بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة كلية الشريعة

تصـــدر عن كليتـــي الشريعـــة (مدنـــي، الهلاليـــة)

بجامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم – ولاية الجزيرة – السودان

السنة الثانية – العدد الرابع

شوال ١٤٣٩هـ – يونيو ٢٠١٨م

فهرست المكتبة الوطنية – السودان

مجلة كلية الشريعة

ردمك : ISSN :1858 – 8611

جمهورية السودان – ولاية الجزيرة – ودمدني

المراسلات

باسم السيد رئيس تحرير مجلة كلية الشريعة

كلية الشريعة – ودمدني – السودان

تلفونات ٠١٢٣٥٥٢٥٧١ – ٠١٢٦٣١٣٣٢٦

E-mail : shariamagazine@gmail.com

قال تعالى:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾

(النساء: ٥٨)

المشرف العام

د. محمود مهدي الشريف خالد

رئيس هيئة التحرير

د. أحمد الزين أحمد حامد

نائب رئيس هيئة التحرير

د. جمال محمد محمد أحمد البشرى

مدير التحرير

د. الهندي أحمد الشريف مختار

هيئة التحرير

١/ د. بثينة عبد القادر عبد الكريم بابتوت

٢/ د. كمال عبد الله أحمد المهلاوي

٣/ د. برير سعد الدين الشيخ السماني

٤/ د. صديق علي العجب الجمالي

٥/ د. ذو النون آدم عبد الله

٦/ د. أسماء فضل سربل

٧/ د. الزلفا عبد الله مصطفى

٨/ أ. محمد هاشم العبد محمد النور

الهيئة الاستشارية

١/ أ. د/ علي العوض عبد الله الصاحب

٢/ أ. د/ حيدر أحمد دفع الله

٣/ أ. د/ الخضر علي إدريس

٤/ أ. د/ محمد الفاضل أحمد موسى

٥/ أ. د/ عبدالله الزبير عبدالرحمن

٦/ أ. د/ معاوية أحمد سيد أحمد

٧/ د. عوض الحسن النور

٨/ مولانا/ عبد المجيد إدريس علي

٩/ د. بهاء الدين الأمين محمد نور

١٠/ د. الطاهر عبد الكريم ساتي

١١/ د. محمد بشير إبراهيم

التدقيق اللغوي

أ. عمر حسن سيد أحمد

قواعد النشر في المجلة :

١/ تنشر المجلة البحوث العلمية المتوافقة مع رسالة وأهداف الجامعة والكلية.

٢/ تعتمد المجلة في نشر البحوث اللغة العربية، أو الإنجليزية.

٣/ تنشر المجلة البحوث العلمية والدراسات التي لم يسبق نشرها، بحيث تتوافر فيها المنهجية السليمة والتأصيل والجدة والابتكار وتشكل إضافة نوعية في التخصص المعني.

إجراءات النشر:

١/ يقدم الباحث ثلاث نسخ من البحث مطبوعة على برنامج word، نمط Simplified Arabic بحجم(١٦) للمتن، وبهوامش(٢سم) علوي وسفلي وأيسر، و(٣سم) أيمن، وتخزن في قرص«CD» أو أي وسيلة من وسائل استقباله في الحاسوب، ويجوز إرساله بالبريد الالكتروني.

٢/ لا تزيد عدد صفحات البحث عن (٣٥) صفحة ولا يقل عن (٢٥) صفحة، بما في ذلك الأشكال والمراجع والملاحق.

٣/ يقدم الباحث ملخصاً للبحث لا يزيد عن(٢٠٠) كلمة بلغة البحث العربية، والانجليزية.

٤/ يتم توثيق وإثبات المصادر والمراجع وفق المنهج العلمي.

٥/ تسلم البحوث معنونة إلى رئيس التحرير، أو ترسل لموقع المجلة الالكتروني.

٦/ تخضع البحوث المقدمة للنشر للتحكيم ويبلغ صاحب البحث بنتيجة التحكيم خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ تسليم البحث للمجلة.

٧/ يكون التحكيم بواسطة محكمين اثنين على الأقل من المختصين يختارهما رئيس التحرير من قائمة المحكمين المعتمدة من قبل هيئة التحرير، وفي حالة رفض البحث من قبل أحد المحكمين على رئيس التحرير اختيار محكم ثالث مرجح.

٨/ تخضع أولويات نشر البحوث وترتيبها لاعتبارات فنية تقررها هيئة تحرير المجلة، وفي حالة عدم صلاحية البحث للنشر لا يرد لصاحبه.

٩/ تؤول حقوق نشر البحوث المحكمة للمجلة.

١٠/ يمنح الباحث ثلاث نسخ على الأقل من عدد المجلة المنشر فيها بحثه.

الفهرست

الموضوع	مقدم الموضوع	الصفحة
الفهرست		٥
افتتاحية العدد		٧
وسطية الأمة الإسلامية في عبادتها «دراسة فقهية تحليلية»	د. منير أحمد محمد دفع الله	٩
الأحكام الشرعية للحج بالمال الحرام «دراسة فقهية مقارنة»	د. يونس أحمد آدم القدال	٣٥
المقاصد الشرعية المرعية وأثرها في الاقتصاد الإسلامي	د. صديق زين العابدين النور أبكر	٥١
السَّلم وتطبيقاته المعاصرة «دراسة فقهية مقارنة»	د.بثينة عبدالقادر بابتوت	٧١
الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"	د. عائش علي عودة أبو عاذرة	٩٥
الطلبات الإضافية والمقابلة وأثرها على حقوق الأطراف في الدعوى المدنية	د. أحمد الزين أحمد حامد	١٣٣
حجية الأدلة المستمدة من معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية والإجراءات القانونية المنظمة لها	أ. أميمه محمود محمد بشير د.دفع الله العركي الخزين أحمد د. عبدالكريم عبدالفضيل محمد	١٥٣
موقف الإسلام من نظرية لمبوروزو من الفطرة حول المجرم بالميلاد والفطرة «دراسة مقارنة»	د. جودة إبراهيم النور	١٧٥

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلق الله اجمعين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد:

بحمدالله تعالى تم إصدار العدد الرابع من مجلة كلية الشريعة (مدني، الهلالية)، ليكون امتداداً لمسيرة تأصيل العلوم والمعارف، في مجال العلوم الشرعية (الفقه وأصوله) ومجال القانون بشقيه العام والخاص.

لقد أتي هذا العدد من المجلة وفي طياته عدد ثمانية بحوث في مجال الفقه وأصوله، والقانون، مستوعباً لمحاور المجلة الأربعة وهي محور أصول الفقه، ومحور الفقه المقارن، ومحور القانون العام، ومحور القانون الخاص.

جاء الموضوع الأول بعنوان: **وسطية الأمة الإسلامية في عبادتها، للدكتور/ منير أحمد محمد دفع الله**، وهدفت هذه الدراسة إلى بيان مفهوم وسطية الأمة الإسلامية في عبادتها، مع إعطاء نماذج لهذا التوسط والاعتدال في مجال العبادة، وتبدو أهمية الدراسة في أنها تبين للمغالين في الدين والمتعمقين فيه بدون علم وبصيرة، والمفرطين فيه والمقصرين في أداء الواجب عليهم بحجة السماحة واليسر في التشريع، أن هذا الدين وسط وخاصة في مجال العبادة، من طهارة، وصلاة وصوم وزكاة وحج.

وجاء الموضوع الثاني بعنوان: **الأحكام الشرعية للحج بالمال الحرام «دراسة مقارنة» للدكتور/ يونس أحمد آدم القدال**، هدفت الدراسة إلى بيان الأموال التي يصح بها الحج ، وبيان الحكم الشرعي للحج بالمال الحرام وبيان الآراء الفقهية فيه وفتح باب التوبة للحاج الذي حج بالمال الحرام، اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وتوصلت الدراسة إلى عِدة نتائج كان أهمها إختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الحج بالمال الحرام ذهب فيه جمهور الفقهاء إلى أنه يجُزي عن حج الفريضة وأن صاحبه آثم قياساً على صحة الصلاة في الثوب المغصوب والأرض المغصوبة.

أما الموضوع الثالث فقد جاء بعنوان: **المقاصد الشرعية المرعية وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، للدكتور/ صديق زين العابدين النور أبكر**، وتأتي أهمية الدراسة إلى أنها تظهر أثر المقاصد الشرعية في الاقتصاد الإسلامي وتهدف إلى التعريف بالمقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي وبيان أنواعها وأثرها وقد انتهج الباحث في إعداد هذ هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي، واختتم الدراسة بتوصيات كان أهمها: بيان هنالك مقاصد شرعية حقيقية مرعية في الاقتصاد الإسلامي.

وجاء الموضوع الرابع بعنوان: **السَّلم وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور/ بثينة عبدالقادر عبدالكريم بابتوت**، وتأتي أهمية هذه الدراسة في أن عقد السَّلم له دور فعال في مجال التمويل والاستثمار سواء كان على المستوى الفردي أو الجماعي أو كان على مستوى الدولة. وكان من أهم أهداف هذا البحث التعريف بعقد السَّلم وشروطه وأحكامه الشرعية، وبيان التأصيل الشرعي لهذه المعاملة، وبيان كيفية تطبيقاته العملية.

وكان الموضوع الخامس بعنوان: **الرقابة القضائية على دستورية القوانين، للدكتور/**

عائش علي عودة أبوعاذرة، نبعت أهمية هذه الدراسة من اعتبار الرقابة على دستورية القوانين إحدى أهم ضمانات دولة القانون في الدول ذات الدساتير الجامدة، تهدف الدراسة إلى بيان أحكام الرقابة القضائية في النظم الدستورية المعاصرة، بالتركيز على النظام الدستوري في السودان، وقد اتبع الباحث في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، وتوصلت الدراسة إلى نتائج كان أهمها: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تمثل ضمانة جدية لحماية الحقوق والحريات، ثم خلصت إلى توصيات تمثلت في: منح المحكمة الدستورية الحق في النظر في دستورية القوانين من تلقاء نفسها.

وجاء الموضوع السادس بعنوان: **الطلبات الإضافية والمقابلة وأثرها على حقوق الأطراف في الدعوى المدنية، للدكتور/ أحمد الزين أحمد حامد**، أتت أهمية الدراسة في بيان مفهوم الطلبات الإضافية والمقابلة التي يقدمها أطراف الدعوى المدنية أثناء سيرها، وتبرز مشكلة الدراسة في مفهوم الطلبات الإضافية والمقابلة التي تكون دائماً مرتبطة بالطلبات الأصلية، والمباديء الأساسية التي تقوم عليها هذه الطلبات، وشروطها، والآثار المترتبة عليها، وحصر وحسم النزاع المدني بصورة سريعة ونهائية ، وقد اتبع الباحث المنهج الاستقرائي الوصفي المقارن، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها حصر الطلبات في الدعوى المدنية تساعد في حسمها بصورة نهائية.

وجاء الموضوع السابع بعنوان: **حجية الأدلة المستمدة من معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية والإجراءات المنظمة لها، للأستاذ/ أميمه محمود محمد بشير والدكتور/ دفع الله العركي الخزين أحمد والدكتور عبدالكريم عبدالفضيل محمد**، جاءت أهمية الدراسة من خلال ضرورة تتبع الإجرام الإلكتروني في عالم افتراضي، وعدم وجود نصوص قانونية تنظم إجراءات التحري والمحاكمة وتقديم الأدلة في الجرائم المعلوماتية، هدفت الدراسة لتسليط الضوء على معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية لاستخلاص دليل رقمي، استخدمت الدراسة منهج الوصف ومنهج التحليل والمنهج المقارن، وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، أهمها أن الأدلة الرقمية المستخلصة من الوسائل المعلوماتية الحديثة غنية فيما تحتويه من معلومات، ومن الممكن أن تصبح ذات حجية في الإثبات.

وجاء الموضوع الثامن بعنوان: **موقف الإسلام من نظرية لمبوروزو من الفطرة حول المجرم بالميلاد والفطرة «دراسة مقارنة»، للدكتور/ جودة إبراهيم النور**، اتبعت الدراسة المنهج التاريخي الاستنباطي التحليلي لتحليل وقائع ما أسفرت عنه دراسات سابقة في علم الإجرام عن هذا الموضوع. وقد توصلت الدراسة لعدد من النتائج من بينها: الإنسان يولد مفطوراً على التدين ثم يتأثر بمحيطه من أبويه وأسرته والمجتمع من حوله في الخير والشر والسوية والجريمة.

والله من وراء القصد،،،

رئيس هيئة التحرير

وسطية الأمة الإسلامية في عبادتها «دراسة فقهية تحليلية»

د. منير أحمد محمد دفع الله*

مستخلص البحث

لما كان الغلو في الدين مسيطراً على طائفة من شباب هذه الأمة ، وكان البعض الآخر متساهلاً فيها دعني نفسي أن أكتب عن هذا البحث الموسوم بوسطية الأمة الإسلامية في عبادتها.

وتهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم وسطية الأمة الإسلامية في عبادتها، مع إعطاء نماذج لهذا التوسط والاعتدال في مجال العبادة ،وتبدو أهمية البحث في أنه يبين للمغالين في الدين والمتعمقين فيه بدون علم وبصيرة، والمفرطين فيه والمقصرين في أداء الواجب عليهم بحجة السماحة واليسر في التشريع ،أن هذا الدين وسط وخاصة في مجال العبادة، من طهارة، وصلاة وصوم وزكاة وحج وهو حدود البحث ومجاله، وقد اقتضت طبيعة الدراسة أن اتبع المنهج التكاملي بين المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي، وقد اشتمل البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة،وقد اشتملت المقدمة على هدف الدراسة من البحث وأهميته وحدوده والمنهج المتبع وهيكل البحث،والمبحث الأول:مفهوم الوسطية والأمة والعبادة. والمبحث الثاني:الأدلة على وسطية الأمة.والمبحث الثالث : وسطية الأمة في عبادتها. واختتمت البحث بخاتمة موجزة اشتملت على نتائج وتوصيات، ومن أهم النتائج:الوسطية تعني التوسط في العبادة وعدم التشدد فيها بحيث تؤدى بقدر المستطاع،أن الغلو والتشدد في أداء العبادات أمر مذموم شرعا، أن التقصير والتفريط في أداء العبادات أمر منهي عنه، أن الاقتصاد والتوسط في أداء العبادات هو الذي جاء به الشرع، وأمر به الدين السمح الحنيف.ومن أهم التوصيات: عدم الغلو والتشدد المنفر في أداء العبادات، وعدم التكاسل والتقصير في أداء أوامر الشرع. التوسط في أداء الفرائض والأوامر، على الباحثين والدعاة حث الأمة لا سيما شبابها على التوسط الاقتصاد في جميع مجالات العبادة.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين وكفى، والصلاة والسلام على النبي الأمي المصطفى، وعلى آله وصحبه أهل الجد والوفاء :وبعد: فإن سنة الله–عز وجل – في خلقه للكون والحياة التكامل والتوازن، وقد خلق الله– تعالى– الإنسان في أحسن تقويم، وجعله يحوي جوانب كثيرة مختلفة: عقلاً،وروحاً، وجسداً، ولكلٍّ منها حق، ولا يمكن الوفاء بكلحقوقها إلا بتوازن يكمِّلها جميعاً، ولا يغلِّب جانباً منها على حساب جانب آخر.وذلك التوازن هو: الوسطية التي جاء بها الإسلام، وهي الصراط المستقيم والشرع القويم.

هدف الدراسة:

هدفت هذه الدراسة الموسومة بوسطية الأمة في عبادتها إلى :

١/ بيان مفهوم الوسطية والأمة والعبادة.

٢/ ذكر أدلة وسطية الأمة من الكتاب والسنة.

٣/ بيان وسطية الأمة في عبادتها فهي تعني التوسط في العبادة وعدم التشدد فيها بحيث تؤدى بقدر المستطاع ، فوسطية الإسلام وسماحته ودعوته للحوار تفردت بها أمة الإسلام دون غيرها من الأمم قال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً وَمَا جَعَلْنَا الْقِبْلَةَ الَّتِي كُنتَ عَلَيْهَا إِلاَّ لِنَعْلَمَ مَن يَتَّبِعُ الرَّسُولَ مِمَّن يَنقَلِبُ عَلَى عَقِبَيْهِ وَإِن كَانَتْ لَكَبِيرَةً إِلاَّ عَلَى الَّذِينَ هَدَى اللّهُ وَمَا كَانَ اللّهُ لِيُضِيعَ إِيمَانَكُمْ إِنَّ اللّهَ بِالنَّاسِ لَرَؤُوفٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٤٣].

أهمية الدراسة:

تبدو أهمية الدراسة في :

١/ أن هذا البحث يتناول أهم القضايا التي تمس كيان المسلم، ألا وهي عبادة الأمة الإسلامية.

٢/ يبصر أبناء هذه الأمة ما كان عليه السلف الصالح حيث أنهم كان يؤدون الوسط من العبادة ويبتعدون من الغلو في أمر العبادة.

٣/ أنه يبين للمؤمن المكلف كيف يؤدي عبادته من صلاة وصوم وزكاة وحج.

أسباب اختيار الموضوع:

تتمثل في الآتي:

١/ أنه يتعلق بمباحث الفقه، فقد أمر الشرع الحنيف بالتفقه في الدين وحث الأمة على تعلمه وتعليمه للناس فقد قال صلى الله عليه وسلم:(من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين)[1]، فأردت أن أكون منهم.

٢/ الغلو في العبادة من بعض أفراد الأمة ،دعاني إلى إبرز أن الدين يحث على التوسط.

٣/ التفريط في العبادة من بعض المقصرين والمستهترين بها، دعاني إلى أن أوضح أن الشرع يرفض ذلك.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في عدة تساؤلات منها : ما مفهوم الوسطية ؟ وما معنى الأمة ؟وما معنى العبادة في الاصطلاح الفقهي؟ ما أدلة وسطية اللأمة من الكتاب والسن؟.ما أمور العبادة التي توسط فيها الشارع، وسوف تتضح الإجابة على هذه الأسئلة من خلال ثنايا هذا البحث.

حدود البحث:

فقه العبادات، مباحث الطهارة والصلاة والصوم والزكاة والحج.

منهج البحث:

اتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي والمنهج الوصفي.

هيكل البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

المقدمة: واشتملت على الهدف من الدراسة وأهميتها وأسباب اختيار الموضوع ومشكلة البحث وحدوده والمنهج المتبع فيه.

المبحث الأول: مفهوم الوسطية والأمة والعبادة. وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: الوسطية في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني :الأمة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: العبادة في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني : الأدلة على وسطية الأمة.

المبحث الثالث: وسطية الأمة في عبادتها. وتحته خمسة مطالب.

المطلب الأول: وسطية الأمة في الطهارة.

المطلب الثاني : وسطية الأمة في الصلاة.

المطلب الثالث: وسطية الأمة في االصوم.

المطلب الرابع : وسطية الأمة في الزكاة.

المطلب الخامس : وسطية الأمة في الحج.

الخاتمة : وفيها النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الوسطية والأمة والعبادة

المطلب الأول

الوسطية في اللغة والاصطلاح

الوسطية في اللغة:

(الوسط) من كل شيء، أعدله ومنه قوله – تعالى : ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً﴾[البقرة: ١٤٣]، أي عدلا[٢].

والوسط بالتحريك المعتدل يقال شيء وسط أي بين الجيد والرديء.

والوسط تارة يقال فيما له طرفان مذمومان كالجود بين البخل والسرف، فيستعمل استعمال القصد المصون عن الإفراط والتفريط فيمدح به نحو السواء والعدل وتارة يقال فيما له طرف محمود وطرف مذموم كالخير والشر[٣].

وفي التنزيل: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[المائدة: ٨٩]، أي من وسط بمعنى المتوسط[٤].

والوسط: في الأصل هو اسم للمكان الذي يستوي إليه المساحة من الجوانب في المدور، ومن الطرفين في المطول كمركز الدائرة، ولسان الميزان من العمود، ثم استعير للخصال المحمودة لوقوعها بين طرفي إفراط وتفريط قال تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً﴾[البقرة: ١٤٣].

الوسطية في الاصطلاح الشرعي:

وردت كلمة (الوسطية) ومشتقاتها – الوسط والتوسط– في الشرع بعدة معانٍ.

فالوسط هو العدل والخيار، وذلك أنَّ الزّيادة على المطلوب في الأمر إفراط، والنّقص عنه تفريط وتقصير، وكل من الإفراط والتَّفريط ميْل عن الجادّة القويمة[٥]، ومنه قوله ـ تعالى : ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ﴾ [البقرة: ١٤٣]، أي: عدولا خياراً.

والتوسط في الشريعة أنها لا تميل إلى جانب الإفراط والتشدد على العباد، ولا إلى جانب التيسير الشديد الذي يصل إلى حد التحلل من الأحكام[٦].

والتوسط أيضاً:أن يتحرّى المسلم الاعتدال ويبتعد عن التطرّف قولا وفعلا بحيث لا يقصّر ولا يغالي[٧].

والمعنى الذي أختاره للوسطية هو:التوسط في العبادة وعدم التشدد فيهابحيث تؤدي بقدر المستطاع ،وعدم التراخي والتقصير في أدائها.

ويعبر عن الوسط أيضا بالتوازن ويعنى بها التعادل بين طرفين متقابلين أو متضادين بحيث لا ينفرد

أحدهما بالتأثير ويطرد الطرف المقابل، وبحيث لا يأخذ أحد الطرفين أكثرمن حقه، ويطغى على مقابله ويحيف عليه[٨].

المطلب الثاني

الأمة في اللغة والاصطلاح الشرعي

الأمة في اللغة:

هي كل قوم في دينهم من أمتهم[٩]، وكذلك تفسير هذه الآية: ﴿وَكَذَلِكَ مَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ فِي قَرْيَةٍ مِن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِم مُّقْتَدُونَ﴾[الزخرف: ٢٣]، وكذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ﴾[الأنبياء: ٩٢]، أي: دين واحد ،وكل من كان على دين واحد مخالفاً لسائر الأديان فهو أمة على حدة، وكان إبراهيم عليه السلام أمة، وكل قوم نسبوا إلى نبي وأضيفوا إليه فهم أمة، وقد يجيء في بعض الكلام أن أمة محمد صلى الله عليه وآله وسلم هم المسلمون خاصة، فهم أمته في اسم الأمة لا في الملة،وكل جيل من الناس هم أمة على حدةٍ، وكل جنس من السباعأُمّة، كما جاء في الحديث:«لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها كلها، فاقتلوا منها كل أسود بهيم»[١٠].

والأمة: الطول ، وتأتي بمعني الملَّة[١١] ومنه قوله نعالى: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ﴾[الأنبياء: ٩٢] .

والأمة تنقسم في كلام العرب على ثمانية أقسام[١٢]:

١/ تكون الأمة بمعنى الجماعة؛ كما قال الله عز وجل: ﴿وَلَمَّا وَرَدَ مَاء مَدْيَنَ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةً مِّنَ النَّاسِ يَسْقُونَ وَوَجَدَ مِن دُونِهِمُ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصْدِرَ الرِّعَاء وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ﴾[القصص: ٢٣]، معناه: وجد عليه جماعة، وقال: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾[آل عمران: ١٠٤]، معناه: ولتكن منكم جماعة.

٢/ وتكون بمعنى أتباع الأنبياء؛ كما تقول: نحن من أمة محمد: أي من أتباعه على دينه.

٣/ وتكون الأمة فبمعنى الدين. قال تعالى: ﴿إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَى آثَارِهِم مُّقْتَدُونَ﴾[الزخرف: ٢٣]، معناه: على دين.

٤/ وتكون الأمة: الرجل الصالح الذي يؤتم به، كما قال – عز وجل : ﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتاً لِّلّهِ حَنِيفاً وَلَمْ يَكُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾[النحل: ١٠٢] .

٥/ وتكون الأمة: الزمان؛ وكما قال تعالى: ﴿وَلَئِنْ أَخَّرْنَا عَنْهُمُ الْعَذَابَ إِلَى أُمَّةٍ مَّعْدُودَةٍ لَّيَقُولُنَّ مَا يَحْبِسُهُ أَلَا يَوْمَ يَأْتِيهِمْ لَيْسَ مَصْرُوفاً عَنْهُمْ وَحَاقَ بِهِم مَّا كَانُواْ بِهِ يَسْتَهْزِئُونَ﴾[هود: ٨].

٦/ وتكون الأمة القامة. يقال: فلان حسن الأمة، أي: حسن القامة.

٧/ وتكون الأمة: الأم. يقال هذه أُمَّةُ فلانٍ، أي: أُمُّ فلان.

٨/ ويكون الأمة المنفرد بالدين.

الأمة في الاصطلاح الشرعي:

الأمة اصطلاحاً هي مجموعة من الناس تحمل رسالة حضاريّة نافعة للإنسانية، وتعيش طبقاً لمباديء هذه الرسالة[١٣].

فالمعنى الاصطلاحي المتكامل للأمة يتضمّن عناصر أربعة: الأوَّل: العنصر البشري، والثاني: العنصر

الفكري، والثالث: العنصر الاجتماعي، والرابع: العنصر الزمني.

المطلب الثالث

العبادة في اللغة والاصطلاح الشرعي

العبادة في اللغة:

أصل العبادة في اللغة التذلل من قولهم: طريق معبد: أي مذلل، بكثرة الوطء عليه، والعبادة والخضوع والتذلل والاستكانة قرائب في المعاني، يقال: تعبد فلان لفلان: إذا تذلل له، وكل خضوع ليس فوقه خضوع فهو عبادة، طاعة كان للمعبود أو غير طاعة. وكل طاعة لله على جهة الخضوع والتذلل فهي عبادة، والعبادة نوع من الخضوع لا يستحقه إلا المنعم بأعلى أجناس النعم كالحياة والفهم والسمع والبصر والشكر، والعبادة لا تستحق إلا بالنعمة لأن العبادة تنفرد بأعلى أجناس النعم لأن أقل القليل من العبادة يكبر عن أن يستحقه إلا من كان له أعلى جنس من النعمة إلا الله سبحانه فلذلك لا يستحق العبادة إلا الله، وقد قالوا: عبد الله يعبده عبادة ورجل عابد من قوم عبدة[١٤].

العبادة في الاصطلاح الشرعي:

هي فعل المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيماً لربه. وقيل: تعظيم الله وامتثال أوامره. وقيل: هي الأفعال الواقعة على نهاية ما يمكن من التذلل والخضوع المتجاوز لتذلل بعض العباد لبعض، ولذلك اختص الرب فهي أخص من العبودية لأنها التذلل[١٥].

وقيل هي ذكر مخصوص، مشتمل على دعاء[١٦].

وقيل هي: طاعة الله، بامتثال ما أمر الله به على ألسنة الرسل. وقيل هي: اسمجامع لكل ما يحبه الله ويرضاه من الأعمال والأقوال والأفعال الظاهرة والباطنة[١٧].

وتنقسم العبادات إلى ثلاثة أقسام: بدنية محضة: كالصلاة، والصوم، فإن القصد من كل منهما التذلل والخضوع لله سبحانه وتعالى بالنفس والبدن، ولا دخل للمال فيهما، ومالية محضة: كالزكاة، والصدقة؛ فإن القصد منهما نفع المتصدق عليهم بالمال، ومركبة منهما: كالحج؛ فإن فيه الخضوع لله تعالى بالطواف والسعي والوقوف بعرفة وغيرهما من الفرائض والواجبات والسنن، وفيه أيضاً إنفاق المال في هذا السبيل.

المبحث الثاني

الأدلة على وسطية الأمة الإسلامية

يستدل على وسطية هذه الأمة بأدلة من الكتاب والسنة.

أولاً- **القرآن الكريم:** وردت عدة آيات تدل على وسطية هذه الأمة منها:

١/ قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً وَمَا جَعَلْنَا الْقِبْلَةَ الَّتِي كُنتَ عَلَيْهَا إِلاَّ لِنَعْلَمَ مَن يَتَّبِعُ الرَّسُولَ مِمَّن يَنقَلِبُ عَلَى عَقِبَيْهِ وَإِن كَانَتْ لَكَبِيرَةً إِلاَّ عَلَى الَّذِينَ هَدَى اللّهُ وَمَا كَانَ اللّهُ لِيُضِيعَ إِيمَانَكُمْ إِنَّ اللّهَ بِالنَّاسِ لَرَؤُوفٌ رَّحِيمٌ﴾[البقرة: ١٤٣]، أي: عدولاً خياراً، فقد جاء في توجيه هذه الآية: (الوسط) هو العدل الخيّر الفاضل، وهو في الأصل اسم للمكان الذي تستوي إليه المساحة من الجوانب، ثم استعير

للخصال المحمودة لوقوعها بين طرفي إفراط وتفريط، كالجود بين الإسراف والبخل، والشجاعة بين التهور والجبن[١٨].

٢/ قوله تعالى: ﴿قُلِ ادْعُواْ اللّهَ أَوِ ادْعُواْ الرَّحْمَـنَ أَيّاً مَّا تَدْعُواْ فَلَهُ الأَسْمَاء الْحُسْنَى وَلاَ تَجْهَرْ بِصَلاَتِكَ وَلاَ تُخَافِتْ بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلاً﴾[الإسراء: ١١٠]، اختلف المفسرون فيما نهى عنه من الجهر بالصلاة والمخافتة فيها على خمسة أقوال:

القول الأول: أنه نهى عن الجهر بالقراءة فيها لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان بمكة يجهر بالقراءة جهراً شديداً، فكان إذا سمعه المشركون سبّوه، فنهاه الله تعالى عن شدة الجهر، وأن لا يخافت بها حتى لا يسمعه أصحابه، ويبتغي بين ذلك سبيلاً، قاله ابن عباس.

القول الثاني: أنه نهى عن الجهر بالقراءة في جميعها وعن الإسرار بها في جميعها وأن يجهر في صلاة الليل ويسر في صلاة النهار.

القول الثالث: أنه نهي عن الجهر بالتشهد في الصلاة، قاله ابن سيرين.

القول الرابع: أنه نهي عن الجهر بفعل الصلاة لأنه كان يجهر بصلاته بمكة فتؤذيه قريش، فخافت بها واستسر، فأمره الله ألاّ يجهر بها كما كان، ولا يخافت بها كما صار، ويبتغي بين ذلك سبيلاً، قاله عكرمة.

القول الخامس: يعني لا تجهر بصلاتك تحسنها مرائياً بها في العلانية، ولا تخافت بها تسيئها في السريرة[١٩]. فكل هذه التوجيهات تدعوا إلى الوسطية في العبادة.

٣/ قال تعالى: ﴿حَافِظُواْ عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلاَةِ الْوُسْطَى وَقُومُواْ لِلّهِ قَانِتِينَ﴾[البقرة: ٢٣٨]، فقد روى قتادة في تأويل الآية: كنا نحدث أنها صلاة العصر، قبلها صلاتان من النهار، وبعدها صلاتان من الليل[٢٠].

٤/ قال تعالى: ﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُواْ أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[المائدة: ٨٩]، فقد قال ابن عباس في تأويل كلمة أوسط: كان الرجل يقوت أهله قوتاً فيه سعة، وقوتاً وسطاً وقوتاً دون ذلك، فأمروا بالوسط[٢١].

٥/ قوله تعالى: ﴿قَالَ أَوْسَطُهُمْ أَلَمْ أَقُل لَّكُمْ لَوْلاَ تُسَبِّحُونَ﴾[القلم: ٢٨]، والوسط في هذه الآية العدل والأفضل[٢٢].

٦/ قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُواْ الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ اللّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[البقرة: ١٨٥]، جاء في توجيه هذه الآية: يريد اللَّه بكم أيها المؤمنون بترخيصه لكم في حال مرضكم وسفركم في الإفطار، وقضاء عدة أيام أُخر من الأيام التي أفطرتموها بعد إقامتكم وبعد برئكم من مرضكم التخفيف عليكم، والتسهيل عليكم لعلمه بمشقة ذلك عليكم في هذه الأحوال. ﴿ولا يريد بكم العسر﴾، أي: ولا يريد بكم الشدة،

والمشقة عليكم، فيكلّفكم صوم الشهر في هذه الأحوال، مع علمه شدة ذلك عليكم وثقل حمله عليكم لو حملكم صومه[٢٣].

٧/ قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾[البقرة: ٢٨٦]، أي: فيتعبدها إلا بما يسعها، فلا يضيق عليها، ولا يجهدها[٢٤].

٨/ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَاماً﴾[الفرقان: ٦٧]، واختلف أهل التفسير في معنى الإسراف والإقتار،فقيل الإسراف :النفقة في معصية الله وإن قلت، والإقتار: منع حق اللّه تعالى. وهو قول ابن عباس ومجاهد وقتادة وابن جُريج. وقال الحسن في هذه الآية لم ينفقوا في معاصي اللّه ولم يمسكوا عن فرائض اللّه. وقال قومٌ:الإسراف مجاوزةالحد في الإنفاق، حتى يدخل في حد التبذير والإقتار التقصير عما لا بد منه، وقيل:ولا يُجيعُهم ولا يُعرِهم ولا ينفق نفقةً يقول الناس قد أسرف، وكان بين ذلك قواماً، قصدًا وسطًا بين الإسراف والإقتار، حسنة بين السيئتين[٢٥].

٩/ قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُوماً مَّحْسُوراً﴾[الإسراء: ٢٩]، ففي الآية أمر بالاقتصاد الذي هو وسط بين الإسراف والتقتير.

فجملة هذه الآيات القرآنية تدل على أن الأمة الإسلامية وسط في جميع شئون العبادة، فالغلو في الدين لا يجوز لا سيما في أمور العبادة ، كما أن التساهل في العبادة وعدم أدائها كما جاء بها الشرع لا تصح.

ثانياً- **السنة النبوية:** وردت أحاديث يستدل بها على وسطية الأمة الإسلامية منها:

١/ عن عائشة، رضي اللّه عنها: أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم كان يحتجر حصيرًا بالليل فيصلي عليه، ويبسطه بالنهار فيجلس عليه، فجعل الناس يثوبون إلى النبي صلى الله عليه وسلم فيصلون بصلاته حتى كثروا، فأقبل فقال: «يا أيها الناس، خذوا من الأعمال ما تُطيقون، فإنَّ اللّه لا يَمَلُّ حتى تَمَلُّوا، وإنَّ أحبَّ الأعمال إلى اللّه ما دام وإن قلَّ»[٢٦]. أي:لا تحملوا على أنفسكم أوراداً كثيرة بحيث لا تقدرون على مداومتها فتتركونها[٢٧]، فوجه الدلالة من هذا الحديث أنه لا يجوز للمسلم أن يحمل نفسه فوق طاقتها، كما عليه المداومة على العبادة وإن قلت.

٢/ عن عائشة، قالت: دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعندي امرأة، فقال: «من هذه؟» فقلت: امرأة لا تنام تصلي، قال: «عليكم من العمل ما تطيقون، فوالله لا يمل الله حتى تملوا، وكان أحب الدين إليه ما داوم عليه صاحبه» [٢٨]. فنهى عليه السلام عن التعمق في العبادة وإجهاد النفس فى العمل خشية الانقطاع[٢٩].

٣/ عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: دخل النبي صلى الله عليه وسلم فإذا حبل ممدود بين الساريتين، فقال: «ما هذا الحبل؟» قالوا:

هذا حبل لزينب فإذا فترت تعلقت، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا حلوه ليصل أحدكم نشاطه، فإذا فتر فليقعد»[٣٠]. والحاصل أن سالك طريق الآخرة ينبغي أن يجتهد في العبادة من الصلاة وغيرها بقدر الطاقة، ويختار سبيل الاقتصاد في الطاعة، ويحترز عن السلوك عن وجه السآمة والملالة، فإن الله لا ينبغي أن يناجى عن ملالة وكسالة، وإذا فتر وضعف قعد عن القيام، واشتغل بنوع من المباحات من الكلام والمنام على قصد حصول النشاط في العبادة، فإنه يعد طاعة، وإن كان من أمور العادة[٣١].

٤/ عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يجاء بنوح يوم القيامة، فيقال له: هل بلغت؟ فيقول: نعم، يا رب، فتسأل أمته: هل بلغكم؟ فيقولون: ما جاءنا من نذير، فيقول: من شهودك؟ فيقول: محمد وأمته، فيجاء بكم، فتشهدون "، ثم قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً﴾" [٣٢]. فقد جاء في تفسير (وسطا): قيل عدولا وخيارا ; لأنهم لم يغلوا غلو النصارى، ولا قصروا تقصير اليهود في حق أنبيائهم بالتكذيب والقتل والصلب[٣٣].

٥/ عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: لقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "ألم أحدث أنك تقول: لأقومن الليل، ولأصومن النهار؟"، قال: أحسبه قال: نعم يا رسول الله، قد قلت ذاك، قال: «قم ونم، وصم وأفطر، وصم من كل شهر ثلاثة أيام، وذاك مثل صيام الدهر» ، قال: قلت: يا رسول الله، إني أطيق أفضل من ذلك، قال: «فصم يوما، وأفطر يومين» ، قال: فقلت: إني أطيق أفضل من ذلك، قال: «فصم يوما وأفطر يوما، وهو أعدل الصيام، وهو صيام داود» ، قلت إني أطيق أفضل من ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا أفضل من ذلك»[٣٤]. ورد في توجيه هذا الحديث: أن التعمق في العبادة والإجهاد للنفس مكروه لا سيما في الصيام الذى هو إضعاف للجسم، وقد رخص الله فيه فى السفر، لإدخال الضعف على من تكلف مشقة الحل والترحال[٣٥].

٦/ عن عون بن أبي جحيفة، عن أبيه، قال: آخى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين سلمان وبين أبي الدرداء، فزار سلمان أبا الدرداء، فرأى أم الدرداء متبذلة، فقال: ما شأنك متبذلة؟ قالت: إن أخاك أبا الدرداء ليس له حاجة في الدنيا، قال: فلما جاء أبو الدرداء قرب إليه طعاما، فقال: كل فإني صائم، قال: ما أنا بآكل حتى تأكل، قال: فأكل، فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء ليقوم، فقال له سلمان: نم، فنام، ثم ذهب يقوم، فقال له: نم، فنام، فلما كان عند الصبح، قال له سلمان: قم الآن، فقاما فصليا، فقال: «إن لنفسك عليك حقا، ولربك عليك حقا، ولضيفك عليك حقا، وإن

لأهلك عليك حقا، فأعط كل ذي حق حقه» فأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فذكرا ذلك، فقال له: «صدق سلمان»[٣٦]. ومما يستفاد من الحديث: أن الإنسان لا ينبغي له أن يكلف نفسه بالصيام والقيام، وإنما يصلي ويقوم على وجه يحصل به الخير، ويزول به التعب والمشقة والعناء[٣٧].

٧/ عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لن ينجي أحدا منكم عمله» قالوا: ولا أنت يا رسول الله؟ قال: «ولا أنا، إلا أن يتغمدني الله برحمة، سددوا وقاربوا، واغدوا وروحوا، وشيء من الدلجة، والقصد القصد تبلغوا»[٣٨]. ومعنى سددوا وقاربوا: اطلبوا السداد واعملوا به وإن عجزتم عنه فقاربوه أي اقربوا منه ، والسداد الصواب وهو بين الإفراط والتفريط فلا تغلوا ولا تقصروا[٣٩]. ومعنى القصد القصد تبلغوا، أي: الزموا الطريق الوسط المعتدل تبلغوا المنزل الذي هو مقصدكم، شبه المتعبدين بالمسافرين. فقال: لا تستوعبوا الأوقات كلها بالسير بل اغتنموا أوقات نشاطكم وهو أول النهار وآخره، وبعض الليل وارحموا أنفسكم فيما بينهما لئلا ينقطع بكم[٤٠].

٨/ عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إذا نعس أحدكم وهو يصلي فليرقد، حتى يذهب عنه النوم، فإن أحدكم إذا صلى وهو ناعس، لا يدري لعله يستغفر فيسب نفسه»[٤١] ويؤخذ من هذا الحديث أنه لا ينبغي للإنسان أن يحمل نفسه ويشق عليها في العبادة، وإنما يأخذ ما يطيق ويقدر.

٩/ عن أبي برزة الأسلمي قال: خرجت يوما أمشي فإذا أنا بالنبي صلى الله عليه وسلم متوجها، فظننته يريد حاجة، فجعلت أخنس عنه وأعارضه، فرآني فأشار إلى فأتيته فأخذ بيدي فانطلقنا نمشي جميعا، فإذا نحن برجل يصلي يكثر الركوع والسجود. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "أتراه مرائيا". فقلت الله ورسوله أعلم، فأرسل يدي، ثم طبق بين كفيه فجمعهما ثم جعل يرفعهما بحيال منكبيه ويضعهما ويقول: "عليكم هدياً قاصداً "، ثلاث مرات،؛ فإنه من يشاد الدين يغلبه "[٤٢]. والمعنى لا يتعمق أحد في الأعمال الدينية ويترك الرفق إلا عجز وانقطع فيغلب، قال بن المنير في هذا الحديث، علم من أعلام النبوة فقد رأينا ورأى الناس قبلنا أن كل متنطع في الدين ينقطع، وليس المراد منع طلب الأكمل في العبادة فإنه من الأمور المحمودة بل منع الإفراط المؤدي إلى الملل أو المبالغة في التطوع المفضي إلى ترك الأفضل أو إخراج الفرض عن وقته، كمن بات يصلي الليل كله ويغالب النوم إلى أن غلبته عيناه في آخر الليل، فنام عن صلاة الصبح في الجماعة أو إلى أن خرج الوقت المختار، أو إلى أن طلعت الشمس، فخرج وقت الفريضة[٤٣].

فكل هذه الأحاديث تدل على أنه يجب على الإنسان أن يراعي جانب العدل والتوسط في العبادة ،فالوسطية عبارة عن حزام أمان من الغلو والتفريط، والإسلام دين يعطي النفس رغبتها من العبادة، ويعطيها ما تقتضيه فطرتها من الراحة، فلا رهبانية في الإسلام ولا غلو ولا تقصير، فهو دين وسط في كل مجالاته.

المبحث الثالث

وسطية الأمة في عبادتها

العبادة تشتمل على الطهارة والصلاة والصوم والزكاة والحج، وتبعاً لذلك قسمت هذا المبحث إلى مطالب:

المطلب الأول

وسطية الأمة في الطهارة

أولاً- الوضوء :

الوضوء لغة: الوضوء من الوضاءة، وهو الحسن والنظافة كأن الغاسل وجهه وضأه[٤٤].

والوضوء في الاصطلاح: طهارة مائية تتعلق بأعضاء مخصوصة على وجه مخصوص وهي الأعضاء الأربعة[٤٥].

نماذج لوسطية الأمة في مبحث الوضوء:

١/ استعمال الماء في الوضوء ، فقد نهي الشارع عن الاسراف في استعمال الماء ،فكرهت الزيادة عن الثلاث مرات في غسل أعضاء الوضوء، فقد سئل ابن أبي مليكة، عن الوضوء، فقال: رأيت عثمان بن عفان سئل عن الوضوء «فدعا بماء، فأتي بميضأة فأصغاها على يده اليمنى، ثم أدخلها في الماء فتمضمض ثلاثا، واستنثر ثلاثا، وغسل وجهه ثلاثا، ثم غسل يده اليمنى ثلاثا، وغسل يده اليسرى ثلاثا، ثم أدخل يده فأخذ ماء فمسح برأسه وأذنيه، فغسل بطونهما وظهورهما مرة واحدة، ثم غسل رجليه» ، ثم قال: أين السائلون عن الوضوء؟ «هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ» [٤٦]

وأجاز الوضوء بغسل العضو مرة واحدة إن استوعبت العضو المغسول ، كما نهى الشارع عن التفريط والتقليل من استعمال الماء للحد الذي لا يستوعب الجزء المغسول.فهذا إن دل على شئ إنما يدل على التوسط والاقتصاد.

٢/ إن أصاب أحد أعضاء الوضوء جرح لا يستطيع صاحبه غسل العضو المصاب، شرع لمريد الوضوء المسح على الجبيرة،فيعد المسح على الجبيرة تشريع وسط بين غسل العضو المجروح وتركه بدون غسل.فعن زيد بن علي، عن أبيه، عن جده، عن علي قال: «انكسر أحد زندي فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمرني أن أمسح على الجبائر»[٤٧].

٣/ مشروعية المسح على الخفين للمسافر، دليل على وسطية هذه الأمة،فلم يشق على المسافر بخلع خفيه عند كل حدث لغسل رجله ، ولم يشرع له ترك الغسل بالكلية ، فشرع له فعلاً وسطاً، وهو المسح على الخفين. فعن المغيرة بن شعبة، أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر، وأنه ذهب لحاجة له، وأن مغيرة «جعل يصب الماء عليه وهو يتوضأ، فغسل وجهه ويديه، ومسح برأسه، ومسح على الخفين» [٤٨] وعلى مثل ذلك المسح على العمامة والمسح على الجوربين عند من يرى جواز ذلك.

ثانياً- الغسل :

الغسل في اللغة: (غسل) الشيء من باب ضرب والاسم (الغسل) بضم السين وسكونها. و (الغسل)

بالكسر ما يغسل به الرأس من خطمي وغيره. قال الأخفش: ومنه (الغسلين) وهو ما انغسل من لحوم أهل النار ودمائهم. وزيد فيه الياء والنون. و (اغتسل) بالماء. و (الغَسول) الماء الذي يُغتسل به[٤٩].

الغسل في الاصطلاح: إيصال الماء إلى جميع الجسد بنية استباحة الصلاة مع الدلك[٥٠].

نماذج لوسطية الأمة في مبحث الغسل:

١/ لم يأمر الشارع بالغسل لمريد الصلاة في كل حدث كما في الوضوء ، ولم يترك من حصل له موجبه من الاغتسال بالكلية ، بل جعل الأمر وسطاً، بأن جعل له أسباب موجبة، كالجنابة قال تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُواْ﴾[المائدة: ٦] والحيض، والنفاس[٥١].

٢/ المرأة المشدود ضفر رأسها ،لم يأمرها الشارع بنقض ضفائرها للاغتسال من الجنابة ، ولا بترك رأسها بدون غسل ، بل أمرها الشارع بالوسط، كما جاء عن أم سلمة، قالت: قلت يا رسول الله إني امرأة أشد ضفر رأسي أفأنقضه لغسل الجنابة؟ قال: «لا. إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين»[٥٢].

ثالثاً- التيمم:

التيمم في اللغة: مسح الوجه واليدين بالتراب[٥٣].

والتيمم في الاصطلاح: طهارة ترابية تشتمل على مسح الوجه واليدين[٥٤]. وجعل الشارع للتيمم أسباب قال تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاء أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لاَمَسْتُمُ النِّسَاء فَلَمْ تَجِدُواْ مَاء فَتَيَمَّمُواْ صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُواْ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[المائدة: ٦]، وقوله، ﴿مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ. . .﴾، أي: ما يريد الله- تعالى- بما فرضَ عليكم من الوضوء إذا قمتم إلى الصلاة ومن الغسل بعد الجنابة، ومن الأمر بالتيمم عند وجود أسبابه، ما يريد- سبحانه- بذلك ليجعل عليكم من حرج أي ضيق ومشقة وعسر، ولكن يريد بذلك ليطهركم[٥٥].

نماذج لوسطية الأمة في مبحث التيمم:

١/ قد فضل الله تعالى هذه الأمة الوسط بأن جعل لها الأرض مسجداً وطهوراً ، فقال صلى الله عليه وسلم: «أعطيت خمسا لم يعطهن أحد من الأنبياء قبلي: نصرت بالرعب مسيرة شهر، وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً، وأيما رجل من أمتي أدركته الصلاة فليصل ...»[٥٦]، وقوله: (وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً) اختلف في بيان ما خصص به على الأمم قبله في ذلك فقيل: إن الأمم الماضية لم تكن الصلاة تباح لهم إلا في مواضع مخصوصة كالبِيَع، والكنائس وقيل كانوا لا يصلون إلا فيما تيقنوا طهارته من الأرض وخصت هذه الأمة بجواز الصلاة في جميع الأرض إلا ما تيقنت نجاسته[٥٧].

٢/ من أحدث حدثاً أصغر، أو حدثاً أكبر، ولم يجد ماءً أو لم يقدر على استعمال الماء لم يكلفه الشارع بالشاق وهو استعمال الطهارة المائية، ولم يسقط الشارع عنه فرض الطهارة، بل

جعل الأمر وسطاً (الطهارة الترابية). فقد روي أن رجلا جاء إلى عمر رضي الله عنه فقال: إني أجنبت فلم أجد الماء، فقال عمر: لا تصل. فقال عمار: أما تذكر يا أمير المؤمنين إذ أنا وأنت في سرية فأجنبنا فلم نجد ماء، فأما أنت فلم تصل، وأما أنا فتمعكت في التراب، ثم صليت، فلما أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت ذلك له فقال: «إنما يكفيك وضرب النبي صلى الله عليه وسلم بيديه إلى الأرض، ثم نفخ فيهما، فمسح بهما وجهه وكفيه»[٥٨].

المطلب الثاني

وسطية الأمة في الصلاة

الصلاة في اللغة : الدعاء، ،ومنه: اللهم صلي على محمد، وكانوا في صدر الإسلام إذا جاءوا بالرجل إلى المصدق قالوا: صل عليه، أي ادع له[٥٩].

الصلاة في الاصطلاح: عبارة عن أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم بشروط[٦٠].

مظاهر وسطية الأمة في الصلاة: هنالك عدة مظاهر منها على سبيل المثال:

١/ جاء في تفسير الآية: ﴿صِرَاطَ الَّذِينَ أَنعَمتَ عَلَيهِمْ غَيرِ المَغضُوبِ عَلَيهِمْ وَلاَ الضَّالِينَ﴾[الفاتحة: ٧]، أي: غير صراط المغضوب عليهمَ، وهم الذين فسدت إرادتهم فعلموا الحق وعدلوا عنه، ولا صراط الضالين، وهم الذين فقدوا العلم، فهم هائمون في الضلالة لا يهتدون إلى الحق، وأكد الكلام بـ "لا" ليدل على أن ثم مسلكين فاسدين وهما: طريقة اليهود والنصارى[٦١]. فصراط الأمة الإسلامية هو الصراط المستقيم الوسط.

٢/ قبلة الأمة الإسلامية هي القبلة الوسط من بين قبل الشرائع السابقة، قال تعالى: ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاء فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ وَإِنَّ الَّذِينَ أُوْتُواْ الْكِتَابَ لَيَعْلَمُونَ أَنَّهُ الْحَقُّ مِن رَّبِّهِمْ وَمَا اللّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا يَعْمَلُونَ﴾[البقرة: ١٤٤]، فجعلت قبلتنا وسطاً بين القبلتين، فإن اليهود يصلون نحو المغرب، والنصارى نحو المشرق، والأمة الإسلامية تصلى تجاه مكة التي تقع وسط العالم.

٣/ عدد الصلوات المفروضة في اليوم والليلة خمس صلوات بعد أن كانت خمسين صلاة، وهذا العدد من الصلوات يعتبر وسطاً لا مشقة فيه، ومقدور عليه بالنسبة للمكلف، فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليلة أسري به: (ففرض الله عز وجل على أمتي خمسين صلاة، فرجعت بذلك، حتى مررت على موسى، فقال: ما فرض الله لك على أمتك؟ قلت: فرض خمسين صلاة، قال: فارجع إلى ربك، فإن أمتك لا تطيق ذلك، فراجعت، فوضع شطرها، فرجعت إلى موسى، قلت: وضع شطرها، فقال: راجع ربك، فإن أمتك لا تطيق، فراجعت فوضع شطرها، فرجعت إليه، فقال: ارجع إلى ربك، فإن أمتك لا تطيق ذلك، فراجعته، فقال: هي خمس، وهي خمسون، لا يبدل القول لدي)[٦٢]. فهذا إن دل على شيئ إنما يدل على أن الخمس صلوات في اليوم الليلة فيرض وسط.

٤/ من شروط صحة الصلاة ستر العورة: فالواجب على الرجل في الصلاة أن يستر المكان الوسط من جسمه، وهو ما بين السرة والركبة.

٥/ كانت صلاة النبي صلى الله على وسلم وخطبته للجمعة قصداً ووسطاً، لا إفراط فيها بحيث تحدث الملل والكآبة، ولا تفريط فيها بحيث لا تحقق المطلوب من الموعظة والذكر الحكيم، فعن جابر بن سمرة، قال: «كنت أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكانت صلاته قصداً، وخطبته قصداً»[٦٣] وقوله: (وخطبته قصداً) قال الطيبي: أصل القصد الاستقامة في الطريق، استعير للتوسط في الأمور والتباعد عن الإفراط، ثم للتوسط بين الطرفين كالوسط، أي كانت صلاته – صلى الله عليه وسلم – متوسطة، لم تكن غاية الطول، ولا في غاية القصر، وكذلك الخطبة[٦٤]. وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الاسراع المخل للأركان في الصلاة، فعن أبي هريرة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل المسجد فدخل رجل، فصلى، فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم، فرد وقال: «ارجع فصل، فإنك لم تصل» ، فرجع يصلي كما صلى، ثم جاء، فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «ارجع فصل، فإنك لم تصل» ثلاثا، فقال: والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره، فعلمني، فقال: «إذا قمت إلى الصلاة فكبر، ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن، ثم اركع حتى تطمئن راكعا...)[٦٥].

٦/ أمر الشارع الحكيم ولى أمر الابن البالغ من العمر سبع سنين بأن يأمره بالصّلاة ، ويضربه عليها ضربًا غير مبرِّح بعد بلوغ سن العاشرة، فقد روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها، وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع» [٦٦] فهذا الحديث يدل على أن الشارع الحكيم توسط في تشريعه، حيث فرَّق بين من لم يبلغ السّابعة، وبين من بلغها، وكذلك من بلغ سن العاشرة يختلف أمره، ثم من أدرك الحلم يختلف حكمهعمَّا سبق. وهكذا فقد نزّل الأمور منازلها، ووضع الأشياء مواضعها.

٧/ لم يختصر التوسط على باب الفرائض فقط، بل شمل مبحث النوافل، فينبغي لمن أراد أن يتطوع في صلاته أن يقتصدويتوسط، فلا يترك التنفل بالكلية ، ولا يجهد نفسه فيكلفها ما لا تطيق: فعن عائشة، قالت: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا نعس أحدكم، فليرقد حتى يذهب عنه النوم، فإنه لا يدري، إذا صلى وهو ناعس، لعله يذهب فيستغفر، فيسب نفسه»[٦٧] فوجه الدلالة من الحديث: أن القَليل المداوم عليه من العمل خير من الكثير المنقطع ، والقليل المستمر أحب إلى الله ورسوله ، وذلكمايتواءم مع فطرة الإنسان وقدرته، فهو أدعى لتطبيق شريعة الله دون حرج ولا مشقة ، وذلكم هو

اليسر والسماحة ، وهو الرفق والتوسط الذي انتهجه الإسلام، ثم إن التشدد والغلو والتنطع سبب للهلاك كما كان حال السابقين الذين تشددوا فشدد الله عليهم وتنطعوا.

المطلب الثالث

وسطية الأمة في الصوم

الصوم في اللغة: الإمساك عن أي فعل أو قول كان [٦٨].

والصوم في الاصطلاح : هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية[٦٩].

نماذج للوسطية في الصوم:

١/ التوسط في الإمساك عن المفطرات ،بحيث أن الصائم يتوقف عن تناول جميع المفطرات فترة النهار فقط ، أما الفترة المسائية فقد أباح له الشارع ما منع عنه، قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾[البقرة: ١٨٧] .

٢/ في صوم التطوع ينبغي للمسلم الاقتصاد والتوسط فيه، فلا يكلف الانسان نفسه ما لا تطيق، فيصوم أغلب الأيام ، فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صوم الدهر ،حتى للقادر على الصيام،فقد روي أن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، قال: أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أني أقول: والله لأصومن النهار، ولأقومن الليل ما عشت "فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنت الذي تقول والله لأصومن النهار ولأقومن الليل ما عشت» قلت: قد قلته قال: «إنك لا تستطيع ذلك، فصم وأفطر، وقم ونم، وصم من الشهر ثلاثة أيام، فإن الحسنة بعشر أمثالها، وذلك مثل صيام الدهر» فقلت: إني أطيق أفضل من ذلك يا رسول الله، قال: «فصم يوما وأفطر يومين» قال: قلت: إني أطيق أفضل من ذلك، قال: فصم يوما وأفطر يوما، وذلك صيام داود وهو أعدل الصيام " قلت إني أطيق أفضل منه يا رسول الله، قال: «لا أفضل من ذلك»[٧٠].

٣/ تعجيل الفطر وتأخير السحور دليل على وسطية هذه الأمة ، فركن الصيام الإمساك ،الذي يبتدئ بطلوع الفجر وينتهي بغروب الشمس، فعند البداية أمر الشارع بالتأخير(السحور) لأنه أرفق بالصائم ، وعند النهاية أمر الشارع بتعجيل الفطور وفي ذلك منهج رحمة وتوسط ،فعن أبي ذر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تزال أمتي بخير ما عجلوا الإفطار، وأخروا السحور)[٧١]. والحكمة في ذلك أن لا يزاد في النهار من الليل ولأنه أرفق بالصائم وأقوى له على العبادة ، وأيضا في تأخير الفطور تشبه باليهود فإنهم كانوا يفطرون عند ظهور النجوم، وقد أمر الشارع بمخالفتهم في أفعالهم وأقوالهم[٧٢].

٤/ رخص الشارع الحكيم للمريض والمسافر الفطر في نهار رمضان ، تيسراً لهما وتخفيفاً عنهما، ولم يرد بهما العسر والضيق، قال تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ ۚ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ۖ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۗ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[البقرة: ١٨٥]. فقد جاء في تأويل قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ يريد الله بكم أيها المؤمنون بترخيصه لكم في حال مرضكم وسفركم في الإفطار، وقضاء عدة أيام أخر من الأيام التي أفطرتموها بعد إقامتكم، وبعد برئكم من مرضكم، التخفيف عليكم، لعلمه بمشقة ذلك عليكم في هذه الأحوال. ولا يريد بكم الشدة، والمشقة عليكم، فيكلفكم صوم الشهر في هذه الأحوال، مع علمه شدة ذلك عليكم وثقل حمله عليكم لو حملكم صومه[٧٣]. فديننا الإسلامي وشرعنا القويم ، يأمر بالتوسط.

المطلب الرابع

وسطية الأمة في الزكاة

الزكاة في اللغة: زكا يزكو زكاء وزكوا: نما. وزكي، كرضي : نما، وزاد[٧٤].

والزكاة في الاصطلاح: إخراج مال مخصوص من مال مخصوص بلغ نصابا لمستحقه إن تم الملك وحول غير معدن وحرث[٧٥].

نماذج لوسطية الأمة في الزكاة:

١/ لا تجب الزكاة إلا عند بلوغ المال النصاب مع حولان الحول في أصناف كثيرة من أصناف الزكاة، الأمر الذي يدل على وسطية الإسلام واعتداله ومرونته في هذا الجانب، فلا تؤخذ الزكاة من كل المكلفين (الفقراء والأغنياء) ولا يترك الكل من أدائها، فتجب على الغني ويترك الفقير.

٢/ في ذكاة الأنعام ينبغي للساعي أن يأخذ منها الوسط ، فلا يأخذ المعيبة فيقع الضرر على المستحقين ، ولا يأخذ الخيار فيقع الضرر على رب المال،فعن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذا رضي الله عنه إلى اليمن، قال: «إنك تقدم على قوم أهل كتاب، فليكن أول ما تدعوهم إليه عبادة الله، فإذا عرفوا الله، فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في يومهم وليلتهم، فإذا فعلوا، فأخبرهم أن الله فرض عليهم زكاة من أموالهم وترد على فقرائهم، فإذا أطاعوا بها، فخذ منهم وتوق كرائم[٧٦] أموال الناس»[٧٧]، وجاء في كتاب بدائع الصنائع ما نصه:

وأخذ الكبار من الصغار أخذ من كرائم الأموال وحزراتها وإنه منهي؛ ولأن مبنى الزكاة على النظر من الجانبين جانب الملاك وجانب الفقراء ألا ترى أن الواجب هو الوسط؟ وما كان ذلك الأمر إلا مراعاته الجانبين، وفي إيجاب المسنة إضرار بالملاك؛ لأن قيمتها قد تزيد على قيمة

النصاب وفيه إجحاف بأرباب الأموال وفي نفي الوجوب رأسا إضرار بالفقراء فكان العدل في إيجاب واحدة[٧٨].

٣/ في صدقة التطوع ينبغي على المسلم التوسط في الإخراج،فلا يدفع كل ماله للفقراء ويترك نفسه ومن يعول، ولا يمتنع منالإنفاق بالكلية بل يكون وسطاً،(فعن جابر بن عبد الله قال: بينما نحن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذ جاءه رجل بمثل البيضة من الذهب أصابها في بعض المغازي فجاء بها رسول الله صلى الله عليه وسلم من ركنه الأيمن، فقال: يا رسول الله، خذها مني صدقة فوالله ما لي غيرها، فأعرض عنه ثم جاءه، عن ركنه الأيسر، فقال مثل ذلك فجاءه من بين يديه فقال مثل ذلك فقال: هاتها مغضبا فحذفه بها حذفة ولو أصابه لعقره أو أوجعه ثم قال: «يأتي أحدكم بماله لا يملك غيره فيتصدق به، ثم يقعد بعد ذلك يتكفف الناس، إنما الصدقة، عن ظهر غنى خذ الذي لك لا حاجة لنا به، فأخذ الرجل ماله فذهب)[٧٩]، وعن سعد رضي الله عنه، قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا مريض بمكة، فقلت: لي مال، أوصي بمالي كله؟ قال: «لا» قلت: فالشطر؟ قال: «لا» قلت: فالثلث؟ قال: (الثلث والثلث كثير، أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم، ومهما أنفقت فهو لك صدقة، حتى اللقمة ترفعها في امرأتك، ولعل الله يرفعك، ينتفع بك ناس، ويضر بك آخرون) [٨٠] فيستفاد من الحديثين الوسطية في الإنفاق والتصدق على المحتاجين.

وقد حث الشارع الحكيم على التوسط في الإنفاق في القرآن كذلك حيث يقول تعالى ممتدحاً من يفعل ذلك: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُوماً مَّحْسُوراً﴾[الإسراء: ٢٩]، أي لا تمسك عن الإنفاق، بحيث تضيف على نفسك وأهلك في وجوه صلة الرَّحم، أي: لا تجعل يدك في انقباضها كالمغلولة الممنوعة من الانبساط، ﴿وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ البسط﴾ أي: ولا تتوسَّع في الإنفاق توسُّعاً مفرطاً بحيث لا يبقى في يدك شيءٌ ، والحكماءُ ذكروا في كتب الأخلاق أنَّ لكلِّ خلق طرفي إفراطٍ وتفريطٍ، وهما مذمومان، والخلق الفاضل هو العدل والوسط، فالبخل إفراطٌ في الإمساك، والتبذير إفراطٌ في الإنفاق، وهما مذمومان، والمعتدل الوسط[٨١].

المطلب الخامس

وسطية الأمة في الحج

الحج في اللغة: الحج معناه في الأصل: قصد الشيء والاتجاه إليه، ثم شاع استعماله في قصد البيت الحرام، حتى أصبح مدلوله الحقيقي مقصورًا على هذه الشعيرة[٨٢].

والحج في الاصطلاح: هو زيارة بقاع مخصوصة بفعل مخصوص في أشهره وهي شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة[٨٣].

نماذج للوسطية في الحج:

١/ يشترط لوجوب الحج الاستطاعة – الزاد والراحلة ، قال تعالى: ﴿فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِناً وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾[آل

عمران: ٩٧]، فلا يجب الحج إلا على المستطيع، فيعتبر هذا أمر وسط، حيث لايلزم المعدم الذي لا يجد ما ينفق على نفسه وعلى من يعول طيلة أيام الحج، ولايترك الغني الحج بالكلية.

٢/ يجب الحج على المستطيع في العمر مرة واحدة ،ولا يجب في كل عام، فهذا أمر وسط حيث لا تفريط بترك الحج بالكلية، ولا إفراط بحيث يؤمر المستطيع كل عام،فعن أبي هريرة، قال: خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس، فقال: (يا أيها الناس، إن الله فرض عليكم الحج، فقام رجل فقال: أفي كل عام، حتى قال ذلك ثلاث مرات ورسول الله صلى الله عليه وسلم يعرض عنه، ثم قال: لو قلت نعم لوجبت ولو وجبت لما قمتم به، ثم قال: ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فما أمرتكم من شيء فأتوا منه ما استطعتم وما نهيتكم عن شيء فاجتنبوه)[٨٤].

٣/ كون الحج واجب على المسلم على التراخي عند جمهور العلماء ، فعلى هذا القول ، يكون هذا أمر وسط ، فلو كان الحج واجب على المسلم على الفور لأصاب كثير من المستطيعين الحرج والإثم، فهنالك أعذار قد تطرأ على بعض الناس فتمنعهم الحج من أداء هذا الواجب عام الاستطاعة.

٤/ ليس على المحرم لا وجوباً ولا ندباً. كثرة الإلحاح أي الملازمة بالتلبية بل يكره ذلك لما يلزم على ملازمتها من الملل، بل المستحب التوسط في التلبية بحيث لا يكثر حتى يلحقه الضجر، ولا يترك زمنا طويلا حتى تفوته الشعيرة، كما يندب له التوسط في تصويته بها، فلا يبالغ في رفعه ولا في خفضه[٨٥].

٥/ السعي بين الصفا والمروة ركن في الحج، ومن شروطه أن يكون سبع أشواط ،ومن ترك شوطاً واحداً لم يجزه ذلك، وعليه أن يرجع لإكماله[٨٦]، ومن زاد عن السبع فقد أحدث في الدين ما ليس منه، فهو مردود عليه، فعن عائشة رضي الله عنها، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه، فهو رد»[٨٧].

٦/ رمي الجماريعتبر من واجبات الحج ،فيشترط فيه أن يكون سبع مرات بسبع حصيات ،كما يشترط في الحصى الذي يرمي به أن يكون وسطاً، فيكره الكبير الذي يشق حمله ،كما يكره الصغير، فقد ورد في كتاب الخلاصة الفقهية المالكي ما نصه: وأن يكون الحصى كحصى الحذف وهو الذي يرمى بالسبابتين بأن تكون الحصاة قدر الفولة أو النواة فلا يجزئ صغير جدا كالحمصة وكره كبير[٨٨].

٧/ الطواف بالبيت الحرام (طواف الإفاضة) يعد ركناً من أركان الحج ،ومن شروط الطواف أن يكون سبعاً، فإن ترك الحاج شيئاً من السبع ولو قليلاً لم يجزه ذلك، وإن زاد عن السبع فقد أساء لإتيانه أمراً مخالفاً للسنة[٨٩].فينبغي للحاج أن يأتي بهذه الشعيرة التعبدية بلا إفراط ولا تفريط.

خاتمة البحث

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على نبي البركات وعلى آله وصحبه المرفوع ذكرهم في أعلى الدرجات، فقد وفقني في إكمال هذا البحث المختصر –وسطية الأمة الإسلامية في عبادتها– وقد توصلت فيه إلى عدة نتائج وتوصيات.

فمن أهم النتائج:

١/ الوسطية تعني التوسط في العبادة وعدم التشدد فيها، بحيث تؤدى بقدر المستطاع ،فلا إفراط ولا تفريط.

٢/ الأمة الإسلامية وسط في جميع مجالات العبادة لا سيما الطهارة والصلاة والصوم والزكاة والحج.

٣/ الغلو في أداء العبادات له آثار سالبة قد يؤدي إلى ترك العبادة بالكلية.

٤/ التفريط والتقصير في أداء العبادات أمر منهي عنه وله آثار سالبة كثيرة.

ومن أهم التوصيات:

١/ عدم الغلو والتشدد المنفر في أداء العبادات.

٢/ عدم التكاسل والتقصير في أداء أوامر الشرع.

٣/ على الباحثين والدعاة حث الأمة لا سيما شبابها على التوسط والاقتصاد في جميع مجالات العبادة.

٤/ الالتزام بالمهج المتوازن الوسط في أمور العبادة.

٥/ على الدعاة والباحثين الاهتمام بتوعية الشباب –خاصة– بعواقب الإفراط والتفريط في أمور العبادة.

قائمة المصادر والمراجع

١/ البحر المديد في تفسير القرآن المجيد– أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي– المحقق: أحمد عبد الله القرشي رسلان – الناشر: الدكتور حسن عباس زكي – القاهرة – الطبعة: ١٤١٩ هـ.

٢/ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي– الناشر: دار الكتب العلمية – الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

٣/ بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير– أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي– الناشر: دار المعارف.

٤/ التاج والإكليل لمختصر خليل – محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي – الناشر: دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ–١٩٩٤م.

٥/ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ– عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي– الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة– الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.

٦/ تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار) – محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني– الناشر: الهيئة المصرية العامة للكتاب – سنة النشر: ١٩٩٠م.

٧/ تفسير الماوردي – النكت والعيون – أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي – المحقق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم – دار الكتب العلمية – بيروت / لبنان.

٨/ التفسير الوسيط للقرآن الكريم – محمد سيد طنطاوي – الناشر: دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة – القاهرة – الطبعة: الأولى.

٩/ تهذيب اللغة – محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور – المحقق: محمد عوض مرعب – الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.

١٠/ التوقيف على مهمات التعاريف – زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري – الناشر: عالم الكتب –القاهرة – الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ–١٩٩٠م.

١١/ جامع البيان في تأويل القرآن– محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري –المحقق: أحمد محمد شاكر – الناشر: مؤسسة الرسالة – الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ – ٢٠٠٠ م.

١٢/ جمهرة اللغة – أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي– المحقق: رمزي منير بعلبكي – الناشر: دار العلم للملايين – بيروت – الطبعة: الأولى، ١٩٨٧م.

١٣/ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني – أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي – المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي– الناشر: دار الفكر – بيروت –تاريخ النشر: ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م.

١٤/ الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية – محمد العربي القروي – الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.

١٥/ الزاهر في معاني كلمات الناس – محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر الأنباري – المحقق: د. حاتم صالح الضامن – الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت– الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ –١٩٩٢.

١٦/ سنن ابن ماجه – ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد– تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي – الناشر: دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي.

١٧/ سنن أبي داود– أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِجِستاني – المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد – الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.

١٨/ سنن الترمذي–محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي– تحقيق وتعليق – إبراهيم عطوة عوض– الناشر :شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي– مصر– الطبعة: الثانية، ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م.

١٩/ السنن الصغرى للنسائي- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي - تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة- الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية — حلب - الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ — ١٩٨٦م.

٢٠/ شرح رياض الصالحين - محمد بن صالح بن محمد العثيمين - الناشر: دار الوطن للنشر، الرياض - الطبعة: ١٤٢٦ ه.

٢١/ شرح الزركشي- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي- الناشر: دار العبيكان - الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣م.

٢٢/ شرح صحيح البخارى لابن بطال - ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك- تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم - دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض- الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

٢٣/ صحيح البخاري- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي- المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر- الناشر: دار طوق النجاة -الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

٢٤/ صحيح مسلم - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري - المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر: دار إحياء التراث العربي — بيروت.

٢٥/ صحيح وضعيف سنن أبي داود - محمد ناصر الدين الألباني- مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية- من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

٢٦/ صحيح وضعيف سنن الترمذي- محمد ناصر الدين الألباني- برنامج منظومة التحقيقات الحديثية بالإسكندرية.

٢٧/ طرح التثريب في شرح التقريب- أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن . الناشر: الطبعة المصرية القديمة - وصورتها دور.

٢٨/ علم اللغة - علي عبد الواحد وافي - رحمه الله -الناشر: نهضة مصر للطباعة والنشر - الطبعة: الأولى.

٢٩/ عمدة القاري شرح صحيح البخاري - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى - الناشر: دار إحياء التراث العربي — بيروت.

٣٠/ العين - أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري- المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي - الناشر: دار ومكتبة الهلال.

٣١/ فتح الباري شرح صحيح البخاري - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي- الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.

٣٢/ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي- الناشر: دار الفكر - الطبعة: بدون طبعة - تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٣٣/ القاموس الفقهي لغة واصطلاحا - الدكتور سعدي أبو حبيب - دار الفكر.دمشق — سورية - الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ-١٩٨٨م.

٣٤/ القاموس المحيط -مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى - تحقيق: مكتب تحقيق - التراث في مؤسسة الرسالة- الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان - الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.

٣٥/ الكشف والبيان عن تفسير القرآن- أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاقتحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور- الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى ١٤٢٢، هـ - ٢٠٠٢ م.

٣٦/ كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار- أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي- المحقق:علي عبد الحميد بلطجي - الناشر: دارالخير- دمشق - الطبعة: الأولى، ١٩٩٤م.

٣٧/ الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية - أيوب بن موسى الحسيني القريميالكفوي، أبو البقاء الحنفي - المحقق: عدنان درويش - محمد المصري - الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت.

٣٨/ اللباب في علوم الكتاب - أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي - المحقق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ -١٩٩٨م.

٣٩/ المبدع في شرح المقنع - إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

٤٠/ مجلة جامعة أم القرى - مجموعة من المؤلفين.

٤١/ المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي) - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- الناشر: دار الفكر.

٤٢/ مجمل اللغة لابن فارس- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين- دراسة وتحقيق: زهير عبدالمحسن سلطان- دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت- الطبعة الثانية - ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

٤٣/ مختار الصحاح - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - المحقق: يوسف الشيخ محمد- الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت- الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.

٤٤/ المخصص - أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي- المحقق: خليل إبراهم جفال - الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.

٤٥/ مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح ٠ حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي - الناشر: المكتبة العصرية - الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م.

٤٦/ مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح - أبو الحسن عبيد الله بن محمد عبد السلام بن خان محمد بن أمان الله بن حسام الدين الرحماني المباركفوري- الناشر: إدارة البحوث العلمية والدعوة والإفتاء - الطبعة: الثالثة - ١٤٠٤ هـ، ١٩٨٤ م.

٤٧/ مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح - علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري- الناشر: دار الفكر، بيروت — لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

٤٨/ مسند إسحاق بن راهويه - أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بـ ابن راهويه- المحقق: د. عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي- الناشر: مكتبة الإيمان - المدينة المنورة - الطبعة: الأولى، ١٤١٢— ١٩٩١م.

٤٩/ مسند الإمام أحمد بن حنبل - أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني- المحقق: شعيب الأرنؤوط- إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م.

٥٠/ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري - المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر: دار إحياء التراث العربي — بيروت.

٥١/ المصباح المنير- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس- الناشر: المكتبة العلمية — بيروت.

٥٢/ المصنف- أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني- المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي - الناشر: المكتب الإسلامي — بيروت - الطبعة: الثانية.

٥٣/ معالم التنزيل في تفسير القرآن = تفسير البغوي - أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي- المحقق :عبد الرزاق المهدي-ا لناشر : دار إحياء التراث العربي —بيروت - الطبعة : الأولى، ١٤٢٠هـ .

٥٤/ مفاهيم إسلامية - مجموعة من المؤلفين - موقع وزارة الأوقاف المصرية.

٥٥/ منار السبيل في شرح الدليل- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم- المحقق: زهير الشاويش - الناشر: المكتب الإسلامي- الطبعة: السابعة ١٤٠٩ هـ-١٩٨٩م.

٥٦/ المنتخب - أبو محمد عبد الحميد بن حميد بن نصر الكَسّي - المحقق: صبحي البدري السامرائي ، محمود محمد خليل الصعيدي - الناشر: مكتبة السنة — القاهرة - الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ — ١٩٨٨م.

٥٧/ المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج - المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- الناشر: دار إحياء التراث العربي — بيروت - الطبعة: الثانية، ١٣٩٢.

٥٨/ منهج السالكين -أحمد بن حجر آل بن علي - محمد بن سليمان التميمي - الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ.

٥٩/ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، المعروف بالحطاب- الناشر: دار الفكر-الطبعة:الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٦٠/ الموسوعة الفقهية الكويتية -وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت- الطبعة(١٤٠٤- ١٤٢٧ هـ.

٦١/ نضرة النعيم في مكارم أخلاق الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - صالح بن عبد الله بن حميد إمام وخطيب الحرم المكي - الناشر : دار الوسيلة للنشر والتوزيع، جدة - الطبعة : الرابعة.

٦٢/ نيل الأوطار- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني - تحقيق: عصام الدين الصبابطي - الناشر: دار الحديث، مصر- الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٦٣/ الوسطية في ضوء القرآن الكريم - ناصر بن سليمان العمر -الناشر: وزارة الأوقاف السعودي.

٦٤/الوسيط في تفسير القرآن المجيد - أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

الهوامش :

* أستاذ الفقه وأصوله المساعد بجامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم.

١- صحيح البخاري- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي- المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر- الناشر: دار طوق النجاة - الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ- ١/ ٢٥.

٢- مختار الصحاح - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي - المحقق: يوسف الشيخ محمد- الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا - الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م-١/ ٣٣٨.

٣- التوقيف على مهمات التعاريف - زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري - الناشر: عالم الكتب -القاهرة - الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م-١/ ٣٣٧.

٤- المصباح المنير- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس- الناشر: المكتبة العلمية - بيروت- ٢/ ٦٥٨.

٥- الوسطية في ضوء القرآن الكريم - ناصر بن سليمان العمر -الناشر: وزارة الأوقاف السعودي- ١/ ١٣٤.

٦- الموسوعة الفقهية الكويتية -وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت- الطبعة: (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ-١٤/ ٢١٣.

٧- نضرة النعيم في مكارم أخلاق الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - صالح بن عبد الله بن حميد إمام وخطيب الحرم المكي - الناشر : دار الوسيلة للنشر والتوزيع، جدة - الطبعة : الرابعة-٤/ ١٣٥٢.

٨- مفاهيم إسلامية - مجموعة من المؤلفين - موقع وزارة الأوقاف المصرية -١/ ٣٥.

٩- كتاب العين - أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري- المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي - الناشر: دار ومكتبة الهلال-٨/ ٤٣٧.

١٠- سنن الترمذي - محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى- تحقيق وتعليق - إبراهيم عطوة عوض - الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - لطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م-٤/ ٣٨.والحديث صحيح.

١١- جمهرة اللغة - أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي- المحقق: رمزي منير بعلبكي - الناشر: دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة: الأولى، ١٩٨٧م-١/ ٦٠.

١٢- الزاهر في معاني كلمات الناس - محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر الأنباري - المحقق: د. حاتم صالح الضامن - الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤١٢ هـ -١٩٩٢ -١/ ١٥١.

١٣- مجلة جامعة أم القرى - مجموعة من المؤلفين-١٤/ ٧٧.

١٤- تهذيب اللغة - محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور- المحقق: محمد عوض مرعب - الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م-٢/ ١٣٨، المخصص - أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي- المحقق: خليل إبراهم جفال - الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م-٤/ ٦٢.

١٥- التوقيف على مهمات التعاريف-١/ ٢٣٥مرجع سابق.

١٦- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا - الدكتور سعدي أبو حبيب - دار الفكر. دمشق - سورية - الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ -١٩٨٨ م ١/ ٣٠٩.

١٧- منهج السالكين -أحمد بن حجر آل بن علي - محمد بن سليمان التميمي - عبد الرحمن بن ناصر بن سعدي - الناشر: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية - الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ-١/ ١٨.

١٨- البحر المديد في تفسير القرآن المجيد- أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني الأنجري الفاسي الصوفي - المحقق: أحمد عبد الله القرشي رسلان - الناشر: الدكتور حسن عباس زكي - القاهرة - الطبعة: ١٤١٩ هـ-١/ ١٧٤.

١٩- تفسير الماوردي = النكت والعيون - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي - المحقق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم - دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان- ٣/ ٢٨٠.

٢٠- جامع البيان في تأويل القرآن- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري -المحقق: أحمد محمد شاكر - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م-٥/ ١٧٩.

٢١- الوسيط في تفسير القرآن المجيد - أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م- ٢٢١/٢.
٢٢- الكشف والبيان عن تفسير القرآن - أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي، أبو إسحاقتحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور - مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي - الناشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى ١٤٢٢، هـ - ٢٠٠٢ م-١٧/١٠.
٢٣- تفسير الطبري- جامع البيان عن تأويل آي القرآن - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري - تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة - الناشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان - الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م- ٢١٨/٣.
٢٤- تفسير الطبري- ٢١٨/٣.
٢٥- تفسير الطبري-١٥٢/٥.
٢٦- معالم التنزيل في تفسير القرآن = تفسير البغوي - أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي- المحقق :عبد الرزاق المهدي-ا لناشر : دار إحياء التراث العربي –بيروت - الطبعة : الأولى ، ١٤٢٠ هـ - ٤٥٦/٣.
٢٧- صحيح البخاري- محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي- المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر- الناشر: دار طوق النجاة -الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ-١٧/١.
٢٨- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح - علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري- الناشر: دار الفكر، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م-٩٣٣/٣.
٢٩- صحيح مسلم - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري - المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت-٥٤٢/١.
٣٠- شرح صحيح البخارى لابن بطال - ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك- تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم - دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض- الطبعة: الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م- ١٢٠/٤.
٣١- صحيح البخاري – ٥٣/٣.
٣٢- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح-٩٣٣/٣
٣٣- صحيح البخاري – ١٠٧/٩.
٣٤- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح-٣٥٣٦/٨.
٣٥- سنن أبي داود - أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي- المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد - الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت- ٣٣٢/٣.والحديث صحيح- صحيح وضعيف سنن أبي داود - محمد ناصر الدين الألباني- مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية- من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية-٢/١.
٣٦- شرح صحيح البخارى لابن بطال- ١٣٠/٤.
٣٧- سنن الترمذي-٦٠٨/٤.والحديث صحيح-انظر صحيح وضعيف سنن الترمذي- محمد ناصر الدين الألباني- برنامج منظومة التحقيقات الحديثية بالإسكندرية- ٤١٣/٥.
٣٨- شرح رياض الصالحين - محمد بن صالح بن محمد العثيمين - الناشر: دار الوطن للنشر، الرياض - الطبعة: ١٤٢٦ هـ- ٢٢٣/٢.
٣٩- صحيح البخاري – ٩٨/٨.
٤٠- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج - المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت - الطبعة: الثانية، ١٣٩٢-١٦٢/١٧.
٤١- عمدة القاري شرح صحيح البخاري - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابىالحنفى بدر الدين العينى- الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت -٦٣/٣٣.
٤٢- صحيح البخاري – ٥٣/١.
٤٣- مسند الإمام أحمد بن حنبل - أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني- المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون - إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي - الناشر: مؤسسة الرسالة - الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م-٣٢/٣٣.
٤٤- فتح الباري شرح صحيح البخاري - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي-الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩- ٩٤/١.
٤٥- مجمل اللغة لابن فارس- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين- دراسة وتحقيق: زهير عبدالمحسن سلطان-دار النشر: مؤسسة الرسالة – بيروت- الطبعة الثانية - ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م-٩٣٨/١.
٤٦- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي- الناشر: دار المعارف-١٠٤/١.
٤٧- سنن أبي داود -٣٦/١.
٤٨- المصنف- أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ) - المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي - الناشر: المكتب الإسلامي – بيروت - الطبعة: الثانية، ١٤٠٣-١٦٢/١، والحديث ضعيف.
٤٩- مختار الصحاح-٣٢٧/١.
٥٠- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي- الناشر: دار الفكر - تاريخ النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م -١١١/١.
٥١- التاج والإكليل لمختصر خليل - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي - الناشر: دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ-١٩٩٤م-٤٤٤/١.
٥٢- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري - المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت-٣٩٥/١.
٥٣- مختار الصحاح-٣٤٩/١.
٥٤- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي- الناشر: دار الفكر - الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م-٣٢٥/١.

٥٥-التفسير الوسيط للقرآن الكريم - محمد سيد طنطاوي - الناشر: دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة - القاهرة - الطبعة: الأولى-٦٩/٤.
٥٦-صحيح البخاري- ٩٥/١.
٥٧-طرح التثريب في شرح التقريب- أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن . الناشر: الطبعة المصرية القديمة - وصورتها دور -١٠٥/٢.
٥٨- السنن الصغرى للنسائي- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي - تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة- الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب - الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ – ١٩٨٦-١٧٠/١.
٥٩- جمهرة اللغة - أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي- المحقق: رمزي منير بعلبكي - الناشر: دار العلم للملايين – بيروت - الطبعة: الأولى، ١٩٨٧م-١٧٧/٢.
٦٠- كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار - أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي - المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان - الناشر: دار الخير – دمشق - الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ -٨٢/١.
٦١- تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار) - محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني - الناشر: الهيئة المصرية العامة للكتاب - سنة النشر: ١٩٩٠ م-٨١/١.
٦٢- صحيح البخاري – ٨٧/١.
٦٣- صحيح مسلم-٥٩١/٣.
٦٤- مرعاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح -٤٩٥/٤.
٦٥- صحيح البخاري-١٥٣/١.
٦٦- سنن أبي داود - ١٣٣/١.
٦٧- سنن ابن ماجه - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد- تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي - الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي/٤٣٦.
٦٨- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا - الدكتور سعدي أبو حبيب - الناشر: دار الفكر. دمشق – سورية - الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م-٢١٨/١.
٦٩- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ- عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي- الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة- الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ-٣١٢/١.
٧٠- صحيح البخاري- ١٦٠/٤.
٧١- مسند الإمام أحمد بن حنبل-٢٤١/٣٥.
٧٢- نيل الأوطار- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني - تحقيق: عصام الدين الصبابطي - الناشر: دار الحديث، مصر- الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م- ٢٦٠/٤.
٧٣- جامع البيان عن تأويل آي القرآن-٣١٨/٣.
٧٤- القاموس المحيط-١٢٩٣/١.
٧٥- الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية - محمد العربي القروي - الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت-١٦٠/١.
٧٦- المقصود بالكريمة: الجامعة للكمال الممكن في حقها من غزارة لبن أو جمال صورة أو كثرة لحم أو صوف، وقيل: هي التي يختصها مالكها لنفسه ويؤثرها. انظر :المبدع في شرح المقنع - إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م٣١٩/٢.
٧٧- صحيح البخاري-١١٩/٢.
٧٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي- الناشر: دار الكتب العلمية - الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م٣١/٣.
٧٩- المنتخب من مسند عبد بن حميد - أبو محمد عبد الحميد بن حميد بن نصر الكَسّي - المحقق: صبحي البدري السامرائي، محمود محمد خليل الصعيدي - الناشر: مكتبة السنة – القاهرة - الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ – ١٩٨٨- ٣٣٦/١.
٨٠- صحيح البخاري- ٦٣/٧.
٨١- اللباب في علوم الكتاب - أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي - المحقق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ -١٩٩٨م -٣٦٥/١٣.
٨٢- علم اللغة - علي عبد الواحد وافي - رحمه الله -الناشر: نهضة مصر للطباعة والنشر - الطبعة: الأولى- ٣٢٠/١.
٨٣- مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح ٠ حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي - الناشر: المكتبة العصرية - الطبعة: الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م-٢٧٤/١.
٨٤- مسند إسحاق بن راهويه - أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بـ ابن راهويه- المحقق: د. عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي - الناشر: مكتبة الإيمان - المدينة المنورة - الطبعة: الأولى، ١٤١٢ – ١٩٩١- ١٢٤/١.
٨٥- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني -٣٥٥/١.
٨٦- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني - أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي - المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي- الناشر: دار الفكر – بيروت -تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م-٥٣٥/١، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- الناشر: دار الفكر - ٧١/٨. شرح الزركشي- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي- الناشر: دار العبيكان - الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م- ٢٠٩/٣/٣.
٨٧- صحيح البخاري-١٨٤/٣.
٨٨- الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية - ٢٢٤/١، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار- أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي- المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان - الناشر: دار الخير – دمشق - الطبعة: الأولى، ١٩٩٤-٢١٧/١.
٨٩- منار السبيل في شرح الدليل- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم- المحقق: زهير الشاويش - الناشر: المكتب الإسلامي- الطبعة: السابعة ١٤٠٩ هـ-١٩٨٩م-٢٦٣/١.

الأحكام الشرعية للحج بالمال الحرام «دراسة فقهية مقارنة»

د. يونس أحمد آدم القدال*

مستخلص الدراسة

تناولت هذه الدراسة الأحكام الشرعية للحج بالمال الحرام دراسة مقارنة ، وقد تمثلت مشكلة الدراسة في هل يجوز الحج بالمال الحرام وهل يُجزِي الحج بالمال الحرام عن حج الفريضة أم لا ؟ ، نبعت أهمية الدراسة إلى إنتشار المال الحرام وتعدُد مصادر كسبه وتنوعها حتى أصبح مما تعِم به البلوى بين أفراد المسلمين وارتباط مصير المُسلِم به دُنيا وآخرة ، ففي الدنيا يؤدي اكتساب المال الحرام إلى هلاك العِبادات من حج وعمرة وزكاة وغيرهما وفي الآخرة إلى عذاب الله سبحانه وتعالى ، هدفت الدراسة إلى بيان الأموال التي يصح بها الحج ، وبيان الحكم الشرعي للحج بالمال الحرام وبيان الآراء الفقهية فيه وفتح باب التوبة للحاج الذي حج بالمال الحرام ، اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن ، وتوصلت الدراسة إلى عِدة نتائج أهمها : إختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الحج بالمال الحرام إلى رأيين الأول يرى فيه جمهور الفقهاء أن الحج بالمال الحرام يجُزي عن حج الفريضة وأن صاحبه آثم قياساً على صحة الصلاة في الثوب المغصوب والأرض المغصوبة وذهب الحنابلة إلى أن الحج بالمال الحرام باطل ولا تسقط به الفريضة كما أنه لايجوز لمن اكتسب مالاً حراماً أنه ينفقه على نفسه في حج أو عمرة وغيرهما وكذلك لايصح الحج بالأموال العامة ومن حج بها عليه التحلل منها، أوصت الدراسة بعِدة توصيات أهمها على الدعاة تبصير الناس بآثار المال الحرام في الدنيا والآخرة وأن المال الحرام لايجوز الإنتفاع به ، على الجهات الحكومية والدعوية بيان الحُكم الشرعي للمُتقدِم للحج بأن الحج بالمال الحرام مظنة عدم القبول وأن الله سبحانهُ وتعالى طيّب لا يقبل إلا طيّبا.

مقدمـــة

الحمدلله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد . . .

الحج أحد أركان الإسلام الخمس وفريضة على المسلم يؤديها ببدنه وماله ولهذا اشترط لوجوبها الإستطاعة البدنية والمالية والشريعة الإسلامية حثت على الكسب الحلال ونفرت من الكسب الحرام وربطت مصير المسلم في الدنيا والآخرة بالمال الحرام ففي الدنيا يؤدي كسب المال الحرام إلى هلاك أجر العبادات والطاعات وفي الآخرة عذاب الله سبحانه وتعالى فوجب على طلاب العلم توضيح الأحكام الشرعية ومنها الأموال التي يصح بها الحج ليكون المسلم الحاج على بصيرة من أمره في حجه وعبادته ، ولعل هذه الدراسة تسعى لبيان الأموال التي يصح بها الحج والأموال التي لا يصح بها الحج وفتح باب التحلل للحاج

الذي حج بالمال الحرام .

مشكلة الدراسة :

تمثلت مشكلة الدراسة في هل يجوز الحج بالمال الحرام وهل يُجزي الحج بالمال الحرام عن حج الفريضة أم لا ؟.

أهمية الدراسة :

نبعت أهمية الدراسة من إنتشار المال الحرام وتعدد مصادره وتنوعها حتى أصبح مما عمت به البلوى بين أفراد المسلمين ولارتباط مصير المسلم به دنيا وآخرة ففي الدنيا يؤدي إكتساب المال الحرام إلى هلاك العبادات من حج وغيره وفي الآخرة إلى عذاب الله سبحانه وتعالى .

أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى بيان الآتي :

١- الأموال الشرعية التي يصح بها الحج .

٢- الحكم الشرعي للحج بالمال الحرام .

٣- مصير المال الحرام الذي حجّ به الحاج .

منهج الدراسة :

إتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن .

هيكل الدراسة :

المبحث الأول : **مفهوم الحج والمال في اللغة والإصطلاح الفقهي.**

المطلب الأول : ماهية الحج وأدلة مشروعيته وشروطه .

المطلب الثاني : مفهوم المال في اللغة والإصطلاح الفقهي .

المطلب الثالث : ماهية الحرام والمال الحرام في الفقه الإسلامي وأدلة تحريمه .

المبحث الثاني : **الأموال التي يصح بها الحج .**

المطلب الأول : الإستطاعة في الحج .

المطلب الثاني : الأموال الشرعية التي يصح بها الحج .

المطلب الثالث : حكم الحج بالأموال العامة .

المبحث الثالث : **الحكم الشرعي للحج بالمال الحرام .**

المطلب الأول : الحكم الشرعي للحج بالمال الحرام.

المطلب الثاني : طرق التحلل من المال الحرام .

المبحث الأول

مفهوم الحج والمال في اللغة والإصطلاح الفقهي

المطلب الأول

ماهية الحج وأدلة مشروعيته وشروطه

أولاً: ماهية الحج في اللغة والإصطلاح الفقهي :

١/ الحج لغة:

القصد ، قصد التوجه إلى البيت الحرام بالأعمال المشروعة فرضاً وسنةً[١].

٢/ الحج إصطلاحاً:

هو قصد موضع مخصوص (هو البيت الحرام) في وقت مخصوص هو (أشهر الحج) للقيام بأعمال مخصوصة وهي (الوقوف بعرفه، والطواف والسعي) بشروط مخصوصة[٢].

ثانياً: دليل مشروعية الحج:

الحج مشروع بالكتاب والسُنة والإجماع.

في الكتاب الكريم: قوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾ [آل عمران: ٩٧].

أي لله على الناس فرض واجب هو حج البيت لأن

كلمة (على) للإيجاب ، وقد إتبعه بقوله جل وعلا ﴿ومَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللهَ غَنِيٌّ عَنِ العَالَمِينَ﴾ ، فسمى الله تعالى تاركه كافراً وهذا مايدل على وجوبه فمن لم يعتقد وجوبه فهو كافر بالإجماع .

ومن السُنة : روى بن عمر رضي الله عنهما من قال : قال رسول الله صل الله عليه وسلم : (بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداًرسول الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت من إستطاع إليه سبيلا)[٣] .

والمراد بالسبيل "توفر الزاد ووسيلة النقل التي توصله إلى البيت ويرجع بها إلى أهله ومن الإجماع: الحج فرض بإجماع المسلمين وركن من أركان الإسلام وهو فرض في العمر مره على المستطيع، وفرض كفاية على المسلمين كل عام وما زاد على حج الفريضة في حق أفراد المسلمين فهو تطوع[٤].

ثالثاً : شروط وجوب الحج:

للحج عدد من شروط الوجوب وهي :

١. الإسلام ، فلا يطالب غير المسلم بحج ولا بعمره ولا بغيرهما من أنواع العبادات الإيمان شرط في صحة الأعمال وقبولها.
٢. العقل ، إذ لا تكليف على المجانين .
٣. البلوغ ، إذ لا تكليف على الصبي حتى يبلغ، لقوله صل الله عليه وسلم : (رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم) .
٤. الإستطاعة ، وهي الزاد والراحله ، لقوله تعالى: ﴿من إستطاع إليه سبيلا﴾[آل عمران: ٩٧].

المطلب الثاني

مفهوم المال في اللغة والإصطلاح الفقهي

١/ مفهوم المال في اللغة :

للمال معانٍ عدة في لغة العرب منها :

المال مشتق من مادة (مول) وهو كل ما يملكه الإنسان من الأشياء والجمع أموال[٥]. وفي الحديث الشريف نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن (إضاعة المال) [٦].

قيل أراد به : الحيوان الذي يحسن إليه ولا يهمل .

وقيل إضاعته : إنفاقه في الحرام والمعاصي وما لايحبه الله .

وقيل أراد به : التبذير والإسراف وإن كان في حلال مباح .

وقال بن أثير : المال في الأصل : ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على ما يقتني ويملك من الأعيان والمنافع نحو الثياب والمتاع والعروض وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم [٧].

٢/ مفهوم المال في الإصطلاح الفقهي :

إختلف الفقهاء في تعريفهم للمال تبعاً لإختلافهم في أحكامه على إصطلاحين رئيسين هما : إصطلاح الحنفية ، إصطلاح الجمهور .

١/ تعريف المال عند الجمهور :

أ/ تعريف المال عند المالكية :

عرف المالكية المال بأنه : مايقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه ويستوى في ذلك الطعام والشراب واللباس على إختلافها وما يؤدي إليها من جميع المتمولات[٨].

أفاد التعريف أن كل ما يمكن تملكه يعتبر مالاً ، فأساس المالية هي العلاقة التي تقوم بين الناس والشئ ولذلك لحاجة الإنتفاع به بوجوه الإنتفاع المشروعة[٩].

ب/ تعريف المال عند الشافعية :

عرف الشافعية المال : كما جاء في الأم : ولا يقع إسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه وإن قل وما لايطرحه الناس من أموالهم مثل الفلس وما أشبه ذلك .

فعلى هذا التعريف لا يعتبر مالاً ما ليس له قيمة ولا منفعة فيه ولعدم المنفعة سببان : أحدهما : القلة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما والسبب الآخر الخسة كالحشرات[١٠].

ج/ تعريف المال عند الحنابلة :

عرفوه بقولهم : هو كل ما يباح نفعه أو إقتناؤه لغير حاجة أو ضرورة[١١] .

فخرج بذلك ما لا نفع فيه كالحشرات والمحرم كالخمر والخنزير وما لا يباح إقتناؤه إلا لحاجة ككلب الصيد وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميتة [١٢].

د/ تعريف المال عند الحنفية :

عرفوه بأنه : ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة[١٣] وهذا التعريف هو الذي أختير في مجلة الأحكام العدلية[١٤] فخرج بقولهم (مايميل إليه الطبع) كل ما ينفر منه الطبع كالميتة والدم ولحم الخنزير والإنسان الحر وخرج بقولهم (ويمكن إدخاره لوقت الحاجة) الإمور المعنوية التي لا تقبل طبيعتها البقاء والإدخار كالمنافع مثل سكني الدار وركوب السيارة وحجتهم بأن المنافع ليست أموالاً لأن صفة المالية للشئ إنما تثبت بالتمويل ، والتمويل يعني صيانة الشئ وإدخاره لوقت الحاجه والمنافع لا يمكن إحرازها لأنها تحدث آناً بعد آن فلا يمكن إحرازها وبالتالي لا تكون مالاً فما يوجد منها يفنى ويتلاشى بمجرد وجوده فلا يمكن فيه الإحراز فلا تكون أموالاً[١٥].

التعريف المختار:

ويمكن من خلال ما تقدم تعريف المال تعريفاً جامعاً مانعاً : هو كل ما كان له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الإنتفاع به في حالة السعة والإختيار[١٦].

فالتعريف شامل لعناصر المال عند جمهور الفقهاء والأحناف فالقيمة المادية تشمل الأعيان والمنافع ، فالمنافع في العصر الحالي لها قيمة وبالتالي تعتبر أموالاً.

المطلب الثالث

ماهية المال الحرام في الفقه الإسلامي وأدلة تحريمه

أولاً : تعريف الحرام:

الحرام لغةً: نقيض الحلال [١٧].

وإصطلاحاً : هو ما طلب الشرع تركه على وجهة الحتم والإلزام .

وقال الحنفية : هو ما ثبت طلب تركه بدليل قطعي لا شبهة فيه ، مثل تحريم القتل وشرب الخمر[١٨].

أنواع الحرام :

ينقسم الحرام إلى قسمين :

١/ الحرام لذاته :

المحرم لذاته : هو ما قصد الشارع تحريمه لما فيه من ضرر ذاتي وهذه الأضرار لا تنفك عنه ونظراً لما فيه من المضار والمفاسد التي حرمها الشارع إبتداءً مثل الكفر والزنا وقتل النفس وغير ذلك

مما يصيب الضروريات الخمس (الدين ، النفس، العقل ، النسل ، المال) .

٢/ الحرام لغيره :

المحرم لغيره هو ما كان مشروعاً في الأصل ثم عرض له ما يقتضي تحريمه ، فالنهي الذي ورد لا لذات المنهى عنه ولكن لأنه يفضى إلى المحرم لذاته كالبيع الربوي[١٩].

ثانياً: تعريف المال الحرام :

المال الحرام وصف يلحق بالقول أو الفعل الذي نهى عنه الشارع الحكيم نهياً جازماً بواسطة النصوص الصريحة في الكتاب والسُنة النبوية الشريفة ، إذ أن مصطلح المال الحرام يدل على أن المقصود منه هو المال المكتسب بطريقة غير مشروعة حرمها الإسلام لأن الشارع أباح للمسلم أن يقتني ما يشاء من الأموال الطيبة وطلب منه عند سعيه للحصول على تلك الأموال أن يسلك الطرق والسُبل المشروعة المؤدية إلى تلك الأموال وأن يبتعد عن الطرق المحرمة[٢٠].

وعرف الإمام الغزالي المال الحرام ما كان مكتسباً بطريق محرم كالربا[٢١] والرشوة والقمار والإحتكار والظلم . فالمال الحرام إذا ما كان مكتسباً من الأعيان والمنافع بطريق غير مشروع فالمسروق والمغصوب والرشوة والربا والمكتسب بالغش والتذوير والقمار والإتجار بالخمر والمخدرات والمكتسب بعقد باطل كبيع الغرر والنجش وكل ذلك من الأموال المحرمة داخلة في عموم الباطل المنهى عن أكله كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

فالنهي شامل لكل مال حرام بأي وجه اكتسب[٢٢].

الفرع الثاني : أدلة تحريم المال الحرام :

ثبت تحريم إكتساب المال الحرام بالقرآن الكريم والسُنة النبوية والإجماع .

أولاً : **أدلة تحريمه من القرآن الكريم :**

وردت عِدة آيات من القرآن الكريم على تحريمه أذكرمنها :

١/ قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨] .

وجه الإستدلال من الآية : أن الله تعالى نهى عن أكل الأموال بالباطل وهو الوجه الذي لم يبحه ولم يشرعه فدل ذلك على أن المال يجب الحصول عليه بالطرق المشروعة لا المنهى عنها[٢٣].

يقول الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية : (المعنى لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق فيدخل في هذا القمار والخداع والنصب وجحد الحقوق وما لا تطيب به نفس مالكه ، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه كمهر البغي[٢٤] وحلوان الكاهن[٢٥] وأثمان الخمور والخنزير وغير ذلك[٢٦].

٢/ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الإستدلال من الآية : إن الله تعالى نهى في هذه الآية عن أن يأكل بعضنا مال بعض بما لم تبحه الشريعة نحو السرقة والخيانة والغصب والقماروعقود الربا[٢٧] وأمر إلى إكتساب الأموال بالطرق المشروعة كالتجارة والعقود المبنية على التراضي فدل ذلك على أنه يجب على المسلم إتباع الطرق المشروعة في تحصيل الأموال وإجتناب الطرق المنهي عنها شرعاً[٢٨].

ثانياً : **أدلة تحريم المال الحرام من السُنة النبوية:**

وردت أحاديث كثيرة من السُنة النبوية تدل على تحريمه أذكر منها :

١/ عن عبدالله بن عمرو بن العاص ، قال : (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي)[٢٩].

وجه الإستدلال من الحديث : فالذي يبذل المال ليتوصل به إلى إبطال حق أو إحقاق باطل والذي يقبل هذا المال كلاهما في الإثم واللعن سواء فلا يجوز لأحد منهما أخذ لكونه خبيثاً وغير مشروع [٣٠].

٢/ عن ابي هريرة رضي الله عنه ، قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ياأيها الناس إن الله طيب لا يقبل إلا طيبا، وأن الله تعالى أمر المؤمنين بما أمربه المرسلين فقال : ﴿يَأَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ واعمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ [المؤمنون: ٥١].

وقال : ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ ما رَزَقناكُم واشكُروا اللهِ إِن كُنتُم إِياه تَعبُدُونَ﴾ [البقرة: ١٧٢].

ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبريمد يديه إلى السماء : يارب ، يارب ، ومطعمه حرام، ومشربه حرام، وملبسه حرام، وغذي بالحرام، فأنى يستجاب له)[٣١].

وجه الإستدلال من الحديث : دل على عدم جواز الكسب غير الطيب فالواجب على المسلم السعي إلى تحصيل المال المشروع الحلال دون غيره وكذلك يجب عليه الإنفاق من الحلال الطيب وفيه أن المشروب والمأكول والملبوس ونحو ذلك ينبغي أن يكون حلالاً خالصاً لا شبهه فيه وأن من أراد الدعاء كان أولى بالإعتناء بذلك من غيره[٣٢].

ثالثاً : **دليل تحريمه في الإجماع :**

أجمع العلماء على تحريم أكل المال بالباطل فدل ذلك على وجوب أخذه بالطرق المشروعة[٣٣].

المبحث الثاني

الأموال التي يصح بها الحج

المطلب الأول

الإستطاعة في الحج

الإستطاعة من شروط الحج فلا يجب الحج على غير المستطيع ، لقوله تعالى : ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ [آل عمران: ٩٧].

والإستطاعة تتحقق بأربعة أمور[٣٤]:

الأول: توفر الصحة الكافية بحيث يقدر على الذهاب والإياب بلا مشقة بالغة .

الثاني: وجود المال الكافي لذهابه ورجوعه زائداً عن قوته وقوت عياله من وقت سفره إلى وقت عودته .

الثالث: وجود ما يحمله براً أو بحراً وهو ما يسميه الفقهاء بالراحله .

الرابع : أمن الطريق ، فإن لم تكن الطرق آمنه سقط الحج حتى يتوفر الآمن ، فقد أمرنا الله سبحانه وتعالى بإتقاء الأخطار ودفع الأضرار عن أنفسنا لقوله تعالى : ﴿ولا تَقتُلُوا أَنفُسَكُم إِنَّ اللهَ بِكُم رَحِيما﴾ [البقرة: ١٩٥].

هذا ولو كلف المسلم نفسه وحج لله خالصاً وهو غير مستطيع لفقده المال مثلاً صح حجه ، وذلك بأن إستدان أو باع داره الذي يسكنها ، أول سأل الناس من أموالهم صح حجه وإن كان الأولى له أن لا يكلف نفسه شيئاً لم يكلفه الله به[٣٥].

وإختلف الفقهاء في تفسير الإستطاعة على الآتي:

١/ **الحنفية** : قالوا الإستطاعة هي القدرة على الزاد والراحله بشرط أن تكون زائدة عن قوته وقوت عياله [٣٦].

٢/ **المالكية** : قالوا أن الإستطاعة قدرة الوصول إلى مكة ومواضع النسك بدون مشقه[٣٧].

٣/ **الشافعية** : قالوا أن الإستطاعة نوعان:

أ/ إستطاعة بالنفس . ب/ إستطاعة بالغير . ويشترط بالإستطاعة عندهم صحة البدن ، والقدرة على الزاد والراحله وأمن الطريق ، والمحرم بالنسبة للمراءة [٣٨].

٤/ **الحنابلة** : قالوا إن الإستطاعة هي القدرة على الزاد والراحله ويشترط أن عندهم يكونا فاضلين عما يحتاجه من مسكن ونفقة له ولعياله على عودته[٣٩].

المطلب الثاني

الأموال الشرعية التي يصح بها الحج

الأموال التي يصح بها الحج هي كل مال اكتسب بطريق مشروع لم يحرمه الشارع ولم ينهى عنه [٤٠].

ومن الأمثلة على الأموال المباحة والجائزه شرعاً التي يجوز الحج بها ومظنة أن يكون الحج مقبولاً هي :

١/ الأموال المتحصلة عن طريق التجارة التي هي تقليب المال وتصريفه لطلب النماء وقد دلت النصوص من الكتاب والسُنة على مشروعية التجارة والأموال المتحصل عن طريقها فقال تعالى: ﴿وَأَحلَّ اللهُ البَيعَ وَحرَّمَ الرِبا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وقال تعالى : ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكُم﴾ [النساء: ٢٩].

فهذه الآيات تدل على جواز ممارسة التجارة التي هي البيع والشراء أو بجميع أنواعها طلباً للمال وإنها من الطرق المشروعة لتحصيل المال[٤١].

ومن السُنة : روى رافع بن خديج قال : قيل يا رسول الله آي الكسب أطيب ، قال : " عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور "[٤٢].

في الحديثين بيان أن العمل والحركة هما الأساس الأكبر لجمع المال وقد حث الإسلام على العمل وأن لا يأخذ الإنسان هذا المال إلا من أبوابه المشروعة ، وقد عمل النبي صلى الله عليه وسلم في التجارة قبل البعثة وكان عامة المهاجرين يعملون في التجارة[٤٣].

٢/ الأموال المتحصلة عن طريق الزراعة، والزراعة مشروعة لتحصيل المال وتعتبر من أهم النشاطات الإقتصادية وأفضل المكاسب .

قال تعالى: ﴿أَفَرَأَيتُم مَّا تَحرُثُونَ أَأَنتُم تَزرَعُونَهُ أَم نَحنُ الزَّارِعُونَ﴾ [الواقعة: ٦٣-٦٤]، فالله سبحانه وتعالى يمن على عباده بما منّ عليهم من نعمة الزرع والحرث فكان دليلاً على جواز التملك عن طريق الزراعة[٤٤]. روى بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع)[٤٥].

فالحديث دليل على جواز الزراعة والمزارعة وأنها من وسائل الكسب المشروع[٤٦].

٣/ الأموال المتحصلة عن طريق الصنعة والحرفة.

قال تعالى : عن سيدنا داوؤد ﴿وعلمناه صنعة لبوس﴾ [الأنبياء: ٨٠]، فالآية تدل على أن سيدنا

داؤود علمه الله سبحانه وتعالى صنعة الدروع ليأكل منها هو وعياله من عمل يده[٤٧] فكان هذا أصلاً في التكسب بالعوض بالمهنة والجزوع. ومن السُنة : قال صلى الله عليه وسلم "ما أكل أحد طعاماً قط خير من أن يأكل من عمل يده، قال كان داؤود عليه السلام لا يأكل إلاّ من عمل يديه"[٤٨].

فهذه ثلاثة نماذج للأموال المباحة التي يمكن للمسلم أن يحج بها وهي ليست على سبيل الحصر فكل مال اكتسب بطريق مشروع مباح لم يحرمه الشارع ولم ينهى يصح به يحج فيدخل في الأموال المباحة الأموال الموهوبه والموصى بها والموروثه فكلها أموال يمكن للمسلم أن يحج بها.

المطلب الثالث

حكم الحج بالأموال العامة

أولاً : ماهية المال العام :

المقصود بالأموال العامة التي لا يختص بها أحد من أفراد الأمة أو جماعة محصورة منها بل هي للأمة كلها ، مرصودة للإنفاق على المصالح العامة بحسب ما يراه ولي الأمر[٤٩].

ثانياً : حكم الحج بالأموال العامة [٥٠]:

حكم الحج بالأموال العامة مسألة تتضمن حالات وأشكالاً متعددة ينبغي التمييز بينها وبين أحكامها في الحالات الآتية :

الحالة الأولى : هنالك من ترسلهم الدول أو آي جهة تابعة لها للقيام بعمل ما أو مهمة ما في موسم الحج فيؤدون مناسك الحج بجانب المهمة الموكلة إليهم ، كما هو شأن أعضاء البعثات الإدارية والطبية والعلمية وكذلك الوفود والشخصيات المكلفة بإجراءات لقاءات ومشاورات ومفاوضات مع وفود وشخصيات من بلدان إسلامية أخرى سواء تعلق ذلك بالحج أو بغيره من مصالح الدول والشعوب وقضاياها .

فكل من أُرسل لغرض أو لمهمة فهؤلاء يجوز لهم أن يذهبوا ويحجو على نفقة الدولة وتحديداً على نفقة الجهة المرسلة لهم ولهم أن يتقاضوا من ذلك مكافأت عن نفقات الحج بشرط أن تكون المهمة المرسلين لها فعلاً ذات مصلحة عامة ملحة .

الحالة الثانية : من يذهب إلى الحج على نفقة صناديق ومؤسسات حكومية مخصصة أو مخصص جزء منها لهذا الغرض (غرض الحج) وتكون مداخيلها وملكيتها عائده إلى فئة معينة مثل صناديق التقاعد ، وصناديق الأعمال الإجتماعية فمن كان مستحقاً بمقتضى مصارف هذه المؤسسة وقوانينها ولم يكن سبق له الحج وتم إختياره بطريقة عادلة فله أن يحج على نفقة تلك الجهة .

الحالة الثالثة : إرسال الأشخاص لمجرد الحج وما يدخل في رحلته من منافع خاصة كالتجارة على سبيل التكريم والمكافأة مع الإنفاق عليهم من مال الدولة لا لشئ إلا لمواقعهم وصفاتهم فهذا الحج لا يجوز ويجب على الحج بهذا المال رد ما حج به إلى الخزانة العامة[٥١].

الحالة الرابعة : إرسال الحجاج بالمال العام إلى الحج لغرض سياسي يرمي إلى الإستقطاب والتأثير على مواقف المبتعثين فهذا أشدّ حرمة من غيره وهي جنابة دنيوية وأخروية ، ومثل ذلك أيضاً إذا تم الأمر لمجرد المحاباة وإعتبار القرابة أو الصداقة أو لمصلحة شخصية فالواجب على هؤلاء

رد الأموال العامة التي حجوا بها إلى خزينة الدولة حتى تبرأ ذمتهم من المال الحرام[٥٢].

من خلال ما تقدم يتضح أن من حج وفق الحالة الأولى والثانية حجه صحيح ولا شئ عليه وأن من حج وفق الحالة الثالثة والرابعة فحجه صحيح مع الإثم ولكن عليه رد ما أنفقه على حجه للخزينه العامه لأنه مال أخذ بغير وجه حق . . للأدلة السابقة التي ذكرناها .

المبحث الثالث

الحكم الشرعي للحج بالمال الحرام

المطلب الأول

الحكم الشرعي للحج بالمال الحرام

الحـــج فريضة على المسلم يؤديها ببدنه وماله ولهذا إشترط لوجوبها الإستطاعة البدنية والمالية ومن هذا إشترط الفقهاء أن يكون المال من كسب حلال[٥٣] فإنه أرجى للقبول عند الله سبحانه وتعالى. ولكنهم اختلفوا في صحته إذا كانت نفقته من كسب غير مشروع على قولين :

القول الأول :

هو مذهب جمهور الفقهاء عدا الحنابلة وقالوا : إن الحج بالمال الحرام يجزى عن حج الفريضة وإن كان صاحبه مؤثماً كالصلاة في الأرض المغصوبة والثوب المغصوب[٥٤].

وإستدلوا على ذلك بما يلي :

١/ أن الحج أفعال مخصوصة من أركان وواجبات والمال الحرام خارج عنه وإنما ينفقه في تحصيلها فهو وسيلة للوصول إلى مكة لأداء هذه الأفعال وهو خارج عن ماهية الحج فلا يؤثر فيه فساد طالما سلمت أركانه وواجباته ولكن لا ثواب فيه[٥٥].

٢/ قياساً على الصلاة في الأرض المغصوبة فإنها صحيحة لأن الإقامة والمكث فيها فترة الصلاةو أمر خارج عن حقيقتها وهوشغل للمكان المغصوب بغير حق ، فكذلك المال الذي ينفقه الحاج أمر خارج عن ماهية الحج وحقيقته فلا يؤثر في صحته .

قال الإمام القرافي : الذي يصلي في ثوب مغصوب أو يتوضأ بماء مغصوب أو يحج بمال حرام كل هذه المسائل عندنا سواء في الصحة . . .) ثم قال:(النفقه لا تعلق لها بالحج لأنها ليست ركناً ولا صرفت في ركن بل نفقه الطريف لحفظ حياة المسافر)[٥٦].

قال الإمام النووي : إذا حج بمال حرام أو ركب دابة مغصوبة آثم وصح حجه وأجزاءه عندنا ودليلنا أن الحج أفعال مخصوصة والتحريم لمعنى خارج عنها[٥٧].

القول الثاني :

هو مذهب الحنابلة : ويرون أن الحج بالمال الحرام باطل بالتالي لا تسقط به الفريضة[٥٨].

قال بن قدامه : تصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح باطله[٥٩].

وإستدلوا على ذلك بما يلي :

١/ ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من آم هذا البيت من الكسب الحرام شخص في غير طاعة الله فإذا أهل ووضع رجله في الغرزأو الركاب وإنبعثت به راحلته قال : لبيك

اللهم لبيك ناداه مناد من السماء : لا لبيك ولا سعديك كسبك حرام وزادك حرام وراحلتك حرام فأرجع مأزوراً غير مأجور وأبشر بما يسوؤك . وإذا خرج حاجاً بمال حلال ووضع رجله في الركاب وإنبعثت به راحلته قال : لبيك اللهم لبيك ناداه مناد من السماء : لبيك وسعديك راحلتك حلال وثيابك حلال وزادك حلال فأرجع مأجورغير مأزور وأبشر بما يسرك[٦٠].

٢/ المال شرط لوجوب الحج فيكون شرطاً لصحته فإذا كان حراماً وهوغير مملوك لمن تحت يده ، لم يصح الحج [٦١].

الترجيح :

من خلال ما ذكر يتضح أن الراجح من هذين القولين هو قول الجمهور وهو أن الحج بالمال الحرام يصح وتبرأ به ذمة المكلف ولكن الفاعل آثم وذلك للإمور التالية :

١/ للأدلة التي إستدل بها الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية .

٢/ كما أن السيئة لا تحيط ثواب الحسنة بل أن الحج بالمال الحرام يثاب على حجه ويأثم من جهة المعصية[٦٢].

٣/ كما ان الحج في نفسه ليس حراماً بل الحرام إنفاق المال الحرام والمال ليس شرطاً في وجوب الحج وأهل مكة يلزمهم الحج إذا كان لا مال لهم وتسقط عنهم الفريضة بذلك[٦٣].

المطلب الثاني

طرق التحلل من المال الحرام

كما بيّنا في حكم الحج بالمال الحرام بأن يصح الحج بالمال الحرام ولكن فاعله يأثم ، فيجب على المسلم الحاج بالمال الحرام أن يتخلص ويتحلل من ذلك المال بالطرق الشرعية حتى يسلم وتبرأ ذمته أمام الله سبحانه وتعالى من تبعة المال الحرام فنبيّن في هذا المطلب الطرق الشرعية للتحلل من المال الحرام :

الطريقة الأولى :

التحلل من المال الحرام إذا كان مالكه معلوماً اتفق الفقهاء عن وجوب رده الأموال المكتسبة بطرق محرمة إلى أصحابها إن كانوا معروفين وإن تلفت ضمنوا مثلها إن كانت مثلية وقيمتها إن كانت قيمية[٦٤]، لقوله صلى الله عليه وسلم عن سمرة بن جندب رضى الله عنه (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[٦٥].

قال الامام النووي : إن كان معه مال حرام وأراد التوبة والبراءة منه فإن له كان مالك معين وجب صرفه إليه أو إلى وكيله وإن كان ميتاً وجب دفعه إلى ورثته[٦٦].

مما تقدم أن المسلم إن أخذ مال بغير وجه حق فطريق التحلل من ذلك المال التوبة والرجوع إلى الله مما صنع وما كان عنده من مظالم الناس فليرجعها إليهم وما لم يعرف صاحبه لموته فليدفعإلى ورثته مثل ما أخذ منه وإن لم يكن له مثل ما أخذ دفع قيمته ومما لا يعلم صاحبه ولا يعلم له وارثاً فليتصدق به عنه بهذا المال.

الطريقة الثانية :

إذا كان مالك المال مجهولاً حقيقة ولا يعرف وارثه قال جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن مصير هذا المال أن يُصَرف في مصالح المسلمين العامة كبناء المساجد والمستشفيات

والمدراس وسفلتة الطرق ، ويجوز إعطاءه للفقراء والمساكين هذا مصير كل مال حرام جهل مالكه ولا يجوز لأخذه تملكه والإنتفاع به[٦٧].

قال الإمام القرافي : الأموال المحرمة إذا علمت أربابهاردت إليهم وإن جهلوا وجب أن يعرفهم وإن تعذرت معرفتهم صرفت في المصالح العامة[٦٨].

وإستدلوا بأن بن مسعود رضي الله عنه إشترى جارية فلم يظفر بمالكها لينقده الثمن فطلبه كثيراً فلم يجده فتصدق بالثمن وقال اللهم عن صاحبها [٦٩].

الطريقة الثالثة :

التحلل من المال الحرام المأخوذ برضى مالكه وبدون رضى مالكه :

١/ التحلل من المال الحرام المأخوذ بدون رضى مالكه :

قرر العلماء أن طريق التحلل من المال الحرام جبراً من غير رضا مالكه أن يرد إلى أصحابه إن كانوا موجودين أو إلى ورثتهم إن كانوا متوفين ، وإذا كان مالكه مجهولاً فطريق التحلل منه أن يتم صرفه في مصالح المسلمين العامة كالمستشفيات المدارس وغيرها وأن يعطي منه الفقراء والمساكين على حسب الحاجه والأولوية[٧٠].

٢/ التحلل من المال الحرام المأخوذ برضى مالكه:

فالذي ينفق ماله برضاه في المحرمات وهو يعلم أن ذلك محرم مثل الذي يقامر والزاني الذي يزني ويدفع للمزنى بها مالاً فمثل هؤلاء وأمثالهم إذا أرادوا أن يتحللوا مما أخذو من المال الحرام هل ترد إليهم أموالهم ؟ أم يحرمون منها وتذهب إلى فقراء المسلمين والمصالح العامة.

فاختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين :

الرأي الأول :

للمالكية والشافعية والحنابلة وقالوا أن المال الحرام المدفوع في المعصية برضى وإختيار مالكه ولا يكون ملكاً للطرف الآخر المشترك في الفعل الحرام[٧١].

وإستدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن أبي حميد الساعدي قال : إستعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الأسد يقال له بن اللتيبة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدى لي قال فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبرفحمد الله وأثنى عليه وقال : (ما بال عامل أبعثه فيقول هذا لكم وهذا أهدى لي أفلا قعد في بيت أبيه أو أمه حتى ينظر أيهدى إليه أم لا والذي نفس محمد بيده لا ينال أحد منكم منها شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على عنقه بعير له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتي ابطيه ثم قال اللهم بلغت مرتين)[٧٢].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر بن اللتيبة برد الهدية التي أهديت له إلى من أهداها بل جعلت في بيت مال المسلمين[٧٣].

الرأي الثاني :

وهو قول الحنفية حيث ذهبوا إلى أن المال المبذول في المعصية يرد إلى أصحابه ولا يرد إلى بيت مال المسلمين[٧٤].

والراجح قول الجمهور لحديث بن اللتيبة كما أن عدم رد المال المدفوع في الحرام إلى صاحبه فيه عقوبة له حتى يعلم أن ما دفع في الحرام لا يعود إلى صاحبه .

الطريقة الرابعة :

التحلل من الفوائد الربوية :

الفوائد الربوية : هي الأجرة أو الثمن الذي يدفعه المقترض مقابل إستخدام النقود أو التعويض الذي يتقاضاه رب المال لقاء التأخيرفي الوفاء بالنقود [٧٥].

قرر العلماء أن الفوائد المصرفية التي يتحصل عليها الإنسان شأنها شأن كل مال حرام لا يجوز لمن اكتسبه أن ينتفع به لا لنفسه ولا لأحد من يعوله [٧٦].

فالشخص الذي إضطر لإيداع ماله في بنك ربوي لكونه يسكن بلد غير إسلامي أو أودع بعض ماله لضرورة التعاقدات التجارية لأجل فوائد ربوية وهذه الأموال تترتب عليها فوائد ربوية محرمة فإن الحل الشرعي هو التحلل منها والتخلص من إثمها حتى يلقى الله برئ الذمة مقبول التوبة .

أنه بالتفكر والتأمل ليس أمام التائب إلا الإحتمالات الآتية للتخلص من المال الحرام الذي اكتسبه من الفوائد الربوية والإحتمالات هي :

١/ أن يتركها في البنك ويرفض إستلامها خشية الإثم والمعصية وهذا غير مقبول لأن البنك إن كان في بلد إسلامي فإبقاء الفوائد الربوية فيه إعانة له على الإستمرار في المعصية وتشجيع له على المضي في نظامه الربوي وإن كان في دولة كافرة فإن ترك الفوائد له فيه خطر كبير فهذه البنوك تتبرع بهذه الأموال للجمعيات الخيرية وهي في الغالب جمعيات كنسية تبشرية تعمل على تنصير المسلمين وفتنتهم عن دينهم [٧٧].

٢/ أن ينفقه على نفسه وأهله وهذا لا يجوز لأن المسلم لا يحل له أن ينتفع بالمال الحرام لا على نفسه ولا على أهله إلا عند الضرورة والضرورة تقدر بقدرها [٧٨].

٣/ أن يتخلص من الفوائد الربوية بالإتلاف وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال، روى المغيرة بن شعبة قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : (إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع هات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال) [٧٩].

٤/ أن يدفعه ضرائب للدولة فلا يجوز ذلك لأنه يؤدي إلى أكل المال الحرام والمنهى عنه والإنتفاع به .

٥/ أن يدفع هذا المال المستفاد من الفوائد الربوية إلى جهة إسلامية خيرية موثوقة تعني بإقامة المستشفيات والمدارس ودور الأيتام وببناء دور للعجزة واللقطاء وغير ذلك من مشاريع الخير و النفع للأمة .

٦/ أن يدفع المال المستفاد من الفوائد الربوية مباشرة للفقراء والمساكين عونا لهم وسداً لحاجتهم سواء على شكل نقود أو لباس أو مواد غذائية أو غير ذلك [٨٠].

فهذه الإحتمالات الستة التي يمكن من خلال المسلم التحلل من المال الحرام المستفاد من الفوائد الربوية فأما الإحتمال الأول والثاني والثالث وكذلك الرابع غير مقبولين شرعاً وواقعاً .

والله اعلم أن الطرق الشرعية للتحلل من المال المستفاد من الفوائد الربوية هي الإحتمال الخامس والسادس .

فكلا الطريقتين صالحه لأن تكون طريقة من طرق التحلل من المال الحرام المكتسب عن طريق الفوائد الربوية فيدفع قسطاً منه للفقراء والمحتاجين كما فعل عبدالله بن مسعود رضي الله عنه في ثمن الجارية(٨١).

ويدفع قسطاً آخر إلى مشروعات خيرية خصصت عملها لإقامة مشروعات خيرية تخدم المجتمع وعلى ذلك دلت الأدلة الشرعية(٨٢).

الخاتمـــة

الحمدلله الذي يسر لي هذا البحث فما كان فيه من صواب فمن الله وحده وما كان منه من خطأ فمن الشيطان ، ويقدم الباحث أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها.

أولاً : النتائج :

١/ إختلف الفقهاء في الحج بالمال الحرام إلى رأيين ، والراجح أن الحج به تجزى عن حج الفريضة وأن صاحبه آثم .

٢/ لايصح الحج بالأموال العامة لمجرد إرسال الحجاج إرضاءً لهم وكسباً لمودتهم أو محاباتهم .

٣/ صِحة حج الأفراد المرسلين من بلدانهم لمهمه رسمية في فترة الحج بجانب عملهم الرسمي المرسلين له .

٤/ صِحة من حج بمال حرام مع الإثم مع وجوب التحلل من ذلك المال الحرام ، مصير المال الحرام الذي حج به أن الواجب التحلل منه بالطرق الشرعية برده إلى أصحابه إن كان معلوماً أو إلى ورثته إن كان مجهولاً .

ثانياً : التوصيات :

توصيات الدراسة :

١/ على الدعاه تبصير الناس بآثار المال الحرام في الدنيا والآخرة .

٢/ على الجهات الحكومية والدعوية بيان الحكم الشرعي للمتقدم للحج بأن الحج بالمال الحرام مظنة عدم القبول وأن الله سبحانه وتعالى طيب لا يقبل إلا طيباً .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر:

أ/ القرآن الكريم. ب/ كتب التفاسير.

١/ سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، تحقيق عماد الدين ، ط١، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠م.

٢/ صحيح البخاري ابوعبدالله محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق بدر الدين جيتين ار ، ط٢، دار ، تونس ، ١٩٩٢م.

٣/ صحيح مسلم بشرح الإمام النووي ، يحي بن النووي ، مؤسسة ، بيروت (د:ت) .

٤/ صحيح مسلم الإمام ابوالحسين مسلم بن الحجاج ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ط٢، دار سحنون ، تونس ،١٩٩٢م.

٥/ فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، احمد ابن حجر العسقلاني ط٣، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م.

ثانياً : السنة:

١/ الجامع لأحكام القرآن ، محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ،ط١، مركز الصفاء ، القاهرة ، ٢٠٠٥م.

٢/ أحكام القرآن ، محمد بن عبدالله العربي، تحقيق محمد علي بيجاوي ، دار الفكر ، بيروت (د: ت) .
٣/ مختصر تفسير بن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، (د: ت).

ثالثاً: كتب الفقه وأصوله:

١/ إحياء علوم الدين للإمام الغزالي ، ط٢، مطبعة الشهد الحسيني ، مصر.
٢/ الذخير شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، تحقيق محمد صبحي ، ط١، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٩م .
٣/ بدائع الصنائع في البدائع ، علاء الدين بن مسعود الكاساني ، ط٢، دارالكتب العلمية بيروت ، ١٩٨٦م.
٤/ روضة الطالبين وعمدة المفتنين للإمام النووي ٣/٣٥٠ ، إشراف زهير الشاويش ، ط٣ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤١٢هـ-١٩٩١م.
٥/ كشاف القناع عن متن الأقناع للشيخ منصور ابن يونس بن إدريس الهوتي ، عالم الكتب ، بيروت ،١٤٠٣ هـ -١٩٨٣م.
٦/ الفروق ، شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، عالم الكتب ، بيروت ، (د:ت) .
٧/ القوانين الفقهية لابن جزي ، دار الفكر ، بيروت، (د:ت) .
٨/ المجموع للمهذب للشيرازي ، شرح يحيى النووي ، مطبعة العاصمه ، مصر .
٩/ حاشية رد المحتارعلى الدر المختار، محمد أمين ابن عابدين ، ط١، منشورات ، مصر ١٩٨٤م.
١٠/ مغني المحتاج ، لمحمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م.
١١/ المغني والشرح الكبير، لموفق الدين بن قدامه، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤م.
١٢/ فقه السنة، سيد سابق، دار المعارف، بيروت، ١٩٩١م.
١٣/ المقدمات الممهدات ، لابي وليد محمد بن رشد، مطبعة السادات ، مصر(د:ت) .
١٤/ الموافقات في أصول الشريعة ، ابو إسحاق إبراهيم الشاطبي ، ط٢، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٠م.

رابعاً : كتب اللغة:

١/ لسان العرب ، محمد بن جمال الدين ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٩١م.
٢/ القاموس المحيط ، محي الدين محمد ، دار الجيل ، بيروت ، (د: ت) .
٣/ نزيه حماد ، معجم المصطلحات الإقتصادية في لغة الفقهاء ، المعهد العالي للفكر ، أمريكا، ١٩٩٣م.

الهوامش :

* أستاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون - جامعة الزعيم الأزهري.

١- لسان العرب لابن منظور ٢/٢٢٦، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، ط٣، بيروت ، دار صادر، ١٩٩٤م .
٢- حاشية ردالمحتارمحمد امين الشهير بن عابدين الحنفي ، ط١ ، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، مصر١٤٠٤ ، ١٩٨٤م، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن عرفه الدسوقي ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، مطبعة عيسى الحلبي (د:ت) .
٣- اخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم٨ .
٤- موسوعة الكتب والسنة وشروطها ، دار سحنون ، تونس ، ١٩٩٢م.
٥- لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور المصري ١١/٦٣٥-٦٣٦ (مادة مول) .
٦- راوه المغيره بن شعبه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم (إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات ، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤالوإضاعة المال) وأخرجه البخاري في صحيحه كتاب الإستقراض باب ما ينهى عن إضاعة المال وقوله تعالى والله لا يحب الفساد ج٣ ، ص٨٧ .

٧- النهاية في غريب الحديث والأثر للإمام مجدالدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري إبن الأثير٥٤٤-٦٠٦ تحقيق محمود محمد الطناحي ٣٧٣/٤، احياء الكتاب العربي بيروت (د:ت).
٨- الموافقات في أصول الشريعة للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي المالكي ، ت٧٩٠هـ تحقيق الشيخ عبدالله دراز وعبدالسلام عبدالشافي محمد ١٧/٢ ، منشورات محمدعلي ،ط٧، دار الكتب العلمية ، بيروت ، منشورات محمد علي بيضون ، ط٧ – ٢٠٠٥م .
٩- المصدر السابق ١٧/٢ .
١٠- روضة الطالبين وعمدة المفتنين للإمام النووي ٣٥٠/٣ ، إشراف زهير الشاويش ، ط٣ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤١٢هـ-١٩٩١م .
١١- الشرح الكبير على متن المقنع للشيخ شمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن محمد بن أحمد بن قدامه المقدسي ت٦٨٢هـ مطبوع مع المغنى للشيخ موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامه ت٦٢٠-٨/٤ ، ط١ ، دار الفكر ، بيروت ١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م .
١٢- كشاف القناع عن متن الأقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس الهوتي ، عالم الكتب ، بيروت ،١٤٠٣ هـ -١٩٨٣م .
١٣- حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٣٤/٤.
١٤- درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، المادة ١٢٦-١/١٠٠، دار الكتب العلمية ، بيروت (د:ت) .
١٥- حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٣٢/٤، وشرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٠٠/١ وكشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام علاءالدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري ٧٣٠هـ- ١٧١/١ ، مكتبة الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ط٢ ، ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م .
١٦- المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا ١١٤/٣ وما بعدها ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٦٨م .
١٧- ابن منظور ، لسان العرب ٨٢٠/٢ .
١٨- وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر، سوريا ، دمشق ، ط٤، ص٥٠ .
١٩- محمد ابو ذهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، المجلد الأول ، ص٣٨ .
٢٠- الجامع لأحكام القرآن للشيخ أبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ت٦٧١هـ ، تحقيق محمد بن عيادي عبدالحليم بن شعبان ٢٦٦/٢ وما بعدها مكتبة الصفا ، القاهرة ، ط١، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٥م ، احكام القرآن لابي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي ، تحقيق محمد علي البخاري ، دار الفكر بيروت (د:ت).
٢١- الربا في اللغة الفضل والزيادة وإصطلاحاً فضل مال بلا عِوض في معاوضة مال بمال ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ٨٥/٤ ، دار الكتاب الإسلامي ، ط٣، (د:ت) ، حاشية رد المحتار لابن عابدين ١٦٨/٥.
٢٢- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٦/٢ ، أحكام القرآن لابن العربي ٩٧/١ .
٢٣- الكشاف للزمخشري ٣٤٠/١.
٢٤- مهر البغي فهو ما تأخذه الزانية على الزنا وسمي مهراً لكونه على صورته وهو حرام بإجماع المسلمين ، صحيح مسلم للإمام أبي الحسين بن الحجاج ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ت١٢٥٥هـ- ٢٣٩/٥ .
٢٥- حلوان الكاهن هو ما يتعاطاه الكاهن على كهانته وشبه بالشئ الحلو لأنه يأخذه سهلاً بلا كلفة ولا مقابل مشقه صحيح مسلم ١١٩٩/٢ ، نيل الأوطار للشوكاني ٢٤٠/٥ ، سبل السلام للصنعاني١٠/٣.
٢٦- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٦/٢.
٢٧- تفسير الكشاف للزمخشري ٣٤٠/١.
٢٨- تفسير بن كثير للإمام عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ت٧٧٤هـ ، تحقيق محمد علي الصابوني ٣٨٩/١ ، دار إحياء التراث العربي لبنان ، ط١ (د:ت) .
٢٩- اخرجه الترمذي في سننه ، كتاب الأحكام ، باب ماجاء في الراشي والمرتشي ٦٢٣/٣ ، حديث رقم ١٣٣٧، سنن الترمذي لابي عيسى ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ط٢، تونس ، دار سحنون للطباعة ، ١٩٩٢م .
٣٠- سبل السلام للصنعاني ٨٥/٣.
٣١- أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الزكاة باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها ٧٠٣/١ ، حديث رقم ١٠١٥.
٣٢- صحيح مسلم بشرح الإمام النووي مج٤ ، الناشر مؤسسة مناهج العرفان بيروت (د:ت) .
٣٣- الفتاوى الهندية بشرح الإمام النووي نظام وجماعة من أعلام الهند ٣٤٩/٥ ، ط٤ ، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.
٣٤- نايف سليمان دلول ، أحكام العبادات في التشريع الإسلامي ، مركز الأصدقاء للطباعة ، فلسطين ، ٢٠٠٦م ، ص ١٤٨ ، عبدالرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج١، ص١٠٠، د. محمد بكر سليمان ، الفقه الواضح ، دار المنار ، القاهرة ، ط٢، ٢٠٠٧م ، ج٢، ص٥٧٩.
٣٥- محمد بكر إسماعيل ، مصدر سابق ، ٥٨٠.
٣٦- حاشية بن عابدين ، رد المحتار ٨١٩/٩
٣٧- ابن جزي ، القوانين الفقهية ، دار الفكر ، بيروت ، ط١، ص١١٣.
٣٨- للرملي ، نهاية المحتاج ، ١٣٤/٦..
٣٩- الجامع لأحكام القران للقرطبي ٢٦٦/٢.
٤٠- مغني المحتاج للشيخ محمد بن الخطيب الشربيني ١٠٤/٢.
٤١- الجامع لأحكام القرآن ، المصدر السابق ١١٤/٥.
٤٢- اخرجه الإمام أحمد في سنده ٢٢٢/٣ ، حديث رقم ١٧١٩٨ ، دار الخير في القاهرة ، ط١ ، ١١٩٥
٤٣- سبل السلام للصنعاني ٧/٣.
٤٤- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥٤/١٧.
٤٥- اخرجه مسلم في صحيحه ١١٨٦/٢ ، حديث رقم ١٥٥١ .
٤٦- سبل السلام للصنعاني ١٠٦/٣.
٤٧- مختصر تفسير بن كثير ٩٨/٣.
٤٨- المقداد بن سعد ، واخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب كسب الرجل وعمله بيده ٩/٣.
٤٩- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار٨١٩/٦، بن عرفه ، حاشية الدسوقي ١٩٠/٢ ، الرملي ، نهاية المحتاج ١٣٤/٦، بن قدامه ، المغني والشرح الكبير٥٦٠/١٠.
٥٠- فتاوى اللجنة الدائمة بالمملكة العربية السعودية ٢٣١/١١.
٥١- فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية ٢٣١/١١.
٥٢- سبل السلام للصنعاني ٧٢/٤، فتح الباري لابن حجر٦/،٢٢٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٣، ٢٠٠٠م ، الملخص الفقهي للشيخ صالح الفوزان ٢٢٩/١.

٥٣- حاشية رد المحتار ٤٨٥/٢، حاشية الدسوقي لابن عرفه ١٠/٢ ، المجموع شرح المهذب للنووي ٤٧/٧، المحلى لابن حزم ١٨٧/٧- لابن حزم د م ، ادراة الطباعة ، القاهرة ١٩٥٠م.

٥٤- فتح القدير لابن همام كمال الدين محمد عبدالواحد ٣١٩/٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت (د:ت) ، حاشية الدسوقي ١٠/٢ ، المجموع شرح المهذب ٤٧/٧ ،المحلى لابن حزم ١٨٧/٧.

٥٥- حاشية رد المحتار لابن عابدين٤٨٥/٢-٤٨٦، حاشية الدسوقي لابن عرفه ١٠/٢ ، المجموع شرح المهذب للنووي ٤٨/٧

٥٦- الفروق ٨٥/٢ ، شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ، عالم الكتب ، بيروت ، (د:ت).

٥٧- المجموع شرح المهذب للنووي ٤٧/٧-٤٨.

٥٨- كشاف القناع للبهوتي ١١٢/٤ ، الإنصاف للشيخ علاءالدين ابي الحسن المرداوي ، تحقيق عبدالله عبدالمحسن التركي ، دار للطباعة.

٥٩- المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٤٤٠/٦ .

٦٠- راوه البزار ٦/٢ ، حديث رقم ١٠٧٩- وقال فيه سليمان بن داؤود اليمامي وهو ضعيف ، كشف الاستار عن زوائد البزار لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ٧٣٥هـ - ٨٠٧هـ ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، ط١ ، مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٧٩م .

٦١- القواعد لابن رجب ، ص١٣ ، القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ ابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ، تحقيق عبدالرؤوف سعد، ط١ ، مكتبة الكتاب الأزهرية ، ١٩٧٢م.

٦٢- الشرح الكبير على حاشية الدسوقي للدردير ١٠/٢ ، فتح القدير لابن الهمام ٣٢٨/٢ ، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤٨٥/٢.

٦٣- فتح القدير لابن الهمام ٣٢٩/٢ ، المجموع شرح المهذب للنووي ٤٧/٧ ، كشاف القناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ٣٨٧/٣ ، بيروت ، ١٩٨٣م.

٦٤- بدائع الصنائع للكاساني ١٥٠/٧ القوانين الفقهية لابن جزئ ص ٢٨٢ زاد الميعاد لابن القيم ٣٩٠/٥ ، ط٣ ، مؤسسة الرسام ، بيروت ، ١٩٩٠م.

٦٥- اخرجه الترمذي في سننه ٥٦٦/٣ حديث رقم ١٢٦٦.

٦٦- المجموع للمهذب للنووي ٣٤٣/٣ وأنظر احياء علوم الدين ابو حامد محمد بن محمد العزالي ، ط٢، مطبعة الشهد الحسيني ، القاهرة (د:ت) ١٣٠/٢ أحكام القرآن للقرطبي ٢٧٨/٣ .

٦٧- حاشية بن عابدين ٣٠٥/٤ ، القواعد لابن رجب ، ص٢٢٤.

٦٨- الذخير شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي ٣٢٢/١٣ ، تحقيق محمد صبحي ،ط١، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ،١٩٨٩م.

٦٩- اخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٨٨/٦ للبيهقي ابوبكر احمد بن الحسن ، تحقيق محمد عبدالقادر عطا ، ط٣ ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣م.

٧٠- حاشية بن عابدين ٣٠٥/٤.

٧١- المقدمات الممهدات لابو وليد محمد بن رشد ٦١٨/٢ مطبعة السادات ، مصر ، (د:ت).

٧٢- اخرجه مسلم في صحيحه ١٤٦٣/٢.

٧٣- فتح الباري لابن حجر ٢٠٦/١٣.

٧٤- حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣٧٢/٥.

٧٥- معجم المصطلحات الإقتصادية في لغة الفقهاء د. نزيه حماد ، ص٢١٦، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، فرجينيا ، امريكا ، ١٩٩٣م .

٧٦- من هدى الإسلام ، فتاوى معاصرة ، د. يوسف القرضاوي ٤١٠/٢ ، دار القلم ، القاهرة ، ط٢١١، ٢٠٠٩م.

٧٧- من هدى الإسلام ، فتاوى معاصره ، د. يوسف القرضاوي ٤١٠/٢.

٧٨- إحياء علوم الدين للإمام الغزالي ١٣١/٢.

٧٩- أخرجه البخاري في صحيحه ٧٨/٣.

٨٠- هدى الإسلام للشيخ القرضاوي ٤١٠/٢.

٨١- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٧٨/٣.

٨٢- مجموع فتاوى بن تيمية ٢٨٣/٢٨.

المقاصد الشرعية المرعية وأثرها في الاقتصاد الإسلامي

د. صديق زين العابدين النور أبكر*

مستخلص البحث

هذا البحث بعنوان " المقاصد الشرعية المرعية وأثرها في الاقتصاد الإسلامي " وتأتي أهميته في أنه يظهر أثر المقاصد الشرعية في الاقتصاد الإسلامي ويهدف إلى التعريف بالمقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي وبيان أنواعها وأثرها وقد انتهج الباحث في إعداد هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي .

اشتمل البحث على مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وقد توصل الباحث إلى نتائج وتوصيات أهمها: أن الدراسة بينت أن هنالك مقاصد شرعية حقيقية مرعية في الاقتصاد الإسلامي وأن هذه المقاصد لها أثر واضح في الاقتصاد الإسلامي، وأن المقصد التعبدي في كسب الأموال وإنفاقها له أثر كبير في الاقتصاد الإسلامي .وحث الإسلام على العمل والتجرد والإخلاص فيه وإتقانه وتجويده مقصد شرعي يدفع بعجلة التنمية .وأن مقصد رفع الضرر بمنع الاحتكار والربا والغش والرشوة ..الخ كلها مقاصد شرعية مرعية من شأنها دفع عجلة الاقتصاد . ومنع الإسراف والتبزير والتقتير والعمل على العدالة في الإنفاق كلها مقاصد شرعية مرعية من شأنها الدفع بالاقتصاد الإسلامي. وأن مقصد حفظ الأموال بوضوحها وجعلها بعيدة عن مواطن النزاع بتشريع التوثيق في العقود والمعاملات المالية بالكتابة والإشهاد والرهن من شأنه الدفع بعجلة الاقتصاد .

أما التوصيات فقد أوصى الباحث إلى إجراء مزيد من الدراسات والبحوث العلمية في مجال المقاصد الشرعية المرعية وأثرها في الاقتصاد الإسلامي ، وتخصيص مقررات دراسية للمقاصد الشرعية المرعية لكليات الاقتصاد في العالم الإسلامي وإقامة دورات وحلقات نقاش علمية لبيان أثر المقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي.

مقدمـــــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة السلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فإن البحث في المقاصد الشرعية المرعية و أثرها على الاقتصاد الإسلامي أمر مهم، خاصة وأن العالم اليوم بحاجة إلى التبصير بهذه المقاصد وإبرازها ، ولهذه الضرورة رأيت الكتابة في هذا الموضوع المهم لتكون مساهمة في إحياء وإبراز هذه القيم التي يحتاجها الفرد والمجتمع والدولة سيما وأن هذه المقاصد ومراعاتها يعد طوق النجاة ليس لاقتصاديات العالم الإسلامي فحسب بل للاقتصاديات العالمية لأنها تعتبر توجيهات ربانية بعث بها الله سبحانه وتعالى نبيه الخاتم صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى : ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾ [الانبياء: ١٠٧]، ومن ناحية أخرى فإن أهمية الكتابة في هذا الموضوع تنطلق أيضا من رسالة جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم الرامية إلى

نشر القيم الإسلامية والتبشير بها على المستوى المحلي والعالمي فأسل الله العلى القدير التوفيق والسداد .

مشكلة البحث :

تتمثل مشكلة هذا البحث في هذا السؤال الرئيس الآتي:

ما هي المقاصد المرعية في الاقتصاد الإسلامي ومامدى تأثيرها على الاقتصاد ؟

ومن هذا السؤال تتفرع الأسئلة الآتية :

١- هل هنالك مقاصد شرعية مرعية في الاقتصاد الإسلامي؟

٢- هل لهذه المقاصد أثر في الاقتصاد الإسلامي.

٣- هل هنالك أنظمة اقتصادية إلى جانب النظام الإسلامي ؟

أسباب اختيار الموضوع:

١- تعتبر معرفة المقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي ضرورة من الضرورات التي يجب الوقوف عليها على مستوى الفرد والمجتمع والدولة .

٢- أن معرفة المقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي يساعد على تطبيقها وإنزالها على أرض الواقع في ممارسة النشاط الاقتصادي اليومية في كافة المستويات .

٣- دراسة المقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي يساعد على معرفة أسرار الشريعة وحكمة التشريع الإسلامي في مجال الاقتصاد.

٤- الوقوف على المقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي يعين على معرفة الأهداف والغايات التي يرمي إليها التشريع الإسلامي لإسعاد الناس في الدنيا والآخرة بجلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم .

أهمية البحث:

تأتي أهمية هذا البحث في كونه يتناول المقاصد الشرعية المرعبة ، وهي قضية مهمه على مستوى الفرد والمجتمع والدولة ، ولا يستغنى الإنسان عن الاقتصاد مهما كانت الظروف فبذلك لابد من معرفة المقاصد الشرعية في هذا المجال .

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى الآتي:

١- التعريف بالمقاصد الشرعية وأقسامها.

٢- بيانأثر المقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي.

٣- الوقوف على أنواع الأنظمة الاقتصادية العالمية ومميزاتها.

٤- إبراز مقاصد الشريعة في ممارسة الأنشطة الاقتصادية .

٥- بيان مقاصد الشريعة في كسب المال وإنفاقه وحقوق العاملين.

منهج البحث :

يتبع الباحث في إعداد هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي .

هيكل البحث :

يتكون البحث من ثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

المقدمة وتشتمل على مشكلة البحث وأسباب اختيار البحث وأهمية البحث وأهداف البحث ومنهج البحث .

المبحث الأول : **التعريف بالمقاصد الشرعية لغة واصطلاحاً .**

الفرع الأول : التعريف بالمقاصد لغة.

الفرع الثاني : التعريف بالمقاصد اصطلاحاً

الفرع الثالث : التعريف بالشرعية لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني : أقسام المقاصد

المطلب الثالث : التعريف بالاقتصاد وأنواع النظم الاقتصادية .

الفرع الأول : التعريف بالاقتصاد لغة .

الفرع الثاني : التعريف بالاقتصاد اصطلاحاً

الفرع الثالث : أنواع النظم الاقتصادية

المبحث الثاني :**المقاصد الشرعية المرعية في الإنتاج (طرق الكسب والمحافظة عل المال وتوزيع المال وإنفاقه وحق العمال) .**

المطلب الأول: المقاصد الشرعية المرعية في كسب المال وتملكه.

المطلب الثاني: المقاصد الشرعية المرعية في المحافظة على المال وإنفاقه وتوزيعه.

المطلب الثالث: المقاصد الشرعية المرعية في العامل وحقوقه.

المبحث الثالث : **أثر المقاصد الشرعية المرعية على الاقتصاد .**

المطلب الأول: أثر المقاصد الشرعية المرعية في مجال الكسب والإنتاج.

المطلب الثاني: أثر المقاصد الشرعية المرعية في توزيع المال وإنفاقه.

المطلب الثالث: أثر المقاصد الشرعية المرعية في مجال ممارسة العمل الاقتصادي.

المبحث الأول

التعريف بالمقاصد الشرعية وأقسامها والاقتصاد وأنواعه

المطلب الأول

التعريف بالمقاصد الشرعية لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: **تعريف المقاصد لغة :**

يأتي تعريف المقاصد في اللغة بمعاني متعددة، منها التوسط والاعتدال كما في قوله تعالى : ﴿وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾ [لقمان: ١٩]، ويأتي بمعنى الاعتزام والتوجه نحو الشيء.

والقصد في الشيء خلاف الإفراط وهو ما بين الإسراف والتقتير، وقصد في الأمر توسط .ويأتي بمعنى العدل[١] والمقاصد جمع مقصد بمعنى الهدف و الغاية والإرادة[٢].

جاء في القرآن الكريم : ﴿وَسَفَراً قَاصِداً﴾ [التوبة: ٤٢]، وقد جاء في تفسير الجامع لأحكام القرآن سفراً قاصد : أي سهلاً معلوم الطرق[٣].

وقد ورد في الحديث النبوي الشريف : عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "القصد القصد تبلغوا"[٤] أي التزموا الطريق الوسط المعتدل.

الفرع الثاني : **تعريف المقاصد في الاصطلاح:**

عرف الأصوليون مقاصد الشريعة بتعريفات متعددة فيما يلي نقف على بعض هذه التعريفات :

عرفها الإمام الغزالي رحمه الله بقوله: "هي المحافظة على مقصود الشرع في الخلق ومقصود الشرع في الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم، وعرضهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم"[٥].

وعرفها الإمام الرازي بأنها: "رعاية المصالح" [٦]، وعرفها الآمدي رحمه الله بأنها: "جلب مصلحة أو

دفع مضره أو مجموع الأمرين بالنسبة للعبد ...من الضرر والانتفاع "[٧]، وعرفها العز بن عبد السلام رحمه الله بأنها : "جلب المصالح ودرء المفاسد" [٨].

وعرفها شيخ الإسلام بن تيمية رحمه الله بأنها: "الغايات المحمودة في مفعولاته ومأموراته سبحانه وتعالى وهي ما تنتهي إليه مفعولاته ومأموراته من العواقب الحميدة"، وعرفها الشيخ محمد الطاهر بن عاشور بقوله : "هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختفي ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة " [٩].

وعرفها علال الفاسي بقوله : "المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها " [١٠].

من خلال هذه التعريفات عند الأصوليين يتبين أنها تعريفات متقاربة وتدور حول معنى محدد هو أهداف الشارع وأغراضه وغاياته من وضع الشريعة وهي تحقق مصالح العباد وتدرأ عنهم المفاسد .

الفرع الثالث: **تعريف الشرعية:**

الشرعية نسبة إلى الشريعة ولذلك نقف على تعريف مصطلح الشريعة لغة واصطلاحاً.

أولاً : **تعريف الشريعة في اللغة :**

الشريعة في اللغة تطلق على مورد الشاربةومورد الناس للاستقاء. ومورد الإبل إلى الماء الجارية ، وقيل حق المواضع التي ينحدر الماء منها ، والعرب لاتسميها شريعة حتى يكون عدا لا انقطاع له ، ويكون ظاهراً معيناً لا يستقي بالرشا[١١].

ثانياً : **تعريف الشرعية في الاصطلاح:**

عرفت الشرعية في الاصطلاح بتعريفات متعددة نذكر منها: هي ما شرعه الله تعالى على لسان نبيه في الديانة وعلى ألسنة الأنبياء عليهم السلام قبله[١٢] وقيل هي: " ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء " [١٣].

ومنهم من عرفها بالأهداف والغايات التي تسعى النفوس إلى تحصيلها. وغير ذلك من التعريفات ، إلا أن الباحث يرى أن أقرب هذه التعريفات لإعطاء المعنى الحقيقي للشريعة هو : " ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء.

المطلب الثاني

أقسام المقاصد

قسم علماء الأصول المقاصد باعتبارات مختلفة فيما يلي نقف على هذا التقسيم:

أولاً : تقسيم المقاصد باعتبار مكان صدورها :

قسم الإمام الشاطبي رحمه الله المقاصد بهذا الاعتبار إلى مقاصد الشارع ومقاصد المكلفين ، فقسم مقاصد الشارع إلى أربعة أقسام : قصد الشارع من وضع الشريعة ابتداءً وقصد الشارع من وضع الشريعة للإفهام وقصد الشارع من وضع الشريعة للتكليف بمقتضاها ، وقصد الشارع من وضع الشريعة للامتثال [١٤].

ثانياً : تقسيم المقاصد باعتبار العموم والخصوص:

تم تقسيم المقاصد بهذا الاعتبار إلى مقاصد عامةومقاصد خاصة ومقاصد جزئية.

فالمقاصد العامة هي التي تراعيها الشريعة وتعمل على تحقيقها في كل أبوابها التشريعية أو كثير منها كمراعاة التخفيف ورفع الحرج عن الناس

ومراعاة العدل [١٥].

أما المقاصد الخاصة فهي التي تهدف الشريعة لتحقيقها في باب معين من أبوابها[١٦]، ويعتبر الشيخ محمد بن عاشور هو أفضل من اعتنى بهذا القسم من مقاصد الشريعة حيث قسمها إلى مقاصد الشارع في أحكام العائلة ، ومقاصد الشارع في التصرفات المالية وهو ما سوف نتناوله في الجانب الاقتصادي وكذلك مقاصد الشارع في المعاملات المنعقدة على الأبدان " العمل والعمال " ومقاصد القضاء والشهادة ومقاصد التبرعات والعقوبات .

أما المقاصد الجزئية : فهي ما يقصده الشارع من كل حكم شرعي إيجاباً أو تحريماً ندباً أو كراهة أو إباحة أو شرطاً أو سبباً.

ثالثاً : تقسيم المقاصد باعتبار القطع والظن :

تنقسم المقاصد بهذا الاعتبار إلى مقاصد قطعية ومقاصد ظنية ومقاصد وهمية.

رابعاً : تقسيم المقاصد باعتبار الأصالة والتبعية:

فالمقاصد الأصلية هي التي لاحظ فيها المكلف وهي الضرورات المعبرة في كل ملة وهي الضرورات الخمس المعروفة " حفظ الدين ، وحفظ النفس ، وحفظ النسل وحفظ العقل ، وحفظ المال " أما المقاصد التابعة فهي : التيروعي فيها حظ المكلف فمن جهتها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من نيل الشهوات والاستمتاع بالمباحات وسد الخلات وهذه حكمة الله سبحانه وتعالى في خلقه ، فخلق له شهوة الطعام والشراب اذا مسه الجوع والعطش، كذلك خلق له الشهوة إلى النساء لتحركه إلى اكتساب الأسباب الموصلة إليها ، وكذلك خلق له شهوة الاستضرار بالحر والبرد فكان ذلك داعية إلى اكتساب اللباس والمسكن ، ثم خلق له الجنة والنار وأرسل له الرسل ليبينوا أن الاستقرار ليس في هذه الحياة الدنيا ، إنما هنالك دار أخرى فيها السعادة الأبدية والشقاوة الأبدية لكنها تكتسب أسبابها هنا بالرجوع إلى ما حدده الشارع ، وبالخروج عنه فأخذ المكلف في استعمال الأمور الموصلة إلى تلك الأغراض[١٧].

خامساً : تقسيم المقاصد باعتبار المصالح : تم تقسيم المقاصد بهذا الاعتبار إلى مقاصد ضرورية ومقاصد حاجية ومقاصد تحسينية ، وأفضل من قسم هذا التقسيم هو الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول الشريعة [١٨].

المطلب الثالث

التعريف بالاقتصاد وأنواع النظم الاقتصادية العالمية

الفرع الأول : **تعريف الاقتصاد لغة :**

الاقتصاد لغة من القصد : الوسط بين الطرفين ، والقصد إتيان الشيء ، والقصد في الشيء خلاف الإفراط وهو ما بين الإسراف والتقتير ، والقصد في المعيشة أن لا تسرف ولا تقتر ، يقال فلان مقتصد في النفقة [١٩]، ومنها قوله تعالى : ﴿وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾ [لقمان: ١٩]، وفي الحديث قال صلى الله عليه وسلم : " ما عال مقتصد قط "[٢٠] أي ما افتقر من لا يسرف في الإنفاق ولا يقتر .

والقصد استقامة الطريق ومنه الاقتصاد وهو فيما له طرفان إفراط وتفريط [٢١].

الفرع الثاني : **الاقتصاد في الاصطلاح:**

هو دراسة سلوك الإنسان في إدارة الموارد النادرة وتنميتها لإشباع حاجاته [٢٢].

وعرفه آخرون بأنه : هو العلم الذى يبحث في كيفية إدارة واستغلال الموارد الاقتصادية النادرة لإنتاج أمثل ما يمكن إنتاجه من السلع والخدمات لإشباع الحاجات الإنسانية من متطلباتها المادية التي تتسم بالوفرة والتنوع في ظل إطار معين من القيم والتقاليد والتطلعات الحضارية للمجتمع كما يبحث في الطريقة التيبوزع بها الناتج الاقتصادي بين المشتركين في العملية الإنتاجية بصورة مباشرة وغير المشتركين بصورة غير مباشرة في ظل الإطار الحضاري نفسه .

وعرفه بعضهم أيضاً بقوله: كلمة الاقتصاد مشتقة من لفظ إغريقي معناه تدبير أمور البيت بحيث يشترك أفراده القادرون في إنتاج الطيبات الاقتصادية والقيام بالخدمات ويشترك جميع أفراده بالتمتع بما يحوزونه ، وقد توسع الناس في مدلول كلمة البيت حتى أطلق على الجماعة التي تحكمها دولة واحدة . وعليه فلم يعد المقصود من كلمة الاقتصاد المعنى اللغوي وهو التوفير ولا معنى المال فحسب إنما المقصود المعنى الاصطلاحي لمسمى معين وهو تدبير شؤون المال أما بتكثيره وتأمين إيجاده وإما بتوزيعه [٢٣].

وعرف الاقتصاد أيضاً بأنه النشاط البشري الذى يشمل إنتاج وتوزيع وتبادل واستهلاك السلع والخدمات .

الفرع الثالث : **أنواع النظم الاقتصادية**[٢٤]:

تسود العالم ثلاثة نظماقتصادية نقف عليها مع بيان مميزات كل نظام:

أولاً : **النظام الرأسمالي :**

نشأ هذا النظام مع نهاية القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر ، حيث تشكلت مدرسة اقتصادية تدين بالحرية الاقتصادية المطلقة . ويتميز هذا النظام بالأخذ بمبدأ الملكية الخاصة بشكل غير محدد ويعتمد على المصلحة الشخصية وعدم تدخل الدولة في الإنتاج والتوزيع إلا في حدود ضيقة .

ثانياً : **النظام الاقتصادي الاشتراكي :**

هو نظام يعتمد على الفلسفة الماركسية في طغيان المصلحة العامة على المصلحة الفردية ويجعل من الدولة قابضة بيد فولاذية على كل وسائل الحياة الاقتصادية في المجتمع ويحاول المساواة في الملكية بين أفراد المجتمع.

ظهر النظام الاشتراكي أو الماركسي أو الشيوعي في ألمانيا على يد كارلي ماركس اليهودي الألماني " ١٨١٨- ١٨٨٣" الذى وضع أسسها الفكرية وساعده في التنظير للمذهب الماركسي فردريك إنجليز " ١٨٢٠- ١٨٩٥م" وقد تجسدت النظرية الماركسية في الثورة البلشفية التي ظهرت في روسيا ١٩١٧ بقيادة لينين، واسمه فلايمر البتشيبوليانوفولد سنة ١٨٧٠- ١٩٢٤م وخلف ماركسي في قيادة الماركسية .

ثالثاً : **النظام الاقتصادي الإسلامي :**

هو مجموعة من الأحكام والقواعد والوسائل التيتنطبق على النشاط الاقتصادي في المجتمع المسلم لحل المشاكل الاقتصادية والنواحي الإنتاجية التوزيعية والتبادلية ، كما يضمن هذا النظام ما يتعلق بتوزيع الثروة وتملكها والتصرف فيها .

المبحث الثاني

المقاصد الشرعية المرعية في الإنتاج "طرق الكسب والمحافظة على المال والعمال وتوزيع المال وإنفاقه"

المطلب الأول

المقاصد الشرعية المرعية في طرق كسب المال وتملكه

لقد سخر الله سبحانه وتعالى كل ما في الكون لمصلحة الإنسان قال تعالى : ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾ [البقرة: ٢٩]، وسخر للإنسان أيضاً سبل الكسب وأمره بالتوكل عليه ويتقيه قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَى آمَنُواْ وَاتَّقَواْ لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاء وَالأَرْضِ وَلَكِن كَذَّبُواْ فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُواْ يَكْسِبُونَ﴾ [الأعراف: ٩٦].

لقد حض الإسلام على الكسب خاصة عمل اليد قال صلى الله عليه وسلم " ما أكل أحد طعام قط خير من أن يأكل من عمل يده فإن نبي الله داوود عليه السلام كان يأكل من عمل يده "[٢٥].

وقد عدد الله سبحانه وتعالى للإنسان سبل الكسب وشرعها وأباحها له في كل مناحي الحياة وفي ما يلي نقف على هذه الطرق والمجالات ومقاصدها .

أولاً : المجال الزراعي :

يعد المجال الزراعي من أهم وأعظم مجالات النشاط الاقتصادي وذلك لما يحققه من إنتاج وتنمية للموارد الزراعية وحفزَ العاملين في هذا المجال ، ذلك لأن استصلاح الأرض والاستفادة من خيراتها يعد جزء من مهمة الإنسانواستخلافهفي الأرض ، فضلاً عن أن حياة الإنسان تتوقف على توفير حاجياته من الطعام والشراب واللباس والمأوى . وهذا لا يتحقق إلاَّ باستغلال ما سخره الله تبارك وتعالى له من أرض وماء ونبات. قال تعالى : ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولاً فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥].

وقال صلى الله عليه وسلم حاضاً على الزراعة: "ما من مسلم يزرع زرعاً أو يغرس غرساً فيأكل منه طيرا أو إنسانا أو بهيمة إلا كان له به صدقة"[٢٦]

وقال صلى الله عليه وسلم: " التمسوا الرزق في خبايا الأرض" [٢٧].

ودفعاً للعملية الاقتصادية في مجال التنمية الزراعية دعا الإسلام إلى إحياء الأرض الموات وحبب الناس إلى التوسع في العمران والانتشار في الأرض وإحياء مواتها لتكثر ثروتهم ويتوفر لهم الرخاء وبذلك تتحقق لهم الثروة والقوة[٢٨].

وعليه فإن المجال الزراعي إذا اهتممنا به يحقق لنا مقاصد كثره يمكن إجمالها في الآتي :

١- الزراعة تحقق مقصد توفير الحاجيات الأساسية للإنسان والحيوان وكل المخلوقات فضلاً عن تحقيق المقصد التعبدي وهو التوكل على الله.

٢- الحث على استصلاح الأرض وإحياء الأرض الموات يدفع عجلة الاقتصاد بزيادة دخل الفرد والدولة والمجتمع .

٣- بالزراعة يتحقق مقصد عظيم هو سد حاجة الفقراء وذلك باستخراج الزكاة في يوم الحصاد قال تعالى : ﴿وَآتُواْ حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١].

٤- الزراعة تحقق مقصد رفع الضرر ذلك لأن المسلم الحق ممنوع من زراعة ما هو ضار مثل

زراعة الحشيش وغيره بل هو ممنوع من بيع إنتاجه إلى من يتخذه خمراً وذلك دفعاً للضرر وتحقيقاً للمصلحة العامة .

ثانياً: المجال الصناعي :

من المجالات المهمهم في تنمية الاقتصاد الإسلامي، وذلك لما تحققه الصناعة من مقاصد كبرى في توفير الحاجات الضرورية للإنسان في حالة السلم والحرب . وقد وردت آيات كثيرة تدل على أهمية الصناعة قال تعالى : ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِتُحْصِنَكُم مِّن بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنتُمْ شَاكِرُونَ﴾ [الأنبياء: ٨٠].

يعنى صنعة الدروع ، قال قتادة إنما كانت الدروع قبله صفائح وهو أول من سردها حلقاً[٢٩].

وقال تعالى: ﴿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﴾ [الحديد: ٢٥]، فقوله تعالى "فيه بأس شديد" يعني السلاح كالسيوف والحراب والسنان والنصال والدروع ونحوها وقوله تعالى "ومنافع للناس" أي في معاشهم كالسكة والفأس والقدوم والمنشار والإزميل والمجرفة والآلاتالتي يستعان بها في الحراثة والحياكة والطبخ والخبز وما لا قوامللناس بدونه وغير ذلك[٣٠].

وعليه فإن المجال الصناعي يحقق للأمة مقاصد كثيرة نذكر منها:

١- مقصد توفير الاحتياجات الضرورية من مسكن وملبس ومأكل ومشرب ونقل واتصال وعلاج وغير ذلك من الاحتياجات.

٢- مقصد رفع الضرر وذلك بتحريم صناعة الخمور والمخدرات وصناعة الأسلحة الفتاكة لما لها من ضرر على النفس والحرث والنسل.

٣- مقصد تأمين الأمة وذلك بصناعة الأسلحة الضرورية لحماية الأمة اذا تعرضت لخطر .

ثالثاً : المجال التجاري :

يعتبر المجال التجاري من المجالات الرئيسة والحيوية في الاقتصاد الإسلامي ، وقد شرع الإسلام وأباح الأعمال التجارية لما تحققه للأمه من مقاصد عظيمة في توفير حاجياتها الضرورية، فقد عمل النبي صلى الله عليه وسلم بالتجارة قبل بعثته صلى الله عليه وسلم .

أحاط الإسلام الأعمال التجارية بمجموعة من التشريعات التي تضمن سلامتها ووقوعها وفقاً لمقاصد الشارع قال تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

يعتبر البيع محور وأساس العملية التجارية فلذلك نقف على البيع وما يحققه من مقاصد اقتصادية.

البيع لغة : هو مبادلة مال بمال على سبيل التراضي أو هو مبادلة مال بمال على وجه مخصوص هو مبادلة مال بمال على سبيل التراضيأو هو مبادلة مال بمال على وجه مخصوص أو هو مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص أي بإيجاب أو تعاطي[٣١] هذا التعريف للحنفية، ولكن هنالك تعريفات للحنابلة وغيرهم ولكن لا تخرج من هذا المعنى للبيع.

أما مشروعية البيع، فالبيع مشروع، قال الإمام الشافعي رحمه الله: "فأصل البيوع كلها الإباحةاذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها"[٣٢].

وقد وردت آيات كثيرة وأحاديث تدلل على مشروعية البيع نذكر منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾ [النساء:٢٩]، وورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال حينما سئل عن أي الكسب أطيب: "عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور"(٣٣) وقال صلى الله عليه وسلم : (إنما البيع عن تراض)(٣٤).

وحتى يحقق البيع مقاصده فقد وضعت الشريعة الإسلامية شروط محكمه في أركان البيع المتمثلة في "الإيجاب والقبول" عند الحنفية والعاقد "بائع – مشترى " والمعقود عليه" ثمن ومثمن "والصيغة" عند الجمهور، فإذا اختل أي شرط من هذه الشروط فيأركان البيع لا تتحقق المصلحة المرجوة من البيع وتتمثل هذه الشروط في شروط الانعقاد،وشروط النفاذ وشروط صحه العقد وشروط لزوم العقد "(٣٥)، وعليه يمكن تلخيص مقاصد العمل التجاري في الآتي:

أولاً: المقصد التعبدي : الهدف من العمل التجاري ليس كسب الأموال فحسب إنما الهدف الأسمى والأكبر هو التقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى ولذلك لابد للتاجر أن يراعى في بيعه الآتي:

صدق المعاملة: بأن يكون البيع خالياً من الكذب قال صلى الله عليه وسلم : "من غشنا فليس منا"(٣٦).

وقال صلى الله عليه وسلم: " إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من اتقى الله وبر وصدق "(٣٧).

ويدخل في صدق المعاملة الوزن بالقسط وعدم التطفيف في الميزان قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ﴾ [الرحمن: ٩]،

وكذلك حض الإسلام في المعاملات التجارية على السماحة فقال صلى الله عليه وسلم : "رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا أقتضى"(٣٨).

ومن صدق المعاملة أيضاً اجتناب الحلف ولو كان التاجر صادقاً قال صلى الله عليه وسلم : " الحلف منفقة للسلعة ممحقة للبركة "(٣٩) – وكذلك حث الإسلام على الإنفاق والتصدق من هذا المال قال صلى الله عليه وسلم : " يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة "(٤٠) وكذلك الإنفاق في أوجه الخير مثل بناء المساجد والمدارس والمستشفيات وغيرها والإنفاق للجهاد في سبيل الله.

قال تعالى:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى تِجَارَةٍ تُنجِيكُم مِّنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [الصف: ١٠].

ثانياً : العملً التجاري يحقق مقصد تسخير ما خلق الله سبحانه وتعالى لمصلحة الإنسان في كافة مناحي الحياة . مأكلاً وملبساً ومشرباً ومسكناً ومركباً.

المطلب الثاني

المقاصد المرعية في المحافظة على المال وتنمية وإنفاقه وتوزيعه

للمحافظة على المال المكتسب وحتى يؤدى أغراضه وأهدافه الاقتصادية وضعت الشريعة الإسلامية مجموعة من التدابير وهي عبارة عن مقاصد يمكن تلخيصها في الآتي :

أولاً: **مقصد رواج الأموال وتداولها:**

يعني هذا المقصد تداول الأموال وتبادلها وحتى يتحقق هذا المقصد منعت الشريعة الإسلامية

الاحتكار[٤١] وكنز الأموال ، لأن الاحتكار يؤدي إلى الأضرار بالمجتمع . قال صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر إلا خاطئ"[٤٢]، وقال صلى الله عليه وسلم: "من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجزام والإفلاس"[٤٣]، كما حرمت الشريعة الإسلاميةاكتناز النقود وسحبها من مجال التداول وتجميدها وذلك تلبية لحاجات المجتمع والأفراد في تداول الأموال لأن منع التداول من شأنه أن يفسد التوازن المالي والتجاري والاقتصادي والاجتماعي، قال صلى الله عليه وسلم: "ما من صاحب كنز لا يؤدى حقه إلا جعله الله يوم القيامة يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جبهته وجنبه وظهره حتى يقضى الله بين عباده في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة مما تعدون ثم يرى إما إلى الجنة وإما إلى النار"[٤٤].

حضت الشريعة الإسلامية على إنتاج السلع وتوفيرها وصناعتها وزراعتها واستخراجها والسماح بنقلها بين الأسواق وبين المدن والأمصار، كما منعت أن تكون الأموال دولة بين الأغنياء قال تعالى : ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [الحشر: ٧].

ثانياً : **مقصد ثبات الأموال:**

يعنى حق الملكية في الأموال وأن الشريعة الإسلامية أعطت حرية التملك والتصرف في المال وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بناء العقود على اللزوم والرضا بين المتعاقدين في صدور العقد وإنشائه ، وإلزام المتعاقدين بالوفاء بشروط العقد، وكذلك أحاطت المعاملات المالية بإجراءات الضبط والتحذير وإبطال العقود والتصرفات القائمة على الضرر الكثير الذى يغلب عليها[٤٥].

ثالثاً : **مقصد وضوح الأموال:**

يعنى مقصد وضوح الأموال أن تكون الأموال بعيدة عن مواطن المنازعات والخصومات ولحوق الضرر ولتحقيق هذا المقصد شرع الإسلام التوثيق في العقود والمعاملات المالية كالكتابة والإشهاد والرهن قال تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

شرع الإشهاد لحفظ الحقوق المالية والمدنية والحدود وكذلك شرع الرهن لحفظ الأموال عند تعذر الكتابة والرهن هو احتباس العين بالحق يستوفي الحق من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم[٤٦].

ثانيا : **مقصد رفع الضرر عن المال :**

حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ المال برفع الضرر عنه بنفس حرصها على كسبه وذلك حتى يستفاد منه في سد الحاجات الضرورية ، فلذلك حرمت الشريعة الإسلامية عدد كبير من الممارسات والتعاملات التي تؤدى إلى هلاك الأموال وضياعها وبالتالي يتدهور وينهار الاقتصاد وحتى لا يحدث الانهيار والتدهور للاقتصادالإسلامي وضعت هذه التشريعات التي تتمثل في الآتي :

١- تحريم الربا:

منع الإسلام التعامل بالربا لما فيه من التعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى

اللّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فالحكمة من تحريم الربا نسبة لما له من أضرار اجتماعية وأمراض خلقية وكذلك أضرار اقتصادية (٤٧).

٢- منع أكل أموال الناس بالباطل:

قال تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وقال صلى الله عليه وسلم: "إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم ..." (٤٨) وقال صلى الله عليه وسلم : "لا يحل مالامرئ مسلم إلا بطيب نفس"(٤٩) فهذه الآيات والأحاديث نزلت دلالة على حرمة أكل مال الغير .

٣- منع الميسر "المقامرة" :

منع الإسلام الميسر لأنه يعتبر من الأعمال الضارة بالمجتمع وفيها خساره في الإنتاج العام وفيها تبديد للطاقات الصالحة والمنتجة في الإنسان وفيه تعطيل للأهداف الصالحة بسبب تبديد تلك الطاقات والجهود والأموال فضلا عن العداوة والبغضاء التي تفرق مجتمع المسلمين . كما وضعت الشريعة عقوبات على من يتعرض على مال الغير بالإتلافأو السرقة وتعتبر السرقة من جرائم الاعتداء على المال وكذلك الحرابة وقد حرمت الشريعة الإسلامية الحرابة وأكل مال اليتيم والرشوة وغيرها من أنواع التعدي على المال .

٤- تحريم بيع الخمر والأصنام والنجاسات والقاذورات والمخدرات:

حرمت الشريعة الإسلامية بيع الخمر والأصنام والنجاسات والمخدرات والقاذورات وغيرها لما تجلبه للأمة الإسلامية من أضرار اقتصادية وأخلاقية واجتماعية.

المطلب الثالث

المقاصد الشرعية المرعية في العامل وحقوقه

يعد العامل في التشريعات الإسلامية محوراً مهماً في عملية الإنتاج وقد كفلت له الشريعة الإسلامية حقوقه كاملة حتى يؤدي واجبه ومن ناحية فإن العمل في حد ذاته في نظر الإسلام عباده واجبه على العامل أن يؤديه وهو مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية ويعد مقصدا تعبديا وما دام هو مقصدا تعبدي لابد فيه من الإخلاص والتجرد به لله سبحانه وتعالى وبهذا المعنى التعبدي للعمل تتحقق الرقابة الذاتية ، وعلى العامل أيضاًأن يتقن عمله قال صلى الله عليه وسلم : " إن الله يحب اذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه"(٥٠).

ويعد إحسان العمل وإتقانه من المقاصد الاقتصادية المهمة التي راعتها الشريعة الإسلامية ولأهمية العامل ودوره في الاقتصاد الإسلامي شددت التشريعات الإسلامية على إعطاؤه حقوقه ذلك حفاظاً على كرامته قال صلى الله عليه وسلم : "أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه"(٥١).

وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه تبارك وتعالى: "ثلاثة أنا خصيمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه ورجلاً استأجر أجيراً ولم يوفه حقه"(٥٢) وكذلك سعى الإسلام الى استقرار العامل باعتباره محورا مهماً من محاور التنمية الاقتصادية فلذلك يجب أن يعطى من الأجر ما يفي بحاجاته الضرورية قال صلى الله عليه وسلم : "من ولي لنا عملاً وليس له منزلاً فليتخذ منزلاً أو ليست له زوجة فليتزوج

أو ليست له خادم فليتخذ خادماً أو ليست له دابة فليتخذ دابة، ومن أصاب شيئاً سوى ذلك فهو غال"(٥٣).

وهذا الحديث يستفاد منه ما يعرف اليوم بالحد الأدنى للأجور لأن استقرار العامل يعنى مزيدا من العطاء والتنمية في كافة المجالات الاقتصادية وغيرها.

المطلب الرابع

إنفاق المال وتوزيعه

المقصد الأساسي من توزيع المال وإنفاقه هو سد حاجة الإنسان التي تتمثل فيما يحقق مصلحة الإنسان سواء أكانت هذه المصلحة عامة أم خاصة فلذلك أحاطت التشريعات الإسلامية عملية توزيع المال وإنفاقه بمجموعة من القيم والأخلاقيات من شأنها أن تحقق الهدف المقصود منه، فإنفاق المال يجب أن يكون في الوجوه المشروعة لأن المال هو مال الله والإنسان مستخلف فيه ووكيل قال تعالى: ﴿وَأَنفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَأَنفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ﴾ [الحديد: ٧]. وقال تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣]

وقد قام مبدأ إنفاق المال وتوزيعه على مقصد العدل في الأموال ، والعدالة المقصودة هنا هي العدالة بين من يتعامل معهم الإنسان مالياً من أداء الحقوق والإنصاف في المعاملات من المبيعات والمقارضات والصدقات وحتى تتحقق العدالة في الأموال أمر الشارع بإنفاقها وبزلها مع عدم التبزير وذم من بخل بها وقتر في إنفاقها وعليه يمكن أن نخرج من التشريعات الخاصة بتوزيع المال وإنفاقه والعدل فيه بالآتي:

أولاً: عدم التبذير والإسراف في إنفاق المال.

ثانياً: التوسط في الإنفاق قال تعالى : ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَاماً﴾ [الفرقان: ٦٧].

ثالثاً: ذم البخل والشح قال تعالى : ﴿الَّذِينَ يَبْخَلُونَ وَيَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبُخْلِ وَمَن يَتَوَلَّ فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ الْغَنِيُّ الْحَمِيدُ﴾ [الحديد: ٢٤].

بناءً على الآيات السابقة نجد أن الإسلام أمر بالتوسط في الإنفاق وذم التبذير والإسراف والشح والبخل .

المبحث الثالث

أثر المقاصد الشرعية المرعية في مجال كسب المال وإنفاقه وممارسة النشاط الاقتصادي

المطلب الأول

أثر المقاصد الشرعية المرعية في مجال الكسب والإنتاج

للمقاصد الشرعية أثر كبير وواضح في مجال كسب المال وتحصيله ويبدو ذلك جلياً فيالمقصد التعبدي في كسب المال لأن ارتباط العامل بالله سبحانه وتعالى يجعله يراعى في كسبه حرمات الله تعالى وبالتالي تتنزل عليه البركات من السماء والأرض قال تعالى : ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [الأعراف: ٩٦].

إذ بالإيمان وتقوى الله تتنزل البركات ، وكذلك بالتوكل على الله فمن توكل على الله فهو حسبه أي يكفيه من كل شيء من طعام وشراب وأمن وغيره كما قال تعالى : ﴿لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ • إِيلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ • فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَٰذَا الْبَيْتِ • الَّذِي أَطْعَمَهُم

مِن جُوعٍ وَآمَنَهُم مِنْ خَوْفٍ﴾ [قريش: ١-٤]. فالإطعام من الجوع والأمان من الخوف هما قمة ما يصل إليه الإنسان في التقدم وهاتان النعمتان لهما الأثر الأكبر في التنمية الاقتصادية ولا يتحققان إلا بالإيمان الصادق. قال تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُواْ وَلَمْ يَلْبِسُواْ إِيمَانَهُم بِظُلْمٍ أُوْلَئِكَ لَهُمُ الأَمْنُ وَهُم مُّهْتَدُونَ﴾ [الأنعام: ٨٢]. فالأمن الاقتصادي والاجتماعي يتحققان بالإيمان الصادق والعدل .

وأثر المقاصد في الكسب يتمثل أيضاً في حض الإسلام على العمل ومحاربة البطالة فقد وردت أحاديث كثيرة في الحض على العمل والكسب نذكر منها قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله يحب المؤمن المحترف" (٥٤)، وقال صلى الله عليه وسلم "والذى نفسي بيده لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب على ظهره خير له من أن يأتيرجلاً أعطاه الله من فضله فسأله أعطاه أو منعه "(٥٥).

وقال صلى الله عليه وسلم : "من أمسى كالاً من عمل يده أمسى مغفوراً له "(٥٦)، وقال صلى الله عليه وسلم : " أفضل الكسب ببيع مبرور وعمل الرجل بيده"(٥٧)، وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم: "ما كسب رجل كسباً أطيب من عمل يده"(٥٨).

وغير ذلك من الأحاديث النبويةالشريفةالتي تؤكد أن دين الإسلام دين عمل وعطاء وهذا المقصد يعد دفعا قويا وركيزة قوية في دعم الاقتصاد ودفع عجلته، بالإضافة إلى ذلك حض الإسلام على إتقان العمل . قال صلى الله عليه وسلم إن الله يحب إذاعمل أحدكم عملا أن يتقنه "(٥٩) والإتقان هو الجودة وهو مقصد وهدف منشود دعا له الإسلام لما له من الأثر فالإسلام أمر بالإخلاص والإتقان في كل شيء قال صلى الله عليه وسلم : "إن الله عز وجل كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليحد أحدكم شفرته وليريح ذبيحته"(٦٠)، فمقصد الإحسان والإتقان والإخلاص دعا له الإسلام لما لها من أثر كبير في كل جوانب الحياة اقتصادية كانت أواجتماعية وغيرها وكذلك المقاصد الشرعية المرعية في الأعمال كلها سواء أكانت زراعية أو صناعية أو تجارية أو حتى أعمال حرة لما لها من أثر كبير في الاقتصاد، وذلك لما تحققه من مقصد توفير الحاجات الضرورية للأمة وهي مقاصد واضحة ومفصلة في كل مجال من هذه المجالات ، وكذلك المقاصد التي راعتها الشريعة في المحافظة على المال سواء أكان مقصد رواج الأموال وتداولها الذى منع فيه الاحتكار والاكتناز أو مقصد ثبات الأموال وإقرار ملكيتها أو مقصد رفع الضرر عن الأموال بتحريم بعض الممارسات التي تؤدي إلى هلاك المال وضياعه مثل تحريم الربا ومنع أكل أموال الناس بالباطل أو تحريم الرشوة أو تحريم الميسر وبيع الخمر والمخدرات وغيرها. كل هذه المقاصد المذكورة بتفصيلاتها داخل هذا البحث لها أثر في المحافظة على المال وتنميته ليحقق الهدف الاقتصادي المنشود.

المطلب الثاني

أثر المقاصد الشرعية المرعية في توزيع المال وإنفاقه

لقد حرصت الشريعة الإسلامية حرصاً شديداً على إنفاق المال وتوزيعه في الأوجه المشروعة بنفس حرصها على كسبه فلذلك حرمت بعض

الممارسات والأخلاقياتالتي تحول دون تحقيق هذا الهدف فلذلك حرمت التبذير والإسراف والتقتير وحجرت على السفيه ووكلت على الصبى كل ذلك حرصاً على إنفاق المال في الأوجهالتي تصلح حال الأمة. وتحقيقا للعدالة في توزيع الثروة خصصت مالاً محدداً في الموارد العامة للدولة خاصة الزكاة لسد حاجة الفقراء والمحتاجين وكذلك الإنفاق يجب أن يكون في الضروريات الخمس " حفظ الدين بدعم الجهاد ودعم التعليم ومؤسساته وحفظ النفس بتوفير الحماية الأمنية وتوفير حاجياتها الضرورية من طعام ولباس ومسكن ومركب وحفظ النسل بتسهيل أمر الزواج ونشر الفضيلة ومحاربة الرذيلة وحفظ العقل بمحاربة تجارة المخدرات ومعاقبة المروجين لها وكذلك تحريم صناعة الخمور وغيرها مما يذهب بالعقل وحفظ المال . بتهيئة المناخ لكسبه واستثماره وتحريم السرقة والنهب وأكل أموال الناس بالباطل" بالإضافة للصرف في الاحتياجات الأخرى وهى أقل من الضروريات ثم التحسينات وهي ما يتعلق بالرفاهية وغيرها . هذه هي مقاصد الإنفاق وأثرها فإن التزمنا بها عاش مجتمعنا في أمن وسلام وإن اختل أي مقصد من هذه المقاصد حصل الاضطراب في هذه المجالات كما نشهده اليوم في الأمةالإسلامية جمعاء، فقد عرف الإمام الشاطبي هذه الضرورات بقوله: " هي التي لابد منها لإقامة مصالح الدين والدنيا وإذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل تهارج وفوت حياة وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والخسران المبين[٦١].

المطلب الثالث

أثر المقاصد الشرعية المرعية في مجال ممارسة العمل الاقتصادي

إن الالتزام بالقيم والأخلاق في ممارسة النشاط الاقتصادي مبدأ أساسي قامت عليه التشريعات الإسلامية في مجال الاقتصاد لما له من أثر كبير على الاقتصاد فلذلك دعت التشريعات الإسلامية إلى جملة من القيم التي لها تأثير مباشر على العمل الاقتصادي فدعت إلى الإخلاص في العمل أياً كان هذا العمل ومحاسبة النفس في أدائه ودعت إلى الصدق و الأمانة في ممارسة العمل التجاري قال صلى الله عليه وسلم : "التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء"[٦٢] وحرمت الغش وحرمت الكذب وحرمت الربا بكافة أشكاله وحرمت الاحتكار وحرمة التزوير في ممارسة النشاط الاقتصادي وحرمت التجارة في المحرمات الخمور و المخدرات وكل ما فيه ضرر للإنسان والحياة بصورة عامة قال صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)[٦٣] وحرمت التشريعات الإسلامية أكل أموال الناس بالباطل . فالالتزام بهذه الأخلاق يقود إلى تحقيق مقصد حفظ المال. والتخلي عن هذا القيم والأخلاق يقود إلى الفساد الذى يقود إلى الهلاك ، لأن انهيار الأخلاق هو انهيار كل شيء، قال صلى الله عليه وسلم "إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستحيي فأصنع ما شئت"[٦٤]. وهذا ما يشهده اليوم في ممارساتنا التجارية وغيرها .

الخاتمـــة

بحمد الله سبحانه وتعالى وعونه وتوفيقه اكتملت كتابة هذا البحث الذى عرض فيه الباحث المقاصد الشرعية المرعية وأثرها على الاقتصاد الإسلامي. وفي خاتمة هذا البحث توصل الباحث إلى نتائج وتوصيات يمكن تلخيصها في الآتي:

أولاً: **النتائج :**

١- أكدت الدراسة على وجود مقاصد شرعية مرعية لها أثر واضح في الاقتصاد الإسلامي.

٢- المقصد التعبدي في كسب الأموال وإنفاقها له أثر كبير في الاقتصاد الإسلامي فالله تبارك وتعالى هو الرزاق ذو القوة المتين .

٣- حث الإسلام على العمل والتجرد والإخلاص فيه وإتقانه وتجويده مقصد شرعي يدفع بعجلة التنمية الاقتصادية.

٤- حفظ حقوق العاملين وسد حاجتهم وتحفيزهم مقصد شرعي من شأنه دفع عجلة الإنتاج الذى هو مقصد وهدف أساسي في النشاط الاقتصادي.

٥- خشية الله تبارك وتعالى في ممارسة النشاط الاقتصادي بالصدق والأمانة يقودإلى تحقيق الأهداف الاقتصادية.

٦- مقصد رفع الضرر بمنع الاحتكار والربا والغش والرشوة وعدم الحلف في البيع ومنع أكل أموال الناس بالباطل ومنع الإتجار بالحرام كلها مقاصد شرعية من شأنها دفع عجلة الاقتصاد الإسلامي .

٧- حث الشريعة الإسلامية على الإنفاق والتصدق على الفقراء والمحتاجين ووقف الأموال في سبيل الله وتشريع الزكاة كلها مقاصد شرعية تدفع بالاقتصاد الإسلامي.

٨- منع الإسراف والتبذير والتقتير والعمل على العدالة في الإنفاق بالمنهج الوسط كلها مقاصد من شأنها الدفع بالاقتصاد الإسلامي.

٩- مقصد حفظ الأموال بوضوحها بأن تجعل بعيدة عن مواطن النزاع بتشريع التوثيق في العقود والمعاملات المالية بالكتابةوالإشهاد والرهن من شأنه أن يدفع بعجلة الاقتصاد الإسلامي.

١٠- في المجال الصناعي نجد أن الصناعة تحقق مقصد توفير ضرورات الإنسان سواء أكانت بصناعة الآلات الزراعية أو كافة ضرورات الإنسان في المسكن والملبس والمأكل والمركب فضلاً عن توفير الحماية له بصناعة الأسلحة الضرورية.

١١- نهي الإسلام عن صناعة الخمور والمخدرات يحقق مقصد حفظ النفس والعقل والمال وهي أساس التنمية الاقتصادية.

١٢- وفي المجال الزراعي: نجد أن الإسلام حث على الزراعة بالغرس وإحياء الأرض الموات وهو مقصد يحقق الكفاية لتوفير حاجات الإنسان.

١٣- النهوض بالمجال الزراعي يحقق مقصد اقتصادي كبير هو سد حاجة الفقير وتطهير نفس الغني من البخل والشح.

١٤- المجال التجاري تحرى الكسب الحلال في التجارة وتجنب الحرام من شأنه أن يسهم في التنمية الاقتصادية لأن الله يبارك في الحلال ويمحق الحرام.

ثانياً: **التوصيات:**

١- إجراء مزيد من الدراسات والبحوث العلمية في مجال المقاصد الشرعية المرعية وأثرها على الاقتصاد الإسلامي.

٢- تخصيص مقررات دراسية للمقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي لكليات الاقتصاد في العالم الإسلامي.

٣- إقامة دورات وحلقات نقاش علمية لبيان أثر المقاصد الشرعية المرعية في الاقتصاد الإسلامي.

المصادر المراجع

القرآن الكريم وعلومه:

١. الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الرطبي (١٧٦هـ - ٧٣٧هـ) ، ط٢ ١٤١٦ ، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة ج٨.

٢. تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، مكتبة ١٤٢٥ ، ٢٠٠٤م.

السنة النبوية:

٣. صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري.

٤. سنن البيهقي أحمد بن علي بن موسى البيهقي، مكتبة الباز، مكة المكرمة، ط ١٤١٤،ج٦.

٥. المعجم الكبير، الطبراني : سليمان بن أحمد بن أيوب أبوالقاسم، تحقيق : حمدي عبدالمجيد السلقي، الموصل مكتبة العلوم والحكم، ط٢ ١٤٠٢هـ- ١٩٨٣م.

٦. صحيح البخاري : الإمام أبو عبدالله.

٧. شرح النووي على مسلم، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محى‌الدين بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ط ٢ .

٨. مسند البذار أبوبكر أحمد بن عمرو البذار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ١٩٨٨م.

٩. الجامع الصغير ، عبد الرحمن بن أبو بكر جلال الدين السيوطي ، تحقيق ، البناني، دار الفكر بيروت – لبنان ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣.

١٠. سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد ابن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٨ ، ١٤٠هـ،ج٣ ،ص ٤٧٠.

١١. إرشاد الشارح لشرح صيح البخاري، احمد بن محمد بن أبي بكر عبدالملك القسطلاني، المطبعة الكبرى الأميرية مصر.

١٢. المعجم الأوسط، أبوالقاسم الطبراني، تحقيق طارق بن عوض الله، دار الحرمين، القاهرة بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

١٣. مسند الإمام أحمد أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل.

١٤. سنن بن ماجه، أبى عبدالله محمد بن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة وتاريخ.

١٥. سنن بن ماجه، أبوعبدالله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت – لبنان.

١٦. المعجم الكبير للطبراني- المحقق حمدي عبدالحميد، مكتبة ابن تيمية القاهرة، ط١ ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١٧. سنن أبوداود، سليمان بن الأشعث، دار الفكر، بيروت، ج٢.
١٨. المعجم الكبير للطبراني، المحقق حمدي عبدالحميد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط١ ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
١٩. الجامع الأوسط ، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني (٢٦٠هـ).
٢٠. المعجم الوسيط ، إبراهيم أنيس وآخرون، بدون طبعة وتاريخ ، طبعه ونشره خادم العلم عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، قطر -دار إحياء التراث الإسلامي.

الفقه وأصوله:

٢١. المحصول في علم الأصول ، للإمام الرازي ، ج٦.
٢٢. المستصفى، للإمام الغزالي.
٢٣. الأحكام في أصول الأحكام ، سيف الدين الآمدي ، ج٣.
٢٤. قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، العز بن عبد السلام ، ج١ .
٢٥. مقاصد الشريعة الإسلامية ، محمد الطاهر بن عاشور ، دون طبعة ١٩٧٨ ، ص ٥٠ .
٢٦. مقاصد الشريعة ومكارمها ، علال الفاسي، بدون طبعة وتاريخ ، مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء.
٢٧. لسان العرب بن منظور ، مرجع سابق فصل مادة شرح ، ج ٨ ، ص ١٧٥-١٨٦.
٢٨. المقاصد العامة للشريعة ، يوسف حامد العالم .
٢٩. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، أحمد الريسوني ١٤١٦ ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي- الرياض السعودية.
٣٠. التوفيق على أمهات التعاريف، المناوي .
٣١. المصري رفيق يونس ، أصول الاقتصاد الإسلامي ، دمشق ، دار القلم ، الدار الشامية.
٣٢. الاقتصاد الإسلامي في ضوء الشريعة الإسلامية، بابلي محمود ، مطبعة المدينة المنورة ، ط٢ ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٦م السعودية - الرياض.
٣٣. كنز العمال في سنن الأفعال والأقوال ، علاء الدين علي بن حسام الدين بن قاضي خان القادر الشاذلي ، المحقق بكري هاني، صفوة السقا ، مؤسسة الرسالة ، ط٥ ، ١٤٠١-١٩٨١م.
٣٤. فقه السنة ، السيد سابق ، دار الفتح للأعلام العربي القاهرة ، a. ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.
٣٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين ابو بكر ابن مسعود الكاساني، ط٢ - ١٤٠٦هـ دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان.
٣٦. الأم ،الإمام محمد بن إدريس الشافعي ١٥٠ -٢٠٤هـ ، دار المعرفة للطباعة والنشر.
٣٧. القوانين الفقهية ، أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الشربيني.
٣٨. المنتهى، مصطفى بن سعد، المكتب الإسلامي.

٣٩. الاحتكار : هو حبس الطعام تربصا به للغلاء وقيل هو حبس السلع عن البيع ، فمن احتكر طعاماً : أي اشتراه وحبسه ليقل فيغلوا ... " راجع شرح الكبير، الدرديري ج٣.

٤٠. أعلام الموقعين ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، دون رقم طبعة وتاريخ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ج٢ ، ص ٦٩.

٤١. النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

٤٢. المحقق طارق بن عوض الله بن محمد عبد المحسن ، دار الحرمين القاهرة.

اللغة العربية :

٤٣. المصباح المنير – أحمد بن علي المغربي الفيومي، دون طبعة وتاريخ، دار العلا، بيروت .

٤٤. لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصاري، دون طبعة وتاريخ، باب القاف مادة قصد.

الهوامش :

* أستاذ مساعد، قسم الفقه وأصوله – كلية الشريعة – مدني.

١- لسان العرب ،جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصاري (٦٣٠هـ – ٧١١هـ) ، بدون رقم طبعة ١٩٨٨، دار لسان العرب – بيروت – لبنان ، ج٣ ، ص ٣٥٥ .

٢- المصباح المنير / أحمد بن علي المغربي الفيومي ، دون طبعة وتاريخ، دار العلا بيروت ، ج٢ ، ص ٥٠٤ .

٣- الجامع لأحكام القرآن ، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الرطبي (٦٧٦هـ – ٧٣٧هـ) ، ط٢ ١٤١٦ ، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة ج٨ ، ص ١٥٣ .

٤- الجامع الصحيح ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، ط٥ ، ١٩٨٦م ، عالم الكتب بيروت – لبنان ، باب القصد والمداومة على العمل ، ج٨ ، ص ١٨٢ .

٥- المستصفى ، للإمام الغزالي ، ج١ ، ص ٢٨٦-٢٨٧ .

٦- المحصول في علم الأصول ، للإمام الرازي ، ج٦ ، ص ١٦٥ .

٧- الأحكام في أصول الأحكام ، سيف الدين الآمدي ، ج٣ ، ص ٢٤٩ .

٨- قواعد الاحكام في مصالح الأنام، العز بن عبدالسلام، ج١، ص ١٠.

٩- مقاصد الشريعة الاسلامية ، محمد الطاهر بن عاشور ، دون طبعة ١٩٧٨، ص ٥٠.

١٠- مقاصد الشريعة ومكارمها ، علال الفاسي ، بدون طبعة وتاريخ ، مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء ، ص ٣ .

١١- لسان العرب بن منظور ، مرجع سابق ، ج ٨ ، ص ١٧٥-١٨٦.

١٢- الأحكام في أصول الأحكام ، مرجع سابق ، ج١ ، ص ٤٦ .

١٣- كشاف اصطلاحات الفنون ، ج٢ ، ص١٨ .

١٤- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، أحمد الرسوني ، ط٤ ، ١٤١٦، الدار العالمية للكتاب الإسلامي – الرياض السعودية ، ص ٧ .

١٥- المقاصد العامة للشريعة ، يوسف حامد العالم ، ص٧٦.

١٦- مقاصد الشريعة الإسلامية، الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، القاهرة ، ط٦ ، ١٤٣٥هـ، ٢٠١٤م . ص ١٥٩-٢٣٧ .

١٧- الموافقات في أصول الشريعة ، الامام الشاطبي ، مرجع سابق ، ج ٢، ص ١٢١.

١٨- الموافقات في أصول الشريعة ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص٥ .

١٩- لسان العرب ، بن منظور ، مرجع سابق ، باب القاف ، ج٣ ، ص ٣٦٠- ٩٥١ .

٢٠- المعجم الكبير ، الطبراني : سليمان بن أحمد بن أيوب ابو القاسم ، ، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلقي، الموصل مكتبة العلوم والحكم، ط٢ ١٤٠٢هـ- ١٩٨٣م ، ج١٢ ، ص ٢٠١ حديث رقم ١٢٦٥٠ . .

٢١- التوفيق على أمهات التعاريف، المناوي : ، باب القاف ، فصل الصاد، ج٣ ، ص ٥٨٣ .

٢٢- أصول الاقتصاد الإسلامي، المصري رفيق يونس، دمشق ، دار القلم، الدار الشامية ، ص ١٢ .

٢٣- الاقتصاد الإسلامي في ضوء الشريعة الإسلامية ، بابلي محمود، مطبعة المدينة المنورة ، ط٢ ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٦م السعودية – الرياض ، ص١٥ .

٢٤- شبكة الألوكة الثقافية WWW.AlukAH.net .

٢٥- صحيح البخاري ، مرجع سابق ، حديث رقم ٢٠٧٢ ، ج٣ ، ص ٧٥.

٢٦- صحيح البخاري : الامامابو عبد الله، مرجع سابق، ج٢، ص ١٠٣.

٢٧- كنز العمال في سنن الأفعال والأقوال ، علاء الدين علي بن حسام الدين بن قاضي خان القادر الشاذلي ، المحقق بكري هاني ، صفوة السقا ، مؤسسة الرسالة ، ط٥ ، ١٤٠١-١٩٨١ ، ج٤ ، ص ٣٢ .

٢٨- فقه السنة ، السيد سابق ، دار الفتح للاعلام العربي القاهره ، ط١ ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م ، ج٣ ص ٣٦ .

٢٩- تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، مكتبة الصفا، ط١ ، ١٤٢٥ ، ٢٠٠٤ ، ج٥ – ٢٠٨ .

٣٠- تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، مرجع سابق ، ج٨ ، ص ١٨ .

٣١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر ابن مسعود الكاساني ، ط٢ – ١٤٠٦هـ دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ج٥ ، ص ١٣٣.

٣٢- الام ، الإمام محمد بن ادريس الشافعي ١٥٠ -٢٠٤هـ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، دون طبعة وتاريخ ج٣ ، ص٣ .

٣٣- مسند البذار أبو بكر أحمد بن عمرو البذار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، ط ١ ، ١٩٨٨ ، ج١، ص ١٧٣ .

٣٤- الجامع الصغير ، عبد الرحمن بن أبو بكر جلال الدين السيوطي ، تحقيق ، البناني ، دار الفكر بيروت – لبنان ، ط١ ، ١٤٢٣هـ ، ٢٠٠٣، ج١ ، ص ٤٠٣ .

٣٥- يمكن مراجعة هذه الشروط في كتب المذاهب ، (بدائع الصنائع للكاسني) ، ج٥ ، ص ١٣٠ ، القوانين الفقهيه ، أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي ، ص ٤٥ ، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الشربيني ، ج ٢ ، ص ١٠٥ ، شرح غاية المنتهى ، مصطفى بن سعد ، المكتب الاسلامي ، ج ٣ ، ص ١٠ .

٣٦- شرح النووي على مسلم ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، ابو زكريا محى الدين بن شرف النووي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ط ٢ ، ١٣٩٢ ، ج ٢ ، ص ١٠٨ .

٣٧- سنن الترمذي ، مرجع سابق ، ج٣ ، ص ٥٠٧ .

٣٨- صحيح البخاري ، مرجع سابق ، ج٣ ، ص٧٥ .

٣٩- المرجع السابق ، ج٣، ص٦٠ .

٤٠- سنن الترمزي ، مرجع سابق ، ج٣ ، ص ٥٠٦ .

٤١- الاحتكار : هو حبس الطعام تربصا به للغلاء وقيل هو حبس السلع عن البيع ، فمن احتكر طعاماً : أي اشتراه وحبسه ليقل فيغلوا ... " راجع سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد ابن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٨ ، ١٤٠هـ ، ج٣ ، ص .٤٧٠

٤٢- صحيح مسلم ، مرجع سابق ، باب النهى عن الحلف في البيع ، ج٣ ، ص ١٢٢٨.

٤٣- سنن البيهقي أحمد بن علي بن موسى البيهقي ، مكتبة الباز ، مكة المكرمة ، ط ١٤١٤ ، ج٦ ، ص ٧٢٩ .

٤٤- سنن ابو داود ، سليمان بن الأشعث ، دار الفكر بيروت ، ج٢، ص١٢٤ .

٤٥- مقاصد الشريعة والمعاملات الاقتصادية والمالية ، د. عبد اللطيف الشيخ توفيق الصباغ ، ص ٩١٠.

٤٦- الشرح الكبير ، الدرديري ، ج٣ ، ص ٢٣١ .

٤٧- أعلام الموقعين ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، دون رقم طبعة وتاريخ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ج٢ ، ص ٦٩ .

٤٨- صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، مرجع سابق، حديث رقم ١٢١٨ ، ج٢ ، ص ٨٨٦ .

٤٩- كنز العمال، علاءالدين بن حسام الدين، مرجع سابق ، ج١، ص ٩٢.

٥٠- الجامع الأوسط ، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني (٢٦٠هـ)، المحقق طارق بن عوض الله بن محمد عبد المحسن ، دار الحرمين القاهرة ، حديث رقم ٨٩٧ ، ج١ ، ص ٢٧٥ .

٥١- أخرجه بن ماجه ، حديث رقم ٢٣٤٣ ، وأخرجه الطبراني في الصغير، حديث رقم ٢٠ .

٥٢- إرشاد الشارح لشرح صيح البخاري ، احمد بن محمد بن أبي بكر عبد الملك القسطلاني ، المطبعة الكبرى الأميرية مصر ، ط٧ ، ١٣٢٣، ج٤ ، ص ٢٦٠ .

٥٣- أخرجه الإمام احمد في مسنده ، ج٤ ، ص ٢٢٩ ، أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ، حديث رقم ٧٧٨ ، ج٢٠ ، ص ٣٠٤ .

٥٤- المعجم الكبير للطبراني ، المحقق حمدي عبد الحميد ، مكتبة بن تيمية ، القاهرة ، ط١ ١٤١٥هـ - ١٩٩٤ ، ج٢ ، ص ٣٠٨ .

٥٥- صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ج ٣ ، ص ٥٠٣ .

٥٦- المعجم الأوسط ، أبو القاسم الطبراني ، تحقيق طارق بن عوض الله، دار الحرمين ، القاهرة ، بيروت ، بدون طبعة وتاريخ ، ج٧ ، ص ٢٨٩.

٥٧- مسند الإمام أحمد / أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ، ج٢٥ ، ص ١٥٧ .

٥٨- سنن بن ماجه ،أبى عبد الله محمد بن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب الربية ، دون طبعة وتاريخ ، ج٢ ، ص ٧٣٣.

٥٩- المعجم الأوسط، للطبراني ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٢٧٥.

٦٠- سنن بن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، تحقيق فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، بيروت – لبنان ، ج٢ ، ص ١٠٥٨ .

٦١- الموافقات ،الإمام الشاطبي ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص٤ .

٦٢- المستدرك على الصحيحين ، أبو عبد الله الحاكم محمد ن عبد الله بن محمد ، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١٤١١هـ - ١٩٩٠ م ، حديث رقم (٢١٤٣)، ج ٢ ، ص ٧ .

٦٣- سنن بن ماجه ، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، حديث رقم٢٣٤٠، ج ٢ ، ص ٧٨٤.

٦٤- صحيح البخاري ، مرجع سابق ، حديث رقم ٦١٢٠ ، ج٨ ، ص ٢٩ .

السَّلم وتطبيقاته المعاصرة «دراسة فقهية مقارنة»

د.بثينة عبدالقادر بابتوت*

مستخلص البحث

جاءت الشريعة الإسلامية بمعاملات كثيره وأباحت التعامل بها لما فيها من فوائد عظيمة للفرد والمجتمع والدولة، ومن هذه المعاملات معاملة السَّلم، وهو بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر فيه المبيع وقد أجازه الفقه الإسلامي مستنداً إلى القرآن والسنة النبوية الشريفة وأقوال الفقهاء، وتأتي أهمية هذه الدراسة في أن عقد السَّلم له دور فعال في مجال التمويل والاستثمار سواء كان على المستوى الفردي أو الجماعي أو كان على مستوى الدولة. وكان سبب اختيار هذا الموضوع جهل كثير من الناس خاصة العامة منهم في المجتمع الزراعي البسيط بأحكام وشروط السَّلم الشرعية، فكان لابد من تبصيرهم بهذه الأمور المهمة، وكان من أهم أهداف هذا البحث التعريف بعقد السَّلم وشروطه وأحكامه الشرعية، وبيان التأصيل الشرعي لهذه المعاملة، وبيان كيفية تطبيقاته العملية، سواء كان بين الأفراد أو في المصارف الإسلامية.

وقد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث، تحدثت في المبحث الأول عن تعريف السَّلم ومشروعيته، وفي المبحث الثاني عن شروط السَّلم وأحكامه، وفي المبحث الثالث عن تطبيقات السَّلم المعاصرة.

وقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي والمنهج الوصفي، ومن أهم النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال هذا البحث أن عقد السَّلم . والسَّلم من العقود المهمة جداً من مجال التمويل والاستثمار، وأنه مطبق تطبيقاً عملياً في المصارف الإسلامية.

ومن أهم التوصيات التي أوصى بها الباحث ضرورة الاهتمام من قبل المفتين والاقتصاديين بهذه المعاملة التي تعود بالنفع عل البلاد والعباد.

مقدمـــــة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، ثم الصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا ومولانا وحبيبنا محمد صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يأت دليل شرعي يثبت خلاف ذلك، وأنواع المعاملات في الفقه الإسلامي كثيرة، سواء كانت مذكورة في القرآن الكريم والسنة المطهرة، أو كانت مرتبة اجتهاداً على ما كان عليه العمل في حياة رسول الله (ﷺ)، ومن هذه المعاملات المعاملة التي نحن بصددها الآن ألا وهي معاملة السَّلم، فعقد السَّلم من المعاملات التي كان الناس في الجاهلية يتعاملون به قبل مجيء الإسلام، فلما جاء الإسلام أقرهم عليه مع شيء من التهذيب، ولقد اهتم المسلمون به قديماً اهتماماً كبيراً فنظموا له ما يحتاج إليه من الأحكام التي تضبط التعامل به بشيء من التفصيل.

وفي هذا العصر تجدد الاهتمام بهذا العقد من قبل المفتين والاقتصاديين والإسلاميين، باعتباره من أهم الصيغ الشرعية للتمويل والاستثمار، سواء أكان على المستوى الفردي أو الجماعي، وهو صورة من صور البيع يكون الثمن فيه معجلاً مع تأجيل المثمن إلى أجل معلوم، وبذلك يتم تمويل المشاريع المختلفة سواء أكانت مشاريع زراعية، أو صناعية، أو غيرها من المشروعات المنتجة عن طريق بيع الإنتاج مقدماً بدلاً من التعامل بالفائدة الربوية التي حرمها الشرع الحنيف.

ويعتبر عقد السَّلم من العقود المسماة لالتصاقه بالحياة اليومية للناس لأنه أكثر وقوعاً بينهم تلبية لحاجتهم الماسة.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في:

- أن عقد السَّلم له دور كبير في التمويل والاستثمار، سواء كان على المستوى الفردي أو الجماعي.
- أن عقد السَّلم يعد بديلاً للمعاملات الربوية التي كان الناس يتعاملون بها.
- أن عقد السَّلم فيه من الضمانات الشرعية التي تكفل سلامة التعامل بهذه المعاملة.
- أن عقد السَّلم يعتبر وسيلة التعاون بين الناس وتبادل المنافع والأموال فيما بينهم.

أسباب الاختيار:

- عدم معرفة كثير من الناس بالضوابط الشرعية لعقد السَّلم.
- انتشار معاملة السَّلم في مختلف المجالات الزراعية والصناعية وغيرها.
- التعمق في دراسة المعاملات التي تعود بالنفع العام.

أهداف البحث:

- التعريف بعقد السَّلم وبيان شروطه وأحكامه.
- بيان التأصيل الشرعي لعقد السَّلم.
- التعرف على كيفية تطبيق السَّلم بين الأفراد في المجتمع الزراعي.
- التعرف على كيفية تطبيق السَّلم في المصارف الإسلامية.

مشكلة البحث:

مشكلة البحث تكمن في أن هنالك كثير من الذين يتعاملون بهذه المعاملة خاصة في المجتمع الزراعي بين الأفراد ليست لهم دراية كافية للضوابط الشرعية التي تصحح هذه المعاملة وتجعلها موافقة للشريعة الإسلامية، والتي إذا طبقت بصورتها الشرعية يكون ذلك فيه من الضمانات والكفالات التي تضمن لكل من الطرفين (المسلم والسلم اليه) حقه من غير أي ظلم أو خداع.

ومن خلال هذا يمكن صياغة مشكلة البحث في الأسئلة الآتية:

- ما مفهوم عقد السَّلم وما هو حكمه؟
- ما الضوابط الشرعية التي تجعل عقد السَّلم موافقاً للشريعة الإسلامية؟
- هل هنالك تطبيقات معاصرة لعقد السَّلم بصورته الصحيحة سواء على المستوى الفردي أو الجماعي أو المصرفي؟

منهج البحث:

لقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي والمنهج الوصفي المقارن.

هيكل البحث:

قد قسمت البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة، وفهارس، كالآتي:

المقدمة، وتشمل: أهمية البحث، وسبب الاختيار، والمنهج المتبع، والأهداف، وهيكل البحث.

المبحث الأول: تعريف السَّلم ومشروعيته وأركانه.

المبحث الثاني: شروط السَّلم وأحكامه.

المبحث الثالث: التطبيقات المعاصرة لعقد السَّلم.

المبحث الأول

تعريف السَّلم ومشروعيته وأركانه

المطلب الأول

تعريف السَّلم

أولاً: تعريف السَّلم في اللغة:

السلم اسم من أسلمت وهو السلف وأسلفت تسليفاً واسلافاً وأسلمت بمعنى واحد[١].

والسلم بفتحتين السلف، والسلم أيضاً الاستسلام[٢].

والسَّلم الذي يسمي السلف كأنه مال أسلم ولم يمتنع عن إعطائه[٣].

ثانياً: تعريف السَّلم في الاصطلاح:

عند الحنفية:

السَّلم اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً، وسمي به لما فيه من وجوب تقديم الثمن[٤]. هو بيع آجل بعاجل، والأجل المسلم فيه والعأجل رأس المال[٥]، وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال اختص باسم لاختصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر[٦].

عند المالكية :

السَّلم عقد معاوضه يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين[٧] وهو نوع من البيوع لكنه جعل لقباً على مالم يتعجل فيه قبض المثمون فحقيقته تقديم الثمن وتأخير المثمون[٨] فهو بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل[٩].

عند الشافعية:

السَّلم نوع من البيوع إلا أنه بلفظ خاص، وهو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السَّلم[١٠]، وقيل هو عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً، أي إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة، أي إسلاف عاجل في عوض لا يجب تعجيله، إذاً هو إثبات مال في الذمة ببدل عأجل بأحد اللفظين السَّلم أو السلف[١١]، وهو عقد موصوف في الذمة بمبزول في الحال[١٢].

عند الحنابلة:

السَّلم هو أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل[١٣]، وهو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس[١٤] العقد، وقد سمي سلماً لتسليم رأس المال بالمجلس وسلفاً لتقديمه [١٥].

بعد هذا السرد من تعريفات الفقهاء للسلم نجد أن كل التعريفات التي وردت تحمل معنىً واحداً وإن اختلفت الألفاظ، فالسَّلم عبارة عن بيع يتقدم فيه الثمن ويتأخر فيه المثمن لأجل، أو هو بيع موصوف في الذمة بثمن معجل مقبوض في مجلس العقد، ونجد أن السَّلم والسلف بمعنى واحد، وقد سمي سلماً لتسليم رأس المال في مجلس العقد وسلفاً لتقديمه.

المطلب الثاني

مشروعية السَّلم

عند الحنفية:

السَّلم عقد شرع على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم، وقالوا بجوازه، واستدلوا بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما **الكتاب** فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢]، قال ابن عباس: أشهد أن الله تعالى أجاز السَّلم وأنزل فيه أطول آية في كتابه، وتلا هذه الآية.

أما **السنة**: فقوله (ﷺ): (من أسلم منكم فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)[١٦]، وروى أنه (ﷺ): (نهى عن بيع ما ليس عند الانسان) [١٧] ورخص في السَّلم وعليه الإجماع، وسمى بييع المفاليس، شرع لحاجتهم إلى رأس المال، لأن أغلب من يعقده من لا يكون المسلم فيه في ملكه، لأنه لو كان في ملكه يبيعه بأوفر الثمنين فلا يحتاج إلى السَّلم[١٨]، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم رسول الله (ﷺ) المدينة وهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث، فقال رسول الله (ﷺ): (من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)[١٩].

مشروعية السَّلم عند المالكية :

قالوا بجوازه، وأصله الكتاب والسنة والإجماع، أما **الكتاب**: فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢].

أما من **السنة**: قوله (ﷺ): (من أسلم في شئ ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)[٢٠]، ونهى عن بيع ما ليس عندك وأرخص في السَّلم .

واجتمعت الأمة على جوازه من حيث الجملة ولأن الثمن يجوز تأخيره في الذمة فيجوز المثمن قياساً عليه، ولأن الناس يحتاجون لأخذ ما ينفقونه على ثمارهم قبل طيبها فيباح لهم البيع وتنمية أموالهم بشراء ما يتأخر فيباح لهم الشراء[٢١].

قال مالك: (وبلغني أن ابن عباس سُئل عن السلف في الطعام فقال: لا بأس بذلك، وتلا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢].

قال مالك: (فهذا يجمع لك الدين كله)، وقال مالك عن نافع: أن ابن عمر كان يقول: لا بأس أن يبتاع الرجل طعاماً مسمى إلى أجل مسمى بسعر معلوم، كان لصاحبه طعام أم لم يكن له.

وعن عبدالله بن أبي مجالد قال: سألت عبدالله بن أبي أوفى صاحب رسول الله (ﷺ)عن السلف في الطعام فقال: كُنا نسلف على عهد رسول الله (ﷺ) في القمح والشعير والتمر والزبيب إلى أجل معلوم وكيل معلوم وما هو عند صاحبه[٢٢].

عند الشافعية:

قال الشافعي: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢]، يحتمل كل دين ويحتمل السلف خاصة، وقد ذهب فيه ابن عباس إلى أنه في السلف خاصة بقوله: (أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمي قد أحله الله في كتابه وأذن فيه، ثم تلا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢].

قال الشافعي :

والسلف جائز في سنة رسول الله (ﷺ) والآثار، وما لا يختلف فيه أهل العلم عامتهم، واحتج بما جاء

عن ابن عباس انه (ﷺ) قال: (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)[٢٣]، فالسَّلم جائز والدليل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع .

وروى جامع بن شداد عن طارق المجازي قال: (كنت في رفقة فنزلنا قرب المدينة فكان معنا ناقة حمراء، فخرج إلينا رجل عليه ثوبان فقال: تبيعون الناقة؟ قلنا: نعم، قال: بكم؟ فقلنا: بكذا أو كذا وسقاً من تمر، فأخذ الناقة ولم يتربص، فلما أخذها وتوارى بين جدران المدينة قال بعضنا لبعض: أتعرفون الرجل؟ فقال بعضنا: أما وجهه فوجه غدار، فلما كان وقت العصر جاءنا رجل فقال: أن رسول الله (ﷺ) يأمركم أن تأكلوا حتى تشبعوا وأن تكتالوا حتى تستوفوا، قال: فأكلنا حتى شبعنا وأكتلنا حتى استوفينا).

فموضع الدلالة منه، أنه ابتاع الناقة بثمن موصوف في الذمة، فدل على أمرين: أحدهما جواز السَّلم في الأصل، والثاني: جوازه حالاً[٢٤] قياساً على الثمن، فكلما جاز أن يكون حالاً ومؤجلاً فكذلك المثمن، ولأن فيه رفقاً، فإن أرباب الضياع يحتاجون لما ينفقونه على مصالحها، فيستلفون على الغلة وأرباب النقود ينتفعون بالرَخص، فيجوز ذلك وإن كان فيه غرر كالإجارة على المنافع المعدومة[٢٥].

١-عند الحنابلة :

السَّلم جائز بالإجماع لقوله (ﷺ): (من أسلف في شئ فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) [٢٦]، والمعنى الشاهد بذلك لأن الناس بحاجة إليه لأن أرباب الزروع والثمار يحتاجون إلى النفقة عليها لتكمل فجوز لهم السَّلم لينتفعوا وليرتفق المسلم[٢٧].

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السَّلم جائز، ولأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن، ولأن الناس بحاجة إليه، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة، فجُوز لهم السَّلم[٢٨].

فالسَّلم اذاً جائز ومشروع باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة، وقد ذكروا كثيراً من الأدلة سواً من الكتاب أو من السنة على مشروعيته، وذلك لحاجة الناس الماسة لمثل هذه المعاملة، وقد استثني السَّلم من قاعدة النهي عن بيع المعدوم تيسيراً على الناس وتخفيفاً عليهم، لأن بعض أرباب الزروع يملكون الأراضي ويريدون زراعتها ولكن لا يملكون ما ينفقونه على الزراعة من تكاليف الحرث والسقي إلى غير ذلك من النفقات، ولذلك يلجأوون إلى بيع بعض محصولهم قبل زراعته حتى يستفيدوا من هذا الثمن المتقدم في تكاليف الزراعة.

المطلب الثالث

أركان السَّلم

السَّلم قسم من أقسام البيع، فأركان البيع أركان له[٢٩] وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن أركان السَّلم ثلاثة:

١- الصيغه وهي الإيجاب والقبول .

٢- العاقدان وهما المُسْلِم والمسلم إليه .

٣- المحل وهو شيئان رأس المال والمسلم فيه وخالف في ذلك الحنفية، حيث اعتبروا ركن السَّلم هو الصيغة المؤلفة من الإيجاب والقبول الدالين على اتفاق الإرادتين وتوافقهما على

انشاء هذا العقد.

وقد اتفق الفقهاء على صحة الإيجاب بلفظ السَّلم أو السلف وكل ما اشتق منهما كأسلمتك وأسلفتك لأنهما لفظان بمعنى واحد، وكذا على صحة القبول بكل لفظ يدل على الرضا بما أوجبه الأول مثل قبلت ورضيت، غير أن الفقهاء اختلفوا في صحة انعقاد السَّلم بلفظ البيع على قولين:

أحدهما: لأبي حنيفة وصاحبيه والمالكية والشافعية في القول المقابل للأصح والحنابلة، أنه ينعقد بلفظ البيع إذا بين فيه إرادة السَّلم وتحققت شروطه، كأن يقول رب السَّلم: اشتريت منك خمسين رطلاً زيتاً صفته كذا إلى أجل كذا بعشر دنانير حالة وقبل المسلم إليه، أو يقول المسلم إليه: بعتك عشرين صاعاً من قمح صفته كذا إلى أجل كذا بخمسين ديناراً معجلة في المجلس وقبل الطرف الآخر[٣٠].

والثاني: لزفر من الحنفية والشافعية في وجه وهو أن السَّلم لا ينعقد بلفظ البيع، وحجة زفر أن القياس أن لا ينعقد أصلاً لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وأنه منهي عنه، إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السَّلم، فوجب الاقتصار عليه [٣١].

بعد هذا السرد لآراء الفقهاء في أركان السَّلم يرى الباحث أن الفقهاء اختلفوا في أركان السَّلم، فمنهم من يقول أن السَّلم له ركن واحد وهو الصيغة وهم الحنفية، وحجتهم أن وجود الصيغة يلزم وجود باقي الأركان من العاقدين والمحل، وأما جمهور الفقهاء فقد فصلوا في ذلك وقالوا أن أركان السَّلم ثلاثة العاقدان والصيغة والمحل وهو الرأي الذي اختاره الباحث لما فيه من تفصيل ووضوح.

أما بالنسبة لألفاظ السَّلم فقد اتفق الفقهاء على أنه ينعقد بلفظ السَّلم والسلف إلا أنهم اختلفوا في لفظ البيع فمنهم من قال ينعقد، ومنهم من قال لا ينعقد، والذي يميل إليه الباحث هو الرأي الذي يقول بأن السَّلم ينعقد بلفظ البيع إذا تحققت شروط السَّلم، وذلك استناداً للقاعدة الفقهية التي تقول بأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

المبحث الثاني
شروط وأحكام السَّلم

المطلب الأول
شروط السَّلم

١-عند الحنفية:

لا يصح السَّلم عند الحنفية الا بسبع شروط تذكر في العقد وهي:

- جنس معلوم، كحنطة أو شعير.
- ونوع معلوم، كحوراني أو بلدي.
- وصفة معلومة، كجيد أو رديء.
- ومقدار معلوم، كيلاً أو وزناً.
- وأجل معلوم، وأدناه شهر.
- ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان رأس المال مما يتعلق العقد على معرفة قدره ذلك كالمكيل والموزون والمعدود، بخلاف الثوب والحيوان فإنه يصير معلوماً بالإشارة اتفاقاً.
- والسابع: تسمية المكان الذي يوافيه فيه إذا كان له (أي المسلم فيه) حمل ومؤونة، وأما ما لا حمل ولا مؤونة فلا، ويسلمه حيث لقيه.

وهنالك شروط أخرى عند الحنفية زيادة على الشروط السبع، وهي: أن لا يشمل البدلان على أحد وصفي علة الربا فيكون فاسداً، وأن يكون

المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز السَّلم في الدراهم والدنانير، وأن يكون العقد باتاً ليس فيه خيار[٣٢]، وأن يكون رأس المال مقبوضاً قبل المفارقة لأن السَّلم أخذ عاجل بآجل، فيجب قبض أحد البدلين ليتحقق معنى الاسم [٣٣].

٢- عند المالكية:

يشترط للسلم عند المالكية شروط وهي: تسليم رأس المال وأن يكون المسلم فيه ديناً وأن يكون مؤجلاً، وأن يكون مقدوراً على تسليمه عند المحل، وأن يكون معلوم المقدار، وأن يكون معروف الأوصاف وقبض رأس المال كله، لنهيه (ﷺ) (عن الكالئ بالكالئ)[٣٤] وهو الدين بالدين، فوجب تقديم النقد وكل من أخر النقد في السَّلم بشرط فالسَّلم فاسد، وإن تأخر بعضه انفسخ السَّلم كله.

قال ابن رشد: المشهور جواز تأخير رأس مال السَّلم ثلاثة أيام فما دونها بالشرط[٣٥]، فإذا عقد السَّلم على النقد وأخّر قبض رأس المال إلى اليومين أو الثلاثة جاز البيع، ولا يخرج عن كونه معجلاً، ومعنى ذلك إن تأخر أكثر من ثلاثة أيام لم يجز بشرط أو بغيره[٣٦].

٣- عند الشافعية:

يشترط للسلم عند الشافعية مع شروط البيع المتوقف صحته عليها أمور ستة:

أحدها: تسليم رأس المال وهو الثمن في المجلس، أى مجلس العقد، فلو تفرقا قبل قبضه أو جعلاه مؤجلاً وإن سلماه في المجلس بطل .

الثاني: كون المسلم فيه ديناً لأن حقيقته لا تتحقق بغير الدينية، فمرادهم بالشرط ما لابد منه وإن كان جزءاً من الحقيقة، فلو قال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فليس بسلم لانتفاء الدينية، ولا ينعقد بيعاً لاختلال اللفظ في الأظهر، ومقابله ينعقد نظراً للمعنى.

الثالث: بيان محل تسليم المسلم فيه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم أو يصلح ولحمله مؤونة.

الرابع: أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم، وذلك في السَّلم الحال بالعقد وبالمؤجل بحلول الأجل .

الخامس: كون المسلم فيه معلوم القدر كيلاً فيما يُكال ووزناً فيما يوزن وعداً فيما يُعد وزرعاً فيما يزرع.

السادس: معرفة الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً ويضبط بها المسلم فيه، ويشترط ذكرها في العقد متصله به لا قبله ولا بعده[٣٧]، ولا يمكن استقصاء كل وصف مقصود ولكن كل وصف مقصود تختلف به القيمة اختلافاً ظاهراً[٣٨].

٤- عند الحنابلة :

ويصح السَّلم عند الحنابلة بسبع شروط وهي:

أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته كمكيل ونحوه، وذكر جنس ونوع وكل وصف يختلف به الثمن غالباً، وذكر قدره، ولا يصح في مكيل وزناً وعكسه، وذكر أجل معلوم كشهر، وأن يوجد غالباً في محله، فإن تعزر أو تعزر بعضه صبر أو أخذ رأس ماله وقبض الثمن قبل التفرق، وأن يسلم في الذمة فلا يصح في غيره[٣٩].

إذاً شروط السَّلم عند الحنابلة تتمثل في الآتي:

١- انضباط صفاته .

٢- ذكر الجنس والنوع .

٣- ذكر قدره، أي قدر المسلم فيه .

٤- ذكر أجل معلوم، لأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه .

٥- أن يوجد المسلم فيه غالباً عند محِله، أي وقت حلوله لوجوب تسليمه .

٦- أن يقبض الثمن تاماً، ويجب أن يكون معلوم قدره ووصفه .

٧- أن يسلم في الذمة، فلا يصح السَّلم في عين كدار وشجرة لأنهما ربما تلفت قبل أوان تسليمها[٤٠].

بعد هذا السرد لشروط السَّلم عند الفقهاء في المذاهب الأربعة نجد أن من أهم الشروط التي تحدثوا عنها كثيراً كون المسلم فيه معلوماً قدراً وكيلاً ووزناً وعدداً، وأن يكون معلوم الصفة، وأن يكون مؤجلاً، إلا الإمام الشافعي يقول: بأنه يجوز أن يكون المسلم فيه حالاً، والذي يميل إليه الباحث هو الرأي الذي يقول بوجوب تأجيل المسلم فيه حتى يتحقق معنى السَّلم الذي يقول بأنه بيع آجل بعاجل.

وأيضاً من الشروط المهمة التي تحدثوا عنها أن يكون رأس مال السَّلم معلوم القدر كيلاً ووزناً وعدداً، وأن يكون مقبوضاً في مجلس العقد، إلا عند بعض المالكية يقولون بأنه يجوز تأجيل رأس مال السَّلم إلى ثلاثة أيام فأقل، والذي يميل إليه الباحث هو الرأي الذي يقول بأنه يجوز تأجيله إلى ثلاثة أيام فأقل مراعاة لظروف الناس.

المطلب الثاني

أحكام السَّلم

أولاً: حكم السَّلم في الحيوان:

عند الحنفية:

لا يجوز السَّلم في الحيوان ولحمه وأطرافه وجلوده، لأنه عليه الصلاة والسلام (نهى عن السَّلم في الحيوان)[٤١] لأنه مما يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً باعتبار معانيه الباطنة، وذلك يوجب التفاوت في المالية فيؤدي إلى النزاع، أما اللحم فمذهب أبوحنيفة رحمه الله إذا سمي من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز، لأنه وزن معلوم القدر والصفة فيجوز، أما عند بعض مشايخ الحنفية لا يجوز، لأنه قد يتفاوت بالسمن والهزال[٤٢].

عند المالكية :

يجوز السَّلم في الحيوان دون أعضائه من الجلود والرؤوس لشدة تفاوتها[٤٣].

ولا يسلم في نسل حيوان بعينه من الأنعام والدواب وإن كانت حوامل، وإنما يكون السَّلم في الحيوان مضموناً لا في نسله[٤٤].

عند الشافعية :

أنه يجوز السَّلم في الحيوان، واحتجوا بأن النبي (ﷺ) (تسلف بكراً مضاربة عليه حيواناً مضموناً)[٤٥]، وأن علياً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (باع جملاً بعشرين جملاً إلى أجل، وأن ابن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة إلى أجل، فمذهب الشافعي هو جواز السَّلم في الحيوان وهو من الصحابة قول علي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، ومن التابعين قول سعيد بن المسيب والحسن البصري وغيرهم[٤٦].

عند الحنابلة :

يصح السَّلم في الحيوان ويشمل أي حيوان من إبل أو بقر أو غنم أو حمر أو ظباء أو أرانب، والدليل أن النبي (ﷺ) (استلف من رجل بكراً)[٤٧]، وكان عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال أمره النبي (ﷺ) أن يجهز جيشاً، فنفذت الإبل، فأمره أن يأخذ على إبل الصدقة البعير بالبعيرين، والبعيرين بالثلاثة[٤٨]، فهذا دليل على جواز السَّلم في الحيوان، لكن لابد من ضبطه فيقال: ثني أو رباع أو جزع سمين ضعيف متوسط، فلابد أن يضبط بكل وصف يختلف به الثمن، فعليه يصح السَّلم في الحيوان بشرط ألا يكون حاملاً[٤٩].

إذاً السَّلم في الحيوان مختلف فيه بين فقهاء المذاهب الأربعة فمنهم من يقول بأن السَّلم في الحيوان غير جائز وهم الحنفية، ومنهم من يقول أنه جائز وهم المالكية والشافعية والحنابلة، والذي اختاره الباحث هو الرأي الذي يقول بجواز السَّلم في الحيوان إذا ضبط وصفه كما قال المجوزون، وذلك لحاجة الناس الماسة لمثل هذا التعامل، وخاصة أن أرباب المواشي لهم دراية واسعة في وصف الحيوان الذي يراد السَّلم فيه .

ثانياً: **حكم السَّلم في الثياب:**

عند الحنفية:

يجوز السَّلم في الثياب إذا بُيّن طولاً وعرضاً ورقعة، لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم، وإن كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه [٥٠].

وقد جوِّز السَّلم في الثياب لحاجتهم إلى ذلك فيكون إجماعاً منهم على الجواز، وأنه إذا بُيّن جنسه ونوعه وصفته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت[٥١].

عند المالكية:

يجوز السَّلم في الثياب بصفة معلومة وذراع معلوم طوله وعرضه وصفاته وخفته ونحوه، ولم يشترط الوزن في الحرير إذا وصفه ووصف صفاته وخفته[٥٢].

عند الشافعية :

يجوز السَّلم في الثياب كالقطن أو الكتان أو الصوف، إن كانت هذه الاصناف خاليه من الخلط أو كان خلطها مما يمكن تقديره وضبطه بدقة، على أن يذكر في العقد النوع والبلد الذي ينتج فيه إن اختلف به الغرض، ويذكر الطول والعرض والغلظة والرقة والنعومة والخشونة واللون لاختلاف الغرض بذلك[٥٣].

عند الحنابلة :

يجوز السَّلم في الثياب المنسوجة من نوعين الكتان والقطن ونحوها لأن ضبطها يمكن [٥٤].

قال ابن المنذر: وأجمعوا على جواز السَّلم في الثياب[٥٥].

إذاً فقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز السَّلم في الثياب ولكن بقيود وشروط معينة، إذا علم طوله وعرضه وجميع صفاته، والواقع المعاش يحتم على أنه لابد من أن يكون السَّلم في الثياب جائز تسهيلاً على الناس.

ثالثاً : **الخيار في السَّلم:**

عند الحنفية:

لا فائدة في إثبات الخيار في السَّلم، لأن المسلم فيه دين في الذمة، وإذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان، وهنا إثبات الخيار مقيد لأنه بيع عين ، فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله [٥٦].

عند المالكية:

الخيار في السَّلم جائز، اي يجوز ان يجعل أحدهما لصاحبه او لأجنبي الخيار في امضاء عقد السَّلم او رده بشرطين:

الأول: أن تكون مدة الخيار ثلاثة أيام فأقل، وهو الأجل الذي يجوز تأخير رأس المال إليه بالشرط، فلا يجوز الزيادة على ذلك سواء كان رأس المال عيناً أو غيره، إذ لا يجوز التأخير أكثر من ثلاثة أيام بشرط ولا غيره .

الثاني: أن لا ينقد رأس المال في زمن الخيار بشرط ولا تطوع، لأنه لو نقد وتم السَّلم لكان فسخ دين في دين، لإعطاء المسلم إليه سلعة موصوفة لأجل عما ترتب في ذمته وهو حقيقة فسخ الدين بالدين[٥٧].

قال بعض القرويين:

وإذا تطوع بالنقد في الخيار في السَّلم فأخبر بإفساد ذلك، فرجع فأخذ ما نقد قبل تمام الخيار أو بعده، صح السَّلم، لأن عقده في الأصل صحيح، وإنما أفسده ما أحدثاه، فإذا أبطلا ما أحدثاه لم يبطل العقد الصحيح، وأما اشتراط النقد فهو مفسد للخيار[٥٨].

عند الشافعية:

قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز الخيار في السَّلم، لو قال رجل لرجل : ابتاع منك بمائة دينار أنقدكها مائة صاع تمراً إلى شهر على أني بالخيار بعد تفرقنا من مقامنا الذي تبايعنا فيه أنت بالخيار أو كلانا بالخيار لم يجز فيه البيع، ولا يجوز أن يسلف رجل رجلاً مائة دينار على أن يدفع إليه مائة صاع موصوف إلى أجل كذا، فإذا حل الأجل فالذي عليه الطعام بالخيار في أن يعطيه ما أسلفه أو يرد إليه رأس ماله حتى يكون البيع مقطوعاً بينهما[٥٩].

عند الحنابلة:

لا يدخل خيار الشرط في العقود التي يشترط فيها القبض في المجلس كالسَّلم والصرف وبيع مال الربا بجنسه رواية واحدة، لأن موضوعها على أن لا يبقى بينهما علقة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض، وثبوت الخيار يبقى بينهما علقة.

ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من المذهب، لأن موضوعه للنظر في الحظ في المعاوضه وهو موجود فيها، وعن الإمام أحمد لا يثبت فيها خيار المجلس إلحاقاً بخيار الشرط[٦٠].

بعد هذا السرد لآراء الفقهاء في ثبوت الخيار في السَّلم نجد أنهم قد اختلفوا في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: قول الحنفية والشافعية: أنه لا يجوز اشتراط الخيار في السَّلم سواءً كان خيار شرط أو خيار مجلس، إذ لا فائدة من إثبات الخيار في السَّلم .

القول الثاني: قول المالكية: أنه يجوز اشتراط الخيار في السَّلم ولكن بشروط معينة ذكرت آنفاً، فإذا توفرت هذه الشروط يجوز اشتراط الخيار وإلا فلا يجوز .

القول الثالث: قول الحنابلة: الذي يفرق بين خيار الشرط وخيار المجلس، وقالوا بعدم ثبوت خيار الشرط بخلاف خيار المجلس فإنه يثبت فيه. إلا أن هنالك رأي آخر للإمام أحمد بن حنبل يقول بعدم ثبوت خيار المجلس أيضاً.

والقول الذي اختاره الباحث هو قول الحنفية والشافعية الذي يقول بأنه لا يجوز اشتراط الخيار في السَّلم إذ لا فائدة فيه، خاصة وأن عقد السَّلم من العقود غير اللازمة فيجوز لكلا العاقدين فسخه متى ما شاء، فلا داعي للخيار، لأن الخيار إنما يثبت في العقود اللازمة كالبيع والإجارة وعقد السَّلم جوز على خلاف القياس فلا ينطبق فيه كل ما ينطبق على البيع، لأن الخيار إنما يثبت في العقود اللازمة كالبيع والإجارة .

رابعاً: **الاختلاف في السَّلم:**

عند الحنفية:

إذا اختلف رب السَّلم والمسلم إليه في اشتراط وصف السَّلم، بأن قال أحدهما: شرطناه رديئاً، وقال الآخر لم نشترط شيئاً، كان القول لمن ادعى الاشتراط فيهما لا لمن نفاه لأنه مدعي الصحة، اذ السَّلم لا يجوز إلا مؤجلاً موصوفاً، فشهد له الظاهر، وعند الصاحبان القول للمنكر.

وإذا اختلفا في السَّلم يتحالفان استحساناً ويبدأ بيمين المطلوب عند أبي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد، وأي برهن قُبل، فإن برهنا قضي ببينة رب السَّلم بسلم واحد عند أبي يوسف ويقال هو قول أبي حنيفة.

والمسألة على ثلاثة أوجه، لأن رأس المال إما عين، أو دين، وكل وجه على ثلاثة أوجه، اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما، فإن كان رأس المال عيناً واختلفا في المسلم فيه لا غير، فقال الطالب هذا الثوب في كرحنطة، وقال الآخر في نصف كر أو في شعير أو في الحنطة الرديئة، وأقاما البينة قضي ببينة رب السَّلم إجماعاً، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما: هذا الثوب وقال الآخر: هذا العير واتفقا في المسلم فيه أنه الحنطة وأقاما البينة قضي بالسَّلمين.

وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير إن اتفقا في رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البينة، فالبينة لرب السَّلم، ويقضي بسلم واحد عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وإن كان الاختلاف في القَلب فعلى هذا الاختلاف.

ولو اختلفا فيهما، فقال أحدهما: عشرة دراهم في كري حنطة وقال الآخر: خمسة عشر في كر، وأقاما البينة، فعند أبي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضي بسلمين، وعند محمد يقضي بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين، ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير ينبغي أن يقضي بسلمين.

والحاصل أنهما إذا اختلفا في الجنس والصفة أو المقدار تحالفا سواء كان في رأس المال أو المسلم فيه، وإن اختلفا في الإشتراط والوصف أو الأجل فالقول لمثبته لا لنافيه، وإن اختلفا في مقدار الأجل فالقول لرب السَّلم، وان اختلفا في مضيه فالقول للمسلم إليه، وإن اختلفا في بيان مكان الإيفاء فالقول للمطلوب، وإن برهنا فللطالب عند أبي حنيفة وعند الصاحبين يتحالفان ويترادان السَّلم[٦١].

عند المالكية:

إذا اختلف المتبايعان عند قبض السَّلم أو قبل قبضه في نفس الشئ، نحو أن يقول المبتاع: أسلمت إليك في قمح ويقول البائع في شعير أو عدس، تحالفا، إلا أن يأتي أحدهما في دعواه بما لا يعرف مثله

في رأس مال ذلك المسلم، فيكون القول أبداً قول من أتى بما يشبه، أو قال أحدهما: ابتعت منك حماراً وقال الآخر: بغلاً، أو قال أحدهما: ثوب قطن وقال الآخر: ثوب كتان ونحو هذا كله، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع باليمين، فإن حلف لزم المبتاع ما حلف عليه إلا أن يحلف على ما ذكره ويبرأ فإن حلف المبتاع تفاسخا البيع، فإن نكل البائع عن اليمين حلف المبتاع إن شاء وكانت السلعة له بما حلف عليه، فإن أبى أيضاً من اليمين تفاسخا أيضاً.

وإن اختلفا عند حلول السَّلم، فان قال البائع: أسلمت إليك في حنطة بيضاء وقال المبتاع: أسلمت إليك في حنطة سمراء، فالقول قول البائع باليمين وكذلك لو اتفقا في رأس المال عند حلول السَّلم واختلفا في المكيلة فقال أحدهما: في صفة كذا وقال الآخر: بل صفة كذا، وهكذا فالقول قول البائع وهو المسلم إليه ابداً مع يمينه، وذلك إذا جاء بما يشبه وإلا فالقول قول من جاء بما يشبه، وفيهما قول آخر أنهما يتحالفان ويتفاسخان وهو قول أشهب.

ولو اختلفا في موضع قبض السَّلم ولم يكن لأحدهما بينة حكم على البائع بالقضاء في الموضع الذي انعقدت فيه بينهما الصفقة[٦٢].

وإذا ادعى كل منهما أنه لا يعلم قدر ما وقع به البيع فإنه يحلف على أنه لا يعلم قدره ويفسخ، وترد السلعة إن كانت قائمة وإلا ترد قيمتها إن كانت مقومة ومثلها إن كانت مثلية [٦٣].

عند الشافعية :

قال الشافعي رحمه الله: ولو اختلفا في السَّلم فقال المشتري: أسلفتك مائة دينار في مائتي صاع حنطة، وقال البائع: مائة دينار في مائة صاع حنطة أحلف البائع بالله ما باع بالمائه التي قبض منه إلا مائة صاع فإذا حلف، قيل للمشتري إن شئت فلك عليه المائة صاع التي أقر بها، وإن شئت فاحلف ما ابتعت منه مائة صاع وقد كان بيعك مائتي صاع لأنه مدع عليك أنه ملك عليك المائة دينار بالمائة صاع وأنت منكر، فإن حلف تفاسخا، وكذلك لو اختلفا فيما اشتري منه، فقال: أسلفتك مائتي دينار في مائة صاع تمر وقال: بل أسلفتني في مائة صاع ذرة أو قال: أسلفتك في سلعة موصوفة، وقال الآخر: بل في سلعة غير موصوفة يحلف البائع ثم يخير المبتاع بين أن يأخذ بما أقر البائع بلا يمين أو ان يحلف فيبرأ من دعوى البائع ويتفاسخان.

وكذلك لو تصادقا في السلعة واختلفا في الأجل فقال المسلف: هي إلى سنة، وقال البائع: هي إلى سنتين، حلف البائع وخيّر المشتري، فإن رضي وإلا حلف وتفاسخا[٦٤].

عند الحنابلة:

إذا اختلف المسلم والمسلم إليه في قدر الأجل أو مضيه فالقول قول المسلم إليه مع يمينه[٦٥] فيقبل قول مسلم إليه في قدر أجل او مضيه بيمينه، لأن العقد اقتضى الأجل فالأصل بقاؤه، ولأن المسلم إليه ينكر استحقاق التسليم وهو الأصل ويقبل قوله أيضاً في مكان التسليم، إذ الأصل براءة ذمته من مؤونة نقله إلى موضع ادعى المسلم شرط التسليم فيه[٦٦].

بعد هذا السرد لأقوال الفقهاء في الاختلاف في السَّلم، نجد أنهم قد تحدثوا كثيراً في اختلافات كثيرة بين المسلم والمسلم إليه، سواء كان هذا

الاختلاف في السَّلم نفسه أو في الأجل أو في صفة ومقدار المسلم فيه ورأس المال فالذي توصل إليه الباحث هو أن القول دائماً قول من يدعي الظاهر أو من يدعي ما يشبه كما قال الفقهاء، فمثلاً إذا قال أحدهما: أسلمتك في سلعة موصوفة، وقال الآخر: أسلمتني في سلعة غير موصوفة، فالقول فيه هذه الحالة قول من يدعي الوصف لأن الظاهر يشهد له، والظاهر أن السَّلم لا يجوز إلا موصوفاً، وهكذا في كل اختلاف فيقبل قول من يدعي الظاهر.

خامساً: **لوا نقطع عند المحِل:**

عند الحنفية:

لا يجوز السَّلم في الشئ المنقطع لفوات شرطه وهو أن يكون موجوداً من حين العقد إلى حِين المحِل بكسر الحاء، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس، أو منقطعاً فيما بين ذلك لم يجز، لأنه غير مقدور التسليم لتوهم موت المسلم إليه فيحل الأجل وهو منقطع فيتضرر رب السَّلم، وحد الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق التي تباع فيها وإن كان في البيوت، ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السَّلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وإن شاء انتظر وجوده[٦٧].

عند المالكية:

لا يجوز أن يسلم في شئ حتي يكون مامونا لا ينقطع من أيدي الناس في وقت محله، ومن أسلم في رطب أو تين أخضر أو عنب أو ما شابه ذلك من الثمار، فلم يقبضه حتى نقد أو انقطع، فلمالك وأصحابه في ذلك أقوال:

القول الأول: أنه يحاسبه بما أخذ إن كان قبض منه شيئاً ويؤخره بما بقي عليه من رأس ماله ما شاء أو يقبضه، وإن شاء أخره بما بقي عليه من السَّلم إلى العام المقبل، وإن شاء فسخ سلمه وأخذ ثمنه.

القول الثاني: أنه ليس له أن يؤخره بما تسلم منه أو بما بقي له منه عليه إلى قابل.

القول الثالث: أن البيع بينهما منفسخ بعدم المسلم فيه[٦٨].

وقد جاء في حاشية الصاوي: أنه لو انقطع ماله أبان أي وقت معين يظهر فيه كبعض الأثمار خُير المشتري في الفسخ وأخذ رأس ماله وفي البقاء لقابل حتى يظهر المسلم فيه في وقته، فإن أتى فلا فسخ وتعين أخذ المسلم فيه ومحل التخيير إذا لم يكن التأخير حتى الانقطاع بسبب المشتري، والأوجب الإبقاء لقابل، لأن قد ظلم البائع حيث فرط في أخذ حقه فتخييره زيادة ظلم له[٦٩].

عند الشافعية:

قال النووي: ولو أسلم فيما يعم فانقطع في محله لم ينفسخ على الأظهر فيخير المسلم بين الصبر وبين الفسخ حتى يوجد، فلو علم قبل المحل انقطاعه عنده فلا خيار قبله في الأصح[٧٠].

وقد جاء في التنبيه: إن أسلم فيما يؤمن انقطاعه في محله ففيه قولان:

أصحهما كما قال النووي: أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى، أن يوجد.

والثاني: أنه ينفسخ العقد [٧١].

عند الحنابلة:

إن أسلم إلى محل يوجد فيه عاماً فانقطع، خُيّر بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه ان

كان معدوماً .

فإن تعزر كل المسلم فيه عند محله أو بعضه إما لغيبة المسلم فيه أو لعجز عن التسليم أو لعدم حمل الثمار تلك السنة وما أشبهه، فالصحيح من المذهب أنه يخير بين الصبر والفسخ في الكل أو البعض، وقيل يفسخ في البعض المتعذر وله الخيار في الباقي[٧٢].

وبعد هذا السرد لأقوال الفقهاء في حكم السَّلم حالة انقطاع المسلم فيه عند محله، فنجد أن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز السَّلم إذا كان المسلم فيه يكون منقطعاً عند محله غالباً، أما اذا كان من مالا ينقطع غالباً عند محله فقالوا في هذه الحالة المشتري بالخيار بين أن يفسخ العقد ويأخذ رأس ماله وبين أن يصبر إلى حين وجود المسلم فيه.

والذي عليه الباحث هو أن المشتري ليس عليه أن يفسخ العقد، بل عليه أن يصبر إلى حين وجود المسلم فيه، لأن الانقطاع قد يكون بسبب خارج عن إرادة المسلم إليه وهو البائع، ولذلك على المشتري أن يضرب له أجلاً آخر، فإذا انتهى الأجل الثاني بعد ذلك يكون المشتري بالخيار بين الفسخ والصبر مرة أخرى.

سادساً: **بيع المسلم فيه قبل قبضه:**

عند الحنفية:

لا يصح التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض، لأن المسلم فيه مبيع، والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه مفوت له فلم يجز[٧٣].

عند المالكية :

يجوز بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه اذا لم يكن طعاماً لأنه (ﷺ) (قد نهى عن بيع الطعام قبل قبضه)[٧٤].

قال ابن رشد الحفيد: وأما بيع السَّلم من غير المسلم إليه فيجوز بكل شئ يجوز به التبايع ما لم يكن طعاماً، لأنه يدخل في مبيع الطعام قبل قبضه[٧٥].

عند الشافعية:

لا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه ولا الاعتياض عنه لعموم النهي عن ذلك، فلا يصح بيعه ولو نقداً، والمراد به كل مثمن في الذمة ولو غير مسلم فيه، فيشمل المبيع في الذمة بغير لفظ السَّلم[٧٦].

عند الحنابلة:

لا يجوز بيع السَّلم قبل قبضه لأن النبي (ﷺ): (نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن بيع مالم يضمن)[٧٧]، فلا يحل ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه[٧٨].

بعد هذا السرد لآراء الفقهاء في مسألة بيع المسلم فيه قبل قبضه نخلص إلى أن هنالك قولان في هذة المسألة:

القول الأول: أنه لا يجوز بيع المسلم فيه مطلقاً سواء كان طعاماً أو غيره لعموم النهي في ذلك، وذلك قول الحنفية والشافعية والحنابلة .

القول الثاني: أنه يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه مالم يكن طعاماً باعتبار أن النهي الذي ورد في الحديث خاص بالطعام وهذا قول المالكية فنجد أن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه اذا كان طعاماً ، أما في غير الطعام فمختلف فيه على النحو الذي ذكر آنفاً.

والذي عليه الباحث هو القول الأول الذي يقول بعدم جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه سواء كان طعاماً أو غيره لأن المبيع قبل قبضه في ضمان البائع فيضمنه في حالة الهلاك وقد يربح المشتري في شئ لم يتحمل فيه تبعة الخسارة فيظلم البائع ولذلك يري الباحث أن الرأي الأول هو الأوفق .

المبحث الثالث

تطبيقات عقد السَّلم المعاصرة

المطلب الأول

تطبيقات السَّلم في االبيئة الزراعية (بين الأفراد)

كما هو معلوم أن عقد السَّلم معروف منذ زمن بعيد في الأوساط الزراعية ، ويعرف عندنا في السودان بنظام الشيل ، وكان معاملة معلومة للجميع وقد كان تطبيقه مبكراً حيث كان يبرم غالباً بين المزارعين والتجار ولما درج بعض التجار على استغلال حاجة المزارع للتمويل واسترخاص سلعته (المسلم فيه) عالج قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في المادة (٢٢١) هذا الاستغلال حماية للمزارع باعتباره منتجاً وفي حمايته نفع عام للجميع باستمرارية الإنتاج وتأمين الغذاء ، حيث نص على الآتي:

١- إذا استغل المشتري في السَّلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفه إجحافا بيناً كان للبائع حينما يحين الوفاء أن يطلب إلى المحكمة تعديل السعر أو الشروط بصورة يزول معها الإجحاف .

٢- للمشتري الحق في عدم قبول التعديل الذي تراه المحكمة واسترداد الثمن الحقيقي الذي سلمه فعلاً للبائع وحينئذٍ يحق للبائع أن يبيع محصوله لمن شاء[٧٩].

هذه المادة مأخوذة من القانون المدني الأردني، المادة (٥٣٨) والقانون المدني الأردني أحكامه مستمدة من الفقه الإسلامي، والتزم فيه بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية وشارك في وضعه عدد كبير من الفقهاء في البلاد العربية[٨٠].

فالملاحظ أن هذه المادة من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م قد عالجت مسألة استغلال بعض التجار للطبقة الفقيرة من المزارعين والمنتجين بحكم علمهم الواسع في تجارة الحبوب وفي نفس الوقت يملكون سيولة عالية فيجد المزارع البسيط نفسه أمام هؤلاء التجار وليس له بديل إلا أن يبيع محصوله لهم ونجد أن هذه المادة فيها عدل واضح بالنسبة للمزارع وبالنسبة للتاجر (البائع والمشتري) بحيث أن كلاً منهما لا يقع عليه أي ظلم من الآخر وبذلك يستطيع المزارع وبكل اطمئنان أن يتعامل بالسَّلم الذي لم يلجأ إليه إلا للحاجة الماسة علماً بأن بيع السَّلم هذا مبني من قاعدة النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان لحاجة الناس الماسة لمثل هذا التعامل وكذلك المشتري يكون مطمئناً تماماً بموجب هذا القانون والأعراف السائدة بين الناس التي تحتم وجود الثقة التامة حتي يتم هذا التعامل على أكمل وجه بين الأفراد.

المطلب الثاني

تطبيقات السَّلم المصرفية

انطلاقاً من أن السَّلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي

وفي نشاطات المصارف الإسلامية من حيث مرونتها واستجابتها لحاجة التمويل المختلفة سواء كان تمويل قصير الأجل أو متوسطاً أو طويلاً واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء سواء كانوا من المنتجين الزراعيين أو الصناعيين أم من التجار، واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى، ولهذا تعددت مجالات تطبيق عقد السَّلم ومنها ما يلي :

١- يصلح عقد السَّلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن تكون لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها أو يسلموها إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم ، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعاً بالغاً ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عن تحقيق إنتاجهم .

٢- يمكن استخدام عقد السَّلم في تمويل النشاط الزراعي والصناعي ولا سيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج وتصدير السلع والمنتجات الرائجة وذلك بشرائها سلماً وإعادة تسويقها بأسعار مجزية .

٣- يمكن تطبيق عقد السَّلم في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات، أو مواد أولية كرأس مال السَّلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها[٨١].

إذاً فعقد السَّلم عقد مرن يمكن تطبيقه في مجالات عدة ويمكن أن يكون بديلاً شرعياً للتمويل بالفائدة في كل المجالات حيث يتحصل المسلم إليه (المَمول) على التمويل النقدي الذي يريده لينفقه على زراعته أو صناعته أو تجارته فيحقق بذلك مصلحته وفي ذات الوقت يحقق مصلحة الممول البنك أو الدولة بحصوله على السلعة (المسلم فيه) التي يرغب فيها وبثمن رخيص ومشروع يمكنه من تحقيق ربح حلال لا شبهة فيه، وتستطيع البنوك أن تطبق عقد السَّلم في كل المجالات التي يحتاج فيها الموَل (الزبون) إلى المال نقداً أو عيناً كالأسمدة والتقاوى.

وكان البنك الزراعي سابقاً يمول المزارعين بنظام القرض بفائدة، أما البنوك الأخرى فقد كانت مترددة بين الإقدام والإحجام لكثرة مخاطر التمويل الزراعي الناتجة عن:

١- اعتماده في معظم الأحيان على الري المطري .

٢- كثرة الآفات الزراعية مثل الفئران والجراد و العسلة وغيرها .

٣- بدائية العمل الزراعي وقلت الضمانات .

وقد استمر التمويل الزراعي بنظام القرض بفائدة حتي صدور التشريعات الإسلامية عام ١٩٨٣م، حيث منعت الدولة البنوك من التمويل بنظام القرض بفائدة ، فبدأت البنوك خاصة البنك الزراعي في تمويل المزارعين بصيغة السَّلم بدلاً من التمويل بنظام القرض بفائدة فاستفتى البنك الزراعي هيئته الرقابية الشرعية فأفتته وصاغت له عقد السَّلم الآتي:

عقد السَّلم

تم هذا العقد في هذا اليوم ..... من شهر ..... سنة ١٤هـ
اليوم ..... من شهر .....سنة .....١٩م .

بين كل من: السادة بنك ..... فرع .....
ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد (طرفاً أول – رب السَّلم).
والسيد/ السادة ..... ويسمي فيما بعد لأغراض هذا العقد بالطرف الثاني (المسلم إليه)، بما أن الطرف الثاني قد رغب في بيع ..... للبنك بموجب عقد السَّلم ووافق البنك على شراءها، فقد اتفق الطرفان على إبرام عقد سلم بينهما على النحو التالي:

باع الطرف الثاني للبنك عدد .....(ويذكر الجنس والنوع والصفة والمقدار ويوصف وصفاً مميزاً عن غيره) بمبلغ ..... بواقع ..... للوحدة (اردب – جوال – الخ).

١- قبل البنك والتزم بأن يدفع للطرف الثاني الثمن كمال (رأس مال السَّلم) بعد التوقيع على هذا العقد في مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام .

٢- التزم الطرف الثاني بتسليم المبيع (المسلم فيه) للبنك على النحو التالي :
أ.دفعة واحدة في يوم ..... من شهر..... سنة ١٩م
ب.أو على دفعات كالآتي:

الدفعة	الكمية	التاريخ

٤- التزم الطرف الثاني أن يسلم البنك المبيع (المسلم فيه) في المكان التالي .....

٥ – على الطرف الثاني تقديم ضمان عيني مقبول أو ضمان شخصي يتعهد فيه الضامن بتسليم أي كمية من المسلم فيه يعجز الطرف الثاني عن تسليمها في وقتها المحدد .

٦- يجوز للبنك أن يطلب من الطرف الثاني أو الضامن أو منهما معاً تقديم شيكات بمبلغ يتفق عليه الطرفان ويكون للبنك الحق في التصرف في الشيكات لشراء المسلم فيه المطلوب من الطرف الثاني بسعر السوق في أي وقت بعد يوم التسليم .
في حالة عدم وجود المسلم فيه عند حلول الأجل للبنك الخيار بين انتظار وجود المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ الثمن (رأس مالؤ السَّلم).

٧- اتفق الطرفان على إزالة أي غبن[٨٢] فاحش يلحق بأي منهما بسبب زيادة سعر المسلم فيه أو نقصه وقت التسليم عن السعر المتفق علية بما يزيد عن الثلث ، ففي حالة الزيادة يتحمل البنك ما زاد عن الثلث وفي حالة النقص يتحمل المزارع ما زاد عن الثلث.

٨-إذا نشأ نزاع حول هذا العقد يحال ذلك النزاع الى لجنة تحكيم تتكون من ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكماً واحداً منهم ويتفق الطرفان على المحكم الثالث الذي يكون رئيساً للجنة التحكيم وفي حالة فشل الطرفين في الإتفاق على المحكم الثالث او عدم قيام أحدهما بإختيار محكمه في ظرف سبعة أيام من تاريخ إخطاره بواسطة الطرف الآخر يحال الأمر لمحكمة البنوك أو أقرب محكمة مختصة لتقوم بتعيين ذلك المحكم أو المحكمين المطلوب اختيارهم، تعمل لجنة التحكيم حسب أحكام الشريعة الإسلامية وتصدر قراراتها بالاغلبية العادية وتكون هذه القرارات نهائية وملزمة للطرفين.

توقيع الطرف الأول ..... توقيع الطرف الثاني .....

الشهود ١- ..... ٢-.....[٨٣]

بعد هذا السرد لتطبيقات السَّلم المصرفية يلاحظ أن عقد السَّلم كما قيل عقد مرن يمكن تطبيقه في مجالات عديدة سواء أكانت زراعية أو تجارية أو صناعية أو غيرها من المجالات التي تعود بالنفع على جميع الأطراف المتعاقدة خاصة أن عقد السَّلم من المعاملات التي أباحتها الشريعة الإسلامية وأباحت التعامل بها شرعاً مع مراعاة القيود والضوابط الشرعية التي وضعت له وإنزالها الواقع المصرفي العملي .

وبحمد الله سبحانه وتعالى نجد أن هذه المعاملة طبقت بطريقة شرعية في البنوك الإسلامية كالبنك الزراعي السوداني الذي قام بتطبيق السَّلم بصورة شرعية واضحة ويدل على ذلك العقد الذي صاغته له هيئته الرقابية الشرعية فيلاحظ في هذا العقد أنه صيغ حسب الأحكام الشرعية الإسلامية حيث وجدت فيه كل الشروط والضوابط التي وضعتها الشريعة الإسلامية من ناحية دفع الثمن كاملاً في مجلس العقد أو في خلال ثلاثة أيام أخذاً برأي المالكية الذي يقول بجواز تأخير قبض رأس مال السَّلم إلى ثلاثة أيام فأقل خلافاً للجمهور إلى غير ذلك من الأمور الشرعية التي لا بد من مراعاتها عند تطبيق السَّلم في المصارف ويلاحظ أيضاً أن العقد قد تحدث عن إزالة الغبن الفاحش الذي يلحق بأحد الطرفين في حالة زيادة السعر أو نقصانه وهذا من العدل بمكان بالنسبة للطرف المغبون حيث يتحمل المصرف مازاد عن الثلث في حالة الزيادة ويتحمل المزارع مازاد عن الثلث في حالة النقصان إذاً فهذا العقد الذي صيغ بواسطة البنك عقد شرعي موافق لأحكام الشريعة الإسلامية .

مثال لإزالة الغبن :

أولاً : **في حالة الزيادة:**

إذا كان السعر المتفق علية مثلا ١٢٠٠ ج سوداني للجوال الواحد وأصبح سعر الجوال عند التسليم ١٨٠٠ج للجوال ، فينظر إلى هذه الزيادة هل هي مساوية لثلث المبلغ المتفق عليه أم هي زائدة عن ثلث السعر المتفق عليه فإذا كانت مساوية لثلث السعر المتفق عليه فلا غبن ، أما إذا كانت زائدة عن ثلث المبلغ المتفق عليه فيوجد غبن ، ففي هذه الحالة يتحمل البنك هذه الزيادة: ١٨٠٠– ١٢٠٠ =٦٠٠ج.

إذا كانت الزيادة أعلى من ثلث السعر المتفق عليه

ثلث السعر المتفق عليه =١٢٠٠ ×١/٣ = ٤٠٠ج .

إذا كانت الزيادة التي يتحملها البنك = ٦٠٠– ٤٠٠ =٢٠٠ج .

فيصبح سعر الجوال ١٢٠٠ + ٢٠٠ = ١٤٠٠ج بدلاً من ١٢٠٠ج

ثانياً : **في حالة النقصان :**

في هذه الحالة تتبع نفس الخطوات التي اُتبعت في حاله الزيادة ويتحمل المزارع النقص الذي حصل في سعر الجوال المتفق عليه .

المطلب الثالث

تطبيقات السَّلم العملية

إذا ابرم عقد سلم بين بنك إسلامي و منتج فلابد أن يكون موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وضوابطها ولذلك لا بد من إتباع المراحل الآتية:

١- يدفع البنك الثمن في مجلس العقد لتحقيق حاجات البائع المالية ويتعهد البائع تسليم السلعة في الأجل المحدد والمكان المتفق على

تسليمه فيه، والملاحظ أن هذه المرحلة موافقة تماماً لضوابط عقد السَّلم التي وضعتها الشريعة الإسلامية من تعجيل رأس مال السَّلم وتأجيل السلعة وتحديد الأجل ومكان تسليم المسلم فيه .

٢- ثم يتسلم البنك بنفسه أو نائبه السلعة المشتراه في الوقت المحدد ثم يبيعها بثمن حال أو مؤجل، وللبنك توكيل البائع ببيع السلعة نيابة عنه مجاناً أو بأجر ، وللبنك أيضاً مطالبة البائع بتسليم السلعة إلى شخص ثالث يشتريها من البنك بمقتضي وعد سابق بشرائها .

٣- للبنك بيع السلعة بسعر حال أو مؤجل بثمن أعلى عادة من ثمن شرائها بطريق السَّلم فيحقق البنك عائد استثمار ويدفع المشتري الثمن بحسب الاتفاق بينه وبين البنك[٨٤]، إذاً فالصياغة المصرفية لعقد السَّلم تتمثل في الآتي :

أ- أن يتقدم العميل للبنك ويعرض عليه شراء سلعة معينة ويحدد له موعداً أو أجلاً كما هو معروف في عقد السَّلم .

ب- يقوم البنك بإخضاع هذا العرض للجنة لدراسة جدواه الاقتصادية ومدي قوة المركز التجاري لدي العميل وشهرته وأمانته إلى غير ذلك مما يجب إتخاذه .

ج- وبعد الموافقة يقوم البنك بتسليم المبلغ للعميل، وهنا يكون الإرتفاق للبائع والمشتري، فالبائع حصل على تمويل لمشاريعه والمشتري تحصل على سلع بأسعار رخيصة .

ويستطيع البنك الانتظار حتي الموعد المحدد لتسليم المسلم فيه ، وبعد قبضها يعلن عن بيعها ويمكن للبنك أن يبيعها سلماً أيضاً فيصبح البنك مسلماً اليه بعد ما كان في المرة الأولي رب السَّلم بل قد يبيعها للعميل نفسه ، فيصبح العميل رب السَّلم فيتقدم للبنك للشراء وهذا ما يسمي بالسَّلم الموازي[٨٥]، ويستفيد البنك من فروق الأسعار في كلا الحالين[٨٦].

وهكذا تتم مراحل السَّلم العملية بين العميل والبنك وهي عملية باذن الله تعود بالنفع على الطرفين ويستفيد كل منهما بهذا السَّلم من ناحية رأس مال السَّلم الذي يستفيد منه المسلم إليه (البائع) والمسلم فيه والذي يستفيد منه رب السَّلم (المشتري).

الخاتمـــة

وتشمل أهم النتائج والتوصيات:

أولاً : **النتائج :**

وبعد الحديث عن السَّلم وتطبيقاته توصل الباحث إلى بعض النتائج أهمها:

١- أن التعامل بالسَّلم مباح شرعاً .

٢- أن هنالك ضوابط وقواعد شرعية لابد من أخذها في الاعتبار عند التعامل بالسَّلم.

٣- أن هنالك تطبيقات عملية للسلم في المجتمع الزراعي بين الأفراد ويسمى بنظام الشيل.

٤- أن هنالك تطبيقات عملية للسلم بموجب عقد ملزم في المصارف الإسلامية .

ثانياً : **التوصيات :**

١- الاهتمام بهذه المعاملة من قبل المفتين والاقتصاديين حتى تعود هذه المعاملة بالنفع العام.

٢- تبصير الناس بأحكام وشروط السَّلم الشرعية.

٣- على هيئات الرقابة الشرعية بالمصارف الوقوف على تطبيق السَّلم في المصارف حتى لا يكون مخالفاً للشرع .

٤- اعتماد عقد السَّلم بديلاً للقروض الربوية.

فهرست المراجع والمصادر

اولاً : **القرآن الكريم.**

ثانياً : **كتب السنة النبوية.**

١- أبوبكر عبدالرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني/ مصنف عبدالرزاق/ المكتبة الإسلامية بيروت/ الثانية/ ١٤٠٣هـ.

٢- أبوداوود سليمان بن الاشعري السجستاني/ سنن أبي داوود/ دار الكتاب العربي/ بيروت/ بدون.

٣- أحمد بن الحسين بن علي بن موسي أبوبكر البيهقي/ سنن البيهقي/ دار الكتب العلمية/ بيروت/ الثالثة/١٤٢٤هـ .

٤- الإمام أبن الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري الليسابورى/ صحيح مسلم/ الأولى/ دار الخلافة العلمية/ ١٣٣٠هـ .

٥- سليمان بن أحمد الطبراني أبوالقاسم/ معجم الطبراني/ مكتبة ابن تيمية/ بدون .

٦- محمد بن إسماعيل أبوعبدالله البخاري/ صحيح البخاري/ دار طوق النجاة/ الأولى/ ١٤٢٢هـ .

٧- محمد بن عيسي بن موسي بن الضحاك الترمزي/ سنن الترمذي/ دار الغرب الإسلامي/ بيروت/ ١٩٩٨م .

ثالثاً : **كتب الفقه المذهبي:**

أ: المذهب الحنفي:

٨- أبوالحسن علي بن أبي بكر الميرغناني/ الهداية شرح البداية/ المكتبة الإسلامية/ بدون.

٩- برهان الدين علي بن أبي بكر الميرغناني/ متن بداية المبتدئ في فقه الإمام أبي حنيفة/ مكتبة محمد علي صبيح/ القاهرة/ بدون .

١٠- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم/ البحر الرائق شرح كنز الدقائق/ دار المعرفة/ بيروت/ بدون.

١١- شمس الدين محمد بن سهل السرخسي/ المبسوط/ دار الفكر للطباعة والنشر/ بيروت/ الأولى/ ١٤٢١هـ .

١٢- عبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني/ اللباب في شرح الكتاب/ دار الكتاب العربي/ بيروت/ بدون .

١٣- عبدالله بن محمود بن مودود الحنفي/ الاختيار لتعليل المختار/ دار الكتب العلمية/ بيروت/ الثالثة/ ١٤٢٦هـ .

١٤- محمد علاءالدين الحصكفي/ الدر المختار شرح تنوير الإبصار/ دار الفكر/ بيروت/ ١٣٨٦هـ/ بدون .

ب: المذهب المالكي:

١٥- أبوالبركات أحمد بن محمد العدوي الدرديري/ الشرح الكبير/ دار الفكر/ بيروت/ بدون.

١٦- أبوالحسن المالكي/ كفاية الطالب الرباني/ دار الفكر بيروت/ ١٤١٢هـ .

١٧- أبوسعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني/ التهذيب في اختصار المدونة/ دار إحياء التراث/ دبي/ ١٤٢٣هـ .

١٨- أبوعمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر/ الكافي في فقه أهل المدينة/ مكتبة الرياض الحديثة/ الثانية/ ١٤٠٠هـ.

١٩- أحمد الصاوي/ بلغة السالك لأقرب المالك/ دار الكتب العلمية/ بيروت/ ١٤١٥هـ .

٢٠- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي/ الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني/ مكتبة الثقافة الدينية/ بدون .

٢١- أحمد بن محمد الصاوي/ حاشية الصاوي على الشرح الصغير/ دار المعارف/ بدون.

٢٢- شمس الدين أبوعبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن/ مواهب الجليل شرح مختصر خليل/ دار عالم الكتب ١٤٢٢هـ .

٢٣- شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي/ الزخيرة دار الغرب/ بيروت/ ١٩٩٤م .

٢٤- صالحبن عبدالسميع الآبي الأزهري/ الثمر الداني/ المكتبة الثقافية/ بيروت .

٢٥- عبدالله محمد بن يوسف/ التاج والإكليل لمختصر خليل دار الكتب العلمية/ بيروت/ ١٤١٦هـ .

٢٦- مالك بن انس بن عامر الاصبحي المدني/ المدونة الكبري/ دار الكتب العلمية/ بيروت/ بدون.

٢٧- محمد بن عبدالله الخرشي/ شرح مختصر خليل/ المطبعة الكبري الأميرية/ مصر/ الثانية ١٣١٧هـ .

ج: المذهب الشافعي:

٢٨- إبراهيم بن علي يوسف الفيروزابادي الشيرازي/ التنبيه في الفقه الشافعي/ عالم الكتب/ الأولى/ ١٤٠٣هـ .

٢٩- أبوزكريا شمس الدين يحيى بن شرف النووي/ المجموع شرح المهذب/ مكتبة الارشاد جده.

٣٠- تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني/ كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار/ دار الخير/ دمشق ١٩٩٤م .

٣١- تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصيني الشافعي/ كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار/ دار الخير/ دمشق ١٩٩٤هـ .

٣٢- سليمان بن عمر البجيرمى الشافعي/ تحفة الحبيب على شرح الخطيب/ دار الكتب العلمية بيروت/ الأولى/ ١٤١٧هـ .

٣٣- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي/ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج/ دار الفكر بيروت (بدون) .

٣٤- شهاب الدين القليوبي/ حاشيتا قليوبى وعميرة/ مطبعة البابي الحلبي/ مصر/ الثالثة/ ١٣٧٥هـ .

٣٥- العلامة أبوالحسن الماوردي/ الحاوي الكبير/ دار الفكر بيروت/ بدون .

٣٦- العلامة محمد الزهري القمراوي/ السراج الوهاج على متن المنهاج/ دار المعرفة/ بيروت/ بدون.

٣٧- محمد بن ادريس الشافعي أبوعبدالله/ الأم/ دار المعرفة/ الأولى/ ١٣٩٣هـ .

٣٨- محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبوحامد/ الوسيط في المذهب/ دارالسلام/ القاهرة/ ١٤١٧هـ .

د: المذهب الحنبلي :

٣٩- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان/ منار السبيل في شرح الدليل/ المكتب الإسلامي/ السابقة/ ١٤٠٩هـ .

٤٠- إبراهيم بن محمد عبدالله بن مفلح/ المبدع شرح المقنع/ دار عالم الكتب الرياض ١٤٤٣هـ.

٤١- عبدالرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي/ حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع/ الأولي/ ١٣٩٧هـ .

٤٢- عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر بن تيمية الحراني/ المحرر في الفقه/ مكتبة المعارف/ الرياض/ الثانية ١٤٠٤هـ .

٤٣- عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسى/ المغني في فقه الإمام أحمد/ دار الفكر بيروت الأولي ١٣٠٥هـ.

٤٤- علاءالدين أبوالحسن علي بن سليمان المرداوى/ الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل/ دار احياء التراث العربي الأولي/ ١٤١٩هـ.

٤٥- محمد بن أبي الفتح الحنبلي/ المطلع على أبواب الفقه/ المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠١هـ.

٤٦- محمد بن بدرالدين بن سليمان الدمشقي/ اخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد/ دار البشاير الإسلامية/ بيروت ١٤١٦هـ .

٤٧- محمد بن صالح بن محمد العثيمين/ الشرح الممتع على زاد المستنقع/ دار ابن الجوزي/ الأولى/ ١٤٢٢هـ .

٤٨- مصطفي سعد السيوطي الرحيباني/ مطالب أولي النهي وشرح غاية المنتهي/ بدون.

٤٩- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي/ الروض المربع شرح زاد المستنقع/ دار الفكر/ بيروت .

رابعاً : **كتب الفقه العام**

٥٠- أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي/ بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ مطبعة مصطفي البابي الحلبي/ مصر/ الرابعة/١٣٩٥هـ.

٥١- عبدالرحمن الجزيري/ الفقه على المذاهب الأربعة/ دار الكتب العلمية ١٤٢٤هـ.

خامساً : **كتب اللغة العربية :**

٥٢- أبوالحسن أحمد بن فارس بن زكريا/ معجم مقاييس اللغة/ دارالفكر/ ١٣٩٩هـ.

٥٣- محمد بن أبي بكر الرازي/ مختار الصحاح/ مكتبة لبنان/ بيروت/ ١٤١٥هـ.

٥٤- محمد بن مكرم بن منظور/ لسان العرب/ دار صادر/ بيروت/ الأولى–بدون.

سادساً : **كتب فقه المعاملات المعاصرة :**

٥٥- بحث بعنوان: ادوات الاستثمار في المصارف الإسلامية مقدم من الأستاذ عبد الحميد محمود البعلي/ استاذ الفقه المقارن والاقتصاد الإسلامي الكويت.

٥٦- بحث بعنوان: مخاطر التمويل الإسلامي مقدم من أ.د.علي بن أحمد السواس استاذ الفقه والأصول بجامعة قطر .

٥٧- محمد علي يوسف أحمد/ عقد السَّلم في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة/ شركة مطابع السودان للعملة/٢٠١٢م.

سابعاً : **كتب القانون:**

٥٨- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

الهوامش :

* أستاذ مساعد- كلية الشريعة- جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم.

١- محمد بن مكرم بن منظور – لسان العرب دار صادر بيروت ط(١) ١٥٩/٩.

٢- محمد بن ابي بكر الرازي / مختار الصحاح مكتبة لبنان – بيروت ١٤١٥هـ ٣٢٦/١.

٣- ابو الحسن أحمد بن فارس بن ذكريا / معجم مقاييس اللغة دار الفكر ١٣٩٩هـ - ٩٠/٣.

٤- عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي/ الاختيار لتعليل المختار دار الكتب العلمية – بيروت ط (٣) ١٤٢٦هـ ٣٥/٢.

٥- محمد علاء الدين الحصفكي / الدر المختار شرح تنوير الابصار دار الفكر بيروت ١٣٨٦ هـ بدون ٢٠٩/٥.

٦- شمس الدين محمد بن سهل السرخسي/ المبسوط دار الفكر للطباعة والنشر بيروت / الأولي/ ١٤٢١هـ ٢١٧/١٢.

٧- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي – الفواكه الدواني علي رسالة ابن زيد القيرواني / مكتبة الثقافة الدينية / بدون ١١٣٩/٣.

٨- أبو الحسن المالكي / كفالة الطالب الرباني – دار الفكر –بيروت ١٤١٢هـ - ٢٢٩/٢.

٩- ابو البركات أحمد بن محمد العدوي الدرديري / الشرح الكبير دار الفكر بيروت بدون ١٩٥/٣.

١٠- سليمان محمد بن عمر البيجيرمي الشافعي /تحفة الحبيب علي شرح الخطيب دار الكتب العلمية بيروت ط ١٤١٧/١ – ٣٤٤/٣ .

١١- نقي الدين أبي بكر بن محمد الحسين الحصيني الشافعي – كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار دار الخير / دمشق ١٩٩٤ ٢٤٧/١

١٢- ابو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي / روضة الطالبين وعمدة المفتين المكتب الإسلامي بيروت ١٤٠٥هـ ٣/٤.

١٣- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي – المغني في فقه الإمام أحمد دار الفكر بيروت ط (١) ١٤٠٥ هـ ٣٣٨/٤.

١٤- محمد بن ابي الفتح البعلي الحنبلي / المطلع علي ابواب الفقه المكتب الإسلامي – بيروت ١٤٠١هـ ٢٤٥/١.

١٥- ابراهيم بن محمد سالم بن ضويان / منار السبيل في شرح الدليل / المكتب الإسلامي ط (٧) ١٤٠٩هـ ١/ ٣٤٠.

١٦- أخرجه البخاري في صحيحة باب السَّلم في وزن معلوم ٧٨١/٢ رقم ٢١٢٥.

١٧- أخرجه الترمزي في سننه / باب كراهية بيع ما ليس عند الانسان ٣/ ٥٣٤ ح ١٢٣٢/٢.

١٨- عبدالله محمد الموصلي/ الاختيار لتعليل المختار (مرجع سابق) ٣٥/٢.

١٩- محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله الحجة علي أهل المدينة / عالم الكتب / بيروت ١٤٠٢هـ ٦١٧/٢.

٢٠- سبق تخريجه ص٦.

٢١- شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي الزخيرة / دار الغرب – بيروت ١٩٩٤ ٢٢٤/٥.

٢٢- مالك ابن انس بن عامر الأصحبي المدني / المدونة الكبري دار الكتب العلمية بيروت /بدون/ ٦١/٣.

٢٣- محمد بن ادريس الشافعي ابو عبد الله / الأم دار المعرفة / ط (٢) ١٣٩٣/ ٩٤/٣.

٢٤- العلامة أبو الحسن الماوردي / الحاوي الكبير دار الفكر / بيروت / بدون ٨٥٨/٥.

٢٥- شمس الدين محمد بن ابن العباس أحمد بن حمزة الرملي/ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج دار الفكر / بدون ١٦٤/١٣.

٢٦- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي / الروض المربع شرح زاد المستقع / دار الفكر /بيروت ٢٣٣/١.

٢٧- ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن أحمد بن مفلح / المبدع شرح المقنع / دار عالم الكتب / الرياض ١٤٤٣ ٤/ ٦٧.

٢٨- المغني لأبي قداحة (مرجع سابق) ٣٣٨/٤.

٢٩- عبد الرحمن الجزيري / الفقة علي المزاهب الأربعة دار الكتب العلمية ١٤٢٤هـ/ ٢٠٦/٢.

٣٠- انظر المبسوط للسرخسي ٨/ ١٧٥ والثمر الداني صالح عبد السميع ٥١٥/١ والروض الربع للبيهوتي ٢٣٣/١.

٣١- انظر المهذب للشيرازي ٢٩٧/١.

٣٢- عبد الفني الغنيمي الدمشقي الميداني / اللباب في شرح الكتاب دار الكتاب العربي بدون ١/ ١٣١.

٣٣- عبدالله بن محمد الموصلي / الاختيار لتعليل المختار (مرجع سابق) ٣٧/٢.

٣٤- أخرجه البيهقي في السنن الكبري / باب ما جاء في بيع الدين بالدين ٢٩٠/٥ حديث رقم ١٠٣١٦.

٣٥- عبد الله محمد بن يوسف / التاج والاكليل لمختصر خليل ٣٤٢/٧ دار الكتب العلمية ١٤١٦.

٣٦- صالح بن عبد السميع الابي الأزهري / الثمر الداني في تقريب المعاني المكتبة الثقافية بيروت ٥١٦/١.

٣٧- العلامة محمد الزهري القمراوي / السراج الوهاج علي متن المنهاج / دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ٢٠٨/١.

٣٨- محمد بن محمد بن محمد الغزالي ابو حامد / الوسيط في المذهب دار السلام – القاهرة ١٤١٧ ٤٣١/٣.

٣٩- محمد بن بدر الدين بن بليان الدمشقي / اخصر المختصرات في الفقه علي مذهب الإمام احمد بن حنبل دار البشائر الإسلامية / بيروت ١٤١٦هـ ١/ ١٧٣.

٤٠- الروض المربع للبهوتي (مرجع سابق)٢٣٦/١.

٤١- أخرجه عبد الرزاق في مصنفة / باب السلف في الحيوان ج ص ٢٣ رقم ١٤١٤٨.

٤٢- الإختيار للموصلي (مرجع سابق) ٣٨/٢ وانظر المبسوط للسرخسي (مرجع سابق) ٢٢٩/١٢ .

٤٣- الزخيرة للقرافي (مرجع سابق) ٢٤٣/٢.

٤٤- ابي سعيد خلف بن ابي القاسم القيرواني / التهذيب في اختصار المدونة ٥١/٢.

٤٥- أخرجه الطبراني في معجمة باب (١) ج١ ص ٣٩٤ رقم ٩٠٨.

٤٦- العلامة ابو الحسن الماوردي / الحاوي الكبير دار الغد بيروت ٨٨٢/١٥.

٤٧- سبق تخريجه ص ١٥.

٤٨- أخرجه ابو داؤود في سننه / باب بيع الحيوان بالحيوان والرخصة في ذلك ج ٢ ص ٢٧٠ حديث رقم ٣٣٥٧.

٤٩- محمد بن صالح بن محمد العثيمين / الشرح الممتع علي زاد المستنقع دار ابن الجوزي ط (١) ١٤٢٢هـ ٩/ ٦٢.
انظر الروض المربع للبهوتي (مرجع سابق) ٢٣٤/١.

٥٠- ابي الحسن علي بن ابي بكر المرغناني / الهداية شرح البداية المكتبة الإسلامية ٧٧/٣.

٥١- برهان الدين علي بن ابي بكر المرغناني / متن بداية المبتدئ في فقه الإمام ابي حنيفة / مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح القاهرة ١٤٢/١

٥٢- مالك ابن انس بن مالك الاصبحي المدني / المدونة الكبري دار الكتب العلمية / بيروت / ١١٥/٣

٥٣- ابي ذكريا شمس الدين يحيي بن شرق النووي / المجموع شرح المهذب ١٢٥/١٣

وانظر تقي الدين ابي بكر بن محمد الحسيني / كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار دار الخير / دمشق ١٩٩٤ ٢٥٠/١

٥٤- ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح / المبدع شرح المقنع دار الكتب العلمية الرياض ١٤٢٢هـ ٧٠/٤

٥٥- عبد الله بن أحمد بن قداحة المقدسي / المغني في فقه الإمام أحمد دار الفكر / بيروت ط(١) ١٣٠٥هـ ٣٣٩/٤

٥٦- المبسوط السرخسي / مرجع سابق ١٢ /٢٤٣

٥٧- محمد بن عبد الله الخرشي / شرح مختصر خليل / ١٦/ ١٦٠ المطبعة الكبري الاميريه / مصر ط (٢) ١٣١٧هـ

٥٨- شمس الدين ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن / مواهب الجليل شرح مختصر خليل / دار عالم الكتب ١٤٢٢هـ ٤٨٠/٦

انظر ابو عبد الله محمد بن يوسف العيدري / التاج والاكليل دار الكتب العلمية ١٤١٦هـ ٣٣٤/٧

٥٩- محمد بن ادريس الشافعي / لام دار المعرفة بيروت ط (٢) ١٣٩٣هـ ١٣٤/٣

٦٠- ابو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدافه المقدس المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل (مرجع سابق) ٤٨٩/٧

انظر عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي / حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ط(١) ١٣٩٧هـ ٤٢٤/٤

٦١- زين الدين بن ابراهيم بن نجيم / البحر الرائق شرح كنز الدقائق دار المعرفة بيروت ١٨٤/٦

انظر الدر المختار للحصكفي (مرجع سابق) ٢٢٣/٥

٦٢- ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر/ الكافي في فقه اهل المدينة / مكتبة الرياض الحديثة ط (٢) ١٤٠٠هـ ٢/ ٦٩٧

٦٣- أحمد الصاوي / بلغة السالك لاقرب المسالك /دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٥هـ ٣/ ١٥٧

٦٤- الام للشافعي / مرجع سابق ١٣٥/٣

٦٥- عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد بن تيمية الحراني المحرر في الفقه علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل مكتبة المعارف – الرياض ط(٢) ١٤٠٤هـ ٣٣٤/١

٦٦- مصطفى سعد السيوطي الرحيباني / مطالب اولي النهي وشرح غاية المنتهي ٨/ ٢٧٥

٦٧- البحر الرائق / مرجع سابق ١٦/ ٣٩٥

انظر الدر المختار / مرجع سابق ٢١٢/٥

٦٨- الكافي في فقه اهل المدينة / مرجع سابق ٦١٩/٢

٦٩- أحمد بن محمد الصاوي / حاشية الصاوي علي الشرح الصغير ٧/ ١٦٢

٧٠- ابو زكريا محي الدين يحيي بن شرف النووي / المجموع شرح المهذب مكتبة الارشاد جدة/ ١٣٢/١٣

٧١- ابراهيم بن علي يوسف الفيروزبايادي الشيرازي التبينه في الفقه الشافعي عالم الكتب ط(١) ١٤٠٣ هـ ٩١/١

٧٢- علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان المرداوي / الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب الإمام بن حبنل دار احياء التراث العرب ط (١) ١٤١٩هـ ٨١/٥

انظر الروض المربع (مرجع سابق) ٢٣٥/١

٧٣- البحر الرائق (مرجع سابق) ٦/ ١٧٩

٧٤- أخرجه مسلم في صحيحة باب بطلال بيع المبيع قبل قبضه ج ٥ ص ٧ حديث رقم ٣٩١٣

٧٥- ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي / بداية المجتهد ونهاية المقتصد / مطبعة مصطفي الحلبي / مصر ط(٤) ١٣٩٥هـ ٢٠٥/٢

٧٦- شهاب الدين القلوبي / حاشيتا قلوبي وعميرة /مطبعة البابي الحلبي، ط(٣)، ١٣٧٥هـ ٧٨/٧. انظر المهذب للشيرازي (مرجع سابق) ٣٠١/١

٧٧- سبق تخريجه

٧٨- زين الدين بن ابراهيم بن نجيم / البحر الرائق / مرجع سابق ٦/ ١٧٩

وانظر الكافي لابن قدامة / مرجع سابق ٦٢/٢

٧٩- انظر قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م المادة (٢٢١)

٨٠- د.محمد علي يوسف أحمد / عقد السَّلم في الفقه الإسلامي وتطبيقاته / شركة مطابع السودان للعملة ص ٢٧٩

٨١- انظر بحث بعنوان مخاطر التمويل الإسلامي . أ.د علي بن أحمد السواس / أستاذ الفقه والأصول / جامعة قطر ص ٣٦

وانظر أدوات الاستثمار في الصارف الإسلامية د. عبد الحميد محمود البعلي × استاذ الفقه المقارن والاقتصاد الإسلامي الكويت /ج(١) / ص ٩٣

٨٢- عدم التماثل بين العوضين في القيمة ولا يعلمه المضمون أثنا التعاقد

٨٣- د. محمد علي يوسف أحمد / عقد السَّلم في الفقه الإسلامي وتطبيقاته / المكتبة الوطنية السودان ص ٤٧٩

٨٤- د. وهبة الزحيلي / المعاملات المالية المعاصرة دار الفكر – دمشق -٢٠٠٢م ص ٢٩٥

٨٥- السَّلم الموازي من المصطلحات الحديثة التي تستخدم بالمصارف ومعناها استخدام صفقتي سلم متوافقتين دون ارتباط بينهما .

٨٦- الدكتور اسامة محمد محمد الصلابي بحث في عقد السَّلم وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي ص ٢١

وانظر موسوعة فقه المعاملات / مجموعة من المؤلفين ٢١٨/٢

الرقابة القضائية على دستورية القوانين "دراسة مقارنة"

د. عائش علي عودة أبو عاذرة*

ملخص البحث

جاء هذا البحث تحت عنوان "الرقابة القضائية على دستورية القوانين"، بالتركيز على النظام الدستوري السوداني، متناولاً بعض الجوانب القانونية للرقابة القضائية على دستورية القوانين، تمثلت مشكلة البحث في اختلاف النظم الدستورية التي تتبنى الرقابة القضائية على دستورية القوانين في تنظيمها الدستوري لهذه الرقابة الأمر الذي يظهر أثره على فاعلية تلك الرقابة في تحقيق غاياتها، وتنبع أهمية هذا البحث من اعتبار الرقابة على دستورية القوانين إحدى أهم ضمانات دولة القانون في الدول ذات الدساتير الجامدة، حيث تمثل ركيزة أساسية لحماية مبدأ سمو وسيادة الدستور من أي تغول أو تجاوز من قبل أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية، وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الدستورية، يهدف البحث إلى بيان أحكام الرقابة القضائية في النظم الدستورية المعاصرة، بالتركيز على النظام الدستوري في السودان، والتعرف إلى موقف الفقه الدستوري الإسلامي من هذا النوع من الرقابة، وقد اتبع الباحث في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، وإلى ذلك انتهى البحث إلى نتائج مهمة تمثلت في: أن النظام الدستوري في السودان على تعدد تجاربه الدستورية قد ظل وفياً للرقابة القضائية بصورتها المركزية مع الاحتفاظ بإعطاء الأفراد الحق في التوجه للقضاء الدستوري مباشرة، الرقابة القضائية على دستورية القوانين تمثل ضمانة جدية لحماية الحقوق والحريات، لم تتفق النظم الدستورية على أسلوب محدد للرقابة القضائية على دستورية القوانين، أن المحكمة الدستورية تملك صلاحيات فاعلة حال نظرها دعوى الطعن في دستورية القانون، الفقه الإسلامي في نظرياً وعملياً خبر الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ثم خلصنا إلى توصيات تمثل أهمها في: منح المحكمة الدستورية الحق في النظر في دستورية القوانين من تلقاء نفسها.

مقدمـــة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الخاتم الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، الحمد لله الذي جعل شريعته تسمو على كل الشرائع والقوانين، أما بعد:

فإن الدولة القانونية التي يخضع فيها الجميع حكاماً ومحكومين إلى القانون هي الأنموذج المطلوب تكريسه في الواقع، هذه الدولة المبتغاة تسود فيها عدة مبادئ يتقدمها مبدأ الشرعية الذي يقتضي أن تباشر كل سلطة من السلطات الثلاث اختصاصاتها وفقاً للدستور، فمن جانب فإن هذا المبدأ و في سبيل إعطائه بعداً حقيقياً كان لابد من إيجاد آليه لمراقبة أعمال تلك السلطات حال مباشرتها لاختصاصاتها تنهض بها جهة تتمتع بالاستقلالية وتكون لأحكامها حجية على الكافة،

وهو ما يعرف بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، ومن جانب أخر فإن مبدأ سمو الدستور الذي يقتضي حاكمية وعلو القاعدة الدستورية على جميع النصوص القانونية الأخرى في النظام القانوني للدولة، قد يصبح مبدأً أجوفاً لا قيمة له؛ إذا لم يُعَزَزْ بضمانات جدية؛ تُمَكِّن سلطة القضاء من امتلاك صلاحيات كابحة لأي تجاوز من قبل أي من الهيئتين التشريعية أو التنفيذية؛ عبر إصدارهما لتشريعات عادية أو فرعية تخالف نصوص الدستور، بل وتملك سلطة القضاء هذه صلاحية إصدار أحكام بإلغاء هذه التشريعات التي ثبت عدم دستوريتها سواءً حقيقة أو حكماً، وتحوز أحكامها حجية على الكافة.

هذا وقد تباينت دساتير دول العالم التي تبنت "أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين" نسبياً في تنظيم أحكام هذه الرقابة، إلا أن ما بينها من أوجه اتفاق؛ يفوق ما بينها من اختلاف؛ اختلاف تستدعيه خصوصية ظروف عدة تحيط بكل دولة على حدا، هذا التوصيف يصدق على حالة السودان؛ فنجد أن المشرع الدستوري السوداني و منذ بدايات التجربة الدستورية التي تعود جذورها إلى ما قبل الاستقلال في البلاد قد تبنى ونَظَّمَ الرقابة القضائية على دستورية القوانين على نسق شبه ثابت، وقد ظل وفياً لهذا الأسلوب على الرغم من اختلاف الخلفيات الفكرية لأنظمة الحكم المتعاقبة وللنخب السياسية التي كانت تقف وراء وضع دساتير السودان، بل لم يحدث أي تحول جذري في هذا المقام باستثناء دستور ١٩٩٨م الذي ابتدر التحول نحو القضاء الدستوري المتخصص.

مشكلة البحث:

تبرز إشكالات موضوع البحث في أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا يمكن تحققها على وجه ذي اعتبار إلا إذا كانت ذات فاعلية حقيقية، وهذا ما يمكن التعرف إليه من خلال النظر في الكيفية التي نَظَّمَ بها المشرع الدستوري أحكام الرقابة القضائية، فقد يؤسس المشرع الدستوري إلى رقابة ذات فاعلية، وقد يُنتج تنظيم أحكام الرقابة القضائية مجرد رقابة صورية، تبرز هذه الإشكالية في ظل أن الرقابة هنا تنصب في المقام الأول على العمل التشريعي لأشخاص اعتبارية قوية كالسلطة التشريعية؛ أو السلطة التنفيذية حال تجاوز أي منهما لحدود سلطاتها التشريعية خلافاً لما حدده الدستور، الأمر الذي قد يمس بلا شك بالحقوق والحريات الدستورية، مما يقوض مبدأ سمو الدستور ويهدر الحقوق والحريات، تتفرع عن هذه المشكلة الأسئلة التالية:

- ما هو مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين؟
- كيف يتم تنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظم الدستورية العريقة؟
- كيف تم تنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري في السودان؟
- هل أُعطي المواطن العادي الحق في تحريك دعوى الطعن في دستورية القوانين أم لا؟
- هل الفقه الإسلامي في شقه الدستوري تَعَرَّفَ إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بصورة ما؟

أهداف البحث:

تهدف الدراسة إلى التالي:

- بيان مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في اللغة و الاصطلاح.
- التعرف على أنماط الرقابة القضائية على دستورية القوانين.
- بيان الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري السوداني.
- بيان طرق تحريك دعوى الطعن في دستورية القوانين في النظام الدستوري السوداني.
- التعرف إلى الاطار النظري والنماذج الواقعية للرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه الإسلامي.

أهمية البحث:

تنبع أهمية الدراسة من أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أضحت من أهم سبل الرقابة على دستورية القوانين و الأكثر شيوعاً حيث تتبنى ٨٠٪ من دول العالم بصورة أو بأخرى رقابة قضائية على دستورية القوانين، لذا تنبع أهمية هذه الدراسة من أنَّها تتناول هذا الموضوع في ظل الحجم الهائل للتشريعات والتي تصدر إما عن السلطة التشريعية، وإما عن السلطة التنفيذية الأمر الذي يجعل من انعدام مثل هذه الرقابة خطراً حقيقياً على مصداقية ووجود كثير من الأنظمة، لذا جاءت أهمية تناول الرقابة القضائية على دستورية القوانين، للحيلولة دون خلق حالة فراغ رقابي على دستورية العمل التشريعي، الأمر الذي يمس بلا شك الحقوق والحريات الدستورية.

فروض البحث

- مفهوم الرقابة على دستورية القوانين مفهوم واضح وجلي والأخذ بها تفرضه مبررات منطقية.
- تتباين مواقف الدساتير في طبيعة الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين
- تعاقب الدساتير في النظام الدستوري السوداني قد يؤدي إلى تعدد أساليب الرقابة على دستورية القوانين.
- تباين دساتير السودان في إعطاء المواطن الحق في تحريك دعوى الطعن في دستورية القوانين.
- الفقه الإسلامي في شقه الدستوري نظرياً وعملياً تبنى مفهوم الرقابة على دستورية القوانين.

حدود البحث:

تقتصر الدراسة من حيث الحدود الموضوعية على موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مع المقارنة مع دساتير السودان المتعاقبة، مع مقارنة ذلك بالتجارب العريقة للنظم الدستورية التي تبنت الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

منهج البحث:

سنتبع في دراستنا هذه المنهج التحليلي المقارن، حيث سنقارن بين تنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ظل الأنظمة محل المقارنة.

هيكل البحث:

سيتم تناول هذه الدراسة من خلال مباحث ثلاثة جاءت على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم و نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين والموقف منها.

المبحث الثاني: الأحكام العامة للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري السوداني.

المبحث الرابع: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري الإسلامي.

الخاتمة.

النتائج.

التوصيات.

المراجع.

المبحث الأول

مفهوم و نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين والموقف منها

المطلب الأول

مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

الفرع الأول: **تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين في اللغة العربية:**

أولاً: **تعريف الرقابة في اللغة العربية:** رقابة: مفرد مصدر رقَبَ، من رقبه رقباً ورقوباً ورقابةً؛ بمعنى لاحظه وحرسه وحفظه، يقال أُرْقُب فلاناً في أهله أي أحفظه فيهم، و أُرْقُب النجم: أُرْصده، وراقبه مراقبةً ورقابةً، والترقب والارتقاب: تعني الانتظار، والاسم الرقبى وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه [1]، ورَقَبَهُ أي انتظره، أو الشيء حرسه، وراقب الله في أمره: أي خافه لأن الخائف يرفض العقاب ويتوقعه، والرَقَّابة الذي يرقب للقوم أثاثهم إذا غابوا، ويقال هو رقيب نفسه: أي ينتقد أعماله فلا يجعل للناس سبيلاً يسعون فيه إلى لومه [2].

والمفعول مُراقَب ومرقوب يقال: غير مُراقَب: أي لم يتم فحصه أو إخضاعه للرقابة أو إعطاؤه تصنيفاً، وحق الرقابة: حق القيام بالمراقبة والإشراف على عمل ما، ومنها الرقيب من أسماء الله الحسنى تأتي بمعنى الحارس والحافظ، أي الذي لا يغيب عنه شيء ولا تخفى عليه خافية، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾[النساء: ١]، أي مراعياً حفيظا[3]، وقوله تعالى: ﴿مَا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ﴾[ق: ١٨]، أي المشاهد والسامع لكل ما يجري ويسجله، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَكُنتُ عَلَيْهِمْ شَهِيداً مَّا دُمْتُ فِيهِمْ فَلَمَّا تَوَفَّيْتَنِي كُنتَ أَنتَ الرَّقِيبَ عَلَيْهِمْ وَأَنتَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾[المائدة: ١١٧]، والمُرَاقِبْ: هو من لازم العلو والإشراف على الأماكن، لأن المشرف أو المراقب مطلع على ما دونه، وسميت تلك الأماكن العالية مَراقب، فالمعنى الذي يدور حوله لفظ رقب واشتقاقاته هو: الرصد والحراسة والحفظ مع علو مكانة المُرَاقِبْ أو الرقيب[4].

ثانياً: **تعريف القضائية في اللغة العربية:** لفظ القضائية نسبةً إلى القضاء، ولفظ القضاء يأتي على عدة معان تدور جميعها حول انقطاع الشيء وتمامه، غير أن الأكثر صلة بالمعنى الاصطلاحي: هو "القطع والفصل، والحكم والإلزام" أي: حَكَمَ؛ ومن ذلك قوله تعالى: ﴿الْبَسْطِ﴾[الإسراء: ٢٩]، أي أمر ربك وحتم، والقاضي في اللغة يأتي بمعنى القاطع للأمور المحكم لها[5].

ثالثاً: **تعريف الدستورية في اللغة العربية:** نسبة إلى كلمة الدستور، وكلمة الدستور في الأصل ليست عربية وفدت إليها من اللغة الفارسية، وهي مكونة من مقطعين، الأول: "دست" بمعنى قاعدة أو يد، والثاني: "ور" ويأتي بمعنى صاحب؛ كما تعني أيضاً: الدفتر الذي تُدَوَّن فيه أسماء الجنود، أو الدفتر الذي تدون فيه قوانين الملك، وكذلك يقصد بها وزير الملك، وهكذا دخلت العربية لتأخذ معنى القانون الأساسي: أي "الأعلى" في الدولة، لذا فكلمة الدستور في اللغة لا يخرج معناها عن المعنى الرئيس وهو القواعد الأساسية الحاكمة لأي منظومة [٦].

رابعاً: **تعريف القوانين في اللغة العربية:** هي جمع لكلمة قانون، وكلمة قانون يونانية الأصل "Kanon" تعني العصا المستقيمة و القاعدة أو المبدأ أو القدوة، وهي لا تخرج عن معنى رئيس وهو القواعد التنظيمية، وأضحى هذا المصطلح يفيد النظام وخضوع الشيء في صيرورته لأمر ثابت في تكراره وتداوله [٧].

الفرع الثاني: **تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين اصطلاحاً:** أورد فقهاء القانون الدستوري تعريفات عدة لهذا المصطلح لا تخرج في الغالب عن معنى مشترك لا تخرج عنه، بالنظر إليها على أنها عملية رقابية يتولاها القضاء تستهدف التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية، بهدف التأكد من موافقتها وعدم مخالفتها لنصوص الدستور. ومن هذه التعريفات:

أولاً: "هي الرقابة التي يباشرها القضاء بواسطة المحاكم أو محكمة محددة على القوانين العادية بقصد التأكد من موافقتها للقواعد الواردة في الدستور وعدم مخالفتها له" [٨].

ثانياً: "هي مهمة تُسند إلى الجهاز القضائي لمراقبة مدى مطابقة القوانين للدستور لإصدار حكم بمدى توافق أو عدم توافق تشريع معين مع نصوص الدستور [٩].

ثالثاً: "تلك المهمة القانونية التي يعهد الدستور بها إلى القضاء للتحقق من تطابق القانون مع أحكام الدستور؛ والتعرف ما إذا كانت السلطة التشريعية المنوط بها الوظيفة التشريعية قد التزمت الحدود التي رسمها لها الدستور أم تجاوزتها [١٠].

رابعاً: هي تلك الرقابة التي يتولاها القضاء حيث يتحقق من مطابقة التشريعات التي تصدرها الجهات المختصة لنصوص الدستور [١١].

فجميع هذه التعريفات تدور حول مفهوم محدد لرقابة القضاء الدستورية؛ وهي التأكد من مدى موافقة التشريعات الصادرة عن البرلمان لنصوص الدستور؛ بغض الطرف عن الجهة التي يسند إليها الدستور هذه المهمة، لكن معظمها باستثناء التعريف الثاني توقف عند حدود الإجراء الرقابي دون التطرق إلى التوصيف الذي تنتهي له عملية الرقابة؛ سواء بدستورية أو عدم دستورية التشريع، وهو توصيف في غاية الأهمية.

المطلب الثاني

نشأة و تطور الرقابة القضائية على دستورية القوانين وموقف الفقه الدستوري منها

الفرع الأول: **نشأة وتطور الرقابة القضائية على دستورية القوانين:** من المفارقات التاريخية أن بدايات ظهور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في شكل "رقابة الامتناع" عُرِفَت في المملكة المتحدة، مهد نظام الحكم البرلماني الذي يتمتع بمقتضاه البرلمان بسلطة شبه مطلقة؛ في ظل ما يعرف بمبدأ "سيادة البرلمان"، و مبدأ "حكم القانون"، وقد كانت تلك البدايات على يد القاضي"Sir Edward Coke"، في القضية الشهيرة بقضية بونهام "Bonham"، وذلك أثناء توليه رئاسة محكمة الملك المسماة بـ "court of the king's bench"، حيث امتنع عن تطبيق قانون أصدره البرلمان؛ نسبةً لتعارض ذلك القانون مع قواعد الشريعة العامة "common law"، والتي تسود في النظام الأنجلوسكسوني، والتي تتضمن مبادئ عليا تتعلق بالأساس بفكرتي الحق والعدل؛ و تُعَدُّ بمثابة القانون الأعلى للبلاد؛ ومن ثَمَّ تُمَثِّل قيداً على سلطات البرلمان [١٢]، هذا التوجه الذي تبناه القاضي "كوك"، والذي يقضي بوجود قانون أعلى يتعين على البرلمان الالتزام بأحكامه عند مباشرته لوظيفته التشريعية؛ ومن ثم يحق للقضاء حال مخالفة البرلمان لهذا القانون الأعلى؛ امتناع القضاء عن تطبيق القانون الصادر عن البرلمان، هذا التوجه على الرغم من وجاهة تسبيبه؛ لم يحظى بالقبول في المملكة المتحدة؛ بينما وجد قبولاً في النظام القضائي لمستعمرات المملكة المتحدة في أمريكا الشمالية خاصة الولايات الأمريكية، حيث بدأ تطور الرقابة القضائية منذ سنة ١٧٧٠م، أي قبل ظهور الاتحاد الأمريكي سنة ١٧٨٩م، واستقرت في سنة ١٨٠٣م بصدور حكم المحكمة الاتحادية العليا؛ الذي أصدره القاضي مارشال في قضية "ماربوري ضد ماديسون"، ثم تتالت أحكام المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية مؤكدة حق المحاكم في التصدي للرقابة على دستورية القوانين [١٣].

الفرع الثاني: **موقف الفقه الدستوري من رقابة القضاء على دستورية القوانين:** انقسم فقهاء القانون الدستوري حول مدى شرعية رقابة القضاء لدستورية القوانين إلى فريقين:

أولاً: **معارضة إسناد رقابة الدستورية إلى السلطة القضائية:** ويذهب أنصار هذا الرأي إلى أن السيادة هي للقانون العادي باعتباره القانون الأعلى للدولة، ومن ثم فإن وظيفة القضاء يتعين أن تقتصر على التحقق من مطابقة الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطات العامة للقانون العادي، ولا يمكن بحال من الأحوال أن تجاوز ذلك إلى رقابة مطابقة القانون العادي للدستور، ويحتج أنصار هذا الرأي بالتالي [١٤].

١- يُعَدُّ القانون العادي بمثابة التعبير الأكثر وضوحاً عن الإرادة العامة للشعب، هذه الإرادة التي يُعَدُّ أعضاء السلطة التشريعية خير من يجسدها وهؤلاء الأعضاء تم انتخابهم من قبل الأمة ليعبروا عن تلك الإرادة؛ ومن ثم لا يجوز أن تخضع القوانين التي يضعونها لأي

نوع من الرقابة، فتلك القوانين تمثل تجسيداً لمبدأ "عصمة القانون" طالما كان معبراً عن الإرادة الجماعية للشعب، لذا فإن رقابة السلطة القضائية -وهم قضاة غير منتخبين -على التشريعات القانونية تُعَدُّ بمثابة تعدٍ على إرادة الأمة [١٥].

وقد تم الرد على ذلك: بأن الدستور في الدول الديمقراطية يُعَدُّ أسمى تعبير عن إرادة الأمة، والأمة حين تنتخب أعضاء السلطة التشريعية تنتخبهم وتفوضهم في التعبير عن إرادتها وبأن تتم مباشرة ذلك التفويض في حدود ما نص عليه الدستور باعتباره الإرادة الأسمى للأمة، لذا فإن أي تشريع تصدره السلطة التشريعية -البرلمان-التي قد تكون أحياناً تحت هيمنة أحد الأحزاب أو ائتلاف حزبي، بالمخالفة لقواعد الدستور تكون بمثابة مخالفة أسمى تعبير عن إرادة الأمة، ومن ثم فإن تدخل السلطة القضائية لمنع تطبيق مثل ذلك التشريع المخالف لا يُعَدُّ تحدياً لإرادة الأمة بل يمثل في حقيقة الأمر دفاعاً عنها وإعلاءً للدستور[١٦].

٢- وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات تنحصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيق حكم القانون في القضايا المعروضة عليها، لا الحكم على القوانين التي يضعها أعضاء السلطة التشريعية، ومن ثم لا يجوز لها أن تراقب أعمال السلطة التشريعية للتحقق من مطابقتها للدستور، ومن ثم الامتناع عن تطبيقها أو الحكم بإلغائها؛ فهذا بلا شك يمثل خروجاً على وظيفة السلطة القضائية من ناحية؛ وتدخلاً في اختصاص السلطة التشريعية من الناحية الأخرى؛ الأمر الذي يُعَدُّ انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات [١٧].

كما أن إسناد الرقابة على دستورية القوانين إلى السلطة القضائية وهي جهة قانونية؛ يُعَدُّ بمثابة منح وظيفة سياسية لهذه السلطة؛ دون أن تتحملً مقابل ذلك أي مسؤولية، كما أنه ليس من الإنصاف فرض احترام القانون على كلٍ من الدولة والأفراد بشكل متساوٍ، فهناك مصالح يتعين أن يترك للدولة حرية التصرف بأمرها؛ أما إحالة الأمر بشأن تلك المصالح إلى السلطة القضائية؛ مع انتفاء مسؤوليتها السياسية؛ فبلا شك سيؤدي ذلك إلى إثارة الحرج والارتباك في منظومة العمل العام[١٨].

وقد رُدَّ على ذلك: إن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعني حظر تدخل أي من السلطات الثلاث في أعمال غيرها من السلطات، بل يعني فيما يعنيه مراقبة كل سلطة لغيرها من السلطات؛ بهدف عدم استبداد أي منها في اختصاصاتها؛ أو تجاوز الحدود التي رسمها لها الدستور سلفاً، ومن ثم فإن السلطة القضائية عندما تراقب أعمال السلطة التشريعية؛ وتمتنع عن تطبيق قانون مخالف للدستور فهي لا تُعَدُّ منتهكة لمبدأ الفصل بين السلطات؛ بل تُعَدُّ بمثابة السلطة التي تقوم على إعمال ذلك المبدأ بصورة موضوعية [١٩].

٣- رسوخ تقليد عدم رقابة القضاء لدستورية القوانين في الديمقراطيات العريقة "فرنسا": حيث تبنى الدستور الفرنسي لسنة ١٧٩١ م

في المادة الثالثة منه أن المحاكم ليس لها أن تتدخل في أعمال السلطة التشريعية ولا أن توقف تنفيذها، غير أن مرد هذا التقليد يعود إلى أن فقهاء القانون الدستوري في فرنسا انتصروا في ذلك لمبدأ الفصل بين السلطات، كما أن رجال الثورة الفرنسة كانت تسود لديهم خشية من أن ذلك سيؤدي إلى وقوف القضاء في وجه القوانين الثورية بحجة عدم دستوريتها [٢٠].

ثانياً: **قبول إسناد رقابة دستورية القوانين إلى السلطة القضائية:** حيث يرى أنصار هذا الرأي أن السيادة هي للدستور باعتباره القانون الأعلى للدولة، ومن ثم فمن مهمة الدستور تقرير ما لكل سلطة من السلطات العامة الثلاث من اختصاصات، وإلى ذلك فاستعمال كل سلطة من هذه السلطات لوظائفها يجب أن يتم وفقاً لما نص عليه الدستور، ومهمة القضاء هنا لا تقف عند حدود رقابة الأعمال الإدارية للقانون؛ بل تمتد إلى رقابة مدى اتفاق القانون مع الدستور، وقد احتج أنصا هذا الرأي بالحجج التالية:

١- القول: بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة للشعب، يقابله القول: بأن الدستور هو التعبير عن الإرادة العامة للشعب وليس القانون، وذلك نظراً لأن الدستور مصدره غالبية الشعب؛ بينما القانون مصدره ممثلي الشعب وقد يكونون أغلبية سياسية.

٢- الاعتراف للقضاء بالرقابة على دستورية القوانين لا يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات، بل يُعَدُّ التطبيق الأمثل له؛ إذ أن إسناد الرقابة على دستورية القوانين للقضاء يتوافق و صميم واجبات القضاء، وذلك من خلال ضرورة تحديد القضاء للقانون الواجب التطبيق حال تنازع قاعدتين تنتمي إحداها للقانون العادي والأخرى للدستور، والقاضي بامتثاله لمبدأ الشرعية وتدرج القوانين يتوجب عليه تطبيق قاعدة القانون الأعلى واستبعاد قاعدة القانون الأدنى، وقيام القاضي بالحيلولة دون تطبيق التشريع المخالف للدستور يُعَدُّ من صميم الوظيفة القضائية المسندة إليه، فبوجود تشريع مخالف للدستور تظهر قاعدتان متعارضتان واحدة وضعها المشرع العادي وأخرى وضعها المشرع الدستوري، والقاعدتان تتعلقان بأمر واحد ومن ثم يتوجب على القضاء تطبيق إحدى القاعدتين فقط على النزاع المطروح أمامه، وهنا على القاضي المفاضلة بين القاعدتين فلا يمكنه حالئذ إلا أن ينتصر للقاعدة التي وضعها المشرع الدستوري على حساب الأخرى امتثالاً لمبدأ سمو الدستور؛ وهو في هذا كله لا يخرج عن دوره كقاضٍ يعمل على تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمامه حال تعدد أو تعارض القواعد القانونية التي تحكم النزاع، سواء تعلق الأمر بقاعدة من القانون الوطني أم من القانون الأجنبي أم من القانون الدولي [٢١].

أضف إلى ذلك ما يتمتع به القضاة عادة بحكم عملهم من خبرة قانونية مهمة تجعل منهم الأكثر تأهيلاً للقيام بهذه المهمة على خير وجه،

مع مراعاة ما تتطلبه الرقابة على دستورية القوانين من الحيدة والنزاهة والابتعاد عن التجاذبات السياسية، كل ذلك يتوفر في القضاء المستقل مما يجعل من قيام القضاة بمهمة الرقابة على دستورية القوانين الأكثر ملائمة [٢٢].

٣- الرقابة القضائية هي الأجدر في مضمار حماية حقوق وحريات الأفراد، نظراً لأن المشرع الدستوري عند تبنيه الرقابة القضائية؛ فإنه بذلك يُسند مهمة الفصل في المنازعات إلى جهة مستقلة؛ تَتَبِّع في ذلك إجراءات موضوعية وحيادية في كافة مراحل الفصل في المنازعة، الأمر الذي قد لا يتوفر في الأنواع الأخرى للرقابة.

٤- تتسم السلطة القضائية بأن اختصاصها يُعَدُّ سلبياً؛ نظراً لأن مهمتها تقتصر على بيان موقف وحكم القانون في المنازعات التي تعرض عليها، بينما اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية هو اختصاص إيجابي، فالسلطة التشريعية تصدر القوانين كقواعد قانونية ملزمة، وكذلك السلطة التنفيذية حين تمارس وظيفتها غالباً ما تظهر بصفتها صاحبة سيادة ومحتكرة للقوة الجبرية، فكلا السلطتين قد يمسان حقوق وحريات الأفراد من خلال المساحة الواسعة للدور الإيجابي لسلطتيهما، وعندئذ يكون الملاذ الأخير للأشخاص لحماية حقوقهم؛ هو السلطة القضائية المختصة بفض المنازعات بين الأشخاص [٢٣].

٥- مبدأ الفصل بين السلطات لا يفترض حال خروج السلطة التشريعية على أحكام الدستور؛ أن تُرغم السلطات الأخرى على باتباعها؛ ومسايرتها في الاعتداء على الدستور، بل للقضاء حق الامتناع عن تطبيق تشريع صدر مخالفاً للدستور طالما أن السلطة القضائية تحظى كبقية السلطات بالاستقلال.

٦- ما هو سائد في فرنسا من حيث رفض القضاء العدول عن تقليد عريق يقضي برفض رقابة القضاء على دستورية القوانين، مرده وجود نصوص قديمة تَحْظُر على القضاء النظر في دستورية القوانين، أضف إلى ذلك شيوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في معظم النظم الدستورية [٢٤].

المطلب الرابع

صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تتعدد تقسيمات فقهاء القانون الدستوري للرقابة القضائية وفقاً للزاوية التي ينظر إلى الرقابة القضائية من خلالها، و سنتناول فيما يلي أهم هذه التقسيمات:

الفرع الأول: **من حيث الأثر الذي يترتب على القانون المخالف للدستور:**

أولاً: **رقابة الإلغاء:** وفقاً لهذا النوع يملك القاضي الدستوري سلطة الحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور، ونظراً لخطورة سلطة الإلغاء، وما يمكن أن تتسبب به من حساسية في مواجهة السلطة التشريعية، فغالباً ما يستند هذا النوع من الرقابة لنص دستوري صريح وارد في الوثيقة الدستورية، وتختص بها محكمة محددة "مركزية الرقابة" يتمتع حكمها بحجية في مواجهة الكافة[٢٥].

ثانياً: **رقابة الامتناع:** في هذا النوع لا يملك القاضي الدستوري سلطة إلغاء القانون المخالف للدستور؛ بل له إهماله والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه، فحكم القاضي هنا ذو حجية نسبية قاصرة على النزاع المعروض أمامه، و عادة لا تثير هذه الرقابة أي خلاف مع السلطة التشريعية، فهي ظاهرياً تراعي مبدأ استقلال السلطة التشريعية، وتنسجم مع مبدأ الفصل بين السلطات، لذا فلا تحتاج هذه الرقابة إلى نص دستوري صريح وارد في الوثيقة الدستورية؛ نظراً لأن القاضي بامتناعه عن تطبيق القانون المخالف للدستور؛ لم يخرج عن وظيفته القضائية؛ ولم يتجاوز مقتضياتها، وعادة تسند الرقابة لجميع المحاكم على اختلاف درجاتها "لا مركزية الرقابة"، كما أن حكم المحكمة بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري؛ لا يحوز حجية لا في مواجهة الكافة؛ ولا حتى أمام المحكمة التي أصدرته، فيظل القانون محل الطعن قائما ونافذاً [٢٦].

الفرع الثاني: **من حيث توقيت إعمال سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين:**

أولاً: **الرقابة القضائية السابقة:** ويتسم هذا النوع من الرقابة النادر الشيوع؛ بأن حق تحريك الرقابة يعطى لجهات بعينها، كرئيس الدولة مثلاً؛ حيث له إحالة مشروع القانون قبل المصادقة عليه؛ و نشره إلى محكمة متخصصة للبت في مدى دستوريته، ولا يخرج الأمر من افتراضين: إما أن تقرر المحكمة المختصة دستورية مشروع القانون؛ فيواصل مشروع القانون مسيرته ليصبح قانوناً نافذاً، وإما أن تقرر المحكمة عدم دستورية مشروع القانون فيمتنع الرئيس عن المصادقة عليه وإصداره [٢٧]، ومن أمثله الدساتير التي أخذت بهذا النوع من الرقابة دستور كولومبيا لسنة ١٨٨٦م، والذي يمنح رئيس الدولة عند الاعتراض على أي قانون قدم إليه للتصديق عليه؛ الحق في أن يحيله خلال فترة ستة أيام إلى المحكمة العليا للبت في دستوريته، وكذلك دستور بنما لسنة ١٩٠٤م، ودستور الإكوادور لسنة ١٩٢٩م، وكذلك دستور إيرلندا لسنة ١٩٣٧م [٢٨].

ثانياً: **الرقابة القضائية اللاحقة:** هذا النوع من الرقابة لا يتأتى إعمالها إلا بعد صدور القانون، عبر دعوى يتم تقديمها إلى المحكمة المختصة؛ والتي تملك الحق في إصدار حكم بإلغائه؛ أو الامتناع عن تطبيقه سواءً عبر دعوى أصلية؛ أم عبر دعوى فرعية، ويعد هذا النوع الأكثر شيوعاً في الأنظمة الدستورية المعاصرة، حيث يسند حق تحريك دعوى الطعن في دستورية القانون إلى جهات محددة دستورياً، سواءً إلى هيئات عامة أم خاصة أم للأفراد، فتحريك دعوى الرقابة يتم بعد أن يصبح القانون نافذاً، ومن ثم ينظر القضاء في الدعوى للفصل في مدى دستورية القانون، فإما أن يقرر عدم دستورية القانون؛ ومن ثم يصدر حكماً سلبياً سواءً أكان بالامتناع عن تطبيق القانون "رقابة الامتناع"، أم كان بإلغاء القانون محل الطعن بصورة نهائية "رقابة الإلغاء"؛ فيصبح القانون معدوماً بالنسبة للمستقبل، وإما أن يكون حكم المحكمة إيجابياً بالحكم بدستورية القانون؛ وهو الأصل في التشريعات "قرينة الدستورية"،

ومن ثم يبقى القانون نافذاً، وحكم القضاء بعدم دستورية القانون حال الرقابة القضائية السابقة يُعَدُّ حُكْماً مُنْشِئاً، بينما يكون الحكم بعدم دستورية القانون حال الرقابة اللاحقة كاشفاً فقط[٢٩].

الفرع الثالث: **من حيث الطرق المتبعة في تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين:**

أولاً: **الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية:** حيث يستطيع كل صاحب مصلحة من الأفراد أم من السلطات العامة؛ رفع دعوى طعن أمام المحكمة المختصة مباشرةً بمعزل عن أي خصومة قضائية أخرى، مختصماً في ذلك القانون الطعين بصفة أصلية، طالباً من المحكمة إلغاء القانون محل الطعن لمخالفته أحكام الدستور [٣٠].

ثانياً: **الرقابة عن طريق الدفع "دعوى فرعية":** لإعمال الرقابة القضائية وفقاً لهذا السبيل يفترض وجود قضية أو منازعة معروضة أمام القضاء "مدني، جنائي، إداري" ثم يدفع أحد أطراف الخصومة بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق على القضية مثار النزاع، عندئذ يتعين على القاضي أن يتثبت من مدى دستورية القانون الطعين، فإذا تبين له أنه موافق للدستور رفض الدفع وفصل في النزاع الأصلي بموجب ذلك القانون، وإذا تبين له أنه غير دستوري امتنع عن تطبيق ذلك القانون على القضية المعروضة أمامه [٣١].

المبحث الثاني

الأحكام العامة للرقابة القضائية على دستورية القوانين

سنتناول في هذا المبحث أحكام الرقابة القضائية على دستورية القوانين، والمتمثلة في المحكمة المختصة بالرقابة، وكيفية تحريك دعوى الطعن الدستوري، وسلطات المحكمة المختصة بالرقابة، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الجهة القضائية التي يُعهد إليها بمهمة الرقابة على دستورية القوانين

الفرع الأول: **الأسلوب اللامركزي "الأنموذج الأمريكي"**: تعود جذور الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى قضية "ماربوري ضد ماديسون" Marbury v Madison سنة ١٨٠٣م، عندما أكَدَّ القاضي "مارشال" على أن الدستور يمثل التعبير الحقيقي عن الإرادة الشعبية، ومن ثم فأحكامه تعلو على كل أعمال السلطات الحكومية بما فيها الأعمال التشريعية أي القانون العادي ومن ثم فالقوانين المخالفة للدستور تعد لاغية وباطلة [٣٢].

وفقاً لهذا الأنموذج فإن جميع المحاكم في الدولة أياً كانت درجتها تختص بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، وهذا ما تبناه النظام الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أن اختصاص الرقابة على دستورية القوانين ليس قاصراً على المحكمة العليا، بل يحق لكل المحاكم على اختلاف درجاتها؛ سواء أكانت في الولايات أو في المركز القيام بهذه المهمة، ويفسر ذلك بأن القضاء الأمريكي ينظر إلى الرقابة القضائية باعتبارها

من صميم وظيفته، هذه الوظيفة التي تتمحور حول النظر والفصل في منازعات الأشخاص وخصوماتهم [٣٣].

غير أن الواقع السائد يُكَرِّس خلاف ذلك، فالدور الأهم في الرقابة تنهض به المحاكم العليا في الولايات؛ خاصة إذا تعلقت دعوى الطعن بدستورية تشريع ولائي، أما المحاكم الأدنى درجة فلا تساهم بشيء يذكر في هذا المجال، أما إذا تعلقت دعوى الطعن بدستورية تشريعات اتحادية؛ أو بدستورية قوانين ولائية من حيث علاقتها بالدستور الاتحادي؛ فإن القضاء الاتحادي ممثلاً في المحكمة العليا هو من يملك الكلمة الفصل في ذلك [٣٤].

الفرع الثاني: **الأسلوب المركزي "الأنموذج الأوروبي"**: ويتحقق ذلك عندما تسند مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى جهة قضائية واحدة بموجب نص دستوري، فمن جهة يمتنع على غيرها من الجهات القضائية التصدي لمهمة رقابة الدستورية، ومن جهة أخرى لا يمكن لأي شخص أن يرفع دعواه إلا أمام تلك الجهة حصراً، وتذهب بعض الدساتير إلى إسناد هذه المهمة إلى المحكمة العليا، حيث تختص إلى جانب اختصاصاتها التقليدية في القضاء الجنائي والمدني...إلخ بالرقابة على دستورية القوانين، ومثال ذلك سويسرا في ظل دستور ١٨٧٤م، والدستور العراقي ١٩٦٨م، والدستور الكويتي ١٩٦٢م، ودساتير السودان قبل سنة ١٩٩٨م [٣٥].

ووفقاً لهذا الأسلوب يتركز اختصاص رقابة الدستورية في يد جهة واحدة؛ كمحكمة ضمن منظومة السلطة القضائية؛ وإما محكمة مستقلة عن السلطات الثلاث، غير أن بعض فقهاء القانون الدستوري؛ يبدون خشية من إفراط المحكمة أو تفريطها في بسط اختصاصها الرقابي، فبإفراط المحكمة في ممارسة اختصاصها الرقابي؛ قد تمتد سلطتها لتغطي كافة أوجه النشاط التشريعي؛ الأمر الذي قد يقود إلى مواجهة بين المحكمة وبين السلطة التشريعية أو التنفيذية؛ مما قد يهدد دعائم النظام الدستوري، أما تفريطها فقد يكون خشية وقوع ذلك الصدام ؛ وبذا تتحول إلى جسد بلا روح؛ و تفقد مبرر وجودها بإيجاد رقابة جدية على دستورية القوانين [٣٦].

وغالبية دساتير الدول التي تتبنى الرقابة القضائية وفقاً لهذا الأسلوب؛ تعهد بمهمة الرقابة إلى محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، ومثال ذلك الدستور الألماني والإيطالي، ودساتير كل من مصر لسنة ١٩٧١م، ودستور السودان لسنة ١٩٩٨م، ودستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م [٣٧].

و يشار إلى أن الأسلوب المركزي للرقابة القضائية على دستورية القوانين يتسم بعدة سمات: كسرعة البت والحسم في دعاوى الفصل في دستورية القوانين، كما يتلافى هذا الأسلوب تضارب الأحكام القضائية الصادرة في دعاوى دستورية القوانين نظراً لانفراد جهة واحدة باختصاص النظر في دستورية القوانين [٣٨].

المطلب الثاني

الجهات التي يحق لها تقديم دعوى الطعن في دستورية القوانين

السلطة القضائية حين تُسند إليها صلاحية الرقابة على دستورية القوانين، لا تملك من تلقاء نفسها

النظر في القوانين للتأكد من مدى دستوريتها، بل لابد لها من دعوى ترفع أمامها تطعن في دستورية قانون ما، لكن تباينت الأنظمة الدستورية في تحديد الجهة التي يحق لها رفع دعوى الطعن في دستورية القوانين، فالغالبية منها تعطي هذا الحق إلى كل ذي مصلحة سواء أكان هيئةً أم فرداً، وقلة من الأنظمة الدستورية تحصر هذا الحق في هيئات معينة فقط دون الأفراد على النحو التالي:

الفرع الأول: **إعطاء حق الطعن الدستوري لكل ذي مصلحة (هيئة، فرد):** فلكل ذي مصلحة عاجلة أو آجلة الحق في أن يرفع الدعوى، ولعل الدستور السويسري لسنة ١٨٤٨م هو أول دستور أعطى الأفراد هذا الحق، فيحق لكل مواطن الطعن مباشرة أمام المحكمة الاتحادية في القوانين الصادرة عن المقاطعات، ثم تطور الحق في الطعن بعدم الدستورية؛ إلى حق الأفراد في الطعن في أي قانون يمس حقوقهم، إلا أن هذا التوجه يؤدي إلى زيادة كبيرة في عدد الدعاوى؛ الأمر الذي يتطلب أن تكون هيكلية المحكمة مصممة لاستيعاب ذلك(٣٩).

هذا التوجه تبنته دساتير السودان المتعاقبة؛ خاصة في حال مساس القانون المعني بحق من حقوق الطاعن الدستورية، فنجد دستوري السودان لسنة ١٩٥٦م، و لسنة ١٩٦٤م قد أعطيا لأي مواطن الحق في تقديم طعن أمام المحكمة العليا في أي قانون يهدر حق من حقوقه الدستورية، كذلك نص دستور السودان الدائم ١٩٧٣م، على ذلك بقوله: "لكل شخص أضير من جراء أي تشريع أصدرته أية سلطة ذات اختصاص تشريعي أن يرفع دعوى أمام المحكمة العليا لإعلان بطلانه بسبب إهداره للحريات والحقوق التي كفلها الدستور"، وهذا ما تكرر النص عليه في دستور السودان لسنة ١٩٩٨م،ودستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م (٤٠).

الفرع الثاني: **حصر حق الطعن الدستوري في بعض الهيئات:** حيث يتم قصر هذا الحق على هيئات سياسية معينة دون الأفراد، ومثال ذلك الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨م؛ الذي قصر ذلك الحق على كل من رئيس الجمهورية؛ ورئيس الوزراء؛ ورئيس الجمعية الوطنية؛ ورئيس مجلس الشيوخ، و أعضاء الجمعية الوطنية؛ ومجلس الشيوخ إذا أيد الطلب ستون عضواً من كل مجلس(٤١)، كذلك الدستور الإسباني الذي أجاز لخمسين عضواً من البرلمان حق تقديم دعوى الطعن في دستورية القوانين، والدستور الألماني الذي يسمح لثلث أعضاء مجلس البوندستاج، والدستور النمساوي الذي يجيز لثلث أعضاء المجلس الوطني، كذلك الحال دستور بولندا لسنة ١٩٢٠م الذي قصر الحق على رئيس الدولة أو الحكومة أو البرلمان، والدستور الأردني الذي حصر الحق في كلٍ من أعضاء مجلسي البرلمان ومجلس الوزراء(٤٢)، ودستور سوريا لسنة ١٩٧٣م الذي حصر حق الطعن في دستورية القوانين قبل إصدارها؛ على رئيس الجمهورية؛ أو ربع أعضاء مجلس الشعب (٤٣).

المطلب الثالث

كيفية تحريك دعوى الطعن في دستورية القوانين

الفرع الأول: **الدعوى الأصلية أو المباشرة "رقابة الإلغاء"**: يقصد بالدعوى الأصلية: قيام صاحب المصلحة المتضرر حقيقةً أو حكماً من قانون ما بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة؛ سواءً أكانت محكمة قضائية عليا أم محكمة دستورية مختصة، وذلك عبر دعوى أصلية يطلب فيها إلغاء ذلك القانون لمخالفته أحكام الدستور، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية، فإذا ثبت للمحكمة مخالفة القانون للدستور؛ حكمت بإلغائه واعتباره كأن لم يكن، ويحوز حكمها عندئذ حجية عامة ومطلقة، أما إذا تبين للمحكمة دستورية القانون فترفض الدعوى ويبقى القانون نافذاً[٤٤]، وتعود جذور هذا الأسلوب إلى بداية القرن العشرين عندما تبنت دساتير كلٍ من النمسا لسنة ١٩٢٠م؛ وتشيكوسلوفاكيا ١٩٢٠م؛ إنشاء محاكم دستورية عليا تختص بالرقابة على دستورية القوانين، ثم تبنت معظم دساتير الدول الأوروبية هذا الأسلوب؛ وبعد ذلك تبنته دساتير كثير من دول العالم[٤٥].

ويجب التنويه إلى أن المحكمة المختصة هنا؛ إما أن تكون المحكمة العليا؛ حيث تختص برقابة دستورية القوانين بالإضافة إلى اختصاصاتها القضائية الأخرى، وإما أن تكون محكمة دستورية مستقلة تنفرد بالاختصاصات الدستورية، هذا وقد عرفت التجربة الدستورية في السودان كلا النوعين حيث كانت المحكمة العليا هي المختصة برقابة دستورية القوانين قبل دستور سنة ١٩٩٨م، ثم أُستحدثت المحكمة الدستورية بموجب دستور عام ١٩٩٨م التي انفردت باختصاص رقابة دستورية القوانين بالإضافة إلى اختصاصات دستورية أخرى.

الفرع الثاني: **الدعوى الفرعية "رقابة الامتناع"**: يقصد بالدعوى الفرعية وجود دعوى أمام القضاء سواءً أكان دعوى ذات طبيعة (جنائية، مدنية، إدارية)؛ وأثناء نظر المحكمة للدعوى يدفع أحد أطراف الخصومة بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه، فالدعوي الدستورية هنا فرع للدعوى الأصلية المرفوعة ابتداءً؛ فبهذا الدفع الفرعي يبرز اختصاص المحكمة بالنظر في دستورية القانون؛ وهو اختصاص يُعَدُّ تحريكه متفرعاً عن الدعوى الأصلية المعروضة أمام المحكمة؛ بمعنى أخر أن نظر القاضي في دستورية القانون ظهر بشكل عارض، فإذا تبين للقاضي صحة الدفع بعدم دستورية القانون؛ فإنه يستبعد تطبيقه على القضية المنظورة أمامه، حيث تنحصر سلطة القاضي فقط في الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري[٤٦].

ونظراً لأن سلطة المحكمة هنا لا تتجاوز الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري؛ فإن هذا الأسلوب يقترن وجوده عادةً بأسلوب لامركزية الرقابة، حيث يحق لكافة المحاكم على اختلاف درجاتها أن تباشر رقابة الدستورية، و يتمتع حكم المحكمة بعدم دستورية القانون عندئذ بحجية نسبية؛ أي تقتصر آثاره على أطراف النزاع فقط؛ و في حدود القضية المعروضة أمام المحكمة، فلا يلزم حكم المحكمة المحاكم الأخرى، بل لا يلزم المحكمة

ذاتها التي أصدرته؛ حال نظرها لنزاع مشابه في دعوى جديدة مستقبلاً، إلا أن الواقع يشير إلى أن الأحكام بعدم الدستورية التي تصدر من المحاكم الأعلى درجة كالمحكمة العليا؛ تحظى بمكانة مميزة؛ بحيث لا يمكن مخالفتها من قبل المحاكم الأدنى درجة؛ الأمر الذي يعني أن امتناع المحكمة العليا عن تطبيق قانون ما يعادل في حقيقته إلغاء ذلك القانون(٤٧).

وتعود جذور هذا الأسلوب من الرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى القضاء البريطاني على يد اللورد "إدوارد كوك"؛ كما أوضحنا سابقاً، غير أن القضاء الولايات المتحدة الأمريكية كان له الدور الأبرز في رسم ملامح هذا الأسلوب، ففي بدايات تشكل الاتحاد الأمريكي وعلى وجه الدقة سنة ١٧٨٦م امتنعت محكمة Rood Island عن تطبيق أحد القوانين نظراً لعدم دستوريته(٤٨).

الفرع الثالث: **الرقابة القضائية عن طريق الدفع مقروناً برفع دعوى بعدم دستورية القانون:** وفي هذا الأسلوب يتم الدمج والمزج بين أسلوب الدعوى الأصلية وأسلوب الدفع الفرعي، مع الأخذ بفكرة مركزية الرقابة، فمن جانب لا يترك هذا الأسلوب باب الطعن مفتوحاً ليطرق في أي وقت؛ بل يجيز ذلك فقط حال نظر دعوى قضائية مرتبطة بتطبيق قانون متنازع في دستوريته، فدعوى الطعن في دستورية القانون يصرح بها فقط على هامش دعوى قضائية، حيث يتم ذلك بدفع يتقدم به صاحب المصلحة أو السلطة العامة إلى المحكمة؛ التي تنظر في النزاع ذي الصلة بالقانون المتنازع في دستوريته، فتقوم المحكمة بتعليق النظر في الدعوى؛ وتحيل القانون المتنازع في دستوريته إلى المحكمة العليا؛ أو المحكمة المختصة لِتَبُتَّ في ذلك؛ فإذا قضت المحكمة العليا بعدم دستورية القانون؛ يكون حكمها مُعْدِماً للقانون في مواجهة الكافة، وغالباً ما تذهب الدساتير التي تأخذ بهذا الأسلوب؛ إلى وجوب نشر الحكم القاضي بعدم دستورية قانون ما في الجريدة الرسمية؛ كما هو الحال بالنسبة لنشر القوانين، ومن أمثلة الدساتير التي تبنت هذا الأسلوب دستور الصومال لسنة ١٩٦٠م، والدستور المصري لسنة ١٩٧٠م(٤٩).

المطلب الرابع

سلطات المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين

الفرع الأول: **الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري:** نجد ذلك في النظم الدستورية التي تتبنى أسلوب رقابة الامتناع، حيث تنحصر سلطة المحكمة في استبعاد القاضي حكم القانون غير الدستوري، فيمتنع عن تطبيقه في النزاع المعروض أمامه، و يحوز حكم المحكمة بالامتناع عن تطبيق القانون حجية نسبية؛ بمعنى أن أثره يقتصر على القضية التي أثير الدفع خلالها فقط، فلا تلتزم به المحاكم الأخرى، بل لا يلزم المحكمة ذاتها مستقبلاً عند نظر قضية أخرى مماثلة، فمثل هذا الحكم لا يؤثر في سريان القانون المطعون في دستوريته مستقبلاً (٥٠).

الفرع الثاني: **إصدار الأوامر القضائية "أوامر المنع":** يتحقق ذلك عندما يطلب أحد الأشخاص من المحكمة؛ إصدار أمر قضائي موجه إلى إحدى هيئات الإدارة؛ أو إلى موظف عام؛ ينص على عدم

تنفيذ قانون أو إجراء ما، و يتأتى ذلك من خلال دعوى قضائية تسمح للفرد بمهاجمة القانون قبل تطبيقه عليه، حيث يدعي بعدم دستورية ذلك القانون أو الإجراء؛ وأن من شأن تطبيقه أن يلحق به الضرر، فإذا ثبت للمحكمة صحة ادعاء المدعي؛ بأن القانون غير دستوري، تُصدر أمراً قضائياً إلى الموظف المختص؛ بالامتناع عن تنفيذ القانون محل الطعن، و يتعين على الموظف تنفيذ الأمر القضائي الصادر من المحكمة، فإن لم يمتثل للأمر القضائي الصادر من المحكمة، فإنه يتعرض للمساءلة الجنائية على أساس "ازدراء القضاء"، وجدير بالذكر أن هذا الأمر القضائي يُعَدُّ ذو طبيعة وقائية، نظراً لأن إصداره يتم عادة قبل وقوع الضرر بالفعل، وتعود جذور هذا الإجراء إلى القضاء الأنجلو أمريكي(٥١).

الفرع الثالث: **إصدار الأحكام التقريرية:** يتحقق ذلك عندما يشرع موظف عام بتنفيذ قانون ما على شخص معين، فيقوم هذا الشخص بالاعتراض على ذلك الإجراء أمام الجهة التنفيذية المختصة؛ بحجة عدم دستورية ذلك الإجراء، فتقوم الجهة التنفيذية أو من يمثلها بالتوقف عن السير في إجراءات التنفيذ؛ مع الطلب من صاحب المصلحة بالاعتراض أمام القضاء للفصل في دستورية ذلك القانون أو الإجراء محل الاعتراض، ومن ثم فإن صاحب المصلحة يتجه إلى المحكمة طالباً منها حكماً تقريرياً بعدم دستورية القانون أو الإجراء المراد تطبيقه عليه، وبناءً على حكم المحكمة يتحدد مصير إجراء الموظف؛ إما بالسير قدماً في التنفيذ إذا صدر الحكم بدستورية القانون، أو العدول عن التنفيذ إذا صدر الحكم بعدم دستورية القانون(٥٢).

الفرع الرابع: **إلغاء القانون المخالف للدستور:** قد يسند الدستور إلى المحكمة صلاحية إلغاء القانون غير الدستوري، وتُعَدُّ هذه الصلاحية من أخطر الصلاحيات في هذا المجال، حيث تملك المحكمة بموجب ذلك وبعد فحصها للقانون؛ وتأكدها من عدم دستوريته صلاحية الحكم بإلغائه، هذا الحكم بالإلغاء يحوز عادةً حجية عامة ومطلقة، بمعنى أن آثار الحكم بعدم الدستورية تمتد إلى الكافة وليس فقط على مُقَدِّم الدعوى؛ فبمجرد صدور الحكم يصبح القانون في حكم المعدوم؛ ومن ثم لا يجوز الاستناد إليه مستقبلاً؛ غير أن المراكز القانونية التي اُكتسبت بموجبه قبل إلغائه تبقى محمية(٥٣).

الفرع الخامس: **الأوامر الاحترازية والمؤقتة:** نظراً لأن المحاكم التي تختص بالنظر في دعوى الطعن في دستورية القوانين ذات طبيعة قضائية بل و أحياناً تُعد جزءاً من النظام القضائي، فإنها تبقى محتفظة بسلطات المحاكم العادية، فيحق لها إصدار الأوامر الاحترازية؛ كأن تطلب من شخص اتخاذ إجراءات معينة؛ أو تمنعه من القيام بإجراء ما، كما أن لها الحق في إصدار الأوامر المؤقتة حال الاستمرار في نظر القضية، كأن تصدر أمراً مؤقتاً بإعادة موظف إلى عمله؛ إلى حين البت في الدعوى المرفوعة من قبله(٥٤).

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري السوداني

المطلب الأول

التطور الدستوري للرقابة القضائية على دستورية القوانين في السودان

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في النظام الدستوري السوداني قديمة قدم التجربة الدستورية في السودان حيث تمتد جذورها إلى ما قبل الاستقلال، وقد مرت بمراحل متعددة على النحو التالي:

الفرع الأول: **قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م:** لعل أول وثيقة يمكن الاستناد عليها في تاريخ التجربة الدستورية في السودان في هذا الجانب؛ هي الوثيقة المسماة "بقانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م"، حيث تضمنت الملامح الأولى لتقنين الرقابة القضائية على دستورية القوانين؛ فقد أَقرَّت في مادتها العاشرة: حق الأفراد في رفع دعوى أمام المحكمة العليا؛ لحماية أي من الحقوق الدستورية الواردة في الوثيقة، كما أسند للمحكمة العليا سلطة اتخاذ أي من الإجراءات لحماية تلك الحقوق، بل تم النص صراحةً: "على أن القضاء عموماً و المحكمة العليا المدنية خاصة يناط بها حراسة الدستور وحمايته"[٥٥].

الفرع الثاني: **دستور السودان المؤقت ١٩٥٦م:** يُعَدُّ هذا الدستور امتداداً لوثيقة الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م، فقد نص على مبدأ سمو الدستور في مادته الثالثة والتي نصت على: "سيادة أحكام هذا الدستور على جميع القوانين القائمة أو المستقبلية، و تلغى من أحكام هذه القوانين ما يتعارض مع أحكام هذا الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض"، كما أسند للمحكمة العليا حق الفصل في دعاوى حماية الحقوق الدستورية واتخاذ كل ما يلزم لكفالة حماية تلك الحقوق الواردة في الدستور، وجعل السلطة القضائية هي حارسة الدستور[٥٦].

الفرع الثالث: **دستور جمهورية السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤م:** هذا الدستور هو امتداد لدستور عام ١٩٥٦م، فقد أعاد النص على ذات الأحكام دون تغيير يذكر؛ ما خلا ترقيم المواد فقد أعاد التأكيد على كل من مبدأ سمو الدستور، ودعوى حماية الحقوق الدستورية، وأعاد التأكيد على أن السلطة القضائية هي حارسة الدستور وهي من لها حق الفصل في دعاوى تطبيق الحقوق الدستورية، إلا أن هذا الدستور أنشأ محكمة الاستئناف المدنية العليا؛ التي لها حق النظر في أي استئناف للدعاوى التي تنظرها المحكمة المدنية العليا[٥٧].

الفرع الرابع: **دستور السودان الدائم ١٩٧٣م:** يعد هذا الدستور مغايراً لما قبله من دساتير السودان؛ لكنه اتفق معها في إقراره لدعوى حماية الحقوق الدستورية أمام المحكمة المدنية العليا؛ في مواجهة أي قانون يمس تلك الحقوق؛ حيث نص صراحة على أن للمحكمة المدنية العليا سلطة إبطال التشريعات المخالفة للدستور، كما أكد على التزام الدولة بسيادة حكم القانون، كما نص صراحة على ضرورة موافقة أي تشريع يمثل قيداً على الحقوق والحريات العامة الدستورية لأحكام

الدستور؛ وأعاد النص على دور المحكمة المدنية العليا في حراسة الدستور مفصلاً اختصاصاتها، ومنها حماية الحقوق والحريات الدستورية، ونظر دعاوى الطعن في دستورية القوانين[٥٨].

الفرع الخامس: **دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م:** يعد هذا الدستور امتداداً لدساتير ما قبل دستور سنة ١٩٧٣م في هذا الجانب، فأعاد النص على الأحكام ذاتها لكن مع اختلاف في التبويب فقط، فنجده نص على مبدأ سمو الدستور، وسيادة أحكامه على سائر القواعد القانونية الأخرى، و الخضوع لمبدأ سيادة حكم القانون، ومبدأ استقلال القضاء، وأعطى الأشخاص-نسبياً-الحق في رفع دعوى أمام المحكمة العليا لحماية الحقوق الدستورية، كما أعاد التأكيد على دور المحكمة العليا كحارسة للدستور من خلال اختصاصها بتفسير نصوص الدستور والقوانين، ونظر دعاوى الطعن في دستورية القوانين[٥٩].

الفرع السادس: **دستور السودان لسنة ١٩٩٨م:** قبيل صدور هذا الدستور كانت هناك بعض المؤشرات على تحول تشريعي في هذا الجانب في إطاره الدستوري والقانوني، فقد صدر قانون القضاء الإداري والدستوري سنة ١٩٩٦م، وقد مَثَّل هذا الدستور تحولاً جذرياً في هيكل الرقابة القضائية على دستورية القوانين في التجربة الدستورية السودانية، فقد نص لأول مرة في تاريخ السودان على إنشاء محكمة دستورية تنتقل إليها الاختصاصات الدستورية التي كانت للمحكمة العليا ممثلة في دائرتها الدستورية، كاختصاص تفسير النصوص الدستورية والقانونية، والنظر في دعوى حماية الحقوق والحرمات والحريات، ونقض أي تشريع أو أمر مخالف للدستور[٦٠].

هذا وقد صدر قانون المحكمة الدستورية لسنة ١٩٩٨م، الذي كان استجابة طبيعية لهذا التحول، فوضع إطار المحكمة الدستورية القانوني، وأعاد النص على اختصاصات المحكمة الدستورية التقليدية؛ و في مقدمتها النظر في الدعاوى المقدمة من الأشخاص لحماية الحريات والحرمات والحقوق الدستورية في مواجهة أي قانون[٦١].

الفرع السابع: **دستور السودان القومي الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م:** يُعَدُّ هذا الدستور امتداداً لدستور سنة ١٩٩٨م في هذا الجانب، فقد نص على مبدأ سيادة الدستور، وحق الأشخاص في اللجوء إلى المحكمة الدستورية طلباً لحماية حقوقهم وحرياتهم الدستورية، كما أعاد النص على إنشاء المحكمة الدستورية، ولكن وفق أسس مغايرة لما كانت عليه في ظل الدستور السابق، مفصلاً وموضحاً اختصاصاتها بما يتفق والتحولات القانونية والسياسية المصاحبة لصدور هذا الدستور[٦٢]، هذا وقد صدر قانون المحكمة الدستورية لسنة ٢٠٠٥م، مُنَظِّماً اختصاصاتها، سواء بالفصل في دستورية القوانين وفقاً للدستور الاتحادي والدساتير الولائية، أو غيرها من الاختصاصات، وكان أكثر وضوحاً في بيان سلطات المحكمة الدستورية التي جعل لها الحق في إلغاء أي قانون مخالف للدستور الاتحادي أو الدساتير الولائية[٦٣].

المطلب الثاني

المحكمة المختصة برقابة دستورية القوانين

يتبنى النظام الدستوري في السودان الأسلوب المركزي فيما يتعلق بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، حيث يُسند هذا الاختصاص لمحكمة واحدة فقط وهي المحكمة الدستورية حالياً والمحكمة العليا سابقاً، وجدير بالذكر أن هذا التوجه تعود بدايات تبنيه إلى ما قبل فترة الحكم الوطني، ولا زال النظام الدستوري وفياً لهذا التوجه، غير أنه يستحسن بنا أن نميز في هذا المقام بين مرحلتين نرى أهميتهما:

الفرع الأول: **إسناد اختصاص الرقابة على دستورية القوانين إلى المحكمة العليا:**

ظهرت بدايات هذا التوجه في اتفاقية الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م؛ عندما أُسند للقضاء عامةً حراسة الدستور، و للمحكمة العليا خاصة اختصاص البت في أي مسألة تتعلق بتطبيق و حماية أي من الحقوق والحريات الواردة فيه، وهذا ما أعيد تبنيه في دساتير السودان في العهد الوطني، مع اختلاف بسيط كما هو الحال في دستور عام ١٩٦٤م المعدل ١٩٦٦م، حيث أوجد محكمة الاستئناف المدنية العليا، مع الإبقاء على المحكمة العليا وعلى اختصاصاتها الدستورية، وأسند إليها حق النظر في أي استئناف يرفع إليها ضد أي قرار يصدر عن المحكمة العليا عند مباشرتها لاختصاصاتها الدستورية، وبظهور دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م، كان تنظيم الرقابة على دستورية القوانين أكثر وضوحاً، حيث تم النص صراحة على اختصاص المحكمة العليا بنظر الطعون في دستورية القوانين، وحماية الحقوق والحريات، وهذا ما تم تبنيه مجدداً في دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م[٦٤].

الفرع الثاني: **إسناد اختصاص الرقابة على دستورية القوانين إلى المحكمة الدستورية:**

مَثَّلَ صدور دستور السودان لسنة ١٩٩٨م، تحولاً في هذا المجال، حيث أُنشئت محكمة مختصة بالمسائل الدستورية، و أُسندت إليها الاختصاصات الدستورية التي كانت تختص بها المحكمة العليا فيما مضى ضمن دائرتها الدستورية، وهذا ما تم تبنيه مجدداً من قبل المشرع الدستوري في دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م.

المطلب الثالث

الجهات التي يحق لها تقديم دعوى الطعن في دستورية القوانين

ذهبت دساتير السودان المتعاقبة إلى إعطاء الحق في الطعن في دستورية القوانين لكل ذي مصلحة(هيئة، فرد)، ونجد ذلك جلياً فيما يتعلق بدعوى حماية الحقوق الدستورية؛ فقد ظل التراث الدستوري في السودان وفياً في تبنيه لهذه الدعوى؛ على الرغم من تعدد التجارب الدستورية؛ هذه الدعوى ترفع حال مساس أي من القوانين بحق من حقوق الطاعن الدستورية، وترجع بدايات هذا التوجه إلى قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م؛ الذي نص على حق كل شخص في الطلب من المحكمة العليا حماية أي من الحقوق الدستورية وتطبيقها، وللمحكمة العليا سلطة إصدار جميع الأوامر اللازمة والمناسبة لكي تكفل لمقدم الطلب الاستمتاع بأي من الحقوق المذكورة[٦٥]، كذلك الحال جاء دستور

السودان لسنة ١٩٥٦م ودستور السودان لسنة ١٩٦٤م،قد جعلا لأي فرد الحق في الطعن أمام المحكمة العليا في أي قانون يهدر أي من حقوقه الدستورية، كذلك نص دستور السودان الدائم ١٩٧٣م،على ذلك بقوله: "لكل شخص أُضير من جراء أي تشريع أصدرته أية سلطة ذات اختصاص تشريعي أن يرفع دعوى أمام المحكمة العليا لإعلان بطلانه بسبب إهداره للحريات والحقوق التي كفلها الدستور"، كما أن قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م عند صدوره، أعاد النص صراحة على اختصاص المحكمة العليا بنظر دعوى حماية الحقوق والحريات الدستورية، ودعوى الطعن في دستورية القوانين، بالنظر إليه كقانون يُبين إجراءات التقاضي ويحدد اختصاصات المحاكم[٦٦]، وقد أعاد دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م النص على ذلك على النحو الذي نظمته دساتير ما قبل دستور السودان الدائم ١٩٧٣م، ولم يختلف دستور السودان لسنة ١٩٩٨م عن توجه الدساتير السابقة في هذا الجانب سوى بإنشائه لمحكمة دستورية مختصة[٦٧].

ونشير هنا إلى أن دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م؛ قد نص على اختصاصات المحكمة الدستورية بالفصل في دعوى حماية الحق الدستوري، كذلك بالفصل في دعوى الطعن في دستورية القانون والنصوص وفقاً للدستور الاتحادي أو الولائي[٦٨]، كذلك الحال جاء قانون المحكمة الدستورية مؤكداً لما ذهب إليه الدستور بصورة أكثر تفصيلاً في هذا الجانب، فأشار صراحة إلى أن دعوى الطعن في دستورية القوانين تقدم من الأفراد أو الجماعات، وبطبيعة الحال يمكن رفعها من قبل الهيئات والأشخاص المعنوية سواء أكانت خاصة أم عامة، فلم يقيد النص حق رفعها في جهة معينة؛ حيث يحق لأي شخص رفعها طالما توافر فيه شرط المصلحة[٦٩].

المطلب الرابع

كيفية تحريك دعوى الطعن في دستورية القوانين

تبنى النظام الدستوري في السودان أسلوب الرقابة القضائية بطريق الدعوى الأصلية "رقابة الإلغاء"، وذلك عندما كانت المحكمة المختصة هي المحكمة العليا، وكذلك الحال بعد انتقال الاختصاص إلى المحكمة الدستورية، والأصل في هذه الدعوى أن يقوم صاحب المصلحة المتضرر فعلاً أو حكماً من قانون ما بتقديم عريضة عدم دستورية قانون أمام المحكمة المختصة-المحكمة العليا سابقاً، المحكمة الدستورية حالياً-يطلب فيها صاحب المصلحة إلغاء القانون بناءً على ادعائه بأنه مخالف للدستور، دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى قضائية عادية، غير أن الواقع قد يكون على خلاف ذلك؛ فقد يرى أحد أطراف الخصومة أثناء قيام دعوى قضائية عادية أن يدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه، ففي هذه الحالة ذهب القضاء إلى أن محكمة الموضوع إذا رأت جدية الدفع؛ فإن لها أن تحدد ميعاداً للخصم لرفع دعوى طعن دستوري أمام المحكمة المختصة " المحكمة العليا سابقاً-المحكمة الدستورية حالياً "، ولا تملك محكمة الموضوع سلطة إحالة القضية إلى المحكمة المختصة[٧٠].

وجدير بالذكر هنا أن المحكمة الدستورية لا يحق لها من تلقاء نفسها-أسلوب التصدي-النظر في دستورية أي قانون بزعم حماية الحقوق والحريات كما ذهب إلى ذلك بعض الباحثين على أساس نص المادة ٣٤ من دستور السودان لسنة ١٩٩٨م، فما جرى عليه القضاء الدستوري في السودان؛ أن المحكمة الدستورية لا سبيل لها للنظر في دستورية القوانين والتشريعات الفرعية؛ إلا من خلال دعاوى الطعون المقدمة من قبل أصحاب المصلحة؛ الذين تضرروا من تلك القوانين والتشريعات، وهذا ما كان عليه القضاء الدستوري في السودان لعقود طويلة سواء في ظل المحكمة العليا؛ أم في ظل المحكمة الدستورية وشهدت به السوابق القضائية[٧١]، كما أن المحكمة العليا ذهبت في أحد أحكامها الدستورية إلى أن: الطرق التي ترفع بها الدعوى الدستورية أمام المحكمة العليا قد نظمتها القوانين؛ وليست من بنيها الإحالة من المحكمة الأدنى إلى المحكمة العليا، فإذا امتنع هذا في حق المحاكم عبر الإحالة؛ فإنه من باب أولى أن يمتنع على المحكمة العليا ابتداءً، هذا ولم يحدث أن تعرض القضاء الدستوري في السودان من تلقاء نفسه للبت في دستورية قانون ما[٧٢].

في هذا المقام ننوه إلى منهج وتسبيب المحكمة العليا الأمريكية في تجنبها النظر في قضايا دستورية من تلقاء نفسها-أسلوب التصدي-بأنها تشترط ضرورة وجود قضية أو نزاع قائم ليتسنى لها النظر في القضية، وذلك انسجاماً مع نص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي، فقد ذهبت في قضية Ashwander v Tennessee Valley Authority إلى القول: أنها لا تفصل في أي مسألة دستورية تثار بطريقة ودية وليست خلافية، لأن التزامها بذلك التوجه يحول دون خلق مشكلة دستورية، كما أنها تفترض أن التشريع الصادر من الجهات المختصة الأصل فيه أنه صدر وفقاً للدستور "قرينة الدستورية"[٧٣].

إلا أن فحص دستورية القوانين من قبل المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها "أسلوب التصدي" قد يمثل توجهاً حميداً لو أن المشرع الدستوري نص عليه كاختصاص للمحكمة الدستورية؛ خاصة في ظل تبني المشرع الدستوري في ظل دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م الحكم الفدرالي الذي نجم عنه كم هائل من التشريعات الاتحادية والولائية، مما يستدعي أن تكون طرق تحريك رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين أيسر و أكثر سهولة، طالما أن الرقابة على دستورية القوانين تهدف إلى حماية الدستور وحماية الحقوق والحريات.

المطلب الخامس

سلطات المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين

اتساقاً مع تبني المشرع السوداني أسلوب الدعوى الأصلية، فقد أُسند إلى المحكمة الدستورية سلطة إلغاء القانون المطعون فيه إذا ثبت لها مخالفته للدستور، فالمحكمة عند نظرها دعوى طعن دستوري؛ تنظر في الدفوع التي قَدَّمَها الطاعن، فإن ثبت لها صحة الادعاء بمخالفة القانون محل الطعن للدستور؛ فإنها حالئذ تملك سلطة الحكم بعدم دستورية ذلك القانون؛ و يحوز حكمها عندئذ حجيةً مطلقةً في مواجهة الجميع[٧٤].

غير أن الأمر قبل استحداث المحكمة الدستورية لم يكن على هذا النحو؛ فقد سلكت المحكمة العليا عند مباشرتها اختصاص الرقابة على دستورية القوانين مسلكاً تفسيرياً؛ إذ تفسر القانون وتطبقه طالما كان دستورياً، وتمتنع عن تطبيقه إذا خالف الدستور، وقلما لجأت المحكمة العليا إلى الحكم بإلغاء التشريعات المخالفة للدستور صراحة؛ بل تتجه إلى الامتناع عن تطبيق تلك التشريعات، وقد ذهب البعض إلى القول: بأنه "يُؤخذَ على المحكمة العليا عدم الميل نحو إلغاء أي نص تشريعي مشكوك في موافقته لنصوص الدستور؛ ما لم تُعدم الحيلة في إجازته؛ وفي عدم إلغائه؛ فقلما تستجيب المحكمة إلى طلب بإلغاء نص تشريعي، فنادراً ما تُقْدم على إصدار حكماً قضائياً بإلغاء التشريع المخالف صراحة"(٧٥)، يؤكد ذلك ما خلصت إليه المحكمة العليا بأنه: "إذا تعارض القانون مع حكم الدستور؛ وجب على المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون؛ وذلك تأسيساً على أن الدستور يتميز عن القوانين العادية بصفة العلو والسيادة مما يستوجب أن تقديم الدستور على القانون"(٧٦).

هذا المسلك من قبل المحكمة العليا بالامتناع في حقيقته لا يختلف عن حكم الإلغاء، فصدور الحكم عن أعلى محكمة في النظام القضائي؛ يجعل من حكم المحكمة بالامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري، مسلكاً ملزماً للمحاكم كافة، خاصة في ظل الأخذ بنظام السوابق القضائية، ومن ثَمَّ فإن امتناع المحكمة العليا عن تطبيق القانون غير الدستوري له أثر يعادل قوة إلغاء القانون المخالف؛ على الرغم من تجنب المحكمة الحكم صراحة بإلغائه، ومع ذلك فإن ذلك التوجه من قبل المحكمة لا يمكن اعتباره سياسةً عامة للقضاء الدستوري في السودان؛ خاصة في ظل وجود نص قانوني يُعطي المحكمة الدستورية سلطة إلغاء أي قانون مخالف للدستور(٧٧).

وفيما يتعلق بالنطاق الموضوعي لحكم المحكمة بالإلغاء سواء أكان صريحاً أم ضمنياً، فقد ذهبت المحكمة في إحدى القضايا الدستورية إلى أن: "أي نص يُنشئ جريمة بأثر رجعي؛ يعنى تجريم فعل كان مباحاً؛ وأي فرض لعقوبة أشد مما كان يقضى به نص سابق لقانون نافذ؛ أو قانون آخر حل محله النص الجديد؛ يُعد تجريماً مخالفاً للدستور أيضاً"(٧٨)، يستفاد من هذا التوجه أن الحكم بالامتناع أو الإلغاء الضمني يستهدف فقط النص أو المادة التي شكلت مخالفةً لأحكام الدستور كجزء من كلٍ، ومن ثَم فلا يمتد حكم الإلغاء إلى باقي نصوص القانون المطعون في دستوريته، لأن مخالفة أحكام الدستور اقتصرت على جزء من نصوص القانون وليس القانون بأكمله، الأمر الذي يستتبع منطقياً أن يكون حكم الإلغاء في حدود تلك النصوص المخالفة؛ ولا يتجاوزها إلى القانون بأكمله، لذلك جاءت عبارة المحكمة في ثنايا الحكم أعلاه بقولها: "تجريماً مخالفاً للدستور" الأمر الذي يستفاد منه أن المخالفة الدستورية هي للتجريم الذي مَثَّلَه النص المستحدث و ليس القانون بأكمله، لذا لم تطلق المحكمة هذا الوصف على بقية أحكام القانون محل الطعن، يؤكد ذلك الاستنتاج أن ما صدر من أحكام الإلغاء على ندرتها لم تذهب المحكمة إلى إصدار حكم بإلغاء القانون محل الطعن كاملاً.

وإلى ذلك فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن المادتين "١" و "٢" من قانون معاقبة الفساد لسنة ١٩٦٩م؛ اللتين جعلتا لأحكام القانون أثراً رجعياً بالنسبة لجرائم تعود لسنة ١٩٦٥م غير دستوريتين، كذلك تعديل سنة ١٩٧٢م الذي طال الفقرة "١" من المادة "٢" من ذلك القانون، والمادة ٤ من قانون التعديلات المتنوعة لسنة ١٩٧٤م؛ والتي أبقت على مفعول المادتين السابقتين من قانون معاقبة الفساد لسنة ١٩٦٩م، ذهبت المحكمة أيضاً إلى أنه تعديل غير دستوري؛ نظراً لحظر الدستور إصدار أو إبقاء قانون جنائي ذو أثر رجعي سواء بالتجريم أو بتشديد التجريم، لذلك كان حكمها بعدم دستورية قانون معاقبة الفساد لسنة ١٩٦٩م قاصراً على النصوص ذات الأثر الرجعي فقط(٧٩).

هذا المسلك بَقِيٌ هو المعتمد بعد قيام المحكمة الدستورية ففي أحد أحكامها، قضت بعدم دستورية أحكام المادة ٤٦ الفقرة ١؛ والمادة ٥٠ الفقرة ٢؛ من قانون شرطة السودان لسنة ٢٠٠٨م؛ والمتعلقتان بمحاكم الشرطة واختصاصاتها وسلطاتها الإيجازية وغير الإيجازية، ولم تتطرق في حكمها بالإلغاء إلى بقية نصوص القانون(٨٠).

وفي قضية أخرى قضت المحكمة الدستورية ببطلان تشريع فرعي "لائحة" أصدرها وزير الداخلية، وببطلان الإدانة التي تمت بموجبه للمتهم مقدم الدعوى الدستورية، يذكر أن ذلك التشريع الفرعي تمت بموجبه إضافة نبتة القات إلى قائمة المخدرات؛ غير أن ذلك التشريع الفرعي لم يستوف مرحلة النشر في الجريدة الرسمية، الأمر الذي استندت عليه المحكمة الدستورية بعدم مشروعية هذا التشريع كأساس قانوني للتجريم نظراً لعدم نشره في الجريدة الرسمية، مما يستتبع فقدانه لأي قيمة قانونية لانتفاء قرينة علم الكافة به، وبذلك فإن الإدانة التي تمت بناءً عليه هي إدانة تنتهك مبدأ الشرعية الذي نص عليه الدستور(٨١).

هذا التوجه الذي تبناه القضاء الدستوري في السودان يأتي موافقاً للمبادئ الدستورية العامة وللمنطق السليم للأمور، فمن جهة لا يمكن إهدار القيمة القانونية للقانون محل الطعن بأكمله؛ نسبةً لمخالفة نص أو عدة نصوص للدستور، خاصة في ظل أن الأصل افتراض دستورية العمل التشريعي "قرينة الدستورية"، كما أن الإلغاء الكلي يعني من وجه أخر أن السلطة القضائية تحولت إلى طرف في العملية التشريعية التي تختص بها السلطة التشريعية.

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه الدستوري الإسلامي

المطلب الأول

المبادئ العامة للرقابة في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: **مشروعية الرقابة في الشريعة الإسلامية:**

أولاً: **القرآن الكريم:** يزخر القرآن الكريم بنصوص كثيرة تحث على تفعيل الحس الرقابي في كافة مناحي الحياة على الصعيد الجماعي كما هو الحال على الصعيد الفردي، فعلى الصعيد الفردي يأتي قوله تعالى: ﴿وَقُلِ اعْمَلُواْ فَسَيَرَى اللَّهُ

عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾[التوبة: ١٠٥]، وعلى الصعيد الجماعي يتضح ذلك من خلال تعزيز فاعلية آلية القضاء عبر الالتزام بالتشريع الرباني لرفع الظلم و إحقاق العدل بين الناس، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾[النساء: ٥٨]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ﴾[النساء: ١٣٥]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيماً﴾[النساء: ١٠٥]، وقوله تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾[ص: ٢٦]، في هذه الآيات نجد أن الخطاب القرآني بإرساء قيمة العدل يتوجه في عمومه للمكلفين جميعاً سواءً أكانوا حكاماً أم محكومين، وفي خصوصه يتوجه لمن يضطلع بمهمة الفصل في الخصومات بين الناس؛ ومن المعلوم أن هذه الخصومات يتصور وقوعها بين الأشخاص سواءً أكانوا طبيعيين أم معنويين فيما بينهم؛ وبين الشخص الطبيعي وبين الدولة ممثلة في أحد أجهزتها، والسلطة التشريعية أحد أجهزة الدولة التي من بين مهامها وضع التشريعات الاجتهادية، هذه التشريعات يمكن تصور سنها بالمخالفة للقواعد العامة للشريعة الإسلامية ولمقاصدها من جلب للمنافع ودرء للمفاسد؛ ومن ثم يؤدي تطبيقها إلى انتهاك حقوق وحريات الأفراد التي كفلتها لهم الشريعة الإسلامية، عندئذ فلا ملاذ للمواطن إلا اللجوء إلى القضاء لإنصافه ورفع الظلم عنه، لذا فالقاضي نظراً لأنه معني بالفصل في الخصومات التي تعرض أمامه؛ سواءً أكان المدعى عليه شخص طبيعي أم معنوي، فهو مأمور شرعاً بأن يحكم بالعدل، وطالما كان إرساء العدل واجب، فإن الوسيلة إليه تصبح واجبة وفقاً لقاعدة "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"، لذا يمكن الذهاب إلى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تُعَد ضمانة جدية في سبيل حماية حقوق وحريات الأفراد؛ خاصة في ظل الطبيعة الخاصة للقضاء في الإسلام؛ فالذي يتولى مهمة القضاء يتعين عليه أن يكون عالماً بأحكام الشريعة الإسلامية، وفي المقابل يتمتع القاضي باستقلالية في مباشرة مهمته.

ثانياً: **السنة المطهرة:** من المسلم به في السنة العملية أن الرسول (ﷺ) قد باشر بنفسه القضاء للفصل في الخصومات بين الناس، فقد روت أم سلمة رضي الله عنها: "اختصم إلى رسول الله (ﷺ) رجلان من الأنصار في مواريث متقادمة فقضى الرسول (ﷺ) بينهما في بيتي"(٨٢)، ومنه أيضاً: " أن علياً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضى في جماعة من أهل اليمن قضاءً؛ غير أنهم لم يرضوا بذلك الحكم حتى قدموا على رسول الله (ﷺ) فذكروا له الواقعة فأجاز عليه الصلاة والسلام اجتهاد علي"(٨٣)، ومن السنة القولية قوله (ﷺ) :"إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران و إذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"(٨٤)، ومنها قوله (ﷺ) : "لا ضرر ولا ضرار"(٨٥).

هذه الاحاديث يستفاد منها مشروعية القضاء وبأن الرسول (ﷺ) قد باشره بنفسه، بل إنها أعلت من

شأن اجتهاد القضاة عند فصلهم في المنازعات بما لهم من أجور عظيمة؛ كما أقر الرسول (ﷺ) صحابته الكرام عليه؛ بل وراجع أحكامهم ليرى هل أصابت صحيح التشريع أم لا؟، كل ذلك الاهتمام مرده أن جهاز القضاء هو السبيل لإرساء قيمة العدل التي تعد إحدى ركائز المجتمع المسلم، ولعل قوله (ﷺ): "لا ضرر ولا ضرار" من أعظم ما قيل في هذا الباب؛ وهي قاعدة تصلح أساساً للحيلولة دون أي حيف أو تجاوز؛ وهذا ما تهدف إليه الرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية.

ثالثاً: **القواعد الفقهية:** وسنتخير بعضٍ منها مما له صلة بموضوع البحث على النحو التالي:

١- "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" وفي صيغة أخرى جاءت " كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة[٨٦]، هذه القاعدة توضح حدود السلطات والإدارات العامة في الدولة فيما يتعلق بتصرفاتها في حق المواطنين "الرعية"، فالأصل أن أعمال هذه السلطات وتصرفاتها مبنية على تحقيق مصلحة وخير الجماعة، لذا فكل تصرف جر فساداً أو منع صلاحاً فهو منهي عنه[٨٧]، فتحري الحق الموافق للمصلحة العامة من ألزم واجبات الدولة لكي يكون تصرفها على الرعية منوط بالمصلحة[٨٨]، فالقائمين على أمر هذه السلطات الأصل فيهم أنهم لا يعملون لمصلحة أنفسهم بل للمصلحة العامة باعتبارهم وكلاء عن الأمة، بل أنهم مطالبون بالقيام بأفضل التدابير وأصلحها لإقامة العدل ودفع الظلم وصيانة الحقوق والأخلاق وتحقيق كل خير للأمة بأفضل الوسائل، وكل تصرف يهدف إلى غير ذلك فإن حكمه عدم الجواز[٨٩].

٢- " العدل مأمور به في جميع الأمور"[٩٠]، العدل هو وضع الشيء في موضعه، بخلاف الظلم فهو وضع الشيء في غير موضعه، ومن ثمرات العدل استقامة الأمور على الوجه السليم في المجالات كافة؛ وهذا هو مقصد الشارع الحكيم من الأمر بالعدل والنهي عن الظلم، يقول الإمام ابن تيمية: "مبنى الوجود كله على العدل، حتى في المطاعم والملابس والأبنية ونحو ذلك"[٩١]، ومعلوم أن تدبير هذه الأمور وغيرها؛ تحتاج بلا شك إلى اجتهاد تشريعي يتعين أن يهدف إلى تحقيق العدل في كل أمر ينظمه، وفي موضع أخر يقول ابن تيمية: "العدل نظام كل شيء، فإذا أقيم أمر الدنيا بعدل قامت، وإن لم يكن لصاحبها في الآخرة من خلاق، ومتى لم يقم بعدل لم تقم، وإن كان صاحبها من الإيمان ما يجزي به في الآخرة"[٩٢]، لذا فإن من سنن الله نصره للدولة العادلة و إن كانت كافرة، و خذلانه للدولة الظالمة وان كانت مسلمة، وإلى ذلك فإن العدل مطلوب في كل شيء ولا يخرج عن ذلك جميع تصرفات الدولة ممثلة بسلطاتها المتعددة، ولا يستثنى من ذلك العمل التشريعي "التشريعات الاجتهادية" فيتعين على السلطة التشريعية أن يكون مقصدها من وراء ما تسنه من تشريعات تحقيق العدل بين الناس.

فالأصل أن التشريعات الاجتهادية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة سواء بجلب مصلحة أو

درء مفسدة، وابتغاء المصلحة العامة هو مناط مشروعية هذه التشريعات، غير أن المصلحة العامة يجب ألا تكون بحال من الأحوال مخالفاً لما قررته الشريعة الإسلامية من قواعد ومبادئ، لذا فإن قيام جهاز قضائي بمهمة الرقابة على دستورية التشريعات الاجتهادية أمر لا مانع منه(٩٣)، كما أن الأرجح في رقابة القضاء على دستورية القوانين هو رقابة الامتناع؛ حتى لا تخوض السلطة القضائية صراعاً مع السلطة التشريعية؛ باعتبار أن السلطة التشريعية في الفقه الإسلامي ذات خصوصية، كما أن رقابة الامتناع تبقي باب التناصح بين المسلمين مفتوحاً.

الفرع الثاني: **مدى توافق مبدأ الرقابة على دستورية القوانين مع المبادئ العامة للفقه الإسلامي:** عند النظر إلى الرقابة على دستورية القوانين كفكرة مجردة؛ نجدها تهدف ضمن ما تهدف إليه إلى تأكيد وضمان مطابقة التشريعات الصادرة عن الجهات ذات الاختصاص؛ مع الثوابت التي ارتضتها الأمة؛ ممثلة في نصوص دستورها؛ باعتباره الوثيقة الأعلى في النظام القانوني للدولة، هذه الفكرة بإسقاطها على الأنموذج الإسلامي للنظام الدستوري؛ لا نجدها متعارضة في جوهرها وروحها مع ما أرسته الشريعة الإسلامية من مبادئ رقابية؛ سواءً أكان ذلك في "الشق النظري" المتمثل في نصوص القرآن الكريم والسُّنَّة النبوية، أم في التجربة العملية للدولة المسلمة ممثلة في سوابقها التاريخية في الحكم خاصة في العهد الأول –فترة الرسول (ﷺ) وصولاً إلى عهد الخلفاء الراشدين (رضي الله عنهم) كذلك ما استنبطه الفقهاء المسلمون لاحقاً؛ من قواعد وأسس للرقابة و المحاسبة في مجال الحكم بصفة عامة؛ لذا فلا يوجد ما يمنع من إعمال آلية الرقابة على دستورية التشريعيات؛ مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الفقه الإسلامي بمصدره الرباني بين النظم القانونية.

أضف إلى ذلك أن فكرة السلطة في الشريعة الإسلامية لم تكن في يوم من الأيام ذات طبيعة مطلقة؛ بل الأصل فيها أنها مقيدة؛ بل وتلازمها فكرة المسؤولية انطلاقاً من أحكام التشريع الرباني؛ هذا التشريع الرباني لا يمكن تجاوزه بأي حال من الأحوال، فإذا نظرنا إلى سلطة التشريع سنجد أن الشارع الحكيم استقل بها ولم يتركها للمكلفين، خاصةً في جانب الأحكام الكلية؛ وكل ما سوى ذلك من أحكام تشريعية تفصيلية والتي تركت للمكلفين؛ لا يمكن أن تخرج على تلك الأحكام الكلية الربانية، فالسلطة التشريعية في الفقه الدستوري الإسلامي شأنها في ذلك شأن بقية السلطات العامة في الدولة مقيدة بأحكام الشريعة الإسلامية؛ ولا يمكن لها الخروج على تلك الأحكام، مع العلم بأن هذا الحيز التشريعي "الاجتهاد التشريعي" الذي ترك للمسلمين مقيد بمبادئ وضوابط عدة كالشورى التي فرضها الشارع الحكيم، وضرورة مراعاة مقاصد الشريعة؛ وروح الأحكام وغايات النفع والصالح العام والخاص وفق ما تقتضيه ظروف الزمان والمكان، كل ذلك أكسب هذه المنظومة فاعلية فريدة على مر العصور.

وإلى ذلك نجد أن الشريعة الإسلامية لم تمنح أية حصانة لمن تسند له سلطة التشريع الاجتهادي من

تبعات قيامه بهذه المهمة؛ فمن تسند له مباشرة أي من السلطات العامة ليس محصناً من الرقابة والمساءلة؛ كما يحق لكل مسلم حرية إبداء النقد في أداء تلك الجهات؛ كل ذلك في ظل وجود قضاء مستقل ونزيه، وهذا ما لم تكن تعرفه أمة من الأمم قبل الإسلام؛ هذه السلطة المسؤولة التي نادى بها الإسلام وطبقها في العهد الأول؛ أضحت ولا تزال الركيزة الرئيسة في معظم دساتير العالم الحديث(٩٤).

إقرار هذه المسؤولية ترتب عليها واجب مفاده أن على القضاة الامتناع عن تنفيذ أي أمر للخليفة "السلطة التنفيذية"؛ طالما كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، هذا الواجب بالنسبة للقضاة هو فرع عن الواجب العام الذي يقع على عاتق كل فرد مسلم؛ وفقاً للمبادئ الإسلامية نحو مبدأ "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، ومبدأ "وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"، تصل هذه المسؤولية أعلى درجاتها بإقرار خضوع رأس الدولة للمقاضاة في شتى المجالات؛ شأنه في ذلك شأن الفرد العادي، بخلاف ما عليه بعض النظم الدستورية المعاصرة(٩٥)، هذه المسؤولية بما تمثله من جانب موضوعي لا يمكن لها أن تتحقق دون وجود شكل وآلية للرقابة وفي مركزها رقابة دستورية التشريعات الاجتهادية، لذا فالفقه الإسلامي ومرتكزه الشريعة الإسلامية لا يمنع وجود مثل هذه الآلية؛ سواءً تمثلت في محكمة أو مجلس أو هيئة؛ طالما كانت مرجعيتها الثوابت الإسلامية، وتوفرت في القائمين بها سمات الحيدة و النزاهة والكفاءة؛ للقيام بمهمة رقابة دستورية التشريعات الاجتهادية، فهذه الآلية تحقق غايات الشريعة الإسلامية في إرساء العدل وإقامة شرع الله، أضف إلى ذلك أنها تمثل حارساً لدستور الدولة المسلمة(٩٦).

وبذلك فإن أصول فكرة رقابة الدستورية من جهة وجدت بعض مظاهرها في أحكام الشريعة الإسلامية، من خلال تجاربها الحية لكن دون أن يُسبغ عليها الفقهاء المسلمون قالباً تنظيرياً وفلسفياً ولم تُفَرَّغ في قالب مؤسسي كما هي عليه الآن؛ لذا فهي لم تعط الاسم أو المصطلح الإجرائي المعاصر، الأمر الذي قاد البعض إلى القول: بأن الشريعة الإسلامية كان لها فضل السبق في إعمال هذا المبدأ الرقابي في المجال الدستوري، ومن الجهة الأخرى فإن الشريعة الإسلامية في شقها الدستوري والسياسي عامة والإجرائي منه خاصة، جعلت لإعمال المشترك الإنساني حيزاً لا يستهان به أخذاً وتطبيقاً استهداءً بقوله (ﷺ): "أنتم أعلم بأمر دنياكم"(٩٧)، وقوله (ﷺ): "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"(٩٨)، وقوله (ﷺ): "الكلمة الحكمة ضالة المؤمن؛ حيثما وجدها؛ فهو أحق بها"(٩٩)، وعلى الرغم من ضعف هذا الحديث فتشهد لمعناه عموميات النصوص الشرعية ومقاصد الشريعة، فهذا يقود إلى أن للدولة المسلمة تبني كل ما هو مفيد والعمل به؛ بغض النظر عن منشئه طالما أنه لا يتعارض مع الشرع(١٠٠).

المطلب الثاني

أسس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: **مبدأ سيادة التشريع الإلهي "النصوص الدستورية"**: في الدولة المسلمة يسود التشريع الإلهي المتمثل بنصوص القرآن الكريم، والسنة المطهرة، فالأحكام الواردة في هذين المصدرين تمثلان التشريع الأعلى في الدولة "الدستور"، وكل ما سوى ذلك من تشريعات يتعين أن تكون موافقة لهما؛ وإلا كان حكمها البطلان، وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[النساء: ٥٩]، فهنا جاءت الطاعة المأمور بها على الناس لله عز وجل أولاً؛ ثم للرسول (ﷺ) ثانياً، ثم لأولي الأمر "الدولة" من بعد ذلك، في تراتبية لا يمكن تجاوزها، و طاعة أولي الأمر "الدولة" مقيدة وليست مطلقة، لقوله (ﷺ) "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"[١٠١]، وقوله (ﷺ) "إنما الطاعة في المعروف"[١٠٢]، فالتشريعات الاجتهادية الصادرة عن الدولة يجب الالتزام بها طالما كانت الغاية منها جلب المصالح ودرء المفاسد؛ فالشارع الحكيم وضع أسس هذه الأداة التشريعية حمايةً لمقاصد الشريعة؛ فيما تدعوا له الحاجيات أو التحسينات، وهي تشريعات ملزمة ما لم تكن مخالفة لأصل من أصول الدين، و بطبيعة الحال فإن الحق الذي يعطيه الإسلام لولي الأمر ينتقل مع الاختصاصات المعطاة للمجالس النيابية والحكومات التي تشارك المجلس أو رئيس الدولة في السلطة التشريعية[١٠٣].

يقول العز بن عبد السلام في معرض تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾[الأنعام: ١٥٢]: "يتعين أن يتصرف الولاة ونوابهم من التصرفات بما هو أصلح للمولى عليه درءاً للضرر والفساد، وجلباً للنفع والرشاد، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح، إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة، ولا يتخيرون في التصرف حسب تخيرهم في حقوق أنفسهم، فإن كان هذا في حقوق اليتامى فأولى أن يثبت في حق عامة المسلمين فيما يتصرف فيه الأئمة من الأموال العامة، لأن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة"[١٠٤]، فولي الأمر أسندت له السلطة لمصلحة العباد، ولخدمة من هم تحت ولايته و إقامة العدل فيهم وتحقيق المصلحة والخير لهم، لذلك فنفاذ تصرفات ولي الأمر لا تنفذ شرعاً إلا إذا كان المراد منها تحقيق المصلحة للناس، و في ذلك يقول الفقيه ابن نجيم: "إذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه فإن خالفه لم ينفذ"[١٠٥]، وإلى ذلك فإن الدولة المسلمة ممثلة في هيئتها التشريعية لا يحق لها سن تشريع لتنظيم دور البغاء، ومحلات بيع الخمور، أو أندية القمار، أو تشجيع السياحة الفاضحة؛ بحجة جباية وزيادة إيرادات الدولة، بل يتعين على القضاء عندئذ الحكم بعدم دستوريته.

الفرع الثاني: **مبدأ تدرج التشريع الإسلامي: القواعد الحاكمة للمنظومة القانونية في النظام الإسلامي واضحة في الشريعة الإسلامية؛** وتتسم بتدرج كما هو مسلم به وفق ترتيب مصادر التشريع، وبذا فهي سابقة في تدرجها على ما هو قائم في الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة، فقد صَنَّفَ الفقهاء المسلمون القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية تصنيفاً دقيقاً ومحكماً، وذلك وفقاً لمصدرها بل رَتَّبُوا ضرورة موافقة القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى على النحو التالي:

أولاً: **القاعدة القانونية المستمدة من القرآن الكريم:** وفي العموم هي الأعلى والأسمى من بين القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية، وفي التفصيل تتقدم تلك القاعدة المستمدة من القرآن الكريم ذات المصدر قطعي الدلالة على مثيلتها ذات المصدر الظني الدلالة.

ثانياً: **القاعدة القانونية المستمدة من السُنَّة النبوية:** وفي العموم تأتي متفقة مع القاعدة القانونية المستمدة من القرآن، وفي التفصيل هذه القاعدة ليست على درجة واحدة؛ فالأولى مستمدة من الحديث المتواتر، والثانية مستمدة من الحديث المشهور، والثالثة مستمدة من حديث الآحاد.

ثالثاً: **القاعدة القانونية المستمدة من الإجماع:** هذا الإجماع الذي يستمد شرعيته وحجيته من المصدرين الأوليان.

رابعاً: **القاعدة القانونية المستمدة من الاجتهاد:** وهي قاعدة تستمد حجيتها وشرعيتها من المصادر السابقة و يدخل في هذا القسم القاعدة القانونية التي يتم التوصل لها عن طريق القياس أو الاستحسان أو المصلحة المرسلة...الخ، أو ما يعرف بـ "التشريعات الاجتهادية"(١٠٦).

هذا التدرج في القواعد الحاكمة للمنظومة القانونية في النظام الإسلامي، يستدعي وجود آلية رقابية لحماية سمو القواعد العليا التي تُعد بمثابة دستور للدولة، والتأكد من أن جميع القواعد الأدنى درجة؛ يجب أن تأتي متوافقة مع تلك القواعد العليا، و إلا كان وجود هذا التدرج لا قيمة له، وهذا ما لا يذهب إلى القول به عاقل.

المطلب الثالث

تطبيقات الرقابة على دستورية القوانين في التاريخ الإسلامي

تستند فكرة الرقابة عامة على وقائع مُؤَكدة منذ الصدر الأول للإسلام، وكذلك الحال في العصور اللاحقة:

الفرع الأول: **تطبيقات الرقابة في عهد الخلفاء الراشدين:**

أولاً: **خطبة أبي بكر الصديق** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هذه الخطبة هي لخليفة رسول الله (ﷺ) في الإسلام أبي بكر الصديق (ﷺ) يقول فيها: "أيها الناس: قد ولِّيتُ عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فَقَوموني، الصدق أمانة، الكذب خيانة، الضعيف فيكم قوي عندي حتى أريح عليه حقه إن شاء الله، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه إن شاء الله تعالى، أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم"(١٠٧)، هذه المعاني التي تضمنتها الخطبة تؤكد بجلاء شيوع فكرة الرقابة وإيمان رأس الدولة بها.

ثانياً: **واقعة تحديد المهور في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فقد روي أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: لا تغالوا في مهور النساء، فقالت امرأة ليس لك ذلك يا عمر، إن الله يقول: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾[النساء: ٢٠]، فقال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إن امرأة خاصمت عمر فخصمته(١٠٨).

ففي هذه الواقعة يريد رأس الدولة وهو الخليفة الفاروق عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تحديد مهور النساء بهدف التيسير في أسباب الزواج، ورغم سلامة المقصد كان هذا التوجه يتعارض مع نص أعلى وارد في القرآن الكريم، وهو ما ذَكَّرته به تلك المرأة التي بادرت بمباشرة حقها الذي تعطيه الشريعة الإسلامية لكل فرد مسلم بالنصح والأمر بالمعروف حرصاً على سيادة التشريع الإلهي على ما سواه، فما كان من رأس الدولة وهو "الخليفة" إلا أن نزل عند حكم الله عز وجل، مبطلاً ما كان يرغب في تقنينه.

الفرع الثاني: **تطبيقات الرقابة في عهد الدولة العباسية:**

أولاً: **واقعة إصدار الخليفة المأمون قانون يبيح نكاح المتعة:** تذكر الروايات بأن القاضي الفقيه يحيى بن أكثم وقف في مواجهة المأمون وهو رأس الدولة؛ عندما أصدر قانوناً بتحليل المتعة وشرع بإشهاره بين الناس: حيث دخل على رأس الدولة في مجلسه، ودار الحوار التالي بينهما: قال المأمون ليحيى: مالي أراك متغيراً ؟ فقال: هو غَمٌّ يا أمير المؤمنين لما حدث في الإسلام، قال: وما حدث فيه ؟ قال: النداء بتحليل الزنا، قال: الزنا ؟! قال: نعم، المتعة زنا، قال المأمون: ومن أين قلت هذا ؟ قال القاضي: من كتاب الله عز وجل، وحديث رسول الله (ﷺ)، قال الله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ • الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ • وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ • وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ • وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ • إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ • فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاء ذَلِكَ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾[المؤمنون: ١-٧]، يا أمير المؤمنين: زوجة المتعة ملك يمين ؟ قال المأمون: لا، قال القاضي يحيى بن أكثم: أهي الزوجة التي عند الله ترث و تورث وتلحق الولد ولها شرائطها ؟ قال المأمون: لا، قال القاضي يحيى بن أكثم: فقد صار متجاوز هذين من العادين، ثم قال القاضي يحيى بن أكثم: و هذا الزهري يا أمير المؤمنين روى عن عبد الله والحسن ابني محمد بن الحنفية عن أبيهما عن علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أمرني رسول الله (ﷺ) أن أنادي بالنهي عن المتعة وتحريمها بعد أن كان أمر بها، فالتفت الخليفة المأمون إلى من في المجلس من العلماء فقال: أمحفوظٌ هذا من حديث الزهري ؟، فقالوا: نعم يا أمير المؤمنين، وقد رواه جماعة منهم الإمام مالك رحمه الله، فقال الخليفة المأمون: أستغفر الله، نادوا بتحريم المتعة، فنادوا بتحريمها(١٠٩).

وهكذا نرى أن القضاء ممثلاً في القاضي يحيى بن أكثم قد تصدى لرأس الدولة من تلقاء نفسه، لإبطال ما أقدم عليه رأس الدولة من سن قانون يبيح المتعة؛ وذلك بعد أن تبين له مخالفة هذا القانون لما ورد من قواعد عليا؛ وردت في القرآن الكريم والْسُنَّة المطهرة، فما كان من رأس الدولة إلا أن استجاب لما ذهب إليه القاضي فعدل عن المناداة بإباحة المتعة إلى المناداة بتحريمها.

الخاتمـــة

في خاتمة البحث الذي تناولنا فيه أحكام الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بالتركيز على تجربة السودان، والتي شهدت تحولاً جذرياً بعد إنشاء المحكمة الدستورية؛ عقب عقود من اضطلاع المحكمة العليا بمهمة الرقابة القضائية؛ روح وجوهر هذه المهمة لم يكن في يوم من الأيام من مهام القضاء العادي أو الدستوري فقط، بل هي مهمة عظيمة تتحمل عبء القيام بها إلى جانب القضاء السلطتين التنفيذية والتشريعية؛ بالإضافة إلى الرأي العام ومؤسسات المجتمع المدني، وقد خلصنا من هذا البحث بنتائج وتوصيات جاءت على النحو التالي:

النتائج:

- يتفق الفقه الدستوري حول مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين؛ لكنه يختلف في آليات الرقابة.
- توزعت الأنظمة الدستورية في تنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين؛ إلى الأنموذج الأوروبي "المركزي" و الأنموذج الأمريكي "اللامركزي".
- تعاقب الدساتير في السودان وتنوع مرجعيتها، لم يستتبع معه تحولاً جذرياً في مبدأ رقابة دستورية القوانين صورها وأساليبها.
- ظل المشرع الدستوري في السودان منذ ما قبل الاستقلال؛ وفياً للأسلوب المركزي في تنظيمه للرقابة القضائية على دستورية القوانين على الرغم من تعدد وتعاقب الدساتير.
- تمتع المواطن السوداني في ظل كافة الدساتير المتعاقبة ولا زال؛ بالحق في تحريك دعوى الطعن في دستورية القوانين؛ حمايةً لحقوقه وحرياته، التي كفلها له الدستور.
- قصر القضاء الدستوري في السودان حكم عدم دستورية القانون على الجزء المخالف من نصوص القانون.
- أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ الرقابة في الإطار الفردي والاطار الجماعي.
- تناول الفقه الإسلامي مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين في غاياته الكلية؛ دون الوقوف عند التوصيف المصطلحي، باعتبار أن رقابة ومساءلة القائمين على شؤون الحكم؛ يُعَدُّ فرعاً يُؤَسَّس ويُمارس ويُقَوَّم؛ انطلاقاً من أصول الشريعة الإسلامية الغراء؛ مُمَثلة في مبادئ العدل والمساواة والشورى وحاكمية التشريع الإلهي لكل مفاصل الحياة؛ لذا استحقت الشريعة الإسلامية أن يكون لها فضل السبق في إرساء دعائم الرقابة على السلطات العامة .
- تبنى الفقه الإسلامي إعمال مبدأ الرقابة على دستورية القوانين؛ وقد شهد الواقع الإسلامي بذلك.

التوصيات:

- منح المحكمة الدستورية الحق في النظر في دستورية القوانين من تلقاء نفسها "أسلوب التصدي".
- إجراء مزيد من الأبحاث في الفقه الدستوري الإسلامي مقارنة مع النظم المعاصرة.
- نشر أحكام المحكمة الدستورية لزيادة الوعي بأهمية دور القضاء الدستوري.

المراجـــــع

أولا: **القرآن الكريم.**

ثانياً: **كتب الْحديث والسيرة:**

١- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داوود، الطبعة الثالثة؛ بيروت: المكتبة العصرية.

٢- سليمان بن داوود بن الجارود، مسند أبي داوود الطيالسي، تحقيق محمد بن عبد المحسن التركي، د.ط، دار هجر للطباعة؛ الجزء الأول.

٣- عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري الصنعاني، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، المكتب الإسلامي بيروت، الطبعة الثانية:١٤٠٣هـ-١٩٧٠م، الجزء السادس.

٤- عبد الملك هشام أيوب الحميري، السيرة النبوية، الطبعة الثالثة؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٠هـ ت١٩٩٠م.

٥- محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الرابعة؛ الجبيل، المملكة العربية السعودية: مكتبة الدليل،١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

٦- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى؛ دمشق: دار ابن كثير، ٢٠٠٢م.

٧- محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، د.ط، القاهرة: دار إحياء التراث العربي ،د.ت .

٨- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، الطبعة الأولى؛ القاهرة: دار طيبة، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

ثالثاً: **كتب المعاجم اللغوية:**

٩- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الثاني، الطبعة الأولى؛ بيروت عالم الكتب١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

١٠- عبدالله البستاني، معجم البستان، الطبعة الأولى؛ بيروت: مكتبة لبنان ١٩٩٢م.

١١- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى؛ ٢٠٠٨ م ١٤٢٩هـ، القاهرة، دار الحديث.

١٢- محمد بن مكرم جمال الدين أبو الفضل "ابن منظور"، لسان العرب، د. ط؛ بيروت: دار صادر.

رابعاً: **كتب السياسة الشرعية:**

١٣- محمد أسد، منهاج الإسلام في الحكم، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة ١٩٧٨م.

١٤- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، الطبعة الرابعة،١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

١٥-أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر المشهور بـ "ابن خلكان"، وفيات الأعيان، تحقيق إحسان عباس، بيروت، دار صادر طبعة ١٩٧٨م، المجلد السادس.

خامساً: **كتب المقاصد و القواعد الفقهية:**

١٦- عبد الكريم زيدان، الوجيز في القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى؛ بيروت: مؤسسة الرسالة ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

١٧- عثمان شبير، القواعد الفقهية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م، عَمَّان، دار النفائس.
١٨- العز بن عبد السلام، شيخ الإسلام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، الطبعة الأولى؛ دمشق: دار القلم،١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
١٩- عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، الطبعة الثالثة؛ دمشق: دار الترمذي، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
٢٠- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الطبعة الخامسة؛ الدار البيضاء: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٣م.
٢١- فوزي عثمان حسن، القواعد والضوابط الفقهية في السياسة الشرعية، دار العاصمة، الرياض: الطبعة الأولى١٤٣٢هـ- ٢٠١١م.

سادساً: **كتب القانون:**

٢٢- أحمد شوقي محمود، مبادئ القانون الدستوري، د.ط؛ الخرطوم: مطبعة جامعة القاهرة "فرع الخرطوم" ١٩٩١, ١٩٩٠م.
٢٣- أحمد عبد الحميد الخالدي، المبادئ الدستورية العامة، الطبعة الأولى؛ القاهرة: دار الكتب القانونية ٢٠١١م.
٢٤- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، د.ط؛ القاهرة: مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٠م.
٢٥- إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، د. ط ؛ منشورات الجامعة الليبية، د. ت.
٢٦- جيروم أ بارون، ترجمة محمد مصطفى غنيم، الوجيز في القانون الدستوري المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، الطبعة الأولى؛ القاهرة: الجمعية المصرية لنشر المعرفة، ١٩٩٨م.
٢٧- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، الطبعة الأولى؛ دمشق: جامعة دمشق، كلية الحقوق، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م.
٢٨- حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، د.ط؛ الجزائر-عنابة: دار العلوم للنشر، ٢٠٠٣م-١٤٢٣هـ.
٢٩- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة الديمقراطية الجديدة، ورقة توجيهية، مركز العمليات الانتقالية الدستورية، كلية الحقوق، جامعة نيويورك، الشبكة الدولية للمعلومات على الرابط التالي، www. democracy-reporting.org..
٣٠- رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، الطبعة الثانية؛ د.ن، ١٩٩٢م.
٣١- سامي عبد الحليم سعيد، المحكمة الدستورية في السودان، د.ط، الخرطوم: شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ٢٠٠٨م،.
٣٢- سمير عالية، نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، الطبعة الأولى؛ بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات ١٩٨٨م ١٤٠٨هـ.
٣٣- شمس مرغني علي، القانون الدستوري، د.ط؛ القاهرة: د.ن، ١٩٧٧م.
٣٤- عبدالرزاق أحمد السنهوري،فقه الخلافة، الطبعة الأولى؛ بيروت: مؤسسة الرسالة،٢٠٠٨م.

٣٥- عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية، الطبعة الأولى؛ القاهرة: دار سعد سمك، ٢٠١٥م.

٣٦- عبده عويدات، النظم الدستورية، د.ط؛ بيروت: منشورات عويدات، د.ت.

٣٧- علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الأولى؛ القاهرة: إيتراك للنشر، ٢٠٠٤م.

٣٨- فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، د.ط؛ القاهرة: دار النهضة العربية، د.ت.

٣٩- محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، الطبعة الثانية؛ تونس: د.ن، ٢٠١٠م.

٤٠- منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، الطبعة الرابعة؛ عمان: دار النفائس، ١٤٣٤هـ ٢٠١٣م.

٤١- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية، الطبعة السابعة؛ عمان: دار الثقافة، ٢٠١١م.

٤٢- يس عمر يوسف، دستورية القوانين، د ط؛ الخرطوم: جامعة النيلين، كلية الدراسات العليا، د ت.

٤٣- يوسف حسين محمد البشير، القانون الدستوري، د،ط؛ الخرطوم: د.ن، ٢٠٠١م.

سابعاً: **المجلات القانونية والأوراق العلمية:**

٤٤-الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ورقة توجيهية، كلية الحقوق، جامعة نيويورك، الشبكة الدولية للمعلومات على الرابط التالي، www.democracyreporting.org.

٤٥- علي إبراهيم الإمام، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة الأحكام القضائية، ١٩٨٧م.

٤٦- فيصل شطناوي وسليم حتاملة، الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية في الأردن، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد٢، ٢٠١٣م، الجامعة الأردنية.

٤٧- محمد معروف الدواليبي، "الدولة في الإسلام"، باريس: منظمة اليونسكو، ٧- ١٠ ديسمبر ١٩٨٢.

ثامناً: **الدساتير والتشريعات:**

٤٨- قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م.

٤٩- دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م.

٥٠- دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤م

٥١- دستور الدائم لجمهورية السودان لسنة ١٩٧٣م.

٥٢- دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م.

٥٣- دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٩٨م.

٥٤- دستور السودان القومي الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م.

٥٥- قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

٥٦- قانون المحكمة الدستورية لسنة ١٩٩٨م.

٥٧- قانون المحكمة الدستورية لسنة ٢٠٠٥م.

تاسعاً: **مجلات الأحكام القضائية:**

٥٨- مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٤م.

٥٩- مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٦م.

الهوامش :

* أستاذ القانون العام المساعد، قسم الشريعة و القانون، كلية الشريعة، جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم.

١- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى؛ القاهرة: دار الحديث،٢٠٠٨ م ١٤٢٩هـ، ص١٤٤.

٢- عبدالله البستاني، معجم البستان، الطبعة الأولى؛ بيروت: مكتبة لبنان، ٢٠٠٢م،ص٤٢٠-٤٢١.

٣- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى؛ بيروت: عالم الكتب، ١٤٢٩هـ -٢٠٠٨م، المجلد الثاني، ص٤٢٠-٤٢١.

٤- محمد حسن حسن جبل، المعجم الاشتقاقي لألفاظ القرآن الكريم، الطبعة الأولى؛ القاهرة: مكتبة الآداب، ٢٠١٠ م، ص٨٣٩.

٥- ابن منظور، محمد جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، بيروت: دار صادر؛ مج ١٥، فصل القاف: مادة قضى، ص١٨٦.

٦- علي محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، القاهرة: دار الفضيلة، د ت، ص٩١.

٧- مجد الدين محمد يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٥م، ص٣٩١-٣٩٢.

٨- رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، الطبعة الثانية؛ ١٩٩٢م، ص٩.

٩- علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، الطبعة الأولى؛ القاهرة: إيتراك للنشر، ٢٠٠٤م، ص٤٦٢.

١٠- عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية، الطبعة الأولى؛ القاهرة: دار سعد سمك، الجزء الأول، ٢٠١٥م، ص٥٩.

١١- فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، د.ت،ص٢٥٧.

١٢- يس عمر يوسف، دستورية القوانين، الخرطوم، جامعة النيلين، كلية الدراسات العليا، د ط، د ت، د ن، ص١٧.

١٣- شمس مرغني علي، القانون الدستوري، طبعة سنة ١٩٧٧م؛ د ط، د ن، ص١٨٠.

١٤- فؤاد العطار، النظم السياسية و القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢٤٩.

١٥- أحمد شوقي محمود، مبادئ القانون الدستوري، طبعة ١٩٩١م، مطبعة جامعة القاهرة "فرع الخرطوم"، الخرطوم، ص٦٠.

١٦- محمد رضا بن حماد ،المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، الطبعة الثانية؛ تونس: ٢٠١٠م ، ص ٢٦٣.

١٧- محمد رضا بن حماد ،المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

١٨- عبده عويدات، النظم الدستورية، د.ط، د.ت، بيروت: منشورات عويدات، ص٥٢-٥٣.

١٩- أحمد شوقي محمود، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٠.

٢٠- فؤاد العطار، النظم السياسية و القانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، ص٢٤٩.

٢١- محمد رضا بن حماد ، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

٢٢- يوسف حسين محمد البشير، القانون الدستوري، طبعة سنة ٢٠٠١م - ١٤٢٢هـ؛ الخرطوم: د ن،ج ١، ص١٤٥. ينظر كذلك م ١٥، فقرة هـ من قانون المحكمة الدستورية لسنة ٢٠٠٥م.

٢٣- فؤاد العطار، النظم السياسية و القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٥١.

٢٤- فؤاد العطار، النظم السياسية و القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

٢٥- إسماعيل مرزة، القانون الدستوري ،منشورات الجامعة الليبية، د. ط، د. ت، د. ن،ص٣٩٠-٣٩١.

٢٦- يس عمر يوسف، دستورية القوانين، مرجع سابق، ص٣٨، أيضاً: إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٣٩٢.

٢٧- أحمد عبد الحميد الخالدي، المبادئ الدستورية العامة، الطبعة الأولى ٢٠١١م؛ القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠١١م، ص١٠١.

٢٨- شمس مرغني علي، القانون الدستوري، طبعة ١٩٧٧م؛ القاهرة: د.ن، ص١٨٩.

٢٩- أحمد عبد الحميد الخالدي، المبادئ الدستورية العامة، مرجع سابق، ص١٠٢.

٣٠- فؤاد العطار، النظم السياسية و القانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، د ت، ص٢٦٠.

٣١- فؤاد العطار، النظم السياسية و القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٦٣-٢٦٤.

٣٢- جيروم أ بارون، محمد مصطفى غنيم، الوجيز في القانون الدستوري المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، الطبعة الأولى؛ القاهرة: الجمعية المصرية لنشر المعرفة،١٩٩٨م، ص٥٠.

٣٣- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، الطبعة الثالثة؛ القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، ١٩٧٥، ص١٨٥.

٣٤- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، الطبعة الأولى؛ دمشق: ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م، ص٢٧٨.

٣٥- حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، الطبعة الأولى؛ الجزائر- عنابة: دار العلوم، ٢٠٠٣م، ص٦٥.

٣٦- شمس مرغني علي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٩٢.

٣٧- المادة ١٠٥ من دستور ١٩٩٨م، والمادة ١١٩ من دستور ٢٠٠٥م.

٣٨- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة الديمقراطية الجديدة، ورقة توجيهية، مركز العمليات الانتقالية الدستورية، كلية الحقوق، جامعة نيويورك، الشبكة الدولية للمعلومات على الرابط التالي:www.democracy-reporting.org، ص٢.

٣٩- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة الديمقراطية الجديدة، مرجع سابق ص٨.

٤٠- المادة ٨ من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م و المادة ٨ من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤م، المادة ٥٨ من دستور جمهورية السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م، والمادة ٣٢ والمادة ١٢٥ من دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م، والمادة ٣٤ والمادة ١٠٥ من دستور السودان لسنة ١٩٩٨م، والمادة ٤٨، والمادة ١٢٢ من دستور السودان القومي الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م.

٤١- رضا بن حماد ، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

٤٢- فيصل شطناوي وسليم حتاملة، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد٢، ٢٠١٣م، الجامعة الأردنية، ص ٦٢٣.

٤٣- ينظر دستور سوريا لسنة ١٩٧٣م، المادة ١٤٥.

٤٤- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة السابعة؛ عمان: دار الثقافة، ٢٠١١م، ص٥٥٦.
٤٥- رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ٢٩٢-٢٩٣.
٤٦- إسماعيل مرزة، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١٨٨.
٤٧- إسماعيل مرزة، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٩٠.
٤٨- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، ص١٦٤-١٦٥.
٤٩- شمس مرغني علي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٩٢-١٩٣.
٥٠- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، الطبعة الأولى؛ دمشق: كلية الحقوق، جامعة دمشق، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م، ص ٢٨٧.
٥١- شمس مرغني علي، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٨٥-١٨٦.
٥٢- شمس مرغني، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص١٨٦، حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٨٩.
٥٣- رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص ٣٠٢.
٥٤- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة الديمقراطية الجديدة، ورقة توجيهية، مركز العمليات الانتقالية الدستورية، كلية الحقوق، جامعة نيويورك، الشبكة الدولية للمعلومات على الرابط التالي،www.democracy-reporting.org، ص٩.
٥٥- المواد ٨، ٩، ١٠، ٨٢ من قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م.
٥٦- المواد ٣، ٩، ٨، ١٠٢ من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م.
٥٧- المواد ٣، ٨، ٩، ٨٩، ٩٢، ٩٤، ٩٩ من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤م والتعديل الدستوري لسنة ١٩٦٦م.
٥٨- المواد ٥٨، ٥٩، ٦١، ٧٩، ١٨٥، ١٨٧، ١٩٠ من الدستور الدائم لجمهورية السودان لسنة ١٩٧٣م.
٥٩- المواد ٣، ١١، ٣٢، ١٢١، ١٢٥ من دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م.
٦٠- المواد ٣٤، ٩٩، ١٠٥ من دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٩٨م.
٦١- المادة ١١، "أ"، "ب"، من قانون المحكمة الدستورية لسنة ١٩٩٨م.
٦٢- المواد ٣، ٤٨، ١١٩، ١٢٢ من دستور السودان القومي الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م.
٦٣- المواد ١٥ الفقرة ١"هـ" من قانون المحكمة الدستورية لسنة ٢٠٠٥م.
٦٤- المادة من دستور السودان الدائم ١٩٧٣م، والمادة من دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م
٦٥- المادة ١٠ من قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م.
٦٦- ينظر: المادة ٨ من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م و م ٨ من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤م، وم ٥٨ من دستور جمهورية السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م، وم ٣٢ والمادة ١٢٥ من دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م، وم ٣٤ وم ١٠٥ من دستور السودان لسنة ١٩٩٨م، وم ٤٨، وم ١٢٢ من دستور السودان القومي الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م.
٦٧- ينظر المادة ١٦ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م"تم إلغاء هذه المادة بصدور قانون القضاء الإداري و الدستوري سنة ١٩٩٦م".
٦٨- ينظر للمادة ١٢٢ البند ١ الفقرة "هـ"، من دستور السودان القومي الانتقالي ٢٠٠٥م.
٦٩- ينظر المادة ١٨ من قانون المحكمة الدستورية لسنة ٢٠٠٥م.
٧٠- حكومة السودان ضد محمد جلال الدين عبدالرحمن، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٦م، ص٢٤٧.
٧١- سامي عبد الحليم سعيد، المحكمة الدستورية في السودان، الطبعة الأولى؛ الخرطوم: مطابع السودان للعملة، ٢٠٠٨م، ص ١٤٦.
٧٢- حكومة السودان ضد محمد جلال الدين عبدالرحمن، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٦م،ص٥١٠.
٧٣- جيروم أ بارون، الوجيز في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٦٤-٦٥.
٧٤- المادة ١٦ من قانون المحكمة الدستورية لسنة ٢٠٠٥م.
٧٥- علي إبراهيم الإمام، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة الأحكام القضائية، ١٩٨٧م.
٧٦- نصر عبد الرحمن ضد السلطة التشريعية، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٤م.
٧٧- المادة ١٦، البند ١، الفقرة أ، من قانون المحكمة الدستورية لسنة ٢٠٠٥م.
٧٨- نصر عبد الرحمن ضد السلطة التشريعية، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٤م.
٧٩- نصر عبد الرحمن ضد السلطة التشريعية، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٤م.
٨٠- أبوزيد عبدالله صالح ضد حكومة السودان و وزارة الداخلية، قضية غير منشورة، صدر الحكم بتاريخ ٩-١١-٢٠١٤م.
٨١- عبد الرحيم محمد ضد حكومة السودان ووزارة الداخلية، قضية غير منشورة، صدر الحكم فيها بتاريخ ٤-٨-٢٠١٨م.
٨٢- سليمان الأشعث إسحاق بشير شداد عمرو الأزدي السجستاني، مسند أبو داوود، حديث رقم ٣٥٨٥.
٨٣- سليمان داوود الجارود الطيالسي في، سنن أبي داوود، حديث رقم ١١٦.
٨٤- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم ١٣٤٢.
٨٥- محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام ، حديث رقم ٢٣٤٠.
٨٦- عثمان شبير، القواعد الفقهية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية؛ عَمَّان: دار النفائس، ٢٠٠٧م، ص٣٥٢.
٨٧- العز بن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، الطبعة الأولى؛ دمشق: دار القلم، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، الجزء الثاني، ص ١٥٨.
٨٨- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة؛ دمشق: منشورات جامعة دمشق،١٩٩٧م، ص٩٠.
٨٩- عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، الطبعة الثالثة؛ دمشق: دار الترمذي،١٩٨٩م، ص١٠٨- ١٠٩.
٩٠- فوزي عثمان حسن، القواعد والضوابط الفقهية في السياسة الشرعية، الطبعة الأولى؛ الرياض: دار العاصمة، ١٤٣٢هـ- ٢٠١١م، ص١٩٤.
٩١- ابن تيمية، الرد على المنطقيين، تحقيق: عبد الصمد الكتبي، الطبعة الأولى؛ بيروت: مؤسسة الريان، ١٤٢٦هـ.٢٠٠٥م، ص٤٨١.

٩٢- ابن تيمية، الرد على المنطقيين، مرجع سابق، ص٤٨١.
٩٣- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص١٩-٢١.
٩٤- محمد معروف الدواليبي، الدولة في الإسلام، الندوة الدولية ، اليونسكو، باريس ٧- ١٠ ديسمبر ١٩٨٢، ص ٤٣-٤٤.
٩٥- عبد الرزاق أحمد السنهوري، فقه الخلافة، تحقيق توفيق أحمد الشاوي، نادية عبدالرزاق السنهوري، الطبعة الأولى؛ بيروت: مؤسسة الرسالة،٢٠٠٨م، ص١٩٥.
٩٦- محمد أسد، منهاج الإسلام في الحكم، الطبعة الخامسة؛ بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٧٨م، ص١٢٥.
٩٧- محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الرهون، باب تلقيح النخل، حديث رقم: ٢٤٧١.
٩٥- محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد، باب حسن الخلق، حديث رقم ٢٧٣/٢٠٧.
٩٩- محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الزهد، باب الحكمة، حديث رقم: ٤١٦٩.
١٠٠- سمير عالية، نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، الطبعة الأولى؛ بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات، ١٩٨٨م، ص٩٨-٩٩.
١٠١- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، رقم ١٤٦٩/٣/٣٩.
١٠٢- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب ١٠٦/٨/٤
١٠٣- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الطبعة الخامسة؛ الدار البيضاء: دار الغرب الإسلامي،١٩٩٣م، ص٦١.
١٠٤- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، مرجع سابق، ص١٥٨.
١٠٥- عبد الكريم زيدان، الوجيز في القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ص١٢١-١٢٢.
١٠٦- منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، الطبعة الرابعة؛ عَمَّان: دار النفائس، ١٤٣٤هـ ٢٠١٣م، ص ٨٥-٨٧.
١٠٧- ابن هشام، السيرة النبوية، الطبعة الثالثة؛ بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٠هـت١٩٩٠م، الجزء الرابع، ص٣١٢.
١٠٨- عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري الصنعاني، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٣هـ- ١٩٧٠م، الجزء السادس، باب غلاء الصداق، حديث رقم ١٠٤٢٠.
١٠٩- أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر المشهور بـ "ابن خلكان"، وفيات الأعيان، تحقيق إحسان عباس، الطبعة الثانية؛ بيروت: دار صادر، ١٩٧٨م، المجلد السادس، ص١٥٠-١٥١.

الطلبات الإضافية والمقابلة وأثرها على حقوق الأطراف في الدعوى المدنية

د. أحمد الزين أحمد حامد*

مستخلص البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد..

إن أهمية هذا البحث الموسوم بالطلبات الإضافية والمقابلة وأثرها على حقوق الأطراف في الدعوى المدنية تكمن في بيان مفهوم الطلبات الإضافية والمقابلة التي يقدمها أطراف الدعوى المدنية أثناء سيرها، مع إيضاح أنواعها وشروطها، ومعرفة الأسس والمبادئ التي تقوم عليها، وما يحققه تقديم هذه الطلبات من اقتصاديات في العدالة الإجرائية والموضوعية، وذلك من خلال حصر وحسم جميع طلبات الدعوى المدنية المقدمة، إضافة إلى تفادي حجية الأمر المقضي فيه، وكذلك تفادي تضارب الأحكام القضائية مما يعزز الثقة في الأحكام الفضائية ، وتبرز مشكلة هذا البحث في أنه يتناول مفهوم الطلبات الإضافية والمقابلة التي تكون دائماً مرتبطة بالطلبات الأصلية، والمباديء الأساسية التي تقوم عليها هذه الطلبات، وشروطها، والآثار المترتبة عليها، وحصر وحسم النزاع المدني بصورة سريعة ونهائية ، وقد اتبع الباحث المنهج الاستقرائي الوصفي المقارن، حيث عمد الباحث إلى تتبع المادة العلمية في مظانها الأصلية، ووصفها من خلال مفهومها وأنواعها وشروطها وآثارها ، ومقارنتها بالقوانين المقارنة ذات الصلة ، وترجيح الآراء إن اقتضى الأمر ذلك.

ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث أن حصر الطلبات في الدعوى المدنية تساعد في حسمها بصورة نهائية، وتحقق اقتصاديات العدالة الإجرائية والموضوعية ، وأن الطلبات يجب أن تكون مرتبطة بالطلب الأصلي للمطالبة القضائية ، ومن أهم توصيات هذا البحث أن يفصّل المشرع السوداني في هذه الطلبات ويوضح الآثار المترتبة عليها .

مقدمـــــة

إن الخصومة المدنية تخوّل لطرفيها سلطة القيام بنشاط يرمي إلى تحقيق مطالبهم القضائية، فطلبات المدعي تهدف إلى تحقيق الحماية لمركزه القانوني بصدور حكم في صالحه، وطلبات المدعى عليه ترمي إلى تحقيق مركزه بمنع صدور حكم لصالح المدعي، ويبرر مبدأ تقديم هذه الطلبات أن الحماية القضائية إنما تمنح لمن يحتاج إليها، وليس أقدر من صاحب الطلب على تقدير حاجته، وهو يفصح عنها بواسطة هذه الطلبات وقد يكون الطلب المقدم طلباً أصلياً أو إضافياً أو مقابلاً .

أهمية البحث :

تكمن أهمية هذا البحث في الآتي :

١- بيان مفهوم الطلبات الإضافية والمقابلة التي يقدمها أطراف الدعوى المدنية ، وأنواعها ، وشروطها أثناء سير الدعوى المدنية .

٢- معرفة الأسس والمباديء التي تقوم عليها الطلبات الإضافية والمقابلة.

٣- بيان مبدأ تحقيق اقتصاديات العدالة الإجرائية والموضوعيةمن خلال حصر جميع الطلبات الإضافية والمقابلة في الدعوى المدنية مما يحقق اختصار الوقت والجهد ويمنع تضارب الأحكام القضائية ويعزز الثقة فيها.

٤- تفادي حجية الأمر المقضي فيه في مواجهة أطراف الخصومة ، عند عدم حصر جميع الطلبات القضائية المتعلقة بالطلبات الأصلية، أو التي يفترض حتماً أن تقدّم لارتباطها بالطلبات الأصلية في الدعوى المدنية.

٥- معرفة الآثار المترتبة على تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة في استيفاء حقوق أطراف الدعوى المدنية.

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى :

١- بيان مفهوم الطلبات الأصلية التي تقدّم من قِبل المدعي ، وما يعقبها من طلبات إضافية مرتبطة بهذه الطلبات الأصلية في مواجهة المدعى عليه أثناء سير الدعوى المدنية للحكم للمدعي بها.

٢- ايضاح مفهوم الطلبات المقابلة والفرعية التي يقدمها المدعي عليه في مواجهة الطلبات الأصلية والإضافية وذلك لتفادي الحكم للمدعي بطلباته.

٣- معرفة المباديء الأساسية التي يقوم عليها تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة ، والشروط التي ينبغي توافرها عند تقديمها.

٤- الآثار المترتبة على تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة وأثرها في استيفاء حقوق الأطراف في الدعوى المدنية.

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة هذا البحث في أنه يعالج مفهوم الطلبات الإضافية والمقابلة التي تقدّم من قِبل أطراف الدعوىالمدنية أثناء سيرها، والمباديء الأساسية التي تقوم عليها هذه الطلبات ، وشروطها ، والآثار المترتبة على تقديمها ، من حيث حصر وحسم النزاع المدني بصورة نهائية ، وتفادي حجية الأمر المقضي ، وتعزيز الثقة في الأحكام القضائية وكل ذلك مما يحقق اقتصاديات العدالة الإجرائية والموضوعية .

وتتفرع عن هذه المشكلة الأسئلة التالية :

- ما هو مفهوم الطلبات الأصلية والإضافية والمقابلة ؟
- ما هي المباديء الأساسية التي تقوم عليها الطلبات الإضافية والمقابلة؟
- ماهي شروطالطلبات الإضافية والمقابلة التي تقدم من طرفي الدعوىالمدنية أثناء سيرها؟
- ما هي الأثار المترتبة على تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة ؟

منهج البحث:

اتبع البحث في هذا البحث المنهج الاستقرائي الوصفي المقارن ، حيث عمد الباحث إلى تتبع المادة العلمية في مظانها الأصلية ، ثم قام بوصفها من خلال مفهومها وأنواعها وشروطها وآثارها ، ومقارنتها بالقوانين المقارنة ذات الصلة ، وترجيح الآراء إ اقتضى الأمر ذلك .

هيكل البحث :

قسّم البحث هذا البحث إلى مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة ، وذلك على النحو التالي :

مقدمة

المبحث الأول : مفهوم الطلبات الأصلية والإضافية والمقابلة.

المبحث الثاني : المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة.

المبحث الثالث : الطلبات الإضافية التي تقدم من المدعي وشروطها.

المبحث الرابع : الطلبات المقابلة التي تقدم من المدعى عليه وشروطها.

المبحث الخامس : الآثار المترتبة على تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة .

خاتمة البحث: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الطلبات الأصلية والإضافية والمقابلة

المطلب الأول

مفهوم الطلبات الأصلية

الفرع الأول : **تعريف الطلب لغة:** الطلب من طَلَبُ الحَقّ، وأطْلَبَه : أعطاه ما طَلَبَه، والطَّلَبُ: مُحاوَلَةُ وِجْدانِ الشَّيءِ وأَخْذه، والطِّلْبَةُ ماكان لكَ عند آخرَ من حَقٍّ تُطالبه به، والمُطالَبة أَن تُطالبَ إنساناً بحق لك عنده ولاتزال تَتَقاضاه وتُطالبه بذلك، وطلب الشيء يطلبه طلباً واطّلبه على افتعله ، وطلب إليّ طلباً رغب ، وأطلبه أعطاه ما طلب ، وأطلبه ألجأه إلى أن يطلب، والطلبة بكسر اللام ما طلبته من شيء، ، والطلبة الحاجة وإطلابها إنجازها وقضاؤها يقال طلب إلىّ فأطلبته أي أسعفته بما طلب[1].

ويتضح من هذه التعريفات اللغوية أن الطلب هو مطالبة الإنسان بحق له عند آخر.

الفرع الثاني: **تعريف الطلب في القانون:** هو العملأو الإجراء الذي يتقدم به المدعي أو من يمثله في الدعوى المدنية بعريضة إلى المحكمة يقرر فيه وجود حق أو مركز قانوني معيّن أُعتدي عليه من قِبل المدعى عليه ويعلن رغبته في حمايته[2]، وهو بهذا التعريف يعني الطلب الأصليالذي تنشأ أو تفتتح به خصومة جديدة لم تكن موجودة من قبل[3]، حيث يحدد هذا الطلب نطاق الخصومة المدنية من جهة موضوعها وسببها وأطرافها[4]، وهو أيضاً وسيلة إجرائية يتم بها طرح إدعاء أمام القضاء ، ويجوز تعدد الطلب الأصلي في عريضة الدعوى بشرط وجود ارتباط بين هذه الطلبات[5]، ويمكن تصور هذا الطلب قبل أن يُقدّم إلى المحكمة عن طريق الإنذار القانوني.

لم يعّرف قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م الطلب لكنه نص في المادة (١/٣١) منه تحت عنوان مشتملات الدعوى على أنه: "يجب أن تشمل الدعوى كافةالطلبات التي يجوز للمدعي المطالبة بها، ومع ذلك يجوز للمدعي أن يسقط جزءاً من مطالبته لإدخال الدعوى في نطاق اختصاص المحكمة"، وهذا يوضح أن على المدعي عند تقديم دعواه أن تكون مشتملة على جميع الطلبات الأصلية، والطلبات الإضافية التي لها علاقة بالطلب الأصلي، غير أنه إذا ترك المدعي المقاضاة بجزء من هذه الطلبات أو أسقطه عمداً ، فلا يحق له فيما بعد المقاضاة بذلك الجزء، مما يحوز حجية الأمر المقضي فيه ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من ذات المادة أعلاه.

وقد تتعدد الطلبات الناشئة عن سبب واحد للدعوى، فيكون منها طلبات أصلية وطلبات إضافية، فيجوز للمدعي في هذه الحالة أن يقاضى بجميع تلك الطلبات أو بعضها ، غير أنه إذا ترك المقاضاة ببعض تلك الطلبات بغير إذن المحكمة فلا يجوز له المقاضاة بما تركه من طلبات ، لحيازتها لحجية الأمر المقضي فيه (م٣/٣١من ذات القانون)، وذلك لارتباط بعضها ببعض، ويعتبر لأغراض هذه المادة أن أي التزام أومطالبات أخرى ناشئة عنه سبباً واحداً للدعوى المدنية بحيث يجب أن تكون مرتبطة ببعضها البعض(م ٤/٣١ من ذات القانون)، وقد نص أيضاً قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م في المادة (٣٦/ز/ح) منه تحت عنوان مشتملات عريضة الدعوى أن تشتمل على : طلبات المدعى ، وإذا ترك المدعى جزءاً من طلباته على سبيل المقاصة أو الإسقاط يجب تحديد قيمة ذلك الجزء.

المطلب الثاني

تعريف الطلب الإضافي

هو الطلب الذي يُقدّم من المدعي بعد تقديمه لطلبه الأصلي بحيث يكون هذا الطلب مرتبطاً بالطلب الأصلي[٦]، وقديتضمن الطلب الإضافي تصحيح الطلب الأصلي ، أو تعديل موضوعه ، وذلك لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى، أو مكملاً للطلب الأصلي ، أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة[٧]، وللمدعي عند تقديمه الطلب الإضافي أن يضيف سبباً جديداً له أو يغيّر السبب فيه ما دام لا يعدّل في موضوع الطلب الأصلي[٨]، ويعتبر كذلك في إطار الطلب الإضافي طلب المدعي إجراء تحفظي أو مؤقت في مواجهة المدعى عليه ، وشرط كل ذلك هو إذنالمحكمة بتقديمه وارتباطه بالطلب الأصلي[٩].

المطلب الثالث

تعريف الطلب المقابل

هو الطلب الذي يتقدم به المدعى عليه رداً على الطلب الإضافي الذي تقدم به المدعي ، بقصد ألاّ يحكم للمدعي بطلباته سواء في الطلب الأصلي أم الإضافي[١٠]، وقد يكون الطلب المقابل طلباً للتعويض في مواجهه المدعي عن الضرر الذي أصاب المدعى عليه من جراء رفع الطلب الأصلي أو الإضافي، أو من أي إجراء فيها[١١]، وقد يكون الطلب المقابل موضوعياً أو شكلياً أو قانونياً مما سيرد تفصيله لاحقاً في هذا البحث ، وعوماً فإن الطلبات المقابلة التي تقدّم من المدعى عليه القصد منها ألاّ يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها، أو أن يحكم له بها مقيّدة لمصلحة المدعى عليه.

المبحث الثاني

المباديء الأساسية التي يقوم عليها تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة

المطلب الأول

مبدأ المطالبة القضائية (الطلب)

إن القاضي يباشر وظيفته القضائية في الدعوى المدنية بناء على طلب يقدم له سواء كان طلباً أصلياً أو إضافياً أو مقابلاً، وذلك لمن يدعي حقاً على آخر، فلو علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين فإنه لا يستطيع نظره دون طلب من أحدهما ، فالقاضي لا يقضي من تلقاء نفسه، ويعتبر هذا المبدأ تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي ، إذ لو بدأ القاضي الخصومة

المدنية دون طلب لأصبح مدعياً وقاضياً في نفس الوقت[١٢]، ويبرر مبدأ تقديم المطالبة القضائية (الطلب) أن الحماية القضائية إنما تمنح لمن يحتاج إليها، وليس أقدر من صاحب الطلب على تقدير حاجته، وهو يفصح عنها بواسطة الطلب[١٣]، ويسرى هذا المبدأ ليس فقط لبدء مرحلة الخصومة المدنية أو لبدء مرحلة الطعن، بل أيضاً لاستمرارها، ولهذا فإنّه إذا نزل المدعي عن طلبه امتنع على القاضي نظر القضية، كما يسري مبدأ المطالبة القضائية على صدور الحكم فليس للقاضي أن يتجاوز في حكمه حدود الطلب المقدم له، أو أن يحكم بغير ما طُلب منه، كما أنه ليس له أن يحكم لمصلحة أو ضد شخص ليس طرفاً في الطلب المقدم له.

المطلب الثاني

مبدأ المواجهة في الطلب

يجب أن تُنظّم الخصومة في الدعوى المدنية على أساس مبدأ المواجهة بين أطرافها، فتطبيق القاضي للقانون في الدعوى المدنية لا يكون إلاّ في مواجهة أطرافها، وبالنظر كذلك إلى مركز هؤلاء الأطراف، وعلة مبدأ المواجهة أن الحماية القضائية إنما تمنح بالنظر إلى الحق المدعى به في الدعوى، والذي هو رابطة بين طرفين ، وليس للقاضي أن يحكم دون سماع هؤلاء الأطراف؛ إذ بغير سماعهم لا يمكنه معرفة الحقيقة، ويكفي لتحقيق هذا المبدأ واحترامه أن يمكّن القاضي الخصوم من إبداء طلباتهم عن طريق الإعلان القانوني الصحيح، سواء حضر هؤلاء الأطراف أم لم يحضروا، سواء أبدوا طلباتهم ودفاعهم أم لم يبدوا، ويجب احترام هذا المبدأ في كل مراحل التقاضي سواء كان أمام محاكم أول درجة أم محاكم ثاني درجة، ولا يكفي احترام هذا المبدأ من الناحية الشكلية بل يجب احترامه من الناحية الموضوعية كذلك بأن يُمكّن الخصم من عرض طلباته ودفاعه كاملاً، وكل حكم يخل بهذا المبدأ يعتبر باطلاً، كما أن كل نص تشريعي يخالف هذا المبدأ يعتبر غير دستوري، وكذلك من حق كل طرف في الدعوى أن يُبلّغ بالطلبات التي يقدمها الخصم الآخر للمحكمة، فليس للمحكمة أن تستند إلى ما يقدم إليها من طرف دون اطلاع الطرف الآخر وتمكينه من إبداء ملاحظاته بشأنها ، ويجب على القاضي تنفيذاً لهذا المبدأ أن يعتمد على الأطراف في تقديم أدلة الإثبات ، فليس للقاضي يقضي بعلمه الشخصي.

المطلب الثالث

مبدأ المصلحة في الطلب

الدعوى المدنية يخوّل فيها الطرفان سلطة القيام بنشاط يرمي إلى تحقيق طلباتهم بكافة أنواعها سواء كانت أصلية أم إضافية أم مقابلة ، فطلبات المدعي الأصلية والإضافية تهدف إلى تحقيق الحماية لمركزه القانوني بصدور حكم في صالحه ، وطلبات المدعى عليه المقابلة ترمي إلى تحقيق مركزه بمنع صدور حكم لصالح المدعي[١٤]، وإعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة المدنية فإن أي طلب يبديه أي طرف في الخصومة المدنية لا يساهم في تحقيق الحماية القضائية له لا يجوز قبوله ، وذلك حتى لا يضيع الوقت وتنحرف الخصومة عن هدفها، وهذا المبدأ يسمى المصلحة في الطلب، إذ لا مصلحة لطرف في تقديم طلب لا يمكن أن يساهم في حماية

حقه أو مركزه القانوني الموضوعي ، وهذا المبدأ عام يسري على كل طلب في الخصومة المدنية سواء قدّم من أحد الخصوم أو من الغير ، وسواء تعلق بتقديم طلب أصلي أو إضافي أو مقابل...الخ .

والبحث في مصلحة الطلب يسبق البحث في موضوع الطلب؛ ولهذا فإن جزاء عدم توافر هذه المصلحة هو عدم جواز النظر في الطلب أي عدم قبوله[١٥]، ولذا فإن المصلحة في الطلب تعتبر شرطاً لقبول أي طلب، والمصلحة في الطلب تختلف عن المصلحة في الدعوى، فالثانية توجد بوجود الحاجة إلى الحماية القضائية، أما المصلحة في الطلب فتتعلق بصلاحية الطلب لتحقيق هذه الحماية أو المساهمة في تحقيقها.

المبحث الثالث
الطلبات الإضافية التي تقّدم من المدعي في الدعوى المدنية

الطلبات الإضافية كما ذكرنا في طيات هذا البحث[١٦] هي الطلبات التي تقدم من المدعي في مواجهة المدعى عليه بعد تقديم الأول لطلباته الأصلية، مع ارتباطها بالطلب الأصلي ويمكن تصوّر حالات الطلبات الإضافية للمدعي في الآتي[١٧]:

المطلب الأول
ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى

يجب أن يكون الطلب الإضافي مستنداً إلى نفس أسباب الطلب الأصلي وبين ذات الخصوم[١٨]، فقد يتبيّن للمدعي بعد رفع الدعوى ومن مراجعة مستنداته أنه أخطأ في تحديد طلباته على النحو الذي ذكره في عريضة الدعوى، فيكون له حينئذٍ أن يعدّل في موضوع الدعوى عن طريق الطلب الإضافي من حيث مقدار أو حدود الطلب ، بشرط أن تتداخل عناصر الطلبين ويستندان إلى نفس السبب وبين ذات الخصوم[١٩]، فمثلاً للمدعي أن يصحح طلبه الأصلي بأن يطالب بدين معيّن إذا تبيّن له عند التحقيق أنه يستحق في ذمة المدين مبلغاً أكبر منه، كذلك يمكن للمدعي أن يعدّل موضوع طلبه في دعواه الأصلية إلى دعوى أخرى تستند مع الأولى إلى نفس السبب الأول، وترمي إلى تحقيق نفس الهدف تحقيقاً لاقتصاديات العدالة، ومثال ذلك الانتقال من طلب فسخ العقد إلى طلب تنفيذه أو العكس، وقد يضيف المدعي إلى طلبه الأصلي طلباً آخراً يستند معه إلى نفس السبب، ومثال ذلك للمشتري (المدعي) رفع دعوى صحة التعاقد ثمّ يضيف إليه طلب التسليم ثم يضيف إليه كذلك رد الجزء المقابل لما نقص من مساحة المبيع[٢٠]، ويجوز إبداء هذه الطلبات الإضافية الثلاثة مع بعضها البعض في عريضة واحدة.

يجوز للمدعي تقديم طلبات إضافية تستند لأسباب أخرى غير التي قدّمت في الطلب الأصلي للدعوى المدنية، فمثلاً إذا كان موضوع الطلب الإضافي يختلف عن موضوع الطلب الأصلي فيجوز للمدعي أن يغيّر سبب الطلب الإضافي في الدعوى بشرط وجود ارتباط بينهما، أو أن يغيّر موضوع الطلب الإضافي بشرط وجود ارتباط بين السبب والأطراف، ولكن في كل الأحوال لا يجوز للمدعي تغيير الأطراف أو تغيير الصفة في الدعوى،

ولا يقبل الطلب الإضافي المتضمن تعديل الطلب الأصلي إذا كان المدعي على علم بالوقائع الواردة بالطلب الأصلي قبل تقديم دعواه، لأن المدعي هنا يعتبر تاركاً لتلك الطلبات[٢١] (م٣١ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م).

ويجوز كذلك للمدعي أن يضيف سبباً جديداً في الطلب الإضافي أو يغيّر السبب ما دام لا يعدّل في موضوع الطلب الأصلي ،والهدف من ذلك هو عدم تكرار رفع ذات الدعوى بنفس الموضوع بين نفس الخصوم لمجرد اختلاف السبب ، فيجوز للمدعي في هذه الحالة أن يقدّم طلباً يغيّر به سبب الدعوى أو يضيف إليه سبباً جديداً ، ولهذا فإنّ لمدعي الملكية الذي استند إلى عقد الملكية بالشراء أن يضيف إليه التقادم المكسب أو الميراث أو الوصية.

المطلب الثاني : أن يُقدِّم المدعي طلباً إضافياً مكملاً للطلب الأصلي ، أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة : قد يُقدِّم المدعي طلباً إضافياً مكملاً للطلب الأصلي ، أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة ، بهدف إكمال طلباته وحصرها في عريضة دعواه ، ومثال ذلك : أن يقدّم المدعي طلباً إضافياً مكملاً لطلبه الأصلي يتضمن إزالة بناء إضافة لطلبه الأصليبتسلم أرض أقيم عليها هذا البناء بطريقة غير مشروعة ،كما يجوز للمدعي أن يقّدم طلباً إضافياً بثبوت ملكيته المشتركة لطريق، وذلك بعد تقديمه لطلبه الأصلي بثبوت حق ارتفاق على هذاالطريق ، إذ إن هدفه من الطلبين في الواقع واحد ، كما يجوز للمدعيأن يقدّم طلباً إضافياً بقيمة أرض بعد أن قدّم طلبه الأصلي بثبوت ملكيته العينية المشتركة ، ويعتبر الطلب الإضافي مكملاً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به عندما يكون متحداً مع الموضوع والسبب الواردين في الطلب الأصلي نفسه[٢٢]، ومثال ذلك: الطلب الإضافي بتقرير صحة عقد ايجار إضافة للمطالبة الأصلية بإلزام المستأجر بدفع أجرة دورية مستحقة، أما إذا كان الطلب الإضافي غير متصل بالطلب الأصلي فلا يجوز قبوله، فمثلاً إذا كان الطلب الأصلي يهدف إلى فسخ عقد أجراه وسيط لحساب شخص آخر وذلك بسبب التغرير، فلا يجوز أن يقدّم المدعي طلباً إضافياً لمحاسبة هذا الوسيط لأن هذا الطلب غير متصل بالطلب الأصلي، ويجب أن يدخل الطلب الإضافي في اختصاص المحكمة النوعي والقيمي والتي تنظر في الطلب الأصلي .

المطلب الثالث

أن يقدّم المدعي طلباً إضافياً بإجراء تحفظي أو مؤقت

في هذه الحالة يحق للمدعي أن يطلب من المحكمة بطلب إضافي اتخاذ إجراءات تحفظية تضمن له حقه في دعواه الأصلية ، كتعيين حارس قضائي للعين المتنازع على ملكيتها ، أو طلب الحجز التحفظي على أموال مدينه تأميناً لدينه ، وتقتضي طبيعة الطلب التحفظي الفصل فيه على وجه الاستعجال قبل الفصل في الدعوى الأصلية ، وذلك لأن الحكم في الطلب التحفظي يجوز تنفيذه فوراً ولو طعن فيه بالاستئناف ، أما الحكم في الطلب الأصلي فلا يجوز تنفيذه إلاّ إذا أصبح نهائياً[٢٣].

وفي كل الأحوال المتقدمة أعلاه يجب أن يكون الطلب الإضافي مرتبطاً بالطلب الأصلي ارتباطاً

وثيقاً، كالمطالبة بتنفيذ عقد بعد طلب فسخه أو العكس، كما يجب أن تأذن المحكمة بتقديم الطلب الإضافي من المدعي، حيث يكون للمحكمة سلطة تقديرية في قبول الطلب أو رفضه، وذلك حتى لا يتخذ المدعي من هذه الرخصة وسيلة لإعنات خصمه، أو تعطيل الفصل في الدعوى ، ويجوز للمدعى عليه الاعتراض على قبول الطلب الإضافي لعدم توافر شروطه ، وفي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تفصل في قبول الطلب شكلاً قبل التعرض لموضوعه.

المبحث الرابع

الطلبات المقابلة التي تقّدم من المدعى عليه في الدعوى المدنية

الطلبات المقابلة كما ذكرنا في طيات هذا البحث[٢٤] هي الطلبات التي تقدم من المدعى عليه في مواجهة المدعيرداً على دعواه بغرض ألاّ يحكم للمدعي بطلباته ، مع ارتباطها بالطلب الأصلي ويمكن تصوّر حالات الطلبات المقابلة للمدعى عليه في الآتي[٢٥]:

المطلب الأول

الطلب الأصلي (دفاع المدعى عليه)

اصطلاح دفاع المدعى عليه له معنى خاص يتعلق بالمدعى عليه ، ويعني جواب المدعى عليه على ادعاء المدعي بقصد منع الحكم له بما يدعيه[٢٦]، فهدف الدفاع هو تجنب الحكم على الخصم بطلبات خصمه، وهو وسيلة أو إجراءيجيب بها الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي أو منع الحكم لخصمه بما يدعيه من طلبات ، ومن المقرر أنه لمجرد واقعة رفع الدعوى على شخص تنشأ له مصلحة في عدم الحكم لخصمه بطلباته ، وهو ما يعبر عنه بالحق في الدفاع ، وهذا الحق للمدعى عليه يُقابل حق المدعي في الالتجاء إلى القضاء ، وينشأ نتيجة لاستعماله[٢٧].

ودفاع المدعى عليه في الدعوى المدنية باعتباره طلباً أصلياً يقابل الطلب الأصلي للمدعي ينقسم إلى ثلاثة أنواع تفصليها على النحو التالي :

الفرع الأول : **الدفاع الموضوعي أو الدفع الموضوعي** : وهو الدفع الذي يوجه إلى ذات الحق المدعى به، كأن ينكر وجوده، أو يزعم سقوطه أو انقضاؤه كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء[٢٨]، وأيضاً هو كل ما يعترض به المدعى عليه على الحق المطلوب حمايته من قِبل المدعي[٢٩]، والدفوع الموضوعية تشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي ، والدفاع الموضوعي لا يقع تحت حصر ، فكل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي كلياً أو جزئياً يمكن أن يكون دفعاً موضوعياً[٣٠]، والدفع الموضوعي يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوي ، بمعنى أن المدعى عليه لا يتقيّد في إبداء الدفوع الموضوعية بترتيب معيّن ، كما لا يترتب على تقديم الدفع الموضوعي اعتبار المدعى عليه متنازلاً ضمناً عن غيره من الدفوع الموضوعية الأخرى ، على أنه يجب التنبيه أن الدفع الموضوعي لا يتعلق بالنظام العام فإن لم يتمسك به المدعى عليه في مواعيده المحددة قانوناً سقط حقه في إثارته مرة أخرى.

وتخضع الدفوع الموضوعية من حيث تقديمها والحكم فيها إلى مجموعة من القواعد العامة التي

تميّزها عن غيرها من الدفوع الأخرى ، تتمثل في الآتي:

أولاً : أن تكون الدفوع الموضوعية إنكاراً للوقائع المنشئة للدعوى التي تمسك بها المدعي كأساس لطلبه، أو إنكاراً للآثار القانونية التي ينسبها المدعي إلى هذه الوقائع ، كما لو أنكر المدعى عليه في دعوى المطالبة المالية العقد مصدر الالتزام، أو أنكر أنه يلتزم ـ كما هو مدعى به ـ وفقاً لهذا العقد، أو كالدفع بالتقادم ، والدفع بقوة الشيء المقضي فيه[٣١]، والواقع أن مجرد إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها من قِبل المدعى عليه لا يمكن أن يعتبر دفعاً بالمعنى الصحيح ، ذلك أن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع المنشئة إلاّ بعد اثباتها من قِبل المدعي ، لذلك لا يعدو إنكار المدعى عليه للواقعة أو إنكار آثارها إلاّ تنبيهاً للقاضي للقيام بواجبه بالنسبة لها.

ثانياً : تعتبر الدفوع الموضوعية تمسكاً بواقعة منهية للخصومة ، أي من شأنها إنهاء آثار الواقعة التي تمسك بها المدعي ، كما لو تمسك المدعى عليه بالوفاء[٣٢].

ثالثاً : تكون الدفوع الموضوعية تمسكاً بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التي يتمسك بها المدعي ؛ من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من انتاج كل أو بعض آثارها القانونية ، كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو إبطاله للغلط[٣٣].

رابعاً : أن الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يعتبر حكماً صادراً في موضوع الدعوى، واستئناف هذا الحكم يؤدي إلى عرض الدعوى برمتها أمام المحكمة الاستئنافية[٣٤]، لذا يحوز هذا الحكم الحجية من حيث الموضوع ، وتمنع هذه الحجية من تجديد النزاع أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم .

خامساً: لا تلتزم محكمة الموضوع باتباع ترتيب معيّن في الفصل في الدفوع الموضوعية ، بالإضافة أنه لا يجوز لها أن تثير هذه الدفوع من تلقاء نفسها إلاّ إذا تعلق الدفع بالنظام العام[٣٥].

الفرع الثاني: **الدفوع القانونية** : الدفع القانوني هو دفع يتقدم به المدعى عليه للمحكمة رداً على دعوى خصمه مطالباً بشطب الدعوى الأصلية لمخالفتها للقانون، وذلك لأن المحكمة غير مختصة نوعياً أو قيمياً مثلاً، بحيث يجب على المحكمة بعد فحص عريضة الدعوى والاستماع إلى المدعى شطب العريضة إيجازياً لم توضح العريضة سبباً للدعوى، أو إذا كانت المحكمة غير مختصة بالدعوى[٣٦]، أو أن الحق سقط بالتقادم، أو أن الدعوى تأجلت لأجل غير مسمى، أو إلى حين تقديم طلب بشأنها ، أو إذا صدر أمر بوقفها حيث يجب على المحكمة شطبها إذا لم يقدم أحد الخصوم طلباً بشأنها خلال سنة من التاريخ الذي صدر فيه قرار التأجيل أو الوقف[٣٧]، أو أن الدعوى سبق أن حكم فيها وحازت حجية الأمر المقضي فيه ، بحيث لا يجوز لأية محكمة أن تنظر في أي أمر كان موضوع خلاف جوهري ومباشر في دعوى سالفة بين نفس الأطراف أو من يدعون نفس الحق عن طريقهم أمام أية محكمة مختصة في السودان أو منشأة بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر إذا كانت تلك المحكمة قد سمعت الدعوى السالفة وفصلت فيها نهائياً[٣٨]، أو أن الدعوى لا زالت قيد

النظر أمام محكمة أخرى مختصة ، حيث لا يجوز قبول دعوى للفصل في نزاع لا يزال قيد النظر أمام محكمة مختصة[٣٩]، وغير ذلك من الدفوع القانونية التي يمكن للمدعى عليه إثارتها ، حيث يتمثل هدفه الوحيد في شطب الدعوى الأصلية ولا يتعداه إلى طلب الحكم له بشيء معيّن .

الفرع الثالث : **الدفوع الشكلية:** الدفع الشكلي هو الذي يوجه إلى الخصومة أو إلى بعض أجزائها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المتنازع عليه[٤٠]، ففي الدفع الشكلي لا ينازع الخصم في الحق المدعى به ، وإنما ينازع في صحة الخصومة شكلاً أمام المحكمة ، ويهدف إلى منع أو تفادي الحكم في موضوع الدعوى لسبب يتعلق مثلاً باختصاص المحكمة أو الدفع بالبطلان ، أو سقوط الخصومة... الخ، ولكي يكون الدفع الشكلي مقبولاً في الخصومة القضائية ، ويمكّن القاضي من الاستناد إليه في إصدار حكمه عليه يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

أولاً : يجب إبداء الدفع الشكلي قبل الكلام في موضوع الدعوى (الدفع الموضوعي) أو قبل إبداء الدفع بعدم القبول[٤١]، لأن ذلك قد يغني المحكمة عن الخوض في الموضوع، مثل أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها أو بسقوط الخصومة، كذلك إذا أُتيحت الفرصة لإبداء الدفوع الشكلية في أية حالة كانت عليها الخصومة المدنية لشجع ذلك الخصم الآخر الانتظار حتى قُرب نهاية الإجراءات للتمسك بالدفع الشكلي، فيضيع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة، ويضطر المدعي إلى بدء الخصومة من جديد بعد أن تكون قد قطعت شوطاً كبيراً .

ويعتبر إبداء أي طلب أو دفاع من المدعى عليه فيما يتعلق بموضوع الدعوى المدنية مسقطاً لحقه في إبداء الدفوع الشكلية ، سواء أُبدي هذا الطلب أو الدفاع شفاهة أو في مذكرة مكتوبة ، وسواء تضمن اعتراضاً على إدعاء المدعي أم لا[٤٢]، غير أنه لا يعتبر إبداءً في موضوع الدعوى مجرد التعرض لموضوعها بصفة عامة غير محددة بعبارات ذات طابع شكلي محض، كالقول بأن الإدعاء لا أساس له على أية حال، إذ لا يعتبر هذا إبداءً لأي طلب أو دفاع أو دخولاً في موضوع القضية بالمعنى الصحيح، أيضاً لا يعتبر إبداءً في الموضوع طلب الخصم تأجيل الجلسة لتقديم المستندات أو المذكرات ، أو للاطلاع على المستندات، لأن الهدف من هذا التأجيل هنا التمهيد لإبداء الدفع الشكلي، كذلك لا يسقط الدفع الشكلي لمجرد إبداء الخصم للدفوع الموضوعية ابتداء في نفس الورقة التي أبدى فيها الدفع الشكلي من حيث الترتيب، إلاّ أنه لا يجوز أن يطالب الخصم بالاحتفاظ في حقه في الدفع الشكلي بعد أن تكلم في موضوع الدعوى ، كذلك لا يسقط حقه في الدفع الشكلي إذا كان مع إبدائه لهذا الدفع قد تكلم في الموضوع على سبيل الاحتياط.

ثانياً : يجب إبداء الدفوع الشكلية معاً وإلاّ سقط الحق فيما لم يبد منها : مثل أن يبدي الخصم دفعاً بعدم الاختصاص ثم بعد ذلك يبد دفعاً ببطلان عريضة الدعوى[٤٣]، والعلة في إبداء الدفوع الشكلية معاً تصفية المشاكل المتعلقة بالإجراءات معاً .

ثالثاً : يجب إبداء جميع الوجوه التي تنبني عليها الدفوع الشكلية معاً وإلاّ سقط حق المدعى عليه

فيما بعد[٤٤]، ومثال ذلك أن يبدي المدعى عليه دفعاً ببطلان عريضة الدعوى لرفعها من ناقص الأهلية حيث لم يُمثّل تمثيلاً صحيحاً، ثم بيدي دفعاً آخراً ببطلان نفس العريضة لعيب شكلي فيها، والهدف من إبداء جميع الدفوع الشكلية هو حسم أي خلاف حول ما إذا كان التمسك بوجه جديد يعتبر تمسكاً بدفع جديد لا يجوز إبداؤه منفصلاً أم أنه يعتبر إبداء لنفس الدفع الذي أُبدي قبل ذلك، وبالتالي يمكن إبداؤه دون الاعتراض عليه بقاعدة وجوب إبداء جميع الدفوع معاً ، وبالتالي يعتبر إبداء أي وجه جديد هو دفع جديد لا يجوز إبداؤه منفصلاً حتى ولو لم يكن سبقه حكم في الوجه أو الدفع الذي أبدي قبل ذلك .

رابعاً : يجب إبداء الدفوع الشكلية كذلك في عريضة الطعن والاّ سقط الحق فيما بعد[٤٥]، ومثال ذلك إذا كان ميعاد الطعن في الحكم يبدأ بإعلان الحكم، وكان الإعلان باطلاً وطعن المحكوم عليه في الحكم دون أن يتمسك ببطلان الإعلان سقط حقه في الدفع به، ويُتمسك بسقوط الحق في الدفع الشكلي أمام المحكمة التي يبدي فيها الدفع، فإذا قبلت المحكمة الدفع فإنه يجوز التمسك بسقوط الحق فيه عند الطعن في الحكم الصادر في الدفع، أما إذا أصبح هذا الحكم نهائياً بعدم الطعن فيه فإنه يمتنع بعد هذا التمسك بسقوط الحق في الدفع.

خامساً : الأصل أن تفصل المحكمة في الدفع الشكلي قبل نظر موضوع الدعوى[٤٦]، كما لو قضت المحكمة ببطلان عريضة الدعوى أو بعدم اختصاصها بالدعوى ، فهذا يغنيها عن نظر موضوع الدعوى والحكم فيه ، على أنه قد تكون المحكمة بحاجة إلى النظر في موضوع الدعوى حتى تفصل في الدفع الشكلي، فهنا يجوز لها ضم الدفع الشكلي إلى موضوع الدعوى للفصل فيهما معاً ، بشرط ألاّ يتعارض هذا ما لطرفي الدعوى من حق الدفاع، فإذا لم يبدوا الخصوم دفاعهم في الموضوع أو لم تكن المحكمة قد نبهتهم للتكلم فيه، فإن حكمها في الدفع والموضوع معاً يكون باطلاً لإخلاله بحق الخصوم في الدفاع، كذلك يجب على المحكمة أن تبيّن ما حكمت به في كلٍ من الموضوع والدفع ، ذلك أن الفصل فيهما معاً لا يعني أن الأمر يتعلق بقرار واحد، بل الأمر يتعلق بقرارين يجب أن ينبني كل قرار منهما على أسبابه المتعلقة به .

إن طلب ضم الدفع الشكلي إلى الموضوع ليس حقاً لأي من الخصوم، إذ لا مصلحة لأي منهم فيه ، فالمسألة تدخل في السلطة التقديرية للمحكمة، كما أن قرار الضم لا يعني وجوب الفصل في كل من الدفع الشكلي والموضوع[٤٧]، فقد تأمر المحكمة بالضم ثمّ تصدر قراراً في الدفع الشكلي وحده يغني عن الفصل في موضوع الدعوى، كما لو حكمت في الدفع الشكلي بعدم اختصاصها، كذلك الحكم في الدفع الشكلي لا يعتبر فصلاً في الدعوى المدنية ولا يحوز حجية الأمر المقضي إذا قررت المحكمة قبول الدفع الشكلي، كما لو حكمت بعدم الاختصاص أو بطلان عريضة الدعوى، فإن قرارها في الدفع الشكلي لا يعتبر فصلاً في الدعوى ولا يحوز الحجية، فإن ترتب على هذا الفصل انتهاء الخصومة فإن للمدعي أن يبدأ خصومة جديدة بنفس سبب الدعوى السابق مالم تكن دعواه قد انقضت بالتقادم، كذلك إذا طُعن

في الدفع بالاستئناف مع الحكم وألغت المحكمة الاستئنافية هذا الحكم ، فإنها لا تنظر موضوع الدعوى وإنما تعيد الدعوى لمحكمة الموضوع لنظرها ، ذلك أن محكمة الموضوع لم تكن بحكمها في الدفع قد فصلت في الموضوع ، فنظر المحكمة الاستئنافية للموضوع يعتبر مخالفاً لمبدأ التقاضي على درجتين.

والدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص النوعي أو القيمي يجب على القاضي أن يبديها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم ، فإذا أبداها المدعى عليه فيعتبر هذا تنبيهاً للقاضي للقيام بواجبه نحو هذه الدفوع.

الفرع الرابع : **الدفع بعد القبول أو الدفع بعدم سماع الدعوى:** هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى أو الطلب العارض، وهي الصفة والمصلحة[٤٨]، وقد تكون هذه الشروط اللازمة شروط عامة أو خاصة يتعيّن توافرها لسماع الدعوى أو تقديم الطلب، ويتسم الدفع بعد القبول بطابع مختلط، فهو يشبه الدفاع الموضوعي لكونه يترتب عليه إفشال الطلب نهائياً، ويقترب من الدفوع الأخرى لكونه لا يتطرق إلى موضوع الدعوي ، والدفع بعدم القبول لا ينعي به الخصم على شكل الخصومة أو موضوعها، وإنما ينعي به على حق المدعي في رفع الدعوى، وذلك باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، ويعني ذلك أن الدفع بعدم القبول لا يوجه إلى ذات الحق المدعى به فلا يعدُّ دفعاً موضوعياً، ولا يوجه إلى إجراءات الخصومة فيعدُّ دفعاً شكلياً، بل يرمي إلى أن يتخلى القاضي عن نظر الدعوى المطروحة أمامه، وفي هذه الحالة فإن القاضي إن تخلى عن نظر هذه الدعوى فإنه غير ملزم بتعيين الجهة القضائية المختصة، ومن أمثلة الدفع بعدم القبول ، الدفع بإنكار صفة الخصم، أو نفي صفة المدعى عليه بأنه هو مَن تقام عليه الدعوى، أو إنكارهلوجود دعوى لدى خصمه لسبق صدور حكم في موضوعها، أو لسبق الصلح فيها، أو لسبق الاتفاق على عرض النزاع على محكمين، أو لرفع الدعوى في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك ، كرفعها قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة، أو لعدم رفعها على كل من يوجب القانون اختصامهم أو لعدم رفعها من جانب أشخاص معينين يوجب القانون رفعها من جانبهم ، أو لعدم اتخاذ الإجراء الذي يوجبه القانون قبل رفع الدعوى.

والدفع بعدم القبول إذا قضت فيه محكمة الموضوع تكون قد استنفدت ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، بحيث يطرح الاستئناف المرفوع ضد هذا الحكم برمته أمام المحكمة الاستئنافية ، حيث لا يجوز لها - أي للمحكمة الاستئنافية - إذا ما ألغت الحكم أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها .

وقد انتقد الفقه[٤٩] - بحق - هذا الاتجاه على أساس أن الحكم الصادر بقبول الدفع لا يعتبر حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى، ومن ثمّ فإنه لا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تفصل في الموضوع إذا ما ألغت حكم محكمة أول درجة، وإنما يتعيّن عليها أن تعيد الدعوى إليها لتنظر في موضوعها ، والقول بغير ذلك معناه أن تفصل المحكمة الاستئنافية في

موضوع لم يسبق الفصل فيه من محكمة أول درجة، الأمر الذي يفوّت على الخصوم درجة من درجات التقاضي ، ويجب إبداء الدفع بعدم القبول قبل إبداء أي دفع أو دفاع آخر ، ما عدا حالة عدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى أو قيمتها والتي تعتبر من النظام العام ، حيث تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى.

المطلب الثاني

طلب المقاصة القضائية

المقاصة القضائية هي طلب عارض يتقدم به المدعى عليه في مواجهة المدعي[٥٠]، وقد سماها المشرع السوداني في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م (تعديل ٢١٠٨م)[٥١] بالدعوى الفرعية حيث نص في المادة ٧٨/أ منه :" يجوز للمدعى عليه عند الرد على الدعوى ، تقديم دعوى فرعية ضد المدعي ، وذلك في حالة ارتباط وقائعها مع الدعوى المرفوعة " ، والمقاصة القضائية تختلف عن المقاصة القانونية التي تفترض أن دين المدعى عليه خالياً من النزاع ومحققاً لا شك في ثبوته في ذمة المدين ومعلوم المقدار[٥٢]، والمقاصة القانونية لا تقدم كطلب عارض بل تقدّم كدفع موضوعي أو وسيلة دفاع لأنها تهدف إلى اعتبار الدين سقط بحكم القانون ، وتقتصر وظيفة المحكمة في هذه الحالة على التحقق من توافر شروطها فقط، وهي تحمل معنى الوفاء الإجباري ، أما المقاصة القضائية فتفترض أن الدين متنازعاً في وجوده أو في مقداره ، فالمدعى عليه يطلب من المحكمة أن تحكم له بدينه قبل المدعي بعد حسم النزاع على وجوده أو مقداره ليصبح صالحاً لإجراء المقاصة بينه وبين دين المدعي[٥٣]، ولا يشترط في المقاصة القضائية أن يكون هناك ارتباط بين الدينين ، كما أنه لا يهم أن يكون دين المدعى عليه أكبر أو أصغر من دين المدعي ، فالمقاصة القضائية تقع بحكم من القضاء يصدر بناء على طلب أحد الخصمين بعد تقدير حقوق كل منهما ، ويشترط لإجراء المقاصة القضائية أن ترفع بطلبها دعوى أصلية من المدعي ، أو دعوى فرعية من المدعى عليه ، وهي من الطلبات العارضة التي تُلزم المحكمة بقبولها[٥٤]، وقد قضي بقبول الطلب العارض الرامي إلى إجراء المقاصة القضائية بين ما يُستحق للشركاء في ذمة أحدهم من حاصلات الأرض المشتركة وبين ما يترتب لهذا الأخير في ذمة شركائه من قيمة الانشاءات التي أقامها في تلك الأرض[٥٥].

والعلة من طلب المقاصة القضائية تفادي ما قد يعود للمدعى عليه من ضرر إذا اضطر إلى رفع دعوى أصلية ضد المدعي بطلب دينه، وأعسر المدين الأصلي"المدعي" بعد تنفيذ الحكم الصادر له بالدين قبل حصول المدعى عليه على حكم في دعواه .

المطلب الثالث

طلب التعويض عن ضرر من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها

منح المشرع المصري للمدعى عليه الحق في رفع دعوى فرعية رداً على الدعوى الأصلية مطالباً بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب تعسف خصمه في مخاصمته، أو في طريق السلوك فيها، أو بسبب تجاوزه في استعمال حقه، وعن سوء نيته في الادعاء

(المادتين ١٨٨، ٢٢٤) من قانون المرافعات المصري (تعديل ١٩٩٢م)، ومن الثابت أن حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إذا كان قائماً على مصلحة جدية ومشروعة، إلاّ أنه لا يسوغ للمدعي أن يقوم بإجراء يسبب ضرراً للمدعى عليه بأن يكون هذا الإجراء غير ضروري أو غير مشروع، أو فيه مضارة للمدعى عليه ، فيحق للمدعى عليه عندئذٍ الادعاء على المدعي في محكمة الموضوع بطلب عارض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه في الإجراء الواقع[٥٦]، ومثال ذلك أن يرفع المدعي دعوى أصلية يطلب فيها إخلاء المستأجر من العين المؤجرة على أساس أنه تأخر في سداد الأجرة عن فترة معيّنة، فيتقدم المدعى عليه بطلب إلزام المدعي برد ما قبضه من أجرة، لأنه لم ينتفع بالعين المؤجرة في هذه الفترة نتيجة تعرض قانوني صدر من الغير منعه من الانتفاع بها ، ويشترط لقبول هذا الطلب أن تكون الدعوى الأصلية قائمة.

وبعد البحث يرى الباحث أن القانون السوداني لم ينص على طلب التعويض عن ضرر من الدعوى الأصلية أو من أي إجراء فيها، بل أجاز للمدعى عليه رفع دعوى بالتعويض ضد المدعي إذا أصابه ضرر من دعوى المدعي بعد شطب الدعوى الأصلية التي تقدم بها المدعي وتحقق الضرر للمدعى عليه، ولعل مبرر ذلك أن القانون السوداني لم ينص على الدعوى الفرعية، بل ترك الأمر لاجتهادات القضاء.

ويرى الباحث أن يفرد القانون السوداني "قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م " نصوصاً واضحة وصريحة تقنن الدعوى الفرعية استهداء بالنصوص الواردة في القانون المصري حتى يمكن المدعى عليه من تقديم طلباته في مواجهة المدعي والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من دعوى المدعي، وذلك أثناء سير الدعوى الأصلية المرفوعة منه ، ويشترط على المدعى عليه أن يثبت الضرر الواقع عليه من دعوى المدعي حتى تحكم له المحكمة بالتعويض المناسب جراء هذا الضرر .

المطلب الرابع

الطلبات التي يترتب على إجابتها ألاّ يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها، أو أن يحكم له بها مقيّدة لمصلحة المدعى عليه

هذا النوع من الطلبات العارضة كالدفوع الموضوعية ، وبقصد بها تفادي الحكم للمدعي بطلباته[٥٧]، ومثالها أن ترفع الدعوى بطلب تنفيذ العقد ، فيتقدم المدعى عليه بطلب عارض يهدف إلى طلب فسخ العقد أو بطلانه ، ولا يشترط في هذا الطلب أن يكون مرتبطاً من حيث السبب بالطلب الأصلي ، فيجوز أن يكون مبنياً على سبب يختلف عن السبب الذي بنيت عليه الدعوى الأصلية .

وقد يترتب على تقديم الطلب العارض من المدعى عليه أن يحكم للمدعي بطلباته مقيّدة لصالح المدعى عليه ، ومثال ذلك طلب المدعى عليه تكاليف البناء ، أو مطالبة المدعى عليه بحق ارتفاق على العين التي يطالب المدعي إثبات ملكيتها له[٥٨] .

وقد ثأر التساؤل هل يجوز للمدعي أن يتقدم بطلب مقابل ضد الطلب العارض المقدم من المدعى عليه جواباً على الطلب العارض ؟

إن الإتجاه الحديث[٥٩] للفقه القانوني لا يمنع من

قبول تقديم الطلبات المقابلة من المدعي رداً على طلبات المدعى عليه العارضة بشرط أن تكون مرتبطة بها، لا جديدة عليها، بمعنى أن يقدّم المدعي رده على ما اشتمل عليه الطلب العارض المقدم من المدعى عليه فقط ، وقبول طلب رد المدعي على المدعى عليه يحقق العدالة، وذلك لأن المدعى عليه بتقديمه طلباً عارضاً يعدّ مدعياً، ويكون المدعي الأصلي في مركز المدعى عليه، فله عندئذٍ تقديم طلب مقابل لدعوى المدعى عليه، كما أن من الآثار الهامة المترتبة على حرية الدفاع ازدواج الصفة الإجرائية لكل من الخصوم في الدعوى المدنية ، حيث إن المدعي لا يظل مدعياً طوال سير الخصومة، وكذلك الحال بالنسبة للمدعى عليه ، فالخصوم يتبادلون مراكزهم الإجرائية خلال تقديم الطلبات والدفوع، كما أن السماح للمدعي الأصلي بتقديم طلبات مقابلة رداً على طلبات المدعي عليه العارضة يعدّ تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم .

وقبول رد المدعي على الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه لا يتعارض مع واجب المدعي في اشتمال عريضة دعواه على كل طلباته ، وذلك لأن الطلبات العارضة التي تقدم من المدعى عليه فيه مفاجأة للمدعي بطلبات عارضة لم تكن في حسبانه عند تقديم عريضة دعواه ، فالعدالة هنا تقتضي السماح للمدعي بتقديم طلبات مقابلة رداً على دعوى المدعى عليه بشرط أن تكون مرتبطة بها، حيث لا يجوز للمدعي أن يتقدم بطلبات جديدة .

المبحث الخامس

آثار تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة

المطلب الأول

الآثار الإجرائية

تتمثل الآثار الإجرائية للطلبات الإضافية والمقابلة في الآتي :

أولاً : حيازة الطلبات الإضافية والمقابلة لحجية الأمر المقضي بعد تقديمها ، فإذا رفعت نفس هذه الطلبات أمام أية محكمة أخرى جاز الدفع بحجية الأمر المقضي فيه ، في هذه الطلبات[٦٠].

ثانياً : يصبح الحق الوارد في الطلبات الإضافية والمقابلة منازعاً فيه حيث تُقدّم فيه البينة.

ثالثاً: الطلبات الأصلية والإضافية والمقابلة تحدد نطاق الدعوى المدنية مع ثبات أشخاص الدعوى ومحلها وسببها [٦١]، وهذا يعني عدم إغفال القاضي الفصل في الطلبات التي قدّمت له، فإذا أراد القاضي رفض أي طلبفعليه أن يبيّن سبب رفضه ولا يكتفي بتجاهله ، كذلك ليس للقاضي أن يقضي خارج إطار ما قدّم له من طلبات ، على أنه وإن كان القاضي ملزماً بالحكم في إطار الطلبات المقدمة إلاّ أنه غير مقيّد بتكييف الخصوم لوقائع المطالبة أو الوقوف عند حد الظاهر من عباراتهم ، إذ عليه التكييف الصحيح الموافق للقانون .

رابعاً : تنشأ الدعوى المدنية في الطلبات الأصلية والإضافية والمقابلة بين أطراف الدعوىالمعينين ، فإذا توفي أحد الأطراف بعد بدء الدعوى لا تنقضي الخصومة المدنية بل تستمر في مواجهة الورثة ، إلاّ إذا كانت طبيعة الدعوى شخصية [٦٢].

المطلب الثاني

الآثار الموضوعية

من المعلوم أن الطلبات القضائية تقتضي نفقات خصومة ، كما تتطلب انفاق بعض الوقت ، وقد أوجب القانون ألاّ يضار صاحب الحق من التجائه إلى القضاء إذ لا سبيل له إلاّ هو ، وبالتالي تتمثل الآثار الموضوعية[٦٣] في :

أولاً : من يكسب الدعوى المدنية من خلال الطلبات المقدمة يُحكم له بالمصاريف التي تكبدها .

ثانياً : الوقت الذي ينقضي في نظر الطلبات الأصلية والإضافية والمقابلة يجب ألاّ يضار منه المدعي أو المدعى عليه، بحيث يجب أنيحفظ لهماالحق حتى صدور الحكم.

خاتمة البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، فقد وصل المطاف إلى نهاية هذا البحث والذي بعنوان: الطلبات الإضافية والمقابلة وأثرها على حقوق الأطراف في الدعوى المدنية، وقد توصل الباحث إلى أهم النتائج والتوصيات التالية :

أولاً : **النتائج:**

١- الطلب الأصلي هو الطلب الذي تنبني عليه جميع الطلبات الإضافية والمقابلة .

٢- إن المحاكم المدنية لا تقبل الطلبات الإضافية والمقابلة إلاّ إذا ارتبطت بالطلبات الأصلية .

٣- يجب أن تقدم الطلبات الإضافية والمقابلة إثناء سير الدعوى المدنية وقبل الحكم فيها .

٤- تقديم الطلبات الإضافية والمقابلة يؤدي اكتمال الدعوى المدنية بصورتها النهائية مما يساعد في حسم النزاع بصورة نهائية.

٥- الطلبات الإضافية والمقابلة توفر الوقت والجهد للمحاكم والمتقاضين، وتعزز الثقة في القضاء، وتؤدي إلى حيازة الحكم للأمر المقضي فيه من خلال اكتمال جميع جوانبه.

ثانياً : **التوصيات:**

يوصي الباحث من خلال هذا البحث بالآتي :

١- أن يفصّل المشرع السوداني ، في قانون الإجراءات المدنية السوداني في بيان الطلبات الإضافية والمقابلة من حيث أنواعها وشروطها وإجراءاتها أثناء سير الدعوى المدنية .

٢- أن يبيّن المشرع السوداني ويفصّل في الآثار المترتبة على الطلبات الإضافية والمقابلة في الدعوى المدنية.

فهرس المصادر والمراجع

أولاً : **القرآن الكريم.**

ثانياً : **كتب القانون:**

١- أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، د.أحمد أبو الوفا ، مطبعة مكاوي ، بيروت ، ١٩٧٩م.

٢- أصول المرافعات ، د. أحمد مسلم ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٧م.

٣- الأوامر والأحكام وطرق الطعن ، د.السيد عبد العال ، مطبعة حماد ، المنوفية ، ١٩٩٥م.

٤- التعليق على قانون المرافعات ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز، ط٢، الأسكندرية، ١٩٩٦م.

٥- التعليق على نصوص قانون المرافعات، د.أحمد أبو الوفا، ط ٧، منشأة المعارف، الأسكندرية ، ٢٠٠٠م.

٦- قانون المرافعات المدنية والتجارية (مباديء الخصومة المدية) ، د. الأنصاري حسن النيداني، الكتاب الأول ، مطابع التوحيد الحديثة ، شبين الكوم ، ١٩٩٩م .

٧- قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد أبو الوفا ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ط ١٣ ، ١٩٨٠م .

٨- قواعد المرافعات ، محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٥٧م.

٩- قواعد المرافعات المدنية والتجارية ، د. أمينة النمر ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، ط ١٩٥١م.

١٠- مباديء الخصومة المدنية ، د. وجدي راغب ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦م.

١١- مباديء المرافعات المدنية والتجارية ، د. عبد الباسط جميعي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٠م.

١٢- محاضرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د.أحمد مليجي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩م .

١٣- الموجز في أصول وقواعد المرافعات ، د. أحمد ماهر زغلول ، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة ، ١٩٩١م.

١٤- نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، د.أحمد أبو الوفا ، ط٦، د .ن. ١٩٨٠م.

١٥- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د.عبد المنعم الشرقاوي ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٤م.

١٦- الوجيز في قانون القضاء المدني ، د. أحمد حشيش ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ، ٢٠٠٠م.

١٧- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد السيد صاوي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨م.

١٨- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. رمزي سيف ، ط٧، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧م.

١٩- الوسيط في قانون القضاء المدني ، د. فتحي والي ، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣م.

ثالثاً : **كتب المعاجم اللغوية:**

٢٠- لسان العرب، ابن منظور ، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، دار صادر، بيروت ، الطبعة الأولى.

الهوامش :

* أ. مشارك بكلية الشريعة - جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم.

١- لسان العرب - ابن منظور ، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، دار صادر – بيروت ، الطبعة الأولى ، ج١، ص٥٥٩.

٢- قانون المرافعات المدنية والتجارية (مباديء الخصومة المدية) ، د. الأنصاري حسن النيداني ، الكتاب الأول ، مطابع التوحيد الحديثة، شبين الكوم ، ط ١٩٩٩م ، ص٤٤.

٣- مباديء المرافعات المدنية والتجارية ، د. عبد الباسط جميعي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط ١٩٨٠م، ص ١٢١.

٤- التعليق على قانون المرافعات ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز، الأسكندرية، ط٢ ١٩٩٦م ، ص ٢٢١.

٥- قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد أبو الوفا ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ط ١٣ ، ١٩٨٠م ، ص ٢٥٤.

٦- الوجيز في قانون القضاء المدني ، د. أحمد حشيش ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ، ط ٢٠٠٠م ، ص ١١٢

٧- محاضرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد مليجي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩م ، ص ٨٩.

٨- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد السيد صاوي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨م، ص ٣٤٣

٩- أصول المرافعات ، د. أحمد مسلم ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٧م ، ص ١٧٦.

١٠- الموجز في أصول وقواعد المرافعات ، د. أحمد ماهر زغلول ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩١م ، ص ٢٢٩.

١١- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. رمزي سيف ، ط٧، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧م ، ص١٩٢.

١٢- الأوامر والأحكام وطرق الطعن ، د.السيد عبد العال ، مطبعة حماد ، المنوفية ، ١٩٩٥م، ص ٢٧٢.

١٣- محاضرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د.أحمد مليجي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩م ، ص ١٦٧.

١٤- الموجز في أصول وقواعد المرافعات ، د. أحمد ماهر زغلول ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩١م، ص ٣٤٢.

١٥- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. رمزي سيف ، ط٧، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧م ، ص٣٢٧.

١٦- انظر ص (٦) من هذا البحث .

١٧- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د.عبد المنعم الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص٢٩٨

١٨- التعليق على قانون المرافعات ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز، مرجع سابق ، ص٢٢٨.

١٩- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. رمزي سيف ،مرجع سابق ، ص٣٣٤.

٢٠- الموجز في أصول وقواعد المرافعات ، د. أحمد ماهر زغلول ،مرجع سابق ، ص٣٤٤.

٢١- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د عبد المنعم الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص٣٠٢.

٢٢- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص٣٥٦

٢٣- وقد نظم قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م الإجراءات التحفظية التي تجوز للمدعي المطالبة بها في المواد (١٣٩-١٥٦).

٢٤- انظر ص (٦) من هذا البحث .

٢٥- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د.عبد المنعم الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص٢٩٨

٢٦- مباديء المرافعات المدنية والتجارية ، د. عبد الباسط جميعي ، مرجع سابق ، ص١٢٩.

٢٧- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد السيد صاوي ، مرجع سابق ، ص٣٦١.

٢٨- مباديء الخصومة المدنية ، د. وجدي راغب ، دار الفكر العربي ، مرجع سابق ، ص٢٣٨.

٢٩- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د عبد المنعم الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص٣٠٦.

٣٠- التعليق على نصوص قانون المرافعات ، د.أحمد أبو الوفا، ط ٧، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠٠م، ص ٢١١

٣١- الوسيط في قانون القضاء المدني ، د. فتحي والي ، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣م. ، ص٥١١.

٣٢- مباديء الخصومة المدنية ، د. وجدي راغب ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦م ، ص١٢٣.

٣٣- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د. عبد المنعم الشرقاوي ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٤م ، ص ١٢٥.

٣٤- أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، د.أحمد أبو الوفا ، مطبعة مكاوي ، بيروت ، ١٩٧٩م ، ص ٤٣٥.

٣٥- الوسيط في قانون القضاء المدني ، د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص٥٢٢.

٣٦- المادة ٣٨ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

٣٧- المادة ١٠٠ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

٣٨- المادة ٢٩من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

٣٩- المادة ٣٠من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

٤٠- قانون المرافعات المدنية والتجارية (مباديء الخصومة المدية) ، د. الأنصاري حسن النيداني ، الكتاب الأول ، مرجع سابق ، ص ٢١١.

٤١- قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

٤٢- محاضرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د.أحمد مليجي ، مرجع سابق ، ص ١٤٣.

٤٣- أصول المرافعات ، د. أحمد مسلم ، مرجع سابق ، ص ٩٨.

٤٤- الموجز في أصول وقواعد المرافعات ، د. أحمد ماهر زغلول ، مرجع سابق ، ص ٨٧.

٤٦- مباديء الخصومة المدنية ، د. وجدي راغب ، مرجع سابق ، ص ١٦٥.

٤٧- مباديء المرافعات المدنية والتجارية ، د. عبد الباسط جميعي ، مرجع سابق ، ص ١٢٩.

٤٨- الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د.عبد المنعم الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧.

٤٩- قواعد المرافعات المدنية والتجارية ،د. أمينة النمر، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، ط ١٩٥١م، ص ١٢٧.

٥٠- قواعد المرافعات .محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٥٧م ، ص٢٣٦.

٥١- التعليق على نصوص قانون المرافعات ، د.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ، ص٣٦١.

٥٢- الجريدة الرسمية لحمهورية السودان ، العدد ١٨٧٨المؤرخة في ٣٠أبريل ٢١٠٨م .

٥٣- نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، د.أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق، ص١٧٩.

٥٤- قانون المرافعات المدنية والتجارية (ـــمباديء الخصومة المدية) ، د. الأنصاري حسن النيداني ، ج١، مرجع سابق ، ص٤٩.

٥٥- قواعد المرافعات .محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٥٧م ، ص٢٣٦.

٥٦- المرجع نفسه ، ص٢٣٩.

٥٧- التعليق على نصوص قانون المرافعات ، د.أحمد أبو الوفا، مرجع سابق ، ص٣٦٦.

٥٨- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. رمزي سيف ، مرجع سابق ، ص٣٤٧.

٥٩- كذلك من الطلبات التي يمكن أن يتقدم بها المدعى عليه في مواجهة المدعي في دعواه الأصلية : الطلب الذي يقدمه المدعى عليه ويكون اتصال أو ارتباط بالدعوى الأصلية اتصالاً أو ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، مع إذن المحكمة بتقديمه ، ومثاله : أن يطلب المدعي تعويض الضرر الذي أصابه من جراء حادثة معيّنة ، فيطلب أيضاً المدعى عليه تعويضه عن نفس الحادثة ، أو أن يقيم المدعي دعواه الأصلية على وكيله بطلب حساب بسبب الوكالة ، فيقابله المدعى عليه بطلب عارض مفاده الحكم له بمصاريفه وأتعابه من جراء الوكالة ، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، د. عبد المنعم الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص٣٠٣.

٦٠- قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د. أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

٦١- محاضرات في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، د.أحمد مليجي ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧.

٦٢- الوسيط في قانون القضاء المدني ، د. فتحي والي ، مرجع سابق ، ص٦٥٥.

٦٣- مباديء الخصومة المدنية ، د. وجدي راغب ، مرجع سابق ، ص ٢٩١.

حجية الأدلة المستمدة من معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية والإجراءات القانونية المنظمة لها

أ. أميمه محمود محمد بشير* / د.دفع الله العركي الخزين أحمد** / د.محمد عبد الكريم عبد الفضيل محمد***

ملخص البحث

تناولت الدراسة موضوع الإجراءات القانونية وحجية الأدلة المستمدة من معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية، تمثلت مشكلة الدراسة في كيفية تقديم دليل رقمي له حجية في الإثبات، من خلال معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية، وتأتي أهمية الدراسة، من خلال ضرورة تتبع الإجرام الإلكتروني في عالم افتراضي، وعدم وجود نصوص قانونية تنظم إجراءات التحري والمحاكمة وتقديم الأدلة في الجرائم المعلوماتية، مع الاستعانة بأسلوب علمي قانوني لضبط أدلة وآثار الجريمة الإلكترونية ويتناسب مع طبيعتها، هدفت الدراسة لتسليط الضوء على معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية لاستخلاص دليل رقمي، إضافة لعدم وجود نص في قانون الإثبات يبين حجية الأدلة الرقمية، مما يقتضي الأمر بيان الأحكام المتعلقة بذلك. وقد استخدمت الدراسة منهج الوصف ومنهج التحليل والمنهج المقارن، وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، أهمها أن الأدلة الرقمية المستخلصة من الوسائل المعلوماتية الحديثة غنية فيما تحتويه من معلومات، ومن الممكن أن تصبح ذات حجية في الإثبات، إذا تم الالتزام بالمشروعية الإجرائية، والضوابط الفنية المتعلقة بمعاينة مسرح الجريمة المعلوماتية، وفي ضوء النتائج توصلت الدارسة إلى عدد من التوصيات أهمها، ضرورة إصدار تشريع ينظم إجراءات التحري في الجرائم المعلوماتية وإضافة نص في قانون الإثبات على حجية الأدلة الرقمية.

مقدمـــــــة

لاشك أن التقدم العلمي في عالم الاتصالات وتقانة المعلومات، قد أتاح سبلاً ووسائل جديدة للتعامل بين الأفراد والدول على حد سواء، قوامها استغلال وسائل الاتصال الحديثة وخاصة الشبكة المعلوماتية، ومع تزايد استخدام تقنية المعلومات، تزايدت نسبة الجريمة المرتكبة باستخدام هذه التقانات، كما أدى ذلك إلى ظهور عدد من المشاكل القانونية والإجرائية، التي أصبحت تقف عقبة أمام التحري وجمع الأدلة .

ومن أبرز هذه العقبات تطبيق القواعد التقليدية على إجراءات المعاينة والتفتيش على الجرائم المعلوماتية، التي يندر أن يتخلف عن ارتكابها آثار مادية .

وعلى ضوء ماسبق هل يمكن أن تتم المعاينة في المجال الإلكتروني بعد وقوع الجريمة كما هو الحال في الجرائم التقليدية؟، حيث توجد الآثار المادية للأماكن والأشخاص عقب وقوع الجريمة مباشرةً، في حين أن معظم الجرائم الإلكترونية عبارة عن كيان معنوي لا تتوافر فيه صفة المادية[1].

أهمية الدراسة:

تنبع أهمية الدراسة، من ضرورة تتبع الإجرام الإلكتروني، وبيان إمكانية استخلاص دليل رقمي له حجية في الإثبات، من خلال معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة لتسليط الضوء على معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية، لاستخلاص دليل رقمي له حجية في الإثبات ، بالإضافة إلى إيجاد نصوص تشريعية تحكم إجراءات التحري والمعاينة في الجريمة المعلوماتية .

مشكلة الدراسة:

تمثلت مشكلة الدراسة في كيفية استخلاص دليل رقمي له حجية في الإثبات من خلال معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية ، وأن الإجراءات المتبعة في التحري والمحاكمة لا تتناسب وطبيعة الجرائم المعلوماتية .

أسئلة الدراسة:

تطرح هذه الدراسة العديد من الأسئلة أهمها:

- ما المقصود والمراد بمسرح الجريمة المعلوماتية؟
- ماهو الدليل الرقمي ومدي حجيته في الإثبات؟
- هل يمكن معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية والحصول من خلاله على أدلة رقمية في ظل القواعد والإجراءات التقليدية للمعاينة ؟
- هل الإجراءات القانونية المتبعة في التحري والمحاكمة تتناسب وطبيعة الجريمة المعلوماتية؟

منهج الدراسة:

تتبع الدراسة المنهج الوصفي والمنهج والتحليلي والمنهج المقارن .

هيكل الدراسة:

انحصرت الدراسة في مقدمة وثلاث مباحثوخاتمة على النحو الأتي:

مقدمة.

المبحث الأول: مفهوم مسرح الجريمة المعلوماتية والدليل الرقمي.

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية المنظمة لمعاينة الجرائم المعلوماتية.

المبحث الثالث: حجية الأدلة المستمدة من معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية

خاتمة : تشمل ما توصلت إليه الدراسة من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم مسرح الجريمة المعلوماتية والدليل الرقمي

المطلب الأول

ماهية مسرح الجريمة المعلوماتية

الفرع الأول: **تعريف مسرح الجريمة:**

أولاً: **تعريف مسرح الجريمة لغة :**

كلمة مسرح في لغة العرب، من سرح يسرح سرحاً، فهو سارح، وسرح الشخص: خرج بالغداة، ويسرح يفعل ما يشاء دون أن يتعرض له أحد[٢].

والمسرح: المرعي وهو اسم مكان سرح ، وجمعه مسارح [٣]، ومسرح الجريمة المكان الذي ارتكبت الجريمة فيه[٤].

ثانياً: **تعريف الجريمة لغةً :**

جرم التعدي واكتساب الإثم، والجرم الذنب، وأجرم أرتكب جرماً فهو مجرم، والمجرم المذنب [٥]. وتجرم عليه أي أدعي عليه ذنباً لم يفعله، وهي من باب ضرب وأكتسب الإثم، والجارم: الجاني، ولا يجرمنكم أي لا يكسبنكم ولا يدخلنكم في الجرم، أي الآثم[٦].

الفرع الثاني: **تعريف مسرح الجريمة في الاصطلاح القانوني:**

يمكن تعريف مسرح الجريمة قانوناً بأنه "محل أو وحدة أو منشأة أو رقعة من الأرض تضم بؤرة الجريمة ومركزها ، بحيث تكون ميداناً لأنشطة الجاني أو الجناة من الفاعلين الأصليين عند ارتكاب الأفعال المؤثمة جنائياً والتي تدخل في عداد الأعمال التنفيذية المكونة للجريمة أو الشروع فيها "[٧].

وقد عرف مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة مصطلح مسرح الجريمة بأنه "أي مسرح وقعت فيه حادثة ويشمل آثار أنشطة سابقة لوقوعها"[٨].

وهو تعريف مختصر وشامل لمسرح الجريمة بحيث يمكن أن يدخل في نطاقه الفضاء المعلوماتي وما يرتكب فيه من جرائم عبر الوسائل المعلوماتية.

ويدخل في عداد مسرح الجريمة الملحقات المتصلة التي تكون مع المكان وحدة واحدة ، وهذا النطاق المكاني يكتسب صفة مسرح ارتكاب الجريمة من واقع إحتوائيه على مركز وقوعها بداخله ووجود آثار ومخلفات ارتكابها أو احتمال وجود ذلك ، ويجب أن تكون هذه المواقع ميداناً لأنشطة الجاني الذي أرتكب الجريمة وحده أو الجناة من الفاعلين الأصليين عند تعددهم[٩].

وعليه فانه على حسب نوع الجرائم وطبيعتها يختلف كذلك مسرح الجريمة وتكون مهمة جهات التحري تحديده والربط بين الأحداث المكونة له.

الفرع الثالث: **تعريف مسرح الجريمة المعلوماتية:**

من الصعوبة بمكان تعريف مسرح الجريمة المعلوماتية بصورة دقيقة تصلح أن تكون وصفاً دائماً له وذلك لتطور الجريمة المعلوماتية والتي يتطور معها المسرح بصورة تلقائية لا يمكن تصورها في المستقبل ، ولكن يمكن أن نعرف مسرح الجريمة المعلوماتية وفق المعطيات الحالية على أنه ينقسم إلى مسرحين أحدهما تقليديقع خارج البيئة الإلكترونية، ويتكون بشكل رئيسي من المكونات المادية المحسوسة للمكان الذي وقعت فيه الجريمة، وهو أقرب ما يكون إلى مسرح أي جريمة تقليدية، قد يترك فيها الجاني آثار عدة كالبصمات وبعض متعلقاته الشخصية أو وسائط تخزين رقمية[١٠].

أما الآخر فهو مسرح افتراضي ، وأنه يقع داخل البيئة الإلكترونية ويتكون من بيانات رقمية إلكترونية موجودة داخل حواسيب أو على الشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، وهو الذي يثير الجانب الأكبر من المشاكل في مجال التحقيق في الجرائم المعلوماتية[١١].

ومسرح الجريمة المعلوماتية هو مجال واسع ومتجددوتختلف فيه أوعية الجريمة ، وهو مسرح مستحدث، نشأ مع ظهور الجرائم المعلوماتية،لم نعثر على نص في القوانين والأنظمة التشريعية المختلفة يعرفه أو يحدد نطاقه،ولم ينص قانون جرائم المعلوماتية ٢٠٠٧م على تعريفه رغم أنه المختص بالجرائم المعلوماتية، وكذلك قانون الإجراءات الجنائية السوداني لا يوجد به نص يوضح تحديد نطاق وحدود مسرح الجريمة بصورة عامة، رغم أنه توجد بالسودان، وحدة متخصصة ومتفرغة للتعامل مع مسرح الجرائم، تعرف بإدارة مسرح الجريمة[١٢].

الفرع الرابع: **أثر الطبيعة الخاصة بالجريمة المعلوماتية على مسرح الجريمة:**

إن الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الجريمة المعلوماتية لها أثر علي بيئة مسرح الجريمة وعلى طبيعة الأدلة، سواء تعلق هذا بطبيعة المحل الذي يقع عليه الاعتداء أو بأسلوب ارتكابها، أو تعلق الأمر بالنطاق المكاني للجريمة وذلك على النحو الأتي:

١. بالنسبة للمال محل الاعتداء فقد أصبحت المعلومات بما تشمله من معطيات وبرامج الهدف الرئيس لمرتكبي الجرائم المعلوماتية، وذلك نتيجة للقيمة الاقتصادية العالية التي تمثلها والتي تفوق قيمة الأموال المادية.

٢. أسلوب الجرائم المعلوماتية أسلوب هادئ وكل ما يتطلبه عدد من اللمسات على أزرار لوحة المفاتيح حتى تؤدي إلى إسقاط الحواجز الأمنية والشبكات، حيث يحتاج الأمر إلى قدرة علمية وعملية في مجال التعامل مع وسائل الاتصال والمعلوماتية وشبكاتها .

٣. المجتمع المعلوماتي لا يعرف الحدود الجغرافية فهو مجتمع منفتح عبر شبكات تخترق الزمان والمكان ، حيث يمكن نقل كم هائل من المعلومات بين عدة أنظمة يفصل بينها آلاف الأميال، ويمكن أن تقع الجريمة من جان في دولة على مجني عليه في دولة أخري وفي وقت يسير جداً.

٤. أما طبيعة الشخص المجني عليه غالباً ما يستهدف المجرم المعلوماتي أشخاصاً اعتباريين ممثلين في مؤسسات مالية ، كما يستهدف أيضاً المؤسسات العسكرية، وذلك كالتجسس العسكري عبر الأقمار الصناعية ، كما يمكن أن يكون الاعتداء واقعاً على أشخاص طبيعيين كما هو الحال بالنسبة لجرائم القذف والتشهير عبر الوسائل المعلوماتية، كذلك جرائم النصب عبر الشبكات[١٣].

هناك العديد من البلاغات التي تعاملت معها دائرة جرائم المعلوماتية تدل على ما ذكر،منها على سبيل لا الحصر:

١- بلاغ الشاكي المهندس محمد محمد خير ضد المتهم غسان بالإرشاد، والذي أفاد فيه الشاكي بأن المتهم بالإرشاد قام بالدخول في موقع الهيئة القومية للاتصالات[١٤].

٢- بلاغ الشاكي المعز السيد، ضابط أمن متقاعد، المتهمين طارق/خضر/أباذر بالإرشاد ، أفاد الشاكي في بلاغه ، بأن المتهمين المذكورين قد قاموا بدبلجة صورة ابنته ندي ، بصورة فاضحة، وفيها تعليق باسمها على مواقع التواصل[١٥].

٣- قامت حملة مشتركة مع أفراد الرقابة والتفتيش الميداني في المجلس ألإتحادي للمصنفات ، واستهدفت الحملة مناطق السوق الشعبي والثورات وسوق الشهداء، أسفرت الحملة عن ضبط ١٢ جهاز كمبيوتر تحوي على أغاني سودانية هابطة، وصور مخلة وكليبات فاضحة، وأفلام فاضحة، تم تقييد دعوي جنائية في مواجهة المتهمين تحت المواد ٢٩/١٧/١٥ من قانون المصنفات بالأرقام ٥٤٧/٥٤٦/٥٤٥ بقسم الخرطوم شمال، الشاكي المجلس ألإتحادي للمصنفات الأدبية والفنية[١٦].

وعلى ضوء ذلك يمكن القول بأن معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية ترتكز على الدليل المتحصل من الوسائل الإلكترونية باعتباره الوسيلة الوحيدة لإثبات هذا النوع من الجرائم، ويستمد هذا الدليل طبيعته من ذات البيئة الإلكترونية التي نتج منها في حالة الاعتداء عليها بالأفعال الغير مشروعة، وهذه البيئة ممثلة في الأجهزة المعلوماتية بكل مكوناتها المادية، المتمثلة في الأجهزة والمعدات والأدوات المادية المتصلة به ، ومكوناتها المعنوية المتمثلة في البرامج والنظم الحاسوبية، وعليه فهذه البيئة الإلكترونية قد انعكست على طبيعة مسرح الجريمة وعلي طبيعة الدليل المستمد منه، ولذلك نجد الدليل يتخذ أيضاً طبيعة إلكترونية ، بحيث يصعب على جهات التحقيق الكشف عنه إلا بإتباع إجراءات معينة يكون الغالب منها ذو طبيعة فنية[١٧].

المطلب الثاني

ماهية الدليل الرقمي

الفرع الأول: **تعريف الدليل الرقمي:**

أولاً: **تعريف الدليل لغةً:** يقصد به ما يستدل به ويقال أدلّ، وفلاناً يدلّ فلان، والدليل يعني المرشد، وجمعه أدلّه[١٨].

وقد جاء الدليل في القران الكريم بمعني الإرشاد أيضاً، في قول الله تعالي : ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى رَبِّكَ كَيْفَ مَدَّ الظِّلَّ وَلَوْ شَاءَ لَجَعَلَهُ سَاكِناً ثُمَّ جَعَلْنَا الشَّمْسَ عَلَيْهِ دَلِيلاً﴾ [الفرقان: ٤٥].

ثانياً: **تعريف الدليل في الاصطلاح القانوني:** هو "الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول للحقيقة التي ينشدها، والمقصود بالحقيقة في هذا السياق هو كل ما يتعلق بالوقائع المعروضة على القاضي لإعمال حكم القانون عليها"[١٩].

وهو ما يعرف بالدليل الجنائي والذي يعتبر معلومة يقبلها المنطق والعقل ويتم الحصول عليها بإجراءات قانونية لإثبات صحة افتراض ارتكاب شخص للجريمة أو نفيه.

وعليه فالدليل الرقمي (Digital Evidence) هو الدليل الكامن في العالم الافتراضي، ويعرفبأنه " المعلومات والبيانات ذات القيمة في أي تحقيقات جارية ومخزنة أو منقولة، أو المعالجة بواسطة الأجهزة الإلكترونية"[٢٠].

ويتكون الدليل الرقمي من دوائر وحقول مغناطيسية، ونبضات كهربائية غير ملموسة ، وللاستفادة من الدليل الموجود على الوسائط المعلوماتية، وحتى يصبح مستنداً إلكترونياً ، يجب تعريفه، وتوثيقه، وطباعته، وتخزين نسخه منه، وتحريزه بالقدر الذي يوفر له المصداقية، ويحمي الدليل من أي طعن بسبب سوء التعامل معه.

الفرع الثاني: **شروط استخدام الدليل الرقمي في مجالات البحث والتحقيق:**

الأدلة الرقمية المستخلصة من أجهزة تقنية المعلومات ما هي إلا تطبيق من تطبيقات الدليل العلمي الذي يتميز بالموضوعية والحياد والكفاءة في إقناع أجهزة إنفاذ القانون وتطبيقه، والوسائل العلمية وإن كانت تفيد في مهمة الكشف الغائبة إلا أنها قد تعصف بحريات وحقوق الأفراد إذا لم يحسن استخدامها لذلك ينبغي مراعاة الأحكام القانونية عند استخلاص الأدلة العلمية حتى يمكن قبولها، وعليه يمكن استخلاص شروط قبول الدليل الرقمي في مجالات البحث والتحقيق في الجرائم

المعلوماتية فيما يلي :

١- أن يتم استخلاص الدليل ضمن ضمانات قانونية إجرائية تضمن سلامته وصحته ودقته.

٢- أن يتم التأكد من حجية الدليل لإجراء اختبارات الثقة والتي تشمل ثلاث عناصر هي:

القائم على استخراج الدليل: ويعني ذلك أن يكون الإجراء الذي استهدف استخلاص الدليل الرقمي عملاً إرادياً صادر عن شخص له صلاحية القيام به بناء على سبب معين، ويجب أن يكون ذلك الشخص ملماً بكل ما يتعلق بالحاسب الآلي وملحقاته، بالإضافة إلى وجوب تمكنه وفهمه للبيئة التي يعمل فيها ، والقدرة على أداء المهام الموكلة له ،دون أن يترتب على ذلك ضرراً للدليل الجنائي الرقمي[٢١].

الجهاز المستخدم: يجب التأكد من دقة الجهاز أو الأداة المستخدمة في استخلاص الدليل التقني ، بالتحقق من مدي قدرتها على عرض كافة البيانات المتعلقة بالدليل الجنائي الرقمي، كما يجب الاعتماد على الأجهزة والأدوات التي أثبتت الدراسات العلمية كفاءتها في تقديم أفضل النتائج[٢٢].

التطبيقات المقارنة: عبارة عن استعمال عملية التحليل التناظري الرقمي ، التي تعتبر من الوسائل المهمة للكشف عن مصداقية الدليل الرقمي ، من خلال القيام بعملية مقارنة الدليل الجنائي الرقمي (الأصلي) المقدم للقضاء بالنسخة المستخرجة[٢٣].

حيث تعتبر صلاحية الأدلة الجنائية المستخلصة والتأكد ممن سلامتها من القواعد الأساسية التي يقوم عليه التحقيق الجنائي في الجرائم المعلوماتية.

الفرع الثالث: **ميزات الدليل الرقمي عن الدليل المادي التقليدي:**

يمتاز الدليل الرقمي عن الدليل المادي التقليدي المأخوذ من مسرح الجريمة بميزات عدة أهمها :

١. من السهل تحديد ما إذا كان الدليل الرقمي تم العبث به أم لا، وذلك باستخدام التطبيقات والبرامج الصحيحة ومقارنته مع الدليل الأصلي.

٢. طريقة نسخ الدليل الرقمي من أجهزة الكمبيوتر تقلل أو تعدم تقريباً مخاطر إتلاف الدليل حيث تتطابق طريقة النسخ مع طريقة الإنشاء، وبموجب هذه الخاصية قام المشرع البلجيكي بإضافة المادة (٣٩) في قانون التحقيق الجنائي المؤرخ في ٢٨نوفمبر ٢٠٠٠، والتي سمحت بضبط الأدلة الرقمية، مثل نسخ البيانات المخزنة في نظم المعالجة الآلية[٢٤].

٣. نشاط الجاني لمحو الدليل يسجل كدليل ضده أيضاً[٢٥].

٤. الصعوبة النسبية لتحطيم أو محو الدليل، حتى في حالة إصدار الأمر من قبل الجاني بإزالته من أجهزة الكمبيوتر فيمكن للدليل الرقمي أن يعاد تظهيره مرة أخري.

٥. الاتساع العالمي لمسرح الدليل الرقمي يمكن مستغلي الدليل من تبادل المعرفة الرقمية بسرعة عالية وبمناطق مختلفة من العالم، مما يساهم في الاستدلال على الجناة وأفعالهم بسرعة أقل نسبياً.

٦. يمكن من خلال الرصد الرقمي رصد المعلومات من الجاني وتحليلها في ذات الوقت ، حيث يمكن للدليل الرقمي أن يسجل تحركات الفرد

وعاداته وسلوكياته وبعض خصوصياته، فالبحث في هذه الحالة يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل المادي[٢٦].

وعليه يمكن القول بأن الأدلة الرقمية وسيلة من وسائل الإثبات المتميزة، ولها من الخصائص ما يؤهلها لتقوم كإضافة جديدة لوسائل الإثبات الجنائي العلمي.

المبحث الثاني

الإجراءات القانونية المنظمة لمعاينة مسرح الجريمة المعلوماتية

المطلب الأول

ماهية معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية

الفرع الأول: **تعريف معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية:**

أولاً: **تعريف المعاينة لغةً:** المعاينة في لغة العرب تعني الرؤية والنظر إلى الشئ ومشاهدته، أو الفحص والمراجعة ، فعاين الشيء إذ رآه بعينه وشاهده وتحقق منه بنفسه بنظرة عامة وشاملة ، وعاين المريض إذا فحصه[٢٧].

وعموماً ترتكز أغلب المعاني حول كونها إجراء يهدف إلى إثبات حالة شئ أو شخص أو مكان وذلك عن طريق الرؤية والفحص المباشر.

ثانياً: **تعريف المعاينة في الاصطلاح القانوني:** لا يختلف معنى المعاينة في الاصطلاح القانوني عنه في المعنى اللغوي، في قصد بالمعاينة رؤية العين المجردة لمكان أو شخص أو شي لإثبات حالته وضبط كل ما يلزم لكشف الحقيقة[٢٨].

وتعتبر المعاينة إجراء من إجراءات التحقيق، إلا أنها يمكن أن تكون من إجراءات المحاكمة إذ يجوز أن تجري المعاينة إذا ما رأت المحكمة في ذلك سبيلاً إلى كشف الحقيقة وهي تتخذ هذا الإجراء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم[٢٩].

والتحقيق والتحري في مسرح الجريمة عملية تستهدف تدوين واقع مسرح الجريمة لدي معاينته الأولى واستبانه كل الأدلة المادية التي قد تكون مهمة لحل القضية وجمع هذه البينات [٣٠]

ثالثاً: **تعريف معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية:** معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية يقصد به "معاينة الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية أو الإنترنت، وتشمل الرسائل المرسلة منه أو التي يستقبلها وكافة الاتصالات التي تمت من الحاسوب والشبكة العالمية "[٣١].

والقاعدة العملية الصحيحة في التحري تقتضي بأن تكون المعاينة هي الإجراء الأول الذي يقوم به المتحري ولها الصدارة في جميع ما عداها من سائر الإجراءات ، ويجب على المتحري مراعاة الدقة التامة أثناء المعاينة[٣٢].

وقد أجاز القانون الأمريكي 18UScode sec (1) 2703 لعضو نيابة المعلوماتية CTC أن يعجل بإجراء المعاينة خشية ضياع الأدلة، وذلك بإرسال رسالة إلى مزود الخدمة يلزمه فيها بالتحفظ على السجلات المطلوبة إلى حين صدور أمر المحكمة باتخاذها لذلك الإجراء أو غيره[٣٣].

وعلي ذلك كان على الضابط المسئول بعد رفع محضر التحري، الانتقال إلى مكان الجريمة لمعاينته وإثبات الآثار المادية للجريمة والمحافظة عليها،

وإثبات حالة الأشخاص وكل ما يفيد في كشف الحقيقة وذلك بعد رفع التحري لوكيل النيابة[٣٤].

الفرع الثاني: **كيفية إجراء المعاينة لمسرح الجريمة الإلكترونية :**

لمعاينة مسرح الجريمة المعلوماتية يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولي: معاينة الجرائم الواقعة على المكونات المادية للحاسوب "Hardware" كشاشة العرض ومفاتيح التشغيل والأقراص وغيرها من مكونات الحاسوب ذات الطابع المادي المحسوس، فهي لا تثير أية مشكلة ، بحيث يمكن لمأمور الضبط القضائي معاينتها والتحفظ على الأشياء التي تعدّ أدلة مادية للكشف عن الجريمة .

والأدلة المادية في إثبات الجريمة المعلوماتية تتمثل في الأوراق وجهاز الحاسب الآلي وملحقاته، مثل وحدات الإدخال، وكذلك وحدات المعالجة المركزية، بالإضافة إلى وحدات الإخراج ، وأيضاً وحدات التخزين التي تعد من أهم أجزاء الحاسب الآلي لأنها تحتوي على البرامج التي يستخدمها المستفيد وتكتسب أهمية كبري من وجهة نظر التحقيق ، لأنها مجال خصب لجمع الإستدلالت ، حيث يمكن لمرتكب الجريمة الإلكترونية أن يخزن فيها الملفات والبيانات التي تفيده في ارتكاب جريمته[٣٥].

الحالة الثانية: معاينة الجرائم الواقعة على المكونات غير المادية أو بواسطتها "Software" كتلك الواقعة على برامج الحاسوب وبياناته، وهنا تعتبر المعاينة أكبر العقبات التي تواجه جهات التحري والتحقيق في الجرائم المعلوماتية، فالمعاينة إجراء بمقتضاه ينتقل المحقق إلى مكان وقوع الجريمة ليشاهد آثارها بنفسه وتقتضي المعاينة إثبات حالة الأشخاص والأشياء الموجودة بمكان الجريمة ، وتلك المكونات غير المادية تثير صعوبات عديدة تحول دون فاعلية المعاينة ، وهذه الصعوبات أهمها:

١. طبيعة الدليل الذي تنتجه الجريمة الإلكترونية، فهو عبارة عن نبضات إلكترونية تنساب عبر النظام المعلوماتي، مما يصعب ملاحقته وكشفه.
٢. الأعداد الكبيرة من الأشخاص اللذين يترددون على مسرح الجريمة المعلوماتية، الأمر الذي يمنح فرصة لإحداث تغييرات أو العبث بالآثار المادية أو زوال بعضها ، مما يؤدي إلى غموض الدليل المتحصل من المعاينة .
٣. الدور السالب للمجني عليه فعادةً ما يحجم أو يتأخر عن الإبلاغ عن وقوع الجريمة، مما يزيد من الصعوبة في الإثبات.

هذا وقد أوصي المؤتمر الدولي الخامس عشر للجمعية العامة لقانون العقوبات، والذي عقد بالبرازيل في الفترة ما بين الرابع إلى التاسع من سبتمبر ١٩٩٤ ، بضرورة تشجيع المجني عليهم في هذه الجرائم على الإبلاغ عنها فور وقوعها ، وهو ما قد أوصي به المجلس الأوربي[٣٦].

٤. بالإضافة إلى ذلك فان نقص الخبرة الفنية والتقنية لدي سلطات التحري والتحقيق يشكل عائقاً أساسياً أمام إجراءات التحري في الجرائم المعلوماتية ، ونتيجة لنقص الخبرة والتدريب كثيراً ما تخفق جهات التحري في تقدير أهمية الدليل أثناء المعاينة ، بل أن المحقق قد يدمر الدليل عن خطأ أو إهمال منه أو بسبب

سؤ التعامل مع مختلف الوسائط التي تضمن الدليل كالأقراص المرنة وغيرها[٣٧].

والسؤال المطروح يتمثل في كيفية الانتقال لإجراء المعاينة في فضاء إلكتروني لا يمكن أن تدركه الحواس ؟ .

مع العلم أن مسرح الجريمة المعلوماتية كما أسلفنا مسرحين أحدهما تقليدي وتتم معاينته بالصورة التقليدية المتبعة في الجرائم التقليدية، أما الآخر فمسرح افتراضي ، وهذا تتطلب المعاينة فيه الخبرة التقنية العالية ، والمهارة الفنية المتقدمة .

ويلاحظ أن الآثار المعلوماتية أو الرقمية المستخلصة من أجهزة الكمبيوتر من الممكن أن تكون غنية جداً فيما تحتويه من معلومات، مثل صفحات المواقع المختلفة Web Page، والبريد الإلكتروني E-mail، والفيديو الرقمي Digital Video، والصوت الرقمي Digital Audio، وغرف الدردشة والمحادثة Digital Logs of Synchronous Chat Sessions، والملفات المخزنة في الكمبيوتر الشخصي Files Stored on Personal Computer، وكذلك يعتبر من الآثار الهامة الدخول للخدمة والاتصال بالإنترنت عن طريق مزود الخدمة Internet Service Provider - ISP .

لذلك فأن معاينة الجرائم المعلوماتيةتشمل رؤية مسرح الجريمة التقليدي، ومسرح الجريمة الافتراضي[٣٨].

ويتطلب الأمر وجود قدر كبير من التعاون والثقة بين أجهزة تنفيذ القانون المختلفة والمؤسسات التي تقوم بتقديم خدمة المعلومات والاتصالات لتمكين الأجهزة العدلية من توثيق الدليل الرقمي لحفظه إلى حين انتهاء الإجراءات أمام المحكمة ،ويستطيع عضو سلطة التحري أن ينتقل إلى العالم الافتراضي لمعاينته من مكتبه ومن خلال الحاسوب الموضوع في ذلك الأخير ، كما أنه يمكن اللجوء إلى مقهى الإنترنت أو إلى بيت الخبرة الاستشارية أيضاً ، إذا توفر له في التشريع مايبيح له ذلك ، وأيضاً يجوز له اللجوء إلى مقر مزود خدمة الإنترنت[٣٩]، الذي يعتبر أفضل مكان يمكن من خلاله إجراء المعاينة[٤٠].

وللمعاينة في الجرائم المعلوماتية أشكال مختلفة تختلف بحسب نوعية الجريمة المرتكبة ، ويتم التوثيق بعدة طرق تتوافق مع طبيعة الاتصال بالإنترنت أو الوسيلة التي يتم بها ذلك الاتصال ، فمثلاً هناك تصوير شاشة الحاسوب ، والتي قد تكون بواسطة آلة صور لما يظهر على الشاشة ، أو عن طريق استخدام برامج حاسوب متخصصة في أخذ الصور لما يظهر على الشاشة ، وهذا ما يصطلح عليه ب" تجميد مخرجات الشاشة" Frozen ، أو أن يكون ذلك عن طريق حفظ الموقع "save as "من نظام التشغيل ، والخرائط الكروكية ، وطباعة نسخ من الملفات المخزنة في جهاز الحاسوب أو المحفوظة في الأقراص[٤١].

وإلى جانب ذلك ونظراً لما تتميز به جرائم المعلوماتية من خصائص يمكن إتباع قواعد خاصة للمعاينة تتماشي مع تلك الخصوصية ، كتلك المتعلقة بإنزال نسخة من مصنف في جرائم العدوان على الملكية الفكرية أو التحفظ على نسخة من الصور في جرائم العدوان على الصور والعلامات، وذلك

بطباعتها واستخراجها في هيئة ورقية عن طريق الطابعة(٤٢).

وبالنظر للطبيعة العابرة لتلك الآثار، فأن الثقة في الأدلة الرقمية ، وحفظ سلامتها يعتمدان إلى حد كبير على التصرفات الأولية في مسرح الجريمة، وتتحقق سلامة الأدلة بوسائل محدودة جداً، تتمثل في مراعاة مجموعة من المبادئ الأساسية الإرشادية، فالتصرف بعناية ومهنية طوال عملية التحقيق والتحري في مسرح الجريمة عنصر مهم لقبول الأدلة الرقمية للأغراض القضائية.

المطلب الثاني

الضوابط الفنية المتعلقة بمعاينة مسرح الجريمة المعلوماتية

الفرع الأول: **الخطوات الواجب إتباعها قبل التحرك والانتقال لمسرح الجريمة :**

تجدر الإشارة إلى أنه يجب إتباع خطوات معينة قبل الانتقال إلى مسرح الجريمة منها:

١. توفير معلومات مسبقة عن مكان الجريمة، وعن نوع وعدد الأجهزة المتوقع مداهمتها وشبكاتها ، لتحديد إمكانية التعامل معها فنياً من حيث الضبط والتأمين وحفظ المعلومات.
٢. إعداد خريطة للموقع الذي تتم مداهمته وإعداد خطة لذلك .
٣. الحصول على الاحتياجات الضرورية من الأجهزة والبرامج الإلكترونية للاستعانة بها في الفحص والتشغيل.
٤. تأمين التيار الكهربائي بحيث لا يتم التلاعب أو التخريب عن طريق قطع التيار أو تعديل الطاقة الكهربائية(٤٣).

وبعد التأكد من اتباع هذه الخطوات يجب على الضابط المختص بمعاينة مسرح الجريمة المعلوماتية مراعاة عدة ضوابط أهمها:

١. تحديد أجهزة الحاسب الآلي الموجود في مكان المعاينة، وتحديد موقعها بأسرع فرصة ممكنة، وفي حالة وجود شبكة اتصالات يجب البحث عن خادم "File server" وذلك لتعطيل الاتصالات لمنع تخزين الأدلة الموجودة أو محوها، ويراعي تصوير الأجهزة الموجودة.
٢. وضع حراسة كافية على مكان المعاينة ومراقبة التحركات داخل مسرح الجريمة مع إبطال مفعول أجهزة الهاتف المتحرك التي قد تساعد عن طريق تقنية معينة في تدمير أداة الجريمة المعلوماتية عند توصيلها بالأجهزة محل المعاينة.
٣. العناية بالطريقة التي يتم بها إعداد النظام المعلوماتي.
٤. عدم نقل المواد المعلوماتية خارج مسرح الجريمة، تحسباً للقوة المغنطيسية التي قد تتسبب في محو البيانات.
٥. التحفظ على محتويات سلة المهملات، وعلي مستندات الإدخال والمخرجات، لاحتمال صلتها بالجريمة ورفع ما عليها من بصمات.
٦. الاعتماد على أصحاب المهارات والخبرات الفنية والتقنية العالية والتدريب المتقدم، وأنه من الأفضل أن يضم فريق المعاينة أشخاصاً من الجهة المختصة بالضبط والتحري للحصول على الأدلة أو تحليل الأدلة وسؤال الشهود.
٧. أن تتم هذه الإجراءات وفق مبدأ المشروعية في إطار ما تنص عليه القوانين الجنائية(٤٤).

إن اتباع الخطوات والضوابط السابقة ذو أهمية قصوى ، لأن غياب التدابير الوقائية يمكن أن يؤدي إلى إتلاف أدلة مهمة، مما يضلل المحققين ويؤثر سلباً على النتيجة النهائية للتحقيق، وفي أسوأ الحالات قد يمنع ذلك حل القضية أو يؤدي إلى استنتاج خاطئ(٤٥).

الفرع الثاني: **إجراءات معاينة مسرح الجرائم معلوماتية المستمرة:**

تختلف إجراءات المعاينة في مسرح الجريمة التامة عنها في مسرح الجريمة المستمرة والتي ما تزال قيد التنفيذ، فدور المحقق في الأولي يرتكز على إتباع إجراءات أساسية، منها على سبيل المثال جمع وحفظ الأدلة وتحريزها، أما المعاينة في جريمة جاري ارتكابها فإنَّ الإجراءات تتخذ منحني آخر، حيث أن الحالة هنا ليست مجرد مسرح جريمة ساكن مع مجموعة من الأدلة، بل هنا لدينا مسرح حي بأدلة جديدة تظهر على السطح باستمرار، وقد يحتاج المحققون معدات مراقبة خاصة للمتابعة السرية لأنشطة المتهم، وأن تكون معدات مخفية عن مستخدمي الشبكة، تعمل على متابعة أنشطة المستخدم، وكشف أنماط الاستخدام المثيرة للتساؤل ، بالإضافة إلى كشف الاختراقات الأمنية.

ويمكن للمحقق أن يعد البرامج لمراقبة النشاطات الممنوعة أو غير المعتادة واضعاً في الاعتبار القوانين المتعلقة بسرية المستخدم وخصوصيته(٤٦).

وللمحقق الاستعانة في معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية المستمرة بعدة برامج تساهم في متابعة الأدلة الرقمية وجمعها منها على سبيل المثال برنامج معالجة الملفات: الذي يمكن المحقق من العثور على الملفات في أي مكان على الشبكة أو على القرص الصلب ، وبرنامج النسخ : الذي يمكن تشغيله من قرص مرن ويسمح بنسخ البيانات من الحاسوب الخاص بالمتهم ونقلها إلى قرص آخر سراً على التوازي أو على التوالي، وبرنامج الاتصالات: وهو برنامج يمكن به ربط جهاز حاسوب المحقق مع جهاز حاسب المتهم لنقل ما به من معلومات وحفظها في جهاز نسخ المعلومات ثم إلى القرص الصلب، وهذه تعتبر أهم الطرق لجمع الأدلة الرقمية التي يقوم بها المتحري في مجال معاينة الجريمة المعلوماتية نظراً لعلمية ودقة هذه الأدلة .

وسواء وقعت الجريمة أو لا زالت جارية ، فعلى المحقق تجهيز تقرير مفصل عن النتائج لتشكيل القضية ، والمحققون في ذلك يجدون أنفسهم أمام مهمة صعبة فهم المسئولون عن تقصي رسائل البريد الإلكتروني المحذوفة أو الملفات المخفية في أجهزة المتهمين، بالإضافة إليالكم الهائل للملفات التي يجب معاينتها ، مع عمل نسخة طبق الأصل من الهارد ديسك (ذاكرة التخزين بالحاسب) تجنباً لتغير أو تخريب الأدلة(٤٧).

وعند حفظ الأدلة الرقمية على الأقراص يجب تدوين عدة بيانات أهمها: الوقت والتاريخ، وتوقيع الشخص الذي قام بأعداد النسخة، واسم أو نوع نظام التشغيل، واسم البرامج أو الأوامر المستعملة لإعداد النسخ ،والمعلومات المضمنة في الملف المحفوظ، ورسالة التصديق والتوقيعات الرقمية، ثم يتم بعد ذلك تقييم الأشياء التي وجدت في مسرح الجريمة للبحث حول إيجاد علاقة بين

الجاني ومسرح الجريمة[٤٨].

وتجمع جميع الأدلة على مرحلتين :

الأولى ميدانية: أو مايسمي بمسرح الجريمة، والذي منه تنبثق كافة الأدلة المادية، ومن خلالها يمكن الاستدلال والاستنتاج، والاستنطاق.

والثانية مختبريه:وفيها يتم تحصيل الدليل وكتابة التقرير حوله وتقديمه للمحاكم بدرجاتها المختلفة[٤٩].

ومما سبق يتبين لنا أن المعرفة والمهارات الفنية المطلوبة في معاينة الجرائم المعلوماتية تتفاوت من حالة لآخرى ، ولكن الذي لا يتغير هو الهدف الأساس والذي يتلخص في تقصي المعلومات لكشف الجريمة المعلوماتية وللقيام بذلك يتحتم على المحققين لنجاح إجراءات المعاينة في البيئة الرقمية الإلمام بكيفية عمل الحاسوب وكيفية تفاعل كل مكوناته، ويجب أن يكون ملماً بمهارات كثيرة متعلقة باستخراج الدليل الرقمي، من خلال معاينة مسرح الجريمة الرقمي وضرورة إتباع تدابير علمية للحفظ ذلك الدليل وتحريزه، ومن ثم تقديمه للمحاكم لإثبات الدعاوي.

ومن هنا تنبع ضرورة تدريب القائمين على التحقيق في مجال الجرائم المعلوماتية ، حيث يعد تدريب الأجهزة العدلية من أهم عوامل مكافحة هذه الجرائم ، ويظهر ذلك جلياً في سابقة محاكمة عبد العزيز محمد أحمد حسن/ضد/ م ع، إذ قضي ببراءة المتهم، لأن التحقيق تم بالطريقة التقليدية ولم يتم بالشكل العلمي ، حسب ما أورده القاضي العالم مولانا/ عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي[٥٠].

فالتشريعات العربية ومنها المشرع السوداني قد اعترفت بالوسائل الإلكترونية، وقامت بتنظيم شروط قبول هذه الوسائل بالشكل الذي يجعلها حجة للوقائع التي تضمنتها، إلا أنه في مقابل هذا الاعتراف ظلت إجراءات الحصول على هذه الأدلة تحكمها نفس القواعد الإجرائية التقليدية لجمع واستخلاص الدليل المستمد من البيئة أو الوسط الإلكتروني، والذي يختلف كثيراً عن المسرح التقليدي الذي ترتكب فيه الجريمة .

فنجد أن المشرع السوداني ينص في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م على ضرورة انتقال الضابط المسئول عن التحري إلى مكان الوقائع ليثبت حالة الأمكنة والأشخاص ووجود الجريمة مادياً[٥١].

فهل يكون للجريمة المعلوماتية وجود مادي يمكن للمتحري معاينته؟ حيث أن المشرع السوداني وضع هذا النص لضبط جريمة لها وجود مادي محسوس في العالم الخارجي، وهنا نصطدم بالعقبة الأساسية أمام معاينة الجريمة المعلوماتية التي ترتكب داخل الفضاء المعلوماتي، فالمتحري هنا يتعامل مع بيئة مليئة بالنبضات الإلكترونية والبيانات داخل نظم معلوماتية شديدة الحساسية، ولا يتعامل مع أسلحة أو أوراق قابلة للضبط والتحريز، وهو ما يؤكد أن القواعد التقليدية التي وضعت لتواجه سلوكاً مادياً قد تقف عاجزة أمام مواجهة السلوك الإجرامي في الجريمة المعلوماتية لأنه عبارة بيانات مخزنة في نظام معلوماتي. يتطلب إثباته انتقال متحري متخصص ويكون ملماً بمهارات التقنية كما تحتاج لخبير يكون ملماً

بتحليل البيانات، حتى لا يتكرر ما وقعت فيه جهات التحقيق والتحري في السابقة آنفة الذكر فيفلت بتلك الإجراءات التقليدية المتهمين من العقاب وتضيع الحقوق من أصحابها.

المبحث الثالث

حجية الأدلة المستمدة من معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية

المطلب الأول

حجية الأدلة الرقمية في ضوء نظم الإثبات

الفرع الأول: **حجية الأدلة الرقمية في نظام الإثبات الحر أو نظام الأدلة المعنوية:**

إن حجية الأدلة الرقمية لا تثير صعوبات في هذا النظام ،لحرية تقديم هذه الأدلة لإثبات الجرائم المعلوماتية ، حيث لا يرسم القانون للعائلة المنتمية إلى الأصل اللاتيني مثل فرنسا والدول العربية المتأثرة بها كمصر والجزائر، طرقاً محددة للإثبات يتقيد بها القاضي الجنائي ، بل يترك حرية الإثبات للأطراف المتخاصمين أن يقدموا ما يرونه مناسباً لاقتناع القاضي، كما يترك للقاضي الحرية في تكوين اعتقاده في أي دليل يطرح أمامه[٥٢].

وقد خول المشرع الفرنسي لرئيس محكمة الجنايات سلطة تفويضية بمقتضاها يمكنه أن يتخذ كافة الإجراءات التي يعتقد أنها مفيدة في الكشف عن الحقيقة حيث لا قيد عليه سوي شرفه وضميره[٥٣].

كما أن الفقه الفرنسي يدرس حجية المخرجات الإلكترونية في المواد الجنائية ضمن مسألة قبول الأدلة الناشئة عن الآلة أو الأدلة العلمية مثل الرادارات والأجهزة السينمائية أشرطة التسجيل وأجهزة التصنت، تلك الأدلة التي أخذ بها المشرع وقبلها القضاء في إطار مجموعة من الشروط أهمها أن يتم الحصول عليها بطريقة مشروعة ونزيهة ، وأن يتم مناقشتها حضورياً عن طريق الأطراف ، وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية أن أشرطة التسجيل الممغنطة التي يكون لها قيمة كدليل إثبات يمكن أن تكون صالحة للتقديم أمام القضاء الجنائي[٥٤].

وقد ساد مذهب الإثبات الحر معظم قوانين الوطن العربي فقد نص عليه المشرع المصري والجزائري والسوري والأردني والليبي والكويتي والقطري.

الفرع الثاني: **نظام الإثبات القانوني المقيد:**

في نظام الإثبات المقيد يحدد المشرع أدلة الإثبات ويقدر قيمتها الإقناعية، وبالنظر إلى حجية المخرجات الإلكترونية أمام القضاء الجنائي الذي يتبني نظام الإثبات القانوني المقيد كما هو السائد في القانون الإنجليزي، نجد أن هذا النظام يتميز بان المشرع هو الذي يقوم بالدور الإيجابي في عملية الإثبات في الدعوي فهو الذي ينظم قبول الأدلة، ودور القاضي فيه دور آلي لا يتعدي مراعاة توفر الأدلة وضوابطها القانونية ويكون ملتزماً بما حدده المشرع، بيد أنه قد طرأت عليه بعض المرونة حيث نجد أن القانون العام لم يعد يأخذ بنظرية الأدلة القانونية على إطلاقها بل بدأ يتقبل مبدأ حرية تقدير الأدلة ، وفي مقدمة الدول التي تتبني هذا النظام ، بريطانيا ، التي أصدرت قانون إساءة استخدام الحاسوب في عام ١٩٩٠م .

في الولايات المتحدة تناولت بعض القوانين حجية الأدلة الإلكترونية،كقانون الحاسوب لسنة ١٩٨٤م،

الصادر في ولاية إيوا الذي نص : (أن مخرجات الحاسوب تكون مقبولة بوصفها أدلة إثبات بالنسبة للبرامج والبيانات المخزنة فيه)[٥٥]، كما نجد أن قواعد الإثبات الفيدرالية الأمريكية تنص على أن النسخة المطابقة للأصل لها ذات حجية الأصل، أياً كانت الطريقة أو الوسيلة المستخدمة في النسخ، كالطباعة والتصوير، والتسجيل الإلكتروني، بما يسمح بقبول مخرجات الحاسوب في الإثبات، والغالب في القضاء الأمريكي أنه يعول على قبول دليل السجلات المحتفظة بها على الحاسوب[٥٦].

الفرع الثالث: **نظام الإثبات المختلط:**

هو النظام الذي يجمع بين النظامين الحر والمقيد، في إطار ضوابط ومبادئ أساسية عامة لوضع عملية الإثبات في الإطار الصحيح، فيعتمد النظام المختلط على أن يحدد القانون أدلة معينة لإثبات بعض الوقائع دون بعضها الآخر، أو يعطي القاضي الحرية في تقدير الأدلة القانونية، مثل القانون الإجرائي الياباني، حيث قرر الفقه الياباني أن السجلات الإلكترومغناطيسية تكون غير مرئية في حد ذاتها بالنسبة لإثبات الجرائم المعلوماتية، ولذلك لا يمكن أن تستخدم كدليل في المحكمة، إلا إذا تم تحويلها إلى صورة مرئية ومقروءة عن طريق مخرجات الطباعة لمثل هذه السجلات، وفي مثل هذه الحالة يتم قبول هذه الأدلة الناتجة عن الحاسوب والإنترنت سواء كانت هي الأصل أم نسخة من هذا الأصل[٥٧].

كذلك ينص قانون الإجراءات الجنائية التشيلي على إمكانية قبول الأدلة الرقمية في المحكمة كدليل إثبات، ويري الفقه التشيلي أن الدليل الناتج عن الحاسوب والإنترنت يمكن أن يكون مقبولاً في المحكمة كدليل كتابي أو مستندي مثله مثل النظم الحديثة الأخرى لجمع وتسجيل المعلومات، وحجة الفقه الشيلي تستهدف توسيع مظلة الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات لتغطي العناصر الإثباتية الناتجة عن جرائم المعلوماتية[٥٨].

أما التشريع السوداني فنجده أخذ طريقاً وسطاً بين المذهبين ويظهر ذلك في قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م الملغي، وقانون ١٩٩٤م النافذ ،حيث نجد أدلة الإثبات في جرائم الحدود والنكول مثلاً وغيرها من أدلة الإثبات محددة ومحصورة، وتكون مطلقة في جرائم التعازير التي من ضمنها جرائم المعلوماتية، وإن كان المشرع يتطلب درجة عالية من الإثبات وأن يكون حكمه مسبباً[٥٩].

المطلب الثاني

أسس قبول الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

الفرع الأول: **في النظام اللاتيني:**

يحظر على المشرع في هذا النظام إضفاء قوة معينة لأي دليل من شأنه أن يقيد سلطة القاضي في تكوين قناعته، أو يسبغ على بعضها شكاً أو عدم ثقة لكي يستبعدها القاضي، لأن الدول المنتمية لهذا النظام تستند إلى مبدأ حرية الإثبات في المسائل الجنائية، كما أن النظام يخول للقاضي سلطة تقييم الأدلة دون أن يفرض عليه قيداً أو شرطاً، فالقاضي حر في أن يستعين بكل طرق الإثبات للبحث عن الحقيقة وهو كذلك حر في وزن وتقدير كل دليل، وفي التنسيق بين الأدلة[٦٠].

مما سبق يتضح لنا أنه يجوز للقاضي الجنائي في هذا النظام قبول الدليل الإلكتروني لإثبات الفعل

الجنائي في سائر الجرائم،والجرائم المعلوماتية على وجه الخصوص.

الفرع الثاني: **في النظام الأنجلوسكسوني:**

في هذا النظام نجد أن المشرع الإنجليزي يقبل الدليل الإلكتروني كدليل في الإثبات الجنائي وذلك خروجاً عن الأصل العام الذي يتبناه القانون الإنجليزي في عدم قبول الشهادة السماعية[٦١] إلا أن هذا القبول مقيد بشروط نص عليها قانون الشرطة والإثبات الجنائي لسنة ١٩٨٤م[٦٢].

أما في قانون الإثبات السوداني نجد أن قبول البينة أمر يحكمه القانون أما وزنها فهو أمر متعلق بالوقائع ، وقد استقر الفقه والقضاء بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الأدلة ، واستنباط الأحكام، وما تحمله الوقائع من دلالات شريطة أن يكون الدليل ثابت على درجة اليقين، ومرتبطاً بالواقعة الرئيسية ومنسجماً مع التسلسل المنطقي للأحداث، وفق ما يحقق العدل، حسب نصوص قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م[٦٣].

وينسحب ذلك على الأدلة الرقمية ، والتي تعد من الأدلة المادية العلمية، لأنها محكمة بقواعد علمية، وحسابية قاطعة لا تقبل التأويل، وهي معالجة بوسائل تقنية معلوماتية ، وبما أن القاعدة في الدعاوي الجنائية جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات القانونية ، ويقيد على هذه القاعدة أن الدليل يتعين أن يكون من الأدلة التي يقبلها القانون، من هنا تظهر أهمية إدراج الوسائل المعلوماتية الحديثة كوسيلة من وسائل الإثبات، واعتراف القانون بالأدلة الرقمية والنص عليها صراحةً في قانون الإثبات، خاصة مع تزايد جرائم المعلوماتية، لا سيما وأنه قد تم الاعتراف بالحجية القانونية للملفات الكمبيوتر ومستخرجاته والرسائل الإلكترونية ذات المحتوي المعلوماتي في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م[٦٤].

ولتجاوز هذه المشكلة يلجأ القضاء عادةً إلى انتداب الخبراء لإجراء عمليات الكشف والتثبت من محتوي الوثائق الإلكترونية ومن ثم تقديم التقرير الذي يعد هو البينة الأساسية لا الوثائق الإلكترونية ، ويبدو ذلك جليا في سابقة حكومة السودان/ضد/ ص.م.أ[٦٥].

وكان الأولى على المشرع أن يعتمد الوثائق الإلكترونية كبينة أساسية ويقدم بعضها كمعروضات أمام المحكمة – كجهاز الحاسوب والهواتف أداة الجريمة – ومن ثم تتم مناقشة الفنيين المختصين في الجوانب المعلوماتية في تلك الوثائق والمعروضات المعلوماتية ، وهذا يتطلب الخبرة الفنية العالية للقضاء والتدريب المتقدم في مجال المعلوماتية .

والملاحظ مما تقدم أن الأنظمة القانونية المختلفة قد قبلت الأدلة المتحصلة من الوسائل المعلوماتية كأدلة إثبات، وإن كان النظام الأنجلوسكسوني قد أورد الكثير من الشروط لقبولها كأدلة إثبات، كذلك تضمن توجيهات لكيفية تقدير قيمة أو وزن البينة المستخرجة من الوسائط المعلوماتية، وذلك نظراً لطبيعة هذا النظام والذي يعتمد في الأصل على النظام الإتهامي القائم على مبدأ التوجيه وإعلائه للإثبات بالشهادة وتحقيق الأدلة أمام القضاء، وعلي الرغم من التسليم بصلاحية الأدلة الرقمية لتكون أدلة إثبات فأنها لا تكون معبرة عن الحقيقة

إلا إذا توفرت لها ذات الشروط التي يجب توفرها في أدلة الإثبات الجنائي .

خاتمة البحث

في ختام هذه الدراسة نورد أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

أولاً: **النتائج :**

١. في الغالب تتم معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية بصورة تختلف عن المعاينة في الجريمة التقليدية تتمثل في الانتقال إلى العالم الافتراضي، بإتباع خطوات فنية معينة.
٢. الوسائل المعلوماتية الحديثة ثرية جداً بالآثار المعلوماتية أو الرقمية فيما يتعلق بمعاينة مسرح الجريمة الإلكترونية وتصبح ذات حجية قضائية، إذا روعي في استخلاصها، المشروعية الإجرائية القانونية والضوابط الفنية المتعلقة بمعاينة مسرح الجريمة.
٣. إن الدليل في الجرائم المعلوماتية يكون عبارة عن بيانات ومعلومات على شكل نبضات إلكترونية مما يجعل التحري عنه وضبطه أمر في غاية التعقيد.
٤. عدم اتخاذ الحيطة والحذر من المجني عليه وإحجامه عن التبليغ عند وقوع الجريمة يساعد على ضياع معالمها.
٥. إن الجهات العدلية تعاني عموماً من ضعف الخبرة الفنية اللازمة في المجال المعلوماتي.
٦. الاعتماد على إجراءات التحري والتحقيق التقليدي غير كافي وعاجز عن التعامل مع الأدلة الإلكترونية التي تقتضي توفر وسائل فنية لاستخلاصها وتحليلها .
٧. عدم وجود نص قانوني يتيح للقاضي قبول المستندات الإلكترونية بصورة مباشرة في التشريع السوداني.

ثانياً: **التوصيات :**

١. إعادة النظر في القواعد التقليدية الإجرائية المتعلقة بالمعاينة لأن إثبات الجريمة المعلوماتية يتطلب قواعد خاصة للتعامل مع الأدلة .
٢. تأكيد حاجة رجال الشرطة والنيابة والقضاء إلى التدريب لاكتساب معرفة تامة بالتقنية المعلوماتية المتصلة بالجريمة.
٣. ضرورة النص صراحةً في قانون الإثبات السوداني بأن للقاضي الحق في أن يستند على الأدلة المستخرجة من الوسائط المعلوماتية كأدلة رئيسة في الإثبات.

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: **القرآن الكريم.**

ثانياً: **كتب القانون:**

١. إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت، خالد عياد الحلبي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن .
٢. الإجراءات الجنائية، د. محمد ذكي أبو عامر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،١٩٩٩م.
٣. الإجراءات الجنائية المعلوماتية، د.فهد عبد الله العبيد العازمي،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٦م.
٤. الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، د.أشرف عبد القادر قنديل، دار الجامعة

العربية، الإسكندرية،٢٠١٥.

٥. الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، د. عمر بابكر بن يونس، دار النهضة العربية ، القاهرة،٢٠٠٤م.

٦. الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة الاستدلال، الأستاذة نبيلة هبة هروال، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

٧. الجرائم الإلكترونية مابين التشريع والتطبيق والأدلة المقبولة والأدلة المردودة، د. معمر علي إبراهيم، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، السودان، ٢٠١٧م.

٨. الأدلة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات، د. معمر علي إبراهيم محمد، الخرطوم، ٢٠١٤.

٩. الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر (دراسة متعلقة بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت)، د. عبد الفتاح بيومي حجازي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٢م.

١٠. الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، د.أحمد فتحي سرور،دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٧٩م.

١١. الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، د. يس عمر يوسف، الخرطوم، ٢٠٠٢م.

١٢. الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، د. أشرف عبد القادر قنديل، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، ٢٠١٥.

١٣. التقاضي الإلكتروني، د.خالد ممدوح إبراهيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

١٤. التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية (دراسة قانونية مقارنة)، د.هلالي عبد ألاله أحمد، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

١٥. التحقيق الجنائي والأدلة الجرمية، د. محمد حماد إلهيتي، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦م.

١٦. البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦م، ص ١٢٥

١٧. جرائم النشر الصحفي الإلكتروني وأحكام المسؤليه الجنائية – دراسة مقارنة ، د. أحمد عبد الحميد الحاج، وزارة الثقافة والإعلام، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٧.

١٨. حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية د.هلالي عبد ألاله أحمد، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧م.

١٩. لإثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم الواقعة عبر الإنترنت في مجال تكنولوجيا المعلومات، د.سعيد عبد اللطيف حسن، دار النهضة العربية ، القاهرة،١٩٩٩م.

٢٠. مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والإنترنت،عبد الفتاح بيومي حجازي، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٦م.

٢١. مسرح الجريمة والأدلة المادية،مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، فيينا،٢٠٠٩.

٢٢. فن التحقيق الجنائي في الجرائم المعلوماتية، د.خالد ممدوح إبراهيم، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية ، ٢٠٠٩م.

٢٣. تدريب رجال العدالة، د. محمد السيد عرفة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٥م.

ثالثاً: **كتب اللغة العربية والمعاجم:**

١. المعجم الوسيط، الإدارة العامة للمجمعات وإحياء التراث العربي(ج.م.ع)، الطبعة الرابعة، مطبعة الشروق الدولية، ٢٠٠٤م.

٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م.

٣. الصحاح تاج اللغة والصحاح العربية ، أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ،دار الحديث ، القاهرة ،٢٠٠٩م.

٤. مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر الرازي، دار الرسالة ، الكويت،١٩٨٣م.

٥. مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر الرازي، دائرة المعاجم ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٩م ، ص ٨٩ .

٦. معجم اللغة العربية المعاصرة ، د. احمد مختار عبد الحميد عمر، مطبعة عالم الكتب، ط١، ٢٠٠٨م، ج٢ ص.

رابعاً: **البحوث والأوراق العلمية:**

١. التحقيقفي الجرائم المستحدثة، اللواء/د.محمد الأمين البشري، ورقة علمية مقدمة إلى مؤتمر القانون والحاسب الآلي والإنترنت، بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة ما بين ١-٤ مايو ٢٠٠٠م.

٢. إجراءات التحقيق في الجرائم المعلوماتية، د. خالد ممدوح إبراهيم، الملتقي العلمي لمكافحة جرائم المعلوماتية، الرياض،٢٣-٢٥شوال، الموافق٢٠-٢٨أكتوبر١٩٩٣م.

٣. إجراءات التحقيق والتحري في الجرائم المعلوماتية، د.محمد عبد الكريم، ورقة علمية لورشةعمل تدريب العاملين في المجال الشرفي والقضاء والإدعاء في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية، مركز طيبة،المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ٧-٩ذو الحجة ١٤٥٣هـ.

٤. دائرة جرائم المعلوماتية "الواقع- المستقبل" دراسة تطبيقية، اللواء/د. مشرف مأمون عباس النعمة، أكاديمية الأمن العلياء، دورة الزمالة رقم (٤)، ٢٠٠٩-٢٠١٠م.

٥. دليل الإثبات الإلكتروني،قاضي الاستئناف/ سوسن شندي سعيد، مجلة جامعة شندي، العدد الحادي عشر، يوليو٢٠١١.

٦. مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات،د.محمد محي الدين عوض، ورقة علمية للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة،١٩٩٣م.

٧. نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر،مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون،د.ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة جاسم ، وعبد الله عبد العزيز ، المجلد الخامس ، في ١٠-١٢مايو٢٠٠٣م.

٨. سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة-دراسة

مقارنة، د. فاضل زيدان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، ١٩٩٢م.

خامساً: **القوانين:**

١. قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١.
٢. قانون الإثبات السوداني لسنة١٩٩٤.
٣. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧.
٤. قانون الشرطة والإثبات الإنجليزي لسنة ١٩٨٤م.
٥. قانون التحقيق الجنائي البلجيكي، نوفمبر ٢٠٠٠م.
٦. قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م، تعديل ٢٠٠٠م .
٧. قانون إساءة استخدام الحاسوب البريطاني لسنة ١٩٩٠م .
٨. قانون الإجراءات الجنائية الشيلي رقم ٢٠٢١٧، لسنة ٢٠٠٧م.

سادساً: **المجلات والسوابق القضائية:**

١. مجلة الأحكام القضائية السودانية ٢٠١٣م
٢. سابقة محاكمة عبد المجيد عبد العزيز محمد أحمد حسن /ضد/ م ع/ف ح/٢٠٠٧م (غير منشورة).

الهوامش :

* أميمه محمود محمد بشير – محامي.
** د.دفع الله العركي الخزين أحمد – أستاذ مساعد – كلية الشريعة والقانون جامعة الزعيم الأزهري.
*** د.محمد عبد الكريم عبد الفضيل محمد – أستاذ مشارك – كلية القانون جامعة بحري.

١- مشكلات السياسة الجنائية المعاصرة في جرائم نظم المعلومات، د.محمد محي الدين عوض، المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، ١٩٩٣، ص٣٦١.
٢- المعجم الوسيط ، الإدارة العامة للمجمعات وإحياء التراث العربي ، ط٤، مطبعة الشرق الدولية ،٢٠٠٤م ، ص ٤٢٦، مادة سرح.
٣- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣م ، ص ١٢٤، مجمع اللغة العربية المعجم الوسيط ،ص ٤٢٦
٤- معجم اللغة العربية المعاصرة ، د. احمد مختار عبد الحميد عمر، مطبعة عالم الكتب ، ط١ ، ٢٠٠٨م ، ج٢ ص ١٠٥٣ .
٥- مختار الصحاح ، الإمام محمد بن أبي بكر الرازي ، ، دائرة المعاجم، لبنان ، بيروت، ١٩٨٩م، ص ٨٩ .
٦- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ٠١/٩٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،٢٠١٠م، مختار الصحاح محمد بن أبي بكر الرازي، مرجع سابق ، ص٧٢١.
٧- فن التحقيق الجنائي، د.خالد ممدوح إبراهيم، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص٨٧.
٨- مسرح الجريمة والأدلة المادية ،مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، فيينا، ٢٠٠٩، ص١
٩- التحقيق الجنائي والأدلة الجرمية، محمد حماد الهيتي، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦م ،ط١، ص٦٨-٦٩.
١٠- فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،٢٠٠٩م،ص٧٥.
١١- الجرائم الإلكترونية مابين التشريع والتطبيق والأدلة المقبولة والمردودة، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، السودان، ٢٠١٧م، ص٦٤.
١٢- أنشئت إدارة مسرح الجريمة في ٢٠٠٣م ،وهي تقوم بالعمل الميداني لدائرة الأدلة الجنائية، حيث تقوم بمعاينة مسرح الجرائم،ومن أهم اختصاصاتها تقديم الدعم الفني في عملية اكتشاف الجرائم، ومن أهدافها ١/المعاينة وتفتيش ودراسة مسرح الجريمة، ٢/ رفع العينات للأدلة الفنية وتحريزها وتسليمها للمتحري، ٣/ إصدار تقرير وافي بما تم في مسرح الجريمة،٤/ تأمين مسرح الجريمة وحفظه،٥/ تقديم الشهادة العلمية للمحاكم بأنواعها وشهادة الخبرة. أنظر :دائرة مسرح الجريمة على الموقع الرسمي السوداني:www.gafe.gov.sd.
١٣- الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، د.أشرف عبد القادر قنديل، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص١١٦.
١٤- دائرة جرائم المعلوماتية " الواقع- المستقبل" – دراسة تطبيقية، اللواء/ د. مشرف مأمون عباس النعمة، أكاديمية الأمن العلياء، دورة الزمالة ٢٠٠٩- ٢٠١٠م، بلاغ رقم ٢٠٠٩/١م، تحت المادة ١٧/٤،ص ٩٨.
١٥- دائرة جرائم المعلوماتية " الواقع- المستقبل" – دراسة تطبيقية، اللواء/ د. مشرف مأمون عباس النعمة، مرجع سابق، بلاغ رقم ٢٠٠٩/٤، تحت المواد ١٧/١٦/١٥/١٤، ص ٩٩.
١٦- دائرة جرائم المعلوماتية " الواقع- المستقبل" – دراسة تطبيقية، اللواء/ د. مشرف مأمون عباس النعمة، مرجع سابق، ص ٩٩.
١٧- التقاضي الإلكتروني، د.خالد ممدوح إبراهيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٣م، ص٣٢٣.
١٨- مختار الصحاح ،محمد بن أبي بكر الرازي، مرجع سابق، ص ٢٠٩.
١٩- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، د.أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٨١م، ص٤٨١.

٢٠- جرائم النشر الصحفي الإلكتروني وأحكام المسئولية الجنائية (دراسة مقارنة)، د. أحمد عبد الحميد الحاج ،وزارة الثقافة والإعلام الإمارات العربية المتحدة،٢٠٠٧، ص٤٤.

٢١- مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والإنترنت،عبد الفتاح بيومي حجازي، دار الفكر الجامعي ، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٣١.

٢٢- البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، دار الكتب القانونية،مصر، ٢٠٠٦م، ص ١٢٥

٢٣- إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت ،خالد عياد الحلبي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ،ص٢٤٩ .

٢٤- الإثبات الجنائي في الأدلة الإلكترونية، د.أشرف عبد القادر قنديل، مرجع سابق، ص١٢٥-١٢٦.

٢٥- نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي في الإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر ، د.ممدوح عبد المجيد عبد المطلب وآخرين ، مؤتمر أعمال المعرفة الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس، دبي، المنعقد في ١٠-١٢/مايو٢٠٠٣م، ص٢٢٤.

٢٦- دائرة جرائم المعلوماتية " الواقع – المستقبل" ، د. مشرف مأمون عباس النعمة، مرجع سابق، ص٨١-٨٢.

٢٧- الصحاح تاج اللغة والصحاح العربية ، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م ، ص ٨٣٣.

/ الإجراءات الجنائية، د.محمد ذكي أبو عامر، دار الجامعة الجديدة، ط٧،

٢٨- هذا ما نصت عليه المادة (١٥٨)من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م، وذلك كالأتي:(أنه يجوز للقاضي أثناء المحاكمة أن يقوم بمعاينة المكان الذي أدعي ارتكاب الجريمة فيه أو معاينة مكان آخر إذا قرر أن ذلك لازم لاكتمال البينة).

٢٩- مسرح الجريمة، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، مرجع سابق، ص٤.

٣٠- فن التحقيق الجنائي في الجرائم المعلوماتية، د.خالد ممدوح إبراهيم/ مرجع سابق، ص ٩٢.

٣١- الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، د.يس عمر يوسف، الخرطوم،ط١، ٢٠٠٣م،ص٢٢٣-٢٢٤.

٣٢- الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، د.عمر أبوبكر بن يونس، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٨٩٥.

٣٣- هذا ما تنص عليه المادة(٤٨/١/أ) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م، وذلك كالأتي:- (علي الضابط المسئول بعد رفع التحري أن : (أ) ينتقل فوراً إلى مكان الوقائع ليتحري فيها.

٣٤- الأدلة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات، أ.معمر علي إبراهيم محمد، الخرطوم، ٢٠١٤م، ص٣٠.

٣٥- الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، د.أشرف عبد القادر قنديل، مرجع سابق، ص١٢٠-١٢١.

٣٦- الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر- دراسة متعلقة بجرائم الحاسب الآلي والإنترنت ، د.عبد الفتاح بيومي حجازي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٣م، ص٢٨-٢٩.

٣٧- فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، د.خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص١٧٥.

٣٨- مزود خدمة الإنترنت (ISP) وهي اختصارا ل (Internet Service Provider) وهو الشركة التي تزود لعملائها إمكانية الوصول للإنترنت .

٣٩- الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت ، د.عمر أبوبكر بن يونس ، مرجع سابق، ص ٨٥٩.

٤٠- دليل الإثبات الإلكتروني ، قاضي الاستئناف/ سوسن سعيد شندي، مرجع سابق ،ص ١٤٣ .

٤١- الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت في مرحلة جمع الإستدلالت والتحري ،د.نبيلة هبة هروال، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٧م، ص٢١٩

٤٢- التحقيق في الجرائم المستحدثة، اللواء/د.محمد الأمين البشري، ورقة علمية مقدمة إلى مؤتمر القانون والحاسب الآلي والإنترنت، بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة بين ١-٤مايو٢٠٠٠م، ص ١١٣.

٤٣- التحقيق في الجرائم المستحدثة، اللواء/ د.محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ١١٥.

٤٤- مسرح الجريمة والأدلة المادية، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، مرجع سابق، ص٣.

٤٥- الإجراءات الجنائية المعلوماتية، د.فهد عبد الله العبيد العازمي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦م، ٥٧٨.

٤٦- حيث أنه من أكبر أخطاء التوثيق الجنائي هو تشغيل النظام المنصب على الجهاز والعمل على معاينته مباشرةً دون أخذ نسخة كاملة من ذاكرة الرئيسية من الحاسب، فأن كان المتهم يملك خبرة برمجية بسيطة يستطيع تصميم برامج يقوم بحذف الملفات بشكل تلقائي عند بدء التشغيل في الحال إذا لم تدخل كلمة المرور المعنية أو تم إدخال كلمة خاطئة.

٤٧- من نظام العدالة الجنائية إلى نظام العدالة المجتمعية، د. محمد الأمين البشري، الطبعة الأولي، ٢٠٠٧، ص ٨٤.

٤٨- دليل الإثبات الإلكتروني ، القاضي/ سوسن سعيد شندي،مرجع سابق، ص١٤٣

٤٩- وكان المتهم قد أتهم باستخدام الرقم السري للشاكي،وقام بأخذ أموال المشتركين مسبباً كسباً غير مشروع لنفسه ، وخسارة للشاكي حيث كان المتهم يعمل لدي شركة الخدمات ، ويقوم بتحصيل إيرادات الشركة، ويودعها في حساب الشركة عن طريق الحاسوب ، الذي هو تحت إشراف الشاكي ومسئوليته ، وعن طريق الغش تحصل على كلمة السر (Password)، الخاصة بالشاكي ، وقام بتحويل مبلغ ثلاثة وثلاثين مليون جنيه إلى حساب وهمي، وحولها لمصلحته ، لم يستطيع الاتهام تقديم بينة ، لذلك قضي ببراءته.أنظر سابقة رقم ف ح/١٣٠/٢٠٠٧م (غير منشورة).

٥٠- أنظر المادة (٤٨) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م.

٥١- حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، د.هلالي عبد الإله أحمد، دار النهضة العربية ، القاهرة،١٩٩٧م، ص٤٢.

٥٢- المادة ٣١٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠، تعديل ٢٠٠٣م .

٥٣- التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية- دراسة قانونية مقارنة، د.هلالي عبد الإله أحمد ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧م ،ص ٤٢.

٥٤- المادة ٧١٦ / أ/ ١٦ من قانون الحاسوب لسنة ١٩٨٤م ،الصادر في ولاية إيوا الأمريكية .

٥٥- لإثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم عبر الإنترنت- الجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات، د.سعيد عبد اللطيف حسن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص١٦٥.

٥٦- الأدلة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات ، أ.معمر علي إبراهيم ، مرجع سابق، ص٩٢.

٥٧- راجع المادة ١١٣ من قانون الإجراءات الجنائية الشيلي رقم ٢٠٢١٧لسنة ٢٠٠٧م.

٥٨- أنظر المادة (٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م.

٥٩- سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة- دارسة مقارنة، د.فاضل زيدان ،كلية الحقوق، جامعة بغداد، ١٩٩٢م، ص٦٠.

٦١- ولقد قضت المحكمة الجنائية في إنجلترا بذلك ، حيث بينت في حكمها كيفية التعامل مع الأدلة المستخرجة من الحاسوب ، ويتلخص الحكم فيما يلي) أنه يبدو لهذه المحكمة أنه من الخاطئ رفض أو إنكار أية مزايا أو صلاحيات مقررة وفقاً لقانون الإثبات، يمكن بمقتضاها التوصل عن طريق التقنيات الجديدة والوسائل الحديثة التأكد من صحة وصدق التسجيل ، حيث يمكن التثبت من ذلك ، وكذلك يمكن التعرف بوضوح على الأصوات المسجلة . والمستخلص هو أن الدليل الإلكتروني وثيق الصلة بالموضوع ، يمكن قبوله، ومن ثم تؤيد المحكمة قبول هذه الأشرطة ، ويجب أن ينظر دائما بعين الاعتبار إلى مثل هذا الدليل ، وتقدير قيمته في ضوء جميع الظروف بالنسبة لكل قضية).أنظر: لإثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت ،د.سعيد عبد اللطيف حسن،مرجع سابق، ص١٩٩.

٦٢- المادة ٦٩ من قانون الشرطة والإثبات الجنائي الإنجليزي لسنة ١٩٨٤م.

٦٣- المادة من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م.

٦٤- حيث نصت المادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م على أن (العقد الإلكتروني يكون صحيحا ونافذا عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات) ، والمقصود برسالة البيانات في هذا القانون حسب نص المادة (٢) هي (المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو وسائل تقنية و البرق أو التلكس أو النسخ البرقي)، كذلك نصت المادة (٧) من ذات القانون على (أن التصرف بالإرادة المنفردة في حالة صدوره في شكل بيانات يأخذ حكم المستند الرسمي)، حيث تكون المستندات الرسمية حجة على الجهة التي أصدرتها وعلي الكافة ما لم يثبت تزويرها كما ورد في المادة (٤١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م .

٦٥- قضت محكمة الاستئناف في حكمها (أن معالجة أخذ الشهادة من المحادثات التي جرت بين المتهم والشهود هي تماماً كمقتضي المادة (٣٠) من قانون الإثبات ، باعتبار أن من دون المستند من شركة الاتصالات تعتبر شهادته شهادة خبير، كما أن ذات المستند الذي أفاد بتدوين المكالمات تسري عليه أحكام المادة (٤٠) من قانون الإثبات ، وأري الأخذ بذلك المستند كحجة قاطعة، كنص المادة (٤١) من قانون الإثبات)، مجلة الأحكام القضائية السودانية ٢٠١٣م، حكومة السودان /ضد/ ص.م.أ، قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م، محادثات الموبايل – وزنها، ص١٤٢.

موقف الإسلام من نظرية لمبوروزو من الفطرة حول المجرم بالميلاد والفطرة «دراسة مقارنة»

د. جودة إبراهيم النور*

ملخص الدراسة

قامت نظرية لمبروزو على دراسات ارتكزت على الجانب المنهجي في البحث، وذلك من خلال دراسة الفرد الجانح باستخدام المقاييس وطرق البحث في الدراسة متأثراً في ذلك الوقت بالاتجاهات المادية التي ظهرت في الفلسفة الألمانية والتي ترتكز على البحث عن الحقائق الموضوعية وتأثر برجال الفكر وانبهارهم بما حققته العلوم البيولوجية من نتائج من تطبيق المنهج العلمي في هذه العلوم. اتبعت الدراسة المنهج التاريخي الاستنباطي التحليلي لتحليل وقائع ما أسفرت عنه دراسات سابقة في علم الإجرام عن هذا الموضوع. وقد توصلت الدراسة لعدد من النتائج من بينها: الإنسان يولد مفطوراً على التدين ثم يتأثر بمحيطه من أبويه وأسرته والمجتمع من حوله في الخير والشر والسوية والجريمة، كذلك فإن نظرية لمبوروزو قامت حول المجرم بالميلاد دون دراسة كافية واستقصاء علمي ودقيق لمخرجات النظرية، وأنها تولدت الفكر الفلسفي المادي الذي ينظر إلى الإنسان من خلال الجسد ونزواته والذي ينكر النفحة الروحية الإلهية فيه ولذلك جاءت مصطدمة مع الفطرة الجبلية الإيمانية المستقيمة لدى الإنسان منذ ولادته، وبناء على نتائج الدراسة توصي الدراسة بالآتي: ربط العلوم الاجتماعية والنفسية المادية الغربية بما يقابلها من قيم إيمانية صحيحة في الإسلام، مثل الإيمان بالله الحكيم العليم مدبّر الكون والمحيط بالإنسان جسداً وروحاً، وكذلك وجوب الإجتهاد في البراهين التي تدحض النظريات الملحدة والتي تبطلها الشريعة الإسلامية التي تقرر أن الإنسان خلق في أحسن تقويم وأفضل صورة، كما أنه على الآباء مراعاة التربية السوية لأبنائهم لأن الإنسان يولد مفطوراً على التدين ثم يتأثر بمحيطه من أبويه وأسرته والمجتمع من حوله في الخير والشر والسوية والجريمة، كما يجب إجراء المزيد من الدراسات عن علم الإجرام لتفادي حتمية ارتكاب المجرم بالميلاد للجريمة للوصول إلى حل مستمد من المنطق المشهود أو دين الفطرة المحمود، بالإضافة إلى التدريب العملي والمستمر على استخدام المناهج العلمية في دراسة الظاهرة الإجرامية.

مقدمـــــة

ظل تفسير الظاهرة الإجرامية لدى الفلاسفة وعلماء الإجرام والعقاب يأخذ منحى يخضع للتقديرات الإجتهادية البعيدة عن الهدى الإلهي، بأهواء مختلفة وأغراض أخرى، والنظريات المادية المنكرة لدور الأديان السماوية وتقويمها وضبطها للسلوك البشري.

ولذلك بعدت دراسة هؤلاء عن الفطرة الإيمانية السليمة في تفسير السلوك الإجرامي خاصة لدى المدرسة التقليدية التي يقود دفتها العالم الطبيب الإيطالي لمبروزو، والذي ابتدع نظرية المجرم بالفطرة أو الميلاد.

لجريمة والجرائم من الموضوعات التي وجدت منذ القدم، من زمن آدم عليه السلام.

وحتى زماننا، وقد اهتم العلماء والفقهاء قديماً وحديثاً بدراسة الجريمة، وبيان أحكامها وضوابطها، وسأتحدث في هذا المبحث عن مفهوم الجريمة في اللغّة، وعن مفهومها في الاصطلاح العام والخاص.

لذلك جاء اختيار هذا الموضوع وإفراده بالبحث مع مقارنته بالدين الحق- دين الفطرة السليمة وهو الإسلام من خلال عدة مباحث وخاتمة وهيكل تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

أهمية البحث:

١- ربط العلوم الاجتماعية والنفسية والمادية بما يقابلها من قيم إيمانية صحيحة في الإسلام.

٢- حتمية ارتكاب المجرم بالميلاد للجريمة وضرورة استئصاله من المجتمع ليس لهما أصل من المنطق المشهود أو دين الفطرة المحمود.

٣- تطورت أساليب الجريمة وتعددت وسائلها وتقنياتها.

أهداف البحث:

١- توضيح العلاقة بين أصول الجريمة والمجرم في الإسلاموالعلوم الاجتماعية.

٢- بيان علاقة الإدراك العقلي بالسلوك الإجرامي.

٣- التعرف على أثر المعتقدات الدينية المختلفة في ارتكاب الجرائم.

مشكلة البحث:

١- نظرية لمبوروزو تولدت عن الفكر الفلسفي المادي الذي ينظر إلى الإنسان من خلال الجسد ونزواته والذي ينكر النفحة الروحية الإلهية جاءت مصطدمة مع الفطرة الجبلية الإيمانية المستقيمة لدى الإنسان منذ ولادته.

٢- قامت نظرية لمبوروزو حول المجرم بالميلاد دون دراسة كافية واستقصاء علمي ودقيق لمخرجات النظرية.

لذلك فهناك بعض النقد الذي وجه للنظرية، مما جعل هذا الموضوع في حاجة لمراجعة دراسته ومقارنته بالفقه الإسلامي، حيث إن ما قام به لمبوروزو في تجربته كان في عينات محدودة.

فرضيات البحث:

بنى الباحث فرضيات هذه الدراسة على أساس وجود بعض الإضافات التي يمكن وضعها لنظرية لمبوروزو لتكون اصلاً متكاملاً لعلم الإجرام. وكذلك هناك الكثير من الجوانب التي تم دراستها في ضوء النظرية ولكنها لم تجد الكثير من التحليل والاستفادة منها.

أسباب اختيار الموضوع:

١- رغبة الباحث في إلقاء الضوء على التطور التاريخي لعلم الإجرام.

٢- النقد الذي وجه لنظرية لمبوروزو في بعض المواضيع.

٣- حاجة المكتبة القانونية لمثل هذه الأدبيات.

منهج البحث:

اتبع الباحث في بحثه المنهج الاستقرائي الوصفي التحليلي المقارن، والذي يعتمد على تتبع معلومة البحث في مظانها الأصلية ثم وصفها وتحليلها، معتمداً على هذا الوصف ومقارنتها مع ترجيحها إن اقتضى الأمر ذلك.

المبحث الأول

المجرم بالميلاد وفقاً لنظرية لمبروزو

إن فكرة ارتباط الخلق الجانح بالخصائص والسمات الجسمية فكرة قديمة وجرت حولها دراسات سابقة، فقد ذكر الباحثون عن سقراط قوله: إن قسمات وجه الإنسان تدل على القسوة والميل لتعاطي الخمور، كما أن أرسطو قد أشار إلى أن علامات أو سمات جسمية معينة تدل بجلاء على أخلاء ومزاج كل إنسان ونفسيته، ثم تبع ذلك دراسات لاحقة حول شكل الجمجمة والرأس وبين الخصائص الشخصية التي يتسم بها الفرد، منهم عالم التشريح الأوروبي فرانز جول والطبيب الأمريكي شارلس كالدويل وغيرهم[١].

بيد أن العالم الإيطالي والطبيب شيراوزي لمبروزو[٢] هو الذي قاد الاتجاه البيولوجي في تفسير السلوك الإجرامي، حيث قامت نظريته في ذلك على دراسات ارتكزت على الجانب المنهجي في البحث، وذلك من خلال دراسة الفرد الجانح باستخدام المقاييس وطرق البحث في الدراسة متأثراً في ذلك الوقت بالاتجاهات المادية التي ظهرت في الفلسفة الألمانية والتي ترتكز على البحث عن الحقائق الموضوعية وتأثر برجال الفكر وانبهارهم بما حققته العلوم البيولوجية من نتائج من تطبيق المنهج العلمي في هذه العلوم[٣].

تفسير الظاهرة الإجرامية لدى لمبروزو:

عرفت نظرية لمبروزو بالنظرية أو المدرسة الأنثروبولوجية× اللمبروزية ونشأت من خلال عمل لمبروزو طبيباً في الجيش الإيطالي، وبحكم تخصصه في الطب الشرعي، ومن خلال هوايته في دراسة أنماط الجريمة، حيث قام بفحص آلاف العسكريين وأعد دراسات في المؤسسات العقابية وكل جماجم المجرمين الذين نفذت فيهم عقوبة الإعدام، مثل فحصه (٣٨٣) جمجمة للمجرمين إضافة إلى (٥٩٠٧) من المجرمين الأحياء وأكمل هذه الأبحاث بإجراء مقارنات مع الجنود وتلاميذ المدارس للتحقق من صحة الملاحظات التي توصل إليها[٤]. وخلصت دراسته إلى أن السلوك الإجرامي يعود إلى عوامل تكوينية تولد مع الإنسان وتدفعه إلى الإجرام، وقد ظل هذا الاعتقاد هو اعتقاد المدرسة الوضعية ولم يختلف الأمر كثيراً حتى وإن تباينت الآراء فيما بين الحتمية المطلقة للعوامل التكوينية والحتمية المقيدة بشرط توافر عوامل أخرى مساعدة لهذه العوامل التكوينية، وتتمثل هذه العوامل المحركة للإجرام في نظر هذه المدرسة في تلك القوائم الطويلة من المقاييس والأطوال والأحجام والأوصاف المختلفة لأعضاء الجسم الخارجية أو الداخلية، وتعدها هذه المدرسة إلى أوصاف وسمات ارتدادية تعود إلى صفات الإنسان البدائي المتوحش ولذلك يكون من توافرت فيه هذه الصفات مجرماً بحسب تكوينه، أي مجرماً بالميلاد[٥]. وليؤكد هذه النتيجة فإن لمبروزو قد حاول دراسة الجريمة بين الحيوانات وبين الجماعات البدائية واستقصى سلوك الأطفال وتصرفاتهم وتوصل فيها إلى نتائج مفادها أن الطراز الإجرامي الولادي طراز إرتدادي إلى أبعد مدى، بمعنى أنه اعتقد أن كثيراً من السمات المميزة لهذا الطراز ارتدادية تنحدر من نماذج بشرية قديمة وإنها تنتسب إلى أسلاف الإنسان في مرحلة

حيوانية[٦].

وكانت أهم الدراسات التي قادت لمبروزو لهذه النتائج دراسة تشريحية لجثة مجرم شرس يسمى (فيلا) فقد وجد في مؤخرة جمجمته تجويفاً غير عادي يشبه ذلك الذي يوجد لدى الحيوانات السفلى كالقرود والطيور، وكان لمبروزو قد قام بالكشف عن هذا المجرم وهو على قيد الحياة، فلاحظ عليه خفة غير عادية في الحركة وجنوحاً إلى المباهاة والتفاخر بنفسه، وميله للتهكم والسخرية من الغير، كما اكتشف من خلال مجرم آخر يدعى (فرسيني) بعض ملامح الإنسان البدائي في تكوينه الجسمي ونزوعه إلى قسوة الحيوانات المفترسة، لقد قتل هذا المجرم حوالي عشرين إمرأة واعترف بأنه كان يشرب من دم ضحاياه قبل أن يدفنهم في مكان خاص أعده لذلك[٧].

وبناءً على هذه النتائج قد أجرى مزيداً من الدراسات التي قادته إلى عرض نظريته حول المجرم بالميلاد في مؤلفه (الإنسان المجرم) سنة ١٨٧٦م والتي تقرر أن املجم يتميز بطائفة من أوجه الشذوذ الجسماني التي تفسر بانتمائه إلى عصور ما قبل التاريخ ، فهو إنسان بدائي لا ينتمي بتكوينه العضوي أو النفسي إلى المجتمع الذي يعيش فيه، ومن ثم فهو يتصرف تصرفات تنتمي إلى الماضي السحيق ولا تتفق مع ما يفرضه المجتمع الحديث من قيم وتقاليد[٨].

ومن أهم السمات التي تشكل عند لمبروزو المجرم بالميلاد أو الفطرة أنه يتصف بعدم انتظام شكل الجمجمة، وضخامة الفكين، وبروز عظام الفخذين، وضيق الجبهة وانحدارها وكبر الأذنين وبروزهما إلى الخارج بشكل واضح، ومن الصفات النفسية والعقلية والمزاجية المساعدة ضعف الإحساس بالألم والميل نحو الوشم بصورة منافية للحياء، وضعف الوازع الأخلاقي، وعدم الشعور بالذنب والرعونة والقابلية الشديدة لالتئام الجروح وسرعة الشفاء من الأمراض، والميل إلى الكسل والخمول والمغامرة والشعور بعدم الاستقرار النفسي والعاطفي.. الخ[٩].

وهكذا فإن المنطق العام لنظرية لمبروزو يستند إلى قاعدة أساسية قوامها التسليم بوجود نمط جسمي للإنسان المجرم يمكن تحديده ببعض الوصمات إلى ردة وراثية أو انحطاط يلابس المجرم[١٠].

ولما كان التفسير للظاهرة الإجرامية لدى لمبروزو، والمدرسة الوضعية الإيطالية التي تزعمها قائماً على التفسير المادي للسلوك البشري، منبتاً عن النزعة الروحية التي فُطر الإنسان عليها، فقد اقتضى تفسيره هذا أن يتمك التمييز بين المجرم وغير المجرم من خلال الخواص الطبيعية التكوينية في جسم الإنسان، ولذلك ذهب مؤيدو هذه النظرية إلى القول بأن القبح بأن القبح الطبيعي أو التشوه يعرقلان المتصف بهما عن المنافسة في سبيل النساء وإرضاء الجنس لديهن، وفي سبيل أن يثأر المتصف بهذه السمات تزيد رغبته في المال ليرشو أو يؤثر على المرأة التي يريدها، ويدفعه عجزه الحصول عليه بسرعة كافية بوسائل مشروعة إلى الحصول عليه بالسرقة، وإذا كان هذا صحيحاً إلى السارق فهو أكثر صحة بالنسبة إلى القاتل والخاطف[١١]. وبناء على نظرية الإنسان البدائي أو المجرم بالميلاد خلص لمبوروزو إلى قاعدة قانونية

تقرر عدم جواز مساءلة مثل هذا المجرم على ضوء أية مسئولية جنائية، ويتعين لدفع خطره استبعاده بطريقة أو بأخرى لأنه مدفوع إلى الجريمة قطعاً، ومغلوب على أمره لأنه طبع على الإجرام لشذوذه الخلقي[١٢].

وقد ظلت هذه النظرية قائمةً على أصلها وبنائها الأكمل منذ أن ابتدعها لمبروزو وأضاف إليها هو وأتباعه من بعده بعض العوامل الأخرى النفسية والبيئية. إلا أنها تظل تشغل بال العاملين في المجالات القانونية والنفسية والاجتماعية لامتداد آثارها بشكل أو بآخر في الدراسات اللاحقة لها.

وقد تعرضت هذه النظرية إلى الانتقاد من بعض علماء الإجرام في بعض جزئياتها مثل نقضهم الفكرة الارتدادية في النظرية، وذلك بناءً على عدم إلمام لمبروزو بمواصفات الرجل البدائي، وعدم وجود دليل في نظريته على أن أفراد المجتمع البدائي كانوا جميعاً مجرمين، وقولها بحتمية الإجرام وإنكارها حرية الاختيار واتخاذ التدابير الاستئصالية وعدم اعترافها بمبدأ الشرعية.. إلخ[١٣].

نقد نظرية لمبروزو:

إلا أن أكبر عيوب هذه النظرية تكن في مخالفتها للفطرة السليمة للإنسان منذ ولادته وميوله للتدين، وأنه لا يعرف في الأديان السماوية السابقة قبل تحريفها أو الدين الإسلامي الخاتم. ونجد أن الإسلام قام بتغطية هذه الجوانب بصورة شاملة، حيث إن الدين الإسلامي دين فطرة يقول الله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفاً فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾[الروم: ٣٠].

يقول تعالى ذكره: فسدّد وجهك نحو الوجه الذي وجهك إليه ربك يا محمد لطاعته، وهي الدين، (حَنِيفًا) يقول: مستقيم الدين هو طاعته (فِطرَةَ اللهِ التي فَطَر النَّاسَ عَلَيْهَا) يقول: صنعة الله التي خلق الناس عليها ونصبت "فطرة" على المصدر من معنى قوله: (فَأَقِم وَجْهَكَ للدّينِ حَنِيفًا) وذلك أن معنى ذلك: فطر الله الناس على ذلك فطرة. وبنحو الذي قلنا في ذلك قال أهل التأويل.

المبحث الثاني

مفهوم الفطرة في الإسلام وموقفها من نظرية لمبروزو حول المجرم بالميلاد

عندما تكلم الفلاسفة قديماً وخاصة اليونانيون عما يسمى (وراء الطبيعة) أو (الميتافيزيقا) كان دافعهم في ذلك وسبب بحثهم فيه– سواء وفقوا في الوصول إلى الحق أم لا – هو أن فطرتهم ووجدانهم يقر ويعلم أن هنالك شيئاً وراء الكون، وليس من الممكن أن يكون هذا الكون لحاله، بل لابد أن يكون هناك شيء خلف الطبيعة، وهذه الأفكار لم تكن في أمور عرضية لأنها لا تكون محل شغل العقل ولا بالبحث[١٤]. ولهذا فإن الإنسان لا ينفصل عن التدين لأنه غريزة طبيعية ثابتة وشعور بالمدبر للكون، وقد وجد لدى الإنسان سواء كان كافراً أو مؤمناً بوجود الخالق أو مؤمناً بالمادة أو الطبيعة، وهذا الشعور الإنساني حتمي لأنه يخلق معه وهو جزء من تكوينه، وهذه الغريزة للتدين جعلته دائماً باحثاً عن هذا الخالق وقد يغيب عنه

الحق فيعبد الشمس والكواكب والنار والأصنام، ولا توجد أمة أو شعب، ولا يخلو عصر عن هذه الغريزة المركوزة في النفوس ولذلك تجد الشعوب التي يجبرها حكامها أو سلاطينها على ترك التدين يتحملون الأذى والعنت في سبيل بقائها على غريزتها الدينية[١٥]. فالفطرة ثابتة في النفوس فإذا انحرفت عنها لم يردها إليها إلا هذا الدين الإسلامي المتناسق مع الفطرة البشرية وفطرة الوجود[١٦].

ومن الذين بحثوا فيما وراء الطبيعة واعتقدوا بوجود قوة قاهرة في الكون الفيلسوف الأمريكي وليم جيمس الذي يعرف الدين بأنه (الاعتقاد بعالم غير منظور وأن خيرن الأسمى كائن في إيجاد الملاءمة الناجحة بيننا وبين ذلك العالم[١٧].

وإن كان هذا الفيلسوف لم يهتد إلى التدين الحق إلا أن نفسه تحدثه بوجود قوة حاكمة لهذا الكون متصرفة فيه، وغريزته تدفعه لهذه القوة وتقوده إليها وتؤكد له باستحالة تحكم البشرية فيه بمفردها، ولذلك نجد الفلاسفة يبحثون عن هذه القوة دائماً وعن الدليل وعن وجود الخالق لسبب قوي وأساسي وهو أن الإيمان الفطري الوجداني المركوز في النفس يقودهم لذلك كما أن العقل يدعوهم إلى القول بأن العالم لا يمكن أبداً إلا أن يكون وراءه قوى[١٨].

إذاً فما هي هذه الغريزة بالتدين أو الفطرة المركوزة في النفوس؟ .. ناقش فقهاؤنا ذلك من خلال شرحهم لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه (ما من مولود إلا ويولد على الفطرة، فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسان، كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاً هل تحسون فيها من جدعاء) ثم يقول أبو هريرة وأقرءوا إن شئتم ﴿فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾[الروم: ٣٠].

وقد أورد المحقق للحديث د. مصطفى ديب البغا تعريفاً للفطرة، فقل: الفطرة: أصل الخلقة التي تسلكه مسالك الهدى إذا سلم من المؤثرات المحيطة به، وفي هذا المعنى ذهب أيضاً الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في معرض حديثه عن أسس الهداية أو الضلالة، فقد أشار إلى أنه ما من إنسان يولد إلا وقد غرس الله فيه فطرة التوجه إلى الإيمان بالخالق وفطرة الطمأنينة إلى مشاعر عبوديته للخالق جلا جلاله واستدل في ذلك بقول الله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفاً فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾[الروم: ٣٠]. واستدل على ذلك أيضاً بالحديث القدسي (.. وإني خلقت عبادي حنفاء كلهم وإنهم أتتهم الشياطين فأجتالتهم عن دينهم[١٩] فالله هو خالق الخلق البشري وهو الذي أنزل إليه هذا الدين ليحكمه ويصرفه ويطب له من المرض ويقومه من الإنحراف وهو أعلم بمن خلقه وهو اللطيف الخبير[٢٠].

وعلى هذا فإن الهداية إلى الحق هي النصيب الأول الذي يكلم الله به كل إنسان عند ولادته وإقباله على الحياة الدنيا. وأن الله قد خلق الناس جميعاً على الفطرة السليمة والجبلة المستقيمة لا يولد أحد إلا على ذلك ولا تفاوت بينهم في ذلك وهي معرفة الله وتوحيده وأنه لا إله غيره[٢١].

وتدل لآية بكل وضوح على هذه الفطرة والتي معناها الإيمان والاهتداء ولا يصرف عن هذه الفطرة إلا

عدم العلم والغفلة والتقليد وفي ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِن بَنِي آدَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنفُسِهِمْ أَلَسْتَ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَى شَهِدْنَا أَن تَقُولُواْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَذَا غَافِلِينَ • أَوْ تَقُولُواْ إِنَّمَا أَشْرَكَ آبَاؤُنَا مِن قَبْلُ وَكُنَّا ذُرِّيَّةً مِن بَعْدِهِمْ أَفَتُهْلِكُنَا بِمَا فَعَلَ الْمُبْطِلُونَ﴾[الاعرف: ١٧٢-١٧٣]. فإذن تقوم الحجة على الناس بالفطرة النقية السليمة الصافية والرسالة التي يرسل بها الله الرسل إلى العباد[٢٢]. إن الله سبحانه وتعالى تكرماً منها وتفضلاً قد أيد فطرة الإيمان المغروزة في النفوس المتبدأة من ولادة الإنسان بالرسالات السماوية وفي ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً﴾[البقرة: ٣٠]. فكان أول من وَطأت قدماه الأرض لجريان أحكام الله فيها هو أبو البشر آدم عليه السلام ثم بارك الله في دعوته هذه وعمت في ذريته إلى عهد قريب بنوح عليه السلام ويؤكد قول الله تعالى: ﴿انَ النَاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللهُ النَبِيِينَ مُبَشِرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَاسِ فِيمَا اخْتَلَفُواْ فِيهِ. . .﴾[البقرة: ٢١٣]. فقد لازمت الرسالات الربانية الإنسان من أول خلافته على الأرض، ولم تتخلف أبداً من عهد آدم عليه السلام إلى خاتم الأنبياء والرسل محمد بن عبد الله عليه وعليهم الصلاة والسلام حتى بلغ عدد الأنبياء مائة وأربعة وعشرين ألف نبي، عدد الرسل منهم عليهم السلام ثلاثمائة وثلاثة عشر رسولاً تعاقبوا بعضهم على إثر بعض دون انقطاع ،وذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا تَتْرَا﴾[المؤمنون: ٤٤]. وقد صنع الله بهم التاريخ البشري على امتداده الزماني والمكاني حتى إن بعضهم قد ملك المعمورة جميعاً مثل سيدنا سليمان وذي القرنين عليهما السلام[٢٣].

ويؤكد ذلك الإمام ابن العربي بقوله (ولم يخل زمان آدم عليه السلام ولا زمن بعده من شرع وأهم قواعد التشريع حماية الدماء وحياطته بالقصاص كفاً وردعاً للظالمين الجائرين[٢٤] فشربت الإنسانية من هذا المعين الإلهي الفطري والرسالي تقاليدها وقيمها ومثلها العليا في كل بقعة من الأرض وفي كل زمان في الجوانب الإيمانية العقدية والأخلاقية والسلوكية بحفظها عن الانحراف أو الاعتداء ظلماً وجوراً. فجاءت النذر من المرسلين جميعاً وفي كل أمة أو شعب وكان البلاغ المبين منهم على نحو ما أراد الله من إنقاذ البشرية عن الإنحراف والميل عن الفطرة السليمة والجبلة المستقيمة، قال الله تعالى: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِ بَشِيراً وَنَذِيراً وَلاَ تُسْأَلُ عَنْ أَصْحَابِ الْجَحِيمِ﴾[البقرة: ١١٩].

وقد سأل بعض الصحابة النبي صلى الله عليه وسلم بعد ذكره لحديث الفطرة عمن يموت وهو صغير أي قبل بلوغ سن التكليف حيث قالوا: يا رسول الله أفرأيت من يموت وهو صغير؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم رداً على سؤالهم (الله أعلم بما كانوا عاملين)[٢٥].

فإن الإمام النووي تكلم عن رد الرسول صلى الله عليه وسلم للصحابة (الله أعلم بما كانوا عاملين)، وخلص بترجيحه إلى أن الطفل حال ما كان صغيراً فإنه يكون على فطرة الإيمان، ولكن لما يبلغ فإن الله قد علم بما كان سيكون عليه حاله من الإيمان أو الكفر بعد البلوغ، أما أنه مات وهو صغير فإنه لم يبلغ هذه السن ولذا فإنه يموت على فطرته الإيمانية ويكون في الجنة ولا يكون في النار، وأجاب عن غلام الخضر، الذي قتله بأنه في حاله كان على

الفطرة الإيمانية لأن أبويه كانا مؤمنني، فيتأول بأن الله قد علم أنه لو بلغ لكان كافراً لا أنه كافر في الحال، ولا تجري عليه أحكام الكفار في الحال، والله أعلم[٢٦]. ويؤكد. د. البوطي هذا المعنى بأننا لو فسرنا قول النبي صلى الله عليه وسلم (الله أعلم بما كانوا عاملين) بكفرهم وهم صغار لناقض أو الحديث إذ أن أوله نص قاطع على أن كل طفل يولد مفطوراً على الحنيفية السمحاء لهو مسلم حكماً في هذه المرحلة نطق لسانه بمقتضى فطرته الإيمانية أم لا. فإذا جاء تفسير الجملة بخلاف تفسير الإمام النووي فقد أبطل أول الحديث آخره فأصبح كل شق مناقضاً للآخر، وهو ما يتنزه عنه كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم. وما يؤكد هذا التأويل أنه لا تكليف إلا بعد البلوغ أما قبله فيكون كل مولود على الفطرة الإيمانية. فيكون فضل الله على أبويه إراحتهما من طغيان وكفره إذا كان حياً إلى بلوغه واختياره الكفر على الإيمان. فكان فضله عليه وعليهما أن قبضه على فطرة الإيمان.

إذن قدر الله أن يولد كل إنسان على الفطرة الإيمانية السليمة والجبلة المستقيمة فهو مفطور على الدين وعلى الخير في هذه المرحلة،وإنما ينحرف ويميل عن هذه الجبلة السليمة الخيرية الفطرية بإرادته واختياره بعد البلوغ لسن التكليف[٢٧].

ويقتضى ذلك أن لا تتسبب إليه ولا إلى أفعاله المعاصي والإجرام، ويحتم هذا النظر الإيماني للمسلم أن ينفي عن الإنسان في مرحلة ما قبل التكليف تصنيفه إلى مجرمين وغير مجرمين، أو وصف بعضهم بأنهم مجرمون منذ ميلادهم أو أنهم مفطورون على الجريمة استناداً إلى صورهم أو تشكيلات التكوين العضوي لأجسادهم، فإن الناس منهم الأبيض والأسود والأحمر والأصفر وقد تتداخل فيهم هذه الألوان، كما أن بعضهم يكون طويلاً وآخر يكون قصيراً في قامته وبعضهم يكون نحيلا وآخر بديناً، وتتشكل أعضاء الجسد الأخرى طويلاً وقصراً وضخامة كيفما أراد الخالق العليم الحكيم.. ولا يكون ذلك صالحاً اعتقاداً عند المسلم للنظر إليه بأنه مرجم أم سوي، كما أن الشواهد المرئية والعقلية لا تؤيد ما ذهب إليه لمبروزو وأتباعه في نظريته حول المجرم بالفطرة أو بالميلاد، وبالرغم من أن النظرية تم نقدها من الجواب العلمية والبحثية المجردة لكن أكبر هادم لها هو أن عكسها هو الصحيح تماماً وهو أن الإنسان – كل إنسان – يولد على الفطرة السليمة والجبلة المستقيمة الصافية النقية عن صفات الإجرام والسلوك الإجرامي المطبوع، وهذا الجانب غير منظور في نظرية لمبروزو والمدارس الوضعية الأخرى بحكم أنها متعارضة منذ نشأتها ومتصادمة مع الأديان السماوية ومبادئها وقيمها فهي متقطعة الصلة بالدين ومتأثرة بالأفكار المادية وراضعة من ثديها وقائمة على أعتابها وتصوراتها للحياة في الكون. ويلقى تصور بعضهم للأديان معها ايضاً بحكم أن تصورهم للدين مغلوط وتخالطه الأوهام والمعتقدات الأرضية الباطلة، وأسهم في ذلك أيضاً رجال الكنيسة بتحريفهم للدين الحق وتأليههم للبشر ونقله للناس بصورة متعارضة مع أصله ومبادئه العقدية الإيمانية للفطرة السليمة[٢٨].

لقد جاءت الشريعة الاسلامية غنية بمفاهيم عن

الجريمة وأسباب السلوك الاجرامي في القرآن والسنة، فظهرت تعاريف عدة للجريمة في الفقه الاسلامي، فمن الآيات ما ذكر فيه لفظ الجريمة مباشرة، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا يَضْحَكُونَ﴾[المطففين: ٢٩]، ومنها ما ذكر فيه نمط السلوك الاجرامي، كالقتل والسرقة والظلم والتكبر والجبروت، الى غير ذلك من الأفعال التي فهم المسلمون انها جرائم من خلال طبيعتها، أو من خلال تعنيف الله لمرتكبيها، أو من خلال ما فرضه من عقاب ازاءها كقوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً وَلَقَدْ جَاءتْهُمْ رُسُلُنَا بِالبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيراً مِنْهُم بَعْدَ ذَلِكَ فِي الأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾[المائدة: ٣٢]، وفي الحديث الشريف ربط الرسول صلى الله عليه وسلم سبب السلوك الاجرامي بفقد الايمان بالله تعالى، فقد ورد في صحيح مسلم انه، صلى الله عليه وسلم، قال: (لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن)، وورد في صحيح مسلم، أيضا، انه صلى الله عليه وسلم قال: (ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن)، وورد في صحيح مسلم، أيضا انه صلى الله عليه وسلم قال: (ان الله عز وجل تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به)، كل ذلك جعل من الجلي الواضح عند المسلمين، منذ العصور الوسطى حتى اليوم، ان السلوك الاجرامي ناتج عن اغواء الشيطان للانسان، وان الجريمة هي كل عمل أو قول خالف شريعة الله تعالى ورسوله الكريم، سواء بفعل ما نهى الله ورسوله عن فعله أو الامتناع عن ما أمر الله ورسوله بفعله، وان الهدف من العقوبة هو تحكيم شرع الله تعالى، وحفظ المصالح وأمن المجتمع، واقامة العدل، وزجر المجرم وتقويم اعوجاجه، وردع غيره، لقد ظهر هذا المفهوم للسلوك الاجرامي والعقاب في الاسلام منذ القرن السابع للميلاد، في الوقت الذي كانت الجريمة فيه، في المجتمع الغربي، هي الاعتداء على القانون والفكر الكنسي، بسبب الأرواح الشريرة التي تدخل جسم الانسان وتأمره بفعل المعصية، ولقد استمر هذا المفهوم للجريمة في الغرب حتى أوائل العصر الحديث، في حين ان فقاء الاسلام قد عرفوا الجريمة والعقاب بتعاريف كثيرة خلال الفترة الممتدة من القرن السابع الى القرن الرابع عشر للميلاد، من أشهرها وأكثرها تداولا تعريف الماوردي، المتوفى سنة ٤٥٠هـ رحمه الله تعالى، للجريمة بأنها: محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير ، وتعريفه للعقوبة بأنها : زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظره ، وحدد ابن تيمية، المتوفى سنة ٧٢٨هـ رحمه الله، الهدف من العقاب في الشريعة الاسلامية، بانه: رحمة من الله تعالى بعباده، وارادة الاحسان اليهم، ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على اخطائهم ان يقصد بذلك الاحسان اليهم والرحمة بهم، كما يقصد الوالد تأديب ولده وكما يقصد الطبيب معالجة مريضه[٢٩].

ويفهم من تعريف الماوردي أربعة أمور هي:

١. ان التجريم منوط بالله تعالى وحده.
٢. ان هذا التعريف يتسع للفعل والترك،
٣. ان الفعل ليس جريمة الا اذا كان الله قد زجر عنه بعقوبة.

٤. ان الجريمة في الاسلام، تنقسم الى:

أ- جرائم حدية.

ب- جرائم تعزيرية.

وعند اعمال الفكر فانه يمكن الخروج بعدة مآخذ على هذا التعريف، تتضح بعضها من خلال المناقشة الآتية:

فالله تعالى قدر الحد، فلا يجوز فيه زيادة أو نقصان، أما التعزير فهو عار عن التقدير ومفوض الى رأي الامام أو نائبه يضاف الى ذلك ان الأفعال التي عليها عقوبة حدية أفعال محددة، أما الأفعال التي عليها عقوبة تعزيرية فلم يرد لها تحديد، لا في القرآن ولا في السنة، فهي كثيرة ومتجددة على مر الزمن، فكيف نوفق بين هذه الحقيقة وبين ما ذكره الماوردي رحمه الله في تعريفه السابق من ان الجريمة هي ما زجر الله عنه بحد أو تعزير، فهذا التعريف يوحي بان الافعال التي عليها عقوبة تعزيرية أفعال محددة، وان عقوبتها محددة من الله أيضا، ثم ان الفقه الاسلامي قد بين ان هناك جرائم زجر الله عنها بعقوبة غير حدية وهي جرائم القصاص والديات، ولم يتطرق اليها هذا التعريف، اضافة الى ان هناك افعالا تعد جرائم، لان الله حرمها على عباده، ولم يقدر لها عقوبة دنيوية كالتعامل بالربا، ولم يفرض عليها الرسول صلى الله عليه وسلم عقوبة في حياته، حتى يمكن الحاقها بالجرائم الحدية، على اعتبار انه لا ينطق عن الهوى، كما ان هناك أفعالا لم تحرم لا في القرآن ولا في السنة، بل جرمها أولو الأمر وعاقبوا عليها، ويذهب فقهاء الاسلام الى انه يجوز لولي الأمر اباحة هذه الأفعال اذا اقتضت ذلك مصلحة عامة، والتعريف السابق للماوردي لم يشر الى حق ولي الأمر في هذا الجانب، ومن حيث دقة الألفاظ وهو مطلب أي تعريف نجد ان التعزير قد ورد في ثلاثة مواضع من القرآن الكريم بمعنى المؤازرة والتعظيم والاحترام[٣٠].

واذا كان هذا الاتجاه يتيح فرصة الحصول على نتائج خاصة فانه لم يأخذ في الاعتبار حقيقة ان السلوك الاجرامي يتكون في المجرم من خلال العمليات نفسها التي يتكون بها السلوك السوي، فهو يتأثر بكل شيء في الانسان، وكل شيء من حوله، اضافة الى ان السلوك وحدة متكاملة، فالسلوك الاجرامي، كأي سلوك، بمثابة شكل أو صورة كلية (gestalt) وقد برهنت احدى نظريات علم النفس على انه لا يمكن ادراك صورة ما وفهمها بشكل كامل دون النظر اليها كاملة، وليس النظر الى كل عنصر من عناصرها بمفرده لأن كل عنصر في حالته المفردة يعطي معنى أو دورا يختلف عما هو عليه عند النظر الى الشكل الكلي للصورة في آن واحد، وقد يأتي من يقول انه يمكن النظر الى كل عنصر في الصورة منفردا، ومن ثم تجميع تلك العناصر لتشكل صورة أو كلا متكاملا، وبالمثل فانه يمكن تفسير السلوك الاجرامي من خلال دراسة كل نمط اجرامي على حده، وبجمع نتائج كل الدراسات نحصل على تفسير كلي للسلوك الاجرامي، وهذا مقبول من الناحية العقلية لكنه أمر في غاية الصعوبة من الناحية العملية، بسبب كثرة الافعال الاجرامية من ناحية، ومن ناحية أخرى فان تفسير السلوك الاجرامي بهذه الطريقة سيكون أشبه بلوحة من الفسيفساء لن تلبث حباتها

ان تتناثر، وستظل عوامل التنافر والاختلاف بين النظريات المفسرة للسلوك الاجرامي كثيرة وعميقة، وذلك الى ان يتم اثبات تفسير ما بالتجربة العملية وهي معضلة السلوك الانساني بشكل عام.

وعلى الرغم من الاختلافات المنهجية والمذهبية، وعدم الاتفاق على تفسير موحد للسلوك الاجرامي، فان تحولا مهما قد حدث في تفسير السلوك الاجرامي خلال القرن التاسع عشر، اذ أصبحت معظم الثقافات تنظر للجريمة على أنها من الأفعال الاجتماعية، أي أنها سلوك من السلوكيات الاجتماعية، وليس فيها مس من الشيطان أو غضب من قوى خفية شريرة، أو أي من تلك الافكار السائدة في السابق في هذا الميدان، فأصبحت الجريمة، اذاً، من الأفعال الاجتماعية الضارة في المجتمع، وانطلق العلماء والباحثون يعرفون الجريمة، بوحي من هذا التطور في مفهوم السلوك الاجرامي.

المبحث الثالث

تفسير الظاهرة الإجرامية في القانون

مقدمة:

إن النصوص القانونية الحاكمة لتصرفات الدول والشعوب والأفراد في مجال الجريمة وليدة النظريات والأفكار التي ابتكرها العلماء في مجال دراسة الجريمة والمجرم من النواحي البيئية المحيطة بالمجتمع والعضوية والنفسية للمجرم وقد اهتدى هؤلاء العلماء في أفكارهم هذه من خلال الخلفية الفكرية الأيدلوجية والثقافية والسياسية إلخ.. التي يعتقدون أنها تحيط بالفرد المجرم أو تؤثر في المجتمع الذي تنشأ فيه الجريمة.

ومن ثم أضحت الجريمة ظاهرة جديرة بالدراسة قبل وقوعها ولحظة ارتكابها وبعد اكتمال عناصرها المكونة لها وذلك بدراسة كافة الجوانب التي أدت إليها وساهمت في وقوعها ومحاولة اقتراح حلول مانعة لوقوعها ومقللة من آثارها في المجتمع ووضع وسائل مانعة للمجرم من تكرارها، وقد تكون هذه الدراسات جنائية أو اجتماعية أو نفسية، بحسب آراء منظري المدارس الفكرية الوضعية في تفسير الظاهرة الإجرامية[٣١].

تفسير الظاهرة الاجرامية:

بدأت الدراسات العلمية للظاهرة الاجرامية منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، محاولة البحث عن الاسباب التي تدفع البعض الي ارتكاب الجرائم دون باقي المجتمع ، وكونها – أي الظاهرة الاجرامية – ظاهرة حتمية في حياة المجتمع وظاهرة احتمالية في حياة الفرد دفع العديد من العلماء في مجالات متفرقة كالطب والقانون وعلم النفس وعلم الاجتماع وأيضا رجال دين للبحث عن أصول هذه الظاهرة من أجل التوصل الي يفية تعامل المجتمع معها .

تعددت الاتجاهات والمذاهب التي قيل بها في تفسير الظاهرة الاجرامية ، واستقر العلماء على ثلاث اتجاهات رئيسية نتناولها كالآتي :

الاتجاه الفردي في تفسير الظاهرة الاجرامية:

يستند هذا الاتجاه الى أن الجريمة تقع بسبب وجود خلل في تكوين الشخص يكون هو الدافع للجريمة وقد يكون هذا الخلل عضوياً أو بدنياً أو نفسياً.

١- نظرية الخلل العضوي:

نظرية لومبروزو:

كان لومبروزر طبيباً في الجيش الايطالي ثم أصبح أستاذا للطب الشرعي في إحدي الجامعات الايطالية، وقد أتاحت له طبيعة عمة كطبيب وضابط في الجيش وكأستاذ بالجامعة أن يقوم بفحص عدد كبير من الضباط المجرمين والأسوياء وكذلك بعد تركه للجيش قام بتشريح جماجم عدد من المجرمين وقارنها بجماجم لغير المجرمين ، وقد لاحظ لومبروزو في بداية أبحاثه وجود تجويف غير عادي في مؤخرة جمجمة أحد قطاع الطرق تشبه تلك التي توجد عند القردة ، ودعاه ذلك الي مواصلة أبحاثة حيث قام بفحص ٣٨٣ جمجمة لمجرمين بعد وفاتهم وقارنها مه عدد أخر لجماجم مجرمين أحياء يبلغ عددهم ٥٩٠٧[٣٢].

وكان من بين هؤلاء مجرم اتهم بقتل عشرين سيدة بطريقة وحشية وخلص لومبروزو الي أن هذا المجرم يشبه في خصائصة الانسان البدائي ، وقد جمع لومبروزو أفكاره في كتاب شهير في عام ١٨٧٦ تحت عنوان " الانسان المجرم " خلص فيه الي نتيجتين تفسران الظاهرة الاجرامية هما :

النتيجة الاولى: يتميز الانسان المجرم بشذوذ في تكوينه العضوي وخصائص بدنية لا تتوافر لدي غير المجرمين ومنها ((عدم الانتظام في شكل الجمجمة – ضيق في الجبهة يقابله ضخامة في الفكين – شذوذ في تركيب الاسنان – بروز في عظم الخدين – فرطحة أو اعوجاج في الانف – طول أو قصر غير عادي في الاذنين – طول غير عادي في الاطراف أو الاصابع مع قصر في القامة – وكذلك غزارة في الشعر)) وقد دعم بعض أفكار لومبروزو في تشبيه المجرم الذي يتصف بهذه الخصائص بالإنسان البدائي ظهور نظرية داروين عن التطور والارتقاء .

النتيجة الثانية : أن المجرم يتميز ببعض السمات النفسية التي يستدل منها على وجود خلل نفسي لدي هؤلاء المجرمين مثل ((ضعف الاحساس بالالم – غلظة القلب وقسوة المشاعر – انعدام الشعور بالخجل)) وقد استدل لومبروزو على هذه السمات مما لاحظه من كثرة الوشمات والرسوم القبيحة والخليعة التي يرسمها هؤلاء المجرمون على أجسادهم[٣٣].

وخلص الي أن من تتوافر لديه هذه الصفات فهو انسان مطبوع على الاجرام لذا سيرتكب الجريمة حتما في حياته وأطلق عليه تعبير المجرم بالميلاد أو المجرم بالفطرة .

وفي مرحلة لاحقة لاحظ وجود طوائف عديدة من المجرمين لا تندرج تحت هذا النموذج الوحيد المعروف بالمجرم بالميلاد ولذلك أشار في الطبعات التالية من كتابه الانسان المجرم الي وجود طوائف أخري ومن بين ذلك ما أطلق عليه المجرم الصرعي، حيث أثبت وجود علاقة بين الاجرام ومرض الصرع .

حيث كان لومبروزو قد قام بفحص جندي في الجيش الايطالي متهم بالقتل وملخص حكايته ((التحق هذا الجندي بالجيش ولعدة سنوات لم يرتكب فيها أي فعل غير مشروع الي أن سخر أحد زملائه من مقاطعته التي ينتمي اليها هذا الجندي فقام هذا الجندي بمطاردة ثمانية من

زملائه وقتلهم جميعا ثم سقط فاقدا الوعي لمدة اثنتي عشرة ساعة وعندما أفاق لم يتذكر شيء)) وعندما فحصه لومبروزر وجد أنه يعاني من مرض الصرع وأنه يتميز ببعض الصفات الوحشية فقام بإدخال تصنيف المجرم الصرعي ضمن تصنيفات أخري من المجرمين .

تقدير النظرية:

كان لأفكار لومبروزو الفضل في التنبية الي ضرورة دراسة التكوين البدني للمجرم والتكوين العضوي وكذلك التكوين النفسي ، واتسمت دراسة لومبروزو بالطابع العلمي القائم على أسلوب البحث التجريبي في الدراسة ، ولكن وجهت اليها العديد من الانتقادات أهمها :

أولاً: بالغت النظرية في في وضع خصائص وصفات بدنية ونفسية تميز المجرمين عن غيرالمجرمين وأرجعت الجريمة الي توافر هذه الصفات ، والحقيقة أنه يصعب من الناحية العلمية الربط بين توافر هذه الصفات وبين ارتكاب الجريمة ذلك لأن هذه الخصائص لا تمثل الا حالة ساكنة غير قادرة على إحداث نتيجة ملموسة في العالم الخارجي .

ثانياً: أدت هذه النظرية الي نتائج مبالغ يها ولا يمكن اتسليم بها كحقيقة علمية ، ذلك أن هذه الصفات التتي قالت بها النظرية تتوافر وبنفس الدرجة لدي الكثير من غير المجرمين كما تتوافر لدي المجرمين [٣٤].

ثالثاً: أغفلت النظرية أي دور ممكن أن تقوم به العوامل الخارجية المحيطة بالفرد في دفعه لارتكاب الجريمة .

رابعاً: عدم صحة ما قالت به النظرية من تشبيه المجرم بالانسان البدائي، لأنه لم يثبت أن لومبروزو درس التاريخ الانساني للوقوف على حقيقة الانسان البدائي كمل لم يثبت أن العلم الحديث بالكامل توصل الي رسم صورة للإنسان البدائي وأخيرا لا يمكن قبول فكرة أن كل إنسان بدائي كان مجرماً .

خامساً: أن التسليم بفكرة المجرم بالميلاد تهدم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي مضمونه ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون)) وعند تدخل القانون بالتجريم لفعل معين يكون ذلك لمصلحة اجتماعية يري الشارع ضرورة حمايتها جنائيا، ومن المعلوم أن الجريمة فكرة نسبية تختلف بإختلاف المكان والزمن وبناء عليه يصعب الربط بين فكرة الجريمة النسبية وبين صفات جسدية ثابته لدي المجرمين عبر العصور.

٢- نظرية التحليل النفسي:

نظرية فرويد:

ركزت النظرية على الجانب النفسي لدي الفرد مع إهمال العوامل المرتبطة بالتكوين البدني للفرد أو العوامل الخارجية الاجتماعية المحيطة بالمجرم، وقد قام بهذه الدراسة العالم الشهير "فرويد"، لم يهدف فرويد من أبحاثه بصفة أساسية وضع تفسير للسلوك الاجرامي بصفة خاصة[٣٥]، وإنما أراد دراسة تأثير الجهاز النفسي للفرد على سلوكياته ومن ينها السلوك الاجرامي .

قسم فرويد النفس الي ثلاثة أقسام ، وهي النفس والعقل والضمير وذلك على التفصيل التالي :

أولاً : النفس ((الانا الدنيا أو الذات الدنيا)) ويطلق عليها النفس ذات الشهوة حيث تكم فيها الميول الفطرية والنزعات الغريزية ، وتقف فيما وراء الشعور ويتركز فيها الاهتمام على إشباع الرغبات والشهوات دون مراعاة القيود الاجتماعية التي تفرضها المبادئ والقيم الاجتماعية .

فمثلا الغريزة الجنسية على سبيل المثال تتطلب إشباعا فإن الشخص الذي يريد الالتزام بالمبادئ الاجتماعية فهو إما يشبعها بالشكل المقبول اجتماعيا وهو الزواج وإما يكبتها ويتحكم فيها .

ثانياً : الأنا ((العقل)) ويطلق عليها الذات الشعورية حيث تتركز في الجانب الشعوري للإنسان والذي هو على صلة دائمة بالواقع، لأ، العقل يمثل الجانب الواعي أو المدرك في النفس البشرية .

والوظيفة الرئيسية للأنا أو العقل هي محاولة التوفيق بين بين الميول والنزعات الغريزية وبين ما تقتضيه الحياة الاجتماعية من احترام للقيم والمبادئ السائدة في المجتمع .

ثالثا : الأنا العليا ((الضمير)) ويطلق عليها الذات المثالية حيث تمثل الجانب المثالي للنفس البشرية حيث تتركز فيها المبادئ والقيم الاخلاقية المستمدة من الاديانم السماوية والمتوارثه عبر الاجيال السابقة[٣٦] .

وتتمثل وظيفتها في أنها تمد العقل بالقوة اللازمة لردع الميول والنزعات الغريزية التي تصعد من الانا الدنيا ، وتمارس هذه الوظيفة عبر تأنيب العقل وإشعاره بالذنب كلما سمح بتغليب الغرائز والشهوات على مقتضيات الحياة الاجتماعية .

وعلي ضوء ذلك التقسيم فسر فرويد السلوك الاجرامي بأحد أمرين :

الامر الاول : إخفاق العقل أو الانما في تهذيب النفس وتحقيق التوافق المطلوب بين الميول والنزعات الغريزية وبين المبادئ الاجتماعية السائدة .

الامر الثاني : إنعدام الضمير أو الانا العليا أو عجزها عن ممارسة وظيفته في السمو بهذه الميول وذلك لعدم قيامه بتأنيب العقل .

وفي كلتا الحالتين تصعد النزعات الغريزية من منطقة اللاشعور الي منطقة الشعور دون احترام أو تقييد بالقواعد والضوابط الاجتماعية والاخلاقية الواجبة و الاتباع .

وقدم فرويد صورا عديدة لما يحدث للنفس البشرية من خلل يؤدي الي ارتكاب الجريمة نذكر منها عقدة الذنب وعقدة أوديب .

ويقصد بعقدة الذنب ما يصيب الفرد من احساس بالذنب بعد ارتكاب جريمة ما أو سلوكا غير مشروع نتيجة عدم ممارسة الضمير وظيفته في مراقبة العقل وردعه، وينتاب الشخص هذا الاحساس عندما يستيقظ الضمير ويستعيد وظيفته في تأنيب العقل وإشعاره بالذنب وقد يسيطر هذا الشعور على الفرد لدرجة الاحساس بأنه جدير بالعقاب فيندفع تحت تأثير هذا الشعور الي ارتكاب جريمة مفضلا الم العقوبة على الم الاحساس بالذنب حتي يتخلص من الالم النفسي الذي يعاني منه وغالبا ما يحرص هذا النوع من المجرمين على ترك دليل أو اثر يساعد في التعرف عليه والقبض عليه وقد يصل الامر الي حد الاعتراف بجريمة لم يرتكبها من الاساس .

أما عقدة أوديب فتنشأ نتيجة صراع كامن في اللاشعور وتفسر ارتكاب بعض الجرائم ، ومؤدي عقدة أوديب أن الغريزة الجنسية للإبن تتجه لا شعوريا نحو الام والذي ينتج عنه احساس الابن بالغيرة من أبيه نتيجة العلاقة العاطفية التي تربط الاب والام ، وفي نفس الوقت يشعر الابن نحو أبيه بالحب نتيجة قيام الاب برعاية هذا الابن وتلبية رغباته ومتطلبات حياته ، فيتولد شعور مزدوج بالحب والكراهية داخل الابن نحو أبيه ، واذا لم يقم العقل هنا بوظيفته في ضبط هذه المشاعر ووضعها في الاطار الذي يتفق مع القيم والتقاليد السائدة في المجتمع فإنا ابن سيقدم على ارتكاب جريمة[٣٧] .

ويقابل عقدة أوديب ما يعرف بعقدة اليكترا وهي ميل البنت الي أبيها جنسياً .

تقدير النظرية:

أبروت هذه النظرية دور الجانب النفسي للشخصية الانسانية وتفسيره للسلوك الاجرامي ، وهو ما كشف عن إمكانية علاج بعض طوائف المجرمين المصابين بخلل نفسي ومع ذلك وجهت اليها عدة انتقدات منها :

أولاً: حاولت هذه النظرية إرجاع كل صور سلوك الفرد وردود أفعاله الي عامل نفسي والحقيقة أن طريقة التحليل النفسي تؤدي الي نتائج مبالغ فيها ولا يمكن التسليم بها بصورة كلية .

ثانياً: ليس صحيحا أن ضعف الضمير يقود حتما الي ارتكاب الجريمة ، فهناك من الناس من يضعف ضميرهم ولكنهم لا يقدمون على ارتكاب جريمة ، فقد أغفلت هذه النظرية دور العوامل الاخري التي قد تساهم مع الخلل النفسي في الاقدام على ارتكاب جريمة[٣٨] .

ثالثاً: يقود منطق النظرية الي اعتبار أن جميع المجرمون يتميزن بالقسوة وغلظة القلب وانعدام العواطف وذلك كنتيجة منطقية لتخل الانا العليا أو الضمير وسيطرة الانا الدنيا أو النفس وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها حيث أثبتت الدراسات والأبحاث أن هذه الصفات لا تصدق على كافة المجرمين .

الاتجاه الاجتماعي في تفسير الظاهرة الاجرامية:

علي عكس الاتجاه الفردي الذي يفسر الظاهرة الاجرامية بأسباب فردية تتعلق دائما بالشخص ذاته ، جاء الاتجاه الاجتماعي في تفسير الظاهرة الاجرامية ، ويستند في ذلك الي أسباب تتعلق بالظروف الخارجة على الفرد سواء الظروف الاجتماعية أوالاقتصادية أوالثقافية أوالسياسية وغيرها من الظروف المحيطة .

ونشأ هذا المذهب الاجتماعي في الولايات المتحدة الامريكية ، حيث علماء الاجتماع هذا السلوك الاجرامي لنفس القواعد التي يخضع لها كافة صور السلوك الاجتماعي ، وقد تعددت الدراسات التي أجريت في هذا الخصوص واتسمت في بادئ الامر بالطابع الفردي وذلك بدراسة حالات فردية وبحث نوعية معينة من الجرائم كل على حدة. وفي تطور لاحق ومحاولة لوضع تفسير عام ظهرت بعض النظريات المفسرة للسلوك الاجرامي استنادا لعوامل اجتماعية .

وقد سلكت هذه الدراسات الأخيرة أحد طريقين :

الأول : دراسة صور التنظيم الإجرامي وعلاقته بمعدل الجريمة وذلك لمحاولة التعرف على كيفية ظهور الجريمة وارتباطها بالتنظيم أو التركيب الاجتماعي .

الثاني : دراسة الكيفية التي يصير الفرد وفقا لها مجرما بدلا من أن يأتي سلوكه متماشيا مع القانون والضوابط الاجتماعية ولذلك تعددت النظريات الاجتماعية المفسرة للسلوك الاجرامي ، إلا أننا سوف نقتصر على بيان أهم النظريات[٣٩].

نظرية المخالطة الفارقة:

تنسب هذه النظرية الي عالم الاجتماع الامريكي سذرلاند ، الذي يسلم بنظرية التفكك الاجتماعي وبما خلصت اليه من نتائج ومع ذلك فقد وضع نظرية جديدة لتفسير السلوك الاجرامي بإعتباره ظاهرة إجتماعية .

ويرفض سذرلاند تفسير السلوك الاجرامي على أنه تعبير عن مجموعة من الحاجات ، لأن السلوك غير الاجرامي يكون هو الاخر تعبير عن نفس الحاجات ، فالحاجة كما تصلح لتفسير السلوك الاجرامي تصلح أيضا وبنفس الدرجة لتفسير السلوك المطابق للقانون ، فالحاجة الي المال قد تدفع الي السرقة كما قد تدفع الي مضاعفة العمل الشريف .

ويري سذرلاند أن السلوك الاجرامي يأتي من خلال التعلم فهو ليس سلوكا موروثا ، فالشخص يكتسب السلوك الاجرامي من خلال اختلاطه بالاشرار وخلطاء السوء وانفصاله عن الجماعة التي تحترم القانون . مع ملاحظة أن السلوك الاجرامي وفقا لما يراه سذرلاند يتم تفسيره من خلال التعلم المباشر من خلال العلاقات الشخصية المباشرة ، ولذلك يري أن وسائل الاعلام تلعب دورثانويا في هذا الخصوص باعتباره وسائل تعليم غير مباشر .

نظرية النظام الرأسمالي:

ظهر التفسير الاقتصادي للظاهرة االاجرامية بصورة واضحة على دي ماركس وأنجلز أصحاب فكرة النظام الشيوعي الاشتراكي ،وترتكز النظرية على مايشوب النظام الرأسمالي من مساوئ وما يتميز به من غياب لفكرة العدالة الاجتماعية .

فالنظام الرأسمالي يؤدي الي فتح باب المنافسة غير المشروعة بين التجار مما يؤدي الي احتكار السلع والخدمات ويدفعهم الي بذل الاساليب غير المشروعة لتحقيق أكبر ربح مثل الغش والاحتيال والمبالغة في رفع الاسعار والانتقاص من جودة السلع والخدمات التي يقدمونها[٤٠].

الاتجاه التكاملي في تفسير الظاهرة الاجرامية

بعد أن تناولنا محاولات الاتجاه الفردي والاتجاه الاجتماعي لتفسير الظاهرة الاجرامية ، نتناول الان الاتجاه التكاملي في تفسير الظاهرة الاجرامية الذي حاول الجمع بين الاستناد الي العوامل الفردية الخاصة بالفرد والعوامل الاجتماعية الخارجة عن الفرد لتلافي ما وجه اليهم من انتقادات ، ومن أهم النظريات التي قيل بها ضمن هذا االاتجاه نظرية التكوين أو الاستعداد الاجرامي التي قال بها العالم الايطالي دي توليو .

نظرية التكوين أو الاستعداد الاجرامي:

لم تقتصر هذه النظرية على فكرة تعدد الاسباب التي تؤدي الي تحقق السلوك الاجرامي ، وإنما بينت كيفية تفاعل هذه الاسباب مع بعضها في إنتاج الظاهرة الاجرامية .

وتقوم هذه النظرية على أن المجرم يكون لديه استعداد بعدم تقبل قواعد السلوك الاجتماعي

واحترام الاخرين في المجتمع ، وهو ما يمكن أن يطلق عليه الاستعداد الاجرامي لدي الفرد . ولكن هذا الاستعداد الاجرامي يعتبر حاله ساكنة لا تؤدي بالضرورة الي ارتكاب الجريمة وإنما تخلق لدي الفرد ميلا تجاه الإجرام . وهذا الميل لا يتحول الي جريمة الا إذا اقترن وتفاعل مع عوامل أخري خارجية ، بحيث يمكن القول أن أن الجريمة ما هي إلا نتيجة تفاعل عوامل داخلية تتعلق بتكوين الشخص وعوامل خارجية تتعلق بالبيئة المحيطة .

وذهب دي توليو الي أن الكشف عن الاستعداد الاجرامي لدي الفرد يتطلب دراسة متكاملة لتكوينة من ثلاث نواحي هي :

الناحية الاولي تتعلق بدراسة الاعضاء الخارجية للجسم للتعرف على ما يتوافر لديه من شذوذ ، حيث لاحظ دي توليو تميز المجرمين عن غيرهم بنسة كبيرة من العيوب الجسمانية(٤١).

الناحية الثانية تتعلق بدراسة وظائف الأعضاء والاجهزة الداخلية كالجهاز الدوري والتنفسي والبولي والهضمي والتناسلي ، ودراسة إفرازات الغدد الي غير ذلك ، حيث لاحظ دي توليو وجود خلل في بعض هذه الوظائف والاجهزة لدي المجرمين بنسبة أكبر من وجودها لدي غير المجرمين .

الناحية الثالثة تتعلق بدراسة الناحية النفسية للفرد للوقوف على مدي نشاط غرائزه وحاجاته . وقد لوحظ أن المجرم غالبا ما يكون مصابا بشذوذ في بعض الغرائز مثل الشذوذ الذي يصيب غريزة التملك فيؤدي الي ارتكاب جرائم الاعتداء على المال، وشذوذ غريزة الدفاع الذي يدفع الي ارتكاب جرائم الاعتداء على الاشخاص ، وشذوذ الغريزة الجنسية التي تؤدي الي ارتكاب جرائم الاعتداء على العرض .

وذهب دي توليو الي أن الاستعداد الاجرامي لدي الشخص يظل كامنا الي أن يوقظه ويتفاعل معه بعض العوامل والمؤثرات الخارجية مما يدفع الفرد الي ارتكاب الجريمة . ويقرر دي توليو أن هذا الاستعداد الاجرامي لا يتوافر لدي جميع الناس، بدليل أن العوامل الخارجية التي تدفع المجرم لارتكاب الجريمة لا تحدث هذا التأثير لدي غير المجرمين .

والعلة في ذلك أن السلوك الاجرامي أشبه بالمرض الذي تتوقف إصابة الجسم به على قدر ما يتمتع به من مناعة وقدرة على مقاومة جراثيمه . وكذلك الوضع بالنسبة للسلوك الاجرامي حيث يتوقف ارتكاب الجريمة على ضعف قدرة الشخص على التكييف مع مقتضيات الحياة الاجتماعية بسبب ما يصيبه من خلل عضوي و نفسي أدي الي توافر الاستعداد الإجرامي لديه(٤٢).

وقد قسم دي توليو الاستعداد الاجرامي الي نوعين، الاول استعداد اجرامي أصيل والثاني استعداد اجرامي عارض . فالاستعداد الاجرامي الاصيل يتميز بالثبات والاستمرار ويرجع الي وجود خلل عضوي ونفسي لدي الفرد يجعله يميل الي ارتكاب الجريمة وقد يصل ذلك الي حد الاعتياد على ارتكابها وكذلك الإقدام على أشدها خطورة . أما الاستعداد الاجراي العارض فهو ذو صفة عارضة ويرجع الي عوامل داخلية تتعلق بتكوين الفرد والي عوامل خارجية تؤثر على الفرد وتضعف من قدرته على التحكم في نزعاته الفطرية

فيرتكب الجريمة على سبيل المصادفة .

واستنادا الي فكرة الاستعداد الاجرامي قسم دي توليو المجرمين الي نوعين هما المجرم المجنون والمجنون المجرم .

فالمجرم المجنون هو شخص يرجع ارتكابه للجريمة الي تكوين كامن فيه وسابق على إصابته بالجنون، ولذلك فإن شفاء هذا المجرم من جنونه لا يمنع من احتمال عودته الي ارتكاب الجريمة لأن لديه الاستعداد الاجرامي لذلك وهذا الاستعداد يتصف بالثبات والاستمرار . أما المجنون المجرم فيرجع سبب ارتكابه للجريمه الي إصابته بالجنون فقط، ولذلك فإن شفاء هذا المجرم من جنونه يؤدي الي سبب زوال إجرامه وذلك لعدم توافر استعداد إجرامي لديه سابق على إصابته بالجنون .

ثم جاءت على أنقاض المدرسة التقليدية المدرسة الإيطالية الوضعية وتزعمها لمبروزو واهتمت هذه المدرسة بشخصية المجرم، ولم تهتم بمبدأ حرية الاختيار، وقررت حتمية الظاهرة الإجرامية، بمعنى أن الجريمة ثمرة لازمة لعوامل إجرامية لا يملك الجاني أمامها حرية، وهذه العوامل هي السمات الشخصية والعوامل البيئية التي إن وجدت مركبة في شخص ما فإن قدره هو أن يكون مجرماً، وفي هذه الحالة تعالج حال المجرم، باستئصال العوامل الإجرامية بالعلاج أو التهذيب أو أن يستأصل المجرم نفسه إذا تعذر استئصال هذه العوامل عنه وذلك حماية للمجتمع منها[٤٣].

ورائد هذه المدرسة لمبروزو وفيري قد ذهبا إلى أن معظم المجرمين غير منقطعي الصلة بالدين وأن كثيراً منهم يفهمون الدين على غير حقيقته، وموقفهما هذا يتفق مع تفسيرهما للظاهرة الإجرامية باعتبار أن الجريمة تقع من المجرم بطريقة حتمية ف حالة توافر العوامل التكوينية والشخصية والبيئية في شخص المجرم، وذلك بحكم أن هذه المدرسة لا تير اهتماماً لحرية الإرادة لدى المجرم، والتي تقرها كل الأديان وأثبتتها للنظريات العلمية الحديثة في تقريرها المسئولية الجنائية للمجرم، و اتجاه هذه المدرسة ناتج عن التحريف الذي وقع في الديانتين اليهودية والمسيحية وما أضيف إليهما من خرافات وأباطيل، وفي المقابل ما حذف منهما من قيم أخلاقية وتربوية دينية صحيحة ونتج عن كل ذلك أن خلط هؤلاء الباحثون بين الديانات السماوية والمعتقدات الأرضية التي سادت المجتمعات الغربية ويؤكد ذلك قول الفيلسوف الإنجليزي جون لوك عن الدين (إن الدين فردي خاص معينه في نفسي واستنبطه من ذات نفسي، ويستحيل على إنسان آخر في الدنيا بأسرها أن يهديني في الدين صراطاً مستقيماً إذا لم تهدني نفسي). فإنه لا يأخذ الدين عن غيره حتى ولو كان رسولاً وأن الدين عنده هو ما تستنبطه نفسه دون هداية من الغير أو الوحي.

وفي ذات الاتجاه أيضاً ذهب الفيلسوف الأمريكي (تومس بين) إلى أن الكفر بهداية الآخرين في الأخذ بدين عنهم، وإنما يكون الاهتداء بذلك عن كشف قونين الطبيعية بالعقل فقط فيقول (وإذا أردت أن تعرف كيف ينبغي للإنسان أن يسلك وأن يفكر في السياسة وفي الاقتصاد وفي العبادات، وفي كل جانب من جوانب الحياة فعليك بالعقل، يكشف لك عما يحقق الاضطراد والاتساق والنظام، ولا تركن في ذلك إلى حكم تحكم به الحكومة أو فتوى يفتي

بها رجال الدين)[٤٤] فهو يكتشف الدين بعقله وبما يظهر له من انتظام الأشياء دون الاستعانة برجال الدين... الخ.

وسلك نفس هذا الاتجاه أيضاً الدكتور رمسيس بهنام حيث أشار إلى أن المعتقدات الدينية السائدة كثيراً ما تساعد على ارتكاب بعض الجرائم باعتبارها عاملاً مساعداً خارجياً، وذكر بعض المعتقدات الخرافية منها: ما يعتقده بعض الناس من أن الرجل إذا لم يغتصب امرأة عذراء متمنعة بقهر مقاومتها وإتيانها كرهاً نزل الضعف برجولته وأصيبت مقدرته الجنسية بسوء مما أدى إلى وقوع جرائم اغتصاب الإناث كرهاً. ومنها أيضاً: عقيدة الأخذ بالثأر الموجودة في مصر وغيرها باعتبارها نوعاً من الرجولة وعمل فخار وكرامة، وأن عدم الأخذ بها يعد جبناً وضعفاً. ومنها كذلك: عقيدة الانتقام للعرض، فلا يبيح الرجل الشرقي للمرأة ما يستبيحه لنفسه، وليست المرأة في نظره خلافاً للحال في الغرب سيدة نفسها من الناحية الجنسية. ولذا يعد أي تصرف منها في جسدها عاراً خطيراً ما دام هذا الغير ليس زوجاً شرعياً، وكثيراً ما يقود ذلك إلى قتل المرأة محواً للعار سواء من أخ أو من قريب لها[٤٥].

وبهذا يتضح كيف أنه خلط بين المعتقدات العرفية أو المبتدعة من البشر والمعتقدات الدينية خاصة الشريعة الإسلامية التي تحرم اغتصاب المرأة والثأر، كما أنها تحرم الاعتداء على الأعراض بأي وجه تضع البديل الشرعي له، وهو الزواج بشروطه وأركانه التي تحفظ حياء المرأة وتحمي قدسية الأعراض في المجتمع.

ومن هذه المدارس الفكرية المدرسة النفسية التي قادها العالم النمساوي سيجموند فرويد.. وتتلخص نظريته في أن السلوك هو دائماً نتائج تفاعل عدة قوى متعارضة لدوافع ورغبات في غالب الأحوال غير شعورية دفينة وغير ظاهرة ولكنها ذات أهمية قصوى في تفسير سلوك الفرد وتشمل هذه الدوافع مجموعة من العقد التي تصيب الفرد المجرم وتفسر سلوكه منها:

أ- **عقدة أوديب:** وهي تنتج عن تعلق لا شعوري لإبن بأمه جنسياً مصحوباً بغيرة من الأب كمنافس له في حب أمه وذلك يورث لدى الإبن شعوراً بالذنب يوقعه في الصراع الوجداني.

ب- **عقدة الكترا:** وهي تنجم عن التعلق اللاشعوري للبنت بأبيها مما يترتب عليه من غيرة نحو الأم كمنافس.

ج- **عقدة الشعور بالخطيئة:** وهي دافع لا شعوري ينجم عن الصراع الذي يقوم في هذا الجانب للفرد نتيجة العقد النفسية المكبوتة والتي تورث قلقاً نفسياً يسيطر على من يحمله ويخل بتوازنه ويدفعه إلى ارتكاب السلوك الإجرامي لكي يقبض عليه ويعاقب ويتخلص بالتالي من هذا الشعور ويعود إليه توازنه بين الخير والشر[٤٦].

يلاحظ أن فرويد يقيم العلاقة بين الأب والبنت والإبن والأم بأنها علاقة جسدية جنسية حيوانية هابطة خلية من القيم الدينية والأخلاق والمثل العليا التي تحكم تصرفات الإنسان الذي كرّمه الله وميزّه بالعقل، ولذلك جاءت النظرية جدلية وسفسطائية

خالية من المنطق العلمي والبحث المقروء والمشهود في كل بقعة من البقاع في العالم من الرابطة العاطفية السوية والأنموذج الحي الملاحظ في قدسية العلاقة الأسرية في كل الأديان السماوية وحتى العادات الأرضية التي أظلتها الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها.

وعلى رأس هذه المدارس الفكرية في منظورها للأديان جاءت نظرية الفلسفة المادية لمنظرها الفيلسوف دارون، فقد أصابت الكنيسة في أوروبا أكبر زلزلة بموجبها وقادتها إلى نزع سلطان الكنيسة عن نفسها وأيضاً سلطان الدين، إذ كان الدين لديها ممثلاً في الكنيسة مجسماً فيها، وأغراهم بهذا أن العقيدة المسيحية أصبحت كما صورتها الكنيسة لا كما أنزلتها السماء فيها كثير مما يناقض العقل ويثقل على الأفهام وليست مشكلة التثليث إلا واحدة من المتناقضات. ولذلك تجردت أوروبا من نير الكنيسة وسلطان الدين معاً، وإرتدت بذلك رومانية كاملة لا يقف شيء في سبيل نزعتها المادية التي لا تعرف غير الجسد ونزواته، ولا تؤمن إلا بالواقع المادي الذي تبثه الحواس. وكان دارون بطل هذا الانقلاب في أوروبا حيث قرر حيوانية الإنسان ونفى عنه النفحة الإلهية التي رفعته عن مستوى الحيوان وهبط به إلى الأرض لا يحلق ولا يسمو إلى الملكوت الأعلى. إن نظرية دارون تهرب من البحث في مسالة نشوء الحياة على ظهر الأرض، هروباً من الاعتراف بوجود كائن أعلى يشرف على الحياة والأحياء ويتدخل في الخلق والإنشاء.

هذه النظرية الفلسفية المادية نشأت عنها كل النظريات الغربية الحديثة وكل الفلسفات المسيطرة عليها، منها نشأت شيوعية كارل ماركس في الشرق وفلسفة فرويد في أوروبا والبراجماتيزم في أمريكا، وكلها تمثل أصلاً واحداً وإن اختلفت المظاهر والفروع[٤٧].

ويشير الأستاذ محمد قطب إلى أن أثر هذه النظرية طال كل ما أنتجه العلماء في العلوم المختلفة في العهد الأخير[٤٨] ومن أهم هذه العلوم علم الإجرام والذي بدوره أثر في كل التشريعات الجنائية في جانبي التجريم والعقاب في كل الدول التي ارتضت القوانين الوضعية.

وهكذا نلاحظ من كل عرضنا في هذا المبحث أن العلاقة بين الدين والمدارس الفكرية الغربية تكاد تكون منقطعة الصلة ومتحررة أيضاً عن كل المعتقدات الدينية السماوية، بل مبتكرة لها ومتصادمة مع مبادئها الأخلاقية السامية في جمعها بين الروح والمادة والأخلاق والعلم. أما ما ورد عن بعض مفكريها من إشارات حول أثر الدين في تفسير السلوك الإجرامي إيجابياً أو سلبياً إنما هو من خلال فمهمهم للتدين الخاطئ أو المغلوط الذي لا يفرق بين الديانات السماوية والمعتقدات أو القيم أو الخرافات الأرضية. لذلك قد تكون الإباحية بين الرجل والمرأة في علاقتهما الجنسية مقبولة وفقاً لمنظور هذه المدارس للجريمة، وكذلك تناول المسكرات وتغيير الفرد لعقيدته كيفما يشاء وفي أي وقت، ولذلك تفتح أندية خاصة باللواط والعراة والشواذ جنسياً ولعب الميسر والمقامرة وغيرها من الأفعال التي تعد سلوكاً إجرامياً بالفطرة الدينية السليمة وبموجب أحكام الأديان السماوية

الصحيحة في أصلها الأول وبما قررته الشريعة الإسلامية من أحكام وقواعد آمرة وضابطة للسلوك الإنساني باعتباره الدين الخاتم الخالي من التحريف والتبديل والصالح لكل زمان ومكان.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية غنية بمفاهيم عن الجريمة وأسباب السلوك الإجرامي في القرآن والسنة، فظهرت تعريفات كثيرة للجريمة في الفقه الإسلامي، فمن الآيات ما ذكر فيه لفظ الجريمة من خلال اسم الفاعل، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا يَضْحَكُونَ﴾[المطففين: ٢٩] (٤٩).

ومنها ما ذكر فيه نمط السلوك الإجرامي، كالقتل والسرقة والزنا والفسوق والعصيان، إلى غير ذلك من الأفعال التي فهم المسلمون أنها جرائم من خلال طبيعتها، أو من خلال تعنيف الله تعالى لمرتكبيها، أومن خـــــلال ما فرضه من عقاب إزاءها، كقوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً وَلَقَدْ جَاءتْهُمْ رُسُلُنَا بِالبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيراً مِنْهُم بَعْدَ ذَلِكَ فِي الأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾ [المائدة: ٣٢].

وقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢].

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

وربط الرسول صلى الله عليه وسلم سبب السلوك الإجرامي بفقد الإيمان بالله تعالى، حين قال: (لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن) (٥٠).

كل ذلك جعل من الجلي الواضح عند المسلمين، منذ العصور الوسطى حتى اليوم، أن السلوك الإجرامي ناتج عن إغواء الشيطان للإنسان، وأن الجريمة هي كل عمل أو قول خالف شريعة الله تعالى ورسوله الكريم فعلاً أو امتناعاً أو قولاً.

ومن هذا المنطلق عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الجريمة تعاريف كثيرة من أهمها تعريف الماوردي لها بقوله: "الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير"(٥١).

ورغم هذه الإحاطة وهذا الشمول الذي اتصف بهما الطرح الإسلامي في هذا المجال فإن هذه الشريعة تركت مجالا واسعاً للمتغيرات وما يجد من أحداث، فهناك أفعال لم تجرم لا في القرآن الكريم ولا في السنة المطهرة بل جرمها أولو الأمر وعاقبوا عليها، وأجازت الشريعة لولي الأمر إباحة هذه الأفعال إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة.

خاتمة البحث

توصل الباحث من خلال عرضه ودراسته لموضوع البحث إلى أهم النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: **النتائج:**

١. قامت نظرية لمبوروزو حول المجرم بالميلاد دون دراسة كافية واستقصاء علمي ودقيق لمخرجات النظرية.

٢. ليس من الثابت أن شكل الإنسان طولاً أو قصراً أولوناً أو في تكوينه العضوي وتقاطيعه ما يقطع بتفسير سلوكه الإجرامي.

٣. نظرية لمبوروزو تولدت عن الفكر الفلسفي المادي الذي ينظر إلى الإنسان من خلال الجسد ونزواته والذي ينكر النفحة الروحية الإلهية فيه ولذلك جاءت مصطدمة مع الفطرة الجبلية الإيمانية المستقيمة لدى الإنسان منذ ولادته.

٤. النظرة الإرتدادية للإنسان المجرم إلى الإنسان البدائي المتوحش تبطلها الشريعة الإسلامية التي تقرر أن الإنسان خلق في أحسن تقويم وأفضل صورة وقام بواجب الخلافة وأجرى أحكام الله على الأرض منذ هبوط جده الأكبر النبي الكريم آدم عليه السلام.

٥. الإنسان يولد مفطوراً على التدين ثم يتأثر بمحيطه من أبويه وأسرته والمجتمع من حوله في الخير والشر والسوية والجريمة.

٦. حتمية ارتكاب المجرم بالميلاد للجريمة وضرورة استئصاله من المجتمع ليس لهما أصل من المنطق المشهود أو دين الفطرة المحمود.

٧. لا تفيد النتائج المذكورة أن الباحث يذكر بعض الآثار الإيجابية لنظرية لمبروزو مثل الالتفات إلى الطب الشرعي في دراسة الجريمة والطب النفسي والدراسات المتعلقة بسلوك المجرم من خلاله واستخدام المناهج العلمية في دراسة الظاهرة الإجرامية.. إلخ.

٨. من خلال هذا البحث يتضح ان تعريف الجريمة في الفقه الاسلامي يحتاج الى مراجعة واعادة صياغة، تتلافى اكبر قدر من الثغرات، وتجعله مفهوما عند غير المتخصصين، ودقيقا عند تداوله في المحافل العلمية والجوانب التطبيقية، حسبما تقتضيه روح العصر،، ونقترح، للمساعدة في تحقق هذه الصياغة، ما يأتي:

٩. ان تعرف الأفعال التي حرمها الله ورسوله وفرضت ازاءها عقوبة محددة بنص في الكتاب أو السنة، بأنها جرائم

١٠. ان تعرف الافعال التي حرمها الله ورسوله وليس لها عقوبة في الكتاب أو السنة، وتلك التي جرمها فقهاء الاسلام أو ولي الأمر، ورتبوا لها عقوبة اجتهادية، بانها مخالفات.

ثانياً: **التوصيات:**

١- الاستفادة من هذه الدراسة حول نظرية لمبوروزو حول المجرم بالفطرة أو الميلاد على ضوء معاني وأحكام الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تبين مفهوم الفطرة الإيمانية السليمة للإنسان منذ ولادته وذلك بإدخالها في مفردات علم الإجرام.

٢- ربط العلوم الاجتماعية والنفسية المادية الغربية بما يقابلها من قيم إيمانية صحيحة في الإسلام، مثل الإيمان بالله الحكيم العليم مدبّر الكون والمحيط بالإنسان جسداً وروحاً.

٣- الاجتهاد في البراهين التي تدحض النظريات الملحدة والتي تبطلها الشريعة الإسلامية التي تقرر أن الإنسان خلق في أحسن تقويم وأفضل صورة.

٤- على الآباء مراعاة التربية السوية لأبنائهم لأن الإنسان يولد مفطوراً على التدين ثم يتأثر بمحيطه من أبويه وأسرته والمجتمع من حوله في الخير والشر والسوية والجريمة.

٥- إجراء المزيد من الدراسات عن علم الإجرام لتفادي حتمية ارتكاب المجرم بالميلاد للجريمة للوصول إلى حل مستمد من المنطق المشهود أو دين الفطرة المحمود.

٦. التدريب على استخدام المناهج العلمية في دراسة الظاهرة الإجرامية.

المصادر والمراجع

١. الحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق الدكتور/ السيد محمد سيد وآخرين، مجلد ٦، ط١٤٢٦هت -٢٠٠٥

٢. د. شريف السيد صالح أحمد الخطيب، السنن الإلهية في الحياة الإنسانية وأثر الإيمان بها في العقيدة والسلوك، ط١، ، وما بعدها ط١ ١٤٢٥هـ ٢٠٠٥، الدار العثمانية – عمان.

٣. جابر أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، ج١

٤. الحافظ زكي الدين عبد الحفيظ بن عبد القوي المنذري، مختصر صحيح مسلم، حديث رقم ١٨٥٢ تحقيق.

٥. د. مصطفى ديب البغا، دار العلوم الإنسانية- دمشق- حلبوني، صحيح لشرح النووي، ج١٦، ص٢٠٧ وما بعدها، ط١٤٠٧- ١٩٨٧م.

٦. د. إبراهيم المشعال، المبادئ العامة لعلم الإجرام، ص١٩٤ و١٩٥، منشورات جامعة النقاط الخمسة، ط١، ٢٠٠٣ م في ليبيا.

٧. د. ثروت جلال، علم الإجرام وعلم العقاب، ص٨٢، ص١٢٩

٨. د. فتوح عبد الرحمن الشاذلي، علم الإجرام العام، ط٢٠٠٠م،

٩. د. فتوح عبد الله الشاذلي، دراسات في علم الإجرام،، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ط١، سنة ١٩٩١م.

١٠. د. محمد سعيد البوطي، الإنسان مسيّر أم مخيّر، ص١٠٦ و١٠٧، دار الفكر، مدشق، ط١٤١٨هـ – ١٩٩٧م.

١١. د. محمد عارف، الجريمة في المجتمع، ص١١١ وما بعدها، ط٢، سنة ١٩٨١م، نشر مكتبة الأنجلو المصرية.

١٢. سميح عاطف الزين، طريق الإيمان، ص٤٤ و٤٥، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط٤ سنة ١٩٨١م.

١٣. الشهيد/ سيد قطب ، في ظلال القرآن، مجلده ص ٢٧٧، ط٢٧، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، دار الشروق- القاهرة.

١٤. الشيخ محمد متولي الشعراوي، عقيدة المؤمن، ص١١٦ و١١٧، المكتبة التوفيقية، القاهرة.

١٥. عبد الرحمن محمد أبو قوتة، علم الإجرام، ص ٢٧٧و٢٨٨، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية.

١٦. عبد الكريم الخطيب، القضاء والقدر بين الفلسفة والدين، ص١٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، نقلاً عن إرادة الاعتقاد، وليم جيمس، ص١٥٤

١٧. كريس رونالد، ص١٣٤، ط١ سنة ١٩٦٨م، مؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر.

١٨. السيد رمضان، الجريمة والانحراف من المنظور الاجتماعي، (الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ١٩٨٥م)، ص.٦٣٢.

١٩. د. علي عبدالقادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، (بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، بت) ص.٣٧٣.

المراجع الأجنبية:

1. James William Coleman Coleman and Donald R.Cressy, Social Problems،third edition, Ne YorK Harperand Ro, pblishers, p. 406 - 5.
2. 928 - Herschl Prins, Criminl Behavior An Introdcion to ItsStdy and Treatment, Ne York Pitmanpblishing, 1973, p.47. 9-3911 -James William Coleman and DonaldR. Cressy, op.Cit, pp.407 - 406 12.

الهوامش :

* أستاذ مساعد - كلية القانون – جامعة الجزيرة .

١- د. محمد عارف، الجريمة في المجتمع، ص١١١ وما بعدها، ط٢، سنة ١٩٨١م، نشر مكتبة الأنجلو المصرية.

٢- ولد لمبوروزو في مدينة فينيس بإيطاليا عام ١٨٣٥ ودرس الطب ثم عمل في الجيش الإيطالي وعمل بالمستشفيات العقلية وعمل محاضراً في الطب العقلي في جامعة بافيا ثم استاذاً للطب العقلي والشرعي بجامعة تورنتو وهو صاحب كتاب (الإنسان المجرم) د. عبد الرحمن أبو قوتة ، علم الإجرم، ص٨٢ الهامش.

٣- المرجع السابق، ص١٢٦و١٢٨.

* ثم ظهر فى منتصف القرن التاسع عشر كتابات عديدة خاصة عن علم الإنسان وكان أبرز تلك الكتب كتاب "السير/ هنرى مين/Sir Henry James Sumner Maine" (القانون القديم/Ancient Law) عام ١٨٦١، ليلى هذه الكتب ظهور المدارس المتخصصة فى علم الأنثربولوجيا ومن أشهر هذه المدارس "مدرسة القانون المقارن" و"المدرسة التطورية" التى وجُهت لهما النقد فى مرحلة لاحقة. أما مع بداية القرن العشرين ظهرت أسماء شهيرة فى هذا المجال مثل "إميل دور كايم/Émile Durkheim"، بالإضافة إلى مدارس أنثروبولوجية هامة مثل (مدرسة الانتشار الحضاري) و (المدرسة الوظيفية) وكلاهما هاجمتا "المدرسة التطورية"، هذا إلى جانب "المدرسة البيئية".

٤- د. فتوح عبد الرحمن الشاذلي، علم الإجرام العام، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٩٣ ص٥٥، ط٢٠٠٠م،

٥- د. إبراهيم المشعال، المبادئ العامة لعلم الإجرام، ص١٩٤ و١٩٥، منشورات جامعة النقاط الخمسة، ط١، ٢٠٠٣ م في ليبيا.

٦- الجريمة في المجتمع، مرجع سابق، ص١٢٩.

٧- د. عبد الرحمن محمد أبو قوتة، علم الإجرام، ص٨٣، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.

٨- د. فتوح عبد الله الشاذلي، دراسات في علم الإجرام، ص٩١ وما بعدها، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ط١، سنة ١٩٩١م.

٩- علم الإجرام، مرجع سابق، د. محمد عارف، ص١٣٠-١٣١ د. ثروت جلال، علم الإجرام وعلم العقاب، ص٨٢، ص١٢٩.

١٠- الجريمة في المجتمع، مرجع سابق، د. محمد عارف، ص١٢٩.

١١- كريس رونالد، ص١٣٤، ط١ سنة ١٩٦٨م، مؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر.

١٢- دراسات في علم الإجرام، د. فتوح الشاذلي، مرجع سابق، ص٩١ وما بعدها.

١٣- د. إبراهيم المشعال، المبادئ العامة لعلم الإجرام، مرجع سابق، ص١٤٤ وما بعدها.

١٤- الشيخ محمد متولي الشعراوي، عقيدة المؤمن، ص١١٦ و١١٧، المكتبة التوفيقية، القاهرة.

١٥- سميح عاطف الزين، طريق الإيمان، ص٤٤ و٤٥، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط٤ سنة ١٩٨١م.

١٦- الشهيد/ سيد قطب في ظلال القرآن، مجلده ص٢٧٧، ط٢٧، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، دار الشروق القاهرة.

١٧- الشهيد/ سيد قطب ، في ظلال القرآن، مجلده ص ٢٧٧، ط٢٧، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، دار الشروق- القاهرة.

١٨- عبد الكريم الخطيب، القضاء والقدر بين الفلسفة والدين، ص١٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، نقلاً عن إرادة الاعتقاد، وليم جيمس، ص١٥٤.

١٩- عقيدة المؤمن، مرجع سابق، صا ١١٦-١١٧.

٢٠- الحافظ زكي الدين عبد الحفيظ بن عبد القوي المنذري، مختصر صحيح مسلم، حديث رقم ١٨٥٢، ص٥٥٢ تحقيق د. مصطفى ديب البغا، دار العلوم الإنسانية- دمشق- حلبوني، صحيح لشرح النووي، ج١٦، ص٢٠٧ وما بعدها ، ط١٤٠٧- ١٩٨٧م، ص٥٩٣.

٢١- سيد قطب، في ظلال القرآن مرجع سابق، ص٢٧٦٧.

٢٢- مختصر صحيح مسلم، المنذري، مرجع سابق، حديث رقم ١٩٩٣، ص٥٩٢.

٢٣- د. محمد سعيد البوطي، الإنسان مسيّر أم مخيّر، ص١٠٦ و١٠٧، دار الفكر، مدشق، ط١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٢٤- الحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق الدكتور/ السيد محمد سيد وآخرين، مجلد ٦، ص٣٢٠، ط١٤٢٦هت -٢٠٠٥، د. شريف السيد صالح أحمد الخطيب، السنن الإلهية في الحياة الإنسانية وأثر الإيمان بها في العقيدة والسلوك، ط١، ص٢٠٩م، وما بعدها ط١ ١٤٢٥هـ ٢٠٠٥، الدار العثمانية – عمان، جابر أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، ج١ ص.

٢٥- صحيح مسلم بشرح النووي، ج١٦، ص٢٠٧ وما بعدها مرجع سابق.

٢٦- د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص ١٤١ و١٤٢، وقد نقله عن صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج١٦ ص٢٠٦ و٢٠٧ وما بعدهما.

٢٧- الحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق الدكتور/ السيد محمد سيد وآخرين، مجلد ٦، ص٣٣٠، ط١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م.

٢٨- المرجع السابق.
٢٩- محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص ١٤١ و١٤٢.
٣٠- محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص ١٤١ و١٤٢، وقد نقله عن صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج١٦ ص٢٠٦ و٢٠٧ وما بعدهما.
٣١- د. إبراهيم المشعال، المبادئ العامة لعلم الإجرام، ص١٩٤ و١٩٥، منشورات جامعة النقاط الخمسة، ط١، ٢٠٠٣ م في ليبيا.
٣٢- موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، عالم الكتب، القاهرة، ط ،١سنة ١٩٨٥م، ص .٦٧خضر.
٣٣- المرجع السابق.
٣٤- فتوح عبد الرحمن الشاذلي، علم الإجرام العام، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٩٣ ص٥٥، ط٢٠٠٠م،
٣٥- حسن الساعاتي ، التحليل الاجتماعي للشخصية ، المجلة الجنائية القومية ، مارس ، ١٩٥٨ ، ع١ ، ص٨٠.
٣٦- حسن الساعاتي ، التحليل الاجتماعي للشخصية ، المجلة الجنائية القومية ، مارس ، ١٩٥٨ ، ع١ ، ص٨٠.
37- James William Coleman Coleman and Donald R.Cressy، Social Problems،third edition، Ne YorK Harperand Ro، pblishers، p. 406.
٣٨- علي عبدالقادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، (بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ب ت) ص.٣٧.
٣٩- علي عبدالقادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، (بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ب ت) ص.٣٧.
٤٠- علي عبدالقادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، (بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ب ت) ص.٣٧.
٤١- السيد رمضان، الجريمة والانحراف من المنظور الاجتماعي، (الاسكندرية: المكتب الجامعي الحديث،١٩٨٥م)، ص.٦٣.
٤٢- محمد شحاتة ربيع وآخرون، علم النفس الجنائي، القاهرة:دار غريب،١٩٩٥م)،ص.٩٢.
43- James William Coleman Coleman and Donald R.Cressy، Social Problems،third edition، Ne YorK Harperand Ro، pblishers، p. 406.
٤٤- د. إبراهيم المشعال، المبادئ العامة لعلم الإجرام، مرجع سابق، ص١٣٠ وما بعدها.
٤٥- د. إبراهيم المشعال، مرجع سابق، ص١٣٨ وما بعدها.
٤٦- عبد الرحمن محمد أبو قوتة، علم الإجرام، ص ٢٧٧و٢٨٨، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية.
٤٧- عبد الكريم الخطيب، القضاء والقدر، بين الفلسفة والدين ص٨٠ نقلاً عن حياة الفكر في العالم الجديد، ص٣٥.
٤٨- عبد الكريم الخطيب، مرجع سابق، ص١٠، نقلاً عن حياة الفكر في العالم الجديد، ص٣٤.
٤٩- علم الإجرام، ج١، ص١٣٩-١٤٠، ط٣، نشر منشأة المعارف- الإسكندرية.
٥٠- علي عبدالقادر القهوجي، مرجع سابق، ص.٣٨.
٥١- البخاري، صحيح البخاري، ٦٧٧٢.
٥٢- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،