# مجلة معهد العلوم القضائية والقانونية

**موضوعات العدد:**

- الانتخابات بين الحق والواجب.
- البقاء في الحبس حتى الوفاء.
- أهلية الشركة وتعاقداتها مع الغير.
- مستقبل القضاء الإداري في السودان.
- طبيعة وأسباب منازعات الاستثمار في السودان وطرق تسويتها.
- تزاحم المشترين في الفقه والقانون.
- الأساس القانوني لرد القاضي "دراسة مقارنة".
- **Court Interpreting: the missing link in the Sudanese Litigation System**

بسم الله الرحمن الرحيم

# هيئة التحرير

**رئيس التحرير:**
**د. سوسن سعيد شندي**

**مدير التحرير:**
**م. مختار محمد الأمين**
**د. وفاء الكباشي عبد الوهاب**

**سكرتير التحرير:**
**د. سارة الرشيد شداد**
**أ. ميمونة احمد الشفيع**

**مراجعة اللغة:**
**معتصم حسن أحمد خوجلي**

**إخراج: سعاد سر الختم محمد**

**ترسل المقالات والبحوث المراد نشرها في المجلة باسم مدير التحرير على العنوان التالي:**
**جمهورية السودان – الخرطوم**
**معهد العلوم القضائية القانونية**
**إدارة البحث العلمي/بريد الكتروني**
**Sc.r@sji.gov.sd**

**الآراء التي تنشر في المجلة تعبر عن فكر صاحبها ولا تمثل رأي المجلة أو المعهد.**

# الفهرس


| الرقم | الموضوع | الصفحة |
|---|---|---|
| .1 | البسملة | 3 |
| .2 | هيئة التحرير | 4 |
| .3 | الفهرس | 5 |
| .4 | ضوابط النشر في المجلة | 6 |
| .5 | الافتتاحية | 8 |
| .6 | شخصية العدد | 9 |
| .7 | الانتخابات بين الحق والواجب – د. سوسن سعيد شندي | 15 |
| .8 | البقاء في الحبس حتى الوفاء – د. محمد الشيخ عمر | 33 |
| .9 | أهلية الشركة وتعاقداتها مع الغير – د. عبد الله إدريس | 50 |
| .10 | مستقبل القضاء الإداري في السودان – د. يس عمر يوسف | 82 |
| .11 | طبيعة وأسباب منازعات الاستثمار في السودان وطرق تسويتها<br>د. ابراهيم دريج | 102 |
| .12 | تزاحم المشترين في الفقه والقانون – د. وفاء الكباشي عبد الوهاب | 124 |
| .13 | الأساس القانوني لرد القاضي "دراسة مقارنة "<br>د. أبو عبيدة الطيب – د. ماهر ابراهيم – د.محمد العالم آدم أبوزيد | 153 |
| .14 | **Court Interpreting: the missing link in the Sudanese Litigation System**<br>**د. صلاح الصافي** | 184 |

# ضوابط النشر في المجلة

**أ- ضوابط عامة:-**

1- ألا يكون البحث أو الدراسة قد سبق نشرها، أو مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
2- ألا يكون البحث أو الدراسة جزء من رسالة دكتوراة أو ماجستير للباحث، أو من كتاب له سبق نشره، إلا إذا كان ذا قيمة أو إضافة جديدة توافق عليها هيئة تحرير المجلة مسبقاً.
3- أن يكون موضوع البحث مستجداً وأصيلاً ومبتكراً.
4- أن ينصب التركيز في البحث على الموضوع محل الدراسة دون مقدمات نظرية أو استطراد أو إضافات لا لزوم لها، على أن يكتفي الباحث بالإحالة إلى المراجع التي تناولت ذلك.
5- أن يستخدم الباحث المنهج النقدي في دراسته، ويناقش بعمق موضوع البحث والإشكالات التي يثيرها.
6- أن يتضمن البحث في خاتمته توصيات ومقترحات لمعالجة القضايا المطروحة أو الإشكالات محل الدراسة، أو مقترحات لدراسات مستقبلية.
7- أن تكون مراجع البحث أو الدراسة حديثة ومتنوعة، محلية وعالمية، عربية وأجنبية كلما كان ذلك ممكناً، وموثقة بشكل كامل.
8- ألاّ يتجاوز عدد كلمات البحث أو الدراسة خمسة عشر ألف (15000) كلمة، أو ألا يتجاوز عدد الصفحات (30) صفحة عادية، من حجم A4. (نوعية الخط Times New Roman – حجمه (14) – المسافة بين الأسطر في الصفحة الواحدة 1.15 – الهوامش: نفس نوعية الخط – حجمه (10) – المسافة بين الأسطر (1.0)، متضمنة الملخصين (العربي والإنجليزي والمراجع).
9- أن يرفق بالبحث ملخص باللغتين العربية والإنجليزية، يتكون كل واحد منهما من 200 كلمة بحد أقصى (أو صفحة واحدة)، ويتضمن أهداف البحث ومنهجيته وأهم نتائجه وتوصياته.
10- لا يجوز نشر البحث أو الدراسة في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة معهد العلوم القضائية والقانونية، إلا بعد إذن كتابي من هيئة التحرير.
11- يجب أن تكون البحوث أو الدراسات مطبوعة، من ثلاث نسخ، أو نسخة إلكترونية بصيغتي بي دي اف PDF وورد Word، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في جميع النسخ.
12- لا ترد أصول البحث أو الدراسة بعد الموافقة عليها من هيئة التحرير.
13- يجب أن يرفق الباحث ملخصاً للسيرة الذاتية لا يتجاوز صفحة واحدة.
14- يمنح كل باحث ثلاث نسخ من العدد المنشور فيه بحثه.
15- يكون للمجلة الحق في الاحتفاظ بجميع حقوق النشر، ورقياً والكترونياً للبحث المجاز، وذلك لمدة سنتين من تاريخ النشر.

**ب- ضوابط خاصة:**

1- يجب تخصيص قائمة بالمراجع في آخر البحث أو الدراسة تتضمن المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحة مستقلة، على أن ترتب المصادر والمراجع بدءاً بالمراجع العربية، ثم المراجع الأجنبية، من دون ترقيم.

2- يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث أو الدراسة، وترد مرقمة بحسب تسلسلها.

3- يخضع ترتيب البحوث والدراسات المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية.

# الإفتتاحيـــــــــــة

الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا، الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على نبينا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين.

بداية يطيب لي أن أرفع إليكم التهنئة بالعام الجديد وأرجو من المولى الكريم أن يكون عام خير وبركة على السودان الحبيب.

يصدر العدد الأول من مجلة معهد العلوم القضائية والقانونية بعد توقف دام لفترة من الزمن، ويجيء نشر البحوث العلمية القانونية والتي هي من ضمن اختصاصات معهد العلوم القضائية والقانونية للسعي في زيادة المعرفة القانونية وتشجيع البحث العلمي المتخصص لحل العديد من مشكلات الواقع وذلك من خلال تقديم المقترحات والتوصيات عن طريق إعطاء تفسير منطقي وقانوني دقيق للمشكلات وإيجاد الحلول المناسبة.

ومجلة معهد العلوم القضائية والقانونية هي مجلة قانونية علمية محكمة الهدف منها إثراء الساحة القانونية بموضوعات مختلفة في مجالات القانون.

ونحن إذ نصدر هذا العدد الأول نطلب من جميع منسوبي الأجهزة العدلية تقديم بحوثهم المراد نشرها وذلك للمساهمة في دفع عجلة التنمية وتحقيق التقدم للبلاد.

وإذ نضع بين أيديكم ما تضمنته المجلة من بحوث علمية متنوعة من ناحية الموضوع ومن ناحية لغة النشر نود أن نشير إلى أن المجلة تتضمن ثمانية بحوث، وتطلب هيئة تحرير المجلة من القراء أن يتواصلوا معها من خلال موقعنا على شبكة الانترنت، وبريد المجلة الإلكتروني لتقديم بحوث علمية يرون أنها قد تنطبق عليها شروط النشر.

والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل.

**د. سوسن سعيد شندي**

**قاضي المحكمة العليا**

**عميد المعهد**

## شخصية العدد

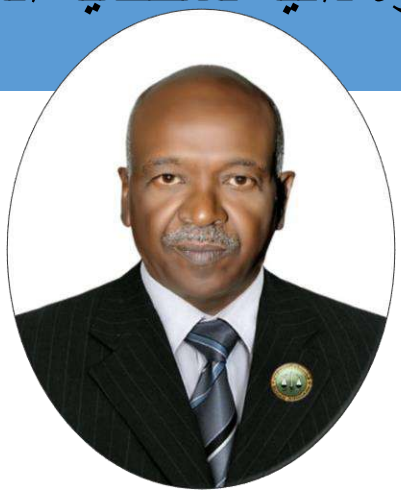
## بروفيسور حيدر أحمد دفع الله

تم اختيار المرحوم البروفيسور حيدر أحمد دفع الله شخصية لهذا العدد باعتباره علماً من أعلام القانون الذين أفنوا حياتهم خدمة للعدالة، كما أثروا الساحة القانونية بالعديد من المراجع والمؤلفات والبحوث العلمية القانونية التي صارت نبراساً يضيء الطريق لكل طالب علم.

كما أن اختياره جاء باعتباره رئيساً لمجلس المعهد حيث لم يبخل بعلمه ووقته وتوجيهاته لدفع عملية التدريب لجميع الأجهزة العدلية مما انعكس إيجاباً على كل أنشطة المعهد وقد كان متابعاً ومشجعاً قبل رحيله لترى هذه المجلة النور مرة أخرى.

ألا رحم الله فقيد الوطن والعدالة وأسكنه فسيح جناته مع النبيين والصديقين والشهداء وحسن أولئك رفيقا.

# سيرة ذاتية لشخصية العدد



السلطة القضائية السودانية

البروفيسور/ حيدر أحمد دفع الله

رئيس القضاء

رئيس المحكمة القومية العليا

رئيس المفوضية القومية للخدمة القضائية

الاسم : بروفيسور/ حيدر أحمد دفع الله

**تاريخ الميلاد:1952/1/1 م**

المؤهلات العلمية :

- ليسانس حقوق جامعة القاهرة فرع الخرطوم مارس 1976م.
- شهادة امتحان تنظيم مهنة القانون نوفمبر 1976م.
- دبلوم الدراسات العليا في الشريعة الإسلامية جامعة القاهرة /جمهورية مصر العربية مايو 1982م.
- شهادة تفوق مع جائزة الأستاذ الدكتور/ عبد الرازق السنهوري في القانون المدني كلية الحقوق العام الجامعي 1982 - 1983م.
- دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة القاهرة / جمهورية مصر العربية مايو 1983م.
- دكتوراه في الحقوق كلية الحقوق جامعة القاهرة / جمهورية مصر العربية مايو 1989 م.
- منح درجة الأستاذية من جامعة الخرطوم في 24 سبتمبر 2014م.

## الخبرات العملية :

1. العمل القضائي: عمل بجميع المحاكم المختلفة من حيث الاختصاص القيمي والنوعي منذ الالتحاق بالسلطة القضائية في نوفمبر 1977م في وظيفة مساعد قضائي متدرجاً في السلم الوظيفي إلى قاضي الدرجة الثالثة ثم الثانية بموجب القرار الجمهوري رقم(804) لسنة1981م ثم قاضي مديرية وقاضي بمحكمة الاستئناف إلى أن تم ترقيته إلى قاضي بالمحكمة العليا "النقض ، التمييز" بموجب القرار الجمهوري رقم (90) لسنة2000م بتاريخ 5\2\2000م.
2. عضو اللجنة الاستشارية العلمية لكلية الشرطة والقانون جامعة وادي النيل 1412 هـ - 1992م.
3. عضو الجمعية السودانية للقانون الجنائي.
4. عضو الجمعية الدولية للقانون الجنائي.
5. عضو اللجنة التمهيدية لمجلس أمناء الاتحاد التأسيسي للحقوقيين السودانيين.
6. رئيس اللجنة القانونية لإعداد السجل المدني بالسودان - وزارة الداخلية - الخرطوم.
7. عضو لجنة مراجعة وتأصيل القوانين - رئاسة السلطة القضائية.
8. إعارة للعمل قاضياً برئاسة المحاكم العدلية بدولة قطرأبريل 1996م إلي سبتمبر 2002م عمل خلالها بالمحاكم المدنية والجنائية الصغرى والكبرى ومحاكم التنفيذ إلى جانب تدريب مساعدي القضاة من خلال البرنامج الثقافي لموسم 1998م \ 1999م.
9. انتقل للعمل خبيراً قانونياً ومحاضراً بمركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل من 22\10\2002 إلي 2005م بدولة قطر - الدوحة .
10. رئيس الجهاز القضائي بحري وشرق النيل في الفترة من 2005م الى 2008م.
11. رئيس لجنة التحقيق حول أحداث حي المهندسين بأم درمان – بموجب القرار الجمهوري رقم (107) لسنة 2007م .
12. نائب رئيس إدارة التدريب بالسلطة القضائية في الفترة من فبراير 2008م الي مايو 2009م.
13. رئيس إدارة التدريب بالسلطة القضائية من 12\5\2009 إلي 4\9\2011م بموجب قرار رئيس القضاء رقم (64) لسنة 2009م.
14. رئيس المحكمة الجنائية الخاصة لجرائم دارفور الخطيرة بموجب قرار رئيس القضاء رقم (9) لسنة 2012م الصادر بتاريخ 7\1\2012م.
15. رئيس إدارة المكتب الفني والبحث العلمي بالسلطة القضائية السودانية 6\3\2014م.
16. عين رئيسا للقضاء إعتباراً من يوم 23\4\2014م.

## المؤلفات العلمية و البحوث و أوراق العمل :

المؤلفـــــــــــــات :

17. درجات التقاضي في الفقه الإسلامي تطبيقاً على النظام القضائي السوداني (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى 1989م مطبعة دار العناني جمهورية مصر العربية - القاهرة.
18. محاضرات في مادة المدخل لدراسة القانون للعام 1414هـ / 1994م (نسخة إلكترونية ) جامعة أمدرمان الإسلامية.
19. قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى 1414هـ/ 1994م الجزء الأول "الدعوي " مطبعة الخندق للطباعة والنشر الخرطوم.
20. محاضرات في مادة القانون الدولي الخاص 1415هـ - 1416هـ\1995م (نسخة إلكترونية) جامعة أمدرمان الإسلامية.
21. قانون الإجراءات المدنية السوداني بين "التحليل والتطبيق" الجزء الثاني تنفيذ الأحكام القضائية دراسة مقارنة الطبعة الأولى 1996م - مطبعة السلطة القضائية - الناشر/ معهد التدريب والإصلاح القانوني.
22. أصول المرافعات المدنية والتجارية (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى 1418هـ\1997م ،المطبعة العالمية للطباعة والنشر الدوحة قطر الناشر مكتبة المناعي.
23. تنفيذ الأحكام القضائية في قانون المرافعات القطري، دراسة مقارنة (الطبعة الأولى 1998م) مطابع قطر الوطنية- الدوحة، الناشر: مكتبة دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع.
24. المدخل لقانون الإثبات المقارن، الطبعة الاولى 1420هـ/ 1999م،مطابع قطر الوطنية ،الناشر مكتبة دار الثقافة للطباعة و النشر .
25. شرح قانون الإجراءات الجنائية القطري (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولي إصدار مركز العمار للخدمات التعليمية – الدوحة 1999م.
26. قانون الاجراءات الجنائية و التطبيقات القضائية، إصدار كلية أحمد بن محمد العسكرية – قسم القانون – دولة قطر الدوحة، 2001م/2002م.
27. التطبيقات القضائية – إصدار جامعة قطر – كلية الشريعة والقانون العام الجامعي 2002/2001م.
28. قانون العمل السوداني –"معلقاً عليه"- (دراسة مقارنة) الطبعة الاولي 1424 هـ/ 2003م ، مطابع قطر الوطنية – دولة قطر – الدوحة.
29. شرح المصطلحات القانونية باللغة الانجليزية، مطبعة السلطة القضائية 2003م/2004م.
30. دروس في القضاء الإداري، إصدار مركز الدراسات القانونية والقضائية دولة قطر - الدوحة 2004م .
31. عقد العمل والتأمينات الاجتماعية في السودان (دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة). الطبعة الاولي 1428هـ/ 2007م ،مطبعة السلطة القضائية – الخرطوم.
32. ضوابط تسبيب الأحكام القضائية (دراسة مقارنة). مطبعة السلطة القضائية الخرطوم 2011/2010م .

33. إصابات العمل والتأمينات الاجتماعية دراسة مقارنة الطبعة الاولي 1434هـ /2013م .

**البحوث و أوراق العمل:**

34. تأصيل قانون الاجراءات المدنية السوداني "دراسة مقارنة " بحث منشور بمجلة اليراع – إصدار إدارة الثقافة – معهد التدريب و الاصلاح القانوني، العدد الاول 1996م.
35. عقد التحكيم في القانون القطري والسوداني "دراسة مقارنة"، بحث منشور بمجلة القسطاس، إصدار إدارة الثقافة بمعهد التدريب والاصلاح القانوني – الخرطوم.
36. تجويد العمل القضائي في محكمة الاستئناف،بحث مقدم في اطار الخطة المقترحة للإصلاح القضائي فبراير 1999م ، رئاسة السلطة القضائية – الخرطوم – جمهورية السودان.
37. الموازنة بين الحقوق و الحريات الفردية وبين مصلحة المجتمع في ظل مكافحة الجريمة، بحث منشور في مجلة القسطاس، إصدار معهد التدريب و الاصلاح القانوني، 2001م .
38. جرائم الحاسب الآلي و الإنترنت – بحث – إصدار معهد التدريب والاصلاح القانوني الخرطوم 2001م/2002م.
39. أحكام الضبطية القضائية، ورقة عمل مقدمة لمعهد التنمية الادارية ،إصدار معهد التنمية الادارية دولة قطر- الدوحة 2003م .
40. رؤية في الجوانب القانونية للتكامل بين دول مجلس التعاون الخليجي ، ورقة عمل مقدمة لمركز الدراسات القانونية والقضائية – دولة قطر- الدوحة 2005م .
41. قضايا العمل و العمال، ورقة عمل مقدمة للمنتدي القضائي الشهري الأول، إصدار إدارة المكتب الفني و البحث العلمي – السلطة القضائية - الخرطوم يونيو 2006م.
42. المشاركة في أسبوع الحقوق العمالية في قانون العمل ، محاضرات المعهد العالي للعلوم القانونية والقضائية، دولة الامارات العربية المتحدة – دبي 2008/6/8م -2008/6/12م.
43. الجوانب التشريعية والقضائية المتعلقة بمكافحة الارهاب –،ورقة عمل فبراير 2008م – جمهورية السودان – الخرطوم.
44. برنامج تقوية حكم سيادة القانون – كندا- أتوا2009/6/13م – 2009/6/19م
45. ورقة عمل حول جرائم البيئة مقدمة إلي المكتب الفرعي للإنتربول بنيروبي دار الشرطة – جمهورية السودان، الخرطوم 2009/7/16م .
46. حقوق وواجبات اللآجئين ( Rights and Duties of Refugees). ورقة عمل باللغة الانجليزية، مقدمة لمعتمد اللاجئين بالتعاون مع مكتب المفوض السامي لشئون اللاجئين بالأمم المتحدة 1992م.
47. ورقة عمل مقدمة إلي البرنامج الخاص بتطوير العدالة القضائية و كفاءة إدارة القضاء – جمهورية كوريا الجنوبية – سيول (وكالة التعاون الدولي KOICA ) بالتعاون مع المحكمة العليا الكورية.

48. ورقة عمل مقدمة للبرنامج الاقليمي للقضاة الخاص بالأمن البيئي في شرق افريقيا- سيشل 2009م
49. مستقبل التعليم القانوني في السودان ، ورقة عمل مقدمة "لورشة المفوضية القومية للخدمة القضائية بالتعاون مع لجنة الدراسات القانونية بالمجلس القومي للتعليم العالي و استشارية أتوس – قاعة الصداقة- الخرطوم، مارس 2011م.
50. ضمانات حقوق المتهم ،بحث ،إصدار مركز المعلومات والتخطيط والبحوث – وزارة الداخلية – جمهورية السودان.
51. الملتقي الاول بين الطب و القانون – تحت شعار "معاً من أجل حماية المريض وتحقيق العدالة " 25-26 نوفمبر 2017م دار قضاة السودان- جمهورية السودان.
52. محاضرة بعنوان "تطور القضاء في السودان وتنظيم السلطة القضائية" لطلاب وطالبات كلية القانون – جامعة الخرطوم ،اكتوبر 2018م.

**المشاركات الخارجية:**

- المؤتمر ال 23 للمجلس الدولي للتحكيم بجمهورية موريشيوس 2016م.
- زيارة إندونيسيا و ماليزيا إنفاذاً لمذكرات التفاهم، ابريل 2016م.
- مؤتمر القانون الدولي ، اسطنبول - 2016م.
- مؤتمر رؤساء المحاكم العليا للدول العربية بدولة الكويت، فبراير 2017م.
- المنتدي الدولي لطريق الحرير بجمهورية الصين الشعبية 29 سبتمبر 2017م.
- مؤتمر رؤساء المحاكم العليا للدول العربية موريتانيا، 24 اكتوبر 2017م.
- مؤتمر رؤساء القضاء في العالم بالهند للأعوام2015 م، 2016م، 2017م.
- زيارة إلي دولة الإمارات المتحدة للوقوف علي تجربة محاكم دبي.
- المشاركة كرئيس قضاء السودان في مؤتمر نزاهة القضاء بفينا – النمسا2017م.
- القمة الدولية الرابعة للمحاكم العليا من 11 – 12 أكتوبر 2018م اسطنبول – جمهورية تركيا.

**المؤتمرات الداخلية :**

- مؤتمرات الأجهزة القضائية للاعوام 2014م بورتسودان و2016م بمدينة نيالا.
- مؤتمر رؤساء القضاء ورؤساء المحاكم العليا للدول الإفريقية في الخرطوم 2017م.

**الاوسمة :**

- منح مفتاح مدينة لكناو بالهند تقديراً لمشاركته الثرة في إثراء النقاش في مؤتمرات رؤساء القضاء بالعالم بالهند ، للأعوام 2015،2016م، 2017م.
- منحه نجمة الإنجاز بقرار جمهوري رقم (171) لسنة 2018م من المشير/ عمر حسن أحمد البشير رئيس جمهورية السودان .
- تم منح وسام الإنجاز للسلطة القضائية من المشير/ عمر حسن أحمد البشير رئيس جمهورية السودان لسنة 2018م بقرار جمهوري رقم (171) لسنة 2018م.

# البحوث

# الانتخابات بين الحق والواجب

إعداد
د. سوسن سعيد شندي

## مستخلص:

تناقش هذه الورقة العلمية موضوعاً مهماً لحياة المواطنين وهو ممارسة حقهم في الحياة العامة والسياسية بانتخاب من يمثلونهم، وهو من حقوق الانسان السياسية والتي احتلت حيزاً كبيراً وواسعاً من الدراسات القانونية إلا أن هذا الموضوع لم يطرق كثيراً ولم تتوافق عليه ابحاث القانونيين.

وحيث إن ممارسة هذا الحق شأنه شأن سائر الحقوق له طرفان الأول: الدولة التي عليها الاعتراف بحقوق مواطنيها والسهر على حمايتها واتاحة المجال لممارستها والثاني: هو الإنسان نفسه الذي له حقوق وفي مقابلها واجبات يجب أن يلتزم بها كمواطن.

لذلك رأيت محاولة رفع الوعي بأهمية المشاركة في العملية الانتخابية لاختيار الأكفاء للحكم ليكون المواطن والدولة على نفس الرأي والمنهجية والغاية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لبلاده، ومنع الفساد، والانتهاكات التي تضر بالبلاد.

وتكمن مبررات هذه الدراسة في ما يجري في ضوء الأحداث السارية الآن في ظل وضع قانون جديد للانتخابات بواسطة السلطة التشريعية رأيت أن أشارك بالرأي لمناقشة جانب من موضوعات القانون وهو هل ممارسة الحق الانتخابي في السودان حق أم واجب في إطار مناقشة نصوص الدستور ونصوص قانون الانتخابات الحالي مع طرح التجارب الأخرى والتوصية باتباع أفضلها للمصلحة العامة للدولة.

# Abstract

This scientific paper discusses an important subject for citizens' lives, namely practicing their right to public and political life by electing their representatives, it is a political human right that has occupied a great deal of legal studies however, this subject has not been touched much and the researches of jurists did not compatible with.

Whereas, the practicing of this right, like other rights, has two parts: The first is the State which must recognize the rights of its citizens, ensure their protection, and to give space for practicing them. The second is the same person who has rights and duties to which he must abide as a citizen.

Therefore, I determined to attempt to raise the awareness of the importance of participating in the electoral process to select the competent to govern, so that the citizens and the State have the same opinion, methodology and purpose to achieve economical, social and political development of their country and prevent corruption and violations that harm the country.

The justifications for this study, lie on what is happening in the light of the present events under the enactment of a new election law by the legislature, I saw that I should share the opinion to discuss a part of the subjects of law and analyze whether the practice of the electoral right in Sudan is a right or duty in the context of the discussion of the provisions of the Constitution and the National Election Law along with the introduction of other experiences and recommendations by Following the best practices to the public interest of the state.


## مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى، ودين الحق، ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون، وأنزل القران تبياناً لكل شيء، والصلاة والسلام على أفضل خلق الله سيدنا محمد الذي قضى بالحق والعدل.

هذه الورقة العلمية أعدت لمناقشة موضوع مهم يرتبط ممارسته بحقوق المواطن الأساسية حتى ينعم المجتمع بالأمن والاستقرار والتنمية، وهي الحقوق السياسية التي تمكن الأفراد من المشاركة في إدارة المجتمع وتهدف إلى ضمان وحماية معنى الإنسانية في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بل هي السمة الرئيسية للديمقراطية خاصة عند تقرير وتعزيز هذه الحقوق،وأساس منح هذه الحقوق باعتبار الفرد عضواً ومواطناً في الدولة وتفرض عليه مسؤوليات الدولة. ولكن لابد أن يخضع الإنسان في مزاولته وممارسته لحقوقه ومنها الحقوق السياسية إلى ضوابط حماية لمصلحة الجماعة.ويتعلق هذا الحق بالحقوق السياسية التي تعتبر من ركائز الديمقراطية ومنها حق الانتخاب والترشيح والذي يعد وسيلة مهمة للمشاركة في الحكم وهو موضوع هذه الورقة، وحق تكوين الجمعيات والنقابات والاتحادات والذي هو ضمانة حقيقية للأفراد للمطالبة بحقوقهم وتحسين أوضاعهم وأساس تنظيمي للمشاركة في الشؤون العامة، وكذلك الحق في التعبير والإعلام والذي يكفل حرية الرأي والتعبير والوصول إلى المعلومة. وقد ضمنت هذه الحقوق لأهميتها وثيقة الحقوق في الدستور والذي يعد القانون الأعلى للبلاد، كماتعتبر كل الحقوق والحريات ومنها هذه الحقوق السياسية المضمنة في الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمصادق عليها من قبل جمهورية السودان جزءاً لا يتجزأ من هذه الوثيقة.[1]وبذلك أصبحت هذه الحقوق في مرتبة تسمو على التشريعات الوطنية.

ولا خلاف في أن النظام الدستوري للدول الديمقراطية يرتكز على مبدأ السيادة الشعبية والذي يقرر أن السيادة في الدولة للشعب وهو مصدر السلطات ويباشرها عن طريق الانتخابات حسب مقتضيات الأحوال في جميع مستوياتها التشريعية والتنفيذية سواء مباشرة أو عن طريق الديمقراطية النيابية بحسب الأحوال حيث يباشر الشعب سلطته عن طريق الاقتراع، ولذلك كان من لوازم النظام الدستوري تقرير حقوق الأفراد ومن بينها هذا الحق وهو حق الانتخاب أى المشاركة السياسية والذي خضع لتطور تشريعي من خلال الممارسة حتى وصل إلى أحكامه الحالية، والذي يحد من سلطة الدولة كغيره من حقوق الإنسان الأساسية بما يحقق التوازن بين المصالح الفردية والمصالح المجتمعية، فمن حق أفراد الأمة اختيار من يحكمهم لقيام برلمان ذي صفة تمثيلية ويعزز من شرعية السلطة التشريعية، والنواب يباشرون السلطة معبرين عن إرادة الشعب عن طريق الاقتراع للقيام بأداء واجبهم التمثيلي للمصلحة العليا خاصة وأن هناك استحالة في تطبيق الديمقراطية المباشرة والتي تعني المشاركة المباشرة لكل أفراد الشعب في الحكم، لذلك لآبد وأن ينوب عنهم البعض ممن يختارونه لتولي شؤون السلطة والحكم فيعتبر حق الانتخاب الوسيلة

[1] .دستور السودان الانتقالي 2005م، (المادة 27).

المثلى لمشاركة المواطنين في ممارسة السلطة بطريقة مباشرة بواسطة النواب والحكام بالنيابة عن الشعب.[1]

ولا شك أن لكل إنسان مؤهل الحق في المشاركة السياسية بممارسة انتخاب الأشخاص الذين يقومون بإدارة الدولة سواء كان الانتخاب لأشخاص يتولون رئاسة الدولة أو الهيئة البرلمانية التي تتولى سلطات التشريع من جانب،و من جانب آخر الحق في الرقابة الشعبية، والضابط في ذلك هو الكفاءة والقدرة والصلاحية. وقد أكد الإسلام هذا الحق ففي حديث يوسف إلى ملك مصر حينما طلب منه توليته على خزانة مصر قال يوسف:"قال اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم"[2]، وفي حديث ابنة شعيب إلى أبيها تطلب منه توظيف موسى لديه قالت:"قالت إحداهما يا أبت استاجره إن خير من أستاجرت القوي الأمين[3]"وقوله تعالى "والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون."[4] وعند وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم مورس الحق في اختيار الخليفة.[5] أما فيما يتعلق بالرقابة الشرعية على الحاكم فمن حق الشعب مراقبة تصرفات الحاكم وسلوكه، ومن خطبة أبي بكر الصديق عند توليه الخلافة نأخذ المثل قال:"إن أحسنت فاعينوني وإن اسأت فقوموني .....أطيعوني ما أطعت الله ورسوله.[6] وقد كان الانتخاب طريقاً مشروعاً في اختيار الحكام في الدولة الإسلامية وكانت وسيلة الانتخاب البيعة.

فممارسة هذا الحق الذي يؤثر به المواطن دورياً في الحياة السياسية ويشارك به في إدارة شؤون البلاد ويمارسه بدون تمييز لتقرير الصالح العام والمساهمة في الشؤون العامة، وذلك يؤدي بالضرورة أن يكون المواطن صاحب قرار يمارس حقه في الاقتراع دون قيود عند توافر الشروط القانونية، وبممارسته لهذا الحق يراقب المواطن سير أعمال الدولة ويتم التأثير على مسيرة العمل الرسمي وأعمال السلطة العامة، وتطلع الأمة على مجريات الأحداث في الدولة بما يمكنها من تكوين الرأي العام والذي هو قيد أساسي على سلطة الدولة، ويتم ذلك عن طريق الرقابة الشعبية والتي من وسائلها رقابة الرأي العام الذي هو تعبير عن رأي الشعب في القرارات المتعلقة بالسياسة العامة، وكذلك رقابة الأحزاب السياسية التي تضطلع بدور مهم في إدارة العملية السياسية، وكذلك رقابة وسائل الإعلام المختلفة المرئية والمسموعة كرقيب فعال للانتهاكات أياً كان مصدرها ويساعد الرأي العام على تكوين رأيه تجاه قضية معينة.[7] وتباشر هذه الحقوق بحرية في إطار خضوع الفرد في ممارسته لهذه الحقوق للقيود التي يقررها القانون لضمان الاعتراف بحقوق الغير واحترام حقوقه ولتحقيق مقتضيات النظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي.[8]

---

[1] د. سليمان صالح الغويل، حقوق الإنسان السياسية في التشريع والوثائق الدولية، دار النهضة العربية، ص 76.
[2] .سورة يوسف، الأية (55).
[3] .سورة القصص، الأية (26).
[4] .سورة الشورى، الآية (38).
[5] .د.أحمد هندي، حقوق الإنسان في ضوء الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، ص 55.
[6] .فايز حسين، السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان،2010م، ص 365.
[7] . د.سليمان صالح الغويل وآخر، مرجع سابق، ص 218 -223.
[8] .ميرغني النصري، مباديء القانون الدستوري والتجربة الديمقراطية في السودان، دار الطباعة، ص 311.

فالتصويت في الانتخابات هو العملية الرسمية لاختيار شخص لتولي منصب رسمي أو تولي المناصب في المجالس التشريعية، أو قبول أو رفض اقتراح سياسي بواسطته، وهو من قبيل المشاركة في الحياة العامة ومساهمة المواطنين في صنع القرار، ويعد وسيلة مهمة وأساسية يمكن للأفراد من خلالها التأثير على القرارات الحكومية والتمثيل في الهيئات المنتخبة التي تتولى إعداد القوانين أو في بعض مناصب اتخاذ القرار[1]. ويختلف النظام الانتخابي من دولة لأخرى استناداً إلى عوامل عديدة مثل الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومستوى الوعي الثقافي، علماً بأن النظام الانتخابي هو الآلية التي يتم بموجبها ترجمة عملية ممارسة الحق الانتخابي.[2]

وطالما كان المواطن ينتمي لمجتمع ما، فعليه أن يشارك في صنع القرارات حتي يكتسب الشعور بالإنتماء إليه ويلتزم بالمشاركة في الشؤون العامة ويلعب دوراً فعالاً فيها، فالوطن للجميع دون تمييز. ولا شك أن حرية الرأي والتعبير هي المحك الأساسي لكل الحقوق في المواثيق الدولية، بل هي أحد الأركان الرئيسية للمجتمع الديمقراطي والتي يتفرع منها ممارسة بقية الحقوق. ومن أجل حماية الحقوق يجب تنظيم ممارسة هذه الحقوق لحمايتها من اعتداء السلطة عليها وانتهاكها، فالاعتراف بهذه الحقوق هو أحد مقومات الدولة القانونية التي تهدف إلى حماية الأفراد وضمان تمتعهم بحرياتهم العامة وحقوقهم الأساسية. ومن ضمانات تحقيق ذلك يتمثل في:

1/الفصل بين السلطات.

2/تنظيم رقابة قضائية.

3/تطبيق نظام ديمقراطي.[3]

**المشاركة في الانتخابات حق أم واجب؟**

لتحديد الطبيعة القانونية للمشاركة الانتخابية هل هي حق أم واجب؟ يجب وضع تعريف لكل منهما فالحق هو"ميزة يوفرها القانون لشخص ما ويحميها بوسائله القانونية."[4] أما الواجب فهو أمر يلزم الشخص سواء بأمور قانونية أو دنيوية أو أخلاقية. وهناك ارتباط بين الحق والواجب فممارسة الحق تتطلب القيام بالواجب في المقابل، وعليه فإذا اعتبرنا المشاركة حقاً فيجوز التنازل عن الحق، وإذا اعتبرناها واجباً فلا يجوز ترك الواجب،فالحق متى ما نشأ نشأت لوازمه بالضرورة، لذا إذا ذكر أحدهما لازمه الآخر في الفهم. وعندما يقرر الشرع حقاً فإنه في الوقت نفسه ينشيء واجباً مقرراً على الناس كافة نحو هذا الحق.[5]

---

[1]. د.سليمان صالح الغويل وآخر، مرجع سابق،ص77.

[2]. عبد الخالق محمد مصطفى،النظم الانتخابية،دار الجامعة العربية،ص61.

[3]. د.منير حميد البياتي،حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون، كتاب الأمة العدد88-ربيع الأول1423هـ،ص87.

[4]. د.أنور سلطان، المدخل لعلم القانون، مكتب كريدية أخوان بيروت، ص 235.

[5]. د.جبار صابر طه، النظرية العامة لحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 89.

وهناك آراء فقهية وقانونية مختلفة ويختلف التصنيف حسب النظام القانوني الذي تأخذ به كل دولة ونوردها على سبيل العلم ولكن يبقى في عرف المجتمع هل هو حق أم واجب؟

**أولاً: نظرية المشاركة الانتخابية كحق شخصي:**

فوفقاً لهذه النظرية فإن الانتخاب يعد حقاً شخصياً يتصل بالمواطن بوصفه عضواً في أي مجتمع منظم، ومن ثم فإنه يعتبر من الحقوق الأساسية، والتي ينبغي أن يتمتع بها كل إنسان، ولا يجوز نزعها منه أو حرمانه من ممارستها. وبما أنه حق شخصي فإن المواطن حر في ممارسة هذا الحق أو عدم ممارسته.

وتستند هذه النظرية على نظرية السيادة الشعبية والتي يكون لكل مواطن فيها حق المشاركة في الشؤون العامة لبلاده على قدم المساواة مع غيره من المواطنين.

**ثانياً: نظرية المشاركة الانتخابية كوظيفة عامة:**

يرى أنصار هذه النظرية أن الانتخاب وظيفة وليس حقاً شخصياً، إذ بواسطته يسهم المواطنون في التعبير عن الإرادة العامة وأساس ذلك أن حق الانتخاب مقرر لصالح المواطن، ومن ثم وجب على المواطن أن يزاول هذا الحق لحساب الشعب وعلى مقتضى القانون مثله مثل الشخص الذي يباشر وظيفة عامة، إذ إنه حين يمارس حقه يقوم بإجراء وظيفة معينة حددها له القانون بصفته عضواً في المجتمع. والظاهر أن أنصار هذه النظرية يستهدفون بذلك تقرير حق الشارع وهو في سبيل تنظيم حق الانتخاب بأن يقيده بشروط خاصة.

**ثالثاً: المشاركة الانتخابية كطبيعة مزدوجة:**

لقد وجدت محاولات لدى بعض الفقهاء للمزج بين الاتجاهين السابقين، حيث ذهب "كاريه دي مالبرج" إلى أن الانتخاب حق ووظيفة على التتابع، بمعنى أن يكون حقاً في حالة قيد الناخب اسمه في جداول الانتخاب، ويعتبر وظيفة عند ممارسة الناخب لعملية التصويت.

**رابعاً: المشاركة الانتخابية كسلطة قانونية:**

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن تكييف المشاركة الانتخابية يعتبر سلطة قانونية يستمدها الناخب من القانون مباشرة، وليس من كونه عضواً في مجتمع منظم ويستتبع ذلك أن الشارع وحده هو الذي يختص بتقرير هذا الحق.[1]

[1] .د.سليمان صالح الغويل وآخر، مرجع سابق، ص 77.

وعموماً فالأصل تعتبر المشاركة الانتخابية حقاً مكفولاً لكل مواطن بلغ سن الرشد وهو من ضمن الحقوق التي تجد قواعدها القانونية في المصدر الوطني(الدستور والقانون)، ومصدرها الدولي أو الاقليمي ومن أهمها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تم اعتماده من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1948م بما يشبه الإجماع وقد نصت المادة (21) منه على أن:

1- لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية.

2-إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجري دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين بالتصويت السري وبإجراء مكافيء من حيث ضمان حرية التصويت[1].

كذلك ورد هذا الحق في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الحق في حرية الرأي والتعبير،[2] كما أكد العهد الدولي الحقوق بأن يكون لكل مواطن الحق ودون وضع قيود غير معقولة التمتع بالآتي:

1/ أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون في حرية.

ب/أن ينتخب وينتخب في انتخابات نزيهة تجري دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين.

ج/ أن تتاح له على قدم المساواة عموماً مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده.[3].

وقد تناولت هذه الحقوق بعض الصكوك الإقليمية ومنها الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي أكد ضرورة النهوض بحقوق وحريات إلانسان والشعوب ونص على أنه:

1. لكل المواطنين الحق في المشاركة بحرية في إدارة الشؤون العامة لبلدهم سواء مباشرة أو عن طريق ممثلين يتم اختيارهم بحرية وذلك طبقاً لأحكام القانون.
2. لكل المواطنين الحق في تولي الوظائف العمومية في بلدهم.
3. لكل شخص الحق في الاستفادة من الممتلكات والخدمات العامة وذلك في إطار المساواة التامة للجميع أمام القانون. [4].

---

[1] .الإعلان العالمي لحقوق الانسان اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العمومية للأمم المتحدة 217 ألف(د-3)المؤرخ في 10 كانون الأول /ديسمبر1948م، (المادة21).

[2] .العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية،اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 الف (د-21) المؤرخ في 16 كانون /ديسمبر1966،المادة (19).

[3] .العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 الف (د-21) المؤرخ في 16 كانون /ديسمبر1966، (المادة 25).

[4] .الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي يونيو1981، المادة (13).

وكما ضمنت الدول هذه الحقوق في دساتيرها وقوانينها ليتكامل المصدر الداخلي مع المصدر الدولي الذي صادقت عليه الدول لكفالة هذه الحقوق.

وإذا أخذنا الوضع في السودان فقد نص دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م والذي هو المصدر الوطني الأساسي والرئيسي على هذا الحق ضمن الحقوق الأساسية للمواطن التي كفلها الدستور حيث تعد وسيلة فعالة لضمان تطبيق الحقوق تبلورت في تقرير الدستور عدم الانتقاص من الحقوق والحريات المنصوص عليها في وثيقة الحقوق، وتصون المحكمة الدستورية عن طريق الرقابة على دستورية القوانين عند إصدار تشريعات غير متوائمة مع ما نص عليه الدستور من حقوق وهي رقابة فاعلة تقوم بإلغاء أي نص لا يتفق مع الدستور،كما تصون المحاكم المختصة الأخرى هذه الوثيقة وتحميها عن طريق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بحماية مبدأ المشروعية والذي يقوم على ضرورة خضوع الحاكم ووالمحكومين للقانون، وكذلك الحماية القانونية لحقوق الإنسان،وتراقب مفوضية حقوق الإنسان تطبيقها في الدولة.[1] وقد جاء فيه: "تستمد سلطة الحكم وصلاحياته من سيادة الشعب وإرادته التي تمارس عن طريق الاستفتاء والانتخابات الحرة المباشرة والدورية والتي تجرى في اقتراع سري عام لمن بلغ السن التي يحددها القانون[2]. ولا خلاف بأن النص على هذا الحق في الدستور يضفي عليه قدسية وأهمية خاصة وذلك لأنه القانون الأعلى للبلاد،[3] وكما جاء في وثيقة الحقوق الواردة بالدستور السوداني في الحريات الشخصية النص على حرية التعبير والرأي بأنه: 1.لكل إنسان حق لا يقيد في حرية التعبير وتلقي ونشر المعلومات والمطبوعات والوصول إلى الصحافة دون مساس بالنظام العام والسلامة والأخلاق العامة،وذلك وفقاً لما يحدده القانون. 2. تكفل الدولة حرية الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى وفقاً لما ينظمه القانون في مجتمع ديمقراطي.[4]

كما جاء في الدستور الحق في الاقتراع والتصويت في انتخابات دورية تكفل التعبير الحر حيث نص على ما يلي:

1.لكل مواطن الحق في المشاركة في الشؤون العامة من خلال التصويت حسبما يحدده القانون.

2.لكل مواطن بلغ السن التي يحددها هذا الدستور أو القانون الحق في أن ينتخِب ويُنتخب في انتخابات دورية تكفل التعبير الحر عن إرادة الناخبين وتجري وفق اقتراع سري عام[5].

---

[1].دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م، (المادة 48) .
[2] .دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م، (المادة 4/د).
[3] . دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م، (المادة 3).
[4] .دستور السودان الانتقالى لسنة 2005م، (المادة 39).
[5] .دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م، (المادة 41).

هذا في جانب المشاركة الانتخابية كحق وفي جانب آخر جاء في الدستور تحت عنوان "واجبات المواطن" ما يلي:

1.على كل مواطن سوداني أن يدين بالولاء لجمهورية السودان وأن يمتثل لهذا الدستور ويحترم المؤسسات التي أنشئت بمقتضاه ويحمي سلامة أرض الوطن.

2.على كل مواطن، بوجه خاص، أن:-.....

(و)يشارك في الانتخابات العامة والاستفتاءات التي ينص عليها هذا الدستور والقانون.[1]

وبمقتضى هذا النص فإن الانتخابات في السودان تكون حقاً وواجباً معاً إن طبق الدستور وتحمي المحكمة الدستورية والمحاكم المختصة هذا الحق وممارسته.[2] فقد أكد الدستور السوداني أنها من واجبات المواطن باعتباره أحد مكونات الأمة،كما أن المؤسسات النيابية هي الأقرب تعبيراً عن السيادة الشعبية ولن يتم ذلك إلا إذا كان الاقتراع بمشاركة جميع المواطنين متى توافرت فيهم أهلية الناخب وفق أحكام القانون وهي أن يكون سودانياً، بالغاً من العمر ثمانية عشر عاماً، مقيداً في السجل الانتخابي، سليم العقل.[3]ولكن لم يأت قانون الانتخابات بأي نص يوضح إلزامية التصويت ولم يضمن أي عقوبات لعدم ممارسة هذا الحق، وإنما وضع ضوابط سير العملية الانتخابية وضمان الحق للمواطن بالدفاع عن حقوقه أمام القضاء[4]. وبهذا فإن السودان يأخذ بنظام الانتخاب الاختياري،ولكن هذا النظام يؤدى إلى إحجام أعداد كبيرة من المواطنين عن التسجيل للانتخابات وحتى الذين يسجلون أنفسهم قد لا يهتمون بالإدلاء بأصواتهم وبذلك تتضاءل أعداد المواطنين الذين يشاركون في الحياة العامة وكان يمكن أن يساهموا في إنشاء وبناء المؤسسات الدستورية مما يجعل هذه المؤسسات لا تمثل الإرادة العامة للشعب إن امتنعت أعداد من المواطنين عن ممارسة الحق، وبالتالي لا تسهم بفاعلية وجدية في الحياة السياسية وبالتالي لا تسهم في التطور الاقتصادي والاجتماعي والثقافي لحياة الناس ومستقبلهم، مما يؤكد خلل هذا النظام الانتخابي الأمر الذي يستدعي حقاً إعادة النظر في النظام الانتخابي الاختياري تسجيلاً وتصويتاً.لذلك لآبد من تبني نظام يكفل استيعاب كل المواطنين في العملية الانتخابية في السودان بأن يكون التسجيل والتصويت إجبارياً وتترتب على عدم ممارسته مخالفة قانونية، على أن ينص على ذلك في الدستور ويفسر في القانون، لأن هذا النظام يهدف إلى زيادة عدد

---

[1] . دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م، (المادة 23).

[2] . دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م، (المادة 48).

[3]. قانون الانتخابات القومية 2008م،المادة21 .

[4] .قانون الانتخابات القومية 2008م وضع العديد من الضوابط للاعتراض على السجل الانتخابي، وتحديد الدوائر الجغرافية، والطعن في قرار رفض الترشيح وكل ضمانات الرقابة القضائية، ضوابط الحملة الانتخابية وتمويلها وحظر استعمال امكانيات الدولة، الطعن في نتائج الانتخابات، الممارسات الفاسدة وغير القانونية وغيرها من النصوص لتنظيم العملية الانتخابية.

الناخبين بحيث ينال المرشح أكبر عدد من الأصوات ويكون أقرب تمثيلاً لإرادة الشعب.[1] ولآ شك في أن هذا النظام ينمي حس المسؤولية لدى المواطن والحكومة والنواب.

ولا بد من الإقرار بأن النظام البديل لهذا الوضع في السودان هو النظام الانتخابي الاجباري الذي يلزم المواطنين بتسجيل أسمائهم ويلزمهم أيضاً بالإدلاء بأصواتهم لضمان القدر الأكبر والعدد الأعظم من الذين يشاركون في الحياة العامة ولكي تكون نتائج الانتخابات الأكثر تمثيلاً للشعب والأوسع تعبيراً عن الإرادة العامة للأمة وبذلك تنشأ المؤسسات الدستورية الأقدر لتحقيق المصالح الوطنية لخدمة الشعب وأفراد المجتمع وحماية ممتلكات الوطن.وتكمن أهمية القيد في السجل الانتخابي أنه من خلاله يمكن معرفة حجم ونطاق المشاركة الانتخابية ومعرفة الأشخاص اسماً وعدداً ممن تأهلوا للمشاركة للحد بقدر المستطاع من التجاوزات المتمثلة في التزوير والتلاعب في الانتخابات، كما أن عرض هذه الجداول للكافة للاطلاع عليها وفق أحكام القانون يعطي الحق للمواطن في الاعتراض عند وجود أي مخالفة في بيانات السجل الانتخابي ويتم النظر في أي اعتراض على السجل الانتخابي خلال خمسة أيام من تاريخ تقديم الاعتراض وذلك بواسطة لجنة برئاسة قاضٍ يشكلها كبير ضباط الانتخابات في كل دائرة جغرافية بموافقة المفوضية.[2]

إن التحول من النظام الانتخابي الاختياري إلى الإجباري ليس بدعة، إنما هو نظام جاء به القانون الدستوري ،كما أنه مطبق في عدد كبير من الدول وفي هذا المجال يقول الدكتور سعد عصفور:[3] "بأن معظم الدساتير وقوانين الانتخابات استقرت حديثاً على الأخذ بالتصويت الاجباري لا بسبب نظرية فقهية، وإنما بسبب ما أسفرت عنه الانتخابات من تخلف عدد كبير من الناخبين عن الإدلاء بأصواتهم. وهذه الحقيقة جعلت الانتخاب وسيلة لإظهار إرادة الأقلية بدلاً عن الأغلبية فمسخت الغاية المرجوة منه وضيعت هدفه الديمقراطي ويواصل الدكتور عصفور على نفس الصفحة فيضيف "ولقد ترتب على جعل التصويت إجبارياً نتائج طيبة لأنه حدا بأغلبية الناخبين إلى إعطاء أصواتهم وبذا صار الانتخاب أكثر تحقيقاً للغرض منه وهو التعرف على إرادة أكبر عدد من الناخبين".

هذا ولا يعني في الانتخاب الإجباري أن يحمل الناخبون حملاً على التصويت ولكن في حالة عدم مباشرتهم لهذا الواجب يوقع عليهم جزاء مادي سواء بالغرامة أو الحرمان من بعض المزايا الاجتماعية التي يتمتع بها المواطن. إذن فإن التحول من النظام الانتخابي الاختياري إلى النظام الانتخابي الإجباري ضرورة سياسية وهدف ديمقراطي لا بد من النص عليه في الدستور وإنجازه عبر القانون لأنه الأعظم تعبيراً عن الإرادة الشعبية إلى أن تصل الشعوب إلى درجة وعي بأهمية المشاركة الانتخابية.

---

[1] .ميرغني النصري، مرجع سابق، نقلاً عن مؤلف السيد صبري في كتابه مباديء القانون الدستوري، ص 138-140، ص 571.
[2] .قانون الانتخابات القومية لسنة 2008م، المادة 24.
[3] . سعد عصفور، المباديء الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، ص 201.

ويمكن قول البعض بأننا إذا نظرنا إلى المشاركة الانتخابية من ناحية أنها التزام قانوني قد نجدها تتقاطع أحياناً مع ما كفله الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وكذلك العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية وغيرها من الصكوك الدولية، إذ إن هذه الصكوك كفلت حرية التعبير وبإرادة تامة فهذا أمريتوقف على إرادة الفرد الذي يحق له ممارسة التصويت، فإن أخذت هذه الإرادة صفة الإلزام بواسطة القانون يمكن أن تتعارض مع الدستور، ولكنني أرى أن هذه الصكوك نفسها كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية قد نصت على أنه عند ممارسة الحقوق قد يستتبعها واجبات ومسؤوليات خاصة ولكن يجب تحديدها بنص القانون أو تكون ضرورية.[1]

وبذلك يمكن أن يستتبع ممارسة الحق واجبات على المواطن بالقيام بالتزامات تجاه وطنه، ولكن في حالتنا هذه بخلو قانون الانتخابات من نص بإلزامية التصويت يبقى الأمر مجرد التزام أخلاقي، وفي هذه الحالة إذن لا بد أن يكون الالتزام من جانب الفرد التزاماً أخلاقياً تجاه وطنه، ولكن يحتاج هذا الأمر إلى مزيد من الوعي المجتمعي بأهمية المشاركة والوعي بأنه عن طريق ممارسة الحق يسند الشعب السلطة السياسية لمن اختار من النواب والحكام، وعن طريق هذا التفويض تكسب السلطة السياسية شرعيتها التي تؤهلها وتمنحها الاقتدار على اتخاذ القرار السياسي والاقتصادي والدبلوماسي وبذلك تصبح المشاركة صمام الأمان للديمقراطية[2].

ولا بد من التوضيح أن هناك بعض الدول تقر مبدأ المشاركة الإجبارية في التصويت[3] وقد سنت لها القوانين المنظمة لذلك، والتصويت الإجباري هو نظام يتم فيه إلزام الناخبين بالتصويت في الانتخابات أو الحضور لمكان الاقتراع في يوم التصويت وإذا لم يحضر الناخب المؤهل لمكان الاقتراع فربما يتعرض لعقوبات تأديبية مثل الغرامات أو ربما الحبس في حالة عدم دفع الغرامات.

هذا النظام الإجباري له مزايا وعيوب:

**المزايا:**

1. مشاركة أكبر عدد من الناخبين في تشكيل الحياة العامة.

2.إزالة العقبات التي تعترض الناخبين باتخاذ وسائل بديلة عن الحضور لمركز الانتخاب لكثرة الناخبين.

---

[1] .العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، مرجع سابق، المادة (3/19).
[2] . ميرغني النصري، مرجع سابق، ص 254.
[3] الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، موقع على النت.

3.إذا كان الناخب لا يرغب في انتخاب أيٍ من الخيارات المتوفرة فيمكنه تقديم ورقة اقتراعه فارغة.

4.يشجع الناخب على دراسة وبحث مواقف المرشحين السياسيين بشكل أكثر دقة.

5.يصبح من الصعب على الجماعات ذات المصلحة الخاصة الوصول إلى سدة الحكم.

6.يزيد معدل الوعي بحقوق المواطن والوعي بالرقابة الشعبية.

7.يقلل من صرف المبالغ التي تهدر من جماعات الضغط السياسي في إقناع الناخبين للتصويت لصالحهم.

**العيوب:**

1.يؤثر على حرية الفرد ويحول التصويت إلى حق مدني يوجب التغريم بدلاً عن كونه واجباً مدنياً.

2.انتهاك لمبدأ حرية التعبير.

ولكن لكي نجعل من التصويت التزاماً وواجباً وطنياً لا بد من التوعية بأهمية الممارسة وما يترتب عليها من نفع للمجتمع وهذا الوعي الانتخابي يتضمن الوعي بالأهمية الوطنية لممارسة حق وواجب الانتخاب والوعي بالتوجه الانتخابي في اختيار المرشح المعين وبهذا يجعل من الحملات الانتخابية تجسيداً حقيقياً للرأي العام الوطني، وكما يجب الوعي بأن الصوت الذي نقدمه يحقق منفعة عامة ومثل هذا الوعي يقود الى الالتزام التام سواء أكان حزبياً أم مصلحياً ويوضح أهمية الولاء للشعار المطروح. وبغرس هذا الولاء يحدث الالتزام حتى لو لم يفرض بقانون ولكن يجب أن يتم بأسلوب بليغ ومقنع وبسياق مجتمعي يهدف إلى رفع مستوى المسؤولية المجتمعية. ونعتمد كثيراً في التوعية على وسائل الإعلام المتخصص الذي يعمل على زيادة الوعي بحقوق الإنسان ومن بينها الحق في المشاركة الانتخابية، كما نعتمد كثيراً على المنظمات الدولية العاملة في مجال رفع المقدرات في هذا المجال.

ولتكييف ممارسة التصويت من حيث الجانب الأخلاقي فلا بد من ربط السلوك بالأخلاق الحميدة فهو مسؤولية وواجب في المقام الأول، على كل فرد في المجتمع له الحق في المشاركة في الانتخابات. فالناخب تقع عليه مسؤولية كبرى تنبع من الأساس في اختيار أعضاء البرلمان وهذه المسؤولية تتجسد في أن يكون الشخص أميناً على نفسه ووطنه في التحري لاختيار الأكفأ والأقدر على تحمل المسؤولية، وهذه المسؤولية تخلق ترابطاً بين الدولة والشعب، خاصة إذا كان المرشح بين عدد من المرشحين والمطلوب اختيار أفضلهم. وهذا مبني على أن تصويت الناخب يعد نوعاً من الشهادة قال تعالى: "وأقيموا الشهادة

لله".[1] ولا شك أن إعطاء الأصوات لمن ليس أهلاً للعضوية وليس قادراً على القيام بمهامها فيه مساعدة على إسناد الأمر لغير أهله مما يؤدي إلى أن تضيع الأمانة. فالمواطن هو المسؤول الأول والأخير على شكل ونتيجة العملية الانتخابية ويجب أن يمارس حقه بوطنية وبعمل منهجي يرتبط بتطلعات المواطنين واحتياجاتهم وإلا سوف يتحول المواطن إلى كائن سلبي متفرج وعاجز عن القيام بأي فعل[2].

ولا بد من الوعي بأن التصويت في الانتخابات يعتبر من الواجبات الوطنية التي تدل على الوعي المجتمعي والحرص على تحقيق الصالح العام باعتبار المواطنة والحرص على ممارسة الحقوق لأن البرلمان توكل إليه أعمال كبيرة تعّول عليها الدولة في تسيير مرافقها العامة وإيجاد الحلول للمشكلات.

ومن ثم فان الواجب يقتضي خروج جموع الناخبين للإدلاء بأصواتهم لاختيار الأكفأ من بين المرشحين لهذه العضوية، علماً بأن عدم مشاركة الشعب يفرز عناصر غير مؤهلة وغير قادرة على حمل المسؤولية وحل المشاكل وبالتالي تضيع المصلحة العامة ويعم الفساد ولا تتحقق التنمية. ولذلك تقع على عاتق الناخبين مسؤولية كبيرة في الخروج لأداء هذا الواجب.

وأخيراً إذا اعتبرنا أن الواجب في أداء العملية الانتخابية هو واجب أخلاقي في التصويت والذي هو نوع من أنواع الواجب الذي لم يصدر به قاعدة قانونية ملزمة وإنما ينشأ باعتبار علاقة المواطن بدولته فهو إذن "الالتزام الأخلاقي الذي يلزم به الفرد نفسه والذي يؤدي تركه إلى مفسدة"، بل هو العمل الذي يوافق عليه الضمير الخلقي ويلزم الشخص بأدائه[3].

ولكي يؤدي الواجب الأخلاقي دوره في المجتمع لا بد أن تنشط عملية التوعية وسط أفراد المجتمع حتى ينال قدراً عالياً من الثقافة تجاه هذا الواجب الأخلاقي لأن هذا الواجب لا يحكمه قانون بل تتحكم فيه قناعات الناخب.وهنا العبء على وسائل الإعلام برفع وعي المواطن بضرورة المشاركة الانتخابية والتصدي بقوة ضد أي انتهاكات لهذا الحق، كما يمكن لمنظمات المجتمع المدني أن تقوم بالتوعية في هذا المجال لإصلاح سلوك المواطن والمجتمع وتوجيه إرادتهم جميعاً للمشاركة الانتخابية، بل على الدولة للحفاظ على دستوريتها دفع مواطنيها لممارسة حقهم الانتخابي وهذا ما حدث الآن في انتخابات التجديد النصفية للكونغرس في الولايات المتحدة إذ دفع قائدا الحزبين الجمهوري والديمقراطي المواطنين للمشاركة في الاقتراع وثمرة ذلك كانت عظيمة بتحقيق مصالح الدولة والمواطن لاشتراك حوالي (36) مليون ناخب معظمهم من الشباب [4]. فيجب على الدولة أن تبدأ

---

[1] . سورة الطلاق، (الأية 2).
[2] .د.فؤاد موسى، الانتخابات البرلمانية في مصر،مركز البحوث العربية، سيناء للنشر، ص 33.
[3] المفتي علي جمعة، مقالة نشرت في الأهرام اليوم عن أخلاقيات العملية الانتخابية، بتاريخ 2012/5/18م.
[4] .شبكة الجزيرة الإعلامية.

بإصلاح المجتمع علماً بأن الإصلاح لا يحدث بصورة عفوية وإنما يحدث بطريقة مخططة تأخذ بعين الاعتبار الوسائل الإجرائية للإصلاح التي تعمل على تكوين الرأي العام بضرورة المشاركة الانتخابية لإصلاح الدولة والحفاظ على مقوماتها، بل ومساندتها ومساعدتها.وحركة الإنسان في هذه الحياة محكومة بقناعاته وتصوراته وآرائه الشخصية، وإذا أردنا أن نحدث تعديلاً أو تغييراً في مسار حياته فالخطوة الأولى لذلك هي، أن نعمل على تغيير أو تعديل أفكاره وقناعاته التي ينطلق منها، وبعد الاقتناع العقلي يأتي الرضا القلبي، ولإحداث التغيير المطلوب في السلوك لابد من إصغاء القلب لصوت العقل.[1] ويجب أن تحرص الدولة على تمكين الأفراد من التمتع بحقهم في المشاركة في الحكم، بل دفعهم إلى مباشرته واستعماله، ولا شك أن ذلك سيؤدي إلى صالح الدولة لأن الفرد سوف يعاون الدولة ويعمل على استمراريتها، إذ يصبح المواطن والدولة يسيران في اتجاه واحد وليس معاكساً فتزدهر البلاد وتتقدم.

**مدى ملاءمة وجدوى فرض عقاب جنائي على الممتنع عن التصويت في الانتخابات:**

من المناقشة أعلاه فقد رأينا ضرورة اتباع نظام انتخابي يكفل استيعاب الجميع ممن توافرت لديهم شروط ممارسة الحق الانتخابي وفق القانون وذلك بأن يكون التسجيل والتصويت إجبارياً يترتب على مخالفته عقوبة، وقد تبنى الفقه الدستوري الوقوف بجانب هذا الرأي ومنهم الدكتور السيد صبري لتمنح السلطة القاعدة الأوسع من التفويض من الشعب ليصير كل ذلك أرضية ثابتة للاستقرار السياسي والدستوري.[2] وإذا نظرنا إلى تاريخ الدول التي سنت تشريعات لمعاقبة الممتنعين عن التصويت نجد أنها قامت بذلك منذ فترة تسبق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي وجد إجماعاً من كل الدول وأن هذه التشريعات لم تحقق جدواها وقد جمدت معظمها ولم تفعل:

فالولايات المتحدة – ولاية جورجيا في سنة1777 (قبل دستور 1787م بعشر سنوات) نصت على أنه: "يغرم كل شخص يتغيب عن التصويت في أي انتخابات ويهمل تسليم ورقة اقتراعه في الانتخابات بغرامة لا تتجاوز خمسة جنيهات، ويترك قرار وطريقة تحصيلها وصرفها للمشرع شريطة أن يتم تقديم عذر مقبول"[3]. وفي النمسا تم فرض الغرامة في حالة الامتناع. وفي دولة الارجنتين فإن التعويض إجباري للمواطن وقد نصت المادة(37): على أن الاقتراع يكون عاماً ومتكافئاً وسرياً وإلزامياً وتفرض غرامة 50-500 دولار وحرمانهم من الوظائف العامة لمدة ثلاث سنوات.

---

[1] .الاستاذ أمين نعمان الصلاحي، من وسائل القرآن في إصلاح المجتمع، مركز البحوث والدراسات - قطر، ص 57.
[2] .ميرغني النصري، مرجع سابق ونقلاً عن الدكتور السيد صبري، مباديء القانون الدستوري الصفحات 138-140، ص 571.
[3] دستور جورجيا، 5 فبراير 1777م.

كما أن جمهورية مصر العربية تملك القانون الإجباري ولكن لا تطبقه حيث ينص القانون رقم 22 لسنة 2014م على أن: "يعاقب بغرامة قدرها 500 جنيه لمن كان اسمه مقيداً في السجل وتخلف بغير عذر عن الإدلاء بصوته[1].

وبهذايمكن إثارة التساؤل الآتي ما هي إمكانية تطبيق الجزاء على أعداد الممتنعين عن التصويت وهذا أمر يتطلب سجلاً انتخابياً صحيحاً،وما هي الكيفية التي يتم بها دفع الغرامة وتنفيذها بواسطة سلطة عامة علماً، بأن الغرامة عقوبة تفرض بموجب حكم قضائي ونحتاج إلى جهة رسمية تباشر الدعوى. كما يتبادر إلى الذهن هل يمكن أن تكون العقوبة حرمان الممتنع من الخدمات رغم دفعه للضرائب. كل هذه المسائل يجب مناقشتها للوصول إلى قناعات بالنظرة الواقعية للموضوع مع الوضع في الاعتبار تجارب الدول المختلفة. ويبقى الوضع كما هو ولكن يجب القيام بكل ما يلزم لرفع الوعي بضرورة المشاركة في الانتخابات كحق وواجب وطني.

**الخاتمة:**

من خلال مناقشة الورقة يتضح أنه لا يملك أحد أن يقرر في أمر مملوك للمواطنين لأن القرار يجب أن يأتي من إرادتهم جميعاً فيجب ممارسة الحق الانتخابي كحق سياسي لأن المجتمع بممارسته لحقوقه يحقق الأمن والاستقرار لدولته. وقد اتضح أن الحق الانتخابي هو من الحقوق السياسية والتي تشمل حق الانتخاب، وحق الترشيح، وحق إبداء الرأي، وحق الاشتراك في تكوين الأحزاب وهي حقوق وجدت اهتماماً وطنياً واقليمياً ودولياً وتم النص عليها في المواثيق الدولية والدساتير والقوانين[2]، وقد نظمت ممارستها القوانين. وفيما يتعلق بالممارسة الانتخابية فهو حق وواجب وفق دستور السودان الانتقالي ولكن ذلك يتطلب في السودان وعياً سياسياً بضرورة ممارسة هذا الحق، ولكن لم ينص قانون الانتخابات السوداني على وجوبية الاقتراع، فقط نص على شروط الناخب، ونص على شروط ممارسة الحق، ولكننا نرى بأن هناك تلازماً بين الحق والواجب دائماً، فالحصول على الحق يقابله القيام بالواجب، فعلى سبيل المثال لا يكون لك الحق في المرتب الشهري دون القيام بالواجب المهني. ولكن في مجال الحق الانتخابي فإن معظم القوانين لم تضع مسؤولية قانونية عند الامتناع عن استعمال الحق على الرغم من النص عليه دستورياً بأنه من واجبات المواطن، وأعتقد بأنه يقع على الدولة والإعلام التوعية بضرورة ممارسة هذا الحق وهناك واجب على المواطن بالمشاركة في الحياة العامة. وبالتطور المستمرفي الاهتمام بهذه الحقوق والوعي بحقوق الإنسان سوف يرتقي الوعي وتتغير المفاهيم والأفكار بأن ممارسة الحق الانتخابي واجب على المواطن ليسهم برأيه في الحياة العامة ويختار عناصر قوية وذات

[1] .قانون رقم 2014/22م، المادة (43).
[2] .قانون الإنتخابات القومية لسنة 2008م، المادة (21).

كفاءة، وتؤمن بحقوقه لضمان تمثيله بواسطة عناصر يؤنس فيها الكفاءة والدراية والعلم للإشراف على المال العام وممتلكات الدولة. وليعلم المواطن جيداً بأن امتناعه عن ممارسة حقه سوف يساعد ويشارك في تولي أشخاص غير مرغوب فيهم يتحكمون في مصيره ومن ثم يعهد بالقيادة لأشخاص لا علاقة لهم بإدارة البلاد. لذلك فإننا نقول إن الحق الانتخابي ليس حقاً مطلقاً بل هو مرتبط بالفرد والمجتمع والحاكم والمحكومين، فهو واجب وطني من أجل الحفاظ على الوطن وتنميته وذلك لتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق، وهذا يعني بوضوح تام أن هذا الحق يجب أن يخضع للتنظيم لتحقيق العدالة.

ولكن الأمر في اعتقادي يحتاج إلى وعي كبير وفهم عميق ولا بد من إصلاح المجتمع أولاً للقيام بإصلاح الدولة، ولا بد من الترسيخ لمبدأ الحق مقابل الواجب في كل شؤون الحياة،مما يلزم أن يكون الاقتراع حقاً وواجباً وحتى يكون الفرد والمجتمع كامل الحقوق لتتقدم البلاد.

**التوصيات:**

1.الاهتمام بتوعية المجتمع في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة ومنها الحق في المشاركة الانتخابية.

2.وضع مباديءحقوق الإنسان في أولويات اهتمامات الدول.

3.ضرورة الانضمام للاتفاقيات الدولية التي تتضمن حقوق الإنسان لتعزيز هذه الحقوق بعد تصديق الدولة عليها وبذلك تتكامل مع الدستور في نفس درجة الإلزامية.

4.تشجيع الرقابة الشعبية المستمدة من السيادة الشعبيةكأداة مهمة للمشاركة في الانتخابات.

5.ضرورة النص في القوانين على حماية العملية الانتخابية وفرض جزاءات على مخالفيها لتوفير الثقة لدى المواطنين.

**المصادر:**

**1-** القرآن الكريم

2-د. أنور سلطان، المدخل لعلم القانون، مكتب كريدية بيروت.

3-د. فؤاد مرسي وآخرين، الانتخابات البرلمانية في مصر، سيناء للنشر.

4-ميرغني النصري، مباديء القانون الدستوري والتجربة الديمقراطية في السودان، دار الطباعة للنشر.

5-سعد عصفور، المباديء الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، بدون ناشر.

6-فايز حسين، السلطة والحرية وفلسفة حقوق الإنسان، 2010م.

7-د.أحمد هندي،حقوق الإنسان في ضوء الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة.

8-د.سليمان الغويل، وآخر، حقوق الإنسان السياسية في التشريع والوثائق الدولية، دار النهضة العربية.

9-عبد الخالق محمد مصطفى، النظم الانتخابية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة.

10-الاستاذ أمين نعمان الصلاحي، من وسائل القرآن في إصلاح المجتمع، مركز البحوث والدراسات-قطر.

11-د.منير حميد البياتي، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون، كتاب الأمة العدد88-ربيع الأول 1423هـ.1

12-د.جبار صابر طه، النظرية العامة لحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية.

13 –الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966م، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981م.

14-الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، موقع الكتروني، وشبكة الجزيرة الإعلامية.

15-المفتي علي جمعة، الأهرام اليوم – أخلاقيات العملية الانتخابية، بتاريخ 2012/5/18م.

16- دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م.

17-دستور ولاية جورجيا الامريكية 1777م.

18-قانون الانتخابات القومية 2008م.

19-قانون رقم 45 لسنة 2014م الانتخابات المصري.

# البقاء في الحبس حتى الوفاء

إعداد أ.د. محمد
الشيخ عمر

الثابت، قانوناً وشريعةً، فقهاً وقضاءً، أن **العقد شريعة المتعاقدين** والثابت أيضاً في كل المجالات العدلية، أياً كان مصدرها، أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليست قاعدة مطلقة، بل تقيد تحت ظروف معينة.

فمن ناحية أولى، من غير المنازع فيه، أن المعاملات المدنية تخضع لإرادة أطرافها وذلك حيث وجد عقد مكتوب أو غير مكتوب، ومن الناحية الثانية يتوجب مراعاة المتفق عليه لما نص عليه القانون من قواعد.

ومن الثابت أيضاً أن قانون الإجراءات المدنية أو ما يسمى قانون القضاء المدني أو المرافعات، جاء أساساً لخدمة قانون المعاملات المدنية لطرح قواعده في الواقع العملي، وهذا يستوجب، في المقام الأول أن يجيء هذا القانون الإجرائي مراعياً لما يستوجبه قانون المعاملات المدنية، فإن جاء هذا الأخير مقرراً لإمتيازات معينة لأحد طرفي العقد ، أو لكليهما، فإن على قانون الإجراءات أن يحقق ما هدف إليه قانون المعاملات بحيث أن لا يأخذ بشماله ما قرره قانون المعاملات بيمينه.

وتوضيحاً لذلك، قد جاء قانون المعاملات مقرراً لأمرين قد انعقد عليهما الإجماع العالمي، على اختلاف سياساته التشريعية، هما نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة.

**أثر الظروف الطارئة في العقد:**

من المعلوم أنه وفقاً لمنطوق المادة 113 (معاملات مدنية 1984)، أن الاتفاق الذي انعقدت عليه إرادة المتعاقدين، أنه يجوز إجراء تعديله أو نقضه، إما باتفاق الطرفين أو لسبب يقرره القانون واشترط القانون لذلك أسباباً ثلاثة هي:

1. أن يكون العقد متراخي التنفيذ.
2. أن يطرأ قبل تنفيذه حادث استثنائي عام غير متوقع.
3. أن يصبح تنفيذه بسبب ذلك مرهقاً.

وذلك دون تمييز بين الديون النقدية أو غير النقدية إذ إن تلك الشروط جائز حصولها وتوافرها في الدينين، النقدي وغير النقدي.

**أثر القوة القاهرة :**

وقد يحدث، بعد قيام العقد، أن يطرأ عليه ما يزيل وجوده أو يمحو الأَثار المترتبة عليه. والجدير بالملاحظة أن تلك الأسباب قد تولد مع العقد لحظة انعقاده، كما أنها قد تطرأ عليه بعد قيامه.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن تلك الأسباب التي تؤدي إلى انفساخ العقد،ترجع أساساً لعدم وفاء المدين بالتزامه بسبب قد يرجع إليه أو بسبب لا يد له فيه، وقد نصت على ذلك المادتان 129 ، 130.

**وجاء في المادة 129 :**

" يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ".

**وجاء نص المادة 130 على أنه :**

" في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ".

ويلاحظ في هذا الأمر أن القانون لم يميز في ذلك بين الديون النقدية أو غير النقدية إذ تلك الأسباب المتعلقة بأعمال نظرية الظروف الطارئة أو القوة القهرية متصورة في كلا النوعين من الديون[1].

---

[1] للمؤلف :قانون المعاملات المدنية 1984 ص 176.

وهذا يقتضي عند الفشل في الوفاء الوقوف على أسباب ذلك الفشل ،وعما إذا كان سببه راجعاً لسوء النية او إلى أسباب أخرى لا يد له فيها وهذا ما راعته كل قوانين الإجراءات وعلى رأسها قانون القضاء المدني لسنة 1929م والذي حل محله قانون المرافعات لسنة 1974م[1].

فإن كان ذلك هو مسلك قانون المعاملات المدنية ، فإنه كان يتوجب أن تجئ الإجراءات التي تبسطه في الحياة العملية متبعة ذات السياسة التي اتبعها القانون الموضوعي ميسراً لا معسراً بحيث يتعين اقتصار الأمر في تنفيذ الأحكام على الذمة المالية للمدين واستبعاد جسمه بحيث لا يكون محلاً لتنفيذ الأحكام.

**مسلك القوانين الإجرائية منذ 1900م:**

لبيان وجهة نظرنا هذه، نستعرض في إيجاز مسلك القوانين الإجرائية منذ بداية أعمالها في السودان.

---

[1] 198. (1) Where a decree for the payment of money remains wholly or in part unsatisfied the court may upon the application of the decree holder summon the judgment debtor to be examined as to his ability to pay.

The court may for sufficient reason instead of issuing a summons issue a warrant for the arrest of the judgment debtor.

(2) If it appears to the court by the examination of the judgment debtor or other evidence, - that the judgment debtor has refused or neglected to pay the amount of the decree or some part thereof when he had the means to pay; aor. That he has, knowing himself to be unable to pay his debts in full, recklessly contracted debts or given an unfair preference to any of his creditors; or. That he has transferred, concealed or removed any part of his property after the date of the institution of the suit in which the decree was passed, or has committed after that date any other act of bad faith in relation to his property with the object or effect of obstructing or delaying he decree holder in the execution of the court may commit him to prison.

**أولاً: مرحلة القوانين القديمة:**

كان جسم المدين قديماً ضامناً لديونه، ومن ثم كانت الشرائع القديمة تعطي الحق للدائن حيث فشل المدين في سداد ديونه، أن يتجه بتنفيذه إلى جسم المدين، فله الحق في حبسه حتى الوفاء، كما له الحق في استرقاقه وبيعه، بل وقتله ما لم يقم المدين أو أهله بسداد ما عليه للدائن.

**ثانياً: مرحلة القوانين الحديثة:**

إلا أن الأمر لم يلبث حتى طرأ عليه تغيير بحيث لم يعد هناك مكان للتنفيذ على جسم المدين إلا في حدود تقييد حريته، ولم يعد مكان للأذى الجسماني أو الاسترقاق.

ولم يقف التطور عند ذلك الحد، إنما سلب الدائن الحق في التنفيذ على المدين بوسائله الخاصة ووضعه في يد الدولة عن طريق محاكمها والتي يحق لها وحدها إصدار الأمر بسجن المدين.

وهذا ما لم يراعِه المشرع السوداني في قانون الإجراءات لسنة 1983م حيث سلب المحاكم المدنية سلطة إجراء البيوع الإجبارية العقارية عند الفشل في الوفاء، وتخويل الدائن مباشرة ممارسة تلك البيوع وذلك تماما ما كان عليه الحال في القوانين القديمة منذ قرون مضت حيث ُتسلم رقبة المدين إلى الدائن عند الفشل ليفعل فيها ما يشاء !!

وحتى بفرض لجوء المحكمة إلى عقوبة السجن فإن القانون قد أوجب ضرورة تحديد المحكمة لمدة بقاء المدين في الحبس بحيث لم يعد ذلك الحبس مرتبطاً بالوفاء بل سلكت بعض الشرائع، ومنها القانون المصري مسلكاً أكثر تطوراً بحيث رفضت فكرة التنفيذ على جسم المدين بصفة مطلقة، ومن ثم فإنها قد حرمت الإكراه البدني واعتبرت العلاقة بين الدائن ومدينه مجرد عالقة يجب ألا تتعدى الذمة المالية لهما.

وأسست تلك الشرائع مسلكها على عوامل منها، تنافي مبدأ الإكراه البدني مع ما تستجوبه كرامة الإنسان وعزة نفسه، بجانب ذلك، وفق رأيهم، أن سلب المدين لحريته من شأنه أن

يعوق فرصة سداده لدينه بسبب تقييد حريته والتي من شأنها أن تحد من نشاطه تبعاً لذلك الأمر الذي تترتب عليه أضرار قد تصيب أول من تصيب الدائن[1].

ومع ذلك فقد أبقت شرائع أخرى، ومنها القانون السوداني، على فكرة الإكراه البدني وإحاطته بضمانات وشروط رغم ما وجه إلى تلك الفكرة من نقد.

**مسلك قانون 1929م:**

وكما ذكرنا سابقاً إن السودان لم يعرف القوانين الحديثة إلا مع مدخل الاستعمار وكان قانون القضاء المدني لسنة 1900م هو أول قانون للإجراءات المدنية وأعقبه كامتداد له، قانون القضاء المدني لسنة 1929م.

وقد تبنى القانونان فكرة الإبقاء على الإكراه البدني كضرورة يستلزمها استقرار المعاملات المدنية بصفة خاصة.

هذا والقول بقصر العلاقة المالية بين الدائن والمدين على الذمة المالية وإن كان صحيحاً إلا أن ذلك، في مسلك القانونين (1919م و1929م) قاصر على نطاق حسن النية وليس على نطاق سوئها.

وحتى بالنسبة لحالات سوء النية كان حبس المدين تحكمه مدة قصوى يطلق سراحه بعد انقضائها وإن لم تبرأ ذمته من الدين، إذ يمكن، حتى بعد انقضاء مدة الحبس، إذا تيسر حاله، فإنه يمكن الحجز على أمواله اقتضاءً لسداد تلك الديون وفق ما يقرره قانون القضاء المدني من أحكام ما عدا إعادة حبسه. وذلك المسلك للقانونين السالفين كان يعتبر تمييزاً للمدينين الشرفاء أي حسني النية.

---

(1) د .رمزي سيف قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد الطبعة الثالثة ص 11.

*** قانون المرافعات السوداني لسنة 1972م وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م:**

وقد سلكت القوانين التالية لقانون 1929م ذات المسلك الذي كان مقرراً في قانون القضاء المدني الملغي إذ نص عليه قانون المرافعات 1972م وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م.

- **قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م**

وقد سار قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، بالنسبة للتمييز بين، حسنى النية وسيئ النية من المدينين، على ذات درب القوانين التي سبقته إلا أنه بالنسبة لسيئ النية فقد نص على بقاء المدين في الحبس حتى الوفاء، أي لم يقصر الأمر على مدة قصوى كما فعلت القوانين السابقة عليه.

- **قانون التعديلات المتنوعة لسنة 1987م**

وبعد مرور أربع سنوات جاء قانون التعديلات المتنوعة لسنة 1987م وكان في جوهره مطابقاً لما كان عليه الحال في قانون 1929م والذي كان يميز ما بين المدين حسن النية والمدين سيئ النية، كما أنه لم ينص على بقاء المدين في الحبس حتى الوفاء.

إلا أن قانون التعديلات المتنوعة والذي كان يعتبر سارياً من تاريخ توقيعه، ظل حبيساً في أرشيف وزارة العدل ولم ير النور وقد عجزنا عن إيجاد المبررات حيث لم نعثر على أي تفسير لبقاء ذلك القانون حبيساً ما يقرب من ربع قرن.

**مشروع تعديلات عام 2018م:**

وأخيراً جاءت تعديلات 2018م متبنية ما كان عليه الأمر، في ذلك الشأن لما كانت تنص عليه المادة 198 من قانون القضاء المدني الملغى مع تمييز في مدة الحبس القصوى بين الفشل في الوفاء بأحكام المحاكم المدنية وتلك الصادرة من المحاكم الجنائية.

والرأي عندنا، أن الحبس حتى الوفاء، المستبعد في المشروع أمر لا تقره القوانين الحديث، . بل ولا تؤيده الأديان السماوية، وما جاء به مشروع التعديل من تحديد مدة للبقاء

في الحبس هو أمر يعتبر طاعة للمولى سبحانه وتعالى حيث وجهنا القرآن الكريم للتيسير وليس للتعسير وقال سبحانه وتعالى في ذلك "وِإْن َكانَ ذو عُسْرة فَنِظَرٌة ِإلَى َمْيسَرة"...

ونحن نرى أن اللوم يفترض أن يوجه، أول ما يوجه، إلى الدائنين، مؤسسات أو أفراداً، من حيث تساهلهم في المعاملات المؤجلة الوفاء، وعدم مراعاتهم للضوابط التي تكفل استرداد الحقوق ومراعاتهم للعلاقات الخاصة أكثر من مراعاتهم للمصلحة العامة .،وما ترتب على تساهلهم ذلك ما هو عليه الحال، فالضوابط المهدرة في هذه المعاملات من كفالة عينيه أم شخصية مع جدية الكفالة العينية وحقيقتها لكانت كفيلة أن تجنب البلاد مضار الإخفاق في استرداد الحقوق.

ولذلك نرى أن مشروع تعديلات 2018م لبقاء المدين في الحبس حتى الوفاء ما هو إلا رجوع للحق وامتثال لتوجيهات المولى سبحانه وتعالى ":َوِإْن َكانَ ذو عُسْرة فَنِظَرٌة ِإلَى َمْيسَرة..."[1] والاستجابة لهذا التوجيه الكريم تقتضي إمهال المدين حتى يستطيع تسديد ما عليه بعد أن استوفى عقوبة سوء نيته بالسجن إلى مدة معلومة قدرها الحكم عليه في حدود ما نص عليه المشرع.

**التحقق من نية المدين:**

ووصولاً إلى معرفة نية المدين، عند العجز، فإنه يتوجب على المحكمة، عند فشل المدين بالوفاء إصدار الأمر بتكليفه بالحضور، عند طلب المحكوم له بذلك، لاستجوابه للتحقق عن مدى مقدرته على الوفاء، بل وخولت المحكمة إصدار أمر بالقبض عليه بدلاً من التكليف بالحضور إذا رأت من الأسباب ما يستدعي ذلك.

والاستجواب يعتبر وجوبيًا وليس جوازياً كما يذهب إلى ذلك نص المادة 198 من قانون القضاء الملغى.

والغرض من الاستجواب، على هدي المعايير التي حددتها المادة قد تكشف مدى حسن نية المدين أو سوءها مما تتمكن معه المحكمة توقيع الجزاء المحقق للعدالة.

---

[1] آية 280 سورة البقرة.

ومن ثم فإن حبس المدين أصبح رهيناً بسوء نيته والتي تتوصل إليها المحكمة عن طريق العوامل التي أشارت إليها المادة وهي:

**أولاً :**إذا تبين أنه رفض أو أهمل دفع المبلغ المحكوم به أو جزءٍ منه مع مقدرته على الوفاء.

وعلى ذلك حيث تبين للمحكمة، بعد استجواب المدين، أنه رفض الوفاء مع مقدرته عليه أو أهمل حيث كان قادراً على الوفاء، فإن لها أن تأمر بوضعه في السجن.

ورفض المدين أو إهماله الوفاء مع قدرته عليه، أمر تصل إليه المحكمة من مجمل الوقائع التي عرضت عليها.

فالمدين، في هذه الحالة، يعتبر سيء النية، إذا امتنع أو أهمل الوفاء مع مقدرته عليه وقت الحكم، ومن ثم فإذا قضت المحكمة بسجنه فإنها لا تكون بذلك قد أخطأت في تطبيق القانون.

والجدير بالملاحظة أن المقدرة على الوفاء التي تعتد بها المحكمة لأعمال البند (أ ) من الفقرة الثانية لهذه المادة هي التي تحققت للمحكمة بعد صدور الحكم وليس قبله، ومن ثم فإذا قضت المحكمة بالسجن على المدين لما تبين لها من مقدرة على الوفاء قبل صدور الحكم فإن حكمها يكون معيباً يتعين نقضه.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة الاستئناف في **قضية بابكر عبده ضد حافظ زخاري**[1] بأن العبرة بمقدرة المدين على الوفاء بعد صدور الحكم وقد جاء في حيثياتها:

"وحيث إن المستأنف هو مدين في تنفيذ حكم بمبلغ 5,8 ج ... وحيث يبدو أنه قد تم اتفاق، قبل إقامة الدعوى يتعهد المستأنف بموجبه على دفع مبلغ 2,5 ج على أقساط ثلاثة كتسوية تامة وقد وقع مستنداً بذلك، وحيث إن المستأنف ضده قد أنكر أنه قد اشترك في ذلك الاتفاق، ... وحيث إن المدين قام بتحويل منزل إلى ابنه مقابل مبلغ 97 ج في أكتوبر 1965م ... وحيث إن الدائن أقام دعواه في 1965/10/16م والتي تمخضت عن الحكم بموضوع التنفيذ ... وحيث إن المدين قد فشل في دفع مبلغ التنفيذ .... وحيث إنه لا منقولات لديه يمكن بيعها ....فإن المحكمة الجزئية حكمت عليه بالسجن ستة أشهر بعد استجوابه وفقاً للمادة 198.

---

[1] المجلة القضائية (1967م) ص 301.

... وحيث إنه لم يتضح من قرار المحكمة ما استندت إليه في حكمها من بنود تلك المادة وحيث إنه بالاستئناف إلى محكمة المديرية قد قررت الأخيرة أن نقل ملكية المنزل قد تم قبل إقامة الدعوى ومن ثم فإنه لا مجال لإعمال البند (ج )من الفقرة الثانية للمادة 198.... وحيث إنها ذكرت أن المستأنف قد عرض مبلغ 225ج قبل إقامة الدعوى وفشل في الوفاء بها مما يعني أنه كان يملك الإمكانيات أو الوسائل التي تمكنه من الوفاء ومع ذلك فإنه قد رفض أو أهمل ... ومن ثم فإن عليه الوفاء أو السجن لمدة ستة أشهر وفقاً للمادة 2/198 من بندها (أ)....

... وحيث إن محكمة المديرية قد أخطأت في تطبيق القانون إذ إن البند ( أ ) لا يمكن إعماله إلا بعد صدور الحكم وبقائه دون وفاء وحيث إن ذلك يتضح من ذات كلمات البند حيث يقول ( إن المدين رفض أو أهمل دفع مبلغ الحكم "وحيث إن مبلغ الحكم هذا لا يمكن التحقق منه إلا بعد صدور الحكم .... فالرفض أو الإهمال في الدفع الذي يتعين التحقق منه هو التالي لصدور الحكم...

وحيث إن نقل ملكية المنزل الخاص بالمستأنف إلى ابنه القاصر، في الظروف التي حدث فيها قد قام على بيع صوري بغرض إعاقة تنفيذ الحكم الذي توقع صدوره ضده ... فإن الإجراء السليم والمناسب هو وقوعه تحت طائل المادة 185 من قانون العقوبات .... وذلك لا يحد من سلطة المحكمة في تطبيقها المادة 198 من قانون القضاء المدني إذا تحقق أي من الظروف المخولة لذلك ...وحيث إن الأمر كذلك فإننا نأمر بإلغاء أمر المحكمة الجزئية".

إذن فإن التصرفات التي صدرت من المدين في شأن أمواله بغرض إعاقة التنفيذ عليه بفرض صدور حكم ضده فإنه لا مجال لإعمال المادة 225[1] طالما أن تلك التصرفات قد تمت قبل صدور الحكم وإلا كان إعمالها خاطئاً مما يتعين نقضه، ولكن هذا لا يمنع محكمة التنفيذ من معالجة الأمر بأي وسيلة أخرى يقرها القانون.

---

[1] المقابلة للمادة موضوع التعليق.

**ثانيا :** إذا تبين للمحكمة أن المدين حمَل نفسه بالديون بطريقة تدل على عدم المبالاة أو فضَل أحد دائنيه تفضيلاً غير عادل مع علمه بعجزه عن الوفاء بجميع ما عليه من الديون.

كذلك يعتبر المدين سيىء النية في حالة عجزه عن الوفاء وذلك في حالتين :

1. إذا حمل نفسه بالديون بطريقة تدل على عدم المبالاة ....أو
2. إذا قام بتفضيل أحد دائنيه تفضيلا غير عادل .

ففي كلتا الحالتين فإن المدين، مع علمه بعجزه عن الوفاء بجميع ما عليه من ديون، فإنه يعتبر سيىء النية مما يحق معه للمحكمة إرساله إلى السجن.

ولكن يلاحظ في هذه الحالة أن المحاكم لم تعتد بمجرد طيش ورعونة المدين في هذا الصدد إذ جاء في **علي عوض حسنين ضد فضل الله آدم**[1] أنه لا يجوز إصدار أمر بحبس المحكوم عليه بسبب تحمله بالدين نتيجة طيش أو رعونة لمجرد ثبوت أنه، رغم علمه بما لحق به من خسائر في معاملاته، قد دأب على شراء مزيد من البائع وعلى دفع قيمة التصرفات السابقة من حصيلة المشتروات اللاحقة أملاً في تغطية خسائره من الأرباح المتوقعة.

**الاستدانة دون حذر :**

ومع ذلك فإن محكمة الاستئناف قد انتهت إلى أن أمر السجن لعدم دفع المبلغ المحكوم به يظل قائماً طالما ثبت أن المدين قد قام بالاستدانة دون حذر أو تبصر وهذا ما قررته في **سليمان فريجون ضد قوليشاند لافشاند**[2].

**ثالثاً :**إذا وضح للمحكمة أن المدين قد قام بنقل ملكية جزء من أمواله أو أخفاه أو هربه بعد تاريخ رفع الدعوى بسوء نية قاصداً تعطيل أو يؤدي ذلك إلى تعطيل أو تأخير المحكوم لصالحه عن تنفيذ الحكم .

---

(1) موسوعة هنري رياض وكرم 1948/18.
(2) المجلة القضائية (1967) ص 206.

كذلك يعتبر المدين سيىء النية حيث تصرف في أمواله أو جزء منها بقصد تعطيل أو تأخير المحكوم لصالحه عن تنفيذ الحكم، وقد اشترط المشرع لذلك شروطاً ثلاثة هي:-

1. أن يقوم المدين بنقل ملكية أمواله أو جزء منها أو أن يقوم بإخفائها أو تهريبها.
2. ان يكون ذلك بعد تاريخ رفع الدعوى.
3. ان يكون الدائن قد قصد بتصرفه تعطيل أو تأخير المحكوم لصالحه عن تنفيذ الحكم.

فإن الدائن عن طريق محاميه طلب من المحكمة استدعاء المدين لاستجوابه عن مدى مقدرته على الوفاء وفقاً للمادة 198 من قانون القضاء المدني. قامت المحكمة بالاستجواب حيث اتضح لها أن الدين نشأ أصلاً بسبب تحرير المدين شيكين سحبهما المدين على نفسه وأصدرت المحكمة الجزئية قرارها والذي أعاب على المدين مسلكه السيئ إذ إنه مع علمه بعجزه عن الوفاء بجميع ما عليه من الديون حمَل نفسه بالدين موضوع التنفيذ وقضت بإرساله إلى السجن وفقاً لأحكام البند (ب ) من الفقرة الثانية للمادة المذكورة .

استؤنف الأمر لمحكمة المديرية والتي أمرت بإلغاء قرار المحكمة الجزئية ووجهت تلك المحكمة بتكليف الأطراف لإقامة الدليل على أي من الأحوال التي تعددها المادة 198 كما أوضح قاضي المديرية ضرورة قيام المستأنف بإقامة الدليل على الظروف التي نشأ فيها الدين والتي يجب أن توضع في الاعتبار لإمكان إدخال المدين السجن.

وقد ورد في مذكرة محامي المستأنف التي رفعها لهذه المحكمة أنه يكفي لتطبيق البند (جـ ) من الفقرة الثانية لتلك المادة ان يقوم الدائن بتوضيح الكيفية التي نشأ بها الدين والتي يمكن أن يستشف منها عنصر سوء نية المدين لحظة نشوء الدين. كما أضاف محاميه أن أصل الدين في هذا التنفيذ هما الشيكان اللذان قام المدين بتحريرهما بمبلغ كبير وهو يعلم وقت سحبهما أنه عاجز عن سدادهما.

وقد جاء في حيثيات الحكم :

"نحن لا نتفق مع ما قررته المحكمة الجزئية ...كما لا نوافق محامي المستأنف على رأيه ...وحيث إن البند (ب) من الفقرة الثانية لا يمكن أن يقرأ بمعزل عن كل النص بحيث يقرأ ليعطي ظروفاً سابقة للحكم . فالفقرة الثانية بالنظر إلى البند (ب) تقرأ كما يلي:

" إذا تبين للمحكمة عند استجواب المدين أو من أي بينة أخرى ... أنه، مع علمه بعجزه عن الوفاء بدينه كاملاً دخل في ديون أخرى بإهمال "وحيث إن المدين لا يمكن أن يكون مديناً إلا بعد صدور الحكم ضده بدفع المبلغ ... ويبقى ذلك الحكم دون وفاء ....فإذا افترضنا أن البند (ب) قد قصد به معاقبة سلوك سابق للحكم أو سابق لإقامة الدعوى كما ذهبت إلى ذلك المحكمة الجزئية، فإن ذلك يعتبر إعطاء نطاق واسع للنص بأكثر مما تحتمل كلماته...

وقد استشهدت المحكمة الجزئية، تبريراً لما ذهبت إليه، بشارلس كمنق في تعليقه على المادة 198 وحيث إنه يبدو أن المحكمة قد أخطأت في فهم ما استشهدت به ...وحيث إن ذلك التعليق كان كالآتي "لا يتعين سجن المدين الأمين، وإنما فقط أولئك الذين يرتكبون إساءة للمحكمة بإصرارهم العمدي على عدم طاعة حكمها".

....فإنه لا يعقل أن يعزى للمدين إرتكاب إساءة للمحكمة في وقت لم يكن أمرها، الذي ادعى الإخلال به ، قائماً ...

والواضح أن ما قصد إليه السكرتير القضائي السابق هو السلوك اللاحق للحكم كما قصد الأعمال الصادرة بسوء نية والتي وقعت قبل صدور الحكم ولكن بعد رفع الدعوى وفقاً للبند (ج) من الفقرة الثانية ....

ومن الأصلح أن نضع في الاعتبار رأياً مقابلاً لما ذهب إليه شارلس كمنق وذلك في شأن إرسال المدين إلى السجن ... في قضية قديمة **عمر التني ضد مرسي زيدان** م أ/أ ن 1919/29م قد علقت المحكمة الجزئية على المادة 125 من قانون القضاء المدني 1900 والمقابلة للمادة 198 في فقرتها (ب) وجاء في تعليقه " ...إن القبض على المدين ووضعه في السجن، في حالات معينة، يعتبر إحدى الوسائل لتنفيذ الحكم القاضي بدفع مبلغ من النقود. ولكنه لا يقوى بذاته على نقل المبلغ من المدين إلى الدائن ....وإنما قد يراد به إكراه المدين

أو حمل أصدقائه على الوفاء بالدين كلياً أو جزئيًا وذلك حيث كان المدين قد قصد بتصرفه تعطيل أو تأخير المحكوم لصالحه عن تنفيذ الحكم.

....ونرى أن دمج الرأيين من أجل الغايات العملية، هو الغرض المقصود من سجن المدين، فامتناعه العمدى عن إطاعة الحكم بجعله بمثابة المسيئ للمحكمة ...ومن أجل ذلك يرسل إلى السجن حتى يزيل إساءته وفقاً للمادة 129 ذلك بالوفاء بدينه .. وهذا يعتبر اكراهاً له على الوفاء.

وإيجازاً لما تقدم فإن سجن المدين بموجب البند (ب) من الفقرة الثانية للمادة 198 يتطلب تحقق المحكمة من أن المدين، رغم علمه بعجزه عن الوفاء كاملاً، قد دخل برعونة في ديون أخرى أو أنه فضل أحد دائنيه تفضيلاً غير عادل بعد أن صدر الحكم موضوع التنفيذ ضده ...ويجب التحقق من ذلك إما عن طريق استجواب المدين أو عن طريق البينة التي جلبها الدائن لذلك الغرض، ولكل ذلك فإن المحكمة تأمر برفض الطلب.

وفي رأينا أن الأمر قد أوجزه الحكم السابق في أسطره الأخيرة والذي يعتبر ما جاء فيه كافياً لنقض حكم المحكمة الجزئية. فما يجب أن يؤخذ على المدين هو دخوله برعونة في ديون أخرى بعد أن صدر الحكم ضده. وقد توصل إلى ذلك بإيجاز أحد أعضاء محكمة الاستئناف في ذات الحكم حيث جاء في مذكرته:

" لا نرى وجهاً لإعمال البند (ب) من الفقرة الثانية للمادة 198 وذلك حيث لا يوجد إلا دين واحد ... وهو دين الحكم . بينما النص في رأينا يتطلب وجود ديون أخرى غير دين الحكم تسببت في إعاقة المدين من الوفاء بالحكم.

**الجزاء في حالة ثبوت سوء النية:**

قد أبانت الفقرة (3) من ذات المادة ما يجب أن توقعه المحكمة في هذه الحالة على المدين حيث جاء فيها :

1/ وضع المدين في الحبس مدة لا تتجاوز الستة أشهر، مع جواز تجديد الحبس إذا ظل ممتنعاً عن التنفيذ.

2/ على أن لا يتعدى مجموع حبسه :

أ ) ثلاث سنوات حيث كان الدين ناتجاً عن أحكام مدنية.

ب ) سبع سنوات إذا كان الدين ناتجاً عن أحكام جنائية.

**الجزاء المترتب على عدم الوفاء :**

يلاحظ أن المادة 225 من مشروع تعديلات 2018م استبعدت بقاء المدين في السجن حتى الوفاء، واستبدلته بإنزال عقوبة ذات حدين، أدنى وأقصى، مع تمييز، في مجمل المدة بين الأحكام المدنية والأحكام الجنائية.

من ناحية أولى، وبصفة مبدئية، أوجبت الفقرة (3) من ذات المادة المشار إليها، وضع المدين في السجن، عند عدم الوفاء، لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد، إذا ظل المدين ممتنعاً عن الوفاء، على ألا تتجاوز مدة بقائه في السجن:

1. في حالة عدم الوفاء بالأحكام المدنية، أن لا يتجاوز السجن ثلاث سنوات.

2 .في حالة عدم الوفاء بالأحكام الجنائية، أن لا يتجاوز مجمل المدة سبع سنوات.

أي إن إطلاق سراح المدين قد يكون إما لإكمال المدة بسبب عدم الوفاء أو قد يكون إطلاق سراحه قبل إكمال تلك المدة إذا تحقق الوفاء بأي من الطرق المتعارف عليها.

**عدم براءة الذمة في حالة انقضاء مدة الحبس :**

إلا أن إكمال المدة في الحالتين (المدنية والجنائية)، غير مبرئٍ ، وإنما يعتبر مانعاً لإعادة سجنه. أي أنه يمكن، بعد انقضاء المدة، التنفيذ الجبري عليه بالطرق المقررة قانوناً (الحجز على أمواله وبيعها )، إذا صار المدين قادراً على الوفاء بالدين.

**حيث كان المدين شخصاً اعتبارياً :**

توجه الإجراءات، عندئذٍ، في شأن الحبس في مواجهة لمن يكون الامتناع عن التنفيذ راجعاً إليه شخصياً.

**وضع المدين في الحبس :**

هذا وقد راعى المشرع عند وضع المدين في الحبس، وفقاً لإعمال هذه المادة، أن يكون بمعزل عن الموقوفين أو المحكوم عليهم في القضايا الجنائية مع ضرورة أن تهيئ إدارة السجن الوسائل المتوفرة بالاتصال بالآخرين خارج السجن حتى يكون ذلك معيناً له في تدبير أموره للوفاء بديونه أو إجراء تسوية مع الدائن.

والرأي عندنا، أنه إن كان ذلك منطقاً وعدلاً بالنسبة للموقوفين بسبب عدم الوفاء بالأحكام المدنية فإنه لا ينطبق منطقاً وعدلاً على الموقوفين بسبب عدم الوفاء بالأحكام الجنائية وفقاً لتعديلات 2018م.

**إطلاق سراح المدين :**

كما ذكرنا أن مشروع قانون 2018م قد قام بتعديل المادة 226 تعديلاً جذرياً إذ ألغى بقاء المدين في الحبس حتى الوفاء واستبدله بعقوبة ذات مدة محددة بحيث يجب أن لا يتجاوزها. بعبارة أخرى يتعين إطلاق سراح المدين بانقضاء تلك المدة عند عجزه عن الوفاء أو يتم إطلاق سراحه بالوفاء أو بما يقابل الوفاء حتى ولو لم تنقض تلك المدة وهذا ما نصت عليه المادة 226 من قانون الإجراءات المدنية.

ووفقاً للمادة 226 المقترحة فإن إطلاق سراح المدين، قبل انقضاء مدة الحبس، لا مجال لتحققه إلا بحدوث أمرٍ من الأمور الآتية:

1- إذا تم دفع المبلغ المحكوم به أو

2- حدث الوفاء بأي طريقة أخرى قبلها الدائن أو

3- إذا تنازل الدائن عن الأمر المطالب به كتابة مشهود عليها.

فبحدوث أي من هذه الأمور الثلاث يتم إطلاق سراح المدين حتى ولو لم تنقض المدة المحكوم بها، ذلك أن العقوبة التي قررها المشرع هي عقوبة لإجبار المدين على الوفاء وليست جزاءً لعدم الوفاء . وهذا يقتضي عدم الاستمرار فيها بعد الوفاء. من ناحية أخرى،

فأنه حتى في حالة عدم الوفاء فأن المدين يطلق سراحه بتمام انقضاء المدة المحكوم بها سواء في حالة الأحكام المدنية أم الجنائية وذلك إعمالاً للمادة 225 السابق شرحها.

**الخلاصة:**

وخلاصة ما تقدم، فإن التشريعات الحديثة ومنها مشروع تعديلات 2018م، نبذت التنفيذ بالإكراه على جسم الإنسان. ويرجعون الأمر إلى اعتبارات ثلاثة :

**1 - الاعتبار القانوني**

ووفقاً له أن العلاقة بين أطراف المعاملة المالية إن هي إلا علاقة بين ذمتين وليست بين شخصين.

**2- اعتبار اقتصادي**

ووفقاً له إن التنفيذ بالإكراه على المدين ينعكس أثره على الدائن إذ إنه عامل تعطيل لنشاط المدين.

**3- اعتبار أدبي**

مفاده أن الإكراه البدني إهدار لآدمية الإنسان.

ووفقاً لرأينا أن ما ذهب إليه قانون القضاء المدني (الملغي) ومن بعده قانون التعديلات المتنوعة لسنة 1987م، ومشروع تعديلات 2018م من حيث التمييز بين المدينين حسني النية، والذين وصفهم القاضي شارلز كمنق، في أحكامنا القديمة بالمدينين الشرفاء، وأولئك المدينين سيئ النية، يعتبر تمييزاً متوائما ومتوافقا مع العدالة والإنصاف بل هو ذات الاتجاه الذي وجهنا إليه المولى سبحانه وتعالى كما ذكرنا سابقاً.

أما الإبقاء على الإكراه البدني الموصوف مقداراً وزمناً بالنسبة لسيىء النية هو أمر أوجبته الضرورة تمييزاً للمدينين الشرفاء عن غيرهم من سيئ النية، ومع ذلك فهو ليس بقاءً دائما بل هو بقاءً موصوف أي لمدة محددة.

ونأمل أن يعيد المشرع النظر في ذلك البقاء الدائم حتى يكون قانوننا الإجرائي موافقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية ويصبح سائراً في درب قانون المعاملات المدنية ميسراً لا معسراً[1].

[1] د رمزي سيف، المرجع السابق، ص 11.

# أهلية الشركة وتعاقداتها مع الغير

إعداد د. عبدالله ادريس

دكتوراة في القانون

جامعة بيل بالولايات المتحدة

الشركة شخص اعتباري عديم الإدراك والتمييز وبناء على ذلك لاتستطيع التعاقد مع الغير وعادة يتم ذلك بوساطة احد اجهزتها الرئيسية المتمثلة في الجمعية العمومية ومجلس الإدارة أو أحد مديريها أو العاملين بها. السؤال الذي يطرح نفسه : متى ينسب التصرف

الذي قام به أيٌ من تلك الجهات للشركة بحيث يصبح ملزما لها قانوناً؟ قبل الاجابة على التساؤل يجب لفت الانتباه للآتي:

1. ستتم مناقشة مسؤولية الشركة التعاقدية سواء كانت مدعية أو ومدعى عليه ولا تشمل المناقشة مسؤولية الشركة التقصيرية أو الجنائية.
2. تضمن قانون 2015م تعديلات جذرية على المبادئ القانونية التي تحكم أهلية الشركة وتعاقداتها مع الغير تحت قانون 1925م (الملغي). مناقشة تلك التعديلات تستدعي بالضرورة توضيح المبادئ التي سائدة والسوابق القضائية التي صدرت بموجبها.

**أهمية الإجابة على التساؤل :**

**تتمثل الاهمية في أمرين:**

**أولهما:** الاجابة تهم الشخص الثالث لأنه سيكون في وضع قانوني أفضل إذا نسب التعاقد للشركة خاصة وأن يتوافق ويتسق مع قصده عندما تعامل مع الجهة التي تعاقدت نيابة عن الشركة.

**ثانيهما:** إذا نسب التصرف للشركة يثور تساؤل آخر: هل يعني ذلك اعفاء الشخص الذي تعاقد باسمها من أي مسؤولية قانونية أو يجوز للشخص الثالث مقاضاته بالاضافة للشركة ؟ ستتم الاجابة على هذا التساؤل بشيء من التفصيل عند مناقشة التصرفات التي تنسب للشركة ويكفي هنا أن نقول أنه نسبة لأن الشركة التي تتمتع بشخصية اعتبارية خاصة بها فأن العلاقة التعاقدية تنحصر بينها وبين الشخص الثالث ولا يكون الشخص الذي تعامل باسمها طرفا في العقد أو ضامنا له.

**اقتسام السطة بين الجمعية العمومية ومجلس الإدارة:**

كما سبق أن أوضحنا فأن أجهزة الشركة الرئيسية تشمل الجمعية العمومية ومجلس الإدارة. كان الاعتقاد السائد حتى نهاية القرن التاسع عشر بين الفقهاء في أنجلترا أن الجمعية العمومية للساهمين تشكل الجهاز الرئيسي للشركة (Supreme organ) بينما يعتبر مجلس الإدارة مجرد وكيل (Agent) لها. يترتب على ذلك أن القانون كأن يتيح للجمعية العمومية بموجب

قرار عادي إصــدار توجيه ملزم للمجلس. مثلا قضية [1] Isle of wright Railway v. Tahourdin تمت دعوة الجمعية العمومية للانعقاد لاتخاذ قرار بإعادة هيكلة إدارة الشركة. تقدم المجلس بطلب للمحكمة لإصدار يمنع أنعقاد الجمعية العمومية على أساس أن إصدار مثل هذا القرار ليس من اختصاصها. رفضت المحكمة الطلب وورد على لسان Cotton L. J الآتي:

" It is a very strong thing indeed to prevent shareholders from holding a meeting of the company when such a meeting is the only way in which they can interfere if the majority of them think that the course taken by the directors, in a matter intra vires of the directors, is not for the benefit of the company.

في عام 1906م أصدرت محكمة الاستئناف في أنجلترا قراراً في قضية (( Automatic self- cleaning filter Syndicate CO. V. Cunningham[2]) تم بموجبه إلغاء القرار الصادر في قضية (Isle of wright). تتلخص وقائع تلك القضية في الجمعية العمومية للمساهمين أصدرت قراراً يطلب من مجلس الإدارة الموافقة على صفقة معينة. رفض المجلس تنفيذ القرار . أيدت المحكمة قرار المجلس وقررت أن اللائحة تشكل عقدا التزم بموجبه الاعضاء بأن يتولى المجلس دون غيره، سلطة إدارة الشركة وبناء على ذلك لايجوز لهم التدخل وتوجيه المجلس باتخاذ قرار معين. إضافة لذلك قررت المحكمة أن كلاً من الجمعية العمومية والمجلس يعتبر جهازاً رئيسيا للشركة وأن اقتسام السلطة بينهما تحدده لائحة التأسيس. في حالة منح اللائحة سلطة إدارة الشركة للمجلس، كما تفعل عادة، ولايجوز للجمعية العمومية التدخل وإذا ارادت الحد من سلطة المجلس في الإدارة مستقبلا عليها اتخاذ قرار خاص بتعديل اللائحة وبالطبع لن يؤثر التعديل على القرارات التي سبق للمجلس اتخاذها.

---

[1] (1883)25 ch.D. 320 CA

[2] (1906)2 ch. 34.c.

تطبيقا للمبدأ الذي ارسته سابقة Automatic self- cleaning قررت المحكمة في قضية[1] (Shaw & Sons (Salford) Ltd. V. Shaw) أن من حق مجلس الإدارة تجاهل القرار الذي اصدرته الجمعية العمومية بالاعتراض على دعوى اقامها المجلس في واجهة شخص معين واعتبار ذلك القرار باطلا. ورد ضمن حيثيات المحكمة الاتي:

" A company is an entity distinct alike from its shareholders and its directors. Some of its powers may, according to its articles, be exercised by directors, certain other powers may be reserved for the shareholders in general meeting. If powers of management are vested in the directors, they and they alone can exercise these powers. The only way in which the general body of the shareholders can control the exercise of the powers vested by the articles in the directors is by articles, by refusing to re- elect the directors of whose actions they disapprove. They cannot themselves usurp the powers which by the articles are vested in the directors any more than the directors can usurp the powers vested by the articles in the general body of shareholders."

**موقف القانون السوداني من اقتسام السلطة بين الجمعية العمومية ومجلس الإدارة:**

نسبة لارتباط قانون الشركات بالقانون الاجليزي تم النص على المبدأ الذي أرسته سابقة ( Automatic self- cleaning) في قانون 1925م (الملغي)[2] وقانون 2015م[3] وطبقته المحاكم السودأنية[4]تنص المادة (71) من القائمة (أ) أن يقوم مجلس إدارة الشركة بإدارة أعمالها وله أن يباشر جميع سلطات الشركة التي يتطلب القانون مباشرتها في اجتماع عام. تنحصر سلطات الجمعية العمومية عادة في تعيين المراجع الخارجي وهيئة الرقابة الشرعية،

---

[1] (1934)2.K.B113C.A

[2]. المادة 18(1)

[3]. المادة 22 (1)

[4]. شركة جوالات البلاستك المحدودة / ضد / محجوب محمد أحمد، مجلة الاحكام القضائية 1979 ص 381

إجازة الحسابات الختامية وتقرير مجلس الإدارة، أنتخاب أعضاء مجلس الإدارة وتحديد مكافآتهم والموافقة على توصية المجلس بتوزيع حصص الأرباح. من ناحية ثأنية هناك سلطات منحها القانون للجمعية العمومية لأنها تتعلق بحقوق المساهمين وكمثال لذلك تعديل لائحة التأسيس[1]، تخفيض رأس المال[2] والقرار بتصفية الشركة[3]. اضافة لما تقدم وكاستثناء للقاعدة العامة يمكن للجمعية العمومية مباشرة إدارة الشركة في حالة استحالة الوصول لقرار بوساطة المجلس لوجود (Deadlock) بين أعضائه[4] أو تعذر توفير النصاب القانوني لأنعقاد المجلس[5] أو عدم وجود مجلس للشركة[6].

**التعاقد بوساطة مجلس الإدارة:**

بعد أن اصبح مجلس الإدارة ضمن أجهزة الشركة الرئيسية ، وليس مجرد وكيل عن الجمعية العمومية، كأن من المفترض أن تنسب كافة تعاقداته مع الغير للشركة ولكن الأمر لم يكن بهذه السهولة نسبة لوجود التعقيدات القانونية. سنحاول مناقشة تلك التعقيدات التي حالت دون منح الشخص الثالث حماية قانونية عند تعاقده مع مجلس الإدارة.

**1. نظرية تجاوز الشركة لأغراضها**

وفقاً لأحكام المادة 14 (1) (د) من قانون 2015م والتي تطابق المادة 5 (1) (ج) من قانون1925م (الملغي) يجب أن يتضمن عقد التأسيس على أغراض الشركة. في حالة تجاوز الشركة ومجلس إدارتها لتك الاغراض عند التعاقد مع الغير يصبح العقد باطلا لعدم الأهلية ويظل كذلك حتى لو أجازه المساهمون بالإجماع.

يسمى هذا المبدأ القانوني نظرية تجاوز الشركة لأغراضها. وقد ارسته سابقة ( Ashbury carriage company v. Riche)[7] وطبقته المحاكم السودانية في أكثر من سابقة. كمثال

---

[1]. المادة (21) من قأنون الشركات 2015م

[2]. المادة (80) من قأنون الشركات 2015م

[3]. المادة (165) من قأنون الشركات 2015م

[4] Armen Vanian v. S&S. Vanian, SLR vol.6 p.93

[5] Foster v. Foster (1916) 1 ch.532

[6] Alexander Ward & Co. v. Navigation C. (1975) W.L.R.673

[7] –(1875) L.R.7 H.L.653 see Stephen Griffin, the rise and fall of ultra vires Rule in corporate law Mountbatten journal of legal studies (1998),

لذلك في سابقة البنك السودأني للاستثمار ضد شركة السودأن لمواد البناء المحدودة[1] ورد على لسان مولانا العالم عبد المنعم النحاس الآتي:-

" حقوق المساهم في الشركة سندها جزئيا العقد القائم بين المساهمين والفرد والشركة وجزئيا القانون العام. عند مساهمته في الشركة يستطيع بموجب العقد أن يمنع أي تدخل أو تغيير غير قانوني في السجل العام وتسلم حصته من الارباح واسترداد رأسماله بالافضلية الثابتة له عند تصفية الشركة أو تقليل رأس مالها. هذه حقوقه المفترضة في العقد القائم بينه وبين الشركة ويجيز له القانون العام (General law) أن يمنع الشركة من التورط في تصرف خارج حدود دستور الشركة Ultra Vires" .

**التعليل القانوني للنظرية**

كان الهدف الأساسي من تطبيق النظرية ضمأن حماية المساهمين والدائنين. بالنسبة للمساهمين من المهم تقيد الشركة بأغراضها لأنه قد ساهم اعتمادا على أن نشاطها سينحصر في المجالات التي حددها عقد التأسيس. الحال كذلك بالنسبة للدائنين لأنهم قد قبلوا تميل الشركة اعتماد على مجال نشاطها سيوفر لها السيولة اللازمة لسداد المديوينة.

لتحقيق الأهداف المذكورة كأن من المفترض أن تكون أغراض الشركة موجزة ومحددة لتفادي الآثار القانونية لتجاوز الشركة لأغراضها بدأ رجال الأعمال بمساعدة مستشاريهم القانونين في التوسع في الاهداف التي يتضمنها عقد التاسيس مع اضافة نص في نهاية القائمة يتيح للمجلس مزاولة أي نشاط له صلة بتلك الاهداف ويمكن يحقق مصلحة للشركة . للتأكد من هذه الظاهرة يمكن للشخص أن يطلع أي شركة سودأنية. حاولت المحاكم التصدي لهذه الظاهرة ولكن كافة محاولاتها باءت بالفشل [2]، وبناء على ذلك لم يعد ممكنا للمساهمين والدائنين التأكد من المجالات التي ستستثمر فيها الشركة أموالهم. لم يقتصر فشل النظرية في تحقيق أهدافها بل اصبحت تشكل مصيدة (Trap) للذين يتعاقدون مع الشركات بحسن نية[3].

---

[1]. مجلة الأحكام القضائية 1997 ص 53.

[2] Cotman v. Brougham///91918) A. C514 Bell House ltd v. City wall properties ltd (1966) 2Q. B.656.

[3] Gower, principles of Modern Company law, 716 ed. P133

## 2. مبدأ العلم الحكمي (Constructive Notice)

المشكلة القانونية الأخرى التي حالت دون الزام الشركة بالعقود التي يبرمها مجلس الإدارة تتعلق بمبدأ العلم الحكمي. هناك صلة وثيقة بين هذا المبدأ ونظرية تجاوز الشركة لأغراضها. عند مجاوزة الشركة لأغراضها أو تجاوز المجلس سلطاته المنصوص عليها في عقد ولائحة التأسيس، يثور تساؤل: هل كان الشخص الثالث على علم بهذا التجاوز؟ إذا كانت الاجابة بالإيجاب فإن العدل والمنطق يستدعي عدم مسؤولية الشركة عن أي تعاقد قام به المجلس نيابة عنها.

قد يبدو للوهلة الاولى أن هذه الاجابة مقنعة وعادلة لأن الشخص الثالث قد تعاقد وهو يعلم بالتجاوز وبناء على ذلك عليه أن يتحمل نتائج افعاله. المشكلة أن العلم الحكمي يعني أن القانون يفترض كافة المتعاملين مع الشركة على علم بعقد ولائحة تأسيسها وذلك بغض النظر عن عدم اطلاعهم على تلك الوثائق مطلقا أو اطلاعهم عليها وتعذر استيعابهم لبنودها. أرست المحاكم الانجليزية هذا المبدأ في القرن التاسع عشر[1] وطبقته المحاكم السودانية [2] نسبة للارتباط العضوي لقانون 1925 (الملغي) والقانون الانجليزي وترتب على تطبيقه مزيدٌ من المشاكل التي يواجهها الشخص الثالث عند تعاقده مع الشركة خاصة في بلد كالسودأن تزداد فيه نسبة الأمية وتقل فيه المعرفة القانونية عند معظم المتعاملين مع الشركات بالاضافة للصعوبة البالغة التي تواجه من يود الاطلاع على ملف أي شركة بمكتب المسجل التجاري.

كوسيلة لتخفيف الآثار السابقة لتطبيق مبدأ العلم الحكمي أرست المحاكم الانجليزية[3] وتبعتها المحاكم السودأنية[4] القاعدة القانونية التي يطلق عليها ( The Rule in Turquand's case) . تتلخص تلك القاعدة أن من حق الشخص الثالث الافتراض لدى مجلس الإدارة السلطة في التعاقد على الرغم من عدم التزام المجلس ببعض الاجراءات الداخلية للشركة وعلى الرغم من أن القراءة المتأنية للائحة كانت تستدعي أن يقوم ذلك الشخص بمزيد من التقصي والاستفسار.

---

[1] Ernest v. Nicholls (1857) 6 H.L.C 401

[2] الشركة الافريقية للتجارة ضد عبد الله ابراهيم

[3] Royal British Bank v. Turquand (1856) 6 E&B 327

[4]. روبرت كبقراليس ضد شركة التمين السودأنية مجلة الاحكام القضائية 160 ص88

في قضية Turquand قام مجلس الإدارة برهن بعض اصول الشركة لأحد البنوك ضمأنا لعملية تمويل على الرغم من أن اللائحة تشترط ضرورة حصول المجلس على موافقة الجمعية العمومية قبل الحصول على التمويل. اتضح للمحكمة أن المجلس لم يحصل على الموافقة من الجمعية اعلمومية وعلى الرغم من ذلك قررت صحة الرهن وإلزم الشركة بسداد المديونية. واعتمدت المحكمة في قرارها أن الشخص الثالث الذي يقرأ اللوائح سيتضح له أنها لا تمنع المجلس من التعاقد للحصول على التمويل ولكنها تخضع التعاقد لبعض الشروط التي تعتبر المسائل الداخلية للشركة (indoor management) وبناء على ذلك يكون من حق الشخص الاقتراض أن تلك الشروط قد تم استيفاؤها. واضح من القرار أن المحكمة حاولت التخفيف من التطبيق الصارم لمبدأ العلم الحكمي لأن قراءة اللائحة كان يستدعي من البنك التقصي للتأكد من حصول المجلس على موافقة الجمعية العمومية.

في قضية الشركة الأفريقية ضد عبد الله ابراهيم[1] أقام المدعي دعواه على اساس أنه تعاقد مع الشركة المدعى عليها لفترة خمسة سنوات للقيام باعمال معينة. قامت الشركة بدفع مفاده أن العقد غير ملزم لها لأن توقيعه من شخص واحد على الرغم من أن نظم الشركة الداخلية تشترط توقيع اثنين من المديرين. رفضت محكمة الموضوع الدفع اعتمادا على القاعدة التي اسستها Turquand وعند تأييد الحكم بواسطة محكمة الاستئناف اقتطف مولانا عثمان الطيب من مؤلف ( Palmer's Company law) الآتي:

> " According to this rule, person dealing with the company are bound to read the public documents of the company and to see that proposed transaction is not inconsistent therewith, but they are not bound to do more, they need inquire into the regularity of the internal proceeding' the indoor management' – and may assume that all is being done regularly."

[1]. مجلة الاحكام القضائية 1967م ص 196

وفي واقع آخر من حيثيات ذكر مولانا العالم الاتي:

It has not been pleaded in this case that the making of the document of May 24, 1964, and in particular its signature by one manager, was inconsistent with the functions and powers of this companyas contained in its memorandum and articles of association. It was said that as a matter of internal management, by resolution or otherwise, the company issued the above referred to public notice to the effect that every document binding on the company has to be signed by two managers.

in the first place, the said notice was not clear in that respect, it seems to me it only shows that a Mr. Themilis was engaged a joint manager, and nothing more, and in the second place it was not proved that respondent had actual notice of it, since constructive notice in such a matter of internal management could not bind him".

في قضية[1] (Robert Kegelelirs v. Sudan Motors Co.) تتلخص الوقائع في أن المدعين أقامو دعوى ضد شركة التأمين المدعى عليها وآخرين للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي اصابتهم نتيجة لحادث حركة. توصل محاميا الطرفين الى تسوية بموافقة المدعى عليها وتم اصدار حكم رضائي بمبلغ التسوية. رفض المدعى عليها الالتزام بالحكم الرضائي على أساس موافقتها على التسوية كأنت مبدئية وأعقبها صدور قرار من مجلس الإدارة برفضها وتم توجيه المحامي بموجب خطاب بالاستمرار في الاجراءات وبناء ذلك يكون تصرف المحامي بقبول الحكم الرضائي غير ملزم لها. أثارت المدعى عليها نقطة قانونية أمام محكمة الاستئناف مفادها أن نقطة النزاع الاساسية لا تتعلق بالسلطة الحقيقية لمحاميها وأنما بسلطته

[1]. مجلة الاحكام القضائية، 1960، ص 88.

الظاهرة (Apparent authority) ويترتب على ذلك عدم أنطباق المبدأ الذي ارسته سابقة Turquand لأن القرار الذي اصدره مجلس الإدارة كان من المفترض أن ينبه المدعين للاستقصاء عن مدى صلاحية المحامي في قبول الحكم الرضائي. قررت محكمة الاستئناف عدم قبول ما اثارته المدعى عليها لأن تصرف محاميها ملزم لها بغض النظر عن مخالفته لتعليماتها ولها الحق في هذه الحالة، أن ارادت مقاضاته شخصياً. من ناحية ثانية قررت المحكمة أن وقائع الدعوى تستدعي تطبيق القاعدة التي ارستها سابقة Turquand لأن قرار مجلس افدارة يعتبر شأناً داخليا للشركة وليس هناك بند في لائحة الشركة يشترط موافقة مجلس الإدارة على الأحكام الرضائية.

**ضوابط الاستعانة بسابقة Turquand**

على الرغم من أن القاعدة التي ارستها Turquand قد ضيقت من نطاق تطبيق العلم الحكمي إلا أنها تخضع لبعض القيود.

**أولاً:** لا توفر القاعدة حماية للشخص الثالث إذا كان هناك بند في لائحة لشركة يضع سقفاً محدداُ لسلطة المجلس في التعاقد نيابة عن الشركة. مثلاُ إذا كأن هناك نص في لائحة الشركة في سابقة Turquand ينص على أن سلطة المجلس التعاقد يجب أن لا يتجاوز مبلغاً معيناً فأن القاعدة لا تحمي الشخص الثالث إذا كان مبلغ التعاقد الذي حددته اللائحة[1] .

**ثانياً:** لاتطبق القاعدة التي أرستها السابقة إذا تم تنبيه الشخص الثالث أن موضوع التعاقد خارج اختصاص المجلس . في سابقة ( B. Liggett) (Liverpool) ltd. V. (Barclays Bank)[2] كأن هناك خلاف بين عضوي مجلس الإدارة (أ) و (ب) وقام (أ) بإخطار البنك بعدم صرف شيك من حساب الشركة لا يحمل توقيع كل من العضوين . إضافة الى ذلك كأن البنك على علم بلائحة الشركة التي تنص على أن توقيع الشيكات يجب أن يكون من اثنين من اعضاء المجلس كما تنص على أن تعين شخص ثالث في المجلس يتطلب موافقة العضوين الحاليين.

---

[1] Irvine v. union bank of Australia 1877 2 app. Cas. 366

[2] I K.B 48. 1928

تم إخطار البنك بموجب خطاب يحمل توقيع (ب) بتعيين (س) عضواً ثالثاً في المجلس ومن بعدها قام البنك بصرف شيكات من حساب الشركة تحمل توقيع كل من (ب) و(س) . قررت المحكمة أن تنبيه (أ) للبنك يحول دون استفادته من القاعدة التي ارستها سابقة Turquand.

**ثالثاً:** لا توفر القاعدة حماية الشخص الثالث إذا كان من أهل الدار (insider) بمعنى أن يكون احد مديري الشركة الذين يفترض أنهم على علم بالضوابط والإجراءات التي تحكم تعاقد الشركة مع الغير، في قضية المصفي الرسمي للمؤسسة الافريقية التجارية ضد هنأنو بولس[1] . أثار المدعى عليه دفعاً مفاده أن المدعي، بحكم أنه احد مديري الشركة لا يستطيع الاستفادة من القاعدة التي أرستها سابقة Turquand نسبة لأن أهل الدار (insider) وبناء على ذلك يفترض أن يكون على علم بالاجراءات الداخلية للشركة التي يجب الالتزام بها عند التعاقد مع الغير.

لم تر المحكمة العليا ما يستدعي مناقشة هذا الدفع لأن البينات تؤكد أن الشخص الذي تعاقد نيابة عن الشركة مع المدعي كان يملك سلطة حقيقية وليس مجرد سلطة ظاهرة.

على سبيل الرأي العابر (obiter dictum) ورد على لسان مولانا العالم عبد الله الامين الاتي:

" أن عضو مجلس الإدارة لايستطيع كقاعدة عامة أن يستفيد من نظرية السلطة الظاهره (holding out) لأنه ليس من الغير الذين شرعت لمصحلتهم تلك النظرية. أنه من أهل الدار (insider) الذين يعملون أو يجب أن يعلموا بإنتفاء السلطة ولا يقبل منه ادعاء الاعتماد على السلطة الظاهرة".

**التعديلات القانونية لحماية الشخص الثالث:**

المحاولات التي سبقت مناقشتها للحد من نطاق تطبيق نظرية تجاوز الشركة لأغراضها ومبدأ العلم الحكمي قامت بها المحاكم الانجليزية وتبعتها المحاكم السودانية. الاصلاحات التي قام بها البرلمان الانجليزي في هذا الصدد بدأت عام 1948م حيث سمح قانون الشركات الذي صدر في ذلك العام للشركة بتعديل أغراضها بموجب قرار خاص دون اشتراط موفقة

[1]مجلة الأحكام القضائية، (1978)، ص 163.

المحكمة[1]. يمنح هذا التعديل حرية أوسع للشركة في تعاملاتها المستقبلية ولكنه لا يحمي الشخص الثالث الذي تعاقد قبل التعديل.

التعديل الثاني للقانون الانجليزي تم نتيجة لانضمام بريطانيا للسوق الاوروبية المشتركة وصدور قانون 1972 ( The European Communities Act,).

نصت المادة (9) من القانون المذكور والتي اصبحت بعد إعادة صياغتها المادة (35) من قانون الشركات الانجليزية لعام 1985م على الاتي:

35 (1) in favour of a person dealing with a company in good faith any transaction decided on by the directors is deemed to be one within the capacity of the company to enter in to and the power of the directors to bind the company is deemed to be free of any limitation under the memorandum of articles.

(2)" A party to transaction decided on is not bound to inquire as to capacity of the company to enter in to it or as to such limitation on the powers of the directors, and is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved".

على الرغم من أنّ المادة المذكورة قد منحت حماية الشخص الثالث الذي يتعاقد مع مجلس الإدارة وحدت من الاثار السالبة لنظرية تجاوز الشركة لأغراضها إلا أنها لم تلغ بشكل تام تلك النظرية. فيما يتعلق بتأثيرها على حقوق المتعاقدين مع الشركة تم بموجب التعديل الذي أدخل على قانون الشركات 1989م [2]واصبح نطاق تطبيق النظرية ينحصر في العلاقة بين المساهمين ومجلس الإدارة بحيث يتسطيع المساهم أخذ إجراءات قانونية لمنع الشركة من تجاوز اغراضها دون أن يؤثر ذلك في أي تعاقدات تمت قبل تلك الإجراءات. اضافة لذلك

[1]المادة (5) من قأنون الشركات 1926م من القأنون الشركات لعام 1948م لايحتاج لتعديل لموافقة المحكمة قبل أن يصبح نافذا ولكن في حالة اعتراض مساهمين يمتلوكون 15% من رأس مال المدفوع خلال فترة (3) من صدوره بموجب دعوى يجوز للمحكمة الموافقة على التعديل أو رفضه . المادة (4) من قأنون الشركات لسنة 1989م.

[2]"1" the validity of an act done by company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum".

"2" A member of the company may bring proceedings to restrain the doing of an act which but for subsection (1) would be beyond the company's capacity; but no such proceedings shall lie in respect of an act done in fulfillment of a legal obligation arising from a previous act of the company

تم الغاء مبدأ العمل الحكمي ومنح الشخص الثالث حماية عند تعاقده بحسن نية مع مجلس الإدارة كما لم يعد مطالبا بالتقصي عن وجود أي قيود على صلاحيات المجلس للتصرف نيابة عن الشركة.

تم تضمين التعديلات المختلفة التي تمت الإشارة إليها، وذلك بعد اعادة صياغتها، في قانون الشركات الانجليزي الحالي الذي صدر عام 2006م. تجدر الإشارة إلى أن المواد 28-31 (شاملة ) من قانون الشركات 2015م مستمدة من قانون 2006م.

**موقف القانون السوداني:**

على الرغم من أنّ موقف القانون 1925م (المغلي) قد استمد بالكامل من قانون الشركات الانجليزي لعام 1908م إلا أنه لم يواكب التعديلات التي ادخلت على القانون الانجليزي في الاعوام 1948، 1967، 1972، 1985، 1989، 2006م. وكمثال لذلك منذ عام 1948م أصبح متاحاً للشركات الانجليزية تعديل أغراضها بموجب قرار خاص بينما ظلت المادة التاسعة من قانون 1925م (الملغي) دون تعديل وتنص على عدة شروط من بينها أن لا يؤدي التعديل إلي إضافة غرض جديد وإنما ينحصر في تنفيذ الأغراض بطريقة أكثر اقتصادياً وكفاءة أو بوسائل جديدة .. الخ، وأن يتم تأييده بواسطة المحكمة بعد حصول موافقة الدائنين وأن لا يعترض عليه وزير العدل.

عدم تعديل قانون أساسي له صلة بعملية الاستثمار لفترة جاوزت الثمانية عقود كأن له أنعكاسات سالبة على عملية الاستثمار من بينها ضعف الحماية القانونية المتاحة للشخص الثالث عند تعاقده مع الشركة. بعد عدة محاولات لم تكلل بالنجاح صدر قانون الشركات لسنة 2015م وأحدث تعديلاً جذرياً في كافة المبادئ القانونية التي لها ارتباط بعملية التعاقد مع الشركة وسنتناول بالمناقشة تلك التعديلات.

**نظرية تجاوز الشركة لأغراضها**

تنص المادة (28) من قانون الشركات لسنة 2015م على الآتي:

" لا يجوز الطعن في صحة تصرفات الشركة على أساس عدم أهليتها بسبب أي قيد في عقد التأسيس أو لائحة التأسيس ".

وفقاً لأحكام هذه المادة أصبحت الشركة تتمتع بأهلية مشابهة لأهلية الشخص الطبيعي وبناء على ذلك يجوز لها مزاولة كافة التصرفات التي يحق للشخص الطبيعي القيام بها

(باستثناء التصرفات التي تخالف طبيعتها كالزواج مثلاً) وذلك على الرغم من أي قيود في عقد أو لائحة تأسيسها يعني ذلك أن المادة المذكورة ألغت نظرية تجاوز الشركة لأغراضها فيما يتعلق بأهلية الشركة ولم يعد متاحاً للشركة تفادي أي تعاقد مع الشخص الثالث على أساس عدم الاختصاص.

من ناحية ثانية تنص المادة (31) من القانون على الآتي:

" على الرغم مما نص عليه في المواد 29,28, و 30, يجوز لأي مساهم اتخاذ إجراءات قانونية لمنع أي تصرف يكون خارج اختصاصات وصلاحيات المجلس باستثناء التصرفات المتعلقة بالإيفاء بتعهدات قانونية نشأت عن تعاملات سابقة للشركة".

" وفقا لأحكام هذه المادة أصبحت نظرية تجاوز الشركة لأغراضها مسألة داخلية تخص المساهمين ومجلس الإدارة بحيث يستطيع المساهم اتخاذ إجراءات قانونية يمنع المجلس من الدخول في أي تعاقد يكون خارج اختصاصه ومما يعني بالضرورة خارج اختصاص الشركة لأن المجلس ملزم بموجب المادة 53 (1) من القانون "العمل في حدود ما ينص عليه عقد ولائحة التأسيس".

الجدير بالذكر أن الحق الذي منح للمسهم بموجب المادة (31) لا يؤثر على الحماية الممنوحة للشخص الثالث لأن المادة المذكورة تستثني "التصرفات المتعلقة بالإيفاء بتعهدات قانونية نشأت عن تعديلات سابقة للشركة". يترتب على ذلك أن الحق الممنوح للمساهم يخضع لحق الشخص الثالث في إلزام الشركة بتنفيذ التزاماتها بغض النظر عن تجاوزها لأغراضها ولا يستطيع المساهم اتخاذ أي إجراءات قانونية لمنع الشركة للقيام بذلك ولكنه يستطيع ذلك قبل إتمام إجراءات التعاقد. من ناحية ثأنية تنص المادة (32) أن المواد 30,29,28 لا تعفي أعضاء المجلس أو أي شخص آخر من مسؤولياتهم القانونية في تجاوزهم للصلاحيات الممنوحة لهم.

يترتب على إلغاء نظرية تجاوز الشركة لأغراضها في مواجهة الشخص الثالث تضاؤل الأهمية التي كأن يمنحها القانون لبند الأغراض في عقد التأسيس. قانون الشركات الانجليزية لعام 2006م لم يعد يلزم الشركة بتضمين بند للأغراض في عقد التأسيس وترك لها الخيار أن تفعل ذلك. على الرغم من أنقانون 2015م مازال يلزم الشركة بتضمين أغراضها في عقد التأسيس وفقاً لأحكام المادة 14 (1)(د) يجب تفادي التوسع في بند

الأغراض لأن ذلك لم يعد ضرورياً بعد إلغاء نظرية تجاوز الشركة لأغراضها. تجدر الإشارة إلي أن مكتب المسجل التجاري مازال يطالب بتعديل الأغراض المقترحة أو فصل الأغراض عن الصلاحيات قبل منح الموافقة النهائية بالتسجيل.

**مبدأ العلم الحكمي**

تم إلغاء مبدأ العلم الحكمي بموجب المادة (30) من القانون والتي تنص على الآتي:

" باستثناء ما نص عليه في المادة 102 المتعلقة بتسجيل الرهون لا يعتبر أي شخص عالماً بأي بيأنات أو مستندات على أساس أن تلك البيأنات أو المستندات قد تم إيداعها بملف الشركة بمكتب المسجل".

بناء على ما ورد في المادة المذكورة لم يعد القانون يفترض معرفة الشخص الثالث بمحتويات عقد ولائحة التأسيس أو أي مستند آخر يتم ايداعه بملف الشركة ويشمل ذلك الايداعات السنوية، وقرارات مجلس الإدارة، والقرارات الخاصة..الخ.

الاستثناء الوحيد لإلغاء مبدأ العلم الحكمي يتعلق بالرهون التي يجب تسجيلها بموجب المادة 102 من القانون بحيث يفترض على الكافة الإلمام بتفاصيلها لأن الهدف من التسجيل الإشهار حفاظاً وضمأناً لحقوق الدائنين.

**التعاقد مع مجلس الإدارة والحماية القانونية للشخص الثالث:**

تنص المادة (29) من قانون الشركات لسنة 2015 على الآتي:

1/تعتبر صلاحيات المجلس في إلزام الشركة أو تفويض أي شخص للتعامل نيابة عنها غير خاضعة لأي قيود بموجب عقد التأسيس أو لائحة التأسيس وذلك بالنسبة للشخص الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية.

2/يفترض حسن النية مع الشخص الذي يتعامل مع الشركة ما لم يثبت عكس ذلك وهو غير ملزم بالتقصي عن وجود أي قيود على صلاحيات المجلس للتصرف نيابة عن الشركة او تفويض أي شخص للتعامل نيابة عنها، وفقاً لاحكام هذه المادة فإن القانون يمنح الشخص الذي يتعاقد مع مجلس الادارة او من يفوضه حماية كاملة إذا توفرت شروط معينة. عند مناقشة تلك الشروط ستتم الاستعانة بالسوابق الانجليزية نسبة لعدم وجود سوابق سودانية في هذا الصدد .

**1- توفر حسن النيه:** للاستفاده من الحماية التي نصت عليها المادة يجب توفر حسن النية لدى الشخص الذي تعاقد مع المجلس. على عكس ما يتبادر للذهن فإن اثبات هذه الشروط لن يكون صعباً وذلك للآتي :

**اولاً:** وفقاً للفقرة الثأنية من المادة (٢٩) فأن حسن النية يفترض في الشخص الذي تعامل مع الشركة مما يعني أن عبء إثبات سوء النية يقع على الشركة.

**ثأنياً:** وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٩) فأن الشخص الذي يتعامل مع الشركة ليس ملزماً بالتقصي عن وجود أي قيود على صلاحيات المجلس للتصرف نيابة عن الشركة. يترتب على ذلك تأكيد الغاء نظرية العلم الحكمي في مواجهة الشخص الثالث كما يعني تجاوز القاعدة التي ارستها بعض السوابق[1] والتي تقرر أن تنبيه الشخص الثالث بأن موضوع التعاقد قد يكون خارج أغراض الشركة أو اختصاصات المجلس يحرمه من الاستفادة من سابقة Turquand.

على الرغم من أن الماده (٢٩) مستمدة من الماده (٤٠) من قانون الشركات الانجليزي للعام ٢٠٠٦ إلا أنها أغفلت الفقره الثالثة من المادة المذكورة والتي تقرأ "A person dealing with the company is not to be regarded as acting in bad faith by reason only of his knowing that an act is beyond the powers of the directors under the company's constitution." قد يبدو للوهلة الاولى أن المقصود من هذه الفقره أن الشخص الذي يتعامل مع الشركة **وهو يعلم** أن موضوع التعاقد خارج اختصاصات المجلس لا يعتبر سيئ النية لاغراض الماده (٤٠). ولكن طبقاً لما قررته السوابق الانجليزية[2] فإن العلم لا يعني بالضرورة سوء النية ولكنه قد يكون أحد العناصر المهمة في اثباتها. يصعب معرفة إن كان إغفال المادة (٢٩) من القانون السوداني للفقرة المذكورة قد تم قصداً او سهواً ولكنه قد يكون مفيداً للمحاكم السودانية الاطلاع على السوابق الانجليزية التي طبقت تلك الفقرة.

**٢ -التعامل مع الشركة:** السؤال المطروح: ماذا تعني عبارة التعامل مع الشركة المنصوص عليها كشرط لتطبيق المادة (٢٩)؟ لم يورد قانون ٢٠١٥م أي تفسير لتلك العبارة ويمكن

---

[1] B. Liggetl(Liverpool) Ltd V. Barclays Bank 1928 I K.B 48

[2] Barclays Bank Ltd v. TOSG Trust Fund Ltd (1984) B. C. L.C, P, 1.

للمحاكم السودانية أن تسترشد بما ورد في المادة (٤٠) من القانون الانجليزي والتي تعتبر أن الشخص قد تعامل مع الشركة اذا كان طرفاً في اي تصرف آخر. من ناحية قأنية قررت المحاكم الانجليزية أن التصرفات على سبيل التبرع Gratuitous Transaction لا تعتبر تعاملاً بالمعنى الوارد في الماده المذكوره[1].

**3- شخص**

وفقاً لأحكام الماده (٢٩) تعتبر صلاحيات المجلس غير خاضعة لأي قيود بالنسبة **للشخص** الذي يتعامل مع الشركة . لم تورد المادة تعريفاً لكلمة شخص وفي هذه الحاله يمكن الاستعانة بالماده(٤) من قانون تفسير القوانين والنصوص العامة لسنه ١٩٧٤م والتي تعرف كلمة شخص بأنها تعني " أي شخص طبيعي وتشمل اي شركة أو جمعية أو هيئة من الاشخاص سواء كأنت لها شخصية اعتبارية أو لم تكن لها تلك الصفة".

السؤال الذي يطرح نفسه: هل تشمل الكلمة الاشخاص الذين يعتبرون من اهل الدار (Insider)؟ مثلاً اذا تعاقد احد اعضاء مجلس الادارة مع المجلس وكان موضوع التعاقد خارج صلاحيات المجلس هل يمكن لذلك العضو الاستفادة من الحماية التي توفرها المادة (٢٩) للمتعاملين مع الشركة؟.

لا يتضمن نص المادة (٢٩) اجابة على التساؤل المطروح وفي هذه الحاله يمكن للمحاكم الاسترشاد بالسوابق القضائية وفقاً لنص المادة (٣) من قانون اصول الاحكام القضائية. في قضية المصفى الرسمي في المؤسسة الافريقية التجارية ضد هنأنو بولوس[2] ورد ضمن حيثيات المحكمة، كرأي عابر، أن عضو مجلس الادارة يعتبر من أهل الدار (Insider) وبناء على ذلك لا يستطيع الاستفادة من الحماية التي توفرها المادة (٢٩) .

من ناحية ثأنية تنص الماده ٤١ (٢) من قانون الشركات الانجليزي في العام ٢٠٠٦ أنه في حاله تجاوز مجلس الادارة لسلطاته في أي تعاقد بينه وبين أحد اعضاءه فإن العقد لا يصبح نافذاً في مواجهة الشركة بل يكون قابلاً للإبطال بناء على رغبة الشركة. بالإضافة الى ذلك

---

[1] EIC Services Ltd v. Phipps (2004) 2 B. C.L.C.589

[2] مجلة الاحكام القضائية، (1978م)، ص 163.

فإنه في حالة ابطال العقد فأن العضو المذكور واي عضو آخر وافق على العقد يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن أي خسارة تكبدتها الشركة[1].

**4- مجلس الادارة**

الهدف الاساسى للمادة (29)إزالة أى قيودعلى صلاحيات مجلس الادارة المنصوص عليها فى عقد ولائحة التاسيس بالنسبة للمتعاملين مع الشركة بحسن نية التعامل يجب أن يتم مع المجلس مجتمعا كجهاز من أجهزة الشركة وليس مع عضو أو اكثر من اعضائه.[2] يترتب على ذلك أن المادة لا تنطبق فى حالة تعامل الشخص مع الجمعية العمومية وكان هناك قيد على صلاحيات الجمعية بموجب لائحة التأسيس .

هل تنطبق المادة (29)إذا اتضح أن إجرات انتخاب المجلس الذى تم التعامل معه كانت معينة أو النصاب لم يكن متوفرا عند موافقته على التعاقد ؟ لا توجد سابقة سودانية والرى عندي عدم انطباق المادة (29)لأن مجال تطبيقها ينحصر فى الحالات التى يتجاوز فيها المجلس الصلاحيات الممنوحة له بموجب عقد ولائحة التاسيس مما يعنى أن المشرع يفترض وجود مجلس منتخب وفقاً للوائح وأن الاجتماع الذى وافق على التعاقد يتم بنصاب مكتمل .

لعل ما يدعم هذا الرأى ما نصت عليه المادة 40 (3) من قانون الشركات الانجليزي التي تشترط لتطبيق المادة أن يكون الشخص الذى تعامل مع الشركة على قناعة تستند على وقائع معقولة أنه تعامل مع مجلس تم تكوينه وفقاً للقانون. لو كان الأمر على خلاف ذلك لأصبح التعامل مع مجلس غير منتخب ولا يمثل المساهمين كافياً لمنح للشخص الثالث وفقاً لأحكام المادة (29).

قد يقال أن المادة (50) من قانون 2015 تنص على أن" التصرفات التى يقوم بها أىٌ من أعضاء المجلس صحيحة ولو ظهر فيما بعد عيب فى تعيينه " ولكن نطاق تطبيق هذة المادة ينحصر فى التصرفات التى يقوم بها احد اعضاء المجلس طبقاً للصلاحية الممنوحة له بموجب اللائحة ولا تنطبق على تصرفات المجلس عندما يتجاوز الصلاحيات الممنوحة له بموجب عقد أو لائحة التأسيس.

---

[1] (2) Where (a) a company enters into such a transaction, and (b) the parties to transaction include- (i) a director of company or of its holding company, or (ii) a person connected with any such director, The transaction is voidable at the instance of the company

[2] أنظر المصفي الرسمي للمؤسسة الأفريقية ضد هنانو بولس، مجلة الاحكام القضائية، (1978)، ص 163.

**5/ اى قيود**

وفقاً لأحكام المادة (29) من القانون فإن عبارة "أى قيود"المشار إليها فى المادة تعني القيود المضمنة فى عقد ولائحة التأسيس.

يترتب على ذلك أن الحماية الممنوحة للشخص الثالث بموجب المادة المذكورة لا تشمل القيود المفروضة على مجلس الادارة بموجب اتفاقية المساهمين أو قرارت الجمعية العمومية كمثال لذلك اذ نصت اتفاقية المساهمين على أن سلطات المجلس للتعاقد يجب أن لا تتجاوز مبلغا معيناً وتجاوز المجلس عند التعاقد المبلغ المحدد فان الشخص الثالث لا يستطيع الاستفادة من نص المادة (29).

لتعليل ذلك قد يقال إن هنالك فرقاً بين عقد ولائحة التأسيس واتفاقية المساهمين لأن القانون لا يلزم الشركة بإيداع الاتفاقية بمكتب المسجل التجارى ويعتبرها وثيقة خاصة. لا يبدو هذا السبب مقنعا لأن المادة (29) تمنح الشخص الثالث حماية بغض النظر عن اطلاعه أو عدم اطلاعه على عقد ولائحة التأسيس إضافة لذلك فأن دائرة المراجعة بالمحكمة القومية العليا قد قررت فى سابقة شركة الأدوية العامة المحدودة ضد سليمان محجوب عبدالله[1] أن اتفاقية المساهمين ملزمة وأن بنودها تسود على بنود لائحة التاسيس عند التعارض. تجدر الاشارة إلى أ،هـ وفقا لنص المادة 40 (3) من قانون الشركات الانجليزي فإن القيود تشمل اتفاقية المساهمين.

**التعاقد عن طريق شخص مفوض من المجلس:**

إذا فوض مجلس الإدارة شخصاً للتعامل نيابة عنه فإن الشخص الثالث يتمتع بالحماية المنصوص عليها فى المادة (29) من القانون فى سابقه المصفى الرسمي للمؤسسة الافريقية التجارية الموحدة ضد هنأنو بولوس[2] كانت نقطة النزاع الرئيسية تتعلق بمدى الزامية عقد أبرمهأحد مديرى الشركة نيابة عن مجلس الإدارة. ورد ضمن حيثيات مولانا العالم عبدالله الامين الآتي:

"فى هذا النزاع اختصت المادة (21) من اللوائح الداخلية للشركة مجلس الادارة بسلطة تعين احدى المديرين فى أى وظيفة (بإستثناء وظيفة مراجع) من وظائف الشركة مدفوعة الاجر

[1] مراجعة 2007/78م (غير منشورة).
[2] مجلة الاحكام القضائية، (1978م)، ص 163.

والا صل أن سلطة مجلس الإدارة يجب أن تمارس بصورة جماعية (collectively) وأن ليس لأحد المديرين أو مجموعة منهم أى سلطات فيما يتعلق بادارة الشركة ولكن ليس فى القانون ما يمنع مجلس الإدارة – إذا سمحت له اللوائح الداخلية للشركة بذلك – من تفويض سلطاته كلها أو بعضها لواحد أو أكثر من أعضائه وهذا على وجه التحديد ما نصت عليه المادة (9)(1) من القائمة (أ) من الجدول الأول الملحق بقانون الشركات لعام 1925 والتي تشكل باستثناءات معينة جزاء من اللوائح الداخلية للشركة. بهذا فأن السوال يثور حول ما إذا كان مجلس الادارة قد فوض الرئيس والمدير المهمين فى ابرام عقد العمل الواردة نصوصه فى مستند ادعاء (2) وبعبارة اخرى هل كان الرئيس والمدير المهيمن يملك سلطة فعلية ((actual authority) لابرام ذلك العقد ؟.

اجاب مولانا العالم على التساول المطروح بالايجاب واستطرد فى حيثياته لبيان الاتي:

"فى النزاع المعروض علينا أن البينة كافية على أن رئيس مجلس الإدارة والمدير المهيمن كان يتصرف بموافقة من زملائه أعضاء المجلس والذين هم فى نفس الوقت حملة الأسهم مما يقوم مقام التفويض فيما نحن بصده معنى هذا أن رئيس مجلس الإدارة كان يملك سلطة فعلية (actual authority) لتعديل شروط خدمة المطعون عليه.

عند تطبيق القاعدة القانونية التى ارستها المادة (29) وطبقتها المحكمة العليا فى السابقة المذكورة يجب مراعاة الاتي :

1/الهدف الاساسى للمادة (29) كما سبق أن ذكرنا يتمثل فى إزلة أى قيود صلاحيات على المجلس تكون مضمنة فى عقد أو لائحة التأسيس. يترتب على ذلك أن المادة (29) لا تنطبق إذا كانت القيود على صلاحية المجلس ليست مضمنة فى عقد ولائحة التاسيس وأنما فى النظم الداخلية للشركة. مثلاًإذا تعاقد احد اعضاء المجلس مع شخص ثالث وامتنعت الشركة عن تنفيذ العقد على اساس أن لائحة المجلس لاتسمح لأيٍ من الاعضاء التعاقد باسم الشركة أو أن لايتجاوز التعاقد مبلغ معينا محدداً. فى هذه الحالة فأن الشخص الثالث يستطيع الاستفادة من الحماية التى توفرها المادة (29).

2/المادة(29)تتحدث عن "صلاحيات المجلس" فى تفويض أى شخص وبناء على ذلك لا تنطبق إذاكان التفويض صادراً من مديرين لا يتمتعون بعضوية المجلس أو من واحد أو أكثر من أعضاء المجلس نسبة لان "الصلاحيات "المشار إليها في المادة تعني سلطات

المجلس عندما يكون مجتمعاً كأحد أجهزة الشركة الرئيسية كما أشار إلى ذلك مولانا / عبد الله الأمين في سابقة المصفي الرسمي للمؤسسة الأفريقية.

مثلاً إذا فوض مجلس الإدارة (أ) للتعاقد نيابة عن الشركة وقام (أ) بالتعاقد مع (ب) واتضح لاحقاً أن لائحة الشركة لاتسمح للمجلس بتفويض أي شخص للتعاقد بإسم الشركة فأن (ب) يستطيع الإستفادة من الحماية المنصوص عليها في المادة (29). من ناحية ثانية إذا نصت اللائحة على أن المديرين الذين لا يتمتعون بعضوية المجلس لايمكنهم التعاقد بإسم الشركة فأن الشخص الثالث لايستطيع الإستفادة من المادة (29) نسبة لأن القيد المضمن في اللائحة لايتعلق بصلاحيات المجلس. يعني ذلك أن الحماية المنصوص عليها في المادة المذكورة تتعلق بإزالة القيود المفروضة بموجب عقد أو لائحة التأسيس على **صلاحيات المجلس** ولاعلاقة لها بأي قيود تفرضها اللائحة على سلطات الشخص الذي تعاقد نيابة عن الشركة.

**التعاقد عن طريق الوكلاء**

النقاش الذي سبق كأن يتعلق بالعقود التي يبرمها مجلس الإدرة نيابة عن الشركة . الممارسة العملية توضح أن التعاقد عن طريق المجلس ينحصر في العقود الكبيرة ولكن معظم تعاقدات الشركة يقوم بها المدير العام، الذي قد لا يكون عضواً بالمجلس، أو أحد أعضاء المجلس أو مدير أحد الإدارات أو حتى موظفاً عادياً بالشركة. السؤال الذي يطرح نفسه: متى تنسب تلك العقود للشركة بحيث تكون ملزمة لها ويجوز للشخص الثالث مقاضاتها في حالة عدم الإيفاء بها ؟

الإجابة على هذا التساؤل لا توجد في مواد قانون 2015م وقد درجت المحاكم السودانية[1] على تطبيق القواعد القانونية التي تحكم مسؤولية الأصيل عن تصرفات الوكيل.

تتلخص تلك القواعد في الآتي:

[1]- المصفي الرسمي للمؤسسة الأفريقية ضد هنأنوبولوس ,مجلة الأحكام القضائية (1978م)، ص 163.

**(1) السلطة الحقيقية أو الضمنية**

يكون الأصيل مسؤولا لدى الطرف الآخر إذا كأن تصرف الوكيل في حدود سلطته الحقيقية إذا منحت كتابة أو شفاهة. تكون للوكيل سلطة ضمنية للقيام بما تقتضيه سلطته الحقيقية من توابع ضرورية لتنفيذها على الوجه المألوف ووفقاً للعرف والعادة وطبيعة المعاملة[1] .

**(2) السلطة الظاهرة**

يكون الأصيل مسؤولا لدى الطرف الآخر إذا كأن تصرف الوكيل في حدود سلطته الظاهرة . تكون السلطة ظاهرة إذا خلق الأصيل بقوله أو بسلوكه مظهراً أو سمح بخلق مظهر يفهم منه أن لشخص ما السلطة في العمل نيابة عنه ولم تكن لذلك الشخص سلطة وتعامل الطرف الآخر مع ذلك الشخص سلطة وتعامل الطرف الآخر مع ذلك الشخص بصفته وكيلاً اعتمادا على ذلك المظهر. ورد ضمن حيثيات مولانا أبو قصيصة في سابقة شركة المنصور التجارية ضد شركة السودان للحبوب الزيتية وآخر[2] الآتي :

"الوكالة الظاهرة تعني أساساً غياب المعلومات الضرورية عن الشخص الذي يتعامل مع الوكيل فأن كان ذا علم بحدود سلطة الوكيل الصريحة فلا مجال للإدعاء بوجود وكالة ظاهرة ".

لإثبات مسؤولية الشركة بموجب الوكالة الظاهرة على الطرف الثالث إثبات الآتي:

1- كان دافعه الأساسي للتعاقد أن أقوال أو أفعال جهة تملك سلطة حقيقة بالشركة قد خلقت مظهراً، أو سمحت بخلق مظهر، يفهم منه أن الشخص الذي تعاقد معه يشغل موقعاً معيناً بالشركة وأن موضوع التعاقد يكون عادة ضمن صلاحيات مثل هذا الشخص عادة تكون الجهة المذكورة هي مجلس الإدارة أو المدير العام.

2-أنه تعامل بحسن نية مع ذلك الشخص بصفته وكيلاً عن الشركة ولم يكن يعلم، أو يفترض لديه العلم، بأن الشخص المذكور لا يمتلك سلطة التعاقد باسم الشركة.

تستند السلطة الظاهرة على مبدأ إغلاق الحجة (estoppel) وهي عبارة عن محاولة لإيجاد معادلة مقبولة للموازنة بين حماية مصلحة الشركة ومصلحة المتعاملين معها. من ناحية قد

---

[1] المادة 10(2) قانون الوكالة السوداني لسنة 1974م (الملغي ) والمادة 418(2) من قأنون المادة المعاملات المدنية لسنة 1984م. أنظر ايضا السنهوري . الوسيط في شرح القأنون المدني (المجلد الأول) ص 551.

[2] مجلة الأحكام القضائية (1986)، ص 248.

ترى الشركة أنها غير مسؤولة عن تصرفات شخص غير مفوض للتعامل باسمها. من ناحية أخرى قد تستدعي العدالة أن تكون الشركة مسؤولة إذا تصرفت على نحو يخلق انطباعاً لدى الجمهور بأن ذلك الشخص مفوض للتعامل باسمها.

**الأثر القانوني لتعاقد الوكيل**

إذا تصرف الوكيل في حدود سلطته الحقيقة أو الظاهرة فأن ما ينشأ عن العقد من حقوق وإلتزامات يضاف إلى الأصيل (الشركة) . يترتب على ذلك اختفاء الوكيل من الصورة ولا يجوز للشخص الثالث مقاضاته إلا إذا تعهد بضمأن تنفيذ العقد.

**تحديد سلطة الوكلاء**

تحديد السلطة الحقيقية او الظاهرة للمتعاملين باسم الشركة مسألة وقائع( Question of fact) يعني ذلك أن المحكمة تقرر على ضوء البيانات التي تستمع لها – بتركيز خاص على علاقة الشركة مع كل من الشخص الذي تعامل بإسمها والطرف الثالث – أن كأن تصرف الشخص المذكور ينسب للشركة أم لا.

على الرغم من أن قرار المحكمة يعتمد على الوقائع الخاصة بكل دعوى فأن المحاكم الانجليزية قد أرست بعض القواعد العامة التي قد تكون هادياً للمحاكم السودانية أن رأت ذلك مناسباً.

تتمثل تلك القواعد في الآتي :

1. لا يتمتع أعضاء مجلس الإدارة الذين لا يشغلون منصباً تنفيذياً بأي سلطة للتعاقد بإسم الشركة إلا إذا تم تفويضهم من قبل مجلس الإدارة وبناء على ذلك درجت المحاكم على تضييق نطاق منحهم سلطة ظاهرة للتعامل بإسم الشركة[1]
2. على عكس ماتقدم إذا كان الشخص الذي تعاقد باسم الشركة يشغل منصب المدير العام أو العضو المنتدب فإنه يفترض أن تكون لديه سلطة ظاهرةللتعاقد إلا إذا كانت هناك ملابسات تدعو للشك أو أن حجم التعاقد يستدعي موافقة مجلس الإدارة ([2]) .

[1]Ram corp v Proved Tin and General Investment ltd (1952)2 Q.B 127.
[2] -Freeman @ Locker v. Buckhurst Park Properties ltd ( 1964 ) 2.o.B 480

3. إذا سمح مجلس الإدارة لأحد أعضائه للقيام بأعباء المدير العام على الرغم من عدم تعيينه بصفة رسمية لهذا المنصب فأنه يفترض أن تكون لديه سلطة ظاهرة للتعاقد نيابة عن الشركة إلا إذا كانت هناك ملابسات تدعو للشك أو أن حجم التعاقد يستدعي موافقة مجلس الإدارة [1]
4. تطبق القاعدة على بقية المديرين التنفيذين الذين يشغلون مناصب على مستويات أقل مع مراعاة أن يكون التعاقد في نطاق مسؤولياتهم مثلاً المدير المالي أو الإداري يفترض أن تكون تعاقداته في حدود مسؤولياته الوظيفية .
5. قد يتعاقد الشخص الثالث مع مسؤول بالشركة ليس عضواً في مجلس الإدارة كمدير المبيوعات أو مدير تقنية المعلومات . كأنت المحاكم لا تعترف بأن مثل هذا الشخص يمتلك سلطة ظاهرة للتعاقد باسم الشركة . تغير هذا الموقف وأصبحت المحاكم تعترف بإمكانية تمتع مثل هؤلاء الأشخاص بسلطة ظاهرة في حدود مسؤولياتهم[2] واقع الحال أن معظم العاملين بالشركات التجارية يمكن أن تكون لديهم سلطة ظاهرة للتعاقد نيابة عن الشركة في حدود وظائفهم . مثلاً الموظف الذي يباشر عملية البيع في متجر تكون له سلطة ظاهرة في بيع البضائع واستلام الثمن.

**السلطة الظاهرة على ضوء السوابق القضائية:**

كما سبق أن ذكرنا هناك شروط محددة يجب توفرها لتقرر المحكمة أن الشخص الذي تعامل باسم الشركة يمتلك ظاهرة للتعاقد . سنناقش كيفية تعامل المحاكم السودانية والانجليزية مع تلك الشروط .

لعل أهم تلك الشروط إظهار الشركة لشخص بأنه يملك سلطة التعاقد نيابة عنها. في سابقة شركة كونكورب أنترناشونال ضد من (1) بنك التنمية التعاوني (2) شركة نوافل (3) شركة كونكورب بتروليم[3] تتلخص الوقائع في أن السيد/محمد عبد الله جار النبي الذي يشغل منصب رئيس مجلس الإدارة والمدير العام لكل من المدعية والمدعى عليها الثالثة قام

---

[1] -Clay Hill co . v . Rowling's ( 1938) 4 All E.R 100 .
[2] -Panorama Development ltd v Fidelis Furnishing Fabrics ltd ( 1971 ) 2Q . B . 711 Rowlings.
[3]- مجلة الأحكام القضائية (2005م)، ص 183.

برهن المستودع المملوك لصالح المدعى عليها الثالثة ضماناً للتمويل الممنوح لها من المدعي الأول , عند فشل المدعى عليها الثالثة في السداد قام المدعى عليه الأول ببيع المستودع للمدعى عليها الثأنية بموجب قانون بيع الأموال المرهونة , نازعت المدعية في البيع مطالبة بإبطاله على أساس أنها لم تفوض السيد/ جار النبي في التوقيع على عقد رهن المستودع وأن مسؤوليتها عن الرهن لا تتم إلا إذا أنعقد بوساطة الشخص المفوض من قبلها وفقاً لنظامها الأساسي . رفضت محكمة الموضوع الدفع وقررت شطب الدعوى وتم تأييد الحكم من قبل محكمة الاستئناف القومية العليا . ورد ضمن حيثيات المحكمة العليا الآتي :

" ومنبع الخلاف أن الحكم ( محل الطعن ) قد بنى على أساس أن (محمد عبد الله جار النبي ) ووفقاً للثابت من البينة قد قام بالتوقيع على (عقد الرهن) وهو المفوض بحكم القانون وكان يتصرف بموافقة ضمنية، فهو رئيس مجلس الإدارة والمدير العام للمدعية وللمدعى عليها الثالثة وهو قطعاً على علم تام برهن مستودع المدعية لصالح المطعون ضده الأول، والثابت من البينة أيضاً يؤكد أن الشرطة الطاعنة (المدعية ) قد أظهرت ( محمد عبد الله جار النبي) بمظهر من يملك السلطة الفعلية الظاهرة للدخول في العقد موضوع النزاع ... ومن هنا جاءت قناعة المحاكم الأدنى بنشوء الموافقة الضمنية في مقام التفويض وبما يؤكد سلطة (محمد عبد الله جار النبي) الفعلية لإبرام ( عقد الرهن ) وبالتالي لا مجال للطعن في صحته ".

في إحدى القضايا الانجليزية[1] تم تكون شركة لشراء وبيع قطعة أرض معينة , منحت لائحة الشركة مجلس الإدارة سلطة تعيين أحد الأعضاء للعمل كمدير عام، على الرغم من عدم تعيينه بوساطة المجلس ظل أحد أعضاء المجلس يتصرف تحت سمع وبصر بقية الأعضاء كمدير عام . تعاقد ذلك العضو، دون تفويض من المجلس، مع مهندس للقيام بأعمال تتعلق بقطعة الأرض المذكورة . قررت المحكمة أن الشركة مسؤولة لأنها سمحت للعضو المذكور بالتصرف كمدير عام وبناء على ذلك تكون له سلطة ظاهرة لإبرام العقود التي يحق للمدير العام إبرامها.

[1] -Freeman @ Locker v. Buckhurst Park Properties ltd ( 1964) 2,O .B 480

في سابقة الشركة الإفريقية للتجارة ضد عبد الله إبراهيم ([1]) أقام المدعي دعواه على أساس أنه تعاقد مع الشركة المدعى عليها لفترة خمس سنوات للقيام بأعمال معينة . قامت الشركة المدعى عليها بأنهاء التعاقد قبل أنتهاء الفترة . تقدمت الشركة المدعى عليها بدفع مفاده أن العقد غير ملزم لها نسبة لأن توقيعه قد تم من شخص واحد على الرغم من أن نظم الشركة تشترط توقيع اثنين من المديرين . رفضت المحكمة الدفع اعتماداً على المبدأ الذي أرسته turquandإضافة إلي أن المدير الذي قام بالتوقيع تصرف في حدود سلطته الظاهرة . ورد على لسان مولانا عثمان الطيب الآتي :

' Mr. Nicola Pathiris Who Signed The document of May 24, 1964, Purporting to enter into a contract with respondent, did so within his ostensible authority as a manager,

هناك سابقة سودانية[2] ذات صلة بموضوع النقاش ولكن المحكمة قررت الفصل فيها بموجب القانون الجنائي. تتلخص الوقائع في أن الشاكي أخطر مدير فرع بنك الثروة الحيوانية بالسوق العربي بأنه لديه كمية من السمسم يود بيعها . أفاده المدير بأن هناك شركة خاصة لا تتبع للبنك لديها الرغبة في شراء السمسم وأن البنك سيقوم بضمان سداد القيمة . وافق الشاكي وقام بتسليم السمسم لمندوب الشركة الذي قام بتحرير شيك آجل بالقيمة كما قام المدير بكتابة ضمان تعهد بموجبه البنك بسداد قيمة الشيك البالغ قدرها 327,500,000 دينار عند تقديمه للدفع. عند حلول أجل الشيك رفضت إدارة البنك سداد القيمة على أساس أن مدير الفرع غير مفوض للتوقيع على التعهد وأنه قد تصرف خارج دائرة اختصاصه . أدانت محكمة الموضوع كلاً من مدير الفرع والبنك بموجب المادة 178 من القانون الجنائي كما الزمت البنك بسداد قيمة الشيك . تم تأييد الحكم من قبل كل دائرة المراجعة بالمحكمة العليا والمحكمة الدستورية.

لا أود الدخول في مناقشة تفصيلية للحيثيات التي اعتمدت عليها المحكمة في إدانة البنك ولكني أعتقد أن النزاع ذو طابع مدني وكان يستوجب على المحكمة التعامل معه على هذا الأساس.

---

[1] - مجلة الأحكام القضائية (1967)، ص 196.

[2]- بنك الثروة الحيوانية واخر ضد عبد المنعم الصديق محمد أحمد، مجلة المحكمة الدستورية، (الفترة 1999 – 2003) ص 766.

إذا افترضنا صحة ما ذهبنا إليه فأن السؤال الذي يطرح نفسه: هل كان مدير الفرع يتمتع بسلطة ظاهرة تتيح له التوقيع على الضمان نيابة عن البنك ؟

الإجابة كما يرى السيد رئيس المحكمة الدستورية مولانا جلال علي لطفي يجب أن تكون بالإيجاب سواء كأنت طبيعة النزاع مدنية أو جنائية . الحجة الأساسية التي اعتمد عليها مولانا العالم تتلخص في أن البنك يتمتع بشخصية اعتبارية يمثلها على مستوى الإدارة العليا رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام أو من ينوب عنهما ويمثلها على مستوى الفروع التابعة لها مدير الفرع الذي يعتبر مفوضاً من قبل الإدارة العليا . يترتب على ذلك , كما يرى مولانا جلال عدم السماح للبنك بالادعاء بأن مدير الفرع لا يمثله بغض النظر عن طبيعة أو حجم التصرف الذي قام به **"طالما أظهره للكافة بأنه تابع له " .**

مع احترامنا لما أورده مولأنا جلال نرى أنه توسع كثيراً في تطبيق مبدأ السلطة الظاهرة . صحيح أن مدير الفرع يتمتع بسلطة ظاهرة للتعامل نيابة عن البنك ولكنها ليست سلطة مطلقة وأنما تنحصر في التصرفات التي يقوم بها عادة الأشخاص الذين يشغلون مناصب مشابهة. عادة لا يقوم مديرو الفروع بمهمة السمسرة المتمثلة في الجمع بين البائع والمشترى ثم إعطاء ضمان للبائع يلزم البنك بالسداد في حالة فشل المشترى في دفع الثمن . لو كانت سلطة مديري فروع البنوك مطلقة لأصبح بوسع مدير أي فرع متواضع الحال في مدينة نائية منح ضمان بمبلغ يتجاوز رأس مال البنك. هل يجوز في هذه الحالة إلزام البنك بالضمان على أساس أن مدير الفرع يمتلك سلطة ظاهرة مما يعني إفلاس البنك وضياع أموال المودعين ؟. درجت المحاكم الانجليزية على عدم إلزام الشركة بموجب السلطة الظاهرة في حالة وجود ملابسات تدعو للشك مما يستدعي أن يقوم الطرف الثالث بالتقصي لمعرفة حدود صلاحيات الشخص الذي يود التعاقد معه . في سابقة Houghton @ co .v. Nothard low @ Wills ltd

قام أحد أعضاء مجلس الإدارة بإبرام اتفاقية مع طرف ثالث ليقوم ببيع بضائع تستوردها الشركة مقابل عمولة معينة ثم يقوم باستغلال من البيع بعمل ضمان لسداد دين مستحق على شركة أخرى . قررت المحكمة أن الاتفاقية غير ملزمة لشركة لأنها غير طبيعية (Unusual) وكان من المفترض أن يقوم الطرف الثالث بالتقصي للتأكد من أن عضو المجلس مفوض لإبرام الاتفاق.

السابقة السودأنية ([1]) (Robert Kegeleirs v. Sudan motor) أكدت نفس المبدأ الذي أرسته السابقة الانجليزية المذكورة. ورد على لسان القاضي العالم عثمان الطيب الآتي :

"But the rule does not apply in few well – recognized cases one of which is where the person dealing with the company has been put on inquiry and it is a case for inquiry if a director or officer of the company does **something outside his normal powers.**

في قضية بنك الثروة الحيوأنية كأن هناك عدة مؤشرات تدعو للتقصي عن حدود صلاحيات مدير الفرع خاصة وأن العملية بدأت بتصرف لا يدخل عادة ضمن سلطات العاملين بالمصارف يتمثل في الجمع بين البائع والمشتري والتوفيق بينهما لإتمام صفقة بيع السمسم. كأمثلة لتلك المؤشرات موافقة مدير الفرع على التوقيع على الضمان على الرغم من أن البنك ليس طرفاً في العقد وعدم اتباع الإجراءات البنكية المعروفة الخاصة بإصدار خطابات الضمان.

من الشروط الأخرى التي سبقت الإشارة إليها لإثبات السلطة الظاهرة للشخص الذي تعامل باسم الشركة أن تكون عملية الإظهار قد تمت من قبل أحد أجهزة الشركة الرئيسية التي تمتلك سلطة التصرف نيابة عن الشركة. في سابقة انجليزية ([2]) وافق مدير إحدى إدارات الشركة "Unit Manager" على ضمان تمويل يود البنك المدعي منحه لشركة أخرى. أتصل البنك بالمدير العام لأحد أفرع الشركة للاستفسار عن سلطة مدير الإدارة للتوقيع على الضمان وأكد المدير العام بأن مدير الإدارة لديه السلطة للتوقيع. عند فشل الشركة التي منحت التمويل في الإيفاء بالتزاماتها أقام البنك دعوى ضد الشركة التي وقعت على عقد الضمان لإجبارها على السداد. شطبت المحكمة الدعوى على أساس أن الجهة التي أظهرت مدير الإدارة لديه سلطة التوقيع هي نفسها لا تملك سلطة التعاقد باسم الشركة.

كما سبق أن أوضحنا يجب على الطرف الثالث إثبات أنه تعامل بحسن نية ولم يكن يعلم، أو يفترض لديه العلم، بأن الشخص الذي تعاقد معه لا يمتلك سلطة التعامل باسم الشركة.

---

[1]- lk.B.246.( 1927).

[2]-Brithish Bank of the Middle Est.v. Sun Life ASSURANCE OF Canada (u.k) ltd (1984) B.C.L.C7-8

في سابقة شركة المنصور التجارية (1) محمد حبيبي عجب (2) شركة السودان للحبوب الزيتية ([1]) أقامت المدعية دعوى ضد المدعى عليهما مطالبة إياهما بالتضامن والانفراد بمبلغ 59,959 جنيه. تقوم الدعوى على أساس أن المدعى عليه الأول وكيل المدعى عليها الثانية لشراء الحبوب الزيتية وأنه قد قام بالاستيلاء على فول يخص المدعية وإضافته لمشتروات المدعى عليه الثاني.

تقدمت المدعى عليها الثانية بدفع مفاده أن وكالة المدعى عليه الأول تنحصر في شراء الفول من البورصة وليس من التجار وأن المدعية كأنت على علم بحدود وكالة المدعى عليه الأول . قررت محكمة الموضوع الحكم للمدعى بكافة طلباته وقامت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم محكمة الموضوع وقررت شطب الدعوى وأيدتها في ذلك المحكمة العليا. جاء ضمن حيثيات المحكمة العليا الآتي :

"أن توصلنا إلى أن الطرف الثالث (المدعية) تعلم حدود وكالة المدعى عليه الأول وأن تصرف الوكيل كان خارج سلطته الصريحة، فهل يمكن بأن المدعى عليه الأول كان يعمل في نطاق وكالته الظاهرة؟.

والجواب هو نفس الجواب السابق. فأن كانت أفعال الوكيل بعلم الطرف الثالث هي خارج سلطته فان الطرف الثالث أيضاً لا يستطيع أن يدعي وجود وكالة ظاهرة. بل إن الوكالة الظاهرة تعني أساساً غياب المعلومات الضرورية عن الشخص الذي يتعامل مع الوكيل. فإن كان ذا علم بحدود سلطة الوكيل الصريحة فلا مجال له للادعاء بوجود وكالة ظاهرة".

سابقة المصفي الرسمي للمؤسسة الإفريقية التجارية ضد هنأنو بولس ([2]) التي سبقت الإشارة إليها أيدت نفس المبدأ الذي أرسته سابقة شركة المنصور التجارية ورد ضمن حيثيات القاضي العالم عبد الله الأمين – على سبيل الرأي العابر – ما يأتي:

".. ولكني أحب أن أقول أيضاً لمحامي الطاعنين بصحة ما ذكر أن عضو مجلس الإدارة لا يستطيع كقاعدة عامة أن يستفيد من نظرية (Holding Out) لأنه ليس من الغير الذين شرعت لمصلحتهم تلك النظرية . أنه من أهل الدار (Insider) الذين يعلمون أو يجب أن يعلموا بانتفاء السلطة ولا يقبل أي ادعاء بالاعتماد على السلطة الظاهرة".

---

[1] - مجلة الأحكام القضائية (1986)، ص 248.

[2] - مجلة الأحكام القضائية (1978م)، ص 163.

**صحة تصرفات مجلس الإدارة:**

تنص المادة (50) من قانون الشركات على الآتي:

"تكون التصرفات التي يقوم بها أيٌ من أعضاء المجلس صحيحة ولو ظهر فيما بعد عيب في تعيينه، على أنه لا تصح أي تصرفت يقوم بها أيٌ من أعضاء المجلس بعد ظهور عدم صحة تعيينه"،

ومن ناحية ثانية تنص المادة (94) من القائمة (أ) على الآتي:

"جميع الأعمال التي يقوم بها مجلس الإدارة أو تقوم بها إحدى لجانه في أي اجتماع أو التي يقوم بها أي شخص بوصفه عضواً في مجلس الإدارة تعتبر صحيحة كما لو كان كل منهم قد عين تعييناً صحيحاً ومتمتعاً بأهليته كعضو في مجلس الإدارة ولو ظهر فيما بعد أن التعيين كأن معيباً أو أن الأهلية لعضوية مجلس الإدارة لم تكن متوافرة".

يترتب على نص المادة (50) من القانون والمادة (94) من القائمة (أ) أن تصرفات المجلس أو أي من أعضائه في حدود سلطته الحقيقية أو الظاهرة تكون نافذة وملزمة للشركة حتى لو اتضح أن هناك عيباً في صحة إجراءات تعيينه. في سابقة أنجليزية ([1]) قام الأشخاص الذين يحق لهم تعيين مجلس الإدارة الأول للشركة باعتبار أشخاص آخرين أعضاء بالمجلس على الرغم من عدم تعيينهم بصفة رسمية. تنص لائحة الشركة على أن يتم توقيع الشيكات بالكيفية التي يحددها المجلس. قام سكرتير الشركة بإخطار البنك الذي تتعامل معه الشركة بأن المجلس منح سلطة توقيع الشيكات لعضوين محددين. قررت المحكمة أنه يحق للبنك اعتماد الشيكات الموقعة من العضوين المذكورين. على الرغم من أنهما من بين الأعضاء الذين لم يتم تعيينهم بصفة رسمية.

**اجازة العقود:**

لا تكون الشركة ملزمة بالعقد إذا اتضح أن الشخص الذي تعامل نيابة عنها لا يمتلك سلطة حقيقة أو ظاهرة ولكن يجوز لها إجازة العقد. لا يوجد نص في القانون يحدد الجهة التي يحق لها إجازة العقد وترك الأمر للائحة التأسيس والتي تمنح السلطة عادة الجهة التي

[1]- Mohony v. Est Holyford Mining Co. (1875) L.R7 HL 869

تمتلك سلطة إبرام العقد. في حالة منح السلطة للجمعية العمومية لا تتطلب الإجازة صدور قرار خاص إلا إذا كأن التصرف يخالف نصاً في اللائحة أو عقد التأسيس.

يجوز أن تكون الإجازة صراحة كما يجوز أن تكون ضمنية تستنتج من فعل قامت به الشركة وتشترط في هذه الحالة أن تكون الشركة على علم بتفاصيل التصرف موضوع الإجازة[1]. يكون للإجازة أثر رجعي (retrospective effect) بمعنى أن تصبح الشركة ملزمة بالعقد منذ تاريخ إبرامه من قبل الشخص الذي تعامل باسمها مع مراعاة عدم إضرارها بالغير.

## خاتمة:

أدخل قانون الشركات لسنة 2015م تعديلات جذرية على المباديء القانونية التي كانت تحكم أهلية الشركة وتعاقداتها طبقاً لنصوص قانون الشركات لسنة 1925 (الملغي). تمت مناقشة المبادئ القانونية التي كانت سائدة والتعديلات التي أدخلها قانون 2015م.

على سبيل المثال لا الحصر نشير إلي أهم تلك التعديلات:

[1] - Mawcon Ltd Re (1969) l w. L.R 78.

1- تم إلغاء نظرية تجاوز الشركة لأغراضها بموجب المادة (28) من القانون التي نصت على عدم جواز الطعن في صحة تصرفات الشركة على أساس عدم أهليتها بسبب أي قيد في عقد التأسيس أو لائحة التأسيس.

2- تم إلغاء مبدأ العلم الحكمي بموجب المادة (30) من القانون التي نصت على عدم اعتبار أي شخص عالماً بأي بيانات أو مستندات على أساس أن تلك البيانات أو المستندات قد تم ايداعها بملف الشركة بمكتب المسجل التجاري.

3- لم يعد تعديل أغراض الشركة خاضعاً لموافقة المحكمة كما كانت تنص المادة (9) من قانون 1925 (الملغي) وأصبح متاحاً للشركة تعديل أغراضها بموجب قرار خاص وذلك وفقاً لأحكام المادة (17) من القانون.

4- منح القانون حماية كامله للشخص الذي يتعامل بحسن نية مع مجلس الإدارة أو من يفوضه وتعتبر صلاحية المجلس في هذه الحالة غير خاضعة لأي قيود بموجب عقد التأسيس أو لائحة التأسيس مع افتراض حسن النية ما لم يثبت العكس.

# مستقبل القضاء الإداري
# في السودان

إعداد
البرفيسور/ يس عمر
يوسف الحاج
ديسمبر 2016م

**مقدمـــــة:**

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الأمين.

وبعد:

تتجلى أهمية هذا الموضوع في أن السودان كان يطبق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل القضاء الموحد لأن هذا النهج الذي كان يسير عليه القانون الإنجليزي وذلك

على خلاف الدول العربية وفي مقدمتها جمهورية مصر العربية التي تتبع نظام القضاء المزدوج المطبق في فرنسا أي وجود قضاء إداري بجانب القضاء العادي يتولى الرقابة على أعمال الإدارة.

والسودان بعد صدور قانون القضاء الإداري لسنة (2005م) بدأ يقترب من نظام القضاء المزدوج، ويبتعد عن القضاء الموحد وأن هذا الاقتراب والابتعاد يخلق هوة (galt) تتطلب حافتاه جسراً لعبور القضاء السوداني تلك الفجوة، ومن هنا تبرز أهمية هذا الموضوع حيث يقع على عاتق الفقه والمشرع والقضاء عبور ذلك الكبري.

وعليه نتناول معالجة هذا الموضوع في المباحث الآتية:-

**المبحث الأول: نشأة القضاء الإداري في فرنسا.**

**المبحث الثاني: نشأة القضاء الإداري في مصر.**

**المبحث الثالث: نشأة القضاء الإداري في بريطانيا**

**المبحث الرابع: نشأة القضاء الإداري في السودان.**

## المبحث الأول
## نشأة القضاء الإداري في فرنسا

نشأ القضاء الإداري في فرنسا نتيجة للفهم الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات الذي قال به الفيلسوف الفرنسي **"مونتشكيو"** والذي اعتنقه رجال الثورة الفرنسية باعتبار أن خضوع قضايا الإدارة إلى المحاكم العادية يتعارض مع استقلال الإدارة في مواجهة السلطة القضائية وبناء على هذا المفهوم الخاطئ صدر القانون رقم (16- 42) لسنة 1790م في فرنسا بحرمان السلطة القضائية من نظر قضايا الإدارة.

على أن رجال الثورة وقد استبعدوا اختصاص المحاكم القضائية قد وقفوا في منتصف الطريق لم ينشئوا محاكم إدارية للفصل في قضايا الإدارة بل عهدوا بالنظر في تلك القضايا للإدارة ذاتها، ذلك النظام الذي عرف باسم **"الإدارة القاضية"** وقد تطور هذا النظام حتى وصل إلى نظام المحاكم الإدارية الحالية وذلك على النحو الآتي:-

بدأ رجال الثورة في أول الأمر بأن عهدوا بهذه المهمة القضائية إلى بعض رجال الإدارة العاملة كالوزراء وكبار حكام الأقاليم وعلى الرغم من غرابة هذا الوضع الذي يجعل من الإدارة خصماً وحكماً فقد كان مقبولاً في ذلك الوقت لما كان عالقاً بالأذهان من ذكري طيبة خلفها كبار الموظفين الذين كان يرسلهم الملك في الأقاليم ويعهد إليهم باختصاصات قضائية، كما أنه كان مفهوماً خطأ أن مبدأ استقلال الإدارة يحول دون القاضي أياً كان.

وظل كذلك الحال حتى جاءت القنصلية في السنة الثامنة للثورة وأنشأت بجوار الإدارة العاملة هيئات إدارية استشارية كان أهمها مجلس الدولة الذي نص عليه دستور السنة الثامنة في المادة (52) ومجالس الأقاليم وقد عهد إلى هذه الهيئات بالنظر في قضايا الإدارة، وكانت هذه هي الخطوة الأولي في غاية الأهمية كما تضمنته من فصل الوظيفة القضائية عن الإدارة العاملة مع إسنادها لهيئات متخصصة.

غير أن تلك الهيئات لم تكن تفصل في قضاء ولكنها كانت تقترح حلاً يقدم للرئيس الإداري لاعتماده، وكل ما هناك أن الرئيس الإداري كان يعتمد هذا الحل بصفة آلية تقريباً وكان يطلق على هذه المرحلة التي استمرت حتى سنة (1872م) فترة **"القضاء المحجوز"**.

وفي 24 مايو سنة (1873م) صدر قانون صحح الوضع القانوني بأن جعل من مجلس الدولة محكمة تصدر أحكاماً فانتقل من مرحلة القضاء المحجوز إلي مرحلة القضاء المفوض فلم تعد أحكامه بحاجة إلى تصديق من السلطة الإدارية وإنما أصبحت ملزمة بمجرد صدورها، كما أنشأ المشرع محكمة التنازع لحسم إشكالات الاختصاص بين جهتي القضاء.

غير أن اختصاص مجلس الدولة رغم صيرورته محكمة بالمعني الصحيح فقد ظل مقيداً حتى أواخر القرن التاسع عشر بناء على نظرية الوزير القاضي التي ظلت سائدة حتى ذلك الوقت- ذلك أن الفقه والقضاء في فرنسا قد فسرا التجديدات التي جاءت بها القنصلية في السنة الثامنة (**إنشاء مجلس الدولة ومجلس الأقاليم**) على أنها لم يقصد بها إلغاء نظام الإدارة القاضية وإنما مجرد إنشاء هيئات أخرى بجوار الإدارة العاملة لتختص بالنظر في

بعض القضايا الإدارية – وقد ترتب على هذا النظر أن بقيت الإدارة نفسها هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام في المنازعات الإدارية، وأن المحاكم الإدارية لا تختص بالنظر في القضايا الإدارية إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة وفي غير تلك الحالات يلتزم الأفراد بأن يلجأوا إلى الوزير باعتباره قاضي القانون العام أولاً ثم إلى مجلس الدولة باعتباره هيئة استئنافية.

وظل الحال على ذلك حتى 13 ديسمبر سنة (1889م) حيث عدل مجلس الدولة عن هذا التفسير وقضى على نظرية الوزير القاضي بحكمه الشهير في قضية (Cadot) إذ قبل الدعوى المرفوعة من أحد الأفراد مباشرة دون مرورهم على الوزير أولاً فأصبح المجلس قاضي القانون العام وظل يتمتع بهذه الصفة حتى فقدها في أول سنة (1954م) بمقتضى مرسوم 30 سبتمبر سنة (1953م).

وقد تطور اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد تطوراً خطيراً من أول يناير (1954م) بمقتضي المرسوم 30 سبتمبر سنة 1953م: فقبل هذا التاريخ كان مجلس الدولة المحكمة الإدارية ذات الاختصاص العام بمعنى أنه يختص بكل المنازعات الإدارية التي لم يعهد بها المشرع إلى محكمة إدارية أخرى وبهذه المثابة كان مجلس الدولة يفصل في هذه الأمور دون معقب وقد ترتب على ذلك أن ثقل كاهل مجلس الدولة بالقضايا مما ترتب عليه تأخير الفصل فيها سنوات طويلة.

ومن ثم فقد القضاء الإداري ميزته الأساسية وهي سرعة البت في الأمور ولهذا لم يجد المشرع مناصاً من التدخل لإنقاذ الحال فصدر مرسوم 30 سبتمبر لسنة 1953م فقلب الوضع السابق رأساً على عقب بحيث أصبح مجلس الدولة لأول مرة منذ عام 1889م وابتداء من أول يناير 1954م محكمة إدارية ذات اختصاص محدد ومنحت صفة قاضي القانون العام لدواوين الأقاليم التي أصبحت الآن تسمي بالمحاكم الإدارية.

وبذلك أخذت فرنسا بالقضاء المزدوج حيث يوجد القضاء الإداري بجانب القضاء العادي، وإذا كان مثل هذه الاذدواجية قد يثير التضارب في الاختصاصات فقد عمل المشرع الفرنسي على إنشاء محكمة التنازع لنظر التنازع الإيجابي والسلبي وتعارض الأحكام وفق معايير استقرت عليها ولا نود التعرض لها ولكن يمكن الإشارة إلى ذلك عند دراسة نشأة القضاء الإداري في مصر في المبحث الثاني[1].

---

(1) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، د. ثروت بدوي، القانون الإداري، د. مصطفي أبوزيد فهمي.

## المبحث الثاني
## نشأة القضاء الإداري في مصر

ارتبطت نشأة القضاء في مصر في نشأة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، لقد مرت مصر في نشأة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بمرحلتين:

مرحلة القضاء الموحد ثم مرحلة القضاء المزدوج ونتعرض لهاتين المرحلتين في المطلبين الآتيين:

**المطلب الأول: مرحلة القضاء الموحد:**

تبدأ هذه المرحلة بإنشاء المحاكم المختلطة سنة 1875م وذلك لأن مصر أزعجتها الفوضى الناجمة من تطبيق نظام الامتيازات الأجنبية فقد أرادت أن تضع حداً لذلك وذلك بإنشاء محاكم جديدة يخضع لها الأجانب ولم تكن الحكومات الأجنبية لتقبل تقييد امتيازات رعاياها إلا باشتراط ضمانات جدية في المحاكم الجديدة، ولهذا اشترطت أن تختص تلك المحاكم بالنظر في المنازعات بين الأجانب المتنازعين وبين الإدارة أي أن تخضع تلك المنازعات الإدارية لرقابة المحاكم المختلطة وهي محاكم قضائية وكان سبب ذلك أن محاسن المحاكم الإدارية التي أخذت بها فرنسا لم تكن قد ظهرت بل كانت تلك المحاكم تعتبر بمثابة امتياز للإدارة.

ولهذا نصت المادة العاشرة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة على اختصاص هذه المحاكم بالقضايا التي يقيمها الأجانب المتنازعون على الحكومة أو المصالح أو دائرة سمو الخديوي وأعضاء أسرته[1] ثم حددت المادة (11) من تلك اللائحة سلطة المحاكم المختلطة في هذا الصدد بقولها: (ليس لهذه المحاكم أن تفصل في ملكية الأموال العامة أو أن تفسر أي أمر يتعلق بالإدارة أو توقف تنفيذه، ولكن يسوغ لها في الأحوال التي وردت في القانون المدني أن تفصل في الاعتداء على حق مكتسب لأحد الأجانب متى كان ناشئاً من عمل إداري ....) وقد عدلت هذه المادة سنة 1900 تعديلاً تضمنت بمقتضاه منع المحاكم المختلطة من التعرض لأعمال السيادة أو الحكومة ثم أعيدت صياغتها من جديد- دون التعرض للجوهر- بمناسبة إلغاء الامتيازات الأجنبية سنة 1873م وأصبح رقمها في اللائحة(43).

ولما أنشئت المحاكم الأهلية سنة 1883م تضمنت المادة (15) من لائحة ترتيبها حكماً شبيهاً بحكم المادة (11) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة في صياغتها الأولي والتي كانت تنص على انه: (ليس لهذه المحاكم أن تحكم فيما يتعلق بالأملاك الأميرية العمومية من حيث الملكية ولا أن تؤول معني أمر يتعلق بالإدارة ولا أن توقف تنفيذه وإنما تختص في المواد الآتي بيانها: أولاً... ثانياً... وكافة الدعاوي التي ترفع على الحكومة بطلب تضمينات ناشئة عن إجراءات إدارية).

---

(1) الخديوي: هو الحاكم التركي الذي حكم مصر

ثم وحدت صياغة المادتين (15) و (43) (11 قديمة) من لائحة ترتيب المحكمتين بمناسبة إلغاء نظام الامتيازات ونص على أعمال السيادة لأول مرة في لائحة ترتيب المحاكم الأهلية.

وقد نصت الصياغة الموحدة التي أشرنا إليها على أنه: (ليس للمحاكم "الأهلية والمختلطة أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة وليس لها "أي للمحاكم الأهلية والمختلطة" أن تنظر في صحة تطبيق القوانين واللوائح على الأجانب...).

على أن تلك المحاكم دون أن يكون لها تأويل عمل إداري أو إيقاف تنفيذه أن تختص: بدعاوي المسؤولية المدنية على الحكومة - بسبب إجراءات إدارية وقعت مخالفة للقانون.

ثم بعد ذلك استبدلت المادة (15) بالمادة (18) من قانون نظام القضاء رقم (37 لسنة 1949م) والتي نصت على أنه:

(ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أن تفصل:

1. في المنازعات المدنية والتجارية بين الأفراد والحكومة بشأنها عقار أو منقول فيما عدا الحالات التي ينص فيها على خلاف ذلك.
2. في دعاوي المسؤولية المدنية المرفوعة على الحكومة بسبب إجراءات إدارية وقعت مخالفة للقوانين واللوائح.
3. في كل المسائل الأخرى التي يخولها القانون حق النظر فيها والثابت من الصياغة المقررة للمادتين (11) و (15) من لائحة الترتيب أن المنازعات الإدارية قد أخضعت لاختصاص المحاكم القضائية مع بعض القيود الآتية:-

**أولاً:** استبعد قضاء الإلغاء من اختصاص المحاكم القضائية فلا تملك تلك المحاكم إلغاء القرارات الإدارية المعيبة فردية كانت أو لائحية بل نص صراحة على منع المحاكم من أن تؤول معنى أمر يتعلق الإدارة أو توقف تنفيذه.

**ثانياً:** للمحاكم القضائية أن تفصل في أعمال الإدارة المعيبة إذا ما ألحقت ضرراً بحق مكتسب لأحد الأفراد- ويستوي في ذلك أن تكون أعمال الإدارة مادية أو قانونية.

**ثالثاً:** على أن إنشاء المحاكم المختلطة والوطنية فيما بعد مع منحها سلطة الفصل في القضايا المرفوعة على الإدارة استتبع من ناحية أخرى ضرورة إنشاء هيئة تتولى الدفاع عن الإدارة أمام تلك المحاكم من ناحية وتلجأ إليها من ناحية أخرى لأخذ رأيها في الإشكالات القانونية التي تتعرض لها وذلك منعاً لرفع الدعاوي وما يترتب عليها من أحكام بالتعويض.

لأجل ذلك استدعت الحكومة في سنة 1875م عدداً من رجال القانون من إيطاليا وفرنسا وألفت منهم لجنة تسمى **"بلجنة قضايا الحكومة"** وقد صدر قرار في 27 يناير 1876م يؤيد تعيينهم المؤقت ويحدد اختصاصاتهم وكانت مهمتهم الدفاع عن الحكومة، وإسداء النصح من الناحية القانونية للإدارة.

وقد تعرضت هذه اللجنة للتعديل وفقاً للحالة السياسية التي سادت مصر ولكنها ظلت تؤدي وظيفتها بشطريها حتى أعلن الاستقلال، فصدر بنظامها قانون رقم (1) لسنة 1923م الذي حدد اختصاصاتها ووضع كادراً خاصاً لرجالها يميزهم عن رجال الإدارة ويشبههم بأعضاء النيابة ويجعل لهم شيئاً من الاستقلال وقد رسم هذا القانون اختصاص أقسام القضايا على النحو الآتي:

1. النيابة عن الحكومة والمصالح الحكومية أمام المحاكم.
2. إصدار الفتاوي المبنية على الأسباب القانونية المختصة لمن يستفتيها من الوزارات والمصالح بشأن وثائق الالتزامات والعقود ومقاولات الأشغال العامة وغيرها، مما يرتبط بمصالح الدولة المالية ويكون مدعاة للتقاضي أو بشأن مسألة أخرى ترى الوزارة أو المصلحة عرضها عليه لأجل دراستها.
3. أن تضع في صيغة قانونية الوثائق والعقود المذكورة أو أي مشروع قانون او مرسوم أو قرار أو لائحة أو غير ذلك من الأمور الإدارية التي تعرض عليها لدراستها.

وقد أوجب بذلك القانون لأول مرة على المصالح استثناء إدارة قضايا الحكومة في بعض المسائل مثل عقود الصلح والتحكيم وتنفيذ قرار المحكمين أو في أي أمر تزيد قيمته عن خمسة آلاف جنيه.

وقد ظل الحال على أن تختص المحاكم القضائية بالنظر في المنازعات الإدارية في الحدود السابقة وتتولى لجنة قضايا الحكومة وظيفة الإفتاء والصياغة بجوار مهمتها الأصلية التي أنشئت من أجلها وهي الدفاع عن قضايا الحكومة أمام المحاكم القضائية[1].

ومع هذا التحديد الواضح فقد تثور منازعات في الاختصاص فكيف يحل هذا التنازع وما هي الجهة المختصة بالنظر فيه؟

**أولاً:** يبدو من الطبيعي في ظل القضاء المزدوج كما هو عليه الحال في فرنسا أو مصر أن يثور نزاع في اختصاص المحاكم الإدارية والقضاء العادي سواء كان ذلك النزاع سلبياً أو إيجابياً.

ويتمثل النزاع السلبي في أن كلاً من الجهتين القضاء الإداري والقضاء العادي تحكم بعدم الاختصاص بنظر المنازعة التي طرحت عليها.

ويتمثل التنازل الإيجابي في أن كلاً من محكمتي القضاء الإداري والقضاء العادي تدعي اختصاصها بنظر ذلك النزاع.

نجد في مصر على الرغم من أن مجلس الدولة المصري قد أنشئ في عام 1946م إلا أنه لم يتضمن نصاً في كيفية الفصل في إشكالات الاختصاص بينه وبين المحاكم القضائية إلا أنه في قانون مجلس الدولة رقم (8) لسنة 1949م قد نص على أنه إذا رفعت دعوى في موضوع واحد أمام إحدى المحاكم وأمام محكمة القضاء الإداري أو إحدى محاكم الأحوال

---

(1) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م، ص 34 ومابعدها وص 85 وما بعدها. كذلك أنظر د. أنور أحمد رسلان، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1999م، ص 70 وما بعدها، مصطفي أبوزيد فهمي، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديد، 2005م، ص 10 ومابعدها.

الشخصية أو المجالس المحلية ولم تتخل إحداهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها يرفع تعيين المحكمة التي تفصل فيها إلى محكمة النقض منعقدة بهيئة جمعية عمومية يحضرها على الأقل أحد عشر مستشاراً من مستشاريها.

وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من إحدى المحاكم والأخر من محكمة القضاء الإداري أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس المحلية أو صادر كل منهما من إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس المحلية.

لقد علق أستاذنا المرحوم د. الطماوي على هذين النصين بقوله أنهما معيبان لأنهما يجعلان من المحاكم القضائية وعلى رأسها محكمة النقض خصماً وحكماً.... وليس مرجع العيب إلى احتمال تحيز مستشاري محكمة النقض إلى جانب المحاكم القضائية فهذا ما تفهم عنه ولكن مرجع العيب إلى ذات الأسباب التي من أجلها وجدت المحاكم الإدارية – فإنشاء المحاكم الإدارية هو شهادة من المشرع لعدم صلاحية المحاكم العادية في القضايا الإدارية وكثيراً ما يكون النزاع بين الجهتين، ليس مجرد خلاف على أي من الجهتين يختص بالفصل في النزاع ولكنه أعمق من ذلك وأبعد غوراً لأنه يدور حول اختيار الحلول الواجب الأخذ بها في كثير من المواقف أهي الحلول المدنية فيكون الاختصاص للمحاكم القضائية أم الحلول الإدارية فيكون الاختصاص للمحاكم الإدارية وستحيل محكمة النقض النزاع إلى الحلول المدنية[1] .... لقد استجاب المشرع لهذا النقد فعدل في قانون مجلس الدولة رقم (56) لسنة 1959م فنص في المادة (16) منه على أن تؤلف محكمة تنازع من:-

(أ) رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه رئيساً وعضواً به.

(ب) ثلاثة من مستشاري محكمة النقض تختارهم جمعيتها العمومية سنوياً.

(ج) ثلاثة من مستشاري المحكمة الإدارية العليا يختارهم للشؤون الإدارية سنوياً.

وتوالت التعديلات إلى أن صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979م وعهد بسلطة الفصل في دعاوي تنازع الاختصاص وذلك بموجب المادة (2) (3).

**أولاً: التنازع الإيجابي والسلبي:** وهو إذا قضت جهتا القضاء العادي والإداري باختصاصهما المطلق بنزاع معين كنا أمام صور التنازع الإيجابي وإذا قضت كل منهما بعد اختصاصهما كنا أمام نزاع سلبي وفي الحالتين يتعرض المواطن لحالة إنكار العدالة إذا لم تكن هناك وسيلة لتحديد الجهة المحتصة ولهذا نصت المادة (31) من القانون رقم (48) لسنة 1979م على أنه لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في حالتي النزاع الإيجابي والسلبي.

إن مثل هذا النزاع لا يثور في السودان ذلك أنه وعلى الرغم من أن قانون القضاء الإداري لسنة 2005م قد خصص قاضي المحكمة العليا وقاضي محكمة استئناف للطعون

---

(1) أ.د/ يس عمر يوسف والمستشار د. معوض عبد التواب، رئيس محكمة الاستئناف، القاهرة، موسوعة القضاء الإداري في مصر والسودان 2005م.

وأ.د/ يس عمر يوسف، الدكتور محمد علي خليفة، قاضي المحكمة القومية العليا، قضاء الإلغاء، 2010م.

الإدارية إلا أن هذين القاضيين هما من أعضاء القضاء العادي لذلك فإن المحكمة القومية العليا هي المختصة بالفصل في إشكالات الاختصاص وفقاً لنص المادة (16) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م والتي تخول المحكمة العليا في الفصل في أي من المحاكم المختصة خاصة إذا ثار نزاع إيجابي أو سلبي بين قضاة الطعون الإدارية والمحاكم القضائية الأخرى خاصة فيما يتعلق بدعاوي العقود حيث لم يستقر الآن بصفة واضحة نوع العقود الإدارية.

## المبحث الثالث

## القضاء الإداري في النظام الإنجليزي

إذا كان القضاء الإداري في فرنسا قد نشأ على مفهوم خاطئ لتفسير مبدأ الفصل بين السلطات (Separation of powers) والذي قال به الفيلسوف الفرنسي (مونتشكيو) والذي اعتنقه رجال الثورة الفرنسية باعتبار أن خضوع قضايا الإدارة إلى المحاكم العادية يتعارض مع استقلال الإدارة في مواجهة السلطة القضائية، فإن فقهاء القانون العام في إنجلترا قد رفضوا الأخذ بنظام القضاء الإداري كما هو مطبق في فرنسا على مفهوم خاطئ لتفسير مبدأ حكم القانون (The Rule of Law) علماً بأن النظامين الفرنسي والإنجليزي يتفقان على المبدأ الأساسي الذي هدف إليه القضاء الإداري وهو حماية مبدأ الشرعية حيث يقول الفقيه الإنجليزي (DIECY) (إن الدستور الإنجليزي قام على مبدأ حكم القانون وأن القضاء الإداري هو ذلك المجال الذي يطبق فيه حماية ذلك المبدأ عملياً.

The British constitution is founded on the rule of Law, and administrative is the area where this principle is to be seen in its most active operation.

ويمضي الفقيه (دايسي) فيقول: (إن القضاء الإداري (أي كما نشأ في فرنسا) غريب جداً عن الدستور الإنجليزي لأنه يتعارض مع مبدأ حكم القانون ومع الشريعة الإنجليزية العامة (Common Law) ومع الحرية الدستورية التي نفهمها).

Dicey maintained that administrative law was utterly foreign to our constitution, that it was incompatible with the rule of law, with the common law, and with constitutional liberty as we understand it.

ونرى ضرورة تعريف مبدأ حكم القانون حتى يتبين لنا الخطأ الذي وقع فيه ذلك الفقيه الكبير على حد قول الفقهاء المحدثين أمثال بروفيسور (WADE) وبروفيسور (GARNER) وغيرهم ممن انتقدوا أفكار ذلك الفقيه.

لقد قيل عن مبدأ حكم عدة تعريفات أهمها نجملها في الآتي:

1. إن حكم القانون يعني أن أي تصرف يجب أن يتم وفق القانون .... وهذا هو مبدأ الشرعية.

2. المعني الثاني هو أن تصدر قرارات الدولة وفقاً لإطار القواعد المعترف بها والتي تقيد سلطة الحكومة التقديرية.

The secondary meaning of the rule of Law, therefore, is that government should be conducted within a framework of recognised rule and principles which restrict discretionary power.

3. المعني الثالث يعني أن المنازعات المتعلقة بشرعية أعمال الدولة يجب أن يفصل فيها القضاء والذي هو مستقلٌ عن السلطة التنفيذية.

A third meaning of the law, is that disputes as to the legality of acts of government are to be decided by judges who are independent of the executive.

4. على الرغم من أن القانون يحكم الحكومة والمواطن على حد سواء إلا أنه من الواضح لم يكن ذلك التطبيق بين الطرفين بنفس الدرجة وأن ما يتطلبه حكم القانون هو يجب ألا تتمتع الحكومة بحصانات وامتيازات غير ضرورية من القانون العادي لأن ذلك يمثل ثغرة في القانون .

A fourth meaning is that the law be "even-handed" between government and citizen. Clearly it cannot be the same for both, since every government must necessarily have many special power. What the rule of law requires is that the government should not enjoy unnecessary privileges or exemptions from ordinary law. It was a "lacuna in the rule of law".

ولعل هذا المعني الذي قيل به في القانون الإنجليزي هو نفس المعنى الذي سبقه الفقه الإداري في أن أعمال السيادة التي تتمتع به الحكومة سلطات استثنائية يعد نقطة سوداء في جبين المشروعية.

وكان التاج البريطاني حتى عام 1947م يستثني من القانون العادي، وأن موظفيه محصنون عن الأخطاء التي تقع منهم.

يقول رئيس القضاء الإنجليزي (لورددبنج) وهو من أشهر رؤساء القضاء الإنجليزي في العصر الحديث.

يقول بعض القضاة أن القضاء الإداري كما هو مطبق في فرنسا يضع الإدارة فوق القانون (Putting the executive above the Law) وهذا غير صحيح لأن القانون الإنجليزي لا يسمح للموظف العام أن يحتمي بالقانون الإداري.

ولكن في الواقع إن القانون الإداري يمثل نظاماً للتعويض عن أفعال الموظفين وهو في جوهره أكثر عدالة من ذلك الذي يطبق في القانون الإنجليزي.

والحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر نموذجاً يحتذى في بعض الدول الأخرى كما أخذت به محكمة العدل الأوربية في وقت فيه قانونها الإداري في حالة تتطلب النظر في حين أن هناك من يدافعون عن الأخذ بالنظام الفرنسي في بريطانيا.

لا شك في أن المحاكم الإدارية الفرنسية قد نجحت في فرض رقابة قضائية حقيقية على السلطة التنفيذية مما أدى إلى رفع مستوى الإدارة وأن تلك المحاكم محايدة وموضوعية وإنها محاكم قانون بمعنى الكلمة.

Undoubtedly the French administrative courts have succeeded in imposing a genuinely judicial control upon the executive and in raising the standard of administration. They are impartial and objective courts of law in the fullest sense.

يقول بروفيسور (WADE) إن القاضي الإنجليزي قد تمرس في القانون الخاص ولذلك فإنه يشعر بالحرج عندما يواجه بحالات جديدة في القانون الإداري ليجد لها حلولاً خشية أن يخل بقاعدة قانونية بينما القاضي الإداري هو الذي يبتكر الحلول لمواجهة أي مسائل إدارية تعرض عليه.

ولو تمعنت النظر في القانون الإنجليزي إنه لا يعترف بالقضاء الإداري ولكنه يفهم القانون الإداري ويمجده ويضعه في منزلة الدستور كما سبق وأن رأينا، علماً أن فهمهم للقانون الإداري يتطلب بالضرورة اعترافهم بالقضاء الإداري.

فيقال في تعريف القانون الإداري بأنه ذلك القانون الذي يتعلق بالرقابة على أعمال السلطة الحكومية أي القرارات الإدارية والسلطة الحكومية يقصد بها الأجهزة الحكومية والحكم المحلي ولا يشمل البرلمان نظراً للمبدأ السائد في بريطانيا بمبدأ سيادة البرلمان (Supremacy of Parliament ) الذي يحصن البرلمان من أي رقابة عليه

Is that to say that it is the law relating to the control of governmental power.; the governmental in question is not that of parliament. Parliament is sovereign and is beyond legal control.

**المعني الثاني للقانون الإداري:**

هو مجموعة القواعد التي تحكم ممارسة السلطات العامة لاختصاصاتها وواجباتها والقانون الإداري والإدارة ليست أعداء وإنما أصدقاء والقانون الإداري خلاق وليس معوقاً للإدارة لأن القضاة يعرفون حدود وظيفتهم بطريقة صحيحة.

Administrative law may be said to be the body of general principle which govern the exercise of powers and duties by public authorities.

والاتحاد الأوربي الذي انضمت إليه بريطانيا سنة 1973م (الآن انسحبت بريطانيا من الاتحاد) له نظامه القانوني الخاص والذي أصبحت تطبقه محكمة العدل الأوربية وفقاً لاتفاقية روما سنة 1957م حتى اتفاقية أمستردام 1998م والتي وضعت تشريعاتها بواسطة الاتحاد الأوربي سنة 1972م بأن ذلك التشريع له الأسبقية في التطبيق على التشريعات الوطنية، ومعظم قوانين الاتحاد لها تأثير على الدول الأعضاء ولذلك يجب على تلك الدول أن تطبق وتنفذ نصوص الاتفاقية في تشريعاتها الداخلية، والاتحاد الأوربي له قانونه الإداري الخاص والذي بموجبه تلغي المحكمة الأعمال غير القانونية وتعوض عنها، وأساس تلك المحكمة وسلطاتها هي عبارة عن نموذج من مجلس الدولة الفرنسي ويخضع جميع قوانين كل الدول الأعضاء لقانون الاتحاد.الذي تعلنه المحكمة والتي تعبر عنه المحكمة ذات السلطة النهائية.

The European Communities now the European Union, of which Britain became a member in 1973, have their own legal system, which has been vigorously developed by the European Court of justice Luxembourg in accordance with a series of treaties (Rome (1957) to Amsterdam (1988) and the legislation made under them by the community authorities. It is a condition of membership, fulfilled in Britain by the European Communities Act 1972, that Community Law takes precedence over national Law, and many rules of Community Law have direct effect in the member states, so that they must be applied and enforced by national courts. A brief general account of this system will be applied found below. Community law contains is own administrative Law, under which the Court of justice can annul unlawful acts of the community authorities and award compensation against them. The Court's constitution and power are modeled on those of the French Conseil d'?Etat. the subordination of all the law of the member states to community law as declared by the Court makes the Court an extremely powerful tribunal

وعلى الرغم من أن بريطانيا انسحبت من الاتحاد إلا أنها تأثرت خلال عضويتها التي استمرت أكثر من خمسة وثلاثين عاماً وهي مدة كافية ليطبق القضاء الإداري فيها.

وكما جاء في مؤلف (WADE) المشار إليه أن الغرض الأساسي للقانون الإداري أن يضع سلطات الدولة في حدودها القانونية وذلك لحماية المواطن ضد تعسفها.

The primary purpose of administrative law, therefore, is to keep the powers of government within their legal bounds, so as to protect the citizen against their abuse.

وعليه فإن القضاء الإداري قصد به حماية مبدأ الشرعية بمعنى أن تصدر الإدارة قراراتها وفقاً للقانون وإلا كانت باطلة تستوجب الإلغاء والتعويض.

## المبحث الرابع

## القضاء الإداري في السودان

لقد عرف السودان القرار الإداري والرقابة عليه من خلال القضاء الموحد الذي يسود في النظام الإنجليزي، ولو رجعنا إلى قضية محمد عبد القادر خوجلي ضد حكومة السودان وآخرين سنة 1940م المنشورة في (Sudan Law reports) القضايا المدنية المجلد الثاني من 1932م- 1940م ص 400 والتي تتحصل وقائعها في أن مفتش المركز قد أصدر إعلاناً للطاعن لبيع العقار المملوك على الشيوع حسب نص المادة (3) من قانون الأراضي غير المسجلة لسنة 1922م وأن الإعلان لم يصل للطاعن وقام معين المركز ببيع ذلك العقار حيث طعن المدعي بأن المفتش ليس له اختصاص في بيع العقار وإنما ذلك من سلطة المحافظ وان ذلك القرار الإداري يعتبر باطلاً واستأنف الطاعن إلى قاضي المديرية والذي جاء قراره كالآتي:-

1. إن الإعلان الذي أرسل للطاعن عن طريق البريد لا تشوبه إجراءات جوهرية تؤدي إلى بطلان البيع وإن عدم إعلان الطاعن عن طريق الصحف أو أن البيع بعد عشرة أيام من تاريخ الإعلان لا تؤدي أيضاً لبطلان القرار ولكن يمكن للطاعن أن يطالب بالتعويض بموجب دعوى صحيحة.

وأن مفتش المركز له الحق في الإعلان عن البيع نيابة عن المحافظ ولكن المحافظ يجب بنفسه أن يبيع العقار وأن غياب ممارسة هذه السلطة ممارسة فعلية بواسطة المحافظ تؤدي إلى بطلان البيع بموجب القانون.

ولا شك أن الحكم في نظر القضاء الإداري الحديث معيب لأن القانون نص على إجراءات يجب أن تتبع في الإعلان عن بيع العقار وكيفية تنفيذ ذلك الإعلان وخص المحافظ بنفسه أن يقوم بإجراءات البيع ولم تتبع هذه الإجراءات فإن البيع يعتبر باطلاً بدليل أن المحكمة وجهت الطاعن بأن يرفع دعوى صحيحة ليطالب بالتعويض وهذا يعني أن القضاء الإداري هو قضاء إلغاء وليس قضاء تعويض وهذا الحكم يعتبر محل نظر.

لقد ابتعد القضاء الإداري في السودان عن القضاء الموحد في النظام الإنجليزي عندما اعتبر الشكل ركناً من أركان القرار الإداري على خلاف النظام الإنجليزي الذي عادة لا يهتم بالشكليات علماً أن قواعد الشكل والإجراءات في إصدار القرارات الإدارية مقصود بها حماية المصلحة العامة وذلك بتجنيب الإدارة مواطن الزلل والتسرع وقد استقر الفقه والقضاء في نظام القضاء المزدوج أن الأصل في الشكليات والإجراءات أنها مقررة لمصلحة عامة قدرها المشرع فهي تمس الصالح العام ولما كان القانون الإنجليزي والأمريكي لا يهتمان

بهذا الشكل إلا بعد التعديل الخامس على الدستور الأمريكي والذي أهم ما جاء فيه أنه لا يحرم شخص من حياته أو حريته أو ملكه إلا بناء على الإجراءات السليمة ( Due Procures of Law).

لقد عرف قانون القضاء الإداري لسنة (2005م) القرار الإداري بذات التعريف الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري وبدأت المحاكم في السودان تحكم وفقاً لذلك التعريف الذي ورد في المادة (3) من القانون المشار إليه، وبذلك اقترب القضاء الإداري في السودان من القضاء المزدوج.

لقد خصص قانون القضاء الإداري المشار إليه قاضياً من المحكمة القومية العليا للنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء القومي أو الوزراء القوميين وفقاً لنص المادة (4) (1) ثم خصص قاضياً من محكمة الاستئناف للنظر في الطعون المقدمة ضد السلطات الولائية والشخصيات الاعتبارية العامة، ومعنى هذا أن المشرع بدأ يرى ضرورة وجود محاكم معينة للنظر في الطعون الإدارية مما ينبئ بوجود قضاء إداري متخصص في المستقبل وهذا هو الأفضل.

لقد ارتفعت أصوات في الحوار الوطني بضرورة وجود قضاء إداري إلا أننا لم نرها في المخرجات مما يعني إسقاطها سهواً أو عمداً إلا أن كل الظروف الموضوعية تحتم ضرورة وجود قضاء إداري في المستقبل بجانب القضاء العادي مثل ما قام القضاء الدستوري المتمثل في المحكمة الدستورية.

ولذلك فإن مستقبل القضاء الإداري في السودان قد أصبح واضحاً حيث صدر قانون القضاء الإداري ولا يمكن أن يصدر قانون قضائي دون أن يكون هنالك محاكم يطلق عليها اسم القانون.

وعليه نقترح أن يلغي ديوان العدالة للعاملين سواء على المستوى الاتحادي أو المستوى الولائي لتحل محله محاكم تأديبية تأتي في السلم الأخير لترتيب المحاكم الإدارية التي تتمثل في الآتي:-

1. المحاكم الإدارية
2. محكمة القضاء الإداري لمحكمة الاستئناف وقرارها بها
3. المحاكم التأديبية
4. المحكمة الإدارية العليا لمحكمة طعون قانونية ويجب أن يكون هنالك دبلوم عالٍ للقانون العام يدرس فيه القانونان الإداري والدستوري ثم القضاء الدستوري لأن التخصص في هذين القانونين في غاية الأهمية.

## خاتمـــــة

نخلص من هذا البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

**أولاً: النتائج:-**

1. إن هدف القضاء الإداري سواء كان مزدوجاً أو موحداً هو حماية مبدأ الشرعية
2. أن معظم الدول تنتهج مسلك القضاء الإداري
3. إن السودان متجه للأخذ بالقضاء الإداري.

**ثانياً: التوصيات:-**

نوصي بالآتي:

1. أن ينشأ القضاء الإداري مستفيداً من القضاء المزدوج والقضاء الموحد وأن ينص عليه في الدستور
2. إنشاء تخصص عالٍ فوق الجامعة للقانون العام.

وعلى الله قصد السبيل

# طبيعة وأسباب منازعات الاستثمار في السودان وطرق تسويتها

إعداد د. ابراهيم محمد أحمد دريج

**مستخلص**

في ظل الاهتمام المحلي والدولي بالاســـتثمار لأهميته على دخل الفرد والجماعة وفي تطوير مقدرات الدولة لسد النقص في الخزينة العامة بجذب مدخرات المستثمرين الأجانب وتشجيع الوطنيين ، فإن هذه العملية الاستثمارية تعترضها عدة مشاكل ومعوقات سياسية وقانونية الأمر الذي يتطلب وجود ضمانات من قبل الدولة لتلافي الكثير من هذه المعوقات التي قد تقود إلى نزاعات، وهذه النزاعات يرجع بعضـها إلى المســـتثمر وبعضـــها إلى الدولة وبعضـــها إلى قوة قاهرة الأمر الذي يتطلب إيجاد آليات مناســـبة لتسـويتها وهذه الآليات تعد إحدى ضـمانات الاسـتثمار حيث يطمئن المسـتثمر قبل وبعد حدوث النزاع بوجود هذه الآلية التي يرتضـيها سـواء آليات ودية أو قضـائية أو تحكيم، هذه الورقة تسلط الضـوء على كيفية الحصول على الاستثمار سواء بالترخيص أو العقد أو الاتفاقية الثنائية وكذلك التعرف على طبيعة وأسـباب هذه النزاعات والطرق المناسـبة لحلها سـواء على المسـتوى المحلي أو الدولى، والمشـكلات المتعلقة بهذه الاليات من حيث تضـارب القوانين والسـياسـات الوطنية المتعلقة بالاسـتثمار وكذلك تباين تطبيق هذه القوانين من جهة لأخرى في الدولة الواحدة، خرجت الورقة بالعديد من النتائج منها أن معظم مشـروعات الاسـتثمار في السـودان تمنح بموجب تراخيص من قبل السـلطات المختصـة بالاسـتمار وأن عقود الاسـتثمار تكون بشـكل أكبر في مجال البنيات التحتية، كما أن الوسـيلة المناسـبة لتسـوية منازعات الاسـتثمار هي التحكيم لميزات السـرعة في حل النزاع، كما خرجت الورقة بالعديد من التوصـيات منها ضـرورة الثبات التشـريعى في مجال الاسـتثمار وعدم تدخل الدولة بعمل سـياسـات تتعارض مع القانون وكذلك ضرورة إلزامية حل النزاعات المتعلقة بالاستثمار عن طريق التحكيم.

**ABSTRACT**

In light of the local and international by investment for its importance of the income of the individual and the community and in developing the capacity of the state to fill the shortage in the public treasury by attracting the savings of foreign investors and encouraging the nationalists, this investment process is faced by several problems and political and legal obstacles, which requires the existence of guarantees by the state to avoid many of these obstacles Which may lead to disputes, some of these disputes refer the investor and some of them to the state and some to force majeure, which requires the of appropriate or suitable means for settlement and these means is one of the investment guarantees where the investor reassures before and after the dispute arise, The existence of this means, whether amicably or judicially or arbitration . This paper sheds light on how to obtain investment, either by license, contract or bilateral agreement, as well as to identify the nature and causes of these disputes and ways to solve them, both locally and internationally, and problems related to these means In terms of the conflict of laws and national policies related to investment as well as variation in the application of these laws from one side to another in one country, the paper came out with many results, including that most investment projects in Sudan are granted under licenses by the competent authorities, whereas Investment contracts are the largest in the field of infrastructure, and the appropriate means to resolve investment disputes is arbitration for the advantages of acceleration in resolving the dispute, and the paper has several recommendations, including the need for legal stability in the field of investment and non-interference of the state policies contrary to the law as well as the necessity of resolving Disputes relating to investment through arbitration.

**مقدمـــــة:**

الاســتثمار وســيلة لتنمية الأموال للفرد والجماعة والدولة وهو يختلف عن التجارة من حيث إن التجارة تعني بالمفهوم العام عملية البيع والشــراء للســلع والخدمات بينما الاســتثمار يعني تدوير رأس المال من أجل إنتاج الســلع أو الخدمات، ويختلف الهدف من الاســتثمار بالنســبة للفرد أو الدولة حيث يهدف الفرد في الحصـول على عائد مادي من خلال تسـخير إمكانياته المتاحة في مجالات الاسـتثمار المختلفة سـواء صناعية أو زراعية أو خدمية، بينما تهدف الدولة إلى تحقيق عدة أهداف من بينها الأمن الغذائي وإنشاء البنيات التحتية وتشغيل العمالة والحصول على العملات الحرة، كما تهدف الدولة من الاستثمار تحاشي القروض والتمويل من الصناديق الدولية التي تتطلب أخذ الفوائد المرهقة.

تهدف هذه الورقة إلى التعرف على الاسـتثمار وكيفية الحصـول عليه وكذلك أسـباب المنازعات وكيفية تسوية تلك المنازعات .

## المبحث الأول : تعريف الاستثمار

الاسـتثمار لغة مشـتق من الثمر أي حمل الشـجر وأثمر الشـجر أي أخرج ثمره، وأثمر الرجل كثر ماله، والثمر بمعنى المال وثمر ماله أي نماه (1) ويســـتفاد من هذا المعنى قوله تعالى: (وَكَانَ لَهُ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أكثر مِنكَ مَالاً وَأَعَزُّ نَفَراً ).(2)

الاستثمار مصدر للفعل (استثمر) الدال على الطلب وهو المشتق من الثمر، والثمر: حمل الشجر، والولد ثمرة القلب لأن الثمر ما ينتجه الشجر والولد ما ينتجه الأب، والمثمر الذي فيه ثمر والثمر المال المثمر، والثمر أنواع المال وجمع الثمر ثمار وثمر ماله نماه وأثمر الشيء إذا أتى بنتيجة. (3)

هو انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي بما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضـيفة. (4) كما عرف البعض الاسـتثمار بأنه أي نشـاط اقتصـادي يكون له عائد للمالك بشكل مباشر أو غير مباشر، وعرفه آخرون بأنه استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة أو بشراء الآلات والمواد الأولية وإما بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات.

عرف الاســتثمار في اللغة الانجليزية بكلمة Investment وهو كمية رأس المال المســتخدمة في إنتاج الخدمات أو السـلع وتوفيرها في الأسـواق ويعرف أيضـاً بانه الممتلكات والأصـول التي يحصـل عليها الأفراد للحصول على المال في الحاضر او في المستقبل، أو وضع مبلغ مالي واستثماره في شئ معين مثل الأعمال التجارية ومنها شراء المعدات والآلات.

دولياً سعت الاتفاقيات الدولية إلى تحديد مفهوم الاستثمار محاولة لسدّ الفراغ الناتج عن إخفاق الاتفاقيات المتعددة الأطراف وعدم قدرة المنظمات العالمية للانتقال من الخطاب النظري إلى تنظيم دولي عملى لذلك فقد سـعت إلى إعطاء مفهوم متعدّد للاسـتثمار، وعلى الرغم من عدم وجود تعريف عام ومؤسـس

لمعايير موضـوعية في صـلب هذه الاتفاقيات فقد احتوت الاتفاقيات الثنائية على صـنفين من التعريفات لمفهوم الاستثمار حيث يرتكز التعريف الأول على مجموعة من المرادفات وهي "سلع وحقوق وأسهم"، في حين يقوم التعريف الثاني على تعريف الاسـتثمار بأنّه بعض العمليات الاقتصـادية المحدّدة ، كما أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية تذهب إلى تعريف الاستثمار على سبيل المثال اتفاقية تشجيع الاستثمار بين السـودان والصـين الموقعة عام 200 حيث عرفت الاسـتثمار بأنه كل مسـاهمة مباشـرة أو غير مباشـرة لرأس مال أو نوع آخر من أنواع الأصول المستثمرة أو المعاد استثمارها في مجال الزراعة والصناعة والخدمات (5).

## أنواع : تراخيص وعقود واتفاقيات الاستثمار:

دائماً الطرف الأول أو مانح الاســتثمار هي الدولة بما تملكه من ســلطة وعلى الأرض والثروات التي يمكن الاســتثمار فيها، فالدولة نفســها عن طريق أجهزتها قد تســتثمر كما الأفراد والكيانات الاعتبارية وهذا الاستثمار في معظم الدول وخاصة السودان يكون بعدة طرق منها:

### أولاً : الترخيص للمستثمر لإقامة المشروع:

وذلك وفقاً لأحكام المادة (4) من قانون تشجيع الاستثمار التي نصت بأنه لا يجوز لأى شخص إقامة أى مشروع في السودان إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الوزير وفقاً لأحكام هذا القانون (6).

ويتم ذلك بقيام المسـتثمر بإعداد وتقديم دراسـة جدوى بشـأن المشـروع الذي ينوي إقامته حيث نصـت المادة 20 بأنه لا يجوز منح الترخيص لأى مشـروع أو منحه أى ميزات أو ضـمانات مما هو وارد في هذا القانون، إلا بعد تقديم دراسـة جدوى فنية واقتصـادية للمشـروع، تتم دراسـة الجدوى من قبل لجنة مختصـة توصـي بالتصـديق أو الرفض أو التوجيه باسـتكمال بعض البيانات وتصـدر موافقة مبدئية بالترخيص مقرونة باسـتيفاء بعض المطلوبات الإجرائية ومن ثم يتم منح المسـتثمر الترخيص النهائي إيذاناً بمزاولة العمل وهو تنفيذ المشروع.

يحتوي الترخيص على البيانات المهمة المتعلقة بالمشـروع من اسـم مالك المشـروع ورقم شـهادة اسـم العمل وضـوابط إقامة المشروع وقد يتضـمن الأرض المخصـصـة له مع توضـيح المكان والمساحة هذا إذا كانت هنالك أراض جاهزة أو بموجب قرار لاحق وكذلك الإعفاءات الضـريبية والجمركية للآليات والمعدات الخاصـة بالمشـروع، يجوز للمسـتثمر بعد الترخيص إقامة المشـروع بالإيجار أو بالمكان المخصـص والذي يقوم بالتشـييد خلال مدة لا تتجاوز العام من تاريخ التخصـيص وبالعدم يحق لسلطات الاسـتثمار إصـدار قرار بالنزع والغاء الترخيص لعدم قيام المشـروع، كما يحق للمسـتثمر بعد إقامة

المشروع أن يتصرف بإدخال شريك أو رهن المشروع وآلياته أو التنازل عنه أو تغيير الغرض وذلك بعد موافقة سلطات الاستثمار وفقاً للقانون (7).

إن الترخيص بإقامة المشروعات الاستثمارية لا يختص بجمهورية السودان فحسب بل نجد ذلك في عدد كبير من الدول وعلى سبيل المثال فإن قانون ضمانات وحوافز الاستثمار والمناطق الحرة لسنة 1997م لجمهورية مصر العربية قد نص في المواد (51-55) على كيفية إقامة المشروع الاستثماري وذلك عن طريق الحصول على الترخيص أو توقيع عقد، ويتم كل ذلك عن طريق الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة والتي يوجد بها مكاتب للجهات الحكومية والمعنية بالنشاط الاستثماري كنظام النافذة الواحدة المعمول بها في السودان وتتم الإجراءات بواسطة هذه المكاتب من تلقي الطلبات وإنهاء جميع المعاملات من إبرام العقود ومنح التراخيص على أن يصدر قرار الترخيص النهائي بواسطة الهيئة العامة للاستثمار.

جدير بالذكر أنه إذا كانت هنالك اتفاقية استثمار ثنائية بين السودان ودولة أخرى تتضمن نصوصاً متعلقة بالحماية والتشجيع ومنح مواطني البلدين التمتع بنصوص تلك الاتفاقية فإن ذلك المواطن الأجنبي ولكي يستثمر لا بد وأن يقوم بالإجراءات الخاصة بالحصول على الترخيص حسب القانون من تقديم دراسة جدوى والحصول على الموافقة المبدئية والنهائية وتسجيل اسم عمل، لكن بشأن الضمانات والحوافز والامتيازات فإن له الحق في التمتع بما تنص عليه الاتفاقية المبرمة بين السودان ودولته. ومن ناحية أخرى فإن الترخيص بالمشروعات قد يكون لمشروعات كبيرة أو صغيرة كالمطاعم بعكس العقود أو الاتفاقيات فإنها تكون في المشروعات الاستراتيجية والكبيرة المتعلقة بالبنيات التحتية على وجه الخصوص كإقامة الجسور والمطارات والطرق.

**ثانياً : عقود الاستثمار**

عقد الاستثمار يعد إحدى الطرق التي يتم بها الحصول على الاستثمار ويتم ذلك بالتعاقد مع الأفراد أو الجهات الاعتبارية المحلية أو الدولية والأخيرة هي الغالبة حيث تلجأ الدولة إلى استقطاب رأس المال الأجنبي لصعوبة قيام الدولة بكل الأعباء السياسية والاقتصادية والتنموية والاجتماعية وذلك بمشاركة القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي حكومياً أو خاصاً، فرداً أو شركة وهذا الاستقطاب لرأس المال الأجنبي يكون في معظم الحالات لتنفيذ المشروعات الضخمة مثل البنيات التحتية من طرق وجسور وأنفاق ومطارات ومرافق صحية ومشاريع الأمن الغذائي، كما أن بعض هذه المشروعات تكون في شكل امتياز تمنحه الحكومة للمستثمر الأجنبي لتنفيذ المشروع خلال مدة قد تتجاوز في بعض المشروعات (50) سنة بحيث يتمكن المستثمر من إنشاء المشروع وتشغيله واستثماره ليعود له بالفائدة

التي تغطي له تكلفة إنشـاء المشـروع والأرباح ومن ثم تعود ملكية المشـروع للدولة هذه المشـروعات والتي تخص البناء والتشييد ونقل الملكية التي تسمي بعقود (البوت) ومن أمثلة هذه العقود الدولية امتياز خط السكة حديد الذي يربط الإسكندرية والسويس عام 1851 (8).

في السـودان هنالك عدة مشـروعات تم تنفيذها عن طريق عقود البوت مثل العقد الموقع بين ولاية الخلرطوم وشـركة البدر انترناشـيونال الكويتية (مدينة النيل الأزرق) على شـريط النيل المحاذي لمدينة الجريف بمساحة أربعة ملايين متر مربع وكذلك عقد الولاية مع شركة بنيان لاستثمار المنطقة المحاذية من الجانب الغربي للنيل الأبيض جنوب السـلاح الطبي، أيضـاً عقد ولاية الجزيرة مع شـركة دريم لاند لإنشـاء المدينة السـياحية بمحلية الكاملين وكذلك اتفاق الاسـتثمار الزراعي بين ولاية الجزيرة وشـركة أحمد عثمان عبد السلام للتجارة والاستثمار المحدودة الموقع بتاريخ 12 إبريل 2012م لإقامة مشـروع سـكر خضـيرة بمحلية أم القرى بمسـاحة 86 ألف فدان، كذلك عقد إنشـاء مدينة الطفل عام 1998 بين الجمعية الخيرية الإفريقية لرعاية الأمومة والطفولة وبين المسـتثمر السـعودي الألماني الجنسـية عبد الملك عبدالله العلبي بغرض إنشـاء مدينة الخيال العلمي للأطفال (مدينة الطفل حالياً ) بمدينة الخرطوم والبالغ مساحتها (300.300 م م) وذلك لمدة 30 عاماً.

كذلك العقد المبرم بين هيئة الطرق والجسـور عام 2006م وشـركة السـهلي السـعودية لإنشـاء طريق التحدي الخرطوم – عطبرة وكذلك العقد الذي وقعته ذات الهيئة مع شـركة الراجحي السـعودية لتوسـعة طريق الخرطوم مدني وهذا العقد تم فسخه قبل بدئه، وكذلك كبري المك نمر الذي كان من المفترض أن ينفذ على نظام البوت ولكن تم تنفيذه عن طريق تمويل عادي من بنك تنمية الصـادرات التركي لشـركة سودانية بضمانات معينة وتم تشييده باتفاق مع شركة صينية .

كما وقعت وزارة التخطيط العمراني وشـركة واحة الخرطوم للتنمية في 22 إبريل 2008م عقداً لتأهيل وتطوير ميدان الأمم المتحدة مع مجموعة شركات جامسو الصينية وشركة مان السودانية وذلك بتكلفة تبلغ (10) ملايين دولار امريكي في إطار خطة الوزارة المتكاملة لتطوير منطقة وسـط الخرطوم (The New Down Town). كذلك تم التوقيع على تنفيذ طريقي الدمازين الكرمك بطول 57 كيلو متر وبتكلفة 26 مليون دولار بين الهيئة القومية والطرق والجسـور وشـركة هجليج، وطريق كادقلي كاودا بطول 33 كيلو متراً بين الهيئة القومية للطرق والجسور وشركة شيكو سودان الصينية على أن يتم إنجاز هذين المشـروعين بنهاية العام 2010م، وأيضـاً مشـروع الميناء البري الذي أنشـأته شـركات النفيدي والتي ستتقاضـى أجره لمدة معينة ثم يتحول للحكومة لاحقاً، هذه المشـروعات الضـخمة أيضـا تنفذ في مجالات الطاقة بعقود امتياز أو مشـاركة أو مقاولة كالتي تبرمها وزارة الطاقة مع الشـركات الهندية والصينية والماليزية وغيرها.

من ناحية أخرى فإن بعض هذه المشروعات الضخمة دائماً تحتاج لأراض شاسعة الأمر الذي نجده في السودان على وجه الخصوص تقابله صعوبات منها ملكية الأهالي للأراضي الأمر الذي يستدعي إجراء المفاوضات مع هؤلاء الملاك للوصول معهم إلى اتفاق لتعويضهم والتنازل عنها للمصلحة العامة كما يتم ذلك أحياناً وفقاً لقانون نزع ملكية الأراضي لسنة 1930 بإصدار قرار من والي الولاية بالنزع والتعويض وفي كثير من الأحيان نجد أن عدة منازعات وخلافات تثور بشأن النزع وبشأن التعويض، ويتضح ذلك على سبيل المثال المشاكل والصراعات التي حدثت بين ولاية الجزيرة وشركة دريم لاند من جهة وملاك الأراضي من جهة أخرى (9).

وكذلك قد يثور الأهالي ضد مثل هذه المشروعات إذا رأوا أنها ضد المصلحة العامة كالتي تمت بشأن العقد الموقع بين الهيئة المصرية للسياحة والفنادق نيابة عن وزارة السياحة والفنادق مع شركة جنوب الباسفيك لبناء متنزهات وشاليهات جوار الأهرامات حيث قامت ثورة شعبية ضد المشروع خوفاً من ضياع الآثار المصرية الأمر الذي اضطرت الحكومة المصرية لإصدار قرار من جانب واحد بإلغاء العقد وتم اللجوء للتحكيم بواسطة محكمة غرفة التجارة في باريس (ICC) ثم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطون حيث صدر الحكم ضد الحكومة المصرية بدفع مبلغ قدرة 27 مليون دولار (10).

تلجأ معظم الحكومات لمعالجة هذه الإشكاليات المتعلقة بملكية الأراضي بواسطة المواطنين والمستثمرين في تلك المشروعات بالتعهد أو بالنص في العقد بتقديم خدمات لأهالي المنطقة من طرق ومستشفيات ومدارس بجانب توظيف أبناء المنطقة هذا بجانب العائد غير المنظور والخاص برفع مستوى التنمية في المنطقة عن رصيفاتها المجاورة وهذا ما يسمى بالمسؤولية الاجتماعية.

كما سبق وأن أشرنا فإن معظم هذه المشروعات الكبيرة تتم بواسطة عقود وليس عن طريق إصدار تراخيص ولا يمنع ذلك أن يتم تسجيل شركة لتقوم بتنفيذ المشروع ومن ثم تقوم الشركة بتسجيل عدة أسماء أعمال للحصول على الامتيازات المنصوص عليها في القانون.

جدير بالذكر أن أهمية عقد الاستثمار تكمن في أن مثل هذه المشروعات الكبيرة تحتاج لامتيازات وضمانات إضافية عن تلك التي بالقانون، كما يحدد التزامات الطرفين والمقابل الذي قد يدفعه المستثمر للدولة لافتقار القانون لهذه الميزة كما قد ينص هذا العقد على طبيعة المخالفات والجزاءات وكيفية تسوية المنازعات، هذا بالإضافة إلى أن أحد أطراف العقد هو الحكومة بخلاف منح المشروع عن طريق الترخيص حيث لا يوجد طرف أول أو ثان بل الحقوق والواجبات والالتزامات والميزات والضمانات تكون مستمدة من القانون واللوائح الصادرة بموجبه (11).

**ميزات وعيوب عقود الاستثمار:**

بقدر ما لعقود الاستثمار من ميزات وفوائد كبيرة تعود للدولة والمستثمر من خلال تنفيذ المشروعات الضخمة برؤوس أموال كبيرة تسهم في تحريك اقتصاد الدولة والقطاع الخاص كما تسهم في إدخال التقنية المتطورة للبلاد وتشغيل وتدريب العمالة الوطنية عليها هذا بالإضافة إلى تقليل الإنفاق العام والاقتراض الحكومي الذي يسبب عجزاً في الموازنة في كثير من الأحيان لسداد الدين الخارجي، بقدر هذه الميزات إلا أن البعض يرى أن هذه العقود الدولية للاستثمار لها سلبيات منها القضاء على المقدرات الحكومية والقطاع الخاص عن طريق المنافسة غير المتكافئة هذا بجانب تأثيرها على السياسة الداخلية وسيادة الدولة في حال سيطرة هذه المشروعات على قطاعات بعينها بالإضافة إلى أن هذه المشروعات قد تدر أرباحاً طائلة للطرف الأجنبي مالك المشروع وتصديره إلى خارج البلاد دون استغلاله في مشروعات أخرى ومن ناحية أخرى إذا لم تتابع الدولة مثل هذا المشروع عن كثب ربما يتم تسليمه لها بعد نهاية المدة والآليات والماكينات قد هلكت تماماً لعدم توفر الاسبيرات نسبة لقدم التقنية وظهور تقنية جديدة في العالم في ذات المجال، لذلك يرى البعض ضرورة وجود نسبة مقدرة من مساهمة الدولة في هذه المشروعات من أجل المراقبة والمتابعة لمصلحة الطرفين، من ناحية ثالثة فإن هذه المشروعات بطريقة غير مباشرة تكلف الدولة مبالغ طائلة تتمثل في الإعفاءات الجمركية والضريبية وإهدار العملة الحرة في حال الاتفاق على تحويل الأرباح ودفع رواتب العاملين بالعملة الحرة (12).

**إبرام عقود الاستثمار:**

نظراً لأهمية هذه العقود من ناحية إقامتها في مساحات كبيرة بأموال ضخمة تتوقع منها الدولة عائداً مجزياً في المرفق المعني من سد العجز أو النقص ومن دعم الاقتصاد وتشغيل العمالة ونقل التقنية المتطورة إلا أنه لا بد من التريث وأخذ الحيطة اللازمة قبل الدخول في مثل هذا التعاقد، حيث من الأوفق طرح هذا المشروع في عطاء أو مناقصة على المستوى المحلي والدولي وتكوين لجنة مقتدرة لدراسة العروض لاختيار الأفضل من حيث كفاءة المستثمر المالي والفني والتجربة الطويلة الممتازة في المجال، ثم إصدار التوصية بالقبول المبدئي لعرض ما ومن ثم إرسال لجنة تضم تخصصات مختلفة ذات صلة بالمشروع للاطلاع على تلك المؤهلات على أرض الواقع وتفويضها للتفاوض مع المستثمر للحصول على المزيد من المكاسب والضمانات الكافية لمقدرة تنفيذ المشروع ومن بعد ذلك إعداد مسودة العقد وإحالته لجهات الاختصاص بالدولة لأخذ رأيها الفني سواء أكان هذا الرأي مالياً أم قانونياً أم تقنياً أو غير ذلك ومن بعد ذلك تحال مسودة العقد لوزارة العدل لمراجعة وإحكام الصياغة القانونية ومن بعد ذلك يتم التوقيع من قبل الطرفين المفوضين قانوناً، وبعد التوقيع لا بد من إحالة صورة من

العقد للجهات ذات الصلة بالدولة لمتابعة التنفيذ بشكل مباشر أو غير مباشر وفقاً لبنوده حيث إن هنالك عدة مشروعات فشلت بسبب عدم وجود او تقاعس الجهة المتابعة او المشرفة على التنفيذ.

**ثالثاً: اتفاقيات الاستثمار الثنائية:**

تلجأ الدولة في كثير من الحالات إلى تشجيع رجال الأعمال الوطنيين وجذب رؤوس الأموال الأجنبية لاستثمارها لحاجتها إلى الدور الذي يلعبه الاستثمار والمستثمرون في الإيفاء ببعض الحاجات التي تفتقر الدولة القيام بها لضعف اقتصادها أو عدم امتلاكها التكنولوجيا والخبرة الفنية وما إلى ذلك، وقد أثبت الواقع أن هنالك مؤسسات دولية لها مقدرة مالية تفوق المقدرة المالية للدولة وبالتالي إذا ما تم استقطابها ستعود بالنفع الكبير للدولة لإقامة المشروعات خاصة الاستراتيجية المتعلقة بالبنية التحتية والخدمات الصحية والزراعية ومعالجة مشكلة الأمن الغذائي وكذلك حل مشكلة البطالة بقدر ما، هذا الاستثمار الأجنبي قد يكون جذبه واستقطابه باتصال مباشر بين الدولة الراغبة أو المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي سواء كانت دولة أو فرداً أو شركة وبالتالي يتم الاتفاق عن طريق التعاقد أو إصدار تراخيص الاستثمار على نحو ما بينا سابقاً، من ناحية أخرى قد يتم استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية عن طريق توقيع اتفاقية ثنائية بين الدولتين لحماية وتشجيع الاستثمار ويستفيد من أحكام هذه الاتفاقية مواطنو الدولتين، وتلجا الدول إلى عقد هذه الاتفاقيات لعدم ثقتها في فعالية القانون الوطني من جانب الحماية والضمانات بجانب قابليته للتعديل والإلغاء من وقت لآخر حسب سياسات الدولة تجاه الاستثمار لعوامل اقتصادية أو سياسية هذا بخلاف أن الاتفاقية قوتها تكمن في عدم إمكانية إلغائها من طرف واحد وسيادتها على أحكام القانون الوطني بجانب أن الاتفاقية تشتمل على التزامات للطرفين تتعلق بالضمانات والحماية وتسوية المنازعات وبهذا فإن هذه الاتفاقية تأخذ الطابع الدولي لعدم خضوعها لأحكام القانون الوطني على الرغم من اتخاذ الاتفاقية الطابع الثنائي لا الدولي نسبة لفشل المساعي الدولية لعقد اتفاقيات استثمار متعددة الأطراف للتباين الكبير في مصالح الدول خاصة الصناعية الكبرى، لكن على الرغم من ذلك فقد تم عقد اتفاقيتين لحماية الاستثمار لكن ذات طابع قطاعي هي اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بواشنطون عام 1965م والذي تم بمقتضاها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والأخرى تتعلق بضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية وهي اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المعروفة اختصاراً بالميقا (13) .

من ناحية أخرى فإننا نجد أن هنالك اتفاقيات إقليمية متعلقة بالاستثمار كالاتفاقية العربية لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980م والتي في إطارها تم إنشاء محكمة الاستثمار العربية، كذلك اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لسنة 1974م واتفاقية

الاستثمار بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي، كذلك اتفاقية التبادل الحر المبرم بين كندا والمكسيك والولايات المتحدة الأمريكية عام 1992م المعروفة بالنافتا (14) والتي تحتوي على قسم مهم يتعلق بالاستثمار وحمايته، كذلك اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار الموقعة في إطار اتفاقية السوق المشتركة لجنوب وشرق إفريقيا المعروفة بالكومسا (15).

**إجراءات إبرام الاتفاقية:**

لا اتفاق فى كل المعاملات خاصة التى تبرم بموجبها عقود أو اتفاقيات مكتوبة أو غير مكتوبة من غير مفاوضات شفهية أو كتابية وبالتالى فإن اتفاقيات الاستثمار على وجه الخصوص تتم بعد مفاوضات مطولة للوصول إلى توافق يفضي إلى التوقيع والمصادقة، هذه المفاوضات فى كثير من الأحوال تقودها لجان تمثّل فيها المختصين فى كل البنود التى تتضمنها الاتفاقية من اقتصاديين وقانونيين وسياسيين وأمنيين، بعد التوصل عبر التفاوض إلى اتفاق على كافة البنود تتم صياغة الاتفاق فى قالب قانونى من قبل خبراء فى المجال القانونى لأن الصياغة الدقيقة والسليمة تقود إلى التنفيذ بسلاسة.

بصورة عامة نجد أن غالبية اتفاقيات الاستثمار الثنائية تحتوى على بنود مهمة لا بد من توافرها على سبيل المثال:

- الديباجة أو مقدمة الاتفاقية وهى مدخل لرغبة وأهلية الطرفين من الناحية القانونية والفنية لتوقيع الاتفاقية.
- بند التعاريف: ويعنى شرح وتوضيح لبعض العبارات التي ترد فى الاتفاقية والتى قد تؤدي إلى مفاهيم وتفاسير متعددة وبالتالي لا بد من ضبطها وإحكامها على سبيل المثال تعريف المستثمر ورأس المال.
- بند تشجيع وحماية الإستثمارات: وهو بند مهم ورئيسي يمثل أساس الاتفاقيات بأن يقوم كل طرف بتشجيع الاستثمار والمستثمرين فى الدولتين للاستثمار وكذلك الالتزام بحماية الاستثمار والمستثمرين من التعدي خاصة من قبل السلطات.
- بند أحكام المعاملة الوطنية والدولة الأكثر رعاية: ويعني ذلك التزام أى طرف بمعاملة إستثمارات ومستثمري الطرف الآخر كما يعامل المستثمرون الوطنيون واستثماراتهم بجانب مستثمري واستثمارات الطرف الآخر نفس الرعاية التى يمنحها لمستثمري واستثمارات أي دولة أخرى لها اتفاقية ثنائية مع أحد الأطراف.
- بند تعويض الخسائر: وهذا يعنى التزام أي من الطرفين تعويض استثمارات ومستثمري الطرف الآخر فى حال حدوث خسائر بسبب ناتج عن قصور من الطرف الآخر في الاتفاقية.
- بند عدم التاميم والمصادرة ونزع الملكية: هذا البند يعد أحد أهم بنود الاتفاقية ويتعلق بالضمانات حيث يريد المستثمر ضمان عدم تعرض استثماره للتأميم أي صدور قرار من الدولة بجعل ذلك الاستثمار وطنياً وكذلك عدم المصادرة ونزع الملكية وكل هذه المسائل مربوطة بشرط المصلحة العامة حيث يسمح بالمصادرة أو النزع أو التأميم للمصلحة العامة بموجب قانون ومقابل تعويض عادل ( وفوري).
- بند تحويل عائد الاستثمارات: لا فائدة للاستثمار إذا لم يسمح للمستثمرين تحويل عائد الاستثمار من أرباح ورأس المال الذي أقام به المشروع هذا البند أيضاً يعد أحد أهم ضمانات الاستثمار.

- بند تسوية المنازعات: وذلك بين الدولة والمستثمر وبين الدولتين طرفي الاتفاقية وهذا البند أيضاً يعد أحد أهم ضمانات الاستثمار حيث يسعى المستثمر أن يعرف مسبقاً مصير النزاع هل يخضع للمحاكم أم لوسائل أخرى بديلة، وقد جرت العادة أن يتم النص على التسوية الودية أولاً وإذا تعذرت أن يتم الحل عن طريق التحكيم حيث يعد التحكيم الوسيلة المثلى والمناسبة لتسوية نزاعات الاستثمار على وجه الخصوص .
- بند التعويض عن عدم الالتزام بالضمانات: هذ البند يحكمه القانون أي يحق لأحد الطرفين الرجوع لبند تسوية النزاعات فى حال إخلال أحد الطرفين الالتزام بالضمانات الواردة فى الاتفاقية بالطرق الودية أو التحكيم لكن ورد هنا كالتزام يعني منح القوة لهذا البند للالتزام به من قبل طرفي الاتفاقية.
- بند دخول الاتفاقية حيز النفاذ: فى معظم الاتفاقيات يتم النص على تحديد تاريخ معين لدخول الإتفاقية حيز النفاذ بعد التوقيع والمصادقة وكل ذلك لتمكين الطرفين لتهيئة الإجواء وتوفيق الأوضاع لنفاذ الاتفاقية.
- بند التوقيع والتاريخ: لا بد من التوقيع على الاتفاقية من قبل الجهات المختصة من الطرفين وبعد التوقيع يقوم كل طرف بإحالة الاتفاقية إلى البرلمان للمصادقة إيذاناً ببدء التنفيذ، كما أنه من الضرورة إدراج تاريخ التوقيع على الاتفاقية لإكساب الصفة القانونية من ناحية المدة الزمنية.

## المبحث الثاني: طبيعة منازعات الاستثمار

قيام النزاعات يعد من طبائع الأشـياء وهي متنوعة ومتعددة وتختلف أسـبابها وأطرافها، أما منازعات الاستثمار فإن أسبابها تكون بحسب قانون الدولة المرخصة للاستثمار وبحسب طبيعة ونوع العلاقة التي تربط المستثمر مع الطرف الآخر وهى كثيرة نتناول بعضاً منها كالآتى:

### 1. النزاع بين المستثمر والحكومة:

ونقصد بذلك النزاع بين السلطة المانحة للاستثمار (وزارة، مفوضية، هيئة) والمستثمر وذلك في عدة حالات منها:

(أ) فشل أو تماطل أو تعذر تنفيذ منح الامتيازات والإعفاءات والضمانات الممنوحة بموجب القانون أو العقد أو الاتفاقية من قبل السلطة المختصة أو أي جهاز من أجهزة الدولة المعنية كالجمارك والضرائب والأراضي والعمل والداخلية والضمانات الواردة في القانون على سبيل المثال:

- كقيامها بالحجز على أموال المشروع أو مصادرتها بدون أمر قضائي، وكذلك المصادرة أو التأميم أو النزع للمصلحة العامة بدون مسوغ قانوني.
- منح ترخيص واحد لمستثمرين خطأً أو نزع القطعة من مستثمر وتخصيصها لآخر دون حسم الأمر مع الأول.

- قيام بعض أجهزة الدولة المعنية بالإيرادات بفرض رسوم على المشروع كرسوم الصرف الصحي والنفايات والخدمات والعوائد وأمثلة فرض مثل هذه الرسوم لا حصر لها.
- الظروف الطارئة على سبيل المثال صدور قرار من الدولة بإغلاق طريق أو منطقة ما أو إعلان حالة طوارئ بالمنطقة التي يقع فيها المشروع الاستثمارى أو قيام مظاهرة يتضرر منها المشروع الاستثمارى بالتلف والنهب وكان بمقدور الدولة اتخاذ الإجراء اللازم لتجنب الضرر.

(ب) مخالفة المستثمر لشروط الترخيص أو العقد أو الاتفاقية الأمر الذي يؤدي إلى قيام السلطة المرخصة بإصدار قرارات ضد المستثمر كما بالمادة (26) من القانون:

- بتقصير مدة أي من الميزات الممنوحة للمشروع أو حجمها.
- عدم منحه أي من الميزات أو الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون.
- إلغاء الميزات كلياً أو جزئياً ويترتب علي ذلك الزام المستثمر برد قيمة المنفعة المادية التي جناها من حصوله على أي ميزات سابقة إذا كان كسب تلك المنفعة ناتجاً عن حدوث السبب الذي أدى إلى صدور قرار الإلغاء.
- إلغاء الترخيص ويترتب على ذلك نزع الأرض الممنوحة كلياً.

(ج) مخالفة المستثمر لواجباته وذلك بعدم الشروع في تنفيذ المشروع خلال المدة المحددة قانوناً وإخفاقه في رفع تقارير دورية عن سير عملية تنفيذ المشروع للسلطة المرخصة خلال المدة المنصوص عليها قانوناً وعدم مسك دفاتر منتظمة وسجلات تدون فيها أصول المشروع والمواد المستوردة المعفاة من الرسوم والضرائب.

**2. النزاع بين جهات حكومية:**

وتتمثل في تضارب وتعارض السلطات الممنوحة بموجب القوانين المنظمة لاختصاصات هذه الجهات حيناً ورفض أو تماطل بعض تلك الجهات في تنفيذ القانون الخاص بالاستثمار حيناً آخر.

**3. النزاع بين مستثمر ومستثمر:**

وتتمثل في الشراكات والمشروعات ذات الارتباط في دورة الإنتاج كمشروع أعلاف مع مشروع أبقار أو دواجن.

**4. النزاع بين مستثمر ومواطن:**

ويكون ذلك في غالب الأحوال بشأن الأراضي المخصصة للاستثمار من قبل السلطة المختصة وهي تحت حيازة شخص معين أو قيام صاحب المشروع باستثمار أرض أو عقار من مواطن ويحدث إخلال من أحد الطرفين.

**5. نزاع بين مستثمر وعامل:**

وتتمثل في استخدام المشروع لعمالة ويحدث نزاع في تنفيذ أحد الطرفين التزاماته المتعلقة بالمستحقات المالية أو الإقامة أو التامين وغير ذلك وعلى الرغم من أن بعضاً من هذه المنازعات يحكمها قانون العمل إلا أن صلتها بالاستثمار أيضاً واضحة.

**6. نزاع بين دولة ودولة :**

في حالة اتفاقيات الاستثمار الثنائية المعروفة اختصارا بال BITs حيث أن هذه الانفاقيات تحدد حقوق وواجبات والتزامات أي من الطرفين ويحدث إخلال وبالتالي قد يحدث خرق للاتفاقية من جانب أي من الطرفين.

## المبحث الثالث: تسوية منازعات الاستثمار

بعد التعرف على طبيعة منازعات الاستثمار والأطراف ذات العلاقة بهذه المنازعات، نتناول الآن طرق تسوية منازعات الاستثمار للتعرف على الوسائل الفاعلة والملائمة تقديراً لظروف الاستثمار المتعلقة برؤوس الأموال الكبيرة وبالتالي الحاجة إلى سرعة الفصل في النزاع، تختلف الأنظمة القانونية من دولة لأخرى في مسألة طرق تسوية منازعات الاستثمار حيث تذهب إلى تكوين لجان متخصصة أو من خلال المحاكم أو بالطرق الودية أو بالتحكيم.

**أولاً: لجان فض المنازعات:**

لتيسير عملية الاستثمار وحل المعضلات تلجا بعض الدول الى تكوين لجان للنظر في النزاعات الخاصة بالاستثمار خاصة تلك التي تنشأ بين الحكومة والمستثمر أو تلك التي تنشا بين المستثمر والمواطنين أو بين الجهات الحكومية في مسألة تتعلق بالاستثمار، ومن أمثلة هذه اللجان اللجنة الوزارية التي نصت عليها في المادة (27) من قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999م الملغي على الآتي (يشكل مجلس الوزراء بناء على توصية الوزير لجنة وزارية برئاسة الوزير وعضوية وزير المالية والوزير المختص وتحدد اللوائح اختصاصاتها) وقد قامت هذه اللجنة بنظر العديد من المنازعات التي رفعت إليها والتي في أغلبها شكاوى من المستثمرين ضد الجهات الحكومية، أيضاً اللجنة المشكلة بواسطة السيد مفوض مفوضية تشجيع الاستثمار لولاية الخرطوم بالقرار رقم (3) بتاريخ 7 فبراير 2011م حيث نص

قرار التشكيل على اختصاصات اللجنة والتي تتمثل في (النظر في تظلمات المستثمرين من القرارات التي تصدر من أجهزة الدولة) علماً بأن المستثمر وقبل اللجوء لتلك اللجنة لا بد وأن يستنفذ كافة طرق التظلم المتاحة وذلك بتقديم تظلمه للجهة ذات الصلة، أيضاً اللجنة المشكلة بقرار من السيد رئيس الجمهورية رئيس المجلس الأعلى للاستثمار وبعض الوزراء ذوى الصلة بالاستثمار وتسوية النزاعات( قرار جمهوري رقم 20 / 2010 ).

في جمهورية مصر العربية نص القانون على تشكيل لجنة بالهيئة العامة للاستثمار للنظر في شكاوى ومنازعات المستثمرين مع الجهات الإدارية في الدولة وذلك برئاسة أحد رجال القضاء بدرجة مستشار يتم اختياره بواسطة السلطة القضائية وعضو من اتحاد النشاط الاستثماري ذات الصلة بالنزاع، وعضو من الهيئة العامة للاستثمار، هذه اللجنة مشكلة بقرار من مجلس الوزراء وقرارها نهائي وملزم للجهات الحكومية بعد موافقة مجلس الوزراء عليها لكن غير ملزم للمستثمر إذ من حقه اللجوء للقضاء الإداري (دائرة نظر قضايا الاستثمار) مؤخراً صدر قرار من وزير الاستثمار المصري بإنشاء مركز تسوية منازعات الاستثمار بالهيئة العامة للاستثمار لتتولى نظر النزاعات الاستثمارية وقد قوبل هذا القرار بنقد شديد بأنه تغول على سلطات اللجنة المشكلة بقرار مجلس الوزراء وكذلك سلطات محكمة الطعون الإدارية. (16).

**ثانياً: الطرق الودية (الوساطة والتوفيق):**

الطرق الودية أو البديلة كثيرة منها التوفيق والوساطة والصلح والمصالحة والخبرة والاستشارة، حيث نصت عدة قوانين وطنية في العديد من الدول على فض نزاعات الاستثمار بالطرق الودية على سبيل المثال قانون الاستثمار الأردني لسنة 2000م حيث نص في المادة (33) على أن تتم تسوية أي نزاع بين مستثمر لرأس مال أجنبي ووكالات حكومية أردنية بشكل سلمي وفي حال عدم التوصل لحل سلمي خلال (6) أشهر يحق لأي من الطرفين اللجوء للتحكيم أو إرجاع النزاع إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، كما نص قانون الاستثمار السعودي في المادة 13 على حسم النزاعات بين الحكومة والمستثمر الأجنبي أو بين المستثمر الأجنبي وشركائه من السعوديين بالطرق الودية بقدر الإمكان وإذا تعذر يتم حلها حسب الأنظمة (القضاء أو التحكيم).

أما اتفاقيات الاستثمار الثنائية فإن غالبيتها كما سبق وأن بينا تنص على حل المنازعات بالطرق الودية خلال ستة أشهر وفي حال عدم التوصل إلى حل يحال النزاع للمحكمة أو التحكيم حسب الاتفاق.

جدير بالذكر أنه وفقاً للقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بتسوية المنازعات بالطرق الودية المتمثلة في التوفيق والوساطة أنها لا تعد ملزمة لطرفى النزاع ذلك أن اللجنة المشكلة لنظر النزاع لا تصدر قراراً أو حكماً وإنما تصدر تقريراً بما تم التوصل إليه بشأن النزاع وبالتالي فإن تنفيذ الاتفاق

المضـمن في تقرير لجنة الوسـاطة أو التوفيق لا يتم تنفيذه جبراً إلا برضـى الطرفين، من ناحية أخرى فإن حل المنازعات عن طريق التوفيق أو الوسـاطة سـواء أكانت في منازعات الاسـتثمار أم المنازعات المدنية والتجارية عموماً يتم إما بتدخل الوسـطاء أو الموفقين وإما بطلب من طرفي النزاع، وقد يكون عددهم فردياً أو زوجياً ليس كالتحكيم الذي يشـترط أن يكون عدد المحكمين فردياً ( odd number) (واحد أو ثلاثة أو خمسـة) وهؤلاء الموفقون أو الوسـطاء قد لا يطلب منهم أن يكونوا محايدين تمام الحياد كالقاضـي أو المحكم، إذ يملك الوسـيط أو الموفق فرصـة لإبداء وجهة نظره لإقناع الأطراف من أجل التوصـل إلى حل للنزاع وبالتالي يكتب تقريره في نهاية المطاف بما تم التوصـل إليه من حل أو الفشل في الحل، لذلك فإن هذه الطرق الودية لها دور في حسم نزاعات الاستثمار والحفاظ على علاقات الأطراف لما بعد الفصـل في النزاع وعلى الرغم من أن لهذه الوسـيلة محاسـن تتعلق بحسـم بعض المنازعات ذات الطابع البسـيط عن طريقها دون أن يكلف الأطراف إرهاق وأتعاب التحكيم أو المحاكم إلا أن لها عيوباً تتمثل في عدم إلزامية نتيجة حسـم النزاع وبالتالي نجد أن الطرفين قد أضـاعا وقتاً كان من المناسب استثماره في وسيلة جدية هي القضاء أو التحكيم.

**ثالثاً: الحل بواسطة المحاكم الوطنية:**

اللجوء إلى المحاكم هو الأصـل في حل النزاعات وبالتالي نجد أن بعضـاً من القوانين تنص على اللجوء للقضـاء خاصـة في المنازعات التي طرفها الحكومة وذلك بتقديم طعن ضـد القرارات الصـادرة من السـلطة المختصـة أمام المحكمة بعد اسـتنفاد طرق التظلم المتاحة قانوناً وذلك كما في السـودان واليمن ومصـر وتركيا والسـعودية، أو أمام المحكمة المدنية العادية إذا كان النزاع لا يتعلق بقرار صـادر من جهة مختصة وكذلك بشأن المنازعات الأخرى التي لا تكون السلطة المختصة الطرف الأساسي فيها ، فيما يتعلق بالاتفاقيات الثنائية أو تلك الاسـتثمارات الأجنبية يمثل اللّجوء إلى المحاكم الوطنية إحدى آليات فض المنازعات وذلك بإصـرار من الدولة المضـيفة للاسـتثمار عليها اعتزازاً بالقضـاء والسـيادة الوطنية على الحل عن طريق القضاء وتكون الصياغة المتعارف عليها عند عدد كبير من الاتفاقيات أو العقود كالآتى "إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وذلك المسـتثمر الوصـول إلى اتفاق خلال سـتة أشـهر بعد الطلب الكتابى لمباحثات التسـوية، فيمكن أن يطلب المسـتثمر عرض الخلاف للحل عن طريق محكمة الطرف المتعاقد المضـيف التي لها اختصـاص بذلك أو "إن أي نزاع يتعلق بالاسـتثمارات ينشـأ بين طرف متعاقد وأحد مستثمري الطرف المتعاقد الآخر تتم تسويته بقدر الإمكان بالتراضـي عن طريق المشـاورات والمفاوضـات بين طرفي النزاع، وإذا تعذرت تسـوية هذا النزاع بالتراضـي في ظرف سـتة

أشهر ابتداء من تاريخ تبليغه كتابة، يعرض النزاع باختيار المستثمر: إما على محكمة مختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار في إقليمه أو اللجوء إلى التحكيم.

في السودان ظلت السلطة القضائية تشجع الاستثمار وذلك بطمأنة المستثمر أن الإجراءات القضائية بشأن الاستثمار تراعى فيها أهداف قانون الاستثمار حيث صدر المنشور القضائي رقم 90 بتاريخ 1990/9/5 بتوقيع السيد رئيس القضاء الأسبق المرحوم جلال علي لطفي ووجه من خلاله كافة المحاكم بعدم إصدار قرارات الحجز أو التحفظ أو فرض الحراسة على عقارات المشروعات الاستثمارية.

كما صدر بتاريخ 13 نوفمبر 2011 أمر السيد/ رئيس القضاء الأسبق مولانا جلال محمد عثمان قراراً بإنشاء محاكم منازعات الاستثمار ونص البند الثالث (و) منه على عدم اللجوء إلى إصدار أوامر القبض على المستثمر أو الحجز على أموال وعقارات المشروعات الاستثمارية إلا بإذن من رئيس القضاء، وقد أثار أمر السيد/ رئيس القضاء بإنشاء محاكم منازعات الاستثمار جدلاً من البعض بزعم أن ذلك يقوض حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة مناسبة لحسم منازعات الاستثمار غير مدركين أن التحكيم يكون الوسيلة الملزمة في حال اتفاق الأطراف تسوية النزاع عن طريقه، وفي الواقع هنالك عدة قضايا متعلقة بالاستثمار تعرض أمام محاكم الطعون الإدارية والعمل والمحكمة المدنية وتنظر كالقضايا العادية وفقاً لقانون القضاء الإداري والعمل والمعاملات المدنية لذلك كان الهدف من القرار في تقديري هو تجميع كل هذه الأنواع من القضايا لتنظر أمام قاضي مختص بهذا النوع من المنازعات حيث يضع في الاعتبار ما نص عليه هذا الأمر بشأن استعجال البت في هذه القضايا تماشياً مع روح الاستثمار، إذن هذه المحكمة دعم وضمانة للاستثمار وليس ضده.

وفي ذات السياق أصدر السيد/ وزير العدل الأسبق مولانا محمد بشارة دوسة أيضاً منشوراً بتاريخ 21 ديسمبر 2011 يقضي بعدم إصدار أوامر القبض على المستثمر أو الحجز على أموال وعقارات المشروعات الاستثمارية إلا بإذن من وزير العدل، كما انتقد البعض هذا المنشور بزعم أنه يعطي حصانة للمستثمرين غير مدركين أن الحصانة لا تكون إلا بموجب قانون، وان منشور وزير العدل لم ينص على عدم فتح البلاغ بل يتم فتح البلاغ واتخاذ كافة الإجراءات وإذا توصل وكيل النيابة المختص بالقبض على المستثمر أو الحجز على ممتلكات المشروع الاستثماري يقوم برفع الأمر للسيد الوزير أو رؤساء الإدارات القانونية بالولايات كل ذلك للتحق من التطبيق السليم للقوانين المتعلقة بالاستثمار ومن ثم التوجيه بالأمر المناسب وقد جاء المنشور لتخفيف الضغوط التي كانت تمارس ضد المستثمرين خاصة الأجانب من ناحية الجبايات غير المقننة وأشياء أخرى.

من ناحية أخرى وكما سبق وأن تناولنا بأنه من النادر اتفاق طرفى الاستثمار أو النزاع على الحل عن طريق القضاء العادي ذلك لعدم مناسبته من عدة وجوه، ذلك أن المستثمر دائماً ينفق مبالغ مالية ضخمة ويتعرض هذا المال أو المشروع لمخاطر كبيرة في بعض الأحيان، لذلك ففي حالة حدوث نزاع يتطلع هذا المستثمر للتعرف على وجه السرعة ما إذا كان سيحكم له أو عليه وهذا لا يتوافر في القضاء المثقل بنظر منازعات متعددة ولجميع قطاعات المجتمع كما أن فصل النزاع عن طريق القضاء في بعض الأحوال يورث الضغينة والبغضاء وهذا لا يتناسب مع الاستثمار الذي يتطلب معه استمرار المشروع وعلاقات الأطراف بعد الفصل في النزاع (17) .

**رابعاً: الحل عن طريق التحكيم:**

نسبة للميزات التي يتمتع بها التحكيم من سرعة ومرونة وسرية وقلة التكاليف المالية لقد نصت عدة قوانين وطنية على فض منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم وذلك على سبيل المثال المادة (60) التي نصت على الآتي : يجوز الطعن مباشرة أمام المحكمة المختصة في القرارات المنصوص عليها في المادة السابقة بعد استنفاد التظلم أمام رئيس الهيئة أو رئيس مجلس الوزراء، كما يجوز إحالتها إلى لجنة تحكيم يتفق عليها وذلك دون الحاجة لإتمام التظلم الإداري، المادة (61): دون إخلال بالحق في الالتجاء إلى القضاء اليمني: يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون والتي تنشأ بين الحكومة والمشروع وذلك عن طريق التحكيم بأي من الأساليب التالية وفقا لاختيار المستثمر أو المشروع.

قانون تشجيع وتنظيم الاستثمار القومي لسنة 2013 قد تضمن نصاً يتعلق بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار عبر محكمة الاستثمار او الاتفاق على اللجوء للتحكيم.

أما اتفاقيات الاستثمار الثنائية فغالبيتها تنص على حل النزاعات بين المستثمر والدولة أو بين الدولة وأطراف الاتفاقية عن طريق التحكيم وذلك باللجوء إلى مركز تحكيم مؤسسي كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن (الاكسيد) أو عن طريق التحكيم الحر Ad hoc بتطبيق قواعد اليونسترال الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1976 أو أي قواعد أخرى يتم الاتفاق عليها (18).

هنالك شبه إجماع على أن التحكيم هو الوسيلة المفضلة والمثلى والمناسبة لفض منازعات الاستثمار والتجارة وخاصة في المسائل التي تتعلق بطرف أجنبي، هذا الاتفاق لم يكن من فراغ بل لما للتحكيم من ميزات عدة تتمثل في الآتي:

**السرعة:** وتمثل أهم ميزات التحكيم من حيث تقليل أمد التقاضي ويكون ذلك بالاتفاق بين طرفي النزاع وهيئة التحكيم على مدة محددة من خلالها تفصل هيئة التحكيم في النزاع، بينما لا يستطيع القاضي في المحكمة تحديد تاريخ معين للفصل في النزاع وهذه السرعة تتماشى مع نزاعات الاستثمار من حيث معرفة معبر الأموال محل النزاع خلال فترة وجيزة بحكم ملزم ونهائي.

**المرونة:** كإحدى ميزات التحكيم تتمثل في أن إجراءات التحكيم غير محكومة بضوابط شكلية كما بالمحاكم من حيث موعد وطريقة حضور الأطراف وطبيعة عقد الجلسات وسماع الشهود وهذا يعني أن إجراءات التحكيم غير معقدة بل مرنة بحيث تتماشى مع ظروف الحال وظروف الأطراف هذا بجانب أن هيئة التحكيم نفسها مشكلة من أشخاص قد لا يكونون جلهم قانونيين.

**السرية:** تكمن في أن إجراءات التحكيم تتم في أماكن خاصة لا يرتادها عامة الناس بعكس المحاكم حيث إن ساحاتها وغرفها مفتوحة للجميع حيث يستطيع من لا علاقة له بالقضية أن يحضر الجلسة وهذا الأمر الذي لا يحبذه الكثيرون.

**الخبرة:** تعد من ميزات التحكيم وتعني ذلك أن طرفي النزاع بإمكانهم اختيار محكمين ذوي خبرة في المجال موضع النزاع الأمر الذي يؤدي إلى صدور قرار سريع وسليم خاصة من الناحية الفنية وهذا بعكس المحكمة فالقاضي ليس خبيراً فنياً في المجال موضع النزاع بل خبير قانوني وبالتالي يجد صعوبة في الفصل في المسائل الفنية إلا بعد الرجوع لخبير ، لكن من أجل الوصول إلى قرار سليم من الناحية الفنية والقانونية يفضل تشكيل هيئة التحكيم من قانونيين وخبراء في المجال موضع النزاع.

**قلة التكاليف المالية**: وتتمثل في قصر مدة الفصل في النزاع بتحديد مدة محددة للفصل في النزاع بالتحكيم بعكس المحكمة قد يستغرق الفصل في النزاع سنين عدداً وبالتالي نجد أن أطراف النزاع قد أضاعوا الوقت والمال كرسوم للمحكمة وأتعاب للمحامين، جدير بالذكر أن هنالك اتجاهاً يرى بأن التحكيم يكلف الأطراف مبالغ أكبر من تلك التي تدفع لإجراءات التقاضي أمام المحاكم لكن برأيي أن ذلك ليس على إطلاقه قياساً بقصر مدة الفصل في النزاع.

## المصادر والمراجع


1 - لسان العرب – ابن منظور – الطبعة الثالثة – باب الثاء – دار المعارف – مادة ثمر – ص170).

2 - سورة (الكهف : الآية 34 ).

3 - القاموس المحيط – الطبعة الرابعة - دار العلم للملايين ص 79.

4 - ضـمانات الاسـتثمارات الأجنبية والقانون الدولي - د. عمر هشـام محمد صـدقي – – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – 2006 – ص5.

5 - الحماية القانونية والتشريعية لعقود الاستثمار الأجنبي في السودان - حافظ إسحق يوسف عبد الله – رسالة دكتوراة – جامعة الزعيم الأزهري 2016 ) ص 50.
6 - (المادة (4) من قانون تشجيع الاستثمار القومي لسنة 2013).
7 - الاستثمار – د. إبراهيم محمد أحمد دريج – شركة مطابع السودان للعملة المحدودة 2012 ص
8 – إشكالية منازعات الاستثمار الدولي ومقتضيات إنشاء محكمة استثمار دولية – صدام سعد أحمد مراد – رسالة دكتوراة – جامعة افريقيا العالمية 2018 ص 42.
9 -الاستثمار – د. ابراهيم محمد احمد دريج – شركة مطابع السودان للعملة المحدودة 2012 ص11
10 - مجلة التحكيم العربي – الاتحاد العربي للتحكيم – العدد رقم 2001 ص 32 .
11 - التحكيم في عقود الاستثمار – أحمد المصطفى محمد صالح – رسالة دكتوراة – جامعة شندي 2012 ص 30.
12 - الاستثمار – د. إبراهيم محمد أحمد دريج – شركة مطابع السودان للعملة المحدودة 2012 ص 40.
13 - Multilateral Investment Guarantee Agency ( MIGA)
14 - North America Free Trade Agreement (NAFTA)
15 - Common Market for East and south Africa (COMESA)
16 - الاستثمار – د. إبراهيم محمد أحمد دريج – شركة مطابع السودان للعملة المحدودة 2012 ص 44.
17 - الاستثمار – د. إبراهيم محمد أحمد دريج – شركة مطابع السودان للعملة المحدودة 2012 ص 47.
18 - International Center for Settlement of Investment Disputes

# تزاحم المشترين في الفقه والقانون

إعداد د. وفاء
الكباشي عبد الوهاب

**مقدمة:**

تناول هذا البحث موضوع تزاحم المشترين في اكتساب الملكية من حيث النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي والقانون، حيث تثير هذه المسألة اشكالاً وذلك لأن الملكية تعتبر وظيفة اجتماعية وحق عينياً أصيلاً ولها عدة طرق للاكتساب مما قد يؤدي إلى نشوء مشاكل قانونية تكمن في أن هذا الحق قد يستحقه أكثر من شخص مع اختلاف السند القانوني لكل شخص مستحق.

يهدف هذا البحث إلى إجلاء المفاهيم القانونية السليمة حول اكتساب حق الملكية والتزاحم فيه، وتسليط الضوء على ما أفرزته الممارسة العملية في رحاب القضاء السوداني من مشكلات في هذا الموضوع، حيث تم إبراز الجوانب الإيجابية والسلبية للتطبيق العملي في المحاكم وانعكاساته على التطور التشريعي ودوره على التشريعات القائمة.

استخدم في هذا البحث المنهج التحليلي والوصفي والذي يقوم على دراسة أصول وأحكام القانون السوداني وتحليل التطور التشريعي، وتحليل التطبيق العملي للنصوص القانونية وما أبرزه ذلك التطبيق من إشكالات وما ابتدعه القضاة من حلول لها مع الالتزام بالسوابق القضائية، كما قام البحث باستعراض موقف الفقه الإسلامي حول اكتساب حق الملكية والتزاحم فيه وذلك من خلال سرد الآراء الفقهية المهمة.

توصل البحث إلى عدة نتائج، أهمها اعتبار البائع الذي يبيع مرة ثانية مرتكباً لجريمة النصب ويعاقب بعقوبتها، كما أن إحاطة إجراءات التسجيل بضمانات قضائية تعصمه من العيوب وتؤكد الثقة فيه فتجعلها ثقة مطلقة بصرف النظر عن التصرف القانوني ذاته عندها يصبح السجل العقاري أهلاً للثقة التي يضعها الأفراد فيه، ولا يتوفر ذلك إلا بإجراء التسجيل أمام قاض مختص يفحص مستندات الملكية ويستوثق من سلامة مركز البائع والمشتري.

أوصي البحث بتشريع عقوبة لجريمة التصرف أكثر من مرة في العقار وذلك للتمكن من إيقاف جشع الطغاة المحتالين.

**تمهيد:**

جعل الله سبحانه وتعالى المال سبباً لإقامة مصالح العباد في الدنيا وشرع طريق التجارة لاكسابها لان ما يحتاج اليه كل احد لا يوجد مباحاً في كل موضع وفي الأخذ على سبيل التغالب فساد، والله لا يحب الفساد[1] قال تعالى **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)**[2].

والتجارة نوعان حلال يسمى بيعاً وحرام يسمى ربا، كل واحد منهما تجارة وقد فرق بينهما في الحل والحرمة بقوله تعالى **(وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)**[3].

البيع جائز بأدلة من القرآن والسنة أما القرآن: فقوله تعالى : (وأحل الله البيع)[4] وقوله سبحانه وتعالى: (وأشهدوا إذا تبايعتم)[5] وقوله عز وجل (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[6]. وقوله جل وجلاله (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم)[7].

أما السنة: فآحاديث منها سئل النبي صلى الله عليه وسلم أي الكسب أطيب فقال (عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور)[8] أي لا غش فيه ولا خيانة ومنها حديث (إنما البيع عن تراض)[9].

سنتناول في هذا البحث تزاحم المشترين في الفقه والقانون وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول**: تزاحم المشترين في الفقه

**المبحث الثاني**: تزاحم المشترين في القانون

**المبحث الثالث**: التطبيقات العملية لتزاحم المشترين.

---

(1) محمد بن أحمد أبو بكر السرخسي ، المبسوط ، مطبعة السعادة ، مصر ، ط 1 ، بدون سنة ، ص 108.
(2) سورة البقرة ، الأية 257.
(3) سورة البقرة الآية 275.
(4) سورة البقرة الآية 275.
(5) سورة البقرة الآية 282.
(6) سورة النساء الآية 29.
(7) سورة البقرة الآية 198.
(8) سبل السلام الجزء الثالث ص 4.
(9) الحافظ بن عبد الله بن محمد بن يزيد ، سنن أبن ماجة ، دار الحديث ، القاهرة ، ص 515.

## المبحث الأول

## تزاحم المشترين في الفقه

ورد في الفقه لفظ الاستحقاق وليس التزاحم فالاستحقاق لغةً يعني طلب الحق فالسين والتاء للطلب فإذا اشترى رجلاً داراً من رجل فادعاه رجل آخر وأقام بينة عادلة على دعواه وحكم له الحاكم ببينته فقد استحقها على المشتري الذي اشتراها أي ملكها عليه، وأخرجها الحاكم من يد المشتري إلى يد من استحقها ورجع المشتري على البائع بالثمن الذي أداه إليه .[1]

وجاء في المصباح. استحق فلان الأمر استوجبه[2]. والاستحقاق هو أن يدعي شخص ملكية شيء ويثبت دعواه ، ويقضي له القاضي بملكيته وانتزاعه من يد حائزه والحكم بالاستحقاق يشمل ذا اليد فيؤخذ المدعي به من يده ويشمل أيضاً كل من تلقى ذو اليد الملك منه، ولو كان مورثه، ويتعدى الأمر إلى بقية الورثة[3].

وسنتناول في هذا المبحث تزاحم المشترين في الفقه وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : تزاحم المشترين في الفقه الحنفي

المطلب الثاني : تزاحم المشترين في الفقه المالكي

المطلب الثالث : تزاحم المشترين في الفقه الشافعي

المطلب الرابع : تزاحم المشترين في الفقه الحنبلي

---

(1) ابن محمد علي الفيومي ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان، 1978م، ص 56 .

(2) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم المعروف بابن منظور ، لسان العرب ، ج2 ، دار المعارف ، مصر ، ص 300 .

(3) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الطبعة الرابعة ، الجزء السادس، دار الفكر، دمشق، 1997م ، ص 4393 .

## المطلب الأول

## تزاحم المشترين في الفقه الحنفي

الفقه الإسلامي باتفاق مذاهبه يجعل انتقال الملكية أثراً تلقائياً بمجرد العقد، فهو الحكم الأصلي أو الأثر الجوهري المقصود للبيع، وأن ينتج أثره مباشرةً بمجرد التعاقد بحكم الشرع.

وعند انتهاء الإيجاب والقبول فوراً إذا كان البيع باتاً لا خيار فيه[1]، وجاء في فتح القدير (إن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول) ويلزم البيع بالإيجاب والقبول أي بسببهما[2].

وقد جاء في مرشد الحيران: للمشتري أن يتصرف في العين المبيعة بالبيع قبل استلامها إن كانت عقاراً لا يخشى هلاكه بجميع التصرفات ولا يمنع تصرفه من استرداد العين لمستحقها إذا ظهر أنها مستحقة للغير وثبت حقه فيها[3].

جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة (369) (حكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكاً للمبيع، والبائع مالكاً للثمن، ويقول الأستاذ علي حيدر في تعليقه على المادة: والحاصل أن المشتري يملك المبيع والبائع يملك الثمن حالاً في البيع البات، وبعد الإجازة في البيع الموقوف، اي أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشتري وملكية الثمن تنتقل للبائع، وسواء ذكر في العقد تملك البائع للثمن والمشتري للمبيع، أو لم يذكر لأن النص على المقتضى بعد حصول الموجب ليس بشرط كما هو صريح في القاعدة الفقهية أي انه إذا كان شيئاً موجباً لآخر فلا يلزم التصريح بما يترتب عليه تخصيص لأن حصوله لازم)[4].

وتنص المادة (374) من مجلة الأحكام العدلية على الآتي:-

(البيع النافذ قد يفيد الحكم في الحال وفي تعليقه على المادة يقول الأستاذ علي حيدر: أي بمجرد وقوع العقد يفيد البيع النافذ الذي هو ملكية البائع للثمن والمشتري للمبيع وتصرف كل منهما فيما في يده ولا حاجة في ذلك إلى شئ آخر)[5].

وترتيباً على أثر العقد المباشر في نقل ملكية المبيع للمشتري جاء نص المادة (253) من مجلة الأحكام العدلية على النحو التالي:-

(للمشتري أن يبيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان المبيع عقاراً وإلا فلا).

---

(1) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ص 299.
(2) ابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج 6 ، دار الفكر ، بيروت ، ط 2 ، ص 248.
(3) محمد قدري باشا ، مرشد الحيران، ط1 ، الدار العربية للتوزيع والنشر ، عمان ، 1909م ، ص 14.
(4) علي حيدر ، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول ، دار الجبل ، ط1 ، 1991م ، ص 393 .
(5) علي حيدر ، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق ، ص 401.

ويقول الأستاذ علي حيدر في تعليقه على المادة:-

وكذلك يجوز له أن يهبه، أي بكل التصرفات الناقلة للملكية، ويقول: وقول المجلة (للمشتري أن يبيع) يعني أن البيع صحيح وفيه إشارة إلى المسألة الآتية:

وهي أن البيع المذكور لا يكون لازماً ولا نافذاً لأنه موقوف على أداء المشتري الأول وهو البائع الثاني ثمن المبيع للبائع الأول أو على رضاه، بمعنى أن المشتري إن لم يسدد ثمن البيع ليس له الحق في التصرف في المبيع بأي تصرف ناقل للملكية.

ثم أضاف الأستاذ علي حيدر موضحاً ما نحن بصدده، وإذا قام البائع ببيع المبيع بيعاً ثانياً إلى آخر قبل أن يسلمه إلى المشتري وسلم المبيع إلى المشتري الثاني فتلف في يده فالمشتري الأول مخير بين أن يفسخ البيع وأن يضمن المشتري الثاني المبيع[1].

ومن البيوع الممنوعة بيع الإنسان على بيع أخيه وهو محرم ويعتبر فاعلها عاصياً؛ للحديث (لا يبع أحدكم على بيع أخيه)[2]. وحكم البيع المذكور مختلف فيه: فذهب الحنفية إلى صحته مع الإثم[3].

إذا أثبت المستحق ملكية المبيع كله بالبينة، فقضي له به، لا ينفسخ البيع، بل يصبح متوقفاً على إجازة المستحق: فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري ويأخذ المستحق الثمن من البائع، ويصبح البائع كوكيل عنه بالبيع ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإن لم يجز المستحق البيع بل اختار أخذ المبيع ينفسخ البيع السابق بالفسخ بالتراضي عليه. ويكون البائع ملتزماً للمشتري برد الثمن[4] والقضاء باستحقاق المبيع من يد المشتري قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحد منهم أنه ملكه وعلى الوارث قضاء المورث[5].

هو طلب الحق. والاستحقاق نوعان: أحداهما مبطل للملك. وثانيهما ناقل له من شخص إلى آخر . والناقل لا يوجب فسخ العقد لأنه لا يوجب بطلان الملك، والحكم به حكم علي ذي اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه[6].

---

(1) علي حيدر ، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق ، ص 237.
(2) رواه البخاري .
(3) ابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، مرجع سابق ، ص 305
(4) ابن نجيم الحنفي ، النهر الفائق - شرح كنز الدقائق ، المجلد الثالث ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 2002م ، ص 483 وما بعدها.
(5) ابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، مرجع سابق ، ص 330
(6) محمد أمين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج 5 ، دار الفكر، بيروت، 1995م، صفحة 318.

## المطلب الثاني

## تزاحم المشترين في الفقه المالكي

جاء في جواهر الإكليل: أن البيع ينعقد بما يدل على الرضى أن تقدم الإيجاب على القبول أو تأخر[1] وما ينعقد به البيع وهو الإيجاب والقبول وما شاركهما في الدلالة على الرضا[2].

وقد جاء أيضاً في جواهر الإكليل: أن البيع ينعقد بما يدل دلالة عادية على الرضا بخروج المثمن من ملك بائعه ودخوله في ملك مشتريه في نظير الثمن وخروج الثمن من ملك المشتري ودخوله في ملك البائع في نظير المثمن سواء كان قولاً من الجانبين أو فعلاً.

وعلى الرغم من أن البيع ينعقد بما يدل على الرضا ويكون نافذاً بمجرد حدوث الإيجاب والقبول لكن قد يكون هناك مالك آخر للشيء المبيع ويعرف ذلك في الفقه بالاستحقاق وقد عرَف المالكية الاستحقاق بأنه: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله، وإذا استحق إنسان شيئاً من يد آخر وأثبت حقه، بما تثبت به الأشياء في الشرع، فلا يخلو من أن يستحق من الشيء أقله ، أو كله أو جله[3]، فإن كان المستحق من كل الشيء أو جله فإن كان لم يتغير أخذه المستحق، ورجع المشتري على البائع بالثمن. وإن تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته، رجع بقيمته يوم الشراء، وإن تغير الشيء بزيادة فإن كانت الزيادة من قبل المشتري المستحق منه، كأن يبني في الدار بناء، فتستحق من يده، فيخير المستحق بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه، وبين أن يدفع له المشتري قيمة ما استحق، أو يكونا شريكين: هذا بقدر قيمة ما استحق من يده، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو غرس، وهو قضاء عمر بن الخطاب[4].

## المطلب الثالث

## تزاحم المشترين في الفقه الشافعي

وقد جاء في الإقناع أن البيع منوط بالرضا للغير: (إنما البيع عن تراض) والرضا خفي فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ فلا بيع بمعطاه ويرد كل ما أخذه بها أو بدله إن تلف[5] يشترط في البيع وجاء في نيل المآرب: يشترط في البيع التراضي بين العاقدين فلا يصح

---

(1) صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، جواهر الإكليل، ج 2 ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، بدون سنة.

(2) صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، دار إحياء الكتب ، مصر ، بدون سنة ، ص 495.

(3) أبي الوليد محمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقصد ، ج 2 ، دار الفكر ، القاهرة ، بدون سنة ، ص 32.

(4) عبدالعزيز حمد آل حمد آل مبارك ، تبين المسالك لتدريب السالك، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1991م، ج 4، ص 128 وما بعدها.

(5) محمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر ، مصر ، 1995م ، ص 276.

مع إكراه والرضا يعلم بالقول الصريح أو ما يدل على ذلك من الأفعال الجارية مجرى الأقوال. أو بالكتابة مع قرينة دالة على ذلك، ولذلك قال الفقهاء في جميع أبواب العقود: وينعقد بما دل عليه من قول أو فعل وكل ذلك تحقيق لهذا الشرط[1].

وعلى الرغم من أن البيع ينعقد بما يدل على الرضا ويكون نافذاً بمجرد حدوث الإيجاب والقبول لكن قد يكون هناك مالك آخر للشيء المبيع ويعرف ذلك في الفقه بالاستحقاق والاستحقاق أما أن يكون للمبيع كله أو أن يكون لبعض المبيع فإذا استحق المبيع كله، فيرجع المشتري بالثمن كله على البائع، سواء علم بالاستحقاق حال العقد أم لم يعلم وينفسخ البيع. ولو خرج المبيع مستحقاً قبل القبض، فلم يقبضه المشتري، لم يكن للمستحق مطالبة المشتري به، لعدم قبضه له حقيقة، وكذلك لو باعه قبل نقله، فنقله المشتري الثاني، فليس للمستحق مطالبة المشتري الأول، لعدم قبضه له حقيقة[2].

## المطلب الرابع

## تزاحم المشترين في الفقه الحنبلي

تنتقل الملكية تلقائياً بمجرد العقد، فهو الحكم الأصلي أو الأثر الجوهري المقصود للبيع، وينتج أثره مباشرة بمجرد التعاقد بحكم الشرع. وعلى الرغم من أن البيع ينعقد بما يدل على الرضا ويكون نافذاً بمجرد حدوث الإثجاب والقبول لكن قد يكون هناك مالك آخر للشيء المبيع ويعرف ذلك في الفقه بالاستحقاق.

فإذا استحق المبيع رجع المشتري على البائع بالثمن وبما غرمه من أجل بناء أو غرس في أرض؛ لأن البائع غرّ المشتري ببيعه الأرض وأوهمه أنها ملكه، ولمستحق الأرض قلع الغراس والبناء، بلا ضمان[3].

إذا بني المشتري على الأرض ثم أخذها المستحق، وهدم البناء، فالانقاض للمشتري؛ لأنها أعيان ماله، ويرجع بقيمة التالف على البائع، لأنه غره، وإذا كان عالماً وإلا فلا تغرير[4].

---

(1) عبد الله بن عبد الرحمن ، نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، ج3 ، مكتبة الفقه الحديث ، بدون سنة ، ص 7.
(2) عبد الله بن عبد الرحمن ، نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب ، مرجع سابق، ص 7.
(3) كشاف القناع . الجزء الثالث ، ص 216.
(4) عبد الله بن عبد الرحمن ، نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب ، مرجع سابق، ص 7.

## المبحث الثاني

## تزاحم المشترين في القانون

**تمهيد:**

عرفنا أن ملكية العقار المبيع لا تنتوزقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بتسجيل عقد البيع أي أن تاريخ العقد لا يعتد به فيما يتعلق بانتقال الملكية بل العبرة دائماً وأبداً في هذا الصدد بتاريخ التسجيل. ومن ثم فقبل التسجيل يبقى البائع مالكاً ويكون المشتري غير مالك. ولكن تراخي انتقال الملك إلى حين التسجيل قد يؤدي إلى تزاحم المشتري من مشتر آخر لذات العقار. وهذا المشتري الآخر قد يكون مشترياً من ذات البائع أو من وارث البائع أو مشتر أول من ذات البائع لم يسجل عقده. وأساس المفاضلة عند التزاحم بين المشترين هو التسجيل بحيث يفضل المشتري الذي يسبق إلى تسجيل عقده على غيره ممن لم يسجل.

سنتناول في هذا المبحث تزاحم المشترين في القانون وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول: تعريف تزاحم المتشرين.

المطلب الثاني: نظام الشهر العقاري.

المطلب الثالث: شروط التزاحم في اكتساب الملكية بالبيع.

المطلب الرابع: صور تزاحم المشترين.

### المطلب الأول

### تعريف تزاحم المشترين

سنتناول في هذا المطلب تعريف تزاحم المشترين وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التزاحم لغة

الفرع الثاني: تعريف التزاحم اصطلاحاً.

**الفرع الأول**

**تعريف التزاحم لغة:**

زحم وازدحموا وتزاحموا: تضايقوا. وَزَحَمتُه وزاحَمْتُه.

والأمواج تَزدَحِم وتَتَزاحَم: تلتطم. والزَّحْمُ المزدحمون.

قال الشاعر:

جاء يزحم مع زَحم فازدحم

تزاحم الموج، إذا الموج التطم

وزاحم فلان الخمسين وزاهمها بالهاء إذا بلغها[1].

زَحَمَهُ – زحماً وزحمةً : دفعه في مضيق. زاحَمَهُ، مُزاحَمَةً وزحاماً: زَحَمَهُ (إزدحم) القوم: زحم بعضهم بعضاً[2].

**الفرع الثاني**

**تعريف التزاحم اصطلاحاً:**

التزاحم بين المشترين على عقار واحد هو أن يشتري شخص عقاراً من المالك وقبل أن يسجل هذا المشتري عقده يقوم المالك (البائع) ببيع ذات العقار لمشتر ثانٍ، يقوم هذا الأخير بتسجيل عقده فهنا يتحقق معنى التزاحم إذ المشتري الأول هو الأسبق في الشراء والمشتري الثاني هو الذي بادر بتسجيل عقده. وحتى إذا قام المشتري الأول بتسجيل عقده فإن تسجيله سيكون لاحقاً على تسجيل المشتري الثاني. وبالتالي فيحدث تزاحم بين أكثر من مشتر على ملكية عقار واحد، أما إذا كان أحد المشترين قد أشترى من غير مالك وسجل عقده فإن الأفضلية عند التزاحم بين المشترين تكون للمشتري الذي اشترى من المالك حتى ولو كان قد سجل عقده في تاريخ لاحق لتسجيل عقد المشتري من غير مالك[3].

## المطلب الثاني

## نظام الشهر العقاري

لا يوجد تشريع واحد ترد فيه كل أحكام الملكية العقارية في السودان فقد وردت أحكامها في تشريعات عديدة، فمثلاً التشريعات التي تتعلق بتسوية النزاع حول الأرض والحقوق المتفرعة عنها وتسجيل ملكية الأرض والحقوق العينية الأصلية والتبعية. والمحاكم السودانية ملزمة بالنصوص التشريعية فإذا لم يكن هناك نص يحكم واقعة معينة لجأت المحاكم للشريعة الإسلامية والعرف والسوابق القضائية المستقرة والعدالة والإنصاف[4].

وقد نظم الشهر العقاري تحديد هوية العقار وتثبيت ملكيته وقد جاء تعريف الشهر العقاري بأنه هو مجموعة القواعد والإجراءات القانونية الرامية إلى تحديد هوية العقار

---

(1) جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم المعروف بابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق، صفحة (30).

(2) د. ابراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط، ط2 ، ج1 ، مصر ، مطبعة العارف ، 1973م، صفحة 390.

(3) عبدالعزيز عامر ، عقد البيع ، 1967م ، ص 196 .

(4) سعيد محمود أحمد المهدي ، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان ، ط 2 ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 2006م، صفحة (16).

وتثبيت ملكيته، وشهر الحقوق والتصرفات القانونية الجارية عليه، بواسطة سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها، وأخذ إفادات بما جاء فيها[1].

ومن مبررات الشهر العقاري وفوائده هو أن العقارات هي محل لمختلف الحقوق العينية من أصلية كالملكية وما يتفرع منها، أو تبعية كالرهن والتأمين. والحق العيني بطبيعته نافذ في حق الكافة، بمعنى أنه يمكن الاحتجاج به على الجميع، ولذلك كان من الواجب شهره أو الإعلان عنه لكي يتاح لكل ذي مصلحة العلم بوجوده، ما دام هذا الحق نافذاً في حقه، حتى يعتد به ويدخله في حسابه، عند إجراء أي تعامل على العقار، فلو فرض أن شخصاً أراد شراء عقار، وكان هذا العقار مملوكاً لغير البائع، فإن نظام الشهر يتيح للمشتري العلم بهذه الحقيقة[2].

وهناك طريقتان أساسيتان تتنازعان نظام الشهر العقاري بين مختلف البلدان وهما:

نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.

وسنتناول في هذا المطلب نظام الشهر العقاري وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي.**

**الفرع الثاني : نظام الشهر العيني.**

**الفرع الأول**

**نظام الشهر الشخصي:**

وطبقاً لهذا النظام الشخصي للشهر، وعلى خلاف نظام الشهر العيني، لا يترتب على الشهر قوة مطلقة من حيث ثبوت الحق لمن أجرى التسجيل على اسمه. والشهر لا ينشيء الحق أو ينقله إلا إذا استند إلى تعريف صحيح ونافذ. وإجراء الشهر لا يحول دون الطعن في التصرف بالبطلان لأي سبب من أسباب البطلان المعروفة أو لصدوره من غير مالك، أو بالصورية. فالشهر لا يصحح أبداً عيباً لحق بالتصرف، ويتوقف مصيره على مصير التصرف المطعون فيه[3].

وفي هذه الطريقة ينشأ في البلد الواحد سجل عام، أو سجلات في مراكز الأقاليم يرصد بها كل تصرف منشئ، حقاً عينياً عقارياً ويتم رصده باسم المتصرف، وتوضع لهذا السجل ـ أو السجلات ـ فهارس منظمة بأسماء المتصرفين، بحيث إذا أراد ذو الشأن أن يعرف ما إذا كان مالك معين قد تصرف في عقار ـ مملوك له ببيع أو رهن أو غيرهما استطاع أن

---

(1) حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003م، ص 19.

(2) حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية، 1986م، ص 11 .

(3) عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع ، بدون سنة ، صفحة (167).

يطلب شهادة من الأمين على السجل، فيبحث الأمين عن اسم ذلك المالك في فهارس سجلات السنوات المطلوبة، فإذا لم يجد فيها كان ذلك دليلاً على صدور تصرف أو تصرفات من المالك المذكور.

ومن أبرز عيوب نظام السجل الشخصي أنه يعتبر القيد أو التسجيل مجرد إجراء للشهر والعلانية، وليس سبباً لنشوء الحقوق العينية وانتقالها. ولذلك فالتصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام، لا تخضع للتدقيق والبحث عن صحتها، بل تشهر كما هي، فإن كانت صحيحة، بقيت صحيحة، وإن كانت باطلة أو قابلة للإبطال، بقيت على حالها باطلة وقابلة للإبطال ذلك لأن الشهر في هذا النظام ليس من شأنه أن يظهر عيوب العقد. فالعقد المشهر يظل عرضة للطعن وطلب الإبطال لأي سبب من أسباب البطلان[1] . وهذا هو النظام المعمول به في مصـر[2].

**الفرع الثاني**

**نظام الشهر العيني**

السجل العيني هو مجموعة من الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية، وتنص على الحقوق المترتبة له أو عليه، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به.

وبتمام التسجيل ينتقل الحق العيني من المتصرف إلى المتصرف له. فالتسجيل وليس العقد أو التصرف هو الذي ينقل الحق العيني. وينتقل الحق العيني بالتسجيل حتى ولو كان التصرف معيباً، لأن التسجيل يطهر عيوب التصرف. ولذلك تتمتع قيود السجل العقاري بحجية كاملة، وأن من يكتسب حقاً عينياً بالاستناد إلى هذه القيود يعتبر مالكاً لهذا الحق على وجه نهائي فلا تجوز منازعته فيه[3]. بحيث يمكن بمجرد الاطلاع على هذه الصفحة معرفة تاريخ الشهر، بحيث يمكن مجرد الاطلاع على هذه الصفحة معرفة تاريخ ملكية هذا العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ إنشاء السجل والتصرفات التي صدرت من كل منهم ومن المالك الأخير وما إذا كانت ملكيته تامة وخالصة من الحقوق والتكاليف العينية أو غير ذلك[4]. ومن أهم مزايا هذا النظام أنه يوفر الطمأنينة لكل من يتعامل على العقار وفق القيود والبيانات المدونة في السجل العقاري. وأنه يتجنب العيوب والأخطار التي قد

---

(1) حسين عبد اللطيف حمدان ، مرجع سابق ، صفحة (25).
(2) عبد الحميد الشواربي ، إجراءات الشهر العقاري ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1999م ، ص 3 .
(3) عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثامن ، دار النهضة العربية ، 1967م ، صفحة (437).
(4) عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري ، مرجع سابق، صفحة (5).

تنجم عن تشابه الأسماء، باعتماد العقار أساساً للتسجيل في السجل العقاري، وليس اسم المالك أو صاحب الحق العيني وأنه يؤدي إلى استقرار الملكية وتوفير الثقة بها[1].

وفي هذا النظام تشهد التصرفات بحسب العقار ذاته لا وفقاً لأسماء الأشخاص فهو نظام عيني ، وبموجب هذا النظام يكون لكل عقار مكان خاص به في السجل العقاري يثبت فيه كل ما يجري عليه من تصرفات مما يترتب عليه من حقوق، وعلى ذلك فيكفي من يريد التعامل في العقار أن يرجع للصفحة الخاصة به في السجل العيني ليعرف مالكه، ويعرف كل التعاملات المسجلة عليه[2]. ومن مزايا نظام السجل العيني أنه يحقق الهدف المقصود من الشهر وهو توفير الثقة بالملكية العقارية، مع ما يترتب على هذه الثقة من تسجيل تداول العقارات، وتشجيع الائتمان العقاري ولذلك نجد الدول تتجه إلى الأخذ بهذا النظام[3].

وقد أقرَّ قانون تسوية الأراضي وتسجيلها لسنة 1925م المبادئ الأساسية بين الحكومة والمواطنين وبين المواطنين أنفسهم ، ثم تسجيل الحقوق التي يقوم عليها الدليل أمام ضابط التسوية لمن يستحقها في سجل الأراضي. وقد اتبع السودان في تسجيل الأراضي نظام الشهر العيني الذي استند إلى المبادئ التي عرفت بنظام (تورنز)، ونظام التسجيل العيني يفضل نظام التسجيل الشخصي لأن السجلات العقارية لها حجية بالنسبة للحصة الواردة بها فتكون لها قوة إثبات. وأرسى نظام التسجيل العيني في السودان مبدأ القوة المطلقة للسجل، حيث لا يمكن تصحيح السجل في السودان إلا بواسطة المسجل أو المحكمة[4]. ونظام السجل العيني يخول أمين السجل سلطة قضائية واسعة في فحص صحة التصرفات التي تقدم للشهر وقبولها أو رفضها، بحيث إذا قبلها وتم شهرها فإن الشهر ذاته يعتبر هو الحق المشهر عنه فلا يتأثر هذا الحق بعد ذلك بالطعن على صحة العقد الذي تم شهره[5].

## المطلب الثالث

## شروط التزاحم

سنتناول في هذا المطلب شروط التزاحم وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: شروط التزاحم.

الفرع الثاني: شرط حسن النية.

---

(1) حسن عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري ، مرجع سابق، صفحة (27).
(2) فائز أحمد عبدالرحمن ، عقد البيع ، دار المطبوعات الجامعية، 2006م ، ص 151 .
(3) حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري، مرجع سابق ، ص 27.
(4) حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري ، مرجع سابق، ص 21 .
(5) د. عبد الحميد الشواربي ، إجراءات الشهر العقاري ، مرجع سابق، ص 5 .

**الفرع الأول**

**شروط التزاحم:**

يشترط للقول بوجود تزاحم بين المشترين توافر الشروط الآتية:

1. أن يكون البائع لهما واحداً[1]. بمعنى أن تصدر التصرفات التي يتزاحم على أساسها المشترون المتعددون من شخص واحد ويكون هو المالك فإذا اشترى أحد المشترين من المالك واشترى الآخر من غير مالك فإن الأفضلية تكون للمشتري الذي اشترى من مالك العقار حتى ولو كان تاريخ تسجيله لاحقاً على تاريخ تسجيل المشتري من غير مالك[2].
2. أن يكون العقد جدياً غير صوري وصحيحاً لا يشوبه بطلان[3] بمعنى أن يكون عقد كل من المشترين المتزاحمين صحيحاً ونافذاً فإذا كان عقد أحدهم باطلاً أو صورياً فإن الأفضلية تكون لصاحب العقد المبيع أو العقد الجدي حتى ولو كان تسجيله لاحقاً على تسجيبل العقد الباطل أو العقد الصوري ذلك لأن التصرف المسجل لكي يعتد بتسجيله ويعتبر ناقلاً للملكية بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير يجب أن يكون هذا التصرف صحيحاً وجدياً لأن التسجيل لا يصحح الباطل ولا يحول التصرف الصوري إلى تصرف حقيقي[4].

**الفرع الثاني**

**شرط حسن النية:**

كان القانون المدني المصري القديم يشترط حسن نية المشتري الثاني الأسبق في التسجيل حتى يستطيع الاحتجاج بالأسبقية في التسجيل في مواجهة المشتري الأول. وكان الرأي الذي يشترط حسن نية المشتري الثاني الأسبق في التسجيل هو السائد رغم وجود رأي ثانٍ لا يكتفي بعلم المشتري الثاني بالبيع الأول حتى لا يكون له الحق في التمسك بالأسبقية في التسجيل. بل يشترط أكثر من ذلك أن يكون المشتري الثاني متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول، فإذا انتفى التواطؤ فإن المشتري الثاني يحق له أن يتمسك بأسبقيته في التسجيل ولو كان يعلم بوجود البيع الأول[5]. ويقصد بحسن النية في هذا الصدد

---

(1) نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة مصر ، 1982م ، ص 209 .
(2) فائز أحمد عبدالرحمن ، عقد البيع ، مرجع سابق، ص 210.
(3) مجلة الأحكام القضائية، 1991م، ص 253.
(4) فائز أحمد عبدالرحمن ، عقد البيع ، مرجع سابق، ص 210 .
(5) سمير عبد السيد تناغو ، ص 206.

عدم علم المشتري الثاني بالبيع الأول، أي ان علم المشتري الثاني بسبق تصرف البائع إلى المشتري الأول يبطل اثر تسجيله ويحول دون انتقال الملكية إليه[1].

الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين أن مجرد علم المشتري المسجل بسبق التصرف لا يحول دون احتجاجه بتسجيله، لأن العبرة في التصرفات المنشئة للحقوق العينية والناقلة لها ليس بالعلم بالتصرف وإنما تسجيله، ثم أن المشتري الذي سارع إلى التسجيل لا يمكن اعتباره مخطئاً لأنه استفاد من مزية هيأها القانون للشخص الحريص النشيط. ولكن إذا كان البيع الثاني قد تم نتيجة تواطؤ وبقصد الإضرار بحق المشتري الأول، فإن المشتري الأول أي الذي ثبت تاريخ عقده أولاً هو الذي يفضل، بصرف النظر عن أسبقية التسجيل ، وعلى هذا استقرت محكمة النقض الفرنسية ، وقد عللت محكمة النقض قضاءها بقولها: (إن الغش والتواطؤ يشذ على جميع القواعد) أي أنها رست أحكامها على القاعدة المشهورة. (الغش يفسد كل شئ)[2].

يخلّص الباحث إلى أن المحاكم الفرنسية لا تسمح لمن سجل عقده بأن يتمسك به إذا كان قد تواطأ مع البائع على تفويت حق المشتري الأول، وهذا ما أخذ به القانون المدني المصري القديم، ولكن محكمة النقض المصرية أخذت بالرأي القائل بأن الملكية تنتقل بالتسجيل، ولا يحول دون ذلك أن يكون المتصرف إليه الثاني الذي سجل عقده متواطئاً مع المتصرف على الإضرار بالمشتري الأول وتفويت المنفعة عليه.

وفي رأي الباحث أن المحاكم الفرنسية قد أصابت عندما قررت أن المشتري المسجل لا يستطيع أن يتمسك بتسجيله إذا كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بحق المشتري الأول الذي لم يسجل عقده، وقد استند الباحث إلى أن التدليس أو التواطؤ غير مشروع في العقود المقررة بحكم القانون فلا يعقل أن يكون التدليس أو التواطؤ حلالاً بالنسبة للعقود المنشأة. وهذا دليل على أن التسجيل الذي تم بواسطة المشتري الثاني المتواطئ مع البائع يقع باطلاً بحكم القانون، وأيضاً من المبادئ العامة أن الغش يفسد كل شيئ بمعنى أن التسجيل نصّ عليه في قانون تسوية الأراضي وتسجيلها لسنة 1925م فلا يمكن أن ينسخ القانون المذكور هذا المبدأ العام، الذي يعلو في سموه على كل قاعدة قانونية.

وقد جاء في سابقة عثمان مصطفى وآخر ضد ورثة عبداللطيف أبو عوف المبدأ الآتي:

عند بيع الأرض وتزاحم المشترين وتسجيلها في اسم أحدهم تكون الأفضلية لمن سجل بيعه بشرط أن يكون العقد جدياً غير صوري وصحيحاً لا يشوبه بطلان. ولقد جرى العمل

---

(1) محمد المنجي عقد البيع الابتدائي، ط2، 1987م، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 508.

(2) عبدالمنعم البدراوي . الوجيز في عقد البيع ، لا يوجد سنة طبع ، ص 210.

على أن المشتري سيئ النية لا يفوز بالعقار وأن مجرد العلم بالبيع السابق لا يعتبر سوء نية إلا إذا اقترن بظروف أخرى تثبت سوء النية[1].

وقد جاء أيضاً في سابقة ورثة أونسي عبدالكريم /ضد/ حميدة عثمان حسون وآخر، المبدأ الآتي:

أن مجرد علم المشتري الذي سجل عقده في وجود تصرف سابق غير مسجل لا يؤثر في تسجيله ، ولا يبطل بيعه بمقولة أنه مشتر سيء النية أو كان متواطئاً مع البائع، هذا هو رأي الفقه المصري، وهو لا يختلف عما انتهى إليه الرأي الراجح فقهاً وقضاءً في السودان[2].

## المطلب الرابع

## صور تزاحم المشترين

تنتقل الملكية إلى المشتري من وقت التسجيل بالنسبة للناس كافة، وإذا سجل أكثر من مشتر واحد عقد بيعه فإن الأفضلية بينهم تكون لمن سبق غيره في تسجيل عقده. وبعبارة أخرى فإن العبرة بالأسبقية في التسجيل عند التزاحم.

والتزاحم بين المشترين لا يتصور وقوعه إلا إذا كان البيع قد صدر لهم جميعاً من مالك العقار المبيع. وسنتناول التزاحم على النحو التالي:-

الفرع الأول: تزاحم المشترين بعقد غير مسجل مع مشتر آخر بعقد مسجل.

الفرع الثاني: تزاحم المشتري من الوارث بعقد غير مسجل مع المشتري من الوارث بعقد مسجل.

الفرع الثالث: تزاحم المشتري من المالك بعقد غير مسجل مع مشتر بعقد مسجل من مشتر أول من ذات المالك بعقد لم يسجل.

---

(1) مجلة الأحكام القضائية - 1992م ، ص 325.

(2) مجلة الأحكام القضائية - 1992م ، ص 271.

## الفرع الأول

## تزاحم المشترين بعقد غير مسجل مع مشتر آخر بعقد مسجل

تزاحم المشتري بعقد غير مسجل مع مشتر آخر بعقد مسجل:

كما أوردنا أن الملكية لا تنتقل سوى بين المتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل، ونصت المادة {54} من قانون تسوية الأراضي وتسجيلها 1925م على الآتي:

(يجوز لمالك الأرض بمقتضى وثيقة في الشكل المقرر أن ينقل ملكية الأرض أو اي جزء منها؛ ويكتمل نقل الملكية عندما يقيد المسجل في السجل اسم الشخص الذي نقلت إليه ملكية الأرض كمالك لها).

كما نصت المادة {48} من ذات القانون على الآتي: ( يحفظ من تاريخ إنشاء مكتب لتسجيل الأراضي وبعد ذلك ، سجل للأرض الحكر تسجل فيه تفاصيل حق ملكية جميع الأرض الحكر المحازة بمقتضى إجارة قابلة للانتهاء بانتهاء حياة شخص أو أكثر أو لمدة ثلاث سنوات أو أكثر ولا تكون تلك الإجارة صحيحة إلى أن تسجل). وقد نصت المادة {2/615} من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م على الآتي:

(التصرف في العقار المملوك للدولة لا يصح إلا إذا تم تسجيله). وضع المُشرَّع في النصوص السابقة المبدأ في انتقال الحق العيني الأصلي على العقار وهو وجوب التسجيل، وهناك سؤال يطرح نفسه هو: هل يعد التسجيل ركناً في عقد البيع العقاري؟

من الثابت أن عقد البيع من العقود الرضائية التي تنعقد بالإيجاب والقبول، والإجراءات التي يتطلبها قانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني هي إجراءات تنظم وتقوي نظام التسجيل وتشكل ضمانة للاستقرار في التعامل العقاري ولا تجعل عقد البيع عقداً شكلياً والدليل على ذلك أن عقد البيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة، وهو ينتج كافة آثار عقد البيع.

خلُص الباحث على أن المشرّع لم يجعل التسجيل شرطاً أو ركناً لانعقاد العقد. كما أنه لم ينص صراحةً على أن يكون جزاء تخلف التسجيل البطلان.

وقد جاءت السوابق القضائية مؤيدة هذا الرأي ففي قضية عبدالقادر سبت احمد وآخر /ضد/ خليل علي محمد نور ذكرت محكمة الاستئناف أنّ العقد أو التصرف في العقار المملوك العين للدولة لا يكون باطلاً بسبب عدم التسجيل لأن التسجيل ليس ركناً في التصرف بل هو أثر من آثار التصرف الصحيح من شأنه نقل الملكية في العقار. ولا أثر له في ترتيب صحة أو بطلان التصرف)[1] وفي قضية أحمد خلف الله /ضد/ صالح خلف

[1] مجلة الأحكام القضائية لسنة 1991م، ص 210.

الله ذكرت المحكمة العليا أنّ: (التصرف المعني والوارد في نص المادة {615} من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م هو التصرف الذي تقوم به الدولة بالتنازل عن الملكية ذاتها أو أي منفعة ترد عليها لجهة ما، فلا يكتفي لنقل الملكية أو المنفعة إبرام عقد بين الدولة وبين تلك الجهة ما لم تسجل ذلك في العقد، ويعتبر العقد غير المسجل هذا باطلاً في مواجهة الدولة مالكة العين أو الجهة التي قد يكون العقار قد سجل باسمها)[1].

والصورة الأولى من التزاحم والتي نحن بصدد مناقشتها الرأي الراجح فيها فقهاً وقضاءً هو الرأي القائل بأنه عند التزاحم يفضل المشتري الذي سبق إلى تسجيل عقده وذلك بصورة مطلقة ودون اعتداد بحسن أو سوء النية أو التواطؤ. وذلك تقوية لنظام التسجيل، والوصول به إلى أقصى ما له من قوة وبالتالي فلا أثر لحسن النية أو لسوء النية أو التواطؤ، فمعيار الأفضلية دائماً هو الأسبقية في التسجيل[2].

ويرى الدكتور/ السنهوري أنه يجب الوقوف عند الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر. فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بإدخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره، ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسري تسجيله في حق الغير، وبذلك نحمي مصالح الناس من أن يعرضها للضياع والتدليس والغش[3].

وقد استقرت محكمة النقض على أن إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين في شأن عقار واحد يكون على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله[4].

وعلى ذلك يبدو أن المنطق القانوني السليم يقضي بعدم جواز قيام البائع بالتصرف في عقاره مرة ثانية بعد أن باعه في المرة الأولى بعقد لم يتم شهره.

إن أصول التسجيل أنها تخالف المنطق على طول الخط وتصدم العدالة في ناحية وتأخذ بالعدالة في الناحية الأخرى، أما أنها تخالف المنطق، فالآن البائع وقد نزل عن عقاره للمشتري الأول، فإن هو جاء وباع ثانيةً فقد تصرف في غير ما يملك ولا يجوز حينئذ أن يملّك الغير ما لا يملك، ولكن مع ذلك ينفذ تصرفه الثاني دون الأول إذا تسجل للثاني ولم يتسجل للأول، وأما خذلها للعدالة من ناحية وعونها لها من الناحية الأخرى، فإن أصول

---

(1) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1991م ، ص 212 .
(2) فائز أحمد عبدالرحمن ، عقد البيع ، مرجع سابق ، ص 216.
(3) عبدالرازق السنهوري ، الوسيط ، ج4 ، ص 554.
(4) نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مرجع سابق ، ص 208.

التسجيل تؤيد المشتري الثاني الذي سجل لعذره في عدم وجود تسجيل سابق وتضحي بالمشتري الأول لأنه لم يسجل، وعليه وحدة تبعة عمله[1].

وأرى من خلال الدراسة أن الأصول القانونية المستفادة من التسجيل، أنها تقررت لحماية الغير، وحماية المشتري الثاني، لا لحماية ذلك المعتدي الذي يبيع مرة ويأخذ الثمن وينصرف، ثم يبيع ثانيةً فيغتصب حقوق المشتري الأول ويسلمها للمشتري الثاني ويصفق له القانون ويحميه بحجة حماية قدسية التسجيل، فمن المنطقي حماية التصرف القانوني بين البائع والمشتري الأول وذلك بمعاقبة البائع الذي تصرف في العقار الذي سبق أن باعه بعقد لم يسجل مرة ثانية بعقوبة النصب، وبذلك يكون المشرَّع قد خلق للمعاملات جواً هادئاً سليماً تعلوه الطمأنينة، ويحذوه الهدوء.

## الفرع الثاني

## تزاحم المشتري من المورث بعقد غير مسجل مع المشتري من الوارث بعقد مسجل

ذكرنا أن الأسبقية في التسجيل لا يعول عليها إلا إذا صدر التصرف من ذات البائع، أما إذا تلقى شخصان الحق المبيع من شخصين مختلفين وجب البحث عن أيهما هو المالك، والصورة التي نحن بصدد بحثها من المفاضلة بين مشتر من المورث بعقد لم يسجل ومشتر من الوارث بعقد مسجل.

ذهب البعض في ظل المجموعة المدنية القديمة بمصر إلى القول بأن الوارث يكمل شخصية المورث فتكون بصدد عقدين صادرين من نفس الشخص حكماً فتكون الأولوية للسابق في التسجيل فيفضل المشتري من الوارث مادام قد سجل عقده، وذهب البعض الآخر على العكس من ذلك إلى أن المورث والوارث شخصان مختلفان، لأن الشريعة الإسلامية لا تجعل الوارث امتداداً لشخصية المورث، وبناءً على هذا يجب البحث عن أيهما المالك، وحيث إن الملكية في العقار تنتقل بالعقد بين المتعاقدين، فتكون الملكية قد انتقلت عن المورث إلى المشتري ولم تنتقل إلى ورثته بالإرث، ويكون تصرف الوارث تصرفاً من غير مالك فلا يحتج به ولو سجل قبل أن يسجل المشتري من المورث[2].

والوضع في ظل قانون تسوية الأراضي وتسجيلها أصبح ميسوراً وذلك لنصه على أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

---

(1) رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في البيع والمقايضة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2003م ، ص 225 .

(2) عبد المنعم البدراوي ، الوجيز في عقد البيع ، مرجع سابق ، ص 219 .

لا بد من الإشارة إلى أن الوارث حتى يصبح مالكاً للعقار المتنازع عليه يجب عليه القيام بقيد تركة وذلك لإصدار الإعلام الوراثي الأولى لحصر الورثة ثم بعد ذلك تقديم طلب للمحكمة إذا كان هنالك تركة للمورث، ويقوم الوارث بإجراء تحريات على العقار المراد توريثه وذلك للتأكد من أن العقار المراد توريثه خال من الموانع المسجلة والتأكد أيضاً أن العقار المراد توريثه باسم المورث وهذا الإجراء في تقديري يمثل سياجاً واقياً مانعاً للتزاحم بين المشترين، وبعد تأكد المحكمة من أن العقار باسم المورث وخال من موانع التسجيل تقوم بإجراء التنازلات حسب رغبة الورثة، ثم تصدر المحكمة إعلاماً نهائياً بتوريث القطعة أو التنازل عنها لوارث أو أجنبي، وهذا الإعلام يعتبر شهر لحقوق الورثة بمعنى ان الوارث قد شهر حق الإرث فإذا قام الورثة بتسجيل العقار الذي تم توريثه فيصبح العقار ملكاً للورثة، وبهذا يصبح للوارث الحق في بيع العقار المملوك له، وإذا قام المشتري من الوارث تسجيل العقار في اسمه وظهر مشتر آخر من المورث فإن البيع المسجل هو الأفضل وذلك لأنه تم من مالك للعقار وهو الوارث حسب الإجراءات المذكورة أعلاه، وقد سُجل العقار بواسطة المشتري.

وإذا لم يقم الوارث بتسجيل حق الإرث فلا يجوز شهر أي تصرف يصدر منه بخصوص عين من أعيان التركة. وعلى ذلك فإن من اشترى من المورث عقاراً ولم يسجل عقده قبل وفاة البائع (المورث) لا يخشى شيئاً طالما أن الوارث لم يشهر حقه في الإرث. إذ لن يسجل البيع الصادر من الوارث. وطالما أنه لم يسجل فلن يحتج به على المشتري من المورث الذي يستطيع أن يطالب الوارث بتنفيذ التزام المورث بنقل الملكية.

خلص الباحث إلى أن حسم التزاحم بين المشتري من الوارث والمشتري من المورث يكون لمصلحة الأسبق في التسجيل سواء كان هو المشتري من المورث أو المشتري من الوارث. والمبدأ الذي ألزمته صور التزاحم هو أن العبرة بالأسبقية المطلقة في التسجيل عند التزاحم بين المشترين المتعاقبين من بائع واحد بشرط أن يكون مالكاً حقيقياً لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله، وهذا يعني أن بيع العقار لأكثر من واحد هو تصرف صحيح من الناحية المدنية. ولا يتعرض البائع للمساءلة من الناحية الجنائية حتى ولو كان البائع والمشتري سيئ النية.

### الفرع الثالث

### تزاحم المشتري من المالك بعقد لم يسجل مع مشتر بعقد مسجل من مشتر أول من ذات المالك بعقد غير مسجل

تتحقق هذه الصورة من التزاحم في حالة صدور بيع أول غير مسجل من المالك يعقبه بيع ثان من المالك الأصلي مسجل بعقد تسجيل عقد المشتري من المشتري الأول.

إن نظام الشهر في مصر نظام شخصي يعني أنه لا يعتد فيه بموقع الأعيان بل بأسماء أصحابها ولهذا لم يكن في استطاعة المشتري أن يعلم بالتسجيل الأول. ونظام الشهر شرع لحماية الغير حسني النية.[1] أما الوضع في القانون السوداني فقد نص في قانون تسوية الأراضي وتسجيلها 1925م على أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير إلا بالتسجيل. وفي تقديري أن المشتري بعقد غير مسجل لا يعتبر مالكاً ولا يستطيع نقل الملكية إلى من تصرف إليه ولو سجل هذا الأخير عقده. وبالتالي أصبح تسجيل عقد المشتري من مشتر سابق لا ينقل الملكية إليه طالما أن عقد البائع إليه لم يسجل.

## المبحث الثالث

## التطبيقات العملية لتزاحم المشترين

من أكثر القضايا وروداً أمام المحاكم بيع المالك العقار لشخصين بأن يوقع عقد بيع مع شخص ثم يقوم ببيعه لآخر ويتمكن هذا الآخر من تسجيل العقار بالسجلات الرسمية قبل قيام المشتري الأول بالتسجيل.

وقد تعرضت السوابق القضائية السودانية للتزاحم بين المشترين وقد جاء في قضية عبدالماجد الأغبش /ضد/ الأغبش محمد الحسن، مجلة الأحكام القضائية 1976م صفحة 351 المبدأ الآتي: (عقد البيع ينشئ التزاماً بتنفيذه ولا ينقل ملكية العقار، فالمشتري لا يصبح مالكاً للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل)[2]. وقالت المحكمة العليا في تلك السابقة (لقد نصت المادة 54 من قانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة 1925م على أن نقل الملكية يكتمل عندما يقيد المسجل في السجل اسم الشخص الذي نقلت إليه ملكية الأرض كمالك لها ويعني ذلك أن الملكية لا تنتقل للمشتري بمجرد العقد وإنما بتسجيل العقد ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكاً للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل وتبقى الملكية حيث كانت قبل الشراء ويكون في مقدور المالك المسجل أن يبيع عقاره أكثر من مرة ويصبح المشتري الذي يسجل عقده مالكاً للعقار دون الآخرين). فلو باع مالك العقار المسجل في اسمه لدى مكتب التسجيلات وفقاً لقانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة 1925م عقاره مرة سابقة ولم يسجل المشتري السابق عقد البيع ثم قام مالك العقار ببيع عقاره مرة لاحقة لمشتر لاحق وقام المشتري اللاحق بتسجيل عقد البيع اللاحق فلا يستطيع المشتري السابق أن يحتج بعقد البيع السابق الذي لم يسجله في حينه وعليه أن يتحمل نتيجة إهماله وتبعة تراخيه في عدم التسجيل ومن ثم لا يستطيع أن يطالب مالك العقار بمقتضى عقد البيع السابق بالتنفيذ العيني

---

[1] عبد العزيز المرسي حمود، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، 1997، صفحة (30).

[2] مجلة الأحكام القضائية ، 1976م ، ص 351 .

بتغيير سجل العقار من اسم المشتري اللاحق إلى اسمه بوصفه المشتري السابق ذلك لأن ملكية العقار انتقلت للمشتري اللاحق بموجب عقد البيع اللاحق المسجل لدى مكتب تسجيلات الأراضي وفقاً لقانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة 1925م، حتى ولو لم يكن المشتري السابق على علم بعقد البيع اللاحق وإن مجرد علم المشتري اللاحق الذي سجل عقد بيعه بسبق صدور عقد البيع السابق بأنه غير مسجل لا يؤثر في تسجيله لا يبطل شراؤه اللاحق بمقولة أنه مشتر سيئ النية أو كان متواطئاً مع البائع[1].

وقد جاء في قضية مصعب عبدالوهاب السراج /ضد/ بخيت فضل السيد المبدأ الآتي: (الملكية تنتقل في العقار بالتسجيل بموجب المادة 54 من قانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة 1925م وليس بالاتفاق على البيع ولذلك فإن الاتفاق على البيع ينشئ التزامات شخصية فقط توجب الحكم بالتعويض عند الإخلال، وأن مبادئ العدالة تقتضي تغليب مصلحة من سجل بيعه على مصلحة المشتري الأول الذي لم يسجل بيعه)[2].

وفي قضية حسن بابكر حدربي /ضد/ سليمان أحمد سليمان قضت المحكمة العليا بالآتي: (العبرة في نقل ملكية العقار المسجل في حالة تزاحم المشترين من بائع واحد بالتسجيل وليس بواقعة الشراء، ولذلك فإن المشتري الذي يسارع في تسجيل عقاره يكون أحق من غيره ولو كان بيعه لاحقاً لبيوع الآخرين)[3].

وقالت المحكمة العليا في تلك السابقة ما يلي:

(عندما تكون الأرض مسجلة بنظام تسجيلات الأراضي المطبق في السودان بمقتضى قانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة 1925م فإن أسبقية المشترين المتزاحمين تحكمها أسبقية التسجيل ـ أي بمعنى أدق، أن من كان أسبق لتغيير سجل الأرض لاسمه أحق بها من غير ذلك لأن العبرة في اكتمال انتقال ملكية العقار المسجل باكتمال إجراءات التسجيل وليس بواقعة الشراء وحدها).

خلص الباحث من خلال السوابق القضائية المذكورة أعلاه أنه في حالة تزاحم عدة مشترين من بائع واحد مالك العقار المبيع تكون الأفضلية لمن يسبق منهم غيره في تسجيل عقده، ولا يؤثر في تسجيله ولا يبطل بيعه بمقولة أنه مشتر سيئ النية أو كان متواطئاً مع البائع.

---

(1) مجلة الأحكام القضائية ـ 1996م ، ص 76.
(2) مجلة الأحكام القضائية ـ 1977م ، ص 318.
(3) مجلة الأحكام القضائية ـ 1982م، ص 270 .

وقد جاءت سابقة ورثة عوض أونسى عبدالكريم /ضد/ حميدة عثمان حسون وآخر المبدأ الآتي: 1. (في حالة تزاحم عدة مشترين من مالك العقار المبيع، تكون الأفضلية لمن يسبق منهم غيره في تسجيل عقده).

2. إن مجرد علم المشتري الذي يسجل عقده في وجود تصرف سابق غير مسجل لا يؤثر في نسجيله، ولا يبطل بيعه بمقولة أنه مشتر سيئ النية أو كان متواطئاً مع البائع، هذا هو رأي الفقه المصري، وهو لا يختلف عما انتهى إليه الرأي الراجح فقهاً وقضاءً في السودان[1].

وقد ذكرت المحكمة العليا في تلك السابقة على صفحة (78) الآتي:-

(قصد المشرع من وراء تعليق النصوص التشريعية نقل الملكية العقارية على التسجيل كما ورد ذلك في قانون تسوية الأراضي وتسجيلها سنة 1925م على النحو الذي سلف بيانه، الاتفاق مع مبدأ حجية السجل وقوته منعاً للفوضى والنتائج الوخيمة التي تترتب على القول بأن ملكية العقار تكتمل ويتم تسليم العقار بمجرد إبرام عقد البيع أسوةً بملكية المنقول وكما قصد المشرع من وراء ذلك أن تستوفي الدولة حقوقها من ضرائب ورسوم تسجيل وزكاة ورسوم تحسين وغيرها من الرسوم الواجبة السداد لخزينة الدولة المشاركة في ازدهار الاقتصاد الوطني وكما قصد المشرع من وراء ذلك أيضاً وقف أي تلاعبات في بيع العقارات بتعدد المشترين.

وقد ناقشت سابقة غير منشورة صادرة من المحكمة الدستورية بتاريخ 2002/9/30م معاوية محمد عبدالمجيد /ضد/ 1. عبدالغفار جميل 2. حكومة السودان . وقد أثيرت مناقشتها بسؤال عم ما هو الوضع القانوني عند تزاحم المشترين فهنالك مشتر لعقار ولم يسجل هذا التصرف في السجل تحت قانون تسوية الأراضي وتسجيلها، وانتقل العقار إلى شخص دفع قيمته واستلمه وأجرى فيه إصلاحاته وذكرت المحكمة العليا بأن الحديث عن الأسبقية يتطلب البحث في سوء النية، فمن أجل إثبات سوء النية ينظر إلى السجل فإذا لم يكن السجل خالياً اتجهت الأنظار نحو سوء النية.

والثابت في هذه الدعوى أن السجل كان خالياً من موانع التسجيل ومازالت باسم صاحبها الأول، وينتج من ذلك أنه لم يثبت سوء النية، وقد ذكرت المحكمة الدستورية أن المحكمة العليا ذكرت بأن الدعوى دعوى أسبقيات وهذا صحيح، ثم هي ذكرت القاعدة القائلة بأن عند تزاحم المشترين تكون الأفضلية للمشتري الأول، وهذا صحيح أيضاً ولكن هنالك قاعدة أخرى أغفلتها المحكمة العليا بينما انتبهت لها محكمة الاستئناف، وهي قاعدة

---

[1] مجلة الأحكام القضائية - 1996م ، ص 70.

التنفيذ الجزئي فعند تزاحم المشترين، وفي غياب التسجيل فإن الأفضلية لمن قام بالتنفيذ الجزئي وهو في هذه الحالة استلام الحيازة والدخول في المبنى.

وجاء أيضاً في سابقة غير منشورة بالرقم م ع / ط م / 2005/549م الآتي: لقد استقر عبر سوابق عديدة أن مسألة سوء النية لا يكون لها من أثر إلا عندما يتساوى الاتفاق اللاحق من حيث عدم التسجيل للاخير، في هذه الحالة ينظر إلى سوء النية ويؤخذ في الاعتبار السبق للتصرف الذي ينقل الملكية.

وجاء أيضاً في السابقة غير المنشورة مراجعة / 2005/249م الآتي: لا يكفي تسجيل البيع ولابد أن يكون التصرف بحسن نية حتى يتمسك بالعقد الصوري، وطالما أن هناك دفعاً بصورية عقد البيع فلابد أن يتبع ذلك البحث والتقصي حول نية المتعاقدين حيال ما قام من التصرف للتحقق من وجود سوء النية وعدمه، فالسلعة لا تتحقق إلا بعد إثبات سلامة التصرف وتحقق حسن النية ثم يأتي بعد ذلك التمسك من قبل صاحب الشأن، والأستناد على واقعة اكتمال البيع بالتسجيل تأتي في غير محلها إذ إن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً، إذا ما تحققت علة الإبطال.

وجاء في السابقة غير المنشورة م ع / ط م / 302 / 2006م الآتي: عدم اكمال إجراءات التسجيل لا تقدح في صحة عقد البيع متى ما اكتملت أركانه ويبقى عقد البيع صحيحاً وتبقى الإجراءات الرسمية ليكتمل انتقال الملكية بالتسجيل، وإذا لم يتم التسجيل في حينه وكان العقد صحيحاً فيجوز للمشتري في أي وقت أن يطلب من المحكمة تعديل السجل بموجب المادة (85) من قانون تسوية الأراضي وتسجيلها لسنة 1925م، وقالت المحكمة العليا في هذه السابقة (حقيقة أن المقصود من النص على تقييد نقل الملكية بالتسجيل كإجراء رسمي هو حفظ الحقوق لأهلها في هذا السجل الذي يعتبر حجة على الكافة بما دون فيه، ولذلك فإن التصرفات التي تتم بواسطة سماسرة الأراضي قبل إكمال إجراءات انتقال الملكية بالتسجيل تعتبر تصرفات غير صحيحة مادام السجل لم ينتقل للمشتري وبالتالي لا يستطيع هذا المشتري من التصرف في العقار المبيع ما لم يعدل السجل في اسمه.

بعد مناقشة بعض السوابق القضائية والتي تحدثت عن سوء النية وحسن النية فلا بد من الإشارة إلى أن هذه السوابق المذكورة لم توضح مفهوم المشتري حسن النية، وأيضاً أغفلت معيار حسن النية، فتعريف المشتري حسن النية كماجاء بالورقة المقدمة من د. إبراهيم أحمد عثمان بعنوان أثر حسن نية المشتري بأنه: (المشتري حسن النية هو من تعاقد على شراء شئ دون تدبير للإضرار بالغير وخلو ذهنه عن أي تصرفات تتعلق بالمبيع من قبل).

وجاء أيضاً في الورقة المذكورة: (وقد وضعت السابقة القضائية جوقان سولاكين /ضد/ يعقوب أصلانيان إلى وضع معيار لحسن النية بأن يكون الشراء بسعر معتبر، إلا

أن السابقة القضائية ورثة مدنية من /ضد/ جورج نيكولا دياب وآخر قررت مبدأ معارضاً لما أرسته السابقة المذكورة وقررت بأن الشراء بثمن بخس ليس دليلاً على سوء نية المشتري دون أسباب أخرى تعضده.

وقد لاحظت أيضاً من السوابق القضائية أن القانون المطبق هو قانون تسوية الأراضي وتسجيلها لسنة 1925م وهي المادة (54) من قانون تسوية الأراضي وتسجيلها، على الرغم من أن المادة (189) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي تنص على: (تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلى المشتري ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك) ومن نص المادة 189 المذكور نجد أن الملكية تنتقل بالعقد، وحسب نص المادة 54 من قانون تسوية الأراضي وتسجيلها فإن الملكية تنتقل بالتسجيل وقد رجحت السوابق القضائية انتقال الملكية بالتسجيل على الرغم من أن قانون تسوية الأراضي وتسجيلها قانون كاشف وليس منشئاً للعقد وقد ذكر د. إبراهيم أحمد عثمان في ورقته المذكورة أعلاه (لا يمكن أن ينتقل الحق ويكتسب المشتري حقاً إلا بالعقد وبالتالي لا يمكن أن يحرم قانون تسوية الأراضي وتسجيلها، المالك من حقه لعدم التسجيل ولهذا أرى أن المالك الأصلي إذا باع المنزل بيعاً ثانياً، فإن فعله هذا يعد تصرفاً في ملك الغير من قبيل بيع الفضولي فلا ينفذ إلا بموافقة المشتري الأول. وبالتالي لا ينبغي أن يحمي القانون أهل السوء والكسب الحرام).

خلص الباحث إلى أن المبدأ الذي التزمته السوابق القضائية هو العبرة بالأسبقية المطلقة في التسجيل عند التزاحم بين المشترين المتعاقبين من بائع واحد بشرط أن يكون مالكاً حقيقياً لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. وهذا يعني أن بيع العقار لأكثر من واحد هو تصرف صحيح من الناحية المدنية ولا يتعرض البائع للمساءلة من الناحية الجنائية حتى ولو كان البائع والمشتري سيئ النية.

**خلاصة ما توصل اليه الباحث:**

1. البيع غير المسجل ينتج كافة آثار عقد البيع ما عدا نقل الملكية بالفعل.
2. حسن النية ليس شرطاً للاحتجاج بالأسبقية في تسجيل التصرفات الناقلة كالبيع، وكان على المشرع النص صراحةً على حسن النية وذلك حسماً للمسألة.
3. السوابق القضائية متضاربة في مسألة حسن النية فأصبح هناك رأيان يتنازعان مسألة حسن النية للاحتجاج بالأسبقية عليه لا بد من توحيد السوابق القضائية.
4. تشريع عقوبة لجريمة التصرف أكثر من مرة في العقار، وذلك للتمكن من إيقاف جشع الطغاة المحتالين.
5. اعتبار تصرف البائع الذي يبيع مرة ثانية مرتكباً لجريمة النصب، ويعاقب بعقوبة النصب.
6. عدم الأخذ بحسن النية يؤدي بلا شك إلى استقرار الملكية العقارية.
7. عدم الالتفات إلى حسن النية أو سوء النية عند التزاحم بين المشترين وذلك لأنها عناصر نفسية تهدد استقرار نظام التسجيل.
8. إحاطة إجراءات التسجيل بضمانات قضائية تعصمه من العيوب وتؤكد الثقة فيه فتجعلها ثقة مطلقة بصرف النظر عن التصرف القانوني ذاته، عندها يصبح السجل العقاري أهلاً للثقة التي يضعها الأفراد فيه، ولا يتوفر ذلك إلا بإجراء التسجيل أمام قاض مختص يفحص مستندات الملكية ويستوثق من سلامة مركز البائع والمشتري.
9. لا بد من النص على مفهوم حسن النية ومعيارها قانوناً، وذلك لأن حسن النية مسألة نفسية وليس لها ضابط معين.
10. استفحال جرائم النصب التي يكون محورها التصرف الثاني والثالث على عقار لم يتم تسجيله، وذلك ارتكازاً إلى أن القانون لا يعاقب البائع الذي يتصرف ثانية طالما أن الملكية باسمه.

# المصادر والمراجع

**أولاً: القرآن الكريم .**

**ثانياً: السنة النبوية :**

1. الحافظ بن عبد الله بن محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجة ، دار الحديث ، القاهرة

**ثالثاً: المعاجم :**

1. ابراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط، ط2 ، ج1 ، مصر ، مطبعة العارف ، 1973م
2. ابن محمد علي الفيومي ، المصباح المنير ، مكتبة لبنان، 1978م
3. جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم المعروف بابن منظور ، لسان العرب ، ج2 ، دار المعارف ، مصر

**رابعاً: المراجع الفقهية :**

1. ابن نجيم الحنفي ، النهر الفائق - شرح كنز الدقائق ، المجلد الثالث ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 2002م
2. ابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج 6 ، دار الفكر ، بيروت ، ط 2
3. أبي الوليد محمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقصد ، ج 2 ، دار الفكر ، القاهرة ، بدون سنة
4. صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة أبي زيد القيرواني ، دار إحياء الكتب ، مصر ، بدون سنة
5. صالح عبد السميع الآبي الأزهري ، جواهر الإكليل، ج 2 ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، بدون سنة
6. عبد الله بن عبد الرحمن ، نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، ج3 ، مكتبة الفقه الحديث ، بدون سنة

7. علي حيدر ، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول ، دار الجبل ، ط1 ، 1991م
8. محمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر ، مصر ، 1995م
9. محمد أمين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج 5 ، دار الفكر ، بيروت ، 1995م
10. محمد بن أحمد أبو بكر السرخسي ، المبسوط ، مطبعة السعادة ، مصر ، ط 1 ، بدون سنة
11. محمد قدري باشا ، مرشد الحيران، ط1 ، الدار العربية للتوزيع والنشر ، عمان ، 1909م

**خامساً: كتب الدراسات الفقهية والقانون :**

1. حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003م
2. حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية، 1986م
3. رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في البيع والمقايضة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2003م
4. سبل السلام الجزء الثالث
5. سعيد محمود أحمد المهدي ، الوجيز في قوانين الملكية العقارية في السودان ، ط 2 ، دار الفكر العربي ، بيروت ، 2006م
6. سمير عبد السيد تناغو
7. عبد الحميد الشواربي ، إجراءات الشهر العقاري ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1999م
8. عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثامن ، دار النهضة العربية ، 1967م

9. عبد العزيز المرسي حمود، أضواء على المشكلات العملية التي يثيرها عقد البيع العقاري غير المسجل، دار النهضة العربية، 1997
10. عبد المنعم البدراوي، الوجيز في عقد البيع ، بدون سنة
11. عبدالرازق السنهوري ، الوسيط ، ج4
12. عبدالعزيز حمد آل حمد آل مبارك ، تبين المسالك لتدريب السالك، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1991م، ج 4
13. عبدالعزيز عامر ، عقد البيع ، 1967م
14. عبدالمنعم البدراوي . الوجيز في عقد البيع ، لا يوجد سنة طبع
15. فائز أحمد عبدالرحمن ، عقد البيع ، دار المطبوعات الجامعية، 2006م
16. كشاف القناع . الجزء الثالث
17. محمد المنجي عقد البيع الابتدائي، ط2، 1987م، منشأة المعارف الإسكندرية
18. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة مصر ، 1982م
19. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الطبعة الرابعة ، الجزء السادس، دار الفكر، دمشق، 1997م

**سادساً :الدوريات والمجلات :**

1. مجلة الأحكام القضائية ، 1976م
2. مجلة الأحكام القضائية ، 1977م
3. مجلة الأحكام القضائية ، 1982م
4. مجلة الأحكام القضائية ، 1991م
5. مجلة الأحكام القضائية ، 1992م
6. مجلة الأحكام القضائية ، 1996م
7. مجلة الأحكام القضائية ، 1996م
8. إبراهيم أحمد عثمان ، ورقة مقدمة بعنوان أثر حسن نية المشتري في الدعاوى المدنية والجنائية .

**سابعاً : السوابق القضائية الغير منشورة :**

1. معاوية محمد عبد المجيد / ضد / (1) عبد الغفار جميل (2) حكومة السودان ، المحكمة الدستورية بتاريخ 2002/9/30م .
2. سابقة غير منشورة مراجعة / 249 / 2005م .
3. سابقة غير منشورة م ع / ط م / 302 / 2006م .

**ثامناً : القوانين :**

1. قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م .
2. قانون تسوية الأراضي وتسجيلها 1952م .

# الأساس القانوني لرد القاضي
# "دراسة مقارنة"


اعداد

1- د. أبو عبيدة الطيب سليمان

نائب عميد كلية القانون

بجامعة النيلين

2- د. ماهر ابراهيم عبيد

منسق البحث العلمي

بكلية القانون

جامعة النيلين

3- د. محمد العالم آدم أبو زيد

عميد كلية القانون

بجامعة النيلين



## Abstract

This research is to contain disqualifying judgetopic as a comparative, legal Islamic jurisprudence. The importance of this issue emanates from the fact that a disqualifying judge has become

main pillar of justice.
To attain the objectives of this research, the researcher used the objective comparative analytic inductive approach hoping to reach at authentic scientific facts
The research has dealt with the principle of neutrality of the judge as a prelude to the study of the subject of research, and research also responded concept of the judge and the procedures relating to respond in jurisprudence and law and compare that lack validity and strife judge system.
The results showed that the Sudanese law did not include what is known as the term reply or adversarial or non-validity, though the law may eat respond through text on the cases the judge step down in the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure.
The results of the search in the recommendation to amend the Judiciary Law and the law of criminal and civil proceedings to include cases responded the judge and cases of non-validity, similar to Saudi laws reflected.
This amendment contributes to establishing the principle of judicial independence and impartiality, and the deepening of the principle of the rule of law.

# مستخلص

يتناول هذا البحث موضوع رد القاضي كدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون السوداني، وتنبع أهمية هذا الموضوع من كونه يمثل دعامة من عائم العدالة.

ولتحقيق أهداف هذا البحث استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن الموضوعي أملاً في الوصول إلى الحقائق العلمية.

وقد تناول البحث مبدأ حياد القاضي كتمهيد لدراسة موضوع البحث، كما تناول البحث ايضاً مفهوم رد القاضي والإجراءات المتعلقة بالرد في الفقه والقانون ومقارنة ذلك بنظام عدم الصلاحية ومخاصمة القاضي.

وقد أظهرت النتائج أن القانون السوداني لم يتضمن ما يعرف بمصطلح الرد أو المخاصمة أو عدم الصلاحية، وإن كان القانون قد تناول الرد من خلال النص علي حالات تنحي القاضي في قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجنائية.

تنعكس النتائج التي أسفر عنها البحث في التوصية بتعديل قانون السلطة القضائية وقانون الإجراءات الجنائية والمدنية ليشمل حالات رد القاضي وحالات عدم الصلاحية أسوة بالقوانين العربية.

يسهم هذا التعديل في ارساء مبدأ استقلال القضاء ونزاهته، وتعميق مبدأ سيادة حكم القانون.

## مقدمة

الحمدُ لله الذي جعل في كل زمان فترة مِن الرسل بقايا من أهل العلم، يدعون من ضل للهدى، ويصبرون منهم على الأذى، يحيون بكتاب الله الموتى، ويبصرون بنور الله أهل العمى، فكم من قتيل لإبليس قد أحيوه، وكم من ضال تائه هدوه.

وبعد:

الإطار القانوني لردِ القاضي يُمثل ضمانة مِن الضمانات القانونية التي يتوكأ عليه المنهج الفلسفي لإقامة الحق والعدل بما يبثه مِن عوامل الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين، تلك الثقة التي تُسّكِتُ عن المظلوم الغضب عاطفتُها قولِه تعالي(فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَىٰ سَوَاءِ الصِّرَاطِ)، فالقاضي بشر قد يخطئ وقد يسهو وقد يُشترى أيضاً وعدالة أحكامه هي ما يفرض احترامه ونزاهته.

والشطط الذي تضمنته الآية يعني الجور والحيف والظلم ومجاوزة الصراط، والتي عبر عنها النص القرآني بإيرادها في عجز الآية التي جاء في سياقها (وَاهْدِنَا إِلَىٰ سَوَاءِ الصِّرَاطِ) كما يعني هذا المعنى مبدأ حياد القاضي، ذلك أن القاضي في معرض حكمه يحمل الخصوم على الحق، ولا يخالف بهم إلي غيره.

فإذا تنكب القاضي الصراط فعدل عنْ جادة الحق واتبع هواه كانَ حُكمه فُرطَاً فكان للخصوم الحق في ردّه رداً جميلاً يسير على قواعد وإجراءات تم النص عليها في قانون تنظيم السلطة القضائية والقوانين الإجرائية الأخرى.

ولعل الهدف مِن الإطار القانوني للرد يكمُن في ضمان أقصي درجات الحياد والاستقلال في القاضي وهذا ما ينهض حجة علي أن العمل القضائي لا يقوم على المعرفة القانونية المحضة بقدر قيامه على ما هو أعمق وأشمل لتحقيق العدالة والإنصاف في المجتمع.

والبحث في مثل هكذا موضوع لا يتأتى – في نظر الباحث – إلا بدراسة مفهموم مبدأ حياد القاضي وضمانته، بجانب تسليط الضوء على ماهية رد القاضي، بالإضافة إلى إماطة اللثام عن إجراءات الرد مِن خلال المباحث التي سيحملها هذا البحث.

**مشكلة البحث:**

مشكلة الدراسة تتمثلُ في إماطة اللِثام عن علاقة مبدأ حياد القاضي بإجراءات رد القاضي ومفهومه ومدي معالجة المشرع لهذا المبدأ.

**أهداف البحث:**

أولا: يهدف الباحث إلي سد ثغرة في صرح فقهنا الإسلامي، تمس الحاجة إلى سدها، مما يؤكد شمولية هذا الدين في الحكم والتشريع.

ثانياً: يهدف الباحث إلى التوسع مستعيناً قدر المستطاع بالممارسة العملية حتى يكون هذا البحث مساهمة منه في إثراء المكتبة القانونية ليسهل على مِن جاء بعده.

ثالثاً: يهدف الباحث إلى تسليط الضوء على إجراءات رد القاضي في القفه الإسلامي والقانون السوداني.

**أهمية البحث:**

انبجســت أهمية هذا البحث مِن كونه يتضــمن تجليه مناهج الفقه الإســلامي وتبيان أحكامها بشأن أحكام ضمانات رد القاضي وإجراءاتها مقارنة بالقانون السوداني.

**منهج البحث وتقسيمه:**

يتبع الباحث المنهج الموضوعي الذي يجمع بين الاستقراء والاستنباط للوصول للحقائق العلمية مقســماً مع العناية بمقارنة أحكام الفقه بما اســتقرت عليه التشــريعات والتطبيقات القضــائية مع الالتزام بضــوابط منهج البحث العلمي، حيث تضــمن البحث مقدمة تتضــمن مشــكلة البحث وأهميته، وهدفه، ومنهج البحث، وخطته في ثلاثة مباحث وخاتمة احتوت على أهم النتائج التي تو صل إلىها الباحث والتوصيات التي يراهاعلى النحو التالي:

**المبحث الأول: مبدأ حياد القاضي.**

**المبحث الثاني: مفهوم رد القاضي.**

**المبحث الثالث: إجراءات رد القاضي.**

**الخاتمة: أهم النتائج والتوصيات.**

## المبحث الأّول
## مبدأ حياد القاضي

أرسي الفاروق عمر رضي الله عنه أصلاً راسخاً انبجست منِه أصول مبدأ حياد القاضي الذي تفتقت منه مباديء العمل القضائي وهو ما يعرف بالوازع السلطاني فإن لم يكن للإنسان واعظ مِن نفسه وتقدير لذاته، يجيء دور الحلال والحرام، فإن لم يردع الإنسان الخوف من الله تعالى والوقوف على حدوده، جاء دور الوازع السلطاني بقوة القانون، ومنها سلطة القضاء في ضمان حياد القاضي الذي تلبس في رسالته التي ألمعنا إليها آنفاُ مؤكداً على هذه الأدلجة بعبارة (وآس بين الناس فى مجلسك وفى وجهك وقضائك، حتى لا يطمع شريف فى حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك)، وعلى فضل مِن ذلك نبسط في هذا المبحث لذلك المبدأ الراسخ في مطالبه التالية:

### المطلب الأّول
### ماهية مبدأ حياد القاضي

**أولاً: الحياد في اللغة:**

يدل مصطلح الحياد في اللغة كما جاء في لسان العرب[1]في (مادة: حيد): "حاد عن الشيء: يحيد حيداً وحَيَداناً ومحيداً وحيدودة: مال عنه وعدل". ومثله في القاموس المحيط[2]. فلا رابط بين معناها في اللغة وما استخدمت له في مجال العلم. إلا أن يراد أن يميل الإنسان أثناء البحث عن (الهوى) الذي يصده عن الحق، كما قال تعالى (**يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ**)[3]، فعندها يحسن استعمال مصطلح (العدل) الذي يغني في هذا الباب، وقد أمر الله المؤمنين في كتابه بأن يتصفوا به

(1) ابن منظور، لسان العرب، أبو الفضل جمال محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمدج2.

(2)الفيومي، أبي العباس أحمد بن محمد الفيومي المقري (ت770هـ)، تحقيق عبد العظيم الشناوي، الناشر دار المعارف/القاهرة، وكذلك طبعة مكتبة لبنان /1987.

(3) سورة ص الاية (26).

أثناء تصديهم للحكم بين الناس أو بين الأفكار، قال سبحانه (**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا**)[1] وقال (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۖ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۚ اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ**)[2] فالمسلم مطالب بالعدل في ما يصدره من أحكام، وهو أن يضع الشيء في موضعه الذي وضعه الله فيه شرعاً، فيمدح ما مدحه الله ويذم ما ذمه، ويدور مع ما دل عليه الكتاب والسنة، ولو خالف بذلك عواطفه أو أهواءه، فضلاً عن عواطف وأهواء الآخرين.

**ثانياً: الحياد في الإصطلاح:**

والمقصود بالحياد في الاصطلاح هو أن القاضي لا يسعى لإثبات الدليل بنفسه، ويقتصر دوره على أن يتلقى الأدله التي يقدمها الخصوم سواء للإثبات أو للنفي وفقاً للقواعد التي حددها القانون[3] وعلى القاضي أن يعرض أدلة كل خصم على الخصم إلى آخر عمل عملاً بمبدأ المواجهة بالدليل حتى يتيح الفرصة لكل خصم أن يناقش أدلة خصمه ويفندها[4].

كما يشير إلى وجوب عدم التحيز لطرف على حساب طرف آخر، سواء تعلق الأمر بدعوى مدنية أو شكوى أو تحقيق أو محاكمة[5].

**ثانياً: حياد القاضي في القانون:**

تباينت التشريعات في بيان المقصود من مبدأ حياد القاضي فمنها من تنظر إليه نظرة سلبية مردها النزعة الفردية التي كانت سائدة آنذاك فيتقيد القاضي بما يقدمه الخصوم من أدلة دون أي تدخل من جانبه[6]، وقد تطور هذا المبدأ مع تطور القانون وبروز المذهب الاشتراكي الذي طرو من مبدأ حياد القاضي فلم يعد يقصد به أن يقف القاضي موقفاً سلبياً مع كلا الخصمين وإنما يقف موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية.[7]

كما يقصد من هذا المبدأ أيضاً أن يأخذ القاضي موقفاً سلبياً مِن عملية اثبات الخصوم وما يقدمونه مِن أدلة بحيث يقتصر دوره على تلقي الأدلة المعروضة عليه ويدرسها ويقدر

---

(1)سورة النساء الآية (58).

(2)سورة المائدة الآية (8).

(3)أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: محي هلال السرحان أدب القاضي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ، صـــــــــــــ 41.

(4)القاضي أبو يعلى الفراء وكتابه الأحكام السلطانية، تأليف الدكتور/محمد عبد القادر أبو فارس، الطبعة الثانية، 1403هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، صـــــــــ 107.

(5)محمد بن الوليد الطرطوشي، طبع بتحقيق جعفر البياتي, سراج الملوك، تأليف طبع رياض الريس، الطبعة الأولى 1990م، وطبع بتحقيق محمد فتحي أبو بكر، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة, الطبعة الأولى 1414ه، صـــــ 208.

(6)رشدي شحاتة أبو زيد - انعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية -دار الفكر – ط1، ص 114.

(7) وقد أكدت هذا الدور المذكرة الإيضاحية المصرية لقانون1969 / 25 المتعلق بالإثبات حيث جاء فيها: "إن أهمية الإثبات تبدو أكثر وضوحاً في مجتمع اشتركي لا يكتفي بتقرير الحقوق بل يحرص على تأكيد تمتع أصحابها بثمراتها، ومن ثمة يكون من المتعين في ظل هذا المجتمع ألا تقف شكلية الدليل المهيأ أو إجراءات تقديم الأدلة للقضاء عائق يحول دون تمتع أصحاب الحقوق بثمراتها".

قيمتها وفقا للقانون دون مساعدة أي خصم في إثباته وحتى أنه لا يساهم بأي شكل مِن الأشكال في جمع الادلة.[1] ويتفرع من هذا المبدأ ما يأتي:[2]

1. ألا يكون القاضي ميالاً لأي خصم عادلا في التعامل معهم وأن يساوي فيما بينهم.
2. ألا يكون للقاضي مصلحة في الدعوى التي ينظرها حتى لا يكون هو الخصم والحكم
3. ألا يكون للقاضي رأي مسبق في الدعوى التي ينظرها.
4. ألا يقضي القاضي بعلمه الشخصي حتى لا يجمع بين صفتي الحكم والشاهد.
5. ألا يخل القاضي بحق الدفاع والمواجهة بين الخصوم.

## المطلب الثاني
## المبادئ المتفرعة عن مبدأحياد القاضي

**أولاً: عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي:**

المراد بعلم القاضي ظنّه المؤكّد الّذي يجوز له الشّهادة مستنداً إليه ، ولا خلاف بين فقهاء المذاهب في أنّ القاضـــي لا يجوز له القضـــاء بعلمه في الحدود الخالصـــة لله تعالى كالزّنى وشـــرب الخمر، لأنّ الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط الاكتفاء بعلم القاضـــي، ولأنّ الحدود لا تثبت إلاّ بالإقرار أو البيّنة المنطوق بها، وأنّه وإن وجد في علم القاضـــي معنى البيّنة، فقد فاتت صـــورتها، وهو النّطق، وفوات الصّـــورة يورث شـــبهةً، والحدود تدرأ بالشّبهات.[3]

وأمّا قضـــاء القاضـــي بعلمه في حقوق الآدميّين فمحلّ خلاف بين الفقهاء: فمذهب المالكيّة وغير الأظهر عند الشّـافعيّة، وظاهر مذهب الحنابلة، أنّ القاضـي لا يحكم بعلمه في حقوق الآدميّين، وسواء في ذلك علمه قبل الولاية وبعدها.[4]

---

(1)ويختلف كل تشريع عن الاخر بخصوص حياد القاضي وسبب هذا الاختلاف هو المذهب الذي اعتمد عليه فقد يكون المذهب الحر او المقيد او المختلط.

أولاً: المذهب الحر: جاء هذا المذهب بفكرة أنّ للقاضي دوراً إيجابياً أي لا وجود للحياد القاضي ذ يتدخل في جمع أدلة الاثبات وتوجيه الخصوم في نوع الأدلة الواجبة واستكمال ما نقص منها واستيضاح ما غمض منه.

ثانياً: المذهب المقيد: هذا المذهب جاء بفكرة معاكسة تماماً ما جاء به أنصار المذهب الحر بحيث أقر على الدور السلبي الذي يلعبه القاضي أي لا يتدخل بأي شكل من الأشكال في جمع الأدلة أو توجيه الخصوم ويكتفي بتلقي الأدلة وتقديرها طلباً للقيمة التي حددها القانون في حالة وجود أدلة مبهمة أو ناقصة فلا يجوز له التدخل كطلب استكمالها او استيضاحها إنما يأخذ بالادلة كما قدمة له ويقدرها كما هي.

ثالثا: المذهب المختلط: جاء هذا المذهب بموقف وسط بخلاف المذهبين السابقين والمختلفين تماماً حيث للقاضي أن يتخد موقفاً وسطاً من الأدلة المقدمة أمامه من قبل الخصوم ويكون هذا الموقف أقرب إلى الدور الإيجابي منه إلى الدور السلبي فيسمح له بشيء من الحرية في توجيه الخصوم.

(2) البخاري عبدالله الجعلي، قانون الإثبات 1994م، مركز الإمام البخاري للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، الطبعة السادسة، 2010م ، ص –70.

([3]) يعرف العلم الشـخصـي للقاضـي بأنه تلك الوقائع التي يعلم بها القاضـي بصـفته الشـخصـية بمشـاهدة أو سـماع في غير دعوى بمجلس القضاء أو خارجها ، ولقد تناول العلماء موضع العلم الشخصي للقاضي ومدى جواز القضاء به فاختلفوا فيه.

([4]) وهذا قول شريح والشّعبيّ وإسحاق وأبي عبيد، مستدلّين بقول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: «إنّما أنا بشر، وإنّكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع». فدلّ الحديث على أنّه إنّما يقضي بما يسمع، لا بما يعلم، وبقوله صلى الله عليه وسلم في قضيّة الحضرميّ والكنديّ: «شاهداك أو يمينه، ليس لك منه إلاّ ذاك» وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنّه تداعى عنده رجلان، فقال له أحدهما: أنت شاهدي. فقال إن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد والأظهر عند الشّافعيّة، وهو رواية عن الإمام أحمد ومذهب الإمامين أبي يوسف ومحمّد، أنّه يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه، سواء في ذلك علمه قبل ولاية القضاء أم بعدها، لكنّ الشّافعيّة قيّدوا ذلك بما إذا كان القاضي مجتهداً - وجوباً - ظاهر التّقوى والورع - ندباً –.

واشترطوا لنفاذ حكمه أن يصرّح بمستنده، فيقول: علمت أنّ له عليك ما ادّعاه، وقضيت، أو: حكمت عليك بعلميّ. فإن ترك أحد اللّفظين، لم ينفذ حكمه.[1]

فالمقصود مِن البيّنة ليس عينها، بل حصول العلم بحكم الحادثة. وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشّهادة، لأنّ العلم الحاصل بالشّهادة علم غالب الرّأي وأكبر الظّنّ، والحاصل بالحسّ والمشاهدة على القطع واليقين، فهو أقوى، فكان القضاء به أولى.[2]والعلة في ذلك بأنّ هناك فرقاً بين العلمين[3]، فإنّ العلم الّذي استفاده في زمن القضاء ومكانه علم في وقت هو مكلّف فيه بالقضاء، فأشبه البيّنة القائمة فيه، والعلم الّذي استفاده قبل زمن القضاء هو في وقت غير مكلّف فيه بالقضاء، فأشبه البيّنة القائمة فيه[4]. وقال المخالفون: إنّ العلم في الحالين سواء. وقال الحنفيّة: إنّ المعتمد عدم حكم القاضي بعلمه في زماننا لفساد قضاته. وما قاله المتأخّرون من جواز قضاء القاضي بعلمه هو بخلاف المفتى به وذهب بعض المالكيّة إلى جواز قضاء القاضي بعلمه الّذي يحصل بين يديه في مجلس القضاء، كالإقرار. ولكنّ ذلك في الحقيقة ليس حكماً بعلم القاضي، وإنّما هو حكم مبنيّ على الإقرار.[5]

**ثانياً الحق في الإثبات و مواجهة الدليل بضده:**

1. **عدم جواز أن يصطنع لنفسه دليلا:**

الأصل أن الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه، فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بإمضائه[6]. وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الإثبات ضده، ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسك به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنعه، فمن البداهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه[7].

---

(1)استدلّ القائلون بالجواز »بأنّ النّبيّ صلى الله عليه وسلم لمّا قالت له هند: إنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطني من النّفقة ما يكفيني وولدي، قال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فحكم لها من غير بيّنة ولا إقرار، لعلمه بصدقها، وبأنّه يجوز للقاضي أن يقضي بالبيّنة، فيجوز القضاء بعلمه بطريق الأولى.

(2)مذهب الإمام أبي حنيفة أنّه يجوز للقاضي في حقوق الآدميّين أن يقضي بعلمه الّذي استفاده في زمن القضاء وفي مكانه، ولا يجوز له القضاء بعلمه الّذي استفاده في غير زمن القضاء، وفي غير مكانه، أو في زمن القضاء في غير مكانه.

(3)ابن قدامة: المغني ج11 ص401. الشوكاني: نيل الأوطار: ج8 ص298. الأم: ج6 ص223، ج7 ص103. ابن رشد: بداية المجتهد: ج2 ص470. ابن فرحون: تبصرة الحكام: ج2 ص25. مالك: المدونة: ج14 ص394. ابن القيم: الطرق الحكمية: ص194.

(4)ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام/دار الكتب العلمية/ بيروت- ط1- 1422هـ- ج2 ص49.

(5)ابن حزم: المحلى بالآثار- تحقيق دكتور عبد الغفار سليمان البنداري- دار الكتب العلمية- بيروت- ج8- ص523.

(6)البخاري عبدالله الجعلي، مرجع سابق، صـ74.

(7)" ولو يعطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم"هكذا روى هذا الحديث البخاري ومسلم في صحيحيهما مرفوعا من رواية ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهكذا ذكره أصحاب السنن وغيرهم، قال القاضي عياض -رضي الله عنه - : قال الأصيلي :لا يصح مرفوعا، إنما هو قول ابن عباس ، كذا رواه أيوب ونافع الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس .قال القاضي :قد رواه البخاري ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعا ، هذا كلام ]ص [ 370 :القاضي .قلت : وقد رواه أبو داود والترمذي بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعا ، قال الترمذي :حديث حسن صحيح ، وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة " بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر . "وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع ، ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه، فإن طلب يمين المدعى عليه فله ذلك. وقد بين صلى الله عليه وسلم الحكمة في كونه لا يعطى بمجرد دعواه، لأنه لو كان أعطي بمجردها لادعى قوم دماء قوم وأموالهم واستبيح، ولا يمكن المدعى عليه أن يصون ماله ودمه، وأما المدعي فيمكنه صيانتهما بالبينة.

فلا يجوز إذن أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته، أو يكون ورقة صادرة منه، أو مذكرات دونها بنفسه[1].

**2. لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه:**

الأصل عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل يرى أنه ليس مِن مصلحته تقديمه، ذلك أن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم دليل يملكه ولا يريد تقديمه، ومع ذلك ترد استثناءات على هذا المبدأ، بهدف التوصل إلى حقيقة النزاع وإيصال الحق إلى أصحابه، فالالتزام القانوني أو الأخلاقي يوجب على الخصم إبراز ما تحت يديه أو ما في حوزته من مستندات ووثائق وسندات تساهم في حسم الدعوى[2].

فالالتزام الأخلاقي يوجب على كل خصم أن يسعى إلى قول الصدق وإثبات الحقيقة، وبجانب هذا الالتزام، تقوم حجة قانونية يمكن الاستناد إليها في إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه[3]، وذلك بطريق القياس على المبدأ المقرر في نظرية الالتزام أن الشرط يعتبر قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يختلف قد حال دون تحققه بطريق الغش[4]، فالخصم الذي يمتنع عن تسليم دليل الإثبات الذي تحت يده بطريق الغش يعد ذلك تسليماً منه بصحة ما يدعيه خصمه، ثم أن المصلحة العليا للعدالة تسمو على مصلحة الأفراد الخاصة، لكل ذلك نستطيع القول بجواز إجبار الخصم على تقديم الدليل الذي تحت يده حتى ولو كان ضد نفسه كما يجوز أن يوجه هذا الطلب إلى أي شخص آخر، غير الخصم، في الدعوى ولايضار شخصيا من تقديم هذا الدليل.[5]

وفي الفقه الإسلامي يمكن تخريج مبدأ إلزام الخصم بتقديم السندات أو الأوراق الموجودة تحت يده، على مبادئ الشريعة الإسلامية، فقد تقرر في فقه الشريعة، أن على المدعى عليه واجبات تجاه المدعى والمجتمع وأن في مقدمة واجباته هذه وجوب الجواب على ما يدعيه المدعي، ومرد هذا الجواب، واجب آخر أعم منه هو واجب قطع الخصومة والمنازعة[6].

## المطلب الثالث

## ضمَانات مبدأحياد القاضي ونزاهته في الفقه الإسلامي

إذا أرجعنا البصر كرتين نلمح أن نصوص الكتاب والسنة أتت تحمل الكثير مِن الشخوص التي مِن شأنهاحماية القاضي مِن التأثر بعواطفه وأهوائه الذاتية في خضم نظره للشكايات التي ترفع إليه مستمسكاً في ذلك بقميص الحيدة الذي يجب أن يتدثر بها بين الخصوم، ومِن ذلك يجب أن يكون في معزِلِ من تلكم الدوافع والمؤثرات الشخصية

---

(1)البخاري عبدالله الجعلي، مرجع سابق، ص ـــــ74.

(2)أنظر المادة (5) من الجدول الأول الأمر الخامس الملحق بقانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م.

(3) انظر المادة (9) من قانون الإثبات السوداني لسنة 1994م.

(4)انظر المادة (9) من قانون الإثبات السوداني لسنة 1994م.

(5) انظر المادة (7) من الجدول الأول الأمر الخامس الملحق بقانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م.

(6)حسن محمد محمد بودي- ضمانات الخصوم أمام القضاء - في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية- 2006م، صـــ112.

والعاطفية عند نظر الدعوي فلا يزيغ يمنة أو يسرة. والفقه الإسلامي يزخرٌ ويعُج ثراءً بالأدلة التي تؤكد على وجوب حيادية القاضي، ويمكن أن نُلمّحَ إلى بعضها فيما يلي:

**أولاً: مِن القرآن الكريم:**

**1.** قوله تعالي: ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾.[1]

وجه الاستدلال مِن هذه الآية أن الله أمر المومنين بالعدل والقسط ولو على النفس ومِن باب أولي يكون ذلك في حق القاضي أوجب.[2]

2. قوله تعالي:(وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۖ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)[3].

وجه الاستدلال مِن هذه الآية أن العدل مطلوب في الأقوال والأفعال وفي كل شيء، لأن أكثر ما يكون فيه العدل أقوال كالشهادة، والحكم، ثم الأقوال هي التي تراود النفوس في كل حال. فالإنسان حين تصادفه قضية من القضايا القولية أو العملية يحدث نفسه في شأنها، ويراوده معنى العدل وكأنه يطالبه بأن ينطق به ويؤيده، فيقول في نفسه سأفعل كذا لأنه العدل، فإذا لم يكن صادقا في هذا القول فقد جافى العدل وقال زوراً وكذباً[4].

3. قوله تعالي:(يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ)[5].

وجه الاستدلال مِن هذه الآية النهي عن اتباع الهوى في الحكم فعلى القاضي أن يتّهم هوى نفسه ويتعقبه فلا ينقاد إليه فيما يدعوه إليه إلا بعد التأمل والتثبت.[6]

**ثانياً: مِن السنة:**

حياد القاضي ورد النص عليه في غير ما حديث في السنة النبوية ، ومنها:

1. عن عائشة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : أتدرون من السابقون إلى ظل الله عز وجل يوم القيامة ؟ قالوا: الله ورسوله أعلم، قال : الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوه بذلوه، وحكموا للناس كحكمهم لأنفسهم [7].

---

(1) سورة النساء الآية (135).

(2)وضعت كلية القانون بأشهر الجامعات الأمريكية "هارفارد"، الآية رقم 135 من سورة النساء على حائط بالمدخل الرئيسي للكلية، واصفة إياها بأنها أعظم عبارات العدالة في العالم والتاريخ ،ونقشت الآية الكريمة على الحائط المقابل للمدخل الرئيسي للكلية، وهو حائط مخصص لأهم العبارات التي قيلت عن العدالة عبر الأزمان.

وكان المبتعث السعودي إلى الولايات المتحدة "عبد الله الجمعة"، هو أول من تنبه إلى هذه الآية الكريمة المنقوشة على حائط كلية القانون، والتقط صورتها، وقام بنشرها على موقع التواصل الاجتماعي "تويتر."ويؤكد الجمعة، أنه لو نظرنا لتفسير الآية الكريمة سنجد أن الله سبحانه وتعالى يخاطب المؤمنين ويطلب منهم أن يحكموا بالعدل في كل شيء ولو كان ذلك العدل على أنفسهم فيجب أن لا يكتموا الشهادة مهما حدث، وألا يفرقوا بين غنى وفقير في تطبيق العدل على الجميع.

(3)سورة النساء الآية (135).

(4)تفسير الطنطاوي.

(5) سورة ص الاية (26).

(6)قال سهل بن حُنَيْف رضي الله عنه : «اتهموا الرَّأي»، ذلك أن هوى النفس يكون في الأمور السهلة عليها الرائقة عندها ومعظم الكمالات صعبة على النفس لأنها ترجع إلى تهذيب النفس والارتقاء بها عن حضيض الحيوانية إلى أوج المَلكية، ففي جميعها أو معظمها صرف للنفس عما لاصَقَها من الرغائب الجسمانية الراجع أكثرها إلى طبع الحيوانية لأنها إما مدعوة لِداعي الشهوة أو داعي الغضب فالاسترسال في اتباعها وقوع في الرذائل في الغالب، ولهذا جُعل هنا الضلال عن سبيل الله مسبباً على اتباع الهوى، وهو تسبب أغلبي عرفي، فشبه الهوى بسائرٍ في طريق مهلكة على طريقة المكنية ورمز إليه بلازم ذلك وهو الإضلال عن طريق الرشاد المعبر عنه بسبيل الله، فإن الذي يتبع سائراً غيرَ عَارف بطريق المنازل النافعة لا يلبث أن يجد نفسه وإياه في مهلكة أو مَقطعة طريق.

(7)مسند علي بن أبي طالب (الحديث 651 – 712).

2. عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ قُرَيْشًا أَهَمَّهُمْ شَأْنُ الْمَرْأَةِ الْمَخْزُومِيَّةِ الَّتِي سَرَقَتْ فَقَالُوا وَمَنْ يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا وَمَنْ يَجْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ حِبُّ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَلَّمَهُ أُسَامَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :(أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ ثُمَّ قَامَ فخْطَبَ ثُمَّ قَالَ إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمْ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمْ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ وَايْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا).[1]
3. عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ : لَمَّا بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْيَمَنِ، قُلْتُ: تَبْعَثُنِي وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ لا عِلْمَ لِي بِكَثِيرٍ مِنَ الْقَضَاءِ ؟ فَقَالَ لِي: "إِذَا أَتَاكَ الْخَصْمَانِ فَلا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ مَا يَقُولُ الآخَرُ، فَإِنَّكَ إِذَا سَمِعْتَ مَا يَقُولُ الآخَرُ، عَرَفْتَ كَيْفَ تَقْضِي، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ سَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ وَيَهْدِي قَلْبَكَ، قَالَ عَلِيٌّ : فَمَا زِلْتُ قَاضِيًا بَعْدُ[2].

وجه الاستدلال مِن هذه الأحاديث أن القضاه يقع على عاتقهم التزام الحياد تجاه الخصوم والمساواة بينهم ، كما تبين ما يجب أن يتحلي به القاضي مِن صفات تتصل بالنزاهة والعدالة والتجرد إحقاقاً للحق ودفعاً للباطل.

## المبحث الثاني
## مفهوم رد القاضي

في بيان مفهوم رد القاضي مِن الخصوم عند نظر الدعوي، نقسم هذا المبحث إلي مطالب ثلاثة أولها عن ماهية رد القاضي، وثانيها عن حالات رد القاضي في القانون، ونفرد الثالث لإجراءات رد القاضي في القانون.

### المطلب الأّول
### ماهية رد القاضي

**أولاً: تعريف الرد في اللغة:**

يطلق الرد في اللغة على الارجاع والصرف فيقال: رده عن وجهه يرده رَدَّاَ ورِدَّةً بالكسر ومَرَدًّا: صرفه[3]، كما في قوله تعالى: ( فلا مرد له)[4] وردَّ عليه الشيء إذا لم يقبله وكذا إذا خطّأه ورَدَّه إلى منزله، ورَدَّ إليه جواباً[5] ومنها قوله تعالي:(جاءتهم رسلهم بالبينات)[6]، وقد يأتي بمعني الدفع والمنع[7] كما في قوله تعالي:(بل تأتيهم بغتة).[8]

وعطفاً على ما سبق فإن الرد يتضمن معاني الإرجاع والصرف، والدفع والمنع.

**ثانياً: تعريف الرد في الإصطلاح:**

التعريف الإصطلاحي قرين التعريف اللغوي، فقلما نلحظ تبايناً فارقاً بين جِماع المفردات آنفة الإشارة، وبين المفهوم الإصطلاحي فرد القاضي يعني: منع القاضي من نظر

---

(1)أخرجه البخاري، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود.
(2)مسند أحمد بن حنبل - المجلد الأول ، مسند علي بن أبي طالب (الحديث 591 – 650).
(3) الرازي، مختار الصحاح،ج3، صـــ46.
(4)سورة الرعد، الاية (11).
(5) بن متظور، لسان العرب، ج7، صـــ117.
(6) سورة إبراهيم، الاية (9).
(7) تاج العروس، صـــ205.
(8)سورة الإنبياء، الاية (40).

الدعوى، كلما قام سبب من الأسباب التي ذكرها الفقهاء في هذا الصدد، بحيث إذا أصدر القاضي حكما في الدعوى على الرغم من ذلك، كان حكمه باطلاً، مستحقاً للفسخ.[1]

**ثانياً: تعريف رد القاضي في الإصطلاح:**

يعرف رد القاضي في الفقه الفرنسي بأنه إجراء يطلب فيه الخصم إبعاد قاضي أو أكثر، واستبداله بآخر، للشك في تحيزه لأحد أطراف الدعوى[2] أو هو إجراء يجيز للخصم استبعاد القاضي عن النظر في الدعوى المعروضة عليه، نظرا لخطر تحيزه، وحلول آخر محله.[3]

ويعرف رد القاضي أيضاً بأنه منع القاضي من سماع الدعوي كلما قام سبب يجعله بعيداً عن الحيدة ويدعو إلي الشك في قضائه بها بغير ميل أو تحيز.[4]

وباستقراء قانون السلطة القضائية السوداني لسنة 1986م نجد أنه خلا من بيان المقصود مِن مصطلح رد القاضي، كذلك لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م تعريفاً لمفهوم رد القاضي ويمكن أن نستخلص تعريف رد القاضي إستنباطاً من الحالات والإجراءات المبسوطة في تلك القوانين تنظيماً يتبع عندما تثور الحاجة لرد القاضي أمام المحاكم.[5]

## المطلب الثاني
## حالات رد القاضي في القانون

ليس هناك معيار موضوعي منضبط لحالات رد القاضي في القانون سيما وأن القانون السوداني لم يتعرض لهذه الحالات صراحة سواء في قانون السلطة القضائية لسنة 1986م أو في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.[6]

---

(1) السعيد محمد الإمازي ، نظام رد القضاة بين الشريعة والقانون الوضعي، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون ، جامعة طنطا، العدد الرابع عشر، 2001م ، صـ 5 وقد أشار بهامشه على ذات الصفحة إلي أنه" قارن ما ذهب إليه البعض من أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية لا يجيز نظام عدم صلاحية القضاة وردهم عن نظر دعوى بذاتها، مستدلا على ذلك بقول ابن فرحون "ولا ينبغي أن يمكن الناس من خصومة قضاتهم، لأن ذلك لا يخلو من وجهين، إما أن يكون عدلا فيستهان بذلك ويؤذي، وإما أن يكون فاسقا فاجرا، وهو ألحن بحجته ممن شكاه، فيبطل حقه، ويتسلط ذلك القاضي على الناس (تبصره الحكام جـ1 ص 78) ويرى أنه لا مانع من أخذ التشريعات المقارنة بهذا، وبالتالي عدم جواز رد القضاة، وذلك لأن حكم القاضي في الدعوى مع وجود أسباب رده وعدم صلاحيته يغلب معها المساس بحيدته وتجرده، واحتمال قيام جوره وحيفه، وأن في أعمال ذلك ما لا يتعارض مع نص أو إجماع أو قياس، أو أية قاعدة معتبرة شرعا، بل إنه يؤدي إلى سد كل ذريعة يمكن أن يصل من خلالها المغرضون إلى النيل من القضاة وكرامته واستقلاله. انظر: فؤاد عبد المنعم، الحسين غنيم. الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ص 240 هامش. وفي الواقع أن هذا الرأي يخلط بين نظام الصلاحية والرد ونظام المخاصمة، وذلك لأن نص ابن فرحون ورد بخصوص مخاصمة القضاة بدليل أنه ورد بعد فصل في الكشف عن القضاة من قبل الإمام وقاضي الجماعة، وهو ما يشبه الآن نظام التفتيش القضائي، وكذلك ما ورد بعده بخصوص الدعوى على القاضي المعزول، بأنه كان جائزا، وشتان ما بين نظام عدم الصلاحية والرد ونظام المخاصمة".

)2(Vincent et Guinchard. Procedure civile. N. 1264. P. 808-1991.

)3(Couchez. Récusationet Renvoi Rep-pr. Civ. Dalloz. N, P. 1-1995.

(4) عوض الزعبي ، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الاولي تاريخ النشر (بدون) ، صـ 69.

(5) ونشير إلي أن نظام الرد وعدم الصلاحية يختلف عن نظام فقد الصلاحية (الأهلية) إذ إن هذا الاخير ينصرف إلى عدم صلاحية القاضي مطلقا لنظر أي دعوى من الدعاوي، بينما حالات الرد وعدم الصلاحية، تجعل القاضي غير صالح لنظر دعوى بعينها معروضة عليه، أورده عن نظرها، لطروء أحد الأسباب الواردة على سبيل الحصر، وتكون نتيجة لعدم صلاحية القاضي لشغل وظيفته القضائية، إما لانعدام أهليته المسلكيهأو عدم كفاية معلوماته القانونية –وهو ما يعبر عنه بنقصان أهليته الفنية.

(6)تتضمن مشروع تعديلات قانون الاجراءات المدنية لسنة 1983م نصاً بعنوان تنحي القاضي وتنحيته وقد احتوي هذا النص علي حالات رد القاضي يجانب الاجراءات واجبة الاتباع عند الرد وذلك وفقاً لمنطوق المداة (28) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.

غير أنه باستفراغ الوسع واستقراء القوانين المقارنة نستخلص أن هذه الحالات تتمثل– على سبيل المثال- فيمايلي:

**أولاً: وجود صلة مودة بين القاضي وأحد الخصوم:**

لا يماري أحد في أن وجود صلة مودة بين القاضي وأحد الخصوم يشكل تهمة يرد بها القاضي مِن نظر النزاع المطروح أمامه، والحكمة مِن ذلك مردها إلي سد الذريعة التي من الممكن أن تبعث بعثاً مذموماً في روع الطرف الآخر مِن استمالة القاضي لصالح خصمه في مواجهته وهذه الصلة التي تؤجج الغضب تشمل قرابة النسب والرحم والمصاهرة.

وتعرف القرابة بانها الدنو في النسب وتكون بين الأشخاص الطبيعيين الذين يجمعهم أصل مشترك[1] وهي على نوعين قرابة مباشرة وقرابة حواشي، والمصاهرة هي الدنو الحاصل بسبب زواج الرجل من المرأة، فإن الأصهار هم أهل بيت المرأة [2].

فاذا كان القاضي زوجاً او صهراً او قريباً لأحد الخصوم فيكون ممنوعاً من نظر الدعوي لان القرابة او المصاهرة تؤثر في حيادية القاضي واستقلاله حيث إنهما إما أن يكونا مصدر ود متين او بغض كبير[3].

والذي ينقدح في البال ان سبب المنع هل يبقى قائما بعد انقضاء المصاهرة كمالو انتهت العلاقة الزوجية التي حصلت منها المصاهرة بالتفريق أو الطلاق أو الوفاة فهنا يوجد قولان أقواهما الأول لأن النص جاء عاماً ومطلقاً ولم يخصص بقيام المصاهرة فعلاً ولأن المشرع حريص على حماية سمعة القضاء وحيادية القاضي ولأن تأثير أقارب الزوجة قد يكون أكبر وأكثر بعد الوفاة مما كان قبله.

**ثانياً: وجود صلة كراهية بين القاضي وأحد الخصوم:**

الكراهية هي موجده[4] تعني الإعلان الضـــاج عن عجز الذات عن مواجهة مشـــكلاتها مواجهة ذكية وقوية تخرجها من هذه المشكلات[5]، وهذا يُلمِعُ إلى أن الخصومة مؤشر مِن مؤشـــرات الكراهية، وتشـــمل هذه الحالة، وجود خصـــومة لاحقة على رفع الدعوى بين القاضي أو زوجته، وأحد الخصوم أو زوجته، إذ وجود مثل هذه الخصومة مِن الممكن أن يؤثر في حياد القاضي، ويشترط في هذه الحالة شرطان:[6]

1- أن تنشأ الخصومة بعد قيام الدعوى المرفوعة أمام القاضي.[7]

2- - ألا يكون المقصود من رفع هذه الدعوى رد القاضي في نظر الدعوى[8].

---

(1)احمد سلامة، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية – نظرية الحق في القانون المدني ، المطبعة العالمية، القاهرة ، 1960 ، صـــــــــــــــــــ76.

(2)احمد سلامة ، نفس المرجع ، صـــ76.

(3)وقد حددت التشريعات درجة القرابة او المصاهرة التي تمنع القاضي مِن نظر الدعويوهي الدرجات الاولى والثانية والثالثة والرابعة , كما وان اقارب احدالزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الاخر ولا عبرة بالقرابة التي تكون ابعد من ذلك , واذاكانت القرابة او المصاهرة بين القاضي واحد الخصوم سببا في منعه من نظرالدعوي فان القرابة او المصاهرة بين القاضي وبين كلا الخصمين تكوناكد واقوى في منعه من نظر الدعوي.

(4)الوجد: الإحساس بالمؤلم، والعلم به، وتحرك النفس في رفعه؛ فهو كمال.وأما الحقد فهو إضمار الشرّ، وتوقعه كلَّ وقت فيمن وجدت عليه، فلا يزايل القلب أثره.

(5)راشد المبارك ، فلسفة الكراهية

(6) فتحي والي. قانون القضاء المدني بند 115 ص 217، محمود هاشم. قانون القضاء المدني جـ1 بند 143 ص 242، وجدي راغب. مبادئ القضاء المدني ص 199.

(7)ا المادة (2/146) من قانون المرافعات المصري .

(8)أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق، 62

3- أن تكون الخصومة المرفوعة أمام القضاء حقيقية، وبالتالي فلا يتحقق معنى الخصومة، بالشكاوى الإدارية أو المنازعات أو الخلافات الاجتماعية، أو مجرد اتخاذ الخطوات التمهيدية لدفع الدعوى أمام القضاء[1].

**ثالثاً: وجود مصلحة للقاضي في الدعوي موضوع النزاع:**

وهي كل منفعة او فائدة تتحقق من الدعوي بحيث يتاثر المركز القانوني للقاضي أو زوجته أو أصوله أو ازواجهم أو فروعه أو أزواجهم أو لمن يكون هو وكيلاً عنها ووصياً أو قيماً عليه عند الفصل في الدعوي[2].

فاذا كان للقاضي أو لزوجه أو لأصوله أو لأزواجهم أو لفروعه أو أزواجهم أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة فيكون ممنوعاً من نظر الدعوي.[3]

وندفع بأن غلبة الظن مِن تأثر القاضي في الحكم في حالة المصلحة هي المندوحة في رده لأنه ذو علاقة بالدعوى المقامة أمامه سواء كانت المنفعة مباشرة في ذاتها أو أن هذه الدعوي ستكون سبباً في حصوله على منفعة مالية.[4]

**رابعاً: سبق إبداء القاضي الرأي في الدعوي موضوع النزاع:**

يقصد بسبق إبداء الرأي أو النظر: أن يكون القاضي سبق وأن نظر الدعوي في أي درجة مِن درجات التقاضي، فليس لمن فصل في الدعوي في مبتداها أن ينظرها في الاستئناف، وليس لمن نظر الاستئناف أن ينظر في الطعن وفقاً لما نص عليه في المادة (167) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م.[5]

ونشير إلي أن إبداء القاضي رأيه في مؤلف أو بحث علمي لا يعتبر سبباً للرد، وإن كان ذلك في خضم سير الدعوي التي يفصل فيها.[6]

كما نصت قواعد السلوك المضمنة بلائحة تنظيم العمل القضائي لسنة 1405هـ في المادة 11 على عدة واجبات ألزمت القضاة بمراعاتها ومن ضمن تلك الواجبات ألا يستغل القاضي سلطته أو نفوذه لجلب منفعة أو دفع مفسدة، كما لا يجوز للقاضي أن يجلس في نزاع أو خصومة تخصه أو له فيها مصلحة.

ويجوز أخذاً بمفهوم المخالفة منع القاضي من أن ينظر خصومة له فيها عداوة حقيقية أو محتملة أو قد ينتصر فيها لنفسه وكبريائه، و تأسيساً على ذلك لا يجوز لأي قاض أن ينصب نفسه شاكياً وخصماً وحكماً الأمر الذي تأباه قواعد الشريعة الإسلامية ومباديء العدالة التي سارت عليها محاكمنا طبقاً لما قررته قضية حكومة السودان ضد حاج بلال

---

(1)محمد وعبد الوهاب العشماوي. قواعد المرافعات جـ2 بند 902، أحمد أبو الوفا. التعليق على نصوص قانون المرافعات ص 653.

(2)استنادا لمنطوق الفقرة (4) من قانون المرافعات المصري.

(3)ولا يشترط في الاشخاص المذكورين اعلاه ان يكونوا خصومافي الطلب القضائي بل يكفي ان تكون لهم مصلحة فيه تبرر دخولهم او اختصامهم.

(4) ومثالها أن يكون القاضي أو أحد أقاربه مشترياً لعقار مرفوعه بشأنه دعوي فسخ على البائع، لأن الحكم سيؤدي بطريق غيلر مباشر إلي إبطال البيع الذي أبرم مع القاضي أو أحد أقاربه.

(5)تنص المادة (176)مِن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م (لا يجوز للقاضي الذي أصدر أو إشترك في إصدار الحكم أن ينظر أو يشترك في نظر الطعن) وبالرغم مِن هذا النص الذي يشير إلي ذاك المبدأ إلا أن هناك نص أخر في القانون ذاته ينقض غزل هذا النص حيث جاء في سياق المادة (215) مِن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م على انه: (لا تخضع احكام المحكمة العليا للمراجعة على أنه يجوز لرئيسها أن يشكل دائرة تتكون من خمسة قضاة من المحكمة العليا لمراجعة أي خكم صادر منها إذا أنطوي الحكم على مخالفة لاحكام الشريعة الإسلامية، ويصدر قرار الدائرة باغلبية الاعضاء).

(6)إنعام عبدالرحيم عبدالحكيم عراف ،حياد القاضي ونزاهته في الشريعة الإسلامية وقانون أصول المحاكمات الشرعية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون، جامعة الخليل، 2016، صـــ 89.

حاج الإمام[1] حيث كانت المحكمة العليا قد انتهت للقول: "تولى القاضي محاكمة قضية هو في واقع الأمر طرف فيها وله مصلحة شخصية في إدانة المتهم يشكل خطأ جسيماً يخالف كل القواعد الأصولية وأسس العدالة والتقاليد المعمول بها.. ويجعل الحكم الصادر لا محل له وغير نافذ."

## المبحث الثالث
## إجراءات رد القاضي

لاَ مُناقشة أنَ الإجراءات واجبة الاتباع حيال رد القاضي عندما تثور الحاجة إليه تتداخل مع بعض الحالات الأخرى التي قد تحدث لبساً لتلبسها مشابهةً مَع حالات رد القاضي كما في حالة التنحي ومخاصمة القاضي مما يستتبع أن نفرد لها حيزاً في هذا المبحث ندلف منه إلي إجراءات رد القاضي وفقاً لما سيرد بيانه.

### المطلب الأّول
### التفرقة بين رد القاضي وعدم صلاحيته

---

([1])مجلة الأحكام القضائية 1978مـ صفحة 228 والتي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 1978/3/20 كتب السيد القاضي المقيم بالمناقل أحمد إبراهيم محمود خطاباً لملاحظ بوليس المناقل يتضمن بلاغاً ضد المدعو الحاج بلال حاج الإمام بتهمة الاحتيال على أساس أن الأخير اتصل بتاجر يدعى محمد فضل تبيدي وزعم أن القاضي (السيد أحمد إبراهيم نفسه) قد أرسله لكي يستلف منه طاولة ليلعبا بها سوياً (المتهم والقاضي) وقد سلم التاجر الطاولة للمتهم لأنه اعتقد أن القاضي فعلاً قد أرسل في طلب الطاولة ليلعب بها، وما كان ليسلفها للمتهم لولا ذلك الاعتقاد.

قام البوليس بفتح بلاغ وأصبح الشاكي هو القاضي الذي أرسل الشكوى الكتابية وعند نهاية التحري رفعت الأوراق للسيد أحمد إبراهيم ذاته فلم يتردد وباشر محاكمة القضية بنفسه، وأصدر قراره بإدانة المتهم بجريمة الاحتيال تحت المادة 362 من قانون العقوبات، وحكم على المتهم بالسجن لمدة عامين.

استرحمت زوجة المتهم للسيد قاضي المديرية فخفف العقوبة لتكون السجن لمدة سنة ونصف وكان ذلك بتاريخ 1978/4/5، وقد تقدمت زوجة المتهم باسترحام آخر لمحكمة استئناف الجزيرة والنيلين فواجهة المحكمة عقبة انقضاء أكثر من ثلاثة شهور على تصرف محكمة المديرية في القضية وقررت أنها لا تستطيع أن تتدخل حيث أن حاجز الزمن المنصوص عليه في عجز الفقرة (8) من المادة 257 من قانون الإجراءات الجنائية يحول دون ذلك.

لقد طلبنا الإجراءات لمباشرة سلطتنا التلقائية في الفحص وفقاً للمادة 257 من قانون الإجراءات الجنائية لتلافي هذا الخطأ الجسيم الذي تردى فيه السيد القاضي مخالفاً بكل القواعد الأصولية والتقاليد المعمول بها ومتخطياً فوق ذلك صريح النص في قانون الإجراءات الجنائية وهو نص المادة 320 من قانون الإجراءات الجنائية، هذا الخطأ الجسيم الذي ارتكبه القاضي ومخالفته الصريحة لنص القانون بتوليه محاكمة قضية هو في الواقع من الأمر طرف فيها وله مصلحة شخصية في إدانة المتهم بما تجعل جميع الإجراءات التي اتخذها باطلة ومنعدمة لعدم الاختصاص والحكم الذي صد لا محل له وغير نافذ، ونحن نبادر بتقرير هذا رغماً عن حاجز المدة الذي أشارت له محكمة الاستئناف إذ أن الفقرة (4) من المادة 257 من قانون الإجراءات الجنائية تتحدث عن القرارات والأوامر الشرعية النافذة ولا يمكن أن تقف حائلاً دون استبعاد حكم هو أساساً باطل ولا محل له إطلاقاً لعدم الاختصاص.

في كتاب الدكتور إدوارد غالي الدهبي عن (إعادة النظر في الأحكام الجنائية) هناك فقرة عن الأحكام المنعدمة وعدم الاعتداد بها أو التوقف عن إزالتها مهما كانت هناك عقبات شكلية أو إجرائية تحول دون ذلك. يقول الدكتور غالي: (الصعوبة تظهر في حالة ما إذا كان الحكم المنعدم غير قابل للطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض وفي رأينا أنه يجوز رفع دعوى بطلان أصلية لتقرير هذا الانعدام ... ولا وجه للاحتجاج بأن القانون لم يسمح له بهذه الدعوى فهذا القول مردود بأن الانعدام أيضاً ينظمه القانون فهو أمر منطقي لا يحتاج إلي تنظيم.

أننا نأمر بإلغاء إجراءات المحاكمة والإفراج عن المتهم.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في التمييز بين الرد وعدم الصلاحية، على اعتبار أن الرد يتوكأ في نشوئه على عدم صلاحية القاضي للفصل في النزاع المطروح أمامه من الخصوم في الدعوى.[1]

أما القانون المصري، فقد فرق بين أسباب عدم الصلاحية وحالات الرد، وترتيباً على ذلك، فإن أسباب عدم الصلاحية تجعل القاضي ممنوعا من سماع دعوى بعينها، حتى ولو لم يرده أحد الخصوم[2]وقد أخذ بهذا الاتجاه، كل من القانون الأردني[3] والكويتي[4] واليمني[5] والمغربي[6].

وعدم الصلاحية يجرد القاضي من صلاحيته للفصل في النزاع ويكون حكمه باطلاً حتى ولو اتفق الخصوم على استمرار القاضي في نظر الدعوى، لتعلق هذه الحالات بالنظام العام حماية لمظهر الحيدة التي يجب أن يظهر بها القاضي أمام الخصوم والجمهور[7].

ويترتب على ذلك أن عدم الصلاحية والرد، يشكل كل منهما سبباً للرد، وبالتالي فتعبير المشرع المصري عن بعض هذه الحالات، بأنها لعدم الصلاحية فقط، وعن بعضها الآخر، بأنها للرد فقط تعبير يشوبه شيء من عدم الدقة، فكلا النوعين لعدم الصلاحية، وكلاهما يبرر الرد، غير أن حالات عدم الصلاحية تعتبر حالات حتمية لعدم الصلاحية، جزاؤها البطلان، ولو علم الخصوم بقيامها ورضوا بها، بينما الثانية، تعتبر حالات تقديرية لعدم الصلاحية، لا يترتب البطلان على مخالفتها إن رضي بها الخصوم، وإلا وجب عليهم طلب رد القاضي قبل أدائه لعمله، ومن ثم، فالتفرقة بين الحالتين من حيث البطلان، فحالات عدم الصلاحية قد تدفع بالرد، ويكون الجزاء على مخالفتها البطلان، بينما حالات الرد، يجب دفعها دائما بالرد وإلا فلا يترتب على مخالفتها البطلان[8].

يلاحظ الباحث أن القانون السوداني لم يتضمن ما يعرف بعدم صلاحية القاضي، وإن كان قد جرى العمل على ذلك.

## المطلب الثاني
## التفرقة بين التنحي والمخاصمة والرد

---

(1)وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الليبيفي المادة (267) من قانون المرافعات الليبي، والمادة (71) من قانون نظام القضاء الليبي، كذلك المادة (174) من قانون أصول المحاكمات السوري و المادة (341) من قانون المرافعات الفرنسي، حيث ذكرت أسباب الرد على سبيل الحصر، تاركة للخصوم الحق في التمسك بها من عدمه، حيث لم تميز هذه القوانين بين عدم الصلاحية والرد، وإن كان البعض منها يطلق عليها عدم الصلاحية والبعض الآخر يطلق عليها الرد.

(2) أنظر المادة (146) من قانون المرافعات المصري.

(3) انظر المادة (34) من قانون أصول المحاكمات الأردني رقم (44) لسنة 1988.

(4) فتحي والي، قانون المرافعات الكويتي بند 34 ص 49.

(5) انظر المادتين (83، 85) من قانون المرافعات اليمني رقم (42) لسنة 1981، وقد أطلق على عدم الصلاحية ما يمتنع النظر فيه بدون طلب، أما الرد فقد أطلق عليه ما يمتنع النظر فيه بطلب.

(6)إدريس العلوي العبد لاوي، التنظيم القضائي المغربي ص 96، 97.

(7)وهذا ما أكدته المادة (147) من قانون المرافعات المصري بقولها "يقع باطلا عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم.

(8)السعيد محمد الإمازي، مرجع سابق، ص 34.

يقصد بمخاصمة القاضي مساءلة القاضي بقصد المطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن حكمه أو الإجراء الذي قام به إذا كان قد شابه غش أو غدر أو تدليس أو خطأ مهني جسيم.[1]

أما التنحي فيقصد به امتناع القاضي من نظر الدعوى من تلقاء نفسه، إذا كان هو أحد أطرافها حتى لا يكون خصماً وحكماً في آن واحد، إذ أن القاضي لا يحكم لنفسه وإن رضي الخصم بذلك[2] كما يمتنع على القاضي أن ينظر في دعوى يعلم أن أحد أطراف الخصومة فيها ممن لا تجوز شهادته له، فيما لو كان شاهداً[3].

وهذا ما نص عليه في قانون الإجراءات المدنية لسنـــــــ1983مـ ـــــــــــــة[4] حيث يجب على القاضي إذا ما توافرت إحدى حالات الرد، أن يخبر مشرف المحكمة أو رئيس الجهاز القضائي –حسب الحال- بسبب الرد القائم به، وذلك للإذن له بالتنحي ويتم إثبات ذلك في محضر إجراءات الدعوي التي رشحت فيها حالة مِن حالات التنحي المنصوص عليها في القانون إعمالاً للحيدة والاستقلال التي تعتبر سمة مِن السمات الملازمة لمهنة القضاء وما يترتب عليها مِن إرساء لقواعد العدالة والإنصاف في المجتمع.[5]

والذي يظهر لي كمحض استنتاج -بحثي- يقبل الإثبات أن التنحي هو الأثر المترتب على توافر حالة من حالات رد القاضي الذي كتب عليه التنحي بموجب أي منها، لا فرق في ذلك أن جاء تنحيه طوعاً أو كرهاً فالأمر سيان.[6]

وقد أرست المحكمة العليا في سابقة ورثة أميمة محمد الغزالي /ضد/ بشير عبدالله أبوالحسن[7] مبدأ مفاداه " يجب أن تكون العداوة مع الخصم طالب تنحية القاضي عداوة شخصية فلا يكفي اختلاف القاضي مع الخصم في آرائه ويجب ألا تكون العداوة قد بدأها

---

(1)السعيد محمد الإمازي،مرجع سابق ،صـــــ39.

(2) ابن نجيم، البحر الرائق جـ6 ص 279، السرخسي. المبسوط جـ16 ص 73، 107، ابن فرحون. تبصره الحكام جـ1 ص 65، الحطاب، مواهب الجليل جـ6 ص 134، القرافي. الفروق جـ4 ص 43، النووي. المجموع جـ18 ص 685.

(3) الخصاف. أدب القاضي بشرح الجصاص ص 335، 706، ابن نجيم. تبيين الحقائق جـ7 ص 31، 90، الفروق جـ4 ص 43، ابن فرحون، تبصره الحكام جـ1 ص 65، ابن رشد، بداية المجتهد جـ2 ص 505، البهوتي. كشاف القناع جـ6 ص 429، ابن أبي الدم. أدب القضاء ص 159، الخطيب الشربيني. مغنى المحتاج جـ4 ص 393، ابن قدامة. المغني جـ12 ص 55، 276، المرتضي. البحر الزخار جـ5 ص 131.

(4)تنص المادة (28) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م على:

( 1 ) يجب على القاضي أن يتنحي عن نظر الدعوى قيد النظر أمامة في أي من الحالات الآتية:

أ. إذا كان زوجاً لأحد الخصوم أو صهراً أو قريباً له من الدرجة الأولي أو الثانية.

ب. إذا كان لدية أو لدي أحد أقاربة المنصوص عليهم في الفقرة ( أ ) مصلحة أو منفعة شخصية في الدعوي.

ج. إذا كان لدية عداوة أو خصومة مع أحد أطراف الدعوي.

(2)يجوز لأي من أطراف الدعوي أن يتقدم بطلب مكتوب للقاضي المشرف على المحكمة بتنحية القاضي في حالة عدم تنحية وفقاً لأحكام البند ( 1)

(5)يرى بعض الفقه، أنه إذا توافر سبب من أسباب الرد، نشأ واجب قانوني جزاؤه هو سلطة الخصم في طلب رد القاضي بينما يرى بعض آخر أنه ليس هناك واجب قانوني على القاضي بالتنحي عن نظر الدعوى في هذه الحالة، وذلك لعدم وجود جزاء قانوني، يترتب على مخالفة قواعد الرد والحكم في الدعوى رغم قيام سبب الرد وإنما يمكن القول بأن هناك واجب أخلاقي، يرجع إلى تقدير القاضي، يؤدي إلى تنحي القاضي عن نظر الدعوى، إذا قام به سبب من أسباب الرد للابتعاد عن الشبهات

(6)ان القاضى مهما كان متحليا بالعداله والنزاهة قد يتأثر بميوله ومصالحه الشخصيه لدوافع يذعن لها عاده اغلب الخلق _ لهذا يجب حمايته من التأثير بهذه الميول _ وهو بهذا يصون مظهر الحيده الذى يجب ان يتحلى به القاضى فليس اذن اساس تنحية القاضى هو الشك فى استقامته وفى نزاهته لان القاضى المطعون فى خلقه لا يكون جديرا بالبقاء فى منصبه _ وانما اساسه هو مظنة عجز القاضى عن الحكم فى قضية معينة بغير ميل الى جانب احد الخصوم( ابو الوفا ص 150).

(7) أنظر الطعن بالرقم م ع/ ط م/2013/2833م مجلة الاحكام القضائية لسنة 2013م صـــ (357)، والتي تتلحص وقائعه في أنه وفي أثناء إجراءات الدعوي رقم 2009/1749م لدي محكمة بحري وسط الجزئية من الدرجة الاولي وبعد مرور حوالي أربع سنوات من بدء الإجراءات تقدمت الطاعنة الأولى أصالة عن نفسها إنابة عن بقية الطاعنيين بطلب إلي قاضِ المحكمة العامة بمكمة بحري وسط بطلب لإحالة الدعوي المذكورة إلي قاضِ أخر لان وجود خلاف في وجهات النظر مع القاضي الذي ينظر الدعوى لا يبرر إحالة الدعوي إلي قاضِ أخر.

الخصم مع القاضي بعد رفع الدعوى بقصد رده عن نظرها وكذلك يجب أن تكون العداوة من القوة بحيث يستنتج منها أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بغير ميل أي من شأنها أن تدفعه إلى القضاء بغير حق".

أما المخاصمة فالأمر فيها واضح وضوح الشمس في رابعة النهار لا تنططح فيه عنزتان فهي التي يسمح بإقامتها على القاضي في حالات محددة حصراً[1]، وتهدف إلى إقامة مسؤولية القاضي المدنية عن خطأ جسيم نص عليه القانون ارتكبه في الحكم بمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من جراء ذلك الخطأ، ويترتب على صحتها بطلان الحكم محل الدعوى، فدعوى المخاصمة هي دعوى خاصة جداً أفرد لها القانون أحكاماً خاصة وإجراءات معينة ترفع على جميع القضاة على حدّ سواء.

وقد تناولها المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنـــــــــــ1984م ـــــــــة في المادة (2/162/ب) التي جاء في سياقها (تعطيل التحري أو الإعلان أو الفصل في القضايا أو إجراءات العدالة دون سبب مقبول وإصدار الأحكام ضد صريح النص استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشرع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين).

على الرغم من أن عبارة إجراءات العدالة عبارة مطاطة إلا أنها أمر وجداني ووقائعي في نفس الوقت فأمرها يرتبط بوجدان القاضي وحسه العدلي وهي الغاية من الحكم في النهاية على أنها – أي العدالة – يمكن تحقيقها من واقع ما يعرض على القاضي من وقائع وما يطبق عليها من نصوص فيجب على القاضي أن يسعى إليها من خلال ذلك , فإذا قصر في رد الحقوق وكان الحق ظاهراً إهمالا منه أو تقصيراً أو تعسفاً أو لأي دافع من الدوافع وترتب على ذلك ضرر لأحد المتقاضين فإنه يسأل في ماله الخاص ذلك لأن العدل يتفق مع الأخلاق والضمير والله تعالى يقول:(**لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ۖ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ ۚ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ**).[2]

## المطلب الثالث

## إجراءات رد القاضي

يقصد بإجراءات رد القاضي ومخاصمته تلك الإجراءات التي تتخذ عندما تثور حالة مِن حالات الرد أو مخاصمة القاضي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية في المادة (28) منه في الدعاوي أمام المحاكم على اختلاف درجاتها.[3]

---

(1)السعيد محمد الإمازي، مرجع سابق، صـــــ41.

(2) سورة الحديد ، الاية (25).

(3) لم يتضمن قانون السلطة القضائية لسنة 1986م ثمة نص يتضمن حالات أو إجراءات الرد القاضي وكذا الحال فيما يتعلق بتنحيه القاضي ولعمري هذا مما يسوغ تعديله.

وتشير المادة (28) التي أشرنا إليها آنفاً إلى ضرورة أن يتقدم أي من الأطراف بطلب مكتوب للقاضي المشرف على المحكمة بتنحية القاضي في حالة عدم تنحيه إذا رشحت حالة مِن الحالات المشار إليها في ذات النص في فقراتها الأولى.[1]

ونرى أن هذا النص جاء على استحياء في بيان الحالات والاجراءات المترتبة عليها على أن تقديم الطلب والرد عليه جاء على وجه العموم فلم يبين المواقيت والشروط، وكذا الحالات التي يعتبر فيها الطلب باطلاً على خلاف القانون المصري[2] الذي أماط اللثام عن هذه الإجراءات بتفصيل مستفيض يوجب تقديم الطلب قبل تقديم أي دفع أو دفاع وإلا سقط الحق فيه، فإذا كان الرد في حق قاضٍ منتدب لإجراء مِن الإجراءات فيقدم الطلب خلال ثلاثة أيام من تاريخ الندب.

كما نص قانون المرافعات المصري[3] أيضاً على عدم قبول طلب الرد بعد قفل باب المرافعات أو ممن سبق وأن طلب ذات الطلب في نفس الدعوى، كما لا يترتب على قبول الطلب وقف سير الدعوى[4].

وينص قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م في المادة (131) على أنه لا يجوز للقاضى أن يتولى المحاكمة فى أى دعوى جنائية يكون قد تحرى فيها من قبل أو يكون هو طرفاً فيها أو تكون له فيها مصلحة خاصة.

## الخاتمـــة

في ختام هذا البحث توصل الباحث إلى مجموعة مِن النتائج والتوصيات نجمل أهمها فيما يلي:

### أولاً: النتائج:

1. تولي القاضي محاكمة قضية له فيها مصلحة شخصية في إدانة المتهم يشكل خطأ جسيماً يخالف كل القواعد الأصولية وأسس العدالة والتقاليد المعمول بها.
2. لم يفرق القانون السوداني بين الرد والمخاصمة والتنحي في الإجراءات وإنما أوردها ضمن حالات تنحي القاضي في قانون الإجراءات المدنية.
3. يجب أن تكون العداوة مع الخصم طالب تنحية القاضي عداوة شخصية فلا يكفي اختلاف الخصم في آرائه.
4. يجب الا تكون العداوة قد بدأها الخصم مع القاضي بعد رفع الدعوى بقصد رده عن نظرها.

---

(1) تضمنت التعديلات الاخيرة لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م تعديلاً للنصوص المتعلقة بالاحالة شملت حالة التنحي وإجراءاته في المادة (28)، وتعتبر هذه المادة من التعديلات الجوهوية على نصوص القانون واستحدثاً ذا أهمية تمس الحاجة اليه بسطاً للعدالة وتحقيقاً لميدأ حياد القاضي ولا غروا ، ويبدو لي أن المشرع سارع في ركاب المشرع المصري مقتفياً اثره في الحالات والاجراءات كما هو الحال في الكثير من القوانين العربية المقارنة.

(2) المادة (151) مِن قانون المرافعات المصري.

(3) المادة (152) مِن قانون المرافعات المصري.

(4) علي عوض حسن، رد ومخاصمة أعضاء الهيئات القضائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندية، الطبعة الثانية، 2003م، صـــ122، كذلك نصت المادة (250) مِن قانون الإجراءات الجنائية المصري على: (يتبع فى نظر طلب الرد والحكم فيه، القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، وإذا كان المطلوب رده قاضى التحقيق أو قاضي المحكمة الجزئية، فان الفصل فى طلب الرد يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية، ولا يجوز فى تحقيق طلب الرد استجواب القاضي ولا توجيه اليمين).

5. يجب أن تكون العداوة من القوة بحيث يستنتج منها أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بغير ميل أي من شأنها أن تدفعه إلي القضاء بغير حق.

**ثانياً: التوصيات:**

1. تعديل قانون الإجراءات المدنية وتضمينه حالات الرد وعدم صلاحية القاضي فينظر الدعوى أسوة بالقوانين العربية.
2. تعديل قانون السلطة القضائية ليشمل القواعد التي من شأنها ضمان حياد القاضي ونزاهته.
3. يجب أن يتم تحديد مواعيد تقديم طلب التنحي بالنص على أن يكون تقديم الطلب قبل بدء تقديم أي دفاع أو مرافعات من أطراف الدعوى.
4. إصدار منشورات قضائية موجهة لسلوك وأخلاقيات العمل القضائي متضمنة لجميع أحوال الرد وعدم الصلاحية والمخاصمة والتنحي.

## المراجع والمصادر:


- القرآن الكريم
- أولاً التفسير وعلوم القرآن:

1. محمد بن المختار الجكني الشنقيطي ,أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين بن. ، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر- بيروت. - 1415هـ - 1995م. ، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.
2. إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء ,تفسير القرآن العظيم، ، دار النشر: دار الفكر - بيروت – 1401.
3. عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي، الدر المنثور، دار النشر: دار الفكر - بيروت – 1993..

- ثانياً كتب الأحاديث:

1. الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، دار النشر: دار ابن كثير , إلىمامة - بيروت - 1407 - 1987، الطبعة: الثالثة، تحقيق: د. مصطفى ديب
2. سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، دار النشر: دار الفكر - -، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
3. سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقي، دار النشر: مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - 1414 - 1994، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
4. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

- ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي:
- كتب الفقه الحنفي:

1. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي، دار النشر: دار الكتب الإسلامية القاهرة. - 1313هـ.

2. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ابن عابدين، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر. - بيروت. - 1421هـ - 2000م..
3. المبسوط ، شمس الدين السرخسي، دار النشر: دار المعرفة بيروت.

كتب الفقه المالكي:

4. بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، ط الأّولى ،دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - 1415هـ - 1995م، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين.
5. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان بيروت - 1422هـ - 2001م، تحقيق: خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه: الشيخ جمال مرعشلي.
6. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، دار النشر: دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد عليش.

كتب الفقه الشافعي:

1. روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ط الثانية، دار النشر: المكتب الإسلامي - بيروت - 1405.
2. المجموع، النووي، دار النشر: دار الفكر - بيروت - 1997م.
3. المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، دار النشر: دار الفكر - بيروت.

كتب الفقه الحنابلة:

1. كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، دار النشر: مكتبة ابن تيمية، الطبعة: الثانية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي.
2. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الطبعة: الأّولى، دار النشر: دار الفكر - بيروت – 1405.

خامساً: المعاجم اللغوية:

1. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، طبعة عيسى الحلبي، القاهرة، السنة (بدون).
2. الفيروز أبادي، محي محمد يعقوب، القاموس المحيط، ج4، الطبعة الثانية 1952م، طبع مصطفى الحلبي.
3. الفيومي، أحمد محمد المقري، مرجع سابق، ص 670، والفيروز أبادي، مجدي محمد بن يعقوب، مرجع سابق.
4. ابن منظور، أبو الفضل جمال محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد، ج.

سادساً: الكتب القانونية:

1. أبو زيد، رشدي شحاتة، إنعزال وعزل القاضي في الفقه الإسلامي وقانون السلطة القضائية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، الطبعة الاولى، 2010.

2. احمد، وسيم حسام الدين، قوانين السلطات القضائية في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولي،2011 .
3. عادل محمد جبر أحمد شريف، حماية القاضي وضمانات نزاهته، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،الطبعة الاولي، 2008م.
4. البخاري عبدالله الجعلي، قانون الإثبات 1994م، مركز الإمام البخاري للدراسات القانونية والتدريب، الخرطوم، الطبعة السادسة، 2010م.
5. حسن محمد محمد بودي- ضمانات الخصوم أمام القضاء - في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية- 2006م.
6. عادل مشمومي ،ضمانات حقوق الحصوم في مرحلة ماقبل المحاكمة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولي،2011 .
7. محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاه، المركزي القومي للاصدارات القانونية، القاهرة الطبعة الاولي ،2001م.
8. محمد العالم آدم أبو زيد، شرح قانون الإجراءات المدنية 1983م، مطبعة جامعة النيلين الخرطوم 2009.
9. محمد الشيخ عمر، شرح قانون الإجراءات المدنية، ط الثامنة، مطبعة القاهرة 1985م - 1450هـ.
10. محمد شتا أبو سعد، قانون الإجراءات المدنية السُّوداني معلقاً عليه، ط الأُولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي1405هـ-1985.
11. عوض الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، تاريخ النشر (بدون).
12. راميا الحاج ، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، 2008م.
13. نزيه نعيم شلال، محاصمة القضاه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة (بدون)، 2008م.

## سابعاً: البحوث العلمية:

1. أحمد حبيب محمد حسن السماك، أحكام الوكالة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، كلية الشريعة، سنة 1978م.

## ثامناً:عشر القوانين واللوائح

1. قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م.
2. قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983.
3. قانون تنظيم السلطة القضائية لسنة 1986م
4. قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1991م.
5. قانون الإثبات لسنة 1994م.
6. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.
7. قانون الاجراءات الجنائية المصري.
8. لائحة تنظيم العمل القضائي لسنة 1405م.

## عاشراً: السوابق القضائية المنشورة:

1. قضية حكومة السودان ضد حاج بلال حاج الإمام، مجلة الاحكام القضائية 1978م.

2. قضية ورثة أميمة محمد الغزالي واخرين/ضد/بشير عبدالله أبوالحسن، مجلة الاحكام القضائية 2013م.

# Court Interpreting: the missing link in the Sudanese Litigation System

***"Court Interpreting Denied, is Justice Denied"***

By: Dr. Salah As-safi. R. Al-Badawi

***Former Deputy Head of Language Service Unit of the United Nations Independent International Investigation Commission of the ICC-Lebanon.***

**Key words**: Court – Interpreting- Translation- Language Guarantees

## Background:

The concept of the fair trial runs through all of the 20th. century human rights conventions and treaties, starting with one of the U.N.'s foundational documents, The Universal Declaration of Human Rights (UDHR). More specifically, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) guarantees the right to a "fair and public hearing". Paragraph 3 of ICCPR Article 14 sets out the procedural rights that are considered to be the necessary components of a fair trial. It guarantees to all those accused of a crime, in full equality several rights. Including the right [ To have the free assistance of an interpreter, if he/she cannot understand, or speak the language used in court].

Other human rights conventions that have affirmed the right to a fair trial include the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment**,** and the Convention on the Rights of the Child. (1)

The guarantee of interpretation during trial of accused person who does not speak the court language dates back to the post-war military tribunals; in Nuremberg and Tokyo, defendants were explicitly granted the right to interpretation services. International criminal judges were given no discretion in this regard, which is proper considering the fact that, for every international criminal tribunal, all trials are multilingual and multicultural. (2)

Court interpreting, which is also known as Courtroom interpreting, legal or judicial interpreting is a task that is fraught with myriad difficulties and challenges, as it is a unique pattern of interpreting practice that has its own requirements in terms of both training and practice, which distinguish it from other types of interpreting.

## Objective

This paper is an attempt to probe the status quo of court interpreting in Sudan and draw attention to the need for Sudanese judicial authorities to take the initiative to regulate it. The paper also seeks to draw up guidelines derived from the experience of other countries and literature of interpreting training bodies, to be made use of, should Sudanese judicial authorities need a starting point on which to base their endeavor to regulate interpreting practice in national courts.

It should be reiterated at the outset, that this paper focuses solely on the procedural and regulatory aspects of which the Sudanese Judiciary can make use in regulating court interpreting, without venturing into legal technicalities that are beyond the scope this paper.

## Modern History of Court Room Interpreting: (3)

Interpretation today is taken for granted at multinational events, and there are permanent booth installations for interpreters at most major conference halls. However, interpretation of complex, multilingual proceedings did not exist in any recognizable form until around 1920. Prior to World War I, diplomats of every country spoke French (4). At the League of Nations and inter-war conferences, the desire to accommodate as many countries as possible led first to the use of consecutive interpretation and then to the adoption of the Filene-Findlay translation system, which IBM developed and manufactured (5). However, this system was not really simultaneous interpretation; pre-translated speeches were broadcast simultaneously in

different languages, and a selector switch at each seat enabled participants to choose a language in which to listen to the speech. True simultaneous interpretation into multiple languages was developed for the first Nuremberg trial. While the trials were still in their planning stages, the need for spontaneous, immediate, multilingual interpretation became obvious, as did the difficulty of putting it into practice. At one of the organizational meetings for the Nuremberg tribunal, the chief U.S. prosecutor, Supreme Court Justice Robert H. Jackson, stated:

*"I think that there is no problem that has given me as much trouble and as much discouragement as this problem of trying to conduct a trial in four languages. I think it has the greatest danger from the point of view of the impression this trial will make upon the public. Unless this problem is solved, the trial will be such a confusion of tongues that it will be ridiculous, and I fear ridicule much more than hate".*

U.S. Colonel Léon Emile Dostert, who had been General Eisenhower's personal interpreter during World War II, was the first to realize that the Filene-Findlay equipment, with some modifications, could be used for the spontaneous and immediate interpretation needed at Nuremberg. Under Dostert's direction, the technical problems were largely solved, and he became the first chief interpreter at the Nuremberg trials. The interpretation that occurs today in domestic courts, international business conferences, U.N. committees, and international criminal tribunals is a direct descendant of the Nuremberg system.

Before that, the world had not known simultaneous interpreting. Even in the League of Nations, only consecutive interpreting was used. The reason was that before 1948, information technology was, yet to develop to invent interpreting equipment that made simultaneous communication in several languages possible. The second factor is that interpreting practices during the Nuremberg Trials provided a widow cruise of documented literature that has, later, been used by scholars of linguistics, at large, and interpreter

trainers, in particular, for drawing lessons, techniques and procedures on which interpreting training has ever since, been based.

**Types of Court Interpreting**

Court interpreters are often called upon to render a variety of interpreting services including: (5)

**Simultaneous interpreting:** requires that the interpreter both listen -and at the same time- "translate" out loud what the speaker is saying, as they speak, in real time. It generally requires equipment such as microphones and headsets. It needs intense concentration, and for longer proceedings, such as trial or a complex hearing, interpreters will often work in teams, taking breaks every 30 minutes or so.

Simultaneous interpretation can be performed with or without the aid of electronic equipment; the latter method is called *chucotage* and involves the interpreter standing next to the witness and whispering into his or her ear. (6)

**Consecutive Interpreting:** can relay it into the target language. The interpreter may take notes, translating the speaker's message during the pause. One drawback is that the interpretation lasts twice as long; every sentence uttered by the speaker is repeated afterwards by the interpreter in the other language.

Consecutive interpretation is often preferred for opening and closing statements and when a judge questions the witness, because it gives the interpreter more time to consider nuances and therefore is more accurate.

**Witness interpreting:** is used during witness testimony and performed in the Witness Interpreting consecutive mode, making the court language interpretation part of the court record.

**Team Interpreting**: requires two or more interpreters working together as a team, to ensure the sustained accuracy of

interpretation. The team members generally agree on 20 to 30 minute intervals for rotating the role of acting interpreter. The interpreter who is not actively interpreting assumes a supporting role and continues to follow the proceedings in order to provide the appropriate level of continuity when the interpreters' roles are rotated.

**Interview Interpreting**: facilitates communication during interviews or consultations, and most often take place between attorneys and clients. Either simultaneous or consecutive interpretation is proper here, depending on the circumstances.

**Summary Interpreting**: is another mode of interpretation that allows the Summary interpretation interpreter to paraphrase and condense the speaker's statement. As it does not provide a precise rendering of everything the speaker has said, it should not be used in court settings, as it goes against the statutory and ethical requirement that court interpreters have to be faithful to the speaker's mode of expression, without adding, omitting or modifying the message in any way.

**Intra-interpreting**: this type of interpreting requires a court interpreter to substitute a message in a certain code in the source language for another code in the same language, for instance, interpreting from vernacular Arabic into standard Arabic and vice versa. Such a mode of interpreting is in a high demand in court proceedings involving judges speaking the same language of court participants, but not familiar with its geographical variations. The work of UNIMID interpreters involved much of this pattern of intra-interpreting in crime investigation, and fact-finding tours involving officers from other Arab countries not familiar with Darfuri Arabic vernacular **(6)** **.**

**Sight Translation**: Sight translation is the process of conveying orally in one language the words of a text written in another language. It is a hybrid of translation and interpretation that requires the interpreter to first review the original written text, and then render it orally into the other language. The interpreter

needs to read the entire text before rendering a sight translation in open court. The interpreter should inform the Court if additional time is needed to review the document before being able to render an accurate sight translation into the record. (7)

**Language variety to use in the process of interpreting:**

There is an important question to be answered by court interpreters /translators when deciding which language pattern to use in the process of delivering interpreting /translation service in a court context.

The answer to this question heavily draws on the pragmatic dimension of court interpreting /translation. In short, why is interpreting /translation used in court? The answer is that, interpreting /translation in a court setting is a vehicle for conveying what a participant says to other participants. In a court where litigants feel comfortable to use standard language e.g. when litigants are of high standard of education, court interpreters /translators are obliged to stick to standard language, however, in cases where there is a participant who might not feel at ease when using standard language, court interpreters /translators are, advised to localize their rendering of the messages they interpret /translate.

In conclusion, it can be said that when deciding to resort to localization, court interpreters /translators should keep an eye on the meaning or connotation of the message in the target culture. It is important to note that decision pertaining what language to use in a court setting, is taken on the light of familiarity of the litigants with certain language variety.

It should also, be noted that when a court interpreter /translator decides to use localization for rendering idiomatic expressions, puns and other patterns of figurative language, he /she must be pretty sure of the exact connotation of the figurative expression in question. If a figurative expression has more than one signification, this must be brought to the attention of the

presiding judge. A safe method of translation is to draw the attention of the presiding judge to both literal and figurative translations of the phrase in question.

Switching from a language variety to another is advisable in court setting involving litigants of largely different educational levels. For instance, a court interpreter /translator would use vernacular to interpret judge/prosecutor/lawyer`s question addressed to a litigant of a low educational level, while using standard language to interpret questions addressed by the same persons to a court participant of a high educational level.

Recurrent switching is known to be confusing practice for a single interpreter, which in most of the cases would negatively affect the content of the message in question. Therefore, court sessions involving litigants of different educational level must be handled by a pair of interpreters, each assigned to render a message addressed to /conveyed by certain litigants according to the level of education.

**The Role of a court interpreter:**

Court interpreters are experts in language and are assigned only to render linguistically equivalent interpretation from one language into another. They are not parties to a case, have no interest in any case, and remain completely neutral in all matters. They work for the court and do not represent any party. A court interpreter's sole responsibility is to bridge the communication barrier necessitating his / her presence**.**

American Law defines both role and statutory status of a court interpreter as in the following provision:

"*A court interpreter is an officer of the court trained to listen in one language and interpret into another during courtroom and related judicial proceedings. The interpreter's job is to minimize language obstacles between the court and all parties to a legal proceeding*." **(8)**

The above provision sets forth two very important criteria that must be taken into due consideration by the Sudanese judicial authorities when deciding to regulate court interpreting profession; The first criterion is that the would-be court interpreters must receive specific training before being eligible to render court interpreting service. The second criterion is that, court interpreters must be on the payroll of the court, that is to say, they must be members of the court staff.

Having its own staff of interpreters would allow a court to achieve several merits including that, not like causally hired interpreters, staff court interpreters can be followed up with respect to their continuous training, orientation and capacity building.

Being court staff members, would allow court interpreters the opportunity to continuously be subject to court procedures, norms, code of conduct, and other court etiquette. Getting acquainted with these court aspects, would contribute to court interpreters' ability to perform their duty in a legal setting that is completely different from settings to which other categories of interpreters are used.

For a judiciary to have its own interpreters would enable it to ensure more administrative control over them, contrary to hired interpreters to whom it cannot apply its cane and carrot policies. Being subject to court regulations pertaining to reward and punishment, would make court interpreters endeavor to do their best to perform their duty in a highly professional manner in order to gain the carrot and escape the cane.

However, it should be noted that, recruiting their own staff of interpreters would add more financial burden to judicial authorities, given the fact that interpreters, often prefer free lancing, which is more lucrative than permanent jobs. Moreover, judicial authorities, in Sudan for instance, may not be encouraged to have their own staff of court interpreters in view of the limited number of cases requiring services of court interpreters.

However, this condition may not remain valid in view of new positive changes that will hopefully be witnessed by the Sudanese business environment.

As a precautionary measure, the Sudanese Judiciary may maintain a centralized small size pool of court interpreters to provide interpreting services for courts all over Sudan.

The other less expensive option is that; such a pool may be drawn from the already existing group of employees of the Sudanese Judiciary who hold degrees in translation beside their legal qualifications. To the best of the author`s knowledge, there are dozens of them.

Those staff members of the Judiciary who meet these two conditions, show interest in serving as court interpreters, and demonstrate ability to train as court interpreters may be nominated for a pilot project for forming the first ever pool of Sudanese court interpreters. Nominated pool`s members must receive intensive court interpreting training before being accredited as full-fledged court interpreters. To encourage court staff members to join court interpreting profession, the same job conditions of judges, if not better ones can be offered to them.

**Other roles of a court Interpreter/translator:**

The profession of a court Interpreter/translator is not confined to a court interpreting/translating; he/she can rather, play other roles in the same setting. In that, a court Interpreter/translator can be called upon to give evidence, as a witness. In addition, he/she can give testimonial evidence as a subject matter expert when meeting certain conditions stipulated by "Expertise Regulation Act, 2017". Here below is a description of these two roles:

**1. Court Interpreter/translator`s Role as a witness:**

For an interpreter/translator to act as a witness in a court room, he/she must meet the same conditions qualifying a lay witness to appear before a court to give evidence, including: competency,

and personal knowledge of the fact in question. The same reasons that may be raised to discredit a lay witness may be raised to discredit an interpreter/translator as a witness including: conviction of a crime involving dishonesty, a previous conviction of perjury or subornation of perjury.

Police authorities' attention should be drawn to an important issue relating to suspects interviews and their use in a court room. A police interviewer interrogating a non-Arabic speaking suspect, must retain the contact information of that interpreter, because evidence will have to be given by the same interpreter in person. Statements made by a suspect through an interpreter but conveyed to the court by a police interrogator, is a mere hearsay, as provided for by rules of evidence in American Law **(9).**

## 2. a court Interpreter/translator`s Role as an expert witness:

The legal Framework for the functioning of a court Interpreter/translator`s as an expert witness is set forth by the recently promulgated "Expertise Regulation Act, 2017", which in its preliminary section, defines an expert as a person who has acquired experience, and who:

a. Holds an academic degree, possesses high experience and has made tangible scientific and practical achievements in his/her field of specialization; or

b. Possesses evident and documented achievements in his/her practical field of specialization, without being a holder of an academic qualification in his/her field of specialization.

The same Act sets forth in its fourths chapter conditions qualifying a person to act as an expert including that, he/she must:

a. Be a Sudanese national.

b. Of good conduct

c. Has never been convicted of a crime involving dishonesty.
d. Holds Bachelor or equivalent degree in his/her field of specialization.
e. Has worked in the field of his/her of specialization for a minimum twenty-five years as of the date he gained the Bachelor degree.

Notwithstanding provisions of any other Law, Article (11) of Expertise Regulation Act, 2017 gives Sudanese courts the right to appoint experts registered in accordance with the provisions of this Act, to make use of their expertise in criminal or civil suits brought before them.

Article (12) of the same Act authorizes the office of the Prosecutor-general to seek the assistance of registered experts. Article 13 (1) also gives litigants jointly, or individually the right to seek the assistance of registered experts, and Article (14) of Expertise Regulation Act, 2017 authorizes Arbitration bodies constituted in accordance with Arbitration Act to seek the assistance of registered experts.

Expertise Regulation Act, 2017, in addition provides for all matters pertaining to experts` work including, inter alia, duties and indemnities.

The above provisions apply to interpreters/translators, at large including court`s interpreters/translators.

**Court Interpreter`s Rights:**

In addition to their satisfactory indemnities, court interpreter shall have the following statuary rights of which they and other court participants e.g. judges, prosecutors, lawyers, court administrators, and other should be made aware of and respect:

1. A court Interpreter shall have the right to ask for case-relevant documentation prior to trial to adequately prepare, provided that he/she undertake to disclose it to none. **(10)**

2. A court interpreter shall have the right to have regular breaks, especially when court interpreting is delivered by an individual interpreter. It is unrealistic to expect interpreters to maintain high accuracy rates for hours, or days, at a time without relief. If interpreters work without relief in proceedings lasting more than 30-45 minutes, the ability to continue to provide a consistently accurate translation may be compromised **(11).** The simile below justifies this right:

> *"Like a marathon runner who must maintain liquid intake at regular intervals during the race and not wait until thirst sets in, an interpreter needs regular breaks to ward off processing fatigue, after which the mental faculties would be impaired".*

In general, it is recommended that simultaneous interpreters rotate every 30-45 minutes when conveying general court proceedings and every 45-60 minutes when interpreting for non-source language -speaking witnesses. **(12)**

3. The court must ensure that a team of interpreters provide interpreting service during long trial sessions, rather than a single interpreter. There are well established rules observed by conference interpreters and they can be applied to court contexts.

4. A court interpreter shall have the right to request adverse condition impeding his/her ability to perform well to be changed, such as court participants` speed, courtroom`s unconducive physical conditions, including acoustic and ventilation conditions. In that, a court interpreter may request the presiding judge to order change of any of these unfavorable conditions. Some judges, as previously mentioned, tend to be irritated by court`s requests. Including judges in court interpreting orientation courses would make them more understanding and responsive to such requests.

**Court Interprets` Code of ethics:**

Like their counter-parts in other countries, Sudanese court interpreters need to be guided by some sort of legislation that deals with issues of court interpreting, and that clearly defines the norms and standards of practice to be followed in order to be able to perform competently. These norms and standards of practice serve as a set of rules that guide court interpreters in their task of interpreting during trials.

It is important that a code of Ethics to be promulgated by Sudanese judicial authorities must include accountability norms, in order to ensure that court interpreters accept responsibility for their conduct and performance.

In its effort to promulgate these guiding principles, Sudanese judicial authorities can seek guidance in norms and standards of practice promulgated by many pioneer countries to guide court interpreters in carrying out their duties.

These guiding principles, which constitute court interpreters Code of Ethics, vary from country to country but all have one common goal i.e. to regulate and guide the function of court interpreters.

Professionalism and experience provide a second set of guidelines which help govern interpreters' behavior. The first set is provided by rules provided for by statuary instruments regulating court interpreters` work. Generally speaking, there is a unanimous agreement, among almost all judicial authorities on set of ethical considerations that court interpreters must observe in the process of performing their job in courts.

The author of this paper proposes guidance to be sought from the following legislations that are promulgated by two countries i.e. Denmark and the USA that the author believes to have well-established traditions pertaining to court interpreting profession: **(13)**

1. In Denmark, the Danish Administration of Justice Act XI of 1994, as amended by Legal Notice 425 of 2007, was proclaimed in 1994. Section 149(1) of this Act stipulates, among other things, the language of the courts, the provision of court interpreters for those who cannot speak the language of the court, and the requirements that court interpreters must meet in order to interpret in court.
2. In the US, the most evolved code in the profession of court interpreting is the Massachusetts Code of Professional Conduct for Court Interpreters of the Trial Court. The key to the success of this code is that it begins by precisely setting out its guiding principles. These standards seek to assure meaningful access, protect constitutional rights, and ensure due process, as well as equal protection of the law for non-English-speakers.

In many countries, efforts to address controversies surrounding issues of court interpreting have been made by legal professions and professional bodies of court interpreting. Therefore, The Sudanese judicial authorities can involve, in its effort to draft court interpreters` Code of Ethics other stakeholders i.e. bodies concerned with interpreting, at large, and court interpreting, in particular, including, but not exclusive to, the Sudanese Bar Association, the military Judiciary, Departments of translation at some selected universities, the Department of Interpreting of the Friendship Hall, and some selected Arbitration centers. The COMESA Court of Justice may be involved in its capacity as one of the biggest regional beneficiaries of Court interpreter's services.

These consideration, act as canons and guidelines for court interpreting profession, and they may be adapted by addition and/or omission to suit Sudanese legal setting. They include the following dos and don`ts: **(14)**

1. Court interpreters/translators shall accurately and completely represent their credentials, training, and pertinent experience.

2. Court interpreters/translators shall be impartial and unbiased, and shall refrain from conduct that may give an appearance of bias. They shall, also disclose any perceived, or real conflict of interest.
3. Court interpreters/translators shall conduct themselves in a manner consistent with the dignity of the court.
4. Court interpreters/translators shall protect the confidentiality of all privileged and other confidential information.
5. Court interpreters/translators shall not publicly discuss, report, or offer an opinion concerning a matter in which they are, or have been engaged, even when that information is not privileged or required by Law to be kept confidential, except for purposes of training and education.
6. Court interpreters/translators shall limit themselves to interpreting/translating, and shall not give legal advice, express personal opinions to individuals for whom they are interpreting/translating, or engage in any other activities that may be construed to constitute a service other than interpreting/ translating, while serving as interpreters/translators.
7. Court interpreters/translators shall assess at all times, their ability to deliver their services. When an interpreter /translator has any reservation about his/her ability to satisfy an assignment competently, he/she shall immediately convey that reservation to the concerned judicial authority.
8. Court interpreters/translators shall report to the concerned judicial authority, any effort made by anyone to impede their compliance with any law or provision of this code, or any other official policy governing court interpreting/ translating.
9. Court interpreters/translators shall continuously strive to improve their skills and knowledge, and advance the profession through activities such as professional training,

education and interaction with colleagues and specialists in related fields.

**Specific considerations to be strictly observed by an interpreter/translator when acting as a court expert witness:**

When courtroom interpreters translate a witness's testimony, statements or intervention by any court participant errors are not just possible; they are inherent to the process. Moreover, the occurrence of such errors is not merely a technical problem; errors can infringe on the rights of defendants or even lead to verdicts being based on faulty findings of fact. International criminal proceedings, which are necessarily multi-linguistic, are both particularly susceptible to interpretation errors and sensitive to questions of procedural fairness.

Therefore, when called upon to give evidence as a court expert, an interpreter/ translator must observe the following considerations:

**1. Familiarity with rules of Evidence:**

When giving evidence as an expert witness, a translator may unexpectedly find him/herself thrown into an arena of argument with prosecutors/lawyers well-versed in argument and rebuttal techniques, especially when crossed examined. Familiarity with rules of evidence, including those pertaining to cross-examination would make an interpreter /translator in a better position to do his/her job perfectly. In this respect, an interpreter /translator must also be familiar with prosecutors`/lawyers` tactics and maneuvers.

**2. Preparedness:**

Preparedness is the mainstay of success. The more an interpreter /translator is prepared for giving expert evidence, the more his/her chances for success would be. Preparedness includes rehearsal of what argument he/she expects to use in defense of possible points of translation/interpreting he/she expects to be

attacked by the prosecutor/lawyer. Preparation, in addition includes taking with him/her to the court references, dictionaries, glossaries and other documents which he/she can quote in the process of proving the validity of his/her opinions. Physical and psychological preparations are essential elements that would immunize a translation/interpreting against exhaustion, distraction and lack of focus.

3. **Being aware of his/her role:**

An interpreter /translator giving expert evidence in court must draw a clear line between his/her job and that of a judge. Being aware of the scope of his/her legal mandate, an interpreter /translator must refrain from using language of inference. He/she must, instead give expert opinion supported by clear irrefutable linguistic evidence on the validity/invalidity of a particular disputed segment of interpreting /translation. In other words, an interpreter /translator, should in, such contexts, strictly confine his/her opinion to confirming the validity/invalidity of the interpretation /translation of the text in question, without inferring anything about intentionality/culpability of an error, leaving that for the presiding judge to decide. In addition, an interpreter /translator giving expert evidence must steer away from using incriminating/exonerating language when telling the court about the validity/invalidity of a disputed translation/interpretation.

**Court Interpreting lessons to be learned from various Trials before the ICC:**

When it comes to lessons to be learned from previous experience of court interpreting, the Nuremburg trials stand out as a key source for such lessons, because those trials have been so well documented; as dozens of people involved in them wrote memoirs, or contributed to collections of reminiscences. In addition, because the Nuremberg trials represented the first legal event where true simultaneous interpreting was used, and

involved four working languages, which made them a fertile ground for interpretation problems and ingenious solutions to them.

The significance of language guarantees stands as a strong pillar of international justice which is testified by the fact that the criticism leveled against the Nuremberg and Tokyo Tribunals does not cast a shred of doubt on the language guarantees accorded to the defendants as Meron notes:

> *"One of the principal criticisms of the Nuremberg and Tokyo Tribunals was, and is, that they were victors' courts trying the vanquished." This criticism "resonates most strongly in the context of due process protections." However, despite the vagueness of the London Charter that created the Nuremberg trials, when it came to due process, the procedural rights granted to the defendants at the trials in many ways exceeded those that persisted in any of the allies' domestic systems.* **(15)**

**Court Interpreting: lessons to be learned from Guantanamo Trials:**

A striking example for unprofessional court interpreting practice flaws leading to outrageous miscarriage of justice has been documented by the media during the Guantanamo trials. Being supported by authentic testimony from both legal and interpreting experts, these flows can act as whistle blowing eye-opening instances from which judicial authorities everywhere may learn lessons to be considered in the process of regulating court interpreting profession. Here below are some extracts from a report on those flaws documented by the Washington Post newspaper **(16)**:

- (Something was being lost in interpretation. Mustafa Ahmed al-Hawsawi, a Saudi national accused of war crimes and murder for his alleged role in the Sept.11th. 2001, attacks, was speaking in Arabic. Ralph H. Kohlmann, a Marine colonel and military judge

at Guantanamo Bay, was listening to a simultaneous interpretation in English.

- A linguist working with Hawsawi's team later estimated that half of what the defendant said was rendered incorrectly by court interpreters and that Hawsawi didn't understand at least 25 percent of what was said in English.
- As five key defendants charged in the Sept.11th. attacks, including self-described mastermind Khalid Sheik Mohammed, moved toward a trial by jury, defense lawyers and human rights advocates charged that the fairness of the most significant proceeding at Guantanamo Bay, Cuba, was routinely undermined by incompetent interpretation.
- "Regular omissions or mistranslations of key words or phrases often led to disjointed, incomprehensible or misleading translations into both English and Arabic," Hawsawi's attorneys wrote in a draft document supporting a motion they filed asking to halt the case until qualified interpreters are hired. The lawyers asked the court to order the government to produce an Arabic transcript of each hearing - a motion military prosecutor resisted.
- Although The Pentagon rejected charges that interpreters at Guantanamo Bay were not qualified, Defense lawyers and court observers said the Guantanamo interpreters do not approach the standards for interpretation in federal courts or in forums such as the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in The Hague. "There is no way someone *who doesn't understand what's going on in court can get a fair trial," said Army Maj. Jon Jackson, military counsel to Hawsawi. "*
- As the identities of Guantanamo interpreters were classified (kept confidential), defense lawyers have been unable to secure their résumés to examine their professional backgrounds. Jackson said defense lawyers have learned informally that one interpreter was a former schoolteacher with no prior experience in simultaneous court translation.
- A judge removed an interpreter in a separate proceeding at Guantanamo when the words "Osama bin Laden's driver" were repeatedly interpreted as "Osama bin Laden's lawyer". In the case, in which the defense was arguing to a jury that the

defendant, Salim Ahmed Hamdan, was a bit player in al-Qaeda, the mistake was deemed significant enough for the judge to act.

- Anthony S. Barkow, executive director of the Center on the Administration of Criminal Law at New York University, described the quality of interpretation at a pretrial hearing as "ridiculous.". "I've never experienced a situation where it was so obvious that no one understood what was being said," said Barkow, a former federal prosecutor, who was observing the Sept. 11th. proceedings at Guantanamo for Human Rights First, a New York-based advocacy group.
- Nerma Jelacic, a spokeswoman for The Hague tribunal, said interpreters at that court must have a university degree, preferably from a recognized interpretation school, as well as two to 10 years of internationally recognized professional interpreting experience.

Building on the above report`s extracts, one may say that, the most important, among the several lessons to be learned from court interpreting experience of the Guantanamo trials, is that the would-be court interpreters must receive a high-caliber training before accreditation. Another important lesson is that, court officers, particularly presiding judges, prosecutors, beside investigators must receive orientation training to promote their awareness on court interpreting practice`s conditions and their role therein, so that their ignorance of court interpreting profession might not turn into a hindrance to the process of justice.

## Court interpreting Practice in Sudan - Evolution of translation as a stand-alone profession:

Whoever attempts to explore the history of translation, in general and court translation in particular in Sudan will face the formidable challenge of scarcity, if not lack of resources from which information on this thorny issue can be obtained. The reason is that translation in Sudan is the least documented profession. It is, rather is a profession that has long been ignored, unrecognized and possibly unappreciated.

Being faced by such a challenge, the only way out for researchers is to rely on sources the credibility or precision of which may be questionable.

From interviews reviewed by the author in his quest to document the modern history of translation in Sudan, the Legislative Assembly stands out as the first Sudanese institution to introduce translation as a full-time paid profession. Translation might have not evolved as a profession if it was not for the colonial authority`s decision to include Southerners in the membership of this institution, which necessitated the assembly to be a bilingual institution, which in its turn entailed the need for recruiting a translator/interpreter. The first Sudanese citizen to serve as an official translator was Mr. Mohammad Salih Furawi who was recruited by the Legislative Assembly to serve as a translator for the assembly`s documents, and interpreter during its sessions. (17)

The state of court translation/interpreting was not better than that of translation in civil service. No professional translators/interpreters have ever been recruited to render translation/interpreting during court sessions.

Faced by the linguistic barrier challenge brought about by tasking Arabic speaking judges to serve in South Sudan, the Judiciary resorted to task its indigenous languages speaking employees to render court interpreting services where litigants were neither Arabic, nor English speaking. The same applied to Eastern border courts in Kassala and other Eastern Sudanese cities where court employees shouldered the burden of facilitating communication during court sessions. (18)

The author of this paper has searched hither and wither to find only one documented trail in the recent history of Sudan where court interpreting was at the center of stage, that was the trial German mercenary Rodolph Steiner.

In Sudan there has long been no code, rule of court or regulations governing the status and accountability of interpreters rendering

their service to courts, nor there is a code of ethics set by a judicial authority, or a guild under which interpreters are organized. In the absence of such legislations, or any other regulatory code, Sudanese, or other interpreters called upon to render services in national courts can be viewed as working without proper guidance by an agreed code for court interpreters. This situation might result in court interpreters working according to their own personal preferences. In turn; this could lead to nonprofessional court interpreting practices, which may result, at the end of the day, in miscarriage of justice.

The new need for enacting a regulatory code guiding court interpreters is now direr than ever before**.** With the lifting of US-unilaterally imposed sanctions against Sudan, the door will be thrown open for foreign investors from all over the globe, which would add more diversity to the existing business environment. Investors are, according to international business reports, and predictions, expected to flock to Sudan, with all of their diverse business-doing patterns, attitudes and languages. Proliferation and upsurge of business activities is, yet another factor for proliferation and upsurge of business disputes of a special nature, in which case, language of litigation would no longer be the national language alone.

The absence of court interpreting from the Sudanese judicial system is regretfully responsible for the prolonged periods spent by non-Arabic speaking accused in remand. Lack of clear-cut procedures to handle cases of this category of people places them under the mercy of unpredictable circumstances. It is serious that holding accused persons for long periods of time without trial constitutes a violation of their human rights and infringement of all international conventions signed by Sudan on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of aliens living on its soil. This state of affairs is yet, another reason for Sudanese judicial authority to speed up the process of regulating court interpreter's profession.

Court interpreting in Sudan can, regretfully, be described as randomly practiced, with neither, statuary code to set forth conditions qualifying interpreters for appearing before courts to render their service, nor guidelines for judges to verify eligibility of court interpreters, nor rules for court interpreting practitioners to abided by.

An investigator of interpreting practice in Sudanese courts would see no sign of regulation of court interpreters` practice, apart from the oath administered by judges to ensure the truth of what court interpreters convey during a court session.

One would wonder and question the value of such an oath. Such an oath is a mere ethical obligation for the respective interpreter. What is missing is how to ensure the professional competence and eligibility of an interpreter to render service in a court of justice. Any bilingual person can take such an oath. However, mere bilingualism does not qualify a person to act as an interpreter, let alone a court interpreter. Court interpreting is a career qualifying for which goes beyond qualifications of other categories of even professional interpreters in other fields.

Building on the foregoing exposition, court interpreting in Sudan may be said to be lagging far behind as compared to court interpreting practice in other countries, ironically including some Gulf countries whose judiciaries saw the light at the hands of Sudanese judicial experts.

This state of affairs may be attributed to several factors, most important among which are the following:

**First:** Sudanese legislators have long been oblivious of the importance of court interpreting, because courts have rarely encountered problematic situations resulting from inability of either litigating parties to communicate in a court language. Such problems would usually, be solved by calling on a bilingual person to render interpreting service. Rarity of such situations is attributed to the predominantly monolingual nature of litigation

environment in the past. This condition is no longer valid, given the recent complication and diversity witnessed by business environment due, to the proliferation of oil exploration, mining, agricultural and other business activities, most of the new players in which are non-Arabic speakers. Sudan`s location as a transit and sometimes destination country for illegal immigration and the problems associated therewith, also adds to this problem.

As previously mentioned, positive repercussions of lifting economic sanctions imposed on Sudan, would add more diversity, complication and ramification to the business environment. Disputes arising in such an environment may not be adjudicated by a monolingual court of justice.

**Second:** The utterly reserved mentality of judicial authorities is yet another factor that made these authorities distance themselves from interfering in other affairs misconceived as falling beyond judicial mandate. Interpreting is a domain that has long been misconceived by Sudanese judicial authorities as not falling within the scope of their concerns, although it is not at all, it is rather, part and parcel of their concerns. Judicial authorities in most countries of the world, for instance, in Syria, Jordon, South Africa, to mention but a few, regard the profession of interpreting as a profession that has impact on justice, and therefore, took the initiative to act, in collaboration with other respective bodies, e.g. translators/interpreters` associations to regulate the profession of sworn translators/interpreters, which has been of great help to the cause of justice in these countries.

**Third:** Absence of a Sudanese translators/interpreters` association. One of the key tasks of any professional association is to advise the respective institution to which its members render their services on matters relating to regulating these services in the respective field of specialty. For instance, Accountants` Association would take the initiative to advice monetary and economic authorities on matters commonly relating to their specialty. As such, it is the case of other professional associations

among which is the Sudanese Translators/ Interpreters` Association that should have shouldered the responsibility of alerting Sudanese judicial authorities to the need for regulating practice of court interpreting, and advising them to all matters pertaining thereto including, training, accreditation, and code of practice, among others.

The presence of the Sudanese Translators/Interpreters` Association has swung between complete absence from the Sudanese professional scene, keeping a low profile thereon, even to nonexistence. For politicization, elitism and other reasons that are beyond the scope of this paper, the Sudanese Translators/Interpreters` Association has been crippled and deprived of playing its core roles, among which is rendering advice to judicial authorities on matters relating to court interpreting.

**Legal framework for regulating court interpreting Practice in Sudan:**

As it is the case for any profession to be newly established, it needs a legal framework to draw on. The legal frame work for court interpreting in Sudan can established by reference to the provisions of several key Sudanese legislations including:

**First:** Article: 1 (1) of the Constitution of the Republic of Sudan, 2005, which states, in its provision on the Nature of the State:

*The Republic of the Sudan is an independent, sovereign State. It is a democratic, decentralized, multi-cultural, multilingual, multi-racial, multi-ethnic, and multi-religious country where such diversities co-exist.* **(19)**

**Second:** Article 8 (1) to (5) of the Constitution of the Republic of Sudan, 2005, which states:

*1. All indigenous languages of the Sudan are national languages and shall be respected, developed and promoted.*
*2. Arabic is a widely spoken national language in the Sudan.*

*3. Arabic, as a major language at the national level and English shall be the official working languages of the national government and the languages of instruction for higher education.*

*4. In addition to Arabic and English, the legislature of any sub national level of government may adopt any other national language as an additional official working language at its levels.*

*5. There shall be no discrimination against the use of either Arabic or English at any level of government or stage of education.*

**Third:** In its Article (31) on equality before the law, the Constitution of the Republic of Sudan, 2005, states:

*All persons are equal before the law and are entitled without discrimination, as to race, color, sex, language, religious creed, political opinion, or ethnic origin, to the equal protection of the law***.**

**Fourth:** Both Law of Civil Procedures and Law of Criminal Procedures stipulate court proceeding to be conducted in a language understood by litigants. **(20)**

## Court translators/Interpreters` Training and Certification:

One of today`s common myths is that a bilingual person does not need to join a translation/interpreting course to work as a translator/interpreter. This myth is so dominant that, employers of translators/interpreters rarely stipulate translation/interpreting training/degree as a condition for recruitment. Not only that, but also, several regulations pertaining to interpreter work take competence in two languages as a sufficient criterion for qualifying as translator/interpreter.

Language interpreting is difficult. It is a popular misconception that any bilingual person would make an adequate interpreter, but bilingualism is "only the starting point." Alfred Steer, who

directed the language interpretation office at Nuremberg, found that only about five percent of the experienced translators whom he interviewed would be able to perform the simultaneous interpretation needed at the Nuremberg trials. (21)

Language training must focus on languages of communities which are expected to have big number of members when Sudan becomes attractive to business especially those hailing from neighboring countries particularly Ethiopia. Language departments of Sudanese universities where languages such as Chinese, Russian and Swahili can be approached to help in recruiting and training of their graduates as court interpreters /translators.

Sudanese speakers of languages rarely spoken by Sudanese such as Bengali, Urdu and others may be encouraged to join court interpreter /translator training courses to be later included in roasters of interpreters/translators who can be contracted by courts to deliver interpreting/translation services.

It is necessary to enact a legislation to regulate translation /interpreting profession at large, part of which should be devoted for regulating court translation /interpreting. This proposal should be considered because translation /interpreting is a full-fledged profession that needs to be regulated in equal footing with other professions. Promulgation of rules and controls to govern Court translation /interpreting profession requires setting-up a high level body to be tasked with this formidable mission. The author of this paper proposes the formation of a committee to be named " the Higher Committee for the Regulation of Court translation /interpreting Profession" (HCRCTIP), for short.

**HCRCTIP`s Membership**

Membership of this Committee shall include:

1. Three representative of the Ministry of Justice – (to be drawn from the most relevant Directorates e.g. Legislation

Department and the training Department). One of them shall be installed as the Committee`s Chairperson

2. Two representatives of the Military Judiciary One of them shall be installed as the Committee`s Deputy Chairperson.
3. Two representatives of the Presidency on of whom shall be drawn from the Institute for Judicial and Legal Sciences.
4. Three representatives of the Ministry of the Interior- members (one from prisons and reform Directorate, the other from Alien Control Department and the third from Criminal Investigation Directorate)- members
5. Representative of the Sudanese bar Association-member
6. Representative of the Sudanese Council for Human Rights
7. Representative of the Higher Council of Training- member
8. Representative of the Friendship Hall Department of Translation-member
9. Representative of the Unit of Translation and Arbicization of the University of Khartoum.
10. Representative of the College of Languages and Translation of the University of Bahri -member
11. Representative National Intelligence and Security Service-member.

**HCRCTIP`s Mandate:**

The mandate of the Committee shall include the following:

A. Drafting guidelines for court translators/interpreters` nomination, training and service conditions.
B. Drafting guidelines for court translators/interpreters` certification and code of ethics, work controls and disciplinary regulations.
C. Appointing National experts to be tasked with court interpreters/translators training curriculum design and training delivery. These experts shall discharge their duties on the light

of peer training bodies in countries with renowned heritage in the field interpreters/translators training delivery.

To successfully discharge its mandate, HCRCTIP shall split into any number of sub-committees based on the goals it is required to achieve The sub-committees shall have the right to seek the help of whoever it may deem useful for discharging their mandate.

Deliberations of HCRCTIP can be in the form of meetings, workshops or whatever its members may deem convenient. HCRCTIP shall, report to the Minster of Justice.

**Recommendations:**

On the light of what this study has touched on, the author makes the following recommendation to be taken into due consideration by the Sudanese Judicial authorities when deciding to introduce court interpreting/translation as part of justice system:

1. Should Sudanese judicial authorities decide to step-in to regulate court interpreting profession, it should have a plan, preceded by a pilot project on the light on which outcome such a plan can be drafted.
2. The plan for regulating court interpreting profession must involve other players concerned with the issue of justice e.g. the Sudanese bar Association, Police Criminal Investigation Department, staff of translation Departments of some Sudanese universities with long heritage in designing translation/interpreting courses, the department of interpreting at the Friendship Hall, the Military Judiciary, among others.
3. The plan for regulating court interpreting profession when adopted should immediately be interpreted into legislations governing the practice of court interpreting.
4. Training plans should be drawn up in collaboration by the Judiciary and bodies referred to in Para: 2 hereinabove.

5. Languages to be taken on board on court interpreting regulation plan must include those spoken by aliens with intensive presence in Sudan such Amharic, Chinese and Russian in addition to those entailed by business environments. Sign language interpreting should be accorded due consideration, in order not to exclude litigants with impaired hearing / speech from the process of justice.

6. Use must be made of experience of other countries with rich heritage in the domain of court interpreting/translation.

7. Entertaining the idea of introducing a professional diploma in court interpreting/translation the curriculum of which is to be designed and delivered by the institute for Judicial and Legal Sciences or the Training Department of the Ministry of Justice whichever is more prepared and better equipped to do the job perfectly.

## Concluding Remarks:

This paper attempted to introduce the key concepts, rules legislations and practices relevant to court interpreting /transition in a bid to draw the attention of the Sudanese Judicial authorities to the utmost importance of this profession for the administration of justice. The study devoted its theoretical framework part for touching on theoretical issues pertaining to court interpreting /transition profession. It also shed some light on the experience of some countries and international tribunal so that Sudanese Judicial authorities may make use of it when deciding court interpreting /transition to introduce as part of the Sudanese justice system. The paper concluded by making recommendations that would be of great benefit in the process of introducing court interpreting /transition profession in Sudan.

## Sources and References

(1) Karton, Joshua - "Lost in Translation: International Criminal Tribunals and the Legal Implications of Interpreted Testimony"-

Vanderbilt Journal of Transnational Law - Volume 41 January 2008- Issue 1.

(2) Charter of the International Military Tribunal, annexed to Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, art. 16(c), Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.

(3) Karton, Joshua pp. 19-20

(4) Thomas, Mann - Journal of a translators' association, P.9- www.

wearedoubledot.com

(5) As-safi, Salah- Unpublished lectures on (Introduction to Translation)-delivered for students at Bahri University, Centre for Language and Translation.

(6) How to Effectively Use an Interpreter In Defending a Criminal Case – by Jeanette Alvarado, AFPD & Catherine Betancourt, Staff Interpreter Federal Public Defender, District of Arizona (http://fln.fd.org.training).

**(7)** Susan Berk- Selgson, The Bilingual Courtroom: Court interpreters in the Judicial Process (1st ed. 1990).

(8) National Association of Judiciary Interpreters & Translators Position paper on Team Interpreting, Issued March 1 , 2007. P. 2

(9) Ibid P. 3

(10)) Karton, Joshua - P.23

(11) Danny, Ding Yi Wang- Examining Challenges for Legal Interpreters in New Zealand Court room settings- Unpublished MA. Dissertation- Auckland University of Technology- 2014. P. 123

(12) Karton, Joshua - P.41

(13) Ibid ,P.5

(14) Team Interpreting in The Courtroom - National Association of Judiciary Interpreters & Translators Position paper on Team Interpreting, Issued March 1 ,2007. P. 2

(15) Karton, Joshua -.P.24
(16) Washington Post report -by Peter Finn Washington Post Staff Writer
Tuesday, October 14, 2008.
(17) An interview by Armed Forces Radio with retired Major-General Muzamel Suleiman Ghundoor September 25th.2017.
(18) An interview with Hon. Mukhtar Mohammad Al-Amin – August 20th.2017.
(19) Constitution of the Republic of Sudan, 2005
(20) Article 137- P.III Code of Criminal Procedure, 1991and Article 67 P.III - Code of Civil Procedure, 1983- Electronic Version of the Laws of Sudan 1903-2009-Minstry of Justice.
(21) Picken, C. (ed.) (1991) *ITI Conference 4 Proceedings*, London: Aslib, The Association for Information Management, P.314