

بسم الله الرحمن الرحيم



مجلة كلية الشريعة

تصدر عن كلية الشريعة (مدني، الهلالية)
بجامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم - ولاية الجزيرة - السودان

السنة الأولى - العدد الثاني

رمضان ١٤٣٨هـ - يونيو ٢٠١٧م

المراسلات

باسم السيد رئيس تحرير مجلة كلية الشريعة

كلية الشريعة - ودمدني - السودان

تلفونات ٠١٢٣٥٥٢٥٧١ - ٠١٢٦٣١٣٣٢٦

تصميم المجلة والغلاف

محي الدين علي فضل الله - ٠١١١٢٣٩٢٣

E-mail: mohie62@gmail.com

الطابعون : مطبعة الفرقان - الخرطوم

قال تعالى:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكُمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

(النساء: ٥٨)

المشرف العام

د. محمود مهدي الشريف خالد

رئيس هيئة التحرير

د. أحمد الزين أحمد حامد

نائب رئيس هيئة التحرير

د. جمال محمد محمد أحمد البشري

مدير التحرير

د. الهندي أحمد الشريف مختار

التدقيق اللغوي

أ. عمر حسن سيد أحمد

هيئة التحرير

- | | |
|--|----------------------------------|
| ١/ د. بثينة عبد القادر عبد الكريم بابتوت | ٥/ د. ذو النون آدم عبد الله |
| ٢/ د. كمال عبد الله أحمد المهلاوي | ٦/ د. أسماء فضل سربل |
| ٣/ د. برير سعد الدين الشيخ السماني | ٧/ د. الزلفا عبد الله مصطفى |
| ٤/ د. صديق علي العجب الجمالي | ٨/ أ. محمد هاشم العبد محمد النور |

الهيئة الاستشارية

- | | |
|-------------------------------------|-----------------------------------|
| ١/ أ. د. علي العوض عبد الله صاحب | ٧/ أ. د. معاوية أحمد سيد أحمد |
| ٢/ أ. د. عبد الله الزبير عبد الرحمن | ٨/ د. عوض الحسن النور |
| ٣/ أ. د. الخضر علي إدريس | ٩/ مولانا. عبد المجيد إدريس علي |
| ٤/ أ. د. محمد الفاضل أحمد موسى | ١٠/ د. بهاء الدين الأمين محمد نور |
| ٥/ أ. د. العبيد معاذ الشيخ | ١١/ د. الطاهر عبد الكريم ساتي |
| ٦/ أ. د. حيدر أحمد دفع الله | ١٢/ د. محمد بشير إبراهيم |

الفهرست

الصفحة	مقدم الموضوع	الموضوع
٥		الفهرست
٦		افتتاحية العدد
٩	الدكتور/ ذوالنون آدم عبدالله أحمد	طرق التأليف في علم أصول الفقه وأثرها في المباحث الأصولية
٢٥	الدكتور/ الهندي أحمد الشريف مختار الأمين	طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي في ضوء مقاصد الشريعة
٤١	الدكتور/ عثمان إبراهيم نورين إبراهيم	أثر الوقف في تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا
٦٣	الدكتور/ كمال الأمين محمد فضل الله	عقد المضاربة وتطبيقاته المصرفية في القانون السوداني (دراسة فقهية مقارنة)
٩٥	الدكتور/ حافظ التاج مختار الحسن	الإكراه وأثره على جريمة الزنا فقهاً وقانوناً
١٢٣	الدكتور/ كمال عبدالله أحمد المهلاوي	نظر الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية وحجية حكمها
١٤٣	الدكتور/ أحمد الزين أحمد حامد	أوامر الأداء في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م «تعديل ٢٠١٦م» (دراسة مقارنة)
١٦١	الدكتور/ جوده إبراهيم محمد النور رحمة	القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي

افتتاحية العدد

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

بعون الله وتوفيقه يخرج العدد الثاني من مجلة كلية الشريعة (مدني، الهلالية)، ليكون بأذن الله إضافة حقيقية لتأصيل العلوم والمعارف، في مجال العلوم الشرعية (الفقه وأصوله) ومجال القانون بشقيه العام والخاص، ومجلة كلية الشريعة، مجلة علمية، محكمة، نصف سنوية، تمثل الأهداف التي بنيت عليها الكلية، وقامة من أجلها الجامعة من تأصيل العلوم وغيرها، وتعنى المجلة بالبحوث العلمية ذات العلاقة بعلم أصول الفقه، والفقه المقارن، والقانون العام والخاص، وذلك بغرض إثراء وتوثيق البحث العلمي وتأصيله، ونأمل أن يكون لها التأثير الإيجابي في نشر البحوث العلمية المؤصلة، وتوسيع دائرة الإفادة منها.

وترحب أسرة المجلة بأراء القراء والباحثين، الهادفة إلى دفع مسيرة المجلة وتجميل صورتها، وتعزيز دورها، وإثراء حركتها في نشر البحوث العلمية المؤصلة، وندعو جميع الأخوة الباحثين، إلى الكتابة في هذه المجلة، وستجدون بأذن الله كل العون والمساعدة في ذلك.

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

جاء الموضوع الأول بعنوان: **طرق التأليف في علم أصول الفقه وأثرها في المباحث الأصولية**، للدكتور: ذوالنون آدم عبدالله أحمد، تناول فيه طريقة التأليف في علم أصول الفقه، وبين من خلاله أن علماء الأصول سلكوا طريقتين رئيسيتين في التأليف الأولى: طريقة الشافعية (الجمهور) أو المتكلمين، والثانية: طريقة الحنفية (الفقهاء) وبين مميزات كل طريقة على حدة.

وجاء الموضوع الثاني بعنوان: **طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي في ضوء مقاصد الشريعة**، للدكتور/الهندي أحمد الشريف مختار الأمين، تناول فيه الباحث أهم الطرق التي يحافظ بها على ديمومة الأمن الاجتماعي واستمراريته، ويدفع عنه كل ما يؤدي إلى تقويضه، وتناول كذلك تعريف الأمن الاجتماعي، وتعريف مقاصد الشريعة، وبين الوسائل والطرق التي وضعتها الشريعة للمحافظة على الأمن الاجتماعي من جانبي الوجود والعدم، وذكر صلة الأمن الاجتماعي بمقاصد الشريعة.

أما الموضوع الثالث فقد جاء بعنوان: **أثر الوقف في تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا**، للدكتور/ عثمان إبراهيم نورين إبراهيم، تناول فيه طرق وأساليب تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا، وكيفية إيجاد مصادر وموارد تمويلية جديدة لتحقيق أهدافها وغاياتها المنوطة بها. ومسلاً من خلاله الضوء على أحد الأساليب التنموية للعملية التعليمية، التي يمكن من خلالها إحياء دور الوقف للإسهام في توفير مصدر دائم ومستمر لتمويل الجامعات والمعاهد العليا.

وجاء الموضوع الرابع بعنوان: **عقد المضاربة وتطبيقاته المصرفية في القانون السوداني** (دراسة فقهية مقارنة)، للدكتور/كمال الأمين محمد فضل الله، هدف من خلاله إلى إبراز معرفة صيغة عقد المضاربة المصرفي ومشروعيته، وتطبيقاته المصرفية بغرض تأصيله والوصول للخدمة المصرفية التي يستفاد منها في تنشيط التمويل والتجارة والاستثمار المصرفي.

وكان الموضوع الخامس بعنوان: **الإكراه وأثره على جريمة الزنا فقهاً وقانوناً**، للدكتور/حافظ التاج مختار الحسن، هدف من خلاله إلى التعريف بالإكراه وبيان أثره على جريمة الزنا فقهاً وقانوناً، باعتبار أن الإكراه من أهم وأخطر الظروف التي تضغط على إرادة الإنسان فتؤثر فيها، ومبيناً لدور الشريعة الإسلامية في مراعاة إرادة الشخص الذي يقع عليه الإكراه، وللتصرف الذي يصدر منه وهو مجبر تحت الجبر أو الضغط غير المشروع، وآراء الفقهاء وحججهم وأسانيدهم لما يرونه من أحكام فقهية في تصرفات معدوم الإرادة وفي جريمة الزنا بالتحديد.

وجاء الموضوع السادس بعنوان: **نظر الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية وحجية حكمها**، للدكتور/كمال عبدالله أحمد المهلاوي، وهدف من خلاله إلى بيان معرفة زمن رفع الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية، وأساس المسؤولية لرفع الدعوى المدنية التبعية، ومعرفة مصير الدعوى المدنية التبعية في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة، وحاول من خلال بحثه الإجابة على التساؤلات الآتية: متى ترفع الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية؟ وما هو أساس المسؤولية لرفع الدعوى المدنية التبعية؟، وما مصير الدعوى المدنية التبعية في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة؟

وجاء الموضوع السابع بعنوان: **أوامر الأداء في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م** «تعديل ٢٠١٦م» (دراسة مقارنة) للدكتور/أحمد الزين أحمد حامد، تناول من خلاله مفهوم هذه الأوامر وطبيعتها وشروطها والمحكمة المختصة بإصدار هذه الأوامر، وسلطتها في إصدارها أو الامتناع عنها، وإجراءات نظر هذه الدعوى، وكيفية التظلم من هذه الأوامر أو استئنائها، وحجيتها وطرق تنفيذها، وهدف إلى بيان مفهوم أوامر الأداء وطبيعتها وشروط إصدارها، ومعرفة المحكمة المختصة بإصدار أوامر الأداء، وإجراءات نظر هذه الأوامر أمامها.

وجاء الموضوع الثامن بعنوان: **القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي** للدكتور/جوده إبراهيم محمد النور رحمة، حاول من خلاله إلى إبراز أهمية هذا الموضوع، وذلك باعتباره من الموضوعات المهمة والموأكبة والتي تحتاج لبحث ودراسة بغرض الإلمام ببعض المفاهيم والأحكام المتعلقة به، وكذلك الوقوف على نصوص الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية والتشريعات الوطنية التي تنظمه، وهدف البحث إلى ترسيخ مفاهيم وأهمية النقل الجوي في بناء الاقتصاد القومي لأي دولة ما. وتتبع التطور الخدمي في هذا مجال الركاب والخدمات والدور الذي يؤديه النقل الجوي.

رئيس التحرير

قواعد النشر في المجلة :

- ١/ تنشر المجلة البحوث العلمية المتوافقة مع رسالة وأهداف الجامعة والكلية.
- ٢/ تعتمد المجلة في نشر البحوث اللغة العربية، أو الإنجليزية.
- ٣/ تنشر المجلة البحوث العلمية والدراسات التي لم يسبق نشرها، بحيث تتوافر فيها المنهجية السليمة والتأصيل والجدة والابتكار وتشكل إضافة نوعية في التخصص المعني.

إجراءات النشر:

- ١/ يقدم الباحث ثلاث نسخ من البحث مطبوعة على برنامج word، نمط Simplified Arabic بحجم (١٦) للمتن، وبهوامش (٢سم) علوي وسفلي وأيسر، و(٣سم) أيمن، وتخزن في قرص «CD» أو أي وسيلة من وسائل استقباله في الحاسوب، ويجوز إرساله بالبريد الإلكتروني.
- ٢/ لا تزيد عدد صفحات البحث عن (٣٥) صفحة ولا يقل عن (٢٥) صفحة، بما في ذلك الأشكال والمراجع والملاحق.
- ٣/ يقدم الباحث ملخصاً للبحث لا يزيد عن (٢٠٠) كلمة بلغة البحث العربية، والانجليزية.
- ٤/ يتم توثيق وإثبات المصادر والمراجع وفق المنهج العلمي.
- ٥/ تسلم البحوث معنونة إلى رئيس التحرير، أو ترسل لموقع المجلة الإلكتروني.
- ٦/ تخضع البحوث المقدمة للنشر للتحكيم ويبلغ صاحب البحث بنتيجة التحكيم خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ تسليم البحث للمجلة.
- ٧/ يكون التحكيم بواسطة محكمين اثنين على الأقل من المختصين يختارهما رئيس التحرير من قائمة المحكمين المعتمدة من قبل هيئة التحرير، وفي حالة رفض البحث من قبل أحد المحكمين على رئيس التحرير اختيار محكم ثالث مرجح.
- ٨/ تخضع أولويات نشر البحوث وترتيبها لاعتبارات فنية تقررها هيئة تحرير المجلة، وفي حالة عدم صلاحية البحث للنشر لا يرد لصاحبه.
- ٩/ تؤول حقوق النشر للبحوث المحكمة للمجلة.
- ١٠/ يمنح الباحث ثلاث نسخ على الأقل من عدد المجلة المنشر فيها بحثه.

طرق التأليف في علم أصول الفقه وأثرها في المباحث الأصولية

د. ذو النون آدم عبد الله أحمد

ملخص البحث

يتناول البحث طريقة التأليف في علم أصول الفقه، وتبين من خلاله أن علماء الأصول سلكوا طريقتين رئيسيتين في التأليف الأولى: طريقة الشافعية (الجمهور) أو المتكلمين، وتميزت هذه الطريقة بخصائص منها إثبات القواعد بالأدلة عقلاً ونقلاً من غير اعتبار لموافقة فروع المذهب أو مخالفتها، وأيضاً تميزت بالميل الشديد إلى الاستدلال والبرهنة العقلية فهي لم تتعصب لمذهب معين وإنما تحقق المسائل عن طريق البرهان والنقاش الموضوعي.

والثانية: طريقة الحنفية (الفقهاء) ومن أبرز مميزاتها إثبات القواعد على مقتضى الفروع الفقهية المنقولة عن الأئمة فهي خادمة لمذهب معين وليست مبنية على الأدلة والبراهين المجردة كسابقتها.

وعلى هذا الأساس تباينت الطريقتان في التأليف حيث سلكت كل واحدة منهما أسلوباً يغاير أسلوب الأخرى، هذا الاختلاف نتج عنه اختلاف في دراسة بعض المسائل الأصولية فاحتاج إلى توضيح وبيان وقد بذلت جهداً في استعراض هذه المسائل المختلف فيها بين الطريقتين.

فالبحث يهدف إلى معرفة طرق التأليف في علم الأصول وأثر الاختلاف فيه فلا يخفى أن للموضوع أهمية في إبراز كل طريقة وفهم المسائل المختلف فيها. واتبعت في هذا البحث المنهج

الاستقرائي، وتوصلت إلى بعض النتائج أبرزها: اختلاف الطريقتين في ترتيب موضوعات أصول الفقه، فالشافعية يبدون بالمقدمات التي تتناول القضايا المنطقية والكلامية واللغوية. في حين يبدأ الحنفية بالأدلة ومن خلالها يتحدثون عن القضايا اللغوية ثم التعارض والترجيح ويختتمون بالحكم الشرعي وقضاياها. كما يكثر في كتب الشافعية المناقشات والاستدلالات المنطقية بينما يكثر في كتب الحنفية المباحث والموضوعات الفقهية.

المقدمة

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

أما بعد، فإن علم أصول الفقه من أجل العلوم الشرعية لأنه به تضبط الأحكام وبمسائله وقواعده يعرف الحلال والحرام، كما أنه الطريق لمعرفة الاجتهاد والسبيل القويم للاستنباط، فهو لا يستغني عنه عالم ولا متعلم، فهو من أهم العلوم الشرعية وأشرفها لأنه يزدوج فيه العقل والسمع ويصطبح فيه الرأي بالشرع يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول، بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد.

وقد ساهم العلماء في تدوين علم الأصول وتنازعوا في أولية التدوين فيه، والصحيح الذي

سبب اختيار البحث:

وقد اخترت هذا الموضوع للأسباب الآتية:

- ١/ التعمق في دراسة طرق التأليف في علم الأصول.
- ٢/ الإسهام في الدراسات التي تهدف إلى ربط الفروع بالأصول.
- ٣/ معرفة أسباب اختلاف الطريقتين في بعض المسائل الأصولية الشرعية.

أسئلة البحث:

هذا البحث يحاول أن يجيب على الأسئلة الآتية:

- ١/ ما هي الطرق أو المدارس الأصولية.
- ٢/ لماذا اختلف علماء الأصول في بعض المسائل الأصولية.
- ٣/ ماهو أثر اختلاف طرق التأليف في دراسة المسائل الأصولية؟

منهج البحث:

سأتبع في هذا البحث المنهج الاستقرائي، والتزم فيه بالآتي:

- ١/ التوثيق و النقل من أمهات الكتب والمصادر الأصلية.
- ٢/ عزو الآيات القرآنية إلى سورها والأحاديث النبوية إلى مصادرها.
- ٣/ جمع المادة العلمية من المصادر الموثقة على طريقة التتبع الدقيق و الاستقراء التام.
- ٤/ الوضوح في اللفظ والبساطة في العبارة والدقة في المعنى.
- ٥/ وضع فهرس لمصادر البحث و ثبت لمحتواه، كما سأقوم بترتيب المصادر هجائياً .

يعضده الواقع أن الإمام محمد بن إدريس الشافعي -رحمه الله - هو أول من دون فيه كتابه المعروف "الرسالة". وقد سلك العلماء من بعده في التأليف على طريقتين رئيسيتين هما: طريقة الجمهور الذي يعرف بمنهج الشافعية أو المتكلمين، وطريقة الحنفية الذي سمي بمنهج الفقهاء. ثم تلاهما في الظهور طريقة جمعت بينهما سميت الطريقة الجامعة بين منهج الشافعية والحنفية.

ولما كان لهذين الطريقتين أثر في دراسة المباحث الأصولية أردت أن أوضح ذلك بذكر بعض الآثار التي ترتبت على اختلاق الطريقتين في تأليف علم الأصول، سائلاً المولى العلي القدير أن يعينني على ذلك و أن ينفع به.

أهمية البحث:

تبدو أهمية هذا البحث في أنه يبحث عن طرق التدوين في علم الأصول ويمكن إجمالها في الآتي:

- ١/ معرفة طرق التأليف في علم أصول الفقه.
- ٢/ إدراك مميزات طرق التأليف الرئيسية.
- ٣/ فهم أثر المسائل المختلف فيها.

أهداف البحث:

تتمثل أهداف البحث في الآتي:

- ١/ معرفة طرق التأليف في علم أصول الفقه.
- ٢/ التعرف على مميزات كل طريقة من طرق التأليف.
- ٣/ بيان أثر اختلاف هذه الطرق في دراسة المسائل الأصولية.

هيكل البحث:

١- أصل الشيء ما يستند وجود ذلك الشيء عليه،

فالأب أصل للولد والنهر أصل للجدول^٢.

٢- الأصل الشيء: أساسه الذي يقوم عليه،

ومنشؤه الذي بنيت منه^٣.

٣- أسفل كل شيء^٤.

٤- تعريف الأصول في الاصطلاح.

وفي الاصطلاح تطلق الأصول على المعاني الآتية^٥:

١/ الأصل بمعنى الدليل^٦، كقول الفقهاء الأصل

في وجوب الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا

الصَّلَاةَ﴾^٧ وكقولهم الأصل في حكم هذه

المسألة الكتاب والسنة والإجماع، أي الدليل.

٢/ الأصل بمعنى القاعدة التي تبنى عليها

المسألة^٨، كقولهم: أن الأصل يعمل بعموم

العام حتى يرد ما يخصه. وكقولهم إباحة

الميتة للمضطر على خلاف الأصل؛ أي على

خلاف القاعدة.

٣/ الأصل بمعنى الراجح^٩، مثل الحقيقة أصل

للمجاز. يعني الراجح في الكلام الحقيقة

لأن السامع إذا دار اللفظ عنده بين الحقيقة

والمجاز فإن الحقيقة هي الراجحة في ذهنه.

٤/ الصورة المقيس عليها^{١٠}.

والمعنى الراجح من هذه المعاني هو المعنى

الأول وهو أن الأصول بمعنى الأدلة، فأصول الفقه

يعني أدلة الفقه كما قاله جماعة من العلماء منهم

إمام الحرمين^{١١} والقرافي^{١٢}.

تعريف الفقه لغة:

وهو في اللغة الفهم^{١٣} ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا

يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا يَمَا تَقُولُ﴾^{١٤}.

قسمت البحث إلى مقدمة، وثلاثة مباحث، وخاتمة

على النحو الآتي:

المقدمة:

وذكرت فيها أهمية البحث وسبب اختياره، وأسئلته

وهيكلته.

المبحث الأول:

تعريف أصول الفقه وبيان موضوعه.

المبحث الثاني:

إسهامات العلماء في تدين علم الأصول.

المبحث الثالث:

أثر الاختلاف بين منهج الشافعية والحنفية

الخاتمة:

أهم نتائج البحث والتوصيات.

المبحث الأول

تعريف أصول الفقه وبيان موضوعه

المطلب الأول:

تعريف أصول الفقه

يعرف علم الأصول باعتبارين؛ الأول

بحسب الإضافة والآخر باعتبار العلمية، فبالاعتبار

الأول وهو أن أصول الفقه مركب إضافي من كلمتي

أصول وفقه، وتحتاج كل واحدة من هذه الكلمات

إلى شرح وتعريف لأن المركب تتوقف معرفته على

معرفة أجزائه.

تعريف أصول الفقه باعتباره مركباً:

أصول جمع لكلمة أصل وهو في اللغة يطلق على

معان منها:

تعريف الفقه في الاصطلاح:

تعددت أقوال العلماء في معنى الفقه اصطلاحاً والأشهر والأضبط الذي عليه أكثرهم هو التعريف الآتي: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية^{١٥}.

شرح التعريف:

العلم وهو "معرفة المعلوم على ما هو به"^{١٦} وهو في التعريف جنس يشمل كل علم سواء أكان بالذات كزيد، أم بالصفات كسواده، أم بالأفعال كقيامه، أم بالأحكام كالإيجاب. وهو ينقسم إلى قسمين^{١٧}: علم ضروري: وهو ما لا يحتاج في تحصيله إلى نظر. وعلم نظري: وهو ما يحتاج في تحصيله إلى نظر^{١٨}. والنظر هو "الفكر المطلوب به علم أو ظن".

و ضد العلم الجهل، وهو "تصور الشيء على خلاف ما هم به"^{١٩}.

والمراد بالعلم هنا الإدراك الشامل للظن واليقين، لأن الأحكام العملية تثبت بالأدلة القطعية والظنية، وليس المراد من العلم الإدراك الجازم على سبيل اليقين.

وأما المراد "بالأحكام" فهي جمع حكم وهو في اللغة^{٢٠}: "القضاء والمنع"، ويطلق على إثبات شيء لشيء أو نفيه عنه^{٢١}؛ وعند الفقهاء هو: "ما ثبت بالخطاب من وجوب وحرمة ونحوهما"^{٢٢}. أي هو أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين^{٢٣}.

وعند الأصوليين الحكم: "هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين"^{٢٤}. وقولهم في التعريف "العلم بالأحكام" احترازاً من العلم بالذوات والصفات والأفعال لأن ذلك لا يسمى فقهاً.

وتقييد الأحكام بالشرعية احترازاً من الأحكام الحسية، والعقلية و الإعتقادية فمثال الأحكام الحسية النار محرقة والشمس طالعة. والأحكام العقلية مثل الواحد نصف الاثنين، والجزء أقل من الكل. والأحكام الاعتقادية كالعلم بأن الخالق واحد وأنه سميع بصير، فإن هذا لا يسمى فقهاً في الاصطلاح. والشرعية نسبة إلى الشرع^{٢٥} وهي الأحكام المأخوذة عن طريق الشرع مباشرة كنصوص القرآن والسنة مثل أحكام الميراث وأحكام الطلاق، وحكم السارق، أو مأخوذة عن طريق اجتهاد فقهاء المسلمين في المواضع التي ليس فيها نص أو إجماع، وذلك مثل حكم قتل الجماعة بالواحد، وتضمن الصناعات.

وكلمة "العملية" احترازاً من الأحكام الشرعية غير العملية كالأحكام الشرعية الاعتقادية والأحكام الشرعية المتعلقة بتهديب النفوس فإنها ليست من الفقه اصطلاحاً، فالأولى تتعلق بعلم التوحيد أو الكلام، والأخرى تتعلق بعلم التصوف أو الأخلاق.

وكلمة "المكتسب" وصف للعلم يخرج العلم الذي ليس بمكتسب كعلم الباري سبحانه فإن علمه لا يوصف بكونه مكتسباً أي حاصلًا بعد أن لم يكن. وقوله "من أدلتها التفصيلية" أي الأدلة الجزئية التي تتعلق بالمسائل الجزئية حيث يدل كل واحد منها على حكم جزئي؛ لأن بحث الفقيه في الجزئيات والوصول إلى الحكم الجزئي. وهو الذي يتعلق بفعل معين من أفعال العباد؛ كقوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^{٢٦} فإنه يدل على حكم بعينه وهو الإقامة لفعل من أفعال العباد وهو الصلاة. ولفظ

شرح التعريف:

المعرفة جنس يدخل فيه أصول الفقه وغيره؛ والفارق بين المعرفة والعلم هو أن المعرفة تستدعي سبق جهل بخلاف العلم ولذلك لا يقال لله تعالى عارف ويقال له عالم^{٣١}.

"دلائل الفقه" دلائل جمع دليل وهو في اللغة: المرشد والهادي^{٣٢}؛ واصطلاحاً: "ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري"^{٣٣}. وقيل في تعريفه: المرشد إلى المطلوب سواء أفاد العلم أو الظن وسواء أكن موجوداً أو معدوماً قديماً أو حديثاً، مثل قوله تعالى في الآية السابقة: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ يمكن التوصل بالنظر فيه إلى أنه أمر والأمر يفيد الوجوب فتكون إقامة الصلاة واجبة.

وبعض الأصوليين يفرقون بين الدليل الموصل إلى العلم وما يوصل إلى الظن فيخصون اسم الدليل بما أوصل إلى العلم واسم الأمانة بما أوصل إلى الظن^{٣٤}.

وبالاستقراء فإن للأصوليين من مادة (دل ل) بعض الاصطلاحات منها: الدليل، الدلالة، المستدل، المستدل عليه، المستدل به، المستدل له، والاستدلال.

فالأول: الدليل قد تقدم الكلام عليه.

الثاني: الدلالة: وهي كون الشيء يلزم من فهمه فهم شيء آخر^{٣٥}. وهي إما لفظية أو غير لفظية، واللفظية أقسامها ثلاثة: عقلية، وطبيعية ووضعية. والدلالة الوضعية هي المقصودة هنا وأقسامها أيضاً ثلاثة: مطابقة وتضمن والتزام^{٣٦}.

الثالث: المستدل: وهو الطالب للدليل^{٣٧}.

التفصيلية قيد يخرج به الأدلة الإجمالية أي الكلية فإنه محل بحث الأصولي وليس محل بحث الفقيه. وعلى هذا يكون الفقيه هو "من علم جملة من الأحكام الشرعية اكتساباً من أدلتها التفصيلية"، والعلم بهذه الأحكام يكون إما بالفعل أو بالقوة وهو التهيؤ لمعرفة...^{٣٨}

تعريف أصول الفقه باعتباره لقباً:

وبعد بيان معرفة أصول الفقه باعتباره مركباً من كلمتي "أصول" و"فقه" في اللغة والاصطلاح، بقي الكلام على تعريف أصول الفقه باعتباره لقباً لعلم مخصوص:

وقد تنوعت أقوال الأصوليين في تعريفهم لعلم الأصول، وسلخوا اتجاهات متعددة في تعريف أصول الفقه، أذكر منها اتجاهين^{٣٧}:

الاتجاه الأول: يعرف أصول الفقه من حيث موضوعه ومادته ومباحثه.

الاتجاه الثاني: اتجاه وظيفي يعرف أصول الفقه من حيث الغاية والوظيفة من دراسة علم الأصول. فعلى الاتجاه الأول نجد تعريف الإمام البيضاوي: "معرفة دلائل الفقه إجمالاً وكيفية الاستفادة منها وحال الاستفادة"^{٣٨}.

وعلى الاتجاه الثاني، فإن أصول الفقه عرفت بـ "القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية"^{٣٩}.

والشائع بين العلماء في تعريف أصول الفقه باعتباره لقباً، والمختار عند أكثر الشافعية^{٤٠}: "معرفة دلائل الفقه إجمالاً وكيفية الاستفادة منها وحال الاستفادة".

بمعرفة طرق الاستنباط ومعرفة شروط الاستدلال عند التعارض، كتقديم النص على الظاهر والمتواتر على الأحاد وغير ذلك. وقولهم " وحال المستفيد "، المستفيد هو طالب حكم الله تعالى فيشمل المجتهد والمقلد^{٤٢}. وعليه يكون من مباحث علم الأصول الاجتهاد والتقليد وشروط كل واحد منهما؛ وهذا يقودنا إلى المسألة الثانية وهي موضوعات أصول الفقه.

المطلب الثاني

موضوع أصول الفقه

موضوع أي علم من العلوم هو: " ما يبحث فيه عن أعراضه الذاتية"^{٤٣}، والمراد بالعرض المحمول على الشيء. ويقال له عرض ذاتي لأنه يلحق الشيء لذاته^{٤٤}. وجميع مباحث علم الأصول راجعة إلى إثبات أعراض ذاتية للأدلة والأحكام، وللعلماء في موضوع أصول الفقه ثلاثة مذاهب:

الأول: الدليل الكلي من حيث ما يثبت به من الأحكام الكلية^{٤٥}؛ فهو يبحث عن القياس وحجيته والعام وما يخصه والأمر وما يدل عليه وهكذا، مستعيناً في بحثه بالأساليب العربية والاستعمالات الشرعية ليضع أحكاماً كلية مثل الأمر للإيجاب والنهي للتحريم والعام ينتظم جميع أفراد... الخ. قال الأمدي: " لما كانت مباحث الأصوليين في علم الأصول لا تخرج عن أحوال الأدلة الموصلة إلى الأحكام الشرعية، المبحوث عنها فيها، وعن أقسامها واختلاف مراتبها، واستثمار الأحكام الشرعية عنها على وجه كلي، كانت هي موضوع علم الأصول"^{٤٦}.

الرابع: المستدل به: وهو الدليل سواء كان نقلياً أم عقلياً.

الخامس: المستدل عليه: وهو الحكم.

السادس: الدال: وهو الناصب للدليل^{٢٨}.

السابع: الاستدلال: وله معنيان^{٣٩}:

الأول: ذكر الدليل.

والثاني: يطلق على نوع خاص من الأدلة

وقيل في تعريفه: ما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس.

ومجموع أدلة الفقه قسمان:

القسم الأول: أدلة كلية أي مجملّة؛ وهي

التي لا تتعلق بحكم معين، كمطلق الأمر ومطلق النهي فإنه يفيد حكماً كلياً وهو الوجوب في الأمر، والتحريم بالنسبة إلى النهي ما لم تصرفه قرينة فيهما.

والقسم الثاني: أدلة جزئية وتسمى

تفصيلية وهي التي تدل على الحكم في مسألة بعينها، كما في الأمر بالزكاة في قوله تعالى:

﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾^{٤٠} فإنه يدل على وجوب إيتاء الزكاة

فقط. والمراد بمعرفة الأدلة أن يعرف أن الكتاب

والسنة والإجماع والقياس أدلة يحتج بها وليس

المراد حفظ الأدلة ولا غيره من المعاني^{٤١}.

وكلمة " إجمالاً " في التعريف إشارة إلى

أن المعتبر في الأصولي هو معرفة الأدلة على سبيل

الإجمال كمعرفة أن الإجماع حجة، وأن الأمر يفيد

الوجوب... الخ وذلك لأن الفقيه يبحث عن الأدلة

الجزئية المتعلقة بالمسألة المعينة.

وقولهم في التعريف " وكيفية الاستفادة

منها " أي معرفة كيفية الاستفادة من تلك الدلائل

الثاني: الأحكام الشرعية من حيث ثبوتها بالأدلة^{٤٧}.

ولا يبدو لهذا القول من حجة في قصر موضوع الأصول في الأحكام الشرعية. ٣/ الأدلة والأحكام معاً، وإليه ذهب جماعة من العلماء منهم التفتازاني^{٤٨} والشوكاني^{٤٩}. والراجح المذهب الثالث لأن علم الأصول موضوعه الدليل الكلي الموصل إلى حكم كلي، وإليه ذهب محمد أبو زهرة حيث قال: "ولقد انتهى تحرير هذا العلم إلى أن موضوعه الحكم الشرعي من حيث بيان حقيقته وخواصه وأنواعه، والحاكم من حيث الأدلة التي قامت أمارات على صدور حكمه، والمحكوم عليه، وأداة الاستنباط وهو الاجتهاد"^{٥٠}.

وأما موضوع البحث في علم الفقه فهو "فعل المكلف من حيث ما يثبت به من أحكام شرعية"^{٥١}؛ فالفقيه يبحث عن بيع المكلف وإجارته ورهنه وتوكيله وصلاته وصومه وقتله وقذفه وسرقاته وإقراره ووقفه لمعرفة الحكم الشرعي في كل فعل من هذه الأفعال.

المبحث الثاني

طريقة العلماء في تدين علم الأصول

شاع بين العلماء أن الإمام محمد بن إدريس الشافعي رحمه الله هو أول من صنف في علم الأصول حيث ألف كتابه المعروف "بالرسالة". وهناك بعض الدعاوى تشير إلى أن الإمام أبا حنيفة هو الأسبق في التأليف لهذا العلم، ولما كان هذا القول ضعيفاً ولا يوجد ما يسنده من الأدلة

الكافية وجب صرف النظر عنه وعدم الانشغال به. والذي نؤيده هو أن الإمام الشافعي رحمه الله هو أول من خطى خطوة في تدوين هذا العلم وبه حاز سبق الأولوية في التدوين، قال الزركشي: "الشافعي رضي الله عنه أول من صنف في أصول الفقه صنف فيه كتاب الرسالة"^{٥٢}.

والذي يدل على ترجيح هذا الرأي الأمور الآتية:

الأمر الأول: أنه لا يوجد كتاب مستقل في أصول الفقه أقدم من كتاب الشافعي.

الأمر الثاني: تصريح العلماء بأن الشافعي رحمه الله أول من كتب في أصول الفقه. فقد قال الفخر الرازي: "كانوا قبل الإمام الشافعي يتكلمون في مسائل في أصول الفقه، ويستدلون ويعترضون، ولكن ما كان لهم قانون كلي مرجوع إليه في معرفة دلائل الشريعة، وفي كيفية معارضاتها وترجيحاتها، فاستنبط الشافعي علم أصول الفقه، ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع، فنسبته الشافعي إلى علم الشريعة كنسبة أرسطاليس إلى علم العقل"^{٥٣}.

وقال ابن خلدون: "وكان أول من كتب فيه الشافعي رضي الله عنه، أملى فيه رسالته المشهورة"^{٥٤}.

الأمر الثالث: حكاية الإجماع: وقد ذكر جماعة من العلماء أن الشافعي رحمه الله أول من كتب في الأصول فقال الإسني: "وكان إمامنا الشافعي رضي الله عنه هو المبتكر لهذا العلم بلا نزاع، أول من صنف فيه بالإجماع، وتصنيفه المذكور فيه موجود بحمد الله تعالى، وهو الكتاب الجليل المشهور، المسموع عليه، المتصل إسناده

١/ أبوبكر الصيرفي محمد بن عبد الله ، مات سنة ٣٢٠ هـ

٢/ أبو الوليد النيسابوري الإمام الكبير حسان بن محمد بن أحمد بن هرون القلاشي الأموي مات سنة ٢٧٠ هـ

٣/ القفال الكبير الشاشي، محمد بن علي بن إسماعيل ، مات سنة ٣٦٥ هـ

٤/ أبوبكر الجوزقي النيسابوري الإمام الحافظ محمد بن عبد الله الشيباني ، مات سنة ٣٨٨ هـ

٥/ أبو محمد الجويني الإمام، عبد الله بن يوسف ولد إمام الحرمين، ما سنة ٤٣٨ هـ

ثم قال أحمد شاكر: "... ولكن هذه الشروح التي عرفنا أخبارها لم أسمع عن وجود شرح منها في أية مكتبة من مكاتب العالم في هذا العصر." وقد ظهر بعد الرسالة بعض التأليفات في

موضوعات علم الأصول منها:

١/ الناسخ والمنسوخ للإمام أحمد ، وكتاب "السنة" له.

٢/ كتاب "الاجماع" وكتاب "إبطال القياس" لداود الظاهري.

٣/ كتاب "خبر الواحد" وكتاب "إثبات القياس" لعيسى بن أبان.

وغيرها من المصنفات التي لا يتسع ذكرها، ولكن هذه الجهود كما يقول الدكتور طه جابر العلواني: " لا يمكن اعتبارها تطوراً حقيقياً في هذا العلم فإن أكثرها يدور حول الرسالة نقضاً أو تأييداً أو شرحاً لا يكاد يخرج عن ذلك... "٦٠

الصحيح إلى زماننا، المعروف "بالرسالة" ، الذي أرسل الإمام عبد الرحيم بن مهدي من خرسان إلى الشافعي بمصر ، فصنفه له ، وتنافس في تحصيله علماء عصره. أ. هـ "٥٥

وقال فخر الدين الرازي: " اتفق الناس على أن أول من صنف في هذا العلم الشافعي، وهو الذي رتب أبوابه وميز أقسامه بعضه عن بعض... "٥٦" والأسباب التي حملت الإمام الشافعي إلى تدوين هذا العلم الأمور الآتية^{٥٧} :

١/ احتدام النزاع في مصادر الفقه، حيث اختلف الناس في قبول السنن والآثار، فمنهم من لم يقبل منها إلا ما كان بياناً لنص قرآني، ومنهم من يرد خبر الواحد، ومنهم من يشترط عدم المخالفة لعمل أهل المدينة. وكذلك اختلفوا في القياس والإجماع، ومدلول الأمر والنهي وما أشبه ذلك.

٢/ كثرت روايات الحديث وتعدد طرقه أدى إلى ظهور التعارض بين ظواهرها مما استدعى بيان طريقة للجمع بينها.

٣/ الاحتياج الشديد إلى القياس، وذلك لظهور وقائع مستجدة لا سبيل لمعرفة حكمها من النصوص صراحة، مما استلزم طرق معرفة العلة.

٤/ اختلاط العرب بالعجم أدى إلى ضعف الملكة في استنباط الأحكام من النصوص.

وقد عكف العلماء على رسالة الإمام الشافعي بالدراسة والشرح وقد ذكر محققها الأستاذ أحمد محمد شاكر أن ممن شرحها خمسة نفر^{٥٨} :

٣ / المستصفي من علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الشافعي المتوفى سنة (٥٠٥هـ).

خصائص طريقة المتكلمين^{٦٣} :

١ / إثبات القواعد بالأدلة عقلاً ونقلًا دون التفات إلى موافقة المذهب أو مخالفته.

٢ / الميل الشديد إلى الاستدلال العقلي والبرهنة النظرية.

٣ / عدم التأثر بمذهب معين.

ثانياً: مدرسة الحنفية (الفقهاء):

بالنظر إلى تاريخ المذهب الحنفي منذ نشأته إلى اكتماله واستقلاله بأصوله وفروعه ندرك الإسهامات العظيمة التي قدمها لعلم أصول الفقه ، فقد أسهم المذهب في ظهور هذا العلم وصار واحداً من الروافد الأساسية لهذا العلم، فعلماء المذهب كأبي حنيفة وأصحابه وإن لم تكن لهم كتب مدونة في الأصول إلا أنهم يعتبرون من أوائل علماء الأصول، بل قيل عنهم إنهم: " أول من صنف فيه "٦٤.

تسمى طريقتهم بطريقة الحنفية^{٦٥} لأن عامة من ألف على نهجها من علماء الحنفية ويطلق عليها أيضاً طريقة الفقهاء لأن هذه الطريقة ألصق وأمس بالفقه من طريقة المتكلمين.

وتعتمد هذه الطريقة على وضع القواعد بناءً على المأثور من أقوال أئمتهم في اجتهاداتهم، فهم لا يثبتون قواعد مجردة وإنما ينظرون إلى أقوال الأئمة ويصيغون على وفقها القواعد الأصولية، فالأصول في هذه الطريقة قائمة على الفروع وليس الفروع قائمة على الأصول. وإلى ذلك أشار ابن

ومع نهاية القرن الرابع الهجري وبداية القرن الخامس شهد التدوين في علم الأصول تطوراً حقيقياً حيث بدأت مناهج التأليف في علم الأصول تتبلور وصار العلماء يكتبون فيه على المناهج الآتية^{٦١}:

١ / منهج أو مدرسة الشافعية (المتكلمين).

٢ / منهج أو مدرسة الحنفية (الفقهاء).

٣ / المنهج أو المدرسة الجامعة بين الشافعية والحنفية (المتكلمين والفقهاء).

٤ / منهج المدرسة الحديثية.

وسأذكر كل واحدة من هذه المدرسة بإيجاز على النحو التالي:

أولاً: مدرسة الشافعية (المتكلمين) أو الجمهور. تسمى هذه الطريقة بطريقة الشافعية لأن الإمام الشافعي كتب بها وسار على نهجها^{٦٢} كما تسمى هذه الطريقة أيضاً بطريقة المتكلمين لأنها تسير على وفق منهج المتكلمين وتعتمد على تحقيق القواعد تحقيقاً منطقياً غير متأثر بمذهب إمام من الأئمة فما أيده العقل وأثبتته الدليل والبرهان فهو الأصل الشرعي سواء وافق الفروع المذهبية أم خالفها، شأنه في ذلك شأن علماء الكلام. وعلى هذه الطريقة أكثر الأصوليين من المالكية والحنابلة. ومن أبرز الكتب الأصولية التي ألفت على هذه الطريقة:

١ / المعتمد لأبي الحسين محمد بن علي البصري، المعتزلي المتوفى سنة (٤٣٥هـ).

٢ / البرهان لأبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي المعروف بإمام الحرمين المتوفى سنة (٤٨٧هـ).

التأليف على طريقة الفقهاء ليس قاصراً على علماء الحنفية:

ومما يجدر التنبيه له أن التأليف على طريقة الفقهاء ليس قاصراً على علماء الحنفية فقد نهج بعض علماء الشافعية والمالكية والحنابلة إلى نهج الفقهاء في التأليف حيث وضعوا مصنفات أصولية على الطريقة المسماة "بطريقة الفقهاء" وبذلك لم يكن التأليف على طريقة الفقهاء قاصراً على علماء الحنفية، ومن أبرز هذه المؤلفات:

- ١/ تخريج الفروع على الأصول، لشهاب الدين الزنجاني الشافعي المتوفى سنة ٦٥٦هـ.
- ٢/ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، لأبي عبد الله محمد بن أحمد التلمساني المالكي المتوفى سنة ٧٧١هـ.

- ٣/ القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الشرعية، لعلي بن محمد البعلي الحنبلي المعروف بابن اللحام المتوفى سنة ٨٠٣هـ.

ثالثاً: طريقة المتأخرين أو المدرسة الجامعة بين مدرستي الشافعية والحنفية (المتكلمين والفقهاء):

تسمى هذه الطريقة بطريقة المتأخرين حيث تقوم بذكر القواعد الأصولية وتحقيقها بالدليل على طريقة الشافعية ثم تتناول الفروع الفقهية^{٦٩}. ومن أشهر الكتب على هذه الطريقة:

- ١/ بديع النظام الجامع بين البز دوي والأحكام لمظفر الدين البغدادى المتوفى سنة (٦٩٤هـ).
- ٢/ التحرير للعلامة كال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بالكمال بن الهمام الحنفي المتوفى سنة (٨٦١هـ).
- ٣/ جمع الجوامع لابن السبكي.

خلدون بقوله: "إن كتابة الفقهاء أمس بالفقه، وأيق بالفروع، لكثرة الأمثلة منها والشواهد، وبناء المسائل على النكت الفقهية."^{٦٦}

ويبدو أن علماء الحنفية سلكوا هذا المنهج ليبرهنوا على أن أئمتهم بنوا أقوالهم الفقهية واجتهاداتهم على ضوابط أصولية — وإن لم تؤثر عنهم أصول وقواعد مدونة. فلما كثر الجدل والمناظرات بينهم وبين الفقهاء الآخرين وظهر التدوين في الأصول أراد علماء الحنفية أن يدونوا قواعد مذهبهم كما فعل علماء الشافعية فلم يجدوا مسلكاً إلا أن يستنبطوا الأصول من الفروع.^{٦٧} ومن أبرز الكتب التي ألفت على هذه الطريقة:

- ١/ أصول الجصاص للإمام أحمد بن علي الرازي، الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ. وقد حققه الدكتور عقيل جاسم النشمي.
- ٢/ أصول السر خسي للإمام أبي بكر محمد بن أحمد السر خسي الحنفي المتوفى سنة (٤٩٠هـ). وقد حقق أصوله أبو الوفا الأفغاني، وهو مطبوع.

- ٣/ كشف الأسرار على أصول البز دوي للإمام عبد العزيز البخاري المتوفى سنة (٧٣٠هـ) وهو شرح لكتاب أصول البز دوي.

خصائص هذه الطريقة^{٦٨}:

- ١/ إثبات القواعد على مقتضى ما نقل من الفروع عن الأئمة.
- ٢/ كثرة الفروع والأمثلة في الكتب المؤلفة على هذه الطريقة.
- ٣/ العناية بالانتصار لمذهب معين.

خصائص الطريقة الجامعة:

تميزت هذه الطريقة بخصائص منها: ٧٠

- ١/ بناء القواعد الأصولية على الأدلة والفروع معاً دون الاقتصار على الأدلة كما هي طريقة الشافعية، أو الفروع كما هي شأن طريقة الحنفية.
- ٢/ الاختصار في العبارة إلى درجة الألفاظ فيصعب على القارئ من أول وهلة فهم المراد بدون الرجوع كتب الشروح.
- ٣/ تميزت هذه الطريقة بأنها أنموذجاً لدراسة أصول الفقه المقارن.

رابعاً: المدرسة الحديثة:

وفي العصر الحديث ظهرت كتابات في الأصول تميزت بتجردها عن الشوائب التي لحقت بكتب المتقدمين كالإغراق في التأثر بالمنطق وتعمية في فهم العبارات وتقليد المذاهب. ومن أهم هذه المؤلفات:

- ١/ أصول الفقه لأبي النور زهير
- ٢/ أصول الفقه الإسلامي د وهبة الزحلي.
- ٣/ أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة.

خصائص هذه الطريقة: ٧١:

- ١/ عبارات واضحة وأسلوب سهل.
- ٢/ خلت هذه الطريقة من التأثر بالمنطق.
- ٣/ تحرير القواعد ودراستها دون تعصب مذهبي.

المبحث الثالث

أثر الاختلاف بين منهج الشافعية والحنفية

اعتمدت مدرسة الشافعية كما تقدم على منهج تحقيق القواعد تحقيقاً منطقياً من غير تأثير بقول أحد من الأئمة، بينما اعتمدت مدرسة الحنفية على منهج وضع القواعد بناءً على المأثور من أقوال أئمتهم في اجتهاداتهم، هذا الاختلاف في منهج المدرستين في تدوين علم الأصول ترك أثراً واضحاً في طريقة مباحث كل مدرسة ومنهجها، ويتجلى ذلك في تناولهم لدراسة الموضوعات الأصولية الآتية، أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

- ١/ اختلاف المدرستين في ترتيب موضوعات أصول الفقه، فالشافعية يبدون بالمقدمات التي تتناول القضايا المنطقية والكلامية واللغوية. في حين يبدأ الحنفية بالأدلة ومن خلالها يتحدثون عن القضايا اللغوية ثم التعارض والترجيح ويختمون بالحكم الشرعي وقضاياها.
- ٢/ اختلاف المدرستين في تقسيم الحكم التكليفي حيث يقسمه الشافعية إلى خمسة: الواجب، المندوب، المكروه، المحرم والمباح^{٧٢}، أما الحنفية فيقسمونه إلى سبعة: الفرض، الواجب، المندوب، المكروه تنزيهاً، المكروه تحريماً، المحرم والمباح^{٧٣}.

- ٣/ اختلاف المدرستين في الاحتجاج بالرواية الشاذة من القرآن، فيرى الحنفية جواز الاحتجاج بها لأنها خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم وكل خبر يصح الاحتجاج به^{٧٤}، ولا يرى الشافعية الاحتجاج بها لأنها ليست قرآناً، لأن شرط القرآن أن يكون متواتراً^{٧٥}.

٤/ يقسم الشافعية السنة من حيث السند إلى قسمين: متواتر وأحاد، ويقسمها الحنفية إلى ثلاثة أقسام متواترة ومشهورة وأحاد^{٧٦}.

٥/ تختلف المدرستان في جريان القياس في الحدود والكفارات والرخص والمقدرات الشرعية حيث يجيز ذلك الجمهور^{٧٧} بينما يمنع منه الحنفية^{٧٨}.

٦/ تختلف المدرستان في حجية الاستصحاب فهو عند الشافعية حجة مطلقاً^{٧٩}، في حين أنه عند الحنفية حجة للدفع والنفي لا للإثبات والاستحقاق^{٨٠}.

٧/ اختلاف المدرستين في مباحث دلالة الألفاظ، فالحنفية يقسمون اللفظ إلى أقسام مختلفة باعتبارات متعددة على النحو التالي: فأولاً يقسمون اللفظ باعتبار وضعه للمعنى: إلى خاص، عام، مشترك ومؤول. ثانياً باعتبار استعماله في المعنى: إلى حقيقة، مجاز، صريح وكناية.

ثالثاً باعتبار وضوح المعنى وخفائه إلى: واضح الدلالة وخفي الدلالة، فالواضح ينقسم إلى: ظاهر، نص، مفسر ومحكم.

والخفي ينقسم إلى: الخفي، المشكل، المجمل والمتشابه.

رابعاً باعتبار دلالته على المعنى إلى: دلالة العبارة، دلالة الإشارة، دلالة الدلالة ودلالة الاقتضاء.

وأما المتكلمون فإن تقسيمهم أضيّق من تقسيم الحنفية حيث يقسمون واضح الدلالة إلى قسمين فقط هما النص والظاهر، ويعرفون النص بأنه:

"اللفظ الذي يدل على معناه دلالة قطعية بلا احتمال للتأويل". والظاهر: "هو المتردد بين احتمالين هو في أحدهما أرجح^{٨١}"، ويجمع كلاهما المحكم الذي يعرفونه بأنه: ما دل على معناه دلالة راجحة سواء أكان ذلك الرجحان بلا احتمال وهو النص، أو مع احتمال وذلك الظاهر^{٨٢}.

كما يقسم المتكلمون غير واضح الدلالة إلى مجمل ومتشابه، فالمجمل يعرفونه بأنه: ما اختلط معناه بغيره أو "المتردد بين احتمالين فأكثر^{٨٣}"، والمتشابه بأنه: "ما أفاد إفادة غير راجحة^{٨٤}". وغالباً ما يدرجون الكلام عن الخاص ضمن مباحث الكتاب والسنة في باب العموم والخصوص.

ويظهر من تقسيم الحنفية والمتكلمين للفظ أن طريقة الحنفية أضبط لاتساعها وعدم التداخل بين أفراد الألفاظ؛ فالمحكم عند الحنفية قسم مستقل بذاته، وأما عند المتكلمين فهو قسم يتضمن بداخله النص والظاهر، كما يوجد في منهج المتكلمين التداخل بين المجمل والمتشابه ويصعب التمييز بينهما كما في التعريفات السابقة.

٨/ اختلاف المدرستين في دلالة العام، يعني إذا ورد لفظ عام ولم يرد دليل على وجود مخصص له فإنهم اختلفوا في دلالته هل هي دلالة قطعية كدلالة الخاص؟ أي أنه يعم كل ما يصلح له من أفراد على سبيل القطع، أم أن دلالته على شمول جميع الأفراد ظنية؟ ومحل الخلاف في اللفظ العام الذي لم تقترن به قرينة تدل على خصوصه أو عمومه ويسميه العلماء "بالعام

الخاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله فإنني في خاتمة هذا البحث أذكر أبرز النتائج التي توصلت إليها والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً النتائج:

- ١- على الصحيح من أقوال العلماء أن الإمام محمد بن إدريس الشافعي رحمه الله هو أول من صنف في علم الأصول.
- ٢- من الأسباب التي أدت إلى تدوين علم الأصول ضعف الملكة في استنباط الأحكام من النصوص.
- ٣- سار العلماء من بعد الإمام الشافعي في التأليف على منهجين رئيسين هما: منهج أو مدرسة الشافعية (المتكلمين) ومنهج أو مدرسة الحنفية (الفقهاء).
- ٤- طريقة الفقهاء أو الحنفية في التأليف ليست قاصرة عليهم فإن علماء المذاهب الأخرى وضعوا مؤلفات على هذه الطريقة.
- ٥- ظهر من اختلاف منهج المدرستين في تدوين الأصول أثر واضح في طريقة مباحث كل مدرسة ومنهجها.

ثانياً التوصيات:

يوصي الباحث بالآتي:

- ١/ عدم الخلط بين منهج الشافعية والحنفية في موضوعات علم الأصول.
- ٢/ يجب تدريس الأصول من المراجع الأصلية.
- ٣/ دراسة سبب اختلاف العلماء في المسائل الأصولية.

وصلى الله على سيدنا محمد

وعلى آله وصحبه أجمعين.

المطلق" فالشافعية يذهبون إلى أن دلالة على أصل المعنى قطعية، وعلى كل فرد بخصوصه ظنية لاحتماله التخصيص وإن لم يظهر مخصص لكثرة التخصيص في العمومات^{٨٥}. واستدلوا على ذلك بأن كثرة التخصيص في العام أورثت شبهة واحتمالاً في دلالة حتى شاع بينهم "ما من عام إلا وقد خص".

وأما الحنفية فإن دلالة العام عندهم قطعية ومستندهم في ذلك أن صيغة العموم موضوعة لغة لاستغراق كل أفراد العام فهي حقيقة فيه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك^{٨٦}.

٩/ تختلف المدرستان في حمل المطلق على المقيد إذا كان الإطلاق والتقييد في سبب الحكم. فقال الحنفية بعدم حمل المطلق على المقيد ويعمل بكل واحد من النصين على حدة^{٨٧}، وقال الشافعية: يحمل المطلق على المقيد^{٨٨}.

١٠/ تختلف المدرستان في ترتيب طرق دفع التعارض بين النصوص، فعلى منهج الجمهور يجب على المجتهد أن يسلك المراحل الآتية على الترتيب: الجمع والتوفيق، الترجيح بين الدليلين، نسخ أحد الدليلين والعمل بالآخر إذا كان قابلاً للنسخ، تساقط الدليلين إذا تعذرت الوجوه السابقة ولم يعلم تاريخ النصين، فيترك العمل بهما معاً ويعمل بغيرهما من الأدلة^{٨٩}. بينما يسلك المجتهد على منهج الحنفية الترتيب الآتي: النسخ، الترجيح، الجمع والتوفيق ثم التساقط^{٩٠}.

هذه بعض الموضوعات التي اختلفت فيها

المدرستان.

أهم المصادر والمراجع:

- ١٠/ علم أصول الفقه حقيقته - مكانته - وتاريخه - ومادته: الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن البيعة ص ١٩٠ ط الثانية ١٩٩٩ الرياض.
- ١١/ غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول (المباد والمقدمات): الدكتور جلال الدين عبد الرحمن. ط رابعة النسر الذهبي للطباعة، عابدين ١٤٢١ / ٢٠٠٠.
- ١٢/ قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ، اعتنى به د ناجي السويد، ط ١، ٢٠١١ / ١٤٣٢ المطبعة العصرية بيروت.
- ١٣/ لسان العرب للعلامة ابن منظور ، دار الحديث القاهرة ١٤٢٣ / ٢٠٠٣.
- ١٤/ حاشية البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد المحلى على متن جمع الجوامع : تاج الدين عبد الوهاب بن السبكي دار الفكر ١٩٨٢ / ١٤٠٢
- ١٥/ شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ط أولى بيروت لبنان.(بدون).
- ١٦/ شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول: للإمام شهاب الدين القافي، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٩٣-١٩٧٣.
- ١٧/ شرح مختصر المنار ملا علي القاري بتحقيق إلياس قبلان ط أولى ١٤٢٧ / ٢٠٠٦ دار صادر بيروت.
- ١٨/ مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول في أصول الفقه للعلامة منلا خسرو ، المكتبة
- ١/ أصول السرخسي تحقيق أبو الوفا الأفغاني ط الأولى ١٤٢٥ / ٢٠٠٥ دار الفكر بيروت..
- ٢/ أضواء الأنوار في شرح مختصر المنار: حسين بن إبراهيم الأولوي ط الأولى ٢٠٠٥ المكتبة الأزهرية للتراث.
- ٣/ الأعلام: خير الدين الزركلي. مطبعة الملايين بيروت..
- ٤/ البحر المحيط في أصول الفقه الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، ضبط وتحقيق د محمد محمد تامر ط أولى ١٤١٥ هـ ٢٠٠٠ م دار الكتب بيروت.
- ٥/ البرهان في أصول الفقه: لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني. تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب. دار الأنصار طبعة أولى، ١٤٠٠-١٩٨٠.
- ٦/ التبصرة في أصول الفقه لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ط أولى المكتبة العصرية صيدا بيروت ٢٠١١ / ١٤٣٢.
- ٧/ التعريفات: للشريف الجرجاني، مطبعة دار الكتب العلمية.
- ٨/ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: للإمام جمال الدين أبي محمد بن الحسن الإسنوي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل. دار الكتب العلمية بيروت. الطبعة الأولى: ١٤٢٥-٢٠٠٤.
- ٩/ المحصول في علم الأصول: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين فخر الدين الرازي، ط أولى ١٤٢٠ / ١٩٩٩ دار الكتب بيروت.

٢٣/المستصفي من علم الأصول: لحجة الإسلام

أبي حامد محمد بن محمد الغزالي. دار الفكر.

٢٤/المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي.

٢٥/مقدمة ابن خلدون، المسمى بكتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم، والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر: لوحيده عصره العلامة عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي المغربي. مؤسسة جمال للطباعة والنشر، بيروت.

٢٦/نهاية السؤل: للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي الإسنوي. ضبطه وصححه عبد القادر محمد علي، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان.



الأزهرية للتراث ٢٠٠٥م.

١٩/كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام عبد العزيز بن أحمد البخاري، ط أولى ١٤١١/١٩٩١، دار الكتاب العربي بيروت.

٢٠/مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه المسمى منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل للعلامة جمال الدين عثمان بن عمرو بن الحاجب، ط أولى ٢٠٠٨/١٤٢٨ دار الكتب العلمية بيروت.

٢١/المحصل في علم الأصول: للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن الرازي، تحقيق الدكتور جابر فياض العلواني. مؤسسة الرسالة. الطبعة الثانية: ١٤١٢-١٩٩٢

٢٢/المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي النثري الفيومي، المكتبة العلمية بيروت لبنان.

هو أمش:

- ١- أستاذ مساعد بجامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم ورئيس قسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة الهلالية.
- ٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي النثري الفيومي، ١٦/١، المكتبة العلمية بيروت لبنان. البحر المحيط في أصول الفقه الإمام بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ١٠/١، ضبط وتحقيق د محمد محمد تامر ط أولى ١٤١١/٢٠٠٥م دار الكتب بيروت.
- ٣- المعجم الوسيط: د ابراهيم أنيس، د عبد الحلیم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله أحمد ٢٠/١ ط (بدون).
- ٤- لسان العرب: ابن منظور ١٦٢/١ دار الحديث القاهرة ١٤٢٣/٢٠٠٣.
- ٥- البحر المحيط: الزركشي ١١/١ مرجع سابق، مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه المسمى مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل: أبو عمرو عثمان بن عمر بن الحاجب ص ١٢ تحقيق أحمد فريد المزيدي ط أولى ٢٠٠٨ دار الكتب بيروت لبنان.
- ٦- التقرير والتحرير ٦/١ شرح العلامة بن أمير الحاج علي (التحرير في علم الأصول للكمال بن الهمام): ابن أمير الحاج ١٧/١ ط ثانية ١٤٠٣/١٩٨٣ دار الكتب العلمية، نهاية السؤل ص ٧ مرجع سابق،
- ٧- سورة البقرة الآية ٤٣.
- ٨- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول: للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي الإسنوي ص ٧. ضبطه وصححه عبد القادر محمد علي، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- ٩- نهاية السؤل ص ٧ مرجع سابق.
- ١٠- المرجع السابق ص ٧.
- ١١- البرهان في أصول الفقه: إمام الحرمين ٨/١ ط الأولى ١٤١٨/١٩٩٧ دار الكتب

- العلمية بيروت.
- ١٢- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ص ٤٣ ط أولى ١٤٢٨/٢٠٠٧ دار الكتب العلمية بيروت.
- ١٣- المصباح المنير: ١/٤٧٩. مرجع سابق
- ١٤- سورة هود الآية ٩١
- ١٥- نهاية السؤل ص ١١ مرجع سابق، حاشية البناني علي الجلال المحلي على جمع الجوامع: للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن السبكي ١/٤٢، دار الفكر ١٤٠٢/١٩٨٢. البحر المحيط ١/١٥.
- ١٦- البرهان في أصول الفقه ٢١/١ مرجع سابق، الحدود في الأصول: القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ص ٩٥، مطبوع مع الإشارة في أصول الفقه للمؤلف تحقيق محمد حسن محمدا حسن إسماعيل ط الأولى ٢٠٠٣ دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- ١٧- إرشاد الفحول: محمد بن علي الشوكاني ١٥/١ ط الأولى ١٤٣٠/٢٠٠٩ المكتبة العصرية بيروت.
- ١٨- قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعي ص ١٤، ط الأولى، المكتبة العصرية صيدا لبنان.
- ١٩- شرح الورقات لابن الفركاح ص ٢٢ ط الثانية ١٤٢٩/٢٠٠٨ دار الكتب العلمية.
- ٢٠- لسان العرب: ٥٤٢/٢ مرجع سابق، المصباح المنير: ١/٤٥، مرجع سابق.
- ٢١- شرح التلويح على التوضيح لمن تنقيح في أصول الفقه: سعد بن مسعود بن عمر التختفازاني ٢٢/١ ط الأولى دار الكتب لبنان.
- ٢٢- المرجع السابق ٢٦/١. التعريفات: الجرجاني ص ١٢٣. مرجع سابق.
- ٢٣- أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف ص ٩١ توزيع الدار السودانية للكتب الخرطوم. أصول الفقه الإسلامي: د وهبة الزحيلي ١/٤٩ دار الفكر دمشق ٢٠٠٥.

- ٢٤- نهاية السؤل: الإسنوي ص ١٦ مرجع سابق، إرشاد الفحول ١٨/١ مرجع سابق، تنقيح الفصول: القرافي ص ٩٠ مرجع سابق.
- ٢٥- حاشية البناني على جمع الجوامع: ابن السبكي ٤٣/١ مرجع سابق، البحر المحيط ١٥/١ مرجع سابق.
- ٢٦- سورة البقرة الآية ٤٣.
- ٢٧- المرجع السابق. القواعد الأصولية تحديد وتأصيل: دكتور مسعود بن موسى فلوسي ص ١٥ ط أولى مكتبة وهبة ١٤٢٤/٢٠٠٣.
- ٢٨- منهاج الوصول في علم الأصول: عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي مع شرحه نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول: للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي ص ٧. ضبطه وصححه عبد القادر محمد علي، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- ٢٩- إرشاد الفحول: الشوكاني ص ٣ مرجع سابق،. التلويح على التوضيح ٤٠/١. مرجع سابق.
- ٣٠- نهاية السؤل ص ٧، مرجع سابق.
- ٣١- المرجع السابق ص ٨.
- ٣٢- المصباح المنير ١٩٩/١ مرجع سابق.
- ٣٣- إرشاد الفحول ١٥/١ مرجع سابق. المسودة في أصول الفقه لآل تميمية ص ٣٧٨ ط الأولى ١٤٢٨/٢٠٠٨ صيدا بيروت. المحصول في علم الأصول: فخر الدين الرازي ٧/١ ط أولى ١٤٢٠/١٩٩٩ دار الكتب العلمية بيروت. البحر المحيط ٢٥/١ مرجع سابق، حاشية البناني ١٢٤/١. مرجع سابق.
- ٣٤- الأحكام في أصول الأحكام: للإمام علي بن محمد الأمدي ١١/١ تحقيق الدكتور: سيد الجميلي. دار الكتاب العربي. طبعة أولى ١٤٠٦-١٩٨٦.
- ٣٥- نهاية السؤل: الإسنوي ص ٨٤ مرجع سابق، شرح تنقيح الفصول: القرافي ص ٥٠ مرجع سابق، البحر المحيط ٤١٦/١ مرجع سابق. التعريفات: الجرجاني ص ١٣٩. مرجع سابق.
- ٣٦- المرجعان السابقان، مختصر ابن الحاجب ص ١٠٤ ط أولى ١٤٣٨/٢٠٠٨ دار الكتب العلمية بيروت.
- ٣٧- الحدود لابن عرفة ١٠٢ مرجع سابق.
- ٣٨- المرجع السابق.
- ٣٩- مختصر ابن الحاجب في أصول الفقه ص ١٩١ مرجع سابق. إرشاد الفحول ٢/١ ١٥٧ مرجع سابق.
- ٤٠- سورة البقرة الآية ٤٣.
- ٤١- نهاية السؤل ص ٩. مرجع سابق.
- ٤٢- المرجع السابق ص ١٠.
- ٤٣- مرآة الأصول في شرح مرآة الوصول في أصول الفقه للعلامة منلا خسرو، ١/١، المكتبة الأزهرية للتراث ٢٠٠٥ م، شرح التلويح ٣٧/١ مرجع سابق.
- ٤٤- إرشاد الفحول ١٦/١ مرجع سابق، شرح التلويح على التوضيح ٣٧/١. مرجع سابق.
- ٤٥- التقرير والتحبير ٣٢/١ مرجع سابق، شرح التلويح ٣٧/١ مرجع سابق، مرآة الأصول ٥٩/١. مرجع سابق.
- ٤٦- الأحكام في أصول الأحكام: الأمدي ٩/١ مرجع سابق، أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف ص ١٢ مرجع سابق، نهاية السؤل: الإسنوي ص ١٠ مرجع سابق. التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج ص ٣٢/١ مرجع سابق.
- ٤٧- غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول: د جلال الدين عبد الرحمن ص ٥٨. علم أصول الفقه حقيقته ومكانته: د عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعه ص ٢٤٢ ط ثانية ١٩٩٩/١٤٢٠ الرياض.
- ٤٨- شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ٣٧/١ مرجع سابق.
- ٤٩- إرشاد الفحول: الشوكاني ١٦/١، مرجع سابق
- ٥٠- أصول الفقه: محمد أبو زهرة ص ٩ (بدون).
- ٥١- أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف ص ١٢ مرجع سابق.
- ٥٢- البحر المحيط في أصول الفقه ٧/١ مرجع سابق.
- ٥٣- مناقب الإمام الشافعي: فخر الدين محمد بن عمر الرازي ص ٥٧، المكتبة العلمية مصر.
- ٥٤- مقدمة ابن خلدون ص ٣٧٣ ط أولى ٢٠٠٠ دار صادر بيروت.
- ٥٥- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: الإسنوي ص ٢٤ تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ط أولى ١٤٢٥/٢٠٠٤.
- ٥٦- مناقب الإمام الشافعي: فخر الدين الرازي ص ٥٥. مرجع سابق.
- ٥٧- غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول (المبادئ والمقدمات) : د جلال الدين عبد الرحمن ص ١٠٩ ط الرابعة ١٤٢١/٢٠٠٠.
- ٥٨- مقدمة تحقيق الرسالة للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي تحقيق ورح أحمد محمد شار (بدون) ص ١٥.
- ٥٩- المرجع السابق.
- ٦٠- أصول الفقه الإسلامي منهج بحث ومعرفة، د طه جابر العلواني ص ٢٣، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ط ١، ١٤٠٨/١٩٨٨ م.
- ٦١- القواعد الأصولية تحديد وتأصيل د مسعود فلوسي ص ١٢٣، علم أصول الفقه حقيقته. مكانته. وتاريخه. ومادته: الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن البيعة ص ١٩٠ ط الثانية ١٩٩٩ الرياض.
- ٦٢- أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف ص ١٧ مرجع سابق، القواعد الأصولية تحديد وتأصيل د مسعود فلوسي ص ١٢٢ مرجع سابق، غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول ص ١٢١. مرجع سابق.
- ٦٣- القواعد الأصولية تحديد وتأصيل د مسعود فلوسي ص ١٢٣ رجع سابق، علم أصول الفقه حقيقته. مكانته. وتاريخه. ومادته: الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن البيعة ص ١٩٠ ط الثانية ١٩٩٩ الرياض.
- ٦٤- مقدمة محقق أصول السرخسي ص ٣ ط أولى ١٤٢٥/٢٠٠٥ دار الفكر بروت لبنان، أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف ص ١٦ الدار السودانية للكتب.
- ٦٥- القواعد الأصولية تحديد وتأصيل د مسعود فلوسي ص ١٢٣ مرجع سابق، علم أصول الفقه حقيقته، مكانته، وتاريخه، ومادته: الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن البيعة ص ١٩٠. مرجع سابق.
- ٦٦- مقدمة ابن خلدون ٣/٣٧٣.
- ٦٧- علم أصول الفقه حقيقته. مكانته. وتاريخه. ومادته: الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن البيعة ص ١٩٨. مرجع سابق.
- ٦٨- المرجع السابق، ص ١٩٨.
- ٦٩- المصادر السابقة.
- ٧٠- علم أصول الفقه حقيقته. مكانته. وتاريخه. ومادته: الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن البيعة ص ٢١٣. مرجع سابق. أصول الفقه للششيخ محمد الخضري ص ١٠ دار الحديث (بدون).
- ٧١- المرجعان السابقان.
- ٧٢- نهاية السؤل ص ٢١ مرجع سابق، المستصفي من علم الأصول: لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي. ٦٠/١. دار الفكر.
- ٧٣- شرح التلويح على التوضيح ٦٢/٢ مرجع سابق.
- ٧٤- قواطع الأدلة في الأصول: أبوالمظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، ١/١، ٣٤٩. اعتنى بهد ناجي السويد، ط ١ ٢٠١١/١٤٣٢ المطبعة العصرية بيروت. أصول السرخسي ص ٢١٩.
- ٧٥- المستصفي ٦٥/١. مرجع سابق.
- ٧٦- شرح مختصر المنار المسمى توضيح المباني وتنقيح المعاني: أبو الحسن علي بن سلطان محمد القاري الهروي ص ٣٠٤. تحقيق إلياس قبيلان دار صادر بيروت، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيهقي للإمام عبد العزيز بن أحمد البخاري، ٣/٦٦٣ ط أولى ١٤١١/١٩٩١، دار الكتاب العربي بيروت. مرآة الأصول في شرح مرآة الوصول في أصول الفقه للعلامة منلا خسرو، ٢/٣٦٧. مرجع سابق.
- ٧٧- الأحكام في أصول الأحكام ٨٢/٤ مرجع سابق، المحصول ٢/٣٦٩. مرجع سابق.
- ٧٨- مرآة الأصول ٢/٢٨٤ مرجع سابق، التقرير والتحبير ٢/٢٤١ مرجع سابق.
- ٧٩- نهاية السؤل ص ٣٦٠ مرجع سابق،
- ٨٠- شرح مختصر المنار ص ٤١٢. مرجع سابق.
- ٨١- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ص ٦٣، مرجع سابق.
- ٨٢- نهاية السؤل: للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي ص ٩٠. مرجع سابق. المحصول في علم الأصول: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين فخر الدين الرازي ٢٨٢/١. مرجع سابق.
- ٨٣- المحصول للرازي ٢٨٢/١ مرجع سابق.
- ٨٤- نهاية السؤل ص ٩١. مرجع سابق.
- ٨٥- حاشية البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد المحلى على متن جمع الجوامع: تاج الدين عبد الوهاب بن السبكي ٤٠٦/١ مرجع سابق. نهاية السؤل ص ١٨٧. مرجع سابق.
- ٨٦- أصول السرخسي ص ١٠٥، شرح مختصر المنار ص ١٥٤ مرجع سابق، شرح التلويح على التوضيح ٦٧/١ مرجع سابق، مرآة الوصول ١/١٣٠. مرجع سابق.
- ٨٧- شرح مختصر المنار ص ٢٧٣ مرجع سابق، شرح التلويح على التوضيح ١/١١٥ مرجع سابق.
- ٨٨- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول: شهاب الدين القرافي ص ٢٥٧ مرجع سابق.
- ٨٩- نهاية السؤل ص ٣٧٦ مرجع سابق، المحصول ٢/٣٩٣ مرجع سابق.
- ٩٠- كشف الأسرار ٣/١٦٢ مرجع سابق، التقرير والتحبير ٣/٣ مرجع سابق، مرآة الأصول ١/٣٧٢ مرجع سابق.

طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي في ضوء مقاصد الشريعة

د/ الهندي أحمد الشريف مختار الأمين^١

المستخلص

يتعلق هذا البحث بدراسة طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، دراسة تتناول أهم الطرق التي يحافظ بها على ديمومة الأمن الاجتماعي واستمراريته، ويدفع عنه كل ما يؤدي إلى تقويضه، فتناولت فيه، تعريف الأمن الاجتماعي، وتعريف مقاصد الشريعة، وبينت الوسائل والطرق التي وضعتها الشريعة للمحافظة عليه من جانبي الوجود والعدم، وذكرت كذلك صلة الأمن الاجتماعي بمقاصد الشريعة، وهدف البحث إلى بيان مفهوم الأمن الاجتماعي، وتوضيح المقصود بالمحافظة عليه، وكذلك بيان طرق المحافظة عليه من جانبي الوجود والعدم، ودور مقاصد الشريعة في المحافظة على الأمن الاجتماعي، ولقد اقتضت طبيعة البحث أن أسلك فيه المنهج الاستقرائي التحليلي، وقسمت البحث إلى ثلاثة مباحث، تناولت في الأول، تعريف الأمن الاجتماعي وتعريف مقاصد الشريعة، وفي الثاني، طرق المحافظة عليه من جانب الوجود، وفي الثالث، طرق المحافظة عليه من جانب العدم، وقد توصلت من خلال البحث إلى جملة من النتائج، أبرزها، أن الإيمان بالله تعالى يعد الوسيلة الأضمن لتحقيق الأمن الاجتماعي، وأن تحقيق العدل في المجتمع من أهم ما يحافظ به على ديمومة الأمن الاجتماعي، وكذلك التكافل الاجتماعي، وتوصلت إلى توصيات عدة منها، ضرورة إقامة المجتمع

على قيم الدين ومقاصده، ضرورة تحقيق العدالة الاجتماعية، والبعد عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تقويض الأمن الاجتماعي من الفحشاء والمنكر والبغي وغيرها، وضمنت البحث بعدد من المراجع والمصادر التي استفدت منها.

مقدمة

لا يشك أثنان في أهمية الأمن الاجتماعي في استقرار المجتمعات الإنسانية، وضمان فاعليتها في الحياة، حيث بتوفير الأمن يتوفر الاستقرار، والعطاء، والبذل، والإنتاج والتفاعل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، وبعدمه ينعدم كل ذلك، وتسود في المجتمع الفوضى، وتنتشر الرذيلة ويعم الفساد، لذا جاء هذا البحث ليضع لبنة في كيفية المحافظة على الأمن الاجتماعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، متناولاً فيه الطرق التي وضعتها الشريعة الإسلامية للحفاظ عليه من جانب الوجود، أي ما يضمن استمراره وديمومته، ومن جانب العدم وذلك بما يدرأ عنه الفساد الواقع أو المتوقع منه.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الآتي:

- ١/ بيان مفهوم الأمن الاجتماعي.
- ٢/ بيان المقصود بمقاصد الشريعة مع إبراز دورها في المحافظة على الأمن الاجتماعي.
- ٣/ توضيح المقصود بالمحافظة على الأمن الاجتماعي.

المحافظة على الأمن الاجتماعي؟

منهج البحث:

اتبعت في البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك باستقراء وسائل المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانبي الوجود والعدم في الشريعة الإسلامية.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة الموضوع أن أقسمه إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف الأمن الاجتماعي وتعريف مقاصد الشريعة وبيان المقصود بطرق المحافظة عليه وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف الأمن الاجتماعي في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف مقاصد الشريعة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: بيان المقصود بطرق المحافظة عليه.

المبحث الثاني: طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب الوجود وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان معنى الحفظ من جانب الوجود

المطلب الثاني: بيان طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب الوجود.

المبحث الثالث: طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب العدم وفيه مطلبان:

المطلب الأول: بيان معنى الحفظ من جانب العدم.

المطلب الثاني: بيان طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب العدم.

ثم ذكرت خاتمة للبحث ضمننت فيها أهم النتائج والتوصيات، ثم مراجع البحث ومصادره.

٤/ بيان طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب الوجود.

٥/ بيان طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب العدم.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من خلال ما ذكر أعلاه من أهداف يسعى هذا البحث إلى تحقيقها، وكذلك من ناحية أن البحث يتعلق بموضوع الأمن الاجتماعي والذي يعد موضوعاً لاهتمام والبحث في هذا العصر، وكذلك من خلال جملة من النقاط التي تبين أهمية الأمن منها:

١/ الأمن ضروري لاستقرار المجتمع.

٢/ غياب الأمن يؤدي إلى الفوضى.

٣/ إظهار اهتمام الشريعة بالأمن.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة البحث في بيان المقصود بالأمن الاجتماعي، وكيفية المحافظة عليه.

أسئلة البحث:

كيف يمكن إبراز طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية؟ ويتفرع عن هذا السؤال الرئيس الأسئلة الفرعية الآتية:

١- ما المقصود بالأمن الاجتماعي؟

٢- ما هي مقاصد الشريعة الإسلامية؟

٣- ما دور مقاصد الشريعة في الإسلامية في تحقيق الأمن الاجتماعي؟

٤- ما المقصود بطرق المحافظة على الأمن الاجتماعي؟

٥- ما هي الطرق التي تحفظ بها مقاصد الشريعة من جانب الوجود ومن جانب العدم بما يحقق

المبحث الأول

تعريف الأمن الاجتماعي وتعريف مقاصد الشريعة وبيان المقصود بطرق المحافظة عليه

المطلب الأول

تعريف الأمن الاجتماعي في اللغة والاصطلاح

الفرع الأول:

تعريف الأمن في اللغة:

الامن في اللغة من باب أمن يأمن أمنا، فهو

أمن، ويأتي بمعنيين هما:

الأول: الأمن بسكون الميم وفتحها، يقصد به الاطمئنان، وهو ضد الخوف، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيَبْدُوا لَهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا﴾ (النور: ٥٥)، ويقال اطمان الرجل، أي أمن ولم يخف، واستأمن، أي طلب الأمن، أو دخل في الأمان، والأمن ضد الخائف، وأمن منه، أي سلم منه^٢.

الثاني: الأمن بكسر الميم، بمعنى المستجير، ليأمن على نفسه، ومنه الأمن أي غير الخائف.

ويتحصل من معنى الأمن في اللغة، أنه يدل على الاستقرار وعدم الخوف، والاطمئنان الذي عليه حال الانسان، والذي يشمل اطمئنانه على دينه، ونفسه، ونسله وعقله، وماله، وسائر حقوقه، وعدم خوفه في الحاضر أو المستقبل^٣.

وقد ورد لفظ الأمن ومشتقاته في أكثر من تسعة وأربعين موضعاً في القرآن ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَاعُوا بِهِ﴾ (النساء: ٨٣)، وأيضاً قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ﴾ (الأنعام: ٨٢)، وقوله تعالى: ﴿الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ﴾ (قريش: ٤).

أما السنة فقد ورد فيها لفظ الامن ومشتقاته

في أكثر من مناسبة، ومن ذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الأمن والعافية نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس»^٥، وعن سلمة بن محصن الأنصاري عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أصبح آمن في سربه معافى في جسده عنده طعام يومه فكأنما حيزت له الدنيا»^٦

الفرع الثاني:

تعريف الأمن في الاصطلاح:

عرف الأمن في الاصطلاح بأنه: «عدم توقع مكروه في الزمان الآتي»^٧. وعرف أيضاً بأنه: «الطمأنينة التي تنفي الخوف والفرع عن الانسان، فرداً أو جماعة، في سائر ميادين العمران الدنيوي، بل وايضاً في المعاد الأخروي فيما وراء هذه الدنيا»^٨

فالأمن يتحقق متى توفر للانسان شعور بالسكينة والطمأنينة على حاجاته الدنيوية والأخروية على حد سواء^٩، بحيث يأمن على دينه، ونفسه، ونسله، وعقله، وماله، وذلك ما يشكل المقاصد الضرورية الخمسة (الدين، النفس، النسل، العقل، المال)، والتي متى تحقق الحفاظ عليها تحقق الأمن الاجتماعي بلا شك.

وللأمن بمفهومه العام مستويات متعددة، منها الأمن على مستوى الفرد، وعلى مستوى الوطن، وعلى المستوى الإقليمي والذي يشمل عدداً من الدول في إطار المصالح المشتركة بينها.

والأمن كذلك أنواع متعددة تكون منظومته العامة، وهي الأمن السياسي، والاقتصادي،

عنها، وعن المجتمع الانساني عموماً، والمجتمع المرتبط برباط الأخوة الإيمانية خصوصاً، دون النظر إلى جنس أو لون أو لغة^{١٤}.

ومن كل ذلك يتحصل أن الأمن الاجتماعي في مفهومه العام، يشمل كل ما يحقق طمأنينة الإنسان على ممارسة شعائر دينه، وحفظ نفسه، ونسله، وعقله، وماله، وذلك ما يشكل الضروريات الخمس التي في مراعاتها والحفاظ عليها يتحقق الأمن الاجتماعي، ومن هنا يأتي دور مقاصد الشريعة في الحفاظ على الأمن الاجتماعي، فالمحافظة على المقاصد الضروريات الخمسة (الدين والنفس والنسل والعقل والمال) يتحقق بموجبها الأمن الاجتماعي.

المطلب الثاني

تعريف مقاصد الشريعة في اللغة والاصطلاح

الفرع الأول:

تعريف مقاصد الشريعة باعتباره مركباً:

١/ المقاصد لغة : جمع مقصد، والمقصد مصدر ميمي مشتق من الفعل قصد، فيقال: قصد يقصد قصداً، ويأتي المقصد في اللغة بمعانٍ عدة منها: الاعتماد والطلب والأَمُّ ومنه قولهم قصد الحجيج مكة أي أموها بمعنى توجهوا إليها واعتمدوها مقصداً لهم، ويأتي بمعنى التوسط، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾ (لقمان: ١٩)، أي توسط في مشيك، ويأتي كذلك بمعنى الاكتناز في الشيء ومنه يقال ناقة قصيد أي ناقة مكتنزة باللحم أي ممثلة^{١٥}.

والغذائي، والبيئي، والثقافي، والاجتماعي، وغيرها، وفي جميع هذه الأنواع للأمن، نجد حماية الأرواح، والمحافظة على الممتلكات، والشعور بالأمان والطمأنينة، هي الاهداف المشتركة للأمن^{١٠}.

الفرع الثالث:

تعريف الأمن الاجتماعي باعتباره مصطلحاً:

عرف الأمن الاجتماعي بأنه: «أن يعيش الفرد حياة اجتماعية آمنة مطمئنة مستقرة على نفسه ورزقه ومكانه الذي يعيش فيه هو ومن يعول»^{١١}.

فالمجتمع الأمن هو ذلك المجتمع الذي يشعر فيه الناس بحرمة الأنفس والأعراض والأموال فيما بينهم، ويؤدون فيه شعائر الدين.

ويشمل الأمن الاجتماعي في مفهومه، كل ما يتعلق بالنواحي الحياتية للإنسان، كالإكتفاء المعيشي، والاقتصادي، والخدمات الأساسية، مثل الصحة والتعليم والرعاية والتأمين، وكل ما يؤدي إلى الرفاهية الشخصية^{١٢}. وعلى مستوى ما تقوم به الدولة يشمل مفهوم الأمن الاجتماعي، جميع الاجراءات والبرامج والخطط السياسية والاقتصادية الهادفة لتوفير ضمانات شاملة تحيط كل شخص في المجتمع بالرعاية اللازمة، وتوفر له سبل تحقيق أقصى تنمية لقدراته وقواه، وأقصى درجة من الرفاهية في إطار من الحرية السياسية والعدالة الاجتماعية^{١٣}.

أما الأمن الاجتماعي في الإسلام، فيشمل بمفهومه العام كل شيء مادي أو معنوي، فهو حق للمجتمع أفراداً وجماعات، مسلمين وغير مسلمين، وهو تعبير عن طمأنينة النفوس وزوال الخوف

٢/ تعريف المقصد اصطلاحاً: إن مدلول لفظ القصد في معناه الاصطلاحي لا يخرج عن معناه اللغوي السابق ذكره، ومنه نايكنا القول أن المقصد هو: «الهدف والغاية التي تكون في استقامة وعدل واعتدال»^{١٦}.

٣/ تعريف الشريعة في اللغة: تطلق الشريعة لغة على مورد الماء الذي يرده الناس وغيرهم للتزود منه بالماء وكما تطلق على منبع الماء ومصدره، وتطلق كذلك على الدين والملة والمناهج والسنة، والشريعة والشرع والشرعة بمعنى واحد^{١٧}.

٤/ تعريف الشريعة في الاصطلاح: ما سن الله لعباده من الأحكام عن طريق نبي من أنبيائه عليهم السلام، سواء كانت متعلقة بكيفية عمل وتسمى فرعية وعميلة، أو بكيفية الاعتقاد وتسمى أصلية^{١٨}.

الفرع الثاني :

تعريف مقاصد الشريعة باعتباره مصطلحاً: قد وردت عدة تعريفات لهذا العلم عند بعض المعاصرين منها:

١/ عرفها محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية بأنها: «المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة»^{١٩}.

٢/ وعرفها علال الفاسي: «أنها الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها»^{٢٠}.

ويتحصل من ذلك أن مقاصد الشريعة تعني، الأهداف والغايات العامة للشريعة التي وضعها الشارع لمصلحة العباد في الدارين، وهذا ما اصطلح على تسميته بالمقاصد العامة، وتعني كذلك الحكمة أو الهدف أو الغاية التي وضعها الشارع في كل نص من نصوص الشريعة على حدة، وهذا ما اصطلح على تسميته بالمقاصد الخاصة.

الفرع الثالث:

دور مقاصد الشريعة في المحافظة على الأمن الاجتماعي:

هذا الفرع بمثابة مقدمة عامة لبيان دور مقاصد الشريعة في المحافظة على الأمن الاجتماعي، وسياتي تفصيل هذا الدور لمقاصد الشريعة من خلال بيان الطرق التي يحافظ بها على الأمن الاجتماعي من جانبي الوجود والعدم، ومع ذلك يمكن أن أذكر هنا أن القصد من الأمن الاجتماعي هو تحقيق الاستقرار، واحترام حقوق الآخرين وصون الحرمات، كحرمة النفس والمال والأعراض بما يساهم في خلق التوافق وبخاصة إذا انعدم الظلم وساد ميزان العدل حيث ورد في محكم التنزيل: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبَسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ﴾ (الأنعام: ٨٢)، ومنه ما يأتي الربط بين الأمن ومقاصد الشريعة، فمن مقومات الأمن الاجتماعي المحافظة على الدين وإقامة الحياة عليه، وتفعيل وسائل المحافظة على كل من النفس والنسل والعقل والمال، وكذلك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لحفظ النظام العام والعمل بأوامر الإسلام.

المبحث الثاني

طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من

جانب الوجود

المطلب الأول

بيان معنى الحفظ من جانب الوجود

يقصد بالمحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب الوجود: «ما يقيم أركانه ويثبت قواعده»^{٢٢}، ويكون ذلك بما يضمن بقاءه واستمراره بتوفير قدر أكبر من الطمأنينة التي يستطيع بموجبها الإنسان من مباشرة كل ما يتعلق باحتياجاته الدنيوية من المأكل والمشرب والملبس والسكن، وممارسة كل ما يتعلق بإقامة شعائره التعبدية مما يتعلق بأمر الآخرة^{٢٣}.

ويكون ذلك عن طريق الإيمان بالله، وإقامة العدل، وتحقيق المساواة، وإبراز دور الأسرة في تعزيز الأمن الاجتماعي، وأن يعم التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، والتخلي بالفضائل والتخلي عن الرذائل وغيرها مما يعتبر في الحفاظ على الأمن الاجتماعي واستمراره.

المطلب الثاني

بيان طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي

من جانب الوجود

ويتضمن ذلك وضع الضمانات لوجود واستمرار الأمن الاجتماعي، ويتمثل ذلك في جملة من الطرق والوسائل التي تساهم في ذلك ومنها على سبيل الإجمال، الإيمان بالله تعالى، وإقامة الأسرة ودورها، وتحقيق العدل والمساواة بين أفراد المجتمع، والتكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، ويمكن تفصيل ذلك على النحو الآتي:

والمحافظة على الأمن الاجتماعي، تأتي في مقدمة المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، وذلك على اعتبار أن المقصد العام الجامع للشريعة الإسلامية، هو الوصول إلى تحقيق الصلاح العام المتكامل المنتظم المستمر. فالاستصلاح الشرعي هو - منجته - استصلاح شامل لهذه الحياة ومرافقها ونظامها الاجتماعي العام، بما ينبثق عن ذلك من تشكل أمم وجماعات، ودول وحضارات، ولكنه - منجته أخرى - يجعل من صلاح الإنسان أساساً ومنطقاً، ومقصداً ووسيلة، أي: صلاح الإنسان بداية وغاية^{٢١}، فالشريعة في مقاصدها الكلية تشمل ما يحقق الصلاح والخير للإنسان في الدنيا والآخرة، ومن ضمن ما يدخل في ذلك أمن الإنسان وسلامته، لذا كفلة له الشريعة من الوسائل ما يتحقق به المحافظة على أمنه وسعادته، فأمن الإنسان غاية وهدف للشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث

بيان المقصود بطرق المحافظة على

الأمن الاجتماعي

المقصود بطرق المحافظة على الأمن الاجتماعي، بيان الوسائل التي تساهم في الحفاظ على الأمن الاجتماعي واستمراره، سواء من جانب الوجود، وذلك بما يحقق استمرارها وبقائه، أو من جانب العدم، وذلك بما يدرأ الفساد الواقع أو المتوقع عليه.

الطريق الأول: الإيمان بالله:

يحقق الاستخلاف الإنساني لله سبحانه وتعالى، أي التمكن الذي يحقق الأمن المجتمعي للناس، ويحقق القوة للمستضعفين حتى يجعلهم خلفاء الأرض وأئمتها، قال تعالى: ﴿وَنُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ عَلَى الَّذِينَ اسْتُضِعُوا فِي الْأَرْضِ وَنَجْعَلَهُمْ أَئِمَّةً وَنَجْعَلَهُمُ الْوَارِثِينَ﴾ (القصص: ٥)، فالأمن والطمأنينة ثمرة للإيمان، والخوف والفرع هما ثمرة النكوص عن هذا الإيمان^{٢٧}.

الطريق الثاني:

بناء الأسرة:

لا شك أن الاسرة تعد الحاضن الأول وحجر الأساس في البناء التربوي، فالتربية الصالحة المسؤولة تقدم للجميع أفراداً صلحاء قادرين على المشاركة في بنائه بكفاءة، واقتدار، وأما إذا ما أخذت الأسرة بواجبها، وعانت من التفكك، فإن المجتمع بكامله سيدفع الثمن، ومن خلال الأسرة تتشكل مجموعة من القيم والتصورات المختلفة عن الحياة والكون والانسان، وفي الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما من مولود إلا ويولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه...»^{٢٨}، فلأبوين الدور الأكبر في تنشئة الأبناء ورعايتهم بما يفرسانه فيهم من قيم الدين ومقاصده، وبتعويدهم على عمل الخير، وحب الآخرين واحترامهم، وتقوية الفضائل في نفوسهم مثل الصدق وحفظ الأمانة ورعاية الضعفاء والمساكين، فهذه الصفات الحميدة وغيرها، لا يمكن أن يكتسبها الفرد إلا في أسرة سليمة يقوم الأب بدوره كاملاً، وكذلك تقوم الأم بالدور المرسوم لها، فإذا أديا ما عليهما

الإيمان بالله تعالى يشمل الإيمان بملائكته ورسله وكتبه واليوم الآخر والقدر خيره وشره، كما في قوله تعالى: ﴿أَمَّنَ الرَّسُولُ بَمَا أَنْزَلَ إِلَيْهِ مِنْ رَبِّهِ وَالْمُؤْمِنُونَ كُلٌّ آمَنَ بِاللَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَكُتُبِهِ وَرُسُلِهِ لَا نَفَرَقَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَقَالُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا غُفْرَانَكَ رَبَّنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ﴾ (البقرة: ٢٨٥)، والإيمان كذلك، اطمئنان القلب بانتماء إلى الخالق -سبحانه وتعالى - الرازق والمنعم والراعي والحافظ، أي الاطمئنان بالمعية الإلهية، العاصمة من أي خوف أو فزع أو اغتراب في الدنيا^{٢٤}.

ومن ثم فالإيمان يعد أفضل السبل لتحقيق الأمن الاجتماعي، بما يحمله من قيم تنظم العلاقة بين الإنسان وربه وبين الإنسان ونفسه، وبين الإنسان والمجتمع، والإيمان بالله ضمان للاستخلاف في الأرض وعمارتها، قال تعالى: ﴿وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ وَلَيُمَكِّنَنَّ لَهُمْ دِينَهُمُ الَّذِي ارْتَضَى لَهُمْ وَلَيُبَدِّلَنَّهُمْ مِنْ بَعْدِ خَوْفِهِمْ أَمْنًا﴾ (النور: ٥٥)، وقوله تعالى: ﴿أَمَّنْ يُجِيبُ الْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَا وَيَكْشِفُ السُّوءَ وَيَجْعَلُكُمْ خُلَفَاءَ الْأَرْضِ إِلَهُ مَعَ اللَّهِ قَلِيلًا مَا تَذَكَّرُونَ﴾ (النمل: ٦٢)، وفي الحديث: «لا يؤمن من لا يأمن جاره بوائقه»^{٢٥}، وقوله صلى الله عليه وسلم: «المؤمن من أمنه الناس على دمائهم وأموالهم»^{٢٦}، فالإيمان بالله مصدر الأمان للإنسان المؤمن ولمن يتعامل معهم من الناس،... أي للفرد والمجتمع والاجتماع، ذلك أن الإيمان، عندما تترجمه الأعمال الصالحات،

من مسؤولية فإن أبنائهما سيكونون صالحين، وبالتالي سينعكس ذلك على المجتمع، فيكون مجتمعاً صالحاً يسوده الأمن والاستقرار.^{٢٩}

الطريق الثالث:

التكافل الاجتماعي:

التكافل الاجتماعي هو التضامن والإعالة والرعاية على النحو الذي يجبر القصور الحادث لدى طرف من أطراف علاقة التكامل، فهو تفاعل بين طرف أو أكثر، وهو النظام الذي يقيم علاقة التفاعل والتضامن والإعالة والرعاية بين أعضاء الاجتماع الانساني في مجتمع من المجتمعات.^{٣٠}

ويعد التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، مناهم طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي، لما لقيمة التكافل من أثر في الحفاظ على الأمن واستمراريته، فقد جاء في القرآن ما يدل على قيمة التعاون بين أفراد المجتمع ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: ٢)، وتحقق المحافظة على الأمن الاجتماعي بما يسود بين أعضاء المجتمع من قيم التعاطف والتوادد والتحابب، فيحب كل فرد فيه ما يحب لنفسه ويحمل لهم من الحب ما يحمله لنفسه، عن أنس بن مالك رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يؤمن أحدكم، حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه»^{٣١}، وينظر إلى كل أفراد المجتمع كما ينظر إلى نفسه، ويسدي غيره بالنصيحة إذا كان محتاجاً لها، وفي الحديث، عن تميم الداري أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: «الدين النصيحة، قلنا: لمن؟ قال: لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم»^{٣٢}، ويقدم له المال عند العوز كما جاء في

الحديث، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة، فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة»^{٣٣}، ويعرض عليه خدماته كلما ألت به الحاجة، كما في الحديث الذي رواه أبو هريرة: «... والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه...»^{٣٤}.

ويصل التعاون بين أفراد المجتمع إلى درجة أن يكونوا جميعاً كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى، على ما رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مثل المؤمنين في توادهم، وتراحمهم، وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى»^{٣٥}.

وأيضاً ما رواه أبو موسى الأشعري: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً»^{٣٦}.

وتتمثل قيمة التكافل بين أفراد المجتمع كذلك بما شرعه الإسلام من فريضة الزكاة ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاٰكِعِينَ﴾ (البقرة: ٤٣)، والتي تؤخذ من أغنياء المسلمين وترد على فقرائهم، وهو تشريع يحقق الأمن الاجتماعي، حيث يشعر فيه القادر بأنه مسئول عن غير القادر في الوفاء بضرورات حياته، حتى لا يشيع الحقد في المجتمع، إذا كان المال بيد الأغنياء وحدهم، ولا ينال العاجز والضعيف منه شيء^{٣٧}.

وكذلك بما حث عليه الإسلام من الصدقات،

وَالْمُنْكَرِ وَالْبُغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٩٠﴾ (النحل: ٩٠)،
واللفظ هنا عام يشمل تحقيق العدل في كل منحي
من مناحي الحياة، ثم ورد العدل كذلك في كثير
من التفاصيل الأخرى المتعلقة بالحياة، كالعدل في
دائرة الاسرة: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ
مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ (النساء: ٣)،
وفي العلاقة بين الحاكم والمحكوم: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ
بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (النساء: ٥٨)، وفي
العلاقة بين المسلمين وغيرهم: ﴿لَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ
الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوا فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ
أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾
(الممتحنة: ٨).

المبحث الثالث

طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي من

جانب عدم

المطلب الأول

بيان معنى الحفظ من جانب عدم

يقصد بالمحافظة على الأمن الاجتماعي من
جانب عدم: ما يدرأ الاختلال الواقع أو المتوقع
عليه^{٤١}، ويتمثل ذلك في حمايته من أن يززع، سواء
أكان ذلك على وجه الأفراد أو العموم، ويشمل ذلك
درء المفاصد التي يمكن أن تتعلق به، كالفقر والغلو،
والتطرف، والإفراط أو التفريط في التدين، وسوء
الاخلاق، وتناول المخدرات والمسكرات، وارتكاب
الفحشاء والمنكر والبغي، وغيرها^{٤٢}.

وبما أقره من مشروعية الوقف والوصية والهبة
والهدايا وغيرها^{٣٨}، فهذه التشريعات وغيرها
تؤكد بجلاء أن الإسلام قد أعلى من قيمة التكافل
والتعاون بين أفراد المجتمع، مما يوضح أهمية
قيمة التكافل الاجتماعي، وما ينعكس بموجبه من
أثر في استمرار الأمن الاجتماعي والمحافظة عليه.
الطريق الرابع:

تحقيق العدل الاجتماعي بين أفراد المجتمع:

المقصود بالعدل هنا أن يساوى أفراد
المجتمع في التعامل بينهم، أو في معاملتهم من قبل
غيرهم^{٣٩}، ويتحقق حفظ الأمن الاجتماعي بطريق
العدل بثلاثة أشياء هي^{٤٠}:

- ١- وحدة الميزان في تقييمهم وفي المفاضلة بينهم
كأن يكون ذلك الميزان هو الكفاءة أو التقوى أو
الاخلاص أو غير ذلك من أنواع القيم الأخرى،
من غير اعتبارات الجنس واللون وغير ذلك.
- ٢- المساواة في الحقوق التي يحصل عليها كل
فرد من أفراد المجتمع.
- ٣- المساواة في الواجبات التي يكلف بها كل
شخص.

فمتى تحقق العدل وفقاً لهذه الأسس
الثلاثة، أسهم ذلك في تحقق الأمن الاجتماعي،
لأن العدل إذا تحقق بناء على هذه الأسس أورت
الرضا بين أفراد المجتمع.

ولما كان العدل من الأهمية بمكان في تحقيق
المحافظة على الأمن الاجتماعي، جاءت النصوص
الشرعية على وجوب إقامة العدل وتحقيقه بين
الناس، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ
وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ

المطلب الثاني

بيان طرق المحافظة على الأمن الاجتماعي

من جانب عدم

هنالك العديد من الطرق والممارسات التي تؤدي إلى زعزعة الأمن الاجتماعي وتقويضه، وانعدامه، ولأهمية الأمن الاجتماعي، فقد حرصت الشريعة الإسلامية على تحريم ومنع كل ما يقوض الأمن الاجتماعي ويهدده، فحرمت الخمر، وكل ما يذهب بعقل الانسان، ونهت عن الفحشاء والمنكر والبغي، وحرصت على وضع جملة من الوسائل التي تمنع الفقر، كما نهت عن الغلو والتطرف، والافراط والتفريط، وأمرت بالوسطية في التدين، وأمرت بحسن الاخلاق ونهت عن سوءها، ونهت عن كل ما قد يعود على الأمن الاجتماعي بالزوال، ويمكن ذكر بعض هذه الطرق والوسائل على النحو التالي:

الطريق الأول:

تحريم الخمر والمخدرات:

تعتبر الخمر من أخطر المهددات التي تقوض الأمن الاجتماعي وتزعزع استقرار المجتمع، بما لها من أثر سالب عليه، ففيها ضياع للعقل والمال والصحة، واهدراً لطاقات المجتمع، وتعددي على حرمانه وكرامته، وهتك لأعراضه، وكل ذلك وغيره يمثل ولا شك أكبر مهدد لأمن المجتمع، وكيف لا تفعل الخمر ذلك وهي كما ورد في الأثر أنها أم الخبائث، فعن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث، عن أبيه قال: سمعت عثمان رضي الله عنه يقول: «اجتنبوا الخمر فإنها أم الخبائث»^{٤٢}، فشارب الخمر لا يكتفي بشربها فقط وإنما قد يرتكب حال

شربه جرائم أخرى قد تصل إلى القتل، لذا حرمتها الشريعة الإسلامية لما لها من تهديد مباشر على أمن المجتمع وسلامة استقراره، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ (المائدة: ٩٠)

وفي السنة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله الخمر، وشاربها، وساقبها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه»^{٤٤}.

أما المخدرات فلا يختلف اثنان في خطورتها على أمن المجتمع وسلامته، بل إنها من أخطر الآفات التي تهدد المجتمع وتعبث بكيانه واستقراره لما تتركه من آثار سلبية على صحة الأبدان والعقول، وتبديد للطاقات والثروات، وما تورثه من خمول واستهتار، تفسد معه العلائق الاجتماعية، وتشكل بوابة لارتكاب جرائم أخرى كالسرقة والاعتصاب، وأحياناً القتل^{٤٥}.

فالخمر والمخدرات من أخطر ما يهدد الأمن الاجتماعي، ويزعزع استقراره وسلامته، فكان تحريمهما من باب المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب عدم.

الطريق الثاني:

محاربة الفقر:

يعتبر الفقر من أبرز المشكلات التي تهدد الأمن الاجتماعي، حيث يؤدي الحرمان والعوز إلى بروز حالات الجنوح التي تدفع أصحابها إلى السرقة والانتقام وتشكل بيئات الفقر مناخاً مناسباً

للانحراف الاجتماعي الذي يهدد قيم المجتمع ويبث الخوف والقلق، وبخاصة لدى الاطفال الذين يحرمون من مقومات الحياة من المأوى والرعاية والتعليم حيث تظهر حالات التشرد والعدوان مما يشكل إخلالاً في توازن البنية الاجتماعية ودافعاً إلى العنف والتدمير^{٤٦}.

لذا حاربته الشريعة بالحث على الصدقات، فعن أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مانقص مال من صدقة»^{٤٧}، وقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾ (التوبة: ١٠٣)، وبشرع الزكاة على الأموال بأنواعها المختلفة كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّكْعِينَ﴾ (البقرة: ٤٣).

ولعل حث الشريعة الإسلامية على محاربة الفقر بشتى الوسائل لهو الضمانة لحفظ أمن المجتمع وسلامته.

الطريق الثالث:

النهى عن الانحراف والغلو في الاعتقاد والسلوك:

الانحراف هو الابتعاد عن المسار المحدد وانتهاك القواعد والمعايير ومجانبة الفطرة السليمة واتباع الطريق الخطأ المنهي عنه حكماً وشرعاً، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ (ص: ٢٦)، فمتابعة الهوى طريق إلى الضلال، والانحراف عن الصراط المستقيم، ويأخذ الانحراف أشكالاً عديدة منها ما يتعلق بجرائم الاعتداء على النفس ومنها جرائم الاعتداء على الممتلكات ومنها ما يتصل بالجرائم المنافية للأخلاق كما أن بعض أشكال الانحراف تستهدف النظام الاجتماعي مباشرة كالحراية والردة^{٤٨}.

أما الغلو ويعني التجاوز المجانب لحد الاعتدال، والخروج عن الحد الأوسط المأمور به شرعاً في قوله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ (البقرة: ١٤٣)، ولعل من أخطر أشكال الغلو هو الغلو في الاعتقاد الذي يعتمد المنهج التكفيري لمن سواه، مما يبيح له ارتكاب الجرائم بحقه ومنازته ومعاداته، كما أن الغلو في التفكير والزعم باحتكار الحقيقة يولد الضغائن والاحقاد ويوقع القطيعة بين أبناء المجتمع الواحد مما يدفع إلى تفويض الأمن الاجتماعي وزعزعة أركانه^{٤٩}.

لذا نهت الشريعة الإسلامية عن كل أنواع التطرف والغلو والانحراف عن جادة الطريق ومتابعة الهوى، لما لذلك من تهديد لأمن المجتمع وسلامته، وأمرت بالاعتدال والتوسط، ومجانبة الهوى وأهله.

الطريق الرابع:

الفحشاء والمنكر والبغي:

جاء النهي عن الفحشاء والمنكر والبغي في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (النحل: ٩٠)، فالنص واضح في دلالته على الأمر بكل ما يعود على الأمن الاجتماعي بالحفظ من إقامة العدل والإحسان وإيتاء ذي القربى، والنهي عن كل ما يهدد أمن المجتمع من الفحشاء والمنكر والبغي.

والفحشاء تعني المعاصي، وكل ما قبح من القول والفعل، وتشمل كذلك كل ما فيه حد في الدنيا من المعاصي قولاً أو فعلاً، والسوء من الذنوب ما لاحد فيه، وفسرت بمعنى الزنا^{٥٠}.

قال البيضاوي في البغي مانصه: «والاستيلاء على الناس والتجبر عليهم، فإنها الشيطنة التي بمقتضى القوة الوهمية، ولا يوجد في الإنسان شر إلا وهو مندمج في هذه الأقسام صادر بتوسط إحدى هذه القوى الثلاث (أي الشهوة أو الغضب أو الوهمية)»^{٥٤}.

وبهذا يتضح أن الفحشاء والمنكر والبغي، من أخطر ما يهدد الأمن الاجتماعي، ويقوضه، وبالتالي كان النهي عنها واضحاً وصريحاً فيها.

خاتمة البحث

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه كما يحب ربنا ويرضى، وكما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبدالله عليه أفضل الصلاة والتسليم وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

بعون الله وتوفيقه اختتم الحديث في هذا البحث، بذكر أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

النتائج:

من أبرز النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث الآتي:

- ١- أن الأمن الاجتماعي يشمل كل ما يحفظ للإنسان دينه ونفسه ونسله وعقله وماله.
- ٢- وضعت الشريعة الإسلامية جملة من الطرق التي يحافظ بها على الأمن الاجتماعي من جانبي الوجود والعدم.
- ٣- يعد الإيمان بالله الطريق الأول والضمان الأكيد لحفظ الأمن الاجتماعي.
- ٤- للأسرة دور بارز في المحافظة على الأمن الاجتماعي من جانب الوجود.

وهي كذلك بمعنى الزيادة والإفراط فيها، وكل المعاصي التي فيها إفراط في الزيادة عن مقتضى الفطرة في متابعة القوى الشهوية، وتشمل كل متابعة للهوى الجامح الخارج عن حدود الاعتدال كشراب الخمر والقمار والزنى، ومجاوزة الحد في أي أمر من أمور الشهوة حسياً أو معنوياً^{٥١}.

وكل هذه المعاني التي تدخل في معنى الفحشاء، من الزنا، والمعاصي وسوء الأخلاق، وغيرها مما ذكر أعلاه، تمثل أكبر تهديد للأمن الاجتماعي.

أما المنكر فهو ما تنكره العقول المستقيمة، ويخرج به المرء عن حد المعقول كقول الزور والبهتان، والإفراط في الاستهانة بحقوق غيره، والاندفاع وراء غضب جامح يخرج عن حد المعقول، إلى حد ما ينكره المجتمع ويتجافاه، ويقطع المودة وينقض ما أمر الله تعالى به أن يوصل^{٥٢}. ولا شك بعد هذا البيان لمعنى المنكر من خطورة على الأمن الاجتماعي.

أما البغي، فهو الاعتداء على الناس، والتجبر والاستعلاء عليهم، وأن يمنعهم حقوقهم ويأخذها بغير حق، وإن ذلك من آثار الوهم بأنه من صنف أعلى من صنفهم، فيغالي في الاستهانة بهم، ويبغي عليهم في حقوقهم، ويبخسهم حقهم، كما نرى الآن من بغي بعض الناس على بعض باسم أنهم سود، أو باسم أنهم من الأمم النامية، أو باسم الطبقات، فكل ذلك من وهم الاستعلاء والغلو في إعطاء أنفسهم حقوقاً ليست لهم، ولكنهم يفرضونها لأنفسهم، وسببها بغيهم وظنهم أنهم من صنف فوق الناس وأن الناس دونهم^{٥٣}.

- رقم الطبع بدون.
- الأمن الاجتماعي وقضية الحرية - نبيل رمزي اسكندر - بدون.
- الأمن الاجتماعي، مفهومه، تأصيله الشرعي وصلته بالمقاصد - د/ رشاد صالح رشاد زيد الكيلاني - من منشورات المؤتمر الدولي (الأمن الاجتماعي في التصور الإسلامي) ١٣ - ١٤ / شعبان / ١٤٣٣ هـ الموافق ٣-٤/٧/٢٠١٢م - جامعة ألابيت - كلية الشريعة بالتعاون مع رابطة الجامعات الإسلامية.
- الأمن التربوي الفلسطيني في ظل العدوان الاسرائيلي على غزة - د/ يوسف حسن صافي - منشورات جامعة الأقصى - قسم أصول التربية - ٢٠٠٧م.
- الأمن في حياة الناس واهميته في الإسلامية - د/ عبدالله عبدالمحسن التركي تحميل من الإنترنت، على الرابط: (www.islamhouse.com/files/ar/ih_books/.../ar_almn_fe_hiat_almnas.doc)
- أنوار التنزيل وأسرار التأويل - ناصر الدين أبوسعيد عبدالله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي تحقق/ محمد عبدالرحمن المرعشلي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ط١ - ١٤١٨ هـ.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي - المكتبة التجارية - مصر - ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.
- التعريفات - علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني - تحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- جامع البيان في تأويل القرآن - محمد بن جرير الطبري - تحقيق/ أحمد شاکر - مؤسسة

- ٥- تحقيق العدل وتعزيز قيمة التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع، يشكل قيمة حقيقية في الحفاظ على الأمن الاجتماعي.
- ٦- الفقر والغلو والتطرف وشيوع الفحشاء والمنكر والبغي والخمر والمخدرات، من أكبر مهددات الأمن الاجتماعي.

التوصيات:

- ١- ضرورة إقامة الدين في المجتمع وتعزيز قيمه.
- ٢- ضرورة الاهتمام بالأسرة وتعزيز دورها في تقوية النسيج الاجتماعي وربطه.
- ٣- السعي لإقامة العدل وتحقيقه على جميع مستوياته.
- ٤- تعزيز قيمة التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع.
- ٥- محاربة الفقر، والسعي لنشر التوعية الدينية الحقة، عبر خطاب دعوي يتضمن سماحة الإسلام ومنهجه في الحياة، ونبذ الغلو والتطرف.

المصادر والمراجع:

- (www.policemc.gov.bh/reports/2007/August/151/2007-8-.doc).
- <http://figh.islammeseage.com/newsdetails.asbxid=-5176>).
- الإسلام والأمن الاجتماعي - د/ محمد عمارة - دار الشروق - القاهرة - ط١ ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨ م.
- الأمن الاجتماعي - د/ مصطفى العوجي - مؤسسة نوفل - بيروت - طبعة سنة ١٩٨٣ م.
- الأمن الاجتماعي في الإسلام - د/ أسامة السيد عبدالسميع - دار الجامعة الجديدة -

- الرسالة - ط ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.
- زهرة التفاسير - محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة - ٢٤٥٢/٨ - دار الفكر العربي.
- سنن أبي داود - تحقق: محمد محيي الدين عبدالحميد - المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
- سنن الترمذي - لأبي عيسى محمد بن عيسى سوره - تحقيق الدكتور/ بشار عواد - ط ١٩٩٦م - دار الغرب الإسلامي - بيروت لبنان.
- سنن النسائي - أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي - تحقيق/ عبدالفتاح أبوغدة - مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب - الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ - ١٩٨٦.
- صحيح مسلم - للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري - ط ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م - دار المغني.
- صحيح البخاري - محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي - ط ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م - مكتبة الرشد.
- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى - د/ الدكتور مصطفى الخن، الدكتور مصطفى البغا، علي الشرجي - دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - ط ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- القاموس المحيط - الفيروزآبادي - تحقيق مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة - ط ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م - مؤسسة الرسالة.
- الكشف والبيان عن تفسير القرآن - أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي - تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور - مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ط ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٢م.
- لسان العرب - محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي - طبعة صادر - بيروت - لبنان - ط ١٣ - ١٤١٤هـ.
- مختار الصحاح - زين الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الحنفي الرازي - طبعة سنة ١٩٨٦م - مكتبة لبنان.
- المعجم الأوسط - سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني - تحقيق/ طارق بن عوض الله، عبدالمحسن بن ابراهيم - طبع سنة ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م - دار الحرمين - القاهرة.
- معلمة زائد للقواعد الفقهية والأصولية - طبعة مؤسسة زايد للأعمال الخيرية - الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ، ٢٠١٣م.
- مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة - د/ عبدالمجيد النجار - ط ٢٠٠٨م - دار الغرب الإسلامي.
- المقاصد العامة - ابن زغيبه عزالدين - ط ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م - مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - مصر.
- مقومات الأمن الاجتماعي الإسلامي - د/ محمد عمارة - ط ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٩م - مكتبة الإمام البخاري.
- مقومات الأمن الاجتماعي في الإسلام وآليات تحقيقه - د/ محسن باقر محمد صالح القزويني - بحث منشور على موقع جامعة أهل البيت عليهم السلام - رابط (www.ahlulbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=96)
- الموافقات في أصول الشريعة - أبي إسحاق الشاطبي - تحقيق/ عبدالله دراز - طبعة المكتبة التجارية - رقم الطبع بدون.
- نحو تفعيل مقاصد الشريعة - د/ جمال الدين عطية - ط ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م - دار الفكر.

هوامش:

- ١- استاذ أصول الفقه ومقاصد الشريعة المساعد بقسم الفقه وأصوله بكلية الشريعة - ومدني.
- ٢- لسان العرب - ابن منظور - ١٩/١٣ - طبعة صادر - بيروت - لبنان - القاموس المحيط - الفيروز آبادي - ص ١١٧٦ - تحقيق مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة - ط ١٤٢٦ هـ، ٢٠٠٥م - مؤسسة الرسالة، مختار الصحاح - الرازي - ص ١١ - طبعة سنة ١٩٨٦م - مكتبة لبنان.
- ٣- الأمن الاجتماعي في الإسلام - د/ أسامة السيد عبد السميع - ص ١٩ - دار الجامعة الجديدة - رقم الطبع بدون، الأمن التربوي الفلسطيني في ظل العدوان الاسرائيلي على غزة - د/ يوسف حسن صافي - ص ٢، منشورات جامعة الأقصى - قسم أصول التربية - ٢٠٠٧م.
- ٤- المرجع السابق - ص ١٩-٢٧.
- ٥- أخرجه الطبراني - في المعجم الأوسط - تحقيق/ طارق بن عوض الله، عبد المحسن بن ابراهيم - باب الألف (من اسمه أحمد) - رقم (٦١٣) - ١٩٨/١ - طبع سنة ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م - دار الحرمين - القاهرة.
- ٦- أخرجه الترمذي في السنن - أبواب الزهد - رقم (٢٣٤٦) - ١٦٧/١ - تحقيق الدكتور/ بشار عواد - ط ١٩٩٦م - دار الغرب الإسلامي - بيروت لبنان.
- ٧- التعريفات - علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني - ص ٣٧ - الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م
- ٨- الإسلام والأمن الاجتماعي - د/ محمد عمارة - ص ٢١ - دار الشروق - القاهرة - ط ١٩٨١هـ، ١٩٩٨م، مقومات الأمن الاجتماعي الإسلامي - د/ محمد عمارة - ص ١٠ - ط ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م - مكتبة الإمام البخاري.
- ٩- الأمن الاجتماعي، مفهومه، تأصيله الشرعي وصلته بالمقاصد - د/ رشاد صالح رشاد زيد الكيلاني - ص ٤-٧، من منشورات المؤتمر الدولي (الأمن الاجتماعي في التصور الإسلامي) - ١٣ - ١٤ / شعبان/ ١٤٣٣هـ الموافق ٣-٤/١٢/٢٠١٢م - جامعة آل البيت - كلية الشريعة بالتعاون مع رابطة الجامعات الإسلامية.
- ١٠- الأمن الاجتماعي في الإسلام - د/ أسامة السيد عبد السميع - ص ١٩ - دار الجامعة الجديدة - رقم الطبع بدون، الأمن التربوي الفلسطيني في ظل العدوان الاسرائيلي على غزة - د/ يوسف حسن صافي - ص ١.
- ١١- الأمن الاجتماعي في الإسلام - د/ أسامة السيد عبد السميع - ص ١٩ - دار الأمن الاجتماعي - د/ مصطفى العوجي - ص ٧١ - مؤسسة نوفل - بيروت - طبعة سنة ١٩٨٣م.
- ١٢- الأمن الاجتماعي وقضية الحرية - نبيل رمزي اسكندر - ص ٤.
- ١٣- الأمن الاجتماعي، مفهومه، تأصيله الشرعي وصلته بالمقاصد - د/ رشاد صالح رشاد زيد الكيلاني - ص ١٢.
- ١٤- انظر: المعجم الوسيط ٧٢٨/٢، الصحاح ٥٢٤/٢، لسان العرب ٣٥٣/٣.
- ١٥- انظر: مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة - البيهقي - ص ٣٠.
- ١٦- انظر: لسان العرب - ١٧٤/٨، الصحاح - ١٢٣٦/٣.
- ١٧- انظر: مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة - البيهقي - ص ٣٠.
- ١٨- مقاصد الشريعة - ابن عاشور - ص ٢٥١.
- ١٩- انظر: مقاصد الشريعة ومكارمها - علال الفاسي - ص ٧.
- ٢٠- انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية - ٣/ ٤٥٤.
- ٢١- انظر: الموافقات في أصول الشريعة - أبي إسحاق الشاطبي - تحقيق/ عبد الله دراز - ٨/٢ - طبعة المكتبة التجارية - رقم الطبع بدون.
- ٢٢- المقاصد العامة - ابن زغبة عز الدين - ص ١٧٦ - ط ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م - مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - مصر.
- ٢٣- انظر: مقومات الأمن الاجتماعي في الإسلام - محمد عمارة - ص ٩.
- ٢٤- انظر: تعظيم قدر الصلاة - أبو عبد الله محمد بن نصر بن الحجاج المرؤزي - تحقيق/ د. عبد الرحمن عبد الجبار الفريوائي - ٥١٢/٢ - مكتبة الدار - المدينة المنورة - الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٢٥- انظر: مسند الشهاب - أبو عبد الله محمد بن سلامة بن جعفر بن علي - تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي - ١١٠/١ - مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
- ٢٦- انظر: مقومات الأمن الاجتماعي في الإسلام - محمد عمارة - ص ١٠ وما بعدها.
- ٢٧- أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الجنائز - باب إذا أسلم الصبي فمات - رقم (١٣٥٨) - ص ١٨٢ - ط ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م - مكتبة الرشد.
- ٢٨- انظر: مقومات الأمن الاجتماعي في الإسلام وأليات تحقيقه - د/ محسن باقر محمد صالح القزويني - ص ١٥ - بحث منشور على موقع جامعة أهل البيت عليهم السلام - رابط (www.ahlulbaitonline.com/karbala/New/) وابط (html/research/research.php?ID=96) وانظر: نحو تفعيل مقاصد الشريعة - د/ جمال الدين عطية - ص ١٤٨، ١٤٢٢هـ، ٢٠١١م - دار الفكر.

أثر الوقف في تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا

د. عثمان إبراهيم نورين إبراهيم^١

ملخص البحث

التطوعية والنفقات الواجبة.

وفي هذا البحث نسلط الضوء على أحد الأساليب التنموية للعملية التعليمية، يمكن من خلالها إحياء دور الوقف للإسهام في توفير مصدر دائم ومستمر لتمويل الجامعات والمعاهد العليا. ويناقش هذا البحث (الوقف وأثره في تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا) طرق وأساليب تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا، وكيفية إيجاد مصادر وموارد تمويلية جديدة لتحقيق أهدافها وغاياتها المنوطة بها.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. والصلاة والسلام على نبينا محمد الذي أرسله الله للناس كافة بشيراً ونذيراً، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً، وعلى آله وصحبه، ومن سار على نهجه ودعا بدعوته وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:

فإن عقيدة المسلم ومنهجه في الحياة ونظرته إلى الدنيا باعتبارها ممراً ومزرعة للأخرة، تحضه على السعي إلى زيادة وتعظيم رصيده في الآخرة، من خلال الأعمال الخيرية والقربات

إن الوقف الإسلامي يعد نظاماً نشأ وتطور في ظل الحضارة الإسلامية، وقد عُرِفَت الأوقاف منذ عهد النبوة وعبر العصور الإسلامية نمواً وتنوعاً واتساعاً كبيراً، حيث لم تقتصر على العناية بفئات المجتمع فحسب، بل تعدتها إلى العناية بكل ما يعتمد عليه الناس في معيشتهم، وغطى بانتشاره مختلف جوانب الحياة: الشرعية، والعلمية، والثقافية، والصحية، والإنسانية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والخدمية، وغيرها.

وباستقراء التجربة التاريخية التي قادتها الأمة الإسلامية مع الوقف على التعليم نلاحظ بوضوح النجاح الباهر والدور الفاعل والمؤثر الذي قامت به الأوقاف في نمو واتساع الحركة التعليمية.

إلا أنه في العصر الحاضر قلَّ الإنفاق على التعليم بسبب الشح في الموارد، واتساع دائرة الفقر، وتفشي البطالة في البلاد العربية والإسلامية، مما انعكس سلباً على تقليص دور الجامعات والمعاهد العليا.

ونظراً لما سبق فإن الأمر يتطلب البحث عن أساليب وآليات لتوفير موارد لتمويل الجامعات والمعاهد العليا، للقيام بدورها المنوط بها، وبدلاً من البحث عن المستورد من الأفكار والتزاماً بأحكام وتوجهات الإسلام فإن الأمر يتطلب التوجه إلى ما قررته الشريعة من نظم وأساليب وهي كثيرة ومتعددة مثل الزكاة والوقف وسائر الصدقات

أهمية موضوع البحث:

تظهر هذه الأهمية باختصار في الأمور التالية:

- اهتمام أهل العلم بنظام الوقف ، وذلك لما له من مكانة عظيمة وأثار حميدة عند المسلمين على مر العصور الإسلامية.
- يعد نظام الوقف على التعليم من أهم مصادر تمويل التعليم في النموذج الإسلامي، وإليه يعود الفضل - بعد الله - في كل ما تحقق من نهضة علمية واسعة شهدتها العالم الإسلامي في مؤسسات التعليم المختلفة
- حث أصحاب الأموال والموسرين على تحصيل القربات وإقناعهم بوقف أموالهم من خلال مجالات الوقف المختلفة لنيل منزلة الخيرية التي تميزت بها الأمة الإسلامية.

أهداف البحث:

يمكن إجمال الأهداف في الأمور التالية:

- النهوض بالمجال التعليمي من خلال إحياء نظام الوقف .
- إيجاد مصادر وموارد تمويلية جديدة لتحقيق أهداف الجامعات والمعاهد العليا .
- إظهار الدور الفاعل والمؤثر الذي قامت به الأوقاف التعليمية في نمو واتساع الحركة التعليمية
- إبراز المكانة السامية للأوقاف في صناعة الحضارة الإسلامية، وإسهاماته العظيمة في تطوير المؤسسات الوقفية من خلال نشر الوعي بين أفراد المجتمع عامة، والموسرين خاصة، وتعريفهم بأن الوقف صدقة جارية وقربة إلى الله تعالى.

التي تزيد رصيده في الآخرة ومنها الصدقات، والتي يأتي في مقدمتها الوقف، الذي يعتبر من أهم وأبرز روافد الخير والضمان الاجتماعي في المجتمع المسلم، كما أنه في الوقت نفسه من أعظم مصادر الأجر والثواب للمسلم.

وقد أظهر الوقف صوراً مشرقة في تاريخ الحضارة الإسلامية، إلا أنه قد شهد بعض التراجع والركود إبان الحقبة الاستعمارية التي خيمت على بعض بقاع العالم الإسلامي، ولكن في الآونة الأخيرة قد شهد العالم الإسلامي توجهاً جاداً يهدف إلى إحياء هذه المؤسسة وتفعيل دورها الاجتماعي والاقتصادي والتعليمي، فهو يعتبر من أهم روافد التمويل للمشاريع الخيرية.

وبما أن الجامعات والمعاهد العليا تلعب دوراً قيادياً مؤثراً في تنمية المجتمعات الشرقية والغربية، فإن الحكومات تخصص ميزانيات لها لكي تؤدي دورها المنوط بها، لكن هذه الميزانيات لم تعد كافية ولا تحقق طموحات الجامعات والمعاهد العليا.

لذلك لجأت الجامعات إلى تنويع مصادرها المالية لكي تحقق استقلالها المالي وبالتالي تحقيق أهدافها، ومن المصادر التمويلية التي يمكن من خلالها تحقيق أهداف الجامعات، نظام الوقف في الإسلام، باعتباره من القنوات المهمة في مد الجامعات والمعاهد العليا بالإمكانات المادية لكي تؤدي رسالتها بصورة منتظمة.

ومن هذا المنطلق تأتي هذه الدراسة بعنوان: أثر الوقف في تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا.

المطلب الأول: الطرق والأساليب الإرشادية والتوعوية.

المطلب الثاني: الطرق والأساليب الإعلامية.

المطلب الثالث: الطرق والأساليب الاستثمارية.

المبحث الرابع: أثر الوقف في تنمية موارد الجامعات والمعاهد العليا.

المطلب الأول: أثر الوقف في إنشاء الجامعات والمعاهد العليا وتطورها.

المطلب الثاني: أثر الوقف في تنشيط الحركة العلمية وسد حاجات الأساتذة.

المطلب الثالث: أثر الوقف في إنشاء المكتبات ودعم حركة التأليف.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الوقف في الإسلام

المطلب الأول

تعريف الوقف

أولاً: تعريفه لغة:

الوقف في اللغة يأتي بمعان عدة منها:

١/ السكون: يقال: وقفت الدابة تقف ووقوفاً إذا سكنت^٢.

٢/ المنع: يقال وقفت الرجل عن الشيء وقفاً إذا منعته عنه^٣.

٣/ الإقلاع: تقول: أوقفت عن الأمر الذي كنت فيه، أي أقلت، وأوقف عنه: أمسك وأقلع^٤.

٤/ الحبس: وهو أقرب المعاني للوقف، يقال: وقفت كذا، أي حبسته. ووقف الدابة وقفاً:

حبستها في سبيل الله^٥، ومنه قوله تعالى:

• الارتقاء بالأمة في كافة مناحيها لتكون أهلاً لتفعيل المنهج الرباني وقيادة الإنسانية نحو عمارة الكون.

منهج البحث:

استخدمت المنهج الاستقرائي في استقصاء المعلومات المتعلقة بنظام الوقف ومفاهيمه ومجالاته ودوره وطرقه الفاعلة في دعم الجامعات والمعاهد العليا، كما استخدمت المنهج الوصفي التحليلي في توصيف عناصر ومفردات موضوع البحث وشرحها وتحليلها للوصول إلى النتائج والتوصيات.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث تحقيقاً لأهدافه أن يتم تقسيمه إلى أربعة مباحث بين مقدمة وخاتمة، على النحو التالي:

المقدمة: وتناولت أهمية الموضوع وأهدافه ومنهجه وخطة البحث.

المبحث الأول: مفهوم الوقف في الإسلام

المطلب الأول: تعريف الوقف.

المطلب الثاني: حكمه ومشروعيته.

المطلب الثالث: أهميته ومقاصده.

المبحث الثاني: مجالات الوقف في دعم الحركة العلمية.

المطلب الأول: الوقف على دور العلم.

المطلب الثاني: الوقف على الأساتذة وطلاب العلم.
المطلب الثالث: وقف الكتب العلمية والمكتبات والوقف عليها.

المبحث الثالث: الطرق والأساليب الداعمة لتفعيل دور الوقف.

والناظر إلى هذه التعريفات يلحظ أن «قوام الوقف في هذه التعريفات المتقاربة، حبس العين فلا يتصرف فيها بالبيع، والرهن، والهبة، ولا تنتقل بالميراث، والمنفعة تصرف لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقفين»^{١٢}. ولكل صاحب رأي ما يستند عليه من أدلة نقلية وعقلية لا يستساغ بسطها في هذا المقام.

المطلب الثاني

حكمه ومشروعيته

أولاً: حكمه:

لا خلاف بين جمهور الفقهاء من السلف ومن بعدهم بأن الوقف جائز شرعاً^{١٣}.

قال ابن قدامة رحمه الله: «وأكثر أهل

العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف»^{١٤}.

واختلفوا في حكمه، إلا أن الصحيح جواز

الوقف والندب إليه؛ لأنه من أحسن ما يتقرب به إلى الله تعالى^{١٥}.

وعلى هذا فإنه لا خلاف بين الأئمة الأربعة

في أن الوقف مسنون فضلاً عن مشروعيته، وأنه

قربة إلى الله تعالى، قال الإمام الشوكاني رحمه

الله: «اعلم أن ثبوت الوقف في هذه الشريعة وثبوت

كونه قربة أظهر من شمس النهار»^{١٦}.

وخلاصة القول في حكم الوقف: إن

جمهور الفقهاء^{١٧} من الشافعية والمالكية والحنابلة

والحنفية- إلا رواية عن أبي حنيفة وزفر^{١٨}- يقولون

إن الوقف جائز شرعاً وأن أصل مشروعيته ثابت

بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة والقياس.

﴿وَقِفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾ (الصفات: ٢٤)

والوقف والتحبيس والتسبيل كلمات

مترادفة وهي بمعنى واحد، وهو: الحبس والمنع^{١٩}.

وهو فعل يدل على التأييد بحيث إنه إذا قيل: وقف

فلان أرضه وقفاً، يفهم منه أنه جعلها حبساً لا

تباع ولا تورث.

ثانياً: تعريفه اصطلاحاً:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للوقف،

والسبب في ذلك هو اختلاف مذاهبهم في الوقف،

من حيث حكمه (اللزوم وعدمه)، ومن حيث ملكية

العين بعد الوقف، أو شروط تكوّنه، والأجدر أن

نذكر تعريفه عند الفقهاء الأربعة ثم نرجح ما نراه

مناسباً:

١- عرّفه الحنفية بأنه «حبس المملوك عن التمليك

من الغير»^٧.

٢- عرّفه المالكية بأنه: «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده

لازماً بقاؤه في ملك معطيها ولو تقديراً»^٨.

٣- عرّفه الشافعية بأنه: «حبس مال يمكن الانتفاع

به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على

مصرف مباح»^٩.

٤- عرّفه الحنابلة بأنه: «تحبيس الأصل وتسبيل

المنفعة»^{١٠}.

وهذا التعريف الأخير في تقديري هو أجمع

تعريف لمعاني الوقف، وسبب ترجيحنا له:

أ/ كونه مأخوذ من قول النبي لعمر: (احبس

أصلها وسبل ثمرتها)^{١١}.

ب/ ولأن معنى الحديث يستغرق جميع أنواع

الأحباس والأوقاف.

ثانياً: مشروعيتها:

ثبتت مشروعية الوقف بالقرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع العلماء والقياس.

أولاً: القرآن الكريم .

١/ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾ (البقرة: ٢٦٧).

٢/ قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا حُبَبْتُمْ﴾ (آل عمران: ٩٢).

٣/ قوله تعالى: ﴿وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَأَنْفُسِكُمْ وَمَا تُنْفِقُونَ إِلَّا ابْتِغَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُوَفِّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢٧٢).

٤/ قوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ جَوَاهِمِ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ (النساء: ١١٤).

وغيرها من الآيات الكريمة التي تحث على العناية بالمجتمع والأخذ بأيدي المحتاجين فيه، والإنفاق على الفقراء والمساكين.

ووجه الاستدلال من هذه الآيات: أن فيها دعوة للإنفاق في أوجه الخير والبر، والتحذير من شح النفس الأمانة بالسوء، وفيها تنبيه للمسلمين بأهمية بذل المال في الدنيا قبل أن يأتي يوم القيامة فيتحسرون على ما فاتهم من خير عميم. ومن أعظم أبواب الخير، الوقف على جهات الخير ابتغاء مرضاة الله تعالى، واستجابة للتوجيه الرباني الحكيم؛ لأن الحياة إلى موت والوجود فيها إلى عدم، والبقاء إلى فناء.

ثانياً: السنة المطهرة.

١/ عن أنس ابن مالك أن أبا طلحة قال: «يا رسول

الله إن الله تعالى يقول: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا حُبَبْتُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ (آل عمران: ٩٢) وأن أحب أموالي إلىَّ بئرُ حاءَ وإنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله فقال: (بخ بخ ذلك مال رابح مرتين وقد سمعت ما قلت وإني أرى أن تجعلها في الأقربين) فقال أبو طلحة أفعُلُ يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه»^{١٩}

٢/ عن ابن عمر أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال: «يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفُسُ عندي منه فما تأمرني به؟ فقال: (إن شئت حبست أصلها وتصدق بها)»^{٢٠}. فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب قال فتصدق به عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه وفي لفظ متأمل مالا»^{٢١}.

٣/ ما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له»^{٢٢}.

٤/ عن أبي هريرة أن رسول الله قال: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً، فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسناً»^{٢٣}.

ثالثاً: الإجماع :

لم يُعلم خلاف بين العلماء المتقدمين في عدم العمل بالأحاديث الواردة عند أهل العلم من أصحاب النبي في شأن الوقف. فقد أجمع الفقهاء الأربعة وسائر الصحابة عليهم الرضوان على مشروعية الوقف، حيث أوقف مجموعة من أصحاب النبي منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير بن العوام ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأم سلمة وصفية وأم حبيبة زوجات رسول الله وأسماء بنت أبي بكر وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله بن الزبير وأبو أروى الدوسى وغيرهم من أصحاب رسول الله^{٢٤}.

رابعاً: القياس :

«اتفق الفقهاء على أن بناء المساجد وإخراج أرضها من ملكية واقفها أصل في وقف الأصل، وحبس أصولها، والتصديق بثمرتها، فيقاس عليه غيره ويلاحظ أن القليل من أحكام الوقف ثابتة بالسنة، ومعظم أحكامه ثابتة باجتهاد الفقهاء بالاعتماد على الاستحسان والاستصلاح والعرف»^{٢٥}.

وعلى هذا فإن ما تقدم أنفاً من أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس تؤكد على مشروعية الوقف، وأنه نظام إسلامي متميز مستمد من الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

المطلب الثالث

أهميته ومقاصده

أولاً: أهميته :

يعتبر الوقف من أهم مظاهر الحضارة الإسلامية؛ فهو الأساس الذي يعبر عن إرادة الخير في الإنسان المسلم، وعن إحساسه العميق بالتضامن مع المجتمع الإسلامي.

والناظر في الحضارة الإسلامية يقف مندهشاً أمام الآثار العظيمة للوقف في حياة الأمة الإسلامية، سواء من الناحية النظرية أو العملية، فقد أدى الوقف في المجتمع الإسلامي منذ عهد النبوة والخلافة الراشدة إلى يومنا هذا، وظيفته كاملة؛ وذلك بسد حاجة المجتمع سواء في مجال الصدقة على الفقراء والمساكين وابن السبيل والمحتاجين، وما يتطلبه الجهاد في سبيل الله من العدة والعتاد من السلاح والكراع، أو بالمساهمة في أغلب الإنجازات الحضارية في بلاد الإسلام وقت أن كانت أوربا وأغلب بلاد العالم تعيش في عصر الظلمات— فقد ساهم في نشر العلم والمعرفة وذلك بالوقف على المدارس والمساجد والمكتبات العامة والكتاتيب لتحفيظ القرآن الكريم، وعلى طلبة العلم، وعلى المرصد الفلكية ودور الحكمة والمستشفيات التعليمية؛ لتعليم الطب، والتمريض، وتطوير علم الصيدلة والكيمياء وعلم النبات^{٢٦}.

كما تظهر أهمية الوقف في مساهمته الفعالة في حفظ مبادئ الإسلام ورفي المجتمع الإسلامي وتقدمه، وفي نشر الإسلام والدعوة إليه، ومقاومة عمليات التبشير والهدم الفكري والنفسي الموجه إلى بلاد الإسلام من أعدائها.

دائم ومستمر لتحقيق غرض مباح من أجل مصلحة معينة.

والمقاصد الخاصة للوقف هي:

١- في الوقف ضمان لبقاء المال ودوام الانتفاع به والاستفادة منه مدة طويلة؛ لأن الشيء الموقوف محبوس مؤبداً على ما قصد له، لا يجوز لأحد التصرف فيه.

٢- في الوقف برّ للموقوف عليه، وقد حثنا الشريعة المطهرة على البرّ ورغبت فيه؛ فبالبرّ تدوم صلة الناس، وتنقطع البغضاء، ويتحابون فيما بينهم.

٣- استمرار النفع العائد من المال المحبس؛ فالأجر والثواب مستمر للواقف حياً أو ميتاً، ومستمر النفع للموقوف عليه، والانتفاع منه متجدد على مدى الأزمنة.

٤- محافظة الوقف للمال وحمايته من الإسراف والتصرف فيه؛ فيبقى المال وتستمر الاستفادة من ريعه، ومن جريان أجره له، ومن تأمين مستقبل ذريته بإيجاد مورد ثابت يضمنه، ويكون واقياً لهم عن الحاجة والفقر.

٥- امتثال أمر الله بالإنفاق والتصدق في وجوه البر، وامتثال أمر نبينا محمد بالصدقة والحث عليها، وهذا أعلى المقاصد من الوقف، وبهذا الامتثال يكون الوقف سبباً لحصول الأجر والثواب من الله - سبحانه وتعالى - ومحو السيئات^{٢٨}.

٦- في الوقف صلة للأرحام، حيث يقول الله تعالى: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» (الأنفال: ٧٥) وجاء في الحديث: «الرحم معلقة

ولقد تنوعت أغراض الوقف وتعددت ابتداء من القرن الثاني الهجري لتشمل الحياة الاجتماعية والعلمية والدينية؛ فقد انطلق الوقف من مجرد الاهتمام بما عرف في تاريخ الوقف بالوقف الذري ليكون وقفاً عاماً شاملاً ينفعه جميع طبقات المجتمع الإسلامي.

ومما لاشك فيه أن دين الإسلام يدعو إلى الإنسانية والعالمية والشمول، وهذا العموم والشمول لا بد أن يتمشى مع متطلبات المرء بما يحقق له إنسانيته وعزته في الدارين؛ لذلك جاءت أحكام الإسلام متفقة مع حاجته السليمة، وما يحقق مصالح العبد سواء في أمور دينه أو في مصالحه الدنيوية.

إن في الوقف تحقيقاً لمصالح الأمة الإسلامية، وتوفيراً لاحتياجاتهم، ودعمًا لتطورها، ورقياً، وتحضرها؛ وذلك بما يوفره من دعم لمشروعاتها الإنمائية، وأبحاثها العلمية؛ ذلك أن الوقف لا يقتصر على أماكن العبادة ورعاية الفئات المحتاجة ونحوهم فحسب، وإنما يمتد نفعه ليشمل كثيراً من المجالات الإنمائية والاجتماعية التي تخدم البشرية، وتنشط الاقتصاد، فهو يمثل بؤرة النهضة العلمية والفكرية والثقافية العربية والإسلامية على مدار القرون، ويقوم بدور حجر الأساس في بنيتها؛ حيث أسهم الواقفون من حكام ووزراء وعلماء وأفراد في مساندة المسيرة العلمية، وبالتالي إتاحة المعرفة لكافة طبقات المجتمع دون أدنى تمييز^{٢٧}.

ثانياً: مقاصده :

للقف مقصدان، مقصد عام، ومقاصد خاصة: أما المقصد العام للوقف: فهو إيجاد مورد مجلة كلية الشريعة - العدد الثاني - رمضان ١٤٣٨ هـ / يونيو ٢٠١٧ م

المبحث الثاني

مجالات الوقف في دعم الحركة العلمية

المطلب الأول

الوقف على إنشاء دور العلم

العلم من الضرورات التي تقوم عليها حياة الأمم والأفراد، وحاجة الناس إليه تتعدى كل حاجة، وضرورتهم إليه فوق كل ضرورة؛ لأن الإنسان بالعلم يعبد الله ويوحد، ويعرف حقه ويمجد، وهو قرابة في ذاته إن كان من العلوم الشرعية، وقرابة لمقصده إن كان من العلوم الأخرى التي تكون من وسائل العلوم الشرعية: كعلم اللغة العربية وفروعها، أو من العلوم التي يحتاجها المسلمون للقيام بشؤونهم المختلفة: كعلم الهندسة والطب وغيرها، مما يكون سبباً في رقيهم وتقدمهم.

وبناء على هذا فإن الوقف على إنشاء دور العلم والمؤسسات التعليمية التي تعنى بهذه العلوم، يكون من الوقف على جهة بر وطاعة، فيكون بذلك وقفاً مشروعاً^{٣٤}.

وهذا مقتضى ما ذكره الفقهاء — رحمهم الله — في الوقف على الجهة، فهو مشروع إذا كانت الجهة الموقوف عليها بر وطاعة، فيكون الوقف على إنشاء دور العلم والمؤسسات التعليمية داخلياً في ذلك؛ لأن من البر والطاعة والتقرب إلى الله: نشر العلم وتسهيل طريقه.

ومن الأدلة التي يمكن أن يُستدل بها على

ذلك :

١ / قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا مات الإنسان

انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا صدقة جارية، أو

علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»^{٣٥}

بالعرش تقول من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطعته الله»^{٢٩}.

والصلة تشمل العطف والرحمة، ولذا فقد أمر صلوات الله وسلامه عليه أبا طلحة الأنصاري بقوله: « فاجعله في الأقربين » فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه...^{٣٠}.

٧- في الوقف رعاية للأولاد بالحفاظ على أموال المورث بعد موته من الضياع؛ لأن كثيراً من الوارثين يتلفون الأموال التي ورثوها إسرافاً وبداراً، ثم يظل أحدهم عالة يتكفف الناس، وهذا ما قاله زيد بن ثابت: « لم نر خيراً للميت ولا للحي من هذه الحبس الموقوفة؛ أما الميت فيجري أجرها عليه، وأما الحي فتحبس عليه ولا توهب ولا تورث ولا يقدر على استهلاكها»^{٣١}.

٨- الوقف على المساجد والمعاهد والمدارس والمشافي ودور العجزة وملاجيء الأيتام، كل هذا مما يضمن لهذه المرافق العامة بقاءها وصيانتها.

٩- أن الوقف من القربات التي يسري ثوابها للمحسنين في حياتهم الدنيا وبعد الموت جزاء بما قدمت أيديهم^{٣٢}.

١٠- يتحقق في الوقف في الدنيا بر الأحاب، وفي الآخرة تحصيل الثواب، وفي الوقف حل لكثير من المشاكل الاجتماعية التي تنتاب المجتمع في كل عصر وحين^{٣٣}.

فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿التوبة: ٦٠﴾ (وقال كثير من الفقهاء إن تَفَرَّغَ القادر على الكسب لطلب العلم أُعطي من الزكاة، لأن العلم داخل في الجهاد في سبيل الله) ٣٨.

الثاني: وقف المنقولات ٣٩ في هذا المجال، كوقف الأجهزة والكتب والوسائل التعليمية.

فهذه بعض الأدلة - وغيرها كثير - التي يمكن الاستدلال بها على مشروعية الوقف على إنشاء دور العلم ومؤسسات التعليم، مما يدل على أنه من الوقف المشروع والجائز، ومن القربات التي يتقرب بها إلى الله عز وجل.

وخلاصة القول فإن الوقف على دور العلم إن كان من العقار فإنه يأخذ حكم وقف العقار، وإن كان من المنقولات فإنه يدخل في حكم وقف المنقول، وإن كان الموقوف نقداً يدخل في وقف الأموال، وكلها مسائل تطرق لها العلماء في مباحث الوقف، وترجح فيها الجواز، ومن هنا يمكن أن يأخذ الموقوف على إنشاء دور العلم الحكم نفسه.

المطلب الثاني

الوقف على الأساتذة وطلاب العلم

الأساتذة والعلماء وطلاب العلم جنس واحد في باب الوقف، ولذلك تصرف لهم استحقاقاتهم من الوقف بالسوية؛ لأن أخذهم من غلة الوقف من باب الاستحقاق بهذا الوصف لا من باب الأجرة ٤٠. وحكم الوقف على الأساتذة وطلاب العلم لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الوقف على معين منهم، سواء كانوا جماعة أو شخصاً، فيقول الواقف: هذا

فمن الصدقات الجارية إنشاء المدارس والمعاهد والجامعات، فيكون للمتبرع ببناء مؤسسة من المؤسسات التعليمية لتكون وقفاً مثل أجورهم وأجور من تعلم منهم.

٢/ عن أبي هريرة قال: قال رسول الله: «إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته: علماً علمه ونشره، وولداً صالحاً تركه، ومصحفاً ورثه، أو مسجداً بناه، أو بيتاً لابن السبيل بناه، أو نهراً أجره، أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته من بعد موته» ٣٦.

فالوقف على إنشاء دور العلم من نشر العلم، وقد نص على بناء المساجد، ومن أبرز أنشطتها أداء العبادات، وتعليم العلم، فيكون بناء المدارس والجامعات والمعاهد العليا داخلياً في ذلك؛ لأنه قيام بمهمة من مهمات المساجد.

٣/ عن أبي هريرة في قصة خالد بن الوليد حينما أخبر النبي عليه الصلاة والسلام أنه احتبس أدراعه وأعدته في سبيل الله ٣٧ وهذا الحديث يمكن الاستدلال به على أمرين:

الأول: مشروعية الوقف على الجهاد في سبيل الله، ومن المعلوم أن الجهاد نوعان: جهاد بالعلم، وجهاد بالسنان. فيكون الوقف على دور العلم داخلياً في الجهاد بالعلم، فسبيل الله يشمل كل طريق موصل إلى الله تعالى وإلى مرضاته، ومن ذلك العلم.

قال الشيخ عبدالرحمن السعدي - رحمه الله - في تفسيره لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ

وقف على فلان العالم، أو فلان طالب العلم.

فهنا يصح الوقف عليهم مطلقاً، ويكون هذا من باب الوقف على معين وليس على جهة، وقد اتفق العلماء على أن الوقف على المعين ليس من شرطه القرية^{٤١}، وعليه فيصح الوقف حتى على الغني منهم، ويكون استحقاقه لمنفعة الوقف أو غلته مقيداً بهذا الوصف، ويستحقه مادام الوقف باقياً^{٤٢}.

الحالة الثانية: أن يكون الوقف على غير معين منهم، كأن يقول: هذا وقف على طلاب العلم، أو على العلماء، أو الأساتذة، أو نحو ذلك، فهنا يكون من الوقف على جهة، وبناء على اشتراط الفقهاء أن تكون جهة بر وقرية، فإن حال هؤلاء من حيث الانتفاع بالوقف لا يخرج عن صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون الانتفاع من الموقوف نفسه لا من غلته، بأن يتعلموا في هذه الجامعة أو المعهد، أو تكون أرضاً يقام عليها مرفق من مرافق التعليم فيستفيدوا منه، أو تكون مكتبة عامة موقوفة فيطالع الطالب أو العالم فيها، أو يشتغل ببحث في الكتب الموقوفة فيها.

الصورة الثانية: أن يستفيدوا من غلة الموقوف بأن تكون أرضاً مغلّة أو عقاراً مغلاً أو أجهزة — على قول من يرى جواز وقف المنقول وهو الراجح — يكون لها غلة.

أما الصورة الأولى: وهي الاستفادة من الموقوف نفسه، فمقتضى كلام الفقهاء جواز الاستفادة الأساتذة وطلاب العلم من المرافق الموقوفة سواء كانوا أغنياء أم فقراء، وسواء كانوا محصورين أم لا.

وقد صرح الحنفية بذلك^{٤٣}، وهو مذهب المالكية؛ لأنهم يرون صحة الوقف على الغني^{٤٤}؛ ومذهب الشافعية^{٤٥}؛ لأنهم لا يشترطون أن يظهر قصد القرية، وهو ظاهر في هذه الصورة، وكذلك الحنابلة؛ لأنهم نصوا على نظير هذه المسألة، وهو المسجد إذا وقفه لعموم المسلمين، فيدخل الواقف في جملتهم^{٤٦}. فيكون هذا الحكم اتفاقاً من الأئمة، ومن لم يصرح به منهم فلعل مرد ذلك إلى وضوح الحكم.

وأما الصورة الثانية: وهي الاستفادة من غلة الموقوف: فإن كان الأساتذة وطلاب العلم فقراء — وهو الغالب — إن لم يكن لهم دخل مالي ثابت، فيجوز لهم أن يأخذوا من الغلة بالاتفاق، ويصح الوقف عليهم بالاتفاق^{٤٧}.

وعلى هذا فإن الوقف على العلماء وطلاب العلم من نشر العلم والقيام بحاجة المسلم، وسد خلته، فيكون فيه تحقيق لمقاصد الوقف وأهدافه. أما إن كان المشتغلون بتعلم العلم وتعليمه من الأغنياء: فقد اختلف العلماء في جواز الوقف عليهم، وأخذهم من الغلة، والراجح هو جواز الأخذ من غلة الوقف إذا كان ممن تنطبق عليهم الأوصاف التي اعتبرها الواقف، وإن كان الأحوط أن لا يأخذ منها خروجاً من الخلاف، ولقول النبي عليه الصلاة والسلام: «ومن يستغن يغنه الله»^{٤٨}.

المطلب الثالث

وقف الكتب العلمية والمكتبات والوقف عليها
الكتب العلمية والمكتبات من أهم روافد ومصادر العلم، وهي مما يعين العلماء وطلاب العلم على تحقيق نهضة علمية شاملة في مختلف العلوم وشتى الفنون^{٤٩}.

الإسلام وتدعو إلى الشر والفساد على اختلاف طرقها وأساليبها، فكل هذه الكتب على مقتضى ما شرطه أصحاب المذاهب الأربعة في الوقف على حجة أن تكون جهة بر وطاعة، وعدم جواز وقفها، وقد صرح بعضهم بعدم جواز الوقف على الكتب المحرمة ومنهم فقهاء الشافعية والحنابلة^{٥٠}.

هذا بالنسبة لوقف الكتب نفسها، أما الوقف على تأليف الكتب وطباعتها ونشرها، فإن الكتب قد تكون طاعة وقربة إن كانت من كتب العلم الشرعي أو ما يعين عليه، وقد تكون قربة لمقصدها، فالوقف عليها يكون من الوقف على جهة بر وطاعة، فيكون مشروعاً، أما الوقف على كتابة وطباعة ونشر الكتب المحرمة، فهو من الوقف على جهة محرمة، ومعصية محضة، فيكون حراماً. ثم الموقوف لهذا الغرض إن كان عقاراً فحكمه حكم وقف العقار، وإن كان منقولاً فحكمه حكم المنقول، وإن كان نقداً فحكمه حكم وقف النقود.

المبحث الثالث

الطرق والأساليب الداعمة لتفعيل دور الوقف

المطلب الأول

الطرق والأساليب الإرشادية والتوعوية

١/ تذكير الواقفين النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية والآثار التي تحت على عمل الخير والإنفاق في وجوه الخير عموماً، وفي مجال نشر العلم وتعليم الناس خصوصاً، وبيان الدور والنفع المتعدي الذي يحصل بهذا الإنفاق، ومعلوم أن ما كان نفعه متعدياً فإنه

ولقد بحث العلماء مسألة وقف الكتب ضمن حديثهم عن وقف المنقولات؛ لأن الكتب من المنقولات، ولكنهم نصوا على الحكم فيها.

ويقصدون بوقف الكتب: كتب العلم الشرعي: ككتب التفسير، والحديث وعلومه، والعقيدة، والفقه وأصوله، والدعوة وغيرها. ويقصدون بها كذلك الكتب التي تكون وسيلة إلى فهم العلم الشرعي ومعينة على فهم نصوص الشرع: ككتب اللغة العربية وعلومها، أو الكتب التي تتصل بأحوال المسلمين والاستفادة منها ككتب التاريخ ونحوها.

أما كتب العلوم النظرية البحتة: كالكيمياء والفيزياء والحساب والطب وغيرها، فهذه لم ينص -حسب اطلاعي- على حكم الوقف عليها، ولكن مقتضى كلام الفقهاء في تقييد الجواز بأن لا تكون كتباً محرمة، فإن لم تكن كذلك جاز وقفها، لا سيما ما عظمت منفعتها ومست الحاجة إليه، وتعلقت به مصلحة عموم الأمة مما يشكّل أساساً لعلم تترقى به الأمة، ويحصل لها به تقدم في مجال من المجالات، ومن المعلوم أن الشرع جاء لإقامة مصالح الدين والدنيا، فتكون الكتب التي تخدم الأمة في هذه المجالات داخلة فيما يعين على الشرع.

وقد اختلف الفقهاء في حكم وقف الكتب، إلا أن الراجح -والله أعلم- جواز وقفها؛ لما تحققه في ذلك من المصالح العظيمة لعموم الأمة.

أما الكتب المحرمة: وهي التي حوت مضامين ومعتقدات محرمة، كالمعتقدات الشركية، والبدع والضلالات، والكتب السماوية المحرفة، وكتب الإلحاد والزندقة، وغيرها التي تحارب

وإرسالها للواقفين مدعمة بالدراسات والآثار المتوقعة من هذه المساهمة.

٨/ بناء الثقة بين المتبرع (الواقف) والجهة الممثلة للجامعات أو المعاهد، وذلك بوضع لوائح وأنظمة للعمل التنفيذي في الأوقاف؛ لطمأنة الواقف بأن تبرع واقع موقعه، وأن تنفيذه يسير وفق ضوابط وأنظمة، حتى يحقق الهدف الذي يتوقع ويريده^{٥٢}.

المطلب الثاني

الطرق والأساليب الإعلامية

الإعلام يمكن أن يخدم الوقف بعدد من الأساليب منها^{٥٣}:

١- نشر الأساليب الإرشادية والتوعوية عن طريق وسائل الإعلام، مع مراعاة الخصائص التي يمكن بها الإعلان أو التوعية حتى يحصل التأثير المطلوب، وتصل إلى أكبر عدد، فيمكن من خلال هذه الوسائل الحث على الوقف والإنفاق في سبيل خدمة العلم، وبيان مكانة الواقف عند الله تعالى، ويتم ذلك عن طريق الكلمات المؤثرة، والمحاضرات، والندوات وغيرها، وبتنفيذ الوسائل الإعلامية المختلفة، مع التركيز على العلماء والدعاة المؤثرين على الجمهور.

٢- التعريف بتلك المؤسسات العلمية (الجامعات والمعاهد العليا) التي يراد من المتلقي الوقف عليها، وبيان دورها في المجتمع، ونشر أنظمتها ولوائحها وأنشطتها واحتياجاتها، ليكون ذلك بمثابة التعريف بهذه المؤسسات

أفضل مما كان نفعه قاصراً، ويكون ذلك: بالتذكير من خلال منابر الجماعة، أو في المحاضرات العامة والدروس، أو من خلال رسائل دعوية توجه إلى الأثرياء، أو من خلال مخاطبة العلماء للمقتدرين وحثهم على الإنفاق في سبيل الله.

٢/ مراجعة الفتاوى الشرعية القديمة في مجال الأوقاف وتنقيحها، واستصدار الفتاوى المستجدة في هذا المجال، حتى يطمئن الأغنياء إذا دفعوا أموالهم.

٣/ استكتاب الباحثين وتشجيعهم لكتابة البحوث والدراسات المتعلقة بالأوقاف في المجال التعليمي، فمثل هذه البحوث لها أثر إيجابي خاصة إذا كانت في بعض المجالات والوسائل المستجدة التي تحتاج إلى بحث ودراسة وتأصيل^{٥٤}.

٤/ إقامة الندوات العلمية والمؤتمرات التي تسهم في تفعيل دور الوقف وتوعية الناس بأهميته، وترسيخ مفاهيمه لدى عموم الأمة.

٥/ إبراز دور الوقف الرائد، وإسهاماته العظيمة في المجال التعليمي خلال عصور الإسلام المختلفة، من خلال دراسات تاريخية تظهر هذا الجانب.

٦/ إيجاد القدوات والنماذج الواقعية؛ لأن هذا من أمثل ما يحقق دوراً تنموياً متميزاً، وحديث الأعمال أبلغ من حديث الأقوال، وأقوى أثراً في الأمة.

٧/ توضيح المجالات التي يمكن للواقف أن يساهم بها من خلال رسم خطط ودراسات جدوى،

٢- الاستفادة من أصحاب التخصصات الاقتصادية لبيان أمثل الأساليب الاستثمارية التي يمكن بها تحقيق أعلى معدل من النماء، مع المحافظة على الأصول، ودرء المخاطر المتوقعة من التعامل التجاري ما أمكن، وتكون الاستفادة منهم بإجراء البحوث والدراسات، وتوظيف الكوادر والطاقات في العمل في هذه المجالات، ويجب التنبه إلى وجوب الترابط والتكامل بين التخصصات الشرعية والاقتصادية.

٣- الحرص على أن يصاحب الأوقاف التي توقف على هذه المجالات أوقاف أخرى، تدر على الوقف الأصلي ما يكفل استمراره وتمويل مشاريعه، وهذا ما كان مستخدماً قديماً.

٤- مشاركة عدد من المستثمرين في وقف واحد.

٥- توفير الإمكانيات والمساعدات اللازمة للإستثمار سواء بالاستشارات ، أو التسهيلات الحكومية ، مما يساعد على تقليل التكاليف الإدارية على المستثمرين وبالتالي سهولة إقامة المشاريع الوقفية للمؤسسات التعليمية.

٦- على الجامعات والمعاهد العليا إنشاء إدارة للإستثمار -كما في جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية- تكون من مهامها إعداد الخريط والدراسات للمشاريع التنموية المراد تمويلها، وتقديمها للجهات الخيرية والمستثمرين، مع بيان العوائد المادية والدينية من هذه المشاريع.

التعليمية، ودعوة الناس إلى الإسهام في أصولها، ويمكن الاستفادة من الكوادر والطاقات العلمية المتخصصة في أقسام الإعلام.

٢- إذا كانت الأوقاف مما يمكن استثماره فيمكن زيادة الاستثمار، وترويج المجال الي يستثمر فيه عن طريق الدعاية والإعلان بوسائل الإعلام المختلفة، كذلك يمكن الاستفادة من هذه الوسائل إذا كان للوقف منتجات أو خدمات يقدمها: كالتأجير، فيمكن أن يكون ذلك بمثابة الإعلان عنها والدعاية لها.

٤- تنمية الأموال الموقوفة من خلال الإعلان عن الخدمات التي تقدمها أو المنتجات التي تبيعها.

٥- تطوير الوقف من خلال الدراسات والبحوث التي تنشرها وسائل الإعلام.

المطلب الثالث

الطرق والأساليب الاستثمارية

١- توعية الواقفين بأهمية الاستثمار، باعتباره طريقاً مهماً من الطرق التي توسع دائرة الوقف، وتحقق الأهداف المرجوة منه، وتكون هذه التوعية ببيان الأوجه والطرق الاستثمارية التي يمكن توظيفها في خدمة الأوقاف لزيادة إنتاجها والمحافظة على أصولها، وإجراء البحوث والدراسات لبيان جدوى هذه الطرق، ومن ثم التوجيه بمرونة القيود التي يفرضها الواقفون على أوقافهم.

المبحث الرابع

أثر الوقف في تنمية موارد الجامعات

والمعاهد العليا

المطلب الأول

أثر الوقف في إنشاء الجامعات والمعاهد

العليا وتطورها

الوقف على المؤسسات التعليمية يعتبر بديلاً اقتصادياً يحقق استمرار هذه المؤسسات في أداء دورها وأنشطتها المختلفة من جانب، وتوفير المناخ والإمكانات للتخطيط المستقبلي لبرامجها من جانب آخر؛ ذلك لأن الوقف يتسم بالاستقرار والثبات والبعد عن الاضطرابات الاقتصادية التي يؤثر فيها طلب الربح، ولذلك فإن المؤسسات والمشروعات التي تنشأ بمساعدة الأوقاف ودعمها تأخذ الطابع ذاته، ويوفر لها المناخ الملائم للاستثمار الحقيقي. هذا وقد كان اعتماد المؤسسات التعليمية في السابق على الأوقاف إنشاءً واستغلالاً وتوفيراً لكل متطلبات التعليم وحوائج الأساتذة وطلبة العلم، وهذه التجربة التي مرت بها أمتنا الإسلامية في سابق عصرها تدل دلالة واضحة على أهمية الوقف ومكانته في الإسلام^{٥٤}.

ولكن الأوقاف في تلك الأزمان السابقة كانت تعتمد على استثمارات محدودة يراد منها نفع الموقوف عليهم، أما في الوقت الحاضر وفي ظل الظروف الاقتصادية الحالية ومع اتساع المفاهيم والصيغ الاستثمارية للوقف، فيمكن تفعيل أداء الأوقاف بشكل أكبر، واستثمارها بصورة أمثل في إطار الضوابط الشرعية والقواعد المرعية، وضمن الأطر الاستثمارية التي تحقق أعلى معدل

من النمو مع المحافظة على الأصول، مما يضمن من خلاله توظيف الأموال الوقفية في تحقيق أغراض الواقف، وبهذا يكون الوقف قد أدى دوراً كبيراً في التنمية، وساهم في سد حاجات المجتمع، وأوجد فرصاً كبيرة للاستثمار، وساهم في تخفيف الأعباء الملقاة على الدولة في الإنفاق على هذه المؤسسات التعليمية، مما يكون له الأثر البالغ في تنشيط الحركة التجارية بما يتبع الاستثمار من مستلزمات يحتاجها الوقف^{٥٥}، ويتحقق أمر مهم من وراء ذلك وهو حفظ الأصول المنتجة، وعدم التصرف فيها، والإنفاق على المشروعات التي يراد إنشاؤها من ريعها.

وبناء على ذلك ويمكن تلخيص دور الوقف التنموي في النقاط التالية^{٥٦}:

- ١- الوقف للمنشآت والمباني التي يمكن أن تجعل كليات أو مبانٍ جامعية متكاملة، مشتملة على المرافق التعليمية والإدارية وغيرها من التجهيزات الأساسية التي تحتاجها الجامعات والمعاهد العليا، وهذا من صور وقف العقارات ولا إشكال فيه من حيث الحكم الشرعي، ثم يتم تشغيل هذه المنشآت وتجهيزها وتأثيثها بدعم حكومي عن طريق وزارة التعليم العالي، أو بدعم شعبي من التجار الخيريين والموسرين.
- ٢- وقف الأراضي الواسعة التي يمكن أن تكون جامعة متكاملة، فيكون تمويل بنائها وتجهيزها عن طريق ما يوقف عليها من أراضٍ أو نقود أو غيرها.

- ٣- الوقف على جزء مخصص من وحدات الجامعة أو فروعها، كوقف منشأة تكون

العليا في مجال الإنشاء والبناء والتطوير، ويلحق بذلك التجهيزات اللازمة التي تجعل المباني صالحة للاستعمال: كالأثاثات، والوسائل التعليمية الداخلة في الإنشاءات، وهذه يمكن أن يتم الوقف عليها من شخص واحد أو يمكن أن تتم بشكل جماعي تتكامل فيها الأدوار بين الواقفين.

المطلب الثاني

أثر الوقف في تنشيط الحركة العلمية وسد

حاجات الأساتذة

الركيزة الأساسية في العملية التعليمية هم الأساتذة وطلاب العلم، وقد عنى الواقفون في السابق برعاية منسوبي المدارس الوقفية، ومن هنا ظهرت فكرة الوقف على الوقف التي تشكل ضماناً لاستمرار تلك المؤسسات الوقفية لعصور طويلة بعد موتهم^{٥٨}، وكان من مهام الوقف على الوقف تأمين متطلبات التعليم ورعاية الأساتذة وطلاب العلم بتوفير السكن والتغذية.

ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في البداية والنهاية في خبر المدرسة المستنصرية ببغداد: «وقرر الجميع -أي المشايخ والأساتذة والمعيرين والأيتام وغيرهم- من الخبز واللحم والحلوى والنفقة ما فيه كفاية وافرّة لكل واحد»^{٥٩}.

ولا شك أن العناية بالأساتذة وطلاب العلم، وتوفير متطلباتهم في حياتهم اليومية وفي التعليم من الأساسيات التي تنهض برسالة التعليم؛ لأنه لا بد لطالب العلم من التفرغ، حتى لا يشتغل عن طلب العلم بطلب المؤونة والتكسب، وإلا فإنه لا يتمكن من التعلم والاستفادة من أساتذته. والغالب فيمن يتصدى للعلم تعلماً وتعلماً يكونون من الفقراء،

مكتبة عامة، أو مبنى كلية من الكليات، أو وحدات إضافية لإستيعاب مزيد من الطلاب (كوقف برج القرآن بجامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية)^{٥٧}، أو سكناً للمحتاجين منهم، أو غير ذلك من الأغراض التي تخدم العملية التعليمية في الجامعات والمعاهد العليا، ثم يكون تجهيزه وتشغيله من قبل الواقف، أو ما يوقف عليه، أو يتم التشغيل بدعم حكومة.

٤- الوقف على المساجد والمصليات داخل المباني الجامعية (كوقف مسجد المدينة الجامعية بجامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية)، وذلك ببنائها وتجهيزها، أو بتخصيص وقف يصرف ريعه على هذا الجانب.

٥- الوقف على الإنشاء والتطوير والتشغيل، وذلك بتخصيص بعض العقارات أو المشروعات الاستثمارية للصرف من ريعها لإنشاء المؤسسات التعليمية وتطويرها وصيانتها، وهذا الأسلوب أكثر مرونة وأبعد أثراً؛ لأنه يوفر المناخ والإمكانات للتخطيط وتجهيز المباني وفق المعايير المطلوبة. وهنا يمكن أن يكون الوقف عقاراً أو منقولاً أو نقوداً، وكلها يمكن استثمارها بصيغ الاستثمار الحديثة لتغطية التكاليف المطلوبة مع المحافظة على أصولها.

٦- وقف بعض المنقولات التي تدخل في الإنشاءات، وذلك مثل مواد البناء والأدوات الكهربائية والصحية وغيرها.

هذه بعض المجالات التي يقوم الوقف فيها بدور مميز في تنمية موارد الجامعات والمعاهد

صح عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «من جهز غازياً فقد غزا»^{٦١} فيكون لمن شارك بوقفه في سد حاجة طالب العلم أجر من طلب العلم.

٤- الوقف على المنقولات التي تساهم في سد حاجة الأساتذة وطلاب العلم وترفع من كفاءة أدائهم: كتجهيز المكاتب للأساتذة وأعضاء هيئة التدريس بالجامعات والمعاهد العليا، وتجهيز القاعات الدراسية للطلاب، وتجهيز المختبرات والمعامل بالأدوات والأجهزة المخبرية، وتوفير أجهزة الحاسب الآلي، والوسائل التعليمية التي تساعد أعضاء هيئة التدريس والطلاب في تطوير العملية التعليمية بما يتلاءم مع معطيات التقنية الحديثة.

٥- وقف المنشآت العلاجية أو المعامل والورش الهندسية للجامعات أو المعاهد التي تضم تخصصات علمية تطبيقية كالطب والبيطرة والصيدلة والهندسة، حتى تساعد في التعليم والتدريب لطلاب العلم، وتطوير أداء الأساتذة وأعضاء هيئة التدريس في هذه المجالات، وقد تؤدي دوراً آخر في الجانب الإنساني بتقديم العلاج والاستشارات الهندسية لمن يحتاجه، وكلا الأمرين مقصود ومشروع.

أما الجامعات والمعاهد العلمية التي تختص بدراسة العلوم الشرعية أو النظرية فتكون هذه المنشآت لتقديم الخدمات لمنسوبيها من أساتذة وطلاب.

والدور التنموي الذي يحققه الوقف في هذا المجال ظاهراً سواء في مجال التعليم

ومن المجالات التي يمكن أن يؤدي الوقف فيها دوراً تنموياً في هذا الجانب ما يلي:

١- الوقف على الأساتذة وطلاب العلم في الجامعات والمعاهد العليا، بوقف العقارات أو المنقولات ذات الغلة الجيدة، فتجعل هذه الغلة رواتب للأساتذة، ونفقات لطلاب العلم. ويمكن أن يوفر لهم من هذه الأوقاف وسائل للنقل والترحيل، وهذا يؤدي دوراً مهماً في تهيئة الأستاذ والطالب للتصدي للعلم والتفرغ له، وعدم الإنشغال بالتكسب لسد احتياجاتهم.

٢- تخصيص جزء من الأوقاف يجعل للمنح الدراسية التي توجه لطائفة من أبناء المسلمين ليتلقوا في جامعات الدول الإسلامية أنواع العلوم المختلفة لا سيما العلوم الشرعية والعربية، وفي المقابل تخصيص جزء من هذه الأوقاف لابتعاث فئة من أبناء المسلمين لتلقي تعليم فني أو مهني لا يوجد مثيله في الجامعات والمعاهد العليا في بلاد المسلمين؛ كأنواع التخصصات الطبية أو النفسية أو الاجتماعية أو العسكرية أو غيرها من المجالات التي لا مثيل لها في بلاد المسلمين^{٦٢}.

٣- وقف العقارات التي يمكن استغلالها لو لم تستثمر؛ كأن يوقف أرضاً لتكون سكناً للأساتذة أو طلاب العلم، ويتم بالطرق الاستثمارية المعروفة، أو يوقف مباني جاهزة تجعل سكناً لهم، أو يكون مخصصاً لفئة معينة منهم كالمحتاجين والفقراء أو الغرباء أو ما أشبه ذلك، وكل ما أعان على طلب العلم وسد حاجات المعلمين والمتعلمين فهو بر وقربة، وقد

أفراد المجتمع خلال العصور السابقة وفي الوقت الحاضر^{٦٣}.

ولا يخفى أن التطور الذي تشهده العملية التعليمية شمل كل ما يتعلق بالجامعات والمعاهد العليا ووحداتها ومنها المكتبة، حيث تطورت الأساليب الفنية والإدارية والعلمية للمكتبة، حتى في مجال الإنشاء حيث أصبحت هناك معايير وضوابط لإنشائها، كل ذلك للارتقاء بمستوى خدماتها التي تقدمها للقراء والباحثين، ولذلك فإن الوقف يمكن أن يسهم بدور فاعل في إنشاء المكتبات عبر المجالات الآتية:

- ١- وقف منشآت تكون مكتبة عامة أو ملحقة بجامعة أو معهد علمي، أو مكتبة متخصصة في أحد الأقسام العلمية، ويتم تجهيزها لاستيعاب الكتب واستقبال القراء والباحثين من قبل الواقف، أو مما يوقف عليها، أو بدعم حكومي، أو باستغلالها والتصرف من قبل الواقف فيها لاستصلاحها لذلك.
- ٢- الوقف على إنشاء المكتبات، بأن يخصص الواقف عقاراً أو أرضاً يمكن استثمارها، أو منقولاً له غلة، ويصرف من غلة هذا الوقف على إنشاء المكتبات وذلك بتخصيص الواقف وشرطه، أو بناءً على رأي من له النظر على هذه الأوقاف، وهذا النوع من الأوقاف أكبر نفعاً؛ لأنه يمكن استثماره لمدة طويلة ينفق من نمائه على إنشاء مكتبات متعددة.

- ٣- وقف المنقولات التي تدخل في إنشاء المكتبات: كالأدوات الكهربائية وأجهزة التكييف، والطابعات وأجهزة التصوير، وأدوات

والتدريب والنمو المعرفي، أو تقديم الخدمات للأساتذة وطلاب العلم، مما يحقق لهم وضعاً ملائماً لتلقي العلوم والإبداع فيها.

وقد كان للوقف في السابق أثر في هذا النوع من التخصصات؛ فقد أنشئت كلية طب دار الشفاء عام ٨٧٥هـ بأموال وقفية، احتوت على مستشفى تعليمي وعلى إسكان وإعاشة للأساتذة وطلاب العلم، وكذلك كلية طب المدرسة المستنصرية فقد كانت بها أوقافاً كثيرة منها قاعات للمحاضرات والدراسة، وكراسٍ للتخصصات الدقيقة^{٦٤}.

- ٦- الوقف على الوسائل والأجهزة التي تحتاجها الجامعات والمعاهد العليا في تعليم اللغات لغير الناطقين بها، وتعليم المعاقين وذوي الإحتياجات الخاصة، فقد وفرت المكتشفات الحديثة نوعاً من الوسائل التي يمكن من خلالها توصيل المعلومات لهذه الفئة مساهمة في مواصلة تعليمهم. وهذا جانب مهم من الجوانب التي تؤدي دوراً في التنمية، وفي الوقت نفسه هو من الإحسان إلى هذه الفئة والمشاركة في رفع المعاناة عنهم.

المطلب الثالث

أثر الوقف في إنشاء المكتبات

ودعم حركة التأليف

الكتب والمكتبات من أهم وسائل المعرفة التي تبناها الإنسان منذ القدم، وقد قامت بدور كبير في نشر العلم والمعرفة، وأسهمت في تنمية المجتمع، وتنمية قدرات أفرادها، ولذا فإن وقف الكتب والمكتبات قد نال قسطاً وافراً من العناية من

في وجوه البر، والمحافظة على المال، وحمايته من الإسراف والتصرف فيه

٤- إسهام الوقف في خدمة المجال التعليمي في تاريخ الإسلام منذ القرن الثالث الهجري، وكذلك فيما قبله من العصور.

٥- يعد الوقف أهم مورد من موارد المؤسسات التعليمية، وسبباً رئيساً في ازدهار الحضارة الإسلامية، ويمكن أن يقوم بالدور نفسه في أي عصر من العصور إذا توفرت له الأساليب الداعمة لنجاحه.

٦- الأهمية البالغة لاستثمار الأموال الوقفية، وضرورة استخدام كل السبل والوسائل التي تؤدي إلى زيادة فاعلية الوقف ودوره في التنمية، وأهمية وسائل الإعلام في أداء هذا الدور.

ثانياً: التوصيات:

١- السعي إلى الاستفادة من الآراء الفقهية الموسعة في المسائل المتصلة بطبيعة الأصول الموقوفة وضوابط تمييزها، والعمل على إيجاد تأصيل شرعي لها، كالمسائل المتعلقة بوقف النقود ووقف المشاع واستبدال الوقف وما إلى ذلك.

٢- الإهتمام بالأساليب الجديدة لإدارة الشؤون المالية والاستثمارية للوقف، وذلك بتوفير الكوادر الفنية المؤهلة.

٣- توجيه هيئات الأوقاف إلى إيجاد آلية إسلامية دولية تسهم في حل مشكلة تمويل القطاع الوقفي.

التخزين والتجديد، والتجهيزات التي تحتاجها المخطوطات النادرة والقديمة للمحافظة عليها، وغيرها مما يدخل في الإنشاءات.

٤- الوقف على صيانة وتشغيل المكتبات أو ترميم القديم منها، أو تطوير المكتبات التي يحقق بناؤها الحالي أهداف المكتبة، ورغبة القراء

والباحثين بالنسبة للمباني أو التجهيزات أو طرق العرض أو التصنيف أو ما أشبه ذلك .

٥- وقف البرامج الحاسوبية والمكتبات الإلكترونية، ويمكن تطوير هذه البرامج عبر الوقف لإيجاد مئات الآلاف من الكتب كمرجع وبأليات بحث الكترونية تخدم الباحثين والقراء.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتنال المكرمات، فيما يلي أهم النتائج والتوصيات التي خلص إليها من خلال هذا البحث:

أولاً: النتائج:

١- الوقف والتّحبيس والتّسبيل بمعنى واحد، وهو لغة: الحبس والمنع، أما اصطلاحاً فهو: حبس الأصل وتسبيل الثمرة.

٢- نظام الوقف نظام إسلامي أصيل، يدل على مشروعيته القرآن، والسنة، وعمل الصحابة، والإجماع، والقياس.

٣- للوقف مقصدان: مقصد عام، هو إيجاد مورد دائم ومستمر لتحقيق غرض مباح من أجل مصلحة معينة. ومقاصد خاصة: منها امتثال أمر الله - سبحانه وتعالى - بالإنفاق والتصدق

فهرس المراجع

١. القرآن الكريم
٢. كتب السنة.
٣. أصالة حضارتنا العربية، ناجي معروف. دار الثقافة، بيروت، ط ٣، ١٩٧٥.
٤. الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية للشيخ محمد المكي الناصري، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، ١٩٩٢.
٥. الإسلام في حضارته ونظمه، لأنور الرفاعي، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٣.
٦. الأم للإمام الشافعي، طبع دار الفكر الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٧. الإتصال بالجمهير بين الإعلام والدعاية والتنمية، د. أحمد بدر، وكالة المطبوعات، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٢م.
٨. إحكام الأحكام لابن دقيق العيد، دار الكتب العلمية، بيروت.
٩. أحكام الأوقاف لأبي بكر الخصاف، مطبعة ديوان، القاهرة.
١٠. الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، د. عبد القادر أبو غدة، د. حسين شحاتة.
١١. أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، د. محمد عبد الله الكبيسي مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٧.
١٢. أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، د.نزيه حماد، بحث مقدم لندوة، نحو دور تنموي للوقف.
١٣. الإسعاف في أحكام الأوقاف، لإبراهيم بن موسى بن أبي بكر الطرابلسي، دار الرائد العربي، بيروت.
١٤. أصول الإعلام الإسلامي، د. إبراهيم إمام، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة.
١٥. الإنصاف على معرفة الراجح من الخلاف، علي

- ٤- العمل على تفعيل دور الوقف في الجامعات والمعاهد العليا وذلك من خلال الاهتمام بالجانب البحثي والأكاديمي.
- ٥- تخصيص موارد مالية للدراسات والأبحاث المتعلقة بتنمية الأوقاف في الجامعات والمعاهد العليا.
- ٦- أن يكون لإتحاد جامعات العالم الإسلامي وبعض المؤسسات الوقفية الخيرية دور ريادي في العمل على تخصيص موارد وقفية خاصة بالجامعات والمعاهد العليا، بحيث تشمل وتغطي مساحات واسعة من المؤسسات التعليمية في العالم الإسلامي.
- ٧- السعي لاستقطاب القطاع الخاص لاستثمار الأموال الموقوفة، ويمكن التواصل لتحقيق هذا الغرض عن طريق عقد لقاءات مع رجال الأعمال، وأصحاب الشركات والمؤسسات لبحث مدى إسهامهم في خدمة الوقف على الجامعات والمعاهد العليا.
- ٨- التنسيق والتعاون بين وزارة التعليم العالي والوزارات التي يمكن من خلالها التأثير في الأوساط المختلفة، لوضع استراتيجية يمكن العمل من خلالها لخدمة موارد الجامعات بالأوقاف، واستحداث آلية لتفعيل دور الأوقاف القائمة والمنتظرة، حتى تؤدي دوراً مهماً في تنمية موارد الجامعات، يتم من خلالها الاستفادة من الخبرة الإعلامية وتوظيفها في خدمة الهدف الأساس، وهو تنشيط الوقف للإسهام بدوره في الموارد المالية للجامعات والمعاهد العليا.

- النووي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.
٣٠. محاضرات في الوقف محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧١م.
٣١. المغني لابن قدامة المقدسي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
٣٢. مفتاح الدراية لأحكام الوقف والعطايا، يوسف إسحاق حمد النيل، مطبعة دبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.
٣٣. المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، موفق الدين أبو محمد عبدالله أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى.
٣٤. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبدالرحمن الحطاب، دار الفكر، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة.
٣٥. نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي، المكتبة الإسلامية، ١٩٧٣م.
٣٦. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، أحمد بن حمزة الرملي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٣٧. الوقف في خدمة البحث العلمي، د. ناصر التويم.
٣٨. الوقف وأثره التنموي، د.علي جمعة، بحث مقدم لندوة: نحو دور تنموي للوقف.
٣٩. الوقف وأثره في بناء الحضارة الإسلامية، د. عبدالحق حميش.
٤٠. الوقف وأثره في تنمية موارد الجامعات، د. سليمان عبدالله بن حمود أبا الخيل، مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود، الطبعة الأولى.
٤١. الوقف والبحث العلمي كإستثمار، أ.د محسن الحازمي.
٤٢. الوقف وبنية المكتبة العربية، د. يحيى محمود ساعاتي، مركز الملك فيصل، الرياض، الطبعة الأولى.
- سليمان المرادوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م
١٦. الإيمان وإهتمام الوقف بالعلم والتعليم، د.أحمد بن محمد المغربي.
١٧. تاج العروس، محمد مرتضى الزبيدي، طبعة الكويت.
١٨. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، دار المعرفة، بيروت.
١٩. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي.
٢٠. حاشية الخرخشي، محمد عبد الله الخرخشي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
٢١. دور الإعلام في توعية الجمهور بالوقف، د.محمود الحيزان.
٢٢. دور الأوقاف في دعم وسائل الإعلام الإسلامي وتمويلها، د. محمد الخرعان.
٢٣. دور الوقف في النمو الاقتصادي، الشيخ صالح كامل، بحث مقدم لندوة : نحو دور تنموي للوقف.
٢٤. رد المختار على الدر المختار، محمد أمين المشهور بابن عابدين، دار الفكر.
٢٥. شرح منتهى الإرادات، منصور يونس البهوتي، دار عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.
٢٦. الصيغ الحديثة لإستثمار الوقف وأثرها في دعم الإقتصاد، د.راشد بن أحمد العليوي.
٢٧. الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار الفكر.
٢٨. المبسوط ، أبو بكر محمد السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م.
٢٩. المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محي الدين

هوامش:

- ١- أستاذ مساعد بكلية الشريعة - جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية
- ٢- المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، المطبعة الكاثولوكية، بيروت، عام ١٩٦٠م، (ص ٩١٤).
- ٣- المرجع السابق (ص ٩٢٢).
- ٤- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، بيروت، عام ١٤٠٧هـ، (ص ١١١٢)، معجم الصحاح، إسمايل بن حماد الجوهري، دار المعرفة، بيروت، عام ١٤٢٦هـ، (ص ١١٥٥).
- ٥- لسان العرب، محمد بن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الرابعة، عام ١٩٩٤م، (٤٨٩٨/٦).
- ٦- ينظر مادة (وقف) في: المصباح المنير للفيومي (٣٤٦/٢)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (٢٠٥/٣)، لسان العرب لابن منظور (٤٨٩٨/٦)، الصحاح وتاج اللغة وصحاح العربية، إسمايل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧-٥١٤٠٧م، (٤/١٤٤٠).
- ٧- المبسوط، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م، (٢٧/٢).
- ٨- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب، طبعة دار الفكر، الطبعة الثالثة، عام ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، (١٨/٦).
- ٩- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، طبعة دار إحياء التراث العربي (٢٣٥/٦).
- ١٠- المغنق في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: محمود الرناؤوط، وياسين محمود الخطيب، الطبعة الأولى، عام ٢٠٠٠هـ-٢٠٠٠م (٣٠٧/٢).
- ١١- سنن النسائي، للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، كتاب الأحباس، باب حبس المشاع، ح (٣٦٧) إشراف ومراجعة: صالح بن عبدالعزيز آل الشيخ، طبعة: دار السلام بالرياض، الطبعة الثانية، عام ١٤٢١هـ.
- ١٢- محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة، الطبعة الأولى، عام ١٣٩١هـ-١٩٧١م، (٤٤-٤٥) (مغنى المحتاج محمد الخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م (٣٧٦/٢)، المغنى، موفق الدين عبد الله بن قدامة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥هـ-١٤٠٥م، (١٨٥/٨).
- ١٣- المغنى ابن قدامة (١٨٥/٨).
- ١٤- الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفاوي الملكي، طبعة دار الفكر، (٢٢٤/٢).
- ١٥- السبل الجرار المتدفق على حقائق الأزهار، محمد بن علي الشوكاني، دار ابن حزم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، (٣١٣/٣).
- ١٦- للوقف على تفصيل آراء الفقهاء في ذلك راجع الآتي: محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، عام ١٤١٠هـ، (١/٢٧٤-٢٧٥)، المدونة الكبرى، مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون بن سعيد التخوي، (١٥/٦)، الشرح الكبير على متن المغنق، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، (٨٥/٦)، المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت-لبنان، (٢٧/١٢)، الإسعاف في أحكام الأوقاف، إبراهيم بن موسى بن علي الطرابلسي (ص ٣).
- ١٧- خاض الفقهاء في تحديد موقف الإمام أبي حنيفة من مشروعية الوقف، وقد حرر العلامة ظفر أحمد العثماني التهانوي رحمه الله قول الحنفية يرجع إليه في: إعلاء السنن العلامة ظفر أحمد العثماني، (١١٦-١١٧) (١١٧/١٣).
- ١٨- صحيح البخاري، محمد بن إسمايل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، (٥٣٠/٢).
- ١٩- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب: الوقف، ح (١٦٣٣).
- ٢٠- فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ ابن حجر العسقلاني، طبعة المطبعة السلفية في (٤٠٠/٥)، (٤٠١).
- ٢١- صحيح الإمام مسلم، (٧٣/٥)، سنن أبي داود (٧٧/٣). مسند الإمام أحمد (٤٣٨/١٤).
- ٢٢- أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧/٦)، ح (٢٨٥٣)، والإمام أحمد في مسنده، (٣٧٤/٢).
- ٢٣- أحكام الوقف على الزرية، محمد عبد الرحيم الخالد (٧٨-٨٧).
- ٢٤- الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف. د. عبد القادر أبو غدة، د. حسين شحاته (ص ٤٨).
- ٢٥- بحث بعنوان: الوقف وأثره في بناء الحضارة الإسلامية، الدكتور عبد الحق حميش. أستاذ الشريعة / جامعة الشارقة (ص ٢٤).
- ٢٦- الوقف وبنية المكتبة العربية. د. يحيى محمود ساعاتي، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٨هـ، مركز الملك فيصل، الرياض (ص ٩).
- ٢٧- أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية د. محمد الكبيسي ١٣٧/١، مقدمة دراسة كتاب الوقوف من مسائل الإمام أحمد. د. عبد الله زيد (١/٦٦).
- ٢٨- صحيح الإمام مسلم بشرحه للنووي ١١٣/١٦. إكمال التوثيق
- ٢٩- صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري (٣٨٧/٥)، وصحيح مسلم مع شرحه للنووي (٨٦/١١)، إكمال التوثيق
- ٣٠- الإسعاف في أحكام الأوقاف لإبراهيم الطرابلسي (ص ٩).
- ٣١- مفتاح الدراية لأحكام الوقف والعطايا للمستشار يوسف إسحق النبل (ص ١٨).
- ٣٢- مجلة البحوث الإسلامية العدد (٣٦)، بحث د. أحمد عبد الله بن أحمد الزيد (ص ٣٩٠).

عقد المضاربة وتطبيقاته المصرفية في القانون السوداني (دراسة فقهية مقارنة)

د. كمال الأمين محمد فضل الله^١

المستخلص

من أهمها: تحتاج هذه الصيغة المصرفية إلى دعم إعادة ثقها والتي تكاد تكون انعدمت في التطبيق العملي المصرفي السوداني.

مقدمة

أصبحت البنوك والمؤسسات المالية تلعب دوراً مهماً في الحياة العلمية، ولها دور كبيراً في النشاط التجاري، بل أصبحت تقوم بوظائف أساسية أهمها تمويل المشروعات الكبيرة والشاملة، وتطورت هذه الصيغ الإسلامية فأصبحت صناعة مالية مشروعة، فالمؤسسات المالية الإسلامية ذات رسالة اقتصادية واجتماعية، تعمل في ظل تعاليم الإسلام، فتقوم بجمع الأموال وتوظيفها في ظل ما شرعه الله من أحكام، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ التُّشُورُ﴾ (المك: ١٥). حيث تقدم البنوك الإسلامية مجموعة من الصيغ التمويلية طويلة الأجل على الأفراد لإقامة المشاريع منها ما يصاحبه مشاركتها في ملكية هذه المشروعات سواء بمقدار المساهمة في المشروع أو على حسب ما تم الاتفاق عليه عند التعاقد، هذه المشاركة تحقق عوائد هذه المشروعات أرباحاً كانت أم خسائر. لذا تعد هذه الصيغة من أخطر صيغ التمويل الإسلامي، مخاطرة، إلا أنها أكثر فعالية في تحقيق التنمية، وتعتبر بديل شرعي للربا المحرم، وهي صيغة شرعية للمتاجرة يشترك فيها رأس المال مع العمل

هدفت الدراسة إلى إبراز معرفة صيغة عقد المضاربة المصرفي ومشروعيتها، وتطبيقاته المصرفية بغرض تأصيله والوصول للخدمة المصرفية التي يستفاد منها في تنشيط التمويل والتجارة والاستثمار المصرفي. وتبدو أهمية الدراسة في أن عقد المضاربة المصرفي يمثل المخرج الشرعي لتوفير السيولة النقدية للأفراد. وتتمثل مشكلة الدراسة في أن انعقاد صيغة عقد المضاربة مبنى على المخاطرة، ولهذا فإن العامل في المضاربة لا يضمن رأس المال، لأن المضارب أمين لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط، وافترضت الدراسة عدة فرضيات من بينها: أن حركة التأصيل الشرعي تتواصل وتتطور لصناعة مصرفية متطورة، من بينها عقد المضاربة المصرفية، الذي يمثل الصيغة التمويلية لحل كثير من وسائل التمويل المصرفية في مجالات التجارة والصناعة. وتوصلت نتيجة الدراسة إلى عدة نتائج من أهمها: تعد المضاربة من أهم الأدوات الاستثمارية في النظام المالي الإسلامي، والتي يمكن أن تقوم بدور فعال، وهي إحدى صيغ الاستثمار التي شرعها الإسلام وأباحها تيسيراً للناس حتى يستفيد صاحب المال الذي لا يملك القدرة على استثماره من كفاءة العامل الذي يمتلك الخبرة ولا يتوافر لديه المال، فيتحقق نتيجة هذا التعاقد والتعاون بين الطرفين منافع كثيرة. وأوصت الدراسة بعدة توصيات

الإسلامية في المصارف بالسودان والآثار المترتبة على ذلك لينطلق إلى أفق متطورة ومهمة في الحياة المعاصرة التجارية والصناعية.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة لتحقيق الأهداف الآتية:

١. الحاجة أصبحت مهمة لتقييم ومراجعة العقود المصرفية لمعرفة الإجراءات المصرفية في البنوك في محاولة لتأصيلها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

٢. عمل دراسة كاملة لعقد المضاربة المصرفي، وذلك بغرض تكييفه الفقهي لتحديد موقعه من الفقه الإسلامي والقانون لتحديد القصور الوارد فيه والتجاوزات واليجابيات بغرض مراجعة أسس السلامة الفقهية والقانونية لهذا العقد المصرفي.

٣. وضع مرشد لصيغة عقد المضاربة المصرفي الإسلامي وفق الأحكام الفقهية والقانونية، والاستفادة من النماذج المتطورة لصيغ الاستثمار، وإلزام البنوك في عملياتها بها، وذلك لتفادي حدوث المخالفات الشرعية في تنفيذ العمليات المصرفية.

٤. الهدف من هذه الدراسة المتواضعة هو جمع شيء مما تفرق في الموضوع، من خلال جمع مذاهب السلف، وأقوال أهل العلم رحمهم الله تعالى في بعض المسائل، من بطون الكتب، ومضامين الأسفار، فكل الخير في اتباعهم.

٥. إدخال خدمات مصرفية متطورة تتضمن التكافل الاجتماعي المنظم والمضاربات المشتركة لتيسير حاجة الناس، ودفعاً لحاجة الغني

ليحقق ناتجاً لمصلحة طرفي المضاربة، فيكون رأس المال مستمداً من أحد طرفي المضاربة ويسمى رب المال، ويكون العمل من قبل الطرف الآخر ويسمى العامل أو المضارب ونصيب كل منها قدراً معلوماً من الربح. فكانت الدراسة لعقد المضاربة المصرفي لتقدمه للناس كبداًئ شرعية كفيلة بتحقيق الرخاء علي ضوء الإسلام في محاولة لتأصيل هذا العقد وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الموضوع من ناحيتين: الناحية الأولى: نظرية: وهي تتمثل في دراسة عقد المضاربة المصرفي وهي:

١. دراسة عقد المضاربة المصرفي دراسة فقهية، لما يتميز به هذا العقد من خصوصية عن سائر العقود المصرفية الأخرى، فعقد المضاربة المصرفي من العقود التي تقوم على الديون، وهو شراكة في رأس المال بين المصرف والعميل.

٢. دراسة الخدمة المصرفية التي يقدمها عقد المضاربة المصرفي ومقارنتها بالشريعة الإسلامية والقانون.

الناحية الثانية: تطبيقية: وهي تتمثل في دراسة الخدمة المصرفية التي يقدمها عقد المضاربة المصرفي من أجل الوصول إلى أمرين: أولهما: مدى موافقته للعقود الشرعية والقانونية. وثانيهما: إمكانية نجاحه وانتشاره والاستفادة منه. وتأتي الأهمية لتناول موضوع عقد المضاربة المصرفي من ناحية شرعية وقانونية، وماله من آثار إيجابية في الحياة الاقتصادية العامة، وإلى معرفة المعوقات التي أدت إلى ضعف استخدام صيغ التمويل

٣. ماهي المعوقات التي أدت إلى ضعف استخدام صيغة عقد المضاربة في المصارف الإسلامية والآثار المترتبة على ذلك؟

فروض الدراسة:

١. قدمت الشريعة الإسلامية تعاليم وقوانين وأحكام لضبط الأموال وطرق اكتسابها وإيداعها واستثمارها ولها أصولها، ولها المرونة لتطبيقها في واقعنا المعاصر.
٢. يواجه عقد المضاربة المصرفي العديد من المشكلات المصاحبة لتطبيقه خاصة في ظل التجربة المصرفية الإسلامية، وتجربة السودان على وجه الخصوص .
٣. حركة التأصيل الشرعي تتواصل في إطار أسلمة الحياة المصرفية وتشمل أنشطة وخدمات المصارف البديلة للربا المحرم.
٤. الممارسة المصرفية المضبوطة بقواعد الشريعة والقانون تؤدي إلى ترسيخ المبدأ وتطبيق المعاملات التجارية السليمة.
٥. كثرت الحاجة إلى المضاربة، وبرزت الحاجة إليها على أنها أفضل طرق الاستثمار حديثا بعد ظهور المؤسسات المالية الإسلامية.
٦. عقد المضاربة له القدرة على مضاهاة المؤسسات الربوية وتفوقها عليها، بعد ما كاد يعم بين الناس أن الربا هو الحل الوحيد لمشكلات الاستثمار المالي.
٧. المضاربة التي ظهرت على الساحة وتطبيقاتها المصرفية حديثا فيها بعض المخالفات الشرعية للمضاربة التي عرفها الفقهاء قديماً.

والفقير، والله سبحانه وتعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد، ودفع حوائجهم والتي تهتم بالجانب الروحي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

سبب اختيار الدراسة:

١. عدم فهم صيغة عقد المضاربة المصرفي لمعظم المتعاملين بها حيث واجهت تطبيق العقد في الواقع العملي بعض الإفرازات والثغرات لمعالجتها.
٢. إيجاد إضافة علمية جديدة للمكتبة الفقهية والقانونية ولو بالقدر اليسير في مجال أحكام القوانين المصرفية في معاملات البنوك مقارنة بالشريعة الإسلامية وإخراج العقد بشكل متكامل يعالج الموضوع من كل جوانبه المختلفة، ليساهم في الجهود العملية المتعلقة بإحياء فقه المعاملات، وإعماله في الواقع المعاصر.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في أن عقد المضاربة مبني على المخاطرة، ولهذا فإن العامل في المضاربة لا يضمن رأس المال، فيصعب تكييفه لأن المضارب أمين لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط، ويتفرع من ذلك عدة أسئلة هي:

١. ما مدى استجابة المصارف السودانية لتطبيق عقد المضاربة للقيام بالدور الفعال لتمويل المشروعات الصناعية والتجارية بمختلف أنشطتها في الدولة؟
٢. هل انحسر التعامل بصيغة عقد المضاربة في المصارف الإسلامية السودانية لتحل محلها عقود وأدوات أخرى؟

الدراسات السابقة:

بعد الرجوع إلى عدد من البحوث والرسائل الجامعية المنشورة وغير المنشورة، وجدت عدداً من هذه البحوث والدراسات التي تقارب الموضوع، ولكن بعد التحقق تبين أن فرقا بين هذه الرسائل والأطروحات والبحوث وبين ما اعتمز كتابته، ولخصت ذلك فيما يأتي:

١. بحث بعنوان: **القراض أو المضاربة المشتركة**، إعداد الأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكردي، منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر ١٤٢٢هـ، حيث أشارت الدراسة إلى عدة إشارات من أهمها: أن المضاربة المشتركة على ما توفره من مصالح لأرباب الأموال والعاملين عامة في نطاق الاستثمار الإسلامي، فإنها لا تخلو من محاذير شرعية. وهذه الدراسة تناولت المضاربة من ناحية مشتركة ولم تناول التطبيقات المصرفية الحديثة لعقد المضاربة في المصارف الإسلامية.

٢. بحث بعنوان: **المضاربة المشتركة من أهم صيغ التمويل المصرفي الإسلامي** إعداد الباحث دكتور عادل سالم محمد الصغير قدمه في مؤتمر الخدمات المالية الثاني، البيضاء. وأهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة أهمها: أن المضاربة المشتركة هي إحدى صيغ التمويل والاستثمار المستخدمة في المؤسسات المالية الإسلامية، ويمكن تطبيقها في مصرف الدولة، باعتبار أنها تقوم على مبدأ الشراكة. وقد تمخضت عن هذه النتائج بعض التوصيات

منها: أن تعود أمتنا إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وتعيد النظر في القوانين التجارية والمدنية. إلا أن الدراسة لم تخصص عقد المضاربة إنما جاءت لكل صيغ التمويل الأخرى.

٣. بحث بعنوان: **المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة** للدكتور حسن الأمين، الناشر البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بحث رقم (١١) ١٤٢١هـ. وتوصل الباحث إلى أنه هنالك عوائق لتطبيق صيغة المضاربة في المصارف الإسلامية وأهمها مسالة عدم ضمان المضارب لأموال المضارب لأن يد المضارب يد أمانه، فإذا قصر المضارب بالتعدي والإهمال فإن المصارف الإسلامية قد يعرض أموال المستثمرين للضياع. والدراسة لم تتناول الجوانب التطبيقية لعقد المضاربة في القانون السوداني.

٤. بحث بعنوان: **مخاطر تطبيق صيغ التمويل في الإسلام**، الدكتور حسب الرسول يوسف التوم وآخرين، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، ونشر في مجلة العلوم والبحوث، العدد الخامس أغسطس ٢٠١٢مركز البحث على أهم الصيغ الإسلامية المستخدمة في المصرف الإسلامي، وهدف البحث إلى التعرف على هذه الصيغ وميزاتها وعيوبها والمخاطر التي تحيط بها، وقد خلص البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات منها ضرورة الاستفادة من تجارب الدول، وبناء مقدرات إنشاء الصناعة

المطلب الثاني: شروط عقد المضاربة في الفقه والقانون.

المطلب الثالث: أحكام عقد المضاربة في الفقه والقانون.

المبحث الثالث: معايير التمويل بالمضاربة.

المبحث الرابع: التطبيقات المصرفية لعقد المضاربة.

المبحث الأول

مفهوم عقد المضاربة ومشروعيتها

وأركانها

وفيه ثلاثة مطالب، المطلب الأول لتعريف المضاربة، وفي المطلب الثاني لمشروعية عقد المضاربة، وفي المطلب الثالث لأركان عقد المضاربة، وذلك على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

تعريف المضاربة

وفيه أربعة أفرع، في الفرع تعريف المضاربة لغة، وفي الثاني لتعريف المضاربة في الفقه الإسلامي، وفي الثالث لتعريف المضاربة في القانون، وفي الرابع لتعريف عقد المضاربة في قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني. وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول:

تعريف المضاربة لغة:

المضاربة في اللغة من ضرب - يضرب - ضرباً^٢ والمضاربة من ضرب، ضربت في الأرض أبتغي الخير من الرزق^٣. ومضاربه اسم، مصدر ضارب، وضارب فعل ليضارب مضاربة، فهو مضارب، والمفعول مضارب، ضاربه: ضرب كل

المصرفية. وتفترق هذه الدراسة عن الدراسة المراد الكتابة فيها أن هذه الدراسة تحدثت عن عدة صيغ للتمويل المصرفي جميعها.

٥. بحث بعنوان: **المضاربة بين الفقه والتطبيق في المصارف الإسلامية**، إعداد الدكتور الهادي أحمد محمدحسن، ويهدف البحث إلى إيجاد البديل العلمي لممارسة العمل المصرفي. ويمكن لأرباب الأموال عن طريقها استقلال أموالهم لفائدة مشروعة.

٦. وهناك بعض الدراسات التي اطلعت عليها ذات صلة بموضوع البحث إلا أنها كلها كانت تدور عن الجانب الاقتصادي.

منهج وخطة الدراسة:

قد سرت في بحثي على طريقة استخدام كل من الأسلوب الاستنباطي والاستقرائي. هذا بالإضافة إلى جانب منهج الأسلوب الوصفي التحليلي التاريخي لبعض الظواهر في سبيل جمع وتحليل المعلومات المتعلقة بموضوع المضاربة المصرفي.

وقد قسمت بحثي إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم عقد المضاربة ومشروعيتها وأركانها.

المطلب الأول: تعريف المضاربة.

المطلب الثاني: مشروعية عقد المضاربة.

المطلب الثالث: أركان عقد المضاربة.

المبحث الثاني: أنواع المضاربة وشروطها وأحكامها.

المطلب الأول: أنواع المضاربة.

لينجر فيه، والربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطاً، وأما الخسارة فهي على رب المال وحده ولا يتحمل العامل المضارب من الخسارة.

مما تقدم عقد المضاربة فيالفقه الإسلامي عقد بين اثنين يتضمن أن يدفع أحدهما للآخر مالاً يملكه ليتجر فيه بجزء شائع معلوم من الربح كالنصف أو الثلث أو نحوهما بشرائط مخصصة. وظاهر أن هذا المعنى يطابق المعنى اللغوي إلا أنه مقيد بالشروط التي تجعل العقد صحيحاً أو فاسداً في نظر الشارع. وهي القراض، وهي لغة أهل العراق تسمى مضاربة وفي لغة الحجاز تسمى قراضاً، وهو مشتق من القرض وهو القطع، وهي أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما ما بحسب اشترطاً، وأما الخسارة فهي على رب المال وحده، ولا يتحمل العامل المضارب من الخسارة شيئاً وإنما يخسر عمله وجهده.

الفرع الثالث:

تعريف المضاربة في القانون:

في القانون الوضعي شركات الأشخاص التجارية وهي شركات التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة هي شركة المضاربة، حسب ما تقضيه مصلحة الناس وطبيعة التطور.^{١١} وعرف القانون السوداني المضاربة باعتبارها شركة بأنها: (عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح)^{١٢}. فالقانون المدني السوداني عرف عقد المضاربة بأنه عقد شركة بين رب المال الذي يقدم رأس المال، والمضارب الذي يسعى بالعمل

منهما الآخر، وضارب في السوق: اشترى في الرخص وتربص حتى يرتفع السعر ليبيع، وقد يهبط فتحدث الخسارة. وهي بذلك يمكن القول بأن المضاربة لغة هي مصدر الفعل الرباعي: ضارب، وهو على وزن المفاعلة، ويدل على اشتراك اثنين فيأمر مايقال: ضارب فلان لفلان في ماله: اتجر له قيمة، وله حصة معينة من ربحه. وهي بذلك أن يعطى الرجل المال ليتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أي جزء كان يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً. وتسمى مضاربة أو قراضاً. وهي القراض، وهي أن يعطى أنسانا من مالك مايتجر فيه على أن يكون الربح بينهم.

الفرع الثاني:

تعريف المضاربة في الفقه الإسلامي:

اختلف تعبير الفقهاء حول هذا العقد في الاصطلاح الشرعي، فعرفه الأحناف^٤ بأنه: عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب، وعرفه المالكية^٥: بأنه إجارة على المتجر في مال بجزء من ربح. والمضاربة عند الشافعية^٦: هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما. والمضاربة والقراض بمعنى واحد عند الحنابلة^٧، فاللفظ الأول لغة أهل العراق، والثاني لغة أهل الحجاز^٨، فهي عندهم شركة بمال من جانب، وعمل من جانب، والمضارب أمين، وبالتصرف وكيل، وبالربح شريك، والفساد أجير^٩. وعرفها دكتور الزحيلي في مؤلفه الفقه الإسلامي وأدلته الشرعية^{١٠}: بأنها القراض أو المعاملة من أنواع الشركات، وهي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً

بأنه من الأعمال المصرفية وهو جمع أو استلام النقود، أو التسليف ومنح القروض والتمويل بضمان أو بدون ضمان. كما يسمح للمصرف في الدخول في عقود المضاربة.

المطلب الثاني

مشروعية المضاربة

المضاربة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ (المزمل: ٢٠) وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضِيلًا مِنْ رَبِّكُمْ فَإِذَا أَفْضُتُمْ مِنْ عَرَافَاتٍ فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ﴾ (البقرة: ١٩٨) وتحت قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِلْبَاطٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (البقرة: ٢٩) فهذه

الآيات بعمومها تتناول إطلاق العمل في المال بالمضاربة. والمضارب: يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (الجمعة: ١٠). وفي السنة فالمضاربة سنة

متبعه منذ الجاهلية فكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم غيرها، روى عن ابن عباس رضي الله عنه قال: كان العباس بن عبد المطلب ((إذا دفع ماله مضاربة اشترط على صاحبه ألا يسلك بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن)) فبلغ شرطه رسول الله: فأجازته^{١٨}. أما الإجماع، فالمضاربة جائزة بالإجماع^{١٩} وقد ضارب الرسول صلى الله عليه وسلم لخديجة رضي الله

ابتغاء الربح، وأهم ما في الأمر أن يسلم رأس مال المضاربة إلى إحدى المصارف، وأن يكون حصة كل من أطراف المضاربة معلومة وشائعة. فإن شركات الأشخاص التجارية في القانون الوضعي تعتبر جميعها في الجملة من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي مع اختلاف بعض الأحكام بين القانون والشريعة حسبما تقضيه مصلحة الناس وطبيعة التطور.

الفرع الرابع:

تعريف المضاربة في قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني:

في شركات الأموال أو شركات المساهمة كما هو الحال في السودان فإن قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني ٢٠٠٣م^{١٣} اعتبر كل المصارف شركات مساهمة عامة، يكون العمل في مالها عادة لغير أرباب الأموال فيها أن تعد من قبيل القرض، يكون عمل المدير فيها قراضاً كما يرى الفقهاء المعاصرين^{١٤}، والأدق أن يعتبر عمله من باب التوظيف، فهو يعمل بأجر بحكم التوظيف لا بحكم المشاركة، ولا مانع شرعاً في شركات المساهمة من اعتبار مدير الشركة أجييراً موظفاً على العمل. ولم يعرف قانون تنظيم العمل المصرفي ١٩٩١م الملقى^{١٥} والذي تم تعديله في عام ٢٠٠٤م^{١٦} عقد المضاربة تعريفاً صريحاً بل اعتبرها من عقود الصيغ القائمة على الديون، وهي من الأعمال المصرفية التي سمح قانون تنظيم العمل المصرفي بمزاومتها ضمن الأعمال المصرفية حيث جاء في المادة الرابعة في الفقرة (١) في البند (أ) من القانون^{١٧} ضمن الاقتراض حيث عرف الاقتراض

العباد ودفع حوائجهم^{٢٤}. مما تقدم فالمضاربة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والقياس، لتمكين الناس من تنمية أموالهم، وتحقيق التعاون بينهم، وضم الخبرات والمهارات إلى رؤوس الأموال لتحقيق أطيب الثمرات.

المطلب الثالث

أركان عقد المضاربة

الفرع الأول:

أركان عقد المضاربة في الفقه الإسلامي:

عند الحنفية: هو الإيجاب^{٢٥} والقبول^{٢٦}، بألفاظ تدل عليهما، فلفظ الإيجاب بان يقول رب المال: (خذ هذا المال مضاربة على إن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة)^{٢٧}، وألفاظ القبول: هي إن يقول العامل المضارب: أخذت، أو رضيت قبلت، ونحوها)^{٢٨}، وإذا توافر الإيجاب والقبول انعقد العقد^{٢٩}، وأركان عقد المضاربة عند الجمهور^{٣٠} وهي ثلاثة: عاقدان (مالك وعامل) ومعقود عليه (رأس المال، والعمل، والربح). ومرجع الخلاف بين الفريقين أن الأمام مالك جعل العقد لازماً بعد الشروع في العمل فكان من العقود الموروثة، وأما الفريق الثاني فقد شبهوا الشروع في العمل بما قبل الشروع في العمل، لأن المضاربة تصرف في مال الغير بإذنه، فيملك كل واحد من العاقدين فسخ العقد، كما في الوديعة والوكالة^{٣١}.

الفرع الثاني:

أركان عقد المضاربة في القانون السوداني:

اشترط القانون لصحة المضاربة شروط هي^{٣٢}:

أولاً: أهلية رب المال للتوكيل والمضارب

عنها بمالها وسافر بها إلى الشام قبل أن يبعث ، وقد كان معمولاً بها في الجاهلية، ولما جاء الإسلام أقر بها لقد كان القراض مما يتعامل به الناس في الجاهلية، ويتعامل به المسلمون في زمن الإسلام، ولا يزال الناس يتعاملون به إلى يومنا هذا من غير إنكار من أحد، وهذا إجماع متقين لأنه نقل كافة بعد كافة إلى زمن رسول الله، فقد روى جماعة من الصحابة أنهم وقفوا مال اليتيم مضاربة: منهم عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمرو عائشة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليهم أحد^{٢٠}، وأثبت ابن تيمية مشروعية المضاربة^{٢١} بالإجماع القائم على النص، فإن المضاربة كانت مشهورة بينهم في الجاهلية لاسيما قريش، فإن أغلب الناس كان عليهم التجارة وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال، ورسول الله قد سافر بمال غيره قبل النبوة، كما سافر بمال خديجة. وجاء في حديث عبد الله بن عمر عندما قال رجل من جلساء عمر، يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً، أي لو عملت بحكم المضاربة، وهو أن يجعل لهما النصف، ولبيت المال النصف، فرضي عمر، وأخذ رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال، والحديث أخرجه مالك في الموطأ^{٢٢} عن زيد بن أسلم عن أبيه. أما القياس: فالمضاربة قيست على المساقاة^{٢٣} لحاجة الناس إليها، لأن الناس بين غنى وفقير، والإنسان قد يكون له مال، لكنه لا يهتدي إلى أوجه التصرف والتجارة به، وهناك من مال له، لكنه مهتد في التصرفات، فكان في تشريع هذا العقد تحقيق للحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح

المضارب فيها وفق الأعراف التجارية، والمضاربة المطلقة هي الحاكمة للعلاقة بين المصارف والمودعون هم أرباب المال، إبي أصحاب حسابات الاستثمار). « فالمضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت، وذكر الطحاوي وقال: لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة، وقياس قولهم في الوكالة أنها لا تخص بالوقت لأنهم قالوا: لو وكل رجل ببيع عبده اليوم فباعه غداً جاز كالوكالة المطلقة^{٣٤}». فالمضاربة المطلقة هي أن يدفع شخص المال إلى آخر بدون قيد، ويقول: « دفعت هذا المال إليك مضاربة على أن الربح بيننا كذا مناصفة أو أثلاثاً، ونحو ذلك، أو هي أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله^{٣٥}.

تكون المضاربة عامة مطلقة في القانون السوداني أو خاصة مقيدة بزمان أو مكان أو بنوع من التجارة أو بغير ذلك من الشروط المقيدة. وإذا كان عقد المضاربة مطلقاً أعتبر المضارب مأذوناً بالعمل والتصرف برأس المال في شئون المضاربة وما يتفرع عنها وفقاً للعرف السائد في هذا الشأن. وإن قيد رب المال المضاربة بشرط مقيد وجب على المضارب مراعاته فإذا تجاوز في تصرفه الحدود المأذون بها فله الربح وعليه الخسارة وما أصاب رأس المال من تلف مع ضمان الضرر الذي ينجم عن مثل هذا التصرف^{٣٦}. ويمكن القول بأن المضاربة المطلقة لا تهتدي بزمن ووقت معين، وفي زمننا هذا قد يهتدي الإنسان إلى بعض أنواع التجارة والاستثمار دون تقييد لزمن معين ومكان معين.

للكوالة. ثانياً: أن يكون رأس المال معلوماً صالحاً للتعامل به. ثالثاً: تسليم رأس المال إلى المصارف. رابعاً: أن تكون حصة كل من المتعاقدين في الربح جزءاً معلوماً شائع. عليه فأركان عقد المضاربة في القانون السوداني تتفق مع أركان عقد المضاربة الشرعية كما ذكره الفقهاء المعاصرون في السودان وهي تنصب في مجملها^{٣٣} تتمثل في التراضي، طرفاً العقد. والمال محل العقد، واقتسام الربح. ورأس مال المضاربة يجب أن يكون معلوم القدر والصفة لأن الجهالة تؤدي إلى النزاع. وأن يكون نقداً، وكتابة الربح ليكون معلوماً، وإذا كان المضارب غير مقيد بصيغة فإنه يكون له مطلق التصرف إلا في ثلاثة حالات هي: خلط المال المضارب، والقرض، الكمبيالة.

المبحث الثالث

أنواع وشروط وأحكام عقد المضاربة

المطلب الأول

أنواع المضاربة

المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة، وسوف أفرد للمضاربة المطلقة فرع، والمضاربة المقيدة فرع ثاني، وذلك على التفصيل الآتي:

الفرع الأول:

المضاربة المطلقة:

هي أن يدفع رب المال رأس مال المضاربة لمن يعمل فيه المضارب دون قيد من زمان أو مكان أو نوع تجارة ولا يعين المبيع فيها ولا المشتري ولا قيد عليها سوى مراعاة مصلحة الطرفين في تحقيق المقصود منها وهو الربح وأن يتم تصرف

الفرع الثاني: المضاربة المقيدة: المضاربة المقيدة: هي التي يقيد رب المال العامل (المضارب) بزمان أو مكان الاستثمار أو مجاله الذي يعمل فيه بكل ما يراه مناسباً بما لا يغل يد العامل عن العمل بالكلية، هذا النوع من المضاربة هو السائد في تمويل المصارف للمستثمرين لانضباطه من ناحية ولأنه يمكن المصرف من متابعة استثماراته. هي أن يعين شيئاً من ذلك أو أن يدفع إلى آخر ألف دينار مثلاً مضاربة على أن يعمل بها في بلدة معينة، أو في بضاعة معينة، أو في وقت معين، أو لا يبيع ولا يشتري إلا من شخص معين، وهذان النوعان الأخيران من حالة التأقيت وتخصيص شخص جائزان عند أبي حنيفة وأحمد، وغير جائزين عند مالك والشافعي، وكذلك يجوز إضافتها إلى المستقبل عند الأولين ولا يجوز عند الآخرين كأن يقول رب المال: ضارب بهذا المال ابتداء من الشهر الآتي. وأما تعليق المضاربة على شرط كما إذا قال صاحب المال: إذا جاءك فلان بالدين الذي في ذمته ومقداره وسلمك إياه فضارب به، فقد أجازته الحنابلة والزيدية ولم يجزه الحنفية والمالكية والشافعية، لأن المضاربة تقيد تملك جزء من الربح والتمليك لا يقبل التعليق^{٣٧}. ويشترط في المضاربة عند الشافعية^{٣٨} أن تكون مطلقة، فلا تصح مقيدة بنوع معين من التجارة، ولا بشخص معين، ولا ببلد معين، ولا يشترط تعيين مدة فيها، فإن عينت مدة لا يتمكن فيها العامل من المتاجرة، فسدت الشركة، وإن عينت مدة يتمكن فيها من التجارة، ثم منع العامل من الشراء، ولم يمنع من البيع، فأأنواع المضاربة باعتبار أطراف العقد، وهي نوعان: ^{٣٩} وهي تتكون من طرفين فقط المضاربة الفردية صاحب المال والمضارب، حيث يقدم صاحب المال للمضارب رأس

المال ليعمل به ويتقاسما الأرباح بينهما وفقاً للشروط والضوابط الشرعية بعقد المضاربة. وفي مثل هذا النوع من عقود المضاربة لا يجوز للمضارب أن يخلط مال المضاربة بأمواله أو أموال أشخاص آخرين، وفي حال كان نطاق عمل شركة المضاربة الجديدة هو نفسه نطاق عمل المضارب جاز ذلك، لكن يجب أن يتم فصل الأموال وفق القواعد المحاسبية حتى يتم تحديد ربح الوحدة النقدية أو خسارتها بشكل صحيح وسليم وشفاف. وفيها يكون رب المال أكثر من المضاربة المشتركة. طرف والمضارب طرف واحد، ويقوم المضارب في هذه الحالة بخلط أموال أصحاب المال مع بعضها والمضاربة بها، ويشترط في هذا النوع موافقة أصحاب المال على هذا الخلط حتى يعمل بها المضارب ويتم توزيع الأرباح المستحقة بحسب الاتفاق فيما بينهم. هذه الصورة تتجلى في عمل المصارف الإسلامية حيث يعتبر أصحاب الودائع الاستثمارية هم أصحاب رأس المال والمصرف الإسلامي هو المضارب الذي يضارب في أموالهم مضاربة مطلقة، ثم يوزع الربح حسب الاتفاق المسبق.

المطلب الثاني

شروط عقد المضاربة

الفرع الأول:

شروط عقد المضاربة في الفقه الإسلامي:

هنالك شروط اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية في رأس المال لجواز المضاربة وتتمثل هذه الشروط في^{٤٠}:

١. أن يكون رأس المال من النقدين أو النقود التي تتمتع بقبول عام. وبالتالي لاتصح المضاربة بالعروض لان يقلل العرض لأنه يساوى قيمة

الفرع الثاني:

شروط صحة المضاربة في القانون السوداني:

يشترط لصحة المضاربة في القانون السوداني عدة شروط^{٤٥}: أولها: أهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة. وثانيها: أن يكون رأس المال معلوماً وصالحاً للتعامل به. وثالثها: تسليم رأس المال إلى المضارب. ورابعها: أن تكون حصة كل من المتعاقدين في الربح جزءاً معلوماً شائعاً. أما حقوق المضارب في القانون السوداني فتتمثل في أن يثبت للمضارب بعد تسليم رأس المال إليه ولاية التصرف فيه بالوكالة عن صاحبه. وأن يكون المضارب أميناً على رأس المال وشريكاً في الربح. فحقوق المضاربة في القانون السوداني هي:^{٤٦} أن يثبت للمضارب بعد تسليم رأس المال إليه ولاية التصرف فيه بالوكالة عن صاحبة، ويكون المضارب أميناً على رأس المال وشريكاً في الربح. وأهم التزامات المضارب في القانون السوداني هي:^{٤٧} أولها: لا يجوز للمضارب خلط مال المضارب بماله ولا إعطاؤه للغير مضاربة إلا إذا جرى العرف بذلك أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه. وثانيها: لا يجوز للمضارب هبة مال المضاربة ولا إقراضه من رأس المال إلا بإذن صريح من رب المال. ويتم تقسيم الربح وتحمل الخسارة في القانون السوداني على النحو: أولها: يجب أن يشترك كل من المضارب ورب المال في الربح بالنسبة المتفق عليها في العقد فان لم يتعين قسم الربح بينهما مناصفة، وثانيها: إذا جاز للمضارب خلط ماله مع رأس المال المضاربة قسم الربح بالنسبة رأس المال فيأخذ المضارب ربح رأس ماله ويوزع ربح مال المضاربة بين المتعاقدين

ما يرد إليه بتغير الأسعار وهو يساوي قيمة مغايرة لكل فترة ، فيكون رأس المال والربح مجهولين. «ولعل المقصود بذلك الدارهم والدنانير ونحوهما».

٢. أن يكون رأس المال معلوم المقدار، فإذا كان مجهولاً لا تصح المضاربة، لان جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط لصحة المضاربة.

٣. أن يكون رأس المال عيناً حاضراً لا ديناً. فلا تصح على دين ولا على مال غائب.

٤. أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل. حتى يتمكن من العمل فيه، ولأن رأس المال أمانه في يده، فلا يصح إلا بالتسليم.

٥. شروط الربح في المضاربة عند الفقهاء^{٤٨} شرطان هما أولهما: أن يكون الربح معلوم القدر. لأن المعقود عليه أو المقصود من العقد هو الربح. وثانيهما: أن يكون الربح جزءاً مشاعاً، أي نسبة عشرية أو سهماً من الربح كأن يتفقا على ثلث أو ربع.

٦. وشروط المضاربة الفاسدة عند الفقهاء: ذهب بعض الفقهاء^{٤٩} إلى أنه: يشترط في العمل بالمضاربة شروط، تصح المضاربة بوجودها، وتفسد إن تخلفت هذه الشروط أو بعضها، وهي: أن يكون العمل تجارة، وأن لا يضيق رب المال على العامل في عمله، وأن لا يخالف العامل مقتضى العقد. والشروط الفاسدة في عقد المضاربة هي:^{٤٣} أولهما: شرط اشتراك المالك في العمل. وثانيهما: شرط قدر معين من الربح. وثالثهما: اشتراط ضمان المضارب عند التلف^{٤٤}.

على الوجه المبين في البند (١) أعلاه . وثالثها: يتحمل رب المال الخسارة وحده ولا يعتبر أي شرط مخالف . ورابعها: إذا تلف شيء من مال المضاربة حسب من الربح فإن جاوز حسب الباقي من رأس المال ولا يضمنه المضارب. وتنعقد المضاربة أولاً: تنعقد المضاربة بلفظ المضاربة والقراض والمعاملة. وثانياً: أهلية العاقدين يشترط في طرفي المضاربة أهلية التوكيل والتوكل ولا يشترط الإسلام في العاقدين عند الحنفية. وثالثاً: لزوم عقد المضاربة: عقد المضاربة قبل الشروع في العمل عقد لازم يحق لأي من طرفيه فسخه فإذا شرع المضارب في العمل أصبح العقد لازماً في حق طرفيه.

المبحث الثالث

معايير التمويل بالمضاربة

في المصارف الإسلامية

يعتبر التمويل^{٤٨} بالمضاربة من أهم الوسائل التي تبرز تفرد النظام المصرفي الإسلامي السوداني وتفوقه في مجال التمويل من ناحية التنظيم السليم للعلاقة المتوازنة بين رأس المال وجهد الإنسان، فالمضاربة هي عقد مشاركة بين طرفين يقدم أحدهما رأس المال ويقدم الثاني جهده المتمثل في الإدارة أو الخبرة أو المناظرة. وتعد المضاربة من أهم صيغ استثمار الأموال في الفقه الإسلامي البديلة للربا. ففي الواقع المصرفي السوداني يتم الاستثمار على أساس المضاربة المطلقة ويأذن العميل للبنك في كل تصرف فيه المصلحة. وهذه الصيغة تجيز للمصرف أن يباشر جميع التصرفات التي يرى فيها المصلحة بعده

مضارباً في مال صاحب الوديعة فيخلطها بأموال أصحاب الأسهم والودائع الأخرى، وتجزئ له أيضاً أن يدفعها لغيره ليضارب به. والمصرف عندما يكون هو المضارب كما في الصناديق الاستثمارية يلائمه المضاربة المطلقة وعندما يكون هو رب المال أو نائباً عنه كما في تمويل المستثمرين يلائمه المضاربة المقيدة. والمضاربة في المصارف الإسلامية مع المتعاملين قد تكون قصيرة الأجل أو متوسطة الأجل أو طويلة الأجل، فقد يضارب المصرف على صفقة واحدة فهي مضاربة قصيرة الأجل، وقد يضارب في سلعة تشتري ثم تباع على فترات فهي مضاربة متوسطة الأجل، وقد يشترك مع آخرين في تمويل رأس مال مشروع بالكامل لفترة طويلة فهي مضاربة طويلة الأجل. والمجال المناسب للمضاربة بالنسبة للنشاط التجاري، المضاربة في السلع التي يمكن شراؤها من مصادر إنتاجها وبيعها بالأسواق المحلية. فأبي طلب يقدم للبنك للتمويل بالمضاربة لأبد أن يدرس دراسة وافية ومتأنية قبل الدخول في تنفيذ العملية التي رفضها، وهذه الدراسة لابد أن تتضمن معلومات وافية عن الزبون صاحب الطلب وكلما يتعلق بسلوكه وبتعامله التجاري وسير حساباته البنكية، إضافة للدراسة الوافية المستفيضة عن العملية موضوع التمويل ومدى جدواها الاقتصادية والاجتماعية، على أن تحوي الدراسة أيضاً الشروط والضوابط والضمانات الخاصة بالعملية وتتمثل^{٤٩} في كل ما يتعلق بشخصية العميل. والمركز المالي للعميل. والمقدرة على الدفع.

إجراءات تصديق عقد مضاربة مصرفي

٦. يقدم المضارب بياناً وتقارير مفصلة كل شهر لرب المال (المصرف).

٧. يقدم المضارب ضماناً مناسباً لصالح رب المال (المصرف) يحق لرب المال التصرف فيه متى ثبت له أن الطرف الآخر (المضارب) قد تعدى على كل أو جزء من حقوقه المترتبة بموجب العقد الموقع بينهما أو أهمل أو قصر في إدارة العملية لأن المضارب مسؤول تماماً عن كل مخالفة أو ضرر أو تعدى أو تقصير.

٨. تصفى المضاربة^{٥١} وفق الشروط والكيفية التي تم الاتفاق عليها وتوزع الأرباح الناجمة عن المضاربة على النحو التالي:

أ/..... % رب المال (المصرف).

ب/..... % المضارب (العميل).

٩. أما في حالة الخسارة (لا قدر الله) فإنها تقع على الطرف الأول رب المال وهو المصرف على أن يفقد المضارب مقابل جهده أما إذا تعدى المضارب (العميل) على المال أو قصر أو أهمل أو أساء إدارة العملة فإنه يتحمل كل الخسارة لوحده.

فشروط التمويل بالمضاربة تتمثل في أهلية العاقدين والصيغة والمحل وهي:

١. أن يكون رأس المالنقداً عند جمهور الفقهاء، وأن بعضهم أجازها أن تكون عيناً. وأن يتنقل المضرب استقلالاً تاماً بالعمل والإدارة.

٢. يجب أن يتم تحديد نصيب كل من رب المال والمضرب في الربح وأن يكون جزءاً شائعاً بنسبة معينة لا بقدر معين. ففي حالة الخسارة يخسر المضارب عمله وجهده ويسر رب المال

في المصارف الإسلامية: مع مراعاة شروط صحة المضاربة وأحكامها فإنه ينبغي مراعاة الضوابط الشرعية والمحاسبية واحتمال حدوث نزاع أو خلاف بين الطرفين (المصرف والعملاء)^{٥٠}: وهي تتلخص فيما يلي:

١. بعد أن يتم الاتفاق بين المصرف والعميل بالدخول في عملية المضاربة، يوفر البنك مبلغ المضاربة (رأس المال) المتفق عليه ويسلم للمضارب على أن يقوم بالعمل وإدارة العملية من شراء وبيع بأفضل الطرق المتاحة مراعيًا في ذلك العرف التجاري السائد وشروط العقد الموقع بينه وبين المصرف بصفة خاصة.

٢. يتم فتح حساب برأس مال المضاربة، ويتم السحب من هذا الحساب بغرض الشراء وكل ما تقتضيه المضاربة وتورد في الحساب قيمة البيع أيضاً.

٣. تحديد السلعة المراد المضاربة فيها إذا كانت العملية لبيع أو شراء لأن المضارب مقيد بالشروط والإجراءات التي يراها صاحب المال.

٤. تحديد مكان العمل بالنسبة للمضاربة. وتحديد زمان المضاربة لأن المضاربة المقيدة تكون محدودة الزمان والمكان ونوع التجارة فيه عكس المضاربة المطلقة.

٥. الاتفاق على كيفية تحديد أسعار الشراء والبيع. ويجب على المضارب الاحتفاظ بحسابات منتظمة خاصة بالمضاربة تكون مدعومة بالمستندات والفواتير القانونية ويكون لرب المال الحق في مراجعة هذه الحسابات في أي وقت بواسطة موظفيه أو مراجع قانوني.

ماله ولا يجوز اشتراط ما يخالف هذا الشرط، أما إذا خالف المضرب شرطاً من شروط صاحب المال يعتبر متعدياً ووجب عليه ضمانه. ويفسخ عقد المضاربة للأسباب الآتية:

١. فسخ العقد من قبل أحد المتعاقدين وإذا وقع الفسخ في وقت غير مناسب ضمن المتسبب لصاحبه التعويض عن الضرر الناجم عن هذا التصرف .

٢. عزل رب المال المضارب، وفي هذه الحالة يمتنع عن المضاربة بعد علمه بالعزل أن يتصرف في أموال المضاربة إن كانت من النقود ، وإن كانت من غيرها جاز له تحويلها إلى نقود. وانقضاء الأجل إن كانت المضاربة محددة بالمدة. وفي حالة الفشل يستطيع البنك استرداد أمواله وأرباحه من العميل في عملية المضاربة فإن المصرف يسترد أمواله من العميل من الضمانات التي يقدمها الطرف الثاني سواء كان عقارياً أو مصرفياً أو شخصياً مقبولاً لدى البنك يستطيع أن يرجع إليه في حالات الفشل أو التعدي أو التقصير أو الإخلال. وتعتبر دراسة ضرورة الاهتمام بدراسات الجدوى في عمليات تمويل مشروعات عقد المضاربة وفق الصيغ الإسلامية الشرعية من الأشياء المهمة لضمان سلامة هذه الصيغة من خطر المخاطرة^{٥٢}.

مما تقدم أجد بأن البنك الإسلامي يقوم بتقديم التمويل للعميل، فهي بمثابة صاحبة المال، بينما العميل هو صاحب الخبرة الذي يقوم بإدارة

المشروع وتسييره بهده وعمله، ليتم توزيع ناتج المضاربة بين الطرفين على أساس حصتي، حصة مقابل التمويل، تأخذها البنوك الإسلامية والحصة الأخرى يأخذها العميل مقابل العمل، وعليه فعملية التمويل بالمضاربة تتم بين طرفين هما البنك والعميل، فالبنك هو الذي يقوم بتقديم التمويل الكامل الذي يحتاجه العميل. والعميل هو المضارب صاحب الخبرة الذي يقدم دره وعمله. يتميز العمل المصرفي بخصائص ذاتية نابعة من صيغة عمله تجعله قادراً على مواجهة المخاطر، والمخاطرة المصرفية هي الخطر المحتمل لأكثر من نتيجة، لتكون المحصلة النهائية غير معروفة وهي ظواهر وأحداث تهدد انجاز الأهداف وتؤثر سلباً على المؤسسة المصرفية الهادفة إلى تحقيق رسالتها^{٥٣}.

معايير التمويل بالمضاربة في المصارف السودانية: ونجد اتفاقاً تاماً بين الشريعة الإسلامية وما جرى عليه العمل في السودان وفق قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني في مفهوم أسس وضوابط الرقابة الشرعية^{٥٤} من حيث الرقابة الشرعية هي الفارق الجوهرى بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية حيث تمثل للبنوك الإسلامية دون البنوك التقليدية، بمثابة الروح من الجسد بالنسبة للإنسان، وبدون هذه الرقابة تصبح البنوك الإسلامية اسماً علي مسمى، بل تعتبر نوعاً من الخداع الذي لا ينبغي ولا يجوز، إذ بدون هذا الجهاز الرقابي تصبح البنوك الإسلامية كبقية البنوك التقليدية.

فإن المقصود بالرقابة الشرعية^{٥٥} في المصارف والمؤسسات المالية وضع ضوابط وأحكام شرعية مستمدة من الأدلة الشرعية، ويقصد بالرقابة

إلزامية البنك المركزي ومؤسسات الدولة، وتطور وانتقال من حرية الاجتهاد الفردي إلى ممارسة الاجتهاد الجماعي داخل الدولة مما أدى إلى المساهمة في مقابلة التحديات الكبرى بالاجتهاد، والمساهمة والمشاركة في المؤسسات المالية المصرفية بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية، وبناء المؤسسات التعليمية والتدريبية والبحثية، وبناء النموذج على أدوات البحث والدراسات والفتاوى وفق منهجية علمية مدروسة من النواحي الشرعية والتطبيقية، ومراجعة القوانين ذات الصلة بالعمل المصرفي وعقود ولوائح التأسيس. فإن مشكلة العاملين بالجهاز المصرفي وفق قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني المنصوص عليه في القوانين والمشكلات الكبيرة التي صادفت الفكر القانوني والاقتصادي والشرعي، بل إنها تكاد تكون المشكلة الوحيدة التي اختلفت فيها وجهات النظر من حيث:

١. إن ازدياد تدخل الدولة أدى إلى انعكاس هذه الظاهرة على التشريع الوضعي، فقد تعددت قوانين الرقابة على المؤسسات العامة والمؤسسات المالية والمصرفية وتضاربت وتنوعت أشكالها وأنواعها، ولم يوضع تشريع موحد لتعريف عملية الرقابة المصرفية^{٥٦}.
٢. إن وضعيتهم بقدر ما يمكن أن تساعد على التقدم والتطور بقدر ما يمكن أن تعرقل مسيرة القوانين المصرفية فحسن الإدارة يعد بصفة عامة أحد عوامل النجاح وهو ما يتم بالنسبة لهذه القوانين إلا بأطر يحسن تسيير هؤلاء العاملين بشكل يمكن من استغلال طاقاتهم وقدراتهم من أجل الصالح العام.

الشرعية كذلك فحص عينات كافية من الأعمال التي يقوم بها الأفراد والجماعات والمؤسسات والوحدات وتحليلها للتأكد من أنها تتم وفقاً لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية. فالرقابة الشرعية علي المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية هي إيجاد البدائل والصيغ المشروعة لأي أعمال تخالف أحكام الشريعة، وتساهم في الابتكارات لاستحداث أدوات مالية جديدة بديلة للربا تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية. وأسست هيئات الرقابة الشرعية لتواكب تجربة تأسيس المصارف الإسلامية وتطويرها للملائمة الشرعية للعقود الحديثة في المعاملات المصرفية والأصول الفقهية التي استنبطها الفقهاء واتفقوا عليها. وأن أسباب حدوث الفساد واتساع دائرة ضياع المال العام في الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية يرجع لأسباب أهمها: ضعف العقيدة الإسلامية، وقلة الوازع الديني. أتساع دائرة المعاملات في المجتمع، مما أدى إلى ضعف الرقابة الإدارية. الضمانات المصرفية الهشة غير المغطاة، وعدم معرفة الشخصية المالية للتعامل. وتتم الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية بعدة طرق حيث تأخذ أسماء متعددة منها ما تسمى بالرقابة الشرعية وأخرى تسمى لجنة الفتوى ومنها ما يسمى بالمستشار الشرعي، ولكل هذه المسميات دلالات وانعكاسات محددة تنصب في مفهوم الرقابة الشرعية. وتطورت هيئات الرقابة الشرعية، من هيئة شرعية تعنى بقضايا المصرف، إلى هيئة عليا تهتم بقضايا الجهاز المصرفي والمؤسسات المالية بالدولة ككل، وهذا بدوره يعد انتقال من إلزامية المصارف إلى

٣. إن المصارف والمؤسسات المالية عانت وما زالت تعاني من مشكلة العاملين في كافة الدرجات خاصة الإسلامية منها، وانتقدت من حيث كونها لا تتوفر علي الأطر البشرية المؤهلة علمياً ومهنياً لتسييرها ولتدبير استثمار وتوظيف الأموال التي تتلقاها من الجمهور، مما جعلها تعتمد علي أطر تقليدية بعيداً عن هذا النوع من العمل نظراً للتكوين الذي تلقتة وهو تكوين تقليدي بعيداً عن الفقه وأحكام الشريعة الإسلامية وأيضاً نظراً للسلوكيات التي تترتب عليها فالأشخاص أصحاب التكوين الاقتصادي والقانوني الحديث لا علم لهم بقواعد الاقتصاد الإسلامي التي تعمل بها البنوك الإسلامية وأصحاب التكوين الفقهي الإسلامي لا علم لهم بالجانب الاقتصادي والقانوني والتقني^{٥٧}.

المبحث الرابع

التطبيقات المصرفية لعقد المضاربة

في السودان

تعد صيغة عقد المضاربة وتطويرها إحدى إسهامات المسلمين^{٥٨} في الحضارة الإنسانية بلا توقف عن العطاء ولعل السبب في ذلك يرجع لاجتهادات يتبعها إسهامات في مجالات أخرى يحتاجها عالمنا اليوم بما تحمل من رسالة سماوية تكفل الخير للإنسان وعمارة الأرض خاصة في ظل الأزمات المالية التي يشهدها العالم اليوم نتيجة لارتفاع سعر الفائدة والاستغلال والاحتكار والغش وعلى رأسها الربا. وتمثل صيغ التمويل

الإسلامي المستخدمة في النظام المصرفي معظم صيغ التمويل الإسلامي المعروفة، ومن بينها عقد المضاربة فهو صيغة مستخدمة في التمويل وظلت هذه الصيغ الإسلامية تمثل مرجعية التعامل في النظام المصرفي. وعقد المضاربة المصرفي من عقود الصيغ الإسلامية القائمة على الديون ويمكن بها أن تستطيع البنوك بإمكاناتها الضخمة تستخدم هذا العقد كصيغة من صيغ التمويل المصرفية. وشهدت البيئية المصرفية العديد من المتغيرات العالمية المعاصرة من أهمها تحرير تجارة الخدمات والتقدم التكنولوجي مما زاد المنافسة المصرفية الأمر الذي أدى إلى بروز العديد من المخاطر والمشكلات والمعوقات والتحديات لدى المصارف الإسلامية، ثم كانت الأزمات المالية في شمال شرق آسيا والبرازيل وروسيا وتركيا والأرجنتين مما دفع بتعديلات جوهرية على اتفاقية بازل «١» التي صدرت في العام ١٩٨٨م. ثم كانت بازل «٢» التي صدرت في العام ٢٠٠٨م: وتعتبر هذه الأزمة هي أم الأزمات حيث بدأت في الولايات المتحدة ثم عمت باقي دول العالم، مما أثر ذلك سلباً على الجهاز المصرفي عامة، والمصارف الإسلامية على وجه الخصوص، والسودان ليس بمعزل من كل ذلك. الجدير بالذكر أن فترة السبعينيات من القرن السابق شهدت انقلاباً جديداً لفكرة إنشاء المصارف والمؤسسات الإسلامية، وبنك فيصل الإسلامي السوداني.

وبذلك يمكن القول: أن انتشار المصارف الإسلامية في معظم أقطار العالم المتقدمة والنامية علي حد سواء هو دليل علي القبول الدولي لفكرة

بإنشاء بنك فيصل الإسلامي السوداني. وفي نيسان ١٩٧٧م أجاز مجلس الشعب في السودان قانوناً تقدمت به إليه الحكومة - يتضمن إعفاءات واستثناءات وامتيازات واسعة هو: (قانون بنك فيصل الإسلامي السوداني)^{٦٢} والذي صادق عليه رئيس جمهورية السودان الأسبق نيميري استناداً إلى المادة (١٠٦) من دستور نظامه، وبموجب الأمر الجمهوري المؤقت رقم (٩) في ٤ نيسان عام ١٩٧٧م. وفي عام ١٩٧٧م اجتمع في الخرطوم ستة وثمانون من المؤسسين - (١٠) من السعودية، و(١٠) من الكويت و(٢) من دبي و(٣) من مصر، والبقية من السودان - ووقفوا على تأسيس (المصرف) واكتتبوا فيما بينهم في نصف رأس المال المصدق به والبالغ ستة ملايين جنيه سوداني وتم في ١٨ آب ١٩٧٧م تسجيل بنك فيصل الإسلامي السوداني كشركة مساهمة عامة محدودة^{٦٣} وفق قانون الشركات لعام ١٩٢٥م وأنشأت رئاسته في الخرطوم. بعد تأسيس بنك فيصل الإسلامي السوداني، اللبنة الأساسية التي انبثقت عليها تجربة التطبيق لفكرة الصيرفة الإسلامية في السودان، لقد كان للنجاحات التي حققها بنك فيصل الإسلامي السوداني في سنة عمله الأولى بالإضافة إلى الصحوة الإسلامية التي انتظمت دول العالم الإسلامي بما فيها السودان الأثر الإيجابي في قيام خمسة بنوك إسلامية أخرى تعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية خلال عامي ٨٣-١٩٨٤م وهي بنك التضامن الإسلامي^{٦٤}. والبنك الإسلامي السوداني^{٦٥}. وبنك التنمية التعاوني الإسلامي^{٦٦} والبنك الإسلامي

المصرف الإسلامي وسرعة انتشارها وتطورها ونمائها فانه مؤشر علي نجاحها وكفاءة تشغيلها. التطبيقات المصرفية لصيغة عقد المضاربة في المصارف السودانية: نشأت وتطورت المصارف الإسلامية في السودان في عقد السبعينات من القرن الماضي. لقد توافق تأسيس المصارف الإسلامية في السودان مع نهج الانفتاح واقتصاد السوق الذي تبناه النظام السياسي في عهد نميري الأسبق، ولتوطيد وحماية هذا النفوذ الاقتصادي بعد سقوط نظام نميري عام ١٩٨٥م. فدخل فكرة الصيرفة الإسلامية السودان: بدأت الخطوات الأولى في الشروع لتطبيق فكرة الصيرفة الإسلامية^{٥٩} في السودان عام ١٩٦٦م في قسم الاقتصاد بجامعة أم درمان الإسلامية. وبعد ذلك انطلقت فكرة إنشاء مصرف إسلامي في السودان أول مرة من هذا القسم، ثم بحثت الفكرة من لدن الجامعة، وقدمت إلى مجلس السيادة - الممثل لرأس الدولة آنذاك - لغرض الدراسة وإبداء الرأي فيه، إلا أن الفكرة لم تنفذ، وترى إدارة الأعلام والبحوث في بنك فيصل الإسلامي السوداني وكذلك بعض الباحثين أن كثيراً من العقبات قد اعترضت طريق انتقال الفكرة إلى حيز التطبيق العملي^{٦٠}. وبعد أن مضى عقد من الزمان على ما تقدم، وحدثت تطورات مهمة في النظام السياسي^{٦١} في السودان اجتمع الأمير محمد الفيصل آل سعود بالرئيس السوداني سابقاً جعفر محمد نميري في شباط ١٩٧٦م طالباً السماح بإنشاء بنك إسلامي في السودان، وتم الاتفاق في هذا الاجتماع على استصدار قانون من مجلس الشعب في السودان

٢. استطاعت أيضاً أن تقدم نماذج حيه في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين وإيجاد الصيغ الملائمة للتعامل معهم وكانت هذه التجارب خارج سياسة الجهاز المصرفي التقليدي وتعتبر تجربة بنك فيصل الإسلامي السوداني خير دليل على ذلك^{٧٢}.

٣. نجحت البنوك الإسلامية خلال تلك الفترة أيضاً في توجيه استثمارها للقطاعات الاقتصادية المهمة وتمويل السلع الاستهلاكية الإستراتيجية كالبتروول والدقيق وقطاعات النقل والتخزين وتمويل الصادرات وإنشاء الشركات^{٧٣}.

٤. ساهمت في الجانب الاجتماعي باعتبار أنه أحد المجالات التي يهدف إليها البنك الإسلامي والذي تمثلت في إخراجها للزكاة على أموالها. ٥. قدمت البنوك الإسلامية آنذاك جهداً مقدراً في سبيل نشر الوعي المصرفي الإسلامي من خلال المطبوعات والبحوث والندوات العامة ونشر التجارب.

٦. استطاعت البنوك الإسلامية أن تحقق عائداً مناسباً للمساهمين والمودعين الذين كانوا يتطلعون إلى الهدف الأسمى وهو تقديم البديل الإسلامي للمصارف الربوية وتخليصهم من الربا وشروره، إن كُتب لها النجاح.

غير أنه وبرغم ما حققته البنوك الإسلامية من نجاحات خلال تلك الفترة فقد حسبت عليها إخفاقات أيضاً حيث تمثلت هذه الإخفاقات والسلبيات في ذلك الوقت على النحو التالي^{٧٤}:

١. عدم التوسع في استخدام جميع صور التمويل

لغرب السودان^{٦٧}، بنك البركة السوداني^{٦٨}.

كما بدأ العمل في تأسيس بنك الشمال^{٦٩} عام ١٩٨٥م والذي أُفتتح رسمياً في ٢/١/١٩٩٠م، ولقد قامت جميع هذه البنوك الإسلامية وبلا استثناء على العمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وعلى ضرورة الإسهام في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في السودان فنصت على ذلك في عقد تأسيسها واعتبرت التنمية الاقتصادية والاجتماعية من ضمن أغراضها الرئيسية، وبحلول عام ١٩٨٦م تم إنشاء البنك السعودي السوداني^{٧٠}، وفي يونيو ١٩٨٩م تم تعميم أسلمه جميع المصارف السودانية بمجيء ثورة الإنقاذ الوطني، وفي ١٩٩٠ صدر البرنامج الثلاثي للإنقاذ والذي اتجهت بموجبه الدولة سياسية التحرير الاقتصادية، كما قامت لأول مرة محفظة البنوك التجارية لتمويل المؤسسات الزراعية في موسم ٩٠/٩١، وفي عام ١٩٩١م تم تخصيص البنك التجاري السوداني وأصبح مملوكاً لبنك المزارع كشركة قابضة.

وبذلك يرى الباحث: بأنه يمكن القول بالرغم من قصر عمر البنوك الإسلامية خلال الفترة من (١٩٧٨-١٩٨٤م) حيث نشأ معظمها في عام ٨٣-١٩٨٤م باستثناء بنك فيصل الإسلامي السوداني الذي أنشئ في عام ١٩٧٨م إلا أنها استطاعت أن تحقق نجاحات مهمة نوجزها فيما يلي في النقاط الآتية^{٧١}:

١. اثبت عملياً أن البديل الإسلامي للتمويل الربوي ممكن وان البنك الإسلامي يعتبر أفضل بديل للبنك التجاري التقليدي حيث يفوق عليه في التمويل المرتبط بعقيدة المسلم ومقابلة احتياجاته الأساسية كفرد وكمنتج.

٤. كانت تواجه هجمة شرسة مضادة لنشاط البنوك الإسلامية بالتشكيك في أوجه نشاطها من فئة الضلال.

٥. كانت هناك أيضاً مشكلة الكادر المؤهل واختيار نوع جديد من العملاء يفهم صيغ التمويل الجديد، وكذلك بناء علاقات مراسلة مع البنوك الخارجية تقف مع توجهات البنوك الإسلامية.

٦. عدم القدرة على صياغة عقود جديدة للتمويل وفقاً لشروط الصيغ الإسلامية المراد تطبيقها.

غير أنه وبرغم كل ذلك فقد ظلت التجربة تضي قدماً وتتوسع في فروعها وعملائها، وأنشطتها

وكسبها فكان غرسها طيباً. والقارئ لميزان

المصارف الإسلامية في السودان يلاحظ أنها قد استطاعت أن تثبت برغم المعوقات

والصعوبات المذكورة آنفاً، أن الإسلام يشتمل

على أسس وقواعد سليمة ومتمينة لخدمة

الاقتصاد والمجتمع، ولكن هذه المعوقات

تجعل المسيرة طويلة وبطيئة ولا بد من الفهم

التام لأعمال المصارف حتى تسير تدريجاً إلى

تحقيق أهدافها في ظل الظروف المحيطة بها

والبيئة التي تعمل فيها. وإن التصميم السليم

والعادل لها يجب أن يأخذ هذه المعوقات في

حسابه، وأن لا يقتصر التقييم على العوائد

الربحية للمودعين والمساهمين فقط وإنما يأخذ

النشاط والبعد الاجتماعي الذي قامت به، والذي

يصعب قياسه في المدى القصير، ولا تظهر

نتائج بشكل واضح إلا مع الزمن وبمقدار

توجه المجتمع وقوانينه وتشريعاته نحو إقامة

نظم ومؤسسات وتشريعات إسلامية، ولا

الإسلامي المختلفة مما نتج عنه عدم مقدرتها على تقديم التمويل المختلفة، وحصرت نفسها في نوعين فقط هما المرابحة والمشاركة.

٢. أغلب تمويلات البنوك الإسلامية آنذاك كانت قصيرة الأجل لمشروعات سريعة العائد وأغلقت التمويل طويل الأجل.

٣. الدور الاجتماعي ظل محصوراً في إخراج الزكاة فقط والتبرعات النقدية دون تبني مشروعات اجتماعية متكاملة وبطريقة مؤسسية.

٤. لم تتمكن من جذب استثمارات خارجية حيث لم يكن الطريق سالكاً وممهداً.

٥. أهملت الجانب الروحي الذي يعتبر واحد من أهدافها وهو ما يُسمى بالجانب الإنساني

التمثل في التكافل وحل الضائقات المالية بل

أهملت بجانب الاستثمار الذي انحصر في

المشاركة والمرابحة.

والباحث يرى: أن هذه التجربة واجهت

مشاكل وعراقيل أَلقت بظلالها على التجربة

ونوجزها فيما يلي:

١. أنها بدأت العمل في بيئة اقتصادية هشّة

البنيات متقلبة السياسات الاستثمارية والنقد

الأجنبي.

٢. السقوف التمويلية التي كان يقرضها البنك

المركزي في ذلك الوقت حدت كثير من نشاط

البنوك الإسلامية في استثماراتها.

٣. كانت تواجه المنافسة غير المتكافئة مع

البنوك التجارية التقليدية بتقاليدها المصرفية

العريقة المعروفة وكفاءتها وعملائها وعلاقتها

الخارجية.

من تلك العوائق، فنخفض تطبيق صيغة المضاربة في المصارف الإسلامية، مما أدى إلى ضعف وانحسار العمل بالمضاربة فاتجهت المصارف السودانية الإسلامية للعمل بصيغ تمويل أخرى أقل مخاطرة وفي مقدمتها العمل بصيغة المرابحة بديلاً للمضاربة^{٧٦}. وهذا ما أكدته التقرير في المؤتمر العالمي الثامن للاقتصاد والتمويل الإسلامي الذي أكد انخفاض العمل بالمضاربة وسجل نسبة انخفاض أقل بلغت ١٪ من إجمالي حجم التمويل بالصيغ الإسلامية في الفترة من ٢٠٠٠-٢٠٠٤م^{٧٧}.

٤. مخاطر قانونية، وهي العقبة الأساسية وتتمثل في عدم استيفاء العقود الحاكمة لمعاملات الصيرفة الإسلامية، وهذه ليست مشكلة السودان إنما مشكلة كل المصارف الإسلامية.

وفي مجال التطبيقات المصرفية للصيغ المصرفية البديلة للربا وفق قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني في الإطلاق والتنفيذ لصيغة المضاربة في الجهاز المصرفي السوداني يجوز إطلاق المضاربة أو تقييدها بواحد من تحديد السلعة المراد المضاربة فيها . تحديد مكان العمل بالنسبة للمضارب . تحديد زمان المضاربة الأمر الذي بموجبه أوقف بنك السودان المركزي التعامل بصيغة المضاربة المطلقة^{٧٨}. وعليه فإنني أرى:

- يعتبر الاستثمار الإسلامي النشاط ذا الثقل الأساسي الذي يركز عليه العمل في المصارف

يتم ذلك إلا بإتباع الطرق الإسلامية وإتباع الشريعة الإسلامية كمنهج وطريقة. وتتمثل مخاطر التطبيقات المصرفية لعقد المضاربة في المصارف السودانية الإسلامية في عدة مخاطر نذكر منها:

١. عدم التزام المضارب بالشروط المتفق عليها في عقد المضاربة مع المصرف، مما يؤدي إلى عدم تصفية العملية المصرفية « الانفلات الزمني» ومخاطر سوقية تتمثل في تغلب الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً مما يؤثر في نسبة الأرباح المتوقعة^{٧٥}:

٢. وهناك مخاطر أخلاقية تتمثل في عدم أمانة المضارب ونزاهته وتقديم الدراسات الصحيحة المتعلقة بدراسة الجدوى الاقتصادية والفنية والقانونية.

٣. وهناك مخاطر تتمثل في عدم أخذ ضمان لرأس مال المضاربة من حيث المبدأ. من أدى لعوائق تطبيق صيغة المضاربة في المصارف الإسلامية مسالة عدم ضمان المضارب لأموال المضارب لأن يد المضارب يد أمانه، فإذا قصر المضارب بالتعدي والإهمال فإن المصارف الإسلامية قد يعرض أموال المستثمرين للضياع لعدم ضمانها من المضارب الذي تدفعها ثم أن ذلك ربما يقلل من ورود أموال الاستثمار للمصارف، خوفاً من أصحابها على ضياعها مادام لا يوجد ضمان لها، لذلك اتجهت المصارف الإسلامية لصيغة تطبيق عقد المرابحة وهي الأمر بالشراء لخلوه

فرع مشتق من القانون التجاري بمعناه العام، وقد وضع المشرع القانون المدني والجنائي ليكون القاعدة في تنظيم العلاقات بين الأفراد، فالقانون المصرفي له استقلالية تميزه عن غيره من القوانين، فله خصائصه التي يتمتع بها.

- أن تجربة المصارف الإسلامية في السودان تجربة غنية وثرية^{٨١}: وكان للبنوك الإسلامية السودانية دور واضح وفعال في هذه التجربة، ورغم قيام هذه البنوك. وسؤال يحتاج إجابة: لماذا سبق التطبيق التنظير بالنسبة لإنشاء البنوك الإسلامية في السودان.

وقد واجهت البنوك الإسلامية مشاكل عديدة داخلية وخارجية، ودورها يتطلب مزيداً من الدراسات والبحوث. وضرورة الاستفادة من مختلف الاجتهادات الفقهية لتوسيع فرص المشاركة لصيغة المضاربة، وتفعلها في الواقع المعاصر^{٨٢} وضرورة الاهتمام بدراسات الجدوى في عمليات تمويل مشروعات عقد المضاربة وفق الصيغ الإسلامية الشرعية.

نموذجي لعقد مضاربة مصرفي سوداني^{٨٣}

عقد مضاربة مصرفي

أنه في اليوم..... من شهر..... سنة..... ١٤هـ اليوم..... من شهر..... سنة..... ٢٠م بين كل من:
١. السيد/السادة : فرع
..... ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد بالبنك طرف أول (رب المال).

٢. السيد/السادة : ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد بالطرف

الإسلامية، ويتم ذلك عبر صيغ شرعية موجودة أساساً في الفقه الإسلامي، تناولتها أيدي المختصين في المصارف الإسلامية ليس لإضافة جديد فيها، وإنما لإخراجها في ثوب جديد يلائم طبيعة العمل فيها^{٧٩}.

- لاقت صيغ التمويل والاستثمار الإسلامي في السودان قبولاً ورواجاً واسعاً، وأثبتت فعالية ومرونة وفاعلية للتطبيق في الاستجابة لرغبات المستثمرين وطالبي التمويل المختلفة بل تجاوزت هذه الصيغ المحلية والإقليمية لتعمل على مستوى العالم. وعقد المضاربة المصرفي يمثل صيغة من صيغ التمويل المصرفي التي لاقت رواجاً كبيراً في السودان. وأن تطبيق صيغة عقد المضاربة الإسلامية البديلة للربا في النظام المصرفي السوداني موضوع فريد وللسودان فيه تجربة مميزة فتتطور الجهاز المصرفي وتكامل دور البنك المركزي مع المصارف التجارية وانطلاق مؤسسات ضمان الودائع المصرفية وفق منهج ورؤية شرعية متكاملة في التشريع والإدارة والتطبيق والمراقبة يتفق مع أحكام القانون المصرفي^{٨٠}.

- مرت تجربة العمل المصرفي في السودان بمراحل هامة، إذ تميزت كل مرحلة بملامح معينة، وبأهداف معينة وعملت في ظروف معينة كانت لها آثارها سلباً وإيجاباً على الأداء المصرفي، وقد سيطرت عدة قوانين وتشريعات على هذه المراحل وفقاً لطبيعة كل مرحلة.

- القانون المصرفي السوداني تسمية حديثة للقواعد القانونية التي تنظم نشاط البنوك، وهو

- الثاني (المضارب). حيث أن الطرف الثاني طلب من البنك الدخول معه في عملية مضاربة.
٣. ووافق البنك على هذا البنك فقد تم الاتفاق بينهما على إبرام عقد المضاربة وفقا على أن يدفع البنك لرب المال مبلغ..... للطرف الثاني (المضارب) رأس مال للمضاربة.
٤. يفتح حساب باسم الطرف الثاني (المضارب) لدى البنك يودع فيه رأس مال المضاربة ليتم سحب منه بواسطة الطرف الثاني وتودع فيه إيرادات المضاربة.
٥. يلتزم الطرف الثاني باستعمال رأس المال فيما خصص له أعلاه.
٦. مدة المضاربة (.....) تبدأ من..... وتنتهي في..... يجوز تمديدها باتفاق الطرفين كتابة كما يجوز تصفيتها باتفاقهما.
٧. يلتزم الطرف الثاني بإدارة عملية المضاربة وبذل وسعة في إنجاحها مراعيًا في ذلك شروط المضاربة والعرف السائد.
٨. يلتزم الطرف الثاني بأن لا يخلط مال المضاربة بماله أو بأي مال آخر ولا يعطيه لغيره مضاربة ولا يقرضه ولا يقترض عليه إلا بإذن مكتوب من البنك (رب المال).
٩. يحفظ الطرف الثاني حسابات منتظمة خاصة بالمضاربة تكون مؤيدة بالمستندات والفواتير القانونية ويكون لرب المال الحق في مراجعة هذه الحسابات في أي وقت بواسطة موظفيه أو بواسطة مراجع قانوني يختاره.
١٠. للطرف الثاني (المضارب) أمين في مال المضاربة لا يضمنه إلا إذا تعدى أو قصر في حفظه.
١١. يجوز أن يطلب البنك (رب المال) من الطرف الثاني (المضارب) ضماناً عينياً أو شخصياً أو مصرفياً في حالات التعدي أو التقصير أو الإخلال بالشروط ١٢. يتم التأمين على كل ما يحتاج للتأمين بواسطة الطرف الثاني (المضارب) لدى شركة تأمين إسلامية مقبولة للبنك (رب المال).
١٣. يتحمل رأس مال المضاربة المصرفيات الفعلية المباشرة الخاصة بالعملية.
١٤. يحق للبنك (رب المال) إنهاء العقد في أي حالة من الحالات الآتية:-
- أ/ إخلال الطرف الثاني بأي من الشروط الواردة في هذا التعاقد.
- ب/ وفاة الطرف الثاني أو فقده لأي من شروط أهلية التعاقد.
- ج/ إعلان إفلاسه أو البدء في إجراءات الإفلاس اختيارياً أو إجبارياً.
١٥. تصفي المضاربة عند انتهاء أجلها أو باتفاق الطرفين أو بموجب البند أعلاه ببيع جميع موجوداتها بسعر السوق.
١٦. توزع الأرباح الناتجة عن المضاربة على النحو التالي:
- % للبنك (رب المال)
- % للطرف الثاني (المضارب)
١٧. إذا حدثت خسارة من غير تعد ولا تقصير ولا إخلال بشروط العقد من الطرف الثاني (المضارب) يتحملها البنك (رب المال).
١٨. يجوز أن يتفق الطرفان على أنه إذا زاد الربح

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات،
والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا
محمد وعلى اله وصحبه أجمعين، وبعد،،، بعون
الله تعالى وتوفيقه قد أكملت دراسة هذه الورقة
لعقد المضاربة وتطبيقاته المصرفية في القانون
السوداني، وقدمت ما أردت بيانه وتقديمهم
نصوص قانونية، وآراء فقهية، وأحكام قضائية،
فقد تأصل الكثير من هذه النصوص القانونية،
والتي تمت مقارنتها مع تشريعات أخرى، فلقد
صحبت كتب السادة العلماء، والأئمة الفضلاء
شهوراً متواليات وليالي متتابعات فيما دونه
من علم نافع وصنفوه من خير، فاستفدت كل
الاستفادة بحمد الله، فقد سلكت- بتوفيق الله-
في وضعها مسلكاً أسأل الله أن يكون مقبولاً.
فالقانون المصرفي تسميه حديثه للقواعد القانونية
في السودان التي تنظم نشاط البنوك، وهو فرع
مشتق من القانون التجاري بمعناه العام، وقد وضع
المُشرع القانون المدني والجنائي ليكون القاعدة في
تنظيم العلاقات بين الأفراد. وإن أول ما يميز قانون
تنظيم العمل المصرفي السوداني الذي تم تعديله
بقانون ٢٠٠٣م عن غيره من القوانين المصرفية
الأخرى هو إسقاط الفائدة الربوية من كل عمليات
المصارف أخذاً وعطاءً، وتعد هذه الخاصية المعلم
الرئيسي والأول للمصرف الإسلامي والمؤسسة
المالية الإسلامية، وبدونها يصبح المصرف كأبي
مصرف آخر ربوي، ذلك لأن الإسلام حرم الربا
بكل أشكاله وشدد العقوبة عليه لقوله تعالى:
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنْ

على قدر معلوم أن تكون تلك الزيادة كلها
للمضارب كما يجوز الاتفاق على اقتسام
الزيادة بنسبة علي المضارب.
١٩. إذا نشأ نزاع حول هذا العقد يجوز برضا
الطرفين أن يحال ذلك النزاع إلى لجنة تحكيم
تتكون من ثلاثة محكمين يختار كل طرف
محكماً واحداً منهم يتفق الطرفان على المحكم
الثالث الذي يكون رئيساً للجنة التحكيم وفي
حالة فشل الطرفين في الاتفاق على المحكم
الثالث أو عدم قيام أحدهما باختيار محكمة في
ظرف سبعة أيام من تاريخ إخطاره بواسطة
الطرف الآخر يحال الأمر للمحكمة المختصة
لتقوم بتعيين ذلك المحكم أو المحكمين المطلوب
اختيارهم.
٢٠. تعمل لجنة التحكيم حسب أحكام الشريعة
الإسلامية وتصدر قراراتها بالأغلبية العادية
وتكون هذه القرارات نهائية وملزمة للطرفين.

الطرف الثاني

البنك

الطرف الأول

(رب المال)

.....

.....

الشهود:

...../١

...../٢

٤. مقاطعة المضاربة في بعض البنوك الإسلامية على وجه العموم والمصارف الإسلامية السودانية على وجه الخصوص، حيث تبين أن المصرف الإسلامي لم يعد يتعامل بصيغة المضاربة منذ زمن ليس بالقصير. كما تبين أن بنوك السودان الإسلامية الستة قد أوقفت التعامل بهذه الصيغة منذ عام ١٩٨٦م بسبب قيام بنك السودان بحظر التعامل بها بحجة كثرة مخاطرها.

٥. رغم اعتبار صيغة المضاربة من أسهل الصيغ الإسلامية، إلا إن الواقع جاء أقل من هذه الآمال، فسرعان ما انحسر التعامل بها، لتحل محلها عقود وأدوات أخرى في مقدمتها صيغة عقد المرابحة.

٦. خلصت الدراسة إلى وجود معوقات لتطبيق صيغ التمويل الإسلامية في المصارف السودانية لعقد المضاربة أهمها: المصارف السودانية حديثة العهد في التعامل بصيغ التمويل الإسلامية. ثانيهما: عدم توفر العملاء بالمواصفات المطلوبة، من ناحية الأمانة والثقة والخبرة الاستثمارية. ثالثهما: عدم توفر الكادر البشري المؤهل في مجال التمويل الإسلامي. فمعظم هذه الكوادر البشرية كانت مستوعبة في المصارف التقليدية وقد تشبعت بنظم العمل التقليدية فكراً وممارسة، ولم تحظ بالتدريب والتعليم وفق النظم المصرفية الإسلامية. ث. عدم تعبئة الموارد على أساس المضاربة في الواقع السوداني، حيث لا تتوفر الموارد المالية الملائمة. رابعاً: أن نسبة كبيرة

الرَّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿١﴾. فأسال الله العلى القدير رب العرش العظيم أن يتقبل هذا الجهد المتواضع، اللهم يا ولى المؤمنین، ومتولى الصالحین اجعل عملي هذا عملاً متقبلاً، وسعيي فيه سعياً مرضياً مشكوراً، وأنفع به اللهم من أخذ به وعمل به، انك وحدك القادر على كل ذلك، وصل اللهم على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم.

أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة

١. عقد المضاربة من أقدم العقود المتعامل بها وأكثرها مشروعية. ويعد ابتكار صيغة المضاربة وتطويرها إحدى إسهامات المسلمين في الحضارة الإنسانية بلا توقف عن العطاء، ولعل السبب في ذلك يرجع لاجتهادات يتبعها إسهامات في مجالات أخرى، يحتاجها عالمنا اليوم بما تحمل من رسالة سماوية تكفل الخير للإنسان وعمارة الأرض خاصة في ظل الأزمات المالية التي يشهدها العالم اليوم نتيجة لارتفاع سعر الفائدة والاستغلال والغش وعلى رأسها الربا.

٢. يعتبر التمويل بالمضاربة من أهم الوسائل التي تبرز تفرد النظام المصرفي الإسلامي وتفوقه في مجال التمويل من ناحية التنظيم السليم للعلاقة المتوازنة بين رأس المال وجهد الإنسان.

٣. أباح المشرع الإسلام المضاربة تيسيراً للناس حتى يستفيد صاحب المال الذي لا يملك القدرة على استثماره من كفاءة العامل الذي يمتلك الخبرة ولا يتوافر لديه المال، فيتحقق نتيجة هذا التعاقد والتعاون بين الطرفين منافع كثيرة.

٣. فينبغي أن نتعاون جميعنا في الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في جميع معاملتنا المالية المعاصرة، وتخطي العقبات التي تعترض هذا التطبيق والتي من أهمها توعية الناس وتعريفهم بالحلال والحرام وما يصلح من المعاملات وما لا يصلح، لاسيما العاملين في المصارف والتجار ومن يتعامل معهم .

٤. ضرورة الاستفادة من مختلف الاجتهادات الفقهية لتوسيع فرص المشاركة لصيغة المضاربة، وتفعيلها في الواقع المعاصر .

٥. ضرورة الاهتمام بدراسات الجدوى في عمليات تمويل مشروعات عقد المضاربة وفق الصيغ الإسلامية الشرعية.

٦. أوصى بضرورة زيادة الاهتمام بالجانب الروحي (المعنوي) في نشاطات المصارف في دعم صغار المنتجين، وصغار الحرفيين، والتعاون على البر والتقوى والتعاون للاستفادة من تطبيق صيغة عقد مضاربة المصرفية مع عدم الإخلال بالجانب المادي «الاستثماري»، ولا يتم ذلك إلا بتضافر الجهود والاستفادة من هذه الصيغ المصرفية البديلة للربا وعلى رأسها عقد المضاربة المصرفي.

٧. إيجاد قنوات الاتصال المتمثلة في توفير الأدوات الاستثمارية القادرة على اجتذاب أموال المواطنين من الأفراد والمؤسسات والشركات للمساهمة في تمويل المشروعات المختلفة التي يحتاج إليها البلد الإسلامي وإمكانية تطوير الأدوات المالية الإسلامية فأوصى بإضافة نصوص جديدة تتضمن

من أصحاب الودائع الاستثمارية ليس لديهم الاستعداد الكافي لتحمل المخاطر، ويميلون إلى توفير ضمانات كافية قبل الدخول عمليات استثمارية عن طريق الصيغ الإسلامية.

٧. لاقت صيغ التمويل والاستثمار الإسلامي في السودان قبولاً ورواجاً واسعاً، وأثبتت فعالية ومرونة وفاعلية للتطبيق في الاستجابة لرغبات المستثمرين وطالبي التمويل المختلفة، بل تجاوزت هذه الصيغ المحلية والإقليمية لتعمل على مستوى العالم. فتجربة المصارف الإسلامية في السودان تجربة غنية وثرية وفريدة .

٨. أن فلسفة العمل بعقد المضاربة يقوم على منهجية العمل على قوانين وقواعد وأحكام مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء، وأساس هذه القواعد والقوانين أن المال مال الله ويجب أن يستثمر لصالح المجتمع وسعادته باعتبار المجتمع مجتمعاً متكاملًا لا تنفصل فيه النواحي الروحية عن النواحي المادية.

٩. التطبيق سبق التنظير بالنسبة لإنشاء البنوك الإسلامية في السودان.

التوصيات

وأوصت الدراسة بالآتي:

١. أن تعود أمتنا إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله وتعيد النظر في القوانين التجارية والمدنية، لا سيما فيما يتعلق بالمصارف، وتصوغها بما يواكب روح العصر ويتفق مع شريعتنا الغراء.

٢. واجهت البنوك الإسلامية مشاكل عديدة داخلية وخارجية، ودورها يتطلب مزيداً من الدراسات والبحوث.

الفوائد، تحقيق/ محمد عبد القادر أحمد عطا، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م).

(٣) محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، نصب الراية، دار الحديث، المركز الاسلامي للطباعة والنشر، بدون تاريخ.

كتب الفقه الإسلامي:

(١) علاء الدين بن الحسن بن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد جاد الفقيه، طبع مطبعة السنة المحمدية في غزة سنة ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م.

(٢) محمد أمين عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهور «بحاشية بن عابدين»، دراسة وتحقيق/ الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

(٣) محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة البابي الحلبي بمصر، بدون تاريخ.

(٤) ابن قدامه، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدام المقدسي المغنى، بتصحيح، د. محمد خليل هراش، بدون تاريخ.

(٥) الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، طبعة جديدة منقحة مصححة بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣١-١٤٣٢هـ.

عقد المضاربة المصرفية في القانون المصرفي ليصبح له القدرة على تنوع التمويل المصرفي وفقا لأحكام الشرع والقانون.

٨. للاعتبار الذي تقتضيه سياسة مصرفية متكاملة تحقق قدراً من التلاؤم بين القانون والتشريعات الحديثة، أوصي بمزيد من الدراسات والبحوث في مجال صيغ التمويل المصرفية البديلة للربا في مواضع قوانين العمل المصرفي، على وجه العموم وعقود المضاربة المصرفية على وجه الخصوص.

٩. نوصي بتطبيق صيغة المضاربة بنسبة أكبر في المصرف الإسلامية على وجه العموم والسودان على وجه الخصوص لإمكانية نجاحها المؤسسات المالية الإسلامية وإقبال الناس عليها وذلك أدعى إلى جلب مدخرات الناس من خارج المنظومة المصرفية واستثمارها بما يعود على المصرف وعليهم بالربح

١٠. لا بد من جمع حصيلة ما توفر لدينا من معلومات وبيانات في هذه الدراسة المتواضعة، للاستفادة منها في سياسة مصرفية محلية، وإقليمية، ودولية خالية من شوائب الربا.

المصادر والمراجع

(١) القرآن الكريم

كتب الحديث وشروحه:

(١) سنن البيهقي، بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ.

(٢) الهيتمي، نورا لدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي، مجمع الزوائد ومنبع

كتب القانون والاقتصاد الإسلامي

- (١) إبراهيم فاضل يوسف، عقد المضاربة، بحث مقارنة في الشريعة والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد/١٣٩٣هـ-١٩٧٣م، الجمهورية العراقية/ رئاسة ديوان الأوقاف.
- (٢) د.الواثق عطا المنان محمد أحمد، القانون التجاري، جامعة أمدرمان الإسلامية، السودان/ الخرطوم، بدون تاريخ.
- (٣) قوانين العمل المصرفي والتجاري في السودان، دار جامعة أفريقيا للطباعة، الخرطوم/ السودان، تصميم وطباعة هاشم أحمد محمد على «البدوي»، ط١/٢٠٠٥م.
- (٤) الهيئة العليا للرقابة الشرعية، مخطط هيئات الرقابة الشرعية، المرشد الفقهية الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، السودان، بنك السودان، المطبعة الوطنية، ط١/١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- (٥) مخطط هيئات الرقابة الشرعية الكتاب الثالث، فتاوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، الصادرة في الفترة ١٤٢٠هـ/١٤٢٣هـ-٢٠٠٠م/٢٠٠٣م، بنك السودان، المطبعة الوطنية، ط١/١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- (٦) نصر الدين فضل المولى أحمد، المصارف الإسلامية، ط١، دار العلم للطباعة والنشر.
- (٧) د. أحمد على عبدالله، ضروب الربا وممارساته، ط١، الخرطوم/ السودان، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م. سلسلة اصدرات بنك السودان(١).

- (٩) عبدالله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، تحقيق أ.د. سائد بكداش، دار البشائر، دار السراج.
- (١٠) فتاوى ابن تيمه، مجموع فتاوى ابن تيمه، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن حاكم الجدي الحنبلي، ط١، ١٣٩٨هـ.
- (١١) الشيرازي، المهذب، عبد الرحمن بن شيخ بن سليمان المدعو بشيخ زاده وبهامشه الدر المنقى شرح الملتقى لمحمد علاء الدين الإمام، مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر٢/٥٠٤، مطبعة دار السعادة، ١٣٣٤هـ.
- (١٢) أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح المتوفى ٨٨٤هـ، المبدع شرح المقنع، وما بعدها، المكتبة الإسلامية، ط/ المكتب الاسلامى، بدون تاريخ.
- (١٣) أ. د. وهبة الزجيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٦، معدلة، دمشق، دار الفكر، ٢٠٠٨م، مكتبة الأسد.

كتب اللغة :

- (١) فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن على الرازي، مختار الصحاح، عنى بترتيبه محمد خا، الهيئة المصرية للكتاب، بدون تاريخ.
- (٢) أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت/ لبنان ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م.

في المصارف الإسلامية، عقد المضاربة أنموذجاً، محور الوسائل الاستثمارية في البنوك الإسلامية واستراتيجيات تطورها، أ. د. محمد دباغ.

(٤) محاضرة مقدمة للملتقى الاقتصادي الإسلامي، الواقع ورهانات المستقبل، أساليب الاستثمار في المصارف الإسلامية، عقد المضاربة أنموذجاً، محور الوسائل الاستثمارية في البنوك الإسلامية واستراتيجيات تطورها، أ. د. محمد دباغ،

(٥) الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، بحث رقم «٦٨»، تقديم دكتور مفتاح صالح، الجزائر، جامعة فرحات عباس، سطيف، في الفترة من ٢٠-٢١-٢٠٠٩م.

(٦) دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.

قوانين ومجالات :

(١) قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م.

(٢) قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني الملغى ١٩٩١م.

(٣) قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني ٢٠٠٣م.

(٤) فوانين السودان، وزارة العدل، قوانين السودان، المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم العمل المصرفي ٢٠٠٣م.

(٨) د. الشيخ علاء الدين زعتري، فقه المعاملات المالية المقارن، صياغة جديدة وأمثلة معاصرة، دار العصماء، ط١/١٤٢٧هـ/٢٠٠٧م.

(٩) د. حسب الرسول يوسف التوم شهاب الدين وآخرين، بحث منشور في مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، العدد الخامس، أغسطس ٢٠١٢.

الندوات والبحوث والمحاضرات والأوراق العلمية:

(١) بحوث قدمت في ندوة رقم «٢٩» عقدت بالسودان في الفترة من ٢٥-٢٧ شهر رجب، ١٤١٣هـ الموافق ١٨-٢٠ يناير ١٩٩٣م باللغة العربية بالتعاون مع مؤسسات التمويل الوطنية وبنك التنمية الصناعية السوداني ومؤسسة التنمية الإسلامية، بحث بعنوان: التخريج الشرعي لصيغ التمويل الإسلامي، حسن محمد إسماعيل البيلى، من ضمن بحوث صيغ تمويل التنمية في الإسلام، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للتدريب والبحوث، تحرير، فهرسة المكتبة الوطنية، غزى، فخري حسين، جدة.

(٢) نشرة الكترونية توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية، ٢٠١٠ دولة الكويت أغسطس، العدد الأول.

(٣) محاضرة مقدمة للملتقى الاقتصادي الإسلامي، الواقع ورهانات المستقبل، أساليب الاستثمار

هوامش :

- ١- أستاذ مساعد - كلية القانون - جامعة الجزيرة.
- ٢- فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي الرازي، مختار الصحاح، عنى بترتيبه محمد خا، ص ٣٧٨، الهيئة المصرية للكتاب، بدون تاريخ.
- ٣- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ابن منظور، لسان العرب، ٥٤٤/١، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت/ لبنان ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م.
- ٤- علاء الدين بن الحسن بن علي بن سليمان المرادوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ٦٤٥/٥، تحقيق محمد جاد الفقيه، طبع مطبعة السنة المحمدية في غزة سنة ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م.
- ٥- محمد أمين عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهور "بحاشية بن عابدين"، ٦٤٥/٥، دارسة وتحقيق/ الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ على محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط١، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
- ٦- محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، معنى المحتاج إلى شرح المنهاج، ٣٠٩/٢، مطبعة البابي الحلبي بمصر، بدون تاريخ.
- ٧- ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، ١٣٤/٥، بتصحيح، د. محمد خليل هراش، بدون تاريخ.
- ٨- الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٥٠/٦، طبعة جديدة منقحة مصححة بإشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣١-١٤٣٢هـ. محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، معنى المحتاج إلى شرح المنهاج، ٣٠٩/٢، مطبعة البابي الحلبي بمصر، بدون تاريخ.
- (٣) عبدالله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، ص ٥٢٢، تحقيق أ.د. سائد بكباش، دار البشائر، دار السراج.
- ٩- أ.د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٣٢/٤، ط٦، معدلة، دمشق، دار الفكر، ٢٠٠٨م، مكتبة الأسد.
- ١٠- المرجع نفسه، ٨٤٢/٤.
- ١١- قانون المعاملات المدني السوداني ١٩٨٤م، الباب السابع، الفصل الثاني، المادة (٢٦٦).
- ١٢- قانون تنظيم العمل المصرفي ٢٠٠٣م، الفصل الأول، تفسير.
- ١٣- الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٣٩٣١/٦.
- ١٤- قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني ١٩٩١م الملغى: قانون خاص، عملاً بأمر حكاه المرسوم الدستوري الثالث لسنة ١٩٨٩م أجازه مجلس قيادة ثورة الإنقاذ المنحل، ووقع عليه رئيس الجمهورية عمر حسن أحمد البشير، نشر في الجريدة الرسمية لجمهورية السودان رقم (١٥٧٢)، جاء لتنظيم العمل المصرفي السوداني، والإجراءات المتبعة لنخ ومزاولة العمل المصرفي في السودان، وحدد القانون علاقة قانون بنك السودان بالمصارف والمؤسسات المالية من حيث التمويل والرقابة والتفتيش، وغيرها من الإجراءات المصرفية، جاء في (٥١) مادة موزعة على سبعة فصول، وهو محل دراسة الباحث لتكييفه الفقهي بشقيه الشرعي والقانوني، لذلك أفرده الباحث باباً كاملاً مفضلاً "الباب الثاني من هذا البحث، ومرفق في الملاحق، صدر كقانون في ٢٧/١١/١٩٩١م (وزارة العدل، قوانين السودان، ٢٢٧/٩، قوانين الاستثمار، ط٦، بدون تاريخ).
- ١٥- قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني ٢٠٠٣م: قانون خاص، حل محل قانون تنظيم العمل المصرفي ١٩٩١م، صدر كمرسوم مؤقت وأجيز من تاريخ توقيع رئيس الجمهورية عليه في ٢٧/١/٢٠٠٤م عملاً بأحكام المادة (٩٠) من دستور السودان لسنة ١٩٩٨م، وأجازه المجلس الوطني في جلسته رقم (٣٢)، دورة الإنعقاد السادسة بتاريخ ٢٨ شوال ١٤٢٤هـ الموافق ٢٢/١٢/٢٠٠٣م، على أن تظل جميع اللوائح والقرارات والإجراءات التي تمت بموجب أحكامه سارية المفعول إلى أن تلغى أو تعدل بموجب قانون تنظيم العمل المصرفي ٢٠٠٣م، جاء في (٦٠) مادة موزعة على ثمانية فصول، أعيدت صياغة بعض المواد في الفصل الثاني عن قانون تنظيم العمل المصرفي ١٩٩١م، نظم القانون فصل جديد تم ترتيبه في الفصل الثالث وهو إنشاء الهيئة العليا للرقابة الشرعية بقرار من رئيس الجمهورية، كما نظم القانون أغراض الهيئة وسلطاتها ونص القانون على إلزامية، لم تستحدث أي أحكام جديدة في أسس عمل المصارف في الفصل الرابع، تم تعديل نص الخاص برقابة بنك السودان على المصارف السنوي والمراجعة، تم تعديل النص الخاص برقابة بنك السودان على المصارف الملوك للدولة في الفصل السابع (وزارة العدل، قوانين السودان، ٨٢/١٢، ط٧، ٢٠٠٣-٢٠٠٣، المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم العمل المصرفي ٢٠٠٣م).
- ١٦- قانون تنظيم العمل المصرفي ١٩٩١م، الفصل الأول، المادة (٤) الفقرة (١) البند (أ)، وهي ذات المادة في قانون تنظيم العمل المصرفي ٢٠٠٣م الذي إلغاء بموجب قانون تنظيم العمل المصرفي ٢٠٠٣م.
- ١٧- رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس. قال الهيثمي: وفيه أبو الجار ود الأعمى وهو متروك كذاب أبي بكر بن الحسين بن علي سنن البيهقي، ص ١١١، بيروت، دار الفكر، بدون تاريخ. الهيثمي، مجمع الزوائد، ١٦١/٤، نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.
- ١٨- محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، نصب الرأية، ١١٣/٤، دار الحديث، المركز الإسلامي للطباعة والنشر، بدون تاريخ.

والقيمة الكلية لأسههم ٢٦ مليون جنيه سوداني، منح الميدالية الذهبية والشهادة المصرفية العالمية باعتباره مؤسسة مصرفية رائدة في قضايا جودة العمل المصرفي وذلك استناداً إلى معايير مصرفية وعالمية معتمدة دولياً (انظر موقع البنك على الإنترنت <http://index.aspx/sib-sd/>).

٦٤- النظام الأساسي للبنك الإسلامي السوداني ١٩٨٤م: شركة مساهمة عامة، بدأ البنك السوداني الإسلامي أعماله في ١٩٨٣، وفي عام ١٩٨٤م أجازت الجمعية العمومية برأس مال قدره ٢٠ مليون دولار بسعر السهم ١٠٠ دولار مقسمة إلى ٢٠٠ سهم، والقيمة الكلية لأسههم ٢٦ مليون جنيه سوداني، منح الميدالية الذهبية والشهادة المصرفية العالمية باعتباره مؤسسة مصرفية رائدة في قضايا جودة العمل المصرفي وذلك استناداً إلى معايير مصرفية وعالمية معتمدة دولياً (انظر موقع البنك على الإنترنت <http://index.aspx/sib-sd/>).

٦٥- قانون بنك التنمية التعاوني الإسلامي ١٩٨٢م: بنك المستقبل، قانون البنك التعاوني الإسلامي ١٩٨٢م، صدر كقانون في يوم ١٩٨٢/٦/٩م قانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٤م هو أول بنك قطاع عام يطبق في معاملاته الشريعة الإسلامية، أنشئ بقانون خاص في ١١ يونيو ١٩٨٢م وبأثر أعماله المصرفية في ١٣ يونيو ١٩٨٣م، وفق أوضاعه إلى شركة مساهمة عامة ذات مسؤولية محدودة مسجلة بالرقم (١٦٣٧٩) في ٢٤ مارس ٢٠٠١م حسب قانون الشركات لعام ١٩٦٥، ويهدف البنك إلى: دعم القطاع التعاوني وتطويره وتنميته بتوفير التمويل اللازم والخدمات المصرفية للمؤسسات التعاونية في المجالات المختلفة وعلى نطاق القطر، وتقديم التسهيلات والتمويل نقداً أو عيناً أو في صورة خدمات وتنشيع الإضرار بين المواطنين عامة والجمعيات التعاونية على وجه الخصوص، والبنك عضو في صندوق ضمان الودائع) وزارة العدل، قوانين السودان، ٣١٦/٩، بدون تاريخ، مجلة النماء، مجلة اقتصادية تصدر عن بنك التنمية التعاوني الإسلامي، العدد الثاني، ص ٣٢، نوفمبر ٢٠٠٥م، انظر موقع البنك على الإنترنت http://www.iscob.com/index_ara.htm.

٦٦- النظام الأساسي لبنك الغرب الإسلامي ١٩٨١م (بنك تنمية الصادرات): تأسس في ٣٠ سبتمبر ١٩٨١م، وتم افتتاحه في ١٢ سبتمبر ١٩٨٤م برأس مال مصرح بـ ١٢٠ مليون جنيه سوداني ورأس المال المدفوع ٤١,٩ مليون جنيه سوداني، بنك تنمية الصادرات شركة مساهمة عامة محدودة تأسست تحت مسمى (البنك الإسلامي لغرب السودان) ثم عدل إلى (بنك الغرب الإسلامي) ثم إلى (بنك تنمية الصادرات) في ١٥ يناير ٢٠٠٣م، يساهم في البنك القطاع الخاص الوطني بحوالي ٧٨,٢٪ من رأس المال بينما بلغت مساهمة بنك السودان وجهات وشركات حكومية أخرى حوالي ٢١,٨٪. ينتشر البنك جغرافياً في معظم ولايات السودان عبر (١٧) فرعاً، وثلاثة توكيل للبنك منظومة مصرفية ترتبط فروع البنك تقنياً بجانب ربطه بالبنوك الأخرى وبنك السودان المركزي، كل ذلك يمكنه أن يحتل موقع الصدارة وسط البنوك السودانية تميزاً في تقديم الخدمات المصرفية (انظر موقع البنك على الإنترنت www.edb-sudan.com).

٦٧- النظام الأساسي لبنك البركة السوداني ١٩٨٤م: شركة مساهمة عامة ذات مسؤولية محدودة وفق قانون الشركات ١٩٢٥م مستثمرون عرب وسودانيون، تأسس عام ١٩٨٤/٢/٢٦م، وافتتح في ١٤/٣/١٩٨٤م، عضو مجموعة البركة المصرفية، من أغراض البنك القيام بكافة الأعمال المصرفية والاستثمارية وفق أحكام الشريعة الإسلامية. أول بنك أدخل نظام الصراف الشامل في السودان، أول بنك في السودان أدخل نظام التوقيعات الإلكترونية، والشيكات المغفظة، (انظر موقع البنك على الإنترنت www.abarak.sudan.com-arabic / <http://arabic/www.abarak.com>).

٦٨- النظام الأساسي لبنك الشمال الإسلامي ١٩٨٥م: شركة مساهمة عامة ذات مسؤولية محدودة وفق قانون الشركات ١٩٢٥م، تأسس في ٢٣/٧/١٩٨٥م وافتتح في ٢/٢/١٩٩٠م برأس مال ٢٠ مليون دولار المدفوع منها ٣٧ مليون دولار حتى ٢٣/٢/١٩٩٦م، نشاط البنك يقوم بجميع الأعمال المصرفية والاستثمارية على هدى الشريعة الإسلامية وأحكام الشريعة، من الشركات التابعة له الشركات العالمية الحديثة للاستثمار المحدودة، شركة قنذيله للخدمات الزراعية والاستثمارية، البنك عضو صندوق ضمان الودائع المصرفية، (انظر موقع البنك على الإنترنت <http://www.shmalbank.com/articles.php?action=show&i>).

٦٩- النظام الأساسي للبنك السعودي السوداني ١٩٨٤م: شركة مساهمة عامة ذات مسؤولية محدودة، رمز الأصلة العربية وبوابة السودان نحو المستقبل المشرق، تأسس في الأول من فبراير ١٩٨٤م في طار العلاقات الميزة بين الشعبين الشقيقين السوداني والسعودي برأس مال مدفوع ١٢ مليون دولار أمريكي بنسبة مساهمة بلغت ٤٠٪ للجانب السوداني و ٦٠٪ للجانب السعودي، أعيد رأسماله وتم رفعه إلى ٦ مليارات دينار سوداني تم دفع منها ٤,٣ مليار دينار سوداني (انظر موقع البنك على الإنترنت www.saudisb.sd/arabic/ABOUT/comp.htm).

٧٠- د. الواثق عطا المنان محمد أحمد، قوانين العمل المصرفي والتجاري في السودان، ص ٤٦.

٧١- يعتبر تعامل بنك فيصل الإسلامي السوداني مع الحرفيين وأصحاب الورش الصغيرة نابع من أهمية هذه الفئة للمنتجين ولما لها من دور في توسيع قاعدة الإنتاج والدخل إذا شملت بالرعاية اللازمة وفرت لها احتياجاتها من المواد الخام والمعدات.

٢٠٠٦م، الهيئة العليا للرقابة الشرعية: مخطط هيئات الرقابة الشرعية، المرشد الفقهية الصادرة عن الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، السودان، بنك السودان، المطبعة الوطنية، ط ٢٧/١هـ-٢٠٠٦م.

٥٠- المادة الرابعة من قانون تنظيم العمل المصرفي ٢٠٠٣م السوداني جعلت المصرف شركة مساهمة عامة، يصفى بقانون الشركات.

٥١- محاضرة مقدمة للمنتقى الاقتصاد الإسلامي، الواقع ورهانات المستقبل، أساليب الاستثمار في المصارف الإسلامية، عقد المضاربة أمونجنا، محور الوسائل الاستثمارية في البنوك الإسلامية واستراتيجيات تطورها، أ. د. محمد دباغ، ص ١١، أستاذ التعليم العالي لقسم الشريعة جامعة أمدرمان الإسلامية.

٥٢- المنتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، بحث رقم "٦٨"، تقديم دكتور مفتاح صالح، الجزائر، جامعة فرحات عباس، سطيف، في الفترة من ٢٠-٢١-٢٠٠٩م.

٥٣- الهيئة العليا للرقابة الشرعية: نشأة وتطور وتقوم هيئات الرقابة الشرعية للجهاز المصرفي السوداني، السودان، بنك السودان، ص ٣ وما بعدها المطبعة الوطنية، ط ٢٧/١هـ-٢٠٠٦م.

٥٤- د. الواثق عطا المنان محمد أحمد، قوانين العمل المصرفي والتجاري في السودان، دار جامعة أفريقيا للطباعة، الخرطوم/ السودان، تصميم وطباعة هاشم أحمد محمد على "البديوي" ط ١/٢٠٠٥م.

٥٥- المرجع نفسه.

٥٦- د. أحمد مجذوب احمد: تطبيق الصيغ الإسلامية في النظام المصرفي وأثره على السياسات المصرفية، ص ١٧، الطاعون/ دار مصحف إفريقيا/ دار السداد للطباعة، ط ١/ سبتمبر ٢٠٠٤م، الناشر وزارة المالية.

٥٧- يتميز العمل المصرفي بخصائص ذاتية نابعة من صيغة عمله تجعله قادر على مواجهة المخاطر، والمخاطرة المصرفية هي الخطر المحتمل لأكثر من نتيجة، لتكون المحصلة النهائية غير معروفة وهي ظواهر وأحداث تهدد انجاز الأهداف وتؤثر سلباً على المؤسسة المصرفية الهادفة إلى تحقيق رسالتها (المنتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية، إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية، بحث رقم "٦٨"، تقديم دكتور مفتاح صالح، الجزائر، جامعة فرحات عباس، سطيف، في الفترة من ٢٠-٢١-٢٠٠٩م).

٥٨- مجلة المال والاقتصاد، العدد الأول، ص ٦، طالع كلمة د/ كامل الباقر مدير جامعة أم درمان الإسلامية السابق بمناسبة افتتاح بنك فيصل الإسلامي فرع جامعة أم درمان الإسلامية.

٥٩- كان النظام قد استكمل فك ارتباطه حلياً بالحزب الشيوعي، كذلك بالناصرين والترات الناصري، وقطع دولياً ارتباطه بالمعسكر الشيوعي. وبالتالي أدار ظهروه لشعاراته الاشتراكية والقومية واليسارية، وأنفتح على الغرب وارتبط بالخط الرأسمالي.

٦٠- قانون ن بنك فيصل الإسلامي السوداني ١٩٧٧م: صدر كقانون بتاريخ ١٩٧٧/٤/٤م، قانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٧م تأسس بنك فيصل الإسلامي السوداني بموجب الأمر الجمهوري نمره (٩) لسنة ١٩٧٧م، بموجب فيصل أجازته مجلس الشعب في جمهورية السودان الديمقراطية يحمل اسم بنك فيصل الإسلامي لعام ١٩٧٧م، جاء في سبعة مواد ويجوز القانون على إعفاءات واستثناءات وافقت عليها الحكومة على منحها للبنك في المادة السادسة، وخصص المادة الثالثة لإنشاء البنك، والرابعة لإغراضه، والخامسة لرأس المال، والأخيرة لعدم جواز التأميم أو المصادرة، والنظام الأساسي للبنك في التمهيد أي أن الأحكام التي تمثل عليها القائمة (أ) من الجدول لقانون الشركات ١٩٢٥م، لا تطبق على هذا البنك ما عدا الأحكام التي نص عليها من هذا القانون، وهو شركة مساهمة عامة محدودة، وفق قانون الشركات السوداني ١٩٢٥م، ورئاسته الخرطوم، صدر كقانون في ١٨/٨/١٩٧٧م، تم تعديله سنة ١٩٨٤م بموجب المادة (١٠٦) من دستور السودان (المزيد من التفصيل حول النظام الأساسي لعقد التأسيس ولائحة تأسيسه انظر الوثيقة رقم (٥)، ٦١/٢، مخطط الوثائق، توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية، بنك السودان، القوانين التي صاحبت التجربة، قوانين السودان، وزارة العدل، ط ٢٠٠٣-٢٠٠٧م، وزارة العدل).

٦١- حددت المادة (٥) من قانون بنك فيصل الإسلامي رأس المال بأن لا يقل عن ستة ملايين جنيه سوداني، وأن تدفع مساهمة غير السودانيين بعمله قابله للتحويل. وأجاز المساهمون في عقد التأسيس أن تكون قيمة السهم عشرة جنيهات على أن يوزع (٤٠٪) من الأسهم للمواطنين السودانيين، و(٤٠٪) للسعوديين، (٢٠٪) للمسلمين الآخرين، ثم عدلت نسبة الأسهم عام ١٩٨٠م إلى ٤٠٪ للسودانيين و ٦٠٪ لمواطني العالم الإسلامي، وتمت زيادة رأس المال لتبلغ (١٠) ملايين جنيه سوداني في ١٩٧٨م وإلى (٥٠) مليون جنيه في ١٩٨٢م.

٦٢- النظام الأساسي لقانون بنك التضامن الإسلامي ١٩٨١م: شركة مساهمة عامة، انعقد الاجتماع الأول للمؤسسين في ٢٤ جماد الثاني ١٤٠١هـ الموافق ٢٨ أبريل ١٩٨١م بالخرطوم بهدف نشأة بنك بزوال نشاطه ومعاملاته على هدى الإسلام وأحكام الشريعة الإسلامية ولا يتعامل بالربا وتم تأسيس البنك كشركة مساهمة عامة وفق قانون الشركات ١٩٢٥م بالرقم (٢٠٧٤).

٦٣- النظام الأساسي للبنك الإسلامي السوداني ١٩٨٤م: شركة مساهمة عامة، بدأ البنك السوداني الإسلامي أعماله في ١٩٨٣، وفي عام ١٩٨٤م أجازت الجمعية العمومية برأس مال قدره ٢٠ مليون دولار بسعر السهم ١٠٠ دولار مقسمة إلى ٢٠٠ سهم،

- ٧٢- من أنواع الشركات التابعة لبنك فيصل الإسلامي السوداني، وقام بنك فيصل الإسلامي بإنشاءها آنذاك من أهمها: أ/ شركة التأمين الإسلامية ب/ الشركة الإسلامية للتجارة والخدمات ج/ الشركة الإسلامية للصرافة د/ شركة التنمية العقارية، وبنك التضامن الإسلامي شارك وساهم في أربع عشر شركة ومؤسسة لتعمل في الأنشطة الاقتصادية وهي: (شركة مشتهى السلام، شركة التنمية الإسلامية، شركة أنعام للثروة الحيوانية، الطوب الحراري، شركة الخدمات الطبية الحديثة المحدودة، وفترة للتخزين والتبريد، البنك الإسلامي الدولي، الشركة الوطنية للبتترول، الشركة السودانية للاتصالات (سودا تل)، مشروع سندس الزراعي، كهرباء كجبار، الدار الوطنية للإعلام، شركة الخدمات المصرفية الإلكترونية (شامنج)، الشركة السودانية للمناطق والأسواق الحرة (بنك للإعلام، شركة الخدمات المصرفية الإلكترونية (شامنج)، الشركة السودانية للمناطق والأسواق الحرة (بنك التضامن من مسيرة عشرين عاما لبنك التضامن الإسلامي ١٩٨٣-٢٠٠٢م، إدارة الفتوى والبحوث في سلسلة مطبوعات البنك، ص ٢٠، ٢١).
- ٧٣- المرجع نفسه، ص ٤٥.
- ٧٤- د. حسب الرسول يوسف التوم شهاب الدين وآخرين، بحث منشور في مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، العدد الخامس، أغسطس ٢٠١٢، ص ٥.
- ٧٥- د. حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاته الحديثة، بحث رقم (١١) ص ٥٦، بحث مقدم للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، فهرسة مكتبة الملك الوطنية، ط ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م - ط ١٤١٤هـ - ١٩٨٣م - ط ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٧٦- د. عبد المنعم محمد الطيب حمد النيل، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثامن للاقتصاد والتمويل الإسلامي، البنك المستدام والتنمية الاقتصادية الشاملة منظور إسلامي، تقويم تجربة التمويل الأصغر الإسلامي في السودان خلال الفترة من ٢٠٠٠-
- ٢٠١٠م: دراسة حالة القطاع المصرفي، ص ١٧، رمضان ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
- ٧٧- راجع بنك التضامن الإسلامي، موقع البنك الإلكتروني، ص ٣، العام ٢٠١٧،
- ٧٨- أحمد زكريا صيام: مبادئ الاستثمار، ص ٢ وما بعدها، دار المناهج/الأردن، عمان، ط ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م.
- ٧٩- د. أحمد مجذوب احمد: تطبيق الصبغ الإسلامية في النظام المصرفي وأثره على السياسات المصرفية، ص ٢ وما بعده، الطابعون/دار مصحف إفريقيا/دار السداد للطباعة، ط ١/سبتمبر ٢٠٠٤م، الناشر وزارة المالية.
- ٨٠- ووقائع ندوة رقم "٢٩" عقدت بالسودان في الفترة من ٢٥ - ٢٧ شهر رجب، ١٤١٣هـ الموافق ١٨-٢٠ يناير ١٩٩٣م باللغة العربية بالتعاون مع مؤسسات التمويل الوطنية وبنك التنمية الصناعية السوداني ومؤسسة التنمية الإسلامية، بحث بعنوان: تجربة البنوك السالامية السودانية، أ.عبدالرحيم محمد حمدي من ضمن بحوث صبغ تمويل التنمية في الإسلام، ص ١٧ البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للتدريب والبحوث، تحرير، فهرسة المكتبة الوطنية، غزى، فخرى حسين، جدة.
- ٨١- محاضرة مقدمة للملتقى الاقتصاد الإسلامي، الواقع ورهانات المستقبل، أساليب الاستثمار في المصارف الإسلامية، عقد المضاربة أنموذجاً، محور الوسائل الاستثمارية في البنوك الإسلامية واستراتيجيات تطورها، أ. د. محمد دباغ، ص ١١، أستاذ التعليم العالي لقسم الشريعة جامعة أمدراس
- ٨٢- توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية، مخطط الهيئة العليا للرقابة الشرعية، فتاوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية، الكتاب الثالث، ص ١٢٢، فتاوى الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية، الصادرة في الفترة ١٤٢٠هـ/١٤٢٣هـ - ٢٠٠٠م/٢٠٠٢م، بنك السودان، المطبعة الوطنية، ط ١/١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

الإكراه وأثره على جريمة الزنا فقهاً وقانوناً

د. حافظ التاج مختار الحسن^١

المستخلص

يعتبر موضوع الإكراه من الموضوعات المهمة التي تتصل بالأركان الأساسية للجريمة المادية والمعنوية ، من خلال هذه الدراسة نتناول عنصر حرية الإرادة ، تلك القوة النفسية التي تخرج من كوامن النفس في صورة فعل ، حيث أنه للإرادة السليمة لا بد أن تتوافر عدة عناصر أساسية منها الجانب النفسي ، لأن الإرادة أمر مخفي في النفس يدل عليه الفعل ، ومن عناصر الإرادة المظهر الخارجي والمقصود به تلك الحركات العضوية التي يترجم بها الشخص فكره وعزمه ، بالإضافة إلى حرية الإختيار وهي قدرة الفرد على توجيه إرادته للوجهة التي يريدتها .

تهدف الدراسة إلى التعرف على الإكراه وأثره على جريمة الزنا فقهاً وقانوناً باعتبار أن الإكراه من أهم وأخطر الظروف التي تضغط على إرادة الإنسان فتؤثر فيها، بل قد تخرجها من مسارها الطبيعي فتجعل الفرد منحرفاً عن سلوكه الطبيعي الأمر الذي يدفعه إلى ارتكاب الجرائم ومنها جريمة الزنا.

تتحدث الدراسة عن دور الشريعة الإسلامية في مراعاة إرادة الشخص الذي يقع عليه الإكراه ، وللتصرف الذي يصدر منه وهو مجبر تحت الجبر أو الضغط غير المشروع ، وآراء الفقهاء وحججهم وأسانيدهم لما يرونه من أحكام فقهية في تصرفات معدوم الإرادة وفي جريمة الزنا بالتحديد .

تناقش الدراسة دور التشريعات والقوانين

الوضعية في معالجة هذا الموضوع ، وبالرغم من الجهود المبذولة في الفقه الوضعي لمعالجة الموضوعات المتعلقة بالإكراه إلا أن هذه الجهود بها شيء من الخلل والقصور، وهذا أمر متوقع وليس بمستغرب لطبيعة البشر وفطرته التي خلقه الله عليها وهي الخلل والنقص في كل شيء فالكمال لله وحده.

مقدمة

الحمد لله الذي خضع لعظمته كل شيء ،
والحمد لله الذي استسلم لقدرته كل شيء ، والحمد
لله الذي تواضع لحكمه كل شيء ، والحمد لله
الذي ذل لعزته كل شيء ، والصلاة والسلام على
النبي الصادق الأمين وعلى آله وصحابه أجمعين
والتابعين وتابع التابعين ومن تبعهم بإحسان إلى
يوم الدين .

إن الإنسان مخلوق ضعيف تتنازعه قوة
الخير والشر وحتى يتحمل مسؤوليته وهو بهذه
الصفات ، تمت إحاطته بمجموعة من الأحكام التي
تصون نفسه وعزته وكرامته ، وأنعم الله عليه بنعمة
العقل والدين ليميز بين طرق الخير والشر، وجعلت
له حرية الإختيار للطرق التي يريد أن يسلكها
بمحض إرادته ، وجعل من شأن التأثير على هذه
الحرية وذلك الإختيار جريمة تستحق العقاب .

هناك ثمة شيء لا بد من الإشارة إليه وهو
أن الفقه الإسلامي والفقه الوضعي اشترط وجود

أهداف البحث :

- يهدف الباحث من خلال الدراسة تحقيق الأهداف الآتية :
١. بيان مفهوم الإكراه اللغوي والإصطلاحي والقانوني .
 ٢. توضيح الشروط المادية والمعنوية المتعلقة بالإكراه .
 ٣. التعرف علي الحالات التي تبين وضع المكره بين الإكراه التام والإكراه الناقص .
 ٤. بيان المسؤولية الجنائية وشروطها ومحلها وموانعها .
 ٥. مناقشة الآراء الفقهية المتعلقة بأثر الإكراه على جريمة الزنا ، وتصنيف المناهج الفقهية في بيان مسؤولية المكره من عدمها في تصرفاته .
 ٦. تبين موقف الفقه الوضعي والتشريعات المختلفة حول أثر الإكراه على جريمة الزنا .

أهمية البحث :

تأتي أهمية الموضوع من حيث أنه له علاقة بحياة الناس وأمنهم واستقرارهم ، وبحكم أن الإكراه من أخطر الظروف التي تضغط على إرادة الإنسان وتؤثر على سلوكه وتصرفاته ، الأمر الذي يدفعه إلى إتيان أو امتناع عن أفعال ليس من رغبته أو بمحض إرادته .

بالإضافة إلى أن المعالجة الجنائية لهذا الموضوع لم تكن دقيقة ، مع وضع الاعتبار لبعض الملاحظات في المراجع الفقهية ، مع قلة الدراسات التي تناولت هذا الموضوع في شكل مقارنة بين الفقه الشرعي والفقه الوضعي .

الإرادة الآثمة لقيام المسؤولية الجنائية ، أما الإرادة المدعومة فهي لا تنتج ذلك الأثر ، لأن المعصية التي تقوم بها الجريمة هي سلوك ينتمي إلى نفسية صاحبه وترتبط بإرادته وأهليته وتختلف بين الحر والمكره .

موضوع الإكراه على ارتكاب الجرائم بصفة عامة وعلى جريمة الزنا بصفة أخصم من الموضوعات الجديرة بالبحث والدراسة، في ظل التزايد المضطرد للضغوط التي تواجه الإنسان فتؤثر على حرّيته وإرادته وتدفعه إلى القيام أو الامتناع عن عمل من غير رغبته وإرادته .

مشكلة البحث :

يمكن تحديد مشكلة البحث من خلال الأسئلة الآتية :

- ماذا يقصد بمفهوم الإكراه ؟ وهل هناك اختلاف بين مفهومه اللغوي والإصطلاحي ؟
- ما الشروط الأساسية والأركان المادية للإكراه ؟ وما الحالات الافتراضية لوضع الإنسان عندما يكون تحت تأثير الإكراه؟ وما الفرق بين الإكراه التام والإكراه الناقص؟ وهل يختلف كل منهم في تأثيره على الأحكام؟
- ما هي إسهامات الشريعة الإسلامية في معالجة مسؤولية تصرفات مسلوب الحرية والإختيار ؟ وما هي الحجة التي برر بها الفقهاء نهجهم في رؤيتهم الجنائية للمكره وبالتحديد في جريمة الزنا؟
- ما هي رؤية الفقه الوضعي لتصرفات المكره؟ وأسباب تباين آراء التشريعات الوضعية في تأثير الإكراه على جريمة الزنا؟

حدود البحث :

حدود البحث تنحصر في قوله تعالى:

﴿قَالَ رَبِّ السِّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونِي إِلَيْهِ
وَالْأَتَّصِرُفُ عَنِّي كَيْدُهُنَّ أَصْبُ إِلَيْهِنَّ وَأَكُنْ مِنَ
الْجَاهِلِينَ﴾ (يوسف: ٣٣).

منهج الباحث :

اتبع الباحث المنهج الوصفي والتاريخي وهما من المناهج التي تناسب دراسة الموضوع مع إجراء بعض المقارنات في الموضوعات محل البحث.

هيكل البحث :

تناول الباحث هذا الموضوع بالدراسة في خمس مباحث هي علي النحو الآتي :

المبحث الأول: مفهوم الإكراه في اللغة والإصطلاح.

المبحث الثاني: شروط الإكراه وحالاته .

المبحث الثالث : جريمة الزنا المفهوم والإثبات والعقوبة .

المبحث الرابع: أثر الإكراه على جريمة الزنا من منظور فقهي.

المبحث الخامس: أثر الإكراه على جريمة الزنا من منظور قانوني .

المبحث الأول**مفهوم الإكراه في اللغة والإصطلاح****المطلب الأول****مفهوم الإكراه في اللغة**

الإكراه في اللغة، اسم من كرهت الشيء

أكرهه كرهاً. وأصله في اللغة على خلاف المحبة

والرضا^٢، والكره (بالضم) ما أكرهت نفسك عليه

، والكره (بالفتح) ما أكرهك غيرك عليه^٣.

وهو حمل الإنسان على أمر يكرهه، وقيل:

على أمر لا يريده طبعاً أو شرعاً^٤، وتقول: كره

الشيء كرهاً وكرهاً وكرهاً وكرهاً وكرهاً: خلاف

أحبه، فهو كارهو الشيء مكروه.

وكره الأمر والمنظر كراهية: قبضه كرهه،

وأكرهه على الأمر قهره عليه، وكره إليه الأمر:

صيره كرهياً إليه وهونقيض حبه إليه.

واستكره الشيء: كرهه، واستكره فلانة:

أكرهها على الفجور، والمكره: ما يكرهه الإنسان

ويشوق عليه، وجمعه: مكاره، وأكرهت فلاناً على

كذا إذا أجبرته عليه وتكرهت الشيء تكرهاً إذا

أسخطته^٥.

قال ابن منظور: ذكر الله عز وجل الكره

والكره في غير موضع من كتابه العزيز، واختلف

القراء في فتح الكاف وضمها، قال أحمد بن يحيى:

ولا أعلم بين الأحرف التي ضمها هؤلاء وبين التي

فتحوها فرقاً في العربية ولا في سنة تتبع، ثم

يقول: وقد أجمع كثير من أهل اللغة على أن الكره

والكره: لغتان بمعنى واحد، فبأي لغة وقع فجائز،

إلا الفراء، فإنه زعم أن الكره -بالضم- ما أكرهت

نفسك عليه، والكره -بالفتح- ما أكرهك غيرك

عليه، تقول: جننتك كرهاً، وأدخلتني كرهاً^٦.

وقال الزجاج في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ كُرْهُ

لَكُمْ﴾ (البقرة: ٢١٦)، يقول: كرهت الشيء كرهاً

وكرهاً وكرهاً وكرهاً وكرهاً، قال: وكل ما في كتاب

الله عز وجل من الكره -بالضم- فالفتح فيه جائز،

إلا في هذا الحرف الذي في هذه الآية، فإن أبا عبيد

ذكر أن القراء مجمعون على ضمه.

وقال الفراء: الكره بالضم المشقة، وبالفتح:

الإكراه، يقال: قمت على كرهه، أي: على مشقة،

وأقامني فلان على كرهه، أي: أكرهني عليه.

قال ابن بري: يدل على صحة قول الفراء

قوله سبحانه: ﴿وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ

وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا﴾ (آل عمران: ٨٣)، ولم يقرأ

أحد بضم الكاف، وقال سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ

عَلَيْكُمْ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهُكُمْ﴾ (البقرة: ٢١٦)، ولم يقل

أحد بفتح الكاف، فيصير الكره -بالفتح- فعل

المضطر، والكره -بالضم- فعل المختار^٧.

ومما سبق يتضح أن الإكراه مراد به حمل الإنسان

أو إجباره على أمر يكرهه، بغض النظر عن مدى

تأثير ذلك على رضاه.

وعليه فإن لفظ الإكراه لغةً يدور بين معنى المشقة

والإجبار والضغط والقبح والشدة والقهر، وبين

معنى الكره المنافي للمحبة والرضا.

المطلب الثاني

مفهوم الإكراه في الإصطلاح

وأما مفهوم الإكراه في الإصطلاح فهو:

(إلزام الغير بما لا يريده)^٨، كما تم تعريفه بأنه

(إجبار شخص ما على عمل معين أو منعه من فعل

معين رغم إرادته - إنفاذاً لإرادة شخص آخر - بما

يعدم اختيار الشخص - الواقع عليه الإكراه - أو

يقيد حرية اختياره)^٩، كما تم تعريفه بأنه (الإلزام

والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً،

فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضر)^{١٠}. وقيل

هو: (عبارة عن تهديد القادر غيره بمكروه على أمر

بحيث ينتفي به الرضا)^{١١}، والمقصود بالرضا هو

(ارتياح النفس إلى فعل الشيء والرغبة فيه)، أما

الاختيار فيعني (التمكن من ترجيح فعل الشيء أو

تركه)^{١٢}.

فالمكلف إذا أقدم على فعل من تلقاء نفسه

فإنه يتمتع بصفقتين، صفة الإختيار وصفة الرضا،

والمستكره^{١٣} فقد صفة الرضا ولم يفقد الإختيار،

فما دام متمكناً من الإمتناع عن الفعل ولو أنه

سيلحقه من جراء هذا الإمتناع ضرر عظيم فهو

مختار، لأنه لم يقدم على الفعل إلا وقد رجحه على

الإمتناع اجتناباً للضرر، وقد كان في إمكانه أن

يمنتع ويتلقى الضرر، وعلى هذا فكل راضٍ مختار

ولا عكس.

والتفريق بين الرضا والاختيار هو قول

الحنفية، وأما بقية الأئمة فالرضا والاختيار عندهم

متلازمان، فلا يكون اختيار من غير رضا^{١٤}.

هناك اتجاهان للعلماء في تعريف الإكراه

اصطلاحاً، الأول يميل إلى المعنى اللغوي، والثاني

يميل إلى المعنى العرفي والشرعي، وإليك بيان كل

منهما:

الاتجاه الأول: يعرف أصحاب هذا الاتجاه الإكراه

بالمعنى اللغوي، وقد ذهب إلى ذلك بعض العلماء،

كالكمال بن الهمام، وابن حجر، والخطاب، وابن

حزم، وعرفه ابن حجر بأنه: (الإلزام الغير بما لا

يريده)^{١٥}، فكل هذه التعاريف تدور حول المعنى

اللغوي فقط.

الاتجاه الثاني: يعرف أصحاب هذا الاتجاه الإكراه

بالمعنى العرفي والشرعي، وقد ذهب إلى ذلك أكثر

العلماء، وعرفه السرخسي بأنه: (اسم لفعل يفعله

المرء بغيره، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره

من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره ، أو يسقط عنه الخطاب^{١٦} .

وعرفه ابن عابدين بأنه: (فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى ، فيصير مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه)^{١٧} . وعرفه عبد العزيز البخاري بأنه: (حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ، ويصير الغير خائفاً به فائت الرضا بالمباشرة)^{١٨} . وعرفه ابن ملك بأنه: (حمل الإنسان على ما يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه)^{١٩} . وعرفه محمد بن علي التهانوي صاحب كشف اصطلاحات الفنون بأنه: (فعل يوقعه الإنسان بغيره ، فيفوت رضاه ، أو يفسد اختياره مع بقاء أهليته)^{٢٠} . وعرفه الشهاب الرملي من الشافعية بأنه: (أن يهدد المكره قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب، يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلب على ظنه أن يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكره عليه)^{٢١} . وبالاعتماد على التعريفات السابقة يمكن أن يقال في تعريف الإكراه هو إجبار القادر غيره على فعل أو الإمتناع عن أمر لا يريده ، ولولا الخوف والوعيد بما هدد به لما أقدم الغير على ذلك الفعل أو الإمتناع .

المبحث الثاني

شروط الإكراه وحالاته

المطلب الأول

شروط تحقق الإكراه

يشترط في الإكراه ليكون معتبراً ومؤثراً فيما يقدم عليه المكلف من أقوال أو أفعال أو ترك ، الشروط الآتية:

أولاً : أن يكون الإكراه عاجلاً غير أجل بأن يهدد بتنفيذه في الحال، فإن كان بشيء غير فوري ولا حالاً فلا يعتبر إكراهاً، لأن التأجيل مظنة التخلص مما هدد به، بالاستغاثة أو الاحتماء بالسلطات العامة إذا لم تكن هي مصدر الإكراه، فإن كان الزمن قصيراً لا يتمكن فيه من إيجاد مخرج يكون حينئذ إكراهاً ، يقول ابن حجر: (فلو قال إن لم تفعل كذا ضربتك غداً لا يعد مكرهاً، ويستثنى ما إذا ذكر زمناً قريباً جداً أو جرت العادة بأنه لا يخلف)^{٢٢} .

ثانياً : ألا يكون الشخص ملزماً بمواجهة ذلك الخطر طبقاً للقانون ، ومثاله من صدر عليه حكم بالإعدام ، فلا يعد ذلك الخطر حالة إكراه تتيح للشخص المحكوم عليه قتل حارسه أو إصابته، لأن خطر هذا الموت قضي عليه بمواجهته طبقاً للقانون^{٢٣} .

ثالثاً : ألا يكون الإكراه بحق، فإن كان بحق فليس بإكراه معتبر، لأن التبعية والمسؤولية حينئذ تكون متوجهة بكاملها إلى المستكره، وذلك كما لو أكره الدائن المدين على بيع ماله لقضاء الدين الواجب، أو أكره الحاكم الممتنع من الزكاة على الأداء، أو إكراه المالك على بيع أرضه للدولة لتوسيع الطريق العام، ونحو ذلك ، فكل ما يجب على الشخص في حال الطواعية فإنه يصح مع الإكراه، وقد ذكر ابن العربي أن هذا محل اتفاق بين الفقهاء قال رحمه الله: (فإن كان الإكراه بحق عند الإباية من الإنقياد إليه فإنه جائز شرعاً تنفذ معه الأحكام، ولا يؤثر في رد شيء منها، ولا خلاف فيه)^{٢٤} .

فيتمادى حتى ينزل، فلا يكون إكراهه معتبراً، لأن المخالفة بالزيادة أو بفعل غير ما أكره عليه تدل على اختياره، وهي إنما تنم عن تهاون وعدم اكتراث بالمحظورات، فيسأل عنها الفاعل لأنها تجاوزت حدود ما أكره عليه، أما المخالفة بالنقصان فيكون معها مكرهاً، لأنه يحتمل أن يقصد التضييق في فعل المحرم ما أمكن^{٢٩}.

تاسعاً: أن يترتب على فعل المكره به الخلاص من المهدد به، فلو قال إنسان لآخر: اقتل نفسك وإلا قتلتك، لا يعد إكراهاً عند جمهور العلماء، لأنه لا يترتب على قتل النفس الخلاص مما هدد به، فلا يصح له حينئذ أن يقدم على ما أكره عليه، ويستفاد من هذا الإشتراط كون فعل الجريمة هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر، وفي هذه الحالة ينظر مدى تناسب فعل الجريمة مع مقدار حجم الخطر الذي يواجهه الشخص^{٣٠}.

والإكراه بحق أو بالواجب يسميه الفقهاء إجباراً، وجعلوا فرقاً بينه وبين مطلق الإكراه من عدة أوجه منها أن الإجبار لا يكون إلا ممن له ولاية شرعية في أمر يجب أدائه على المجرى شرعاً، أما الإكراه فإنه يكون من كل ذي قوة على تنفيذ ما توعده به من قتل أو ضرب مؤللاً لزام غيره بفعل ما لا يجوز فعله شرعاً^{٣١}، وهناك ثمة شروط أخرى ذكرها الفقهاء تتحدث عن الإكراه تتعلق بالجريمة وأركانها المادية والمعنوية وأطراف الجريمة وهي ترجع في حقيقتها ونتائجها إلى جميع ما ذكر من شروط^{٣٢}.

رابعاً: الا يكون لإرادة الجاني دخل في حلول ذلك الخطر، والمقصود من ذلك الا يكون للجاني إرادة في إيجاد ذلك الخطر سواء بخطئه العمدي أو فعله غير المقصود، ومثال ذلك من يسرق طعاماً خشيةً من الهلاك جوعاً وهو في نفس الوقت يتقاعس عن العمل، وعليه فإن خطر الذي يواجهه ليس مبرراً له لإرتكاب جريمة السرقة، لأن تقاعسه عن العمل هو الذي فرض عليه مواجهة الجوع وليس بإرادة خارجة عنه^{٢٥}.

خامساً: أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به، وإلا كان ذلك ضرباً من اللغو الذي لا يلتفت إليه، ولعل هذا مما جعل البعض يشترط في تحقيق الإكراه أن يكون من السلطان، لأن غيره لا يتمكن من تحقيق ما هدد به، والواقع أن الإكراه يقع من السلطان وغيره، لأن إلحاق الضرر بالغير يمكن أن يحصل من كل متسلط، إما بولاية أو تغلب أو فرط هجوم، وهو رأي الجمهور^{٢٦}.

سادساً: أن يعلم المستكره أو يغلب على ظنه أن المكره سينفذ تهديده إن لم يفعل ما أكره عليه، ويكون عاجزاً عن الدفع أو التخلص مما هدد به إما بهروب أو مقاومة أو استغاثة^{٢٧}.

سابعاً: أن يقع الإكراه بما يسبب الهلاك، أو يحدث ضرراً كبيراً يشق على المستكره تحمله، كأن يهدد بقتل أو قطع عضو أو ضرب شديد أو حبس وقيد مديدين، وهو الإكراه الملجئ^{٢٨}.

ثامناً: ألا يخالف المستكره المكره بفعل غير ما أكره عليه، أو بزيادة على ما أكره عليه، فمن أكره على طلاق امرأته طلقة واحدة رجعية فطلقها ثلاثاً، أو أكره على الزنا فأولج وأمكنه أن ينزع

المطلب الثاني

حالات الإكراه

حتى يتبين لنا أثر لابد من الإشارة إلى أن الشخص وهو تحت تأثير يكون وضعه في حالتين ولكل من موضع اختلاف في الأثر:

الحالة الأولى:

فتسمى الإكراه الملجئ أو الكامل أو المادي، وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار، كأن يهدد بما يلحق به ضرر في نفسه أو عضو من أعضائه، أو يهدد مثلاً بالقتل أو بالتخويف بقطع عضو أو بضرب شديد متكرر يخاف منه أن يؤدي إلى ذلك، وهناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من ألحق بالإكراه الملجئ الإكراه المادي^{٣٣}.

وقد عد بعض الفقهاء من الإكراه الملجئ ما لا مفر للمستكره من الوقوع فيه، وذلك كمن ألقى من شاهق على شخص ليقته، أو أخذت يده قسراً ووضع إبهامه للمصادقة على عقد من العقود، أو حمل إكراهاً وأدخل في مكان حلف عن الامتناع من دخوله، أو أضجعت امرأة ثم زني بها من غير قدرة على الإمتناع، ونحو ذلك مما ينتفي فيه اختيار المكلف تماماً ولو بقبول القتل أو إتلاف العضو، وقد ذكر بعض أهل العلم أن هذا النوع لا يسمى إكراهاً، لأن الفعل خارج عن قدرة المستكره، فهو كالألة المحضة في يد المكره^{٣٤}.

وحكم الإكراه الملجئ والمادي أنه لا يعدم الإختيار ولكن يفسده، لأن المستكره ليس له إلا اختيار واحد هو فعل ما أكره عليه عدم تحمله الصبر على ما هدد به، فاختياره مبني على إختيار المكره، فإذا اضطر إلى مباشرة ما أكره عليه كان

قصده في المباشرة دفع الإكراه حقيقة، فيصير الاختيار فاسداً لقيامه على اختيار المكره وإن لم ينعدم أصلاً^{٣٥}، وعليه من صدر منه فعل من غير إرادة حرة أي بسبب الإكراه ليس عليه جنابة في ذلك بل تنسب إلى الشخص مصدر الإكراه^{٣٦}.

الحالة الثانية:

فالإكراه غير الملجئ ويسمى الإكراه الناقص أو المعنوي، وهو ما لا يكون التهديد فيه مؤدياً إلى إتلاف النفس أو العضو، كالتهديد بالقيود أو الحبس أو الضرب اليسير الذي لا يخاف منه التلف أو بإتلاف بعض المال، وهذا النوع من الإكراه معدم للرضا غير مفسد للاختيار، لأن المستكره ليس مضطراً إلى مباشرة ما أكره عليه، لتمكنه من الصبر على ما هدد به^{٣٧}، وألحق بعض الحنفية بهذا النوع استحساناً لا قياساً ما كان التهديد فيه بإلحاق الأذى بأحد الأصول كالأب والأم، أو الفروع أو الأقارب والأرحام، فهو نوع من الإكراه، لأن المستكره يلحقه الهم والحزن مثل ما يلحق به حبس نفسه أو أكثر، خصوصاً إذا كان التهديد متوجهاً إلى الوالدين أو الأولاد^{٣٨}، والإكراه المادي كما عرفه البعض بأنه (العامل الذي مع إبقائه على الإرادة من الوجهة المادية أن يشل حركتها، ويذهب بقيمتها من حيث القدرة على الاختيار وذلك تحت تأثير الخوف من خطر أو ضرر جسيم وشيك الوقوع وليس في الإمكان دفعه أو الإفلات منه إلا بارتكاب الجريمة^{٣٩}، والفرق بين الإكراه المادي والمعنوي أن الشخص في الإكراه المادي يكون فاقداً للحرية فقداناً تاماً، أما في المعنوي فله مجال للاختيار، وبسبب مجال الإختيار هذا جرى

، مُثَقَّلَةٌ مَهْمُوزَةٌ ، وَالزَّنَاءُ : الزُّنُوءُ فِي الْجَبَلِ ، وَزَنَاءٌ فِي الْجَبَلِ يَزْنُو زَنَاءً وَزُنُوءًا : صَعَدَ فِيهِ ، يُقَالُ رَجُلٌ زَنَاءٌ وَظَلَّ زَنَاءً^{٤١} ، وَفِي الْحَدِيثِ : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ : لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُكُمْ وَهُوَ زَنَاءٌ^{٤٢} أَي بوزن جَبَانًا يُدَافِعُ لِلْبَوْلِ ، وَلَفْظُ زَنَا فِي اللُّغَةِ يَعْنِي (الْفَجُورَ وَالخِيَانَةَ الزَّوْجِيَّةَ)^{٤٣} .

الفرع الثاني:

مفهوم جريمة الزنا في الفقه :

ونحن نتحدث عن تعريف جريمة الزنا من ناحية فقهية هناك ثمة معلومة لابد من الإشارة إليها وهي أن جميع الفقهاء وهم يعرفون جريمة الزنا اتفقوا على الأركان الأساسية لتعريف الجريمة ، ولكن اختلفوا في التفاصيل ولإثبات حقيقة الأمر إليك تعريفاتهم .

حيث تم تعريفها عند فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه (كل وطء محرم)^{٤٤} ، كما تعريف جريمة الزنا عند الحنابلة بأنها (فعل الفاحشة في قبل أو دبر)^{٤٥} ، وعرفها الشافعية بأنها (ايلاج الذكر بفرج محرم لعينه مشتتاً طبعاً)^{٤٦} ، كما عرفها الحنفية بأنها (وطء الرجل المرأة في القبل بغير ملك أو شبهة)^{٤٧} ، وقال المالكية بأنها (كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين)^{٤٨} ، ويقول الخرشي بأنها (مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلية عمداً)^{٤٩} البعض الآخر بأنها (وطء مكلف عالم بالتحريم في قبل محرم لعينه مشتتاً طبعاً مع الخلو من الشبهة)^{٥٠} ، وقال بعض الفقهاء بأنها (الوطء الحرام من قبل المرأة الحية الخالي من الشبهة)^{٥١} .

تقسيم الإكراه الى إكراه ملجيء وكامل ومادي ، وإكراه غير ملجيء وناقص ومعنوي ، ويحصل الإكراه بكل هذه الأنواع لأن معنى الإكراه يتحقق بجميعةها ، يقول ابن عاشور: (وإنما يكون ذلك بفعل شيء تضيق عن تحمله طاقة الإنسان من إيلاام بالغ أو سجن أو قيد أو نحوه)^{٤٠} ، فالإكراه يختلف باختلاف أحوال الناس، فما يكون ملجئاً وتاماً ومادياً في حق بعضهم قد لا يكون كذلك في حق البعض الآخر، وذلك تبعاً للقوة أو الضعف، فالمعول عليه في تحديد الإكراه واعتماده هو تحقق الضرورة من خوف تلف النفس أو العضو ولا معنى لصورة الإكراه.

فإذا كان الإكراه ملجئاً أو كاملاً ومادياً سميت الحالة التي يقع فيها المكلف ضرورة، وإذا كان الإكراه غير ملجئ سميت الحالة التي يقع فيها المستكره حاجة، والحاجة تنزل منزلة الضرورة من حيث الترخص، لأنها من مقدماتها فإذا اشتدت الحاجة صارت ضرورة .

المبحث الثالث

جريمة الزنا المفهوم والإثبات والعقوبة

المطلب الأول

مفهوم جريمة الزنا في اللغة والفقه والقانون

الفرع الأول:

مفهوم جريمة الزنا في اللغة :

تعريف جريمة الزنا في اللغة: زنا إتيان الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ شَرْعِيٍّ زَنَاءً إِلَى الشَّيْءِ يَزْنُو زَنَاءً وَزُنُوءًا لَجَأً إِلَيْهِ ، زَنَا الشَّيْءُ : ضَاقَ ، وَأَزْنَاهُ إِلَى الْأَمْرِ : أَلْجَأَهُ ، وَزَنَاءٌ عَلَيْهِ إِذَا ضَيَّقَ عَلَيْهِ

الفرع الثالث:

مفهوم جريمة الزنا في القانون:

تم تعريف الزنا في القانون الوضعي بأنها (تدنيس فراش الزوجية وانتهاك حرمتها بتمام الوطء)^{٥٢}.

كما تم تعريفها بأنها (الجريمة التي تتكون من خرق حرمت الزواج من شخص متزوج له علاقات غير مشروعة بأخر غير زوجه ، ويعاقبه القانون باسم الشريك)^{٥٣}.

وعرفها آخرون بأنها (ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع توفر القصد الجنائي ، مع امرأة أو رجل برضاها حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً)^{٥٤}.

أما تعريفها في القانون الجنائي السوداني الحالي فأشار عليها صراحةً ، بقوله (يعد مرتكباً جريمة الزنا كل رجل وطئ امرأة دون رباط شرعي، وكل امرأة مكنت رجلاً من وطئها دون رباط شرعي)^{٥٥} ، وهناك اقتراح بأن تحذف عبارة زنا أو لواط لتصبح (يعد مرتكباً جريمة الاغتصاب كل من يواقع شخصاً في دبره أو قبله دون رضاه)، وفي نفس هذه المادة أشار القانون إلى أن الوطء يتم بدخول الحشفة كلها أو ما يعادلها في القبل، وذكر القانون بأن النكاح المجمع على بطلانه لا يعتبر رباط شرعي^{٥٦}.

المطلب الثاني

إثبات جريمة الزنا في الفقه والقانون

أما بالنسبة لوسائل الإثبات فإنها لا اختلاف فيها بين الفقه القانون ، باعتبار أن ما جاء به الفقه من وسائل إثبات أخذ بها القانون ، وعليه يكون

إثبات جريمة الزنا بأي من وسائل الإثبات الآتية:

أ/ الشهادة :

أجمع الفقهاء على أن الشهادة من وسائل إثبات جريمة الزنا إذا توفرت شروطها المطلوبة ، وهي من حيث العدد يجب أن تكون صادرة من أربعة عدول ، وعليه إذا كانت صادرة من عدد أقل من ذلك وجب إقامة حد القذف عليهم لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلُدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (النور: ٤)، ولقد وردت أحاديث في هذا الشأن بالإضافة للتطبيق العملي لصحابة رسول الله صل الله عليه وسلم لهذا الأمر والدليل على ذلك ما رواه قسامة بن زهير أن زياد لما سأله عمر قال : أما الزنا فلا أشهد ولكن قد رأيت أمراً قبيحاً ، قال عمر : الله أكبر حدوهم ، فجلدوهم^{٥٧}.

وللشهادة شروط عامة وشروط خاصة فمن الشروط العامة البلوغ لقوله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ (البقرة: ٢٨٢) والصبى ليس من الرجال، ومن الشروط العامة العقل وحفظ الكلام والعدالة والإسلام .

أما الشروط الخاصة فنقصد بها الشروط المتعلقة بشهادة جريمة الزنا ومنها الذكورة والأصالة وعدم تقادم الحد ، وأن تكون الشهادة في مجلس واحد وأن يكون عدد الشهود أربعة ، وأن يقتنع القاضي بشهادة الشهود ، وأن يصف الشهود الزنا الذي رأوه وصفاً يؤكد توافر أركان جريمة الزنا .

ب/ الإقرار :

يعتبر الإقرار من وسائل الإثبات المهمة لجريمة الزنا ، ويقصد به إقرار الزاني وإعترافه على نفسه بواقعة الزنا ، وهو بهذا الوصف من أقوى وسائل الإثبات .

وحتى يتم الأخذ بالإقرار وإصدار الحكم عليه فهناك عدة مسائل تتعلق به منها عدد مرات الإقرار حيث هناك بعض من الفقهاء أشتراط فيه أن يكون عدده أربع مرات ، قياساً على عدد الشهود الأربع^{٥٨} ، والمسألة الثانية المتعلقة بالإقرار هو مجلسه حيث اشتراط ابوحنيفة أن يكون الإقرار في مجالس مختلفة حتى ولو أمام واحد^{٥٩} ، ومن المسائل المتعلقة بمضمون الإقرار أن يكون تفصيلاً ليؤكد وقوع فعل الزنا المجرم وفي ذلك يقول ابن نجيم : (لا يقوم لفظ مقام الزنا ، ويقول إن الإمام يسأل عن ماهيته وزمانه ومكانه والمزنية فيه^{٦٠} ، ومن شروط الإقرار أن يكون صادراً من عاقل مختار ، وأن يكون صريحاً لا لبس فيه ولا يقبل التأويل .

ج / القرائن :

من القرائن التي تعتبر وسيلة إثبات ويؤسس عليها الحكم في جريمة الزنا حمل غير المتزوجة ، أو التي لا يعرف لها زوج ، ويلحق بذلك احترازاً المتزوجة بصبي أو المجهول ، وكذلك التي ولدت المولود كاملاً لمدة أقل من ستة أشهر من يوم العقد^{٦١} .

د / اللعان :

ويعتبر اللعان وسيلة إثبات لجريمة الزنا لمن وجد مع أهله شخص في معاشرة جنسية كاملة

دون أن يكون له شهود على ذلك ، أخرج الواحدي عن عبد الله قال : أنا ليلة الجمعة في المسجد إذ دخل رجلٌ من الأنصار فقال : لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ ! فقال اللهم أفتح : فنزلت آية اللعان^{٦٢} ، ويشترط في اللعان حتى يكون الحكم صحيحاً قيام الزوجية الصحيحة التي لا لبس فيها ، كما زاد الحنفية على ذلك بشرط أن تكون الزوجة حرة مسلمة .

وقد نص قانون الإثبات السوداني على أنه تثبت جريمة الزنا بأي من الطرق الأتية (الإقرار الصريح بذلك أمام المحكمة ما لم يعدل عنه قبل البدء في تنفيذ الحكم ، شهادة أربعة رجال عدول ، الحمل لغير المتزوجة إذا خلا من شبهة ، نكول الزوجة عن اللعان بعد حلف زوجها يمين اللعان)^{٦٣} .

فهذه المادة من القانون وبتلك الشروط التي تنص عليها تؤكد ما أشرنا إليه وهو أن القانون تأثر كثيراً بالفقه ، لذلك كل نصوصه جاءت مطابقة لما أتى به الفقه .

المطلب الثالث**عقوبة جريمة الزنا في الفقه والقانون**

جريمة الزنا إذا توافرت شروطها وأركانها الأساسية ووسائل الإثبات الخاصة بها فإن عقوبتها تختلف ما بين الأشخاص بعامل الإحصان .

فعقوبة جريمة الزنا للمحصن هي الرجم أي القتل بالحجارة ، بغض النظر إن كان الزاني رجلاً أو امرأة ، فهذه العقوبة أساسها الإحصان وليس الجنس ، وهناك من أضاف الى عقوبة الرجم عقوبة الجلد^{٦٤} .

ولما كان الإكراه سبباً من أسباب الضرورة أو هو نوع منها، فقد نصت الشريعة على عدم إباحة بعض المحظورات عند الإكراه، لغلبة ضررها وكونها في أعلى مراتب الحظر وذلك كالكفر والقتل، وهناك بعض من الضرورات تجعل من الفعل مباحاً، هذا إذا كان الفعل المكروه به أدنى مرتبة من مراتب الحظر، فترتيب الحظر جعل من الفعل الواقع تحت الإكراه مباحاً عند البعض وغير مباح عند الآخرين ولكن قبل الدخول في تفاصيل هذا الأمر علينا بيان مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الجنائية، لأنه على هذا الأساس يتضح تأثير الإكراه على جريمة الزنا.

المطلب الأول

أساس المسؤولية الجنائية

في الشريعة الإسلامية

فقهاء الشريعة الإسلامية نظروا إلى أساس المسؤولية الجنائية للإنسان بناءً على مسألة الجبر والإختيار في التصرفات وكانت آرائهم على ثلاث مذاهب:

الأول: مذهب الجبر المطلق:

ويرى أصحاب هذا المذهب وهم الجهمية^{٦٧}، أن الإنسان مجبر في أفعاله ولا قدرة له ولا اختيار وأن الأفعال كلها تنسب إلى الله مثلها ومثل حركة الشمس والقمر والرياح وأن الله هو خالق أفعال العباد^{٦٨}، واستدلوا في ذلك على قوله تعالى ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ (الصافات: ٩٦) وقوله تعالى ﴿وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾ (الإنسان: ٣٠).

أما عقوبة جريمة الزنا لغير المحسن فهي الجلد مائة جلدة ثم التغريب لمدة عام، إستناداً على قوله صل الله عليه وسلم: (خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام)^{٦٥}. وفي عقوبة التغريب يرى الإمام مالك قصرها على الذكر دون الأنثى، ومفهوم التغريب نفسه يرى الحنفية أن المقصود به هو حبس الزاني في البلد المغرب اليه، والمقصود بالإحصان هو قيام الزوجية الصحيحة التي لا لبس فيها.

وقد نص القانون الجنائي السوداني على عقوبة الزنا بقوله (من يرتكب جريمة الزنا يعاقب بالإعدام رجماً إذا كان محصناً، وبالجلد مائة إذا كان غير محصن، ويجوز أن يعاقب غير المحسن الذكر بالإضافة إلى الجلد بالتغريب لمدة سنة)^{٦٦}.

ولم يقف القانون عند هذا الحد بل أشار في نفس المادة الفقرة الثالثة منها إلى أن الإحصان الذي يعد سبباً في تغيير العقوبة أشترط فيه قيام الزوجية الصحيحة وقت ارتكاب الجريمة وذلك بالدخول.

المبحث الرابع

أثر الإكراه على جريمة الزنا من منظور فقهي
من المعلوم أن المقياس الحقيقي لإباحة الإقدام على المحرمات أو عدم إباحتها في حالات الاضطرار، يرجع إلى الموازنة والترجيح بين ضرر الأخذ بأحكام الضرورة وضرر عدم الأخذ بها والعبرة بالغالب، فحيث غلب ضرر الأخذ بالضرورة كان عدم الأخذ بها أولى، وحيث غلب ضرر عدم الأخذ بالضرورة كان الأخذ بها أوكد وأرجح.

الثاني : مذهب الاختيار :

ويرى أصحاب هذا المذهب عكس ما يراه أصحاب المذهب السابق من الجبر المطلق ، وبذلك النهج يرون أن الإنسان يتمتع بإرادة حرة واختيار كامل فيما يقدم عليه من أفعال وتصرفات، وأن الإنسان إذا أقدم على فعل وتصرف معين فهو حر في ذلك مع استطاعته على عدم الإقدام للفعل، وحتى يقدموا الدليل على ما ذهبوا إليه قالوا ليس من العدل الالهي أن يفرض الله على العبد عملاً معيناً ثم يجاسبه عليه ، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (الذثر: ٣٨) وقوله تعالى: ﴿إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا﴾ (الإنسان: ٣)، وأصحاب هذا المذهب هم المعتزلة الذين ينسبون إلى واصل بن عطاء^{٦٩}.

الثالث : المذهب التوفيقي :

وأصحاب هذا المذهب عملوا على التوفيق بين المذهبين السابقين ، وبذلك اتخذوا منهاجاً وسطاً ، حيث أنهم لا يعترفون بالجبر المطلق كأصحاب المذهب الأول ولا الاختيار الكامل كأصحاب المذهب الثاني ، وبالتالي يرون أن الإنسان له الحرية والاختيار في مباشرة الأفعال، أما نتائجها فهي من خلق الله تعالى وعلى حسب رأيهم أن لله تعالى خلق الفعل والقدرة على إيقاعه وللعبد الإرادة له فهو يتصرف فيه كما يريد^{٧٠}، ويتفق أصحاب هذا المذهب وهم الأشاعرة^{٧١} مع المعتزلة في إسناد المسؤولية الجنائية على حرية الإنسان واختياره للتصرفات والأفعال التي تصدر منه ، إلا أنهم يختلفون معهم في مدى هذه الحرية فهي عند المعتزلة حرية مطلقة وعند الأشاعرة مقيدة

لأنهم يرون أن العبد حر مختار في مباشرة الفعل إلا أنه ليس خلق لهذا الفعل ، ويعتبر هذا المذهب لتوسطه بين المذاهب من أفضل المذاهب في تبرير التصرفات التي تصدر من البشر .

المطلب الثاني

أثر الإكراه على جريمة الزنا

في الشريعة الإسلامية

ونحن نتحدث عن أثر الإكراه لا بد من الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية جاءت بأحكام عامة للإكراه تسري على جميع الجرائم بما فيها جريمة الزنا ، ثم أتت بأحكام خاصة بالإكراه على جريمة الزنا بالتحديد من القرآن الكريم وسنة المصطفى صل الله عليه وسلم وما عليه من تطبيقات عملية من صحابة رسول الله صل الله عليه وسلم.

أولاً : الأحكام العامة :

يقول الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَبْلَهُ مَبْرُورٌ﴾ (الأنعام: ١٠٦)، ويقول المولى عز وجل في آية أخرى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (البقرة: ١٧٣)، ويقول في آية أخرى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (الأنعام: ١١٩).

فكل هذه الآيات تحمل أحكاماً في صياغها ومضمونها تؤدي كمبدأ عام إلى رفع المسؤولية الجنائية عن كل من وقع عليه الإكراه سواءاً لجريمة زنا أو غيرها من الجرائم، والقول كمبدأ عام لأن هناك بعض الجرائم لا أثر للإكراه في إباحتها ورفع المسؤولية الجنائية عنها ومنع ترتيب العقاب عليها.

أشد وطأة وأفحش من الصبر على القتلوفي ذلك ترجيح للامتناع عن ارتكاب الجريمة على ما هدد به الشخص^{٧٦}، والسبب في ذلك يرجع لأن حرمة الزنا ثابتة في العقول قبل وروده في الشرع استناداً على قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ (الإسراء: ٣٢)، وما كان فاحشة في العقل وقبل ورود الشرع لا يحتمل الرخصة كقتل المسلم بغير حق وكذلك الزنا^{٧٧}.

كما أستدلوا أيضاً بأن الزنا بمثابة القتل، لأن نسب الولد منقطع من جهة الزاني، ولا تجب عليه النفقة لانعدام النسب، ولا على المرأة لعجزها فيهلك الولد فكل هذه المعطيات تشير إلى أن عدم الإستجابة لعامل الإجبار في جريمة الزنا أولى من ارتكابها^{٧٨}.

الثاني: وفي القول الثاني جرى التفريق بين الرجل والمرأة في ارتكاب الجريمة بناءً على الإكراه، حيث أنه يباح للمرأة ولا يباح للرجلوهو قول أغلب الحنفية، وفي رأيهم هذا استدلوا بأن المرأة تكره لأن وظيفتها التمكين، غير ذلك فهي مفعول بها وليس من جهتها مباشرة الفعل، بخلاف الرجل فإنه مباشر لفعل الزنا مستعمل لألته في ذلك^{٧٩}، كما استدلوا أيضاً بأن نسب الولد لا ينقطع من جهتها فلا يكون في معنى القتل من جانبها^{٨٠}، وقد رجح ابن القيم من الحنابلة هذا الرأي^{٨١}، ومعنى هذا الرأي أن جريمة الزنا بدافع الإكراه تعفي المرأة من المسؤولية الجنائية ولا تترتب عليها عقوبه، بينما لا يترتب ذلك الحكم على الرجل .

ولم يفرق ابن حزم بين الرجل والمرأة في حالة الإكراه على الزنا في نفي الإثم ودرء الحد، كما أنه لم يلتفت إلى دعوى الانتشار وعدمه^{٨٢}.

وكذلك سارت سنة الحبيب المصطفى صل الله عليه وسلم على هذا النهج في سبيل رفع المسؤولية عنم أكره على فعل شيء ما ، والشاهد والدليل على ذلك من قول المصطفى صل الله عليه وسلم قوله: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما أستكرهوا عليه)^{٧٢} .

ثانياً : الأحكام الخاصة :

من الأحكام الخاصة بالإكراه على الزنا ما ورد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (النور: ٣٣) ، ففي هذه الآية إن الإكراه على الزنا يعفي من المسؤولية الجنائية ، وأن الله لا يحاسب المكرهات على ما حدث من زنا ، وبناءً على ذلك يدفع الحد ممن وقع عليه الإكراه .

ومن السنة الكريمة ما روى عن عبد الجبار بن وائل^{٧٣} عن أبيه قال: (أستكرهت امرأة على عهد رسول الله صل الله عليه وسلم فدرأ الحد عنها ، وأقامه على الذي أصابها ولم يذكر أنه جعل لها مهراً)^{٧٤} .

وفي أثر الإكراه على جريمة الزنا اختلف

الفقهاء على عدة أقوال :

الأول: أن الزنا لا يباح ويأثم فاعله ويعاقب ذكراً كان أو أنثى، بحيث أنه لو امتنع (المكره) حتى قتل لكان مأجوراً، لأنه امتنع عن ارتكاب الحرام وبذل نفسه في ذلك ابتغاء مرضاة الله تعالى في الوقوف عند حدوده وعدم تجاوزها وهذا قول جمهور الفقهاء^{٧٥}.

واستدل أصحاب هذا القول أيضاً في بيان أثر الإكراه على جريمة الزنا بأن مفسدة الزنا

هذا الرأي بكثير من الأحاديث المروية بهذا الشأن، ومن ذلك ما أورده الترمذي في سننه عن وائل بن حجر قال: (استكرهت امرأة على عهد رسول الله صل الله عليه وسلم فدرأ عنها رسول الله صل الله عليه وسلم الحد وأقامه على الذي أصابها)^{٨٦}.

وعن ابن شهاب: أن عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصدقتها على من فعل ذلك بها. قال مالك رحمه الله معلقاً: (الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرًا كانت أو ثيبًا، أنها إن كانت حرة فعليه صداق مثلها، وإن كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها، والعقوبة في ذلك على المغتصب، ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك، وإن كان المغتصب عبدًا فذلك على سيده إلا أن يشاء أن يسلمه)^{٨٧}.

وجيء إلى أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه بامرأة مع رجل قد فجر بها، فقالت المرأة: لقد استكرهني والله يا أمير المؤمنين، فدرأ عنها الحد^{٨٨}.

أما إذا كان الإكراه واقعاً على الرجل، فالمختار عند الحنابلة وابن عبد الحكم وابن الماجشون من المالكية وجوب الحد عليه، ودليلهم أن تحقق الزنا لا يكون إلا بانتشار العضو، والانتشار لا يحصل إلا بالطمأنينة وسكون النفس، ولا يكون مع الخوف والتهديد، والمستكره بخلافه، فإذا حصل منه الانتشار فهو دليل على الطواعية والإختيار^{٨٩}.

وذهب غير من ذكرنا من المالكية إلى القول بعدم الحد، قال ابن العربي: (الصحيح أنه يجوز له الإقدام عليه ولا حد عليه، خلافاً لابن الماجشون فإنه

ويبدو أن القول الأول القاضي بحرمة ذلك على الرجل والمرأة دون التفريق بينهما أولى بالترجيح، لأن مباشرة فعل الزنا يقع من المرأة كذلك شأنها في ذلك شأن الرجل، ولذلك رد الكاساني من الحنفية على أصحاب مذهبه استدلالهم قائلًا: (وهذا فيه نظر، لأن فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة، ألا ترى أن الله سبحانه وتعالى سماها زانية، إلا أن زنا الرجل بالإيلاج وزناها بالتمكين، والتمكين فعل منها، لكنه فعل سكوت، فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة، فينبغي أن لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة، فلا يرخص للمرأة كما لا يرخص للرجل)^{٨٣}.

والدليل الثاني على المساواة بين الرجل في أثر الإكراه هو أن معنى القتل موجود من جانب المرأة كما موجود من جانب الرجل، هذا بالإضافة إلى أن الزنا لا يمكن أن يحصل من الرجل بمفرده، فلا بد من التقاء مع المرأة، وهو بهذا الاعتبار قتل شاركت فيه المرأة كذلك^{٨٤}.

وفي سبيل التفريق بين الرجل والمرأة قال الفقهاء إذا كان الإكراه واقعاً على المرأة، وذلك بأن أكرهت على الزنا ولم تستطع دفعه عنها فمكنت نفسها خشية وقوع الضرر بها، فالمشهور عند جماهير الفقهاء أنه لا يجب عليها بذلك الحد^{٨٥}، واحتجوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا قِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِيَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (النور: ٣٣)، ووجه الاستدلال أن الآية تنفي الإثم على المستكرهة، وإذا انتفى الإثم تمام الانتفاء ارتفع الحد، ويتأكد

وعليه يمكن القول بأن الرأي الراجح والأعم هو الذي يقضي بعدم وجوب الحد على الزاني بالإكراه من غير تفريق بين الرجل والمرأة وذلك لعدة أسباب:

الأول: لعموم المعنى والخطاب في قوله صل الله عليه وسلم: (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه)^{٩٣}، فالحديث لا يفرق بين إكراه وإكراه، كما أنه لم يفرق بين الرجل والمرأة.

الثاني: لأن الإكراه يورث شبهة قوية لدرء الحد (والحدود تدرأ بالشبهات) والمرجعية في ذلك ما أخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صل الله عليه وسلم قال: (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلمين مخرجاً فخلوا سبيلهم، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)^{٩٤}.

الثالث: أما قولهم إن الإكراه ينافي الانتشار، فليس دليلاً على الرضا والطوعية، لأن النائم تنتشر آلتها طبعاً والاختيار منعدم، وقد رجح هذا الرأي ثلثة من المعاصرين^{٩٥}، وهذا في حد ذاته سبباً لترجيح هذا القول عن غيره من الأراء التي ذكرت.

المبحث الخامس

أثر الإكراه على جريمة الزنا

من منظور قانوني

الإكراه في القانون هو الضغط على إرادة الغير بحيث تشكل وفقاً لإرادة من يباشر الإكراه^{٩٦}، والإكراه قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، والإكراه المادي يتمثل في عنف يباشر على جسم الإنسان والذي قد يكون مصدره قوه

الزومه الحد، لأنه رأى أنها شهوة خلقية لا يتصور عنها إكراه، ولكنه غفل عن السبب في باعث الشهوة، وأنه باطل، وإنما وجب الحد على شهوة بعث عليها سبب اختياري، فقاس الشيء على ضده فلم يحل بصواب ما عنده (لم يحل: أي لم يتزين).^{٩٠}

الثالث: والقول الثالث قائم على نوع الإكراه إن كان ملجأً أو غير ملجئ، وعليه الظاهر عند الحنفية درء الحد بالإكراه إذا كان ملجئاً أو تاماً أو مادياً والإكراه الملجئ عندهم ما كان واقعاً من السلطان، لأن الإكراه من غيره لا يتحقق، لتمكن المستكره من الاستغاثة بالسلطان، بخلاف ما لو أوقعه عليه السلطان فلا يجد حينئذ غوثاً^{٩١}، وقال الشافعية في المعتمد عندهم: لا يجب الحد على المستكره على الزنا سواء كان الإكراه تاماً أم ناقصاً، لأن الإكراه أيًا كان نوعه يورث شبهة كافية لدرء الحد^{٩٢}.

وبالرغم من أن الإكراه ينتج أثره على الزنا في نفي المسؤولية الجنائية بوضوح تام، بحكم أن هذا الشيء وارد في نصوص قطعية الدلالة سواء من الكتاب أو السنة، إلا أنه في بعض الحالات يتأثر الحكم على الإكراه بالظرف الذي تم فيه، فعلى سبيل المثال المرأة التي استسقت الراعي في الصحراء والذي رفض أن يسقيها إلا أن تمكنه منها فهذا يعتبر إكراه، ولكن نفس هذه المرأة إذا استسقت شخصاً داخل مدينة عامرة فأبى أن يسقيها دون أن تمكنه من نفسها فهذا لا يعتبر إكراه، وعليه وبالرغم من تشابه الأركان المادية والمعنوية في الحالتين إلا أن الحكم في أثر الإكراه على الزنا يختلف من الحالة الأولى عن الحالة الثانية لاختلاف الظرف الذي حدث فيه.

أن يسلك طريق الخير ، وإن سلك طريق الشر يكون بإختياره وهنا تنشأ مسؤوليته الجنائية عن فعله^{٩٨}.

الثاني:

المذهب الواقعي (مذهب الجبرية) :

يرى أصحاب هذا المذهب أن أفعال الإنسان إنما هي نتيجة لأسباب حتمية مؤدية إليها ، فالجريمة عندهم ليست نتيجة حرية الاختيار وإنما ترجع لعوامل داخلية تتمثل في (التكوين الذهني والبدني للشخص)، وعوامل خارجية تتعلق (بالبيئة الإجتماعية والظروف المحيطة بالشخص) ، وعليه يعتبرون أن تصرفات الشخص ما هي إلا استجابة للظروف التي تدفعه للجريمة^{٩٩} ، ومن الانتقادات التي وجهت لهذا القول أنه إذا كان مقبولاً بالنسبة للشخص الذي لا يتمتع بقواه العقلية ، فإنه غير مقبول بالنسبة للشخص السليم لأن إرادته لها الدور الأكبر في ارتكاب الجريمة إلا إذا كان واقعاً تحت تأثير الإكراه^{١٠٠}.

الثالث:

المذهب التوفيقي :

أخذ أصحاب هذا المذهب منهجاً وسطاً بين المذهبين السابقين تفادياً للانتقادات التي وجهت لهما ، حيث يرى أصحاب هذا المذهب أن الحرية المطلقة أمر غير مقبول ، ومن غير المقبول أيضاً القول بالخضوع التام لقوانين السببية والحتمية، والحقيقة في التوسط بين القولين السابقين ، فالإنسان يتمتع في الظروف العادية بحرية ولكنها حرية مقيدة ، فهناك عوامل لا دخل لإرادته فيها تعمل على توجيه سلوكه ولكن لا تصل

إنسانية ، كمن يمسك بيد آخر ويحركها على نحو يجعله يثبت في محرر بيانات مخالفة للحقيقة ، أو إذا حرك شخص يد آخر فجعلها تضرب شخصاً ثالثاً ، وفي هذه الحالة نبحت عن المسؤولية فيمن استعمل القوة لا فيمن كان مجرداً أداءه في يده .

وقد يكون مصدر الإكراه المادي قوة طبيعية أو غير إنسانية وهذه الحالة يطلق عليها في تعبير " القوة القاهرة " إذا كانت القوة مصدرها خارج شخص المكره ، ويعتبر الحادث الفجائي إذا كانت القوة راجعة إلى أسباب داخلية في شخص المكره^{٩٧} ، ومن أمثلة الإكراه المادي المسمى بالقوة القاهرة الزلازل والرياح والفيضانات ومن أمثلة الإكراه المادي المتخذ شكل الحادث الفجائي المرض والعمى المفاجئ ، فمن يصاب وهو يقود سيارته بعمى مفاجئ فيتسبب في إصابة احد المارة لا يسأل عن فعله لانتفاء الخطأ في جانبه .

المطلب الأول

أساس المسؤولية الجنائية

في التشريعات الوضعية

فقهاء القانون الجنائي الوضعي نظروا إلى أساس المسؤولية الجنائية للإنسان بناءً على مسألة الجبر والاختيار في التصرفات وكانت آراؤهم على ثلاث مذاهب :

الأول :

المذهب التقليدي (مذهب الحرية والاختيار):

يرى أصحاب هذا المذهب أن الإنسان حر في تصرفاته وهو الحاكم والمسيطر عليها ، فأمامه طريقان أحدهما الخير والثاني الشر، وله حرية اختياره لأحدهما ، ولكنه بحكم طبيعة العقل عليه

هذه الأفعال التي تؤدي إلى القتل العمد أو التي ترتكب ضد الدولة وكانت العقوبة المترتبة عليها هي الإعدام، فالشخص مسؤولاً عنها مسؤولية تامه دون أن يكون للإكراه أثر على فعله ، وعليه وبمفهوم المخالفة فإن أي فعل صدر من شخص مسلوب الإرادة بسبب الإكراه فإن فعله هذا لا يعتبر جريمة، هذا إذا ما توافرت الشروط المادية والمعنوية لحالة الإكراه حتى وإن كان زنا .

لأن حصر المشرع اعتبار التجريم حتى تحت تأثير الإكراه في (القتل العمد أو الجرائم ضد الدولة المعاقب عليها بالإعدام) يفهم منه ما عداها ليس بجريمة، وبالتالي فإن العقوبات لا تسري إلا على الأفعال المحددة في نظر القانون .

ففي إقدام الشخص على فعل تحت تأثير الإكراه ينتج عن تصرفه تحت هذا الظرف إعفاءه من المسؤولية الجنائية وأن كان فعله زنا لتخلف الركن المعنوي لهذه الجريمة وهو القصد الجنائي وكذلك الإرادة الحرة ، وقد ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان ضد الحاجة الحسين سليمان م ع / م ك / على أن وطء بإكراه سواء نتج عنه حمل أو لم ينتج ليس بجريمة مطلقاً حدية أو غير حديه في حق المرأة لانعدام الرضا والموافقة أي التعمد الجنائي^{١٠٤} .

كما أشار القانون الجنائي السوداني أيضاً إلى هذه الجريمة والتي تعتبر اغتصاباً بقوله (يقال عن الرجل ارتكب جريمة الاغتصاب إذا واقع امرأة رغم إرادتها وبغير رضاها ، على أن رضا المرأة دون السادسة عشر من عمرها بتلك الواقعة لا يعتبر رضا بالمعنى المقصود إذا كان الفاعل

إلى حد فرض الفعل عليه ، وإنما تترك له جزء من الحرية يتصرف فيه ، وهذا الجزء كافياً لكي تقوم المسؤولية الجنائية على أساسه .

واستقرت الآراء على أن أساس المسؤولية الجنائية الإرادة الحرة المدركة، حيث اشترطت القوانين الجنائية لمساءلة الإنسان عن الجريمة التي يرتكبها أن تكون لديه حرية الاختيار وقدرة توجيه نفسه للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل تقوم به الجريمة، أما إذا توفرت الظروف الخارجية انتفت عنه الحرية وأجبرته على هذا الفعل فلا مسؤولية جنائية عليه^{١٠١} .

المطلب الثاني

أثر الإكراه على جريمة الزنا

في التشريعات الوضعية

بعد التعرض لهذه المذاهب المختلفة يمكن القول بأن القوانين الجنائية الوضعية لم تأخذ بأثر الإكراه على المسؤولية الجنائية على شكل واحد، وإنما اتجهت في ذلك إلى عدة اتجاهات^{١٠٢}، فعلى سبيل المثال ينص القانون الجنائي السوداني على أنه (فيما عدا القتل العمد أو الجرائم ضد الدولة المعاقب عليها بالإعدام ، لا يعد الفعل جريمة إذا أكره عليه الشخص بتهديدات تجعله عند ارتكابه متخوفاً لإسباب معقولة من موت عاجل يصيبه إن لم يفعله)^{١٠٣} ، ويفهم من هذا النص الذي جاء بعموميته مستثنياً بعض الجرائم المعاقب عليها حتى وإن حدثت تحت تأثير الإكراه وهي القتل العمد أو الجرائم ضد الدولة المعاقب عليها بالإعدام ، فهذه الجرائم بعينها لا يعتد بها في الإعفاء من المسؤولية الجنائية ، بمعنى أنه من تصدر منه

لحرية الإختيار لوقوعه بغير إختياره تحت تأثير التهديد بإنزال أذى جسيم حال يصيب النفس أو المال)^{١٠٨}، فمضمون قول المشرع (لا يسأل جزائياً) نفي المسؤولية الجنائية التي يترتب عليها عدم تطبيق العقوبة، ولكن ورد في صياغة هذه المادة ما يفيد بقصر أثر الإكراه الذي يمنع من المسؤولية والعقاب على حالة الإكراه المادي دون المعنوي وهو قوله (تحت تأثير التهديد بإنزال أذى جسيم)، ويفهم أيضاً من نص هذه المادة عدم التمييز بين جرائم الاعتداء على النفس وغيرها من الجرائم بما في ذلك جريمة الزنا.

وذهب القانون العراقي إلى القول (لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها)^{١٠٩}، فهذه المادة ذهبت إلى ما ذهبت إليه المواد السابقة في نفي المسؤولية وعدم تطبيق العقاب، ولكنها أشارت إلى شرط الإكراه المانع من المسؤولية وهو أن القوة المادية أو المعنوية التي أكرهت الشخص وأجبرته على الفعل ليس في مقدوره دفعها، بينما لم تشر هذه المادة إلى الشروط الأخرى التي يعتد بها في الإكراه^{١١٠}.

وجاء في القانون المصري (لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس وعلى وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن بإرادته دخل في حله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى)^{١١١}.

وذكر القانون الأردني بأنه (لا عقاب على من أقدم على ارتكاب جرم مكرهاً تحت طائلة التهديد وكان يتوقع حين ارتكابه ذلك الجرم، ضمن دائرة المعقول الموت العاجل أو إلى ضرر بليغ يؤدي إلى

معلمها أو وصيها أو أي شخص عهد إليه تعليمها أو رعايتها)^{١١٠}، ومن الملاحظ على هذه المادة اعتبار الاغتصاب يعني عن المسؤولية الجنائية لانعدام الرضا التام، أو وجود رضا ولكنه مشوب بعيب في العمر كمن صدر عن دون السادسة عشرة، أو مشوب بالأمر إذا وقع ذلك الفعل من الوصي والمعلم والمعهد إليه بالرعاية، فكل هذه العوامل المذكورة لا يعتد بها في الرضا، ومن الملاحظات أيضاً أنها قصرت الجريمة على لفظ (امرأة) دون الدخول في تفاصيل إن كانت متزوجة أو غير ذلك، وبقولها امرأة أخرجت جريمة اللواط من هذا الحكم^{١١٦}.

وهناك تشريعات ذهبت إلى ما ذهب إليه المشرع السوداني في اعتماد الإكراه سبباً مانعاً من تطبيق العقاب واعتباره من موانع المسؤولية الجنائية على كافة الجرائم ومنها جريمة الزنا موضوع دراستنا، ومن هذه التشريعات القانون السوري والقانون اللبناني والتي جاء فيها (لا عقاب على من أكرهته قوة مادية أو معنوية لم يستطع إلى دفعها سبباً)^{١١٧}، وفي هذه التشريعات وبالتحديد في قول المشرع (لا عقاب) دليل على نفي المسؤولية الجنائية عن كل شخص صدرت منه أفعال وهو تحت تأثير أي قوة بغض النظر إن كانت مادية ومعنوية، بشرط ألا يكون في مقدور ذلك المكره دفع تلك القوة أو اتقاؤها، وعليه من أقبل على فعل وهو تحت تأثير الإكراه فلا يشكل فعله جريمة بغض النظر عن نوعه زنا أو غيره، وفي هذه الحالة يظهر أثر الإكراه على جريمة الزنا موضوع بحثنا.

وفي القانون الكويتي جاء (لا يسأل جزائياً من يكون وقت ارتكاب الجريمة فاقداً

تشويه أو تعطيل أي عضو من أعضائه بصورة مستديمة فيما لو امتنع على ارتكاب المكره على اقترافه وتستثنى من ذلك جرائم القتل^{١١٢}.

عطفاً على ما سبق أشار القانون إلى أن هناك علاقة وصلة وثيقة بين موانع المسؤولية الجنائية وشروط المسؤولية الجنائية وهي (الوعي والإدراك) ، وبالتالي إذا إنتفى هذين الشرطين أو أحدهما إنتفت المسؤولية الجنائية ، فعلى سبيل المثال القصر دون السابعة ينتفي فيه الوعي وتنتفي فيه المسؤولية الجنائية ، وكذلك الإكراه المعنوي تنتفي فيه حرية الإرادة الأمر الذي يؤدي إلى عدم المسؤولية الجنائية عن الفعل^{١١٣}.

لذلك لم يحصر القانون موانع المسؤولية الجنائية بل جعلها قائمة على نتائج عامة لا يمكن أن يتصور وجودها لحظة وضع التشريع أو القانون فالعبرة بما حدث من إكراه وليس ما ورد في القانون ، لأنه قد تظهر بعض الحالات بسبب التقدم العلمي يزول فيها الوعي والحرية لم تكن معروفة عند سن التشريع ، لذا كان الإكراه عاملاً مؤثراً في الحرية وبالتالي مانعاً من المسؤولية وتطبيق العقاب وإن لم ينص المشرع على ذلك^{١١٤}.

تأثير الإكراه كمانع للمسؤولية نطاق شخصي يقتصر على من توافر لديه ، لأن ذلك ينصرف على الإرادة التي تعتبر قوة نفسية بطبيعتها لدى ذلك الشخص ، كما أن الوقت الذي يتعين فيه أن يتوافر فيه الإكراه كمانع للمسؤولية وينتج تأثيره وله أثره هو وقت ارتكاب الفعل وليس وقت تحقق الفعل وليس وقت تحقق النتيجة الإجرامية^{١١٥}.

وما يمكن الإشارة إليه أن المواد القانونية التي ذكرت الإكراه استخدمت عبارات (لا يعد الفعل جرمًا) وتعبير (فلا يعد ما وقع منه جناية أو جنحة) ، ويفهم من هذه التعبيرات المستخدمة أن الإكراه سبباً من أسباب الإباحة ، وهذا غير صحيح لأن الإباحة تفترض انعدام الركن الشرعي للجريمة ونفي صفة التجريم عن الفعل المرتكب ، في حين أن الإكراه لا أثر له على الركن الشرعي للجريمة وإنما يكون أثره وتأثيره على الركن المعنوي ، وبسبب هذا الخلل المعنوي يقدم الشخص على الفعل دون توفر القصد لارتكابها .

كما أن التشريعات الجنائية عند تناولها لموضوع الإكراه والمسؤولية الجنائية تناولت أثر الإكراه على من أجبر على الفعل (المكره) ، ولم تتناول الأثر بالنسبة لمن قام بذلك الإجبار والذي كان سبباً في إقدام الشخص على الفعل دون إرادته ، إلا أن هناك بعض القوانين تناولت هذا الأمر وبالتحديد في تغليظ وتشديد العقوبات على من قام بذلك الإكراه والضغط على إرادة الغير والزامه بأداء فعل أو الامتناع عن فعل من غير إرادته وحرية اختياره وبالتحديد في جرمتي السرقة والاعتصاب^{١١٦}.

وعليه يعتبر الإكراه على جريمة الزنا مانعاً من موانع من تطبيق العقاب بناءً على المبررات والإشترطات التي وضعتها التشريعات بمختلف ميولها وتعبيراتها المختلفة سواء المتعلقة بالظرف الذي تم فيه الإكراه أو أطراف الجريمة المرتكبة .

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة لقد توصلت إلى عدد من النتائج والتوصيات التي يمكن أن يكون لها دور في توضيح أثر الإكراه على جريمة الزنا من الناحية الشرعية ومن جانب القانون الوضعي ، بالإشارة إلى آراء كافة الأطراف ومن كان لهم الرأي في هذا الموضوع ، مع توضيح الحجة والمبررات التي أدت الأخذ بتلك الأحكام بناءً على تلك الآثار.

أولاً / النتائج :

١. وردت عدة تعريفات للإكراه سواء في الفقه الشرعي أو الوضعي، وكان بعض منها يتسم بعدم الوضوح والدقة، إلا أن أنسب هذه التعريفات ما يقول بأن الإكراه هو (حمل الغير بطريقة غير مشروعة على أن يقوم بما لا يرضاه من فعل أو امتناع تقوم به الجريمة).
٢. هناك اختلاف فقهي وقانوني حتى بين فقهاء الشريعة وشراح القانون في تحديد الأساس الذي تبني عليه المسؤولية الجنائية عن جريمة الزنا، وسبب الاختلاف مرده الاختلاف في تفسير وفهم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والنصوص القانونية.
٣. التشريعات الجنائية الوضعية لم تتفق على نهج معين ومحدد في بيان أثر الإكراه على المسؤولية الجنائية بصفة عامه وجريمة الزنا على وجه الخصوص.
٤. هناك من التشريعات من أستندت في حكمها على بيان أثر الإكراه بالتحديد، كون القوة المادية والمعنوية هي التي أجبرت الشخص على ارتكاب الجريمة.

٥. أثر الإكراه على المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية يختلف باختلاف الجريمة المرتكبة، وبالتالي فهو يعتبر سبباً من أسباب موانع المسؤولية الجنائية في الجرائم الحدية ومنها جريمة الزنا.
٦. الإكراه لا يبيح إلا الجرائم التي لا يتعدى ضررها إلى غير المكره، وبالتالي الجرائم التي يتعدى ضررها إلى غيره فهي لا تباح.
٧. ظرف الإكراه من أكثر الظروف التي تؤثر على إرادة الإنسان وحرية اختياره، الأمر الذي يستوجب الردع والعقاب لمن مارس هذا الضغط على إرادة الآخرين.
٨. الظروف التي تجعل من الشخص أن يلجأ إلى الفعل أو الامتناع الذي يشكل جريمة لا تنحصر فقط في الإكراه، بل هناك عوامل وظروف أخرى تؤدي إلى نفس النتيجة منها الضرورة والدفاع الشرعي والقوة القاهرة.
٩. الأساس الحقيقي الذي يقوم عليه أثر الإكراه في الإعفاء من المسؤولية الجنائية يتمثل في الرهبة التي تكون هي الباعث لارتكاب الفعل أو الامتناع عنه، وعليه لا يتحقق الإكراه المفسد للإرادة ما لم يتحقق تلك الرهبة.
١٠. تحديد تأثير الرهبة ووسائل الإكراه معيار شخصي ووقتي يختلف من شخص لآخر ومن وقت إلى وقت، كما يتأثر ويتغير بعوامل أخرى مثل السن والجنس والحالة الصحية والمستوى العلمي والثقافي والظرف الذي حدث فيه الإكراه.

٥. ليس من الصواب حصر الإكراه على استخدام الوسيلة غير المشروعة، بل الغاية غير المشروعة تؤدي الى نفس الأثر.
٦. من المهم توحيد نظرة التشريعات الجنائية الوضعية في بيان أثر الإكراه على جريمة الزنا .
٧. تغليظ عقوبة جريمة الإكراه لما لها من أثر في إعدام كرامة المرء وإهدار لإنسانيته وإجباره على سلوك يخالف إرادته وإختياره .
٨. إقرار العديد من التشريعات التي تصب في مصلحة من وقع عليه الإكراه وعلى أفعاله وتصرفاته مراعاة للظرف الذي حدث فيه الإكراه.
٩. إخضاع هذا الموضوع والموضوعات المشابهة له للمزيد من النقاش والبحث للدراسة للوصول إلى الفهم الأمثل الذي يمكن الاعتماد عليه .

المصادر والمراجع

أولاً/ القرآن الكريم .

ثانياً / كتب التفسير :

- أحكام القرآن- تحقيق رضا فرج الهمامي - ط١ - ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م - المكتبة العصرية- بيروت.
- ٢- اسباب النزول - الواحدي - القاهرة - دار الحديث - ط٢ .
- ٣- أحكام القرآن - أبو بكر ابن العربي المالكي - تحقيق محمد عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م .

١١. الإكراه يتحقق في كل الظروف والغايات التي يسعى إليها من قام بالإكراه بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في الإكراه، كما أن الإكراه يتحقق إذا كان الغاية غير مشروعة أيضاً .
١٢. نظرة القوانين الجنائية لأثر الإكراه على جريمة الزنا منها من اعتبره مانعاً من موانع المسؤولية ومنها ما اعتبره مانعاً من العقاب، ومنها ما اعتبره سبباً من أسباب الإباحة، وإن كانت النتائج لا تختلف كثيراً إلا أنه كان من الأجدر أن تأتي على نمط واحد.

ثانياً / التوصيات :

١. الاتفاق على تعريف موحد لمصطلح الإكراه، تكون نتيجته تحديد مفهومه وشروطه وعناصره وأركانها وموانعه، الأمر الذي يترتب عليه الإتفاق في الأحكام والأثار القائمة على الأسس المحددة والمنضبطة.
٢. توحيد وتحديد المرجعية في تفسير الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والنصوص القانونية ، للبحث عن فهم مشترك في بيان أثر الإكراه على جريمة الزنا ضرورة تتطلبه الدراسة.
٣. العمل بالإكراه كمانع من موانع المسؤولية الجنائية وحصانة من العقاب ، يؤدي الى التوسع في الإباحة والتضييق من نطاق التجريم وهذا من أهداف وغايات الشريعة الإسلامية .
٤. من الضروري الاعتماد على عنصر الرهبة لتحديد أثر الإكراه على الأفعال الإجرامية بصفة عامة وجريمة الزنا بصفة خاصة.

ثالثاً / كتب الحديث :

٤- جمهرة اللغة - محمد بن الحسن بن دريد

الأذني - ج ٢ - ط ١ - دار صادر - بيروت

- لبنان - بدون سنة طبع .

٥- لسان العرب - ابن منظور - ج ١٣ .

٦- التعريفات - لعلي بن محمد الشريف

الجرجاني - ط ١ - ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م - دار

النفائس .

٧- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين

الفقهاء - لقاسم بن عبد الله القونوي - ط ١ -

١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م - دار الكتب العلمية .

خامساً / كتب الفقه الإسلامي :

١- المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا - ط ١

- ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م - دار القلم .

٢- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية - ضوابطه

وتطبيقاته - د. صالح بن عبد الله بن حميد -

ط ١ - ١٤٠٣هـ - مركز البحث العلمي وإحياء

التراث الإسلامي - جامعة أم القرى - مكة

المكرمة .

٣- المبسوط - شمس الدين السرخسي - ج ٢٤

- مطبعة السعادة - مصر - ١٣٢٤هـ .

٤- رد المحتار على الدرر المختار المعروف بحاشية

ابن عابدين - ابن عابدين - القاهرة - مكتبة

ومطبعة مصطفى الحلبي .

٥- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي -

عبد العزيز أحمد بن محمد علاء الدين البخاري

- الناشر دار الكتاب الإسلامي - بدون سنة

طبع .

٦- شرح منار الأنوار في أصول الفقه - المؤلف

عبد اللطيف الشهير بأبن ملك - ١٣٠٨هـ .

١- فتح الباري - شرح صحيح البخاري -

ابن حجر - دار المعرفة - بيروت - ١٣٧٩

هجريه .

٢- صحيح مسلم - مسلم بن حجاج القشيري

- تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي -

القاهرة - مكتبة مصطفى البابي الحلبي .

٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - بتحرير

الحافظين العراقي وابن حجر - ١٩٦٧م

- بيروت - دار العربية للطباعة والنشر

والتوزيع

٤- الموطأ - مالك بن أنس الأصبحي - تخريج

وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي - القاهرة -

دار الحديث .

٥- السنن الكبرى - البيهقي - الهند - دائرة

المعارف العثمانية بحيدر آباد - ج ٨ .

رابعاً / كتب اللغة العربية :

١- مختار الصحاح - زين الدين أبو عبد الله

محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي

الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ) - المحقق: يوسف

الشيخ محمد - الناشر المكتبة العصرية -

الدار النموذجية - بيروت - صيدا - الطبعة:

الخامسة - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .

٢- المنجد - الأبجدي - ط ٥ - دار المشرق -

بيروت - لبنان - بدون سنة طبع .

٣- موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية

المعروفة بكشاف اصطلاحات الفنون - للشيخ

محمد اعلى بن علي التهانوي - ج ٥ - شركة

الخياط - بيروت - لبنان - بدون سنة طبع .

- ٧- حاشية الرملي مطبوعة أسنى المطالب - محمد بن أحمد شمس الدين الرملي - القاهرة - المطبعة الميمنية .
- ٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - ط ٢ - ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م - دار الكتاب العربي - بيروت .
- ٩- المدونة الكبرى - للإمام مالك - طدار صادر: ٢٠٩/٣ ، الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي - تحقيق عماد زكي البارودي وخيري سعيد - المكتبة التوفيقية .
- ١٠- تحفة المحتاج بشرح المنهاج - لابن حجر الهيتمي - طبعة دار صادر - بيروت .
- ١١- مظاهر التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية - د. فرج علي الفقيه حسين - ط ٢ - ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م - دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع .
- ١٢- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية - عدنان محمد جمعة - ط ٢ - ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م - دار العلوم الإنسانية - دمشق
- ١٣- الرخص الفقهية من القرآن الكريم والسنة النبوية - للشريف الرحموني - ط ١ - مؤسسات عبدالكريم بن عبد الله تونس .
- ١٤- تفسير التحرير والتنوير - محمد الطاهر بن عاشور - الدار التونسية للنشر .
- ١٥- المغني في الفقه - ابن قدامة - القاهرة - دار الغد العربي - ج ١٠ .
- ١٦- المهذب في فقه الإمام الشافعي - الشيرازي - القاهرة - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - ج ٢ .
- ١٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - مصدر سابق - ج ٢ - ص ٢٨٣ .
- ١٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - القاهرة - ابن رشد - مطبعة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي - ج ٢ .
- ١٩- شرح الخرشي على مختصر الخليل - الخرشي - القاهرة - المطبعة الأميرية - ط ٢ - ج ٨ .
- ٢٠- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠ هـ - ١٥٦٣م) - الطبعة الأولى طبعة المطبعة العلمية سنة ١٣١١هـ - ج ٥ .
- ٢١- ميزان الاعتدال في نقد الرجال - شمس الدين محمد بن احمد الذهبي - ج ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٩٩٥م - تحقيق محمد عوض .
- ٢٢- سير أعلام النبلاء - محمد بن احمد بن عثمان بن قايماز الذهبي - ج ٥ - ط ٩ - تحقيق شعيب الأرنؤط .
- ٢٣- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - للشوكاني - ط ١ - ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م - تحقيق محمود إبراهيم زايد - دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٢٤- الأشباه والنظائر - عبد الرحمن ابي بكر جلال الدين السيوطي - المتوفى: (٩١١هـ) - الناشر: دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م .
- ٢٥- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - ابن القيم - ط ١ - ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م - المكتبة العصرية - بيروت .

- ٢٦- المحلى بالآثار - المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) - الناشر دار الفكر - بيروت الطبعة - بدون سنة طبعة .
- ٢٧- أثر الاضطرار في إباحة فعل المحرمات الشرعية - جمال نادر الفرا - ط ١ - ١٤١٤هـ/١٩٩٣م - دار الجيل.
- ٢٨- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام - لابن فرحون - ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م - بيروت دار الكتب العلمية - ٢٠٣/٢
- ٢٩- فتاوى وأقضية وأحكام الإمام علي - تأليف عرفات القسبي قرون - ط ١٤١١هـ/١٩٩١م - المكتبة الأزهرية للتراث.
- ٣٠- تحفة المحتاج بشرح المنهاج - لابن حجر الهيتمي - طبعة دار صادر - بيروت.
- سادساً / كتب القانون :**
- ١- المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية - توفيق الشاوي - القاهرة - جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالمية (قسم الدراسات) القانونية - ١٩٥٨م
- ٢- شرح قانون العقوبات (القسم العام) - محمود نجيب حسني - ١٩٨٩م - القاهرة - دار النهضة العربية.
- ٣- موجز القانون الجنائي - علي راشد - القاهرة - دار الكتاب العربي - ١٩٥٥م.
- ٤- الأحكام العامة للنظام للجنائي - عبد الفتاح مصطفى الصيفي - ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م - الرياض - جامعة الملك سعود.
- ٥- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون
- الوضعي - عبد القادر عوده - ج ٢ - ١٩٦٤م - مكان النشر والناشر القاهرة - دار العروبة.
- ٦- أحكام جريمة الزنا - عزت مصطفى الدسوقي - القاهرة - المكتب الفني - للإصدارات القانونية - ١٩٩٩م ..
- ٧- جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن - أحمد حافظ نور - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٥٨م .
- ٨- المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي - د. أحمد فتحي بهنسي - ط ٣ - دار الشروق - القاهرة - ١٩٨٤م .
- ٩- نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها - جميل محمد بن مبارك - القاهرة - الناشر دار الوفاء للطباعة والنشر - ١٩٨٨م
- ١٠- قانون العقوبات (القسم العام) - د. مأمون محمد سلامة - الطبعة الثالثة - ١٩٩٠م .
- ١١- قانون العقوبات (القسم العام) - د. محمد زكي أبو عامر - ١٩٩٩م .
- ١٢- في المسؤولية الجنائية - د. محمد مصطفى القلبي - مطبعة جامعة فؤاد الأول - القاهرة - ١٩٤٨م .
- ١٣- شرح قانون العقوبات (القسم العام) - د. محمود نجيب حسني - ط ٥ - دار النهضة العربية - ١٩٨٢م .
- ١٤- نظرات في الحتمية والجبرية والحرية - هنري أبو خاطر - الدار الأهلية - بيروت - لبنان - ١٩٨١م .

٢٢- Liszi . 1. 37 .p . 243 -Mezger.
Lehrbuch .37 .s . 281

سابعاً / الموثيق :

- ١- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ م .
- ٢- قانون العقوبات السوري - رقم ١٤٨ - لسنة ١٩٤٩ م .
- ٣- قانون العقوبات اللبناني - لسنة ١٩٤٣ م .
- ٤- قانون العقوبات الكويتي - رقم ١٦ - لسنة ١٩٦٠ م .
- ٥- قانون العقوبات العراقي - رقم ١١١ - لسنة ١٩٦٩ م .
- ٦- قانون العقوبات المصري - لسنة ٢٠١١ م .
- ٧- قانون العقوبات الأردني - رقم ١٦ - لسنة ١٩٦٠ م .

ثامناً / البحوث و المنشورات :

- ١- الإرادة الإنسانية بين الجبر والإختيار في نظر الفلاسفة المسلمين - محمد مجيد مهدي - رسالة ماجستير - جامعة بغداد كلية الآداب - ١٩٩٧ م .

تاسعاً / الشبكة العنكبوتية .

- ٩- المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية - توفيق الشاوي - القاهرة - جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالمية (قسم الدراسات) القانونية - ١٩٥٨م - ص ٦٩ .
- ١٠- التعريفات - لعلي بن محمد الشريف الجرجاني - ط ١ - ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م - دار الفنائس - ص ٩١ .
- ١١- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء - لقاسم بن عبدالله القونوي - ط ١ - ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م - دار الكتب العلمية - ص ٩٩ .
- ١٢- المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا - ط ١ - ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م - دار القلم - ٤٥١/١ .
- ١٣- يستحسن استعمال لفظ المستكره لمن يقع عليه الإكراه أخذاً من لفظ الحديث: «... وما استكرهوا عليه»، أما الحامل على الفعل الموقع للإكراه فالأنسب له استعمال لفظ المكره - بكسر الراء - دفعاً للالتباس .
- ١٤- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية - ضوابطه وتطبيقاته - د. صالح بن عبدالله بن حميد - ط ١ - ١٤٠٣هـ - مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى - مكة المكرمة - ص ٢٤١ .
- ١٥- فتح الباري - مرجع سابق - ٣١١/١٢ .
- ١٦- المبسوط - شمس الدين السرخسي - ج ٢ - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٢٤هـ - ص ٣٨ .

١٥- شرح قانون العقوبات (القسم العام) - د . محمود محمد مصطفى - ط ١٠ - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٨٣م .

١٦- اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد - مصطفى ابراهيم الزلمي - مكان النشر - والناشر بغداد - دار الحكمة - تاريخ النشر ١٩٩١م

١٧- قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه - محمد محي الدين عوض - ١٩٧٠م - المطبعة العالمية - مكتبة كلية الحقوق - جامعة القاهرة .

١٨- النظرية العامة للإكراه والضرورة - ذنون أحمد الرجبو - مطبعة مخيمر - ١٩٦٨م .

١٩- شرح قانون العقوبات - (القسم العام) - د . محمود نجيب حسني - المجلد الأول - ط ٣ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان .

٢٠- الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر - د محمد زكي أبو عامر - المطبعة الفنية - الإسكندرية - ١٩٨٥م .

٢١- Garraud.1.N.314.p.610

هوامش :

- ١- أستاذ مساعد بكلية الشريعة - مدني - جامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم
- ٢- مختار الصحاح- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ) - المحقق: يوسف الشيخ محمد - الناشر المكتبة العصرية - الدار النموذجية - بيروت - صيدا - الطبعة: الخامسة- ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ص: ٢٦٩ .
- ٣- المنجد - الأبجدي - ط ٥ - دار المشرق - بيروت - لبنان - بدون سنة طبع - ص ٣٢١ .
- ٤- موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية المعروفة بكشاف اصطلاحات الفنون - للشيخ محمد اعلى بن علي التهانوي - ج ٥ - شركة الخياط - بيروت - لبنان - بدون سنة طبع - ص ٣٢١ .
- ٥- جمهرة اللغة - محمد بن الحسن بن تريب الأندلي - ج ٢ - ط ١ - دار صادر - بيروت - لبنان - بدون سنة طبع - ص ٤١٤ .
- ٦- لسان العرب - ابن منظور - ج ١٣ - ص ٥٣٤ .
- ٧- المنجد - الأبجدي - مرجع سابق - ص ١٨٢ .
- ٨- فتح الباري - شرح صحيح البخاري - ابن حجر - دار المعرفة - بيروت - ١٣٧٩ هجرية - ٤٣٧/١٢ .

- ١٧- رد المحتار على الدرر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين - ابن عابدين - القاهرة - مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي - ١٠٩/٥.
- ١٨- كشف الأسرار شرح أصول البردوي - عبدالعزيز أحمد بن محمد علاء الدين البخاري - الناشر دار الكتاب الإسلامي - بدون سنة طبع - ٤/٢٨٤.
- ١٩- شرح منار الأنوار في أصول الفقه - المؤلف عبداللطيف الشهير بأبن ملك - ١٣٠٨هـ - ص ٩٩٢.
- ٢٠- كشف اصطلاحات الفنون - مرجع سابق - ١٢٨١/٢.
- ٢١- حاشية الرملي مطبوعة أسنى الطالب - محمد بن أحمد شمس الدين الرملي - القاهرة - المطبعة الميمنية - ٢٨٢/٣.
- ٢٢- فتح الباري - مرجع سابق - ٤٣٨/١٢.
- ٢٣- شرح قانون العقوبات (القسم العام) - محمود نجيب حسني - ١٩٨٩م - القاهرة - دار النهضة العربية - ص ٥٧١.
- ٢٤- أحكام القرآن - تحقيق رضا فرج الهمامي - ط ١ - ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م - المكتبة العصرية - بيروت - ١٣٠/٣.
- ٢٥- موجز القانون الجنائي - علي راشد - القاهرة - دار الكتاب العربي - ١٩٥٥م - ص ٤٥١/٤٥٠.
- ٢٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - ط ٢ - ١٣٩٤هـ/١٩٧٤م - دار الكتاب العربي - بيروت - ص ١٧٦، المدونة الكبرى - للإمام مالك - طدار صادر: ٢٠٩/٣.
- ٢٧- الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي - تحقيق عماد زكي البارودي وخيري سعيد - المكتبة التوفيقية - ١٥١/١٠.
- ٢٨- فتح الباري: ٤٣٨/١٢.
- ٢٩- أحكام الإكراه في الفقه الإسلامي - د. عبدالقادر أحنوت - مجلة البيان - العقيدة والشريعة - الكويت - ٢٠١٥م.
- ٣٠- شرح قانون العقوبات (القسم العام) - محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٥٧٢.
- ٣١- مظاهر التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية - د. فرج علي الفقيه حسين - ط ٢ - ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م - دار قنتية للطباعة والنشر والتوزيع - ص ٢١٢.
- ٣٢- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية - عدنان محمد جمعة - ط ٣ - ١٤١٣هـ/١٩٩٣م - دار العلوم الإنسانية - دمشق - ص: ٢٢٤ وما بعدها.
- ٣٣- الأحكام العامة للنظام الجنائي - عبد الفتاح مصطفى الصيقي - ١٤١٥هـ/١٩٩٥م - الرياض - جامعة الملك سعود - ص ٤٦٧.
- ٣٤- الرخص الفقهية من القرآن الكريم والسنة النبوية - للشريف الرحموني - ط ١ - مؤسسات عبدالكريم بن عبد الله تونس - ص ٥٠٧.
- ٣٥- كشف الأسرار - عبدالعزيز بن أحمد البخاري - مرجع سابق - ٢٨٣/٤.
- ٣٦- موجز القانن الجنائي - علي راشد - مرجع سابق - ص ٤٤٢.
- ٣٧- بدائع الصنائع - مرجع سابق - ١٧٥/٧.
- ٣٨- الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق - ٤٤٣٣/٦.
- ٣٩- موجز القانن الجنائي - علي راشد - مرجع سابق - ص ٤٤٢.
- ٤٠- تفسير التحرير والتنوير - محمد الطاهر بن عاشور - الدار التونسية للنشر - ٢٩٤/١٤.
- ٤١- لسان العرب - ابن منظور - مصدر سابق - ص ٩٢.
- ٤٢- هذا الحديث بهذا اللفظ رواه أبو عبيد في غريب الحديث بإسناد ضعيف، وهو صحيح المعنى، فقد روى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه: أن رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "لا يجل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يصلي وهو حاقن حتى يتخفف" رواه أبو داود وغيره وعن ثوبان رضي الله عنه نحوه رواه أبو داود والترمذي.
- ٤٣- المنجد - الأبيدي - مصدر سابق - ص ٥٢٢.
- ٤٤- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - عبدالقادر عوده - ج ٢ - ١٩٦٤م - مكان النشر والناشر القاهرة - دار العروبة - ص ٣٤٦.
- ٤٥- المغني في الفقه - ابن قدامة - القاهرة - دار الغد العربي - ج ١ - ص ١٥١.
- ٤٦- المهذب في فقه الإمام الشافعي - الشيرازي - القاهرة - مطبعة مصطفى الحلبي - ج ٢ - ص ٢٨٣.
- ٤٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - مصدر سابق - ج ٢ - ص ٢٨٣.
- ٤٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - القاهرة - ابن رشد - مطبعة ومكتبة مصطفى الحلبي - ج ٢ - ص ٢٨٣.
- ٤٩- شرح الخرشي على مختصر خليل - الخرشي - القاهرة - المطبعة الأميرية - ط ٢ - ج ٨ - ص ٧٥.
- ٥٠- أحكام جريمة الزنا - عزت مصطفى الدسوقي - القاهرة - المكتب الفني - للإصدارات القانونية - ١٩٩٩م - ص ٣١.
- ٥١- بائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - ج ٧ - ص ٣٣.
- ٥٢- أحكام جريمة الزنا - عزت مصطفى الدسوقي - مصدر سابق - ص ٣٢.
- ٥٣- أحكام جريمة الزنا - عزت مصطفى الدسوقي - مصدر سابق - ص ٣٢.
- ٥٤- جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن - أحمد حافظ نور - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٥٨م - ص ٤ وما بعدها.
- ٥٥- القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ المادة ١٤٥ / ١.
- ٥٦- القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ المادة ١٤٥ الفقرة (٣/٢).
- ٥٧- السنن الكبرى - البيهقي - الهند - دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد - ج ٨ - ص ٢٣٤/٢٣٥.
- ٥٨- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - عبدالقادر عوده - ج ٢ - مرجع سابق - ص ٤٢٢.
- ٥٩- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠هـ - ١٥٦٣م) - الطبعة الأولى طبعة المطبعة العلمية سنة ١٣١١هـ - ج ٥ - ص ٧.
- ٦٠- البحر الرائق - ابن نجيم - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥.
- ٦١- شرح الخرشي - الخرشي - ط ٢ - ج ٨ - مصدر سابق - ص ٨١.
- ٦٢- اسباب النزول - الواحدي - القاهرة - دار الحديث - ط ٢ - ص ٢٦٤/٢٦٥ - وقد أخرج مسلم هذا الحديث في صحيحه في كتاب اللعان - برقم ١٤٨٩.
- ٦٣- قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م / المادة ٦٢.
- ٦٤- لتشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - عبدالقادر عوده - ج ٢ - مرجع سابق - ص ٣٨٤.
- ٦٥- صحيح مسلم - مسلم بن حجاج القشيري - تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي - القاهرة - مكتبة مصطفى الحلبي - باب الحدود - رقم ١٦٩٠.
- ٦٦- القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ المادة ١٤٦ الفقرة (٢/١).
- ٦٧- ينسب هذا المذهب إلى الجهم بن صفوان: هو أبو محرز السمرقندي، هلك في زمان صغار التابعين سنة ٢٨، وسبب قتله أنه كان يقضي في عسكر الحارث بن شريح الخارج على أمراء خراسان فقبض عليه نصر بن يسار فقتله، أنظر كتاب ميزان الاعتدال في نقد الرجال - شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي - ج ٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٩٩٥م - تحقيق محمد عوض - ص ١٥٩.
- ٦٨- الإرادة الإنسانية بين الجبر والإختيار في نظر الفلاسفة المسلمين - محمد مجيد مهدي - رسالة ماجستير - جامعة بغداد كلية الآداب - ١٩٩٧م - ص ١٢.
- ٦٩- واصل بن عطاء هو البليغ الأفوه أبو حذيفة المخزومي ولد بالمدينة سنة (٨٠) طرده الحسن من مجلسه لما قال (الفاسق لا مؤمن لا كافر) فأعتزل هو وعمرو بن عبيد حلقة الحسن فسموا بالمعتزلة توفي سنة (١٣١) / سير أعلام النبلاء - محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي - ج ٥ - ط ٩ - تحقيق شعيب الأرنؤوط - ص ٤٦٤/٤٥٦.
- ٧٠- المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي - د. أحمد فتحي بهنسي - ط ٣ - دار الشروق - القاهرة - ١٩٨٤م - ص ٣٠.
- ٧١- ينسب هذا المذهب إلى: أبي الحسن بن أبي موسى الأشعري وهو إمام المتكلمين أبو الحسن بن اسماعيل بن أبي بشر إسحاق بن سالم بن اسماعيل بن عبد الله بن موسى بن بلال بن أبي بردة بن أبي موسى عبد الله بن قيس بن حضار الأشعري، ولد سنة (٢٦٠) هـ ومات عام (٣٢٤) هـ ببغداد / سير أعلام النبلاء - محمد بن أحمد الذهبي - مرجع سابق - ص ٨٥/٨٦.
- ٧٢- أخرجه ابن ماجه عن الحازر - باب طلاق المكره والناسي - ج ١ - ص ٦٦٠ - برقم ٢١٠٣، ٢١٠٤ / أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عباس - ج ١١ - ص ٢٦٢.
- ٧٣- عبدالجبار بن وائل بن حجر الحضرمي، أخ علقمة بن وائل، وقال أبو حاتم بن حبان كنيته أبو محمد (روى) عن أخيه علقمة وعن أبيه وائل وقيل لم يسمع منه، روى عنه (الحارث بن عيينه، الحجاج بن أرطاة، الحسن بن عبيد الله النخعي)، قيل مات أبوه وهو حمل وقيل ولد بعد موت أبيه بسنة. . <http://library.islamweb.net/hadith/RawyDetails.php?RawyID=٤٢١٩>
- ٧٤- الحديث أورده الهيتمي - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر - ١٩٦٧م - بيروت - دار العربية للطباعة والنشر والتوزيع - برقم ٦٢٦٠١.

- ٧٥- السبل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - للشوكاني - ط١ - ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م - تحقيق محمود إبراهيم زايد - دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٦٤/٤.
- ٧٦- الأشباه والنظائر - عبد الرحمن أبي بكر جلال الدين السيوطي - المتوفى: (٩١١هـ) - الناشر: دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى - ١٤١١هـ - ١٩٩٠م - ص ٢٠٧.
- ٧٧- بدائع الصنائع - للكاساني - مرجع سابق - ١٧٧/٧.
- ٧٨- رد المحتار - لابن عابدين - ٨٥/٥.
- ٧٩- المبسوط - للسرخسي - مرجع سابق - ١٣٨/٢٤.
- ٨٠- رد المحتار - لابن عابدين - مرجع سابق - ٨٥/٥.
- ٨١- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - ابن القيم - ط١ - ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م - المكتبة العصرية - بيروت - ص: ٥٨-٥٩.
- ٨٢- المحلى بالآثار - المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: ٤٥٦هـ) - الناشر: دار الفكر - بيروت الطبعة - بدون سنة طبعة - ١٩/٨، ٣٣١.
- ٨٣- بدائع الصنائع - للكاساني - مرجع سابق - ١٧٧/٧.
- ٨٤- أثر الاضطرار في إباحتها فعل المحرمات الشرعية - جمال نادر الفرا - ط١ - ١٤١٤هـ/١٩٩٣م - دار الجبل - ص ١٧٩.
- ٨٥- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام - لابن فرحون - ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م - بيروت دار الكتب العلمية - ٢٥٣/٢.
- ٨٦- كتاب الحدود، باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا.
- ٨٧- الموطأ - مالك بن أنس الأصبجي - تخريج وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي - القاهرة - دار الحديث - باب القضاء في المستكرهة من النساء.
- ٨٨- فتاوى وأفضية وأحكام الإمام علي - تأليف عرفات القصبى قرون - ط ١٤١١هـ/١٩٩١م - المكتبة الأزهرية للتراث - ص ٦١.
- ٨٩- المغني - لابن قدامة - مرجع سابق - ١٨٧/٦.
- ٩٠- أحكام القرآن - أبو بكر ابن العربي المالكي - تحقيق محمد عبدالقادر عطا - دار الكتب العلمية - ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م - ١٢٦/٣.
- ٩١- الفقه الإسلامي وأدلته - للزحلي - مرجع سابق - ٤٤٩/٦.
- ٩٢- تحفة المحتاج بشرح المنهاج - لابن حجر الهيتمي - طبعة دار صادر - بيروت - ١٠٥/٩.
- ٩٣- سبق تخريجه.
- ٩٤- نيل الأوطار، للشوكاني - مرجع سابق - ٢٨٠/٥.
- ٩٥- نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها - جميل محمد بن مبارك - القاهرة - الناشر: دار الوفاء للطباعة والنشر - ١٩٨٨م.
- ٩٦- قانون العقوبات (القسم العام) - د. مأمون محمد سلامه - الطبعة الثالثة - ١٩٩٠م - ص ٣٦٤.
- ٩٧- قانون العقوبات (القسم العام) - د. محمد زكي أبو عامر - ١٩٩٩م - ص ٢٢٣.
- ٩٨- في المسؤولية الجنائية - د. محمد مصطفى القلبي - مطبعة جامعة فؤاد الأول - القاهرة - ١٩٤٨م - ص ٣ وما بعدها.
- ٩٩- شرح قانون العقوبات (القسم العام) - د. محمود نجيب حسني - ط٥ - دار النهضة العربية - ١٩٨٢م - ص ٤٨٩.
- ١٠٠- نظرات في الحتمية والجبرية والحرية - هنري أبو خاطر - دار الأهلية - بيروت - لبنان - ١٩٨١م - ص ٧٣ وما بعدها.
- ١٠١- شرح قانون العقوبات (القسم العام) - د. محمود محمد مصطفى - ط ١٠ - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٨٣م - ص ٤٩٣.
- ١٠٢- أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد - مصطفى إبراهيم الزلمي - مكان النشر والناشر: بغداد - دار الحكمة - تاريخ النشر ١٩٩١م - ص ١٩٢.
- ١٠٣- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م / المادة ١٣.
- ١٠٤- مجلة الأحكام القضائية ١٩٨٨م.
- ١٠٥- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م / المادة ٣١٦.
- ١٠٦- قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه - محمد محي الدين عوض - ١٩٧٠م - المطبعة العالمية - مكتبة كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ص ١٨ وما بعدها.
- ١٠٧- قانون العقوبات السوري - رقم ١٤٨ - لسنة ١٩٤٩م - المادة (٢٢٦) - قانون العقوبات اللبناني - لسنة ١٩٤٣م - المادة (٢٢٧).
- ١٠٨- قانون العقوبات الكويتي - رقم ١٦ - لسنة ١٩٦٠م - المادة (٢٤).
- ١٠٩- قانون العقوبات العراقي - رقم ١١١ - لسنة ١٩٦٩م - المادة (٦٢).
- ١١٠- النظرية العامة للإكراه والضرورة - دنون أحمد الرجبو - مطبعة مخيم - ١٩٦٨م - ص ١٦٦.
- ١١١- قانون العقوبات المصري - لسنة ٢٠١١م - المادة (٦٢/٦١).
- ١١٢- قانون العقوبات الأردني - رقم ١٦ - لسنة ١٩٦٠م - المادة (٨٨).
- ١١٣- شرح قانون العقوبات - (القسم العام) - د. محمود نجيب حسني - المجلد الأول - ط ٣ - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ص ٦٧٢.
- ١١٤- Garraud.1.N.314.p.610
- ١١٥- Liszi . 1. 37 . p . 243 - Mezger. Lehrbuch .37 .s . 281
- ١١٦- الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر - د محمد زكي أبو عامر - المطبعة الفنية - الإسكندرية - ١٩٨٥م - ص ١٧٤.

نظر الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية وحجية حكمها

د. كمال عبد الله أحمد المهلاوي^١

مستخلص البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه وسلم.

لحدثة فكرة نظر الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية في السودان، جاء هذا البحث بعنوان (نظر الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية وحجية حكمها) وذلك لتعلقه بالاختصاص القضائي، ولأن المحاكم الجنائية تنظر دعوى بجبر الضرر وفقاً لسلطاتها الاستثنائية، وهدفت الدراسة، لبيان معرفة زمن رفع الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية، وأساس المسؤولية لرفع الدعوى المدنية التبعية، ومعرفة مصير الدعوى المدنية التبعية في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة، ولتجيب الدراسة على، التساؤلات الآتية: متى ترفع الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية؟ وما هو أساس المسؤولية لرفع الدعوى المدنية التبعية؟، وما مصير الدعوى المدنية التبعية في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة؟، متبعين في ذلك المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن، حيث توصل البحث إلى أهم النتائج التالية: سبب نظر الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية لوجود الضرر الناتج من الجريمة، تضارب أعمال المحاكم السودانية في حالة الحكم بالبراءة، لنظر الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية، لابد من المطالبة بها في

ورقة الاتهام أو مستقلة أثناء إجراءات الدعوى الجنائية. حيث أوصى الباحث بالآتي: عدم نظر الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية، في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة لعدم تجريم الفعل، وعدم التوسع في السلطات الاستثنائية الممنوحة للمحكمة الجنائية، وأي فعل ضار ليس له صلة بالجريمة من حيث الموضوع والزمن يحال للمحكمة المدنية.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين حمد الشاكرين المستغفرين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا ومولانا محمد الصادق الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

لكل عمل جنائي لا يخلو من ضرر يصيب المجني عليه، أو أي طرف آخر له صلة بالجريمة وجبر الضرر يقع أحياناً تحت المسؤولية التقصيرية، وهي إحدى فروع القانون المدني والذي تنظره المحاكم المدنية بالأصالة، ولمشقة رفع دعويين أمام محكمتين جعل القانون سلطات مدنية استثنائية للمحكمة الجنائية تقيلاً للنفقات لوجود وحدة الموضوع، مع شرط ارتباط الضرر بالجريمة.

أسباب اختيار الموضوع:

- ١/ لحدثة فكرة نظر الدعوى المدنية الفرعية أمام المحكمة الجنائية في السودان.
- ٢/ مازالت الكتابة في هذا الموضوع قليلة.

أهمية الموضوع:

ترجع أهمية الموضوع إلى:

- ١/ هذا الموضوع يتعلق بالاختصاص القضائي.
- ٢/ وكذلك يتعلق بجبر الضرر وفقاً لسلطات استثنائية.

أهداف البحث:

- ١- معرفة زمن رفع الدعوى المدنية الفرعية أمام المحكمة الجنائية.
- ٢- معرفة أساس المسؤولية لرفع الدعوى المدنية الفرعية.
- ٣- معرفة مصير الدعوى المدنية الفرعية في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية من حيث الزمن وأساس رفعها، ومصيرها في حالة شطب الدعوى التهمة أو الحكم بالبراءة.

وتتلخص مشكلة البحث في التساؤلات

الآتية:

- (١) متى ترفع الدعوى المدنية الفرعية أمام المحكمة الجنائية؟
- (٢) ما هو أساس المسؤولية لرفع الدعوى المدنية الفرعية؟
- (٣) ما مصير الدعوى المدنية الفرعية في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة؟

منهج البحث:

لغرض الدراسة اتبعت المنهج الاستقرائي، والتحليلي والمقارن، باستقراء النصوص القانونية والسوابق القضائية وتحليلها ومقارنتها.

هيكل البحث:

لغرض الدراسة قسم البحث إلى سبعة مباحث (المبحث الأول: مفهوم الدعوى الجنائية والدعوى المدنية، المبحث الثاني: الاختصاص المدني للمحكمة الجنائية، المبحث الثالث: المدعي بالحق المدني، المبحث الرابع: أساس المسؤولية في دعوى التعويض من الضرر، المبحث الخامس: التعويض جبراً للضرر وتقدير التعويض، المبحث السادس: شطب الدعوى الجنائية والحكم بالبراءة، المبحث السابع: حجية الحكم المدني الصادر من المحكمة الجنائية) وخاتمة اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الدعوى الجنائية والدعوى المدنية

أولاً: الدعوى لغة: ادعت الشيء تمنيته وادعيته طلبته لنفسه والاسم الدعوى^٢. وادعى زيد كذا ومنها ادعاء: زعم أنه له حقاً كان أو باطلاً. وقوله تعالى: ﴿كُنْتُمْ بِهِ تَدْعُونَ﴾ (الملك: ٢٧)، تأويله الذي كنتم من أجله تدعون الأباطيل والأكاذيب^٣.

ثانياً: الدعوى اصطلاحاً فقهيّاً: عرفت بأنها، قول يقصد به طلب حق تجاه غيره أمام القضاة^٤. وهنا يعني لا بد من المطالبة بالحق المدعى به.

ثالثاً: جنائية لغة: من جنى: جنى الذنب وبنى جناية: جره قال أبو حية النميري: وإن دما لو تعلمين جنيته على الحي جاني مثله غير سالم. ورجل جان من قوم جناة و جنا الأخيرة عن سيبويه^٥. والجناية: هي الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب^٦.

مواجهة شخص آخر، بسبب فعل يشكل جريمة في حالة الادعاء الجنائي، أو سبب ضرراً في حالة الادعاء المدني.

سادساً: تعريف الدعوى الجنائية في الاصطلاح القانوني: عرفت المادة (٥) «الدعوى الجنائية» يقصد بها مواجهة أي شخص بإجراءات جنائية بسبب ارتكابه فعلاً قد يشكل جريمة^{١١}.

الدعوى الجنائية يحكمها القانون العام وهي ناتجة عن جرائم معاقب عليها قانوناً، فالدعوى الجنائية إذن هي مجموعة الإجراءات التي يواجه بها الشخص بسبب ارتكابه فعلاً قد يشكل جريمة^{١٢}. وكذلك هي ما يواجه به أي شخص طبيعي كان أم اعتباري بإجراءات جنائية، وذلك لارتكابه فعلاً قد يرقى إلى تشكيل جريمة من الجرائم في أي قانون عقابي^{١٣}.

وكذلك عرفت بأنها هي إجراءات نص عليها القانون لغرض الوصول إلى حكم قضائي يؤدي إلى تطبيق صحيح للقانون في شأن وضع إجرامي معين^{١٤}.

من خلال هذه التعريفات نستطيع أن نعرف الدعوى الجنائية بأنها هي: (مواجهة أي شخص بمجموعة إجراءات جنائية بسبب ارتكابه فعلاً قد يشكل جريمة من الجرائم في أي قانون عقابي، تستهدف الوصول إلى حكم قضائي يقرر تطبيقاً صحيحاً للقانون في شأن وضع إجرامي معين)

سابعاً: تعريف الدعوى المدنية في الاصطلاح القانوني: لم يضع المشرع السوداني تعريفاً للدعوى المدنية، كما فعل في قانون الإجراءات الجنائية، غير أن شراح القانون عرفوها بأنها:

والدعوى الجنائية أي تعلقت بالقضايا الجنائية، والتي تنظرها المحاكم الجنائية.

رابعاً: مدنية لغة: النسبة مدني فهي صفة، ورجل مدني^٧ أي نسب إلى مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم ومنها القرآن المدني. وكذلك المدنية ضد البداوة وحياة مدنية^٨.

وكذلك قسمت الدعاوى إلى مدنية وجنائية، الأولى المطالبة بالحق المدني والثانية مطالبة بالحق الجنائي.

خامساً: تعريف الدعوى الجنائية والمدنية في الاصطلاح الفقهي: لم يعرف القضاء الإسلامي في سابق عهده التخصصية، ولم يكن هناك قاضي متخصص في المنازعات المدنية وقاضي متخصص في المنازعات الجنائية وبالتالي لم يعرف ما يسمى محكمة جنائية وأخرى مدنية فالقاضي في الدولة الإسلامية كان يحكم في المسائل الجنائية والمدنية^٩.

لكن بعد ذلك بدأت تظهر التخصصية، مع ازدياد القضايا وتنوعها، فيجوز أن يولي قاضياً عموم النظر في خصوص العمل، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه، فينفذ حكمه فيمن سكنه، ومن أتى إليه من غير سكانه. ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل، فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة، في جميع ولايتي. ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال، نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها^{١٠}.

ويخلص الباحث إلى أن الدعوى هي: إجراءات للمطالبة بحق أمام محكمة مختصة، في

ورقة الاتهام ادعاء بذلك وتسمع رد المتهم (هـ) يجوز للمتهم أو أي شخص ذي مصلحة، في مرحلة الدفاع، تقديم البينات التي يراها ضرورية لدحض دعوى التعويض أو تقديره (و) إذا قررت المحكمة الحكم بالتعويض فيجب أن يحدد الحكم مقدار التعويض، سواء كان ذلك مستقلاً أو جزءاً من أي غرامة تحكم بها المحكمة^{١٦}.

التعويض هو الموضوع الرئيس للدعوى المدنية الذي تحكم به المحكمة الجنائية وهو غالباً ما يتمثل في إلزام المتهم والمسؤول عن الحقوق المدنية بدفع مبلغ من المال تعويضاً للشخص المضرور من الجريمة. يحكم بالتعويض عن كل ضرر أصاب الشخص المضرور بصورة مباشرة.

نصت المادة (٤٦) جنائي^{١٧} على ما يلي: (تأمر المحكمة عند إدانة المتهم برد أي مال أو منفعة حصل عليها، ويجوز لها بناء على طلب المجني عليه أو أوليائه أن تحكم بالتعويض عن أي ضرر يترتب على الجريمة وذلك وفقاً لأحكام قانوني المعاملات المدنية والإجراءات المدنية).

أراد المشرع أن تحسم النزاعات أمام ذات المحكمة حتى لا تتفرع عن الادعاء بارتكاب جريمة دعوى بالتعويض ولذلك أعطى سلطة المحكمة المدنية للمحكمة الجنائية بموجب المادة (٢٠٤) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م، لحسم النزاع الجنائي المتضمن حقاً للمضرور لها، أخذاً بوحدة النزاع وعدم تكراره أكثر من مرة أمام المحاكم، بل سبق للمشرع السوداني، أن منح المحكمة الجنائية سلطة التعويض لجبر ضرر الجريمة، أو ما نشأ أو تسبب من ضرر جراء الإجراءات الجنائية التي

(الوسيلة التي خولها القانون صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته) أو هي (الحق أو السلطة أو القدرة على المطالبة بالحق أو بحماية المصلحة)^{١٥}.

الدعوى المدنية يحكمها القانون الخاص وهي ناتجة عن معاملات أو إخلال بواجب قانوني، ونستطيع أن نعرف الدعوى المدنية هي: (مجموعة إجراءات بسبب التزام مدني يخوله القانون لتقرير حق أو حمايته).

المبحث الثاني

الاختصاص المدني للمحكمة الجنائية

لا يختص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية إلا إذا كان موضوعها تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أو تخفيف حدته. لذلك نصت المادة (٢٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م : (عند ممارسة المحكمة لسلطاتها في الحكم بالتعويض، ودون إخلال بأحكام الدية، تراعى المحكمة الآتي : (أ) لا يجوز لمضرور، أقام دعوى مدنية بالتعويض عن ضرر مترتب على الجريمة، المطالبة بالتعويض عن ذات الضرر أمام المحكمة ما لم يتنازل عن تلك الدعوى (ب) على المحكمة، من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المضرور أو المتهم أو أي شخص ذي مصلحة، أن تضم للدعوى أي شخص له مصلحة أو عليه التزام في دعوى التعويض (ج) على المحكمة أن تسمع البينات المتعلقة بإثبات الضرر المترتب على الفعل الجنائي وبتقدير التعويض (د) إذا رأت المحكمة سبباً لقيام دعوى التعويض، فيجب أن تشمل

بشطب الدعوى الجنائية أمام النيابة العامة تحت المادة (٥٧) ٢٢ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م أو أمام المحكمة تحت المادة (١٤١) (١) من ذات القانون. وكلاهما من أسباب انقضاء الدعوى تحت المادة (٣٧) من ذات القانون. الفقتين (ب)، (ت) منها.

رغم أن القانون السوداني لم يمنع تحريك الدعوى المدنية في حالة شطب الدعوى الجنائية إذا ترتب ضرر للمجني عليه، واختلف عمل المحاكم السودانية في حالة الحكم بالبراءة كما نرى.

إن تكون المحكمة الجنائية مختصة بنظر الدعوى المدنية الفرعية بالشروط الآتية: (١) أن يكون الضرر ناتج عن الفعل الاجرامي. (٢) أن يكون الضرر مباشراً من الفعل الجنائي. (٣) أن يطالب به عند توجيه التهمة. (٤) أن لا يكون قد رفع دعوى مدنية أمام المحكمة المدنية بذات السبب.

المبحث الثالث

المدعي بالحق المدني

علينا أن نتساءل عن تلحق به الجريمة ضرراً حتى تتوافر له صفة المدعي بالحق المدني، هل هو المجني عليه في الجريمة وحده أم يصح أن يكون غيره وما هو المقياس لتوافر الصفة في كل الأحوال؟

إن الذي يتبادر إلى الذهن هو أن ضرر الجريمة يلحق المجني عليه فيها أولاً ومع هذا فإن الأمر يدعو لتحديد المراد من عبارة المجني عليه وهل يلحقه ضرر من الجريمة دائماً أم توجد بعض الصور التي لا يصيبه فيها ضرر^{٢٣}.

حركها الشاكي أو المبلغ. فقد نصت المادة (٣١١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م^{١٨} والتي تنص على (إذا فرضت محكمة جنائية الغرامة بمقتضى أي قانون نافذ المفعول يجوز لها عند إصدار الحكم بأن يخصص جميع ما تحصل من الغرامة أو أي جزء منها لدفعه فيما يلي: أ- الوفاء بالمصروفات التي صرفت في الادعاء على وجه صحيح، ب- التعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة وذلك عندما ترى المحكمة يمكن الحصول عليه بدعوى مدنية.

وتنص المادة (٣١٢) من ذلك القانون على أنه يجب على المحكمة عند الحكم بالتعويض في أي دعوى مدنية لاحقة متعلقة بنفس الموضوع أن تدخل في تقديرها أي مبلغ يكون قد دفع أو حصل كتعويض طبقاً للمادة (٣١١) (هذا يدل على أن الحكم الصادر من المحكمة الجنائية وفقاً لهذا القانون ١٩٧٤م لا يحوز حجة الأمر المقضي فيه ويجوز له رفع دعوى مدنية أمام المحاكم المدنية)^{١٩}.

إن التشريع المقارن قد أعطى المحكمة الجنائية سلطة المحكمة المدنية فمثلاً نص قانون الإجراءات الجنائية المصري عليها في المادة (٢٥١) ٢٠. وهو تحريك للدعوى عن طريق الادعاء المباشر. وهو إجراء يجوز بمقتضاه للمدعي بالحقوق المدنية في مواد المخالفات والجنح أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة لسماع الحكم عليه بالتعويض عن الاضرار التي أصابته من الجريمة شريطة أن لا يكون هناك أمراً من النيابة أو قاضي التحقيق بالألا وجه لإقامة الدعوى متى كان هذا الأمر نهائياً^{٢١}، ويقابل عندنا الأمر

نذكر صور المدعين بالحق المدني:

أولاً: **المجني عليه في الجريمة:**

هو من وجه الجاني نشاطه الإجرامي إليه سواء في جسمه أو ماله أو اعتباره كالضرب و السرقة و القذف، وقد يوجه الجاني نشاطه الإجرامي نحو حق لفرد معين فأخطأه و أصاب غيره ، أي منهما يعتبر المجني عليه في الجريمة؟ فمثلاً يطلق شخص عياراً نارياً على آخر فيخطئ الهدف ويصيب ثالثاً فهل يعتبر المجني عليه هو من أراده الجاني بنشاطه الإجرامي فقط أم من لحقه ضرر الجريمة فعلاً أي المصاب من العيار الناري. أن المجني عليه في الجريمة يشمل فضلاً عن من أراد الجاني الاعتداء على حق من حقوقه ، كل من تحققت فيه النتيجة الجنائية التي يعاقب عليها القانون ، فلا يعتبر بما إذا كان قد ابتغاه لمن وقعت عليه أم لا فإذا كانت النتيجة قد تحققت في من وجه إليه الجاني نشاطه فلا صعوبة وإن توافرت في غيره ولم يكن يقصده فهو مجني عليه أيضاً^{٢٤} .

وحيث أن ليس ثمة ما يمنع من اعتبار شخصين في آن واحد مجنياً عليهما إذا تحقق أو أريد أن يتحقق بالنسبة إليهما نتيجة النشاط الإجرامي، الذي ابتغاه الجاني. ولو أن أحدهما فقط هو الذي تحققت فيه فعلاً النتيجة التي أرادها بفعله.

ثانياً: **غير المجني عليه:**

عرفنا المجني عليه في الجريمة وقلنا أن الضرر يلحقه منه دوماً . ولكن الجريمة كثيراً ما يتعدى ضررها إلى غير المجني عليه فيها .

فإن تحقق هذا الضرر جاز لمن أصيب به أن يدعى مدنياً مطالباً بالتعويض عنه وفقاً لنص المواد

٢٠٤ و ١٤١ من قانون الإجراءات الجنائية^{٢٥} .

الحكمة التي دعت إلى قبول الادعاء المدني من غير المجني عليه في الجريمة هي ذاتها التي أجازت للأخير ذلك الادعاء وأخصها الاستفادة من التحقيقات التي تجريها المحكمة وهي بصدد الفصل في الدعوى المدنية بعد أن تكشفت عناصرها من تلك التحقيقات .

فمثلاً إذا أصابت المجني عليه عاهة مستديمة جاز لزوجته و أولاده المطالبة بتعويض عنها بعد إثبات الضرر الذي ينشأ لهم سواء مادياً أو أدبياً، من حق والد المجني عليه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر شخصي جراء وفاة ابنه بصرف النظر عن حقه في إرثه من عدمه^{٢٦} .

ثالثاً: **تعدد المدعين بالحق المدني:**

قد يقتصر ضرر الجريمة على فرد واحد وقد يلحق بأكثر من شخص وحينئذ لكل منهم أن يدعى مدنياً مطالباً بتعويض ما لحقه من الضرر وتكون له بهذه المثابة صفة المدعي بالحقوق المدنية.

أما الفقرة (د) من المادة (٢٠٤) إجراءات جنائية، فأثارت صعوبة في التطبيق أن فهم البعض أن التهمة المشار إليها توجه إلى من ضم الإجراءات الضامن أو الكافل إطلاقاً لم يقصد المشرع ذلك أن مسؤولية المضموم مسؤولية مدنية تبعية تكون مستندة على مسؤولية التابع أو المكفول بالرعاية والأخير هو الذي تجري محاكمته وفعله قد يشكل جريمة يترتب عليها الضرر وقد يكون فعلاً جنائياً يصبح سنداً للمسؤولية التقصيرية ومسؤولية التابع والمتبوع ولذلك مقدار الضرر مترتب على الجريمة والجريمة هي الفعل المعاقب عليه^{٢٧} .

رابعاً: إثبات الصفة:

لما كان الضرر شرطاً أساسياً للمطالبة بالتعويض المدني كان قبول الدعوى رهيناً بقيام الصفة فإنه تجب العناية بإثباته وأنه قد لحق المدعي فإن وجد قامت الصفة وإن انعدم انتفت^{٢٨}.
إن المطالبة بالحق المدني تشمل المجني عليه، وكل من أصابه ضرر مباشر من الجريمة، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

المبحث الرابع

أساس المسؤولية في دعوى

التعويض من الضرر

أولاً: الضرر الناتج من الفعل الجنائي:

إن أساس المسؤولية المدنية لتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة مرجعه ما تنص عليه المادة ١٣٨ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤. «كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز»^{٢٩}.

هذا ليس على إطلاقه لابد أن يرتبط الفعل الضار بالجريمة حتى تنظره المحكمة الجنائية كدعوى فرعية.

فسبب الدعوى المدنية هو الفعل المسبب للضرر الذي لحق المدعي في الدعوى فيشترط في الفعل حتى يترتب الحق في المطالبة بالتعويض أن ينشأ ضرر وإلا فلا محل للمسئولية المدنية ويبدو هذا واضحاً في تعبير المشرع عن المدعي بالحقوق المدنية بأنه كل من لحقه ضرر من الجريمة «راجع المادة ٤٦ جنائي».

سبب الدعوى المدنية التي تطرح على المحكمة الجنائية هو الفعل الضار الناشئ عن الجريمة، ذلك لأن الدعوى المدنية التي تطرح على المحكمة الجنائية تعتبر تابعة لأخرى أصلية ومتى انتفت هذه الأخيرة فلا مكان للدعوى المدنية^{٣٠}.

نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية مبناه الارتباط بين الدعويين ووحدة السبب الذي تقام عليه كل منهما ومشروط فيه ألا تنظر الدعوى المدنية إلا بالتبعية للدعوى الجنائية وأن يكون موضوعها طلب التعويض الناشئ مباشرة عن الفعل الضار المكون للجريمة موضوع الدعوى الجنائية، فإذا لم يكن الضرر ناشئاً عن هذه الجريمة بل ناشئاً عن فعل آخر ولو كان متصلاً بها سقطت تلك الإباحة وكانت المحاكم الجنائية غير مختصة بنظر الدعوى المدنية.

ويبقى الاختصاص منعقداً للمحكمة الجنائية بالفصل في دعوى التعويض متى كان الضرر ناشئاً عن جريمة ولو لم يعاقب الفاعل بسبب أن البيئة لا تؤدي إلى الإدانة وفقاً لنص المادة ١٤١ من قانون الإجراءات الجنائية. «في تطبيق هذه على جرائم الشيك فإنه يجوز للمستفيد

في جرائم الشيك الدخول مدعياً مدنياً أمام المحكمة الجنائية لأن جريمة إصدار شيك لا يقابله رصيد هي في طبيعتها جريمة احتيال أي أن الغرض فيها هو أخذ مال الغير، فالضرر الذي لحق المستفيد هو نتيجة مباشرة لفعل الساحب، ويخول هذا الحق للمستفيد الذي لم يتمكن من قبض فيه الشيك سواء أكان أول مستفيد أم آخر من وصل إلى يده الشيك»^{٣١}.

ثانياً: التنازل عن الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة المدنية:

فلا يجوز للمدعي بالحق المدني (التعويض) رفع دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية إلا إذا تنازل عن الدعوى المدنية التي رفعها أمام المحكمة المدنية، منعا لطرح النزاع أمام المحكمتين في وقت واحد الأمر الذي يؤدي إلى تضارب المادة (٣٠) إجراءات مدنية^{٣٧}.

يشترط لكي ينضم الشخص المضرور إلى الدعوى الجنائية للحكم له بالتعويض أن يتنازل عن إقامة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن نفس الضرر الذي تنظر المحكمة الجنائية في التعويض عنه^{٣٨}.

الأساس الذي تقوم عليه رفع الدعوى المدنية الفرعية يتلخص في الآتي: (١) الفعل الضار المرتبط بالجريمة. (٢) أن يكون الضرر مباشراً. (٣) أن يكون الضرر محققاً. (٤) التنازل عن رفع الدعوى المدنية الفرعية أمام المحكمة المدنية.

ثالثاً: بعض الأسباب للفصل في الحق المدني أمام المحكمة الجنائية^{٣٩}:

- ١- بعض الأسباب ما يتصل بمصلحة الشخص المضرور نفسه: إذ يكفل له ذلك الاستفادة من أدلة الاثبات التي قدمها للمحكمة الجنائية.
- ٢- الاستفادة من السلطات الواسعة التي يتمتع بها القضاء الجنائي وذلك سرعة الإجراءات والبت في القضية.
- ٣- تركيز جهوده لاجتماع الدعويين أمام محكمة واحدة بدلا عن محكمتين جنائية ومدنية.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على ذلك أنظر م ع / ط ج / ٩٨ / ٣٥٥ أن الحكم بالتعويض عن قيمة الشيك مناطه أنه مقابل العمل الضار^{٣٢} ، الذي أثبت الحكم وقوعه من المتهم، وجاء^{٣٣} في م ع / ق ج / ١٩٩٧ / ٢٥٨ ، بالنسبة لقيمة الشيك من الممكن خصم ما دفع من قيمته كتعويض^{٣٤}.

جاء إيضاح الطعن الجنائي ٢٠٠٠ / ١٧٣ ، «أن ثبوت الدعوى الجنائية يترتب عليها ثبوت الحق في التعويض». وقد استقر القضاء على اعتبار قيمة الشيك جزءاً من التعويض).

والمفروض أن التعويض لا يكون إلا بناء على ضرر قد تحقق وهذا الشرط مستفاد من صريح عبارة المشرع في نص المادة ٤٦ من القانون الجنائي. «تأمر المحكمة عند إدانة المتهم برد أي مال او منفعة حصل عليها.

فالمحكمة لا تتعرض للدعوى المدنية إلا في الأحوال التي يكون فيها الضرر ناشئاً عن الجريمة التي تختص بنظرها حتى لا يترتب تأجيل الفصل في الدعوى الجنائية لسبب التحقق من توافر رابطة السببية ويترتب على ذلك أنه ليس للمحاكم الجنائية بحث المسؤولية العقدية^{٣٥}.

جاء في الطعن الجنائي ٩٩ / ٦٩٦ «أن الدفع بأن قيمة الشيك محل نزاع لأنها مقابل عليه شراكة أو عملية تجارية هذا يدخل في تقدير التعويض المترتب على الجريمة ولا تتعداه إلى الأفعال الأخرى غير المحملة على الجريمة»^{٣٦}.

متى ما كان الضرر محققاً ناتجاً عن الجريمة ومباشراً، كان سبباً لرفع دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية.

المبحث الخامس

التعويض جبراً للضرر وتقدير التعويض أولاً: تعويض المضرور:

نصت المادة (٤٦) من القانون الجنائي^{٤٠} على: تأمر المحكمة عند إدانة المتهم برد أي مال أو منفعة حصل عليها، ويجوز لها بناء على طلب المجني عليه أو أوليائه أن تحكم بالتعويض عن أي ضرر يترتب على الجريمة وذلك وفقاً لأحكام قانوني المعاملات المدنية والإجراءات المدنية .

عرفت المادة (٣) جنائي^{٤١}: الضرر « تعنى أي أذى يقع بالمخالفة للقانون يصيب الشخص في جسمه أو صحته العقلية أو النفسية أو في عرضه أو ماله أو سمعته ،

عرفت نفس المادة (جريمة)^{٤٢} «تشمّل كل فعل معاقب عليه بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ،

لما كان المدان ليس له أن يستفيد من حصيلة جريمته فيحقق بها نفعاً لنفسه أو ضرراً لغيره فإنه يتعين على المحكمة أن تزيل آثار الجريمة الضارة فتحرم المدان من المنفعة التي حصل عليها كما ترفع الضرر عن المضرور من الجريمة وهذا الأمر وجوبي لا جواز فيه، أما الجزء الجوازي من المادة ففي الاستجابة لطلب المجني عليه أو أوليائه في الحكم لهم أو له بالتعويض. ويكون الحكم بالتعويض عن كل ضرر شخصي مباشر متميز عن الضرر الاجتماعي الذي يصيب المجتمع من ارتكاب الجريمة^{٤٣} .

إذا أقام المضرور دعواه أمام القضاء الجنائي، قبل وفاته فلورثته أن يطلوا محله في دعواه باعتبار أن هذه الدعوى قد انتقلت إليهم مع

التركة. أما إذا توفى المضرور قبل أن يرفع دعواه أمام القضاء الجنائي فيجوز للوارث أن يدعي مديناً أمام القضاء الجنائي لتعويض ما أصابه من ضرر شخصي ناشئ مباشرة من الجريمة التي أودت بحياة مورثه، ويلاحظ أن تعويض الوارث في هذه الحالة يكون عن الضرر الشخصي الذي أصابه من الجريمة، وهو يختلف عن تعويض الضرر الذي أصاب المورث وانتقل إلى الوارث^{٤٤} .

فالمادة (١٠٢) إجراءات^{٤٥}، تلزم محكمة الموضوع أن تعوض الشخص المضرور من الجريمة من أي مال حجز من الجاني فالقاعدة جبر الضرر وفقاً للمادة الرابعة من هذا القانون^{٤٦} .

يجوز للمحكمة تعويض المجني عليه عن أي ضرر يترتب على الجريمة، ويعني الضرر أي أذى يقع بالمخالفة للقانون يصيب الشخص في جسمه أو صحته العقلية أو النفسية أو في عرضه أو ماله أو سمعته^{٤٧} .

كما أن على المحكمة أن تستجيب لطلب المجني عليه أو أوليائه بأن تحكم بالتعويض إن ترتب أي ضرر على ارتكاب الجريمة وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في المادة (١٣٨) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م والذي يقضي بأن كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولو كان غير مميز للأحكام الواردة في الباب الثالث من ذلك القانون^{٤٨} .

هذا أمر سليم أن يعوض من تضرر من الفعل الجنائي سواء ضرراً مادياً أو أدبياً طالما ارتبط الضرر بالفعل الجنائي، وتحكم به المحكمة الجنائية وفقاً لسلطاتها المدنية الممنوحة لها.

ثانياً: تقدير التعويض:

يجوز للمحكمة الجنائية أن تنتدب خبيراً لتحديد الضرر وتقديم التعويض عنه وفقاً لنص المادة ٣٠ من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤ (إذا اقتضى الفصل في الدعوى استيعاب مسائل فنية، كالطب والهندسة والمحاسبة والخطوط والأثر وغيرها من المسائل الفنية، فيجوز للمحكمة الاستعانة برأي الخبراء فيها، وتندب لذلك خبيراً أو أكثر، ما لم يتفق الخصوم على اختيارهم)^{٤٩}.

وتقدير التعويض من حق قاضي الموضوع يقضي بما يراه مناسباً وفق لما تتبينه من مختلف الظروف^{٥٠}.

راجع حكم المحكمة العليا، حكومة السودان //ضد// اداو محمد اداو، م ع / ط ج/ ٦٤٥/ ١٩٩٩ م^{٥١}، من ناحية التعويض والدية^{٥٢} فقد ذهب فقهاء المسلمين إلى أنه في الجنايات التي ليس فيها قصاص أو دية مقدرة أو أرش مقدر يحكم فيها بحكومة عدل جبراً للضرر الذي أصاب المجني عليه في بدنه وحكومة العدل مبدأ عام في التعويض يترك تقديره للقاضي بضوابط وضعها الفقهاء. وقرر الفقهاء أن تحسب حكومة العدل بنسبة النقص الذي سببته الجناية على الشخص منسوبة إلى الدية عن النفس وليس العضو الذي أصيب، وذلك بأن يحدد النقص طبياً أي مقدار نقص الجناية من الجسد ثم يحسب نسبة النقص إلى الدية^{٥٣}. إن طريقة حساب حكومة العدل تقوم على الاجتهاد الفقهي فليس فيها سنة قائمة أو دليل^{٥٤}. أن التعويض لا يقتصر على ما نتج من الجناية من كسور ونحوها وإنما يشمل

الحكم بثمن الدواء وأجرة الطبيب ونفقات العلاج الضرورية وإلى تعويض المجني عليه ما فاتته من كسب^{٥٥}. على القاضي البحث عن ابعاد الضرر من كل جوانبه، لأن وجوه الضرر متعددة حتى يصل القاضي إلى أقصى قدر من الإحاطة التي تكفل جبراً عادلاً^{٥٦}.

إذن سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض ليست مطلقة فهي محددة بحدود فقهية وكذلك لرأي الخبراء اعتبار في تقدير التعويض.

المبحث السادس

شطب الدعوى الجنائية والحكم بالبراءة

أولاً: شطب الدعوى الجنائية:

تنص المادة (١٤١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ م على ما يلي: (شطب الدعوى الجنائية أثناء المحاكمة، (١) إذا تبين للمحكمة بعد سماع بينة الاتهام واستجواب المتهم أن البينة لا تؤدي إلى إدانته، فعليها أن تصدر أمراً بشطب الدعوى الجنائية والإفراج عن المتهم، فإذا تعلق بالدعوى الجنائية حق مالي للغير فعلى المحكمة قبل الإفراج عن المتهم أن تمارس سلطاتها المدنية وفق المادة (٢٠٤).^{٥٧}

إذا اتضح للمحكمة أن الأقوال التي وردت في المحضر أو سمعتها لا تكفي للإدانة فإنها تخلي سبيل المتهم، لكن قد يكون تعلق بالدعوى الجنائية حق مالي، في هذه الحالة، قبل الإفراج عن المتهم تمارس المحكمة سلطاتها المدنية وفق المادة (٢٠٤) حتى تحسم أمر التعويض المطالب به أو الحق المالي المدعى به، حتى لا يتكرر الادعاء مرة أخرى^{٥٨}.

إذا لم يكن الفعل الضار المطالب بالتعويض عنه لا جريمة فيه فإن على المحكمة أن تصدر حكمها ببراءة المتهم، هنا نقصد الحكم بالبراءة وليس شطب الدعوى لعدم كفاية الأدلة. وعليها أن تحيل الدعوى الي المحكمة المدنية المختصة إذ أن الفعل الضار وثيق الصلة بالجريمة المرفوع عنها الدعوى^{٦٠}. إذ أن نظر الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة من قبل المحكمة الجنائية إنما تنظرها بسلطات استثنائية من القواعد العامة فإذا لم تتوفر شروطه لا تكون المحكمة الجنائية مختصة بنظر الدعوى المدنية. جاء في المراجعة/١٣٥/٢٠٠٣، «إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة المتهم لأن الفعل لا يعاقب عليه القانون الجنائي وجب عليها أن لا تقضي اختصاصها في دعوى التعويض المتعلق بي الدعوى المدنية. وقالت المحكمة أيضاً « إذا ثبت للمحكمة الجنائية أن الواقعة المسندة إلى المتهم لا يجرمها القانون الجنائي وجب عليها أن تقضي بالبراءة، وعدم اختصاصها بالفعل في الدعوى المدنية»^{٦١}.

يرجع ذلك الى أن المحكمة الجنائية لا تختص بالدعوى المدنية إلا إذا كانت هناك جريمة مقامة بشأنها دعوى جنائية، فإذا تبين للمحكمة أن وصف التجريم منتفٍ من الواقعة المطروحة عليها فإنها تصبح غير مختصة بالفعل في الدعوى المدنية^{٦٢}.

راجع أيضاً مراجعة ١٣٥/٢٠٠٣، لقد أجاز القانون في المادة (٢٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية للمدعي بالحق المدني أن يطالب بتعويض ما لحقه من ضرر أمام المحكمة .

بعد سماع بينة الاتهام واستجواب الشهود إذا تبين للمحكمة عدم وجود بينة تصلح للاستمرار في المحاكمة فإنه يجوز لها أن تأمر بشطب الدعوى الجنائية، والافراج عن المتهم فوراً وقبل اتخاذها لهذا القرار يجب عليها أن تتخذ أياً من الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) إجراءات جنائية إذا كان هناك طرف مضرور في الدعوى وهذا يعني تعويض الشخص المضرور إذ للمحكمة الجنائية سلطات مدنية تبعية يجوز لها ممارستها وفق شروط وإجراءات وهي: (١) على المجني عليه (المضرور) أن يحدد بشكل واضح منذ بداية الإجراءات مطالبته بالتعويض الناتج عن الجريمة. (٢) وجود تحصيل رسوم دعوى التعويض. (٣) ضرورة فهم أي شخص له مصلحة أو عليه التزام في دعوى التعويض. (٤) وجوب اشتغال ورقة الاتهام على ادعاء التعويض. (٥) وجوب تنازل المضرور على أي دعوى مدنية أقامها^{٥٩}.

يرى الباحث أن شطب الدعوى، يعني عدم ثبوت التهمة على المتهم، فإذا استمرت المحكمة الجنائية في نظر الدعوى المدنية تحتاج إلى وقت حتى تتوصل إلى أدلة معقولة لإثبات الضرر، وهذا مما يجعلها أن تحيد عن اختصاصها، فهنا لا بد من تعديل نص المادة بما يتلاءم وطبيعة اختصاص المحكمة الجنائية.

ثانياً: الحكم بالبراءة :

هذا الأمر فيه خلاف في أحكام المحكمة العليا السودانية، نوجزها في:

الرأي الأول إذا حكمت المحكمة ببراءة المتهم وتعلق بالدعوى الجنائية دعوى مدنية تحيل الاختصاص إلى المحاكم المدنية :

انظر المحكمة العليا في المراجعة ١٧٨-٢٠٠٣ رأي مخالف (فالحكم بالتعويض المدني وإن كان جائزاً مع الحكم بالبراءة من الجريمة إذا ثبت للمحكمة الجنائية قيام المسؤولية المدنية أي مسؤولية المدعي عليه وهو المتهم في بعض الحالات عن الفعل الضار وفقاً لأحكام المادة (١٣٨) من قانون المعاملات المدنية فإن ذلك يقتضي قيام دعوى تعويض أي الادعاء بالحق المدني أمام المحكمة الجنائية إلى جانب الحق العام)^{٦٥}.

وكذلك أنظر حكم المحكمة العليا، حكومة السودان^{٦٦} ضد/ آدم عيسى شعيب، (م ع/ط ج/٦١/١٩٩٧م)، على المحاكم الجنائية أن تتصدى لصلاحياتها وأن تحسم النزاع الذي يرتبط جنائياً بالبيئة الراجعة وذلك بالأمر برد الحقوق رغم الحكم ببراءة المتهم وإطلاق سراحه، وفي حالة صدور الحكم بالتعويض على المحكمة أن تأمر بتحصيل الرسوم.

وترى المحكمة العليا أن المحاكم قد درجت على إهمال هذه النصوص (١٤١/١-١٩٨-٢٠٤) بإحالة الأمر في البلاغات الجنائية إلى المحاكم المدنية بوصفها هي الأقدر على حسم النزاع المطروح أمامها والمحاكم المحال إليها الأمر والمحال منها هي نفسها المحاكم العدلية السودانية المناط بها حسم النزاعات سواء كانت مدنية أو جنائية. وعلى القاضي الجنائي الفصل في قضايا التعويض مدنياً من خلال الإجراءات الجنائية حتى لا تكبد المواطن عناء ومشقة طرح نزاع مرتين وتقليل الجهد والمال والوقت فكان لابد من أن تفصل المحاكم الجنائية لصلاحياتها في النزاع وأن تحسم النزاع الذي

الجنائية، إما عن طريق تدخله في دعوى جنائية أقيمت فعلاً على المتهم أو بالتجائه مباشرة إلى المحكمة المذكورة مطالباً بالتعويض ومحرراً للدعوى الجنائية فإن هذه الإجازة إنما هي استثناء من أصليين مقررين حاصل أولهما أن المطالبة بمثل هذه الحقوق إنما تكون أمام المحاكم المدنية. ومؤدي ثانيهما أن تحريك الدعوى الجنائية إنما هو حق تمارسه النيابة العامة وحدها، ومن ثم يتعين عدم التوسع في الاستثناء المذكور. وقصره على الحالة التي يتوافر فيها الشرط الذي قصد الشارع أن يجعل الالتجاء إليه فيها منوطاً بتوافره وهو أن يكون المدعي بالحق المدني هو الشخص الذي أصابه ضرر مباشر من الجريمة^{٦٣}.

فإذا جاء حكم البراءة على عدم حدوث الواقعة أصلاً، أو فشل في إسنادها إلى المتهم، فلا تملك المحكمة أن تحكم بالتعويض على أحد^{٦٤}.

ويتضح مما ذكرنا أن دعوى التعويض الناتجة من الفعل الجنائي ذات طبيعة مختلطة جنائية ومدنية. وتهدف بالإضافة إلى الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ من الجريمة إلى الاتهام في إثبات التهمة على الجاني إذ أن الحكم بالتعويض يتوقف على اثبات التهمة الجنائية على المتهم. ذلك لأن عدم الإدانة سواء بسبب فشل الاتهام في إسناد الواقعة للمتهم أو عدم تجريمها بواسطة القانون يجعل الدعوى ذات طبيعة مدنية بحتة. ويترتب على ذلك زوال ولايتها الجنائية وبالتالي زوال اختصاصها المدني المتبقي.

الرأي الثاني رأي مخالف للأول لا يمنع الحكم بالبراءة إقامة الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية:

في المحاكم السودانية، لكن جاء الخلاف في حالة الحكم بالبراءة، منهم من أحال التعويض عن الضرر إلى المحكمة المدنية ومنهم من يرى أن تبت المحكمة الجنائية في الدعوى المدنية وتحكم بالتعويض.

أما الباحث فيرى في كلا الحالين سواء بشطب التهمة أو الحكم بالبراءة بسبب عدم تجريم الفعل أن يرجع الاختصاص إلى المحكمة المدنية وذلك للآتي:

١/ الدعوى المدنية هي دعوى تابعة للدعوى الجنائية سببها الضرر الناتج عن الفعل الجنائي، وليس دعوى تعويض ناتجة عن الفعل الضار، فإذا كان الفعل الضار غير مرتبط بالجريمة أي غير مجرم لا تنظر دعوى التعويض أمام المحكمة الجنائية، وإنما محلها المحكمة المدنية.

٢/ الدعوى المدنية ليست أصلية وإنما تابعة للدعوى الجنائية في حالة شطب الدعوى الأصل أو عدم التجريم بناء على الدعوى الأصل تسقط تلقائياً نظر الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية.

٣/ إن سلطة المحكمة الجنائية في الدعوى المدنية التبعية سلطة استثنائية، لا ينبغي التوسع فيها.

٤/ طالما شطبت التهمة أو حكمت المحكمة بالبراءة لعدم تجريم الفعل، لا حاجة لنظر الدعوى المدنية حتى لا تتحول المحاكم الجنائية لمحاكم مدنية.

٥/ هذا باب لو توسع فيه لجعل الناس يتحايلون ويعطون النزاع الطابع الجنائي حتى يستفيدوا من المثول أمام المحاكم الجنائية.

يرتبط جنائياً بالبيئة الراجعة وفي حالة صلاحية الدعوى الجنائية ليصدر فيها حكماً مدنياً يبنى على أرجحية البيئة فإن حسمه بالصورة المدنية وهذا ما رمى إليه المشرع وفق نص المادة ١٤١ (١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م^{٦٧}.

ثالثاً: الفرق بين شطب التهمة والبراءة:

إحالة الأمر إلى المادة (١٤١) إجراءات هي حالة إخلاء سبيل (شطب التهمة) ولا تكون البراءة إلا بعد تحرير التهمة وإن حررت التهمة فلا حديث عن شطب الدعوى بل حكم بالبراءة أو الإدانة.

نلاحظ أن المادة (٤٦) تطبق في حالة الإدانة أي أن التعويض يترتب على الإدانة سواء وقعت عقوبة على المدان أم لم توقع، وفي هذا يتفق النصاب في القانونين الملغى والحالي، مع ذلك فإنه على المحكمة الجنائية إذا ما قررت شطب الدعوى الجنائية وفق أحكام المادة (١٤١) (١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، ومتى ما وجدت أن حقاً مدنياً تعلق بالدعوى الجنائية عليها أن تمارس سلطاتها المدنية وفق المادة (٢٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م والتي تنص على السلطة المدنية للمحكمة الجنائية أي أن المحكمة الجنائية تباشر إجراءات المادة (٢٠٤) لتطبق المادة (٤٦) جنائي أو (١٤١) إجراءات حسب الحال باعتبارها محكمة مدنية. وعلة ذلك أن القاضي الجنائي أقدر من غيره وبين يديه أدلة الجريمة على تقدير التعويض^{٦٨}.

في حالة شطب التهمة، القانون فصل في المسألة وقرر التعويض عن الضرر المترتب على الفعل الضار رغم عدم كفاية الأدلة، وهذا ما سار عليه العمل

أولاً: في ظل قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م وقانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٤م:

إن المحاكم الجنائية السودانية في السابق بالرغم من أن المادة ٧٧ (أ) (١) من قانون العقوبات ١٩٧٤ أعطاهما حق الحكم بالتعويض في حدود ما يمكن الرجوع به على المتهم في دعوى مدنية وكذلك البند (٢) من نفس المادة يقضي بجواز تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض بواسطة المحكمة المدنية طبقاً لإجراءات تنفيذ أحكامها - بالرغم من ذلك فقد جرى العمل على إصدار حكم بتعويض مؤقت على شكل غرامة يراعى في تحديدها الضرر الواضح وفداحة الجريمة ونسبتها وقد لا يتناسب مع الضرر الحقيقي كما يهدف في واقع الأمر إلى مساعدة المضرور في تدبير أمره إلى حين إقامة الدعوى المدنية والفصل فيها ذلك لأن طبيعة الدعوى الجنائية لا تتسع فتشمل سبل تقصي كل أوجه الضرر وإصدار تعويض عادل شامل - هذا كما لم يجر العمل على تنفيذ الأحكام الصادرة بالتعويض بطرق التنفيذ المدنية بل يكتفي المضرور في الغالب بعقوبة السجن البديلة. ولذلك استقر العمل على إقامة دعوى مدنية بالتعويض الكامل بعد الفراغ من الدعوى الجنائية وذلك لأن المادة ٤٠ من قانون القضاء المدني ١٩٢٩ ورصيفتها المادة ٢٩ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٥٤ لا تعبر الدعوى الجنائية دعوى في معنى المادة بحيث لا يتمتع الحكم الصادر بالتعويض في الدعوى الجنائية بحجية الأمر المقضي فيه ومن ثم لا يقف حائلاً دون إقامة الدعوى المدنية اللاحقة. وهذا الفصل بين إجراءات الحق الجنائي والحق المدني يترتب

أما في حالة الحكم بالبراءة بسبب وزن البينات أو لعدم المسؤولية بسبب الصغر ونحوه فهنا ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية، لأنه وجد سبب نظر الدعوى المدنية في حالة وجود بينات لكنها لا تكفي للتجريم لأن في القضايا الجنائية تحكم المحكمة إذا كانت البينة فوق مرحلة الشك المعقول أما أقل من ذلك تفسر لصالح المتهم وفي القضايا المدنية تحكم بالراجع من البينات وطالما أمامها بينات تفصل في النزاع المدني وفقاً لاختصاصاتها الاستثنائية، أما في حالة الصغر فهناك فعل ضار مرتبط بالجريمة ولكن حال دون العقاب انتفاء المسؤولية الجنائية، فهنا المحكمة الجنائية تباشر اختصاصها المدني لارتباط الضرر بالفعل الجنائي.

المبحث السابع

حجية الحكم المدني الصادر

من المحكمة الجنائية

كان في السابق الحكم بالتعويض من قبل المحكمة الجنائية غير نهائي من حق المضرور أن يرفع دعوى مدنية، وتحكم له المحكمة المدنية بالتعويض مع خصم ما أخذه من تعويض بواسطة المحكمة الجنائية، أما بعد تعديل القانون وفي ظل القانون الحالي، حكم المحكمة الجنائية بالتعويض وفقاً لسلطتها المدنية يمنع المضرور من رفع دعوى مدنية أمام المحكمة المدنية لذات السبب فعليه أن يسلك هذا الطريق إلى نهايته وبالتالي يكون حكماً نهائياً حائزاً حجية الأمر المقضي فيه. ونفصل ما ذكرنا على النحو التالي:

عليه تعدد القضايا في الواقعة الواحدة وحرمان المضرور من قبل حقوقه لعدة سنوات^{٦٩}.

هذا الحكم المؤقت بالتعويض لا ينهي الخصومة المدنية، مما يجعل المضرور يتردد بين المحاكم، ويحكم بالتعويض في المحكمة الجنائية ثم يرفع دعوى مدنية أمام المحكمة المدنية بذات السبب.

ثانياً: في ظل قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م وقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م:

ثم جاء قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م وتبعت قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م مخالفاً لما كان العمل عليه سابقاً، فجعل الاختصاص المدني للمحكمة الجنائية إذا باشرته اختصاص كامل ينهي النزاع المدني.

وقد استهدف القانون الجديد^{٧٠} محاربة ظاهرة الازدواجية ونظم كيفية مباشرة دعوى التعويض الناشئ من الجريمة وأجاز إقامتها أمام القضاء الجنائي تبعاً للدعوى الجنائية نص عليها قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م المادة (٢)(ب) على المبدأ العام على النحو التالي:-

«أن يعرض الشخص المضرور تعويضاً عادلاً من ضرر نتيجة ارتكابه هذه الجريمة».

وبذلك قضى على الموقف السلبي من جانب المحكمة الجنائية إزاء التعويض المدني إذ أوجب عليها ضرورة تقصي كل أوجه الضرر وتعويض المضرور تعويضاً شاملاً بدلاً من التعويض المؤقت.

وتحقيقاً لهذه الغاية فقد منحت المادة ١٨ من قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٣ المحاكم الجنائية سلطات القاضي الجزئي كاملة بمعنى جواز إصدار أحكام

بالتعويض في حدود ٢٥ ألف جنيه في حالة المحاكمة غير الايجازية و ٢ ألف جنيهاً إذا كانت المحاكمة إيجازية. هذا كما منحت المادة ٤٧(٢) من قانون حركة المرور لسنة ١٩٨٣ محاكم الحركة سلطات مماثلة وخولتها المادة ٤٩(ج) من نفس القانون صلاحية الحكم بالتعويض في حالات الإتلاف^{٧١}.

ثالثاً: في ظل القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م وقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م:

نصت المادة (٤٦) من القانون الجنائي^{٧٢} على: تأمر المحكمة عند إدانة المتهم برد أي مال أو منفعة حصل عليها، ويجوز لها بناء على طلب المجني عليه أو أوليائه أن تحكم بالتعويض عن أي ضرر يترتب على الجريمة وذلك وفقاً لأحكام قانوني المعاملات المدنية والإجراءات المدنية.

لا يختص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية إلا إذا كان موضوعها تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أو تخفيف حدته. لذلك نصت المادة (٢٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م: (عند ممارسة المحكمة لسلطاتها في الحكم بالتعويض، ودون إخلال بأحكام الدية، تراعى المحكمة الآتي: (أ) لا يجوز لمضرور، أقام دعوى مدنية بالتعويض عن ضرر مترتب على الجريمة، المطالبة بالتعويض عن ذات الضرر أمام المحكمة ما لم يتنازل عن تلك الدعوى (ب) على المحكمة، من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المضرور أو المتهم أو أي شخص ذي مصلحة، أن تضم للدعوى أي شخص له مصلحة أو عليه التزام في دعوى التعويض (ج) على المحكمة أن تسمع

تقديم النزاع أمام محكمتين، طالما باشرته المحكمة الجنائية يمنع عرضه على المحكمة المدنية.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات
وبنهاية هذا البحث خرج الباحث بالنتائج والتوصيات
الآتية:

أولاً: أهم النتائج:

- ١/ سبب نظر الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية لوجود الضرر الناتج عن الجريمة.
- ٢/ سلطة المحكمة الجنائية المدنية سلطة استثنائية.
- ٣/ تضارب أعمال المحاكم السودانية في حالة الحكم بالبراءة.
- ٤/ لنظر الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية، لا بد من المطالبة بها في ورقة الاتهام أو مستقلة اثناء إجراءات الدعوى الجنائية.

ثانياً: أهم التوصيات:

- ١/ نوصي بعدم نظر الدعوى المدنية التبعية أمام المحكمة الجنائية، في حالة شطب التهمة أو الحكم بالبراءة إذا كان سببه عدم تجريم الفعل.
- ٢/ نوصي بتعديل نص المادة (١٤١) الفقرة (١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م لتقرأ، (إذا تبين للمحكمة بعد سماع بينة الاتهام واستجواب المتهم وأن البينة لا تؤدى إلى إدانته ، عليها أن تصدر أمراً بشطب الدعوى الجنائية والإفراج عن المتهم ، فإذا تعلق بالدعوى الجنائية حق مالي للغير فعلى

البيانات المتعلقة بإثبات الضرر المترتب على الفعل الجنائي وبتقدير التعويض (د) إذا رأت المحكمة سبباً لقيام دعوى التعويض، فيجب أن تشمل ورقة الاتهام ادعاءً بذلك وتسمع رد المتهم (هـ) يجوز للمتهم أو أي شخص ذي مصلحة، في مرحلة الدفاع، تقديم البيانات التي يراها ضرورية لدحض دعوى التعويض أو تقديره (و) إذا قررت المحكمة الحكم بالتعويض فيجب أن يحدد الحكم مقدار التعويض ، سواء كان ذلك مستقلاً أو جزءاً من أي غرامة تحكم بها المحكمة)٧٣ .

نصت المادتان (٥١)، و(٥٢) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م على (تعتبر الأحكام النهائية حجة قاطعة على الخصوم فيما فصلت فيه ولا يجوز تقديم دليل ينقض تلك الحجية)، و(تتقيد المحكمة في دعاوى المعاملات بالحكم الجنائي في الوقائع التي فصل فيها ذلك الحكم)٧٤ .

من المقرر أن كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض غير أن هذا الفعل قد يكون جريمة يعاقب عليها القانون وينشأ عن ذلك دعويان جنائية لتوقيع العقاب والخصم فيها النيابة العامة التي تمثل المجتمع، ودعوى مدنية موضوعها تعويض المجني عليه والخصم فيها هو المجني عليه، ومتمى ما استكمل الحكم المدني درجات التقاضي وصار نهائياً، أخذ حكم الحجية، ولا يجوز عرضه أمام محكمة مدنية إلا إذا تغير السبب أو الخصوم٧٥ .

وفقاً لقوانين ١٩٨٣م و١٩٩١م جعلت حكم المحكمة الجنائية في الدعوى المدنية منهي للخصومة وحاسم للنزاع، وهذا أمر حسن يمنع

- المحكمة قبل الإفراج عن المتهم أن توجه صاحب الحق باللجوء إلى المحكمة المدنية) .
- ٣/ عدم التوسع في السلطات الاستثنائية الممنوحة للمحكمة الجنائية، وأي فعل ضار ليس له صلة بالجريمة من حيث الموضوع والزمن يحال للمحكمة المدنية.
- المصادر والمراجع**
- القرآن الكريم.
- ١- الأم، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الناشر: دار المعرفة، سنة النشر: ٥١٣٩٣، مكان النشر: بيروت، (المكتبة الشاملة غير موافق للمطبوع).
- ٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ).
- ٣- الدعوى المدنية التبعية في قانوني الإجراءات الجنائية والمدنية، (دراسة مقارنة)، أحمد الزين أحمد حامد، رسالة دكتوراه غير منشورة.
- ٤- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ م.
- ٥- اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، المحقق: محمود أمين النواوي، الناشر: دار الكتاب العربي، (المكتبة الإلكترونية غير موافق للمطبوع).
- ٦- المبسوط للسرخسي، تأليف: شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٧- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، (المكتبة
- ٨- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥، (المكتبة الشاملة).
- ٩- الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية- النسخة الإلكترونية.
- ١٠- النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م معدل حتى ٢٠٠٩ أ.د. يس عمر يوسف أستاذ القانون العام كلية القانون - جامعة النيلين.
- ١١- أهم ملامح قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م، محاضرات للفترات التدريبية لرؤساء المجالس، مهدي محمد أحمد - قاضي المحكمة العليا، الموسوعة السودانية للأحكام القضائية والسوابق، النسخة الإلكترونية.
- ١٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين (المتوفى: ٥٨٧هـ)، (المكتبة الشاملة غير موافق للمطبوع).
- ١٣- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية.
- ١٤- تأصيل قانون الاثبات لسنة ١٩٩٣م، السلطة القضائية، لجنة تأصيل القوانين.
- ١٥- رد المحتار على «الدر المختار»: شرح تنوير الابصار»، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، (المكتبة الشاملة غير موافق للمطبوع).
- ١٦- سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة، عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، الخرطوم،

- الطبعة الأولى ٢٠٠٩ م
- ١٧- شرح القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ م
عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا
ورئيس دائرة البحث العلمي المكتب الفني.
- ١٨- شرح القانون الجنائي القسم العام أ. أحمد
محمد ساتي-كلية القانون جامعة النيلين
الخرطوم ٢٠٠٩ م، ص ٢٤٦.
- ١٩- شرح القسم العام من القانون الجنائي
السوداني لسنة ١٩٩١ م فقها وتشريعا
وقضاء - دكتورة بدرية عبد المنعم حسونة
-قاضي المحكمة العليا -رئيس إدارة
التوثيقات الاتحادية .
- ٢٠- شرح قانون الاثبات السوداني، البروفيسور/
حاج آدم حسن الطاهر.
- ٢١- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرحلة
ما قبل المحاكمة، الدكتور أشرف توفيق
شمس الدين ، أستاذ ورئيس قسم القانون
الجنائي بكلية الحقوق بجامعة بنها ، النسخة
الإلكترونية، pdf.
- ٢٢- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ م
، د.يس عمر يوسف معدل حتى ٢٠٠٨ م.
- ٢٣- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ م،
عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا
الاتحادية الطبعة السابعة ٢٠٠٩ .
- ٢٤- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ م
ملحق به تعديل ٢٠١٠ ، بروفيسور حاج آدم
حسن الطاهر .
- ٢٥- شرح قانون الإجراءات الجنائية معدلاً حتى
٢٠٠٦ م، مدعماً بسوابق قضائية حديثة
وبالمراجع الفقهية، عبد الله الفاضل عيسى،
قاضي المحكمة العليا.
- ٢٦- قانون الاثبات ١٩٩٤ م تشريعاً وفقهاً وقضاء،
البروفيسور/ البخاري عبد الله الجعلي،
- ٢٠١٠ م.
- ٢٧- قانون الاثبات السوداني لسنة ١٩٩٤ م .
- ٢٨- قانون الاثبات السوداني لسنة ١٩٩٤ م.
- ٢٩- قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة
١٩٧٤ م.
- ٣٠- قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة
١٩٩١ م.
- ٣١- قانون الإجراءات الجنائية المصري لسنة
١٩٥٢ .
- ٣٢- قانون الإجراءات المدنية السوداني بين
التحليل والتطبيق ، دراسة مقارنة، الطبعة
الأولى ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م.
- ٣٣- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة
١٩٨٤ م.
- ٣٤- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور
الأفريقي المصري، الناشر : دار صادر -
بيروت، الطبعة الأولى.
- ٣٥- مجلة الأحكام القضائية ١٩٨٣ م.
- ٣٦- مجلة الأحكام القضائية ١٩٨٧ م.
- ٣٧- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٧ م.
- ٣٨- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٨ .
- ٣٩- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٩ م.
- ٤٠- مجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٣ م.
- ٤١- مركز الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي،
الدكتور/ رؤوف عبيد، المحامي بالنقض
سابقاً، وكيل كلية الحقوق بجامعة عين شمس،
ورئيس قسم القانون الجنائي، الطبعة الأولى
٢٠١٢ م ، الناشر مكتبة الوفاء القانونية.
- ٤٢- معجم المناهي اللفظية ومعه فوائد في الألفاظ،
المؤلف : الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد.
- ٤٣- يقصد بالقانون الجديد قانون الإجراءات
الجنائية لسنة ١٩٨٣ م وقانون العقوبات لسنة
١٩٨٣ م.

هوامش:

- ٢٩- قانون المعاملات المدنية السوداني المادة (١٣٨).
- ٣٠- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٣.
- ٣١- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٣.
- ٣٢- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٨م، ص٤٠.
- ٣٣- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٧م، ص٣٥.
- ٣٤- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٣.
- ٣٥- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٤.
- ٣٦- المرجع نفسه ص٣٠٤.
- ٣٧- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا الاتحادية الطبعة السابعة ٢٠٠٩م، ص٢١٦.
- ٣٨- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، د.يس عمر يوسف معدل حتى ٢٠٠٨م، ص٣٣٩.
- ٣٩- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، د.يس عمر يوسف معدل حتى ٢٠٠٨م، ص٣٣٨، أنظر: الموسوعة السودانية للأحكام القضائية والسوابق، النسخة الإلكترونية، أهم ملامح قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م، محاضرات للفترات التدريبية لرؤساء المجالس، مهدي محمد أحمد - قاضي المحكمة العليا.
- ٤٠- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م المادة (٤٦).
- ٤١- نفس القانون المادة (٣).
- ٤٢- نفس القانون المادة (٣).
- ٤٣- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء - دكتور بديرة عبد المنعم حسونة - قاضي المحكمة العليا - رئيس إدارة التوثيق الاتحادية ص٢٩٣.
- ٤٤- نفس المرجع ص٢٩٣.
- ٤٥- قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م المادة (١٠٢).
- ٤٦- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا الاتحادية الطبعة السابعة ٢٠٠٩م، ص١٢٨.
- ٤٧- شرح القانون الجنائي القسم العام أ. أحمد محمد ساتي - كلية القانون جامعة النيلين الخرطوم ٢٠٠٩م، ص٢٤٦.
- ٤٨- النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م معدل حتى ٢٠٠٩م أ.د. يس عمر يوسف أستاذ القانون العام كلية القانون - جامعة النيلين، ص٢٥٠.
- ٤٩- قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م المادة (٣٠).
- ٥٠- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٧.
- ٥١- الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية- النسخة الإلكترونية.
- ٥٢- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٩م، ص٦٠.
- ٥٣- المبسوط للسرخسي، تأليف: شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ص١٣٢/٢٦.
- ٥٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين (المتوفى: ٥٨٧هـ)، ١٥٥/١٥. (المكتبة الشاملة غير موافق للمطبوع).
- ٥٥- اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي دمشقي الميداني، المحقق: محمود أمين النواوي، الناشر: دار الكتاب العربي، ٣٢٠/١. (المكتبة الإلكترونية غير موافق للمطبوع). الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية- النسخة الإلكترونية.
- ٥٦- سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة، عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، الخرطوم، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م ص٩٥٣.
- ٥٧- قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م المادة (١٤١).
- ٥٨- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا الاتحادية الطبعة السابعة ٢٠٠٩م، ص١٦٧.
- ١- أستاذ الفقه المقارن المشارك- كلية الشريعة - جامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم
- ٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، ٢٢٦/٣، (المكتبة الشاملة غير موافق للمطبوع).
- ٣- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية، ٤٨/٣٨.
- ٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، ٣٢٨/٧.
- ٥- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٥٣/١٤.
- ٦- لسان العرب، مرجع سابق، ١٥٣/١٤.
- ٧- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، الناشر: دار الهداية، ١٦٦/٢.
- ٨- معجم المناهي اللفظية ومعه فوائد في الألفاظ، المؤلف: الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد، ١٩/٢.
- ٩- الدعوى المدنية التبعية في قانوني الإجراءات الجنائية والمدنية، (دراسة مقارنة)، أحمد الزين أحمد حامد، رسالة دكتوراه غير منشورة، ص٢٢.
- ١٠- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، الناشر: دار الفكر - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ (٤٨٠/١١) (المكتبة الشاملة).
- ١١- قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، المادة (٥).
- ١٢- شرح قانون الإجراءات الجنائية معدلا حتى ٢٠٠٦م، مدعما بسوابق قضائية حديثة وبالمرجع الفقهية، عبد الله الفاضل عيسى، قاضي المحكمة العليا، ص١١.
- ١٣- شرح قانون الإجراءات الجنائية، الدكتور حاج أم الطاهر، ص٢٤.
- ١٤- شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرحلة ما قبل المحاكمة، الدكتور أشرف توفيق شمس الدين، أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي بكلية الحقوق بجامعة بنها، ص١١، النسخة الإلكترونية pdf.
- ١٥- قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م، ٥٧/١.
- ١٦- قانون الإجراءات السودانية لسنة ١٩٩١م المادة (٢٠٤).
- ١٧- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م، المادة (٤٦).
- ١٨- قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٧٤م المادة (٣١١).
- ١٩- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، د.يس عمر يوسف معدل حتى ٢٠٠٨م، ص٣٣٧.
- ٢٠- قانون الإجراءات الجنائية المصري لسنة ١٩٥٢م المادة (٢٥١).
- ٢١- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا الاتحادية الطبعة السابعة ٢٠٠٩م، ص٢١٦.
- ٢٢- قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م المادة (٥٧) تنص على (يجوز لوكل النيابة في أي وقت بعد توجيه التهمة، إذا اتضح أنه لا توجد أسباب كافية للسير في الدعوى الجنائية، أن يقرر شطبها ويدون بذلك قرارا مسببا، ويصدر أمرا بالإفراج عن أي متهم والتصرف في أي محجوزات وفق أحكام القانون، على أن يرفع قراره إلى وكيل النيابة الأعلى).
- ٢٣- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء - دكتور بديرة عبد المنعم حسونة - قاضي المحكمة العليا - رئيس إدارة التوثيق الاتحادية ص٢٩٨.
- ٢٤- المرجع نفسه ص٢٩٩.
- ٢٥- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٠.
- ٢٦- راجع المادة (١٤٣) (٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.
- ٢٧- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا الاتحادية الطبعة السابعة ٢٠٠٩م، ص٢١٨.
- ٢٨- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠١.

- ٥٩- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م ملحق به تعديل ٢٠١٠، بروفييسور حاج آدم حسن الطاهر ص٢٠٦.
- ٦٠- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٤.
- ٦١- مجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٣م.
- ٦٢- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٤.
- ٦٣- شرح القسم العام من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م فقها وتشريعا وقضاء، مرجع سابق ص٣٠٥.
- ٦٤- مركز الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي، الدكتور/ رؤوف عبيد، المحامي بالنقض سابقاً، وكيل كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ورئيس قسم القانون الجنائي، الطبعة الأولى ٢٠١٢م، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، ص٥١.
- ٦٥- شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م، عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا الاتحادية الطبعة السابعة ٢٠٠٩، ص٢٢٣.
- ٦٦- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٧م، ص٨٢.
- ٦٧- مجلة الأحكام القضائية ١٩٩٧م، ص٨٢.
- ٦٨- شرح القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م عبد الله الفاضل عيسى قاضي المحكمة العليا ورئيس دائرة البحث العلمي المكتب الفني، ص١٣٧.
- ٦٩- أهم ملامح قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م، محاضرات للفتيات التدريبية لرؤساء المجالس، مهدي محمد أحمد - قاضي المحكمة العليا، الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية النسخة الإلكترونية.
- ٧٠- يقصد بالقانون الجديد قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م وقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م.
- ٧١- أهم ملامح قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م، محاضرات للفتيات التدريبية لرؤساء المجالس، مهدي محمد أحمد - قاضي المحكمة العليا، الموسوعة السودانية للأحكام والسوابق القضائية النسخة الإلكترونية.
- ٧٢- القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م المادة (٤٦).
- ٧٣- قانون الإجراءات السودانية لسنة ١٩٩١م المادة (٢٠٤).
- ٧٤- قانون الإثبات السوداني المادة (٥١)، و (٥٢).
- ٧٥- راجع: تأصيل قانون الإثبات لسنة ١٩٩٣م، السلطة القضائية، لجنة تأصيل القوانين، ص١٨٢-١٩٢، شرح قانون الإثبات السوداني، البروفيسور/ حاج آدم حسن الطاهر، ص٢٤٤، قانون الإثبات ١٩٩٤م، تشريعا وفقها وقضاء، البروفيسور/ البخاري عبد الله الجعلي، ٢٠١٠م، ص٧٤١.

أوامر الأداء في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م «تعديل ٢٠١٦م» (دراسة مقارنة)

د. أحمد الزين أحمد حامد

مستخلص البحث

تعتبر أوامر الأداء من الموضوعات الجديدة التي ترد لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م ، ويتناول هذا البحث مفهوم هذه الأوامر وطبيعتها وشروطها والمحكمة المختصة بإصدار هذه الأوامر ، وسلطاتها في إصدارها أو الامتناع عنها ، وإجراءات نظر هذه الدعوى ، وكيفية التظلم من هذه الأوامر أو استئنافها ، وحجبتها وطرق تنفيذها ، وتعتبر هذه الأوامر من الأهمية بمكان بحيث إنها تختزل المطالبة القضائية للدائن " المدعي " باتباع إجراءات خاصة غير مطولة ، ودون مواجهة بينه وبين المدين " المدعى عليه " ، وهذا بلا شك يؤدي إلى تحقيق اقتصاديات العدالة المتمثلة في توفير الوقت والجهد للمحاكم والأطراف .

وقد اتبع البحث المنهج الاستقرائي الوصفي التحليلي وذلك بتتبع هذه المواد في مظانها وتحليلها ووصفها ومقارنتها مع التشريعات المماثلة ما وجدنا لذلك سبيلاً .

وقد توصل البحث إلى نتائج أهمها : أن الهدف من تشريع أوامر الأداء هو تسهيل الإجراءات للطرف الدائن لاقتضاء حقه ، وأن محل دعوى أمر الأداء في التشريع السوداني تقتصر على المطالبة بالنقود فقط ، أما التوصيات : فيوصي الباحث بإتاحة الفرصة للمدين في استئناف أمر الأداء وفق درجات التقاضي المعتادة ، وإلغاء

طريق التظلم أمام المحكمة التي أصدرت الأمر ، ورفع أمام المحاكم الإستئنافية ، وأن تكون هناك فرصة للمتظلم إذا لم يحضر الجلسة الأولى لنظر التظلم ، إذا كانت له أسباب كافية ومقنعة لغيابه .

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد

نص المشرع السوداني لأول مرة في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م " تعديل ٢٠١٦م " على أوامر الأداء التي تصدرها المحكمة المختصة في مواجهة المدين " المدعى عليه " لمصلحة الدائن فيما يتعلق بالمطالبات المالية المتعلقة بالنقود ، وذلك دون مواجهة بين الطرفين ، وبإجراءات خاصة تختلف عن إجراءات الدعوى المدنية العادية ، تحقيقاً لاقتصاديات العدالة التي تتمثل في توفير الوقت والجهد للطرفين والمحاكم بشرط ثبات هذا الدين في السند المقدم من قبل الدائن " المدعي " .

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى :

١ / بيان مفهوم أوامر الأداء وطبيعتها وشروط إصدارها .

٢ / معرفة المحكمة المختصة بإصدار أوامر الأداء ، وإجراءات نظر هذه الأوامر أمامها .

٣ / توضيح سلطة المحكمة التقديرية في إصدار أوامر الأداء أو الامتناع عن إصدارها .

• ما هي طبيعة أوامر الأداء في التشريع السوداني والتشريعات المقارنة؟

• ما هي شروط أوامر الأداء؟

• مدى سلطة المحكمة في إصدار الأوامر أو عدمها .

• كيف يتم التظلم من أوامر الأداء أو استئنافها؟

• مدى حجية أوامر الأداء في مواجهة الأطراف أو الغير .

• كيف يتم تنفيذ أوامر الأداء؟

منهج البحث :

اتبع الباحث في بحثه هذا المنهج الاستقرائي الوصفي التحليلي المقارن ، والذي يعتمد على تتبع معلومة البحث في مظانها الأصلية ، ثم وصفها ، وتحليلها ، معتمداً على هذا الوصف ، ومقارنتها ، وترجيحها أن اقتضى الأمر ذلك .

هيكل البحث :

قسّم الباحث هذا البحث إلى مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة ، وذلك على النحو التالي :

مقدمة : وتشتمل على أهداف البحث وأهميته ومشكلته ومنهجه وهيكله .

المبحث الأول: مفهوم أوامر الأداء وطبيعتها وشروطها .

المبحث الثاني: المحكمة المختصة بدعوى أمر الأداء وإجراءات نظر الدعوى .

المبحث الثالث : إصدار أمر الأداء أو الامتناع عن إصداره .

المبحث الرابع: التظلم من أمر الأداء واستئنافه .

المبحث الخامس : حجية أمر الأداء وتنفيذه .

٤/ كيفية التظلم من أوامر الأداء ، وطريقة استئنافها .

٥/ مدى حجية أوامر الأداء ، وطرق تنفيذها .

أهمية البحث :

تبرز أهمية هذا البحث في :

١/ بيان حكمة المشرع السوداني في تسهيل الإجراءات المدنية للدائن في اقتضاء حقه قبل المدين إذا كان هذا الحق نقوداً معينة ثابتة بسند تتوافر فيه الشروط القانونية ، وذلك من خلال إصدار أوامر الأداء من المحكمة المختصة في مواجهة المدين .

٢/ الوقوف على شروط محل الحق المطالب به من حيث طبيعته وإثباته .

٣/ مدى سلطة المحكمة في إصدار أوامر الأداء أو الامتناع عن إصدارها .

٤/ بيان طريق التظلم أو الاستئناف لأوامر الأداء ، والمحكمة المختصة بذلك .

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة هذا البحث في أنه بيان مفهوم أوامر الأداء وطبيعتها في التشريع السوداني والقوانين المقارنة ، مع التعرض لشروط أوامر الأداء سواء كانت متعلقة بمحل الحق موضوع المطالبة أم بطريقة إثباته ، وإيضاح سلطة المحكمة في إصدار أوامر الأداء أو عدمها ، مع بيان إجراءات نظر دعوى أمر الأداء أمام المحكمة المختصة ، وكيفية التظلم من أوامر الأداء والمحكمة المختصة بذلك ، وحجية أوامر الأداء ، وطرق تنفيذها .

وتتفرع عن هذه المشكلة الأسئلة الآتية :

• ما هو مفهوم أوامر الأداء؟

وبما أن الأمر في اللغة يقصد به الحادثة، والأداء يقصد به أداء الشيء وقضاؤه، فيتضح من هذه التعريفات أن أوامر الأداء في اللغة يقصد بها الأوامر الصادرة بقضاء شيء معيناً وتسليمه أو توصيله أو أدائه.

الفرع الثاني :

مفهوم أوامر الأداء في الإصطلاح الفقهي :

أوامر الأداء في الإصطلاح الفقهي، هي: الأوامر الصادرة من الحاكم "القاضي" بأداء ما يكون ثابتاً في ذمة المدين من كل ما يجب أدائه بوصفه لانبفسه، وتسمى بدعوى الدين^٦، ويشترط لصحة دعوى الدين خمسة شروط هي: بيان جنسه ومقداره ونوعه وصفته وسببه^٧.

والغرض من بيان هذه الشروط ليكون المدعى به "محل الحق" معلوماً حتى يمكن القضاء به، وإلزام المدعى عليه بأدائه، وذكر القدر والجنس لا بد منه لأن التعريف لا يكون بدونهما، أما الصفة أو النوع فقد يستغنى عنهما إذا وجدت قرائن تدل على ذلك، واشترط ذكر سبب الدين لا بد منه لاختلاف الأحكام باختلاف الأسباب، والخصم في دعوى الدين هو المدين لأن الدين في ذمته هو، وقد ينوب عنه في الخصومة وكيله أو وصيه أو وليه، وإذا كان الخصم هو المدين الأصلي ثبت الدين في مواجهته إما بالإقرار أو النكول أو أي بيينة أخرى، وإذا كان الخصم له الولاية على المحجوز عليه - محل الدين - فإن الدين في هذه الحالة لا يثبت إلا بالبيينة^٨.

الفرع الثالث :

خاتمة البحث : وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول

مفهوم أوامر الأداء وطبيعتها وشروطها

المطلب الأول

مفهوم أوامر الأداء في اللغة والإصطلاح

الفرع الأول :

تعريف أوامر الأداء في اللغة:

أولاً: تعريف الأمر : الأمر نقيض النهي أمره به وأمره، وأمره إياه، يأمره أمراً وإماراً فأتمر أي قبل أمره، قال عز وجل ﴿وَأْمُرْنَا لِنُسَلِّمَ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ (الأنعام: ٧١)، وقوله عز وجل : ﴿أَتَى أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ (النحل: ١)، أي أمر الله ما وعدهم به من المجازاة على كفرهم من أصناف العذاب^٢، وأمرته بكذا أمراً، والجمع الأوامر، والأمير ذو الأمر والأمير الأمر، والأمر واحد الأمور، يقال أمر فلان مستقيماً وأمره مستقيماً، والأمر الحادثة والجمع أمور^٣.

ثانياً: تعريف الأداء : (أدى) الشيء قام به، وأدى الدين قضاؤه، وأدى الصلاة قام بها لوقتها، وأدى الشيء أوصله إليه^٤، أدى دينه تأديته : قضاؤه؛ والاسم الأداء، ويقال : أدى ما عليه أداءً وتأديته. وقوله تعالى : ﴿أَنْ أَدُّوا إِلَيَّ عِبَادَ اللَّهِ إِنْ كُنْمْ رَسُولٌ آمِينَ﴾ (الدخان: ١٨)، أي : سلموا إلي بني إسرائيل؛ والمعنى أدوا إلي ما أمركم الله به يا عباد الله فإنني نذير لكم، ويقال : تأديت له وإليه من حقه، أي أديتُه وقضيتُه^٥.

لنظام أوامر الأداء تنتهي بخصومة عادية – مواجهة كاملة – فإن هذا النظام لن يتمخض إلا عن ضياع الوقت والجهد والمصاريف بالنسبة إلى المحاكم أو أطراف الخصومة.

المطلب الثاني

طبيعة أوامر الأداء

اختلف الفقه القانوني حول طبيعة أمر الأداء، فالبعض يرى أنه عمل قضائي في مضمونه وأمر على عريضة في إجراءاته وشكله^{١٢}، والبعض الآخر وهو الغالب يرى أن أمر الأداء عمل قضائي في مضمونه، ذلك أنه يفصل في دعوى إلزام^{١٣}، ولكن هذا الرأي اختلف حول تحديد طبيعة الشكل الذي يخضع له أمر الأداء، فمن قائل بأنه أمر على عريضة^{١٤}، ومن قال أنه في حقيقته حكم^{١٥}.

ويرى الباحث أن أمر الأداء هو عمل قضائي، له كل مقومات العمل القضائي ويرتب نفس آثاره، فهو يحوز حجية الأمر المقضي فيه، ويحوز القوة التنفيذية تماماً كالحكم القضائي الذي يصدر في دعوى إلزام، ولكنه يختلف عن الحكم في أنه يفصل في دعوى ذات طبيعة خاصة؛ إذ إن الدعوى العادية ترمي إلى قرار يصدر بعد تحقيق كامل، أما دعوى أمر الأداء فهي ترمي إلى قرار يصدر بعد تحقيق غير كامل، ونتيجة لهذا فإن إجراءات خصومة الأداء هي إجراءات خاصة تختلف عن الخصومة العادية، فإجراءات خصومة الأداء تعطي هيكلاً خاصاً يختلف عن هيكل إجراءات خصومة الإلزام العادي التي تنتهي بحكم إلزام، كما أنها تختلف عن هيكل إجراءات الأوامر على العرائض، ولهذا فأمر الأداء ليس

مفهوم أوامر الأداء في الإصطلاح القانوني:

أوامر الأداء في الإصطلاح القانوني هي: تلك الأوامر التي تصدر من المحكمة المختصة بإلزام "المدين" المدعى عليه بدفع مبلغ معين ثابت بسندٍ وصفاً ومقداراً لمصلحة "الدائن" المدعي دون مواجهة^٩، فالمرشح قدر أن بعض الديون لا يحتاج تحقيقها إلى مواجهة بين الطرفين، لأن المدين ليس لديه ما يعارض به إدعاء الدائن، وأساس هذا التقدير هو ثبوت هذا الدين بالكتابة، وهذا الثبوت يغلب معه تحقيق الدين، ولهذا رأى المشرع عدم إخضاع الدعاوى المتعلقة بهذه الديون لإجراءات الخصومة العادية التي تقتضي تحقيقاً كاملاً يتم وفقاً لمبدأ المواجهة واكتفى بإجراءات تحقيق جزئي على أساس السند المثبت للدين يتم دون إعلان المدعى عليه، ويفصل في هذا الدعوى بتحقيق غير كامل، يتناول كلاً من الواقع والقانون^{١٠}، أما إذا احتاج القاضي في سبيل التأكد من حق الدائن إلى إجراء تحقيق كامل يسمع فيه المدعى عليه فإنه ينظرها أمامه، أو يحيلها لتنظر أمام المحكمة المختصة بمواجهة بين المدعي والمدعى عليه وفقاً للإجراءات العادية^{١١}.

ومفاد نظام أوامر الأداء أنه وإن بدأت فيه الإجراءات دون مواجهة فإنه ينتهي إذا اقتضت العدالة بمواجهة كاملة، ولهذا توصف خصومة الأداء بأنها خصومة مواجهة محتملة، أي أنها يمكن أن تقود إلى مواجهة كاملة في حالة إصدار أو رفض أمر الأداء، على أنه يلاحظ أن فائدة هذا النظام "أوامر الأداء" لا تظهر إلا إذا انتهت دون مواجهة، ذلك أنه إذا كانت كل دعوى تخضع

يحدد إجراءات معينة يتعين على الدائن سلوكها في المطالبة بحقه متى توافرت فيه شروط معينة أوجبها القانون ، وإذا رفعت هذه الدعوى بالإجراءات العادية ، فمعنى ذلك أن المدعي " الدائن " لم يسلك الإجراءات التي فرضها القانون لاقتضاء حقه ، فيكون رفع الدعوى عندئذ باطلاً ، ويكون الأمر كما لو اتبع الدائن للحجز على عقارات مدينه طريق حجز المنقول ، وعلى المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لتعلق سلوك إجراءات التقاضي بالنظام العام ، فتحكم المحكمة عندئذ بعدم قبول الدعوى بسبب عيب الإجراءات^{١٧} ، ويزول رفع الدعوى وما يترتب عليه من آثار بما فيها قطع التقادم ، ويكون على الدائن إذا أراد رفع الدعوى من جديد أن يلجأ إلى طريق أوامر الأداء ، فإذا استأنف الدائن الحكم الصادر من المحكمة بعدم القبول ، وقبلت المحكمة الإستئنافية الطعن وألغت الحكم المستأنف ، فإن على المحكمة الإستئنافية إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظرها وفقاً للإجراءات العادية ، إذ إن محكمة أول درجة وقد قضت بعدم القبول لا تكون قد استنفدت ولايتها بنظر الدعوى.

ووجوب إتباع الدائن لنظام أوامر الأداء لا يكون إلا إذا أراد رفع الدعوى كدعوى أصلية، أما إذا قدمها كدعوى فرعية فإنها تقدم وفقاً لإجراءات الدعوى العادية^{١٨}.

ولا ترفع دعوى أمر الأداء إذا كان المدعي أو المدعى عليه جهاز من أجهزة الدولة الاتحادية أو الولائية أو المحلية ، أو ضد موظف عام عن فعل نسب إليه بصفته أو أثناء قيامه بواجبات وظيفته أو

في إجراءاته وشكله حكماً ، كما أنه ليس أمراً على عريضة ، إنما هو عمل قضائي يصدر نتيجة خصومة قضائية خاصة في شكل خاص . وهذا يبدو واضحاً من خلال قواعد وإجراءات أوامر الأداء ، فهي وإن تشابهت في بعضها مع قواعد الأحكام أو مع قواعد الأوامر على العرائض ، إلا أنها تحتفظ بكيانها المتميز ، ونتيجة لهذا فإن أي نقص في التشريع المنظم لأوامر الأداء يجب الرجوع فيه إلى ما يقتضيه نظام أوامر الأداء في مجموعه ، فلا يرجع إلى قواعد الأحكام ولا إلى تلك المتعلقة بالأوامر على العرائض ما لم تكن متسقة مع هذا النظام.

وتذهب بعض التشريعات التي تأخذ بنظام أوامر الأداء إلى جعله طريقاً اختيارياً للدائن ، وبالتالي فإن للدائن الحق في استصدار أمر أداء ، أو رفع دعوى بالطريق العادي^{١٦}.

وقد جعل قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م " نظام أوامر الأداء طريقاً إجبارياً ، فقد جاء في نصوص المادة ٣٨ / أمنه ، على أنه: " استثناءً من القواعد العامة في رفع الدعوى ، ودون المساس بأحكام المادة ٣٣ (٤) ، في الدعاوى المتعلقة بنقود معينة بمقدارها إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة ، وحل الأداء ، يجب على الدائن أن يقدم عريضة دعواه أمام المحكمة المختصة لاستصدار أمر الأداء " .

واستناداً لهذا النصف إنه لا يجوز لمن تتوافر في حقه شروط استصدار أمر أداء أعلاه أن يرفعه دعوى المطالبة بهذا الدين بالإجراءات العادية ، فالمشرع السوداني بأخذه بأوامر الأداء

ثانياً : أن يكون الحق حال الأداء^{٢٠}: يجب أن يكون الحق حال الأداء ، أي ألا يكون الحق معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ، وذلك لأن الحق غير حال الأداء لا تجوز المطالبة به قضاء ، وطلب أمر الأداء هو مطالبة قضائية ، وبالتالي لا يجوز التكاليف بأداء حق لم يحل أداءه ، ومفاد هذا أن الحق يجب أن يكون حال الأداء عند التكاليف بالوفاء وليس عند تقديم طلب الأداء ، وقد أكد المشرع هذا باقتضائه سبق تكليف المدين بالوفاء ، حيث نصت المادة ٣٨ ب من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م بقولها : " يجب على الدائن أن يخطر المدين كتابة بالوفاء خلال فترة لا تقل عن سبعة أيام قبل أن يتقدم بعريضة أمر الأداء .

ثالثاً : أن يكون محل الحق معين المقدار : تنص المادة ٣٨ أ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م (تعديل ٢٠١٦م) في جزء منها على أنه " ... في دعاوى المتعلقة بنقود معينة بمقدارها... " ، وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في النقود التي يطالب بها الدائن مدينه أن يكون مقدارها معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، لأن فائدة هذه الدعوى الإلزام بواسطة الحجة " سند الكتابة " ولا يتحقق الإلتزام في المجهول .

رابعاً : أن يكون محل الحق محلاً للحماية القانونية^{٢١}: طريق أمر الأداء هو رفع الدعوى ولكن بإجراءات خاصة ، لذلك يجب لإصدار أي أمر لقبول الدعوى وفقاً للقواعد العامة أن توجد قاعدة قانونية تحمي الحق الذي يتمسك به المدعي ، وأن تثبت الوقائع التي تنطبق عليها قاعدة الحماية ،

بسببها ، وهذا ما أشارت إليه المادة أعلاه بقولها " ... ودون المساس بأحكام المادة ٣٣(٤) " ، وذلك لأن الدعوى التي ترفع من أو ضد أجهزة الدولة أو الموظفين العموميين لها إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات الخصومة العادية سواء كانت متعلقة بأوامر أداء أم بإجراءات الدعوى العادية ، ولذلك استثنائها المشرع من نظام أوامر الأداء .

المطلب الثالث

شروط أوامر الأداء^{١٩}

تخضع أوامر الأداء التي ترمي إلى حماية حق الدائن إلى شروط معينة ، بعضها يتعلق بطبيعة الحق ، والآخر بإثباته ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول :

شروط أوامر الأداء التي تتعلق بطبيعة بالحق :
أولاً : أن يكون محل الحق المطالب به مبلغاً من النقود : تنص المادة (٣٨ أ) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م بأنه: " استثناءً من القواعد العامة في رفع الدعوى ، ودون المساس بأحكام المادة ٣٣(٤) ، في دعاوى المتعلقة بنقود معينة بمقدارها إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحل الأداء يجب على الدائن أن يقدم عريضة دعواه أمام المحكمة المختصة لاستصدار أمر الأداء " ، هذا النص يبين أن محل الحق المطالب به في دعوى الأداء يجب أن يكون نقوداً معينة بمقدارها ، كأن يطالب الدائن مدينه بدفع عشرة آلاف جنيه ثمناً للمبيع ، وبالتالي يجب أن تنصب المطالبة على هذا الحق وحده وهو دفع مبلغ من النقود ، ولا يلزم أن يكون السبب المنشئ للحق في المطالبة هو العقد فقط ، فقد يكون سبباً آخر منشئاً للحق .

المبحث الثاني

المحكمة المختصة بدعوى أمر الأداء

وإجراءات نظر الدعوى

المطلب الأول

المحكمة المختصة بدعوى أمر الأداء

تطبق في دعوى أمر الأداء التي ترفع أمام المحاكم قواعد الاختصاص النوعي والمحلي والقيمي التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م "تعديل ٢٠١٦م"، والتي تنطبق على دعاوي المدنية التي ترفع بالإجراءات العادية، ومعنى ذلك أن دعوى أمر الأداء ترفع أمام المحكمة المختصة نوعياً، ويبدأ المدعي "الدائن" برفع دعواه أمام المحاكم الأدنى درجة، ويجب أن تكون هذه الدعوى داخلة في اختصاص المحكمة القيمي من حيث قيمتها المالية، إضافة إلى أن هذه الدعوى ترفع في مكان إقامة المدعى عليه وفقاً للقاعدة العامة مالم ينص القانون على غير ذلك^{٢٣}.

المطلب الثاني

إجراءات نظر دعوى أمر الأداء

قبل البدء في إجراءات الخصومة يجب على المدعي "الدائن" أن يخطر المدعى عليه "المدين" كتابة بالوفاء خلال فترة لا تقل عن سبعة أيام، وذلك قبل أن يتقدم المدعي بعريضة أمر الأداء، وفي ذلك تنص المادة ٣٨/ب من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م بقولها: "يجب على الدائن أن يخطر المدين كتابة بالوفاء خلال فترة لا تقل عن سبعة أيام قبل أن يتقدم بعريضة أمر الأداء"، وعلّة النص في ذلك حتى لا يفاجأ المدعى عليه بأمر الأداء، وحتى يعطى فرصة للوفاء اختياراً قبل رفع

ولهذا يجب ألا يكون الحق المطالب به خارج محل الحماية القانونية كالمطالبة بدين قمار مثلاً، كما يجب ألا تكون الوقائع المعروضة على القاضي من المدعي مخالفة للوقائع المعروفة التي تعتبر معلومات عامة، والتي يستند إليها القاضي بصرف النظر عن التمسك بها من المدعي عليه.

الفرع الثاني:

شروط أوامر الأداء التي تتعلق بإثبات الحق^{٢٢}:

يجب أن يكون الحق ثابتاً بالكتابة، وفي ذلك تنص المادة ٣٨أ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م (تعديل ٢٠١٦م) على أنه: "إستثناءً من القواعد العامة في رفع الدعوى، ودون المساس بأحكام المادة ٣٣(٤)، في دعاوى المتعلقة بنقود معينة بمقدارها إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة، وحل الأداء، يجب على الدائن أن يقدم عريضة دعواه أمام المحكمة المختصة لاستصدار أمر الأداء"، ومقصود هذا النص أن يكون الحق ثابتاً في ورقة رسمية أو عرفية موقعة من المدين "المدعى عليه"، ذلك أن الكتابة هي التي افترض معها المشرع عدم الحاجة إلى تحقيق كامل، فإذا لم يتوافر توقيع المدين على الورقة فإنها لا تصلح أساساً لاستصدار أمر الأداء، ولو كانت تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة، ويجب أن تكون الورقة صالحة للدلالة على الوقائع المنشئة للحق بجميع صفاته التي تبرر اتباع طريق أوامر الأداء، ولهذا فإنه يجب أن يبين من الورقة أن الحق حال الأداء معين المقدار.

الحق بشروطه التي يتطلبها القانون لصدور أمر الأداء ، وبذلك يستطيع القاضي من خلال إطلاعه على هذا السند التأكد من وجود الحق وتحقق شروطه ، كذلك على المدعي إرفاق السند الذي يثبت قيامه بإخطار المدعى عليه بالوفاء قبل رفع عريضة أمر الأداء ، إذ إن عبء إثبات حدوث الإخطار يقع على عاتق المدعي ، ويجب على المدعي كذلك إرفاق المستندات المؤيدة لطلبه إن وجدت ، ومثالها الحجز التحفظي إذا كان المطلوب استصدار أمر بالأداء وبصحة الحجز ، وكذلك المستندات التي تثبت وفاء الدائن بالتزامه المقابل أو بتحقق الشرط ، إذا كان الحق المطالب به معلقاً على شرط .

وعلى المدعي دفع الرسم المستحق على العريضة عند قبولها ، وفي ذلك تنص المادة ٣٨/ج/٢ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م : " عند قبول العريضة يصدر الأمر بسداد نصف الرسم المقرر للدعوى وتصدر المحكمة أمر الأداء خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ قبول العريضة " .

ويجب توافر الأهلية الإجرائية عند تقديم العريضة ليس فقط من قبل المدعي بل أيضاً من قبل المدعى عليه ، ولهذا يكون باطلاً الأمر الذي يصدر ضد القاصر^{٢٥} .

الدعوى ضده واستصدار أمر بأداء الحق ، ويعتبر إخطار المدين بالوفاء شرطاً لصدور أمر الأداء ، وليس شرطاً لصحة العريضة ، ولهذا فإن عدم القيام به لا يؤدي إلى بطلان العريضة^{٢٤} .

أما إجراءات رفع دعوى أمر الأداء فتتمثل في أن يتقدم الدائن بعريضة أمر الأداء وذلك بعد انقضاء فترة الإخطار بالوفاء المنصوص عليها في المادة أعلاه ، وفي ذلك تنص ٣٨ ج / ١ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م : " يقدم الدائن عريضة أمر الأداء ، بعد انقضاء فترة الإخطار بالوفاء من نسختين على الأقل مشتملة على البيانات المنصوص عليها في المادة ٣٦(١) ، مرفقاً معها مستند الدين وإخطار المدين بالوفاء " ، ومفاد هذا النص أنه يجب على المدعي أن يتقدم للمحكمة المختصة بعريضة دعواه من نسختين على الأقل ، مشتملة على البيانات العامة المنصوص عليها في المادة ٣٦ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م ، مرفقاً معها مستند الدين وإخطار المدين بالوفاء ، وتقدم العريضة من المدعي شخصياً أو وكيله ، وتشتمل هذه العريضة على حسب نص المادة ٣٦ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على الآتي : اسم المحكمة المختصة ، اسم المدعي ، اسم المدعى عليه ، الوقائع التي تكون سبب الدعوى : ويقصد بها بيان وقائع الطلب وأسانيده ، حيث يجب على المدعي تحديد ما يطلبه من المدعي عليه من نقود وذلك ببيان وصفها ومقدارها ، كما يجب على المدعي تحديد الوقائع التي يستند إليها في طلبه ، ولا يغني عن تحديد ما يطلبه الدائن من إرفاق سند الدين الذي يثبت قيام

المبحث الثالث

إصدار أمر الأداء أو الامتناع عن إصداره

المطلب الأول

إصدار أمر الأداء

إذا قدر القاضي قبول العريضة فإنه يصدر أمر الأداء المطلوب دون منح المدعى عليه مهلة قضائية بعد التأكد من إخطاره ، ولا يجوز للقاضي إصدار أمر ببعض طلبات المدعي ورفض الآخر ، أو إحالة بعض الطلبات إلى محكمة أخرى لتنظرها بالإجراءات العادية .

وقد يمتنع القاضي عن إصدار أمر الأداء المطلوب رغم اقتناعه بكل طلبات المدعي ، وذلك في حالة إذا كان الطلب قد سبقه أمر بتوقيع الحجز التحفظي وحدث تظلم من المدعى عليه لهذا الأمر لسبب يتصل بالحق الموضوعي ؛ فاقتصاداً في الإجراءات فإنه لا فائدة من إصدار أمر الأداء ، ويكون من المناسب في هذه الحالة إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، ومن ناحية أخرى فإنه قد يصدر القاضي أمر الأداء رغم رفضه لبعض طلبات المدعي ، مثل أن يطلب المدعي إصدار أمر الأداء وصحة الحجز التحفظي الموقع من قبل القاضي ، فللقاضي في هذه الحالة إصدار أمر الأداء ورفض طلب صحة الحجز التحفظي^{٢٦} .

ويجب أن يتضمن إصدار أمر الأداء بيان المبلغ الواجب أدائه ، والطرف الملزم بمصاريف الدعوى، وتأريخ إصدار أمر الأداء ؛ إذ إنه يفيد في حساب ميعاد سقوط أمر الأداء ، واسم المحكمة، والقاضي الذي أصدر أمر الأداء للتأكد من صحة الاختصاص ، إذ يمكن إثارة مسألة الاختصاص

عند التظلم من الأمر أو رفع استئناف عنه ، وكذلك توقيع القاضي الذي أصدره ، إذ التوقيع يدل على صدور العمل ممن صدر منه .

ولا يلزم بيان أسباب إصدار أمر الأداء ، فليس في القانون ما يلزم بها باعتبار أن إصدار أمر الأداء يعني الموافقة على وقائع الطلب وأسانيده المبينة في العريضة ، فتعتبر هذه أسباباً لها^{٢٧} .

وبعد صدور أمر الأداء بالشروط المبينة أعلاه يعلن المدعي بالعريضة وبأمر الأداء الصادر ضده وفي ذلك تنص المادة ٣٨/هـ /١ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م بأنه: " يعلن المدعي بالعريضة وبأمر الأداء الصادر ضده " ، فعلى المدعي بعد صدور أمر الأداء أن يقوم بإعلان المدعى عليه بالعريضة مرفق معها صورة من أمر الأداء ، ويتم الإعلان وفقاً للقواعد العامة بورقة التكليف بالحضور^{٢٨} ، وعلّة هذا الإعلان هو أن الأمر قد صدر في غيبة المدعى عليه ، فيجب أن يعلم به حتى يستطيع التظلم أو الطعن فيه إن رأى لذلك وجهاً ، وأما إعلانه مع العريضة فعلته أن العريضة تعتبر جزءاً لا يتجزأ من أمر الأداء إذ بياناتها تعتبر ضمن بياناته ، فإذا لم يتم الإعلان في الميعاد المحدد قانوناً اعتبرت العريضة وأمر الأداء الصادر عليها كأن لم يكن، وهذا يعني أن عدم الإعلان في الميعاد المحدد قانوناً لا يؤدي فقط إلى سقوط أمر الأداء بل أيضاً إلى سقوط العريضة ، وما يترتب عليها من مطالبة قضائية ، ويتم السقوط بقوة القانون بمجرد انقضاء ميعاده دون إعلان ، وتزول آثار العريضة وأمر الأداء من هذا الوقت .

إجراءات أمر الأداء المنصوص عليها في المادة ٣٨ب، أو رأت المحكمة عدم إصدار الأمر لأي سبب آخر، وجب عليها أن تنظرها كعريضة دعوى وفقاً لأحكام المادة ٣٨، أو تحيلها لتنظر أمام المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المادة ٣٨، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة المذكور في البند (١) .

وتنص المادة ٣٨ ب من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه : " يجب على الدائن أن يخطر المدين كتابة بالوفاء خلال فترة لا تقل عن سبعة أيام قبل أن يتقدم بعريضة أمر الأداء " ، وتنص المادة ٣٨ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م في فقراتها الثلاث على أنه: " ١/ تصرح الدعوى في محكمة مفتوحة وفي يوم يحدد للمدعى أو من يمثله ولا تصرح دعوى ولا يؤمر بتحصيل الرسم أو إعلان المدعى عليه إلا بعد مناقشة المدعى وكشف سبب الدعوى ووجه بيناتها على النحو الوارد في هذا القانون ، ٢/ على الرغم من أحكام البند (١) يجوز للمحكمة تصريح العريضة التي تقدم إلكترونياً والأمر بتحصيل الرسم وإعلان المدعى عليه إذا رأت عدم ضرورة حضور المدعى أو من يمثله أمامها ، ٣/ يجب على المحكمة بعد فحص عريضة الدعوى أو الاستماع إلى المدعى شطب العريضة إيجازياً وذلك في الحالتين الآتيتين: إذالم توضح العريضة سبباً للدعوى ، أو كانت المحكمة غير مختصة بالدعوى " .

ومن الأسباب التي يمكن أن تستند إليها المحكمة في الامتناع عن إصدار أمر الأداء عدم توافر الشروط التي فرضها القانون ، كأن وجد

ويجوز للمدعى عليه التمسك بسقوط العريضة أو أمر الأداء عند الطعن في أمر الأداء، أو عند رفعه منازعة في تنفيذه ، أو بطريق الدفع في دعوى ترفع استناداً إلى أمر الأداء ، وللمدعى عليه النزول عن التمسك بالسقوط ، وقد يتم هذا النزول صراحة أو ضمناً ، وإذا سقط أمر الأداء فلا يُمنع المدعي من استصدار أمر جديد^{٢٩} ، مادام حقه في التقاضي قائماً ويجب عليه عندئذ أن يتقدم بعريضة جديدة وأن يدفع رسوماً جديدة .

وينظر القاضي دعوى أمر الأداء بدون حضور المدعي عليه رغبة من المشرع في صدور أمر الأداء بسرعة ، ويجب على المحكمة أن تصدر قرارها في أمر الأداء خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ قبول العريضة " وفي ذلك تنص المادة ٣٨/ج/٢ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م " بأنه : " ... وتصدر المحكمة أمر الأداء خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تاريخ قبول العريضة " ، وهذا الميعاد يتعلق بتنظيم سلطة القاضي ولا يتعلق بحق إجرائي لأحد الخصوم ، فإنه إذا خالفه القاضي لا يترتب بطلان أو سقوط العريضة .

المطلب الثاني

الامتناع عن إصدار أمر الأداء

قد لا يستوف المدعي إجراءات أمر الأداء المنصوص عليها قانوناً ، وفي هذه الحالة أوجب المشرع على القاضي أن ينظر دعوى أمر الأداء بالإجراءات العادية بعد أن يحدد لها جلسة ، أو يحيل هذا الدعوى للمحكمة المختصة، وفي ذلك تنص المادة ٣٨/د/١ : " إذا لم يستوف المدعى

ويجب مراعاة مواعيد التكليف بالحضور ، وعلى المحكمة أن تنظر الدعوى وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة للدعوى العادية دون نظر إلى إجراءات طلب الأمر التي انتهت بالامتناع عن إصدار الأمر، على أنه يلاحظ أن الإجراءات أمام المحكمة تعتبر مرحلة من نفس الخصومة التي انتهت المرحلة الأولى منها بقرار الإحالة إلى المحكمة ، ولهذا فإن آثار المطالبة القضائية التي ترتبت على تقديم طلب أمر الأداء تظل سارية.

المبحث الرابع

التظلم من أمر الأداء واستئنافه

المطلب الأول

التظلم من أمر الأداء

أمر الأداء يصدر دون مواجهة ، لذلك حرص المشرع على تخويل المدعى عليه حق التظلم من أمر الأداء في جميع الأحوال بصرف النظر عن قيمة الحق أو نوعه ، فنظّم طريقاً للتظلم في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م ، فنصت المادة ٣٨/ (٢) من ذات القانون على أنه : "يجوز للمدين التظلم من أمر الأداء الصادر ضده أمام المحكمة التي أصدرته وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ إعلانه به، على أن يكون التظلم مسبباً" ، ومن خلال هذا النص فإن للمدين "المدعى عليه" التظلم من أمر الأداء خلال سبعة أيام من تأريخ إعلانه به ، فإذا انقضت هذه الأيام دون أن يرفع المدعى عليه تظلمه سقط حقه في التظلم ، ويسقط هذا الحق أيضاً إذا رفع المدعى عليه استئنافاً في الأمر ، وفي ذلك تنص المادة ٣٨/٣ من قانون

الحق غير معين المقدار ، أو غير ثابت في المستند المقدم ، أو أن الحق لا يتمتع بالحماية القانونية كأن يكون دين قمار ، أو كانت المحكمة غير مختصة بنظر الدعوى ، أو أن إجراءات الطلب لم تراعى أو معيبة ، مثل عدم إخطار المدين كتابة بالفداء خلال الفترة التي حددها القانون قبل أن يتقدم الدائن بعريضة أمر الأداء ، أو أنه لا توجد صفة للمدعي أو المدعى عليه ، ففي هذه الحالات يجب على القاضي الامتناع عن إصدار أمر الأداء ، أي رفض عريضة أمر الأداء^{٣٠} ، ويحدد جلسة لنظر الدعوى أمامه بالطريق العادي أو إحالتها للمحكمة المختصة ، وفق نص المادة ١/٣٨ قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م من أنه : "إذا لم يستوف المدعى إجراءات أمر الأداء المنصوص عليها في المادة ٣٨ب ، أو رأت المحكمة عدم إصدار الأمر لأي سبب آخر ، وجب عليها أن تنظرها كعريضة دعوى وفقاً لأحكام المادة ٣٨ ، أو تحيلها لتنظر أمام المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المادة ٣٨" ، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة المذكور في البند (١) ، وقرار القاضي بتحديد جلسة لنظر الدعوى بالطريق العادي لا شك أنه يعني ضمناً امتناعه عن إصدار أمر الأداء ، وإذا حدث أن أخطأ القاضي وأصدر قراراً برفض العريضة ولم يحدد جلسة أمام المحكمة ، فإن للمدعي أن يطلب من القاضي تحديد هذه الجلسة ، وعلى القاضي عند تحديده جلسة أمام المحكمة أن يكلف المدعي بإعلان خصمه إلى هذه الجلسة ، لأن المحكمة تنظر الدعوى بالإجراءات العادية فيجب أن يقوم المدعي بإعلان المدعى عليه بصورة من صحيفة الدعوى ،

هذه الحالة لم يسبقه غياب آخر يُسأل عنه ، إذ هو لم يدع للحضور أمام قاضي الأداء .

ويرى الباحث أن المشرع قد جانبه الصواب وأغلق الباب أمام المتظلم عندما اعتبر التظلم كأن لم يكن في حالة غياب المتظلم ، وذلك لأنه قد يكون للمتظلم أسباباً معتبرة حالت دون حضوره لهذه الجلسة ، ولذلك يرى الباحث أن يُعطى المتظلم فرصة أخرى إذا أبدى أسباباً معتبرة أو كافية حالت دون حضوره ، فإن هذا أقرب لتحقيق العدالة بين خصوم الدعوى .

ويُحكم في التظلم بتأييد أمر الأداء أو بتعديله أو بإلغائه^{٣٢} ، ويكون هذا الحكم قابلاً للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف على أن يكون قرارها نهائياً ، وفي ذلك تنص المادة ٣٨/هـ/٥ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه " يحكم في التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون هذا الحكم قابلاً للطعن فيه أمام محكمة الاستئناف على أن يكون قرارها نهائياً" ، وطبقاً لهذا النص فإن للمحكمة عند الفصل في التظلم أن تؤيد الأمر فيما قضى به من إلزام ، أو تؤيده في جزء منه ، كما أنها تستطيع أن تلغي الأمر ، وإذا ألغت المحكمة الأمر سواء لعدم توافر شروط الحق ، أو لأنه باطل لعيب في إجراءات استصدار الأمر أو في الأمر نفسه ، أو لاعتباره كأن لم يكن ، فإنها لا تقتصر على الإلغاء بل عليها أن تصدر حكماً في موضوع الدعوى إذا كانت هي المحكمة المختصة بإصداره ، وإلا قضت بعدم الاختصاص ولم تتعرض للموضوع .

الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م: "يسقط الحق في التظلم المنصوص عليه في البند (٢) إذا تقدم المدين باستئناف ضد الأمر وفقاً لأحكام المادة ٣٨و" .

ويرفع التظلم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، وتختص به المحكمة التي أصدرت قاضيها أمر الأداء ، ويُقبل التظلم من المدعى عليه بصرف النظر عن قيمة الحق أو نوعه ، وهذا التظلم قد يفتح الباب أمام خصومة تحقيق بالإجراءات العادية محلها الحق الذي يطالب به المدعي ، ويعتبر المتظلم في حكم المدعي ، والمتظلم منه في حكم المدعى عليه ، وللمدعي أن يثبت حقه بصرف النظر عن صحة أمر الأداء ، ويمكن لكل منهما إبداء الدفوع المختلفة ، والطلبات العارضة التي يجيز القانون قبولها ، كما أن للغير التدخل في الخصومة ، ولكل من الخصمين إدخال الغير^{٣١} ، ويرد على الخصومة الوقف والانقطاع والسقوط والانقضاء بمضي المدة ، كما تطبق عليها قواعد الحضور والغياب ، كل ذلك وفقاً للقواعد والإجراءات المتبعة أمام المحكمة المختصة وفقاً للقانون .

وإذا لم يحضر المتظلم الجلسة الأولى لنظر التظلم تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن ، حيث تنص المادة ٣٨/هـ/٤ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه "إذا لم يحضر المتظلم الجلسة الأولى لنظر التظلم، تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بإعتبار التظلم كأن لم يكن" ، وينتج عن هذا الغياب زوال التظلم وبقاء أمر الأداء ، فغياب المتظلم في

المطلب الثاني

استئناف أمر الأداء

أمر الأداء يعتبر فصل في دعوى خاصة بإجراءات خاصة ، وقد أخضع المشرع هذا الأمر لما تخضع له الدعوى المدنية العادية من استئناف بحسب قيمة الحق أو نوعه^{٣٣} ، وبهذا أجاز المشرع للمدعى عليه الذي صدر ضده الأمر ، أما أن يطعن في أمر الأداء بالتظلم ، وإما أن يطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف ، ويخضع استئناف أمر الأداء لميعاد وإجراءات وقواعد استئناف الأحكام التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م ، ويبدأ ميعاد استئناف أمر الأداء من تأريخ فوات ميعاد التظلم ، أو من اعتبار التظلم كأن لم يكن ، وفي ذلك تنص المادة ٣٨/٢/١ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه : "يجوز استئناف الأمر الصادر من المحكمة بإلزام المدين بالوفاء بالدين بموجب أمر الأداء ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة للاستئناف وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ فوات ميعاد التظلم المنصوص عليه في المادة ٣٨هـ(٣) ، ويكون القرار الصادر من محكمة الاستئناف نهائياً" ، وتكون لمحكمة الاستئناف نفس السلطات التي لها عند نظر الاستئناف في الحكم ، فلها أن تؤيد الأمر ، كما لها أن تلغيه ، وإذا ألغته فإنها تنظر موضوع القضية ، أو قد لا تنظره وتقتصر على الإلغاء فحسب^{٣٤} ، واستئناف أمر الأداء والأحكام عموماً من الأصول الثابتة في الفقه الإسلامي وما أدل على ذلك من رسالة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه لسيدنا أبي موسى الأشعري رضي

الله عنه : " ... ولا يمنحك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك ، فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل"^{٣٥} .

ويرى الباحث أن المشرع قد جانبه الصواب عندما نصّ على استئناف أمر الأداء أمام محكمة الاستئناف ، وكذلك عندما اعتبر قرار محكمة الاستئناف نهائياً ، وهذا المسلك يتنافي مع درجات التقاضي المنصوص عليها في هذا القانون ، فمن المعروف أن التقاضي على درجتين ، محاكم أول درجة ، ومحاكم ثاني درجة ، فإذا اعتبرنا أن أمر الأداء صادراً من القاضي الجزئي من الدرجة الثانية فإن استئنافه يتم أمام قاضي المحكمة المدنية العامة ، فاستئنافه مباشرة أمام محكمة الاستئناف يفوت على المتظلم درجة من درجات التقاضي وفي هذا إهدارٌ لهذه الدرجات التي نصّ عليها القانون وصولاً للحكم الصحيح التي ينطبق وصحيح القانون .

ويرتب استئناف أمر الأداء عن التظلم فيه النتائج التالية^{٣٦} :

(١) إن كلاً منهما يعتبر طريق طعن عادي ، ولهذا لم ينص القانون على أسباب محددة لأي منهما .

(٢) إنه يترتب على الطعن بأيهما تحول خصومة الأداء ، وهي خصومة تحقيق غير كامل يتم دون مواجهة إلى خصومة تحقيق كامل يتم بمواجهة .

(٣) إن مجرد قيام خصومة الطعن لا تؤثر في أمر الأداء أو في قوته ، ولهذا فإنه إذا انتهت

ومباشر فيها ، (٣) أي طلب من الطلبات الواردة في عريضة الدعوى لم يحكم به صراحة يعتبر لأغراض هذه المادة أنه قد رفض .

يعتبر أمر الأداء حجة في مواجهة أطرافه ، فإذا أصدرت المحكمة المختصة أمراً بالأداء مستوفٍ للشروط التي حددها القانون لصالح الدائن في مواجهة المدين فلا يجوز لهما أو لأحدهما رفع دعوى أداء أخرى بين نفسيهما ، أو غيرهما ممن تدخل أو أدخل في هذه الدعوى طالما كان موضوع الدعوى المرفوعة لاحقاً هو نفس موضوع الدعوى السابقة وهي المطالبة بمبلغ نقود معينة ذات وصف محدد بين نفس الأطراف .

ويعتبر أمر الأداء حجة في مواجهة أطرافه ولو لم يتم بسماع ، وذلك لأن الهدف من إصدار أوامر الأداء هو تيسير الإجراءات وسرعة الفصل ، وأمر الأداء يقتضي رفع الدعوى والفصل فيها عند استيفاء مطلوباتها دون سماع المدين " المدعى عليه " ، ولذلك لا يشترط السماع الكامل في هذه الدعوى ، كذلك إذا كانت هناك دعوى مرفوعة لإصدار أمر أداء فلا يجوز للدائن رفع دعوى أخرى بذات الموضوع على نفس المدين حتى يفصل في هذه الدعوى ، وفي ذلك تنص المادة (٣٠) قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه: " لا يجوز قبول دعوى للفصل في نزاع لا يزال قيد النظر أمام محكمة مختصة " .

المطلب الثاني

تنفيذ أمر الأداء^{٣٨}

تنص المادة ٣٨/ح من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه : "تنفذ أوامر الأداء بالطرق المبينة في تنفيذ الأحكام

خصومة الطعن لأي سبب من الأسباب الإجرائية كالسقوط أو الانقضاء بمضي المدة ، فإن هذا لا يمس أمر الأداء .

(٤) إن الحق في التظلم من أمر الأداء للمدين وليس للدائن ، لأن أمر الأداء لا يصدر إلا لمصلحة الدائن ، فليس له استئناف طلب الرفض .

(٥) إن المحكمة التي تنظر التظلم أو الاستئناف تصدر حكماً بالمعنى الصحيح ، يخضع لما تخضع له الأحكام من قواعد ، ويقبل الطعن وفقاً للقواعد العامة للطعن في الأحكام .

المبحث الخامس

حجية أمر الأداء وتنفيذه

المطلب الأول

حجية أمر الأداء^{٣٧}

تنص المادة ٣٨/ز من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه : "تحوز الأحكام الصادرة بأمر الأداء حجية الأمر المقضي فيه وفقاً لأحكام المادة ٢٩" ، وتنص المادة (٢٩) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م على أنه : " (١) لا يجوز لأية محكمة أن تنظر في أي أمر كان موضوع خلاف جوهرى ومباشر في دعوى سالفة بين نفس الأطراف أو من يدعون نفس الحق عن طريقهم أمام أية محكمة مختصة في السودان أو منشأة بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر إذا كانت تلك المحكمة قد سمعت الدعوى السالفة وفصلت فيها نهائياً ، (٢) أي طلب من الطلبات الواردة في عريضة أو دفع في الدعوى السالفة تعتبر موضع خلاف جوهرى

عند الحكم ، أو أثبتت بينة كافية إفسار المدين ، وإذا أطلق سراح المدين بعد ثبوت إفسار هفيجوز إعادة القبض عليه وحبسه متى ثبت للمحكمة أنه أصبح قادراً على الوفاء بالحكم ما لم يكن الوفاء قد تم بأية وسيلة أخرى من وسائل تنفيذ الأحكام.

• إذا طلب المدين من محكمة التنفيذ أو محكمة الموضوع وقف تنفيذ الحكم بغرض استئنافه إذا كان ميعاد الاستئناف فيه ما يزال قائماً ، فيجوز للمحكمة التي تباشرت تنفيذ الحكم أن تأمر بوقفه لمدة مناسبة يستصدر خلالها من المحكمة المطعون أمامها في الحكم أو من المحكمة التي أصدرته بحسب الأحوال أمراً بوقف تنفيذ الحكم حتى يفصل في الطعن وذلك طبقاً للأوضاع والشروط المقررة في القانون فيما يتعلق بضمان تنفيذ الحكم أو إلغائه.

• إذا نازع المدين أو الغير في المبلغ المحكوم به ، فإن محكمة التنفيذ أو محكمة الموضوع هي التي تختص بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أياً كانت قيمتها ، وهذه المنازعة لاتوقف السير في التنفيذ ما لم تر المحكمة لأسباب كافية ومعقولة الأمر بوقف التنفيذ حتى يفصل في تلك المنازعة.

• وفي الفقه الإسلامي فقد ذكر الفقهاء أن المنقول " النقود محل الحق " إما أن يكون حاضراً في يد المدين ، وفي هذه الحالة تكفي الإشارة إليه ، وإن لم يكن حاضراً بإحضاره إن أمكن ثم الإشارة إليه ، فلو تعذر إحضاره ؛ فيما أن يذهب القاضي بنفسه أو ينتدب من يراه^{٤٠}.

وفقاً لأحكام هذا القانون " ، ويقصد بعبارة تنفيذ الأحكام وفقاً لأحكام هذا القانون ، تطبيق قواعد الباب العاشر الوارد في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م والمتعلق بتنفيذ الأحكام^{٣٩} ، و نشير في هذا الصدد إلى بعض أحكام التنفيذ التي تضمنها هذا الباب على سبيل المثال لا الحصر :

• إذا أصدرت المحكمة المختصة أمرها ضد المدين بتسليم مبلغ النقود المحكوم به ، فعلى المحكمة المختصة أن تأمر بتسليم النقود للدائن ، أو إلى الشخص الذي يعينه للاستلام نيابة عنه ، مع مراعاة أنه لا يجوز دفع أية نقود بوساطة المحكمة إلى أي وكيل أو محام ما لم يقدم توكيلاً موثقاً يخول له استلام تلك النقود ، وذلك لأن الأحكام تعتبر نافذة فور صدورها ما لم ينص القانون على غير ذلك.

• إذا امتنع المدين عن تسليم المبلغ المحكوم به اختياراً فللمحكمة أن تأمر بالقبض عليه وحبسه حتى تمام الوفاء ، أو بالحجز على أمواله أو بالطريقتين معاً ، مع مراعاة ما نص عليه في شأن الحبس ، ويحفظ المال المحجوز بالحراسة التي تقررها المحكمة ، ويجب على المحضر أن يبين أوصاف هذه النقود ومقدارها في المحضر ، وأن يودعها خزانة المحكمة خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر ، و في حالة حبس المدين فإنه لا يطلق سراحه إلا إذا دفع المبلغ المحكوم به ، أو حصل الوفاء بالحكم الصادر ضده بأية طريقة أخرى قبلها المحكوم له ، أو تنازل المحكوم له كتابة وبحضور شهود

خاتمة البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام
على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم.
وبعد ،،،

تناول هذا البحث مفهوم أوامر الأداء
وطبيعتها وشروطها الخاصة بطبيعة الحق الوارد
على أوامر الأداء ، وطريقة إثباتها ، والمحكمة
المختصة بإصدار هذه الأوامر ، وإجراءات نظر
دعوى أوامر الأداء ، وإصدار أوامر الأداء أو
امتناع المحكمة عن إصدارها ، وتنفيذ أوامر الأداء
وحجبتها .

وقد توصل الباحث إلى أهم النتائج
والتوصيات التالية :

أولاً : النتائج :

من أهم النتائج التي توصل لها هذا

البحث :

١/ إن الهدف من تشريع أوامر الأداء هو تسهيل
الإجراءات للطرف الدائن لاقتضاء حقه في
مواجهة المدين بعد ثبوت هذا الحق بالكتابة
وإخطار المدين بالوفاء .

٢/ إن محل دعوى أمر الأداء في التشريع
السوداني تقتصر على المطالبة بالنقود فقط
والتي تكون محددة النوع والمقدار ، بخلاف
بعض التشريعات المقارنة التي توسعت في
محل هذه الدعوى .

٣/ إن طبيعة رفع دعوى أمر الأداء في التشريع
السوداني إجبارية ، وذلك في حالة توافر
شروطها التي حددها القانون بخلاف بعض

التشريعات المقارنة التي تجعل رفعها من قبل
الدائن اختيارياً .

ثانياً : التوصيات :

١/ إتاحة الفرصة للمدين في استئناف أمر الأداء
وفق درجات التقاضي المنصوص عليها
قانوناً ، وذلك لأن استئناف أمر الأداء أمام
محكمة الاستئناف مباشرة وبصورة نهائية
فيه تضيق لدرجات التقاضي مما يؤدي إلى
خلل في قواعد العدالة .

٢/ إلغاء طريق التظلم من المدين أمام المحكمة
التي أصدرت الأمر ، وذلك لأن هذا المحكمة
قد تصر على رأيها ، والاكتفاء بطريق الطعن
أو الاستئناف .

٣/ أن تكون هناك فرصة للمتظلم إذا لم
يحضر الجلسة الأولى لنظر التظلم إذا كانت
له أسباباً كافية ومقنعة لغيابه .

فهرس المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : كتب الفقه الإسلامي :

١. القوانين الفقهية . ابن جزي . دار إحياء الكتب
العربية . القاهرة .
٢. تبصرة الحكام . ابن فرحون اليعمري .
المطبعة الشرقية . القاهرة .
٣. معين الحكام . للطرابلسي . مطبعة مصطفى
البابي الحلبي . ط ثانية ، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

ثالثاً : كتب القانون :

٤. أصول المرافعات . د. أحمد مسلم . ط ١٩٧١م .
دار الفكر . مصر .

٥. المرافعات المدنية والتجارية .د. أحمد أبو الوفا. دار النهضة العربية . ط١٩٨٢م.
 ٦. الموجز في مبادئ القانون المدني . د. وجدي راغب .مصر. دار النهضة العربية . ط١٩٧٧م.
 ٧. الوسيط في قانون القضاء المدني .د. فتحي والي . ط١٩٨١. ٢. دار النهضة العربية . القاهرة .
 ٨. أوامر الأداء . د. عبد الحميد وشاحي . ط١٩٥٨م. منشأة دار المعارف. الإسكندرية.
 ٩. سلطة القاضي الولائية . د. عبد الباسط جمعي. دار النهضة العربية . ط١٩٨٠م.
 ١٠. قواعد المرافعات .محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي .معهد البحوث والدراسات العربية .١٩٥٧م.
 ١١. قواعد تنفيذ الأحكام .د. رمزي سيف . مطبعة جامعة القاهرة . ط١٩٦٩م .
 ١٢. نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية.د.أحمد أبو الوفا. ط١٩٦٥م. القاهرة . دار الفكر.
 ١٣. نظرية البطلان في القانون المدني .د. فتحي والي . دار النهضة العربية . القاهرة .
 ١٤. التنفيذ الجبري .د. فتحي والي . دار النهضة العربية . مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي. ط١٩٩١م.
 ١٥. المرافعات المدنية والتجارية .د. عبد المنعم الشرقاوي. القاهرة . ط١٩٥٠م. مطابع دار الكتاب العربي. مصر.
 ١٦. الوسيط في القانون المدني .د. عبد الرزاق السنهوري . ط١٩٥٦م. دار الفكر. القاهرة . ط١٩٦٤م.
 ١٧. قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. الدعوى . أ. د. محمد الشيخ عمر . ط الخامسة. الخرطوم .
 ١٨. قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقاً عليه . د. محمد شتا أبوسعد. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي . ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م ، ط الأولى.
 ١٩. قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق " دراسة مقارنة " ، د. حيدر أحمد دفع الله ، ط الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
 ٢٠. قواعد التقاضي في القانون المدني . مولانا رمضان على محمد . ط الأولى . الخرطوم .
 ٢١. الوسيط ففي شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . رمزي سيف . القاهرة. الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية . ط١٩٦٩- ١٩٧٠م.
 ٢٢. قواعد المرافعات المدنية والتجارية. د. أمينة النمر . مطبعة لجنة التأليف والترجمة . ط ١٩٥١م.
- رابعاً : كتب اللغة:**
٢٣. القاموس المحيط ، للفيروزآبادي . مؤسسة الحلبي للتوزيع والنشر . القاهرة .
 ٢٤. لسان العرب . ابن منظور . مؤسسة التأريخ العربي . بيروت . ط١٩٩٢ . ٢ .م.
 ٢٥. مختار الصحاح . الرازي . تحقيق محمود خاطر . مكتبة لبنان . بيروت . ط١٩٩٥م.
 ٢٦. المعجم الوسيط . إبراهيم مصطفى وآخرون. تحقيق مجمع اللغة العربية . دار الدعوة . القاهرة .
- خامساً : القوانين:**
٢٧. قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م " تعديل ٢٠١٦م .

هوامش:

- ١- أستاذ مشارك، كلية الشريعة (مدني) جامعة القرآن الكريم وتأسيس العلوم.
- ٢- الأمالي، أبو القاسم عبد الرحمن بن إسحاق الزجاج، مكتبة بيروت، ١٩٨١م، ج١، ص٢٤١.
- ٣- القاموس المحيط، للفيروزآبادي. مؤسسة الحلبي للتوزيع والنشر. القاهرة. ج١ص١٨٥. لسان العرب. ابن منظور. مؤسسة التاريخ العربي. بيروت. ٢. ١٩٩٢م. ج١ص١٤٣، مختار الصحاح. الرازي. تحقيق محمود خاطر. مكتبة لبنان. بيروت. ١٩٩٥م. ج١ص١١، المعجم الوسيط. إبراهيم مصطفى وآخرون. تحقيق مجمع اللغة العربية. دار الدعوة. القاهرة. ج١ص١١.
- ٤- القاموس المحيط، للفيروزآبادي. ج١ص١٩٢١.
- ٥- مختار الصحاح. الرازي. ج١ص١١.
- ٦- معين الحكام. للطرابلسي. مطبعة مصطفى البابي الحلبي. ط ثانية، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م. ص٢٤٤.
- ٧- تبصرة الحكام. ابن فرحون اليعمري. المطبعة الشرقية. القاهرة. القوانين الفقهية. ص٥٣٤. ابن جزى. دار إحياء الكتب العربية. القاهرة. ص١٨٧.
- ٨- معين الحكام. للطرابلسي. مطبعة مصطفى البابي الحلبي. ص٢٤٨.
- ٩- أصول المرافعات. د. أحمد مسلم. ط ١٩٧١م. دار الفكر. مصر. ص٥٨٧.
- ١٠- الوسيط في قانون القضاء المدني. د. فتحي والي. ط ١٩٨١م. دار النهضة العربية. القاهرة. ص٩٣٤.
- ١١- المرافعات المدنية والتجارية. د. أحمد أبو الوفا. دار النهضة العربية. ط ١٩٨٢م. ص٦٥٢.
- ١٢- أوامر الأداء. د. عبد الحميد وشاحي. ط ١٩٥٨م. منشأة دار المعارف. الإسكندرية. ص١٥.
- ١٣- الموجز في مبادئ القانون المدني. د. وجدي راغب مصر. دار النهضة العربية. ط ١٩٧٧م. ص٣٨٩.
- ١٤- قواعد المرافعات. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي. معهد البحوث والدراسات العربية. ١٩٥٧م. ص٤٦٧.
- ١٥- المرافعات المدنية والتجارية. د. عبد المنعم الشرقاوي. القاهرة. ط ١٩٥٠م. مطابع دار الكتاب العربي. مصر. ص٤٦٢.
- ١٦- الموجز في مبادئ القانون المدني. د. وجدي راغب. ص٣٩١.
- ١٧- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. رمزي سيف. القاهرة. الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية. ط ١٩٦٩م - ١٩٧٠م. ص٤٣١، الموجز في مبادئ القانون المدني. د. وجدي راغب. ص٣٩٥، سلطة القاضي الولائية. د. عبد الباسط جميعي. دار النهضة العربية. ط ١٩٨٠م. ص٥٨.
- ١٨- قواعد المرافعات المدنية والتجارية. د. أمينة النمر. مطبعة لجنة التأليف والترجمة. ط ١٩٥١م. ص٣٩٧.
- ١٩- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. رمزي سيف. ص٤٣٩، الموجز في مبادئ القانون المدني. د. وجدي راغب. ص٣٩٥، سلطة القاضي الولائية. د. عبد الباسط جميعي. ص٦٢.
- ٢٠- أوامر الأداء. د. عبد الحميد وشاحي. ص٢٥.
- ٢١- نظرية البطالان في القانون المدني. د. فتحي والي. دار النهضة العربية. القاهرة. ص١٦٥.
- ٢٢- الوسيط في قانون القضاء المدني. د. فتحي والي. ص٩٣٩.
- ٢٣- انظر بسطاً في ذلك: قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. الدعوى. أ. د. محمد الشيخ عمر. ط الخامسة. الخرطوم. ج١. ص٥٣ وما بعدها، قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقاً عليه. د. محمد شتا أبوسعد. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي. ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ط الأولى. ج١. ص١٠٣ وما بعدها، قواعد التقاضي في القانون المدني. مولانا رمضان علي محمد. ط الأولى. الخرطوم. ص٢٣ وما بعدها، قانون الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق "دراسة مقارنة"، د. حيدر أحمد دفع الله، ط الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج١، ص١٨ وما بعدها.
- ٢٤- المرافعات المدنية والتجارية. د. عبد المنعم الشرقاوي. ص٤٧١.
- ٢٥- قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. الدعوى. أ. د. محمد الشيخ عمر. ج١. ص١٥٤ وما بعدها.
- ٢٦- نظرية البطالان في القانون المدني. د. فتحي والي. ص١٧٧.
- ٢٧- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. رمزي سيف. ص٥٥٢، الموجز في مبادئ القانون المدني. د. وجدي راغب. ص٤٠٤، سلطة القاضي الولائية. د. عبد الباسط جميعي. ص٦٩.
- ٢٨- قواعد المرافعات. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي. ص٤٧١.
- ٢٩- راجع المواد (٣٩-٥٥) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م "تعديل ٢٠١٦م".
- ٣٠- أصول المرافعات. د. أحمد مسلم. ص٤٧٦.
- ٣١- الموجز في مبادئ القانون المدني. د. وجدي راغب. ص٤١٨.
- ٣٢- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. رمزي سيف. ص٥٥٩.
- ٣٣- المرافعات المدنية والتجارية. د. أحمد أبو الوفا. ص٦٦٧.
- ٣٤- الوسيط في قانون القضاء المدني. د. فتحي والي. ص٩٦٦.
- ٣٥- قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. إجراءات الطعن والتفويض. أ. د. محمد الشيخ عمر. ط الخامسة، بيروت، لبنان، مركز الصف الإلكتروني، براج وخطيب، ج٢. ص٤٥ وما بعدها.
- ٣٦- تبصرة الحكام. ابن فرحون اليعمري. ص٤٢.
- ٣٧- أصول المرافعات. د. أحمد مسلم. ص٤٨١.
- ٣٨- راجع بسطاً في ذلك: قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. الدعوى. أ. د. محمد الشيخ عمر. ج١. ص٩١ وما بعدها، قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقاً عليه. د. محمد شتا أبوسعد. ج١. ص١٤٥ وما بعدها، قواعد التقاضي في القانون المدني. مولانا رمضان علي محمد. ص٤٤ وما بعدها، الإجراءات المدنية السوداني بين التحليل والتطبيق "دراسة مقارنة"، د. حيدر أحمد دفع الله، ج١، ص٤٥ وما بعدها.
- ٣٩- راجع ي ذلك: قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. الدعوى. أ. د. محمد الشيخ عمر. ج٢. ص١٧٣ وما بعدها، التنفيذ الجبري. د. فتحي والي. دار النهضة العربية. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي. ط ١٩٩١م. ص٣٣٤، قواعد تنفيذ الأحكام. د. رمزي سيف. مطبعة جامعة القاهرة. ط ١٩٦٩م. ص٢٣٤، نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية. د. أحمد أبو الوفا. ط ١٩٦٥م. القاهرة. دار الفكر. ص٣٢٧.
- ٤٠- (٢) راجع المواد (٢٢٤) وما بعدها في الباب الخاص بتنفيذ الأحكام في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠١٦م).
- ٤١- تبصرة الحكام. ابن فرحون. ص٥٧٧، القوانين الفقهية. ابن جزى. ص١٩٥.

القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي

د. جوده إبراهيم محمد النور رحمة^١

مستخلص البحث

يعتبر النقل الجوي من أهم وسائل النقل إذ يعد الوسيلة الأسرع للربط بين القارات ونقل الركاب وأمتعتهم وبضائعهم ويساهم في ازدهار التجارة والالتقاء بين الشعوب في وقت أصبح فيه العالم يقاس بتطور النقل الجوي وانتشار شبكة الخطوط الجوية العاملة والمنظمة لتغطي كل بقعة في اليابسة في زمن أصبحت السرعة هي السمة البارزة.

ولذلك يعتبر موضوع البحث (القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي) من الموضوعات المهمة والمواكبة والتي تحتاج لبحث ودراسة للإلمام ببعض المفاهيم والأحكام المتعلقة بموضوع الدراسة، وكذلك الوقوف على نصوص الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية والتشريعات الوطنية التي تنظم هذا الأمر، وقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى خمسة مباحث، تناولت فيها موضوع البحث من عدة زوايا، فبدأت بالمبحث الأول بالحديث عن تعريف عقد النقل الجوي، وتناولت في المبحث الثاني خصائص النقل الجوي، ثم تعرضت في المبحث الثالث للقانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي، ثم أشرت في المبحث الرابع إلى وثائق عقد النقل الجوي، ثم استعرضت في المبحث الخامس آثار عقد النقل الجوي، وختمت البحث بالنتائج والتوصيات، وأخيراً أهم المصادر والمراجع.

مقدمة

قال تعالى: ﴿الْمُيْرُوا إِلَى الطَّيْرِ مُسَخَّرَاتٍ فِي جَوِّ السَّمَاءِ مَا يُمْسِكُهُنَّ إِلَّا اللَّهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ﴾ (النحل: ٧٩)

يعتبر النقل (ركاب - بضائع) بمفهومه الواسع وبصورة عامة هو من الأساسيات في تطور الدول المتقدمة حيث يمثل الركيزة الوطنية في دعامة اقتصاديات الدول وازدهارها ويظهر مدى تقدمها وتطورها، إذ يتم نقل الركاب وأمتعتهم والبضائع من مكان إلى آخر في زمن وجيز، ويساهم أيضاً في النواحي الاجتماعية بتبادل الثقافات والمعرفة، وتفتح الأسواق أمام منتجات الدول فيما بينها. ويعتبر النقل الجوي بأنه الوسيلة الأسرع للربط بين الدول والقارات بحيث يساهم في ازدهار التجارة والالتقاء بين الشعوب في وقت أصبح العالم يقاس بتطور النقل الجوي وانتشار شبكة الخطوط الجوية العاملة والمنظمة لتغطي كل بقعة يابسة في زمن أصبحت السرعة هي السمة البارزة. وتساهم الملاحة الجوية بدور فعال في التطور الاقتصادي والاجتماعي للدول. ويعتبر القانون الجوي من أحدث فروع القانون جميعاً، وهذا ما يفسر اختلاف الفقهاء في تعريفه وتحديد مضمونه.

أهمية البحث:

يعتبر النقل الجوي إحدى الدعائم الأساسية التي تساهم في:

أسئلة البحث:

- ما هو عقد النقل الجوي وما مفهومه وأهميته؟
- هل يدرك متلقي الخدمة النقل الجوي دوره في كيفية إجراءات عقد النقل الجوي؟
- ما هو الدور الذي يلعبه الوسيط وما مدى أهميتهم في تسهيل مهام متلقي الخدمة الجوية من إجراءات وتبعات النقل البضائع؟
- ما هو التأثير الاقتصادي الذي يلعبه دور النقل الجوي؟
- ما هو الدور الاجتماعي الذي يسهم به النقل الجوي؟

مشكلة البحث :

تتمحور مشكلة هذا البحث حول تسهيل خدمات نقل الركاب والبضائع وتوعيتهم بكيفية الإجراءات المتبعة في عملية كيفية مواكبة التطور التكنولوجي وذلك من خلال الحجزات الإلكترونية والتذاكر الإلكترونية، والضوابط المتبعة في حركة النقل الجوي، مما يساعد الراكب أو العميل في العمليات الملاحية الجوية والبروتوكولات المتبعة في الدول والاتفاقيات الدولية.

منهج البحث :

اتباع الباحث في بحثه هذا المنهج الاستقرائي الوصفي ، حيث يوثق البحث للحقب التاريخية التي مر بها النقل الجوي، لإثراء دور المعارف والمكتبات بمدى أهمية دور الملاحة، كما تم سرد بعض النماذج والمراحل من المراجع والدراسات السابقة له، وبيان أوجه مدى الدور الذي يؤديه النقل الجوي.

- بناء الهيكل الاقتصادي والاجتماعي للدول، ولقد زادت أهميته في العصر الحديث لمساهمتها في تطوير وتنمية مختلف قطاعات الاقتصاد القومي وخلق الجو المناسب لتنمية الاستقرار لاقتصاديات البلاد.
- لا يمكن الاستغناء عن دور النقل الجوي ودوره المهم في تقدم الدول اقتصادياً واجتماعياً وسياسياً.
- مساهمته في عمليات نقل الركاب والبضائع وتسهيل التنقل بين الدول وذلك للتبادل التجاري وتقديم الخدمات عبر وسائل النقل الجوي السريعة.
- يساهم في نشر الثقافات وتبادلها عبر الدول والتواصل الاجتماعي عبر التنقل السهل والمتعم.
- ضمان تنفيذ وصول البضاعة أو الخدمة بالصورة المطلوبة وذلك عبر الإجراءات السليمة التي تتضمنها بنود عقد النقل الجوي.

أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى:

- ترسيخ مفاهيم وأهمية النقل الجوي في بناء الاقتصاد القومي لأي دولة ما.
- تتبع التطور الخدمي في هذا مجال الركاب والخدمات والدور الذي يؤديه النقل الجوي.
- الارتقاء بالخدمات في مجال نقل الركاب والبضائع والسرعة في تأديتها.
- كذلك مساهمته في التنمية الاجتماعية وكيفية مساعدة الإنسان في حله وترحاله داخلياً وخارجياً.

هيكل البحث :

- يتكون هذا البحث من مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة على النحو التالي :
- المبحث الأول: مفهوم عقد النقل الجوي وخصائصه
- المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد النقل الجوي
- المبحث الثالث: وثائق عقد النقل الجوي
- المبحث الرابع: آثار عقد النقل الجوي
- خاتمة البحث : وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات وقائمة المراجع والمصادر.

المبحث الأول**مفهوم عقد النقل الجوي وخصائصه**

يمتاز عقد النقل الجوي بعدة خصائص تميزه عن عقود النقل الأخرى وهي ما سوف استعرضه في المطالب التالية:

المطلب الأول**الطابع الرضائي لعقد النقل الجوي**

يعتبر عقد النقل الجوي من العقود الرضائية، أي التي يتم انعقادها بمجرد تلاقي القبول بالإيجاب وتطابقها، يستوي في ذلك أن يرد محل العقد على نقل الأشخاص أو البضائع.^٢

ولا يغير من الطبيعة الرضائية لهذا العقد قيام الناقل الجوي بتحرير وثيقة النقل وتسليمها لصاحب الشأن، سواء أكانت هذه الوثيقة تذكرة السفر أم بطاقة الأمتعة أو وثيقة الشحن، إذ لا تأثير لهذه الوثيقة على عقد النقل الذي يتم إبرامه دون ما حاجة إلى إفراغه في قالب شكلي معين،

وإنما ينحصر دورها في كونها أداة لإثبات العقد ومضمونه.^٣

وإذا كانت اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩م تشترط على الناقل تسليم الراكب تذكرة سفر حتى يستطيع التمسك بأحكامها، فإن هذه التذكرة لا شأن لها بانعقاد العقد، إنما ينحصر دورها في كونها أداة لإثبات العقد ومضمونه، غير أن ذلك لا يعني ضرورة إثبات العقد بالكتابة، بل يجوز إثباته عند عدم وجودها بكافة طرق الإثبات، حيث نصت اتفاقية وارسو على ذلك صراحةً وقررت أن عدم وجود وثيقة النقل أو عدم انتظامها أو ضياعها لا يؤثر على وجود عقد النقل ولا على صحته، بل يقي العقد خاضعاً لأحكامه.^٤

يتميز عقد النقل الجوي بعدة خصائص

وهي كالاتي :

١. الرضائية .
٢. الصفة التجارية .
٣. الالتزام للجانبين .
٤. صفة الإذعان .
٥. الاعتبار الشخصي .

١. الرضائية:

يعتبر النقل الجوي من العقود الرضائية التي يتم انعقادها بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين. كما تقضي القاعدة العامة بأن يكون هذا الرضا صادر عن إرادة حرة واعية خالية من العيوب التي تشوبها. فالرضائية هنا كما هي في عقد النقل البحري للبضائع. فكونه عقدا رضائيا، فان ذلك يتحقق بتوافر الأركان الثلاثة اللازمة للإنعقاد كما هو في

وتصرف الشيكات المسحوبة عليها دون أن تسأل عن السبب ، حيث لو الزمنا المصارف بالتحقق من السبب لما تمكنت من أداء أعمالها ، فكيف الحال في النقل الجوي المتميز بسرعة الأداء .

٢. الصفة التجارية:

يعتبر عقد النقل الجوي من الأعمال التجارية بالنسبة للناقل متى تم النقل على سبيل المقابلة بغض النظر عن الشخص القائم به ، سواء كان فرداً أم شركة أم شخصاً من أشخاص القانون العام . أما النسبة للطرف الأخر أي الشاحن فإن العقد يعتبر أيضاً تجارياً متى كان هذا الطرف تاجراً ، وتعلق النقل بأعمال تجارية ، تطبيقاً لفكرة الأعمال التجارية بالتبعية ، ويفترض دائماً تعلق النقل بشؤون تجارة التاجر إلى أن يثبت العكس .

٣. الإلزام للجانبين:

كما هو في عقد النقل البحري للبضائع ، فهو عقد ملزم للجانبين ويرتب التزامات في ذمة كل من طرفين ، فليزم الناقل بالمحافظة على البضاعة التي استلمها من الشاحن (المرسل) وتسليمها إلى المرسل إليه، ويلتزم الشاحن بدفع الأجرة .

٤. صفة الإذعان:

كذلك كما هو في عقد النقل البحري للبضائع حيث أن الشاحن لا يستطيع مناقشة شروط عقد النقل الجوي ، ذلك أن شركات النقل تعرض شروطها المطبوعة على الكافة وهي شروط واحدة ولا تقبل المناقشة فيها ، والنقل الجوي يعتبر من المرافق العامة التي لا غنى للناس عنها، ومن هنا يعتبر عقد النقل الجوي من عقود الإذعان لان الطرف الآخر يذعن ويقبل بشروط الناقل .

العقود البحرية والتي هي الرضا والمحل والسبب. فالرضا كما تم شرحه أعلاه، أما المحل (أي محل عقد النقل الجوي للبضائع) ، فمحلته هو الشيء الذي يلتزم الناقل بنقله بالطائرة من مطار القيام إلى مطار الوصول.

ولابد من توافر الشروط العامة في هذا

المحل ، وهي :

١. أن يكون الشيء موجوداً أو قابل الوجود .

٢. أن لا يكون محظوراً .

إذن فالتراضي الذي ينصب على محل غير معين ولا قابل للتعين لا يعتبر التراضي منتجاً، بينما لو ورد علي المحل دون تعيين الأجرة أو التطرف إليها ، فيمكن القول هنا بان الرضا منتج ولو أن الأجرة لم تعين ، لأنها لا تعد محلاً للعقد ، فهي محل لالتزام ناتج من العقد بعد إبرامه والذي يمثل التزام المرسل بسدادها إلى الناقل ، ويمكن تعيين (أي الأجرة) وفقاً للقواعد العامة في أجر المثل، ولانتفاء نية التبرع في أعمال الشركات الخاصة بالطيران باعتبار أعمالها من الأعمال التجارية .

حيث لا يكون النقل الجوي لها إلا عملاً

بمقابل ، مهما اتخذ من شكل هذا المقابل .

أما من ناحية السبب في عقد النقل الجوي أي (السببية) ، فالسبب مقترض في كل عقد ومشروع مالم يثبت العكس ، أي أن السبب هو الذي يحتمه التعامل التجاري الخاص بنقل البضاعة جواً دون السؤال عن السبب في إبرام العقد. كما نلاحظ في أعمال المصارف حيث تخضع الأوراق التجارية دون أن تسأل عن السبب

٥. الاعتبار الشخصي :

إن عقد النقل الجوي لا يعتبر قائماً على الاعتبار الشخصي في كل صورة بل غاية ما يقال أن يتضمن نوعاً من الاعتبار الشخصي والمتمثل ببعض الاستثناءات التي يمكن أن يرفض الناقل إبرام العقد مع الشاحن، التي تتعلق بطبيعة النقل بالطائرات وهذه :

١. الطاقة الاستيعابية للطائرة محدودة . حيث لا يجوز للشاحن أن يلزم الناقل الجوي بقبول الشحن عندما تغطي الطاقة الاستيعابية للطائرة أو غالبيتها العظمي، ففي هذه الحالة يحق للناقل أن يرفض إلزام العقد معه .
٢. يكون الناقل الجوي ملزماً بالرفض عندما لا تتلائم طبيعة الشحنة مع النقل بالطائرات، وفي هذه الحالة على الناقل إعطاء السبب المبرر للرفض .

المطلب الثاني**الصفة التجارية لعقد النقل الجوي**

يعتبر عقد النقل الجوي من الأعمال التجارية بالنسبة للناقل الجوي متى تم النقل على سبيل المقابلة. والشرط أن يتم النقل في صورة مقابلة، أي سبيل التكرار والاحتراف، أما إذا باشر أحد الأشخاص عملية النقل الجوي عرضاً، فلا يعتبر العقد تجارياً بالنسبة له، ولو تقاضى عن هذه العملية أجراً، ومقابلة النقل تعد تجارية بغض النظر عن شخص القائم به، أي سواء كان فرداً أو شركة، أو شخصاً من أشخاص القانون العام.^٥

ويكون عقد النقل الجوي تجارياً بالنسبة للناقل إذا كان محترفاً أعمال النقل على أساس مشروع تجاري، أما عملية النقل المنفردة فلا تعد

تجارية إذا تمت في غير هذه الشروط، ولا يكون النقل الجوي ذا صفة تجارية بالنسبة للمسافر أو المرسل إلا إذا كان تاجراً وكان النقل حاصلًا في سبيل تجارته.^٦

المطلب الثالث**صفة الإذعان**

يعتبر عقد النقل الجوي من عقود الإذعان، لأن الطرف الآخر يذعن ويقبل بشروط الناقل، ولا يقبل المناقشة فيها وشركات النقل تعرض شروطها المطبوعة على الكافة وهي شروط واحدة.^٧ فلا يسع الراكب أو المرسل إلا أن يقبل تلك الشروط في هذه الحالة إذعاناً.^٨ ونتيجة لذلك يستطيع القاضي التخفيف من الشروط التعسفية أو إبطالها حرصاً على مصلحة الطرف المذعن، هذا بالإضافة إلى تفسير نصوص العقد عند الشك لمصلحة الطرف المذعن أيضاً.

واعتبار النقل الجوي من عقود الإذعان لا يجرده من طبيعته الرضائية.^٩ صحيح أن الطرف المذعن يكون في مركز ضعيف، لا يمكنه من الوقوف على قدم المساواة مع الناقل، غير أن هذا لا يؤدي إلى القول بتعيب رضا المتقاعد مع الناقل لأن المساواة المطلقة بين المتعاقدين تكاد تكون أمراً مستحيلاً.^{١٠} ورغم وضوح صفة الإذعان في عقد النقل الجوي إلا أنه كغيره من العقود يتم انعقاده بمجرد تلاقي الإدارتين وتطبيقاتها.

المطلب الرابع**تعريف النقل الجوي**

لا يختلف عقد النقل الجوي عن غيره من عقود النقل الأخرى سوى من ناحية وسيلة تنفيذه وعلى ذلك يعرف بكونه ذلك الاتفاق الذي

المطلب الخامس

عقد النقل الجوي عقد شخصي

يعتبر عقد النقل الجوي من عقود الاعتبار الشخصي، فتذكرة السفر (الراكب) هي تذكرة شخصية لا يحق لمن صدرت باسمه أن يتنازل عنها لغيره وإلا عد في حكم المسافر خلسة ولا تكون شركة الطيران مسئولة عنه^{١٥}. كما يعتبر عقد نقل الأشخاص عقد شخصي بالنسبة للناقل، إذ يتعين أن يقوم الناقل الذي أصدر تذكرة السفر للراكب بإتمام عملية النقل المتفق عليها. هذا وعلى الصعيد العملي نجد أن شركات الطيران تحتفظ بحقها في تحويل الركاب إلى شركات أخرى في حالة تعذر نقلهم على طائراتها بسبب عطل أصابها أو في أوقات الذروة، وذلك بعد أن تقوم بفتح التذاكر الصادرة عنها على الشركة التي سوف تقوم بالنقل ويترتب على ذلك نقل المسؤولية من شركة إلى أخرى. أما بالنسبة لعقد نقل البضائع فإن العقد يكون شخصياً بين أطرافه وهما الناقل والشاحن، ولا يقدر في هذه الصفة وجود طرف آخر وهو المرسل إليه أو إمكانية تداول خطاب الشحن، بين أشخاص كثر^{١٦}.

وفرق البعض بين النقل الجوي المنتظم وغير المنتظم واعتبروا النقل الجوي المنتظم يقدم خدمات النقل للجمهور بصفة موضوعية وبلا اعتبارات شخصية ويستعمل طائرات نقل عامة مفتوحة للجمهور بلا تمييز، ويكتسب صفة المرفق العام، وهذا لا يستطيع الناقل الامتناع عن إبرام عقد النقل مع راغب السفر أو مرسل البضاعة إلا بعذر مقبول، كحالات السكر والمرض المعدي، أو إذا كانت الأشياء محل النقل ذات طبيعة خطيرة

يتعهد بمقتضاه شخص يدعى (الناقل) في مواجهة شخص آخر يدعى (المسافر) أو (المرسل) بنقله أو بنقل أمتعته أو بضاعته من مكان إلى آخر، خلال مدة معينة بواسطة الطائرة وذلك لقاء أجر محدد^{١١}.

وعقد النقل الجوي قد يكون داخلياً وقد يكون خارجياً، ويكون داخلياً إذا تم بأسره داخل الحدود الإقليمية لدولة واحدة، مثال ذلك النقل الذي يتم بين الخرطوم وبورتسودان، شريطة أن تتم جميع مراحل الرحلة داخل إقليم السودان وإلا فقد النقل طابعه الداخلي. وتختلف المصادر القانونية لعقد النقل الجوي تبعاً لما إذا كان النقل داخلياً أو دولياً. والأحكام القانونية التي تحكم عقد النقل الجوي الداخلي نجد مصدرها في القانون الوطني مع الالتزام بما جاء في الاتفاقيات الدولية^{١٢}.

ويكتسب النقل الجوي الصفة الدولية متى تجاوز تنفيذه الحدود الإقليمية للدولة الواحدة. فتتم إجراء الرحلة الدولية بين دولتين على الأقل، ولذلك يبرز أكثر من نظام قانوني يحكم عملية النقل، فكان من الضروري توحيد القواعد المنظمة له، للقضاء على تعدد الأنظمة القانونية التي قد تحكمه، وتم هذا التوحيد بمقتضى اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩م،^{١٣} غير أن هذه الاتفاقية وضعت شروطاً معينة للنقل الذي يخضع لأحكامها، فإذا لم تتوفر هذه الشروط، فإن أحكام الاتفاقية لا تنطبق عليه رغم أنه يظل محتفظاً بطابعه الدولي^{١٤}.

تهدد أمن الطائرة وسلامتها.^{١٧}

أما الناقل الجوي غير المنتظم فلا تأخذ عمليات النقل التي يقوم بها صفة المرفق العام لأن الرحلات لا تكون للجمهور بلا تمييز، وإنما تتم كل رحلة بموجب اتفاق خاص مع الناقل، وفي هذا النوع من النقل يحق للناقل رفض طلب النقل، إعمالاً لمبدأ سلطان الإدارة ورضائية العقود.

ومن خلال ما ذكر نخلص إلى أن عقد النقل الجوي لا يعتبر قائماً على الاعتبار الشخصي في كل صورته، بل غاية ما يقال أنه يتضمن نوعاً من الاعتبار الشخصي يتمثل في عدم إمكان الراكب التنازل عن تذكرة سفره إلى شخص آخر بغير موافقة الناقل، كما يظهر هذا الاعتبار الشخصي كذلك في حالة النقل بالطلب.^{١٨}

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على

عقد النقل الجوي

إن اتفاقية (فرسوفيا) لسنة ١٩٢٩م^{١٩} لم تقض نهائياً على مشكلة تنازع القوانين في موضوع النقل الجوي، لأنها مقتصرة على الدول المنضمة أو المصدقة عليها دون غيرها. فضلاً عن ذلك فإن نطاق تطبيق هذه الاتفاقية لا يشمل حتى بالنسبة لأطرافها، كل أنواع النقل الجوي الدولي، بل فقط ما حددته وأشارت إليه أحكام هذه الاتفاقية.

هذا وأن اتفاقية (فرسوفيا) لم تبحث في جميع مسائل النقل الجوي، فقد اختصرته على تنظيم بعض أحكامه وذلك فيما يتعلق بوثائق النقل، ومسئولية الناقل، وهناك مسائل كثيرة لم

تتعرض لها الاتفاقية وتركت دون بحث، مما يفسح المجال لتنازع القوانين بشأنها، وذلك مثل الحديث عن تعريف الضرر القابل للتعويض، وبيان الأشخاص الذين لهم الحق في طلب التعويض، ومفهوم رابطة السببية.^{٢٠}

وتثور مشكلة تحديد القانون والواجب التطبيق، سواء أكان متعلقاً بالمسائل التي لم تتطرق إليها الاتفاقية، عندما يكون النقل خاضعاً لها أو كان متعلقاً بالقانون الواجب التطبيق على عقد النقل بأكمله عندما يكون النقل خارجاً عن نطاق أحكام الاتفاقية.

وتبرز مشكلة تنازع القوانين في النقل الجوي، كلما تدخل عنصر أجنبي على العلاقة موضع النزاع، كأن يبدأ النقل في دولة وينتهي في دولة أخرى، وتقع الحادثة في إقليم دولة ثالثة، ويكون الناقل من رعايا دولة رابعة، وقد يكون المسافر أو الشاحن من رعايا دولة خامسة.^{٢١}

نجد المشرع في مختلف الدول يسن، بجوار القواعد الموضوعية التي تحكم العلاقات القانونية الوطنية، قواعد أخرى يرشد بها القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه على علاقة ذات عنصر أجنبي يعتبرها المشرع غريبة في الواقع عن مجالات العلاقات القانونية التي سن قانونه الوطني لتنظيمها، وهي ما تعرف بقواعد الإسناد، لكونها تسند العلاقة موضوع البحث إلى قانون معين، هي التي تشير القانون الواجب التطبيق، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي، وقد يكون قانوناً أجنبياً، ولا يستبعد القانون الأجنبي إلا إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام في الدولة الناظرة في النزاع.

التي لم تتطرق إليها أحكام اتفاقية (فرسوفيا) في النقل الجوي الدولي الخاضع لأحكامها، فإنه يتبع بشأنها أحكام القواعد العامة في الدولة التي يقتضي تطبيق قانونها على النزاع المعروض.^{٢٥} ونجد أن القانون التجاري المغربي أحال الفصل (١٣٨) من مرسوم الملاحه الجوية على أن القانون التجاري حيث نص على ما يلي «قواعد ظهير ٩ رمضان ١٣٣١، ١٢ غشت ١٩١٣ المكون للقانون التجاري المتعلقة بالنقل البري والمائي قابلية التطبيق على النقل الجوي».

وقد نظم القانون التجاري المحال عليه، عقد النقل في القسم السابع تحت عنوان «في عقد النقل والمكاري) وذلك في الفصول ٦٤ إلى ١٠٧ وبعد تعديل القانون التجاري الصادر في ١٩١٣ بمقتضى مدونة التجارة في ١٩٩٦م فقد أصبح عقد النقل منظماً في الكتاب الرابع القسم السادس تحت عنوان عقد النقل، وذلك في الفصول من ٤٤٣ إلى ٤٨٦ من مدونة التجارة.

ويراعي أن هذه الفصول المحال في القانون الجوي لا تطبق على عقد النقل الجوي إذا لم توجد نصوص جوية خاصة وهو ما أخذه الفصل ١٤٠ من مرسوم الملاحه الجوية.^{٢٦}

المبحث الثالث

وثائق عقد النقل الجوي

تختلف وثائق النقل الجوي باختلاف ما إذا كان النقل متعلقاً بالأشخاص أو الأمتعة أو البضائع. ويطلق عليها مستند النقل الجوي ويقصد به مجموعة المستندات التي تتم بموجبها

أما النقل الجوي الداخلي فيخضع لقانون الدولة التي يحصل النقل في إقليمها، فنجد في السودان أن القانون الواجب التطبيق على عمليات النقل الجوي التجاري الداخلي فيحكمها القانون الوطني والتي ينظمها قانون الطيران المدني السوداني النفاذ لسنة ١٩٩٩م. واللوائح والأوامر الصادرة بموجبه.

قد أوضحت ذلك المادة (١/٣/أ): (تطبق أحكام هذا القانون على الطيران المدني في إقليم الدولة بما في ذلك المطارات المدنية وطائرات قوات الجمارك والشرطة)^{٢٢}.

وتطبق أحكام القانون السوداني بما لا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية ذات الصلة والتي انضمت إليها الدولة.^{٢٣}

كما ينظم القانون الوطني عمليات النقل الجوي والأشغال الجوية الداخلية التي يقوم بها مشغل طائرة مسجلة في الدولة، مثل عمليات النقل الجوي التجاري الدولي وعمليات الاستغلال الجوي في الداخل، وحصراً قانون الطيران المدني السوداني لسنة ١٩٩٩م الحق في النقل التجاري الجوي الداخلي على الشركات الوطنية ومنع الشركات الأجنبية أن تمارس عمليات النقل داخل إقليم الدولة، إلا أنه استثنى الطائرات التي تحمل ترخيصاً من الهيئة العامة للطيران المدني للعمل داخل إقليم الدولة متى ما اقتضت المصلحة العامة ذلك.^{٢٤}

أما بالنسبة للنقل الدولي غير الخاضع لأحكام اتفاقية (فرسوفيا) فإن قاعدة الإسناد في قانون القاضي الناظر بالنزاع، تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق، أما بالنسبة للمسائل

لأحكام اتفاق فرسوفيا الذي يحدد بصورة عامة مسؤولية الناقل في حالات (الوفاة أو الضرر الجسماني وفي حالات فقدان أو تلف الأمتعة).

تكون تذكرة السفر دليلاً على وجود عقد النقل وشروطه حتى إثبات العكس ولا يؤثر عدم وجود التذكرة أو عدم نظاميتها أو فقدانها على وجود أو صحة عقد النقل الذي يبقى خاضعاً للقواعد المنصوص عليها في هذا الاتفاق بيد أنه لا يحق للنقل الذي يقبل مسافراً دون أن تسلم إليه تذكرة سفر أو دون أن تتضمن البطاقة الإشارة المنصوص عنها في الفقرة (١-ج) من هذه المادة أن تدرع بأحكام المادة (٢٢) من هذه الاتفاقية وتعتبر تذكرة السفر دليلاً على عقد النقل وشروطه، حتى إثبات العكس ولا يؤثر على قيام عقد النقل أو صحته عدم وجود تذكرة السفر أو عدم صحتها أو ضياعها بل يظل الناقل خاضعاً للأحكام المنصوص عليها في هذه الاتفاقية.

على أنه إذا قبل الناقل مسافراً دون أن يحمل تذكرة سفر، أو كانت التذكرة لا تتضمن الإشارة إلى أن النقل يخضع لأحكام اتفاقية فرسوفيا التي تحدد مسؤولية الناقل الجوي في حالات الوفاة أو الضرر الجسماني، فليس للناقل أن يتمسك بأحكام المادة (٢٢) من هذه الاتفاقية المتعلقة بتحديد المسؤولية^{٢٧} يوم السفر وساعته، أما شروط (الأياتا)^{٢٨} فإنها تضيف إلى البيانات الواردة في الاتفاقية البيانات التالية: (اسم المسافر، ثمن التذكرة، تحديد نفاذها من حيث الزمان والرحلة المذكورين فيها، وكذلك تذهب

عملية النقل التجاري الجوي وهي تذكرة السفر، وبطاقة الأمتعة، ووثيقة الشحن الجوي وسوف أتناولها في المطالب التالية:

المطلب الأول

تذكرة السفر

يلتزم الناقل الجوي بإصدار مستند نقل فردي أو جماعي للركاب ويدون فيه البيانات الأساسية التي توضح مراحل النقل وأطراف العقد وذلك وفقاً لنص اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩م^{٢٧}. أي أن الناقل يلتزم بإصدار تذكرة السفر ويجوز أن تصدر تذكرة فردية لكل شخص على حدا أو جماعية إن دعا الأمر ذلك، كما يشترط أن يوضح في التذكرة نقطة القيام والوصول واسم الراكب، كما يجب أن تشتمل التذكرة على بيان يوضح أن هذا النقل نقل دولي يخضع لأحكام اتفاقية مونتريال من حيث تحديد مسؤولية الناقل في الإصابة أو الوفاء^{٢٨}.

أما اتفاقية (فرسوفيا) لسنة ١٩٢٩م المعدلة ببرتوكول (لاهاي) لسنة ١٩٥٥م فقد نصت في المادة (٣)^{٢٩} (عند نقل المسافرين ينبغي تسليم تذكرة سفر تشتمل على:

أ- بيان نقاط الانطلاق.
ب- إذا كانت نقاط الانطلاق والمقصد واقعة في أراضي دولة سامية متعاقدة واحدة وكان مقرراً وجود محطة أو أكثر في أراضي دول أخرى، إشارة إلى مثل هذه المحطات.

ج- إشارة تبين أنه في حال قيام مسافرين برحلة تتضمن مقصداً نهائياً أو محطة واقعة في بلد غير بلد الانطلاق يمكن إخضاع نقلهم

في الحجز ألياً، دون الذهاب إلى مكاتب الناقل أو إبراز التذكرة الورقية. والتذاكر الإلكترونية تسهل إجراءات المغادرة لكل من طرفي عقد النقل الجوي. وهناك بعض العيوب ناتجة عن استخدام التذكرة الإلكترونية، منها عدم توافر شبكة الإنترنت أو أي مشاكل تطراً عليها مما يؤثر على إصدار التذكرة الإلكترونية، وكذلك عدم وجود بطاقات أئتمان لدى كل المسافرين لشرائها، وعدم إمام كثير من المسافرين بالإنترنت. وكذلك قد تتسبب عدم تطابق البيانات المدخلة ألياً في إعاقه سفر الركاب أو تأخيرهم. وأخيراً فإن التذكرة الإلكترونية تظل مهددة بالسرقة الإلكترونية أو ما يسمى بالقرصنة الإلكترونية.^{٣٤}

إن النقل الجوي بالنسبة للركاب هو من العقود ذات الاعتبار الشخصي، فعليه لا يجوز للراكب وفقاً لشروط (الأياتا) أن يتنازل عن تذكرة السفر لراكب آخر، وإن فعل فإن المتنازل إليه يعتبر في حكم المسافر خلسة ولا يلتزم أمامه الناقل بأي التزام.^{٣٥}

المطلب الثاني

بطاقة الأمتعة

تنص المادة (١/٤) من اتفاقية فرسوفيا: عند نقل الأمتعة المسجلة ينبغي تسليم بطاقة أمتعة، وإذا لم تكن هذه البطاقة مرفقة بتذكرة السفر طبقاً لأحكام الفقرة (١) من المادة (٣) أو لم تكن تذكرة السفر تتضمنها فيجب أن تشتمل على البيانات التالية:

- أ- تعيين نقاط الانطلاق والمقصد.
- ب- إذا كانت نقاط الانطلاق والمقصد واقعة في أراضي دولة متعاقدة واحدة. وكان مقرراً

إلى أن الشخص الذي يسافر بتذكرة شخص آخر، دون علم الناقل، يفقد حقه في التعويض عن الضرر الذي يصيبه.

أما التذكرة الإلكترونية فهي المستند الإلكتروني غير الورقي تستخدم كتذكرة لنقل الركاب، وتعد طريقة بديلة لتوثيق عملية بيع التذاكر حيث يتم إنشاء سجلاتها في قاعدة البيانات الخاصة، بالناقل المصدر لها، ويتم تخزين تفاصيلها إلكترونياً حيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت، كما يتم تزويد المسافر بإيصال استلام بدلاً من التذاكر الورقية العادية ويحتوي هذا الإيصال على رقم التذكرة الإلكترونية وبعض البيانات الأخرى.^{٣٢}

ووفقاً لاتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩م، وشروط (الأياتا) فقد جعل إصدار التذاكر الإلكترونية واجباً على جميع الناقلين الجويين وحدد لها فترة زمنية وهي اعتباراً من مايو ٢٠٠٨م ينتهي التعامل بالتذكرة الورقية، وأصبحت جميع شركات الطيران العالمية تستخدم التذكرة الإلكترونية العالمية تستخدم التذكرة الإلكترونية كبديل للتذكرة الورقية، إلا دول بعينها مازالت تعمل بالورقة كالسودان وإيران.^{٣٣}

واستخدام التذكرة الإلكترونية له مزايا عدة أهمها إراحة المسافر من حمل التذكرة الورقية والحد من المشاكل التي يواجهها المسافرون عند التعامل بها من ضياع أو سرقة أو تلف أو أخطاء. وكذلك العائد المادي مقارنة بما تكلفه التذاكر الورقية، بالإضافة إلى سهولة إجراء التعديل أو التغيير

وقد أوضحت اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٩٩م:٣٩ (أنه يجوز للناقل أن يقوم بتسليم صاحب الأمتعة أي مستند عليه بيانات توضح نوع وعدد الأمتعة وبذلك تكون الاتفاقية، قد منحت هذه الوثيقة القوة الإثباتية التي كانت ممنوحة للوثائق الورقية من قبل.

وقد تضمنت الشروط العامة (للأياتا) أحكام نقل أمتعة المسافر المسجلة والبيانات اللازم ذكرها في بطاقة الأمتعة. وأوضحت ضرورة نقل هذه الأمتعة على نفس الطائرة التي تقل المسافر، وإلا فيجب أن يتم النقل على أول طائرة تسبق أو تلحق الطائرة التي تنقل أو نقلت المسافر، واستلزمت أن تكون هذه الأمتعة محكمة الربط والتغليف، كما استبعدت من تعبير «الأمتعة» الأشياء الهشة أو القابلة للتلف، وأوراق النقد والحلي والفيضات والقيم، ونصت هذه الشروط كذلك على أن لا يحتوي أمتعة المسافر مواد متفجرة أو سوائل أو حيوانات حية، بما فيها الطيور والزواحف إلا إذا وافق عليها الناقل الجوي بشروط منفصلة.^{٤٠}

المطلب الثالث

وثيقة الشحن الجوي

وهي عبارة عن مستند يوضح البضاعة المراد نقلها عن طريق الجو وعادةً يتم تحريرها بواسطة الشاحن إذ أنه صاحب البضاعة ويعرف تفاصيلها من حيث النوع والوزن والعدد وله مصلحة في أن تصل إلى ميناء الوصول وتسلم إلى المرسل إليه بالحالة التي تم تسليمها بها في ميناء المغادرة، لذا من الأفضل والأنسب أن يقوم بتحرير وثيقة الشحن الجوي على أن تخضع بعد

وجود محطة أو أكثر في أراضي أخرى، تعيين إحدى هذه المحطات.

ج- إشارة تبين أنه إذا كان النقل يتضمن مقصداً نهائياً أو محطة في بلد غير بلد الانطلاق يمكن إخضاع النقل لاتفاق فرسوفيا الذي يحدد بصورة عامة مسؤولية الناقل في حال فقدان أو نقص الأمتعة.^{٣٦}

وتعتبر بطاقة الأمتعة دليلاً على عقد النقل وشروطه، حتى إثبات العكس، ولا يؤثر على قيام عقد النقل أو صحته وجود بطاقة الأمتعة أو عدم صحتها أو ضياعها بل يظل النقل خاضعاً للحكام. على أنه إذا قبل الناقل أخذ الأمتعة على عاتقه وتحت إشرافه دون بطاقة أو كانت بطاقة الأمتعة لا تتضمن البند الذي يشير إلى تحديد مسؤولية الناقل في حالة فقدان أو تلف الأمتعة، فليس للناقل أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية.^{٣٧}

وميزت الاتفاقية المشار إليها أعلاه بين الأمتعة المسجلة والأمتعة غير المسجلة، فالأمتعة المسجلة هي التي أعلن الراكب عنها لدى الناقل وقام بتسجيلها وتدوين بياناتها في المستند المعد لذلك والتي يلتزم الناقل في حالة ضياعها أو هلاكها أو تلفها بتعويض الراكب على أساس المسؤولية الموضوعية وفقاً لما هو منصوص عليه في الاتفاقية: أما الأمتعة غير المسجلة فهي الأمتعة التي لا يكشف الراكب عنها ولا يقوم الناقل بتدوين بياناتها ولا يصدر لها مستند نقل، وإذا حدث لها هلاك أو تلف أو ضياع فتكون مسؤوليتها قائمة على أساس الخطأ المفترض.^{٣٨}

ذلك للمراجعة من قبل الناقل والذي يحق له أن يتأكد من صحة وسلامة المعلومات التي أوردتها الشاحن في وثيقة الشحن الجوي.^{٤١}

ونصت المادة (٥) من اتفاقية فرسوفيا

المعدلة على:

(١) يحق لكل ناقل بضاعة أن يطلب من المرسل تحرير سند يدعى «ورقة الشحن الجوي» ويسلمه له ويحق للمرسل أن يطلب من الناقل قبول هذا السند.

(٢) على أن عدم وجود هذا السند أو عدم قانونيته أو فقدانه لا يؤثر على وجود مقابلة النقل أو صحتها فتبقى هذه المقابلة خاضعة للقواعد الموضوعية في هذا الاتفاق.^{٤٢}

وبموجب المادة (٦) من الاتفاقية المشار إليه تحرر وثيقة الشحن الجوي المتعلقة بالبضائع المشحونة في الطائرة، من قبل المرسل على ثلاث نسخ أصلية، واحدة للناقل ويوقعها المرسل، والثانية للمرسل إليه ويوقعها المرسل والناقل وترافق البضاعة والثالثة يوقعها الناقل إلى المرسل بعد استلام الناقل للبضاعة.

وللناقل في حال تعدد الطرود المنقولة أن يطلب من المرسل إنشاء وثيقة شحن جوي لكل منهما، أو أن يكتفي بتحرير وثيقة شحن جوي واحدة بشأن مجموعة الطرود.^{٤٣} ويجوز للناقل أن يحرر وثيقة الشحن الجوي للبضاعة وفي هذه الحالة يكون نائباً عن الشاحن في هذا العمل. وفي كل الأحوال يجب أن تشتمل وثيقة الشحن الجوي على البيانات الكاملة المتعلقة بالبضاعة والتي تثبت ذاتية ونوعية البضاعة وأوصافها بحيث يمكن من

خلالها تمييزها عن البضائع الأخرى.^{٤٤}

وفي حالة عدم إنشاء وثيقة الشحن الجوي لا يحق للناقل أن يتمسك بأحكام الاتفاقية المتعلقة بتحديد المسؤولية المقررة في الاتفاقية.^{٤٥}

لوثيقة الشحن الجوي وظيفتان هما:

- (١) تمثل أداة إثبات لعقد النقل الجوي للبضائع.
- (٢) تعتبر دليل على تسليم الناقل الجوي للبضاعة المشحونة على الطائرة.

أي أنها تمثل البضاعة المشحونة وذلك للشاحن فقط إذ تمكنه من أن يتصرف في هذه البضاعة خلال المراحل المختلفة لعملية النقل فيحق للشاحن أن يطلب من الناقل ألا يقوم بنقل البضاعة إذا لم يتم بنقلها من ميناء المغادرة أو أن يغير ميناء الوصول لها أو يأمر بإنزالها في أي مطار آخر أي إجراء آخر، وهذه الحقوق مكفولة للشاحن ولكن شريطة أن يكون قد قام بكل الالتزامات التي أوجبها عليه عقد النقل الجوي، وأولها دفع الأجرة المستحقة، كما يتحمل كل النفقات الإضافية التي تتمخض عن توجيهاته اللاحقة وألا يضر تصرفه بأي من الشاحنين الآخرين.^{٤٦}

تعتبر وثيقة الشحن الجوي حجة في إثبات ما تحتويه من بيانات متعلقة بالبضاعة، فإذا كان النزاع متعلق بين الشاحن والناقل فهي تكون قرينة بسيطة لإثبات إبرام عقد النقل، وتسلم البضاعة بواسطة الناقل ثم تصبح قرينة قاطعة لإثبات بيانات وطبيعة البضاعة وكميتها ووزنها وحجمها متى كان ثابتاً في الوثيقة أن الناقل قد تحقق من صحة البيانات الواردة.

المبحث الرابع

آثار عقد النقل الجوي

عقد النقل الجوي من العقود الملزمة للجانبين (كما أشرنا سابقاً) وبالتالي متى ما انعقد صحيحاً فإنه يرتب مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق طرفيه (الناقل من جهة، والمسافر أو مرسل البضاعة من جهة أخرى). ولذلك سوف أتناول هذا المبحث في مطلبين أولهما نخصه لآثار عقد نقل الأشخاص والآخر لآثار عقد نقل البضاعة.

المطلب الأول

التزامات الناقل والراكب في نقل

الأشخاص والأمتعة

الفرع الأول:

التزامات الناقل:

يلتزم الناقل الجوي بتنفيذ ما تعهد به أي نقل الراكب وأمتعته بواسطة الطائرة إلى مكان الوصول، ويلتزم الناقل كذلك بإيصال الراكب سليماً، هو وأمتعته وفي الميعاد المتفق عليه.^{٤٩} ويتفرع عن هذا الالتزام عدة التزامات أخرى، بعضها رئيسي، والبعض الآخر ثانوي، فالالتزامات الرئيسية تنحصر في التزامين هما: الالتزام بضمان سلامة الراكب أثناء فترة النقل، والالتزام بنقله إلى المكان الذي يريده دون تأخير وقد تناولت اتفاقية وارسو هذين الالتزامين في المادتين (١١٧-١٩) ٥٠.

أما الالتزامات الثانوية، فهي تلك التي تعد من مستلزمات عقد النقل الجوي وفقاً للقانون والعرف والعدالة. مثل تقديم الطعام للركاب والسعي على راحتهم خاصة في الرحلات الطويلة

أما إذا كان استخدام الوثيقة في نزاع بين الناقل والمرسل إليه أو شركة التأمين فإنها تصبح قرينة كاملة على صحة البيانات المذكورة فيها عن نوع وحجم وكمية ووزن البضاعة وخالتها ولا يحق للناقل أن يثبت عكس ما هو مدون في هذه الوثيقة، إذ أن الوثيقة تم تحريرها إما بواسطة الناقل أو في حضوره وبعد مراجعته لها وتوقيعه عليها، وبالتالي فلا يحق له أن يدفع بعدم علمه وتأكده من البيانات المضمنة فيها.^{٤٧}

وتناول البعض أن اتفاقية فرسوفيا لم تقر وثيقة الشحن الجوي باعتبارها ممثلة للبضاعة بحيث تؤدي حيازتها إلى حيازة البضاعة نفسها كما يؤدي تداولها إلى انتقال حيازة البضاعة، ويستمد المرسل إليه حقوقه من كون اسمه مذكوراً في الوثيقة لا بسبب حيازته لها. غير أن بروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٥م المعدل للاتفاقية المشار إليها قد أضاف إلى المادة (١٥) من الاتفاقية، فقرة ثالثة جديدة، من مقتضاها أنه يجوز إنشاء وثيقة شحن جوي قابلة للتداول، وبمعنى آخر فإن هذه الوثيقة كما تكون اسمية يمكن أن تكن للأمر أو للحامل، وطالما أن التنازل عن الوثيقة لا يمكن تصوره دون التنازل عن البضاعة المشحونة، فيصبح القول بأنها أصبحت تمثل هذه البضاعة ذاتها، وأن الحائز الشرعي لوثيقة الشحن يعتبر من ثم مالكاً للبضاعة المشحونة ويكون له بالتالي حق التصرف بهذه البضاعة.^{٤٨}

الفرع الثاني:

التزامات الراكب:

يلتزم الراكب بدفع أجرة النقل للناقل ويحصل عادةً الوفاء بهذه الأجرة قبل ابتداء السفر، وكذلك يخضع المسافر للتعليمات والشروط التي يضعها الناقل^{٥٣}. وهذه الأجرة تحصل مقدماً عند تسليم التذكرة إلى الراكب، ويجب على الراكب أن يحتفظ بالتذكرة طوال الرحلة، ومع ذلك إذا فقدت من الراكب، جاز له أن يطلب من الناقل إصدار تذكرة أخرى بدلاً عنها.

وقد وضع الاتحاد الدولي للنقل (الأياتا) الشروط التي يتبعها المسافرون في النقل الجوي. ويلتزم الراكب ثانياً بحجز مقعد له على متن الطائرة، وذلك نظراً لضيق المكان بالطائرات، وارتباط كل طائرة بحمولة معينة، فإذا أصر الراكب رغم عدم حجز مكان له على الصعود إلى الطائرة، فإن الناقل أن يمنعه بالقوة من دخول الطائرة متى شغلت جميع مقاعدها بالركاب الحاجزين أو له أن يجبره على النزول، ولا يلتزم في مواجهته بأي تعويض^{٥٤}.

ويتوجب على المسافر التقيد بمتطلبات السفر الحكومية فيحصل على سمة الخروج والدخول وعلى غيرها من المستندات المطلوبة وعليه أن يحضر المطار في الوقت الذي يحدده إليه الناقل، وإذا لم يكن ثمة من وقت محدد، فعليه أن يحضر في وقت يكون كافياً لإتمام معاملات السفر^{٥٥}.

ويلتزم الراكب أخيراً باحترام اللوائح السارية، على الأخص فيما يتعلق منها بإجراء التفتيش الجمركي والجوازات والجنسية، وعليه

المدى. ولم تتناول اتفاقية وارسو هذه الالتزامات، ولذلك تكون المرجعية في ذلك للقواعد العامة في تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق.

من ناحية أخرى يلتزم الناقل بنقل أمتعة الراكب، ويقصد بها الأشياء الخاصة بالراكب والمخصصة لاستعمال الشخص أو الضرورية لراحته ورفاهيته أثناء الرحلة. وهي التي يتسلمها الناقل من الراكب ويحرر بها استمارة أمتعة ويحتفظ بها الناقل أثناء الرحلة، ويعيد تسليمها إلى الراكب في محطة الوصول ويلتزم الناقل بقبول قدر معين من الأمتعة المسجلة دون مقابل وما زاد عن ذلك يدفع عنه الراكب أجرة إضافية، ولا يجوز للراكب أن يتنازل عن حقه في نقل كمية الأمتعة إلى راكب آخر، لأن هذا الحق شخصي محض، لكن يجوز لأفراد الأسرة الواحدة أن يكملوا فيما بينهم الوزن الإجمالي المباح^{٥٦}.

وبالنسبة للأمتعة التي لا يحصل تسليمها الناقل ولكن يحتفظ بها المسافر معه فلا يوجد بصدها أي ارتباط بين الناقل والمسافر لأن المسافر لم يضع هذه الأمتعة في حراسة الناقل الذي لا يعلم شيئاً عن وجودها أو عن أهمية محتوياتها ما دام أن المسافر أثر أن تكون الأمتعة المذكورة في حراسته ولم يتخلل الناقل عنها^{٥٧}.

وقد نصت الشروط العامة (للأياتا) على أن الإشراف على الأشياء التي يحتفظ بها المسافر معه وجب على المسافر شخصياً، وأن الناقل لا يتحمل المسؤولية عنها ولو كان تابعوه قد عاونوا على شحن هذه الأشياء أو تعريفها أو إعادة شحنها على طائرات أخرى.

بداخلها، بطريقة لا تؤثر على توازنها، ويتعين عليه كذلك حفظ البضاعة، وصيانتها من التلف، ويبدأ هذا الالتزام من وقت تسلمه البضاعة سواء في مطار القيام أو في مخازنه والمحافظة على البضاعة يكون حسب طبيعتها^{٥٨}، فتختلف البضائع وفقاً لذلك وتحتاج لتجهيز الطائرة وفق ظروف كل بضاعة.

ويلتزم الناقل بالتقيد بالتعليمات المعطاه له من المرسل بشأن البضاعة ويسلم البضاعة في مكان الوصول إلى المرسل إليه المعين في وثيقة التأمين الجوي ويعتبر التسليم قد تم متى مكن الناقل المرسل إليه من الاستلام، بأن أعطاه المستند الذي يخوله إخراج البضاعة من الجمرک بعد تخليصها من الرسوم المستحقة. وإذا تعذر تسليم البضاعة إلى المرسل إليه، أما بسبب امتناعه عن استلامها أو بسبب عدم الاهتداء إليه، وفقد وجب على الناقل إعلام المرسل بذلك. ويكون للمرسل طلب إعادة البضاعة إليه ويتحمل في هذه الحالة النفقات التي تترتب على ذلك.

وإذا لم يبين المرسل للناقل رغبته في التصرف في البضاعة على نحو معين جاز للناقل أن يودع البضاعة في أحد المخازن على ذمة المرسل ويكون خطر هلاكها عليه. أما إذا كانت البضاعة مما يخشى تلفها جاز للناقل الحصول من القضاء على الإذن ببيعها لحساب المرسل.^{٥٩}

الفرع الثاني:

التزامات المرسل:

الالتزام الأساسي الذي يلقيه العقد على عاتق المرسل هو التزامه بدفع أجره النقل، ولا يدخل في تلك الأجرة المصروفات الإضافية التي يجب أن

احترام تعليمات الناقل التي تحتم عليه ضرورة التواجد في مطار القيام قبل إقلاع الطائرة بوقت كافٍ لإنهاء تلك الإجراءات، فإذا تأخر جاز للناقل أن يرحل دون انتظاره، لأن المصلحة الجماعية في بدء الرحلة في موعدها، أولى بالرعاية من مصلحة راكب واحد متلكي.^{٥٦}

المطلب الثاني

التزامات الناقل والمرسل ووضع المرسل

إليه في عقد النقل الجوي للبضائع

الفرع الأول:

التزامات الناقل:

يلتزم الناقل بإتمام عملية نقل البضاعة عبر الجو، وللوقوف على محتوى هذا الالتزام لابد من تتبع مراحلها. أي اعتبار من تسلمه البضاعة من المرسل حتى تسليمها إلى المرسل إليه المحدد في وثيقة الشحن الجوي. وعلى هذا تقسم مراحل نقل البضاعة إلى ثلاثة مراحل، تبدأ من تسلم الناقل الجوي للبضاعة وتلك هي المرحلة الأولى. ثم تأتي المرحلة الثانية وهي عملية النقل ذاتها وأخيراً التزام الناقل بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في محطة الوصول.^{٥٧}

ونظراً للصعوبات التي تكتنف استخدام الطائرات، وعادةً التعاون بين شركات الطيران في تنفيذ التزاماتها، فإن شروط (الأياتا) تحتفظ للناقل بالحق في أن ينيب عنه ناقلاً آخر، أو يستعمل طائرة أخرى، كما أن تلك الشروط أعفت الناقل الجوي من الالتزام بالمواعيد المحددة في خطاب النقل أو أية وثائق أخرى لإتمام عملية النقل.

ولكي ينفذ الناقل التزامه بالنقل، يتعين عليه استلام البضاعة من المرسل، وشحنها على الطائرة ورسها

عن ذلك للناقل أو لأي شخص آخر يكون الناقل مسؤولاً عنه.

كما يجب على المرسل أن يقدم للناقل المعلومات والمستندات التي تلزم للقيام بإجراءات الجمرک والبوليس قبل تسليم البضاعة للمرسل إليه، ويكون المرسل مسؤولاً تجاه الناقل عن كل ضرر ينشأ له من عدم تقديم المعلومات والمستندات المذكورة أو عدم كفايتها أو عدم صحتها إلا إذا ثبت خطأ الناقل أو تابعيه.^{٦٣}

الفرع الثالث:

حق المرسل في توجيه البضاعة والتصرف بها:
تنص المادة (١٢) من اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩م على أن: (للمرسل حق التصرف في البضاعة أما بسحبها من مطار القيام أو من مطار الوصول، وأما بوقفها أثناء الطريق عند أي هبوط، وأما بطلب تسليمها في مكان الوصول أو في أثناء الطريق إلى شخص آخر غير المرسل إليه المذكور في خطاب النقل الجوي، وأما بطلب إعادتها إلى مطار القيام).^{٦٤}

ويجب على الناقل الجوي الانصياع إلى أوامر المرسل في هذا الخصوص، وقد واجهت الاتفاقية المشار إليها أعلاه الحالة التي يتعذر فيها على الناقل تنفيذ أوامر المرسل، أو كان من شأن تنفيذها إلحاق الضرر بالناقل، وبالمرسلين الآخرين.^{٦٥}

غير أن هذا الحق ترد عليه بعض القيود ومنها:

١. أن يكون المرسل قد قام بتنفيذ كل الالتزامات الناشئة عن عقد النقل.

يدفعها المرسل في مقابل خدمات الإيداع والتأمين، أو أية مصروفات أخرى يدفعها الناقل الجوي أو تابعوه وتكون ضرورة لنقل البضاعة.^{٦٠}

ويتمتع الناقل في القواعد العامة ببعض الضمانات من أجل استيفاء أجره النقل أو المبالغ التي تستحق له بسبب تنفيذ عقد النقل. فمن ناحية يكون للناقل حق الحبس على البضاعة المنقولة وبالتالي الامتناع عن تسليمها لمن له الحق في استلامها لحين استيفاء المبالغ له، وناحية أخرى يعتبر الناقل دائماً ممتازاً يتمتع بالأولوية في الحصول على حقه من ثمن البضاعة في حالة الحجز عليها أو بيعها.

ويلتزم المرسل بتحرير وثيقة الشحن الجوي، أما إذا قام الناقل بتحرير هذه الوثيقة فيفترض أنه فعل ذلك لحساب المرسل ما لم يثبت العكس.^{٦١}

ويلتزم المرسل بتسليم البضاعة المراد نقلها إلى الناقل ولا يعني ذلك أن التسليم شرط لانعقاد العقد، لأن عقد النقل الجوي عقد رضائي كما سبق أن أشرنا إليه. وترجع أهمية التزام المرسل بتسليم البضاعة إلى أنه شرط لتمكين الناقل من البدء في تنفيذ التزامه الأساسي، ألا وهو نقل البضاعة، ولا يتصور هذا التنفيذ ما لم يتسلم الناقل البضاعة فعلاً.^{٦٢}

وكذلك يكون المرسل مسؤولاً عن صحة البيانات والإقرارات المتعلقة بالبضاعة والتي يذكرها في وثيقة الشحن الجوي فإذا ظهر أن هذه البيانات والإقرارات غير صحيحة أو غير كافية فإن المرسل يكون مسؤولاً عن تعويض كل ضرر ينشأ

٢. أن يكون تنفيذ أوامر المرسل ممكناً. فإذا كان تنفيذ أوامر المرسل مستحيلاً وجب على الناقل إخطاره بذلك فوراً.

٣. ألا يترتب على تنفيذ أوامر المرسل إلحاق الضرر بالناقل أو بغيره من الشاحنين الآخرين.

٤. أن يرد المرسل للناقل كافة المصاريف الناتجة عن تنفيذ الأوامر أو التعليمات التي أصدرها.

٥. كذلك لا يلزم الناقل بتنفيذ أوامر المرسل بصدد التصرف في البضاعة المشحونة إلا إذا قدم له المرسل وثيقة الشحن الجوي المسلمة إليه. ويحرص الناقل عادةً على طلب تقديم هذه الوثيقة للتأكد من أن المرسل لا يزال صاحب الحق في التصرف في البضاعة.

وإذا عمل الناقل بأوامر المرسل المتعلقة بالتصرف بالبضاعة دون أن يطلب تقديم النسخة المعطاة له، فيكون مسؤولاً عن الضرر الذي قد يتسبب عن ذلك للشخص الذي بيده وثيقة الشحن الجوي بصورة قانونية، ولا يمنع ذلك الناقل من ملاحقة المرسل.^{٦٦}

الفرع الرابع:

وضع المرسل إليه:

أن القاعدة العامة في العقود تشير إلى اقتصار ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات على المتعاقدين ومن يخلفونهم من خلف وخاص، فلا تجاوز أثر العقد هذه الطائفة إلى شخص أجنبي تماماً عن العقد. إلا أن قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م رأى الخروج على هذه القاعدة، فأجاز انصراف آثار العقد إلى طرف ثالث في حالة أن ينطوي العقد على مصلحة له،

أي أن لأطراف العقد الحق في ترتيب حق من الحقوق لمصلحة طرف ثالث ولكن لا يجوز إلزامه بشيء، وعلى حسب العبارات التي أوردها قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في المادة (٢٢): (لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً).^{٦٧}

فإن الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد النقل تقتصر على طرفيه (الناقل والمرسل) غير أن عقد نقل البضاعة أبرم لمصلحة المرسل إليه، فجعله يتمكن من الاستفادة من الحقوق المتولدة عن العقد في مقابل تحمله بالالتزامات الناشئة عنه، فيطالب بتسليم البضاعة ويسأل مقابل ذلك عن دفع الأجرة. ومتى وصلت البضاعة إلى جهة الوصول،

فقد وجب على الناقل إعلام المرسل إليه بذلك حتى يحضر لاستلامها إلا إذا وجد شرط يقضي بغير ذلك. ويبقى حق المرسل إليه بالمطالبة بتسليمه البضاعة قائماً طالما أنه لم يثبت أن المرسل قد تصرف بها قبل حصول المطالبة. ويكون للمرسل إليه بمجرد وصول البضاعة أن يطلب من الناقل تسليمه النسخة المخصصة له عن وثيقة الشحن الجوي وتسليمه البضاعة، ومتى تسلم المرسل إليه هذه النسخة أصبح صاحب الحق في استلام البضاعة أو التصرف فيها أو إصدار التعليمات بشأنها، غير أن المرسل إليه لا يكون له ممارسة هذا الحق إلا إذا وفى الحقوق المطلوبة للناقل وقام بتنفيذ الشروط الواردة في وثيقة الشحن الجوي.^{٦٨}

أحياناً تهلك البضاعة أو يتعذر وصول الطائرة للجهة المقصودة لأي سبب من الأسباب، ولا يمنع ذلك من ممارسة الحقوق المقررة للمرسل

٢. إن القانون الواجب التطبيق على النقل الجوي الدولي يثور لدينا مشكلة تنازع القوانين، مما يجعلنا نحتكم لقواعد الإسناد والتي يرشد بها القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه.
٣. إن الناقل الجوي لا يتحمل أي مسؤولية تجاه الأمتعة التي يحتفظ بها المسافر معه لأنه لم يضعها في حراسة الناقل.
٤. إن عقد النقل الجوي من عقود الإذعان، على الرغم من احتفاظه بطبيعته الرضائية.
٥. إنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصي، وهذه الخاصية لا توجد في كثير من عقود الالتزام.
٦. إن وثائق عقد النقل الجوي تختلف باختلاف ما إذا كان النقل متعلقاً بالأشخاص أو بالأمتعة أو البضائع، ويطلق عليها مستند النقل الجوي وهي (تذكرة السفر - بطاقة الأمتعة - وثيقة الشحن الجوي).

ثانياً: التوصيات:

١. الاهتمام بتنظيم النقل الجوي ومراقبته ووضعه في الأولويات وذلك داخلياً وخارجياً.
٢. مراجعة نصوص التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية الخاصة بالنقل الجوي وتعديلها لمواكبة التطور في الأحداث العالمية، والإقليمية.
٣. التشديد من الجراء المترتب على الإخلال بعقد النقل الجوي.
٤. وضع نصوص وأحكام تفصيلية لتحديد القانون الواجب التطبيق وذلك في التشريعات العربية والاتفاقيات الإقليمية والدولية.

إليه. فيكون للمرسل إليه استعمال حقوقه في مواجهة الناقل من الوقت الذي سلم فيه الناقل بهلاك البضاعة. كذلك تعتبر البضاعة بحكم المفقودة إذا انقضت سبعة أيام من التاريخ الذي كان يجب وصولها فيه.

وقد أكد ذلك المادة (١٣) الفقرة (٣) من اتفاقية فرسوفيا حيث نصت على: (إذا أقر الناقل بضياح البضاعة أو إذا لم تكن البضاعة قد وصلت بعد انقضاء سبعة أيام من التاريخ الذي كان يجب وصولها فيه فيرخص للمرسل إليه في أن يطالب الناقل بالحقوق الناتجة عن مقابلة النقل).

وقد أشارت الفقرة (٤) من المادة (١٢) من الاتفاقية المشار إليها أنه إذا رفض المرسل إليه استلام البضاعة أو استلام النسخة المخصصة له من وثيقة الشحن الجوي أو لم يتمكن الناقل من العثور عليه، فإن المرسل يستعيد الحق في التصرف في البضاعة وإصدار التعليمات بشأنها.^{٦٩}

الخاتمة

نحمد الله ونستعينه ونستغفره الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا وقُدوتنا محمد بن عبد الله عليه أفضل وأتم التسليم وعلى آله وصحبه أجمعين والتابعين ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

نختم هذا البحث:

أولاً: النتائج:

١. تعتبر وثيقة الشحن الجوي حجة في الإثبات بالنسبة لعقد النقل الجوي لما تحويه من بيانات.

- التشريع اللبناني، الجامعة اللبنانية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، بدون ناشر، ص ٢٠٢.
٢. وليد الصكر، القانون البحري والجوي، القانون الخاص، منتديات حق القانونية، ص ١، وكذلك: القانون البحري والجوي، د. هاني محمد صالح عبد الرحيم، د. إسراء جاسم محمد العمران، ص ١٦.
٣. د. عاشور عبد الجواد، أستاذ القانون التجاري والجوي، موجز القانون الجوي، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٢م، ص ٧٩.
٤. د. مصطفى إبراهيم أحمد عربي، القانون الجوي (الطيران التجاري، النقل الجوي) وفقاً للاتفاقيات الدولية وقانون الطيران المدني السوداني لسنة ١٩٩٩م، مطبعة جامعة النيلين، الخرطوم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ١٤٠.
٥. العقد والإرادة المنفردة، د. أبازر الغفاري بشير، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، ص ١٢١.

٥. نوصي بتطبيق نظام تذكرة السفر الإلكترونية إجبارياً وذلك وفقاً لما نصت عليه اتفاقية مونتريال لعام ١٩٩٩م وشروط (الأياتا).
٦. ضرورة النص في جميع التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة على بطلان شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية (الاتفاقية) وذلك رفعا للظلم وتحقيقاً للعدالة.
٧. المراقبة والمراجعة الدورية لشركات الطيران ومدى تقيدها بشروط الصلاحية وعدم الإخلال بالأمن والسلامة، وذلك حتى نضمن سلامة الراكب وأمتعته والبضائع من كل سوء، وتقديم خدمات أفضل.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

١. د. حسين محيو، أستاذ القانون البحري والجوي، قانون الطيران، (الملاحه الجوية - النقل الجوي - الحوادث الجوية) على ضوء

هوامش:

- ١٥- أنظر المادة (٢/٣) من الشروط الخاصة لنقل الأشخاص الصادرة من الاتحاد الدولي للنقل الجوي (الأياتا).
- ١٦- القانون الجوي (الطيران التجاري، النقل الجوي) وفقاً للاتفاقيات الدولية وقانون الطيران المدني السوداني لسنة ١٩٩٩م، د. مصطفى إبراهيم أحمد عربي، مطبعة جامعة النيلين، الخرطوم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ١٢٤-١٢٥.
- ١٧- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٩٦.
- ١٨- نفس المرجع السابق، ص ٩٧.
- ١٩- اتفاق (فرسوفيا) المعقود لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي والمعدلة ببروتوكول لاهاي لسنة ١٩٥٥م.
- ٢٠- المحامي د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٤-٢٠٥.
- ٢١- المرجع السابق، ص ٢٠٥.
- ٢٢- المادة (١/٣) من قانون الطيران المدني السوداني لسنة ١٩٩٩م.
- ٢٣- نفس المرجع السابق، المادة (١/٤).
- ٢٤- القانون الجوي (الطيران التجاري، النقل الجوي) وفقاً للاتفاقيات الدولية وقانون الطيران المدني السوداني لسنة ١٩٩٩م، د. مصطفى إبراهيم أحمد عربي، مطبعة جامعة النيلين، الخرطوم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ١٤٠.
- ٢٥- د. حسن محيو، مرجع سابق، ص ٢٠٥.
- ٢٦- أ. عائشة فضيل، مسؤولية الناقل بين التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الجامعية، الدار البيضاء، السنة

- ١- أستاذ مساعد - كلية القانون جامعة الجزيرة <
- ٢- منتديات، عالم القانون، على الإنترنت، عقد النقل الجوي.
- ٣- المحامي د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٢-٢٠٣.
- ٤- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ٩٢.
- ٥- المرجع السابق، ص ٩٣.
- ٦- المحامي د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٣.
- ٧- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ٩٤.
- ٨- المحامي د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٣.
- ٩- الإنترنت، موقع عالم القانون، عقد النقل الجوي، مرجع سبق ذكره.
- ١٠- المحامي د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ٩٥.
- ١١- قانون الطيران، (الملاحه الجوية - النقل الجوي - الحوادث الجوية) على ضوء التشريع اللبناني، د. حسين محيو، أستاذ القانون البحري والجوي، الجامعة اللبنانية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، بدون ناشر، ص ٢٠٢.
- ١٢- وليد الصكر، القانون البحري والجوي، القانون الخاص، منتديات حق القانونية، ص ١، القانون البحري والجوي، د. هاني محمد صالح عبد الرحيم، د. إسراء جاسم محمد العمران، ص ١٦.
- ١٣- اتفاقية وارسو ١٩٢٩م، التي نظمت أحكام النقل الجوي للبضائع.
- ١٤- موجز القانون الجوي، د. عاشور عبد الجواد، أستاذ القانون التجاري والجوي، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٢م، ص ٧٩.

- الدراسة ١٩٩٨-١٩٩٧م، ص ١٩.
- ٢٧- المادة (٣) من اتفاقية مونتريال المتعلقة بتوحيد بعض قواعد وأحكام النقل الجوي لسنة ١٩٩٩م.
- ٢٨- د. مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، مرجع سابق، ص ١٤٣.
- ٢٩- المادة (١، ٢، ٣) من اتفاقية فرسوفيا لسنة ١٩٢٩م، المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي، والمعدلة ببروتوكول (لاهاي) لسنة ١٩٥٥م.
- ٣٠- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٨.
- ٣١- الإتحاد الدولي للنقل الجوي.
- ٣٢- د. مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، مرجع سابق، ص ١٤٣.
- ٣٣- نفس المرجع، ص ١٤٤.
- ٣٤- نفس المرجع السابق، ص ١٤٧-١٤٨.
- ٣٥- د. حسن محيو، مرجع سابق، ص ٢٠٩.
- ٣٦- المادة (٤) اتفاقية فرسوفيا ١٩٢٩م، المعدلة ببروتوكول لاهاي لسنة ١٩٥٥م.
- ٣٧- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٩.
- ٣٨- د. مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، مرجع سابق، ص ١٤٩.
- ٣٩- المادة (٢/٣) من اتفاقية مونتريال المتعلقة بتوحيد بعض قواعد وأحكام النقل الجوي لسنة ١٩٩٩م.
- ٤٠- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.
- ٤١- د. مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥١.
- ٤٢- المادة (٥) من اتفاقية فرسوفيا لسنة ١٩٢٩م، والمعدلة ببروتوكول لاهاي لسنة ١٩٥٥م.
- ٤٣- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٠.
- ٤٤- د. مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥١.
- ٤٥- د. حسين محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١١.
- ٤٦- د. مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٤.
- ٤٧- المرجع السابق، ص ١٥٥.
- ٤٨- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٢.
- ٤٩- المرجع السابق، ص ٢١٣.
- ٥٠- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٥.
- ٥١- د. عاشور عبد الجواد، المرجع السابق، ص ١٠٦.
- ٥٢- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٤.
- ٥٣- المرجع السابق، ص ٢١٥.
- ٥٤- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٧.
- ٥٥- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٥.
- ٥٦- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٧.
- ٥٧- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦.
- ٥٨- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٩.
- ٥٩- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٦-٢١٧.
- ٦٠- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ١١٠-١١١.
- ٦١- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٧.
- ٦٢- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٢.
- ٦٣- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٨.
- ٦٤- المادة (١٢) من اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩م.
- ٦٥- د. عاشور عبد الجواد، مرجع سبق ذكره، ص ١١٢-١١٣.
- ٦٦- د. حسن محيو، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٩.
- ٦٧- العقد والإرادة المنفردة، د. أبانز الغفاري بشير، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، ص ١٢١.
- ٦٨- د. حسن محيو، مرجع سابق، ص ٢٢٠.
- ٦٩- د. حسن محيو، المرجع السابق، ص ٢٢٠.