بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة كلية الشريعة

تصـــدر عن كليتـــي الشريعـــة (مدنـــي، الهلاليـــة)

بجامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم – ولاية الجزيرة – السودان

السنة الخامسة – العدد العاشر

رجب ١٤٤٤هـ – يناير ٢٠٢٣م

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

رابط المجلة:: http://uofq.edu.sd/magazine/arCopies/getMagazineID/3

التصميم والإخراج الفني

محي الدين علي فضل الله – ٠١١١١٢٣٩٢٣

الطابعون

مطبعة الفرقان – الخرطوم – ٠١٢٢٦٣١٨٣٤

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

أ.د. محمد عبدالله سليمان

رئيس هيئة التحرير

د. الوسيلة عبدالرحمن على

نائب رئيس هيئة التحرير

د. محمد بشير محمد الخليفة

مدير التحرير

د. الزلفا عبدالله مصطفى محمد أحمد

هيئة التحرير

١/ د. أحمد الزين أحمد حامد

٢/ د. محمود مهدي الشريف خالد

٣/ د. عائش على عودة أبوعاذرة

٤/ د. محمد عبدالله الزبير

٥/ د. برير سعدالدين الشيخ

٦/ د. وفاء عبدالحي عثمان

٧/ د. فاطمة عبدالباسط فضل الله

٨/ د. سهام عثمان محمد عبدالله

الهيئة الاستشارية

١/ أ. د/ على العوض عبد الله الصاحب

٢/ أ. د/ الخضر علي إدريس

٣/ أ. د/ محمد الفاضل أحمد موسى

٤/ أ. د/ عبدالله الزبير عبدالرحمن

٥/ أ. د/ معاوية أحمد سيد أحمد

٦/ د. عوض الحسن النور

٧/ د. بهاء الدين الأمين محمد نور

٨/ د. الطاهر عبدالكريم ساتي

٩/ د. محمد بشير إبراهيم

التدقيق اللغوي

د. إحسان علي الحاج

شروط وضوابط النشر

1- تنشر المجلة البحوث والدراسات في مجالات المعرفة المتعددة، من داخل وخارج الجامعة، وذلك باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية.

2- أن يُمثِّل البحث إضافة أو مساهمة عملية جادة في العلم والمعرفة في أيٍّ من حقول البحث العلمي.

3- ألا يكون البحث قد سبق نشره، أو مقدماً للنشر لدى جهة أخرى.

4- ألا يكون جزءاً من رسالة علمية نال بها الباحث درجة علمية.

5- أن يشتمل البحث على:

أ. ملخص البحث، ويُكتب بلغتين.. فإذا كان البحث باللغة العربية يكون الملخص باللغة العربية واللغة الإنجليزية، وإذا كان البحث بغير اللغة العربية فيكون الملخص بلغة البحث وباللغة العربية، على ألا يزيد الملخص عن 200 كلمة، وأن يتضمن الملخص: (أهمية البحث، ومشكلته، وأهدافه، ومنهجه، وأهم النتائج والتوصيات).

ب- المقدمة وتتضمن: (الأسباب والأهمية والمشكلة أو الأسئلة والأهداف والبحوث والسابقة والمنهج والهيكل) باختصار غير مخل.

ج- متن البحث: (يقسم على مباحث أو مطالب ونحوهما) وخاتمة بالنتائج والتوصيات وموثقاً للمعلومات وفق المنهج العلمي وأن توضع قائمة المصادر والمراجع في ذيل البحث بدون تكرار.

6- يقدم البحث مطبوعاً من ثلاث نسخ ورقية على برنامج (Word) وبخط (Simplified Arabic) بحجم الخط 14 لنص المتن، و12 للتوثيق في الهامش فيما يخص البحث باللغة العربية، وخط (Times New Roman) للبحث باللغتين الإنجليزية والفرنسية، ويسلم البحث كنسخة رقمية على أسطوانة (CD).

7- أن لا تزيد صفحات البحث عن (25) صفحة (A4) ولا تقل عن (15) صفحة، بما في ذلك الأشكال والملاحق والمراجع، أما بالنسبة للبحوث باللغة الإنجليزية والرياضيات فالحد الأعلى (15) صفحة ولا تقل عن (10) صفحات.

8- يتم إرسال البحث باسم رئيس هيئة تحرير المجلة عبر البريد الإلكتروني للمجلة (sharea@uofq.edu.sd).

9- تخضع جميع البحوث الواردة للتحكيم المتخصص علمياً وأن المجلة غير ملزمة برد أي بحث إلى صاحبه مطلقاً.

10- يتحمل الباحث مسؤولية إخلاله بالأمانة العلمية عن بحثه وما يترتب على ذلك.

11- يرفق الباحث الرئيس مع بحثه نبذة تعريفية عن نفسه، تشمل: تخصصه الدقيق، وعنوانه، وأرقامه السارية للتواصل معه.

الفهرست

الموضوع	مقدم الموضوع	الصفحة
الفهرست		٦
افتتاحية العدد		٧
أسباب الحمل على المذهب الواحد (دراسة تطبيقية)	د. عبدالله بن سليمان بن عامر السيد	٩
منهج القاضي شريح في التوريث (جمعاً ودراسة)	د. الهادي عبدالله الحسن محمد	٣٩
أحكام حماية الفولكلور في القانون السوداني	د. سيف الدين أحمد أحمد البدوي	١٠٧
حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية	د. يونس أحمد آدم القدال	١٣٧
الحماية المدنية للعلامة التجارية في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية	د. عادل عبد الحميد عامر محمد على	١٦٥
عبء الإثبات وتطبيقاته القضائية	د. مصطفى عثمان عبدالله	١٩٣
المرجعية الشرعية والقانونية لمشروع "مسام" لإزالة الالغام	د. محمد سعيد محمد آل ظفران	٢١٩
أوجه الائتلاف والاختلاف بين القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)	د. أزهري عباس الطاهر	٢٥٩

افتتاحية العدد

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

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

لقد أتى هذا العدد من المجلة وفي طياته عدد ثمانية بحوث في مجال الفقه وأصوله، والقانون، مستوعباً لمحاور المجلة.

البحث الأول تحت عنوان: (**أسباب الحمل على المذهب الواحد (دراسة تطبيقية)**)، كتبه الدكتور/ عبدالله بن سليمان بن عامر السيد، حيث أن حَمْل الناس وإجبارهم على رأي واحد يُعد مُشْكِلا ومحل نقد واعتراض لدى العامة والخاصة.

والبحث الثاني جاء بعنوان: (**منهج القاضي شريح في التوريث (جمعاً ودراسة)**) للدكتور/ الهادي عبدالله الحسن محمد، وفيه جمع الباحث آراء القاضي شريح في الميراث، ووقف على مقارنتها بالمذاهب الفقهية.

أما البحث الثالث فقد ورد بعنوان: (**أحكام حماية الفولكلور في القانون السوداني**)، للدكتور/ سيف الدين أحمد أحمد البدوي، وقد هدف البحث للتعريف بمدلول معنى الفولكلور من جانب قانوني، وإيضاح الحماية القانونية للفولكلور السوداني في التشريع السوداني.

والبحث الرابع بعنوان (**حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية**) كتبه الدكتور/ يونس أحمد آدم القدال، أبرز البحث التشريعات السودانية لحقوق المستهلك في كافة مراحل التعاقد الإلكتروني.

وجاء البحث الخامس تحت عنوان: (**الحماية المدنية للعلامة التجارية**

في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية) للدكتور/ عادل عبدالحميد عامر محمد علي، حيث هدفت الدراسة إلى التعريف بالحماية المدنية للعلامة التجارية، وأنواعها، وصورها، وبيان مدى اتفاق القانون السوداني مع المواثيق الدولية في حمايته للعلامة التجارية.

أما البحث السادس بعنوان: (**عبء الإثبات وتطبيقاته القضائية**) للدكتور/ مصطفى عثمان عبدالله، أبان أن الإثبات وسيلة من وسائل الإقناع التي يقدمها الأشخاص للدفاع عن واقعة معينة تستلزم ذلك فهو إقامة الدليل على وجود واقعة ما أو حقيقة قيام الحق.

البحث السابع جاء بعنوان: (**المرجعية الشرعية والقانونية لمشروع "مسام" لإزالة الألغام**) للدكتور/ محمد سعيد محمد آل ظفران، يهدف البحث إلى بيان القوانين والاتفاقيات الدولية المعمول بها تتفق جميعها على حماية المدنيين من أخطار الألغام الموجهة ضد الأفراد.

أما البحث الثامن فقد ورد تحت عنوان: (**أوجه الائتلاف والاختلاف بين القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)**) للدكتور/ أزهري عباس الطاهر، أبان الباحث فيه أوجه الائتلاف والاختلاف بين القانون الدولي الإنساني والدولي لحقوق الانسان فيما يحدث من الخلط وعدم التمييز في كثير من الأحيان التعرف على الأحكام القانونية بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ومجالات تطبيق كل منهما.

رئيس تحرير المجلة

أسباب الحمل على المذهب الواحد "دراسة تطبيقية"

د. عبدالله بن سليمان بن عامر السيد*

مستخلص

حَمْل الناس وإجبارهم على رأي واحد قد يكون فيه من الضيق والحرج ما لا يخفى، وتعدد المذاهب في الفقه الإسلامي وخلافها (الافضل اختلافها) المعتبر؛ يسمح لاختيار الفقيه ما يظنه راجحا في النظر، فهذا هو الأصل، ولكن قد يكون الاستثناء في بعض المسائل مغايرا لذلك النوع من فسحة الاجتهاد؛ فَيُلزم الحاكم أو القاضي والمفتي بمذهب أو قول خاص للناس فيحملهم عليه دون غيره، وهذه الدراسة تبحث في الأسباب التي تجعل ذلك التعسف مشروعا وله مبررات في الفقه الإسلامي، مع تأصيل ذلك عبر القواعد والأصول، وشيء من التطبيقات الفرعية.

الكلمات المفتاحية: أسباب – الحمل – الأخذ – مذهب – القول – المذهب – الرأي – الواحد.

Abstract

Forcing people into a single opinion that might cause a real distress and embarrassment, and the multiplicity of schools in Islamic jurisprudence and its perceived disagreement, allows jurists to choose what they think is very likely to consider, that is the basis. However, in some cases, the exception might differ from independent reasoning. Thus, the governor, judge, and Mufti force people by a particular school of jurisprudence or statement. This study examines why such arbitrariness is legitimate and justified in Islamic jurisprudence, with this rooted in rules fundamentals and some subordinate applications.

Keywords:
Reasons – forcing - considering – school – saying - single opinion

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على النبي الأمين عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فإن الاختيار الفقهي في الفتوى أو الترجيح العلمي أو العمل عموما يقتضي أحيانا الإلزام بالرأي وحمل الرعية على قول واحد في المذهب من مجموع الأقوال في الفقه المقارن؛ وذلك لاعتبارات أصولية ومقاصدية وغيرها مما هو مختص بالسياسة الشرعية، ولا يخفى دور الفتوى ونحوها وأثرها في حياة المجتمعات، وارتباطها بكثير من سلوكيات وأفعال الناس الدينية والدنيوية، وفي هذه الدراسة أتناول بعض الأسباب التي يحتاجها الفقيه للقيام بواجبه نحو المجتمع.

فكرة الدراسة:

في الجملة حَمْل الناس وإجبارهم على رأي واحد يُعد مُشْكِلا ومحل نقد واعتراض لدى العامة والخاصة؛ لما قد يكون فيه من الضيق والحرج، ولكن هذا الأمر ليس مطّرِدا ودائم اللزوم في الفقه الإسلامي، فكما هو معروف في أصول التشريع لكل قاعدة استثناء، ومن هنا يكون الحمْل وقصر المجتمعات على مذهب واحد من قبيل الاستثناء الذي يخضع لظروف الزمان والمكان بحسب كل مسألة، وفي هذه الدراسة سيتم عرض الأسباب التي تسوِّغ الحمل على المذهب الواحد، مع بيان مشروعية ذلك الحمل، والبحث في تأصيل تلك المسوغات في الشريعة الإسلامية وذكر شيء من تطبيقاتها في الفقه الإسلامي.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى عدة غايات منها ما يلي:

- الوقوف على التأصيل الشرعي للحمل على المذهب الواحد.
- الوقوف على الأسباب المفضية إلى الحمل على المذهب الواحد.
- كشف ما في التراث الإسلامي عامة، وتراث السياسة الشرعية خاصة؛

من فوائد ومباحث قيمة صالحة للإفادة منها في واقعنا المعاصر.

- الكشف عن بعض سمات الشريعة الإسلامية، وبعض الأوجه لمرونتها في التطبيق.
- التوجه إلى الواقع في معالجة المسائل الشرعية ومدارستها، وبخاصة فيما يتعلق منها بمحتوى التراث الفقهي والشرعي.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة من أهمية المشكلة التي تعالجها، والأهداف التي ترغب في تحقيقها؛ حيث إنها تعالج واحدة من مسائل السياسة الشرعية المهمة من حيث كونها مسألة متماسة مع واقع الناس، وإدارة شؤون حياتهم في أحد أهم جوانبها، وهو الجانب المتعلق بشريعتهم التي يحيون بها ويمارسون حياتهم على ضوء تعاليمها ومبادئها، فمسألة الحمل على المذهب الواحد أو القول الواحد، مسألة لا تعني طرفا واحد فقط، وإنما تعني كافة أطراف المجتمع، سواء كان ولي أمر أو كان مأمورا، ومن ثم تتأتى أهمية هذه الدراسة كما ذكرنا، كما أن هذه الدراسة توضح إلى أي مدى قيمة الاجتهاد ضرورية في واقع الناس عموما وفي الزمن خاصة، وتبين أهمية وجود المجتهد الشرعي في الأمة.

منهجية الدراسة:

اتبعت في العرض والتقرير المنهج الوصفي التحليلي، حيث استقرأت مواضع المسألة محل البحث في مظان ورودها، ووقفت على تحليلها وفقا للضوابط العلمية للبحث في الفقه لإسلامي والسياسة الشرعية.

خطة الدراسة:

ومن ثم نتج عن ذلك المخطط التالي للبحث:

المقدمة: فكرة الدراسة وأهميتها وأهدافها..

التمهيد: التأصيل النظري للحمل على المذهب الواحد على العموم.

المبحث الأول: الحمل على المذهب الواحد لأجل السياسة الشرعية،

ويندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول: التأصيل الشرعي للحمل على المذهب الواحد لأجل السياسة الشرعية.

المطلب الثاني: تطبيقات عملية للحمل على المذهب الواحد لأجل السياسة الشرعية.

المبحث الثاني: الحمل على المذهب الواحد للوقوف على مقاصد الشريعة، ويندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول: التأصيل الشرعي للحمل على المذهب الواحد للوقوف على مقاصد الشريعة.

المطلب الثاني: أنموذج مقاصدي في الحمل على المذهب الواحد.

المبحث الثالث: الحمل على المذهب الواحد عبر القواعد والأصول الكلية، ويندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول: التأصيل النظري للحمل على المذهب الواحد الموافق للقواعد والأصول الكلية.

المطلب الثاني: تطبيقات عملية للحمل على المذهب الواحد الموافق للقواعد والأصول الكلية.

ثم **خاتمة الدراسة** وفيها أهم النتائج والتوصيات، وعقبها قائمة بمصادر البحث ومراجعه.

حول هذه القضايا والموضوعات المهمة سيكون الطرح والمعالجة مع التوخي للتركيز والبعد عن الاستطراد، ونسأل الله التوفيق والإعانة.

التمهيد

التأصيل النظري للحمل على المذهب الواحد على العموم

الشريعة بُنيت على سهولة قبولها في نفوس الناس، لأنها شريعة فطرية سمحة، وليست نكاية ولا حرجاً، فهي تحمل الناس على المصالح حملاً أقصى ما يمكن أن يكون الحمل(لفظ الحمل يتناسب مع ماهو شاق على النفس ولايناسب استعماله هنا) من الرحمة والتيسير؛ إذ لا فائدة في التشريع إلا العمل به[1]. ومن هنا كان العمل في

الاجتهاد لموافقة الحوادث ومعرفة وجه الحق فيما يجد منها، وبهذا الاعتبار يجوز الحمل على المذهب الواحد؛ لكونه من النظر السائغ في طلب الحكم ومراعاة حال الواقع، وإتيان الاجتهاد وتحقيقه في النوازل وغيرها واجب كفائي على العلماء، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢]، قال تعالى: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣].

وفي هذا مقنع في دفع القدح في العمل بالقول الواحد إذا ورد عن عالم شرعي باجتهاد معتبر. فللمكلف الذي عمل بهذا القول، طبّق ما وصل إليه علمه وجهده، وهو عند الله حكمه، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وهذا الأمر ليس في الاجتهادي فحسب، بل جار في نص الشرع، إذا ورد بحكم في نازلة وكان ظنيًّا محتملا للاختلاف التطبيقي، ولم يقل أحد بالوقف عن العمل مع قيام ذلك الإمكان الظني، ولكن يتجه العلماء للترجيح عبر الاجتهاد.

وقد ورد عن العلماء في التشريع الإسلامي ما يقارب ذلك، وهو مسألة الاختلاف في النسخ في حق المكلف الجاهل بالناسخ إن وجد، فالمكلف معذور بالإجماع؛ وبهذا فقد اندفع الإشكال فيما إذا لم يوقف في النازلة من صاحب الشرع إلا على حكم واحد، ولا من المجتهد إلا على قول واحد، وهكذا أيضاً إذا كان للمجتهد قولان، إذ قد ثبت باجتهاده أن كل واحد منهما من الشرع، ولم يثبت النسخ والرجوع بيقين[٢]. (تحتاج الفكرة إلى ايضاح اكثر).

فمن هنا جاز الحمل على المذهب الواحد أو الاقتصار عليه في العمل؛ لأجل الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وهو ما جاء في فتاوى العلماء والفقهاء، ولا ينبغي أيضا في المقابل أن

يحمل على مذهبه من غير ضرورة كما قال القاضي عياض: "لا ينبغي للآمر بالمعروف والناهي عن المنكر أن يحمل الناس على مذهبه، وإنما يغير ما اجتمع على إحداثه وإنكاره"(٣).

مسألة ما يحمل عليه الناس : والذي ينبغي أن يحمل عليه الناس في الغالب هو الوسط الذي لا يكون فيه شدة ولا عكسه من التحلل والترخص، وقد وضّح الشاطبي أن المفتي البالغ درجة الاجتهاد "هو الذي يحمل الناس على المعهود الوسط فيما يليق بالجمهور؛ فلا يذهب بهم مذهب الشدة، ولا يميل بهم إلى طرف الانحلال، والدليل على صحة هذا أنه الصراط المستقيم الذي جاءت به الشريعة؛ فإنه قد مر أن مقصد الشارع من المكلف الحمل على التوسط من غير إفراط ولا تفريط، فإذا خرج عن ذلك في المستفتين؛ خرج عن قصد الشارع، ولذلك كان ما خرج عن المذهب الوسط مذموما عند العلماء الراسخين، وأيضا فإن هذا المذهب كان المفهوم من شأن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه الأكرمين، وقد رد عليه الصلاة والسلام التبتل. وقال لمعاذ لما أطال بالناس في الصلاة: "أفتان أنت يا معاذ"(٤).

وللحمل على المذهب الواحد أسباب كثيرة أشهرها ثلاثة أسباب نعرضها في المباحث التالية وأولها الحمل على الرأي الواحد أو المذهب الواحد لأجل المصلحة المرجوة أو المفسدة المضرة، وكلاهما لابد أن يكون متيقنا منه في الحال والمآل، وهو ما يعرف بالسياسة الشرعية.

المبحث الأول
الحمل على المذهب الواحد لأجل السياسة الشرعية

توطئة

تعريف السياسة الشرعية

أشهر الأسباب وأوسعها شمولا لحمل الناس على المذهب الواحد: ما يُعرف بـ"السياسة الشرعية"، ومن لفظه يتضح

أنه معنى واسع يضم تحته فروع كثيرة، ويتضح أيضا أنه أكثر اختصاصا بالحاكم الفقيه الذي يجمع بين العلم النظري وفهم الواقع العملي، وهو يتعلق بمصالح الأمة وتيسير حياة الرعية ودفع المفاسد العامة وجلب المصالح العامة لهذه الأمة ولعموم الرعية، وسنشير لمعناه فيما يلي:

أولاً: في اللغة:

قال ابن منظور: "والسوس: الرياسة، يقال ساسوهم سوسا، وإذا رأسوه قيل: سوسوه وأساسوه. وساس الأمر سياسة: قام به، ورجل ساس من قوم ساسة وسواس"(٥). وقال الفيومي: "ساس زيد الأمر يسوسه"(٦).

ويتضح أن كلمة السياسة تطلق في اللغة بإطلاقات متعددة، ومعناها في جميع إطلاقاتها يدور في معنى تدبير الشيء، والتصرف فيه بما يصلح.

والشرع هو الكتاب والسنة وما يتفرع عنهما من أحكام سواء واضحة أو جاءت باستنباط من عمون آياتها.

ثانياً: في الاصطلاح:

فالكتب القديمة لم تشتمل على تعريف واضح محدد لمعنى السياسة الشرعية في الاصطلاح؛ لأنها كانت مفهومة المعنى والغرض، وإنما عُرِّفت في الكتب المتأخرة بأنها: ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا نزل به وحي (٧).

وقيل أيضا: تدبير شؤون الدولة الإسلامية التي لم يرد بحكمها نص صريح، أو التي من شأنها أن تتغير، وتتبدل بما فيه مصلحة الأمة، ويتفق مع أحكام الشريعة، وأصولها العامة(٨).

وهذان التعريفان هما أشمل تعريفين لمعاني السياسة الشرعية، ويتفقان مع حقيقة هذه التعاملات التي اعتبر فيها المصلحة العامة والمصالح المرسلة بالاتفاق مع أصول الشريعة.

المطلب الأول

التأصيل الشرعي للحمل على المذهب الواحد لأجل السياسة الشرعية

بما أن السياسة الشرعية هي تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما لا يتعدى حدود الشريعة أو أصولها الكلية وإن لم يتفق وأقوال الأئمة المجتهدين [٩].

فإنه لابد أن تتفق أصول الشريعة وكلمات المجتهدين على أنه لا يوجد مانع شرعي من الأخذ بكل ما يدرأ المفاسد، ويحقق المصالح في أي شأن من شؤون الدولة، ما دام أنه لا يتعدى حدود الشريعة ولا يخرج عن قوانينها العامة.

نقل الطرابلسي عن القرافي: "واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفًا للشرع، بل تشهد له القواعد الشرعية من وجوه: أحدها: أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا تخرج عن الشرع بالكلية لقوله – صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر.. ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج. وثانيها: أن المصلحة المرسلة قال بها جمع من العلماء وهي المصلحة التي لم يشهد الشارع باعتبارها ولا بإلغائها. ويؤكد العمل بالمصالح المرسلة أن الصحابة – رضوان الله عليهم – عملوا أمورًا لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار، نحو كتابة المصحف، وولاية العهد من أبي بكر لعمر، وتدوين الدواوين، وعمل السكة، واتخاذ السجن، وغير ذلك من كثير لم يتقدم فيه أمر أو نظير وإنما فعل لمطلق المصلحة. وثالثها: أن الشرع شدد في الشهادة أكثر من الرواية واشترط في الشهادة العدد والحرية لتوهم (مظنة انسب)العداوة، ووسع في كثير من العقود كالعارية والمساقاة للضرورة، ولم يقبل في الشهادة بالزنا إلا أربعة .. وهذه المباينات والاختلافات كثيرة في الشرع لاختلاف الأحوال،

فلذلك ينبغي أن يراعى اختلاف الأحوال في الأزمان فتكون المناسبة الواقعة في هذه القوانين السياسية مما شهدت لها القواعد بالاعتبار"[١٠].

فظهر بهذا التقرير اعتبارات الشرع في جواز مراعاة السياسة الشرعية، بل أعلى من ذلك وجوب العمل بها عند الضرورة لدفع المفاسد؛ لأن دفع المفاسد من ضرورات الأديان.

قال ابن القيم: "وهذا موضع مزلة أقدام ومضلة أفهام، وهو مقام ضنك ومعترك صعب، فرط فيه طائفة فعطلوا الحدود، وضيعوا الحقوق وجرءوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها، وسدوا على نفوسهم طرقًا صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعًا أنه حق مطابق للواقع ظنًا منهم منافاتها لقواعد الشرع، ولعمر الله إنها لم تناف ما جاء به الرسول – صلى الله عليه وسلم – وإن نافت ما فهموه من شريعته باجتهادهم .."[١١].

وذكر أهل العلم بجواز العمل بالقول المرجوح أو العمل بالقول المفضول في المسائل العملية مثل الصلاة والعبادة وغيرها من العبادات العملية، فرعاية لمصلحة أعظم، وتقرر في القواعد الفقهية: أن حكم الحاكم يرفع الخلاف في مسائل الاجتهاد ويُرْجِعُ القوَل واحدا [١٢].(هذا موضع الربط بين السياسة الشرعية والحمل على مذهب وهي تحتاج إلى تقوية الفكرى أكثر مما هي عليه).

وهذا مما يعتني به القضاء غالباً، وكذلك تطبيقات متعددة للحمل على مذهب واحد صحيح من المذاهب الخلافية؛ تنوعا في مسائل الفرع حرصا من القضاة والساسة وأهل العلم على اتحاد كلمة المؤمنين وتقوية شوكتهم.

المطلب الثاني

تطبيقات عملية للحمل على المذهب الواحد لأجل السياسة الشرعية

١) في الفقه الإسلامي وتاريخ الإسلام عدة تطبيقات أشير لأول وأشهر هذه التطبيقات.

ما صح من إمضاء الطلاق بالثلاث "موافقة لعمر رضي اللَّه عنه، وقد صح عنه صلى اللَّه عليه وسلم أنَّ الثلاث كانت واحدة في عهده وعهد أبي بكر، وصدرا من خلافه عمر رضي اللَّه عنهما، وغاية ما يقدر مع بعده أنَّ الصحابة كانوا على ذلك، ولم يبلغه، وهذا وإن كان كالمستحيل، فإنه يدل على أنهم كانوا يفتون في حياته، وحياة الصديق بذلك، وقد أفتى هو صلى اللَّه عليه وسلم به، فهذه فتواه وعمل أصحابه كأنه أخذ باليد، ولا معارض لذلك ورأى عمر رضي اللَّه عنه أن يحمل الناس على إنفاذ الثلاث عقوبة وزجرًا لهم؛ لئلا يرسلوها جملة، وهذا اجتهاد منه رضي اللَّه عنه غايته أن يكون سائغًا لمصلحة رآها، ولا يوجب ترك ما أفتى به رسول اللَّه صلى اللَّه عليه وسلم وكان عليه أصحابه في عهده، وعهد خليفته، فإذا ظهرت الحقائق فليقل امرؤ ما شاء" (١٣).

قال ابن عباس رضي الله عنهما: "كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر، وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم" (١٤).

قال الإمام النووي: "وقد اختلف العلماء فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا، فقال الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء من السلف والخلف يقع الثلاث، وقال طاووس وبعض أهل الظاهر لا يقع بذلك إلا واحدة، وهو رواية عن الحجاج بن أرطأة ومحمد بن إسحاق والمشهور عن الحجاج بن أرطأة أنه لا يقع به شيء، وهو قول بن مقاتل ورواية عن محمد بن إسحاق واحتج هؤلاء بحديث بن عباس... واحتج

الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١]، قالوا: معناه أن المطلق قد يحدث له ندم، فلا يمكنه تداركه لوقوع البينونة، فلو كانت الثلاث لا تقع لم يقع طلاقه هذا" (١٥).

وموقع التطبيق هنا أن الفاروق عمر رضي الله تعالى عنه وأرضاه رأى أن يحمل الناس على إنفاذ الثلاث عقوبة وزجرًا لهم؛ لئلا يتمادوا في ذلك فتكثر المفاسد، وهو اجتهاد منه أن يحمل الناس على هذا الرأي، وهناك غيره، والغرض منه أن يكون سائغًا لمصلحة رآها، وليس قد ترك ما أفتى به رسول اللَّه صلى اللَّه عليه وسلم وكان عليه أصحابه في عهده وعهد خليفته أبي بكر رضي الله عنه وأرضاه، وهو من باب السياسة الشرعية التي هي من حق الحاكم الفقيه الذي يفعله لمصلحة رآها.

٢) ما ذهب إليه الفقهاء أنه إذا ضاق المسجد بالناس فيجوز توسعته على حساب الأراضي المملوكة ملكا خاصا، وكذلك الأمر إذا احتاج الناس إلى شق طرق عامة أو توسعتها ونحو ذلك، ولكن لا بد من تعويض عادل يقوم بتقديره ذوو الخبرة.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية المادة (١٢١٦): على أنه يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن (١٦).

وذلك لما روي عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة، وزادوا في المسجد الحرام، وبفعل عثمان رضي الله تعالى عنه في توسيعه مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم (١٧).

(أصّل الباحث لجواز التوسع في المصالح في باب السياسة الشرعية ومثل لذلك وهذا عام من المفترض أن يتقل إلى الخاص وهو ذكر مصالح الحمل على مذهب واحد فإن الاحكام المبية على السياسة الشرعية تبنى على

المصلحة فما هي المصالح التي بني عليها الحكم بحمل الناس على مذهب، السياسة الشرعية تعد سبب عام وذكر مصالح جزئية مطلوب هنا).

المبحث الثاني

الحمل على المذهب الواحد للوقوف على مقاصد الشرعية

توطئة

مفهوم المقاصد الشرعية

مقاصد الشريعة من أهم مباحث الشريعة وأعظم أبوابها؛ إذ هي المحافظة على الإنسان واحترام آدميته وعدم التعرض لإنسانيته بسوء، وقد جاء الشرع ودار حول اعتبار المصلحة ودفع المضرة والحفاظ على الإنسان ورعاية مصالحه التي تقوم عليها حياته، وأيضا تهيئة الظروف حوله للقيام بالمهمة التي خلقه الله تعالى من أجلها، وهي عبادة الله تعالى حق العبادة، والسعي في تخفف الضرر ورفع المشقة عنه، ومن أجل ذلك روعي في بعض الأحكام الشرعية حمل الناس على مذهب واحد رعاية لمقاصد الشريعة، وفي هذه الصفحات وقوف على هذا الأمر، عقب التعريف بهذا العلم باختصار.

فالمقاصد لغة جمع مقصد، من قصد الشيء وقصد له وقصد إليه قصدًا من باب ضرب، بمعنى طلبه وأتى إليه واكتنزه وأثبته، والقصد والمقصد هو طلب الشيء أو إثبات الشيء، أو الاكتناز في الشيء أو العدل فيه [١٨]. فالمراد بالمقصد في ظاهر اللغة هو ما ابتغي منه أو أريد به شيئا يتوصل به إليه.

وأما مقاصد الشريعة في اصطلاح العلماء: هي الغايات والأهداف والنتائج والمعاني التي أتت بها الشريعة، وأثبتتها في الأحكام، وسعت إلى تحقيقها وإيجادها والوصول إليها في كل زمان ومكان [١٩].

ومجمل غايات الشريعة وأهدافها هو الحفاظ على النظام العام واعتبار المصالح والحفاظ على الضرورات الخمس: الدين والنفس والعرض والعقل والمال، وتجنب المفاسد العامة والخاصة.

المطلب الأول

التأصيل الشرعي للحمل على المذهب الواحد للوقوف على مقاصد الشريعة

العلماء يلجئون إلى اعتبار مقاصد الشريعة في كل عمليات الاجتهاد من الترجيح أو الجمع بين النصوص أو تدعيم رأي على آخر أو الافتاء بحمل الناس على مذهب دون سواه، ومن ذلك ما ذكره العلماء في حق اجتهاد العامي، فقد قرر بعضهم عند اختلاف العلماء أن يجتهد، "بناء على أن العمل بالراجح واجب عند التعارض وتعارض فتاوى المجتهدين للمقلد عندما يريد تقليد واحد كتعارض الأدلة للمجتهد فإن كان للمقلد علم بالتراجم والحوادث لم يعوزه الترجيح أو نرجع للمشاهدة إن كان معاصر للمجتهدين وإن لم يكن في شيء من ذلك سأل العلماء المنصفين عن ترجيح أحد القولين بكثرة الإصابة لمقاصد الشريعة والقرب من المصلحة"[٢٠]، فالمقاصد من عوامل الترجيح.

ومقاصد الشريعة هي المرجع الأبدي لاستقاء ما يتوقف عليه التشريع، والقضاء في الفقه الإسلامي، وأنها ليست مصدراً خارجياً عن الشرع الإسلامي، ولكنها من صميمه، وهي ليست غامضة غموض القانون الطبيعي في الفلسفة الغربية، الذي لا يعرف له حد ولا مورد [٢١].

وهذا المبحث من أهم العوامل في عمق فقه السلف وإصابة الحق وأدلة الاعتبار للمقاصد، "ومناط الحجّة لنا بأقوالهم أنها دالة على أن مقاصد الشريعة على الجملة واجبة الاعتبار، وأن أقوالهم أيضاً لما تكاثرت قد أنبأتنا بأنهم كانوا يتقصَّون بالاستقراء مقاصد الشريعة من التشريع" [٢٢].

ومن هنا فالعلماء كثيرا ما اعتبروا مقاصد الشريعة في الترجيح بين الأقوال، وتنقيح المسائل، وتحقيق مناطها في التنزيل وعند تغير الزمان والمكان، والأصل عند التعارض بين

النصوص من حيث الظاهر أننا نذهب إلى التوفيق والجمع قد الاستطاعة، فإن لم يمكن الجمع نقول بالترجيح بالأقوى، والأوفق لمقاصد الشريعة؛ لأنها أقوى في الأدلة القطعية، وعليها مدار التشريع، ويدور في فلكها الحلال والحرام، ويعتبر منها ما هو مكروه وما استحب من الأعمال؛ فليس غريبا أن تكون بمثابة المعيار للحمل والعمل بقول دون غيره.

المطلب الثاني

أنموذج مقاصدي في الحمل على المذهب الواحد

من صور الحمل على المذهب الواحد للوقوف على مقاصد الشريعة ما يلي:

١- مسألة "ضَعْ وتعجَّلْ":

ومعنى هذا المصطلح الفقهي: تعجيل الدين المؤجل في مقابل التنازل عن بعضه [٢٣]، وقد اختلف فيها الفقهاء، جمهور الفقهاء يرى أنه إذا كان لرجل على آخر دين مؤجل، فقال المدين لغريمه: ضع عني بعضه وأعجل لك بقيته، فإن ذلك لا يجوز عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وكرهه زيد بن ثابت، وابن عمر، والمقداد، وسعيد بن المسيب، وسالم، والحسن، وحماد، والحكم، والثوري، وهشيم، وابن علية، وإسحاق[٢٤].

وأظهر أدلتهم على هذا أنه قد روي أن رجلا سأل ابن عمر فنهاه عن ذلك، ثم سأله، فقال: إن هذا يريد أن أطعمه الربا[٢٥].

وروي عن ابن عباس أنه لم ير بأسا بهذا ضع عني وتعجل، وروي ذلك عن النخعي، وأبي ثور؛ لأنه آخذ لبعض حقه، تارك لبعضه، فجاز كما لو كان الدين حالا [٢٦].

وهذه المسألة إذا كانت في التقاضي، فللقاضي أو ولي الأمر أن يحكم فيها بما ينتهي به الخصام، اعتمادا على الخلاف المعتبر فيها، وإن كان قول الجمهور على خلافه، وهذا من باب الصلح الجائز بين المسلمين، فقد جاء في قرار مجلس الإفتاء الأردني (٥٦): "إذا تطوعت المؤسسة

بالحسم من ديون من يتعجل بالسداد فهذا جائز باتفاق المسلمين" (٢٧).

وورد في فتاوى اللجنة الدائمة: "هذه المسألة فيها خلاف بين أهل العلم والصحيح من قوليهم جواز الوضع والتعجيل وهو رواية عن الإمام أحمد واختيار الشيخين ابن تيمية وابن القيم ومنسوب إلى ابن عباس رضي الله عنهما" (٢٨).

ومذهب جمهور العلماء عدم إيجاب الالتزام بمذهب معين في كل ما يذهب إليه من قول ما لم يرد فيه نص يخصه، ولا اشتمل عليه عموم، ولا تناوله إطلاق ... وأما مواقع النصوص، وموارد أدلة الكتاب والسنة، ومواطن قيام الحجج، فلا جلب نفع، ولا دفع ضرر أولى من ذلك، وأقرب منه إلى الخير، وأولى منه بالبركة، فهو في الحقيقة مصالح مجلوبة ومفاسد مدفوعة، وإن قصرت بعض العقول عن إدراك ذلك، والإحاطة بكنهه، والوقوف على حقيقته (٢٩).

(يوجد اشكالين نتج عنهما غموض يجب معالجته الاشكالين هما: الأول :ما علاقة المسألة الفقهية المذكورة مع مقاصد الشريعة لم يتم الربط بين الأمرين. الثاني النقول غير مترابطة ذكرت المسألة والفتاوى فيها ثم الانتقال الى عدم الالتزام بمذهب معين ماهو الرابط لعل الافكار في ذهن الباحث ولم يعبر عنها يجب ذكرها هنا).

٢- مسألة الرؤيا للهلال:

يجوز لولي الأمر حمل الناس وجمعهم على رأي تتحقق به المصلحة، أو على وجه يجمع المسلمين وهي مصلحة عليا من مقاصد الشريعة، ومن ذلك هذه المسألة الخلافية التي ذكر العلماء أن للوالي حمل الناس على أحد القولين.

قال ابن رشد: "وإذا قلنا: إن الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره، فهل يتعدى ذلك من بلد إلى بلد؟ - أعني: هل يجب على أهل بلد ما إذا لم يروه أن يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية؟ - فيه خلاف، فأما مالك فإن ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه

إذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذي أفطروه وصامه غيرهم، وبه قال الشافعي وأحمد. وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية، إلا أن يكون الإمام يحمل الناس على ذلك، وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك، وأجمعوا أنه لا يراعى ذلك في البلدان النائية كالأندلس والحجاز، والسبب في هذا الخلاف: تعارض الأثر والنظر" (٣٠).

وقد قال الفقهاء: "إن حمل الناس على أعرافهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور"(٣١).

فاعتبار المقاصد من الدين بل من أعظم الدين، والحمل بالرأي الموافق المناسب الذي له اعتبار في الخلاف من الأمور التي اعتبرها الشرع، بل واستحسن وجودها.

(لم يبين الباحث المقصد هنا ما هو المقصد المرجو تحقيقه من حمل الناس على رؤية الهلال في بلد اخر).

المبحث الثالث

الحمل على المذهب الواحد عبر القواعد والأصول الكلية

موافقة القواعد والأصول الكلية من معايير الاجتهاد، فهي التي تتفرع منها الأحكام المختلفة وبيان تطبيقها، وكثيرا ما يكون الحمل على القول الواحد خاضعا لهذه القواعد والأصول التي اتفق عليها الفقهاء، وهي مثل: المصالح، والأمور بمقاصدها، والضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، واليقين لا يزول بالشك، والعادة والعرف وغيرها، فاجتهادات العلماء تدور حولها ولا يخرج عنها سوى الشاذ من الأقوال.

ومفهوم القاعدة والأصول مشهور بين المتخصصين وطلاب العلم، وهما متقاربان يتفقان في حالات ويختص كل منهما بمعنى عرفي عند الفقهاء، ومن ذلك: الدليل، والراجح، والمستصحب،

والأوفق بالمقام [٣٢]، وكل منهما يُطلق على الآخر: فالأصل يُطلق على القاعدة الكلية والعكس كذلك.

وفيما يلي سيظهر أثر اعتبار الأصول وقواعدها العامة في الاجتهاد والترجيح والفتوى، ومراعاتها في الحمل على المذهب الواحد، إذا اقتضت أحوال الفتوى ذلك

المطلب الأول

التأصيل النظري للحمل على المذهب الواحد الموافق للقواعد والأصول الكلية

تتابع الفقهاء على جواز الحمل على الرأي الواحد أو رد رأي اعتبارا بالقواعد والأصول؛ وذلك لأنها نابعة من عموم الأدلة، وبلغت في قوة ثبوتها قوة النص القطعي في الدلالة؛ لأنها مستفادة من مجموع النصوص في الكتاب والسنة كما قرَّر العلماء، فـ"إنَّ من القواعد ما كان أصله من كتاب الله سبحانه وتعالى أو من سنَّة رسول الله صلى الله عليه وسلم، أو أن يكون مبنيًّا على أدلَّة واضحة من الكتاب والسنَّة المطهرة، أو مبنيًّا على دليل شرعي من الأدلَّة المعتبرة عند العلماء، أو تكون القاعدة مبنية على الاستدلال القياسي وتعليل الأحكام"[٣٣]، والاعتماد على القواعد يتوقف على نوعها وانضباطها وثبوتها واستقرائها، وكذلك نوع المسألة، منصوصة عليها أم اجتهادية؛ ولهذا "ينبغي أن يبين هنا أنَّ عدم جواز استناد القاضي أو المفتي إلى إحدى القواعد الفقهية وحدها، إنَّما محله فيما يوجد فيه نصٌّ فقهي يمكن الاستناد إليه، فأمَّا إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلًا لعدم تعرُّض الفقهاء لها، ووجدت القاعدة التي تشملها، فيمكن عندئذ استناد الفتوى والقضاء إليها، اللهمَّ إلا إذا قطع أو ظنَّ فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة" [٣٤].

فالعلماء يعتمدون على مجمل القواعد والأصول الكلية بحسب صلتها بالأدلة وموقع المسألة، قال ابن الهمام: "ووجه كون

الصلح عاما في قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه، بل أينما وجدت العلة يتبعها الحكم، كذا قالوا، وهو التقرير المناسب لقواعد الأصول" (٣٥).

ومن صور الاعتبار القطعي بالأصول الاعتماد على الفعل المتكرر منه عليه الصلاة والسلام كالخطبتين ووجوبهما في صلاة الجمعة، فالمواظبة على فعلهما بيان لصفة هذه الصلاة الواجبة، وهذا ظاهر ومطابق لقواعد الأصول الكلية.

ولا ريب عند المسلمين "أن وجوب الخطبتين ظاهر من المواظبة عليهما، وهو بيان لصفة صلاة الجمعة الواجبة، وهذا ظاهر مطابق لقواعد الأصول ودقائق الشريعة المطهرة، وأيضاً فإن صلاة الجمعة وجبت بهذه الصفة التي واظب عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فمن قصر فيها عما كان عليه العمل فإنه لم يؤد ما وجب عليه وهو واضح في الشرطية" (٣٦).

ومن المهم أن يُعلم أن اعتبار الرأي الراجح ليس بالهوى والرغبة الشخصية، بل من تقدير ومناسبة قواعد الأصول، والحكم يدور مع علته حيث دارت، والعلة وتفصيلاتها من دواعي ومقاصد الأصول، وكثيرا ما يرجح العلماء بالأوفق للقواعد والأصول، قال الملا خسرو في سياق عرضه لخلاف الفقهاء في مسألة بيع العقار قبل قبضه: "وقد اضطربت هاهنا كلمات شراح الهداية وغيرهم، والأظهر الموافق لقواعد الأصول ما ذكر في العناية وهو أن الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائز"(٣٧)، وهذا أمر ظاهر ومتعدد في مباحث قواعد الترجيح.

المطلب الثاني

تطبيقات عملية للحمل على المذهب الواحد الموافق للقواعد والأصول الكلية

عُرف في التشريع الإسلامي مبدأ الخروج عن العُهدة، وهو محاولة تجنب المؤاخذة عند العمل بالرأي الواحد

في المسألة الواحدة، على افتراض صحة ما قال به المخالف أيضا، فيأخذ المكلف بالأحوط فيأتي بجميع الآراء الفقهية، مثل: المبيت بمزدلفة حتى الفجر والصلاة فيها، فيكون المكلف قد جاء برأي من أجاز البقاء فيها بقدر إنزال الرحال وشدِّها، ورأي من أجاز الإفاضة منها بعد منتصف الليل، ومن أوجب البقاء إلى الفجر.

وهذا من الحمل على العمل بالمذهب الواحد، رجاء الاتفاق مع قواعد الأصول العامة، ما لم يكن حرج ومشقة، وقد جاء في الفقه الإسلامي ما يفهم منه منهج التلفيق وهو الاستفادة من المذهب اللائق بالمكان والزمان، ويشترط له أن يكون مذهبا معتبرا [٣٨].

ومن هنا فـ"إن الاستفادة من المذاهب الفقهية هي وضع قوانين للأحوال الشخصية تحتوي على أحكام من المذاهب الفقهية غير المذهب الفقهي السائد، وعرف هذا الصنيع عند الفقهاء بالتلفيق، وسمي أيضاً بالاجتهاد الانتقائي.

وأخذت الاستفادة من المذاهب الفقهية أساليب منها:

أولاً: اختيار رأي من المذهب الفقهي السائد غير الرأي الراجح:

نصت قوانين الأحوال الشخصية على العمل بالرأي الراجح من المذهب السائد، فيما لم ينص عليه، ولكنها وإن أخذت أغلب الأحكام من المذهب السائد، فقد خرجت عنه في بعض المواد، والتجديد في هذا الأسلوب هو الخروج عن الرأي الراجح الذي يجب العمل به إل غيره وقد نص الفقهاء على جواز ذلك للمسلم في حالات الضرورة، وبأمر الإمام، وفي خاصة نفسه.

ومن الأمثلة على هذا الأسلوب:

١- نصت المادة العاشرة من أول لائحة للمحاكم الشرعية في مصر، والتي صدرت سنة ١٨٨٠م على أن الأحكام تكون بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، ولكن نظراً لفساد الزمان يحكم القضاة في مواد القتل بمذهب الصاحبين،

والأئمة الثلاثة، وعلاقة القتل بالأحوال الشخصية أن القتل العمد يمنع من الإرث.

٢- إباحة الشروط المقترنة بعقد الزواج آخذاً بمذهب الحنابلة، وخلافاً للمذهب السائد، وهو ما نصت عليه المادة ١٩ من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٧٦م، وغيره من قوانين الأحوال الشخصية" (٣٩).

وقد ضرب المشرع القانوني هنا مسألتين قد ظهر فيها حمل الناس على رأي واحد بمواد النظام:

أما الأولى فهو ترجيح المذهب الحنفي على غيره، ونظرا لفساد الزمان حكموا بمذهب صاحبي أبي حنيفة فيها والأئمة الثلاثة، وهو لردع الخارجين عن القانون، وهو اعتبارا بقواعد الأصول: منها الضرر يزال، والأمور بقاصدها، فأراد القاضي أن يزيل الضرر العام وأراد أن يجعل الحكم مناسبا للجرم.

وفي الحادثة الثانية أراد المشرع أن يخفف الضرر الواقع في الزواج، وأن يجلب التيسير بالأخذ وحمل الناس على اعتبار الشروط المقترنة بعقد الزواج؛ وذلك خلافا للمذهب السائد الذي لا يجيزه، وهذا إنما أراد به الشارع أن التيسير وهو من مقاصد الأصول العليا، وأراد به اعتبار ما اعتبره الشرع من مراعاة أحوال الناس والمصالح العليا لهم والتي جاءت الشريعة باعتبارها.

وهذا موضوع في الفقه قديم، والفقهاء اعتبروا تغيير الفتوى والعمل بها بتغير الأحوال من صميم الفقه الإسلامي، وهو ما وضحه غير واحد من العلماء، فالفقيه "إن قضى في حادثة هي محل الاجتهاد برأيه، ثم رفعت إليه ثانيا فتحول رأيه، يعمل بالرأي الثاني، ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأي الأول... ولو رفعت إليه ثالثا فتحول رأيه إلى الأول يعمل به ولا يبطل قضاؤه بالرأي الثاني بالعمل بالرأي الأول، كما لا يبطل قضاؤه الأول بالعمل بالرأي الثاني" (٤٠).

وهذا الاعتبار في النظر مما يجلي عظمة

الشريعة ومرونتها وشموليتها لكل الأحوال وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وصلاحية الانتقاء والتلفيق والتغيير بما لا يصادم الشرع ولا النص، وكذا إعمال الرأي أو المذهب الواحد اعتبارا بضرورة أو دفع المفسدة أو مراعاة مصالح العباد.

(تميز البحث بالنقول التي تخدم فكرة الباحث لكن هناك اشكال في جميع البحث وهو عدم الربط الجيد بين النقولات وفكرة البحث فلا يكفي ايراد النقولات ولابد من حبك الافكار من خلال هذه النقولات وبيان الفكرة الجزئية التي يهدف الباحث الوصول إليها من خلال هذا النقل).

الخاتمة والنتائج والتوصيات

فبعد هذا العرض والتأصيل لعدد من أسباب الأخذ بمذهب واحد وإلزام المجتمع به وحملهم عليه؛ يتضح لنا يسر وسماحة الشريعة الإسلامية، ومناسبتها لكل العصور والأزمنة، فقواعدها وأصولها لم تهمل جانبًا من جوانب الحياة إلا وراعت ظروفه وأحوال الناس المختلفة، وهذا الأمر من أظهر الدلائل على عدم انقطاع الاجتهاد العلمي في الحضارة الإسلامية، وفيما يلي بعض النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

استبان من البحث ما يلي:

- يجوز الحمل على المذهب الواحد مراعاة لأحوال معينة وملابسات خاصة، منها: الضرورة والمصلحة التي يراها ولي الأمر.
- من أكثر أسباب الحمل على العمل بالمذهب الواحد: السياسة الشرعية؛ لعلاقتها بكافة هموم المجتمع.
- يجوز الحمل على المذهب الواحد؛ لدفع المفسدة وجلب المصلحة، وهما موضع اجتهاد من ولي الأمر المعني بذلك.
- من أسباب حمل الناس على مذهب واحد: اعتبار مقاصد الشريعة العامة كحفظ النظام العام وحفظ

الضرورات الأساسية وما نزل من الحاجات منزلها.

- يجوز حمل الناس على العمل بالمذهب الواحد حفظا للضرورات الواقعية المعتبرة في الشرع وفقا للنظام العام.
- من الأسباب: اعتبار القواعد الأصولية والفقهية الكلية التي اتفق علماء الشرع على اعتبارها وأنها مدار الأحكام.
- يجوز العمل بالمرجوح للضرورة التي يقدرها المجتهدون من العلماء.

ثانيا: التوصيات:

يوصي البحث بما يلي:

- التوجه نحو هذه النوعية من الأبحاث المهمة الملامسة للواقع والتي تزخر المكتبة الفقهية بها.
- الاهتمام بوعي التراث الإسلامي في الفقه والأصول؛ فإنهما يشتملان على درر من المسائل والأبحاث المفيدة للواقع.

الهوامش

- الأستاذ المشارك، قسم القانون، الجامعة السعودية الإلكترونية.

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر - ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م (٣/٣٥٥).

(٢) انظر: المعيار المعرب والجامع المغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي - تحقيق: جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي - دار الغرب الإسلامي ١٩٩٠ م. (١١/٣٦٤).

(٣) شرح صحيح مسلم للقاضي عياض المسمَّى إكمال المعلم بفوائد مسلم، عياض بن موسى اليحصبي السبتي، أبو الفضل، تحقيق: الدكتور يحْيَى إسْمَاعيل - دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر - الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (١/٢٨٩).

(٤) الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان - دار ابن عفان - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م (٥/٢٧٦)، والحديث أخرجه أحمد في المسند أحمد ط الرسالة، تحقيق شعيب الأرناؤوط (٢٢/ ٩٩) رقم الحديث: (١٤١٩٠).

(٥) لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي، دار صادر - بيروت - الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ (٦/١٠٨).

(٦) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المكتبة العلمية - بيروت (ص: ٩).

(٧) انظر: السياسة الشرعية مصدر للتقنين للدكتور عبد الله محمد محمد القاضي، طبعة ١٤١٠ - ١٩٨٩ دار الكتب الجامعية الحديثة بطنطا (ص٣٢).

(٨) انظر: نظام الدولة في الإسلام، محمود الصاوي

- الطبعة الأولى ١٤١٨ - ١٩٩٨ دار الهداية بمصر (ص٣٩).

(٩) انظر: السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم - الطبعة: ١٤٠٨ هـ- ١٩٨٨م (ص: ٢٠).

(١٠) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي، دار الفكر - الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ (ص: ١٧٧).

(١١) الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان - الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ (ص: ١٣).

(١٢) انظر: ترتيب الفروق واختصارها، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري، تحقيق: الأستاذ عمر ابن عباد، خريج دار الحديث الحسينية - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م (٣٥٧/١)، وغمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م (١١٣/٣).

(١٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان - أبو عمر أحمد عبد الله أحمد - دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية - الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ (٤٦١/٦).

(١٤) صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث (١٤٧٢).(تفاصيل النشر).

(١٥) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي – بيروت - الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ (٧٠/١٠).

(١٦) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية - نجيب هواويني - نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي (ص: ٢٣٥).

(١٧) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد البخاري الحنفي، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي - دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان - الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م (٢٠٦/٦).

(١٨) انظر: معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين، تحقيق: عبد السلام محمد هارون - دار الفكر - ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م (٩٥/٥) والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ) المكتبة العلمية - بيروت (٥٠٤/٢).

(١٩) الأصول العامة لوحدة الدين الحق دار المقتبس دمشق؛ د/ وهبة الزحيلي - الطبعة الأولى ١٩٧٢م (ص٦١).

(٢٠) حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح على شرح تنقيح الفصول في الأصول (لشهاب الدين القرافي)، للعلامة محمد الطاهر بن عاشور، مطبعة النهضة – تونس - الطبعة: الأولى، ١٣٤١ هـ (٢١٥/٢-٢١٦).

(٢١) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي دار الغرب الإسلامي ١٩٩٣م الدار البيضاء المغرب (ص ٥٥، ٥٦).

(٢٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م (٦٦/٣).

(٢٣) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت (٢/ ٣٩)، والفقه الإسلامي وأدلته، وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، دار الفكر - دمشق (٣٧٢٦/٥).

(٢٤) المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة (٣٩/٤).

(٢٥) الآثار، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري، تحقيق: أبو الوفا - دار الكتب العلمية – بيروت (ص: ١٨٥) حديث رقم: (٨٤٠).

(٢٦) المغني لابن قدامة (١٨٩/٤).

(٢٧) انظر: موقع دائرة الإفتاء، موضوع الفتوى: حكم خصم جزء من الدين مقابل السداد المبكر «ضع وتعجل»، التصنيف : الربا والقرض، نوع الفتوى : بحثية، رقم الفتوى : (٣٣٣١)، التاريخ : ٠٢-١١-٢٠١٧م.
https://aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=3331#.Y2oD8j3P2Uk

(٢٨) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض (١٦٨/١٣).

(٢٩) انظر. أدب الطلب ومنتهى الأرب، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: عبد الله يحيى السريحي - دار ابن حزم - لبنان / بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م (ص: ١٨٩).

(٣٠) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث – القاهرة - الطبعة: بدون طبعة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م (٥٠/٢).

(٣١) البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م (١٠١/٢).

(٣٢) إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا - الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور - دار الكتاب العربي - الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م (١٧/١).

(٣٣) موسوعة القواعد الفقهية، د. محمد صدقي بن أحمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، (٤٦/١).

(٣٤) القواعد الفقهية - مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، علي أحمد الندوي، دار القلم (ص٣٣١).

(٣٥) فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر - الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ (٤٠٦/٨).

(٣٦) الدين الخالص أو إرشاد الخلق إلى دين الحق (والمجلد التاسع طبع باسم: إرشاد الناسك إلى أعمال المناسك) محمود محمد خطاب السّبكي تحقيق: أمين محمود خطاب - المكتبة المحمودية السبكية - الطبعة: الرابعة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م (١٨٨/٤).

(٣٧) درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى – خسرو، دار إحياء الكتب العربية - الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ (١٨٣/٢).

(٣٨) انظر: القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، محمد بن عبد العظيم المكي الحنفي الملقب بابن مُلّا فَرُّوخ، الناشر: دار الدعوة – الكويت، الطبعة: الأولى، ١٩٨٨م (ص: ١١٣)، وأصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، عياض بن نامي السلمي، الناشر: دار التدمرية، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م (ص: ٤٨٩).

(٣٩) التجديد في مباحث الأحوال الشخصية، شويش هزاع علي المحاميد - المصدر: الشاملة الذهبية (ص:١٧).

(٤٠) انظر. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية - الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م (٥/٧).

أهم المصادر والمراجع

١. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ) تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر - ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤ م.

٢. الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: ٦٣١هـ) تحقيق: عبد الرزاق عفيفي - المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان.

٣. المعيار المعرب والجامع المغرب، أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي - تحقيق: جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي - دار الغرب الإسلامي ١٩٩٠ م.

٤. شرح صحيح مسلم للقاضي عياض المسمَّى إكمال المعلم بفوائد مسلم، عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي، أبو الفضل (المتوفى: ٥٤٤هـ) تحقيق: الدكتور يحْيَى إِسْمَاعِيل - دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر - الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م.

٥. الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: ٧٩٠هـ) تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان - دار ابن عفان - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٦. لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) دار صادر - بيروت - الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ.

٧. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ) المكتبة العلمية – بيروت.

٨. السياسة الشرعية مصدر للتقنين للدكتور عبد الله محمد محمد القاضي، طبعة ١٤١٠ – ١٩٨٩ دار الكتب الجامعية الحديثة بطنطا.

٩. نظام الدولة في الإسلام، محمود الصاوي – الطبعة الأولى ١٤١٨ – ١٩٩٨ دار الهداية بمصر.

١٠. السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، عبد الوهاب خلاف (المتوفى: ١٣٧٥هـ) دار القلم – الطبعة: ١٤٠٨ هـ– ١٩٨٨م.

١١. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى: ٨٤٤هـ) دار الفكر – الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٢. الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ) مكتبة دار البيان – الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

١٣. ترتيب الفروق واختصارها، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري (المتوفى: ٧٠٧ هـ) تحقيق: الأستاذ عمر ابن عباد، خريج دار الحديث الحسينية – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤م.

١٤. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (المتوفى: ١٠٩٨هـ) دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.

١٥. إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١ هـ) تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان – أبو عمر أحمد عبد الله أحمد – دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية – الطبعة: الأولى، ١٤٢٣هـ.

١٦. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) دار إحياء التراث العربي – بيروت – الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.

١٧. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية – نجيب هواويني – نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

١٨. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: ٦١٦هـ) تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي – دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان – الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٤م.

١٩. معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) تحقيق: عبد السلام محمد هارون – دار الفكر – ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م (٩٥/٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ) المكتبة العلمية – بيروت.

٢٠. الأصول العامة لوحدة الدين الحق دار المقتبس دمشق؛ د/ وهبة الزحيلي – الطبعة الأولى ١٩٧٢ م.

٢١. حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح على شرح تنقيح الفصول في الأصول (لشهاب الدين القرافي ت ٦٨٤ هـ) محمد الطاهر بن عاشور (المتوفى: ١٣٩٣ هـ) مطبعة النهضة – تونس – الطبعة: الأولى، ١٣٤١هـ.

٢٢. مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي دار الغرب الإسلامي ١٩٩٣م الدار البيضاء المغرب.

٢٣. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ) تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة – وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر ١٤٢٥ هـ – ٢٠٠٤ م.

٢٤. المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) مكتبة القاهرة – الطبعة: بدون طبعة.

٢٥. الآثار، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري (المتوفى: ١٨٢هـ) تحقيق: أبو الوفا – دار الكتب العلمية – بيروت.

٢٦. أدب الطلب ومنتهى الأدب، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) تحقيق: عبد الله يحيى السريحي – دار ابن حزم – لبنان / بيروت – الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م.

٢٧. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) دار الحديث – القاهرة – الطبعة: بدون طبعة ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م.

٢٨. البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: ١٢٥٨هـ) تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين - دار الكتب العلمية-لبنان/بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٢٩. الكنز الأكبر من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، عبد الرحمن بن أبي بكر بن داود الحنبلي الدمشقي الصالحي (المتوفى: ٨٥٦ هـ) تحقيق: د. مصطفى عثمان صميدة، أستاذ الدعوة والثقافة الإسلامية بكلية أصول الدين بالقاهرة - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

٣٠. تاج العروس من جواهر القاموس، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين - دار الهداية.

٣١. كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ) تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر - دار الكتب العلمية بيروت -لبنان - الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٣٢. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ) تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري - مؤسسة الرسالة - بيروت.

٣٣. البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ) دار الكتبي - الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٣٤. إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ) تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا - الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور - دار الكتاب العربي - الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٣٥. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: ٨٦١هـ) دار الفكر - الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٣٦. الدين الخالص أو إرشاد الخلق إلى دين الحق (والمجلد التاسع طبع باسم: إرشاد الناسك إلى أعمال المناسك) محمود محمد خطاب السّبكي تحقيق: أمين محمود خطاب - المكتبة المحمودية السبكية - الطبعة: الرابعة، ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧م.

٣٧. درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ) دار إحياء الكتب العربية - الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

٣٨. التجديد في مباحث الأحوال الشخصية، شويش هزاع علي المحاميد - المصدر: الشاملة الذهبية.

٣٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية - الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

منهج القاضي شريح في التوريث (جمعاً ودراسة)

د. الهادي عبدالله الحسن محمد*

مستخلص

عنوان هذا البحث "منهج القاضي شريح في التوريث جمعاً ودراسة" محوره أراء القاضي شريح في أحكام الميراث سواء التي وافق فيها هو الصحابة رضي الله عنهم وشاركه فيها غيره من أصحاب المذاهب أو التي انفرد بها ،يهدف البحث إلى جمع آراء القاضي شريح في الميراث، والوقوف على مقارنتها بالمذاهب الفقهية، ثم رسم هذه الآراء الجزئية في قضايا كلية يستبان منها منهجه في التوريث ويكشف عنه للإفادة منه ، وقد خلص البحث إلى نتائج من أهمها: أن من منهجه التوسع في الميراث وقد شمل توسيع دائرة المال الموروث والاستقصاء بالسببية المورثة، وتضييق دائرة المنع من الميراث في بعض الموانع، اعتباره النص واعتباره الاجتهاد في محله.

Abstract

The title of this research is: 'The Judge Shuraih (Al-Qadi Shuraih) approach in inheritance both collection and study". The study focuses on Al-Qadi Shuraih opinions about inheritance provisions, when he concurred the Companions and has been approved by other Islamic doctrines, or when he has an individual opnion. The research aims to collect the opinions of Judge Shuraih about inheritance, and to compare them with the schools of Islamic jurisprudence, then stating these partial opinions into general issues to show his approach and to get the benefit out of them. The results of this study are: the most important of which are: part of his approach is expansion of inheritance, which included expanding the circle of inherited money and investigating the inherited causality, and narrowing the circle of prevention of inheritance in some cases of prevention, considering the text and considering Al Ijtihad on its place.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين الصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا وسيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فإن علم المواريث من أجل العلوم وأرفعها قدراً، وأعالها شأناً؛ فقد حظي بتفصيله في الكتاب المبين.

فهو خير ما تسابق فيه المتسابقون وتناوله العالمون العاملون، وقد حظي هذا العلم بعناية السلف والخلف ، فقاد الصحابة فيه التوجيه والدرس والاجتهاد في بعض مسائله التطبيقية إعمالاً للنصوص واستدعاء لمعانيها ومراميها، وبذلوا فيه الأفكار ووضعوا مناهج استرشد بها التابعون وتابعوهم ، وكان ممن له باع طويل في خدمة هذا العلم قضاء وعلماً الإمام القاضي شريح بن الحارث رحمه الله ورضي عنه ، فقد ظهر فيه علمه وبه جرى قضاؤه ،فسميت مسائل فيه باسمه وحكمه، فكان حرياً بكشف منهجه في ذلكم العلم ، ومن لوازم ذلك آرائه ، وهذا البحث محاولة لذلك، أسأل الله التوفيق والسداد.

أهمية البحث:

تنبع أهمية البحث من الآتي:

أولاً: أهمية علم الميراث ومدى احتياجه والوقوف على تطبيقه بطريقة صحيحة ،كما أمر الله تعالى وطبقه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن بعده صحابته والتابعون.

ثانياً: من مكانة القاضي شريح الإمام التابعي الذي تولى القضاء في عهود ثلاثة من خلفاء المسلمين، وامتدت فترة قضائه ما يربو على السبعين سنة إذ طال عمره، و هذه فترة ثرة عايش فيها أكابر الصحابة وأهل الفتوى والاجتهاد، وحكم بين يديهم مقدماً، فكانت هذه الفترة حرية بالبحث في جوانب شتى من حياته العملية القضائية كشفاً عن منهجه.

ثالثاً: أضف إلى ذلك فإن البحث في مثل هذه الخبرة العملية الممتدة في

جانب الميراث كشفاً لمنهج القاضي شريح بجمع آرائه مما قد يفيد في نوازل الزمان ومستجدات الأحوال فيصلح تخريجاً على بعض آرائه ، فيعد نواة لعمل تأصيلي.

أهداف البحث:

١. جمع آراء وأقوال القاضي شريح في الميراث.
٢. الكشف عن منهج القاضي شريح في الميراث.
٣. مقارنة آراء القاضي شريح بآراء الأئمة الفقهاء وفاقاً وخلافاً.

مشكلة البحث وأسئلته:

امتد تكليف القاضي شريح بالقضاء فترة طويلة، وهي فترة كافية أن ترد عليه قضايا في الميراث ولا ريب ، وقدر الذي سجله العلماء عنه في الميراث من آراء قضى بها وتناقلها عنه العلماء واشتهر بعض مسائلها باسمه، وبالتالي كان له منهج في الميراث يسعى البحث لإثباته استشفافاً مما نقل عنه من أراء ، ولبلورة ذلك يعالج البحث هذه الأسئلة:

- هل للقاضي شريح آراء في الميراث.
- وإن كان له آراء فما هو منهجه الذي يمكن أن يتلمس من خلال ذلك؟
- و ما مدى مرجعية هذه الآراء، وأهميتها؟
- وهل أحاطت آراؤه بموضوعات الميراث، وما مدى موافقة أئمة المذاهب الفقهية ومخالفتهم له؟

الدراسات السابقة:

من خلال بحثي واطلاعي لم أقف على بحث بهذا العنوان، ومما وقفت عليه دراسة ماجستير بعنوان: منهج القاضي شريح الفقهي تناول فيها الباحث المنهج العام وهو البناء الفقهي عند القاضي شريح من حيث الاستدلال والإفادة من أقوال الصحابة والترجيح، وتأثر المذاهب به، ولم يعرض لجزئيات فقهية سوى مسألتين في الميراث بنى عليهما اختياراته

الفقهية، وهناك فرق بين تلك الدراسة وهذا البحث فيضيف هذا البحث خاصية الدراسة المركزة لآراء القاضي شريح في مسائل فاقت عشرين مسألة في الميراث ويعكس البحث وفاق أو خلاف الأئمة له فيها، ويخلص البحث إن شاء الله إلى استنتاج منهجه في التوريث ما قد يكون مساعداً في بعض نوازل الميراث اليوم.

حدود البحث:

ما نقل عن القاضي شريح من قضاء أو فتوى، وما نسب له وحكي عنه من قول في الميراث.

أسباب الاختيار:

١. الأهمية التي يتمتع بها الموضوع كفيلة بأن يطرح للبحث ويتدافع الباحثون على البحث، والدرس فيه.
٢. إضافة إلى ذلك فتحقيق الأهداف، وإجابة الأسئلة التي طرحها البحث مما يدفع للبحث.
٣. الرغبة في إظهار علم القاضي شريح ما يفيد الباحثين ويعد أحد معتمدات ومراجع البحث في المجالات العلمية والخدمات البحثية ذات الصلة.

منهج البحث:

المنهج العام الاستقرائي والاستدلالي والوصفي.

وإجراءات البحث:

١. عزو الآيات بذكر رقم الآية والسورة.
٢. تخريج الحديث بذكر رقم الحديث ، مع الحكم عليه عند أهل الحديث ماوجد، خلا ما في الصحيحين.
٣. اجعل ما نقل عن القاضي شريح محوراً واذكر موافقته للصحابة ومن وافقه من التابعين وأصحاب المذاهب الفقهية ما وجدت، ومن خالف هو من الصحابة، ومن خالفه من التابعين و أصحاب المذاهب.
٤. أرجح ما كان القول متوافراً فيه شروط الترجيح وأترك الترجيح

في بعض المسائل إما لاستواء الأدلة أو لشذوذ القول الآخر.

٥. أحاول الاستشهاد للقاضي شريح.

٦. لا أترجم للأعلام طلباً للإيجاز.

هيكل البحث:

تمهيد وفيه نبذة موجزة عن القاضي شريح

المبحث الأول: منهجه في التوسع في التوريث ، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رأيه في الوقف

المطلب الثاني: رأيه في العمرى والرقبى

المبحث الثاني: منهجه في اعتبار السببية للميراث، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اعتبار القرابة والاستقصاء في التوريث بها: وفيه فرعان:

الفرع الأول: ميراث الحملاء.

الفرع الثاني: الولد يدعيه الاثنان

المطلب الثاني: اعتباره الولاء وحدود التوريث به ، وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: إرث ذات الولاء هل يورث كما يورث المال؟

الفرع الثاني: ميراث النساء بالولاء المطلق.

الفرع الثالث: حدود الإرث بالولاء.

المطلب الثالث: رأيه في ميراث المطلقة.

المطلب الرابع: ميراث اللقيط.

المبحث الثالث: منهجه في اعتبار المانع عنده، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الرق.

المطلب الثاني: المنع بالقتل.

المطلب الثالث: المنع باختلاف الدين.

المبحث الرابع: منهجه في اعتبار النص والاجتهاد ، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: النص والاستقصاء في الاتباع، وفيه فرعان:

الفرع الأول: رأي شريح في المسألتين العمريتين .

الفرع الثاني: رأيه في حجب الجدة بوجود ولدها.

المطلب الثاني: اعتبار الاجتهاد، وفيه سبعة فروع :

الفرع الأول: المسألة المشتركة:

الفرع الثاني: رأيه في العول.

الفرع الثالث: الرد.

الفرع الرابع: توريث ذوي الأرحام.

الفرع الخامس: التصحيح .

الفرع السادس: ميراث الأسير .

الفرع السابع: ميراث الغرقى والهدمى ومن في حكمهم.

الخاتمة.

تمهيد

نبذة موجزة عن القاضي شريح

أبو أمية، شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، قاضي الكوفة، الفقيه، ويقال: شريح بن شراحيل أو ابن شرحبيل، ويقال: هومن أولاد الفرس الذين كانوا باليمنً[١] ، يقال: له صحبة، ولم يصح، بل هو ممن أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم وانتقل من اليمن زمن الصديقً[٢] .

قال ابن عبد البر:" أدرك شريح القاضي الجاهلية ويعد في كبار التابعين وكان قاضياً لعمر بن الخطاب على الكوفة ثم لعثمان ثم لعلي رضي الله عنهم فلم يزل قاضياً بها إلى زمن الحجاج ،وكان أعلم الناس بالقضاء وكان ذا فطنة وذكاء ومعرفة وعقل ورصانة وكان شاعراً محسناً وله أشعار محفوظة في معان حسان "[٣].

وقال الذهبي: "صح أن عمر ولاه قضاء الكوفة، فقيل: أقام على قضائها ستين سنة، وقد قضى بالبصرة سنة ، كان يقال له: قاضي المصرين"[٤].

قال ابن حجر: "قال شريح: وليت القضاء لعمر وعثمان وعلي فمن بعدهم إلى أن استعفيت من الحجاج، وكان له يوم استعفى مائة وعشرون سنة وعاش بعد ذلك سنة"[٥] ،توفي رحمه الله سنة ثمانين للهجرةً[٦].

المبحث الأول

منهجه في التوسع في التوريث

المطلب الأول

رأي القاضي شريح في الوقف

نقل عن القاضي شريح رحمه الله قوله: (لا حبس عن فرائض الله)[٧] ومن كلام الفقهاء في تفسير قول شريح هذا : قال ابن يونس: "قال شريح: لا حبس عن فرائض الله تعالى. يريد أنه يورث"[٨] قال النووي: "ولم ير شريح الوقف، وقال: لا حبس عن فرائض الله"[٩] وقال ابن قدامة "ولم ير شريح الوقف وقال : لا حبس عن فرائض الله"[١٠] وجاء في الجامع لعلوم أحمد: "قيل لأبي عبد اللَّه: قول شريح: لا حبس عن فرائض اللَّه، يقول: من وقف وقفًا فهو ميراث، لا حبس عن فرائض الله"[١١]، فيرى القاضي شريح نفي الوقف، وأن يكون المال الذي يريد الإنسان وقفه ميراثاً مطلقاً.

ويؤيد هذا التفسير إنكار الأئمة: مالك وأحمد هذا القول على شريح رحمه الله ، قال القرافي "قال شريح لا حبس عن فرائض الله، فقيل لمالك ذلك ،فقال: تكلم شريح في بلده ،ولم يقدم المدينة فيرى أحباس الصحابة وأزواجه وهذه أوقافه تسعة"[١٢] وجاء عن الإمام أحمد لما سئل عن قول شريح هذا، قال" هذا خلاف قول النبي –صلى اللَّه عليه وسلم"[١٣].

وهناك تفسير آخر ،فيرى الكاساني أن المقصود بلا حبس عن فرائض الله :حالة ما كان بعد الموت فإنه لا وقف، ويكون المال الذي توفي عنه المورث ميراثاً[١٤] وعلى هذا يمكن أن يفهم من كلام شريح ما أشار له الكاساني، ولم يصرح به عن شريح، ولكن ما يرد هذا التأويل عن شريح أنه لم يثبت عنه تخصيص رأيه بهذه الحالة، وأشار إلى ذلك ابن بطال في رده على مثل هذا الزعم، حيث قال" إن شريحًا لم يقل : لا حبس عن فرائض الله في الصحة"[١٥] أي قال لا حبس عن فرائض الله في كل حال، وقد سبقت

الإشارة إلى أن الأئمة قد ردوا عليه إنكاره الوقف مطلقاً، وسيأتي مزيد من ذلك، وفي هذا إشارة إلى قوله بعدم الوقف ،وتوزيع المال ميراثاً في كل الحالات ، إضافة إلى ذلك فإن الوقف أثناء حال الصحة، وكذلك في حال المرض المخوف كله يترتب عليه أثر وهو الإيقاف لا المنع ،فلا معنى للتفريق، وقد استقر الوقف ، فيكون مقصود قول شريح رحمه الله هو نفي الوقف مطلقاً، وجعل المال تركة و تقسيمه ميراثاً، وهذا من باب التوسع في التوريث بحيث أن كل ما يكنزه الإنسان من مال يكون تركة وميراثاً، ولست بحاجة إلى نقل رأي جماهير العلماء بإثبات الوقف وجوازه وصحته.

دليل شريح رحمه الله:

استدل بالحديث "لا حبس عن فرائض الله"[١٦] وجه الدلالة: أن ما تركه الإنسان لا يكون وقفاً، وإنما ميراثاً، وبناء عليه لا يرى شريح الوقف[١٧].

ونوقش هذا الاستدلال بعدة أمور:

١. بعدم صحة الحديث وضعفه الشديد، وأنه من قول شريح، قال الدارقطني: "يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان"[١٨]، قال البيهقي" هَذَا اللَّفْظُ إِنَّمَا يُعْرَفُ مِنْ قَوْلِ شُرَيْحٍ القاضي"[١٩] وقال أيضا" قَوْلُ شُرَيْحٍ: «لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ»، إِنَّمَا حَمَلَهُ عَنْهُ عَطَاءُ بْنُ السَّائِبِ مُسْتَفْتِيًا فِي زَمَنِ بِشْرِ بْنِ مَرْوَانَ حِينَ لَمْ يَبْقَ مِنَ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ أَحَدٌ، وَلَوْ ظَهَرَ قَوْلُهُ لَمْ نَجِدْ مِنَ الصَّحَابَةِ لَمْ نَعْجِزْ عَنْ مُنْكِرِينَ إِيَّاهُ، وَعَمَلُهُمْ بِالتَّحْبِيسِ وَاحِدًا بَعْدَ آخَرَ"[٢٠] وبناء على ذلك لا تثبت بالحديث حجة.

٢. أن الوقف مشروع في الجملة، وقد وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ،والصحابة من بعده، ولم يثبت إنكار الوقف وجعل المال ميراثاً، ولو ثبت لنقل لنا

بطريق صحيحٍ[٢١]، قال ابن قدامة" القول بصحة الوقف قول أكثر أهل العلم من السلف، ومن بعدهم. قال جابر: لم يكن أحد من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ذو مقدرة إلا وقفٍ"[٢٢] وقد حكى القرافي في معرض استدلاله على لزوم الوقف إجماع الصحابة ،وساق كلام جابر رضي الله عنه فقال" إجماع الصحابة – رضوان الله عليهم – قال جابر بن عبد الله لم يكن أحد من الصحابة رضوان الله عليهم له مقدرة إلا وقف وقفاً ،وكتبوا في ذلك كتباً ومنعوا فيها من البيع والهبة ،وأوقافهم مشهورة بالحرمين بشروطها وأحوالها ينقلها خلفهم عن سلفهم فهم بين واقف وموافق فكان إجماعاً"[٢٣].

٣. يلزم من جعل كل ما يكتسبه الإنسان ميراثاً لورثته وعدم الوقف بطلان الهبات والصدقات وسائر التبرعات ؛إذ إنها تكون حبساً عن فرائض الله تعالى، وهذا لم يقل به أحد ،بل إن الشرع الحنيف حث وأمر بالصدقات والتبرعات ودفع المال في أوجه الخير، وهو إسقاط له عن الفرائض،قال ابن حزم" وأما قوله "لا حبس، عن فرائض الله "فقول فاسد، لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة، والصدقة في الحياة، والوصية بعد الموت، وكل هذه مسقطة لفرائض الورثة عما لو لم تكن فيه لورثوه على فرائض الله عز وجل، فيجب بهذا القول إبطال كل هبة، وكل وصية، لأنها مانعة من فرائض الله تعالى بالمواريث"[٢٤].

٤. على فرض صحة الحديث فالمقصود به نفي ما كان يفعله أهل الجاهلية من التحبيس للبحيرة والسائمة، وحرمان الورثة من

ذلك، قال ابن بطال" وقد تأول الناس في حديث ابن عباس تأويلاً هو أولى من تأويل شريح، وذلك أن معنى قوله : (لا حبس عن فرائض الله) منع ما كان أهل الجاهلية يفعلونه من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام، كأن يحبسون ما يجعلونه كذلك ولا يورثونه أحداً"[٢٥].

المطلب الثاني

رأيه في العمرى والرقبى

الفرع الأول: **رأيه في العمرى:**

العمرى مشتقة من العمر، وهي الهبة المضافة إلى العمر (هبة آخر منافع شيء مدة حياته)[٢٦] كأن يقول: هَذه الدَّارُ لَك عُمُرَك أَيْ مُدَّةَ حَيَاتك فَإِذَا متَّ أَنْتَ فَهِيَ لي أَوْ يَقُولُ هَذه الدَّارُ لَك عُمُري فَإِذَا مِتُّ أَنَا أَخَذَهَا وَرَثَتي مِنْكَ[٢٧].

ورأي القاضي شريح: أن الدار إذا أعمرها صاحبها فهي لمن أعمرت له حياته ، وأن هذا الإعمار يرثه ورثة المعمر له بعد موته[٢٨]، ولا ترجع لمن أعمرها، ولا لورثته باعتبار أنه ملكه العين ومنفعتها تمليكاً صحيحاً، وأن شرط العمر باطل[٢٩]، قال ابن عبد البر "روى ابن عيينة عن أيوب السختياني عن ابن سيرين قال خاصم رجل إلى شريح في العمرى فقضى له، وقال لست أنا قضيت لك ، ولكن محمداً قضى بذلك منذ أربعين سنة، العمرى ميراث عن أهلها ،من ملك شيئاً حياته ،فهو لورثته اذا مات"[٣٠]، وخرج ابن أبي شيبة في مصنفه ،"قَالَ : أَخْبَرَنَا سَلَمَةُ بْنُ كُهَيْل ، قَالَ : كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ شُرَيْح إِذْ أَتَاهُ قَوْمٌ يَخْتَصِمُونَ إِلَيْه في عُمْرَى جُعِلَتْ لِرَجُل حَيَاتَهُ ، فَقَالَ : هِيَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَوْتَهُ ، فَأَقْبَلَ عَلَيْه الَّذي قَضَى عَلَيْه يُنَاشدُهُ ، فَقَالَ شُرَيْحٌ : لَقَدْ لاَمَني هَذَا عَلَى أَمْرٍ قَضَى به رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم"[٣١]. وما قال به شريح هو قول جابر بن عبد الله، وابن عباس، وروي عن علي ضي الله عنهم[٣٢]، وبه قال قتادة، وعطاء

بن أبي رباح، ومجاهد، وطاووس، وإبراهيم النخعيً[٣٣] والثوريً[٣٤] والحنفيةً[٣٥] وهو الجديد من قولي الشافعيً[٣٦]، وقالوا هو الصحيحً[٣٧] وبه قال الحنابلةً[٣٨].

وهذا توسع من القاضي شريح في التوريث بحيث يورث كل مال أو منفعة ملكت بطريق مشروع.

وخالف شريحاً في عدم رجوع العين بعد موت المعمر ما لو أطلق العمرى - المالكية، حيث قالوا يملك المعمر له في العمرى المطلقة المنفعة من السكنى والانتفاع لا العين، وبالتالي ترجع له إذا لم يقيدها المعمر بالعقب ، ولا تكون ميراثاً لورثة المعمر له في هذه الحالةً[٣٩]، قال ابن رشد: "إذا مات المعمَر رجعت العمرى إلى المعمِر إن كان حياً، وإن كان قد مات رجعت إلى ورثته يوم ماتً"[٤٠].

دليل القاضي شريح الآتي:

١. نص الحديث: عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «الْعُمْرَى مِيرَاثٌ لِأَهْلِهَا»ً[٤١]

وجه الدلالة النص على أن العمرى ميراث، وهذا يقتضي أن تكون ميراثاً لورثة المعمر له ، لأن هذه الدار ملك له بطريق مشروع وهو الهبة ومن ملك مالاً كان ميراثاً لورثته؛ لأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة: بحياة المالك، ثم تنتقل إلى الوارث، فلم يكن ما جعله له في حياته منافياً للأملاك المستقرةً[٤٢].

٢. ما أخرجه مسلم عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا، لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»ً[٤٣].

والحديث نص في عدم رجوع العمرى ولزوم توريثها، حيث جعل العمرى للوارثً[٤٤].

٣. ما أخرجه الترمذي عَنْ سَمُرَةَ،

أَنَّ نَبِيَّ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "العُمْرَى جَائِزَةٌ لأَهْلِهَا، أَوْ مِيرَاثٌ لأَهْلِهَا"[٤٥].

ودليل المالكية:

١. عن نافع أن عبد الله بن عمر ورث من حفصة بنت عمر دارها، قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب ما عاشت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمر المسكن ورأى أنه له)

وجه الدلالة أجاز العمري وأبطل الشرط يعني شرط العود إليه بعد موت الموهوب له[٤٦].

٢. أن العمل على خلاف الحديث الذي استدل به الجمهور ، وأنهم أولوه ،قال خليل: "على أن بعض أصحابنا أوَّل الحديث، وقال: المراد به أنه أعطى المنافع لرجل وعقبه، فإنه لا تكون له ولعقبه، ولا يبطل حق عقبه بموته بل حتى ينقرض العقب"[٤٧].

والذي يترجح قول القاضي شريح ومن وافقه ؛لقوة ما استدلوا به، ولبعد تأويل المالكية للحديث.

الفرع الثاني: **رأيه في الرقبى:**

الرقبى: تحبيس رجلين داراً بينهما على أن من مات منهما فحظه حبس على الآخرً[٤٨]. بأن يقول وهبت داري هذه على أنك إن متّ قبلي، رجعت إليّ، فإن متُّ قبلك، استقر ملكُكً[٤٩]، وسميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت الآخرً[٥٠].

لم أقف على قول صريح أو قول منقول عن القاضي شريح رحمه الله أو منسوب له في الرقبى وإرثها، كما هو الحال في العمرى، إلا أن الفقهاء القائلين بجواز الرقبىً[٥١] يرون أن العمرى والرقبى شيء واحد في الأثر المترتب، ويمكن أن يتخرج عليه كون رأي القاضي شريح في الرقبى هو نفسه رأيه في العمرى ، ومما يؤيد ذلك أن ابن قدامة عقد في المغني فصلاً واحداً للرقبى وللعمرى، ولم يفصل بينهما ، ونقل فيه رأي القاضي

شريح الذي في العمرى على ذلك ،دون تفريقٍ[٥٢]، كما نقله بنفس المعنى ابن عبد البر قبله في التمهيدً[٥٣]، ويسنده ما أخرجه البيهقي عن ابن عباس قال" العمرى والرقبى سواء"[٥٤] وما أخرجه ابن أبي شيبة عن علي أنه قال: «الْعُمْرَى وَالرُّقْبَى سَوَاءٌ»[٥٥].

وهذا التخريج لا يجزم بقطع نسبته للقاضي شريح في الرقبى إذ إنه لم يصرح بالجواز وبالتالي الميراث، كما في العمرى ،لا سيما أن الخلاف في الرقبى أكثر منه في العمرى فلم يجزها الحنفيةً[٥٦] غير أبي يوسفً[٥٧]، ولا المالكيةً[٥٨]، مما قد يفيد منه تفريقهم بينهما في الأثر المترتب.

ويمكن أن يستدل لهذا التخريج لنسبة ميراث الرقبى للقاضي إضافة إلى ما سبق من أدلة بما أخرجه النسائي " لَا تَحِلُّ الرُّقْبَى، فَمَنْ أُرْقِبَ رُقْبَى فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ"[٥٩]، وبما أخرجه الترمذي عَنْ جَابِرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "العُمْرَى جَائِزَةٌ لأَهْلِهَا، وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لأَهْلِهَا"[٦٠] وبغير ذلك ، وبهذا يتوجه التخريج عن شريح بالقول بجواز الرقبى، ومن ثم ميراثها لمن هي له رقبى.

المبحث الثاني
منهجه في اعتبار السببية للميراث

المطلب الأول
اعتبار القرابة والاستقصاء في التوريث بها

الفرع الأول: ميراث الحملاء:

قال الرجراجي" الحملاء: المسببين من أرض الحرب والمتحملين: المنتقلين من أرض الحرب، وهاجروا إلى دار الإسلام، وقد أسلموا، ولا تخلو دعواهم المناسبة من ثلاثة أوجه: أحدها: أن يدّعى بعضهم بُنوَّة بعض، والثاني: أن يدعى بعضهم أبوَّة بعض، والثالث: أن يدعى بعضهم أخوة بعض"[٦١]، وقال ابن الأثير: "الحميل هُوَ الَّذي يُحْمَلُ منْ بلَاده صَغيرًا إلَى بلَادِ الْإسْلَام، وَقيلَ هُوَ

الْمَحْمُولُ النَّسَب، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لإنسانٍ: هَذَا أَخِي أَوِ ابْنِي..."[٦٢]، قال محمد بن الحسن : " الحميل عندنا كل نسب في دار الحرب: الأخ وابن الأخ والعم وابن العم والخال وابن الخال والمرأة تدعي الصبي والجدة والعمة والخالة"[٦٣].

رأي القاضي شريح: أما ميراثه فنقل ابن رشد عن القاضي شريح أنه قال في الحملاء أنهم لا يتوارثون إلا ببينة تشهد على أنسابهم، و وافقه في ذلك الحسنً[٦٤]، وذكر ابن عبد البر أن هذا القول يروى عن عمر ، وأنه يروى عنه أنهم يتوارثون بما يدعون من أنسابهم ،ويروى عنه أن لا ميراث بينهم أصلاً[٦٥]، وأنه يروي عن عمر بن عبد العزيزً[٦٦].

وممن وافق شريحاً رحمه الله: المالكية في قول ابن القاسمً[٦٧]، ونقله بعضهم عن مالك في الجمع من الحملاء، قال اللخمي" قال مالك: كل بلاد افتتحت عَنْوة ثم سكنها المسلمون ثم أسلم أهل تلك الدار، فإنهم يتوارثون بأنسابهم التي كانت في الجاهلية كما كانت العرب حين أسلمت، وأما كل قوم تحملوا فإن كان عددهم يسيرًا لم يتوارثوا بذلك إلا أن تكون لهم بينة عادلة"[٦٨]، كما وافق شريحًا في توريث الحملاء بإقرار جماعة الشافعيةً[٦٩]. ويرى الحنفية أن الحميل الذي يرث ويورث هو الحميل في دعوى البنوة والأبوة، وأما في غير هذه الدعوى فلاً[٧٠].

ويستدل للقاضي شريح بما أخرجه الدارمي عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ: " كَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِلَى شُرَيْحٍ، أَنَّ لاَ يُوَرِّثَ الْحَمِيلَ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ فِي خِرْقَتِهَا"[٧١].

وفي توريث الحملاء على النسب نظرة توسعية في استقصاء النسب الذي هو من أسباب الميراث وهو إثبات للسببية في الميراث.

الفرع الثاني: **الولد يدعيه الاثنان:** إذا ادعى ولداً رجلان كلاهما ينسبه لنفسه فهل يرثانه جميعاً وهو يرثهما

الاثنين ؟

رأي القاضي شريح: قبل شريح قضاء عمر رضي الله عنه في رجلين غشيا امرأة في طهر واحد وأنجبت ولداً أن ميراثه لهما، ذكر محمد بن الحسن الشيباني عن شريح أنه ارتفع إليه رجلان غشيا جارية في طهر واحد، فجاءت بولد، فادعياه جميعاً، فكتب في ذلك إلى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فكتب إليه عمر أنهما لَبِّسَا فلُبِّسَ عليهما، ولو بَينا لبُين لهما، وهو ابنهما يرثانه ويرثهما ، وهو للباقي منهما"[٧٢] وقد قبل شريح قضاء عمر رضي الله عنه ، وبوب محمد بن الحسن هذا التبويب.

ووافق شريحاً في ميراث الرجلين له وميراثه منهما سفيان الثوريً[٧٣]، كما وافقه المالكية في حالة واحدة، وهي إذا مات الصبي قبل بلوغه وموالاته لأحد الأبوين، فإن ميراثه بين الأبوين عندهمً[٧٤].

كما وافقه الحنابلة أيضاً،إلا أنهم اشترطوا اتفاق القافة على إلحاقه بهما الاثنين، قال ابن قدامة" وإذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما، وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد، وهذا يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو قول أبي ثور"[٧٥].

وخالف شريحاً في هذا المالكية في حالتين فقالوا: يوقف ميراث الصبي فيهما إلى بلوغه، وهما:

الأولى: إذا عاش الصبي إلى البلوغ فرأوا أن يوقف ميراث الصبي حتى بلوغه فيقال له وال أيهما شئت.

الثانية: إذا مات أحد الأبوين قبل البلوغ والمولاة من الصبي يقال وال أيهما شئتً[٧٦]، كما خالفه الشافعية إذ إنهم يرون أنه لا يلحق إلا بأحدهماً[٧٧]، وعليه فلا ميراث له منهما ولا لهما منه.

الأدلة:

يستدل للقاضي شريح بما أخرجه الطحاوي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَضَى

فِي رَجُلٍ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ ، كِلَاهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهُ ابْنُهُ ، وَذَلِكَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ. فَدَعَا عُمَرُ أُمَّ الْغُلَامِ الْمُدَّعَى ، فَقَالَ: «أُذَكِّرُكِ بِالَّذِي هَدَاكِ لِلْإِسْلَامِ ، لَأَيِّهِمَا هُوَ؟» . قَالَتْ: «لَا وَالَّذِي هَدَانِي لِلْإِسْلَامِ ، مَا أَدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟ أَتَانِي هَذَا أَوَّلَ اللَّيْلِ ، وَأَتَانِي هَذَا آخِرَ اللَّيْلِ ، فَمَا أَدْرِي لِأَيِّهِمَا هُوَ؟» . قَالَ: فَدَعَا عُمَرُ مِنَ الْقَافَةِ أَرْبَعَةً ، وَدَعَا بِبَطْحَاءَ فَنَثَرَهَا ، فَأَمَرَ الرَّجُلَيْنِ الْمُدَّعِيَيْنِ فَوَطِئَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدَمٍ ، وَأَمَرَ الْمُدَّعَى فَوَطِئَ بِقَدَمٍ ، ثُمَّ أَرَاهُ الْقَافَةَ قَالَ: انْظُرُوا فَإِذَا أَتَيْتُمْ فَلَا تَتَكَلَّمُوا ، حَتَّى أَسْأَلَكُمْ قَالَ: فَنَظَرَ الْقَافَةُ ، فَقَالُوا: قَدْ أَثْبَتْنَا ، ثُمَّ فَرَّقَ بَيْنَهُمْ ، ثُمَّ سَأَلَهُمْ رَجُلًا رَجُلًا قَالَ: فَتَقَادَعُوا ، يَعْنِي فَتَبَايَعُوا ، كُلُّهُمْ يَشْهَدُ أَنَّ هَذَا لِمَنْ هَذَيْنِ. قَالَ: فَقَالَ عُمَرُ: «يَا عَجَبًا لِمَا يَقُولُ هَؤُلَاءِ ، قَدْ كُنْتُ أَعْلَمُ أَنَّ الْكَلْبَةَ تُلَقَّحُ بِالْكِلَابِ ذَوَاتِ الْعَدَدِ ، وَلَمْ أَكُنْ أَشْعُرُ أَنَّ النِّسَاءَ يَفْعَلْنَ ذَلِكَ قَبْلَ هَذَا ، إِنِّي لَا أَرُدُّ مَا يَرَوْنَ ، اذْهَبْ فَهُمَا أَبَوَاكَ»"[٧٨] .

ودليل المالكية والشافعية ما أخرجه البيهقي "عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ : أَنَّ رَجُلَيْنِ تَدَاعَيَا وَلَدًا فَدَعَا لَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْقَافَةَ فَقَالُوا لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ"[٧٩] .

وإن صح الخبران ،فالذي يترجح رأي شريح رحمه الله وقبوله قضاء عمر في هذا، وذلك أن السبب المورث وهو القرابة قد ثبت بطريق معتبر، وليس دونه ما يمنع.

المطلب الثاني

اعتباره الولاء وحدود التوريث به

الولاء في اللغة النصرة[٨٠]، وهو في الشرع :عصوبة سببها نعمة المعتق على الرقيق بالعتق[٨١] .

اتفقوا على أن الولاء من أسباب الميراث في الجملة ،وقد حكى الجويني الإجماع حيث قال:" الأصل في الولاء السنة والإجماع"[٨٢]، كما اتفقوا على أن الذي يرث بهذا الولاء هو المعتق وعصبته في الجملة، للحديث:" إنما

الولاء لمن اعتق"[٨٣].

ونقل عن القاضي شريح بعض المسائل في الميراث بالولاء تعكس مدى توسعه في التوريث، هذه المسائل أجعلها فروعاً في هذا المطلب.

الفرع الأول: **إرث ذات الولاء ،هل يورث كما يورث المال**؟

رأي القاضي شريح: نقل ابن عبد البر:" أن القاضي شريحاً رحمه الله يقول بقول ابن الزبير: الولاء يورث كما يورث المال وأن من أحرز من المال شيئاً أحرز مثله من ولاء الموالي"[٨٤]، ويفهم من كلام ابن قدامة أن هذا قول شريح وحده حيث قال "شذ شريح وقال: الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته"[٨٥]، وممن وافق شريحاً في هذا: سعيد بن المسيب وطاووس على ما ذكره البعضً [٨٦]، وذكره الكاساني عن إبراهيم النخعي وشريحً[٨٧]، بينما ذكر ابن المنذر هذا القول عن شريح وحدهً[٨٨].

وخالف شريحاً جماهير العلماء فقالوا الولاء لا يورث في ذاته وإنما يورث به ، فهو قول الحنفيةً[٨٩] والمالكيةً[٩٠]، والشافعيةً[٩١]، والحنابلةً[٩٢] قال ابن قدامة" هذا قول الجمهور وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاووس وسالم بن عبد الله و الحسن و ابن سيرين و الشعبي و الزهري و النخعي و قتادة و أبو زناد و ابن نشيط و مالك و الثوري و الشافعي و إسحاق و أبو ثور وأصحاب الرأي و داود"[٩٣]، فإذا مات المولى، وخلف ابنين، ثم مات أحد الابنين وخلف ابنًا، ثم مات المعتق، فالمال لابن المولى، دون ابن ابنه على مذهب الجماهير وعلى قول شريح المال بين ابنه، وابن ابنه نصفينً[٩٤].

الأدلة:

يمكن أن يستدل للقاضي شريح بالحديث "الولاء لمن أعتق"[٩٥]، ووجه

الاستدلال به شيئان:

الأول: أن الولاء ثبت ملكاً للمعتق بهذا الحديث ،وقد جرى فيه التملك وما يجري فيه الملك و التملك هو المال، وشأن المال أن يكون ميراثاً ، بمعنى قياس الولاء على المال.

الثاني: ثم إن الحديث أثبت ذات الولاء لمن أعتق فيكون ذات الولاء لورثته.

ويناقش بأن الحديث أثبت وراثة المال بالولاء، وهذا الذي فهمه الصحابة رضوان الله عليهم وجرى به عملهم، وأن إثبات الملك بالولاء ليس للذات ، وإنما للأثر وهو المال الذي يمكن أن يتصور فيه الانتقال، يؤيد هذا أن الولاء مستحق بالتعصيب، فهو يختص بمن قوي تعصيبه وقرب دون من بعدً[٩٦] ، وهذا معنى متصور في المال لا ذات الولاء.

واستدل الجمهور بالآتي:

١. بالحديث:" الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب"[٩٧] وجه الاستدلال أنه أثبت للولاء ما للنسب فكما أن النسب لا يورث ذاته فكذا الولاء لا يورث ذاته ،وإنما يورث به.

٢. القياس على النسب في امتناع البيع والهبة وسائر العقود فلما امتنع البيع الذي هو موجب للنقل امتنع ميراث الذات إذ لا تتصور فيه الماليةً[٩٨].

الفرع الثاني: **ميراث النساء بالولاء المطلق:**

اتفقوا على أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما كن سبباً فيه مباشراً ؛لأن الولاء يورث عصبة وليست النساء عصبة بأنفسهنً[٩٩] واختلفوا في انجرار الولاء للمرأة هل ترث به كإرثها بالفرض أو مشاركتها إن كانت عصبة بالغير لمعصبها فيه أم لا؟

وقد حكي عن القاضي شريح في ذلك رأيان:

الرأي الأول: بناء على إرث ذات الولاء الذي قال به القاضي شريح

نقل عنه ما يفيد بأنه يرى أن النساء يرثن بالولاء المطلق، قال ابن قدامة بعد أن ذكر ميراث النساء بالولاء وأنهن يرثن بالولاء الذي أعتقن أو أعتق من أعتقن"... وهذا قول الجمهور وهو قول من سمينا في أول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح"[100]، وقال الروياني في الولاء " قال طاووس: هو بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين كالمال وهكذا قال في الأخ والأخت يرثان الولاء للذكر مثل حظ الأنثيين، وحكي نحو هذا عن شريح"[101].

الرأي الثاني: ذكر الماوردي أنه حُكِي عن شريح في مسألة إذا مات وترك ابن مولاه وبنت مولاه وأبا مولاه ،أن لأب المولى السدس والباقي لابن المولى دون بنت المولى، وذكر أنه "حكي أيضاً عن الأوزاعي والنخعي، وأبي يوسف وأحمد وإسحاق"[102].

وهذا النقل الثاني عن شريح إنما هو وارد على مسألة ميراث ذات الولاء وأثره، ومن يرث به، وإذا ثبت ما حكي عنه في ميراث النساء للولاء فقد تكون هذه المسألة استثناء من ذلك القول، أو ربما تكون رجوعاً أو يكون ما حكي عنه أولاً في انجرار الولاء للنساء رجوعاً عما حكي عنه ثانياً ،وعلى كل فنسبة القول له أو نفيها عنه تحتاج إلى حجج من نقولات مؤكدة أو تصريح بتخريج .

وعلى فرض ثبوت نسبة إرث النساء بالولاء المطلق كإرثهن بالفرض قولاً أو تخريجاً عنه يمكن أن يستدل له بحديث عمرو بن شعيب عَنْ أَبِيه، عَنْ جَدِّه، " أَنَّ رِئَابَ بْنَ حُذَيْفَةَ، تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلَدَتْ لَهُ ثَلَاثَةَ غِلْمَةٍ، فَمَاتَتْ أُمُّهُمْ فَوَرَّثُوهَا رِبَاعَهَا، وَوَلَاءَ مَوَالِيهَا"[103] ذلك لأن ابن رسلان أشار بعدما أورد هذا الأثر أنه "قد يستدل به شريح على ما ذهب إليه أن ولاء الموالي يورث كما يورث المال"[104] فيكون الاستدلال هنا من باب التخريج، ووجه الدلالة منه أن المرأة ورثت ولاء مواليها.

ويناقش بأنه لا دلالة فيه على ميراث المرأة المطلق للولاء، لأن تمام الأثر أنهم لما ترافعوا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ عُمَرُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أَحْرَزَ الْوَلَدُ أَوِ الْوَالِدُ، فَهُوَ لِعَصَبَتِهِ مَنْ كَانَ»[١٠٥]، فثبت ميراث الولاء لعصبة المعتق والعصبة هم الذكور.

الفرع الثالث: **حدود الإرث بالولاء:** بمعنى هل يرث بالولاء المعتق الذي منَّ بالعتق وحده ،ومن يرثونه عصبة إذا مات أم أن المعتَق أيضاً يرث بالولاء؟

رأي القاضي شريح: نقل الطيبي عن طاووس و شريح أنهما قالا: " يرث العتيق من المعتق، كما يرث المعتق من العتيق "[١٠٦] ونقله عنه المبارك فوريً[١٠٧] والعظيم آبادي في عون المعبودً[١٠٨] ولم أجد من نسب هذا لشريح غير هذا النقل غير أن ابن قدامة أشار إلى أنه إذا مات المولى (السيد) يقصد المعتِق قبل المعتَق فلا ينتقل ولاءه لعصبته لأن الولاء كالنسب وقال بعد هذا: وشذ شريح فقال الولاء بمنزلة المال يورث عن المعتقً[١٠٩]، والذي يفهم من هذا أن هذا تخريج على أساس شريح في نقل وإرث ذات الولاء، ولكن قد يكون من غير المسلم إثبات مسألة كهذه بتخريج .

وذكر العيني أن إرث المعتَق من المعتِق هو قول الحسن بن زياد وإسحاق بن راهويه وبشر المريسيً[١١٠] وذكر الماوردي أن ميراث الأسفل من الأعلى هو قول من شذ كعطا وطاووسً[١١١].

وإذا ثبت هذا عن شريح، فقد خالفه الجمهور من الحنفيةً[١١٢] والمالكيةً[١١٣] والشافعيةً[١١٤] والحنابلةً[١١٥] حيث رأوا أن الميراث بالولاء يكون للمعتِق لا المعتَق.

الأدلة:

يمكن أن يستدل للقاضي شريح بالحديث «أن رجلاً مات على عهد رسول الله – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – ولم يكن له وارث إلا عبداً كان أعتقه فدفع النبي – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

– ميراثه إليه»[١١٦] ووجه الدلالة منه واضح حيث جعل الميراث بالولاء للمعتَق، وأن كل أحد يرث بمعنى يكون موروثاً به[١١٧].

ونوقش بأن ذلك الحديث غير صحيح، ولئن صح فهو منسوخ بقوله – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ –: «الولاء لمن أعتق»، وكذلك معارض بقول علي وزيد بن ثابت – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – حيث قالا: لا ميراث للمعتَقً[١١٨]، كما أن لفظ الحديث (دفع) وليس ورث فيحتمل أن يكون الدفع على سبيل الهبة أو أي معنى وليس على سبيل الميراثً[١١٩].

ودليل الجمهور حديث ((إنما الولاء لمن أعتق)) حيث أثبت الولاء للمعتقً[١٢٠]، ولم يثبته للمعتَق، وأن الصحابة فهموا هذا.

والذي يترجح هو قول الجمهور لقوة دليلهم وسلامته من المناقشة ولضعف دليل الخصم وكثرة ورود الاحتمالات على الاستدلال به ، ولأن الصحابة فهموا من الولاء المعتِق دون المعتَق.

والخلاصة: أن هذا التوارث البيني بالولاء يعد توسعاً في السببية للميراث، وبالتالي يعد توسعاً في التوريث

المطلب الثالث

رأيه في ميراث المطلقة

المقصود بالمطلقة هنا هي المطلقة طلاقاً بائناً بغير رضاها في مرض الزوج المخوف أن يموت فيه ،وهو متهم بحرمانها من الميراث. وهو ما يسميه بعضهم طلاق الفرار أو الفارً[١٢١].

وتحرير المسألة: اتفقوا أن النكاح من أسباب الميراث وأنه يثبت به الميراث بين الزوجين بمجرد العقدً[١٢٢] لقول الله تعالى ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوَاْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ

وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾ [النساء: ١٢]، كما اتفقوا أن المطلقة طلاقاً رجعياً سواء كان الطلاق في المرض أو في الصحة، ولم تنقض عدتها ترث ، وقد حكى بعضهم الاجماع على ذلك(١٢٣)، كما حكى ابن يونس اتفاق الناس على أن الرجل إذا طلق زوجته في المرض أو الصحة طلاقاً رجعياً ثم مات أحدهما قبل عدة المطلقة أنهما يتوارثان(١٢٤)، كما اتفقوا أن الطلاق البائن دون قصد الفرار في حال الصحة ينقطع به الميراث، وحكى ابن المنذر الاجماع على ذلك(١٢٥)، واتفقوا على أن المرأة هذه إن توفيت قبل مطلقها الفار فإنه لا يرثها(١٢٦)، وإنما حصل الخلاف بينهم في ميراث المطلقة منه.

رأي القاضي شريح: نقل عن القاضي شريح رحمه الله ما يفيد أنها ترث منه ما دامت في العدة، فأخرج مالك عن إبراهيم النخعي عن شريح : " أن عمر بن الخطاب كتب إليه في رجل طلق امرأته ثلاثاً ،و هو مريض : أن ورثها ما دامت في عدتها فإذا انقضت العدة فلا ميراث لها"(١٢٧). وذكر البيهقي: عَنْ إِبْرَاهِيمَ، أَنَّهُ كَانَ فِي هَذَا الْكِتَابِ – يَعْنِي: عُرْوَةَ الْبَارِقِيَّ الْأَزْدِيَّ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ – صلى الله عليه وسلم – كَتَبَ إِلَى شُرَيْحٍ بِخَمْسٍ جَاءَ بِهِنَّ – يَعْنِي: عُرْوَةَ –: وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا وَهُوَ مَرِيضٌ تَرِثُهُ مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا(١٢٨).

قال ابن عبد البر: "..من القائلين أنها ترثه ما دامت في العدة عمر بن الخطاب وعائشة وعثمان على اختلاف عنه، وبه قال شريح القاضي"(١٢٩).

ووافق شريحاً في هذا الحنفية؛ إذ أثبتوا لها الميراث مادامت في العدة(١٣٠)، كما وافقه المالكية في مبدأ ميراثها منه ،وخالفوه في المدة التي ترث فيها حيث رأوا أنها ترث ولو تزوجت بآخر ،وأن هذا الطلاق الذي هذا وصفه غير قاطع للميراث(١٣١). كما وافقه الحنابلة أيضاً في مبدأ

ميراثها منه ، وخالفوه في متى ينتهي ميراثها حيث قالوا مالم تتزوج بزوج آخرً[١٣٢]، كما وافقه الشافعية في ميراثها في قول ليس هو المعتمدً[١٣٣].

وحاصله أن الأئمة الثلاثة يرون رأي شريح في ميراث مطلقة الفار منه، ويختلفون في متى ينقطع حقها في الميراث منه على ما بُيّنَ.

ويحكى القول بالتوريث عن النخعي، والشعبي، والثوريً[١٣٤] وربيعة والليث والأوزاعي وروي عن جمع من الصحابة منهم عمر وعثمان وعليً[١٣٥].

وخالف شريحاً في ميراث مطلقة الفار: الشافعية في القول الصحيح الجديد؛ فيرون أن الميراث ينقطع بمجرد الطلاقً[١٣٦].

الأدلة:

استدل شريح ومن وافقه بالآتي:

١. ما أخرجه الدارقطني عن عبد الله ابن أبي مليكة ،قال: سألت عبد الله بن الزبير عن الرجل يطلق امرأته فيبتها ثم يموت في عدتها؟، فقال ابن الزبير: «طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضر بنت الأصبغ الكلبية ثم مات وهي في عدتها فورثها عثمانً»[١٣٧] ووجه الدلالة منه واضح ؛حيث ورث عثمان رضي الله عنه المطلقة، وورد عنه أنه : قال ما اتهمته ولكن أردت السنةً[١٣٨].

٢. عَنِ الشَّعْبِيِّ "أَن أُمَّ الْبَنِينَ بِنْتَ عُيَيْنَةَ بْنِ حِصْنٍ كَانَتْ تَحْتَ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ فَلَمَّا حُصِرَ طَلَّقَهَا وَقَدْ كَانَ أَرْسَلَ إِلَيْهَا لِيَشْتَرِيَ مِنْهَا ثُمْنَهَا فَأَبَتْ فَلَمَّا قُتِلَ أَتَتْ عَلِيًّا فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ : تَرَكَهَا حَتَّى إِذَا أَشْرَفَ عَلَى الْمَوْتِ طَلَّقَهَا، فَوَرَّثَهَا"[١٣٩].

٣. أن الزوج استعجل حرمانها من الميراث، فيعاقب بنقيض قصدهً[١٤٠]؛ إذ من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانهً[١٤١].

واستدل الشافعية بما يأتي:

١- بما ذكره البيهقي قَالَ الرَّبِيعُ : قَد اسْتَخَارَ اللَّهَ فيه يَعْنِى الشَّافعيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَقَالَ : لاَ تَرِثُ الْمَبْتُوتَةُ[١٤٢]، وقد أشار بعضهم إلى أنه حديث ،وقال إذا صح نصاً لا يسوغ خلافهً[١٤٣]. وقد يناقش بأن هذا قولاً وليس دليلاً.

٢- لأنها فرقة تقطع إرثه منها فوجب أن تقطع إرثها منهً[١٤٤]. وقد يناقش بأن لا تلازم بين الحالين فقد يثبت الميراث لقرابة وينفى عن أخرى بسبب مانع أو ما يوجب نفيه، كما هو الحال في الولاء يرث به المعتِق لا المعتَق.

٣- ولأنه إرث ينقطع بالفرقة في حال الصحة فوجب أن ينقطع بالفرقة في حال المرض.وقد يناقش بأنه لا يلزم طرد الانقطاع في حال الصحة على حال المرض لوجود معنى يبقيه في جانب المرأة، وأن حالة ميراث المبتوتة في المرض حالة مستثناة لفعل الصحابة رضوان الله عليهم.

٤- أن النكاح عقد تترتب عليه أحكام من طلاق وظهار وإيلاء وتحريم للجمع بينها وبين أختها وخالتها وعمتها وثبوت الميراث وعدة الوفاة، فلما انتفى عن هذه المبتوتة في حال المرض أحكام النكاح من غير الميراث، انتفى عنها أحكام النكاح في الميراث يعني قياس الميراث على غيره من الحقوق التي تنتفي عن المبتوتةً[١٤٥]. وقد يناقش أن هذا القياس لا يلزم فاستثني الميراث لأن الصحابة ورثوها ،ولم يوجد نكير فكان اتفاقاً منهم، وهذا القياس يضاد هذا الاتفاق.

والذي يظهر هو رجحان رأي القاضي شريح ومن وافقه في مبدأ ميراث مبتوتة الفرار، لقوة الاستدلال، ولعدم سلامة ما استدل به المانعون، ولمناقشته.

المطلب الرابع

ميراث اللقيط

اللقيط: صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه[١٤٦]. فهو اسم المولود الذي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا، وسمي باعتبار المآل وهو الالتقاط[١٤٧]، والكلام هنا عن ميراث اللقيط.

رأي القاضي شريح: نقل ابن بطال عن شريح أن ولاء اللقيط لملتقطه[١٤٨]، وقال ابن قدامة "قال شريح عليه الولاء لملتقطه"[١٤٩]، وقال ابن حزم "وروينا أيضاً هذا، عن شريح أنه جعل ولاء اللقيط لمن التقطه"[١٥٠].

وقال ابن المنذر "قد روينا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال للذي التقطه: "هو حرّ وولاؤُه لك"، وبه قال شريح" [١٥١]، وهذا يقتضي أن يكون ميراثه لمن التقطه طالما أثبت له الولاء [١٥٢].

ووافق شريحاً إسحاق بن راهويه [١٥٣] والحنفية في ميراث ملتقطه منه[١٥٤].

وخالف شريحاً في ميراث اللقيط إذا مات ولم يكن له وارث: المالكية [١٥٥]، والشافعية [١٥٦] والحنابلة [١٥٧] فقالوا ميراثه لبيت مال المسلمين، وهو قول الثوري [١٥٨] وعامة الفقهاء [١٥٩] منهم الشعبي، والحكم، وحماد بن أبي سليمان وأبو ثور [١٦٠].

الأدلة:

دليل القاضي شريح: استدل القاضي شريح ومن معه بالآتي:

١. حديث سنين أبي جميلة عن عمر "أنه قال له في المنبوذ اذهب فهو حر ولك ولاؤه" [١٦١]، والدلالة منه: أنه أثبت الولاء لمن التقطه بعد إثبات حريته، وهذا يقتضي التوريث إذ إنه أحد أسباب الميراث[١٦٢].

ونوقش بأن الأثر ضعيف، قالوا أبو جميلة مجهول لا يعرف له خبر غير هذا الحديث [١٦٣].

وعلى فرض صحته فقد حمل قول عمر:لك ولاؤه، على أنه أنت

الذي تتولى تربيته والقيام بأمره ،وهذه ولاية الإسلام لا ولاية العتق[١٦٤].

٢. حديث واثلة بن الأسقع "ترث المرأة عتيقها ولقيطها وابنها الذي لاعنت عليه" [١٦٥] والدلالة منه إثبات إرث اللقيط لملتقطه. ونوقش بأن إسناده ضعيف[١٦٦].

دليل الجمهور:

١. حديث: " إنما الولاء لمن أعتق" ووجه الدلالة منه أن الولاء ثابت فقط لمن من بنعمة العتق ومحصور عليه ومنتف عمن لم يعتق والملتقط لم يمن بالعتق فلا ولاء له [١٦٧].

٢. أن الميراث لا يستحق إلا بسبب من نسب أو ولاء أو نكاح ولا نسب ولا ولاء بين اللقيط وملتقطه [١٦٨].

والذي يترجح مذهب الجمهور لقوة ما استدلوا به.

المبحث الثالث

منهجه في اعتبار المانع

المطلب الأول

الرق

لا خلاف بينهم أن الرق يمنع من الميراث [١٦٩]؛ لأن الرقيق كله مملوك [١٧٠] لسيده فهو مال يورث عن سيده.

والكلام هنا عن المكاتب إذا شرع في الكتابة ولم يكمل نجومها بأن بقي عليه شيء هل يكون حراً بالمقدار الذي دفعه فبالتالي يرث ويورث، أم أنه لا زال عبداً حتى يؤدي جميع ما عليه وبالتالي لا يرث ولا يورث؟

رأي القاضي شريح :نقل عن القاضي شريح رحمه الله في ذلك روايتان:

الرواية الأولى: أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، وبالتالي لا يرث ولا يورث ، قال ابن قدامة: "روايتان: إحداهما : أنه عبد ما بقى عليه درهم لا يرث ولا يورث يروى ذلك عن عمر... وشريح" [١٧١]، وقال ابن المنذر:"

المكاتب مملوك ما بقى عليه درهم، وذكر ممن روي عنهم ذلك شريح" [١٧٢] وممن وافقه القاضي شريح في هذه الرواية: عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز وكما وافقه أبو ثور وسعيد ابن المسيب و الزهري [١٧٣] والقاسم [١٧٤]، وهو قول الحنفية [١٧٥]، والمالكية [١٧٦]، والشافعية [١٧٧]، والحنابلة في الرواية المعتمدة [١٧٨].

الرواية الثانية: أن المكاتب إن أدى بعض المبلغ وذكروا الثلث كان حراً ، وبالتالي يورث ويرث ذكر ابن بطال: "إن أدى ثلث الكتابة عتق، وهو قول شريح" [١٧٩] ولازم منه الميراث ، قال ابن عبد البر: " عن شريح أنه قال إذا أدى الثلث فهو غريم" [١٨٠] أي غريم بالباقي وجاء التصريح بأنه قال يعتق كما نقله ابن بطال فقد قال القرطبي: " إذا أدى ثلث الكتابة فهو عتيق غريم ؛ وهذا قول شريح" [١٨١]، وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "عن شريح أنّه قال: إذا أدى ثلث مال الكتابة عتق" [١٨٢]، وذكر الماوردي" حكي عن شريح أنه قال: إذا أدى ثلث كتابته، عتق وكان غريماً بالباقي" [١٨٣] ونقل ابن المنذر " إذا مات المكاتب وترك وفاء، أخذ مواليه ما بقى من كتابته، وما بقى كان لورثته ...وهو قول شريح" [١٨٤]، وقال وكيع" عَن أبي حصين، قال: خاصمت إِلَى شريح، في مكاتب ترك مالاً، وبقي عليه من مكاتبته بقية، فأعطاني شريح ما بقي عليه من كتابته؛ وجعل لابنيه الثلثين، وجعل أبا حصين عصبته فورثه ما بقى" [١٨٥] ووافق شريحاً في القول بحريته وإرثه: الثوري، وروى عن علي، وعبد الله بن مسعود، ومعاوية، والحسن البصري، وعبد الملك بن مروان، والنخعي، وطاووس [١٨٦]، وذكر ابن المنذر أيضاً أنه روي عن علي أن المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى، أو يرث بقدر ما أدى، ويحجب بقدر ما أدى، وروى عنه أيضاً أنه

قال: المكاتب تجري فيه العتاقة مع أول نجم يؤديه" [187].

ووافقه المالكية في مسألة إرث قريب المكاتب الذي يشاركه في الكتابة إذا مات وترك مالاً وافياً بكتابته وزيادة فإن ما بقي بعد الكتابة من ماله يرثه الأحرار من ورثته [188] وحدوا القريب الذي يرث الزيادة بالآتي: الولد وولد الولد والأبوان والجدود والإخوة دون أحرار ولده، ولا يرثه سواهم من عم أو ابن عم أو غيرهم من عصبة ولا زوجة، وإن كانوا معه في الكتابة [189].

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى –صلى الله عليه وسلم– قال « المكاتب عبد ما بقى عليه من مكاتبته درهم » [190]

ويلزم منه أنه لا يرث ولا يورث ماله عنه إذ هو رقيق مملوك.

ويجاب عن الاستدلال به بأنه قد لا يصح أو أنه أثر، قال الطحاوي بعد أن خرجه"... فكانت هذه الآثار قد أختلف فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظرنا فيما روي عن أصحابه رضي الله عنهم من ذلك" [191] قال الصنعاني:" روي من طرق كلها لا تخلو عن مقال، قال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب لا أعلم أحداً روى هذا إلا عمرو بن شعيب ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته" [192].

٢. رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، أَنَّهُ قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» [193] وكذلك عن ابن عمر وعن زيد بمثله [164] وقال الترمذي" ...عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَغَيْرِهِمْ: أَنَّ المُكَاتَبَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ" [195]

والدلالة منه كما سبق ، وقد روي عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، قَالَ: "اسْتَأْذَنْتُ عَلَى عَائِشَةَ،

فَقَالَتْ: سُلَيْمَانُ ؟ فَقُلْتُ : سُلَيْمَانُ ، فَقَالَتْ : أَدَّيْت مَا بَقِيَ عَلَيْكَ مِنْ كِتَابَتِكَ التي قَاطَعْت أهلك عَلَيْهَا ، قُلْتُ : نَعَمْ ، إلاَّ شَيْئًا يَسِيرًا قَالَتْ : ادْخُلْ فَإِنَّكَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْكَ شَيْءٌ" (١٩٦) فقد اعتبرته لازال عبداً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على العبد.

دليل القول الثاني:

١. عَنْ ابْنِ عَبَّاس، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِذَا أَصَابَ المُكَاتَبُ حَدًّا أَوْ مِيرَاثًا وَرِثَ بِحِسَابِ مَا عَتَقَ مِنْهُ» (١٩٧) والدلالة منه أنه أثبت للمكاتب بأدائه بعض ما عليه حرية يترتب عليها أثر من الميراث والحد وأشباهه.

٢. عن ابن عباس عن النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «يُؤَدِّي المُكَاتَبُ بِحِصَّةِ مَا أَدَّى دِيَةَ حُرٍّ، وَمَا بَقِيَ دِيَةَ عَبْدٍ» (١٩٨) والدلالة منه أنه أثبت للمكاتب حرية بقدر ما دفع وترتب عليها أثر وهو أداءه الدية باعتبار حريته.

٣. عن أم سلمة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه" (١٩٩) والدلالة منه أن الأمر باحتجاب المرأة إنما يكون من الحر فأثبتت للمكاتب حرية أثناء الكتابة بدلالة هذا الأمر، ولزم منه أن يرث ويورث بهذه الحرية، قال الخطابي " كالدلالة على أنه إذا مات وترك الوفاء بكتابته كان حراً" (٢٠٠).

وقد يناقش الاستدلال أن الأمر بالاحتجاب في هذه القضية خاص بأزواج النبي صلى الله عليه وسلم وأنه مصروف إلى الندب احتياطاً، وإلى هذا أشار ابن رسلان (٢٠١) ويجاب عنه أنه لم ينقل التنصيص على الخصوصية ، وأن غاية الأمر هو رفع إباحة نظر العبد لمولاته لارتفاع العبودية عنه بهذه

الكتابة، وهذا من ترتب الأثر على حريته[٢٠٢]، وأن الشافعي رحمه الله أشار إلى جواز ذلك وعدم حتميته [٢٠٣].

٤. عن عمر بن الخطاب : «إِذَا أَدَّى الْمُكَاتَبُ النِّصْفَ لَمْ يُسْتَرَقَّ» [٢٠٤] ودلالاته بأنه يلزم من حريته الثابتة بقوله لم يسترق آثارها ومنه ميراثه وواراثته.

الخلاصة: أنه نقل عن القاضي شريح الروايتان كلاهما: الأولى كونه عبد ما بقي عليه شيء فلا يرث ولا يورث والثانية عتقه وثبوت حريته بقدر ما دفع من نجوم كتابته وبالتالي يرث ويورث بهذا القدر.

وبموازنة الروايتين فإن الرواية الأولى كل من نقلها عنه نقلها بلفظ روي . بينما الثانية وهي إثبات حريته بقدر ما دفع أكثر من نقلها عنه نقلها بالتصريح بالقول، إضافة إلى ذلك فإنه نقل عنه الفعل الذي يعزز القول وهو قضاؤه بتوريث ورثة المكاتب منه؛ مما يقوى جانب هذه الرواية عنه ، وإذا ثبت هذا فإنه يكون من باب التوسع عنه في التوريث بتضييق المانع بالرق وحصره في القن، لا سيما إن انضم إلى هذا تشوف الشارع للعتق وحثه عليه.

المطلب الثاني :المنع بالقتل: اتفق الفقهاء على أن القتل مانع من الميراث فلا يرث قاتل مورثه منه شيئاً إذا قتله عمداً ونقل الإجماع في العمد وفي عدم إرث الدية في القتل الخطأ [٢٠٥]، واختلفوا في غير العمد بأن كان قتلاً خطأً.

رأي القاضي شريح: نقل ابن عبد البر عن شريح أنه قال "لا يرث القاتل عمداً ولا خطأً شيئاً من المال ولا من الدية" [٢٠٦]، كما قال الإمام القرطبي :".... لا يرث القاتل عمداً ولا خطأً شيئاً من المال ولا من الدية، وهو قول شريح" [٢٠٧]. وقال ابن قدامة " القاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أو خطأً...و به قال شريح" [٢٠٨].

وممن روي عنه ذلك :عمر، وعلي، وزيد، وابن مسعود، وابن عباس. وروى نحوه عن أبي بكر، رضي الله عنهم. وبه قال عروة، وطاووس، وجابر بن زيد، والنخعي، والثوري، والشعبي، وشريك، والحسن بن صالح، ووكيع، ويحيى بن آدم [٢٠٩].

ووافق شريحاً في ذلك: الحنفية [٢١٠] و الشافعية [٢١١]، والحنابلة[٢١٢].

وخالف شريحاً في ميراث القاتل خطأً المال لا الدية: إسحاق وأبو ثور و سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح ومجاهد والزهري والأوزاعي [٢١٣] وسعيد بن عبد العزيز وأبو ثور وابن المنذر [٢١٤] وعثمان البتي والْإِمَامِيَّة [٢١٥]، كما خالفه المالكية فقالوا يرث قاتل الخطأ مال مورثه ولا يرث الدية [٢١٦].

الأدلة:

يستدل للقاضي شريح بالآتي:

١. عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: الْقَاتِلُ لاَ يَرِثُ" [٢١٧] قال البغوي" العمل عليه عند عامة أهل العلم" [٢١٨].

٢. عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، أَنَّ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ" [٢١٩] والدلالة منه أنه عام في الميراث والوصية [٢٢٠].

واستدل من قال يرث القاتل خطأ من المال لا من الدية بالآتي:

١. حديث عمرو بن شعيب السابق "ليس لقاتل شيء" والدلالة منه أن عمر رضي الله عنه ورث أخا المقتول من الدية ولم يورث أباه الذي قتله [٢٢١].

٢. حَدِيثَ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَامَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ فَقَالَ: «الْمَرْأَةُ تَرِثُ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا ، وَهُوَ يَرِثُ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهِ وَمَالِهَا ، مَا لَمْ يَقْتُلْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدًا ، فَإِنْ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَمْدًا لَمْ يَرِثْ

مِنْ دِيَتِه وَمَالِه شَيْئًا ، وَإِنْ قَتَلَ صَاحِبَهُ خَطَأً وَرِثَ مِنْ مَالِه وَلَمْ يَرِثْ مِنْ دِيَتِه» [٢٢٢] والدلالة منه واضحة إذا صح .

والذي يترجح هو القول بأن القاتل خطأً لا يرث من المال ولا من الدية ولا معنى للتفريق بين المال والدية.

وبناء عليه فإن القاضي شريحاً يرى المنع من الميراث بكل قتل بغير حق.

المطلب الثالث: المنع باختلاف الدين :

قال أبو الحسن ابن القطان :" الكافر لا يرث المسلم بإجماع ،وجمهور التابعين بالحجاز والعراق على أن لا يرث المسلم الكافر كما لا يرث الكافر المسلم هو قول جل العلماء، واختلفوا في توريث أهل الملل بعضهم من بعض" [٢٢٣] .

الاختلاف في مسألة توريث أهل الملل من بعضهم بناء على مسألة هل الكفر ملة واحد فيتوارثون من بعضهم ، أم أنه ملل شتى فلا يتوارثون:

رأي القاضي شريح: نقل عن القاضي شريح القول بأن الكفر ملل متعددة ؛ وعليه لا توارث بينهم ، قال ابن عبد البر:" قال شريح : الكفر ثلاث ملل فاليهود ملة والنصارى ملة وسائر ملل الكفر من المجوس وغيرهم ملة واحدة لأنهم لا كتاب لهم" [٢٢٤]، قال القرطبي:" قال بعض الناس أن الملل أربعة: فالسامرية واليهود ملة، والصابئون والنصارى ملة، والمجوس ومن لا كتاب لهم ملة، والإسلام كله ملة. ويحكى هذا المذهب عن شريح" [٢٢٥]، قال الروياني:" قال شريح: الكفار المختلفون في الدين لا يتوارثون" [٢٢٦]. قال ابن قدامة "حكي عن بعضهم الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضاً...هذا قول شريح" [٢٢٧]، قال اللخمي الاسكندري :"... قد قال بعض مَنْ رأى أَنَّ الكفر ملٌ مختلفة: إن السامرة من اليهود أهلُ ملة واحدة، والصابئين مع النصارى أهلُ ملة ثانية، والمجوس ومَنْ لا كتابَ لهم ملةٌ ثالثة، وتكون هذه عندهم ثلاث ملل، سوى ملة الإسلام، يُحكى

هذا المذهب عن شريح" [٢٢٨]، وذكر الحطاب " عن شريح: اليهودية ملة والسامرية ملة والنصرانية ملة و الصابئة ملة والمجوسية وسائر الأديان ملة" [٢٢٩].

ووافق شريحاً ابن أبي ليلى وشريك بن عبد الله [٢٣٠]، ووافقه مالك في مبدأ أن الكفر ملل شتى مختلفة لا يتوارث بعضهم من بعض [٢٣١]، وهي الرواية التي رجع إليها [٢٣٢]، وكذا وافقه أحمد في رواية عنه اختارها بعض أصحابه [٢٣٣]، وبهذا قال ابن شهاب وربيعة والحسن البصري [٢٣٤].

وخالف شريحاً جمهور الفقهاء من الحنفية [٢٣٥]، والمالكية في رواية عنهم رجع عنها مالك [٢٣٦]، والشافعية [٢٣٧] والحنابلة في رواية اختارها الخلال [٢٣٨]، فقالوا إن الكفر ملة واحدة فيتوارثون من بعضهم، وهو قول علي بن أبي طالب وإبراهيم النخعي [٢٣٩].

الأدلة: استدل شريح ومن قال إن الكفر ملل مختلفة بالآتي:

١. عن عَمْرو بْن شُعَيْب، عَنْ أَبيه، عَنْ جَدِّه عَبْد اللَّه بْن عَمْرو، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّه صَلَّى اللهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى» [٢٤٠].

٢. عن جابر : عن النبي صلى الله عليه وسلم قال" لا يتوارث أهل ملتين" [٢٤١].

وجه الدلالة من هذه النصوص أنه منع من ميراث أهل الملل المختلفة من بعضهم ومقتضاه أن كل دين في الكفر ملة مختلفة عن الأخرى فلا يتوارثون يدل عليه ما روي عن عمر قال لا يورث أهلَ الملل، ولا يرثونا)، فسمّاهم مللاً [٢٤٢].

استدل من قال إن الكفر ملة واحدة:" بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» [٢٤٣] والدلالة منه أنه بمفهومه دل على أن المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر وكلمة كافر تدل بالموافقة على أن كل الكفر يرث بعضه بعضاً

فهو ملة واحدة [٢٤٤]، ويناقش بما قاله ابن رشد: "القول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا" [٢٤٥].

الترجيح: المسألة كلها مبنية على ما إذا ترافع إلينا الكفار مختلفو الملل للقضاء بينهم في الميراث.

والذي يترجح القول الأول قول القائلين بأن الكفر ملل مختلفة لا توارث بينها؛ لقوة أدلتهم ونطقها في الموضوع، ومما يؤيد ترجيحه أيضاً: أن حديث نهي التوارث بين أهل الملل ورد بصيغته هذه منضم إليه نفي ميراث الكافر من المسلم والمسلم من الكافر؛ فعن أسامة بن زيد رضي الله عنه: عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: لا يتوارث أهل ملتين و لا يرث مسلم كافراً و لا كافر مسلماً ثم قرأ ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ﴾ [٢٤٦] فدل هذا على حكمين حكم خاص بميراث الكافر من المسلم وميراث المسلم من الكافر، وحكم خاص بتوارث الكفار ذوي الملل المختلفة من بعضهم، وهذا الجمع فيه إشارة إلى الاختلاف إذ لو كان الكفر ملة واحدة لما كان لذكر الملل فائدة فلما ذكرت الملل دل على اختلاف الحكم.

كما أنه يمكن الإشارة إلى مقصد شرعي من منع الميراث بينهم لعدم تمتعهم بهذه الأموال وتقويهم بها على المسلمين.

المبحث الرابع

منهجه في اعتبار النص والاجتهاد

المطلب الأول

النص والاستقصاء في الاتباع

الفرع الأول: **رأي شريح في المسألتين العمريتين:**

المسألتان العمريتان: زوج وأبوان، أو زوجة وأبوان نسبتا إلى عمر رضي الله عنه لقضائه فيهما [٢٤٧]، وتسميان غير ذلك [٢٤٨]. ونقل عن شريح رحمه الله أنه يقول أن للأم في المسألتين كليهما الثلث كاملاً من جميع المال، قال

ابن عبد البر: " قال عبد الله بن عباس في زوج وأبوين للزوج النصف وللأم الثلث من جميع المال وللأب ما بقي، وقال في امرأة وأبوين للمرأة الربع وللأم ثلث جميع المال والباقي للأب ،وبهذا قال شريح القاضي " [٢٤٩]، وقال القرطبي" قال ابن عباس في زوج وأبوين :للزوج النصف ، وللأم ثلث جميع المال، وللأب ما بقي، وقال في امرأة وأبوين : للمرأة الربع ، وللأم ثلث جميع المال ، والباقي للأب، وبهذا قال شريح القاضي " [٢٥٠]، وذكر الإمام البغوي أن قول شريح القاضي للأم الثلث كاملاً في المسألتين" [٢٥١] ونقل القاضي عبد الوهاب أن القاضي شريح قال لها ثلث المال كله في المسألتين [٢٥٢]قال ابن حزم: "للأم ثلث جميع المال في امرأة وأبوين، وزوج وأبوين... وهو قول شريح " [٢٥٣]، قال ابن قدامة "جعل ابن عباس ثلث المال كله للأم في المسألتين.. ذلك عن شريح في زوج وأبوين" [٢٥٤]، وقال ابن المنذر "روي عن شريح أنه قال في زوج، وأبوين، للزوج النصف، وللأم الثلث" [٢٥٥].

ووافق شريحٌ في هذا الرأي ابن عباس كما روي هذا الرأي عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أجمعين [٢٥٦] ووافقه محمد بن سيرين، وابن اللبان [٢٥٧]، ونقل ابن قدامة أن ابن سيرين وافق شريحاً في امرأة وأبوين، وأما في زوج وأبوين فمع الجماعة [٢٥٨].

وخالف شريحٌ في هذا عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن مسعود الذين يقولون إن الأم في المسألتين ترث ثلث الباقي [٢٥٩]، قال القرطبي هو مذهب عامة الفقهاء [٢٦٠]، وروي عن علي رضي الله عنه ؛قال ابن عبد البر: "وهو قول جماعة فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى بالحجاز والعراق وأتباعهم من سائر البلاد... المشهور والمعروف عن علي وزيد وعبد الله وسائر الصحابة رضوان الله عليهم – وعامة العلماء ما

رسمه مالك (رحمه الله)" [٢٦١].

وهو قول المذاهب الأربعة الحنفية [٢٦٢]، والمالكية [٢٦٣]، والشافعية [٢٦٤]، والحنابلة [٢٦٥].

الأدلة:

دليل القاضي شريح:

١. قول الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، والدلالة منه أن الله تعالى فرض للأم حيث لا ولد ولا جمع إخوة الثلث، وفي هاتين المسألتين لا ولد وجمع إخوة فيكن لها ما فرض وهو كامل الثلث.

٢. قول الرسول صلى الله عليه وسلم (ألحقوا الفروض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر) [٢٦٦]، والدلالة منه أن الأم صاحبة فرض ، فتعطاه والأب في المسألة عاصب فيكون له ما بقي إذ هو أولى رجل ذكر.

ودليل الجمهور قول الله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١]، والدلالة منه أن الأب والأم في رتبة واحدة في استحقاق الميراث وهو ذكر مقابل أنثى فيفضل عليها، مسايرة لهذا الأصل [٢٦٧].

قال البهوتي" لو أعطينا الزوج فرضه وأخذت الأم الثلث لزم تفضيل أنثى على ذكر من حيز واحد في مرتبة واحدة أو أعطينا الزوجة فرضها والأم الثلث كاملاً لزم أن لا يفضل عليها التفضيل المعهود مع اتحاد الجهة والرتبة ،فلذلك استدركوا هذا المحذور وأعطوا الأم ثلث الباقي والأب ثلثيه مراعاة لهذه المصلحة" [٢٦٨].

رأي الجمهـــور		٦
الزوج	١/٢	٣
الأم	١/٣	١
الأب	ب	٢

رأي شريـــح		٦
الزوج	١/٢	٣
الأم	١/٣	٢
الأب	ب	١

رأي الجمهـــور		٤
الزوجة	١/٤	١
الأم	١/٣	١
الأب	ب	٢

رأي شريــح		١٢
الزوجة	١/٤	٣
الأم	١/٣	٤
الأب	ب	٥

الفرع الثاني: **رأيه في حجب الجدة بوجود ولدها:**

الكلام هنا عن ميراث الجدة من ابن ابنها أو بنت ابنها والحال أن ابنها حي فنقل عن القاضي شريح رحمه الله أنها ترث وأن أب الميت لا يحجبها.

قال ابن عبد البر: "روي عن طائفة أنهم كانوا يورثون الجدة مع ابنها، وبه قال شريح القاضي" (٢٦٩)، قال ابن المنذر" قالت طائفة: تورث الجدة مع ابنها، وبه قال شريح" (٢٧٠) وقال القرطبي" قالت طائفة : "ترث الجدة مع ابنها، قال به شريح" (٢٧١)، ونقله عن شريح أيضاً ابن عبد البر في الاستذكار (٢٧٢)، ونقله الماوردي كذلك قولاً لشريح (٢٧٣)، ونقله ابن قدامة قولاً لشريح كذلك (٢٧٤)، وذكره ابن رشد قولاً للقاضي شريح (٢٧٥) وأورد ابن حزم ما يشير إلى أن شريحاً قضى به ، فقال" اتفق أنس، ومحمد: على أن شريحاً كان يورث الجدة مع ابنها وهو حي" (٢٧٦).

وافق شريحٌ في هذا عمر بن الخطاب وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وأبا موسى الأشعري (٢٧٧) وعمران بن الحصين وأبا الطفيل (٢٧٨)، ووافقه عطاء وابن سيرين (٢٧٩) وجابر بن زيد، وعبيد الله بن الحسن، وشريك، وإسحاق (٢٨٠)، كما وافقه الحنابلة في رواية اختارها وقدمها أكثرهم وقالوا هي الصحيحة (٢٨١) وكذا وافقه ابن حزم (٢٨٢).

وخالف شريح في توريث الجدة مع وجود ابنها زيد بن ثابت وفقهاء المدينة سليمان بن يسار وغيرهم (٢٨٣) وما روي عن عثمان وعلي رضي الله عنهم (٢٨٣).

كما خالف شريحاً فيه: الحنفية [٢٨٥]، والمالكية [٢٨٦]، والشافعية [٢٨٧]، والحنابلة في رواية عن أحمد [٢٨٨] وما روي عن الثوري والحسن [٢٨٩] الذين يقولون بحجبها به.

الأدلة:

دليل القاضي شريح:

ما أخرجه البيهقي وغيره عنْ عَبْد اللَّه بْن مَسْعُود قَالَ فِي الجَدَّة مَعَ ابْنَهَا: «إِنَّهَا أَوَّلُ جَدَّة أَطْعَمَهَا رَسُولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ سُدُسًا مَعَ ابْنَهَا وَابْنُهَا حَيٌّ» [٢٩٠] قال الترمذي: "هَذَا حَدِيثٌ لَا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا إِلَّا مِنْ هَذَا الوَجْه، وَقَدْ وَرَّثَ بَعْضُ أَصْحَاب النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ الجَدَّةَ مَعَ ابْنَهَا وَلَمْ يُوَرِّثْهَا بَعْضُهُمْ" [٢٩١].

ورد بأن الحديث ضعيف [٢٩٢]، وأنه لو سلم فهو محمول على ثلاثة أوجه الأول محمول على توريث الجدة أم الأم مع ابنها الذي هو الخال، والثاني: أنه محمول على توريث أم الأب مع ابنها وهو العم، والثالث: أنه يجوز أن يكون مع الأب إذا كان كافراً أو قاتلاً [٢٩٣].

دليل الجمهور:

١. أن الجد لما كان محجوباً بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك لأنهما أحد أبوي الميت فوجب أن يحجبها الأب كما حجب الجد [٢٩٤].

٢. أن استحقاق الميراث لا بد فيه من اعتبار الإدلاء وأن مجرد الاسم بدون القرابة لا يوجب الاستحقاق والقرابة لا تثبت بدون اعتبار الإدلاء [٢٩٥].

٣. لما كانت أم الأم لا ترث بإجماع مع الأم شيئاً كان كذلك أم الأب مع الأب [٢٩٦].

وحاصله أن شريحاً تمسك بالنص وورثها على ما فيه من ضعف وتأويل، وهذا يدل على أنه حين يكون في المسألة نص يصير إليه، يؤيد هذا أن الرأي الثاني منقول عن زيد بن ثابت وهو من هو في الميراث، وأن النقل عن علي وعثمان وابن مسعود رضي

الله عنهم أجمعين كان فيه الوجهان الحجب والتوريث على ما مر.

المطلب الثاني

اعتبار الاجتهاد

الفرع الأول: **المسألة المشتركة:**

وهي زوج وأم أو جدة و أخوان لأم وأخ شقيق ذكر واحد أو أكثر أو ذكر وأنثى، والكلام فيها أن التركة تستنفذ بأهل الفرض ويسقط أهل التعصيب فهل يورث الإخوة الأشقاء فيها اشتراكاً مع أولاد الأم أم يجُرى على القاعدة إذا لم يبق شيء لأهل التعصيب سقطوا ؟ اختلف الفقهاء ، فنقل عن شريح رحمه الله أنه يقول بتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث ، قال القفال: " ...فإنهم يشاركون ولد الأم في ثلثهم في المشتركة، وهي: زوج، وأم أو جدة، واثنان من ولد الأم، وولد الأب والأم، واحدًا كان أو أكثر؛ فيفرض للزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، ولولد الأم الثلث، يشاركهم ولد الأب والأم فيه، وبه قال شريح " [٢٩٧] كما نقل عنه ابن عبد البر أنه قال بالتشريك بين ولد الأم والأب ولد الأم ،وأن هذا مذهبه [٢٩٨]، وكذا نقل عنه السرخسي القول بالتشريك في هذه المسألة [٢٩٩]، وكذا ذكر البهوتي أن مذهب شريح التشريك [٣٠٠].

ووافق شريح في التشريك عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت [٣٠١] وابن عباس وابن مسعود وعائشة [٣٠٢] ووافقه فيه: الزهري [٣٠٣] وسعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وطاوس وعمر بن عبد العزيز وإبراهيم النخعي والثوري [٣٠٤]. كما وافقه المالكية [٣٠٥]، والشافعية [٣٠٦]، والحنابلة في رواية [٣٠٧].

وخالف شريح علي بن أبي طالب وأبي بن كعب وأبو موسى الأشعري والشعبي وخالفه ابن أبي ليلى ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وداود والطبري [٣٠٨] كما خالفه الحنفية [٣٠٩]، والحنابلة في الرواية الراجحة [٣١٠].

الأدلة:

استدل القاضي شريح بالآتي:

١. قول الله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء:٧]، والدلالة منه اقتضى ظاهر هذا العموم استحقاق الجميع إلا من حصة الدليل (٣١١).

٢. قضاء عمر رضي الله عنه في هذه المسألة بتشريك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث بالسوية، "عن الْحَكَم بْن مَسْعُود ، قَالَ : شَهِدْت عُمَرَ أَشْرَكَ الإِخْوَةَ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ مَعَ الإِخْوَةِ مِنَ الأُمِّ في الثُّلُث، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : قَدْ قَضَيْت في هَذَه عَامَ الأَوَّل بِغَيْرِ هَذَا ، قَالَ : وَكَيْفَ قَضَيْت ؟ قَالَ : جَعَلْته للإِخْوَة للأُمِّ وَلَمْ تَجْعَلْ للإِخْوَة مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ شَيْئًا ، فَقَالَ : ذَلك عَلَى مَا قَضَيْنَا ، وَهَذَا عَلَى مَا نَقْضِي" (٣١٢).

٣. أن الإخوة الأشقاء ساووا الإخوة لأم في سبب الاستحقاق وزادوا عليهم بقرابة الأب (٣١٣).

٤. ذكر الماوردي عدة أدلة فقال: "ولأن كل من أدلى بسببين يرث بكل واحد منهما على الانفراد جاز إذا لم يرث بأحدهما أن يرث بالآخر قياساً على ابن العم إذا كان أخا لأم، ولأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالتعصيب أن يرث بالفرض قياسا على الأب ، ولأن أصول المواريث موضوعة على تقديم الأقوى على الأضعف، وأدنى الأحوال مشاركة الأقوى للأضعف، وليس في أصول المواريث سقوط الأقوى بالأضعف ، وولد الأب والأم أقوى من ولد الأم لمشاركتهم في الأم وزيادتهم بالأب.." (٣١٤).

واستدل النافون للتشريك بالآتي:

١. قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ

فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي الثُّلُثِ ﴾ [النساء: ١٢]، والدلالة أن الثلث جعل فرضاً لأولاد الأم وحدهم.

٢- الحديث "ألحقوا الفروض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر" (٣١٥) وأولاد الأم أهل فرض بالنص والإجماع وأولاد الأم والأب الذكور أهل تعصيب لهم ما بقي وحيث لم يبق شيء فالعاصب يسقط (٣١٦)، وهو مفهوم الحديث.

رأي النافين للتشريك		٦
الزوج	١/٢	٣
الأم	١/٦	١
الأخوان لأم	١/٣	١
الأخ الشقيق	ب	٢

رأي شريـــح		٦	١٨
الزوج	١/٢	٣	٩
الأم	١/٦	١	٣
الأخوان لأم	١/٣	٢	٤
الأخ الشقيق			٢

الفرع الثاني: **رأيه في العول:**

العول: في اللغة الزيادة والارتفاع (٣١٧)، وفي الاصطلاح أن تزيد سهام المسألة بسبب كثرة الفروض مما ينقص نصيب الورثة من التركة بقدر حصصهم (٣١٨).

نقل عن القاضي شريح أنه قضى بالعول في بعض المسائل ولازم هذا القضاء أن العول مذهبه ،فعنْ شُرَيْحِ بْنِ الْحَارِثِ، قَالَ: اخْتُصِمَ إِلَى شُرَيْحٍ، فِي بِنْتَيْنِ، وَأَبَوَيْنِ، وَزَوْجٍ فَقَضَى فِيهَا، فَأَقْبَلَ الزَّوْجُ يَشْكُوهُ فِي الْمَسْجِدِ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَبَاحٍ، فَأَخَذَهُ، وَبَعَثَ إِلَى شُرَيْحٍ فَقَالَ: مَا تَقُولُ فِي هَذَا؟ قَالَ: هَذَا يُخَالُنِي امْرَءاً جَائِرًا، وَأَنَا أَخَالُهُ امْرَءاً فَاجِرًا يُظْهِرُ الشَّكْوَى وَيَكْتُمُ قَضَاءً سَائِرًا. فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: مَا تَقُولُ فِي بِنْتَيْنِ، وَأَبَوَيْنِ، وَزَوْجٍ؟ فَقَالَ: «لِلزَّوْجِ الرُّبُعُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَلِلْأَبَوَيْنِ السُّدُسَانِ، وَمَا بَقِيَ فَلِلابْنَتَيْنِ» فَلأَيِّ شَيْءٍ نَقَصْتَنِي؟ قَالَ: «لَيْسَ أَنَا نَقَصْتُكَ، اللَّهُ نَقَصَكَ، لِلابْنَتَيْنِ

الثُّلُثَانِ، وَلِلْأَبَوَيْنِ السُّدُسَانِ، وَلِلزَّوْجِ الرُّبُعُ، فَهِيَ مِنْ سَبْعَةٍ وَنِصْفٍ فَرِيضَةً، فَرِيضَتُكَ عَائِلَةٌ» [٣١٩].

ونقل ابن هبيرة الإجماع في مسألة في عول المسألة الشريحية و هي: أم وزوج، وأخوة لأم، وأختان شقيقتان [٣٢٠]، وسميت بالشريحية نسبة للقاضي شريح إذ حدثت في أيامه وقضى فيها بالعول إلى عشرة [٣٢١] وتسمى أم الفروخ لكثرة تفريخها أي عولها بالفروض [٣٢٢] وتسمى أم الفروج [٣٢٣].

والقول بالعول هو قول جماهير الصحابة رضي الله عنهم عمر وعثمان وعلي وابن مسعود [٣٢٤] وزيد [٣٢٥] والعباس ويحكى أنه هو من أشار على عمر به [٣٢٦]، وهو قول أهل المدينة، والثوري، وأهل العراق، وإسحاق، ونعيم، وحماد، وأبو ثور [٣٢٧]، وهو مذهب الحنفية[٣٢٨]،والمالكية [٣٢٩]، والشافعية [٣٣٠] والحنابلة [٣٣١].

وخالف في العول ابن عباس، وقال أول من أعال الفرائض عمر رضي الله عنه [٣٣٢].

رأي الجمهور		١٥/١٢
الزوج	١/٤	٣
بنتان	٢/٣	٨
الأب	١/٦	٢
الأم	١/٦	٢

رأي الشريحية		١٠/٦
الزوج	١/٢	٣
الأم	١/٦	١
الأخوان لأم	١/٣	٢
الأختان الشقيقتان	٢/٣	٤

الفرع الثالث: **الرد:**

هو أن يصرف ما بقي بعد أخذ أصاب الفروض حقهم على أصحاب الفروض النسبية بقدر حصصهم [٣٣٣]، وأصحاب الفروض النسبية هم من عدا الزوجين [٣٣٤].

رأي القاضي شريح: نقل عنه أنه يقول بالرد على أصحاب الفروض النسبية غير الزوجين ؛فقد قال ابن قدامة "أن

الميت إذا لم يخلف وارثاً إلا ذوي فروض ولا يستوعب المال كالبنات والأخوات والجدات فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجة روي ذلك عن عمر، وشريح" [٣٣٥] وورد أن شريحاً حكم بالرد على أصحاب الفروض، وقدمه على التعصيب ، فعن حكيم بن عقال أنَّ امرأةً ماتَتْ وتركتْ ابني عمها: أحدهما أخوها لأمها، والآخر زوجها، فاختصموا إلى شريح، فجعلَ للزوجِ النصفَ، وجعل النصف الباقي لأَخيها مِنْ أمِّها" [٣٣٦].

ونقل ذلك عنه ابن العربي [٣٣٧]، ووافق شريح عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم، و وافقه في ذلك عن الحسن و ابن سيرين وعطاء ومجاهد والثوري [٣٣٨] ووافقه الحنفية [٣٣٩] ومتأخرو المالكية [٣٤٠] ومتأخرو الشافعية إن لم ينتظم بيت المال [٣٤١] والحنابلة في المذهب عنهم [٣٤٢].

وخالفه المالكية في المشهور عن المتقدمين [٣٤٣]، وكذا الشافعية إن انتظم بيت المال [٣٤٤].

الفرع الرابع: **توريث ذوي الأرحام:**

ذوو الرحم هم القرابة الذين لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة [٣٤٥].

رأي القاضي شريح: نقل عنه القاضي شريح أنهم يرثون، ذكر ذلك عنه ابن عبد البر [٣٤٦]، كما نقله عنه السرخسي [٣٤٧]، ونقل العيني :"عن شريح أنه قال بتوريث ذوي الأرحام وأنهم أولى بالميراث" [٣٤٨]، وقال ابن قدامة في ميراث ذوي الأرحام "وبه قال شريح" [٣٤٩]، قال الامام أحمد: "عن شريح في ابنة أخ وعمة، قال: المالُ لابنةِ الأخ" [٣٥٠] ونقل البيهقي عن شريح قضاءه في توريثه ذوي الأرحام فعَنْ عِيسَى بْنِ الْحَارِثِ، قَالَ: كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ لأَخِي شُرَيْحِ بْنِ الْحَارِثِ وَلَدَتْ لَهُ جَارِيَةً ، فَزُوِّجَتْ ، فَوَلَدَتْ غُلَامًا ، ثُمَّ تُوُفِّيَتْ أُمُّ الْوَلَدِ، قَالَ: فَاخْتَصَمَ فِي مِيرَاثِهَا شُرَيْحُ بْنُ الْحَارِثِ وَابْنُ ابْنَتِهَا

إِلَى شُرَيْحٍ فَجَعَلَ شُرَيْحُ بْنُ الْحَارِثِ يَقُولُ لِشُرَيْحٍ: إِنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِيرَاثٌ فِي كِتَابِ اللهِ ، إِنَّمَا هُوَ ابْنُ بِنْتِهَا ، فَقَضَى شُرَيْحٌ بِمِيرَاثِهَا لِابْنِ بِنْتِهَا ، وَقَالَ: ﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ ﴾ فَرَكِبَ مَيْسَرَةُ بْنُ يَزِيدَ إِلَى ابْنِ الزُّبَيْرِ فَأَخْبَرَهُ الَّذِي كَانَ مِنْ شُرَيْحٍ ، فَكَتَبَ ابْنُ الزُّبَيْرِ إِلَى شُرَيْحٍ: " أَنَّ مَيْسَرَةَ بْنَ يَزِيدَ ذَكَرَ لِي كَذَا وَكَذَا ، وَأَنَّكَ قُلْتَ عِنْدَ ذَلِكَ: ﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ ﴾ [الأحزاب: ٦]، إِنَّمَا كَانَتْ تِلْكَ الْآيَةُ فِي شَأْنِ الْعَصَبَةِ، كَانَ الرَّجُلُ يُعَاقِدُ الرَّجُلَ فَيَقُولُ: تَرِثُنِي وَأَرِثُكَ ، فَلَمَّا نَزَلَتْ تُرِكَ ذَلِكَ " قَالَ: فَجَاءَ مَيْسَرَةُ بْنُ يَزِيدَ بِالْكِتَابِ إِلَى شُرَيْحٍ فَلَمَّا قَرَأَهُ أَبَى أَنْ يَرُدَّ قَضَاءَهُ" (٣٥١) ووافق شريح عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل و أبي الدرداء رضي الله عنهم (٣٥٢) ووافق شريحاً في توريثهم: مسروق وعلقمة والأسود بن يزيد وعبيدة السلماني وطاوس والشعبي وإبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان والأعمش ومغيرة الضبي وبن أبي ليلى والثوري وشريك والحسن بن صالح ومحمد بن سالم وحمزة الزيات ونوح بن دراج ويحيى بن آدم وإسحاق وأبو عبيد ونعيم بن حماد وهو قول عمر بن عبد العزيز و البصريون الحسن وبن سيرين وحماد وجابر بن زيد (٣٥٣) كما وافقه الحنفية (٣٥٤) والحنابلة (٣٥٥).

وخالف شريح أبابكر الصديق، وعثمان بنُ عفان (٣٥٦)، وابن عمر (٣٥٧) وزيد بن ثابت والأوزاعي، وأبو ثور، وداود، وابن جرير (٣٥٨) والفقهاء السبعة المدنيون وأبو سلمة وسالم وبن شهاب وربيعة وأبو الزناد وعطاء وعمرو بن دينار وبن جريج (٣٥٩)، والزهري (٣٦٠)، وخالف شريحاً في عدم توريثهم المالكية (٣٦١) في المشهور والشافعية (٣٦٢) والظاهرية (٣٦٣).

الأدلة استدل القاضي شريح بالآتي:

١. بالآية: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُواْ مِن بَعْدُ وَهَاجَرُواْ وَجَاهَدُواْ مَعَكُمْ فَأُوْلَئِكَ مِنكُمْ وَأُوْلُواْ الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللّهِ إِنَّ اللّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [الأنفال: ٧٥]، والدلالة أن من ولايتهم ميراث بعضهم بعضاً.وقد يناقش الاستدلال بأن الأرحام يقصد بها العصبة كما سبق بيانه.

٢. قوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ [النساء: ٧]، والدلالة منها أنه ثبت للرجال ميراث كما للنساء ميراث ومن الرجال والنساء ذو الأرحام[٣٦٤].

وقد يناقش بأن الرجال والنساء الذين ثبت ميراثهم هم من نص عليه أنه يرث ، وليس منهم ذو الأرحام.

٣. عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اللهُ وَرَسُولُهُ مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ، وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ»[٣٦٥]. ونوقش بأن الحديث ضعيف[٣٦٦].

ويرد بأن الحديث صحيح.

٤. أن ذوي الأرحام قد اجتمع فيهم سببان القرابة والإسلام فكانوا أولى بالتوريث ممن وجد فيه سبب الإسلام فقط[٣٦٧].

أما أدلة النافين لتوريثهم:

١. أن آيات المواريث لم تثبت لهم ميراثاً

٢. ما أخرجه الدارقطني وغيره عن أبي هريرة" قال :سئل رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ميراث العمة والخالة فقال لا أدري حتى يأتيني جبريل ثم قال أين السائل عن ميراث العمة والخالة فأتى الرجل فقال سارني جبريل أنه لا شيء لهما" [٣٦٨] ونوقش بأنه

ضعيف. وأجيب بأن الحاكم قال هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ؛ فَإِنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ الْمَدَنِيَّ لَيْسَ مِمَّنْ يُتْرَكُ حَدِيثُهُ (٣٦٩).

والذي يترجح رأي القاضي شريح بتوريث ذوي الأرحام عند عدم ذي الفرض الذي يرد عليه وعدم من يرث عصبة وذلك لقوة الأدلة ، ولأنه عهد من الشارع الحكيم اعتبار القرابة وعدم إهمالها ، فذوو الرحم أولى قرابة من بيت المال.

ويفهم من هذا أن القاضي شريح يعمل القرابة في التوريث بصورة واضحة.

الفرع الخامس: **التصحيح:**

هو تصحيح السهام المنكسرة التي لم تنقسم على أصحابها قسمة صحيحة (٣٧٠).

فهو معالجة حسابية عند عدم انقسام السهام ،وليس فيه خلاف في المذاهب الفقهية ، والمقصود ما نسب إلى القاضي شريح رحمه الله من مسائل مسماة في التصحيح، فقد نسب إليه مسألة الدينارية الكبرى وتسمى الشاكية وهي: (زوجة وأم وبنتين واثني عشر أخاً وأخت لأب وأم أو لأب) والتركة ستمائة دينار ،فذكر بعض الفقهاء أن شريحاً رحمه الله قضى فيها أن للأخت دينار واحد، فلم ترض وذهبت لعلي ووجدته راكباً وأمسكت بركابه، وقالت له إن أخي خلف ستمائة دينار وأعطاني شريح ديناراً واحداً ، فقال علي رضي الله عنه : لعل أخاك ترك أماً وزوجة وبنتين واثني عشر أخاً وأنت، قالت : نعم ، قال ، ذلك حقك، وتسمى بالركابية لإمساكها بالركاب وتسمى الداوودية لقضاء داوود الطائي فيها أيضاً وقد نسج فيها بعضهم رجزاً (٣٧١).

وصورة الدينارية الكبرى:

الدينارية ٢٧		٢٤	٦٤٨
الزوجة	١/٨	٣	٨١
الأم	١/٦	٤	١٠٨
بنتان	٢/٣	١٦	٢١٦/٤٣٢
١٢ أخ ش	ب	١	٢/٢٦
أخ ش			١

الفرع السادس: **ميراث الأسير:**

رأي القاضي شريح: نقل عنه أنه قال بتوريث الأسير في أيدي العدو قال البخاري :"كان شريح يورث الأسير في أيدي العدو ويقول هو أحوج إليه" [٣٧٢].

ووافق شريحاً عمر بن عبد العزيز [٣٧٣] والشعبي، و الزهري، وإسحاق [٣٧٤]، كما وافقه الحنفية [٣٧٥] والمالكية [٣٧٦] والشافعية [٣٧٧] والحنابلة [٣٧٨].

وخالف شريحاً النخعي [٣٧٩] وسعيد ابن المسيب [٣٨٠] فقالا: لا يرث الأسير.

واستدل شريح ومن معه بعدة أدلة منها: ما أخرجه البخاري، عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً فإلينا» [٣٨١]، وجه الدلالة أن الأسير من الورثة لقرابته فيرث [٣٨٢] وأن الأسر لا يزيل هذا السبب.

ولازم هذا القول أن شريحاً يورث المفقود، ويلحظ أنه منزعه في توريث الأسير فيه نظر مقاصدي.

الفرع السابع: **ميراث الغرقى والهدمى ومن في حكمهم:**

المقصود بهم الموتى من القرابة الذين يموتون في صدم أو حرق أو غرق أو حرب وأشباهه و لا يعلم المتقدم من المتأخر وفاة هل يتساقط الميراث بينهم، ويكون للحي من ورثتهم، أم أنه يورث بعضهم من بعض على سبيل المناسخة؟

رأي القاضي شريح: المنقول عن القاضي شريح أنهم يتوارثون من بعضهم، فقد نقل ذلك عنه ابن عبد البر [٣٨٣] وابن المنذر [٣٨٤] والروياني [٣٨٥] وابن قدامة [٣٨٦].

وقد وافق شريح في هذا عمر في إحدى الروايتين عنه ، وعلي رضي الله عنهما [٣٨٧] وإياس بن عبد الله المزني [٣٨٨] ووافقه النخعي، والشعبي [٣٨٩] كما وافقه الحنابلة [٣٩٠].

وخالف شريح زيد بن ثابت [٣٩١]، وأَبا بَكْر، وَعَلِي [٣٩٢] وابن عباس ومعاذ بن جبل والحسن بن علي بن أبي طالب

رضوان الله عليهم، وأصح الروايتين عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ،و عمر بن عبد العزيز وخارجة بن زيد بن ثابت والزهري [٣٩٣]، وخالفه المالكية [٣٩٤] والشافعية [٣٩٥] وأبو حنيفة في آخر الروايتين عنه حيث رجع إلى عدم توريث بعضهم من بعض [٣٩٦].

الأدلة :استدل شريح ومن معه بما روي عَنْ أَبِي حُصَيْنٍ، «أَنَّ قَوْمًا غَرِقُوا عَلَى جِسْرِ مَنْبِجٍ، فَوَرَّثَ عُمَرُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ» [٣٩٧].

ونوقش بأنه نقل عن عمر القول بنفي التوريث وذكر أنه الصحيح عنه [٣٩٨].

واستدل النافون توريثهم بالآتي:

١. عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ قَالَ: أَمَرَنِي أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حَيْثُ قُتِلَ أَهْلُ الْيَمَامَةِ " أَنْ يُوَرِّثَ الْأَحْيَاءَ مِنَ الْأَمْوَاتِ، وَلَا يُوَرِّثَ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ " [٣٩٩].

٢. أَن مِيرَاث أهل الْحرَّة قسم بَين الْأَحْيَاء وَلم يُورث الْأَمْوَات بَعضهم من بعض وَذَلِكَ بِرَأْي أَصْحَاب رَسُول الله صلى الله عَلَيْهِ وَسلم عَلَيْهِ [٤٠٠]، ولم يعب أحد منهم ذلك [٤٠١].

٣. لأنه لم يكن حيًا حين موت الآخر، وشرط الإرث حياة الوارث بعد موت الموروث [٤٠١].

٤. ولأن من أشكل استحقاقه لم يحكم له بالميراث كالجنين [٤٠٣].

والذي يترجح : هو القول بنفي التوريث بينهم وذلك لقوة دليل من قال به ،و لأنه مع الشك في استقرار حياة أحدهما بعد موت الآخر ينشأ عدم تحقق من حياة الوارث أو موت المورث ، وبهذا انتفى شرط التوريث، ولا ميراث مع انتفاء شرطه كما لا ميراث مع عدم سببه.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات فقد كان الفراغ من هذا البحث الذي سلط الضوء على منهج القاضي شريح رحمه الله في التوريث جمعاً ودراسة ،

حيث تم استعراض مسائل جزئية من آرائه في الميراث سواء التي وافق فيها الصحابة ووافقه فيها غيره من الأئمة أو التي انفرد بها ،ومن جملة النتائج التي خلص إليها البحث:

التوسع في التوريث، وأن هذا التوسع اتخذ اشكالاً عدة :

من أشكال التوسع التي تلحظ في منهجه التوسع في اعتبار المال الموروث، ويظهر ذلك في رأيه في الوقف وعدم قوله به وجعل المال ميراثاً.

من أشكال هذا التوسع اعتبار السببية للميراث واستقصاء التوريث بها، ومن أمثلته ميراث الولد يدعيه الابوان أنهما يرثانه ويرثهما، وميراث ذات الولاء، وميراث النساء بالولاء المطلق، والتوارث البيني بالولاء بين المعتق والمعتق.

ومن أشكال هذا التوسع تضييق دائرة المنع في الميراث ويقصد بها التوسع في التوريث حيث يرى أن المنع بالرق لا يشمل المكاتب إذا بدأ بالكتابة.

عدم القول بتوارث أهل الملل من بعضهم.

اعتباره النص في الميراث ،ومن نماذج ذلك ـ عدم قوله بثلث الباقي للأم في المسألتين العمريتين وإعطاؤها كامل الثلث إعمالاً للنص ولو نقص الأب، كما أنه لا يرى حجب الجدة أم الأب بوجود الأب (ولدها) إعمالاً للنص.

اعتباره الاجتهاد في التوريث فيما يمكن فيه .

من نماذج قوله بالاجتهاد قوله بالرد وقوله بتوريث ذوي الأرحام والغرقى وأمثالهم من بعضهم ومنزعه في هذا الاجتهاد اعتبار النص في التوريث.

قوله بالعول والتصحيح اجتهاد في استقصاء التوريث بالفرض .

رأيه في ميراث الأسير يعتبر نظرة مقاصدية.

وغير ذلك من النتائج ،وبالجملة فمنهجه يعد مرجعاً تأصيلياً يفيد في بعض قضايا النوازل الخاصة بالميراث.

على أني أوصي الباحثين بمواصلة المشوار في البحث عن بعض الجوانب التي تحتاج إلى اكمال ومتابعة بالخدمة البحثية في هذا الموضوع من زوايا متعددة: من ذلك:

تأثر القاضي شريح بآراء ابن عباس رضي الله عنه في الميراث. الموازنة بين أخذه بآراء ابن عباس وآراء عمر رضي الله عنهما.

موافقته ومخالفته لمذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه.

إسقاط آرائه رحمه الله على نوازل الميراث.

الهوامش

- أستاذ الفقه المقارن المشارك - جامعة المجمعة - المملكة العربية السعودية.

١. ينظر:س ير أعلام النبلاء ، الذهبي،(١٠٠/٤)؛ تهذيب التهذيب ، ابن حجر (٣٢٦/٤).
٢. ينظر: معرفة الصحابة، أبو نعيم (٣/ ١٤٨١)؛ سير أعلام النبلاء ، الذهبي(١٠٠/٤)؛ أخبار القضاء ، وكيع (١٨٩/٢).
٣. ينظر الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ابن عبد البر(٧٠١/٢).
٤. سير أعلام النبلاء، الذهبي(١٠١/٤).
٥. الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر(٣٣٥/٣).
٦. ينظر: سير أعلام النبلاء ،الذهبي(١٠٦/٤).
٧. ذكره البيهقي في معرفة السنن والآثار(٤٣/٩).
٨. الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس(٥٠٨/١٩) وقد عقد لذلك فصلا فال فصل :فيمن أنكر الحبس.
٩. المجموع شرح المهذب،النووي (١٥/ ٣٢٣).
١٠. المغني ،ابن قدامة(٦/ ٢٠٦).
١١. الجامع لعلوم أحمد ،الإمام أحمد بجمع مجموعة باحثين، (٣٩٧/١٥).
١٣. الذخيرة القرافي (٣١٣/٦).
١٤. الجامع لعلوم أحمد) ٣٩٧/١٥).
١٥. ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني(٦ /٢١٩).
١٦. شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ابن بطال (٨/ ١٩٦).
١٧. أخرجه البيهقي في سننه برقم ١٢٢٥٥من حديث ابن عباس(١٦٢/٦).
١٨. ينظر: البحر المحيط الثجاج في شرح صحيح الإمام مسلم بن الحجاج (٢٨ /٤١٧).
١٩. سنن الدارقطني(٦٨/٤).
٢٠. السنن الكبرى(٦/ ١٦٢).
٢١. معرفة السنن والآثار والسنن، البيهقي(٤٣/٩).
٢٢. ينظر: توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، التوزري (٤/٤).
٢٣. الشرح الكبير على المقنع ،عبد الرحمن بن محمد بن قدامة(١٦/ ٣٦٢).
٢٤. الذخيرة القرافي(٦/ ٢٢٣ـ٢٢٤).
٢٥. المحلى ابن حزم (٩: ١٧٧).
٢٦. شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ابن بطال (٨ /١٩٦ـ١٩٧).
٢٧. ينظر: معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعجي و حامد صادق قنيبي (١/ ٨٩).
٢٨. ينظر: طلبة الطلبة النسفي (٢٨٩).
٢٩. ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء ابن المنذر(٩١/٧).
٣٠. ينظر: طلبة الطلبة النسفي (٢٨٩).
٣١. الاستذكار، ابن عبد البر (٧/ ٢٤٢).

٣٢. أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، حديث رقم ٢٤٠٩٤ (١٢ :٤١٧).
٣٣. ينظر: المغني ،ابن قدامة(٦ /٣٣٤).
٣٥. ينظر: المحلى ،ابن حزم (١٦٥/٩).
٣٦. ينظر: المغني، ابن قدامة (٣٣٤/٦).
٣٧. ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم(٢٩٦/٦).
٣٨. ينظر: العزيز شرح الوجيز، الرافعي(٣١١/٦).
٣٩. ينظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي البغوي (٥٣٣/٤).
٤٠. ينظر: كشاف القناع، البهوتي (٣٠٧/٤).
٤١. ينظر: الذخيرة، القرافي (٦: ٢١٦).
٤٢. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ابن رشد الجد (١٢/ ٢٤٦).
٤٣. أخرجه مسلم في صحيحه برقم : ١٦٢٥، الصحيح (٣/ ١٢٤٨).
٤٤. ينظر : التهذيب ،البغوي،٥٣٣/٤.
٤٥. أخرجه مسلم في صحيحه برقم: ١٦٢٥،الصحيح (٣/ ١٢٤٥).
٤٦. ينظر: : الحاوي الكبير، الماوردي(٧/ ١٣٥٤).
٤٧. أخرجه الترمذي في سننه برقم: ١٣٤٩، سنن الترمذي (٢٥/٣).
٤٨. ينظر: المبسوط ،السرخسي(١٠٢/١٢).
٤٩. التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، خليل(٧: ٣٢٤).
٥٠. ينظر : حدود بن عرفة (٤٢٠-٤٢١) مطبوع مع شرح الرصاع عليه.
٥١. ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني(٤٢٠/٨).
٥٢. ينظر: شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٤٣٥/٢).
٥٣. ينظر: المجموع، النووي (٣٩٢/١٥)؛ الانصاف، المرداوي(٥٦/١٧).
٥٤. ينظر: المغني، ابن قدامة (٣٣٤/٦).
٥٥. ينظر: التمهيد، ابن عبد البر(١٢٠/٧).
٥٦. أخرجه النسائي في سننه، برقم ٦٥٠٦ ،سنن النسائي(٦/ ١٨٦).
٥٧. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم ٢٢٦٣٧ (٥١١/٤).
٥٨. ينظر: حاشية ابن عابدين (٧٠٧/٥).
٥٩. ينظر: فتح القدير، ابن الهمام(٥٥/٩).
٦٠. ينظر: الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس (٤٤٠/١٨).
٦١. أخرجه النسائي في سننه برقم ٣٧١٤،سنن النسائي(٦/ ٢٧٠).
٦٢. أخرجه الترمذي في سننه ، برقم ١٣٥١،سنن الترمذي(٢٧/٣).
٦٣. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التَّأْويل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكلاتها، الرجراجي (٣٩٨/٥).
٦٤. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير(٤٤٢/١).
٦٥. الأَصْلُ ،محمد بن الحسن (٦١/٨).
٦٦. ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد(١٣٨/٤).
٦٧. ينظر: الاستذكار ، ابن عبد البر(٣٧٢/٥).
٦٨. ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر(٢٦٥/٤).
٦٩. ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد(١٣٨/٤).
٧٠. التبصرة، اللخمي(٤١٤٧/٩).
٧١. الحاوي، الماوردي(٢١١/٧).
٧٢. الأصل، محمد بن الحسن (٦٢/٨).
٧٣. أخرجه الدارمي برقم(٣١٣٤)،سنن الدارمي(١٠٠٣/٢).
٧٤. الأصل ،محمد بن الحسن(١١٧/٦).
٧٥. ينظر:الاستذكار، ابن عبد البر(١٧٣/٧).
٧٦. ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر(١٧٤/٧).
٧٧. المغني ،ابن قدامة (٤٢٨/٦).
٧٨. ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر(١٧٤/٧).
٧٩. ينظر: المجموع، النووي (٣١٣/١٥).
٨٠. أخرجه الطحاوي ، برقم (٥٧١٣) شرح معاني الآثار ،(١٦٣/٤).
٨١. أخرجه البيهقي في سننه برقم ١٤٢٠،سنن البيهقي(٧٤٠/٢).
٨٢. ينظر: لسان العرب ، ابن منظور (٤٧٠/١٥).
٨٣. ينظر: العذب الفائض، إبراهيم الفرضي (١/ ٣٤).
٨٤. نهاية المطلب، الجويني(٢٨٣/١٩).
٨٥. أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٧٩) ،صحيح البخاري(٩٧٢/٢).
٨٦. الاستذكار ، ابن عبد البر(٣٦٥/٧).

٨٧. المغني، ابن قدامة (٧/٢٤٤).
٨٨. ينظر: الحاوي، الماوردي (٨/٣٣٩).
٨٩. ينظر: بدائع الصنائع ،الكاساني(٦/٢٥٣).
٩٠. ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر(٤/ ٣٨٨).
٩١. ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم(٨/٥٥٧).
٩٢. ينظر: الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس(٨/ ١١٢٧)؛ شرح الخرشي على خليل(٨/١٦٦).
٩٣. ينظر: نهاية المطلب، الجويني(١٩/٢٩٥)؛ مغني المحتاج ،الخطيب الشربيني(٤/٥٠٦).
٩٤. ينظر: المبدع، ابن مفلح (٦/٢٦١)؛ المحرر ، ابن تيمية(١/٤١٨).
٩٥. المغني، ابن قدامة (٧/٢٤٤).
٩٦. ينظر :حلية العلماء ،القفال الشاشي(٦/٢٥٣).
٩٧. سبق تخريجه
٩٨. ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء ، ابن المنذر(٢/٩٩٣).
٩٩. أخرجه ابن حبان في صحيحه برقم (٤٩٥٠) ،صحيح ابن حبان(١١ /٣٢٥).
١٠٠. ينظر: العناية شرح الهداية، أكمل الدين البابرتي (١٠/٤٨٥).
١٠١. ينظر: نيل الأوطار، الشوكاني(٦/١٣٢).
١٠٢. المغني، ابن قدامة (٧/٢٦٤).
١٠٣. بحر المذهب، الروياني(٧/٤٤٠).
١٠٤. الحاوي ،الماوردي(٨/٣٣٤).
١٠٥. أخرجه أبوداوود في سننه برقم ٢٩١٧،سنن أبي داوود(٣/١٢٧).
١٠٦. شرح سنن أبي داود، ابن رسلان(١٢/٤٨٦).
١٠٧. أخرجه أبوداوود في سننه برقم ٢٩١٩ ،سنن أبي داوود(٣/٨٦).
١٠٨. شرح مشكاة المصابيح =الكاشف عن حقائق السنن،الطيبي(٧/٢٢٤٣).
١٠٩. ينظر: تحفة الأحوذي ، المبارك فوري(٦/٢٨٣).
١١٠. ينظر: عون المعبود، العظيم آبادي (٨/٨١).
١١١. ينظر المغني، ابن قدامة(٧/٢٧٤).
١١٢. ينظر: البناية شرح الهداية، العيني (١٢/٦ـ٧).
١١٣. ينظر: الحاوي، الماوردي(١٨/٢٠٤).
١١٤. ينظر: بدائع الصنائع،الكاساني(٤/١٧٢).
١١٥. ينظر: التوضيح،خليل(٨/ ٥٨١).
١١٦. ينظر: بحر المذهب، الروياني(٧ /٤٤١).
١١٧. ينظر: المغني، ابن قدامة(٧/٢٧٤).
١١٨. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار برقم (٦٩٣٣) ٤/٤٠٣.
١١٩. ينظر: شرح مشكل الآثار ،الطحاوي(٨/٣٧٢).
١٢٠. ينظر البناية شرح الهداية،العيني(١١/٧)
١٢١. ينظر: شرح معاني الآثار ، الطحاوي(٤/٤٠٣).
١٢٢. ينظر: الشرح الكبير ،للدردير، وحاشية الدسوقي عليه(٤/٤١٥).
١٢٣. ينظر: العناية شرح الهداية، أكمل الدين البابرتي(٤/١٤٥).
١٢٤. ينظر: الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي (٥/٧٥)؛ بحر المذهب الروياني(٩/٤٦٠).
١٢٥. ينظر: الإحكام شرح أصول الأحكام، ابن قاسم(٣/ ٤٥٨).
١٢٦. ينظر: الجامع لمسائل المدونة ،ابن يونس(٢١/٦٥١).
١٢٧. ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر(٥/٢٢٠).
١٢٨. ينظر: الجامع لمسائل المدونة ،ابن يونس(٢١/٦٥١).
١٢٩. أخرجه مالك في الموطأ برقم (٥٧٥) (٢/٥٠٩).
١٣٠. ينظر: الخلافيات بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه، البيهقي(٦/٣٠٥).
١٣١. الاستذكار، ابن عبد البر(٦/١١٥).
١٣٢. ينظر: العناية شرح الهداية، أكمل الدين البابرتي(٤/١٤٥).
١٣٣. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس(٢/٥٢٣).
١٣٤. ينظر: كشاف القناع ،البهوتي(٤/٢٨٢).
١٣٥. ينظر: بحر المذهب، الروياني(١٠/١٣٤).
١٣٦. ينظر: الشرح الكبير ،ابن قدامة(١٨/٢٩٩).
١٣٧. ينظر: بحر المذهب الروياني(١٠/١٣٤).
١٣٨. ينظر: العزيز بشرح الوجيز ،الرافعي(٨/٥٨٣).
١٣٩. أخرجه الدارقطني في سننه ،برقم (٤٠٤٩) ،سنن الدارقطني(٥/١١٢).
١٤٠. ينظر: المهيأ في كشف أسرار الموطأ ،الكماخي(٣/٩٨).

١٤١. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، برقم (١٩٣٨١) ،مصنف ابن أبي شيبة(٢١٨/٥).
١٤٢. ينظر: الأشباه والنظائر ،ابن نجيم(١٥٩).
١٤٣. ينظر: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب،المنجور(٤٨٦/٢).
١٤٤. ينظر: سنن البيهقي (٣٦٣/٧).
١٤٥. ينظر: الحاوي، الماوردي (٢٦٥/١٠).
١٤٦. ينظر: المجموع النووي(٦٣/١٦).
١٤٧. ينظر في جميع ما ذكر من تعليلات: الحاوي ،الماوردي(٢٦٤/١٠).
١٤٨. ينظر: شرح حدود ابن عرفة، الرصاع(٤٣٢).
١٤٩. ينظر: البناية شرح الهداية ،العيني (٣١٢/٧).
١٥٠. ينظر : شرح صحيح البخاري ،ابن بطال(٣٧٠/٨).
١٥١. المغني، ابن قدامة (٤١١/٦).
١٥٢. المحلى، ابن حزم(٢٧٤/٨).
١٥٣. الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر(٣٥٨/٦).
١٥٤. ينظر: المنتقى ،الباجي(٤/٦)
١٥٥. ينظر: عمدة القاري،العيني(١٤٨/٢٤).
١٥٦. ينظر: الأصل ،محمد بن الحسن(٢٤٥/٤).
١٥٧. ينظر: منح الجليل ،محمد عليش(٢٤٨/٨).
١٥٨. ينظر: الحاوي ،الماوردي(٥٢/٨).
١٥٩. ينظر: الشرح الكبير، ابن قدامة (٣١٠/١٦).
١٦٠. ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء ،ابن المنذر (٣٦٥/٦).
١٦١. ينظر: شرح سنن أبي داود، ابن رسلان(٤٦٨/١٢).
١٦٢. ينظر: الإشراف على مذاهب العلماء ،ابن المنذر،(٣٩٤/٤).
١٦٣. أخرجه البيهقي في سننه برقم (١٢٤٩٤) ،سنن البيهقي (٢٠١/٦).
١٦٤. ينظر: مختصر اختلاف العلماء ،الطحاوي(٤٢١/٣).
١٦٥. ينظر: عمدة القارىء بشرح صحيح البخاري، العيني(١٤٨/٣٤).
١٦٦. شرح صحيح البخاري ،ابن بطال(٣٧٠/٨).
١٦٧. أخرجه ابن ماجة في سننه برقم (٢٧٤٢)،سنن ابن ماجة(٩١٦/٢).
١٦٨. ينظر الاستذكار ،ابن عبد البر(١٦١/٧).
١٦٩. ينظر: بحر المذهب ، الروياني(٣٧٠/٧).
١٧٠. ينظر: تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي ،المبارك فوري(٢٤٩/٦).
١٧١. ينظر: المسالك في شرح مُوَطَّأ مالك، ابن العربي،٥٧٧/٥.
١٧٢. نظر: مواهب الجليل ،الحطاب(٦٨٩/٩).
١٧٣. المغني ، ابن قدامة(١٣٢/٧).
١٧٤. ينظر: الإشراف ،ابن المنذر(٣٧١/٤).
١٧٥. ينظر: المغني ، ابن قدامة(١٣٢/٧).
١٧٦. ينظر: الإشراف ،ابن المنذر(٣٧١/٤).
١٧٧. ينظر: الأصل ، محمد بن الحسن(٤٤٧/٣).
١٧٨. ينظر: عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس(٣/ ١٢٤٨).
١٧٩. ينظر: العزيز بشرح الوجيز،الرافعي(٥٠٩/٦).
١٨٠. ينظر: المغني ، ابن قدامة(١٣٢/٧)
١٨١. شرح صحيح البخاري ابن بطال(٨١/٧).
١٨٢. التمهيد ،ابن عبد البر(٢٢/ ١٧٤).
١٨٣. الجامع لأحكام القرآن ،القرطبي(٢٨٤/١٢).
١٨٤. عيون المسائل ، القاضي عبد الوهاب(٦١٩).
١٨٥. الحاوي ، الماوردي(٤٠٣/١٨).
١٨٦. الإشراف، ابن المنذر(٣٧٢/٤.
١٨٧. أخبار القضاة، وكيع (٢٨٩/٢).
١٨٨. ينظر: الإشراف ،ابن المنذر(٤٧٢/٤).
١٨٩. ينظر الإشراف ، ابن المنذر(٤٧١/٤).
١٩٠. ينظر: الشرح الصغير،الدردير(٧١٣/٤).
١٩١. ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، ابن البراذعي(٢/ ٥٨٨).
١٩٢. أخرجه أبوداوود في سننه برقم (٣٩٢٨)،سنن أبي داوود(٣١/٤).
١٩٣. شرح معاني الآثار ، الطحاوي(١١١/٣).
١٩٤. سبل السلام، الصنعاني (١٤٥/٤).
١٩٥. أخرجه البيهقي في سننه برقم (٢١٤٣٨)،سنن البيهقي(٣٢٥/١٠).
١٩٦. ينظر مصنف ابن أبي شيبة (١٤٦/٦).
١٩٧. سنن الترمذي (٥٥٢/٢).
١٩٨. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه برقم(٢٠٩٤٧)،مصنف ابن أبي شيبة(١٤٧/٦).
١٩٩. أخرجه الترمذي برقم(١٢٥٩)سنن الترمذي(٥٥٢/٢).

٢٠٠.أخرجه البيهقي في سننه برقم(٢١٤٤٢) سنن البيهقي(٣٢٥/١٠).
٢٠١.أخرجه ابن ماجة في سننه برقم(٢٥٢٠) سن ابن ماجة (٨٤٢/٢).
٢٠٢.معالم السنن ، الخطابي(٦٣/٤).
٢٠٣.ينظر: شرح سنن ابن رسلان (١٢/١٦).
٢٠٤.ينظر المبسوط ، السرخسي (٢٧٠/١٠).
٢٠٥.ينظر: بحر المذهب ، الروياني(٢٦٧/٨.
٢٠٦.أخرجه البيهقي برقم (٢٠٦٩٧) معرفة السنن(٤٤٦/١٤).
٢٠٧.ينظر: الاجماع لابن المنذر (٨٤).
٢٠٨.ينظر : الاستذكار ، ابن عبد البر(١٤١/٨).
٢٠٩.الجامع لأحكام القرآن، القرطبي(٤٥٦/١).
٢١٠المغني، ابن قدامة (١٢٥/٧).
٢١١.ينظر: الشرح الكبير ، ابن قدامة (٣٧١/١٨).
٢١٢.ينظر :المبسوط ، السرخسي(٨٦/٣٠).
٢١٣.ينظر:الحاوي، الماوردي،(/٢٣٧).
٢١٤.ينظر: الكافي ،ابن قدامة (٣١٣/٢).
٢١٥.ينظر: الجامع لأحكام القرآن ،القرطبي(٥٩/٥).
٢١٦.ينظر: الإشراف ،ابن المنذر(٣٥٦/٤).
٢١٧.ينظر: المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، جمال الدين الحثيثي(١٧٩/٢).
٢١٨.ينظر: النوادر والزيادات ، ابن أبي زيد القيرواني(١٣٤/١٤).
٢١٩.أخرجه الترمذي ، برقم(٢١٠٩) سنن الترمذي (٤٩٦/٣).
٢٢٠.شرح السنة، البغوي(٣٦٧/٨).
٢٢١.أخرجه النسائي ، برقم (٦٣٣٤) سنن النسائي (١٢٠/٦).
٢٢٢.ينظر: الحاوي ، الماوردي(١٤٤/١٢).
٢٢٣.ينظر" الاستذكار ، ابن عبد البر(٨/ ١٣٥).
٢٢٤.أخرجه البيهقي ، برقم(١٦٤٤٨) معرفة السنن (١٩٩/١٢).
٢٢٥.الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان(١٠٩/٢).
٢٢٦.التمهيد ، ابن عبد البر(١٧٠/٩).
٢٢٧.الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي(٤٤٥/٢).
٢٢٨.نهاية المطلب ، الروياني(٢١/٩).
٢٢٩.المغني، ابن قدامة(١٦٨/٧).
٢٣٠.رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، اللخمي (٥٤٩/٤).
٢٣١.مواهب الجليل، الحطاب(٦٩٤/٩).
٢٣٢.رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، اللخمي (٥٤٩/٤).
٢٣٣.ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر(٣٧٠/٥).
٢٣٤.ينظر: مواهب الجليل ، الحطاب(٩/ ٦٩٤).
٢٣٥.المغني، ابن قدامة(١٦٨/٧).
٢٣٦.ينظر: : الاستذكار، ابن عبد البر(٣٧٠/٥).
٢٣٧.ينظر: البحر الرائق(٨/ ٥٧١).
٢٣٨.ينظر: مواهب الجليل ، الحطاب(٩/ ٦٩٤).
٢٣٩.ينظر: الحاوي، الماوردي(٧٩/٨).
٢٤٠.ينظر الانصاف، المرداوي(٢٧٤/١٨).
٢٤١.ينظر: التذكرة في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، ابن عقيل(٢٠٧).
٢٤٢.أخرجه أبوداوود برقم(٢٩١١)، سنن أبي داوود (١٢٥/٣).
٢٤٣.أخرجه الترمذي رقم ٢١٠٨، سنن الترمذي(٤٢٤/٤).
٢٤٤.رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، اللخمي(٥٤٨/٤).
٢٤٥.أخرجه البخاري، برقم ٦٧٦٤، صحيح البخاري (١٥٦/٨).
٢٤٦.ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، ابن الرفعة(٤٧٧/١٢).
٢٤٧.بداية المجتهد، ابن رشد(١٣٢/٤).
٢٤٨.أخرجه الحاكم ،برقم ٢٩٤٤، المستدرك (٢٦٢/٢).
٢٤٩ ينظر: الشرح الكبير ، ابن قدامة (٤١/١٨).
٢٥٠.تسميان أيضاً بالغراوين لشهرتهما كغرة الفرس في وجهه، أو لأن الأم غرت فيهما بفرض وأخذت دونه، إذ يفرض لها الثلث فتأخذ مرة الربع ومرة السدس وتسميا بالغريمتين أيضاً ؛لأن الزوج فيهما كالغريم لا يأخذ أحد إلا ما فضل عنه، وهذه التسميات عند من يجعل للأم ثلث ما بقي (ينظر: شرح زروق على الرسالة(٣٥٠)
٢٥١.للاستذكار ، ابن عبد البر(٣٣٢/٥).
٢٥٢.الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي(٥٧/٥).
٢٥٣.ينظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي(٢٦/٥).

٢٥٤. ينظر: عيون المسائل ، القاضي عبد الوهاب(٦٣١).
٢٥٥. المحلى ،ابن حزم(٩/٢٦٠).
٢٥٦. المغني، ابن قدامة(٧/٢١).
٢٥٧. الإشراف ، ابن المنذر(٤/٣٢٣).
٢٥٨. ينظر: المحلى ،ابن حزم(٩/٢٦٠).
٢٦٠. ينظر: الجامع لأحكام القرآن ،القرطبي (٥/٥٧).
٢٦١. ينظر: الشرح الكبير ،ابن قدامة(١٨/٤١).
٢٦٢. ينظر: المغني، ابن قدامة(٧/٢١).
٢٦٣. الجامع لأحكام القرآن ،القرطبي (٥/٥٧).
٢٦٤. الاستذكار ،ابن عبد البر (٥/٣٣٢).
٢٦٥. ينظر: المبسوط، السرخسي(٢٩/٢٦٧).
٢٦٦. ينظر: حاشية الصاوي(٤/٦٢٢).
٢٦٧. ينظر: المجموع،النووي(١٦/٧١).
٢٦٧. ينظر: الكافي ،ابن قدامة (٢/٢٩٦).
٢٦٨. أخرجه البخاري، برقم (٦٣٥١) ،صحيح البخاري (٦/٢٤٧٦).
٢٦٩. ينظر: بداية المجتهد ، ابن رشد(٤/١٢٨).
٢٧٠. كشاف القناع، البهوتي(٤/٤١٦).
٢٧١. التمهيد، ابن عبد البر(١١/١٠٤).
٢٧٢. الإشراف ،ابن المنذر(٤/٣٣٤).
٢٧٣. الجامع لأحكام القرآن ،القرطبي(٥/٧٠).
٢٧٤. ينظر: الاستذكار ، ابن عبد البر(٥/٣٥٢).
٢٧٥. ينظر: الحاوي، الماوردي(٨/٢٦٤).
٢٧٦. ينظر: المغني،ابن قدامة(٧/٥٩).
٢٧٧. ينظر: بداية المجتهد ، ابن رشد(٤/١٣٥).
٢٧٨. المحلى، ابن حزم(٩/٢٨٠).
٢٧٩. ينظر: الجامع لأحكام القرآن ،القرطبي(٥/٧٠).
٢٨٠. ينظر: الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس (٢١/٤٧٠).
٢٨١. ينظر: بداية المجتهد ، ابن رشد(٤/١٣٥).
٢٨٢. ينظر: الإشراف ، ابن المنذر(٤/٣٣٤).
٢٨٣. ينظر: الانصاف، المرداوي(١٨/٦٥-٦٦)
٢٨٤. ينظر: المحلى ،ابن حزم(٩/٢٨١).
٢٨٥. ينظر الاستذكار ،ابن عبد البر(٥/٣٥٠).
٢٨٦. ينظر:الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس (٢١/٤٧٠).
٢٨٧. ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، (٨/٥٦٢).
٢٨٨. ينظر:الجامع لمسائل المدونة ، ابن يونس(٢١/٤٧٠).
٢٨٩. ينظر: مغني المحتاج، الخطيب (٣/١٢).
٢٩٠. ينظر: شرح الزركشي(٢/٢٦٢).
٢٩١. ينظر: التمهيد، ابن عبد البر(١١/١٠٥).
٢٩٢. أخرجه البيهقي برقم ١٢٦٥٤سنن البيهقي (٦/٢٢٦).
٢٩٣. سنن الترمذي(٤/٤٢١).
٢٩٤. ينظر:التمهيد، ابن عبد البر(١١/١٠٥).
٢٩٥. ينظر الحاوي ، الماوردي(٨/٢٦٥-٢٦٦).
٢٩٦. ينظر: الاستذكار ، ابن عبد البر(٥/٣٥١).
٢٩٧. ينظر: المبسوط، السرخسي(٢٩/٣١٠).
٢٩٨. ينظر: بداية المجتهد ، ابن رشد(٤/١٣٥).
٢٩٩. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، القفال الشاشي(٦/٢٩٨).
٣٠٠. نظر: الاستذكار، ابن عبد البر (٥/٣٣٧).
٣٠١. ينظر: المبسوط، السرخسي(٢٩/ ٢٨٥).
٣٠٢. ينظر: كشاف القناع ، البهوتي(٣/٧٦).
٣٠٣. ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر(٥/٣٣٧).
٣٠٤. ينظر: عيون المسائل، القاضي عبد الوهاب(٦٣٢).
٣٠٥. ينظر: المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، الصردفي(٢/١٨٨).
٣٠٦. ينظر: الاستذكار ،ابن عبد البر (٥/٣٣٧).
٣٠٧. ينظر: ضوء الشموع شرح المجموع، محمد الأمير(٤/٤٠٤).
٣٠٨. ينظر: المجموع، النووي(١٦/٩٩).
٣٠٩. ينظر: شرح الزركشي(٢/ ٢٥٧).
٣١٠. ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر(٥/٣٣٧).
٣١١. ينظر: الاختيار لتعليل المختار، الموصلي (٥/١٢٧).
٣١٢. ينظر: الشرح الكبير، ابن قدامة(١٨/١٠٤).
٣١٣. ينظر: الحاوي، الماوردي(٨/١٧٥).
٣١٤. أخرجه ابن حبان ، برقم (٣١٧٤٤) المصنف (١١/٢٥٥).
٣١٥. ينظر: التجريد ، القدوري(٨/٣٩٧١).
٣١٦. الحاوي، الماوردي(٨/١٧٥).
٣١٧. تقدم تخريجه.
٣١٨. ينظر: الاختيار لتعليل المختار، الموصلي(٥/١٢٧).
٣١٩. ينظر :النهاية في غريب الحديث ، ابن الأثير(٣/٣٢١).
٣٢٠. ينظر: الاختيار لتعليل المختار، الموصلي (٥/٩٦)؛ كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن (٢/٥١٢)؛ الحاوي، الماوردي(٨/١٢٩)؛ التذكرة، ابن عقيل(١٨٥).

٣٢١. أخرجه الدارمي، برقم (٣٢٠٧) سنن الدارمي (٢٠٢١/٤).
٣٢٢. ينظر: اختلاف الأئمة العلماء، ابن هبيرة (١٠٦/٢).
٣٢٣. ينظر: روضة الطالبين ،النووي(٦٣/٦).
٣٢٤. ينظر:شرح الزرقاني على خليل(٣٨٢/٨).
٣٢٥. ينظر: المبسوط ، السرخسي(٢٨٤/٢٨)؛ الذخيرة ، القرافي(٧٦/١٣)؛العزيز، الرافعي(٥٥٨/٦).
٣٢٦. ينظر: المبسوط ، السرخسي(٩٥/٢٩).
٣٢٧. ينظر: الشرح الكبير ، ابن قدامة (١٠٦/١٨).
٣٢٨. ينظر: الذخيرة ، القرافي(٧٥/١٣).
٣٢٩. ينظر: الإشراف ، ابن المنذر(٣٣٨/٤).
٣٣٠. ينظر: حاشية ابن عابدين(٧٨٦/٦).
٣٣١. ينظر: التوضيح، خليل(٥٩٤/٨).
٣٣٢. ينظر: العزيز شرح الوجيز، الرافعي(٥٥٢/٦).
٣٣٣. ينظر: المبدع ،ابن مفلح (١٤٩/٦).
٣٣٤. ينظر: المستدرك للحاكم (٣٧٨/٤).
٣٣٥. ينظر: شرح الفصول المهمة في مواريث الأمة، سبط المارديني(١٧٤/١).
٣٣٦. ينظر: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري(٤٣٧/٣).
٣٣٧. المغني، ابن قدامة(٤٧/٧).
٣٣٨. ينظر: مصنف ابن أبي شيبة(٢٤٥/٦).
٣٣٩. ينظر: أحكام القرآن ،ابن العربي(٤٥٣/١).
٣٤٠. ينظر: المغني، ابن قدامة،(٤٧/٧).
٣٤١. ينظر: التجريد، القدوري(٨/ ٩٤٥).
٣٤٢. ينظر: حاشية الصاوي(٦٣٠/٤).
٣٤٣. ينظر: تحفة المحتاج ، ابن حجر الهيتمي(٣٩٢/٦).
٣٤٤. ينظر: الكافي لابن قدامة (٣٠٤/٢).
٣٤٥. ينظر: الذخيرة، القرافي(٥٤/١٣).
٣٤٦. ينظر: تحفة المحتاج ، ابن حجر الهيتمي(٣٩٢/٦).
٣٤٧. ينظر:بداية المجتهد ،ابن رشد (١٢٤/٤).
٣٤٨. ينظر:الاستذكار ، ابن عبد البر(٣٦٤/٥).
٣٤٩. ينظر: المبسوط ، السرخسي(٢/٣٠).
٣٥٠. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، بدر الدين العيني(٢٥٩/٢٣).
٣٥١. المغني، ابن قدامة(٨٣/٧).
٣٥٢. الجامع لعلوم ، خالد الرباط وآخرون(٢٠٤/١٠).
٣٥٣. أخرجه البيهقي برقم(٢٠٣٧٨) ،سنن البيهقي(٢٠٦/١٠).
٣٥٤. ينظر: المغني، ابن قدامة(٨٣/٧).
٣٥٥. ينظر: الاستذكار ،ابن عبد البر(٣٦٤/٥).
٣٥٦. ينظر: تبيين الحقائق، الزيلعي (٥٧٨/٨).
٣٥٧. ينظر: المبدع ،ابن مفلح (١٨٣/٦).
٣٥٨. ينظر: نهاية المطلب ،الجويني(١٩٨/٩).
٣٥٩. ينظر: الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي(٥٩/٨).
٣٦٠. ينظر: الشرح الكبير،ابن قدامة(١٦٠/١٨).
٣٦١. ينظر: الاستذكار ،ابن عبد البر(٣٦٣/٥).
٣٦٢. ينظر:المعاني البديعة، الصردفي(١٩٠/٢).
٣٦٣. ينظر: التفريع ،ابن الجلاب(٤٠٣/٢).
٣٦٤. ينظر: نهاية المطلب، الجويني(٢١/٩).
٣٦٥. ينظر: المحلى ، ابن حزم(٣١٢/٩).
٣٦٦. ينظر: نيل الأوطار، الشوكاني(١٢٣/٦).
٣٦٧. أخرجه النسائي، برقم (٦٣١٨) سنن النسائي (١١٥/٦).
٣٦٨. ينظر: المحلى ، ابن حزم(٣١٢/٩).
٣٦٩. ينظر: الاستذكار ، ابن عبد البر(٣٦٥/٥).
٣٧٠. أخرجه الدارقطني، برقم(٣٧٠٥) سنن الدارقطني (١٥٤/٥).
٣٧١. ينظر: مختصر خلافيات البيهقي، ابن فرح الإشبيلي(١١/٤).
٣٧٢. ينظر المبدع ، ابن مفلح (١٥٨/٦).
٣٧٣. ينظر: العذب الفائض، إبراهيم الفرضي (١٦٩/٢)؛ التوضيح، خليل (٥٩٥/٨)؛ شرح الزرقاني (٣٨٢/٨)؛ منح الجليل، عليش(٦٤٣/٩).
٣٧٤. ذكره البخاري تعليقاً ، صحيح البخاري(١٥٥/٨).
٣٧٥. ينظر: الجامع لمسائل المدونة ،ابن يونس(٦٥٣/٢١).
٣٧٦. ينظر: الإشراف ، ابن المنذر(٣٦٠/٤).
٣٧٧. ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم(٥٧٣/٨).
٣٧٨. ينظر: ضوء الشموع شرح المجموع ، محمد الأمير (٥٠٩/٢).
٣٧٩. ينظر: المجموع ، النووي(٦٨/١٦).
٣٨٠. ينظر: المغني، ابن قدامة(١٣٢/٧).
٣٨١. ينظر: شرح صحيح البخاري ،ابن بطال(٣٧٨/٨).
٣٨٢. ينظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي(٨٠/٥).
٣٨٣. أخرجه البخاري ، برقم(٦٧٦٣) صحيح البخاري(١٥٦/٨).

٣٨٤. ينظر: الإشراف ، ابن المنذر(٣٦٠/٤).
٣٨٥. ينظر: الاستذكار ، ابن عبد البر(٣٧٧/٥).
٣٨٦. ينظر: الإشراف، ابن المنذر(٣٦٩/٤).
٣٨٧. ينظر: بحر المذهب، الروياني(٤٠٧/٧).
٣٨٨. ينظر: المغني، ابن قدامة (١٨٧/٧).
٣٨٩. ينظر: بداية المجتهد ، ابن رشد(١٣٩/٤).
٣٩٠. ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر(٣٧٧/٥).
٣٩١. ينظر: شرح الزركشي (٢٨٥/٢).
٣٩٢. ينظر: كشاف القناع ، البهوتي(٤٧٤/٤).
٣٩٣. ينظر: سنن الدارقطني(٤٧٣/٢).
٣٩٤. ينظر: سنن البيهقي(٣٦١/٢).
٣٩٥. ينظر: بحر المذهب، الروياني(٤٠٧/٧).
٣٩٦. ينظر: التوضيح ، خليل(٦١٧/٨).
٣٩٧. ينظر: الحاوي، الماوردي(٢٤٥/٨).
٣٩٨. ينظر: مختصر اختلاف العلماء، الطحاوي (٤٥٥/٤).
٣٩٩. أخرجه ابن أبي شيبة برقم(٣١٣٤٢) مصنف ابن أبي شسبة(٢٧٥/٦).
٤٠٠. ينظر: بحر المذهب، الروياني(٤٠٧/٧).
٤٠١. أخرجه البيهقي برقم (١٢٢٥٠) سنن البيهقي (٣٦٤/٦).
٤٠٢. ينظر: مختصر اختلاف العلماء، الطحاوي (٤٥٦/٤).
٤٠٣. ينظر: الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس (١١٩٣/٨).
٤٠٤. ينظر: الإحكام شرح أصول الأحكام، ابن قاسم(٤٥٤/٣).
٤٠٥. ينظر: الحاوي ، الماوردي(٢٤٦/٨).

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

١. الاجماع، ابن المنذر ،تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد،ط١ دار المسلم،١٤٢٥هـ

٢. الإحكام شرح أصول الأحكام، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي (ت ١٣٩٢هـ) ط٢د م، ١٤٠٦هـ.

٣. أخبار القضاء ،وكيع (ت٣٠٦هـ) ،تحقيق عبد العزيز مصطفى المراغي ،ط١ مصر: المكتبة التجارية الكبرى،١٩٤٧م.

٤. اختلاف الأئمة العلماء، ابن هبيرة (ت ٥٦٠هـ) تحقيق: يوسف السيد، ط١ بيروت: دار الكتب العلمية،١٤٢٣هـ.

٥. الاختيار لتعليل المختار، الموصلي،د ط،القاهرة:مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ.

٦. الاستذكار،ابن عبد البر (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض،ط١بيروت:دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠م.

٧. الاستيعاب في معرفة الأصحاب،ابن عبد البر (ت

٤٦٣هـ) ،تحقيق علي محمد البجاوي ط١بيروت:دار الجيل ، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م.

٨. الأشباه والنظائر ،ابن نجيم (ت ٩٧٠ هـ) ط١ بيروت:دار الكتب العلمية،٢٠١٩م.

٩. الإشراف على مذاهب العلماء ،ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، تحقيق صغير الأنصاري ط١ رأس الخيمة الإمارات:مكتبة مكة الثقافية،٢٠٠٤م.

١٠. الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر (ت ٨٥٢هـ) ،تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ،ط١بيروت:دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ.

١١. الأَصْل ،محمد بن الحسن الشيباني،تحقيق د محمد بوينوكالن، ط١ بيروت:دار ابن حزم، وزارة أوقاف دولة قطر، ٢٠١٢م.

١٢. الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان (ت ٦٢٨هـ)تحقيق: فوزي، ط١ الفاروق،١٤٢٤هـ.

١٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود.الحلو،ط١ القاهرة: دار هجر،١٩٩٥م.

١٤. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم المصري، ط٢بيروت: دار الكتاب الإسلامي،د ت.

١٥. البحر المحيط الثجاج في شرح صحيح الإمام مسلم بن الحجاج ،الولوي الإثيوبي ، الرياض:دار ابن الجوزي، ١٤٣٦ه.

١٦. بحر المذهب، الروياني (ت ٥٠٢هـ) تحقيق: طارق فتحي السيد، ط١ بيروت:دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م.

١٧. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الكاساني،ط٢بيروت: دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦م.

١٨. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد (ت ٥٩٥هـ) ، د ط،القاهرة:دار الحديث،٢٠٠٤م.

١٩. البناية شرح الهداية، بدر الدين العيني (ت ٨٥٥هـ) تحقيق: أيمن صالح شعبان،ط١ بيروت:دار الكتب العلمية،٢٠٠٠م.

٢٠. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ابن رشد الجد، تحقيق. د.محمد حجي وآخرون، ط٢ بيروت: دار الغرب الإسلامي ،١٩٨٨م.

٢١. التبصرة، اللخمي (ت ٤٧٨ هـ)، تحقيق د. أحمد نجيب، ط١ قطر:وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،٢٠١١م.

٢٢. تبيين الحقائق، الزيلعي، ط١ القاهرة بولاق تصوير المكتب الإسلامي بيروت، ١٣١٤ هـ.

٢٣. التجريد ، القدوري (٤٢٨هـ) تحقيق: محمد سراج وآخرون ،ط ٢القاهرة: دار السلام،١٤٢٧هـ.

٢٤. تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، المبارك فوري (ت ١٣٥٣هـ)، د ط بيروت: دار الكتب العلمية، د ت.

٢٥. تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي، د ط، مصر: المكتبة التجارية الكبرى،١٣٥٧هـ.

٢٦. التذكرة في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ابن عقيل (ت٥١٣هـ) تحقيق: د. ناصر السلامة ،د ١السعودية: دار اشبيليا، ١٤٢٢هـ.

٢٧. التفريع ،ابن الجلاب(ت ٣٧٨هـ) تحقيق: سيد كسروي حسن، ط١ بيروت:دار الكتب العلمية، ١٤٢٨هـ.

٢٨. التمهيد ، ابن عبد البر، تحقيق بشار عواد وآخرون، ط١ لندن: مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ١٤٣٩هـ.

٢٩. تهذيب التهذيب، ، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ،ط١، الهند :مطبعة دار السعادة، ١٣٢٦هـ.

٣٠. التهذيب في اختصار المدونة، ابن البراذعي(ت ٣٧٢هـ) تحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ،ط١ دبي:دار البحوث،١٤٢٣هـ.

٣١. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، البغوي ، تحقيق علي محمد عوض – عادل أحمد عبد الموجود، ط١ بيروت:دار الكتب العلمية،١٩٩٧م.

٣٢. توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، التوزري الزبيدي ،عثمان بن مكي، تونس:الدار التونسية، ، ١٣٣٩ هـ.

٣٣. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب ،خليل (ت ٧٧٦هـ) تحقيق د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط١ مركز نجيبويه ،١٤٢٩هـ.

٣٤. الجامع لأحكام القرآن،القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط٢ مصر: دار الكتب المصرية،١٩٦٤م.

٣٥. الجامع لعلوم أحمد الإمام أحمد بجمع خالد الرباط، سيد عزت عيد ،ط١ مصر: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث،٢٠٠٩م.

٣٦. الجامع لمسائل المدونة، ابن يونس الصقلي، تحقيق مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه،ط١مكة:جامعة أم القرى، ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م.

٣٧. حاشية ابن عابدين (رد المحتار إلى الدر المختار) ،ط٢ بيروت: دار الفكر صورة عن مكتبة البابي الحلبي ،١٩٦٦م.

٣٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ابن عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ) د ط بيروت:دار الفكر، دت.

٣٩. حاشية الصاوي على أقرب المسالك،الصاوي (ت ١٢٤١هـ) د ط ، دار المعارف، د ت.

٤٠. الحاوي الكبير الماوردي،تحقيق الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود،ط١بيروت: دار الكتب العلمية ،١٩٩٩م.

٤١. حدود بن عرفة، ابن عرفة،"ط١ المكتبة العلمية، ١٣٥٠هـ.

٤٢. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء،القفال الشاشي (ت ٥٠٧هـ)ط١ بيروت:مؤسسة الرسالة،١٩٨٠م.

٤٣. الخلافيات بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه، البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) تحقيق:مجموعة من العلماء ، ط١ مصر: دار النهضة، ١٤٣٦هـ.

٤٤. الذخيرة ،القرافي تحقيق محمد حجي وسعيد عراب وآخرون،ط١ بيروت: دار الغرب الإسلامي ،١٩٩٤م.

٤٥. روضة الطالبين ،النووي(ت ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش،ط٣بيروت: المكتب الإسلامي،١٤١٢هـ.

٤٦. رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، اللخمي (ت ٧٣٤هـ) تحقيق:نور الدين طالب،ط١سوريا دار النوايا،١٤٣١ه.

٤٧. سبل السلام، الصنعاني (ت ١١٨٢هـ)د ط،دار الحديث،دت.

٤٨. سنن ابن ماجة القزويني (ت ٢٧٣ هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د ط، دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي ،د ت.

٤٩. سنن أبي داوود السجستاني (ت ٢٧٥ هـ) ط١ دار الرسالة العالمية،٢٠٠٩م.

٥٠. سنن الإمام الترمذي أبو عيسى، تحقيق أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد، ط٢ القاهرة:

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي،١٩٧٥م.

٥١. سنن الدارقطني ،الدارقطني، علي بن عمر تحقيق شعيب الارنؤوط،وجماعة، ط١ بيروت: مؤسسة الرسالة،٢٠٠٤م.

٥٢. سنن الدارمي (مسند الدارمي) (ت ٢٥٥ هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني،ط١ السعودية:دار المغني،٢٠٠٠م.

٥٣. السنن الكبرى ،أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ)،تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط٣ بيروت: : دار الكتب العلمية،٢٠٠٣م.

٥٤. السنن الكبرى، الإمام النسائي، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي بإشراف شعيب الأرناؤوط، ط١ بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢١هـ.

٥٥. سير أعلام النبلاء،الذهبي (ت ٧٤٨ هـ)تحقيق مجموعة من المحققين ،ط٣، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م.

٥٦. شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ابن بطال، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط٢ الرياض :دار الرشد، ٢٠٠٣م.

٥٧. شرح حدود ابن عرفة ، الرصاع (ت ٨٩٤هـ)، ط١ المدينة المنورة:المكتبة العلمية، ١٣٥٠هـ.

٥٨. شرح الخرشي على مختصر خليل، الخرشي، ط٢ مصر: المطبعة الأميرية بولاق، ١٣١٧هـ.

٥٩. شرح الزرقاني على خليل (ت ١٠٩٩هـ) ط١بيروت:دار الكتب العلمية،١٤٢٢هـ.

٦٠. شرح الزركشي (ت ٧٧٢هـ) ط١ السعودية: دار العبيكان، ١٤١٣هـ.

٦١. شرح زروق على الرسالة، زروق(٨٩٩هـ) ط١ بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٧هـ.

٦٢. شرح السنة، البغوي (ت ٥١٦هـ) تحقيق: شعيب الأرنؤوط–محمد زهير الشاويش،ط٢ بيروت: المكتب الإسلامي،١٤٠٣هـ.

٦٣. شرح سنن أبي داود ،ابن رسلان (ت ٨٤٤ هـ) تحقيق: عدد من الباحثين ،ط١ مصر: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث،٢٠١٦م.

٦٤. الشرح الصغير على أقرب المسالك،الدردير، د ط ،مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي ١٩٥٢م.

٦٥. شرح الفصول المهمة في مواريث الأمة، سبط المارديني (ت ٩١٢هـ)د ط،دار العاصمة،١٤٢٥هـ.

٦٦. الشرح الكبير على مختصر خليل،الدردير ، د ط بيروت:دار الفكر، دت.

٦٧. الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة أبو الفرج ،تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ود. الحلو،ط١ القاهرة: دار هجر،١٩٩٥م.

٦٨. شرح مشكاة المصابيح ،الطيبي (٧٤٣ هـ) تحقيق د. عبد الحميد هنداوي ،ط١ مكة المكرمة: مكتبة الباز،١٩٩٧م.

٦٩. شرح مشكل الآثار ،الطحاوي (ت ٣٢١هـ) تحقيق: شعيب الأرنؤوط ،ط١ بيروت:مؤسسة الرسالة،١٤١٥هـ.

٧٠. شرح معاني الآثار، الطحاوي (ت ٣٢١هـ) تحقيق محمد زهري النجار – محمد سيد جاد الحق، ط١ بيروت:عالم الكتب،١٩٩٤م.

٧١. شرح منتهى الإرادات ،البهوتي، منصور بن يونس ،ط١ بيروت:عالم الكتب،١٩٩٣م.

٧٢. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب،المنجور (ت ٩٩٥ هـ) تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، د ط : دار عبد الله الشنقيطي،دت.

٧٣. صحيح ابن حبان البستي (ت ٣٥٤ هـ) تحقيق محمد علي سونمز، خالص آي دمير،ط١ بيروت:دار ابن حزم ،١٤٣٣هـ.

٧٤. صحيح الإمام البخاري ، تحقيق د. مصطفى ديب البغا،ط٥ دمشق:دار ابن كثير ودار اليمامة،١٤١٣هـ.

٧٥. صحيح الإمام مسلم بن الحجاج ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي،د ط القاهرة: مطبعة عيسى البابي الحلبي،١٩٥٥م.

٧٦. ضوء الشموع شرح المجموع، محمد الأمير،ط١موريتانيا:دار يوسف تاشفين، ١٤٢٦ هـ

٧٧. طلبة الطلبة النسفي، عمر بن محمد، د ط بغداد: المكتبة العامرة ،د ت.

٧٨. العذب الفائض شرح عمدة الفارض، الشيخ إبراهيم الفرضي،د ط، بيروت :دار الفكر ،د ت.

٧٩. العزيز شرح الوجيز ،الرافعي، تحقيق علي محمد عوض – عادل أحمد عبد الموجود ،ط١ بيروت:دار الكتب العلمية،١٩٩٧م.

٨٠. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ،ابن شاس(ت ٦١٦هـ)تحقيق: أ. د. حميد لحمر ،ط١بيروت:دار الغرب الإسلامي،١٤٢٣هـ.

٨١. عمدة القاري شرح صحيح البخاري ،العيني (ت ٨٥٥هـ) د ط بيروت: دار إحياء التراث العربي،د ت.

٨٢. العناية شرح الهداية، أكمل الدين البابرتي (ت ٧٨٦ هـ) ط١ بيروت :دار الفكر مصورة عن مطبعة البابي الحلبي،١٩٧٠م.

٨٣. عون المعبود شرح سنن أبي داوود، العظيم آبادي(ت ١٣٢٩هـ) ط٢ بيروت: دار الكتب العلمية١٤١٥هـ.

٨٤. عيون المسائل ، القاضي عبد الوهاب (ت ٤٢٢هـ) تحقيق: علي محمَّد إبراهيم بورويبة،ط١ بيروت:دار ابن حزم،١٤٣٠هـ.

٨٥. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ) د ط، المطبعة الميمنية، د ت.

٨٦. فتح القدير على الهداية ،كمال الدين ابن الهمام، ط١ بيروت: دار الفكر صورة عن مكتبة البابي الحلبي،١٩٧٠م.

٨٧. الكافي ،ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ)ط١بيروت:دار الكتب العلمية،١٤١٤هـ.

٨٨. كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي،تحقيقلجنةمتخصصة في وزارة العدل،ط١المملكة العربية السعودية :وزارة العدل،٢٠٠٨.

٨٩. كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن ت ١١٨٩هـ) يتحقيق:وسف الشيخ محمد البقاعي،د ط،بيروت:دار الفكر، ١٤١٤هـ.

٩٠. كفاية النبيه في شرح التنبيه، ابن الرفعة(ت ٧١٠هـ)تحقيق:مجدي سرور،ط١بيروت:دار الكتب العلمية،٢٠٠٩م.

٩١. لسان العرب، ابن منظور الافريقي (ت ٧١١هـ)، ط٣ بيروت :دار صادر،١٤١٤ه.

٩٢. المبدع في شرح المقنع ، ابن مفلح (ت ٨٨٤هـ) ط١ بيروت: دار الكتب العلمية،١٩٩٧م.

٩٣. المبسوط، السرخسي، د ط،بيروت :دار المعرفة،١٩٩٣م.

٩٤. المجموع شرح المهذب، النووي، دط بيروت دار الفكر دت.

٩٥. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ابن تيمية (ت ٦٥٢ هـ) د ط، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٩هـ.

٩٦. المحلى ،ابن حزم ،علي بن حزم ،تحقيق عبدالغفار سليمان

البنداري، دط بيروت: بيروت،د ت.

٩٧. مختصر اختلاف العلماء، الجصاص (ت ٣٧٠ هـ) تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد،ط٢ بيروت:دار البشائر الإسلامية،١٤١٧ه.

٩٨. المسالِك في شرح مُوَطَّأ مالك، ابن العربي (ت ٥٤٣هـ) ط١بيروت:دار الغرب الإسلامي،١٤٢٨هـ.

٩٩. المستدرك،الحاكم، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا،ط١بيروت:دار الكتب العلمية،١٤١١هـ.

١٠٠. مصنف ابن أبي شيبة، ابن أبي شيبة،تحقيق سعد بن ناصر الشثري، ط١الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ،٢٠١٥م.

١٠٢. معالم السنن ، الخطابي (ت ٣٨٨هـ)ط١حلب:المكتبة العلمية، ١٣٥١هـ.

١٠٣. المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة،الحثيثي (ت ٧٩٢هـ) تحقيق: سيد محمد مهنى،ط١بيروت دار الكتب العلمية،١٤١٩هـ.

١٠٤. معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي و حامد صادق قنيبي، ط٢ الأردن: دار النفائس، ١٩٨٨م.

١٠٥. معرفة السنن والآثار، البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي ،ط١ كراتشي:جامعة الدراسات الإسلامية، ١٩٩١م.

١٠٦. معرفة الصحابة، أبو نعيم الأصبهاني (ت ٤٣٠هـ) تحقيق: عادل بن يوسف العزازي ،ط١، الرياض: دار الوطن للنشر، ١٤١٩هـ.

١٠٧. المغني، ابن قدامة، تحقيق د.عبد اللَّه بن عبد المحسن التركي ود. الحلو،ط٣ الرياض:دار عالم الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٩٧م.

١٠٨. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ) ط١ بيروت:دار الكتب العلمية،١٩٩٤م.

١٠٩. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها، الرجراجي (ت بعد ٦٣٣هـ) ، ط١ بيروت:دار ابن حزم ،١٤٢٨هـ.

١١٠. منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش (ت ١٢٩٩هـ) د ط بيروت: دار الفكر، ١٩٨٩م.

١١١. المنتقى شرح الموطأ ،الباجي (ت ٤٧٤هـ) ط١ القاهرة:دار السعادة ١٣٣٢ هـ.

١١٢. المهيأ في كشف أسرار الموطأ ، الكماخي (ت ١١٧١ هـ)تحقيق: أحمد علي،د ط القاهرة:دار الحديث، ٢٠٠٥ م.

١١٣. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ،الحطاب(ت ٩٥٤هـ) ط٣ بيروت: دار الفكر،١٤١٢هـ.

١١٤. موطأ الأمام مالك بن أنس، تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي،د ط، بيروت :دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦هـ.

١١٥. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير، (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق طاهر أحمد الزاوى – محمود محمد الطناحي،د ط بيروت: المكتبة العلمية،١٩٧٩م.

١١٦. نهاية المطلب في دراية المذهب، أبو المعالي الجويني، تحقيق أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب،ط١دار المنهاج، ٢٠٠٧م.

١١٧. النوادر والزيادات ، ابن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ) تحقيق عبد الفتّاح محمد الحلو وآخرون،ط١بيروت دار الغرب الاسلامي١٩٩٩م.

١١٨. نيل الأوطار ،الشوكاني اليمني (ت ١٢٥٠هـ) تحقيق: عصام الدين الصبابطي،ط١ مصر:دار الحديث،١٩٩٣م.

أحكام حماية الفولكلور في القانون السوداني

د. سيف الدين أحمد أحمد البدوي*

مستخلص

تناولت الدراسة أحكام حماية الفولكلور في القانون السوداني. نبعت أهمية الدراسة في أن الفولكلور عامل أساسي للهوية الثقافية خاصة البلدان السائدة في طريق النمو والسودان واحد منها فيمكن من خلاله إبراز التراث السوداني للعالم. هدفت الدراسة إلى التعريف بمدلول معنى الفولكلور من جانب قانوني، والتوعية بأهمية حماية الفولكلور الوطني السوداني على المستوى المحلي، وإيضاح الحماية القانونية للفولكلور السوداني في التشريع السوداني. تمثلت مشكلة الدراسة في نص القانون السوداني على تعبيرات الفولكلور السوداني على سبيل الحصر، ومدى تَمكُن المشرع السوداني من تنظيم الحماية القانونية لمصنفات الفولكلور. نهجت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج منها: نص القانون السوداني على تعبيرات الفولكلور الوطني على سبيل الحصر وليس المثال، نظم المشرع السوداني حماية الفولكلور الوطني بموجب أحكام قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية لسنة ٢٠١٣م. قدمت الدراسة عدد من التوصيات منها: الأفضل تعديل نص المادة (٣) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية لسنة ٢٠١٣م الخاصة بتعبيرات الفولكلور بأن ينص القانون على تعبيرات الفولكلور السوداني على سبيل المثال وليس الحصر حتى يوسع من مفهوم تعبيرات الفولكلور السوداني.

Abstract

The study deals with the provisions for protection of folklore in Sudanese law. The importance of the study stems from the fact that folklore is an essential factor for cultural identity, especially in countries on the path of development, and Sudan is one of them, through which the Sudanese heritage can be shown to the world. The study aims to define the legal meaning of folklore, raise awareness of the importance of protecting Sudanese national folklore at local level, and to clarify the legal protection of Sudanese folklore in Sudanese legislation. The problem of the study is represented in the text of the Sudanese law on the expressions of Sudanese folklore exclusively, the extent to which the Sudanese Legislator is able to organize the legal protection of national Folklore works. The study followed the descriptive analytical approach. The study reaches a number of conclusions, including: The Sudanese law stipulated the expressions of National Folklore, to name a few. The Sudanese legislator organized the protection of National Folklore under the provisions of the Copyrigh, Related Rights, and litrary and artistic works protection Act(2013). The study made a number of recommendations, including: It is better to amend the text of Article (3) of the Sudanese law of Copyrigh, Related Rights, and litrary and artistic works protection, related to expressions of folklore, by stipulating the expressions of Sudanese folklore to name just a few, in order to expand the concept of expressions of Sudanese folklore.

مقدّمة

الفولكلور هو مجموعة الإبداعات المنبثقة من مجتمع ثقافي ما والتي تستند إلى التراث، وتعبر عنها فئة أو أفراد، وتعرف بأنها تلبي تطلعات المجتمع باعتبارها تعبيراً عن ذاتيته

الثقافية والاجتماعية، وتنقل المعايير والقيم عبرها شفاهة بالتقليد أو بطرق أخرى، وتشمل الأشكال الفولكلورية فيما تشمل اللغة، والآداب، والموسيقى، وأنواع الإنشاد، والرقص، والخزف، والعمارة، وغيرها من الفنون.

حرص المشرع السوداني على حماية الفولكلور الوطني، إلا أنه لم يقرر قواعد وأحكام قانونية خاصة بحمايته، وإنما أشار إليه ضمن قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بوصفه جزءاً من تراث الأمة السودانية وثقافتها، وعد القانون السوداني تعبيرات الفولكلور الوطني ملكاً عاماً للدولة وأعطاها حق الدفاع والمحافظة عليه، وأباح حق استغلال المصنفات الفولكلورية السودانية بشروط محددة ومعينة والهدف من ذلك المحافظة على الطابع الفولكلوري للأمة السودانية.

الغاية من حماية القانون السوداني للفولكلور الوطني هي المحافظة عليه من التحوير والتشويه والاستغلال التجاري والتعدي غير المشروع، باعتباره ثروة قومية يجب المحافظة عليها وحمايتها.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

١/ التعريف بمدلول معنى الفولكلور من جانب قانوني.

٢/ التوعية بأهمية حماية الفولكلور الوطني السوداني على المستوى المحلي.

٣/ إيضاح الحماية القانونية للفولكلور الوطني السوداني في التشريع السوداني.

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في الآتي:

١/ الفولكلور عامل أساسي للهوية الثقافية خاصة البلدان السائرة في طريق النمو والسودان واحد منها فيمكن من خلاله إبراز

التراث السوداني للعالم.

٢/ يعد الفولكلور السوداني ثروة قومية يجب المحافظة عليها وصيانتها وحمايتها من التشويه والتحريف والاستغلال التجاري غير المشروع.

٣/ تسهم حماية الفولكلور الوطني في دعم الاقتصاد الوطني وتنشيطه حيث يزيد معدلات التنمية في البلاد وتداول النقد الأجنبي وزيادة الخبرات التدريبية التي تساعد في تعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في نص القانون السوداني على صور تعبيرات الفولكلور الوطني على سبيل الحصر، ومدى تَمكُن المشرع السوداني من تنظيم الحماية القانونية لمصنفات الفولكلور الوطني.

تساؤلات الدراسة:

تثير الدراسة عدد من التساؤلات هي:

١/ ما المقصود بالفولكلور؟، وما هي خصائصه؟

٢/ ما هي أهمية الفولكلور؟ وما هو التكييف القانوني لهذا النوع من أنواع التعبيرات؟

٣/ ما هي الحماية القانونية التي نص عليها المشرع السوداني لحماية تعبيرات الفولكلور الوطني السوداني؟

منهج الدراسة:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي.

هيكل الدراسة:

تتكون الدراسة من مقدمة ومبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: ماهية الفولكلور.

المطلب الأول: **تعريف الفولكلور.**

المطلب الثاني: **موقف الاتفاقيات الدولية من الفولكلور.**

المطلب الثالث: **أهمية الفولكلور وخصائصه.**

المبحث الثاني: الحماية القانونية للفولكلور.

المطلب الأول: **التكييف القانوني لحماية الفولكلور وموقف القانون السوداني.**

المطلب الثاني: **الحماية القانونية للفولكلور الوطني في القانون السوداني.**

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية الفولكلور

القانون السوداني لم يعرف ماهية الفولكلور، وإنما تطرق لتوضيح تعبيرات الفولكلور والسبب في ذلك يرجع لعدم وجود تعريف محدد ومتفق عليه لماهية الفولكلور بالرغم من المحاولات العديدة لتعريفه.

المطلب الأول

تعريف الفولكلور

يعتبر الفولكلور من المصنفات التي شملتها قوانين حق المؤلف حديثاً، وكانت محل اهتمام ودراسة من قبل المختصين في مجال الملكية الفكرية على المستوى الدولي، ويكاد يوجد في كل دولة لجنة للمأثورات الشعبية تجمعها وتدرسها، ولمثل هذه الدراسات جمعيات دولية تعقد لها مؤتمرات موسمية، ويزداد الاهتمام بها في البلاد حديثة الاستقلال كمرحلة من مراحل دراسة الذات وتأكيدها [1].

أولاً: تعريف الفولكلور اصطلاحاً:

الفولكلور مصطلح إنجليزي صاغه العالم (وليم نوفر) بدأ استعماله في حوالي منتصف القرن التاسع عشر في إنجلترا، ثم شاع استعماله في العالم، ومعناه الحرفي "حكمة الشعب" حيث يتكون المصطلح من لفظين [فولك Folk] والثاني [لور Lor] [2] بمعنى حكمة أو موروث ثقافي أو ضمير الأمة ويدل في أوسع معانيه على الروايات الشفوية من أي جماعة أو خرافاتها، ويشمل ما يصدر من الشعوب من رقص

وأغنيات وحكايات وطب. أقر مجمع اللغة العربية بالقاهرة كملة مأثورات شعبية للتدليل على الفولكلور[٣].

عُرف الفولكلور (المأثورات الشعبية) بعدد من التعريفات المختلفة منها: "كل الموروثات الثقافية التي تبدعها الجماعة ،ويتم التعبير عنها بواسطة الجماعة ويتم نقلها شفاهة أو بالمحاكاة أو بأي وسيلة أخرى وتتخذ أشكالاً عدة؛ حيث قد تكون في الأدب أو اللغة أو الموسيقى أو الرقص أو الألعاب والأساطير والعادات والتقاليد والمعتقدات والنحت والعمارة أو أي فنون أخرى"[٤].

من التعريفات التي عرف بها الفولكلور أيضاً: "المصنفات التي تتناقلها الأجيال المتعاقبة وتساهم في تشكيل الذاتية الثقافية الوطنية بصورة جماعية ودون أن تكون أسماء مؤلفيها معروفة"[٥].

وعرف كذلك بأنه: "المنتجات التي تتألف من عناصر خاصة من التراث الفني التقليدي الذي طوره وحافظ عليه مجتمع محلي في بلد ما، أو الأفراد التي تعبر عن آمال هذا المجتمع المحلي"[٦].

يعرف الفولكلور كذلك من ناحية الحماية القانونية بأنه: "مصنفات التراث الثقافي لإحدى الأمم التي ابتكرها وحفظها وطورها أشخاص مجهولو الشخصية جيلاً بعد جيل بين الجماعات الأصلية"[٧].

من خلال التعريفات السابقة للفولكلور نخلص إلى أنها اتفقت على أن الفولكلور هو: موروثات ثقافة تبتكرها الجماعة وتحافظ عليها وتنقلها من جيل إلى جيل آخر شفاهةً بصورة جماعية دون أن تكون أسماء مؤلفيها معلومة.

ثانياً: تعريف الفولكلور في القانون السوداني:

تجنب القانون السوداني وضع تعريف محدد للفولكلور الوطني لعدم وجود تعريف متفق عليه يوضح مفهوم

الفولكلور، لكنه وضح من خلال نص المادة (٣) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة المصنفات الأدبية والفنية لسنة ٢٠١٣م تعبيرات الفولكلور[٨] والتي تقرأ: تعبيرات الفولكلور يقصد بها: "كل تعبير يتمثل في عناصر متميزة تعكس التراث التقليدي الفني الذي نشأ واستمر في السودان ويشمل على وجه الخصوص التعبيرات الآتية:

١. التعبيرات الشفهية مثل الحكايات والأحاجي أو الألغاز والأشعار الشعبية.
٢. التعبيرات الموسيقية مثل الأغاني الشعبية المصحوبة بموسيقى.
٣. التعبيرات الحركية مثل الرقصات الشعبية والمسرحيات والأشكال الفنية، والطقوس سواء تجسدت في شكل مادي أو غيره.
٤. التعبيرات الملموسة وتشمل:

أ/ منتجات الفن الشعبي وبوجه خاص الرسومات بالخطوط والألوان والحفر والنحت والخزف والطين وكافة المنتجات المصنوعة من الخشب أو الفسيفساء أو المعدن أو الجواهر والحقائب المنسوجة يدوياً وأشغال الإبرة والمنسوجات والسجاد والملبوسات.

ب/ الآلات الموسيقية الشعبية.

ج/ الأشكال المعمارية.

من خلال نص المادة (٣) أعلاه من القانون السوداني من تعريف للتعبيرات الفولكلور نخلص إلى أن الفولكلور الوطني السوداني يشمل جميع تعبيرات المصنفات الأدبية والفنية والعلمية التي تمثل عناصر متميزة ابتكرت ونشأت في الأراضي السودانية واستمرت وانتقلت من جيل إلى جيل، والتي تشكل التراث الثقافي أو الفني التقليدي السوداني غير المادي والمادي الملموس.

يلاحظ من خلال ذات المادة (٣) من

القانون السوداني أن المشرع الوطني نص على تعبيرات محددة جاءت على سبيل الحصر تمثل صور الفولكلور الوطني السوداني، هذا الحصر يتنافى مع وضع الفولكلور الوطني السوداني ؛لأن السودان دولة كبيرة من حيث المساحة ومتعددة الثقافات والأديان والحضارات يصعب فيه وضع قالب محدد للفولكلور الوطني السوداني، نرى ضرورة أن ينص المشرع على تعبيرات الفولكلور الوطني على سبيل المثال وليس الحصر لكي يوسع من مفهوم ومدلول الفولكلور الوطني السوداني.

المطلب الثاني

موقف الاتفاقيات الدولية من الفولكلور

اهتمت الاتفاقيات الدولية بالفولكلور وعملت على حمايته، ونصت على الأحكام والقواعد القانونية التي تنظم أحكامه منها اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة ١٨٨٦م، والاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف لسنة ١٩٨١م.

أولاً: اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة ١٨٨٦م:

نصت المادة (١٥/٤/أ) من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة ١٨٨٦م على المصنفات الفولكلورية على:

"بالنسبة للمصنفات غير المنشورة والتي تكون شخصية مؤلفها مجهولة مع وجود كل ما يدعو إلى الاعتقاد بأنه من مواطني إحدى دول الاتحاد، فإن تشريع هذه الدولة يختص بحق تعيين السلطة المختصة التي تقوم بتمثيل المؤلف، ويكون لها حق المحافظة على حقوقه والدفاع عنها في دول الاتحاد".

من خلال نص المادة أعلاه من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية

لسنة ١٨٨٦م نستخلص أن هناك شروط يجب أن تتوافر لكي تتمتع المصنفات الفولكلورية بالحماية القانونية المقررة في اتفاقية برن، والشروط هي:

١. أن يكون المصنف الفولكلوري المراد حمايته غير منشور.

عرفت المادة (٣/٣) من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة ١٨٨٦م المصنفات المنشورة بأنها: "المصنفات التي تنشر بموافقة مؤلفها أياً كانت وسيلة عمل النسخ شريطة أن يكون توافر هذه النسخ قد جاء على نحو يفي بالاحتياجات المعقولة للجمهور بالإضافة إلى مراعاة طبيعة المصنف ذاته".

٢. أن يكون مؤلف المصنف الفولكلوري مجهولاً.

من خصائص المصنف الفولكلوري أن مظاهره ونشأته تعود إلى أزمنة قديمة ويتسم بالطابع غير الشخصي، كما أنه من الصعب نسبته إلى شخص معين بذاته.

٣. أن يتوافر من القرائن ما يدعو إلى الاعتقاد بأن مؤلف المصنف الفولكلوري هو من مواطني أحد دول الاتحاد.

متى توافرت هذه الشروط الثلاثة في المصنف الفولكلوري كان للمشرع الوطني في الدولة التي اعتبر مؤلف المصنف الفولكلوري منتمياً إليها (أحد رعاياها) بمثابة النائب أو الممثل عن المؤلف لتعمل على الحفاظ على هذا المصنف وحمايته[٩].

القانون السوداني حدد وفقاً لنص المادة (٣٩) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية لسنة ٢٠١٣م (مجلس حماية حق المؤلف والمصنفات الأدبية) [١٠] بأنه الجهة المختصة التي تكون بمثابة المؤلف وتتولى الحفاظ على الفولكلور الوطني السوداني والدفاع

عنه بكل الوسائل القانونية.

ثانياً: الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف لسنة ١٩٨١م:

نصت المادة (٥) من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف لسنة ١٩٨١م على تعريف الفولكلور كتراث شعبي، والتي تقرأ:

أ) يقصد بالفولكلور لأغراض تطبيق هذه الاتفاقية المصنفات الأدبية والفنية أو العلمية التي تبتكرها الفئات الشعبية في الدول الأعضاء تعبيراً عن هويتها الثقافية والتي تنتقل من جيل إلى جيل وتشكل أحد العناصر الأساسية في تراثها.

ب) يعتبر الفولكلور الوطني ملكاً لكل من الدول الأعضاء في حدود سيادتها.

ج) تعمل الدول الأعضاء على حماية الفولكلور الوطني بكل السبل والوسائل القانونية وتمارس السلطة الوطنية المختصة صلاحيات المؤلف للمصنفات الفولكلورية في مواجهة التشويه أو التحوير أو الاستغلال التجاري.

يُلاحظ من خلال نص المادة (٥) من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف أنها وضعت تعريف واضح ومحدد للمصنفات الفولكلورية وعدت الفولكلور الوطني ملكاً لكل من الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية في حدود سيادتها وأعطت الدول الأعضاء حق حماية الفولكلور الوطني بكل الوسائل القانونية وخولت السلطة المختصة في كل دولة عضو في هذه الاتفاقية ممارسة صلاحيات المؤلف للمصنفات الفولكلورية في مواجهة التعدي غير المشروع.

ثالثاً: اتفاقية التربس لسنة ١٩٩٤م:

اتفاقية التربس (Trips)[١١] هي اختصار لاسم الاتفاقية باللغة الإنجليزية (Trade Relate Aspects of Intellectual Property Rights)

وترجمتها باللغة العربية اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، وهي أحدث اتفاقية دولية خاصة بحماية حقوق الملكية الفكرية بمختلف أنواعها (الأدبية والفنية والصناعية). يلاحظ أن اتفاقية التربس لسنة ١٩٩٤م بالرغم من حداثتها لم تتناول الفولكلور بالتنظيم القانوني.

المطلب الثالث: أهمية الفولكلور وخصائصه:

للفولكلور أهمية كبيرة يؤديها باعتباره أداة الهوية الثقافية والتراث الثقافي والفني للأمة منها الاقتصادي والثقافي والاجتماعي، وأيضاً للفولكلور خصائص خاصة به تميزه عن غيره من الإبداعات الأخرى.

أولاً: أهمية الفولكلور:

أ/ الأهمية الاقتصادية؛ إذ يسهم (الفولكلور) في دعم الاقتصاد الوطني وتنشيطه؛ فهو يزيد من معدلات التنمية في البلاد، ويعمل على زيادة تداول النقد الأجنبي، وزيادة الخبرات التدريبية التي تنصب في تعزيز التنمية الاقتصادية والاجتماعية[١٢].

ب/ الأهمية الثقافية؛ الفولكلور عامة أساسي للهوية الثقافية، خاصة للبلدان السائرة في طريق النمو، فبفضله يمكن للشعوب التعبير في ظل الجماعة التي ينتمون إليها وكذلك في علاقاتهم مع العالم[١٣].

ت/ الأهمية الاجتماعية؛ حيث يحتل (الفولكلور)[١٤] مكانة مهمة في حياة الإنسان، لما له من تأثير كبير في صون التماسك الاجتماعي والعمل على تعزيز السلام بين المجتمعات، كما أنه يسهم بشكل كبير في تعزيز الروابط بين الماضي والحاضر والمستقبل، كما انه يساعد على استمرارية المجتمعات وتغيير شكل المجتمع ليصبح أكثر سمواً ورفعة[١٥].

د/ أهمية المحافظة على التنوع الثقافي؛ يعتبر الفولكلور ثروة يجب المحافظة عليها وصيانتها لأنه يقوم بدور مهم من أجل المحافظة على التنوع الثقافي في مواجهة العولمة التي تجاوزت مجال الاقتصاد والتجارة، لتحتل مركز التفكير الإنساني، وتسعى إلى فرض ثقافة عالمية واحدة تسود أنحاء العالم وتؤدي إلى إزالة الثقافات الوطنية[١٦] وتطمس تنوعها[١٧]، وتلغي خصوصيتها المجتمعية المحلية. حيث يحافظ الفولكلور على التنوع الثقافي بتحصين الأجيال الجديدة بنظام من القيم الأخلاقية التي تعبر عن أصالة الشعب وعاداته وتقاليده في مختلف المجالات[١٨].

ثانياً: خصائص الفولكلور:

يتميز الفولكلور بعدد من الخصائص هي:

أ/ تراث تقليدي ومعاصر وحي في نفس الوقت، فهو لا يقتصر على التقاليد الموروثة من الماضي فقط، وإنما يشمل أيضاً ممارسات ريفية وحضرية تشارك فيها جماعات ثقافية متنوعة[١٩].

ب/ يكشف عن وجهات نظر الشعب وآرائه الفنية وتطوراته الجمالية والسلوكية وأمثاله الاجتماعية[٢٠].

ت/ تراث تمثيلي؛ فهو لا يقيم بوصفه مجرد سلعة ثقافية، بل يستمد قوته من جذوره الممتدة في المجتمعات المحلية، ويعتمد على تلك الجماعة التي تنقل معارفها في مجال التقاليد والعادات والمهارات عبر الأجيال إلى بقية أفراد المجتمع أو إلى مجتمعات أخرى[٢١].

ز/ مظاهره ونشأته تعود إلى أزمنة قديمة ويتسم بالطابع الشخصي، كما أنه من الصعب نسبته إلى

شخص معين بذاته[٢٢].

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن للفولكلور أهمية كبيرة ذات أبعاد ثقافية واجتماعية واقتصادية، وخصائص خاصة به تميزه عن غيره من الإبداعات الأخرى المختلفة.

المبحث الثاني
الحماية القانونية للفولكلور

اهتمت معظم التشريعات المقارنة بالفولكلور ووضعت الأحكام والقواعد القانونية التي تنظمه وتحميه، بما فيها القانون السوداني، لأن حماية الفولكلور حماية وحفظ وصون لتراث الأمة وهويتها.

المطلب الأول
التكييف القانوني لحماية الفولكلور وموقف القانون السوداني

اختلف الفقه القانوني حول التكييف القانوني لحماية مصنفات الفولكلور إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه بأن مصنفات الفولكلور لا يمكن أن تُشمل بحماية حق المؤلف، إذ لها طبيعة خاصة، لأنها نتاج عملية قام بها أشخاص غير معروفين، وعبر أجيال عدة وأنها عملية مستمرة وبطيئة من النشاط الإبداعي الذي يمارس في مجتمع محلي معين عن طريق التقليد والمحاكاة المتتابعة. وهذا بخلاف المصنفات[٢٣] التي تُشمل بحماية حق المؤلف التي تحمل سمة قاطعة من سمات الأصالة الفردية، لأن الذي أنجزها شخص معروف؛ فالأعمال الإبداعية التقليدية لمجتمع محلي ما، الحكايات الشعبية والأغاني الشعبية والأمثال الشعبية والرقصات تكون على العموم أقدم بكثير من أمد حماية حق المؤلف، وهو سبب يمكن الاستناد إليه بشأن أن الحماية المقررة لحق المؤلف والتي تقتصر على حياة المؤلف وعلى مدة خمسين عاماً بعد

وفاته، لا توفر للتراث الثقافي حماية طويلة الأجل بما يكفي[٢٤].

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه أن الفولكلور يمكن حمايته بموجب قواعد حماية فناني الأداء فيما يتعلق بعروضهم، وحماية منتجي التسجيلات الصوتية أو هيئات الإذاعة فيما يتعلق بستجيلاتهم أو برامجهم الإذاعية عندما تكون العروض أو التسجيلات أو البرامج الإذاعية[٢٥] خاصة بأشكال التراث غير المادي، ومعنى ذلك أن أداء الأغاني أو القصص أو الرقصات الشعبية، ستكون كأداء المصنفات الأدبية أو الفنية، (ويرى البعض) أن الأخذ بهذا الرأي سيصطدم بالملاحظة ذاتها التي سُجلت على الاتجاه الأول[٢٦].

الاتجاه الثالث: يرى أن مشكلة تقرير الحماية القانونية للفولكلور يجب أن تراعى فيها جوانب عديدة؛ ذاتيتها، وصون عناصرها والمحافظة عليها وإحياؤها، وأهميتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والتاريخية، وجميع هذه الجوانب تعتمد بعضها على البعض الآخر، ولذلك فإن حمايتها تتطلب دراسة شاملة وفي إطار منهج شامل ومتكامل[٢٧].

موقف القانون السوداني:

المشرع السوداني حرص على حماية الفولكلور الوطني السوداني بوصفه جزءاً من تراث الأمة السودانية وثقافتها ونظم أحكام حماية الفولكلور بموجب قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية لسنة ٢٠١٣م وعداه من الأملاك العامة لجميع السودانيين.

يلاحظ أن معظم التشريعات العربية المقارنة تضمنت نصوصاً قانونية خاصة بتنظيم حماية الفولكلور بوصفه جزءاً من تراث الأمة وحضارتها وثقافتها مثل قانون حماية الملكية الفكرية المصري الجديد لسنة ٢٠٠٢م (المواد ٧، ١٤٢)، ونظام حماية حقوق المؤلف السعودي لسنة ١٤٢٤هـ (المواد ١، ١/٧)، وكذلك قانون حماية

حق المؤلف الأردني لسنة ١٩٩٢م.

بناء على ما سبق اتخذت الدول اتجاهات مختلفة في إرساء الأسس القانونية التي تسند عليها لحماية الفولكلور، إذ تستند غالبية التشريعات لإقرار الحماية إلى قواعد حماية المؤلف، والبعض الآخر يستند إلى نظرية مقابل الملك العام، أو استناداً إلى نظرية الحقوق المجاورة، أو قواعد الملكية الصناعية[٢٨].

المطلب الثاني

الحماية القانونية للفولكلور في القانون السوداني

نظم القانون السوداني الحماية القانونية للفولكلور الوطني السوداني بأحكام قانونية واضحة وصريحة والهدف من ذلك هو المحافظة على الفولكلور الوطني السوداني من التحريف والتشويه والتعدي والاستغلال التجاري.

أولاً: أسباب حماية الفولكلور السوداني:

هناك أسباب كثيرة دعت المشرع السوداني وغيره من القوانين العربية المقارنة للنص على الحماية القانونية للفولكلور الوطني وهي:

أ/ الحفاظ على ذاتية الأمة (السودانية) وميراثها الثقافي والاجتماعي يستلزم توفير الحماية القانونية.

ب/ مواجهة حالات الاستغلال غير المشروع (للتراث السوداني)، إذ أن الدول السائرة في طريق النمو تمتلك ميراثاً هائلاً، (والسودان واحد من هذه الدول). وهو ما يجعلها تتعرض على مختلف العصور للاستغلال غير المشروع من جانب بعض الأطراف الخارجية وازداد هذا الاستغلال غير المشروع في السنوات الأخيرة في ضوء التقدم التقني العلمي الحديث والتكنولوجيا الحديثة.

ج/ يؤكد الفولكلور الهوية الذاتية

للمجتمع (السوداني)، مما يوجب حمايته لأن ذلك يضفي عليه السمو ويكفل له الاحترام من الغير[٢٩] (وعدم التعدي عليه).

د/ حماية هذا النوع من المصنفات حفظ لتراث الشعب (السوداني) الذي هو منسوباً إليه فالمؤلف هنا هو المجتمع أو الحضارة في مجتمع معين بما تحويه من ماضي وحاضر ومستقبل[٣٠] لذلك نظم القانون السوداني حمايته من أجل رصده وصونه والدفاع عنه.

ثانياً: شروط حماية الفولكلور السوداني:

من خلال استقراء نصوص المواد القانونية الخاصة بالحماية القانونية للفولكلور الوطني السوداني التي نص عليها القانون السوداني يمكن استخلاص شروط خاصة ومعينة يجب توافرها في مصنفات الفولكلور السودانية حتى تتمتع بالحماية القانونية بموجب أحكام القانون السوداني وهي:

أ/ أن يتمثل في عناصر مميزة متحدة تعكس التراث التقليدي السوداني الفني الذي نشأ وقام واستمر في السودان سواء كانت تعبيرات غير مادية مثل التعبيرات الشفهية وتعبيرات الموسيقى والتعبيرات الحركية سواء تجسدت في شكل مادي أو غيره والتعبيرات الملموسة مثل منتجات الفن الشعبي والآلات الموسيقية الشعبية والأشكال المعمارية.

هذا الشرط مهم ويجب توافره حتى يوصف الإنتاج بأنه شكل من أشكال التعبير الفولكلوري المشمول بالحماية في مجتمع ما. ويتم تحديد طبيعته تلك من خلال الرجوع إلى المصادر

المتوفرة في المجتمع الذي نشأ به، مثل الفهارس والسجلات وآراء الخبراء والشهود وآراء كبار السن[٣١].

ب/ أن يكون مؤلف المصنف الفولكلوري مجهولاً.

من خصائص المصنف الفولكلوري إن مظاهره ونشأته تعود إلى أزمنة قديمة ويتسم بالطابع غير الشخصي، كما أنه من الصعب نسبته إلى شخص معين بذاته[٣٢].

من التطبيقات القضائية في القضاء السوداني في هذا الشرط :ما أقرته محكمة الاستئناف بالخرطوم في سابقة: عواطف عبدالفتاح/ ضد/ شركة صن لايت[٣٣]

"بأن الأغاني الشعبية أو أغاني التراث تنبع فكرتها في فترة زمنية محددة وتجدد بعض عباراتها مع البقاء على المضمون واللحن وتظل متداولة دون مؤلفها الحقيقي أحياناً".

د/ أن يكون مؤلف المصنف الفولكلوري سوداني.

هذا الشرط الثالث جوهري ومهم وأساسي بالرغم من أن الشرط الثاني سابق الذكر ينص على أن يكون مؤلف الفولكلور مجهولاً، لكن يجب أن يكون هذا المؤلف المجهول قد نشأ وترعرع في مجتمع وبيئة سودانية وابتكر هذا المصنف الفولكلوري السوداني.

خلاصة القول أنه إذا توافرت الشروط الثلاثة سابقة الذكر في المصنف الفولكلوري يتمتع بالحماية القانونية بموجب أحكام القانون السوداني.

ثالثاً: ملكية تعبيرات الفولكلور الوطني السوداني:

نصت المادة (٣٩) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني لسنة ٢٠١٣م على أن كل تعبيرات

الفولكلور الوطني السوداني هي ملك عام للدولة ممثلة في مجلس حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية الذي يتولى حمايتها بكل السبل والوسائل القانونية.

من التطبيقات القضائية السودانية التي أرست مبدأ الملكية العامة للتراث السوداني سابقة: حكومة السودان/ ضد/ ش. م. ل. أ وآخرين[٣٤]

التي أقرت مبدأ: التراث ملك عام وإرث للجميع لا يختص به أحد ،والاقتباس منه مباح للجميع.

(يلاحظ أن الفولكلور الوطني السوداني لا تشمله الحماية بموجب نص المادة (٥) من القانون السوداني الخاصة بالمصنفات المشمولة بالحماية القانونية بموجب أحكام قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني لسنة ٢٠١٣م)، إلا أن الدولة تمارس عليه صلاحيات المؤلف وتسعى لحمايته بكل السبل والوسائل القانونية ضد التشويه والتحوير والاستغلال التجاري

وليس فيما ذكره تعارض بين عدم الحماية للفولكلور وممارسة الدولة لصلاحيات المؤلف وذلك لأن الفولكلور يعتبر ملك عام وهذا وحده كفيل بأن يعطي الدولة حق حمايته ممارسة في ذلك صلاحيات المؤلف دون أن يرقى ذلك إلى إدخاله ضمن المصنفات المشمولة بالحماية[٣٥].

يرى البعض في اعتبار الفولكلور ملكاً عاماً للدولة لحمايته وممارستها صلاحيات المؤلف بالنسبة للمصنفات الفولكلورية في مواجهة التشويه والتحوير والاستغلال التجاري، مبدأ مقبول وضروري خصوصاً لدول العالم النامي ذلك أن التقدم التقني الهائل في مجال التسجيل المسموع والمرئي وفي عصر ثورة الاتصال قد يؤدي إلى استغلال سيء أو تشويه أو تحوير لتراث الأمة التي تعبر به عن ذاتيتها الثقافية[٣٦].

رابعاً: حماية تعبيرات الفولكلور السودانية:

حمى المشرع السوداني من خلال نص المادة (١/٤١) من القانون السوداني استنساخ تعبيرات الفولكلور الوطني السوداني أو توزيع نسخ منها بغرض البيع أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية أو القيام بالأداء الفني لهذه التعبيرات الفولكلورية ونقلها للجمهور إلا بعد الحصول على إذن كتابي من مجلس حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية باعتباره الجهة المناط بها حماية الفولكلور السوداني والمحافظة عليه.

وألزم القانون السوداني من خلال ذات المادة المشار إليها أعلاه الفقرة الثانية الإشارة إلى منشأ تعبيرات الفولكلور الجغرافي والبشري عند استغلالها.

خصص القانون السوداني من خلال نص المادة (٣/٤٠) العائد المادي المستفاد من استغلال تعبيرات الفولكلور السودانية للحفاظ على الفولكلور الوطني السوداني ورصده ودعمه.

جوز القانون السوداني كذلك من خلال نص المادة (٤/٤٠) استخدام تعبيرات الفولكلور الوطني السوداني لأي شخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً بشرط: أن لا يهدف هذا الاستخدام لتحقيق الربح وأن يتم في الإطار التقليدي أو العرفي لتعبيرات الفولكلور وكذلك أباح القانون استخدام تعبيرات الفولكلور السوداني لأغراض الاقتطاف أو الاقتباس الذي يرمي إلى إبداع مصنف مبتكر، والاستعمال لأغراض تعليمية.

خامساً: الحماية الجنائية لمصنفات الفولكلور في القانون السوداني:

نصت المادة (١/٤٠) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني

لسنة ٢٠١٣م على أنه: (يباشر المجلس "مجلس حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية" حقوق أدبية على تعبيرات الفولكلور تكفل له حمايتها من التحريف والتشويه وتكون تلك الحقوق غير قابلة للتنازل عنها ولا تخضع للتقادم).

من خلال استقراء نص المادة أعلاه نستخلص أن القانون السوداني منح مجلس حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية حقوق أدبية فقط على تعبيرات الفولكلور السوداني تتمثل في منع أي تشويه أو تحريف لمصنفات الفولكلور السوداني مع ربطها بعدم قابليتها للتنازل بمعنى أنه لا يجوز التنازل عنها للغير وعدم خضوعها للتقادم بمعنى أنها حقوق دائمة لا تسقط بالتقادم.

تتمتع مصنفات الفولكلور السوداني بالحماية الجنائية في حالة الاعتداء غير المشروع عليها مثلها مثل حقوق المؤلف الأدبية[٣٧] حيث جرم القانون السوداني الاعتداء غير المشروع عليها، وبناء على هذا التجريم فرض عقوبات بعينها توقع على المعتدي عليها، ووضع أنواعاً من العقوبات أمام المحكمة توقعها في حالة الاعتداء غير المشروع على مصنفات الفولكلور السودانية حسب الحالة التي أمامها.

أ/ الصور التجريمية (الأفعال) التي تشكل جريمة الاعتداء غير المشروع على مصنفات الفولكلور السوداني:

تناولت المادة (١/٦٢) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني لسنة ٢٠١٣م الصور التجريمية (الأفعال) التي تشكل جريمة الاعتداء غير المشروع على مصنفات الفولكلور السوداني وهي:

١/ "أي شخص" يباشر بدون وجه حق "بدون إذن مجلس حماية

حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني" أي من الحقوق الأدبية الممنوحة للمجلس على مصنفات الفولكلور السودانية فيما يتعلق بأي مصنف فولكلوري أو جزء منه.

٢/ "أي شخص" يحذف أو يغير دون إذن "مجلس حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني" أي معلومات في شكل إلكتروني مزودة من قبل "أصحاب حقوق مصنفات الفولكلور السوداني" "النشر الإلكتروني".

٣/ "أي شخص" يتحايل أو يبطل أو يعطل أي من التدابير التكنولوجية الفعالة[٣٨].

٤/ "أي شخص" يصنع أو يستورد أو يبيع أو يعرض لغايات البيع، أو التأجير أو يحوز لأي غايات تجارية أخرى، أو يوزع أو يقوم بأعمال دعائية للبيع وتأجير لأي قطعة، أو جهاز، أو خدمة، أو وسيلة تم تصميمها أو إنتاجها، أو استعمالها لغايات الاحتيال، أو إبطال أو تعطيل أي من التدابير التكنولوجية الفعالة.

ب/ عقوبة الاعتداء على مصنفات الفولكلور السوداني:

جرم القانون السوداني الاعتداء الغير مشروع على مصنفات الفولكلور السوداني، واشترط من خلال نص المادة (٤/٦٤) أن يكون الاعتداء الواقع على هذه المصنفات الفولكلورية دون وجه حق، أي دون إذن صاحب الحق "مجلس حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني"، وأن يكون الشخص المعتدي عالم ومدرك أن فعله غير مشروع ويشكل جريمة الاعتداء على مصنفات الفولكلور السوداني. نصت المادة (٢/٦٤) من القانون

السوداني على عقوبة الاعتداء غير المشروع على مصنفات الفولكلور السوداني وهي: السجن أو الغرامة وفي حالة العود يجب توقيع العقوبتين معاً.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن المشرع السوداني جعل ملكية تعبيرات الفلكلور الوطني السوداني ملكاً عاماً للدولة متمثلة في مجلس حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية للدفاع عنه وحمايته، وأباح للسودانيين استغلال واستعمال تعبيرات الفولكلور الوطني لكن وفقاً لشروط محددة ومعينة الغاية منها حفظ وصون هذا التراث السوداني العظيم، وخصص العائد المالي لتعبيرات الفولكلور الوطني للحفاظ عليه ورصده ودعمه، وعدَّ الاعتداء غير المشروع على مصنفات الفولكلور السودانية جريمة يعاقب عليها وحدد العقوبات الخاصة بها.

خاتمة

بعد دراسة موضوع أحكام حماية الفولكلور في القانون السوداني توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات هي:

أولاً: النتائج:

١/ الفولكلور الوطني السوداني يشمل جميع تعبيرات المصنفات الأدبية والفنية والعلمية التي تمثل عناصر متميزة نشأت في الأراضي السودانية واستمرت وانتقلت من جيل إلى جيل وتشكل التراث الثقافي أو الفني التقليدي السوداني غير المادي والمادي الملموس.

٢/ نص القانون السوداني على تعبيرات الفولكلور الوطني السوداني على سبيل الحصر وليس المثال.

٣/ عد القانون السوداني تعبيرات الفولكلور الوطني السوداني ملكاً

عاماً للدولة ومنح مجلس حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية حق الدفاع والمحافظة على الفولكلور الوطني السوداني.

٤/ نظم المشرع السوداني حماية الفولكلور الوطني بموجب أحكام قانون حماية حق المؤلف.

٥/ أجاز القانون السوداني لأي شخص سوداني سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً استخدام تعبيرات الفولكلور الوطني إذا كان الاستخدام لا يهدف إلى تحقيق الربح أو تم في الإطار التقليدي أو العرفي لتعبيرات الفولكلور السوداني أو كان الاستخدام لأغراض الاقتطاف أو الاقتباس الذي يرمي إلى إبداع مصنف مبتكر أو الاستعمال لأغراض تعليمية بعد أخذ الإذن من مجلس حماية حق المؤلف والحقوق والمجاورة المصنفات الأدبية.

٦/ خصص القانون السوداني العائد المالي الناتج من استغلال تعبيرات الفولكلور الوطني السوداني لحفظ وصون ورصد ودعم الفولكلور الوطني السوداني.

٧/ تتمتع مصنفات الفولكلور السوداني بالحماية الجنائية في حالة الاعتداء غير المشروع عليها بالتحريف أو التشويه أو الاستغلال التجاري.

ثانياً: التوصيات:

١/ ضرورة العمل على حماية الفولكلور الوطني السوداني بواسطة الأجهزة المختصة.

٢/ العمل على توثيق الفولكلور الوطني السوداني عن طريق إنشاء أرشيف حديث متخصص يهتم بتجميع وتوثيق التعبيرات الفولكلورية السودانية.

٣/ الأفضل تعديل نص المادة (٣/ تفسيرات) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني لسنة ٢٠١٣م الخاصة بصور تعبيرات الفولكلور، بأن ينص القانون السوداني على صور تعبيرات الفولكلور السوداني على سبيل المثال وليس الحصر حتى يوسع من مفهوم تعبيرات الفولكلور السودانية.

٤/ ضرورة تفعيل نصوص الحماية الجنائية لمصنفات الفولكلور الوطني المنصوص عليها في قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية لسنة ٢٠١٣م.

٥/ التشديد بالعقوبة في حالة الاعتداء غير المشروع على مصنفات الفولكلور السوداني خاصة في حالة العود.

الهوامش

- أستاذ مشارك، كلية الشريعة، جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم، ود مدني، السودان.

١. محمود فريد عزت، نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية وفق ضوابط الشريعة الإسلامية، مطابع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٣هـ، صفحة (٣٨).

2. Folklore means: traditional stories, sayings, and beliefs from a particular region or community. Macmillan Essential Dictionary, first published, 2003, Malaysia, P: (273).

3. Folklore mean well: the traditional stories and customs of a community. Oxford Colour Dictionary, second Edition, 2001, Oxford University Press, P: (272).

٤. محمود فريد عزت، نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية وفق ضوابط الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، صفحة (٣٨).

٥. د. حسن حسين البراوي، الحماية القانونية للمأثورات الشعبية في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، صفحة (٢٣).

٦. كلود كولومبيه، المبادئ الأساسية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٩٩م، صفحة (٣٠).

٧. د. نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، مكتبة دار الثقافة، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠م، صفحة (٢٣٣).

٨. د. حسني محمود عبد الدايم، حماية المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥م، صفحة (٧٤).

9. Folklore means expression represents in distinguished elements reflects the artistic traditional in heritage، arises and continues in Sudan، and particularly include، the following expressions:

1) Verbal expressions like، stories، tales، riddles and popular poest;

2) Musical expressions like popular songs accompanied by music;

3) Dynamic expressions like popular dances or any other ceremonies whether materialized in material shape or not;

4) Tangible expressions، includes:

a. Products of popular art، particularly drawings in lines and colors، excavation، clay، and all products metal jewelries، handmade bags، needle works، textiles، carpets and clothes;

b. Popular music instruments;

c. Architecture shapes.

Prof. Hag Adam Hassan El-Tahir، Intellectual Property، first edition، 2017، Khartoum، P: (47).

١٠. د. حميد محمد اللّهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، صفحة (٨٦).

١١. نظم القانون السوداني من خلال الباب الرابع منه المواد (من ٥٠ إلى ٥٦) نشأة وتشكيل ومدة مجلس حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية وكذلك نص على أهدافه واختصاصاته وسلطاته وهو مجلس له شخصية اعتبارية وخاتم عام وله حق التقاضي باسمه.

12. TRIPS came into force in 1995، aspect of the agreement that established the World Trade Organization (W.T.O).

١٣. د. ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد (٣)، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي (الخامس)، التحديات المعاصرة للضمانات القانونية في عالم متغير، ٢٠١٨م، صفحة (٥٥٨).

١٤. حاج صديق لينده، الإبداع الفولكلوري على ضوء قانون الملكية الفكرية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر (١)، بن يوسف بن جدة، ٢٠١١م - ٢٠١٢م، صفحة (٣٧).

١٥. علم الفولكلور هو علم ثقافي يختص بقطاع معين من الثقافة هي الثقافة التقليدية والشعبية وهو بذلك يدرس الإنسان من حيث قدراته الإبداعية التي تظهر آثارها في فنونه وطقوسه وعاداته وتقاليده والأمثال السائدة وسائر فنون الأدب الشعبي، وهو في نشأته لم ينشأ كعلم مستقل وإنما نشأ كفرع من الانثروبولوجيا. أحمد علي يوسف، التراث الشعبي، (ب. ت)، (ب. ن)، صفحة (٢٠). بدأ تدريس الفولكلور في السودان في معهد الدراسات الأفروآسيوية التابع لجامعة الخرطوم كقسم في بدايات السبعينات من القرن الماضي، ويوجد الآن عدد كبير من الدراسات العلمية السودانية الخاصة بالفولكلور الوطني السوداني.

١٦. د. ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مرجع سابق، صفحة (٣٧).

١٧. أطلقت الهيئة السودانية للإذاعة والتلفزيون في عام ٢٠٢٢م قناة فضائية خاصة باسم (قناة السودان للثقافة والتراث والسياحة) تبث من خلالها التراث والفولكلور السوداني على مستوى البث المحلي والعالمي، هذا العمل يوثق للفولكلور الوطني السوداني ويحافظ عليه ويعمل على نشره على

المستوى العالمي ويُعرف بأن السودان بلد يذخر بالتنوع الفولكلوري.

١٨. د. ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مرجع سابق، صفحة (٥٥٩).

١٩. حاج صديق لنده، الإبداع الفولكلوري على ضوء قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، صفحة (٣٧).

٢٠. د. ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مرجع سابق، صفحة (٥٦١).

٢١. حاج صديق لنده، الإبداع الفولكلوري على ضوء قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، صفحة (٣٥).

٢٢. د. ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مرجع سابق، صفحة (٥٦٢).

٢٣. د. حميد محمد علي اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، صفحة (٨٨).

٢٤. عرفت المادة (٣) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني لسنة ٢٠١٣م المصنف بأنه: «يقصد به كل تأليف مبتكر في مجال الآداب أو الفنون أو العلوم بأي وسيلة أو أي طريقة».

عرف الفقه القانوني المصنف بعدد من التعريفات منها: «كل إنتاج ذهني أياً كان مظهر التعبير عنه». رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الفكر والقانون للنشر، المنصورة، (ب. ت)، صفحة (٤٣).

وعرفه رأي آخر بأنه: «يقصد بالمصنف كل إنتاج ذهني أو عمل مبتكر أدبي أو فني، أو علمي، أياً كان نوعه، أو طريقة التعبير عنه، أو أهميته، أو الغرض من تصنيفه بشرط أن يتضمن ابتكاراً يظهره للوجود». د. محمد خليل يوسف أبوبكر، حق المؤلف في القانون، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، صفحة (٣٢).

٢٥. د. نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، مرجع سابق، صفحة (٢٣٦).

٢٦. الطوائف الثلاثة التي أشار إليها الاتجاه الثاني وهي (فناني الأداء) و(منتجي التسجيلات الصوتية) و(هيئات الإذاعة) تشكل وفقاً للقانون السوداني أصحاب الحقوق المجاورة. عرفت المادة (٣) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني لسنة ٢٠١٣م فنان الأداء بأنه: «يقصد به أي معني أو عازف موسيقي أو ممثل أو راقص أو كل من يعرض أو يؤدي أي مصنف فني أو أدبي أو مسرحي أو استعراضي سواء كان محمياً أم لا وتشمل تعبيرات الفولكلور» وعرفت ذات المادة منتج التسجيل الصوتي بأنه: «الشخص الذي يبادر ويتحمل مسؤولية إنجاز أول تثبيت للأصوات التي يتكون منها التسجيل الصوتي»، وعرفت كذلك ذات المادة طائفة هيئات الإذاعة بأنها: «يقصد بها أي شخص يقوم بالعمل الإذاعي أو التلفزيوني ويموله وينظمه».

٢٧. د. ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مرجع سابق، صفحة (٥٦٦).

٢٨. د. ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مرجع سابق، صفحة (٥٦٦).

٢٩. د. حسن حسين البراوي، الحماية القانونية للمأثورات الشعبية في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية، مرجع سابق، صفحة (٣٥).

٣٠. حاج صديق لنده، الإبداع الفولكلوري على ضوء قانون الملكية الفكرية، مرجع سابق، صفحة (٤٠).

٣١. د. محمد بن براك الفوزان، نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، صفحة (١٦٥).

٣٢. د. عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، الرياض، (ب. ت)، صفحة (١٦٨).

٣٣. د. حميد محمد علي اللّهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق، صفحة (٢٠١١).

٣٤. أ س م/ تجاري، ٢٠٠٣/١١م، مجموعة السوابق القضائية المتعلقة بالملكية الفكرية، المجلد الأول،

السلطة القضائية السودانية، ٢٠٠٨م، صفحة (١٨١).

٣٥. م ع/ ط ج/ ٤٤٦/٢٠٠٦م، م ع/ مراجعة/ ٢٧/٢٠٠٧م/ م ع/ مراجعة/ ١٠٠/٢٠٠٧م مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ٢٠٠٧م، صفحة (١٩٤).

٣٦. د. جلال الدين بانقا أحمد، حق المؤلف والحقوق المجاورة، مكتبة دار النهضة المصرية، القاهرة، (ب. ت)، صفحة (٦٦).

٣٧. د. حسام أحمد حسين مكي، الملكية الفكرية وفقاً لما عليه العمل في القانون السوداني، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الطبعة الرابعة، ٢٠١٣م، صفحة (١٥١).

٣٨. يتمتع المؤلف في القانون السوداني بحقوق أدبية ومالية، لكن المشرع السوداني لم يعرف ماهية الحق الأدبي للمؤلف وإنما نص على حقوق المؤلف الأدبية والمالية وترك تعريفها للفقه القانوني، عرف الفقه القانوني الحق الأدبي للمؤلف بعدد من التعريفات منها: بأنه: «مجموعة من الامتيازات أو السلطات التي تهدف إلى تكون شخصية المؤلف، واحترام فكره وتكامل مصنفه» د. عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف، مرجع سابق، صفحة (١٨). عُرف كذلك بأنه: حق الكاتب أو الفنان في أن يخلق، وأن يحترم فكره الذي عبر عنه في المصنف الأدبي أو الفني بصفته في أن يكون مسئولاً مسئولية كاملة في الدفاع عن تكامل مصنفه، سواء في الشكل أو الموضوع. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق المؤلف في القانون المقارن، بهجان للطباعة والتجليد، الزقازيق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، صفحة (٩٠). نصت المادة= =(١/٧) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية لسنة ٢٠١٣م على حقوق المؤلف الأدبية وهي:

(أ) نسبة المصنف إليه باسمه الحقيقي أو باسمه المستعار أو باسم الشهرة وله الحق في المطالبة بعدم نسبة المصنف إليه،

(ب) منع أي تشويه أو تحريف أو تعديل لمصنفه،

(ج) منع أي استعمال للمصنف قد يسيء إلى شرفه أو يمس سمعته،

(د) كشف مصنفه للجمهور لأول مرة وتحديد طريقة ذلك الكشف وشروطه،

(هـ) سحب مصنفه من التداول لأسباب جدية تبرر ذلك، بشرط أن يدفع تعويضاً عادلاً مسبق للمتضرر يتم تحديده رضاءً أو قضاءً.

٣٩. عرفت المادة (٢/٦٢/ب) من القانون السوداني لسنة ٢٠١٣م، التدابير التكنولوجية الفعالة بأنها: أي تكنولوجيا أو إجراء، أو وسيلة تتبع للتشفير، أو ضبط النسخ والتي تستخدم للمنع أو الحد من القيام بأعمال غير مرخص بها من قبل أصحاب الحقوق.

المصادر والمراجع

أولاً: المراجع القانونية باللغة العربية:

١/ أحمد علي يوسف، التراث الشعبي، (ب. ت)، (ب. ن).

٢/ د. جلال الدين بانقا أحمد، حق المؤلف والحقوق المجاورة، مكتبة دار النهضة المصرية، القاهرة، (ب. ت).

٣/ د. حسام أحمد حسين مكي، الملكية الفكرية وفقاً لما عليه العمل في القانون السوداني، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الطبعة الرابعة، ٢٠١٣م.

٤/ د. حسن حسين البراوي، الحماية القانونية للمأثورات

الشعبية في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

٥/ د. حسني محمود عبد الدائم، حماية المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥م.

٦/ د. حميد محمد اللّهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.

٧/ رضا متولي وهدان، حماية الحق المالي للمؤلف، دار الفكر والقانون للنشر، المنصورة، (ب. ت).

٨/ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق المؤلف في القانون المقارن، بهجان للطباعة والتجليد، الزقازيق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

٩/ د. عبد الله مبروك النجار، الحق الأدبي للمؤلف، دار المريخ للنشر، المملكة العربية السعودية، الرياض، (ب. ت).

١٠/ كلود كولومييه، المبادئ الأساسية لحق المؤلف والحقوق المجاورة، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٩٩م.

١١/ د. محمد بن براك الفوزان، نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

١٢/ د. محمد خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف في القانون، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

١٣/ محمود فريد عزت، نظام حماية حقوق المؤلف في المملكة العربية السعودية وفق ضوابط الشريعة الإسلامية، مطابع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤١٣هـ.

١٤/ د. نواف كنعان، حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، مكتبة دار الثقافة، عمان، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠م.

ثانياً: المصادر باللغة الإنجليزية:

1/ Macmillan Essential Dictionary، firstpublished، 2003، Malaysia.
2/ OxfordColourDictionary، second Edition، 2001، Oxford University Press.
3/ Prof. Hag Adam Hassan El-Tahir، Intellectual Property، first edition، 2017، Khartoum

ثالثاً: القوانين:

١/ قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية السوداني لسنة ٢٠١٣م.
٢/ قانون حماية الملكية الفكرية (المصري) لسنة ٢٠٠٢م.
٣/ نظام حماية حقوق المؤلف (السعودي) لسنة ١٤٢٤هـ.

رابعاً: الاتفاقيات الدولية:

١/ اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة ١٨٨٦م.
٢/ الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف لسنة ١٩٨١م.
٣/ اتفاقية التربس لسنة ١٩٩٤م.

خامساً: الرسائل العلمية:

١/ حاج صديق ليندە، الإبداع الفولكلوري على ضوء قانون الملكية الفكرية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر (١)، بن يوسف بن جده، ٢٠١١م – ٢٠١٢م.

سادساً: الأوراق العلمية:

١/ ندى زهير سعيد الفيل، التراث الثقافي غير المادي من الوجهة القانونية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، محلق خاص، العدد (٣)، الجزء الأول، ٢٠١٨م.

سابعاً: السوابق القضائية المنشورة:

١/ حكومة السودان/ ضد/ ش. م. ل. أ. وآخرين، مجلة

الأحكام القضائية السودانية لسنة ٢٠٠٧م.

٢/ عواطف عبدالفتاح/ضد/شركة صن لايت، مجموعة السوابق القضائية المتعلقة بالملكية الفكرية، المجلد الأول، السلطة القضائية السودان، ٢٠٠٨م.

ثامناً: الدوريات والمنشورات:

١/ مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ٢٠٠٧م.

٢/ مجموعة السوابق القضائية السودانية المتعلقة بالملكية الفكرية، المجلد الأول، ٢٠٠٨م.

٣/ مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، محلق خاص، العدد (٣)، الجزء الأول، أبحاث المؤتمر السنوي الدولي (الخامس)، التحديات المعاصرة للضمانات القانونية في عالم متغير، مايو ٢٠١٨م.

حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية

د. يونس أحمد آدم القدال*

مستخلص

تناولت الدراسة حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ، تمثلت مشكلة الدراسة في الاختلاف بين التعاقد التقليدي والإلكتروني لحداثة الأحكام المتعلقة بحقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية و لتوضيح المشكلة تطرح الدراسة الأسئلة التالية هل التشريعات السودانية تناولت حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ،هل أبرزت التشريعات السودانية حقوق المستهلك في كافة مراحل التعاقد الإلكتروني نبعت أهمية الدراسة من كون المستهلك الطرف الأقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية الإلكترونية والأقل قوة في المعادلة الاقتصادية ، هدفت الدراسة إلى إبراز حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية كما هدفت إلى محاولة الوصول إلى حلول تساعد المستهلك و تحميه عند تعاقده إلكترونيا ، فالثقة و الأمان أهم ما يحتاج إليه المستهلك عند تعاقده إلكترونيا ، اتبعت الدراسة المنهج الوصفي و التحليلي المقارن ، توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها أن حقوق المستهلك عبر شبكة الإنترنت و خلال جميع مراحل التعاقد تحكمها القواعد العامة للعقود و القوانين الخاصة بحماية المستهلك سواء كانت وطنية أو دولية أيضا مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني فيما يرى الباحث مسألة في غاية التعقيد ، و ذلك لمساهمة جهات عديدة في تكوينه لتفرق أماكن وجودها بين دول مختلفة أوصت الدراسة بعدة توصيات أهمها ضرورة وضع قانون واضح و خاص بحماية المستهلك الإلكتروني كونها من القضايا المستحدثة و الخطيرة في نفس الوقت و التي يجب حمايتها و التصدي لها بنصوص خاصة و مفصلة و ليس مجرد أحكام عامة غير واضحة . أوصت أيضا بإدخال تعديل على قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م يحدد مكان إبرام العقد وفقا لما أخذ به قانون الأونيسترال في المادة (١٥) الفقرة (٤) باعتبار مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان مقر أعمال المرسل أو المرسل إليه البيانات ، أو المكان الأوثق صلة بالرابطة العقدية أو مقر العمل الرئيسي في عدم وجود هذه الرابطة.

Abstract

The study tackles consumer rights in electronic trade contracts . The study shows differences between electronic and traditional contracting for modernity of provisions related to consumer rights in electronic trade contracts, and to clarify the problem, the study askes weather Sudanese legislations talked about consumer rights in electronic trade contracts ? weather Sudanese legislation shows consumer rights in all stages of electronic contracting ? The importance of study raises from that consumer is the less expertise party in electronic trade transactions and the less power in electronic equation. The study shows the consumer right in electronic trade contracts in addition to reach solutions which can assist and protect the consumer. The study followed the descriptive, analytical and comparative approach. The result of the study: consumer rights via internet and through all stages of contracting governed by public rules of contract and respective laws related to consumer protection weather it is national or international and the matter of determine place of contracting is very complex . The study recommended to set a clear law to protect consumer electronically in addition to modify Sudanese electronic transactions law 2007 to determine place of concluding contract according to UNISTRAL law in article (154/) that place of concluding contract is the place of the person send data or the place of the other party or the most relevant place to contract connection or the headquarter alternatively.

مقدمة

من الثابت عن التعاقد أن يتم بتوافق إرادتين أو أكثر في إحداث أثر قانوني ، منذ قريب ولج في عالم التجارة نوع جديد من العلاقات التعاقدية يعتمد استخدام وسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات الحديثة وعلى رأسها شبكة الإنترنت ، وأصبح بإمكان الأشخاص إجراء علاقات تعاقدية عن بعد من مختلف أرجاء العالم مما أدى إلى ظهور اهتمام جديد لحقوق المستهلكين عبر شبكة الإنترنت .

أسباب اختيار الموضوع:

١. حقوق المستهلك من أهم و اكثر المواضيع التي تحتاج إلى البحث والتفصيل بسبب حداثه هذا الموضوع .
٢. الرغبة الذاتية في دراسة حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية لما يتميز به من الجدة والأصالة

أهمية الدراسة:

١. ظهور حاجة ملحة لدراسة هذا الموضوع ، ونظراً للتطور الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية التي يشكل المستهلك أحد أطرافه الرئيسية في الكثير من الحالات.
٢. بالرغم من التطور العلمي والتقني ، ألا أن المستهلك لا يزال يعاني من الغش والتحايل عند تعاقده إلكترونياً بالإضافة إلى ضعف نوعية السلع والخدمات وارتفاع أسعارها مما يدعو إلى أهمية البحث.
٣. تتبع أهمية الدراسة أيضاً من كون المستهلك الطرف الأقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية الإلكترونية والأقل قوة في المعاملات الاقتصادية .

مشكلة الدراسة :

تتمثل مشكلة الدراسة في الاختلاف بين التعاقد التقليدي والإلكتروني

لحداثه الأحكام المتعلقة بحقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية التي تحتاج لتوضيح أكثر ولتوضيح المشكلة تطرح الدراسة الأسئلة التالية:

١. هل التشريعات السودانية تناولت حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ؟
٢. هل أبرزت التشريعات السوداني حقوق المستهلك في كافة مراحل التعاقد الإلكتروني.

أهداف الدراسة :

هدفت الدراسة إلى الاتي:

١. التعريف بالعقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية.
٢. إبراز حقوق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية .
٣. محاولة الوصول إلى حلول تساعد المستهلك وتحميه عند تعاقده إلكترونياً، فالثقة والأمان من أهم ما يحتاج إليه المستهلك عند تعاقده إلكترونياً.

منهج الدراسة :

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي المقارن.

المبحث الأول

مفهوم القانوني للعقد الالكتروني والمستهلك والتجارة الإلكترونية

المطلب الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

الفرع الأول: **تعريف العقد في اللغة:**

العقد عند علماء اللغة يطلق على عدة معان منها :

العقد مصدر الفعل الثلاثي عقد ، والعقد مفرد ، وجمعه أعقاد وهو الحل ، وعقده يعقد عقداً : أي شده وأحكمه[١]

من معاني العقد أيضاً التوثيق والتأكيد والالتزام فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق أو الالتزام من جانب واحد أو

من جانبين، ويقال عقد العهد واليمين، يعقدها عقداً ، بمعنى أكدهما [٢]

ووردت كلمة العقد أيضاً بمعنى العهد يقال : عقدت له ، بمعنى عاهدته لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٣] أي بالعهود. [٤]

الفرع الثاني: **تعريف العقد في الاصطلاح القانونى :**

انقسم الفقه في تعريف العقد الإلكتروني إلى قسمين :

أولاً: قسم ينطلق في تعريفه لهذا العقد من زاوية الحداثة والخصوصية التي على أساسها ينعقد ولذلك ذهب إلى اعتبار هذا العقد إلكترونياً سواء تم إبرامه كلياً أو تمت أيه مرحله في انعقاده أو تنفيذه بوسائل إلكترونية دون تحديد لهذه الوسيلة.

عرفه الفقيه أوليفيه بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل. [٥]

وعرفه البعض بأنه (هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً أصالة أو نيابة" [٦]

ثانياً: قسم ينطلق في تعريفه لهذا العقد من زاوية أنه من العقود المبرمة عن بعد فهو عقد يبرم بين متعاقدين غير مجتمعين في مكان واحد ولا يوجد بينهما اتصال مباشر أي توجد فترة زمنية فاصلة بين صدور الإيجاب والقبول من خلال الاستعاضة بطرق المراسلة الإلكترونية المختلفة كالبريد الإلكتروني أو زيارة المواقع التجارية عبر شبكة الإنترنت أو بواسطة وسيلة إلكترونية أخرى. [٧]

وذهب البعض إلى أنه (كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية حتى إتمام العقد). [٨]

الفرع الثالث: **تعريف العقد الإلكتروني في القانون السوداني :**

أما المشرع السوداني لم يعرف العقد الإلكتروني في قانون المعاملات

الإلكترونية لسنة ٢٠٠٧م بصورة صريحة الا أنه أشار في المادة (٤) من ذات القانون إلى أن " العقود الإلكترونية تكون صحيحة ونافذة عند ارتباط الايجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للأخر.[٩]

وعرف رسالة البيانات في المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٧م بأنه (يقصد بها المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو بصرية أو وسائل تقنية أخرى بما ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ[١٠]

يرى الباحث من خلال ما تقدم أن المشرع السوداني لم يفرق بين العقد الإلكتروني والعقد التقليدي من ناحية الموضوع إنما يكمن الفارغ بينهما في وسيلة نقل أو تبادل التعبير عن إراده الطرفين أو أسلوب تنفيذ العقد وهى أمور ترتبط بطبيعة التعاقد ومحله .

المطلب الثاني

مفهوم بالتجارة الإلكترونية

الفرع الأول: **التعريف التجارة الإلكترونية في الاصطلاح القانوني :**

التجارة الإلكترونية هو مفهوم جديد يشرح عملية بيع أو شراء أو تبادل المنتجات والخدمات والمعلومات من خلال شبكات كمبيوترية ومن ضمنها الإنترنت وتعرف التجارة بأنها (بأنها صورة من صور التعاقد عن بعد أدت إلى وجود مشاكل عملية وقانونية تتعلق بفروع القانون المختلفة وبصفة خاصة في مجالات القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص والقانون الجنائي.[١١]

وعرف جانب من الفقه التجارة الإلكترونية وسيلة من أجل إيصال

المعلومات أو الخدمات أو المنتجات عبر خطوط الهاتف أو عبر شبكات الكمبيوتر أو عبر أي وسيلة تقنية من نظر الأعمال التجارية فهي عملية تطبيق التقنية من أجل جعل المعاملات التجارية تجري بصورة تلقائية وسريعة [١٢]

وعرفها البعض الأخر أنها "تنفيذ بعض أوكل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات [١٣]

وفي محاولة لايجاد تعريف شامل لعقود التجارة الإلكترونية عرفها بعض الفقه بأنها "اتفاق يبرم وينفذ كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنها من خلال الوسائط وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد [١٤]

الفرع الثاني: **ماهية التجارة الإلكترونية في القانون :**

أولاً: ماهية التجارة الإلكترونية في التشريعات الدولية : نجد أن قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في عام ١٩٩٦ لم يعرف مصطلح التجارة الإلكترونية بالرغم من أنه يحمل نفس الاسم واكتفي المشرع الدولي بتعريف نظام (تبادل المعلومات الإلكترونية) في نص المادة (٢) منه حيث ذكر بأنه يراد بمصطلح (تبادل البيانات الإلكترونية) نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات [١٥]

ولقد أصدرت العديد من الدول تشريعات تنظيم المعاملات الإلكترونية مستهدية في ذلك بقانون اليونيسترال النموذجي ، ومنهم من أطلق عليه قانون المعاملات الإلكترونية ومنهم من أطلق عليه قانون التجارة الإلكترونية فصدر القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ في

شأن المعاملات الإلكترونية الفرنسي لكنه لم يعرف التجارة الإلكترونية كما لم يعرف التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد وكذلك التوجيه الأوروبي رقم ٣١/٢٠٠٠ المعروف باسم توجيه التجارة الإلكترونية مصطلح التجارة الإلكترونية) الا إنهما قد عرفا (تقنية الاتصال عن بعد) بأنها كل وسيلة يمكن أن تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك دون الحضور الجسدي المتزامن هؤلاء الأطراف.(١٦)

أما منظمة التجارة العالمية فقد عرفت التجارة الإلكترونية بأنها (أنشطة إنتاج السلع والخدمات وتوزيعها وتسويقها وبيعها أو تسليمها للمشتري من خلال الوسائط الإلكترونية).(١٧)

عرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية بأنها (عملية تجارية سواء أكان موضوعها سلعة أو خدمة أو أداء عمل معين وذلك عن طريق المبادلات الإلكترونية حيث أن أية عملية تجارية هي مبادلة بين سلعة وثمنها أو خدمة وقيمتها على أن يتم صياغتها بوثيقة إلكترونية.(١٨)

أما المشرع الأردني فنجده عرف المعاملات في المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية بأنها (إجراء أو مجموعة من الإجراءات يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد ، أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري ، أو التزام مدني أو بعلاقه مع أي دائرة حكومية.(١٩)

وعرف المعاملات الإلكترونية بأنها(المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية).(٢٠)

ولم يضع المشرع السوداني تعريفاً للتجارة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية لسنه٢٠٠٧م ولكنه عرف المعاملات الإلكترونية بأنها: (العلاقات والتصرفات المالية والأحوال الشخصية وسائر المسائل القانونية غير الجنائية بما في ذلك

التصرفات الفردية أو العقود التي يتم إبرامها أو تنفيذها كلياً أو جزئياً عن طريق رسالة البيانات الإلكترونية)[٢١]

المطلب الثالث

مفهوم المستهلك الإلكتروني

الفرع الأول: **تعريف المستهلك في اللغة:**

كلمة مستهلك مشتقة من الفعل (هلك) والشيء يهلك بالكسر هلاكاً (وهلوكاً) ومهلكاً بفتح اللام وكسرها وضمها[٢٢].

والمستهلك في اللغة أيضاً مأخوذ من مادة هلك : الهلكُ ، هلك ، يهلك واستهلك المال : أنفقه وأنفذه [٢٣].

وتعرف أيضاً كلمة استهلك بمعني أفنى وأهلك أو التهم وأكل ، وأسم استهلك هو استهلاك الإسراف والتبديد ، وأسم الصفة مستهلك وهو القابلية للفناء أو الاستنفاذ ، وأسم الفاعل مره استهلك هو مستهلك والذي يقوم بعملية الاستهلاك [٢٤]

الفرع الثاني: **تعريف المستهلك في الاصطلاح الفقهي:**

انقسم الفقهاء بصدد تعريف المستهلك إلى اتجاهين ، أولهما يضيق من مفهوم المستهلك ، والاتجاه الثاني يوسع

أولاً: الاتجاه المضيق لتحديد مفهوم المستهلك :

يري انصار هذا الاتجاه وهم أصحاب الغلبة في الفقه ان المستهلك كل شخص بأبرام تصرفات قانونية من اجل الحصول على المال أو الخدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية والعائلية[٢٥].

ثانياً: الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المستهلك(هو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك)[٢٦] ولذلك فإن هذا الاتجاه يتخلى عن الفكرة الجوهرية التي سيطرت على الاتجاه السابق والتي تعول على الطابع الشخصي لاستعمال المال أو السلعة

أو الخدمة لاستعماله الشخصي هو وأسرته[٢٧].

بمعني آخر فإن هذا الاتجاه يعرف المستهلك على انه يشمل كل شخص يقوم بتصرف قانونيي ، من أجل استخدام السلع أو الخدمات لاستخدامه الشخصي أو المهني[٢٨]

ثالثاً : موقف الفقه الإسلامي من تحديد مفهوم المستهلك :

يعتبر لفظ المستهلك لفظاً حديثاً بالنسبة للفقه الإسلامي بحيث لم يتعرض له الفقهاء القدامى ألا ان معظم مضامين حماية المستهلك موجودة في الفقه الإسلامي ، وتعتبر الشريعة الإسلامية من التشريعات التي أخذت بالمفهوم الموسع للمستهلك[٢٩].

وتجدر الإشارة إلى ان بعض الفقهاء المحدثين قد عرفوا الاستهلاك كل كسب وجهة نظره[٣٠] فمن الفقهاء من عرف الاستهلاك على انه استخدام سلعة أو خدمة في إشباع حاجة ما لدي شخص إشباعا مباشراً .

وعرفه أخرون بأنه العبارة أمده الحصول على المنافع من جراء عملية الاستهلاك[٣١].

الفرع الثالث: **تعريف المستهلك في الاصطلاح القانوني :**

المستهلك في مجال معاملات التجارة الإلكترونية هو نفسه المستهلك في مجال عمليات التعاقد التقليدي ، وهذا يعني انه يتمتع بنفس الحقوق في التجارتين ، مع الأخذ ف الاعتبار خصوصية العقد الإلكتروني وكونه من العقود التي تبرم عن بُعد غير شبكة الإلكترونية [٣٢]

ويعرف المشرع المصري المستهلك بالمادة الأولي من قانون حماية المستهلك رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨م بأنه لكل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم اليه احد المنتجات لإشباع حاجاته غير المهنية أو غير الحرفية أو غير التجارية، أو يجري التعامل أو التعاقد بهذا الخصوص .[٣٣]

ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع المستهلك المصري أخذ بالمفهوم المقيد للمستهلك.

أما المشرع المستهلك الأردني عرف المستهلك بأنه (الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل إشباعاً لحاجاته الشخصية أو لحاجاته الأخرين ولا يشمل ذلك يشتري السلعة أو الخدمة لا عادة بيعها أو تأجيرها[٣٤].

أما المشرع السوداني فقد عرف المستهلك بأنه كل شخص يحصل على منتج بمقابل أو بدون مقابل سواء بموجب اتفاق أو تعاقد أو أياً من طرق التعامل .

يستنتج من هذا التعريف ان المستهلك هو كل شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً يحصل على منتج ، وكلمة منتج يقصد بها كل السلع والخدمات التي تقدم للمستهلك.[٣٥]

الفرع الرابع: **تعريف المزود الإلكتروني:**

يعرف المزود بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يعمل من اجل حاجات مهنته ويسعي إلى الربع وعلى سبيل الاحتراف التجارة هو الذي يكسب الشخص صفة المزود .

وقد عرف المشرع المصري في قوانين حماية المستهلك المورد بانه (كل شخص يمارس نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو مهنياً وحرفيا يقدم خدمة للمستهلك ، أو ينتج سلعة أو يصنعها أو يستوردها أو يصدرها أو يبيعها أو يؤجرها أو يعرضها أو يتداولها أو يوزعها أو يسوقها وذلك بهدف تقديمها للمستهلك أو التعاقد معه عليه باي طريقة من الطرق بما في ذلك الوسائل الإلكترونية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة.[٣٦]

أما المشرع السوداني فقد عرف المزود في المادة (٢) من قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٩م وانه (كل شخص يقوم

بتقديم منتج أو بإنتاجه أو استيراده أو توزيعه أو عرضه أو تداوله أو الإتجار فيه أو بيعه أو التعامل فيه بمقابل أو بدون مقابل وذلك بهدف تقديمة إلى المستهلك أو التعاقد معه بأية طريقة من الطرق [٣٧].

المبحث الثاني

انعقاد العقد الإلكتروني

المطلب الأول

التراضي في العقد الإلكتروني

لا يمكن أن يتصور قيام العقد بدون تحقق أركانه الأساسية من التراضي والمحل والسبب ، وركن التراضي هو الركن الأول والمتكون من تلاقي الإيجاب بالقبول ،لذا سنحاول التركيز عليه دون أركان العقد الأخرى والتي لا تختلف في شروطها عن التعاقد التقليدي ، في حين أن التراضي في التعاقد الإلكتروني يتمتع بخصوصية تمييزه عن التراضي بالتعاقد المباشر وأهم ما يميز العقد الإلكتروني هو تبادل الإيجاب والقبول عبر وسائل الاتصال المباشر.

الفرع الأول: **الإيجاب في العقد الإلكتروني :**

لم يعرف قانون المعاملات المدنية وكذا قانون المعاملات الإلكترونية الإيجاب ولكن بالرجوع إلى القانون المدني السوداني الملغي لسنة ١٩٧٤ نجد أن المشرع السوداني أورد تعريف الإيجاب في المادة (١/١٤) بأن (الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر عنه على وجه جازم عن نيته في إبرام عقد معين[٣٨] هذا عن الإيجاب التقليدي بالنسبة للإيجاب الإلكتروني فقد عرفه التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه (كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل مباشرة التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان).[٣٩]

ويجمع الفقه على أن الإيجاب الإلكتروني هو نفسه الإيجاب المعروف بالمعنى التقليدي ، وإنما يكمن الاختلاف في وسيلة التعبير عن الإيجاب [٤٠]

وقد نص المشرع السوداني من خلال المادة (٣) من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه (تعتبر وسيلة البيانات وسيلة الإعلان عن تقديم خدمة أو سلعة للتعبير كلياً أو جزئياً عن الإرادة لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي).[٤١]

ونص في المادة (٤) من ذات القانون على أنه (تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسائل البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للأخر).[٤٢]

وبهذا أجاز المشرع صراحة تكوين العقود والتعبير عن الإيجاب والقبول بوسائل إلكترونية ومن ضمنها التعبير بواسطة شبكة الإنترنت وهذا القول مأخوذ من المادة[٤٣] من قانون الاونيسترال النموذجي لسنة ١٩٩٦م . بما أن العقود الإلكترونية غالباً ما تكون ذات طبيعة دولية فإنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني بعض الشروط التي تتمثل في الآتي :

١. أن يكون الإيجاب موجهاً إلى شخص أو أشخاص معنيين أو الكافة.
٢. أن يكون الإيجاب الإلكتروني باتاً وجازماً.

الفرع الثاني: **القبول في العقد الإلكتروني :**

لا يكفي الإيجاب وحده لإبرام العقد وإنما يجب توافر إرادة ثانية توافق هذا الإيجاب ممن وجه إليه الإيجاب وهى ما تعرف بالقبول وعرفت المادة (٢) من قانون العقود الملغي القبول بأنه (تعبير الموجب له عن رضائه بالإيجاب كما صدر من الموجب).[٤٤]

ولم يورد المشرع السوداني تعريف للقبول في قانون المعاملات المدنية وكذا قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٧م ولا يختلف القبول الإلكتروني عن مفهوم القبول التقليدي سوى أنه يتم من خلال وسائل تقنية ووسائط إلكترونية (كشبكة الإنترنت) وهو الأمر الذى تقتضيه طبيعة التعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد بحيث يخضع للقواعد العامة للقبول التقليدي[٤٥] ويشترط في القبول الإلكتروني الأتي:

١. أن يصدر القبول والإيجاب قائماً.
٢. مطابقة القبول للإيجاب .
٣. يجب أن يكون القبول باتاً ومحدداً.
٤. أن يصدر القبول باستخدام وسيلة إلكترونية .

المطلب الثاني

زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

الفرع الأول: **زمان إبرام العقد الإلكتروني :**

إن العقد الإلكتروني يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد غائبين من حيث المكان ،وفي هذه الحالة لا تتصور صعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني لعدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول الإلكتروني وعلم الموجب به[٤٦]

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن تحديد مكان انعقاد العقد يتبع زمان انعقاده فإن الأمر يختلف في التعاقد الإلكتروني لكون مكانه يختلف عن تحديد زمانه[٤٧]

ولابد من الإشارة إلى أن المشرع السوداني قد تبني نظرية العلم في المادة (٣٦) منه على أنه (ينيج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر

وصول العلم قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك).[٤٨]

وجاء نص المادة (٤٣) فيما يتعلق بالتعاقد بين الغائبين استكمالا للسياق المنطقي والذي أتبعه المشرع حيث تجري على أنه (يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول)[٤٩]

أما قانون المعاملات الإلكترونية فقد نص في المادة (٣) على أنه "مالم يتفق طرفا العقد على ذلك يعتبر القبول:

(أ) قد صدر عبر رسالة البيانات وقت دخولها النظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة أو من ينوب عنه.

(ب) قد أستلم بوساطة المرسل إليه عند دخول رسالة البيانات لنظام معلومات سبق واتفق طرفي العقد على استخدامه أو دخل نظام معلومات للمرسل إليه)[٥٠]

إذن وقت انعقاد العقد الإلكتروني حسب المادة أعلاه يتم وفقاً لحالتين :

الحالة الأولى : عدم وجود اتفاق بين طرفي العقد المستهلك والمهني).

تعتبر لحظة انعقاد العقد التي يتم فيها الاطلاع على الرسالة الإلكترونية الصادرة من القابل المستهلك) بعد دخولها البريد الإلكتروني الخاص بالموجب ومعرفته لمضمونها والذى ينتج عن ارتباط الإيجاب بالقبول، على أن لا يكون نظام المعلومات المرسلة به الرسالة خاضع لسيطرة منشئ الرسالة أو من ينوب عنه .

الحالة الثانية : وجود اتفاق على نظام معلومات معين يتم الاستلام من قبل المرسل إليه عن طريق نظام معلومات عين خصيصاً للإرسال الاتفاق عليه مسبقاً قبل الإرسال وبإرسالها ودخول البريد الإلكتروني الخاص بالموجب يعتبر العقد الإلكتروني قد انعقد.

الفرع الثاني: **مكان انعقاد العقد الإلكتروني :**

تقضى الفقرة الرابعة من المادة (١٥) من قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بأنه "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه لأغراض هذه الفقرة :

إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد ، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق صلة بالمعاملات المعنية ، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل ، يشار من ثم إلى مكان إقامته المعتاد.

ويرى الباحث إمكانية الأخذ بنص المادة (١٥/٤) من قانون الأونيسترال النموذجي في التشريعات الوطنية لتحديد مكان إرسال واستلام رسالة البيانات وهذا ما أخذ به القانون السوداني الخصوص مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

المبحث الثالث

حقوق المستهلك الإلكتروني

المطلب الأول

الحق في الإعلام

الحق في الإعلام في نطاق عقود الإنترنت ، يعني ذلك حق المستهلك في الإعلام الرئيسي المتعلق بالمنتجات المعروضة وثمنها وهو شرط يدرج ضمن عقود التجارة الإلكترونية، وبصفة عامة يعنى أنه يجب على المتعاقد أن يمد الطرف الآخر بالمعلومات اللازمة لمساعدته في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه[٥١] وتعد إحدى أهم الحقوق التي تبناها المشرع في تنوير إرادة المستهلك وجعله موضع التبصير والدراية الكافية عن السلعة أو الخدمة محل التعاقد حيث نص في

المادة (٣/ب) على أن (للمستهلك الحق في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي ستخدمها أو ستهلكها أو تقدم إليه[٥٢]

وقد أوجب المشرع السوداني على مزود إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن خصائص وطبيعة المنتج محل التعاقد وحذر المزود من إمداد المستهلك بمعلومات تؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل مما يؤدي إلى وقوعه في خلط أو غلط حيث أشارت إلى ذلك المادة (١٥) الفقرة (د) من قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م[٥٣]

خلاصة القول أن تبصير المستهلك بخصائص وصفات المبيع يجعله يقدم على التعاقد وهو مطمئن من عدم وجود غش أو خداع من قبل المزود ، فالأعلام عن الثمن يجعل المستهلك على بينة من أمره بحيث يقوم بالتعاقد بناء على إمكانياته الحقيقية ، كما تنبع أهمية إعلام المستهلك بخصائص المبيع وبالتالي لا تتوفر إمكانية معاينة المبيع للمستهلك ، ومن هنا جاءت أهمية الاهتمام بإعلام المستهلك في التعاقد الإلكتروني.

المطلب الثاني

حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني

أعطى المشرع السوداني للمستهلك حق العدول عن السلعة أو الخدمة المقدمة في حال ظهور عيب في المنتج حيث نص في المادة (١٨ /ج) من قانون حماية المستهلك على أنه :

(يلتزم المزود عند ظهور عيب في المنتج باستبدال المنتج أو إصلاح العيب أو إرجاع السلعة مع رد قيمتها دون تكلفة إضافية خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ الشراء وذلك بناء على طلب المستهلك دون المساس بأي حقوق أخرى تترتب عليه وفقا لما تحدده اللوائح).[٥٤]

يرى الباحث ضرورة إضافة فقرة أخرى للمادة (١٨) من قانون حماية

المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م يكون محتواها كالاتي:

(يجوز للمستهلك المتعاقد عن بعد العدول عن شراء سلعة أو خدمة خلال مهلة عشرة أيام تبدأ من تاريخ التعاقد بالخدمة ومن تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة الا إذا أتفق طرفا العقد على خلاف ذلك ولا يجوز للمستهلك ممارسة هذا الحق في الحالات التالية:

١. إذا كانت السلعة قد صنعت بمواصفات خاصة بناءاً على طلب المستهلك.
٢. إذا أصبيت السلعة بعيب جراء سوء الحيازة والتخزين من قبل المستهلك.
٣. إذا انتفع كلياً بالخدمة قبل انقضاء المدة المقررة للحق في العدول.

المطلب الثالث

حق المستهلك بالاستعانة بهيئات لحمايته

نتيجة إزدياد حجم المعاملات عبر الإنترنت من جهة واختلال ميزان القوى بين المستهلك والمهني من جهة أخرى اتجهت غالبية التشريعات إلى إصدار قانون يتضمن الأساليب المناسبة لحماية المستهلكين حيث نجد معظم القوانين المعنية بحماية المستهلك حثت على إنشاء جهات حكومية أو جهات خاصة معتمدة تولي مهمة حماية المستهلكين بداية من مرحلة الإنتاج والتوزيع ن مروراً بمرحلة الإعلان والبيع إنتهاء بمرحلة التسليم والتنفيذ.(٥٥)

وقد نص قانون حماية المستهلك لسنة ٢٠١٩م في المادة (٤) منه على إنشاء جهاز يسمى (الجهاز القومي لحماية المستهلك) وتكون له شخصية اعتبارية وصفة تعاقدية مستديمة وختم عام وحق التقاضي باسمه يعمل تحت إشراف وزارة التجارة والصناعة.(٥٦)

كما نص على اختصاص الجمعيات في المادة (١٣) منها حيث تتمثل هذه الاختصاص في الاتي :

أ. حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها.

ب. إجراء مسح ومقارنة الأسعار وجودة المنتجات والتأكد من صحة البيانات الخاصة بها والتي تحدد محتواها وإبلاغ الأجهزة المعنية بما يقع من مخالفات في هذا الشأن.

ج. تقديم معلومات للجهات الحكومية المختصة عن المشاكل المتعلقة بحقوق ومصالح المستهلكين وتقديم مقترحات علاجها.

د. تلقي شكاوي المستهلكين والعمل على حلها .

هـ. معاونة المستهلكين الذين وقع عليهم ضرر من جراء استخدام أو شراء سلعة أو تلقي خدمة في تقديم الشكاوي للجهات المختصة واتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية حقوقهم ومصالحهم .

و. المساهمة في نشر ثقافة حقوق المستهلك وتوعية المواطنين بحقوقهم[٥٧]

ويحظر على هذه الجمعيات بموجب المادة (١٤) من ذات القانون الاتي :

أ. منح الأفضلية لشراء منتج ما أو التعامل مع منتج أو مزود عمداً بهدف تحقيق ربح أو تزكية

ب. قبول المنح أو التبرعات أو الهبات التي تقدم إليها من أي مزود أو معلن[٥٨]

المطلب الرابع

حقوق وامتيازات أخرى للمستهلك الإلكتروني

الفرع الأول: **حق المستهلك بالتقاضي:**

لقد منح قانون حماية المستهلك حق التقاضي وإقامة الدعوى للمستهلك ضد ما من شأنه الإخلال بحقوقه أو الإضرار بها ، وقد جاء ذلك واضحاً في قانون حماية المستهلك السوداني المادة (٣/ز/ح) بأنه (المستهلك الحق في رفع الدعاوى القضائية عن كل ما من شأنه

الإخلال بحقوقه أو الإضرار التي تلحق أو بأمواله بسبب استعماله أو استخدامه أو استهلاكه للمنتجات)[٥٩]

ويرى الباحث بأن المشرع قد أعطى هذا الحق للمستهلك في حالة الإخلال بحقوقه بالاستناد إلى قانون حماية المستهلك والقواعد العامة للعقد ، ويستفيد المستهلك الإلكتروني من هذا الحق باعتبار أن المشرع ترك الباب مفتوحاً بوصفه للمستهلك ، بمعنى أنه لا يستثنى من ذلك المستهلك الإلكتروني في منحه لتلك الحماية.

الفرع الثاني: **الحق في الاختيار والتفكير :**

لقد أعطى المشرع السوداني فرصة التفكير للمستهلك قبل الإقدام على التعاقد ، والهدف من ذلك يصيب في مصلحة المستهلك من حيث اختيار السلعة وبناء قراره بالتعاقد عن إرادة حرة سليمة خالية من العيوب ويظهر ذلك من خلال المادة (٣/ج) من قانون حماية المستهلك بقولها "المستهلك الحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات)[٦٠]

ويرى الباحث في حق الاختيار والتفكير للمستهلك بأنه يتفق ومفهوم صحة التراضي في إصداره لإرادة حرة صحيحة قبل إقدامه على التعاقد مع الطرف الأخر، ولهذه المسألة ضرورة ملحة تبرز في التعاقد الإلكتروني للخصوصية التي يتمتع بها عن التعاقد التقليدي.

خاتمة

الحمدالله الذي وفقني وسدد خطاي في إكمال ثنايا هذه الورقة العلمية التي جاءت بعنوان الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني والذي بذلت فيها قصارى جهدي فيها ، وتمخضت منها عدد من النتائج والتوصيات فيما يلي بيانها:

أولاً : النتائج :

١. انقسم الفقه إلى اتجاهين بصدد تعريف المستهلك ، اتجاه موسع

واتجاه ضيق ، فكان الجدال بينهما على مدار الغرض والغاية وقد تبنى المشرع السوداني المفهوم الموسع للمستهلك فهو يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي وأيضاً الاقتناء لغرض مهني كما خلى القانون من أي إشارة إلى حماية المستهلك الإلكتروني وعبر شبكة الإنترنت كونها من القضايا المستحدثة والخطيرة في نفس الوقت التي يجب حمايتها والتصدي لها بنصوص خاصة ومفصله وليس مجرد أحكام عامة غير واضحة.

٢. أن حقوق المستهلك عبر شبكة الإنترنت وخلال جميع المراحل التعاقد تحكمها القواعد العامة للعقود والقوانين الخاصة بحماية المستهلك سواء كانت وطنية أو دولية.

٣. يؤدي بيان شخصية المزود للمستهلك لأن يكون على بينة من أمره ، فيتوفر عنصر الأمان في التعاقد عن بعد ، إضافة إلى أهمية ذلك في تحديد مركز المستهلك القانوني، ووضوح التزاماته ومدى إمكانية تنفيذها.

٤. إن مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني فيما يرى الباحث مسألة في غاية التعقيد ، وذلك لمساهمة جهات عديدة في تكوينه لتفرق أماكن وجودها بين دول مختلفة.

٥. يعتبر الحق بالعدول عن العقد من الضمانات المستحدثة فهو رخصة منحها المشرع للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف يستطيع من خلال أن ينقض العقد دون الحاجة إلى تدخل الطرف الآخر أو أن يقدم تبريراً لذلك ، ويترتب على ممارسة هذا الحق أثر رجعي حيث يرجع طرفي العقد إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد.

ثانياً : التوصيات :

١. ضرورة وضع قانون واضح وخاص بحماية المستهلك الإلكتروني كونها من القضايا المستحدثة والخطيرة في نفس الوقت والتي يجب حمايتها والتصدي لها بنصوص خاصة ومفصلة وليس مجرد أحكام عامة غير واضحة .

٢. ضرورة العمل على نشر ثقافة التسويق عبر شبكة الإنترنت وتوفير البني التحتية لذلك، وتحديد حقوق المستهلك وتوعية المستهلكين بحقوقهم من خلال التعاون مع مؤسسات المجتمع المدني وأجهزة حماية المستهلك، وعقد الورش والندوات التثقيفية التي تهدف إلى ايجاد مستهلك داع ومدرك لخصوصية الالية التي يتعاقد من خلالها، وعالماً بحقوقه التي يتمتع بها.

٣. نقترح إدخال تعديل على قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م يحدد مكان إبرام العقد وفقاً لما أخذ به قانون الأونيسترال النموذجي في المادة (١٥) الفقرة (٤) باعتبار مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان مقر أعمال المرسل أو المرسل إليه البيانات ، أو المكان الأوثق صلة بالرابطة العقدية أو مقر العمل الرئيسي في عدم وجود هذه الرابطة.

٤. ضرورة تدخل المشرع السوداني لتعديل أحكام قانون حماية المستهلك الحالي وإدراج مواد تنظيم تلك المعاملات وذلك من أجل تحقيق الحماية المرجوة للمستهلك ، خاصة كيفية إبرام العقد الإلكتروني وتنفيذه.

٥. نقترح إضافة فقرة أخرى للمادة (١٨) من قانون حماية المستهلك السوداني يكون محتواها (يحق للمتعاقد عن بعد العدول من شراء سلعة أو خدمة خلال مهلة عشرة أيام تبدأ من تاريخ

التعاقد فيما يتعلق بالخدمة من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة الا إذا إتفق طرفا العقد على خلاف ذلك ولا يجوز للمستهلك ممارسة هذا الحق هذه الحالات الآتية:

أ. إذا كانت السلعة قد ضعت بمواصفات خاصة بناء على طلب المستهلك .

ب. إذا أصيبت السلعة بعيب من جراء سواء الحيازة والتخزين من قبل المستهلك.

ج. إذا انتفع كلياً بالخدمة قبل انقضاء المهلة المقررة للحق في العدول.

الهوامش

- أستاذ مشارك، جامعة الزعيم الأزهري، السودان.

١. مجد الدين محمدين يعقوب الفيروزي أبادي، القاموس المحيط ، ط١ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، بدون سنة طبع ، مادة عقد ، ١٢ /٣٨٣.

٢. إبن منظور، لسان العرب، ط١، ج٣، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ٨٩٥٦ مادة عقد، ص٢٩٧.

٣. سورة المائدة ، الايه (١).

٤. محمد بن أحمد القرطبي ، تفسير القرطبي، ط ٢ ، دار لكتب المصرية ،١٩٦٤م، ص١٠٦/٥

٥. ألياس ناصيف ، العقود الدولية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩م ، ص٣٦.

٦. ميكائيل رشيد على ، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت ، ط١ ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص٩٩.

٧. محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ن ط١ ، دار الثقافة للنشر بيروت ، ٢٠٠٨، ص٢٧.

٨. عبدالفتاح بيومي ، حقوق الملكية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ، د.ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨، ص٤٩.

٩. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٤).

١٠. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٢).

١١. مدحت عبدالحليم رمضان ، الحماية الجنائية التجارة الإلكترونية ، بدون طبعه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١م ، ص٢١.

١٢. عبدالصبور عبدالقوي على ، التنظيم القانونية للتجارة الإلكترونية ، ط١ ، مكتبة القانون والاقتصادية ، الرياض ، ٢٠١٢م ، ص١٧.

١٣. أمير فرج يوسف ، التجارة الإلكترونية ، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨م ، ص٨١.

١٤. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الإلكترونية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٦م ، ص٨٤.

١٥. قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، المادة (٢)

١٦. التوجيه الاوروبى رقم ٧/٩٧ المتعلق بحماية المستهلكين ، المادة (٢).

١٧. كوثر سعيد عدنان ، حماية المستهلك الإلكتروني، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢م ، ص٥٣.

١٨. عبدالفتاح حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت ، دون طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٨م ، ص٢.

١٩. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م ، المادة (٢)

٢٠. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م ، المادة (٢)

٢١. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م ، المادة (٢).

٢٢. محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، ط١ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دون سنة نشر ، ص ٦٩٧ .

٢٣. إبن منظور ، مرجع ابق ذكره ، ص ٥٠٣ .

٢٤. مجد الدين الفيروز أبادي ، مرجع سابق ذكره، ص ١٢٣٧ .

٢٥. محمد احمد عبدالحميد ، الحماية المدنية للمستهلك ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٥م ، ص ١٩ .

٢٦. عاطف عبدالحميد حسن ، حماية المستهلك ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦م ، ص ٢٥ .

٢٧. محمد احمد عبدالحميد ، مرجع سابق ذكره ، ٢٥ .

٢٨. سامح عبدالواحد التهامي ، مرجع سابق ذكره ، ص ٢٥٥ .

٢٩. موفق محمد عبده ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، ط١ ، دار مجدلاوي الأردن ، ٢٠٠٢م ، ص ٣٢ .

٣٠. موفق محمد عبده ، مرجع سابق ذكره ، ص ٣٣ .

٣١. محمد احمد أبو سيد أحمد ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٤م ، ص ١٢ .

٣٢. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ذكره ، ص ٢٣ .

٣٣. قانون حماية المستهلك المصري رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م ، المادة (٢)

٣٤. قانون حماية المستهلك الأردني رقم ٧ لسنة ٢٠١٧م ، المادة (٢) .

٣٥. قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م ، المادة (٢) .

٣٦. قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٨م ، المادة (١) .

٣٧. قانون حماية المستهلك السوداني ٢٠١٩م ، المادة (٢).

٣٨. القانون المدني السوداني الملغي لسنة ١٩٧٤م ، المادة (١/١٤).

٣٩. أسامة أبوالحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، د.ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، دون سنة طبع ، ص٦٩.

٤٠. أسامة أبوالحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، د.ط ، دار الكتب القانونية مصر ، دون سنة طبع ، ص٦٩.

٤١. كوثر سعيد عدنان ، حماية المستهلك الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ٣٩٨.

٤٢. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٣).

٤٣. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٣).

٤٤. القانون المدني السوداني الملغي لسنة ١٩٧٤، المادة(٢).

٤٥. عمر محمد المادية ، عقد البيع الإلكتروني ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٧م ، ص٢٥٥.

٤٦. حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج١ ، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص١٥٢.

٤٧. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ٢٠٠٦، ص٣٧٥.

٤٨. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٣٦).

٤٩. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٤٣).

٥٠. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م، المادة (٣).

٥١. عبدالفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك ، مرجع سابق ، ص٣٨.

٥٢. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠١٩م، المادة (٣/ ب).

٥٣. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠١٩م، المادة (١٥).

٥٤. قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م، المادة (١٨)

٥٥. خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك ، مرجع سابق، ص٣١٦.

٥٦. قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م ، المادة (٤).
٥٧. قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م ، المادة (١٣).
٥٨. قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م ، المادة (١٤).
٥٩. قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م ، المادة (٣/ ز /ح).
٦٠. قانون حماية المستهلك السوداني لسنة ٢٠١٩م ، المادة (٣ / ج).

المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أولاً : كتب اللغة والمعاجم :

١. إبن منظور ، لسان العرب ، ط١ ، ج٣ ، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٥٦م.
٢. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دون سنة نشر.
٣. مجد الدين محمدين يعقوب الفيروزي أبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الأولي ، ج١، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، بدون سنة طبع .

ثانياً : كتب الفقه الإسلامي :

١. موفق محمد عبده ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار مجدلاوي الأردن، ٢٠٠٢م .
٢. محمد احمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٤م.

ثالثاً : كتب القانون :

١. أمير فرج يوسف ، التجارة الإلكترونية ، بدون طبعة دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨م
٢. ألياس ناصيف ، العقود الدولية، الطبعة الأولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩م.
٣. خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في المعاملات

الإلكترونية ، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية ، مصر ٢٠٠٧م.

٤. عاطف عبدالحميد حسن ، حماية المستهلك ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦م.

٥. سامح عبدالواحد التهامي ، التعاقد عبر الأنترنت ، الطبعة الأولي، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨م.

٦. محمد احمد عبدالحميد ، الحماية المدنية للمستهلك ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٥م.

٧. صلاح المنزولاي ، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦م.

٨. كوثر سعيد عدنان ، حماية المستهلك الإلكتروني ، بدون طبعه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢م.

٩. عبدالفتاح بيومى حجازي ، حقوق الملكية وحماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت ، الطبعة الأولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦م.

١٠. عبدالفتاح بيومى حجازي ، حقوق الملكية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، بدون طبعه ، دار الكتب القانونية، مصر ، ٢٠٠٨م.

١١. مدحت عبدالحليم رمضان، الحماية الحماية للتجارة الإلكترونية ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١م.

١٢. عبدالصبور عبد القوي على التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية ، الطبعة الاولين مكتبة القانون والإقتصاد ، الرياض، ٢٠١٢م.

١٣. ميكائيل رشيد على ، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت ، الطبعة الأولي ، دار الجامعة ، الإسكندرية ، ٢٠١٥م.

١٤. محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ،الطبعة الأولي ، دار الثقافه للنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨م.

١٥. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، الطبعة الأولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦م.

١٦. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزامات ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م.

رابعاً : القوانين :

١. قانون المعاملات المدنية السوداني الملغي لسنة ١٩٧٤م.

٢. قانون حماية المستهلك السوداني النافذ لسنة ١٩٨٤م.

٣. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة ٢٠٠٧م

٤. قانون حماية المستهلك السوداني ٢٠١٨م.

٥. قانون حماية المستهلك المصري رقم ١٨١ لسنة ٢٠١٧م.

٦. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م.

٧. قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠م.

الحماية المدنية للعلامة التجارية في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية

د. عادل عبدالحميد عامر محمد علي*

مستخلص

تناولت هذه الدراسة الحماية المدنية للعلامة التجارية في الاتفاقيات الدولية وقانون العلامات التجارية السوداني لسنة ١٩٦٩م، وهدفت الدراسة إلى التعريف بالحماية المدنية للعلامة التجارية، وأنواعها، وصورها، وبيان مدى اتفاق القانون السوداني مع المواثيق الدولية في حمايته للعلامة التجارية. وقد اتبعت الدراسة المنهج المقارن، والمنهج الوصفي. وتوصلت الى عدد من النتائج أهمها: أن قانون العلامات التجارية السوداني لسنة ١٩٦٩م جاء متفقاً مع الاتفاقيات الدولية في حمايته للعلامة التجارية، وان الوسيلة القانونية للحماية المدنية للعلامة التجارية في القانون السوداني هي دعوى المنافسة غير المشروعة. ومن التوصيات: ضرورة القيام بتسجيل العلامة حتى يتمكن أصحابها من الحماية المقررة في القانون.

Abstract

The study presents the civil protection of trade mark in International Conventions and Sudanese Law 1969. The study aims to identify the civil protection of trademark, its types, and its forms, and to explain the accordance of Sudanese Law with international conventions on regards of protection of trademark. The study followed the comparative and the descriptive approach. The study approached many findings, the most important ones are: Sudanese Law 1969 of trademark protection was in accordance with the international conventions of protection of trademark, and the legal method for protection of trademark in Sudanese Law provide a room for illegal competition. The study recommends: the importance of registration of trademark so the owners can have the set protection in law.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه أجمعين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد.

إن تقدم أي مجتمع يتوقف على مدي تشجيع أصحاب الإبداع الفكري وتهيئة الوسائل القانونية التي تكفل لهم الطمأنينة لحماية إنتاجهم والملكية الفكرية أصبحت من الموضوعات المهمة مع تزايد التطور التكنولوجي وتداعياته وأصبح من الضروري ملاحقة هذا التطور بحماية حقوق الملكية الفكرية والتصدي لمحاولات الاعتداء عليها باعتبارها من الحقوق التي ترد على ملكية الإنسان لإنتاج ذهنه وتفكيره .

وقد تناولت هذه الدراسة الاتفاقيات الدولية للعلامة التجارية، مثل اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ١٩٨٣م، واتفاقية التربتس لحماية العلامات التجارية ١٩٩٣م، وهذا على المستوي الدولي، أما على المستوى الوطني فالمشرع السوداني تناول العلامة التجارية في قانون حماية العلامات التجارية لسنة ١٩٦٩م.

لذلك جاءت هذه الدراسة لمعرفة الحماية المدنية للعلامات التجارية باعتبارها من الحقوق الذهنية للفرد.

أهمية دراسة البحث:

١/ حماية العلامة التجارية تمثل دافعاً للمنتج لإنتاج المريد من السلع التي يستفيد منها المجتمع

٢/ تعتبر العلامة التجارية ضمانة لحماية حقوق المستهلكين من الغش والاحتيال حول جودة ومواصفات السلع والبضائع التي يستخدمونها، وهي أيضا من وسائل الإعلان عن المنتجات.

أهداف دراسة البحث:

توضيح مفهوم العلامة التجارية وأنواعها وصورها.

بيان الحماية المدنية للعلامة التجارية

في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية.

معرفة أساس الحماية المدنية للعلامة التجارية.

منهج دراسة البحث:

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي، والمنهج المقارن بين الاتفاقيات الدولية والقانون السوداني وبعض القوانين.

هيكل البحث:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف العلامة التجارية في اللغة والاصطلاح

المطلب الأول: **تعريف العلامة والتجارة لغة**

المطلب الثاني: **تعريف العلامة التجارية اصطلاحا**

المطلب الثالث: **تعريف العلامة التجارية في الاتفاقيات الدولية**

المبحث الثاني: أنواع العلامة التجارية

المطلب الأول: **العلامة الجماعية**

المطلب الثاني: **العلامة المشهورة**

المطلب الثالث : **علامة الخدمة**

المبحث الثالث: الأساس القانوني للحماية المدنية للعلامة التجارية

المطلب الأول : **دعوي المنافسة غير المشروعة**

المطلب الثاني : **أصحاب الحق في رفع دعوي المنافسة غير المشروعة**

المطلب الثالث: **الأساس القانوني لدعوي المنافسة غير المشروعة**

المطلب الرابع : **شروط دعوي المنافسة غير المشروعة**

المطلب الخامس : **الحماية المدنية للعلامة التجارية المسجلة وغير المسجلة**

الخاتمة

النتائج والتوصيات

فهرس المصادر والمراجع

المبحث الأول

تعريف العلامة التجارية لغة واصطلاحاً

المطلب الأول

تعريف العلامة والتجارة لغة

١/ تعريف العلامة لغةً :

تعريف العلامة لغة بأنها(سمة تعريف بشيء ودلالة عليه وإرشاد له، ولقد جاء في لسان العرب أن العلامة والعلم شيء ينصب في الطريق تهتدي به الضالة)[١].

أيضا عرفت العلامة بأنها:(السمة، و الإمارة بالفتح، كالمنارة للمسجد العلامة كالحساب مثلاً فإنه علامة المطر والدليل لا يتخلف عن المدلول كالدخان والنار والعلامة الفصل بين الأرضين، والشيء منصوب في الطريق يهتدي به أو ما يستدل به.

والعلامة هي السمة وهي شيء ينصب في الفلوات تهتدي به الضالة، وهي ما يبنى في جوار الطريق من المنازل يستدل بها على الطريق[٢].

ونخلص أن العلامة التجارية المقصودة في هذا البحث هي السمة التي تميز شئ عن آخر، وهو المراد به في العلامة التجارية التي يستخدمها التاجر لتمييز سلعته عن سلع غيره.

٢/ تعريف التجارة لغة :

التجارة هي ممارسة البيع والشراء ، والتاجر هو الشخص الذي يمارس التجارة على وجه الاختلاف بشرط أن تكون له الأهلية بالاشتغال بالتجارة، التاجرة مؤنث تاجر ويقال سلعة تاجرة: بمعنى رابحة وما يتجر فيه وتقليب المال لغرض الربح ومعرفة التاجر المتجر مكان التجارة[٣].

التجارة: هي من تجر، تجراً، وتجارة باع واشترى وكذلك اتجر وهو افتعال وقد غلب على الخمار[٤].

والتجارة أيضا تعني تقليب المال والتصرف فيه مزاولة بالبيع والشراء طلبا للنماء والربح، وتطلق التجارة على المال المتجر فيه، وتطلق مجازا على العمل الذي يترتب عليه خير أو شر[٥].

المطلب الثاني

تعريف العلامة التجارية اصطلاحاً

عرف المشرع السوداني العلامة التجارية بأنها: (يقصد بها "أي علامة ظاهرة متصلة أو متعلقة بأي بضائع مستعملة ،أو يراد استعمالها بغرض تمييز بضائع شخص من بضائع أشخاص آخرين ما لم يكن استعمالها غير مسموح به، يجوز أن تتكون العلامة من أي علامة مميزة وتشمل ذلك أي كلمة أو أسم أو رسم مستعار أو رمز مصور ،أو ماركة ،أو وصف تحكمي أو خيالي أو عنوان لافته ،أو تذكره أو توقيع، أو حرف، أو عدد ،أو أشعار ،أو طرد أو إشارة وعاء أو أية، مجموعة من الأشياء المذكورة أعلاه كما عرف علامة الخدمة " يقصد بها أي علامة ظاهرة مستعملة أو مقترح استعمالها لتمييز خدمات شخص عن خدمات الآخرين) "[٦].

التعريف الاصطلاحي تُعرف العلامة التجارية بأنها: وسيلة لمشروع اقتصادي معين لتمييز منتجات هذا المشروع عن غيرها من منتجات المشروعات الأخرى المماثلة أو المشابهة له ويتم ذلك باستخدام علامات أو أشكال مميزة من شأنها أن تقترن في ذهن المستهلك بالسلع التي تحمل العلامات التجارية أو الصناعية ،والتي تُشكل نوعاً فريداً من أنواع الملكية الصناعية، ولا توجد العلامة التجارية بشكل منفصل من الثقة بالسلعة التي تمثلها، فالثقة بالسلعة ورمزها العلامة التجارية لا ينفصلون فهما مجرد أداة مرئية تتجلى فيها الثقة بالسلعة ،ولذا فإنه يمكن بيعها وشراؤها وإعلانها للجمهور .

العلامة قد تكون صناعية يستعملها المنتج لتمييز منتجاته عن غيرها من المنتجات الأخرى وقد تكون تجارية يستعملها التاجر لتمييز البضائع التي يتجر بها عن غيرها من البضائع

المشابهة ودون أن تكون من إنتاجه وقد تكون متعلقة بخدمة من الخدمات، وهى ما يُعرف بعلامة الخدمة ويقصد بها أي علامة ظاهره مستعملة أو مقترح استعمالها لتمييز خدمات شخص عن خدمات الآخرين[٧] .

عرف الفقهاء القانون العلامة التجارية بأنها" كل إشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات على غيرها من السلع"[٨].

يعرف بعض الفقهاء العلامة بأنها "الإشارة التي يتخذها التاجر أو الصانع شعاراً لمنتجاته أو بضائعه أو خدماته تمييزاً لها عن غيرها من المنتجات والبضائع والخدمات "[٩].

أيضاً هي "إشارة مادية يضعها التاجر أو الصانع على سلعة ليسهل تمييزها عن سلع من ذات الصنف "[١٠].

فالعلامة التجارية تستعمل "لتمييز بضائع" دون النص علي المقصود "بالبضائع" وذلك لأن البضائع قد تكون بمعناها البسيط وهي مجرد البضائع التي يتاجر فيها، وقد تكون البضائع بمعناها الواسع، وهى البضائع الناتجة من أي عمل صناعي أو تجاري أومن استثمار للغابات أومن مستخرجات الأرض[١١].

المطب الثالث

تعريف العلامة التجارية في الاتفاقيات الدولية

عرفت اتفاقية التريبس العلامة التجارية بأنها(أي إشارة أو مجموعة إشارات تسمح بتمييز السلع أو الخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشأة الأخرى صالحة أن تكون علامة تجارية وتتكون هذه العلامة من الكلمات التي تشمل أسماء وحروفاً و أرقاماً وأشكالاً ومجموعات الألوان، أو أي مزيج من هذه العلامات، مؤهلة لتسجيل كعلامات تجارية")[١٢]

واتفاقية باريس لم تعرف العلامة التجارية وإنما تناولتها من حيث الحماية والشروط .

المبحث الثاني

أنواع العلامات التجارية

تأتي دراسة حماية العلامات التجارية بعد معرفة أنواع العلامات التجارية وفقاً للقانون السوداني والاتفاقيات الدولية أجازت اتفاقية التربيس إضفاء الحماية القانونية على كل أنواع العلامات التجارية التي تستخدم أو يراد استخدامها لتمييز أوجه النشاط الاقتصادي، فيجوز وضع العلامات لتمييز مختلف أنواع المنتجات سواء كانت منتجات صناعية أو منتجات زراعية أو استخراجية[١٣].

وقسم الفقهاء العلامات التجارية ألي قسمين رئيسيين:

أولاً: علامات منتجات:

وهي علامات تميز منتجات مشروع اقتصادي معين عن منتجات مماثلة أو مشابهة لها ينتجها مشروع اقتصادي أخر.

ثانياً: علامة خدمة:

وهي العلامة التي تميز الخدمات التي يؤديها مشروع معين[١٤].

لا تلتزم الدول الأعضاء في اتحاد باريس بتسجيل علامات الخدمة ، وإنما تتعهد الدول بحماية علامة الخدمة عن طريق قواعد المنافسة غير المشروعة أو عن طريق أي وسيلة قانونية أخرى،وقد جاء ذلك في المادة (٦) من اتفاق باريس، واتفاق التربس قد أضاف إلي مفهوم العلامة التجارية علامة الخدمة ،وعرفتها " بأنها أي إشارة قادرة علي تميز المنتجات أو الخدمات "[١٥].

هنالك تقسيمات ثلاثة تندرج تحت هذه الأنواع أعلاه سنتناولها في المطالب الآتية :

أ/ العلامة التجارية الجماعية.

ب/ العلامة التجارية المشهورة أو الشائعة الاستعمال.

ج/ علامة الخدمة.

المطلب الأول

العلامة التجارية الجماعية

وهي علامة يمتلكها شخص معنوي خاص أو عام أو تنظيم نقابي وتستهدف

مصلحة عامة أو لتشجيع تطوير التجارة أو الصناعة الخاصة بهم[١٦].

وتعرف بالعلامة الرقابة أو علامة الجودة وتنحصر الوظيفة الأساسية للعلامة الجماعية في ضمان رقابة جودة السلع أو البضائع المنتجات أو طبيعتها أو مصدرها[١٧].

عرفت المنظمة العالمية للملكية العلامة الجماعية بأنها: (العلامة التي تمتلكها جمعيات ويستعملها أعضاؤها للتعريف بأنفسهم بالاقتران بمستوى معين من الجودة ومتطلباتها أخرى تضعها الجمعية).

وهي عبارة عن إشارة تفيد في تميز الموقع الجغرافي أو الموارد أو طريقة التصنيع أو النوعية أو خصائص أخرى مشتركة لسلع أو خدمات لمنشأة مختلفة تتفق في إن احد مع العلامة الجماعية تحت أشراف مالكها ، وقد يكون المالك أما جمعية تنتمي إلي عضويتها تلك المنشأة وأما أي كيان أخر بما في ذلك هيئة عامة [١٨].

وقد نصت اتفاقية باريس علي أحكام العلامة الجماعية حيث "تتعهد دول الاتحاد بقبول إيداع حماية العلامة الخاصة بالجمعيات التي لا تتعارض وجودها مع قانون دولة المنشأة حتى أن كانت تلك الجمعيات لا تمتلك منشأة صناعية أو تجارية ويجوز لدول الاتحاد رفض الحماية أذا كانت العلامة تتعارض مع المصلحة العامة ولا يجوز لها رفض التسجيل بدعوى أن الجمعية غير حائزة لمنشأة صناعية أو تجارية في بلد الحماية [١٩].

اتفاقية التريبس لم تحدد أحكاما تتعلق بالعلامة الجماعية و أنما أحالت الأمر إلي اتفاقية باريس نصت المادة (٧/ثانيا/٢) من اتفاقية باريس بأن "تقرر كل دولة الشروط الخاصة التي يجب توافرها لحماية العلامة التجارية الجماعية ،ويجوز لها أن ترفض الحماية أذا كانت تتعارض مع المصلحة العامة و النظام العام والآداب العامة " [٢٠].

اتفاقية التريبس لم تعريف العلامة الجماعية فقد نص ذلك إلي اختلاف التشريعات الوطنية حول العلامة، نص المشرع المصري في المادة (٦٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ٢٠٠٢م علي أن استخدام العلامة الجماعية لتميز منتج ينتجه مجموعة من الأشخاص ينتمون إلي كيان معين ولو كان لا يملك بذاته منشأة صناعية أو تجارية، ويقدم طلب تسجيل العلامة بواسطة ممثل هذا الكيان[٢١].

وعرف المشرع الأردني العلامة الجماعية في المادة (٢) من قانون العلامات التجارية الأردني المعدل لسنة ١٩٩٩م بأنها (العلامة التي يستعملها شخص اعتباري لتصديق مصدر بضائع ليست من صنعة أو المواد المصنوعة منها أو جودتها أو طريقة إنتاجها أو الدقة المتبعة في صنعها أو غير ذلك من ميزات وخصائص لتلك البضائع)[٢٢].

المشرع الأردني قد جمع بين مفهوم العلامة الجماعية وعلامة الاعتماد و إخضاعها لأحكام قانونية حده مع أنه يوجد اختلاف بينهما، أما المشرع المصري فقد فرق بين العلامة الجماعية وعلامة الاعتماد وخصص لكل منها أحكاماً مستقلة[٢٣].

وقد فرق التشريع الوطني والقوانين العربية، بين العلامة الجماعية وعلامة الاعتماد حيث تخصص علامة الاعتماد للدلالة علي إجراء المراقبة أو الفحص للمنتجات فيما يتعلق بمصدرها وعناصر تركيبها أو طريقة إنتاجها أو جودتها أو حقيقتها أو صفاته، علامة الاعتماد يقصد بها العلامة التي تمنح مقابل الامتثال لقواعد ومعايير محددة لكنها ليست مقيدة بأية عضوية، ويجوز منحها لأي جهة قادرة علي أثبات أن المنتجات المعنية تتميز بقواعد ومقياس ومعايير معينة راسخة[٢٤].

وطبقاً لقواعد القوانين العربية فأن تخصيص العلامة الجماعية يكون للدلالة على أجراء المراقبة أو الفحص

للمنتجات، ذلك فيما يتعلق بمصدرها أو عناصر تركيبها أو طريقة إنتاجها أو صفتها أو حقيقتها أو أي خاصية أخري تميزها الجهة المالكة للعلامة الجماعية تقتصر على رقابة صفات المنتجات وضمان الجودة دون أن تقو م هذه الجهة بعملية الإنتاج بنفسها، بالتالي يكون وجود العلامة علي المنتجات دليلاً على توافر الجودة لذلك شاع مصطلح علامة جودة بالنسبة للعلامة الجماعية [٢٥].

المطلب الثاني

العلامة التجارية المشهورة أو العلامة شائعة الاستعمال

ما هي إلا علامة عادية في الأصل ألا أنها تميزت عن غيرها من العلامات بشهرتها الواسعة التي تعدت حدود إقليم الدولة التي تم تسجيلها فيها نتيجة لذيوعها وانتشارها مما اكسبها الشهرة الفائقة بين جمهور المستهلكين على المستوى الداخلي والدولي تفوق شهرة العلامة التجارية المنافسة عن السلع المنتجات والخدمات التي تميزها، ويصل ذيوعها وانتشارها إلي مرحلة من الشهرة تميزها بحيث يصعب تقبل استعمال العلامة ذاتها على منتجات غير مماثلة أو مشابهة نتيجة لارتباطها المستهلكين .

سنتناول العلامة التجارية المشهورة في القانون السوداني والاتفاقيات الدولية على النحو التالي

١/ العلامة المشهورة في القانون السوداني:

نص المشرع السوداني على حماية العلامات المشهورة أو الشائعة الاستعمال قانون العلامات التجارية وذلك (عن طريق حظر تسجيل " العلامة التي تعتبر أعادة طبع كامل أو جزئي أو تقليد أو ترجمة أو نسخة لعلامة أخري وتؤدى بذلك إلي الخلط وتضليل الرأي العام حول علامة رائجة في بلد يمتلكها شخص ثالث) "[٢٦].

ويعتد المشرع السوداني بالشهرة المحلية لاعتبار العلامة مشهورة داخل إقليم السودان حتى تتوافر لها الحماية القانونية اللازمة عن طريق رفض تسجيل العلامة التي تطابق أو تشابه أو تشكل ترجمة لعلامة رائجة مشهورة في السودان، أذا كان تسجيل العلامة يؤدي إلي تضليل الجمهور، الحظر يزول في حالة موافقة صاحب المصلحة ويستوي في ذلك أن يكون هذا الغير هو مالك العلامة أو المرخص له، ولم ينص على منع استعمال علامة تجارية تطابق أو تشابه أو تشكل ترجمة لعلامة تجارية مشهورة والغرض هو قيام الغير باستعمال واستغلال علامة تجارية مشهورة.

٢/ العلامة التجارية المشهورة في اتفاقية التريبس:

أوردت هذه الاتفاقية أحكاماً تتعلق بالعلامة المشهورة وتوسعت في مفهوم العلامة المشهورة ولم تقتصر على علامة السلعة بل أدخلت فيها علامة الخدمة إلي جانب علامة المنتجات الموجودة أصلاً بموجب اتفاقية باريس، وتوسعت الاتفاقية في أطار الحماية المقررة للعلامة المشهورة ،فحظرت استخدام العلامة المشهورة أذا كانت مسجلة على سلع أو خدمات غير مماثلة للسلع أو الخدمات التي تستخدم العلامة في تمييزها، وذلك وفقاً لنص المادة (٣/١٦) من الاتفاقية التريبس ، واشترطت الاتفاقية لبسط الحماية المقررة للعلامة توافر شرطان:

أ/ أن يؤدي استخدام العلامة المشهورة علي السلع أو المنتجات أو الخدمات غير المماثلة إلي الاعتقاد بوجود صلة بين تلك السلع أو المنتجات أو الخدمات غير المماثلة وصاحب العلامة المسجلة [٢٧].

ب/ أن يؤدى استخدام العلامة علي سلع غير مماثلة إلي احتمال أن

تتضرر مصالح صاحب العلامة المشهورة المسجلة[٢٨].

٣/ العلامة المشهورة في اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية:

نصت المادة (٦/ثانيا) من اتفاقية باريس على :(أن تتعهد دول الاتحاد سواء من تلقاء نفسها أذا أجاز تشريعها ذلك أو بناء على طلب صاحب الشأن برفض أو أبطال التسجيل أو بمنع استعمال العلامة التجارية التي تشكل نسخاً أو تقليداً أو ترجمة، يكون من شأنها أيجاد للبس بعلامة ترى السلطة المختصة في الدولة التي تم فيها التسجيل أو الاستعمال أنها مشهورة باعتبارها فعلاً العلامة الخاصة بشخص يتمتع بمزايا هذه الاتفاقية ومستعملة على منتجات مماثلة أو مشابهة[٢٩].

وتسري أحكام هذه الاتفاقية أذا كان الجزء الجوهري من العلامة يشكل نسخاً لتلك العلامة المشهورة أو تقليداً لها ومن شأنه أيجاد للبس بها، واتفاقيه باريس لم تضع أي معايير لقياس مدى شهرة العلامة بل تركت ذلك الأمر إلي تقدير الأجهزة الإدارية أو السلطات القضائية المختصة في كل دولة من دول الأعضاء في اتحاد باريس ، لكن الدول الأعضاء في اتحاد باريس تلتزم بتوفير الحماية الحالة مهمة لذوى الشأن لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ تسجيل العلامة التجارية للعلامة المشهورة، برفض طلب تسجيل العلامة المشهورة أذا قدم الطلب أي شخص غير صاحب العلامة أو بموجب شطب تسجيل العلامة التجارية المماثلة أو المشابهة للعلامة المشهورة، وتمنح الدول في هذه للمطالبة بشطبها خلال هذه الفترة ألا أذا كانت العلامة قد سجلت بسوء نية في هذه الحالة يجوز تقديم طلب الشطب دون التقيد بأي مدة وذلك وفقا للفقرة (٢) من المادة (٦ /ثانيا) ولا تمنع أيضاً استخدام

العلامة المشهورة بمعرفة الآخرين تترك الاتفاقية لدول حرية تحديد المهلة التي يجب أن يقدم خلالها طلب منع استخدام العلامة المشهورة، ويجوز تقديم طلب منع استخدام العلامة دون التقيد بأي مدة أذا كان الانتفاع بالعلامة بسوء نية [٣٠].

المطلب الثالث

علامة الخدمة

عرف القانون السوداني علامة الخدمة بأنها:(أي علامة ظاهرة مستعملة أو مقترح استعمالها لتمييز خدمات شخص عن خدمات الآخرين)[٣١].

لا يجابه المستهلكون في التجارة الحديثة فقط بالسلع المتعددة الأنواع ولكن أيضا بالخدمات المتنامية التي تعرض على المستوى الوطني والدولي، ولذلك فان هنالك حاجة أيضا إلى علامة لتمكين المستهلكين من التمييز بين مختلف الخدمات مثل: شركات التأمين، والفنادق، والطيران، وشركات إيجار السيارات ...الخ، هذه العلامات تسمى علامة الخدمة، وهي تحقق ذات الوظيفة الأصلية التمييزية للعلامة التجارية للسلع، ولما كانت علامات الخدمة هي إشارات إلى حد كبير طبيعة العلامة التجارية فانه من ناحية عامة يطبق عليها نفس المعيار، ولذلك فان حماية علامة الخدمة تطبق عليها أحكام قانون العلامات التجارية بتعديلات طفيفة، وهذا يعني أن علامات الخدمة يمكن تسجيلها وتحديدها وإلغاءها بنفس طريق العلامة التجارية وفق لك يمكن التنازل عنها والترخيص باستعمالها تحت نفس الشروط [٣٢].

وعلامة الخدمة يقصد بها الإشارة التي يستخدمها مقدم خدمة معينة، لتمييز الخدمات التي يتعاطى بها عن الخدمات التي يقدمها الآخرون[٣٣].

المبحث الثالث

الأساس القانوني للحماية المدنية للعلامة التجارية

الحماية المدنية وفقاً للقواعد العامة في المسئولية هي المظلة التي تستظل بها كافة الحقوق أي كان نوعها، فإن الحق في العلامة التجارية يتمتع كغيرة من الحقوق بالحماية المدنية بمقتضي دعوى المنافسة غير المشروعة ويستوي فيذلك أن تكون العلامة التجارية مسجلة أو غير مسجلة[٣٤].

وتظهر أهمية الحماية المدنية بالنسبة للعلامة المسجلة، في حالة عدم توافر شروط الدعوى الجنائية أو عدم توافر أحد أركان الجريمة الواقعة علي العلامة التجارية حيث لا يكون أمام صاحب العلامة التجارية المسجلة إلا أن يسلك طريق الحماية المدنية[٣٥] وسوف نتناول الحماية المدنية للعلامة الجارية على النحو التالي:

المطلب الأول

دعوي المنافسة غير المشروعة

إن العلامة التجارية تعد إحدى وسائل المنافسة الحرة لجذب العملاء والتعريف بالمنتجات فإن أية إساءة إليها بوسائل غير مشروعة تجعل من حق صاحب المصلحة أن يرفع دعوى المنافسة، في الأصل تعتبر حرية المنافسة امرا مشروعا ومرغوبا فيه، إذ يرجع الفضل لها في ازدهار المشاريع الاقتصادية للبلدان، فهي بمثابة قدرة خلاقة تدفع الشخص إلى الابتكار وتحفزه على الإتقان والإبداع، إذا تمت بطرق مشروعة، أما إذا تمت بوسائل غير مشروعة فينجم عنها ضرر يستوجب التعويض

المنافسة ظاهره عامة تصاحب مختلف أوجه النشاط الاقتصادي والمنافسة المشروعة هي في الأصل مزاولة النشاط الاقتصادي، من الحقوق المقررة لكل فرد عملاً بمبدأ حرية التجارة، وتؤدي إلي تحسين الإنتاج

وتخفض الأسعار مما يدفع بالنشاط التجاري للازدهار، والمنافسة غير المشروعة هي استخدام التاجر لوسائل وطرق منافية للقوانين و الأعراف العادات ومبادئ الأمانة والشرف المعترف بها في العلاقات المهنية [٣٦].

المطلب الثاني

أصحاب الحق في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة

إن الحق في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة لا يقتصر على مالك العلامة التجارية فقط، بل يمتد ليشمل كل شخص أصابه ضرر جراء المنافسة غير المشروعة، لأن دعوى المنافسة غير المشروعة هي دعوى مسؤولية تهدف إلى تعويض أي ضرر ناشئ عن الفعل الضار، وعليه تقبل الدعوى من كل من أصابه ضرر سواء مالك العلامة أو شخص آخر [٣٧]

يمكن مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة ضد شخص لا يمارس تجارة مشابهة، في حالة تمتع المدعي بشهرة واسعة تجذب المستهلك، إما لأسمه التجاري أو لعلامته التجارية المميزة، فيؤدي إلى، استخدام المدعى عليه ذات الاسم أو العلامة وا ن كانت التجارة مختلفة اعتقاد الجمهور بعائدة هذه التجارة للمدعي صاحب الاسم أو العلامة، ويطلق على هذا النوع من المنافسة، المنافسة الطفيلية[٣٨] أحد الفقهاء المتخصصون في دارسة حقوق الملكية الصناعية وهو فكرة المنافسة الطفيلية بأنها تتألف من الغير الذي يعيش على الاستفادة من مجهودات الغير التي يبذلها هؤلاء وحققت لهم شهرة وسمعة طيبة باسمهم التجاري أو علامتهم المميزة لمنتجاتهم، فالمنافسة الطفيلية لا تبحث صراحة من أجل الخلط بين المنتجات، ولكنها توحي بأنها تصرفات تعد خرقاً لحقوق الغير، وتؤدي إلى اجتياز كل حدود المنافسة غير المشروعة[٣٩] لهذا يمكن أدارج فئة معينة يحق لها اللجوء

إلى القضاء من جراء التعدي على العلامة التجارية بطريقة غير مشروعة، وتتمثل هذه الفئة في صاحب العلامة الذي باشر إجراءات التسجيل.

المطلب الثالث

الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة

اختلف الفقه حول الأساس القانوني لدعوي المنافسة غير المشروعة، ويعود الخلاف إلي عدم توافر قواعد خاصة أو نصوص تشريعية تنظم دعوى المنافسة غير المشروعة [٤٠].

تعتبر أعمال المنافسة غير المشروعة من قبيل الأعمال الضارة، التي يلزم مرتكبها بالتعويض لقد تدخل القضاء لسد هذا القصور وأسس دعوى المنافسة غير المشروعة علي القواعد العامة لمسئولية التقصيرية، قضت محكمة النقض المصرية بأن "الدعوي المؤسسة على المنافسة غير المشروعة لا تخرج عن أن تكون دعوي مسئولية عادية أساسها الفعل الضار .

دعوي المنافسة غير المشروعة تحمي ما يتمتع به التاجر من حق ملكية علي عملائه فهذا يستدعي أن تكون هناك دعوى من نوع خاص تقترب من دعاوى الاستحقاق أو الحيازة التي تحمي ملكية الأموال المادية[٤١].

وتأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة علي قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق للتاجر الحق في المنافسة طالما أنه لم يخرج عن حدودها المشروعة أما إذا انحرفت المنافسة عن مسارها فيكون التاجر قد أساء استعمال حقه [٤٢].

وبالتالي فإن قيام التاجر بأعمال تتنافى معا لعادات والأصول الشريفة المراعية في المعاملات التجارية، وعلى وجه الخصوص الاعتداء علي علامات الغير، يعتبر بمثابة تعسف في استعمال حق ممارسة النشاط التجاري[٤٣].

المطلب الرابع

شروط دعوى المنافسة غير المشروعة

القضاء أسس دعوى المنافسة غير المشروعة علي القواعد العامة في المسئولية التقصيرية فإن شروط دعوى المنافسة غير المشروعة هي ذات شروط دعوى المسئولية التقصيرية (٤٤).

وهي في قانون المعاملات المدنية السوداني الفعل والضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر (٤٥).

في القانون المدني المصري الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر على النحو التالي :

١/ التعدي على العلامة التجارية.

٢/ الضرر.

٣/ علاقة السببية.

أولاً: التعدي على العلامة التجارية :

قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م لا يشترط الخطأ، بل يكفي الفعل أن يكون ضاراً، وذلك لأن القانون السوداني يقيم المسئولية التقصيرية ولو قام بالفعل الضار شخص غير مميز مما ينفي ركن الإدراك اللازم توافره لقيام الخطأ؛ لأن الخطأ يقوم على ركنين هما الركن المادي وهو التعدي، والركن المعنوي وهو الإدراك (٤٦).

التعدي على العلامة التجارية في القوانين العربية:

يتفق القانون المدني في الكويت و الأردن مع قانون المعاملات المدنية السوداني في أن أساس المسئولية التقصيرية هو الفعل الضار (٤٧).

ومن ثم فإن أي فعل يصيب الغير بضرر يستوجب التعويض حتى ولو كان صادراً من شخص غير مميز، الصغير أو المجنون، وهذا الحكم مأخوذ عن الفقه الإسلامي والقاعدة الفقهية (الضرر يزال) والحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرر) وبهذا تكون القوانين قد

وافقت الفقه الإسلامي من حيث عدم ربط المسئولية التقصيرية بالتمييز وإقامتها على الضرر[٤٨].

نصت المادة (١٣٨) من قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤م حيث لا تشترط المادة لقيام المسئولية حدوث خطأ من جانب الفاعل، بل تترتب المسئولية بمجرد وقوع الفعل الضار، بغض النظر أن كان هذا الفعل يشكل خطأ أم لا[٤٩].

ثانياً: الضرر:

لقد استقر الرأي في الفقه والقضاء علي ضرورة أن ينشأ ضرر عن المنافسة غير المشروعة ، وعلى الرغم من وحدة الأساس الذي تستند إليه دعوى المنافسة غير المشروعة ودعوى المسئولية التقصيرية ، إلا أن طبيعة المصالح التي تهدف إلى حمايتها دعوى المنافسة غير المشروعة اقتضت تقدير استثناءات لها عن حكم القواعد العامة في دعوى المسئولية التقصيرية[٥٠].

أ/ الضرر الاحتمالي :

هو ضرر غير محقق قد يقع أو قد لا يقع، وإنما يخشى وقوعه في المستقبل، وإن كان هناك من يرى بأن الضرر الاحتمالي يعتبر في الحقيقة ضرراً واقعاً لأن التهديد بضرر يعتبر في ذاته ضرراً يمكن أن يعوض عينياً بإزالة هذا التهديد والأمر بالإجراءات الكفيلة بمنع تحقق الضرر المحتمل.

تهدف دعوى المسئولية التقصيرية إلى تعويض الضرر، لهذا يشترط لنجاحها والحكم بالتعويض وجود ضرر محقق الوقوع وهو الضرر الذي وقع فعلاً أو سيقع حتماً، ولهذا تعتبر دعوى المسئولية التقصيرية دعوى علاجية[٥١].

بينما لا تهدف دعوى المنافسة غير المشروعة إلى تعويض الضرر فقط كدعوى علاجية وإنما تهدف أيضاً إلى وقف الاعتداء واتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع حدوث الضرر في المستقبل كدعوى وقائية، لذلك لا

يشترط وجود ضرر محقق الوقوع بل يكفي الضرر الاحتمالي[٥٢].

ب/ إثبات الضرر :

لا تتطلب أحكام القضاء إثبات الضرر الفعلي من جانب المدعى في دعوى المنافسة غير المشروعة هذا خلافاً للقواعد العامة في المسئولية التي تقضي بأن يتحمل المضرور عبء إثبات الضرر وحيث أن وقوع الضرر واقعة مادية، فإنه يجوز إثباتها بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن[٥٣].

ج/ تحديد مقدار الضرر:

لأهمية الضرر صغيراً أو كبيراً، إذ تتقرر المسئولية ولو كان الضرر بسيطا، وقد يكون الضرر مادياً وهو ما يصيب الشخص من الناحية المادية مثل الخسارة المادية التي تصيب التاجر نتيجة تقليد علامته التجارية، كما قد يكون أدبياً وهو الذي يصيب الشخص في ناحية غير مالية مثل السمعة التجارية والاعتبار المالي للتاجر والشهرة التي تتمتع بها منتجاته أو خدماته[٥٤].

ثالثاً :علاقة السببية :

وفقاً لقواعد العامة في المسئولية التقصيرية يجب أن تقوم رابطة السببية بين الخطأ والضرر أي بين فعل المنافسة غير المشروعة المتمثل في الاعتداء على العلامة التجارية والضرر الذي أصاب المدعي (المضرور)، ويجب على المدعى إثبات علاقة السببية.، ولكن كان للقضاء أن يخرج عن القواعد العامة للمسئولية التقصيرية ليكون أكثر مرونة واعتدادا بالطبية الخاصة لدعوى المنافسة غير المشروعة، و في حالة رفع دعوى المنافسة غير المشروعة كدعوى وقائية، فإنه لا يشترط إثبات قيام رابطة السببية بين فعل المنافسة غير المشروعة وبين الضرر الذي أصاب المدعى، لأن هذا الضرر لم يقع بعد، وإنما من المحتمل أن يقع مستقبلاً .حيث أن الهدف من الدعوى

هو تلافي وقوع الضرر في المستقبل كإجراء وقائي[٥٥].

المطلب الخامس

الحماية المدنية للعلامة التجارية في القانون السوداني و بعض القوانين العربية

الحماية المدنية بمقتضي دعوى المنافسة غير المشروعة، مقرر للعلامة التجارية سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة[٥٦].

وإذا كانت العلامة التجارية غير مسجلة، كانت الحماية المدنية هي الوسيلة الوحيدة لحمايتها من الضرر المادي أو الأدبي الذي يلحق صاحبها[٥٧].

بينما تقتصر الحماية المدنية في القوانين العربية على العلامة التجارية المسجلة، وفي ذلك مخالفة واضحة للقواعد العامة في المسئولية المدنية[٥٨].

وتنقسم الحماية المدنية للعلامة التجارية إلى نوعين :

الفرع الأول: الحماية المدنية للعلامة التجارية المسجلة :

قوانين العلامات التجارية العربية، في كل من مصر والسعودية وقطر وسوريا والعراق وعمان والإمارات والكويت ولبنان وتونس والجزائر والمغرب، قد جاءت خالية من أي نص يجعل تسجيل العلامة التجارية شرطاً للتمتع بالحماية المدنية بمقتضي دعوى المنافسة غير المشروعة وعلى ذلك يمكن القول إن الحماية المدنية في هذه القوانين مقررة للعلامة التجارية سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة، بينما اقر الفقه المصري على أن الحماية المدنية بمقتضي دعوى المنافسة غير المشروعة مقرر للعلامة التجارية سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة، وأنه إذا كانت العلامة غير مسجلة فلا يبقى أمام مالكها، إلا الحماية المدنية، باعتبارها الوسيلة الوحيدة لحماية العلامة التجارية غير المسجلة من الضر المادي والأدبي الذي يلحق صاحبها [٥٩].

ويرى بعض شرح القانون بأن الحكم بالبراءة في أي جريمة من جرائم الاعتداء على العلامة التجارية، بسبب عدم التسجيل لا يمنع إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة، ولوعن نفس الأفعال وذلك لأن حماية العلامة عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة ،تطبيق للقواعد العامة في المسئولية، ولا يشترط من أجل ذلك أن تكون العلامة مسجلة، وأن الحماية المدنية في حالة تسجيل العلامة التجارية، تشكل حماية إضافية إلي جانب الحماية الجنائية التي تتمتع بها العلامة التجارية. (٦٠)

الفرع الثاني الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة :

وإن معظم قوانين العلامات التجارية في القوانين المقارنة توفر الحماية المدنية للعلامة التجارية سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة، بينما تقتصر الحماية المدنية على العلامة التجارية المسجلة، في قوانين السودان و الأردن والمغرب واليمن وتونس والجزائر وعمان، إذ لا يجوز بموجب القوانين رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن أي تعدي يقع على علامة تجارية غير مسجلة .

المشرع السوداني نص على أنه "لا يجوز لأي شخص أن يحصل على تعويضات عن أي تعدي على علامة تجارية غير مسجلة في جمهورية السودان " (٦١).

ويطابق ما جاء به المشرع الأردني بأنه " لا يحق لأحد أن يقيم دعوى بطلب تعويضات عن أي علامة تجارية غير مسجلة في المملكة " (٦٢).

وما نص علية المشرع السوداني والأردني، فيه مخالفة واضحة لقواعد المسئولية المدنية كما أنه يُحرم ملكية العلامة التجارية غير المسجلة من وسيلة الحماية الوحيدة التي يمكن أن تستظل بها (٦٣).

ويبدو أن النقد الذي قيل بشأن النص الأردني، يمكن أن ينسحب

على النص السوداني وبالنظر إلى التطابق والتقارب بين النصان، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه تبرير لهذا النص الأردني، بقوله إن المحكمة من هذا النص هي تشجيع ودافع صاحب العلامة التجارية علي تسجيل علامته، إذ أن حرمان صاحب العلامة التجارية غير المسجلة من الحماية المدنية، يدفعه إلي المبادرة لتسجيل علامته لحمايتها من اعتداء الغير[٦٤].

وذهب رأي إلى القول بأن هذا التبرير لا يصلح سبباً كافياً لمخالفة أ حكام القواعد العامة في المسئولية المدنية، لأن التعويض مرتبط بوقوع الضرر وتحققه، هذا فضلاً عن التعويض لا يرتبط بإجراءات تسجيل العلامة التجارية[٦٥].

بالنظر للمخالفة الواضحة للقواعد العامة في المسئولية المدنية، فإن التعويض مرتبط بوقوع الضرر وتحققه، ولا يرتبط بإجراءات شكلية تتمثل في تسجيل العلامة التجارية والمشرع الأردني أجاز إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة بالنسبة للعلامة التجارية غير المسجلة[٦٦].

ويجب تسجيل العلامة التجارية للمطالبة بالتعويض عن الضرر وفقا لنص المادة (٣٤) من قانون العلامات التجارية الأردني، و نصت المادة (٣/أ) من قانون المنافسة غير المشروعة الأردني لسنة ٢٠٠٠ بأنه "لكل ذي مصلحة المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة أي منافسة غير مشروعة)[٦٧] أجاز رفع دعوى التعويض عن التعدي على علامة تجارية غير مسجلة في الأردن. وبالرجوع إلى قانون العلامات التجارية السوداني، يظهر أن القاعدة العامة بموجب هذا القانون، هي عدم جواز المطالبة بالتعويض عن أي تعدي لعلامة تجارية غير مسجلة في السودان، واستثناء لهذه القاعدة إذ يمكن رفع دعوى التعويض حتى ولو

كانت العلامة التجارية غير مسجلة، ويتمثل في الآتي:

أ/ تنص المادة (٢٧/٥) من قانون العلامات السوداني على أنه " لا تمس أحكام هذا القانون بحق أي شخص في رفع دعوى ضد أي شخص آخر عن المنافسة المجحفة لتجارته أو التعويض عن أضرار تلك المنافسة ".

ب/ الفقرة (هـ) من المادة (٢٧/٦) من قانون العلامات التجارية السوداني ١٩٦٩م "بأنه يكون مرتكباً مخالفة ويعاقب بالسجن أو الغرامة أي شخص يغلف أو يلف أو يبيع أو يخزن بغرض البيع أية بضائع جمعت أو غلفت أو لفت أو جهزت في أي صورة بقصد حمل المشترين على الاعتقاد بأنها بضائع لمنتج آخر أو ذات منشأ غير منشأها الحقيقي، لعلامة مسجلة تسجيلاً صحيحاً.

ج/ الفقرة (ز) من المادة (٢٧/٦) من قانون العلامات التجارية السوداني لسنة ١٩٦٩م، على أنه يكون مرتكباً مخالفة ويعاقب بالسجن أو الغرامة أي شخص يستورد بضائع جمعت أو غلفت أو تم تحضيرها بشكل يمكن ترويجها وكأنها بضائع لمنتج آخر.[٦٨]

خلاصة الأمر أن بعض التشريعات حظرت إقامة أي دعوى مدنية أو جزائية قبل تسجيل العلامة التجارية لا تخول الحق في إقامة أي دعوى ناشئة عن الأفعال المرتكب قبل تسجيل علامة الصناعية أو التجارية أو الخدمة في السجلات التي تمسكها الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية، والبعض الأخر جعل إقامة الدعوى المدنية متوقفة على تسجيل العلامة التجارية .

اعتبرت التشريعات الوطنية العلامات التجارية كغيرها من الحقوق التي تكتسب من خلال الملكية الفكرية لذا

أوجبت حماية العلامة التجارية من المنافسة غير المشروعة وحددت طرق ووسائل لحماية العلامات التجارية من خلال اللجوء إلى القضاء المدني لحمايتها والمحاكم التجارية في بعض الدول .

خاتمة

أولاً: النتائج :

١/ القانون السوداني جاء متفقاً مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعلامات التجارية من حيث الحماية المدنية للعلامات التجارية.

٢/ الوسيلة القانونية الإجرائية التي نص عليها المشرع السوداني للحماية المدنية هي دعوى المنافسة غير المشروعة.

٣/ أعطى المشرع السوداني الحق في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة لكل شخص أصابه ضرر من استخدام العلامة سواء كان مالكها أو شخص آخر يقع عليه عبء إثبات ذلك الضرر.

٤/ اشترط المشرع السوداني للاستفادة من الحماية المدنية أن تكون مسجلة لدى الجهات المختصة فإذا لم تكن مسجلة فلا حماية من الناحية المدنية لها.

ثانياً : التوصيات :

١/ توصي الدراسة أصحاب العلامة التجارية بضرورة تسجيل علاماتهم للاستفادة من الحماية المدنية المقررة في القانون السوداني.

٢/ توصي الدراسة المشرع السوداني النص على جواز رهن العلامات التجارية أو الحجز عليها وذلك بالنظر إلى أهمية التصرفات التي ترد على العلامة التجارية.

الهوامش

- أستاذ مساعد، كلية الشريعة والقانون، جامعة سنار، السودان.

١. جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ،لسان العرب، دار صادر بيروت ، ١٣٠٣هـ ، ص ٣٠٨٤٢.
٢. المرجع نفسه، ص ٣٨١.
٣. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص ٣٩٣.
٤. جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص ٢١٤.
٥. محمد عمارة، قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، دار الشروق، بيروت، ط١، ١٩٩٣م، ص ١١٤.
٦. المادة (٣) من قانون العلامات التجارية السوداني ١٩٦٩م .
٧. د. يعقوب يوسف، النظام القانوني للعلامات التجارية ،"دراسة مقارنة " ط ٢ ، ١٩٩٣م ،ص ١٩٤.
٨. د. سميحة القليوبي ،الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية، ط٥ ، ٢٠٠، ص٤٢٢.
٩. د. مصطفي كمال طه ، القانون التجاري ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية،١٩٩٦م ، ص ٨٤٩
١٠. د. علي جمال الدين عوض ، القانون التجاري ، دار النهضة العربية ،دون تاريخ ، ص٢٦٢٥
١١. د. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً، ط١، دار الثقافة النشر، عمان، ٢٠٠٠م، ص٧٢١.
المادة (١/١٥) من اتفاقية التريبس لحماية العلامات التجارية والصناعية ١٩٩٣م.
١٢. د .أكثم أمين الخولي ،الوسيط في القانون التجاري ،دار النهضة مصر ، ١٩٦٤م ، ص ٣٢٠.
١٣. د.حسام الدين عبد الغني الصغير، الجديد في العلامات التجارية علي ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية واتفاقية التريبس ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية .ط١، ٢٠٠٤م ، ص ٩١٣.
١٤. المادة (١/١٥) من اتفاقية التربس لحماية الملكية الصناعية والصناعية١٩٩٣م.
١٥. د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية ، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية القاهرة. ١٩٧١م، ص٥٥.
١٦. المرجع نفسه ، ص ٣٠٤.
١٧. المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية الويب خدمات الملكية الفكرية١، موقع الويبو١/ المعاير الخاصة.
١٨. المعايير الخاصة بحماية العلامات في اتفاقية باريس والتربس وثيقة من إعداد المكتب الدولي ، ص ١٧.
١٩. المادة (٧/ ثانياً /٢) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ١٨٨٣م.
٢٠. المادة (٦٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري ٢٠٠٢م.
٢١. المادة (٢) من قانون العلامات التجارية الأردني ، لسنة ١٩٩٩م.
٢٢. المادة (٧٠) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ م.
٢٣. د. سميحة القليوبية ، الملكية الصناعية ، مرجع سابق ، ص٤٩٠.
٢٤. د . ثروت عبد الرحيم ، الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، جامعة الملك سعود، الرياض، ط١، ١٩٨٧م، ص١٢٩.
٢٥. المادة (٨/٢/ب) من قانون العلامات التجارية السوداني لسنة ١٩٦٩م.
٢٦. المادة (١٦/٣) من اتفاقية التربتس لحماية الملكية الصناعية والتجارية ١٩٩٣م.
٢٧. د حسام الدين عبد الغني ، الجديد في العلامات التجارية علي ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية واتفاقية التريبس ، مرجع سابق ، ص٢٣
٢٨. المادة (٦/ثانيا) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ١٩٨٣م.
٢٩. المادة (٦/ثانيا /٢) من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية.
٣٠. قانون العلامات التجارية لسنة ١٩٦٩م، المادة ٣ .
٣١. عادل شمس الدين محمد، العلامات التجارية في القانون السوداني والقوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية، المكتبة الوطنية، ط١، ٢٠٠٨م ، ص ٢٥.
٣٢. ماهر فوزي حمدان، حماية العلامة التجارية، مطبعة الجامعة العربية، عمان ، ص ٢٠.
٣٣. د. صلاح زين الدين . الملكية الصناعية والتجارية . مرجع سابق . ص ٣٨٥.
٣٤. د. سميحة القليوبية. الملكية الصناعية. مرجع سابق. ص ٣٢٧.

٣٥. د. ثروت عبد الرحيم . الملكية الصناعية والتجارية . مرجع سابق . ص ١٨٤.
٣٦. زينه غانم ص ١٢٩.
٣٧. محمد سلمان الغريب، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، الطبعة الأولي دار النهضة العربية للنشر مصر ٢٠٠٤م ص ٩٨.
٣٨. زينة غانم ص ١٣٩.
٣٩. د . صلاح زين الدين . الملكية الصناعية والتجارية . مرجع سابق . ص ٥٧٧.
٤٠. د. كيلا ني عبد الراضي محمود . حماية المحل التجاري عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة . مرجع سابق ص ٢٠٠.
٤١. د.صلاح زين الدين . المرجع نفسه . ص٥٧٨.
٤٢. المادة (١/٦٦) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩م.
٤٣. د. سميحة القيلوبي- الملكية الصناعية . مرجع سابق ص ٣٤٨.
٤٤. د. محمد الشيخ عمر . قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤ - مصادر الالتزام - ط الخرطوم - ص ١٣٨.
٤٥. د .محمد الشيخ عمر . قانون المعاملات المدنية مصادر الالتزام . مرجع سابق . ص ١١٣.
٤٦. المادة ٢٥٦ من القانون المدني الأردني . المادة ٢٢٨من القانون المدني الكويتي.
٤٧. د محمد الشيخ عمر . المرجع نفسه . ص ١١٤.
٤٨. المادة (١٣٨) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.
٤٩. د. كيلاني عبد الرضي محمود . حماية المحل التجاري عن طريق دعوي المنافسة غير المشروعة مرجع سابق ص ١٧٨.
٥٠. د . محمد الشيخ عمر . قانون المعاملات المدنية مصادر الالتزام . مرجع سابق . ص ١١٤.
٥١. د . كيلاني عبد الرضي محمود . حماية المحل التجاري عن طريق دعوي المنافسة غير المشروعة . المرجع نفسه ص١٨٢.
٥٢. د . صلاح زين الدين . الملكية الصناعية والتجارية . مرجع سابق . ص ٣٨٩.
٥٣. المادة (١٥٣) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.
٥٤. د . كيلاني عبد الرضي محمود . حماية المحل التجاري عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة . مرجع سابق، ص ١٨٠.
٥٥. د .سميحة القليوبي الملكية الصناعية . مرجع سابق . ص ٥٨٦.
٥٦. د .صلاح زين الدين . الملكية الصناعية والتجارية . مرجع سابق . ص ٣٨٥.
٥٧. د . صلاح زين الدين الملكية الصناعية والتجارية . مرجع سابق ص ٢٤٤.
٥٨. د. محمد حسني عباس . الملكية الصناعية . مرجع سابق . ص ٣٦٤.
٥٩. د . إلياس ناصف . الكامل في قانون التجارة . مرجع سابق . ص ٢٦٣.
٦٠. المادة (٢٧\٢) من قانون العلامات التجارية السوداني لسنة ١٩٦٩م.
٦١. المادة (٣٤) من قانون العلامات التجارية الأردني المعدل لسنة ١٩٩٩م.
٦٢. د .صلاح زين الدين - العلامات التجارية وطنياً ودولياً . مرجع سابق . ص ٢٤٤.
٦٣. د. صلاح زين الدين . العلامات التجارية وطنياً ودولياً. مرجع سابق . ص ٣٩٤.
٦٤. د. عبدا لله حسين الخشروم . الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية . مرجع سابق . ص ١٧٢.
٦٥. د. صلاح زين الدين ، العلامات التجارية وطنياً ودولياً . المرجع نفسه ص ٣٩٤.
٦٦. المادة (٣/أ) قانون المنافسة غير المشروعة الأردني لسنة ٢٠٠٠م.
٦٧. المادة (٢٧) من قانون العلامات التجارية السوداني لسنة ١٩٦٩م.

المصادر والمراجع

أولاً : كتب اللغة :

١/ جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ،لسان العرب ،دار صادر بيروت ، ١٣٠٣هـ.

٢/ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٦، ١٤١٩هـ، ج٤

٣/ محمد عمارة، قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية، دار الشروق، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.

ثانياً : كتب شرح القانون:

١/ أكثم أمين الخولي ،الوسيط في القانون التجاري ،دار النهضة مصر ، ١٩٦٤م

٢/ ثروت عبد الرحيم، الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، جامعة الملك سعود، الرياض، ط١، ١٩٨٧م.

٣/ حسام الدين عبد الغني الصغير، الجديد في العلامات التجارية علي ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية واتفاقية التربتس، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ـ ط١، ٢٠٠٤م.

٤/ سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، ط٥، ٢٠٠.

٥/ صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً، ط١، دار الثقافة النشر، عمان، ٢٠٠٠م.

٦/ عادل شمس الدين محمد، العلامات التجارية في القانون السوداني والقوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية، المكتبة الوطنية، ط١، ٢٠٠٨م.

٧/ علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية ،دون تاريخ.

٨/ ماهر فوزي حمدان، حماية العلامة التجارية، مطبعة الجامعة العربية، عمان.
٩/ محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧١م.
١٠/ محمد سلمان الغريب، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، الطبعة الأولي دار النهضة العربية للنشر مصر ٢٠٠٤م.
١١/ محمد الشيخ عمر . قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤ – مصادر الالتزام – ط الخرطوم.
١٢/ مصطفي كمال طه، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية،١٩٩٦م.
١٣/ المعايير الخاصة بحماية العلامات في اتفاقية باريس والتربتس وثيقة من إعداد المكتب الدولي.
١٤/ المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية الويب خدمات الملكية الفكرية١، موقع الويبو١/ المعاير الخاصة.
١٥/ يعقوب يوسف، النظام القانوني للعلامات التجارية، "دراسة مقارنة" ط ٢ ، ١٩٩٣.

ثالثاً : القوانين الوضعية :

١/ قانون العلامات التجارية السوداني ١٩٦٩م .
٢/ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م .
٣/ قانون العلامات التجارية الأردني، لسنة ١٩٩٩م.
٤/ قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩م.
٥/ قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.
٦/ قانون المنافسة غير المشروعة الأردني لسنة ٢٠٠٠م.

رابعاً : الاتفاقيات الدولية:

١/ اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ١٨٨٣م.
٢/ اتفاقية التربتس لحماية العلامات التجارية والصناعية ١٩٩٣م.

عـــبء الإثبـــات وتطبيقاتـــه القضائيـــة "دراسة مقارنة"

د. مصطفى عثمان عبدالله*

مستخلـص

يعتبر الإثبات وسيلة من وسائل الإقناع التي يقدمها الأشخاص للدفاع عن واقعة معينة تستلزم ذلك فهو إقامة الدليل على وجود واقعة ما أو حقيقة قيام الحق وكذا هو كل الطرق التي يستعملها الخصم لإقناع القاضي بصحة ما يدعيه و صحة أقواله و ادعاءاته ثم يقدم المُدعى عليه مرافعة دفاعاً لنفي الاتهامات بعضها أو كلها، وينتقل العبء إليه لإثبات دفاعه أو ادعائه المُضاد. فيقع عبء الإثبات على جهة الادّعاء، نظراً لافتراض براءة المُتهم حتى تثبت إدانته. وإذا لم يتمكن الادعاء من إثبات الجُرم، فلا حاجة لأن يقوم المُتهم بإثبات أي شيء. وعلى المُدّعي إثبات قضيته بدليل قطعي، وهو المعيار الأعلى لعبء الاثبات. وهذا يعني أن هناك احتمال بنسبة ٩٠-٩٩٪ بأن يكون المُدعى عليه قد ارتكب الخطأ الذي تسبب بحدوث الضرر ، وفي المُحاكمة المدنية، يقوم المُدعي بما تقتضي قواعد الإجراءات المدنية التي تستخدمها العديد من المحاكم أن يُثبت المدعي قضيته بتقديم دليل مُرجّح، وهو المعيار الأدنى لعبء الاثبات. وهذا يعني أن هناك احتمال بنسبة ٥٠٪ بأن يكون المُدعى عليه قد ارتكب الخطأ الذي تسبب بحدوث الضرر. ليس على المدعى عليه فعل أي شيء للدفاع عن قضيته إذا لم يتمكن المُدعي من إثبات قضيته بدليل مُرجّح. اتبعت في هذا البحث المنهج التاريخي الوثائقي بالرجوع الي المراجع والمصادر المتعلقة بالمادة و المنهج الوصفي التحليلي بشرح المادة شرحا دقيقا ، من النتائج عبء الإثبات في الدعوى يدور مع المدعى حيث دار ومن توصيات البحث نوصى على الاتهام ضرورة أن يقدم من البينات ما يكفي لإثبات دعوته.

Abstract:

The burden of proof in criminal trials is the primary claim in the complaint and bears the initial burden. The defendant then submits a defense case to deny the charges, some or all of them, and the burden is transferred to him to prove his defense or his counter-claim. The burden of proof is always on the prosecution, given that the accused is presumed innocent until proven guilty. If the prosecution cannot prove the crime, then the accused does not need to prove anything. The plaintiff must prove his case with conclusive evidence, the highest standard of burden of proof. This means that there is a 9099%- chance that the defendant has committed the error that caused the damage, and in a civil trial, the plaintiff (Plaintiff) requires that the civil procedure rules used by many courts require the plaintiff to prove his case by providing a probable evidence, which is the standard The minimum burden of proof. This means that there is a 50% probability that the Defendant has committed the error that caused the damage. The defendant does not have to do anything to defend his case if the plaintiff is unable to prove his case by weighted evidence. In this research, I followed the historical documentary approach by referring to the references and sources related to the article, and then the descriptive approach, by explaining the article by an accurate explanation.

مقدمة

الحمد لله الذي خلق الانسان من علق واكرمه وأحسن تكريمه، وفضله علي كثير مما خلق تفضيلا، ثم الصلاة والسلام على خاتم الانبياء إمام المرسلين سيدنا محمد بن عبدالله وعلي اله وأصحابه وسلم.

يُشير مُصطلح عبء الإثبات إلى وجوب تقديم أدلة بشأن موضوع الدعوى ، أي إثبات صحة الأمر موضع النزاع أو دحضه. بحيث يُساعد عبء الاثبات على اتخاذ القرارات القانونية اعتماداً على الوقائع وليس على التخمين. يقع عبء الإثبات في الادّعاء حصر لافتراض

اولاً: أسباب إختيار البحث:

١- توضيح اذا ثار النزاع حول موضوع الدعوى فالقضاء هو الفيصل ، وتسمع دعوى من يدعى ذلك ولكن عليه يقع عبء الإثبات.

٢- تسمع دعوى من ادعي ، ولكنه يقع عليه عبء الإثبات لأنه المدعي (والبينة على المدعي ، واليمين على من أنكر).

٣- عبء الإثبات ليس بأمر هين ولا سيما في الدعوى المدنية

ثانياً: أهمية البحث:

١- يُعتبر عبء الاثبات من اهم الموضوعات في الدعاوي وذلك من أجل إثبات كل قضية

٢- أهم ما يُميز المُحاكمات المدنية في عبء الإثبات ويعتبر أنه قدم إثباتا كاملا على مدعاه، باعتبار أن الواقعة المراد إثباتها ثابتة.

ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف البحث الي بيان الاتي:

١/ معرفة مُصطلح عبء الإثبات ومستواه في الفقه والقانون

٢/ بيان عبء الاثبات ومستواه في المُحاكمات المدنية والمُحاكمات الجنائية

٣/ توضيح وجوب تقديم أدلة بشأن موضوع الدعوى أو التهمة

الجنائية، أي إثبات صحة الأمر موضع النزاع أو دحضه. بحيث يُساعد عبء الاثبات على اتخاذ القرارات القانونية اعتماداً على الوقائع وليس على التخمين

رابعاً: منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج التاريخي الوثائقي بالرجوع الي المراجع والمصادر المتعلقة بالمادة وثم المنهج الوصفي التحليلي بشرح المادة شرحا دقيقاً.

خامساً: مشكلة البحث:

ولا شك أن تعيين من يكلف بتقديم الأدلة، أي من يحمل عبء الإثبات، هي مسألة لها خطورتها في سير الدعوى وفي نتيجتها، وذلك لأن الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات يكون في مركز دون خصمه، هل يملك القاضي حق تعين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات؟.

وتكمن المشكلة في الاتي:

١/ ماهي فائدة عبء الإثبات ؟

٢/ كيفية تعيين من يكلف بتقديم الأدلة، أي من يحمل عبء الإثبات؟

٣/ من يكلف بعبء الإثبات في الفقه الاسلامي ؟

٤/ كيفية تعيين عبء الإثبات في القانون السوداني ؟

سادساً: هيكل البحث:

المبحث الأول: مفهوم البينة و الإثبات

المطلب الاول: **تعريف الاثبات**

المطلب الثاني: تعريف البينة

المبحث الثاني: شروط البينة وعبء تقديمها

المطلب الاول: **شروط البينة**

المطلب الثاني: **عبء تقديم البينة والتمييز بينهما وبين عبء الاثبات**

المبحث الثالث:عبء الإثبات

المطلب الاول: **عبء الإثبات في الفقه الإسلامي**

المطلب الثاني: **عبء الإثبات في القانون السودان**

المبحث الأول

مفهوم البينة و الإثبات

المطلب الاول

تعريف الاثبات

تعريف الإثبات في اللغة: الإثبات لغة من فعل ثبت: وثبت ثبوتاً دام واستقر والاسم ثبت بفتحتين، ومنه قيل للحجة ثبت، ورجل ثبت بفتحتين أيضاً إذا كان عدلاً ضابط، والجمع أثبات مثل سبب وأسباب[١].

وفي القرآن الكريم: ﴿وَإِذْ يَمْكُرُ بِكَ الذِينَ كَفَرُوا لِيُثْبِتُوكَ أَوْ يَقْتُلُوكَ أَوْ يُخْرِجُوكَ . . ﴾[٢].

وجه الاستدلال:

﴿ليثبّوك﴾ بالوثاق أو الحبس او الإثخان بالجرح من قولهم ضربه حتى أثبته لا حراك به ولا براح

فلذا الإثبات في اللغة هو تأكيد الحق بالدليل أو الحجة، يقال أثبت حجته أي أقامها أو وضحها [٣].

تعريف الإثبات في الفقه الاسلامي:

الإثبات في اصطلاح الفقهاء: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أو على واقعة تترتب عليها آثار[٤].

أو هو إقامة المدعى الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه، وهو فعل يصدر من المدعي يبرهن بموجبه على صدق دعواه[٥].

عرف أيضاً بأنه: إقامة الدليل على واقعة قانونية ترتب آثاراً بواسطة الطرق التي حددها القانون[٦].

كما عرف بأنه: إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة من الوقائع[٧].

تعريف الإثبات عند فقهاء القانون:

عرف فقهاء القانون الاثبات بأنه: هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فهو قوام الحق الذي يتجرد من قيمته ما لم يقيم الدليل عليه[٨].

و عرفه البعض بأنه: إقامة الدليل بالطرق المقررة قانوناً على وجود أو صحة واقعة قانونية أثير نزاع

بشأنها[٩].

عرفه أخرون بأنه: هو إقامة الدليل على صحة أمر، وهذه الأدلة تعرف باسم البينات[١٠].

وايضا قيل هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر[١١].

كما عرف كذلك بـ: إقامة الدليل أمام القضاء بالكيفية والطرق المحددة قانوناً على الواقعة القانونية التي تمثل مصدر الحق المتنازع عليه[١٢].

راي الباحث: من خلال التعريفات السابقة يمكن القول (يعتبر الإثبات وسيلة من وسائل الإقناع التي يقدمها الأطراف الدعوى للدفاع عن واقعة معينة تستلزم ذلك فهو إقامة الدليل على وجود واقعة ما ،أو حقيقة قيام الحق وكذا هو كل الطرق التي يلجأ اليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة أقوالهم وادعاءاتهم).

المطلب الثاني

تعريف البينة

تعريف البينة في اللغة:

هي من بان بين بينونته ويقال المرأة عن الرجل بائنة اى انفصلت عنه بطلاق[١٣]. بيّنة، وهي الشهادة، سمّيت بذلك لأنّ بها يتبيّن الحق، وينكشف ما التبس فيما هو مختلف فيه، وجمعت لتنوّعها واختلافها.

والبينة جاءت على وجهين جاءت على وجه الفراق وعلى وجه الوصال ، والوصل بائن بيناً وبينونة هو من الاصدر وشاهد البين الوصل ويكون البين اسماً وظرفاً او على الوجهين معاً[١٤]. والبين بمعنى الفراق والبين الوصل وهو من الاضداد وبين بعيد والواو افصح قما بمعنى البعد ، ويقال بينهما (بدن) أي بعيد والواو بمعنى البعد والبيان الفصاحة واللسان يتبين به الشئ وبان الشئ اتضح أي فهو بين[١٥].

البينة هى الحجة الواضحة وقيل هى كلام الله ورسوله ، كما عرفت

انها اقامة الدليل وهذه الدلالة تعرف بالبينات[١٦].

وتأتى البينة بمعنى الدليل كقوله تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾[١٧] كما تأتى بمعنى الحجة يقال ان الحق بين فهو واضح وبائن أي ظاهر واستبان الشئ أي ظهر والبينة تعنى الشيء الظاهر او الواضح[١٨].

تعريف البينة فى الاصطلاح:

أيضاً يقصد بالبينة أي طريقة يتم بها اثبات او نفى واقعة وهى البينات التي تقدم امام المحكمين او الموفقين[١٩].

وتأتى أيضاً بمعنى أي وسيلة تثبت بها واقعة او تنفى بها واقعة متعلقة بالدعوى امام المحكمة[٢٠] وتأتى ايضاً بمعنى أي وسيلة تثبت بها واقعة او تنفى بها واقعة متعلقة بالدعوى امام المحكمة

وعرفها المشرع السوداني بأنها الوسيلة التي يستخدمها القاضي لاستخلاص الادلة وترجيحها وقد تكون أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والامانة يقدمون ما عاينوا او سمعوا من احداث ، وقد اعتبرت البينة منذ اقدم العصور التاريخية اهم طرق القضاء بعد المعاينة ومنها الوصول الى الحقيقة[٢١].

والدليل الجنائي تعريفه بأنه: (ما يتوصل من خلاله إثبات حكم في القضية الجنائية) والذي يمكننا مثلا من معرفة كيف وقعت الجريمة ومن المسؤول عنها وبذلك نتمكن من إدانة المتهم أو تبرئته ، ولابد من معرفة أن القضية الجنائية لا تنحصر تماما في الجرائم وماهية الدليل الجنائي غير محدودة[٢٢].

ايضاً يقصد بالبينة أي طريقة يتم بها اثبات او نفى واقعة وهى البينات التي تقدم امام المحكمين او الموفقين[٢٣].

المبحث الثاني

شروط البينة وعبء تقديمها

المطلب الاول

شروط البينة

يجب ان تكون الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائزة القبول ، سواءً كانت اعمال قانونية او افعال مادية والمحل القانوني هو مجرد اتجاه الارادة نحو احداث اثر قانوني معين وهو اما يصدر من جانبين او من جانب كما البيع والاجارة وغيرها[٢٤].

ويراد ان تكون كتعلقه بالدعوى لأنها اذا كانت مقطوعة العلة بالدعوى فلا فائدة منها فالخصم الذى يطالب بدين مثلاً يمكنه أن يثبت وفاء هذا الدين ليس دين آخر والوقائع المتعلقة بالدعوى هي الوقائع محل النزاع والوقائع المرتبطة بها من حيث الشكل معها جزء من عملية واحدة[٢٥].

والبينة المنتجة في الدعوى هي التي تؤثر على ثبوت الدعوى او نفيها ولا يجوز للمحكمة في أي من مراحل استبعاد هذه البينة اذا رأت أنها غير منتجة في الدعوى[٢٦]. وتكون البينة مناسبة او سبباً او نتيجة للواقعة محل النزاع او تكشف عن طبيعتها او معناها او مكانها او زمانها او غير ذلك وتبين وتشكل دفاعاً او قصداً أي واقعة محل نزاع والوقائع التي تكون عن أي حالة ذهنية او نية او احساس مما يتصل بالوقائع محل النزاع[٢٧].

يجب ان تبين هوية الاشخاص واحوالهم الجسدية وسلوك علاقاتهم والوقائع المؤثرة على ذلك ما يمكن أن يكون متصلاً بالوقائع محل النزاع ، ويجب أن تبين أن الفعل المعين من نهج سابق مشابه كانت للفعل صلة به من اجل اثبات أن الفعل كان عرضياً أو مقصوداً[٢٨].

ويجب ان تكون منتجة في الدعوى أي يكون من شانها اثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال والواقعة المنتجة في الاثبات هي الواقعة التى تكون قريبة الاحتمال في إثبات الواقعة الأصلية

ويتبين من ذلك أن انتاج الواقعة في الاثبات مرتبة اعلى من تعلق الواقعة بالدعوى فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون بالضرورة منتجة في اثبات مسألة موضوعية يستقل بالعمل فيها قاضى الموضوع إلا من حيث قصور التسبيب. وأخيراً يشترط أن تكون الواقعة المراد اثباتها منتجة في الدعوى وجائزة القبول في الاثبات القانوني ويقصد بذلك الشرط ان تكون الواقعة مما يسمح القانون بإثباته وترفض للسباب التى تكون لها حجية الأمر المقضي فيه فإذا كانت الواقعة المراد اثباها مخالفة للنظام العام والآداب فانه لا يجوز اثباتها مثل أن تكون الواقعة متعلقة بدين[٢٩].

المطلب الثاني

عبء تقديم البينة والتمييز بينها وبين عبء الاثبات

ماهية عبء الإثبات:

عبء الإثبات أنه العامل الحاسم إذا كانت محكمة الموضوع أمام شك، والموضوع لا يشكل عادة صعوبة إذ أن من المتطلبات الجوهرية لكل نظام قضائي الزام الطرف الذي يرغب من المحكمة أن تتخذ إجراء لصالحه، أن يبرهن قضيته على نحو يقنعها. وهذا يعنى بداهة أن عبء إثبات كل الوقائع الأساسية للدعوى يقع على المدعي في القضية ولكن ينبغي أن تؤخذ هذه المقولة على أنها تعني أن عبء الإثبات لا يمكن أن يتحمله الطرف الذي يتقدم بادعاء سلبي. ذلك أنه توجد حالات كثيرة يتولى فيها المدعي الاتهام عبء إثبات النفي[٣٠].

الإثبات ليس بالأمر الهين في الكثير من الحالات، فالبعض يخسر دعواه رغم أنه صاحب حق لأنه عجز عن تقديم الدليل الذي ينتهي إلى إقناع القاضي، ولهذا كان تحديد الشخص الذي يتحمل عبء الإثبات له أهمية بالغة من الناحية العلمية فإلقاء عبء الإثبات على أحد الخصمين يعتبر ميزة للخصم الآخر الذي يكسب الدعوى

دون ما جهد إذا عجز خصمه عن الإثبات، ولذلك أهتم المشرع بتوزيع عبء الإثبات نظراً لما لذلك من أثر بالغ على مركز الخصوم في الدعوى[٣١].

ولا شك أن تعيين من يكلف بتقديم الأدلة، أي من يحمل عبء الإثبات، هي مسألة لها خطورتها في سير الدعوى وفي نتيجتها، وذلك لأن الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات يكون في مركز دون خصمه، إذ يكلف بتقديم الدليل على صحة ادعائه وهذا أمر إيجابي، بينما يقف الخصم الآخر من الدعوى موقفاً سلبياً، وهذا في حد ذاته يعتبر رجحان كفة الثاني على كفة الأول، وثمة تساؤل في هذا المقام يفرض نفسه وهو هل يملك القاضي حق تعين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات؟

فالإجابة على السؤال الأول نقول أن القاضي لا يملك حق تعين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات ، لأن ذلك يتنافى مع مقتضيات مبدأ حياد القاضي، ولكن هذه المسألة يتولاها المشرع نفسه بنص واضح في القانون يمثل قاعدة أو ضابط بمقتضاه يتحدد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات[٣٢].

تقديم البينة والتمييز بينها وبين عبء الإثبات:

يكتسب التميز بين العبأين أهمية خاصة. فعبء تقديم البينة يفرض نفسه على نحو بارز في مرحلة مبكرة من مراحل النظر في القضية، لأنه يتطلب تقديم البينة الكافية التي تبرر لقاضي الاستمرار في سماع القضية، ومن ثم فإنه يعتبر العقبة الأولى، إذ يجب على المدعي كيف كان الحال، أن يقدم قدراً كافياً من البينة، بحيث يمنع القاضي من أن يشطب القضية من تلقاء نفسه أو استجابة لرفع بعدم وجود قضية يمكن الرد عليها، وحتى إذا تجاوز المدعي أو الاتهام هذه العقبة فإنه قد يفشل في مرحلة تالية.

العقبة الثانية هي عبء الإثبات ويتحمل هذا العبء الطرف الذي يخسر

القضية إذ تبين لمحكمة الموضوع بعد مراجعتها لكل البينة أن هناك درجة من الشك المعقول. ففي قضية قتل عمد على سبيل المثال: يجب أن يخسر الاتهام قضيته إذا استقرأت المحكمة شكاً معقولاً يتعلق بقيام المتهم بقتل المجني عليه[٣٣].

ويكون عبء الإثبات حاسماً عندما تطرح كل البينة أمام المحكمة وبالتالي فإن عبء الإثبات يصبح محسوسا، على خلاف عبء تقديم البينة، في مرحلة متأخرة من مراحل النظر في القضية[٣٤]. وقضت المحكمة العليا: (إن كل دعوى متنازع فيها يتعين إقامة البينة الشرعية عليها فالاعتماد على الاستنتاج في إثباتها يعد عيباً في الحكم)[٣٥].

وقضت أيضاً بأنه: (على الاتهام أن يقدم من البينات ما يكفي لإثبات سوء النية لدي المتهم عند استلامه المال المسروق) إن مجرد وجود الشيء المسروق في حيازة المتهم ليس دليلاً قاطعاً على علم المتهم بأن الشيء مسروق[٣٦].

وقضت أيضاً بأنه (أن تقديم البينة التي تكفي لملاقاة عبء الإثبات من واجب الأطراف في الدعوى وليس للمحكمة أن تهرع لمساعدتها أو مساعدة أيهما متى رأت من أيهما تفسيراً في إبراز البينة الضرورية)

تنقل عبء الإثبات: عبء الإثبات في الدعوى يدور مع المدعي حيث دار، فإذا أدعى شخص ديناً على آخر، وجب عليه إثباته، لأنه يدعى خلاف الأصل، فإذا دفع المدعى عليه بالوفاء صار هو مدعياً وعليه إثبات دفعه[٣٧]. على الدائن إثبات الالتزام التخلص منه وذلك لأن الأصل في الإنسان براءة الذمة، فمن يدعي التزام غيره، فإنما يدعي ما يخالف هذا الأصل فيكون عليه إثبات الالتزام.

– ينقل عبء الإثبات للمدعى عليه من خلال افتراض الإهمال على النحو الاتي:

١- ليس من واجب محكمة الاستئناف إصلاح تقصير الخصوم بقبول مناقشة دفوع لم يوردها الخصم نفسه أمام محكمة الموضوع

٢-إذا كانت الألة التي تسببت في الضرر تحت إمرة وحيازة المدعى عليه فان تكييف وقائع الدعوى يقع تحت نظرية افتراض الإهمال (res ipsa loquitur) التي تنقل عبء الإثبات للمدعى عليه لتعليل ما حدث وانه حدث لأسباب لا تمت لإهماله بصلة.

المبحث الثالث

عبء الإثبات

المطلب الاول

عب الإثبات في الفقه الإسلامي

يقصد بعبء الإثبات تكليف أحد المتداعيين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وسمي التكليف بالإثبات أمراً ثقيلاً، لأن من كلف به قد لا يكون مالكاً للأدلة التي يتمكن بها من إقناع القاضي بصدق دعواه[٣٨].

تحمل عبء بالإثبات.

كل نزاع إنما ينشأ بين طرفين، أحدهما مدع والآخر مدعى عليه، وتعيين المدعى عليه، يترتب عليه تكليف أحدهما بالإثبات، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما تبنى عليه مسائل الدعوى، وقد حدد الرسول صلى الله عليه وسلم من يكلف بالإثبات في قوله: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[٣٩] وبالتالي يكون القول قوله مع يمينه، لقوله (صلى الله عليه وسلم) في الحديث المتفق عليه: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)[٤٠].

لذلك احتاج تمييز المدعي من المدعى عليه إلى دقة في النظر وتأمل في معنى الحادثة المعروضة أمام القاضي دون صورتها، والاستعانة بالضوابط التي وضعها الفقهاء للتميز بينهما:

١. المدعي من إذا ترك الدعوى يترك، يعني تنقطع الخصومة

بتركه الدعوى، والمدعى عليه: من إذا تركها يجبر عليها، وفي معناه قولهم: المدعي من لا يجبر على الخصومة ، والمدعى عليه يجبر على الخصومة والجواب وهذا الضابط قال به الحنفية والشافعية في قول والحنابلة في الصحيح عندهم[٤١].

٢. المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك قال به بعض الحنابلة[٤٢].

٣. المدعي من تجرد قوله عن أصل أو معهود عرفاً بصدقه حين دعواه فلذا طلبت منه البينة لتصديقه، كطالب دين على آخر أو جناية أو أدعى على غيره بفعل من الأفعال كطلاق أو قذف، فإن الأصل والمعهود عدم ما ذكر أي أن الأصل في الأشياء العدم.
والمدعى عليه من ترجح قول بمعهود شرعي كالأمانة، فإنه عهد شرعاً أن ربما يصدق في قوله كالوديع وعامل القراض والمساقاة أو أصل كالدين، فإن الأصل عدم الدين[٤٣].

٤. المدعي من يخالف قول الظاهر، وهو براءة الذمة والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، قال الشافعية في القول الأظهر.

هذه هي أشهر الضوابط التي ذكرها الفقهاء للتمييز بين المدعي والمدعى عليه وبالتأمل فيها يتبين لي أن أجمعها وأقربها وأوضحها للتفرقة بين المدعي والمدعى عليه من يوافق ذلك هو ما قاله الشافعية من أن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعي عليه من يوافق قوله الظاهر[٤٤].
لأن البينات شرعت خلاف الظاهر، ويؤيد هذا الترجيح ما جاء في قصة الحضرمي والكندي، جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا

قد غلبني على أرض كانت لأبي قال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) لحضرمي ألك بينة؟ قال: لا قال: فلك يمينة فقال: يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف وليس يتورع من شيء ، قال: ليس لك منه إلا ذلك[٤٥].

فهذا الحديث واضح فيه أن البينة طلبت ممن يدعي خلاف الظاهر، لأن كون الأرض في يده ويقوم على زراعتها أمر ظاهر، فالحضرمي أدعي شغل ذمة الكندي، فيكون بذلك مدعياً خلافاً الظاهر، أما الكندي فقد وافق قوله الظاهر، وهو براءة ذمته فيكون مدعياً عليه[٤٦].

مما سبق: واضح أن البينة تطلب ممن يدعي خلاف الظاهر، لأن عبء الإثبات يقوم على القول(البينة على من ادعى واليمين على من انكر).

إلقاء عبء الإثبات على المتنازعين معاً:

قد يتساوى موقف كل من طرفي الدعوى من غير أن يكون لأحدهما حجة على الآخر، كما لو تنازع اثنان في ملكية عين بيد شخص ثالث وقد سلم لهما بعدم ملكيته لهذه العين، ولكنه لا يعرف من منهما مالكها، ففي هذه الحالة وما أشبهها يقع عبء الإثبات عليهما معاً وتقبل البينة، أهدرتا وعول إلى الترجيح بينهما فإن تعذر الترجيح، قسمت العين بينهما مناصفة، أو وقفت طلباً لما يرجح إحدى البينتين أو أقرع بينهما على الخلاف في ذلك[٤٧].

قررت المحكمة العليا السودانية، من أنه: (عندما يكون كل من الخصمين مدعي ومدعى عليه في آن واحد فيجوز أن يضم كل منهما البينة على دعواه)[٤٨].

وجاء في نيل الأوطار: (فقسمة النبي (صلى الله عليه وسلم) بينهما

نصفين). فيه أنه لو تنازع رجلان في عين، دابة أو غيرها، فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه، ولم يكن بينهما بينة، وكان العين في يدهما فكل واحد مدع في نصف ومدعى عليه في نصف، أو أقاما البينة، كل واحد على دعواه[٤٩].

المطلب الثاني

عبء الإثبات في القانون السوداني

من الملاحظ أن قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م لم يشتمل على جميع قواعد الإثبات الشكلية، الأمر الذي يدعو إلى التماس هذه القواعد في قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م ، والتي تبين مراحل نظر الدعوى، ومنافسة الخصوم وتقديم مذكرات تكميلية لتحديد نقاط النزاع وسماع الدعوى، وتكليف الشهود بالحضور والفصل فيها. ولما كان عبء الإثبات في القانون السوداني يتميز ببعض القواعد الخاصة، فقد نصت المادة الرابعة من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م على عدة قواعد منها:

١. الأصل في المعاملات براءة الذمة والبينة على من يدعي خلاف ذلك وأيضاً قاعدة (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، والأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة، والأصل في الحقوق العينية صحة الظاهر والبينة على من يدعي خلافه[٥٠].

٢. أما قانون الإثبات لسنة ١٩٩٣م، لم يفرد لعبء الإثبات مواد منفصلة كما هو شأن قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م والملغى بل استخلاص عبء الإثبات من خلال القواعد الأصولية. فنصت المادة (٥) في فقرتها (أ) على أن (الأصل في المعاملات براءة الذمة والبينة على من يدعي خلاف ذلك).

ترمي هذه القاعدة إلى أن الأصل براءة الذمة لأن المرء يولد دون أن

يكون محملاً بالالتزام وأن ما يتحمله من التزامات ويتعلق به من مسؤوليات إنما هي أمور عارضة والأصل فيما يعرض من الأمور العدم ولذا قالوا قاعدة الأصل فيما يعرض من الأمور العدم، كما قالوا البينة عند الإنكار على المدعي إذ بالإنكار يبقى الأصل وهو براءة الذمة[٥١].

كما نجد في نفس المادة الخامسة (د) الأصل صحة الأحوال الظاهرة والبينة على من يدعى خلاف ذلك وأيضاً في الفقرة (هـ) الأصل فيما ثبت بزمان بقاءه على ما كان عليه والبينة على من يدعي زواله أو تحوله والفقرة (ج) الأصل في أحوال البالغ السلامة وحرية التصرف والبينة على من يدعي أي عارض على أهليته أو قيام ولاية عليه.

أما بشأن المستوى الإثبات، فالقاعدة العامة في القضايا المدنية أن مستوى الإثبات يكون بترجيح البينات ،وأما الإثبات في القضايا الجنائية فيكون فوق مرحلة الشك المعقول وذلك وفقاً للمسائل الجنائية.

أن عبء الإثبات أصبح ميسراً ولكنه أصبح واقعياً ومعتمداً على ظروف كل قضية.

أن عبء إثبات أي من هذه الدفوع كما جرى وتواتر واستقر القضاء لا يطلب من الدفاع قطع الشك انما يكفي ترجيحه لصالحه أو خلق شك معقول يحمل المحكمة علي الاعتقاد بأن المتهم يستحق ذلك الدفع في قضية حكومة السودان ضد دون دينج كوال المشار إليها قضت المحكمة العليا بأن الإثبات المطلوب من المتهم عند اشارة دفوع المادة ٢٤٩ من قانون العقوبات هو أن يبرر قضية مقبولة ولكن لا التزام عليه في إثباتها فوق مرحلة الشك المعقول وفي قضية حكومة السودان ضد الجاك مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٨ م ص ٣٥٥ قضت المحكمة العليا بأنه لا يلزم المحكوم عليه بثبات الدفع تحت المادة ٢٤٩ عقوبات فوق مرحلة

الشك المعقول إنما يكفي طرح أدلة يمكن أن يستخلص منها استخلاصا سائغا عناصر ذلك الدفع وعن إثبات الدفع لأول على وجه الخصوص من هذه الدفوع تحت المادة ٢٤٩ عقوبات قضت المحكمة العليا في قضية حكومة السودان ضد وول نو أدوير بأنه ليس على المتهم إثبات دفع الاستفزاز الشديد المفاجيء وراء مرحلة الشك المعقول بل يكفي أن تنشأ الظروف والملابسات والقرائن التي ترجح صحة روايته.

وقضت المحكمة العليا ورثة أحمد سعيد باعشر ضد ورثة محمد سعيد باعشر النمرة: م ع / ط م/ ٨٠/١٩٩٤م (يجوز توزيع نقطة النزاع الواحدة إلي قسمين بحيث يتحمل كل طرف عبء إثبات النقطة إذ أنها بصيغة مختلفة والإجراء الصحيح أما أن تكون النقطة حول ما ادعاه المدعي أو المدعى عليه ويقع عبء الإثبات على أحدهما فقط).

وهذا يعنى أن الطرف الذي عليه عبء الإثبات في المسألة المعنية سيخسر تلك المسألة إذا لم تعتبر محكمة الموضوع في نهاية المحاكمة أن مستوى الإثبات الصحيح قد نجح الطرف المعنى في الوفاء به[٥٢].

وجاء في استئناف بالرقم م أ/أ س ج/٢٩١/١٩٩٥م الصادر من (محكمة استئناف ولاية الخرطوم).

المبادئ:

١- بينة خبراء الخطوط تربة خصبة للأخطاء إذ أن مضاهاة الخطوط ماهي إلا بينة رأى ولا يمكن جعل بينة الخطوط أساساً لإدانة المتهم ما لم تكن هناك بينات أخري تعضدها فمرور الزمن والإصابة بأى مرض قد يؤثر في طريقة الكتابة وهناك احتمال آخر إذ قد يتشابه خط شخصين تشابهاً يصعب معه التأكد من الكاتب الأصلي.

٢- مما ورد في كتب الفقه وما استقر عليه القضاء من أحكام أن بينة

خبير الخطوط ضعيفة ورغم أنها بينة رأي إلا أنها تستقر في أدني الهرم من حيث ترتيب بينات الآراء الأخرى كالتقارير الطبية وبينات خبراء المعامل والبصمات فلا يجوز الركون إلي بينة خبير الخطوط إذا كان هناك أي بينة أخري – ولو كانت ظرفية – تشير إلي صحة المستند.

القول أن جريمة التزوير لابد من توافر ركنيها المادي والمعنوي ويقع علي الاتهام عبء إثبات ذلك دون مرحلة الشك المعقول وليس علي الدفاع عبء إثبات أن شخصاً معيناً قد قام بالتزوير أو بتحرير المستند أو إبرامه. وعلي الإتهام وحده إثبات أن المتهم وحده هو الذي قام بتحرير المستند الكاذب وعن سوء قصد ويقصد الغش.

على المدعي أن ينهض بعبء الإثبات لكل ما يقع على عاتقه وعلى المدعى عليه أن يهز بينة المدعي إذا استطاع إلى ذلك سبيلاً مشروعاً وهذا ما تؤكده المادتان (٤٨) و (٤٩) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٣م – أن القرينة القانونية لا يقبل تعضيدها لأنها مسألة قانونية موضوعية "Substantive Law" ولا علاقة لها بقانون الإثبات.

علي ضوء ما تقدم وبعد أن أعدت النظر وأرجعت البصر كرتين أجد صعوبة شديدة في الركون إلي بينة الإتهام وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: عول الإتهام علي بينة خبير الخطوط وجعل منها المرتكز الأساسي لتأسيس قضية الإتهام وعليه أري أنه من نافلة البيان أن نتناول هذه البينة " بينة خبير الخطوط بشيء من الرد والتفصيل من واقع ما ورد في كتب الفقه المقارن وما استقر عليه القضاء من أحكام إذ أجمع الرأي علي أنها بينة ضعيفة ورغم أنها بينة رأي إلا أنها تستقر في أدني الهرم من حيث

ترتيب بينات الرأي ونظر إليها الفقه والقضاء بريبة كبيرة وفي بعض الأحيان تم رفضها نهائياً وهي ليست من البينات التي يعول عليها القضاء كثيراً في تأسيس أي قضاء بالإدانه وجري العمل علي استبعادها متى ما وجدت بينات أخرى حتي ولو كانت ظرفية تناهضها وتعارضها فهي تختلف عن بينات الرأي الأخرى كالتقارير الطبية وبينات خبراء المعامل والبصمات فهي تقع في أسفل الهرم إذا أخذناها على علاتها مع البينات الأخرى.

لقد شن الكاتب العالم ساركار في سفره "في الإثبات" هجوماً عنيفاً على بينات خبراء الخطوط وأفرد لذلك فصلاً كاملاً في صفحة (٥١١) إلي صفحه (٥١٥) "أنظر نفس المرجع طبعة سنة ١٩٧١م".

كذلك تعرض لها الكاتب العالم البروفسير قلانفل في كتابه (the preef of gilt) وتعرض لها بالنقض الشديد عندما قال فيما ترجمته (علي ص ٥١١).

" إن بينة الرأي وعلى وجه العموم يجب أن تقبل بحذر شديد إلا أنه ليس من بينة كان القضاء أكثر فيها حذراً من بينة خبير الخطوط إن هؤلاء السادة يقفون في أبراجهم الخاصة محاولين دائماً ترك انطباع في ذهن القضاء باللجوء إلي الحديث عن درجة ضغط القلم وطريقة استعماله ومداه ولحظات انقطاعه والزوايا التي يأخذها الخط وحركة اليد وربط الأحرف والجمل وخلافها من التفاصيل عديمة الجدوى.

خاتمة

الحمد لله الذي خلق الإنسان من علق واكرمه وأحسن تكريمه، وفضله على كثير مما خلق تفضيلاً ثم الصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وإمام المرسلين سيدنا محمد بن عبدالله وعلى اله وأصحابه وسلم.

يشير موضوع عبء الإثبات إلى وجوب تقديم أدلة بشأن موضوع الدعوى المدنية أو التهمة الجنائية، أي إثبات صحة الأمر موضع النزاع أو دحضه.

توصل الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات

نتائج البحث:

١/ في الدعوى المدنية، يقوم المُدعي (Plaintiff) بالادعاء الأساسي في القضية ويتحمل عبء الأثبات.

٢/ في الدعوى الجنائية، فيقع عبء الإثبات دائماً على جهة الادّعاء، نظراً لافتراض براءة المُتهم حتى تثبت إدانته.

٣/ أن تعيين من يكلف بتقديم الأدلة، أي من يحمل عبء الإثبات، هي مسألة لها اهميتها اذ يبنى عليها الحكم فيخسر الطرف دعواه ان فشل بالوفاء بالقيام بها.

٤/ الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات يكون في مركز دون خصمه

٥/ عبء الإثبات في الدعوى يدور مع المدعي حيث دار.

توصيات البحث:

١/ نوصي القاضي الاهتمام أكثر بمجال عبء الإثبات واهتمام بقواعده التي تعتبر الأساس في جميع الدعاوى

٢/ نوصي القاضي السماح لاطراف الدعوى أن يقدم من البينات ما يكفي لإثبات دعواهم

٣/ نوصي المشرع أن يضع نصاً بصورة واضحة للقواعد المتعلقة بعبء الأثبات بالاستفادة أن يحدد ويبين كيفية الإستفادة الادعاء تقديم بينة بقدر كافياً بحيث يمنع القاضي من أن يشطب الدعوى

٤/ نوصي الطرف الذي عليه عبء الإثبات أن يجتهد فيه، وهذا يعني أن الطرف الذي عليه عبء الإثبات في المسألة المعنية سيخسر دعواه اذا فشل.

الهوامش

- أستاذ مشارك، كلية القانون، جامعة الإمام المهدي، السودان.

١. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : لأحمد بن على بن محمد الفيومي ، المتوفي سنة ٧٧٠هـ ، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي ، بدون رقم وسنة طبعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ص٢٦.

٢. سورة الأنفال، الآية ٣٠.

٣. تفسير البيضاوي المسمى "أنوار التنزيل وأسرار التأويل"، لأبي الخير عبد الله بن عمر البيضاوي، ت: ٧٩١هـ، دار الفكر، ١٤٠٢هـ.ج ١ ص١٠٣.

٤. لسان العرب : لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، المتوفي سنة ٦٣٠هـ ، بدون رقم وسنة طبعة ، دار صادر ، بيروت ، ج١،ص٤٦٨.

٥. أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، د. أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٨.

٦. موسوعة الفقه الإسلامي، ج٢، ص١٣٦.

٧. نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، د. محمود جمال الدين زكي، القاهرة، طبعة ١٩٧٨م،ج٢،ص٣

٨. موسوعة الفقه الإسلامي الكويتي، العدد الأول، ٢٣٢.

٩. قضاء النقض في الإثبات، سعيد أحمد شملة ، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩٨م، ص٦.

١٠. فلسفة وفقه الإثبات في التشريع السوداني، د. عباس محمد طه الصديق، مطبعة جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، ٢٠٠١م،ص١.

١١. إثبات جرائم الحدود في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، د. بدرية عبدالمنعم حسونة، قام بالمراجعة البروفيسور/ محمد محي الدين عوض، مطبعة جي تاون، الخرطوم، بدون تاريخ طبع، ص٥.

١٢. دروس في قانون الإثبات، د. عبدالودود يحيي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م، ص٨.

١٣. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. همام محمد محمود زهران، دار الجامعية، الإسكندرية،٢٠٠٢م، ص٧.

١٤. القاموس المحيط – مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الطبعة الثالثة ١٤١٣هـ-١٩٩٣م مؤسسة الرسالة بيروت – لبنان – ص ١٥٣٦.

١٥. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية – د. احمد عبد الغفور عطار – دار العلم للملايين ١٠٨٥ ه ج٣– ص ٧٣ .

١٦. لسان العرب – لابن منظور المصري – دار صادر بيروت – لبنان - م ن – ص ٣٦٥.

١٧. قانون الاثبات – د. حيدر عثمان ابو زيد – دون دار نشر – ص ٢٧.

١٨. سورة البينة – الآية ٤.

١٩. قانون الاثبات السوداني فقهاً وقضاء وشرحاً – البخاري عبد الله العجلى - الطبعة الاولى – ص ٢٩.

٢٠. قانون الاثبات السوداني – د. حاج ادم حسن الطاهر – دون دار نشر – ص ١٢.

٢١. دليل القضاء الشرعي اصوله وفروعه – د. محمد صادق بحر العلوم – مطبعة نجف – القسم الثاني – ١٩٧٥م – ص ١٨.

٢٢. الوضع القانوني للبينة في الاثبات الجزئي – د. عمار محمد ربيع – دار الثقافة لنشر والتوزيع – ١٩٩٩م – ٢٥٣ .

٢٣. محاضرات عن البصمات - محمد أحمد البار - مرجع سابق – ص ٢٥.

٢٤. قانون الاثبات السوداني – د. حاج ادم حسن الطاهر – دون دار نشر – ص ١٢.

٢٥. شرح قانون الاثبات السودانى – تطبيقاً وفهاً – د.بدرية عبد المنعم حسونة – ص ٤٥.

٢٦. قانون الاثبات السودانى – د. عثمان حيدر ابو زيد – مرجع سابق – ص ٥١.

٢٧. المادة (١١) من قانون الاثبات السودانى لسنة ١٩٩٤م – ص ٨.

٢٨. قانون الاثبات السودانى – فقهاً وقضاءاً وشرحاً – د. البخارى عبد الله الجعلى – مرجع سابق – ص ٥٦.

٢٩. احكام الاثبات – عباس محمد طه – دون رقم طبعة – ٢٠٠٢م – ص ٦١.

٣٠. قانون الاثبات – د. حاج ادم حسن – مرجع سابق – ص ١٥.

٣١. قانون الاثبات السوداني – د/عبد الله البخاري الجعلي – الطبعة الرابعة ١٩٩٨ مطبعة النيلين ، ودار جامعة ام درمان الاسلامية للطباعة – الخرطوم ،ص٢٨.

٣٢. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.أنور سلطان، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م،، ص٢١.

٣٣. فلسفة وفقه الإثبات في التشريع السوداني، د. عباس محمد طه الصديق، مطبعة جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، ٢٠٠١م ، ص٤١.

٣٤. حكومة السودان ضد عباس محمد سلام، مجلة الأحكام القضائية ١٩٧٣م، ص٢٥٥، وحكم ايضاً بأن العدالة (تقتضي أن يعوض الاتهام كل ما في حوزته من بينات سواء كانت لصالح الاتهام أو الدفاع، أنظر حكومة السودان ضد محمد صديق يكين، مجلة الأحكام القضائية١٩٧٥م، ص٤٨.

٣٥. قضية حضانة ، مجلة الأحكام القضائية ١٩٨٢م، ص١٧.

٣٦. حكومة السودان ضد مصطفى عبدالغني، نشر الأحكام القضائية، ١٩٧٩م، ص٨٩.

٣٧. الإثبات بين الازدواج والوحدة، د. محمد محي الدين عوض، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٧٤م، ص٥٠.

٣٨. ابريز احمد على -مستأنفة ومدعى عليها /ضد /محمد آدم ادهم مستأنف ضده ومدعي م أ /ا ن/٦٧٨/٧٠- مجلة الأحكام القضائية ١٩٧٠م، ص٩٥.

٣٩. الاثبات في المواد المدنية والتجارية د/عبد المنعم الصدا – منشاة المعارف الاسكندرية – مصر، ص٤٥.

٤٠. الأحكام القضائية، ١٩٧٥م، ص١١٢.

٤١. أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، د. أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٢٦.

٤٢. السنن الكبرى – البيهقي – ١٣٥٤هـ - دار المعرفة بيروت – لبنان ،٢٥٢/١٠.

٤٣. صحيح مسلم كتاب الأقضية باب(اليمين على المدعي عليه)، سنن أبو داود، للإمام الحافظ أبي داود سليمان، مطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م في أول كتاب الأقضية باب(اليمين على المدعي عليه) ، ج٢، ص٣٠٥، والسنن لكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبينات باب (البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه) ٢٥٢/١٠، سنن الترمذي كتاب الأحكام، باب(ما جاء في أن البينة على المدعي ٦٢٦/٣.

٤٤. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لابن عبد الرفيع الرفيع المالكي ، طبعة بولاق . علي بن خليل الطرابلسي ص٥٣، تكملة الفتح على الهداية،ج٦، ص١٣٨، المغني لشرح الكبير – ابن قدامة – الطبعة الاولي – ١٤١٦هـ ١٩٩٦م دار الحديث – القاهرة ،ج١٢، ص١٦٢.

٤٥. المغني لشرح الكبير – ابن قدامة ،مرجع سابق ج١٢، ص١٦٢.

٤٦. بُلْغَة السالك لأقرب المسالك . لأحمد بن مُحَمَّد الصَّاوي المالكي الخَلْوَتي . ت ١٢٤١ هـ طبعة دار المعارف . مصر . ط١ . ١٩٧٢ . ١٩٧٤ م ، ج٢،ص ٣٣٧-٣٣٨.

٤٧. أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، د. أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص٢٩.

٤٨. صحيح مسلم في كتاب الإيمان، باب (وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فأجره النار) ٧٠/١، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الدعوى والبينات باب (الرجلين يتنازعان المال وما يتنازعان في يد أحدهما) ٢٥٤/١٠، سنن الدار قطني في كتاب (الأقضية والحكام) ٢١١/٤.

٤٩. نيل الأوطار، بشرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الإمام القاضي محمد بن على بن محمد الشوكاني، طبع شركة مكتبة، مصطفى البابي الحلبي، مصر، القاهرة، ٣٤١/٨.

٥٠. مغني المحتاج الي معرفة الفاظ المنهاج – للشيخ محمد الخطيب الشربيني – المكتبة الإسلامية – رياض – المملكة العربية السعودية ، ٤٨٠/٤.

٥١. نقض ١٦ لسنة ١٩٧٩م، نشرة الأحكام الشهرية، أبريل، مايو، يونيو، سنة ١٩٧٩م، ص١.

٥٢. رواه أبوداوود في سننه، في كتاب الأقضية باب الرجلين يدعيان شيئاً ٣٠٤/٢، ونيل الأوطار، ١٢٣/٩.

٥٣. أصول الإثبات في القانونين المصري والسوداني، د.ياسين محمد يحيي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠م ص٩٩ وما بعدها.

٥٤. قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٣م، د. حيدر عثمان أبوزيد، بدون طبع، ص١٧.

٥٥. مجلة الأحكام القضائية ١٩٧٧م، ص١٥٥.

٥٦. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٣ ص٢٧٣.

٥٧.مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٩٤م ص١٣١.

٥٨. قانون الإثبات، تشريعاً وفقهاً وقضاء، د. البخاري عبدالله الجعلي، المرجع السابق، ص٣٣.

٥٩. مجلة الأحكام القضائية،١٩٩٥م ص١١٢.

المصادر والمراجع

١. إثبات جرائم الحدود في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، د. بدرية عبدالمنعم حسونة، قام بالمراجعة البروفيسور/ محمد محي الدين عوض، مطبعة جي تاون، الخرطوم، بدون تاريخ طبع.

٢. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د. همام محمد محمود زهران، دار الجامعية، الإسكندرية،٢٠٠٢م

٣. أصول الإثبات في القانونين المصري والسوداني، د.ياسين محمد يحيي،دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٠م

٤. الاثبات في المواد المدنية والتجارية د/عبد المنعم الصدا – منشاة المعارف الاسكندرية – مصر.

٥. الإثبات بين الازدواج والوحدة، د. محمد محي الدين عوض، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٧٤م.

٦. أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، د. أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

٧. القاموس المحيط – مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي الطبعه الثالثه ١٤١٣هـ-١٩٩٣م مؤسسة الرسالة بيروت – لبنان.

٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: لأحمد بن على بن محمد الفيومي ، المتوفي سنة ٧٧٠هـ ، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي ، بدون رقم وسنة طبعة ، دار العلم للملايين، بيروت.

٩. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية – د. احمد عبد الغفور عطار –– دار العلم للملايين ١٠٨٥.

١٠. الوضع القانونى للبينة فى الاثبات الجزئى – د. عمار محمد ربيع – دار الثقافة لنشر والتوزيع – ١٩٩٩م.
١١. السنن الكبرى – البيهقي – ١٣٥٤هـ – دار المعرفة بيروت – لبنان.
١٢. نيل الأوطار، بشرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الإمام القاضي محمد بن على بن محمد الشوكاني، طبع شركة مكتبة، مصطفى البابي الحلبي، مصر، القاهرة
١٣. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.أنور سلطان، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
١٤. فلسفة وفقه الإثبات في التشريع السوداني، د. عباس محمد طه الصديق، مطبعة جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، ٢٠٠١م
١٥. قانون الاثبات السوداني – د/ عبد الله البخاري الجعلي – الطبعة الرابعة ١٩٩٨ مطبعة النيلين ، ودار جامعة ام درمان الاسلامية للطباعة – الخرطوم
١٦. لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المتوفي سنة ٦٣٠هـ ، بدون رقم وسنة طبعة ، دار صادر ، بيروت.
١٧. . نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، د. محمود جمال الدين زكي، القاهرة، طبعة ١٩٧٨م،ج٢.
١٨. موسوعة الفقه الإسلامي الكويتي، العدد الأول.
١٩. قضاء النقض في الإثبات، سعيد أحمد شملة ، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩٨م.
٢٠. .دروس في قانون الإثبات، د. عبدالودود يحيي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.
٢١. قانون الاثبات السودانى – د. حاج ادم حسن الطاهر – دون دار نشر.

٢٢. قانون الاثبات – د. حيدر عثمان ابو زيد – دون دار نشر .
٢٣. سنن أبو داود ،للإمام الحافظ أبي داود سليمان، مطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م في أول كتاب الأقضية باب(اليمين على المدعي عليه) .
٢٤. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ' لابن عبد الرفيع الرفيع المالكي ، طبعة بولاق. علي بن خليل الطرابلسي
٢٥. المغني لشرح الكبير – ابن قدامة – الطبعة الاولي – ١٤١٦هـ ١٩٩٦م دار الحديث – القاهرة
٢٦. بُلْغَة السالك لأقرب المسالك. لأحمد بن مُحَمَّد الصَّاوِي المالكي الخَلْوَتي. ت ١٢٤١ هـ طبعة دار المعارف. مصر. ط١. ١٩٧٢ . ١٩٧٤م.
٢٧. مغني المحتاج الي معرفة الفاظ المنهاج – للشيخ محمد الخطيب الشربيني–المكتبة الاسلامة– رياض– المملكة العربية السعودية.

المرجعية الشرعية والقانونية لمشروع "مسام" لإزالة الالغام

د. محمد سعيد محمد آل ظفران*

مستخلص

تكمن أهمية البحث في،بيان عظمة الإسلام، وأنه دين صالح لكل زمان ومكان، وهو قادر على بيان الحلول الملائمة لكل ما تطرحه المجتمعات من مسائل ومشكلات،أنه يلقي الضوء على خطر الألغام التي تنتشر بكميات كبيرة ، والتي أثقلت كاهل المنشآت الصحية والعلاجية، وتسببت في خسائر اقتصادية للأفراد والمجتمع،لذا هدف البحث تقريب وجهة النظر من موقف الفقه الإسلامي في المسائل المستجدة،بيان أن القوانين والاتفاقيات الدولية المعمول بها تتفق جميعها علي حماية المدنيين من أخطار الألغام الموجهة ضد الأفراد، اتبع البحث المنهج التحليلي الوصفي المقارن، توصلت البحث إلى عدة نتائج منها،تواتر النصوص الشرعية الدالة على أهمية إزالة الألغام الموجهة إلى الأفراد أو المدنيين ، وإن كانت سلاحاً مشروعا من الأسلحة الحربية يستخدم بضوابط مشروعة ،الدور الريادي لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية التى تحقيق الاهداف الاقليمية والدولية، القيام بالواجب الإنساني الذى يعالجة الأضرار التي تصيب البشرية ،وتوفير كل ما يلزم لصون كرامة الإنسان، والحفاظ على حياته، وتنمية قدراته، وتأهيله، وتوفير الخدمات الأساسية له، بما في ذلك التعليم والصحة، واوصت البحث بعدة توصيات منها ،على المجتمع الوقوف على هذه الوجوه الإنسانية التي تبذلها المملكة العربية السعودية ،وخاصة من خلال المبادرات العملية لمركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية ،تعميق ثقافة حماية الإنسانية من مخاطر النزاعات المسلحة أو واستخدام الغازات السامة أو الألغام.

Abstract

The importance of the research lies in the statement of the greatness of Islam, and that it is a valid religion for every time and place, and it is able to show appropriate solutions to all the issues and problems raised by societies. It shed the light on threat posed by mines, which spread with a sizeable amount, and wheiged on health and treatment facilities, and caused economic losses for individuals and society, so the aim of the research is to bring the point of view closer to the position of Islamic jurisprudence about emerging issues, indicating that the applicable laws and international agreements had all agreed on protecting civilians from dangers of mines directed against individuals. The researcher followed the analytical , descriptive, and comparative approach, the results of this study are: The frequency of legal texts indicating the importance of removing mines directed towards individuals or civilians, even if they are a legitimate weapon of war, they shall use with legitimate controls, the pioneering role of the King Salman Center for Relief and Humanitarian Action in achieving regional and international goals, carrying out the humanitarian duty that deals with the damage that befalls humanity and provide everything necessary to preserve human dignity, preserve life, develop capabilities, rehabilitate, and provide basic services, including education and health, and The research recommends the following: The society should appreciate these humanitarian aspects that the Kingdom of Saudi Arabia provides, especially through its practical initiatives of the King Salman Center for Humanitarian Aid and Relief, spreading the culture of protecting humanity from dangers of armed conflicts, the use of poisonous gases, and mines.

مقدمـــة

إن المؤمن في معترك الحياة تكتنفه الكثير من الأزمات ،التي تنال من حريته وقدرته على أن يحيا حياة كريمة ،ومن رحمة الله تعالى بنا أن تعَّبدنا بتعاليم الإسلام السمحة وابتعث لصلاح البشرية رسول رب العالمين ،المرسل من الله تعالى رحمة للعالمين ،بشريعة غراء قوامها مراعاة حق الإنسانية أن تحيا حياة آمنة ومطمئنة ،في ظل كنف التعايش السلمي والأمن المجتمعي.

وقد وجد في هذا الشأن الكثير من الاتفاقيات والقوانين الدولية التي تهدف إلى حماية الإنسانية –وخاصة المدنيين– من شرر هذه الحروب بهدف إيقاظ الضمائر ،،وبيان ما يجب أن تكون عليه العلاقة الدولية،وخاصة في النزاعات المسلحة التي يئن العالم من شررها ؛لينعم الجميع بقوانين العيش في سلام وإخاء ومودة ونئام ،وتحقن الدماء، وتصان مقدرات البناء والتنمية، سيراً على هدي سيد الأنام ،الذي رغب أصحابه في كراهية لقاء العدو، «أَيُّهَا النَّاسُ، لاَ تَتَمَنَّوْا لِقَاءَ العَدُوِّ، وَسَلُوا اللَّهَ العَافِيَةَ "[1]، وهي دعوة كانت– ولازالت– تأخذ بها الاتفاقيات والقوانين الدولية بهدف إيقاظ الضمائر وتنبيهها بأن الاحتكام إلى مبادئ الإسلام السمحة فيه الخلاص والنجاة،وأن التلاحم والتآخي تحت مظلة تعاليم الأديان السماوية يُجنب العالم جميعاً آفة التقاتل والتخريب والتدمير،ليحيا الجميع في رغد من البناء والتعمير.

واستجابة للدور الريادي في المجال الإنساني الذي باتت تتبؤأه المملكة العربية السعودية ،في ظل قيادتها الرشيدة (خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز وولي عهده الأمين،محمد بن سلمان–حفظهما الله تعالى بحفظه الجميل) جاءت فكرة مشروع "مسام" لمساعدة الشعب اليمني للتغلب على المآسي الناجمة عن

انتشار الألغام والعبوات الناسفة في العديد من المحافظات اليمنية وتمكينه من العيش بسلام ، وأن يضمن له الأمن والأمان، انطلق المشروع في منتصف يونيو ٢٠١٨ تحت مظلة مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية لنزع الألغام في اليمن بخبرات سعودية وخبراء عالميين وكوادر يمنية دُربت على إزالة الألغام التي زرعتها ميليشيات الحوثي بشكل عشوائي في الأراضي اليمنية بمختلف أشكالها وصورها.

أهمية هذا البحث:

بيان عظمة الإسلام، وأنه دين صالح لكل زمان ومكان، وهو قادر على بيان الحلول الملائمة لكل ما تطرحه المجتمعات من مسائل ومشكلات.

أنه يلقي الضوء على خطر الألغام التي تنتشر بكميات كبيرة ، والتي أثقلت كاهل المنشآت الصحية والعلاجية، وتسببت في خسائر اقتصادية للأفراد والمجتمع.

العنف المنظم الذي تمارسه جماعة منظمة أو غير منظمة ضد جماعات أخرى أو أفراد من المجتمع يعطيها الهيمنة على هذه الجماعة.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى :

تقريب وجهة النظر من موقف الفقه الإسلامي في المسائل المستجدة.

بيان أن القوانين والاتفاقيات الدولية المعمول بها تتفق جميعها علي حماية المدنيين من أخطار الألغام الموجهة ضد الأفراد.

الحياة الآمنة حق إنساني يقتسمه الجميع، ولا يختلف باختلاف البلاد أو معتقد العباد.

منهج البحث المتبع:

اتبع البحث المنهج التحليلي الوصفي المقارن.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: **المرجعية القانونية لحماية المدنيين من الألغام والعمل على إزالتها.**

المطلب الأول: **التعريف بالقانون الدولي الإنساني.**

المطلب الثاني: **موقف القانون الإنساني من زراعة الألغام الأرضية المضادة للأفراد.**

المطلب الثالث: **مشروعية حق المدنيين في الحياة الأمنة بعيداً عن الأضرار أو المخاطر.**

المبحث الثاني: **أهم معالم مشروع "مسام" لإزالة الألغام الذي اطلقه: مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في يونيو ٢٠١٨م .**

المطلب الأول: **النزعة الإنسانية هي الدافع ألاساسي مشروع مسام اتطهير الأراضي اليمنية من الألغام.**

المطلب الثاني: **الية عمل فريق المشروع.**

المطلب الثالث: **ما تم انجازه من نزع الألغام منذ بداية المشروع.**

المطلب الرابع: **خدمات المركز لضحايا الألغام.**

المطلب الخامس: **ضحايا عمليات زرع الألغام والخدمات المقدمة لهم.**

المطلب السادس: **أهمية التحديات التى واجهت المشروع.**

المبحث الثالث: **المرجعية الشرعية لوجوب نزاع الألغام حماية للمدنيين من ضررها كواجب ديني وإنساني.**

المطلب الأول: **نظرة الإسلام للحرب بصورة عامة.**

المطلب الثاني: **التوصيف الفقهي لعملية زرع الألغام كوسيلة قتالية.**

المطلب الثالث: **حكم استخدام الغازات السامة في الحرب والنزاعات المسلحة**

الخاتمة: أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

المرجعية القانونية لحماية المدنيين من الألغام والعمل على إزالتها

المطلب الأول

التعريف بالقانون الدولي الإنساني

عرفت اللجنة الدولية للصليب الأحمر القانون الدولي الإنساني بأنه :مجموعة القواعد الاتفاقية أو العرفية المنشأ التي تستهدف على وجه التحديد تسوية المشكلات الإنسانية المترتبة مباشرة على النزعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، والتي تفيد لأسباب إنسانية حق أطراف النزاع في استخدام سبل ووسائل الحرب محل اختيارها والتي تحمي الممتلكات والأشخاص المتضررين أو المحتمل تضررهم من النزاع[٢].

وينظم القانون الدولي الإنساني العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية وغيرها من رعايا القانون الدولي العام،ويتكون من قواعد تسعى في أوقات النزاع المسلح أو لأسباب إنسانية إلى حماية الأشخاص الذين لايشاركون أو الذين كفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية ،ولتقييد وسائل وأساليب الحرب[٣].

قواعد مبادئ الإنسانية في النزعات المسلحة المقررة وفق قواعد القانون الدولي الإنساني:

يجب على أطراف النزاع في كل الأوقات التمييز بين المدنيين والمقاتلين بغية تجنب إلحاق الأضرار بالسكان المدنيين والممتلكات المدنية .ولايجوز مهاجمة السكان المدنيين في مجموعهم ولا المدنيين كأفراد.ويمكن شن الهجمات فحسب ضد الأهداف العسكرية ،وليس لدى الأطراف في أي نزاع حق غير مقيد في اختيار أساليب وسائل الحرب.ويُحظر استخدام أسلحة او أساليب حرب عشوائية الأثر، مثل استخدام تلك

الأسلحة وتلك الأساليب التي يحتمل أن تُسبب أضراراً زائدة أو آلامًا لا لزوم لها.

يحظر جرح أو قتل عدو بعد استلامه أو من كف عن المشاركة في القتال. ومن ثم يحق للأشخاص الذين لايشتركون أو الذين كفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية أن ينالوا احترام حياتهم وسلامتهم البدنية والعقلية ويجب حماية مثل هؤلاء في جميع الأحوال وأن يعاملوا معاملة إنسانية دون أي تمييز لايخدم الغرض .

يجب البحث عن الجرحى والمرضى وأن يتم جمعهم والاعتناء بهم في أقرب وقت تسمح به الظروف وتوفير الأفراد العاملين في الخدمات الطبية والمرافق الطبية ووسائل النقل والمعدات .ويعتبر شكل الصليب الأحمر أو الهلال الأحمر أو البلورة الحمراء مرسوماً على خلفية بيضاء هو العلامة المميزة الدالة على ضرورة احترام هؤلاء الأشخاص والأعيان.

يحق للمقاتلين والمدنيين الأسرى الذين يجدون أنفسهم تحت سلطة طرف معادٍ احترام حياتهم وكرامتهم وحقوقهم الشخصية ومعتقداتهم السياسية والدينية وغيرها.و يجب توفير الحماية لهم من جميع أعمال العنف أو الانتقام ويحق لهم تبادل الأخبار مع عائلاتهم وتلقي المساعدات .ويجب احترام الضمانات القضائية الأساسية لهم في أية إجراءات جنائية ضدهم[٤].

يحظر عدد من وسائل الحرب على وجه التحديد بموجب القانون الدولي الإنساني للمعاهدات والقانون الدولي الإنساني العرفي ،ومن أمثلة ذلك:

أ. **السلب:** يحظر السلب –أي الاستيلاء بقوة من رعايا العدو على الممتلكات الخاصة من جانب الجيش المغير أو الغازي.

ب. **التجويع:** يحظر تجويع السكان المدنيين كأسلوب للحرب. كما يحظر شن الهجوم

أو التدمير أو الإزالة أو إتلاف أشياء ضرورة لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين

ج. **الغدر:** يحظر قتل العدو أو اصابته بجروح أو أسره باللجوء إلى الغدر. كما يحظر التظاهر بالإصابة أو بجروح أو المرض بغية مهاجمة المحارب من العدو. وتعنبر غير محظورة عمليات خداع الحرب ،أي الأفعال المقصود بها إرباك العدو والتي لا تنتهك القانون الدولي. وذلك مثل استخدام التمويه والشراك الخداعية وعمليات التضليل وترويج المعلومات الخاطئة[٥].

ولا خلاف في أن مبدأ الإنسانية في نطاق العلاقات الدولية في ضوء السنة النبوية هو مفتاح الحماية للمدنيين في النزعات المسلحة ،وهو الأمر الذي حمل رئيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر (السيد/ لوكا بيتر يديس- رئيس بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر في النيجر) أن يعلن في (٢٥/نوفمبر ٢٠١٥م)إلى القول: "في الوقت الذي تضاعف فيه عدد الأزمات الإنسانية المرتبطة بالنزعات المسلحة والعنف ،علينا أن نوسع دائرة الحوار والقانون الدولي الإنساني ليشمل القواعد الأخرى مثل الشرع والفقه الإسلامي لكي نوفر للضحايا حماية أوسع نطاقاً وأكثر فاعلية قدر الإمكان"[٦].

المطلب الثاني

موقف القانون الدولي الإنساني من زارعة الألغام الأرضية المضادة للأفراد

اللغم هو: حشوة متفجرة معدة للاستعمال ضد الآليات، أو الأشخاص ،ويتفجر بالمرور عليه بواسطة تيار سلكي أو لا سلكي، أو بمرور الوقت .وعرفه بعضهم بأنه ذخيرة تكون مصممة لتوضع تحت سطح الأرض أو تحت رقعة سطحية أخرى أو فوق أو قرب أي منهما

وتنفجر بفعل وجود شخص أو مركبة عندها أو قريبًا منها أو مس أحدهما لها[٧].

ويارد باللغم المضاد للأفراد:

اللغم المصمم للانفجار بفعل وجود شخص عنده أو قريبًا منه أو مسه له، ويؤدي إلى شل قد ارت أو جرح أو قتل شخص أو أكثر[٨]

لقد لعب القانون الدولي الإنساني دوراً مهمًا في نشوء عدد من المبادئ التي عالجت بمجملها مشروعية استعمال بعض أنواع الأسلحة، تلك المبادئ التي قامت بأساسًا على فكرتين اثنتين، الأولى منهما تتمثل بالإنسانية التي يجب أن لا يغفل عنها العسكريون وصناع القرار السياسي، والثانية فكرة استقرار الدول وأمنها والذي عادة ما يعبر عنه بالضرورة العسكرية"[٩]

لقد مر التأريخ الإنساني بم ارحل وحقب مختلفة، اعتمد القانون الدولي الإنساني أولا على عدم تقييد استخدام طرق ووسائل القتال دون استثناء ما دامت تمثل وسيلة للدفاع عن السيادة الوطنية والمصالح العليا للدول، حيث كانت الأوامر تقضي باستعمال وسائل وطرق القتال نابعة عن إرادة الحاكمين.

لقد مثلت هذه الفكرة أساسًا ا يعتد به دون الالتفات إلى الآثار مفرطة الضرر والآلام التي لا مبرر لها والتي تصاحب استعمال أنواع معينه من الأسلحة، إلا إن الفظائع التي ارتكبت بحق الإنسانية، أظهرت الحاجة الملحة إلى إعادة النظر في تلك المبادئ ومراجعتها طبقًا لمبادئ إنسانية استقرت في عادات وتقاليد الشعوب المتحضرة التي ترفض إطلاق العنان للقوات المتحاربة في استعمال ما تشاء من أسلحة[١٠] .

لذا يأتي دور المملكة العربية السعودية في معاونة الشعب اليمني التخلص من مضار الألغام استجابة لواجبها الديني والإنساني من جانب .وانطلاقاً

من احترام العهود والمواثيق الدولية، وخاصة تلك الاتفاقيات التي تحظر الألغام التي تم التوقيع عليها في ٣ديسمبر ١٩٩٧م، والمادة (٣) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في (١٠/١٢/١٩٤٨م)التي نصت على أن: لكل فرد الحق في الحياة والحرية والمن على نفسه ".ولم يخف العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية هذا الحق ،غذ نصت المادة (٦) منه على أن:" الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان ،وعلى القانون أن يحمي هذا الحق ،ولايجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً .

وتحظر المادة (٥٠) من اتفاقية جنيف الأولى، والمادة (٥١) من اتفاقية جنيف الثانية، والمادة (١٣٠) من الاتفاقية الثالثة، والمادة (١٤٧) من اتفاقية جنيف الرابعة جميع أعمال القتل المتعمدة ضد أشخاص محميين مدنيين وغيرهم .وتنص اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج الألغام المضادة للأفراد في مادتها الثانية بـ " تتعهد كل دولة طرف بألا تقوم تحت أي ظرف بـ: استعمال الألغام المضادة للأفراد.

استحداث أو أنتاج الألغام المضادة للأفراد أو حيازتها أو الاحتفاظ بها أو نقلها إلى أي مكان ،بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

بمساعدة او تشجيع او حث أي كائن بأي طريقة ،على القيام بأنشطة محظورة على دولة طرف بموجب هذه الاتفاقية.

تتعهد كل دولة طرف بأن تدمر جميع الألغام المضادة للأفراد أو تكفل تدميرها طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية .

كما تنص المادة (٥) من الاتفاقية على تدمير الألغام المضادة للأفراد في المناطق الملغومة على :

تتعهد كل دولة طرف بتدمير او ضمان تدمير كل الألغام المضادة للأفراد في المناطق الملغومة المشمولة بولايتها أو الخاضعة لسيطرتها، في

أقرب وقت ممكن ،على ألا تتعدى ذلك عشر سنوات من بدء تنفيذ الاتفاقية بالنسبة إلى تلك الدول الطرف.

تبذل كل دولة طرف كل جهد لتحديد جميع المناطق المشمولة بولايتها أو الخاضعة لسيطرتها التي يعرف أو يشتبه في أنها مزروعة بالألغام المضادة للأفراد، وتقوم في أقرب وقت ممكن بضمان وضع علامات حول الحدود الخارجة لكل حقول الألغام المضادة للأفراد في المناطق الملغومة المشمولة بولايتها أو الخاضعة لسيطرتها، وضمان رصدها وحمايتها بسياج أو غيره من الوسائل، لكي تكفل فعلياً استبعاد المدنيين من دخولها، متمشياً، على الأقل مع المعايير المحددة في البروتوكول المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام والفخاخ المتفجرة والأجهزة الأخرى، بصيغته المعدلة في ٢١ أيار / مايو ١٩٩٦م والمرفق باتفاقية حظر أو تقييد استعمال أسلحة تقليدية معينة يمكن اعتبارها مفرطة الضرر أو عشوائية الأثر.

إذا اعتقدت دولة طرف أنها لن تكون قادرة على تدمير أو ضمان تدمير كل الألغام المضادة للأفراد المشار إليها في الفقرة (١) في حدود تلك الفترة الزمنية، جاز لها الآن تطلب من اجتماع للدول الأطراف أو من مؤتمر استعراض تمديد الموعد الأخير المحدد لإتمام تدمير تلك الألغام المضادة للأفراد لفترة أقصاها عشر سنوات».

ومما يؤكد تقييد مشروعية استعمال الألغام الأرضية في الضرورة العسكرية ما نصت عليه المادة(٣) من البروتوكول المتعلق بحظر أو تقييد استعمال الألغام الأرضية والأشراك الخداعية والنبائط المعروف بالبروتوكول الثاني بصيغته المعدلة في عام ١٩٩٦م ، حيث نصت على: "يحظر في جميع الظروف استعمال أي لغم أو شرك خداعي أو نبيطة أخرى مصممة لإحداث إصابة لا داعي لها أو معاناة لا ضرورة لها أو من طبيعتها أحداث ذلك"(١١).

المطلب الثالث

مشروعية حق المدنيين في الحياة الآمنة بعيداً عن الأضرار أو المخاطر

تكمن الخطورة في استخدام الألغام المضادة للأفراد من جانب الجماعات المسلحة ،وقد بات استخدامها قليلاً بسبب جنوح بعض هذه الجماعات للتسوية المتفاوض عليها (كما هو الحال في نيبال وأوغندا وبوروندي) وغيرها من الدول.

إن القانون الدولي الإنساني بمبادئه والاتفاقيات القائم على تنظيمها يسعى إلى تقليل الخسائر بسبب العمليات العسكرية وتجنب أكبر قدر ممكن من المعاناة، ولهذا فقد تم وضع عدد من الشروط بالاستناد إلى مبدأ التناسب وهي:

السيطرة التامة على قرار القيادات العسكرية وعلى مصادر النيران لمنع أية انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني.

الاكتفاء بالعمليات العسكرية الضرورية لقهر العدو وهزيمته، وعلى سبيل المثال فإن تدمير ٦٠٪ من قدارت العدو البشرية والعسكرية يكفي لقهره والتغلب عليه، وبالتالي لا يكون هنالك داعي لتدمير باقي الأفراد ومعداتهم.

عدم جواز إصدار أوامر أو التخطيط المسبق لهجوم قد يؤدي إلى إبادة جماعية.

عدم اللجوء إلى الهجمات العشوائية أي تلك التي لا توجه إلى هدف عسكري محدد.

الإحجام عن العمليات العسكرية التي تسبب الآلام أو إصابات لا مبرر لها.

عدم القيام بهجمات ردع ضد السكان المدنيين أو الأعيان المدنية.

الحرص التام على توجيه كل عمليات ومصادر النيران على الأهداف العسكرية وعدم إصابة غيرها سواء عرضا أو بشكل غير مباشر.

تتخذ جميع الاحتياطيات المستطاعة لحماية المدنيين من آثار الأسلحة التي

تنطبق عليها هذه المادة والاحتياطات المستطاعة هي الاحتياطات العملية أو الممكن اتخاذها عمليا مع مراعاة جميع الظروف السائدة في ذلك الوقت بما في ذلك الاعتبارات الإنسانية والعسكرية وتشمل هذه الظروف على سبيل المثال لا الحصر على ما يلي:

اثر الألغام في الأجلين القصير والطويل على السكان المدنيين المحليين طوال مدة وجود حقل الألغام.

التدابير الممكنة لحماية المدنيين (مثلا الأسيجة والعلامات والتحذير والرصد).

مدى توافر خيارات بديلة وإمكانية استعمالها.

الضرورة العسكرية لحقل الألغام في الأجلين القصير والطويل[١٢].

وفي جميع الأحوال فإن الحكومات أو الجماعات المسلحة مطالبة شرعا وقانوناً بإعطاء خرائط توضح فيها زرعها للألغام، حتى لا يقع الأبرياء من المدنيين ما بين قتيل وجريح ومعاق ،وما أكثر من قتل أو بترت أحدى رجليه أو كليتهما أو فقد جزء من أعضاء جسده كاليد أو الاثنين أو عينيه أو غير ذلك من الأعضاء.

ومما يزيد من حجم المأساة أن أكثر ضحايا زرع الألغام من النساء والأطفال .

وأخيراً. فإن الحق في الحياة مكفول لكل إنسان دولياً وهو مكفول شرعاً ودستوراً وقانوناً ،مالم يكن هذا الإنسان مرتكباً لجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الإبادة الجماعية ،وبالتالي فإن النفس بالنفس والعين بالعين والجروح قصاص ،وتلك هي عدالة الإسلام الحنيف.

وزيادة على ما تقدم فإن الحق في الحياة حق من حقوق الإنسان الأساسية التي لا يجوز المساس بها والتعرض لها مطلقاً وحماية هذا الحق لا يقتصر على المساس به من قبل الدولة وسلطاتها العامة، بل هو حق يتطلب ضمانة التزام الدولة بمنع

حدوث الاعتداء من جانب الأفراد والهيئات والجماعات، ووضع القوانين التي تحقق هذه الحماية بصورة فعلية وتوقيع الجزاء على من يعتدي على هذا الحق بأي شكل من الأشكال.

المبحث الثاني

معالم مشروع "مسام" لإزالة الألغام الذي اطلقه: مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في يونيو ٢٠١٨م

المطلب الأول

النزعة الإنسانية هي الدافع الأساسي مشروع مسام لتطهير الأراضي اليمنية من الألغام

في مقال لها ذكرت قناة العربية نت بتاريخ (٢٠مايو ٢٠٢٠)[١٣] بشأن مشروع "مسام" الذي يحرص مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية على القيام به، على لسان الأستاذ أسامة القصيبي[١٤]" المدير العام لمشروع "مسام" الهادف لننزع الألغام من الأراضي اليمنية، قائلاً: "كلنا فخر بإنجازات هذا العمل الإنساني الذي لامس وجدان المواطن اليمني، ولم يكن ذلك ممكناً إلا بتوفيق الله ثم بدعم حكومة مولاي خادم الحرمين الشريفين وولي عهده الأمين، مما يدفعنا لبذل الجهد لتخليص اليمن من آفة الألغام".. هكذا كتب مدير عام مشروع "مسام" الإنساني السعودي لنزع الألغام من الأراضي اليمنية وتطهيرها أسامة القصيبي على حسابه الخاص في "تويتر" بعد إتمام العام الثاني من انطلاق مشروع "مسام".

ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن المشروع رفع شعار "حياة بلا ألغام"، وهو استمرار لجهود المملكة العربية السعودية ومكانتها العالمية والفعالة في الأعمال الإنسانية هذا المشروع إنساني لتطهير الأراضي اليمنية من الألغام والذخائر غير المتفجرة، والذي أطلقه مركز الملك

سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية في يونيو ٢٠١٨م.يأتي المشروع استمرارًا لجهود المملكة العربية السعودية ومكانتها العالمية الفعالة في الأعمال الإنسانية، بهدف تطهير المناطق اليمنية من الألغام الأرضية لتعزيز الأمان فيها ومساعدة الشعب اليمني في معالجة المآسي الإنسانية الناتجة عن انتشار الألغام.

تحليل المشهد الإنساني في عملية نزع الألغام:

زراعة الألغام هي إحدى الوسائل التي انتهجتها المليشيات الحوثية لمعاقبة الشعب اليمني وزيادة معاناته وهي من الانتهاكات المجرمة في القانون الدولي الإنساني والاتفاقيات المرتبطة به ومنها اتفاقية "أوتاوا" لحظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد.

وفي هذا الشأن وانطلاقا من نوازع إنسانية بحته أطلق مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية، المشروع الضخم لنزع الألغام في اليمن "مسام".

وعن الهدف من وراء هذا العمل الإنساني قال المستشار بالديوان الملكي المشرف العام على مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال، عبد الله بن عبدالعزيز الربيعة:" "كان وما زال دعم أشقائنا في اليمن في مقدمة أولويات المملكة عبر عقود من الزمن، تأكيدا على روابط الجوار والدين واللغة والعلاقات الاجتماعية والأسرية بين الشعبين السعودي واليمني".

وإظهاراً لأهمية الدور الإنساني الذي قامت به المملكة العربية السعودية تجاه الأشقاء اليمنيين أعلن وزير الخارجية اليمنيخالد اليماني،–فيوقتسابق– عن شكر الحكومة اليمنية والشعب اليمني إلى حكومة المملكة السعودية، قائلا: "لقد تسبب الانقلابيون الحوثيون من خلال الحرب التي أشعلوها، ونتيجة نهبهم لموارد الدولة في المناطق التي يسيطرون عليها،

بكارثة إنسانية كبيرة، وهم يسعون من وراء تردي الوضع الإنساني لتحقيق مآرب سياسية وحشد الرأي العام العالمي ضد التحالف العربي والحكومة الشرعية بهدف تثبيت الانقلاب وفرض الأمر الواقع"[١٥]

من خلال مطالعة أعمال المشروع وفق بيان الجهة القائمة على تنفيذه ،فإن المشروع يهدف إلى ما يلي:

مشروع "مسام" حياة بلا ألغام، هذه الجملة تُلخص هدف المشروع ألا وهو تطهير الأراضي اليمنية من الألغام. فهو في المقام الأول مشروع إنساني يهدف لنزع وتدمير الألغام والذخائر غير المنفجرة التي أودت بحياة الكثير من المدنيين العزل والأطفال والنساء.

ويأتي هذا العمل الإنساني الذي لامس وجدان المواطن اليمني، بدعم حكومة المملكة العربية السعودية، وبعناية خاصة من خادم الحرمين الشريفين وولي عهده الأمين.

ويضم المشروع العديد من الفرق المتمرسة لنزع وتدمير الألغام والعبوات الناسفة من الأراضي اليمنية. هناك ما يزيد عن ٥٥٠ خبيرا ونازعا للألغام وموظفا، يعملون بكل دقة لروح الفريق لتحقيق هدف المشروع بتطهير أرض اليمن من الألغام المنتشرة بشكل كبير وواسع في مختلف المحافظات اليمنية.

ويهدف مشروع "مسام" إلى تطهير المناطق اليمنية من الألغام الأرضية، والتصدي للتهديدات المباشرة لحياة الشعب اليمني، وتعزيز الأمن في المناطق اليمنية، ومساعدة الشعب اليمني في معالجة المآسي الإنسانية الناتجة عن انتشار الألغام، وإنشاء آلية لدى المجتمع اليمني، تمكنه من تحمل المسؤولية على المدى الطويل.

من خلال مراحل تنفيذ المشروع، تمت من خلال التحرك السريع استجابةً للحالات الطارئة، وتطهير المنطقة من الألغام وتدريب وتجهيز الفرق المحلية اليمنية، والتطهير الشامل لمناطق

اليمن بما يتماشى مع المعايير الدولية في إزالة الألغام، وقد وصل عدد الألغام المتوقعة في الأراضي اليمنية بما يزيد عن مليون لغم مزروعة بطرق عشوائية في محافظات مأرب وعدن وصنعاء، وتعز، وتمكن المشروع من إزالة اكثر من ١٦٣ الف لغم وذخيرة غير منفجرة وعبوة ناسفة[١٦].

المطلب الثاني

آلية عمل فريق المشروع

في ضوء تقرير الفريق التنفيذي لمشروع "مسام" فإنه مكون من ٣٢ فريقا بخبرات عالمية وفرق محلية يمنية وبإشراف سعودي. جميع الفرق دربت لإزالة الألغام التي زرعتها الميليشيات الانقلابية بطرق عشوائية في الأراضي اليمنية، فهناك فرق خاصة لإزالة الألغام، وفرق التدخل السريع لإزالة العبوات الناسفة، وفرق خاصة للكشف عن المتفجرات وتدمير كل ما يتم نزعه من الألغام والعبوات غير المتفجرة حتى لا تتمكن أي جهة من إعادة زرعها، بالإضافة لفريق الدعم اللوجستي الذي يعمل على مدار الساعة للتجهيز لأعمال المشروع ليكون دائماً على أهبة الاستعداد لتنفيذ المهمات الميدانية، وأيضاً فريق المكتب الإعلامي الذي يهتم بإيصال رسالة المشروع وبنقل أخبار المشروع للعالم بكل صدق وشفافية واحترافية. وجميع هذه الفرق تعمل يداً بيد وباحترافية عالية لتحقيق غاية المشروع والوصول لهدفه في جعل الأراضي اليمنية خالية من الألغام وبيئة آمنة على حياة المدنيين[١٧]

المطلب الثالث

ما تم انجازه من نزع الألغام منذ بداية المشروع

من خلال التقرير المقدم من الجهات المعنية بأمر المشروع من الناحية التنفيذية تتضح النتائج الآتية:

"تمكنت الفرق الهندسية لـ"مسام" منذ بدأ المشروع في منتصف يونيو ٢٠١٨ بنزع ٣٥٨،٨٦٣ لغماً وذخيرة

غير منفجرة وعبوة ناسفة حتى الآن تتمثل في ٢١٣،٩٣٠ ذخيرة غير متفجرة و٧٤٦٧ عبوة ناسفة و١٣١،٨٩٠ لغماً مضاداً للدبابات و٥،٥٧٦ لغماً مضاداً للأفراد. كما تمكنت الفرق الهندسية من تطهير ٣٨،٤٨٧،٨٦٣ متراً مربعاً من الأراضي في اليمن كانت مفخخة بالألغام والذخائر غير المنفجرة.

ويلاحظ أن جميع تلك الألغام والعبوات الناسفة والقذائف تم نزعها من قبل فرق "مسام" الهندسية منذ انطلاق المشروع في ١١ منطقة يمنية وهي: صنعاء، الجوف، شبوة، مأرب، الحديدة، تعز، عدن، البيضاء، صعدة، الضالع، لحج.

تعامل فرق "مسام" مع نوعين من الألغام الأرضية المتعارف عليها، والألغام المحلية التي تعمل الميليشيات على صناعتها في المعامل الخاصة بها بأحجام وأشكال وأهداف مختلفة وتمثل ٨٥٪ من إجمالي الألغام المنزوعة، حيث تعتبر غالبية الألغام المحلية الصنع من أخطر الألغام كونها تستخدم كألغام فردية معدة للانفجار تحت أدنى ضغط، وهي عدة أنواع منها :الألغام الفردية التي يتم إشراكها بدوائر كهربائية ويتم زرعها على مداخل القرى والمناطق المأهولة بالسكان.

أما الألغام الدواسة فهي ألغام أرضية مخصصة للعربات تم تحويلها من قبل الميليشيات إلى ألغام فردية شديدة الخطورة[١٨].

أما الألغام البحرية، فقد تشكل بدورها خطرا كبيرا على الملاحة الدولية في البحر الأحمر مستقبلا ،مما يستوجب تضاعف الجهود الدولية وبشكل عاجل بذل مزيد من الجهود الإنسانية الدولية لنزع تلك الألغام وتطهير الأرض اليمنية وسواحلها من تلك الألغام، وتحييد خطرها وإعادة روح الحياة إلى الأراضي اليمنية المحررة من قبضة المليشيات الحوثية[١٩].

وأخطر من ذلك أن هناك ألغاما متفجرة فردية ومموهة وارتجالية IED متنوعة الأغراض والأهداف، بما فيها العبوات المتفجرة الارتجالية بواسطة أجهزة الراديو بعضها قادمة بشكل مباشر من دول أخرى[٢٠].

المطلب الرابع

خدمات المركز لضحايا الألغام

في إطار ما تم تنفيذه من خدمات أن مركز الملك سلمان للإغاثة قدم ٢٦٢ مشروعا إنسانيا وإغاثيا في اليمن، تعدت كلفتها الإجمالية مليار و٦٠٠ مليون دولار أميركي، توزعت على مشاريع الأمن الغذائي والصحي والإيوائي والدعم المجتمعي والتعليم، وغيرها من البرامج الإغاثية المهمة

كما قام المركز للأطراف الصناعية بمحافظة مأرب بتركيب ٣٠٥ أطراف اصطناعية لأكثر من ١٩٥ ضحية تعرضت لبتر بأحد الأطراف بسبب هذه الألغام، فهي تستهدف النساء والأطفال الذين يشكلون أغلب ضحاياها، وقد قام المركز بتوفير العلاج والتأهيل اللازم لعدد كبير من المصابين الذين تراوحت أعمارهم مابين ١٢ و ٧٢ عاما"[٢١].

وبشأن تجديد عمل المركز قال معالي المستشار بالديوان الملكي المشرف العام على المركز الدكتور عبدالله بن عبدالعزيز الربيعة: "إن تجديد هذا العقد مع الشريك المنفذ يأتي إحساساً من المركز بالمسؤولية الإنسانية الملقاة على عاتقه تجاه الأشقاء في اليمن، نظراً لما يمثله هذا المشروع النوعي من أهمية بالغة في استكمال تطهير الأراضي اليمنية من الألغام التي قامت المليشيات الحوثية بصناعتها وزراعتها بطريقة عشوائية غير مسبوقة وبأشكال وتمويهات مختلفة في أماكن تستهدف المدنيين العزل، وتسببت في إصابات مستديمة وإعاقات مزمنة وخسائر بشرية عديدة استهدفت النساء والأطفال وكبار السن وغير ذلك من أعمال مهددة

للأمن والحياة"، موضحاً معاليه أن المشروع تمكن حتى اليوم من انتزاع (٣٤٦،٥٧٠) من الألغام والقذائف المتنوعة[٢٢]

الخدمات المقدمة لضحايا اللغام:

وفي إطار الخدمات الإنسانية المقدمة من المملكة العربية السعودية للتعامل مع الألغام يتم تقديم خدمات للناجين من الألغام لعل أهمها:

تقديم الإسعافات الأولية حال وقوع الانفجار والإصابة، ثم إعادة الفحص، ولعل هذه الخدمات التي تقدم تتمثل في المسح الطبي، إذ يقوم المركز بجمع المعلومات حول الضحايا والذين لم يتم الوصول إليهم وجمع الاستبيانات حولهم، ثم الفحص الطبي وما هي احتياجاتهم وبعدها يقدم لهم الدعم الطبي كالعلاج والأطراف الصناعية، والنظارات والسماعات وإعادة الجراحة وبتر الأطراف إذا تطلب الأمر، وكذا الكراسي والعكاكيز وتقديم العلاج وغيرها من الاحتياجات، ثم التأهيل والتدريب وبالتالي فهناك خدمات أربع تقدم للناجين من الألغام هي بالترتيب المسح الطبي، الفحص الطبي والدعم والتأهيل والتدريب، وهي مراحل متكاملة وخدمات تقدم للناجين من الألغام، وفيما يخص الدعم فإن المركز يتلقى الدعم من المانحين الدوليين، يتمثل بتقديم المعدات مثل أجهزة كشف الألغام والسيارات، وتحسين الغذاء للعاملين في البرنامج والوقود"[٢٣].

المطلب الخامس

ضحايا عمليات زرع الألغام والخدمات المقدمة لهم

تشير التقارير الدولية المعنية بالمسألة بأن اليمن شهد أكبر زرع للألغام الأرضية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية ،وحسب تقرير مركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية، فإن:" عمليات إزالة الألغام ذهب ضحيته ٢١ شهيدا، من ضمنهم

خمسة من الخبراء العاملين الأجانب، والبقية من أبناء اليمن في فرق "مسام" خلال إزالتهم للألغام، وبلغ عدد ضحايا الألغام الحوثية في اليمن بما يتجاوز ١٠ آلاف ضحية يمثل الأطفال والنساء الغالبية الكبرى، إضافة إلى المسنين وأصحاب المهن والحرف مثل الصيادين والمزارعين، حيث تتعمد الميليشيات زراعة الألغام والعبوات الناسفة بشكل عشوائي في الطرقات والمنازل والمزارع الخاصة بالمواطنين، كما أن مساحة الأراضي التي تم تطهيرها منذ انطلاقة المشروع بلغت ١٠,١١٠,٣٦٤ متراً مربعاً، مع استمرار جهود مشروع مسام في تطهير الأراضي اليمنية من الألغام الأرضية والذخائر غير المنفجرة.

وبحسب تقارير المستشار بالديوان الملكي المشرف العام على مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال، عبد الله بن عبدالعزيز الربيعة[٢٤]، صدرت عن الحكومة اليمنية منذ شهر ديسمبر عام ٢٠١٤ حتى شهر ديسمبر لعام ٢٠١٦، فقد تم تسجيل ما مجموعه ١٥٣٩ قتيلا ومصابا جراء ما تم زراعته من ألغام لأكثر من ٣ آلاف من العسكريين، ومن المدنيين والنساء والأطفال، تسببت بإعاقات دائمة وكلية لأكثر من ٩٠٠ شخص.

كما تم تسجيل أكثر من ٦١٥ قتيلا منهم ١٠١ من الأطفال و ٢٦ امرأة، فيما بلغت الإصابات ٩٢٤ إصابة بينهم ١٠ أطفال و٣٦ امرأة، بينما ما تم تسجيله في محافظة تعز وحدها ٢٧٤ حالة بتر لأطراف وإعاقات دائمة منهم ١٨ حالة لفقدان البصر

كما نجح المشروع خلال الأسبوع الثالث من شهر إبريل ٢٠٢٠م، من انتزاع ١،٤٣٣ لغمًا منها ٢٧ لغمًا مضادة للأفراد، و٢٦٣ لغمًا مضادة للدبابات و١،١٣٢ ذخائر غير متفجرة، و١١ عبوة ناسفة.

"بلغ إجمالي ما جرى نزعه منذ بداية المشروع حتى الآن ١٦١،٢٣٨ لغما

زرعتها الميليشيا الحوثية الإرهابية في الأراضي والمدارس والبيوت في اليمن وحاولت إخفاءها بأشكال وألوان وطرق مختلفة راح ضحيتها عدد كبير من الأطفال والنساء وكبار السن سواء بالموت أو الإصابات الخطيرة أو بتر للأعضاء".

وزيادة على ما تقدم فإن هناك تعاونا وشراكة بين "مسام" والبرنامج الوطني اليمني لنزع الألغام "يمك" لإنقاذ أكبر عدد من أرواح الأبرياء من خطر الألغام والعبوات الناسفة في المحافظات المحررة في اليمن. كما يوجد الكثير من اليمنيين العاملين في مجال نزع الألغام بكوادر مدربة تابعة لفرق مشروع "مسام" والذي أثبت فيها النزاع اليمني جدارته واحترافيته في ميدان نزع الألغام. كما ساهمت سمعة المشروع وجهوده في الداخل اليمني في تفاعل اليمنين مع المشروع وإبلاغهم عن المناطق الملغومة ومساهمتهم وحرصهم على وجود هذا المشروع الذي يوفر ويضمن لهم حياة آمنة خالية من الألغام[٢٥].

المطلب السادس

أهم التحديات التي تواجه المشروع

من خلال تقرير فريق العمل هناك بعض العقبات التي تواجه الفريق ،يمكن تلخيصها في أمرين :

الأمر الأول: طبيعة الألغام التي تم نزعها :

من خلال التقرير تبين أنها ليست ألغاماً بالمعنى التقليدي، وإنما هي حرب ألغام وعبوات ناسفة يتم التعامل معها بتقنيات حديثة وبتدريب مستمر للفرق للتعامل مع الألغام الموهة والجديدة والمتطورة باستمرار والمزروعة عشوائياً على مساحات واسعة وبأعداد تصل إلى مئات الآلاف وفقاً للمعايير الدولية المتعلقة بنزع الألغام. فمثلاً الألغام التي زرعت العام الماضي اختلفت

اليوم وأصبحت أحدث وأكثر تطوراً وتعقيداً عن مثيلاتها في الأعوام الماضية.

وفي محافظة شبوة وجد الفريق ألغاماً ترى للمرة الأولى بحجم أكبر من أي ألغام وجدت في اليمن من قبل. وكذلك فيما يتعلق بالعبوات الناسفة. فالعدد المهول الذي زرع في الأراضي اليمنية رقم لا يصدقه عقل، وجميعها كانت مصنعة بطريقة احترافية والتي بعضها تحتوي على أجهزة التحكم عن بعد، وبمواد مستوردة وتكنولوجيا عالية في الصنع.

الأمر الثاني: العشوائية في زرع الألغام:

أشار التقرير إلى أن تحديات العشوائية في زراعة الألغام الأرضية المشركة والمفخخة والعبوات الناسفة مع غياب تام للخرائط للمناطق الملغومة، بالإضافة لتحويل كلما لا يمكن توقعه إلى قنابل محلية الصنع وبطريقة معقدة ومختلفة، وأيضاً عدم القدرة للوصول لبعض المناطق بسبب استمرار العمليات العسكرية في هذه المناطق والتي بالتأكيد سوف نستجيب لها فور إيقاف هذه العمليات.

يضاف إلى ما تقدم أن مشروع مسام يعمل في المناطق المحررة، ولم تتوقف فرقه يوماً عن العمل، كما أن المشروع يعمل ويجتهد بغض النظر عن الظروف القائمة باليمن، ما دامت فرقه لديها المقدرة على العمل بسلام، على الرغم من العراقيل التي واجهها المشروع هي من طبيعة الأرض والبعد الجغرافي والوضع الأمني العام، ولكن فرق المشروع تمكنت من تجاوز هذه العقبات".

المبحث الثالث

المرجعية الشرعية لوجوب نزاع الألغام حماية للمدنيين من ضررها كواجب ديني وإنساني

المطلب الأول

نظرة الإسلام إلى الحرب بصفة عامة

الحرب أبغض الأشياء إلى النفس المؤمنة ،لأن قوامها قتل النفس البشرية ،والمؤمن لا تسوغ له نفسه أن يهدم ما بناه الله تعالى ،وهذا ما سطره القرآن الكريم أنه أمر مبغض للمؤمنين لايحبونه ولا يرتضونه لذاته،ولكن قد يقبلونه إذا أمر الله تعالى به وكتبه عليهم؛ لأنه خير لهم،قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾ (٢٦).

والحرب في الإسلام ليست اتلافاً وفساداً وتحللاً من كل القيود الإنسانية ،بل استوجبتها الضرورة لدفع قوى الشر والفساد. وأكثر من هذا فقد جعل الإسلام الحرب محصورة في الذين يقاتلون في الميدان أو يرسمون ويدبرون الخطط، دون العمال الزراعيين أو اليدويين ،وأمثالهم ،فهم بناة العمران ،والحروب الإسلامية ليست لإزالة العمران أو تقويض دعائمه(٢٧)؛ بناءً على أنه إذا كان السعي في العمارة محموداً، فإن السعي في التخريب مذموم، والإنسان مستخلف لعمارة الأرض لا لتخريبها أو تدميرها.

ويجد الناظر في السيرة النبوية أن احترام الكرامة الإنسانية في النزاعات المسلحة هو العنوان الأمثل لهذه المرحلة، ففيها نهى النبي–صلى الله عليه وسلم– عن المثلة ،وتشويه أجسام القتلى، ويوجب دفنهم ولا يتركهم نهباً لوحوش الأرض، ووحوش الطير، ونهى أن يتجه القاتل إلى ضرب الوجه ليشوه جسمه إلاَّ إذا لم يكن من ذلك بد، وعن تعذيب الجريح في المعركة ، أو قتله إذا عجز عن المقاومة، بل يبقى ويداوى حتى يؤسر، وكل ذلك إعمالاً لمبدأ الإنسانية.

المطلب الثاني

التوصيف الفقهي لعملية زرع الألغام كوسيلة قتالية

عملية زرع الألغام كوسيلة قتالية قديمة عرفها المتحاربون قديما في صورة حفائر مظللة بالتراب وبعض العيدان الخشبية ،ليسقط العدو فيها[٢٧] ونظائرها في زمن النبوة ما يعرف بـ"الحسك"[٢٨]، وقد استخدم المسلمون الحسك الشائل في النكاية بعدوهم والتي تعد بمثابة الألغام المستخدمة في حروب العصر ،ولقد طور المسلمون هذا الحسك الشائك إلى حديد مدبب ليوضع في طريق العدو وذلك بغرض منع تقدم الخيل والراجلة منهم[٢٩].

وقد جاء هذا الاستخدام للحسك الشائك في القتال ،عندما استخدمه النبي-صلى الله عليه وسلم- في حصاره للطائف ،وذلك فيما روي: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- حاصر أهل الطائف ونصب عليهم المنجنيق ونثر الحسك حول الحصن "[٣٠].

وتفصيل القول في هذه المسألة مبسوط في كثير من الدارسات البحثية، والذي يعينني في بحثي هذا هو أهمية الدور الإنساني في إزالة هذه الألغام ،خاصة وأن استعمال هذه الطريقة ليس على إطلاقه ،بل ترد عليها الكثير من القيود ،أهمها:

ألا يقصد من هذه الألغام إحداث عاهات أو تشوهات تدخلنا في دائرة قصد التمثيل بالعدو غير المشروع.

ألا يكون أثرها متجهاً إلى المدنيين ومن لايشارك في العمليات القتالية ،فهؤلاء يجب حمايتهم ومنع التعرض لهم .

أن يكون القيام بهذه الأعمال وفق المعركة المشروعة .

أن يراعى فيها مسألة فقه الموازنات في ميزان المصالح والمفاسد عند القيام بها.

إلا يكون الضرر الواقع منها أعظم من ضرر عدم القيام بها .

البحث عن مدى توافر خيارات بديلة وإمكانية استعمالها[٣١].

والقيام بمثل هذه الأعمال من أهم الواجبات الشرعية وأشملها للخير؛ لما فيها من دفع الأذى وإزالة الضرر،ودليله عموم ما ورد عن زيد بن سلَّام عن أبى سلَّام قال أبو ذرٍّ :"على كلِّ نفس في كلِّ يومٍ طلعت فيه الشَّمس صدقةٌ منه على نفسه (قلت يا رسول الله من أين أتصدَّق وليس لنا أموالٌ؟ قال لأنَّ من أبواب الصَّدقة التَّكبير، وسبحان الله. والحمد لله. ولا إله إلَّا الله. وأستغفر الله وتأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر. وتعزل الشَّوك عن طريق النَّاس والعظم والحجر.."[٣٢]

وأمَّا كفُّ الأذى فالمراد به كف الأذى عن المارَّة بألَّا يجلس حيث يضيق عليهم الطريق أو على باب منزل من يتأذى بجلوسه عليه أو حيث ينكشف عياله أو ما يريد التستر به من حاله. قاله القاضي عياض قال: ويحتمل أن يكون المراد كف أذى الناس بعضهم عن بعض[٣٣].

ولا معنى يندرج تحت عزل الشوك من طريق المارة أدق من عملية إزالة الألغام؛ لأن ضررها مؤكد ومؤلم ،إما بفقد أصل الحياة أو فوات بعضها ببتر الأطراف أو الأيدي أو الأرجل ،او تشويه المعالم البشرية ،وكل هذه الوجوه محرمة شرعاً،والسعي في إزالتها واجب شرعي .

المطلب الثالث

حكم استخدام الغازات السامة في الحروب والنزاعات المسلحة

نهى الإسلام أشد النهي عن استخدام الغازات السامة التي أصابت العالم بالفجيعة في كل بقعة تراق فيها دماء الأبرياء ،سواء كانت هذه الأسلحة السامة مستخدمة مع المسلم أو غير المسلم ،فهما في الحرمة سواء.

ومن نقول الفقهاء في هذه المسألة استنباطاً من السنة النبوية :"قال الأوزاعي: بلغني أن النبي((rنهى أن يلقى السم في آبار العدو ومياههم. ولا يفعل ذلك المسلم في طعام ولا سلاح ،

وهو قول مالك. قيل لسحنون: فإن أخذ المسلمون قلالاً مملوءة خمراً فجعلوا فيها سماً ونصبوها للعدو فشربوا منها فماتوا؟ فكره أن يعمل بهذا"[٣٤].

ومن كتاب ابن سحنون: وكره مالك أن يسَّم النبل والرماح يرمى بها العدو"[٣٥].

والأصل فيه ما روي عن سمرة بن جندب (رضي الله عنه) أَنَّ النَّبِيَّ (صلى الله عليه وسلم) «نَهَى أَنْ يُلْقَى السُّمُّ فِي آبَارِ الْمُشْرِكِينَ»[٣٦].

ومثل هذه الأمور حتى وإن قيل بمشروعيتها ،فإن ذلك القول يكون مقصوراعلى حالة التعدد في الخيارات بشأن السلاح الذي يشكل ضغطاً على العدو لحمله على الاستسلام أو وقف الاعتداء؛ لذا يجب على صاحب القرار أن يحتاط وأن يكون حذراً في اللجوء إلى هذه الوسيلة ؛لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة الراجحة.

المطلب الرابع

مظاهر من جوانب الإنسانية في حماية للمدنيين من أضرار النزاعات المسلحة

نهى الإسلام عن التجويع ولو للأعداء،كوسيلة من وسائل "الحصار الاقتصادي"[٣٧]، وهو ما يتضح من قصة ثمامة(رضي الله عنه) ، فقد أمره النبي (صلى الله عليه وسلم) "أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه" ، جاء في الصحيحين في حديث طويل عن أبي هريرة(رضي الله عنه): "فَلَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ قَالَ لَهُ قَائِلٌ: صَبَوْتَ، قَالَ: لاَ، وَلَكِنْ أَسْلَمْتُ مَعَ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ (صلى الله عليه وسلم)، وَلاَ وَاللَّهِ، لاَ يَأْتِيكُمْ مِنَ اليَمَامَةِ حَبَّةُ حِنْطَةٍ، حَتَّى يَأْذَنَ فِيهَا النَّبِيُّ (صلى الله عليه وسلم)[٣٨].

وفي سيرة ابن هشام من تتمة قصة ثمامة:" ثُمَّ خَرَجَ مُعْتَمِرًا، فَلَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ، قَالُوا: أَصَبَوْتُ يَا ثُمَامُ؟ فَقَالَ: لَا، وَلَكِنِّي اتَّبَعْتُ خَيْرَ الدِّينِ، دِينَ مُحَمَّدٍ، وَلَا وَاَللَّهِ لَا تَصِلُ إلَيْكُمْ حَبَّةٌ

مِنْ الْيَمَامَةِ –وكانَت ريفَ مَكّةَ–حَتَّى يَأْذَنَ فِيهَا رَسُول الله (صلى الله عليه وسلم). ثُمَّ خَرَجَ إِلَى الْيَمَامَة، فَمَنَعَهُمْ أَنْ يَحْمِلُوا إِلَى مَكَّةَ شَيْئًا، فَكَتَبُوا إِلَى رَسُولِ اللَّه (صلى الله عليه وسلم): إِنَّكَ تَأْمُرُ بِصِلَةِ الرَّحِم، وَإِنَّكَ قَدْ قَطَعْتُ أَرْحَامَنَا وَقَدْ قَتَلْتُ الْآبَاءَ بِالسَّيْف، وَالْأَبْنَاءَ بِالْجَوْعِ ، فَكَتَبَ رَسُولُ اللَّه (صلى الله عليه وسلم)إِلَيْهِ أَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْحَمْلِ[٣٩].

وقد كان من حق ثمامة أن يفعل ذلك؛ لأن قريشاً مع المسلمين في حرب متصلة ؛ ولأنها استباحت لنفسها من قبل أن تقاطع المسلمين وأن تحصرهم في شعب بني هاشم بمكة ، وأن تتعاهد على تجويعهم ومقاطعتهم[٤٠] ، وهي ما تزال جادة في إنزال الضرر بهم ما وجدت للإضرار سبيلاً ، وقد مكث النبي (صلى الله عليه وسلم) ومن معه محصورين لمدة ثلاث سنوات في شِعب بني هاشم حتى أنفقوا أموالهم وصاروا إلى حد الضر والفاقة، لكن رحمة النبي (صلى الله عليه وسلم) كانت أعلى من الخصومة ، وأرفع من العداوة ، وأعظم من مقابلة التجويع بمثله، فمراعاة مبادئ الإنسانية جوهر دعوته ، ومرتكز نبوته.

قال ابن حجر عن خبر ثمامة: "الإحسان يزيل البغض ويثبت الحب..، وفيه الملاطفة بمن يرجى إسلامه من الأسارى إذا كان في ذلك مصلحة للإسلام ،ولا سيما من يتبعه على إسلامه العدد الكثير"[٤١].

ومرد هذا الحكم أن صلة الرحم أمر محمود عند كل عاقل وفي كل دين، والإهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق، وقال(صلى الله عليه وسلم): «بُعِثْت لِأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ»[٤٢] ، فعرف أن ذلك حسنٌ في حق المسلمين والمشركين جميعا ،ولئن كان هذا الهدي النبوي في إزالة الأذى عن المشركين ،فإزالته عن الإخوة في الدين والعروبة من باب أولى ،وهذا أصل أصيل في عقيدة المملكة العربية السعودية .

المطلب الخامس

المرجعية الشرعية لمبادرات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية

من وقت لآخر تتسع دائرة الإغاثة والمساعدات الإنسانية التي تقدمها المملكة العربية السعودية من خلال مبادرات مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية، انطلاقاً من أن مسيرة العطاء لايجب أن تقف عند نقطة معينة، بل تمضي قدماً إلى الإمام ؛لأن جبر القلوب الكسيرة وتخليص النفوس الأسيرة ينبع من إيمان المملكة وولاة أمرها (حفظهم الله) أن استمرارية العطاء يعني المزيد من تخفيف الآلام الإنسانية في صورة نجدة المضرورين وإغاثة الملهوفين ،وأن ذلك من أحب الأعمال إلى الله تعالى ،فالتراخي أو التواني في نجدة المستغيث ليس من أخلاق المؤمنين بالله تعالى حق الإيمان، استجابة لقوله تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ* الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾[٤٣] .والسرعة ضد البطء[٤٤] ، والمسارعة: تعني الجد والنشاط وقوة الحركة في فعل الخيرات .

ووصف الله تعالى صنيع الأنبياء والمرسلين في فعل الخيرات بأنهم: ﴿كَانُوا يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ﴾[٤٥] والمعنى: أنه يسارعون في الخيرات وفيه وجهان أحدهما: أنهم يتبادرون إليها خوف الفوت بالموت، والآخر: يعملونها غير متثاقلين. وفي الآيات دليل على أن ترك المسارعة موجب للذم، وأن المسابقة سبب لمزيد الفضيلة[٤٦] .

وهذا المعنى متحقق بصورة أكبر في دعوة النبي –صلى الله عليه وسلم– إلى المسارعة في نجدة المضرور وإغاثة الملهوف ،ففي الحديث الذي رواه أبو ذر الغفاري –رضي الله

عنه- : إِنَّ أَبْوَابَ الْجَنَّة لَكَثِيرَةٌ: التَّسْبِيحُ، وَالتَّكْبِيرُ، وَالتَّحْمِيدُ، وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوف، وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَر، وَتُمِيطُ الْأَذَى عَنِ الطَّرِيق، وَتُسْمِعُ الْأَصَمَّ، وَتَهْدِي الْأَعْمَى، وَتَدُلُّ الْمُسْتَدِلَّ عَلَى حَاجَته، وَتَسْعَى بِشِدَّة سَاقَيْكَ مَعَ اللَّهْفَانِ الْمُسْتَغِيث، وَتَحْمِلُ بِشِدَّة ذِرَاعَيْكَ مَعَ الضَّعِيف، فَهَذَا كُلُّهُ صَدَقَةٌ مِنْكَ عَلَى نَفْسِكَ» [٤٧].

وقوله: "وتهدى الأعمى" أي: تدله على الطريق إذا ضل عنه .وقوله: "وتسمع الأصمَّ "الأصم هو الذى لا يسمع لعلة في أذنيه أبطلت سمعهما.(والأبكم) هو الأخرس، وقيل الأخرس الذى خلق ولا نطق له. والأبكم. الذى له نطق ولا يعقل الجواب "وقوله حتى يفقه" أي يعلم ما يريد وما يراد منه. وقوله: "وتدلُّ المستدلَّ على حاجةٍ له قد علمت مكانها" أي كما إذا كان يسأل عن ضالة أو صاحب لا يعرف مكانه أو نحو ذلك. وقوله: "تسعى بشدَّة ساقيك إلى اللَّهفان المستغيث أي كمن سطا عليه لصوص أو قطاع طريق أو عدو يريد قتله فتغيثه بأن تسعى اليه مسرعا بكل ما أعطاك الله من قوة ولا تتوان في إغاثته[٤٨].

وَخَرَّجَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ مِنْ حَدِيث أَبِي ذَرٍّ قَالَ: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّه ذَهَبَ الْأَغْنِيَاءُ بِالْأَجْرِ، يَتَصَدَّقُونَ وَلَا نَتَصَدَّقُ، قَالَ: " وَأَنْتَ فِيكَ صَدَقَةٌ: رَفْعُكَ الْعَظْمَ عَنِ الطَّرِيق صَدَقَةٌ، وَهِدَايَتُكَ الطَّرِيقَ صَدَقَةٌ، وَعَوْنُكَ الضَّعِيفَ بِفَضْلِ قُوَّتِكَ صَدَقَةٌ، وَبَيَانُكَ عَنِ وَبَيَانُكَ عَنِ الْأَرْثَمِ[٤٩] صَدَقَةٌ...[٥٠].

وهذه الوجوه من الفورية في نجدة المضرور وإغاثة الملهوف تترجم معنى الإغاثة المرادة شرعاً وعدم التراخي أو الامتناع عن القيام بالواجب الغياثي أو الإنساني .

وأفرد له الإمام مسلم في صحيحه بابا عنوان: باب فضل إزالة الأذى عن الطريق.، وروي عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ عَنِ النبي -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « لَقَدْ رَأَيْتُ رَجُلاً يَتَقَلَّبُ فِي الْجَنَّةِ فِي

شَجَرَةٍ قَطَعَهَا مِنْ ظَهْرِ الطَّرِيقِ كَانَتْ تُؤْذِى النَّاسَ».[٥١] وفي رواية « مَرَّ رَجُلٌ بِغُصْنِ شَجَرَةٍ عَلَى ظَهْرِ طَرِيقٍ فَقَالَ وَاللَّهِ لأُنَحِّيَنَّ هَذَا عَنِ الْمُسْلِمِينَ لاَ يُؤْذِيهِمْ. فَأُدْخِلَ الْجَنَّةَ»[٥٢].

وفي رواية عن أبي بَرْزَةَ، قَالَ: قُلْتُ: يَا نَبِيَّ اللهِ عَلِّمْنِي شَيْئًا أَنْتَفِعُ بِهِ، قَالَ: «اعْزِلِ الْأَذَى، عَنْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ»[٥٣]

قال النووي في شرحه :"هذه الأحاديث المذكورة في الباب ظاهرة في فضل إزالة الأذى عن الطريق سواء كان الأذى شجرة تؤذي أو غصن شوك أو حجرا يعثر به أو قذرا أو جيفة وغير ذلك وإماطة الأذى عن الطريق من شعب الايمان.

ومن فوائد الاحاديث: التنبيه على فضيلة كل ما نفع المسلمين وأزال عنهم ضررًا"[٥٤].

والأحاديث في مجملها شاهدة على أن نفع الإنسانية بكل صوره وأشكاله ودفع الضرر عنها معتبر شرعاً، وينبع من معين الرحمة والرفق وخاصة بالضعفاء ،أو المدنيين الذي لا ذنب لهم في الأعمال القتالية ،وأن المسلم الذي يحتكم إلى ضميره لا يدخر جهدا في كشف الأذى وإزالة المضار –أيا كانت صورها– ويأتي في مقدمتها الألغام ،التي تفتك بالبشر والحجر.

وأخيراً :فإن الحمد لله رب العالمين الذي رزق مملكتنا الغراء قيادة راشدة أبصرت النور منذ شعاعه وسارت في مواكبه بنيات صادقة تزرع الخير في كل مكان ،وتقدم يد العون والمساعدة راغبة في الخير ورضا الله تعالى وتعميق أواصر الإنسانية بين مختلف دول العالم وعلى راسهم الأخوة الأشقاء في اليمن .

خاتمة

الحمد لله الذي وفقني على الكتابة في هذا المجال بعد الدعوة الكريمة الموجهة من منتدى الرياض الدولي الإنساني ،وقد آثرت اختيار هذا الموضوع لأهميته في رسم الصورة

الحقيقية لما تقوم به المملكة العربية السعودية في المجال الإنساني من خلال أدواتها المختلفة ،وعلى رأسها ما يقوم به مركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية.

أولاً: النتائج:

١/ تواتر النصوص الشرعية الدالة على أهمية إزالة الألغام الموجهة إلى الأفراد أو المدنيين، وإن كانت سلاحاً مشروعا من الأسلحة الحربية يستخدم بضوابط مشروعة .

٢/ الدور الريادي لمركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال الإنسانية التي تحقيق الاهداف الاقليمية والدولية.

٣/ القيام بالواجب الإنساني الذى يعالجه الأضرار التي تصيب البشرية ،وتوفير كل ما يلزم لصون كرامة الإنسان، والحفاظ على حياته، وتنمية قدراته، وتأهيله، وتوفير الخدمات الأساسية له، بما في ذلك التعليم والصحة.

٤/ علاقة الفقه الإسلامي علاقة سامية تحفظ مقاصد الشريعة وتراعى مصالح العباد.

٥/ القانون الدولي الإنساني يتفق مع الفقه الإسلامي في تقييد استعمال الألغام الأرضية المضادة للأفراد حال الضرورة الحربية بشروط وضوابط.

ثانياً :التوصيات :

١/ على المجتمع الوقوف على هذه الوجوه الإنسانية التي تبذلها المملكة العربية السعودية ،وخاصة من خلال المبادرات العملية لمركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية .

٢/ تعميق ثقافة حماية الإنسانية من مخاطر النزاعات المسلحة أو واستخدام الغازات السامة أو الألغام التي أكلت الأخضر واليابس ونالت من مقدرات الشعوب وقدرتها على الحياة الآمنة .

٣/ يحرص المجتمع الدولي حماية للإنسانية في مختلف بقاع الأرض من هذه الأضرار .

الهوامش

- أستاذ مساعد، كلية الشريعة وأصول الدين، قسم الأنظمة، جامعة الملك خالد، السعودية.

١. أخرجه البخاري،كتاب الجهاد والسير،باب: كان النبي -صلى الله عليه وسلم- إذا لم يقاتل أول النهار أخر القتال حتى تزول الشمس،٤/ ٥١ رقم:٢٩٦٥؛ومسلم في صحيحه،كتاب الجهاد والسير، باب كراهة تمني لقاء العدو،٣/ ١٣٦٢،رقم:١٧٤١.

٢. د/عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني ،وثائق وآراء، ص:٦.

٣. القانون الدولي الإنساني ،الجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRIC) ديسمبر ،٢٠١٤م ،ص:٤.

٤. القانون الدولي الإنساني ،المرجع السابق نفسه ،ص:٥،٦.

٥. القانون الدولي الإنساني ،المرجع السابق نفسه ، ص:٥٤

٦. انظر: قانون الحرب في الإسلام أسبابه وأحكامه، د/أحمد الداودي نيويورك ،بلجراف مكميلان ،٢٠١١م.،ص:٢١٢.

٧. انظر:د/شريف عتلم، د/محمد ماهر عبد الواحد، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني النصوص الرسمية للاتفاقيات والدول المصدقة والموقعة، إصدار البعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، ط٨، د.ت،(ص:٥١٣)،إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استنابول، تركيا، ص(ص:٨٣٠)،د/ هيثم الأيوبي، هيثم ،الموسوعة العسكرية، بيروت، دار الفكر، ط ١، ١٩٨١م، (ص:٨٣٠).

٨. انظر:عتلم، شريف، وعبد الواحد، محمد ماهر، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني النصوص الرسمية للاتفاقيات والدول المصدقة والموقعة، المرجع السابق. ،(ص:٥١٣).

٩. انظر: القانون الدولي الإنساني، تقديم دكتور مفيد شهاب، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠م، (ص:٢١٩) ،د/ أحمد عبيس نعمة الفتلاوي، مشروعية استعمال بعض أنواع الأسلحة التقليدية في ضوء مبادئ القانون الدولي الإنساني، بحث منشور مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية\ كلية القانون جامعة الكوفة ،(٢٠٠٩م،(ص:٣).

١٠. الدكتور محمد طلعت الغنيمي " نظرة عامة في القانون الدولي الإنساني الإسلامي " في مقالات في القانون الدولي الإنساني والإسلام، جمعها ورتبها الدكتور عامر زمالي واللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة ،ص٢٧، ،د/عتلم، وعبد الواحد، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني النصوص الرسمية للاتفاقيات والدول المصدقة والموقعة، ص٢.

١١. عتلم، وعبد الواحد، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، ص٢٩٠،

١٢. عتلم، وعبد الواحد، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، ص٢٩٠، نخبة من المتخصصين والخبراء، د دارسات في القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق(ص:٣٢٠).

١٣. https://www.alarabiya.net تاريخ الدخول (٢٠٢٢/١١/٦م).

١٤. شارك مع الأمم المتحدة بجنوب لبنان في اكتوبر من العام ٢٠٠١ كأول عربي حاصل على شهادة إدارة عمليات نزع الألغام من الأمم المتحدة

١٥. انظر:الموقع الإلكتروني لمركز الملك سلمان بن عبد العزيز لإغاثة والمساعدات الإنسانية https://www.ksrelief.org/Programs/MASAMhttps://www.facebook.com/1000

١٦. انظر:الموقع الإلكتروني لمركز الملك سلمان بن عبد العزيز لإغاثة والمساعدات الإنسانية،المرجع السابق.

١٧. المرجع السابق.

١٨. https://www.alarabiya.net تاريخ الدخول (٢٠٢٢/١١/٦م).

١٩. تقرير فريق خبراء مجلس الأمن لعام ٢٠١٧م. /Hk https://unsmil.unmissions.org/arD%B1%D8%Av%D8%82%AA%D9%/%D8-B1%8A%D8%9

٢٠. تقرير فريق خبراء مجلس الأمن لعام ٢٠١٧م.المرجع السابق.

٢١. بيان المستشار بالديوان الملكي المشرف العام على مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال، عبد الله بن عبدالعزيز الربيعة،https://www.alarabiya.net تاريخ الدخول (٢٠٢٢/١١/٦م).

٢٢. المرجع السابق.

٢٣. المرجع السابق.

٢٤. https://www.alarabiya.net تاريخ الدخول (٢٠٢٢/١١/٦م).وكالة الأنباء السعودية (بتاريخ (١٤٤٣/١١/٢٤ه الموافق ٢٠٢٢/٨/٢٣م https://www. spa.gov.sa/viewfullstory. =php?lang=ar&newsid

٢٥. https://www.alarabiya.net وانظر: موقع الإخبار،الصفحة الإلكترونية لجريدة (٢٤) ،بتاريخ ٢٣/يونيو ٢٠٢٢م،بشأن إعلان مركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية ،تمديد مشروع نزع الألغام في اليمن عاماً إضافيا بتكلفة (٣٢،٢٩٢مليون دولار للعام الخامس على التوالي .
https://24.ae/article/70947
84%D8 %3/%D8%A7%D9
88%D %%B3%D8%B9%D9
8A%D8%A9- %8%AF%D9
،85%D8%AF%%D8%AA%D9

٢٦. سورة البقرة،من الآية رقم:٢١٦.

٢٧. الشيخ محمد أبو زهرة،العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي ،القاهرة،١٩٨٧م.(ص:١٠٥).

٢٨. د/وهبة الزحيلي ،العلاقات الدولية في الإسلام،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،ط:٣،بيروت ١٩٨٧م ،(ص:٥٧)

٢٩. وهو نبات شوكي لايكاد أحد يمشي عليه إذا يبس ،ومنه حسك السعدان ،والسعدان شوك يضرب به المثل في الصلابة .والحسك من الحديد وما يعمل على مثاله ،هو من الآت العسكر يلقى حول المعسكر ويمنع من تقدم العدو. ابن منظور،لسان العرب (٤٤٦/٢).

٣٠. د/عبد الرؤوف عون، الفن الحربي في الإسلام، دار المعارف ،القاهرة ،مصر /١٩٦٦م (ص:١٩٥) .

٣١. ابن سعد،الطبقات الكبرى،المحقق: إحسان عباس،الناشر: دار صادر – بيروت،الطبعة: الأولى، ١٩٦٨ م، (١٥٨/٢).

٣٢. انظر:د/سهيل محمد طاهر أحمد، التعويض عن أضرار الألغام الأرضية المضادة للأفراد في النزاعات المسلحة ،بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني ، مجلة جامعو الأزهر ،غزة ،سلسلة العلوم الإنسانية ،٢٠١٢م ،المجلد ١٤،العدد٢،(ص:٤٠٨-٤٠٩).

٣٣. أخرجه ابن حبان في صجيحه، كتاب الزكاة ،فصل ذكر الخصال التي تقوم لمعدم المال مقام الصدقة لباذلها (٨/ ١٧١)رقم:٣٣٧٧؛قال الشيخ الألباني:صحيح لغيره "انظر: السلسلة الصحيحة،رقم:٥٧٥ .

٣٤. فتح الباري شرح صحيح البخاري،(١٢/١١)،وانظر: الحسين بن محمد المغربي،البدر التمام شرح بُلوغ المرام المحقق: علي بن عبد الله الزبن،الناشر: دار هجر،الطبعة: الأولى (١٠/ ٣٥٤)

٣٥. ابن زيد القيرواني، النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأمهاتِ ،لأبي محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي ،تحقيق: الدكتور/ محمَّد حجي،بيروت، دار الغرب الإسلامي، بيروت ،ط:١، ١٩٩٩ م،(٣/ ٦٩).

٣٦. المرجع السابق،نفس الجزء والصفحة.

٣٧. أبو القاسم الطبراني ،مسند الشاميين، ٣٣٦/٤، رقم:٣٤٨٤.قال في الإيماء إلى زوائد الأمالي والأجزاء :إسناده ضعيف ٣/ ٦٤،رقم:٢٠٠٥.

٣٨. وهي وسيلة ضغط على الطرف الآخر لحمله على الرجوع إلى الطريق القويم ، وذلك إذا ارتكب ما يخالف قاعدة من القواعد المستقرة في العلاقات الدولية ، أو لمنعه من تحقيق أغراض غير مشروعة. د./ أحمد أبو الوفا ،الإعلام بقواعد القانون الدولي في شريعة الإسلام، ٣٤٦/١٤.

٣٩. أخرجه البخاري في صحيحه،كتاب الغزوات ،باب وفد بني حنيفة، وحديث ثمامة بن أثال ،٥،/ ١٧٠،رقم:٤٣٧٢،ومسلم في الجهاد والسير باب ربط الأسير وحبسه،١٣٨٦/٣، رقم ١٧٦٤.واللفظ للبخاري.

٤٠. سيرة ابن هشام (ت السقا) ،٢/ ٦٣٩.

٤١. يقول ابن عبد البر: "فَلَمَّا رَأَتْ قُرَيْش أَن الْإِسْلَام يفشو وينتشر اجْتَمعُوا فتعاقدوا، على بني هَاشم وأدخلوا مَعَهم بني الْمطلب، أَلا يكلموهم وَلَا يجالسوهم وَلَا يناكحوهم وَلَا يبايعوهم. وَاجْتمعَ على ذَلِك ملؤهم، وَكَتَبُوا بذلك صحيفة، وعلقوها في الْكَعْبَة. فانحاز بَنو هَاشم وَبَنُو الْمطلب كلهم كافرهم ومؤمنهم، فصاروا في شعب أبي طَالب مَحْصُورين مُبْعَدينَ مُجْتَنَبِينَ، حَاشا أَبَا لَهب وَولده فَإِنَّهُم صَارُوا مَعَ قُرَيْش على قَومهمْ، فبقوا كَذَلِك ثَلَاث سنِين إِلَى أَن جمع اللَّه قُلُوب قوم من قُرَيْش على نقض مَا كَانَت قُرَيْش تعاقدت فِيهِ على بني هَاشم وَبني الْمطلب". الدرر في اختصار المغازي والسير لابن عبدالبر، ص٥٢.

٤٢. وتجدر الإشارة أن نقض الصحيفة تم نتيجة مجهود كبير قام به هشام بن عمرو: فقد ذهب إلى زهير بن أبي أمية وقال له: قال ابن إسحاق : ثُمَّ إِنَّهُ مَشَى إِلَى زُهَيْر بْن أَبِي أُمَيَّةَ بْن الْمُغِيرَة بْن عَبْد اللَّه بْن عُمَرَ بْن مَخْزُوم، وَكَانَتْ أُمُّهُ عَاتِكَةَ بِنْتَ عَبْد الْمُطَّلب، فَقَالَ: يَا زُهَيْرُ، أَقَدْ رَضِيتَ أَنْ تَأْكُلَ الطَّعَامَ، وَتَلْبَسَ الثِّيَابَ، وَتَنْكِحَ النِّسَاءَ، وَأَخْوَالُك حَيْثُ قَدْ عَلِمْتَ، لَا يُبَاعُونَ وَلَا يُبْتَاعُ مِنْهُمْ، وَلَا يَنْكِحُونَ وَلَا يُنْكَحُ إِلَيْهِمْ؟ ثم ذهب إلى المطعم بن عدي وقال له: "يَا مُطْعِمُ أَقَدْ رَضِيتَ أَنْ يَهْلِك بَطْنَان مِنْ بَنِي عَبْد مَنَاف، وَأَنْتَ شَاهِدٌ عَلَى ذَلِكَ، مُوَافِقٌ لِقُرَيْشٍ فِيهِ!"، ثم ذهب إلى البختري بن هشام، وقال له نحواً من ذلك. وهو ما فعله أيضاً مع زمعة بن الأسود، وذهبوا جميعاً واتفقوا على نقض الصحيفة، وأقبل زهير فطاف بالبيت ثم أقبل على الناس فقال: "يَا أَهْلَ مَكَّةَ، أَنَأْكُلُ الطَّعَامَ وَنَلْبَسُ الثِّيَابَ، وَبَنُو هَاشِم هَلْكَى لَا يُبَاعُ وَلَا يُبْتَاعُ مِنْهُمْ، وَاللَّهِ لَا أَقْعُدُ حَتَّى تُشَقَّ هَذِهِ الصَّحِيفَةُ الْقَاطِعَةُ الظَّالِمَةُ". وفعلاً تم نقض الصحيفة وتمزيقها وبطل ما فيها. راجع: سيرة ابن هشام (ت السقا)،١/٣٧٥- ٣٧٦ .

٤٣. فتح الباري ،ج٨،ص٨٨.

٤٤. أخرجه الحاكم في المستدرك ،٢/٦٧٠،رقم:٤٢٢١، وقال:هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.وقال الذهبي في التلخيص:" على شرط مسلم"والطبراني في المعجم الأوسط ،حديث رقم:٦٨٧٥.وفي رواية :"إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق» قال الهيثمي في مجمع الزوائد:" رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح"مجمع الزوائد،٨/١٨٨،رقم:١٣٦٨٣.

٤٥. سورة الإسراء،الآيتان:١٣٣-١٣٤.

٤٦. الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن المحقق: صفوان عدنان الداودي،الناشر: دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت،الطبعة: الأولى - ١٤١٢ هـ (ص: ٤٠٧)

٤٧. سورة الأنبياء،من الآية رقم:٩٠.

٤٨. الرازي ،مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ،الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت،الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ (٤/ ١١٥) ، (٨/ ٣٣٤)

٤٩. صحيح ابن حبان (٨/ ١٧١)رقم:٣٣٧٧.

٥٠. انظر: أحمد بن عبد الرحمن الساعاتي،الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني الناشر: دار إحياء التراث العربي،الطبعة: الثانية (٩/ ١٧٩).

٥١. قَالَ ابْنُ الأثير: هُوَ الَّذِي لا يُصَحِّح كَلَامَهُ وَلا يُبَيِّنُهُ لآفة في لِسَانه، وأصله مِنَ رَثِيم الحصى، وَهُوَ مَا دُقَّ مِنْهُ بِالأَخْفَافَ أَو مِنْ رَثَمْتُ أَنفه إذا كَسَرْتَهُ فكأَنّ فَمَهُ قَدْ كُسِرَ فَلا يُفْصِحُ في كَلامه.." لسان العرب (١٢/ ٢٢٦).

٥٢. مسند أحمد ط الرسالة (٣٥/ ٢٩١) رقم:٢١٣٦٣؛وأخرجه البيهقي في "السنن" ٦/٨٢، وفي "شعب الإيمان" (٧٦١٩) من طريق شجاع بن الوليد، عن الأعمش سليمان بن مهران، بهذا الإسناد..

٥٣. رواه مسلم في صحيحه،كتاب البر والصلة والآداب ، باب فضل إزالة الأذى عن الطريق. (٨/٣٤) رقم:٦٨٣٧

٥٤. رواه مسلم في صحيحه رقم:٦٨٣٧

٥٥. رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب باب النهي عن الإشارة بالسلاح إلى مسلم (٤/ ٢٠٢١) رقم:٢٦١٨

٥٦. شرح النووي على مسلم (١٦/ ١٧١)..

المصادر والمراجع

١. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استنابول، تركيا، بدون تاريخ.

٢. ابن حجر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري، ،الناشر: دار المعرفة – بيروت، ١٣٧٩هـ.

٣. ابن سعد، الطبقات الكبرى، المحقق: إحسان عباس،الناشر: دار صادر – بيروت،الطبعة: الأولى، ١٩٦٨م.

٤. أبو القاسم الطبراني مسند الشاميين، ،تح: حمدي بن عبدالمجيد ا لسلفي ، بير و ت ، مؤ سسة الرسالة ،ط:١، ١٤٠٥ – ١٩٨٤م.

٥. أبو بكر البيهقي ،السنن الكبير، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي،الناشر: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية ،الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ/٢٠١١ م.

٦. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ،المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ،الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت،الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ.

٧. أبو عبد الله الحاكم النيسابوري المستدرك على الصحيحين، ،تح: مصطفى عبد القادر عطا،بيروت، دار الكتب العلمية ،ط:١، ١٤١١ – ١٩٩٠م.

٨. أحمد أبو الوفا(د)، الإعلام بقواعد القانون الدولي في شريعة الإسلام ،دار النهضة العربية ،١٩٩٣م.

٩. أحمد بن حنبل ،مسند الإمام أحمد بن حنبل، ،المحقق: أحمد محمد شاكر،الناشر: دار الحديث – القاهرة،الطبعة:

الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.

١٠. أحمد بن عبد الرحمن الساعاتي،الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني الناشر: دار إحياء التراث العربي،الطبعة: الثانية.

١١. أحمد عبيس نعمة الفتلاوي،(د): مشروعية استعمال بعض أنواع الأسلحة التقليدية في ضوء مبادئ القانون الدولي الإنساني، بحث منشور مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية\ كلية القانون جامعة الكوفة ،٢٠٠٩م.

١٢. الحسين بم محمد المغربي،لبدر التمام شرح بلوغ المرام المحقق: علي بن عبد الله الزبن،الناشر: دار هجر،الطبعة: الأولى

١٣. الرازي، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ،الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت،الطبعة: الثالثة – ١٤٢٠هـ.

١٤. الراغب الأصفهاني،المفردات في غريب القرآن المحقق: صفوان عدنان الداودي،الناشر: دار القلم، الدار الشامية – دمشق بيروت،الطبعة: الأولى – ١٤١٢هـ.

١٥. الشيخ محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام ، دار الفكر العربي ،القاهرة،١٩٨٧م.

١٦. اللجنة الدولية للصليب الأحمر: القانون الدولي الإنساني، (ICRIC ديسمبر ،٢٠١٤م.

١٧. حمد الداودي(د) :قانون الحرب في الإسلام أسبابه وأحكامه، نيويورك ،بلجراف مكميلان ،٢٠١١م.

١٨. سهيل محمد طاهر أحمد، (د) التعويض عن أضرار الألغام الأرضية المضادة للأفراد في

النزاعات المسلحة ،بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الإنساني ، مجلة جامعو الأزهر ،غزة ،سلسلة العلوم الإنسانية ،٢٠١٢م ،المجلد ١٤ ،العدد :الثاني.

١٩. شريف عتلم، (د)محمد ماهر عبد الواحد(د)، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني النصوص الرسمية للاتفاقيات والدول المصدقة والموقعة، إصدار البعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالقاهرة، ط:٨، د.ت

٢٠. عبد الرؤوف عون،(د) الفن الحربي في الإسلام، دارالمعارف ،القاهرة ،مصر /١٩٦٦م .

٢١. عبد الغني محمود (د):حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، القاهرة،اللجنة الدولية للصليب الحمر ،٢٠٠٠م.

٢٢. عبد الملك ابن هشام، السيرة النبوية ،تحقيق: مصطفى السقا ،مصر،مطبعة الحلبي ،ط:٢، ١٣٧٥هـ – ١٩٥٥م.

٢٣. عمر سعد الله (د):القانون الدولي الإنساني ،وثائق وآراء، عمان، دار مجدولاي للنشر، ٢٠٠٢م.

٢٤. عمر مكي (د) القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة ، المنسق الإقليمي للقانون الدولي الإنساني بالشرق الأوسط وشمال أفريقيا، اللجنة الدولية للصليب الأحمر (ICRC).

٢٥. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري صحيح البخاري، تح:محمد زهير بن ناصر الناصر،دار طوق النجاة ، ١٤٢٢هـ.

٢٦. محمد طلعت الغنيمي (د): نظرة عامة في القانون الدولي الإنساني الإسلامي " في مقالات في القانون الدولي الإنساني والإسلام، جمعها ورتبها الدكتور عامر زمالي واللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة

٢٧. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري صحيح مسلم ، ،تح محمد فؤاد عبد الباقي،بيروت، دار إحياء التراث العربي

٢٨. نخبة من المتخصصين ، تقديم د/مفيد شهاب :القانون الدولي الإنساني، تقديم ، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠م.

٢٩. هيثم الأيوبي،(د) هيثم، الموسوعة العسكرية، بيروت، دار الفكر، ،ط١/١٩٨١م.

٣٠. وهبة الزحيلي(د) ،العلاقات الدولية في الإسلام،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،ط:٣،بيروت ١٩٨٧م.

مواقع إلكترونية :

١. الموقع الإلكتروني لمركز الملك سلمان بن عبد العزيز لإغاثة والمساعدات الإنسانية. https://www.ksrelief.org/Programs/MASAMhttps://www.facebook.com/100064359052680/posts/pfbid02Q7VFaGLXBWArrNX9gmwP6jwZDATB473zaAjDvAget6GonQc2GzQ6K8JLSwhrvyh1l/?app=fbl

٢. بيان المستشار بالديوان الملكي المشرف العام على مركز الملك سلمان للإغاثة والأعمال، عبد الله بن عبدالعزيز الربيعة، https://www.alarabiya.net تاريخ الدخول (٢٠٢٢/١١/٦م).

٣. تقرير فريق خبراء مجلس الأمن لعام ٢٠١٧م. https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/ar/%D8%AA%D9%82%%ar/%D8%AA%D9

%D8%A7%D8%B1%D9
8A%D8%B1-

٤. موقع الإخبار السعودي ، الصحة الإلكترونية لجريدة (٢٤) ،بتاريخ ٢٣/يونيو ٢٠٢٢م،بشأن إعلان مركز الملك سلمان للإغاثة والمساعدات الإنسانية ،تمديد مشروع نزع الألغام في اليمن عاماً إضافيا للعام الخامس على التوالي:
https://24.ae/article/
709473/%D8%A7%D
84%D8%B3%D8%%9
88%D8%A %B9%D9

8A%D8%A9-%F%D9
85%D8%AF%%AA%D9

٥. موقع العربية نت ، موقع الكتروني : https://www.
alarabiya.net

٦. وكالة الأنباء السعودية تاريخ الدخول (٢٠٢٢/١١/٦م (بتاريخ (١٤٤٣/١١/٢٤هـ الموافق ٢٠٢٢/٨/٢٣م
https://www.spa.gov.
sa/ viewfull story.
php?lang=ar&newsid=
2364799

أوجه الائتلاف والاختلاف بين القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)

د. أزهري عباس الطاهر*

مستخلص

تكمن أهمية الدراسة، في الوقوف علي نقاط الاختلاف بين آليات تنفيذ القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ، قرارات المنظمات الدولية ليست كلها إلزامية وإنما تأتي احياناً علي شكل توصيات، القانون الدولي الإنساني يطبق في النزاعات المسلحة لحماية الضحايا ،وهدفت الدراسة إلى بيان أوجه الائتلاف والاختلاف بين القانون الدولي الإنساني والدولي لحقوق الانسان فيما يحدث من الخلط وعدم التمييز في كثير من الأحيان التعرف على الأحكام القانونية بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان ومجالات تطبيق كل منهما، ولذا اتبعت الدراسة المنهج التحليلي الوصفى المقارن، توصلت الدراسة الى عدة نتائج أهمها : يهتم كل من القانون الدولي والانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان بحماية الفرد مما قد يتعرض له من عنف وتعسف في الحرب والسلم، القانون الدولي الإنساني يطبق في النزاعات المسلحة لحماية الضحايا، والقانون الدولي لحقوق الانسان يطبق في حالتي السلم والحرب ، أن القانون الدولي الانساني لا يقتصر علي الحماية في ظروف الحرب بل يتعداها إلى حماية الأعيان المدنية ،وأما الدولي لحقوق الانسان لايقتصر علي الصفة الشخصية في حماية الانسان انما يوفر مجموعة من الحقوق للجماعة والعسكرية والشرطية، حيث أوصت الدراسة بعدة توصيات منها: نوصى المشرع السوداني بإدخال مادة القانون الدولي الإنساني واتفاقياته جميعها في مناهج كلية القانون بالسودان، نوصى المشرع السوداني بربط القانون الجنائي السوداني ١٩٩١م بالجرائم المنصوص عليها في نظام روما الاساسي.

Abstract

The importance of the study lies on pointing the differences between the mechanisms of implementing international human rights law and international humanitarian law. The decisions of international organizations are not all mandatory, but sometimes they are came as a form of recommendations. International humanitarian law is applied in armed conflicts to protect victims. The study aims to show the differences between international humanitarian law and international human rights law which usually cause confusion, and to identify legal provisions between international humanitarian law and international human rights law and their areas of application, and therefore the study followed the analytical, descriptive, and comparative approach, the study reaches several results, the most important of which are : Both international and humanitarian law and international human rights law are concerned with protection of individuals from violence and abuse which they may be exposed to in war and peace. International humanitarian law is applied in armed conflicts to protect victims, and international human rights law is applied in situations of peace and war. International humanitarian law is not limited to protect only in conditions of war, but rather it goes beyond to protect civilian objects. As for international human rights, it is not only limited to individuals protection but it also gives a set of rights for groups, military and police. The study recommendes the following, the Sudanese legislator is recommended to include the subject of international humanitarian law and all its agreements in Sudanese Faculties of Law curriculums, the Sudanese legislator is recommended to link the Sudanese Criminal Code 1991 AD with the crimes stipulated in Rome statutes.

مقدمة

لقد خلطت الأمم المتحدة بين قانوني الدولي الإنساني وقانون حقوق الانسان، وذلك في لجنة تقصي الحقائق التابعة للأمم المتحدة في السلفادور؛ حيث اعتبرت كلمة الاعدام الذي نفذه الجيش السلفادوري في ممرضه بعد أن تم القبض عليها بمستشفي التحرير الوطني، وهذا يمثل خرقاً كبيراً للقانون الدولي الانساني والدولي لحقوق الانسان ومثل هذا الخلط يجب الابتعاد عنه حتي يستغل كل من القانون الدولي الانساني والدولي لحقوق الانسان، وهذا وغيره من الإشكالات؛ مما دفع الباحث لتناول هذين القانونيين بهذه الدراسة، بالرغم من حداثة هذين القانونيين نسبياً إلا أن قواعد القانون الدولي الانساني كانت هي الأسبق بالظهور بنحو مائة عام.

أهمية الدراسة:

١/ الوقوف علي نقاط الاختلاف بين آليات تنفيذ القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني.

٢/ قرارات المنظمات الدولية ليست كلها إلزامية وإنما تأتي أحياناً علي شكل توصيات.

٣/ القانون الدولي الانساني يطبق في النزاعات المسلحة لحماية الضحايا والقانون الدولي لحقوق الانسان يطبق في حالتي السلم والحرب.

أهداف الدراسة :

يهدف البحث إلى:

بيان أوجه الائتلاف والاختلاف بين القانون الدولي الانساني والدولي لحقوق الانسان فيما يحدث من الخلط وعدم التمييز في كثير من الأحيان .

التعرف على الأحكام القانونية بين القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان ومجالات تطبيق كل منهما.

مشكلة الدراسة:

ما هى مجالات تطبيق كل من القانونين الدولي والانساني والدولي لحقوق الانسان؟

حيث تتفرع الأسئلة التالية:

١/ ماهية القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان؟

٢/ ما هي مبادئ القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني؟

٣/ نطاق تطبيق القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان؟

منهج الدراسة :

اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن .

هيكل الدراسة:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث، وخاتمة.

المبحث الأول: **ماهية القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان**

المطلب الأول: **تعريف القانون الدولي الإنساني**

المطلب الثاني: **مصادر القانون الدولي الإنساني**

المطلب الثالث: **مبادئ القانون الدولي لحقوق الإنساني**

المطلب الرابع: **مصادر القانون الدولي لحقوق الإنسان**

المبحث الثاني: **نطاق تطبيق كل من القانونين الدولي والانساني والدولي لحقوق الانسان** .

المطلب الأول: **نطاق تطبيق المادي للقانونين**

المطلب الثاني: **تعريف النزاعات المسلحة الدولية**

المطلب الثالث: **النطاق الشخصي لتطبيق القانونين**

المبحث الثالث: **المقارنة بين القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني.**

المطلب الأول: **المقارنة**

المطلب الثاني: **القانون الدولي يحمي الإنسان بصورة عامة**

الخاتمة

قائمة المصادر المراجع

المبحث الأول

ماهية القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان ومصادرهما

المطلب الأول

تعريف القانون الدولي الانساني

هناك العديد من التعريفات التي وردت بخصوص القانون الدولي الانساني منها : (هو مجموعة المبادئ والأحكام المنظمة للوسائل والطرق الخاصة بالحرب بالإضافة إلي الحماية للسكان المدنيين والمرضي والمصابين من المقاتلين اسر الحرب)[١] .

وقد عرفه آخرون بأنه : (مجموعة القواعد الدولية الموضوعة بمقتضي اتفاقيات وأعراف دولية مخصصة بالتحديد لحل المشاكل ذات الصفة الانسانية الناجمة مباشرة عن المنازعات المسلحة الدولية او غير الدولية التي تحد لاعتبارات انسانية من حق أطراف النزاع في اللجوء الي ما يختارونه من أساليب ووسائل في القتال وتحمي الاشخاص والممتلكات التي تتضرر من جراء النزاع)[٢]

من المعلوم أن القانون الدولي الإنساني يعتبر أحد فروع القانون الدولي العام الحديثة، ويهتم هذا القانون بحماية الإنسان في الظروف الطارئة عند نشوب النزاع المسلح ،ولقد تبنت اللجنة الدولية للصليب الاحمر تعريفاً للقانون الدولي الإنساني؛ حيث اعتبرت انه يشتمل علي (مجموعة القواعد الدولية المستمدة من الاتفاقيات والاعراف التي تهدف بشكل خاص الي تسوية المشكلات الانسانية الناجمة بصورة مباشرة عن النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية والتي تقيد لأسباب انسانية حق أطراف النزاع في استخدام أساليب الحرب وطرقها التي تروق لها أو تحمي الاشخاص والاملاك المعرضين او الذين يمكن ان يتعرضوا لأخطار النزاع)[٣] .

وقد عرفه البعض بتعبير اخر الي انه (مجموعة المبادئ والقواعد المتفق عليها دوليا والتي تهدف الي الحد من استخدام العنف في وقت النزاعات المسلحة عن طريق حماية الأفراد المشتركين في العمليات الحربية او الذين توقفوا عن المشاركة فيها والجرحي والمصابين والاسري والمدنيين، وكذلك عن طريق جعل العنف في المعارك العسكرية مقتصرا علي تلك الاعمال الضرورية لتحقيق الهدف العسكري)[٤].

والقانون الدولي الانساني (هو عبارة عن جزء من القانون الدولي العام الحديثة وهو احد فروعه ويهتم بحماية الانسان في ظرف طارئ يقصد به تحديدا النزاع المسلح وينظم العلاقات بين الدول ويتمثل القانون الدولي في الاتفاقيات التي ابرمتها الدول والعرف الدولي النابع من ممارسات الدول والمقبول من جانبها باعتباره الزامياً فضلاً عن المبادئ العامة للقانون)[٥].

أما ابتكار مصطلح (القانون الدولي الانساني) (Max Huber) وهو رئيس اللجنة الدولية للصليب الاحمر سابقا وهذا المصطلح لم يستمر كثيرا حتي ظهر العديد من الفقهاء حتي كاد يكون هذا المصلح اليوم رسميا علي الصعيد الدولي)[٦] جملة التعاريف السابقة يستنتج منها ان القانون الدولي عبارة عن مجموعة من القواعد الدولية التي تستهدف حماية شخص الانسان في المقام الاول والذي يعد الهدف الاساسي لهذا القانون وغيره من القوانين كما يهتم بحماية الاعيان والمتلكات للإنسان في وقت الحرب، والانسان المشمول بهذه العناية هو غير المشترك في الحرب .

والانسان غير القادر علي مواصلة الاشتراك في الحرب ،والمثال علي ذلك أن المدنيين بشكل عام باستثناء الذين يشتركون في العمليات القتالية وايضا الاسري والجرحى، أما

بالنسبة للاعيان والممتلكات المشمولة بالحماية او ماتعرف بالأعيان المدنية فهي كافة الأهداف التي لا تعتبر أهدافاً عسكرية بالمفهوم العسكري ويشترط بالأهداف العسكرية ان تكون لخدمة غرض عسكري وان تكون محمية عسكريا[٧].

أما تطور القانون الدولي الانساني ،فقد كان التعبير الخاص للقانون الدولي الانساني يعد تعبيرًا حديثاً ويرجعه البعض إلى السبعينيات من القرن الماضي، وولادة قواعده قديمة ،ونادت بها الأديان السماوية كالديانة المسيحية مثلاً حيث ساهمت في تكوين العرف الدولي الخاص بالزاعات المسلحة عوامل عديدة كفكرة الشرف العسكري الذي يتحلي به المحاربون القدامي والفرسان في العصور الوسطي وقد كانت الحروب في نظرهم كفاحا شريفا تحكمه قواعد خاصة تتعلق بمعاملة الجرحي والمرضي وعدم التعرض لغير المقاتلين من سكان دولة العدو وكان الفضل في انماء هذا الاتجاه يعود الي مبادئ الدين المسيحي الذي ينادي بالمحبة وطيب المعاملة للجميع حيث جاءت فكرة الشرف العسكري ونظام الفروسية في معالجة جميع الجرحي بتقديم خدمات طبية جيدة وتقدير متبادل يظهر في سلوك قادة الحروب بتبادلهم التحية قبل بدء الحرب[٨].

واما الشريعة الاسلامية الغراء قد وضعت قواعد ذات أثر كبير في حكم سلوك المسلمين أثناء الحرب، حيث أثرت قواعد الشريعة الاسلامية والأوامر التي كان يتلقاها المقاتلون المسلمون من النبي صلي الله عليه وسلم ومن بعد أوامر الخلفاء الراشدين ،وقادة الجيوش العسكرية الاسلامية في تغيير وازالة العادات والتقاليد الوحشية التي كانت قائمة في الحروب قبل الاسلام والتي أثرت على العدو الداخل في الحرب مع الجيوش التابعة للدولة الاسلامية لما

لمسوه من قواعد ومعاملة مميزة تحت ايدي الجيوش الاسلامية[٩].

وتأكيداً علي ذلك ما أوصي به النبي صلي الله عليه وسلم زيد بن حارثة عندما جعله قائداً علي الجيش الاسلامي المتوجه الي مؤتة قال له : لا تقتلوا وليدا ولا امرأة ،ولا كبيراً ولا فانياً ولا منعزلاً بصومعة لا تعقروا نخلاً ولا تقطعوا شجرة ولا تهدموا بناء" ومن هنا نجد أن الإسلام قد وضع نظاماً صارماً وادباً وقيوداً قوية علي قادة الحروب من المسلمين الذين يقاتلون الكفار وعلي هذا نجد ان مصادر القانون الدولي الانساني تعود في اصولها الي قواعد تستمد جزورها من الحضارات القديمة والديانات فالحروب خضعت دوما لبعض القوانين والاعراف[١٠].

المطلب الثاني

مصادر القانون الدولي الانساني

بما أن القانون الدولي الانساني هو أحد فروع القانون الدولي العام نجد ان مصادره هي ذات المصادر الخاصة بالقانون الدولي العام المتمثلة في المعاهدات والاتفاقيات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون ويضاف الي ذلك قرارات المنظمات الدولية، وبعد اراء كبار الفقهاء واجتهادات المحاكم كمصادر احتياطية ويمكن القول بأن منتصف القرن التاسع عشر ١٨٦٤ هو تاريخ ميلاد اول اتفاقية دولية لحماية ضحايا الحروب وبشكل خاص المرضي والجرحي ومن هنا جاء ميلاد القانون الدولي الانساني في اتفاقيات دولية وقد كان في الماضي توجد اتفاقيات ثنائية تتضمن احكام تتعلق بمعالجة المرضي والجرحي ومعاملة الاطباء والجراحين الذين يقومون بالعلاجات.

وفي العام ١٥٨١ وهي اقدم اتفاقية في التسليم ومنح عام عن المدافعين والقادة والضباط سواء من الأجانب او رعاية البلد مع امكانية الانسحاب

حاملين شارات رتبهم علي اكتافهم ويتمتع بهذه الامتيازات الجرحي والمرضي وقد برز ايضا اتفاق الهدني بين المركيز الاسباني دي سانتا كروز والحاكم الفرنسي كوارز .

وفي العام ١٩٠٦ والعام ١٩٢١ تم اعتماد اتفاقيات جنيف لتحسين مصير ضحايا الحرب واتفاقية لاهاي التي كانت في ١٨٩٩ تمت مراجعتها ١٩٠٧ حيث جعلت مبادئ جنيف مواكبة للحرب البحرية ونظرا للمشاكل الكبيرة والمآسي التي اصابت كثيرا من البشر عسكريين ومدنيين فقد تم في العام ١٩٤٩ اتفاقية جنيف الرابعة بهدف تحديد وضع السكان المدنيين زمن الحرب وقد كان هناك ضرورة كبيرة لتحسين اوضاع الاتفاقيات السابقة حيث كان الاتفاقية الاولى والمتعلقة بحماية المرضي والجرحى العسكريين في الميدان والاتفاقية الثانية متعلقة بالمرضي والجرحى والغرقى للقوات البحرية والاتفاقية الثالثة خاصة بأسري الحرب وقد تمخض عن البحث لإيجاد حلول لمشاكل الحرب وتم البروتكول الاول والبرتوكول الثاني كإضافة لاتفاقيات جنيف ١٠٤٩ وقد ود في البرتوكول الاول كداعم للمبادئ الانسانية التي جاءت بها اتفاقيات جنيف خاصة المفقودين والمرض والجرحي ،واما البرتوكول الثاني فقد حدد ودعم الحماية الدولية لضحايا النزاعات غير الدولية وفي اتفاقية ١٩٨٠ بشأن بعض الاسلحة التقليدية وبرتوكولاتها الاربعة جاءت اتفاقية ١٩٩٣ بشأن الاسلحة الكيماوية ومعاهدة اتوة ١٩٩٧ بشأن الالغام المضادة للأفراد والبروتوكول الاختياري لعام ٢٠٠٠ المتصل بالاتفاقية الخاصة بحقوق الاطفال في النزاعات المسلحة [١١].

ومن قواعد القانون الدولي الانساني نجد ان العرف الدولي الملزم وهو (مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ في المجتمع الدولي بسبب تكرار

الدول لها مدة طويلة وبسبب التزام الدول بها في تصرفاتها واعتقادها بأن هذه القواعد تتصف بالإلزام القانوني)[١٢].

والعرف الدولي يعتبر مصدرا اساسيا للقانون الدولي الانساني شأنه شأن العرف في القانون الداخلي ويتكون من عنصرين العنصر المادي وهو التكرار والعادة أي تكرار بعض الوقائع بشكل دائم ومستمر وعنصر معنوي وهو اقتناع الدول بضرورة هذا العرف وايمانها لان اتباعه والسير بمقتضاه يعتبر واجبا كما يعتبر العرف هو المصدر الثاني لقواعد القانون الدولي الانساني وكما هو معروف ان قواعد القانون الدولي الانساني المكتوب او المقنن كانت في البداية قواعد عرفية وقد تم الاعتراف بالعرف كمصدر من مصادر القانون الدولي الانساني يمكن الرجوع اليه عند عدم وجود نص الاتفاقات الدولية وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الاولي من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧ التي جاء فيها (يظل المدنيون والمقاتلون في الحالات التي لا ينص عليها هذا الحق او أي اتفاق دولي اخر تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي كما استقر بها العرف ومبادي الانسانية وما يمليه الضمير العام .

وأما المصدر الثالث من مصادر القانون الدولي الانساني هو المبادئ العامة للقانون وهذا المصدر يستند في الاساس علي المبادئ التي يتم استقطابها من خلال سياق النص القانوني لأنها تعبر عن جوهر القانون وبعض منها تمت صياغتها بشكل صريح في الاتفاقيات الدولية واخري انبثقت من الاعراف الدولية[١٣].

ومن العلوم انم بادئ القانون الدولي الانساني تنقسم الي قسمين رئيسيين القسم الاول يتصف بأنه مبادئ قانونية عامة تصلح لكل الانظمة القانونية الداخلية والدولية بما فيها

نظام القانون الدولي الانساني .

اما القسم الثاني فهو عبارة عن مبادئ قانونية خاصة بقانون النزاعات المسلحة (القانون الدولي الانساني والتي تنطبق اثناء النزاعات المسلحة).

والمصدر الرابع من مصادر القانون الدولي الانساني هو قرارات المنظمات الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية كمصدر احتياطي من مصادر القانون الدولي الانساني وان كان هناك اختلاف في مدي الزامية قرارات المنظمات الدولية .

والمصدر الخامس للقانون الدولي الانساني هو الفقه والذي تشكل اراء كبار فقاء القانون الدولي الانساني و كتاباتهم مصدرا احتياطيا من مصادر القانون الدولي الانساني عن طريق الكشف عن الثغرات والنواقص في الاتفاقيات ذات الصلة ولفت انظار الدول اليها وحثها علي تبنيها في شكل اتفاقيات دولية ودراسة الفقهاء لنصوص الاتفاقيات وتفسيرها وانتقادها غالبا ما يؤثر علي الراي العام الوطني والدولي ويحرض الحكومات علي تبني اراءهم .

المطلب الثالث

مبادئ القانون الدولي لحقوق الانسان

ان مبادئ حقوق الانسان تعود في الاصل الي الوراء كثيرا لأنها ليست وليدة الاعلان العالمي لحقوق الانسان ١٩٤٨ فهي قديمة قدم الانسان كالحق في الحياة وهذا الحق نشأ نع وجود الانسان علي هذه الارض وتمتد هذه المبادئ من جزورها الاولي المتمثلة في التراث الاخلاقي والديني لهذه الشعوب .

تعريف القانون الدولي لحقوق الانسان يعبر القانون الدولي لحقوق الانسان هو احد فروع القانون الدولي العام الحديثة ويرجحه البعض الي ما بعد الاعلان العالمي لحقوق الانسان ويعرف القانون

الدولي لحقوق الانسان بأنه (مجموعة القواعد والمبادئ المنصوص عليها في عدد من الاعلانات والمعاهدات الدولية والتي تؤمن حقوق وحريات الافراد والشعوب في مواجهة الدولة اساسا وهي حقوق لصيقة بالإنسان وغير قابلة للتنازل عنها وتلزم الدولة بحمايتها من الاعتداء او الانتهاك[١٤].

وقد عرفه بعض العلماء بأنه (مجموعة القواعد القانونية المتصفة بالعمومية والتجريد التي ارتاضتها الجماعة الدولية واصدرتها في صورة معاهدات وبروتوكولات دولية ملزمة بقصد حماية حقوق الانسان المحكوم بوصفه انسانا وعضوا في المجتمع من عدوان سلطاته الحاكمة او تقصيرها وتمثل الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز للدول الاعضاء فيها النزول عنه مطلقا او التحلل من بعضها في غير الاستثناءات المقررة فيها [١٥].

وجاء تعريف ثالث للقانون الدولي لحقوق الانسان بأنه ذلك القانون الذي يتكون من مجموعة القواعد القانونية الدولية المكتوبة او العرفية التي تؤكد احترام الانسان الفرد وازهاره [١٦].

واما تطور القانون الدولي لحقوق الانسان فله جذور عميقة ضاربة في القدم التاريخي حيث تعود الي الثقافات الشعبية القديمة والديانات السماوية لكنها لم تظهر هذه الحقوق في قواعد قانونية ملزمة الا بعد الحرب العالمية الثانية حيث ادرجت هذه الحقوق في ميثاق الامم المتحدة لإبرام عدد من الاتفاقيات والمواثيق والعهود بدأ من اتفاقية مناهضة جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨ والتي تبعها الكثير من الاتفاقيات والعهود كإدراج حقوق الانسان في الميثاق الاممي والتي جاء في ديباجة الامم المتحدة التي اوجبت علي نفسها انقاذ الاجيال المقبلة من ويلات الحروب وفي هذه الديباجة اتضح مدي التصميم والاصرار لدي الامم المتحدة في تجنيد العالم ويلات

الحروب والمحافظة علي حقوق الانسان وعدم انتهاكها فكان هذا الميثاق يشتمل علي نصوص عديد وكثير تتعلق بحقوق الانسان فنجد في المادة الاولي ان هذا الميثاق حدد مقاصد الامم المتحدة وعددها اربعة مقاصد منها تحقيق التعاون الدولي لحل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والانسانية ولتعزيز حقوق الانسان والحريات الاساسية للناس جميعا وتشجيعها اطلاقا دون تمييز بسبب الجنس او الدين ولا تفريغ بي الرجال والنساء .

وفي الفصل التاسع المتعلق بالتعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي من المادة (٥٥-٦٠) اتضح ان المادة (٥٥) تشير الي الرغبة في تهيئة دواعي الاستقرار والرفاهية الضروريين لقيام علاقات سليمة وودية بين الامم مؤسسة علي احترام مبدأ المساواة في الحقوق بين الشعوب وان يكون لكل منها تقرير مصيرها ولذلك تعمل الامم المتحدة علي اشاعة احترام حقوق الانسان والحريات الاساسية للجميع واشارت المادة (٥٥) التي تتعهد بموجبها الدول الاعضاء ليقوموا منفردين او مشتركين بما عليهم من عمل وذلك بالتعاون مع الهيئة لتحقيق المقاصد التي جاءت بنفس المادة(٥٥).

وفي الفصل العاشر المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي تجد المواد من (٦١-٧٢) منها الفقرة الثانية من المادة (٦٢) تنص علي ان يقدم توصيات تتعلق بإشاعة احترام حقوق الانسان والحريات الاساسية ومراعاتها .

تشكيل لجنة حقوق الانسان ومهامها : لجنة حقوق الانسان هي احد الاجهزة الفرعية في الامم المتحدة التي نص عليها الميثاق في المادة (٦٨) والتي جاء في تشكيلها ما يلي (ينشأ المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجانا للشؤون الاقتصادية والاجتماعية

لتعزيز حقوق الانسان كما ينشئ غير ذلك من اللجان التي قد تحتاج اليها لتأدية وظائفها).

المطلب الرابع

مصادر القانون الدولي لحقوق الانسان

١/ الاتفاقيات الدولية:

لم يكن تقنين قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان علي شكل اتفاقيات ومواثيق دولية الا بعد منتصف القرن العشرين حيث ابرم عدد من المواثيق الدولية منها ما هو ذو طابع ادبي وما هو ذو طابع الزامي[١٧] فالإعلانات الدولية تعتبر ذات طابع ادبي بدأت بالإعلان العالمي لحقوق الانسان ١٩٤٨ والذي يعتبر اول وثيقة دولية تهتم بحقوق الانسان علي المستوي العالمي .

٢/ المواثيق والعهود الدولية:

واهمها اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨ والاتفاقية الدولية للقضاء علي جميع اشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥ والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ والذي يتضمن حقوق الانسان الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الانسان مضافا اليها الكثير من الحقوق والحريات [١٨]

٣/ المواثيق والصكوك الاقليمية:

منها:

أ/ الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان لعام ١٩٥٠ ودخلت حيز النفاذ عام ١٩٥٣ فيما يتعلق بحماية الفرد علي عدة مراحل حيث كان حق رفع الشكاوي امام اللجنة الاوربية لحقوق الانسان مقتصرا في المرحلة الاولي علي الاطراف فيها ولايجوز للأفراد او المنظمات غير الحكومية تقديم الشكاوي الا بموافقة الدول المشتكي منها لكن بعد دخول البروتوكول التاسع في ١٩٩٤ قد اصبح من الممكن للافراد والمنظمات اللجوء الي المحكمة الأوروبية للحقوق الانسان.

ب/ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان لعام ١٩٦٩ والتي ترتكز علي الاعلان العالمي لحقوق الانسان مختلفة عن الاتفاقية الاوربية في كون الاتفاقية الاوربية تقتصر علي الحقوق المدنية والسياسية بينما الاتفاقية الامريكية كان نطاقها اوسع فتناولت الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتتميز ايضا الاتفاقية الامريكية بالمقارنة مع غيرها في عدم حاجة قبول الدولة المشتكي منها بشرط ان تكون هذه الدولة قد صادقت علي الاتفاقية وللجنة الامريكية لحقوق الانسان القدرة علي الاستعانة بقواعد القانون الدولي الانساني للنظر في الشكاوي المعروضة عليها [١٩]

ج/ الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لعام ١٩٨١ الذي اضاف ابعادا جديدة لحقوق الانسان كقيام امين اللجنة قبل انعقاد كل دورة بوضع قائمة المراسلات الواردة من غير الدول الاطراف في هذا الميثاق ويقدمها الي اعضاء اللجنة الذين يجوز لهم الاطلاع عليها والنظر فيها .

د/ الميثاق العربي لحقوق الانسان لعام ١٩٩٤ الذي اعادت فيه الدول العربية تأكيد التزامها بما ورد من مبادئ في ميثاق الامم المتحدة والاعلان العالم لحقوق الانسان واحكام العهديين الدوليين للامم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية الاجتماعية والثقافية [٢٠] .

٤/ المصدر الثاني العرف:

ويعتبر العرف مصدراً هاماً من مصادر حقوق الانسان علي الصعيد الدولي ويعد العرف من ناحية اخري

المصدر الاكثر ملاءمة من مصادر القانون الدولي لتلبية متطلبات تكوين قانون دولي لحقوق الانسان ومن المعروف ان مبادئ حقوق الانسان تكونت بجهود ونضالات كبيرة واسهامات واسعة للبشرية جمعاء علي اختلاف اممها وجماعاتها .

٥/ والمصدر الثالث هو المبادئ العامة للقانون:

حيث تعد مجموعة المبادئ والقواعد القانونية المشتركة بين معظم الانظمة القانونية الرئيسية في العالم ممثلة في النظام الاسلامي والنظام اللاتيني والنظام الانجلو سكسوني والنظام الجيرماني [٢١].

٦/ قرارات المنظمات الدولية:

ان قرارات المنظمات الدولية لاتعتبر كلها الزامية وانما بعضها يأتي علي شكل توصيات ذات صفة ادبية فقط وبعضها يأتي علي المنظمات الدولية المتعلقة علي حماية حقوق الانسان الصادرة عن مجلس الامن.

ومنها قرارات سياسية كالفصل النصري في جنوب افريقيا والقرار رقم ٢٨٢ لعام ١٩٧٠ الذي اعترف بشرعية كفاح شعب جنوب افريقيا من اجل الحصول علي حقوقهم الانسانية المقررة بميثاق الامم المتحدة والاعلان العالمي لحقوق الانسان[٢٢] وبهذا يمكن اعتبار قرارات المنظمات الدولية مصدرا من مصادر حقوق الانسان بصفة احتياطية والتعاون الدولي في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والتعليمية والصحية والاعانة علي تحقيق حقوق الانسان و الحريات الاساسية للناس كافة بلا تمييز في الجنس او اللغة او الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء[٢٣].

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان

المطلب الاول

نطاق التطبيق المادي للقانونين

يقصد بنطاق التطبيق المادي للقانونين أي الفترات التي يسري خلالها القانونان والنطاق الشخصي بتطبيق القانونين.

بالنسبة لنطاق التطبيق المادي للقانونين فهما يلتقيان في العديد من نقاط الالتقاء واولها الهدف الاساسي لكل منهما حيث يتمثل في حماية الانسان لكونه انسانا ليس لاي غرض اخر وهو الدافع الي وجود هذين القانونين فمن حيث نطاق وجود وعمل كل منهما يعتبر الانسان نطاقا وحيزا مشتركا لكل من القانونين حتي علي المستوي الدولي اما اذا نظرنا الي تعريف القانون الدولي الانساني نجده لا يطبق الا وقت النزاعات المسلحة الدولية او غير الدولية ويبقي في حالة سكون عند السلم وتدب فيه الحياة في حال حصول أي نزاع وبذلك يكون القانون الدولي الانساني يهتم بحماية حقوق الانسان في ظرف النزاع المسلح .

ومن جهة اخري فإن القانون الدولي الانساني يعني علاقة مواطني دولة في حالة نزاع مسلح مع القوات المسلحة للدولة الأخرى ومن ثم يعتبر القانون الدولي الانساني قانونا خاصا لأنه يرتكز علي قواعد خاصة وينطبق في فترة النزاعات المسلحة وليس بعدها ويتمحور في حماية الشخص في اثناء الحرب اما القانون الدولي لحقوق الانسان فإنه يسري علي كل الاوضاع لأجل حماية الافراد ويعتبر قانونا شاملا يعني بحماية حقوق الانسان سواء في وقت السلم او الحرب[٢٤].

ويعتبر الدور الرئيسي لقانون حقوق الانسان هو حماية حقوق الانسان

وقت السلم وكثيرا ما يعرقل ظرف النظام المسلح تطبيق هذا القانون في وقت الحرب وتظهر بذلك شروط تطبيق كلا القانونين التي تكون مستقلة عن بعضها البعض بالرغم من التشابه بينهما لكن يعد كل منهما بأنه قانون متميز لا يمكن دمجه مع الاخر حتي ان كان هناك آثار متبادلة بينهما تلا ان هذا الاستغلال عن التطبيق يظهر له الكثير من الفوائد من حيث ان الاستغلالية في تطبيق كل منهما تسمح بالتدخل التلقائي للنظامين في نفس الاوضاع ويترتب علي ذلك تمتع الشخص بحماية مضاعفة ومزدوجة علما بأن الاتجاه القائم اليوم يسير نحو مد نطاق تطبيق قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان لتطبيقها في فترة الحرب والنزاعات المسلحة الي جانب سريانها في فترة السلم حيث يستمر العمل الدولي في هذا الاتجاه وذلك بقيام الامم المتحدة بالاهتمام بحقوق الانسان في وقت الحرب والنزاعات المسلحة بشكل عام في الوقت الذي كانت في البداية تعني بحقوق الانسان في زمن السلم فقط واتضح ذلك في العديد من التقارير الثانوية للأمين العام وبيانات الجمعية العامة وقراراتها اضافة الي قرارات مجلس الامن وعلي سبيل المثال قرار الجمعية العامة بالرغم ٢٤٤٤ لعام ١٩٦٨ والذي اكد فيه علي احترام حقوق الانسان في وقت النزاعات المسلحة وكذلك التقرير السنوي للأمين العام للأمم المتحدة لعام ١٩٦٨ وبالنسبة لقرارات مجلس الامن فقد تضمنت سلسلة القرارات التي اصدرها هذا المجلس في العام ١٩٩٢ بشأن النزاع في يوغسلافيا .

الكثير من النصوص بشأن احترام حقوق الانسان في النزاعات المسلحة وجانب اخر للعمل الدولي في مجال حقوق الانسان يفيد بالتدخل بين القانونين والاتجاه نحو تعميم القانون الدولي لحقوق الانسان في زمن

الحرب والسلم وقد اتضح ذلك في نصوص اتفاقية أوتاوا لسنة ١٩٩٧ والتي تضم سلسلة اتفاقيات حقوق الانسان والتي اختصت بحظر استعمال الالغام المضادة للأشخاص وتخزينها وانتاجها ونقلها وتدميرها حيث ان هذه الاتفاقية استندت في مبادئها ونصوصها علي القواعد العرفية في القانون الدولي الانساني والتي تحرم استخدام الاسلحة التي لا تمييز بطبيعتها بين المدنيين والمقاتلين والتي تسبب معاناة لا مبرر لها وانتهاك للحقوق الانسانية في الحياة والسلامة والامان[٢٥].

ويظهر من هنا ان من المناسب التطرق الي المقصود بالنزاع المسلح الدولي والنزاع المسلح غير الدولي باعتبارهما المجال المادي لانطباق القانون الدولي الانساني .

المطلب الثاني

تعريف النزاعات المسلحة الدولية

يقصد بالنزاع الدولي المسلح الحرب التي تندلع بين دولتين مستقلتين وجيشين نظاميين وتخضع الحرب الي قانون او اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ والذي كان يسمي من قبل ذلك قانون الحرب ويسري فقط في حالات الحروب المعلنة والتي نظمتها وبينت احكامها اتفاقية لاهاي لعام ١٨٩٩والتي اعيد النص عليها عام ١٩٠٧ في اتفاقية لاهاي الثالثة الخاصة ببدء العمليات العدائية ولم يتوقف الامر عند اتفاقيات ١٩٤٩ التي قطت بأحكامها كافة انواع النزاعات المسلحة الدولية فقد تم اضافة نصوص جديدة الي قواعد القانون الدولي الانساني في عام ١٩٧٧ تجعل من هذا القانون ان يسري بكامل قواعده علي نوع جديد من النزاعات المسلحة التي تقودها حركات التحرير

الوطنية ضد الاستعمار والسيطرة الاجنبية وضد الاحتلال الاجنبي او ضد الكيانات والانظمة العنصرية فقد تضمن برتوكول جنيف الاول لعام ١٩٧٧ الملحق باتفاقيات جنيف الاربعة تضمن نصا يدرج بموجبه هذا النوع من النزاعات ضمن فترة النزاعات المسلحة وهو نص م-١ ف٤الا انه يحدد بأن النزاعات المقصودة بهذه المادة هي حصرا للنزاعات التي يقودها الشعب بالحركات التي يشكلها ضد الاستعمار والاحتلال الاجنبي والكيانات التي تقوم علي سياسة التمييز العنصري بحيث يشمل النزاعات المسلحة التي قد تقوم بها الشعوب ضد الانظمة القمعية او تلك التي تستهدف تقسيم دولة ما والتي تقوم علي اسس اجتماعية او سياسية فهذه الحالات لا تدخل ضمن نطاق م-١ ف٤ [٢٦].

اما النزاعات المسلحة الداخلية يقصد بها النزاعات المسلحة التي تدور في اراضي دولة بعينها دون ان تدخل ضمن المفهوم السابق الذي تم ذكره بصدد نزاعات حركات التحرير الوطنية ولم تكن قواعد القانون الدولي تهتم بمسألة هذا النوع من النزاعات المسلحة الا في حالة واحدة هي عندما كانت حكومات الدول التي تظهر علي اراضيها تعترف بالمتمردين او الثوار كمحاربين فكانوا يتمتعون بموجب هذا الاعتراف ببعض الحقوق في مواجهة حكوماتهم وهي ان يتم معاملتهم في حال القبض عليهم اسري وليس خونة مجرمين وعادة ما كانت الدول تلجأ الي الاعتراف من هذا النوع حتي تعفي نفسها من تحمل المسؤولية عن الاضرار التي تلحق بالأجانب المتواجدين علي اراضيها او التي تلحق بدول اخري مجاورة من جراء الحرب الاهلية [٢٧].

وفيما عدا هذه الحالة كان وضع النزاع المسلح يعالج استنادا الي ما تتخذه الدولة من تدابير اجراءات

داخلية والتي عبرت في الغالب عن قسوة بالغة واثار سلبية في حقوق الانسان وقد يكون النزاع المسلح الداخلي بين فصائل مختلفة وليس بالضرورة ضد قوات الدولة وفي مثل هذه الحالة قد تكون الدولة عاجزة عن اعادة الامن والنظام العام والسيطرة علي الاوضاع وقد تؤدي هذه الفوضى الي تفكك هياكل الدولة علي المستوي الداخلي والخارجي بحيث لا يكون هناك وجود لهيئة معينة شرعية تمثل الدولة امام المجتمع الدولي ولم تعد الفصائل الموجودة فيها قادرة علي السيطرة علي افرادها وليس هناك بالتالي قيادات وممثلين حقيقين يمكن ان تتحدث معهم المنظمات الانسانية وتسمي هذه النزاعات المسلحة الداخلية بالنزاعات الفوضوية ويترتب عليها بعض الاثار السالبة وهي خاصة وهدف كل فئة او طائفة

يتركز علي مجال يختص به داخل الدولة ف يصعب التمييز بين المدنيين والمحاربين وتكثر اعمال العنف والجرائم .

اما المادة (٣) من اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ لا تحدد من هي الجهة التي تقرر توافر الشروط التي تطلبها في الجماعات المسلحة من حيث ان تكون الجماعات المسلة تحت قيادة شخص مسؤول ومسيطر علي جزء من اقليم الدولة وهنا تكمن مجموعة كبيرة من المصاعب .

وفي مجال البحث في النزاعات المسلحة الداخلية والتي قد يتحول النزاع فيها الي نزاع مسلح دولي بسبب تدخل اطراف اجنبية فيه في حال تدخل دولة ثالثة في النزاع المسلح الي جانب المتمردين وهذا التدخل سيعمل علي اثارة م -٢ المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربعة حيث يصبح المتحاربون يحملون جنسيات مختلفة واعمالهم تنسب الي اكثر من دولة وهذا ما حصل مع يوغسلافيا التي انقسمت عام ١٩٩١ – و١٩٩٢ الي خمسة دول

هي (كرواتيا – سلوفينيا – مقدونيا – البوسنة و الهيرسك – يوغسلافيا الاتحادية) ويترتب علي ذلك سريان احكام القانون الدولي الانساني الخاصة بالنزاعات المسلة الدولية من جهة وخاصة احكام م-٣ المقررة لاتفاقات جنيف وهي ذات طابع عرفي والقواعد الخاصة بالنزاعات المسلحة الدولية وهذا ما يدعو الي تدخل قوات منظمة دولية كالأمم المتحدة او منظمة اقليمية قررت التدخل لأسباب انسانية بأرسال قواتها الدولية لحل النزاع المسلح الداخلي مع وضع الحلول او تسوية الامور بقيام تفاوض بشأن النزاع القائم وذلك حصل مع كمبوديا وانتهي النزاع المسلح فيها بوضع اتفاقية باريس[٢٨] .

المطلب الثالث

النطاق الشخصي لتطبيق القانونين

يقصد بالنطاق الشخصي تحديد الاشخاص المستفيدين من احكام كل من القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان:

اشخاص القانون الدولي الانساني وهما الاشخاص المقاتلين والاشخاص وغير المقاتلين والاشخاص المقاتلين هم الاشخاص الذين يحق لهم وفقا لقواعد القانون الدولي مباشرة الاعمال القتالية وبالتالي هم وحدهم الذين يجوز توجيه الاعمال العدائية ضدهم مما يجعلهم الوحيدين المسموح قتلهم او جرحهم او اسرهم وذلك وفقا للقيود التي يضعها القانون الذي يحكم العمليات القتالية .

واما الاشخاص غير المقالتين فهم الاشخاص الذين لا يحق لهم مباشرة الاعمال القتالية ويحظر علي العدو مباشرة الاعمال العدائية ضدهم ويلتزم باحترام حياتهم وممتلكاتهم ما دامو من جانبهم يقفون موقف سلبيا ولا يأتون ضد قوات العدو عملا من الاعمال القتالية التي تضر بأفراد القوات المسلحة المعادية او بمجهودها الحربي[٢٩] .

ومعني ذلك يعتمد القانون الدولي الانساني الفصل بين الاشخاص الذين يجوز قتالهم ولهم احكام وشروط خاصة بهم وبين الاشخاص الذين لا يجوز قتالهم وهؤلاء هم المدنيون وهم اشخاص لا يحملون سلاح في وجه العدو ولا يساهمون في الاعمال القتالية .

وقواعد الحرب تنطبق علي الجيش وافراد المليشيات والقوات المتطوعة شريطة ان تكون تحت امرة شخص مسؤول وان تكون لها شارة مميزة وان تحمل اسلة علنا واما شروط المليشيات والمتطوعين من قوات التحرير يشترط فيهم ان يكونوا تحت امرة شخص مسؤول ويراعون في عملياتهم قوانين الحرب واعرافها .

اما حركات المقاومة والتحرير الوطني لابد ان يتم تمييزهم بعناصر معينة ومميزة لتفصل بينهم من الحركات الانفصالية او الارهابية او يكون لهم هدف من حركات التحرير الوطني وضرورة وجود اراضي داخلية او خارجية تسمح لهم بمباشرة عملياتهم العسكرية وضرورة ان يتعاطف الشخص مع هذه الحركات وتسندهم بالدعم والتأييد وان يكون الدافع الاساسي لهم هو الدافع الوطني يتجاوب مع المصلحة الوطنية العليا .

واما الاشخاص المحميين بواسطة القانون الدولي لحقوق الانسان فهم مشمولون تحت القاعدة الاساسية التي يستند اليها القانون الدولي لحقوق الانسان وهي ان جميع البشر في كل الازمنة والامكنة يتمتعون علي قدم المساواة بكافة الحقوق التي نظمها القانون الدولي لحقوق الانسان .

المبحث الثالث

المقارنة بين القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني

المطلب الاول

المقارنة

بالنظر الي مادة كل من القانونين من ناحية الاشخاص المحميين والمستفيدين من الحقوق الواردة فيهما

تظهر نقطة الاختلاف بأن القانون الدولي لحقوق الانسان وضع معايير عامة تنطبق علي جميع البشر في كل زمان ومكان دون ما ان يحدد او يصنف الاشخاص الذين يستفيدون من احكامه بينما كانت ميزة القانون الدولي الانساني هي تعلقه بحماية حقوق مجاميع خاصة من البشر وبصورة اساسية المرضى والجرحى والغرقى واسرى الحرب والمدنيين وفي ظروف خاصة اثناء فترة النزاعات المسلحة ولكن نقطة الاختلاف هذه يستفاد منها في بيان مدي الحماية التي يقدمها القانون الدولي لحقوق الانسان للأشخاص الموجودين في دائرة النزاعات المسلحة والتي تظهر فيها الاشكاليات المتعلقة بتطبيق القانون الدولي الانساني في الحماية التي يقدمها لضحايا النزاعات المسلحة واما الحقوق المشمولة بحماية القانونين والتي يظهر الاختلاف فيها بين كل منهما من ناحية الحقوق التي يتولى القانونان حمايتها فتتسم حقوق الانسان فيها بالعديد من الميزات العامة للحقوق المحمية من قبل القانونين ومنها ما تمثل ميزات خاصة تتعلق بشكل خاص بالحقوق المشتركة بين القانونين أي تلك التي يتولى كل منهما حمايتها في ذات الوقت [٣٠].

يتصف القانون الدولي الانساني بميزة اساسية وهي انه قانون خاص واستثنائي لا يسري الا في فترة النزاعات المسلحة وهدفه التخفيف

من معاناة البشر بتخفيف ويلات الحروب واضفاء شيء من الانسانية علي سلوك المتحاربين في تعاملهم مع رعايا العدو ويهدف القانون الدولي الانساني الي حماية فئة معينة في ظرف معين فهو يحمي اولئك الذين لا يشاركون في القتال كالمدنيين وافراد الخدمات الطبية والاشخاص الذين كفو عن المشاركة في القتال كالمقاتلين المرضي او الجرحى او الغرقى فضلا عن اسري الحرب .

المطلب الثاني

القانون الدولي يحمي الإنسان بصورة عامة

اما القانون الدولي لحقوق الانسان فإنه يحمي حقوق الانسان بصفة عامة ويشمل بحمايته الناس جميعا وليس خاصة بفئة معينة فالقانون الدولي لحقوق الانسان يحمي علي السبيل المثال : الحق في الحياة والحرية وفي امان الفرد علي نفسه وحرية التنقل والحقوق الاسرية ومبدأ المساواة المدنية ان كانت امام القانون او القضاء او الوظائف العامة او التكاليف العامة كادا الضرائب او كأداء الخدمة العسكرية ، يهتم ويحمي القانون الدولي لحقوق الانسان الحقوق السياسية والجيل الثالث من الحقوق كحقوق الطفل والمراة كحقوق خاصة .

اما الحقوق التي يحميها القانون الدولي الانساني فهي تتمثل في اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ والبروتوكولين ١٩٧٧ فالاتفاقية الاولي معلقة بتحسين حال المرضى والجرحى في الميدان فتوجب معاملتهم معاملة انسانية دون تمييز بسبب الجنس او العنصر او المعتقد او اللون او أي معايير اخري .

ويحظر القانون بشدة الاعتداء علي الضحايا او استعمال العنف ضدهم ويوجب معاملتهم معاملة انسانية دون تشويه بدني او تجارب طبية كما يهتم باحترام أشخاصهم وشرفهم في جميع الاحوال وتهتم الاتفاقية الرابعة بحماية حقوق المدنيين وتمنع جعلهم هدفا للهجمات العسكرية وتحرم

الاعتداء علي الحياة والسلامة البدنية واخذ الرهائن والاعتداء علي كرامتهم الشخصية ومنع الاعتداء والرق .

وقد استخلص الباحث مما سبق ان كلا من القانونين يعتبر بمثابة تأمين واحترام لحقوق الانسان الا ان تطبيق القانون الدولي الانساني في ظرف النزاع المسلح فقط ادي الي تخصيصه بحماية فئات محددة لا تشملهم حماية القانون الدولي لحقوق الانسان .وهناك بعض جوانب التقارب والتداخل بين القانونين فالقانون الدولي الانساني (قانون الحرب) وقانون حقوق الانسان (القانون الانساني) فهما متداخلان رقم انهما متمايزان ويجب ان يظلا كذلك[٣١] .

اذا كان القانون الدولي الانساني يطبق علي النزاعات المسلحة لحماية ضحاياها والقانون الدولي لحقوق الانسان يطبق في زمن السلم والحر لحماية حقوق الانسان علي السواء فان القاسم المشترك بينهما هو صيانة حرمة حقوق الانسان في جميع الظروف واذا كان نطاق الاختلاف في مجال التطبيق بينهما والخصائص التي تميز احدهما عن الاخر فهذا يساهم في سد النقص الذي يتركه تطبيق احد القانونين دون الاخر .

وان القانون الدولي لحقوق الانسان يجيز للدول الاطراف التحلل من بعض التزاماتها بمقتضي هذا القانون في حالات الطوارئ العامة ومن بينها النزاع المسلح بحسب نص المادة (٤) من العهد الدولي الاول والثاني لكنه لا يجيز التحلل من بعض الحقوق التي تشكل النواة الصلبة كحق الحياة وحظر التعذيب والعقوبات اللاإنسانية او المهينة وحظر العبودية والاسترقاق ومبدأ الشرعية وعدم رجعية القانون واما القانون الدولي لحقوق الانسان وان كان تطبيقه في وقت السلم بشكل امثل فهو عام شامل وبالرغم من التكامل بين القانونين الا ان هناك اتجاه في الفقه ينظر عليهما على انهما يسيران بخطي سريعة نحو الاندماج والانصهار بقانون واحد

تحت مسمي القانون الانساني والي ذلك ذهب الفقيه جانبكتية حيث يقول بان قانون الحرب القانون الدولي الانساني وحقوق الانسان ويؤكد ان هذين القانونين متداخلان رغم انهما متمايزان ويجب ان يظلا كذلك[٣٢] .

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات فله الحمد والشكر ان اعان ووفق لختم هذا البحث الذي اوضح فيه الباحث وجوه الائتلاف والاختلاف بين القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان ثم اختتم البحث التوصيات والمصادر والمراجع علي النحو الاتي :

أولاً : النتائج :

١/ يهتم كل من القانون الدولي والانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان بحماية الفرد مما قد يتعرض له من عنف وتعسف في الحرب والسلم.

٢/ القانون الدولي الانساني يطبق في النزاعات المسلحة لحماية الضحايا والقانون الدولي لحقوق الانسان بطبق في حالتي السلم والحرب .

٣/ ان القانون الدولي الانساني لا يقتصر علي الحماية في ظروف الحرب بل يتعداها الي حماية الاعيان المدنية واما الدولي لحقوق الانسان لا يقتصر علي الصفة الشخصية في حماية الانسان انما يوفر مجموعة من الحقوق للجماعة والعسكرية والشرطية .

ثانياً : التوصيات :

١/ نوصى المشرع السوداني بإدخال مادة القانون الدولي الانساني واتفاقياته جميعها في مناهج كلية القانون بالسودان.

٢/ نوصى المشرع السوداني بربط القانون الجنائي السوداني ١٩٩١م بالجرائم المنصوص عليها في نظام روما الاساسي.

الهوامش

- أستاذ مساعد، كلية الشريعة والقانون، جامعة سنار، السودان.

1. ramesh thaakur 2000 global norms and int . review of red cross ،icrc vol.83،no،841،p،19.geneva

٢. حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني د. فيصل شطناوي دار الحامد عمان ٢٠٠١م ص١٩٠.

٣. القانون الدولي العام د. محمد المجذوب –منشورات الحلبي الحقوقية – ط٥ بيروت ٢٠٠٤ص٧٦٢.

٤. د. محمد نور فرحات تاريخ القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان تقديم د. مفيد شهاب دار المستقبل العربي القاهرة ط١ ٢٠٠٠ ص٨٤.

٥. قسم الخدمات الاستشارية للقانون الدولي الانساني ما هو القانون الدولي الانساني ٢٠٠٦CRC ص٤

٦. د. زيدان مريبوط مدخل الي القانون الدولي الانساني ج٢ دار المعلم للملايين بيروت ١٩٨٨ ص١٠٠.

٧. المادة (٥٢) من برتكول جنيف الاول لعام ١٩٧٧.

٨. سعد بن محمد العتيبي القانون الدولي الانساني بين الالتزام والتجاهل المشور في مجلة القوات العربية السعودية المسلحة السنة ٣١ العدد ٨٩ ص٥٤.

٩. د. نغم اسحق زيد دراسات في القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان جامعة الموصل ٢٠٠٤ ص١٨.

١٠. الخدمات الاستشارية للقانون الدولي الانساني اللجنة الدولية للصليب الاحمر ص٢.

١١. د. محمد عزيز شكري تاريخ القانون الدولي الانساني دار المستقبل العربي ط١ بيروت ٢٠٠٠ص١٣.

١٢. د. محمد المجذوب القانون الدولي العام مرجع سابق ص١١٦.

١٣. د. عامر الزمالي مدخل الي القانون الدولي الانساني المعهد العربي لحقوق الانسان تونس ١٩٩٧ص٢٧.

١٤. د. محمد نور فرحات تاريخ القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان مرجع سابق ص٨٥.

١٥. د. خيري احمد الكباش الحماية الجنائية لحقوق الانسان دراسة مقارنة في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية دار الجامعيين القاهرة ٢٠٠٢ ص٢٢٩.

١٦. د. جعفر عبد السلام على القانون الدولى لحقوق الانسان دار الكتاب المصري ط١ ١٩٩٩ص٦٧ نقلا عن تعريف مستر سن لارج (توحيد المنهجية في التوثيق).

١٧. د. جعفر عبد السلام على القانون الدولى لحقوق الانسان دار الكتاب المصري ط١ ١٩٩٩ص٦٧ نقلا عن تعريف مستر سن لارج (توحيد المنهجية في التوثيق).

١٨. د. احمد الرشيدي حقوق الانسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق مكتبة الشروق الدلية ط١ ٢٠٠٣ص١٠٥.

١٩. د.ناجي القطاعنة العلاقة بين القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان جامعة دمشق كلية الحقوق ٢٠٠٥ ص٩.

٢٠. تم نشر هذه الاتفاقية (الميثاق العربي لحقوق الانسان) بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية بالقرار رقم ٢٤٢٧بتاريخ ١٥ سبتمبر ١٩٩٧.

٢١. د. جعفر عبد السلام علي القانون الدولي لحقوق الانسان مرجع سابق ص٨٠.

٢٢. د. احمد عبد الله علي ابو العلا تطور دور مجلس الامن في حفظ السلام والامن الدوليين دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥ ص١٥٨.

٢٣. ميثاق الامم المتحدة المادة (١٣) ف١ ص١٤.

٢٤. د. محمد نور فرحان مرجع سابق ص٨٣.

٢٥. د. محمد نور فرحان تاريخ القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان مصدر سابق ص٨٣.

٢٦. د. محمد نور فرحان تاريخ القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان مصدر سابق ص٨٣.

٢٧. شارل زور غيب الحروب الاهلية تعريب احمد برو منشورات عويدات بيروت ١٩٨١ص٥٣.

28. Philippe Breton "،Actualite Du droit int . humanitaire applicable dans les conflect armes "،Hubert thirry" Levolution du droit ، melngs offerts ، A P edone ، Paris 1998،P59

٢٩. د. الشافعي محمد بشير القانون الدولي العام في السلم والحرب دار الفكر الجامعي القاهرة ط٤ ١٩٧٩ ص٦٥٥.

٣٠. د. الشافعي محمد بشير القانون الدولي العام في السلم والحرب دار الفكر الجامعي القاهرة ط٤ ١٩٧٩ ص٦٥٥.

٣١. د. اسماعيل عبد الرحمن الاسس الاولية للقانون الانساني الدولي ص٢٣.

٣٢. د. اسماعيل عبد الرحمن الاسس الاولية للقانون الانساني الدولي ص٢٣.

المصادر والمراجع

1/ ramesh thaakur 2000 global norms and int . review of red cross ،icrc vol.83،no،841،p،19. geneva.

٢/ حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني د. فيصل شطناوي دار الحامد عمان ٢٠٠١م ص١٩٠.

٣/ القانون الدولي العام د. محمد المجذوب –منشورات الحلبي الحقوقية – ط٥ بيروت ٢٠٠٤ص٧٦٢.

٤/ د. محمد نور فرحات تاريخ القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان تقديم د. مفيد شهاب دار المستقبل العربي القاهرة ط١ ٢٠٠٠ ص٨٤.

٥/ قسم الخدمات الاستشارية للقانون الدولي الانساني ما هو القانون الدولي الانساني CRC ٢٠٠٦ ص٤.

٦/ د. زيدان مريبوط مدخل الي القانون الدولي الانساني ج٢ دار المعلم للملايين بيروت ١٩٨٨ ص١٠٠.

٧/ المادة (٥٢) من برتكول جنيف الاول لعام ١٩٧٧.

٨/ سعد بن محمد العتيبي القانون الدولي الانساني بين الاتزام والتجاهل المشور في مجلة القوات العربية السعودية المسلحة السنة ٣١ العدد ٨٩ ص٥٤.

٩/ د. نغم اسحق زيد دراسات في القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان جامعة الموصل ٢٠٠٤ ص١٨.

١٠/ الخدمات الاستشارية للقانون الدولي الانساني اللجنة الدولية للصليب الاحمر ص٢.

١١/ د. عامر الزمالي مدخل الي القانون الدولي الانساني المعهد العربي لحقوق الانسان تونس ١٩٩٧ص٢٧.

١٢/د. خيري احمد الكباش الحمايةالجنائية لحقوق الانسان

دراسة مقارنة في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية دار الجامعيين القاهرة ٢٠٠٢ ص٢٢٩.

١٣/ د. جعفر عبد السلام على القانون الدولى لحقوق الانسان دار الكتاب المصري ط١ ١٩٩٩ص٦٧ نقلا عن تعريف مستر سن لارج.

١٤/ د. احمد الرشيدي حقوق الانسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق مكتبة الشروق الدلية ط١ ٢٠٠٣ص١٠٥.

١٥/ د.ناجي القطاعنة العلاقة بين القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان جامعة دمشق كلية الحقوق ٢٠٠٥ ص٩.

١٦/ تم نشر هذه الاتفاقية (الميثاق العربي لحقوق الانسان) بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية بالقرار رقم ٢٤٢٧بتاريخ ١٥ سبتمبر ١٩٩٧.

١٧/ د. احمد عبد الله علي ابو العلا تطور دور مجلس الامن في حفظ السلام والامن الدوليين دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥ ص١٥٨.

١٨/ ميثاق الامم المتحدة المادة (١٣) ف١ ص١٤.

١٩/ شارل زور غيب الحروب الاهلية تعريب احمد برو منشورات عويدات بيروت ١٩٨١ص٥٣.

20/ Philippe Breton "،Actualite Du droit int . humanitaire applicable dans les conflect armes "،Hubert thirry" Levolution du droit ، melngs offerts ، A P edone ، Paris 1998،P59

٢١/ د. الشافعي محمد بشير القانون الدولي العام في السلم والحرب دار الفكر الجامعي القاهرة ط٤ ١٩٧٩ ص٦٥٥.

٢٢/د. اسماعيل عبد الرحمن الاسس الاولية للقانون الانساني الدولي ص٢٣.