كما تعني أيضا الامتناع عن الحكم أو النظر في الدعوى والفصل بين الخصوم لأي سبب من الأسباب ولو بالتعلل بغموض القانون أو سكوته.

كما يعني انكار العدالة أيضا امتناع القاضي من غير مبرر قانوني عن الحكم في نزاع عرض عليه بالطرق القانونية فالقاضي ملزم دائما بالفصل في الدعوى التي تكون من نظره ويطبق عليها القوانين التي سنها المشرع.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لإنكار العدالة

ان بعض الفقهاء يذهبون الى أكثر مما سبق في تعريف انكار العدالة حيث لا ينحصر فقط في الاحجام عن النطق بالحكم وفصل النزاع بل يكون متحققا حتى في الحالات التي يتأخر فيها القاضي عن النظر في الدعوى أو تجاهل طلبات الخصوم بدون مبرر قانوني.[٨٣]

يمكن أن نشير في هذا الصدد أن انكار العدالة ليس مقصورا على القاضي فقط بل يمكن أن ينسحب على المشرع أيضا إذا أصدر قوانين يصادر فيها حق الأشخاص في اللجوء للقضاء حيث قضت المحكمة الدستورية الأردنية بعدم دستورية الفصل 51 من قانون التحكيم التي كانت تصادر حق الأشخاص في اللجوء الى القضاء اذ تمنعهم من الطعن في قرار محكمة الاستئناف الصادر بتأييد حكم المحكمين.[٨٤]

٨٣د. محمد خليل أبو بكر، د. محمد عوض الجبرة، د. المسؤولية الجزائية للقاضي النظامي في القانون الأردني، ٢٠١٩. ص ٢٢٩.
٨٤المحكمة الدستورية الأردنية، الفصل ٥١ من قانون التحكيم المادة ٣١ لسنة ٢٠٠١.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so
http://ium.usa.online
ium.usa.online@gmail.com
+ 967 730053135
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المبحث الثاني: إنكار العدالة والتنازع السلبي للاختصاص القضائي

والمقصود هنا، كما سيُفهم، هو العودة إلى مبدأ عدم الاختصاص كقاعدة من قواعد الاختصاص الدولي المستقل للمحاكم الوطنية وكمثال المحاكم الفرنسية؛ وقد تم التأكيد على ذلك منذ القرن التاسع عشر، من أجل معالجة عدم اختصاص المحاكم الفرنسية السابق في المنازعات بين الأجانب، وبدء عملية التخلي عنه. وعندما أُلغي مبدأ عدم الاختصاص، ليحل محله نقل بارتان الشهير لمبادئ الاختصاص الإقليمي المحلي إلى النظام الدولي، بدا أن هذا الأساس المحدد للاختصاص القضائي قد فقد الكثير من فائدته[٨٥]. ومع ذلك يتفق معظم المؤلفين على أن هذه الولاية القضائية المتبقية تحتفظ بفائدتها[٨٦]. " ألا يجعل المبدأ الأساسي للعدالة، المقترن علاوة على ذلك بالحرص على حماية السلم العام، من الضروري أن تتدخل المحكمة الفرنسية في حالات استثنائية لا تسمح فيها القواعد الفرنسية للاختصاص الإقليمي المحلي أو الاختصاص الدولي البحت بإحالة المسألة إليها، وحيث لا يمكن لمحكمة أجنبية أن تنظر في القضية؟ في الواقع، أكدت السوابق القضائية هذا الرأي في وقت مبكر جدا.[٨٧]

لكن ما هي المكانة التي ينبغي أن تُعطى لإنكار العدالة كأساس استثنائي للاختصاص القضائي؟ هل ينبغي ألا يُمارس الاختصاص المستند إلى إنكار

---

٨٥ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, t. II, n° 674 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, n° 452 ; P. LAGARDE, "Le principe de proximité...", p. 137.

٨٦ FRANCESCAKIS note R. 1963, 394 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit., p. 173 ; P. MAYER et HEUZÉ, Droit international privé, n° 288 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, op. cit., n° 726 ; D. HOLLEAUX, thèse précit., n° 9 et 145 ; A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, Thèse dactyl., Strasbourg, 1980, n° 312.

٨٧ Cass. civ. 1ère, 13 avr. 1985, Intercontinental, R. 1986. 694, note H. BATIFFOL ; T.G.I. Paris, 1er oct. 1976, R. 1977. 535, note HUET, J. 1977. 879, obs Ph. KAHN Paris, 10 nov. 1960, J. 1961, 426, note PONSARD ; Paris, 27 juin 1948, R. 1949. 339 ; Cass. civ., 17 janv. 1950, D. 1950, p. 263, R. 1952.

العدالة إلا من أجل استيفاء شرط" أن يجد أي متقاضٍ قضاة وأن يحال أي نزاع إلى محكمة يقين قانوناً"[٨٨]؟ وبعبارة أخرى، هل ينبغي أن يكون قبول هذا السبب من أسباب الاختصاص مرهونا بشكل صارم بوجود نقص حقيقي في الاختصاص، وأن يُستبعد بمجرد وجود إمكانية رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية؟ لا يمكن الدفاع اليوم عن مثل هذا التفسير التقييدي لحرمان العدالة عندما يسود مفهوم واقعي للقانون. فالإمكانية الشكلية لرفع قضية أمام محكمة أجنبية لا يمكن أن تستبعد في حد ذاتها إمكانية إنكار العدالة. إذا كان من الممكن رفع قضية أمام محكمة أجنبية، فيجب أن يؤدي ذلك أيضًا إلى صدور قرار فعال. يجب أن يسير الحق الفعال في اللجوء إلى قاضٍ جنباً إلى جنب مع الحق الفعال في الحصول على حكم. ولذلك يجب أن يُقترح الحرمان من العدالة كعلاج لاستحالة رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية (المطلب الأول)، ولكن أيضاً كعلاج لعدم فعالية القرار الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحرمان من العدالة، علاج لاستحالة رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية

ومن المناسب هنا أن نحدد مفهوم استحالة رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية (الفرع الأول)، قبل أن ندرس القبول الذي أعطته السوابق القضائية للاختصاص القضائي القائم على خطر إنكار العدالة، والذي يهدف إلى تدارك ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استحالة الإحالة إلى محكمة أجنبية

قد يجد أطراف النزاع الدولي أنه من المستحيل بحكم القانون الحصول على العدالة في سلسلة أولى من القضايا التي لا توافق فيها محكمة أجنبية على النظر في نزاعهم مباشرة. ويؤدي عدم الاختصاص المزدوج للمحكمة الفرنسية

---

٨٨ Dijon, 7 avr. 1887, J. 1888. 87.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

بموجب القواعد الفرنسية للاختصاص القضائي الدولي[٨٩] والمحكمة الأجنبية بموجب القواعد الأجنبية للاختصاص القضائي[٩٠] إلى عجز قضائي عن التصرف. وقد ينجم هذا العجز الدولي المباشر للمحاكم الفرنسية والمحاكم الأجنبية عن إعمال القواعد العادية والمميزة للاختصاص القضائي الدولي، بموجب القانون العادي أو قانون المعاهدات، وعن إعمال شروط الاختصاص القضائي.[٩١]

والواقع أنه في هذه الحالة الأخيرة، القانون الفرنسي هو الوحيد الذي يمكن أن يجيز للبند الذي يمنح الاختصاص القضائي أن يكرس اختصاص المحاكم الفرنسية، أو على العكس من ذلك أن يستبعده؛ ولكن قانون الدولة الأجنبية، التي يقيد أو يوسع اختصاص محاكمها بالمقابل، هو وحده الذي يمكن أن يقبل أو يرفض هذا الأثر المترتب على البند[٩٢]. وهذا يمكن أن يؤدي إلى تضارب سلبي، حيث توافق المحكمة الفرنسية على إنفاذ الشرط الذي له أثر استبعاد اختصاصها، في حين ترفض المحكمة الأجنبية توسيع نطاق اختصاصها على أساس الشرط. وبالتالي، ينبغي للمحكمة الفرنسية، قبل أن تعلن عدم اختصاصها وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي العادي أو المميز، أن تتحقق من وجود محكمة أجنبية توافق على النظر في النزاع[٩٣]؛ وبالمثل، ينبغي للمحكمة الفرنسية، قبل الاعتراف بشرط الاختصاص القضائي الذي يسحب اختصاصها، أن تتأكد من موافقة المحكمة الأجنبية المختارة على إنفاذ الشرط.

وعندما يؤدي هذا الفحص إلى استنتاج مفاده أنه يستحيل قانونا أن يجد الطرفان محكمة ما، يجب على المحكمة الفرنسية، تفاديا لإنكار العدالة، أن

٨٩ P. LAGARDE, note R. 1984. 347 ; A. HUET, J. -Cl. dr. int., Fasc. 581-21 n° 89 visant TGI Seine, référé, 1er fév. 1966, J. 1967.

٩٠ Ph. THÉRY, thèse précit., n° 454 ; J.-Cl. dr. int., art. précit., n° 96 ; Ph. FRANCESCAKIS, note R. 1949. 569 ; D. HOLLEAUX, thèse précit., n° 9 et133 ; A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 322.

٩١ A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 312.

٩٢ P. MAYER, Droit international privé ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, op. cit., commentaire sous Cass. civ. 1ère, 17 déc. 1985.

٩٣ A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 321.

تصحح العمل العادي لقواعد تنازع الاختصاصات. في حالة عدم الاختصاص المزدوج الناشئ عن قواعد الاختصاص القضائي الدولي العادي أو المميز، فإن التكييف المطلوب يشير إلى أن المحكمة الفرنسية، التي تفتقر من حيث المبدأ إلى الاختصاص، يجب أن تحتفظ مع ذلك بالاختصاص على أساس إضافي للاختصاص القضائي القائم على إنكار العدالة. أما في حالة عدم الاختصاص المزدوج الناشئ عن إعمال شرط اختيار المحكمة، فإن التكييف المطلوب يقترح أن تجعل المحكمة الفرنسية صلاحية الاستثناء رهنا بفعاليته: فباختيار المحكمة، لم يكن في نية الأطراف التخلي عن كل سبل اللجوء إلى المحاكم. ومن ثم فإن خطر الحرمان من العدالة يقود المحكمة هنا إلى استعادة الاختصاص القضائي الذي كان من شأن شرط نافذ أن يسحبه.[٩٤]

ويجب أن تتساوى الاستحالة القانونية للعثور على محكمة أجنبية مختصة مع الاستحالة الفعلية التي تشكل بالفعل مظهرا من مظاهر فعالية الحق في اللجوء إلى محكمة. من الواضح أنه لا يوجد تعارض سلبي بسبب وجود محكمة أجنبية تقبل الاختصاص؛ في الواقع، فإن الاستحالة الفعلية للأطراف في اللجوء إلى هذه المحكمة، بسبب المسافة أو حدث قوة قاهرة يمنع الوصول إلى العدالة الأجنبية، تعادل الاستحالة بحكم القانون الناتجة عن رفض الاختصاص. كما أن مفهوم الاستحالة بحكم الواقع وثيق الصلة باختيار المحكمة. في وقت مبكر يعود إلى عام 1974، اقترح دومينيك هولو على وجه الخصوص ضمان حماية الطرف الأضعف، من خلال إرفاق مبدأ مقبولية شرط اختيار المحكمة بـ"تطبيق مرن بنفس القدر يعزو أو يجعل الاختصاص للمحكمة الفرنسية حيثما يوجد خطر إنكار العدالة"[٩٥]. والواقع أنه لا يمكن استبعاد أو تجاهل إمكانية

٩٤ KAUFMANN-KOHLER, La clause d'élection de for dans les contrats internationaux, Bâle 1980, p. 44-45, 61 ; B ; A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 323 ; H. GAUDEMETTALLON, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Paris 1969, n° 57.ANCEL et Y. LEQUETTE, op. cit., p. 567.

٩٥ Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, J. 1975-80, spéc. p. 93.

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

فرض اتفاق اختيار المحكمة على أحد الأطراف، وهو أمر لا يمكنه رفضه. فبالنسبة لمثل هذا الطرف، قد يشكل اضطراره إلى المرافعة في الخارج أمام المحكمة المختارة، بسبب بُعد المسافة والصعوبات اللغوية وتكاليف الإجراءات، قيدا حقيقيا، مما يجعل حقه في اللجوء إلى المحكمة وهميا، ويكرس في الواقع إنكار العدالة.[٩٦]

وفي مثل هذه الحالة (التي لا تقتصر على علاقات العمل الدولية)، ينبغي للمحكمة التي تم حجزها وهي ليست المحكمة المعينة أن تتجاهل الشرط وتقيم اختصاصها الدولي بشكل تقليدي، في حين أن المحكمة التي تم حجزها وهي المحكمة المعينة ينبغي أن تثير من تلقاء نفسها عدم اختصاصها الدولي.

وأخيرا، ينبغي تمييز حالات الاستحالة الفعلية هذه عن تلك التي تتطلب فيها المحكمة الأجنبية ذات الاختصاص العادي، في ظل وجود محكمة أجنبية ذات اختصاص عادي، مع ذلك فإن الطابع الملح للحالة يتطلب حلا أسرع[٩٧]. ولأن إعلان عدم الاختصاص من قبل المحكمة الفرنسية من شأنه أن يجعل من المستحيل على الأطراف العثور على محكمة مختصة على الفور، ولأن إنفاذ القرار الذي تم الحصول عليه من المحكمة الأجنبية المختصة سيتطلب تأخيرا من شأنه أن يضر بالأطراف، فإن المحكمة الفرنسية، من أجل تجنب مثل هذا الحرمان من العدالة[٩٨]، تحتفظ باختصاصها في الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو وقائية: فاختصاصها هنا ليس مكملا لقواعد الاختصاص الدولي الفرنسي فحسب، بل هو تابع للاختصاص الدولي الأجنبي، وبالتالي فهو مقيد.

---

٩٦ M. GUEZ dans sa thèse, L'élection de for en droit international privé (Paris X-Nanterre, 2000), (n° 214) .

٩٧ A. HUET, J.-Cl. dr. int., Fasc 581-21, n° 64. ; A SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 290.

٩٨ A. SINAY-CYTERMANN, n° 311.

الفرع الثاني: قبول القانون الوضعي للاختصاص القائم على إنكار العدالة

بعد الاعتراف في عام 1948 بالمقبولية العامة للدعاوى التي يرفعها الأجانب ضد الأجانب[٩٩]، سرعان ما أكدت السوابق القضائية الشعور بأن القاعدة المستقلة للاختصاص القضائي الدولي التي ظهرت في القرن التاسع عشر لم تفقد، على الرغم من كل ذلك، كل اهتمامها. فقد تم الاعتراف بأساس الولاية القضائية القائم على إنكار العدالة، سواء في القانون العام[١٠٠] أو في قانون المعاهدات.

فبموجب القانون العام، تم الاعتراف بأساس تكميلي للاختصاص القائم على إنكار العدالة في الحالات التي يستحيل فيها قانونا رفع دعوى أمام محكمة أجنبية، نتيجة لعدم الاختصاص الفرنسي والأجنبي المباشر[١٠١].

وفي الواقع، لم يفوت أصحاب هذا الرأي الإشارة إلى أن عددا من القرارات قد استخدمت مفهوم إنكار العدالة في قضايا كان فيها اختصاص المحاكم الفرنسية مبررا بالفعل لأسباب أخرى[١٠٢]. وهكذا أشاروا إلى مفهوم إنكار العدالة في قراري محكمة استئناف باريس الصادرين في 27 يونيو 1948[١٠٣] و10 نوفمبر 1960[١٠٤] وقرار المحكمة الابتدائية في السين الصادر في 1 فبراير 1966[١٠٥]، عندما كان الاختصاص القضائي الفرنسي مبررا بالفعل على أساس المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي[١٠٦]. ومن المؤكد أن الإشارة إلى إنكار العدالة يمكن اعتبارها زائدة عن الحاجة؛ ولكن يمكن اعتبارها أيضا في هذه القرارات رغبة من جانب القضاة في تنحية المادتين 14 و15 من القانون المدني، وحصر دورهم في

---

٩٩ Cass. civ., 21 juin 1948, Patino, précit.

١٠٠ Mme MUIR WATT, "Droit international et procédure civile", Répertoire de procédure civile Dalloz, 1995, n° 19.

١٠١ Supra les arrêts précit., n° 211.

١٠٢ A. HUET, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581.21 n° 91 ; A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 317 et s.

١٠٣محكمة استئناف باريس الصادرين في ٢٧ يونيو ١٩٤٨.

١٠٤محكمة استئناف باريس الصادرين في ١٠ نوفمبر ١٩٦٠.

١٠٥وقرار المحكمة الابتدائية في السين الصادر في ١ فبراير ١٩٦٦.

١٠٦ و١٤ و١٥ من القانون المدني الفرنسي.

تحقيق الصلة الكافية بالمحكمة التي يشترطها القضاة الفرنسيون للاحتفاظ بالاختصاص على أساس إنكار العدالة[١٠٧]. ويشير أصحاب هذا الرأي أيضا إلى قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الصادر في 17 يناير 1950[١٠٨]، الذي استند إلى إنكار العدالة عندما كان الاختصاص الفرنسي مبرراً بالاستعجال.

ولكن هذا القرار لا ينبغي أن يكون مفاجئا، حيث لوحظ أن" الاستعجال هو الجانب الإيجابي وإنكار العدالة هو الجانب السلبي لعامل مشترك يربط بينهما، وهو الحاجة إلى إيجاد قاض"[١٠٩]. أخيرا، انتقد البعض الاستخدام المفرط لمفهوم الحرمان من العدالة في حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 23 ديسمبر 1960، حيث أنه في حالة عدم وجود موطن في فرنسا أو في الخارج، فإن إقامة المدعى عليه في فرنسا تستوفي أساس الاختصاص المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية[١١٠].

حيثما يكون للمحكمة الفرنسية اختصاص قضائي بتطبيق القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي الفرنسي، فلا حاجة إلى اللجوء إلى إنكار العدالة. ومع ذلك، يجب أن يكون هذا الاختصاص الدولي موجودا. ولذلك لا يمكن الأخذ باقتراح السيدة سيناي - سيترمان في مجمله الذي ينص على أنه "ينبغي من الآن فصاعدا تجنب أي خلط بين المادتين 42 و 43 من قانون الإجراءات المدنية الجديد (الذي حل محل الفقرة 1 من المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية) وإنكار العدالة وينبغي الحرص على عدم تطبيق إحداهما مكان الأخرى".[١١١]

ومن الضروري هنا التحفظ على الفقرة 3 من المادة 42 التي تنص على اختصاص المحكمة الفاعلة عندما" لا يكون للمدعى عليه موطن أو محل إقامة

---

١٠٧ Pierre MAYER et Vincent HEUZE, Droit international privé, Montchrestien, ٨th éd., 20٠4 p. 301.

١٠٨قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الصادر في ١٧ يناير ١٩٥٠.

١٠٩ A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 311.

١١٠الفقرة ١ من المادة ٥٩ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

١١١ A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 34.

معروف"، وذلك بالنص على أنه يجوز للمدعي، إذا كان مقيما في الخارج، أن يلجأ إلى المحكمة التي يختارها. لأن هذه المادة، كما اقترحها الفقيهان أنسيل وليكيت، يجب أن تعتبر نصا يحكم الاختصاص المحلي وحده، بعد أن تكون مسألة الاختصاص الدولي الفرنسي قد حسمت بالإيجاب[١١٢]. وينطبق الشيء نفسه على الحالة الثالثة المشار إليها في المادة 1166 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الجديد (لم يعدل بموجب التشريع الأخير بشأن التبني بين البلدان)، والتي تنص على أنه في مسائل التبني، فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يختارها مقدم الطلب في فرنسا" عندما يكون هو والشخص المطلوب تبنيه مقيمين في الخارج"[١١٣]. ويتمتع هذا التحليل بميزة تفادي مضاعفة مخاطر المفاضلة بين المحكمتين التي قد تترتب على الاعتراف بالنطاق الدولي لهذين النصين. وعلى وجه الخصوص، فإن هاتين المادتين ستُستدعى إلى التطبيق بعد قبول الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية على أساس إنكار العدالة.

كما أن السوابق القضائية قد أعطت اعتبارا مؤاتيا للاختصاص القضائي القائم على الحرمان من العدالة بسبب الاستحالة الفعلية لرفع الدعوى أمام المحاكم الأجنبية ذات الاختصاص القضائي عادة، ولا سيما في حالة الحرب أو الطرد أو على أساس الاستعجال، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

وسواء أكان ذلك بحكم القانون أم بحكم الواقع، فإن استحالة رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية لا يكفي لإثبات اختصاص المحاكم الفرنسية، لأن" المحاكم الفرنسية ليست معنية بالحكم في حالات إنكار العدالة المرتكبة في جميع أنحاء العالم"[١١٤]. تتطلب السوابق القضائية أيضا وجود صلة معينة بين النزاع

١١٢ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, op. cit., commentaire sous Cass. civ. 1ère, 19 nov. 1985.
١١٣ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, op. et loc. cit. ; P. BOUREL, (J.-CL. dr. int., Fasc. 548-4, n° 7). D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de La PRADELLE, op. cit, n° 1268 ; P. LAGARDE, R. 2001, 275, spéc. note 22.
١١٤ Cass. civ., 17 janv. 1950, R. 1952. 108, note Y. LOUSSOUARN; Nancy, 26 oct. 1943, R. 1947.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

وفرنسا. فما هي الصلة المطلوبة؟

تنتقد السيدة سيناي-سيترمان عن حق بعض القرارات التي تتخذ خطا صارما للغاية. فعلى سبيل المثال، اشترطت المحكمة الابتدائية في باريس في حكمها الصادر في 1 أكتوبر 1976 أن يكون للمدعي إقامة مستقرة.

وكما يشير بعض الفقهاء،" يعاني الأجانب الذين يمرون ببساطة عبر فرنسا من نفس القصور القانوني الذي يعاني منه الأجانب المقيمون عادة في البلاد، وتتطلب حماية مصالحهم المشروعة تدخلا قضائيا بنفس القدر. وبالإضافة إلى هذا المبدأ الأساسي للعدالة، هناك الاهتمام بحماية السلم العام؛ فبالإضافة إلى حماية مصالح الأفراد، فإن الدولة تحرص بغيرة على الحفاظ على النظام الاجتماعي، وسواء كان الفرد مقيما بصفة اعتيادية أو مجرد عابر سبيل في فرنسا، فإن هذا النظام الاجتماعي مهدد»[110]. لذلك يجب أن يتجه قانون السوابق القضائية نحو مفهوم أكثر تحررا للصلة المطلوبة، مكتفيا بوجود مصالح أحد الأطراف في فرنسا، أو إقامة مقدم الطلب أو الحاجة إلى أداء خدمة معينة في فرنسا. ومن شأن ذلك أن يعكس بالتالي التغير الذي طرأ على طبيعة الدور الذي يلعبه الحرمان من العدالة منذ التخلي عن مبدأ عدم الاختصاص القضائي: فقبل ذلك كان المفهوم يتطلب مفهوما صارما لارتباط النزاع بفرنسا؛ ومنذ ذلك الحين، يجب الاكتفاء بمفهوم مرن لارتباط النزاع بفرنسا، لأنه مدعو إلى تصحيح عدم تنسيق قواعد تنازع الاختصاصات القضائية الفرنسية والأجنبية.

ويبدو أن نظام الاختصاص الذي أنشأته اتفاقية بروكسل المؤرخة ٢٧ أيلول/ سبتمبر 1968 لم يترك أي مجال للاختصاص المتبقي القائم على إنكار العدالة،

; A. SINAY- 97, note NIBOYET; Montpellier, 26 oct. 1955, R. 1956. 487, note FRANCESCAKIS CYTERMANN, thèse précit., n° 358. On notera que l'arrêt Pordea, rendu par la Cour de cassation le 16 mars 1999 (Rev. gén. proc. 1999-747, obs. H. MUIR WATT, R. 2000.

١١٥ Supra, n° 214.

لأن النص لا يشير في أي مكان إلى هذا الأساس من الاختصاص. واستنادا إلى (actor sequitur forum rei) مبدأ "الفاعل المتسلسل"، مع عدد محدود من الاستثناءات، فإن نص الاتفاقية لا يمكن أن يتضمن "أي ثغرات"، وفقا لما ذكره مندوب ألماني استبعد صراحة خلال الأعمال التحضيرية إنكار العدالة من الاتفاقية. ومع ذلك، في وقت مبكر من عام 1972، رأى السيد دروز، في عمله التاريخي بشأن اتفاقية بروكسل، أن الحرمان من العدالة يمكن أن يكون له دور، حتى في نظام مغلق مثل النظام الذي أنشأته اتفاقية بروكسل. وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأي في حكم أصدرته في 3 فبراير 1987، حيث قبلت المحكمة هذا الرأي في حالة عدم الاختصاص القضائي في حالة عدم الكفاءة الدولية المزدوجة للقضاة الفرنسيين والأجانب الناتجة عن إعمال قواعد اتفاقية بروكسل. وكان التعليل على النحو التالي:" رأت محكمة الاستئناف أن مجرد شهادة محاميين ألمانيين، التي لم تتضمن إشارة دقيقة إلى نص أو قرار، لا تكفي لإثبات أن S.F.I.B.B. لم تكن قادرة على تأكيد حقوقها أمام المحكمة الألمانية. ومن خلال الرد على الدفع في القانون بهذه الطريقة، فقد بررت قرارها قانونا". وعلى العكس من ذلك، إذا كانت S.F.I.B.B. قد نجحت في اثبات هذه الاستحالة لأمكن الاعتراف بإنكار العدالة.

ويجد هذا الحل الآن مزيدا من الدعم في الحكم الذي أصدرته محكمة العدل للجماعات الأوروبية في 28 مارس 2000، الذي أعطى الأسبقية لمتطلبات الحق في محاكمة عادلة، المنصوص عليها في المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، على الحكم المخالف في اتفاقية بروكسل. وبالفعل، فإن المادة 27 فقرة 2 من الاتفاقية (التي أصبحت الآن المادة 34 فقرة 1 من لائحة بروكسل الأولى المؤرخة 22 ديسمبر 2001) تقلل طواعية من متطلبات السياسة العامة الإجرائية لحماية حقوق الدفاع، بسبب الثقة المتبادلة بين الدول المتعاقدة. ومع ذلك خلصت المحكمة إلى أنه يمكن الاحتجاج بالحقوق

الإجرائية الأساسية ضد الاعتراف بالأحكام القضائية الأوروبية وإنفاذها، عملا بالمادة 27 فقرة 1 من الاتفاقية. يجب نقل التعليل المعتمد من باب أولى إلى مجال الاختصاص المباشر (حيث لم تعد الحجة المتعلقة بحرية نقل الأحكام منطبقة)، من أجل الاعتراف باختصاص قضائي متبقٍ قائم على إنكار العدالة، على الرغم من الطبيعة التقييدية لأسس الاختصاص المنصوص عليها في المادة 1 وما يليها من الاتفاقية.

ومع ذلك، فمن المرجح أن الحرمان من العدالة في قانون الجماعة الأوروبية، كوسيلة انتصاف من التقصير القضائي، نادرا ما يكون له دور في قانون الجماعة. ومن ناحية أخرى، فإن الحكم الصادر عن محكمة العدل يشير إلى استخدام مفهوم الحرمان من العدالة على نحو أكثر تواترا ويضفي الشرعية عليه.

المطلب الثاني: إنكار العدالة كوسيلة انتصاف لعدم نفاذ قرار أجنبي

هل هناك إنكار للعدالة، وبالتبعية هل للمحاكم الفرنسية اختصاص على هذا الأساس، إذا بدا أن المحكمة الأجنبية التي تقبل الاختصاص القضائي سترفض الدعوى باعتبارها غير مقبولة أو غير قائمة على أساس سليم بموجب القانون المنطبق (فرع أول)؟ هل الوضع هو نفسه في الحالات التي لا يستطيع فيها الأطراف الحصول من المحكمة الأجنبية ذات الاختصاص القضائي العادي على قرار يمكن الاعتراف به أو إنفاذه (فرع ثان)؟ للإجابة على هذه الأسئلة، نحتاج إلى النظر عن كثب في مفهومي الحق في الحصول على حكم نافذ والحق الفعلي في الحكم.

الفرع الأول: الحرمان من العدالة وعدم قبول الدعوى في الخارج

بالنسبة للسؤال الأول، أي ما إذا كان إنكار العدالة يرتكب عندما يكون مصير الدعوى الفشل المؤكد أمام المحكمة الأجنبية المختصة عادة، حتما الجواب

سيكون النفي. فبمجرد أن توافق المحكمة على النظر في الدعوى، لا يعود هناك مجال لإنكار العدالة، مهما كان القرار الذي سيصدر بشأن الأسس الموضوعية؛ لأن المثل الأعلى للعدالة يتطلب ببساطة أن يجد الأطراف قاضيا وليس بالضرورة شخصا يوافقهم الرأي.[١١٦]

ويمكن الاحتجاج بالاجتهاد القضائي، الذي لا يخلو من فروق دقيقة، بهذا المعنى، كما يتضح من قضية داون آدامز الزوجة ماسيمو ضد ماسيمو[١١٧]. كان النزاع بين دون آدامز، التي كانت تحمل الجنسيتين البريطانية والإيطالية، وزوجها الإيطالي الذي كان يعيش في إيطاليا. وبعد أن فشلت أمام المحكمة الابتدائية في السين الكبرى، ادعت أنها ضحية إنكار العدالة أمام محكمة استئناف باريس، على أساس أن هذا المفهوم يجب أن يُفهم على أنه لا ينبغي أن يشمل فقط القضايا التي تفتقر فيها المحكمة الأجنبية إلى الاختصاص القضائي، بل أيضا القضايا التي كان مصير الطلب فيها الفشل المؤكد، على الرغم من إمكانية تقديم طلب إلى محكمة أجنبية. وقد رفضت محكمة الاستئناف في باريس هذا الادعاء بالعبارات التالية: "[...] لا يمكن اعتبار السيدة آدامز ماسيمو، التي تطالب بحق ليس من مسائل السياسة العامة والتي حرمها القانون الإيطالي المطبق في النظام الفرنسي لتسوية تنازع القوانين، ضحية إنكار العدالة وحرمانها من حق معين، إذا تقدمت بطلب إلى المحكمة الإيطالية المختصة، إلا إذا كان القرار بعدم قبول الدعوى في القانون يوصف بأنه 'إنكار للعدالة'. وهكذا أظهرت محكمة الاستئناف في باريس بوضوح عزمها على عدم المساواة بين قرار أجنبي بأن الدعوى غير مقبولة قانونا وقرار أجنبي بعدم الاختصاص، عند تقييم ما إذا كان هناك خطر الحرمان من العدالة.

---

١١٦ Ph. FRANCESCAKIS, note sous Paris, 10 nov. 1959, R. 1960. 218 ; A. PONSARD, note sous le même arrêt, J. 1960. 792 ; H. GAUDEMETTALLON, note R. 1977. 339 ; A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 334.

١١٧ Paris, 10 nov. 1959, précit.

وقد انتقدت السيدة سيناي - سيترمان بشدة هذا التحفظ المتعلق بالسياسة العامة قائلة: "لا يهم كثيرا ما إذا كانت الحلول التي اعتمدها الحكم الأجنبي غير مقبولة أم لا، سواء أكان الحكم قد صدر أم لا، وبعبارة أخرى ما إذا كان انتهاك سياستنا العامة ثابتا أم مجرد افتراض مسبق. ويبدو لنا أن أي تبعية لسبب من أسباب الاختصاص القضائي للحلول المتعلقة بالاختصاص التشريعي يجب أن تُرفض "[١١٨]. غير أن هذا النقد يبدو لنا قاطعا أكثر من اللازم. ألا ينبغي أن يكون القرار الأجنبي بعدم مقبولية دعوى ما في القانون مساويا لإنكار العدالة في الحالات القصوى التي يكرس فيها ظلما صارخا؟ ألا يوجد إذن، في الواقع، غياب للعدالة يجيز للقاضي الفرنسي الاحتفاظ بالولاية القضائية على أساس إنكار العدالة؟ إن طرح هذا السؤال يعني اقتراح التداخل بين إنكار العدالة الشكلي وإنكار العدالة المادي.

عندما يكون من المؤكد أن القرار الأجنبي برفض الدعوى في القانون ينتهك مبدأ العدالة الشاملة، يمكن أن نستنتج أن فعل الحكم نفسه هو الذي ينقصه. وفي هذه الحالة، فإن الحل الأجنبي الذي يتعارض مع القانون الطبيعي أو السياسة العامة على النحو المحدد في حكم لوتور ("مبادئ العدالة العالمية التي تعتبر في الرأي الفرنسي ذات قيمة دولية مطلقة") يجب أن يؤدي بالمحكمة إلى الاحتفاظ بالاختصاص على أساس فعل الحكم وإلا فإن القاضي الأجنبي سيرتكب إنكارا ماديا للعدالة، يضاف إليه إنكار شكلي للعدالة يرتكبه القاضي الفرنسي. قد تبدو هذه الفرضية نظرية، بالنظر إلى ندرة المبادئ الموضوعية للعدالة العالمية والقضايا التي تنتهك فيها هذه المبادئ. وعلاوة على ذلك، ولكي تحتفظ المحكمة باختصاصها على أساس إنكار العدالة، يجب إثبات أن هذه المبادئ قد تم تجاهلها.

---

١١٨ A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit., n° 331.

ولكن بعيدا عن التأثير المشروع للقانون الطبيعي، فإن استثناء السياسة العامة الدولية هو علاوة على ذلك في اتصال مفتوح مع السياسة العامة المحلية؛ هل يجب أن يوصف القرار الأجنبي بعدم قبول دعوى غير مقبولة في القانون بما يتعارض مع السياسة العامة المفهومة على هذا النحو بأنه إنكار للعدالة؟ لا يؤيد بعض الفقهاء الفكرة العامة القائلة بأن الاختصاص القضائي يستند إلى إنكار العدالة في حالة عدم قبول الدعوى في الخارج؛ غير أنهم يجادلون بقبولها استثنائيا في الحالات التي ترفض فيها المحكمة الأجنبية المختصة أو قد ترفض تطبيق قانون السياسة العامة الفرنسي الذي حدده قانونها الدولي الخاص. غير أن المسألة إذن لا علاقة لها بإنكار العدالة؛ فهي تثير مشكلة متميزة تتعلق باعتماد القانون الفرنسي لمحكمة الضرورة السياسية، أي بعبارة أخرى "محكمة الشرطة."

ومع ذلك، فمن وجهة نظر إنكار العدالة يتم تناول هذه المسألة في الأدبيات القانونية. فقد سلط أوبير باور الضوء على المشكلة التي يطرحها قانون 14 يوليه 1819 المتعلق بحق الجباية على التركات. ومن وجهة نظره، فإن المنازعات المتعلقة بهذا الحق تندرج بالضرورة ضمن اختصاص المحاكم الفرنسية، لأن الاعتراف بالولاية القضائية الأجنبية سيؤدي إلى إنكار العدالة، حيث لن يتمكن الطرف الفرنسي من تأكيد حقوقه في الخارج. وقد تناول هذا الاقتراح أ. بونسار في قضية فونتين التي بتت فيها محكمة استئناف باريس في 29 يونيو 1968.[١١٩] تقدم مواطنان فرنسيان مقيمان في كيبيك بطلب إلى المحكمة الفرنسية للموافقة على تغيير نظام الملكية الزوجية. اعترفت محكمة باريس بانطباق المادة 1397 من القانون المدني الفرنسي[١٢٠] على أساس النظام العام، لكنها رفضت قبول الاختصاص القضائي ولم يتم منح التماثل.

---

١١٩. Cour d'appel de Paris le 29 juin 1968

١٢٠. Article 1397 du Code civil français

أثار هذا القرار جدلا حادا في الأوساط الأكاديمية. رُفضت الوصية في فرنسا، ولم يكن من الممكن منح الوصية في الكيبيك أيضا، حيث اعتُبر النظام خاضعا لقانون الكيبيك الذي يحظر تغيير النظام. وقد رأى أندريه بونسارد، تعليقا على هذا الحكم، أنه في مثل هذه الحالة، يجب قبول الولاية القضائية على أساس إنكار العدالة.

غير أنه من الواضح أنه لو كان قد تم الاحتفاظ باختصاص المحاكم الفرنسية في هذه القضية، لما كان من الممكن معالجة نقص في الاختصاص القضائي (عدم وجود قاض أو حكم جدير بالاسم)، بل عدم تطبيق حق يوصف بأنه سياسة عامة فرنسية. وفي الحالات المماثلة التي يراد فيها تطبيق مبدأ أو قاعدة من قواعد السياسة العامة على حل النزاع، يدافع أصحاب البلاغ عن اختصاص المحاكم الفرنسية ليس على أساس إنكار العدالة، بل على أساس انطباق القانون الفرنسي للسياسة العامة. وبالتالي، فإن الهدف المنشود هو هدف تطبيق السياسة العامة وليس العدالة.

وحيثما يكون قد صدر قرار أجنبي بالفعل، ينبغي أن تساعد العناصر الأساسية للدعوى القضائية على تحديد الحالات التي يجوز للمحكمة الفرنسية مع ذلك أن تقبل فيها الاختصاص على أساس إنكار العدالة.

الفرع الثاني: الحرمان من العدالة ورفض الاعتراف بالقرار الأجنبي أو إنفاذه

وفي الحالات التي لا يمكن فيها الاعتراف بالقرار الأجنبي الصادر من المحكمة المختصة عادة أو إنفاذه في فرنسا، يرى بعض المؤلفين أن هناك تقصيرا قضائيا في التصرف، مما يفتح الطريق أمام اختصاص المحاكم الفرنسية على أساس إنكار العدالة[١٢١]. غير أن الإجابة بالإيجاب على هذا السؤال يجب أن تُرفض بقوة

١٢١ D. HOLLEAUX, notes J. 1975. 98 et J. 1976. 149 ; T. civ. Seine, 1er déc. 1932, J. 1933. 84 concl. PICARD, note TAGER; A. SINAY-CYTERMANN, thèse précit. n° 340 et 343 et s. ; P.Y. GAUTIER, note précit. ; G. DROZ, op. cit., n° 52 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, op. cit., arrêt Nassibian et

حتى وإن بدا أن فرنسا هي المكان الضروري لإنفاذ القرار. ويمكن الاستشهاد هنا بما قاله السيد باسكال دي فارييه - سوميير بإسهاب: "إذا رفضت الدولة المحجوز عليها، مع إعلانها عدم الاختصاص، علاوة على ذلك، وكما يحق لها أن تفعل، السماح للحكم الأجنبي بإحداث آثار على إقليمها، فإن النتيجة الوحيدة المترتبة على ذلك هي أن المستفيد منه لن يكون له حق اختصاصي في مباشرة عمليات التنفيذ على ذلك الإقليم، مما سيؤدي إلى فشل محاولته القيام بذلك». وقد يكون هذا الوضع مؤسفا بالنسبة للشخص الذي يحتج بالقرار، ولكن في نهاية المطاف، إذا كان الحكم الأجنبي قد تم نقضه من قبل دولة المحكمة، فربما كان ذلك بسبب وجود عيب فيه من الظلم أن يعاني منه طرف النزاع الذي يرفض تنفيذ الحكم. أما إذا لم يكن ذلك القرار معيبا وبالتالي نقضته الدولة الموجه إليها الطلب تعسفا، فلن يكون عدم اختصاص المحكمة بإعادة النظر في قضية سبق أن فصلت فيها المحكمة على نحو صحيح هو الذي يدعو إلى الأسف، بل إمكانية أن تنقض الدولة التي تقيم تلك المحكمة العدالة باسمها هذا الحكم.

وهذه الملاحظات يجب أن تكون بدورها مشروطة ومصححة، وفقا للمبادئ التوجيهية المقترحة سابقا: يجب الإبقاء على الاختصاص الفرعي عن طريق إنكار العدالة للدولة المطلوب منها ذلك كلما كان القرار الأجنبي غير قابل للاعتراف به أو تنفيذه، لأنه لا يستوفي الخصائص الأساسية للقرار القضائي. وبشكل أكثر تحديدا، فإن القرار الأجنبي الذي يصدره قاض ليس طرفا ثالثا محايدا، أو القرار الذي ينتهك المبادئ الموضوعية للعدالة العالمية لا يستوفي هذه الصفة.

وعلى النقيض من المبادئ الموضوعية أو الإجرائية للعدالة العالمية (الحق في قاض مستقل ومحايد والحق في الاستماع إلى أقواله)، والتي لا يمكن تخفيفها، فإن مثل هذه القرارات تستدعي اختصاصا قضائيا فرعيا يستند إلى خطر إنكار العدالة. وفي مثل هذه الحالة، لا ينبغي للقاضي الفرنسي أن يحكم

Strojexport, n° 59.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

مسبقا على القضية، ولا ينبغي للقاضي الفرنسي أن يحكم مسبقا على القضية، وأن يكون انتهاك مبادئ القانون الطبيعي هذه ناتجا عن قرار أجنبي سبق أن صدر. في مثل هذه الحالة، لم تتحقق العدالة أبدا. وهنا يأتي دور القرارات الأخيرة لمحكمة النقض الفرنسية ومحكمة العدل الأوروبية. فانتهاك المبدأ العام، سواء على الصعيد المحلي أو المجتمعي، للحق في المحاكمة العادلة الذي تكفله الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لا ينبغي أن يمكن المحكمة الفرنسية من إلغاء القرار الأجنبي الذي يتعارض مع مبادئ العدالة العالمية فحسب، بل ينبغي أن تقبل أيضا بأن لها اختصاصا مباشرا في إنكار العدالة. من ناحية أخرى، فإن انتهاك مبدأ أو قاعدة من قواعد السياسة العامة ذات الطابع السياسي لا ينبغي أن يفتح الطريق أمام اختصاص قضائي فرعي قائم على إنكار العدالة، بل أمام محكمة تستجيب للاحتياجات السياسية بالمعنى المخفف.

وفيما يتعلق بعدم فاعلية القرار في الخارج تشير السلطة المتصلة بالقرار، وهو العنصر الأساسي الأخير، إلى السلطة أو الإمكانية في وظيفة الحكم. وهي تشمل، من ناحية، الأمر المقضي به بالمعنى الضيق، الذي يمنع الطعن في الحكم الذي صدر بالفعل، ومن ناحية أخرى، قابلية الإنفاذ، التي تجعل من الممكن إصدار أمر لموظفي إنفاذ القانون بتنفيذ العمليات اللازمة لإنفاذ القرار. يتم تقييم وجود هاتين الصفتين وفقا للقانون الإجرائي للدولة التي يصدر عنها القرار، وغيابهما يمنع أن يكون للقرار أثر في الخارج أكثر مما هو عليه في بلده الأصلي. وبالتالي فمن المقبول بالإجماع أنه لا يمكن إنفاذ الحكم الأجنبي إلا إذا كان قابلا للإنفاذ بالفعل في بلده الأصلي.

ومع ذلك، يجب التمييز بعناية بين عدم قابلية الإنفاذ واستحالة إنفاذ الحكم الأجنبي بحكم الواقع أو بحكم القانون. فالعائق الخارجي الذي يحول دون إنفاذ الحكم، سواء أكان بحكم الواقع، مثل إعسار المدين، أو بحكم القانون، مثل

وجود لوائح تنظيمية، لا يشكك في قابلية إنفاذ الحكم.

ولذلك، فإن عدم نفاذ القرار في الخارج بسبب هذه العقبات لا يمنع تنفيذه في فرنسا، وهو ما يبدو أفضل من تمديد الاختصاص المباشر للمحكمة الفرنسية على أساس إنكار العدالة. وهكذا، ففي الحكم الصادر في 20 نوفمبر 1974، عندما تذرع المدعي باستحالة الحصول على تنفيذ القرار في الجزائر (الذي كان بإمكانه الحصول عليه أمام محاكم تلك الدولة المعينة بموجب شرط الاختصاص)، رفضت محكمة النقض هذه الحجة على الأسس التالية: "إن هذا العائق الفعلي، على افتراض ثبوته، لا يمنع الاعتراف بأي قرار قضائي جزائري (...) وإعلانه قابلا للتنفيذ في فرنسا."

ومن الإيجابي أن القضاة الفرنسيين يشعرون بالقلق إزاء إمكانية تعرض المتقاضين في نزاع في القانون الدولي الخاص إلى فشل قضائي، أو حتى إلى إساءة تطبيق العدالة، ويقترحون معالجة ذلك من خلال الإبقاء على الاختصاص القضائي على أساس إنكار العدالة. ومع ذلك، فإن استقلالية المحاكم يمكن أن تؤدي أيضا إلى أن تتوصل المحاكم الفرنسية والأجنبية إلى قرارات غير قابلة للتوفيق. ويشكل هذا الوضع، الذي يضر بالأطراف وبالنظام الدولي السليم على حد سواء، حالة إنكار للعدالة يجب على المحاكم الفرنسية منعها برفض الاختصاص.

المبحث الثالث: إنكار العدالة والتنازع الإيجابي للاختصاص القضائي

إن الطابع الأحادي الجانب بالضرورة لقواعد الاختصاص القضائي، فضلا عن الاختيار الواسع للمحاكم الذي تتيحه هذه القواعد للأطراف من أجل مزيد من التيسير عليهم، كثيرا ما يؤديان إلى اعتراف المحاكم المنتمية إلى نظامين قضائيين مختلفين باختصاص كل منهما في نفس النزاع. وهذا يخلق خطر تضارب القرارات.

في القانون المحلي، لطالما شُبهت القرارات المتضاربة في القانون المحلي بإنكار العدالة. وتشير المادة 1 من القانون الصادر في 20 أبريل 1932 بشأن محكمة المنازعات صراحة إلى خطر تضارب القرارات الذي يؤدي إلى إنكار العدالة. ولكن لفترة طويلة، شكلت سلطة الأمر المقضي به المرتبطة بقرارات المحكمة، والتي رفعتها المادة 1351 من القانون المدني إلى مرتبة الافتراض القانوني، عقبة أمام تضارب القرارات القضائية. ولم تكن عصمة القرارات القضائية محدودة إلا عندما تصطدم بعصمة أخرى مساوية لها في القيمة، أي قرار قضائي آخر. وفي حالة وجود تناقض بين قرارين صادرين عن محكمتين مختلفتين، فإن المادة 6، الباب الأول، الجزء الأول من لائحة عام 1738 تجعل القرار الثاني لاغيا وباطلا، لأنه ينتهك أثر الأمر المقضي به في القرار الأول. عندما تصدر المحكمة قرارين متناقضين، فإن هذا التناقض كان يعاقب عليه بالدعوى المدنية. وقد شككت النصوص الجديدة لقانون الإجراءات المدنية إلى حد كبير في هذه العصمة لقرارات المحاكم، من خلال إدخال عقوبات جديدة. وتنظم المادتان 617 و618 من قانون الإجراءات المدنية الجديد نوعين من التناقض بين الأحكام. تنص الأولى على أنه في حالة وجود تعارض ناتج عن انتهاك الأمر المقضي به، يجوز أن يكون الحكم الثاني موضوع استئناف أمام المحكمة العليا؛ وإذا ثبت التعارض، يتم حسمه لصالح الأول. أما الثاني فينص على أنه يجوز الطعن في الحكمين أمام محكمة النقض إذا تبين عدم إمكانية التوفيق بينهما، وعلى محكمة النقض أن

تلغي أحد الحكمين أو كليهما عند الاقتضاء[١٢٢]. غير أن الجمعية العامة لمحكمة النقض، بالإشارة صراحة إلى المادة 4 من القانون المدني، أكدت في معرض نظرها في الطعن على أساس المادة 618 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، تحليل عدم إمكانية التوفيق بين القرارين باعتباره إنكارا للعدالة.

ومن المسلم به، كما يشير السيد لوبارز، أنه في حالة وجود قرارين متناقضين، "لا يُعزى إنكار العدالة إلى قضاة الموضوع الذين حكموا في دعاوى الطرفين [...] ولكن سيكون هناك بالفعل إنكار للعدالة من جانب النظام القانوني ككل [...] وفي غياب سبيل انتصاف مثل ذلك المنصوص عليه في المادة 618 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، فإن النظام القانوني سيسمح بوجود قرارين متناقضين في آن واحد، مما يؤدي إلى تحييد أحدهما الآخر [...] في حالة عدم وجود سبيل انتصاف مثل ذلك المنصوص عليه في المادة 618 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، فإن النظام القانوني سيسمح بوجود قرارين متعارضين في آن واحد، مما يؤدي إلى تحييد أحدهما الآخر وإغراق الأطراف في حالة من انعدام القانون»[١٢٣].

ومن المؤكد أن حلاً من هذا النوع لا يمكن نقله بصيغته الحالية إلى النزاعات الدولية، لأن" الأنظمة القانونية التي تتصادم هناك تصدر باسم سيادات مختلفة؛ فكل سيادة تريد أن تحقق ما تريد، وعندما تفعل ذلك، من الصعب أن تكون مستعدة للتخلي عن الحل الذي قدمته"[١٢٤].

---

١٢٢ J. BORE, La cassation en matière civile, éd. Sirey, 1980, n° 2015 ; J. HERON, Droit judiciaire privé, éd. Monchrestien, 1991, n° 739 et s. ; C. PUIGELIER, note sous Cass. 2ème civ., 12 janv. 1994, JCP 1995.

١٢٣ Th. le BARS, note précit., spéc. n° 14.

١٢٤ P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, n° 434.

وعلاوة على ذلك، يمكن الاعتراض على أن الأسبقية الممنوحة للولاية القضائية للمحكمة تمنع أي خطر للتصادم بين قرار المحكمة وقرار أجنبي لا يمكن التوفيق بينه، حيث أن هذا الأخير ينحى جانبا في مرحلة الاعتراف به أو إنفاذه.

والوضع هو نفسه في قانون الجماعة الأوروبية، حيث تستبعد المادة 27 من اتفاقية بروكسل المؤرخة 27 سبتمبر 1968 (المادة 34 من لائحة بروكسل الأولى حاليا) الاعتراف بالأحكام الأجنبية إذا كانت غير قابلة للتوفيق مع حكم صادر بين نفس الأطراف في الدولة المخاطبة. وبالتالي، يتم الحفاظ بالتأكيد على تماسك كل نظام قانوني؛ ومع ذلك، فإن تعايش قرار المحكمة الذي يعتبر غير قابل للتوفيق مع قرار أجنبي معترف به كل منهما على أنه نافذ في نظامه الخاص، يولد إنكارا للعدالة بالنسبة للمتقاضين والنظام الدولي الخاص. لذلك" من الأفضل منع نشوء تضارب في الأحكام بدلا من محاولة حله". وفي حالة وجود تعارض بين حكمين سبق إصدارهما، من الممكن تحديد معيار للاختيار بينهما، ولكن من غير الممكن جعلهما يختفيان؛ وهذا يؤدي إلى انعدام الانسجام الدولي للقرارات على نحو مؤسف، بل وكارثي».[١٢٥]

ولمواجهة ذلك، استعارت السوابق القضائية أداتين تقليديتين من القانون المحلي: الاعتراضات المعلقة والالتصاق. كانت الصعوبة الرئيسية التي أثارها نقلهما إلى النظام الدولي هي نفسها بالنسبة لكليهما: في النظام المحلي، تؤدي هذه الاستثناءات إلى إعفاء محكمة فرنسية من الاختصاص القضائي لصالح محكمة فرنسية أخرى، والتي ستصدر نفس العدالة باسم نفس صاحب السيادة؛ وفي النظام الدولي، تؤدي هذه الاستثناءات إلى إعفاء محكمة فرنسية من الاختصاص القضائي لصالح محكمة أجنبية، والتي ستصدر العدالة باسم صاحب سيادة أجنبي. لوقت طويل، عارضت محكمة النقض مقبولية

١٢٥ P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, n° 427.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 90 5528004880 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
المركز الرئيسي IUM

هذه الاستثناءات، متسترة وراء استحالة تعيين القضاة بين المحاكم الفرنسية والأجنبية. ثم تبنت أخيرا موقفا أكثر تحررا واستجابت لتوقعات بعض الفقهاء القانونيين بتأكيدها على المقبولية من حيث المبدأ للاعتراضات المعلقة والربط، والتي تم تحديدها صراحة في نصوص قانون الجماعة.

غير أنه عند النظر إلى الاعتراضات المعلقة من وجهة نظر قدرتها على تفادي خطر تضارب القرارات، فإن الدفع بعدم الاختصاص محدود الفائدة (المطلب الأول)، في حين أن الدفع بالتسبيب يتيح إمكانية أكبر للاستخدام (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص

وبالتذكير بشروط تنفيذ هذا الاستثناء في القانون الدولي الخاص (الفرع الأول) سنسلط الضوء على حدوده (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط التنفيذ الصارمة

وإذا ما نُقل إلى القانون الدولي الخاص، يجب تكييف الاستثناء المعلق، ولكن لا يمكن تغيير طبيعته. كما يجب أن تكون المحكمتان الأجنبية والفرنسية قد نظرتا في نفس النزاع بين نفس الأطراف، ويجب أن يكون لهما نفس الاختصاص بموجب قواعد الاختصاص الدولي المباشر لكل منهما. كما يجب أن تكون المحكمة الفرنسية قد نُظرت في الدرجة الثانية ويجب أن يكون الاعتراض قد قُدِم في مرحلة التقاضي قبل أي دفع بعدم الاختصاص. ومع ذلك، وعملاً بالمادة 100 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، يجوز للمحكمة الفرنسية التي تم حجزها ثانيا أن ترفض الاختصاص. وبالإضافة إلى ذلك، نظرا لأن وجود تعارض حقيقي بين القرار الأجنبي والقرار الفرنسي يعتمد على فعالية القرار الأجنبي في فرنسا، يجب أن يكون هذا الأخير قابلا للاعتراف به في ذلك البلد. وبهدف منع خطر الحرمان من العدالة الناجم عن تضارب القرارات، يجب ألا يؤدي الاستثناء من التقاضي إلى نتائج عكسية على الأطراف، مما يعرضهم

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

لشكل آخر من أشكال الحرمان من العدالة الذي قد ينشأ عن فشل قضائي في التصرف. وبالتالي، يتعين على القاضي الفرنسي أن يقوم بالتكهن بما إذا كان القرار المرتقب يتوافق مع الشروط التي تحكم قانونية الأحكام الأجنبية. ونظرا للصعوبات التي ينطوي عليها إجراء مثل هذا التكهن، يقترح الفقهاء القانونيون اعتماد "طريق وسط: وقف الإجراءات".

وعلى أي حال، عندما تستوفى جميع شروط السماح بالاعتراض المعلق، تحتفظ المحكمة الفرنسية بصلاحية تقييم مدى ملاءمة رفض الدعوى أو وقف الإجراءات، خلافا للحلول المعتمدة في القانون المحلي.

تنص المادة 21 من اتفاقية بروكسل[١٢٦] (التي أصبحت الآن المادة 27 من لائحة بروكسل الأولى) على أن المحكمة التي تنظر في الدعوى الثانية من تلقاء نفسها توقف إجراءاتها إلى أن يتم تحديد اختصاص المحكمة التي تنظر في الدعوى الأولى" عندما تُرفع الدعاوى التي تنطوي على نفس سبب الدعوى وبين نفس الأطراف في محاكم دول متعاقدة مختلفة". وقد أوضحت محكمة العدل للجماعات الأوروبية في حكمها الصادر في قضية غوبيش أن المفاهيم المستخدمة في المادة 21 لها مضمون مستقل، يتم تعريفه وفقاً لهدف تلك المادة وفي ضوء ذلك الهدف، وهو تجنب الإجراءات المتوازية المعلقة أمام محاكم دول متعاقدة مختلفة والقرارات المتضاربة التي قد تنجم عن ذلك. ولهذا الغرض أيضاً رأت المحكمة في قضية" ما وراء البحار" أنه ينبغي تفسير المادة 21 تفسيرا واسعا. ومع ذلك، فحتى عند تفسيرها تفسيرا متحررا، فإن الشرط الثلاثي المتمثل في هوية الأطراف وسبب الدعوى والموضوع يجعل الاستثناء من الأحكام المعلقة رهنا بوجود تعارض في الأمر المقضي به بين قرارين.

١٢٦المادة ٢١ من اتفاقية بروكسل

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 90 5528004880 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

الفرع الثاني: آلية تقتصر على مخاطر الأمر المقضي به

قد لوحظ بصفة عامة أن الاستثناء من الأمر المعلق" لا يمكن أن يعمل إلا في إطار صارم للغاية ... ولا يمكن التنازل عن الاختصاص القضائي إلا لصالح المحكمة التي تم الحجز عليها أولاً، والتي لا يمكن أن تتنازل عن الاختصاص إذا كان لها اختصاص بموجب قانونها الخاص. وبالتالي فإن القرار يعتمد دائمًا تقريبًا على أولوية الإحالة، الأمر الذي يمكن أن يؤدي إلى صعوبات غير متوقعة لا علاقة لها بمصالح الأطراف". وعلاوة على ذلك، ففي القانون الدولي الخاص" عندما ترفض المحكمة التي أحيلت إليها القضية ثانيا رفض الاختصاص، فإنها تصدر الحكم دون اعتبار لما ستقرره المحكمة التي أحيلت إليها أولا (والعكس بالعكس).»[١٢٧]

ولكن على نحو أكثر تحديداً، فإن حدود الدفاع عن الدعوى المعلقة الدولية متأصلة في الروابط بين هذا المفهوم والأمر المقضي به. فإذا كان يجب أن يعمل الاستثناء من الرهن المعلق على منع أي خطر من أن يكون الأمر المقضي به أمرًا مقضيًا به، فإنه لا يمكن أن يعمل إلا لمنع مثل هذا الخطر. ومن وجهة النظر هذه، فإن الرغبة التي أعربت عنها محكمة العدل للجماعات الأوروبية في تحرير الشروط التي يُقبل بموجبها الاستثناء من الأمر المعلق يجب الطعن فيها إذا ما أدت إلى تشويه هذه المؤسسة. ولكن على الرغم من الانتقادات الموجهة إلى هذه السوابق القضائية، لا يبدو أن هذا هو المسار المتبع اليوم.

فعلى سبيل المثال، في قضية غوبيش[١٢٨]، قبلت المحكمة بوجود سبب الدعوى نفسه إذا كان النزاعان يستندان "إلى نفس العلاقة التعاقدية"[١٢٩].

---

١٢٧ P. LAGARDE, "Le principe de proximité", cours précité. n° 157.
١٢٨ Décision précit.
١٢٩ CJCE, 6 déc. 1994, R. 1995. 588, note E. TICHADOU.

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so + 967 730053135 http://ium.usa.online
كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

وقد تم الأخذ بهذا التعليل وتطويره في قرار صدر في 6 ديسمبر 1994، والذي ينص على أن سبب الدعوى يشمل "الوقائع والقاعدة القانونية التي استندت إليها الدعوى"[١٣٠]. كما رأى حكم غوبيش أيضا أن الموضوع نفسه موجود في حالة المطالبة بتنفيذ العقد والمطالبة بفسخ العقد أو إبطاله، حيث "القوة الملزمة للعقد هي بالتالي محور كلا النزاعين"[١٣١]. تم تأكيد هذا التحليل في الحكم الصادر في قضية ما وراء البحار، والذي ينص على أن موضوع النزاع يحدده" الغرض من المطالبة"[١٣٢]. ومع ذلك، فقد تم انتقاد هذا التفسير لخلطه بين الدعوى المعلقة والدعاوى ذات الصلة. والواقع أنه يجب دراسة وجاهة هذا الانتقاد من خلال تنحية مفهومي السبب والموضوع (اللذين قيل إنهما يثيران" مناقشات لا تنضب بسبب استحالة إعطائهما تعريفاً دقيقاً، على الأقل فيما يتعلق بالأمر المقضي به")، لصالح مفهوم الموضوع محل النزاع. وهذه الأخيرة، التي حللها جاك هيرون لتحديد سلطة الأمر المقضي به،" يمكن تحديدها بدقة شديدة على أساس بنية القاعدة". وترتبط سلطة الأمر المقضي به بالوقائع التي يحتفظ بها القاضي، وكذلك بالتطابق بين هذه الوقائع وعناصر الافتراض المسبق لقاعدة القانون التي يحتفظ بها القاضي. وهناك ثلاث نقاط يشملها الأمر المقضي به: أولاً، مادية الواقعة التي احتفظت بها المحكمة في قرارها؛ ثانياً، التطابق بين تلك الواقعة وأحد عناصر الافتراض المسبق لقاعدة القانون؛ ثالثاً، قابلية تطبيق القاعدة، في التفسير الذي تعطيه المحكمة لها»[١٣٣]. ومن ثم فإن تطابق موضوع النزاع قد يكون إما كلياً (دعوى تستند إلى نفس الوقائع وتنطوي على نفس الادعاء معروضة على قاضيين مختلفين) أو جزئياً (واقعة محكوم بها في إحدى المحاكمات يتم الاستناد إليها في محاكمة ثانية تنطوي على ادعاء

١٣٠ Décision précit., att. 41.

١٣١ M. EKELMANS, Revue de droit commercial belge 1989. 358, spéc. p. 361 ; H. LINKE, Recht der internationalen Wirtschaft, 1988. 818, spéc. p. 824 ; H. GAUDEMET-TALLON, R. 1988. 374, spéc. p. 376.

١٣٢ J. HERON, op. cit., n° 285.

١٣٣ Op. cit., n° 286.

مختلف). وسواء كانت المسألة المتنازع فيها متطابقة كليا أو جزئيا، "فليس من الجيد أن يكون بإمكان قاضيين أن يحكما، بين نفس الأطراف، كل على حدة، في واقع نفس الوقائع، وكذلك في تطابق هذه الوقائع فيما يتعلق بنفس القاعدة القانونية" [١٣٤]. وفي ضوء هذا التعريف للمسألة المتنازع عليها، من الواضح أن الأحكام المذكورة أعلاه الصادرة عن محكمة العدل للجماعات الأوروبية لا تخلط بين الدعاوى المعلقة والدعاوى ذات الصلة. والواقع أنه لا يمكن انتقادها لابتعادها عن الإطار الصارم لدعوى وقف التنفيذ. فهي ببساطة ترفض ببساطة مفهوماً صارماً للرهن المعلق يتطلب التطابق التام للمسألة المتنازع عليها، لصالح مفهوم واسع للرهن المعلق يشمل أيضاً الحالات التي تكون فيها المسألة المتنازع عليها متطابقة جزئياً.

من ناحية أخرى، يعيد الحكم الذي أصدرته المحكمة مؤخرًا في قضيةDrouot Assurances SA ضد Consolidated Metallurgical Industries and Others فتح باب النقاش حول حدود التفسير الليبرالي لمفهوم الرهن الدولي. كانت الوقائع كما يلي: في 4 أغسطس 1989، غرقت سفينة نهرية تدعىSequana في المياه الداخلية لهولندا بينما كانت تحمل شحنة من الكروم الحديدي تابعة لشركة CMI الجنوب أفريقية متجهة إلى ميناء نهري فرنسي. وكانت شركة دروت للتأمين، وهي شركة فرنسية، قد أمّنت على جسم السفينة بينما أمّنت على الحمولة شركة بروتيا للتأمين، وهي شركة جنوب أفريقية. وقامت شركة دروت بإعادة تعويم السفينة على نفقتها الخاصة، مما أتاح إنقاذ حمولة شركة CMI، ثم رفعت دعوى على شركة CMI وشركة بروتيا أمام محكمة باريس التجارية للمطالبة بدفع مساهمتهما في المتوسط العام. وقدمت CMI و Proteaاعتراضًا على عدم التنفيذ أمام تلك المحكمة استنادًا إلى المادة 21 من الاتفاقية، على أساس أنهما سبق أن رفعتا دعوى في هولندا ضد ربان السفينة

١٣٤ Op. cit., n° 888.

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

ومالكها، سعيًا إلى إعلان مسؤوليتهما عن غرق السفينة. ومع ذلك، رفضت محكمة باريس التجارية هذا الالتماس على أساس عدم وجود هوية الأطراف، بعد أن لاحظت أن النزاع في هولندا كان بين شركة سي إم آي وربان السفينة، بينما في باريس كانت شركة سي إم آي ضد شركة درو. ولكن عند الاستئناف، أيدت محكمة باريس الاستئناف، وحكمت بأن درو كان حاضرًا في الإجراءات الهولندية "من خلال شخص مؤمّن عليه". وعند الاستئناف، قررت محكمة النقض أن تسأل محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي عن مفهوم "المؤمَّن له المتدخل" وهوية الأطراف[١٣٥]. وطُرح أمام محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي تفسيران لمفهوم هوية الأطراف. فقد عارضت فرنسا والمحامي العام التفسير الواسع الذي اقترحته الحكومة الألمانية التي دعت إلى "تفسير واسع لمفهوم هوية الطرفين، وذلك لتجنب ظهور قرارات غير قابلة للتوفيق بالمعنى المقصود في المادة 27 فقرة 3 من الاتفاقية"، حتى لا يتعرض تطبيق الاتفاقية للخطر. غير أن محكمة العدل رفضت الاقتصار على التفسير الحرفي للنص. وقبلت المحكمة أنه لم يكن هناك أي تعليق في هذه القضية، لأن شركة التأمين تصرفت كمشارك مباشر في إنقاذ السفينة وليس كممثل. وبالنسبة للسيد Droz، "لو كانت المحكمة قد تركت الأمر عند هذا الحد، لما استحق حكمها سوى الثناء"[١٣٦]. غير أن المحكمة أضافت أنه كان يمكن اعتبار المؤمِّن والمؤمَّن عليه طرفاً واحداً إذا كانت مصالحهما متطابقة بحيث يكون للحكم الصادر ضد أحدهما قوة الأمر المقضي به فيما يتعلق بالآخر[١٣٧]. ولكن، في رأي السيد دروز، "كان ذلك في رأي السيد دروز هو الاستسلام لاقتراحات الحكومة الألمانية، التي ترى أن الأطراف في دعوى ثانية غير متطابقين رسمياً مع الأطراف التي ظهرت في المحكمة الابتدائية ينبغي اعتبارهم نفس الأطراف فقط إذا كان من المحتمل

---

١٣٥ Cass. com. 8 oct. 1996, R. 1996. 742 et le rapport REMERY.
١٣٦ G. DROZ, note précit., spéc. p. 65.
١٣٧ Décision précit., attendu n° 19.

أن يخضعوا لآثار القرار الصادر عن المحكمة التي نظرت في الدعوى الأولى، مما قد يخلق خطر صدور قرارات غير قابلة للتوفيق"[١٣٨]. إذا كانت هذه هي نية محكمة العدل فإن انتقاد السيد دروز سيكون له ما يبرره. والواقع أن الاقتراح الألماني، الذي يؤيد تفسيراً واسعاً لمفهوم هوية الأطراف لتجنب حدوث قرارات غير قابلة للتوفيق بين الأطراف، هو جزء من الخلط الذي ندد به جاك هيرون بشدة في القانون المحلي بين النفاذ الموضوعي للحكم وسلطة المحكمة التي أصدرت الحكم أولاً. يجب مقارنة سلطة الأمر المقضي به، وهي سلطة نسبية فقط، كما رأينا، مع سلطة الأمر المقضي به، التي تفترض مسبقاً الهوية الكلية أو الجزئية للمسألة المتنازع عليها وهوية الأطراف. وبالتالي، فإن الاستثناء المعلق يجعل من الممكن تجنب خطر معارضة الأمر المقضي به. يجب مقارنة الفعالية الجوهرية، التي تكون قابلة للإنفاذ ضد جميع الأطراف، بالترابط المعزز، والمعروف أيضًا باسم عدم التجزئة. فعدم التجزئة يجعل القرارات الصادرة، حتى وإن اختلفت، غير قابلة للتنفيذ في وقت واحد. ولا يتطلب الأمر سوى أن يكون موضوع الدعوى، وبالتالي الأثر الموضوعي في أصل عدم قابلية تنفيذ القرارات، متطابقًا كليًا أو جزئيًا. وبالتالي فإن استثناء الإجراءات المعززة ذات الصلة يمنع خطر عدم إمكانية التوفيق بين القرارات، وبعبارة أخرى خطر الحرمان من العدالة.

وبناء على ذلك، إذا ما أريد الاحتجاج بالمعيار القائم على خطر نشوء قرارات غير قابلة للتوفيق فلا ينبغي الاحتجاج به (إذا كان ذلك ممكناً عملياً) إلا في سياق استثناء صارم من الاستثناء المتعلق بالترابط.

---

١٣٨ Op. et loc. cit.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المطلب الثاني: الدفع بالتسبيب: استثناء الاتصال الدولي

يوحي نقل الدفاع بالخصوصية من القانون الداخلي إلى القانون الدولي الخاص، استنادا إلى مصلحة العدالة الصالحة، بأنه سيكون أكثر مرونة من الدفاع بالصلة الدولية الخاصة. وفي الواقع، ترددت المحاكم في استخدامه في القانون الدولي الخاص بسبب هذه المرونة بالذات. فاستقلالية الأوامر القضائية لا تزال غير مستعدة للخضوع للاعتبارات البسيطة المتعلقة بحسن إقامة العدالة الدولية. وبدون تبني الموقف المعاكس، الذي يتمثل في جعل الاستثناء من الإجراءات ذات الصلة خاضعًا لخطر عدم إمكانية التوفيق بين القرارات (تعزيز الإجراءات ذات الصلة) (الفرع الأول)، وهو معيار غير عملي طالما أن القرارات لم تصدر، فإن السوابق القضائية، الوطنية والجماعة على حد سواء، تقبل استخدامه في حالة وجود خطر بسيط من عدم إمكانية التوفيق بين القرارات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإحجام عن قبول الإقرار بالتماس الطرف الآخر استنادا فقط إلى مصلحة العدالة

بمقتضى أحكام المادة 101 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، تكون هناك قضيتان مترابطتان "إذا كان من مصلحة العدالة الرشيدة أن يتم النظر والبت فيهما معاً". ويبين هذا التعريف أنه في القانون المحلي من المناسب ولكن ليس من الضروري تقديم الدعاوى المترابطة إلى نفس المحكمة. ولا يتحول التلازم البسيط إلى تلازم معزز (أو عدم التجزئة) إلا عندما يتحول التلازم البسيط إلى ضرورة.[١٣٩]

١٣٩ J. HERON, op. cit., n° 878.

وقد قُبلت مقبولية الدفع بالترابط من حيث المبدأ في القانون الدولي الخاص في وقت مبكر نسبيا في السوابق القضائية؛ ولكن حتى صدور الحكم الأخير في 22 يونيه 1999، لم يكن أي قرار هام لمحكمة النقض قد قبلته فعلا. وبالتالي فإن شروط قبوله كانت قد اقترحت من قبل كتاب أكاديميين. وتتمثل الفرضية المعنية، المنقولة من القانون المحلي، في أن تكون محاكم بلد ما وفرنسا قد نظرت في قضايا مترابطة بشكل وثيق بحيث يكون من مصلحتها النظر فيها معا. أما الشروط الأخرى فقد صيغت إلى حد كبير على غرار شروط الاستثناء من الاستثناء من قاعدة التعليق: يجب أن يكون للمحكمتين اختصاص بموجب قواعد الاختصاص الدولي المباشر لكل منهما، ويجب أن يكون القرار الأجنبي المستقبلي قابلاً للاعتراف به وتنفيذه في فرنسا. يمكن رفع الدعوى في أي حال من الأحوال، ولا يشترط أن تكون المحكمة الفرنسية قد عُرضت عليها الدعوى في المرة الثانية. وأخيرًا، تحتفظ المحكمة الفرنسية بسلطة تقديرية فيما يتعلق برفض الاختصاص من عدمه. وهذا الحل الأخير أكدته محكمة النقض في حكمها الصادر في 20 أكتوبر 1987.

وهكذا بدا أن مفهوم الضم أكثر مرونة من الاستثناء المتعلق بالضم، إذ كان القصد منه نظرياً أن يطبق في جميع القضايا التي تقتضي مصلحة العدالة وحدها النظر في قضيتين والبت فيهما معاً، بما في ذلك أمام المحكمة التي تنظر في القضية الأولى. غير أنه من الناحية العملية، فإن الطبيعة غير الدقيقة للدفع بالترابط تدفع المرء إلى التساؤل عما إذا كانت المحاكم لم تكن أكثر ترددا في قبولها من الدفع بعدم الاختصاص، وذلك تحديدا لأن الإجراءات ليست متطابقة ونادرا ما توافق المحكمة الفرنسية التي تنظر في النزاع أولا على إحالته إلى محكمة أجنبية تنظر فيه ثانيا.

من ناحية أخرى، يبدو أن المادة 22 من اتفاقية بروكسل (التي أصبحت الآن المادة 28 من لائحة بروكسل الأولى) توفر إطارًا صارمًا للدعاوى ذات الصلة. وبالتالي، فإن سلطة رفض الاختصاص أو وقف الإجراءات في حالة رفع الدعاوى ذات الصلة في محاكم دولتين عضوين متاحة فقط للمحكمة التي رفعت الدعوى الثانية. وفوق كل ذلك، ووفقا لصياغة المادة 22 فقرة 3 من الاتفاقية (التي أخذت بها لائحة بروكسل الأولى)، فإن تعريف الدعاوى المترابطة الذي تم اعتماده قد يبدو ضيقا بشكل خاص: "الدعاوى المترابطة، بالمعنى المقصود في هذه المادة، هي الدعاوى التي ترتبط ببعضها البعض ارتباطا وثيقا بحيث يكون من المناسب النظر فيها والبت فيها معا لتجنب خطر صدور أحكام متعارضة ناتجة عن مجموعات مختلفة من الإجراءات"

وفي ضوء الخطر الذي يرمي الاستثناء المتعلق بالترابط المجتمعي إلى منعه، أي عدم إمكانية التوفيق بين القرارات، يمكن وصف الاستثناء المعتمد بأنه استثناء معزز للترابط.

ومع ذلك، فإن السوابق القضائية الفرنسية، بتخليها عن الترابط القائم على مصلحة العدالة في المادة 101 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، والسوابق القضائية الأوروبية، بتخليها عن الترابط المعزز المنصوص عليه حرفياً في المادة 22 من الاتفاقية، تتبنى الآن موقفاً وسطاً. فهم يتفقون على أن الترابط الدولي يجب أن يطبق حيثما يوجد خطر تضارب القرارات التي لا يمكن التوفيق بينها بالضرورة.

الفرع الثاني: استثناء الدعاوى ذات الصلة كحل لخطر تضارب الأحكام

منذ الثمانينات من القرن الماضي، أتاحت المحكمة العليا الفرصة للمحكمة العليا في نزاع دولي عُرض على المحاكم الفرنسية للإعراب عن تفضيلها لقبول الدفع بالترابط الدولي، استناداً إلى خطر تضارب الأحكام، حتى في غياب الدفع بالترابط

الذي أثاره الطرفان.

ادعت شركة سويسرية، وهي شركة Progress Aviation ، أنها ضحية فعل ضار ارتكبته شركتا Republic و Garrettالأمريكيتان، نتيجة بيع طائرة بوينغ 707 إلى جمهورية الكونغو الشعبية، في انتهاك لشرط الحصرية في العقد الملزم لهما. ورفعت الشركة دعوى قضائية ضد هذه الشركات في مينيسوتا، حيث كان مقر شركة ريبابليك. وبعد ذلك بعامين، في يوليه 1984، ربما لشعورها بأن الإجراءات المعلقة أمام المحاكم الأمريكية كانت في غير صالحها، نقلت شركة بروغريس للطيران حقوقها المتنازع عليها إلى شركة فرنسية هي شركة "أوروبا إيرو سيرفيس" التي يوجد مقرها في بربينيان. وفي آب/أغسطس من العام نفسه، قدمت شركة Europe Aéro Service إلى الشركات الأمريكية أمراً من رئيس محكمة بربينيان التجارية يأذن لها باستدعائها للمثول أمام المحكمة في 11 سبتمبر 1984. وفي حكم مؤرخ في 4 ديسمبر 1984، اعترفت محكمة بربينيان التجارية باختصاصها القضائي وأمرت الشركات الأمريكية بدفع تعويضات. ولكن، عند الاستئناف، وجدت محكمة مونبلييه أنه كان هناك غش في القانون الأمريكي الذي يحكم الاختصاص القضائي وأعلنت عدم اختصاصها على أساس المادة 14 من القانون المدني. ورفضت محكمة النقض بدورها الاستئناف ضد هذا القرار في حكم مؤرخ 20 نوفمبر 1987. وفي هذا الصدد، لاحظت المحكمة العليا أنه "لا يحق للمحال إليه الفرنسي في مطالبة ما أن يستند إلى أحكام المادة 14 من القانون المدني عندما تكون تلك المطالبة موضوع نزاع أمام محكمة أجنبية مختصة من قبل المحيل، أو عندما يكون المحيل قد قبل اختصاصها". وأشارت أيضا إلى أنه "بهذا السبب وحده، يكون الحكم قيد الاستئناف مبررا من الناحية القانونية، بصرف النظر عن السبب الذي ذكرته محكمة الاستئناف عن حق، والذي يفيد بأن إحالة الدين الممنوح من شركة بروغرس إلى شركة إيرو سيرفيس كان ينزع إلى الاحتيال لتهيئة الظروف

لتطبيق المادة 14 المذكورة أعلاه". وهكذا، حرصت المحكمة العليا على التأكيد على دقة سبب الاحتيال ضد المحكمة المختصة الذي احتفظت به محكمة الاستئناف؛ ومع ذلك، فقد استبدلت الأسباب بالإشارة بشكل أساسي إلى وجود صلة بين الإجراءات في الخارج. وقد أشار السيد لوكين، شارح الحكم، إلى أن أساس الحل الذي قدمه الحكم يكمن في نظام الإجراءات القانونية وارتباط الإجراءات—، وليس في اختيار ضمني ومصطنع لاتفاق المحكمة. في أطروحته حول الزينة في القانون الدولي الخاص، تناول السيد أميلي هذه الملاحظات وأوضح هذه النقطة: من أجل قبول أن الإجراءات الأجنبية "التي تشكل علاقة قانونية حقيقية بين المتقاضين" قد تشكل أساسًا لتقييد اختصاص المحكمة الفرنسية، يجب على المحكمة الفرنسية أولاً وقبل كل شيء الاعتراف بالوضع الواقعي الذي يشكله وجود الإجراءات الأجنبية. ووفقا لهذا المؤلف، من الضروري أيضا أن ترى المحكمة العليا في ذلك إرادة المحكمة العليا في التحرك نحو حل يأخذ في الاعتبار الإجراءات الأجنبية الجارية، كشرط استثناء من الاختصاص الدولي للمحكمة الفرنسية. غير أن قرار إلغاء العمل بالامتياز بموجب المادة 14 من القانون المدني أثار شكوكاً بشأن نطاقه العام.[١٤٠]

ومن ثم فإن الحكم الصادر في 22 يونيه 1999، الذي أيدت فيه محكمة النقض، في تعليل لا لبس فيه، الدفع بالترابط الدولي، له ميزة تبديد الشكوك التي سبق أن أعرب عنها. فقد ذكرت المحكمة أن "الدفع بالترابط الدولي لا يمكن قبوله إلا إذا كانت محكمتان في دولتين مختلفتين تنظران أيضاً في دعويين معلقتين تظهران وجود صلة بينهما بحيث تنشأن تنازعاً"[١٤١]. وهكذا تحدد المحكمة ثلاثة شروط لتأييد الدفع بالترابط الدولي. أولاً، يجب أن تكون مجموعتا الإجراءات معلقة أمام المحاكم الفرنسية والأجنبية. ومن ثم فقد لوحظ أنه لا مجال لجعل

١٤٠ Ph. BLONDEL et L. CADIET, note précit., n° 15.

١٤١ Civ., 12 mai 1931, Cyprien Fabre, S. 1932. I. 137, note NIBOYET, D.P. 1933. I. 60 note SILZ, J. 1932. 387, note PERROUD.

الترابط حصان طروادة للمحكمة غير الملائمة في مجملها: لا يمكن للمحكمة الفرنسية أن تتخلى عن اختصاصها لصالح محكمة أجنبية لم تنظر في الدعوى بعد، حتى عندما تبدو تلك المحكمة الأجنبية في وضع أفضل للنظر في النزاع. ثانياً، يجب أن يكون للمحاكم الفرنسية والأجنبية اختصاص قضائي. يجب تقييم هذا الاختصاص في ضوء قواعد الاختصاص الدولي المباشر للمحاكم المعنية. على الرغم من عدم ذكر ذلك في الحكم، يجب أن يكون للمحكمة الفرنسية أيضًا اختصاص النظر في القضية. يجب تقييم هذا الاختصاص في ضوء قواعد الاختصاص الدولي المباشر للمحاكم المعنية. وحتى إذا لم يذكر الحكم ذلك، يجب على المحكمة الفرنسية أيضاً أن تتأكد من أن القرار الأجنبي سيكون قادراً على أن يصبح نافذاً في فرنسا. وهنا، كما هو الحال في حالة تعليق الدعوى، يجب أن تؤدي الصعوبات المتعلقة بهذا التوقع إلى أن توقف المحكمة الفرنسية الإجراءات ولا ترفض الاختصاص، طالما أن القرار الأجنبي لم يصدر. وأخيرا، تشترط محكمة النقض وجود صلة بين الحالتين من المحتمل أن تخلق خطر صدور قرارات متضاربة؛ وبعبارة أخرى، يبدو أنها تشترط أكثر من صلة تلبي مصالح العدالة الصالحة، ولكن أقل من صلة من المحتمل أن تخلق خطر صدور قرارات غير قابلة للتوفيق.

ومن المفارقات أن الدفع بالصلات الدولية بموجب القانون العادي كان سيبدو أكثر تحررا من الدفع بموجب قانون المعاهدات لو لم توضح محكمة العدل للجماعات الأوروبية معناه. وقد بدأت محكمة العدل في حكمها الصادر في 6 نوفمبر 1994، بعد أن استفسرت محكمة الاستئناف، بالإشارة في حكمها الصادر في 6نوفمبر 1994 إلى أن مفهوم الأفعال ذات الصلة المحدد في المادة 22 يجب أن يفسر بشكل مستقل. ومضت المحكمة إلى القول بأن الغرض من هذا الحكم هو تجنب القرارات المتضاربة وضمان إقامة العدل على نحو سليم في الجماعة. وتخلص إلى أنه، من أجل تحقيق هذا الهدف، يجب أن يكون هذا

التفسير واسع النطاق وأن يشمل جميع الحالات التي يوجد فيها خطر تضارب الحلول، حتى وإن كان من الممكن تطبيق القرارات بشكل منفصل. وأخيرًا، تحرص المحكمة على دحض الحجة المستندة إلى صفة "غير قابلة للتوفيق"، التي تظهر في كل من المادة 22 فقرة 3 والمادة 27 فقرة 3 من الاتفاقية. وقد أوضحت المحكمة في قرارها بشأن هوفمان الصادر في 4 فبراير 1988، معنى المصطلح المستخدم في المادة 27، مشيرة إلى أنه يشير إلى القرارات التي تترتب عليها نتائج قانونية متنافية. وفي معارضتها لتوسيع نطاق هذا التفسير ليشمل المادة 22 فقرة 3، أشارت المحكمة إلى أن أهداف الحكمين مختلفة. فالمادة 27 فقرة 3 من الاتفاقية تسمح للمحكمة، كاستثناء من مبادئ الاتفاقية وأهدافها، برفض الاعتراف بحكم أجنبي. ولذلك فهو مخول بذلك فقط في حالة القرارات التي تكون نتائجها القانونية متنافية مع بعضها البعض. ومن ناحية أخرى، تهدف المادة 22 فقرة 3 إلى تحسين تنسيق ممارسة الوظيفة القضائية من أجل تفادي التضارب والتناقض بين القرارات، حتى وإن كان من الممكن إنفاذها بشكل منفصل. وأخيراً، من الملائم النظر في الأهمية العملية لاختيار أحد التفسيرين دون الآخر في المسألة المعروضة على المحكمة. فمساهمة الحكم الصادر في 6 نوفمبر 1994 لا تكمن في المعارضة المعلنة بين عدم قابلية التناقض في المادة 27 فقرة 3 وعدم قابلية التناقض البسيط في المادة 22 فقرة 3، بقدر ما تكمن في المعارضة الصريحة بين المادة 27 فقرة 3 وهي أداة للمعاقبة على عدم قابلية التناقض المحققة والمادة 22 فقرة 3 وهي عنصر لمنع خطر عدم القابلية للتناقض. وتقييم عدم القابلية للتوفيق هو في الواقع عمل استباقي. ومع ذلك، فإن المعيار القائم على عدم إمكانية التوفيق بين القرارات بسبب مضمون أحكامها يبدو، بسبب درجة دقته، غير مناسب لمثل هذا العمل. بعد الإشارة إلى أنه، وفقاً لقاموس لو روبير، يكون مبدآن غير قابلين للتوفيق عندما يستبعد أحدهما الآخر، في حين أن المبدأين

المتناقضين هما اقتراحان متعارضان، تقول السيدة كونتامين-رينو: "إذا قارنا هذين التعريفين، يمكننا أن نرى أن التناقض يتعلق بالسبب وعدم قابلية التوفيق بالنتيجة"[١٤٢]. وبالتالي فإن اتخاذ خطر التعارض كمعيار يرقى إلى اعتبار هذا الخطر فقط. ومن ناحية أخرى، إذا أُخذ في الاعتبار خطر عدم إمكانية التوفيق بين القرارات المتضاربة، فإن خطر عدم إمكانية التوفيق يضاف إلى الخطر السابق. ولذلك فإن اختيار الحل الثاني أقل ضرورة لأن الأسباب التي يحتمل أن تؤدي إلى هذه المخاطر وتؤدي إلى الاستثناء واحدة، وهي الهوية الكلية أو الجزئية للمسألة المتنازع عليها المقدمة إلى ولايتين قضائيتين مختلفتين. من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل. ويتيح استثناء الترابط الدولي، الذي يُستدعى حيثما يكون هناك خطر تضارب القرارات، تجنب الحرمان من العدالة الناجم عن قرارات متعارضة لا يمكن التوفيق بينها. قد لا يتحقق خطر تضارب القرارات، أو قد يتحقق دون أن تكون القرارات غير قابلة للتوفيق. وفي كل الأحوال، يتم تفادي إنكار العدالة.

وفي القانون الدولي الخاص، قد تضطر المحكمة، تفادياً للتقصير القضائي في التصرف، إلى توسيع اختصاصها ليشمل نزاعاً كان خارجاً عن نطاق سيطرتها حيث تعقد المحاكم المصرية في بعض الأحيان اختصاصها على الرغم من عدم تحقق أي ضابط من الضوابط التي تمنحها الاختصاص[١٤٣]، أو قد تضطر المحكمة إلى التخلي عن اختصاصها لصالح محكمة أجنبية تفادياً لتضارب القرارات. وهي بذلك تأخذ في الاعتبار الظروف المرتبطة بالطبيعة الدولية للنزاع، والتي يمكن أن تحرم المتقاضين من فعالية حقهم في الحكم.

إن التفضيل الذي تمنحه السوابق القضائية الفرنسية لهذه المبادئ التوجيهية يتناقض بشكل لافت للنظر مع ميل القاضي إلى إهمال البعد الدولي للنزاع في

---

١٤٢ Art. précit., spéc. p. 115.

١٤٣ أ.د. هشام صادق، الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال، الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦ ص ١٦.

ممارسة مهامه، وبالتالي تجاهل التزامه بتسوية النزاع بتطبيق القاعدة القانونية المناسبة، تحت طائلة الحرمان من العدالة.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة المتواضعة حول «انكار العدالة في تنازع الاختصاص القضائي السلبي والايجابي في القانون الدولي الخاص» نخلص الى أن العدالة ليست مجرد شعار أخلاقي، بل هي التزام قانوني واجرائي يقع على عاتق الدول والأنظمة القضائية. لقد كشف البحث أن الصراع بين السيادات الوطنية وقواعد الاختصاص الدولي قد يخلق ثغرات قانونية يضيع فيها حق المتقاضي، مما يجعل من مفهوم «انكار العدالة» الملاذ الأخير والدرع الحامي للحقوق في النزاعات العابرة للحدود.

لقد استعرضنا كيف أن التنازع السلبي قد يؤدي الى «يتم قضائي» يترك المتقاضي دون قاض ينظر دعواه، وهو ما واجهته الأنظمة الحديثة بنظرية «محكمة الضرورة» كاستثناء تفرضه العدالة الكونية. كما تبين لنا أن التنازع الإيجابي، ورغم ظاهره الذي يوحي بتعدد الخيارات، قد يحمل في طياته انكارا مستترا للعدالة من خلال تشتيت الخصومة وصدور أحكام متناقضة تستحيل صيرورتها نافذة مما يفرغ الحق من محتواه.

النتائج والتوصيات:

أهم ما نخرج به من نتائج وتوصيات هو:

1-ان انكار العدالة لم يعد مجرد امتناع القاضي عن النطق بالحكم، بل أصبح يشمل كل عائق اجرائي يحول دون الحصول على «حماية قضائية فعالة».

2-ضرورة التوفيق بين مبدأ سيادة الدولة وبين الالتزام الدولي باحترام حقوق الانسان في الوصول الى القضاء.

3-التوصية بتبني معايير مرنة في القوانين الوطنية تسمح للقاضي الوطني بالتدخل كلما كان هناك خطر حقيقي بضياع الحق في الخارج، مع تفعيل آليات التنسيق القضائي الدولي للحد من تضارب الأحكام.

4-ان سد الثغرات في تنازع الاختصاص هو في حقيقته سد للأبواب التي يتسلل منها الظلم، فاذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تهدف الى تنظيم العلاقات الدولية، فان غايتها الأسمى يجب أن تظل دائما «إقامة العدل»، فبدونه تنهار الثقة في المعاملات الدولية وتتعطل مصالح البشر.

المراجع:

- أ. د. هشام صادق، الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال، الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين-الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2006 .

-د. محمد خليل أبو بكر، د. محمد عوض الجبرة، د. المسؤولية الجزائية للقاضي النظامي في القانون الأردني، 2019.

-المحكمة الدستورية الأردنية، الفصل 51 من قانون التحكيم المادة 31 لسنة 2001.

-محكمة استئناف باريس الصادرين في 27 يونيو 1948.

-محكمة استئناف باريس الصادرين في 10 نوفمبر 1960.

-قرار المحكمة الابتدائية في السين الصادر في 1 فبراير 1966.

-المادة 14 و15 من القانون المدني الفرنسي.

-قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الصادر في 17 يناير 1950.

-المادة 16 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان.

-الفقرة 1 من المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

-المادة 21 من اتفاقية بروكسل

-الفقرة 1 من المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

-ANCEL B. et LEQUETTE Y., op. cit., commentaire sous Cass. civ. 1ère, 19 nov. 1985.

-BATIFFOL H. et LAGARDE P., Droit international privé, t. II, 7ème éd. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 36 N°3, Juillet-septembre 1984.

-BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 1995.

-BOUREL P., (J.-CL. dr. int., Fasc. 548-4, n° 7). HOLLEAUX D., FOYER J. et GEOUFFRE de La PRADELLE, n° 1268.

-COHEN JONATHAN G., «Convention européenne», not. Rép. pr. Civ, vol. 2, Bruylant, 2004.

-EKELMANS M., Revue de droit commercial belge 1989.

-FRANCESCAKIS Ph. note R. 1963.

-FRANCESCAKIS Ph., note R. 1949.

-FRISON-ROCHE M.-A, «Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice», J.C.P. 1997.

-GAUDEMETTALLON H., La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Paris 1969.

-GUEZ M. dans sa thèse, L'élection de for en droit international privé, Paris X-Nanterre, 2000.

-HERON J., Droit judiciaire privé, éd. Monchrestien, 1991.

-HOLLEAUX D., Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Paris, Dalloz, 1970.

-HOLLEAUX D., FOYER J. et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, n° 726, Droit international privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 39 n°3, Juillet-septembre 1987.

HUET A., J. -Cl. dr. int., Fasc. 581-21 n° 89 visant TGI Seine, référé, 1er fév. 1966, J. 1967.

-LAGARDE P., «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», p. 137,https://www.google.com, 2025.

-LINKE H., Recht der internationalen Wirtschaft, 1988.

-MUIR WATT, «Droit international et procédure civile», Répertoire de procédure civile Dalloz, 1995.

- MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit international privé,

Montchrestien, 8th éd., 2004.

-NORMAND J., Rev. trim. dr. civ., 1993. 874.

-KAUFMANN-KOHLER, La clause d'élection de for dans les contrats internationaux, Bâle 1980.

-SINAY-CYTERMANN A., Arrêt Pordea, rendu par la Cour de cassation le 16 mars 1999, Rev. gén. proc. 1999-747, obs. H. MUIR WATT, R. 2000.

-SINAY-CYTERMANN A., L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, Thèse dactyl., Strasbourg, 1980.

-Décision n° 96-373 du 9 avr. 1996, Statut de la Polynésie française, A.J.D.A., p. 371., 1996.

-Cass. com. 8 oct. 1996, R. 1996. 742 et le rapport REMERY., 1996.

-CJCE, 6 déc. 1994, R. 1995. 588, note E. TICHADOU, 1995.

-Cass. 2ème civ., 12 janv. 1994, JCP 1995. II., 1994.

-Cass. civ. 1ère, 11 fév. 1986, Bull. civ. I, n° 19, p. 16., 1986

-Cass. civ. 1ère, 13 avr. 1985, Intercontinental, R. 1986. 694, note H. , 1985. BATIFFOL

-cass. Civ., éd. Sirey, 1980, n° 2015.

-T.G.I. Paris, 1er oct. 1976, R. 1977. 535, note HUET, J. 1977. 879, obs Ph. KAHN Paris, 10 nov. 1960, J. 1961, 426, note PONSARD. 1977.

1974..¯Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, J. 1975-80, spéc. p. 93

-Paris, 23 déc. 1960, G.P. 1961, 396, R. 1962. 339, note BELLET. 1960.

-Cass. civ., 17 janv. 1950, D. 1950, p. 263, R. 1952. 108, note LOUSSOUARN. 1950

¯Cass. civ., 17 janv. 1950, R. 1952. 108, note Y. LOUSSOUARN. 1950.

-Cass. civ., 21 juin 1948, Patino. 1948.

-Paris, 27 juin 1948, R. 1949. 339.

¯Civ., 12 mai 1931, Cyprien Fabre, S. 1932. I. 137, note NIBOYET, D.P. 1933. I. 60 note SILZ, J. 1932. 387, note PERROUD.

-T. civ. Seine, 1er déc. 1932, J. 1933. 84 concl. PICARD, note TAGER.

¯Dijon, 7 avr. 1887, J. 1888. 87.

¯Décret du 26 oct. 1849.

كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

نقض الحكم القضائي مفهومه، ضوابطه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

Annulment of Judicial Rulings Its concept, its controls A comparative study between Islamic jurisprudence and positive law

إعـــداد الباحـث

فاطمة جميل عامودي

أستاذ مساعد الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

Fatmeh Jamil Amoudi

Assistant Professor Islamic University of Minnesota

00962787293850

amodisondos@yahoo.com

الملخص

يتناول البحث دراسة موضوعية مقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية وبين فقه القانون الوضعي : لمسألة "نقض الحكم القضائي: مفهومه وضوابطه"، بغية كشف جوانب الاتفاق والاختلاف بينهما. وقد توصل البحث إلى أن الشريعة الإسلامية تركز على تحقيق المقاصد الشرعية وحفظ الحقوق عبر بيان ضوابط نقض الأحكام القضائية، بينما يركز القانون الوضعي على الضوابط الإجرائية والتنظيمية لتحقيق العدالة القضائية بين المتخاصمين.

الكلمات المفتاحية: نقض، الحكم القضائي، ضوابط، مقارنة .

Abstract

This study presents an objective comparative analysis between Islamic jurisprudence and positive law concerning the issue of "annulment of judicial rulgments: its concept and regulations." The aim is to highlight the areas of convergence and divergence between the two legal systems. The research concludes that Islamic jurisprudence emphasizes the realization of Sharia objectives and the protection of rights by outlining substantive criteria for the annulment of judicial rulgments. In contrast, positive law focuses primarily on procedural and organizational regulations to ensure judicial fairness between disputing parties.

Keywords: annulment, judicial rulgment, regulations, comparative study.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة و السلام على سيد المرسلين, سيدنا محمد- صلى الله عليه وسلم -، وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين.

أما بعد ؛

الأصل في الأحكام القضائية تحقيق العدالة والفصل بين الخصوم بالحق، إلا أن هذه الأحكام مهما بلغت من الدقة فقد يعتريها الخطأ، الجهل، أو التحيّز، أو الظلم ومجانبة الحق؛ لكونها صادرة من العقل البشري الناقص وإن تربع على عرش الحكمة والفطانة. واستدراكاً لما سبق وضع الشارع الحكيم نظام يتيح مراجعة الأحكام الصادرة وإعادة النظر فيها وفق ضوابط محددة؛ وأسماه « نقض الحكم القضائي « تحقيقاً لمقصوده الحكيم بحفظ مصالح العباد في الحال والمآل، وصيانة الحقوق، وتصحيح الخطأ، واستقرار الحياة واطمئنان البشرية للعدالة المرجوة في تطبيق الأحكام الشرعية أو القانونية.

مشكلة الدراسة:

تسعى هذه الدراسة للإجابة عن أربعة أسئلة ، وهي كالآتي:

ما المقصود من نقض الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي؟

ما أهم الضوابط المتعلقة بنقض الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي؟

ما هي أحكام نقض الحكم القضائي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي؟

ما أوجه الاتفاق والاختلاف المتعلقة بنقض الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؟

أهمية الدراسة .

لما كان مقصود القضاء الشرعي وما يصدر عنه من أحكام هو حفظ الحقوق؛ وعصمة الدماء، وصون الأعراض، ورد الأموال، وقطع الأطماع، وضبط الأهواء، وتحقيق الحق، ونشر الأمن. فإن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون الوضعي في تقرير شرعية النقض من خلال تقرير فضيلة الاعتراف بالخطأ إذا بان وظهر، ويؤكدان على ضرورة تعديل وتصويب الخطأ الواقع بالرجوع للحق والصواب لما يعتريه من تغير الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عليه.

فقد قرر الفقه الإسلامي نظام النقض لمراجعة الأحكام استناداً على الأصول الفقهية القاضية باعتبار الخطأ في الاجتهاد، واشتراط أهلية القاضي ونحوها. أما القانون الوضعي فقد شدد الرقابة والتطبيق على الأحكام الصادرة عبر تقرير اجراء الطعن في الحكم القضائي بطريق النقض القضائي.

ويمكن اظهار أهمية الدراسة من خلال النقاط الآتية:

دراسة النقض وضوابطه تخدم الجانب القضائي المتمثل بالمحاكم التي تعتبر أساس العدل وضماناً لتحصيل الحق بين الناس في الخصومات، وتجنب وقوع الأخطاء القضائية.

المقارنة بين نظام الفقه الإسلامي ونظام القانون الوضعي لإبراز نقاط الالتقاء والافتراق بينهما يعزز المعرفة الأكاديمية للدارسين وطلبة العلم من جهة، وتقديم الدعم للمشّرعين في التطوير التشريعي للفجوات الموجودة في أنظمة القضاء الحالية.

إثراء المكتبات الفقهية والقانونية بدراسة مستقلة تجمع الجوانب الفقهية والقانونية للنقض القضائي، تستفيد منها الفئات التالية:

القضاة: للاستفادة من الضوابط في تحسين صياغة احكامهم وتجنبهم للأخطاء المؤدية لنقض.

المحامون: خصوصاً الجدد منهم يمكنهم الاطلاع عليها ومساعدتهم في صياغة الطعون بالنقض.

الباحثون وطلبة الدراسات العليا: الاستفادة من المادة التحليلية الواردة في هذه الدراسة للبناء والتطوير عليها في أبحاث لاحقة.

المؤسسات الأكاديمية: يمكنها الاستفادة من موضوع البحث في تدريس نقض الحكم ضمن المقررات الخاصة بالقضاء.

المجتمع: الدراسة تخدم في نشر الوعي عبر توضيح مفهوم النقض وضوابطه، ومساعدة الناس على استرداد حقوقهم واللجوء للنقض عند الشعور بالظلم القضائي.

أهداف الدراسة .

بيان مفهوم نقض الحكم القضائي، وتحديد أبعاده في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

تحليل الأصول الفقهية المتعلقة بنقض الأحكام، وكذلك تحليل القواعد القانونية الوضعية.

المقارنة العلمية بين مفهوم نقض الحكم القضائي وضوابطه في الفقه الإسلامي الذي يعتبر أساساً في كثير من الدول الإسلامية، وبين القوانين الوضعية الحديثة؛ بغية كشف جوانب التوافق والاختلاف بين النظامين.

الدراسات السابقة .

أولاً: الشريفات، علي عودة ،(2004م)، نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير .

تطرق الباحث من خلال الدراسة إلى بيان الأحكام التي يجب تتبعها ونقضها، وتطرق إلى القواعد العامة للنقض، وبيَّن نواقض الحكم القضائي في الفقه الإسلامي، وتفترق دراستي الحالية عن الدراسة السابقة كونها ستربط بين النقض الوارد في الفقه الإسلامي مع آليات النقض الواردة في القانون الوضعي المعاصر.

ثانياً: الشمري، محمد بن فلاح، (2001م)، نقض الحكام الجنائية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القضاء السعودي، رسالة ماجستير، الرياض .

تطرق الباحث من خلال الدراسة إلى بيان نقض الحكم ومتعلقاته، وتطرق إلى تطبيقاته الواردة في القانون الوضعي السعودي مقارنة بما ورد في كتب الفقه الإسلامي، وتفترق دراستي الحالية عن الدراسة السابقة كونها ستحاول جمع وجوة الاتفاق والاختلاف بين النقض الوارد في الفقه الإسلامي مع آليات النقض الواردة في القانون الوضعي المعاصر من غير تحديد لنظام دولة معينة.

حدود الدراسة:

الحدود الموضوعية: تقتصر هذه الحدود على دراسة نقض الحكم القضائي من حيث المفهوم والضوابط والأسباب المؤدية للنقض.

الحدود الزمانية: تقتصر هذه الحدود على البحث في المصادر الفقهية القديمة والمراجع المعاصرة، بالإضافة إلى كتب شراح القانون الوضعي الحديث، من غير التوسع في الحقبة التاريخية القديمة.

الحدود المكانية: تقتصر هذه الحدود على الجانب القانوني السائد في عدة

أنظمة عربية مثل: الأردن والسعودية ومصر.

الحدود المنهجية: تقتصر هذه الحدود على مصادر مكتوبة تشمل: كتب الفقه، الشروح القانونية، بعض المراجع الأكاديمية.

منهج الدراسة.

اعتمدت الدراسة على المناهج العلمية الآتية:

المنهج التحليلي: لشرح المفاهيم المتعلقة بحقيقة نقض الحكم القضائي .

المنهج المقارن: للموازنة بين ضوابط النقض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وابراز الفروق بينهما.

مع الاعتماد على بعض آليات البحث المساندة:

الرجوع إلى مصادر المكتبة الشاملة في تخريج الأحاديث النبوية، وعرض آراء الفقهاء.

والاستعانة بالشبكة العنكبوتية - الرفيقة العصرية للباحث المعاصر - في جمع بعض المعلومات من المراجع والأبحاث التي لم يُتمكن من الحصول عليها في المكتبات العامة.

هيكل الدراسة:

قُسم هذا البحث إلى مبحثين وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: حقيقة مفهوم نقض الأحكام القضائية.

ويتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب وهي كالتالي:

المطلب الأول: نقض الأحكام القضائية كمفهوم من وجه نظر فقهاء الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: نقض الأحكام القضائية كمفهوم من وجه نظر شراح القانون الوضعي.

المطلب الثالث: مقارنة مفهوم نقض الأحكام القضائية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

المبحث الثاني: ضوابط النقض الأحكام القضائية.

ويتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب وهي كالتالي:

المطلب الأول: ضوابط نقض الأحكام القضائية من وجه نظر فقهاء الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: ضوابط نقض الأحكام القضائية من وجه نظر شراح القانون الوضعي.

المطلب الثالث: مقارنة ضوابط نقض الأحكام القضائية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

ثم الخاتمة التي تشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: حقيقة مفهوم نقض الأحكام القضائية.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : نقض الأحكام القضائية كمفهوم من وجه نظر فقهاء الشريعة الإسلامية.

وقبل التطرق لتعريف النقض اصطلاحا لابد من الإشارة لمعناه اللغوي؛ لمعرفة ما إذا كان هنالك وجه ربط بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي للنقض .

أولاً: النقض في أصل اللغة من إفساده الشيء بعد إحكامه[١٤٤] ، و إِفْسادُ ما أَبْرَمْتَ من عَقْدٍ أَو بِناء، فالنَّقْضُ اسمُ البِناء المَنْقُوضِ إِذا هُدم[١٤٥].

وجاء في الوسيط :»نقض الحكم؛ إبطاله إذا كان قد صدر مبنياً على خطأ في تطبيق القانون، أو تأويله، أو مشوباً بخطأ جوهري في إجراءات الفصل، أو ببطلان في الحكم. والنقض قد يصيب الحكم المدني والحكم الجنائي على السواء متى كان أحدهما قد صدر نهائياً من المحاكم الابتدائية أو من محاكم الاستئناف، ثم عرّف محكمة النقض؛ بأنها هي المحكمة العليا في البلاد وتعد المبادئ المستمدة من أحكامها ملزمة للمحاكم الأخرى»[١٤٦].

ثانياً: النقض في اصطلاح الفقهاء قديماً وحديثاً .

النقض في اصطلاح الفقهاء القدامى .

عند فقهاء الحنفية[١٤٧]؛ جاء النقض بمعنى: الإبطال، عدم النفاذ، الفسخ.

عند فقهاء المالكية [١٤٨]؛ جاء النقض بمعنى: الفسخ، الرجوع، الرد، الإبطال .

١٤٤() المعجم الوسيط، مصطفى، ج2 ص947.

١٤٥() لسان العرب، ابن منظور، ج7 ص242.

١٤٦() المعجم الوسيط، مصطفى، ج2 ص947.

١٤٧() بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج١٤ ص٤١٩-٢٤٦./ المبسوط، السرخسي، ج١٠ ص٩٧.

١٤٨() تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، ج1 ص64-62./ منح الجليل شرح مختصر خليل، عليش، ج17 ص461-460-453.

عند فقهاء الشافعية [(١٤٩)]: جاء النقض بمعنى: الإبطال، الرجوع، الرد، الفسخ، عدم النفاذ، الْحُكْمَ لَمْ يَصِحَّ مِنْ أَصْلِهِ.

عند فقهاء الحنابلة [(١٥٠)]: جاء النقض بمعنى: الفسخ، عدم النفاذ، الرد.

يستنتج مما سبق أن استعمال الفقهاء للفظ النقض لا يخرج عن المعنى اللغوي، فالمعنى المقصود واحد تقريباً، وإن تغيرت الألفاظ المستخدمة.

كما ولوحظ عدم وجود تعريف اصطلاحي صريح وواضح للنقض، رغم وجود اللفظ وتصور معناه عند الفقهاء، وجُلّ ما أُستُخلص:» إنما كان مجرد إشارات مبثوثة في بطون هذه الكتب حول معنى النقض، مستفادة من خلال بيان الفقهاء لأسباب النقض ومواطنه ومتعلقاته»[(١٥١)].

النقض في اصطلاح المعاصرين من أهل الفقه.

اتفق الفقهاء المعاصرين[(١٥٢)] في تعريفهم للنقض على استخدام الألفاظ الواردة عند الفقهاء القدامى وخاصة لفظ الإبطال .

عرف الأستاذ مصطفى الزرقا النقض: عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع [(١٥٣)].

عرف الأستاذ عبد الكريم زيدان النقض: إبطال القاضي حكمه الذي أصدره إذا كان مخالفاً للكتاب والسنة [(١٥٤)].

عرف الأستاذ محمد رأفت عثمان النقض: إبطال الحكم، واعتباره كأن لم يكن وهو

١٤٩() الحاوي الكبير، الماوردي، ج١٦ ص٥-٣٣٤-٣٣٥./ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشربيني، ج٤ ص٥٣٠.

١٥٠() المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ابن قدامة، ج11 ص484 – ج10 ص68./ الفروع، ابن مفلح، ج12 ص 306-247 -321 .

١٥١() نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، الشريفات، ص28.

١٥٢() في حدود ما أطلع عليه من تعريفات لهؤلاء العلماء المعاصرين.

١٥٣() المدخل الفقهي العام، الزرقا، ج2ص703.

١٥٤() نظام الحكم في الشريعة الإسلامية، زيدان، ص278.

المعنى اللغوي المقصود عند الفقهاء القدامى ((١٥٥)).

عرف الأستاذ عبد الكريم محمد اللاحم النقض: إبطال القاضي لحكمه، أو حكم غيره، عند وجود أسباب النقض ((١٥٦)).

عرف الأستاذ أحمد بن محمد الخضيري النقض: إبطاله من قبل القاضي الذي صدر منه الحكم أو غيره ممن له ولاية ذلك عند وجود سببه ((١٥٧)).

ثالثاً : الحكم القضائي لغةً و اصطلاحاً.

أ. الحكم في اللغة يأتي بعدة معانٍ ((١٥٨)):

1. القضاء بالعدل.
2. العلم والفقه.
3. الرجوع.
4. المنع.

ب. الحكم القضائي اصطلاحاً ((١٥٩)):

فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام.

١٥٥() النظام القضائي في الفقه الإسلامي، عثمان، ص٥٦٢.

١٥٦() نقض الحكام الجنائية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القضاء السعودي، الشمري، ص16.

١٥٧() نقض الأحكام القضائية، الخضيري، ج١ص١٨٢.

١٥٨() لسان العرب، ابن منظور، ج١٢، ص١٤٠.

١٥٩() نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ياسين، ص٦٤٣./ حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ياسين، ص٨.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المطلب الثاني : نقض الأحكام القضائية كمفهوم من وجه نظر شراح القانون الوضعي.

أولاً : النقض في اصطلاح شراح القانون الوضعي.

عرف شراح القانون النقض بأنه: إلغاء حكم سبق صدوره لمخالفته القانون ((١٦٠)).

إبطال الحكم، بسبب بنائه على خطأ في تطبيق القانون، أو تأويله، أو خطأ جوهري في إجراءات الفصل ((١٦١)).

والنقض طريق غير عادي من طرق الطعن يستهدف منه الطاعن إلغاء الحكم المطعون فيه ((١٦٢)).

ولأن النقض غير جائز إلا بالنسبة لأحكام معينة وفي أحوال خاصة، فإن النقض يتميز في القانون الوضعي بما يلي ((١٦٣)):

النقض هو طعن لصالح القانون والحرص على حسن تطبيقه وتفسيره قبل أن يكون لصالح الخصوم .

النقض يكون على الأحكام النهائية فقط .

النقض لا يكون إلا لأسباب معينة ترجع كلها إلى الخطأ في تطبيق القانون أو فهمه أو تأويله سواء كان ذلك بالنسبة للقواعد الموضوعية أو الإجرائية .

النقض لا يطرح غير المسألة القانونية المتنازع عليها وفي حدود الأسباب التي ذكرت فيه.

١٦٠() الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، بديوي، ص٣.

١٦١() نقض الأحكام القضائية، الخضيري، ج١ص١٨٦.

١٦٢() طرق الطعن في الأحكام المدنية والجنائية، عابدين، ص174.

١٦٣() الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، بديوي، ص5 الى9.

النقض لا يؤثر على تنفيذ الحكم .

كما وتم تسميت المحكمة التي تنظر النقض بمحكمة النقض " محكمة القانون "إذ تتميز هذه المحكمة بعدة مميزات [١٦٤] وهي كالتالي :

تعتبر محكمة النقض على قمة النظام القضائي في سلم ترتيب المحاكم القضائية.

لا تمثل محكمة النقض درجة من درجات القضاء .

تقتصر محكمة النقض على بحث الوجوه القانونية المثارة في النقض ولا تتطرق إلى غيرها .

تفترض محكمة النقض صحة الوقائع التي أثبتها الحكم (النقض) المطعون فيه إيجاباً أو نفياً.

ثانياً : الحكم القضائي في اصطلاح شراح القانون الوضعي .

تتعدد تعريفات فقهاء القانون للحكم القضائي نتيجة لتعدد المعايير التي يعتمد عليها كل اتجاه في تعريفه له[١٦٥]:

- ومن تعريفات شراح القانون للحكم القضائي: القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب) في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه [١٦٦].

- وعرّف أيضاً بأنه: القرار الصادر من محكمة في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام سواء كان صادراً في أثناء سير الخصومة أو في نهايتها، سواء

١٦٤() المرافعات المدنية والتجارية، أبو الوفا، ص271-270./ الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، بديوي، ص٥ ـ٩.

١٦٥() الحكم القضائي مفهومه-تقسيماته-إصداره-مضمونه-آثاره، عبد الرحمن، ص17.

١٦٦() نظرية الأحكام في قانون المرافعات، أبو الوفا، ص33.

كان صادراً في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية [١٦٧]. فالحكم القضائي هو النهاية الطبيعية التي تُختم بها الخصومة القضائية [١٦٨].

المطلب الثالث: مقارنة مفهوم نقض الأحكام القضائية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي [١٦٩].

بناءً على ما سبق في المطلبين الأول والثاني فإنه يُستنتج :

يتفق كلا الجانبين الفقهي والقانوني في مفهوم نقض الأحكام القضائية من أوجه ويختلفان في أوجه.

أوجه الاتفاق :

عدم وجود تعريف واضح وصريح لمصطلح النقض عند الفقهاء أو القانونيين، واكتفائهم ببث إشارات في كتبهم عند ذكرهم لأسبابه وشروطه وحتى آثاره.

تعريف النقض وبيان الغاية منه؛ وهو بطلان الأحكام القضائية وإلغائها، ووجوب نقض الحكم الخاطئ [١٧٠].

النقض قائم على سبب يقتضيه .

النقض خاضع لإشراف جهة مسئولة سواءً في الفقه أو القانون .

النقض وسيلة إصلاح لخطأ القاضي .

أوجه الاختلاف [١٧١]:

١٦٧() الحكم القضائي مفهومه-تقسيماته-إصداره-مضمونه-آثاره، عبد الرحمن، ص17.

١٦٨() الأحكام القضائية – إجراءها – تعريفها وأنواعها: محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية http://qanouni.blogspot.com

١٦٩() تتركز عملية المقارنة على مفهوم النقض كمصطلح فقهي وقانوني فقط دون الأحكام القضائية .

١٧٠() نقض الأحكام الجنائية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرسي، ص٩٢.

١٧١() نقض الأحكام الجنائية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرسي، ص٩٢./ الخضيري، نقض الأحكام القضائية، ج١ص١٨٨.

يستقل الجانب الفقهي في :

النقض مطلق؛ فلكل من: القاضي مصدر الحكم وغيره نقض الحكم، طالما تيقن القاضي وقوعه في الخطأ، وهو عام في جميع القضايا .

النقض كمصطلح فقهي هو أشمل ودائرته أوسع لأنه يتناول في الجملة كل طرق النقض التي نص عليها القانون، ويتناول الحكم القضائي من ناحية الشكل والموضوع؛ فيمكن نقض الحكم بسبب خلل في الالتزام بالنظام الشرعي في اجراء المحاكمة، أو بسبب خطأ في فهم واقع الخصومة وموضوعها .

ويستقل الجانب القانوني في :

النقض محدد بحالات معينة ولا يجوز اللجوء إليه إلا بوجود حالة منها، وهذه الحالات على وجه التحديد: الخطأ في القانون، أو بطلان الحكم، أو بطلان في الإجراءات .

النقض كمصطلح قانوني هو أخص، يقتصر وجوده على سبب محدد وهو مخالفة القانون .

المبحث الثاني: ضوابط النقض الأحكام القضائية.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : ضوابط نقض الأحكام القضائية من وجه نظر فقهاء الشريعة الإسلامية.

نقض الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية له جملة من الضوابط والقواعد التي تنظمه حتى لا يكون مسرحاً للفوضى، فتنتقض الأحكام دون مبرر يقضى بذلك، وأهم هذه ضوابط [((١٧٢)]:

١٧٢() نظام الحكم في الشريعة الإسلامية، زيدان، ص267 - 273./ الحكم في الدعوى وقواعده، الكراني، http://www.feqhweb.com

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

أولاً: أن الاجتهاد لا ينقض بمثله : سواء كان مصدر الاجتهاد الثاني هو نفس القاضي الأول أو كان غيره؛ وذلك بهدف استقرار الأحكام ووثوق الناس بها وإنهاء الخصومات وقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يتذرعون بالاجتهاد لنقض أحكامهم أو لنقض أحكام غيرهم لأغراض غير مشروعة.

ويُستثنى من الأحكام الاجتهادية الأحكام البيّن خطؤها، كما لو كان الحكم لا دليل عليه، أو يُخالف أصلاً عامّاً وقاعدة شرعيّة، أو في سببه أو طريقه خطأ، فهذا يُنقض لبطلانه، كما قرّره غير واحد من أهل العلم ((١٧٣)).

ويحصر الإمام القرافي ضوابط نقض أحكام القاضي فيقول:» فهذه الأقسام الخمسة هي ضابط ما ينتقض من قضاء القاضي وما خرج عن هذه الخمسة لا ينقض وهو ما اجتمع فيه تناول الولاية له، والدليل، والسبب، والحجة، وانتفت فيه التهمة، ووقع على الأوضاع الشرعية، كان مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه» ((١٧٤)).

ثانياً: السوابق القضائية لا تقيد القاضي ولا تلزمه : فإذا قضى القاضي في مسألة اجتهادية بحكم معين فإنه لا يتقيد به في القضايا المماثلة للقضية الأولى، فله أن يحكم فيها بحكم جديد إذا تغير اجتهاده في هذه القضايا، وبالتالي لا يجوز له أن ينقض حكمه القديم بحجة حكمه الجديد الغير مستند إلى أدلة قطعية الثبوت؛ بمعنى : « أن النقض محلّه ما لم يتم تنفيذه من الأحكام، أما ما نُفّذ فلا يُنقض» ((١٧٥))، ويشهد له قول عمر بن الخطاب رضي الله عـــنه: (تِلْكَ عَلَى مَا قَضَيْنَا يَوْمئِذٍ، وَهَذِهِ عَلَى مَا قَضَيْنَا الْيَوْمَ) ((١٧٦)) قال ابن القيّم تعليقاً على قول عمر رضي الله عنه: «ولم يمنعه القضاء الأول من الرجوع إلى الثاني،

١٧٣() الأشباه والنظائر، السيوطي، ص١٠٥./ الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ابن نجيم، ص١٠٦.

١٧٤() الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي، ج ٤ص١١١.
وإن كنا نرى عدم الحصر هو الأولى لوجود ضوابط أخرى مستنبطة من أقوال الفقهاء أنفسهم سيتم توضيحها لاحقاً.

١٧٥() نقض الأحكام القضائية، البصيري، http://www.saaid.net

١٧٦() سنن البيهقي الكبرى، البيهقي، حديث رقم: ١٢٢٤٩، ج ٦ ص ٢٥٥.

ولم ينقض الأول بالثاني ، فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصلين» [(١٧٧)].

ثالثاً: ينقض الحكم المخالف للنص أو الإجماع : فإذا حكم القاضي بحكم يخالف الدليل سواءً كان نصاً من القرآن أو السنة أو الإجماع فإن هذا الحكم يستحق النقض بالإجماع [(١٧٨)]. و أضاف القرافي كذلك مخالفة القياس الجلي السالم من المعارض، أو القاعدة الشرعية العامة السالمة من المعارض [(١٧٩)].

وبيانه كالتالي [(١٨٠)]:

مخالفة الحُكم لنصٍّ من القرآن الكريم: فمتى كان حُكم القاضي مخالفًا لنصٍّ قطعي أو ظاهرٍ في القرآن الكريم، لَم يَستقرَّ هذا الحكم، ويتعيَّن نقضُه؛ لتيقن خطئه، وظهور مُجانبته للصواب، وللمحكوم عليه الحق في أن يَعترض على هذا الحكم، ويَطعن فيه.

مخالفة الحكم لنصِّ السنة: فإذا تبيَّن أنَّ حكم القاضي وقَع مخالفًا للسنَّة المتواترة، أو المشهورة، أو الآحاد، فإنه لا يستقر، بل يُنقَض، وللمحكوم عليه حق الطَّعن فيه.

مخالفة الحكم للإجماع: فالحكم المخالف للإجماع الصريح أو السكوتي لا يَستقر أيضاً، بل يُنقَض، ويحق للمحكوم عليه أن يطعنَ فيه، ويطلبَ إعادة النظر فيه؛ لأن ما خالَف الإجماعَ يكون باطلاً، والباطلُ لا اعتبارَ له في الشرع، فتعيَّن فَسْخُ ما خالَف الإجماع.

مخالفة الحكم للقياس الجلي سبب موجب للنقض .

١٧٧() إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية، ج١ص١١١.

١٧٨() عمدة القاري شرح صحيح البخاري، العيني، ج٣٥ص٢٨٧.

١٧٩() الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي، ج٤ص٩٧.

١٨٠() نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، الشريفات، ص٩١ إلى ٩٣./ إجراءات الإثبات (٢١) الاعتراض على الأحكام (١)، الدهيشي، http://www.alukah.net

مخالفة الحكم للقواعد الفقهية: فلا يجوز مخالفة هذه القواعد لأنها متفقه مع أصول الشريعة ومستنبطة منها، وتُعد كل قاعدة منها ضابطاً وجامعاً لمسائل فقهية كثيرة تنبني عليها الأحكام القضائية .

رابعاً: التهمة تؤثر في حكم القاضي وتعرضه للنقض: لأن القاعدة- كما يقول القرافي: « أن التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة وهي- أي التهمة- مختلفة المراتب، فأعلى رتب التهم معتبر إجماعاً مثل: حكم القاضي لنفسه فإن هذا الحكم ينقض بلا خلاف بين الفقهاء، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً إذ لا تأثير له في سلامة القاضي مثل حكم القاضي لجيرانه وأهل بلدنه ، والوسط من التهم مختلف فيه هل يلحق بالأول ، أم يلحق بالثاني ،وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم : (لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين) [(١٨١)] أي متهم.» [(١٨٢)]

خامساً: إذا كان الحكم المنقوض صحيحا فإن الحكم الناقض ينقض ويبرم الحكم المنقوض: وتفسيره:" إن الحكم إذا نقض فإن ذلك النقض لا يمنع نقضه؛ لأن مدار النقض هو وجود الفساد أو البطلان، وإذا كان بالإمكان أن يحتوي الحكم على فساد فيوجب نقضه، فإنه من المحتمل أيضا أن يدخل الفساد على النقض نفسه، لكونه في غير محله، فيما إذا كان متوجها حكما صحيحا عند ذلك يدخل الفساد عليه فيوجب نقضه " [(١٨٣)] وفي هذا قال القرافي: "و مما ينقض نقض ما لا ينقض؛ فإذا قضى قاض بأن ينقض حكم الأول- وهو مما لا ينقض، نقض الثالث حكم الثاني؛ لأن نقضه خطأ ويمضي الأول، لأن النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متعين " [(١٨٤)].

١٨١() الموطأ، ابن أنس، رقم حديث: ٢١١٧، ج١ص١٧٩./ السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، البيهقي، رقم حديث: ٢١٠٧٩،ج١٠ص١٥٥. رواه من طريق الأعرج مرسلاً.

١٨٢() الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي، ج٤ ص١٠٢.

١٨٣() نقض الحكام الجنائية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القضاء السعودي، الشمري، ص١٢٨.

١٨٤() الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي، ج٤ ص٩٨-٩٩.

سادساً: ينقض حكم القاضي المخالف للأوضاع الشرعية :

فالأحكام الصادرة من قاضي قليل الفقه ومن لا يستشير فإنها تدقق؛ فيبرم منها الصحيح وينقض منها ما كان خطأ بينا ((١٨٥)).

وكذلك الأحكام الصادرة من حكام الجور والسوء فإنها تنقض إذا كانت جائرة ((١٨٦)) وذلك حفاظا على حقوق الناس وتحقيقا للعدل .

ينقض كل ما لم تتناوله ولاية القاضي بالأصالة: فلا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة، فقد حجر الله تعالى على الأوصياء التصرف فيما هو ليس بأحسن مع قلة الفائت من المصلحة في ولايتهم، فقال في محكم تنزيله: (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) ((١٨٧)) فكان الحجر على الولاة والقضاة في ذلك أولى ((١٨٨)).

ينقض حكم القاضي المخالف للحجة التي يعتمدها القضاة، أو للأسباب التي يعتمدها المدعين ((١٨٩)): أي ضرورة التفرقة بين الأحكام الصادرة في حقوق الله تعالى والصادرة في حقوق العباد، فيجوز نقض الأحكام التي لا مسوغ لقبول مخالفتها لشرع الله تعالى، في حين يتوقف النقض على طلب العباد في أحكامهم المستوجبة للنقض.

سابعاً: تدرأ الحدود بالشبهات ((١٩٠)): فخطأ القاضي شبة تدرأ به الأحكام القضائية وتنقض .

١٨٥() تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون،ج1 ص65-64.

١٨٦() تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون،ج1 ص65-64.

١٨٧() سورة الأنعام، آية ١٥٢.

١٨٨() الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي، ج٤ ص٩٥.

١٨٩() الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي، ج ٤ص٩٥.

١٩٠() نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، الشوكاني، ج7 ص272.

ثامناً: أن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة: هذه القاعدة جزء من الحديث الشريف: (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)[(١٩١)]، تفيد القاعدة أن الأصل براءة الذمة في الإنسان، فيحكم القاضي بالأحوط فيما يشتبه عليه من الأحكام، لا أن يوقع العقوبة على غير مستحقها، فيتعرض الأبرياء للتهمة والعقاب، مما يخل بهيبة القاضي ويعرضه للنقض، ويختل ميزان الحق والعدل بين الناس[(١٩٢)].

تاسعاً: ضبط[(١٩٣)] الدوافع الشرعية الموجبة لنقض الحكم القضائي:

عدم تحقق مقصود القضاء من الحكم في إحقاق العدل وإنصاف المظلوم باسترداد الحق الضائع، وتحقيق المصالح الشرعية المفقودة، فيلجأ إلى النقض.

عدم تحقق مقصود القضاء نتيجة لفساد الأخلاق، وضعف التدين من قبل القائمين على شؤون القضاء، فيلجأ إلى النقض .

استبداد القضاء وعدم وجود وسيلة لاسترداد الحقوق يؤديان حتماً إلى عموم البلوى من عدم الاستقرار في الحياة، وانتشار الفوضى والظلم. فاعتباراً للمآلات الناتجة، يُلجأ إلى النقض كوسيلة لتحقيق مناط الشارع في الإصلاح والاعتمار للبشرية .

اطلاع القاضي على مدركات لم يكن علم بها من قبل، وعدم تصور القاضي لحقيقة الدعوى المسئول عنها تصوراً تاماً، وثبوت ما سبق اعتقاد عدم ثبوته من الأدلة عند القاضي، ووضوح ما التبس فهمه على القاضي من دلالات الحجج والبراهين المقدمة في الدعوى ...كلها مبررات تدفع إلى اللجوء للنقض .

١٩١() سنن الترمذى، الترمذي، رقم الحديث : 1424، ج3 ص85.

١٩٢() القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، الحريري، ص72.

١٩٣() المقصود هو ضبط النقض بالمفهوم العام . وأما ما تحدث عنه القرافي فيمكن اعتباره من باب ضبط النقض بالمفهوم الخاص.

"الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل " قول يمثل صحة نظرية النقض إذا صادفت المحل المناسب، وتخالف نظرية التعسف، وسوء استعمال السلطة الممنوحة للقاضي والتمادي بالباطل .

عاشراً: تنظيم نقض الأحكام بمراعاة المصلحة العامة والدوافع الشرعية وعدم مخالفة قواعد الشرع: من خلال حصر ولاية النظر في نقض الأحكام بمجموعة من القضاة المحددين، وحصر كيفية النظر في نقض الأحكام بمجموعة من الضوابط المنظمة [(١٩٤)] كأسباب، شروط، آثار، وأحكام النقض .

المطلب الثاني: ضوابط نقض الأحكام القضائية من وجه نظر شراح القانون الوضعي.

حصر شراح القانون الوضعي نقض الأحكام القضائية في جملة من الضوابط هي كالتالي :

أولاً: مخالفة القانون: ومخالفة القانون بالمعنى الدقيق فهو عبارة عن قيام القاضي بتجاهل حكم القانون في منطوق حكمه ذاته، وليس مجرد مخالفة الإجراءات اللازمة للتحقيق، أو الحكم [(١٩٥)]، أو ينكر وجود قاعدة قانونية[(١٩٦)]، أو يطبق قاعدة قانونية غير واجبة التطبيق. وجميع ما سبق من مخالفات راجعة إلي خطأ وعيب ينسب إلى القاضي في أعماله للتكييف القانوني [(١٩٧)] تستوجب النقض.

١٩٤() نظام الحكم في الشريعة الإسلامية، زيدان، ص281-278 .

١٩٥() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص181./ الوسيط في طرق الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية، عابدين، ص285.

١٩٦() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص187.

١٩٧() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص188.

ثانياً: الخطأ في تطبيق القانون: والمقصود هو تطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها، أو تطبيقها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون، أو برفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها ((١٩٨)) جميعها يستوجب النقض.

ثالثاً: الخطأ في تأويل القانون: والمقصود هو إعطاء القاعدة القانونية الواجب تطبيقها معنى غير معناها الحق ((١٩٩)). فالخطأ في فهم المقصود بالقاعدة القانونية الواجبة الإعمال، أو بصرف حكم قاعدة قانونية على معنى لم يقصده الشارع، أو إعطاء القاعدة القانونية معنى وأثراً تفتقده هذه القاعدة بحسب مراد الشارع منها ((٢٠٠)) وجميع ما سبق يستوجب النقض.

رابعاً: عدم قيام الحكم على أساس قانوني: هو عيب في صميم موضوع الحكم يستدعي النقض((٢٠١)). فتناقض أجزاء الحكم وعدم تسبيب الأحكام تؤدي إلى بطلان الحكم وبالتالي جواز نقضه، كما وأن خطأ القاضي في إسناد الحكم على معلوماته الشخصية أو اعتماده على مصدر لا وجود له في بناء الحكم، أو فساد استدلال القاضي عند الحكم على الدليل قبل تحققه، أو اعتماده في إصدار الحكم على أدلة لا تتوافق مع النتائج التي انتهى إليها ((٢٠٢))، كلها حالات تستوجب النقض. إذن مخالفة الأساس القانوني، ما هو في الواقع إلا مخالفة لنص القانون الذي يُلزم القاضي بأن يسند أحكامه على الأسباب القانونية المبررة لقضائه((٢٠٣)).

١٩٨() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص199./ الوسيط في طرق الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية ، عابدين، ص285.

١٩٩() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص212.

٢٠٠() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص213./ الوسيط في طرق الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية ، عابدين، ص285.

٢٠١() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص217-215.

٢٠٢() الوسيط في طرق الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية ، عابدين، ص289- 291.

٢٠٣() الطعن بالنقض والطعن إمام المحكمة الإدارية العليا، بديوي، ص37.

خامساً: بطلان الحكم أو بطلان الإجراءات المؤثرةً في الحكم[٢٠٤]: ويتمثل بطلان الحكم باشتراك غير القضاة الذين سمعوا المرافعة في المداولة، صدور الحكم في جلسة سرية ،الخطأ الوارد على مسودة الحكم أو في تشكيل المحكمة أو النطق بالحكم أو خلو الحكم من الأسباب ...أما بطلان الإجراءات التي تؤثر في الحكم و يترتب عليها النقض، فيتمثل بالناحية الشكلية أو الإجرائية[٢٠٥].

سادساً: إبداء أسباب جديدة لم يُسبق عرضها ولا تتعلق بالنظام العام[٢٠٦].

سابعاً: انحراف الهيئة القضائية في قضائها لعدم التربية القضائية ووجود الأحقاد والضغائن بين أفرادها[٢٠٧].

ثامناً : انتفاء وجود المصلحة[٢٠٨]: القانونية[٢٠٩]، الشخصية و المباشرة[٢١٠]، الحالة والقائمة[٢١١]: إذ أن المصلحة هي الضابط اللازم للرقابة على عيوب الحكم، وجود المصلحة شرط للنقض، تهدف مشروعيتها إلى منع إثارة العيوب لمجرد الكيد وإطالة الإجراءات[٢١٢].

تاسعاً: انتفاء الصفة[٢١٣]: فلا بد أن يصدر النقض من ذي صفة (المدعي صاحب الحق أو وكيله)، وأن يكون موجهاً على ذي صفة (المدعى عليه ، الخصم) .

٢٠٤() الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، عمر، ص222.

٢٠٥() الوسيط في طرق الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية ، عابدين، ص292- 301.

٢٠٦() الطعن بالنقض والطعن إمام المحكمة الإدارية العليا، بديوي، ص176.

٢٠٧() الطعن بالنقض والطعن إمام المحكمة الإدارية العليا، بديوي، ص176.

٢٠٨() وتُعرّف المصلحة: بأنها الفائدة العملية المشروعة التي يُراد تحقيقها . انظر: رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الكيك، ص96.

٢٠٩() القانونية: هي المصلحة التي تستند إلى حق يعترف به القانون. انظر: رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الكيك، ص97.

٢١٠() رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الكيك، ص100.

٢١١() رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الكيك، ص103.

٢١٢() رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الكيك، ص97.

٢١٣() وتُعرّف الصفة: بأنها سلطة مقررة للشخص في مباشرة الإجراءات القضائية دفاعا عن مركز قانوني موضوعي يتمتع به إزاء كل اعتداء أو محاولة للاعتداء عليه . انظر: رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الكيك، ص١١١.

عاشراً: لا نقض في الأعمال الولائية وأعمال الإدارة القضائية: أما الأحكام المتمثلة بالقرارات الصادرة من محكمة تتبع جهة قضائية، ولها سلطة قضائية (خصومة)، ومكتوبة كأي ورقة من أوراق المرافعات، فإن هذه الأحكام فقط يردها النقض[٢١٤].

الحادي عشر: انتفاء ولاية المحكمة في الدعوى المقامة [٢١٥]، قد يكون سبباً في نقض الحكم القضائي .

المطلب الثالث: مقارنة ضوابط نقض الأحكام القضائية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

بناء على ما سبق في المطلبين الأول والثاني فإنه يُستنتج :

يتفق كلا الجانبين الفقهي والقانوني في تحيد ضوابط نقض الأحكام القضائية من أوجه ويختلفان في أوجه.

أوجه الاتفاق:

النقض الوارد على الأحكام القضائية يحتاج إلى تنظيم .

ترك النقض في الأحكام القضائيَّة دون ضوابطَ مدعاة للمفسدة، وإضاعة الحقوق، والتشهي، عدم استقرار القضاء وانتفاء الثقة فيه، ومناقضة مقصود الشارع .

وضع كل فريق ضوابط بحسب وجه النظر التي ارتآها واختار لها من الألفاظ والمصطلحات المعبرة ما يتناسب مع الفكر الذي يمثله، لكنها تلتقي وتتفق في الجوهر: كعدم مخالفة القانون سواء كان نصا شرعيا أو نصا وضعيا ، إثبات الصفة ،

٢١٤() شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، الطويل، ص24.

٢١٥() الوافي في الإثبات الجنائي، الجميلي، ص20.

المصلحة ، الحكم ، الولاية ...

أوجه الاختلاف :

يستقل الجانب الفقهي في :

الضوابط الشرعية عديدة ومتنوعة، اتفق الفقهاء على بعضها كأساس يرتكز عليه في النقض مثل عدم مخالفة النص من القرآن والسنة والإجماع والقياس .... واختلفوا في بعضها الآخر تبعاً لاجتهاداتهم المقاصدية .

الضوابط الشرعية الخاصة بالنقض تتميز بصفة الثبوت لانبثاقها من مبادئ الدين الأصيلة، واختلافات الفقهاء هي اختلافات جزئيات وفرعيات لا كليات .

يستقل الجانب القانوني في :

الضوابط القانونية للنقض محصورة، " فلا يجوز الإضافة إليها أو القياس على أحدها، مراعياً في ذلك أن الطعن بالنقض طريق غير عادي ووجوب انحصاره في نطاق محدد "[٢١٦].

الضوابط القانونية الخاصة بالنقض متغيرة بتغير القانون الوضعي المنبثق من مبادئ بشرية قاصرة الفكر، محدودة التطور .

٢١٦() نقض الأحكام الجنائية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرسي، ص192.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so
http://ium.usa.online
ium.usa.online@gmail.com
+ 967 730053135
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

الخاتمة

أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة :-

- يتفق كلا الجانبين الفقهي والقانوني على أن إقرارُ العدل ورَفْعُ الظلم، من أهم الأهداف المحققة للسعادة البشرية، وأنه لما كان حُكم القاضي مُحتمِلاً للخطأ ومُجانَبة الصواب لأيِّ سببٍ من الأسباب؛ فإنَّ الشارع قرَّر للمحكوم عليه حق النقض في الحكم الصادر ضدَّه، متى ما توافَرتْ مسوِّغات هذا النقض تحقيقاً للمصلحة، وضماناً للعدالة .

- يتفق كلا الجانبين الفقهي والقانوني على عدم وجود تعريف واضح وصريح لمصطلح النقض في كتبهم، وأن جل ما وجد هو إشارات له. لكن يمكن تعريف النقض بأنه: بطلان الأحكام القضائية وإلغائها ووجوب نقض الحكم الخاطئ، وأن النقض وسيلة إصلاح لخطأ القاضي .

- يتفق كلا الجانبين الفقهي والقانوني على أن النقض الوارد في الأحكام القضائية يحتاج إلى تنظيم. وأن ترك النقض دون ضوابطَ مدعاة للمفسدة، وإضاعة الحقوق، والتشهي، وعدم استقرار القضاء، وانتفاء الثقة فيه، ومناقضة مقصود الشارع .

- يختلف كلا الجانبين الفقهي والقانوني في أن النقض كمصطلح فقهي هو أشمل، ودائرته أوسع؛ لأنه يتناول في الجملة كل طرق الطعن التي نص عليها القانون، في حين أن النقض كمصطلح قانوني هو أخص، يقتصر وجوده على سبب محدد وهو مخالفة القانون .

- يختلف كلا الجانبين الفقهي والقانوني في أن الضوابط الشرعية عديدة ومتنوعة، تتميز بصفة الثبوت لانبثاقها من مبادئ الدين الأصيلة، واختلافات

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so
http://ium.usa.online
+ 90 5528004880
ium.usa.online@gmail.com
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

الفقهاء فيها هي اختلافات جزئيات وفرعيات لا كليات، في حين أن الضوابط القانونية للنقض محصورة ومتغيرة بتغير القانون الوضعي.

التوصيات:

الاهتمام بتدريب القضاة على مبادئ النقض وأسبابه وأساليبه، مع الاستفادة من بعض نماذج الفقه الإسلامي والتي تم تطبيقها قانونياً في بعض الدول الإسلامية والعربية.

تشجيع البحوث المتخصصة التي تربط بين الفقه الإسلامي والأنظمة القانونية الحديثة في مجال الطعون القضائية؛ للاستفادة من نماذج الفقه الاسلامي في معالجة الإشكاليات العملية.

وضع مدونة مبادئ قضائية مستمدة من أحكام النقض والأصول الفقهية؛ لإعانة قضاة القانون الوضعي في فهم أسباب النقض وتطبيقاته.

العمل على ادراج التقنيات الحديثة في ملفات الطعون والنقوض في المحاكم الشرعية والوضعية؛ لضمان لضمان الدقة، وتقليل الأخطاء الشكلية المؤثرة على صحة الحكم القضائي.

قائمة المراجع

القرآن الكريم .

- ابن أنس، مالك أبو عبدالله الأصبحي، (1994م)، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار الفكر العربي.
- بديوي، عبد العزيز خليل، (1970م)، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، ط/1، مصر: دار الفكر العربي .
- البصيري، سلطان بن عثمان، (هـ12/8/1433) ، نقض الأحكام القضائية، http://www.saaid.net
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، (1994م)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز .
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، (1344هـ)، السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، ط/1، الهند: مجلس دائرة المعارف النظامية.
- الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى، (1998 م)، سنن الترمذى، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: دار الغرب الإسلامي .
- الجميلي، هشام ،(2006م)، الوافي في الإثبات الجنائي، المنصورة: دار الفكر والقانون.
- الحريري، إبراهيم محمد، (1999م)، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء

في الإسلام، ط/1، عمان: دار عمار للنشر .

- الخضيري، (2006م)، نقض الأحكام القضائية، ط/1، الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية.
- الدهيشي، عبد المجيد بن عبد العزيز، (18/1/2014م)، إجراءات الإثبات (21) الاعتراض على الأحكام (1)، http://www.aluKah.net
- الزرقا، مصطفى، (1998م)، المدخل الفقهي العام، ط/1، دمشق: دار القلم.
- زيدان، عبد الكريم، (1989م)، نظام الحكم في الشريعة الإسلامية، ط/2، بيروت: مؤسسة الرسالة .
- السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، (2000م)، المبسوط، تحقيق: خليل محي الدين الميس، ط/1، بيروت: دار الفكر .
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (1403هـ)، الأشباه والنظائر، بيروت: دار الكتب العلمية .
- الشربيني، محمد الخطيب، (1997م)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ط/1، بيروت: دار المعرفة.
- الشريفات، علي عودة ،(2004م)، نقض الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير .
- الشمري، محمد بن فلاح، (2001م)، نقض الحكام الجنائية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القضاء السعودي، رسالة ماجستير، الرياض .
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، دارة الطباعة المنيرية.

- الطويل، هشام، (1987م)، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية، الإسكندرية: منشأة المعارف .
- عابدين، محمد أحمد، (1984م)، طرق الطعن في الأحكام المدنية والجنائية، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية .
- عابدين، محمد أحمد، الوسيط في طرق الطعن على الأحكام المدنية والتجارية والشرعية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي .
- عثمان، محمد رأفت، (1994م)، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار البيان.
- عبد الرحمن، محمد سعيد، الحكم القضائي مفهومه-تقسيماته-إصداره-مضمونه-آثاره، ط/1، القاهرة: دار النهضة العربية .
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد، (1989م)، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر.
- العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بيروت: دار إحياء التراث العربي .
- عمر، نبيل إسماعيل، (2004م)، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة .
- ابن فرحون، أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد المالكي، (1995م)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط/1، بيروت: دار الكتب .
- ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد المقدسي ،(1405هـ)،المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ط/1، بيروت : دار الفكر .

- القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي،(1998م)، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق، تحقيق : خليل المنصور، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، (1973م)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل .
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، (1986م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الكراني، عبد الحميد بن صالح، (2012-4-8م)، الحكم في الدعوى وقواعده ، http://www.feqhweb.com
- الكيك، محمد علي ، رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية، الإسكندرية .
- الماوردي، العلامة أبو الحسن، الحاوي الكبير، بيروت: دار الفكر.
- مرسي، محمود ابراهيم، (2006م)، نقض الأحكام الجنائية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية .

- مصطفى، إبراهيم وآخرين، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، القاهرة: دار الدعوة.
- ابن مفلح، أبو عبد الله محمد بن محمد بن مفرج شمس الدين المقدسي، (2003م)، الفروع، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة.
- ابن منظور، محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب، ط/1، بيروت: دار صادر .

- ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم، (1980م)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، بيروت: دار الكتب العلمية .
- أبو الوفا، أحمد، (م1953)، المرافعات المدنية والتجارية، ط/2، الاسكندرية .
- أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط/2، دار المعارف .
- الأحكام القضائية– إجراءها– تعريفها وأنواعها: محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، (13 مارس، م.2011 http://qanouni.blogspot.com)
- ياسين، محمد نعيم ياسين، (2003م)، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط/1، الأردن: دار النفائس.
- ياسين، محمد نعيم ياسين، (1984م)، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، ط/1، الأردن: دار الفرقان .

كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

تطور دور القوات المسلحة في حماية مدنية الدولة في الدستور المصري

The Development of the Role of the Armed Forces in Protecting the State's Civilians in the Egyptian Constitution

إعـــداد الباحـث

دكتور عماد حمدي البحيري

أستاذ القانون المساعد بكلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

Abstract

In 2019, an amendment was made to the Egyptian Constitution issued in 2014. This amendment included Article 200 of the Constitution. Which added to the tasks of the armed forces the responsibility of preserving democracy and the rights and freedoms of the people. The state's use of armed forces for democracy needs a historical and philosophical justification, this study attempts to demonstrate. The study also attempts to show the internal and international legal implications of this amendment. The research will address the statement of the concept of the state, and the concept of armed force. And the historical role of the Egyptian armed forces. And legal and ethical controls on the use of force for the purpose of law enforcement.This study attempts to answer two questions. The first is about the legitimacy of the state's use of armed force for democracy and protection of the rights and freedoms of the people, not only from the legal aspect, but also from the historical and philosophical aspect. Second: On the legal effects of this constitutional amendment.This study will be through the inductive method with the analytical method.

الكلمات المفتاحية:

القوات المسلحة، مدنية الدولة، الدستور المصري

مقدمة

التعريف بالبحث وأهميته.

فى عام 2019 أُجريت فى مصر تعديلات دستورية على بعض مواد دستور 2014، وكان من ضمن المواد التى شملها التعديل المادة (200) والتى كانت تنص قبل التعديل على أن: (القوات المسلحة ملك للشعب، مهمتها حماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها، والدولة وحدها هى التى تنشئ هذه القوات، ويحظر على أى فرد أو هيئة أو جهة أو جماعة إنشاء تشكيلات أو فرق أو تنظيمات عسكرية أو شبه عسكرية. ويكون للقوات المسلحة مجلس أعلى، على النحو الذى ينظمه القانون). وقد صارت هذه المادة بعد التعديل كالأتى: (القوات المسلحة ملك للشعب، مهمتها حماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها، وصون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد، والدولة وحدها هى التى تنشئ هذه القوات، ويحظر على أى فرد أو هيئة أو جهة أو جماعة إنشاء تشكيلات أو فرق أو تنظيمات عسكرية أو شبه عسكرية. ويكون للقوات المسلحة مجلس أعلى، على النحو الذى ينظمه القانون).

ويظهر من هذا التعديل أنه أضاف إلى مهام القوات المسلحة مهمة جديدة هى صون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد.

وليس من شك فى مشروعية استخدام الدولة للقوة لفرض النظام، إلا إن استخدام الدولة للقوات المسلحة من أجل صون الديمقراطية والحفاظ على مدنية الدولة ومقوماتها ومكتسبات الشعب قد يشكل لدى البعض إشكالية فى مدى مشروعية تدخل القوات المسلحة للدولة لتحقيق هذه الأهداف، لا سيما أنها تختلف عن أهدافها التقليدية من حماية حدود الدولة، كما هو مقرر

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

فى الدساتير السابقة.

وهذه المسألة لا يُكتفى للبحث فيها الاقتصار على الجانب القانونى الفقهى فحسب، بل لا بد من دراسة هذه المشروعية من جانبها الفلسفى والتاريخى، إذ إن الدولة تاريخيًا قد لحقها تطور كبير فى مفهومها وفى وظيفتها، وكذلك مفهوم مدنية الدولة، ليست دلالته فى العصر الحديث كما كانت دلالته قديمًا، ذلك إن فهم هذه التطورات يعيننا على تفهم دور الدولة فى حماية الديمقراطية والمدنية ومكتسبات الشعب بالوسائل المتاحة لديها، ومن بين تلك الوسائل القوة المسلحة. هذا كله فى ضوء الظروف الدولية الراهنة والمذاهب السياسية الحديثة التى تنادى بضرورة التدخل العسكرى بغرض تحقيق أهداف إنسانية.

وتبدو أهمية البحث فى أنه يوضح المهام المضافة على عاتق القوات المسلحة بموجب هذا التعديل، والمتمثلة فى صون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد، ومدى مشروعيتها. وكذلك التعرف على الآثار القانونية، الوطنية والدولية لهذا التعديل.

إشكالية البحث.

يمكن تحديد إشكالية هذا البحث من جانبين: الجانب الأول: يتمثل فى الإجابة على تساؤل يتعلق بمدى مشروعية استخدام الدولة للقوة المسلحة من أجل صون الديمقراطية والحفاظ على مدنية الدولة وحقوق وحريات الأفراد، ويحاول البحث بيان مدى هذه المشروعية ليس من جانبها القانونى فحسب، ولكن أيضًا من جانبها الفلسفى والتاريخى والفقهى، وذلك فى ظل الأوضاع الدولية الراهنة. الجانب الثانى: يتعلق ببيان الآثار القانونية للتعديل الذى أُجرى على النص الدستورى محل البحث، ويحاول البحث بيان الآثار القانونية الوطنية وكذلك الآثار

القانونية الدولية المترتبة على هذا التعديل.

أهداف البحث.

يستهدف البحث التعرف على مدى مشروعية استخدام الدولة للقوة المسلحة من أجل صون الديمقراطية والحفاظ على مدنية الدولة وحقوق وحريات الأفراد، من الجانب القانونى وكذلك من الجانب الفلسفى والتاريخى والفقهى. كما يستهدف البحث التعرف على الآثار القانونية، الوطنية والدولية، للتعديل الذى أُجرى على النص الدستورى محل البحث.

منهج البحث.

سوف أتبع فى هذا البحث المنهج الاستقرائى مع المنهج التحليلى، بحيث أتتبع النصوص الدستورية والوقائع التاريخية والآراء الفلسفية المتعلقة بهذا الموضوع. ثم أقوم بتحليل هذه النصوص وتلك المذاهب والآراء، محاولاً حل الإشكالية سالفة الذكر، مع بيان الآثار القانونية التى ترتبت على هذا التعديل.

خطة البحث.

سنتناول هذه الدراسة فى ثلاثة مباحث، على النحو التالى:

المبحث الأول: مفهوم الدولة والقوة المسلحة وإشكالية الاستعانة بالقوات المسلحة فى حماية مدنية الدولة.

المبحث الثانى: الأساس الفلسفى لتبرير استخدام الدولة للقوة المسلحة بهدف حماية مدنية الدولة.

المبحث الثالث: ضوابط استخدام القوة بهدف حماية مدنية الدولة والآثار القانونية للنص الدستورى المعدل.

المبحث الأول

مفهوم الدولة والقوة المسلحة وإشكالية الاستعانة بالقوات المسلحة فى حماية مدنية الدولة

المطلب الأول

مفهوم الدولة والقوة المسلحة

الفرع الأول: مفهوم الدولة.

من وجهة النظر الاجتماعية، فإن الدولة تعبر عن نوع مميز للمجتمع السياسى ينتج عن استقرار جماعة بشرية متجانسة نسبيًا على إقليم محدد، وهذه الجماعة تديرها سلطة تحتكر الإكراه المنظم، وبالأخص القوة المسلحة[٢١٧].

وفى النظم القانونية والسياسية، فإن الدولة تمثل ظاهرة عالمية تجسد مجموعة من الأفراد يقطنون إقليمًا جغرافيًا معينًا بصفة دائمة ومستقرة، ويخضعون فى تنظيم شؤونهم لسلطة سياسية تستقل فى أساسها عن أشخاص من يمارسها[٢١٨].

ويعد مفهوم الدولة من المفاهيم المعقدة فى النظم السياسية، فاجتماع مجموعة من الأفراد قد يتخذ أشكالاً متعددة، إلا إنه يمكننا تمييز الدولة عن كافة أشكال الجماعات الأخرى من حيث بعدها السياسى، وليس مجرد البعد السياسى فحسب، بل تتميز الدولة بمضمون هذا البعد السياسى، فالدولة ترتبط بشكل أساسى بتاريخها، ويعد امتدادها تاريخيًا من ضمن عناصر تكوينها، فليس كل كيان توافرت فيه عناصر الدولة من إقليم وشعب وسلطة يمكن أن يُعترف به كدولة، ما لم يكن البعد التاريخى قائم فيه بما يؤكد قيام هذا النظام السياسى الذى يعبر عن الدولة[٢١٩].

وهذا البعد التاريخى للدولة، هو الذى يحدد هويتها، والهوية تمثل الشخصية

٢١٧ – أحمد سعيفان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص١٧٩.

٢١٨ – نعمان أحمد الخطيب، الوسيط فى النظم السياسية والقانون الدستورى، دار الثقافة، عمان، الطبعة السابعة، ٢٠١١، ص١٦.

٢١٩ – Chandran Kukathas, A definition of the state , University of Queensland Law Journal, Vol 33, Issue 2, 2014, Page 357.

التى تميز كل دولة عن الأخرى، فلكل دولة مجموعة من العناصر التى تكون هويتها من حيث الثقافة والدين واللغة وغير ذلك.

الفرع الثاني: مفهوم القوات المسلحة.

فى الاصطلاح العسكرى، فإن القوات مصطلح يشمل معنيين: الأول، القطعات العسكرية أو السفن أو الطائرات أو خليط منهما. والثانى، القوات البرية والجوية والبحرية النظامية، أو أى جزء لأية قوة أو أكثر[٢٢٠]. وبالتالى فإن القوات تشمل التسليح فى معناها الأول، وتشمل القوى البشرية فى معناها الثانى.

أما التسليح فى الاصطلاح العسكرى، فيعنى التبديل من حال الأمان إلى حال التهيوء للعمل، وذلك بإعداد وسائل القتال[٢٢١].

والجيش، مصطلح شامل معناه يشمل القوات العسكرية البرية والجوية والبحرية للدولة، وهو مصطلح يخص كافة الصنوف العسكرية، أو القوات البرية، أو القوات المشتركة[٢٢٢].

ومن جماع هذه المصطلحات العسكرية يظهر لنا أن القوات العسكرية توصف بالمسلحة إذا كانت فى حالة الاستعداد للقتال، أما الجيش فهو مصطلح شامل يدل على القوات العسكرية سواء كانت فى حال الاستعداد للقتال أو غير ذلك.

ولعل هذا قد يفسر لنا السبب فى استبدال مصطلح القوات المسلحة بمصطلح الجيش فى الدستور الصادر بعد ثورة 23 يوليو 1952 ليدلل على أن القوات العسكرية فى حالة تأهب واستعداد دائم للقتال ومواجهة العدو.

إلا إنه من جهة اللغة، فإن الجيش فى المعاجم العربية المعاصرة يعنى مجموع القوات العسكرية فى الدولة وما لديها من نظم وآلات حرب برية وبحرية

---

٢٢٠ – سامى عوض، معجم المصطلحات العسكرية، دار أسامة للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص٣٩٤.

٢٢١ – سامى عوض، معجم المصطلحات العسكرية، المرجع السابق، ص١٠٤.

٢٢٢ – سامى عوض، معجم المصطلحات العسكرية، المرجع السابق، ص١٧٤.

وجوية[٢٢٣]، وهذا المعنى يتفق مع المعنى الاصطلاحى العسكرى. أما أصل لفظ (جيش) فى المعاجم العربية، فإنها تدل على معنى التحرك الفعلى نحو العدو، فيقال جاش البحرُ بالأمواج، فلم يستطع ركوبه، وجاشت القدرُ أى غلتْ، وكل شىء يغلى فهو يجيش، وجاشت العين أى فاضت بالدموع، والجيوش أى الجند، وهم جماعة الناس فى الحرب أو السائرون إلى الحرب[٢٢٤].

ويظهر إذن أن التغير من مصطلح (الجيش) إلى مصطلح (القوات المسلحة) فى الدستور المصرى، كان للدلالة على أن هذه القوات فى حالة استعداد دائم للقتال، وليست فى حالة قتال دائم، وذلك بحسب دلالة المعنى اللغوى.

والقوات المسلحة بحسب تعريف مركز جينيف للرقابة الديمقراطية على القوات المسلحة: هى المؤسسات التى تنشئها الدولة لغرض أساسى هو الدفاع عنها ضد التهديدات الخارجية والصراعات الداخلية[٢٢٥].

وفى قاموس المصطلحات العسكرية الصادر عن وزارة الدفاع الأمريكية المنشور على شبكة الإنترنت، فإن القوات المسلحة، مصطلح يشير إلى كافة مكونات الجيش الأمريكى من قوات مشاة وبحرية وجوية وخفر السواحل. والتسليح يعنى التحول من الحالة الآمنة إلى حالة الاستعداد للإنطلاق، ويشمل التسليح المتفجرات والأسلحة والذخيرة[٢٢٦].

الفرع الثالث: تطور النصوص الدستورية.

منذ أن صدر أول دستور لمصر عام 1923 وقد تناول التعريف بالقوات المسلحة، إلا إن هذا التعريف قد تطور فى بيان دور القوات المسلحة مع دستور 1956 وذلك بسبب قيام ثورة يوليو، وما تبعها من قيام مجلس قيادة الثورة، المنبثق عن الجيش المصرى، بتولى أمور الحكم.

٢٢٣ – أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، الجزء الأول، ص٤٢٧.

٢٢٤ – أبو الفيض الزبيدى، تاج العروس، دار الهداية، مجموعة من المحققين، الجزء السابع عشر، ص١١٦.

٢٢٥- Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), https://www.dcaf.ch.

٢٢٦- Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, http://www.jcs.mil.

ففى دستور 1923 تناول الباب الخامس منه الحديث عن القوة المسلحة فى الدولة بوجه عام، وكانت هذه المادة تشمل القوة المسلحة الداخلية، الشرطية، وكذلك القوة المسلحة العسكرية. فنصت المادة 146 منه على أن (قوات الجيش تقرر بقانون) ونصت المادة 147 منه على أن (يبين القانون طريقة التجنيد ونظام الجيش وما لرجاله من الحقوق وما عليهم من الواجبات). وهاتان المادتان معنيتان بالقوة المسلحة العسكرية (الجيش). ثم تناولت المادة 148 القوة المسلحة الشرطية أو البوليسية فنصت على أن (يبين القانون نظام هيئات البوليس وما لها من الاختصاصات).

ثم جاء دستور 1930 بدون إجراء أى تعديلات على ما يخص القوة المسلحة، وجاءت نصوصه فى الباب الخامس كنصوص دستور 1923، وتناولها فى المواد 135 و136 و137.

وفى دستور 1956 جاء الباب الرابع (ب) تحت عنوان القوات المسلحة، وليس القوة المسلحة، ليفرد هذا الفصل من هذا الباب للقوات المسلحة العسكرية (الجيش). وكان هذا أول دستور يتناول دور القوات المسلحة، فنص فى المادة 169 على أن (القوات المسلحة فى الجمهورية المصرية ملك الشعب، ومهمتها حماية سيادة البلاد وسلامة أراضيها وأمنها).

وتابع دستور 1971 ما كان عليه دستور 1956 فيما يتعلق بمهمة القوات المسلحة، فجاءت المادة 180 فيه تنص على أن (الدولة وحدها هى التى تنشئ القوات المسلحة, وهى ملك للشعب, مهمتها حماية البلاد وسلامة أراضيها وأمنها, ولا يجوز لأية هيئة أو جماعة إنشاء تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية. ويبين القانون شروط الخدمة والترقية فى القوات المسلحة).

وفى دستور 2014 (القوات المسلحة ملك للشعب، مهمتها حماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها، والدولة وحدها هى التى تنشئ هذه

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

القوات، ويحظر على أى فرد أو هيئة أو جهة أو جماعة إنشاء تشكيلات أو فرق أو تنظيمات عسكرية أو شبه عسكرية. ويكون للقوات المسلحة مجلس أعلى، على النحو الذى ينظمه القانون).

وفى عام 2019 جرى التعديل على دستور 2014 فى المادة 200 المتعلقة بالقوات المسلحة، وكان النص المعدل على النحو التالى (القوات المسلحة ملك للشعب، مهمتها حماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها، وصون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد، والدولة وحدها هى التى تنشئ هذه القوات، ويحظر على أى فرد أو هيئة أو جهة أو جماعة إنشاء تشكيلات أو فرق أو تنظيمات عسكرية أو شبه عسكرية. ويكون للقوات المسلحة مجلس أعلى، على النحو الذى ينظمه القانون).

ويتبين من هذا التعديل أن المشرع الدستورى أبقى على نفس النص الوارد بدستور 2014 وزاد عليه ما يلى: صون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد.

ويتبين من كافة الدساتير السابقة على تعديل 2019 أن مهمة القوات المسلحة كانت تنحصر فى: حماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها.

ومما لا شك فيه أن المهمة الرئيسية للقوات المسلحة فيما يتعلق بحماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها، ينصرف إلى ما قد يقع من هجمات أو أية أعمال خارجية، لا سيما أن الدستور أناط بالجهاز الشرطى مهمة الحفاظ على أمن البلاد داخليًا، فقد نصت المادة 206 من دستور 2014 على أن (الشرطة هيئة مدنية نظامية، في خدمة الشعب، وولاؤها له، وتكفل للمواطنين الطمأنينة والأمن، وتسهر على حفظ النظام العام، والآداب العامة، وتلتزم بما

يفرضه عليها الدستور والقانون من واجبات، واحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وتكفل الدولة أداء أعضاء هيئة الشرطة لواجباتهم، وينظم القانون الضمانات الكفيلة بذلك).

والحقيقة أن هذا النص الذى يحدد مهمة القوات المسلحة قبل تعديل 2014 جاء فى سياق عام، بحيث لا يمنع القوات المسلحة العسكرية من التدخل لحماية البلاد وأمنها من الاضطرابات الداخلية، إلا إن المشرع الدستورى آثر أن يضيف ما جاء بتعديل 2019 لينص صراحة على بعض المهام الداخلية للقوات المسلحة فى سبيل الحفاظ على أمن البلاد، لا سيما بعد ما تلى ثورة الخامس والعشرين من يناير عام 2011 من أحداث، كان لها دور ظاهر فى هذه التعديلات.

وبناء على التعديل الدستورى عام 2019 فقد أصبحت للقوات المسلحة مهمتان، أحدهما على النطاق الخارجى، والثانى على النطاق الداخلى. فالمهمة الأولى هى: حماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها. أما المهمة الثانية فأصبحت: صون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد.

المطلب الثانى إشكالية الاستعانة بالقوات المسلحة فى حماية مدنية الدولة

الفرع الأول: أسباب الإشكالية.

تأتى أسباب الإشكالية، لدى البعض، فى مدى شرعية الاستعانة بالقوات المسلحة فى حماية الدولة المدنية، أو فى حماية عناصر مدنية الدولة، من عدة جهات.

فمن جهة أولى: فإن المفهوم التقليدى لدور القوات المسلحة فى اعتقاد البعض، أنه يتوقف عند حد مسئوليتها عن حماية حدود الدولة من الاعتداءات الخارجية، وبجانب ذلك حماية المنشآت الحيوية للدولة فى حالة حدوث أية اضطرابات أو فوضى داخل حدود البلاد، هذا الاعتقاد جعل دور القوات المسلحة منوط بهذا الدور فحسب.

ومن جهة ثانية: فإن البعض يظن أن مفهوم مدنية الدولة، باعتباره مفهومًا اجتماعيًا وسياسيًا، يخرج تمامًا عن أى دور للقوة المسلحة بشأنه، على أساس أن الهيئات المدنية داخل الدولة هى وحدها المنوط بها القيام على هذا الأمر، من حيث إقامته والحفاظ عليه وحمايته.

وقد أصبح التساؤل لدى البعض، ما هو الدور الذى يمكن أن تقوم به القوات المسلحة فى دولة ما فيما يتعلق بمسألة مثل الديمقراطية أو المواطنة أو تداول السلطة أو غير ذلك من المسائل المتعلقة بمدنية الدولة.

ومن جهة ثالثة: فإن تدخل القوة المسلحة فى حماية عناصر مدنية الدولة، قد يعنى لدى البعض صورة من صور الاستبداد. إلا إن الحقيقة أن دور القوة المسلحة إنما هو متعلق بوقوع حالة من الفوضى قد تؤدى إلى اضطراب الحالة المدنية للدولة أو تزعزع أركانها، مما يكون معه استخدام القوة له ما يبرره.

ومن جهة رابعة: فإنه يمكننا القول بأن السبب فى هذا التساؤل السابق هو غياب الوعى بتطور مفهوم الدولة وكذلك غياب الوعى بتطور مفهوم مدنية الدولة وعناصر هذه المدنية عند من ثارت لديهم تلك الإشكاليات، حيث تسبب ذلك كله فى عدم استيعاب فكرة أنه من الجائز أن يكون للقوة المسلحة دور فى حماية مدنية الدولة.

ذلك إن الدولة بمفهومها البسيط بالنسبة لنا فى الوقت المعاصر، التى تتكون من إقليم وشعب وسلطة، والتى لا مراء فى دور القوات المسلحة فى حمايتها من الاعتداءات الخارجية والاضطرابات الداخلية، كانت بمثابة الدولة المدنية فى أوج تطورها وازدهارها فى العصور السابقة، بالنسبة لما كان عليه المجتمع السياسى قديمًا من حالة بدائية وفوضوية تعتمد على فرض القوة والاستبداد.

ومع تطور مفهوم الدولة المدنية بدخول عناصر جديدة على المجتمع السياسى، شكّلت هذه العناصر أبعادًا لم تكن موضوعه فى الاعتبار من قبل، وكان لها دور فى تغيير مفهومنا للدولة فى شكلها المعاصر، بحيث كلما تأكدت هذه العناصر كلما ظهر لنا مفهوم جديد للدولة أصبح هو المفهوم الطبيعى لها، ومع هذا التطور، فإنه وبطبيعة الحال، تتغير الأدوار المنوطة بكافة الهيئات والمؤسسات فى تشكيل وحماية، بل وتطوير، هذه المدخلات الجديدة. وباعتبار القوات المسلحة أحد هيئات الدولة وركائزها الأساسية، فإن دورها سوف يتطور تلقائيًا استجابة لهذه المتغيرات.

وفى النقطة التالية سوف نتناول تطور مفهوم الدولة المدنية، بما تزول معه أسباب الإشكالية المؤسسة على عدم استيعاب فكرة أن يكون للقوات المسلحة دور فى حماية مدنية الدولة.

الفرع الثاني: تطور مفهوم الدولة المدنية.

أولاً: مفهوم الدولة المدنية.

ذكرنا آنفًا أن الدولة فى أبسط مفاهيمها، وأشملها، تعبر عن مجموعة من الأفراد يمثلون الشعب، هؤلاء الأفراد يقطنون إقليمًا ما بصفة دائمة ومستمرة، ويخضعون لسلطة تُسيّر شؤونهم.

ولا شك أن السلطة السياسية من أهم وأخطر عناصر الدولة، ذلك إنها صاحبة الحق فى تنظيم وإدارة المجتمع السياسى، مستخدمة فى ذلك القوة المسلحة (العسكرية والشرطية) كأداة إكراه لتحقيق هذا الضبط والتنظيم.

ولذلك فقد تطورت نظرية السلطة على مر التاريخ، فقد كانت هناك نظريات دينية تبرر شرعية السلطة، وقد جرت على هذه النظريات الدينية تطورات كبيرة. فبدأت بتأليه الحاكم ذاته كما كان قديمًا فى بلاد الهند القديمة ومصر القديمة وفارس والصين. ثم تطورت بعد ظهور الديانة المسيحية إلى نظرية الحق الإلهى والتى أصّل لها آباء الكنيسة عندما قالوا بأن الله هو الذى يختار الحاكم فى الأرض منعًا للفوضى، ومن ثم وجب على الرعية طاعتهم. ومع ضعف الدولة الرومانية وتغلغل سلطان الكنيسة فى أمور الدولة ظهرت نظرية الحق الإلهى غير المباشر التى ترى أن الله يوجّه الحوادث بحيث يختار المسيحيون حاكمهم، ولأن الكنيسة هى التى تمثل المسيحيين فلا بد أن ترضى عن هذا الحاكم وأن تباركه. وعندما أراد الفكر السياسى، بعد بدء عصر النهضة، أن ينزل بالسلطة السياسية من السماء ليجعلها فى الأرض، كان عليه أن يضع لها وعاء يقبل هذه الفلسفة الجديدة، فما كان أمامه من مصدر يعزو إليه ظاهرة الدولة وما فيها من سلطة إلا إرادة الناس التى توافقت فى صورة تعاقد، أو عقد اجتماعى.
وتتلخص فكرة العقد الاجتماعى فى طرح فرضية مقتضاها أن الناس قد التقت أرادتهم فأبرموا تعاقدًا أنشأوا بمقتضاه الدولة، بحيث يتنازل كل فرد عما يكون له

من سلطة، فتجتمع هذه السلطات وتصب فى تيار واحد يمثل السلطة العليا[٢٢٧].

ولقد كان السبب فى هذه النظرة الجديدة للسلطة والتأصيل الجديد لها، هو ما كانت تمارسه تلك السلطة قديمًا من ممارسات استبدادية، من منطلقات دينية أو عسكرية، وإجبار المحكومين على الخضوع لها بدون قواعد قانونية عامة ومجردة ومنضبطة بالتساوى على جميع المواطنين. ومن هنا بدأت المناداة بوجوب إرساء الأسس التى تقوم عليها النظم السياسية الحديثة، وأهم هذه الأسس أن يخضع الحكام والمحكومين لقواعد قانونية عامة ومجردة.

ثانيًا: عناصر مدنية الدولة.

الدولة المدنية فى النظم السياسية الحديثة، هى اتحاد من أفراد يعيشون فى مجتمع يخضع لنظام من القوانين مع وجود قضاء يطبق هذه القوانين بهدف إرساء مبادئ العدل. فمن الشروط الأساسية فى قيام الدولة المدنية، أنه إذا ما تعرض أى فرد فيها لانتهاك حقوقه من قبل أى طرف آخر فثمة دائمًا سلطة عليا يلجأ إليها الأفراد عندما تُنتهك حقوقهم أو تُهدد بالانتهاك. وتتسم الدولة المدنية أيضًا بأنها دولة ديمقراطية ودولة مواطنة ودولة تمنع اختلاط الدين بالسياسة رغم تأكيدها على أهمية وجود الدين فى الحياة الخاصة للأفراد باعتباره مصدرًا للأخلاق وباعثًا على العمل والإنجاز[٢٢٨].

وجماع القول أن الدولة المدنية هى دولة قانون تقوم على مبادئ الديمقراطية والمواطنة والتداول السلمى للسلطة، وهذه المبادئ تمثل العناصر المدنية فى التنظيم السياسى للدولة.

---

٢٢٧ – يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين فى علم القانون، دار الشروق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص١٨ وما بعدها.

٢٢٨ – معجم المصطلحات السياسية، معهد البحرين للتنمية السياسية، سلسلة كتب ٢٠١٤، ص٣٧.

فدولة القانون عبارة عن منتظم قانونى، تخضع السلطات العامة فى إطاره بشكل فعلى للقاعدة القانونية، بواسطة رقابة قضائية تضمن إنفاذ القانون[٢٢٩].

والمواطنة بشكل عام تُعرّف بأنها المكان الذى يستقر فيه الفرد بشكل ثابت داخل الدولة، أو يحمل جنسيتها ويكون مشاركًا فى الحكم ويخضع للقوانين الصادرة عنها، ويتمتع بشكل متساوى دون أى نوع من التمييز مع بقية المواطنين بمجموعة من الحقوق، ويلتزم بأداء مجموعة من الواجبات تجاه الدولة التى ينتمى إليها، بما تشعره بالانتماء إليها. وتُعرّفها دائرة المعارف البريطانية بأنها: العلاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة، وبما تتضمنه تلك العلاقة من واجبات وحقوق فى تلك الدولة. وتذكر موسوعة الكتاب الدولى أن المواطنة هى عضوية كاملة فى دولة دون تمييز[٢٣٠].

ومن أهم سمات مدنية الدولة أن يتم تداول السلطة فيها بشكل سلمى، فمن ناحية فإن الدستور يحدد بوضوح الكيفية الإجرائية التى تنتقل بها السلطة، ومن ناحية أخرى لا يستقل حزب واحد أو توجه سياسى واحد بالانفراد بالسلطة لمدد طويلة، ولكى يتحقق ذلك فلا بد من وجود تعددية سياسية وحزبية.

وتعنى التعددية الحزبية، تواجد عدة أحزاب سياسية ذات قوة متساوية تقريبًا، تتنافس فيما بينها من أجل الوصول إلى السلطة وممارستها[٢٣١].

ولا شك أن الديمقراطية تُعد أهم مظهر من مظاهر مدنية الدولة، وهى العنصر الأهم من بين العناصر سالفة الذكر، ذلك إنها تشمل جميع ما سبق، ففى ظل الديمقراطية تتكون الأحزاب والتعددية ويتحقق التداول السلمى للسلطة، وفى ظل الديمقراطية تتحقق مبادئ المواطنة وعدم التمييز بسبب الدين أو اللون أو الجنس.

---

٢٢٩ – أحمد سعيفان، قاموس المصطلحات السياسية، مرجع سابق، ص١٨٠.

٢٣٠ – انظر: الموسوعة السياسية: https://political-encyclopedia.org/

٢٣١ – أحمد سعيفان، قاموس المصطلحات السياسية، مرجع سابق، ص٩٦.

والديمقراطية شكل من أشكال الحكم تشترك فيه الغالبية العظمى من المحكومين فى ممارسة السلطة السياسية بشكل مباشر ومحسوس، وفى هذا النظام يتمتع المواطنون تجاه السلطة بحق المشاركة السياسية بالترشح والتصويت، وأيضًا بحق الاحتجاج بالمعارضة[٢٣٢].

وفى دراسة عن التحديات المشتركة التى تواجه الدول فى جهودها لتأمين الديمقراطية وسيادة القانون من منظور حقوق الإنسان، قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة أن للديمقراطية ثلاث عناصر رئيسية، فبجانب كونها آلية لمناهضة الاستبداد. فهى فى جانبها السياسى تعنى أولاً: ممارسة شئون الحكم من خلال المؤسسات، وثانيًا: إمكانية محاسبة الحكام على أفعالهم فى المجال العام، وهى ثالثًا: فى جانبها الاجتماعى، تعنى تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد فى المجال الاجتماعى والاقتصادى. كما تشمل ضمان كافة الحقوق والحريات الأساسية. والديمقراطية بذلك لا تعنى ممارسة الحق الانتخابى فحسب، بل تعنى سيطرة المواطنين على العملية السياسية بشكل مستمر بعد انتهاء مرحلة الانتخابات، لأنها ليست مجرد تعبير عن السيادة الشعبية، لكنها تعبير عن مسؤولية الشعوب عن واقعها ومستقبلها[٢٣٣].

ثالثًا: تطور مفهوم المدنية.

يقول الفيلسوف السياسى الإنجيلزى جون لوك: "إن أولئك الذين يتحدون فى مجموعة واحدة، ولديهم قانون عام راسخ، وسلطة قضائية يلجئون إليها، أعنى وجود سلطة تفصل فى المنازعات بينهم، وتعاقب المعتدين، يكونون فى مجتمع مدنى بعضهم مع بعض. أما أولئك الذين ليس لهم ملاذ على الأرض أو مثل هذا اللجوء العام، فإنهم لا يزالون فى حالة الطبيعة"[٢٣٤].

---

٢٣٢ – أحمد سعيفان، قاموس المصطلحات السياسية، مرجع سابق، ص١٨٢.

٢٣٣ – United Nations, General Assembly, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 12 December 2017.

٢٣٤ – ليو شتراوس وآخر، تاريخ الفلسفة السياسية، الجزء الثانى، ترجمة/ محمود سيد احمد، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٢.

إن هذا النص لجون لوك، ضرورى فى فهمنا لتطور مفهوم مدنية الدولة، فهو يقارن بين حالتين للمجتمع. الحالة الطبيعية، وهى تلك التى كان الناس يعيشون فيها بدون تنظيم. وحالة الدولة المدنية التى وصفها بأنها مجموعة من الناس يتحدون تحت سلطة معينة. إلا إن أهم ما يلفت النظر أنه وصف هذه الحالة الأخيرة بأنها حالة المدنية، رغم أن كل ما أبرزه لهذه الحالة من التنظيم السياسى أن الناس يعيشون فيها تحت سلطة تفصل فى المنازعات بينهم، وكأن مجرد وجود السلطة المنظمة هو المعيار، أو بتعبير آخر، وكأن عنصر السلطة هو العنصر الجديد الذى نقل الدولة من اللا مدنية إلى المدنية فى تحليل جون لوك للدولة المدنية.

وهكذا يمكننا القول أن الدولة بشكلها الحالى التقليدى كانت تمثل أزهى صور المدنية بالنسبة لما سبقها من أشكال التنظيم الاجتماعى، ولم يكن هناك إشكال فى ضرورة حمايتها بالقوة، وفى ذلك يقول جون لوك: "أنا أعنى بالسلطة السياسية إذن حق سن القوانين، وتطبيق عقوبة الإعدام، وما دونها من العقوبات لتنظيم الملكية والمحافظة عليها، واستخدام قوة المجتمع فى تنفيذ هذه القوانين، وفى الدفاع عن الدول ضد العدوان الخارجى، وكل ذلك ليس إلا من أجل الخير العام"[٢٣٥]. أما الدولة الآن فقد تطورت عناصر مدنيتها ودخلت عناصر جديدة عليها، كالمواطنة والتداول السلمى للسلطة واتساع مفهوم الحقوق والحريات، وكل ذلك أصبح من الضرورى المحافظة عليه ولو بالقوة المسلحة، كما كان من المشروع المحافظة على الدولة بعناصرها التقليدية.

وقد أكد تقرير لجنة البندقية على هذا المعنى إذ جاء فيه: إن الواجب الأساسى للقوات المسلحة فى مجتمع ديمقراطى هو حماية وضمان أمن المجتمع من التهديدات الخارجية وحماية القيم الديمقراطية وسيادة القانون وحقوق الإنسان

٢٣٥ – ليو شتراوس وآخر، تاريخ الفلسفة السياسية، المرجع السابق، ص٨.

والحريات لجميع الأشخاص الخاضعين لتلك الولاية القضائية الوطنية[٢٣٦].

الفرع الثالث: المقصود بحماية مدنية الدولة.

فى النظم السياسية الحديثة لم يعد مفهوم حماية الدولة لمواطنيها وأراضيها مقتصر على استخدام القوة فحسب، فمفهوم الحماية تطور ليشمل الحماية الاجتماعية للمواطنين بجانب الحماية العسكرية. فمفهوم الحماية ينطوى على تدخل إيجابى من قبل أجهزة الدولة، إلا إن أشكال هذا التدخل مختلفة بحسب الحاجة.

ففى كتابه (التنمية حرية) للاقتصادى أمارتيا صن الحائز على جائزة نوبل، يشرح فيه أن التنمية الحقيقة للدول والمجتمعات النامية لا تتحقق إلا بتوفير مقومات الحرية التى تعمل على الإبداع ومن ثم التنمية المستدامة، ودور الدولة فى ذلك يكون بتحقيق العدالة الاجتماعية والقانونية على السواء، واتخاذ كافة الوسائل للقضاء على الفقر، وتمكين المرأة من الفاعلية الاجتماعية، وتحقيق الديمقراطية، ونشر الوعى والثقافة، وتحمل الأفراد والمؤسسات للمسئولية. بما يتبين معه أن التنمية هى الضمان الوحيد لحماية المجتمعات من مخاطر الجهل والمرض والفقر، وأن هذه التنمية لا تتحقق إلا بتوفير الحرية التى يقوم عليها الإبداع، وأن الدولة يقع على عاتقها دور كبير فى سبيل تحقيق التنمية الاجتماعية.

وأدوات القسر والإكراه التى تستخدمها الدولة لتحقيق الضبط الاجتماعى تنقسم إلى أدوات مادية وأدوات معنوية. ومما لا شك فيه أن القوة المسلحة سواءً كانت عسكرية أو شرطية، يقتصر دورها الحمائى فى الجانب الذى تستخدم فيه أدوات القسر والإكراه المادية فحسب، وهذا من حيث الأصل. إلا

٢٣٦- Report On The Democratic Control Of The Armed Forces, at its 74th Plenary Session, Venice, 14-15 March 2008.

إن الواقع يشير إلى أن القوات المسلحة كهيئة ومؤسسة من مؤسسات الدولة تتدخل للمحافظة على الحياة العامة للمواطنين، بتوفير بعض السلع والخدمات للمواطنين فى حالة وقوع بعض الأزمات الاقتصادية، كوقوع نقص فى كميات بعض السلع أو ارتفاع فى أسعارها. وأيضًا فى حالة وقوع كوارث طبيعية عارضة، كوقوع زلزال أو فيضان أو غير ذلك. وهذا ليس فى مصر فحسب، بل هو الواقع فى الدول الأخرى.

إلا إن التعديل الدستورى الذى نحن بصدد دراسته، على النحو التالى (القوات المسلحة ملك للشعب، مهمتها حماية البلاد، والحفاظ على أمنها وسلامة أراضيها، وصون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد).

وبالتالى فإن مقصود النص، بجانب الدور التقليدى للقوات المسلحة، يستهدف بيان دورها فى صون الدستور بما يضمن عدم تغييره لصالح فئة أو جماعة معينة على غير رغبة الشعب، وكذلك صون النظام الديمقراطى بما يشمله من التداول السلمى للسلطة والتعددية الحزبية وضمان حق الانتخاب والترشح، والحفاظ على مدنية الدولة من حيث تقرير مبدأ المواطنة ونفاذ القانون ودعم السلطة القضائية فى إنفاذ أحكامها، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة، الدينية والاجتماعية والاقتصادية، وحماية الأفراد فى ممارسة حقوقهم وحرياتهم العامة. وذلك كله فى حالة إذا تم الاعتداء على ما سبق باستخدام القوة، بهدف تغييره أو الانتقاص منه.

فدور القوة المسلحة فى حماية مدنية الدولة يجب أن يفسر فى أضيق الحدود، بحيث يكون مناط استخدام القوة المسلحة فى حالة التعدى على الديمقراطية أو الدستور أو حقوق وحريات الأفراد أو مدنية الدولة أو مقوماتها الأساسية، باستخدام القوة. فما لم تستخدم القوة من قبل أى جهة أو جماعة أو طائفة

فى الاعتداء على مقومات الدولة أو استحقاقات المواطنين، فلا يكون هناك دور لاستخدام القوة المسلحة، ويترك المجال للقوى السياسية والاجتماعية والقانونية لمقاومة هذا الاعتداء.

المبحث الثانى الأساس الفلسفى لتبرير استخدام الدولة للقوة المسلحة بهدف حماية مدنية الدولة

المطلب الأول تبرير استخدام القوة لحماية الدولة فى الفكر الغربى

الفرع الأول: الدولة واستخدام القوة فى الفلسفة القديمة.

أولاً: فكرة الدولة عند أفلاطون وأرسطو.

لا شك أن فكرة الدولة لها شأن عظيم فى فلسفة أفلاطون (428 ق. م) وكذلك فى فلسفة تلميذه أرسطو (384 ق. م). فالدولة فى فلسفة أفلاطون تنشأ بسبب الحاجة، فعجز كل فرد عن أن يكفى نفسه بنفسه، وشعوره بحاجته إلى جملة أشياء، تفرض على كل فرد الشراكة والتعاون مع غيره لتحقيق الاكتفاء، ومن هنا يحدث الاجتماع البشرى، وتنشأ الدولة[٢٣٧]. والدولة فى فلسفة أفلاطون لها أهمية كبرى، وقد عُنى فى كتاب الجمهورية ببيان أسس بناء الدولة المثلى.

وعلى هذا النهج من الاهتمام بالدولة واعتبارها الأولى بالرعاية ولو على حساب الأفراد المنتسبين إليها سار أرسطو، إذ يرى أن الدولة هى أعلى أنواع الجماعات فى المرتبة وتهدف إلى أسمى الغايات، والأسرة فى رأى أرسطو وإن كانت تأتى قبل الدولة فى الترتيب الزمنى إلا إن الدولة سابقة عليها فى الفكرة، ففكرة الدولة قديمة وسابقة على وجود الفرد نفسه المنتسب إليها حاليًا، ووجهة نظره فى ذلك قائمة على أساس أن فلسفته غائية أى لا تهتم بالأسباب والعلل وإنما

٢٣٧ – ألكسندر كواريه، مدخل لقراءة أفلاطون، ترجمة/ عبد المجيد أبو النجا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٣١، ١٣٢.

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

تهتم بالنظر إلى الغايات، فاليد لا تكون يدًا إذا فسد الجسد، فلا بد من المحافظة على الجسد من أجل أن يقوم أعضاء الجسد جميعًا بواجباتهم، وكان يقول أن من أقام أساس الدولة كان أكثر الناس فعلاً للخير[٢٣٨].

ثانيًا: فضيلة القوة فى فلسفة أفلاطون وأرسطو.

اهتم أفلاطون بكل ما من شأنه المحافظة على كيان الدولة، لذا اعتنى عناية خاصة ببيان كيفية تربية النشء فى مدينته الفاضلة، فنجده يهتم بتربية النشء على الألعاب الرياضية التى تعمل على تقوية أبدانهم من أجل القدرة على مواجهة الأعداء والقيام على شئون الدولة، بل يذهب إلى أبعد من ذلك عندما نراه لا يلتفت إلى كيان الأسرة فيبيح الشيوعية فى العلاقات الزوجية بهدف إنجاب أفضل سلالة من حيث قوة البدن، مستهدفًا بذلك جيلاً قويًا قادرًا على الحفاظ على الدولة[٢٣٩].

والجيش كما يرى أفلاطون هو فى الواقع قوة، بل هو القوة ذاتها، ويمثل الجيش عنصر السلطة فى المدينة، ودور الجيش هو دور أساسى، لأنه جزء من الجهاز المحرك للدولة، وبالتالى تجب العناية به، كما يجب تربية الحراس تربية خاصة[٢٤٠].

لم يتابع أرسطو أفلاطون فى جميع آراءه، فلئن كان أفلاطون حدد شكلاً مثاليًا للدولة ولنظام الحكم، فقد كان أرسطو واقعيًا وتجريبيًا، فلم يقبل مثالية أفلاطون. ومن هذا المنطلق التجريبى فهو يرى أن أشكال الحكم تتفاوت وتتفاضل بحسب الواقع، فكل نوع من أنواع الحكومات يكون صالحًا بحسب الزمان والمكان والظروف. ووظيفة الدولة عنده هى أن تقيم مجتمعًا يحقق أعظم سعادة لأكبر عدد. ومن هذا المنطلق فإنه يخالف أفلاطون الذى يرى أن

٢٣٨- برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية، الكتاب الأول، الفلسفة القديمة، ترجمة/ زكى نجيب محمود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٢ ، ص٢٩٣ وما بعدها.

٢٣٩ – برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص١٨٩ وما بعدها.

٢٤٠ – ألكسندر كواريه، مدخل لقرأءة أفلاطون، مرجع سابق، ص١٣٤.

تحقيق سعادة الدولة يكون ممكنًا من خلال التفوق الحربى، إذ يرى أرسطو أن خيرًا من ذلك هو تعليمهم كيف يستفيدون من السلم الاستفادة الصحيحة[٢٤١].

الفرع الثانى: الدولة واستخدام القوة فى الفلسفة الحديثة.

أولاً: استخدام الدولة للقوة فى فلسفة ميكافيللى.

كان ميكافيللى فلورانسيًا (1467– 1527) وكانت فلورنسا من أعظم مدن العالم حضارةً، وكانت مصدرًا رئيسيًا لعصر النهضة فى الآداب والفنون. فاجتماعيًا، كانت فلورنسا فى عصر النهضة ثلاث طبقات متصارعة، النبلاء والتجار والأغنياء. وسياسيًا، فقد كانت الأوضاع السياسية فى هذه الفترة الزمنية فى إيطاليا معقدة غاية التعقيد، فقد كان الأمراء الصغار يتحالفون مع واحدة أو أكثر من الدول الكبرى، وكانت الحروب متواصلة بينهم حتى مجىء الفرنسيين عام 1449م، وإذا كانت هذه الحرب التى وقعت بين الأمراء الصغار غير مصحوبة بكثير من الدماء، لأن الجنود فيها كانوا من المرتزقة الذين كانوا حريصين على أن تكون مخاطرهم المهنية عند الحد الأدنى، إلا إن إيطاليا واجهت حربًا حقيقية عند هجوم الفرنسيين، فلم تجد دفاعًا يحميها، وقد أوقعت القوات الفرنسية ذعرًا فى نفوس الإيطاليين بما أراقوه من دماء، ورغم ذلك لم يتوقف كيد الأمراء الإيطاليين بعضهم لبعض فى نزاعاتهم الداخلية مستعينين فى ذلك بالقوى الفرنسية والإسبانية، دون أى شعور بالوحدة القومية، وفى نهاية المطاف عم الدمار كل شىء[٢٤٢].

---

٢٤١ – ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة/ زكى نجيب محمود وآخرين، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٨، الجزء السابع، ص٥٠٩ وما بعدها.

٢٤٢– برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية، الكتاب الثالث، الفلسفة الحديثة، ترجمة/محمد فتحى الشنيطى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٢، ص١٥، ١٨، ١٩.

فى ظل هذه الأجواء الاجتماعية والسياسية نشأ ميكيافيلى، وبطبيعة الحال كانت فلسفته مرتبطة بالظرف التاريخى الذى نشأ فيه. ولأن الظرف التاريخى كان مشحونًا بالاضطرابات الداخلية والنزاعات والصراعات، إضافة إلى الاعتداءات الخارجية، فقد ظهرت فى فلسفته مبررات واضحة لمشروعية استخدام القوة من أجل الحفاظ على سلامة وأمن كيان الدولة.

وهذا ما دعاه إلى أن يقرر أن الحكم الشعبى أو الديمقراطى يستلزم لنجاحه أن يكون المجتمع على قدر من الأخلاقيات والآداب العامة التى تكون ضمانة لتحقيق نجاح هذا الشكل من أشكال الحكم. أما حيث ينتشر الفساد، وكان يعنى بالفساد كل ضروب الإباحية والعنف، ومظاهر التفاوت الشديد فى الثراء والقوة، وتحطيم السلام والعدل، ونمو الطموح الذى لا يحد منه نظام، والفرقة، ومخالفة القوانين، والخيانة، وازدراء الأديان، فحيث تتدهور الفضائل الضرورية فلن تكون ثمة إمكانية لاستعادتها أو لمواصلة حكم منتظم بدونها، إلا عن طريق القوة الاستبدادية[٢٤٣]. ويتضح هنا أنه يؤصل لمشروعية استعمال القوة من أجل الحفاظ على كيان الدولة فى حالة وقوع أحداث من شأنها أن تحدث فوضى داخل البلاد.

وبوجه عام فإن ميكافيللى يضع قانونًا عامًا لنشوء الدول واضمحلالها، مؤداه: أن الشجاعة تنتج السلم، والسلم ينتج الراحة، والراحة تستتبع الفوضى، والفوضى تؤدى إلى الخراب، ومن الفوضى ينشأ النظام، والنظام يؤدى إلى الشجاعة. ومن أجل هذا قال الحكماء إن عهد السمو الأدبى يأتى فى أعقاب التفوق الحربى وإن المحاربين العظام ينشئون قبل الفلاسفة[٢٤٤].

ويبتدئ ميكافيللى نظريته، فى هذا الجانب محل البحث، بفرضية مؤداها: أن الناس جميعًا أشرار، مستعدون على الدوام لأن يكشفوا عن خبث طويتهم إذا

٢٤٣ – جورج سباين، تطور الفكر السياسى، الكتاب الثالث، ترجمة/ راشد البراوى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ٢٠١٠، ص٣٩، ٤٠.

٢٤٤ – ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة/ زكى نجيب محمود وآخرين، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٨، الجزء الحادى والعشرين، ص٥٦.

وجدوا الظروف الملائمة لهذا العمل، فإذا ما ظلت ميولهم الخبيثة مختفية إلى حين، فيجب أن يُعزى اختفاؤها هذا إلى سبب غير معروف. ومن أراد أن ينشئ دولة، فإن الطريقة الوحيدة أمامه لجعل الناس أخيارًا، أو بعبارة أخرى، للتغلب على ما فيهم من شر، بأن يكونوا قادرين على أن يعيشوا بنظام فى المجتمع، هى أن يطبق عليهم القسر، والخداع، والاعتياد واحدًا بعد واحد. وبهذا تنشأ الدولة، بتنظيم القوة على يد الجيش والشرطة، ووضع القواعد والقوانين، وتكوين العادات تدريجيًا للاحتفاظ بالزعامة والنظام فى الجماعة البشرية[٢٤٥].

ويفرق ميكافيللى بين القوات المسلحة الوطنية وغير الوطنية ودور كل منهما فى تحقيق النظام أو حدوث الفوضى، فيقول: "إن الأسلحة التى يدافع بها أمير عن ممتلكاته، إما أن تكون أسلحته الخاصة أو أسلحة لقوات مأجورة أو أسلحة حلفاء له أو مختلطة. وأسلحة المأجورين والحلفاء بلا فائدة بل وخطيرة، وكل من يقيم دولته على أسلحة قوات مأجورة لن يستطيع التأكد من قوة وثبات ولايته"[٢٤٦].

ويعزو ذلك إلى أن قوات المرتزقة أو الحلفاء تكون قوات مفككة وغير منظمة، ولها مطامع خاصة، وليس لديها أى وازع أخلاقى ولا عهد لها، وأنها قد تبدو قوية أمام الأصدقاء لكنها فى الحقيقة تجبن أمام الأعداء، ومرجع ذلك فى رأيه، أن هذه القوات لا تجد دافعًا لهذه الأعمال القتالية إلا الأجور الزهيدة التى لا تجعلهم على استعداد للموت من أجل شئ[٢٤٧].

ثم يوضح أهمية القوة ودورها فى حفظ أمن وسلامة الدولة، وضرورة أن تكون هذه القوة قوةً وطنية، بقوله: "وتشير التجارب إلى أن الأمراء المسلحين والجمهوريات المسلحة هم فقط القادرون على تحقيق تقدم ملموس، فى

---

٢٤٥ – ول ديورانت، قصة الحضارة، الجزء الحادى والعشرين، المرجع السابق، ص٥٨.

٢٤٦ – ميكافيللى، الأمير، ترجمة/ أكرم مؤمن، مكتبة ابن سينا، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٦٦.

٢٤٧ – ميكافيللى، الأمير، المرجع السابق، ص٦٧.

حين لا تقدم القوات المرتزقة أى شىء سوى المضرة"[٢٤٨].

ثانيًا: استخدام الدولة للقوة فى فلسفة جان بودان وتوماس هوبز.

جان بودان (1530 - 1596) فيلسوف فرنسى، وتوماس هوبز (1588 - 1679) فيلسوف انجليزى. ولقد ظهرت فلسفة هوبز محمّلة بأعباء الحرب الأهلية فى انجلترا (1642 - 1649)، وظهرت فلسفة بودان محمّلة بأعباء الحرب الدينية فى فرنسا، فكلاهما واجه بفلسفته حالة الفوضى والاضطراب الناتجة عن تلك الصراعات، وأيّدا القوة وفضلا الاستبداد على الفوضى.

يعد الجزء الأهم فى فلسفة بودان السياسية، ما قرره من مبدأ السيادة، فهو يرى أن سيادة السلطة هى العنصر المميز للدولة عن غيرها من التجمعات الأخرى. ويعرف السيادة بأنها سلطة عليا على المواطنين لا يحد منها قانون، وهذه السلطة تتميز بأنها دائمة، ولا تفوض، ولا يمكن التصرف فيها، ولا تخضع للتقادم، ولا يحد منها قانون لأن الحاكم هو مصدر القانون[٢٤٩].

وفى إطار تبرير استخدام القوة لحفظ كيان الدولة، يرى أنه لا ينبغى للملك أن ينحاز إلى أية فرقة وإنما ينبغى له أن يتبع سياسة توفيق، فيستخدم القمع فى حذر ولا يستخدمه إلا حيث يكون هناك احتمال قوى فى النجاح[٢٥٠].

وفى رأى هوبز فإن الناس جميعًا متساوون بالطبيعة، ويتنازع كلَ فرد رغبتان، رغبة الحفاظ على الحرية الخاصة ورغبة السيطرة على الآخرين، وهاتان الرغبتان يفرضهما دافع المحافظة على البقاء، ومن هذا الصراع تنشأ حرب الكل ضد الكل، وتصبح الحياة بغيضة ووحشية وقصيرة، ولا ينجو الناس من هذا الوضع إلا بالاتحاد فى مجتمع يخضع لسلطة مركزية. والمجتمع بعد ذلك يواجه خطرين،

---

٢٤٨ – ميكافيللى، الأمير، المرجع السابق، ص٦٨.

٢٤٩ – جورج سباين، تطور الفكر السياسى، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص١٢٥.

٢٥٠ – جورج سباين، تطور الفكر السياسى، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص١٢٥.

الفوضى والاستبداد، إلا إن أسوأ استبداد يكون أفضل من الفوضى[٢٥١].

وقد نشأت فكرة العقد الاجتماعى فى عصر هوبز، ولكن هوبز لم يكن يراه عقدًا مبرمًا بين الرعية من جهة والحاكم من جهة أخرى، بحيث إذا أخفق الحاكم جاز للرعية أن تخلعه، ولكنه كان أكثر تطرفًا، حيث يرى أن هذا العقد مبرم بين الرعية بعضها البعض، ومؤداه أن كلاً منهم قد تنازل عن حقه فى استخدام القوة ضد الآخر إلى الحاكم، لتكون جميع هذه القوى فى يده وحده، بحيث يستخدم الحاكم كل قوتهم كلما وجد الضرورة تدعو إلى ذلك، من أجل سلامهم والدفاع المشترك عنهم[٢٥٢].

فالأمن فى فلسفة هوبز يتوقف على وجود حكومة تملك القدرة على حفظ السلام وتطبيق العقوبات التى يحتاج إليها للحد من ميول الإنسان الفردية الأنانية، والدافع الفعّال الذى يحمل الناس على الاجتماع هو الخوف من العقاب. وهذه النظرية تربط الحكم بالقوة، بحيث تفرض وجود القوة سواء استخدمت أم لم تستخدم[٢٥٣].

وهذه الوجهات الفلسفية وإن كان عليها العديد من الملاحظات والنقد، إلا إنها ترمى جميعًا إلى إباحة استخدام القوة فى حالة الفوضى والاضطراب من أجل إعادة الأمن والسلم الداخلى والحفاظ على كيان الدولة من التفكك أو الاعتداء.

فكما انتهى هوبز إلى هذه النتائج فرارًا من الفوضى التى سببتها الحرب الأهلية فى إنجلترا، فإن بودان رأى فى الحكومة الاستبدادية المخرج الوحيد من الحروب الدينية وتمزيق فرنسا[٢٥٤].

---

٢٥١ – برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص٨٤ وما بعدها.

٢٥٢ – ول ديورانت، قصة الحضارة، الجزء الرابع والثلاثون، مرجع سابق، ص١٤.

٢٥٣ – جورج سباين، تطور الفكر السياسى، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص١٩٨.

٢٥٤ – ول ديورانت، قصة الحضارة، الجزء الثلاثون، مرجع سابق، ص٣١١.

المطلب الثانى تبرير استخدام القوة لحماية الدولة فى الفكر الإسلامى

لا شك أن الإسلام هو دين المحبة والسلام، وأساس الدعوة الإسلامية قائم على الحكمة والموعظة الحسنة، قال تعالى (ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ) {الآية ١٢٥- سورة النحل}، وقد بُعث رسولنا الكريم رحمة للعالمين، قال تعالى (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ) {الآية 107- سورة الأنبياء}.

ومن جوانب السلم والرحمة فى الإسلام، أنه أوجب الحفاظ على الفرد والأسرة وعلى المجتمع والدولة، فكل ما يهدد دعائم الدولة ويهز أركانها بما يسبب الفوضى ويؤدى إلى فساد أحوال البلاد والمواطنين فهو مرفوض تمامًا.

فالإسلام لم يمانع فى استخدام القوة ضد الطوائف المعتدية، مستهدفًا بذلك نشر السلم والأمن فى ربوع الدولة وفى أرجاء المجتمع. ويمكننا أن نتتبع مشروعية استخدام القوة من أجل الحفاظ على أمن وسلامة الدولة فى الفكر الإسلامى من عدة جوانب. من الجانب الفلسفى، ومن الجانب الفقهى، وأيضًا من الجانب التاريخى.

الفرع الأول: تبرير استخدام القوة لحماية الدولة فى الفلسفة الإسلامية.

تقوم الفلسفة القرآنية فى هذا الشأن على تحريم العدوان، وعلى وجوب وفرضية دفع الاعتداء. قال تعالى فى تحريم الاعتداء (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) {الآية 2- سورة المائدة}، وقال تعالى فى وجوب دفع الاعتداء (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) {الآية 194- سورة البقرة}.

ولقد كان من أهم دواعى وجوب الإمامة أو الخلافة فى الفكر الإسلامى، الحفاظ على أركان الدولة وسلامة المجتمع من كافة المخاطر التى تهدده من

الخارج أو فى الداخل. فلقد أجمع جمهور العلماء على أنه لا بد من إمام يقيم الجُمع وينظم الجماعات، وينفذ الحدود، ويجمع الزكوات من الأغنياء ليردها على الفقراء، ويحمى الثغور، ويفصل بين الناس فى الخصومات بالقضاة الذين يُعيّنهم، ويوحد الكلمة، وينفذ أحكام الشرع، ويلم الشعث ويجمع المتفرق، ويقيم المدينة الفاضلة التى حث الإسلام على إقامتها[٢٥٥].

كما حدد الفكر الإسلامى المقاصد الكبرى للدولة والمجتمع الإسلامى، التى يجب التضافر من أجل العمل على تحقيقها، ولقد عدها الأصوليون خمس مقاصد، وهى: حفظ النفس، والدين، والعقل، والمال، والنسل. والحفاظ على هذه المقاصد، بمثابة الحفاظ على المصالح العامة للدولة والمواطنين. والمصلحة العامة هى ما فيه صلاح عموم الأمة أو الجمهور، وبالتالى فلا التفات منها إلى أحوال الأفراد إلا من حيث إنهم أجزاء من مجموع الأمة، مثال ذلك حفظ المتمولات من الإحراق والإغراق، فإن فى بقاء تلك المتمولات منافع ومصالح، فإحراقها وإغراقها يُفوّت ما بها من المصالح عن الجمهور[٢٥٦].

واستعمال القوة فى حال الاضطراب والفوضى مقدمة، فى الفلسفة الإسلامية، على غيرها من الوسائل، متى لم تكن هناك جدوى من الوسائل الأخرى.

يقول ابن تيمية: إذا تعيّن رجلان أحدهما أعظم أمانة والآخر أعظم قوة، قُدم أنفعهما لتلك الولاية، وأقلهما ضررًا فيها، فيُقدم فى إمارة الحروب الرجل القوى الشجاع، وإن كان فيه فجور، على الرجل الضعيف العاجز، وإن كان أمينًا. ويؤيد قوله بما روى عن الإمام أحمد بن حنبل حين قال: إن الفاجر القوى، قوته للمسلمين وفجوره على نفسه، وأما الصالح الضعيف، فصلاحه لنفسه وضعفه على المسلمين[٢٥٧].

٢٥٥ – محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية فى السياسة والعقائد، دار الفكر العربى، ١٩٩٦، ص٧٨.

٢٥٦ – الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ٢٠٠٤، الجزء الثالث، ص٢٠٢.

٢٥٧ – ابن تيمية، السياسة الشرعية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هجرية، ص١٥.

وفى جانب القواعد الفقهية، فإن القاعدة تقضى بأن درء المفاسد مقدم على جلب المنافع، فالأصل أن الشريعة جاءت لجلب المنافع ودرء المفاسد، فإذا تعارضت مصلحة ومفسدة قُدم دفع المفسدة غالبًا، لأن الشرع حريص بدفع الفساد، ويعتنى بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات[٢٥٨]، وسند ذلك ما رواه الإمام البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن أبى هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شىء فدعوه).

فلئن كان الإسلام يقدس الحرية ويحميها، إلا إن استقرار المجتمعات وانضباطها أولى من منح الحريات التى قد تؤدى به إلى الفوضى، متى كانت الجماهير غير قادرة على تحمل مسئوليات هذه الحرية وواجباتها.

الفرع الثانى: تبرير استخدام القوة لحماية الدولة فى الفقه الإسلامى.

يعتبر قتال البغاة من أبرز الصور الفقهية التى تبين تبرير الشريعة الإسلامية لاستخدام القوة من أجل الحفاظ على سلامة وأمن المجتمع وأركان الدولة.

قال تعالى (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)

{الآية 9- سورة الحجرات}.

والبغى فى اللغة، مصدر بغى، وهو بمعنى علا وظلم وعدل عن الحق واستطال.
والبغاة فى الاصطلاح، هم الخارجون على الإمام الحق بغير حق، ولهم منعة.
ويجب قتالهم لردعهم لا لقتلهم[٢٥٩].

٢٥٨ – محمد مصطفى الزحيلى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها فى المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، الجزء الأول، ص٢٤٣.
٢٥٩ – الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، الطبعة الثانية، دارالسلاسل، الكويت، الجزء الرابع، ص٢٠٨.

وقد بيّن الفقهاء أن قتال المسلمين فيما بينهم على وجهين، قتال البغاة، وقتال المحاربين. والبغاة قسمان، الأول: أخطئوا فى تأويل الدين، كالخوارج. والثانى: أرادوا لأنفسهم دنيا فخرجوا على إمامٍ حق، أو على من هو فى السيرة مثلهم، فإن تعدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق، أو إلى أخذ مال من لقوا، أو سفك الدماء هملاً، انتقل حكمهم إلى حكم المحاربين[٢٦٠].

والفرق بين البغاة والمحاربين، أن المحاربين يخرجون فسوقًا وعصياناً على غير تأويل، أما الباغى فهو الذى يخرج ويحارب على تأويل خاطئ[٢٦١].

وحكم البغاة فى الفقه الإسلامى، أنهم إذا لم يكن لهم منعة، فللإمام أن يأخذهم ويحبسهم حتى يتوبوا. وإن تأهبوا للقتال، وكان لهم منعة، أى مكان محصن، وشوكة، أى سلاح، يدعوهم الإمام إلى التزام الطاعة، ودار العدل، والرجوع إلى رأى الجماعة أولاً، كما يفعل مع أهل الحرب. فإن أبوا ذلك قاتلهم حتى يهزموهم ويقتلوهم، ويجوز قتل مدبريهم وأسراهم، ولا يبدؤهم الإمام بالقتال حتى يبدؤوه، لأن قتالهم لدفع شرهم[٢٦٢].

وقد اختلف الفقهاء فى الوسيلة التى تشرع فى مقاتلة أهل البغى، فقال الحنفية : يقاتل أهل البغى بالمنجنيق والحرق وغير ذلك مما يقاتل به أهل الحرب، لأن قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم، فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك. وقال المالكية: إن قتال البغاة يقصد به ردعهم فقط وليس قتلهم، فهو يختلف عن قتال الكفار فى ذلك، ولذلك تنصب عليهم الدراعات ولا تحرق مساكنهم ولا يقطع شجرهم. وقال الشافعية: لا يقاتل البغاة بعظيم يعم كنار أو منجنيق. وقال الحنابلة: لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار من غير ضرورة، فإن دعت الضرورة لذلك كما لو حاصر البغاة أهل العدل فلم يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم، جاز ذلك[٢٦٣].

٢٦٠ – ابن حزم الظاهرى، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، الجزء الحادى عشر، ص٣٣٣.
٢٦١ – وهبة مصطفى الزحيلى، الفقه الإسلامى وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، الجزء السابع، ص٥٤٧٩.
٢٦٢ – وهبة مصطفى الزحيلى، الفقه الإسلامى وأدلته، المرجع السابق، ص٥٤٨٠.
٢٦٣ – موسوعة الفقه الإسلامى المصرية، موقع وزارة الأوقاف المصرية.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

الفرع الثالث: تبرير استخدام القوة لحماية الدولة فى التاريخ الإسلامى.

بعدما توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبايع الناس أبا بكر، لم يلبث أيامًا قلائل حتى ارتدت العرب على أعقابها كفارًا، فمنهم من ارتد وادّعى النبوة، ومنهم من ارتد ومنع الزكاة. فارتدت بنو أسد، وفزارة، وبنو عامر وغطفان، وبنو سليم، وطائفة من بنى تميم، وطائفة من كندة، وبنو بكر بن وائل، واجتمعت بنو حنيفة إلى مسيلمة الكذاب بأرض اليمامة، فقلدوه أمرهم وادّعى أنه نبيهم. وقد بلغ ذلك أبا بكر، فاغتم، فبادر إلى المسجد فنادى فى العرب، فقام فى الناس خطيبًا، واستشارهم فى الأمر، فأشار عليه عمر بن الخطاب بوقف بعث أسامة ليستقوى به على هؤلاء المرتدين، فرفض وقال لو علمت أن السباع تأكلنى فى هذه المدينة لأنفذت جيش أسامة، وأما من ارتدت من هؤلاء العرب، فمنهم من لا يصلى وقد كفر بالصلاة، ومنهم من يصلى وقد منع الزكاة، وقال له لا والله يا أبا حفص ما أفرق بين الصلاة والزكاة لأنهما مقرونتان. فقال له عمر يا خليفة رسول الله، فلو أغمضت وتجافيت عن زكاة هؤلاء العرب فى عامك هذا ورفقت بهم، لرجوت أن يرجعوا عن ما هم عليه، فقال أبو بكر والله لو منعونى من الزكاة عقالاً مما كان يأخذ منهم النبى لقاتلتهم عليه أبدًا، ثم لنحاربنهم أبدًا حتى ينجز الله وعده ويفى لنا عهده، فقال عمر يا خليفة رسول الله، إنما قد شرح الله صدرك لقتال القوم، فسمع وطاعة[٢٦٤].

ويرى الأستاذ العقاد أن هذه الردة كانت طبيعية فى هذه المرحلة من مراحل الدولة الإسلامية، فيقول: وغاية ما يفهم من هذه الرجة التى لا غرابة فيها أنها الأثر المعقول المنظور لمطامع الطامعين وخلائق الأعراب وذوى الجهالة من أهل البادية فى كل جيل، فما عرف التاريخ قط أناسًا منقطعين للبداوة الأولى إلا عرف منهم الاستعداد لأمثال هذا الانتقاض كائنًا ما كان الدين الذى ينتحلونه

٢٦٤ – الواقدى، كتاب الردة، تحقيق/ يحيى الجبورى، دار الغرب الإسلامى، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، ص٤٨ وما بعدها.

والزمن الذى قضوه فى انتحاله[٢٦٥].

لذلك فقد كان أهم ما يشغل أبو بكر فى مدة خلافته الوجيزة هو قتال المرتدين من أجل توطيد دعائم الإسلام، وتثبيت أركان الدولة بإظهار قوة المسلمين لمن خالفهم[٢٦٦].

وقد تعامل أبو بكر الصديق مع أهل الردة باستخدام القوة، فقاتلهم بجماعة الصحابة رضوان الله عليهم. وعلى ذلك بنى الفقهاء حكمهم أنه إذا ارتد أهل بلد صاروا دار حرب فى اغتنام أموالهم وسبى ذراريهم الحادثين بعد الردة، وعلى الإمام قتالهم، لفعل أبى بكر الصديق، ولأن الله تعالى قد أمر بقتال الكفار فى مواضع من كتابه، وهؤلاء أحق منهم بالقتال، لأن تركهم ربما أغرى أمثالهم بالتشبه بهم والارتداد معهم، فيكثر الضرر، وإذا قاتلهم قتل من قدر عليه، ويتبع مدبرهم، ويجهز على جريحهم، وتغنم أموالهم[٢٦٧].

المبحث الثالث ضوابط استخدام القوة والآثار القانونية للنص المعدل

المطلب الأول ضوابط استخدام القوة بهدف حماية مدنية الدولة

الفرع الأول: الضوابط الأخلاقية.

على الرغم من تداخل الضوابط الأخلاقية مع الضوابط القانونية فى هذا الموضوع، إلا إنه من الممكن أن نسرد عددًا من الضوابط التى يمكننا أن ندخلها فى عداد الضوابط الأخلاقية، والمعيار فى اعتبارها كذلك هو أنها تتسم بالنسبية فى تقديرها. مثال ذلك، توافر حالة الضرورة القصوى التى تفرض على الدولة استخدام القوة، وأن يكون مقدار القوة المستخدمة متناسبًا مع حجم

٢٦٥ – عباس محمود العقاد، عبقرية الصديق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٢، ص١٤٠.

٢٦٦ – وهبة مصطفى الزحيلى، الفقه الإسلامى وأدلته، مرجع سابق، الجزء الثامن، ص٦٢١٧.

٢٦٧ – الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة، مصر، الجزء الثانى والثلاثين، ص٣١٨.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so
http://ium.usa.online
ium.usa.online@gmail.com
+ 967 730053135
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

الأزمة المستهدف السيطرة عليها، وألا يقع التمييز بين الأفراد أو الفئات بعضها البعض حال استخدام القوة، وأخيرًا أن يناط استخدام القوة بمكلفين مؤهلين على كيفية استخدامها فنيًا وقانونيًا.

ويمكن القول أن كافة هذه الضوابط سالفة الذكر تتسم بالنسبية فى تقديرها، ذلك إنه لا يمكن استجلاء مدى توافرها على نحو قاطع لا مجال فيه للتقدير، لأنها مرتبطة بظروف وملابسات متداخلة مع الحالة التى تقوم الهيئة المسلحة بالتعامل معها.

ومما جاء فى نتائج تقرير لجنة البندقية: أنه أثناء تنفيذ مهام الأمن الداخلى التى قد تشمل المساعدة العسكرية فى الحفاظ على النظام العام، أو فى حالة الكوارث وما إلى ذلك، يجب أن تظل القرارات المتعلقة بالقوات المسلحة دائمًا فى أيدى المدنيين، وإذا تم استخدام القوة، فيجب أن تكون متناسبة مع الأمن وفقًا لمبادئ التبعية والتناسب، ويجب أن تراعى الحقوق الأساسية وفقًا للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمعايير الديمقراطية[٢٦٨].

أولاً: الضرورة.

من المقرر دوليًا أنه لا يجوز لموظفى إنفاذ القانون أن يستعملوا القوة، فى معرض أداء واجبهم، إلا فى حالة الضرورة القصوى وفى الحدود اللازمة لأداء واجبهم، ويقتضى مبدأ الضرورة، لتحقيق هدف مشروع يتمثل فى إنفاذ القانون، ألا يظهر فى تلك اللحظة أى بديل معقول عدا اللجوء إلى استخدام القوة. وهذا يوجب على موظفى إنفاذ القانون، العمل على تهدئة الأوضاع، بوسائل أخرى كلما أمكن ذلك، وإلا، لا يُستخدم سوى الحد الأدنى من القوة اللازمة لتحقيق ذلك الهدف، ويجب أن يتوقف استخدام القوة بمجرد أن تنتفى ضرورته[٢٦٩].

---

٢٦٨ – Report On The Democratic Control Of The Armed Forces, Op.Cit.

٢٦٩ – منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، ٢٠٢٠، ص٦.

وقاعدة عدم جواز الإضرار بالغير من القواعد المقررة والمستقرة الآن فى كافة الشرائع الدينية والقانونية، فمن القواعد الفقهية الكبرى فى الشريعة الإسلامية قاعدة (لا ضرر ولا ضرار). وتعنى هذه القاعدة أنه لا يجوز شرعًا لأحد أن يلحق بآخر أى ضرر من أى نوع، ولفظ هذه القاعدة مأخوذ من حيث نبوى شريف[٢٧٠].

ثانيًا: التناسب وعدم التمييز.

يجب أن يتناسب نوع القوة المستخدمة ومستواها والضرر المتوقع أن ينجم عنها إلى حدٍ معقول مع التهديد الذى يشكله الفرد أو مجموعة من الأفراد أو مع الجريمة المرتكبة. ولا ينبغى بأى حال من الأحوال أن تكون القوة المستخدمة مفرطة مقارنة بالهدف المشروع المنشود. وينبغى لموظفى إنفاذ القانون فى جميع الأوقات أن يراعوا ويقللوا إلى أدنى حد الأثر العرضى الذى يمكن أن ينجم عن استخدامهم القوة على المتفرجين والمارة والموظفين الطبيين والصحفيين. ولا يجوز لهم أن يستهدفوا هؤلاء الأشخاص بالقوة.

كما لا يجوز لموظفى إنفاذ القانون، فى معرض أداء واجباتهم، أن يميزوا ضد أى شخص على أساس العرق أو الأصل الإثنى أو اللون أو الجنس أو الميل الجنسى أو اللغة أو الدين أو الرأى السياسى أو غيره أو الأصل القومى أو الاجتماعى أو الإعاقة أو الملكية أو الميلاد أو غير ذلك من المعايير المماثلة[٢٧١].

ومن القواعد الفقهية المقررة فى هذا الشأن أن (الضرورة تقدر بقدرها)، وتعنى هذه القاعدة أنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر، فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله[٢٧٢].

---

٢٧٠ – أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٩٨٩، ص١٦٥.

٢٧١ – منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجينيف، ٢٠٢٠، ص٧.

٢٧٢ – محمد مصطفى الزحيلى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها فى المذاهب الأربعة، الجزء الأول، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص٢٧٣.

ثالثًا: التأهيل.

يجب تدريب موظفى إنفاذ القانون على الاستخدام المشروع للقوة. وينبغى أن يشمل ذلك التدريب على مبادئ ومعايير حقوق الإنسان الواجبة التطبيق، وعلى سبل تجنب استخدام القوة، بما يشمل تقنيات تهدئة الوضع والوساطة والاتصال الفعال، وعلى السبل الكفيلة بأن تتيح الأسلحة الأقل فتكًا بديلاً أسلم وفعالً للأسلحة النارية. وينبغى أن يؤذن للمتدربين بحمل واستخدام الأسلحة التي تدربوا عليها بنجاح فقط. وينبغى أيضًا أن يتلقى القادة والمشرفون تدريبًا مستمرًا على التزاماتهم الناشئة عن وظائفهم القيادية في المجالات المتصلة باستخدام القوة. وفقاً لمبدأ حقوق الإنسان المتمثل فى الحيطة، يجب توفير التدريب المناسب فى مجال الإسعافات الأولية في حالات الطوارئ لجميع موظفى إنفاذ القانون لتمكينهم من الاستجابة بفعالية لأى إصابات أو آثار تنجم عن استخدام القوة[٢٧٣].

ويمكن تأصيل هذه القاعدة من جهة أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[٢٧٤]، ما دام استخدام القوة فى بعض الحالات أصبح ضروريًا، فلا بد إذن من تأهيل القائمين على استخدام هذه القوة، لئلا يترتب على استخدامهم للقوة أية أضرار تجاوز الحدود المعقولة.

الفرع الثانى: الضوابط القانونية.

وفى عداد الضوابط القانونية، يمكننا الحديث عن وجوب توافر السند القانونى لاستخدام القوة، وكذلك الامتناع عن استخدام أنواع معينة من الأسلحة، كما يجب أن يكون الهدف من استخدام القوة مشروعًا.

---

٢٧٣ – منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجينيف، ٢٠٢٠، ص١٦: ١٨.

٢٧٤ – انظر فى شرح هذه القاعدة: محمد صدقى وآخرون، موسوعة القواعد الفقهية، الجزء التاسع، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص٢١٧.

أولاً: الشرعية.

الشرعية عبارة عن خاصية تفيد بأن الشيء أو الفعل أو الإجراء مطابق لطبيعة الأشياء وللعدالة والقانون. وتعنى الشرعية، قانونية السلطة، بمعنى أن تكون السلطة وما يصدر عنها من قرارات وإجراءات محترمة لقواعد القانون من جهة، ومبتغية تحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى[٢٧٥].

تعنى الشرعية إذن فى هذا المقام، أن يكون فعل الدولة باستخدام القوة المسلحة لتحقيق هدفٍ ما، مستندًا إلى نص دستورى أو قانونى يبيح لها ذلك أو يلزمها به، ويهدف إلى تحقيق الصالح العام.

وقد ألزم هذا التعديل الدستورى سلطات الدولة بحماية مدنية الدولة وصون الديموقراطية فيها وحماية الحقوق والحريات العامة لمواطنيها، ولو باستخدام القوة فى الحالات التى تضطر فيها سلطات الدولة إلى ذلك.

وتنبغى الإشارة إلى أن هذا الواجب الواقع على عاتق القوات المسلحة أصبح من المعترف به على المستوى الدولى، فقد جاء فى نتائج تقرير لجنة البندقية: إن الواجب الأساسى للقوات المسلحة فى مجتمع ديمقراطى هو حماية وضمان أمن المجتمع من التهديدات الخارجية، وحماية القيم الديمقراطية وسيادة القانون وحقوق الإنسان والحريات لجميع الأشخاص الخاضعين لتلك الولاية القضائية الوطنية[٢٧٦].

ثانيًا: مشروعية الهدف.

من المقرر فى المواثيق الدولية أنه يجب أن ينظم استخدام القوة بموجب القانون المحلى واللوائح الإدارية وفقًا للقانون الدولى، ولا يمكن تبرير استخدام القوة إلا إذا كان الغرض منه تحقيق هدف مشروع يتمثل فى إنفاذ القانون،

٢٧٥ – أحمد سعيفان، قاموس المصطلحات السياسية، مرجع سابق، ص٢١٨، ٢١٩.

٢٧٦ – Report On The Democratic Control Of The Armed Forces, Op.Cit.

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

ويجب أن تُعتمد سياسات وطنية تمتثل للقانون الدولى والمعايير الدولية بشأن استخدام القوة من جانب هيئات وموظفى إنفاذ القانون. ويجب أن تكون تشريعات الدولة فى هذا الصدد واضحة بما يكفى لضمان أن تكون آثارها القانونية متوقعة، ويجب أن تُنشر على نطاق واسع ليسهل على الجميع الاطلاع عليها. ويجب أن لا تُستخدم القوة البتة فى إنفاذ القانون استخدامًا عقابيًا[٢٧٧].

ثالثًا: تحديد نوعية السلاح.

لا يجوز لهيئات إنفاذ القانون أن تنشر سوى الأسلحة ومنظومات الأسلحة التى تأذن بها السلطات الحكومية المختصة على النحو الواجب لاستخدامها فى إنفاذ القانون، ولا يجوز لموظفى إنفاذ القانون أن يستخدموا سوى تلك الأسلحة والمنظومات. ويجب أن تحدد القوانين واللوائح المحلية شروط استخدام الأسلحة الأقل فتكًا والمعدات ذات الصلة، ويجب أن يتم تقييد استخدامها من أجل التقليل إلى أدنى حد من خطر الإصابة[٢٧٨].

ومن الأسلحة التى يعد استخدامها على نطاق واسع، انتهاكًا للقانون الدولى لحقوق الإنسان، والتى لا ينبغى استخدامها فى إنفاذ القانون: الهراوات المسننة - الليزر المصمم ليسبب العمى الدائم - أسلحة الطاقة الموجهة التى يمكن أن تتسبب فى إصابات خطيرة. ومن المعدات التى لا ينبغى استخدامها: السلاسل المعدنية - أصفاد اليدين أو المعصم الحديدى - كماشات الإبهام أو مكبلات الأصابع - أدوات تقييد الحرية المسننة أو المكهربة - أدوات تقييد الحرية المثقلة[٢٧٩].

٢٧٧ – منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجينيف، ٢٠٢٠، ص٥، ٦.
٢٧٨ – منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجينيف، ٢٠٢٠، ص٦.
٢٧٩ – منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجينيف، ٢٠٢٠، ص٢١.

المطلب الثانى الآثار القانونية للنص الدستورى المعدل

الفرع الأول: الآثار القانونية للنص الدستورى المعدل على المستوى الداخلى.

يمكننا أن نبين الآثار القانونية للتعديل الدستورى محل البحث على المستوى الداخلى من جانبين. الجانب الأول، من حيث اختصاص القضاء العسكرى. والجانب الثانى، من حيث مسئولية الدولة عن أعمالها، بسبب ما ينشأ عن ممارسة استخدام القوة.

أولاً: اتساع اختصاص القضاء العسكرى.

تمشيًا مع التعديل الذى أجرى على نص المادة (200) من الدستور، والذى أوكل إلى القوات المسلحة أعمالاً جديدة، فقد جاء تعديل نص المادة (204) ليوسع فى اختصاص القضاء العسكرى على النحو الذى سنبينه.

النصوص الدستورية.

نصت المادة 204 من الدستور المصرى الصادر 2014 على أن (القضاء العسكرى جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل فى كافة الجرائم المتعلقة بالقوات المسلحة وضباطها وأفرادها ومن فى حكمهم، والجرائم المرتكبة من أفراد المخابرات العامة أثناء وبسبب الخدمة. ولا يجوز محاكمة مدنى أمام القضاء العسكرى، إلا فى الجرائم التى تمثل اعتداءً مباشرًا على المنشآت العسكرية أو معسكرات القوات المسلحة وما فى حكمها، أو المناطق العسكرية أو الحدودية المقررة كذلك، أو معداتها أو مركباتها أو أسلحتها أو ذخائرها أو وثائقها أو أسرارها العسكرية أو أموالها العامة أو المصانع الحربية، أو الجرائم المتعلقة بالتجنيد، أو الجرائم التى تمثل اعتداءًا مباشرًا على ضباطها

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so + 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

أو أفرادها بسبب تأدية أعمال وظائفهم. ويحدد القانون تلك الجرائم ويبين اختصاصات القضاء العسكرى الأخرى. وأعضاء القضاء العسكرى مستقلون غير قابلين للعزل، وتكون لهم كافة الضمانات والحقوق والواجبات المقررة لأعضاء السلطة القضائية).

وقد نصت المادة 204 من الدستورى الصادر 2019 المعدل على أن (القضاء العسكرى جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل فى كافة الجرائم المتعلقة بالقوات المسلحة وضباطها وأفرادها ومن فى حكمهم، والجرائم المرتكبة من أفراد المخابرات العامة أثناء وبسبب الخدمة. ولا يجوز محاكمة مدنى أمام القضاء العسكرى، إلا فى الجرائم التى تمثل اعتداءً على المنشآت العسكرية أو معسكرات القوات المسلحة أو ما فى حكمها أو المنشآت التى تتولى حمايتها، أو المناطق العسكرية أو الحدودية المقررة كذلك، أو معداتها أو مركباتها أو أسلحتها أو ذخائرها أو وثائقها أو أسرارها العسكرية أو أموالها العامة أو المصانع الحربية، أو الجرائم المتعلقة بالتجنيد، أو الجرائم التى تمثل اعتداءً مباشرًا على ضباطها أو أفرادها بسبب تأدية أعمال وظائفهم).

وقد جاء التعديل بالحذف والإضافة. فقد حذف النص المعدل الفقرتين الآخيرتين (ويحدد القانون تلك الجرائم ويبين اختصاصات القضاء العسكرى الأخرى ...) إلى آخر النص. كما حذف كلمة (مباشرًا). وأضاف عبارة (أو المنشآت التى تتولى حمايتها).

مظاهر التوسع فى الاختصاص القضائى العسكرى.

وتبدو مظاهر التوسع فى الاختصاص القضائى العسكرى وفقًا للتعديل الذى أجرى على نص المادة (204) من الدستور، من ثلاث جهات.

الجهة الأولى: حذف قيد المباشرة فى الاعتداء.

يتضح التوسع فى الاختصاص بقيام المشرع الدستورى بحذف كلمة (مباشرًا) التى كانت تقيد الاعتداء. فقد كانت عبارة النص المعدل: (ولا يجوز محاكمة مدنى أمام القضاء العسكرى، إلا فى الجرائم التى تمثل اعتداءً مباشرًا على المنشآت العسكرية ...). والفاعل المباشر للجريمة هو الذى يقوم بأعمالها المادية بنفسه. والفاعل غير المباشر هو إما أن يكون فاعلاً بواسطة غيره أو بالاشتراك مع الفاعل الأصلى.

وفى إطار القانون الجنائى الدولى، يكون ارتكاب الجريمة بشكل غير مباشر، عندما يستخدم الجانى غير المباشر شخصًا آخر ليرتكب الجريمة ماديًا، وقد ذكر هذا النوع من أنواع الارتكاب تحديداً فى المادة 25/3/أ من النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية[٢٨٠]، وهو يشمل الارتكاب غير المباشر بغض النظر عما إذا كان الجانى الذى ارتكب الجريمة ماديًا يتحمل المسؤولية الجنائية أم لا. وفى الارتكاب غير المباشر، يستخدم الجانى الأساسى (الذى هو الجانى عن طريق جانٍ آخر) الجانى الذى ارتكب الجريمة ماديًا كأداة لارتكاب الجريمة. وفى القضايا المحلية النموذجية، يعد الجانى الذى ارتكب الجريمة ماديًا وسيطًا بريئًا لا يتحمل المسؤولية الجنائية الكاملة عن أفعاله لأنه يعمل تنفيذًا لاعتقاد خاطئ أو بالإكراه أو نتيجة لعدم الأهلية. إلا إن هذا المفهوم يمتد ليشمل الارتكاب غير المباشر حيث يعتبر الجانى الذى ارتكب الجريمة ماديًا مسؤولاً جنائيًا (الجانى المسؤول عن أفعال الجانى مرتكب الجريمة).

إن المثال النموذجى الذى يمكن إعطاؤه فى القانون الجنائى الدولى حول هذه الفئة من الجناة أى أولئك الذين يقفون وراء مرتكب الجريمة هو ذاك

---

٢٨٠ – وردت هذه المادة تحت عنوان (المسؤولية الجنائية الفردية) ونصت على أنه: وفقًا لهذا النظام الأساسى، يُسأل الشخص جنائيًا ويكون عرضة للعقاب عن أية جريمة تدخل فى اختصاص المحكمة، فى حال قيام الشخص بما يلى: (أ) ارتكاب هذه الجريمة سواء بصفته الفردية، أو بالاشتراك مع آخر، أو عن طريق شخص آخر، بغض النظر عما إذا كان ذلك الشخص الآخر مسئولاً جنائيًا أم لا.

المستمد من السيطرة على تنظيم هرمى. وفى تحديد متطلبات الارتكاب غير المباشر القائم على السيطرة على تنظيم معين، أوضحت الدائرة التمهيدية فى المحكمة الجنائية الدولية أنه يجب أن يكون التنظيم قائمًا على بنية هرمية تضم ما يكفى من المرؤوسين الذين يمكن استبدالهم بما يضمن الامتثال التلقائى لإرادة القائد. وفى هذه الطريقة، يكون الجانى المسؤول عن أفعال الجانى مرتكب الجريمة قادرعلى تحقيق أهدافه الإجرامية من خلال استخدام مرؤوسين يؤدون دورًا ثانويًا كمجرد عجلة فى آلة عملاقة[٢٨١].

ومما هو جدير بالذكر أن القانون الجنائى المصرى يعاقب الشريك بنفس عقوبة الفاعل الإصلى، ويبدو أن المشرع الدستورى ظن أن هذا التعديل الدستورى تأتى فائدته من جهة أنه إذا ما أجرى تعديل على القانون العادى بإلغاء عقوبة الشريك فى جريمة ما، فهذا التعديل فى القانون العادى لن يكون له تأثير على النص الدستورى.

الجهة الثانية: إلغاء حق المشرع العادى فى تقليص الجرائم التى تقع تحت اختصاص القضاء العسكرى.

فقد كان النص الدستورى الملغى يعطى الحق للجهة التشريعية العادية فى تحديد الجرائم التى تمثل اعتداءً على القوات المسلحة، بالتفصيل السابق بيانه. وكذلك كان يعطى المشرع العادى الحق فى تحديد اختصاصات القضاء العسكرى بنظر هذه الجرائم.

إلا إن التعديل الذى أجرى على هذه المادة يستفاد منه، بإلغاء هذه الفقرة، اتجاه نية المشرع الدستورى إلى إدخال كافة الجرائم التى تمثل اعتداء على القوات المسلحة، على النحو السابق بيانه، فى اختصاص القضاء العسكرى، وبالتالى فقد سلب المشرع الدستورى حق الهيئة التشريعية فى تحديد هذه

٢٨١ – انطونيو كاسيزى، القانون الجنائى الدولى، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص٣٣٨، ٣٣٩.

الجرائم أو تحجيم اختصاص القضاء العسكرى بنظرها إذا كان يريد ذلك، فلم يصبح من حقه تحديد الجرائم أو تحجيم الاختصاص إلا بتعديل دستورى.

الجهة الثالثة: التوسع فى موضوع الاعتداء.

ويتضح ذلك بما أضافه النص الدستورى المعدل من عبارة: (أو المنشآت التى تتولى حمايتها) إلى جملة موضوع الاعتداءات التى تقع على القوات العسكرية وملحقاتها وتابعيها. فلم تكن هذه العبارة منصوص عليها فى النص الدستورى المعدل.

ويبدو أن هذه العبارة جاءت تماشيًا مع التعديل الذى أجرى على نص المادة (200) والتى أوكلت للقوات المسلحة مهمة صون الدستور والديمقراطية، والحفاظ على المقومات الأساسية للدولة ومدنيتها، ومكتسبات الشعب وحقوق وحريات الأفراد. فقد يتطلب ذلك تحرك القوات المسلحة إلى مواقع الأحداث لحماية المنشآت والأفراد فى حال وقوع اضطرابات داخلية.

وقد جاء هذا التعديل ليوسع اختصاص القضاء العسكرى فى حال وقوع اعتداء على القوات المسلحة أثناء قيامها بتلك المهام.

ثانيًا: مسئولية الدولة عن أعمالها.

إن الحديث عن مدى مسئولية الدولة عن أعمالها فى إطار استخدام القوة لحماية مدنية الدولة، تنبغى معه التفرقة بين اعتبار هذه الأعمال تدخل ضمن أعمال السيادة أو اعتبارها مجرد أعمال إدارية ومن ثم تخضع لرقابة القضاء من جهة الإلغاء والتعويض.

اعتبار استخدام القوة بغرض حماية مدنية الدولة عملاً من أعمال السيادة.

لم يضع الفقه أو القضاء تعريفًا لأعمال السيادة، ولكنهما أشارا إلى ملامحها

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so
http://ium.usa.online
ium.usa.online@gmail.com
+ 967 730053135
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

العامة وضربا لها بعض الأمثلة، وفى هذا تقول المحكمة الدستورية العليا: ومن حيث إنه رغم تعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة، فإن ثمة عناصر ومميزات تميزها عن الأعمال الإدارية العادية، أهمها تلك الصبغة السياسية البارزة فيها، أى فى أعمال السيادة، لما يحيطها من اعتبارات سياسية، فهى تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وبما لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام دستورها، والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى، وتأمين سلامتها وأمنها فى الداخل والخارج. ومن الأمثلة لأعمال السيادة التى تجريها الحكومة بوصفها سلطة حكم، القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالهيئة التشريعية، والتدابير الخاصة بالأمن الداخلى والخارجى للدولة، والعلاقات السياسية، والأعمال الحربية. والفرق واضح بين هذه الأعمال وبين أعمال الإدارة العادية التى تجريها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة تتولى الإشراف على المصالح اليومية للجمهور ومرافقه العامة[٢٨٢].

وفى حالة اعتبار العمل الصادر عن السلطة التنفيذية من أعمال السيادة فلا يكون لجهات القضاء الحق فى رقابته لا من جهة الإلغاء ولا من جهة التعويض. وقد نصت على ذلك المادة (11) من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، حيث جاء فيها (لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر فى الطلبات المتعلقة بإعمال السيادة).

اعتبار استخدام القوة بغرض حماية مدنية الدولة عملاً إداريًا.

إن أعمال إنفاذ القانون باستخدام القوة المسلحة من أجل صون الديمقراطية وحماية مدنية الدولة، إذا دخلت ضمن أعمال الإدارة، فإنها ترتب نوعين من المسئولية، مسئولية فردية وأخرى مرفقية.

---

٢٨٢ – القضية رقم ٢٢ لسنة ٦ قضائية عليا دستورية، جلسة ١٩٧٧/٢/٥.

وتظهر المسئولية الفردية عندما يقوم الأفراد المنوط بهم القيام بأعمال إنفاذ القانون بمخالفة القوانين واللوائح وكذا الأوامر الصادرة لهم.

أما المسئولية المرفقية فتكون عندما يترتب على قرارات السلطة التنفيذية وقوع أضرار، وقد استقر القضاء الإدارى فى مصر على أن الخطأ عنصر لا بد من توافره لقيام المسئولية المرفقية[٢٨٣].

وقد فرق القضاء المصرى بين الخطأ الشخصى للموظف وخطأ المرفق الذى يعمل به، وقد ابتدع القضاء نظرية الخطأ المرفقى للتفرقة بينه وبين الخطأ الشخصى. وجاء فى حكم المحكمة الإدارية العليا تعليل ذلك، من أجل تحقيق حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، حتى لا يحجم عمال المرافق العامة عن القيام بواجباتهم الوظيفية خشية المسئولية عن كل ما يقع منهم من أخطاء بمناسبة تسيير المرافق العامة[٢٨٤].

ومما قضت به المحكمة الإدارية العليا فى تحديد معيار الخطأ الشخصى أنه: يعتبر الخطأ شخصيًا إذا تبين أن العامل لا يعمل للصالح العام أو كان مدفوعًا بعوامل شخصية أو كان خطؤه جسيمًا حتى ولو لم يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات، ومن باب أولى إذا دخل الخطأ نطاق التجريم الجنائى، فى مثل هذه الحالات يعتبر الخطأ شخصيًا[٢٨٥].

ومن القواعد التى قررتها محكمة النقض فى هذا الإطار: ألا يلجأ الموظف إلى استخدام سلاحه ضد من يشتبه فى أمرهم إلا بعد التيقين من أن لشبهته محلاً واستنفاد وسائل الإرهاب والتهديد التى قد تعينه على القبض على المشتبه فيهم بغير حاجة إلى استعمال سلاحه. ولهذا قضت التعليمات المرعية بأنه إذا ما

---

٢٨٣ – انظر فى تفصيل ذلك: الوجيز فى قضاء التعويض، رمزى الشاعر، دار نصر، ٢٠١٥، ص ١٨٣ وما بعدها.

٢٨٤ – الطعنان رقما ٥٢٤، ٥٢٧ لسنة ٣٠ ق، جلسة ٢٢ إبريل ١٩٨٦، مجلس الدولة، المكتب الفنى، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الحادية والثلاثون، العدد الثانى.

٢٨٥ – الطعن ١٩٠٣ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٤ نوفمبر ١٩٩٢، مجلس الدولة، المكتب الفنى، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة والثلاثون، الجزء الأول.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

اشتبه شرطى فى شخص نادى عليه ثلاث مرات فإذا لم يجبه وأمعن فى سيره أطلق الشرطى فى الفضاء عيارًا ناريًا للإرهاب، فإذا حاول المشتبه فيه الهرب أطلق الشرطى صوب ساقيه عيارًا آخر يعجزه عن الفرار[٢٨٦].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بتوزيع المسئولية فى حالة اشتراك الخطأين الفردى والمرفقى: فتعدد الأخطاء المرفقية والشخصية التى ساهمت في إحداث الضرر، وتفاوت درجاتها - أثره: تقسيم الضرر (المسئولية) بين المرفق العام لتأديته الخدمة على وجه سىء، والموظف الذى ثبت تقصيره، وقامت علاقة السببية بين هذا التقصير والضرر، ولم تنتف بسبب أجنبى أو بفعل الغير[٢٨٧].

ومما تجب الإشارة إليه أنه يقع على عاتق الدول، بموجب القانون الدولى لحقوق الإنسان والمبادئ الدولية المتعلقة باستخدام القوة، التزام بضمان مساءلة موظفى إنفاذ القانون عن أفعالهم، بما فى ذلك أى قرار بشأن استخدام القوة. ولما كان موظفو إنفاذ القانون ملزمين بحماية الجمهور، فإن الدول ملزمة أيضًا فى ظروف معينة بمساءلتهم عن أى تقصير. ولضمان المساءلة الفعالة، يجب أن تنشئ هيئات إنفاذ القانون آليات مساءلة داخلية مستقلة وفعالة بما فيه الكفاية. وينص القانون الدولى لحقوق الإنسان على التزام الدولة بالتحقيق فى جميع الانتهاكات المزعومة أو المشتبه فيها لحقوق الإنسان، ولا سيما بشأن الحق فى الحياة والأمن وفى عدم التعرض للتعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة[٢٨٨].

---

٢٨٦ – الطعن رقم ٨٩٨١ لسنة ٦٤ ق، جلسة ٢ إبريل ١٩٩٦، الدوائر الجنائية، مكتب فنى (سنة ٤٧، قاعدة ٦١، صفحة ٤٣١).

٢٨٧ – الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٥ مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة العاشرة، العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٦٤ إلى آخر يناير سنة ١٩٦٥) ص ١٠٢.

٢٨٨ – منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجنيف، ٢٠٢٠، ص٨، ١٠.

الفرع الثانى: الآثار القانونية للنص الدستورى المعدل على المستوى الدولى.

على المستوى الدولى، وفى إطار اتساع التبريرات النظرية لاستخدام الدول الكبرى للقوة بحجة توكيد مبادئ الديمقراطية فى دول العالم الثالث، بما يعطى لها الحق فى التدخل العسكرى المسلح داخل حدود هذه الدولة، فإنه يظهر بجلاء حق قيام هذه الدولة النامية فى إخماد الفتن الداخلية لديها حفاظًا على سلامتها من التدخل العسكرى الأجنبى. ومن جانب آخر، فإنه يجب على هذه الدول أن تستخدم القوة بالشكل القانونى بما يضمن لها عدم التعرض للمساءلة الدولية.

ومما لا شك فيه أن النزاعات الداخلية والفتن والقلاقل التى تؤدى إلى وقوع اضطرابات داخل الدولة، تفتح الباب على مصراعيه للتدخل العسكرى الدولى بحجة القضاء على الفوضى وإعادة الأوضاع لما كانت عليه، حماية لمصالح الدول الكبرى من جهة وحماية للديمقراطية الداخلية من جهة أخرى.

ولا شك أن هذا التدخل العسكرى يعد اعتداءً صريحًا وفاضحًا على سيادة الدولة، ويمثل استعمارًا بشكلٍ من الأشكال، ولا يغيب عنا ما حدث فى العراق وأفغانستان وغيرهما جراء التدخل العسكرى الدولى فى أقاليم هذه الدول. ومن المؤسف أن الاتجاه نحو هذا التدخل العسكرى أخذ فى التوسع نظريًا وعمليًا. وهذا يجعل كل دولة حريصة على ضبط وضعها الداخلى من حدوث أية اضطرابات تبرر التدخل الدولى حفاظًا على سيادتها.

أولاً: الاتجاه الدولى نحو التوسع فى التدخل العسكرى.

هناك توجه الدولى نحو تبرير التدخل العسكرى فى نطاق الدول التى تحدث بها اضطرابات داخلية تصل إلى حد الصراعات المسلحة، وهو رغم كونه شكل من أشكال التعدى على سيادة الدولة إلا إن تبريره قائم على أساس حماية المدنيين وحقوق الإنسان، فبعد انتهاء الحرب الباردة بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتى وسقوط الاتحاد السوفيتى عام 1991، تحولت الصراعات الدولية من صراعات كانت تحدث بين الدول، إلى صراعات تحدث داخل الدول.

وقد أشار إلى هذا التوجه تقرير لجنة البندقية، فقد قرر أنه قد توسعت الأدوار الخارجية التى لعبتها القوات المسلحة بشكل مطرد منذ نهاية الحرب الباردة، وأن القوات المسلحة تؤدى فى الدول الأعضاء فى مجلس أوروبا الآن مجموعة متنوعة من المهام التى تتعاون فيها مع مجموعات من الدول الأخرى والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية والقطاع الخاص، وأنه على الرغم من أن الجيوش الوطنية تقدم مساهمات قيمة لعمليات السلام وإدارة الأزمات فى جميع أنحاء العالم، فمن الضرورى أن تكون المهام التى تشارك فيها مفوضة على النحو الواجب وأن تتمتع بالشرعية الدولية[٢٨٩].

وترتب على ذلك أنه أصبح هناك إعادة تركيز للسياسة الدفاعية والأمنية فى العديد من الدول استجابة لتغير البيئة الاستراتيجية الدولية وظهور مجموعة جديدة من التهديدات، لذلك كان هناك ابتعاد عن التركيز على الأمن العسكرى التقليدى لتبنى نهج أكثر شمولاً للأمن، وبالتالى تتمتع القوات المسلحة بولاية واسعة النطاق بشكل متزايد، تشمل أدوارًا أمنية خارجية ومحلية، تتجاوز مهمتها التقليدية المتمثلة فى الدفاع عن أراضى الدولة[٢٩٠].

وبدأ فى الظهور فكر جديد لتبرير التدخل العسكرى تحت صيغة التدخل العسكرى الإنسانى وآلية هذا التدخل، وقد تزعم السياسى الاسترالى جارث

- ٢٨٩Report On The Democratic Control Of The Armed Forces, Op.Cit.
- ٢٩٠Report On The Democratic Control Of The Armed Forces, ipid.

إيفانز هذا الاتجاه تحت مسمى (مسئولية الحماية)، وقد تبنتها بالإجماع اللجنة العامة للأمم المتحدة عام 2005، وكان قرار مجلس الأمن رقم 1674 لسنة 2006 الذى صدر بالإجماع[٢٩١]، هو تفعيل مبدأ (مسئولية الحماية)، وفى عام 2009 قدم الأمين العام للأمم المتحدة (بان كى مون) تقريرًا إلى الجمعية العامة لضرورة تطبيق مبادئ (مسئولية الحماية) ومتطلبات الخطوات المستقبلية لتفعيل هذه المبادئ[٢٩٢].

وفى سبيل تحقيق مبدأ (مسئولية الحماية) تقرر إمكانية استخدام سلطات مجلس الأمن الواردة فى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، والذى جاء فى المادة 41 منه (لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته، وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير، ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الاقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والجوية والبريدية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفا جزئيًا أو كليًا وقطع العلاقات الدبلوماسية).

ثانيًا: النزاعات المسلحة غير الدولية كمبرر للتدخل الخارجى.

إن النزاعات المسلحة إما أن تقع بين دولتين أو أكثر، فيكون النزاع المسلح دوليًا، وتنطبق عليه أحكام القانون الدولى الإنسانى، وإما أن يكون نزاعًا مسلحًا داخل حدود الدولة الواحدة، وفى هذه الحالة فقد يظهر النزاع فى شكلين.

الشكل الأول: أن يكون النزاع بين الدولة وبين طائفة أو جماعة مسلحة منظمة تحت رئاسة موجهة وتستخدم هذه الجماعة شارة مميزة، وقد تسيطر على جزء من إقليم الدولة، وهذا الشكل يسمى نزاع مسلح غير دولى وتحكمه قواعد

---

٢٩١ – وقد جاء بالبند ٢٦ من هذا القرار: أن تعمد استهداف السكان المدنيين وغيرهم من الأشخاص المشمولين بالحماية، وارتكاب انتهاكات منتظمة وسافرة وواسعة الانتشار للقانون الإنسانى الدولى وقانون حقوق الإنسان فى حالات الصراع المسلح، قد يشكلان تهديدًا للسلام والأمن الدوليين، ويؤكد من جديد فى هذا الصدد استعداده للنظر فى تلك الحالات واعتماد تدابير مناسبة عند الاقتضاء.

٢٩٢ – تطور مفهوم التدخل العسكرى الإنسانى، نشرة مسارات، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية،عدد مايو، ٢٠١٣، ص٦.

القانون الدولى الإنسانى[٢٩٣].

وقد عرف البرتوكول الثانى لاتفاقية جنيف الصادر 1977 النزاع المسلح غير الدولى فى المادة الأولى منه بأنه النزاع الذى يدور على إقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة بين قواته المسلحة وقوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة أخرى، وتمارس تحت قيادة مسئولة على جزء من إقليمه لها من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة.

الشكل الثانى: وفيه لا يرقى النزاع إلى الحد المبين فى الصورة السابقة، بحيث يكون بين الدولة من جهة وبين مجموعة لا تتمتع بالتنظيم الكافى ولا تعمل تحت رئاسة، وبالطبع لا تسيطر على جزء من إقليم الدولة، وفى هذه الحالة يكون النزاع داخلى ويخضع فقط للقوانين الداخلية مع مراعاة ما هو مقرر وفق القوانين الدولية لحقوق الإنسان.

وتعد جرائم الإرهاب من أبرز الأمثلة على ذلك، فجرائم الإرهاب تخرج عادة من الدائرة التى تستحق إدانة دولية جنائية. فمن الناحية العملية، لا تزال العديد من الدول ترى أنّه يستحسن التحقيق فى الإرهاب وملاحقته على الصعيد الداخلى للدولة منفردة أو من خلال تعاون مشترك مع غيرها من الدول. وما يعزز وجهة النظر هذه، هو أن مفهوم الإرهاب لا يزال يثير الجدل على المستوى الدولى، حيث لم يتم الاتفاق على الصعيد العالمى على ما تعتبره الدول جريمة الإرهاب، فلم تحظ هذه الجريمة بأى تعريف يحدد أركانها[٢٩٤].

ولما كانت الدول الغربية تجنح إلى التدخل العسكرى، كما بينا من قبل، بهدف الحفاظ على الديمقراطية وبزعم حماية مدنية الدولة التى يجرى فيها النزاع،

---

٢٩٣ – انظر: القاموس العملى للقانون الدولى الإنسانى: https://ar.guide-humanitarian-law.org

٢٩٤ – أنطونيو كاسيزى، القانون الجنائى الدولى، صادر، المنشورات الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص٢٨١.

ولما كان هذا التدخل لا يبرر إلا إذا كان النزاع المسلح دوليًا أو غير دولى، ولكنه ليس داخليًا، وكان مناط اعتبار النزاع المسلح داخليًا هو عدم سيطرة الفئة أو الجماعة التى تنازع القوة المسلحة الرسمية فى دولة على جزء من أقليم الدولة يمكنها من القيام بأعمالها المسلحة، وذلك بحسب ما نص عليه البرتوكول الإضافى الثانى الملحق باتفاقية جنيف 1949. فإن مصلحة الدولة أن تسارع إلى إخماد الفتن الداخلية فى مهدها لئلا يصل الأمر إلى مرحلة النزاع المسلح غير الدولى، الذى قد تتمكن معه هذه الفئة أو الجماعة المسلحة من السيطرة على جزء من إقليم الدولة، مما قد يعرض الدولة إلى التدخلات الخارجية العسكرية.

ثالثًا: حق الدولة فى حماية سيادتها على أراضيها.

فى هذا الإطار السابق بيانه، والذى يتضح فيه الاتجاه الدولى نحو التدخل العسكرى فى أقاليم الدول التى تقع فيها اضطرابات داخلية، يتبين مدى خطورة عدم قيام مؤسسات الدولة فى إحكام السيطرة على أوضاعها الداخلية بما يترتب عليه وقوع أية أحداث يتسبب عنها فوضى قد تتحول إلى نزاعات مسلحة تفضى فى النهاية إلى أن تجد الدولة نفسها فى مواجهة تدخلات خارجية تحت مسمى حماية المدنيين وحقوق الإنسان.

وللدولة فى سبيل الحفاظ على أوضاعها الداخلية استخدام كافة السبل بما فيها القوة المسلحة، مستندة فى ذلك إلى دستورها وقوانينها الداخلية، وكذلك إلى قواعد القانون الدولى التى تؤكد لها حقها فى حماية سيادتها على أراضيها.

ففى إطار القانون الدولى، نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه (لجميع الشعوب حق تقرير مصيرها بنفسها، وهى بمقتضى هذا الحق حرة فى تقرير مركزها السياسى وحرة فى السعى لتحقيق نمائها الاقتصادى والاجتماعى والثقافى).

وانطلاقًا مما سبق فإنه يحق للشعوب أن تضع فى دساتيرها وقوانينها ما تراه لازمًا لحماية استحقاقاتها السياسية والاقتصادية، وكذلك ما تراه ضروريًا لحماية سيادتها على أراضيها وحماية إقليمها داخليًا من الفوضى والاضطراب.

وخير ما يعبر عن هذه الإرادة الشعبية هو الدستور، ما دام قد وضع على أسس وإجراءات صحيحة. إذ إن الدستور يعد التعبير الأهم عن إرادة الشعب فيما ارتضته من نظامها السياسى والاجتماعى والاقتصادى.

النتائج والتوصيات

إن مفهوم مدنية الدولة من المفاهيم المتطورة بحسب ما يدخل من عوامل جديدة، فالدولة التى بها سلطة حاكمة ومنظمة تعد دولة مدنية بالنسبة إلى المجتمع فى حالته البدائية، أما الدولة الحديثة فلا تكتفى بوجود سلطة فحسب كى توصف بالمدنية، وإنما لا بد من أن يتوافر فيها إمكانية تداول السلطة بشكل سلمى.

إن استخدام الدولة القوة المسلحة من أجل الحفاظ على سلامة الدولة من أى اضطرابات أو حدوث فوضى داخلية، يعد استخدامًا مشروعًا ما لم يتجاوز الحدود اللازمة.

إن أبرز الآثار القانونية التى ترتبت على التعديل الدستورى الذى أجرى على المادة (200) من الدستور المصرى، يتمثل فى اتساع اختصاص القضاء العسكرى فى نظر الجرائم التى تتدخل فى مواجهتها القوات المسلحة.

إن اعتبار قرار تدخل القوات المسلحة من أجل حماية مدنية الدولة وصون الديمقراطية، عملاً من أعمال السيادة، يترتب عليه عدم مسئولية الدولة عن هذا العمل وعدم وقوعه تحت الرقابة القضائية، وذلك بخلاف لو كان هذا القرار يدخل فى عداد القرارات الإدارية.

إن تدخل القوات المسلحة فى مكافحة الاضطرابات الداخلية بغرض حماية مدنية الدولة، يفرض عليها الابتعاد عن القضايا السياسية، كما جاء فى تقرير لجنة البندقية فى جلستها العامة رقم 43 فى مارس عام 2008، مما يتوجب معه ضرورة ابتعاد القوات المسلحة عن القضايا السياسية ضمانصا لحيدتها والوقوف على مسافة واحدة من كافة الأطراف السياسية فى حالة وقوع نزاع يتطلب تدخلها لفض الاشتباك.

إن للدولة كامل الحق فى مكافحة كافة أشكال الاضطرابات الداخلية، من أجل حماية نفسها من حدوث أى تدخل خارجى تحت شعار التدخل العسكرى الإنسانى الذى بدأ المنظرون السياسيون فى تبرير التوسع فيه فى الآونة الأخيرة، مما يتوجب معه على القوات المسلحة الانتباه لهذا الأمر واتخاذ كافة التدابير نحو حماية نفسها من حدوث أى تدخل خارجى تحت شعار التدخل العسكرى الإنسانى.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية.

1. ابن تيمية، السياسة الشرعية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1418 هجرية.
2. ابن حزم الظاهرى، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت.
3. أبو الفيض الزبيدى، تاج العروس، دار الهداية، مجموعة من المحققين.
4. أحمد سعيفان، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 2004.
5. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1989.

6. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 2008.

7. الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004.

8. الواقدى، كتاب الردة، تحقيق/ يحيى الجبورى، دار الغرب الإسلامى، بيروت، الطبعة الأولى، 1990.

9. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، الطبعة الثانية، دارالسلاسل، الكويت.

10. الوجيز فى قضاء التعويض، رمزى الشاعر، دار نصر، 2015.

11. تطور مفهوم التدخل العسكرى الإنسانى، نشرة مسارات، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية،عدد مايو، 2013.

12. سامى عوض، معجم المصطلحات العسكرية، دار أسامة للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2008

13. عباس محمود العقاد، عبقرية الصديق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2002.

14. محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية فى السياسة والعقائد، دار الفكر العربى، 1996.

15. محمد صدقى وآخرون، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2003.

16. محمد مصطفى الزحيلى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها فى المذاهب

الأربعة، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2006.

17. معجم المصطلحات السياسية، معهد البحرين للتنمية السياسية، سلسلة كتب 2014.

18. موسوعة الفقه الإسلامى المصرية، موقع وزارة الأوقاف المصرية.

19. منشورات الأمم المتحدة، توجيهات بشأن استخدام الأسلحة الأقل فتكًا فى سياق إنفاذ القانون، المفوضية السامية لحقوق الإنسان، نيويورك وجينيف، 2020.

20. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط فى النظم السياسية والقانون الدستورى، دار الثقافة، عمان، الطبعة السابعة، 2011.

21. وهبة مصطفى الزحيلى، الفقه الإسلامى وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة.

22. يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين فى علم القانون، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2006.

ثانيًا: كتب مترجمة.

1. ألكسندر كواريه، مدخل لقراءة أفلاطون، ترجمة/ عبد المجيد أبو النجا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2013.
2. انطونيو كاسيزى، القانون الجنائى الدولى، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، الطبعة الأولى، 2015.
3. برتراند رسل، تاريخ الفلسفة الغربية، ترجمة/ زكى نجيب محمود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة،2012.
4. جورج سباين، تطور الفكر السياسى، ترجمة/ راشد البراوى، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2010.
5. ليو شتراوس وآخر، تاريخ الفلسفة السياسية، ترجمة/ محمود سيد احمد، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2005.
6. ميكافيللى، الأمير، ترجمة/ أكرم مؤمن، مكتبة ابن سينا، القاهرة، 2004.
7. ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة/ زكى نجيب محمود وآخرين، دار الجيل، بيروت، 1988.

ثالثًا: مراجع باللغة الإنجليزية.

1- Chandran KuKathas, A definition of the state , University of Queensland Law Journal, Vol 33, Issue 2, 2014.

2- Report On The Democratic Control Of The Armed Forces, at its 74th Plenary Session, Venice, 14-15 March 2008.

3- United Nations, General Assembly, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 12 December 2017.

رابعًا: مواقع شبكة الأنترنت.

- القاموس العملى للقانون الدولى الإنسانى: https://ar.guide-humanitarian-law.org

- الموسوعة السياسية: https://political-encyclopedia.org/

- Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms, http://www.jcs.mil.

- Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), https://www.dcaf.ch.

كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

العدالة الانتقالية
مفهومها-أهدافها -
خصائصها -آلياتها
وتطبيقاتها في الحالة السورية

إعـــداد الباحـث

الدكتور: عمر محمد جبه جي

أســتاذ مساعد في قســم القضاء والسياسة الشــرعية، الدراسات العليــا ، كلية الشــريعة والقانون ، الجامعة الإسلامية بمنيســوتا

ملخص البحث

يتحدث هذا البحث عن مفهوم العدالة الانتقالية وسياقاتها ويبرز مدى أهميتها في الدول التي تمر بمراحل انتقالية بعد خروجها من تحت ظل نظام استبدادي دموي إلى نظام ديموقراطي، ويبرز هذا البحث أهداف العدالة الانتقالية وآليات تطبيقها القانونية وغير القانونية، ثم يتحدث عن إمكانية تطبيق العدالة الانتقالية في التجربة السورية بعد السقوط المحتمل للنظام، ويبين أهم المعوقات التي تحول دون تطبيق العدالة في سوريا، وما هي الآليات التي تحتاجها العدالة الانتقالية لتطبق في سوريا.

Abstract of the research

This research discusses the concept of transitional justice and its contexts and highlights its importance in countries that are going through transitional stages after emerging from a bloody authoritarian regime to a democratic system. This research highlights the goals of transitional justice and its legal and illegal implementation mechanisms. It then discusses the possibility of implementing transitional justice in the Syrian experience after the potential fall of the regime, and shows the most important obstacles that prevent the implementation of justice in Syria, and what mechanisms transitional justice needs to be implemented in Syria.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد نبي العدل والإنصاف والهادي إلى صراط الله المستقيم.

وبعد؛ عانت الكثير من الشعوب في العالم من ويلات أنظمة حكمٍ بوليسيةٍ شموليةٍ، أو من صراعاتٍ متعددةٍ ارتكبت خلالها جرائمُ وانتهاكاتٌ واسعةٌ وممنهجةٌ بحق مواطنيها في القرنين العشرين والحادي والعشرين، وقد استطاعت العديد من هذه الدول إنجاز عملية تحولٍ كبرى بما يتلاءم مع سياقاتها المختلفة نحو مستقبلٍ مختلفٍ، فخاضت من أجل ذلك غمار مرحلةٍ شديدة الدقة والحساسية وهي المرحلة الانتقالية، وبغية معالجة الإرث الثقيل للماضي والتعامل مع تبعات انتهاكات حقوق الإنسان ، عمدت إلى تطبيق العدالة الانتقالية ومنظومتها.

لقد لجأ نظام بشار أسد إلى استخدام القوة المفرطة لقمع ثورة السوريين السلمية، وارتكبت القوات الحكومية والأجهزة الأمنية انتهاكاتٍ جسيمة لحقوق الإنسان وصلت إلى مستوى الجرائم ضد الإنسانية، وتفاقمت الأوضاع من جراء ازدياد حدة العنف واتساع نطاقه وتحولت منذ شباط / فبراير 2012 إلى نزاعٍ مسلحٍ، ومن ثم إلى حربٍ بالإنابة لمصلحة قوى محليةٍ وإقليمية ودولية متناحرة، إن انتقال الثورة السلمية في سورية إلى طور النزاع المسلح، كان له تبعاتٌ سلبية ومدمرة على ثورة السوريين التي خرجت للمطالبة بالحرية والكرامة، ومن ثم بإسقاط نظام الاستبداد والفساد الذي يديره بشار أسد، وقد أدى تفاقم النزاع المسلح بين المتحاربين قوات النظام وميليشياته من جهة والجماعات المسلحة من جهة أخرى إلى إلحاق الويلات بالمدنيين والتشريد القسري لأكثر من نصف السكان .

تمثل سورية حالة خاصة بحكم شدة النزاع المسلح وما يُلحقه من معاناة بالسوريين، وهذا يستدعي من صناع القرار جميعهم في سورية ومنظمات المجتمع المدني والمنظمات الأهلية تطبيق كافة آليات العدالة الانتقالية القضائية وغير القضائية الممكنة للوصول إلى مصالحةٍ وطنيةٍ حقيقة، ومعاقبة المجرمين، وتعويض الضحايا لتضميد جراح السوريين بقدر الإمكان، إن العدالة الانتقالية هي مفهوم أوسع من العدالة الجنائية، وتشمل عمليات تقصي الحقائق وكشفها وجبر الضرر وتعويض الضحايا، وإصلاح مؤسسات الدولة كالجيش والشرطة وغيرها، وإحياء ذكرى الضحايا، وتقديم الاعتذارات، إلا أن المحاسبة الفردية لمرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان يجب أن تكون حجر الأساس لأي عملية عدالة انتقالية.

إن أفعال وممارسات المتحاربين المحسوبين على قوات النظام والمليشيات التابعة لها ، تدخل في نطاق جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، ما يستدعي ضرورة مرور سورية بعملية عدالة انتقالية لتحقيق العدالة للضحايا تتضمن محاسبة المجرمين والتعويض عن الضرر للضحايا.

أهمية البحث وسبب اختياره.

تزداد أهمية مفهوم العدالة الانتقالية حديثاً بوصفه منظومة تسعى لمعالجة إرث انتهاكات حقوق الإنسان في الدول المختلفة التي شهدت صراعات عنيفة ناجمة عن تسلط أنظمة استبدادية أو حروب داخلية على أسس عرقية ومذهبية، ويقوم هذا المفهوم على مجموعة واسعة من الآليات القضائية وغير القضائية التي تسعى لتحقيق المحاسبة والإنصاف وجبر الضرر، وعلى الرغم من الإشكالات النظرية العديدة للمفهوم بوصفه معقداً ونسبياً ومتطوراً باستمرار، تبرز إشكالية النموذج التطبيقي دائماً، لأن تطبيق آليات العدالة الانتقالية يختلف بشكلٍ كبيرٍ بين تجربة وأخرى وتختلف أيضاً نتائج التطبيق تبعاً لمتغيرات عديدة ترتبط

بالسياق الزماني والمكاني لكل تجربة

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من محاولة تقديم رؤية لهذا الفرع الجديد من فروع القانون الدولي (القانون الدولي للعدالة الانتقالية)، كما أنها تلقي الضوء على أبعاد جديدة لعملية التحول الديمقراطي من حيث إسهام العدالة الانتقالية في تأسيس نظام جديد وتحقيق المصالحة الوطنية اللازمة لاستدامة النظام الديمقراطي ومواجهة انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان في الماضي، وكذا عدم تكرار حدوثها مستقبلاً.

وانطلاقاً من جوهر القضية السورية المتمثل بالحرية والكرامة واستعادة الحقوق، ومن حجم الانتهاكات التي ارتكبت بحق أبناء الشعب السوري، وارتباطاً بتطلعات السوريين لمستقبلٍ يحمل في طياته ما يحقق العدالة وسيادة القانون، فإنه من الضرورة البدء منذ الآن في عملية التمهيد لتحقيق العدالة الانتقالية وذلك عبر تكثيف الدراسات في المفاهيم القانونية ذات الصلة بنظرة فاحصة للنظرية والنموذج التطبيقي معاً وهذا ما حدا بي إلى الخوض في غمار هذا البحث.

مشكلة البحث وإطارها الزماني والمكاني

إشكالية البحث تتمركز حول كيفية مساهمة آليات العدالة الانتقالية ومبادئها العامة من خلال التجربة السورية، مع إبراز أهم التحديات والتعقيدات التي مرت بها هذه التجربة وكيف يمكن أن تطبق هذه التجربة في سوريا.

إن تطبيق آليات العدالة الانتقالية في سوريا التي تعرّض شعبها لمجازر وانتهاكات جسيمة وممنهجة لحقوق الإنسان هو أمر ضروري لإنصاف الضحايا ووضع حدٍ لمناخ الإفلات من العقاب وتحقيق مصالحة وطنية حقيقية، بهدف طي صفحة الماضي للبناء والاستقرار وشعور كل فرد بالأمان ولبناء مستقبل أفضل، يقوم على السلم والثقة داخل سوريا.

وبناءً على ما سبق يمكن بلورة مجموعة من التساؤلات الفرعية لمشكلة **الدراسة، وصياغتها على النحو التالي:**

1- ما هو مفهوم العدالة الانتقالية في الإشكاليات الدولية المعاصرة؟

2- ما هي حقوق الضحايا في العدالة الانتقالية من منظور القانون؟

3- متى تحين الفرصة لإقامة ديمقراطية تحل محل الاضطرابات والتوترات الداخلية والحروب الأهلية التي توجد في عدد متزايد من بقاع العالم ولاسيما العربي (حالة النزاع الدرامي السوري خير مثال لذلك).

ما هي أسس عملية العدالة الانتقالية في سورية، التي تؤسس لسلامٍ مستقر ومستدام وتفضي إلى مصالحةٍ حقيقية تراعى محاسبة مرتكبي الجرائم الخطرة بحق السوريين، بعيدًا من «عدالة المنتصر» وأفعال الانتقام والثأر.

ما هي الآليات التي تحقق العدالة الانتقالية في الحالة السورية ، ومدى جدوى تطبيقها .

3-أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى التعريف بماهية العدالة الانتقالية وآلياتها والمختلفة، ودراسة تجربة رائدة على الصعيد الدولي ألا وهي التجربة السورية، بما يساهم في بناء تصورات أوسع عن النظرية والتطبيق ويسهم في التأسيس المعرفي القانوني للتحديات في المستقبل السوري.

كما تهدف هذه الدراسة إلى بناء رصيدٍ وثائقي ومرجعي وأكاديمي للعدالة الانتقالية في سوريا أمام ندرة البحوث العلمية المتعلقة بهذا الموضوع

كما يهدف للاطلاع على أهم المشاكل والتعقيدات التي تعرقل تطبيق العدالة الانتقالية في سوريا.

4- منهجية الدراسة

تنحو الدراسة إلى الاستفادة من أكثر من منهج بحثي لتحقيق تساؤلاتها، ومن ثم الرد على فرضياتها. فتعتمد الدراسة على المنهج التحليلي، والمنهج الوصفي، والمنهج التاريخي.

5- الدراسات السابقة

كتب في موضوع العدالة الانتقالية عدة أبحاث ومقالات اطلعت عليها أثناء الاعداد لهذا البحث أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1- معضلات العدالة الانتقالية في التحول من دول شمولية إلى دول ديموقراطية للمؤلفة نويل كالهون تحدثت فيه المؤلفة عن مفهوم العدالة الانتقالية وأهم العقبات التي تواجهها في التطبيق.

2- العدالة الانتقالية بتونس للأحمد شوقي بنيوب تحدث فيه عن تعريف العدالة الانتقالية وآلياتها وكيف تم تطبيقها في التجربة التونسية وأهم المعوقات التي تعترضها.

3- العدالة الانتقالية مقاربات عربية للتجربة الدولية لعبد الحسين شعبان، تحدث فيه عن مفهوم العدالة وأهم تجاربها في آسيا وأوروبا الشرقية.

4- المعايير الدولية للعدالة الانتقالية وآليات تطبيقها لمحمد عادل محمد عسكر، تحدث فيه عن ماهية العدالة الانتقالية وتاريخها والآليات المثلى لتطبيقها وقد أسهب في دراسة هذه الآليات وكيفية تطبيقها.

5- التأسيس الدستوري للعدالة الانتقالية في سوريا الأسس والمنطلقات: حبيب عيسى، عرض فيه الكاتب لموضوع الدستور السوري والمراحل التي مرَّ بها ثم ركز على ضرورة وضع دستور جديد يتضمن العدالة الانتقالية كأساس قانوني لتطبيق العدالة الانتقالية.

وإن الذي تتميز به دراستي هذه هو لملمة ما تفرق في موضوع العدالة الانتقالية ثم التركيز على القضية السورية وآليات تطبيق العدالة في سوريا وأهم المعوقات التي تعرقل تطبيقها.

6- محتويات البحث (هيكلية البحث).

المقدمة وتتضمن:

أهمية البحث وسبب اختياره.

مشكلة البحث وإطارها الزماني والمكاني

أهداف البحث

منهجية الدراسة

الدراسات السابقة

محتويات البحث (هيكلية البحث).

المبحث الأول: في التعريف بالعدالة الانتقالية وأهميتها وأهدافها.

المطلب الأول: مفهوم العدالة الانتقالية والفرق بينها وبين العدالة التقليدية.

المطلب الثاني: سياقات العدالة الانتقالية.

المطلب الثالث: أهمية العدالة الانتقالية وأهدافها.

المبحث الثاني: خصائص وبدايات وأليات العدالة الانتقالية.

المطلب الأول: خصائص العدالة الانتقالية.

المطلب الثاني: بدايات العدالة الانتقالية.

المطلب الثالث: آليات العدالة الانتقالية.

أولاً: الآليات القضائية.

ثانياً: الآليات غير القضائية.

المبحث الثالث: تطبيقات معاصرة للعدالة الانتقالية (تجارب دولية)

المطلب الأول: العدالة الانتقالية في تيمور الشرقية

المطلب الثاني: العدالة الانتقالية في تونس

المبحث الرابع: نحو تحقيق عدالة انتقالية في سوريا (دراسة استشرافية)

المطلب الأول: جهود المجتمع الدولية لتحقيق العدالة الانتقالية في سوريا

المطلب الثاني: العقبات امام تحقيق العدالة الانتقالية في سوريا

المطلب الثالث: أليات تتعلق بتحقيق العدالة الانتقالية في سوريا

المبحث الأول: في التعريف بالعدالة الانتقالية وأهميتها وأهدافها.

المطلب الأول: مفهوم العدالة الانتقالية والفرق بينها وبين العدالة التقليدية.

الفرع الأول: مفهوم العدالة الانتقالية.

تعتبر العدالة الانتقائية أحد أهم العلوم القانونية التي يتم الحديث عنها في معرض التحول الشامل في المجتمعات، فقد باتت تُمثلُ ركنًا أساسيًا في تحقيق العدالة اللازمة لتعافي المجتمع بعد فترةٍ طويلةٍ من الانتهاكات التي تعرض لها، وهي تهدف إلى نقل المجتمع إلى مستقبلٍ مشرقٍ بعد مواجهةٍ جريئة مع الماضي وتصفيته، إلا أن العدالة الانتقالية تتميز بوصفها مفهوماً متطوراً ومتجدداً بمعنى أنه لا يوجد كتنظيم أو تصميم واحد ملائم لكل زمان ومكان بل لكل تجربةٍ بشريةٍ حالتها ومقاييسها الخاصة، مما يجعلها تتأثر بدرجة كبيرة بطبيعة التجربة الوطنية المحلية التي تطبق فيها لذلك فعلينا دراستها ضمن إطارين نظري وتطبيقي[٢٩٥].

ولد مفهوم العدالة الانتقالية من رحم الحاجة الواقعية، حيث أن سقوط الأنظمة القمعية أو انتهاء النزاع المسلح وبدء الانتقال إلى واقعٍ جديدٍ لا يشكلان بحد ميعاداً للقطيعة النهائية مع الماضي بسبب الجراح التي سببتها الجرائم والانتهاكات الواسعة، ولذلك ونتيجة لأهمية العدالة الانتقالية في دول ما بعد الصراع، تزايد الاهتمام بهذه المنظومة على كافة الأصعدة مدنياً وفكرياً ودولياً، ولما كانت هذه المنظومة معقدة التركيب، كان لابد من الوقوف على الأسس النظرية الرئيسية للعدالة الانتقالية وذلك عبر دراسة نظرية وافية للعداة الانتقالية، ولنبدأ بالتعريف أو المفهوم[٢٩٦].

عرف بعضهم العدالة الانتقالية بأنها: (أحد مفاهيم العدالة المرتبطة بفترات تحولٍ أو تغييرٍ سياسيٍ يتميز باستجابةٍ قانونيةٍ، لمواجهة إساءات أنظمةٍ قمعية سابقةٍ)[٢٩٧].

٢٩٥ينظر: تطبيق آليات العدالة الانتقالية في تجربي جنوب افريقيا وراوندا: ص ٣.-

٢٩٦ينظر: المرجع السابق : ص ٦.-

٢٩٧ العدالة الانتقالية : روتي تيتيل، ص ٢٠، مطبعة أكسفورد، ٢٠٠٠م.-

ومن التعريفات المتفق عليها في الدراسات العربية للعدالة الانتقالية: (هو أنها مسارٌ متكاملٌ يعتمد على جملةِ الآلياتِ والإجراءات المركبةِ الرَّاميةِ إلى كشف حقيقة الانتهاكاتِ الممنهجة لحقوق الإنسان، والتي حصلت في فترةٍ زمنيةٍ سابقةٍ)[٢٩٨].

ومن تعريفات العدالة الانتقالية أيضًا: (هي مجموعة الأساليب والآليات التي يستخدمها مجتمعٌ ما لتحقيق العدالة في فترةٍ انتقاليةٍ في تاريخه، تنشأ هذه الفترة غالبا بعد اندلاع ثورةٍ أو انتهاء حربٍ يترتب عليها انتهاء حقبةٍ من الحكم السلطوي القمعي داخل البلاد، والمرور بمرحلة انتقالية نحو تحولٍ ديمقراطيٍ)[٢٩٩].

كما عرفها المستشار عادل ماجد نائب رئيس محكمة النقض المصرية بأنها: (مجموعة من التدابير والإجراءات القضائية وغير القضائية يتم الاضطلاع بها خلال مرحلة ما بعد الثورات للتصدي لانتهاكات حقوق الإنسان وغيرها من صور سوء استعمال السلطة التي وقعت في ظل نظام استبدادي أو قمعي أو خلال فترة تغيير هذا النظام، وهي ترمي أساسًا إلى القصاص العادل للضحايا وجبر الأضرار التي لحقت بهم وبذويهم وإصلاح مؤسسات الدولة، وتحقيق المصالحة الوطنية بهدف الانتقال بالمجتمع إلى صميم مرحلة الديمقراطية، ومنع تكرار ما حدث من انتهاكاتٍ وتجاوزاتٍ)[٣٠٠]..

وجاء في تقرير كوفي أنان- الأمين العام الأسبق للأمم المتحدة- سنة 2004 المقدم لمجلس الأمن تعريف للعدالة الانتقالية بأنها: (كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لتفهم وتجاوز تركة الماضي

٢٩٨جبر الضرر عن طريق التعويض واولويات تدابير العدالة الانتقالية: ص ٤٢٢.-

٢٩٩ العدالة الانتقالية: أحمد شوقي بنيوب، ص ١٢٩.-

٣٠٠- معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي: المستشار عادل ماجد، ص ٣٨، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني، القاهرة، ٢٠١٣م

الواسعة النطاق بغية كفالته للمساءلة وإحقاق العدل وتحقيق المصالحة)[٣٠١].

وقد ربط كوفي أنان ذلك باستراتيجيات شاملة بحيث تتضمن الاهتمام على نحو متكامل بالمحاكمات الفردية ووسائل جبر الضرر وتقصي الحقيقة والإصلاح المؤسسي أو أي شكل يدمج على نحو مدروس هذه العناصر على نحوٍ ملائمٍ.

الفرع الثاني: العدالة الانتقالية والعدالة التقليدية.

العدالة الانتقالية تشترك مع العدالة التقليدية في إحقاق الحق وإعادته إلى أصحابه، وفي كشف الحقيقة وفي جبر الضرر وتعويض الضحايا وخصوصا لما له علاقة بالقضايا السياسية والمدنية العامة.

بيد أن العدالة الانتقالية تختلف عن العدالة التقليدية في كونها تعني بالفترات الانتقالية، مثل: الانتقال من حالة نزاع داخلي مسلح أو حرب أهلية إلى حالة السلم والانتقال الديمقراطي، أو في حالة انهيار النظام القانوني إلى إعادة بنائه بالتزامن مع إعادة بناء الدولة، أو الانتقال من حكم تسلطي ديكتاتوري إلى حالة الانفراج السياسي والانتقال الديمقراطي، أي الانتقال من حكم منغلق بانسداد الآفاق، إلى حكم منفتح على العالم[٣٠٢].

المطلب الثاني: سياقات العدالة الانتقالية

هناك العديد من السياقات التي رافقت العدالة الانتقالية ومن بينها[٣٠٣]:

- الخروج من نظام قمعي دموي، إلى نظام شعبي عادل.

- عملية تحول وانتقال من حكم استبدادي تسلطي إلى ديمقراطي.

- تغيير حكم مدني ديمقراطي مكان حكم عسكري قمعي كما حدث في اليونان، الأرجنتين، تشيلي.

---

٣٠١ تقرير الأمين العام إلى مجلس الأمن رقم ١٦٦، ٢٠٠٤م-

٣٠٢ ينظر: العدالة الانتقالية في تونس: ص ٤.-

٣٠٣ ينظر : العدالة الانتقالية في تونس: ص ٩.-

- سقوط نظام عنصري كما في ألمانيا النازية، جنوب إفريقيا...

- الخروج من حالة حرب دولية أو أهلية إلى السلم، تكون قد عانت خلالها المجتمعات من جرائم حرب بما في ذلك جرائم الاغتصاب والاختفاء القسري والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية.

وتكون العدالة الانتقالية في هذه الحالة حصيلة مفاوضات بين الفرقاء تؤول في عديد من الحالات إلى الاكتفاء باعتماد بعض الانتهاكات الخطيرة قصد تحقيق السلم الاجتماعي والشروع في مرحلة البناء، مثل البلدان الإفريقية جنوب إفريقيا، بعض أمريكا اللاتينية.

المطلب الثالث: أهمية العدالة الانتقالية وأهدافها.

الفرع الأول : في أهمية العدالة الانتقالية.

تمثل العدالة الانتقالية مقاربة شاملة تسعى للتصدي لانتهاكات حقوق الإنسان في مجتمع إنساني بعد تعرضه لأزمة عنيفة بغية الانطلاق نحو مستقبل يتم فيه احترام الإنسان وحقوقه، وهذا ما يظهر بحد ذاته أهمية العدالة.

الانتقالية فأي مهمة أسمى من رد العدالة لمن فقدها؟!، وأي شيءٍ أهم من مواجهة حقبٍ زمنيةٍ طويلةٍ سببت جراحاً عميقةً يصعب علاجها تلقائياً بل تحمل في طياتها عوامل الاستدامة كأزمات مجتمعية متجددة[٣٠٤].

يجب أن تهتم العدالة الانتقالية في منطقتنا بمعرفة ما جرى في الثورة، وحجم الاعتداءات على الجماهير الثائرة، وحجم التضحيات، وتكريم الشهداء وتخليد ذكراهم، كما يفترض منها الاهتمام بجبر الأضرار، فبقدر الضرر يكون الجبر، وإذا كانت العدالة الانتقالية تهتم بالمحاسبة فاهتمامها بالمصالحة أكبر، ولذلك فهي تبتعد عن عمليات الانتقام التي تؤدي إلى العنف، ولا تنجرف إلى تصفية الحسابات الشخصية

٣٠٤ينظر: معوقات العدالة الانتقالية: ص ٢٦.-

وهذا كله لا يمكن أن يتم إلا في جوٍ من التوافق والالتزام الكامل بحكم القانون، فالعدالة الانتقالية ليست مجرد وصفة جاهزة للتطبيق في أي بلد وأي مجتمع، ولكنها نماذج وتجارب لدول وشعوب شتى سبقتنا في الانتقال الديمقراطي، وهي تجارب يمكن لدول منطقتنا أن تستلهم منها نموذجا يلائم ظروف بلداننا وشعوبنا، ويتسق مع السياقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية لها[٣٠٥].

الفرع الثاني: أهداف العدالة الانتقالية.

تهدف العدالة الانتقالية بشكلٍ أساسيٍ إلى تحقيق المصالحة الوطنية، فبعد أبشع ما ارتكب من انتهاكات لحقوق الإنسان، تنحو المجتمعات إلى فقدان الثقة بحكم القانون، وبآليات العدالة التقليدية، ويظهر ذلك جلياً في الدول التي تعاني من الحروب والنزاعات الأهلية، حيث يتشكل لديها الدافع القوي للرغبة بالانتقام، وهو ما يُدخل المجتمع في دوامة لا نهائية من العنف والعنف المتبادل.

وتهدف العدالة الانتقالية كذلك إلى إصلاح مؤسسات الدولة، وعلى رأسها مؤسسة الجيش والأمن، ووضع حدٍ للجرائم التي تتضمن انتهاكًا لحقوق الإنسان، والتحقيق فيها وتحديد المسؤولين عنها ومعاقبتهم، ومنح تعويض للضحايا، ومنع ارتكاب هذه الجرائم في المستقبل وإعادة بناء علاقات بين الدولة والمواطن، وتعزيز السلام والديمقراطية، وتشجيع المصالحة الفردية والوطنية[٣٠٦].

والعدالة الانتقالية تعمل على التقصي في الجرائم وتحديد المسؤولين ومعاقبتهم، بل تعمل أيضا على جبر عند حد جبر الضرر ورد الاعتبار للضحايا وإنصافهم، واتخاذ الإجراءات الكفيلة بعدم تكرار الانتهاكات، وإعادة بناء الثقة

٣٠٥ينظر: المرجع السابق ص ٢٦.-
٣٠٦ينظر: العدالة الانتقالية في تونس: ص٢٣-٢٤.-

بين المواطن والدولة، وتعزيز السلم والديمقراطية[٣٠٧].

والعدالة الانتقالية تهدف إلى تأمين الانتقال من مرحلة الشمولية والاستبداد إلى مرحلة الديمقراطية.

ويمكن تلخيص أهم أهداف العدالة الانتقالية بما يلي[٣٠٨]:

1- كشف الحقيقة، وتقديم رواية تاريخية شاملة لحقيقة لما حدث والاعتراف بالأخطاء التي تم ارتكابها وتحديد المسؤوليات وإجراء المساءلة حول الانتهاكات والتجاوزات التي حدثت في الماضي[٣٠٩].

2- تحقيق المصالحة وضمان عدم تكرار انتهاكات حقوق الإنسان، بما في ذلك الضمانات التي يُتعهد بها من خلال الإصلاح المؤسسي.

3- استعادة الثقة في مؤسسات الدولة وتعزيز سيادة القانون وتقديم تعويضات للضحايا.

المبحث الثاني: خصائص وبدايات وأليات العدالة الانتقالية.

المطلب الاول: خصائص العدالة الانتقالية.

تتمتع العدالة الانتقالية بعدد من الخصائص من حيث الخطة الشاملة والتوازن بين الماضي واحكامه او تجاهله والتوازن بين مصلحة الفرد والجماعة وغيرها ولابد من التعرض لهذه الخصائص بشيء من التفصيل.

٣٠٧ينظر: المرجع السابق: ص ٢٥.-

- ٣٠٨جبر الضرر عن طريق التعويض واولويات تدابير العدالة الانتقالية: ص ٤٢٢، والعدالة الانتقالية في تونس: ص ٩.

٣٠٩ ينظر: العدالة الانتقالية في تونس: ص -١٠

أهم خصائص العدالة الانتقالية ما يلي[٣١٠]:

أ- تُعدّ العدالة الانتقالية خطةً شاملةً متوازنة فهي تحاول تجاوز عجز الآليات العادية للعدالة عن تقديم الحلول في المرحلة الانتقالية نتيجة حاجتها إلى اصلاح المنظومة القانونية والسلطة القضائية بعد مرحلةٍ طويلةٍ من الاستبداد والفساد، وعجزها عن ضمان الحق المجتمعي بكشف الحقيقة بجوانبها الشاملة والمتعددة، كما أنها لا تعتمد كلياً القواعد القانونية التقليدية التعامل مع اضطراب خطير وطويل، فالعدالة الانتقالية إذا أعمق من العدالة في الظروف العادية لكنها ليست نقيضاً لها.

ب- التوازن بين التقيد بالماضي وأحكامه وبين تجاهله كلياً.

تعدّ العدالة الانتقالية البديل المتوازن عن توجهين كارثيين للعدالة في أي مجتمع من المجتمعات البشرية:

الاتجاه الأول: هو ذاك الذي تسود فيه ثقافة الانتقام وتطبيق العدالة الانتقائية لكلّ من المجرمين والضحايا، وهذا ما ظهر في أمثلة تاريخية عديدة.

أما الاتجاه الثاني: فهو الذي يتمثل بالخوف من مواجهة الماضي والتعمق بمسببات الأحداث وتفاصيلها وتحليلها، تحت دعوات طي كل المرحلة التاريخية، بذريعة نسيان الماضي وتقنين هذا النسيان وتحصينه.

ت- التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة: تمثل العدالة الانتقالية مفهوماً يوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية.

فالأولى لابد من احترامها كونها أساس انطلاق مسار العدالة، فأهم ميزات العدالة الانتقالية يتجسد بنهجها المستند إلى تعويض الضحايا، بجبر ضررهم

٣١٠.ينظر: العدالة الانتقالية في السياقات العربية : ص ٤٠، وتطبيق آليات العدالة الانتقالية: ص ٦-٧.-

وإنصافهم وإعادة تأهيلهم وتلبية تطلعاتهم المشروعة، أما الثانية أي المصلحة الجماعية فتفرض ذاتها أيضاً كمبررٍ قويٍ للمضي بالعدالة في المجتمع، وذلك أن المسببات والدوافع لمجمل هذه الانتهاكات ومحلها ومقصدها العام، كما أن متطلبات بناء الهوية الوطنية الجامعة واسترداد المال العام والمحافظة على السلم الأهلي والسعي لرأب التصدعات المجتمعية.

المطلب الثاني: بدايات العدالة الانتقالية

إن مفهوم العدالة الانتقالية ودوافعها السياسية والقانونية والحقوقية والإنسانية، أخذ يتبلور في عدد من التجارب الدولية وفي عدد من المناطق في العالم، ولا سيّما في أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية وذلك فيما يخص ضحايا النازية، وإن كان قد شابه بعض التسيس، وخصوصاً من جانب دول الحلفاء، كما اتخذ هذا المفهوم بعداً جديداً في أمريكا اللاتينية، وبخاصة بعد ما حصل في تشيلي في إثر الانقلاب العسكري في ١١ أيلول / سبتمبر ١٩٧٣، الذي قاده الجنرال بينوشيه. ومنذ سبعينيات القرن العشرين وحتى الآن شهد العالم أكثر من ٤٠ تجربة للعدالة الانتقالية، من أهمها تجارب تشيلي والأرجنتين والبيرو والسلفادور ورواندا وسيراليون وجنوب أفريقيا وتيمور الشرقية وصربيا واليونان، ويمكن عد البرتغال وإسبانيا والبلدان الاشتراكية السابقة دولاً شهدت نوعاً من أنواع العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية[٣١١].

ومنذ نحو ثلاثة عقود بدأت فكرة العدالة الانتقالية تدخل الأدب الحقوقي والسياسي الحقوقي على المستوى العربي، ابتداءً من المغرب مروراً بمصر ووصولاً إلى بلدان المشرق العربي، وهو أمر له علاقة بانتشار الثقافة الديمقراطية بوجه عام والثقافة الحقوقية بوجهٍ خاص، ولا سيما علاقته بانبثاق عدد من مؤسسات المجتمع المدني ونشاطها وفاعليتها، وخصوصاً بعد انتهاء عهد الحرب الباردة وموجة التغيير التي اجتاحت أوروبا الشرقية وقادت

٣١١- ينظر: المعايير الدولية للعدالة الانتقالية: محمد عادل عسكر، ص ١٢-١٥، والعدالة الانتقالية في تونس: ص ١١.

إلى تحوّلات ديمقراطية أنهت الأنظمة الشمولية وفتحت الباب على مصراعيه لإشاعة الحريات وتعزيز دور المجتمع المدني والإعلاء من شأن الفرد وتقليص تدخل الدولة بالشؤون الاقتصادية وغيرها من التوجهات الانفتاحية التي انتقلت إلى عدد من بلدان أمريكا اللاتينية وبعض بلدان آسيا وأفريقيا، حيث عُدت الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان القيمة العليا، التي يقاس بموجبها تقدم أي مجتمع[٣١٢].

ومن تجارب العدالة الانتقالية في بوليفيا تأسست عام ١٩٨٢ الهيئة الوطنية للتحريات حول الاختفاءات؛ وفي الأرجنتين تأسست الهيئة الوطنية حول اختفاء الأشخاص عام ١٩٨٣، وأدت هذه اللجنة دوراً مهماً في ميدان العدالة الانتقالية وتأسست في الفيليبين عام ١٩٨٦ الهيئة الرئاسية حول حقوق الأشخاص، ثم تبعها تأليف هيئتين في تشيلي عام ١٩٩٠ - ١٩٩١، الأولى حول الحقيقة والمصالحة والثانية حول جبر الضرر والمصالحة؛ ثم في السلفادور التي عام ١٩٩١ لجنة تقصي الحقائق، وغواتيمالا التي أسست عام ١٩٩٤ لجنة في شأن انتهاكات حقوق الإنسان، ثم بيرو عام ٢٠٠١، والباراغواي عام ٢٠٠٣ (هيئة الحقيقة والعدالة)،وفي أفريقيا كانت هناك تجربة رواندا ١٩٩٠ وجنوب أفريقيا عام ٢٠٠٢ وفي صربيا أسست عام ٢٠٠٤ هيئة الحقيقة والمصالحة، و المغرب عام ٢٠٠٤ سعى إلى تأسيس هيئة الإنصاف والمصالحة التي ترأسها الصديق إدريس بن زكري الذي كان سجيناً لمدة ١٧ عاماً، ثم أطلق سراحه، وكان عمله ينصب على كشف الحقيقة والإنصات بروح من التسامح[٣١٣].

٣١٢ينظر: العدالة الانتقالية مقاربات عربية للتجربة الدولية: عبد الحسين شعبان، ص١٠١.-

٣١٣ينظر: المرجع السابق: ص ١٠٥-١٠٦. -

المطلب الثالث: آليات العدالة الانتقالية.

إن مساعدة المجتمعات التي مزقتها الحروب على أن تقيم من جديد سيادة القانون وتسوي تجاوزات الماضي الواسعة النطاق، وأن تقوم بهذا كله في إطار من مؤسسات مدمرة وموارد مستنفدة وأمن منقوص وسكان منقسمين ومصدومين هي جوهر مهمة العدالة الانتقالية فهي تتطلب إيلاء الاهتمام لصنوف شتى من حالات انتهاكات حقوق الضحايا، هؤلاء الذين لا يريدون إعادة تذكر وعيش الماضي الأليم بأي طريقة كانت، كما أنه ليس مطالبتهم بحقوقهم يمكن أن يفهم منه إرادتهم الجامحة في الانتقام. بل بعيداً عن إجراء المحاكمات التي يمكن أن تكون إما مُسيَّسة، أو من شأنها أن تعيد فتح جراح مازالت لم تندمل بعد، حتى الآليات الأساسية للعدالة الانتقالية وكذا إصلاح المؤسسات أو خلق آليات من شأنها البحث عن الحقيقة والمصالحة، فهاته الإجراءات كلها تبقى في إطار محاسبة المجرمين عن أفعالهم وغلق باب الإفلات من العقاب ولا الجدوى من ذلك كله إن لم تكفكف دموع الضحايا والمساكين المشردين الذين سُلبت حقوقهم وممتلكاتهم الأطفال الصغار الذين لم تحترم حقوقهم والذين أصبحوا في الشوارع بدلا من المدارس بل بدون آباء وأمهات وأحضان تعيلهم، دون أن ننسى الفئات الضعيفة والمعوقين والشيوخ وحتى النساء الذين تعرضوا في تلك الأوقات العصيبة لجملة من ضروب المعاملات القاسية واللاإنسانية والمهينة وحتى الضرب وبتر الأعضاء والقتل.

هذا وقد صنف الباحثون في العدالة الانتقالية آلياتها العدالة إلى صنفين: الآليات قضائية والآليات غير قضائية.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so
http://ium.usa.online
ium.usa.online@gmail.com
+ 967 730053135
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
المركز الرئيسي IUM

أولاً: الآليات القضائية.

تقوم هذه الآليات على ملاحقة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان من خلال المحاكم القضائية ومحاسبتهم، والتي تُعد بلا شك أبرز مكونات العدالة الانتقالية بما تمثله من عقابٍ جزائيٍ للمجرمين أمام محاكم قانونية، بما يحقق الردع واحترام مبادئ المساءلة والمحاسبة وعدم الإفلات من العقاب التي تعتبر من مبادئ العدالة الانتقالية الأصيلة[٣١٤].

وفي هذا السياق تبرز أنواع متعددة من المحاكم:

أولها: المحاكم الوطنية.

إذ أن الأصل أن الدولة هي صاحبة الاختصاص في عقد المحاكمات حول الانتهاكات والجرائم التي حصلت فوق أرضها تجسيداً لمبدأ سيادة الدولة، وبلا شك فإن تصدي القضاء الوطني لهذه المهمة هو أفضل الخيارات إلا أنه قد لا يكون متاحاً دائماً لأسباب سياسية أو تقنية[٣١٥].

لذلك يبرز خيار آخر وهو المحاكم الدولية، وهي محاكم يتم إنشاؤها بغرض التحقيق في انتهاكات حقوق الإنسان في فترة صراع دولي أو غير دولي لمحاسبة المسؤولين عنها، حيث تم إنشاء العديد من المحاكم الدولية الخاصة للتصدي لهذه المهمة، وكانت محكمة يوغسلافيا السابقة أول هذه المحاكم التي أُنشئت للتصدي للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في الحرب الدائرة إبان تفكك جمهورية يوغسلافيا الاتحادية، وفي ذات الخيار الدولي لمحاكمة مجرمي الحرب برز نموذج جديد مؤخراً، وهو المحكمة الجنائية الدولية الدائمة والتي تم إنشاؤها في عام 1998 بموجب اتفاق روما الأساسي والذي دخل حيز النفاذ في عام 2002 بتصديق 60 دولة عليه[٣١٦].

٣١٤ ينظر: تطبيق آليات العدالة الانتقالية: ص ٨.-

٣١٥نفسه.-

٣١٦تطبيق آليات العدالة الانتقالية: ص ٩.-

أما النوع الثالث والأخير في سياق الآليات القضائية لتحقيق العدالة الانتقالية فهي المحاكمات (المختلطة) وهي محاكم جنائية تُنشأ وفقاً لاتفاقية تعقد بين منظمة الأمم المتحدة والدولة التي ارتكبت على إقليمها الجرائم الدولية، وتتكون من مجموعة مشتركة من القضاة المحليين والدوليين، وقد شهدت التجارب الأخيرة ولادة ثلاثة نماذج في سيراليون وكمبوديا وتيمور الشرقية ، ولابد من التنويه أخيراً إلى أن الاختصاص الجنائي العالمي في قوانين العقوبات لبعض الدول يغدو أحد الخيارات الاحتياطية أيضاً في تطبيق العدالة الانتقالية عبر ملاحقة المجرمين في الدول المختلفة كما يحصل حالياً في ألمانيا والسويد على صعيد ملاحقة مرتكبي جرائم الحرب في سوريا [٣١٧].

هذا وتتطلب العدالة الانتقالية إجراء المحاكمات لتأمين معايير عالية من الاستقلالية والكفاءة وذلك للتأكد أولاً وعبر التحقيق من صحة الادعاءات لوضع استراتيجية مناسبة باحترام الإجراءات القانونية، وحظر المحاكمات المتعددة للجريمة ذاتها، فلا يجوز محاكمة متهم أكثر من مرّة على جريمة واحدة، كما يتطلب الأمر حماية الشهود وحماية الموظفين والإجراءات وتوعية الجمهور. فالزعم بطاعة الأوامر غير مقبول، كما أن الجرائم لا تسقط بالتقادم في خصوص المرتكبين إزاء جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب الخطيرة والجرائم ضد الإنسانية ولا يتمتع رئيس الدولة بأية حصانة، ويحظر اللجوء السياسي لحماية الجناة، مع تأكيد حقوق المدعى عليهم، ولا عقوبة.

بأثر رجعي وفي حالة التعرض للسجن لا بد من حماية حقوق السجناء [٣١٨].

---

٣١٧ نفسه.-

٣١٨ ينظر: تطبيق آليات العدالة الانتقالية: ص ١٠.-

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

ثانياً: الآليات غير القضائية.

هناك خمس آليات رئيسة غير قضائية في سياق تجارب العدالة الانتقالية، وهي لجان أو هيئات الحقيقة وبرامج جبر الضرر والإصلاح المؤسساتي والعزل السياسي وحفظ الذاكرة.

أ- هيئات الحقيقة: تعد هيئات الحقيقة أبرز الآليات غير القضائية في العدالة الانتقالية، حيث تم إنشاء ما يقارب 40 هيئة في التجارب الدولية تحت مسميات مختلفة، وتعرف بأنها: (لجنة خاصة مستقلة تنشئها دولة ما للتحقيق في أعمال عنفٍ جسيمةٍ حدثت في تاريخ ليس ببعيدٍ بغرض الكشف عن أسبابها ونتائجها وصوغ الاقتراحات والحلول الدائمة وتضمينها في تقرير اللجنة العلني)[٣١٩].

تتسم لجان الحقيقة والمصالحة بكونها هيئات وطنية رسمية، محدثة بمقتضى قانون صادر في نطاق الصلاحيات القانونية لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو البرلمان، أو في نطاق اتفاق سلام كان من نتيجته إصدار اتفاق إطار بين أطراف داخلية، أو بينها من جهة والأمم المتحدة من جهة أخرى بوصفها جهة مشرفة.

وتستند لجان الحقيقة إلى منظومات مرجعية متنوعة، قاسمها المشترك مبادئ حقوق الإنسان وحكم القانون وقيم الديمقراطية، وتتجلى بصفة رئيسية في: القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ القانون الدولي الإنساني؛ أحكام وقرارات المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان؛ خلاصات الآراء الاجتهادية والفقهية لكبار المقررين والخبراء المختصين؛ الخلاصات والنتائج المتواترة لأعمال لجان الحقيقة؛ المقتضيات القانونية الوطنية غير المتعارضة مع القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني.

٣١٩-الحق بمعرفة الحقيقة في القانون الدولي: باسل عباس، ص٢٢٠،المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد١٣، ٢٠٢٠م.

وتهدف لجان الحقيقة إلى[٣٢٠]:

إعادة الاعتبار للكرامة الإنسانية المتأصلة في الإنسان.

وإعادة صفة المواطنة للفرد والتحري والكشف عن حقيقة ماضي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والإقرار العمومي بها؛ وجبر الأضرار الفردية والجماعية، والتصدي للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان من حيث التحري، بتجميع القرائن والأدلة والبراهين والشهادات من كافة المصادر المتنوعة.

تحليلها في ضوء معايير القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، حسب الحالة؛ كما تهدف لجان الحقيقة إلى تعزيز دولة القانون والديمقراطية وبلورة إنتاج فكري سياسي وقانوني، وذلك من خلال - القيام بدراسات لأوجه الخلل والضعف والفراغ في الأنظمة القانونية الشكلية والجوهرية من حيث حماية حقوق الإنسان وما يتعلق بالحق في الحياة والمعاملة والاحتجاز والمحاكمة العادلة؛ - دراسة وتحليل أوجه الخصائص التي طبعت الضمانات الدستورية والقانونية على مستوى تعزيز الفصل بين السلط التنفيذية والتشريعية والقضائية؛ وتحليل طرق عمل الأجهزة والأنظمة المرتبطة بالحكامة الأمنية والضبط الجنائي والرقابة القانونية.

ومن مهام هيئة كشف الحقيقة:

- تحديد المسؤوليات؛ ويقصد بها تحديد المسؤوليات الفردية والجماعية للمسؤولين الكبار الأولين في مختلف أجهزة الدولة وغيرهم وذلك في صورة القيام بتجاوزات فردية وثبوت التقصير الواضح في القيام بالمهام؛ مع ترك المجال مفتوحا لإمكانية المساءلة أمام الهيئات القضائية[٣٢١].

٣٢٠ ينظر: العدالة الانتقالية في تونس: ص ٢٢.-
٣٢١ العدالة الانتقالية في تونس: ص ٨.-

- المساءلة والمصالحة: وتهدف إلى إحالة المسؤولين عن الانتهاكات على العدالة والتأسيس من خلال ذلك لمبدأ عدم الإفلات من العقاب واقتراح ضمانات عدم التكرار وإرجاع الثقة للضحايا.

وتواجه لجان الحقيقة أثناء التحري حول الانتهاكات الماضية لحقوق الإنسان، عدة صعوبات من بينها[٣٢٢]:

- طول المدة التاريخية موضوع الاختصاص الزمني.

- ضعف أو اندثار الأدلة.

- ضعف التعاون أو التردّد من بعض الجهات أو الأجهزة المفروض تعاملها مع لجنة الحقيقة.

- سيادة الطابع غير القضائي وانعدام سلطة الإلزام بالنسبة إلى لجنة الحقيقة.

- ضعف ذاكرة الشهود والضحايا بسبب طول المدة أو التقدم في السن.

- الحصار المضروب على الأرشيفات.

ومن أجل التصدي لهذه الصعوبات التي تكتسي طابعا موضوعيا وذاتيا حسب الحالات، اعتمدت لجان الحقيقة والمصالحة مقاربات منهجية مبنية على التنوع من أجل إعادة بناء وتركيب العناصر الرئيسية للوقائع الأساسية ذات الصلة باختصاصاتها النوعية والوظيفية في مجال الكشف عن الحقيقة.

ب- برامج جبر الضرر: تقوم هذه الآلية على تقديم ترضية للضحايا من مختلف الانتهاكات التي وقعت ضمن النطاق الزمني المحدد لمنظومة العدالة الانتقالية في دولةٍ ما، وذلك عبر خليطٍ متعددٍ من أنواع التعويض وجبر الضرر الذي قد يكون مادياً أو معنوياً فردياً أو جماعياً، وقد تضمن القانون الدولي نصوصاً

٣٢٢ينظر: العدالة الانتقالية في تونس: ص ١٠.-

متعددة تنظم هذا الحق في جبر الضرر وأسبغ عليه صفة الاتساع في المفهوم والنطاق وأوجب أن تكون متناسبة مع جسامة الانتهاكات والأضرار الناشئة عنها[٣٢٣].

وتعتبر مسألة جبر الضرر ورد الاعتبار من الأسس الجوهرية للعدالة الانتقالية، وقد قد تم بلورة سياسات جبر الأضرار الفردية والجماعية، عبر عديد التجارب، فضلا عن أسسها ومرتكزاتها، في شكل برامج ويتخذ جبر الضرر أبعادا متنوعة معنوية، من خلال رد الاعتبار للضحايا واجتماعية، من خلال إعادة إدماج ضحايا الانتهاكات؛ فضلا عن الأبعاد اقتصادية والمتمثلة أساسا في استرجاع الأموال المنهوبة وتوظيفها لفائدة المجموعة الوطنية هذا وتتمثل أشكال جبر الضرر في الاسترداد والتعويض ورد الاعتبار والترضية والضمانات بعدم التكرار[٣٢٤]

ويمكن أن يأخذ التعويض عن الضرر الصور التالية[٣٢٥]:

- تقديم تعويضات مادية فردية لكل شخص تأثر بشدّة نتيجة النزاع أو مجموع الانتهاكات الواقعة.

- تقديم منح دراسية للأطفال المتضررين من أعمال العنف.

- الكشف عن مصير كل شخص مختفي أو مفقود.

وفيما يتعلق بجبر الضرر عن طريق التعويض الجماعي، فقد يكون عن طريق منح منفعة لمجموعات ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان ممن يتقاسمون نفس الهوية أو التجربة أو أشكال الانتهاكات التي طالتهم أو عن طريق تعويضهم ماديا جراء هذه الانتهاكات كالقتل الجماعي لقرى بأكملها، وإبادة الأفراد والسكان، وتبرز أهمية جبر الضرر الجماعي باعتبارها آلية فعّالة للتعويض عن الأضرار التي مست

٣٢٣ينظر: تطبيق آليات العدالة الانتقالية: ص ١٠.-

٣٢٤ينظر: العدالة الانتقالية في السياقات العربية: ص ٤٨.-

٣٢٥جبر الضرر عن طريق التعويض وأولويات تدابير العدالة الانتقالية: ص ٤٢٨.-

البنيات التحتية والهوية والثقة، من أجل تغيير الحياة المجتمعية نحو الأفضل، كما أن جبر الضرر الجماعي يهدف إلى تسهيل صرف التعويضات[٣٢٦].

ومن جهة أخرى، فإن ما يحصل من محاكمات أو من معالجات في إطار مرحلة ما بعد سقوط النظام أو رأس النظام، ما هي إلا عمليات ترضية أو ترقيع أو حتى محاولات لطي صفحة مؤلمة بطريقة اعتباطية دون التمعن في قراءتها.
ولذلك فإن عملية استعادة الثقة في مرحلة ما بعد سقوط الأنظمة المتسلطة والمنتهكة لأبسط الحقوق تعتمد بشكل رئيسي على حسن تطبيق مفهوم جبر الضرر كقاعدة أساسية للعدالة الانتقالية، وهي مسؤولية جماعية تعتمد على انخراط مشترك في العملية من قبل المجموعات الحكومية والمنظمات غير الحكومية في إطار التزام واضح بالمواثيق الدولية بعيداً عن روح الانتقام والثأر والتشفي[٣٢٧].

ت- الإصلاح المؤسساتي أو إعادة بناء مؤسسات الدولة والتي إما منهارة أو غير ملائمة للمضي بالبلاد إلى الدولة الديمقراطية إداريًا وماليًا وفكرياً، وبشكل خاص تلك المؤسسات السيادية التي تكون عماد النظام الحاكم الاستبدادي وأداته الرئيسة في الانتهاكات، كالجيش والأجهزة الأمنية والسلطة القضائية وبذات الوقت الذي تكون فيه هذه المؤسسات محل عملٍ إصلاحي من العدالة الانتقالية ستكون هي أيضاً مرتكزاً أساسياً لإنجاح جهود العدالة في المرحلة الانتقالية[٣٢٨].

ث- العزل السياسي: وتسمى هذه الآلية أيضاً بالتطهير السياسي أو التحري والاستبعاد، وهي تنطلق من مقتضيات المنطق السليم بحيث لا يتاح للأشخاص الذين كانوا جزءاً من نظام استبدادي الاستمرار في الحياة السياسية في

---

٣٢٦ ينظر جبر الضرر: ص ٤٢٩.-
٣٢٧ ينظر: المرجع السابق: ص ٤٣١.-
٣٢٨ينظر: العدالة الانتقالية في السياقات العربية : ص٤٩، وآليات العدالة الانتقالية : ص ١٠.-

المرحلة التي تشهد جهوداً للتحول، لأنهم بكل بساطة مكمن خطر وليسوا فرصة وطاقة بشرية داعمة للتحول، وانطلاقاً مما سبق فإن العزل السياسي يعتبر عملية تطهير لمؤسسات الدولة ووقاية للحياة السياسية الديمقراطية من تلويثها بشخصيات من النظام الاستبدادي[٣٢٩].

ج- حفظ الذاكرة الوطنية: تتجسد هذه العملية في إحياء أي واقعة أو حدث أو بيئة تعمل كآلية للتذكر، وتتضمن الكثير من الأساليب والأدوات كرسالة إلى الأجيال القادمة، كي لا تقع فيما وقعت فيه الأجيال السابقة ولا تعيش في ذات المأساة وتكابد ذات الانتهاكات، وتتعلق هذه الآلية بأحد المبادئ التي تحظى باحترام متزايد في الفقه الدولي وهو حق المعرفة، إذ يُشكل معرفة الشعب لتاريخ اضطهاده جزءاً من تراثه، ومن الواجب صيانة هذا التراث من خلال اتخاذ تدابير مناسبة، ولكي تقوم الدول بواجبها الكامل عليها حفظ الذاكرة الجماعية من النسيان احتياطاً من عمليات تحريف الوقائع أو عمليات نفيها وهذا ما يندرج تحت مبدأ واجب عدم النسيان، وتتم هذه الآلية من خلال التحري بتجميع القرائن والأدلة والبراهين والشهادات بخصوص الانتهاكات التي حصلت في الماضي وذلك من كافة المصادر المتنوعة؛ ومن ثم تحليلها في ضوء معايير القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، حسب الحالة؛ وفي ضوء السياقات العامة أو الخاصة المرتبطة بها، ومن حيث آثارها المباشرة وغير المباشرة على الضحايا والمجتمع، ومن ثم توثيقها في إطار السجل التاريخي لماضي الانتهاكات حفاظا على ذاكرة الأفراد والجماعات وعلى الذاكرة الوطنية[٣٣٠].

٣٢٩ينظر: آليات جبر الضرر: ص ١٠.-

٣٣٠ ينظر: آليات جبر الضرر: ص ١١.-

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المبحث الثالث: نحو تحقيق عدالة انتقالية في سوريا (دراسة استشرافية)

ما زالت سورية عرضة لحرب كارثية منذ أكثر من اثني عشر عامًا، نجم عنها مقتل أكثر من مليوني شخص، واختفاء عشرات الآلاف في السجون ومراكز الاحتجاز إضافة إلى ما يزيد على سبعة ملايين شخص باتوا لاجئين في دول الجوار وأنحاء العالم كلها، وخمسة ملايين شخص يعيشون في مناطق محاصرة ومناطق يصعب الوصول إليها، فضلا الدمار الواسع الذي طال المدن والقرى والبلدات والبنية التحتية معظمها.

في نهاية الأمر سيتوقف النزاع المسلح في سورية، وسيتعين في حينها على السوريين البدء بعملية مصالحة وبناء طويلة وبالغة التعقيد، وقد تكون العدالة الانتقالية الطريقة المثلى للتعاطي مع معظم القضايا المطروحة، مع العلم أنها لن تكون كافية للأم الجراح وطي صفحة العداوات.

إن تطبيق العدالة الانتقالية في سورية، بعد سقوط النظام، ليس بالأمر اليسير؛ ذلكَ أن النظام وعصاباته الأمنية وميليشياته وحلفاءه من العصابات الطائفية والحرس الثوري الإيراني وقوات الاحتلال الروسي ارتكبوا عددًا خياليًا من الجرائم بحق الشعب السوري؛ ما أسفر عن تصدّع وتشرذمٍ إنساني واجتماعي كبير، ليس من السهل جبره.

لذلك عند الحديث عن العدالة الانتقالية، لا بد من الحديث عن مرحلة انتقالية، يسود فيها القانون، وتتضّح فيها معالم نزاهة القضاء، بحيث يشعر كل مواطن في سورية بأنه ليس بحاجة إلى تحصيل حقوقه المهدورة أو الحفاظ على حقوقه بيده، وإنما هناك قضاء يحقق ذلك للجميع، فالناس سواسية أمام

القانون وأمام القضاء، ونجاح الأولى يتصل اتصالًا وثيقًا بالثانية[٣٣١].

ومن العوامل التي تجعل طريق تطبيق العدالة الانتقالية شائكًا ومحفوفًا بالصعوبات، طول الفترة التي تولى فيها حزب البعث السلطة في سورية؛ حيث حصلت انتهاكات كبيرة لحقوق الإنسان، تمثّلت في المجازر المتنقلة في المكان على كامل الجغرافيا السورية، وطوال فترة الحكم الاستبدادي، وازدادت هذه الانتهاكات بصورة مهولة مع بداية الثورة السورية، وقد أثرت هذه المجازر والجرائم على اللحمة الوطنية، وتماسك بنية المجتمع السوري، لتغرس بذرة حب الانتقام لدى الضحايا وذويهم ومكوناتهم الاجتماعية والعرقية والدينية والطائفية[٣٣٢].

وبالتالي لا مستقبل لسورية دون محاسبة من أجرم بحق الشعب، ولا تسوية سياسية دون تفكيك الدولة الأمنية، وكل ذلك تتولاّه العدالة الانتقالية.

لقد تنوّع إرث الانتهاكات في سوريا، بحيث طالت معظم أفراد ومكونات الشعب السوري، العرقية، والدينية، والثقافية، والاجتماعية. الأمر الذي يفرض على السوريين العمل على ابتداع مسار وفلسفة خاصة للعدالة الانتقالية، فحجم الانتهاكات من جهة، وحجم التحديات من جهة ثانية، يجعل من الواجب تصميم برامج متنوعة بآليات متعددة وأدوات مختلفة للوصول إلى النتائج المرجوة.

---

[٣٣١] ينظر: العدالة الانتقالية في سوريا ضمانة للوصول إلى سلام مستدام: حبيب عيسى، المركز السوري للحقيقة.

[٣٣٢] نفسه.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المطلب الأول: واقع انتهاكات حقوق الإنسان في سوريا.

اتسم تاريخ سوريا خلال العقود الأربعة الماضية بثقافة الإفلات من العقاب. وكانت عناصر مهمة من هذه الثقافة برزت إلى الوجود قبل تولي حافظ الأسد السلطة، ففي 1963، أعلنت حالة الطوارئ ولم تُرفَع إلا بعد اندلاع الثورة في عام 2011. ومنذ 1963، تُحكّم سوريا بموجب قانون الأحكام العرفية الذي يجيز الانتهاكات ويحميها حيث يسمح القانون للجيش وقوات الأمن بالعمل خارج قواعد القانون المدني.

وفي حال حصول مساءلة للجيش وقوات الأمن كان ذلك يتم أمام المحاكم العسكرية (السرية) فقط وبالإضافة إلى ذلك، قدّم المرسوم التشريعي 549 للعام 1969 حصانات واسعة لموظفي الدولة.

وبعد فترة من عدم الاستقرار، استولى حافظ الأسد على السلطة في سوريا في 1970 من خلال سلسلة من الانقلابات العسكرية.

ولقد لفت مناخ عدم الاستقرار العسكري والسياسي الذي سيطر من خلاله على السلطة انتباهه بشدة إلى ضرورة تحقيق الأمن فبدأ حافظ الأسد فوراً عملية تعزيز مركزية السلطة واعادة تشكيل المؤسسات الحكومية لضمان موقعه. وكان من أبرز هذه التغييرات إنشاء جهاز أمني واسع قادر على العمل بشكل مستقل عن الجيش والشرطة من خلال الاعتماد على المعلومات الاستخبارية من شبكة واسعة من المخبرين وعلى الرغم من الجهود الكبيرة التي بذلها الأسد لتأمين موقعه في السلطة، فقد زادت المعارضة الشعبية.لحكمه الاستبدادي المتنامي وخاصة في أواخر السبعينيات وأوائل الثمانينيات حينها عقد حافظ الأسد العزم على مواجهة هذه المعارضة بعنف مفرط من خلال الاعتماد على الأجهزة الأمنية وفرق النخبة العسكرية التي تعمل بحصانة كاملة بموجب قانون الأحكام العرفية.

خلفت تلك المواجهات المسلحة مع المعارضين السياسيين للنظام، خصوصاً جماعة الإخوان المسلمين آلاف القتلى كما اختفى الآلاف في مراكز احتجاز حكومية سرية ومازال الآلاف من المختفين في عداد المفقودين إلى اليوم.

وقد انتهز الأسد هذه الفرصة للتخلص من جميع معارضيه السياسيين، كما شاع الاعتقال والاحتجاز التعسفي وسوء المعاملة والتعذيب.

ولعل الممارسات الأبرز دموية في تلك المرحلة هي لاعتقال والاحتجاز التعسفي وسوء المعاملة والتعذيب. ولعل الممارسات الأبرز دموية في تلك المرحلة هي المجازر التي قُتِل فيها الآلاف من المدنيين في مدينة حماه في شباط 1982، وإعدام المئات من السجناء في تدمر في 27 حزيران 1980.

وقد شُوِّهت سمعة المؤسسات القضائية والاستخبارية والأمنية التابعة لنظام الأسد بسبب الإفلات من العقاب الذي مكنها من ارتكاب الجرائم، سواء قبل الصراع الدائر في سوريا أو خلاله. ويصح هذا الأمر خصوصاً بالنسبة إلى الفروع الأمنية الأربعة الرئيسية وهي أجهزة الاستخبارات والجيش، ووزارتي الداخلية والدفاع، وإلى حد ما، السلطة القضائية. حيث قامت هذه المؤسسات إما بارتكاب جرائم خطيرة وانتهاكات لحقوق الإنسان أو شجعت عليها وسهلتها كما

فشلت تماماً في محاسبة الجناة. الأمر الذي أدى إلى تضاؤل

الثقة العامة بهذه المؤسسات نتيجة الدور الذي لعبته في الترويج لثقافة الإفلات من العقاب التي شجعت على ارتكاب انتهاكات أثناء عهدي الأسد الأب والابن وخلال الصراع الدائر حالياً. هذه المؤشرات توحي بأن هذه المؤسسات ستكون محوراً مهماً للعدالة الانتقالية. وفي حين أن هناك من دون شك قدرة جميع قيمة داخل هذه المؤسسات يجب تحديدها واستخدامها يدل تواطؤها في الجرائم الخطيرة وشرعيتها المحدودة في أعين السوريين على وجود حاجة

ملحة لإصلاح كل هذه المؤسسات والبيئة القانونية التي كانت قادرة على العمل فيها. وفي 2008 قلّص المرسوم التشريعي 69 أكثر ملاحقة مسؤولي الشرطة و الأمن[٣٣٣].

ورث بشار الأسد عن والده في حزيران 2000 دولةً في حاجة ماسة إلى الإصلاح الأمر الذي انتهزه ليبدأ رئاسته بمجموعة من الوعود الاصلاحية وبعض المبادرات خلال ما سمّي آنذاك بـ»ربيع دمشق»، لكن ما لبثت أن تلاشت هذه الوعود وكان البديل حملة ضخمة لقمع النشاط السياسي والمدني. فتعثرت الإصلاحات السياسية وكانت الإصلاحات الاقتصادية سطحية إلى حد كبير وموجهة لمصلحة نخبة صغيرة من رجال الأعمال القادرين على إثراء أنفسهم مقابل الولاء.

كان الاحتجاز التعسفي وإبقاء السجناء في مراكز الاحتجاز أو السجن من دون محاكمة أو أحكام وتعذيبهم يعد من الميزات الجوهرية للنظام السوري في ظل حافظ وبشار الأسد.

قدرت مجموعات سورية لحقوق الإنسان أن عدد المعتقلين السياسيين بعد عام 2000 قد تراوح بين 500 وألف معتقل.

كما أن ضبابية الخطوط الحمراء خصوصاً في النسخة السورية من «الحرب» على «الإرهاب»، قد ساهمت في افراغ المجتمع السوري من السياسة..

عانى الاقتصاد السوري قبل الثورة، من انخفاض مستويات النمو وارتفاع مستويات البطالة، خصوصاً بين الشباب. وساهمت هذه العوامل في ارتفاع معدلات الفقر والجريمة في كثير من المجتمعات السورية. لكن عدم المساواة السياسية والاقتصادية كان الضرر الأكبر الذي كان ينمو في ظل حكم بشار الأسد. ففيما كان عدد الفقراء السوريين في ارتفاع كانت النخب المرئية بشكل متزايد تزداد ثراءً وفاقمت الخصخصة الانتقائية لموارد الدولة البطالة من جهة،

٣٣٣ينظر: العدالة الانتقالية في سوريا : ص ٥٦.-

لكنها ساهمت بإثراء مجموعة مختارة من الأفراد الموالين للنظام من جهة ثانية.

لذلك، يمكن أن تشمل العدالة الانتقالية الجهود المبذولة لاسترداد الأصول المملوكة للدولة ومقاضاة مرتبي جرائم مالية خطيرة. لكن الأوضاع الاقتصادية في سوريا تضع قيوداً على الموارد المتاحة، الأمر الذي قد يؤثر حتى في إمكانيات قيام عملية العدالة الانتقالية.

هناك اتفاق دولي واضح على حقيقة أن جرائم من أكثر الأنواع خطورة ارتُكبت في سوريا. وقد أبلغت وكيلة الأمين العام للأمم المتحدة لين باسكو أعضاء مجلس الأمن في الأمم المتحدة أن مصادر في سوريا كانت تبلغ باستمرار عن استخدام نيران المدفعية ضد المدنيين العزل وحملات اعتقال من المنازل وأماكن العمل، وإطلاق النار على عاملين في المجال الطبي يحاولون مساعدة الجرحى وغارات على المستشفيات والمستوصفات والمساجد، وتدمير متعمد للإمدادات الطبية، واعتقالات لأفراد في الخدمات الطبية» وتوضح مقابلات مع منشقين ووثائق مضبوطة أن ثمة أدلة على المسؤولية المباشرة والقيادية وصلت إلى رأس نظام الأسد، بما في ذلك رؤساء وكالات الاستخبارات السورية وبشار الأسد نفسه.[٣٣٤].

فـ»هيومن رايتس ووتش»، مثلاً، ذكرت أن الحكومة السورية تقصف منذ حزيران 2012، وفي شكل منهجي المدن والبلدات والقرى في المناطق التي تسيطر عليها قوات المعارضة من الجو باستخدام طائرات هليكوبتر ومقاتلات وقدروا أن هذه الهجمات أسفرت عن أكثر من 4300 ضحية ودمرت مقداراً كبيراً من الممتلكات الخاصة والبنية التحتية.

٣٣٤العدالة الانتقالية : ص ٦٦.-

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

وتشير التقارير إلى أن 59 على الأقل من الهجمات إما استهدفت عمداً السكان المدنيين، أو كانت عشوائية بمعنى أنها فشلت في تمييز المدنيين عن المقاتلين الأعداء.

وتشير التقارير إلى أن 59 على الأقل من الهجمات إما استهدفت عمداً السكان المدنيين، أو كانت عشوائية أنها فشلت في تمييز المدنيين عن المقاتلين الأعداء. ودُعِمت هذه النتائج عن طريق مقابلات مع منشقين والإشارة إلى أنواع الذخائر المستخدمة (بما في ذلك الأسلحة العشوائية مثل القنابل العنقودية) وطبيعة الأهداف التي ضربت وأبرزها المستشفيات والمخابز حين تكون أمامها طوابير طويلة، وفي غياب أهداف عسكرية مشروعة قريبة.

وتشير التحقيقات أيضاً وبشكل متزايد إلى استخدام أشكال الذخائر بما فيها الذخائر العنقودية والقنابل الحارقة في سوريا بطريقة قد تشكل جريمة. وسوريا ليست طرفاً في الاتفاقية حول الذخائر العنقودية التي تحظر استخدام مثل هذه الذخائر منذ 1 آب 2010، ولا اتفاقية عام 1980 في شأن الأسلحة التقليدية والتي تتضمن البروتوكول المتعلق بالأسلحة الحارقة. ومع ذلك، قد تقدّم هذه الذخائر أدلة تدعم القضية القائلة إن الهجوم كان عشوائياً أو أن تدابير كافية لحماية السكان المدنيين لم تُتخذ..

وكما تشير التقارير بشكل متزايد إلى أن الأسلحة الكيميائية قد استُخدمت في سوريا في أواخر 2012 أو أوائل 2013.

وسوريا ليست طرفاً في اتفاقية الأسلحة الكيميائية، التي تحظر استخدام أسلحة مثل هذه منذ 29 نيسان 1997. ذلك، يُعتقد أن الحظر المفروض على استخدام أسلحة مثل هذه هو في كثير من الحالات مندرج تحت القانون الدولي

العرفي، وهو ملزم لسوريا.

وإلى جانب الجرائم التي قد تمثلها حالات وفاة معينة، يجب ملاحظة أن عمليات القتل المدنية والعسكرية كلها تمثل خسارة لشخص ما.

فأسر أولئك الذين قُتِلوا في صورة غير قانونية سيطالبون من دون شك ببذل جهود لتحديد مرتكبي هذه الجرائم ومحاسبتهم، لكن أسر القتلى بطرق أخرى سيطالبون عملية العدالة الانتقالية بالاعتراف بخسارتهم فتضحيات أولئك الذين ماتوا كمقاتلين خلال الدفاع عن مجتمعاتهم يجب أن تلقى تقديرًا وتعويضًا.

الاحتجاز التعسفي في سوريا.

كما أن الاحتجاز التعسفي والتعذيب وسوء المعاملة والوفاة في الحجز منذ الأيام الأولى للاحتجاجات المناهضة للحكومة في سوريا، ردت الحكومة باعتقالات تعسفية لعشرات الآلاف من المدنيين. وأطلق سراح الكثير ، لكن الآلاف لا يزالون رهن الاحتجاز من دون تهمة أو محاكمة. واعتباراً من 9 أيار 2013، وثّق مركز توثيق الانتهاكات في سوريا 37 ألفاً و 887 اعتقالاً، لكن هناك بالتأكيد الكثير من الاعتقالات غير الموثقة. وسيكون مهماً النظر - و على وجه السرعة في ما إذا كان من الممكن وصف أي من هذه الاعتقالات بأنه جريمة بموجب القانون السوري، وما إذا كان يتعارض مع المتطلبات القانونية الدولية بمعاملة المعتقلين. لكن من الواضح أيضاً أن الاحتجاز في سوريا يترافق في الأغلب مع سوء المعاملة، بما في ذلك من الضرب والتعذيب، والذي يؤدي أحياناً إلى الموت. تتم إدارة مراكز الاحتجاز أساساً من قبل أربعة مراكز رئيسية للاستخبارات السورية: وزارة الاستخبارات العسكرية، ومديرية الأمن السياسي ومديرية الاستخبارات العامة، ومديرية الاستخبارات الجوية. وهي معروفة في شكل جماعي باسم المخابرات.

ويواصل الصحفيون السوريون وجماعات حقوق الإنسان توثيق الانتهاكات في مراكز الاحتجاز هذه والإبلاغ عنها بناء على مقابلات مع سجناء سابقين وأسرهم وشهود ومنشقين.

وبناءً على شهادات من معتقلين سابقين ومنشقين لاحظت العديد من المنظمات السورية والدولية أن الاكتظاظ والظروف في مراكز احتجاز معينة قد ترقى إلى سوء المعاملة وفي بعض الحالات التعذيب. وتفيد تقارير بأن الزنزانات مزدحمة بشدة، وأن المساعدات الطبية ممنوعة على الأغلب، وتكون وجبات الطعام والمياه غير مناسبة، وكذلك المرافق الصحية. ويبدو أن استخدام التعذيب واسع النطاق استناداً إلى شهادة من معتقلين سابقين ومنشقين، وشملت الاعتداء الجنسي والتهديد بالاعتداء الجنسي[٣٣٥].

حالات الاختفاء القسري

يعود تاريخ حالات الاختفاء القسري الكبرى في سوريا إلى أواخر السبعينيات خلال حكم حافظ الأسد. فالحكومة استخدمت القوات المسلحة لوقف المقاومة السياسية المسلحة التي قادتها حركة الإخوان المسلمين بين 1979 و 1982. واستُدرج العديد من المدنيين إلى النزاع. وكانت الإعدامات الميدانية وإعدامات من دون محاكمات عادلة تحدث بشكل منتظم. ولا يوجد عدد دقيق للمدنيين الذين لا يزالون في عداد المفقودين منذ ذلك الحين، لكن تم تقدير العدد من قبل نشطاء بسبعة آلاف ولا تزال حالة عديد منهم مجهولة من قبل أسرهم..

ولا يزال الاختفاء القسري أحد الانتهاكات المستمرة التي يقوم بها النظام السوري، خصوصاً بعد بداية الانتفاضة. فاعتباراً من 27 أيار 2013 ، وثق مركز توثيق

٣٣٥العدالة النتقالية: ص ٦٩.-

الانتهاكات في سوريا أكثر من ألف و408 حالات . وأصبحت الاعتقالات التعسفية أداة مهمة لدى فروع الأمن و التي تبقي عادة مكان احتجاز المعتقلين وسببه مجهولاً ولا تزال عديد من العائلات لا يعرفون ما إذا كان أحباؤهم المختفين أحياء أو أموات. وسيكون تحديد المفقودين وعودتهم، سواء كانوا أحياء أو أمواتاً، هدفاً مهماً لأسر معظم الضحايا[٣٣٦].

المطلب الأول: جهود المجتمع الدولي لتحقيق العدالة الانتقالية في سوريا

في سياق الحديث عن الاستقرار والهدوء في سوريا، ورد الحديث عن العدالة الانتقالية وبعض عناصرها في بيان جنيف 2012، والتي نصت الفقرة العاشرة منه: الالتزام بالمساءلة والمصالحة الوطنية، ويجب النظر في الجوانب المتعلقة بالمساءلة عن الأفعال المرتكبة خلال هذا النزاع، ومن اللازم أيضا اعداد مجموعة شاملة من أدوات العدالة الانتقالية، تشمل تعويض ضحايا هذا النزاع أو رد الاعتبار إليهم، واتخاذ خطوات من أجل المصالحة الوطنية والعفو[٣٣٧].

في حين خلا القرار رقم 2254 من التعرض لموضوع العدالة الانتقالية في سوريا الا من خلال النص على ضرورة اتخاذ إجراءات لحل الأزمة في سوريا من خلال إطلاق عملية سياسية شاملة بقيادة سورية، ولكن لا يمكن اجراء هذه العملية السياسية الشاملة الا من خلال العبور من بوابة العدالة الانتقالية.

كما أنشأت الأمم المتحدة العديد من أدوات تقصي الحقائق ومنحتها تفويضا بجمع الأدلة التي يمكن استخدامها في الملاحقات الجنائية، كما شهدنا ملاحقات قضائية عالمية بشكل متنامي فيما يتعلق بالانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الانساني[٣٣٨].

٣٣٦العدالة الانتقالية : ص ٨٧.-
٣٣٧سوريا: العدالة الانتقالية ضمانة للوصول إلى سلام مستدام، من موقع سوريون من أجل الحقيقة والعدالة.
٣٣٨ثغرات توثيق انتهاكات حقوق الانسان في سوريا وسبل معالجتها، مقالة منشورة على الموقع المحدد.

كما أنشأ مكتب المبعوث الخاص للأمم المتحدة الى سوريا، غرفة دعم للمجتمع المدني في كانون الثاني 2016، كمنصة لضمان عملية سياسية شاملة من خلال التشاور مع مجموعة واسعة ومتنوعة من الجهات الفاعلة في المجتمع المدني، ومن خلال غرفة دعم المجتمع المدني، يمكن للجهات الفاعلة في المجتمع المدني أن تلتقي وتتفاعل وتتبادل الأفكار فيما بينها، مع مكتب المبعوث الخاص، والجهات الفاعلة المعنية في الأمم المتحدة، فضلا عن أصحاب المصلحة الدوليين[٣٣٩].

المطلب الثاني: الجهود السورية في مجال العدالة الانتقالية في سوريا

قبل اندلاع الثورة في سوريا 2011، بدأ فريقٌ من السوريين ينظمون أنفسهم في منظمات غير حكومية مختصة بقضية العدالة الانتقالية، وقد طرحت الفكرة في وثيقة العهد الوطني التي أقرها مؤتمر المعارضة السورية المنعقد تحت رعاية جامعة الدول العربية بالقاهرة بتاريخ: 3 تموز/يوليو/2012، والتي دعت إلى تشكيل هيئة عامّة للمحاسبة والمصالحة الوطنيّة.

واعتبرت وثيقة القاهرة أن بداية المرحلة الانتقالية تبدأ من مرحلة أسقاط نظام الأسد وتنتهي عند انتخاب مجلس تشريعي حر على أساس دستور دائم للبلاد، وقدمت الوثيقة مجموعة من الاقتراحات فيما يتعلق بإدارة المرحلة الانتقالية من خلال خمسة محاور تبدأ من المرجعية السياسية والقانونية، والمؤسسة العسكرية والأمن، والعدالة الانتقالية، وإصلاح الوضع الاقتصادي والاجتماعي[٣٤٠].

٣٣٩سوريا: العدالة الانتقالية ضمانة للوصول إلى سلام مستدام، موقع سابق.
٣٤٠وثائق القاهرة: الرؤية السياسية المشتركة، من موقع مركز مالكوم كير-كارنيغي للشرق الأوسط.

كما تم تشكيل مجموعات تنسيق هدفت إلى صياغة رؤية وطنية للعدالة الانتقالية في سوريا والبدء بعملية تشاور واسعة لإشراك السكان على نطاق أوسع في عملية العدالة الانتقالية وتشجيع الضحايا وعائلاتهم على تنظيم أنفسهم في منظمات جمعيات الضحايا واصلت هذه الجهات التفكير في مفاهيم وآليات العدالة الانتقالية، وقد تركزت جهود هذه المنظمات في توثيق الانتهاكات والشهادات، حيث كانت هذه الوثائق ضرورية لإبراز معاناة الضحايا ومطالبات العدالة والمساءلة الخاصة بهم، كما كانت هناك جهود التقاضي الجنائي التي تسعى للوقوف في وجه الإفلات من العقاب، حيث نتجت عنها مبادرات الملاحقة القضائية المتعددة بموجب مبدأ الولاية القضائية العالمية— وكذلك أشكال أخرى من الولاية القضائية خارج الإقليم— للمحاكم المحلية في عدد من البلدان التي تستضيف لاجئين سوريين بمقاضاة الجرائم المرتكبة في سوريا[٣٤١].

وقد خلق هذا دافع لجهود العدالة الجنائية الدولية، كذلك لجأت مجموعات الضحايا والجهات الفاعلة الأخرى في المجتمع المدني إلى البحث عن الحقيقة في محاولة لمعالجة أزمة عشرات الآلاف من الأشخاص المختفين قسريًا والمفقودين في سوريا، والتي قادت مناهج جديدة ومبتكرة تجاه العدالة.

المطلب الثالث: التحديات والعقبات في تطبيق العدالة الانتقالية في سوريا

إن إطلاق عملية العدالة الانتقالية في سوريا من أصعب وأعقد الأمور التي ستواجه المجتمع السوري بعد انتهاء الحرب، إذ لا يمكن لاحد أن يتحدث باسم الضحايا أو ينطق باسمهم، وقضية تحقيق العدالة بالنسبة لكثير من اسر الضحايا لا تسامح معها ولا التفاف أو تهاون فيها، و اذا أخذ بعين الاعتبار الانهيار

٣٤١العدالة الانتقالية في سوريا ضمانة للوصول إلى سلام مستدام: حبيب عيسى.-

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

الكامل لمؤسسات الدولة السورية كمؤسسات ذات مصداقية لدى العديد من المواطنين السوريين يتضح حجم الأذى الفادح الذي لحق على سبيل المثال بجهاز القضاء وبدوره في الحياة العامة في سوريا، وعليه فلن يكون النظام القضائي معدا أو مهيأ أو حتى قادرا على اطلاق عملية المحاسبة الضرورية التي ينشدها أهالي الضحايا[٣٤٢]

وتعد من أهم العقبات التي ستواجه الوصول إلى مرحلة انتقالية في سوريا أيضا هي وجود عدة جهات دولية وإقليمية متورطة في النزاع السوري وتسببت في انتهاكات جسيمة بحق المواطنين في سوريا، حيث لم يعد ارتكاب الجرائم الخطرة مقتصراً على القوات العسكرية والأجهزة الأمنية التابعة للنظام السوري فقط بل أصبحت عدة أطراف مشتركة في ارتكاب العديد من الانتهاكات.0 كقوات الاحتلال الروسي، وقوات التحالف الدولي بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية، وقوات الحرس الثوري الإيراني مع جميع الميليشيات العراقية، جميعها مارست وتمارس صور العنف المختلفة بحق السوريين، وقد ارتكبت هذه الجهات جملة من الانتهاكات ضد حقوق الإنسان.

- إن الوعي المحدود بالعدالة الانتقالية كمفهوم يعد من أهم التحديات للعدالة لتطبيق العدالة الانتقالية في سوريا، وقد تكون العدالة الانتقالية غير معروفة تماما، أو قد يخلط بينها وبين مفاهيم أخرى، كمفهوم العدالة الجنائية، وقد ينظر اليها باعتبارها محاولة من محاولات عدالة المنتصر أو تدخلا دوليا غير مرغوبا في مرحلة العدالة الانتقالية السورية، فمع الملايين من النازحين والمشردين سيكون هناك رغبة منطقية في تكريس كل الموارد لإعادة بناء الممتلكات وانعاش الاقتصاد وخلق المؤسسات القادرة على ضمان الامن وتحسين العيش[٣٤٣].

٣٤٢جدل العدالة الانتقالية في سوريا، مقال منشور على الموقع المحدد للدكتور رضوان زيادة.
٣٤٣العدالة الانتقالية في سوريا، مؤسسة دولتي ولا سلام دون عدالة، بدون طبعة وتاريخ، ص٦٤.

لذلك لا بد من الإجابة على أسئلة معينة، فما هو مقدار الفهم الجيد للعدالة الانتقالية في سوريا؟ أين توجد فجوات أو قيود في الفهم؟ وماذا يمكن عمله للتعامل مع المجتمعات التي لا تدرك المفهوم.

- وكما هناك أطراف متورطة في الصراع المسلح في سوريا، هناك أطراف تتدخل في العملية الدستورية في سوريا حيث تضع شروط وفيتو على حضور جهات وعدم مشاركات جهات أخرى، حيث أن رسم شكل العدالة الانتقالية المرجوة في سوريا ليس فقط في يد السوريين وإنما في يد الأطراف المتورطة في الازمة السورية بشكل أساس هذا الوضع يحيلنا إلى التساؤل حول القدرة الفعلية في تطبيق جميع عناصر العدالة الانتقالية على جميع أطراف النزاع ومحاسبة مختلف الجرائم المرتكبة في سوريا؟![٣٤٤]

- باستثناء عدد قليل من الجمعيات الخيرية الدينية، كانت ثقافة المجتمع المدني في سوريا مظلومة بشدة من نظام أل الأسد، ونتيجة لذلك ثمة تجربة قليلة نسبيا للعمل المنظم للمجتمع المدني في سوريا، على الرغم من أن هذه التجربة ازدادت عمقا بعد بداية الثورة السورية، ومع التجربة المحدودة هناك خطر يتمثل في أن مساهمة المجتمع المدني قد تكون غير فاعلة ومنسقة على نحو رديء، ما يؤدي رسائل متضاربة وازدواجية مسرفة في الجهد، كما ثمة خطر المنافسة بين المنظمات الناشئة مما يحد قدرتها على التعاون في السعي وراء القضايا المشتركة[٣٤٥]

بالتأكيد إن حجر الأساس في عملية الانتقال في سوريا، هي الإرادة السياسية، والتي تتحقق إما عبر توافق وطني داخلي وعملية مصالحة وطنية، أو تفرض

٣٤٤العدالة الانتقالية في سوريا ضمانة للوصول إلى سلام مستدام: حبيب عيسى.-
٣٤٥العدالة الانتقالية في سوريا، مرجع سابق، ص٦٥.

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
www.ium.edu.so ium.usa.online@gmail.com
http://ium.usa.online + 967 730053135
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

هذه الإرادة من المجتمع الدولي وعبر الدول الفاعلة والمؤثرة، وهناك مع الأسف غياب لهذه الإرادة سواء على المستوى المحلي بين الأطراف المتنازعة أو عند الأطراف الدولية والإقليمية المؤثرة في السياق السوري.

من جهةٍ أخرى فانعدام الثقة بالمؤسسات الوطنية السورية يشكل عائقاً أمام العدالة الانتقالية وأمام الوصول إلى عقد اجتماعي جامع، الذي هو يفترض أن يمثل مجموع إرادات السوريين بالعيش المشترك، وفق قواعد تحقق تطلعاتهم وتنظم سبل حياتهم. وتتجسد هذه الإرادة في الدستور، فبدون نصوص دستورية واضحة، لا يمكن أن يحوز أي مسار للعدالة الانتقالية الشرعيةَ والقبول.

ومن العقبات أيضًا تركيبة وصلاحيات المؤسسات والهيئات الضالعة في انتهاكات حقوق الإنسان والتي كانت شريكة في قتل وتهجير السوريين، مثل المؤسسات الأمنية (الشرطة والجيش)، وكذلك الجهاز القضائي الذي كان شريكا في القمع وانتهاكات حقوق الإنسان عبر منح منفذيها الغطاء القانوني أو المشاركة الفعلية فيها.

كما أن أبرز التحديات التي سوف تواجه السوريون هي تشكيل لجان الحقيقة وقدرتها على التوثيق والبحث والتحقيق، في الكشف عن مصير آلاف القتلى أو المختفين قسراً أو المعتقلين، وذلك لأسباب عديدة منها اختلاف الجهات المسيطرة على المنطقة على مدار الأزمة في سوريا، أو نتيجة غياب الأدلة والوثائق والشهود، أو نتيجة النزوح واللجوء لكثير من الضحايا وذوي الضحايا في دول العالم.

- يضاف إلى هذه التحديات برامج جبر الضرر والموارد المالية والمادية المخصصة لذلك.

ولا بد من الإشارة الى الانقسامات المجتمعية ابان الثورة التي أدت الى تفاقم

التوترات العرقية والطائفية القائمة، وتعميق الانقسامات الاجتماعية الراسخة بالفعل، وانعدام الثقة، وتمثل؟ هذه الانقسامات تحديا كبير للعملية الوطنية للعدالة الانتقالية، فقد ينظر لها بطريقة متناقضة من قبل بعض الطوائف أو أنها محاولة لزيادة الانقسام المجتمعي، لذلك سيكون هذا من أخطر التحديات للعدالة الانتقالية في سوريا[٣٤٦].

المطلب الرابع: مميزات وسمات العدالة الانتقالية في الحالة السورية.

حققت تجربة العدالة الانتقالية في سوريا نقلة نوعيّة في تاريخ العدالة الانتقالية العالمي وفي طريقة تحقيقها.

ومن أبرز مزايا العدالة الانتقالية في سوريا أن[٣٤٧]:

1-إجراءات العدالة الانتقالية بدأت في خضم الأزمة لا بعد انتهائها فما زالت الجرائم مستمرة والأدلة متوفّرة بكثرة. بفضل

حركة توثيق مذهلة. ولهذا الأمر أهمية، لأنه على مر التاريخ، تعرّضت عمليات العدالة الانتقالية للتأخير واختفت الأدلة

أو أحفيت أو أتلفت ومات الضحايا والشهود أو انتقلوا للعيش في مكان آخر، مما يجعل الحصول على ذكرى مفصلة

بالكامل مستحيلاً. علاوة على ذلك الفترة الزمنية الطويلة التي تستلزمها هذه العمليات تُجرّد تطبيق العدالة جدواه ومنفعته

للضحايا وغيرهم. وأحياناً كان المجرمون بحدّ ذاتهم جزءاً من آليات العدالة الانتقالية. ويبرز هذا عند حصوله الاستهزاء

٣٤٦العدالة الانتقالية في سوريا، مرجع سابق،ص٦٣.

٣٤٧العدالة الانتقالية وآفاق تطبيقها في سوريا: ذا نوس درويش، ٣٠ تشرين ٢٠٢٣م. -

والاستخفاف الكبيرين بقيمة العدالة.

2-ومن المزايا البارزة الأخرى في القضية السورية أنّ عملية العدالة الانتقالية أطلقت بإرادة الضحايا أنفسهم وبقرار منهم.

ويجعل هذا القضية السورية مختلفة. من القضايا الأخرى التي بدأت بقرار دولي أو بقرار الحدثه دول نتيجة فوز أو

تسوية عن الكثير من القضايا الأخرى التي بدأت بقرار دولي أو بقرار اتخذته دول نتيجة فوز أو تسويه أو اتفاق. لهذا

السبب تأثير السياسة على عمليات العدالة الانتقالية وعلى وجهتها محدود، إن لم يكن معدوماً. في الواقع، ستجري عمليات

العدالة على الأرجح بدون رضا السياسيين وبعكس مشيئتهم. في السابق، حدّدت إرادة الدول مسارات العدالة الانتقالية

ونتائجها وحدودها، بينما يتخطّى ما تم تحقيقه في الوضع السوري أي حدود أو قيود تعرضها الدولة.

3-في سوريا، العدالة نفسها هي التي ترسم الحدود وتفرض نفسها على السياسة والسياسيين وتطرح الحلول المتوقعة

للأزمة. ويشمل ذلك الحؤول دون أن يصبح المحرمون جزءاً من أي عملية سياسية أو من المستقبل. بعبارة أخرى من

كان جزءاً من المشكلة لن يكون جزءاً من الحلّ. ويتعارض ذلك مع تجارب العدالة الانتقالية السابقة التي حدد فيها

السياسيون. وفي بعض الأحيان المحرمون أنفسهم، حدود العدالة ودورها

ومسيرتها وشملت العملية حتى الآن إصدار

الإنتربول مذكرات توقيف دولية بحق مجرمين لا يزالون يجرون مهامهم في مناصب رفيعة المستوى في هيكلية السلطة

العسكرية والأمنية السورية. وشملت العملية أيضاً محاكمة علنية لشخصيات مرموقة متهمة بجرائم ضد الإنسانية، وتحري

المحاكمة ليس بصفتهم أفراداً مدعى عليهم فحسب بل كجزء من منظومة إجرامية تتستر تحت ستار دولة ونظام

ومسؤولين.

المطلب الخامس: عوائق في طريق العدالة الانتقالية في سوريا[٣٤٨].

1-الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والإخفاء القسري والاعتقال التعسفي وغياب دولة القانون

2-غياب التصور الشامل والمتكامل للعدالة الانتقالية. التشتت في تنظيم العدالة وما تحتاجه من قوانين وقرارات وتغيير بالهياكل السياسية

3-عدم وجود إرادة سياسية للوصول للمرحلة الانتقالية والتي يمكن أن تسمح باستبعاد السلطة المسيطرة حاليا والمرتبطة بالجرائم والفساد

4-عدم وجود وصف تقني للجرائم المرتكبة وتحديد المجرمين لأنصاف المظلومين. عدم وجود إرادة دولية للوصول

للانتقال السياسي فساد المؤسسات القضائية الحالية وتعددها الاحتكام لسياسة الأقوى واستمرار دوامة العنف ما يزيد

٣٤٨المركز الصحفي السوري:٩-٤-٢٠٢١م. -

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

شرذمة المجتمع ولا يسمح بوجود رغبة في تحقق الهدوء والسلام، ومحاكمة منتهكي حقوق الإنسان.

5-ضعف منظمات المجتمع المدني، بسبب حصر عمل المنظمات بالسلطات وحزب البعث وهشاشة وحداثة تجارب التي

تشكلت بعد عام 2011

المطلب السادس: آليات تتعلق بتحقيق العدالة الانتقالية في سورية

يجري تحقيق العدالة الانتقالية في بلد ما عن طريق عاملين إما داخلي أو خارجي، فداخليا يلزم وجود إرادة سياسية جادة في سبيل تحقيق العدالة الانتقالية تلغي الحسابات السياسية لصالح التأسيس لدولة الحق والقانون، ووفقا لطبيعة النظام السوري الذي ما زال يدمر البلاد ويعتاش على قتل السوريين من المستبعد جدا أن يكون هناك إرادة سياسية حقيقية لتحقيق العدالة الانتقالية من خلال سلسلة إجراءات يقوم بها النظام نفسه، أما العامل الدولي وهو الذي يجب أن يتحقق لغياب الإرادة السياسية للنظام فيمكن تحقيق العدالة الانتقالية من خلال إنشاء المحاكم الخاصة التي تضطلع بالمتابعات القضائية ضد الضالعين في جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وجرائم التعذيب والابادة[٣٤٩].

تعتمد العدالة الانتقالية كما مرَّ معنا على مجموعة آليات منها آليات قضائية لملاحقة مرتكبي الجرائم الخطرة ومحاكمتهم لأنهم يتحملون مسؤولية جنائية شخصية فردية عن أفعالهم الإجرامية، وآليات غير قضائية داعمة للآليات القضائية ومكملة لها، كلجان الحقيقة والمصالحة، ولجان تقصي الحقائق جبر الضرر وتعويض الضحايا إصلاح المؤسسات، وإحياء ذكرى الضحايا.

إن العدالة الانتقالية هي عملية ضرورية وذات أهمية خاصة بالنسبة إلى سورية

٣٤٩ما هو الطريق للوصول الى العدالة الانتقالية في سوريا، الحركة السياسية النسوية السورية.

ويعود القرار بشأن شكل هذه العملية إلى السوريين أنفسهم.

ومن أجل تحقيق عملية عدالة انتقالية ناجحة، ومثمرة يجب على السوريين مراعاة عدد من الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي بشأن مساءلة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان فقسوة الحرب في سورية وما يميزها من أفعال همجية وتمادي المتحاربين في الاستخدام المفرط للقوة وارتكابهم جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية بحق السكان يستدعي إعطاء الآليات القضائية دورًا مفصليًا في سياق عملية العدالة الانتقالية وضمان وضع الأسس الكفيلة بالملاحقة الجنائية لمرتكبي هذه الجرائم والحيلولة دون افلاتهم من العقاب[٣٥٠].

من آليات العدالة الانتقالية في سوريا ما يلي[٣٥١]:

1- ضمان عدم ضياع الوثائق مادياً وقانونياً، أي حماية قيمتها القانونيّة من كافّة المشاكل التي يمكن أن تفقدها المصداقيّة أمام المحاكم بكافة أشكالها، كالانقطاع في «سلسلة الحيازة»، أو بيع بالوثائق. إنّ البدء بالمشاركة الاجتماعيّة في بناء العدالة الانتقاليّة يمكن أن يتم عبر عدّة وسائل: مثل بناء لجان الحقيقة والمصالحة في المحافظات بمشاركة القوى المحليّة الفاعلة، كالمجالس المحليّة والقوى الثوريّة والسياسيّة في المناطق الخارجة عن سيطرة النظام، أو رجال الدين والشخصيات الوطنية في المناطق الخاضعة لسيطرة النظام. وحتى لو لم توفي هذه اللجان بالأشكال القانونيّة الاعتياديّة لتشكيلها، إلا أنها ستكون عاملاً مساعداً في بناء استراتيجية وطنيّة للعدالة الانتقالية تنطلق من النظرة المحليّة لهذه الاستراتيجيّة، وتجمّع هذه الأجزاء المحليّة في حالة وطنيّة عامة. كما أنّ آفاق تطبيق العدالة الانتقاليّة يتعلّق بمدى تقبّل المجتمع السوري

٣٥٠ينظر: عدالة انتقالية أم سياسة انتقالية. أسس العدالة الانتقالية في سورية : نزار أيوب، ص - ٦٢
٣٥١ينظر: عدالة انتقالية أم سياسة انتقالية. أسس العدالة الانتقالية في سورية : نزار أيوب، ص - ٧١

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

للمفاهيم المتعلّقة به بشكل أساسي[٣٥٢].

2- إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة بسورية.

تعد المحاكم الجنائية الدولية الخاصة إحدى الأدوات الفاعلة لمحاكمة مرتكبي الجرائم الخطرة كجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة، وقد تشكلت عدة محاكم دولية خاصة للنظر في أعمال القتل التي ارتكبت خلال النزاع كالمحكمة الخاصة بالجرائم المرتكبة في يوغوسلافيا السابقة والمحكمة الدولية لرواندا وتيمور الشرقية وسيراليون وكمبوديا ولبنان وتتميز المحاكم الجنائية الخاصة بأنها طبيعة موقتة، وتقتصر ولايتها في النظر في أنواع محددة من الجرائم المرتكبة إبان النزاع أو النظر في جريمة محددة كجريمة قتل رفيق الحريري.

ويعطي ميثاق الأمم المتحدة لمجلس الأمن الدولي صلاحية إنشاء المحاكم الخاصة، الأمر الذي أتاح إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة بمقتضى القرار رقم (808) لعام 1993، التي أوكلت إليها مهمة النظر في الانتهاكات الجسيمة على أراضي يوغسلافيا السابقة ومحاكمة مرتكبيها. كذلك الأمر فيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا وفقًا لقرار رقم (955) لعام 1994، فقد أوكلت إليها مهمة تولى إجراءات التحقيق في جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب التي ارتكبت في رواندا ومحاكمة مرتكبيها. ومؤخرًا شهدنا إقامة المحكمة الخاصة بلبنان بموجب القرار رقم 1644؛ المحاكمة الأشخاص المتهمين بتنفيذ اعتداء 14 شباط / فبراير 2005 الذي أدى إلى مقتل 22 شخصا بمن فيهم رئيس الوزراء اللبناني الأسبق رفيق الحريري.

وبموجب ميثاق الأمم المتحدة، يجوز لمجلس الأمن إعمال صلاحياته وإنشاء

٣٥٢العدالة الأنتقالية وأفاق تطبيقها في سوريا، المركز السوري للعدالة الانتقالية.

محكمة جنائية خاصة بسورية للنظر في الانتهاكات الجسيمة التي يرتكبها أطراف النزاع، ومحاكمة مرتكبيها، ولكن لإصدار قرار بهذا الشأن، يتعين توافر إرادة دولية.

3- محكمة الجنايات الدولية.

تمثل محكمة الجنايات الدولية الأداة الأكثر فاعلية لمساءلة مرتكبي الانتهاكات الخطرة في سورية، ونظرًا إلى أن سورية ليست دولة طرفًا في المحكمة لعدم مصادقتها على نظامها فإن تفعيل ولاية المحكمة في هذه الحالة منوط أيضًا بقرار يتخذه مجلس الأمن.

وللمحكمة صلاحية النظر في جريمة الإبادة الجماعية الجرائم ضد الإنسانية جرائم الحرب وجريمة العدوان، ولكي تمارس المحكمة اختصاصها في حالة سورية، يتعين أن تحال الجريمة من دولة طرف، أو أن يتصرف مجلس الأمن بموجب الفصل السابع من ميثاق المتحدة، فيحيل الحالة السورية الى مدعي عام المحكمة، ويطلب منه فتح تحقيق بموجب النظام الأساس المادة 13 من المحكمة، ويطلب منه فتح تحقيق بموجب المادة 13 من النظام الأساس.
استخدم مجلس الأمن هذه الصلاحية الممنوحة له بمواجهة السودان في إثر تسلمه تقرير لجنة التحقيق التي ألفها بمقتضى القرار رقم 1564 للتحقيق في الأوضاع في دارفور، فقرر المجلس بعد استلامه تقرير اللجنة في كانون الثاني/ يناير 2005 إحالة الوضع في دارفور على محكمة الجنايات الدولية التي قبلت بدورها هذه الإحالة من خلال إعلان مدعي عام المحكمة آنذاك الشروع في التحقيق في الجرائم المرتكبة في دارفور.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

4- تأسيس دستوري للعدالة الانتقالية.

إن البحث في موضوع العدالة الانتقالية في سورية لابد أن يعالج مسائل دقيقة ومهمة تتعلق بتحديات هذه المرحلة الانتقالية وكيفية تحقيق العدالة فيها إلى جانب التسامح، وجبر الضرر والمحاسبة والعقاب، وهو ما يفرض وجود عدالة دستورية تؤسس لقضاء عادل يؤدي إلى عدالة انتقالية في سورية، ولعل الخطوة الأكثر أهمية في بداية المرحلة الانتقالية تتمثل في التأسيس الدستوري المؤسسات السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية بطريق إصدار إعلان دستوري موقت، ينتخب على أساسه مجلس تأسيسي لإنجاز بند واحد وحيد هو وضع دستور عصري للبلاد[٣٥٣].

5- معالجة الوضع الاقتصادي وإعادة الاستقرار.

لا يمكن أن تتحقق العدالة الانتقالية ويشعر أبناء أفراد هذا الشعب بالعدالة دون أن يكونوا في بيوتهم أمنين في بلادهم، لذلك لا بد من:

-تشكيل هيئة عامة للتعويضات الاجتماعية وإعادة الاعمار، تعمل تحت اشراف الجسم التشريعي المؤقت، انطلاقا من أسس العهد الوطني

- إعانة المنكوبين من الاحداث الحالية، وإعادة إعمار ما تهدم لهم من أملاك خاصة.

- إعانة أهالي جميع الشهداء والمعتقلين والجرحى والمعاقين وتعويضهم بشكل عادل.

- إعادة النازحين والمهجرين في الداخل والخارج وتسوية أوضاعهم.

---

٣٥٣ التأسيس الدستوري للعدالة الانتقالية في سوريا الأسس والمنطلقات: حبيب عيسى، ص ٧٩. -

- المساهمة مع الحكومة في إعادة إعمار البنية التحتية والمنشآت العامة المتأثرة من الأحداث وفي تمويل الإجراءات الاقتصادية والاجتماعية العاجلة.

- مطالبة المجتمع الدولي فور سقوط نظام الأسد بإلغاء جميع العقوبات الاقتصادية المفروضة على سوريا ومؤسساتها[٣٥٤].

٣٥٤وثائق القاهرة: الرؤية السياسية المشتركة، من موقع مركز مالكوم كير-كارنيغي للشرق الأوسط.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المطلب السابع: ما الذي حققته عملية العدالة الانتقالية في سوريا؟

حققت عملية العدالة الانتقالية في سوريا عدداً من الانتصارات، ومنها أربع دعاوى مقدمة في ألمانيا وواحدة في النمسا

وواحدة في النرويج استهدفت 60 مسؤولاً رفيع المستوى في الجيش والأجهزة الأمنية، من بينهم الرئيس السوري بشار

الأسد. واتهم هؤلاء المسؤولون بارتكاب جرائم ضد الإنسانية، بما في ذلك الاعتقال التعسفي والإخفاء القسري والتعذيب

والقتل تحت التعذيب وإخفاء الجثث في مقابر جماعية مجهولة بشكل ممنهج وواسع النطاق.

وتم تقديم دعوى أيضاً أمام المدعي العام في فرنسا بحق المسؤولين عن التعذيب في إدارة الأمن الجوي السورية بسبب

قتل مواطنين يحملان الجنسيتين السورية والفرنسية تحت التعذيب في المعتقل. وبموجب الولاية القضائية العالمية التي

تتحلى بها قوانين هاتين الدولتين تم إصدار مذكرات توقيف، على الرغم من أن المشتبه بهم لا يزالون في سوريا ولم يعادروها.

وأفيد بأن مذكرات التوقيف هذه أصدرت بحق علي مملوك، رئيس مكتب الأمن الوطني، وجميل حسن رئيس إدارة

المخابرات الحوّية، وعبد السلام محمود، رئيس فرع التحقيق في إدارة المخابرات الجوية[٣٥٥].

٣٥٥ آفاق غير معهودة: العدالة الانتقالية في سوريا: ٢٤ نوفمبر ٢٠٢٠م.-

وفي ألمانيا تم اعتقال ضابطين من الأجهزة الأمنية: أنور رسلان وإياد الغريب. وكان الأوّل عقيداً مسؤولا قسم التحقيق

في أهم فرع أمن دولة في سوريا (الفرع 251 أو ما يعرف بفرع الخطيب)، وكان الثاني ضابطاً في الفرع نفسه. وابتدأت

محكمة علنية تاريخية لمحاكمة الضابطين في مدينة كوبلنز الألمانية في 23 أبريل ألمانيا أيضاً، تم اعتقال طبيب كان

يمارس التعذيب على المعتقلين في مستشفى حمص العسكري. .2020

المطلب الثامن: توصياتٌ للمنظمات السورية العاملة في مجال العدالة الانتقالية.

في هذا المطلب يطيب لي أن أوجه توصياتٍ للمنظمات السورية العاملة في مجال العدالة الانتقالية وذلك من خلال النقاط التالية:

1-إدارة التوقعات وإعداد تقارير شفافة.

لا بد من أن نوضح للناس الأهداف والقيود الواقعية لمساعي العدالة الانتقالية من أجل إدارة التوقعات وعدم منح الناس

أملاً زائفاً، مما يقوّض مصداقية أي عملية لإرساء العدالة مستقبلاً واللاعبين المشاركين فيها. ومن المهم أيضاً مد قنوات

تواصل واضحة ومتاحة، وراصدة لآخر التطورات بشكل منتظم لكي يظل أصحاب المصلحة على اطلاع بما يحدث..

2-تحسين عملية التوثيق.

على جميع العاملين من السوريين في موضوع العدالة الإنتقالية اعتماد إجراءات توثيقية موحدة لجمع البيانات، والتحقق

منها، وحفظها لتفادي الاستنساخ الذي يؤدي إلى هدر الموارد، وإضعاف البيانات، ويتسبب بألم لا مبرر له للضحايا

وأسرهم.

يجب كذلك الأمر توثيق الانتهاكات التي يرتكبها جميع اللاعبين بشكل محايد وتسليط الضوء عليها لتعزيز مصداقية

اللاعبين المشاركين فيها والبيانات التي تم جمعها، والامتناع عن تسييس الأدلة التي جمعت لخدمة مصالح محدّدة عبر

توخي الحذر بشأن سياق ومصالح اللاعبين المشاركين في جمع تلك المعلومات أو الكشف عنها. من المهم، على حد

سواء، وضع حماية الضحايا والأدلة في قائمة الأولويات من خلال تقييم شامل للضرر الناتج عن الإفصاح عن الأدلة

3-المناصرة الإيجابية.

العمل على مضاعفة مساعي المناصرة التي تستهدف السوريين بهدف تصحيح سوء الفهم الواسع الانتشار لمفهوم

العدالة الإنتقالية، وتجنيد المجتمع لممارسة الضغط دعماً لتنفيذ عدالة انتقالية واجبة في موازاة ذلك، لا بد من اعتماد

خطاب يطالب بالعدالة لجميع السوريين بغض النظر عن انتماء انهم السياسية، ودمج مساعي المناصرة في استراتيجية

شاملة وطويلة الأجل للابتعاد عما هو متاح والتحول نحو ما هو ضروري، ولتوفير

الوقت والجهد على اللاعبين السوريين السعي التعاون معاً حيثما أمكن، وتنسيق جهودهم في مجال التوعية.

4-تمكين الضحايا.

على المنظمات السورية مضاعفة جهودها الرامية إلى العمل مع مجموعات الضحايا لتمكينها عليها، لتحقيق هذه

الغاية، وضع الاستراتيجيات الواضحة حول كيفية تحفيز الضحايا، وتشجيعهم، والعمل معهم لينشطوا في إيجاد الحلول،

فضلاً عن تحريك مصادرها وشبكاتها داخل سوريا وخارجها لتسهيل عمل مجموعات الضحايا، وتزويدها بالدعم

المطلوب.

إلى جانب ذلك، على مجموعات الضحايا أيضاً وضع الاستراتيجيات الواضحة لتطويع أعضاء جدد، وتوسيع شبكاتها

خارج نطاق أعضائها الأساسيين التوسيع نطاق انتشارهم وتأثيرهم على هذه المجموعات، بالتالي، إعطاء الأولوية لتقديم

الدعم لأصحاب المصلحة، بغض النظر عن مواقعهم الجغرافية، من أجل توليد إحساس بالجماعة والتضامن فيما بينهم،

فضلاً عن البدء بالتواصل مع جمهور أوسع لتقديم الدعم الواسع النطاق من خلال شرح سبب وجود هذه المجموعات،

وما الذي تحاول تحقيقه، عبر إقامة اتصالات واضحة وموثوقة وقنوات متابعة معها

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

5-استراتيجيات واضحة.

لا بد للمنظمات السورية من أن تبدأ بالعمل فوراً على خطط جماعية لمواجهة التحديات المرتقبة في المستقبل القريب

والمتوسط الأجل، ويمكنها زيادة تأثيرها عبر رصد المفاوضات الجارية والاستجابة بسرعة للقضايا ذات الصلة التي تم

تناولها. كذلك، قد يساعد على سبيل المثال، النظر إلى البلدان التي كان فيها الانتقال السياسي فوضوياً أو غير كامل في

ربط الدروس المستقاة بالسياق السوري والنهوض بالخبرات المحلية في كيفية.

6-التعامل مع بعض التحديات المتوقعة.

بالإضافة إلى ذلك، على المنظمات السورية البدء، عبر التشاور مع أبناء بلدها، بالتفكير في تطوير تسلسل بناء للعدالة

الانتقالية استناداً إلى الاحتياجات والموارد المتاحة، وكخطوة أولى من الضروري البدء بالتفكير في الآليات الحيوية التي

ينبغي تنفيذها أولاً من أجل إرساء أسيس الأليات الأخرى التي يتعين تنفيذها أيضاً لتحقيق السلام المستدام والعدالة الشاملة

في المستقبل. والجدير بالذكر أن هذه الآلية يجب أن تكون شاملة وتقسم بشكل دوري لعكس التغييرات في احتياجات الناس وتوقعاتهم، ومطالبهم.

الخاتمة

وتتضمن الاستنتاجات والتوصيات

في نهاية هذا البحث لابد لنا من ذكر أهم ما توصل إليه من نتائج وهي على الشكل التالي:

- العدالة الانتقالية هي مجموعة الأساليب والآليات التي يستخدمها مجتمعٌ ما لتحقيق العدالة في فترةٍ انتقاليةٍ في تاريخه، تنشأ هذه الفترة غالبا بعد اندلاع ثورةٍ أو انتهاء حربٍ يترتب عليها انتهاء حقبةٍ من الحكم السلطوي القمعي داخل البلاد، والمرور بمرحلة انتقالية نحو تحولٍ ديمقراطيٍ.

- تهدف العدالة الانتقالية بشكلٍ أساسيٍ إلى تحقيق المصالحة الوطنية، فبعد أبشع ما ارتكب من انتهاكات لحقوق الإنسان، كذلك إلى إصلاح مؤسسات الدولة، وعلى رأسها مؤسسة الجيش والأمن، ووضع حدٍ للجرائم التي تتضمن انتهاكًا لحقوق الإنسان، والتحقيق فيها وتحديد المسؤولين عنها ومعاقبتهم.

- وقد صنف الباحثون في العدالة الانتقالية آلياتها العدالة إلى صنفين: الآليات قضائية والآليات غير قضائية.

- الآليات القضائية للعدالة الانتقالية تتم من خلال المحاكم الوطنية أو الدولية أو المختلطة.

- هناك خمس آليات رئيسة غير قضائية في سياق تجارب العدالة الانتقالية، وهي لجان أو هيئات الحقيقة وبرامج جبر الضرر والإصلاح المؤسساتي والعزل السياسي وحفظ الذاكرة.

- إن تطبيق العدالة الانتقالية في سورية، بعد سقوط النظام، ليس بالأمر اليسير؛

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

لذلك عند الحديث عن العدالة الانتقالية، لا بد من الحديث عن مرحلة انتقالية، يسود فيها القانون، وتتضّح فيها معالم نزاهة القضاء، بحيث يشعر كل مواطن في سورية بأنه ليس بحاجة إلى تحصيل حقوقه المهدورة أو الحفاظ على حقوقه بيده.

- هناك عدة عقبات تحول دون تطبيق العدالة الانتقالية في سوريا منها إن وجود عدة جهات دولية وإقليمية متورطة في النزاع السوري التي تسببت في انتهاكات جسيمة بحق المواطنين في سوريا، ومنها انعدام الثقة بالمؤسسات الوطنية السورية يشكل عائقاً أمام العدالة الانتقالية، ومنها تركيبة وصلاحيات المؤسسات والهيئات الضالعة في انتهاكات حقوق الإنسان والتي كانت شريكة في قتل وتهجير السوريين، مثل المؤسسات الأمنية (الشرطة والجيش).

-لابد من دسترة مبدأ العدالة الانتقالية ضمن الدستور السوري الجديد المزمع كتابته في أروقة الأمم المتحدة، سواء من قبل اللجنة الدستورية، أو من قبل جهات أخرى.

- تشكيل هيئة وطنية سورية للعدالة الانتقالية لحقوق الانسان، تأخذ صلاحياتها من الدستور وتختص بإعداد مقترحاتها بخصوص عناصر العدالة الانتقالية، وتملك كافة الصلاحيات في تشكيل لجان تخصصية كالجان جبر الضرر أو الإصلاح المؤسسي وترفع مقترحاتها للحكومة.

- يعتبر المجتمع السوري حديث العهد بمفهوم العدالة الانتقالية، لذلك لا بد من القيام بندوات ودورات توعوية وتثقيفية لنشر مفاهيم العدالة الانتقالية، وطمأنة الشعب بأن العدالة الانتقالية مرحلة ضرورية للانتقال الى عالم السلام والأمان والاستقرار.

- جمع السلاح من على جميع الأراضي السورية وحصره بالجيش وضمان عدة الجيش لثكناته.

- إعادة اللحمة الوطنية بين مكونات الشعب السوري الذي عانى حالة من التشظي طوال عقد من الزمان وخلال الثورة السورية، فلا يمكن تصور وجود عدالة انتقالية مع بقاء كل فرقة أو فئة من الشعب تنظر الى الأخرى بعين العداء والثأر.

- كما أن أبرز التحديات التي سوف تواجه السوريون هي تشكيل لجان الحقيقة وقدرتها على التوثيق والبحث التحقيق، في الكشف عن مصير آلاف القتلى أو المختفين قسراً أو المعتقلين، وذلك لأسباب عديدة منها اختلاف الجهات المسيطرة على المنطقة على مدار الأزمة في سوريا، أو نتيجة غياب الأدلة والوثائق والشهود، أو نتيجة النزوح واللجوء لكثير من الضحايا وذوي الضحايا في دول العالم.

- من آليات العدالة الانتقالية في سوريا:

- ضمان عدم ضياع الوثائق ماديا وقانونيا.

- إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة بسورية.

- محكمة الجنايات الدولية.

- تأسيس دستوري للعدالة الانتقالية.

- معالجة الوضع الاقتصادي وإعادة الاستقرار.

هذه أهم النتائج التي توصل إليها البحث، وفي ختام هذا البحث أوصي بضرورة أن تكون هناك أبحاث متخصصة لآليات تطبيق العدالة الانتقالية في التجربة السورية حيث أن الدراسات شحيحة للغاية، وتحتاج إلى تضافر جهود الباحثين لوضع تصور نظري ومشروع عملي لتطبيق العدالة في سوريا بعد سقوط النظام المجرم.

كما توصي الدراسة بإفراد كل آلية من آليات تطبيق العدالة الانتقالية بالبحث المتعمق ، وأن تشفع هذه الدراسات بدراسات تطبيقية إحصائية تبين النتائج الإيجابية والسلبيات في التطبيق .

وفي ختام هذا البحث لا يسعني إلا ان أحمد الله على توفيقه لي في إتمام هذا البحث فما كان فيه من خير فمن الله، وما كان منه دون ذلك فهو من نفسي والشيطان.

الباحث

عمر محمد جبه جي

الدوحة - قطر.

قائمة المصادر والمراجع

1- التأسيس الدستوري للعدالة الانتقالية في سوريا الأسس والمنطلقات: حبيب عيسى/ مركز حرمون للدراسات المعاصرة/2017م.

2- ترتيبات الحكم المؤقتة في البيئات الهشة وبيئات ما بعد الصراع: روبرت فورستر/ المؤسسة الدولية للديموقراطية والانتخابات.

3- تطبيقات العدالة الانتقالية في تجربتي جنوب إفريقيا وراوندا: بحث منشور في الانترنت بدون اسم مؤلف.

4- التفاعل بين العدالة الانتقالية وبناء الدستور: أماندا كاتس / المؤسسة الدولية للديموقراطية والانتخابات.

5- جبر الضرر عن طريق التعويض وأولويات تدابير العدالة الانتقالية: د. فريجة محمد هشام/ مجلة الحقيقة/ العدد 43.

6- الحق بمعرفة الحقيقة في القانون الدولي: باسل عباس، المجلة الدولية للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد13، 2020م.

6- حماية وتأهيل ضحايا جريمة التعذيب في سياق نظام العدالة الانتقالية: سامر أحمد موسى/دار المنظومة / 2018م.

7- عدالة انتقالية أم سياسة انتقالية. أسس العدالة الانتقالية في سورية: نزار أيوب/مركز حرمون للدراسات المعاصرة /2017م.

8- العدالة الانتقالية بتونس: أحمد شوقي بنيوب / مركز الكواكبي للتحولات الديموقراطية/2012م.

9- العدالة الانتقالية في تيمور الشرقية: شناز بن قانة/المركز الديموقراطي العربي / برلين /2011م.

10- العدالة الانتقالية في سوريا ضمانة للوصول إلى سلام مستدام: حبيب عيسى، المركز السوري للحقيقة والعدالة / 2023م.

11- العدالة الانتقالية مقاربات عربية للتجربة الدولية: عبد الحسين شعبان/ المستقبل العربي/2015م.

12- العدالة الانتقالية في السياقات العربية: علاء شلبي/المنظمة العربية لحقوق الإنسان/2016م.

13- العدالة والنوع الاجتماعي: إليانور غوردان/مركز جنيف لحوكمة قطاع الأمن.

14- العدالة الانتقالية : روتي تيتيل، ص 20، مطبعة أكسفورد، 2000م.

15- محددات العدالة الانتقالية في القانون الدولي: عبد الله الهواري/دار المنظومة/2017.

16- المعايير الدولية للعدالة الانتقالية وآليات تطبيقها: محمد عادل عسكر، دار المنظومة/2016م.

17- معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي: المستشار عادل ماجد، المؤسسة الألمانية للتعاون القانوني، القاهرة، 2013م.

18- معضلات العدالة الانتقالية في التحول من دول شمولية إلى دول ديموقراطية/ نويل كالهون/ الشبكة العربية للأبحاث والنشر/ بيروتم2014م.

19- مناهج عمل هيئة الانصاف والمصالحة في المغرب: مصطفى بوجعبوط/ المركز الديموقراطي العربي/ برلين / 2018م.





كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

حكم نكاح الكتابية في دار الكفر بين الإباحة الأصلية ومقصد حفظ الدين

ملخص البحث

يتناول هذا البحث مسألة نكاح المسلم للمرأة الكتابية في ديار غير المسلمين (دار الكفر)، ويبحثها من منظور مقاصدي وفقهي معاصر، وذلك في ظل ما تشهده المجتمعات الإسلامية من هجرة واستقرار في بلاد غير إسلامية. ويناقش البحث مدى مشروعية هذا الزواج في تلك البيئات، ويوازن بين الجواز الأصلي المستفاد من النصوص القرآنية و المقاصد الشرعية وعلى رأسها حفظ الدين، ومآلات هذا الزواج من جهة تأثيره على الزوج والذرية والأسرة المسلمة.

وقد استعرض البحث أقوال الفقهاء في حكم نكاح الكتابية في دار الكفر، وناقش أدلة كل فريق، ثم عمد إلى دراسة الواقع المعاصر وما يكتنفه من مخاطر على الهوية الدينية للأبناء، وتأثير البيئة غير المسلمة على الأسرة. كما أبرز البحث رأي الصحابة، كعمر بن الخطاب وابن عباس وابن عمر، وموقفهم من هذه المسألة، وكيف تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان والمآلات.

وخلص البحث إلى أن القول الراجح في ضوء مقاصد الشريعة– لا سيما مقصد حفظ الدين– هو تحريم نكاح المسلم للكتابية في دار الكفر، سداً للذرائع ودرءاً للمفاسد الراجحة التي تصاحب هذا الزواج في زماننا. وأكد على أن هذا الحكم اجتهادي يتغير بتغير المصلحة والمفسدة، داعياً إلى مراجعة الفتاوى التي قد تفضي إلى ضياع الهوية الدينية للمجتمعات المسلمة في المهجر.

الكلمات المفتاحية: نكاح الكتابية، دار الكفر، حفظ الدين، سد الذرائع، الضرورة.

Abstract

This research addresses the issue of a Muslim man marrying a Christian or Jewish woman (a "scriptural woman") while residing in non-Muslim countries (Dar al-Kufr). It explores the subject from a contemporary legal and maqāṣid-based (objectives of Islamic law) perspective, especially considering the increasing migration and permanent residence of Muslims in non-Islamic societies. The study examines whether such marriages remain permissible under these circumstances, balancing the original permissibility found in Quranic texts with higher objectives of Islamic law—foremost among them being the preservation of religion—and the real-life consequences of such marriages

The research presents and analyzes classical juristic opinions on the ruling of marrying a scriptural woman in non-Muslim lands, along with their evidences. It also highlights the positions of Key Companions such as ʿUmar ibn al-Khaṭṭāb, Ibn ʿAbbās, and Ibn ʿUmar, and reflects on the changes in fatwas due to variations in context, time, and outcome

The study concludes that, in light of the objective of preserving religion and in view of the prevalent harms associated with such marriages today—particularly the threat to the religious identity of children and families—the more appropriate ruling is the prohibition of such marriages in non-Muslim lands. This is based on the principles of blocking harmful means (sadd al-dharāʾiʿ) and prioritizing harm prevention over benefit

acquisition. The research calls for a reevaluation of permissive rulings that may unintentionally contribute to the erosion of Muslim identity in the West

Keywords: Marriage to a Woman from the People of the BooK, non-Muslim lands, preservation of religion, blocKing the means (Sadd al-Dhara'i), necessity.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن واقع المسلمين في العصر الحديث يشهد انتشارًا واسعًا للهجرة والاستقرار في البلدان غير الإسلامية، سواءً لأغراض الدراسة أو العمل أو اللجوء أو غيرها من الدوافع. ومع هذه الإقامة الطويلة في ديار غير المسلمين (دار الكفر) تبرز العديد من القضايا الفقهية والاجتماعية الحساسة التي تحتاج إلى معالجة علمية متأنية تراعي المقاصد الشرعية ومتغيرات الواقع.

ومن أبرز تلك القضايا مسألة زواج المسلم من امرأة كتابية في بلاد الكفر، وهي مسألة تجمع بين البعد النصيّ والبعد المقاصدي، إذ تتقاطع فيها النصوص الشرعية الدالة على أصل الإباحة مع مقاصد حفظ الدين والنسل والأسرة. وقد أصبح التساؤل حول مدى مشروعية هذا الزواج، ومدى ثبوته في ضوء الظروف المعاصرة، من أهم الإشكالات التي تواجه الأقليات المسلمة في الغرب.

يهدف هذا البحث إلى بيان الموقف الشرعي المنضبط من هذه المسألة، من خلال دراسة أقوال العلماء المتقدمين والمعاصرين، وتحليل أدلتهم في ضوء فقه المآلات وسدّ الذرائع، مع استحضار التحديات الفكرية والاجتماعية التي تحيط بالمسلمين المقيمين في المجتمعات غير الإسلامية، والتي تؤثر تأثيرًا مباشرًا على هويتهم الدينية وتربية أبنائهم.

كما يسعى البحث إلى إبراز أثر مقصد حفظ الدين في توجيه الحكم الشرعي، إذ إنّ هذا المقصد يُعدّ من الكليات الخمس التي جاءت الشريعة برعايتها، وهو الذي يتقدّم على سائر المقاصد عند التعارض. ومن ثمّ فإن النظر في واقع الزواج بالكتابيات في بلاد الكفر لا بد أن يكون في ضوء هذا المقصد الجليل، حتى لا تتحوّل الإباحة الأصلية إلى وسيلة لهدم الهوية الدينية وضياع الأجيال المسلمة.

أسباب اختيار الموضوع

كثرة تواجد المسلمين في ديار الكفر، وازدياد حالات الزواج من كتابيات في تلك البلاد.

الحاجة الماسة لتوجيه فقهي معاصر يُراعي مقاصد الشريعة وظروف الأقليات المسلمة.

غياب الضبط الشرعي والفقهي الدقيق لدى كثير من المسلمين في الغرب في مسائل الزواج المختلط.

إشكالية تربية الأبناء وضياع الهوية الإسلامية في مثل هذه البيئات، مما يجعل البحث في هذه المسألة ذا صبغة واقعية ملحة.

محاولة سدّ فراغ بحثي في الربط بين مقاصد الشريعة—خصوصًا حفظ الدين—والحكم على هذه النازلة.

مشكلة البحث

ما حكم زواج المسلم من امرأة كتابية في دار الكفر في ظل الواقع المعاصر، وما مدى تأثير مقصد حفظ الدين على هذا الحكم؟ وهل يُعتبر هذا الزواج جائزًا كما هو الحكم الأصلي، أم أن تغير الزمان والمكان والمآل يقتضي تغيير الفتوى؟

أهمية البحث

إبراز البعد المقاصدي في معالجة نوازل معاصرة تمسّ حياة المسلمين اليومية.

بيان أثر البيئة الكافرة في تشكيل هوية الأسرة المسلمة ومستقبل أبنائها.

تصحيح التصورات الخاطئة حول إطلاق الجواز في نكاح الكتابية دون قيد أو شرط.

خدمة فقه الأقليات، وربطه بالمقاصد الشرعية الكبرى.

المساهمة في توجيه فتاوى المؤسسات الإسلامية في الغرب بناءً على دراسة تأصيلية واقعية.

أهداف البحث

بيان الحكم الشرعي في نكاح الكتابية في دار الكفر من خلال الأدلة النقلية والنظر المقاصدي.

بيان أقوال العلماء في المسألة وأدلتهم.

بيان أثر مقصد حفظ الدين في ترجيح المنع أو التحريم.

تقديم توصيات عملية للمسلمين في ديار الكفر.

منهجية البحث

المنهج الاستقرائي: بجمع النصوص والأقوال الفقهية المتعلقة بالموضوع.

المنهج التحليلي: لتحليل أقوال الفقهاء وأدلتهم ومقارنتها في ضوء المقاصد الشرعية.

المنهج المقاصدي: لإبراز أثر مقصد حفظ الدين وسد الذرائع في ترجيح المسألة.

المنهج الواقعي: من خلال دراسة الحالات المعاصرة والفتاوى الحديثة ذات الصلة.

خطة البحث

تتألف هذه الدراسة من مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وهي كالتالي:

المبحث الأول: مفهوم الكتابية وأهل الكتاب.

المبحث الثاني: حكم نكاح الكتابية في دار الكفر.

المبحث الثالث: الترجيح في حكم نكاح الكتابية في دار الكفر في ضوء مقصد حفظ الدين.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الكتابية وأهل الكتاب

قبل الولوج في تحليل حكم زواج المسلم من الكتابية في ديار غير المسلمين، من الضروري تحديد المقصود بمصطلح الكتابية وتوضيح المراد من أهل الكتاب كما ورد في النصوص الشرعية، لما لذلك من أثر مباشر في تحرير محل النزاع الفقهي.

المطلب الأول: معنى الكتابية وأهل الكتاب:

يطلق مصطلح أهل الكتاب على طائفة من غير المسلمين الذين أنزل الله عليهم كتابًا سماويًا، كالتوراة أو الإنجيل، وقد ورد هذا الوصف في القرآن الكريم في مواضع متعددة، منها قوله تعالى: {لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِّلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا وَلَتَجِدَنَّ أَقْرَبَهُمْ مَوَدَّةً لِّلَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصَارَى}[المائدة: 82].

وقد اتفق الفقهاء على أن المقصود بأهل الكتاب هم اليهود والنصارى، وإن اختلفوا في إدخال غيرهم ممن كانت لهم كتب سماوية أخرى، كالصابئة أو من تمسك بالزبور وصحف إبراهيم وشيث.

المطلب الثاني: الخلاف في تحديد أهل الكتاب:

انقسم العلماء إلى مذهبين في تحديد من يدخل تحت مسمى "أهل الكتاب":

- **المذهب الأول:**

يرى أن أهل الكتاب يشملون كل من آمن بدين سماوي أنزل الله فيه كتابًا، سواء التوراة أو الإنجيل أو الزبور أو صحف إبراهيم. وعليه، فكل من ينتسب إلى هذه الأديان يدخل في مسمى أهل الكتاب. وهذا هو مذهب الحنفية وبعض الحنابلة، ومنهم القاضي أبو يعلى((٣٥٦)).

- **المذهب الثاني:**

يرى أن أهل الكتاب هم اليهود والنصارى فقط، دون غيرهم من أصحاب الكتب السابقة، كالذين تمسكوا بصحف إبراهيم أو الزبور، لأن تلك الكتب لم تشتمل على الأحكام التشريعية التي توجب معاملتهم معاملة أهل الكتاب. وهذا هو قول الشافعية وأكثر الحنابلة((٣٥٧)).

الترجيح:

الراجح من القولين هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وهو أن أهل الكتاب هم اليهود والنصارى دون غيرهم، بدليل قوله تعالى: {أَن تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا}[الأنعام: 156].

فقد خصّ الله تعالى الإنزال بطائفتين فقط، وهما اليهود والنصارى، مما يدل على أن غيرهما لا يدخل في مسمى أهل الكتاب. كما أن ما نزل على غير هاتين الطائفتين كان مواعظ وإرشادات لا أحكامًا تشريعية، فلا يترتب عليها أحكام أهل الكتاب((٣٥٨)).

---

(٣٥٦) انظر: الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،(المطبعة الكبرى الاميرية، القاهرة، الأولى، ١٣١٣هـ)، ٢/١١٠.

(٣٥٧) انظر: الشربيني، محمد بن محمد [ت ٩٧٧ هـ]، مغني المحتاج، (دار الفكر، بيروت، بدون معلومات الطباعة)، ٢/١٨٧. وانظر: ابن قدامة، أبو محمد عبد الله (٥٤١ - ٦٢٠ هـ)، المغني، تحقيق: طه الزيني وآخرون (مكتبة القاهرة، الأولى، ١٣٨٨ هـ = ١٩٦٨ م) - (١٣٨٩ هـ = ١٩٦٩ م)، جـ١٠)، ٩/٢١٢.

(٣٥٨) انظر: ابن قدامة، أبو محمد عبد الله، المغني، ٩/٣٢٩، وانظر: الشهرستاني، محمد عبدالكريم، الملل والنحل، تحقيق: أمير علي مهنا وعلي حسن فاعور (دار

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

المطلب الثالث: هل ما زال اليهود والنصارى اليوم يُعدّون من أهل الكتاب؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

- **القول الأول (للشافعية):**

إن أهل الكتاب الحقيقيين هم من دخلوا في اليهودية أو النصرانية قبل النسخ والتحريف، أي قبل بعثة النبي عليه الصلاة والسلام، أما من دخل بعد ذلك فليس من أهل الكتاب؛ لأن الشرائع السابقة نُسخت ببعثة الإسلام[٣٥٩].

- **القول الثاني (لجمهور العلماء):**

أنَّ كلَّ من انتسب إلى اليهودية أو النصرانية يُعدّ من أهل الكتاب، ولو بعد التحريف والنسخ، لأن القرآن الكريم حين وصفهم بـ"أهل الكتاب" كان الخطاب موجهًا إلى من عاصر النبي عليه الصلاة والسلام، وهم من كان على دين اليهود والنصارى بعد التحريف[٣٦٠].

الترجيح:

الراجح هو قول الجمهور، وذلك لأمرين:

1. أن القرآن الكريم أطلق وصف "أهل الكتاب" على اليهود والنصارى المعاصرين للنبي عليه الصلاة والسلام مع علم الله بانحرافهم وتحريفهم للكتب

المعرفة، بيروت، الثالثة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ١/ ٢٦٠ وما بعدها.

[٣٥٩] انظر: الشربيني، محمد بن محمد، مغني المحتاج، ٣/ ١٨٧- ١٨٨. وينظر: المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب - تكملة المطيعي، (المكتبة السلفية - المدينة المنورة (وهو إعادة صف للتكملة الأولى للمطيعي)، ١٦/ ٢٣٣.

[٣٦٠] انظر: ابن كثير، إسماعيل بن عمر (ت ٧٧٤ هـ)، تفسير القرآن العظيم، ، تحقيق: محمد حسين، (دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت، الأولى - ١٤١٩ هـ)،. ٣/ ٣٧، و انظر: القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر(المتوفى: ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق:أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، (دار الكتب المصرية – القاهرة، الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، جـ١٠)، ٦/ ٧٨، وانظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (٨٥٢ هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، جـ١٣)، ٩/ ٦٣٦، وانظر: ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دار الحديث – القاهرة، بدون طبعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م، ج٤)، ٢/ ٢١٢.

السماوية، كما في قوله تعالى:{مِنَ الَّذِينَ هَادُوا يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَن مَوَاضِعِهِ}[النساء: 46].

مما يدل على أن وصف "أهل الكتاب" باقٍ لهم رغم التبديل[٣٦١].

2. أن الصحابة– رضي الله عنهم– كانوا يأكلون من ذبائح اليهود والنصارى ويُجيزون الزواج من نسائهم بعد التبديل، كما في تعاملهم مع نصارى الشام ومصر بعد الفتح[٣٦٢].

الخلاصة في تحديد الكتابية:

المرأة الكتابية هي كل من تدين بدين اليهودية أو النصرانية، سواء كانت من نسل أهل الكتاب الأصليين أو ممن دخل في دينهم لاحقًا، وسواء كان دخولها قبل النسخ أو بعده. ومن كانت لأبوين أحدهما كتابي والآخر وثني ثم اختارت دين الكتابي، فهي تُعد كتابية كذلك.

وبناءً على ما سبق، فإن الراجح في تعريف الكتابية أنها كل امرأة تدين بدين اليهود أو النصارى، وتؤمن بكتابهم المحرف، سواء كانت من نسلهم أو من داخلتهم بعد التحريف، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو الثابت عن الصحابة رضوان الله عليهم، وكابن قدامة وابن تيمية والمرداوي من الحنابلة الذين رجّحوا هذا القول[٣٦٣].

---

[٣٦١] انظر: ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ٣٢٣/٢.

[٣٦٢] انظر: إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا،(دار اليسر، القاهرة، ط ١، ٢٠١٣م)، صـ٩٤٠.

[٣٦٣] انظر: الشربيني، محمد بن محمد، مغني المحتاج، ١٨٩/٣, و انظر: ابن قدامة، أبو محمد عبد الله، المغني، ٥٤٩/٩, وانظر: ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم (ت: ٧٢٨هـ)، دقائق التفسير، تحقيق: د. محمد السيد (مؤسسة علوم القرآن – دمشق، الثانية، ١٤٠٤هـ)، ١٩/٢.

المبحث الثاني

حكم نكاح الكتابيةt في دار الكفر

دارُ الكفر هي الدار التي لا تكون فيها السيادة والغلبة للشريعة الإسلامية، بل يكون السلطان والحكم فيها لغير الإسلام، وتعلو فيها قوانين الكفر وأنظمته، بحيث لا يظهر حكم الإسلام ظهورَ تمكينٍ عام، وإن وُجد فيها مسلمون أو مورست بعض شعائر الإسلام على نطاقٍ فردي.

وتعدّ مسألة زواج المسلم من امرأة كتابية في دار الكفر من المسائل التي تناولها الفقهاء منذ صدر الإسلام، إلا أنَّ الواقع المعاصر في بلاد غير المسلمين أضفى عليها أبعادًا جديدة تستوجب إعادة النظر فيها في ضوء المقاصد الشرعية ومآلات الأفعال.

تحرير محلّ النزاع:

المرأة الكتابية قد تكون مقيمة في دار الإسلام، فتكون ذمية خاضعة لأحكامه، وقد تكون معاهدة أو مستأمنة من دار الحرب، وقد تكون حربية مقيمة في ديار الكفر.

وتتفاوت الأحكام الفقهية باختلاف هذه الصور، غير أنَّ موطن البحث هنا هو زواج المسلم بالكتابية في دار الكفر، وهي الحالة التي تمثل أخطر الأشكال وأكثرها تعقيدًا في واقع الأقليات المسلمة، لما يكتنفها من تحديات دينية وتربوية.

يتعلق محلّ الخلاف بين الفقهاء بأثر مقصد حفظ الدين على حكم زواج المسلم من الكتابية خارج ديار الإسلام:

هل يبقى على أصل الإباحة، أم أن تغيّر البيئة والمآلات يوجب القول بالتحريم أو الكراهة الشديدة؟

وقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين رئيسين:

المذهب الأول: القول بالتحريم:

يرى أصحاب هذا القول أنّ نكاح المسلم من الكتابية في دار الكفر محرّم، لأن المآلات المترتبة عليه تمسّ صميم الدين والأسرة المسلمة.

وقد رُوي هذا القول عن عدد من الصحابة، منهم عبد الله بن عباس، وعمر بن الخطاب، وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، كما هو مذهب زيد بن علي[٣٦٤]، وبه قال النخعي، والثوري، ومجاهد[٣٦٥]، وهي رواية عند الحنفية[٣٦٦] والحنابلة[٣٦٧]، وبه قال القرطبي من المالكية[٣٦٨]، وعدد من العلماء المعاصرين[٣٦٩].

---

[٣٦٤] انظر: السياغي، الحسين بن أحمد، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، (الناشر: مكتبة المؤيد – الطائف، الثانية، ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م، عدد الأجزاء: ٥)، ٤/ ٢٧٠– ٢٧٤.

[٣٦٥] انظر: الطبري، محمد بن جرير(ت ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القران، تحقيق: د.عبد الله التركي (دار هجر للطباعة والنشر، الأولى، ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠١ م، ج٢٦)، ٨/ ١٤٦، و انظر: القاسمي، محمد جمال الدين (ت ١٣٣٢هـ)، محاسن التأويل، تحقيق: محمد عيون السود (دار الكتب العلميه – بيروت، الأولى – ١٤١٨ هـ)، ٤/ ٥٧، و ينظر: ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير الأنصاري (مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة – الإمارات العربية المتحدة، الأولى، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤ م)، ٥/ ٩٣.

[٣٦٦] انظر: ابن عابدين، محمد أمين (ت:١٢٥٢هـ)، حاشية رد المحتار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، (شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الثانية ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م)، ٣/ ٤٥.

[٣٦٧] انظر: المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، (مطبعة السنة المحمدية وصوّرتها: دار إحياء التراث العربي – بيروت، الأولى، ١٣٧٤ هـ – ١٩٥٥ م)، ٨/ ١٣٥.

[٣٦٨] انظر: القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن ، ٣/ ٦٩.

[٣٦٩] انظر: الجبري، عبدالمتعال، جريمة الزواج بغير المسلمات فقهاً وسياسة، (مطتبة وهبة– القاهرة، الثالثة، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ١٠٤ وما بعدها، و انظر: عامر، عماد، الهجرة إلى بلاد غير المسلمين: حكمها، ضوابطها وتطبيقاتها،(دار ابن حزم، الأولى، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، صـ٢٤٤–٢٤٥.

أدلتهم:

1. قوله تعالى:

{قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ}[التوبة: ٢٩].

قالوا: إنَّ الأمر بقتالهم يدل على عدم جواز موالاتهم، والزواج من نسائهم يورث المودة والميل القلبي، فيتعارض مع هذا الأصل القرآني.

فالزواج لا يكون إلا مع المودة والسكينة، والله نهى عن مودة من يحادّونه ورسوله((٣٧٠)).

وذهب بعض المعاصرين إلى عدم حل نكاحهن جميعاً، سواء في دار الإسلام أو غير دار الإسلام؛ معللين ذلك بأنهن لا يدفعن الجزية((٣٧١)).

2. قوله تعالى:

{الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ}[المائدة: ٥].

ووجه الاستدلال أنَّ المراد بالآية الكتابيات الذميات الخاضعات لحكم الإسلام، لا الحربيّات المقيمات في دار الكفر؛ لأن المودة والأمان لا يتحققان إلا في بيئة يَسودها حكم الإسلام((٣٧٢)).

---

(٣٧٠) انظر: الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت: ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، (طبع دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الأولى، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، جـ٣)، ١١٧/٣.

(٣٧١) انظر: جريمة الزواج بغير المسلمات، صـ١٠٣.

(٣٧٢) انظر: أحكام القرآن، ٤٠٨/٢.

3. قوله تعالى:

{لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ} [المجادلة: ٢٢].

قالوا: إنّ الزواج نوع من المودة التي نهى الله عنها مع من يعادي دينه، والكتابية في دارها داخلة في هذا الوصف[٣٧٣].

وهل هناك مودة لهؤلاء أكثر من أن يزوج إليهم، وتصبح الواحدة من نسائهم جزءاً من أسرته، بل العمود الفقري في الأسرة[٣٧٤].

4. قوله تعالى:

{الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ وَالْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ}[النور: ٢٦].

واعتبروا أنَّ الكتابية المقيمة في بيئة الكفر تمارس ما يُعد خبيثًا من العقائد والعادات، فلا تكون صالحة للمؤمن الطاهر بدينه[٣٧٥].

من آثار الصحابة:

- عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: من نساء أهل الكتاب من يحل لنا ومنهن من لا يحل لنا، واحتجّ بقوله تعالى: {قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ...} [التوبة:29]، فحصر الحل فيمن أعطى الجزية[٣٧٦].

- وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه غضب على حذيفة بن اليمان وطلحة بن عبيد الله حين تزوجا كتابيتين، وأمرهما بتطليقهما، سدًّا للذرائع وخوفًا من افتتان المسلمين بمثل هذا الزواج[٣٧٧].

(٣٧٣) المصدر السابق ، ٤١١/٢.

(٣٧٤) انظر: القرضاوي، يوسف، في فقه الاقليات المسلمة، (دار الشروق- القاهرة، الأولى، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، ص٩٩.

(٣٧٥) انظر: القاسمي، محمد جمال الدين، محاسن التأويل، ٣٤٢/٧.

(٣٧٦) أورده ابن جرير الطبري في تفسيره «جامع البيان»، ١٤٦/٨.

(٣٧٧) الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر - سوريَّة — دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة)،٦٦٥٤/٩- ٦٦٥٥، و الأهدل، عبد الله قادري، حكم زواج المسلم بالكتابية، (دار حافظ للنشر والتوزيع)، ص٢٠.

- وكان ابن عمر رضي الله عنه يرى أن الزواج من النصرانية أو اليهودية لا يجوز، لأن أعظم الشرك أن تقول المرأة إنّ ربها عيسى[٣٧٨].

ونُسب القول بذلك إلى البخاري حيث بوّب في تفسير آية التّحريم بأثر ابن عمر رضي الله عنه، قال ابن حجر رحمه الله:" فكأنّه يرى أنّ آية المائدة منسوخة "[٣٧٩].

وهذه الآثار تدلّ على أن الصحابة نظروا إلى هذه المسألة من زاوية المآلات والمفاسد الاجتماعية والدينية، لا من مجرد أصل الإباحة.

المذهب الثاني: القول بالكراهة:

يرى أصحاب هذا المذهب أنّ النكاح جائز في الأصل لكنه مكروه في دار الكفر، لما قد يترتب عليه من مفاسد محتملة.

وهذا قول علي بن أبي طالب، وعطاء، والحسن البصري، وجماعة من السلف[٣٨٠]، وهو مذهب الحنفية[٣٨١]، والمالكية[٣٨٢]، والشافعية[٣٨٣]، والقول الثاني عند الحنابلة[٣٨٤].

---

[٣٧٨] عن نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما، كان إذا سئل عن نكاح النصرانية واليهودية قال:(إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئا أكبر من أن تقول المرأة: ربها عيسى، وهو عبد من عباد الله!) أخرجه البخاري (٤٩٨١).

[٣٧٩] انظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري، ٤١٧/٩.

[٣٨٠] انظر: المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب، ٢٣٢/١٦.

[٣٨١] انظر: السرخسي، محمد بن أحمد (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، (مطبعة السعادة – مصر، وصوّرتها: دار المعرفة – بيروت، لبنان، والفهارس، ط دار المعرفة)، ٥٠/٥.

[٣٨٢] انظر: الخرشي، محمد بن عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، شرح الخرشي على مختصر خليل،(المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الثانية، ١٣١٧ هـ)، ٢٢٦/٣.

[٣٨٣] انظر: القليوبي و عميرة، أحمد سلامة وأحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، (دار الفكر – بيروت، بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ٢٥٠/٣.

[٣٨٤] انظر: ابن قدامة، أبو محمد عبد الله، المغني، ١٤٩/١٣.

أدلتهم:

1. عموم قوله تعالى:

{وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ}[المائدة: ٥].

قالوا: إنَّ الآية جاءت عامة ولم تُقيّد دار الإسلام أو الكفر، فيبقى الحكم على إطلاقه ما لم يقم دليل مخصّص[٣٨٥].

وقال القاسمي[٣٨٦] رحمه الله:»استدل بعموم الآية من جوّز نكاح الحربيات الكتابيات»[٣٨٧].

2. آثار الصحابة:

قالوا إنّ نهي عمر رضي الله عنه كان للكراهة لا للتحريم، بدليل أنه لم يصرّح بتحريم الزواج، وإنما خشي أن يُقتدى بهم فيترك المسلمون الزواج بالمسلمات[٣٨٨].

كما أن ابن عباس رضي الله عنه ورد عنه القول بالجواز، مستدلًا بعموم الآية السابقة[٣٨٩].

---

[٣٨٥] انظر: الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، ٤١١/٢.

[٣٨٦] هو: جمال الدين (أو محمد جمال الدين) بن محمد سعيد بن قاسم الحلاق، من سلالة الحسين السبط: إمام الشام في عصره، علما بالدين، وتضلعا من فنون الأدب..كان سلفي العقيدة لا يقول بالتقليد، مولده ووفاته في دمشق (١٢٨٣ - ١٣٣٢ هـ = ١٨٦٦ - ١٩١٤ م)، (انظر: الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس (ت: ١٣٩٦هـ) الأعلام،(دار العلم للملايين، الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م)، ١٣٥/٢.

[٣٨٧] القاسمي، محمد جمال الدين، محاسن التأويل، ٥٧/٤.

[٣٨٨] انظر: الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان، ٧١٥/٣.

[٣٨٩] انظر: المصدر السابق ، ٧١١/٣.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
المركز الرئيسي IUM

الإجماع المنقول:

نقل ابن عابدين وغيره أن العلماء أجمعوا على كراهة الزواج بالكتابية في دار الكفر، لما فيه من احتمال الفتنة وضياع الأبناء، لا على التحريم القطعي[٣٩٠].

المبحث الثالث

الترجيح في حكم نكاح الكتابية في دار الكفر في ضوء مقصد حفظ الدين

تُعدّ مسألة زواج المسلم بالكتابية في دار الكفر من المسائل التي يتداخل فيها النص الشرعي مع المقصد الكلي للشريعة، وهو حفظ الدين، الذي يُعدّ من الضروريات الخمس التي جاءت بها أحكام الإسلام.

ولذلك فإنّ النظر المقاصدي في هذه المسألة يُفضي إلى إعادة تقييم الحكم الشرعي في ضوء ما آلت إليه الأوضاع المعاصرة من مفاسد دينية واجتماعية تمسّ صميم العقيدة والهوية الإسلامية.

المطلب الأول: التوصيف الفقهي لدار الكفر في العصر الحديث:

لم تعد ديار الكفر اليوم دار حرب بالمعنى القديم، إذ إن العلاقات بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية أصبحت قائمة على المعاهدات والتبادل الدبلوماسي والمصالح المشتركة. ومع ذلك، فإن هذه البلاد لا تُحكّم الشريعة الإسلامية،

[٣٩٠] انظر: ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار، ٤٥/٣.

وتغلب فيها القوانين الوضعية والممارسات المخالفة للدين، مما يجعلها بيئة مؤثرة على المسلم المقيم فيها وعلى أسرته.

ولهذا فإنّ المسلم الذي يعيش في تلك البلاد يتعرّض لجملة من التحديات الفكرية والثقافية، كذوبان الهوية، وضعف الانتماء الديني، وتأثير البيئة في الأبناء، خاصة إذا كانت الأم غير مسلمة. وهذا الواقع هو الذي يجعل الحكم الشرعي في المسألة يتغيّر بتغيّر المآل والمصلحة، تطبيقًا لقاعدة «تبدّل الفتوى بتبدّل الزمان والمكان والحال»[٣٩١].

المطلب الثاني: أثر مقصد حفظ الدين في توجيه الحكم:

يُعدّ حفظ الدين المقصد الأعلى في ترتيب المقاصد الشرعية، وبه تُقاس مشروعية الأحكام والمصالح.

فكل تصرف يُفضي إلى تضييع الدين أو الانتقاص منه يدخل في دائرة المنع الشرعي، ولو كان في أصله مباحًا. ومن ثمّ فإنّ الزواج من الكتابية في دار الكفر إذا ترتب عليه ضياع الدين أو ضعف التمسك به، فإنه يُمنع سدًّا للذريعة، عملاً بقاعدة:«درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح»[٣٩٢].

وقد نصّ العلماء على أن المباح إذا أفضى إلى مفسدة راجحة صار محرمًا، كما قرّر ذلك العز ابن عبدالسلام في قواعد الأحكام حين قال:«الوسائل لها أحكام المقاصد، فما أفضى إلى محرم فهو محرم»[٣٩٣].

---

[٣٩١] انظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف (ت: ٧٥١ هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، (دار الكتب العلمية – بيروت، الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ج٤)، ٤٨/١.

[٣٩٢] بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز (ت: ٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، (طبع مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ١٩٩١ م)، ١٤٢/٥.

[٣٩٣] بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٥٣/١.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

وبناءً عليه، فإنّ زواج المسلم من الكتابية في دار الكفر يدخل ضمن الوسائل المؤدية إلى مفسدة ظاهرة، تتمثل في ضعف القوامة، وضياع الأبناء، وتسلط القوانين غير الإسلامية التي قد تنتزع الحضانة أو تؤثر في تربية الأطفال.

المطلب الثالث: الموازنة بين النص والمقصد:

النصوص القرآنية التي أباحت الزواج من الكتابيات، مثل قوله تعالى:{وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ}[المائدة: 5]، وردت في سياقٍ الفتوحات الإسلامية، وإنّ الإباحة الشرعية لزواج المسلم من الكتابية حين شُرعت في صدر الإسلام، كانت مرتبطة بظروف خاصة اقتضتها مرحلة الفتوحات الإسلامية؛ إذ كان المسلمون في حاجة إلى هذا الزواج بسبب قلة المسلمات وكثرة المقاتلين المقيمين في البلاد المفتوحة، وكانت البيئة الإسلامية تحيط بالزوجة الكتابية من كل جانب، فشُرع الحكم حينها لجلب المصلحة ودفع المشقة، لا لكونه مقصودًا لذاته.

أما في واقع اليوم، فقد تغيّرت الظروف، وأصبح هذا الزواج في بلاد غير المسلمين يؤدي إلى مفاسد دينية واجتماعية، من أبرزها ضياع العقيدة والهوية الإسلامية للأبناء، وضعف القوامة، وتأثر المسلم ببيئة الكفر.

وبذلك، فإنّ الموازنة بين النص والمقصد تقتضي أن يُفهم الحكم في ضوء علّته ومآله؛ فالإباحة التي شُرعت في زمنٍ تحققت فيه المصلحة تُمنع اليوم إذا غلبت مفسدتها، عملًا بمقصد حفظ الدين الذي يقدّم على النصوص الجزئية عند تغيّر الأحوال والمآلات.

المطلب الرابع: مفاسد هذا الزواج في الواقع المعاصر:

1. ضياع الدين عند الذرية:

إذ ينشأ الأبناء في بيئة يغلب عليها الكفر، تحت تأثير الأم وعاداتها ومؤسسات التعليم غير الإسلامية، مما يؤدي إلى ضعف ارتباطهم بالإسلام أو انقطاعهم عنه.

ضعف القوامة الشرعية للرجل:

لأن الأنظمة الوضعية في تلك البلاد تمنح الزوجة سلطة قانونية قد تتفوق على سلطة الزوج، خصوصًا في قضايا الطلاق والحضانة، فيفقد المسلم دوره القيادي في الأسرة.

ذوبان الهوية الإسلامية:

حيث تنغمس الأسرة في المجتمع الغربي، ويتأثر الأبناء بثقافته، فتُمحى تدريجيًا معالم الانتماء الإسلامي.

تحكيم القوانين غير الإسلامية في الأسرة:

ففي حال النزاع أو الطلاق، تفرض القوانين الغربية الحضانة على أساس المصلحة المادية لا المصلحة الدينية، وقد تمنع الأب من تعليم أبنائه الإسلام أو اصطحابهم إلى المسجد.

انتشار الظاهرة وتهاون المسلمين فيها:

مما يؤدي إلى عزوف الرجال عن الزواج بالمسلمات، وزيادة عدد العوانس في مجتمعات المسلمين في المهجر، وهو ما حذر منه عمر بن الخطاب رضي الله

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so + 967 730053135 http://ium.usa.online
كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

عنه حين نهى الصحابة عن الزواج بالكتابيات رغم كونهن ذميات.

المطلب الخامسً: تأصيل الحكم بناءً على القواعد المقاصدية:

إنّ قاعدة سدّ الذرائع تقتضي منع كل وسيلة يُغلب على الظن أنها تؤدي إلى مفسدة، ولو كان أصلها مباحًا. وبما أن الزواج من الكتابية في دار الكفر يغلب عليه الفساد في الدين والأسرة، فإنّ منعه داخل تحت هذا الأصل.

كما أن قاعدة درء المفاسد مُقدَّم على جلب المصالح تُقدّم جانب التحريم، لأن المفاسد المترتبة على هذا الزواج— من ضياع الدين وتربية الأبناء على غير الإسلام— أعظم من أي مصلحة دنيوية محتملة.

وعلى هذا الأساس، يتحوّل الحكم من الإباحة إلى التحريم الاجتهادي، لا لذاته، بل لما يفضي إليه من مفاسد واقعية تُنافي مقاصد الشريعة في حفظ الدين.

المطلب السادس: آراء بعض العلماء والمفكرين المعاصرين:

أكّد عدد من العلماء والمفكرين الإسلاميين هذا الاتجاه، منهم:

- الشيخ محمود شلتوت الذي رأى أن فقدان المسلم قوامته أمام زوجته الكتابية في بلاد الكفر يوجب منعه من الزواج بها[٣٩٤].
- الشيخ محمد رشيد رضا والذي بين أن أشدها أن يتبع الأولاد كلهم أو بعضهم الأمّ في دينها، إما بحكم قوانين تلك البلاد، وإما لكون المرأة أرقى من زوجها

[٣٩٤] شلتوت، محمود، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، (دار الشروق، القاهرة، ط ١٨، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م)، صـ٢٤٠.

علماً وعقلاً وتأثيراً بحيث تغلبه على أولاده فتربيهم على دينها"[٣٩٥].

الإمام يوسف القرضاوي بيّن أن هذه الزيجات أدت إلى ذوبان الأجيال المسلمة في الغرب وضياع هويتها الدينية[٣٩٦].

- سيد قطب وصف هذا الزواج بأنه "شرّ على البيت المسلم"، لما يترتب عليه من نشأة جيل بعيد عن روح الإسلام[٣٩٧].
- عبد المتعال الجبري في كتابه جريمة الزواج بغير المسلمات، دعا إلى تحريم هذا الزواج قانونًا وسياسةً، لما يترتب عليه من آثار مدمّرة على الأمة المسلمة[٣٩٨].

وهذه الأقوال، وإن اختلفت في الأسلوب، تتفق في المضمون على أن الزواج من الكتابيات في دار الكفر، في واقع اليوم يؤدي إلى نتائج تناقض مقصد حفظ الدين.

المطلب السابع: النتيجة والترجيح:

بعد دراسة مسألة زواج المسلم من الكتابية في دار الكفر دراسة فقهية مقاصدية، تبين أن هذه القضية وإن كان أصلها الإباحة بنص القرآن الكريم، إلا أن النظر في الواقع والمآلات يُظهر أن المفاسد الناتجة عنها اليوم تفوق المصالح المظنونة، مما يجعل القول بالتحريم هو الأقرب إلى مقاصد الشريعة.

---

[٣٩٥] رضا، محمد رشيد، الفتاوى، (دار الكتاب الجديد، بيروت، ط١، ١٣٩٠هـ)، ١٥٩٦/٤.

[٣٩٦] القرضاوي، يوسف، في فقه الاقليات المسلمة، ص١٠٣-١٠٤.

[٣٩٧] انظر: قطب، سيد، في ظلال القرآن، (دار الشروق- القاهرة، ط٣٢، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، ٢٤١/٢.

[٣٩٨] انظر: الجبري، عبدالمتعال، جريمة الزواج بغير المسلمات، ص٤.

وبعد النظر في الأدلة النقلية والمقاصدية، يتبيّن أن القول الراجح هو تحريم زواج المسلم من الكتابية في دار الكفر؛ لأن مفسدته أرجح من مصلحته، ومآله إلى ضياع الدين والذرية.

وقد اتضح من خلال البحث أن أصل الإباحة الذي ورد في قوله تعالى:{وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ}[المائدة: 5]،كان مرتبطًا بظروف زمنية كان فيها للمسلمين الغلبة والتمكين، بحيث يُؤمَن على الدين وتربية الأبناء، أما في واقع الأقليات المسلمة في دار الكفر، فإن الحال قد تغيّر، فغلبت المفاسد على المصالح، وزالت شروط القوامة والهيمنة الشرعية التي بُنيت عليها الإباحة.

كما أظهرت الدراسة أن مقصد حفظ الدين هو الضابط الرئيس في توجيه هذا الحكم، إذ إن الحفاظ على العقيدة والهوية الإيمانية للأسرة والأبناء مقدّم على كل اعتبار دنيوي، سواء كان عاطفيًا أو اجتماعيًا. وبذلك فإن الحكم الشرعي هنا لا يُبنى على النص المجرد، بل على مآلات الأفعال كما قرره علماء المقاصد، ومنهم الشاطبي وابن القيم، في تقريرهم أن "النظر في مآلات التصرفات معتبر مقصود شرعًا"[٣٩٩].

وانتهى البحث إلى أن القول الراجح هو:

تحريم زواج المسلم من الكتابية في دار الكفر تحريمًا اجتهاديًا قائمًا على المقاصد، استنادًا إلى قاعدة سد الذرائع، وقاعدة درء المفاسد المقدم على جلب المصالح، ومراعاة لمقصد حفظ الدين الذي هو أعظم مقاصد الشريعة وأساسها.

---

[٣٩٩] انظر: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت: ٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الفقه، ت: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، (دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م)، ١٧٧/٥، و انظر: ابن القيم ، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١٠٩/٣-١١٠.

والتحريم هنا تحريم اجتهادي مقاصدي، لا يناقض النص الأصلي في ذاته، بل ينسجم مع روح الشريعة ومقصودها في حماية الإيمان وصيانة الأسرة المسلمة من الانحراف والذوبان في بيئة الكفر.

الخاتمة

الحمد لله الذي أعان ويسر، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد:

بعد انتهاء هذا البحث خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، ومن أبرزها:

أولاً: النتائج:

يمكن تلخيص أهم النتائج على النحو التالي:

- أن الإباحة الأصلية لزواج المسلم من الكتابية مقيدة بسلامة الدين والمآل، وليست مطلقة.
- أن مقصد حفظ الدين من الكليات الضرورية التي يجب مراعاتها في جميع التصرفات والعقود، ومنها عقد النكاح.
- أن واقع الأقليات المسلمة في بلاد الكفر يُظهر خطورة هذا الزواج على استقامة الأبناء وثبات الأسرة المسلمة.
- أن زواج المسلم من الكتابية في دار الكفر يُعد من الوسائل المؤدية غالبًا إلى المفاسد، فيدخل تحت قاعدة سدّ الذرائع.
- أن الحكم الشرعي في المسائل الاجتهادية يتغير بتغير الأحوال والبيئات، وفق قاعدة تبدّل الفتوى بتبدّل الزمان والمكان.

ثانياً: التوصيات:

فيما يتعلق بتوصيات البحث يمكن اقتراح التوصيات التالية:

- ضرورة توعية المسلمين المقيمين في بلاد غير المسلمين بخطورة هذا النوع من الزواج وآثاره على الدين والذرية.
- دعوة الهيئات الإسلامية في المهجر إلى إقامة برامج تأهيلية للشباب المسلم قبل الزواج، تُعنى بالبعد الشرعي والمقاصدي للأسرة المسلمة.
- نحث المراكز الإسلامية إلى تشجيع الزواج بالمسلمات وتيسير أسبابه، حفاظًا على نقاء الهوية الإسلامية.
- نوصي الفقهاء والباحثين المعاصرين بمزيد من الدراسات الميدانية عن أثر هذا الزواج في واقع الأقليات المسلمة لتقوية الاجتهاد المقاصدي المبني على الواقع.
- تأكيد ضرورة إدراج مقاصد الشريعة في معالجة قضايا الأسرة والعلاقات الاجتماعية، لما تمثله من ميزان ضابط لتغير الأحكام الاجتهادية.

المراجـــع

1. إبراهيم، محمد يسري، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلاً وتطبيقاً،(دار اليسر، القاهرة، ط1، 2013م).
2. الأهدل، عبد الله قادري، حكم زواج المسلم بالكتابية، (دار حافظ للنشر والتوزيع).
3. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف (ت: 751 هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، (دار الكتب العلمية– بيروت، الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، ج4).
4. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإشراف على مذاهب العلماء، تحقيق: صغير الأنصاري (مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م).
5. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم (ت: 728هـ)، دقائق التفسير، تحقيق: د. محمد السيد (مؤسسة علوم القرآن– دمشق، الثانية، ١٤٠٤هـ).
6. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت: 370هـ)، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، (طبع دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، الأولى، 1415هـ/1994م، جـ3).
7. الجبري، عبدالمتعال، جريمة الزواج بغير المسلمات فقهاً وسياسة، (مكتبة وهبة- القاهرة، الثالثة، 1403هـ/1983م).
8. الخرشي، محمد بن عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح الخرشي على مختصر

خليل،(المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الثانية، ١٣١٧ هـ).

9. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دار الحديث– القاهرة، بدون طبعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م، ج4).

10. رضا، محمد رشيد، الفتاوى، (دار الكتاب الجديد، بيروت، ط1، 1390هـ).

11. الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،(المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الأولى، 1313هـ).

12. الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس (ت: 1396هـ) الأعلام،(دار العلم للملايين، الخامسة عشر - أيار / مايو ٢٠٠٢ م).

13. الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر - سوريَّة – دمشق، الطبعة الرابعة المنقحة).

14. السياغي، الحسين بن أحمد، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، (الناشر: مكتبة المؤيد– الطائف، الثانية، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م، عدد الأجزاء: ٥).

15. السرخسي، محمد بن أحمد (ت ٤٨٣ هـ)، المبسوط، (مطبعة السعادة– مصر، وصوّرَتها: دار المعرفة - بيروت، لبنان، والفهارس، ط دار المعرفة).

16. الشربيني، محمد بن محمد [ت ٩٧٧ هـ]، مغني المحتاج، (دار الفكر، بيروت، بدون معلومات الطباعة).

17. الشهرستاني، محمد عبدالكريم، الملل والنحل، تحقيق: أمير علي مهنا وعلي حسن فاعور (دار المعرفة، بيروت، الثالثة، 1414هـ-1993م).

18. شلتوت، محمود، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، (دار الشروق، القاهرة، ط ١٨، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م).

19. الطبري، محمد بن جرير(ت ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: د.عبد الله التركي (دار هجر للطباعة والنشر، الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م، ج26).

20. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (852 هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (دار المعرفة - بيروت، 1379هـ، ج13).

21. ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، (طبع مكتبة الكليات الأزهرية– القاهرة، 1991 م).

22. ابن عابدين، محمد أمين (ت:1252هـ)، حاشية رد المحتار، على الدر المختار: شرح تنوير الأبصار، (شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الثانية ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م).

23. عامر، عماد، الهجرة إلى بلاد غير المسلمين: حكمها، ضوابطها وتطبيقاتها،(دار ابن حزم، الأولى، 1425هـ/2004م).

24. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله (٥٤١ - ٦٢٠ هـ)، المغني، تحقيق: طه الزيني وآخرون (مكتبة القاهرة، الأولى، (١٣٨٨ هـ = ١٩٦٨ م) - (١٣٨٩ هـ = ١٩٦٩ م)، جـ10).

25. القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر(المتوفى: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق:أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، (دار الكتب المصرية– القاهرة، الثانية، 1384هـ - 1964م، جـ10).

26. القليوبي و عميرة، أحمد سلامة وأحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، (دار الفكر– بيروت، بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م).

27. القاسمي، محمد جمال الدين (ت ١٣٣٢هـ)، محاسن التأويل، تحقيق:

محمد عيون السود (دار الكتب العلميه– بيروت، الأولى - ١٤١٨ هـ).

28. قطب، سيد، في ظلال القرآن، (دار الشروق- القاهرة، ط32، 1423هـ/2003م).

29. القرضاوي، يوسف، في فقه الاقليات المسلمة، (دار الشروق- القاهرة، الأولى، 1422هـ/2001م).

30. ابن كثير، إسماعيل بن عمر (ت ٧٧٤ هـ)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين، (دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون– بيروت، الأولى - ١٤١٩ هـ).

31. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، الموافقات في أصول الفقه، ت: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، (دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ/ 1997م).

32. المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، (مطبعة السنة المحمدية وصوِّرْتها: دار إحياء التراث العربي– بيروت، الأولى، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م).

33. المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب - تكملة المطيعي، (المكتبة السلفية - المدينة المنورة (وهو إعادة صف للتكملة الأولى للمطيعي).



كلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام

دراسة تحليلية في القانون اليمني

إعـــداد الباحـث

دكتور/أحمد غالب محمد النبيهي

أســتاذ القانون العام المساعد بكلية الشـريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا 2025م

ملخص :

تناولت هذه الدراسة موضوعاً يعد من أهم الموضوعات القانونية وهو مشروعية التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام مع المتهم، والذي أدى بفعله الإضرار بالمال العام عمداً بكل الوسائل والأساليب والطرق المختلفة ، حيث تمحورت إشكالية الدراسة حول مدى فاعلية المنظومة التشريعية في التصدي للأفعال التي تستهدف المال العام ، وكذا ومعرفة الأفعال التي جرمها المشرع والتي تقع على المال العام وبيان العقوبات المقررة لها ومواطن التشديد فيها، كما سعت الدراسة إلى ضبط المفاهيم القانونية لتمييز المال العام عن المال الخاص وكذا وضع المنظومة التشريعية لحماية المال العام في القانون اليمني من خلال مسارات معينة (تنظيم الموارد المالية والرقابة على الانفاق وكذا لحماية المدنية الجنائية للمال العام). واعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي لدراسة النصوص القانونية واستنباط مدى كفايتها في الموازنة بين استرداد الأموال المنهوبة وبين مقتضيات الردع العام والخاص.

الكلمات الافتتاحية: المال العام ، الجرائم العمدية ، الفساد المالي ، التصالح الجنائي ، التشريع اليمني ، الحماية الجنائية ، الردع العقابي.

Abstract

This study addresses one of the most significant legal issues: the legality of reconciliation with the accused in crimes of aggression against public funds, specifically where intentional acts have caused damage through various means and methods. The central problem of the study revolves around evaluating the effectiveness of the legislative framework in countering acts targeting public funds. Furthermore, it aims to identify the acts criminalized by the legislator, determine the prescribed penalties, and highlight aggravating circumstances.

The study also seeks to define legal concepts to distinguish public funds from private property, and to examine the legislative system for protecting public funds under Yemeni Law through the following tracks: the regulation of financial resources, expenditure oversight, and the civil and criminal protection of public funds. The study employs a descriptive-analytical approach to examine legal texts and deduce their adequacy in balancing the recovery of looted funds with the requirements of general and specific deterrence.

Keywords:

Public Funds, Intentional Crimes, Financial Corruption, Criminal Reconciliation, Yemeni Legislation, Criminal Protection, Punitive Deterrence

المقدمة:

تنطلق فكرة البحث من إشكالية جوهرية تتجلى في مدى مشروعية التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام مع المتهمين بجرائم الفساد المالي.

لقد أدى توسع الدولة وتغلغلها في كل أوجه النشاط الاقتصادي إلى زيادة استعمال المال من أجل تسيير مرافقها العامة و تحقيق الصالح العام، مما قد يؤدي إلى الاعتداء على المال العام والإضرار به عمداً بكل الوسائل والأساليب والطرق المختلفة، أو بالإهمال والتقصير من القائمين عليه أو غيرهم ولذلك برزت أهمية حماية هذه الأموال بوضع التشريعات للازمة لذلك.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة حول أهمية المال العام في تحقيق المصلحة العامة حيث أولت التشريعات اهتماماً خاصاً بها ووضعت لها القواعد والنصوص التي تحافظ عليها من أي اعتداء بغية حماية الاقتصاد الوطني ، ولذلك أفرد المشرع عقوبات خاصة بالجرائم المتعلقة بالاعتداء على المال العام ، فجرم الأفعال التي تقع على هذه الأموال سواء صدرت من موظف عمومي أو أحد الأفراد ، وعليه ومن خلال هذه الدراسة سيتم الوقوف على الحماية القانونية للمال العام من خلال نصوص التشريعات وكذلك موقف المشرع اليمني من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام .

اشكالية الدراسة:

إذا كان الحفاظ على المال العام من أولويات المشرع الذي وضع تشريعات قانونية لحماية هذا المال من أي اعتداء.

فإن مشكلة الدراسة تتمحور في الآتي:

- ما هو المال العام كمحل الحماية القانونية؟

- ما مدى فاعلية المنظومة التشريعية في حماية المال العام؟

-ماهي الأفعال التي جرمها المشرع والتي تقع على المال العام؟

- هل أجاز المشرع اليمني التصالح في جرائم الاعتداء؟

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان ومعرفة الآتي:

- دراسة أهمية المال العام وطرق حمايته.

- بيان وتوضيح أنواع المال العام كمحل للحماية القانونية.

- بيان وتوضيح المنظومة التشريعية التي من خلالها كفل المشرع اليمني الحماية للمال العام من أي اعتداء عليها أو الإضرار بها.

- تسليط الضوء على الأفعال الاجرامية وبيان العقوبات المقررة لها ومواطن التشديد فيها.

منهج الدراسة:

اقتضت طبيعة الدراسة استخدام المنهج الوصفي التحليلي.

خطة الدراسة:

لأهمية الدراسة في الموضوع قسم الباحث الدراسة إلى ثلاثة مباحث وهي:

المبحث الأول: مفهوم المال العام وأقسامه وفيه: المطلب الأول: مفهوم المال العام، المطلب الثاني: أقسام المال وتميزها عن المال الخاص

المبحث الثاني: موقف الفقهاء من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام وفيه: المطلب الأول: الاتجاه المعارض لتصالح في جرائم الاعتداء على المال العام. المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لتصالح في جرائم الاعتداء على المال

العام.

المبحث الثالث: المنظومة التشريعية لحماية المال العام فيه :المطلب الأول : المنظومة التشريعية لتنظيم الموارد المالية والرقابة على الانفاق ، المطلب الثاني : المنظومة التشريعية للحماية المدنية للمال العام ، المطلب الثالث : المنظومة التشريعية للحماية الجنائية للمال العام.

المبحث الرابع: موقف التشريعات من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام وفيه: المطلب الأول: موقف تشريع بعض الدول من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام(فرنسا ، مصر ، الكويت) المطلب الثاني: موقف المشرع اليمني من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام.

المبحث الأول

مفهوم المال العام وأقسامه

من خلاله سيقوم الباحث بتقسيم الدراسة إلى مطلبين الأول: مفهوم المال العام والمطلب الثاني: أقسام المال وتميز المال العام عن الخاص.

المطلب الأول

مفهوم المال العام

للمال العام تعاريف متعددة منها التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي و التعريف الفقهي و التعريف التشريعي و سوف نتطرق إليها في بحثنا هذا وهي كالتالي:

اولاً: التعريف اللغوي للمال: عُرف:» بأنه كل ما يملكه الإنسان من الأشياء[٤٠٠] فالمال جمعه أَموْال وهي ما يملكه الفرد أَو تملكه الجماعة من متاع، أو عروض تجارة أَو عقار أَو نقود، أو حيوان[٤٠١] والمال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنَىَ ويملَك من الأعيان، وأَكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أَكثر أَموالهم[٤٠٢].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للمال : هو كل ما له قيمة اقتصادية ويمكن حيازته والانتفاع به، وتتوافر فيه شروط ثلاثة: «أن يكون له قيمة(متقومة بالمال) وأن تكون حيازته ممكنة و» أن يكون مما ينتفع به ، سواء أكان مملوكا بالفعل أم كان قابلا للتملك، وسواءً أكان في حيازة الشخص أم في ملكه، أم غير مملوك لشخص ما دام قابلاً للحيازة."[٤٠٣].

ثالثاً: التعريف الفقهي المال العام:

لقد عرف فقهاء القانون المال العام تعاريف كثيرة إلا أنهم اتفقوا على أنه « يشمل الأموال المملوكة للدولة أو لأشخاص القانون العام، سواء خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة مباشرة، أي للاستعمال المباشر من قبل الجمهور ، أو خصصت لخدمة المرافق العامة مع تميزها بالحماية التي يقررها لها القانون»[٤٠٤].

رابعاً: التعريف التشريعي للمال العام:

لقد عرف القانون المدني المال العام بأنه « ينقسم المال الى قسمين عام و خاص ، فالمال العام هو كل مال تملكه الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة

---

٤٠٠ – لسان العرب لابن منظور ٦٣٥/١١ ، والقاموس المحيط ، للفيروز أبادي ٥٣/٤ .
٤٠١–إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط ، ج١ ، دار الدعوة للتأليف والطباعة والنشر والتوزيع ، تركيا ، سنة ١٩٨٩م ص٨٩٢ .
٤٠٢– إبن منظور ، لسان العرب ، المجلد ١١ ، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، سنة ١٩٥٦م ، ص ٩٣٥.
٤٠٣– د.الحميد، أحمد طلال، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة ٢٠١١ م، ص ٢٥
٤٠٤– د مطيع على حمود جبير: مبادئ القانون الإداري اليمني / (دراسة مقارنة)، ، ط٣ ، مكتبة الصادق للنشر والتوزيع ، صنعاء، ٢٠١٩م .، ص٣٤٣–٣٤٤ .

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so + 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

ويكون مخصصا للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار وهذا المال لا يجوز التصرف فيه والحجز عليه ولا تملك الاشخاص له بأي وسيلة مهما بقى عامّاً ويجوز للأشخاص الانتفاع به فيما أعد له طبقاً للقانون وما عدا ذلك من المال فهو مال خاص سواء تملكه الدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة أو تملكه احاد الناس»[٤٠٥].

ويتميز المال العام عن المال الخاص بأنه قد خصص للمنفعة العامة يستعمله الجمهور مباشرة أو عبارة عن مرافق عامة ميزها القانون بالحماية. فالمال العام مملوكاً لدوكة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى كالوحدات الإدارية المحلية والهيئات أو المؤسسات

كما أن هناك أموال تمتلكها الدولة أو الأشخاص الاعتباري العامة تعتبر خاصة ، فقد لا تخضع لنظام قانوني ينتمي للقانون الإداري حيث نص المشرع بقوله: يجوز لدولة والاشخاص الاعتبارية العامة التصرف في أموالها الخاصة بجميع أوجه التصرف المبيّنة في القانون وتعتبر الأراضي الموات التي لا يستأثر بحيازتها أحد مباحة للجميع ويجوز للدولة والأفراد تملكها بقدر الحاجة طبقا لما ينص عليه القانون في موضوع الأحياء والتحجر[٤٠٦] ، وتسمى أموال الدولة الخاصة ، ولها أحكام تنفرد بها[٤٠٧].

٤٠٥- المادة (١١٨) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني.
٤٠٦- المادة (١٢٠) من نفس القانون.
٤٠٧- د. أحمد شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، سنة ٢٠١٠م ، ص ٢٧٨.

المطلب الثاني

أقسام المال وتميز المال العام عن المال الخاص

لقد قسم المشرع المال إلى قسمين عام وخاص، وذكر أن المال العام هو كل مال تملكه الدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة ويكون مخصصا للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار وهذا المال لا يجوز التصرف فيه والحجز عليه ولا تملك الاشخاص له بأي وسيلة مهما بقى عامّاً ويجوز للأشخاص الانتفاع به فيما أُعد له طبقا للقانون وما عدا ذلك من المال فهو مال خاص سواء تملكه الدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة أو تملكه احاد الناس[٤٠٨].

كما ميز فقهاء الإدارة بين المال العام والخاص من خلال معاير أستند عليها عند التفرقة بينهما وأخذت به القوانين وهو معيار تخصيص المال للمنفعة العامة كمعيار أكثر وضوحاً وتجاوباً مع مقتضى الصالح العام.

ومن خلال النص المذكور آنفاً يتبين لنا بوضح أن المال العام هو ما تملكه الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، ويكون هذا المال مخصص للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون ...

لقد استعمل الجمهور المال العام الاستعمال المباشر بوضعه تحت تصرفه يستعمله مباشرة مثل الطرقات والكباري وشواطئ البحار والمطارات والموانئ والميادين العامة والحدائق العامة ومابها من أشجار وحواجز وأعمدة للإضاءة وإشارات المرور والأسواق العامة، وأماكن وقوف السيارات واعتبار هذه المال مباح للجميع لا يمنع من وضع ضوابط لتنظيم استعمالها من قبل الجمهور[٤٠٩] ويعبر هذا المال عام وبالتالي لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم .

٤٠٨- المادة (١١٨) من نفس القانون سبق الإشارة إليه.

٤٠٩- د/ خالد باجنيد ، القانون الإداري اليمني ، دار جامعة عدن للطباعة والنشر ، ط٢ سنة ٢٠٠٠م ،،ص٢٨٨-٢٨٩ .

فالمال العام خصص لخدمة وتسيير مرفق من المرافق العامة، مثل المطارات والموانئ والمباني التي تشغلها الوزارات والمستشفيات والجامعات والمدارس، وبحكم هذا التخصيص فإن الجمهور تكون استفادتهم من هذا المال بصورة غير مباشرة من خلال الخدمات التي تقدمها هذه المرافق[٤١٠]. فالأفراد الذين يستعملون هذا المال يقصدون الاستفادة من المرافق العامة الذي خصصت لخدمتهم، فمن يتوجه إلى مستشفى عام لا يقصد الاستفادة المباشرة بمبنى المستشفى وما به من أدوات طبية، ولكن بالرعاية الطبية الذي وضع المبنى والأدوات لأجلها[٤١١].

إضافة إلى الأموال السابقة التي تم ذكرها من قبل فقهاء القانون الإداري فإن القانون اليمني قد حدد أموال أخرى وهي: [٤١٢]

أ- كافة أنواع الضرائب والرسوم السيادية المباشرة وغير المباشرة، وكذلك كافة الغرامات والتعويضات والجزاءات المفروضة استناداً لأحكام قوانين إنشائها.

ب- جميع أنواع الرسوم الخدمية المقرة قانوناً.

ج- جميع عائدات ومبيعات أملاك الدولة الزراعية والعقارية والنفطية والثروات المعدنية ورؤوس الأموال المستثمرة في الهيئات والمؤسسات العامة والمختلطة والمحاجر والمقالع والغرامات والتعويضات والجزاءات المفروضة استناداً لأحكامها القانونية وغيرها من الأملاك والأموال العامة الأخرى طبقاً لقوانين إنشائها.

د- الأموال العامة المنصرفة بدون وجه حق أو المختلسة والديون المستحقة.

ه- حصيلة ما يقدم للدولة ومؤسساتها من القروض والمساعدات والهبات

٤١٠ – د مطيع على حمود جبير: مبادئ القانون الإداري اليمني / (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص٣٤٨.
٤١١ – د/ محمد رفعت عبد الوهاب, د عصام أحمد عجيله: القانون الإداري اليمني , مطبعة نهضة، مصر , القاهر , سنة ١٩٨٥ م، ص ٢٩٩.
٤١٢– انظر المادة (٢، ٣) من في قانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠م بشأن تحصيل الأموال العامة.

والتبرعات النقدية والعينية وما يتبعها، وكذلك حصيلة ما تصدره الدولة من أذونات الخزينة العامة وشهادات الاستثمار، وكذلك ما تستعيده الدولة أو مؤسساتها من القروض التي منحتها للعاملين بها أو للأفراد أو الجهات الخاصة أو العامة.

و-الأموال المستحقة الأداء لوزارة الأوقاف والمجالس المحلية وللإدارات والهيئات أو المؤسسات التي تعمل كلياً أو جزئياً بأموال عامة أو بكفالة الدولة أو بضمانتها ولا تدخل في ذلك المؤسسات التي تقضي القوانين العامة بتحصيل أموالها وفقاً لقواعد تسديد الديون التجارية.. وفي جميع الأحوال يتم التحصيل بناءً على طلب أصولي من الجهة ذات العلاقة ولحسابها.

ز-سائر الأموال الأخرى التي تنص القوانين الخاصة على وجوب تحصيلها وفقاً لأحكام هذا القانون» .

المبحث الثاني

موقف الفقهاء من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام

لقد ثار جدل فقهي حول التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام ما بين مؤيد ومعارض وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: الاتجاه المعارض لتصالح في جرائم الاعتداء على المال العام المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لتصالح في جرائم الاعتداء على المال العام.

المطلب الأول

الاتجاه المعارض لتصالح في جرائم الاعتداء على المال العام

ذهب رأي من الفقه إلى أن الصلح الجنائي يجافي الأغراض الأساسية للعقوبة التي تتحقق في الردع العام والردع الخاص، وبرأيهم أن الردع العام لا يتحقق بالصلح الجنائي بحيث تنقضي الدعوى الجنائية باتفاق يتم بعيدا عن الجمهور وسمعه، مما يجعله يستهين بهذه الجرائم[٤١٣] كما أبدى البعض استغرابه من هذا النظام لأن الدعوى الجنائية لا تكون مجالا للتصالح أو التنازل فالموظفون القائمون على مباشرة الدعوى مفوضون في اتخاذ إجراءاتها وتيسيرها، والمجتمع وحده صاحب الشأن في إيقافها أو إسقاطها[٤١٤].

فقد يؤدي التصالح الجنائي إلى انحراف الإدارة والقائمين على تنفيذ القانون الجنائي عن سلطتهم في إجراء التصالح وذلك خضوعاً لنفوذ وسطوة أصحاب السلطة فقد توافق على التصالح أو ترفضه وفقاً للأهواء الشخصية دون النظر

٤١٣– د. محمود محمود مصطفى ، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن ، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، ج١ ، ط٢ ، مطبعة جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٢م ، ص٢٠ .

٤١٤ –د . محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن ، جرائم الصرف،ج٢، ط١ ، دار ومطابع الشعب، سنة ١٩٦٦م، ص١٢٧.

إلى المصلحة العامة بل أنه يؤدي إلى فتح باباً واسعاً أمام الرشوة و إفساد ضمائر الموظفين[٤١٥] ومن المعلوم أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة والنظم التي حاولت تطبيق هذا المبدأ بصورة مطلقة صادفت مخاطر وصعوبات عملية أدت إلى انهيار النظام من أساسه[٤١٦].

ومن جانب أخر شدد بعض الفقه [٤١٧] على أنه لا يجوز الأخذ بنظام التسوية في جرائم الاعتداء على المال العام ويستند بذلك على عدة انتقادات وعيوب لا يخلو منها هذا النظام والتي يمكن اجمالها على النحو الآتي:

1- أن قبول التسوية المالية في جرائم الاعتداء على المال العام أمر غير مقبول إطلاقاً بالنظر إلى خطورتها على المجتمع، فغالباً ما يقتصر تطبيق التسوية كسبب من أسباب انقضاء الدعوى الجزائية على الجرائم البسيطة كاستثناء على حق المجتمع في مواجهة الجريمة عن طريق الدعوى الجزائية، فهذا الاستثناء يقتصر على طائفة من الجرائم التي تتسم بعدم الخطورة الاجتماعية.

2-أن رفض فكرة التسوية المالية في جرائم الاعتداء على المال العام يعد ضماناً لنزاهة الوظيفة العامة، حتى لا يكون الجهاز الحكومي للدولة مرتعاً للفاسدين وأصحاب النفوس الضعيفة وترسيخا لمبدأ سيادة القانون على الكبير والصغير.

3- أن قبول التسوية المالية في الجرائم الماسة بالمال العام يفتح الباب أمام تهرب المجرمين من العقاب والحبس في مقابل دفع مبلغ من المال هو في الأساس ملك للدولة والمواطنين، لاسيما أن الجريمة سيكون عقابها الوحيد هو

٤١٥- منصور على الحماطي، تحريك الدعوى الجنائية والتنازل عنها في جريمة التهريب الجمركي في التشريع اليمني مقارنا بالتشريع المصري رساله ماجستير حقوق القاهرة ١٩٩٣ ص٢ د .طه احمد، محمد عبد العليم، الصلح في الدعوى الجنائية رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة كلية الحقوق ، سنة ٢٠٠٦م ، ص٥٢.

٤١٦- د .سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط٥، مطبعة جامعة عين شمس، سنة١٩٨٦م ، ص ٥٢٠ .

٤١٧- د .عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص١٣٥، د_.محمد أبو العلا ،عقيدة شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط ٢ ، سنة ٢٠٠١م ،ص ٢٤٢، د .شريف سيد كامل :الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربي، سنة ٢٠٠٤م ، ص١١٢ .

دفع غرامة مالية فقط، مما يؤدي إلى إسقاط هيبة الدولة وعدم تحقيق الردع الكافي لهؤلاء المجرمين، علاوة على الآثار السلبية الوخيمة على الاقتصاد الوطني من انتشار الفساد ولزوم معاقبة كل من يتطاول على أموال وأملاك الدولة.

4- أن معاقبة أصحاب النفوذ على جرائم الفساد سيردع أي شخص يفكر في ارتكاب مثل هذه الجرائم ، وإن إقرار نظام التسوية في جرائم الاعتداء على المال العام من شأنه فتح المجال أمام الرشاوى والمحسوبية؛ الأمر الذي سيؤدي إلى انهيار قيمة القانون في المجتمع، كما يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الردع بصورتيه العام والخاص لن يتحقق في ظل التسوية في جرائم الاعتداء على المال العام لأنه يسهل الحصول على الأموال بطريق الفساد مقابل دفع مبلغ من المال قد لا يكون له أثر أو إيلام حقيقي على شخصية المتهم، علاوة على أن هذا التسوية يمكن أن تشجع الموظف العام على المساس بالمال العام ما دام القانون يجيز له التسوية مع الدولة مقابل دفع مبلغ مالي ليس من حقه في الأساس، بل إن المجرم يمكن يستفيد من الأموال التي تحصل عليها في إقامة مشروعات تدر عليه دخلاً يعوض، بل قد يفوق ما قد يدفعه للدولة مقابل للتصالح، مما يجعل العقوبة في النهاية غير ذات جدوى في التأهيل والتكفير عما اقترفه في حق المجتمع .بالإضافة الى أن قبول التسوية في جرائم الاعتداء على المال العام يؤدي إلى إساءة وتعسف الموظف العام في استعمال السلطة التي خولتها الدولة له بعد أن وثقت به وأمنته على الأموال العامة.

5- إن هذا النظام يهدر حق المجتمع في معاقبة المخالف كما يؤدي إلى عدم احترام أحكام القانون الجنائي ومبدأ سيادة القانون اللذان لابد أن يسمو فوق الجميع حتى فوق الأموال التي سوف تستفيد بها الدولة مقابل التسوية مع هؤلاء المجرمين مما يرفع من القيم الايجابية داخل الدولة.

كما ينتقد جانب أخر من الفقه التصالح لمساسه بحق الدولة في العقاب والذي تضطلع به النيابة العامة فتباشر الدعوى الجنائية ضد كل من يستطيل بسلوكه الآثم إلى عدوان على المصالح المحمية قانونا[٤١٨].

فيتحقق الردع و يقصد به منع المجرم من العودة إلى الجريمة مرة أخرى، ويتحقق بوقوف المتهم موقف الاتهام ومعاقبته بالعقوبة المقررة قانوناً وتنفيذها بالفعل وهذا كله لا يتحقق في ظل نظام التصالح الأمر الذي قد يؤدي إلى اعتباره دافعاً للإجرام فعدم عقاب المتهم على ما يرتكبه من جرائم نظير دفعه مبلغا نقدياً هو مبدأ خطير قد يشجعه على العودة إلى الاجرام مرة أخرى عن طريق تكرار سلوكه الإجرامي فما الذي يمنعه من تكرار ذلك السلوك ما أنه يعرف مقدماً أنه لن توقع عليه العقوبة[٤١٩] وبالتالي لن يشعر بألمها [٤٢٠] و لن يحقق الردع الخاص المتمثل بمنع المجرم من العودة إلى ارتكاب الجرائم مرة أخرى[٤٢١].

وبيان ذلك إن إعفاء من يرتكب إحدى جرائم المال العام من الخضوع لتطبيق الجزاء الجنائي عليه لمجرد دفعه مبلغ التسوية وتصالحه مع الدولة يؤدي إلى إن هذا النظام لا يستفيد منه إلا الأغنياء[٤٢٢] ولا يبتغي الصالح العام فقط ، بل يعود بالنفع على المخالف[٤٢٣].

ثم إن الاستيلاء على المال العام والحصول على ربح أو منفعة للمتهم أو غيره بسبب عمل من أعمال وظيفته تشكل جميعها جنايات مثل اختلاس المال العام والعدوان عليه ولا يجوز التصالح فيها بأي حال من الأحوال ولا يغني عن

٤١٨- د.عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب د.ن، سنة ١٩٧١م ، ص٣.
٤١٩- د . مدحت محمد عبد العزيز: مرجع سابق، ص١٦ ، د .عزار حسن: المرجع السابق، ص ١٤٦ وما بعدها.
٤٢٠- انظر د .عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد القانونية للإجراءات الجنائية ، ط٢، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٧م، ص٧١٨.
٤٢١- انظر د. أسامة عبيد، مرجع سابق، ص١٨٥وما بعدها.
٤٢٢- انظر د . محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقار ، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص ٢٢٠.
٤٢٣- د . مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية ، ط١، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤م ، ص١٩ .

المحاكمة رد الأموال موضوع الاتهامات، لأن الرد بحد ذاته معناه عقوبة ولا يجوز الحكم بها إلا من المحاكم المختصة، مع الحكم بتعويض الدولة عما أضاعه عليها المتهم بجريمته ، فتحكم إلى جانب الرد بغرامة تساوي ما نهبه ، إلى جانب السجن المؤبد أو المشدد ، ولهذا يجب أن يكون هؤلاء المفسدون المعتدون على المال العام عبرة لكل من تسول له نفسه أن يمس المال العام الذي يمثل شريان الحياة لجميع طوائف المجتمع[٤٢٤].

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لتصالح في جرائم الاعتداء على المال العام

إن تطبيق نظام التسوية في جرائم الاعتداء على المال العام يعود بالفائدة على الدولة والمتهم، فبالنسبة للدولة يضمن هذا النظام استعادة أموالها وتوفير النفقات المالية التي قد تخسرها الدولة طول فترة التقاضي وصعوبة إثبات الأفعال المكونة لمثل هذه الجرائم كما أن تطبيق هذا النظام يعمل على منع تكدس القضايا أمام المحاكم وهو ما يؤدي إلى تحقيق العدالة الناجزة، ويُمكن السلطات القضائية بالدولة من الاهتمام بالقضايا ذات الأبعاد الجنائية الخطرة على المجتمع، فضلاً عن ذلك يجنب الدولة النفقات الباهظة التي تستغرقها القضايا الجنائية فهو يخفف من نفقات الأجهزة القضائية والتنفيذية، ويوفر الوقت والجهد والمال لأطراف الخصومة الجزائية[٤٢٥]، كما أن هذا النظام يخفف العبء عن القضاء ويوفر وقت وجهد المحكمة، بمنعهم من النظر في الجرائم القليلة الأهمية ، وبذلك يتفرغون لما هو أهم من ذلك، والذي قد يتطلب منهم المزيد من الجهد[٤٢٦].

٤٢٤- عبد المحسن نتيش حسن المشعل، أثر المصالحة مع الإدارة في جرائم الأموال العامة في القانونين اللبناني والعراقي ، رسالة ماجستير في القانون العام ، سنة٢٠١٨ م ، ص ٧٣-٧٤.

٤٢٥- د .فخري الحديثي. أصول الإجراءات في الجرائم الاقتصادية ، بدون ط ، ن ، بغداد، سنة١٩٨٧ م ، ص٣٨ .

٤٢٦- د. يس محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، سنة ١٩٧٨م

حيث إن نظام التصالح يتميز بتبسيط إجراءات التقاضي فبدلا من سلوك طريق الدعوى وما تستغرقه من وقت حتى صدور الحكم ثم الطعن فيه بعد ذلك، فإن هذا النظام يقضي عليها في مهدها ومن ثم يؤدي إلى الإسراع بإنهائها[٤٢٧] ويترتب على ذلك نتيجة منطقية هي قلة عدد القضايا المعروضة على جهات التحقيق والمحاكم بسبب سرعة الفصل في القضايا مما يؤدي إلى تبسيط إجراءات التقاضي[٤٢٨].

إضافة إلى ذلك فإن الصلح يجنب الدولة نفقات مالية باهظة تتعلق بإنشاء مؤسسات عقابيه لإيواء المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة، والنفقات اللازمة لرعايتهم اجتماعيًا ونفسيًا وصحيًا أثناء فترة تنفيذ العقوبة، وبالتالي توجيه الاهتمام على تطوير الأجهزة العقابية لهذه المؤسسات بأفضل الطرق التي تحقق التأهيل المناسب للنزيل[٤٢٩].

حيث يعتبر التصالح الجنائي بشكلٍ عام وفي الجرائم الماسة بالمال العام بشكلٍ خاص و من أهم الوسائل البديلة عن الدعوى الجزائية لإنهاء الخصومة الجزائية ، لأن هذه الوسيلة ستؤدي بالدرجة الأولى إلى اختصار الإجراءات الشكلية كالتحقيق والاتهام والمحاكمة، سيما وأن الأجهزة القضائية التقليدية لم تعُد تحسم القضايا الجزائية بالسرعة المطلوبة، وبطبيعة الحال فإن إنهاء الدعوى الجزائية وسرعة البت فيها بوسيلة التصالح يتفق مع المبادئ الدستورية التي تقضي بضرورة الفصل في الدعوى في المدة المعقولة المنصوص عليها في القوانين ، علاوة على ذلك إن مشكلة بطئ الإجراءات الجزائية يعرقل سير العدالة الجنائية لكون العدالة البطيئة تعد إحدى صور الظلم[٤٣٠].

، ص٢٢.

٤٢٧- د. احمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية مصر سنة ١٩٩٦م ، ص١٦ .

٤٢٨- د .حمدي رجب عطية، دور المجي عليه في إنهاء الدعوى الجنائية ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية ـ ١٩٩٠م ، ص٣١٦ .

٤٢٩- د . مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، المرجع السابق ، ص٢١.

٤٣٠- عبدالله احجيلة ، وإبراهيم عتوم ، الجوانب القانونية للتصالح الجنائي في الجرائم الماسة بالمال العام في التشريعين الأردني والإماراتي ، منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية) المجلد ٣٢(٢)، ٢٠١٨م ، ص ٤٨٤.

إضافة إلى أن نظام التصالح الجنائي يودي إلى تفادي الآثار الاقتصادية السيئة التي تترتب على الحكم الجزائي في بعض الجرائم - وهي الجرائم المعاقب عليها بالحبس لمدة قصيرة ولا تتسم بالخطورة الإجرامية((٤٣١))

كما يعتبر التصالح ذو أهمية كبيرة بالنسبة للمتهم إذ بدونه سوف يتعرض لإجراء المحاكمة، وبالتالي قد يتعرض خلالها للحجز وإذا تم احتجازه سيضيع وقته ويتكلف نفقات باهظة وفي نهاية المحاكمة قد يصاب بوصمة الإدانة واعتباره فرداً منبوذاً في المجتمع((٤٣٢)) أما التصالح فإنه يجنب المتهم الوصمة التي تلازم الإدانة الجنائية ومن ثم لا يواجه مشكلات اجتماعية تحول بينه وبين الاندماج في المجتمع((٤٣٣)).

كما يسهم الصلح في إشاعة الأمن والسلام والاستقرار بين أفراد المجتمع ذلك أنه يستأصل الثأر بين الخصوم، ويؤلف بين القلوب المتناثرة ويضع حدًا لما تتركه السلطة القضائية من أحقاد وضغائن، حيث الحكم القضائي قد يشعل الأحقاد وذلك أن المحكوم عليه و إن ارتضى بالحكم القضائي بالظاهر إلا أنه في نفس أعماقه يتربص ويحقد على المحكوم له، وبالتالي فإن الصلح يحقق مصلحة الدولة في إزالة الاضطرابات((٤٣٤)).

إضافة إلى ذلك أن الأخذ بنظام التسوية في الجرائم الماسة بالمال العام يحقق هدف الدعوى الجزائية في مجال الجرائم الماسة بالمال العام وهو أداء الحقوق المالية للدولة ، وإن هذا النظام يعد تنازلاً عن الدعوى الجزائية ، وهذا التنازل تبرره المصلحة العامة في توفير جهد القضاء للدعاوى الهامة وتجنيب خزينة الدولة تحمُل نفقات باهظة ، وليست المصلحة العامة وحدها هي التي تستفيد من هذا النظام ، بل أن المتهمين أنفسهم يؤثرون الانتفاع به على تحمل إجراءات الدعوى و ما تستنفذه من جهدٍ ووقتٍ ومال ، كما أن هذا النظام يحقق الاختصار

٤٣١- د .عبدالله احمد الشيخ : .التصالح والصلح الجنائيين ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة ٢٠١٠م ، ص٨٠ .
٤٣٢- د .حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص٣١٤ .
٤٣٣- د . مدحت عبد العزيز: المرجع السابق ، ص٢١.
٤٣٤- د .يس محمد يحيى، المرجع سابق ،ص٢٣

والمرونة في الإجراءات الجزائية كما يعود بالنفع على الجزائية على من يعتدي على هذا المال[٤٣٥].

كما يؤكد الأستاذ/ روبرت كارلو المختص في علم الاجرام بجامعة باو بفرنسا أن العدالة التصالحية لم تحقق فقط نجاح الضحايا بقدر ما حققت نصيباً مهما لنجاح الجناة من خلال تحملهم المسؤولية والذي يحقق بالتبيعة نجاحا للمجتمع، وذلك من خلال عدم عودتهم للإجرام، وإذا كانت العدالة التصالحية تبدو كسراب فإنها عدالة واعدة أكثر إنسانية وانصافاً، وتسعى إلى هدف ثلاثي الأول إعادة الإدماج الاجتماعي للجاني والثاني جبر وإصلاح أضرار الضحية والثالث إرساء وتعزيز السلم الاجتماعي وذلك من خلال برامج وقاية ضد ظاهرة الإجرام والتي غدت حقا بعيدة عن أي وهم، ويتجلى البعد الإنساني أنه حتى بعد إنتهاء الخصومة الجزائية يمكن استمرار الحوار بين الضحية والجاني سعياً للتخفيف من المعاناة الناجمة عن الفعل الجرمي[٤٣٦].

وقد يتعذر على الإدارة الحصول على التعويض دون اللجوء إلى الصلح لاحتمال الحكم ببراءة المتهم[٤٣٧] حيث يكون الشعب سعيداً في استعادة ماله أكثر من سعادته بايقاع العقوبة على من اعتدى على هذا المال[٤٣٨].

كما أن المقنن المصري أخذ بفكرة الصلح الجنائي في المادة ١٨ مكرر إجراءات في جرائم مالية، منها جريمة النصب وخيانة الأمانة، كما أخذ بها قانون التجارة في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وكذلك قانون البنوك في المسائل المصرفية، وأخيراً أخذ بها المقنن حديثاً في قانون الاستثمار الذي أجاز التصالح بالنسبة للمستثمرين ورجال الأعمال[٤٣٩].

٤٣٥- د .فخري الحديثي ، المرجع السابق ، ص ٣٨.

٤٣٦- د .سليمان ناصر محمد العجاجي, أحكام التصالح الجنائي، بحث مقدم كورقة عمل لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، سنة ١٤٣٤ هـ ، ص 19 وما بعدها،

٤٣٧- د .حمدي رجب عطية، مرجع سابق، ص٣١٦ .

٤٣٨- د.أنور محمد المساعدة ، الصلح الجزائي في التشريعات الاقتصادية القطرية ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24 ، العدد (2) سنة ٢٠٠٨م ، ص109 .

٤٣٩- بهاء ابو شقة ، مقال منشور على مواقع الانترنت، ينظر ال ا ربط التالي ww-lahameg.

الباحث: إن ما ذهب إليه طرفي الفقه في أرائهم التي تم طرحها وما ستندوا عليه من أدلة وتمسك كل طرف برأيه إنما يعد ذلك من كون الموضوع له أهمية يقتضي الأخذ والرد فيه فالطرف الأول معارض لتصالح في جرائم الاعتداء على المال العام ورأي التشديد بالعقوبة وله حجينه في ذلك بينما الطرف الأخر مؤيد لذلك وله حججه والمهم عنده استعادة المال العام ، فيميل الباحث إلى الأخذ بالرأي الوسط بأن تشدد العقوبة في جرائم الاعتداء على المال العام فيتحقق الردع وينال الجاني عقابه ، ويمنع من العودة إلى ارتكاب الفعل الإجرامي مرة أخرى وبنفس الوقت يتم استراد المال المنهوب وإعادته لدولة ، كما يتم تطبق العقاب الإداري في حالة كان الجاني موظف وهذا ما أخذ به المشرع اليمني المنظومة التشريعية للحماية الجنائية للمال العام

ومن جهة أخرى إمكانية التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام في حالة رجع الجاني عن فعله وتاب وارجع جميع ما تم أخذه وبالتالي استعادة الدولة أموالها وذلك في مرحلة جمع الاستدلالات أو التحقيق الإداري وقبل الرفع إلى النيابة وهذا ما أشار إليه المشرع اليمني في قانون أراضي وعقارات الدولة حيث إن استرداد المال العام كاملاً دون نقص هو المقصود, بدلاً من الإجراءات المطولة لدى القضاء والتي قد لا يستطيع الجاني دفعها بسبب نفقات التقاضي التي قد يتحملها ويكون ناتج إجراءات أن يحكم عليه بالحبس وبالتالي لا يستطيع سداد ما عليه ويبقى في السجن وهذا مالا يسعى إليه المشرع عند احالت القضية إلى القضاء وإنما الهدف هو استرداد المال العام .

المبحث الثالث

المنظومة التشريعية لحماية المال العام

لقد أعطى المشرع اليمني المال العام أهمية كبيرة وأولوية في حماية المال العام ، فهو نظام استثنائي يختلف عن النظام الذي تخضع له أموال الأفراد، وتخضع له أيضاً كقاعدة عامة أموال الدولة الخاصة ويتميز هذا النظام القانوني الاستثنائي بصفة أساسية بتقرير حصانة أو حماية قانونية استثنائية للأموال العامة نظراً لأن تلك الأموال تكون بحكم تعريفها مخصصة مباشرة للمنفعة العامة ومن ثم تبدو الحماية ضرورية لتحقيق أغراض المنفعة العامة التي خُصص من أجلها المال العام[٤٤٠]. فالأموال العامة مملوكة لدولة لا يجوز تسخيره لمصلحة خاصة سواء أفراد أو جمعيات أو تنظيمات، حيث نص الدستور» ..... ولا يجوز تسخير الوظيفة العامة أو المال العام لمصلحة خاصة بحزب أو تنظيم سياسي معين»[٤٤١]. فقد وضع المشرع مجموعة التشريعات للحفاظ على الموارد المالية وتحصيلها وكذلك الرقابة على الانفاق .

إضافة إلى ذلك فأن الدستور قد حصن هذه الأموال وحرم الاعتداء عليها فيجب على الجميع الحفاظ عليها وصيانتها بقولها « للأموال والممتلكات العامة حرمة وعلى الدولة وجميع أفراد المجتمع صيانتها وحمايتها وكل عبث بها أو عدوان عليها يعتبر تخريبا وعدوانا على المجتمع، ويعاقب كل من ينتهك حرمتها وفقاً للقانون»[٤٤٢]، كذلك حضر الدستور وحرم مصادرة الأموال العامة بقوله» المصادرة العامة للأموال محظورة، .....»[٤٤٣] إضافة إلى ما سبق فإنه قد وردت نصوص كثير تكفل حماية المال العام سواء كانت في القوانين المدنية أو

٤٤٠- د. أحمد شرف الدين ، الوجيز في أحكام القانون اليمني، الوجيز في القانون اليمني ، دار الفكر المعاصر، صنعاء ، ط سنة ٢٠٠٢م ،،ص ٢٧١.

٤٤١- المادة (٥) من دستور الجمهورية اليمنية الصادر سنة ١٩٩١م و المعدل سنة ١٩٩٤م .

٤٤٢-المادة (١٩) من الدستور اليمني.

٤٤٣- المادة (٢٠) من الدستور اليمني.

الجنائية. وعليه سوف نتطرف هذا الموضوع من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول : المنظومة التشريعية لتنظيم الموارد المالية والرقابة على الانفاق ،

المطلب الثاني : المنظومة التشريعية للحماية المدنية للمال العام ،

المطلب الثالث : المنظومة التشريعية للحماية الجنائية للمال العام

المطلب الأول

المنظومة التشريعية لتنظيم الموارد المالية والرقابة على الانفاق

لقد حافظ المشرع اليمني على المال العام من خلال منظومة تشريعية متكاملة وضع فيها القانونين واللوائح التي نظم فيها الوسائل والأساليب المناسبة لتحصيل المال العام والتي تضمن الجدية والعدالة في التحصيل، كذلك اتخاذ الإجراءات الرقابية المناسبة والتي تهدف ترشيد الإنفاق وضمان عدم التفريط في حقوق الدولة وتحقق المصالحة العامة وذلك من خلال القوانين الآتية:

1-القانون المالي[٤٤٤]:

هو أحد القوانين الأساسية التي تنظم الإدارة المالية العامة للدولة ويهدف إلى ضبط وتنظيم الموارد المالية والنفقات بما يحقق الكفاءة والشفافية في إدارة المال العام وذلك بتنظيم النظام المالي للدولة من خلال:

- وضع إطار قانوني لإدارة الأموال العامة والإشراف عليها.

- تنظيم العلاقة بين وزارة المالية وسائر الجهات الحكومية فيما يخص إعداد الميزانية وتنفيذها.

٤٤٤- القانون رقم(٨) لسنة ١٩٩٠م بشأن القانون المالي اليمني .

- ضمان الاستخدام الأمثل للمال العام و التأكيد على أن النفقات العامة تتم وفق الخطط والموازنات المعتمدة ، إضافة إلى ترشيد الإنفاق وتحقيق الكفاءة في استخدام الموارد.

- كما يهدف إلى وضع قواعد الموازنة العامة وذلك بتحديد كيفية إعداد الموازنة، (اعتمادها، تنفيذها، ومراقبتها) وضبط الإيرادات والنفقات وفقًا لأهداف الدولة الاقتصادية والاجتماعية.

- تحقيق الرقابة المالية وذلك بتمكين وزارة المالية من الرقابة على عمليات الصرف والتحصيل في مختلف الجهات الحكومية و فرض قواعد للمراجعة والمحاسبة.

- تحديد صلاحيات ومسؤوليات الجهات المالية من خلال تنظيم مسؤوليات وزارة المالية، ووحدات الإنفاق، ومسؤولي الحسابات الحكومية و تحديد إجراءات الصرف والتسوية المالية.

- تعزيز الشفافية والمساءلة بفرض توثيق دقيق للعمليات المالية وإلزام الجهات برفع تقارير دورية عن مصروفاتها وإيراداتها.

2- قانون تحصيل الأموال العامة [٤٤٥]:

والذي يهدف إلى تنظيم كيفية تحصيل الدولة لمستحقاتها المالية من الأفراد أو الجهات، سواء كانت ضرائب أو رسوم أو غرامات، أو ديون عامة ويتم تنظيم إجراءات تحصيل الأموال العامة من خلال وضع إطار قانوني واضح لتحصيل ما تستحقه الدولة من أموال لدى الغير ، كما يحدد طرق التبليغ و المواعيد و أساليب التحصيل.

٤٤٥- القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠م بشأن تحصيل الأموال العامة. نشر بالجريدة الرسمية العدد(٨) لسنة ١٩٩٠م

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

كذلك حماية المال العام من الإهمال أو الضياع فيمنح الجهات المختصة (كوزارة المالية أو النيابة العامة) صلاحيات تنفيذية لتحصيل الأموال المتأخرة ، ويسمح بالحجز والمصادرة عند الامتناع عن السداد.

إضافة إلى تعزيز كفاءة الإيرادات العامة للدولة فيسهم في زيادة التحصيل الفعلي للإيرادات، ما يدعم الميزانية العامة ومصالح المجتمع.

كما يهدف إلى إقرار مبدأ العدالة والشفافية فيضمن أن الجميع ملتزمون بالسداد وفقاً للقانون دون تمييز فيمنح المدينين فرصًا للتقسيط أو التظلم ضمن ضوابط معينة يحددها القانون.

3-قانون المناقصات والمزايدات[٤٤٦] :

يهدف قانون المناقصات والمزايدات والمشتريات الحكومية والمخازن العامة لتنظيم كيفية إنفاق المال العام في التعاقدات الحكومية، وضمان الشفافية والنزاهة والكفاءة في استخدام الموارد وذلك من خلال الأهداف التالية :

- حماية المال العام من الفساد والهدر بوضع آليات قانونية لضمان أن تتم التعاقدات بأسعار مناسبة وجودة مطلوبة ، ومنع التلاعب أو المحاباة في إرساء المناقصات وذلك من خلال :

-تنظم طرق الشراء والإنفاق الحكومي لمنع التلاعب والفساد في العقود فيفرض مبادئ الشفافية، المنافسة، وتكافؤ الفرص والنزاهة في التعاقدات الحكومية و منع الاحتكار.

- إلزام الجهات بإجراءات علنية وواضحة في الطرح والرسو وذلك بتمكين جميع المؤهلين من المنافسة على العقود الحكومية دون تمييز.

كما يدعوا إلى تعزيز كفاءة الإنفاق العام باختيار أفضل العروض من حيث الجودة

٤٤٦- القانون رقم(٢٣) لسنة ٢٠٠٧م بشأن قانون المناقصات والمزايدات اليمني

والسعر والالتزام و استخدام أدوات تقييم فنية ومالية محددة وموضوعية.

- تنظيم عمليات الشراء والمخازن الحكومية بتحديد طرق وإجراءات الشراء والتوريد والتخزين بشكل دقيق وتحسين إدارة المخزون ومنع الفاقد والتلف.

- وضع قواعد مؤسسية واضحة للمناقصات بتحديد صلاحيات اللجان المختصة (مثل اللجنة العليا للمناقصات واللجان الفرعية).

كما ينظم دور الجهات الرقابية (الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة، الهيئة العليا للرقابة على المناقصات).

4- قانون مكافحة الفساد[٤٤٧]:

يُعزز هذا القانون من الإجراءات الرادعة لمكافحة الفساد[٤٤٨] والاعتداء على المال العام، ويُشدد على ضرورة ملاحقة الفاسدين واسترداد الأموال المنهوبة، بوضع إطار قانوني شامل لمكافحة الفساد بجميع أشكاله، وتعزيز الشفافية والنزاهة في المؤسسات العامة، وحماية المال العام والوظيفة العامة من الاستغلال وذلك من خلال:

- منع الفساد ومكافحته بجميع أشكاله من خلال تجريم الأفعال الفاسدة كالرشوة، الاختلاس و استغلال الوظيفة و الإثراء غير المشروع و غسل الأموال، كما يضع الإجراءات القانونية والإدارية للحد من انتشار الفساد.

-حماية المال العام وحماية الوظائف الحكومية من الاستغلال أو المحسوبية أو الكسب غير المشروع و ضمان عدم التعدي أو العبث بالأموال العامة.

-نشر قيم الشفافية والنزاهة في مؤسسات الدولة بإلزام الجهات الحكومية بالإفصاح والمساءلة وإشراك المجتمع المدني والإعلام في الرقابة المجتمعية.

٤٤٧– القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٦م بشأن مكافحة الفساد اليمني.

٤٤٨- لقد انضمت اليمن إلى اتفاقية الأمم المتحدة مكافحة الفساد في تاريخ

-تعزيز مبدأ المساءلة وذلك بتمكين الجهات الرقابية والقضائية من محاسبة المتورطين في قضايا الفساد. كما يقوم القانون بحماية المبلّغين عن الفساد وضمان سرية هويتهم.

-إنشاء الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد كجهاز مستقل قانونًا وماليًا، له صلاحيات التحقيق والتحري والإحالة للقضاء ، و مراقبة إقرارات الذمة المالية للمسؤولين.

استرداد الأموال المنهوبة بتمكين الدولة من تتبع واستعادة الأموال العامة المنهوبة داخليًا وخارجيًا، كذلك تعزيز التعاون المحلي والدولي لمكافحة الفساد.

5- قانون الكسب غير المشروع[٤٤٩]:

يهدف قانون الكسب غير المشروع إلى مكافحة الإثراء غير المشروع من الوظيفة العامة، وتعزيز مبدأ الشفافية والنزاهة في الإدارة العامة، ومنع استغلال المنصب لتحقيق مكاسب شخصية وذلك من خلال :

- مكافحة الكسب غير المشروع وذلك بتجريم حصول الموظف أو المسؤول العام على أموال أو منافع لا تتناسب مع دخله المشروع مع إلزامه بإثبات مصدر أي زيادة كبيرة في أمواله.

- حماية المال العام و منع استغلال الوظيفة العامة لتحقيق مصالح خاصة على حساب أموال الدولة أو الصالح العام و ضمان الحفاظ على الموارد العامة من الفساد والإثراء غير القانوني.

- تعزيز الشفافية والنزاهة في الوظيفة العامة حيث يلزم المشمولين بالقانون بتقديم إقرار الذمة المالية عند توليهم الوظيفة، وخلالها، وبعد انتهائها. كما

٤٤٩- قانون رقم(١) لسنة ٢٠٠٦م بشأن الكسب غير المشروع اليمني.

يشمل ذلك المسؤول وأقاربه من الدرجة الأولى.

- ترسيخ مبدأ المساواة والمساءلة حيث يخضع الجميع للقانون دون استثنائهم الوزراء و القضاة و المسؤولون و الموظفون المدنيون والعسكريون، فيساءل كل من تظهر عليه مظاهر ثراء غير مبرر.

- دعم جهود مكافحة الفساد فيُكمل منظومة القوانين ذات الصلة كقانون مكافحة الفساد وقانون الجرائم والعقوبات حيث يعطي الجهات المختصة أدوات قانونية للرقابة والتحقيق والمساءلة.

- استعادة الأموال غير المشروع أجاز القانون للقضاء مصادرة الأموال الناتجة عن الكسب غير المشروع فتمكن الدولة من استرداد ما تم تحصيله بطرق غير قانونية.

6- قانون تنظيم وظيفة المراجعة الداخلية[٤٥٠]:

تهدف المراجعة الداخلية إلى الفحص الموضوعي للعمليات المالية والإدارية والفنية التي تتم داخل الوحدة محل المراجعة طبقا للأصول والمعايير المهنية ، وبمقتضى هذا القرار يتم إعادة إنشاء وتنظيم الإدارة المختصة بإداء مهام وظيفة المراجعة الداخلية في الجهاز الإداري للدولة ووحدات القطاع الاقتصادي ووحدات السلطة المحلية تسمى (إدارة المراجعة الداخلية) ويتم تنظيم عملها وطرق وأساليب أدائها لمهامها واختصاصاتها وواجباتها الرقابية في ضوء المعايير المهنية الحديثة للمراجعة الداخلية وقواعد السلوك المهني وكذا دليل الإجراءات التفصيلي والبرامج الاسترشادية للاستئناس بها في ممارسة الإدارة لمهامها وتتبع هذه الإدارة مباشرة المسئول الأول في كل وحدة وتخضع لإشرافه ومن خلالها يتم الأتي:

٤٥٠- قرار جمهوري رقم (٥) لسنة ٢٠١٠ م بشأن قانون تنظيم وظيفة المراجعة الداخلية.

- تحسين أداء الوحدة وتمكينها من استخدام الموارد المتاحة بكفاءة وفعالية .

- مساعدة الوحدة على تحقيق أهدافها والحد من المخاطر التي قد تتعرض لها أثناء تأديتها لمهامها .

- تقليص الهدر وترشيد الإنفاق والحد من الآثار السلبية المترتبة على العبث بالموارد .

- ترسيخ مقومات الحكم الجيد والإدارة الرشيدة .

- إيجاد الإطار القانوني لوظيفة المراجعة الداخلية .

المطلب الثاني

المنظومة التشريعية للحماية المدنية للمال العام

ويقصد بها تلك الأحكام والقواعد واللوائح التي وردت في القانون المدني للمحافظة على المال العام وتوفير الحماية له، ليؤدي دوره المخصص له في خدمة المنفعة العامة على الوجه الأكمل[٤٥١]. ويتبين لنا أن هناك العديد من القواعد الأساسية التي قررها القانون المدني لحماية الأموال العامة، وإن هذه القواعد والأساليب قد وردت في القانون المدني هي عبارة عن قواعد إدارية أصلية لا مجال فيها للعقاب الجنائي .

ولكون هذه القواعد قد وردت في التقنين المدني فتعتبر هذه الحماية المدنية من الناحية الشكلية ولكنها بالأصل قواعد تخاطب الإدارة وضمن القانون الإداري وحدة، وتتميز هذه القواعد عن القواعد التي تخاطب الأفراد حتى وإن كانت هذه القواعد قد جاء موقعها في تقنين القانون المدني فإنها تظل قواعد إدارية بحته يطبقها القاضي الإداري على المنازعة المعروضة أمامه.

وبالرجوع الى نصوص القانون المدني لم يجيز التصرف أو الحجز أو التملك للمال العام بقوله» لا يجوز التصرف فيه والحجز عليه ولا تملك الاشخاص له باي وسيلة مهما بقى عامّا»[٤٥٢] ومن خلال هذا النص نجد أنها حددت ثلاث قواعد أساسية لحماية المال العام بمعنى أن الحماية القانونية المدنية أن يخضع المال العام لتلك القواعد. وهذه القواعد تتمثل بالأتي:

1- عدم جواز التصرف في الأموال العامة.

2- عدم جواز الحجز على المال الأموال العامة

٤٥١-انظر د./ رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة) مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ١٩٩٥م ، ص ١٧٥ .

٤٥٢- المادة (١٨) من القانون المدني اليمني، سبق الإشارة إليه .

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

3 عدم جواز تملك الأموال العامة.

القاعدة الأولى: عدم جواز التصرف في الأموال العامة.

هذه القاعدة تُحَّرم عدم جواز التصرف في المال العام، ويقع باطل كافة التصرفات المدنية التي ترد عليه ويكون من شأنها نقل ملكيته أو تريب أي حق عيني عليه يتعارض وتخصيصه للنفع العام، ولما كان عدم جواز التصرف في الأموال لا يرجع إلى طبيعتها التي لا تكاد تختلف عن طبيعة الأموال الخاصة وإنما يرجع إلى تخصيصها للنفع العام[٤٥٣] لاستعمال الجمهور أو لمرفق عام ، ووفق لهذه القاعدة لا يجوز نقل ملكية المال العام عقار أو منقول سواء بالبيع أو الهبة أو الوصية.

القاعدة الثانية: عدم جواز الحجز على الأموال العامة.

ويقصد بهذه القاعدة عدم جواز إخضاع المال العام لإجراءات التنفيذ الجبري، والحكمة في ذلك ترجع إلى أن الحجز على هذا المال قد يؤدي في النهاية إلى بيعه، لتمكين الدائن الحائز من استيفاء حقه من ثمن المبيع وهو أمر يتعارض من ضمان استمرار النفع العام الذي خصص له المال العام[٤٥٤].

القاعدة الثالثة: عدم جواز تملك الأموال العامة.

يترتب على عدم جواز التصرف بالمال العام عدم جواز تملكه بالتقادم، لأنه من النادر أن تُقدم الإدارة على التصرف في المال العام، أما الأفراد فكثيراً ما يعتدون عليه عمداً أو خطأ عن طريق وضع اليد أو الحيازة كما أن التملك بالتقادم يتميز بطابعه المستتر وغير المحسوس أحياناً لذلك فإن مقتضى هذا المبدأ استراد المال العام مهما طالت مدة وضع اليد[٤٥٥].

٤٥٣- د.ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط سنة ١٩٩٦م ، ص١٩٢ .
٤٥٤- د. مطيع على حمود جبير: مبادئ القانون الإداري اليمني / (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص ٣٥٦.
٤٥٥- د.ضياء عبد الرحمن أحمد عثمان : القانون الإداري , مكتبة خالد بن الوليد , دار الكتب اليمنية , ط٤ ,صنعاء , الجمهورية اليمنية , ٢٠١٧م . ص٢٥٢.

حيث إن السماح بتملك المال المخصص للنفع العام بالتقادم يتعارض مع طبيعة وخصوصية المال العام، لأن هذ التصرف يعتبر اعتداء من قبل الأفراد، وهو ما لا تقره التش

المطلب الثالث

المنظومة التشريعية للحماية الجنائية للمال العام

إن للأموال العامة أهمية كبيرة حيث خصصت هذه الأموال للمنفعة العامة فهي تكفيل سير الحياة في المجتمع وتساعد مؤسسات الدولة على تسير أعمالها وتأدية وظائفها، لذلك كفل المشرع اليمني الحماية الجنائية لها من أي اعتداء عليها أو الإضرار بها، حيث شرع القوانين التي تجرم الاعتداء عليها وتعرضهم للعقاب، فجعل الحماية تنصرف إلى كافة أموال الدولة العامة والخاصة، غير أن الأموال العامة تتمتع بحماية أكبر.

فشدد المشرع في عقوبة الاعتداء عليها، ليس فقط في حالة الاعتداء العمد بل وأحياناً في حالة الاعتداء الخطأ الناشئ عن الإهمال وعدم الحيطة كما يضع العقوبات على مخالفة لوائح الضبط المتصلة بتنظيم استعمال الأموال العامة[٤٥٦].

إذا نجد أن العقوبات لم تأتي في قانون واحد وإنما قد جاءت متفرقة في عدد من القوانين في صور الاعتداء على المال العام حتى يحقق المشرع أقصى حماية ممكنة للمال العام ويحقق الردع لمن تسول له نفسه المساس بالمال العام، فقد أضفى المشرع الحماية الجنائية على المال الخاصة مادام أنه مخصصة لنفع العام، وليس ذلك فقط بل أن المشرع قد راعى التدرج في العقوبة بما يتناسب والفعل على محل الاعتداء، حيث شدد العقوبة في الجرائم المُنصبة على المال العام.

٤٥٦- د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، مرجع اسبق ، ص١٩٧.

كما شدد العقوبة على الجرائم الصادرة من موظف عام في حالة الاعتداء على المال العام، لذلك هناك نصوص كثير جرمة الاعتداء على الأموال العامة حيث تتضمن المنظومة قوانين وعقوبات وإجراءات رقابية تهدف إلى منع الاعتداء على المال العام وكشف الفساد وضمان حسن التصرف في الموارد العامة وذلك من خلال:

اولاً: قانون العقوبات اليمني[٤٥٧]:

حيث يتناول هذا القانون الجرائم المتعلقة بالمال العام، مثل الرشوة والاختلاس والتزوير، ويُشدد على معاقبة مرتكبيها. إضافة إلى ماجاء في الباب (الثاني، والثالث والرابع) والتي حددت الجرائم ذات الخطر العام والجرائم الماسة بالاقتصاد القومي والجرائم الماسة بالوظيفة العامة:

1-حيث شدد المشرع بعقوبة الحبس على من اعتداء على المنشآت والمباني ذات النفع العام بإشعال الحريق فيها أو أحدث تفجيراً فيها بغية تخريبها أو بث الرعب والقلق بين الناس[٤٥٨].

2- كما شدد المشرع بعقوبة الحبس على من اعتداء عمداً على وسائل النقل بأي طريقة من الطرق أو عرضها للخطر سواء بالحريق أو التفجير أو عطل عملها بالتخريب ، إضافة إلى ذلك شدد بالعقوبة على قام بأعمال تخريبية من شأنها عطل عمل إي وسيلة من وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية المخصصة للمنفعة وذلك بقطع الكابلات السلكية التي تربط بين الأجهزة والشبكات وكذلك التي تربط بين المدن بعضها البعض و تربط المدن بمراكز المديرات والقرى كما قد يصل التخريب إلى وسائل الاتصال اللاسلكية وذلك باستخدام أجهزة لتشويش وتعطيل الإشارات اللاسلكية ، وقد يصل التخريب إلى مباني

٤٥٧- القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن العقوبات اليمني.
٤٥٨- المادة(١٣٧) « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل من أشعل حريقا أو أحدث انفجارا ..... في أحد المباني أو المنشآت ذات النفع العام أو المعدة للمصالح العامة». من قانون العقوبات اليمني.

ومنشآت مكاتب الاتصالات.[٤٥٩]

3-إضافة إلى ما سبق فإن التشديد قد شمل كذلك من عرض حياة الناس أو موالهم للغرق عمداً بأي طريقة من الطرق سواء كانت أثناء نقلهم بسفينة أو قارب غير مرخص له أو غير مؤهل لذلك، أو نقلهم بطريقة غير شرعية بواسطة قارب صغير قد يؤدي إلى الإنقلاب بهم في عرض البحر

كذلك يشمل تعريض حياة الناس للخطر فتح أماكن لسباحة بدون تصريح أو السباحة في أمكان محضورة[٤٦٠]

4-كذلك شمل التشديد كل من عرض حياة الناس أو سلامتهم للخطر عمداً بأن قام بوضع مواد سامة في مياه الابار أو خزانات المياه أو منابع العيون ومن أمثلة ذلك الزرنيخ أو الرصاص أو وضع مواد كيميائية مثل المبيدات الحشرية أو البكتيريا والفيروسات وغيرها والتي تؤدي إلى تلوث مياه الشرب و تسبب أمراضًا خطيرة تضر بالجسم في حالت تناولها وقد تؤدي إلى الوفاة ، وقد يكون لتلك المواد ضرر جسيم بالصحة العامة إذا وضعت في المياه الإقليمية أو الموانئ[٤٦١].

5-ولم يكتفي المشرع بالتشديد بعقوبة الحبس عشر سنوات على الأفعال الإجرامية المذكورة آنفاً إنما رفعها إلى خمس عشر سنة إذا نتج عن الفعل الإجرامي تعطيل أي مرفق من المرافق العامة أو ضرر جسيم بالأموال أو حدوث إصابة جسيمة، بل أن التشديد قد يصل إلى عقوبة الإعدام حد إذا نتج عن الفعل الإجرامي موت إنسان[٤٦٢].

٤٥٩- **مادة (١٣٨)** « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات: ١-من عرض للخطر عمدا وسيلة من وسائل النقل البرية أو البحرية أو الجوية أو عطل سيرها بأية طريقة.٢-من عطل بأية طريقة وسيلة من وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية المخصصة للمنفعة العامة» من قانون العقوبات اليمني المشار إليه سابقاً.

٤٦٠- **مادة (١٣٩)»** يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل من أحدث عمدا غرقا من شأنه تعريض حياة الناس أو أموالهم للخطر» من قانون العقوبات اليمني المشار إليه سابقاً.

٤٦١- **مادة (١٤٠)** « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات من عرض عمداً حياة الناس أو سلامتهم للخطر بوضعه مواد سامة أو ضارة من شأنها أن يتسبب عنها الموت أو ضرر جسيم بالصحة العامة في المياه الإقليمية أو الموانئ أو في بئر أو خزان مياه أو أي شئ آخر معد لاستعمال الجمهور» من قانون العقوبات اليمني المشار إليه سابقاً « من قانون العقوبات اليمني.

٤٦٢- **مادة (١٤١)** « إذا نتج عن أي من الجرائم المبينة بالمواد (١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠) كارثة تعطيل أي مرفق عام أو ضرر

6-ومن جهة أخرى فإن المشرع قد حدد العقوبة بما لا يزيد عن خمس سنوات إذا نتج عن الفعل الاجرامي تخريب أو إتلاف لطريق العام عمداً وذلك بتدمير للبنية التحتية للطريق، مثل الحفر أو تكسير الازفلت و الرصيف، أو وضع عوائق على الطريق العام ، مثل الحجارة أو الأشياء الثقيلة، مما أدى إلى تعطيل حركة السير، وتأخير وصول الناس إلى وجهاتهم وقد يؤدي تخريب الطريق إلى زيادة خطر الحوادث المرورية وسلامة الناس((٤٦٣)).

7- كذلك حدد عقوبة الحبس بما لا يتجاوز ثلاث سنوات من تسبب بإهمال في إشعال حريق مما أدى إلى انتشار الحريق بسرعة كبيرة وعدم السيطرة عليه وقد يؤدي الحريق إلى تدمير الممتلكات والأصول وقد يؤدي إلى إصابة الأشخاص أو وفاتهم، والسبب في ذلك عدم اتباع إجراءات السلامة والحد من الحريق و انتشاره.

كذلك شملت العقوبة من تسبب بإهمال في انفجار بعض المواد القابلة للانفجار عند تعرضها لظروف معينة، مثل الحرارة أو الضغط أو الصدمة وهي المواد الكيماوية مثل الديناميت وال TNT والمواد الغازات القابلة للانفجار والمفرقعات و المواد الكيميائية المتفاعلة وذلك نتيجة الإهمال في التخزين أو تخزينها في أمكان غير معدة لذلك أو تخزينها وسط منطقة سكنية والم يتم أتخاذ الحيطة و الحذر في ذلك مما يؤدي إلى عواقب خطيرة عند انفجارها كذلك تشمل العقوب من تسبب بإهمال أو غرق أو تلويث أو تعطيل لإحدى وسائل النقل وشدد المشرع العقوبة بالحبس مدة خمس سنوات إذا نجم عن الإهمال كارثة ((٤٦٤)).

جسيم بالأموال أو حدوث عدد من الإصابات الجسيمة تكون العقوبة مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة. وإذا ترتب عليها موت إنسان تكون العقوبة الإعدام حدا دون إخلال بحق ولي الدم في الدية. من قانون العقوبات اليمني. وإذا نشأ عنها جرح شخص أضيف إلى العقوبة المقررة للجريمة القصاص في الأطراف أو الدية أو الأرش على حسب الأحوال»

٤٦٣-**المادة(١٤٢)** « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من خرب أو أتلف عمداً طريقاً عاماً بأية كيفية كانت إذا نشأ عن ذلك خطر على سلامة الحركة فيه. من قانون العقوبات اليمني.

٤٦٤- **المادة (١٤٣)**» يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو الغرامة من تسبب بإهمال في إشعال حريق أو انفجار أو غرق أو تلويث أو تعطيل لإحدى وسائل النقل فإذا نجم عن الإهمال كارثة تكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات» من قانون العقوبات اليمني.

8- كذلك حدد المشرع عقوبة من قام باستخدام وسائل النقل العامة أو البريد لنقل مفرقعات أو مواد قابلة للالتهاب خلافاً لما تقتضي به القوانين واللوائح والتي بينت ووضحت كيفية نقل المواد القابلة للانفجار[٤٦٥].

9- وحفاظاً على الأموال العامة والبنية الاقتصادية فإن المشرع قد شدد العقوبة بالحبس من سنة إلى عشر سنوات من خرب في أحد الأبنية الحكومية أو أحدث خراب وتدمير لأحد المصانع أو ملحقاته ومرافقيه وقد يمتد الخراب إلى جسور المركبات أو المشاة أو مجرى المياه أو سداً أو خطاً كهربائياً ذا ضغط عال أو وسائل النقل أو المواصلات أو مستودعاً للمواد الأولية أو المنتجات أو السلع الاستهلاكية أو غير ذلك من الأموال الثابتة أو المنقولة المملوكة للشعب والمعدة لتنفيذ خطة الدولة الاقتصادية ولها أهمية حيوية للاقتصاد القومي[٤٦٦].

ثانياً: قانون الإجراءات الجزائية[٤٦٧]:

- يحدد هذا القانون الإجراءات المتعلقة بالملاحقة القضائية والتحقيق والمحاكمة في الجرائم، دون أن ينص على إمكانية التصالح في جرائم المال العام.

ثالثاً: لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية[٤٦٨]:

لم يكتفي المشرع بالعقوبة الجنائية بل أضاف إليها العقوبات الإدارية إذا كان الفعل الإجرامي قد وقع من قبل موظف عام أو كان مشارك فيه فقد شدد

٤٦٥- **المادة (١٤٦)** «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنه أو بغرامة لا تتجاوز ألفي ريال كل من نقل مفرقعات أو مواد قابلة للالتهاب في إحدى وسائل النقل العامة أو بطريق البريد على خلاف ما تقتضي به القوانين واللوائح» من قانون العقوبات اليمني.

٤٦٦- **مادة (١٤٧)** «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنه ولا تزيد عن عشر سنوات من خرب بنية أحدث انهيار في الاقتصاد القومي مصنعاً أو أحد ملحقاته أو مرافقه أو جسراً أو مجرى مياه أو سداً أو خطاً كهربائياً ذا ضغط عال أو وسائل النقل أو المواصلات أو مستودعاً للمواد الأولية أو المنتجات أو السلع الاستهلاكية أو غير ذلك من الأموال الثابتة أو المنقولة المملوكة للشعب و المعدة لتنفيذ خطة الدولة الاقتصادية ولها أهمية حيوية للاقتصاد القومي» من قانون العقوبات اليمني.

٤٦٧- **القانون رقم (١٣)** لسنة ١٩٩٤م بشأن قانون الإجراءات الجزائية.

٤٦٨- **قرار رئيس مجلس الوزراء رقم(٢٧)** لسنة ١٩٩٨م بشان لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية .

المشرع العقوبة وهي توقع عقوبة الفصل من الوظيفة على الموظف مع احتفاظه بحقوقه التقاعدية وأية مستحقات أخرى في حالة تكرار ارتكابه لإحدى المخالفات التي سبق توقيع عقوبة خفض الفئة والراتب معاً عليه بشأنها وفي حالة ارتكابه لأي من المخالفات التالية[٤٦٩]:

2- إفشاء الأمور والمعلومات السرية التي يطلع عليها بحكم وظيفته أو بمناسبتها متى كان ذلك مضراً بالمصلحة العامة.

3- الغش في تحصيل الرسوم أو الضرائب أو التكاليف العامة.

4- ارتكاب الموظف بصفته الرسمية تزويراً في السجلات أو الأوراق أو التقارير أو المحاضر أو الوثائق أو الإمضاءات أو الأحكام.

8-اختلاس بعض الأموال المسلمة إليه بحكم وظيفته وتسهيل الاستيلاء للغير على الأموال العامة.

13- تحصيل رسوم بدون استخدام قسائم دفاتر التحصيل الرسمية.

14- تخريب مباني العمل وأملاكه.

إضافة إلى العقوبة السابقة يفصل الموظف اذا حكم عليه بصورة قطعية في جريمة جنائية من جرائم المال العام والوظيفة أو مخلة بالشرف والأمانة ويعد من قبيل الجرائم المخلة بالشرف أو الامانة وهي الأفعال التي جرمها المشرع وهي دون حصر ما يلي[٤٧٠]:-

1- جرائم الرشوة والاختلاس والاستيلاء والغدر على المال العام أو تسهيل ذلك للغير.

2- جرائم التزوير والتزييف بصورة عامة وجرائم انتحال الصفة واستغلال النفوذ.

٤٦٩- **المادة(٢٠)** من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٨م بشان لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية .

٤٧٠- المادة (٢١) من لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية.

3. جرائم الاضرار العمدي بالمال العام أو الوظيفة العامة والجرائم المرتبطة بهما.

4. الاحتيال والسرقة والتبديد والنصب والغش واساءة استعمال السلطة.

5. فك الاختام الموضوعة بمعرفة الجهات الحكومية المختصة.

رابعاً: قانون أراضي وعقارات الدولة[٤٧١]:

شدد المشرع بالعقوبة على من اعتداء على أراضي وعقارات الدولة المخصصة والمراهق العامة الواقعة في نطاق المدن وذلك بالحبس مدة لا تزيد على أربع سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرين الف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعتدي بأي وجه من الوجوه على أراضي وعقارات الدولة المخصصة والمراهق العامة الواقعة في نطاق المدن وتكون العقوبة هي الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات إذا صاحب الاعتداء استعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو تم ذلك اعتمادا على سلطة وظيفية أو استغلال للنفوذ أو الوجاهة وتتعدد العقوبات بتعدد الأفعال وتضاعف العقوبة في حالة العودة[٤٧٢].

2-كما شمل العقاب كل من حرض أو سهل أو أعان غيره على الاعتداء على أي من أراضي وعقارات الدولة وذلك بالحبس مدة لا تزيد عن سنه وبغرامة لا تقل عن عشرة الف ريال أو بإحدى هاتين وكان الاعتداء بناءً على ذلك، وتضاعف العقوبة إذا كان التحريض أو التسهيل أو الإعانة صادرا من موظف أو أكثر من موظفي المصلحة[٤٧٣].

إضافة إلى ما سبق فإن المشرع يعاقب كل من أتلف أو نقل أو أزال أي محيط أو علامة معدة لضبط مساحات أو تسوية لأي أراضي وعقارات الدولة أو لتعيين الحدود الفاصلة بين هذه الأملاك وغيرها من الأملاك الخاصة بالحبس مدة لا

٤٧١- قرار جمهوري بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥م بشأن أراضي وعقارات الدولة.
٤٧٢- المادة (٤٧) قانون أراضي وعقارات الدولة.
٤٧٣-**المادة (٤٨)** من نفس القانون.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

تزيد عن سنتين أو بغرامة لا تقل عن خمسة عشر الف ريال كما شدد العقوبة على من ارتكب الفعل باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو بقصد اغتصاب الأرض بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، ويلزم الفاعل في الحالتين نفقات إعادة المحيط أو العلامة[٤٧٤].

المبحث الرابع

موقف التشريعات من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام

تختلف التشريعات والأنظمة من دولة لأخرى في موقفها من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام ما بين من يجيز التصالح في تشريعه وتنظم قواعده القانونية كذلك، ومن لا يجيز التصالح ويشدد في عقوبة الاعتداء على المال العام، وسيتم التطرق إلى ذلك من خلال المطلبين ، المطلب الأول : موقف تشريع بعض الدول من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام المطلب الثاني: موقف المشرع اليمني من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام.

المطلب الأول

موقف تشريع بعض الدول من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام

(فرنسا ، مصر ، الكويت)

أولاً : التشريع الفرنسي:

استحدث المشرع الفرنسي نظام التسوية الجزائية بموجب القانون رقم(95/1999م) الصادر في مارس2004 م ، ويمثل هذا النظام بديلاً جديداً من بدائل الدعوى الجنائية، إذ يتيح لنائب الجمهورية أن يقترح التسوية الجزائية على

٤٧٤- المادة (٥٠) من نفس القانون.

الشخص الطبيعي البالغ الذي يعترف بارتكابه واحدة أو أكثر من الجنح المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات وتتم التسوية الجزائية[(٤٧٥)] باتخاذ تدبير أو أكثر من التدابير الآتية:

أ-دفع غرامة التسوية للخزانة العامة، ولا يجوز أن يزيد مقدار هذه الغرامة عن الحد الأقصى.

للغرامة المقررة قانوناً للجريمة، ويتم تحديدها طبقاً لجسامة الجريمة ودخل الجاني و التزاماته، ويجوز أن تسدد الغرامة على أقساط يحددها النائب خلال مدة لا تتجاوز سنة.

ب- التنازل لمصلحة الدولة عن الأشياء التي استخدمت أو كانت معدة للاستخدام حال ارتكاب الجريمة.

لقد أعطى المشرع الفرنسي للنيابة العامة صلاحية عرض تسوية مالية على المتهمين في بعض القضايا البسيطة، إذا قبل المتهم ودفع الغرامة للدولة (بشرط ألا تزيد عن الحد القانوني)، تنتهي القضية دون محاكمة.

حيث تناول القانون المشار إليه تطوراً هاماً في السياسة الجنائية الفرنسية، وهو الاتجاه نحو عدالة التفاوض أو البدائل الجنائية التي تهدف إلى تخفيف العبء عن المحاكم وسرعة الفصل في القضايا البسيطة والمتوسطة وذلك باستحداث نظام التسوية الجزائية هي آلية تسمح للمدعي العام بأن يقترح على الشخص الذي اعترف بارتكاب جنحة أو مخالفة عقوبات معينة مثل الغرامة لتجنب الدخول في محاكمة جنائية كاملة، هذه الغرامة تدفع الخزانة العامة للدولة، باعتبارها تعويضاً للمجتمع عن الجرم المرتكب من قبل الجاني ، بحيث لا يجوز أن يزيد مقدار هذه الغرامة عن الحد الأقصى، والمقصود هنا هو الحد الأقصى للعقوبة

٤٧٥- انظر نص المادة(٢/٤١) من القانون الفرنسي رقم (٩٩/٥١٥) الصادر في / ٢٣ (يونيو١٩٩٩ /م) التي تنص على جواز اقتراح نائب الجمهورية التسوية على الشخص الطبيعي البالغ الذي يقر بارتكابه أي من الجنح المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس الذي لا يزيد على خمس سنوات كعقوبة أساس، أو أي من المخالفات المرتبطة بها"

المقررة قانوناً لتلك الجريمة .

و يقصد المشرع من ذلك إنهاء القضايا التي يعترف فيها المتهم بذنبه دون الحاجة لسنوات من التقاضي كذلك ضمان تحصيل مبالغ مالية للخزينة بدلاً من صدور أحكام قد لا تُنفذ، كما أنه تخفيف الضغط على المحاكم وتركها تتفرغ للنظر في الجرائم الجسيمة .

خلافاً لما ذهب إليه المشرع الفرنسي نجد أن المشرع اليمني نأى بنفسه عن تبيني نظام التسوية الجنائية متمسكاً بالقواعد العاملة بالمساءلة والعقاب ، حيث أثر عدم إعمال المرونة الإجرائية التي قررها القانون الفرنسي وسيتم شرح ذلك بالتفصيل.

ثانياً: المشرع المصري:

إن الدولة وهي المختصة بمباشرة حقها في العقاب من خلال رفع دعوى جنائية ضد الأفعال الاجرامية التي يرتكبها الفرد والتي تعد جريمة بموجب قانون الجرائم والعقوبات وبالتالي من حقها إجراء التسوية إذا كان ذلك فيه مصلحة عامة حيث أصدر المشرع المصري قرار بالتسوية المالية في جرائم الاعتداء على المال العام وذلك بالتعديل في بعض مواد القانون منها:

1-المادة 18 (مكرراً «ب») من قانون الإجراءات الجنائية "التي جاء فيه « يجوز التصالح في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ويكون التصالح بموجب تسوية بمعرفة لجنة من الخبراء يصدر بتشكيلها قرار من رئيس مجلس الوزراء ...»[٤٧٦] ليصبح هذا النص نصاً عاماً يجيز التصالح في جرائم العدوان على المال العام للموظف العام ولغيره، وذلك كاستثناء على القاعدة العامة وهي السير في إجراءات الدعوى الجنائية في مثل هذه الجرائم، بالتصالح كأحد الوسائل البديلة لدعوى الجنائية والذي يعد

٤٧٦- المادة (١٨ مكرراً «ب») من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة المعدل بالقانون رقم (١٦) لسنة٢٠١٥ م

سبباً لانقضاء الدعوى الجنائية وهو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة آنفة الذكر.

حيث أجاز القانون المصري التصالح في جرائم العدوان على المال العام منها الرشوة، الاختلاس، أو الإضرار بالمال العام، حيث يمنح المشرع للمتهم سواء كان موظفاً عاماً أو غير ذلك فرصة لرد الأموال التي استولى عليها أو تسبب في ضياعها، مقابل إغلاق ملف القضية نهائياً دون الوصول إلى حكم قضائي بالسجن، وذلك من خلال التسوية المالية ، والتي تتم عبر لجنة خبراء يشكلها رئيس مجلس الوزراء، تقوم بتحديد قيمة الأموال المستحقة ، إجراء التسوية المالية مع المتهم.

2- أ -المادة (14) مكرراً علي أنه « يجوز التصالح في الجريمة المنصوص عليها في المادة(18) من قانون الكسب غير المشروع ويقدم طلب التصالح من المتهم أو و رثته أو الوكيل الخاص لأي منهما في مرحلة التحقيق بإدارة الكسب غير المشروع برد ما يحصل عليه المتهم من الكسب غير المشروع في أية صورة كانت» .وقد نصت المادة المذكورة من القانون علي جواز تقديم طلب التصالح أثناء المحاكمة الجنائية للمتهم»[٤٧٧].

ب- الماد (14) مكراراً (أ) من قانون الكسب غير المشروع والذي جاء فيها « للمتهم أو ورثته أو وكيل أي منهما الخاص في مرحلة المحاكمة، طلب التصالح أمام المحكمة برد جميع ما حصل عليه المتهم من كسب غير مشروع وذلك في أي صورة كان عليها، وغرامة تعادل مثل قيمة المبلغ المتحصل عليه من جريمة الكسب، وفي هذه الحالة تمنح المحكمة طالب التصالح أجلا مناسبًا لاتخاذ إجراءات التصالح، وتتخذ إدارة الكسب غير المشروع إجراءات التصالح، وتثبت في محضر يوقع من مديرها ومقدم طلب التصالح، ويقدم المحضر للمحكمة لإلحاقه

٤٧٧- المادة (١٤ مكرراً) من قانون الكسب غير المشروع المضافة بالقانون رقم) ٩٧ (لسنة ٢٠١٥م.

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
IUM المركز الرئيسي

بمحضر الجلسة، وتقضي المحكمة بانقضاء الدعوى الجنائية[٤٧٨].

ج-المادة (14) مكرر" ب "علي " أنه يجوز التقدم بطلب التصالح بعد صدور حكم محكمة الجنايات وقبل أن يصبح باتا وحددت باقي مواد القانون آثار قبول التصالح علي قضايا الكسب غير المشروع وكيفية تقدير قيمة الأصول والأموال الواجب إعادتها إلى الدولة" .

3- أجاز المشرع التصالح مع المستثمرين في الجرائم التي ترتكب منهم أو غيرهم من المتهمين سواء قبل تحريك الدعوى أو أثناء نظرها أو بعد صدور حكم بات فيها متى قام برد المال أو تعويض الدولة تعويضاً مناسباً[٤٧٩].

- أ -المادة (14) مكرراً علي أنه « يجوز التصالح في الجريمة المنصوص عليها في المادة(18) من قانون الكسب غير المشروع ويقدم طلب التصالح من المتهم أو و رثته أو الوكيل الخاص لأي منهما في مرحلة التحقيق بإدارة الكسب غير المشروع برد ما يحصل عليه المتهم من الكسب غير المشروع في أية صورة كانت» .وقد نصت المادة المذكورة من القانون علي جواز تقديم طلب التصالح أثناء المحاكمة الجنائية للمتهم»[٤٨٠].

ب- الماد (14) مكراراً (أ) من قانون الكسب غير المشروع والذي جاء فيها « للمتهم أو ورثته أو وكيل أي منهما الخاص في مرحلة المحاكمة، طلب التصالح أمام المحكمة برد جميع ما حصل عليه المتهم من كسب غير مشروع وذلك في أي صورة كان عليها، وغرامة تعادل مثل قيمة المبلغ المتحصل عليه من جريمة الكسب، وفي هذه الحالة تمنح المحكمة طالب التصالح أجلا مناسبًا لاتخاذ إجراءات التصالح، وتتخذ إدارة الكسب غير المشروع إجراءات التصالح، وتثبت في محضر يوقع من مديرها ومقدم طلب التصالح، ويقدم المحضر للمحكمة لإلحاقه

٤٧٨- المادة (١٤ مكرراً)(أ) من قانون الكسب المصري غير المشروع نفس القانون .
٤٧٩- قانون الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م .
٤٨٠- المادة (١٤ مكرراً) من قانون الكسب غير المشروع المضافة بالقانون رقم) ٩٧ (لسنة ٢٠١٥م.

بمحضر الجلسة، وتقضي المحكمة بانقضاء الدعوى الجنائية[٤٨١].

ج-المادة (14) مكرر" ب "علي " أنه يجوز التقدم بطلب التصالح بعد صدور حكم محكمة الجنايات وقبل أن يصبح باتا وحددت باقي مواد القانون آثار قبول التصالح علي قضايا الكسب غير المشروع وكيفية تقدير قيمة الأصول والأموال الواجب إعادتها إلى الدولة" .

3- أجاز المشرع التصالح مع المستثمرين في الجرائم التي ترتكب منهم أو غيرهم من المتهمين سواء قبل تحريك الدعوى أو أثناء نظرها أو بعد صدور حكم بات فيها متى قام برد المالأو تعويض الدولة تعويضاً مناسباً[٤٨٢].

من خلال المواد السابقة تبين أن المشرع قد أعطى للمتهم في قضايا الكسب غير المشروع فرصة لتسوية وضعه القانوني ، برد كافة الأموال والمنافع التي حصل عليها بطرق غير قانونية إلى خزينة الدولة، وذلك في مرحلتي التحقيق أمام إدارة الكسب غير المشروع أو مرحلة المحاكمة حتى بعد وصول القضية للمحكمة الجنائية، يظل باب التصالح مفتوحاً وذلك برد ما يحصل عليه المتهم من الكسب غير المشروع في أية صورة كانت عليها ، وكذلك دفع غرامة تعادل مثل قيمة المبلغ ، بعد أن يقدم المتهم أو ورثته طلب التصالح للمحكمة، بمجرد إتمام التصالح ورد الأموال ، وبعد استيفاء الشروط والتأكد من السداد، تصدر المحكمة حكماً بانقضاء الدعوى الجنائية بالتصالح مما يعني توقف المحاكمة وإلغاء العقوبات المقيدة للحرية المرتبطة بهذه التهمة.

كما أجاز القانون للمتهم تقديم طلب التصالح حتى بعد صدور حكم من محكمة الجنايات، بشرط أن يكون الحكم غير بات أي لا يزال قابلاً للطعن عليه أمام محكمة النقض أو لم تنتهِ مواعيد الطعن ، وقد وضع القانون آلية يتم فيها

٤٨١- المادة (١٤ مكرراً)(أ) من قانون الكسب المصري غير المشروع نفس القانون .
٤٨٢- قانون الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م .

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

تقدير الأموال وحصر كافة الأصول والأموال التي حصل عليها المتهم بطرق غير مشروعة على أن يتم تقدير القيمة الحالية لهذه الأصول وقت طلب التصالح. ومن ثم يلزم المتهم برد هذه الأموال بالإضافة إلى الغرامات المقررة قانوناً.

وفي حال قبول طلب التصالح وسداد المبالغ المطلوبة تنقضي الدعوى الجنائية: تتوقف المحاكمة وتسقط التهمة عن المتهم ويتم توقيف وقف تنفيذ العقوبة وفي حالة كان المتهم محبوساً على ذمة القضية، يتم إخلاء سبيله فور تمام التصالح.

وما يهدف إليه المشرع من هذه التسوية وهو استرداد الدولة لمستحقاتها ، حيث تضمن الدولة عودة الأموال المنهوبة بشكل أسرع من إجراءات التقاضي الطويلة.

كما أجاز المشرع التصالح مع المستثمرين في الجرائم التي ترتكب منهم أو غيرهم من المتهمين سواء قبل تحريك الدعوى أو أثناء نظرها أو بعد صدور حكم بات فيها متى قام برد المال و تعويض الدولة تعويضاً مناسبا.

ثالثا: التشريع الكويتي:

أجاز المشرع الكويتي التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام وذلك من خلال قانون الجمارك حيث جاء فيه[٤٨٣]» لسلطة الجمارك بناءً على طلب المتهمين أصحاب الشأن كلهم أو بعضهم ـــــ أن تعقد مصالحة في قضايا التهريب سواء كان بالاستعاضة عن العقوبات التي نصت عليها المادة (٢٠) من هذا القانون بالاتي:

٤٨٣- المادة(٢٢) من قانون الجمارك الكويتي .

أ-غرامة لا تقل عن مثلي الضريبة الجمركية والرسوم الأخرى المستحقة عن البضائع المستوردة والمصدرة موضوع جريمة التهريب.

ب- مصادرة البضائع المصدرة أو المستوردة موضوع جريمة التهريب كما يجوز أن يقضي الصلح

بإعادة كل أو بعض البضائع المحجوزة ووسائل لنقل والأشياء التي استخدمت في جريمة التهريب.

من خلال المادة سالفة الذكر يتبين أن المشرع الكويتي قد أجاز الصلح الجمركي وذلك بتسوية قضايا التهريب ودياً بعيداً عن أروقة المحاكم ، حيث أعطى المشرع سلطة الجمارك الحق في إنهاء النزاع مع المتهم بالتهريب بناءً على طلبه من خلال عقد مصالحة. الهدف هنا هو سرعة تحصيل حقوق الدولة المالية بدلاً من الدخول في إجراءات قضائية طويلة على أن يتم الاتفاق في الصلح على أن يدفع المتهم غرامة لا تقل عن ضِعف (مثلي) الضريبة والرسوم الجمركية المستحقة على البضاعة ،مصادرة البضائع التي كانت محل التهريب. كما منحت المادة سلطة الجمارك خياراً إضافياً ضمن اتفاق الصلح، وهو إمكانية إعادة البضائع المحجوزة أو وسائل النقل السيارات، السفن... إلخ التي استُخدمت في التهريب إلى صاحبها، سواء كلها أو بعضها، وذلك حسب تقدير السلطة وظروف الواقعة. ويهدف هذا الإجراء إلى حماية المال العام عبر استرداد الرسوم ومضاعفتها، مقابل إعفاء المتهم من تطبيق العقوبات الجنائية المنصوص عليها في المادة (20)، واسترداد وسيلة نقله إذا وافقت الجمارك.

المطلب الثاني

موقف المشرع اليمني من التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام

إن المتتبع لسياسة المشرع اليمني يجد أنه قد قام بحماية المال العام من الاعتداء عليه بوضع التشريعات والقواعد المنظمة لذلك، ولم يجيز التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام بنص صريح بل على العكس أعتبرها من الجرائم الجسيمة التي تمس المصلحة العامة فقد شدد على ملاحقة جرائم الاعتداء على المال العام ومعاقبة مرتكبيها، دون أن يتيح خيار التصالح، ويعتبر هذا التوجه جزءًا من سياسة الدولة في مكافحة الفساد وحماية المال العام .

حيث أصدر المشرع قانون مكافحة الفساد رقم (39) لسنة 2006م وأعتبر من جرائم الفساد ما جاء في المادة(30) بقوله « تعد من جرائم الفساد 1-الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات ، 2- الجرائم الماسة بالوظيفة العامة المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات. 3- الجرائم المخلة بسير العدالة المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات ، 4- اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات ،5 - رشوة الموظفين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظائفهم بقصد الحصول على منفعة تجارية أو مزية غير مستحقة أو الاحتفاظ بها متى تعلقت بتصريف الاعمال التجارية الدولية ويسري بشأنها الحكم الوارد في قانون الجرائم والعقوبات 6- جرائم التزوير المتعلقة بالفساد وجرائم التزييف المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات 7- جرائم التهريب الجمركي والتهريب الضريبي 8- الغش والتلاعب في لمزايدات والمناقصات والمواصفات وغيرها من العقود الحكومية9 - جرائم غسل العائدات الناتجة عن جرائم الفساد المنصوص عليها

في هذه المادة10- استغلال الوظيفة للحصول على منافع خاصة 11- جرائم الثراء غير المشروع 12- اية جرائم اخرى ينص عليها قانون آخر بوصفها من جرائم الفساد[٤٨٤].

ورغم العقوبات المشددة في جرائم الاعتداء على المال العام والذي سبق وأن أشرنا إليه في المطلب الثالث من المبحث الثالث: تحت عنوان « المنظومة التشريعية للحماية الجنائية للمال العام « ، إلا أن المشرع أشار إلى الإعفاء والتخفيف من العقوبات في بعض القوانين وهي:

1-قانون أراضي وعقارات الدولة[٤٨٥]:

لقد أعفى المشرع الفاعل من العقوبات المنصوص عليها في القانون في حالة بادر من تلقى نفسه إبلاغ المصلحة عن التخلي عن فعله الإجرامي وذلك بقيامه بالاعتداء على إراضي وعقارات الدولة قبل أن تقوم المصلحة باتخاذ الإجراءات القانونية ضده وتقدم به شكوى إلى النيابة ، إضافة إلى فعله الإجرامي عليه أن يقوم بتصحيح أمر المعلومات غير الصحيحة والخاطئة أو المضللة و التي يكون قد أدلى بها بإفادة كتابياً أو شفهياً أوقدم بيانات كاذبة ومزورة في مستند أو اشترك في الإدلاء بها والتي من خلال هذه المعلومات أثرت على إجراء رسمي أو قانوني في المصلحة أو ساهمت في تمكين الغير من الاستيلاء على مال عام بطريقة غير مشروعة .

حيث نصت المادة (52) «يعفى من العقوبات المنصوص عليها في هذا الباب كل من بادر من تلقاء نفسه إلى إبلاغ المصلحة وقبل أن تتخذ أي إجراء عن التخلي عن فعله المجرم أو تصحيح أمر المعلومات أو البيانات غير الصحيحة التي يكون قد أدلى بها أو اشترك في الإدلاء بها» من قانون أراضي وعقارات الدولة[٤٨٦].

٤٨٤–المادة (٣٠) من قانون مكافحة الفساد اليمني رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٦م .
٤٨٥– قانون أراضي وعقارات الدولة سبق الإشارة إليه.
٤٨٦– المادة (52) من قانون أراضي وعقارات الدولة

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

كما أعفى المشرع من العقوبة من بادر من تلقى نفسه بإخطار المصلحة كتابيا بما تحت يده من أرض تابعة للدولة قام بالبسط عليها قبل صدور هذا القانون ، على أن يتضمن الإخطار بيان بموقع الأرض ومساحتها وإبعادها وأطوالها وأي بيانات أخرى وما أستحدثه في الأرض بعد البسط وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ الإعلان الموجه من المصلحة وفي حالة انتهت المدة ولم يبادر بالتبليغ من قام بالبسط على الأرض أعتبره القانون معتدياً على الأرض ويتم ملاحقته قانوناً أمام الجهات القضائية.

حيث نصت المادة (58) "كل شخص طبيعي أو اعتباري أقدم بالبسط قبل صدور هذا القانون على أي من أراضي أو عقارات مملوكة للدولة يعد معتديا ويعاقب بالعقوبة المحددة بالمادة(48) من هذا القانون ويعفى من العقوبة كل من بادر بإخطار المصلحة كتابيا بما تحت يده على أن يتضمن الإخطار بيان بموقع الأرض ومساحتها وإبعادها وأطوالها وأي بيانات أخرى وما أستحدثه في الأرض بعد البسط وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثة اشهر من تاريخ الإعلان الموجه من المصلحة عبر وسائل الإعلام المختلفة.ويترتب على فوات هذا الميعاد اعتبار المتخلفين معتدين على ما تحت أيديهم من أراضي وتتخذ المصلحة بالتنسيق مع الجهات الأمنية والقضائية الإجراءات الكفيلة باسترداد الأرض بالطرق الإدارية وملاحقة المعتدين وتسليمهم للقضاء .من نفس القانون "[٤٨٧].

إضافة إلى ما سبق فإن القانون قد أعطى لمن بسط على أرض وعقارات الدولة وقام بإخطار المصلحة في الوقت المحدد فله في ذلك حق شراء أو استئجار ما تحت يده من أرض، وفي حالة كان قد استخدام تلك الأراضي بما لا يتوافق مع هو محدد في المخطط التفصيلي المعتمد للمنطقة فإن سيتم تعويضه بقطعة أرض أخرى بديلة في نفس المنطقة حتى يستطيع استخدامها للغرض الذي كان يعتزم تنفيذه فيه بقدر الإمكان .

٤٨٧- **المادة (58)**" نفس القانون"

حيث نصت المادة(59)» كل من قام من الباسطين بإخطار المصلحة بالميعاد المحدد طبقا لأحكام المادة السابقة حق شراء أو استئجار ما تحت يده من أرض فإذا كان استخدام تلك الأراضي مخالفا للمخططات التفصيلية كان له الحصول على قطعة أرض بديلة في ذات المنطقة تفي بالغرض من الاستخدام الذي كان يعتزم تنفيذه فيه بقدر الامكان وتشكيل لجان فنيه لتقدير أثمان البيع في هذه الأراضي أو القيم الايجارية لهذه الأراضي وفقا للأسس والمعايير التي يحددها قرار الوزير بتشكيل اللجنة مع مراعاة حالات ذوي الدخل المحدود«[٤٨٨].

2-قانون الجرائم والعقوبات:

كذلك شمل التخفيف من العقوبات من قام باستغلال وظيفته وقام بالاستيلاء على أموال للدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها أو قام بتسهيل ذلك للغير أو تواطئ معه، فإذا كانت نية التملك غير متوفرة و كان يقصد استعمال المال ثم رده فإن المشرع قد خفف عقوبة الحبس من سبع سنوات إلى ثلاث سنوات في حالة بادر إلى رد المال قبل أن يصدر حكم المحكمة.

حيث نصت المادة (16)» يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات كل موظف عام:

1-اختلس مالاً وجد في حيازته بسبب وظيفته.

2-استغل وظيفته فاستولى بغير حق على مال للدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها أو سهل ذلك لغيره وإذا لم يصحب الفعل المنصوص عليه في الفقرتين السابقتين نية التملك بأن كان يقصد استعمال المال ثم رده تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات«[٤٨٩].

٤٨٨- المادة (٥٩) من قانون من قانون أراضي وعقارات الدولة

٤٨٩- **المادة (١٦)** من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م .

كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
ium.usa.online@gmail.com www.ium.edu.so
+ 967 730053135 http://ium.usa.online
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا Islamic University of Minnesota IUM المركز الرئيسي

الخاتمة

لقد تناولت الدراسة موضوع رأى الباحث من خلاله أن يوقف على نصوص القانون اليمني للبحث والدراسة حول إشكاليات التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الاتية:

النتائج:

1-أعتبر المشرع أن المال العام هو الذي تملكه الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، ويكون هذا المال مخصص للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار من المعنيين و يكون المال مخصصاً لخدمة وتسير مرفق من المرافق العامة.

2-لقد كفل المشرع الحماية المدنية للأموال العامة وبالتالي لا يجوز التصرف أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، ولهذه الأموال حرمة وحصانة من الاعتداء عليها فيجب على الجميع الحفاظ عليها وصيانتها.

4- ولم يكتفي المشرع بالحماية المدنية للأموال العامة بل كفل كذلك الحماية الجنائية لها من أي اعتداء أو الإضرار بها، فقد شرع القوانين التي تجرم الاعتداء عليها وتعرضهم للعقاب، حيث جعل الحماية تنصرف إلى كافة أموال الدولة العامة والخاصة، غير أن الأموال العامة تتمتع بحماية أكبر، فتشديد عقوبة الاعتداء عليها ليس فقط في حالة الاعتداء العمد بل وأحياناً في حالة الاعتداء الخطأ الناشئ عن الإهمال وعدم الحيطة فوضع العقوبات على مخالفة لوائح الضبط المتصلة بتنظيم استعمال الأموال العامة.

5- إضافة إلى تلك الحماية فقد شدد المشرع العقوبة على الجرائم الصادرة من موظف عام في حالة الاعتداء على المال العام بل طبق عليه العقوبات الإدارية إذا كان الفعل الإجرامي قد صدر منه أو كان مشارك فيه.

6-اختلفت الاتجاهات ما بين مؤيد ومعارض لنظام التصالح في جرائم الاعتداء

على المال العام فيرى الاتجاه المعارض أن قبول التسوية المالية في جرائم الاعتداء على المال العام أمر غير مقبول إطلاقاً بالنظر إلى خطورتها على المجتمع.... كما أن يؤدي إلى فتح الباب أمام تهرب المجرمين من العقاب والحبس في مقابل دفع مبلغ من المال هو في الأساس ملك للدولة والمواطنين..

أما الاتجاه المؤيد فيرى إن نظام التصالح يتميز بتبسيط إجراءات التقاضي فبدلا من سلوك طريق الدعوى وما تستغرقه من وقت حتى صدور الحكم، فان هذا النظام يقضي عليها في مهدها....ويعتبر التصالح من أهم الوسائل البديلة عن الدعوى الجزائية لإنهاء الخصومة الجزائية ، لأن هذه الوسيلة ستؤدي بالدرجة الأولى إلى اختصار الإجراءات الشكلية كالتحقيق والاتهام والمحاكمة.

9-تعترف بعض الدول بالتصالح في جرائم الاعتداء على المال العام ومنها فرنسا ومصر والكويت وتعتبره من الوسائل البديلة لدعوى الجنائية وانقضائها.

10- لم ينص المشرع اليمني صراحةً على التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام بل على العكس، فقد شدد المشرع على ملاحقة جرائم الاعتداء على المال العام ومعاقبة مرتكبيها، وأعتبرها من الجرائم الجسيمة التي تمس المصلحة العامة دون أن يتيح خيار التصالح، ويُعتبر هذا التوجه جزءًا من سياسة الدولة في مكافحة الفساد وحماية المال العام..

الا أن المشرع أشار إلى الإعفاء من العقوبات في قانون أراضي وعقارات الدولة والتخفيف منها في قانون الجرائم العقوبات عند الاعتداء على المال العام ولكن بشروط معينة.

11-- إمكانية التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام في حالة رجع الجاني عن فعله وتاب وأرجع جميع ما تم أخذه وبالتالي استعادة الدولة أموالها ويتم

ذلك في مرحلة جمع الاستدلالات أو التحقيق الإداري وقبل الرفع إلى النيابة..

الاقتراحات والتوصيات:

من خلال ما سبق يوصي الباحث بالأتي:

-يوصي الباحث المشرع بمواكبة التطورات باستخدام التقنيات الحديثة لوسائل المراقبة والمراجعة في كافة مؤسسات وهيئات الدولة لحصر الأوعية الارادية وضبط عملية تحصيلها بموجب قانون تحصيل الأموال العامة ، وكذلك وضبط عملية النفقات وترشدها بما يخدم المصلحة العامة.

يوصي الباحث المشرع بالتطبيق السليم للنصوص القانون النافذة ، حتى لا يؤدى إلى وجود خلل على أرض الواقع ، مع تشديد العقوبات المناسبة على الجهات أو الأشخاص المعنيين رفضهم أو تقاعسهم أو عرقلة تنفيذ أحكام محكمة الأموال العامة

يوصي الباحث المشرع بتفعيل دور الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة أثناء تفتيشه للمؤسسات وهيئات الدولة وذلك بالوقوف على النتائج والتوصيات المرفوعة منه وتحليلها والعمل بها .

يوصي الباحث المشرع بالعمل قرار جمهوري رقم (5) لسنة2010 م بشأن قانون تنظيم وظيفة المراجعة الداخلية.

يوصي الباحث المشرع بتفعيل دور المجلس التأديبي في كل مؤسسات وهيئات الدولة بتطبيق عقوبة الفصل من الوظيفة على الموظفين الذين ارتكبوا جرائم جنائية في الاعتداء على المال العام وتم إحالتهم إلى المحكمة وإصدار العقوبة بحقهم .

يوصي الباحث المشرع بتفعيل دوره الحقيقي والواقعي والمتمثل برقابة البرلمان باعتباره الممثل الشرعي لإرادة الأمة، وأن تكون رقابة أكثر جدية وبالذات

في مسائل الاعتداء على المال العام .

-يوصي الباحث المشرع بالتفعيل الحقيقي لمختلف أجهزة الرقابة والمراجعة التي بإمكانها النهوض بأداء العمل الرقابي والحد من عملية الاعتداء على المال العام .

-بوصي الباحث المشرع بتعديل القانون الجنائي اليمني بأن يجيز التصالح في جرائم الاعتداء على المال العام في حالة رجع الجاني عن فعله وتاب وأرجع جميع ما تم أخذه ويتم ذلك في مرحلة جمع الاستدلالات أو التحقيق الإداري وقبل الرفع إلى النيابة وبالتالي استعادة الدولة أموالها .

المراجع:

الكتب والمؤلفات:

- لسان العرب لابن منظور11/635 ، والقاموس المحيط ، للفيروز أبادي.

-إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط ، ج1 ، دار الدعوة للتأليف والطباعة والنشر والتوزيع ، تركيا ، سنة 1989م .

- ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد 11 ، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، سنة 1956م .

-د. أحمد شرف الدين ، الوجيز في أحكام القانون اليمني، الوجيز في القانون اليمني ، دار الفكر المعاصر، صنعاء ، ط سنة 2002م.

-د. أحمد شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، سنة 2010م.

- د. احمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية مصر سنة 1996م.

- د.الحميد، أحمد طلال، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2011 م.

- د/ خالد باجنيد ، القانون الإداري اليمني ، دار جامعة عدن للطباعة والنشر ، ط2 سنة 2000م .

-./ رأفت فودة، دروس في القانون الإداري، العقود الإدارية والأموال العامة) مكتبة النصر ، جامعة القاهرة 1995م.

- د .سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، ط5، مطبعة جامعة عين شمس، سنة1986م.

د .شريف سيد كامل :الحق في سرعة الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربي، سنة 2004م.

د.ضياء عبد الرحمن أحمد عثمان ، القانون الإداري , مكتبة خالد بن الوليد , دار الكتب اليمنية , ط4 , صنعاء , الجمهورية اليمنية , 2017م.

-د .فخري الحديثي. أصول الإجراءات في الجرائم الاقتصادية ، بدون ط ، ن ، بغداد، سنة1987 م.

د .عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد القانونية للإجراءات الجنائية ، ط2، دار النهضة العربية ، سنة 1997م

-د.عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب د.ن، سنة 1971م.

-عبد المحسن نتيش حسن المشعل، أثر المصالحة مع الإدارة في جرائم الأموال العامة في القانونين اللبناني والعراقي ، رسالة ماجستير في القانون العام ، سنة ٢٠١٨م.

-د .عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

-د.ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط سنة 1996م.

-د. محمد أبو العلا ،عقيدة شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 2 ، سنة2001م .

- د/ محمد رفعت عبد الوهاب, د عصام أحمد عجيله: القانون الإداري اليمني , مطبعة نهضة، مصر , القاهر , سنة 1985 م.

-د. محمود محمود مصطفى ، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن ، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، ج1 ، ط2 ، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1972م.

-د . محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن ، جرائم الصرف،ج2، ط1 ، دار ومطابع الشعب، سنة 1966م.

-د . مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجنائية ، ط1، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة 2004م .

-د مطيع على حمود جبير: مبادئ القانون الإداري اليمني / (دراسة مقارنة)، ، ط3 ، مكتبة الصادق للنشر والتوزيع ، صنعاء، 2019م .

-د. يس محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة دار الفكر العربي، سنة 1978م

رسائل علمية:

رسائل ماجستير:

- منصور على الحماطي، تحريك الدعوى الجنائية والتنازل عنها في جريمة التهريب الجمركي في التشريع اليمني مقارنا بالتشريع المصري رساله ماجستير حقوق القاهرة ١٩٩٣ م .

رسائل دكتوراه:

- د .حمدي رجب عطية، دور المجي عليه في إنهاء الدعوى الجنائية ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية ـ 1990م .

-د .عبدالله احمد الشيخ : .التصالح والصلح الجنائيين ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة سنة 2010م

-د.طه احمد، محمد عبد العليم، الصلح في الدعوى الجنائية رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة كلية الحقوق ، سنة 2006م.

أبحاث علمية:

- د.أنور محمد المساعدة ، الصلح الجزائي في التشريعات الاقتصادية القطرية ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24 ، العدد (2) سنة 2008م .

- د .سليمان ناصر محمد العجاجي, أحكام التصالح الجنائي، بحث مقدم كورقة عمل لندوة التحكيم الجنائي في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ،

سنة 1434 ه.

-عبدالله احجيلة ، وإبراهيم عتوم ، الجوانب القانونية للتصالح الجنائي في الجرائم الماسة بالمال العام في التشريعين الأردني والإماراتي ، منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية) المجلد 32(2)، سنة2018م .

القوانين:

دستور الجمهورية اليمنية الصادر سنة 1991م و المعدل سنة 1994م

-القانون رقم (14) لسنة 2002م بشـأن القانون المدني.

-قانون رقم (13) لسنة 1990م بشأن تحصيل الأموال العامة.

-القانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن العقوبات اليمني.

القانون رقم (13) لسنة 1994م بشأن قانون الإجراءات الجزائية.

- القانون رقم (39) لسنة 2006م بشأن مكافحة الفساد.

-قرار جمهوري بالقانون رقم (21) لسنة 1995م بشأن أراضي وعقارات الدولة

- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم(27) لسنة 1998م بشان لائحة الجزاءات والمخالفات المالية والإدارية

القوانين الأجنبية:

-قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة المعدل بالقانون رقم (16) لسنة2015 م.

- قانون الكسب غير المشروع المصري المضافة بالقانون رقم) ٩٧ (لسنة 2015م.

-قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997م المعدل بالمرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2012م

-قانون الجمارك الكويتي.

-القانون الفرنسي رقم (515/99) الصادر في / 23 (يونيو1999 /م) .

روابط النت :

بهاء ابو شقة ، مقال منشور على مواقع الانترنت، ينظر ال ا ربط التالي -ww. lahameg



الجامعة الإسلامية بمنيسوتا
Islamic University of Minnesota
المركز الرئيسي IUM

كلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا

mag@ium.edu.so