بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة كلية الشريعة

تصـــدر عن كليتـــي الشريعـــة (مدنـــي، الهلاليـــة)

بجامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم – ولاية الجزيرة – السودان

السنة الرابعة – العدد الثامن

شوال ١٤٤١هـ – يونيو ٢٠٢٠م

فهرست المكتبة الوطنية – السودان

مجلة كلية الشريعة

ردمك: ISSN : 1858 – 8611

جمهورية السودان – ولاية الجزيرة – ودمدني

المراسلات

باسم السيد رئيس تحرير مجلة كلية الشريعة

كلية الشريعة – ودمدني – السودان

تلفونات ٠١٢٣٥٥٢٥٧١ – ٠١٢٦٣١٣٣٢٦

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

قال تعالى:

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

(النساء: ٥٨)

المشرف العام

أ.د. أبكر عبدالبنات آدم إبراهيم

رئيس هيئة التحرير

د. الوسيلة عبدالرحمن على

نائب رئيس هيئة التحرير

د. عثمان يوسف عيسى

مدير التحرير

د. الزلفى عبدالله مصطفى

هيئة التحرير

١/ د. أحمد الزين أحمد حامد

٢/ د. عائش على عودة أبوعاذرة

٣/ د. حامد إبراهيم علي

٤/ د. فهمي أحمد إدريس

٥/ د. محمود مهدي الشريف خالد

٦/ د. فهمي أحمد إدريس

الهيئة الاستشارية

١/ أ. د/ على العوض عبد الله الصاحب

٢/ أ. د/ حيدر أحمد دفع الله

٣/ أ. د/ الخضر على إدريس

٤/ أ. د/ محمد الفاضل أحمد موسى

٥/ أ. د/ عبدالله الزبير عبدالرحمن

٦/ أ. د/ معاوية أحمد سيد أحمد

٧/ د. عوض الحسن النور

٨/ مولانا/ عبد المجيد إدريس علي

٩/ د. بهاء الدين الأمين محمد نور

١٠/ د. الطاهر عبد الكريم ساتي

١١/ د. محمد بشير إبراهيم

التدقيق اللغوي

د. إحسان علي الحاج

شروط وضوابط النشر

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

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

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

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

5- أن يشتمل البحث على:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الفهرست

الموضوع	مقدم الموضوع	الصفحة
الفهرست		٥
افتتاحية العدد		٧
هامش الجدية في عقد المرابحة للآمر بالشراء «صوره وأحكامه»	د. أحمد بن عبدالله بن حسن المباركي	٩
حقوق الطفل في الفقه الإسلامي	د. محمد الأمين على محمد	٤٣
الأثر القانوني لانقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية في جرائم القتل «في الفقه والقضاء السوداني»	د. محمد التجاني محمد الشريف	٧٣
حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة	د. عارف محمد صالح السنيدي	١٠١
خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأثره على الفروع الفقهية	د. صفاء سليمان حمزة سليمان	١٣٩
تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي	د. ياسر مبارك رابح	١٧٧
أثر الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء «دراسة مقارنة»	د. وفاء عبدالحي عثمان على البشاري	٢٠٣
حق الدولة في تحديد مركز الأجنبي «دراسة مقارنة»	د. جودة إبراهيم محمد النور	٢٣٣
مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية «دراسة مقارنة»	د. أحمد النور الغالي	٢٧٣
الحماية القانونية للقيم الاجتماعية «دراسة مقارنة»	د. أزهري عباس الطاهر	٣٠٣

افتتاحية العدد

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

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

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

البحث الأول تحت عنوان: (**هامش الجدية في عقد المرابحة للآمر بالشراء"صوره وأحكامه**»)، كتبه الدكتور/ أحمد بن عبد الله بن حسن المباركي، حيث تناول الباحث موضوعاً يتعلق بصور وأحكام هامش الجدية في عقد المرابحة للآمر بالشراء.

والبحث الثاني جاء بعنوان: (**حقوق الطفل في الفقه الإسلامي**) للدكتور/ محمد الأمين على محمد، بيَّن فيه الباحث حقوق الطفل في الإسلام، وتوضيح وسائل التربية في الشريعة الإسلامية، كما اهتمت الدراسة بالطفل غاية الاهتمام.

أما البحث الثالث فقد ورد بعنوان: (**الأثر القانوني لانقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية في جرائم القتل «في الفقه والقضاء السوداني**»)، للدكتور/ محمد التجاني محمد الشريف، وضّح فيه الباحث مفهوم رابطة السببية، وأسباب وأثر انقطاعها على المسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية وغير العمدية.

والبحث الرابع بعنوان (**حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة**) كتبه الدكتور/ عارف محمد صالح السنيدي، تناول فيه القواعد القانونية التي تهدف إلى الحدِّ من ظاهرة تجنيد الأطفال في الحروب، وقد انحصر في

جزئية حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة.

وجاء البحث الخامس تحت عنوان: (**خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأثره على الفروع الفقهية**) للدكتورة/ صفاء سليمان حمزة سليمان، حيث تناول الباحث موضوع خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأثره على الفروع الفقهية. ويهدف هذا البحث إلى معرفة خبر الواحد، وبيان أقسامه، وشروط العمل به، والآثار الفقهية المترتبة عليه.

أما البحث السادس للدكتور/ ياسر مبارك رابح بعنوان: (**تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي**)، أبرز فيه الباحث الموضوع من الجانب النظري والتطبيقي ومدى التوافق بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

البحث السابع جاء بعنوان: (**أثر الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء «دراسة مقارنة»**) للدكتورة/ وفاء عبدالحي عثمان على البشاري، حيث عرفت الباحثة على ماهية العقد والوعد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء، وبيان مشروعيته وشروطه.

أما البحث الثامن فقد ورد تحت عنوان: (**حق الدولة في تحديد مركز الأجنبي «دراسة مقارنة»**) للدكتور/ جودة إبراهيم محمد النور، تناول فيه قضية حقوق الأجانب كأشخاص سواء أكانت طبيعية أو معنوية والتزاماتهم في الدولة التي تستضيفهم.

وجاء البحث التاسع للدكتور/ أحمد النور الغالي بعنوان: (**مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية «دراسة مقارنة»**)، حيث تناول فيه أهم موضوعات حقوق الإنسان، ومعيار أصيل في بناء دولة القانون.

وأخيراً، جاء البحث العاشر بعنوان: (**الحماية القانونية للقيم الاجتماعية «دراسة مقارنة»**) للدكتور/ أزهري عباس الطاهر، حيث ركز فيه الباحث على الحماية القانونية للقيم الاجتماعية والأخلاقية.

رئيس تحرير المجلة

هامش الجدية في عقد المرابحة للآمر بالشراء «صوره وأحكامه»

د. أحمد بن عبد الله بن حسن المباركي*

مستخلص

يهدف هذا البحث الموسوم بـ(هامش الجدية في عقد المرابحة للآمر بالشراء صوره وأحكامه) إلى بيان أحكام الهامش المدفوع من الآمر بالشراء لكل من المأمور بالشراء ومالك السلعة الأصلي في عقد المرابحة للآمر بالشراء، وقد جاء البحث في مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة. اشتملت المقدمة على سبب اختيار الموضوع ومنهج الباحث فيه والدراسات السابقة وخطة البحث. واشتمل التمهيد على بيان مفاهيم ومصطلحات العنوان في أربعة مطالب؛ فتم التعريف بهامش الجدية وصوره، والفرق بينه وبين العربون، ومفهوم عقد المرابحة للآمر بالشراء، وحكمه إجمالاً. واشتمل المبحث الأول على بيان أحكام دفع هامش الجدية من الآمر للمأمور بالشراء، وكان ذلك في أربعة مطالب: الأول في التكييف الفقهي لهذا الهامش والثاني حكم دفعه للمأمور، والثالث حكم تصرف المأمور فيه قبل تمام عقد المرابحة، والرابع تصرفه فيه بعد نكول الآمر عن الشراء. واشتمل المبحث الثاني على حكم دفع الهامش من الآمر لمالك السلعة بغرض حبسها حتى شراء المأمور لها، وكان ذلك في مطلبين: الأول في حكم دفع المبلغ على أنه جزء من الثمن، والثاني في حكم دفعه على أنه هامش جدية. واشتملت الخاتمة على أهم نتائج البحث ومن أبرزها: أن الراجح في حكم مسألة دفع هامش الجدية من الآمر للمأمور بالشراء هو الجواز في صورة محددة من عقد المرابحة للشراء؛ وهي التي تعطي للطرفين الحق في إبرام عقد المرابحة أو النكول مع جبر الضرر الحاصل بالطرف الآخر، وأن الراجح جواز دفع الهامش من الآمر لمالك السعة الأصلي من أجل الانتظار بالسلعة حتى يشتريها المأمور بالشراء، وتكون مدة الانتظار معلومة وإذا لم يتم الشراء خلالها فللمالك حق تملك الهامش.

الكلمات المفتاحية:

هامش، جدية، المرابحة، الآمر بالشراء، العربون.

Abstract

This research entitled rulings and ways of good-faith deposit in Murabaha contract to the purchase orderer aims to clarify the rulings on the deposit paid by the purchase orderer to the one ordered to purchase and the original commodity owner inMurabaha contract to the purchase orderer. This research is divided into an introduction, preface, two topics, and conclusion. Introduction included the reason behind choosing the topic and the method of the researcher, the literature review, and the research plan. The preface clarified the concepts and terminologies of the title through four requirements: definition and ways of the good-faith deposit, difference between it and the key-money, the concept of Murabaha contract to the purchase orderer, and its ruling in brief. The first topic referred to the rulings on payment of good-faith deposit by the purchase orderer to the one who is ordered to purchase. It falls into four requirements: first: the juristic adoption of this deposit. Second: the ruling on paying it to the one who is ordered to purchase. Third: the ruling on the transaction of the one who is ordered to purchase before making the Murabaha contract. Fourth: transacting on it after the orderer refuses to purchase. The second topic includes the ruling on the payment of the deposit by the orderer to the commodity owner for the purpose of monopolizing it until it is purchased by the one ordered to purchase; it falls into two requirements: first: the ruling on payment of the amount as a part of the price. Second: the ruling on paying it as a good-faith deposit. The introduction includes the most important results of the research as follows: it is more certain that the ruling on the topic of paying a good-faith deposit by the purchase orderer to the one who is ordered to purchase is permissibility in limited way of Murabaha contract of purchase. It gives the two parties the right to conclude or terminate the Murabaha contract along with compensating damages incurred upon the other party. It is more certain that payment of deposit by the orderer to the original commodity owner for the purpose of waiting for the commodity to be purchased by the one who is ordered to purchase is permissible. Additionally, the period of waiting should be fixed, if it is not purchased within the fixed period, the owner will have the right to take the deposit.

Keywords:

Deposit – good-faith – the Murabaha – the purchase orderer – the key-money.

مقدمـــة

الحمد لله القائل: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [النحل ٨٩]، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الله جل وعز قد أكمل لهذه الأمة دينها وجعل أحكامه صالحة لكل زمان ومكان، وختم الشرائع بشريعة خالدة شاملة وافية سادة لكل نواحي الحياة، فما من واقعة مستجدة إلا ولها في دين الله ما يدل عليها من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، ولذلك قال الإمام الشافعي رحمه الله "فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها"[(١)].

وقال الإمام الخطابي رحمه الله تعالى: "الله تعالى لم يترك شيئاً يجب له حكم، إلا وقد جعل فيه بياناً، ونصب عليه دليلاً"[(٢)].

وفي حياة الناس اليوم مسائل حديثة ومعاملات مستجدة، نبعت من التطور الهائل الذي تعيشه الأمة في هذا العصر نتيجة الثورة العلمية المتقدمة والشاملة لكل مجالات الحياة، ومن ذلكم، التطور الواسع في مجال الاستثمار والاقتصاد، وقد ظهرت أنواع وصور كثيرة من المعاملات المالية الجديدة تولدت منها مسائل دقيقة لا تزال الحاجة قائمة لتحريرها وبيان حكم الشرع فيها لكثرة من يتعامل بها ومن هذه المسائل "هامش الجدية في عقد المرابحة للآمر بالشراء" ويأتي هذا البحث الذي عنونت له بـ(هامش الجدية في عقد المرابحة بالشراء صوره وأحكامه) إسهاماً مني في تجلية بعض الأحكام الخاصة بهذه المسألة، أسأل الله المعونة والسداد.

وقد سلكت في هذا البحث المنهج التالي:

١- عزوت الآيات الواردة في البحث إلى سورها من القرآن الكريم

مع بيان رقم الآية.

٢- قمت بتخريج الأحاديث الواردة في البحث، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها.

٣- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي:

أ- ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ب- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، إن كانت المسألة مما هو منصوص عليها عند فقهائنا من السلف وأما إن كانت حادثة - وهي مسألة البحث - فقد نسبت الأقوال فيها لأبرز من قال بها من المعاصرين.

ج- استقصاء أدلة الأقوال من كتب أصحاب المذهب نفسه إن تيسر ذلك.

د- بيان وجه الدلالة من الدليل النقلي وذكر ما يرد على الأدلة من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كان، ثم الترجيح مع بيان سببه.

٥- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد قدر الاستطاعة.

٦- حاولت أن أصور المسألة تصويراً واقعياً.

٧- لم أترجم في هذا البحث لأي علم من الأعلام تجنب الإطالة، ولما جرت به العادة من عدم الترجمة في مثل هذه البحوث الموجزة.

٨- حاولت جهدي أن تجري صياغتي للدراسة وكتابتها على الطريقة المثلى في كتابة البحث العلمي، بقواعده الحديثة والمتبعة في كتابة مثل هذه البحوث.

٩- اختصرت في بحثي هذا اختصاراً شديداً خاصة فيما يتعلق بالمسائل التي هي منشأ

الخلاف؛ لأن بحثاً موجزاً كهذا لا يمكن أن يعطي هذه المسائل حقها، ومع ذلك سددت وقاربت.

الدراسات السابقة:

لم أقف في هذه المسألة إلا على بحث واحد هو "ضمان الجدية في المرابحة المصرفية للدكتور خالد بن زيد الجبلي"[٣] وقصر فيه مؤلفه الكلام على صورة واحدة من هامش الجدية وهو المدفوع للمأمور بالشراء، وأما الهامش المدفوع للمالك فلم يتطرق له.

وقد جاءت خطة البحث على النحو التالي:

المقدمة: واشتملت على أهمية البحث والدراسات السابقة فيه ومنهج الباحث، وخطة البحث.

التمهيد: وفيه بيان مفاهيم ومصطلحات العنوان في أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم هامش الجدية وصوره.

المطلب الثاني: الفرق بين هامش الجدية والعربون.

المطلب الثالث: مفهوم بيع المرابحة للآمر بالشراء.

المطلب الرابع: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إجمالاً.

المبحث الأول: دفع هامش الجدية للمأمور بالشراء والأحكام المترتبة عليه وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لدفع هامش الجدية للمأمور بالشراء.

المطلب الثاني: حكم دفع هامش الجدية للآمر بالشراء.

المطلب الثالث: تصرف المأمور بالشراء في هامش الجدية قبل تمام عقد المرابحة للآمر بالشراء.

المطلب الرابع: تصرف المأمور بالشراء في هامش الجدية بعد نكول الآمر بالشراء عن الشراء.

المبحث الثاني: دفع الآمر بالشراء مبلغاً من المال لمالك السلعة الأول لحبسها لأجل إتمام عقد المرابحة والأحكام المترتبة عليه: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم دفع الآمر مبلغاً من المال للمالك على أنه جزء من الثمن.

المطلب الثاني: حكم دفع الآمر مبلغاً من المال للمالك على أنه هامش جدية.

الخاتمة: واشتملت على **أهم نتائج البحث**.

تمهيـــــــــد

المطلب الأول

مفهوم هامش الجدية وصوره

الفرع الأول: مفهوم هامش الجدية:

أولا: معنى كلمة هامش:

الهامش في اللغة: قال ابن فارس: "الهاء والميم والشين أصل يدل على سرعة عمل أو كلام، يقولون الهمش: السريع الكلام، وامرأة همشى الحديث إذا تسرعت فيه"[٤] والهامش: حاشية الكتاب وهو مولَّد[٥].

ثانياً: معنى كلمة جدية:

الجدية مأخوذ من الجدّ، والجدّ مصدر جدّ في الأمر يجِدّ ويجُدّ، وهو نقيض الهزل[٦].

ثالثاً: التعريف اللقبي لهامش الجدية:

عرف هامش الجدية بعدة تعريفات من أبرزها:

١- "مبلغ يؤخذ من العميل الواعد بالشراء لتوثيق وعده، إذا كان الوعد ملزماً للعميل"[٧].

٢- "المبلغ المقدم تأكيداً للوعد المُلزم لتغطية ضرر النكول عنه"[٨].

٣- "مبلغ مالي يأخذه المصرف (الموعود) من العميل (الواعد) في مرحلة المواعدة من بيع المرابحة المصرفية، تأكيداً للوعد الملزم؛ لتوثيق وعده؛ ولتغطية ضرر نكوله"[٩].

وبالتأمل في هذه التعريفات نجد أن التعريف الأخير هو أشمل التعريفات من حيث استيعابه لغرض الهامش وهو التعويض في حال النكول، ومرحلة دفع الهامش وهي مرحلة المواعدة، والعقد الذي يتم فيه دفع هذا الهامش وهو عقد المرابحة؛ إلا أنه قصر هامش

الجدية على صورة واحدة وهي دفع الهامش للموعود، دون السمسار أو مالك السلعة، وقصر الهامش أيضاً على بيع المرابحة المصرفية بينما هو مُتصور وواقع في بيع المرابحة للآمر بالشراء مطلقاً.

وعليه يمكن أن يعرف هامش الجدية بأنه: "مبلغ مالي يأخذه المأمور بالشراء أو مالك السلعة الأول من العميل (الآمر بالشراء) في مرحلة المواعدة من بيع المرابحة، توثيقاً لوعده؛ وتغطيةً لضرر نكوله".

الفرع الثاني: صور هامش الجدية في بيع المرابحة للآمر بالشراء:

من خلال النظر في هذه المعاملة (بيع المرابحة للآمر بالشراء) وواقعها المصرفي وغيره نجد أن هامش الجدية فيها له صورتان:

الصورة الأولى: أن يُدفع هذا الهامش من قبل العميل (الآمر بالشراء) للمأمور بالشراء (المصرف أو غيره) إثباتاً وتأكيداً لجديته ورغبته في إتمام عقد المرابحة[١٠].

وفي بعض الأحيان يقدم هذا الهامش على شكل كمبيالات يوقعها العميل كضمانات لا تتم الاستفادة منها إلا بعد إتمام عقد المرابحة، وإذا لم يتم التعاقد نتيجة نكول الآمر بالشراء يؤخذ منها فقط مقدار الضرر الفعلي الذي يلحق المأمور[١١].

والغرض من دفع الهامش في هذه الصورة -إضافة لإثبات جدية العميل- هو أن يستطيع المأمور بالشراء تغطية ضرر نكول الآمر بالشراء عن إتمام عقد المرابحة من هذا الهامش.

الصورة الثانية: أن يُدفع هذا الهامش من قبل العميل (الآمر بالشراء) لمالك السلعة الأصلي إثباتاً وتأكيداً لجديته ورغبته في إتمام عقد المرابحة[١٢].

والغرض من دفع الهامش في هذه الصورة هو أن يقوم المالك الأصلي للسعلة بحبسها على الآمر بالشراء

ويتوقف عن عرضها في السوق حتى يتم شراؤها من قبل المأمور بالشراء ومن ثم بيعها على الآمر. وأيضاً تغطية المالك الضرر الذي قد يلحقه بسبب حبس السلعة عن العرض وتفويت فُرص البيع في حال نكول الآمر عن إتمام عقد المرابحة.

المطلب الثاني

الفرق بين هامش الجدية والعربون

لا بد لنا قبل الكلام على الفرق بين هامش الجدية والعربون أن نبين مفهوم العربون في نقطتين؛ الأولى تعريف العربون، والثانية الغرض منه.

أولاً تعريف العربون:

العربون في اللغة:

العَرَبُونُ: "ما عقد به المبايعة من الثمن، أعجمي أُعرب"(١٣).

واصطلاحاً:

تعريفات الفقهاء للعربون متقاربة الدلالة والمعنى ولعل من أوجزها وأحسنها تعريف ابن قدامة له بأنه "أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهمًا أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع"(١٤).

ثانياً: الغرض من العربون:

من خلال التأمل في التعريف السابق للعربون يتضح أن الغرض منه:

١- إعطاء المشتري حق العدول عن شراء السلعة محل العقد؛ وذلك أن المشتري قد يتردد في شراء السلعة لعدم مطابقها وملاءمتها وصفاً أو ثمناً أو كليهما، وفي نفس الوقت يخشى أن يتركها فلا يجد أفضل منها وتفوته السلعة فيقوم بحجزها بجزء من ثمنها؛ فإن وجد خيراً منها عدل عن البيعة الأولى، وإن لم يجد أتم بيعته الأولى.

٢- جبر الضرر الحاصل على البائع جراء عدول المشتري عن شراء السلعة(١٥).

الفرق بين العربون وهامش

الجدية:

بعد أن عرَّفنا بالعربون والغرض منه؛ وعرفنا المقصود بهامش الجدية وصورتيه الموجودة في السوق المصرفي وغيره؛ يمكن صياغة الفرق بينه وبين هامش الجدية على النحو التالي:

أولا: يتفق العربون مع هامش الجدية في كون كل منهما مبلغ يُدفع مقدماً يكشف عن مدى رغبة وجدية المشتري في الحصول على السلعة.

ثانياً: يختلفان في الآتي:

١- العربون يُدفع للبائع بعد عقد الصفقة وحصول الإيجاب والقبول من الطرفين؛ بينما يُدفع هامش الجدية قبل إبرام عقد الصفقة، سواء للمأمور بالشراء أو لمالك السلعة الأصلي لغرض إتمام عقد المرابحة.

٢- يكون العربون في معاملة بين طرفين بائع ومشتري؛ بينما هامش الجدية يكون في عقد المرابحة للآمر بالشراء وهو عقد من ثلاثة أطراف (آمر بالشراء ومأمور ومالك السلعة الأصلي)، وما يدفعه الآمر بالشراء للمأمور (المصرف) عربوناً بمعنى أنه جزء من الثمن فلا يكون إلا في مرحلة البيع التالية لمرحلة المواعدة[١٦].

٣- العربون يُدفع للبائع على أنه جزء مقدم من الثمن، والهامش ليس كذلك وإنما هو مبلغ لضمان الجدية في شراء السلعة مستقبلاً، يعاد لصاحبه عند إتمام عقد المرابحة[١٧].

٤- العربون يستحقه البائع كاملاً بمجرد عدول المشتري عن شراء السلعة، ولا أثر للضرر في استحقاق البائع له. بينما هامش الجدية لا يستحقه المدفوع له (المأمور بالشراء أو مالك السلعة الأصلي) إلا بمقدار ما لحقه من ضرر بسبب عدول الراغب في الشراء[١٨].

٥- العربون ملك للبائع استحقه بعقد البيع يتصرف فيه كيف شاء؛ بينما هامش الجدية أمانة لدى المدفوع له لا يملك التصرف فيه إلا بعد عدول الراغب في الشراء[١٩].

المطلب الثالث

مفهوم عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء

عُرف هذا العقد بعدة تعريفات من أشملها وأوجزها أنه: "طلب شخص يسمى الآمر، من آخر يسمى المأمور، بأن يشتري له سلعة محددة، ويَعِده بأنه إذا قام بشرائها، أنه سيشتريها منه إلى أجل، ويربحه فيها مقدارًا محددًا"[٢٠].

فهي معاملة تتكون من ثلاثة أطراف:

١- الآمر بالشراء؛ وهو العميل الراغب في شراء السلعة وليس عند القدرة المالية بشرائها بالنقد.

٢- المأمور بالشراء - سواء كان المصرف أو أي شخص مليء - ويستفيد من هذه المعاملة فارق السعر بين النقد والأجل.

٣- مالك السلعة الأصلي (التاجر).

ومن خلال التعريف السابق فإن هذه المعاملة تمر بثلاث مراحل:

الأولى: مرحلة المواعدة؛ فيطلب الآمر من المأمور شراء سلعة محددة من مالكها الأصلي بالنقد ويعده إن اشتراها أن يشتريها منه مرابحة.

الثانية: مرحلة تملك المأمور للسلعة؛ فيقوم المأمور بشراء السلعة من مالكها الأصلي بالنقد ويمتلكها.

الثالثة: مرحلة المبايعة بين الآمر والمأمور؛ فيقوم المأمور ببيع السلعة على الآمر مرابحة إلى أجل[٢١].

المطلب الرابع

حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء إجمالاً

هذه المعاملة من حيث الأصل- من دون النظر للوعد فيها هل هو ملزم أم لا[٢٢]- جمهور العلماء من المتقدمين

والمتأخرين على جوازها[٢٣] واستدلوا لها بالآتي:

١- أن الأصل في المعاملات الحل إلا ما دل الدليل على منعه، ولا دليل يمنع من هذه المعاملة[٢٤].

٢- أن شراء المأمور للسلعة وتملكه لها حقيقيان بدليل أنها لو تعيَّبت أو هلكت فلا يضمنها غيره[٢٥].

المبحث الأول

دفع هامش الجدية للمأمور بالشراء والأحكام المترتبة عليه

المطلب الأول

التكييف الفقهي لدفع هامش الجدية للمأمور بالشراء

أختلف العلماء المعاصرون في تكييف مبلغ هامش الجدية على قولين:

القول الأول: أن هامش الجدية الذي يدفع للمأمور بالشراء هو أمانة عنده فيأخذ حكم الوديعة.

وهذا الهامش المقدم للمأمور بالشراء لضمان الجدية لا يخلوا من حالتين:

إما أن يكون أمانة فحسب، وبالتالي لا يجوز التصرف فيه من قبل المأمور بالشراء.

وإما أن يكون أمانة عند المأمور ومأذون له بالاستثمار فيه على أساس المضاربة الشرعية بينه وبين الآمر بالشراء[٢٦].

ونوقش بأن الضمان إنما يكون في مقابل التزام، وليس على العميل أي التزام تجاه المأمور قبل توقيع العقد[٢٧].

ويجاب عنه بأن إثبات الالتزام هنا من عدمه مختلف فيه بين العلماء، ولا يصح الاعتراض بمحل الخلاف.

القول الثاني: أن هامش الجدية في هذه الصورة يكيف على أنه عربون[٢٨].

ويناقش: بأن هناك فروقاً بين العربون وبين هامش الجدية من أبرزها؛ أن العربون يُدفع للبائع على أنه جزء مقدم من الثمن، ولا يُدفع إلا بعد العقد، وأما الهامش فليس

كذلك وإنما هو مبلغ لضمان الجدية في شراء السلعة مستقبلاً، يُدفع في مرحلة المواعدة –قبل العقد– ويعاد لصاحبه عند إتمام عقد المرابحة[٢٩].

المطلب الثاني

حكم دفع هامش الجدية للآمر بالشراء

اختلف الفقهاء المعاصرون في جواز دفع هامش الجدية للمأمور بالشراء؛ فمنهم من منعه[٣٠] ومنهم من أجازه[٣١]، وخلافهم مبني على الخلاف في مسألة الإلزام بالوعد في بيع المرابحة للآمر بالشراء؛ وعليه لا بد من بحث مسألة الإلزام بالوعد أولاً.

مسألة الإلزام بالوعد في بيع المرابحة للآمر بالشراء:

قبل دراسة هذه المسألة لابد من تحرير معنى الإلزام بالوعد في هذه المسألة؛ فأقول:

المراد بالإلزام بالوعد هنا هو:

- أن المأمور بالشراء ملزم ببيع السلعة على الآمر بعد أن يشتريها من مالكها، وليس له أن يبيعها من غير الآمر ولو وجد سعراً أفضل.
- وأما الآمر بالشراء فهو ملزم بشرائها من المأمور فإن لم يفعل فإنه مطالب بجبر الضرر الحاصل على المأمور نتيجة إدخاله في هذه المعاملة إن وجد، وإن لم يوجد ضرر فلا شيء على الآمر، والضرر يشمل: نفقات الشراء والنقل وفرق السعر في حال لو باعها المأمور بأقل مما اشتراها به[٣٢].
- إلا أن بعض المصارف تلزم الآمر بالشراء بأن يشتري السلعة؛ وإذا امتنع الآمر من الشراء تقوم ببيع السلعة على أنها ملك للآمر وتستوفي حقها من الثمن حسب الاتفاق المسبق بين الطرفين؛ فما زاد رده للآمر، وما نقص رجع به عليه[٣٣].

فعند من يرى أن إلزام الآمر بالشراء بوعده في هذه المعاملة هو أن يشتري السلعة لا محالة وليس له خيار النكول

فإن الوعد بين الطرفين في هذه الحالة يشبه البيع؛ فتكون حقيقته عقداً؛ لأنه يؤول إليه حتماً.

وعند من يرى أن معنى إلزام الآمر بوعده هو تخييره بين الشراء أو النكول مع جبر الضرر الحاصل على المأمور؛ فإن الوعد في هذه الحالة لا يشبه البيع ولا يأخذ حكم العقد؛ لأنه لا يحتم على الآمر شراء السلعة.

وبعد هذا البيان فإن الفقهاء المعاصرون اختلفوا في مسألة الإلزام بالوعد في بيع المرابحة للآمر بالشراء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز الإلزام بالوعد في هذه المعاملة مطلقاً، وبه صدرت فتوى اللجنة الدائمة[٣٤]، وفتوى الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي[٣٥].

القول الثاني: جواز الإلزام بالوعد مطلقاً، وبه صدر قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدبي في ١٣٩٩هـ، وقرار مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت في ١٤٠٣هـ[٣٦].

القول الثالث: جواز الإلزام بالوعد إذا كان من طرف واحد فقط، وعدم جوازه إذا كان من طرفين، وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي[٣٧]، وقرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية[٣٨].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

الدليل الأول: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال "لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ تَضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ"[٣٩].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند البائع، وعن ربح مالم يضمن؛ والإلزام بالوعد على شراء السلعة يدخل في النهي؛ لأن الإلزام بالوعد في حقيقته بيع، وإن سمي وعدًا، والعبرة بالحقائق، فالبنك على

ذلك يعد بائعًا لما ليس عنده، وداخلًا في ربح مالم يضمن[٤٠].

ونوقش: بأن البنك لم يبع ما ليس عنده، ولم يربح ما لم يضمن؛ لأنه لن يتم العقد حتى يمتلك السلعة، وتدخل في ضمانه، وما يجري بينه وبين المشتري في المرة الأولى إنما هو وعد، وليس عقدًا[٤١].

وأجيب عنه: بأنه عند القول بالإلزام بالوعد فإن المتعاقدين ملزمان على إنشاء العقد على الصورة التي تمت بالوعد الأول فحسب؛ مما يدل على أن العقد الثاني إنما هو تحصيل حاصل، والعبرة في العقود بالمعاني، لا بالألفاظ والمباني[٤٢].

ويمكن مناقشته: بأن هذا قد يسلم به لو كان الآمر ليس له إلا خيار الشراء فقط؛ وأما إن كان مخيراً بين الشراء أو تعويض المأمور بمقدار الضرر الفعلي الحاصل عليه نتيجة دخوله في هذه المعاملة في حال وجوده[٤٣]؛ فلا يكون الطرفان والحالة هذه ملزمين بإنشاء عقد على صورة الوعد السابق.

الدليل الثاني: أن حقيقة بيع المرابحة للآمر بالشراء مع الإلزام بالوعد حيلة لبيع نقد بنقد أكثر منه إلى أجل، بينهما سلعة محللة؛ فغايته قرض بفائدة[٤٤].

ونوقش: **بعدم التسليم؛ فالبيع فيها حقيقي، لا** صوري، والسلعة مقصود فيها حقيقة التملك للاستعمال، أو الاتجار، فهو خالي من الحيلة الربوية[٤٥].

وأجيب عن هذه المناقشة بأن هذا مسلم في صورة المرابحة مع الوعد غير الملزم، وأما مع الوعد المُلزم فهو حيلة على الربا[٤٦].

ويمكن مناقشة هذا الجواب: بأن الإلزام وعدمه هنا لا أثر له في الصورية عند القول بها، وعند اعتبارها يلزم المنع من بيع المرابحة مطلقاً حتى في حالة عدم الإلزام بالوعد.

الدليل الثالث: أن العلماء أجمعوا على النهي عن بيع الدين بالدين[٤٧]، و بيع المرابحة مع الإلزام بالوعد مؤجل

البدلين، فلا المأمور يسلم السلعة في الحال، ولا الآمر يسلم الثمن[٤٨] فيكون من بيع الدين بالدين.

ونوقش بأن البيع ليس مؤجل البدلين، فإن الذي يحدث أولًا بين العميل والمصرف وعد لا بيع، ولا يتم العقد والتسليم للمبيع، وتأجيل الثمن كله أو بعضه إلا بعد تملك المصرف السلعة المأمور بشرائها وحيازتها[٤٩].

وأجيب: بأن هذا مسلم في صورة المرابحة مع الوعد غير الملزم، أما مع الوعد الملزم فقد تمت المبايعة في المواعدة الأولى، وتسليم السلعة والثمن مؤجلان فيها[٥٠].

ويمكن مناقشة هذا الجواب: بأن الوعد الملزم في حق الآمر بالشراء ليس الشراء فحسب؛ وإنما له النكول عن الشراء وتعويض المأمور عن الضرر الفعلي لدخوله في هذه المعاملة في حال وجوده، وبالتالي فله حكم الوعد غير الملزم.

الدليل الرابع: أن الشارع فرض لكل من المتبايعين حقًا في خيار المجلس، وفي بيع المرابحة مع الإلزام بالوعد إسقاط لهذا الحق الذي فرضه الشارع لهما[٥١].

ونوقش: بأن خيار المجلس حقٌ جعله الشارع للعاقد؛ فإذا رضي إسقاطه سقط[٥٢].

ويمكن مناقشته أيضاً: بأن الآمر بالشراء ليس ملزماً بالشراء فقط، وإنما له النكول وجبر الضرر الحاصل على المأمور بالشراء، وبالتالي لم يسقط حقه في خيار المجلس.

الدليل الخامس: أن الرضا التام حين التعاقد شرط من شروط العقود، والإلزام بالوعد في المرابحة يتنافى مع الرضا المطلوب شرعًا؛ لأن المتعاقدين مجبران على العقد الثاني، فيكون العقد باطلًا؛ لعدم توفر شرط الرضا[٥٣].

ويناقش من وجهين:

الوجه الأول: بأنه إذا كان الإلزام يُصيِّر الوعد عقدًا، فإن الرضا

موجود حين الوعد من المتعاقدين[٥٤].

ويجاب عنه بأن التسليم بأن الإلزام يُصيِّر الوعد عقداً، يُصيِّر المعاملة باطلة؛ لأنه من باب بيع ما لم يملك.

الوجه الثاني: يمكن مناقشته: بأن هذا متوجه في حق المأمور بالشراء؛ لأن إلزامه بالوعد يحتم عليه بيع السلعة بعد تملكها على الآمر بالشراء، وأما في حق الآمر بالشراء فغير متوجه لوجود احتمال أو خيار نكوله عن الشراء، وحينها لا يكون مجبراً على العقد.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: أن الأصل في المعاملات الحل إلا ما دل الدليل على تحريمه، ولا دليل يدل على تحريم المرابحة مع الوعد الملزم، فتكون مباحة بناءً على الأصل[٥٥].

نوقش: بأدلة القول الأول التي تدل على تحريم هذه المعاملة، وقد تقدم ذكرها.

ويمكن أن يجاب عن المناقشة: بأن أغلب أدلة القول الأول لم يسلم من المناقشة.

الدليل الثاني: أن في ترك الإلزام بالوعد في بيع المرابحة للآمر بالشراء ضرراً على الطرفين، أو على أحدهما، والشريعة جاءت برفع الضرر[٥٦].

ونوقش: بأن التجارة مبنية على المخاطرة، وبإمكان المصرف –المأمور بالشراء– أن يشترط لنفسه خيار الشرط عندما يشتري السلعة المطلوبة، ثم يعرضها على الآمر في مدة الخيار، فإن قبلها تم البيع ولزمته، وإن رفضها، ردها المصرف إلى من اشتراها منه، وعلى ذلك يكون في مأمن من الضرر[٥٧].

دليل القول الثالث:

استدل من قال بجواز لزوم الوعد من طرف واحد بأن الإلزام بالوعد لكلا الطرفين يصيِّره عقدًا، فيدخل في بيع الإنسان ما ليس عنده، أما إن كان الوعد من أحد الطرفين فإن المحاذير الشرعية تنتفي[٥٨].

ونوقش: بأن هذه التفرقة تفتقر إلى الدليل، والمحاذير الشرعية في إلزام الطرفين، موجودة في إلزام أحدهما، سواء كان الآمر أو المأمور، ومنها أن الطرف الملزم لم يتحقق فيه شرط الرضا عند إجراء العقد(٥٩).

ويمكن أن يجاب عنه: بعدم التسليم بأن المحاذير الشرعية موجودة في حالة إلزام طرف واحد فقط، خصوصاً في حق الآمر بالشراء؛ فإن له حق النكول وجبر الضرر الحاصل على المأمور بالشراء، وشرط الرضا متحقق فيه.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلتها والمناقشة عليها، وبناءً على ما تم تقريره في بيان معنى الإلزام بالوعد للطرفين في هذه المسألة فإن الذي يترجح عندي-والعلم عند الله- ما يلي:

أولاً: إذا اتفق طرفا المعاملة (الآمر بالشراء والمأمور بالشراء) أن التزام كل واحد منهما بوعده يعني إبرام العقد بينهما على صورة الوعد السابق بعد أن يتملك المأمور السلعة المتفق عليها وبالسعر المتفق عليه، وأنه لا خيار للمأمور سوى البيع على الآمر ولا خيار للآمر سوى الشراء من المأمور، فإن الإلزام بالوعد هنا لا يجوز والمعاملة على هذا النحو لا تصح؛ لما سبق في أدلة المانعين من أن:

١- الوعد الملزم بهذه الصورة يشبه البيع وحقيقته عقدٌ لا وعد فيكون المأمور بالشراء قد باع ما لا يملك.

٢- الإلزام بهذه الصورة يسلب الطرفين حق الرضا عند العقد، فيكونان مجبرين أو أحدهما على هذا العقد، وهذا يبطل العقد لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء ٢٩].

ولقول النبي صلى الله عليه وسلم (إنما البيع عن تراضٍ)(٦٠).

ثانياً: إذا كان الوعد الملزم للطرفين يعطي للآمر بالشراء الخيار بين شراء السلعة أو النكول وجبر الضرر الحاصل على المأمور بالشراء، ويحتم على المأمور بالشراء بيع السلعة من الآمر؛ فإن الإلزام بهذا الوعد لا يجوز؛ لأنه يسلب المأمور حق الرضا عند التعاقد فيكون العقد باطلاً كما سبق.

ثالثاً: إذا كان الوعد الملزم للطرفين يعطي كلاً من الآمر والمأمور حق إبرام العقد أو النكول مع جبر الضرر الحاصل على الطرف الآخر، فإنه صحيح وتصح المعاملة بهذه الصورة؛ لانتفاء المانِعَيْن المذكورين سابقاً؛ فلا يشبه الوعد في هذه الحالة البيع؛ لأنه لا يلزم الطرفين بالعقد، ولا يسلبهما حق الرضا عند التعاقد.

وبناء عليه فإن المترجح عندي – والعلم عند الله – هو جواز دفع هامش الجدية للمأمور بالشراء في هذه الصورة فقط، وهي التي تعطي للطرفين الحق في إبرام عقد المرابحة أو النكول مع جبر الضرر الحاصل بالطرف الآخر. والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث

تصرف المأمور بالشراء في هامش الجدية قبل تمام عقد المرابحة للآمر بالشراء

سبق معنا في التكييف الفقهي لهذا الهامش أنه أمانة (وديعة) لدى المأمور بالشراء، ومن أبرز أحكام الأمانة أنه لا يجوز للمؤتمن التصرف فيها إلا بإذن مالكها[٦١].

وعليه؛ فلا يجوز للمأمور بالشراء سواء كان المصرف أو غيره أن يجعل هذا الهامش دفعة مقدمة في شراء السلعة من المالك.

ولا أن يتَّجر به إلا أن يأذن له الآمر بالشراء.

وقد جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه "وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية، إما أن يكون أمانة للحفظ

لدى المؤسسة، فلا يجوز لها التصرف فيه، أو أن يكون أمانة للاستثمار، بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة"[٦٢].

المطلب الرابع

تصرف المأمور بالشراء في هامش الجدية بعد نكول الآمر بالشراء عن الشراء

إذا نكل الآمر بالشراء عن شراء السلعة بعد تملك المأمور لها، فإن للمأمور أن يقتطع من هذا الهامش بقدر الضرر الفعلي الذي لحقه من جراء دخوله في هذا الوعد مع الآمر إن وجد[٦٣]، وإن لم يلحقه ضرر فلا يحق له اقتطاع شيء منه ويجب عليه رده للآمر بالشراء كاملاً، وهذا ما نصت عليه الهيئات الشرعية التي أجازت للمأمور أن يأخذ هامش الجدية من الآمر، فقد جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه"لا يجوز للمؤسسة حجز مبلغ ضمان الجدية في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، وينحصر حقها في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول"[٦٤].

المبحث الثاني

دفع الآمر بالشراء مبلغاً من المال لمالك السلعة الأول لحبسها؛ لأجل إتمام عقد المرابحة، والأحكام المترتبة عليه

يتكلف الآمر بالشراء (العميل) في كثير من الأحيان جهداً ووقتاً ومالاً للبحث عن سلعة (عقار أو غيره) ليتملكها عن طريق المرابحة للآمر بالشراء، وإذا ما وجد السلعة التي يرغبها فإن مالك السلعة لا يقبل منه حبسها عليه مدة إتمام عملية المرابحة إلا بمبلغ من المال، يسمى مجازاً"عربوناً"؛ وإلا فحقيقته هامش جدية، يثبت به الآمر جديته في تملك السلعة عن طريق بيع المرابحة للآمر بالشراء، فإن تم عقد المرابحة أعاد المالك المبلغ للآمر، وإن لم يتم

العقد، فإن للمالك الحق في أخذ هذا المبلغ مقابل حبس السلعة على الآمر تلك المدة وتفويت فرصة عرضها في السوق.

وهذا الهامش لم أقف على من فصل الحكم فيه؛ ولذا فإني أستعين بالله في بحثه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

حكم دفع الآمر مبلغاً من المال للمالك على أنه جزء من الثمن

إذا دفع الآمر بالشراء للمالك مبلغاً من المال على أنه جزء من الثمن فهذا يعني أنه تم التعاقد بينه وبين المالك على شراء السلعة؛ وبالتالي لا يجوز للمأمور (المصرف أو غيره) الدخول طرفاً في هذه المعاملة بشراء نفس السلعة من المالك وبيعها على الآمر؛ لأن هذا سيكون من قبيل التمويل الربوي المحرم.

وعليه فلا يجوز للآمر في عقد المرابحة للآمر بالشراء دفع مبلغ للمالك على أنه جزء من ثمن السلعة المحددة، ويجب عليه فك هذا الارتباط عن طريق التقايل بصورة صحيحة وخالية من أي شرط، حتى يتمكن المأمور من الدخول وإتمام عملية المرابحة[٦٥].

المطلب الثاني

حكم دفع الآمر مبلغاً من المال للمالك على أنه هامش جدية

الغرض الذي لأجله يقوم الآمر بدفع هامش الجدية للمالك هو أن يقوم المالك بحبس السلعة عليه مدة معينة وعدم عرضها في السوق أو بيعها حتى تنتهي هذه المدة؛ فإن اشترى المأمور السلعة أعاد المالك هذا الهامش للآمر، وإن انتهت المدة ولم يشتر المالك السلعة؛ فإن هذا الهامش يكون ملكاً لمالك السلعة يتصرف فيه كما شاء.

وأقرب الفروع الفقهية لهذه الصورة هو بيع العربون، وله صورتان:

الأولى: "أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذ فذلك للبائع"[٦٦]، وهذه

الصورة يكون العربون فيها بعد العقد.

الثانية: أن يدفع إليه قبل البيع درهماًويقول له: لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك[٦٧]، وهذه الصورة يكون العربون فيها قبل العقد، وهي ألصق بمسألتنا.

أما الصورة الأولى التي قبل العقد؛ فجمهور العلماء على منعها وخالف الحنابلة فأجازوها ولكل من الفريقين أدلته، واختار مجمع الفقه الإسلامي القول بالجواز وهذا نصه"أولا: المراد ببيع العربون بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن وإن تركها فالمبلغ للبائع..... ثانياً: يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء"[٦٨].

وجاء في فتوى اللجنة الدائمة (بيع العربون جائز، وهو أن يدفع المشتري للبائع أو وكيلٍ مبلغاً من المال أقل من ثمن المبيع بعد تمام عقد البيع، لضمان المبيع ؛ لئلا يأخذه غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فللبائع أخذه وتملكه وبيع العربون صحيح، سواء حدد وقتاً لدفع باقي الثمن أو لم يحدد وقتاً، وللبائع مطالبة المشتري شرعاً بتسليم الثمن بعد تمام البيع وقبض المبيع، ويدل لجواز العربون فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال الإمام أحمد في بيع العربون: لا بأس به، وعن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه أجازه، وقال سعيد بن المسيب، وابن سيرين: لا بأس به إذا كره السلعة أن يردها، ويرد معها شيئاً، أما الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: (نهى عن بيع العربون) فهو حديث ضعيف، ضعفه الإمام أحمد وغيره، فلا يحتج به) اهـ.[٦٩].

وأما الصورة الثانية التي قبل العقد؛ فقد أوردها ابن قدامة في المغني وفصل فيها، وهذا نصه" .. فأما إن دفع إليه قبل البيع درهما وقال: لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن صح.....وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم؛ لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة.

وبتنزيل كلام ابن قدامة –رحمه الله– المتقدم على صورة مسألتنا وهي دفع الهامش من الآمر للمالك لينتظر بالسلعة حتى يشتريها المأمور يتبين أن الأصل في دفع هذا المبلغ"هامش الجدية"للمالك الجواز ثم يتفرع منها حالتان:

الأولى: أن يشتري المأمور السلعة، ويعيد المالك المبلغ للآمر. وهذه الحالة لا إشكال فيها تخريجاً على الحالة التي صححها ابن قدامة في مسألته.

الثانية: أن لا يشتري المأمور السلعة، وهل يرد المالك الهامش للآمر أو لا؟ تخريجاً على قول ابن قدامة أنه يجب رده لما يأتي:

١- أن المالك إن أخذه فإنه يأخذه بغير عوض.

٢- أنه لا يصح جعله عوضاً عن انتظار المالك وتأخير بيعه من أجله؛ لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء.

٣- أن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة.

ويمكن مناقشة هذه التعليلات بما يلي:

١- عدم التسليم بأن المالك يأخذ الهامش هنا بغير عوض؛ بل يأخذه بعوض والعوض هو الانتظار بالسلعة وتفويت فرصة بيعها من شخص آخر لأجل طلب الآمر[٧٠].

٢- أن الهامش في هذه المسألة لا يكون جزءاً من الثمن مطلقاً؛ وإنما يُرد للآمر في حال شراء المأمور للسلعة، أو يأخذه المالك في حال عدم الشراء، وعليه فيصح جعله عوضاً عن انتظار المالك وتأخير بيعه من أجله.

٣- عدم التسليم بأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عليه؛ فإنها منفعة مباحة وبالإمكان الاتفاق بين الآمر والمالك على مدة محددة؛ فإذا انتهت ولم يتم الشراء من الآمر فيكون الهامش للمالك. وحينها لا مانع من أخذ العوض عليها.

والذي يظهر لي – والعلم عند الله – جواز دفع الهامش من الآمر لمالك السعة الأصلي من أجل الانتظار بالسلعة حتى يشتريها المأمور بالشراء، وتكون مدة الانتظار معلومة وإذا لم يتم الشراء خلالها فللمالك حق تملك الهامش، لما يأتي:

١- أن الأصل في المعاملات الحل، ودفع هامش معلوم من الآمر لمالك السلعة للانتظار بها مدة معلومةمعاملة الأصل فيها الحل؛ لأنها أجرة معلومة في مقابل منفعة مباحة معلومة.

٢- أنه قد جاء في الأثر ما يؤيد صحة هذه المعاملة وهي أخذ أجرة محددة على الانتظار بالسلعة وحبسها لأجل المشتري فقد روى البخاري معلقاً"عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية على أن عمر إن رضي فالبيع بيعه وإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مائة دينار"[٧١]،

قال الأثرم: قلت لأحمد: "تذهب إليه ؟ قال: أي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه"[٧٢].

٣- ما سبق من مناقشة إيرادات ابن قدامة – رحمه الله – في المسألة.

هذا ما تيسر تحريره في هذه المسألة والله تعالى أعلم.

خاتمـــة

بعد حمد الله والثناء عليه على ما يسر من إتمام هذا البحث، فإني أسطر هنا أهم النتائج التي توصلت إليها؛ فأقول:

١- أن لمراد بهامش الجدية في هذه المسألة هو "مبلغ مالي يأخذه المأمور بالشراء أو مالك السلعة الأول من العميل (الآمر بالشراء) في مرحلة المواعدة من بيع المرابحة، توثيقاً لوعده؛ وتغطيةً لضرر نكوله".

٢- أن الراجح في حكم مسألة دفع هامش الجدية من الآمر للمأمور بالشراء هو الجواز في صورة محددة من عقد المرابحة للشراء: وهي التي تعطي للطرفين الحق في إبرام عقد المرابحة أو النكول مع جبر الضرر الحاصل بالطرف الآخر.

٣- أن الراجح جواز دفع الهامش من الآمر لمالك السعة الأصلي من أجل الانتظار بالسلعة حتى يشتريها المأمور بالشراء، وتكون مدة الانتظار معلومة وإذا لم يتم الشراء خلالها فللمالك حق تملك الهامش.

والحمد لله رب العالمين.

هوامش

• الأستاذ المساعد بقسم العلوم الإنسانية بكلية العلوم والدراسات النظرية بالجامعة السعودية الالكترونية.

١- الرسالة ص٢٠.

٢- معالم السنن ٥٦/٣.

٣- منشور في مجلة الدراسات الاسلامية –جامعة الملك سعود- المجلد ٢٥ العدد ٢ عام ١٤٣٤هـ.

٤- مقاييس اللغة ص١٠٣٦.

٥- القاموس المحيط ١٣٦٣ مادة (همش).

٦- ينظر: لسان العرب (١١٢/٣)، مختار الصحاح (٥٤).

٧- ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي ص١٩٠.

٨- ضمن قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٤٣، انظر قرارات المجمع ١٦/١

٩- ضمان الجدية في المرابحة المصرفية ص٢٠٧.

١٠- هذه الصورة مشهورة في العمل المصرفي وحاضرة في كتابات الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة. انظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص١١٧.

١١- انظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص١٣١.

١٢- هذه الصورة مع أنها موجودة في السوق العقاري – بل لا يكاد يبيع المالك سلعته بعقد المرابحة للآمر بالشراء إلا أن يدفع الآمر هذا الهامش- إلا أني لم أقف على من تكلم عنها من الفقهاء المعاصرين سوى إشارة في الدليل الشرعي للتمويل العقاري الصادر من بنك البلاد ص٥٤، تحت مسمى (مبلغ إثبات جدية).

١٣- المحكم والمحيط الأعظم لابن سيدة ١٢٩/٢، القاموس المحيط للفيروز أبادي ص١١٤

١٤- المغني ١٧٥/٤.

١٥- انظر: بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه لرفيق المصري ص١٥.

١٦- جاء في قرار المجمع الفقه الإسلامي عن العربون"ولا يجري في المرابحة للآمر بالشراء في مرحلة المواعدة؛ ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة"مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧٩٣/١/٨).

١٧- جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه"إذا تم تنفيذ العمل لوعده، وإبرامه لعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيجب على المؤسسة إعادة ضمان الجدية للعميل، ولا يحق لها استخدامه إلا في حالة النكول"المعايير الشرعية ص٩٤.

١٨- جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه"لا يجوز للمؤسسة حجز مبلغ ضمان الجدية في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، وينحصر حقها في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول"المعايير الشرعية ص١٤٢.

١٩- جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه"وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية؛ إما أن يكون أمانة للحفظ لدى المؤسسة فلا يجوز لها التصرف فيه، أو يكون أمانة للاستثمار؛ بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل و المؤسسة"المعايير الشرعية ص٩٤.

٢٠- عقود التحوط لطلال الدوسري ص٣٣٤ بتصرف يسير. وانظر في تعريفها: تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص٤٣٢، بيع المرابحة للآمر بالشراء لرفيق المصري ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١١٣٣/٢/٥).

٢١- انظر: تحقيق أقوال الفقهاء في بيع المرابحة للآمر بالشراء لأيمن على صالح ص٧، بيع المرابحة للآمر بالشراء لحسام الدين عفافنة ص٢٣.

٢٢- سيأتي الكلام عليها في المبحث الأول.

٢٣- انظر: المخارج في الحيل، لمحمد بن الحسن، ص٤٠، المبسوط، للسرخسي ٣٠/ ٢٣٧، الأم للشافعي ص٣٩، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٠٢/٢٩-٣٠٣، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم ٤٠-٤١ ص٩١، فتاوى اللجنة الدائمة ٢٣٧/١٣، المعايير الشرعية ص٩٣.

٢٤- بيع المرابحة للآمر بالشراء للأشقر ١٠٣/١، فقه النوازل لبكر أبو زيد ٩٠/٢

٢٦- بيع المرابحة للآمر بالشراء للأشقر ١/١٠٣، الخدمات الاستثمارية في المصارف للشبيلي ٢/٣٩٧

٢٧- جاء في المعايير الشرعية ص٩٤"وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية، إما أن يكون أمانة للحفظ لدى المؤسسة، فلا يجوز لها التصرف فيه، أو أن يكون أمانة للاستثمار، بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة"، وانظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص١١٧، وفتاوى الهيئة الشرعية للبركة ص١٤٢.

٢٨- انظر: ضمان الجدية في المرابحة المصرفية ص٢٠٨.

٢٩- انظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص١١٩-١٢٠

٣٠- جاء في قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه"إذا تم تنفيذ العمل لوعده، وإبرامه لعقد المرابحة للآمر بالشراء، فيجب على المؤسسة إعادة ضمان الجدية للعميل، ولا يحق لها استخدامه إلا في حالة النكول"المعايير الشرعية ص٩٤، وراجع الفروق بين العربون وهامش الجدية ص١١.

٣١- انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية ٣/١٥٧، قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم ١٥ وتاريخ ١٤٢٦هـ.

٣٢- انظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص١١٦-١٢١، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ٥/١٥٩٩، المعايير الشرعية ص٩٤.

٣٣- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/٢/١١٥٣، الدليل الشرعي للمرابحة ص١٣-١٦، الخدمات الاستثمارية ٢/٣٩٨.

٣٤- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/٢/١٠٨٠، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة للسعيدي ٢/١١١٩.

٣٥- انظر: فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/٢٣٧.

٣٦- انظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي ١/ ٣٣٠

٣٧- انظر: الدليل الشرعي للمرابحة المصرفية ص١١٣.

٣٨- انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم ٤٠-٤١ ص٩١.

٣٩- انظر: المعايير الشرعية ص٩٣.

٤٠- أخرجه أبو داوود في سننه برقم ٣٥٠٤، وسكت عنه، والنسائي برقم ٤٦٢٩، والترمذي برقم ٥٣٦، وقال: حسن صحيح.

٤١- انظر: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، ١/ ٧٢، فقه النوازل ٢/ ٩٠.

٤٢- انظر: تطوير الأعمال المصرفية، لسامي حمود، ص٤٣٣، بيع المرابحة للآمر بالشراء، للقرضاوي، ص٦٠.

٤٣- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/٢/١٠٠٠، وانظر القاعدة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٦.

٤٤- وهذا هو معنى الإلزام بالوعد في حق الآمر بالشراء كما سبق بيانه.

٤٥- انظر: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، ١/ ٧٣، فقه النوازل ٢/ ٩٤.

٤٦- انظر: بيع المرابحة للقرضاوي ص٤٨.

٤٧- انظر: العقود المالية المركبة ص٢٧٩.

٤٨- انظر: الإجماع لابن المنذر ص١٣٢.

٤٩- انظر: بيع المرابحة للآمر بالشراء، لرفيق المصري، منشور في مجلة الأمة القطرية، ع ٦١ ص٢٦.

٥٠- انظر: مجلة الأمة القطرية، ع٦٤ ص١١.

٥١- انظر: الشروط التعويضية لعياد العنزي ٢/٥٤٢.

٥٢- انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ٥/٢/١١٥٢

٥٣- انظر: الشروط التعويضية لعياد العنزي ٢/٥٤٣.

٥٤- انظر: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، لمحمد الأشقر، ١/ ١٠٤، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/٢/١١٥٠

٥٥- انظر: بيع المرابحة للآمر بالشراء لمرضي العنزي منشور في موقع الألوكة.

٥٦- انظر: بيع المرابحة للقرضاوي ص١٥.

٥٧- انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/٢/١١٥٢.

٥٨- انظر: الخدمات الاستثمارية ٢/ ٤٠٢، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥/٢/١٠٠٢

٥٩- انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، القرار رقم ٤٠-٤١ ص٩١، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٢٩/٢/٥، الشروط التعويضية ٥٥٥/٢.

٦٠- انظر: الخدمات الاستثمارية ٤٠٧/٢، عقود التحوط لطلال الدوسري ص٣٥٩، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١١٢٩/٢/٥.

٦١- أخرجه ابن ماجة في سننه برقم ٢١٨٥، وصحح إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة ١٧/٣.

٦٢- انظر: بداية المجتهد ٩٦/٤، الانصاف للمرداوي ٥/١٦، المغني ٤٥١/٦-٤٥٢،

٦٣- المعايير الشرعية ص٩٤.

٦٤- سبق أن المقصود بالضرر الفعلي الذي يلحق بالمأمور هو نفقات الشراء والنقل وفرق السعر في حال لو باعها المأمور بأقل مما اشتراها به، وإدخال فرق السعر في الضرر محل نظر! لأن المأمور هنا لو باع السلعة من غير الآمر بربح فلا يجب عليه رد الزائد للآمر، وكذلك إن باعها بخسارة فلا يرجع على الآمر بالنقص، والأولى قصر الضرر على تكلفة الشراء والنقل الذي دخل فيها المأمور لأجل الآمر، وأما تصرف المأمور في السلعة بعد نكول الآمر بالاستعمال أو البيع أو غيره؛ فلا علاقة للآمر به، والله أعلم.

٦٥- المعايير الشرعية ص١٤٢،

٦٦- الدليل الشرعي للمرابحة ص١١٧.

٦٧- انظر: الدليل الشرعي للمرابحة ص٨٩.

٦٨- المغني لابن قدامة ٣١٢/٤.

٦٩- المصدر السابق.

٧٠- مجلة مجمع الفقه الاسلامي ٦٤١/١/٨ القرار رقم ٧٢(٣/٨).

٧١- فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء ١٣٣/١٣

٧٢- انظر: مصادر الحق للسنهوري ١٠١/٢-١٠٢.

٧٣- أخرجه البخاري معلقاً في صحيحه في كتاب الخصومات باب الربط والحبس في الحرم ١٢٣/٣، وأخرجه موصولاً عبد الرزاق في مصنفه برقم ٩٢١٣، والبيهقي في السنن الكبرى برقم ١١١٨٠.

٧٤- انظر: المغني ١٧٥/٤.

فهرس المصادر

- الإجماع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ) المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد الناشر: دار المسلم للنشر والتوزيع الطبعة: الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ.
- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١١هـ.
- الأم المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) الناشر: دار المعرفة – بيروت الطبعة: بدون طبعة سنة النشر: ١٤١٠هـ
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف المؤلف: علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ) الناشر: دار

إحياء التراث العربي الطبعة: الثانية.

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) الناشر: دار الحديث – القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ.
- بيع العربون وبعض المسائل المستحدثة فيه،رفيق بن يونس المصري دار المكتبي، دمشق ط٢، ١٤٣٠هـ.
- بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، محمد بن سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، ط٢، ١٤١٥هـ.
- بيع المرابحة للآمر بالشراء حسام الدين عفافنة، شركة بيت المال الفلسطيني، ط١، ١٩٩٦هـ.
- بيع المرابحة للآمر بالشراء لمرضي العنزي منشور في موقع الألوكة.
- بيع المرابحة للآمر بالشراء،رفيق بن يونس المصري منشور ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس، الجزء الثاني.
- بيع المرابحة للآمر بالشراء، لرفيق المصري، منشور في مجلة الأمة القطرية، ع ٦١، محرم ١٤٠٦.
- بيع المرابحة للآمر بالشراء، يوسف القرضاوي كما تجريه المصارف الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٨هـ
- تحقيق أقوال الفقهاء في بيع المرابحة للآمر بالشراء، لأيمن على صالح مجلة جامعة الملك عبد العزيز –الاقتصاد الإسلامي، مجلد ٣٠، العدد ٣، محرم ١٤٣٩هـ.
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن، مكتبة دار الثراث، القاهرة، ط٣، ١٤١١.

- الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف بن عبد الله الشبيليدار ابن الجوزي ١٤٢٥هـ.
- الدليل الشرعي للمرابحة، عز الدين خوجة، مجموعة دلة البركة ط١، ١٤١٩هـ.
- الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، عبدالله بن محمد السعيدي، دار طيبة، ط١، ١٤٢١هـ.
- الرسالة المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ) المحقق: أحمد شاكر الناشر: مكتبه الحلبي، مصر الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ.
- سنن أبي داود المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني(المتوفى: ٢٧٥هـ) المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد الناشر: المكتبة العصرية، صيدا – بيروت.
- سنن الترمذي المؤلف: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: ٢٧٩هـ) تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (جـ ١، ٢) ومحمد فؤاد عبد الباقي (جـ ٣) وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (جـ ٤، ٥) الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ.
- السنن الكبرى المؤلف: أحمد بن الحسين بن على بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب

العلمية، بيروت – لبنات الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ.

- الشروط التعويضية في المعاملات المالية،عياد بن عساف العنزي، دار كنوز اشبيليا، ط١، ٢٠٠٩م.
- صحيح البخاري المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.
- ضمان الجدية في المرابحة المصرفية تأليف: خالد بن زيد الجبلي، منشور في مجلة الدراسات الاسلامية –جامعة الملك سعود– المجلد ٢٥ العدد ٢ عام ١٤٣٤هـ.
- ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي، إسماعيل عمر دار النفائس الأردن، ط١، ١٤٣٠هـ.
- عقود التحوط من مخاطر تذبذب أسعار العملات، طلال بن سليمان الدوسري دار كنوز اشبيليا، ١٤٣١هـ.
- العقود المالية المركبة، عبد الله بن محمد العمراني، دار كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٢٧هـ
- فتاوى اللجنة الدائمة – المجموعة الأولى المؤلف: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش عدد الأجزاء: ٢٦ جزءا الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء.
- فتاوى الهيئة الشرعية للبركة جمع عبد الستار أبو غدة، وعز الدين خوجة، مجموعة دلة البركة، ط١، ١٤١٨.
- فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٣٠هـ.
- القاموس المحيط المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب

الفيروزآبادى (المتوفى: ٨١٧هـ) تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ.

- قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد على شبكة الإنترنت.
- قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية، شركة الراجحي المصرفية، ط١، ١٤١٩هـ.
- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، دار لقلم، دمشق، ط٢، ١٤١٨.
- لسان العرب المؤلف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعىالإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة – ١٤١٤هـ.
- المبسوط المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) الناشر: دار المعرفة – بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤١٤هـ
- المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي المؤلف: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على الخراساني، النسائي (المتوفى: ٣٠٣هـ) تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب الطبعة: الثانية، ١٤٠٦.
- مجلة الأمة القطرية، ع٦٤، محرم ١٤٠٦.
- مجلة مجمع الفقهي الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة العدد لخامس، الجزء الثاني، موقع المجلة على الانترنت.

- مجموع الفتاوى المؤلف: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ) المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية عام النشر: ١٤١٦هـ/
- المحكم والمحيط الأعظم المؤلف: أبو الحسن على بن إسماعيل بن سيده المرسي [ت: ٤٥٨هـ] المحقق: عبد الحميد هنداوي الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ
- المخارج في الحيل المؤلف: محمد بن الحسن الشيباني (المتوفى: ١٨٩ هـ). الناشر: مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة. الطبعة: بدون عام النشر: ١٤١٩ هـ
- مختار الصحاح المؤلف: 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
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١.
- المصنف المؤلف: أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: ٢١١هـ) المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي الناشر: المجلس العلمي– الهند يطلب من: المكتب الإسلامي – بيروت الطبعة: الثانية، ١٤٠٣
- معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود المؤلف: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف

بالخطابي (المتوفى: ٣٨٨هـ) الناشر: المطبعة العلمية – حلب الطبعة: الأولى ١٣٥١ هـ.

- المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين ط١، ١٤٣١هـ.
- معجم مقاييس اللغة المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) المحقق: عبد السلام محمد هارون الناشر: دار الفكر عام النشر: ١٣٩٩هـ.
- المغني لابن قدامة المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) الناشر: مكتبة القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ.

حقـــوق الطفـــل في الفقـــــه الإسلامـــــي

د. محمد الأمين على محمد •

مستخلـص

جاءت الدراسة بعنوان حقوق الطفل في الفقه الإسلامي، وهدفت الدراسة إلى بيان حقوق الطفل في الإسلام ومسالة استخدام وسائل منع الحمل القديمة والحديثة، وكذلك توضيح وسائل التربية في الشريعة الإسلامية، واهتمت الدراسة بالطفل غاية الاهتمام، وأن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان. اتبعت الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي وتوصلت الدراسة إلى عدة نتائج من أهمها: مدى اهتمام الإسلام بالنسل وحياة الجنين وسلامته. حيث وضعت احكام تختص بالجنين حال الاعتداء عليه. كما توصلت إلى بيان وسائل المنع الحديثة والقديمة ودراسة آراء واقوال الفقهاء حول حكم استخدام تلك الوسائل كما توصلت إلى تحريم استخدام موانع الحمل الدائمة قياسا بالخصاء باستثناء حالة الضرورة، وتوصي الدراسة بالقيام بحقوق الأبناء خير قيام كما أوجب الله تعالى، وكذلك غرس الجانب الديني في نفوس الأطفال.

Abstract

The study was entitled Child Rights in Islamic Jurisprudence, the study aimed to clarify the rights of the child in Islam and the issue of the use old and modern contraceptives, as well as clarifying the means of education in Islamic law. The study adopted the inductive-analytical method. The study reached several results, the most important of which were: Islam is interested in offspring and the life and safety of the fetus. and that the sharia law is valid for every time and place. Where provisions were made for the fetus in the event of an assault. It also came to a statement of modern and old contraceptives and a study of the opinions and sayings of jurists about the ruling on the use of these means, as well as the prohibition of the use of permanent contraceptives in comparison with castration, except in the case of necessity,

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمد عبده ورسوله. إن الله تعالى أبدع الكون بقدرته، وشمل العباد وسوى خلقهم بحكمته قال تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ فَأَنَّى يُؤْفَكُونَ﴾ [الزخرف: ٨٧]، ثم جعل للطفولة شرعة وميثاقاً وغمرها مودة ووفاقا وبث في قلوب خلقه مودة ورحمة. نحو ما ينجبون، ووهب من خلاله للطفولة حقوقا خاصة لم يعرفها الإنسان من قبل ولن يصل درجتها من بعده، لأنه عالم بخلقه الخبير بما يحتاجون قال تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤]. وهذا البحث الذي هو بعنوان: حقوق الطفل في الإسلام انما هو لبيان هذه المسائل والاحكام المترتبة عليها في شريعة الإسلام.

أهمية الموضوع:

ان أهمية هذا البحث تكمن في النقاط الآتية:

أولاً: بيان ان الشريعة الإسلامية اهتمت بالطفل غاية الاهتمام مما يبرز لنا شموليتها لكل زمان ومكان وانما لم تدع شيئا الا وأوضحت ما له وما عليه.

ثانياً: تنبيه المسؤولين من الآباء والحكومة والمعلمين بالقيام بواجبهم نحو الأطفال لأنهم مسؤولون عنهم.

ثالثاً: توضيح حقوق الأطفال في الشريعة الإسلامية.

أهداف البحث:

تمثل اهداف البحث ما يلي:

١. بيان حقوق الطفل قبل الولادة وبعدها في الشريعة الإسلامية.
٢. التعرف على حقوق الطفل في التربية والتعلم في الشريعة الإسلامية.
٣. توضيح طرق ووسائل تربية الطفل في الشريعة الإسلامية.

أسباب اختيار موضوع البحث:

من أسباب اختيار الموضوع ما يلي:

١. الغاء الضوء باهتمام الإسلام بالطفل واعطائه حقوقه التي تستقيم بها حياته.
٢. مكانة الإنسان في الإسلام وخاصة الطفل.
٣. إثراء المكتبة وتزويدها بالمعرفة العلمية.

منهج البحث:

يستخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي لتحقيق اهداف البحث والوصول إلى النتائج.

١. عزو الآيات القرآنية إلى موضعها من المصحف الشريف، ذكر اسم السورة ورقم الآية.
٢. تخريج الأحاديث والاثار التي وردت في البحث من مصادرها المعتمدة.
٣. جمعت المادة العلمية المتعلقة بالموضوع واقوال الفقهاء قديما وحديثا من مصادرها المختلفة مع الأدلة بقدر المستطاع.

هيكل البحث:

يتكون البحث من أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: **مفهوم الجنين والحق ومحافظة الإسلام على النسل:**

المطلب الأول: مفهوم الجنين والحق.

المطلب الثاني محافظة الإسلام على النسل.

المطلب الثالث: مفهوم الطفل والطفولة.

المبحث الثاني: **حقوق الطفل قبل ميلاده في الشريعة الإسلامية:**

المطلب الأول: حقوق الطفل على والديه.

المطلب الثاني: حق الطفل في العناية به وبأمه في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث: **حق الطفل بعد الولادة في الشريعة الإسلامية:**

المطلب الأول: حقوق الطفل من الولادة إلى الفطام.

المطلب الثاني: حق الطفل في التربية والتعليم وبناء عقيدته.

المبحث الرابع: **حق الطفل في الرعاية الاجتماعية:**

المطلب الأول: حق الطفل في الرعاية الصحية والعلاج.

المطلب الثاني: حق الطفل في العدالة والمساواة بينه وبين اخوته.

الخاتمة وتشمل: اهم النتائج التوصيات.

المصادر والمراجع.

المبحث الأول

مفهوم الجنين والحق ومحافظة الإسلام على النسل

المطلب الأول

مفهوم الجنين والحق

أولاً: تعريف الجنين لغة:

الجنين في اللغة مأخوذ من (جنن) يقال: جن الشيء يجنيه: أي: ستر عنك فهو جنين وبه سمي جنين لاستتاره في بطن أمه[١].

الجنين في الاصطلاح:

وهو الولد في البطن من الأجنة، وهو الستر، لأنه اجنة بطن امه أي ستره[٢].

ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنشَأَكُم مِّنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ [النجم: ٣٢]، وقال الامام القرطبي في تفسير هذه الآية: الجنين حمل المرأة ما دام في بطنها سمي بذلك لاستتاره، فإن خرج حياً فهو ولد أو ميتاً فهو سقط وقد يطلق عليه الجنين[٣].

يتبين مما سبق أن الجنين هو الولد ما دام في بطن أمه لأنه أشمل.

المطلب الثاني

محافظة الإسلام على النسل

لا يكتف الإسلام بوضع الحلول الناجحة لأي مشكلة تقع في حياة الإنسان من أي نوع بل سارع إلى وضع التشريعات التي تفي هذا المخلوق المكرم من الوقوع فيها أصلاً، وتكمن الإجابة عن هذا من خلال تشريعات الإسلام الوقائية والعلاجية في هذا الموضوع وهي:

التشريعات الوقائية لحفظ النسل:

١. الترغيب في الزواج:

وهو يؤكد أنه ليس في الإسلام حرمان فما من شهوة أودعها الله تعالى في كيان الإنسان إلا وجعل لها قناة نظيفة تسري خلالها لإشباعها، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣]، وقد عنون الإمام البخاري بهذه الآية لباب الترغيب في النكاح. قال الحافظ ابن حجر ووجه الاستدلال أن صيغة الأمر تقتضي الطلب وأقل درجاته الندب فثبت الترغيب[٤]. كما أن النبي صلى الله

عليه وسلم رغب الشباب من أمته على الزواج ففي الحديث الصحيح قال: عليه الصلاة والسلام: (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء)[٥].

قال الإمام النووي رحمه الله: وفي هذا الحديث الأمر بالنكاح لمن استطاع وتطاق إليه نفسه وهذا مجمع عليه. ولا يخفى ما في تشريع الزواج في الإسلام وترغيب الشباب على الإقبال عليه من تحصينهم من الوقوع فيما لا يرضي الله، ووقايتهم من سبيل الشهوة الجارف الذي تبثه وسائل الاعلام الغربية ليل نهار.

٢. الترغيب في تكثير النسل:

فإلى جانب ترغيب الإسلام في الزواج رغب في صفات هذه المرأة المختارة بان تكون ودودا ولودا وذلك كتشريع وقائي لحفظ نسل امة محمد صلى الله عليه وسلم وتكثيرها فقد ورد في لحديث عن معقل بن يسار رضي الله عنه فقال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انني اصبت امرأة ذات حسب ونسب إلاّ أنها لا تلد، أفأتزوجها؟ فنهاه، ثم اتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة فنهاه، وقال: (تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم)[٦].

٣. التحذير من الرغبة عن الزواج:

فليس في الإسلام رهبانية كما هو في النصرانية المحرفة وحقيقة الأمر أن التحذير من الرغبة عن الزواج والتحذير من التبتل والرهبانية فيه وقاية من فوات حفظ النسل. كما ان فيه صيانة النفس من الإنحراف إلى ما حرم الله بعد تحريم ما أحله الله. ففطرة الإنسان مجبولة على الميل إلى الزواج خلقة[٧].

التشريعات العلاجية لحفظ النسل:

عناية الإسلام بحد الزنا: اذ جعل الإسلام الزنا من الكبائر، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ [الإسراء: ٣٢]. وفي الآية تحذير من مجرد الاقتراب من الزنا من خلال محافظة أسبابه ودواعيه كالنظر والاختلاط بالنساء، قال بن كثير: يقول تعالى ناهيا عن الزنا وعن مقاربته وهو مخالطة أسبابه ودواعيه[٨].

والحد على هذه الفاحشة من الوسائل العلاجية لحفظ النسل، قال تعالى:

﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٣].

وبغض النظر عن صعوبة اكتمال الشروط التي وضعها الإسلام لاستحقاق حد الزنا، بل وشبه استحالة ذلك إلاّ أن تقرير هذه العقوب الشديدة تحقق مقصد الإسلام في حفظ النسل، وذلك من خلال ردع المجتمع بعقوبة مناسبة للجريمة المقترفة.

١. حد القذف:

الذي جعله الله تعالى كبيرة من الكبائر تهدد من يفعله باللعن في الدنيا والاخرة وبالعذاب العظيم. قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: ٢٣]. وقد رتب الله العقوبة على هذه الجريمة بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤]. وهي عقوبة تساهم بشكل جلي في حفظ النسل من خلال ردع كل من يتجرا على اعراض المسلمين، ويطعن في شرف الاسرة المسلمة التي جاء الإسلام لصيانتها وحفظها خصوصا فيما يتعلق بحقوق الطفل.

٢. تحريم الإجهاض وتقرير العقوبة عليه:

وهذا يشمل قتله بعد وجوده ما كان اهل الجاهلية يقتلون أولادهم خشية إملاق أو قتله وهو جنين كما يفعله بعض الجهلة من النساء تطرح نفسها لئلا تحبل إما لغرض فاسد أو ما اشبه. كل هذه الحدود والعقوبات انما جعلت وقاية وعلاجاً وحفاظاً على النسل الإنساني[٩].

المطلب الثالث

مفهوم الطفل والطفولة

أولاً: الطفل في اللغة:

الطفل والطفلة الصغيران: والطفل: الصغير في كل شيء والجمع أطفال وطفول[١٠].

وفي المفردات: الطفل هو الولد ما دام ناعما وقد يقع على الجمع، قال تعالى: ﴿ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا﴾ [غافر: ٦٧]. وقد يجمع على أطفال[١١] قال تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩].

ثانياً: الطفل في الاصطلاح:

ورد في تفسير البحر المحيط عند قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩]، أن الطفل: ما لم يبلغ الحلم. وفي فتح القدير: يطلق على المفرد والمثنى والجمع. والمراد به هنا الجنس الموضوع الجمع بدلالة وصفه بوصف الجمع: يقال للإنسان طفل ما لم يراهق الحلم. أي أن طفولة الإنسان تنتهي عند البلوغ.

ثالثاً: مفهوم الطفولة:

وردت عدة تعريفات لمرحلة الطفولة منها:

١. الطفولة هي المرحلة التي يقضيها الصغار من أبناء البشر منذ الميلاد إلى ان يكتمل نموهم ويصلوا إلى حالة النضج [١٢].

٢. والمقصود من مرحلة الطفولة هي: الفترة التي لا يستغنى فيها الطفل تماما من أبويه، بل هو محتاج إليهما فيها[١٣].

٣. وعرف محمد سويد الطفولة بأنها: المرحلة من الولادة إلى البلوغ فمرحلة البداية تبدا بالطفولة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنكُم مَّن يُتَوَفَّىٰ وَمِنكُم مَّن يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾ [الحج: ٥]. ومرحلة النهاية تبدا بالبلوغ[١٤] لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [النور: ٥٩].

٤. ويرى اخرون ان الطفولة تشمل: مرحلة ما قبل الولادة، فقد جاء في بحث بعنوان: احتياجات الطفولة في جمهورية مصر العربية اعده المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في مصر ومنظمة الأمم المتحدة للأطفال (اليونيسيف) ان الطفولة معني يضم جميع الاعمار

ما بين المرحلة الجنينية – مرحلة ما قبل الولادة ومرحلة الاعتماد على النفس[١٥].

وهذا التحديد لبداية محلة الطفولة يتناسب مع اهتمام الإسلام وحثه على العناية بالطفل قبل أن يولد ومنحه بعض الحقوق التي لا تحتاج في ثبوتها إلى قبول وذلك لأن الإنسانية مستقبلك.

ومن حيث أنه على وشك الانفصال عنها يعد إنسان مستقبلك، فمراعاة لهاتين الناحيتين تبرز له بعض ما يثبت للإنسان[١٦]. إذا مرحلة الطفولة تشمل ما قبل الولادة.

رابعاً: ألفاظ مشتركة مع كلمة الطفل:

هنالك ألفاظ تشترك مع كلمة الطفل في المعنى ولكن منها معنى يغاير الأمر في اللغة ومن هذه الألفاظ: صبي، صغير، ولد، غلام، فتى، مراهق.

١. **الصبي**: ما لم يبلغ الحلم[١٧] وفي تاج العروس: الصبي من (صبا) وهو من لم يفطم بعد[١٨]. وقال السيوطي في الأشباه والنظائر في باب أحكام الصبي: الولد ما دام في بطن أمه فهو جنين فإذا ولدته سمي صبياً فإذا فطم سمي غلاماً إلى سبع سنين ثم يصير يافعاً إلى عشر سنين ثم يصير حروراً إلى خمسة عشر والفقهاء يطلقون الصبي على من لم يبلغ[١٩] وبتحديد أكثر يطلق الصبي على الطفل ما دام رضيعاً.

٢. **الصغير**: الصغير والكبير من الأسماء المتضادة التي تقال عند اعتبار بعضها ببعض[٢٠]. وفي لسان العرب الصغير من (صغر) أي كأن سنة اقل من سنة والصغير ضد الكبير والجمع صغار وصغراء، ويقول صبي من صبيان العرب إذا نهي عن اللعب، انا من الصغرة، أي: من الصغارة، أي: أن سنه مناسبة للعب باعتباره ما زال صغيراً لم يبلغ سن الرجال بعد. والصغير في الاصطلاح هو وصف يلحق بالإنسان منذ مولده إلى بلوغه الحلم[٢١].

٣. **الولد**: الولد يقال للواحد والجمع، والصغير والكبير، قال تعالى: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦]، ويقال للمثنى ولد قال تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوهُ عَسَى أَن يَنفَعَنَا أَوْ نَتَّخِذَهُ

وَلَداً وَهُمْ لَا يَشْعُرُونَ﴾ [القصص: ٩]، والولي يقال لمن قرب عهده بالولادة وإن كان في الأصل يصح لمن قرب عهده أو بعد. وجمع الولد أولاد[٢٢]، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ﴾ [التغابن: ١٥].

يقول ابن حجر: ان الولد يطلق عليه صبي وطفل إلى أن يبلغ، وأما ما ذكره بعض أهل اللغة وجزم به غير واحد، أن الولد يقال له جنين حتى يوضع ثم صبي يفكهم فك يمنع إطلاقا شيء من ذلك على غيره ممن يقاربه يجوز إذ يمكن القول بان كلمة ولد يطلق على الإنسان من حيث الولادة إلى البلوغ[٢٣].

٤. **الغلام الشاب** يقال: غلام بين الغلومة قال تعالى: ﴿قَالَ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ﴾ [آل عمران: ٤٠]، والجمع غلمة وغلمان[٢٤].

وقال الزمخشري: والغلام هو الصغير إلى الإلتحاء. فإن قبل وبعد الإلتحاء فهو مجاز[٢٥] وفي تاج العروس: الغلام من حيث الولادة إلى أن يشب[٢٦].

وفي تعريف آخر للغلام أنه يطلق على الصبي من حيث أن يولد إلى أن يبلغ وعلى الرجل باعتبار ما كان[٢٧] وبتحديد أكثر يطلق الغلام على الصبي بعد ان يفقه إلى تسع سنين من عمره[٢٨].

الفتى: الفتى الشاب والفتى أيضاً السخي الكريم[٢٩] والفتى: الشاب القوي، والأصل الفتى وهو الشاب الطري الحديث السن[٣٠] وذكر صاحب الإكليل في تفسير قوله تعالى: ﴿قَالُوا سَمِعْنَا فَتًى يَذْكُرُهُمْ يُقَالُ لَهُ إِبْرَاهِيمُ﴾ [الأنبياء: ٦٠]. قال اخرج بن أبي حاتم عن بن عباس قال: ما بعث الله نبياً إلا وهو شاب، ولا أوتي العلم عالم إلا وهو الشاب[٣١]. والشاب غير الطفل وبذلك فإن كلمة الفتى تطلق على الفتى بعد مرحلة الطفولة.

٥. **المراهق**: مقاربة البلوغ والغلام والفتاة مراهقة قاربا البلوغ ولم يبلغا[٣٢]، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي:

يقول ابن القيم: فإذا قارب الحلم فهو يافع ومراهق ومناهز للحلم[٣٣] وبهذا تكون المراهقة والبلوغ لفظين متباينين: لأن المراهقة تسبق مرحلة البلوغ وتبدأ المراهقة من سن الثالثة عشر حتى سن الرشد.

المطلب الرابع

مفهوم الحق أهميته وخصائصه في الشريعة الإسلامية

١. معنى الحق لغة واصطلاحاً:

معنى الحق لغة نقيض الباطل، وجمعه حقوق وحقائق يقال: حق الأمر يحق حقا: ثبت ووجب وصار لا يشك فيه ويعني الصحيح الثابت أو العدل أو الحقيقي أو أي حقيقة مقررة، وعكسه من حيث المعنى (الباطل) أي الخطأ: وبالتالي فإن الباطل يعني عدم الصحة أو عدم العدل أو المخالف للواقع[٣٤].

معناه اصطلاحاً: ويعرف الحق بأنه تعبير مضاد أو ذو علاقة متبادلة مع تغبير الواجب، أي ان ما يعتبر حقا لشخص بشكل تشكل واجبا حكوميا، وحق الدائن واجب على المدين[٣٥].

٢. أهمية الحق في الشريعة الإسلامية:

قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾ [النساء: ٥٨]، قال ابن كثير رحمه الله: (وهو يعلم جميع الأمانات الواجبة على الإنسان من حقوق الله عز وجل على عباده من الصلاة والزكاة والصيام والكفارات والنذور وغير ذلك مما هو مؤتمن عليه ولا يطلع عليه عبادة ومن حقوق العباد بعضهم على بعض كالودائع وغير ذلك مما يأتمنون به من غير اطلاع بينه على ذلك، فأمر الله عز وجل أدائها فمن لم يفعل ذلك في الدنيا أخذ منه يوم القيامة[٣٦].

كما ثبت في الحديث الصحيح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لتؤدن الحقوق إلى اهلها يوم القيامة حتى يقاد للشاة الجلحاء من الشاة القرناء)[٣٧].

قال ابن عثيمين رحمه الله: أقسم النبي صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق بغير قسم اقسم ان الحقوق ستؤدى على أهلها يوم القيامة، ولا

يضيع لاحد حق حتى انه يقتص للشاة الجلحاء التي ليس لها قرن، والغالب أن التي لها قرن إذا ناطحة الجلحاء تؤذيها أكثر، أراد كأن الأمانة لا تصيبها، حتى لا يقتص منك يوم القيامة)[٣٨].

المبحث الثاني

حقوق الطفل قبل ميلاده في الشريعة الإسلامية

لقد كانت حقوق الطفل في الإسلام شاملة لكل احتياجاته الإنسانية من احتياجات جسدية وفكرية ونفسية إنما كانت أيضاً شاملة بمراحل حياته المختلفة منذ وجوده في بطن أمه جنيناً حتى يصبح رجلاً يتحمل مسؤولية طفل آخر أو مؤهل لذلك. ولقد كانت التشريعات الإسلامية المنظمة لحقوق الطفل كثيرة ومشبعة.

المطلب الأول

الحقوق التي تتعلق بحياة الجنين وسلامته

ومن هذا حقه في الحفاظ على حياته وصحته جنيناً. ولقد حافظ الشرع الشريف على حياة الطفل جنينا وعلى صحته أيضاً وتظهر هذه المحافظة في كل تشريعات الشرع في مجال الطفل والطفولة.

وقد أخذ الحفاظ على حياة الجنين في الإسلام صوراً عدة منها اتفاق فقهاء المسلمين على ان حياة الجنين محفوظة ويحرم المساس بها، وذلك لانهم اتفقوا على أن إسقاط الجنين وإجهاض الحامل وما في بطنها بعد نفخ الروح فيه حرام ولو كان هذا الاسقاط أو الإجهاض باتفاق الزوجين إلا أن هذا الإجهاض والإسقاط قتل النفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق[٣٩] فيدخل الإجهاض للأم في التحريم الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ [الأنعام: ١٥١].

وقد جاءت نصوص فقهاء المسلمين صريحة في ذلك والتي من خلالها يظهر مدى اهتمام ما أعطى الإسلام الطفل من حق الحفاظ على حياته وهو جنين فمنع التعدي عليه سواء بإسقاطه أو إجهاض أمه[٤٠].

وكما أخذ الحفاظ على حياة الجنين صورة أخرى مثل العقاب لمن يتعدى

على حياته فالإسلام قد حافظ على حق الجنين محافظة تامة فحرم التعدي على حياته وعقاب من تعدى عليها. والإسلام راعى بالصحة النفسية للجنين لأنها من الامور المهمة التي يجب على الوالدين مراعاتها اثناء الحمل. العناية بالصحة النفسية للجنين عن طريق العناية بالصحة النفسية والجسدية للام فقد أرشد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى حسن رعاية الرجل لأهله فقال: (خيركم خيركم لأهله)[٤١].

وهذه الخيرية تقتضي الخيرية في كل مناحي التعامل كما أرشد رسول الله صلى الله عليه وسلم الأزواج إلى الرفق بالزوجات فقال: (رفقاً بالقوارير)[٤٢].

وأرشد أيضاً إلى صبر الأزواج على أخطاء الزوجات ليضمن الاستقرار للأسرة وعلى الأم أيضاً أن لا تكون عاملاً سلبياً على الصحة النفسية للجنين بأن لا تتقبل نفسياً وجود الجنين بأن لا ترقب فيه من البداية. فقد أرشد الشرع لتحصيل الأم للصحة النفسية إلى الرضا بما قسم الله لتكون من أغنى الناس. بان امر الزوج بحسن رعايته للام والجنين وأمر الأم بالصبر والرضا برزق الله لها.

المطلب الثاني

حقوق الطفل على والديه

والحقوق التي منحها الله سبحانه وتعالى للطفل قبل ان يولد كالآتي:

أولا: حقوق الطفل على والديه معاً[٤٣]:

قيام العلاقة الشرعية بين الأب والأم وهي الضمان والأمان للطفل من أجل ذلك يعد الزنا – اعتداء على الطفل نفسه. اشترك الأب والأم في أصل الإيمان بالله تعالى وفي هذا يقول سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾ [البقرة: ٢٢١]، فالطفل الذي ينشأ بين أبوين متنافرين قد ينشأ معقدا نفسيا.

ثانيا: حقوق الطفل على والده:

١. حقه في أن يكون والده قد اختار منذ البداية الأم الصالحة عند الزواج التي تراعي حقوقه وتقوم على شؤونه

وتربيته على مبادئ الإسلام. يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (اظفر بذات الدين تربت يداك)[٤٤].

٢. تحصينه من الشيطان قبل ولادته فيسمى الله إذا أراد ان يجامع اهله ويستعيذ بالله من الشيطان، ويطلب منه ان لا يجعل للشيطان سبيلا إلى ما يرزقه من ولد وهي عناية من الله سبحانه وتعالى بالطفل قبل خلقه ارشد إليها اباه حتى يخلق مولوداً سوياً مصوناً من نزاعات الشيطان وفي ذلك يقول عليه الصلاة والسلام: (أما لو أن احدكم يقول حين يأتي أهله باسم الله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا ثم قدر بينهما في ذلك أو قضى ولد لم يضره شيطان أبداً).

ثالثاً: حقوق الطفل الواجبة على أمه:

١. اختيار الاب الصالح قد حث الإسلام المرأة على اختيار الرجل المناسب صاحب الدين والخلق القويم قال صلى الله عليه وسلم: (إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير)[٤٥].

فالرجل الصالح هو القادر على حفظ أولاده وتربيتهم التربية الصحيحة هذا بالإضافة إلى أن الأصل الطيب يأتي فرعه طيباً بإذن الله تعالى، قال تعالى: ﴿ذُرِّيَّةً بَعْضُهَا مِن بَعْضٍ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [آل عمران، ٣٤].

٢. رعاية طفلها والعناية به منذ حمله وحتى وضعه فقد وضعت الشريعة الإسلامية القواعد والأسس التي تحمي الطفل منذ تكوينه في بطن أمه حتى يخرج إلى الحياة مكتمل البنية ومن أهم هذه القواعد والأسس التي تحمي الطفل والمتعلقة بجهة امه هي: تحريم الإجهاض[٤٦]. إن الشريعة الإسلامية توفر الحق للطفل في الحياة وهو في بطن أمه من أجل ذلك حرمت الشريعة الإسلامية على الأم الإجهاض والإجهاض هو إسقاط المرأة جنينها بفعل منها عن طريق دواء أو غيره أو بفعل من غيرها[٤٧].

المبحث الثالث

حقوق الطفل بعد الولادة في الشريعة الإسلامية

تعد مرحلة ما بعد الولادة من المراحل التي تكرست فيها الحقوق وتكاثرت على الابوين ولعل هذا راجع إلى أنها تعد بوابة التعامل المباشر والفعلي بين الوالدين وبطفلهما وذلك بعكس المراحل السابقة والتي كان يتم التعامل فيها بين الطرفين بطريق غير مباشر.

يرى الباحث أن قانون الجماعة بمبدأ الفرد يحفظ لكل طرف حقوقه و يُلزم بواجباته تجاه الآخرين والأسرة في هذه الحالة تكون هي الجماعة المكونة من الام والأب والطفل، وبالطبع لن يكون للطفل بطبيعة خلقته الضعيفة في هذا الأمر أي حقوق فقط اما الواجبات فقد الزمتها الشريعة للأبوين تجاه طفلهما.

ولكن هذه المرحلة أطول المراحل في حياة الطفل.

المطلب الأول

حق الطفل من الولادة إلى الفطام

بعد غياب طويل في بطن الام يخرج الجنين إلى النور مارا بأهم ساعة في حياته، الا وهي ساعة الميلاد التي هي ساعة الخروج إلى الحياة ففي هذه الساعة يكون الاهل بين حزين لصراخ الام ومعاناتها بعد الولادة وبين سعيد ينتظر قدوم ولي العهد الذي سوف يكمل المسيرة من بعده.

وهنا سيذكر الباحث حقوق الطفل بعد ولادته وما يحسن للوالد فعله مع ولده في تلك الساعة الحرجة. وهذه الحقوق هي كالاتي:

أولاً: حق الطفل في دعاء والده له بعد الولادة:

يحسن بالوالد في هذه الساعة الحرجة أن يلجأ إلى الله ويكثر من الذكر والشكر له سبحانه على نعمته أن رزقه المولود الجديد وحفظ له حياة أمه وسلامتها فله أن يدعوا الله بما دعت به أم مريم عليها السلام حين ولدتها قال تعالى: ﴿فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنثَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعَتْ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ [آل عمران: ٣٦].

قال بن كثير أي عوذتها بالله عز وجل من شر الشيطان وعوذت ذريتها فهو ولدها

عيسى عليه السلام فاستجاب الله لها ذلك وله أن يزيد في الدعاء فيقول (اللهم انبته نباتا حسنا أي: اجعل شكلاً مليحاً ومنظرا بهيجا)[٤٨]. ومن هذا مستفاد أيضاً من قولهِ تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتاً حَسَناً وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِندَهَا رِزْقاً قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِندِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَن يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ﴾ [آل عمران: ٣٧].

ثانياً: حقّ الطفل في إثبات نسبه:

إن الإسلام حريص كل الحرص على دعوة نسب المولود إلى أبيه إذا علم، واعتباره أخاً في الدين إذا جهل أبوه قال تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً﴾ [الأحزاب: ٥]. فهذا حقه بعد أن يولد وقبل أن يولد.

لذا حذر الإسلام الزوج من نفي الحمل من غير بينة وتوعد من فعل ذلك بالعذاب الأليم في الدنيا والاخرة كما حذر المرأة من دخول الجنة واستنشاق ريحها إذا فعلت ذلك، وحذر الرجل من جحد ولده ونفي نسبه إليه، تحذيراً شديداً وتوعد على ذلك أشد مما توعد به المرأة، إذا كما كان من حق الطفل قبل النطفة اختيار أم له تكون ذات نسب وأصل شريف فله أيضاً الحق في إثبات نسبه إلى أبيه كحق من حقوقه بعد الولادة وحق الطفل في إثبات نسبه معناه أن يكون له نسب صحيح معروف معلن بمعرفة الناس به[٤٩].

وإثبات نسب كل طفل إلى أبيه ادعى لطهارة المجتمع مع مشاكل عديدة كاختلاط الأنساب وضياع الأولاد وانتشار اللقطاء بفعل الفاحشة كما أن إهدار هذا الحق المهم يترتب عليه أمور خطيرة منها: إهمال الرعاية والعناية والإنفاق والتربية وحق الإرث الذي يضيع بضياع النسب.

ويثبت النسب في الإسلام بطرق عدة منها:

أ. الزواج الصحيح: الذي توافرت فيه كافة الشروط المتفق عليها بين الفقهاء.

ب. الإقرار: حيث أجاز الإسلام للرجل ان يعترف ويقر ببنوة طفل ان كان

أنكره في ظل ظروف اضطرته إلى ذلك.

ج. البينة والقرائن: إذا لم يثبت النسب بالإقرار فمن الجائز إثباته بالبينة والقرائن كما لو ادعت الأم بذلك وأنكر عليها الزوج فإذا دلت البينات والقرائن على صدق المرأة فإن هذا يكون طريقا من طرق إثبات النسب.

د. والأخير فإن النسب لصاحب الفراش بإثبات الأدلة والقرائن[٥٠] كما قال عليه الصلاة والسلام: (الولد للفراش والعاهر الحجر)[٥١].

ثالثاً: حق الطفل في التأذين والإقامة في أذنيه:

لقد شرع الإسلام للأبناء حقوقاً منها التأذين في الأذن اليمنى عند الولادة مباشرة مع استحباب أن يؤذن رجل صالح حسن الصوت.

قال أبو رافع رضي الله عنه رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن للحسن بن على حين ولدته فاطمة رضي الله عنها بالصلاة[٥٢].

وكان عمر بن عبد العزيز يؤذن في اليمنى ويقيم في اليسرى إذا ولد الصبي[٥٣].

يقول بن القيم رحمه الله وفيه مضي آخر وهو أن يقول تكون دعوته إلى الله وإلى دين الإسلام وإلى عبادته سابقة على دعوة الشيطان[٥٤].

ولا يخفى ان هذه الشعيرة إشارة الوالدين أنفسهما إلى إن التربية الصحيحة التي يجب ان ينشا عليها الأبناء منذ النزول إلى هذه الحياة يجب ان تكون قائمة على التوحيد وعلى هذا الهدي النبوي الكريم، لما له من أثر على صلاح الطفل في حياته ومعاده، ويجعل اول ما يقرع سمعه النداء الرباني وبذلك يعلم دينه ودنياه بإذن الله.

رابعاً: حق الطفل في العقيقة:

تعريف العقيقة في اللغة والشرع:

في اللغة: أصل العقيقة عن مادة (ع ق ق) وقد جاء عند اللغوين بعدة معان: أهمها: الشعر الذي يولد به الطفل من بطن أمه[٥٥].

وفي اصطلاح (الشرع): ليس المعنى اللغوي للعقيقة ببعيد عن المعنى الذي عند الفقهاء فقد جاء في فتح الباري من كتب الشافعية هو اسم لما يذبح عن المولود وجاء في أسهل المدارك من كتب

المالكية قال رحمه الله: العقيقة ذبح شاة عن المولود سابع ولادته والأفضلية لكن تجزئ الشاة الواحدة عن الذكر مثلما عن الأنثى[٥٦].

نستفيد من هذه التعريفات أن تعريف الشافعية مختصر ولكن تعريف المالكية أوسع ودلالاته من حيث أنه فعل وأشار إلى ما يذبح للذكر شاتان والأنثى شاة واحدة من حيث الأفضلية لكن تجزئ الشاة الواحدة عن الذكر مثلما تجزئ عن الأنثى.

المطلب الثاني

حقوق الطفل في التربية والتعليم وبناء عقيدته

أولاً: حق الطفل في التربية والتأديب:

لا شك أن السنوات الأولى من عمر الطفل هي أهم مراحل حياته الحرجة ذلك لأن الطفل مخلوق عاجز عن معرفة ما يضره وما ينفعه، كما أنه عاجز عن التمييز بين الأشياء الصالحة وغير الصالحة لذلك جعل الإسلام حق الطفل على والديه والقائمين على أمره في تربيته وتنشئته على الحق والهدى وتوجيهه الوجهة الصحيحة السليمة في العقائد والعبادات والسلوك والأخلاق.

فالتربية الإسلامية تضمن صيانة الإنسان وصلاحه وتقويمه منذ نشأته وحتى نهايته وفق تعاليم وتوجيهات الشريعة الإسلامية[٥٧].

فيطلب الآباء ربط الولد منذ تعقله بأصول الإيمان وتعويده من تفهمه أركان الإسلام وتعليمه من حيث تمييز مبادئ الشريعة الغراء[٥٨] ذلك أن الإيمان بالله تعالى ومعرفته مبادئ الدين الأولية هو أساس صلاح الطفل وملاك تربية خلقية وتقويم إعوجاجه فيزن كل تصرف يصدر منه بميزان الإسلام فما وافقه استمر فيه وما خالفه ابتعد عنه واجتنبه وحول أهمية تربية الأطفال في الإسلام جاء في محكم التنزيل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾ [التحريم: ٦].

ووقاية النفس والأهل من النار تكون بتعليمهم وتربيتهم وتنشئتهم على الأخلاق الفاضلة وإرشادهم إلى ما فيه نفعهم في الدنيا وفلاحهم في الآخرة[٥٩].

قال مقاتل معنى الآية: أن يؤدب المسلم نفسه وأهله فيأمرهم بالخير وينهاهم عن الشر[٦٠]. وأن العناية بالطفل وتربيته التربية الصالحة وتأديبه بأدب الإسلام من أكبر واجبات الإباء التي يفرضها الدين الحنيف عليهم إذ أن إهمال الآباء لأبنائهم في التربية يعتبر إثماً يستحقون به العقاب يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته)[٦١].

ومعلوم أن الراعي كما عليه حفظ من استرعى وحمايتهم والتماس مصالحهم فكذلك عليه تأديبهم وتعليمهم إلا أن ذلك من صميم الرعاية[٦٢].

وفي الحديث الشريف قوله صلى الله عليه وسلم: (ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)[٦٣].

ثانياً: حق الطفل في التعليم وبناء عقيدته:

تحصيل العلم في الإسلام حق أساسي لكل إنسان صغيرا كان أو كبيراً ويحظى في الإسلام بتقدير عظيم، كيف لا وأول آية نزلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما تحث على القراءة وذلك في قوله تعالى: ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ﴾ [العلق: ١]

فهذه الآية التي تأمر وتطلب العلم بالقراءة والكتابة وتشكيل دليل ساطعاً على احترام الإسلام وتقديره للعلم والمعرفة.

وبما أن فترة الطفولة هي أخصب فترة في البناء العلمي والفكري للإنسان حيث تتعدد فيها عناصر شخصيته وتتميز ملامح هويته لذلك فقد دعا الإسلام رب الاسرة إلى تعليم أهله والاهتمام بهم وعدم الاقتصار على السعي على رزقهم. لذلك فإن على الوالدين مسؤولية تعليم أولادهم للقراءة والكتابة بإرسال ابناءهم إلى مؤسسات التعليم حتى يتخرجوا منها ومن ثم يقوموا بدورهم في تعليم غيرهم وتنمية مجتمعهم[٦٤].

المبحث الرابع

حق الطفل في الرعاية الصحية والعلاج

المطلب الأول

حق الطفل في الرعاية الصحية

الرعاية الصحية للطفل تعني وقايته من الأمراض والأضرار، والإسلام يحرص على الاهتمام بصحة الإنسان والحفاظ

على جسمه الذي يعد أمانة عنده لذلك يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (فإن لجسدك عليك حقاً)[٦٥]. من هنا يجب على الأبوين والقائمين على شؤون الطفل العناية بصحته وسلامة جسمه وإبعاده عن كل ما يضر به وإذا ما ألم به مرض وجب الإسراع في علاجه فلكل داء دواء كما أخبر النبي صلى الله عليه وسلم: (لكل داء دواء فإذا أصيب داء دواء برأ بإذن الله عز وجل)[٦٦].

والوالدان مسؤلان أمام الله سبحانه وتعالى عن صحة طفلهما حتى ينشأ سليما قويا، قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته)[٦٧].

ومن اهم القواعد الصحية التي نبه إليها النبي صلى الله عليه وسلم: لرعاية الطفل صحيا ما يأتي:

١. اتباع القواعد والآداب العامة في المأكل والمشرب والنوم:

فعلى الأباء تقويم أطفالهم على الإقتداء بسنة النبي صلى الله عليه وسلم في حياتهم اليومية ففي الأكل بسم الله ويأكل مما يليه ولا تبطش يده في الصحن، ويبتعد عن التخمة، إلاّ أن ذلك فيه وقايته من كثير من الأمراض.

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال: (ما ملا آدمي وعاء شراً من بطنه، حسب بن آدم ثلاثة أكلات يقمن صلبه، فإن كان لا محالة فثلث لطعامه وثلث لشرابه وثلث لنفسه)[٦٨].

والشراب يتناوله على دفعات لا مرة واحدة فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتنفس في الإناء ثلاثاً[٦٩]. ولك خار الإناء.

وبخصوص النوم يعود الطفل على النوم على الجانب الأيمن، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إذا أتيت مضجعك فتوضأ وضوئك للصلاة ثم اضطجع على شقك الأيمن[٧٠].

وقد أيد الطب كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث اكتشف ان الطعام يستقر في المعدة بهذه الهيئة استقرار حسنا ويكون الطعام أبعد عن القلب بينما كثرة النوم على الجانب الايسر مضرة بالقلب بسبب ميل الأعضاء إليه بهذه الوضعية[٧١].

٢. بنظافة بدن الطفل وثوبه:

فالنظافة ركن أساسي وهي إحدى العناصر المهمة في تكوين الجانب الصحي للإنسان تحفظه من الأوبئة والتلوث والأمراض السارية.

ومن النظافة أمور الفطرة التي جاء بها الحديث الشريف (خمس من الفطرة الختان والاستحداد ونتف الإبط وتقليم الأظافر وقص الشارب)[٧٢].

٣. إبعاد الطفل عن الامراض المعدية:

وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تحض المريض مرضاً معدياً على عدم الاختلاط بالأصحاء وعدم الانتقال من أماكن إلى أخرى لا تنتقل معهم العدوى، ذلك بالإضافة إلى حض الاصحاء على تجنب الاختلاط بالمرضى ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: (فر من المجذوم كما تفر من الأسد)[٧٣].

على الوالدين إبعاد طفلهما المريض عن بقية أخوانه حتى لا ينتقل المرض إليهم كما ويجنبوا طفلهم الصحيح من الاختلاط بأقرانه المرضى[٧٤].

٤. الإسراع في معالجة الطفل المريض:

فمتى أصيب الطفل بمرض معين وجب الإسراع في معالجته وعدم التهاون والتباطؤ في ذلك، وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا السرعة في معالجة الطفل. فقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت: عثر أسامة رضي الله عنه على عتبة الباب أو اشكفة جبهته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (يا عائشة أميطي الدم) فقذرته، قال: فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يمص شجته ويمجه ويقول: (لو كان أسامة جارية لكسوته وحليته حتى انفق)[٧٥].

المطلب الثاني

حق الطفل في العدالة والمساوة بينه وبين أخوانه

ويتضمن معنى العدل في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي مشروعية العدل بين الأولاد في العطاء والمنع والمعاملة، الحكم الشرعي للعدل بين الأولاد وهنا ينوه الباحث ان تستقيم أحوال الناس بالعدل فمن الحقوق الواجبة على الوالدين تجاه أولادهم العدل بينهم في العطاء والهداية والهبات والعدل بينهم في الأمور المعنوية كالعطف والحنان وغير ذلك.

أولاً: معنى العدل في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء:

العدل في اللغة مصدر من (عدل) إذا ساوى بين اثنين في القسمة وهو ضد الجور.

جاء في لسان العرب (العدل ما قام في النفوس انه مستقيم، وهو ضد الجور تقول: عدل الحاكم يعدل عدلا وهو عادل من قوم عدول وعدل، وهو جمع الجمع وتقول عدل عليه في القضية فهو عادل وبسط الوالي عدله ومعدلته والعدل الحكم بالحق)[٧٦].

العدل في الاصطلاح والاغراض: التسوية بين الأولاد فقد أورد فقهاء في مذاهبهم ما يلى حول معنى العدل المطلوب بين الأولاد:

الشافعية: فإن فضل البعض أعطى بقيتهم ما يجعل به العدالة[٧٧].

الظاهرية: ولا يحل أن يفضل ذكر على أنثى ولا أنثى على ذكر.

ثانياً: مشروعية العدل بين الأولاد في العطاء والمنع والمعاملة:

النصوص الدالة على ذلك هي:

١. في السنن ومسند احمد وصحيح بن حبان من حديث النعمان بن بشير قال: قال رسول الله صلى الله عليه سلم: (إعدلوا بين أبناءكم إعدلوا بين أبناءكم)[٧٨].

٢. وفي صحيح مسلم أن امرأة بشير قالت: (أنحل بن غلاماً وأشهد لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ان ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلاماً، قال ألّه أخوة؟ قال: نعم قال: كلهم أعطيت ما أعطيته؟ قال لا، قال: فليس يصلح هذا وأني لا أشهد إلا على حق، وقال فيه لا تشهدني على جور ان لبنيك عليك من حق ان تعدل بينهم)[٧٩].

٣. وفي الصحيحين عن النعمان بن بشير ان اباه اتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (إلى نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال: رسول الله أكل ولدك نحلة مثل هذا؟ قال: لا، فقال رسول الله: فأرجعه)[٨٠].

وفي رواية لمسلم قال فعلت هذا بولدك كلهم؟ قال: لا قال: فاتقوا الله واعدلوا اولادكم، فرجع ابي في تلك الصدقة وفي الصحيح قال: اشهد هذا غيري[٨١].

وهذا أمر تهديد وليس اباحة فإن تلك العطية كانت جورا بنص الحديث ورسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأذن لاحد ان يشهد على صحة الجور، ومن ذا الذي كان يشهد على تلك العطية وقد ابى رسول الله ان يشهد عليها واخيرا لنها لا تصلح وأنها جور وأنها خلاف العدل[٨٢].

وجاء في تحفة المولود: وكان في السلف يحبون ان يعدلوا بين الأولاد في الصلة[٨٣].

٤. وجه الاستدلال بالأحاديث: أنها تحض على وجوب العدل والتسوية بين الأولاد في العطية والمعاملة وفي كل شيء وفي كل مظهر من مظاهر الحياة.

ثالثاً: صور من عدم العدل بين الأولاد:

يقول بن عثيمين رحمه الله: إن من الجور والظلم أن يعطي بعض الأولاد شيئاً ويحرم الآخر وذلك للأسباب التالية:

١. أن هذا من الظلم والله لا يحب الظالمين.

٢. أن ذلك يؤدي إلى تنفير المحرومين وحدوث العداوة بينهم وبين الموهوبين.

٣. أن هذا يؤدي إلى وجود العداوة والبغضاء بين المحرومين وبين اباءهم.

٤. تخصيص البار بوالديه بشيء من الهبة أو العطية من أجل أنه امتاز بين والديه ولكن هذا غير مبرر للتخصيص فالتمييز بالبر لا يجوز أن يعطى معروفاً عن بره ألا إن أجره على الله وإلا أن تمييز البار بالعطية يوجب أن يعجب ببره. ويرى له الفضل وأن ينفر الآخر ويستمر في عقوقه ثمإننا لا ندري فقد تتغير الأحوال فينقلب البار عاقاً والعاق باراً، ألا إن القلوب بين يد الله يقلبها كيف يشاء.

ومن المباحث في العطية والهبة أن يعطي احدهم شيئاً يحتاجه والأخر لا يحتاجه مثل أن يحتاج الأولاد أدوات مكتبية أو علاجاً أو زوجاً فلا بأس أن يخصه بما يحتاج إليه إلا أن هذا التخصيص من أجل الحاجة فيكون كالنفقة، ومتى قام الوالد بما ما يجب عليه للولد من التربية

والنفقة فإنه حرى ان يوفق الولد للقيام ببر والده ومراعاة حقوقه، ومتى فرط الوالد بما يجب عليه من ذلك كان جديرا بالعقوبة بان ينكر الولد حقه ويبتلى بعقوبة جزاء وفاقا وكما تدين تدان[٨٤].

فعلى الآباء أن يقوموا بهذا الحق الجليل، وهو العدل بين أولادهم ليفوزوا بالفلاح في الدنيا والاخرة وهذه من أهم عوامل لاستقرار معاملة الأطفال بالعدل إلا أن ذلك يبهج نفوسهم ويريح أفئدتهم فلا ضغينة ولا حسد ولا غيرة بينهم عندما تحقق المساواة في معاملتنا لأطفالنا إذ يشعرون بمدى حبنا لهم لذلك اهتم الإسلام بهذا الأمر وحثنا على تطبيق ذلك المبدأ وأرشدنا إليه وحض الآباء والمربين على تحقيقه حتى لا يشبوا كارهين بعضهم فمن خلال ما تقوم من الأحاديث يبدوا واضحاً حرص الإسلام على ذلك.

خاتمـــة

وفي الختام أسال الله تبارك وتعالى أنٍ ينفعني بهذا العمل، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم. ومن خلال الدراسة توصل الباحث إلى الآتي:

النتائج:

١. إن الشريعة الإسلامية اهتمت بالطفل غاية الاهتمام.
٢. أوضحت الشريعة الإسلامية ما للطفل من حقوق وواجبات.
٣. أجازت الشريعة الإسلامية تنظيم النسل: الذي هو عملية مباعدة فترة الحمل والولادة بين كل طفل وآخر، وفقاً للضوابط الشرعية.
٤. حرمة الشريعة الإسلامية الإجهاض لأنه يتناقض ومبادئ الإسلام.
٥. أوضحت الشريعة الإسلامية الفرق بين تنظيم النسل وتحديد النسل.

التوصيات:

١. على المسؤولين والمربيين من الآباء والامهات والمعلمين والحكومة القيام بواجبهم تجاه الأطفال من الحقوق التي تتعلق بحياة الجنين وسلامته قبل الميلاد وبعده.
٢. على الباحثين وطلاب العلم أن يولوا هذه المسائل مزيداً من الإهتمام.

الهوامش

- الاستاذ المساعد بكلية الشريعة - جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم - مدني.

١. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، ١٩٤٤م، ج١٣، ص٩٣. الجوهري الصحاح، ط١، دار العلم الملايين،بيروت ١٩٧٤م، ج٥، ص٢٠٩٤.
٢. منظور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، ١٩٨٢م، ج٦، ص٢١.
٣. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٨٥م، ج١٧، ص١١٠.
٤. ابن حجر، فتح الباري، ٩/٦.
٥. صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصوم، حديث رقم ٥٠٦٦.
٦. محي الدين النووي شرح صحيح المسلم، المطبعة المصرية ومكتبتها، القاهرة د ت، ١٧٧/٩.
٧. سنن أبي داود، تحقيق عزت عبيد دعاس، دار الحديث، حمص سوريا، ١٩٧١م، ص٦٢٥، حديث رقم ٢٠٥٠. وهو حديث صحيح.
٨. المرجع السابق، نفسه، ص ٦٢٦.
٩. الحافظ بن كثير، تفسير القرآن،ج٥، ص٧٣.
١٠. محمد لاقي، مقالات شرعية بعنوان: كيف حفظ الإسلام النسل،
١١. ابن منظور لسان العرب، ج٢، ص٩٩٥.
١٢. الأصفهاني الإمام الراغب، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، تحقيق عدنان داود، ط١، دمشق القلم، ١٩٩٢م، ص٢٥١، مادة طفل،
١٣. الموسوعة العربية العالمية، ط٢، الرياض، مؤسسة أعمال الموسوعة ١٩٧٨م، ص٤٤٩.
١٤. فلسفس: محمد تقي، الطفل بين الوراثة والشريعة،ط٢، النجق الأشرف، مطبعة الأدب١٩٦٩م، ٢٣٥/١٠.
١٥. سويد محمد نورين عبد الحفيظ، منهج التربية النبوية للطفل، ط١، بيروت، دار ابن كثير ٢٠٠١، ص١٠٠.
١٦. طعمان هاني سليمان، حقوق فئات ذات أوضاع خاصة ١٦، عمادة دار الشروق، ٢٠٠١، ص١٠.
١٧. شبلي محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ط٢، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٦٩م، ص٤٩٣.
١٨. الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص٤٧٥، مادة صبا.
١٩. الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهز القاموس، بيروت، دار مكتبة الحياة د ت، باب الواو، ج١، ص٢٠٦.
٢٠. الأسيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تجربة خالد عبد الفتاح والباء، فصل الضاد شبل ط١، بيروت، مؤسسة الكتب الثقافية، ١٩٩٤م، ص٨٧٦.
٢١. الأصفهاني، مفرد ألفاظ القرآن الكريم مادة صفر، ص٤٨.
٢٢. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار، فخر الإسلام للبزدوي تحقيق المعصم بالله، ط٣، بيروت، دار الكتب العربي، ١٩٩٧م، ج٤، ص١٣٨٥.
٢٣. الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص٤٤٨. مادة ولد.
٢٤. ابن حجر شهاب الدين، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت دار المعرفة، ج١، ص٢٠٥.
٢٥. الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، ص٦١٣، مادة: علم وطر الشارب: طلع ونبت.
٢٦. المناوي محمد فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط٢، ج٦، ص٣٥٤.
٢٧. الزبيري، تاج العروس، ج٩، ص٥، باب الميم فصل الغبن.
٢٨. ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح الأبصار، ج٦، ص١٥٣، ط٢، مصر مطبعة مصطفى الحلي واولاده ١٩٦٦م، ج٦، ص١٥٣.
٢٩. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج٥، ص١٢٩، بيروت، مؤسسة الرسالة ١٩٩٧م، واللعك الشيخ خالد عبد الرحمن، تربية الأولاد في ضوء القرآن والسنة بيروت، دار المعرفة، ١٩٩٨م، ص٥٢.
٣٠. الزبيدي، تاج العروس، ج١٥/٢٧٥، باب الواو والياء فصل الفاء.

٣١. الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٦٣٢، مادة: فتى، والفيروزابادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، بصائر ذوي التمييز في توفيق عريضة ١٩٦٩م.

٣٢. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الإكليل في استنباط التنزيل تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكتب، ط١، بيروت، دار العلمية، ١٩٩٨م، ص١٧٩.

٣٣. ابن منظور، لسان العرب، ج١٥، ص١٢٤، والفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٣٣.

٣٤. الموسوعة العربية العالمية، ج١٥، ص٦٠٦.

٣٥. ابن منظور، لسان العرب، ج٢، ص٩٤٢.

٣٦. ابراهيم عبد الله المزروقي، حقوق الإنسان في الإسلام المجتمع الثقافي، الامارات، ط١، ١٩٩٧م.

٣٧. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د ت، ج١، ص٤٥٧.

٣٨. صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب تحريم الظلم، ج٦، حديث رقم ٢٥٢.

٣٩. ابن العثيمين شرح رياض الصالحين، ط١، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٢م، ج١، ص٥٣٠-٥٣١.

٤٠. الإمام القرطبي، تفسير القرطبي، ١٣٣/٧.

٤١. عواد وجودة، حقوق الطفل في الإسلام، ط/ القاهرة، د ت، ص١٨.

٤٢. جامع الترمذي المناقب، باب وفضل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، ج٥، ص٦٦٧، حديث رقم ٣٨٩٥.

٤٣. صحيح مسلم كتاب الفضائل، باب رحمة النبي(ص) للنساء وأمر السواق، ج٤، ص١٢١١، حديث رقم ٢٣٢٣.

٤٤. عواد وجودة، محمد، حقوق الطفل في الإسلام، ط١، القاهرة، ص١٨.

٤٥. صحيح البخاري كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ج٥، ص ١٩٥٨، حديث رقم ٤٨٠٢.

٤٦. صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ما يقول الرجل إذا أتى أهله، ج٥، ١٩٨٧م، حديث رقم ٤٨٨٧.

٤٧. سنن الترمذي، كتاب النكاح عن رسول الله (ص)، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، ج٣، ص٣٩٥، حديث رقم ١٠٨٥.

٤٨ مدكور، نظر الإسلام إلى تنظيم النسل، بحث مقارنة في المذاهب الإسلامية، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٥٦م، ص١٩-٩٤.

٤٩. مدكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، ص٣٠٠.

٥٠. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج١، ص٤٤٩.

٥١. محمد عبد العليم موسى، الطفل بن منافع التلفزيون ومضاره، الرياض، مكتبة العبيكان، ط١، ١٩٩٩م،ص ٦١-٦٢.

٥٢. محمد عبد العليم مرسي، مرجع سابق، ص٦٢.

٥٣. صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو امه، ج٦، حديث رقم ٦٣٦٨، ص٢٤٨١.

٥٤. تحفة الأحوذي، كتاب الأضاحي عن رسول الله (ص)، باب الآذان في أذن المولود، ج٥، ص٨٩، حديث رقم ١٥٥١٤. سنن الترمذي،حديث رقم ١٥١٤. وهو حسن بشواهد عند البيهقي في الشعب والسنن الكبرى. وقال الألباني في الإرادة الحسن إن شاء الله ١١٧٣.

٥٥. مصنف عبد الرزاق، تحقيق، حبيب الرحمن، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٠م، ج٤، ص٣٣٦، حديث رقم ٧٩٨٦.

٥٦. ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار صادر، بيروت، ١٩٩٤م(حنك)، ص١٠٢٨.

٥٧. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق ذكره، ص٣٠٤٤.

٥٨. ابن حجر، فتح الباري، ج٩، ص٣٠٤٤.

٥٩. أبو بكر الكشناوي، أسهل المدارك، مرجع سابق، ص٤٣.

٦٠. السامرائي، فاروق عبد المجيد، أهداف وخصائص التعليم الإسلامي، ج١، ص١١٧.

٦١. علواء تربية الأولاد في الإسلام، ج١، ص١١٧.

٦٢. الغبائجي، حسن السيد علي، شرح رسالة الحقوق للإمام على بن الحسين بن زين العابدين، ط٤، بيروت، دار الأضواء، ١٩٩٩م، ج١، ص٥٠١.

٦٣. الرازي، التفسير الكبير، ج١٣، ص٤٦.

٦٤. سبق تخريجه.

٦٥. الجصاص، الإمام أبو بكر أحمد بن على الرازي، أحكام القرآن، بيروت، الكتاب العربي، ج٣، ص٤٦٦.

٦٦. صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم فمات هل يصلى عليه، ج١، ص٤٥٦، حديث رقم ١٢٩٢.

٦٧. ابن القيم، تحفة المولود، ط١، بيروت، دار ابن حزم، ٢٠٠٠م، ص٢٠٠.
٦٨. صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، ج٥، ص٦٩٧، حديث رقم ٤٩٢٣.
٦٩. صحيح مسلم، كتاب السلام، باب لكل داء واستجاب التداوي، ج٤، ص١٧٦٩، حديث رقم ٢٢٠٤.
٧٠. صحيح البخاري، كتاب النكاح باب المرأة راعية في بيت زوجها، ج٥، ص١٩٩٦، حديث رقم ٤٩٢٤.
٧١. المستدرك على الصحيحين، كتاب الرفاق حسب ابن آدم ثلاث أكلات يقمن صلبة، ج٥، ص٤٧٢، حديث رقم ٨٠١٥.
٧٢. سنن ابن ماجة، كتاب الأشربة باب إذا شرب أعطى الأيمن، ج٢، ص٤٧٢، حديث رقم ٣٤٢٦. ومجمع الزوائد الهيثمي كتاب الأطعمة، باب كيفية الشرب والتسميه والحمد، ج٥، ص٨.
٧٣. صحيح البخاري، الكتاب الوضوء، باب فضل من باب على الوضوء، ج١، ص٩٧، حديث رقم ٢٤٤. وصحيح مسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، ج٤، ص ٢٠٨١.
٧٤. ابن القيم، الطب النبوي، تحقيق: سيد إبراهيم، القاهرة، دار الحديث، ٢٠٠١م، ص١٦٤.
٧٥. سبق تخريجه.
٧٦. صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الجذام، ج٥، حديث رقم ٥٧٠٧.
٧٧. سويد، منهج التربية للطفل، ص ٢٨-٣٨٧. وعلوان تربية الأولاد في الإسلام، ج١، ص ١٦٢-١٦٣.
٧٨. ابن سعيد، محمد بن سعد بن منبع أو عبد الله: الطبقات الكبرى، ط بيروت، دار صادر، ج٤، ص٦٢. والحديث روي بنفس المعنى بالفاظ مختلفة في ابن حبان، ج١٥، ص ٥٣٢. وابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، ج١، ص٦٣٥.
٧٩. ابن منظور، لسان العرب، حرف اللام فصل العين مادة (ع د ل).
٨٠. الرملي، نهاية المحتاج، ج٥، ص٤١٥.
٨١. صحيح ابن حيان كتاب الهبة، ذكر خبر ثالث يصرح بأن الإيثار بين الأولاد في النحل...غير جائز استعماله، ج١، ص٥٠٣، حديث رقم ٥١٠٤.
٨٢. صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ج٣، ص١٢٤٢، حديث رقم ١٦٢٣.
٨٣. صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ج٣، ص١٢٤٢، حديث رقم ١٦٢٣.
٨٤. صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ج٣، ص١٢٤٣، حديث رقم ١٦٢٣.
٨٥. ابن القيم، تحفة المولد، ص ١٦٠.
٨٦. ابن القيم، تحفة المولود، المرجع السابق، ص ١٦٠.
٨٧. ابن العثيمين،، ص١٧-١٨.

المصادر والمراجع

- القران الكريم.

١. إبراهيم عبد الله المرزوقي، حقوق الإنسان في الإسلام المجمع الثقافي، الامارات.ط١، ١٩٩٧م.
٢. ابن العثيمين شرح رياض الصالحين ط١، دار السلام القاهرة ٢٠٠٢م.
٣. ابن القيم الطب النبوي، تحقيق: سيد إبراهيم القاهرة، دار الحديث، ٢٠٠١م.
٤. ابن القيم تحفة المولود، ط١، بيروت، دار بن حزم، ٢٠٠٠م.
٥. ابن حجر شهاب الدين: فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت دار المعرفة.
٦. ابن سعيد، محمد بن سعد بن منبع أبو عبد الله: الطبقات الكبرى، ط١، بيروت، دار المعرفة.
٧. ابن عابدين محمد امين: حاشية رد المختار الار المختار شرح الابصار،

ط٢، مصر مطبعة مصطفى الحلى وأولاده، ١٩٦٦م.
٨. الجصاص، الامام أبو بكر احمد بن على الرازي، احكام القران بيروت الكتاب العربي.
٩. جلال الدين عبد الرحمن، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تجربة خالد عبد الفتاح والباء، بيروت مؤسسة الكتب الثقافية، ١٩٩٤م.
١٠. القاموس الفقهي، للجوهري، ط١، دار العلم الملايين بيروت، ١٩٧٤م.
١١. الحافظ بن كثير، عماد الدين ابي الفداء إسماعيل إسماعيل، تفسير القران العظيم، ط١، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
١٢. حضري محمد حمد، الإسلام وحقوق الإنسان، دار مكتبة الحياة بيروت ١٩٨٠م.
١٣. الخلوي عبد الرحمن، اصول التربية الإسلامية واساليبها، دار الفكر.
١٤. زيادة، خليل، مظاهر تكريم الإنسان في البيان القرآني، قراءة فكر النورس، مجلة تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الإردنية عدد ابار ٢٠٠٢م.
١٥. الزبيري، محمد مرتضى: تاج العروس من جواهر القاموس، بيروت، دار مكتبة الحياة: (د ت) باب الواو.
١٦. زيدان عبد الكريم، المفصل في احكام المرأة والبت المسلم، بيروت مؤسسة الرسالة ١٩٩٧م، والعك الشيخ خالد عبد الرحمن تربية الأولاد في ضوء القران والسنة بيروت دار المعرفة ١٩٩٨م.
١٧. سويد محمد نورين عبد الحفيظ، منهج التربية النبوية للطفل، ط١، بيروت، دار بن كثير ٢٠٠١م.
١٨. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر، الاكليل في استنباط التنزيل، تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكتب، ط١، بيروت، دار العلمية ١٩٩٨م.
١٩. شبلي محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ط٢، بيروت، دار النهضة العربية ١٩٦٩م.

٢٠. الشوكاني، محمد بن على محمد، فتح القدير الجامع بين الرواية في علم التفسير، ط١، دار الفكر، (د ت).
٢١. صحيح بن حيان باب الهبة. ذكر خبر ثالث يصرح بأن الإيثار بين الأولاد في النحل غير جائز استعماله، حديث ٥١٠٤.
٢٢. صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الجذام، حديث رقم ٥٧٠٧.
٢٣. صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب المرأة راعية في بيت زوجها، حديث رقم ٤٩٢٤.
٢٤. صحيح مسلم، كتاب البر والصلاة والادب، باب تحريم الظلم، حديث رقم ٢٥٢.
٢٥. صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب رحمة النبي صلى الله عليه وسلم للنساء وامر السواق، حديث رقم ٢٣٢٣.
٢٦. صحيح مسلم، كتاب السلام باب لكل داء واستحباب التداوي، حديث رقم ٢٢٠٤.
٢٧. طعمان هاني سليمان، حقوق فئات ذات أوضاع خاصة ١٦، عمادة دار الشروق، ٢٠٠١م.
٢٨. علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الاسرار عن أطول، فخر الإسلام للبزدوي، تحقيق: (المعتصم بالله)، ط٣ بيروت دار الكتب العربي، ١٩٩٧م.
٢٩. عواد وجودة، حقوق الطفل في الإسلام، ط/ القاهرة (د ت).
٣٠. محمد تقي، الطفل بين الوراثة والشريعة، ط٢، النجف الاشرف، مطبعة الادب ١٩٦٩م.
٣١. الفيومي: المصباح المنير، مادة، فتى. والفيروزابادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، بصائر ذوي التمييز في توفيق عريضة ١٩٦٩م.
٣٢. القرطبي: الجامع لاحكام القران، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٩٨٥م.
٣٣. محمد عبد العليم موسى، الطفل بين منافع التلفزيون ومضاره، الرياض مكتبة العبيكان، ط١، ١٩٩٩م.
٣٤. محمد لاقي، مقالات شرعية بعنوان: كيف حفظ الإسلام النسل، من موقع منتدى العلماء بتاريخ: ١٥ شعبان ١٤٣٦هـ، ٢٠١٥/٦/٢م.

٣٥. محي الدين النووي شرح صحيح مسلم، المطبعة المصرية ومكتبتها، القاهرة (د ت).
٣٦. سويد محمد نورين عبد الحفيظ، منهج التربية النبوية للطفل، ط١، بيروت، دار ابن كثير ٢٠٠١م.
٣٧. مذكور، نظر الإسلام إلى تنظيم النسل، بحث مقارنة في المذاهب الإسلامية ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٥٦م، مصنف عبد الرازق، تحقيق: حبيب الرحمن، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٠م.
٣٨. فيض القدير شرح الجامع الصغير، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن على المناوي، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٣٩. منظور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، ١٩٨٢م.
٤٠. الموسوعة العربية العالمية، ط٢ الرياض، مؤسسة اعمال الموسوعة ١٩٧٨م.
٤١. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية، ط١ ٣٤٢.

الأثر القانوني لإنقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية في جرائم القتل «في الفقه والقضاء السوداني»

د. محمد التجاني محمد الشريف*

مستخلص

تناول البحث الأثر القانوني لانقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية، تمثلت مشكلة البحث في ان هنالك قصور تشريعي فيما يتعلق بتحديد ذلك الأثر، حيث سكت المشرع عن النص عليه وتضاربت أحكام المحكمة العليا حول تكييف المسؤوليةٍ الجنائية عند انقطاع رٍابطة السببية فكثيرا ما يرتكب الجاني فعلا جنائيا، ولكن تنقطع رابطة السببية، فما هو أثر انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية،نبعت أهمية البحث من أهمية رابطة السببية كأحد العناصر المهمة المكونة للركن المادي للجريمة، فحتي تكتمل عناصر الركن المادي بالاضافة للفعل والنتيجة لابد من توفر رابطة السببية التي تربط بين ذلك الفعل وتلك النتيجة التي تحققت، أي توضح ان هذا الفعل هو الذي أحدث تلك النتيجة، هدف البحث إلى بيان مفهوم رابطة السببية، واسباب وأثر انقطاعها على المسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية وغير العمدية، إتبع البحث المنهج التحليلي والمنهج الوصفي والمنهج المقارن، توصل البحث إلى عدد من النتائج أهمها: انه تظهر مشكلة انقطاع رابطة السببية كمشكلة قانونية وقضائية في حالة تعدد العوامل المؤدية إلى النتيجة الإجرامية، بحيث إلى جانب فعل الجاني قد تتداخل عوامل أخري تساهم بكيفية أو بأخري في إحداث النتيجة لا علاقة لها بسلوك الجاني ونشاطه، كما أن رابطة السببية ليست كما يتصور البعض أنها عمل طبي بل هي عمل قضائي مع الإستعانة بالبينة الطبية أن وجدت، توصل البحث كذلك إلى أن عامل الزمن ومدى العناية الطبٍية التي توفرت للمصاب لا أثر لها إطلاقا في أمر إكتمال حلقات رابطة السببية متى ثبت عنصر التسلسل المتصل من تلك الحلقات. أوصي البحث بالعديد من التوصيات أهمها: تطبيق عقوبة الأذي الجسيم في الجرائم العمدية، بإعتبارها العقوبة الأمثل عند انقطاع رابطةٍ السببية ولأنها الجريمة التي تحققت فعلا قبل تدخل العوامل الأخري بين نشاط الجاني والنتيجة التي تحققت.

Abstract

The study addressed the legal effect of discontinuation of the causal link on criminal responsibility, the problem of the study was that there is a deficiency in determining that effect, as the legislator was silent on the provision of it, and the Supreme Court rulings were inconsistent about the adaptation of criminal responsibility when the causal link was interrupted so the perpetrator often commits a criminal act, but it was interrupted Causal link, what is the effect of discontinuation of causation link on criminal responsibility?.The importance of the study came out from the importance of the causal link as one of the important components of the material corner of the crime, so that the elements of the physical element in addition to the action and the result are complete, there must be a causal link that links between that action and that achieved result, that is, it shows that this act is the one that brought about that result. The study aimed to clarify the concept of causation, the causes and the impact of interruption of it on criminal responsibility in intentional and unintentional crimes, The study followed the analytical approach, the descriptive approach and the comparative approach, The study reached many results , the most important of were there; shows the causal link as a legal and judicial problem in the case of multiple factors leading to the criminal outcome, so that besides the perpetrator's action, other factors may interfere in one way or another in creating the result. It is related to the behavior of the perpetrator and his activity, and the causation link is not, as some imagine it to be a medical act, but rather a judicial act with the help of medical evidence, if any, and the study also concluded that the time factor and the extent of medical care provided to the injured have no effect at all in the matter of completing link rings Causality when the continuous sequence element of those loops is installed. The study The study have recommended which were there: The study recommends the application of the punishment for serious harm in intentional crimes, considering it the optimal punishment when the causal link is interrupted and because it is the crime that has actually been achieved before the interference of other factors between the perpetrator's activity and the result achieved. The study also recommended that the Chief Justice issue a leaflet explaining appropriate judgment when the causal link is broken to settle the ongoing controversy between courts in Sudan.

مقدمة

سكت المشرع عن بيان الأثر القانوني لانقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية، فكثيراً ما يرتكب الجاني فعلاً جنائياً، ولكن تنقطع رابطة السببية، فما هو أثر انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية؟.

إن بحث علاقة السببية لا يدعو إلى جدال إذا كان نشاط الجاني قد أدي إلى النتيجة فوراً دون تراخ ،كما لو صدم شخص، شخصاً آخر حال إسراعه صدمة قضت عليه في الحال، أو كما لو اطلق شخص على آخر عياراً نارياً فأرداه قتيلاً، إنما يثور الجدل في بحث علاقة السببية عندما تتراخي النتيجة التي يعاقب عليها القانون عن نشاط الجاني فتتدخل بذلك عوامل خارجية قد تنفرد هي بإحداث النتيجة دون نشاط الجاني، وقد تساعد في إحداثها، أو تتعجله، وقد لا تؤثر مطلقاً هذه العوامل المتداخلة.

أهمية البحث:

نبعت أهمية البحث من أهمية رابطة السببية كأحد العناصر المهمة المكونة للركن المادي للجريمة، فحتي تكتمل عناصر الركن المادي للجريمة بالاضافة للفعل والنتيجة لابد من توفر رابطة السببية التي تربط بين الفعل والنتيجة التي تحققت، أي توضح ان هذا الفعل هو الذي أحدث تلك النتيجة.

مشكلة البحث:

تثور مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة الأتية:

١. هل هنالك قصور تشريعي فيما يتعلق بتكييف الأثر القانوني عند انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية؟
٢. هل تباينت اراء دوائر المحكمة العليا حول تكييف المسؤولية الجنائية عند انقطاع رابطة السببية؟
٣. ما هو أثر انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية، في الفقه الإسلامي والقضاء السوداني؟

أهداف البحث:

هدف البحث إلى:

١. بيان مفهوم رابطة السببية
٢. توضيح أسباب انقطاع رابطة السببية.
٣. بيان أثر انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية وغير العمدية.

منهج البحث:

اتبع البحث المنهج الوصفى والمنهج المقارن والمنهج التحليلي.

هيكل البحث:

تقوم هذا البحث على مقدمة وأربع مباحث، المبحث الأول بعنوان: **مفهوم المسؤولية الجنائية ومفهوم رابطة السببية**، المبحث الثاني بعنوان: **أسباب انقطاع رابطة السببية في القضاء السوداني**، بينما كان المبحث الثالث بعنوان: **أثر انقطاع رابطة السببية في الفقه الإسلامي**، وجاء المبحث الرابع بعنوان: **الأثر القانوني لانقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية**.

المبحث الأول

مفهوم المسؤولية الجنائية ومفهوم رابطة السببية

نتناول من خلال هذا المبحث مفهوم رابطة السببية في اللغة والإصطلاح القانوني والتطبيقات القضائية، ومفهوم وأساس المسؤولية الجنائية:

أولاً: تعريف رابطة السببية:

١. مصطلح رابطة في اللغة مشتق من الفعل ربط، ربط الشئ يربطه ربطاً، فهو مربوط، والرباط ما ربُط به، والجمع رُبط[١]، أما مصطلح سببية في اللغة من سبب، والسبب كل شئ يتوصل به إلى غيره[٢]، وأيضاً يعرف السبب بأنه العلاقة بين السبب والمسبب، وجمعه أسباب[٣].

٢. تعريف رابطة السببية في الفقه القانوني: هي رابطة تقوم بين السلوك الإجرامي والنتيجة المادية في الجريمة ومضمونها أن السلوك الإجرامي هو السبب الذي أدي إلى حدوث النتيجة[٤].

تُعرف رابطة السببية بأنها هي: "العلاقة بين فعل الجاني والنتيجة التي يسأل عنها"[٥] ولا يعتبر فعل الجاني سبباً للموت في جرائم القتل إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت المجني عليه.

حتي تكتمل عناصر الركن المادي للجريمة بالاضافة للفعل والنتيجة

لابد من توفر رابطة السببية وهي الرابطة التي تربط بين الفعل والنتيجة التي تحققت، أي توضح ان هذا الفعل هو الذي أحدث تلك النتيجة.

٣. تعريف رابطة السببية في التطبيق القضائي: ذهبت المحكمة العليا إلى تعريف رابطة السببية بقولها: "هي بمعناها البسيط الصلة أو الرابطة التي تربط بين نشاط الجاني وحدوث النتيجة المتوقعة"[٦].

ويجب أن تربط رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة ربطاً مباشراً وواضحاً وقريباً وقوياً لا فكاك منه[٧] ولابد أن تكون هذه الرابطة متينة وليس فيها نزاع[٨].

أوضحت المحكمة العليا كذلك[٩] أن المقصود برابطة السببية بمعناها البسيط: "هي الصلة أو الرابطة بين نشاط الجاني وحدوث النتيجة، فإذا لم تتوافر هذه الرابطة لا تتم الجريمة"، أي ان رابطة السببية التي تربط بين الإصابة التي أحدثها المتهم وبين موت المجني عليه في جرائم القتل مثلاً لابد ان يكون ذلك الربط مباشراً وواضحاً وقريباً وقوياً لا فكاك منه دون ان يكون هناك عاملاً أجنبياً ليقطع سلسلة تلك العلاقة الثابتة بعد تخطي مرحلة الشك المعقول"[١٠].

ثانياً: تعريف المسؤولية الجنائية:

تعريف المسؤولية الجنائية في اللغة:

المسؤولية في اللغة كلمة أصلها سؤال، والسؤال ما يسأله الإنسان، ويقال سألته الشئ وسألته عن الشئ ويقال رجل سؤله بمعنى رجل كثير السؤال كما يقال سألوا القوم بمعنى سأل بعضهم بعضاً. ويقال سألته وسؤلته ومسألته (بمعنى قضيت حاجته)[١١].

والسؤال قد يكون بمعني الطلب، مثل سألته درهماً،وقد يكون بمعنى الاستخبار مثل سألته عن حالته نوقد يكون بمعنى الطلب مثل سألته علماً[١٢].

أما كلمة جنائية فلها معاني متعددة في اللغة لأن اصلها جنى وتعني تقول جنى فلان على فلان إذ تقول عليه "وقد تكون بمعنى ادعى، مثال جنى عمر جناية على محمود إذ ادعى عليه. وقد تكون بمعنى "جمع "ومثالها جنى فلان التمر

وقد تكون بمعنى صار ومثالها جنى الرجل إبناً بمعنى صار له ابن. واسم الفاعل منها جاني والجمع جناه وجناء.

تعريف المسؤولية الجنائية في الإصطلاح:

تُعرّف المسؤولية الجنائية بأنها هي: "كون الشخص مطالباً بتبعات تصرفاته غير المشروعة".

المبحث الثاني

أسباب انقطاع رابطة السببية في القضاء السوداني

هنالك أسباب لانقطاع رابطة السببية في القضاء السوداني الذي اجتهد لمعالجة القصور الحاصل في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م تعديل ٢٠٢٠م فيما يتعلق ببيان أسباب انقطاع رابطة السببية، وأهم تلك الأسباب:

١. العوامل الشاذة (غير المألوفة) التي تتوسط بين الفعل والنتيجة.

المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان ضد عبد الله محمد رمضان[١٣] "نمرة القضية: (م أ/ م ك/٧١/٣٦٩) وضعت مجموعة من المبادئ التي توضح أسباب انقطاع رابطة السببية[١٤]:

١. لإثبات أن الموت قد نجم عن الإصابة لابد من إثبات أن هناك علاقة مباشرة وواضحة بين الإصابة التي أحدثها المتهم وسبب الموت الحقيقي توضح أن علاقة السببية لم تنفصم.
٢. تنفصم علاقة السببية إذا ما تدخلت بين الفعل ونتائجه عوامل خارجية لا صلة لها بفعل الجاني أو نشاطه.
٣. الامور المتوقعة أو المحتملة الحدوث هي تلك التي يمكن للرجل العادي ان يتكهن بحدوثها في اطار المالوف مما تجري به سنن الحياة بالنسبة للفعل ونتائجه.

في سابقة حكومة السودان/ضد/ عبد الرحمن عبد العزيز ابراهيم[١٥] وضعت المحكمة العليا مبدأ مفاده انه: "لكي تتوفر علاقة السببية يجب أن يكون الموت ناجماً عن الفعل بمعنى أن تكون العلاقة بين الفعل والموت علاقة العلة بالمعلول والمسبب بالسبب كما يجب أن تكون هذه العلاقة مباشرة وواضحة وغير بعيدة.

والمحكمة ملزمة بأن تبيّن وبكل وضوح توفر علاقة السببية ما بين النشاط

والنتيجة، والا فإن حكمها يكون غير معلل تعليلاً كافياً مما يستوجب نقضه[١٦].

فإذا لم تتدخل عوامل خارجية غير مألوفة فإن رابطة السببية تظل موجودة ومسؤولية المتهم عن فعله تظل قائمة، في سابقة حكومة السودان/ضد/ تونق قرنق مجاك[١٧] "كان المرحوم قبيل ضربه هاتيك الضربات مفعماً بالحيوية والنشاط، غير معانٍ من أي مرض –وكان منتشياً مما عبه بجوفه من خمر– وبعد دقائق قليلات خر ميتاً، لم تتدخل عوامل خارجية جعلت علاقة السببية هذه تنفصم، لهذا فقد شمخت في حق المحكوم عليه جريمة القتل العمد".

يتفق الباحث مع ما ورد من آراء قضائية بشأن رابطة السببية، حيث لابد أن تكون رابطة السببية بين الفعل والنتيجة واحة وقوية ومباشرة لا غموض فيها.

٢. أفعال الطبيعة كالزلازل أو البراكين والصواعق:

فهي تقطع رابطة السببية، لأنها تعتبر عوامل مستقلة عن فعل المتهم، لأنٍ القاعدة العامة أن المتهم يكون مسؤولاً عن كافة الأفعال غير المستقلة والتي تعتبر إمتداد لفعله[١٨].

٣. موت المُجني عليه قبل الإعتداء عليه:

القتل العمد الموجب للقصاص هو الذي يحدث بسبب إعتداء على آدمي حي، فلا قصاص على الميت الذي فارق الحياة[١٩].

فموت المُجني عليه قبل الإعتداء عليه من قبل الجاني يقطع رابطة السببية ويجعل النتيجة مستحيلة، حيث لا يكون ثمة نتيجة للجريمة بسبب موت المجني عليه قبل وقوع الجريمة، ولا يُقرر الفقهاء عقاباً لأنه لا موضوع للإجرام فيها[٢٠].

٤. تعمد المجني عليه أن تسؤ حالته:

وذلك بهدف تحميل المتهم المسؤولية وإثقال كاهله.

٥. المرض التالي للجُرح:

إذا كان المرض تالياً للجرح وكان مما ينشأ عنه الموت غالباً ولا علاقة له بنشاط الجاني، وإن كان له علاقة بالمستشفي التي نقل إليها المُجني عليه مثلاً[٢١] ومات هذا الأخير به كإصابته بفايروس كورونا مثلاً داخل المستشفي الذي اسعف إليه، فلا قصاص، ويُعزر الجاني.

أما إذا كان هذا المرض قد حدث نتيجة لفعل الجاني فلا يقطع علاقة السببية[٢٢]، حيث قررت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان/ضد/ أساغة آدم قضية رقم (م أ/ م ك/١٤/ ١٩٤٠م) ان حدوث الإلتهاب الرئوي إثر إصابة شديدة في الرأس مما أدي بالضرورة إلى ملازمة المريض للفراش لا يعتبر أمر غير عادي، لذلك فإن الضربة والشج الشديد في الرأس أمران مرتبطان إرتباطاً وثيقاً بما إنتهي إليه المُجني عليه من إصابة بالإلتهاب الرئوي وافضي إلى موته".

خطأ المُجني عليه وأثره في توفر رابطة السببية:

تنتفي رابطة السببية بين فعل الفاعل والنتيجة الضارة إذا كان فعل المُجني عليه هو السبب الحقيقي للنتيجة، وليس معنى ذلك أن كل تصرف من المُجني عليه ينفي مساءلة المتهم، فإذا ثبت ان المتهم لم يرتكب خطأ يواخذ عليه فلا يتوافر رباط السببية[٢٣].

وحتي يعتبر خطأ المُجني عليه مؤثراً في رابطة السببية لابد من توفر شرطان مجتمعان:

١. أن يكون خطأ المُجني عليه شاذاً (فاحشاً إلى درجة يتلاشي معها خطأ الجاني ولا يكاد يذكر) فإنه في هذه الحالة يجُب خطأ الجاني بما يستوجب إنتفاء المسؤوليتين الجنائية والمدنية معاً، أو بعبارة أخري أنه يحل محل خطأ الجاني في تحمل تبعة الحادث.
٢. تمتع المُجني عليه بحرية الإختيار والإدراك.

ينبغي أيضاً في خطأ المُجني عليه حتى يمكن القول بأن له أثره في إنهاء رابطة السببية بين خطأ الجاني والنتيجة، ان يكون الأول متمتعاً بحرية الإختيار والإدراك، فإذا إنعدمت حرية الإختيار لمثل الضرورة أو الإكراه تعذر القول بأن هناك خطأ يعتد به من المكره أو المضطر في حساب النتيجة، كما ينبغي في خطأ المجني عليه حتى يحدث نفس الأثر ان يكون الأخير متمتعاً بإدراكه.

وهذا الرأي يتفق مع شراح القانون الفرنسي، ففي رايهم إذا ضرب الجاني شخصاً أو جرحة فأهمل المجني عليه العلاج أو أساء علاج نفسه أو كان

مريضاً أو ضعيفاً فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر في نظر الشراح الفرنسيين سبباً مباشراً للقتل، لان هناك سبباً أو اسباب أخرى ساعدت على إحداث القتل[٢٤].

أسباب لا تقطع رابطة السببية:

هنالك العديد من الأسباب يعتقد البعض من شراح القانون أنها تقطع رابطة السببية، ولكنها في الحقيقة غير ذلك، نتناول العديد منها كالأتي:

١. الشيخوخة والضعف الجسدي للمُجني:

حيث يكون القتل عمداً إذا ضرب الجاني المُجني عليه في مقتل، أو بأداة تقتل نادراً في بعض الظروف كما في حال ضعف المضروب لمرض أو صغر أو في زمن حر أو برد مفرط[٢٥]، وحتي مسألة جهل المتهم بحالة المجني عليه الصحية تشكل عنصراً في القصد الجنائي، ولكنها لا تؤثر في علاقة السببية.

٢. نزيف الجرح المؤدي للوفاة بسبب فعل الجاني:

أن عدم إلتئام الجرح الذي سببه الجاني للمجني عليه ونزيفه وتسببه في الوفاة لا يقطع رابطة السببية، (روي عن يحي بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابناً له بالسيف فأصاب ساقة فنزي جرحة فمات[٢٦]، فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر ذلك له، فقال له عمر: أعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة واربعين خلفة، ثم قال اين أخو المقتول، فقال: هاانذا، قال: خذها"[٢٧].

يستدل مما سبق ان الجرح الذي سببه الجاني وكان سبباً في الوفاة والنزيف لا يقطع رابطة السببية، وكان على القاتل الدية لانه والد، ولا يقاد الوالد بولده.

٣. مضي فترة من الزمن بين الفعل والنتيجة متي ثبت أن النتيجة كانت بناء على الفعل:

حيث أن طول المدة بين فعل الجاني وتحقق النتيجة لا يقطع رابطة السببية، متي ما ثبت أن النتيجة كانت بناء على فعل الجاني، المحكمة العليا في السودان

في سابقة حكومة السودان/ضد/ أحمد ادم على زكرت انه: "ويبقي أمر مرور الزمن سواء كان سنة كاملة أم أكثر أحد الإعتبارات الواردة في تقرير أمر السببية ولكنه غير حاسم بمفرده" أي ان مرور سنة كاملة بين الإصابة التي أحدثها المتهم والوفاة لا يقطع رابطة السببية، طالما ان الفعل هو الذي حقق النتيجة دون تدخل عوامل خارجية.

٤. المرض اللاحق إذا كان بسبب فعل المتهم:

حيث يتحمل المتهم تبعات أفعاله، فإذا سببت تلك الأفعال ألم ومرض للمجني عليه مما أدي للوفاة فأن الجاني يتحمل ذلك طالما لم تتدخل عوامل خارجية أخري تقطع رابطة السببية، في سابقة حكومة السودان/ضد/ عثمان محمد على إدريس[٢٨] جاء التقرير الطبي أن الوفاة قد حدثت نتيجة للإلتهاب بالغشاء البروتين مما أدى إلى هبوط في الدورة الدموية، وذلك كله بسبب الطلق الناري الذي أصاب به المتهم المجني عليه، خلصت المحكمة إلى عدم انقطاع رابطة السببية.

في محاكمة المتهمين بقتل الأستاذ أحمد الخير ذهبت المحكمة العليا دائرة المراجعة إلى القول: "اما علاقة السببية فقد كانت واضحة، حيث ان الثابت ان المجني عليه ونتيجة لما تعرض إليه من ضرب متكرر نتجت عنه صدمة عصبية أدت إلى توقف القلب الذي أدى إلى الوفاة"[٢٩] وفقاً لرأي أغلب اعضاء الدائرة في هذه المحاكمة أن المرض (صدمة عصبية) الذي نتج عن فعل المتهمين لم يقطع رابطة السببية لعدم تدخل عوامل خارجية.

٥. سقوط المُجني عليه أرضا وإصابته كأثر لذلك:

أي ان يسقط المجني عليه أرضاً بناء على فعل الجاني فيصاب بكسور مثلاً، فيكون الجاني متسبباً، وهذا الرأي برز بصورة واضحة في الفقه القانوني الإنجليزي، الذي يأخذ بالسبب المباشر وغير المباشر، ويعتبرون الجاني قاتلاً ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله، بل أدت إليه أو ساعدت عليه، فإذا إعتدي شخص عل آخر إعتداء شديداً، حمل المعتدي عليه ان يلقي بنفسه من نافذة أو شرفة ليخلص نفسه من هذا الإعتداء، فإن المعتدي يعتبر قاتلاً إذا مات المعتدي عليه من إلقاء نفسه[٣٠].

في سابقة حكومة السودان/ضد/ على إبراهيم على محمد[٣١]. في هذه السابقة ضرب المتهم المرحوم بعصا ضربتين في الرأس، دفع محامي المتهم في طعنه أمام المحكمة العليا أن سبب الوفاة هو كسر في قاع الرأس بينما الضربة بالعصا سببت فقط قطع في الرأس ونزيف في الأذن والأنف، وما ورد قد يعني أن الوفاة سببها الإرتطام بالأرض الصخرية وليس الضربة.

رفضت المحكمة العليا ذلك الدفع، وقررت (بحق) أن علاقة السببية لم تنقطع، لان سبب الوفاة كان نتيجة لفعل الجاني دون تدخل عوامل أخري، حتى مسألة الإرتطام بالأرض كانت جراء فعل المتهم.

٦. رفض المُجني عليه إجراء العملية الجراحية الضرورية:

يتحقق ذلك إذا شعر المجني عليه بأن هذه العملية قد تعرض حياته للخطر، والفقه الإنجليزي يعتبر الجارح قاتلاً ولو تبين أن المجني عليه أساء العلاج، أو رفض إجراء عملية كان من المرجح أن تؤدي إلى شفائه.

٧. إهمال المجني عليه علاج نفسه أو تراخيه في ذلك:

إذا أهمل المجني عليه في معالجة نفسه، والمقصود هنا الإهمال البسيط، وليس الإهمال الفاحش، فإذا تعمد المجني عليه إهمال نفسه إهمالاً جسيماً أو حصل خطأ فاحش من الطبيب في أثناء العلاج، وكانت نتيجة كل تلك الأمور وخيمة على المجني عليه، فلا يسأل المتهم عن تلك الأعمال التي حصلت رغم إرادته، ومن المعقول انه لا يصح أن يسأل شخص وأن يؤاخذ عن أمور وقعت من غيره وغير متيسر له منع وقوعها، إلا أن المحكمة العليا في السودان لها رأي أخر أوردته في سابقة حكومة السودان/ضد/ كمال الجاك[٣٢] والتي تتحصل وقائعها في أن المتهم ضرب المجني عليه بعيار ناري اخترق ركبته ثلاثة أو أربع بوصات مما سبب له نزيفاً أدى إلى وفاته، دفع محامي المتهم بأن منع أصحاب المجني عليه المتهم من نقله إلى المستشفى لإسعافه هو الذي تسبب في إستمرار النزيف الذي أدي إلى الوفاة، لكن المحكمة الكبرى لم تأخذ بهذا الدفع وقررت أن واقعة إنقاذ حياة المجني عليه كانت ممكنة

لو سمح رفاقه بنقله للمستشفي لا تعني أن الجرح لم يسبب الموت.

وقد أجابت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان/ضد/ مريم نور الدين يحي[٣٣] عن السؤال حول مدي تأثير تأخر إسعاف المُجني عليه لتلقي العلاج اللازم بقولها: "وقد يثور جدل عن أن المجني عليه بعدم إسراعه للمستشفي قد ساهم في تسبيب تلك النتيجة ولكن الشرح رقم (٢) الوارد تحت المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات يقفل كل باب للتمادي في مثل هذه المناقشة ولا يترك فرصة للمتهمة للتذرع بمثل هذا العذر".

كما ان المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان/ضد/ إبراهيم عبدالرحمن أحمد "أن عامل الزمن ومدى العناية الطبية التي توفرت للمصاب لا أثر لها إطلاقاً في أمر اكتمال حلقات رابطة السببية متى ثبت عنصر التسلسل المتصل من تلك الحلقات"، وقد اتفق قضاء محكمة النقض المصرية مع هذا الإتجاه، حيث خلصت في أحدى أحكامها إلى أنه: "إذا كان الثابت من التقرير الطبي أن الوفاة نشأت عن الإصابة فإن إهمال العلاج أو حدوث مضاعفات تؤدي إلى الوفاة لا تقطع علاقة السببية بين الإصابة والوفاة التي قصد إليها المتهم حيث طعن المجني عليه بنية قتله"[٣٤].

ولكن يمكن القول أنه إذا أهمل المجني عليه في حق نفسه إهمالاً فاحشاً لا يغتفر صدوره من الإنسان العادي، ولا يتوقع منه فإن ذلك يدخل في اعداد العوامل الشاذة غير المألوفة التي يتحمل وحده مغبتها والتي تؤدي بالتالي إلى قطع رابطة السببية بين نشاط الجاني وبين النتيجة النهائية متي ثبت توافر السببية بين إهمال المجني عليه وبين هذه النتيجة، وكذلك الأمر أيضاً إذا ما تعمد المجني عليه الإمتناع عن العلاج كلية[٣٥].

٨. مبدأ النتيجة المقصودة:

هذا المبدأ مفاده أنه: "يعتبر المتهم هو السبب وراء النتيجة الإجرامية المحتملة، حتى ولو كان هناك تدخل من طرف آخر، ما دامت النتيجة هي التي قصدها المتهم[٣٦].

٩. المضاعفات التي تحدث للمجني عليه جراء فعل المتهم:

هذه المضاعفات التي تحدث للمجني عليه جراء فعل الجاني من نزيف

وغيره، لا تقطع رابطة السببية، خلصت المحكمة القومية العليا في سابقة حكومة السودان/ضد/ حامد الشريف ديها عبدالخالق وآخر[٣٧] إلى أن رابطة السببية لم تنقطع، حيث أشار التقرير الطبي في هذه القضية إلى وجود جرح طعن بالجهة العلوية اليسرى للصدر نافذ داخل تجويف الصدر أحدث تهتكاً بالرئة اليسري ونزيفاً غزيراً مما أدى لهبوط الدورة الدموية والتنفسية.

١٠. تدخل أمور خارجية محتملة ومتوقعة حسب المجرى العادي للأمور:

كقاعدة عامة ومتفق عليها في القضاء والفقه القانوني أنه لا تقطع رابطة السببية تدخل أمور خارجية محتملة ومتوقعة حسب المجرى العادي للأمور[٣٨]، حيث يلزم أن يكون العامل الذي يقطع رابطة السببية من الشذوذ والخروج عن المألوف وفقاً للمجرى العادي للأمور إلى الحد الذي يتحمل فيه عبء النتيجة التي حصلت رغم أن الفعل الإجرامي كان صالحاً لإحداث الوفاة، إلا أنها حدثت بسبب عامل طارئ شاذ كان هو سبب الوفاة[٣٩] وقد خلصت محكمة النقض المصرية إلى أنه "قد أثبت في حق الطاعن أنه ركل المجني عليه في بطنه ملقياً إياه خارج الترام، ودلل على توافر رابطة السببية بين هذا الفعل وبين سقوط المجني عليه وانزلاقه تحت عجلات الترام فمر عليه وهشمت رأسه وصدره وأطاحت بجانب من جوهر مخه ففقد حياته وذلك من واقع تقرير الصفة التشريحية، بما يجعل الطاعن مسؤولاً في صحيح القانون عن جميع النتائج المحتمل حصولها من ركل المجني عليه في بطنه ملقياً إياه خارج الترام أثناء سيره"[٤٠].

١١. الإنفعال النفسي الذي يصيب المُجني عليه:

أيضاً من الأسباب التي لا تقطع رابطة السببية الإنفعال النفسي الذي يصيب المجني عليه، حيث اوضحت محكمة النقض المصرية في أحدى أحكامها بالقول: "قطع التقرير الطبي ان ما صاحب الحادث من إنفعال نفساني ومجهود جسماني نبه العصب السمبتاوي مما مهد وعجل بظهور نوبة هبوط القلب التي إنتهت بالوفاة كافي

لإثبات توافر رابطة السببية"[٤١].

خلاصة الأمر أن سلوك الإنسان يعد سبباً قانونياً لنتيجة ما حين يكون صالحاً لإحداثها[٤٢].

إثبات انقطاع رابطة السببية من عدمه:

ذهبت جل السوابق القضائية في السودان إلى ان الشهادة الطبية هي الفيصل في تحديد مدي توفر أو انقطاع رابطة السببية في جرائم القتل، في سابقة حكومة السودان/ضد/ مريم نور الدين يحي ذكرت المحكمة العليا أنه:"أما الحقيقة الثانية وهي عن رابطة السببية بين تلك الضربات وواقعة الوفاة فان الشهادة الطبية لا تترك شكا في أن الوفاة كانت نتيجة مباشرة لتلك الضربات التي أصيب بها المجني عليه في رأسه"[٤٣]، بينما توصلت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان/ ضد/ ح م وآخرين إلى مبدأ مفاده أن:"رابطة السببية ليست كما يتصور بعضهم أنها عمل طبي بل هي عمل قضائي مع الإستعانة بالبينة الطبية أن وجدت".

خلاصة الأمر يمكن للمحكمة ان تستشف توافر رابطة السببية على ضوء القرائن المستقاة من وفاة المجني عليه بعد ساعات قليلة من ضرب المتهم للمُجني عليه.

المبحث الثالث

أثر انقطاع رابطة السببية في الفقه الإسلامي

أن الشريعة الإسلامية تشترط لمسؤولية الجاني عن الجريمة ان يكون بين فعله وبين النتيجة رابطة السببية، وهي الرباط الذي يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة التي يسأل عنها، ففي جريمة القتل مثلاً لا يشترط ان يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد في إحداث الموت، بل يكفي ان يكون فعل الجاني هو سبب الموت وحده، أم ان الموت نشأ عن فعل الجاني بالذات أو عن أسباب أخري تولدت عن هذا الفعل كتحرك مرض كامن لدي المُجني عليه، كما يستوي ان يكون الموت نشأ عن فعل الجاني وحده، أو عن هذا الفعل وأسباب أخري لا علاقة لها بفعل الجاني كالإعتداء الحاصل من شخص آخر[٤٤].

ولا يعتبر فعل الجاني سبباً للموت إذا إنعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت المجني عليه، أو كانت قائمة ثم إنقطعت بعد ذلك بفعل من شخص آخر ينسب إليه الموت دون فعل الجاني الأول أو إذا كان في إمكان المجني عليه ان يدفع أثر الفعل دون شك فإمتنع عن دفعه دون ان يكون للجاني دخل في إمتناعه، والجاني يكون مسؤول عن نتيجة فعله سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعله أو كان نتيجة غير مباشرة لهذا الفعل، وسواء كان السبب قريباً أم بعيداً مادام الفعل سبباً للنتيجة.

ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية مع هذا لا يقولون بتوالي الأسباب إلى غير حد، بل يقيدون هذا التوالي بالعرف، لان السبب عندهم هو ما يولد المباشرة توليداً عرفياً، فما إعتبره العرف سبباً للقتل فهو سبب له ولو كان سبباً بعيداً، وما لم يعبره العرف سبباً للقتل فهو ليس سبباً له ولو كان سبباً قريباً، الأثر في الفقه الإسلامي إذا إنقطعت رابطة السببية هنالك إتجاهين:

الاتجاه الأول: أن لا عقوبة على الجاني إذا إنقطعت رابطة السببية، مثل أن يتبين أن المجني عليه قد مات قبل وقوع الجريمة، حيث لا يقرر الفقهاء عقاباً لأن لا موضوع للإجرام في هذه الحالة، معنى ذلك ان عدم وجود رابطة السببية يترتب عليه عدم الإدانة وبالتالي عدم المسؤولية(٤٥).

الاتجاه الثاني: هذا الرأي تبناه الإمام الشافعي رحمه الله، حيث ورد في كتابه (الأم) قوله:"إذا عمد رجل بسيف أو خنجر أو سنان رمح أو ما يشق بحده، إذا ضرب أو رمي به الجلد واللحم دون المقتل فجرحه جرحاً كبيراً أو صغيراً فمات منه فعليه القود، وان شرخه بحجر أو تابع عليه الخنق أو والى عليه بالسوط حتى يموت فعليه القود، وقد زكر الإمام الشافعي أنه:"قد جرح معن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في موضعين وعاش ثلاثاً، فلو قتله أحد في تلك الحال كان قاتلاً، وبرئ الذي جرحه من القتل"(٤٦).

وقال الإمام الشافعي أيضاً:"ولو تداوي المجروح بسم فمات أو خاط الجرح في لحم حي فمات فعلى الجاني نصف

الدية"، نسترشد من ذلك ان انقطاع رابطة السببية وفقاً لهذا الإتجاه لا يعفي الجاني من المسؤولية، في حين انه لا يعاقب الجاني بالقتل العمد، بل عليه (نصف الدية).

مما سبق نجد الفقهاء (سوي بعض الحنفية) يشترطون أن يكون بين الفعل المرتكب والموت الذي حدث رابطة سببية، ولا يقطع هذه الروابط أن تشترك بعض العوامل الأخري في إحداث النتيجة، فالشريعة الإسلامية تجعل الشخص مسؤولاً عن النتيجة متي كان من الممكن إسنادها إلى الفعل الذي صدر منه، فتكون الشريعة الإسلامية في ذلك أقرب إلى ما يجري عليه العمل في إنجلترا والهند والسودان[٤٧].

ويستخلص مما سبق أيضاً ان الشريعة الإسلامية تشترط لمسؤولية الجاني عن القتل مثلاً أن يكون بين فعله وبين الموت رابطة السببية، ولا يشترط أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد في إحداث الموت كما سبق وأن أشرنا سابقاً، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعالاً في إحداثه.

المبحث الرابع
الأثر القانوني لانقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية

القضاء السوداني اورد العديد من السوابق التي ناقشت مسألة انقطاع رابطة السببية، ولتحديد الأثر القانون لانقطاع هذه الرابطة لابد من ان ننظر إلى فعل الجاني، هل هو في دائرة العمد ام غير ذلك، حيث يختلف الأثر تبعاً لقصد الجاني من عدمه:

أولاً: الأثر القانون لانقطاع رابطة السببية في الجرائم العمدية:

إن قوانين العقوبات السابقة والقانون الجنائي النافذ لم تعالج مسألة السببية بصورة مستقلة وشاملة، رغم ان قانون العقوبات الملغي لسنة ١٩٨٣م قد احتوي على بعض الشروح الملحقة ببعض مواده تضع بعض القواعد المتعلقة برابطة السببية[٤٨] مستمدة من القانون الهندي.

إذا ثبت أن الجاني كان متعمداً سلوكه فلا يمكن ان يترك دون عقاب، فاما ان يطبق عليه نص المادة (١٩) جريمة الشروع أو تسبيب الاذي الجسيم ولكن

من خلال الرجوع للسوابق القضائية نجد ان هنالك إختلاف في أحكامها:

أثر انقطاع رابطة السببية وفقاً للتطبيقات القضائية:

سبق ان أشرنا في مقدمة هذا البحث أن المشرع السوداني قد سكت عن النص على أثر انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية، وترك ذلك لتقدير المحاكم والتي تضاربت أحكامها ما بين معاقبة الجاني بعقوبة تسبيب الأذي الجسيم، وما بين إدانة المتهم بجريمة الشروع، بينما توصلت بعض المحاكم إلى عدم معاقبة الجاني وضرورة إطلاق سراحه عند انقطاع رابطة السببية:

الاتجاه الأول: ذهب إلى إدانة الجاني بجريمة الأذي الجسيم:

ويسند هذا الإتجاه سابقة حكومة السودان/ضد/ كوال أباي مبيور[٤٩] تتمثل وقائع هذه السابقة في أن المتهم قام بضرب المجني عليه بعصا في رأسه، توفي المجني عليه بعد عدة أسابيع نتيجة لجروح في الرأس أحدثها الطبيب البلدي (الكجور)، خلصت المحكمة العليا إلى انقطاع رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة (الوفاة) واقرت إدانته بجريمة تسبيب الأذي الجسيم، وعللت المحكمة العليا حكمها بأن: "رابطة السببية بين تلك الضربة وواقعة الوفاة تبدو غير وثيقة، وهنالك فاصل لا يمكن إغفاله وهو العملية الجراحية البلدية التي أجراها الكجور في رأس المُجني عليه"، وأضافت المحكمة "أن الشك الذي أمامنا الأن ليس في أن وفاة المُجني عليه جاءت نتيجة لعدم العلاج الصحيح، ولكن نتيجة لتدخل عوامل أجنبية وغريبة كلياً بالنسبة للمتهم، وهي سكين الكجور".

وخلصت إلى القول: "ان البيّنات التي إكتفت بها المحكمة تقف فقط في حد تسبيب الأذي الجسيم، وهي جريمة لها خطورتها، وبما ان المتهم قضي الأن حوالي أربعة سنوات في الحراسة رهن المحاكمة، فنحكم عليه بالسجن لمدة أربعة سنوات إبتداء من ١٩٧١/٦/٤م (تاريخ وقوع الجريمة) وبناء عليه يستحق ان يفرج عنه فوراً"[٥٠].

وقريب من هذا الإتجاه ذهب الفقه الإسلامي: "فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلاً يقصد قتله يعتبر قاتلاً له إذا مات

من الجرح، ولكن إذا جاء ثالث قطع رقبة الجريح فهو القاتل، والأول جارح لا قاتل، لأن فعل الثالث قطع فعله وقضي على أثره". حيث أن العقوبة للجارح عند انقطاع رابطة السببية هي الإدانة بجريمة الجراح العمد، وهي قريبة من هذا الإتجاه، وبعيدة عن الإتجاهين الثاني والثالث الوارد زكرهما لاحقاً.

سابقة حكومة السودان /ضد/ عبدالرحمن عبدالعزيز إبراهيم، تتلخص وقائع هذه السابقة بإختصار شديد في أن المتهم طارد زوجته وضربها بعصا في صفها (جانبها) ثم توفت لرحمة مولاها، أوضح التقرير الطبي ان سبب الوفاة هو نتيجة تضخم مزمن في الكبد، كما وجد انفجار بالكبد أدى إلى نزيف كان السبب المباشر للوفاة، ونفي التقرير الطبي أن تكون الضربة التي سددها المتهم للمتوفية هي السبب المباشر في إحداث إنفجار الكبد، توصلت المحكمة لانقطاع رابطة السببية معللة قرارها بأنه: "لكي تتوفر علاقة السببية يجب أن يكون الموت ناجماً عن الفعل بمعنى أن تكون العلاقة بين الفعل والموت علاقة العلة بالمعلول والمسبب بالسبب كما يجب أن تكون هذه العلاقة مباشرة (Praximate) وواضحة وغير بعيدة (Remote).

وبشأن العقوبة خلصت المحكمة إلى القول: "وعليه أرى أن نرفض تأييد الإدانة وأن نأمر بإطلاق سراح المتهم فوراً وقد كان يمكن إدانته بالأذى والتهجم وسجنه تأديباً له ولكن بما أنه قد أمضى أكثر من عامين في الحراسة فلا نرى داعياً لذلك وعليه نرى إطلاق سراحه"، أي ان المحكمة زكرت صراحة في هذه السابقة أنه عند انقطاع رابطة السببية يمكن إدانة المتهم بجريمة تسبيب الأذي أو جريمة التهجم.

ويؤيد هذا الإتجاه أيضاً رأي بعض فقهاء القانون الذين يرون أن المسؤولية الجنائية ترتقع في خصوص النتيجة الشاذة فقط، ولكنها تظل ثابتة بالنسبة للفعل طالما أنه يشكل في القانون جريمة أخري، مثال ذلك: الشخص الذي جرح آخر عمداً، وفي طريقه إلى المستشفي إنقلبت به سيارة الإسعاف فمات، مثل هذا الشخص إن كان لا يعد مسؤولاً من

حدث الوفاة فإنه يظل مسؤولاً عن فعل الجرح العمدي، وبذلك تتقرر مسؤوليته عن جرح عمد لا عن جريمة قتل[٥١].

الاتجاه الثاني: إدانة المتهم بجريمة الشروع في القتل عند انقطاع رابطة السببية:

ويسند هذا الإتجاه سابقة حكومة السودان /ضد/ عبدالله محمد رمضان[٥٢]. حيث استبدلت محكمة الاستئناف قرار الإدانة تحت المادة (٢٥٣) القتل العمد بالمادة (٢٥٩) (الشروع في القتل العمد) من قانون عقوبات السودان.

وكان المتهم قد طعن المُجني عليه بسكين في بطنه حتى أخرجت الأمعاء، وتوفي المجني عليه في اليوم الخامس بجلطة في الشريان الرئيسي للرئة اليمنى، خلصت المحكمة إلى القول: "وعلى كل حال فالوفاة كانت نتيجة لجلطة في الشريان الرئيسي للرئة اليمنى وهذا بالطبع لم يكن نابعاً من الإصابة التي أحدثها المتهم ولم يكن متصلاً بها اتصالاً مباشراً بحيث يكون حدوث الموت منه أمراً متوقعاً أو محتملاً حدوثه".

الاتجاه الثالث: عدم معاقبة الجاني، وإطلاق سراحه:

وهو إتجاه بعيداً عن الواقع في نظري، تسنده العديد من السوابق القضائية، أهمها: سابقة حكومة السودان/ضد/ محمد حسن محمد كيلاني[٥٣]، توصلت المحكمة في هذه السابقة إلى انقطاع رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة، ورفضت إدانة الجاني بجريمة الشروع في القتل معللة قرارها بأنه: "إذا حدثت الإصابة فإما أن يموت المصاب ويبحث حينذاك عن ارتكاب جريمة القتل أو لا يموت ويبحث آنذاك إذا كانت الجريمة تعتبر شروعاً – أما أن يموت الشخص بسبب لا علاقة له بالحادث فاعتقادي أنه غير منطقي أو معقول أن ندين ذلك الشخص بجريمة الشروع".

في ظل القانون الجنائي الحالي سابقة حكومة السودان/ضد/ عمر فضل الله: توصلت المحكمة العليا إلى عدم معاقبة الجاني عند انقطاع رابطة السببية، وذكرت أنه: "من المقرر في الفقه الجنائي أنه لا سبيل لمساءلة الشخص جنائياً عن واقعة إجرامية معينة إلا إذا إرتبطت هذه

الواقعة بنشاط ذلك الشخص برابطة سببية، أي ان الركن الأول للمسؤولية الجنائية هو اذن تلك الرابطة المادية بين نشاط الجاني وبين الواقعة المعاقب عليها، ويعبر عن رابطة السببية في هذا المعني بتعبير (الإسناد المادي)[٥٤].

بإستقراء الإتجاهات الثلاثة السابقة فأن اغلب الإتجاه السائد في المحاكم هو معاقبة الجاني بجريمة الشروع في القتل عند انقطاع رابطة السببية، ويري الباحث ان تطبيق عقوبة الأذي الجسيم هي العقوبة الأمثل عند انقطاع رابطة السببية لأنها الجريمة التي تحققت فعلاً قبل تدخل العوامل الأخري بين نشاط الجاني والنتيجة التي تحققت.

ثانياً: الأثر القانون لانقطاع رابطة السببية في الجرائم غير العمدية:

وفقاً للإتجاهات الثلاث المذكورة أعلاه في الجرائم العمدية إذا إنقطعت رابطة السببية بين الفعل والنتيجة فإن الجاني أما أن تتم إدانته بجريمة الشروع أو بجريمة تسبيب الأذي الجسيم، وذهب أتجاه أخير بضرورة إطلاق سراح الجاني دون معاقبته، فإذا كانت الجريمة غير عمدية فلا يسأل عنها المتهم، لانه لا شروع في الجرائم غير العمدية[٥٥].

خلاصة القول أن البحث في رابط السببية أمر مهم، وهو غير مقصور فقط في جرائم القتل.

خاتمة

تناول البحث أثر انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية في جرائم القتل، حيث أوضح البحث مفهوم رابطة السببية في القانون والفقه الإسلامي وفي التطبيقات القضائية، مع بيان أسباب انقطاع هذه الرابطة وأثر ذلك على المسؤولية الجنائية للمتهم، خرجت الدراسة بالعديد من النتائج والتوصيات التي تتمثل في الاتي:

أولاً: أهم النتائج:

١. إن رابطة السببية تظهر كمشكلة قانونية وقضائية في حالة تعدد عوامل الوفاة، بحيث إلى جانب فعل الجاني قد تتداخل عوامل أخرى تساهم بكيفية أو بأخرى في إحداث الوفاة.

٢. إن المشرع السوداني لم يتطرق لأحكام رابطة السببية، مما يعد

قصوراً في ذلك القانون يجب سده، لأن موضوع رابطة السببية ليس من المواضيع الواضحة أو السهلة، إذ تستلزم عناية كبيرة، خاصة مسألة الربط بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية حال ما تداخلت عوامل يصعب تفسيرها بإعتبارها مألوف أم شاذ، وما تثيره من إشكالية دقيقة.

٣. أن الشريعة الإسلامية تجعل الشخص مسؤولاً عن النتيجة متي كان من الممكن إسنادها إلى الفعل الذي صدر منه، فتكون الشريعة الإسلامية في ذلك أقرب إلى ما يجري عليه العمل في إنجلترا والهند والسودان.

٤. رابطة السببية ليست كما يتصور البعض أنها عمل طبي بل هي عمل قضائي مع الإستعانة بالبينة الطبية أن وجدت.

٥. أن عامل الزمن ومدى العناية الطبية التي توفرت للمصاب لا أثر لها إطلاقاً في أمر إكتمال حلقات رابطة السببية متى ثبت عنصر التسلسل المتصل من تلك الحلقات.

٦. تباينت أراء المحاكم السودانية حول أثر انقطاع رابطة السببية على المسؤولية الجنائية وتمخض عن ذلك ثلاثة أراء،الأول ذهب إلى إطلاق سراح الجاني، والراي الثاني يري اصحابة بضرورة معاقبة الجاني بعقوبة الشروع في القتل، بينما ذهب الرأي الثالث لضرورة معاقبة الجاني بعقوبة الأذي الجسيم.

٧. يرى فقهاء وشراح القانون المصري أن انقطاع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة لا يعني ان الشخص إصبح غير مسؤول، فالحقيقة أن المسؤولية الجنائية ترتفع في خصوص النتيجة الشاذة فقط، ولكنها تظل ثابتة بالنسبة للفعل طالما أنه يشكل في القانون جريمة أخرى.

ثانياً: أهم التوصيات:

١. بما أن القانون الجنائي السوداني يفتقر إلى نصوص تحكم علاقة السببية، لابد من تشجيع الدراسات المتعلقة بهذا الأمر، وتحويلها إلى صيغ قانونية أو قواعد تشريعية واضحة تلائم تباين المجتمع السوداني.

٢. نوصي بالتدقق من التقارير الطبية التي تستند إليها المحاكم لتقرير انقطاع رابطة السببية من عدمه.

٣. نوصي القضاة عند انقطاع رابطة السببية في الجرائم العمدية أن تكون هنالك معاقبة للجاني إرضاء لضمير العدالة، وليس إطلاق سراحه كما ذهبت لذلك بعض التطبيقات القضائية، لان القصد الجنائي بالنسبة للمتهم موجود مسبقاً.

٤. نوصي السادة القضاة بحسن إستنباط وإستخلاص رابطة السببية في إحكامهم حتى يتم تطبيق القانون تطبيقاً سليماً.

٥. نوصي القضاة بالإنتباه للعوامل التي تتداخل في إحداث الوفاة ومدي تأثيرها على رابطة السببية.

الهوامش

- أستاذ مشارك بكلية الشريعة والقانون - جامعة الزعيم الأزهري - السودان.

١. إبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، ج٤، ، دار الصادر للطباعة والنشر بيروت ١٩٦٨م، مادة (ربط).

٢. إبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، المرجع السابق، ص١٠.

٣. د. عبدالله أحمد النعيم، القانون الجنائي السوداني، ط١، مطبعة الحرية أمدرمان، السودان، ١٩٨٦م، ص٥٦.

٤. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ١، دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٨٧م، ص٢٩٣.

٥. د. عبدالله الفاضل عيسي، شرح القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م، طبعة ٢٠١٤م، ص٢٣٧.

٦. قضية رقم (م ع / ط ج / ٢٠٠/ ٢٠٠٥م منشورة بمجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٥م.

٧. سابقة حكومة السودان //ضد // باب الله خميس جمعة، قضية رقم (م ع / م ك / ٥٠ /١٤٠٦ه.

٨. قضية رقم (م ع / م ك / ١٩٩/ ٧٣ حكومة السودان //ضد // عبدالله جون قمر، .

٩. سابقة غير منشورة، (م ع / ط ج /١٥٠ / ٢٠١٩م) المحكمة العليا دائرة ولايات دار فور الكبري.

١٠. حكومة السودان //ضد// فضل الله السماني أحمد، سابقة رقم (م ع / م ك / ٨٠/ ١٩٨٧م).

١١. إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة العربية ، مطبعة دار الملايين للطباعة والنشر ط١ ١٩٧٩م القاهرة ص ٧٢٣.

١٢. لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب والعلوم. المطبعة الكاثوليكية للطباعة والنشر ط٩ بيروت ص ١٠٥.

١٣. مجلة الاحكام القضائية لسنة ١٩٧٢م، ص١٧٧.

١٤. تتلخص الوقائع باختصار في انه كان للمتهم بعض مال في ذمة المجني عليه وعد سداده غير ان المجني عليه لم يفعل مما اضطر المتهم لاجراء تسوية انخفضت بالمال من تسع جنيهات وثلاثة قروش إلى اربع جنيهات ونصف على أن تسدد في خلال اسبوعين. لم يف المجني عليه بوعده للمرة الثانية فلجأ المتهم للمحكمة ولكن المجني عليه تعمد التغيب عن القرية. وعند عودته طالبه المتهم بسداد مبلغ ثلاث جنيهات وخمسة قروش دون جدوى. وفي يوم الحادث كان المجني عليه في طريقه لمشروع هيئة التوفير بالحلة وكان يحمل عصاة غليظة زاد في قوتها انها ربطت بجلد البقر(عكاز مضبب).

لحق المتهم بالمجني عليه بعدما تخلص من محاولات لمنعه كان قد قام بها شاهد الاتهام الخامس. تعارك المتهم والمجني عليه وخرج المتهم بجراح في الرأس من بينها كسر بالجمجمة وخرج المجني عليه بجرح في البطن خرجت على اثره امعاؤه. اسعف المتهم والمجني عليه وبعد ايام شفى المجني عليه ولكن توفى في اليوم الخامس للحادث اثر اصابته بجلطة في الشريان الرئيسي للرئة.

١٥. مجلة الاحكام القضائية لسنة ١٩٧٧م، ص٢٨.
١٦. د. عبدالرحمن توفيق أحمد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٢م، ص٨٦.
١٧. سابقة قضائية نمرة (م ع / إعدام / ٩١/ ٢٠١٦م)، غير منشورة، في هذه السابقة قام المتهم بضرب المرحوم بطوبة (بلك أسمنتي) خمسة ضربات، لم تتدخل عوامل أخري تقطع رابطة السببية.
١٨. د. أحمد علي إبراهيم حمو، القانون الجنائي السوداني معلقاً عليه، ٢٠١٠م، ص١٠٨.
١٩. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٦، ط ٢، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٩٨٥م، ص٢٢٥.
٢٠. الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ط ١، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٦م، ص٣٥٤.
٢١. د. بدرية عبدالمنعم حسونة، جرائم القتل العمد وشبه العمد والخطأ وجرائم الحدود في الشريعة والقانون، ط ١، (بدون ناشر) ص٣٢.
٢٢. د. هنري رياض، الموسوعة المختصرة لأحكام القتل في القانون السوداني (١٩٠٠م-١٩٨٠م) دار الجيل، بيروت، لبنان ومكتبة خليفة عطية، الخرطوم، السودان، ١٩٨٢م، ص١٠٤.
٢٣. د. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٦م، ٨٠.
٢٤. د. عبدالقادر عودة، مرجع سابق، ص٥٣.
٢٥. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج٦، ط٢، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٩٨٥م، ص٢٣٠.
٢٦. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٤، مكتبة أبن تيمية، القاهرة، مصر، ١٤١٥ه، ص٣٠٤.
٢٧. أخرجه الإمام مالك (٢/٨٦٧/رقم ١٠).
٢٨. المحكمة القومية العليا، قضية غير منشورة رقم (م ع / إعدام / ٥٢/ ٢٠١٥م).
٢٩. محاكمة / فاروق عثمان إبراهيم وآخرين ، قضية غير منشورة رقم: (م ع / إعدام / ١٣٤/ ٢٠٢١م مراجعة م ع /١٢٨/٢٠٢١م
٣٠. د. عبدالقادر عودة، مرجع سابق، ص٥٤.
٣١. سابقة قضائية غير منشورة، ٢٠١٦م، مودعة لدي المكتب الفني بالرقم (م ع / إعدام / ٢٠١٦/٩١م.
٣٢. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٦٥م، ص٦٥. قضية رقم (م ع / م ك /٣/١٢٤).
٣٣. حكم نقض رقم (١٨/٣/١٩٨٤م) أحكام النقض (س ٣٥ ق٦٤، ص٣٠٤).
٣٤. د. معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص٩٨.
٣٥. د. أحمد على إبراهيم حمو، مرجع سابق، ص١٠٩.
٣٦. سابقة غير منشورة، ٢٠١٧م، رقم (م ع / إعدام / ٨/ ٢٠١٧م.
٣٧. د. بشير حسين عويضة، الجرائم الواقعة على الجسم، دراسة مقارنة، ط ١، فهرست المكتبة الوطنية، الخرطوم، السودان، ٢٠١٤م، ص٢٢.
٣٨. د. أحمد أبو الروس، جرائم القتل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية والفنية، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٧م، ص١٨.
٣٩. راجع د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ١، سلامة للنشر والتوزيع، ٢٠١٧م، ص٢٢.
٤٠. راجع د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعاً وقضاء في مائة عام، ط٣، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ٢٠٠١م، ٨٣٨.
٤١. د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، (بون ناشر)، ص١٧٤،
٤٢. وكذلك إستعانت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان //ضد // الزاكي تركاوي عيسي (قضية رقم /م ع / م ك /١/ ٧٣) بالبينة الطبية لإثبات مدي توفر رابطة السببية بقولها: " وتثبت شهادة الطبيب هذه وكذلك التقارير الطبية التي حررها اثر الكشف

على المجني عليه ومراقبته ومعالجته حتى وقت الوفاة بعد حوالي ستة أيام من تاريخ الحادث أن الطعنة التي أصابت البطن قد سببت الوفاة مباشر دون تدخل أي سبب أخر قطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة وذلك على النحو المفصل في البينة الطبية:.

٤٣. د. عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ط ١٢، ج٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٣م، ص٥٢.

٤٤. د. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط٣، دار المعارف، الإسكندرية، مصر ١٩٨٦م، ص٧٩.

٤٥. الإمام إبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم "مختصر المُزني" ط ١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص٢٣٨.

٤٦. أ. د. يس عمر يوسف، شرح القانون الجنائي السوداني، (بدون طبعة) ٢٠٠٩م، ص٢١١.

٤٧. أ.د. يس عمر يوسف،المرجع السابق، ص٢٠٤.

٤٨. الوقائع الجوهرية التي تثبت من البينات التي استمعت لها المحكمة يمكن إيجازها في أن المتوفى والمتهم تربطهما قرابة وطيدة فالأول هو عم الثاني وفي يوم الحادث هو يوم غير محدد التاريخ في شهر مايو سنة ١٩٧١كان المجني عليه يجلس مع آخرين يشربون المريسة في منزل ابن أخيه المتهم وذلك بقرية منجيل التابعة لنقطة البوليس ثيت بمركز التونج في مديرية بحر الغزال ودار بينهما نقاش حول موضوع السمك الذي اصطاداه سوياً ولم يعطي المتهم عمه المجني عليه شئنا منه وأشار المتهم على عمه بأن يترك المنزل فرفض الخروج ودعى العم المجني عليه الله ليلحق الأذى بابن أخيه المتهم عقاباً له على ذلك وغضب المتهم ورفع عصا لم تعرض أمام المحكمة ولكنها وصفت بأنها قصيرة وغليظة وضرب بها عمه في رأسه فوقع العم في مكانه وفي نفس اليوم حضر طبيب بلدي وأجرى عملية في رأس المجني عليه هي عبارة عن ثلاثة جروح بالسكين في جلدة الرأس بغرض كشف العظم ومعرفة هل به كسور أم لا وظل المجني عليه يعاني من رأسه وحالته تتدهور حتى توفى بعد عدة أسابيع غير محددة بشكل قاطع وقام أهله بدفنه ثم أبلغوا البوليس عن الحادث ولم يحضر البوليس لمعاينة المكان ولم تتخذ أي إجراءات لنبش الجثة والكشف عليها طبياً ولكن المتهم اعترف قضائياً بضربه للمجني عليه بالعصا في رأسه مرة واحدة.

٤٩. قضية رقم (م ع / م ك / ٤٩/ ١٩٧٥م حكومة السودان //ضد // كوال أباي مبيور، مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٥م (الصفحة الرئيسية للأحكام القضائية، المجلات من ١٩٧٠م- ١٩٧٩م).

٥٠. د. عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج٢، ط ١٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٣م، ص٥١.

٥١. د. علاء زكي، المسؤولية الجنائية لمهندس البناء والمقاول، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م، ص٧٩.

٥٢. قضية رقم (م أ / م ك / ٣٦٩/ ١٩٧١م).

٥٣ وخلاصة الوقائع أن المجني عليه (المتوفى) جاء بنقطة بوليس ديم موسى حوالي الساعة ٢١٥ صباحاً من يوم ١٩٧١/١/٧ وسقط أمام نقطة البوليس وأسعف واتضح أن به طعنة في الجانب الأيسر من البطن مخترقة طولها بوصة وجروح سطحية بالخد الأيمن والشفة العليا وحالته غير خطيرة ما لم تحصل مضاعفات والطعنة بآلة حادة وادعى أن شخصاً طعنه، أجريت عملية استكشاف للمجني عليه بين الساعة ٤ صباحاً والساعة ٥ صباحاً ولم تكن هناك إصابة لأي من الأعضاء الداخلية ولم يحدث نزيف داخلي بالبطن وخيط الجرح وأخذ الجرح وأخذ المجني عليه للعنبر – وفي اليوم التالي حوالي العاشرة صباحاً توفي المجني عليه، وصدر أمر تشريح للجثة ولكن الطبيب المعالج ويدعي دكتور باجوري – وهو ليس الجراح الذي قام بعمله الاستكشاف – قرر بألا داعي للتشريح وكتب أن سبب الوفاة واضح هو:

(١) طعنة في الجنب الأيسر من البطن مخترقة ستار البطن وتسببت في نزيف داخلي

(٢) جلطة بشرايين الرئة ناتجة من النزيف الداخلي.

٥٤. قضية رقم (م ع / ط ج /٩٠/ ١٩٩٧م.

٥٥. د. علاء زكي، مرجع سابق، ص٦٣.

المصادر والمراجع

أولاً: القرأن الكريم.

ثانياً: كتب اللغة:

١. إبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، ج٤ ، دار صادر للطباعة والنشر بيروت ١٩٦٨م.

٢. إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة العربية ، مطبعة دار الملايين للطباعة والنشر ط١ ١٩٧٩م القاهرة، مصر.

٣. لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب والعلوم. المطبعة الكاثوليكية للطباعة والنشر ط٩ بيروت، لبنان.

ثالثاً: كتب الفقه:

١. الإمام إبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم"مختصر المُزني"ط ١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٢. جلال الدين السيوطي،شرح سنن النسائي، ج٢، ط١، دار المعرفة، بيروت، لبنان ١٩٩١م

٣. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٤، مكتبة أبن تيمية، القاهرة، مصر، ١٤١٥هـ.

٤. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٦، ط ٢، دار الفكر، دمشق، سوريا، ١٩٨٥م.

٥. الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ط ١، مطبعة دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٦م.

٦. د. عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج٢، ط ١٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٣م.

رابعاً: كتب القانون:

١. د. أحمد أبو الروس، جرائم القتل والجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة من الوجهة القانونية والفنية، ط ١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٧م، ص١٨.

٢. د. أحمد على إبراهيم حمو، القانون الجنائي السوداني معلقا عليه، ٢٠١٠م.

٣. د. بدرية عبدالمنعم حسونة، جرائم القتل العمد وشبه العمد والخطأ

وجرائم الحدود في الشريعة والقانون، ط ١، (بدون ناشر).

٤. د. بشير حسين عويضة، الجرائم الواقعة على الجسم، دراسة مقارنة، ط ١، فهرست المكتبة الوطنية، الخرطوم، السودان، ٢٠١٤م.

٥. د.هنري رياض، الموسوعة المختصرة لأحكام القتل في القانون السوداني (١٩٠٠م-١٩٨٠م) دار الجيل، بيروت، لبنان ومكتبة خليفة عطية، الخرطوم، السودان، ١٩٨٢م.

٦. د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعا وقضاء في مائة عام، ط٣، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ٢٠٠١م.

٧. د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ١، سلامة للنشر والتوزيع، ٢٠١٧م، القاهرة، مصر.

٨. أ.د. يس عمر يوسف، شرح القانون الجنائي السوداني، (بدون طبعة) ٢٠٠٩م.

٩. د. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط ٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٦م.

١٠. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ١، دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٨٧م،

١١. د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢م.

١٢. د. عبدالله أحمد النعيم، القانون الجنائي السوداني، ط١، مطبعة الحرية أمدرمان، السودان، ١٩٨٦م.

١٣. د.محمد إبراهيم إسماعيل، شرح قانون العقوبات المصري في جرائم الإعتداء على الأشخاص وجرائم التزوير، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٥٠م.

١٤. د. محمد على سويلم، المسؤولية الجنائية في ضؤ السياسة الجنائية (دراسة مقارنة بين التشريع والفقه والقضاء) ط١، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م.

١٥. عبدالله الفاضل عيسي، شرح القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م، طبعة ٢٠١٤م.
١٦. د. عبدالرحمن توفيق أحمد، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٢م.
١٧. د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، (بدون ناشر).
١٨. د. علاء زكي، المسؤولية الجنائية لمهندس البناء والمقاول، ط١، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م.

خامساً: مجلات الأحكام القضائية:

١. مجلة الأحكام القضائية لسنة ٢٠٠٥م.
٢. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٧م.
٣. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٥م.
٤. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٣م.
٥. مجلة الاحكام القضائية لسنة ١٩٧٢م.
٦. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٦٥م.

سادساً: القضايا غير المنشورة:

١. سابقة غير منشورة، (م ع/ ط ج/١٥٠/ ٢٠١٩م) المحكمة العليا دائرة ولايات دار فور الكبرى.
٢. سابقة قضائية نمرة (م ع/ إعدام/ ٩١/ ٢٠١٦م)، غير منشورة.
٣. سابقة قضائية غير منشورة، ٢٠١٦م.
٤. سابقة غير منشورة، ٢٠١٧م، رقم (م ع/ إعدام/ ٨/ ٢٠١٧م.
٥. قضية رقم (م ع/ م ك/ ١٠٧/ ٧٣) سابقة حكومة السودان/ ضد/ الطيب موسي بادي.
٦. قضية غير منشورة رقم (م ع/ إعدام/ ٥٢/ ٢٠١٥م).

حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة

د. عارف محمد صالح السنيدي*

مستخلص

تناول هذا البحث القواعد القانونية التي تهدف إلى الحدِّ من ظاهرة تجنيد الأطفال في الحروب، وقد انحصر في جزئية حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة بموجب اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م والبروتوكول الاختياري لعام ٢٠٠٠م بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة.

تكمن أهمية البحث في محاولة إضافة مقترحات تساهم بصورة أفضل في الحد من مشكلة الاعتداء على الأطفال وانتهاكات حقوقهم أثناء النزاعات المسلحة، سواء عن طريق استهدافهم أو عن طريق إشراكهم في الأعمال العدائية، وفي إضافة مقترحاته لحماية الأطفال من آثار الحروب .

يهدف البحث الذي اعتمد على المنهج التحليلي إلى تعزيز وترسيخ مفهوم حماية الأطفال ضمن المنظومة القانونية، وتوضيح الآليات القانونية لهذه الحماية أثناء النزاعات المسلحة.

أوصى البحث بضرورة تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني لتتلاءم مع تطورات الحروب في الساحة الدولية المعاصرة لتوفير حماية أفضل للأطفال من الأعمال العدائية، والعمل على الحد من الأسباب المساهمة في انتشار ظاهرة اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة.

Abstract

This research paper contributed to reflect the legal rules which aim to limiting the phenomenon of children recruitment in wars. It mainly concentrated on the legal protecting of children from the armed disputes according to the 1989 agreement of child rights and the 2000 chosen protocol concerning children's taking part in the armed disputes. The paper consists of two section: the first section defines the concept of child in the international pacts and the negative effects resulted from the armed disputes. The second

legal mechanisms which protect children's rights from the armed disputes.
Key words: legal protection of children, 1989 agreement of child rights, 2000 chosen protocol concerning children's participation in the armed disputes.

section reviews the protection of the participating and non-participating children in the armed disputes.
The research paper, which depended on the analytical design, also aims to show the place of children within the legal organization and clarifying the

مقدمـــة

تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة، وتشريدهم بسبب الحروب، ومعاناتهم من صدمات الحروب مثّل هما يؤرِّق المجتمع الدولي، وهي ظاهرة –للأسف– تتزايد مع تزايد النزاعات المسلحة. وفي النزاعات المسلحة الأخيرة ولاسيما في اليمن وسوريا وليبيا وجدنا ظاهرة تجنيد الأطفال واضحة للعيان، ووجدنا الحرب تطحن الأطفال برحاها، ولم نرَ للمجتمع الدولي دورا كافيا في حمايتهم من ظلم الأطراف المتنازعة.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في أنه بحث عن أسباب قصور القانون الدولي عن حماية الأطفال، واقترح إضافات على هذا القانون تجعله أفضل مما هو عليه.

مشكلة البحث:

مع أن قواعد القانون الدولي الإنساني قد أولت اهتماما بالغا بحقوق الأطفال، وحظرت تجنيدهم، وحثت على وجوب حمايتهم ورعايتهم، ووضعت التشريعات التي تلزم الأطراف المتنازعة بقواعد الاشتباك، إلا أننا وجدنا الأطفال يقعون ضحايا للنزاعات المسلحة المعاصرة، ولم يستطع القانون الدولي تقديم الحماية اللازمة لهم، وهذا يدل على وجود مشكلة وقصور في هذا القانون الدولي أو في إجراءاته.

هدف البحث:

يهدف البحث إلى وضع حلول لهذه المشكلة، وإلى تتبع جوانب القصور في القانون الدولي بشأن حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة، ومعالجة هذا القصور.

منهج البحث:

اعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي الاستقرائي.

خطة البحث:

تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين: تناولنا في المبحث الأول الحماية العامة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، وقد بينا في مطلبه الأول مفهوم الطفل في المواثيق الدولية، وفي مطلبه الثاني وضّحنا الآثار السلبية التي تخلفها النزاعات المسلحة.

أما المبحث الثاني فقد خصصناه للحماية الخاصة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، وتناولنا في مطلبه الأول حماية الأطفال المشاركين في الأعمال القتالية، وفي مطلبه الثاني بيَّنّا حماية الأطفال غير المشاركين في النزاعات المسلحة، كما سردنا في نهاية البحث خاتمة متضمنة النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

الحماية العامة للأطفال زمن النزاعات المسلحة

المطلب الأول

مفهوم الطفل في المواثيق الدولية

الفرع الأول: **مفهوم الطفل وحمايته في القانون الدولي:**

ورد مصطلح الطفل والطفولة في العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، إلا أنها لم تحدد المقصود بهذين المعيارين، وغالبها لم يحدد الحد الأقصى لسن الطفل أو نهاية مرحلة الطفولة [١].

ولم تضع المعاهدات الدولية المتعلقة في النزاعات المسلحة تعريفا محددا للطفل[٢]. بدء من إعلان جنيف لحقوق الطفل لعام ١٩٢٤م ومرورا بإعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩م ثم العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦م، ففي هذه الفترة اهتمت الجماعة الدولية بالطفل وبحاجته إلى الحماية دون البحث عن تعريف

جامع مانع، يضع حدودا فاصله بينه وبين الطوائف البشرية التي لا يصدق عليها هذا الوصف[٣].

وتضمنت ديباجة إعلان حقوق الطفل لعام ١٩٥٩م نصا يقول إن الطفل يحتاج بسبب عدم نضجه الجسماني والعقلي إلى حماية وعناية خاصة،وخصوصا حماية قانونية مناسبة سواء قبل مولده أو بعده. وليس من شك في أن الحديث عن القصور الجسماني والعقلي بعكس المعيار الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة لتعريف الطفل، فلا يزال الشخص طفلاً حتى يكتمل نموه الجسماني والعقلي[٤].

الجدير بالذكر أن كلا من البروتوكولين الأول في المادة (٧٧) والثاني في المادة (٤) فقرة (٣ / ج / د) حظراً[٥] تجنيد من يقل عمره عن خمسة عشر عاماً في العمليات العدائية، وعلى أن يستفيد الأطفال من حماية خاصة سواء أكانوا أسرى حرب أم لا[٦].

وفي السياق نفسه تضمن البروتوكول الاختياري حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة في المادة الأولى ما نصه: (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لضمان عدم أشراك الذين لم يبلغوا الثامنة عشر من العمر في قواتها المسلحة اشتراكا مباشرا في الأعمال الحربية)[٧].

ومما سبق يتضح أن بروتوكولي جنيف لعام ١٩٧٧م حددا السن الأدنى للانخراط في القوات المسلحة أو الاشتراك في العمليات العدائية بخمسة عشر عاما، ونحن نطالب برفع هذه السن إلى ثمانية عشر عاما على الأقل لأن هذه السن هي التي اعتمدتها اتفاقية حقوق الطفل سنة ١٩٨٩م في نص المادة الأولى التي عرفت الطفل (بأنه كل إنسان لم يتجاوز سن الثامنة عشرة سنة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون الواجب التطبيق عليه) ووافقت عليها كل دول العالم تقريباً.

الفرع الثاني: **مفهوم الطفل في اتفاقيات حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م:**

تعد اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م الوثيقة الدولية الأولى التي تحدد بشكل واضح وصريح مفهوم الطفل[٨].

وتعد اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م

أعظم إنجازات القرن الماضي في مجال حقوق الطفل، وجاءت تتويجاً لنضال امتد بين عامي ١٩٠٣– ١٩٨٩م أي حوالي ٨٦ عاماً[٩] في سبيل إرساء مبادئ وقواعد أخلاقية وقانونية لحماية الأطفال من الاستقلال والعبودية والظلم.

إن اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م لم تأتِ نتاجاً لاهتمام المنظمات الدولية والإقليمية والحكومات وإنما جاءت نتاجاً للتطور التاريخي لمسار الوعي المجتمعي في التعاطي مع مفهوم الطفولة. مما لاشك فيه أن اتفاقية حقوق الطفل عام ١٩٨٩م تشكل الصك الدولي الأهم في مجال حماية الأطفال، وأهابت هذه الاتفاقية بالدول المصدقة عليها بتهيئة الظروف التي تتيح للطفل المشاركة على نحو فعال ومبدع في الحياة الاجتماعية والسياسية في بلدانها[١٠].

والاتفاقية تشكل الإطار القانوني الدولي الذي يهدف إلى توفير حماية مصلحة الطفل في كافة الظروف، وذلك باتخاذ الإجراءات المناسبة لضمان تنميته بشكل صحي وطبيعي.

طبقاً لنص المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م: (يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه) وبالتالي لاعتبار الإنسان طفلاً محمياً بموجب هذه الاتفاقية لابد من توفر شرطين: يكمن الشرط الأول في عبارة (لم يتجاوز الثامنة عشر سنة) ويتضمن هذا الشرط أمرين: الأول في اعتبار الإنسان طفلاً ما لم يصل إلى الثامنة عشرة، والأمر الثاني –بمفهوم المخالفة– أن الإنسان لا يُعدُّ طفلاً إذا وصل أو تجاوز سن الثامنة عشرة سنة.

ويتمثل الشرط الثاني في عدم بلوغ سن الرشد المقرر في قانون دولة الطفل، وهو ما يفهم من حالة استعمال النص لعبارة: (مالم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه) أي: لا يُعدُّ الشخص طفلاً إذا بلغ أو تجاوز سن الرشد وفقاً للقانون المنطبق عليه في دولته[١١].

الشرط الأول من التعريف يعطي مساحة واسعة للحماية الممنوحة للطفل بتحديد

العمر بسن معينة، والشرط الثاني لا يلبي الجهود الدولية الرامية إلى حياة هادئة للأطفال تنعم بالأمن والاستقرار وقد أدَّى هذا التراخي إلى نتائج سلبية لمضمون هذه المادة نذكر منها:

١- ترك المجال لكل من ينتهك حقوق الطفل المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وأن يتعذر بقانون دولة الطفل[١٢].

٢- ظهور اتفاقيات إقليمية تحدد سن الطفولة بأقل أو أكثر من ثماني عشرة سنة، نذكر على سبيل المثال وليس الحصر ميثاق حقوق الطفل العربي لسنة ١٩٨٣م الذي حدد سن الرشد بخمس عشرة سنة، واتفاقيتا لاهاي ولكسمبورغ لسنة ١٩٨٠م المتعلقتان بالاختطاف الدولي للقُصَّر والتي حددت سن الرشد بست عشرة سنة.

الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل وصحته لسنة ١٩٩٠م الذي حدد سن الرشد بثماني عشرة سنة، وتضمن البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة في مادته الأولى ما نصه: (تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لضمان عدم اشتراك أفراد قواتها المسلحة الذين لم يبلغوا سن الثامنة عشرة من العمر اشتراكاً مباشراً في الأعمال الحربية).

وقد نصت المادة (٢٦) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية على أن (لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره على ثماني عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه).

ومن هذا النص يتضح أن القانون الجنائي الدولي اعتبر أن بلوغ سن الثامنة عشرة سنة معيارا للرشد الجنائي، وإذا تبين أن المتهم دون هذا السن المشار إليه بالنص فإن المحكمة تقضي بعدم الاختصاص الشخصي[١٣]، نتيجة لذلك يعد طفلاً وفقا لأحكام الاتفاقية كل إنسان لا يقل عمره عن ثماني عشرة سنة إلا إذا حدد تشريع مطبق في دولته سنا للرشد أقل من سن ثماني عشرة سنة وتدعيما لما سبق يتعين على كل دولة طرف في الاتفاقية

ألا تحدد سن يقل عن ثماني عشرة سنة للطفل، وهذا يبين سمو القانون الدولي على القانون الوطني[١٤].

الفرع الثالث: **مفهوم الطفل في التشريعات اليمنية:**

صادقت اليمن على اتفاقية حقوق الطفل في عام ١٩٩١م وهو الذي مهد الطريق للمشرِّع اليمني لتكييف سن الرشد في القوانين اليمنية بما ينسجم مع اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م والبروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل لعام ٢٠٠٠م الذي صادقت عليه اليمن عام ٢٠٠٤م.وفي ذلك أتسمت التشريعات الوطنية اليمنية بطابعها الإنساني وحمايتها لحقوق الطفل واحترامها دستورياً للمواثيق الدولية[١٥].

حيث نصت المادة (٦) من دستور الجمهورية اليمنية لعام ١٩٩٤م على ما يلي: (تؤكد الدولة العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلام العالمي لحقوق الإنسان وميثاق جامعة الدول العربية وقواعد القانون الدولي)[١٦].

حيث عرف قانون الطفل اليمني الصادر في عام ٢٠٠٢م (أن الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة عاما ما لم يبلغ سن الرشد).

ومن القوانين التي حددت سن الرشد ثمانية عشر سنة قانون انتخابات العامة والاستفتاء المادة (٣) وقانون خدمة الدفاع الوطني المادة (٣)، وقانون الخدمة المدنية المادة (٢٢)[١٧].

وأشارت المادة (١٥) من قانون الأحوال الشخصية إلى أن الزواج لا يصح للذكر والأنثى دون بلوغهم سن ١٥ عاما وهناك مقترحات ومطالبات من الجهات المعنية بتحديد سن الزواج بثمانية عشر عاما للذكر والأنثى. وحدد قانون الأحوال الشخصية والسجل المدني في المادة (٤٩) لكل شخص الحق في الحصول على البطاقة الشخصية عند بلوغه سن السادسة عشرة والبطاقة العائلية إذا أصبح رب أسرة، وحدد القانون المدني رقم (١٤) لعام ٢٠٠٠م أعمارا معينة للشخص ببلوغها يتم تطبيق القانون عليه، وهي ما يسمى في اصطلاح القانون (بالأهلية) إذ قسَّم القانون المدني الأهلية إلى قسمين:الأول: أهلية الوجوب: وهي التي يكون للشخص

بموجبها اكتساب الحقوق الشرعية التي تبدأ منذُ ولادته كالإرث والهبة والنذر ونحوها. والقسم الثاني: أهلية الأداء، وهي التي يباشر الشخص حقوقه المدنية بموجبها في بلوغه سنا قانونية معينة، وتكون إما أهلية أداء كاملة للشخص بالغ الرشد، أو أهلية أداء ناقصة للطفل الصبي المميز.

وقد أخذ القانون اليمني بتعدد أهلية الشخص فهناك أهلية جنائية (ثماني عشرة سنة) وهناك أهلية تجارية (ثماني عشرة سنة) وأهلية عسكرية للالتحاق بالجيش (ثماني عشرة سنة) وأهلية سياسية للتصويت في الانتخابات والاستفتاء (ثماني عشرة سنة) و أهلية للترشح لمجلس النواب (خمس وعشرون سنة) وأهلية سياسية للالتحاق بالأحزاب السياسية (ثماني عشرة سنة)، فالمهام والصلاحيات والمسؤوليات تختلف وتتفاوت باختلاف الأعمار والوظائف إضافة إلى العلاقة الوثيقة بين السن والقدرة على الإدراك[١٨].

وقد حرص النظام القانوني للجمهورية اليمنية على احترام المواثيق والاتفاقيات الدولية، وقامت الجمهورية اليمنية بالتدابير اللازمة من أجل تفعيل قواعد القانون الدولي الإنساني وتوفير الحماية الكافية للأطفال زمن النزاعات المسلحة[١٩].

ودُمجت قواعد القانون الدولي الإنساني في التشريع اليمني، إذ دمجت اليمن في تشريعاتها الوطنية بعض أحكام تلك الاتفاقيات المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة بصفة عامة، والنساء والأطفال بصفة خاصة، باعتبارهم جزء من السكان المدنيين، ورد ذلك في قانون رقم (٣١) لعام ١٩٩٨م بشأن الجرائم والعقوبات العسكرية في الفصل الثالث منه الخاص بجرائم الحرب، إذ نصت المادة (٢٠) من هذا القانون بأنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات أو بجزء يتناسب مع نتائج الجريمة كل شخص ترك واجباً في منطقة الأعمال العسكرية أو أقدم على سلب أسير أو ميت أو مريض أو جريح، مع إلزامه برد ما سلبه أو قيمته، وهذه المادة تمثل قدرا من الحماية للطفل إذا أسر أو مات أو مرض في ساحة المعركة.

ونصت المادة (٢١) من هذا القانون على أنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات أو جزاء يتناسب مع نتائج الجريمة كل شخص خاضع لأحكام هذا القانون وارتكب أثناء الحرب أي فعل من الأفعال التي تُلحق ضرراً بالأشخاص والممتلكات المحمية بمقتضى الاتفاقيات الدولية والتي تكون الجمهورية اليمنية طرفاً فيها.

وتبين من نص هذه المادة أنها وضعت المبدأ العام لتجريم جميع الأطفال التي تصدر أثناء الحرب من العسكريين أومن في حكمهم الخاضعين لأحكام قانون العقوبات العسكري، وضد الأشخاص والممتلكات المنصوص على أحكامها في الاتفاقيات الدولية.

وما أوردناه من مواد القانون أنما هو على سبيل المثال لا الحصر، لأن اليمن ملزمة باحترام الأحكام المنصوص عليها في جميع اتفاقيات جنيف الأربع وبرتوكوليها الإضافيين. كما أكدت المادة (٢٢) أنه لا يسقط الحق في سماع الدعوى في الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل بالتقادم، والحكمة من ذلك واضحة، ذلك أن جرائم الحرب صورة من أبشع صور انتهاكات حقوق الإنسان، وهو ما يبرر التشدد وجعل ملاحقة مرتكب هذه الجرائم ومحاكمته جائزة في أي وقت من الأوقات دون أي اعتبار لنظام تقادم الدعوى الجنائية المعروف في الجرائم العادية[٢٠].

المطلب الثاني

الآثار السلبية التي تخلفها النزاعات المسلحة

الفرع الأول: **آثار تجنيد الأطفال:**

شارك الأطفال في النزاعات المسلحة منذُ قدم التاريخ البشري، وكانوا يشاركون عبر القيام بأعمال مساعدة كقارعين لطبول الحرب، وفي السنوات الأخيرة اُستخدم الأطفال في الحرب في طهي الطعام وغسل الثياب، ونقل المؤن، والتجسس، وفي المشاركة الفعلية في العمليات القتالية.

ونتيجة للآثار التي تسببها النزاعات المسلحة على المجتمع قامت الجماعات الدولية بوضع القواعد للتقليل من آثارها وخاصة على بعض الفئات كالأطفال[٢١].

لهذا فإن التصدي لظاهرة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة مسألة ضرورية.

ويتمثل الجانب المأساوي للنزاعات المسلحة في تلك المشاركة النشطة للأطفال سواء من البنين أو البنات في الأعمال الحربية، ويبدو ذلك راجعا للفقر والتمييز، وإحجام المواطنين عن الالتحاق بالقوات المسلحة[٢٢].

تختلف طريقة انضمام الأطفال في صفوف المقاتلين، فمنهم من يتجند قسرا، ومنهم من يتطوع نتيجة حملات غسيل الدماغ، وآخرون يُختطفون ويجدون أنفسهم أمام مصير واحد وهو القتال، قد ينخرط الأطفال في الجيش النظامي، ويمكن أن ينخرطوا في جماعات مسلحة أو أحزاب مقاتلة، إضافة إلى ذلك يفقد الأطفال الجنود هويتهم في مجتمعهم.

فإذا كان تجنيد الأطفال من قبل جماعات مسلحة تقوم بإعطاء دروس ومحاضرات تغرس عقيدتها في نفس الطفل، باعتبار الأطفال أرضا خصبة لزراعة أي عقيدة لحداثة سنهم، وهنا يكمن خطر التجنيد[٢٣].

ولا يقتصر تجنيد الأطفال في ما يتركه من آثار سلبية على الطفل نفسه، بل يتعدى ذلك ليصل إلى أسرته وبلده، بل أن التجنيد في العديد من الأوجه يهدد السلم والأمن الدولي، وهو الأمر الذي دفع بالمنظمات الدولية (الأمم المتحدة والصليب الأحمر وغيرها) إلى وضع مواثيق دولية تعالج هذه الآثار[٢٤].

تأتي الآثار الاجتماعية في مقدمة سلبيات تجنيد الأطفال، إذ تحدث اختلالات اجتماعية خطيرة ناجمة عن نزع الطفل من عائلته، الأمر الذي يؤدي إلى قطع الأواصر النفسية والجسدية بين الطفل والأسرة، ويؤدي إلى خلق جيل عديم الإحساس فاقد الشعور بالأمن.

وهناك آثار سلبية على الجانب الاقتصادي، إذ أن الأطفال هم عماد المستقبل، فأهم الموارد التي تنهض بالدول هي الموارد البشرية، ولا غنى عنها في أي عملية تنمية، وتجنيد الأطفال يحول دون تطور هذه الفئة المهمة، ويؤخر في اقتصاد البلد.

كذلك يترتب على تجنيد الأطفال آثار تصيب الطفل المجند قبل غيره، سواء من الأعمال العسكرية أو أثناء التدريب،

تجعله عالة، فإضافة إلى الأضرار البدنية يترتب على التجنيد أضرار فكرية ونفسية على الطفل المجند، إذ يتلقى الأطفال دروساً في العقيدة التي تعتقدها الجماعات التي تولت تجنيدهم، وتحاول أن تزرع تلك المعتقدات في نفوسهم، وغالباً ما يكون الأطفال مادة سهلة التشكيل لضعفهم الفكري، وخصوصاً أن أغلبهم تركوا المدرسة في مراحل مبكرة ويتم تدريب هؤلاء الصبية المراهقين في معسكرات صاخبة خانقة وبيئة خصبة لارتفاع معدلات الإساءة الجنسية[٢٥] من قبل مدربيهم أو من قبل زملائهم الأكبر سناً.

الفرع الثاني: **آثار مخلفات الحرب من الألغام والمتفجرات:**

إن تزايد النزاعات المسلحة منذُ عقد التسعينات زيادة ليس لها نظير من قبل أدى إلى زيادة ملموسة في استخدام الأسلحة التقليدية ولا سيما الألغام[٢٦]، وهناك إعداد كبيرة من المدنيين ومن بينهم الأطفال يقعون ضحايا من جراء انفجار الذخائر التي لم تنفجر أثناء الحرب، وتضم هذه الذخائر الألغام بمختلف أنواعها[٢٧] وتظل مصدر اللخطر أكثر من خمسين عاماً بعد زرعها وعدم انفجارها ينجم عنها إصابات خطيرة أو إتلاف للتربة نتيجة للمواد السامة وغير ذلك من التأثيرات الجانبية.

وإضافة إلى الإصابات المباشرة فإن وجود الذخائر العنقودية تؤخر أيضاً المساعدات الإنسانية، وتعرقل إعادة البناء، وتجعل استخدام المناطق الزراعية بالغة الخطورة[٢٨].

أشارت الدراسات إلى أن المصابين بالألغام والمتفجرات يحتاجون إلى أجهزة تعويضية تكلف الواحدة منها ما بين (١٠٠ – ٣٠٠٠) دولار تبدل كل فترة من الزمن، بالإضافة إلى إعادة التأهيل الاجتماعي والنفسي باهضه التكاليف والتي ليس بمقدرة كل دولة تقديمها.

وقد أكدت بعثة الأمم المتحدة لنزع الألغام في اليمن أن أكثر الضحايا من الأطفال والنساء ومن المزارعين والرعاة، وأن مصير إصابات هؤلاء الضحايا كانت شديدة السوء فقد أدت إلى فقدان أكثر من عضو وتسببت في مصرع عدد

كبير من الناس[٢٩].

وفي الحرب الأهلية في اليمن ٢٠١٥م زرع الحوثيين الألغام المضادة للأفراد، والمضادة للعربات، والعبوات الناسفة بدائية الصنع، وصواعق في محافظات عدن وأبين ولحج والضالع، وذكر التقرير الحكومي أن مشكلة الألغام لم تقتصر على المحافظات الأربع المذكورة بل طالت محافظة تعز والبيضاء ومأرب وشبوة.

وأعلنت منظمة هيومنراتشواتش في يوليو ٢٠١٨م أن الألغام الأرضية في اليمن قد تسببت في قتل وتشويه الأطفال وإعاقة حياة المدنيين، وإعاقة وصول المساعدات الإنسانية ومنع عودة المدنيين إلى ديارهم، وقالت رئيسة أطباء بلا حدود في اليمن كلير هادلونع في آخر تقرير للمنظمة أن الألغام لا تنفجر في أطفالهم فحسب، وإنما تحرمهم من زراعة حقولهم، علماً أن اليمن صادقت على اتفاقية أوتاوا لحظر الألغام الأرضية في ١٩٩٨/٩/١م.

الفرع الثالث: **فقدان الأسرة:**

الأسرة في اللغة:هي الدرع الحصين، وأهل الرجل وعشيرته، وتطلق على الجماعة التي يربطها أمر مشترك، وجمعها أُسر[٣٠].

والأسرة اصطلاحاً: جاء في معجم علم الاجتماع أن الأسرة هي عبارة عن جملة من الأفراد يرتبطون معاً بروابط الزواج والدم والتبني ويتفاعلون معاً[٣١].

وعرفها القاموس الاجتماعي بأنها رجل وامرأة أو أكثر يرتبطون معاً برابطة القرابة أو علاقات وثيقة أخرى، بحيث يشعر الأفراد البالغون فيها بمسؤولياتهم نحو الأطفال، سواء كان الأطفال أبناءهم بالتبني أو أبناءهم الطبيعيين.

ومن المنظور السوسيولوجي تشير كلمة أسرة إلى معيشة الرجل والمرأة معاً على أساس الدخول في علاقات جنسية يقرها المجتمع، وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات، كرعاية الأطفال وتربيتهم[٣٢].

ويعد فقدان الأسرة أو أحد الأبوين أو أحد الأقارب عند الطفل من أكبر الآثار السيئة على حياته. وقد خلصت دراسة قامت بها منظمة اليونسكو على الأطفال

والحرب الى أننا عندما ندرس طبيعة المعاناة النفسية للطفل الذي يقع ضحيةٍ للحرب نكتشف أن ما أثر عليه عاطفياً ليس وقائع الحرب نفسها كالقصف والعمليات العسكرية، إذا أن شعوره بالمغامرة واهتمامه بالدمار الحاصل والحركة يمكن أن يتكيف مع أسوأ المخاطر، فالطفل يكون غير واع بالخطر إذا ما ظل الشخص الحامي له بالقرب منه، إذ أنه يجسد في قلب الطفل الشعور بالأمان، وأيضاً إذا أمكن أن يحتضن بين ذراعيه بعض الأشياء المألوفة لديه، وما يؤثر على الطفل هو تداعيات الأحداث على العلاقات الأسرية والانفصال على أطار الحياة التي أعتاد عليها، ويكون للانفصال المباغت عن أمه أسوأ الآثار أكثر من أي شيء أخر[٣٣].

المبحث الثاني

الحماية الخاصة للأطفال زمن النزاعات المسلحة

المطلب الأول

حماية الأطفال المشاركين في الأعمال العدائية

الفرع الأول: **حماية الأطفال المقاتلين في اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م:**

أن اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب والتي تنطبق أثناء النزاعات المسلحة تكفل للأطفال حماية ومعاملة إنسانية تشمل حياتهم وسلامتهم البدنية وكرامتهم، ولكنها لم تعالج مسألة اشتراك الأطفال في الأعمال العدائية، كحمل السلاح والانضمام إلى القوات النظامية أو المتطوعة، والمساعدة المباشرة أو غير المباشرة لهذه القوات، ومن ثم فقد كان هناك ضرورة لمواجهة هذه الفقرة واستحداث أحكام جديدة تتعلق باشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على نحو مباشر أو غير مباشر[٣٤].

وقد جاءت أحكام البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م محققة لهذا الغرض، عندما جاءت ببعض الأحكام التي تنص على أن مشاركة الأطفال من الأعمال العدائية، ووضعت قواعد تعمل من أجل الحيلولة دون اشتراكهم في النزاعات المسلحة، ويشير القانون الدولي الإنساني أن من المشاركة في الأعمال العدائية في بعض المواد الواردة في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م، والبرتوكولين الإضافيين على أن سن الخامسة عشر هو السن الذي يحق للشخص قبل بلوغه أن يتمتع بحماية خاصة، وذلك على اعتبار أن الشخص قبل ذلك العمر يكون في طور الطفولة[٣٥].

وتضمن البرتوكول الأول لعام ١٩٧٧م في المادة (٧٧) مبدأ الحماية الخاصة للأطفال، حيث يجب أن يكون للأطفال موضع احترام خاص، وأن تكفل لهم الأطراف المتنازعة العناية والعون الذي يحتاجون إليه،سواء بسبب سنهم أو لأي سبب آخر[٣٦].

كما أن الحماية خلال النزاعات المسلحة غير الدولية مكفولة أيضا في البرتوكول الثاني/ المادة (٤)/الفقرة (٢) والتي تنص على وجوب توفير الرعاية والمعونات للأطفال بالقدر الذي يحتاجون إليه[٣٧]، ونصت المادة (٨) على أن حالة الأطفال حديثي الولادة يصنفون ضمن الجرحى والمرضى باعتبارهم فئة يحتاجون إلى حماية[٣٨].

وأشارت الاتفاقية الرابعة في المادة (٢٤) منها إلى أن الأطفال يحتاجون إلى رعاية خاصة، وتنص على أنه لا يجوز أن يترك الأطفال دون الخامسة عشرة الذين فصلوا أو يتموا عن عائلاتهم بسبب الحرب، وينبغي تسهيل إعاشتهم وممارسة عقائدهم الدينية وتعليمهم في جميع الأحوال[٣٩]، وتنص المادة (٨٢) من اتفاقية جنيف الرابعة على إقامة أفراد العائلة الواحدة وعلى الأخص الوالدين والأطفال معاً طوال مدة الاعتقال في معتقل واحد إلا في الحالات التي تقتضي فيها الفصل المؤقت لاحتياجات العمل أو لأسباب صحية، ويجوز للمعتقلين أن يطلبوا أخذ أطفالهم غير المعتقلين الذين يتركون دون

رعاية عائلية ليعتقلوا معهم[٤٠].

وتنص المادة (٤٩) من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه في حالة قيام دولة الاحتلال بإجلاء جزئي لمنطقة معينة؛ فعليها عدم التفريق بين العائلة الواحدة[٤١]. وكذلك المادة (٧٦) فقرة (٣) من البروتوكول الإضافي الأول ينص على عدم إصدار حكم الإعدام على أمهات صغار الأطفال اللاتي يعتمد عليهن أطفالهن[٤٢] و أشارت المادة (٧٤) من البرتوكول الإضافي الأول إلى ضرورة جمع شمل الأسر التي شتتها النزاعات المسلحة.

وأشارت المادة (٢١٤ / فقرة ب) من البروتوكول الإضافي الثاني إلى وجوب إنشاء أطراف النزاع مناطق آمنه في المناطق المحتلة (مستشفيات لحماية فئات من بينها الأطفال الذين تقل أعمارهم عن خمس عشرة سنة والنساء الحوامل وأمهات الأطفال الذي تقل أعمارهم عن سبع سنوات) وذلك وفقاً للمادة (١٤) من اتفاقية جنيف الرابعة.

لما كانت اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م لم تعالج مسألة مشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كأفراد بالقوات النظامية أو المتطوعة فقد وجد أنه من الضروري استحداث نوع جديد من الحماية لصالح هؤلاء الأطفال، ونص البروتوكول الإضافي الأول في المادة (٧٧) الفقرة (٢) المعنى بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية على تحديد سن خمس عشرة سنة كحد أدنى لتجنيد الأطفال. وعلى نحو مماثل يحظر البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧م الخاص بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية في المادة الرابعة الفقرة الثالثة (ج) إشارة إلى انه (لا يجوز تجنيد الأطفال دون الخامسة عشر في القوات أو الجماعات المسلحة ولا يجوِّز السماح بإشراكهم في الأعمال العدائية)[٤٣]. وهذا يعني إعطاء الضوء الأخضر للدول على تجنيد من تتراوح أعمارهم بين (١٥ – ١٨ سنة).

وهنا نسجل أن الحظر لا يقتصر على الأعمال العدائية المباشرة بل يمتد إلى الأعمال العدائية غير المباشرة كالقيام بأعمال التجسس وجمع المعلومات

ونقل الذخائر. وتتسم الأحكام القانونية للبروتوكولين الإضافيين بالواقعية، ويرى القانون الدولي الإنساني أنه من غير الطبيعي أن يشارك الأطفال في الأعمال العدائية.

الفرع الثاني: **حماية الأطفال المقاتلين في اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م:**

تشكل اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م الصك الدولي الأهم في مجال حماية الأطفال، وهي تحدد معايير دنيا للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للأطفال[٤٤]، فقد شددت على ضرورة التزام الدول بأحكام القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة، حيث نصت المادة (٣٨) من الاتفاقية على أن تقوم الدول الأطراف بجميع التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن عدم اشتراك الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم ١٥ سنة اشتراكاً مباشراً، وتمنع الأطراف من تجنيد الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم ١٥ سنه ويجب على الأطراف أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً.

يمكن القول إن المادة (٣٨) من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م لم تسجل حماية أكبر من الحماية التي وردت في البروتوكولين الإضافيين الأول والثاني لعام ١٩٧٧م[٤٥]. فإذا قارنا بين اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م والبروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م فإن الحكم الوارد في الفقرة الثانية من المادة (٧٧) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م الذي ينص على ضرورة اتخاذ كافة التدابير الممكنة عملياً لكي تضمن عدم اشتراك الأشخاص الذين لم يبلغ سنهم ١٥ سنة اشتراك في الحرب وامتناع عن تجنيد من هم دون ١٥ سنة يعطي نفس المضمون، ولهذا فإن واضعي اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م لم يأتوا بجديد[٤٦].

لكن لا بد من الإشارة إلى أن مضمون المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م قد نصت على أن الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز سنهُ ١٨ سنة. وقد كان هذا التعريف إنجازاً بالغ الأهمية لكننا نجد المادة (٣٨) الفقرة (٣) تمنع الدول الأطراف من تجنيد الأشخاص

الذين بلغ سنهم ١٥ سنة وهذا معناه أن الأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين ١٥ – ١٨ سنة مسموح تجنيدهم في النزاعات المسلحة وهم مازالوا أطفال بحسب المادة الأولى من نفس الاتفاقية[٤٧] وهذا اللبس وعدم الوضوح قد يؤدي إلى التنازع في فهم السن التي يمنع فيها مشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة.

الفرع الثالث: **حماية الأطفال في البرتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م:**

يأتي البرتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م بعد ما تبين أن الحماية العامة المكفولة للأطفال في الصكوك العامة لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني من الاشتراك في النزاعات المسلحة[٤٨] وخاصة الحماية التي يكفلها البروتوكولان الإضافيان لعام ١٩٧٧م واتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م غير كافية لتوفير هذه الحماية، ويعد هذا البروتوكول أهم انتصار من أجل الأطفال[٤٩]، وقد تضمنت الأحكام الرئيسية للبروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م النقاط الآتية:

١- الاشتراك في الأعمال العدائية:

أكدت المادة الأولى من البروتوكول الاختياري بشأن أشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م على أنه يجب على الدول الأطراف أن تتخذ جميع التدابير الممكنة عملياً لضمان عدم اشتراك أفراد في قواتها المسلحة من الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر اشتراكاً مباشراً في الأعمال العدائية ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن البروتوكول سالف الذكر حظر فقط المشاركة المباشرة للأطفال في العمليات العدائية، دون أن يتعرض للمشاركة غير المباشرة كنقل المعلومات ونقل الذخائر، ونلاحظ أن صياغة المادة الأولى من البروتوكول بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م جاءت متوافقة مع ما ورد في البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧ بأن المشاركة غير المباشرة توازي المشاركة المباشرة في خطورتها.

كما أن البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة أغفل مسألة أشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة غير الدولية، وخاصة أن أغلب النزاعات في الفترة المعاصرة هي نزاعات ذات طابع داخلي. وعليه نستنتج أن البروتوكول الاختياري لعام ٢٠٠٠م لم يغير من طبيعة التزام الواجب للدول، وهو التزام يتعلق بالسلوك وليس في النتائج، وهي حماية ضعيفة مقارنة مع البروتوكول الإضافي الثاني الذي حظر المشاركة بنوعيها[٥٠].

٢- التجنيد الإلزامي والتجنيد التطوعي:

ميز البروتوكول الاختياري بشأن أشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م بين التجنيد الإلزامي والتجنيد التطوعي.

أ- التجنيد الإلزامي:

تتكفل الدول الأطراف بعدم إخضاع الأشخاص الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر للتجنيد الإجباري في قواتها المسلحة[٥١] فقد رفع البروتوكول الاختياري لعام ٢٠٠٠م بموجب المادة الثانية الحد الأدنى للتجنيد الإلزامي من طرف القوات الحكومية التابعة لدولة طرف في النزاع إلى ١٨ سنة، وهو تقدم واضح بخصوص الحماية المكرسة للأطفال مقارنة بالحماية التي أقرتها المادة (٣٨) من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م والحماية في الفقرة (٢) من المادة (٧٧) من البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧م[٥٢].

ب- التجنيد التطوعي:

رفعت الدول الأطراف الحد الأدنى لسن الأشخاص المتطوعين للخدمة في قواتها المسلحة الوطنية عن السن المحددة في الفقرة (٣) من المادة (٣٨) من اتفاقية حقوق الطفل[٥٣] واشترط البروتوكول قيام الدولة بعد التصديق عليه إيداع إعلان يتضمن السن الذي تسمح عنده بالتطوع في قواتها المسلحة الوطنية وأن تكفل احترام الضمانات التالية:

١- أن يكون التطوع حقيقياً، أي ناجما من إرادة حرة ليس فيها إكراه للطفل بأي صوره من صور الإكراه.

٢- الموافقة الصريحة من الأولياء والأوصياء القانونيين على الطفل.

٣- أن يحاط كل من الطفل والأولياء بمعلومات كاملة حول الواجبات التي تنطوي عليها الخدمة العسكرية.

٤- يشترط القانون أن يقدم الأطفال دليلاً يؤكد بلوغهم السن ١٥ سنة على الأقل قبل التطوع للتجنيد.

ويتضح بأن البروتوكول في المادة الثالثة تضعف إلى حد كبير من الحماية التي تكفلها المادة الثانية من نفس البروتوكول[٥٤]. حيث أن المادة الثالثة من البروتوكول الاختياري لعام ٢٠٠٠م استثني فيها الأطفال المنتمون إلى المدارس العسكرية من الحماية التي يكفلها هذا البروتوكول، وهذا إجحاف في حق الأطفال المنتمين لهذه المدارس؛ لأن الدول تعتبر هذه المدارس كاحتياط للمجندين في حالة النزاع المسلح[٥٥]. ومن الواجب على الدول بشكل عام أن تقوم برفع سن الأشخاص المنتسبين للمدارس العسكرية التي تقع تحت سيطرتها والتي تقبل الطلبة.

٣- حظر تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة:

يحظر البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م على الجماعات المسلحة المتميزة عن القوات المسلحة الوطنية لدوله تجنيد الأطفال دون الثامنة عشر من العمر[٥٦]. وتنص المادة الرابعة فقرة (١) من البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة على أنه لا (يجوز أن تقوم المجموعات المسلحة المتميزة عن القوات المسلحة لأي دولة تحت أي ظرف من الظروف بتجنيد واستخدام الأشخاص تحت سن الثامنة عشرة من العمر في الأعمال الحربية)[٥٧] حيث تنطبق هذه القاعدة على كافة الجماعات المسلحة ولا تقتصر على تلك التي تشترك في النزاع فقط[٥٨]، وعلى الدول أن تتخذ كافة التدابير لمنع وتحريم كافة هذه الممارسات المتعلقة بتجنيد الأطفال من قبل الجماعات المسلحة.

المطلب الثاني

حماية الأطفال غير المشاركين في النزاعات المسلحة

الفرع الأول: **إغاثة الأطفال:**

تُعدُّ إغاثة الأطفال من أهم الواجبات التي تقع على عاتق أطراف النزاع المسلح

الدولي أو الداخلي، لذا يكفل القانون الدولي الإنساني الحماية للعاجزين عن القتال والحصول على الغذاء المناسب، والملبس الملائم، وعلى الإمدادات الطبية. وعرَّفت هيئة الأمم المتحدة المساعدات الإنسانية بأنها معونة تقدم للسكان المتضررين، يقصد بها بالمقام الأول السعي إلى إنقاذ الأرواح والتخفيف من معاناة السكان المتضررون من الأزمة، ويتعين أن تقدَّم المساعدات الإنسانية وفقاً للمبادئ الإنسانية، ومبادئ النزاهة والحياد[٥٩].

عرف الأستاذ وائل علام المساعدات الإنسانية بأنها تقديم المساعدات الخارجية ذات الطابع الإنساني المحايد وغير التمييزي من طرف دولة أو منظمة إنسانية عند وقوع نزاع مسلح أدى إلى عجز أطراف النزاع عن توفير المؤن للحفاظ على حياة وصحة وكرامة المدنيين[٦٠] ومن ضمنهم الأطفال خلال النزاعات المسلحة.

وتنص المادة (٢٣) من اتفاقية جنيف الرابعة على ضرورة السماح بحرية مرور جميع إرسالات الإمدادات الطبية ومهمات المستشفيات المرسلة للمدنيين حتى ولو كانوا من الأعداء، وكذلك حرية مرور جميع المراسلات الضرورية من المواد الغذائية والملابس والمكونات المخصصة للأطفال دون الخامسة عشرة والنساء الحوامل وحالات الولادة[٦١]، وتنص اتفاقية جنيف الرابعة على أن تصرف للنساء الحوامل والمرضعات والأطفال دون الخامسة عشرة أغذية إضافية تتناسب مع احتياج أجسامهم[٦٢].

وفي هذا الصدد يرى البعض أنه من الضروري أن تشتمل هذه الإرساليات على اللقاحات، وهي ضرورية للأطفال لحمايتهم من الأمراض المعدية خلال النزاعات المسلحة[٦٣]، وينص البروتوكول الأول لعام ١٩٧٧م على إعطاء الأولوية للأطفال وحالات الوضع لدى توزيع إرساليات الغوث[٦٤] فقد نص البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧م على حق الأطفال في تلقي العناية والمساعدة، وتعكس النصوص أهمية المحافظة على حق الصحة بالنسبة للأطفال في النزاعات المسلحة[٦٥]، غير

أن الواقع على خلاف ذلك، فعملية إغاثة الأطفال تصطدم بالعديد من العراقيل، فعلى سبيل المثال وليس الحصر في حرب ٢٠١٥م في اليمن قامت ميليشيات الحوثي بالسيطرة غير المشروعة على الإغاثة المقدمة للأطفال، ومنعت دخول المساعدات الإنسانية إليهم، وهو الأمر الذي أدى إلى تردي أوضاع الأطفال اليمنيين.

الفرع الثاني: **النزوح واللجوء:**

تزايد ظاهرة النزوح في العديد من دول العالم والتي غالباً ما تنجم عن الصراعات والحروب، دفع بلجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي كجهاز تابع للأمم المتحدة إلى وضع المبادئ التوجيهية بشأن النزوح، وعرّفت النازحين بأنهم الأشخاص أو جماعات الأشخاص الذين أكرهوا على الهرب أو على ترك منازلهم أو أماكن إقامتهم المعتادة، واضطروا إلى ذلك نتيجة الحرب، أو سعياً لتفادي آثار نزاع مسلح أو حالات العنف العام الأشد انتهاكاً لحقوق الإنسان، والكوارث الطبيعية من فعل البشر ولم يعبروا الحدود الدولية المعترف بها للدولة[٦٦].

إذا لتطبيق هذا التعريف لابد من توافر شرطين لإطلاق هذا المصطلح هما:

١- شرط الإكراه على الفرار من السكن أو مغادرته.

٢- البقاء داخل إقليم الدولة[٦٧].

وبتعريف (النازحين) بالأشخاص النازحين داخل بلدانهم[٦٨] يظهر لنا أن النازحين ليسوا مجرد مجموعة من أفراد فروا من أماكنهم لسبب من أسباب النزوح، وإنما هم من مواطني الدولة الأصليين، والفرد يختلف على المواطن[٦٩] في كون الفرد خارج كل ارتباط اجتماعي وقانوني، أما المواطن فهو عضو اجتماعي يحدد القانون مركزة في ما يتمتع به من حقوق وحريات وما يقع على عاتقه من واجبات[٧٠].

اللاجئ: يعرف اللاجئ وفقاً لنص المادة الأولى من اتفاقية اللاجئين لعام ١٩٥١م بأنه الشخص الذي يوجد خارج بلد جنسيته أو بلد إقامته المعتادة بسبب خوف له ما يبرره، من التعرض للاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو

القومية أو الانتماء إلى طائفة اجتماعية معينة أو إلى رأي سياسي ولا يستطيع العيش في بلده بسبب ذلك الخوف، أو لا يريد أن يستظل بحماية ذلك البلد أو العودة إليه خشية تعرضه للاضطهاد.

بحسب التعريف السالف ذكره (يعد الشخص اللاجئ إذا تواجد نتيجة لأحداث وقعت قبل (١٩٥١/١/١) وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو آرائه السياسية خارج بلد جنسيته ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أو لدواع أُخَر غير راحته الشخصية أن يستظل بحماية هذه البلد. أو أي شخص يكون بلا جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أو لدواع أُخَر غير راحته الشخصية أن يعود إلى ذلك البلد[٧١] وتعد المفوضية السامية لشؤون اللاجئين الجسم الأساسي المفوض بتوفير الحماية الدولية للاجئين في كافة أنحاء العالم، وقد نشئت في عام ١٩٩٠/١/١٤م وتتخذ من جنيف مقراً لها)[٧٢].

بطبيعة الحال يصاحب عمليات النزوح واللجوء العديد من المخاطر، من بينها تشرد العديد من الأطفال، وتمزُّق العلاقات الاجتماعية التي تدعم نماء الأطفال المادي والمعنوي، وهو ما يترتب عليه آثار مادية ونفسية عميقة،من بينها ضعف الرعاية الصحية وسوء التغذية، وهو ما يصاحبه زيادة معدلات الوفيات بين الأطفال. على سبيل المثال تؤكد الدراسات الاستقصائية أن معدل الوفيات بين المتشردين داخلياً يفوق بنسبة ٦٠٪ من نظائرهم الذين يعيشون في نفس البلد من غير المتشردون[٧٣]، كما أن أهم آثار المخاطر التي ظهرت مؤخراً عبور البحار بقوارب تهريب بعيداً عن أحداث النزاعات والمخاطر، ومن بين المحمولين على القوارب نساء وأطفال، يُجبرون على النزول قبل الوصول إلى الساحل مما يؤدي إلى الوفاة بسبب عدم قدرة الأطفال على السباحة إلى مناطق بعيدة،وقد شاهدنا صورا مفزعة لعائلات بأكملها ركبت البحر في مراكب هشة تحمل من البشر فوق طاقتها، ومنهم أطفال في مقتبل

العمر،وولدان مازالوا يُحملون، وذكرت التقارير هلاك زهاء النصف من هؤلاء في البحر. كما يعد من آثار النزوح نقص المواد الغذائية والأدوية بما يسببه من أمراض قاتلة، وكذلك ترك هؤلاء النازحين واللاجئين ممتلكاتهم وأموالهم وراء ظهورهم، وغيرها من المشاكل الأخرى.

الفرع الثالث: **جمع شمل الأسر المشتتة:**

لا شك أن إبعاد الأطفال عن أسرهم من أفدح المآسي الناجمة عن النزاعات المسلحة، وذلك الأثر قد يفوق تأثيره النفسي ما يمكن أن يتعرض له الأطفال من إصابات وأخطار جسمانية من جراء هذه المنازعات، وعندما يتعرض أفراد العائلة الواحدة للانفصال الذي تثير الشكوك حول مصير أفراد العائلة التي فرقتهم النزاعات المسلحة وبالأخص الأطفال الذين انفصلوا عن ذويهم، فقد تضمنت قواعد القانون الدولي الإنساني العديد من القواعد التي تؤكد على ضرورة الحفاظ على الوحدة والتضامن الأسري في أوقات النزاعات المسلحة، كما أن الأطفال ونظراً لصغر سنهم فهم بحاجة لوجود أسرهم إلى جانبهم لرعايتهم وحمايتهم[٧٤] وتضمنت اتفاقية جنيف الرابعة ١٩٤٩م بعض النصوص التي تؤكد على ضرورة لم شمل الأسر التي فرقتهم النزاعات المسلحة، فنجد أن المادة (٢٤) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م تُلزم الأطراف في أي نزاع مسلح بأن يتخذوا كل التدابير الضرورية لضمان عدم إهمال الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر الذين تيتموا أو تفرقوا بسبب النزاعات المسلحة[٧٥].

ونصت المادة (٢٦) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م على كل طرف من أطراف النزاع المسلح أن يسهل أعمال البحث التي تقوم بها أفراد العائلات المشتتة بسبب الحرب من أجل تحديد الاتصال بينهم إذا أمكن جمع شملهم[٧٦]، ونصت المادة (٨٢) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م على أن يقيم أفراد العائلة معاً في معتقل واحد طوال مدة الاعتقال إلا في الحالات التي تقتضي فيها احتياجات العمل أو لأسباب

صحية، كما أعطت المادة للمعتقلين الحق في أن يطلبوا أن يعتقل معهم أطفالهم المتروكون دون رعاية عائلة، كما أضافت الفقرة الأخيرة من هذه المادة حكماً يقضي بضرورة جمع أفراد العائلة الواحدة المعتقلين كلما أمكن في نفس الميناء ويخصص لهم مكان إقامة منفصل عن بقية المعتقلين[٧٧].

وجاء البروتوكول الإضافي الأول بالعديد من الأحكام التي تؤكد على ضرورة وحدة العائلة ولم شمل الأسر المشتتة من جراء النزاعات المسلحة؛ حيث نصت المادة (٧٤) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م على الأطراف المتعاقدة وأطراف النزاع المسلح أن ييسروا قدر الإمكان جمع شمل الأسر التي تشتت نتيجة المنازعات المسلحة، وأن يشجعوا بصفة خاصة عمل المنظمات الإنسانية التي تكرس ذاتها لهذه المهمة[٧٨]، أما في الفقرة الرابعة من المادة (٧٧) من هذا البروتوكول فقد أكدت من جانبها على ضرورة عدم فصل الأطفال عن ذويهم تأكيداً على أهمية وحدة العائلة بالنسبة للأطفال؛ حيث أوجبت على الأطراف المعنية القيام بوضع الأطفال حال القبض عليهم أو احتجازهم أو اعتقالهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح في أماكن منفصلة عن الأماكن المخصصة للبالغين؛ إلا أنها استثنت من ذلك حالات الأسر التي يعد لها أماكن للإقامة كوحدات عائلية، إذ في هذه الحالة الأخيرة يجب عدم فصل الأطفال عن ذويهم تأكيداً لمبدأ وحدة العائلة ولم شمل الأسر وعدم تشتيتها[٧٩].

أما بالنسبة للبروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧م لاتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م فقد تناول هذا الإجراء في الفقرة الثالثة (من المادة الرابعة) التي أوجبت على الأطراف في هذا النوع من المنازعات أن يتخذوا كل الخطوات المناسبة لتسهيل جمع شمل الأسر التي تشتت لفترة مؤقته[٨٠]، وفي حال تفرق أفراد الأسرة الواحدة بسبب النزاعات المسلحة فإن جمع شملهم يتوقف على مداومت الاتصال عن طريق الرسائل العائلية، وفي حال تعذر تبادل الرسائل العائلية يمكن اللجوء إلى الوكالة المركزية

للبحث عن المفقودين لضمان إداء هذا الالتزام[٨١]، وعند تعذر وصول الرسائل يمكن اللجوء إلى وسيط، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، فعمل هذه الأخيرة رائد في المجال الإنساني،كما أن التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات مثل مواقع التواصل الاجتماعي وخدمات البريد الإلكتروني وبرامج المحادثة المسموعة والمرئية تسهل كثيراً عملية التواصل بين الأطفال وأفراد عائلتهم وتحل اليوم محل الرسائل العائلية.

الفرع الرابع: **إجلاء الأطفال من الأماكن المحاصرة:**

يُعدُّ إجلاء الأطفال من المناطق المحاصرة أحد أشكال الحماية الخاصة للأطفال من أخطار الحرب، وقد تناولت اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م هذا الموضوع، إذ نصت على أن تعمل أطراف النزاع على إقرار ترتيبات محلية لنقل الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال والنساء النفساوات من المناطق المحاصرة أو المطوقة لمرور رجال جميع الأديان وأفراد الخدمات الطبية إلى هذه المناطق[٨٢].

وأضاف البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م لاتفاقية جنيف الرابعة مزيدا من التفاصيل على موضوع إجلاء الأطفال من مناطق النزاع، وإجازة الفقرة الأولى من المادة (٧٨) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م على ضرورة التنسيق بين الطرف المنظم للإجلاء والطرف المضيف[٨٣]، وألزم القانون الدولي الإنساني الطرف الأول الذي ينظم الإجلاء، والطرف المضيف بإعداد بطاقة شخصية، وحددت المادة (٧٨) فقرة (٣) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م المعلومات التي تنظمها بطاقة كل طفل، فقد نصت على أن تتضمن كل بطاقة على المعلومات التالية: اسم ولقب الطفل، اسم الأم والأب، وتاريخ الميلاد، وأقرب الناس إلى الطفل، وجنسية الطفل، ولغة الطفل، وأي لغات أخرى يتكلمها، وعنوانه، وفصيلة دمه، وتاريخ مغادرة الطفل لبلده، وتاريخ العثور عليه، وتاريخ وفاته، ومكان دفنه في حالة وفاة الطفل[٨٤]، ويتم العمل بنظام تسجيل المعلومات أيضاً خلال إجلاء

الأطفال، ويتعين على الطرف المضيف للأطفال ملء استمارة تحتوي على كافة المعلومات عن الأطفال الذين أُجْلوا بسبب النزاعات المسلحة حتى عودتهم إلى وطنهم[٨٥].

أكدت قواعد القانون الدولي على إجلاء الأطفال بواسطة أشخاص مسؤولين عن سلامتهم والحصول على موافقة من أولياء الطفل، وفي حالة عدم وجود الأولياء يجب الحصول عليها من الأشخاص المسؤولين بصفة أساسية عن رعايته[٨٦]، وتكمن أهمية بطاقة المعلومات المذكورة في المادة (٣/٧٨) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م في حماية الأطفال من ناحية منع طمس هويتهم[٨٧] وحمايتهم من الضياع عند عملية الإجلاء و تسهيل عودتهم إلى وطنهم. وقبل أن تكون حماية الأطفال التي منحتها قواعد القانون الدولي الإنساني التزاماً أخلاقياً تكون واجباً قانونياً ملزما أقرتها قواعد القانون الدولي الإنساني، وتندرج في إطار حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة.

الخاتمـــة

قواعد حماية الأطفال زمن النزاعات المسلحة التي جاءت بها قواعد القانون الدولي الإنساني والتي يقع على عاتق الدول وجوب تنفيذها قد حظرت مشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة، وتُعدُّ مشاركتهم زمن النزاعات المسلحة انتهاكا لتلك القواعد.

نرى في الآونة الأخيرة انتشارا واسعا لظاهرة تجنيد الأطفال في النزاعات المسلحة، وهذا ما جعلنا نبحث هذه الظاهرة من عدة جوانب.

خصصنا المبحث الأول لمبدأ الحماية العامة للأطفال زمن النزاعات المسلحة، وفيه وضحنا في مطلبين مفهوم الطفل في المواثيق الدولية والآثار السلبية التي تخلفها النزاعات المسلحة. أما المبحث الثاني فقد خصصناه للحماية الخاصة للأطفال زمن النزاعات المسلحة، تناولنا في المطلب الأول منه حماية الأطفال المشاركين في الأعمال القتالية، وخصصنا المطلب الثاني لحماية الأطفال غير المشاركين في النزاعات المسلحة.

انتهت الدراسة إلى نتائج وتوصيات

هامة نرى أخذها بعين الاعتبار من قبل المتخصصين والمشتغلين في مجال القانون الدولي الإنساني في مختلف مراكزهم.

النتائج:

١- تُعدُّ قواعد حماية الأطفال زمن النزاعات المسلحة التي جاءت بها قواعد القانون الدولي الإنساني الالتزام بهذه القواعد أمانا نظريا للطفل، وتوفر له الحماية الكافية من آثار الأعمال العدائية، وكذلك ضد تجاوزات الأطراف زمن النزاع المسلح.

٢- ما نشهده اليوم من تعرّض الأطفال في اليمن وسوريا وليبيا من انتهاكات بحقوقهم وتجنيدهم في النزاعات المسلحة كشف عجز الجهود الدولية الحالية، سواء من جانب بعض الحكومات أو الهيئات الدولية والإقليمية وهيئات المجتمع المدني، وهو ما يحتم بذل المزيد من الجهود.

٣- الأطفال هم الفئة الأكثر تضرراً من النزاعات المسلحة وما ينتج عنها من أضرار ومآسي بالرغم من توفير حماية خاصة لهم إلا أنها تحتاج إلى تطبيق أكثر على أرض الواقع.

٤- الالتزامات التي قطعتها الدول على نفسها بموجب اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م واتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م والبروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م ما زالت تعهدات شكلية لا تخضع لأي درجة من درجات الرقابة ماعدا التقارير الدولية التي تقدمها الدول نفسها.

التوصيات:

١- يجب إلزام الحكومات باتخاذ تدابير تشريعية وطنية لضمان التقيد الفعال بالاتفاقيات الدولية، وبالأخص تفعيل سن التجنيد بالثامنة عشرة كما أكد عليه البروتوكول الاختياري لعام ٢٠٠٠م بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة. إلزام الحكومات بتخصيص مساحة إعلانية واسعة للتعريف بالقانون الدولي الإنساني،ونشر وتعزيز المعايير القانونية الدولية التي

تحظر التجنيد العسكري للأطفال دون سن الثامنة عشرة.

٢- ضرورة تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني بما يتلاءم مع تطورات الساحة الدولية، وتوفير حماية أكبر للأطفال من الأعمال العدائية.

٣- محاصرة أسباب ظاهرة تجنيد الأطفال من خلال النهوض بالجوانب الاقتصادية والاجتماعية التي تبعد هؤلاء الأطفال عن المشاركة في النزاعات المسلحة.

٤- وضع آليات قضائية وأمنية للعمل على حماية وتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، وتوعية العسكريين والمدنيين بها حتى تتحقق الحماية للأطفال.

الهوامش

- كلية الحقوق - جامعة عدن - الجمهورية اليمنية.

١. رسلان، نبيله إسماعيل (١٩٩٦) حقوق الطفل في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، مصر، ص٣٥.

٢. انظر المحجوب،حمد بشير، (٢٠٠٠) الحماية الدولية لتجنيد الأطفال ومشاركتهم في النزاعات المسلحة،رسالة ماجستير(غيرمنشورة) ،الأكاديمية الليبية،، طرابلس،ليبيا،، ص ٨ - ١٦.

٣. محيمر،عبدالعزيز،(١٩٩١)الطفولة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية،دارالنهضة العربية، بيروت، ،ص ٢٣.

٤. لطفي، حسام محمود، (١٩٨٩)، مفهوم الطفل وفتوى مجلس الدولة ، العددان ٤١٥ - ٤١٦ ، مجلة مصر المعاصرة، ص ٢٨٤

٥. انظر البروتوكول الأول والثاني لعام ١٩٧٧م الملحقان باتفاقية جنيف ١٩٤٩م.

٦. يازجي ،امل (٢٠٠٥)، القانون الدولي الإنساني لحماية النساء والأطفال أثناء النزاعات المسلحة ، منشورات الحلبي، بيروت،ص٢٧١ ـــ ٣١٠

٧. المادة الأولى من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل ،١٩٨٩م.

٨. محمد زغو، (٢٠٠٤)،الحماية الدولية للطفل الفلسطيني ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري ،الجزائر،ص١٣.

٩. اخليفة، مرسيم حسين (١٩٩٠) الطفل العربي بين النظرية والتطبيق، تقرير الطفولة العربي ، العدد ٢٢ ، الجمعية الكويتية لتقدم الطفولة العربية ، الكويت ص ٥.

١٠. شعبان، أحمد الحسيني (٢٠٠٢) الإنسان هو الأفضل: مدخل إلى القانون الدولي الإنساني ، مركز القاهرة للدراسات لحقوق الإنسان ، القاهرة ، ص ٨٤.

١١. سليم عليوة(٢٠١٠) حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية رسالة ماجستير في القانون الدولي كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، الجزائر ص١٢

١٢. نياف ، امال (٢٠١٣)،الجريمة المرتكبة ضد القاصر الاغتصاب والتحرش الجنسي ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ، جامعة القسنطينية ، الجزائر ، ص٢٠

١٣. مرسي، محمود سليمان، (٢٠٠٨) ، الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين ، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون الفرنسي في ضوء الاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص ١٦.

١٤. الأحمد ، وسيم حسام الدين (٢٠٠٩) حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان،ص١١٦.

١٥. سعد، غانم سعيد (٢٠٠٣) الجهود الدولية لتقنين قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة في النزاعات المسلحة ، المجلد ٦ ، العدد ١٢ ، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية ، دار الجامعة، عدن ، اليمن ، ص١٦٩.

١٦. شمسان، عبدالوهاب ثابت (٢٠٠١) القانون الدولي الإنساني في تشريعات الجمهورية اليمنية ، مجلة حقوقنا ، إصدارات مركز التأهيل والتدريب لحقوق الإنسان ، تعز ، اليمن، ص ٣٢.

١٧. اشترطت المادة المذكورة لترشيح الوظائف العامة على أن لا يقل عمر الشخص على ثمانية عشر عاما إلا أنها أجازت لمن يكون عمره ست عشرة سنة في الوظائف والمهن التي يتطلب شغلها إعدادا خاصا في معاهد ومراكز التدريب .

١٨. شجاع الدين ، عبد المؤمن عبدالقادر (٢٠١٤م) إثبات سن الطفل المتهم في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، العدد ٤ ، المجلة القضائية وزارة العدل اليمني، ص ١٩٣ – ١٩٤.

١٩. العلفي، عبدالله عبدالله (٢٠٠٢) قانون الجرائم والعقوبات العسكرية اليمني ، مجلة حقوقنا، إصدارت مركز التأهيل والتدريب لحقوق الإنسان، تعز، اليمن، ص ٤٣.

٢٠. العلفي (٢٠٠٢) مرجع سابق ص ٤٥.

٢١. حمودة، منتصر سعيد، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي العام ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية(٢٠٠٧) ص ١٨٩.

٢٢. النادي، محمد (٢٠١٥) الأطفال الجنود في ظل القانون الدولي الإنساني، العدد ٤٣٧، مجلة المستقبل العربي، دراسة الوحدة العربية، العدد ٤٣٧، ص٣٥ والخزرجي ،عروبة جبار،(٢٠٠٩) حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص٢٤٥.

٢٣. منجد، منال مروان (٢٠١٥) الطفل في جريمة تجنيد الأطفال بقصد إشراكهم في أعمال قتالية مجرم أو ضحية؟ ، المجلد ٣١١، العدد الأول ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، سوريا، ص ١٣١.

٢٤. عبد السلام، معزيز (٢٠١٦) تجنيد الأطفال في أفريقيا مجلد ١٤، العدد عشرون، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعه عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر ص ١٤٤ – ١٤٥.

٢٥. خليل، غسان (٢٠٠١)، تقرير آليات حماية حقوق الطفل في النزاعات المسلحة ، الندوة الإقليمية حول الطفولة ، من تاريخ ٢٤ – ٢٧ /٤/٢٠٠١م ، الناشر موقع إنترنت المنظمة الوطنية لحقوق الإنسان سورياً ..(http:These doc-download univ-be tn ?.bz - ص ٤٦.

٢٦. السيد مرشد أحمد و الفتلاوي أحمد (٢٠٠٢م) الألغام الأرضية المضادة للأفراد ، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن.(٢٠٠٢) ص٧٠.

٢٧. هيوبي بيتر ونوتن اثار (٢٠٠١) المخلفات المتفجرة بعد الحرب حماية المدنيين ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، جنيف ص ١٩.

٢٨. حوار بين اللجنة الدولية للصليب الأحمر وهيوبي (٢٠٠٦) ص ٣٨ – ٤٠.

٢٩. اللجنة الدولية للصليب الأحمر (١٩٩٨) ص ٢٨-٣١.

٣٠. القصير، عبد القادر (١٩٩٩) الأسرة المتغيرة في مجتمع المدينة العربية ، دراسة ميدانية في علم الاجتماع الحضري والأسري، دار النهضة العربية ، بيروت، لبنان،ص ٣٣.

٣١. عبدالباقي، زيدان (١٩٨٠) ، الأسرة والطفولة، الطبعة الرابعة ، مكتبة النهضة العربية، مصر ، ص٦.

٣٢. رمضان، سيد (١٩٩٩) إسهامات الخدمة الاجتماعية في مجال الأسرة والسكان، دار المعرفة الجامعية ، الإسكندرية ، مصر،ص ٢٥.

٣٣. بلانتر ، دنيس (٢٠٠٣) حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني ، العدد ٢٤ ، مجلة الإنسان اصدارت اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة، ص ٣٦ – ٣٧.

٣٤. بوادي، حسين المحمدي (٢٠٠٤) حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ص ١١٠.

٣٥. أبو العمايم ، هبة (٢٠٠٣) وضع الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني ،

المجلد ٣ ، العدد ٩ ، مجلة الطفولة والتنمية ، المجلس العربي للطفولة ، القاهرة،ص ١١١ – ١٣٠.

٣٦. انظر البرتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م، المادة (٧٧) فقرة (١).

٣٧. انظر البرتوكول الثاني لعام ١٩٧٧م ، المادة (٤) الفقرة (٣).

٣٨. انظر البروتوكول الثاني، المادة (٨) .

٣٩. انظر اتفاقية جنيف الرابعة،المادة (٢٤).

٤٠. انظر :المادة (٨٢) من اتفاقية جنيف الرابعة .

٤١. انظر :المادة (٤٩) من اتفاقية جنيف الرابعة.

٤٢. انظر :المادة (٧٦) من البرتوكول الإضافي الأول.

٤٣. المادة الرابعة الفقرة الثالثة (ج) من البرتوكول الإضافي الثاني لعام١٩٧٧م الخاص بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الغير دولية .

٤٤. علوان محمد يوسف ،(٢٠٠٢)، الحماية القانونية للطفل في ضوء اتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٨٩م، بحث مقدم للمؤتمر العالمي حول حقوق المراءة والطفل ،جامعة اليرموك الاردن ، اربد، ص ٤٤٢.

٤٥. سعد الله، محمد (٢٠٠٦) المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطبيق، دار هومه ، الجزائر،ص ١٨٤.

٤٦. انظر طلافحة ،فضيل عبدالله (٢٠١١) حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني،الطبعة الأولى،دار الثقافة،الأردن،ص ١١٠.

٤٧. فهمي، خالد مصطفى، (٢٠٠٧) حقوق الطفل والمعاملة الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة ، مصر، ص ٧٢.

٤٨. علام، وائل(٢٠٠٥) التنظيم القانوني للإعلام ، الإغاثة الإنسانية للنزاعات المسلحة ، العدد ٥٢، مجلة الشريعة والقانون ،الإمارات العربية المتحدة، ص ١٣٢.

٤٩. زيدان، فاطمة شحاته أحمد (٢٠٠٤) ، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص ٢١٧.

٥٠. النادي (٢٠١٥) مرجع سابق ص٣٥ .

٥١. انظر :المادة الثانية من البروتوكول الاختياري بشأن أشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة لعام ٢٠٠٠م .

٥٢. انظر :المادة (٣٨) من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م ، و الفقرة (٢) من المادة (٧٧) من البروتوكول الاول لعام ١٩٧٧م .

٥٣. انظر :المادة (٣) من البروتوكول الاختياري لعام (٢٠٠٠م)بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة .

٥٤. هيل دانيل (٢٠١٠) البرتوكول الاختياري بشان اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة ،المجلة الدولية للصليب الأحمر جنيف سويسرا، العدد ٨٣٩، ص ٤.

٥٥. تراتيب، رشيدة (٢٠١٠) المركز القانوني للأولاد القصر في القانون الدولي النظرية والتطبيق ، جامعة مولود معمري ، رسالة ماجستير ، الجزائر،ص ٨٤.

٥٦. عجاز، سامية(٢٠٠٦)الحماية القانونية للأطفال من التجنيد والاستعمال في النزاعات المسلحة ، مجلة المعارف المركز الجامعي، العدد ٦،الجزائر،ص ٧٠.

٥٧. المادة (٤) من البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة.

٥٨. أبو العمايم.(٢٠٠٣) مرجع سابق ص١٣٣ – ١٣٤.

٥٩. مغرين، يوسف (٢٠١٥) الوضع القانوني للمساعدات الإنسانية في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير ، جامعة عبدالحميد بن باديس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ص ١٢.

٦٠. علام (٢٠٠٥) مرجع سابق ص ٤٤٤.

٦١. انظر المادة(٢٣) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام١٩٤٩م .

٦٢. عبد الغفار، نجم عبد العز (١٩٨٨) حماية الطفولة وفقاً لاتفاقية حقوق الإنسان والإعلان العالمي لحقوق الطفل ، بحث مقدم لمؤتمر حقوق الطفل ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، مصر،ص ٣.

٦٣. ابو العمايم(٢٠٠٣) مرجع سابق ص ١١٤.

٦٤. انظر المادة(٧٠ /١) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م.

٦٥. أبو خوات ، ماهر جميل (٢٠٠٧) الحماية الدولية لحقوق الأطفال ، دار النهضة العربية ، مصر، ص ٢٥٨.

٦٦. الفقرة واحد من مقدمة – مرفق (مبادئ توجيهية بشأن التشريد الداخلي) ، مكتبة حقوق الإنسان ، جامعة منسيوتا١٩٩٨م .

٦٧. يوسف محمد صافي (٢٠٠٤) ، الحماية الدولية للمشردين قصريا داخل دولهم دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٢٦.

٦٨. يعد التعريف الوارد في المبادئ التوجيهية للتعريف المعتمد به بصفه عامه لأمم المتحدة ، إلا أنه تعريف وصفي أكثر منه قانوني ، كونه لا يحدد حقوقاً خاصة للأشخاص النازحون داخلياً بموجب القانون الدولي ، كون ما يجب أن يتمتعوا بذات الحقوق التي يتمتع بها مواطنو دولتهم الذين يتمتعون بالحماية القانونية للقانون الدولي لحقوق الإنسان ، والقانون الدولي الإنساني في أوضاع النزاع المسلح .وانه لايحدد حقوقا خاصة للأشخاص النازحون داخليا بموجب القانون الدولي يجب أن يتمتعوا بذات الحقوق التي يتمتعون مواطني دولتهم ، والذين يتمتعون بالحماية القانونية للقانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني في أوضاع النزاع المسلح .

٦٩. أن المواطن يتمتع بحقوق وامتيازات الرابطة القانونية والسياسية للدولة التي يتملك جنسيتها، بينما الأجنبي لا يتمتع بمثل هذه الحقوق والامتيازات لعدم توافر مثل تلك الرابطة بينه وبين الدولة المقيم فيها ، وهو يمتلك جنسية دولة أخرى للمزيد :راجع : د . محمد جلال حسن الأتروشي، الأجنبي والوسائل الفنية لتنظيم مركزة القانوني ، دراسة تحليلية مقارنة من منشورات مركز ماركرت ،٢٠١٣م ،ص ٣٥.

٧٠. بكر،دريفان عبدالقادر(٢٠١٠) المركز القانوني للمواطن وضماناته، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية ، كلية الحقوق ، كردستان ، العراق،ص ١٩ .

٧١. المادة (٦/ب) من النظام الأساسي لمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين.

٧٢. ديباجة النظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون للاجئين .

٧٣. تقرير وضع الأطفال في العالم اليونسف٢٠٠٣، ص ١٥ . وانظر مارشيل(١٩٩٩) ص ٢٣.

٧٤. سليم عصام أنور(٢٠٠١) حقوق الطفل، المكتب الجامعي الجديد ،بدون طبعة ،الإسكندرية، مصر، ص ٧.

٧٥. انظر المادة / ٢٤ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م .

٧٦. انظر المادة (٢٦) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م

٧٧. انظر المادة (٨٢) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م.

٧٨. انظر المادة (٧٤) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م .

٧٩. انظر نص المادة (٧٧) فقرة أربعة من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م لاتفاقية جنيف الرابعة ١٩٤٩م .

٨٠. المعمري، مدهش محمد أحمد عبدالله (٢٠٠٧) الحماية القانونية لحقوق الإنسان في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة المكتب الجامعي الحديث ص٢٠٧.

٨١. زيدان (٢٠٠٤) مرجع سايق ص ٣٥١. وراجع نص المادة (٢٥) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م .

٨٢. انظر نص المادة (١٧) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م .

٨٣. انظر المادة(٧٨) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧م .

٨٤. انظر الفقرة ثلاثة من المادة (٧٨) من البرتوكول الاضافي الاول ١٩٧٧م.

٨٥. سندرلا سنجر،(٢٠٠٠)، حماية الاطفال في جالات النزاع المسلح ضمن كتاب درسات في القانون الدولي تقديم د/ مفيد شهاب ،الطبعة الاولى اللجنة الدولية للصليب الأحمر دار المستقبل العربي القاهرة ، ص ١٤٨ – ١٤٩.

٨٦. أبو خوات (٢٠٠٧)مرجع سابق ص ٢٦٢.

٨٧. العنبكي نزار قاسم، (٢٠١٠) القانون الدولي الإنساني، دار وائل ، عمان ، الأردن ، ص ٣٢٢.

المراجـــع

١- أبوالعمايم، هبة (٢٠٠٣) وضع الأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني، المجلد ٣، العدد ٩، مجلة الطفولة والتنمية، المجلس العربي للطفولة، القاهرة.

٢- أبو خوات، ماهر جميل (٢٠٠٧) الحماية الدولية لحقوق الأطفال، دار النهضة العربية، مصر.

٣- الاتروشي، محمد جلال حسن (٢٠١٣) الأجنبي والوسائل الفنية لتنظيم مركزه القانوني دراسة تحليلية مقارنة من منشورات جمال عرفات الثقافية السليمانية، كردستان، العراق .

٤- الأحمد، وسيم حسام الدين (٢٠٠٩) حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

٥- بكر، دريفان عبدالقادر (٢٠١٠) المركز القانوني للمواطن وضماناته، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، كردستان، العراق.

٦- بوادي، حسين المحمدي (٢٠٠٤) حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

٧- بلانتر، دنيس (٢٠٠٣) حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني، العدد ٢٤، مجلة الإنسان إصدارت اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة.

٨- تراتيب، رشيدة (٢٠١٠) المركز القانوني للأولاد القصر في القانون الدولي النظرية والتطبيق، جامعة مولود معمري، رسالة ماجستير، الجزائر.

٩- حمودة، منتصر سعيد (٢٠٠٧) حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.

١٠- خزرجي، عروبة جبار (٢٠٠٩) حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمَّان، الأردن.

١١- خليفة، مرسيم حسين (١٩٩٠) الطفل العربي بين النظرية والتطبيق، تقرير الطفولة العربي، العدد ٢٢، الجمعية الكويتية لتقدم الطفولة العربية، الكويت.

١٢- خليل، غسان (٢٠٠١)، تقرير آليات حماية حقوق الطفل في النزاعات المسلحة، الندوة الإقليمية حول الطفولة، من تاريخ ٢٤ – ٢٧ /٤/ ٢٠٠١م، الناشر موقع انترنت المنظمة الوطنية لحقوق الإنسان سورياً.-doc download (http:These. univ-be tn ?.bz

١٣- رسلان، نبيله إسماعيل (١٩٩٦) حقوق الطفل في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر

١٤- رمضان، سيد (١٩٩٩) إسهامات الخدمة الاجتماعية في مجال الأسرة والسكان، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر.

١٥- زيدان، فاطمة شحاته أحمد (٢٠٠٤)، مركز الطفل في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.

١٦- سعد الله، محمد (٢٠٠٦) المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر.

١٧- سعد، غانم سعيد (٢٠٠٣) الجهود الدولية لتقنين قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة في النزاعات المسلحة، المجلد ٦، العدد ١٢، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، دار الجامعة، عدن، اليمن.

١٨- سليم، عصام أنور (٢٠٠١) حقوق الطفل، المكتب الجامعي الجديد، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر.

١٩- سليم، عليوة (٢٠١١) حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة الدولية، رسالة ماجستير، في القانون الدولي كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، الجزائر.

٢٠- سندرلا سنجر،٢٠٠٠)) حماية الاطفال في حالات النزاع المسلح ضمن كتاب دراسات في القانون

الدولي تقديم د/ مفيد شهاب، الطبعة الاولى، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، دار المستقبل العربي، القاهرة، ص ١٤٨-١٤٩.

٢١- السيد مرشد أحمد و الفتلاوي أحمد (٢٠٠٢م) الألغام الأرضية المضادة للأفراد، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الاردن.

٢٢- شجاع الدين، عبدالمؤمن عبدالقادر (٢٠١٤م) إثبات سن الطفل المتهم في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، العدد ٤، المجلة القضائية وزارة العدل اليمني.

٢٣- شعبان، أحمد الحسيني (٢٠٠٥) الإنسان هو الأفضل: مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، مركز القاهرة للدراسات لحقوق الإنسان، القاهرة.

٢٤- شمسان، عبدالوهاب ثابت (٢٠٠١) القانون الدولي الإنساني في تشريعات الجمهورية اليمنية، مجلة حقوقنا، إصدارات مركز التأهيل والتدريب لحقوق الإنسان، تعز، اليمن.

٢٥- طلافحة، فضيل عبدالله (٢٠١١) حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن.

٢٦- عبدالباقي، زيدان (١٩٨٠)، الأسرة والطفولة، الطبعة الرابعة، مكتبة النهضة العربية، مصر.

٢٧- عبدالسلام، معزيز(٢٠١٦) تجنيد الأطفال في أفريقيا مجلد ١٤، العدد عشرون، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعه عبدالرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر.

٢٨- عبد الغفار، نجم عبدٍ العز (١٩٨٨) حماية الطفولة وفقاً لاتفاقية حقوق الإنسان والإعلان العالمي لحقوق الطفل، بحث مقدم لمؤتمر حقوق الطفل، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر.

٢٩- عجاز،سامية (٢٠٠٦)الحمايةالقانونيةللأطفالمنالتجنيدوالاستعمالف

يالنزاعاتالمسلحة،مجلةالمعارفالمرك زالجامعي،العدد ٦،الجزائر.

٣٠- علام، وائل (٢٠٠٥) التنظيم القانونيللإعلام،الإغاثةالإنسانية للنزاعات المسلحة، العدد ٥٢، مجلة الشريعة والقانون،الإمارات العربية المتحدة.

٣١- العلفي، عبدالله عبدالله(٢٠٠٢) قانون الجرائم والعقوبات العسكرية اليمني، مجلة حقوقنا، إصدارت مركز التأهيل والتدريب لحقوق الإنسان، تعز، اليمن.

٣٢- علون، محمد يوسف (٢٠٠٢) الحماية القانونية للطفل في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، بحث مقدم للمؤتمر العالمي لحقوق المرأة والطفل،منشورات، جامعة اليرموك ، أربد، الأردن.

٣٣- العنبكي، نزار قاسم (٢٠١٠) القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن.

٣٤- الفتلاوي، سهيل حسين وربيع عماد محمد (٢٠٠٩) القانون الدولي الإنساني (موسعة القانون الدولي الخامسة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة والتوزيع، عمَّان، الأردن.

٣٥- فهمي، خالد مصطفى، ٢٠٠٧)) حقوق الطفل والمعاملة الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر.

٣٦- القصير، عبد القادر (١٩٩٩) الأسرة المتغيرة في مجتمع المدينة العربية، دراسة ميدانية في علم الاجتماع الحضري والأسري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان

٣٧- لطفي حسام محمود (١٩٨٩) مفهوم الطفل وفتوى مجلس الدولة، العددان ٤١٥ – ٤١٦، مجلة مصر المعاصرة.

٣٨- مارشيل، السيدة قرسا(١٩٩٩)، تقرير حقوق الأطفال وحمايتها، منشورات الأمم المتحدة جنيف.

٣٩- المحجوب، حمد بشير(٢٠٠٠) الحماية الدولية لتجنيد الأطفال ومشاركتهم في النزاعات

المسلحة، رسالة ماجستير(غير منشورة)، الأكاديمية الليبية، طرابلس، ليبيا.

٤٠- المعمري، مدهش محمد أحمد عبدالله (٢٠٠٧) الحماية القانونية لحقوق الإنسان في ضوء أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة المكتب الجامعي الحديث.

٤١- محيمر، عبدالعزيز (١٩٩١) الطفولة في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت.

٤٢- محمد، زغو، (٢٠٠٤))،الحماية الدولية للطفل الفلسطيني، رسالة دكتوراه، تخصص قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعه مولود معمري، الجزائر.

٤٣- مرسي، محمود سليمان، (٢٠٠٨)، الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون الفرنسي في ضوء الاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.

٤٤- مغرين، يوسف (٢٠١٥) الوضع القانوني للمساعدات الإنسانية في القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة عبدالحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.

٤٥- منجد، منال مروان (٢٠١٥) الطفل في جريمة تجنيد الأطفال بقصد إشراكهم في أعمال قتالية مجرم أو ضحية؟، المجلد ٣١١، العدد الأول، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا.

٤٦- نياف، آمال (٢٠١٣) الجريمة المرتكبة ضد القاصر الاغتصاب و التحرش الجنسي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القستنطينية، الجزائر.

٤٧- هيوبي بيتر ونوتن اثار(٢٠٠١) المخلفات المتفجرة بعد الحرب حماية المدنيين، المجلة الدولية للصليب الأحمر، جنيف.

٤٨- هيوبي، بيتر (٢٠٠٦) حوار مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد ٣٨، مجلة الإنسان، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة.

٤٩- هيل، دانيل (٢٠١٠) البروتوكول الاختياري بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، العدد ٨٣٩، المجلة الدولية للصليب الأحمر، جنيف.

٥٠- يوسف، محمد صافي (٢٠٠٤) الحماية الدولية للمشردين قصراً بداخل بلدهم، دار النهضة العربية، القاهرة.

خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأثره على الفروع الفقهية

د. صفاء سليمان حمزة سليمان*

مستخلص

تناولت الدراسة موضوع خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأثره على الفروع الفقهية. ويهدف هذا البحث إلى معرفة خبر الواحد، وبيان أقسامه، وشروط العمل به، وبيان عموم البلوى، وحكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى، والآثار الفقهية المترتبة عليه. وتكمن أهمية البحث في إظهار حقيقة خبر الواحد فيما تعم به البلوى، وحاجة الناس إلى معرفة أحكامه. واتبعت الباحثة المنهج الوصفي والاستقرائي والتحليلي. ومن أهم النتائج التي توصل إليه البحث أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى هو أن يرد حكم شرعي في مسألة فقهية، يحتاج إليه جميع المكلفين حاجة ماسة للعمل به، ثم ينقل هذا الحكم بطريق الآحاد. وأن العلماء اختلفوا في وجوب العمل به، فقبله الجمهور واحتج به، ولم يقبله الأحناف وأوجبوا رده. وأن الفقهاء اختلفوا في مشروعية رفع اليدين عند الركوع، والرفع منه، وأن الراجح هو ما عليه أصحاب المذهب الأول القائل بمشروعية رفع اليدين عند الركوع والرفع منه؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض. كما اختلفوا في مسألة نقض الوضوء بمس الذكر، وأن الراجح هو ما عليه أصحاب المذهب الأول القائل بنقض الوضوء بمس الذكر؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض. وتوصي الباحثة بضرورة الأخذ بخبر الواحد فيما تعم به البلوى عند إصدار الفتاوى.

Abstract

The study cast light on the subject of the news of the one as pervaded by Al-Balawi and its impact on the branches of jurisprudence. This research aims to know the news of one, and to explain its divisions, the conditions for working with it, and to clarify the generality of the affliction, and the rule of working with

to reject it. And that the fuqaha' differed about the legality of raising the hands when bowing, and raising it, and that the most correct is what the owners of the first doctrine have to say that it is legal to raise the hands when bowing and raising it; This is due to the strength of their evidence and its integrity from objection. They also differed on the issue of invalidating ablution by touching the penis, and that the most correct is what the adherents of the first doctrine are upon, which says that ablution is invalidated by touching the penis; This is due to the strength of their evidence and its integrity from objection. The researcher recommends the need to take into account the news of one in what is prevalent in the woes when issuing fatwas.

the news of the one in what is common in the affliction, and the jurisprudential implications of it. The importance of the research lies in revealing the truth of one`s news regarding the affliction prevailing, and the people`s need to know its rulings. The researcher followed the descriptive, inductive and analytical approach. One of the most important findings of the research is that the news of one of what is pervasive in Al-Balawi is that a legal ruling is given in a doctrinal issue, which all those who are responsible for it urgently need to work with, and then transfer this ruling by way of ones. And that the scholars differed as to the obligation to act upon it, so the majority accepted it and argued for it, and the Hanafis did not accept it and made it obligatory

مقدمـــــة

الحمدلله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين، سيدنا وحبيبنا محمد صلى الله وعلى آله وصحبه وسلم.

وبعد فإن هذا البحث يتحدث عن مسألة من المسائل المهمة في علم أصول الفقه؛ لارتباطها بالمصدر الثاني من مصادر التشريع، وهو السنة النبوية المطهرة، وهي من المسائل التي يحتاج إليها العامة والخاصة في الفتوى والاجتهاد، ألا وهي مسألة خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأثره على الفروع الفقهية.

أسباب اختيار الموضوع:

١ـ الرغبة الشديدة في البحث عن خبر الواحد فيما تعم به البلوى، مع بيان الفروع الفقهية المترتبة عليه.

٢ـ تسليط الضوء على هذه المسألة التي يحتاج العامة إلى معرفة أحكامها وفق منهج أصولي وفقهي.

٣ـ لم شتات هذا الموضوع حتى يسهل فهمه والتعامل معه.

مشكلة البحث:

تبرز مشكلة البحث في بيان خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأثره على الفروع الفقهية، ويتفرع منها الأسئلة التالية:

١ـ ما المقصود بخبر الواحد، وما هي أقسامه، وشروط العمل به؟

٢ـ ما المقصود بعموم البلوى، وما حكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى؟

٣ـ ما هي الآثار الفقهية المترتبة على اختلاف الفقهاء في العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في الآتي:

١ـ إظهار حقيقة خبر الواحد، وبيان أقسامه، وشروط العمل به.

٢ـ حاجة الناس إلى معرفة عموم البلوى، وحكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

٣ـ بيان الآثار الفقهية المترتبة على اختلاف الفقهاء في العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

أهداف البحث:

١ـ التعرف على حقيقة خبر الواحد، وبيان أقسامه، وشروط العمل به.

٢ـ التعرف على حقيقة عموم البلوى، وحكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

٣ـ التعرف على الآثار الفقهية المترتبة على اختلاف الفقهاء في العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

منهج البحث:

اتبعت الباحثة المنهج الوصفي والاستقرائي والتحليلي.

هيكل البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث وعدد من المطالب، بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة على النحو التالي:

المقدمة: وقد اشتملت على أسباب اختيار الموضوع، ومشكلته، وأهميته، وأهدافه، ومنهجه.

المبحث الأول: **تعريف خبر الواحد، وبيان أقسامه، وشروط العمل به.**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف خبر الواحد، وبيان أقسامه.

المطلب الثاني: شروط العمل بخبر الواحد.

المبحث الثاني: **تعريف عموم البلوى، وحكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف عموم البلوى.

المطلب الثاني: حكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

المبحث الثالث: **الآثار الفقهية المترتبة على اختلاف الفقهاء في العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رفع اليدين عند الركوع والرفع منه.

المطلب الثاني: نقض الوضوء بمس الذكر.

الخاتمة: فقد اشتملت على **أهم النتائج** التي توصلت إليها الباحثة، ثم **التوصيات.**

الهوامش والمصادر والمراجع.

المبحث الأول

تعريف خبر الواحد، وبيان أقسامه، وشروط العمل به

المطلب الأول

تعريف خبر الواحد، وبيان أقسامه

الفرع الأول: **تعريف خبر الواحد.**

أولاً: الخبر في اللغة.

الخبر لغة: النبأ، والجمع أخبار، وأخابير، والخبر: ما أتاك من نبإ عمن تستخبر، واستخبره: سأله عن الخبر وطلب أن يخبره، والخابر: المختبر المجرب، ورجل خابر وخبير: عالم بالخبر[1].

قال الزبيدي: الخبر، محركة: النبأ، ثم إن أعلام اللغة والاصطلاح قالوا: الخبر عرفا ولغة: ما ينقل عن الغير، وزاد فيه أهل العربية: واحتمل الصدق والكذب لذاته[2].

من خلال التعريف اللغوي يتبين أن الخبر يأتي بمعنى النبأ، وما ينقل عن الغير.

ثانياً: الخبر عند الأصوليين:

عرف الخبر عند الأصوليين بتعريفات كثيرة منها:

١ـ عرفه السمعاني بأنه: كلام يدخله الصدق والكذب[٣].

٢ـ عرفه أبو الحسين البصري بأنه: كلام يفيد بنفسه إضافة أمر من الأمور إلى أمر من الأمور نفياً أو إثباتاً[٤].

٣ـ عرفه ابن عاشور بأنه: ما له خارج يطابقه أو لا يطابقه[٥].

٤ـ عرفه الشيرازي بأنه: الذي لا يخلو من أن يكون صدقاً أو كذباً[٦].

٥ـ عرفه القرافي بأنه: المحتمل للصدق والكذب لذاته[٧].

عرفه الآمدي بأنه: اللفظ الدال بالوضع على نسبة معلوم إلى معلوم أو سلبها على وجه يحسن السكوت عليه من غير حاجة إلى تمام مع قصد المتكلم به الدلالة على النسبة أو سلبها[٨].

من خلال هذه التعريفات يتبين للباحثة أن الخبر في الاصطلاح هو الكلام الذي يحتمل الصدق والكذب.

ثالثاً: الخبر عند المحدثين:

قال الحافظ ابن حجر: "الخبر عند علماء هذا الفن مرادف للحديث. وقيل: الحديث: ما جاء عن النبي (صلى الله عليه وسلم)، والخبر: ما جاء عن غيره، ومن ثمة قيل لمن يشتغل بالتواريخ وما شاكلها: الإخباري، ولمن يشتغل بالسنة النبوية: المحدث"[٩].

رابعاً: تعريف الواحد:

الواحد بمعنى الأحد، والجمع آحاد وأحدان وأحدون، والواحد: أول عدد الحساب، وهو أول العدد، تقول أحد واثنان وأحد عشر وإحدى عشرة، ويقال: فلان أحد الأحدين، لا مثيل له، والمؤنث إحدى يقال: في العدد إحدى عشرة، وإحدى وعشرون، ويقال: فلانة إحدى الإحد، لا مثيل لها، ويقال: أتى بإحدى الإحد، بالأمر العظيم أو بالأمر المنكر[١٠].

خامساً: تعريف خبر الواحد في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الأصوليون في تعريفهم لخبر الواحد، وإن كان يجمعهم معنى واحد، فمن هذه التعريفات:

١ـ عرفه ابن حجر العسقلاني بأنه: ما لم يجمع شروط التواتر[١١].

٢ـ عرفه القاضي أبو يعلى بأنه: ما لم تبلغ حد التواتر[١٢].

٣- عرفه الآمدي بأنه: ما كان من الأخبار غير منته إلى حد التواتر.[١٣]

٤- عرفه القرافي بأنه: خبر العدل الواحد أو العدول المقيد للظن.[١٤]

٥- عرفه علماء الحديث بأنه: الخبر الذي لم تبلغ نقلته في الكثرة مبلغ الخبر المتواتر سواء كان المخبر واحدا أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة إلى غير ذلك من العداد التي لا تشعر بأن الخبر دخل بها في حيز المتواتر.[١٥]

هذه التعريفات كلها بمعنى واحد، وإن اختلفت العبارات بأن ما روي عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) ولم يبلغ حد التواتر يعتبر من خبر الآحاد.

الفرع الثاني: **بيان أقسام خبر الواحد:**

ينقسم خبر الواحد إلى تقسيمات عدة باعتبارات مختلفة منها:

أولاً: باعتبار طرق روايته[١٦]:

ينقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

١- الحديث المشهور: هو الحديث الذي يرويه ثلاثة فأكثر في كل طبقة، ولم يبلغ في كثرة الأسانيد ما ينزَّل به منزلة التواتر.[١٧]

٢- الحديث العزيز: هو أن لا يقل رواته عن اثنين في جميع طبقات السند.[١٨]

٣- الحديث الغريب: هو الذي يتفرد به شخص واحد في أي موضع وقع التفرد به.[١٩]

ثانياً: باعتبار صحته وضعفه[٢٠]:

ينقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

١- الحديث الصحيح: هو الحديث الذي يكون متصل الإسناد من أوله إلى منتهاه بنقل العدل الضابط عن مثله ولا يكون فيه شذوذ ولا علة.[٢١]

٢- الحديث الحسن: هو ما دون الصحيح مما فيه ضعف قريب محتمل عن راو لا ينتهي إلى درجة العدالة، ولا ينحط إلى درجة الفسق.[٢٢]

٣- الحديث الضعيف: كل حديث لم يجتمع فيه صفات الحديث الصحيح، ولا صفات الحديث الحسن المذكورات فيما تقدم.[٢٣]

ثالثاً: باعتبار القبول والرد[٢٤]:

ينقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين:

١- الحديث المقبول: وهو ما يجب العمل به عند الجمهور.[٢٥]

٢- الحديث المردود: وهو الذي لم يرجح صدق المخبر به؛ لتوقف

الاستدلال بها على البحث عن أحوال رواتها، دون الأول، وهو المتواتر، فكله مقبول؛ لإفادته القطع بصدق مخبره، بخلاف غيره من أخبار الآحاد.[٢٦]

المطلب الثاني

شروط العمل بخبر الواحد

اشترط الأصوليون للعمل بخبر الواحد شروطاً، منها ما هو في المخبر، وهو الراوي، ومنها ما هو في المخبر عنه، وهو مدلول الخبر، ومنها ما هو في الخبر نفسه وهو اللفظ الدال.[٢٧]

وهذه الشروط منها ما هو متفق عليها وهي الشروط الخاصة في الراوي، ومنها ما هو مختلف فيها.

أولاً: الشروط المتفق عليها:

وهي الشروط الخاصة بالراوي، أما شروط الراوي فهي أربعة[٢٨]:

١ـ التكليف: أن يكون الراوي مكلفاً، فلا تقبل رواية المجنون والصبي مميزاً كان أو لا؛ لعدم الوازع عن الكذب.[٢٩]

٢ـ الإسلام: أن يكون مسلماً، فلا تقبل رواية الكافر؛ من يهودي أو نصراني، أو غيرهما إجماعاً.[٣٠]

٣ـ الضبط[٣١]: فلا بد أن يكون الراوي ضابطاً لما يرويه ليكون المروي له على ثقة منه في حفظه وقلة غلطه وسهوه، فإن كان كثير الغلط والسهو ردت روايته إلا فيما علم أنه لم يغلط فيه ولا سها عنه، وإن كان قليل الغلط قبل خبره إلا فيما يعلم أنه غلط فيه.[٣٢]

٤ـ العدالة[٣٣]: أن يكون الراوي متصفاً بصفة العدالة[٣٤]، فلا يقبل خبر الفاسق؛ لأن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦]، وهذا زجر عن الاعتماد على قبول قول الفاسق؛ ولأن من لا يخاف الله سبحانه خوفاً يزعه[٣٥] عن الكذب لا تحصل الثقة بقوله.[٣٦]

ثانياً: الشروط المختلف فيها:

أ/ مذهب الحنفية:

اشترط الحنفية لقبول خبر الآحاد والعمل به ثلاثة شروط وهي:

١ـ أن لا يعمل الراوي بخلاف ما يرويه، فإن عمل بخلاف ما رواه لم يقبل حديثه، كما في حديث عائشة

رضي الله عنها "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها"[٣٦] ثم صح أنها زوجت ابنة أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما وهو غائباً في الشام بدون إذنه وهو وليها.[٣٨]

٢- أن لا يكون الحديث مما تعم به البلوى ويحتاج الخاص والعام إلى معرفته للعمل به؛ لأن صاحب الشرع كان مأموراً بأن يبين للناس ما يحتاجون إليه، وقد أمرهم بأن ينقلوا عنه ما يحتاج إليه من بعدهم، فإذا كانت الحادثة مما تعم به البلوى فالظاهر أن صاحب الشرع لم يترك بيان ذلك للكافة وتعليمهم، وأنهم لم يتركوا نقله على وجه الاستفاضة فحين لم يشتهر النقل عنهم عرفنا أنه سهو أو منسوخ. ولهذا لم تقبل شهادة الواحد من أهل المصر على رؤية هلال رمضان إذا لم يكن بالسماء علة، ولم نعمل بحديث الوضوء من مس الذكر[٣٩]؛ لأن بسرة تفردت بروايته مع عموم الحاجة لهم إلى معرفته، فالقول بأن النبي عليه السلام خصها بتعليم هذا الحكم مع أنها لا تحتاج إليه ولم يعلم سائر الصحابة مع شدة حاجتهم إليه شبه المحال.[٤٠]

٣- أن لا يكون الحديث مخالفاً للقياس والأصول الشرعية إذا كان الراوي غير فقيه. وتطبيقاً لهذا المنهج لم يأخذوا بحديث المصرّاة[٤١] الذي رواه أبو هريرة لكون راويه ليس معدوداً في فقهاء الصحابة، ولمخالفة الخبر أصلاً من الأصول الشرعية حيث جاء فيه الأمر برد صاع من التمر بدل اللبن، وفي ذلك مخالفة للقياس.[٤٢]

ب/ مذهب المالكية:

اشترط المالكية للعمل بخبر الآحاد أن لا يكون مخالفا لعمل أهل المدينة؛ لأن عمل أهل المدينة يعتبر كالحديث المتواتر، والحديث المتواتر يقدم على خبر الآحاد، فلم يعملوا بحديث: "المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا"[٤٣] لمخالفة عمل أهل المدينة له.[٤٤]

المبحث الثاني

تعريف عموم البلوى، وحكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى

المطلب الأول

تعريف عموم البلوى

أن لفظ عموم البلوى يتركب من كلمتين، كلمة "عموم" وكلمة "البلوى"؛ لذلك لابد من تعريف كل من كلمة "العموم" و"البلوى" في اللغة، ثم نأتي ببيان معنى عموم البلوى في الاصطلاح.

أولاً: تعريف العموم والبلوى في اللغة:

فالعموم في اللغة مصدر عَمَّ يَعُمُّ، والعين والميم أصل صحيح واحد يدل على الطول والكثرة والعلو[٤٥]، والعموم بمعنى: الشمول، عمّ الخيرُ أهالي القرية: شملهم، انتشر فيهم. عمّم التعليمَ المجاني: نشره، جعله عاماً شاملاً وفي متناوَل الجميع، عمّم الأحكامَ: أطلقها على الجميع"[٤٦]، عمّ الشيءُ عموماً: شملَ الجماعةَ.[٤٧]

مما تقدم يتبن الباحثة أن العموم في اللغة يأتي بمعنى الشمول والانتشار والجمع.

والبلوى في اللغة: اسم بمعنى الاختبار والامتحان، ويكون بالخير والشر، يقال: بلاه الله بخير أو شر أي امتحنه واختبره، ويقال: بلوت الرجل بلواً وبلاءً وابتليته: اختبرته، ويقال: بلى فلان وابتلى إذا امتحن.[٤٨]

ثانياً: تعريف عموم البلوى:

عرف الأصوليون عموم البلوى بتعريفات كثيرة منها ما يلي:

١- عرَّفه الطوفي بأنه: فيما يكثر التكليف به.[٤٩]

٢- عرَّفه الأمير بأنه: شمول التكليف لجميع المكلفين أو أكثرهم عملاً.[٥٠]

٣- عرَّفه الزركشي بأنه: كل أحد يحتاج إلى معرفته.[٥١]

٤- عرَّفه الأصفهاني بأنه: ما يحتاج إليه عموم الناس من غير أن يكون مخصوصاً بواحد دون آخر.[٥٢]

٥- عرَّفه ابن أمير حاج بأنه: ما يحتاج إليه الكل حاجة متأكدة مع كثرة تكرره.[٥٣]

٦- عرَّفه أحمد الشنقيطي بأنه: ما يحتاج إليه الكل حاجة متأكدة تقتضي السؤال عنه، مع كثرة تكرره، وقضاء العادة بنقله متواتراً.[٥٤]

وخبر الواحد فيما تعم به البلوى: هو

أن يرد حكم شرعي في مسألة فقهية، يحتاج إليه جميع المكلفين حاجة ماسة للعمل به، ثم ينقل هذا الحكم بطريق الآحاد.

المطلب الثاني

حكم العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى

اختلف العلماء في وجوب العمل بخبر الواحد العدل فيما تعم به البلوى على مذهبين:

المذهب الأول: أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى مقبول ويجب الاحتجاج به إذا كان سنده صحيحاً، وهذا مذهب جمهور الأصوليين، وجميع أصحاب الحديث.(٥٥)

أدلة أصحاب هذا المذهب:

استدل الجمهور بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

أما الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦]، وجه الدلالة من الآية: هو ما استدل عليه بها أهل الأصول من قبول خبر العدل؛ لأن قوله تعالى: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ﴾ يدل بدليل خطابه، أعني (مفهوم مخالفته) أن الجائي بنبأ إن كان غير فاسق بل عدلا لا يلزم التبين في نبئه على قراءة: (فتبينوا). ولا التثبت على قراءة: (فتثبتوا)، وهو كذلك.(٥٦)

أما السنة: ما روي عن ابن عمر (رضي الله عنه)، قال: "بينما الناس في صلاة الصبح بقباء، إذ جاءهم آت فقال: إن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قد أنزل عليه الليلة، وقد أمر أن يستقبل الكعبة، فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلى الشام، فاستداروا إلى القبلة"(٥٧)، وجه الدلالة من الحديث: إن أهل قباء أهل سابقة من الأنصار وفقه، وقد كانوا على قبلة فرض الله عليهم استقبالها، ولم يكن لهم أن يدعوا فرض الله في القبلة إلا بما تقوم عليهم الحجة، وتحولهم عن القبلة بخبر واحد يدل على أن الحجة تثبت بمثله.(٥٨)

أما الإجماع: فقد أجمعت الصحابة على العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى. فمن ذلك: رجوع الصحابة بعد اختلافهم في وجوب الغسل من التقاء الختانين من غير إنزال إلى خبر عائشة رضي الله عنها حيث قالت: "إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل، فعلته أنا ورسول الله

(صلى الله عليه وسلم)، فاغتسلنا"[٥٩]، وهو مما تعم به البلوى.[٦٠]

ورجعوا في المخابرة إلى خبر رافع بن خديج، ولهذا قال ابن عمر: "كنا نخابر أربعين سنة، لا نرى بذلك بأساً، حتى أتانا رافع بن خديج فأخبرنا أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن المخابرة فتركناها بقول رافع"[٦١]، وذلك مما تعم به البلوى.[٦٢]

أما المعقول: فمن وجهين:

الوجه الأول: أن الراوي عدل ثقة، وهو جازم بالرواية فيما يمكن فيه صدقه، وذلك يغلب على الظن صدقه، فوجب تصديقه كخبره فيما لا تعم به البلوى.[٦٣]

الوجه الثاني: إن ما تعم به البلوى يثبت بالقياس، والقياس مستنبط من الخبر وفرع له؛ فإذا جاز أن يثبت به ما تعم به البلوى، فلأن يجوز بخبر الواحد الذي هو أصله أولى.[٦٤]

المذهب الثاني: أن خبر الواحد فيما تعم به البلوى لا يقبل، ولا يعمل به، ويجب رده، وهذا مذهب جمهور الحنفية وعلى رأسهم: أبو الحسن الكرخي.[٦٥]

أدلة أصحاب هذا المذهب:

استدل الحنفية بأدلة من المعقول منها:

الدليل الأول: إن العادة تقتضي استفاضة نقل ما يعم به البلوى وذلك؛ لأن ما يعم به البلوى كمس الذكر لو كان مما ينتقض به الطهارة لأشاعه النبي -عليه السلام- ولم يقتصر على مخاطبة الآحاد بل يلقيه إلى عدد يحصل به التواتر أو الشهرة مبالغة في إشاعته لئلا يفضي إلى بطلان صلاة كثير من الأمة من غير شعور به.[٦٦]

الدليل الثاني: إن ما تعم به البلوى يكثر وقوعه فيكثر السؤال عنه وما يكثر السؤال عنه يكثر الجواب عنه فيقع التحدث به كثيراً وينقل نقلاً مستفيضاً ذائعاً فإذا لم ينقل مثله دل ذلك على فساد أصله.[٦٧]

الترجيح:

ترى الباحثة أن الراجح هو ما عليه أصحاب المذهب الأول القائل بأن خبر الواحد فيما تعم به البلوى مقبول ويجب الاحتجاج به إذا كان سنده صحيحاً؛ وذلك لقوة أدلتهم.

المبحث الثالث

الآثار الفقهية المترتبة على اختلاف الفقهاء في العمل بخبر الواحد فيما تعم به البلوى

المطلب الأول

رفع اليدين عند الركوع والرفع منه

أ/ تعريف الركوع في اللغة والاصطلاح:

١- الركوع في اللغة: قال ابن فارس: (ركع) الراء والكاف والعين أصل واحد يدل على انحناء في الإنسان وغيره، يقال ركع الرجل، إذا انحنى، وكل منحن راكع[٦٨]، والركوع: الخضوع؛ يقال ركع يركع ركعاً وركوعاً: طأطأ رأسه. فالراكع: المنحني. وكل شيء ينكب لوجهه فتمس ركبته الأرض أو لا تمسها بعد أن يخفض رأسه، فهو راكع.[٦٩]

٢- الركوع في الاصطلاح: هو طأطأة الرأس أي خفضه، لكن مع انحناء الظهر.[٧٠]

ب/ تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء على مشروعية رفع اليدين عند تكبيرة الإحرام، واختلفوا في مواضع هل يسن رفع اليدين فيهم أم لا؟ وهذه المواضع رفع اليدين عند الركوع، وعند الرفع منه.[٧١]

ج/ أدلة مذاهب الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في مشروعية رفع اليدين عند الركوع، وعند الرفع منه على مذهبين:

المذهب الأول: إن رفع اليدين مشروع عند الركوع والرفع منه، وهو مذهب الشافعية[٧٢]، والحنابلة[٧٣]، وهو رواية عن الإمام مالك.[٧٤]

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روي عن سالم بن عبد الله، عن أبيه: " أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) كان يرفع يديه حذو منكبيه إذا افتتح الصلاة، وإذا كبر للركوع، وإذا رفع رأسه من الركوع، رفعهما كذلك أيضا، وقال: سمع الله لمن حمده، ربنا ولك الحمد، وكان لا يفعل ذلك في السجود "[٧٥][٧٦]

الدليل الثاني: لأن كل فعل في الصلاة فإنه يتكرر كالركوع، ولأن كل ما كان هيئة

لتكبيرة الإحرام كان هيئة لتكبيرة الركوع كالجهر، ولأن كل صلاة تكرر فيها التكبير تكرر فيها الرفع كالعيدين.[٧٧]

المذهب الثاني: إن الرفع لا يشرع إلا عند تكبيرة الإحرام، وهو مذهب الحنفية[٧٨]، وهو أشهر الروايات عن الإمام مالك.[٧٩]

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روي عن عبد الله بن مسعود أن النبي (صلى الله عليه وسلم) "كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود بعد ذلك"[٨٠].

الدليل الثاني: ما روي عن ابن عباس عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن عند افتتاح الصلاة، وفي العيدين، والقنوت في الوتر، وعند استلام الحجر، وعلى الصفا والمروة، وبعرفات وبجمع وعند المقامين عند الجمرتين".[٨١]

الدليل الثالث: لأن هذه تكبيرة يؤتى بها في حالة الانتقال فلا يسن رفع اليدين عندها كتكبيرة السجود، وتأثيره أن المقصود من رفع اليدين إعلام الأصم الذي خلفه وإنما يحتاج إلى الإعلام بالرفع في التكبيرات التي يؤتى بها في حالة الاستواء كتكبيرات الزوائد في العيدين وتكبيرات القنوت، فأما فيما يؤتى به في حالة الانتقال فلا حاجة إليه؛ لأن الأصم يرى الانتقال فلا حاجة إلى رفع اليدين.[٨٢]

د/ سبب الخلاف:

والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك، ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها، وفي ذلك أحاديث: أحدها: حديث عبد الله بن مسعود، وحديث البراء بن عازب "أنه كان- عليه الصلاة والسلام- يرفع يديه عند الإحرام مرة واحدة لا يزيد عليها"، والحديث الثاني: حديث ابن عمر عن أبيه "أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضا كذلك وقال: " سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد " وكان لا يفعل ذلك في السجود"[٨٣]، وهو حديث متفق على صحته وزعموا أنه روى ذلك عن النبي (صلى الله عليه وسلم) ثلاثة عشر رجلاً من أصحابه.

والحديث الثالث حديث وائل بن حجر، وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر "أنه كان يرفع يديه عند السجود" فمن حمل الرفع هاهنا على أنه ندب أو فريضة، فمنهم من اقتصر به على الإحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود، وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل به، ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر، فرأى الرفع في الموضعين (أعني: في الركوع وفي الافتتاح لشهرته) واتفق الجميع عليه، ومن كان رأيه من هؤلاء أن الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة، ومن كان رأيه أنه ندب حمل ذلك على الندب، ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال: إنه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها إلى بعض على ما في حديث وائل بن حجر، فإذن العلماء ذهبوا في هذه الآثار مذهبين: إما مذهب الترجيح، وإما مذهب الجمع.(٨٤)

هـ/ أثر بناء المسألة على الأخذ بالرخصة على أحكام الفقهاء فيها:

بعد الوقوف على أشهر مذاهب الفقهاء في المسألة، نجد أن أصحاب المذهب الأول القائل أن رفع اليدين عند الركوع والرفع منه مشروع، قد أخذوا بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

بينما أصحاب المذهب الثاني القائلون بأن رفع اليدين عند الركوع والرفع منه غير مشروع، وإنما مشروع عند تكبيرة الإحرام، لم يأخذوا بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

و/ المذهب الراجح، وأسباب الترجيح:

بعد عرض مذاهب الفقهاء في المسألة وأدلتهم، ترى الباحثة أن الراجح هو ما عليه أصحاب المذهب الأول القائل بمشروعية رفع اليدين عند الركوع والرفع منه؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض وضعف أدلة أصحاب المذهب الثاني.

المطلب الثاني

نقض الوضوء بمس الذكر

أ/ تعريف النقض في اللغة والاصطلاح:

١- النقض في اللغة: إفساد ما أبرمت من حبل، يقال: نقضت الحبل نقضاً حللت برمه، ومنه يقال نقضت

ما أبرمه إذا أبطلته وانتقض هو بنفسه، وانتقضت الطهارة بطلت. فالنقض ضد الإبرام.[٨٥]

٢ـ النقض في الاصطلاح: هو أفساد الشيء بعد إحكامه.[٨٦]

ب/ تعريف الوضوء في اللغة والاصطلاح:

١ـ الوضوء في اللغة: مشتق من الوضاءة: أي الحسن والنظافة. تقول منه: وضوء الرجل، أي صار وضيئاً، والوضوء بالفتح: الماء الذي يتوضأ به وبالضم الفعل، وزعموا أنهما لغتان بمعنى واحد، والمتوضأ: موضع التوضؤ والخلاء، والميضأة: بكسر الميم: الموضع يتوضأ فيه[٨٧].

٢ـ الوضوء في الاصطلاح: استعمال ماء طهور في الأعضاء الأربعة -وهي الوجه واليدين والرأس والرجلين- على صفة مخصوصة في الشرع، بأن يأتي بها مرتبة متوالية مع باقي الفروض.[٨٨]

ج/ تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء فيمن مس ذكره بيده بحائل لا ينقض الوضوء[٨٩]، وإنما الخلاف فيمن مسه بدون حائل هل ينقض الوضوء أم لا؟[٩٠]

د/ أدلة مذاهب الفقهاء في المسألة:

اختلف الفقهاء في نقض الوضوء بمس الذكر على مذهبين:

المذهب الأول: إن مس الذكر باليد ناقض للوضوء، وهو مذهب المالكية[٩١]، والشافعية[٩٢]، وهو رواية عن الإمام أحمد.[٩٣]

واشترط الإمام مالك والشافعي أن يكون المس بباطن الكف والأصابع وقيل اللذة.[٩٤]

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روي عن بسرة بنت صفوان رضي الله عنهما أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: "إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ".[٩٥][٩٦]

الدليل الثاني: ما روي عن أبي هريرة أن النبي(صلى الله عليه وسلم) قال: "إذا أفضى[٩٧] أحدكم بيده إلى ذكره ليس بينه وبينه شئ فليتوضأ".[٩٨][٩٩]

وجه الدلالة من هذه الأحاديث: هذه الأحاديث تدل على انتقاض الوضوء من مس الذكر.[١٠٠]

اعترض الأحناف على حديث بسرة حيث قالوا: "لم نعمل بحديث الوضوء من مس الذكر؛ لأن بسرة تفردت بروايته مع عموم الحاجة لهم إلى معرفته، فالقول بأن النبي عليه السلام خصها بتعليم هذا الحكم مع أنها لا تحتاج إليه ولم يعلم سائر الصحابة مع شدة حاجتهم إليه شبه المحال".[١٠١]

وأجيب الغزالي على هذا الاعتراض بقوله: "وأما الخبر عن اللمس والمس للذكر وما تعم به البلوى، فيجوز أن يخبر به الرسول عليه السلام عدداً يسيراً ثم ينقلونه آحاداً ولا يستفيض، وليس ذلك مما يعظم في الصدور وتتوفر الدواعي على التحدث به دائما".[١٠٢]

المذهب الثاني: إن مس الذكر باليد غير ناقض للوضوء، وهو مذهب الحنفية[١٠٣]، ورواية عن الإمام أحمد.[١٠٤]

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روي عن قيس بن طلق بن على عن أبيه عن النبي (صلى الله عليه وسلم) "أنه سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة، فقال: "هل هو إلا بضعة منك".[١٠٥][١٠٦]

الدليل الثاني: أنه خبر واحد فيما تعم به البلوى فلو ثبت لاشتهر، ولو ثبت فهو محمول على غسل اليدين، لأن الصحابة كانوا يستنجون بالأحجار دون الماء فإذا مسوه بأيديهم كانت تتلوث خصوصا في أيام الصيف فأمر بالغسل لهذا.[١٠٧]

ومما يدل على انقطاع حديث بسرة باطنا أن أمر النواقض مما يحتاج الخاص والعام إليه.[١٠٨]

قال السرخسي: "وحديث بسرة لا يكاد يصح فقد قال يحيى بن معين ثلاث لا يصح فيهن حديث عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) منها هذا، وما بال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لم يقل هذا بين يدي كبار الصحابة حتى لم ينقله أحد منهم، وإنما قاله بين يدي بسرة، وقد كان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أشد حياء من العذراء في خدرها".[١٠٩]

هـ/ سبب الخلاف:

وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين: أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة أنها سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول: "إذا

مس أحدكم ذكره فليتوضأ"[١١٠] وهو أشهر الأحاديث الواردة في إيجاب الوضوء من مس الذكر، خرجه مالك في الموطأ، وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل، وضعفه أهل الكوفة ; وقد روي أيضا معناه من طريق أم حبيبة، وكان أحمد بن حنبل يصححه، وقد روي أيضا معناه من طريق أبي هريرة، وكان ابن السكن أيضا يصححه، ولم يخرجه البخاري ولا مسلم. والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن على قال: "قدمنا على رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وعنده رجل فقال: يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد أن يتوضأ؟ فقال: وهل هو إلا بضعة منك؟"[١١١] خرجه أيضا أبو داود والترمذي، وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم ; فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث أحد مذهبين: إما مذهب الترجيح أو النسخ، وإما مذهب الجمع، فمن رجح حديث بسرة أو رآه ناسخا لحديث طلق بن على قال بإيجاب الوضوء من مس الذكر، ومن رجح حديث طلق بن على أسقط وجوب الوضوء من مسه، ومن رام أن يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه في حال ولم يوجبه في حال، أو حمل حديث بسرة على الندب، وحديث طلق بن على على الوجوب. والاحتجاجات التي يحتج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها، وهي مكتوبة في كتبهم، ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا إليه.[١١٢]

و/ أثر بناء المسألة على الأخذ بالرخصة على أحكام الفقهاء فيها:

بعد الوقوف على أشهر مذاهب الفقهاء في المسألة، نجد أن أصحاب المذهب الأول القائل أن مس الذكر باليد ناقض للوضوء، قد أخذوا بخبر الواحد فيما تعم به البلوى. بينما أصحاب المذهب الثاني القائلون بأن مس الذكر باليد غير ناقض للوضوء، لم يأخذوا بخبر الواحد فيما تعم به البلوى.

ز/ المذهب الراجح، وأسباب الترجيح:

بعد عرض مذاهب الفقهاء في المسألة وأدلتهم، ترى الباحثة أن الراجح هو ما عليه أصحاب المذهب الأول القائل بنقض

الوضوء بمس الذكر؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض؛ ولأن حديث طلق بن على قيل: ضعيف أو منسوخ.(١١٣)

خاتمـــة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، فقد اكتمل هذا البحث بعون الله وتوفيقه، فما كان فيه من صواب فمن الله، وما كان منه من خطأ فمني ومن الشيطان، أسأل الله أن يتقبله مني وأن يجعله في ميزان حسناتي، وقد خلص البحث بذكر أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١- خبر الواحد هو الخبر الذي لم تبلغ نقلته في الكثرة مبلغ الخبر المتواتر سواء كان المخبر واحدا أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة إلى غير ذلك من العداد التي لا تشعر بأن الخبر دخل بها في حيز المتواتر.

٢- عموم البلوى هو ما يحتاج إليه الكل حاجة متأكدة تقتضي السؤال عنه، مع كثرة تكرره، وقضاء العادة بنقله متواتراً.

٣- خبر الواحد فيما تعم به البلوى: هو أن يرد حكم شرعي في مسألة فقهية، يحتاج إليه جميع المكلفين حاجة ماسة للعمل به، ثم ينقل هذا الحكم بطريق الآحاد.

٤- إن الفقهاء اختلفوا في مشروعية رفع اليدين عند الركوع، والرفع منه، وأن الراجح هو ما عليه أصحاب المذهب الأول القائل بمشروعية رفع اليدين عند الركوع والرفع منه؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض.

٥- إن الفقهاء اختلفوا في مسألة نقض الوضوء بمس الذكر، وأن الراجح هو ما عليه أصحاب المذهب الأول القائل بنقض الوضوء بمس الذكر؛ وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض.

ثانياً: التوصيات:

١- الأخذ بخبر الواحد فيما تعم به البلوى عند إصدار الفتاوى.

٢- المزيد من البحث في هذه المسألة وتطبيقاتها في جميع أبواب الفقه المختلفة.

الهوامش

• أستاذ مساعد - قسم الفقه وأصوله - كلية الشريعة - جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم- السودان.

١. لسان العرب: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى- الناشر: دار صادر- بيروت- الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ- (٢٢٧/٤).

٢. تاج العروس من جواهر القاموس: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي- الناشر: دار الهداية- بدون طبعة- بدون تاريخ- (١٢٥/١١).

٣. قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي- تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٩م- (٣٢٣/١).

٤. المعتمد في أصول الفقه: محمد بن على الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي- تحقيق: خليل الميس- الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ- (٧٥/٢).

٥. حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح: محمد طاهر بن عاشور- الناشر: مطبعة النهضة- نهج الجزيرة- تونس- الطبعة: الأولى- ١٣٤١هـ- (١٢٤/٢).

٦. اللمع في أصول الفقه: أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة الثانية ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ- صـ٧١.

٧. الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي- الناشر: عالم الكتب- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٢٣/١).

٨. الإحكام في أصول الأحكام: أبو الحسن سيد الدين على بن أبي على بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي- تحقيق: عبد الرزاق عفيفي- الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٩/٢).

٩. نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر: أبو الفضل أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني- تحقيق: عبد الله بن ضيف الله الرحيلي- الناشر: مطبعة سفير بالرياض- الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ- صـ٣٥.

١٠. لسان العرب: ابن منظور- (٧٠/٣)- مرجع سابق، القاموس المحيط: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى- تحقيق: محمد نعيم العرقسُوسي- الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان- الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م- صـ٣٢٤، المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى/ أحمد الزيات/ حامد عبد القادر/ محمد النجار)- الناشر: دار الدعوة- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٨/١).

١١. نزهة النظر: ابن حجر العسقلاني- صـ٥٥- مرجع سابق.

١٢. العدة في أصول الفقه: القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء- تحقيق: أحمد بن على بن سير المباركي- بدون ناشر- الطبعة : الثانية ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م- (١٦٩/١).

١٣. الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي- (٣١/٢)- مرجع سابق.

١٤. شرح تنقيح الفصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي- تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد- الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة- الطبعة: الأولى، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م- صـ٣٥٦

١٥. توجيه النظر إلى أصول الأثر: طاهر بن صالح بن أحمد، السمعوني الجزائري، ثم الدمشقيّ- تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة- الناشر: مكتبة المطبوعات الإسلامية- حلب- الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م- (١٠٨/١).

١٦. تحرير علوم الحديث: عبد الله بن يوسف الجديع- الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م- (٤٥/١)- نزهة النظر: ابن حجر العسقلاني- صـ٥٥، توجيه النظر: السمعوني- (١١٣/١)- مرجعان سابقان.

١٧. تحرير علوم الحديث: الجديع- (٤٦/١)- مرجع سابق.

١٨. تيسير مصطلح الحديث: أبو حفص محمود بن أحمد بن محمود طحان النعيمي- الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع- الطبعة العاشرة ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م- صـ٣٥.

١٩. شرح نخبة الفكر في مصطلحات أهل الأثر: على بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري- تحقيق: محمد نزار تميم- هيثم نزار تميم- الناشر: دار الأرقم- لبنان- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ- صـ٢١٠.

٢٠. معرفة أنواع علوم الحديث، ويُعرف بمقدمة ابن الصلاح: عثمان بن عبد الرحمن، أبوعمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح- تحقيق: نور الدين عتر- الناشر: دار الفكر- سوريا، دار الفكر المعاصر- بيروت- سنة النشر: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م- بدون طبعة- بدون تاريخ- صـ١١.

٢١. توجيه النظر : طاهر بن صالح الجزائري- (١٨٠/١)- مرجع سابق.

٢٢. النكت على كتاب ابن الصلاح: أبو الفضل أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني- تحقيق: ربيع بن هادي عمير المدخلي- الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية- الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م- (٤٠٤/١).

٢٣. مقدمة ابن الصلاح: ابن الصلاح- صـ١١- مرجع سابق.

٢٤. نزهة النظر: ابن حجر العسقلاني- صـ٥٥- مرجع سابق.

٢٥. اليواقيت والدرر في شرح نخبة ابن حجر: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن على بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري- تحقيق: المرتضي الزين أحمد- الناشر: مكتبة الرشد- الرياض- الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م- (٢٩٤/١).

٢٦. نزهة النظر: ابن حجر العسقلاني- صـ٥٥- مرجع سابق.

٢٧. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني- تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية- الناشر: دار الكتاب العربي- الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م- (١٣٩/١).

٢٨. الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي- (٧١/٢)- مرجع سابق، أصول السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي- الناشر: دار المعرفة- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٣٤٥/١).

٢٩. الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي- (٧١/٢)، أصول السرخسي: السرخسي- (٣٤٥/١)، إرشاد الفحول: الشوكاني- (١٣٩/١)- مراجع سابقة.

٣٠. الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي- (٧٣/٢)، إرشاد الفحول: الشوكاني- (١٤٠/١)- مرجعان سابقان.

٣١. الضبط: هو سماع الكلام كما يحق سماعه، ثم فهمه بمعناه الذي أريد به، ثم حفظه ببذل المجهود له، ثم الثبات عليه بمحافظة حدوده، ومراقبته بمذاكرته على إساءة الظن بنفسه إلى حين أدائه. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: علاء الدين البخاري- (٣٩٦/٢)- مرجع سابق.

٣٢. إرشاد الفحول: الشوكاني- (١٤٩/١)- مرجع سابق.

٣٣. العدالة: هي هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعا حتى تحصل ثقة النفس بصدقه ويعتبر فيها الاجتناب عن الكبائر وعن بعض الصغائر كالتطفيف في الحبة وسرقة باقة من البقل وعن المباحات عليه القادحة في المروءة كالأكل في الطريق والبول في الشارع وصحبة الأراذل والإفراط في المزاح. المحصول: الرازي- (٣٩٨/٤-٣٩٩)- مرجع سابق.

٣٤. الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي- (٧٦/٢)- مرجع سابق.

٣٥. وزعه: كفه ومنعه وحبسه وزجره ونهاه. المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى وآخرون- (١٠٢٨/٢)- مرجع سابق.

٣٦. روضة الناظر: ابن قدامة المقدسي- (٣٣٤/١)- مرجع سابق.

٣٧. سنن الترمذي: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى- تحقيق: بشار عواد معروف- الناشر: دار الغرب

الإسلامي- بيروت- سنة النشر: ١٩٩٨م- بدون طبعة- بدون تاريخ- (أبواب النكاح- باب ما جاء لا نكاح إلا بولي- رقم الحديث١١٠٢)- (٣٩٨/٢).

٣٨. شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني- الناشر: مكتبة صبيح بمصر- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٢٥/٢).

٣٩. ما روي عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: "من مس ذكره فليتوضأ". مسند الإمام أحمد بن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني- تحقيق: شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد، وآخرون- الناشر: مؤسسة الرسالة- الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م- (مسند النساء- حديث بسرة بنت صفوان- رقم الحديث٢٧٢٩٣)- (٢٦٥/٤٥)

٤٠. أصول السرخسي: السرخسي- (٣٦٨/١)- مرجع سابق.

٤١. ما روي عن أبو هريرة (رضي الله عنه)، عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر". صحيح البخاري: البخاري- (كتاب البيوع- باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة- رقم الحديث٢١٤٨)- (٧٠/٣)- مرجع سابق.

٤٢. التقرير والتحبير: ابن أمير حاج- (٢٩٨/٢)- مرجع سابق، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: محمد مصطفى الزحيلي- الناشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق- سوريا- الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م- (٢١٥/١)، مقاصد الشريعة الإسلامية: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي- تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة- الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر- عام النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٢٦٦/٣-٢٦٧).

٤٣. سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني- تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد- الناشر: المكتبة العصرية، صيدا- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ- (كتاب البيوع- باب في خيار المتبايعين- رقم الحديث٣٤٥٦)- (٢٧٣/٣).

٤٤. إحكام الفصول في أحكام الأصول: أبو الوليد الباجي- تحقيق: عبد المجيد تركي- الناشر: دار الغرب الإسلامي- الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م- (٤٨٧/٢)، المقدمات الممهدات: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي- تحقيق: محمد حجي- الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م- (٤٨١/٣-٤٨٢)، الوجيز في أصول الفقه: محمد الزحيلي- (٢١٥/١)- مرجع سابق.

٤٥. معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين- تحقيق: عبد السلام محمد هارون- الناشر: دار الفكر- عام النشر: ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م- بدون طبعة- بدون تاريخ- (١٥/٤).

٤٦. معجم اللغة العربية المعاصرة: أحمد مختار عبد الحميد عمر- الناشر: عالم الكتب- الطبعة: الأولى، ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م- (١٥٥٧/٢).

٤٧. القاموس المحيط: الفيروز آبادي- (١١٤١/١)- مرجع سابق.

٤٨. لسان العرب: ابن منظور- (٨٤/١٤)- مرجع سابق، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن على الفيومي ثم الحموي- الناشر: المكتبة العلمية- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ-(٦٢/١).

٤٩. شرح مختصر الروضة: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي ، أبو الربيع، نجم الدين- تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي- الناشر: مؤسسة الرسالة- الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م- (٢٣٣/٢).

٥٠. إجابة السائل شرح بغية الآمل: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير- تحقيق: حسين بن أحمد السياغي- حسن محمد مقبولي الأهدل- الناشر:

مؤسسة الرسالة- بيروت- الطبعة: الأولى، ١٩٨٦م- صـ١٠٩.

٥١. البحر المحيط في أصول الفقه: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي- الناشر: دار الكتبي- الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م- (٢٥٨/٦).

٥٢. بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني- تحقيق: محمد مظهر بقا- الناشر: دار المدني، السعودية- الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م- (٧٤٦/١).

٥٣. التقرير والتحبير: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م- (٢٩٥/٢).

٥٤. خبر الواحد وحجيته: أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي- الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية- الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠م- صـ٣١٧.

٥٥. التبصرة في أصول الفقه: أبو اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي- تحقيق: محمد حسن هيتو- الناشر: دار الفكر- دمشق- الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ- صـ٣١٤، المستصفى: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي- تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م- صـ١٣٥، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي- الناشر: مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع- الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م- (٣٦٨/١).

٥٦. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي- الناشر: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت- لبنان- عام النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م- (٤١١/٧).

٥٧. صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي- تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر- الناشر: دار طوق النجاة- الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ- (كتاب تفسير القرآن- باب: "ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره"- برقم٤٤٩٤)- (٢٣/٦).

٥٨. الرسالة: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي- تحقيق: أحمد شاكر- الناشر: مكتبه الحلبي، مصر- الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ-١٩٤٠م- صـ٤٠٥.

٥٩. سنن ابن ماجه: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد- تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي- الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي- بدون طبعة- بدون تاريخ- (كتاب الطهارة وسننها- باب: ما جاء في وجوب الغسل إذا التقى الختانان- برقم٦٠٨)- (١٩٩/١).

٦٠. المحصول: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي - تحقيق: طه جابر فياض العلواني- الناشر: مؤسسة الرسالة- الطبعة: الثالثة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م- (٤٤١/٤)، قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر، السمعاني- (٣٥٦/١)، الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي- (١١٢/٢)، التبصرة في أصول الفقه: الشيرازي- صـ٣١٤، مرجعان سابقان.

٦١. سنن ابن ماجه: ابن ماجة- (كتاب الرهون- باب: المزارعة بالثلث والربع- برقم٢٤٥٠)- (٨١٩/٢)- مرجع سابق.

٦٢. التمهيد في أصول الفقه: محفوظ بن أحمد بن الحسن أَبُو الخطاب الكَلْوَذَاني الحنبلي- تحقيق: محمد بن على بن إبراهيم- الناشر: مركز البحث العلمي- وإحياء التراث الإسلامي- جامعة أم القرى(٣٧)- الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٥م-

(٨٦/٣)، قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر، السمعاني- (٣٥٦/١)- مرجع سابق.

٦٣. الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي- (١١٣/٢)- مرجع سابق.

٦٤. التمهيد في أصول الفقه: الكَلْوَذَاني- (٨٦/٣)- مرجع سابق.

٦٥. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي- الناشر: دار الكتاب الإسلامي- بدون طبعة- بدون تاريخ- (١٦/٣)، تيسير التحرير: محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي- الناشر: مصطفى البابي الْحلَبي- مصر ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م- بدون طبعة- (١١٢/٣).

٦٦. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: علاء الدين البخاري- (١٧/٣)- مرجع سابق.

٦٧. تخريج الفروع على الأصول: محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزُّنْجاني- تحقيق: محمد أديب صالح- الناشر: مؤسسة الرسالة- بيروت- الطبعة: الثانية، ١٣٩٨هـ- صـ٦٣-٦٤.

٦٨. معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين- تحقيق: عبد السلام محمد هارون- الناشر: دار الفكر- عام النشر: ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٤٣٤/٢).

٦٩. لسان العرب: ابن منظور- (١٣٣/٨)- مرجع سابق.

٧٠. رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي- الناشر: دار الفكر- بيروت- الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م- (٤٤٧/١).

٧١. نيل الأوطار: محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني- تحقيق: عصام الدين الصبابطي- الناشر: دار الحديث، مصر- الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م- (٢٠٦/٢)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م- (٢٠٧/١)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد- الناشر: دار الحديث- القاهرة- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م- (١٤٢/١).

٧٢. الأم: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي- الناشر: دار المعرفة- بيروت- بدون طبعة- سنة النشر: ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م- (٢١١/٧)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي- تحقيق: على محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م- (١١٦/٢).

٧٣. المغني: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي- الناشر: مكتبة القاهرة- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م- (٣٥٨/١).

٧٤. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي- تحقيق: محمد حجي وآخرون- الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان- الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م- (٣٧٥/١)، بداية المجتهد: ابن رشد الحفيد- (١٤٢/١)- مرجع سابق.

٧٥. صحيح البخاري: البخاري- (كتاب الأذان- باب: رفع اليدين في التكبيرة- رقم الحديث٧٣٥)- (١٤٨/١)- مرجع سابق.

٧٦. التبصرة: على بن محمد الربعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي- تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب- الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر- الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م- (٢٨٠/١)، الأم: الشافعي- (٢١١/٧)، المغني: ابن قدامة- (٣٥٨/١)- مرجعان سابقان.

٧٧. الحاوي الكبير: الماوردي- (١١٦/٢)- مرجع سابق.

٧٨. بدائع الصنائع: الكاساني- (٢٠٧/١)- مرجع سابق، البناية شرح الهداية: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى- الناشر: دار الكتب

العلمية- بيروت، لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م- (٢٥٢/٢).

٧٩. المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م- (١٦٥/١).

٨٠. بدائع الصنائع: الكاساني- (٢٠٧/١)، البناية شرح الهداية: بدر الدين العينى- (٢٥٣/٢)- مرجعان سابقان.

٨١. البناية شرح الهداية: بدر الدين العينى- (٢٥٣/٢)- مرجع سابق.

٨٢. بدائع الصنائع: الكاساني- (٢٠٧/١-٢٠٨)- مرجع سابق.

٨٣. سبق تخريجه في صفحة(١٦).

٨٤. بداية المجتهد: ابن رشد الحفيد- (١٤٣/١)- مرجع سابق.

٨٥. كتاب العين: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري- تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي- الناشر: دار ومكتبة الهلال- (٥٠/٥)، المصباح المنير: الفيومي- (٦٢١/٢)- مرجع سابق.

٨٦. إكمال الأعلام بتثليث الكلام: محمد بن عبد الله، ابن مالك الطائي الجياني، أبو عبد الله، جمال الدين- تحقيق: سعد بن حمدان الغامدي- الناشر: جامعة أم القرى- مكة المكرمة- المملكة السعودية- الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م- (٧٢١/٢)، الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت- الناشر: دار السلاسل- الكويت- الطبعة الثانية،١٤٠٤-١٤٢٧هـ دار السلاسل- (١٤٩/٤١).

٨٧. انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي- تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار- الناشر: دار العلم للملايين- بيروت- الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م- (٨٠/١-٨١)، معجم اللغة العربية المعاصرة: أحمد مختار- (٢٤٥٤/٣)، لسان العرب: ابن منظور- (١٩٤/١)- مرجعان سابقان.

٨٨. كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى- الناشر: دار الكتب العلمية- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٨٢/١).

٨٩. انظر المجموع شرح المهذب: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- الناشر: دار الفكر- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٤٢/٢).

٩٠. روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- تحقيق: زهير الشاويش- الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان- الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م- (٧٥/١)، بدائع الصنائع: الكاساني- (٣٠/١)، المدونة: الإمام مالك- (١١٨/١)، المغني: ابن قدامة المقدسي- (١٣١/١)- مراجع سابقة.

٩١. المدونة: الإمام مالك - (١١٨/١)- مرجع سابق، القوانين الفقهية: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي- بدون طبعة- بدون تاريخ- ص٢٢، شرح مختصر خليل للخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله- الناشر: دار الفكر للطباعة- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ- (١٥٦/١)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: أبو الحسن، على بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي- تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي- الناشر: دار الفكر- بيروت- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م- (١٤٠/١).

٩٢. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي- تحقيق: مكتب البحوث والدراسات- دار الفكر- الناشر: دار الفكر- بيروت- (٦٣/١)، حاشيتا قليوبي وعميرة: أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة- الناشر: دار الفكر- بيروت- بدون طبعة، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م- (٣٧/١).

٩٣. المغني: ابن قدامة المقدسي- (١٣١/١)- مرجع سابق، المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م- (١٣٥/١)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: منصور

بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى- الناشر: عالم الكتب- الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م- (٧١/١).

٩٤. المدونة: الإمام مالك- (١١٨/١)، القوانين الفقهية: ابن جزي الكلبي- صـ٢٢- مرجعان سابقان.

٩٥. سنن ابن ماجه: ابن ماجة- (كتاب الطهارة وسننها- باب الوضوء من مس الذكر- رقم الحديث٤٧٩)- (١٦١/١)- مرجع سابق. صححه الألباني في كتابه مشكاة المصابيح: محمد بن عبد الله الخطيب العمري، أبو عبد الله، ولي الدين، التبريزي- تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني- الناشر: المكتب الإسلامي- بيروت- الطبعة: الثالثة، ١٩٨٥م- (١٠٤/١).

٩٦. حاشية العدوي: العدوي- (١٤٠/١)- مرجع سابق.

٩٧. الإفضاء: هو المس ببطن الكف. حاشية السندي على سنن النسائي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي- الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب- الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م- (٢١٦/١).

٩٨. مسند الإمام الشافعي: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي- تحقيق: محمد عابد السندي- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان- عام النشر: ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م- (كتاب الطهارة- باب نواقض الوضوء- رقم الحديث٨٨)- (٣٤/١).

٩٩. المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح- (١٣٥/١)- مرجع سابق.

١٠٠. عون المعبود شرح سنن أبي داود: محمد أشرف بن أمير بن على بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي- الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ- (٢١١/١).

١٠١. أصول السرخسي: السرخسي- (٣٦٨/١)- مرجع سابق.

١٠٢. المستصفى- الغزالي- صـ١١٥- مرجع سابق.

١٠٣. بدائع الصنائع: الكاساني- (٣٠/١)- مرجع سابق، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري- الناشر: دار الكتاب الإسلامي- الطبعة الثانية- بدون تاريخ- (٤٥/١).

١٠٤. الكافي في فقه الإمام أحمد: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م- (٨٧/١)، العدة شرح العمدة: عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي- الناشر: دار الحديث، القاهرة- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م- صـ٤٢.

١٠٥. السنن الكبرى: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على الخراساني، النسائي- تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي- الناشر: مؤسسة الرسالة- بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ -٢٠٠١م- (كتاب الطهارة- باب الرخصة في ترك الوضوء من مس الذكر- رقم الحديث١٦٠)- (١٣٧/١).

١٠٦. المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي- تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م- (٧٤/١)، البناية شرح الهداية: بدر الدين العينى- (٣٠٤/١)، الاختيار لتعليل المختار: البلدحي- (١١/١)- مرجعان سابقان.

١٠٧. بدائع الصنائع: الكاساني- (٣٠/١)- مرجع سابق.

١٠٨. فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام- الناشر: دار الفكر- بدون طبعة- بدون تاريخ- (٥٦/١).

١٠٩. المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي- الناشر: دار المعرفة- بيروت- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م- (٦٦/١).

١١٠. سبق تخريجه في صفحة (١٩).

١١١. سبق تخريجه في صفحة (٢٠).

١١٢. بداية المجتهد: ابن رشد الحفيد- (٤٥/١-٤٦)- مرجع سابق.

١١٣. انظر المجموع شرح المهذب: النووي- (٤٢/٢)- مرجع سابق.

المصادر والمراجع

١- إجابة السائل شرح بغية الآمل: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير- تحقيق: حسين بن أحمد السياغي- حسن محمد مقبولي الأهدل- الناشر: مؤسسة الرسالة- بيروت- الطبعة: الأولى، ١٩٨٦م.

٢- إحكام الفصول في أحكام الأصول: أبو الوليد الباجي- تحقيق: عبد المجيد تركي- الناشر: دار الغرب الإسلامي- الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م.

٣- الإحكام في أصول الأحكام: أبو الحسن سيد الدين على بن أبي على بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي- تحقيق: عبد الرزاق عفيفي- الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٤- الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي- الناشر: مطبعة الحلبي- القاهرة- تاريخ النشر: ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.

٥- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني- تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق- كفر بطنا- الناشر: دار الكتاب العربي- الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٦- أصول السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي- الناشر: دار المعرفة- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٧- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي- الناشر: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع بيروت- لبنان- عام النشر: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٨- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي- تحقيق: مكتب البحوث والدراسات- دار الفكر- الناشر: دار الفكر- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٩- الأم: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي- الناشر: دار المعرفة- بيروت- بدون طبعة- سنة النشر: ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

١٠- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري- الناشر: دار الكتاب الإسلامي- الطبعة الثانية- بدون تاريخ.

١١- البحر المحيط في أصول الفقه: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي- الناشر: دار الكتبي- الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد- الناشر: دار الحديث- القاهرة- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

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

١٤- البناية شرح الهداية: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى- الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٥- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني- تحقيق: محمد

مظهر بقا- الناشر: دار المدني، السعودية- الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

١٦- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي- تحقيق: محمد حجي وآخرون- الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان- الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

١٧- تاج العروس من جواهر القاموس: محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي- الناشر: دار الهداية- بدون طبعة- بدون تاريخ.

١٨- التبصرة في أصول الفقه: أبو اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي- تحقيق: محمد حسن هيتو- الناشر: دار الفكر- دمشق- الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.

١٩- التبصرة: على بن محمد الربعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي- تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب- الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر- الطبعة: الأولى، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.

٢٠- تحرير علوم الحديث: عبد الله بن يوسف الجديع- الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢١- تخريج الفروع على الأصول: محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني- تحقيق: محمد أديب صالح- الناشر: مؤسسة الرسالة- بيروت- الطبعة: الثانية، ١٣٩٨هـ.

٢٢- التقرير والتحبير: أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الثانية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

٢٣- التمهيد في أصول الفقه: محفوظ بن أحمد بن الحسن أَبُو الخطاب الكَلْوَذَاني الحنبلي- تحقيق: محمد بن على بن إبراهيم- الناشر: مركز البحث العلمي- وإحياء التراث الإسلامي- جامعة أم القرى(٣٧)- الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م.

٢٤- توجيه النظر إلى أصول الأثر: طاهر بن صالح (أو محمد صالح) ابن أحمد بن موهب، السمعوني الجزائري، ثم الدمشقيّ- تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة- الناشر: مكتبة المطبوعات الإسلامية- حلب- الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

٢٥- التوقيف على مهمات التعاريف: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن على بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري- الناشر: عالم الكتب ٣٨ عبد الخالق ثروت- القاهرة- الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

٢٦- تيسير التحرير: محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي- الناشر: مصطفى البابي الحلبي- مصر ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م- بدون طبعة- (١١٢/٣)،

٢٧- تيسير مصطلح الحديث: أبو حفص محمود بن أحمد بن محمود طحان النعيمي- الناشر: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع- الطبعة العاشرة ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٢٨- حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح: محمد طاهر بن عاشور- الناشر: مطبعة النهضة- نهج الجزيرة- تونس- الطبعة: الأولى- ١٣٤١هـ.

٢٩- حاشية السندي على سنن النسائي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي- الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب- الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م.

٣٠- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: أبو الحسن،

على بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي- تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي- الناشر: دار الفكر- بيروت- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

٣١- حاشيتا قليوبي وعميرة: أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة- الناشر: دار الفكر- بيروت- بدون طبعة، ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م.

٣٢- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي- تحقيق: على محمد معوض- عادل أحمد عبد الموجود- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م.

٣٣- خبر الواحد وحجيته: أحمد بن محمود بن عبد الوهاب الشنقيطي- الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية- الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ-٢٠٠م.

٣٤- أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى- الناشر: عالم الكتب- الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٣٥- رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي- الناشر: دار الفكر- بيروت- الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٣٦- الرسالة: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي- تحقيق: أحمد شاكر- الناشر: مكتبه الحلبي، مصر- الطبعة: الأولى، ١٣٥٨هـ-١٩٤٠م.

٣٧- روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- تحقيق: زهير الشاويش-

الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان- الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ- ١٩٩١م.

٣٨- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي- الناشر: مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع- الطبعة الثانية ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

٣٩- سنن ابن ماجه: ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد- تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي- الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٤٠- سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني- تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد- الناشر: المكتبة العصرية، صيدا- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٤١- سنن الترمذي: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى- تحقيق: بشار عواد معروف- الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت- سنة النشر: ١٩٩٨م- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٤٢- شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني- الناشر: مكتبة صبيح بمصر- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٤٣- شرح مختصر الروضة: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين- تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي- الناشر: مؤسسة الرسالة- الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٤٤- شرح مختصر خليل للخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله- الناشر: دار الفكر للطباعة- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٤٥- شرح نخبة الفكر في مصطلحات أهل الأثر: على بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري- تحقيق: محمد نزار تميم- هيثم نزار تميم- الناشر: دار الأرقم- لبنان- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٤٦- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي- تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار- الناشر: دار العلم للملايين- بيروت- الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م.

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

٤٨- العدة شرح العمدة: عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي- الناشر: دار الحديث، القاهرة- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.

٤٩- العدة في أصول الفقه: القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء- تحقيق: أحمد بن على بن سير المباركي- بدون ناشر- الطبعة: الثانية ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.

٥٠- عون المعبود شرح سنن أبي داود: محمد أشرف بن أمير بن على بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي- الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ.

٥١- فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام- الناشر: دار الفكر- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٥٢- الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي- الناشر: عالم الكتب- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٥٣- القاموس المحيط: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب

الفيروزآبادى- تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي- الناشر: مؤسسة الرسالةللطباعةوالنشروالتوزيع، بيروت- لبنان- الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٥٤- قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي- تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٩م.

٥٥- القوانين الفقهية: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٥٦- الكافي في فقه الإمام أحمد: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.

٥٧- كتاب العين: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري- تحقيق: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي- الناشر: دار ومكتبة الهلال.

٥٨- كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى- الناشر: دار الكتب العلمية- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٥٩- لسان العرب: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى- الناشر: دار صادر- بيروت- الطبعة: الثالثة - ١٤١٤هـ.

٦٠- اللمع في أصول الفقه: أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة الثانية ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ.

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

٦٢- المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي- الناشر: دار المعرفة- بيروت- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٦٣- المجموع شرح المهذب: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي- الناشر: دار الفكر- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٦٤- المحصول: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري- تحقيق: طه جابر فياض العلواني- الناشر: مؤسسة الرسالة- الطبعة: الثالثة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

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

٦٦- المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م.

٦٧- مذكرة في أصول الفقه: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي- الناشر: مكتبة العلوم والحكم- المدينة المنورة- الطبعة الخامسة- ٢٠٠١م.

٦٨- المستصفى: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي- تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي- الناشر: دار الكتب العلمية- الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٦٩- مسند الإمام أحمد بن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل

بن هلال بن أسد الشيباني- تحقيق: شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد، وآخرون- الناشر: مؤسسة الرسالة- الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

٧٠- مسند الإمام الشافعي: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي- تحقيق: محمد عابد السندي- الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان- عام النشر: ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م.

٧١- مشكاة المصابيح: محمد بن عبد الله الخطيب العمري، أبو عبد الله، ولي الدين، التبريزي- تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني- الناشر: المكتب الإسلامي- بيروت- الطبعة: الثالثة، ١٩٨٥م.

٧٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن على الفيومي ثم الحموي، أبو العباس- الناشر: المكتبة العلمية- بيروت- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٧٣- المعتمد في أصول الفقه: محمد بن على الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي- تحقيق: خليل الميس- الناشر: دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ.

٧٤- معجم اللغة العربية المعاصرة: أحمد مختار عبد الحميد عمر- الناشر: عالم الكتب- الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٧٥- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى/ أحمد الزيات/ حامد عبد القادر/ محمد النجار)- الناشر: دار الدعوة- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٧٦- معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين- تحقيق: عبد السلام محمد هارون- الناشر: دار الفكر- عام النشر: ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٧٧- معرفة أنواع علوم الحديث، ويُعرف بمقدمة ابن الصلاح:

عثمان بن عبد الرحمن، أبوعمرو، تقي الدين المعروف بابن الصلاح- تحقيق: نور الدين عتر- الناشر: دار الفكر- سوريا، دار الفكر المعاصر- بيروت- سنة النشر: ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٧٨- المغني: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي- الناشر: مكتبة القاهرة- بدون طبعة- تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٧٩- مقاصد الشريعة الإسلامية: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي- تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة- الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر- عام النشر: ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م- بدون طبعة- بدون تاريخ.

٨٠- المقدمات الممهدات: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي- تحقيق: محمد حجي- الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٨١- الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الطبعة الثانية، دارالسلاسل- الكويت- بون طبعة- بدون تاريخ.

٨٢- نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر: أبو الفضل أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني- تحقيق: عبد الله بن ضيف الله الرحيلي- الناشر: مطبعة سفير بالرياض- الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ.

٨٣- النكت على كتاب ابن الصلاح: أبو الفضل أحمد بن على بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني- تحقيق: ربيع بن هادي عمير المدخلي- الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة،

المملكة العربية السعودية- الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

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

٨٥- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: محمد مصطفى الزحيلي- الناشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق- سوريا- الطبعة: الثانية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٨٦- اليواقيت والدرر في شرح نخبة ابن حجر: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن على بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري- تحقيق: المرتضي الزين أحمد- الناشر: مكتبة الرشد- الرياض- الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م.

تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي

د. ياسر مبارك رابح*

مستخلص

تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي يمثل الطريق الوحيد لاستقرار المعاملات التجارية بين الدول، لذلك أخذ الاهتمام الكبير في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية وبالتالي تنبع أهمية هذه الدراسة في ايراز هذا الموضوع من الجانب النظري والتطبيقي ومدى التوافق بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وتكمن المشكلة في أن المشرع السوداني في قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦ قد أنص على تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بعد التحقق من توافر الشروط المطلوبة كإرفاق صورة من حكم التحكيم وقابليته للتنفيذ وفقاً لقانون البلد الذي تم فيه، ومن خلوه مما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان واغفل المشرع استئناف الأمر الصادر من الهيئةالمختصة بتنفيذ حكم هيئة التحكيم مما يلحق ضررا للمطلوب ضده التنفيذ، أوصت الدراسة بإضافة مادة في قانون التحكيم لفتح باب التظلم لاستئناف الأمر الصادر من الهيئةالمختصة بتنفيذ حكم هيئة التحكيم وتحديد ميعاد الاستئناف.

Abstract

The enforcement of international marine arbitration judgment constitutes the only way out to stabilize commercial transactions between countries. Therefore, great attention has been given to national laws and international conventions. The importance of study is to emerge theoretical and practical aspect and range of consistency between national legislations and international conventions. The statement of study problem highlighted that Sudanese Arbitration Act of 2016 provides for enforcement of foreign arbitration judgment after certain required conditions are met , such as attaching a copy of arbitration judgment

process harm disclaimant. The study recommended addition of an article in arbitration law for appealing against judgment issued by competent court by enforcing arbitration court and determine a date in which appeal is filed.

and enforcement according to the law of the country in which it was made, this violates public order and disciplines in Sudan. The lawmaker ignored appeal against orders issued by competent court by enforcing arbitration court judgment. This

مقدمـــة

حكم التحكيم عمل عام، وأنه يصدر عن قائم بمهمة إجرائية عامة ومؤقتة ومأجورة ويمكن أن يقوم بها رجل أو امرأة وطني أو أجنبي مما يعني أن هذا الحكم لا يصدر عن قائم بوظيفة عامة أو خدمة عامة دائمة.

تعد مرحلة تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي من المراحل الهامة التي يمر بها التحكيم البحري ويمكن تنفيذ الحكم طواعية أو اختياراً أو اللجوء لتنفيذه جيراً عن طريق القضاء الوطني في الدولة التي سيتم فيها التنفيذ.

أسباب اختيار موضوع الدراسة:

١. تسليط الضوء عللى هذا الموضوع الهام والذي لم يجد الدراسة الكافية حتى الان.

٢. النشاط التجاري البحري لم يعد محصوراً في إقليم الدول، بل تعداها ليشمل كافة أرجاء المعمورة.

٣. تطور تقنية صناعة السفن وتطور وسائل الاتصال الحديثة زاد من ازدياد النشاط التجاري البحري.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة في:

١. تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي يؤدي إلى استقرار المعاملات التجارية بين الدول.

٢. تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي يعزز الثقة بين المتعاملين في النشاط التجاري البحري.

٣. تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي يخلق مزيد من الفرص للدولة ويساعد على جلب الاستثمارات.

أهداف الدراسة:

إن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والبحرية منها خاصة أمر لا بد منه نسبة لاتساع المعاملات التجاؤية بين الدول ويتفرع من الهدف الرئيسي الأهداف الآتية:

١. التعرف على مفهوم حكم التحكيم البحري
٢. بيان كيفية تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي وشروطه
٣. كيف عالج المشرع البحري تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي.

مشكلة الدراسة:

يتميز الوقت الحاضر بوجه خاص بازدياد أهمية النشاط البحري وذيوعه وانتشاره تبعا لنمو العلاقات بين مختلف البلاد والشعوب، و تحدث مشاكل ومعوقات نتيجة لتلك المعاملات، ويلجأ اطراف النزاع للتحكيم كوسيلة لفض النزاعات، فما هي الالية التي يتم من خلالها تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي.

منهج البحث:

سأتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي والمقارن والوصفي الاستقرائي.

مصادر المعلومات:

الكتب القانونية وشروح الفقهاء المعاصرين بالإضافة إلى الدوريات والبحوث والرسائل العلمية

تقسيم الدراسة:

قسمت موضوع هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: **ماهية التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم البحري الدولي.**

المطلب الأول: تعريف تنفيذ حكم التحكيم.

المطلب الثاني: التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم البحري.

المبحث الثاني: **التنفيذ الإجباري لحكم التحكيم البحري الدولي.**

المطلب الاول: تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م.

المطلب الثاني: رفض تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي بناء على طلب المطلوب ضده التنفيذ.

المبحث الأول

حكم التحكيم البحري الدولي

التحكيم قديم قدم المجتمع، نشأ مع نشأته وتطور مع تطوره حيث نجد أنه وقبل قيام الدولة بمعناها القانوني والسياسي كانت هنالك وسائل عديدة لفض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والمجتمعات بشأن العلاقات التجارية والسياسية والاجتماعية وغيرها[١]، ويعتبر التحكيم أبرز الوسائل السلمية البديلة لفض المنازعات وضرباً من ضروب العدالة الخاصة المؤسسة على مبدأ سلطان ألإرادة ولا يعد التحكيم بديلا عن القضاء بل مكملاً له وأنه يتم وفقا لإجراءات القانون وتحت رقابة القضاء ويمكن القول بأن التحكيم مساعد للقضاء.

المنازعات التي تنشأ بين الأطراف، تحال في الأصل ألى المحاكم التي تقيمها الدولة، وتختار قضاتها، وتضع القوانين التي تطبقها للفصل في تلك المنازعات، وذلك انطلاقاً من أن إقامة العدل بين الناس والفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينهم، إنما هي من الواجبات الأساسية للدولة[٢]، ولذلك فالدول تضع القوانين المنظمة للقضاء، وتمنحه من الضمانات والحصانات ما يكفل له القيام بهذه الوظيفة. كما أنها تعطي للأفراد حق اللجوء إلى القضاء طلباً لحمايتهم، فالقضاء أصبح مظهراً من مظاهر سيادة الدول، وحق التقاضي مكفول للجميع وفقاً للقانون

المطلب الأول

تنفيذ حكم التحكيم

الفرع الأول: **تنفيذ حكم التحكيم:**

أ/ تعريف التنفيذ لغة:

أصله النون والفاء والذال نفذ، ويدل على مضاء في أمر وغيره. ونفذ نفاذاً وأنفذته أنا وهو نافذ: ماض في أمره[٣]. وجاء التنفيذ من حيث اللغة بمعنى آخر "جواز الشيء عن الشيء والخلوص منه، وأنفذ الأمر قضاه، وطريق نافذ سالك، والنافذ الماضي في جميع أموره[٤].

الفرع الثاني: **تعريف التنفيذ في القانون:**

يمكن تعريف التنفيذ في القانون بأنه إنزال الحكم القضائي المنظوم بإعلام

الحكم ليكون واقعاً ملموساً وذلك بإلزام المحكوم عليه ببذل ما عليه من حق وتسليمه للمحكوم له، والمقصود بمعناه العام هو إعمال القواعد القانونية[٥].

تعددت التعريفات للتنفيذ قانوناً فهو عند البعض الوفاء بالالتزام عيناً أو ما يقبله الدائن أو ما يعتبره القانون مبرئاً للذمة[٦]. وعرفه بغض الفقهاء بأنه: امتثال المحكوم عليهم لكلمة القضاء التي احتوتها الأحكام الصادرة في ذلك الشأن[٧].

إن تنفيذ الحكم هو الغاية التي ينشدها أي شخص من لجوئه للتحكيم، ويعد التنفيذ الروح لجسد الحكم، فلا عبرة بحكم لا نفاذ له، ولا أثر لحكم لا يوضع موضع التنفيذ، وينطبق هذا الأمر على حكم التحكيم الذي لا فائدة منه أن لم يتم تنفيذه، فالتنفيذ هو تحقيق الشيء وإخراجه من حيز الفكر والتصور إلى مجال الواقع الملموس[٨].

الفرع الثالث: **تعريف حكم التحكيم:**

لم تضع النصوص القانونية الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكيم التجاري الدولي تعريفاً لما هو المقصود بحكم التحكيم. لذلك كان الاتفاق على تعريف موحد يعتمده الفقه والقضاء محل جدل كبير. وعليه يترجح أن مرد هذا الخلاف راجع إلى أصل خلافهم في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وأيضاً الخلاف في تحديد عمل المُحكم.

كذلك فإن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم تضع أيضاً تعريفاً محدداً لحكم التحكيم، وعليه تم اقتراح التعريف الآتي: يقصد بالحكم التحكيمي " كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على هيئةالتحكيم، وأيضاً كل قرار أخر صادر عن هيئة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أياً ما كانت طبيعتها أو يفصل في مسألة اختصاص هيئةالتحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات"[٩].

والجدير بالذكر أنه لا يعد حُكماً إلا القرار الصادر عن هيئة في منازعة معروضة عليها من خلال خصومة قضائية منعقدة أمامها وفقاً لقواعد المرافعات، سواء

كان هذا الحكم صادراً في موضوع الخصومة برمته أو في شق منه أو في مسألة متفرعة منه"[١٠].

وهذا ما يتفق مع الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسي لتعريف حكم التحكيم، مثال ذلك: الحكم الصادر من هيئةاستئناف باريس في ٥ مارس ١٩٩٤ والذي ورد فيه أنه: " يقصد بأحكام التحكيم أعمال المُحكمين التي تفصل بشكل حاسم كلياً أو جزئياً في النزاع الذي عُرض عليهم سواء أكان هذا الحكم في الموضوع أم في الاختصاص، أو في مسألة إجرائية تؤدي إلى إنهاء خصومة التحكيم"[١١].

وفي تعريف آخر، " أن المقصود بحكم التحكيم، هو الحكم النهائي التي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء كان الحكم شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء قبلت هيئة التحكيم طلبات أي من الطرفين كلها أو رفضتها كلها، أو قبلت جزءاً منها ورفضت الجزء الأخر"[١٢].

وذهب آخر، إلى أن حكم التحكيم، " هو قرار يصدره المُحكمون كتابة، ويوقعه المُحكمون الذين اتفق المتنازعون على اختصاصهم بحل نزاعهم. وعلى هيئة التحكيم بغية وصولها إلى الحكم أن تفك هذه الشبكة من المنازعات، عقدة تلو الأخرى بأحكام صغيرة تصدرها أثناء سير خصومة التحكيم"[١٣].

وبالتالي يجب عدم الخلط بين حكم التحكيم وما تبديه هيئة التحكيم من مقترحات، وما تصدره من أحكام تكون لازمة لحسن سير العملية التحكيمية.

من الثابت إن أصعب ما يواجهه أي باحث أن يضع أو يختار تعريفاً شاملاً كافياً لظاهرة بحثية إنسانية متعلقة بحياة الإنسان قابلة للتجديد والتطوير والبحث والتغيير، أو أنك تعثر على تعريف كان هو أقرب من اتفاق الفقهاء على اعتماده وحصره في موضع بيان الموضوع، ومما يزيد الأمر صعوبة أن يكون ذلك الموضوع مما يتجنبه الفقهاء في تحديد مفهومه بتعريف محدد، ويبقى التعريف القانوني للحكم من المسائل التي تتجنبها كثير من مراجع القانون، وإن كانت ليست كلها[١٤].

وعليه يترجح ان التعريف المناسب

لتعريف حكم التحكيم هو ما أخذ به الفقه الأنجلوسكسوني وهو "كل حكم يصدر عن جهة قضائية تقع خارج اقليم الدولة المراد تنفيذ الحكم القضائي فيها".

الفرع الرابع: **شروط حكم التحكيم:** قرار التحكيم الذي يحسم بصورة نهائية المسائل المعروضة على هيئة التحكيم يجب أن تتوافر به الشروط الآتية:

١. أن يصدر من هيئة تحكيم، وذلك بصرف النظر عن العدد الذي شكل منه، وبصرف النظر عن الصفة التي تُمنح لهذه الهيئة، سواء أكانت هيئة تحكيم دائمة، كما هو الشأن في المراكز النظامية للتحكيم، أو هيئة تحكيم حر تم اختيارها للفصل في خصومة معينة فقط.
٢. حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم يجب أن يكون ملزماً.
٣. يجب أن يكون حكم التحكيم مكتوباً، وموقعاً من المحكم، أو المُحكمين، محتوياً على البيانات التي نص عليها القانون.
٤. وأن لا يخالف النظام العام في الدولة التي يصدر فيها[١٥].

المطلب الثاني

التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم البحري

الأصل في الالتزامات أن يتم الوفاء بها اختيارياً بمجرد أن يحل أجلها، وإلا فإنه يحل للدائن إجبار المدين عن طريق الحماية التي وفرها به القانون وبدون هذه الحماية لا يستطيع صاحب الحق أن يستوفي حقه بدونها[١٦]، والتنفيذ هو آخر ما تصبو إليه أطراف الخصومة، وتنفيذ التحكيم يُعد بمنزلة لحظة الحقيقة The moment of truth في اختيار فاعلية التحكيم[١٧].

ليس هناك ما يستبعد قيام المحكوم عليه أمام المحاكم القضائية بتنفيذ الحكم الصادر ضده بمجرد النطق به وقبل تذييله بالصيغة التنفيذية، وهو ما قد يحصل عندما يستشعر المحكوم ضده أن هذا الحكم قد جسد وجه الحقيقة في النزاع مما يستدعي قيامه بتنفيذه بوحي من ضميره حتى لو لم يطلب المحكوم له تنفيذه جبراً[١٨].

ومن ذلك يظهر أن التنفيذ الودي أو الجبري لحكم التحكيم يتوقف على موقف الخصوم منه، وهو موقف يعتمد بلا ريب على مدى حسن نيتهم منه لا سيما المحكوم عليه، كما يعتمد على إذا ما كانوا قد أبرموا اتفاق التحكيم عن قناعة وإيمان أو عن جبر وإذعان، لذا لاحظ البعض أنه إذا تملك المحكوم عليه الشعور بالأسف من خضوعه للتحكيم فإنه غالباً ما يناوئ في تنفيذ الحكم مما يضطر المحكوم له اللجوء إلى التنفيذ الجبري[١٩].

يحتل التنفيذ الاختياري لأحكام التحكيم البحري الدولي المرتبة الاولى بصدد تنفيذ الأحكام حيث أن رفض التنفيذ الاختياري أمر نادر الحدوث وذلك لاعتبارات عديدة:

من هذه الاعتبارات إدراك الأطراف ما يمثله رفض التنفيذ الاختياري للحكم من منافاة لروح التحكيم البحري نفسه حيث إنهم قد اتفقوا بمحض إرادتهم على اللجوء إلى قضاء اختياري خاص بعيداً عن القضاء الوطني، يعهدون فيه بنزاعهم إلى محكمين خصوصيين يشتركون معاً في تعيينهم لما لهم من خبرة ودراية بالفصل في المنازعات البحرية أهلتهم إلى حيازة ثقة الممارسين للأنشطة البحرية، وبالتالي فإنه يكون من السهل على الطرف الخاسر أن يمتثل للحكم التحكيمي الصادر الذي اشترك في إصداره محكم قام بنفسه بتعيينه نظراً لحوزته ثقته[٢٠].

رغبة الممارسين للأنشطة البحرية المختلفة في تسوية المنازعات الناشئة عن علاقاتهم البحرية التعاقدية تسوية بحرية عادلة توفر الوقت والجهد وفي سرية لا توفرها لهم المحاكم الوطنية، سواء بالنسبة لسرية الإجراءات أو بالنسبة لسرية الحكم الصادر عنها[٢١].

فإذا انتفت الرغبة المشتركة بين الأطراف في المحافظة على روح العملية التحكيمية كما اتفقوا عليها، فإن الطرف الخاسر سيفكر أولاً أكثر من مرة قبل أن يرفض التنفيذ الاختياري للحكم واضعاً في ذهنه جزاءات مادية أو معنوية قد تناله إذا رفض التنفيذ الاختياري، وهنا يكمن وراء التنفيذ

الاختياري ليس رغبة الأطراف في عدم الخروج على روح التحكيم بل سلطة قهر في التجارة الدولية غير سلطة القهر بالمعنى المادي التي يعرفها تنفيذ أحكام القضاء الوطني[٢٢].

إذ يترتب على عدم تنفيذ قرارات التحكيم فرض جزاءات تأديبية توقع على الطرف الممتنع عن التنفيذ، فضلاً عن نشر هذه الإجراءات وقرارات التحكيم الصادرة ضده، وحرمانه مستقبلاً من الدخول في عمليات تجارية[٢٣].

في المجال البحري لا يستطيع المجهز الخاسر إبعاد سفنه عن دولة الطرف الخاسر، أو عن أية دولة أخري حصل منها الطرف الرابح على أمر بتنفيذ الحكم، حيث أن المشرع الدولي قد سمح في اتفاقية بروكسل للحجز التحفظي على السفن المبرمة في ١٠ مايو ١٩٥٢ بالحجز التحفظي على أية سفينة مملوكة للمجهز حتى ولو كانت سفينة أخرى غير التي كان بصددها النزاع أو الحكم التحكيمي، فإذا سعى المجهز أو المالك إلى التحايل بتمليك سفينة من سفنه إلى شركة مستقلة أمكن للقاضي أن يرد هذا الهروب إلى الغش نحو القانون[٢٤].

إن المجال البحري مجال يتميز بالانغلاق وقلة الممارسين لأنشطته من ملاك سفن ومستأجرين وشاحنين وغيرهم حيث يتركز معظم الملاك والمجهزين في أماكن قليلة من العالم، وهذا الانغلاق قد ساعد المجتمع البحري على فرض جزاءاته المادية والمعنوية المتمثلة في المقاطعة التجارية للطرف الرافض للتنفيذ، مقاطعة تؤثر على سمعته التجارية وتنعكس على مصالحه المادية بوقف أعماله أو بخسرانه خسرانا مبينا نظراً لإضراره بالمجتمع البحري[٢٥].

المطلب الثالث

الاتجاهات المختلفة في تنفيذ الأحكام الأجنبية

هناك اتجاهان فقهيان مختلفان في طريقة تنفيذ الأحكام الأجنبية المعترف بها دولياً:

الاتجاه الأول: ويمثله الفقه الانجلوسكسوني (انجلترا): ويستلزم هذا الاتجاه رفع دعوى جديدة للمطالبة

بالحق المدني الذي أقره الحكم الأجنبي، على أن يعتبر الحكم الأجنبي دليلاً في الدعوى لا يقبل اثبات عكسه. والهدف من وراء اتباع هذه الطريقة الحفاظ على سيادة الدولة من حيث الشكل.

الاتجاه الثاني: ويمثله الفقه اللاتيني (فرنسا): ويقبل هذا الاتجاه بتنفيذ الحكم الأجنبي بشرط أن تقوم المحاكم الوطنية بفحصه أولاً ثم إصدار أمرها بتنفيذه إذا تبين لها توافر الشروط التي يتطلبها القانون، وتختلف الدول في طريقة فحص القانون الأجنبي قبل تنفيذه.

وهناك ثلاث طرق متبعة بين الدول وهي على النحو الآتي:

أولاً: طريقة المراقبة: وفيه يعطى القاضي الوطني حق مراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي لبعض الشروط الاساسية للازمة لصحته من وجهة النظر الدولية، كأن يكون صادراً عن هيئةمختصة واتبعت في شأنه الاجراءات القضائية الصحيحة.

ثانياً: طريقة المراجعة: وفيه يعطي القاضي الوطني اضافة إلى حق المراقبة، حق مراجعة الحكم في تقديره للوقائع وسلامة تطبيقه لقواعد القانون، ويملك القاضي من خلال هذه الطريقة صلاحية تعديل الحكم الأجنبي.

ثالثاً: طريقة المراجعة العامة المحدودة: وفيه يعطى القاضي حق المراجعة العامة المحدودة لموضوع الحكم بصفة شاملة، الا أنه لا يملك صلاحية تعديل الحكم الأجنبي، وإنما يكون له صلاحية رفض تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة.

المبحث الثاني
التنفيذ الإجباري لحكم التحكيم البحري الدولي

تمهيد:

بالرغم من أن أحكام التحكيم البحري يتم غالباً تنفيذها اختياريا إلا أن الأمر لا يخلو من طرف سيئ النية يتمادى في سوء نيته غير ملتفت إلى جزاءات معنوية يفرضها المجتمع البحري، وقد يكون طرفاً في تحكيم بحري حر لم يلزمه بدفع الأتعاب والمصروفات التحكيمية مقدماً، وهنا فإنه لا بد للطرف الرابح من اللجوء إلى القضاء

الوطني في الدولة التي يود تنفيذ الحكم فيها غالباً أمر تنفيذ أو تأييد للحكم التحكيمي يلزم الطرف الخاسر بتنفيذه كما لو كان حكماً قضائياً.

ويتم اللجوء الإجباري لحكم التحكيم البحري الدولي بلجوء طالب التنفيذ إلى القضاء الوطني في الدولة التي يرغب في تنفيذ الحكم فيها طالباً إصدار أمر بتنفيذ الحكم أو بتأييده أو بالتصديق عليه حسب الأحوال[٢٦].

وضرورة الحصول على الأمر بالتنفيذ لإمكانية تنفيذ حكم التحكيم هو ما يميز هذا الأخير عن الحكم القضائي الذي يصدر من قضاء الدولة إذ إن الحكم القضائي متى حاز الصيغة التنفيذية فإنه يكون واجب النفاذ دون اشتراط الحصول على أمر تنفيذه، ومن ثم فإذا قدم حكم التنفيذ دون الحصول على الأمر بتنفيذه فإن على المحضر الامتناع عن تنفيذه[٢٧].

إن الثمرة الحقيقية لحكم التحكيم تتمثل في الحكم الذي يصل إليه المحكمون، هذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتتحد به مدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات.

سوف نتناول أحكام التنفيذ الإجباري لأحكام التحكيم البحري الدولي في معاهدة نيويورك ١٩٥٨، ثم نتناول أحكام التنفيذ الإجباري لهذه الأحكام في القانون السوداني و ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨

يخضع تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية للاتفاقيات الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي أقرها المؤتمر الدولي الذي دعا لعقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة واختتم في مدينة نيويورك بتاريخ ١٠ يوليو ١٩٥٨ ولهذا تسمى هذه الاتفاقية عادة باتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨[٢٨].

لا تعد اتفاقية نيويورك الاتفاقية الوحيدة المنظمة لتنفيذ الأحكام

والسندات الأجنبية على الدول المتعاقدة فهناك اتفاقية جنيف ١٩٦١ واتفاقية واشنطون١٩٦٥، إلا أن اتفاقية نيويورك تعد الأشهر والأكثر أهمية على الصعيد الدولي ذلك لأنها اتفاقية عالمية ومتاح الانضمام إليها من قبل جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة[٢٩].

فاتفاقية نيويورك تتسم بطابع عالمي وليس طابع إقليمي وهو ما يميزها مثلاً عن اتفاقية جنيف١٩٦١ والتي تقتصر على الدول الأوربية، كما أنها تختلف مثلاً عن اتفاقية جامعة الدول العربية١٩٥٢ والتي يقتصر الانضمام إليها على الدول العربية فقط[٣٠].

الفرع الأول: **مجال تطبيق الاتفاقية:**

نصت الاتفاقية في المادة الأولى منها على تطبيق أحكامها للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدول المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام.

ويقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف.

نلاحظ أن الاتفاقية قد أخذت بمعيارين لإضفاء صفة الدولية على أحكام المحكمين حتى تخضع للتنفيذ بموجب الاتفاقية، المعيار الأول مستمد من مكان التحكيم، حيث يعد التحكيم دولياً في مفهوم الاتفاقية إذا كان حكم التحكيم صادراً على إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف به وتنفيذه، والمعيار الثاني هو: كل معيار صادر عن كل دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية حيث قررت تطبيق الاتفاقية على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم[٣١].

واحتفظت الاتفاقية في الفقرة الثالثة من المادة الأولى لكل دولة موقعة بحقها في أن تصرح على أساس المعاملة

بالمثل أنها ستقصر تطبيق الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى موقعة[٣٢].

وتسري الاتفاقية على حكم التحكيم الأجنبي سواء كان تحكيماً حراً ad hoc أم تحكيماً مؤسسياً، وسواء كان أطرافه أفرادا أم أشخاصاً اعتبارية، ولو كانوا من أشخاص القانون العام. ويستوي أن يكون النزاع مدنياً أو تجارياً وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية مصدر النزاع تعاقدية أم غير تعاقدية[٣٣]، كما يستوي أن يكون تحكيماً عادياً أو تحكيماً بالصلح[٣٤]، ويستوي أن يكون التحكيم من رعايا دولتين مختلفتين أو دولة واحدة، كما يستوي أن يكون الطرفان من جنسية إحدى الدولتين الصادر فيها الحكم أو المطلوب تنفيذه فيها، أو من جنسية دولة مختلفة[٣٥].

كما يتسع نطاق تطبيق الاتفاقية ليشمل الأحكام التحكيمية البحرية الدولية الصادرة ليس فقط عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة أي التحكيم البحري الحر، بل أيضاً الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف[٣٦].

كما يتسع نطاق تطبيق الاتفاقية ليشمل صور التحكيم البحري الدولي الخاص الذي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها حيث قررت الاتفاقية أنها تطبق على الأحكام التحكيمية الدولية الناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية[٣٧].

الفرع الثاني: **اتفاق التحكيم:**

اعترفت اتفاقية نيويورك١٩٥٨ بشرط التحكيم ومشارطة التحكيم على حد سواء، ووضعت قاعدة موضوعية موحدة بمقتضاها ضرورة الشكل المكتوب لاتفاق التحكيم أخذه في معنى الكتابة بمنطق المعاملات التجارية السماح بإيراده ضمن مراسلات أو برقيات متبادلة بين الطرفين، وأنه إذا وجد اتفاق تحكيمي بهذا الشكل مما يدخل في نطاق تطبيق الاتفاقية فإن على الهيئةالقضائية في الدول الموقعة إذا رفع إليها الأمر قبل اللجوء إلى التحكيم أن تأمر بناء على طلب أحد

الأطراف بإحالة النزاع إلى التحكيم ما لم تقرر أن الاتفاق باطل أو عديم الأثر أو لا يمكن تطبيقه (م ٢/٢ من الاتفاقية)[٣٨].

الفرع الثالث

الالتزام بالاعتراف بأحكام التحكيم البحري الدولي وتنفيذها

هذا الالتزام هو جوهر الاتفاقية وغرضها الأساسي، ويقضي كما قررته المادة الثالثة من الاتفاقية باعتراف كل من الدول الموقعة بحجية أحكام التحكيم البحري الدولي وتنفيذها وفق إجراءات لم تنظمها الاتفاقية مكتفية بوضع قاعدة إسناد موحدة مقتضاها إتباع الإجراءات المقررة في القوانين التحكيمية أو في قوانين المرافعات في الدول المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، مع مراعاة شروط الاعتراف والتنفيذ الواردة في الاتفاقية[٣٩]. وفي شأن الإحالة من الاتفاقية إلى القوانين الداخلية للدول الموقعة بشأن إجراءات طلب التنفيذ يقابلها التزام بعدم التفرقة في المعاملة بين أحكام التحكيم الداخلية وأحكام التحكيم الدولية بعدم فرض شروطاً إضافية للاعتراف بأحكام التحكيم الدولية مثل فرض رسوم قضائية أعلى مما تفرضه هذه الدول على الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية[٤٠].

ولا يفترض أن تكون مساواة تامة، ولكن ينبغي ألا تكون الفجوة بين النوعين كبيرة، كأن يكون الفارق كبيراً بين الرسوم القضائية في أحكام التحكيم الدولي والداخلي، أو يفرض القانون الوطني في الدولة المطلوب إليها التنفيذ شروطاً أشد.

المطلب الثاني

رفض تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي بناء على طلب المطلوب ضده التنفيذ

الفرع الأول: **أسباب الرفض:**

هذا الرفض الذي يطلبه المطلوب ضده التنفيذ يكون لأحد الأسباب الواردة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية وهي:

١. بطلان الاتفاق على التحكيم: تنص المادة ٥/١/أ من الاتفاقية على هذه الحالة بما يلي:

إن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذين ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ومفاد هذا النص للمدعي عليه في طلب الأمر بالتنفيذ أن يدفع في الدعوى بأن يتمسك بان اتفاق التحكيم–الذي صدر الحكم بناء عليه– باطل أو قابل للإبطال، ويستوي أن يكون هذا الاتفاق (شرح الشرط والمشارطة) شرطاً أو مشارطة: فشرط التحكيم يرد ضمن نص العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية؛ سواء كان عقداً مدنياً أو تجارياً أو إدارياً فيتفق أطراف العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يحل عن طريق التحكيم؛ وهي حالة تتعلق بالمستقبل (أي خلاف مفترض في المستقبل).أما مشارطة التحكيم تنشأ عندما لا يتفق أطراف العقد على تضمينه شرط التحكيم فهو اتفاق يبرمه الأطراف بشكل منفصل عن العقد الأصلي. وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلاً بين أطراف العقد.ويحدد الأطراف في اتفاق التحكيم موضوع التحكيم والإجراءات المتبعة فيه ؛ فإذا كان اتفاق التحكيم مبنياً على صك تحكيم؛ فإنه يفترض أن يكون موضوع النزاع محدداً في الصك.

أما إذا كان مبنياً على شرط تحكيمي، فإنه يقتضي تحديد النزاع بدقة في طلب التحكيم والنظر لهذه الغاية بمدى صلته بالعقد الرئيسي. اما إذا كان تحديد العقد الرئيسي مبرماً مع سلطة ذات سيادة تتمتع بالحصانة القضائية (كالدولة)؛ وكان العقد لا يتضمن تنازلاً صريحاً عن هذه الحصانة؛ فإن موافقة تلك السلطة على الشرط التحكيمي ذاته تفيد تنازلاً من قبلها عن الدفع بالحصانة في التحكيم أو لاحقاً أمام القضاء.

ولابد من التنويه ضمن هذا الإطار أن موافقة الدلة على الشرط التحكيمي قد لا يلحظها العث ج قد الرئيسي؛ وإنما تستمد بصورة غير مباشرة من المعاهدات الدولية التي ترتبط بها الدولة،

لا سيما من أجل تشجيع الاستثمارات في بلادها كاتفاقية واشنطن، كما يستوي أي سبب للإبطال أو البطلان سواء تعلق بالأهلية أو بعيوب الإرادة، ويستثنى من هذا انعدام أهلية احد الطرفين أو نقصه إذ ينظر له إلى قانون الشخص الذي يوجد عيب في أهليته باعتباره القانون الواجب التطبيق على الأهلية[٤١].

٢. الإخلال بحقوق المدعي عليه في الدفاع:

السبب الثاني من أسباب رفض طالب التنفيذ الحكم هو إخلال الحكم بحقوق دفاعه بمعنى عدم إعلانه بتعيين المحكم إعلاناً صحيحاً أو عدم إعلانه بإجراءات التحكيم أو استحالة تقديمه لدفاعه لأي سبب آخر[٤٢].

٣. تجاوز المحكم لاتفاق التحكيم:

وتعبر المادة ٥/١/ج عن هذه الحالة بان" الحكم في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في شرط[٤٣] التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك لا يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

السبب الثالث من أسباب رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي هو تجاوز المحكم لاتفاق التحكيم أو حسبما قررت الاتفاقية فصل المحكم في نزاع غير وارد في اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود فيما قضى به[٤٤]، ثم استطردت الاتفاقية مقررة بجواز للقاضي، الذي طلب منه الأمر أن يصدر ولو من تلقاء نفسه أمر تنفيذ بالجزء من الحكم الذي تعلق بهذا النزاع، إذا أمكن فصل هذا الجزء عن أجزاء الحكم الأخرى غير المتفق على حلها بهذا الطريق[٤٥].

٤. مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم للاتفاق أو القانون:

يجب رفض الاعتراف بحكم التحكيم البحري الدولي وتنفيذه، إذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، ما يفيد أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لقانون

الإرادة أو مقر التحكيم عند تخلف قانون الإرادة[٤٦]، ويدل على هذا نص المادة ٢/١ من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨، "على أن اتفاق التحكيم الدولي يعد صحيحاً وقابلاً لإحداث آثاره القانونية، بما في ذلك استبعاد ولاية القضاء الوطني، ولو لم يقم أطرافه المحتكمون أنفسهم باختيار أو تسمية المحكمين بأشخاصهم فيه، متى في هذا الاتفاق ما يشير صراحة أو ضمناً إلى انصراف إرادة أطرافه إلى الإحالة إلى هيئة تحكيم دائمة يتم اختيار المحكمين عند قيام النزاع وفقاً لقواعدها. وهو ما لم تطلب الاتفاقية بشأنه أسلوباً معيناً من التعبير للدلالة عليه".

٥. رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يصبح ملزماً أو أبطل أو أوقف تنفيذه:

السبب الخامس من أسباب رفض الحكم هو أنه لم يصبح ملزماً للطرفين أو أنه تم إبطاله أو إيقاف تنفيذه بواسطة الجهة المختصة في الدولة التي صدر فيها الحكم أو في الدولة التي صدر الحكم وفقاً لقانونها[٤٧].

٦. أن حكم التحكيم قد الغي أو أوقف تنفيذه من السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها الحكم أو صدر بموجب قانونها:

(م٥/هـ من الاتفاقية) ذلك أنه إذا كان الحكم قد ألغي أو أوقف تنفيذه، فإنه يفقد صفة الإلزام، ويلاحظ أن نص الاتفاقية يشير إلى " السلطة المختصة" دون تحديد، ولهذا فإن هذه السلطة يمكن أن تكون سلطة قضائية أو ولائيه أو سلطة إدارية[٤٨].

ويستوي أن يكون الإلغاء أو وقف التنفيذ قد تم من هيئةالبطلان عند نظر دعوى البطلان أو من هيئة الاستئناف في استئناف الحكم حيث يجيز فانون الدولة استئنافه، أو كان وقف التنفيذ قد تم في تلك الدولة من قاض نتيجة لإشكال في التنفيذ، لان نص المادة (٥) يتطلب صدور حكم أو قرار بوقف التنفيذ من السلطة المختصة[٤٩].

الفرع الثاني: **رفض الهيئة القضائية تنفيذ حكم الحكم التحكيمي البحري الدولي من تلقاء نفسها:**

هنالك حالتان لرفض التنفيذ تقضي

بها الهيئةمن تلقاء نفسها[٥٠] فالفقرة ٢ من المادة ٥ من معاهدة نيورك١٩٥٨ نصت على أن: يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

أ/ أن قانون البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

ب/ أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

فيما بتعلق بالحالة الأولى وهي أن قانون البلد لا يجيز التحكيم، يكون ذلك في المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها وتختلف من دولة لدولة، أما فيما يختص بعدم تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لمخالفته للنظام العام فتعد مخالفة النظام العام أحد الأسباب التي تنص عليها القوانين الوطنية لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي وكذلك لرفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم[٥١].

المطلب الثالث

تنفيذ أحكام التحكيم البحري الدولي في القانون السوداني

أدرج المشرع السوداني النصوص التي تحكم التحكيم في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م وذلك في المواد من (١٣٩ إلى ١٥٦) ولم تتناول هذا المواد تعريفا للتحكيم، وما أن انتبه المشرع للتطور الذي شهده العمل بالتحكيم لتطور الاقتصاد والسرعة التي أصبحت تدار بها الأموال والتي تتطلب السرعة في البت في المنازعات بشأن تلك الأموال حتى صدر قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٥[٥٢]، والذي لأول مره يقوم بتعريف التحكيم ويفصل بينه وبين التحكيم الدولي الذي لم يكن معروفاً في القانون السوداني من قبل[٥٣] بأنه: (يقصد به اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم)[٥٤]، ثم أعقبه صدور قانون التحكيم لسنة

٢٠١٦م بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢ بمرسوم مؤقت من السيد/ رئيس الجمهورية، استنهض ذلك الصدور قامات قانونية مختلفة من محاميين ومستشارين ورجال قانون لمكافحة ومهاجمة القانون الجديد من وجوه عديدة أهمها هو انتقاد طريقة صدور القانون بمرسوم مؤقت مع وجود هيئات تشريعية مشكلة وفعالة، وقد عرف القانون الجديد تعريف التحكيم في المادة الرابعة " تفسير" نفس التعريف الذي ورد في قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٥م.

الفرع الأول: **مجال تطبيق القانون:**

نصت المادة ٣ من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦ على الآتي: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم والتي يكون السودان طرفاً فيها، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم يجري في السودان أو في الخارج، إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون متى كانت العلاقة القانونية ذات طبيعة مدنية سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية".

اتفاق التحكيم:

ونلاحظ أن المشرع السوداني قد أوجب أن يكون اتفاق التحكيم كتابة، سواء كان شرطاً أو مشارطة ويدخل في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين طرفي النزاع عبر وسائل الاتصالات الحديثة، وأن عدم تحقق ذلك يجعل من اتفاق التحكيم باطلاً[٥٥].

دولية التحكيم:

نصت المادة السابعة من القانون على أنه يكون التحكيم دوليا وفقاً لأحكام هذا القانون إذا كان:

أ/ المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين

ب/ موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

رفض تنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي في القانون السوداني:

وهذا الرفض الذي يطلبه المطلوب ضده التنفيذ يكون لأحد الأسباب الواردة في المادة ٤٨ من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦ والتي نصت على الأتي: "لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي

أمام المحاكم السودانية إلا بعد التحقق من استيفاء الشروط الآتية:

أ/ الحكم أو الأمر الصادر من هيئة أو مركز تحكيم طبقاً لقواعد الاختصاص التحكيمي الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه،وأنه أصبح نهائياً وفقاً لذلك القانون.

ب/ الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثلاً صحيحاً.

ج/ الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم السودانية أو من هيئات أو مراكز التحكيم حسبما يكون الحال في السودان، في موضوع النزاع.

د/ الحكم لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان.

هـ/ يقبل البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه، تنفيذ أحكام المحاكم ومراكز هيئات التحكيم السودانية في أراضيه أو بموجب اتفاقيات تنفيذ الأحكام التي يصادق عليها السودان.

ويلاحظ في المادة ٤٨ أن المشرع السوداني اغفل جوانب كثيرة أوردتها نيويورك لسنة١٩٥٨ بخصوص الشروط الواجب توافرها لرفض الاعتراف بأحكام المحكمين، ومن هذه الشروط لم يشترط المشرع السوداني

الفرع الثالث: **موقف المشرع السوداني من تنفيذ الأحكام الأجنبية:**

جعل المشرع السوداني من الاتفاقيات الدولية فوة أعلى من كل قانون اخر وأنها بمجرد التصديق عليها تصبح حزءا لا يتجزاء من القانون السوداني ولا تحتاج إلى أي تشريع اخر حتى تندمج في القانون السوداني[٥٦]. فقد نص الدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥م في المادة (٣/٢٧) تعتبر كل الحقوق والحريات المضمنة في الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمصادق عليها من قبل جمهورية السودان جزء لا يتجزاء من هذه الوثيقة.

وقد انتهج المشرع السوداني في بتنفيذ الحكم الأجنبي الصوره الثالثة (طريقة المراجعة العامة المحدودة) وذلك بأن

تقوم المحاكم الوطنية بفحص الحكم المراد تنفيذه أولاً ثم إصدار أمرها بتنفيذه إذا تبين لها توافر الشروط التي يتطلبها القانون وكذلك توافر شروط متطلبات التنفيذ(م٤٧).

نصت المادة (٤٨) من قانون التحكيم بسنة ٢٠١٦م لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أمام المحاكم السودانية إلا بعد التحقق من استيفائه الشروط الاتية:

أ/ الحكم أو الأمر صادر من هيئة أو مركز تحكيم طبقاً لقواعد الاختصاص التحكيمي الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه، وأنه اصبح نهائيا وفقا لذبك القانون.

ب/ الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

ج/ الحكم أو الامر لا بتعارض مع حكم أو امر سبق صدوره من المحاكم السودانية أو من هيئات أو مراكز التحكيم حسبما يكون الحال في السودان، في موضوع النزاع.

د/ الحكم لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان.

هـ/ يقبل البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه، تنفيذ احكام المحاكم ومراكز وهيئات التحكيم السودانية في اراضيه أو بموجب اتفاقيات تنفيذ الاحكام التي يصادق عليها السودان.

معنى ذلك أن الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في السودان بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر السودانية فيه، على ألا تتناقض مع القوانين السودانية.

ومفاد هذا النص أن من واجب القاضي أن يتحرى عند نظر الدعوى لتنفيذ الحكم الأجنبي من المعاملة التي يلقاها الحكم السوداني في الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي إذا ما طلب تنفيذ الحكم السوداننى فيها. وعلى هذا النحو يسمح للقاضي السوداني بتنفيذ الحكم الأجنبي بنفس القدر والشروط التي ينفذ بها الحكم السوداني في الدولة الأجنبية.

كما اشترط المشرع السوداني لتنفيذ الأحكام الأجنبية أن لا يكون الحكم يتعارض مع حكم أو امر سبق صدر من المحاكم السودانية أو من هيئات أو مراكز التحكيم، أو يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان، ففي هذه الحالة يرفض القاضي تنفيذ الحكم الأجنبي.

فإذا انتهى القاضي السوداني من التحقق من شروطه كان له إما يحكم بالأمر بالتنفيذ، أو برفض هذا التنفيذ، حيث لا يجوز له أن يحكم بتعديل الحكم أو إبطاله ولم ينص المشرع السوداني على جواز استئناف لطالب التنفيذ التظلم من امر رفض التنفيذ الصادر عن القاضي السوداني، حيث نصت المادة (٤٩) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦ على أنه: " لا يجوز استئناف الأمر الصادر من الهيئة المختصة بتنفيذ حكم هيئة التحكيم".

ويرى الباحث أن هذه المادة معيبة بالنسبة لتنفيذ الحكم الأجنبي ومن الأفضل فتح باب التظلم أمام هذا المطلوب ضده التنفيذ ضد الأمر الصادر من القاضي السوداني بتنفيذ الحكم إذا كان الحكم صادرا أو مطعونا عليه في خارج السودان، وذلك للأسباب الواردة في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م.

خاتمــة

أولاً: النتائج:

١. ان تنفيذ حكم التحكيم هو الغاية التي ينشدها اطرف الخصومة، وهو ثمرة كل حكم.
٢. لتنفيذ حكم التحكيم البحري الدولي لا بد من استيفاء شروط خاصة حتى يتسنى تنفيذ الحكم.
٣. يشترط لقبول طلب الحصول على أمر التنفيذ انقضاء ميعاد الطعن على الحكم التحكيمي.

ثانياً: التوصيات:

١. على المشرع السوداني إضافة مادة لفتح باب التظلم لاستئناف الامر الصادر من الهيئة المختصة بتنفيذ حكم هيئة التحكيم وتحديد ميعاد الاستئناف.

الهوامش

- أستاذ القانون الخاص - كلية القانون - جامعة البحر الأحمر - السودان.

١. إبراهيم محمد أحمد دريج، نشأة وتطور التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الخرطوم، الطبعة الثانية، ٢٠١٣، ص٧.

٢. الوليد بن محمد بن على البرمائي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، الطبعة الأولى، ص١.

٣. احمد زكريا بن فارس، معجم المقاييس في اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت،١٩٩٨، كتاب النون، باب النون والفاء وما يثلثهما،ص ١٠٤٠.

٤. الفيروز أيادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية الأرجن،٢٠٠٤، حرف النون، ص١٧٣٢.

٥. بديوي، عبد العزيز، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات بالمقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م، ص٧.

٦. عبد العزيز خليل، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية،١٩٨٠،ص ٧.

٧. فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى١٩٧٠، ص١٢.

٨. حيدر أحمد دفع الله، تنفيذ الأحكام القضائية، ج(٢) ، الدوحة، الطبعة الثانية، (٢٠٠٤/٢٠٠٥).

٩. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ١٦.

١٠. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧، ص ٦٥.

١١. أبو العلا النمر، الاختصاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ص ٣١٢.

١٢. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بدون ناشر، ص٣٤١.

١٣. ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمُحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٥، ص ٣٨٨.

١٤. إبراهيم رضوان الجعير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص٣٠.

١٥. هاشم عنيد حسان الحلفي، رقابة القضاء على حكم التحكيم، مؤسسة العالم العربي للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، ص ٣٩.

١٦. البشير احمد عووضه محمد، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأثارها، المكتبة الوطنية، الخرطوم، ٢٠١٣، ص١٦.

١٧. هاشم عنيد حسان الحنفي، رقابة القضاء على حكم التحكيم مرجع سابق، ص ٣٢١.

١٨. محمد ماهر أبو العينين وعاطف محمد عبد اللطيف، قضاء التحكيم، دار أبو المجد للطباعة، الكتاب الثاني، ص٣٧٩.

١٩. حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥٢١.

٢٠. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٦٩٨.

٢١. الوليد بن محمد بن على البرمائي، ، التحكيم في المنازعات البحرية مرجع سابق، ص ٤٣.

٢٢. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتاب العربي القاهرة، ١٩٨١، ص٤٨.

٢٣. أبو العلا النمر، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، ص ٣٥٣.

٢٤. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص ٧٠١ .

٢٥. المرجع السابق، ص ٧٠١ .

٢٦. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية مرجع سابق، ص ٧٠٣.

٢٧. محمد ماهر أبو العينين وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

٢٨. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،منشأة المعارف، الإسكندرية،٢٠٠، ص٥٠١٧، الطبعة الأولى.
٢٩. محمد ماهر أبو العينين وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤١٨.
٣٠. المرجع السابق، ص ٤١٩.
٣١. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية مرجع سابق، ص ٣٧.
٣٢. فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٥٠٣.
٣٣. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٧، ص ٣٣٦.
٣٤. عبد الحميد الأحدب، التحكيم بالصلح، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ص٨٣.
٣٥. فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٥٠٣.
٣٦. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص ٧٠٨.
٣٧ المرجع السابق، ص ٧٠٨.
٣٨. فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٥٠٤.
٣٩. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية مرجع سابق، ص ٧٠٩.
٤٠. المرجع السابق، ص ٧٠٩.
٤١. فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٥٠٦.
٤٢. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية مرجع سابق، ص ٧١٥.
٤٣. في النسخة العربية للاتفاقية تستخدم كلمة "عقد التحكيم" وهي تقصد شرط التحكيم.
٤٤. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية مرجع سابق، ص ٧١٦.
٤٥. فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص٥٠٩ .
٤٦. محمد ماهر أبو العينين وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٣٥.
٤٧. احمد هندي، تنفيذ حكم التحكيم في اتفاقية نيويورك، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩٨، ص٢٣٧.
٤٨. محمد ماهر أبو العينين وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤١٨.
٤٩. محسن شفيق، مرجع سابق، ص ٩٩٣.
٥٠. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون تاريخ نشر، ص ٥٢٦.
٥١. محمد ماهر أبو العينين وعاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٣٧.
٥٢. صديق محمد صديق عبد الرحمن، التكييف القانوني لدور القضاء في خصومة التحكيم، رسالة دكتوراه، ص٨.
٥٣. هيثم مصطفى سليمان، التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، شركة الجزيرة للطباعة والنشر، ود مدني،٢٠٠٧، ص٧٢.
٥٤. المادة: (٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥.
٥٥. المادة: (٨) من قانون التحكيم السوداني لسنة٢٠١٦.
٥٦. البشير احمد عووضة محمد، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأثارها مرجع سابق، ص٣١٧.

المصادر والمراجع

اولاً: القران الكريم

ثانياً: معاجم اللغة:

- الفيروز أيادي محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية الأردن،٢٠٠٤م.

ثالثاً: الكتب والدوريات:

- إبراهيم رضوان الجعير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
- إبراهيم محمد أحمد دريج، نشأة وتطور التحكيم في المنازعات

المدنية والتجارية، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، الخرطوم، الطبعة الثانية.

- أبو العلا النمر، الاختصاص الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة.
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الكتاب العربي القاهرة، ١٩٨١.
- احمد زكريا بن فارس، معجم المقاييس في اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر،بيروت،١٩٩٨.
- احمد هندي، تنفيذ حكم التحكيم في اتفاقية نيويورك، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩٨.
- البشير احمد عووضه محمد، تنفيذ الأحكام الأجنبية وأثارها، المكتبة الوطنية، الخرطوم.
- الوليد بن محمد بن على البرمائي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، الطبعة الأولى.
- بديوي، عبد العزيز، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات بالمقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠م، ص٧.
- حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، (د ت).
- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية،الجزء الأول، الطبعة الثانية، (د ن).
- حيدر أحمد دفع الله، تنفيذ الأحكام القضائية، ج(٢) ، الدوحة، الطبعة الثانية، (٢٠٠٤/٢٠٠٥).
- صديق محمد صديق عبد الرحمن، التكييف القانوني لدور القضاء

في خصومة التحكيم، رسالة دكتوراه.

- عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد العزيز خليل، قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية،١٩٨٠.
- عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٧م.
- فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى١٩٧٠
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،منشأة المعارف، الإسكندرية،٢٠٠، ص٥٠١٧، الطبعة الأولى.
- محمد ماهر أبو العينين وعاطف محمد عد اللطيف، قضاء التحكيم، دار أبو المجد للطباعة، الكتاب الثاني.
- ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمُحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م.
- هاشم عنيد حسان الحلفي، رقابة القضاء على حكم التحكيم، مؤسسة العالم العربي للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
- هيثم مصطفى سليمان، التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، شركة الجزيرة للطباعة والنشر – ودمدني.

أثر الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء «دراسة مقارنة»

د. وفاء عبدالحي عثمان على البشاري*

مستخلص

تناول الباحث آثر الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء، دون غيرها من المعاملات التي تتداخلها معها، ولعل من أهم اهداف البحث ، التعرف على ماهية العقد والوعد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء، وبيان مشروعية وشروط الوعد بالتعاقد المرابحة والمرابحة للآمر بالشراء ،كذلك آثار الوعد بالتعاقد والمرابحة للآمر بالشراء. وتنبع أهمية البحث من خلال التعرف على ابراز شمولية الفقه الإسلامي وقدرته على التعامل مع جميع أنواع المعاملات وبيان حكمها ومشروعيتها. انتشار هذه المعاملة المصرفية وتداخلها مع عدد من المعاملات الأخرى، وهذا البحث يبين أثر الوعد بالتعاقد بها، وكذا معرفة الشرعية الفقهية والشروط القانونية للمرابحة للآمر بالشراء. توصلتُ لنتائج أهمها أن نطاق الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون الوضعي لذلك اختلف الفقهاء في الوفاء قضاءً به لاتساع دائرته. وأن الأقرب الى التطبيق العملي هو قول المالكية بإلزام الواعد بالوفاء به، وهو ما أخذ به الباحث في هذا البحث، هناك فرق بين المرابحة التقليدية والمرابحة للآمر بالشراء حيث أن الاخيرة ثلاثية الأطراف أما الاولي فهي ثنائية الأطراف، كذلك تتداخل المرابحة للآمر بالشراء مع عدد من المعاملات وهي: عقد البيع ، والمرابحة، والعربون، والوعد بالتعاقد. وتظهر أثار الوعد بالتعاقد في التزام الطرفين بوعده (المصرف والآمر بالشراء). أما أهم التوصيات فقد تمثلت في صياغة نصوص قانونية واضحة الدلالة لبيان احكام وشروط واثار المرابحة للأمر بالشراء وغيرها من المعاملات المصرفية ، ضرورة التأهيل الفقهي والقانوني للعاملين في المصارف من خلال دورات تدريبية، ومحاضرات تثقفية من قبل الفقهاء والقانونين، و زيادة الوعي بالمعاملات المصرفية وذلك من خلال وسائل الأعلام ووسائط التواصل الاجتماعي.

Abstract

Through this research the researcher deals with the effect of the promise to be contracted on Murabah by purchase order excluding the involvement of any other banking dealings. One of the most important goals of this research is to identify the contract, the promise, and the Murabah by purchase order maker to identify the legality and conditionality of the contract, the promise and the Murabah by purchase order maker, also the effect of the promise through contract, Murabah by purchase order maker. The importance of this research stems out by recognizing the prominence of the comprehensiveness of the Islamic Jurisprudence and its competence to deal with all kinds of transactions and demonstrating its rules and legitimacy, as it takes everything in consideration to state clearly its legitimacy as it might be. If it is not explicitly, it's through the general Islamic Sharia Law and its purposes. The scope of this banking dealing and its overlapping with a number of other dealings is obvious. This research highlights the effect of the promise as being contracted with and also identifying the Islamic legality and legal conditions for Murabah by purchase order maker. The most important conclusions of the research are that the extent of the contracted promise in the Islamic Jurisprudence are so wide than those within the positive law, therefore the jurists differ over its fulfillment as a judicature due to its wide scope. And that the closest thing to practical application is the Maliki's saying that the one who promise, is obligated to fulfill it, and that is what the researcher has adhered to in this research. There's difference between the traditional Murabah and Murabah by purchase order maker as the latter is a tripartite dealing while the first is a bilateral one, also the Murabah by purchase order maker overlaps with a number of dealings; selling contract, the Murabah, the advance and the promise by contract. The effects of the promise by contract appear in the commitment of the two parties to the promise (the bank and the purchase order maker). If the client (purchase order maker) doesn't fulfill his promise he is obligated to make compensation if his non-fulfillment causes damage to the bank. The importance of jurisprudentially and legal qualifying of the bank employees through training, courses, educational lectures by jurists and legalists and also by raising awareness with the banking dealings through the media and social media.

مقدمـــة

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة والسلام وأتم التسليم على رسول الله وعلى آله ومن ولاه .. وبعد ..

فإن الله سبحانه وتعالي جعل شريعة محمد صلى الله عليه وسلم خاتمة الشرائع ، وشاملة لكل مناحي الحياة ، فما ترك شيئاً يحتاج إليه الناس إلا وبَّين لنا وجه الحق فيه ، ودلنا على ما يصلح لنا في أمر ديننا ودنيانا ، قال الله تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ [المائدة: ٣].

من أهم المواضيع التي ينبغي أن يصرف الباحثين همهم ويبذلوا جهدهم فيها هي مسائل المعاملات المالية ، وما يتعلق بها من أحكام شرعية ، نظراً لما تشهده الأسواق التجارية والمصارف من تطور وانفتاح لم تشهد له مثيل من قبل . فبعد بداية عصر الثورة الصناعية والتطور السريع للمنتجات المختلفة وأتساع وتطور المعاملات التجارية والمصرفية بصورة أخص ، ظهرت عدد من المعاملات المصرفية ، ولعل من أهم تلك المعاملات المصرفية المرابحة للآمر بالشراء ،ولهذه المعاملة أهمية قصوي لأنها أكثر المعاملات التي تجريها المصارف، ولها نواحي فقهية وقانونية متعددة حيث تتداخل مع عقد البيع، والمرابحة، والعربون، والوعد بالتعاقد، وهذا البحث يتناول اثر الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء.

أهمية البحث:

لهذا البحث أهمية قصوي من حيث:

١. ابراز شمولية الفقه الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان، وأنه لم يدع شيئاً إلا وبيَن حكمه غاية البيان، أن لم يكن صراحة فمن خلال قواعد الشريعة العامة ومقاصدها.
٢. انتشار هذه المعاملة المصرفية وتداخلها مع عدد من المعاملات الأخرى، وهذا البحث يبين اثر الوعد بالتعاقد عليها.
٣. معرفة الشروط الفقهية ،و القانونية للمرابحة للآمر بالشراء.

أسباب اختيار البحث:

١. الحاجة لهذا النوع من المعاملة

المصرفية لأنه يسهل على الناس الحصول على ضرورياتهم بما يتوافق مع أوضاعهم .

٢. لم تتناول البحوث والدراسات التي اطلعت عليها ، اثر الوعد بالتعاقد على المرابحة بصورة واضحة .

٣. الرغبة في مواصلة دراسة المعاملات المالية المعاصرة المرتبطة بواقع الناس ومعاشهم .

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث للآتي:

١. التعرف على ماهية العقد والوعد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء.

٢. بيان مشروعية وشروط الوعد بالتعاقد المرابحة والمرابحة للآمر بالشراء.

٣. معرفة آثار الوعد بالتعاقد والمرابحة للآمر بالشراء.

مشكلة البحث :

هنالك أسئلة لابد من الإجابة عليها من خلال هذا البحث وهي :

١. ما هو العقد والوعد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء ؟

٢. مدي مشروعية الوعد بالتعاقد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء وماهية شروط الوعد بالتعاقد والمرابحة؟

٣. ماهي آثار الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء ؟

منهج البحث:

أتبع الباحث في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي الوصفي.

هيكل البحث:

يشمل هذا البحث مقدمة تحتوي على أهميته وأسباب اختيار موضوعه ،فأهدافه ثم مشكلة البحث، وأخيراً منهجية البحث، أما الهيكل فقد جاء في مباحث ومطالب، المبحث الاول مفهوم الوعد بالتعاقد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء، وفي المبحث الثاني مشروعية الوعد بالتعاقد والمرابحة وشروطهما، وأما المبحث الثالث عن أثر الوعد بالتعاقد واثره على المرابحة للآمر بالشراء، ثم ختمت البحث بخاتمة اشتملت على أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها .

المبحث الأول

مفهوم الوعد بالتعاقد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء

المطلب الأول

مفهوم الوعد بالتعاقد

تعريف الوعد لغة:

الوَعْدُ: يُستعمل في الخير والشر، يُقال: (وَعَد) يَعِدُ بالكسر (وَعْدًا). قال الفرَّاء: يُقال: (وَعَدْتُهُ) خيرا ووعدته شرا فإذا أَسْقطوا الخير والشر قالوا في الخير: (الوَعْدُ) و(العِدَةُ) وفي الشر (الإيعَادُ) و(الوَعيدُ) وهو أيضا بمعني: وعَدَه خَيْراً وشَرّاً، وَعْداً وَمَوْعداً ومَوْعِدَةً وعِدَةً. والمِيْعَادُ: لا يكونُ إلاّ وَقْتاً أو مَوْضعاً. وأَوْعَدْتُه: تَهَدَّدْتَه. واتَّعَدَ: وَثِقَ بعِدَتكَ. وأَرْضٌ واعِدَةٌ وشَجَرٌ واعِدٌ: يُرْجَى خَيْرُهُما[1].

تعريف الوعد فقهاً:

هو إلزام الشخص نفسه حالاً بأمر يفعله في المستقبل وهو في الحقيقة نوع من العقد بالإرادة المنفردة، والأجل وصف فيه ويجب أن يكون الأصل في الوعد الإلزام لأن الله تعالى جعل خلف الوعد شعبة من شعب النفاق، ولذلك فإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء (جمهور الحنفية) من أن الوعد الصحيح ديانة ولكنه ليس بلازم قضاء محل نظر، فالرأي الصحيح هو أن الوعد ملزم قضاء أيضاً لأن تحريم خلف الوعد إنما هو لذات الفعل وليس لشئ في خارجي متعلق به.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تعلق النهي بذات الفعل أو بجزئه فإن النهي هنا يفضي إلى فساد المرادف للبطلان أي لا يعقد بالفعل قضاء لأنه حرم ديانة هذا وقد صرح بعض فقهاء الحنفية بأن خلف الوعد ملزم قضاءً أيضاً[2].

تعريف الوعد بالعقد قانوناً:

جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م: (الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عُينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها)[3].

وبناء على هذا النص فقد اعتبر قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة

١٩٨٤م، ان الوعد بالتعاقد ملزماً لصاحبه، وذلك بإتمام التعاقد ، حتى إذا نكل عن وعده ، جاز للموعود له أن يلزمه بالوفاء بوعده باستصدار حكم من المحكمة.

ويتضح أن معني الوعد في اللغة والفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ م ، يتفق حول معني الالزام والالتزام للواعد للوفاء بوعده ، وهذا يتضح في المرابحة للآمر بالشراء حيث يلتزم المصرف ابتداءً بشراء السلعة للآمر بالشراء ومن ثم يلتزم الآمر بالشراء بالوفاء بوعده بالشراء السلعة من المصرف ، واخيراً يلتزم البنك ببيع السلعة للآمر بالشراء دون غيره.

تعريف العقد في اللغة:

معناه الربط أو الإحكام والإبرام بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسياً أم معنوياً، من جانب واحد، أم من جانبين. جاء في المصباح المنير وغيره: عقد الحبل، أو البيع، أو العهد فانعقد. ويقال: عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به. وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر، ومنها قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. وهذا المعنى اللغوي داخل في المعنى الاصطلاحي الفقهي لكلمة العقد[٤].

وبناء على ذلك فإن العقد يطلق عند علماء اللغة على كل ما يفيد معنى الربط والتوثيق والإلزام من جانب واحد أو من جانبين.

تعريف العقد فقهاً:

وللعقد عند الفقهاء معنيان: عام وخاص، أما المعنى العام: الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[٥] فهو: كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواء من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمى تصرفاً أو

التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام[٦].

وأما المعنى الخاص الذي يراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد فهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله. أو بعبارة أخرى: تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل. وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء[٧].

مما سبق يتضح أن هناك علاقة بين العقد بمعناه اللغوي من جهة والفقهي بالمعنى العام والخاص من جهة أخرى حيث جاءت التعريفات تدور حول توثيق وربط الإرادات على وجه الإلزام ، وهذا متفق تماماً مع المعنى اللغوي الذي يدور حول الربط والشد والإحكام والتوثيق.

تعريف العقد قانوناً:

جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه تبين أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.

٢/ يجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين لإحداث الأثر القانوني)[٨].

استخدم القانون كلمة (عقد) للدلالة على توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام يخلق أثراً في المعقود عليه ويغير وصفه القانوني سواء أكان هذا الالتزام إعطاءً لشيء أم أداءً لعمل أم امتناعاً عن تنفيذ عمل[٩].

وقد اتبع القانون السوداني مجرى الفقهاء الذين لا يرون في الإرادة المنفردة عقداً ، بيد أن هذا القصور قد تلافاه عندما أفرد للإرادة المنفردة الفصل السادس عشر من قانون المعاملات المدنية (المادتان ١٣٦/ ١٣٧)[١٠].

ولابد من ملاحظة أن المادة (٣٣ / أ) ورد فيها أركان العقد مقروءة مع المادة ٨٦ من نفس القانون والتي تحمل عنوان "تمام العقد" وقد ورد بهذا النص (لا يكون العقد صحيحاً إلا إذا توفرت أركانه أصلاً ووصفاً وهي الرضا ممن هو أهل له والمحل والسبب بشروطهما الجوهرية والشكلية التي

يفرضها القانون للانعقاد).

العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، وهو اتفاق يلزم بمبتغاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شئ أو بفعله أو بالامتناع عن فعله[١١].

ويتبين أن العقد هو مصدر الالتزام وأنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي.

مما سبق يتضح انه إذا تم الوعد بالتعاقد بعد استيفاء الشروط التي نص عليها القانون ، فأنه يختلف مع العقد في ان العقد يرتب آثاراً قانونية فورية بخلاف الوعد فأثآر العقد المراد أبرامه لا تترتب إلا من حيث أن يظهر الموعود له رغبته في الوعد الملزم لجانب واحد ، ومن حلول الميعاد في الوعد الملزم لجانبين ، هذا مع مراعاة أن الوعد بالتعاقد عقد ، ولكن يتفق مع العقد في أن كلاهما يرتب التزام على الطرفين بالشيء الموعود به أو المتعاقد عليه حسب الحال ، ولكن يظهر الفرق في أن العقد يرتب آثره في الحال بيد ان الوعد بالتعاقد لا يكون له آثار إلا في المستقبل . كما أن الوعد مجرد أخبار أو اعلان رغبة في التعاقد ،أما العقد فهو ارتباط إرادتين ، ويرتب أثره في المعقود عليه بمجرد انعقاده .

المطلب الثاني : تعريف المرابحة والمرابحة بالشراء

تعريف المرابحة لغة:

المرابحة في اللغة مأخوذة من كلمة ربح وتعني النماء في التاجر وربح في تجارته يربح ربحا وتربحا أي استشف.... وهذا بيع مربح إذا كان يربح فيه والعرب تقول: ربحت تجارته إذا ربح صاحبها فيها. وتجارة رابحة: يربح فيها.. وأربحته على سلعته أي أعطيته ربحاً... وبعت الشيء مرابحة ويقال بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم وكذلك اشتريته مرابحة[١٢].

اذن معني المرابحة في اللغة من الربح أي مطلق النماء والزيادة.

تعريف المرابحة فقها:

عرفها الحنفية بأنها : (بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح)[١٣]، أما عند

المالكية فهي: (مبيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به مع زيادة ربح معلوم)[١٤]. وعرفها الشافعية بأنها : (عقد يبنى الثمن فيه على ثمن البيع الأول مع زيادة)[١٥]. وهي عند الحنابلة بأنها: (بيع برأس المال وربح معلوم)[١٦].

يتضح من كل التعاريف السابق للفقهاء انهم اتفقوا على انها بيع مع زيادة معلومة في الربح متفق عليها، وهو ذات المعني اللغوي الذي يعني مطلق الزيادة .

تعريف المرابحة في القانون:

جاء في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م): يجوز البيع بطريقة المرابحة أو التولية أو الاشتراك أو الوضيعة. (٢) المرابحة بيع يزاد فيه قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي والتولية بيع بمثل الثمن الأصلي ، والإشراك تولية بعض المبيع بما يقابله من الثمن الأصلي والوضيعة بيع ينقص فيه قدر معلوم من الثمن الأصلي. (٣) يجب في البيوع المذكورة في البند (١) أن يكون الثمن الأصلي معلوماً، ويعتبر تدليساً إدلاء البائع ببيان على خلاف الحقيقة أو كتمانه لأمر ينقص من مقدار الثمن أو من قيمة المبيع ، إذا كان من شأن ذلك أن يؤثر في رضاء المشتري بالصفقة[١٧].

تناولت الفقرة الأولى من المادة قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م السابقة، كل بيوع الامانة بما فيها بيع المرابحة وفي الفقرة الثانية عرفتها بما فيها بيع المرابحة، ومن الملاحظ أن القانون أخذ بما اخذ به الفقهاء، بانه زيادة معلوم على الثمن الاساسي، وقد اضاف القانون مسألة مهمة، بالإضافة لمعلومية الثمن وهي التدليس من حيث معرفة الثمن الحقيقي حيث اعتبر الإدلاء بأي بيان على خلاف الحقيقة أو كتمان لأمر ينقص من مقدار الثمن وكان من شأن ذلك أن يؤثر في رضا المشتري، اذاً لابد ان تخلو المرابحة من التدليس الذي هو عيب من عيوب الإرادة التي تعيب الرضا وتجعل كل العقد قابل للإبطال، وبالتأكد ما يجري من أحكام على المرابحة هو ما يسري لاحقاً على المرابحة للأمر بالشراء.

تعريف المرابحة للآمر بالشراء:

يعتبر مصطلح بيع المرابحة للأمر بالشراء من المصطلحات الحديثة ،وأن كان في حقيقة بيع المرابحة معروف لدي الفقهاء المتقدمين ، وقد أشار عدد من الباحثين إلى أن أول من استعمل المصطلح هو د. سامي حمود في رسالته للدكتوراه والتي كانت بعنوان (تطوير الإعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية)[١٨].

وقد ذكر عدد من العلماء المعاصرين تعريفات لبيع المرابحة للأمر بالشراء، فقد عرفه سامي حمود بقوله: (أن يتقدم العميل إلى المصرف طالباً منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلاً مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسطاً حسب إمكانيته)[١٩]. وتم تعريفه أيضا (بان يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقداً، ولأن البائع لا يبيعها له بأجل ، أما لعدم مزاولته البيوع المؤجلة أو لعدم معرفته بالمشتري، أو لحاجته إلى المال النقدي فيشتريها المصرف بثمن نقدي ويبيعها إلى عمليه بثمن مؤجل أعلى)[٢٠].

وكذلك (هو أن يتفق المصرف والعميل على أن يشتري المصرف البضاعة ويلتزم العميل أن يشتريها من البنك بعد ذلك ،ويلتزم المصرف بان يبيعها له وذلك بسعر عاجل أو آجل تحدد الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً)[٢١].

ويتضح الفرق هنا بين المرابحة للآمر بالشراء و المرابحة المعروفة عند الفقهاء ، من حيث أطراف العلاقة ، ففي الأولي يوجد ثلاث أطراف للعلاقة التعاقدية، وهم العميل (الآمر بالشراء) والمصرف، وبائع السلعة للمصرف، أما المرابحة فهي ثنائية الأطراف.

وخلاصة القول أن هنالك كثير من التعريفات تدور حول هذا المعني ولكن التعريف الذي أختاره الباحث هو التعريف الأخير، وذلك لظهور الوعد بالتعاقد بصورة جلية من خلال وعد المصرف بشراء السلعة للعميل (الامر بالشراء)، ووعد منه ببيعيها للعميل (الأمر بالشراء)، ووعد من العميل (الأمر بالشراء) بشراء السلعة من المصرف .

المبحث الثاني

مشروعية الوعد بالتعاقد والمرابحة وشروطهما

المطلب الأول

مشروعية الوعد بالتعاقد والمرابحة والمرابحة للآمر بالشراء

أولاً: **مشروعية الوعد بالتعاقد:**

الوعد عموماً سواء كان بالتعاقد ام بغيره يجب الوفاء به ديانة، بإجماع الفقهاء لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ [الاسراء: ٣٤]، وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١]، أي أنه غير ملزم قضاءً جمهور عند فقهاء المسلمين، وأن كان يكره عدم الوفاء به، لان خلف الوعد من علامات النفاق[٢٢]. أما الوفاء به قضاءً بمعني أن القاضي يلزم الواعد بالوفاء بوعده ، اختلفت اقوال الفقهاء على قولين .

أولهما: أن الوعد عموماً – بالتعاقده وبغيره – لازم ويقضي به على الواعد ويجبر على تنفيذه استناداً الى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: ٢]، وقول الرسول (صلى الله عليه وسلم):اربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعيها إذا حدث كذب، وإذا عاهد خان، وإذا وعد اخلف، وإذا خاصم فجرً)[٢٣]، وخلف الوعد نفاق، والنفاق حرمته مغلظة، ومن ثم كان خلف الوعد حراماً، والحرام منهي فوجب الوفاء بالوعد.

وثانيهما: وهو لجمهور الفقهاء يري أن الوعد غير ملزم ، والواعد لا يجبر على الوفاء به إلا ديانة لا قضاءً ، وهناك راي مشهور عند المالكية يذهب إلى أن الوعد ملزم للواعد ديانة وقضاء إذا ادخل به الموعود له في سببه كمن يعد شخصاً بأن يقرضه مبلغاً من المال إذا تزوج أو اشترى سيارة معينة، لان الواعد أدخله في سبب باشره بالفعل، فإذا أخلف وعده أضره بالموعود له، والشريعة الإسلامية تقرر أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فإذا أخل الواعد بوعده التزم بالضمان

(التعويض) لقيام المسؤولية التقصيرية وخير الضمان هنا إ جبار الواعد على الوفاء بوعده[٢٤].

مما سبق يتضح أن الفقهاء اتفقوا على وجوب الوفاء بالوعد ديانةً ، ولكن اختلفوا على وجوب الوفاء به قضاءً ، والاقرب الى التطبيق العملي فيما يلي المرابحة للآمر بالشراء قول المالكية، لان الآمر بالشراء بطلبه للبنك لشراء السلعة المحددة يدخل البنك في التزام بشرائه ما هو متفق عليه والحكم عندهم الالزام بالتعويض وهنا يكون إجبار الآمر بالشراء بإتمام البيع ، ويتضح شمولية الشريعة الإسلامية لكل أنواع المعاملات المعاصرة.

ثانياً: مشروعية المرابحة:

يستمد بيع المرابحة مشروعيته من القرآن والسنّة واتفاق الفقهاء حوله من حيث المبدأ .

في القرآن قال تعالى : ﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم وإن كنتم من قبله لمن الضالين﴾ [البقرة: ١٩٨].

وذلك أن المرابحة تمثل ابتغاء للفضل أي الزيادة ، كما أنها تدخل في عموم عقود البيع المشروعة لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرّم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

في السنّة : أجاز الرسول عليه الصلاة والسلام بيع السلعة بأكثر من رأس مالها في قوله عليه السلام : (البيعان بالخيار ما لم يفترقا)[٢٥]. وأيضاً : (لأن يحتطب أحدكم حزمة على ظهره، خير من أن يسأل أحداً فيعطيه أو يمنعه)[٢٦]. وقوله صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سواءً بسواء، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم)[٢٧].

ثالثاً: مشروعية المرابحة للآمر بالشراء:

هذه العملية جائزة بدليل ما قال الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه الأم[٢٨]: «وإذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا، فاشتراها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال:

أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه»[٢٩]. فأصل العملية جائز كما صرح الشافعي بشرط تسلم المصرف الشيء المشترى، أما الإلزام بالوعد فيمكن تقليد مذهب آخر فيه وهو المذهب المالكي إن ترتب على الوعد الدخول في التزام مالي معين، وهو رأي ابن شبرمة الذي يقول: إن كل وعدٍ بالتزام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، يكون وعداً ملزماً قضاء وديانة. ولا يعد هذا ممنوعاً، وليس من التلفيق المحظور؛ لأن المسألتين قضيتان منفصلتان، ولا مانع من تقليد كل إمام في مسألة تختلف عن مسألة أخرى يؤخذ فيها بقول إمام آخر.

وأجاز المالكية أيضاً هذا النوع من التعامل، جاء في كتبهم: «من البيع المكروه: أن يقول: أعندك كذا وكذا تبيعه مني بدين؟ فيقول: لا، فيقول: ابتع ذلك، وأنا أبتاعه منك بدين، وأربحك فيه، فيشتري ذلك، ثم يبيعه منه على ما تواعدا عليه»[٣٠].

وأقر العملية مؤتمران للمصارف الإسلامية، جاء في مؤتمر المصرف الإسلامي الأول في دبي سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م: إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاء طبقاً لأحكام المذهب المالكي. وهو ملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى. وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء، إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمكن للقضاء التدخل فيه.

وجاء في مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني في الكويت سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣: يقرر المؤتمر أن المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء، بعد تملك السلعة المشتراة، وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الموعد السابق، هو أمر جائز شرعاً، مادامت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي، وجميع الضمانات كالتأمين. ومنع البيع قبل القبض هو رأي الجمهور، وأجاز المالكية بيع غير الطعام قبل قبضه[٣١].

ومما سبق يتبين أنه بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للآمر أو المصرف أو

كليهما، فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وأن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً.

وليس هذا التعامل من البيعتين في بيعة المنهي عنه؛ لأن النهي كما ذكر الشافعي وارد على حالة كون القبول لإحدى البيعتين مبهماً أو معلقاً أو مجهولاً، فإن عيّن المشتري إحدى البيعتين جاز، أو أن النهي وارد على حالة اشتراط بيعة أخرى، كأن يقول: بعتك منزلي على أن تبيعني فرس.

المطلب الثاني

شروط الوعد بالتعاقد والمرابحة

أولاً: شروط الوعد بالعقد:

الوعد بالعقد هو في ذاته عقد، وما يترتب على ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التي تقوم عليها العقود في مجموعها، وهي الرضا والمحل والسبب. فلا بد إذا أن يتراضى الواعد والموعود له على الوعد، وأن يكون كلا منهما متمتعا بالأهلية اللازمة لإبرامه وأن يجيء رضاؤه خاليا من العيوب، ثم يلزم أن يكون العقد الموعود إبرامه ، وهو محل الوعد مشروعاً كما أنه يتحتم أن يكون للواعد سبب يدفعه إلى التحمل بالوعد ، وأن يكون هذا السبب مشروعاً [٣٢].

بيد أن توافر الأركان اللازمة في العقود عموما لا يكفي بقيام الوعد بالتعاقد. فإلى جانبها ، يلزم توافر شرطين آخرين في جميع حالات الوعد بالتعاقد، ثم شرط ثالث في حالات خاصة منه وهي التي يكون فيها العقد الموعود إبرامه شكلياً، حيث يلزم يجئ الوعد ذاته في نفس الشكل وقد تضمن المادة (٤٦) من قانون المعاملات المدنية السوداني والمادة (١٠١) من القانون المدني المصري –سالفة الذكر– الأركان الخاصة بالوعد بالتعاقد .

فيلزم لكي يقوم الوعد بالعقد أن يتوافر فيه إلى جانب الأركان اللازمة في العقود بصفة عامة الشروط الخاصة به وهي الآتية :

١. يلزم أن يتضمن الوعد إلى جانب طبيعة العقد الموعود بإبرامه بيعاً مثلاً، كان أم إيجاراً ، جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد. ويقصد

بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التي لا ينعقد هذا العقد بغير التراضي عليها ، فهي بالنسبة للبيع الشيء المبيع والثمن، وهي بالنسبة إلى الإيجار العين المؤجرة والأجرة[٣٣] وهي بالنسبة إلى الرهن العين المرهونة والدين المضمون، فلا يكفي مثلا لقيام الوعد بالبيع، أن يعد شخص بأن بيع آخر لمنزله إذا لم يكن قد حدد الثمن الذي يعد بأن يحصل البيع على أساسه.

والمعيار الذي يجب مراعاته لمعرفة ما إذا كانت المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه معينة في الوعد من عدمه هو التساؤل عما إذا كان من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقول الموعود له قبلته ، دون حاجة للاتفاق على شيء آخر أم لا . فإذا كان الأمر الأول ،فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاصلا وإلا فلا.

تطبيقاً لذلك فقد حكمت المحكمة في قضية أسامة بابكر مصطفى (ضد) نجوى محمود محمد على أقام الطاعن دعوى مطالباً بتعديل سجل القطعة محل النزاع لاسمه وإلزام المطعون ضدها بفعل الرهن عن القطعة تأسيسا على أن المطعون ضدها قامت ببيع القطعة له مقابل ٦٥٠ ألف جنيه تسلمت منه مبلغ ٢٠٠ ألف جنيه على أن تقوم بفك الرهن عن العقار ومع ذلك رفضت تكملة إجراءات البيع مع أن وعدها بالتعاقد قد توفرت فيه جميع أركان الوعد بالبيع . رأت المحكمة تعيين المبيع والثمن لا يكفي بجعل الوعد في التعاقد ملزما فقد تبين أن المطعون ضدها قد علقت التزامها النهائي في التوقيع على شرط إبرام عقد لاحق فتكون قد احتفظت لنفسها بحق إدراج شروط ربما لم تكن في ذهن الطاعن وقت الاتفاق الأول . ألا أنه ليس في القانون ما يمنعه طالما لم يتم اتفاق نهائي ووفقا لذلك قضت المحكمة بشطب الطعن .

٢. ويلزم أن يتضمن الوعد المدة التي يلزم الواعد بإبرام العقد الموعود به

خلالها إذا ما ارتضاه الموعود له فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد، وقع باطلاً بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون المدة السابقة صريحاً بل يكفي أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال كما أنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديداً عددياً، بالأيام أو الأشهر أو السنين مثلاً وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما أنه سليماً من شأنه أن يمكن قاضي الموضوع من إجرائه نحو سائغ ومقبول[٣٤].

٣. الشرطان السابقان يكفيان لقيام الوعد بالعقد بوجه عام، على فرض توافر الأركان العامة في مجموع العقود، وهي التراضي والمحل والسبب، بيد أنه في نوع معين من الوعود بالعقد، وهو الوعد بإبرام العقود الشكلية، يلزم توافر شرط مهم وهو أن يجيء الوعد في نفس الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام الوعد الموعود إبرامه فإذا يتطلب القانون، لقيام عقد معين شكلاً خاصاً وجب القيام بإبرام هذا العقد أن يجيء في نفس الشكل[٣٥].

والحكمة من تطلب ورود الوعد في نفس الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ظاهرة إذ أن الوعد بإبرام عقد معين إذا قام صحيحاً، كان من شأنه أن يؤدي إلى قيام هذا العقد ، إذا رغب فيه المدعو له كما سنبين لاحقا فإذا ساغ أن يجيء الوعد في غير الشكل الذي يرسمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه، لأمكن بذلك لهذا العقد الأخير أن يقوم من غير اتباع ذلك الشكل وبهذا يتمثل الوعد بالعقد طريقا للإفلات من الشكل الذي يستلزمه القانون.

وقد ناقشت المحكمة العليا شروط الوعود بالتعاقد في قضية الوسيلة الطيب مصطفى ضد عبد الحفيظ عثمان مختار حيث ادعى الطاعن أن اتفاقاً تم بينه المطعون ضده يقضي بأن يستأجر الطاعن دكان المطعون ضده بملغ ١٣ ألف جنيه كمقدم إيجار للدكان المشار إليه بعد اكتمال البناء رفض المطعون ضده أن يؤجر الدكان للطاعن فتقدم للمحكمة ملتمساً الحكم

له بتنفيذ العقد . قررت المحكمة العليا أن ما تم بين الطرفين مجرد وعد على تعاقد غير ملزم ولا يترتب عليه أثر، من حق الطاعن استرداد ما دفعه للمطعون ضده من مقدم وذلك لعدم بيان وقت التعاقد وعدم تحديد أجرة الدكان أو تاريخ الأجرة. لذلك فأركان العقد كلها مجهولة مما يجعله وعد غير ملزم[٣٦].

ثانياً: شروط المرابحة:

للمرابحة شروط لابد من توافرها وهي:

١ يجب أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني وإلا فأن العقد يعتبر فاسداً وذلك لسبب جهالة الثمن.

٢. أن يكون الربح معلوما لا نه يعتبر جزءً من الثمن والعلم به شرط من شروط صحة العقد.

٣. أن يكون راس المال أي الثمن من المثليات كالمكيلات، والموزونات والعدديات المتقاربة سواء تم البيع مع البائع الأول، أو مع غيره، وسواء أكان الربح من جنس الثمن الأول، أم لم يكن بعد أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً، كدرهم ونحوه. فإن كان مما لا مثل له كالعروض، لا يجوز بيعه مرابحة ممن ليس العرض في ملكه؛ لأن المرابحة بيع بمثل الثمن الأول، مع زيادة ربح عليه في المرابحة. وعلى هذا إذا كان الثمن الأول غير مثلي كأن يكون من الأعداد المتفاوتة كالدور والثياب والرمان، والبطيخ، ونحوها، فإما أن يبيعه ممن في يده وملكه أو من غيره[٣٧].

٤. ألا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً ألا يترتب على المرابحة في أموال الربا وجود الربا بالنسبة للثمن الأول، كأن يشتري المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل، فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة، والزيادة في أموال الربا تكون رباً، لا ربحاً فإن اختلف الجنس فلا بأس بالمرابحة، كأن يشتري ديناراً بعشرة دراهم، فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه.

٥. أن يكون العقد الأول صحيحاً: فإن كان فاسداً لم يجز بيع المرابحة؛

لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح، والبيع الفاسد يثبت الملك فيه بقيمة المبيع أو بمثله، لا بالثمن، لفساد التسمية[٣٨].

من الملاحظ اتفاق قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م، مع الفقه الإسلامي في الشروط المرابحة حيث لا خلاف بينهما في تلك الشروط.

وخلاصة القول في شروط الوعد بالتعاقد والمرابحة، أن شروط الأول هي توافر الاركان الاساسية لانعقاد العقد وهي الرضي والمحل والسبب، مع توافر الشروط الثلاثة الخاصة بالوعد بالتعاقد، أما المرابحة فلها خمس شروط لا خلاف بين الفقه الإسلامي وقانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م.

المبحث الثالث

أثر الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء

المطلب الأول

أثر الوعد بالعقد

أن العقد الموعود به يقوم بمجرد أن يبدي الموعود له رغبته في إبرامه، وتتصل رغبته تلك إلى الواعد ، طالما كان ذلك كله في الميعاد المحدد للوعد، وذلك لأن الواعد لا يتحمل فقط بالالتزام بإبرام العقد الموعود به ، وإذا ما أبديت الرغبة في ميعادها، وإنما يلتزم أيضاً بالإبقاء على الوعد بالصفقة قائما طول الميعاد، بحيث أن العقد الموعود به يقوم من فوره بمجرد حصول الرغبة واتصالها بعلم الواعد، ولا يمكن لعقد الوعد هنا وهو في حد ذاته عقد أن يكون أدنى أثراً من الإيجاب الملزم الذي هو قائم على مجرد إرادة منفردة من الموجب .وهكذا فإذا نكل الواعد عن وعده وقاضاه الموعود له وصدر الحكم بإيقاع العقد الموعود به، فإن هذا العقد يعتبر قائماً من تاريخ إبداء الرغبة واتصالها بعلم الواعد. فالحكم هنا يعتبر تقريرياً وليس إنشائياً[٣٩].

هكذا نصل إلى أن العقد الموعود بإبرامه يقوم بمجرد أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه بعلم الواعد[٤٠]، طالما حصل ذلك كله في الفترة المحددة لبقاء الوعد أما قبل ارتضاء الموعود له العقد بإبرامه، فليس يوجد إلا عقد الوعد أما الموعود بإبرامه فليس بقائم بعد فإذا وعد شخص مثلا آخر بأن يبيعه منزله إذا رغب في شرائه خلال سنة، فطالما أن هذا الوعد لم يقترن بارتضاء الموعود له قيام العقد ، فالبيع غير قائم ولا ينتج أثر ويترتب على ذلك أنه لا يحق تسجيل الوعد بالبيع[٤١].

وغنى عن البيانٍ أن العقد الموعود إبرامه لا يقوم، إعمالاً للوعد إلا إذا ارتضاه الموعود له واتصل رضاؤه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد أما إذا انقضت تلك المدة، من غير أن يتصل بعلم الواعد رضاء الموعود له فإن الوعد يسقط من فوره ومن تلقاء نفسه. وتبرأ ذمة الواعد نهائيا وذلك دون حاجة من الواعد إلى أن يتخذ إجراء ما كتنبيه أو إنذار وموت الواعد أو الموعود له لا يؤثر في إمكانية قيام العقد الموعود به إذا حصل الرضاء به في ميعاده . فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت[٤٢].

فإذا مات الواعد بقي للموعود له خياره في قيام العقد الموعود به ليباشره في مواجهة ورثة الواعد حتى إذا صدر رضاؤه بذاك العقد على نحو ما يتطلبه القانون قام وانعقد وإذا مات الموعود له، انتقل خيار قيام العقد الموعود به إلى خلفائه ما لم يكن الوعد قد أعطى له بمراعاة شخصه.

بناء على ذلك يتبين أن الوعد بالتعاقد يخلقٍ ثلاثة من الآثار:

أولاً: قبل أن يظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به فإن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلزاماً على عاتق الواعد بإبرام العقد ذلك أن الوعد بالتعاقد لا يرتب أثرا من آثار العقد الموعود به ولكنه يجعله ممكنا إذا أبدى الطرف الموعود له رغبته في إبرام العقد وعلى ذلك يظل محل العقد تحت تصرف الواعد.

ثانياً: إذا أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به صراحة أوٍ ضمنا فإن العقد الموعود به يكون ملزماً بمجرد إبداء هذه الرغبة دون حاجة لرضا الطرف الواعد.

ثالثاً: إذا انقضى الأجل المحدد للوعد بالتعاقد دون أن يظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به فإن الوعد بالتعاقد ينتهي تلقائياً [٤٣].

خلاصة القول بعد معرفة مشروعية وآثار الوعد بالتعاقد أن الغالب في الوعد أنه من طرف لصالح طرف آخر، وأن كان ذلك لا يمنع حصول الوعد من طرفين بأن يعد كل منهما الآخر وهذا ما يتضح عند الحديث عن أثار الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء، حيث يكون الالتزام بالوعد من الجانبين المصرف والعميل، وإذا أخل العميل بالوعد وتسبب الاخلال بالوعد بضرر للمصرف يُلزم العميل بالتعويض لجبر الضرر.

ويتميز الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي بأن نطاق الوعد أوسع فقد يكون الوعد عملاً أو عقداً، والأول قد يكون نذر تقرب، وهذا مالا يوجد في القوانين الوضعية، وبناءً على أتساع دائرة الوعد في الفقه الإسلامي لزوم الوفاء به عند الفقهاء ديانة أكثر منه قضاء.

المطلب الثاني

أثر الوعد بالتعاقد على المرابحة للآمر بالشراء

بعد أن تبين في موضوع الوعد، رجحان رأي من يلزم الواعد بالوفاء بوعده، وذلك عند الحديث عن مشروعية الوعد بالتعاقد وبيان آراء الفقهاء فيه واخذ الباحث براي المالكية من حيث الالزام بالوفاء بالوعد، فإن هذا الوعد ملزم للطرفين قضاءً، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه.

على أن تلاحظ الشروط التي اشترطها الفقهاء في مثل هذه العقود وتلخص بما يلي:

١- تطابق الإيجاب والقبول وأن يتم هذا التطابق في مجلس واحد.

٢- أن يكون الثمن والسلعة معلومين لدى المتعاقدين.

٣- أن يبقى العقد معلقا لحين حيازة المصرف الإسلامي السلعة ودخولها في ملكه، لئلا يحصل بيع المبيع قبل قبضه، وذلك لا يجوز.

٤- أن توصف السلعة للمشتري وصفاً تزول معه الجهالة، فإذا تم العقد

وأراد المصرف تسليم البضاعة للآمر بالشراء مرابحة ، فإن لم تكن السلعة على الوصف الذي اتفق عليه الطرفان في العقد، فللمشتري الحق في فسخ العقد، عملا بخيار الوصف[٤٤].

يتضح من السرد السابق أن المرابحة للآمر بالشراء ، عملية يتقدم فيها العميل إلى المصرف طالباً شراء سلعة معينة بمواصفات محددة ، فيوعد بشرائها ويقوم المصرف بالحصول عليها ، ثم يشتريها منه العميل بربح معلوم ، وبذلك تتم هذه العملية بخطوات معينة هي:

١. تقدم العميل وطلبه من المصرف شراء سلعة موصوفة.
٢. قبول المصرف شراء السلعة وتوفيرها للعميل.
٣. وعد العميل بشراء السلعة الموصوفة من المصرف بعد تمكنه لها.
٤. وعد المصرف ببيع السلعة الموصوفة للعميل.
٥. شراء المصرف الموصوفة نقداً.
٦. بيع المصرف للسلعة الموصوفة على العميل بأجل مع زيادة في ربح متفق عليه مسبقاً.

بعد التحليل يتضح أن هذه المعاملة مركبة فهي مكونة مما يأتي:

١. ثلاثة أطراف وهم (آمر بالشراء ومشتر من المصرف ، وبائع السلعة للمصرف، ومصرف مشتر السلعة وبائع لها للآمر بالشراء) .
٢. عقدان (عقد بين البائع والمصرف وعقد بين المصرف والآمر بالشراء).
٣. ثلاثة وعود (وعد من المصرف بشراء السلعة ، ووعد منه ببيعها للآمر بالشراء ، ووعد من الآمر بشراء السلعة من المصرف)[٤٥].

وتظهر هنا أثار الوعد بالتعاقد حيث لابد أن يلتزم الطرفين بوعده (المصرف والآمر بالشراء) فالمصرف يلتزم بالوفاء بوعده بشراء السلعة وببيعيها للعميل، والعميل يلتزم بالوفاء بوعده بشراء السلعة من المصرف.

والأصل في البيع أن تكون السلعة المبيعة حاضرة عند البيع لدي البائع، ولكن هذا غير متاح بالنسبة للمصرف، لأنه بحكم

وظيفة الوساطة المالية التي يتميز بها عن التاجر . لا يتمكن من ايجاد المستودعات المليئة بالسلع والأصول والسيارات والمنازل وغيرها، ولذلك أدخلت فكرة (الأمر بالشراء)، أي أن المصرف لا يشتري السلعة إلا إذا أمره العميل بذلك . والمصرف سيتعرض لمخاطرة عالية لو أنه استجاب لأمر كل عميل يطلب سلعة معينة، لاسيما أن وقتاً وجهداً ليس بالقليل ربما يفصل بين أمر العميل وإتمام البنك لعملية الشراء وتوفير السلعة، ولذلك أدخلت في الصيغة فكرة الإلزام بالوعد . وأن العميل الذي يعد البنك يجب أن يكون جاداً ملتزما بتنفيذ الوعد، أذا نكل عن الشراء. فقد أجاز بعض الفقهاء المعاصرين أن يلزم المصرف العميل بالتعويض عن الضرر الذي يلحق المصرف من جرّاء عدم الوفاء، وهذا الضرر يتمثل في الخسارة التي ربما لحقت بالبنك عندما يبيع السلعة إلى عميل آخر، ولكن إذا باعها بالتكلفة نفسها أو بربح ، فليس له أن يطالب العميل باي تعويض وهو أن خسر لا يطالبه إلا بالخسارة الحقيقة.

ومع أنه تم الأخذ برأي من يلزم الواعد بالوفاء بوعده ديانة وقضاء، فإننا نوصي القائمين على المصارف الإسلامية باتباع ما يلي: وذلك للخروج من خلاف الفقهاء.

الالتزام بشروط المرابحة وكذا الوعد بالتعاقد الواردة في المبحث الثاني من هذا البحث، وإذا لم يلحق المصرف ضرر من جراء وعد الواعد له بالشراء مرابحة، فلا يطالبه بتعويض مالي، أما لو لحقه ضرر فلا بأس من أخذ التعويض في هذه الحالة، لأن المصرف المعين مؤتمن على الأموال المودعة عنده، قلا يحق للقائمين على شؤونه التفريط في حقوق أصحاب تلك الأموال.

إذن يتضح أثر الوعد بالتعاقد في المرابحة للآمر بالشراء التزام المصرف بأن يشتري السلعة للآمر بالشراء وكذلك بيعها للآمر بالشراء وليس لغيره، على الاخير الالتزام بالوفاء بوعده بشراء السلعة من المصرف بعد شرائها، وللمصرف الحق في المطالبة بالتعويض في حالة شرائه السلعة واخلال العميل بوعده بالشراء.

وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي القرار رقم (٤٠-٤١، ٢/ ٥، ٣/ ٥) وفيه: "الوعد -وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد- يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر".

كما جاء في المعيار (رقم/٨، ٤/ ٢، ص٩٦) من "المعايير الشرعية" الصادرة عن مجموعة من المختصين في فقه المعاملات المعاصرة قولهم: "يحق للمؤسسة الحصول على التعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن نُكول العميل في حال الوعد الملزم، وذلك بتحمل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المبيعة للغير وبين الثمن الأصلي المدفوع من المؤسسة للبائع الأول".

والله أعلم[٤٦].

وخلاصة القول أن الباحث اخذ براي المالكية من الالتزام بالوعد من الطرفين المصرف والعميل ، ولابد للبنك بالتقييد بشروط الوعد بالتعاقد والمرابحة . إذا اخل العميل بوعده وتسبب هذا الخلل في ضرر للمصرف عليه بجبر ذلك الضرر بالتعويض.

خاتمـــة

ختاماً فما وجد في هذا البحث من الصواب فمن الله وحده، وما وجد فيه من خطأ وزلل فمن نفسي ومن الشيطان، وعذري أن هذا جهد المقل، والله تعالي أعلم وصل الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم، سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا انك انت العليم الحكيم.

أولاً: النتائج:

١. نطاق الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون الوضعي لذلك اختلف الفقهاء في الوفاء قضاءً به لاتساع دائرته.

٢. الأقرب الى التطبيق العملي هو قول المالكية بإلزام الواعد بالوفاء به وهو ما أخذ به الباحث في هذا البحث.

٣. هناك فرق بين المرابحة التقليدية والمرابحة للأمر بالشراء حيث أن

الأخيرة ثلاثية الأطراف أما الأولى فهي ثنائية الأطراف .

٤. تتداخل المرابحة للآمر بالشراء مع عدد من المعاملات وهي ، عقد البيع ، والمرابحة ،و العربون ،والوعد بالتعاقد.

٥. أثار الوعد بالتعاقد حيث لابد أن يلتزم الطرفين بوعده (المصرف والآمر بالشراء) فالمصرف يلتزم بالوفاء بوعده بشراء السلعة وببيعيها للعميل ،والعميل يلتزم بالوفاء بوعده بشراء السلعة من المصرف.

٦. يُلزم العميل (الآمر بالشراء)، في حالة عدم الوفاء بالوعد بالتعويض إذا تسبب أخلاله بالضرر للمصرف.

ثانياً: التوصيات:

١. صياغة نصوص قانونية واضحة الدلالة لبيان أحكام وشروط واثار المرابحة للأمر بالشراء وغيرها من المعاملات المصرفية .

٢. الأخذ برأي من يلزم الواعد بالوفاء بوعده ديانة وقضاء.

٣. التأهيل الفقهي والقانوني للعاملين في المصارف من خلال دورات تدريبية، ومحاضرات تثقفية من قبل الفقهاء والقانونين.

٤. زيادة الوعي بالمعاملات المصرفية وذلك من خلال وسائل الأعلام ووسائط التواصل الاجتماعي.

٥. أوصي الباحثين بالاهتمام بالدراسات المعمقة في هذا النوع من المعاملات المعاصرة .

الهوامش

- استاذ مساعد – قسم الشريعة والقانون – كلية الشريعة – جامعة القرآن الكريم وتأصيل العلوم– السودان .

١. لسان العرب ، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) ، دار صادر ، بيروت الطبعة الثالثة ،١٤١٤هـ،١٤/٥٦٩.

٢. العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي ، د/ عباس حسني محمد ، الرياض ، الطبعة الأولي ص٥.

٣. المادة ٤٦(أ) قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م .

٤. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى ٣٩٣هـ) تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، الناشر دار العلم للملايين – بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م، ٢/٥١٠، مختار الصحاح ، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي المتوفي (٦٦٦هـ) للمحقق يوسف الشيخ محمد، الناشر المكتبة العصرية

الدار النموذجية بيروت صيدا، الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ١/ ٢١٤.

٥. بلغة السالك، لأقرب المسالك على الشرح الصغير، لأحمد بن محمد الصاوي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٢٣هـ أو دار المعرفة، بيروت، الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي ،(المتوفى: ٢٠٤هـ) الناشر، دار المعرفة ، بيروت ١٤١٠هـ/١٩٩٠م،٤/٢٣٤، الشرح الكبير على متن المقنع ، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ) الناشر، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ٣/٢٣٦.

٦. الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الناشر، دار الفكر ، دمشق، الطبعة الرَّابعة،٤/٤٥٥.

٧. المادة ٣٣، قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤ م.

٨. العقد والإرادة المنفردة ، أبوذر الغفاري بشير، منشورات جامعة السودان المفتوحة الطبعة الأولى ٢٠٠٦م، الخرطوم، ص١٤.

٩. شرح قانون المعاملات المدنية السوداني الجزء الأول شرح للنصوص مع التمثيل لها بالسوابق القضائية د/ محمد صالح على ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة الخرطوم، ص١١.

١٠. مصادر الالتزام ، د/ ياسين محمد يحيى ، دار النهضة العربية ،الطبعة الأولي، ١٩٩٠م ، ص٩.

١١. لسان العرب، لابن منظور ، دار إحياء التراث ، بيروت ، الطبعة الأولي ، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م ، مادة ربح ٥/١٠٣.

١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،علاء الدين بن مسعود الكاساني، ، دار الكتاب العربي، ط٢،بيروت ،١٣٩٤هـ،٥/٢٢٢.

١٣. الفقه على المذاهب الأربعة ،عبد الرحمن الجزيري، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية، ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٣ م، ٢/ ٥٦٢ .

١٤. روضة الطالبين، يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م،٣/٥٢٦

١٥. المغني عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، مكتبة القاهرة ، ١٣٨٨ه، ١٩٦٨م، ٤ /١٣٦.

١٦. المادة ١٨٦ قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م.

١٧. عقد المرابحة في الفقه الإسلامي ، د/ محمود حسني الزيني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٢م ، ص٢٤٣.

١٨. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ، د/ سامي حسن أحمد حمود ، مطبعة الشرق ومكتبتها ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ /١٩٨٢م ، ص٤٣٠.

١٩. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، محمد سليمان الأشقر ، دار النفائس ،الاردن ،الطبعة الأولي ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م ، ص٥٦.

٢٠. إلزامية الوعد وأثرها في بيع المرابحة للآمر بالشراء ، عيسي خيري الجعبري، الطبعة الأولي، الخليل فلسطين ، ٢٠٢٠م،ص٣٨.

٢١. الفقه الاسلامي وأدلته ، د/وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ٤/٣٣٢.

٢٢. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، المحقق، محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ، ١/٩٠.

٢٣. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية د/ أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ،٢٠٠٥، ص١٣٤، نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية ، د/ محي الدين إسماعيل علم الدين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٢١٢.

٢٤. صحيح البخاري ،محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ، ،باب كم يجوز الخيار، مرجع سابق ، ٣/٦٤.

٢٥. صحيح البخاري ،محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، مرجع سابق ، حديث رقم ١٤٧٠.

٢٦. صحيح مسلم ، مسلم بن حجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت ،

سنة ٢٠٠٤،كتاب البيوع، ص ٥٦٨ وما بعدها .
٢٧. الأم ،أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي،دار المعرفة،بيروت١٤١٠هـ/١٩٩٠م،٧/ ١٨٥
٢٨. بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية ، يوسف القرضاوي دار القلم ، دمشق ٢٠١٦، ص٣٦.
٢٩. مواهب الجليل شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب، دار الفكر بيروت،٤/٤٠٤.
٣٠. الفقه الإسلامي وأدلته ، د/ وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ٥/٣٧٧٨.
٣١. مصادر الالتزام الكتاب الأول المصادر الإرادية للالتزام العقد والارادة المنفردة، د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد الباري، الطبعة الأولي ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص٢٣١، الوجيز في مصادر الالتزامات د/ محمد حسين منصور ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، الطبعة الأولي ،٢٠٠٦،ص١٢٢.
٣٢. العقد والإرادة المنفردة أبو ذر الغفاري بشير الطبعة الرابعة ،٢٠٠١م، ص٣٥.
٣٣. نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي د/ عبد الفتاح عبد الباقي، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ص١٨١
٣٤. شرح قانون المعاملات المدنية السوداني الجزء الأول شرح للنصوص مع التمثيل لها بالسوابق القضائية د/ محمد صالح على ،شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، الخرطوم ، ص٧١.
٣٥. ضوابط العقود د/ عبد الحميد البقلي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبي القاهرة ،الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٩م، ص٩٧.
٣٦. المرابحة أصولها واحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية ، د/ احمد على عبدالله ،الدار السودانية للكتب ، الخرطوم ، الطبعة الثانية ١٤٣٨هـ/٢٠١٦م ، ص٣٧.
٣٧. الفقه الاسلامي وادلته د/ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ٥/ ٣٧٦٦، الوجيز في عقدي البيع والايجار د/ محمد الشيخ عمر الخرطوم ، ٢٠٠٤م ، ص٧٥، عقد البيع ، تاج السر محمد حامد، منشورات جامعة السودان المفتوحة ، الطبعة الأولي ، ٢٠٠٨م ، ص١٣٣.
٣٨. ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه ، دراسة مقارنة ، د/ عبد الحميد محمد البعلي ، مكتبة وهبة للطباعة والنشر ، الطبعة الأولي ١٩٨٩م ، ص٧٨،الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ، د/ انور سلطان ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، ٢٠٠٥ م ص٨٣.
٣٩. الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، د/ عبد الرازق السنهوري ١٩٦٦م، دار النهضة العربية القاهرة ،ص٩٧،النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، د/ نبيل ابراهيم سعد، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ،١٩٩٤م ، ص١١٢.
٤٠. النظرية العامة للالتزامات د/ اسماعيل عبد النبي شاهين ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولي، ٢٠١٣م ،ص١١٤، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ،د/ أنور سلطان ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٧،ص٧٣.
٤١. النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام د/ أنور سلطان ،مرجع سابق ،ص٥١٥.
٤٢. قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤م محمد الشيخ عمر مرجع سابق ص٧١
٤٣. أصول الالتزام ، د/ حسن على الذنون ، مطبعة المعارف بغداد ، ص٦٧.
٤٤. بيع المرابحة للأمر بالشراء دراسة تطبيقية في ضوء تجربة شركة بيت المال الفلسطيني العربي ،د/ حسام الدين موسي عفانة ، شركة بيت المال الفلسطيني العربي ، الطبعة الأولي ، ص٥٧.
٤٥. https://aliftaa.jo/Question./aspx?QuestionId، تاريخ النشر ٢٣/ رمضان /١٤٤٢هـ ،٢٣/ مايو / ٢٠٢١م .

المراجع والمصادر

١. أصول الالتزام، د/ حسن على الذنون ، مطبعة المعارف، بغداد.

٢. إلزامية الوعد وأثرها في بيع المرابحةللآمر بالشراء،د/عيسي خيري الجعبري، الطبعة الأولى، الخليل فلسطين، ٢٠٢٠م.

٣. العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي، د/ عباس حسني محمد، الرياض، الطبعة الأولى.

٤. الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي ، دار المعرفة، بيروت ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.

٥. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، محمد سليمان الأشقر، دار النفائس ،الاردن ،الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.

٦. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين بن مسعود الكاساني، ، دار الكتاب العربي، ط٢، بيروت ،١٣٩٤هـ.

٧. بلغة السالك، لأقرب المسالك على الشرح الصغير، لأحمد بن محمد الصاوي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٢٣هـ أو دار المعرفة، بيروت.

٨. بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية، يوسف القرضاوي، دار القلم ، دمشق٢٠١٦.

٩. بيع المرابحة للأمر بالشراء دراسة تطبيقية في ضوء تجربة شركة بيت المال الفلسطيني العربي، د/ حسام الدين موسي عفانة، شركة بيت المال الفلسطيني العربي، الطبعة الأولى.

١٠. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، د/ سامي حسن أحمد حمود، مطبعة الشرق ومكتبتها، القاهرة ، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

١١. الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: ٦٨٢هـ) الناشر، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

١٢. شرح قانون المعاملات المدنية السوداني الجزء الأول للنصوص

مع التمثيل لها بالسوابق القضائية، د/ محمد صالح علي، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة الخرطوم الأول شرح للنصوص مع التمثيل لها بالسوابق القضائية.

١٣. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى ٣٩٣هـ) تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، الناشر دار العلم للملايين – بيروت الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م.

١٤. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، المحقق، محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.

١٥/ صحيح مسلم، مسلم بن حجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت، سنة ٢٠٠٤.

١٦. ضوابط العقود، د/ عبد الحميد البقلي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، مكتبة وهبي القاهرة ،الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٩م.

١٧. ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه ، دراسة مقارنة، د/ عبد الحميد محمد البعلي ، مكتبة وهبة للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ١٩٨٩م .

١٨. عقد البيع، تاج السر محمد حامد، منشورات جامعة السودان المفتوحة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

١٩. عقد المرابحة في الفقه الإسلامي، د/ محمود حسني الزيني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢م.

٢٠. العقد والإرادة المنفردة، أبوذر الغفاري بشير، منشورات جامعة السودان المفتوحة الطبعة الأولى ٢٠٠٦م، الخرطوم.

٢١. العقد والإرادة المنفردة، أبو ذر الغفاري بشير، مطبعة جامعة أم درمان الإسلامية، الطبعة الرابعة ،٢٠٠١م.

٢٢. الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، الناشر، دار الفكر ، دمشق، الطبعة الرَّابعة.
٢٣. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية، ١٤٢٤ هـ/ ٢٠٠٣م.
٢٤. لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقى، (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت الطبعة الثالثة ،١٤١٤هـ.
٢٥. لسان العرب، لابن منظور ، دار إحياء التراث ، بيروت ، الطبعة الأولي ، ١٤٠٨هـ -١٩٨٨م.
٢٦. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي المتوفي (٦٦٦هـ) للمحقق يوسف الشيخ محمد، الناشر المكتبة العصرية الدار النموذجية بيروت صيدا، الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
٢٧. المرابحة أصولها واحكامها وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، د/ احمد على عبدالله ،الدار السودانية للكتب ، الخرطوم ، الطبعة الثانية ١٤٣٨هـ /٢٠١٦م.
٢٨/ مصادر الالتزام، د/ ياسين محمد يحيى ،دار النهضة العربية ،الطبعة الأولي، ١٩٩٠م.
٢٩. مصادر الالتزام الكتاب الأول المصادر الإرادية للالتزام العقد والارادة المنفردة والارادة المنفردة، د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد الباري ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢م .
٣٠. مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د/ أنور سلطان ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،٢٠٠٧.
٣١. الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د/ أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ،٢٠٠٥.

٣٢. الموجز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، د/ انور سلطان، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، ٢٠٠٥ م.
٣٣. النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، د/ نبيل ابراهيم سعد ، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية، ١٩٩٤م.
٣٤. النظرية العامة للالتزامات، د/ اسماعيل عبد النبي شاهين ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
٣٥. نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية، د/ محي الدين إسماعيل علم الدين ، دار النهضة العربية ، القاهرة.
٣٦. نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، د/ عبد الفتاح عبد الباقي، الدار العربية للموسوعات، القاهرة.
٣٧. الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، د/ عبد الرازق السنهوري ١٩٦٦م، دار النهضة العربية، القاهرة.
٣٨. الوجيز في عقدي البيع والايجار الوجيز في عقدي البيع والايجار، د/ محمد الشيخ عمر، الخرطوم، ٢٠٠٤م.

حق الدولة في تحديد مركز الأجنبي «دراسة مقارنة»

د. جودة إبراهيم محمد النور*

مستخلص

تناول هذا البحث حقوق الأجانب والتزاماتهم في الدولة، وتكمن أهمية البحث في معرفة القواعد الخاصة التي تنطبق علي الشخصية المعنوية الأجنبية متمثلة في الشركات والاستثمارات وأنواع الاستثمار في الدول المسلمة وكذلك في معرفة حقوق الأجانب في الحريات الدنية والسياسية والمدنية الفكرية كما هدف البحث إلى معرفة مفهوم الأجنبي في الشريعة والقانون، وإبراز الفائدة المرجوة من تواجد الأجانب في إقليم الدولة، وكذلك بيان حقوق الأجانب في المرافق العامة والتزاماتهم لدي الدولة المقيم فيها. اتبع البحث المنهج التحليلي الوصفي الاستقرائي. توصل البحث للعديد من النتائج والتوصيات، أهمها: وجود التزام دولي على الدول بفتح أبوابها إمام الأجانب وذلك استنادا إلي قيام معاملات من رعايا الدول وتبادل مصالحهم. حرية التنقل تعد من الحريات الشخصية والحريات العامة، غير أن هذه الحريات ليست مطلقة بل تعد قيود رغم ما تملك من حماية على المستوى الدولي من مشاكل تحديد مركز الأجانب نجد غموض التصور القانوني لمركز المهاجر غير الشرعي، رغم عدم التزام حقيقي من جانب الدول بتنفيذ ما جاء في تلك المواثيق وتعديل تشريعاتها الداخلية بما يتواءم مع ما أوردته الاتفاقيات الدولية من إحكام بحجة تذرعها بحقها السيادي في الاختصاص الداخلي ولا يوجد قانون محدد للتواجد الأجنبي في بعض الدول وقد نجد العذر لتلك الدول لضعف إمكانياتها الاقتصادية ، وحينما نقوم بإبعاد مواطنيها قد لا يسرها الأمر. أوصي الباحث بالاتي: لابد من الحزم في مسالة التعاون في تنفيذ الإجراءات التي تحمي وتحافظ علي أمن وسلامة البيئة السودانية ، لابد من التحلي بالمسؤولية لتفادي السلبيات التي تظهر من تزايد الوجود الأجنبي وبدوره يزيد العبء علي دائرة الأجانب، ويشجع هذا التواطؤ علي الدخول غير الشرعي بصورة خطيرة تنعكس على الشارع السوداني، احترام مبدأ المساواة في الحقوق وتعزيز احترامها وحمايتها بدون تمييز ومسؤولية جميع الدول على تحقيقها.

Abstract

This research dealt with the rights and obligations of foreigners in the state. The importance of the research lies in knowing the special rules that apply to the foreign legal personality represented in companies, investments and types of investment in Muslim countries, as well as in knowing the rights of foreigners in T the state, political and civil intellectual freedoms. The research also aimed to know the concept of the foreigner, in Sharia and law, highlighting the desired benefit from the presence of foreigners in the territory of the state, as well as clarifying the rights of foreigners in public facilities and their obligations to the state in which they reside. The research adopted the descriptive analytical and inductive method. The research reached many results and recommendations, the most important of which were: The existence of an international obligation for countries to open their doors to foreigners, based on the establishment of transactions by state nationals and the exchange of their interests. Freedom of movement is one of the personal freedoms and public freedoms, but these freedoms are not absolute, but rather are restrictions, despite the protection they have at the international level from the problems of determining the status of foreigners. In those charters and amending their internal legislation in line with the provisions of international conventions, under the pretext of invoking its sovereign right to internal jurisdiction. There is no specific law for foreign presence in some countries, and we may find excuses for those countries for their weak economic capabilities, and when we expel their citizens, they may not be pleased. The researcher recommends the following: It is necessary to be firm in the issue of cooperation in implementing the measures that protect and maintain the security and safety of the Sudanese environment. It is necessary to be responsible to avoid the negatives that appear from the increasing foreign presence, which in turn increases the burden on the circle of foreigners, and this complicity encourages dangerously illegal entry respect for the principle of equality of rights and the promotion of respect for and protection of rights without discrimination and the responsibility of all states to achieve them.

مقدمـــة

ارتبط المركز القانوني للأجنبي بكون الهدف الأول القضاء على التمييز بين البشر أو بين الشعوب هو الحديث عن حقوق الإنسان حيث نشوء الأفكار وتطورها وإذا ما تمتع شخص بصفة إنسان وجب حصوله على هذه الحقوق بصرف النظر عن كونه مواطن أو أجنبي.[١]

هذه المساواة أقرتها صراحة المادة ٢٠ من ميثاق الأمم المتحدة، وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص على حظر التمييز بين البشر بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين[٢].

يقتضي تحديد وضع الأجنبي بيان معناه ومن ثم القواعد الحاكمة له إثناء حركته عبر الحدود الدولية حيث حرصت اغلب التشريعات الاجنبية و العربية على تنظيم احكام دخول واقامة وخروج الاجانب كما جاءت بعض الاتفاقيات الدولية لتنظيم هذه الاحكام وما يترتب من حقوق و التزامات باثر تلك الحركة.

وعليه فإن قضية حقوق الأجانب والتزاماتهم في الدولة أخذت حيزاً كبيراً من قواعد القانون الدولي الخاص وأصبحت جزءاً لا يتجزأ منه وذات أهمية في تنظيم علاقات الدول فيما بينها.

وللدولة الحق في قبول عدد معين في اقليمها ولها الحق في رفض دخول بعض الأجانب ممن ارتكبوا جرائم في دولهم أو المجرمين الدوليين أو ذوي الأمراض المستعصية.

أهمية الموضوع:

- معرفة القواعد الخاصة التي تنطبق على الشخصية المعنوية الأجنبية متمثلة في الشركات والاستثمارات وأنواع الاستثمار في الدول المسلمة.
- معرفة حقوق الأجانب في الحريات الدينية والسياسية والفكرية والمدنية.

أهداف البحث:

١. معرفة مفهوم الأجنبي في الشريعة والقانون.
٢. الفائدة المرجوة من تواجد الأجانب في اقليم الدولة.

٣. حقوق الاجانب في المرافق العامة والتزاماتهم لدى الدولة المقيم فيها.

مشكلة البحث:

١. ماهي الفائدة المرجوة من تواجد الأجانب في أقاليم الدول وهل لهم تأثير في الاقتصاد والثقافة والتقاليد؟

٢. هل للدولة الحق في الاستعانة بالأجانب في القضايا الوطنية؟

٣. هل يعامل الأجنبي المدني معاملة الأسري في حالة الحرب مع دولته؟

أسباب اختيار الموضوع:

١. معرفة واجب الدولة في حالة إخلال الأجنبي بالأمن والسلامة والطمأنينة وإقامته في إقليم الدولة في طريقة غير مشروعة.

٢. معرفة سلطة الدولة في تنظيم مركز الأجانب.

٣. معرفة حقوق والتزامات الأجانب في تنظيم العلاقات الدولية بين الدول، وتنظيم علاقات الدول بالأفراد أو علاقة الأفراد بهم.

المنهج المتبع:

المنهج التحليلي الوصفي الاستقرائي.

المبحث الأول

ماهية مركز الأجانب

المطلب الأول

تعريف الأجنبي لغة

أصل كلمة أجنبي (وأيضاً جانِب وجُنب) في اللغة العربية تعني الغريب، وأجناب (وأجانب) تعني غرباء،[٣] ويقال رجُل أجنبي (وأجنب وجُنُب وجَنيب) أي الرجل البعيد منك في القرابة وفي الدار،[٤] أو في الغربة[٥]. واستُخدمت كلمة أجنبي في الأحاديث والفتاوى الاسلامية لتعني الغريب من غير ذوي القرابة أو ليس محرماً،[٦] أما المعاجم المعاصرة الحديثة فتذكر أن أجنبي (وأجانب وأجنبية) تعني من لا يتمتع بجنسية الدولة[٧].

الأجنبي (والجمع: أجانب) هو الشخص الذي لا يملك جنسية الدولة التي يقيم بها[٨]، ولكي تحافظ الدول على مصالحها العامة فهي تخضع الأجانب لمعاملة خاصة غير معاملة مواطنيها، فمثلاً الأجانب ممنوعون من الحقوق السياسية كحق الانتخاب[٩].

ولقد اعترف للأجنبي بالشخصية

القانونية على اثر انتشار أفكار حقوق الإنسان وتسجيلها عبرا لمواثيق والاتفاقيات الدولية[١٠] ونشوء أعراف دولية تقر للإنسان بالشخصية القانونية ،وبضمان حقوقه وحرياته في أي مكان، مما افضى ذلك الى تحسين وضع الاجنبي والذي يمكن تعريفه بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها أو يمارس على إقليمها نشاطه أي أن كل شخص لا يحمل جنسية دولة ما يعد أجنبي عنها لذا يمكن اعتبار كل شخص بمجرد تجاوزه الحدود أجنبي إمام جميع دول العالم سواء كان تجاوز الحدود للمرور[١١] أو الاقامة سواء بشكل مشروع ام بشكل غير مشروع.

المطلب الثاني

في الاصطلاح الفقهي

لكي يتسنى لنا معرفة لفظ مصطلح الأجنبي في الشريعة الإسلامية لابد من معرفة كيف ينظر فقهاء المسلمين إلى العالم ومن عليه، وبداية نقول أن الشريعة الإسلامية تقسم البشر إلى فريقين كبيرين، فريق المسلمين وفريق غير المسلمين، وهذا ظاهر في العديد من الآيات القرآنية الكريمة الدالة على ذلك، منها قوله تعالى:" هو الذي خلقكم فمنكم كافر ومنكم مؤمن والله بما تعملون بصير ".[١٢]

وقوله تعالى:" الذين كفروا و صدوا عن سبيل الله أضل أعمالهم، والذين آمنوا وعملوا الصالحات وآمنوا بما نزل على محمد وهو الحق من ربهم كفر عنهم سيئاتهم وأصلح بالهم ".[١٣]

وتقسيم البشرية هنا إلى فريقين لا يقوم إلا على أساس واحد هو الإيمان بالله، بغض النظر عن أي شيء آخر، ففي الإسلام كما يتضح من الآيتين الكريمتين وغيرهما لا يوجد تمايز بين الأجناس البشرية من ناحية السلالة أو الجنس أو اللون أو اللغة، فلا تفاضل بين الناس إلا بالتقوى[١٤]. ويقول صلى الله عليه وسلم: (لا فرق لعربي على عجمي ولا لأبيض على أسود، إلا بالتقوى).

تقسيم الأفراد على الأساس السابق له أهمية كبيرة، فعلى أساسه يتحدد مركز الفرد في الدولة الإسلامية، وعليه

ووفقا للنظرية الإسلامية وبالرجوع إلى الراجح من أقوال الفقهاء نجد أنهم يقسمون العالم إلى دارين أو إقليمين رئيسيين.[١٥] وهما دار الحرب ودار الإسلام. يضيف بعض الفقهاء إلى جوار الدارين دار العهد، أو ما يسمى دار الموادعة، ودار الصلح[١٦]. وتجدر الملاحظة أن بعض الفقهاء ذهب إلى أن العالم في نظر الإسلام لا ينقسم إلى دار إسلام ودار حرب فحسب، بل إن ثمة دارا ثالثة يطلق عليها "دار الصلح أو دار العهد"، وهذه الدار في هذا الرأي تدفع الجزية للإسلام على حين أنها ليست في حكمه، هذا فضلا عن الدار التي تفتح صلحا تقابل الدار التي تفتح عنوة، وعلى هذا إجماع الفقهاء، فدار الصلح أو العهد هذه إذن دار متميزة عن الدارين المعروفتين، ولها أحكامها التي تنظمها، وهناك من يعرفها بالدار التي عقدت معها الدولة الإسلامية عهداً وصلحاً عقد ابتداء أو عقد بعد بدء القتال بينهما، ولا تأخذ الدولة الإسلامية الجزية من الأفراد الذين يتبعونها. هذا الصلح قد يكون مقابل عوض مالي غالبا يتمثل في خراج محدد على الأرض يسقط بإسلامهم، وقد يكون بلا عوض. ومن أمثلة الصلح مقابل العوض المالي صلح النبي صلى الله عليه وسلم مع النصارى بخزامة، وكذلك الصلح الذي عقده أبو عبيدة مع أهل حمص، ومن أمثلة الصلح بلا مقابل صلح عبد الله بن سعد بن أي سرح مع والي مصر الذي بني على احترام واستقلال ومبادلة التجارة بخلاف ذلك يرى جمهور الفقهاء أن دار العهد هي دار إسلام باعتبار أن المسلمين عقدوا هذه العقود وهم أقوياء وأهل دار العهد أهل ذمة تؤخذ منهم الجزية[١٧].

ومع ذلك فإن التقسيم المعول عليه هو التقسيم الثنائي إلى دار إسلام و دار حرب. وتحتوي كل منهما على طوائف من الأفراد داخلها. ويلاحظ أن هذا التقسيم ليس تقسيماً تشريعياً، وإنما هو تأثر وانعكاس لواقع قائم ومؤقت دار الإسلام، هي بلاد الإسلام أو مكان الإسلام،[١٨] وهي الأراضي التي تطبق فيها أحكام وقواعد الشريعة

الإسلامية.[١٩] ويسكن هذه الدار ثلاث طوائف من الناس، أولها طائفة المسلمين وثانيها طائفة الذميين أي المواطنين من غير المسلمين في الدولة الإسلامية، وثالثهما المستأمنين أي الأجانب الذين جاءوا إلى الدولة الإسلامية للعمل أو تعلم القرآن بعقد أمان من ولي أمر المسلمين.

المسلمون هم الذين ارتبطوا بمنهج الإسلام، نظامه وعقيدته، ينفذون مبادئه ويحرصون على نشرها في الأفاق.[٢٠] كما يعرف أنه الشخص الذي يعتنق الإسلام بأركانه الخمسة، ديانة له وشريعة تحكم كل أفعاله وتصرفاته. وليس الإسلام ديانة تبين الصلة بين العبد وربه فقط، وإنما هو أيضاً منهج حياة ينظم العلاقة بين العباد بعضهم البعض. فالإسلام يتضمن تنظيماً كاملاً وشاملاً لحياة الفرد منذ لحظة ميلاده وحتى لحظة وفاته. فلقد قال سبحانه وتعالى في محكم التنزيل وهو أصدق القائلين: " ما فرطنا في الكتاب من شيء "[٢١]. أما أهل الذمة[٢٢] فهم غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام على سبيل الدوام ويؤدون الجزية سنوياً، ويلتزمون بأحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات دون العبادات بالنسبة لأصل التدين وما يتصل به من مسائل الأحوال. والمقصود بنظام الذمة العهد والأمان والحرمة والحق، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠]. أي عهدا منه ومنه سُمُّوا أهل الذمة.[٢٣] وأهل الذمة هم المعاهدون من النصارى و اليهود وغيرهم ممن يقيم في دار الإسلام وقد أتت هذه التسمية بسبب إبرام الذمي لعقد ذمة مع إمام المسلمين أو نائبه، وهو عقد مؤبد يصير به غير المسلم من أهل دار الإسلام، ويرتب التزامات على عاتق الطرفين، فبمقتضاه يصير غير المسلم في ذمة المسلمين، أي في عهدهم وأمانهم على وجه التأبيد، ويحق له الإقامة في دار الإسلام بصفة دائمة. يعتبر الذمي جزءا من المجتمع الإسلامي، يتمتع بكل الحقوق التي يتمتع بها المسلم، مقابل ضريبة مالية يسيرة تعرف بالجزية تجب على الرجال القادرين على القتال دون النساء

والأطفال، ويبرر الفقهاء قبولهم عقد الذمة لمساواتهم بالمسلمين في الحقوق والواجبات، ويقول الإمام على بن أبي طالب في هذا الخصوص: " إنما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا "[٢٤].

ويستمد عقد الذمة شرعيته من قوله تعالى في كتابه الكريم: ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ [التوبة: ٢٩]. ويستفاد من عبارة " وهم صاغرون " أن تجري عليهم أحكام الإسلام، وهذ الخضوع الوارد في الآية يقتضي الولاء للدولة الإسلامية باعتبارهم من رعاياها، وقد أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم خيرا بالذميين في قوله: " من أذى ذمياً فأنا خصمه ومن كنت خصمه خاصمته يوم القيامة "[٢٥]. يتبين من استقراء كتب الفقه الإسلامي على اختلاف المذاهب أن أهل الذمة متى بذلوا الجزية كانت لهم الإقامة الدائمة في إقليم الدولة الإسلامية، وفي ذلك يقرر الماوردي: " فيجب على ولي الأمر أن يضع الجزية على رقاب من دخل في الذمة من أهل الكتاب ليقروا بها في دار الإسلام "[٢٦].

ويذهب الرأي الراجح إلى أن الذميين لا يعتبرون أجانب عن الدولة الإسلامية بل يتمتعون بجنسيتها باعتبار أن الذمة عبارة عن نظام قانوني قبلت الجماعات والأفراد الدخول فيه والإلتزام بأحكامه التي مصدرها الشريعة الإسلامية لا الإتفاق، وبهذا يعتبر الذمي من مواطني الدولة الإسلامية بموجب عقد الذمة التي يحمل بموجبها جنسيتها ودون النظر للجنس أو اللغة أو الدين أو القومية[٢٧].

أما المستأمنون فهم أهل دار الحرب الذين يدخلون دار الإسلام بنية البقاء بأمان مؤقت[٢٨].

فالمستأمن هو غير المسلم التابع لدولة غير إسلامية، يطلب من الدولة الإسلامية الأمان عندما يدخل إقليمها بإذن منها، والمستأمن يقابل الأجنبي في الإصطلاح القانوني[٢٩]، فهو أجنبي خلافاً للذمي الذي هو مواطن. وقد عرفه المذهب المالكي: على أنه رفع استباحة دم الحربي وماله حين قتاله،

أو العزم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة ما.[٣٠]

فالمستأمن في الفقه الإسلامي، هو من رعايا دار الحرب أو من رعايا دار العهد ولا يمكن السماح لرعايا الدول غير الإسلامية سواء كانت دار حرب أو دار عهد بالدخول إلى إقليم الدولة الإسلامية إلا بمقتضى سند شرعي هو عقد الأمان. فالحربيون يجوز لهم القدوم للدولة الإسلامية بمقتضى عقد الأمان ويحصلون عليه إما في وقت السلم أو في ميدان القتال فالفقهاء لم يفرقوا بين الأمان الصادر في وقت السلم والحرب وذلك لقضاء غرض معين كطلب العلم أو ممارسة التجارة، أو غير ذلك من الأغراض المشروعة.

ويستمد عقد الأمان شرعيته من قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ﴾ [التوبة: ٦] وقوله صلى الله عليه و سلم: "المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم و يجير عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم".

المطلب الثالث

تعريف الأجنبي قانوناً

في قوانين الدول العربية الحديثة، تُذكر كلمة أجنبي بشكل صريح وموثق قانونياً كوصف لمن لا يملك جنسية البلاد، ففي القانون العراقي يذكر أن الأجنبي هو من لا يملك جنسية الدولة[٣١]، والقانون السعودي يذكر أن الأجنبي هو غير السعودي[٣٢]، وفي قانون دخول وإقامة الأجانب في مصر يُذكر أن الأجنبي هو من لا يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة[٣٣]، وفي لبنان، يذكر القانون أن الأجنبي هو كل شخص حقيقي من غير التابعية اللبنانية[٣٤]، وفي القانون اليمني، يعرف الأجنبي بأنه كل شخص لا يتمتع بالجنسية اليمنية[٣٥]، وأما في القانون السوداني فيعتبر الأجنبي أي شخص غير سوداني[٣٦]. هناك من يخلط البعض بين معنى أجنبي ويساويها بمعنى كلمة أعجمي، وهما ليسا مرادفين لبعضها، فأعجمي من عجم والتي تعني غير العرب[٣٧]، وهي الكلمة الضد والخلاف لكلمة عرب[٣٨]، وقيل

أنهم من لم يكونوا من العرب، نطقوا بالعربيّة أو لم ينطقوا مثل الفرس[٣٩].

كذلك يستخدم في قوانين الأحوال والأجانب مصطلح مقيم أحياناً كبديل مختصر لمصطلح "أجنبي مقيم" عندما يكون الأجنبي مسموحاً له بالعيش داخل البلد ضمن قوانين الإقامة. فمثلاً، قانون الأحوال العُماني يعُرف المُقيم بأنه «الأجنبي الذي يرخص له بالإقامة في السلطنة وفقاً لأحكام قانون إقامة الأجانب»[٤٠]. لقد اعترف للأجنبي بالشخصية القانونية على اثر انتشار أفكار حقوق الإنسان وتسجيلها عبر المواثيق والاتفاقيات الدولية[٤١] ونشوء أعراف دولية تقر للإنسان بالشخصية القانونية ،وبضمان حقوقه وحرياته في أي مكان ،مما افضى ذلك الى تحسين وضع الاجنبي والذي يمكن تعريفه بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها أو يمارس على إقليمها نشاطه أي أن كل شخص. لا يحمل جنسية دولة ما يعد أجنبي عنها لذا يمكن اعتبار كل شخص بمجرد تجاوزه الحدود أجنبي إمام جميع دول العالم سواء كان تجاوز الحدود للمرور أو الاقامة سواء بشكل مشروع أم بشكل غير مشروع.

تعريف مركز الأجنبي في القانون السوداني:

وأما في القانون السوداني فيعتبر الأجنبي أي شخص غير سوداني[٤٢].

وهناك من يخلط البعض بين معنى أجنبي ويساويها بمعنى كلمة أعجمي، وهما ليسا مرادفين لبعضها، فأعجمي من عجم والتي تعني غير العرب[٤٣]، وهي الكلمة الضد والخلاف لكلمة عرب[٤٤]، وقيل أنهم من لم يكونوا من العرب، نطقوا بالعربيّة أو لم ينطقوا مثل الفرس[٤٥].

كذلك يستخدم في قوانين الأحوال والأجانب مصطلح مقيم أحياناً كبديل مختصر لمصطلح "أجنبي مقيم" عندما يكون الأجنبي مسموحاً له بالعيش داخل البلد ضمن قوانين الإقامة. فمثلاً، قانون الأحوال العُماني يعُرف المُقيم بأنه «الأجنبي الذي يرخص له بالإقامة في السلطنة وفقاً لأحكام قانون إقامة الأجانب»[٤٦].

لقد اعترف للأجنبي بالشخصية القانونية على اثر انتشار أفكار حقوق الإنسان وتسجيلها عبر المواثيق والاتفاقيات الدولية[٤٧].

المبحث الثاني

ماهية سلطة الدولة ومركز الأجانب

المطلب الأول

سلطة وقوة الدولة

تعتبر الدولة "الوجه الموضوعي" القائم في الفكر الإنساني كمعطى وجد منذ بداية التنظيم البشري الحديث، بحيث لم يعد الفرد يتساءل عن التجربة قدر تساؤله عن مستقبلها أو تطورها. إذ أن الدولة قد جاءت متزامنة مع الفرد والمجتمع، وذلك في سياق التساؤل عن وظائفها ووسائلها سواء في الظروف الزمانية أم المكانية تحافظ، بالضرورة، على محتواها ما دامت هي ظاهرة اجتماعية تحافظ، بالضرورة، عن محتواها ما دامت هي ظاهرة اجتماعية عامّة، في الوقت الذي يجيء فيه التفكير حول الدولة دائراً في محاور ثلاثة هي؛ الهدف والتطور والوظيفة. وقد لُوحظ اختلاف المنطلق بين هذه المحاور يقود حتماً إلى تجاهل الأخذ بأحدها المحاور الأخرى وذلك تماشياً مع المقاربة الفلسفية.[٤٨]

الفرع الأول: **تعريف القوة لغة:**

قد عرّف اللغويون القوة بأنها ضد الضعف، وهي تمكن الإنسان من أداء الأعمال الشاقّة. وتأتي القوّة بمعنى الجد في الأمر وصدق العزيمة.

والقوّة هي إحدى المفردات التي توقف عندها كل المفكرين، وذهبوا إلى أن معناها هو القدرة على الفعل والاستطاعة، وعلى التأثير والنفوذ والسلطة[٤٩].

الفرع الثاني: **تعريف القوة اصطلاحاً:**

أما اصطلاحاً فقد عرّف علم الاجتماع القوة بأنها القدرة على إحداث أمر معيّن مؤثر في سلوك الآخرين. وفي رأي (كارل فريدريك) أن القوة هي "القدرة على إنشاء علاقة تبعية". والقوّة هنا لا تأتي مرادفة لمفهوم التسلّط فقط، ولكنها تتضمن أيضاً القدرة على

الاستمالة والنفوذ لدى الآخرين. ويرى (فريدريك) أنه بالاستخدام الماهر والذكي للقوّة يتمكن الطرف (أ) من أن يجعل الطرف (ب) يفعل ما يريد دون قهر أو إرغام ويمكن تحويل القهر إلى اتفاق وتزامن كنفوذ جماعات الضغط في المجتمعات المتحضرة. أما (سبيكمان) فيرى أن القوّة تعني البقاء على قيد الحياة، وقدرة الفرد على فرض إرادته على الآخرين، والمقدرة أيضاً على إملاء هذه الإرادة على أولئك الذين لا قوّة لهم، وإمكانية إجبار الآخرين ذوي القوّة الأقل على تقديم تنازلات ما (ميكافيللي وهوبر ومورغنثاو) فقد قالوا بأن القوّة هي الوسيلة والغاية النهائية التي تعمل الدولة للوصول إليها في مجالات العلاقات الدوليّة. في حين بلور علماء الجيوبولتيكا مفهوم القوّة بأنه مرادف لمفهوم السيطرة، ومنهم (راتزل) الذي رأى بأن الدولة هي كائن حي يحتاج إلى النمو والتطور حتى لو كان عن طريق القوّة.[٥٠]

ويعتبر علماء السياسة أن مفهوم القوّة هو المفهوم الرئيسي، ليس في علم السياسة فقط، ولكن في العلوم الاجتماعية كلها. وأن السياسة ترتبط بشكل وثيق مع القوّة. وقد ذهبوا في ثلاثة اتجاهات؛ الأوّل عرّف القوة بأنها القدرة على التأثير في الغير، وعلى حملهم على التصرف بطريقة تشكيل إضافة إلى مصالح مالك القوّة. أما الثاني فقد عرّف القوّة بأنها المشاركة الفعّالة في صنع القرارات المهمة في المجتمع الدولي. بينما ذهب الاتجاه الثالث إلى الجمع بين الاتجاهين السابقين، وعرّف القوّة بأنها التحكم والسيطرة المباشرة أو غير المباشرة لشخص معين أو مجموعة معينة أو دولة ما على أوجه إثارة القضايا السياسية العامّة، أو على عملية توزيع القيم. أما كلية الحرب الأمريكية فقد عرّفت مفهوم القوّة القوميّة للدولة بأنها الإمكانية أو القدرة التي تمكن مستخدمها (الدولة) من الوصول إلى أهدافها القوميّة في الصراع الدولي، أي أنها هي الطاقة العامّة للدولة التي تسهّل السيطرة على تصرفات الآخرين والتحكم بها[٥١].

وفي تحليل استخدامات القوّة في الفكر الاستراتيجي فإن ذلك يتم عند

استخدام أدوات القوّة العسكرية أو الأدوات الاقتصادية أو العمل الدبلوماسي في القرارات السياسيّة. وتتركز مهام المسؤولية عن كل أداة في تحديد الكيفية التي يتم بها استخدام هذه الأدوات لتحقيق الأهداف، خاصة فيما يتعلق بالقرارات الكبرى.

ولعل أخطر ما يمكن أن يكون مطروحاً بشأن استراتيجيّات استخدام القوة هو ما يشار إليه نظرياً دون أن يكون قائماً عملياً. وعندما تجتمع عوامل القوّة والقدرة، فإن الفعل (السلوك) سيكون أكثر تأثيراً في الطرف المقابل؛ والعكس صحيح. وهنا لا بد من إدراك أن الذي يحقق هذا التوازن هو "صانع القرار".

لم تحدد الفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة ما إذا كانت "القوة" التي تشير إليها هي القوّة المسلحة أو أي نوع آخر من القوة. ومع ذلك فإن البعض قد رأى أن المقصود بالقوّة هي القوّة المسلحة وذلك بالرجوع إلى عبارة القوّة المسلحة الواردة في ديباجة الميثاق[٥٢].

لقد شهد مفهوم القوّة في العلاقات الدولية خلال الحرب الباردة وما بعدها حزمة من التغيرات، خاصة ما تعلّق منها بمفهوم الأمن. وفي هذا السياق يمكن التمييز بين مستويين من التغيّر؛ مستوى خاص بالعناصر المكوّنة للقوة والأشكال المختلفة التي تتخذها القوة. والمستوى الثاني خاص بالطرف الذي يملك القوّة (مقبل، digital.ahram.org.ed)، خاصة وأن هناك فاعلين عن غير الدولة قد أصبحوا يملكون بعض مصادر القوّة ذات التأثير في العلاقات الدولية.

المطلب الثاني

ماهية مركز الأجانب

يعد هذا الموضوع من نتائج موضوع الجنسية لان الأخيرة هي معيار التمييز بين الوطنيين والأجانب فهي التي طرحت المفهوم المخالف للوطني الا وهو الاجنبي، وباثره ظهر موضوع المركز القانوني للأجانب اوحالة الاجنبي عند تواجده خارج دولته نسبة للوطني، وإذا كانت الجنسية سبب وجود مركز الأجانب فان الأخير يشكل أهم أسباب التنازع الدولي للقوانين.

الفرع الأول: **مركز الأجانب لغة:**

يقصد بمركز الأجنبي مجموعة القواعد القانونية التي تضع في دولة معينة نظاما خاصا بالأجنبي ، يختلف به عن الوطني ، من حيث التمتع بالحقوق العامة أو الخاصة[٥٣].

الفرع الثاني: **مركز الأجانب في القانون:**

أتخذ الفقه الدولي المعاصر مدرسة وسطية وأصبح يميز بين نوعين من الأجانب وهما الأجانب الذين يرغبون في الإقامة الدائمة بالإقليم، فهنا يرى الفقه المعاصر أن للدولة الحق في تقييد أقامتهم، أو منعهم منعا باتا بشرط عدم التمييز بين الجنسيات أو الأجناس. وذلك استنادا على مبدأ حق الدولة في حماية مواطنيها من الأضرار التي قد تسببها إقامة الأجانب الدائمة. أما الفريق الثاني من الأجانب هم الأجانب الذين يرغبون في دخول اقليم الدولة على سبيل العبور (ترانزيت) أو للإقامة الوقتية، وهؤلاء لا يحق للدولة أن تحظر عليهم الدخول في إقليمها إلا إذا اقتضت ذلك أسباب جوهرية سياسية أو أمنية أو اقتصادية أو غيرها من الأسباب التي تهدد كيان الدولة. وسواء أن سمحت الدولة للأجنبي بدخول إقليمها أو الإقامة فيها بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة فانه يجب عليها أن تعامله وفقا لأحكام معاملة الأجانب التي تلزم الدول على أن تمنحه قدراً من الحقوق بحيث لا يقل عن الحد الأدنى المقرر للأجانب، وكما يجب أن يعامل كافة الأجانب وعلى جميع جنسياتهم بتشريع واحد بحيث لا يكون هناك أي تمييز بينهم بسبب اللون أو الجنس أو الديانة أو الجنسية وهذا لا يمنع بالطبع معاملة بعض الجنسيات معاملة افضل وذلك ليس اعتماداً على الجنسية إنما باتفاق خاص بين الحكومتين بحيث تعامل كل حكومة رعايا الأخرى معاملة خاصة عرفت عرفاً بالأجانب الأكثر رعاية، أو معاملة بعض الجنسيات معاملة خاصة بحيث تكون معاملتهم بصورة أدنى من غيرهم وذلك معاملة بالمثل والقاعدتين تعتبران استثناءاً من الاصل العام الذي يوجب معاملة الاجانب على قدم المساواة[٥٤].

تعني هذه الحالة بأنها مجموعة ما يتمتع به الأجنبي من حقوق[٥٥] ويلزم به من واجبات إمام الدولة التي يوجد على أراضيها والدولة التي لا يرتبط بها بواسطة الجنسية إنما بواسطة الاقامة أو الموطن وهذه الحقوق والالتزامات الأصل أنها اقل ما يكون عليها الوطني والاستثناء يمكن أن يتفوق فيها الأجنبي على الوطني وخاصة في مجال الحقوق ويعلل البعض على عدم جواز تفوق الأجنبي على الوطني بالقول أن المساواة بينهما هي أقصى ما يمنح للأجنبي بل يجدون فيه تجاوز هذا القدر من الحقوق تجاوزاً على مركز الوطني ومساساً بكرامته.

وهذه القواعد يضعها المشرع الوطني في كل دولة وهي تنظم آلية دخول وإقامة الأجانب وخروجهم كما تعنى ببيان ما لهم من حقوق وعليهم من التزامات وعلى المشرع في كل دولة ان يراعي عند وضع هذه القواعد ما استقر عليه العرف الدولي من مبادئ وما ارتبطت به الدولة من اتفاقيات أي ان مشرع القواعد القانونية ذات الصلة بالأجنبي عليه ان يحترم القواعد الاتفاقية (الاتفاقيات والمعاهدات) المصادق عليها من قبل دولته و القواعد العرفية وهي احترام الحد الادنى من الحقوق للأجنبي. وأي تجاوز من قبل المشرع على هذه القواعد الاتفاقية أو العرفية يحرك المسؤولية الدولية لدولته كما يراعى فيها اعتبارات وطنية تتعلق بالأمن والمصالح الاساسية للدولة على الصعيد الاجتماعي والسياسي والاقتصادي ويفسر اختصاص الدولة في وضع القواعد اعلاه على انه اختصاص استئثاري أو قاصر وهو ما اكدته المادة[٥٦] من اعلان حقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني الدولة التي يعيشون فيها السالف الذكر والتي نصت على (لا يفسر أي حكم من احكام هذا الاعلان على انه يقيد حق اية دولة في اصدار قوانين وانظمة تتعلق بدخول الاجانب واحكام وشروط اقامتهم أو في وضع فروق بين الرعايا والاجانب، بيد ان هذه القوانين والانظمة يجب ان لا تكون غير متفقة مع الالتزامات القانونية الدولية

لتلك الدولة بما في ذلك التزامها ان حقوق الاجانب تتلخص (Niboyet) في مجال حقوق الإنسان). يرى الاستاذ في:

١- الاعتراف للفرد بالشخصية القانونية.
٢- احترام جنسية الاجنبي.
٣- احترام الشخصية.
٤- مراعاة مقتصيات التجارة الدولية.
٥- احترام الملكية الخاصة اما يحدد حقوق الاجانب بالنظر لطبيعته الإنسانية وما تقتضية (Fauchille) الاستاذ من متطلبات وهذه المتطلبات حقه في الحياة وفي حرمة السكن والتملك وحرية العقيده[٥٧] أن الأحكام التي جاء بها الإعلان أريد بها التقريب بين الفلسفات المتصارعة في العالم حول حقوق الأجنبي وضرورة مراعاة الحد الأدنى من هذه الحقوق[٥٨] والقواعد المتقدمة تعد من القواعد الإدارية التنظيمية التي تحرص جميع الدول على تنظيمها[٥٩] فهي قواعد موضوعية آمرة لانها تتعلق بالنظام العام .

المبحث الثالث
حق الدولة في تنظيم مركز الأجانب

المطلب الأول
حقوق الوطني والأجنبي

إن تقسيم السكان إلى وطنيين وأجانب له أهميته البالغة من ناحية مدى الحقوق التي يتمتع بها كل من الوطني والأجنبي على إقليم الدولة والأعباء التي تفرض عليه، فممارسة الحقوق السياسية محظور على الأجانب، إذ تقصر الدول عامة هذه الحقوق على الوطنيين باعتبارها تنطوي على المشاركة في حكم الجماعة الوطنية ومن ثم تتصل بكيان الدولة السياسي، وقد قصرت معظم التشريعات حق الانتخاب والترشيح على الوطنيين، كما قصرت تولي الوظائف العامة على الوطنيين، إذ لا يجوز بصفة عامة في غالبية التشريعات العربية والمقارنة تولي الوظائف العامة مدنية كانت أو عسكرية إلى أجنبي إلا في أحوال استثنائية إذا ثبت أنه لا يوجد مواطن يستطيع القيام بتولي هذه الوظيفة، إذ

الأولوية دائماً بالنسبة لتقلد الوظائف العامة للوطنيين، أو في حالة ما إذا ثبت أن الوظيفة تتطلب مؤهلات علمية أو عملية خاصة لا تتوافر في الوطنيين، كما أن احتراف بعض المهن لا يسمح به للأجانب أو يحاط بالنسبة لهم ببعض القيود، وتملك العقارات قد يقصر على رعايا الدولة ويحرم منه الأجانب وفقاً لضوابط معينة. من هنا فإن من حق جميع الدول بصفة عامة ألا تسمح للأجانب الوافدين إلى الدولة بالإقامة على أراضيها سوى لمدة معينة يتوقف تحديدها على سلطة الدولة التقديرية ومن حقها أن تحرم الأجانب من ممارسة نواح معينة من النشاط الاقتصادي والمهني. وبالطبع فإن الدول لم تغفل مدى حاجتها في عصرنا الحالي – عصر العولمة- إلى اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية لتدعيم اقتصادياتها الوطنية فعمدت إلى تيسير دخول رؤوس الأموال الأجنبية ، وعقد الاتفاقيات الدولية لتلافي الازدواج الضريبي الذي قد يحد من انتقال رؤوس الأموال الأجنبية إلى الدولة وهذا ما سارت على نهجه دولة قطر.[٦٠]

لقد فرض التعاون الاقتصادي الواسع بين جميع الدول، واطراد التجارة الدولية وتعدد وسائل الاتصال الحديثة ضرورة تدفق رؤوس الأموال، وبالتالي حرية الأفراد بالتنقل بين جميع قارات الأرض بما فرض على جميع الدول تيسير دخول الأجانب وخروجهم وتنقلهم. ومن المتفق عليه أنه من الطبيعي أن يتميز رعايا كل دولة في دولتهم عن الأجانب فهم فضلاً عن كونهم عنصر دولتهم الأول يتحملون في سبيلها من الأعباء ما لا يتحمله الأجانب فإنهم الملتزمون دائماً بالمحافظة على كيانها وسلامتها والعمل على تقدمها ورفاهيتها وولاؤهم يفرض عليهم تلبية كل نداء للدفاع عنها ومن بينهم وحدهم تجند الدولة القوات اللازمة لهذا الدفاع، ذلك أن تكليف الأجنبي ببذل دمائه في سبيل الدولة التي يقيم فيها يتنافى مع انتمائه إلى دولة أجنبية ويتعارض مع رابطة الولاء التي تربط بينه وبين الدولة التي يتمتع

بجنسيتها. والقاعدة العامة هي أن حقوق الوطني تجاوز كثيراً الحقوق التي يلزم الاعتراف بها للأجنبي من جانب الدولة التي يقيم على إقليمها، ولا اعتراض على ذلك في القانون الدولي العام.[٦١]

والأصل أن علاقة كل دولة بالأفراد المقيمين في إقليمها سواء كانوا من رعاياها أو من الأجانب تخضع لقانون الدولة الوطني، على اعتبار أن تنظيم هذه العلاقة وما يتصل بها من حقوق وواجبات مظهر من مظاهر السيادة التي تنفرد بها كل دولة على إقليمها، وأكد الدستور القطري على وجوب احترام الدستور والامتثال للقوانين الصادرة عن السلطة العامة، والالتزام بالنظام العام والآداب العامة، ومراعاة التقاليد الوطنية، والأعراف المستقرة، واجب على جميع من يسكن دولة قطر أو يحل بإقليمها[٦٢] ذلك أن القوانين وضعت لكي يصدع الناس بأحكامها ويمتثلون لأوامرها وهم إن لم يفعلوا ذلك طوعاً، فعلوه جبراً بواسطة السلطة التي تملكها الدولة ... والنظام العام والآداب العامة والأعراف المستقرة والتقاليد المرعية كلها تكون جزءاً من النسيج الوطني والاجتماعي، وتكون منظومة يتعين مراعاتها والحرص عليها من كل مواطن قطري، ومن كل من يعيش على أرض قطر، حتى ولو لم يكن من مواطنيها، بل إن العابرين المارين العارضين هم أيضاً يلتزمون بكل ما تقدم. صفوة القول أنه على الأجانب الوافدين ضرورة مراعاة القوانين النافذة في الدولة التي يقيمون أو يوجدون فيها ويحترمون عادات وتقاليد شعب هذه الدولة. وبالنظر إلى تطور العلاقات والاتجاهات الدولية بالاهتمام الواسع بمبادئ حقوق الإنسان، وتنمية العلاقات الودية بين شعوب الأمم المتحدة أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان المتعلق بحقوق الأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه وقد أكد هذا الإعلان على أحقية الدولة في إصدار قوانين وأنظمة تتعلق بدخول الأجانب وأحكام وشروط إقامتهم، وحقها في وضع تفرقة بين المواطنين

رعايا الدولة وغيرهم من الأجانب، على أن تكون هذه القوانين والأنظمة متفقة مع الالتزامات القانونية الدولية لهذه الدولة بما في ذلك التزاماتها في مجال حقوق الإنسان. كما أن هذا الإعلان الموافق عليه من الجمعية العامة لا يمس بالحقوق التي يمنحها القانون المحلي وبالحقوق التي تلزم دولة ما بمنحها للأجانب حتى ولو كان هذا الإعلان لا يعترف بتلك الحقوق أو يعترف بها بدرجة أقل.

وأوجبت المادة الرابعة من هذا الإعلان على الأجانب المقيمين في دولة غير دولتهم ضرورة مراعاة القوانين النافذة في الدولة التي يقيمون أو يوجدون فيها ويحترمون عادات وتقاليد شعب هذه الدولة.

ووفقاً لهذا الإعلان فإن الحقوق التي يتمتع بها الأجانب على وجه الخصوص هي الحق في الحياة، والأمن الشخصي، وألا يتعرض أي أجنبي للاعتقال أو الاحتجاز على نحو تعسفي، ولا يحرم أي أجنبي من حريته إلا بناء على الأسباب المحددة في القانون، ووفقاً للإجراءات الواردة فيه، ويتمتعون أيضاً بالحق في الحماية من التدخل التعسفي أو غير القانوني في الخصوصيات أو العائلة أو السكن أو المراسلات وأيضاً الحق في المساواة أمام المحاكم بأنواعها وأمام سائر الهيئات والسلطات المختصة بإقامة العدل، والحق عند الضرورة في الاستعانة مجاناً بمترجم شفوي في الإجراءات القضائية والإجراءات الأخرى التي ينص عليها القانون وللأجانب الحق في حرية الرأي والفكر والضمير والدين ولا يخضع الحق في الجهر بدينهم أو معتقداتهم إلا للقيود التي ينص عليها القانون والتي تكون ضرورية لحماية الأمن العام أو النظام أو الصحة العامة أو الأخلاق أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية، والحق في الاحتفاظ بلغتهم وثقافتهم وتقاليدهم، ولهم الحق في تحويل المكاسب والمدخرات أو غيرها من الأصول النقدية الشخصية إلى الخارج، مع مراعاة أنظمة النقد المحلية. وقد ساوى الدستور القطري

بين الناس جميعاً في الحرية الشخصية وفي الكرامة الإنسانية وفي عدم جواز القبض عليهم أو حبسهم أو تفتيشهم أو غير ذلك من مقيدات الحرية إلا وفق أحكام القانون[٦٣].

المطلب الثاني

تنظيم مركز الأجانب في القانون السوداني

ظل السودان من الدول التي تستضيف أعداداً هائلة من الأجانب وفدوا إليها بطرق شرعية وغير شرعية، مما انعكس على الجانب الاقتصادي والاجتماعي في السودان بالرغم من أن الهجرة إليه لم تكن وليدة اليوم، وسعياً لتنظيم الوجود الأجنبي في السودان قامت الدولة بإفراد جهاز خاص بشؤون الأجانب يتبع مباشرة لوزارة الداخلية.

الفرع الأول: **دائرة شؤون الأجانب وشروط تفاصيل البطاقة للأصول السودانية:**

أولاً: دائرة شؤون الأجانب: دائرة الأجانب هي واحدة من الدوائر الثلاث المكونة للإدارة العامة للجوازات، وكانت دائرة الأجانب في السابق منضوية تحت الشؤون الفنية مع شؤون السودانيين، ونتيجة للتطور الاقتصادي في السودان وللمشاكل التي جابهت بعض الدول، وحرصاً من الإدارة العامة للجوازات بهدف ضبط الوجود الأجنبي، قامت بتوسيع عملها تحت دائرة شؤون الأجانب وتقديم أفضل الخدمات الممكنة للأجنبي، والدائرة تتكون من ثلاث إدارات: الإدارة الفنية تهتم بالعمل المكتبي من تأشيرات ودخول وخروج والإقامات، وإدارة شؤون القوة تهتم بكادر القوة العاملة والإدارة الخاصة بالمراقبة وعملها ميداني لمراقبة الأجانب والأبعاد الأمنية لتواجدهم بحسب صفاتهم، كما نعمل مع كافة أقسام الشرطة للحفاظ على أخلاق وقيم المجتمع، والمهمة الأساسية للدائرة هي تنظيم الوجود الأجنبي في السودان وتسهيل إجراءات المستثمرين والخبراء القادمين بطرق قانونية[٦٤]. هناك تطورات كثيرة حدثت بعد فصل الدائرة عن بقية الإدارات الأخرى، فقد كان القيام

بإدخال نظام الحوسبة التقنية لكل الملفات والسجلات، بالإضافة إلى إنشاء مقر جديد للدائرة ملائم للعمل خاصة للعاملين والأجانب والمناديب، كما أن اللائحة أي لائحة العمل، حدث بها تعديل مثل استخراج بطاقة إقامة للأصول السودانية، وبطاقة أخرى للطالب الوافد خصصت لها نوافذ خاصة.

الفرع الثاني: **شروط تفاصيل البطاقة للأصول السودانية:**

-من شروطها أن يكون المقدم حاصلاً على جواز أجنبي ويأتي بمستند يثبت أنه من أصول سودانية بطاقة- جنسية للأب أو العم أو الجد، وميزة هذه البطاقة أنها تسهل للسوداني الذي يحمل جوازاً أجنبياً الإقامة في السودان لمدة خمس سنوات، وله الحق في الدخول والخروج خلال هذه الفترة ثم تجدد، كما نستهدف بهذه البطاقة أطفال السودانيين حاملي الجوازات الأجنبية فتعطى مجاناً لهم، ويهدف الاستقطاب للأطفال المقيمين بالخارج للحفاظ على هويتهم وثقافتهم وحب الوطن والأهل، ونحن من هذا المنبر نشجع الآباء والأمهات حاملي الجوازات الأجنبية على حصول أبنائهم على هذه البطاقة المجانية إلى جانب الحصول على الحقوق المشتركة[٦٥].

الفرع الثالث: **التعامل مع الأجانب في السودان ومواكبته للتطورات والإجراء المتبع حيال الوجود غير الشرعي:**

أولاً: التعامل مع الأجانب في السودان ومواكبته للتطورات: يتم التعامل مع الأجانب بصورة مباشرة أو عبر مناديب الشركات وبها عدد من الخبراء في مجال القانون والإجراءات، بعضهم من المتقاعدين من الشرطة يسهلوا لنا عمل الدائرة وقمنا بإعطاء المناديب بطاقات للتعامل معهم بسهولة في الدول الأخرى، التعامل بين الدولة والأجنبي يتم عبر الوسيط أو الكفيل، وفي دول الخليج عامة، والمعلوم أن مكتب العمل يمنح تراخيص محددة للوكالات التي تستجلب العمالة وفق شروط وقوانين منظمة، ونحن نتعامل مع مناديب معروفين من طرف الوكالات، كما

نسعى إلى ضبط أي مخالفات في هذا الشأن من قبل الشرطة والجنايات وهؤلاء يتم تغريمهم لضبط الظواهر السالبة ولوضع حد لمثل هذه الأنشطة.

ثانياً: الإجراء المتبع حيال الوجود غير الشرعي: هناك عدد كبير من الأجانب من جنسيات مختلفة، فمن دخل بطريقة مشروعة يتم حصرهم بطريقة سهلة، أما من يدخلون بطرق غير شرعية من الصعب حصرهم، إلا أن هناك جهات تعمل معنا لحصرهم من أجهزة الأمن والمباحث والنظام العام، وتقوم أجهزة النظام العام بفتح بلاغ تحت المادة ٣٠ من قانون الجوازات بتهمة المخالفة للإقامة الشرعية، ويتم تحويل المخالف للمحكمة وهي بدورها تصدر قرارها بالإبعاد ونقوم مباشرة بتسليمه إلى سفارة الدولة التي يتبع لها لاستخراج أوراق ثبوتية اضطرارية، وهناك أتيام ميدانية للمراقبة[٦٦].

الفرع الرابع: **محاكمة الأجانب ومدى التقييد بالاتفاقات الإقليمية:**

في حالة ارتكاب الأجنبي لجريمة ما، لا توجد محكمة أو نيابة خاصة وتتم المحاكمة وإجراءاتها في دائرة الاختصاص مثله مثل أي مواطن سوداني في تطبيق أحكام العقوبات بحسب قانون الجنايات السوداني. بعد أن يتم المحكوم الأجنبي عقوبته بالسجن مثلاً ٣ أشهر، يتم إبعاده مباشرة وفق اللوائح المذكورة سلفاً وبعلم سفارته، كما إن مسألة التقيد بالاتفاقيات الثنائية لا يعنينا نحن فقط، بل يعني جهات أخرى أيضاً مناط بها تواجد الأجانب، منها مكتب العمل الدوائر الصحية والسياحية، وأحياناً هذا التقيد قد يكون لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، ونحن لنا تقديراتنا في مسائل ترتبط بالتعامل (المثل) مع الدول الأخرى، ونلتزم أحياناً بإجراءات جلب عمالات جاهزة بحسب توصيات مكتب العمل. بالإضافة إلى أن تنفيذ قانون محدد للتواجد الأجنبي وقد نجد العذر لتلك الدول لضعف إمكاناتها الاقتصادية، وحينما نقوم بإبعاد مواطنيها قد لا يسرها الأمر، وفي هذه الحالة نحن الذين نتحمل تكاليف الإعاشة والسجن وبعد انتهاء

فترة العقوبة نسفرهم لبلادهم، حيث أن إدارة المراقبة أي قوتها، عددها محدود ولكن شرطة الولاية والنظام العام يقومون بمساعدتنا في أداء مهمتنا، وهناك ترتيبات في تنفيذ الحملات التي سوف تزيد خلال الأيام المقبلة، وفي هذا الخصوص هناك اجتماعات للجنة التي كونت لتنظيم الحملات. كذلك لا يخلو أي عمل من سلبيات تتبعه ولكنها قد تعزى لبعض الأسباب مثل: التدريب وأهمية التقيد بصفات كريمة تحسن معاملة الأجنبي والمواطن في سبيل تطبيق القانون وحفظ سمعة المؤسسة العريقة، ونذكر أن الحملات التي تخرج لضبط الوجود الأجنبي يقودها ضابط برفقة أفراد شرطة، فيشرف على الدورية ويوجه بفتح البلاغات ضد الأجنبي المخالف وتحويلها إلى المحكمة لكن نحن أيضاً لا نستطيع أن نتحمل نتائج تصرفات بعض الأفراد الذين ينتحلون شخصيات الشرطة ويبتزون الأجانب، وفي السودان يتم التعامل مع مناديب الوكالات، وحفاظاً على سمعة عمل الوكالات اجتمع ممثلون عنهم وتسلمنا منهم كشفاً بعدد (٣٤) مكتباً للتعامل معها بصورة قانونية ورسمية.

الفرع الخامس: **التعامل مع سلوكيات بعض الأجانب:**

هناك تسول من بعض الأفراد الأجانب بالخرطوم، وبعضهم قد يحمل أمراضاً خطرة، وهناك إجراءات للفحص الطبي وكشف دوري للأجانب، وهناك صعوبة في تحديد ما إذا كان هؤلاء الأجانب حاملي مرض معين من دولة بعينها، أما التسول فهو مهنة خاصة لدول غرب أفريقيا، وهناك جهود من وزارة الشؤون الاجتماعية للقيام بإرجاعهم ومنحهم تذاكر مرور، وقد تم تنفيذ ثلاث رحلات في هذا الشأن، إلا أن دولهم لا تقبل بهم ويعودون إلينا مرة ثانية. أما في حالة المستثمرين فهناك مكتب خاص بالمستثمرين بوزارة الاستثمار وهم منظمون وعملهم دقيق، وهذا يشجع التطور الاقتصادي بمفهومه العام.

لا شك أن المجاملة والإنسانية مغروسة فينا كشعب سوداني مضياف لكن لابد

من الحزم في مسألة التعاون في تنفيذ الإجراءات التي تحمي وتحافظ على أمن وسلامة البيئة السودانية، كما لابد من التحلي بالمسؤولية لتفادي السلبيات التي تظهر من تزايد الوجود الأجنبي، وبدوره يزيد العبء على دائرة الأجانب، ويشجع هذا التواطؤ على الدخول غير الشرعي بصورة خطيرة تنعكس على الشارع السوداني.

المطلب الثالث

حق الدولة في إبعاد الأجنبي

إن من حق الدولة أن تمنع أي شخص من دخول أراضيها لها كذلك أن تبعد أي أجنبي يكون في وجوده خطر عليها.

والإبعاد عن الدولة لا يتناول إلا الأجانب، أما المواطنون فلا يجوز إبعادهم، من أنه (لا يجوز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها)[٦٧]

ويتعين في حالة ما إذا قررت الدولة إبعاد أي أجنبي ألا تتعسف في هذا وتراعي حسن النية في تطبيق الإجراء.

والإبعاد لا يعتبر عقوبة وإنما هو إجراء من إجراءات الأمن الهدف منه بالدرجة الأولى دفع ضرر الأجنبي الذي يعتبر بقاؤه في الدولة خطراً على سلامتها أو أمنها.

ويصدر أمر الإبعاد من وزير الداخلية، إذ إنه بتنظيم دخول وخروج الوافدين، للوزير أن يصدر أمراً بترحيل أي وافد يثبت أن في وجوده في الدولة ما يهدد أمنها أو سلامتها في الداخل أو الخارج أو يضر بالاقتصاد الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة[٦٨].

وقد تضمن قانون العقوبات القطري في المادة (٦٥) عقوبة إبعاد الأجنبي من البلاد في حالة ارتكابه جناية أو جنحة طبقاً لقانون العقوبات إذ نصت المادة (٧٧) على أنه مع عدم الإخلال بحق الجهات الإدارية المختصة في إبعاد أي أجنبي وفقاً للقانون، يجوز للمحكمة إذا حكمت على الأجنبي بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو جنحة، أن تحكم بإبعاده عن الدولة بعد الانتهاء من تنفيذ العقوبة. فإذا كان الحكم بعقوبة على الوجه المبين في الفقرة السابقة صادراً في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة وجب على المحكمة

أن تحكم بإبعاد الأجنبي عن الدولة بعد الانتهاء من تنفيذ العقوبة أو سقوطها. ويجوز أيضاً للمحكمة في مواد الجنح أن تحكم بإبعاد الأجنبي عن البلاد بدلاً من الحكم عليه بالعقوبة المقررة للجنحة. ويجوز لوزير الداخلية عند الضرورة توقيف الوافد الذي صدر حكم قضائي بإبعاده أو أمر بترحيله من البلاد لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أخرى مماثلة. ويجوز للوزير أن يفرض على الوافد الذي صدر حكم قضائي بإبعاده أو أمر بترحيله وتعذر تنفيذه، الإقامة في جهة معينة لمدة أسبوعين قابلة للتجديد بدلاً من توقيفه لمدة أو مدد أخرى مماثلة. وعلى الوافد أن يتقدم إلى الإدارة الأمنية التي تقع هذه الجهة في دائرتها في المواعيد التي يحددها الأمر الصادر في هذا الشأن، وذلك إلى حين إبعاده وترحيله. ولا يجوز للوافد الذي صدر حكم قضائي بإبعاده أو أمر بخروجه أو ترحيله، العودة إلى الدولة إلا بقرار من الوزير. ويغادر الوافد الدولة إذا لم يحصل على ترخيص بالإقامة أو إذا انتهى هذا الترخيص، ويجوز له العودة إذا توافرت فيه الشروط اللازمة للدخول، وفقاً لأحكام هذا القانون. ويجوز للوزير أو من ينيبه، أن يمنح الوافد الذي صدر أمر بترحيله أو خروجه، وله مصلحة في الدولة تقتضي وقتاً لتصفيتها، مهلة لا تجاوز تسعين يوماً قابلة للتجديد بشرط تقديم كفالة مقبولة.

نخلص من جميع ما سبق إلى أنه إذا سمحت الدولة للأجنبي بالدخول إلى إقليمها فإنه يتمتع بكافة الحقوق التي يتمتع بها الفرد في علاقته بالجماعة التي يعيش فيها وهذه الحقوق تتفرع عن وجوب احترام كيان الفرد الإنساني كما تقوم على ضرورة توفير الأسباب اللازمة لمعيشته بإقليم الدولة على النحو الذي سبق بيانه.

وبالمقابل فإن الدولة تملك بما لها من حق في سلامتها وأمنها أن تضع على حقوق الأجنبي في هذا الصدد كافة القيود اللازمة لحماية كيانها السياسي والأمني والاقتصادي والاجتماعي.

المطلب الرابع

نظرية سيادة الدولة وارتباطها بتحقيق موجبات الأمن

يجب إيضاح نظرية سيادة الدولة ونتائجها ومدى ارتباطها بتحقيق موجبات الأمن. وذلك فى مطلبين على النحو التالى:

الفرع الأول: **مدلول نظرية سيادة الدولة[٦٩] ونتائجها:**

أولاً: مدلول النظرية:

ذهب الفقه المعاصر إلى أن عنصر السيادة هو وحده المعيار الصالح أساساً تتميز به الدولة عما عداها من الأشخاص القانونية داخل المجتمع أو خارجه، ذلك أن الدولة هى وحدها صاحبة الحق فى تحديد نطاقها واختصاصاتها ووضع القواعد الدستورية والقانونية التى تستند إليها هذه السلطات والاختصاصات، فضلاً عن قيامها بمثل ذلك التحديد بالنسبة لغيرها من الأشخاص القانونية داخل المجتمع أو خارجه فى مواجهة غيرها من أشخاص القانون الدولى العام (الدول – المنظمات الدولية) التى تتمتع فى علاقاتها معها بالمساواة والاستقلال الكاملين[٧٠].

ويترتب علىً اعتماد هذا المعيار نتيجتان أساسيتان[٧١]:

الأولى: أن الدولة ما دامت هى صاحبة الحق – بمفردها – فى تحديد اختصاصات وسلطات مختلف الأشخاص القانونية داخل المجتمع فهى أيضاً تصبح صاحبة الحق فى تعديل نوع مدى هذه الاختصاصات والسلطات.

الثانية: أن أى خلاف يمكن أن ينشأ بشأن هذه السلطات والاختصاصات فيما بين الدولة وغيرها من الأشخاص القانونية يتم إسناد أمر الفصل فيه إلى الجهة التى أنشأتها الدولة مسبقاً لذلك.

خاتمـــة

بحمد الله توصل الباحث للعديد من النتائج والتوصيات من خلال تناوله لموضوع حق الدولة في تنظيم مركز الأجانب وقد لخص دراسته إلى الآتي:

أولاً: النتائج:

١- وجود التزام دولي على الدول بفتح أبوابها أمام الأجانب وذلك

استناداً إلى قيام معاملات من رعايا الدول وتبادل مصالحهم.

٢- حرية التنقل تعد من الحريات الشخصية والحريات العامة، غير أن هذه الحريات ليست مطلقة بل تعد قيود رغم ما تملك من حماية على المستوى الدولي.

٣- من مشاكل تحديد مركز الأجانب نجد غموض التصور القانوني لمركز المهاجر غير الشرعي

٤- عدم وجود التزام حقيقي من جانب الدول بتنفيذ ما جاء في تلك المواثيق وتعديل تشريعاتها الداخلية بما يتواءم مع ما أوردته الاتفاقيات الدولية من أحكام بحجة تذرعها بحقها السيادي في الاختصاص الداخلي.

٥- لا يوجد قانون محدد للتواجد الأجنبي في بعض الدول وقد نجد العذر لتلك الدول لضعف إمكاناتها الاقتصادية، وحينما نقوم بإبعاد مواطنيها قد لا يسرها الأمر.

٦- تلعب الشرطة والنظام العام يقومون دوراً هاماً في المساعدة في مهام دائرة الأجانب.

٧- في حالة ارتكاب الأجنبي لجريمة ما، لا توجد محكمة أو نيابة خاصة وتتم المحاكمة وإجراءاتها في دائرة الاختصاص مثله مثل أي مواطن سوداني في تطبيق أحكام العقوبات بحسب قانون الجنايات السوداني.

٨- أن حقوق الوطني تجاوز كثيراً الحقوق التي يلزم الاعتراف بها للأجنبي من جانب الدولة التي يقيم على إقليمها، ولا اعتراض على ذلك في القانون الدولي العام

٩- القوانين النافذة في الدولة التي يقيمون أو يوجدون فيها ويحترمون عادات وتقاليد شعب هذه الدولة يتمتع بها الفرد في علاقته بالجماعة التي يعيش فيها. وبالمقابل فإن الدولة تملك بما لها من حق في سلامتها وأمنها أن تضع على حقوق الأجنبي في هذا الصدد كافة القيود اللازمة

لحماية كيانها السياسي والأمني والاقتصادي والاجتماعي.

١٠- أن علاقة كل دولة بالأفراد المقيمين فى إقليمها سواء كانوا من رعاياها أو من الأجانب تخضع لقانون الدولة الوطنى ولا شأن للقانون الدولى العام بها

١١- تنظيم العلاقة ما بين الأجانب والرعايا وما يتصل بها من حقوق وواجبات تعتبر مظهر من مظاهر السيادة التى تنفرد بها كل دولة على إقليمها

١٢- أن المعاهدات الدولية لها أهميتها فى تنمية التعاون بين الدول، بما تتضمنه من تحديد للحقوق والواجبات للدول بعضها تجاه البعض فى مختلف نواحى النشاط الدولى والإنسانى.

١٣- دائرة الأجانب هي واحدة من الدوائر الثلاث المكونة للإدارة العامة للجوازات، وكانت دائرة الأجانب في السابق منضوية تحت الشؤون الفنية مع شؤون السودانيين، ونتيجة للتطور الاقتصادي في السودان وللمشاكل التي جابهت بعض الدول، وحرصاً من الإدارة العامة للجوازات بهدف ضبط الوجود الأجنبي، قامت بتوسيع عملها تحت دائرة شؤون الأجانب وتقديم أفضل الخدمات الممكنة للأجنبي

١٤- ظل السودان من الدول التي تستضيف أعداداً هائلة من الأجانب وفدوا إليها بطرق شرعية وغير شرعية، مما انعكس على الجانب الاقتصادي والاجتماعي في السودان بالرغم من أن الهجرة إليه لم تكن وليدة اليوم

١٥- يتم التعامل مع الأجانب في السودان بصورة مباشرة أو عبر مناديب الشركات وبها عدد من الخبراء في مجال القانون والإجراءات، بعضهم من المتقاعدين من الشرطة يسهلوا لنا عمل الدائرة وقمنا بإعطاء المناديب بطاقات للتعامل معهم بسهولة في الدول الأخرى.

ثانياً: التوصيات:

أ/ توصيات إلى دائرة الأجانب والهجرة والدوائر القانونية:

١- لابد من الحزم في مسألة التعاون في تنفيذ الإجراءات التي تحمي وتحافظ على أمن وسلامة البيئة السودانية.

٢- لابد من التحلي بالمسؤولية لتفادي السلبيات التي تظهر من تزايد الوجود الأجنبي، وبدوره يزيد العبء على دائرة الأجانب، ويشجع هذا التواطؤ على الدخول غير الشرعي بصورة خطيرة تنعكس على الشارع السوداني.

٣- احترام مبدا المساواة في الحقوق وتعزيز احترامها وحمايتها ، بدون تمييز ، ومسؤولية جميع الدول على تحقيقها

٤- على المشرع إلزام الدول وتقييدها بمقتضى المعاهدات والاتفاقيات الدولية التى ترتبط بها مع باقى الدول والتى تحد من حريتها ولكن بمشيئتها ونظراً لما تراه فى ذلك لمصالحها الوطنية العليا وكذلك مصلحة رعاياها فى الخارج وتسمى معاهدات الإقامة، وبالتالي فأن للدول الحق فى إصدار مختلف القوانين واللوائح المتعلقة بقبول الأجانب مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التى ترتبط به

٥- العمل على جعل التشريعات الداخلية متماشية مع المواثيق والاتفاقيات الدولية في حماية حقوق المهاجرين بصرف النظر عن وضعهم كمهاجرين وعدم معاملتهم كمجرمين والنص على تقديم المساعدة لهم خاصة عندما يكون هناك خطر محدق بهم أثناء اجتياز الحدود أو في حالات المرض واللجوء إلى المستشفى.

٦- حث الدول المستقبلة إلى الانضمام إلى المواثيق والاتفاقيات الدولية وخاصة اتفاقية حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم وأن تعني الحكومات بالتزاماتها أن يكون تعاملها مع المهاجرين غير الشرعيين بطريقة

تحفظ ك ارمتهم باعتبارهم بشرط تراعي الاعتبارات الجنسانية، تستمد جذورها من حقوق الإنسان الأساسية، فكل مهاجر هو إنسان ذو حقوق إنسانية .

٧- حماية وتقرير حقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع المهاجرين بغض النظر عن وضعهم كمهاجرين، والعمل على نبذ التعب والتمييز العنصري والسياسات المدفوعة بخطاب كراهية الأجانب واستغلال المهاجرين، وينبغي معاقبة من يعتدون على المهاجرين ويسعون إلى إلحاق الضرر بهم.

ب/ توصيات لإدارات أنظمة الإقامة والعمل:

٨- ضرورة مواجهة ظاهرة تجارة الإقامات، فعلي الرغم من تجريم هذه الظاهرة فإنها مازالت تلقي بظلالها في هذا الصدد والسبيل إلى مواجهة ذلك هو تشديد العقوبة المقررة في قانون الإقامة مع تفعيل الرقابة الأمنية في هذا الشأن.

٩- التأثير في الرأي العام للدول المستقبلة من خلال النظام الإعلامي المفتوح، لتغيير استمرارية الصورة النمطية للمهاجر وفي تغذية متخيلات الرأي العام وتصوراته والتخفيف من معاداة المهاجرين وتحسين صورة المهاجر التي تعتبر أساسية في إيجاد مناخ ثقة مع مجتمعات الإقامة ومحدد لمستقبل الهجرة العربية .

١٠- تعزيز التعاون في العمل القضائي على الصعيد الدولي، والتعاون الفعال في العمل مع الجهات التي تقدم خدمات مساعدة للضحايا، واستحداث تدابير أقوى من أجل حماية وضع المهاجر الهش.

الهوامش

- أستاذ مشارك – رئيس قسم القانون الخاص– كلية القانون – جامعة الجزيرة - السودان .

(١) عصام إسماعيل نعمة، ترحيل الأجانب، دراسة تحليلية في ضوء الإجتهاد اللبناني و الدولي، دراسات قانونية، مكتبة . الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣ ، ص ٢٤.

(٢) تنص المادة ٢٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ على:" آل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، آالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء.

(٣) الزبيدي، مرتضى، تاج العروس، ص١٨٦ القاموس المحيط - فصل الجيم - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، فصل الجيم، ص٦٩

(٤) الصاحب بن عباد، كتاب المحيط في اللغة - الجيم والنون والباء، ص١٢٤

(٥) سعدي أبو حبيب، كتاب القاموس الفقهي - حرف الجيم، ص٦٧

(٦) تاج الدين الفكهاني، كتاب رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، ص٩٧

(٧) أحمد مختار عمر، كتاب معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٠١ -

(٨) أحمد مختار عمر،كتاب معجم اللغة العربية المعاصرة، ناشر: عالم الكتب - القاهرة; سنة النشر: ١٤٢٩ - ٢٠٠٨ ، ص٤٠١.

(9) Howell، Deborah (March 2، 2008). "Immigration Coverage in the Crossfire". تمت .واشنطن بوست أرشفته من الأصل في 25 مايو 2017. "8 USC 1366". Cornell University Law School. September 30، 1996.

(١٠) المادة (٧) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨التي نصت على (الناس جميعا سواء امام القانون وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ،كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الاعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز).

(١١) د.صالح عبد الزهرة الحسون – حقوق الاجانب في القانون العراقي الطبعة الاولى دار .الافاق الجديدة -١٩٨١-ص٨.

(١٢) عبد العزيز سعد يحيى النعماني، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب، المبادئ القانونية العامة في ظل القانون اليمني . دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، صنعاء، ٢٠٠٦ ، ص ٢٤.

(١٣) الشيخ محمد أبو . زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، الدار القومية، ١٩٦٨ ، ص ٥٦.

(١٤) أبو زهرة، المرجع السابق، ص٥٧.

(١٥) .صالح عبد الزهرة الحسون – مرجع سابق، ص٨.

(١٦) المقصود بالدار هنا مجموعة البلاد التي تنظمها دولة واحدة، فبلاد الإسلام جميعا تعتبر داراً واحدة، ولو تقطعت أوصالها و تعدد حكامها، وذلك لنفوذ حكم الإسلام فيها جميعا، ويدخل في دار الإسلام بطبيعة الحال آل ما يتبعها من الجبال والصحاري، والأراضي والجزر والأنهار والبحيرات وما فوق آل ذلك من طبقات الجو وإن علت، آما أن المناطق التي يعسكر فيها الجيش الإسلامي في دار الحرب تعتبر في حكم دار الإسلام، و قياسا على ذلك تعتبر السفن الحربية جزءا من هذه الدار، و تأخذ الطائرات الحربية حكم المعسكر و السفن الحربية، راجع: أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية و مركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة مع الإهتمام بالنظام السعودي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠ ، ص ٠٩

(١٧) وليد رمضان عبد التواب، الجنسية و مركز الأجانب وفقا لأحدث التعديلات، المجلد الثاني، دار محمود للنشر والتوزيع ٣ . القاهرة، مصر، ٢٠١١ ، ص .

(١٨) السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ص٤٣

(١٩) وهم الذين يدينون بديانات غير الإسلام، اليهود و النصارى، ولكنهم يعيشون في دار الإسلام. وليد رمضان عبد التواب و هم الذين يدينون بديانات غير الإسلام، اليهود و النصارى، ولكنهم يعيشون في دار الإسلام. وليد رمضان عبد التواب . المرجع السابق، ص ٠٧

(٢٠) بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، بدون دار نشر، . ٢٠٠٠ ، ص ٢٩٤.

(٢١) ابن عامر تونسي، المرجع السابق، ص ٢٥ -٢٦.

(٢٢) رواه أبو داود، وو صحيح أو حسن وحسنه ابن حجر والألبان رحمهما الله، أرشيف ملتقى أهل الحديث، ج٥٢، ص١٠.

(٢٣) من الممكن اعتبار غير المسلم ذميا برغم عدم إبرامه عقد ذمة، و يكون ذلك بالقرائن الدالة على رضاه بالذمة كالإقامة في دار الإسلام أو بشراء أرض زرعها، ووضعت عليها الدولة الخراج أو إذا تزوجت الحربية المستأمنة رجلا من أهل دار الإسلام، فإنها تصير بهذا الزواج ذمية، آذلك فإن الأولاد الصغار يدخلون في الذمة تبعا لأبائهم الذميين.إذا فتح المسلمون بلادا غير إسلامية، ورأى إمام المسلمين ترك أهل هذه البلاد أحرارا بالذمة، و ضرب الجزية على رؤوسهم و الخراج على أراضيهم. و نظرا لأن عقد الذمة عقد ملزم لجانبين، فهو ينشئ التزامات مزدوجة في حق أطرافه، فبالنسبة للذمي، فإن المبدأ العام هو آما قال الرسول صلا الله عليه و سلم:" إذا قبلوا عقد الذمة فأخبرهم أنهم متساوون مع المسلمين في الحقوق و الواجبات" آما قال أيضا:" من أذى ذميا فقد أذاني و من أذاني فقد أذى الله" و بناءً عليه فإن القاعدة العامة في هذا الصدد هي المساواة بين المسلمين و الذميين من حيث التمتع بالحقوق أو التحمل بالإلتزامات، ولا يخل بتلك القاعدة عدم جواز تولي الذمي القضاء بين المسلمين، ذلك أن هذه الوظيفة تفترض في ممارستها العلم بالكتاب و السنة و هو ما يتوافر لديه، آما أن الذمي له إمكانية تولي القضاء بين بني ديانته. أما بالنسبة لحق الدولة الإسلامية في مواجهة الذمي، فإن هذا الأخير يلتزم بدفع الجزية و هي عبارة عن مبلغ سنوي يلتزم بأدائه إلى بيت المال مقابل الحماية التي توفرها له الدولة الإسلامية و يتحدد مقداره على حسب الحالة المالية للذمي. الذمي الذي يعيش في دار الإسلام يفترض أن تحميه الدولة الإسلامية و ترد عنه آل أذى، و له أن يعمل و يتاجر، فإن افتقر أو أقعده آبر السن أو المرض عن الكسب، فنفقته و نفقة عياله على بيت مال المسلمين، فقد عدل المسلمون مع أهل ذمتهم حين كانوا أعزة و لم يراعوا في ذلك سوى أوامر دينهم و سنة نبيهم، ١ و يروى أنه مر على عمر يهودي أعمى يتسول، فجعل رزقه في بيت المال و قال:" ألنا شبيبته، فإن ترآناه في هرمه فما أنصفناه، اجعلوا رزقه في بيت المال" بدر الدين . عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢٤) نفس المرجع ، ص ٤٠٤.

(٢٥) أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية و مركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، . دراسة مقارنة مع الإهتمام بالنظام السعودي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٩ ، ص٦٠.

(٢٦) يتفق نظام الأمان الإسلامي مع التنظيم الخاص لدخول الأجانب اللاجئين إلى إقليم الدولة المضيفة، حيث أن اللاجئ هو شخص له جنسية معينة ويريد الهروب من الدولة التي ينتمي إليها خوفا من الإضطهاد و التعذيب و من سماحة الدين. الإسلامي أن يقبل هذه الهجرة، راجع: السيد عبد المنعم حافظ السيد، المرجع السابق، ٦٣-٦٤.

(٢٧) بدر الدين . عبد المنعم شوقي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٢٨) أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية و مركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، . دراسة مقارنة مع الإهتمام بالنظام السعودي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مرجع سابق، ص.

(٢٩) نظام الجنسية العربية السعودية". www. boe.gov.sa. تاريخ الولوج، بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

(٣٠) نظام الجنسية العربية السعودية". www. boe.gov.sa الموقع السابق.

(٣١) القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ في شأن دخول وإقامة الأجانب". منشورات قانونية. ٢٠١٦-١١-٠٦. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

(٣٢) Ministry of Justice". ahdath. justice.gov.lb. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

(٣٣) قرار جمهوري بالقانون رقم(٤٧) بشأن دخول وإقامة الأجانب.". www.yemen-nic. info. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

(٣٤) المجلس الوطني | قانون جوازات السفر والهجرة لسنة ١٩٩٤". www.parliament.gov. sd. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

(٣٥) ابن سيده، كتاب المحكم والمحيط الأعظم، ص٣٤١.

(٣٦) ابن سيده، كتاب المحكم والمحيط الأعظم - مقلوبه ج ب ع، ص٣٤١.

(٣٧) أحمد مختار عمر، كتاب معجم اللغة العربية المعاصرة - ع ج م - ص١٤٦٢.

(٣٨) المادة (٧) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ التي نصت على (الناس جميعا سواء امام القانون.

(٣٩) د.صالح عبد الزهرة الحسون – حقوق الاجانب في القانون العراقي الطبعة الاولى دار الافاق الجديدة وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ،كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز - وقد أشار إلى الإحكام المتقدمة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٩٨٥ المتعلق بحقوق الأفراد الذي ليسو من رعايا الدولة التي يقيمون فيها (الأجانب) كما كان ضمن هذا الاتجاه القانون الفرنسي رقم ٢٠٠٢ المتعلق بدخول واقامة الأجانب في كاليدونيا بالفقرة /٣/ ٢٠٠٢ في ٢٠ /٣٣٨ الجديدة وسبق ذلك للقانون الفرنسي لعام ١٩٤٥ أن اخذ بهذا الحكم كما ذهبت العديد من التشريعات الأجنبية والعربية ومنها المش رع المصري في قانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١) منه المعدل لقانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠ المنظم لدخول واقامة الأجانب في مصر إلى هذا المعنى كما كان هذا هو موقف المشرع اللبناني في قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٢ الذي نصت المادة (١) منه على (يعد اجنبيا بالمعنى المقصود وبهذا القانون كل شخص من غير التابعية اللبنانية) وهذا هو موقف المشرع البحريني في قانون الجنسية لعام ١٩٦٣ و المشرع الجزائري في القانون الخاص بوضع الاجانب ٢١١ لسنة ١٩٦٦ وكذلك الحالة بالنسبة للمشرع التونسي في قانون رقم ٧ - رقم ٦٦ ٧). كما كان موقف المشرع العراقي في قانون الإقامة رقم ١١٨ لسنة) لسنة ١٩٦٨ (٢) ضمن هذا الاتجاه حيث اعتبر الأجنبي كل من لا يحمل / ١٩٧٨ من المادة(٢) الجنسية العراقية كذلك قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة(١/ط) عرفت الاجنبي عندما نصت على (هو الذي لايحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ...) كما عرف المشرع العراقي في قانون الجنسية العراقية.

(٤٠) وهو (كل من يحمل الجنسية / رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ العراقي في المادة (١العراقية) والمفهوم المخالف للنص يعني ان الأجنبي كل من لا يحمل الجنسية العراقية أي الاجنبي هو غير الوطني، فالتعريف الأخر للأجنبي جاء بمفهوم المخالفة من خلال تعريف الوطني(٢) ومن الجدير بالذكر أن الشخص يمكن أن تزدوج أو تتعدد صفته الوطنية إذا كان يحمل جنسيتين أو أكثر فهو وطني أمام كل منها ويبقى أجنبي عما سواها.

(٤١) قرار جمهوري بالقانون رقم(٤٧) بشأن دخول وإقامة الأجانب.". www.yemen-nic. info. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

(٤٢) المجلس الوطني | قانون جوازات السفر والهجرة لسنة ١٩٩٤". www.parliament.gov. sd. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

(٤٣) ابن سيده، كتاب المحكم والمحيط الأعظم، ص٣٤١.

(٤٤) ابن سيده، كتاب المحكم والمحيط الأعظم - مقلوبه ج ب ع، ص٣٤١.

(٤٥) أحمد مختار عمر، كتاب معجم اللغة العربية المعاصرة - ع ج م - ص١٤٦٢.

(٤٦) المادة (٧) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ التي نصت على (الناس جميعا سواء امام القانون.

(٤٧) عبد الله المروي، عبد الله، مفهوم الدولة، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٨١، ص٥-٨.

(٤٨) الصابوني، محمد علي، صفوة التفاسير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦.

(٤٩) لايدر، جوليان، "حول طبيعة الحرب"، مركز الدراسات العسكرية، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨١، ص٧٥.

(٥٠) محمد محمود ربيع، إسماعيل صبري مقلد، موسوعة العلوم السياسية، د: تصدير شعيب عبد الله شعيب ؛ مقدمة صادق محمد، جامعة الكويت، ج١، ١٩٩٣).

(٥١) سكافي، محمد وليد، حق استخدام القوة ودوره في العلاقات الدولية، اللجنة العربية لحقوق الإنسان، ٢٠٠٩، ص١٢.

(٥٢) د. أحمد مسلم ـــ المركز القانوني للأجانب . مطبعة دار الكاتب العربي القاهرة ـــ الطبعة الأولى ١٩٥٢ ـــ ص ١٩٥٢ .

(٥٣) د . حامد سلطان و د. عائشة راتب و د. صلاح الدين عامر . مرجع سابق. ص ٣٦٠.

(٥٤) لذا اصطلح البعض على موضوع مركز الاجانب بالتمتع بالحقوق والتي توصف بأنها مسالة يغلب عليها الطابع السياسي مقاب استعمال الحقوق التي يغلب عليها الطابع القانوني انظر بهذا المعنى د. عصام الدين القصبي – القانون الدولي الخاص– مطبعة جامع ٢٠٠٩ ص ٧٥.

(٥٥) د. حفيظة السيد حداد ، مصدر سابق ،ص ٣٠.

(٥٦) د.عصام الدين القصبي - مصدر سابق–ص ٢٨.

(٥٧) د.صالح عبد الزهرة الحسون –مصدر سابق –ص ٨.

(٥٨) القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي.

(٥٩) المرجع السابق.

(٦٠) (المادة ٥٧)،

(٦١) الدستور القطري في المادة ٣٥.

(٦٢) حالي يحي بشائر نمر، الأجانب في السودان، صحيفة آخر لحظة، عدد ٢٠١١/١٢/٢٩م.

(٦٣) حالي يحي بشائر نمر، الأجانب في السودان، صحيفة آخر لحظة، عدد ٢٠١١/١٢/٢٩م.

(٦٤) المرجع السابق.

(٦٥) ما قرره الدستور القطري في المادة (٣٨).

(٦٦) وفقاً لنص المادة ٣٧ من القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٩.

(٦٧) ذهب الفقه التقليدى والمعاصر إلى أن معيار السيادة هو أصلح من المعيارين: معيار الإرادة الفردية فى إصدار القرارات الملزمة ومعيار الإكراه المادى.

(٦٨) راجع دكتور/ محمد حافظ غانم، الوجيز فى القانون الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص ٨٩.

(٦٩) دكتور/ محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولى العام، ١٩٦٨، ص ٢٧٤.

المصادر والمراجع

١. ابن سيده، كتاب المحكم والمحيط الأعظم – مقلوبه ج ب ع، ص٣٤١.

٢. (بدوي، ١٩٧٠؛ ليله، ١٩٦٧–١٩٦٨).

٣. أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية و مركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي،. دراسة مقارنة مع الإهتمام بالنظام السعودي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٩ ، ص٦٠.

٤. أحمد عبد الحميد عشوش، عمر أبو بكر باخشب، أحكام الجنسية و مركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة مع الإهتمام بالنظام السعودي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٠٩

٥. أحمد مختار عمر، كتاب معجم اللغة العربية المعاصرة – ع ج م – ص١٤٦٢.

٦. أحمد مختار عمر، كتاب معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص ٤٠١.

٧. أحمد مختار عمر،كتاب معجم اللغة العربية المعاصرة، ناشر: عالم الكتب – القاهرة؛سنة النشر: ١٤٢٩–٢٠٠٨، ص٤٠١.

٨. اندرسون، بي، نسب الدولة المطلقة، نيولفت بوكس، لندن، ١٩٧٤م.

٩. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، بدون دار نشر، ٢٠٠٠ ، ص ٢٩٤.

١٠. تاج الدين الفكهاني، كتاب رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، ص٩٧.

١١. د. أحمد مسلم – المركز القانوني للأجانب . مطبعة دار الكاتب العربي القاهرة – الطبعة الأولى ١٩٥٢ – ص ١٩٥٢ .

١٢. د. عصام الدين القصبي – القانون الدولي الخاص– مطبعة جامع ٢٠٠٩ ص ٧٥.

١٣. د. على إبراهيم، الأشخاص الدولية، مفهومها وأركانها ونظامها القانونى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠/٩٩، ص ١٥٣ وما تلاها.

١٤. د. محيى شوقى أحمد، الجوانب الدستورية لحقوق الإنسان، رسالة كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ١٦٨.

١٥. د.صالح عبد الزهرة الحسون – حقوق الاجانب في القانون العراقي الطبعة الاولى دار .الافاق الجديدة –١٩٨١–ص٨.

١٦. د. صالح عبد الزهرة الحسون – حقوق الاجانب في القانون العراقي الطبعة الاولى دار .الافاق الجديدة وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ،كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز.

١٧. د.عبد العزيز سرحان، القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ٣٦١ وما تلاها.

١٨. دكتور/ حامد سلطان، أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية، بحث فى دراسة بعنوان، التشريع الإسلامى والنظم القانونية الوضعية، من إصدارات الشعبة القومية للتربية والعلوم والثقافة يونسكو، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٨، ص ٦٨.

١٩. دكتور/ محمد حافظ غانم، المرجع السابق، ص ٩٣ وما تلاها، دكتور/ على صادق أبوهيف، مرجع سابق، ص ٦١٤، وراجع أيضاً دكتور/ محمد حسن الأبيارى: المنظمات الدولية الحديثة وفكرة الحكومة العالمية، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨، ص ٤٠٨

٢٠. دكتور/ محمد حافظ غانم، الوجيز فى القانون الدولى، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص ٨٩.

٢١. دكتور/ محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولى العام، ١٩٦٨، ص ٢٧٤.

٢٢. ذهب الفقه التقليدى والمعاصر إلى أن معيار السيادة هو أصلح من المعيارين: معيار الإرادة الفردية في إصدار القرارات الملزمة ومعيار الإكراه المادى.

٢٣. الربيعي، صاحب، "مفهوم الدولة"، الحوار المتمدن، العدد ٢٢٥١، في ٢٠٠٨/٤/١٤، ص١٠-٢

٢٤. الزبيدي، مرتضى، تاج العروس، ص١٨٦ القاموس المحيط - فصل الجيم - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، فصل الجيم، ص٦٩

٢٥. سعدي أبو حبيب، كتاب القاموس الفقهي - حرف الجيم، ص٦٧

٢٦. سعيد يوسف البستاني المركز القانوني للأجانب و العرب في الدول العربية دراسة مقارنة

٢٧. سكافي، محمد وليد، حق استخدام القوة ودوره في العلاقات الدولية، اللجنة العربية لحقوق الإنسان، ٢٠٠٩، ص١٢

٢٨. الشيخ محمد أبوزهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، الدار القومية، ١٩٦٨ ، ص ٥٦

٢٩. الصابوني، محمد علي، صفوة التفاسير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦.

٣٠. الصاحب بن عباد، كتاب المحيط في اللغة - الجيم والنون والباء، ص١٢٤

٣١. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب، المبادئ القانونية العامة في ظل القانون اليمني . دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، صنعاء، ٢٠٠٦ ، ص ٢٤

٣٢. عبد الله المروي، عبد الله، مفهوم الدولة، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٨١، ص٥-٨.

٣٣. عبد الله، عبد الخالق، التبعيّة والتبعيّة السياسية، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٦.

٣٤. عصام إسماعيل نعمة، ترحيل الأجانب، دراسة تحليلية في ضوء الإجتهاد اللبناني و الدولي، دراسات قانونية، مكتبة . الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، ص ٢٤

٣٥. لا يدر، جوليان، "حول طبيعة الحرب"، مركز الدراسات العسكرية، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨١، ص٧٥.

٣٦. محمد محمود ربيع، إسماعيل صبري مقلد، موسوعة العلوم السياسية، د؛ تصدير شعيب عبد الله شعيب ؛ مقدمة صادق محمد، جامعة الكويت، ج١، ١٩٩٣).

٣٧. مقلد، إبراهيم صبري، العلاقات السياسية الدولي، ذات السلاسل للطباعة و النشر، الكويت، ١٩٨٧، ص١٦٣.

٣٨. وليد رمضان عبد التواب، الجنسية و مرآز الأجانب وفقا لأحدث التعديلات، المجلد الثاني، دار محمود للنشر و التوزيع ٣ . القاهرة، مصر، ٢٠١١ ، ص ٠

٣٩. مواقع الشبكة:

٤٠. شنكاو، هشام، مقال على الشبكة العنكبوتية (٢٠١٠/٢/٢٦)

٤١. Howell, Deborah (March 2, 2008). "Immigration Coverage in the Crossfire". واشنطن بوست. تمت أرشفته من الأصل في ٢٥ مايو ٢٠١٧. USC 1366". Cornell 8" University Law School. September 30, 1996.

٤٢. Ministry of Justice". ahdath.justice.gov.lb. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

الأنظمة و القوانين:

١. الدستور القطري في المادة ٣٥

٢. قانون التسجل العرافي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وقانون الاحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة المعدل ١٩٧٢ وقانون.

٣. القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي.

٤. القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ في شأن دخول وإقامة الأجانب". منشورات قانونية. ٢٠١٦-١١-٠٦. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

٥. قرار جمهوري بالقانون رقم(٤٧) بشأن دخول وإقامة الأجانب.". www.yemen-nic.info. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

٦. ما قرره الدستور القطري في المادة (٣٨)

٧. المادة (٧) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨

٨. المادة (٧) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨

٩. المادة ٢٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨

١٠. المادة(١/١) من اتفاقية الامم المتحدة بشان عديم الجنسية لعام ١٩٥٤.

١١. المجلس الوطني | قانون جوازات السفر والهجرة لسنة ١٩٩٤". www.parliament.gov.sd. اطلع عليه بتاريخ ٢٠ مايو ٢٠١٨.

١٢. نص المادة ٣٧ من القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٩

١٣. نظام الجنسية العربية السعودية". www.boe.gov.sa الموقع السابق

١٤. نظام الجنسية العربية السعودية". www.boe.gov.sa. تاريخ الولوج، بتاريخ ٢٠ مايو.

١٥. الاحصاء رقم ٢١ لسنة ١٩٧٢ الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان ٢٠٠٤ ص ٣٦.

مبادئ المحاكمة الجنائيـة العادلـة في المواثيق الدولية «دراسة مقارنة»

د. أحمد النور الغالي*

مستخلـص

تعتبر مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة من أهم موضوعات حقوق الإنسان، ومعيار أصيل في بناء دولة القانون ومن خلالها تراقب جميع الإجراءات القانونية المتبعة حتى يتمكن أطراف الدعوى الجنائية من التمتع بحقهم في محاكمة جنائية عادلة. وتكمن أهمية الدراسة في بيان مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية وفي التعزيز من ثقة الأحكام القضائية الوطنية، ومدي تمتع أطراف الدعوى الجنائية بضمانات المحاكمة الجنائية العادلة، هدفت الدراسة إلى تأصيل مبادئ المحاكمة العادلة في المواثيق الدولية، ومدى أخذ المشرع السوداني بها. اتبعت الدراسة المنهج الوصفي والاستقرائي والتحليلي المقارن. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج. أن مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة، تقتضي المقاضاة أمام محكمة مستقلة ومحايدة، منشأة بحكم القانون طبقاً لإجراءات وقواعد منصوص عليها. كما أن حماية الحقوق والحريات العامة وإيجاد الضمانات الدستورية لحمايتها من المسائل الدولية التي يشترك في تنظيمها وحمايتها كل من المواثيق والاتفاقيات والمعاهدات الدولية والقانون الوطني. وأيضاً تعتبر مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة، سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، أهم ضمانة لحماية حقوق أطراف الدعوى الجنائية. وأوصت الدراسة، للمشرع الدستوري السوداني بأن يتم وضع نص في الدستور ينص صراحة على عدم المصادقة على المعاهدات والمواثيق الدولية قبل التأكد من عدم مخالفتها للدستور أو الحق في الاعتقاد. الطلب من السلطة القضائية السودانية مراعاة المعايير المنصوص عليها في المواثيق الدولية المتعلقة بالمحاكمة الجنائية العادلة مع الإشارة إليها في أحكامها. تضمن السلطة القضائية السودانية والمحكمة الدستورية لأطراف الدعوى الجنائية الضمانات المكفولة بموجب المواثيق والاتفاقيات الدولية للمحاكمة الجنائية.

Abstract

The principles of a fair criminal trial are considered one of the most important human rights issues, and an original standard in building a state of law and through it monitors all legal procedures followed so that the parties to a criminal case can enjoy their right to a fair criminal trial. The importance of the study lies in clarifying the principles of fair criminal trial in international covenants and in enhancing the confidence of national judicial ruling, and the extent to which the parties to the criminal case enjoy the guarantees of a fair criminal trial. The study aimed at consolidating the principles of fair trial in international conventions, and the extent to which the Sudanese legislator adhered to them. The study followed the descriptive and comparative approach. The study reached a number of results and recommendations. One of the most important findings is that the principles of affair criminal trial require prosecution before an independent and impartial court established by law in accordance with stipulated procedures and rules. The protection of public rights and freedoms and the creation of constitutional guarantees to protect them from international issues that are jointly organized and protected by international charters, agreements and treaties, and national law. Also, the principles of a fair criminal trial, whether at the international or internal level, are the most important guarantee for protecting the rights of the parties to a criminal case. One of the most important recommendation is for the Sudanese legislator to seek a constitutional text in the legal system that explicitly states the transcendence of international treaties over national law, before they are ratified to ensure that they do not contradict the constitution. And the Sudanese judicial authorities, observance of the standards stipulated in international covenants related to criminal trials, and that the Sudanese judicial authorities grant the parties to the criminal case the guarantees guaranteed under international charters and conventions for criminal trial.

مقدمـــة

الحمد لله الذي شرع الأحكام، وأمر بالعدل والإحسان، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وبعد...

تعتبر مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة، من أهم المرتكزات التي تساهم في الارتقاء بحقوق الإنسان، وحيث تتسم مرحلة المحاكمة بخصائص هامة تميزها عن مراحل التحقيق السابقة، إضافة إلى اختلاف الإجراءات المتبعة في هذه المرحلة والتي تهدف إلى إحقاق الحق وإقامة العدل، فالسياسة الجنائية عادة ما تقوم بتجريم بعض الأفعال الضارة بمصلحة الأفراد وتعاقب عليها، وبصدد هذا تقوم الدولة بمجموعة من الإجراءات بغرض محاكمة هؤلاء الأفراد، لذلك كان من الضروري وجود ضمانات تعهد بها سلطة قضائية مستقلة ونزيهة ومحايدة تراعي جميع مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة المنصوص عليها في المواثيق الدولية.

أهمية الدراسة:

١. تنبع أهمية مبادئ المحاكمة العادلة في صيانة حقوق المتهم وعدم تعريضها للانتهاك.
٢. تطبيق مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة يؤدي إلى تحقيق السلم المجتمعي ويبث الطمأنينة ويحقق الأمن والأمان لأفراد المجتمع.
٣. تطبيق مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة وعدم تطبيقها يتوقف عليها مراعاة أو إهدار حقوق المتهم التي كفلتها له المواثيق الدولية والقوانين الوطنية.

أهداف الدراسة:

١. بيان مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة المنصوص عليها في المواثيق الدولية.
٢. الوقوف على ما إذا كان التشريع الجنائي السوداني يتماشي مع ما نصت عليه المواثيق والاتفاقيات الدولية من مبادئ بشأن المحاكمة العادلة.
٣. إبراز إجراءات المحاكمة العادلة التي توفر الثقة للمتهم في قاضيه الطبيعي.

أسباب اختيار الموضوع:

١. الوقوف على مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة التي أقرتها المواثيق

الدولية ومدى اتساقها مع التشريع الجنائي الوطني

٢. التعرّف على الضمانات والحقوق التي كفلتها مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة للمتهم.

٣. المساهمة في نشر الوعي بالحقوق التي كفلتها المواثيق الدولية والقوانين الوطنية للمتهمين.

مشكلة الدراسة:

حقوق الإنسان المتمثلة في مبادئ المحاكمة العادلة للمتهمين، تمت حمايتها من خلال الوثائق الدولية والدساتير الوطنية، إلا أن هذه الحقوق أحيانا تنتهك، وقد يكون ذلك بسبب قصور في التشريع أو إهمال عند التطبيق بواسطة المحاكم. ومن خلال هذه الدراسة سيقوم الباحث بمعالجة هذه المشكلة بالإجابة على الأسئلة الآتية:

١. ما هي المبادئ الأساسية التي ينبغي على المحاكم الجنائية تطبيقها واستصحابها لتكون المحاكمة الجنائية محاكمة عادلة؟

٢. هل مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة التي تم النص عليها في المواثيق الدولية، نالت حظها من التطبيق في الواقع العملي لدى الدول ؟

٣. هل تمّ النص على مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة في الدستور والتشريع الجنائي السوداني ومعمول بها في الواقع؟

٤. هل مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة مبادئ ملزمة للدول غير الموقعة والمصادقة على المواثيق والاتفاقيات الدولية؟

٥. إلى أي مدى توفّر مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة الضمانات الكافية لحماية أطراف الدعوى الجنائية؟

منهج الدراسة:

اتّبعت الدراسة المنهج الوصفي، والاستقرائي والتحليلي المقارن.

هيكل الدراسة:

المبحث الأول: **ماهية مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة.**

المطلب الأول: مفهوم مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة.

المطلب الثاني: تعريف مصطلح (الجنائية) و(العادلة)

المطلب الثالث: تعريف المتهم والشروط

الواجب توافرها فيه.

المبحث الثاني: **ماهية المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية.**

المطلب الأول: مفهوم المحاكمة الجنائية العادلة.

المطلب الثاني: معايير المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية.

المطلب الثالث: شروط المحاكمات الجنائية العادلة وفقاً للمعايير الدولية.

المبحث الثالث: **مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية.**

المطلب الأول: المبادئ الأساسية للمحاكمة الجنائية العادلة.

المطلب الثاني: مبادئ المحاكمة الجنائية خلال إجراءات المحاكمة.

المطلب الثالث: طرق الطعن في الأحكام الجنائية.

المبحث الأول

ماهية مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة

المطلب الأول

مفهوم مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة

أولاً: تعريف المبدأ العام:

من المعروف أن المبدأ العام "هو كل قاعدة تبلغ من العمومية والأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها"، ويقصد بالعمومية في المبدأ العام، هو قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقاً للمبدأ العام[1].

ثانياً: المبادئ العامة للمحاكمة الجنائية العادلة:

يقصد بالمبادئ العامة للمحاكمة العادلة مجموعة القواعد والمبادئ الدولية والوطنية التي ينبغي أن تقوم عليها الدعوى القضائية منذ توجيه الاتهام إلى الشخص إلى غاية صدور الحكم وتنفيذه؛ ومن أهم مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة باعتبارها ضمان

دستوري يعتمد على مجموعة من المبادئ الدستورية التي توفر عدداً من الضمانات[٢] التي تكفل (النزاهة - العدالة) الإجرائية أثناء المحاكمة، والحق في المحاكمة العادلة يعتبر مبدءاً من المبادئ العامة للقانون[٣]. وسوف أتناولها لاحقاً من خلال هذه الدراسة.

ثالثاً: تعريف المحاكمة:

عرفت بأنها: "مجموعة الأعمال الإجرائية التي تتابع بنظام معين، يفرضه القانون من أجل الفصل في النزاع، وهي تنشأ ابتداءً من المطالبة القضائية، وقد تنتهي بغير هذا الحكم". وتمثل مرحلة المحاكمة المرحلة الثانية التي تمر بها الدعوي الجنائية وهي من أهم مرحلة كونها تنتهي بنتيجة واحدة إما براءة أو إدانة.

المطلب الثاني

تعريف مصطلح (الجنائية) و(العادلة)

أولاً: لفظ الجنائية لغة:

اسم لما يجنيه الإنسان من شر أصلها أجنيت الشجرة بمعني أدرك ثمرها، فاستعير من ذلك قولهم جني فلان على فلان إذا أصابه بشر[٤]. كما وتعني الذنب والتعدي، وتجرم عليه أي ادعى عليه ذنباً لم يفعل، والتعدي أو الذنب هو كل فعل محظور يتضمن ضرراً، فإذا كان الفعل الذي قام بارتكابه المرء شديد المخالفة سمي جرماً أو جريمة أما إذا كان يسير المخالفة سمي ذنباً أو جناحاً[٥].

ثانياً: كلمة الجنائية في اصطلاح الفقهاء:

كثير ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية، فالجناية اسم لفعل محرم شرعاً، سواء وقع الفعل على النفس أو مال أو غير ذلك[٦]. وأكثر الفقهاء استخدم لفظ (الجناية) في الأفعال الواقعة على نفس الإنسان، أو بعض في الأطراف فإذا ذهبت الحياة سميت قتلاً وإذا جرحت عضواً سميت قطعا أو جرحاً، وفي الموت اشتهر قولهم الجناية على النفس، وفي غير الموت كالجرح والضرب والإجهاض، فذلك يسمى جناية فيما دون النفس، ويسمى أيضاً جرحاً[٧].

ثالثاً: تعريف الجريمة قانوناً:

سار العرف في أغلب التشريعات الجنائية على عدم تحبيذ إيراد تعريف محدد للجريمة[٨]، بخلاف أن الجريمة هي كل فعل ينص عليه القانون الجنائي بأنه جريمة ويحدد له عقاباً أو تدبير[٩]؛ والجريمة في القوانين الوضعية تطلق على كل مخالف للتكليف الذي يطلقه القانون الجنائي الذي يأمر به الأشخاص الخاضعين لهذا القانون، فكل نشاط يقع خلافاً لهذا التكليف القانوني يطلق عليه وصف الجريمة[١٠].

رابعاً: تعريف كلمة (العادلة) في اللغة والاصطلاح القانوني:

أ/ العدل لغة:

كلمة "العدل" مشتقة من الفعل "عدل"، العين والدال واللام، والعدل: الإنصاف، ضد الجور، وهو: إعطاء المرء ما له، وأخذ ما عليه، وهو أيضاً: ما قام في النفس أنه مستقيم[١١]. وتأكيداً على ذلك ورد في كتاب التعريفات للجرجاني: أن العدالة هي الاستقامة أما العدل فهو عبارة عن الأمر المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط[١٢].

ب/ العدل في الاصطلاح القانوني:

عرّف بأنه كل فعل يقوم على التعامل بين الأفراد بشكل متساو، وهو العمل بشكل أو على أساس تصرف عقلاني وهو نظام قانوني يستخدم لجزاء المتهمين أو الخارجين عن القانون[١٣]. هناك من يؤكد أن هناك التباسات بين مصطلحي (العدل) و(العدالة) وبأنهما لا يدلان على المعنى نفسه[١٣] إن كان هذا صحيحاً في التعريف اللغوي (العربي) فإن الأمر مختلف تماماً في مجال العلوم الاجتماعية وبخاصة القانون؛ لأن العدالة لها معنى اصطلاحي خاص.

المطلب الثالث

تعريف المتهم والشروط الواجب توافرها في المتهم

أولاً: تعريف المتهم قانوناً:

هو كل شخص تثار ضده شبهات عن ارتكابه فعلاً إجرامياً، فيلتزم بمواجهة الإدعاء بمسؤوليته عنه والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون، وتستهدف تلك الإجراءات تمحيص هذه الشبهات وتقدير قيمتها ثم تقدير

البراءة أو الإدانة[١٤]. أما المفهوم الواسع لتعريف المتهم فيتلخص بأن الشخص يعتبر متهماً في نظر القانون ليس فقط عند اتخاذ أول إجراءات التحقيق التي تصدرها سلطة التحقيق في مواجهته، بل أن هذه الصفة تثبت بمجرد صدور الأمر القانوني بالقبض عليه أو إحضاره أو تفتيشه، رغم أن هذه الإجراءات لا تشكل قانوناً بدءاً في المطالبة بتوقيع العقوبة على شخص. وعلى هذا فإن القوانين التي تأخذ بالتفرقة بين المتهم والمشتبه به فإنها تأخذ بالمفهوم الضيق للمتهم، أما القوانين التي لم تأخذ بالاشتباه ومنها قانون الإجراءات الجنائية السوداني، فإنها لا تفرق بين المتهم والمشتبه به فإنها تأخذ بالمفهوم الواسع للمتهم، ذلك أن المتهم يوصف بهذه الصفة في جميع مراحل الدعوى وابتداءً من تحريك الدعوى الجنائية ضده[١٥].

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المتهم:

١/ وجود أدلة كافية على ارتكاب الشخص للجريمة أو الاشتراك فيها.

لابد من وجود أدلة كافية كي ينسب إلى الشخص صفة الاتهام؛ لأن كفاية الأدلة تعد ضماناً هاماً حتى لا يقع الأفراد ضحايا اتهامات قد تكون كيدية أو تعسفية، والأدلة الكافية تعد شرطاً جوهرياً لأي إجراء فيه مساس بالشخص، وهذا أقرب للمدرسة الأنجلوسكونية وفيها يكفي وجود أدلة[١٦]. أما قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م في المادة ٥٦ اكتفى بوجود بينة مبدئية لتأسيس الادعاء الظاهر بارتكاب الجريمة.

٢/ وقوع الجريمة والتأكد من ثبوتها:

حتى نصف الشخص بأنه متهم، فلا بد من وقوع جريمة سواء كان ذلك الشخص فاعلاً، أو شريكاً؛ لأنه بمجرد وقوع الجريمة تبدأ أعمال التحقيق فيها، والتأكد من وقوع الجريمة ومعرفة مرتكبها، ومعرفة نوعها، وكيف يمكن أن تكيف هذه الواقعة لمعرفة النص القانوني السليم المطبق عليها، وهذا الشرط ينسب إلى المدرسة الفرنسية التي لا تطلق صفة المتهم إلا بعد إحالته للتحقيق إلى محكمة الجنايات[١٧].

٣/ أن يكون المتهم إنساناً حياً موجوداً:

لا بد أن تكون الدعوى مقامة على إنسان حي موجود، فلا يتصور أن تنسب التهمة إلى شخص ميت، قد أقيمت عليه دعوى جنائية؛ لأنه إذا حدثت الوفاة قبل رفع الدعوى الجنائية؛ فإنه يتعين إصدار أمر بحفظ الأوراق، وإذا كانت الوفاة في أثناء الدعوى الجزائية، فإنه يتعين الحكم بانقضائها.

٤/ أن يكون المتهم معيناً:

فالقاعدة المقررة في القانون الجنائي هي شخصية العقوبة، ويترتب على ذلك أن تكون الدعوى الجنائية بدورها شخصية، فلا ترفع إلا على شخص طبيعي معين، له يد في ارتكاب الجريمة، وبذلك لا يصح تحريك الدعوى ضد مجهول، ويجب أن نفرق هنا بين مرحلتين، الأولي مرحلة التحقيق الابتدائي، فإنه لا يشترط فيها تعيين المتهم، أما في المرحلة الثانية، وهي مرحلة المحاكمة، فلا بد أن يكون المتهم معيناً؛ لأن هدف الإجراءات في هذه المرحلة هو الوصول إلى حكم يقرر البراءة أو الإدانة، ويكفي في تعيين المتهم في هذه المرحلة أن يكون معيناً بذاته، أو بصفاته، ولو لم يعرف اسمه، أو أطلق عليه اسم آخر، وللمحكمة أن تصحح هذا الخطأ في أي مرحلة من مراحل الدعوى[١٨].

يتضح من كل ما تقدم، أن الضمانة التي يوفرها هذا الشرط هي توخي العدالة؛ لأن مسؤولية الشخص عن عمل غيره يؤدي إلى إهدار أبسط قواعد العدالة التي تفترض ألا يسأل الإنسان عن عمل غيره.

٥/ أن يتمتع المتهم بأهلية الاتهام:

ووفق هذا الشرط، فإنه ينبغي أن لا تحرك الدعوى الجنائية إلا على متهم تتوافر فيه "أهلية إجرائية"، ويقصد بالأهلية الإجرائية للمتهم صلاحيته لاعتباره مدعىً عليه في الدعوى الجنائية أي طرفاً في العلاقة الإجرائية، التي تتكون منها الخصومة الجنائية، ومن هذا فلا يوجه الاتهام إلى حيوان، كما أنه لا يجوز رفع الدعوى على الأشخاص الذين يتمتعون بحصانة دبلوماسية إلا وفق شروط محددة[١٩].

كما لا يصح رفع الدعوى على متهم قد طرأت عليه عاهة في عقله بعد وقوع الجريمة وتوقف إجراءات الخصومة قبله حتى يعود إلى رشده، وهو ما نص عليه قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م في المادة ٢٠٢ التي منحت إيقاف المحاكمة بسبب العاهة العقلية مقروءة مع المادة ٤٩ من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م. كما لا يصح تحريك الدعوى في هذه الحالة إلى شخص لم يبلغ السن القانونية التي تمكن من المساءلة الجنائية إلا وفق الإجراءات المحددة للأحداث.

المبحث الثاني

ماهية المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية

المطلب الأول

مفهوم المحاكمة الجنائية العادلة

أولاً: تعريف المحاكمة القانونية

المحاكمة القانونية تعني أن تتم إجراءات المحاكمة من قبل الجهات القضائية المختصة وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجنائية إذا كنا بصدد المحاكمة في المواد الجنائية[٢٠].

ثانياً: تعريف المحاكمة العادلة:

المحاكمة العادلة تعد أو سع نطاقاً من المحاكمة القانونية، فهي لا تقتصر على المحاكمة التي تتم وفقاً للإجراءات التي يتطلبها قانون الإجراءات الجنائية، إنما يجب أن تتم وفقاً لما يتطلبه هذا القانون وغيره من القوانين الأخرى، بل وما تطلبه الأعراف والتقاليد والقيم والمواثيق المتصلة بتلك المحاكمة[٢١].

من خلال التعريفات نرى أن تعبير المحاكمة العادلة أشمل من تعبير المحاكمة القانونية، فمن الممكن أن تكون "المحاكمة" محاكمة قانونية، أي تتفق مع القانون بمعناه الواسع بما في ذلك المواثيق الدولية والقواعد الدستورية والقانونية الوطنية، ورغم ذلك قد تكون غير عادلة.

ثالثاً: تعريف المحاكمة الجنائية العادلة:

عرفت المحاكمة الجنائية العادلة بأنها: (مجموعة الإجراءات التي تتم بها الخصومة الجنائية القضائية، في المحكمة

المختصة، من خلال المحافظة على جميع حقوق الإنسان، وكرامته، وحرياته)[٢٢].

لم يعرف المشرع السوداني المحاكمة الجنائية العادلة ولكن أورد في الباب الخامس من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م في الفصل الأول منه تحت عنوان (أحكام عامة) المواد (١٣١ ـ ١٣٨)، حيث تعتبر هذه الأحكام العامة بمثابة المبادئ الأساسية للمحاكمة الجنائية العادلة، فإذا روعيت يمكن القول بأن المتهم نال محاكمة جنائية عادلة.

من خلال التعريفات السابقة فإن المعنى المراد من هذه الدراسة هو المحاكمة الجنائية العادلة التي تتم في إطار شرعي وقانوني يكفل لأطراف المحاكمة الجنائية جميع حقوقهم في الحدود التي أقرتها المواثيق والاتفاقيات الدولية والدساتير والتشريعات الوطنية.

المطلب الثاني

معايير المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية

أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

من خلال استقراء نصوص القانون الدولي المتعلقة بالمحاكمة الجنائية العادلة، فإن نص المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨م، تنص على أنه: " لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وأي تهمة توجه إليه" وذلك بعد نصه في المادة الثامنة على أن "لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه فعليا من أي أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون". كما ورد بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان أيضاً وصف آخر في المادة (١١) حيث نصت على أن: " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".

ثانياً: العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فقد استخدم وصفا أخر للمحاكمة ولم يطلق مسمى

معيناً،حيث أن المادة الرابعة عشرة (الفقرة الأولى) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م[٢٣]؛ تلقي الضوء على إيجاد تعريف وعناصر للمحاكمة التي تعتبر عادلة بمفهوم القانون الدولي لحقوق الإنسان. والذي ورد فيه أن " الناس جميعاً سواء أمام القضاء، ومن حق كل فرد، لدي الفصل في أي تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أي دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون". مع مراعاة أن العهد الدولي استخدم لفظ النظر المنصف أيضاً مثلما ورد بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان. على ذات النهج كانت صياغة الإعلان العالمي لاستقلال القضاء الصادر في كندا عام ١٩٨٣م[٢٤]، والذي أكد على حق كل إنسان في التقاضي دون إبطاء من قبل المحاكم العادية، وعلى عدم جواز القيام بأي عمل أو تعطيل القيام بأي عمل يؤدي إلى استبعاد الحل القضائي لأحد الالتزامات أو تعطيل التنفيذ السليم لقرار إحدى المحاكم[٢٥].

تجدر الإشارة إلى أن فقهاء القانون الدولي اختلفوا في حقيقة تلك الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات والمؤتمرات الدولية وطبيعتها، إلى ثلاثة اتجاهات، وهل ترقي إلى مستوى الدساتير ومرتبتها أم تتفوق عليها؟

الأول: جعل هذه المواثيق والاتفاقيات والإعلانات الخاصة بحقوق الإنسان لها قيمة تفوق ما للنصوص الدستورية من شأن، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه المواثيق والمعاهدات تمخضت عن اتفاق وتم التصويت عليها من قبل أجهزة منتخبة[٢٦].

الثاني: يرى أن هذه المعاهدات، والمواثيق، والاتفاقيات، مجرد التزامات أدبية؛ لأنها تضمنت التأكيد على مبادئ محددة[٢٧].

الثالث: يري أصحاب الرأي الأخير وهم أعضاء مجلس الدولة الفرنسي أن هذه الإعلانات وإن خلت من القوة الملزمة فإنها تأخذ أحكام النصوص الدستورية التشريعية، وتعد في مرتبة

أعلي، وأسمي منها، لكونها تنير الطريق للمشرعين، ولكونها أيضاً تحدد المبادئ القانونية العامة، والتي تتجسد لاحقاً على شكل قوانين مختلفة، ولكن هذا السمو له حدود، فهو لا يصل إلى درجة القانون الدستوري الداخلي ومستواه[٢٨].

المطلب الثالث

شروط المحاكمات الجنائية العادلة وفقاً للمعايير الدولية

أولاً: خضوع المحاكمة العادلة لمعايير المجتمع الدولي:

يجب أن تخضع إجراءات المحاكمة العادلة للمعايير الدولية مهما كانت طبيعتها، سواء كانت اتفاقية أو عرفية أو مبادئ عامة للقانون متعلقة بالقانون الدولي لحقوق الإنسان باعتبارها الحجر الأساس والمرجعية الأولي للمحاكمات العادلة. قد جاء المجتمع الدولي بجملة من المعايير لتحقيق المحاكمة العادلة[٢٩].

ثانياً: خضوع المحاكم لسلطة قضائية مستقلة:

المقصود بذلك هو أن تقوم بالمحاكمة جهة قضائية[٣٠] تتميز بالاستقلالية والحيادية مخولة قانوناً وتقوم بتنفيذ المواثيق الدولية. فالضمانات المتعلقة بالمحاكمة العادلة وجدت لصالح الفرد حيث تعترف للشخص باللجوء إلى المحكمة وهذا ما هو إلا حق مقرر للشخص على المحكمة التي تتمتع بالولاية القضائية، وتتولي الفصل في المنازعات المطروحة أمامها على أسس وقواعد قانونية وفق إجراءات محددة[٣١]. فسرت المحكمة الدستورية المادة ٢/٣٤ في سابقة محمد عوض حمزة ضد عبد السلام العوض بالنمرة م د/ق د/٢٠٠٣/٨م في سياق التقرير عن مدى توفر عناصر المحاكمة العادلة والمنصفة كحق دستوري نصت عليه المادة ٣٢ من دستور جمهورية السودان ١٩٩٨م أن مفهوم المحاكمة العادلة حسب تفسير المحكمة الدستورية هي المحاكمة التي يتم فيها تطبيق القواعد القانونية الإجرائية والموضوعية تطبيقاً سليماً. وبالنظر إلى الحكم الصادر في مواجهة المحكوم عليه رأت المحكمة الدستورية السودانية إهدار حق المحكوم عليه الدستوري في أن يجد محاكمة عادلة ومنصفة لسببين:

١. أن المحاكم الأعلى التي أدانت المحكوم عليه دون أن تتوافر أركان المادة ١٧٩ من القانون الجنائي لعدم وجود مقابل للصك محل المحاكمة الذي يمنع قيام جريمة إعطاء صك مردود.

٢. تحريك إجراءات البلاغ منذ البداية جاءت مخالفة لأحكام قانون الإجراءات الجنائية ١٩٩١م لذا قررت فيما توصلت إليه بأن المحكوم عليه لم يلق محاكمة عادلة[٣٢].

ثالثاً: موقف التشريع السوداني من المواثيق الدولية:

تحترم جمهورية السودان بما فيها كافة مستوىات الحكم في جميع أرجاء القطر، بالتزامها بموجب معاهدات حقوق الإنسان الدولية التي هي طرف فيها أو التي ستصبح طرفاً فيها؛ ويتبنى السودان موقف ثنائية القانونيين، وبالتالي فلا تكون المعاهدة المصادق عليها من قبل السودان نافذة وممكنة الإعمال ما لم تصدر في صورة تشريع داخلي ينظم المعاهدة، وقد أكد دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ هذا عندما أشار في المادة (٣/٢٧) تعتبر كل الحقوق والحريات المضمنة في الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمصادق عليها من قبل جمهورية السودان جزءً لا يتجزأ من هذه الوثيقة)[٣٣].

نخلص إلى أن شروط المحاكمة الجنائية العادلة تتحقق من خلال استعراض معاييرها المنصوص عليها في المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية لكل دولة على حده، ويعتبر السودان من الدول التي صادقت على معظم المعاهدات والمواثيق الدولية الخاصة بالمحاكمة العادلة وتضمنتها في قوانينها الداخلية.

المبحث الثالث

مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة في المواثيق الدولية

المطلب الأول:

المبادئ الأساسية للمحاكمة الجنائية العادلة

أولاً: مبدأ علنية المحاكمة:

يقصد بالعلانية أن تجري المحاكمة في قاعة مفتوحة للجميع على حد سواء،

وتعرف علانية المحاكمة أيضاً السماح للجهور بحضور المحاكمة ولا يكفي لتحقيقها حضور الخصوم أو ممثليهم فقط إذ جمهور هؤلاء أمر لازم[٣٤].

فمن خلال هذه العلانية تتضح لأطراف الخصومة حقوقهم والتزاماتهم في المحاكمة الجارية لاستخدامها لضمان محاكمة قانونية (منصفة)[٣٥].

ولهذا فإن اعتماد مبدأ علانية المحاكمة يعد من أبرز الضمانات والمقومات التي تعزز مصداقية القضاء في نفوس المتقاضين وعامة الناس، وتمكنهم من ممارسة حق التقاضي بكل شفافية.

ولأهمية مبدأ العلانية فقد نصت عليها المواثيق العالمية[٣٦] والدساتير بأن تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام والآداب وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية[٣٧].

نص المشرع السوداني على هذا المبدأ في الوثيقة الدستورية[٣٨] في المادة (٣/٥٢) بأنه يكون لأي شخص، تتخذ ضده إجراءات مدنية أو جنائية، الحق في سماع عادل وعلني أمام محكمة عادية مختصة وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون" وهو ما قررته المادة (١٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م.

ثانيا: مبدأ شفوية إجراءات المحاكمة:

يعني هذا المبدأ وجوب أن تجري بصورة شفوية جميع الإجراءات المتعلقة بالمحاكمة، كون القواعد الأساسية للمحاكمات الجنائية توجب ألا تقام الأحكام إلا على التحقيقات والمناقشات والمرافعات العلنية، التي تحصل شفويا أمام المحاكم وفي مواجهة الخصوم، مما يؤدي إلى توضيح الأدلة ورفع غموضها وكشف حقيقتها، لتكون المحكمة قناعتها في وزن الأدلة وتقدير قيمتها[٣٩].

ويقتضي مبدأ شفوية المحاكمة مراعاة مجموعة من الأسس والقواعد التي تشكل ضمانة لحقوق المتهم المتمثلة بما يلي:

١. يتوجب على المحكمة أن تسمع شهادة الشهود وأن تناقشهم فيما ورد من وقائع ومعلومات.

٢. ينبغي على المحكمة أن تناقش الخبراء في الوقائع والمعلومات التي وردت في تقاريرهم[٤٠].

٣. يجب على المحكمة أن تستمع إلى أفراد الضابطة العدلية فيما يتعلق بمحاضر القبض والتفتيش في صحة إجراءاتهم وكيفية حصولها ومدي مطابقتها للشرعية.

٤/ تناقش المحكمة وكلاء الخصوم فيما يتعلق بالدفوع التي قدمت في مذاكرتهم وبجميع المعلومات المدونة فيها.

٥. يجب على المحكمة أن تناقش الأدلة والوقائع والمعلومات المدرجة في الدعوي، أن تطرحها للمناقشة الشفوية أثناء جلسات المحاكمة، ولا يجوز لها أن تعتمد على دليل في ملف الدعوي لم تطرحه للمناقشات وإلا كان حكمها معيباً[٤١].

ثالثاً: مبدأ المساواة بين المتهمين:

المساواة تعني أن الناس متساوون في التمتع بالضمانات القانونية الكاملة، لاسيما المساواة في حق التقاضي أمام المراجع القضائية المختصة. وترتبط فكرة المساواة أمام القضاء ارتباطاً وثيقاً بعدالة المحاكمة، إذ أن تحقيق العدالة يتطلب إعمال المساواة، وبمعنى آخر فإن المساواة هي أساس العدل[٤٢].

كما تعني المساواة، المساواة في المعاملة بغير تمييز للمراكز القانونية الواحدة"[٤٣]، وما يهمنا في هذا الخصوص هو المساواة بين المتهمين أمام القضاء، ويقصد بذلك ضرورة تمتعهم بذات الحقوق والحريات في كل إجراء من إجراءات الدعوى، سواء كان ذلك في مقام الاتهام أو الدفاع بحيث يكون هناك توازناً حقيقياً بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع، فإن نشأ عن هذا الوضع ثمة تمييز بينهما كان هذا التمييز مفتقراً إلى أساسٍ قانونيٍ يبرره، ويكون بالتالي تحكمياً ومنهياً عنه بنص الدستور[٤٤].

ولا يتنافي مع جوهر المساواة أمام القضاء أن تعطي الحرية للقاضي لكي يحكم بالعقوبة الملائمة تبعاً لاختلاف ظروف المتهمين، ولو كانت الجريمة واحدة. ولا يتعارض مع مضمون

المساواة أمام القضاء وجود محاكم مختلفة باختلاف أنواع المنازعات أو باختلاف طبيعة الجرائم، بشرط ألا تقام تفرقة أو يتقرر تمييز بين أشخاص المتقاضين[٤٥]. ويتجلي مبدأ المساواة أمام القضاء في أمرين:

الأول: توافر المبدأ الأساسي الذي يقضي بالمساواة في معاملة الدفاع والادعاء على قدم المساواة بحيث يضمن إتاحة الفرص المتساوية لكل طرف في إعداد مرافعته والترافع خلال المحاكمة، بحيث يتحقق التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام.

الثاني: أنه يحق لكل متهم أن يعامل على قدم المساواة مع غيره من المتهمين الذين قاموا بارتكاب جرائم مماثلة بدون أدني تمييز، ومهما كانت الأسباب[٤٦].

المطلب الثاني

ضمانات مبادئ المحاكمة الجنائية خلال إجراءات المحاكمة

أولاً: حضور ممثل النيابة العامة:

يجب أن يحضر ممثل النيابة العامة جلسات المحكمة أثناء انعقادها، كون حضور النيابة العامة إجراءات المحاكمة يعد من الأمور الجوهرية المتعلقة بتشكيل المحكمة. وحيث أن النيابة العامة هي الخصم الثابت في الدعوي الجزائية وتمثل المجتمع، فإن عليها حضور جميع جلسات المحاكمة في الجرائم الجنائية[٤٧].

ولا يجوز استبعاد ممثل النيابة العامة من المحاكمة مطلقا، حيث يترتب على استبعاده بطلان تشكيل المحكمة، مما يؤدي إلى بطلان الإجراءات المتخذة بما فيها الحكم الذي سيصدر، وهذا هو الأصل العام، إلا أنه في بعض المحاكمات لا يفرض فيها القانون بتمثيل النيابة العامة. وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف ولاية الخرطوم في الدعوى الجنائية بالرقم أ/أ س ج/ ١١٨٤/١٩٩٥م (متابعة الشاكي لإجراءات بلاغ السرقة تحت المادة ١٧٤ في غياب صاحب المال، لا يقدح في صحة الإجراءات لأن جريمة السرقة يتعلق بها حق عام وبالتالي يجوز لأي شخص رفع البلاغ وفقاً للمادة ١/٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية).

ثانياً: حضور المتهم:

يجب أن يمكن المتهم من حضور جلسات المحاكمة، سواء أكان ظنينا في

جنحه أم مخالفة أم متهما في جناية، حيث يستطيع أن يدافع عن نفسه، وينفي التهمة المنسوبة إليه. فحضوره أمام محكمة الجنايات أمر وجوبي، ولا يسوغ له أن يحضر بواسطة وكيل عنه، بل لابد أن يحضر شخصيا، على أن يمثل أمام المحكمة طليقا بغير قيود ولا أغلال، إنما تجري عليه الحراسة اللازمة، ولا يجوز إبعاده من الجلسة، إلا إذا وقع منه تشويش يستدعي ذلك، وفي هذه الحالة تستمر الإجراءات إلى أن يمكن السير فيها بحضوره، وعلى المحكمة أن تطلعه على ما تم في غيبته من إجراءات[٤٨].

ثالثاً: موقف المشرع السوداني من المحاكمات الغيابية:

أن نص "العهد الدولي" قد حظر عدم جواز محاكمة المتهم غيابياً، أي دون أن يحضر وقائع محاكمته. غير أن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان كانت أجازت في بعض الظروف الاستثنائية، محاكمة المتهم غيابياً بشرط إبلاغه بأمرها واستدعائه للمثول أمامها في وقت مناسب. لذلك منح المشرع لمحكمة الموضوع سلطة العدول عن القاعدة العامة بإجازته للمحاكمة الغيابية للمتهم متى توفرت مقتضياتها في حالات محددة مع ذلك أوجب عليها إعلانه بالحضور للجلسات بطرق الإعلان المنصوص عليها في القانون، الإعلان الشخصي أو بالطرق البديلة أو بالطرق الدبلوماسية في الحالات التالية:

أ/ إذا كان متهماً بأي من الجرائم الموجهة ضد الدولة.

ب/ في حالة تقديم المتهم إقرار كتابي لمحكمة الموضوع بأنه مذنب أو يحضر نيابة عنه محام أو وكيل وبناءً على ذلك تقرر محكمة الموضوع إعفاءه من حضور بقية جلسات المحاكمة.

ج/ في حالة تقدير المحكمة أن السير في الإجراءات في غياب المتهم لا يلحق أي ضرر بقضية الدفاع. وكذلك في مرحلة الطعن حيث يجوز للمحكمة المختصة بالتأييد أو الاستئناف أو النقض أن تستمع إلى المتهم أو ممثل الإدعاء أو الشاكي متى رأت ذلك

ضرورياً، على أن يتم ذلك في حضور الخصوم[٤٩].

رابعاً: ضمانة حق التقاضي:

يقصد بهذا الحق، حق الفرد في أن تجري محاكمته أمام المحاكم العادية، وهي المحاكم التي يقتضي دستور الدولة بتشكيلها لغايات محاكمة الأفراد في جميع الجرائم، بحيث يعرف كل فرد سلفاً المحاكم التي يمكن أن يحاكم أمامها[٥٠]. كما يعرف بمصطلح "كفالة حق التقاضي" كضمان لحماية الحقوق والحريات في دولة القانون[٥١]. ولأهمية هذا الحق ورد النص عليه في العديد من المواثيق الدولية والإقليمية.

خامساً: ضمانة سرعة الفصل في الدعاوي الجنائية:

يقصد بمبدأ "المحاكمة السريعة" تلك التي تجري في (مدة معقولة)، ولا يقصد بها المحاكمة المتسرعة والتي تكون مخالفة لضمانات الدفاع لأن هذا النوع من المحاكمات يخالف حقوق الإنسان، والقضاء الجنائي لا يعرف القضاء المستعجل[٥٢]. ويستند هذا الضمان إلى كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتهم. فالمصلحة العامة تقتضي سرعة الانتهاء من المحاكمة الجنائية تحقيقاً للردع العام، وهو أمر يتطلب السرعة في إجراءات وتوقيع العقاب الملائم في حالة الإدانة. هذا إلى جانب ما تتكبده الدولة من نفقات بسبب طول الإجراءات. أما المصلحة الخاصة للمتهم فتتوافر في وضع حد للآلام التي يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام، مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس، وخاصة في ضوء علانية إجراءات المحاكمة، وهي آلام نفسية تلحق به وبأسرته. هذا بالإضافة إلى المساس بأصل البراءة في المتهم والتي تتطلب عدم الإطالة في وضع المتهم موضع الاتهام. كما أن انتظار المتهم وقتاً طويلاً للمحاكمة قد يؤدي إلى إضعاف قدرته على جمع الأدلة التي تفند أدلة الاتهام، كما أنها قد تؤدي إلى إصابة الشهود بالنسيان مما يؤثر في معرفة الحقيقة. ولهذا فإن السرعة المطلوبة للفصل في الدعوى هي السرعة المعقولة[٥٣].

وكل المواثيق الدولية تنص على أن تجري جميع المحاكمات (جنائية وغير

جنائية) " في غضون فترة زمنية معقولة". ونجد أن قانون الإجراءات الجنائية السوداني حدد سقف لأجل المحاكمات التي يتأخر فيها الفصل لأكثر من ستة أشهر. وهذا ما قررته سابقة حكومة السودان ضد عبد الله يحي إسماعيل وآخر بالرقم م ع/ م ك/ ٤٦/ ١٩٩١م (أن فترة وضع المتهم بالحراسة ليس عقوبة منفصلة بل هي انتظار إجباري بالحبس رهن معرفة نتيجة المحاكمة التي تسفر عن براءته أو إدانته، وهذه لا بد أن تحسب ضمن أي عقوبة توقع على المتهم ...)[٥٤].

سادساً: ضمانات حقوق الدفاع:

اختلف فقهاء القانون حول وضع تعريف محدد لحق الدفاع، فذهب البعض إلى أن الدفاع، مفهوم مجرد عبر عنه القانون الوضعي بأنه عبارة عن مجموعة من الامتيازات الخاصة أعطيت إلى ذلك الذي يكون طرفاً في الدعوي الجنائية[٥٥].

ولقد نصت المادة (١/١١) من الإعلان العالمي مؤكدة هذا الحق بقولها: " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه"[٥٦]. ولأهمية هذا الحق نجد المشرع السوداني نص عليه في المادة (١٣٥) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة١٩٩١م[٥٧]. والتي جاءت بعنوان حق المتهم في أن يدافع عنه محام أو مترافع. المحكمة الدستورية أكدت في عدة سوابق قضائية أصدرتها في نفس المبدأ ففي سابقة النور عيسى السنوسي ضد حكومة السودان م د / ق د/ ١٠/ ٢٠٠١م قررت (إن نص الدستور والقانون يجعل للمتهم حق أن يدافع عنه محام أو مترافع ولكنه رغم إثباته لهذا المبدأ السامي لم يجعله إلزاماً على الدولة في أن تعين لكل متهم بتهمة خطيرة محامياً، بل هو حق للمتهم إن أراد أن يطالب به وأن يلزم به الدولة إن كان معسراً وهذا ما لم يفعله المتهم في مرحلة المحاكمة.

المطلب الثالث

الطعن في الأحكام الجنائية

أولا: تعريف طرق الطعن في الأحكام:

يمكن تعريف طريق بأنها: "مجموعة الإجراءات تستهدف إعادة طرح موضوع الدعوى على القضاء، أو تستهدف تقدير قيمة الحكم في ذاته بغية إلغائه أو تعديله"[٥٨].

وطرق الطعن تنقسم إلى قسمين هما[٥٩]: طرق الطعن العادية وطرق الطعن الاستثنائية.

ثانياً: طرق الطعن العادية:

وهي التي تسمح بطبيعتها بنقل الدعوى برمتها إلى محكمة الطعن وإعادة بحث الموضوع من جديد أمامها، وهي الاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف، ولا تتقيد بأسباب معينة ومحددة من قبل القانون[٦٠].

المعارضة وهي طريق للطعن في بعض الأحكام الصادرة غيابياً[٦١]. تطرح الدعوى على نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لنظرها من جديد، أما الثاني الاستئناف فإنه يطرح موضوع الدعوى على محكمة أعلى لمراجعة الحكم والمحاكمة.

تتميز بأنها جائزة لكل خصم في الدعوى أياً كان نوعها ولأي سبب من الأسباب الموضوعية أو القانونية، أي أن القانون يسمح به للمحكوم عليه من دون أن يعلق قبوله على ثبوت خطأ معين في الحكم[٦٢].

ثالثاً: طرق الطعن الاستثنائية:

طرق الطعن غير العادية (الاستثنائية)، هذا النوع لا يسمح أصلاً بنقل الدعوى برمتها إلى محكمة الطعن[٦٣]، ويفترض وقوع الحكم في نوع معين من الخطأ متعلق بتطبيق القانون أو بتقدير الوقائع لذا لا يجوز سلوكه إلا في ظروف معينة وبناءً على أسباب محددة. وطرق الطعن الاستثنائية المعروفة في التشريعات الإجرائية هي التمييز أو الفحص[٦٤]. والهدف من الفحص هو لإصلاح الأخطاء القانونية، وبالتالي إلى ضمان وحدة تطبيق القانون والحيلولة دون تضارب التفسيرات التي تأخذ بها المحاكم المختلفة[٦٥]، بينما الهدف من إعادة المحاكمة هو تصحيح الأخطاء الموضوعية.

ثانياً: شروط الطعن في الأحكام الجنائية:

الطعن بالاستئناف أو الطعن بالنقض هو حق لأطراف الخصومة الجنائية فيشترط لقبول الطعن الشروط الآتية:

١/ يقتصر نطاق طرق الطعن، على الأحكام؛ فما ليس بحكم فلا يجوز الطعن فيه، مثل القرارات الصادرة عن المحكمة كقرار إخراج شخص من الجلسة أو القرارات الصادرة بتأجيل الدعوى[٦٦].

٢/ لا يجوز الطعن إلا في الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية، أما الأحكام الصادرة عن المحاكم الاستثنائية فلا يجوز الطعن فيها بالطرق المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجنائية إلا إذا نص على خلاف ذلك[٦٧].

٣/ يجب أن يقدم الطعن خلال المواعيد المقررة قانوناً[٦٨].

٤/ يجب أن يكون الطاعن طرفاً في الدعوى وكان ذا مصلحة في الطعن، أي أنه يهدف من طعنه إلى إلغاء الحكم أو تعديله فيما قضي به ضد مصلحته[٦٩].

يفترض هذا الشرط أن يكون الحكم المطعون فيه قد رفض للطاعن طلباً أو دفعاً أو أنزل به ضرراً فتكون مصلحته في الطعن أن يقبل ما رفض من طلباته أو دفوعه أو يطرأ تحسن على وضعه الذي حدده له الحكم المطعون فيه[٧٠].

وبالتالي لا يجوز لمن حكم ببراءته أن يطعن بالتماس إعادة النظر ولو كانت البراءة لخطأ في القانون أو بطلان في الإجراءات.

خاتمـــة

تشتمل الخاتمة على النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

١. أهم ضمانة لحماية حقوق أطراف الدعوى الجنائية، مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة، سواء أن كان ذلك على المستوى الدولي أو الوطني.

٢. تتكامل أدوار كل من المواثيق والاتفاقيات والمعاهدات الدولية والدساتير والقوانين الوطنية في

حماية وتعزيز الحقوق والحريات العامة التي من بينها الحق في المحاكمة العادلة.

٣. تغييب درجة من درجات التقاضي أو المحكمة الدستورية يمثل إهداراً لمبادئ المحاكمة العادلة وعدم صيانة لحقوق جميع الأطراف، في التمتع بالضمانات المكفولة بموجب المواثيق الدولية والقوانين الوطنية.

٤. مبادئ المحاكمة الجنائية العادلة، تقتضي المقاضاة أمام محكمة مستقلة ومحايدة، منشأة بحكم القانون طبقاً لإجراءات وقواعد محددة سابقاً.

ثانياً: التوصيات:

١. التوصية بأن يسعي المشرع السوداني بوضع نص دستوري في النظام القانوني يتضمن النص صراحة على سمو المعاهدات الدولية على القانون الوطني، وذلك قبل أن يتم التصديق عليها لتأكد من عدم مخالفتها للدستور.

٢. مراعاة الجهات القضائية السودانية للمعايير المنصوص عليها في المواثيق الدولية المتعلقة بالمحاكمات الجنائية مع الإشارة إليها في أحكامها.

٣. إقامة ورش علمية لتبصير القائمين بالعدالة سواء كان السلطة القضائية أو النيابة أو الشرطية بالضمانات المكفولة بموجب المواثيق الدولية التي تخص المحاكمات الجنائية وأهميتها.

٤. سعي الجهات القضائية السودانية بمنح أطراف الدعوى الجنائية الضمانات المكفولة بموجب المواثيق والاتفاقيات الدولية للمحاكمة الجنائية.

الهوامش

• أستاذ

.

١. أ. عبيد حاج على، فلسفة القانون، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، ٢٠٠٦، ط١، ص ٦٩

٢. أ.د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط٢، ٢٠٠٠، ص ٧٠٣.

٣. العهد المدني والسياسي، المادة (٢/١٤)؛ الحريات الأساسية، المادة (٣/٦)؛ الاتفاقية الأمريكية، المادة (٢/٨).

٤. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، طبعة جديدة محققة ومشكوله شكلاً كاملاً ج١، القاهرة، ص ٢٨٩.

٥. عبد الله العلايلى، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، ط١، المجلد٢، ١٩٧٤، ص ١٨.

٦. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي». ج١، دار الكتاب العربي بيروت، ص٦٧.

٧. الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٦، ص ٢٤.

٨. م. د. عدي طلفاح محمد، ذاتية الجريمة الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، سنة ٢٠١٧، ، العدد٢، ج ١، ص ٣٠٦.

٩. أ.د. أحمد على إبراهيم حمو، القانون الجنائي السوداني، ١٩٩م، د ن، ط٦، ٢٠١٧م، ص ١١٣.

١٠. أ.د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ط ٦، دار النهضة المصرية، ٢٠١٥م، ص ٥٧.

١١. د. إبراهيم أنيس، وآخرون، المعجم الوسيط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ج٢، ١٣٩٣ه، ص ٥٨٨ .

١٢. على بن الجرجاني، كتاب التعريفات، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٢١.

١٣. د. إحسان عبد الهادي، مجلة كلية القانون للعلوم والسياسة، المجلد ٧، العدد ٣٦، سنة ٢٠١٨، ص ٣٣٦.

١٤. القاضي عبد الجبار بن أحمد، شرح الأصول الخمسة، مكتبة الوهبة، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٠١.

١٥. د. حسن صبحي أحمد، عقوبة المتهم في الفقه الإسلامي، بحث منشور في كتاب المتهم وحقوقه في الشريعة، ج٢، ص ١٥.

١٦. أ.د. شهاب سليمان وآخر، مبادئ العدالة الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٩.

١٧. د. عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، دراسة تأصيلية مقارنة بالقوانين والمواثيق الدولية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط١، ٢٠١٢م ص ٢٠٣

١٨. د. عبد الله سعيد فهد الدوه، مرجع سابق ، ص ٢٠٤

١٩. د. عبد الله سعيد فهد الدوه، المرجع نفسه ، ص ٢٠٤

٢٠. د. عبد الله سعيد فهد الدوه، مرجع سابق، ص٢٠٥.

٢١. د، محمد الأمين البشري، العدالة الجنائية ومنع الجريمة، دراسة مقارنة، منشورات مركز الدراسة والبحوث التابع لأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٩٩٧، ص ١٧ وما بعدها.

٢٢. محمد الطراونة، الحق في المحاكمة العادلة، دار الخليج للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص ٢٣.

٢٣. د. وحيد بن سعيد الو ادعي، مرجع سابق، ص ١٥.

٢٤. اعتمد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وعرض للتوقيع والانضمام بقرار الجمعية العامة رقم (٢٢٠٠/ أ) وتاريخ ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٦م، وبدا العمل به في ٢٣/ آذار/ مارس ١٩٧٦.

٢٥. اعتمدت هذه المبادئ في مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في ميلانو من تاريخ ٢٦ آب/ أغسطس إلى أيلول ١٩٨٥م، وأقرت بقراري الجمعية العامة: رقم (٤٠/ ٣٢) المؤرخ في ٢٩ تشرين الثاني/ نوفمبر ١٩٨٥م، ورقم (٤٠/ ١٤٦) المؤرخ في ٢٩ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٨٥.

٢٦. المركز المصري للدراسات الاقتصادية، التمكين القانوني للفقراء في مصر، ديسمبر ٢٠٠٧، ص ٣.

٢٧. أ.د. سرور أحمد فتحي، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ١٤٦ وما بعدها.

٢٨. د. وحيد بن سعيد الو ادعي، مرجع سابق، ص ٣٨.

٢٩. أ.د. سرور أحمد فتحي، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٦٨.

٣٠. أنظر، شريف أمينة، المعايير الموضوعية للمحاكمة العادلة في القانون الدولي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقائد تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ٨٦،٦٩

٣١. جاء في المادة (٧/١/د) من الميثاق الأفريقي" حق التقاضي مكفول للجميع، وأن يشمل هذا الحق حق محاكمة المتهم خلال فترة معقولة وبواسطة محكمة محايدة".

٣٢. شريف أمينة، المرجع السابق، ص ٦٤. ٦٥.

٣٣. د. عمر محمد على، قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١، دن، ص ٥٠ و٥١

٣٤. أ.د. شهاب سليمان وآخر، مرجع سابق، ص ٦٧.

٣٥. د. على فضل البوعينين، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

٣٦. أ.د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، مرجع سابق ص ٧٥٣.

٣٧. حيث نصت المادتين (١٠و١١) على مبدأ علنية المحاكمة، والمادة (١٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

٣٨. أ.د. يس عمر يوسف، المطول في شرح الإجراءات الجنائية والنظرية العامة في الإثبات في المواد الجنائية، المصرية للنشر والتوزيع، ط٣، ٢٠١٨م، ص ٣٩١.

٣٩. الجريدة الرسمية لجمهورية السودان، العدد ١٨٩٥المؤرخ في ٢٠١٩/٧/٣م.

٤٠. السيد شرعان، شفوية المحاكمة والمرافعة والاستثناءات التي ترد عليه، بحث منشور في المجلة القومية، القاهرة، العدد الثاني يوليو/ تموز، المجلد السادس عشر، ١٩٧٣، ص ٢٠٩.

٤١. أنظر المادتين (٣٠و٣١) شهادة الخبراء ومناقشتهم، من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م مقروءة مع المادة (١٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية (شهادة الطبيب والخبير).

٤٢. د. محمد الطراونة، مرجع ساق، ص ٥٤.

٤٣. د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص ٩٢و٩٣.

٤٤. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

٤٥. د.مصطفى يوسف، أصول المحاكمات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، دت، ص ٢١

٤٦. أ. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٠، ص ٤٠٣.

٤٧. د. نجوى يونس سديرة، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ص ٢٢٩.

٤٨. د. ممدوح خليل البحر، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨، ص ٢٦٩.

٤٩. د. محمد الطراونة، مرجع سابق، ص ٦٤.

٥٠. المادة ١٨٧ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م.

٥١. د. محمد الطراونة، المرجع نفسه، ١١٢.

٥٢. د. عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص ٢٥

٥٣. غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي، مجلة الحقوق، العدد ٢،١، مارس، يونيو، سنة ١٩٩٦، ص ٨٨.

٥٤. أ.د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط٢، ٢٠٠٢، ص ٤٩٢.

٥٥. مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩١م ص ٦٣.

٥٦. د، هلالي عبد الله أحمد، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة في الفكر الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٩، ص ١٣٨.

٥٧. أنظر المادة ١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أكدت مجموعة من الضمانات ومن بينها حق الدفاع.

٥٨. المادة ١٣٥، حق المتهم في أن يدافع عنه محام أو مترافع، وحقه في مناقشة البينة وقبول مرافعاته، المادة (١٣٩/ح،ي).

٥٩. د. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠م، ص٩٨٤.

٦٠. د. محمود محمود مصطفي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة العاشرة، ١٩٨٨م ص ٥٢٥.

٦١. د، وحيد الو ادعي، مرجع سابق، ص ٢٦٠.

٦٢. د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٨١٦.

٦٣. أ. د. شهاب سليمان عبد الله وآخر، مبادئ العدالة الجنائية بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني، دراسة شاملة للمعايير الدولية للمحاكمة العادلة، ٢٠٠٩م، ص ٢٨٣.

٦٤. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٦

٦٥. أ. د. شهاب سليمان عبد الله وآخر، المرجع نفسه، ص ٢٨٣.

٦٦. د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، جامعة الإسكندرية، ج٢، ٢٠٠٧م، ص ٨٣٨.

٦٧. د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٩٨٨.

٦٨. د. محمود محمود مصطفي، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

٦٩. أ.د. شهاب سليمان عبد الله وآخر، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

٧٠. د، محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٩٩٠.

٧١. أ.د. يس عمر يوسف، شرح قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ط،١٩٩٣م، ص ٣٢٢.

المصادر والمراجع

● القرآن الكريم.

أولاً: كتب الفقه الإسلامي:

١. الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٧٦م.

٢. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج١، دار الكتاب العربي بيروت.

ثانياً: كتب اللغة العربية:

٣. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، طبعة جديدة محققة ومشكوله شكلاً كاملاً ج١، القاهرة.

٤. مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ص ٣٠٦، مادة "تحقيق نهائي أو محاكمة".

ثانياً: كتب القانون:

٥. أ. د. ثروت بدوي، النظم السياسية، أصول الفكر

السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٠م.

٦. أ.د. شهاب سليمان عبد الله وآخر، مبادئ العدالة الجنائية بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني، دراسة شاملة للمعايير الدولية للمحاكمة العادلة، ٢٠٠٩م.

٧. أ.د. أحمد على إبراهيم حمو، القانون الجنائي السوداني، ١٩٩م، د ن، ط٦، ٢٠١٧م.

٨. أ.د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط٢، ٢٠٠٠م.

٩. أ.د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط٢، ٢٠٠٢م.

١٠. أ.د. يس عمر يوسف، المطول في شرح الإجراءات الجنائية والنظرية العامة في الإثبات في المواد الجنائية، المصرية للنشر والتوزيع، ط٣، ٢٠١٨م.

١١. أ.د. يس عمر يوسف، شرح قانون الإجراءات الجنائية، لسنة ١٩٩١، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ط،١٩٩٣م.

١٢. أ.د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ط ٦، دار النهضة المصرية، ٢٠١٥م.

١٣. أ.عبيد حاج على، فلسفة القانون، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، ٢٠٠٦، ط١.

١٤. د. إبراهيم أنيس، وآخرون، المعجم الوسيط، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ج٢.

١٥. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، جمهورية مصر العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

١٦. د. حسن صبحي أحمد، عقوبة المتهم في الفقه الإسلامي، بحث منشور في كتاب المتهم وحقوقه في الشريعة، ج٢.

١٧. د.خليل أحمد، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت.

١٨. د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ج٢، ٢٠٠٧م.

١٩. د. سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ج٢، ٢٠٠٧م.

٢٠. د. عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٣م.

٢١. د. عبد الله سعيد فهد الدوه، المحاكم الخاصة والاستثنائية وأثرها على حقوق المتهم، دراسة تأصيلية مقارنة بالقوانين والمواثيق الدولية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط١، ٢٠١٢م.

٢٢. علي فضل البوعينين، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، ، دت، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، سنة ٢٠٠٦م.

٢٣. د. محمد الأمين البشري، العدالة الجنائية ومنع الجريمة، دراسة مقارنة، منشورات مركز الدراسة والبحوث التابع لأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٩٩٧م.

٢٤. د. محمد الطراونة، حقوق الإنسان بين النص والتطبيق، منشورات مركز عمان لدراسات حقوق الإنسان، مطبعة الشعب، ط١، ٢٠٠٣م.

٢٥. د. محمود محمود مصطفي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة العاشرة، ١٩٨٨م.

٢٦. د. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠م.

٢٧. د. ممدوح خليل البحر، مبادئ قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨م.

٢٨. د. وحيد بن سعيد الوادعي، الضمانات الدولية للمحاكمة الجنائية العادلة، دار جامعة نايف للنشر، الرياض، ٢٠٠٧م.

٢٩. د.محمد الطراونة، الحق في المحاكمة العادلة، دار الخليج للنشر والتوزيع، ٢٠١٤م.

٣٠. د.مصطفى يوسف، أصول المحاكمات الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، دت.

٣١. د، هلالي عبد الله أحمد، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة في الفكر الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٩م.

٣٢. د. على بن الجرجاني، كتاب التعريفات، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٣م.

ثالثاً: الرسائل العلمية :

أ/ رسائل الدكتوراه:

٣٣. شريف أمينة، المعايير الموضوعية للمحاكمة العادلة في القانون الدولي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة أبوبكر بلقائد تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠١٥م.

ب/ رسائل الماجستير:

٣٤. د.نجوى يونس سديرة، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان.

٣٥. عبد الله العلايلى، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت، ط١، المجلد٢، ١٩٧٤م.

رابعاً: المجلات العلمية:

٣٦. م. د. عدي طلفاح محمد، ذاتية الجريمة الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، سنة ٢٠١٧، ، العدد٢، ج ١.

٣٧. السيد شرعان، شفوية المحاكمة والمرافعة والاستثناءات التي ترد عليه، بحث منشور في المجلة القومية، القاهرة، العدد الثاني يوليو/ تموز، المجلد السادس عشر، ١٩٧٣م.

٣٨. د. إحسان عبد الهادي، مجلة كلية القانون للعلوم والسياسة، المجلد ٧، العدد ٣٦، سنة ٢٠١٨م
٣٩. غنام محمد غنام، حق المتهم في محاكمة سريعة في القانون الأمريكي، مجلة الحقوق، العدد ٢،١، مارس، يونيو، سنة ١٩٩٦م.
٤٠. مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٧٦م.

خامساً: التشريعات الدولية:

أ/ المواثيق الدولية:

٤١. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦. صدر العهد بدوره سنة ١٩٦٦، ودخل حيز التنفيذ سنة ١٩٧٦م.

ب/ الإعلانات الدولية:

٤٢. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨، اعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢١٧).
٤٣. إعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة ١٩٨٥.
٤٤. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تم إقرار هذا الميثاق في عام لسنة ١٩٨١م.

ج/ الاتفاقيات الدولية:

٤٥. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة(حلف سان خوسيه كوستاريكا) وأقرت هذه الاتفاقية في تاريخ ١٩٦٩/١١/٢٢م.

الدساتير والقوانين:

أ/ الدساتير:

٤٦. الوثيقة الدستورية للفترة الانتقالية لجمهورية السودان لسنة ٢٠١٩م.

ب/ القوانين:

٤٧. قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م.
٤٨. قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م.

الحماية القانونية للقيم الاجتماعية «دراسة مقارنة»

د. أزهري عباس الطاهر*

مستخلص

هدفت هذه الدراسة على التركيز بإبراز الحماية القانونية للقيم الاجتماعية والأخلاقية، استخدمت الدراسة المنهج الاستقرائي والتحليلي الوصفي لبيان أهمية القيم والحماية القانونية اللازمة لرعايتها. جاءت هذه الدراسة في ثلاث مباحث المبحث الأول تضمن مفهوم القيم وأنواعها وتناول المبحث الثاني القيم الاجتماعية والآثار السالبة الواقعة عليها وفي المبحث الثالث الحماية القانونية والشرعية للقيم الاجتماعية. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها: حماية القوانين الدولية والوطنية للقيم الأخلاقية، رعاية الشريعة الإسلامية للقيم الأخلاقية الراقية ووجوب المحافظة عليها وعدم الاهتمام بالقيم يؤدي إلى تفويض الكيان الجامع للأمة. توصي الدراسة بضرورة تفعيل النصوص الدستورية والقانونية لحماية القيم الاجتماعية، وجعل القيم الاجتماعية من أولويات المناهج الدراسية ووضع برامج تثقيفية تهتم بإبراز القيم الاجتماعية في كافة مؤسسات الدولة في شكل دروس ومحاضرات ومسلسلات درامية تعكس الضعف والخوار الذي يهدد بالقضاء للقيم الاجتماعية الفاضلة.

Abstract

The study aimed to focus on displaying the legal protection of social values and morals,the study used the inductive and analytical descriptive method to show the importance of values and the legal protection necessity to careit. This study represented in three sections, the first section included the concept of values and their types, the second section dealt with social values and the negative effects on it, and in the third section the legal and legitimacy protection for social values. The study reached a number of findings, the most important of which are: the protection of international

values, making social values a priority in the curricula, and setting up educational programs concerned with highlighting social values in all state institutions in the form of lessons, lectures and drama series that reflect weakness that threatens to eliminate righteous social values.

and national laws for moral values, the Islamic Sharia's care for high moral values and the necessity of preserving it, and the lack of interest in values leads to the delegation of the collection unit to the nation. The study recommends the necessity of activating the constitutional and legal texts to protect social

مقدمـــة

دائماً تقع الجرائم وتتعدد في المجتمع اللاأخلاقي وذلك لانعدام القيم الأخلاقية التي تستند على مبادئ يقوم عليها المجتمع الراقي وتستخدمها التشريعات الوطنية عن طريق الدساتير والقوانين الوضعية كما ان الرعاية الاسلامية للقيم هي من اعظم مرتكزات الفضيلة والتسامح بين الناس وهناك قيم اجتماعية مشتركة حيث تتعايش وتتولد عنها افكار مضيئة كالقيم الاسلامية والمسيحية إذا وجدت مناخا صالحا كذلك القيم الحزبية والنقابية والرياضية مع اختلاف مجتمعاتها واسوا مافي القيم تلك التي تدفع بأنصارها نحو الترويح ونشر القيم غير الفاضلة . والمشرع عندما يضع قاعدة قانونية يأمر الكافة باتباعها وينذر بالعقاب عند مخالفتها خلافا للأوامر والنواهي الدينية التي تظل محصورة في الاكراه المعنوي فقط وبتوبيخ الضمير والتهديد بالعقوبة في الدار الاخرة وذلك بسبب الجهل بالدين وقواعده الاصولية ومقاصده الشرعية لذلك اعتمدت المجتمعات على العمل بالقواعد القانونية بعيدا عن القيم الدينية والتي من المفترض ان تكون هي الاصل في تقويم السلوك نحو القيم الفاضلة لأنها اكمل واسهل واعظم من القوانين إلاّ أن القيم الدينية تحتاج إلى علماء ودعاة مؤهلون ويكونون قدوات لأممهم وشعوبهم والمجتمعات دائما

معيار تطورها وحضاراتها يعتمد على القيم الإنسانية والاجتماعية والأخلاقية الراقية وهذا يقع على عاتق العلماء والدعاة والمثقفين والمناهج التربوية والتعليمية برعاية الدولة.

أهداف البحث:

١. التركيز على القيم الاجتماعية وتطورها.
٢. توضيح اسباب انهيار القيم الفاضلة.
٣. لفت الانظار إلى ان الخطاب الديني والتربية السليمة اقوي من العقاب القانوني في مسالة المحافظة على القيم الاجتماعية بينما نجد العقاب القانوني يكتفي في معظم الاحيان بالغرامة والحبس وذلك في احسن أحواله.

أهمية الموضوع واسباب اختياره:

تتبع اهمية الموضوع من عنوانه وحاجة المجتمع إلى الاهتمام بخلق مجتمعات إنسانية ذات قيم أخلاقية عالية تدعو إلى التعايش بسلام مع الجميع مهما اختلفت آراؤهم وافكارهم وثقافاتهم.

منهج البحث:

اتبع الباحث المنهج الاستقرائي والوصفي والتحليلي المقارن .

المبحث الاول

مفهوم القيم وانواعها وخصائصها

المطلب الاول

القيم والمثل العليا

تعتبر القيم هي المثل العليا في كافة المجتمعات البشرية وهي معيار التقدم بمختلف ثقافاتها ومعتقداتها عبر التاريخ دون النظر إلى مصادر هذه القيم و تعتبر القيم أنها مجموعة من المبادئ والقواعد العامة التي توجه السلوك البشري داخل المجتمع نحو تحقيق ما يعتقد انه الخير وتجنب ما ينظر اليه على انه يجسد الشر كما أن القيم الأخلاقية تستهدف تحسين العلاقات بين البشر وإعطاء الحياة البشرية معنى يساعد على الحفاظ على التماسك الاجتماعي بالرغم من وجود الفوارق والتناقضات داخل المجتمعات البشرية[١] ويقصد بالقيم المعايير والموازين الموجهة لحركة الإنسان والضابطة والحاكمة للفعل الحضاري بكل تنوعاته وامتداداته وتشكل القيم كل المقاصد والمصالح وفي الشريعة الاسلامية تعتبر القيم

هي روح الشريعة الاسلامية و منهاجها الذي تتميز بها عن غيرها من الشرائح . وتعتبر القيم الاجتماعية كذلك في حقوق الإنسان (فقد جاء تعريف القيم حسب حقوق الإنسان في المفهوم الغربي بانها (مجموعة الاحتياجات أو المطالب التي يلزم توافرها بالنسبة إلى عموم الاشخاص وفي أي مجتمع دون أي تمييز بينهم لاعتبارات الجنس أو النوع أو اللون أو العقيدة أو السياسة أو الاصل الوطني أو لأي اعتبار آخر) [٢].

كما تعرف الشريعة الاسلامية مفهوم حقوق الإنسان بأنها (المزايا الشرعية الناشئة على التكريم الإلهي للإنسانٍ والتي يجب على الجميع رعايتها تنفيذاً لأحكام الشارع وتحقيقاً لمقاصده) [٣].

وتأتي اهمية القيم الاجتماعية والأخلاقية من أن الإنسان كائنا مجتمعيا و لايستطيعان يعيش منعزلا وللمجتمع البشري مكونات وقيم تساعد على توثيق الروابط بين افراده ويعني بالمجتمع البيئة الطبيعية بظهور القواعد القانونية فلا يوجد مجتمع منظم دون قانون والإنسان كما يري افلاطون في كتابه (الجمهورية الفاضلة) والفارابي في كتابه (اراء اهل المدينة الفاضلة) فالإنسان مخلوق مجتمعي بالفطرة ويحتاج في حياته التعاون مع غيره ووجد الباحث ان المجتمعات السابقة نشأت وتطورت بعيدا عن فكرة الانعزالية وكانت تستند على مكونات وعناصر ساهمت في توثيق الروابط بين أفرادها وكانت تخضع لقيم اجتماعية تشكل المصدر الاجتماعي لمظاهرها الاجتماعية[٤].

وعندما انتقل الإنسان من مجتمع الفطرة والبدائية إلى المجتمع السياسي اصبح يعيش الإنسان يعيش في تجمعات بشرية لها أسلوبها في الحياة والتفكير والتعامل مرتكزة على العديد من المعتقدات والقيم وبمرور الزمن تراكمت هذه المعتقدات والقيم وترسخت واصبحت تراثاً يلتزم بهٍ الجميع ويسعى للحفاظ عليه منتقلاً من جيل إلى جيل حتي تعاقبت الاجيال وكانت هذه المجتمعات قديما قد سيطر عليها الجهل والخرافة مما ساعد على انتشار الجهل والتخلف وانحطاط في

المجتمعات القديمة وكل ما ارتقت امة هبطت بعوامل الجهل مما اوجب السعي وراء ايجاد مجتمع متحضر يحمل قيما تدفع به إلى الامام وتقوم على قواعد ومقاييس تحمل فكرة التطور وتسود في المجتمع بأفكار مستنيرة تعتقدها الجماعة وتتخذها معايير للحكم على الاعمال والتصرفات وتزيد عليها من الصفات ما يجعل الخروج عليها والانحراف عنها عملا يجافي مُثل الجماعة ويعرض من يخالفها للعقاب والشعور.

بالذنب والندم فكل مجتمع يميل للتقيد بمجموعة قيم تراكمية عبر العصور وتحمل في طياتها بذرة فنائها من الجهل والقبلية والعنصرية وكل تراث قومي يجعل من التقليد الأعمى جزاء مهماً في حياته ويمارس هذا المجتمع أنواعاً من الضغوط الاجتماعية ليحافظ على هذه القيم الموروثة ويمنع الإساءة لها بإسم التراس هذا مجتمع غير متطور بينما كان الأجدر والواجب على المجتمع البحث عن ايجاد سلوك بنظام قيمي ثابت يجعله اقدر على التكيف النفسي والفكري السليم الذي يوفر له الشعور بالسعادة والأمن والطمأنينة [٥] ويؤكد علماء الاجتماع ان المجتمع البشري هو في الحقيقة بناء معياري قيمي تتكون منه قواعد للسلوك الإنساني بينما نجد ان الإنسان يتميز عن غيره من الكائنات بأنه مخلوق مدرك للقيم وخاضع لها كما تعتبر القيم صورة للمجتمع لانها الضابط المعياري الاساسي لسلوك الفرد والجماعة.

المطلب الثاني

خصائص القيم

١. تعتبر القيم ذاتية وشخصية يحسها كل فرد على نحو خاص به وتتوقف على ما يملك من اعتقاد وإيمان[٦].
٢. كما تعتبر القيم أيضاً أنها غير خاضعة للقياس فهي إنسانية وغير محدودة[٧].
٣. تعتبر القيم أنها نسبية تختلف باختلاف الأفراد والأمكنة والأزمنة والبيئات والثقافات والحاجات والرغبات[٨].
٤. وتتميز القيم كذلك بأنها تخضع لسلم هرمي تتغير فيه المراتب

والدرجات تبعاً لظروف الفرد ورغباته وتبعا لتغير نظرته للحياة وتبعا لتطوره العقلي والاجتماعي ووضعه الاقتصادي وإذا كانت القيم لا تتخذ مرتبة ثابتة في نفس الفرد أو المجتمع فإن وتيرة التغير تختلف من قيمة إلى قيمة وهناك قيما لا تثبت على حال وهناك قيم تتغير ببطء وصعوبة وهناك قيم جوهرية لا تتغيرولا تتبدل واهمها القيم الروحية والخلقية مما يؤكد اهمية طلب العلم واحترام القواعد العلمية لتطبيق القيم الايمانية بأخلاق فاضلة تسعي لخلق مجتمع متحضر ومتطورلا تسوده خرافة ولا يتحكم فيه دجل ولا تمارس فيه طقوس ضارة ولا مضللة وبالرغم من وجود قيم خاصة بكل فرد وكل مجتمع إلاّ أن هناك قيما عامة تشترك فيها الغالبية العظمي وهي التي يجب ان تسود متضمنة الفضائل الأخلاقية الآتية :

١. الصدق والامانة والفاء والتسامح والكرم والشجاعة وعزة النفس والاعتزاز بالكرامة والعفو عند المقدرة واغاثة الملهوف والبعد عن الجهل والخرافة والدجل.
٢. التضامن الاجتماعي والمساوة في تكافؤ الفرص.
٣. الديموقراطية التي تعد نظاماً سياسياً واجتماعياً وفكرياً يقوم على حرية الرأي واحترام الحقوق الحريات ومشاركة الجميع في اتخاذ القرار.

تتصف القيم الاجتماعية بأنها معتقدات مصدرها الثقافة وتقوم على المعرفة والسلوك والثقافة وبذلك تكون فوائد القيم جزء من كيان الأمة وتمس الشعور وتثير العواطف حيث يسهل على الجميع القيام بأدائها وتطبيقها وممارستها كسلوك يتميز به المجتمع عن المجتمعات الأخرى وتتصف كذلك القيم الفاضلة بالاستمرار النسبي وتبقي مستمرة ولاتزول الا إذا ظهرت عوامل أخرى تثبت عدم صلاحية القيم القائمة (غير أن تغيير القيم يتم بشكل تدريجي[٩] وذلك يؤكد ان التطور

والرقي لا يكونان إلا بمحاربة الجهل فلا اعتبار للقيم الا بنبذ الاباطيل والترهات فالقيم يجب ألا تعتمد إلا على ثوابت علمية.

المبحث الثاني

القيم الاجتماعية والاثار السالبة الواقعة عليها

المطلب الاول

القيم الاجتماعية

إن القيم الاجتماعية تتعدد في المجتمعات البشرية ولا تنحصر إلاّ أن منها انواع كالقيم الجمالية (معايير الجمال والقبح) وقيم دينية وأخلاقية (معايير الخير والشر) وقيم منطقية (معايير الصواب والخطأ) وقيم عقلية (معايير القيمة في التفكير العقلي) وقيم اجتماعية (معايير الصفات المرغوب فيها في ثقافة معينة وتسعي هذه الدراسة إلى ايجاد عوامل تؤدي لاحداث تغيير في القيم ونمو الافكار وتطورها وتلاقحها وتفاعلها مع غيرها بمبادئ وأخلاق فاضلة ومنهجية وعلمية داخل المجتمع وخارجه حتي يكون هناك مواكبة في تغيير أسباب الانتاج واستغلال الامكانيات المتاحة استغلالا مفيداً في ايجاد نقلة نوعية بشحذ همم افراد المجتمع واكتشاف جميع وسائل التقدم والتطور مضافاً لذلك الحماية القانونية لهذه القيم للاستفادة من الثروات الطبيعية بشكل سريع ومستمر وبعد أن كان المجتمع يعيش على هامش التاريخ لابد ان يصبح منتجا حتي تتدفق عائداته لينتفع بها كافة افراد المجتمع مراعاة للمصلحة العامة التي تعتبر هدفا استراتيجيا لا سيما وان المجتمعات البشرية لا تطور الا وفق قيما تقوم بتطوير المجتمع ومنفردة عن ارادة الافراد متخذا اسلوبا خاصة في التكون البشري حتي تكون القيم محمية بالقانون إلى درجة الالزام .

وهناك علاقة وطيدة للقيم الاجتماعية وعلاقتها بتحديد شخصية المجتمع فالقيم الاجتماعية هي التي تحدد شخصية المجتمع وتشكلها وهل هو مجتمع جاهلي ام علمي متقدم ومن الضروري ايجاد قيم تأخذ بيد افراد المجتمع إلى بر الامان بالرغم من

وجود اختلافات بين المجتمعات فمثلا اختلافبين المجتمع العربي والمجتمع الغربي وبين المجتمع الرأس مالي والمجتمع الاشتراكي اذ ان الخلاف يعود أصلاً إلى تباين في هذه القيم حتي ان المجتمع الواحد ربما توجد فيه فيه قيم اجتماعية مختلفة في داخله حيث يوجد هناك قيم حزبية وقيم طائفية واخري وطنية قومية وقيم اسلامية وهي التي يؤمل ان تجمع بين جميع هذه القيم المتفرقة ولا يمنع ذلك من ان تكون هناك قيم اجتماعية مشتركة ويمكن لها ان تتعايش وتتولد عنها افكار مضيئة اسلامية ومسيحية مثلا إذا وجدت مناخا صالحا وقيم حزبية ونقابية ورياضية هي الأخرى يمكن أن تتعايش مع اختلاف مجتمعاتها واسوأ مافي القيم تلك التي تدفع بأنصارها من اجل الترويج والنشر لقيم غير فاضلة تختلف عن قيم الواقع بينما نجد ان هناك قيم اجتماعية خاملة لاتبذل أي اجتهاد للانطلاق من واقعها الضيق مما يؤكد للقيم ان القيم الفاضلة الراقية تحتاج إلى مجاهدات للخروج من تقوقعها فالقيم مرتبطة بالمجتمع وهي تنبثق منه وتعبر عن اماله ورغباته وحاجاته وتتواكب مع مراحل تطوره .

وقد انتشرت الاديان السماوية بالرغم مما رافق اتباعها من تعذيب وتشريد وقتل ومحاربة من قبل خصومهم واعدائهم كما انتشرت الديمقراطية كظاهرة اجتماعية بالرغم مما عانته من ضغوط وتعذيب في بداية انتشار افكارها كما نجحت حركات التحرر والاستقلال من الاستعمار وهذا يعتبر اكبر دليل على نجاح الثوار بالرغم مما تعرضوا له من نفي وقمع وسجن وكل ذلك من اجل الحرية فالقيم الاجتماعية التي يجب ان تحترم عنما تكون هادفة ربما تنشأ عن طريقة عفوية وربما يقوم بها جميع افراد المجتمع وقد تنشأ كذلك عبر القيم الاجتماعية قيم منتظمة تقوم بها بعض الفئات في المجتمع وفي القوانين التي يضعها الحكام والمجالس النيابية والقواعد الاجتماعية وقد تختلف هذه المكونات في طريقتها وقد تكون ضعيفة عنما تتخذ شكل الالزام

الديني المعنوي وقد تكون قوية إذا كانت عن طريق القانون وهذا يتضح من خلال القاعدة القانونية والتي تعرف بأنها امرة ومجردة وبشكل عام تختلف عن الاوامر الدينية والتي لاتقوا الا عند من يهتم بها والمجتمع عندما يضع قاعدة قانونية يأمر الكافة بإتباعها وينذر بالعقاب عن مخالفتها في حين تبقي الاوامر والنواهي الدينية منحصرة في الاكراه المعنوي فقط بتوبيخ الضمير والتلميح بالتهديد بالعقوبة في الدار الاخرة وهذا بسبب الجهل بالدين وقواعده الاصولية ومقاصده الشرعية مما جعل اغلب الامم تلجأ للعمل بالقواعد القانونية التي تضعها السلطات الحاكمة بعيدا عن القيم الدينية والاجتماعية فاكتفت بالعقاب القانوني في معظم الجرائم في حين ان العقاب الديني اقوي من العقاب القانوني عند من يعلمه ويحترمه ويجتهد في تطبيقه إلاّ أن القوانين الوضعية قد قامت بحماية القيم الاجتماعية ونجد هذا فيما اوجبته الشرعة الدولية في احترام خصوصية الإنسان كحق من الحقوق القيمية واخضعت ذلك إلى قيود تستوجبها المصلحة العامة وهذه قيمة قد حرص عليها الاسلام الذي يحرم انتهاك حرمة الخصوصية ولا ينتقص من حرمة الخصوصية الا من كان ناقص الاسلام كما في قوله صلي الله عليه وسلم (من حسن اسلام المرء تركه ما لا يعنيه) .

وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يدخل الجنة قتات)[١٠] والقتات هو النمام وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلي الله عليه وسلم قال (من تسمع حديث قوم وهم له كارهون صب في أذنيه الآنك يوم القيامة)[١١] وسيتناول الباحث أدلة شرعية تعني بهذا الأمر في المبحث الأخير .

المطلب الثاني

الآثار السالبة والجرائم الواقعة بسبب انتهاك القيم الأخلاقية

ما من جريمة خطورتها أكبر على المجتمع في الدين والعرض والأمن والمال وتؤدي إلى تقويض أهم أركان قيم المجتمع اكبر من القتل والاغتصاب وأكل أموال الناس بالباطل والطمع

والجشع والاحتيال وكلها جرائم كفيلة بقتل الضمير قبل القيم ولا تنهض امة تتعدد فيها مثل هذه الجرائم المجزأة والتي يطلق عليها قانونا التعدد الصوري مما يتسبب فيه الجناة لأكثر من جريمة واحدة .

ومن المعلوم ان الجرائم بهذا المعني نوعان هما :

١. تعدد صوري .

٢. تعدد واقعي .

فالفعل في التعدد الصوري ينسب إلى الجاني في حقيقته كفعل واحد من الناحية المادية وتعدد الجرائم الواقعة من الجاني تعدد اوصاف التي ينعت بها القانون من الوجهة الجنائية بالنظر إلى الظروف التي ارتكب فيها[١٢] ومن أمثلة التعدد الصوري للجرائم هتك العرض في الطريق العام اذ انه فعل مادي واحد تتوافر به اكثر من جريمة واحدة فظرف العلنية يجعل منه جنحة فعل علني واضح وعلى ذلك نصت المادة (٢٨٧) عقوبات مصري .

واما التعدد الواقعي للجرائم فالأصل فيه تعدد العقوبات بتعدد الجرائم سواء كانت هذه الجرائم من نوع واحد كأن تكون كلها سرقات أو من انواع مختلفة كأن تكون سرقة ونصب وقتل[١٣] .

والمفاسد التي تأتي بسبب الجرائم الناتجة عن انتهاك القيم كثيرة كفيلة بأن تقضي على القيم الفاضلة و الامن العام بالرغم من ان القوانين قد اهتمت بحق الامن وان دستور السودان منذ ١٩٥٦م إلى دستور ٢٠٠٥م قد نصت جميعها على حق الامن فالقضاء على القيم يعني القضاء على الأمن.

فجريمة القتل مثلا تعد انتهاكا لقيمة حب الإنسان لأخيه الإنسان وتحمله والصبر عليه ويكون الجاني قد عرض نفسه لعقوبة القتل إذا كان عمدا تحت المادة (١٣٠)[١٤] .

فكل الجرائم التي تقع في المجتمع تؤكد على الجهل التام بالقوانين والتي وضعت أصلاً لحماية المجتمع واحترام القيم الفاضلة التي تدعو إلى حياة فاضلة وكريمة يسودها التسامح والتصالح والتعاون على البر واعمال كافة الاعمال الحسنة والمعاملة الكريمة التي تحفظ امن المجتمع وتصون العرض ويكون الذي قد

انتهك القيم وداس على القوانين قد عرض نفسه للعقوبات المنصوص عليها كالمادة السابقة والمادة (١٤٩)[١٥] الاغتصاب و(١٥٠)[١٦] مواقعة المحارم و(١٥١)[١٧] الافعال الفاحشة و(١٥٣)[١٨] الاخلال بالآداب و(١٧٦)[١٩] الابتزاز و(١٧٨)[٢٠] الاحتيال وغيرها من الجرائم الخطرة التي تضمنها القانون الجنائي السوداني وأغلب من يرتكبون هذه الجرائم وغيرها هم الذين ينتهكون القيم والأخلاق الفاضلة التي تبني المجتمع وتؤسس عليه كل قوي الخير و تدفع بتطوره وتقدمه وارتقائه .

المبحث الثالث

الحماية القانونية والشرعية والتربوية للقيم الاجتماعية

المطلب الاول

الحماية القانونية للقيم الاجتماعية

اوجبت الشرعة الدولية احترام حق الإنسان في خصوصيته بحسب الاعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م والذي نص على حق الإنسان في احترام خصوصيته وقد اثار هذا جدلا بين فقها القانون في امريكا وبريطانيا وفرنسا إلى ان جاء الاعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م بالإقرار بهذا الحق في المادة (١٢)[٢١].

وقد اشار دستور جمهورية السودان ٢٠٠٥م في المادة (١٦) التي تناولت القيم والطهارة العامة[٢٢](٤) (ف١) : تسن الدولة القوانين لحماية المجتمع من الفساد والجنوح للشرور الاجتماعية وترقية المجتمع كله نحو القيم الاجتماعية الفاضلة بما ينسجم مع الاديان والثقافات (ف٢): تسن الدولة القوانين وتنشئ المؤسسات للحد من الفساد والحيلولة دون اساءة استخدام السلطة وضمان الطهارة في الحياة العامة ومن هنا يتضح ان دستور ٢٠٠٥م وجه توجيها واضحا بسن القوانين التي تحمي المجتمع من الفساد والجنوح للشر وقد اهتم كذلك بترقية المجتمع من القيم الاجتماعية الفاضلة .

وقد نص ذات الدستور في المادة (٢٣) في الفقرة (ز) يلتزم بالقانون ويتعاون مع الاجهزة المختصة على حفظ

القانون والنظام العام وفي الفقرة (ط) يستهديويسترشد بوجه عام في اعماله بمصالح الامة والمبادئ المنصوص عليها ... في هذا الدستور[٢٣].

وقد اهتمت القوانين بحماية الخصوصية باعتبارها من القيم الاساسية في الحق الشخصي للفرد ويمتد هذا الحق ليشمل اسرته وورثته في من حيث المسكن والمراسلات وهذه الحقوق مشمولة بالحماية القانونية فيما يمس السمعة والشرف وقد اشار العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (١٧) منه ما يؤكد ما نصت عليه المادة (١٢) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان[٢٤] وفي ذات الخصوص جاءت الدساتير والقوانين السودانية كما ذكر الباحث بالتأكيد على حق الإنسان على احترام قيمه وخصوصياته كما في دستور ١٩٦٨ كفلت المادة(٣٧) حرية المراسلات لكل المواطنين وسريتها وفق للقيود المعقولة التي ينص عليها القانون والمادة (٣١) منه كفلت حرية المساكن وحظرت مراقبتها ودخولها الا وفق القانون وفي دستور جمهورية السودان الديمقراطية ١٩٧٣م المادة (٣٢) تناولت حرمة حياة المواطنين الخاصة وكفالة وحرية وسرية الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية والمادة (٤٣) اكدت حرمة المساكن وحظر دخولها دون اذن ساكنيها الا عن طريق القانون وكذلك دستور ١٩٨٧م السوداني نص على حق الإنسان كما في الباب الثالث الحقوق والحريات الاساسية وقد اتفقت النصوص الدستورية على تقرير الحماية العامة إلى ان جاء دستور ١٩٩٨م في المادة (٢٩) منه التي تناولت كفالت الدستور للمواطنين وحرية الاتصال والمراسلة اعتبرت حقوق الإنسان الخاصة حرمات لا يجوز الاطلاع عليها الا بإذن .

واكد دستور ٢٠٠٥م ان وجب الدولة المحافظة على حياة المواطنين بعزة وكرامة واكدت المادة (٢٨)منه لكل إنسان حق اصيل في الحياة والكرامة والحياة الشخصية وقد تقدم مضمون المادة(١٦) من دستور ٢٠٠٥م الخاص بالقيم والطهارة العامة وغيرها .

المطلب الثاني

الحماية الشرعية للقيم الاجتماعية

القيم الأخلاقية والاجتماعية هي محور مقاصد الشريعة الاسلامية ولها مكانة عليا في رعاية حقوق الإنسان وقيمه في الاسلام الذي يسهم لدرجة كبيرة في الاهتمام بحقوق الإنسان متمثلة في القيم الفاضلة والأخلاق الكريمة وحرياته من الانتهاك عن طريق بناء الذات بناء أخلاقيا ايجابيا لايقر انتهاك الحقوق فنجد ان الشريعة الاسلامية تحرم انتهاك حقوق الإنسان وتشجع على احترامها بالتزكية الذاتية للنفس وذلك يتمثل في مراقبة حقوق الله وحقوق الخلق والتحلي ومراعاة الكرامة الإنسانية بالتحلي بقيم العدل والانصاف وخلق الإحسان وطهارة النفس والبر والإيثار ولذلك تتمثل اهمية القيم الأخلاقية في الاسلام للحركة الحقوقية (ان الحركة الحقوقية بحاجة ساسة إلى ان تكون حركة أخلاقية وليس مجرد حركة قانونية ثقافيه وفكرية فبدون أخلاق وبدون تخليق فستظل حركة حقوق الإنسان دائرة حول المظاهر دون ان تصل إلى المخابر وستظل تشتغل بالوسائل من غير تقدم في تحقيق المقاصد واكثر من ذلك كله ستظل عرضة للتكليف والتوجيه والتعطيل بحسب ما يريده اصحاب الغلبة والنفوذ وذوو النزوات والشهوات)[٢٥].

ويأتي مفهوم القيم الأخلاقية في الشريعة الاسلامية حيث يقصد به (المعايير والموازين الموجهة لحركة الإنسان والضابطة والحاكمة للفعل الحضاري بكل تنوعاته وامتداداته وفق رؤية الاسلام ومقاصده)[٢٦].

والشريعة الاسلامية تنزلت بالتكريم الالهي للإنسان ويعتبر الإنسان هو الاساس الاول لحقوق الإنسان في الاسلام حيث خصه الله سبحانه وتعالي بمميزات تميزه عن سائر المخلوقات حيث يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلا ﴾ [الإسراء: ٧٠]، ويتساو في هذا التكريم جميع البشر

مهما اختلفت مواطنهم وأنسابهم والوانهم وعقائدهم رجالاً ونساءً، كباراً وصغاراً وذلك مما يتضح في قول الله تعالى ﴿بَنِي آدَمَ﴾ وقد ذكر ابن عاشور : والمراد ب ﴿بَنِي آدَمَ﴾ جميع النوع فالأوصاف المثبتة هنا انما هي احكام للنوع من حيث هو كما هو شأن الاحكام تسند إلى الجماعات[٢٧] وقال تعالي ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٤]، والتقويم هو جعل الشي في قوام أي عدل وتسوية[٢٨] فالإنسان مقوم في الصورة والمعنى حيث يراه الله تعالى مستوىاً في القامة متناسباً في الأعضاء مزينا بالعلم والفهم والعقل والتمييز والمنطق. وقال تعال: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ * قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا﴾ [البقرة: ٣١-٣٢]... قال ابن كثير : هذا مقام ذكر الله تعالى فيه شرف ادم على الملائكة بما اختصه من علم أسماء كل شي دونهم[٢٩].

المطلب الثالث

القيم الأخلاقية تعني الكرامة الإنسانية

إن إكرام الله للإنسان يعد أول حقوق الإنسان في الاسلام إذ أن الله عز وجل كرم الإنسان وأحسن اليه واختصه بما يميزه عن سائر المخلوقات كما قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾ [الإسراء: ٧٠]، ويتساوى في هذا التكريم جميع البشر بصفتهم الإنسانية مهما اختلفت ألوانهم ومواطنهم وأنسابهم وعقائدهم كما يتساوى في ذلك الرجال والنساء كباراً وصغاراً لعمومية لفظ بني آدم الوارد في الآية الكريمة وهذا التكريم الالهي للإنسان له مظاهر من اهمها ان الله احسن صورة الإنسان واكمل هيئتها ونفخ فيها من روحه وامر الملائكة بالسجود للإنسان وجعله خليفة في عمارة الارض و وسخر له ما في السماوات والارض وخلقه في احسن تقويم وميزه بالعلم والفهم والعقل والمنطق كما قال تعال: ﴿عَلَّمَ

آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ﴾ [البقرة: ٣١]، ومن أهم مظاهر تكريم الله للإنسان ان خصه بالسمو الروحي وقد ترتب على هذا الامتياز والتكريم اول حق من حقوق الإنسان المميز بالاستخلاف في الأرض والصحيح أن الإنسان هو خليفة الله في ارضه لإقامة احكامه وتنفيذ اوامره وان الله لم يخلق الإنسان عبثا بل خلقه لعبادته وبذلك تكون القيم الأخلاقية هي من اوائل حقوق الإنسان وهي كذلك مقصد من مقاصد الشريعة الاسلامية ومن أهم القيم الأخلاقية التذكية واصلها في اللغة الطهارة والنماء والبركة والمدح[٣٠] والتذكية من اكبر القيم الأخلاقية ولا تكون ولا تتحقق الا بالتطهير من العيوب المعنوية والادران والآفات النفسية والتخلي عن الرذائل والتخلص من نوازع الشر الموجودة في مكامن النفس ولا تتحقق كذلك الا بتنمية المحاسن والفضائل والخير بكل ما فيه من صفاء النفس وتنبع اهمية التزكية من كونها احد مقاصد البعثة المحمدية[٣١].

ومن مكونات القيم الاجتماعية ومظاهرها الإنسانية نجد العدل وهو من اهم القيم الأخلاقية والعدل هو خلاف الظلم والجور وفي اللغة هو القصد وهو مايقوم مقام الشيء من غير جنسه من باب عدل يعدل عدلا فهو عادل[٣٢] وفي الاصطلاح يعرف العدل بأنه القسط والتسوية والانصاف والتزام الحق والتوسط في الامور والعدل هو كل شيء مفروض من عقائد وشرائع في أداء الأمانات وترك الظلم والانصاف واعطاء الحق[٣٣] ويعرفه المعاصرون بأن العدل في عرف الشرع هو اعطاء كل زي حق حقه والالتزام بالإنصاف في شيء وفي جميع الأحوال وكل الوسائل العامة والخاصة[٣٤] والعدل يجسد إقامة القسط ويشمل مفهوم العدل في الإسلام أيضاً العدل القانوني والعدل الاجتماعي والعدل الدولي وهكذا تتعدد أبعاد قيمة العدل ومجالاته فالعدل القانوني يعني سريان القانون على الناس جميعا قنيهم وفقيرهم وحاكمهم ومحكومهم والعدل الاجتماعي يعني محو التفرقة

بين الطبقات وتوفير العيشة الكريمة لكل إنسان والعدل الدولي يعني الوفاء بالعهود واحترام الفضيلة والتعامل بالمثل والعمل لإزالة مظاهر الظلم والاستضعاف في الارض وقد قرر الاسلام مبدأ المساواة بين الامم والشعوب دون تمييز ولاشك انه بدون هذه المبادئ يتعذر تحقيق السلم والامن الدوليين[٣٥] وبهذا تتعدد ابعاد قيمة العدل في الاسلام لتشمل العدل مع الله بالتوحيد والتعظيم والتسليم ومع النفس بالموازنة بين قواها المختلفة ومع الاسرة والقرابة بالصلة والانصاف ومع الجماعة المسلة والامة الإنسانية كافة بالإصلاح والقسط في الحكم بينهم فهو العدل الشامل العام الذي لا يتأثر بأنانية ذاتية ولا بقرابة دموية ولا بموقع اقتصادي ولا جغرافي اذ ان العدل هو اسم من اسماء الله تعالى وصفة من صفاته[٣٦] ﴿ . .وتنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ﴾ ومن القيم الأخلاقية كذلك نجد قيمة الإحسان وهو لغة فعل ما هو حسن مع الاجادة في الصنع وفعل ما ينبغي مايفعل من الخير والمعروف مع الاتقان وفي الشريعة أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك وهذا تحقيق العبودية لله تعالي والربوبية ويتأسس عليه إحسان المعاملة مع الخلق وقد عرفه الغزالي بقوله (نعني بالإحسان فعل ماينتفع به المعامل وهو غير واجب عليه ولكنه تفضل منه فإن الواجب يدخل في باب العدل وترك الظلم[٣٧] وقد عرف العز بن عبد السلام الإحسان بقوله: والإحسان أما جلب مصلحة أو دفع مفسدة[٣٨] وبذلك يكون الإحسان هو كقيمة أخلاقية يقصد به تقديم حقوق الغير على حقوق النفس وقد اورد الشاطبي تعبيراً مناسباً عن الإحسان حيث قال الإحسان هو (إسقاط حظوظ النفس والقيام على قدم العبودية)[٣٩] .

والإحسان مأمور به ليشمل جميع الناس أمراً خاصاً يشمل بر الوالدين وزوي القربة واليتامى والمساكين والجار ذي القربي والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت ايمانكم وهذه هي فصائل المجتمع التي تحتاج إلى المعاملة الحسنة بحسب القيم الأخلاقية

الفاضلة والتي يجب رعايتها من اصطناع المعروف والايثار على النفس والمحافظة على النسيج الاجتماعي دون تهتك وتمزق وقد وصفت امنا خديجة رضي الله عنها وصفت النبي صلي الله عليه وسلم بقولها: (إنك لتصل الرحم وتحمل الكل و تكسب المعدوم وتقري الضيف وتعين على نوائب الحق)[٤٠] وهذه هي معالي قمم القيم الأخلاقية.

المطلب الرابع

أهمية العملية التربوية وعلاقتها بالقيم الاجتماعية

تحتاج القيم في رعايتها والمحافظة عليها إلى وجود عملية تربوية تقوم على احترام القيم الأخلاقية .

والتربية اليوم تجد نفسها بالضرورة معنية برعاية النشء لطريقة جديدة ومختلف عن ماهو قائم وسائد في الأوساط التربوية بدأ من مراحل الطفولة إلى نهايات الرجولة ومهما يكن من امر فإن التربية الأخلاقية التي تغرس القيم الفاضل تنطلق من مبدأ النمو الحر للطفل من الاسرة والمدرسة والمجتمع و في مرحلة الطفولة يجب ان تشكل التربية التي ترعي القيم الأخلاقية وتعتبر اساساً تراعي عفوية الطفل وحريته وفق تربية أخلاقية متميزة لان العصر القائم يشهد تحولات وتغيرات عميقة واكتشافات علمية وتكنولوجية تخطف التقاليد وتهدم القيم وتصدم المعايير التقليدية للوجود والتي اصبحت غير قادرة أبداً على مواكبة التغيرات الاجتماعية الشاملة والعميقة وفي دائرة هذه المواجهة بين التقليد والحداثة يشهد العصر تراجعا غير مسبوق في المستوى الأخلاقي وفي المستوى الأسري حيث بدأت العائلة تفكك وبدأت معدلات الجريمة والعنف والادمان والمخدرات تتزايد و بدأنا نشهد تميراً منظماً ومخيفاً للبيئة في البر والبحر.

ربما يتبادر إلى الذهن سؤال عن كيفية اعداد مواطن يمتلك حسن المسؤولية ومحافظاً على هذه القيم الأخلاقية في هذا العصر الذي تعصف به التغيرات العاصفة والتحولات التكنولوجية المذهلة وما افضل الطرق التي يمكن أن تعتمد في عملية بناء وتربية المواطن؟

وللإجابة على هذين السؤالين فإن الإنسانية جمعاء تمتلك روح أخلاقية متجانسة والناس جميعا في كل انحاء العالم يحترمون القيم ويمجدون العدالة ويرفعون من شأن المدنية ويقدسون الحقيقة ويعشقون الجمال وفوق ذلك كله يمجدون العقلانية والوطن واللغة والدين والناس جميعهم يستوحون هذه القيم الكونية ويرفعون من شأنها مما يوجب وضع القيمِ الأخلاقية ضمن المناهج التربوية عموماً.

مما سبق يتبين ان الانظمة التربوية القائمة ما زالت بعيدة عن تحقيق التوازن الأخلاقي المنتظر فالتربية السائدة في بلداننا تركز على المهارات دون الاهتمام بتربية الروح والقلب والقيم وهذا النوع من التربية يزود المجتمع بالخبرات والمؤهلات العلمية دون ان يركز عي الجوهر الأخلاقي ومن أجل تقديم تصور اعمق حول هذا التفكك في التربية الأخلاقية علينا ان نتساءل على سبيل المثال وليس الحصر من اين يأتي هؤلاء الخبراء والمبرمجون في محال الحاسوب الذين يوظفون قدراتهم الابداعية في اختراع (فايروسات) تعمل على تدمير النشاطات الإنسانية والمؤسسات العامة وتعطيل بنوك المعلومات في مختلف أنحاء العالم ومن اين يأتي هؤلاء الفنانون المبدعون الذين يروجون للعهر والعنف والمخدرات: وبكل بساطة نقول أن السبب في ذلك غياب ثقافة القلب والضمير والتي يعبر عنا بالقيم، ولأن عالمنا المعاصر يعاني من آفات الأنانية والتفكك الأسري وهذا كله قد أدى إلى تراجع القيم الأخلاقية في هذا العالم المريض بالجشع والمتخم بالأنانية والوحشية. وهنا يتوجب علينا ان نعلن صراحة بأن إحياء القيم في المجتمع واجب تربوي وهو يشكل أحد أهم واخطر التحديات التي يواجهها القرن الحادي والعشرون . فالتربية الحقيقية التي تتناغم مع متطلبات هذا العصر واحتياجاته تتمثل في بناء الروح وتشكيل الضمير، وصقل الإنسان بالقيمة الأخلاقية صقلاً يطرد صدأ الأنانية وادران الجشع ويغسل القلوب بماء المحبة ويطهر العقل بنور المعرفة

الإنسانية أي المعرفة التي توضع في خدمة الإنسان لا في مواجهة طموحاته وأحلامه[٤١]. فازدهار المجتمع وتقدمه يقوم على اساس المواطنة الحقيقية لأناس صقلوا انفسهم بالقيم الأخلاقية فامنوا بدورهم الإنساني الخلاق في عملية بناء مجتمعهم وادركوا القيمة العليا لمسألة الواجب والضمير والمبادئ الأخلاقية واهتدوا في مسار حياتهم لتأدية رسالاتهم الإنسانية الخلاقة وهؤلاء الذين تشبعوا بالقيم الأخلاقية لن يمسحوا يوماً لأنفسهم بتقديم مصالحهم الانانية على مصالح شعبهم ووطنهم وأمتهم.

إن المعرفة والمواهب بمختلف انواعها تفقد تألقها وقيمتها الإنسانية المتصلة بالتربية الأخلاقية التي تهذب الضمير وتحي القلوب وتنير العقول فالضمير الإنساني يشكل في جوهر الامر نور الهداية الذي يوجه المعارف والعلوم والخبرات والكفاءات ومن غير القيم الأخلاقية فان هذه المعارف قد تشكل خطرا على المجتمع بتفكيك قدراته وتدمير طاقاته الإنسانية . فلا قيمة لمعرفة من غير ضمير ولا معنى لموهبة من غير قيمة أخلاقية ولا أمل يرتجي من هذا وذاك الا في دورة ايمان راسخ بالقيم الأخلاقية للحياة الإنسانية. فالتجارب تبين بوضوح كبير ان السلوك الاجرامي يبدأ من مشكلات صميمة لعائلات مفككة وان الابداع والحب والبناء والسلام ينطلق من بوتقة اسرة سعيدة متوازنة بمكوناتها ووظائفها الأخلاقية وبالنتيجة يمكن القول ان المجتمع المزدهر يتشكل من مواطنين حققوا نضجهم الأخلاقي وصقلوا قلوبهم بالحب وضمائرهم بنور المحبة والايمان بالله والقيم الإنسانية الخلاقة وهؤلاء هم الذين وجدوا في أحضان اسرهم المحبة والقيم وتذوقوا طعم السعادة في كنف محبيهم. فالتربية الأخلاقية الحقة يجب ان تأخذ بين حناياها الجسد والروح كي تستطيع أن تطلق الشباب إلى مناهل الحرية والبناء والتربية الأخلاقية التي تنهض بجناحيها الروح والجسد من اجل تكوين اجيال تتمتع بالقدرة على مواجهة التحديات وتقرير المصير

فالجذور الحقيقية للسعادة الإنسانية تضرب اوصالها في منبت الشخصية وتتشكل في الاوساط العائلية التي تتميز بدفئها وثرائها العاطفي[٤٢].

والسعادة التي يمكن ان تصدرعن الثراء المادي والعلمي لا يمكنها ان تتحقق الا بالبعد الأخلاقي الذي ينبع من الحق والخيرواحضان الاسرة المحصنة بالقيم الأخلاقية والتدفق الإنساني . ومن هنا يمكن بناء مجتمع يحترم القيم الأخلاقية الفاضلة وعلي ذلك تتأسس امة تعرف قيمتها الحقيقية وماذا تريد وكيف تصل إلى اهدافها النافعة والمفيدة المبنية على اساس علمي وقيمي رفيع المستوى ثابت البنيان.

وعلي الدولة تفعيل القوانين التي تحترم القيم أو استصدار قوانين تحترم القيم الأخلاقية كما يلزم الدولة كذلك الاهتمام بالقيم الاجتماعية والأخلاقية الفاضلة واحترام القيم لايعني المساس بالحريات لكن بالضرورة التفريق بينهما بصورة لا تتعارض بينهما بإدراج برامج تربوية في المؤسسات التعليمية وتوجيه الاعلام المقروء والمرئي والمسموع بأهمية القيم الأخلاقية واستثمار المنابر الدعوية والدرامية والشعبية والرسمية باحترام القيم الاجتماعية وتوجيه المواطن ولذلك وابراز اضرار الممارسات التي تقضي على القيم والدجل والشعوذة وغيرها من مظاهر السلوك غير المنضبط وضبط الشارع وكافة المؤسسات العامة والخاصة باحترام القيم ومعاقبة مرتكبي المخالفات الا أخلاقية أو التي تعرض القيم والمثل العليا للانتهاك ومن خلال تفعيل بعض بنود القانون الدولي الإنساني والقانون الوطني والشرع الحنيف والعملية التربوية التعليمية والاعلامية بكل وسائلها تستطيع الدولة حماية القيم الأخلاقية الفاضلة ورعايتها بما يتماشي مع الواقع الراهن.

خاتمـــة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الذي وفق لهذا البحث ان يصل لهذه الخاتمة والتي تشتمل على النتائج والتوصيات والمصادر والمراجع .

اولاً: النتائج:

١. منها حماية القوانين الدولية والوطنية للقيم الأخلاقية .

٢. رعاية الشريعة الاسلامية للقيم الأخلاقية الراقية ووجوب المحافظة عليها وعدم الاهتمام بالقيم يؤدي إلى تفويض الكيان الجامع للامة .

ثانياً: التوصيات:

١. توصي الدراسة بتفعيل النصوص الدستورية والقانونية لحماية القيم الاجتماعية.

٢. توصي الدراسة بجعل القيم الاجتماعية من اولويات المناهج الدراسية والتربوية

٣. توصي الدراسة كذلك بوضع برامج تثقيفية تهتم بإبراز القيم الاجتماعية في كافة مؤسسات الدولة في شكل دروس ومحاضرات ومسلسلات درامية تعكس الضعف والخوار الذي يهدد بالقضاء للقيم الاجتماعية الفاضلة .

الهوامش

- أستاذ بقسم القانون العام – كلية الشريعة والقانون– جامعة سنار – السودان .

١. القيم الاخلاقية وحقوق الانسان هارون عمار ص١١.

٢. حماية حقوق الانسان في ظل التنظيم الدولي عزت سعد السيد البرعي القاهرة دار النهضة العربية ١٩٨٥م – ص٤.

٣. مقاصد الشريعة الاسلامية واثرها في رعاية حقوق الانسان د/محمد شيخ احمد الخرطوم مطابع العملة ٢٠١٢م ص١٠٩.

٤. القانون الدستوري والنظام السياسي د / محمد المجزوب بيروت لبنان ٢٠٠٢م منشورات الحلبي ط٤ ص١٣.

٥. دراسات تربوية نفسية في الوطن العربي د/ لطفي بركات احمد دار البريخ الرياض ط١ ١٩٨٠ص٨٠-٨١.

٦. القيم والعادات اجتماعية د/ فوزية دياب دار النهضة العربية ط٢ القاهرة ١٩٨٠ ص٢٥.

٧. القيم الروحية في الاسلام د/ احمد فؤاد الاهواني المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية مطابع القاهرة ١٩٦٢ ص٩.

٨. القيم والعادات الاجتماعية د/ فوزية دياب مصدر سابق ص٢٧

٩. علم الاجتماع التربوي د / ابراهيم ناصر دار الجيل بيروت مكتبة الرائد العلمية عمان ١٩٩٢م ص٣١-٣٢.

١٠. المادتين (٣٧) و(٣١) من مشروع تستور جمهورية السودان ١٩٦٨م.

١١. المادتين (٤٢) و(٤٣) من الدستور الدائم لجمهورية السودان ١٩٧٣م.

١٢. النظرية العامة القانون الجنائي د / رمسيس بهنام ط٣ منقحة ١٩٩٧ منشأة المعارف الاسكندرية ص١١.

١٣. النظرية العامة للقانون الجنائي د/ رمسيس بهنام ص١١.

١٤. القانون الجنائي السوداني ١٩٩١م.

١٥. المرجع السابق نفسه .

١٦. المرجع السابق نفسه .

١٧. المرجع السابق نفسه .

١٨. المصدر السابق نفسه .
١٩. المصدر السابق نفسه .
٢٠. المصدر السابق نفسه .
٢١. المادة (١٢) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان ١٩٤٨م.
٢٢. دستور جمهورية السودان ٢٠٠٥م المادة (١٦) (١) (٢).
٢٣. دستور جمهورية السودان ٢٠٠٥م المادة (٢٣) (ز) (ط).
٢٤. المادة (١٧) ١-٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية .
٢٥. انسانية الانسان قبل حقوق الانسان د / احمد الريسوني بحث ضمن كتاب حقوق الانسان محور.
٢٦. مقاصد الشريعة الدوحة وزارة الاوقاف قطر ١٤٢٣هـ ص٦٢.
٢٧. القيم الحضارية في الاسلام د / محمد عبد الفتاح الخطيب القاهرة دار البصائر ط١ ٢٠١١م ص٤٨.
٢٨. التحرير والتنوير ابن عاشور دار التونسية للنشر ج٨ ص٢٧٣.
٢٩. ابن عاشور التحرير والتنوير مرجع سابق ج٦ ص٦١٧.
٣٠. تفسير القران العظيم لابن كثير تحقيق محمود حسن بيروت دار النشر ١٩٩٤م ج١ ص٧٢.
٣١. النهاية في قريب الحديث والاثر لابن الاثير ابو السعادات المبارك ابن محمد الجزري بيروتالمكتبة العلمية ١٣٩٩ج٢ ص٧٦٥.
٣٢. القيم الاخلاقية ... د/ محمد شيخ احمد محمد ص٨٧ .
٣٣. المصباح المنير للفيومي ج٢ ص ٣٩٢.
٣٤. تفسير القرطبي ج٥ ص١٥٠.
٣٥. مقدمة في فقه الدولة الشيخ احمد محمود شيخ نور الخرطوم المركز القومي للانتاج الاعلامي ط٣ ١٩٩٧ص٥٧.
٣٦. اسس العلاقات الدولية في الاسلام د/ عبد المجيد السوسوة بيروت دار ابن حزم ط١ ٢٠٠٥ص١٨-١٩.
٣٧. قضايا القران والانسان في فكر النورسي نقل بديع الزمان النورسي ص٩٠-٩٢.
٣٨. احياء علوم الدين للغزالي ج٢ ص٧٩.
٣٩. قواعد الاحكام في مصالح الانام للعز بن عبد السلام ج٢ ص١٩٠.
٤٠. الموافقات للشاطبي ج٤ ص٢٤٠.
٤١. صحيح البخاري في كتاب الوحي حديث رقم (٦) صحيح مسلم كتاب الفضائل ج٤ ص١٨٠٣ حديث رقم ٢٣٠٨.
٤٢. مرتكزات التربية الاخلاقية في عصر متغير أ د/ علي اسعد وطفة ص٨٨.
٤٣. مرتكزات التربية الاخلاقية في عصر متغير أ د/ علي اسعد وطفة مرجع سابق ص١٠٤.
٤٤. مرتكزات التربية الاخلاقية في عصر متغير أ د/ علي اسعد وطفة مرجع سابق ص١٠٥.

المصادر والمرجع

أ/ اولا القران الكريم.

ب/ السنة النبوية المطهرة:

١. صحيح البخاري.
٢. النهاية في قريب الحديث والأثر.

ج/ كتب التفسير:

١. تفسير القران العظيم لابن كثير.
٢. تفسير القران للقرطبي .

د/ معاجم اللغة:

١. المصباح المنير للفيومي .

هـ/ كتب اسلامية:

١. إحياء علوم الدين للغزالي.
٢. قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام.
٣. الموافقات للشاطبي.
٤. سبل السلام للصنعانى.

٥. التحرير والتنوير لابن عاشور.
٦. أسس العلاقات الدولية في الاسلام د / عبد المجيد السوسوة قضايا القران والإنسان في فكر النورسي (بديع الزمان النورسي).
٧. القيم الحضارية في الاسلام د / محمد عبد الفتاح الخطيب .
٨. إنسانية الإنسان قبل حقوق الإنسان د/ احمد الريسوني .
٩. القيم الأخلاقية وحقوق الإنسان د/ هارون عمار .

و/ كتب علم الاجتماع :

١. علم الاجتماع التربوي د/ إبراهيم ناصر .
٢. القيم والعادات الاجتماعية د/ فوزية دياب .
٣. دراسات تربوية نفسية في الوطن العربي د/ لطفي بركات أحمد .

ز/ كتب القانون :

١. القانون الدستوري والنظام السياسي، د/ محمد المجذوب .
٢. القانون الجنائي السوداني ١٩٩١م .
٣. النظرية العامة للقانون الجنائي د/ رمسيس بنهام .
٤. حماية حقوق الإنسان في ظل القانون الدولي د/ عزت سعد السيد البرعي .
٥. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية .
٦. الاعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م .
٧. مشروع دستور جمهورية السودان ١٩٦٨م ودستور ١٩٧٣م ودستور جمهورية السودان ٢٠٠٥م .