مجلة جامعة شندي
للدراسات والبحوث الشرعية والقانونية
(علمية – نصف سنوية – محكمة)

تصدر عن كلية القانون جامعة شندي

السنة الأولى - العدد الأول
يونيو 2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

المشرف العام :
بروفيسور تاج السر حسن محمد أحمد - مدير (رئيس) الجامعة

الهيئة الإستشاريّة :
أ.د. إبراهيم حسن إبراهيم
أ.د. أسامة محمد عثمان خليل
أ.د. أسعد عبد الحميد إبراهيم
أ.د. الحاج محمد الحاج الدوش
أ.د. جلال الدين بانقا أحمد بشير
أ.د. سيف الدين الياس حمدتو أرباب
أ.د. شهاب سليمان عبد اللّٰه
أ.د. عوض أحمد إدريس
أ.د. يس عمر يوسف

رئيس هيئة التحرير:
د. أحمد المصطفى محمد صالح.

مدير التحرير:
أ. عمر مختار سالم عبد الرحمن

عضوية هيئة التحرير:
أ.د. عمر الجيلاني الأمين حمّاد
د. هويدا خلف اللّٰه حسين
أ. نسيبة إبراهيم محمد عبد القادر

مساعدو التحرير:
أ. تسابيح بابكر عبد اللّٰه
أ. وفاء عوض السِّيد عباس

المراجعة اللغويّة :
د. صديق خالد الحاج

قواعـد وإجـراءات النشـر في المجلــة

أولاً: القواعـد العامـة لقبـول النشـر:

1. أن يكون البحث أصيلاً ، وتتوافر فيه شروط البحث العلمي المعتمد على الأصول العلمية والمنهجية المتفق عليها في كتابة البحوث الأكاديمية شكلاً ومضموناً .
2. أن يكون البحث بلغة سليمة، ومراعياً لقواعد الضبط ، والموضوعية والمستوى العلمي الرفيع ، وألا تزيد صفحات البحث على (25) صفحة متضمنة الهوامش والمراجع .
3. أن يكون الباحث ملتزماً بدقة التوثيق ، وحسن إستخدام المصادر والمراجع ، وتثبيت هوامش البحث ومراجعه في نهاية الصفحة .
4. ألا يكون البحث قد سبق نشره أو قُدِّم للنشر في أي جهة أخرى.
5. تحتفظ المجلة بحقها في إخراج البحث وإبراز عناوينه بما يتناسب وأسلوبها في النشر.
6. يرفق ملخص البحث المراد نشره فى حدود (100- 150) كلمة باللغتين العربية والإنجليزية ، ويكون مسبوقاً بالعنوان ، ويوضع فى صفحة منفصلة .

ثـانيـاً: إجـــراءات النشـــر:

1. يرسل البحث مطبوعاً ومراجعاً من نسختين مع المادة المحفوظة في أقراص الحاسوب المرنة أو المدمجة .
2. في حالة قبول البحث مبدئياً يتم عرضه على محكّمين اثنين من ذوي الاختصاص في مجال البحث ، ويتم إختيارهم بسرية تامة ، ولا يعرض عليهم إسم الباحث أو بياناته ، وذلك لإبداء آرائهم حول مدى أصالة البحث وقيمته العلمية.
3. يخطر الباحث بقرار صلاحية بحثه للنشر من عدمها على ضوء قرار المحكّمين .
4. في حالة ورود ملاحظات من المحكّمين ترسل تلك الملاحظات إلى الباحث لإجراء التعديلات اللازمة ، على أن تعاد للمجلة خلال مدة أقصاها شهر من إستلامه تلك الملاحظات .
5. البحوث التي لم تنشر لا تعاد للباحثين .
6. ظهور البحث وترتيبه فى المجلّة يخضع للإعتبارات الفنيّة.

ثـالثاً: حقوق النشـــر:

تؤول حقوق النشر كافة للمجلة .

رابعاً: المسئولية القانونية عن النشـــــر:

تعبِّر جميع الأفكار الواردة في البحوث المنشورة في المجلة عن آراء كاتبيها ولا تعبِّر عن وجهة نظر المجلة.

مراسلة المجلة على العنوان التالي:

جامعة شندى – كليّة القانون
مجلة جامعة شندي
للدراسات والبحوث الشرعيّة والقانونيّة
ص.ب 142 ، 143 شندى
جامعة شندى . شندى .
السودان
البريد الألكترونى:
journal.law2017@gmail.com

كلمة المشرف العام

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد بن عبد الله وعلى اله وصحبه أجمعين.

وبعد..

نبارك للأخوة في كلية القانون هذه الإصدارة العلمية القيمة التي تفرعت عن أصل متين هو مجلة جامعة شندي وتخصصت في مجال الدراسات والبحوث الشرعية والقانونية .

ومن منطلق حرصنا على دعم وتشجيع مثل هذه المبادرات نثمن عالياً جهود الأخوة في كلية القانون وأسرة التحرير ونعلن أن رعاية إدارة الجامعة لهذه المجلة ستستمر وتتواصل بإذن الله حتى تحقق الأهداف السامية المرجوه منها ، ولتكون قبلة للباحثين في مجالات دراسات الشريعة الإسلامية والقانون.

نسأل الله تعالى أن يسدد الخطى و أن ينفع بها البلاد والعباد.

أ.د. تاج السر حسن محمد أحمد
مدير (رئيس) الجامعة
المشرف العام

إفتتاحيّة العدد

الحمد لله رافع السماء بلا عمّد ، المتفضّل على عباده بنعم لا تُعد . والصلاة والسلام على المصطفى السيّد السند ، من بعثه الله تعالى رحمة للبشريّة كافة ، وأخرج به أمماً من الظلمات إلى النور .

بعد التطوّر الذى شهدته جامعة شندى من توسّع فى كلياتها ، سواء فى العلوم الإنسانيّة أو التطبيقيّة ، وتحقيقاً لقرارات مجلس الأساتذة ، ودعم إدارة الجامعة ، بأن تُطوّر مجلة الجامعة إلى دوريات علميّة متخصصة ، وأن تُصدر كل كليّة دوريّة علميّة رصينة ، ها هى كليّة القانون تبادر بهذا العمل العلمي الغزير فى محتواه وفى قدره ، وذلك بإصدار مجلة جامعة شندى للدراسات والبحوث الشرعيّة والقانونيّة ، لتكون ماعوناً للباحثين من داخل السودان وخارجه ، تتلاقح فيه الأفكار ، وتطرح فيه الرؤى .

كلنا أمل أن ينطلق ما نبذله من جهد ، وإصرار وعزيمة ومثابرة ، لتخرج أعداد المجلّة إلى القراء والباحثين ، فى المستوى العلمى الذى نرتجيه ونطمح إليه ، خصوصاً فى الدراسات الإنسانيّة ذات الطابع التجديدى ، وعلى الأخص فى الدراسات الشرعيّة والقانونيّة بإعتبارها مجلة متخصصة .

يصدر هذا العدد الأول من مجلة جامعة شندي للدراسات والبحوث الشرعيّة والقانونيّة بالتزامن مع عهد جديد ، نأمل أن يرّسِخ لسيادة الدستور وحكم القانون .

إذا كان الدور الأساسى لهذه المجلة هو التعريف بالقانون السودانى والتأصيل له ، وتكوين فقه قانونى سودانى حديث ، فإنّ التعرّف على الفكر العربى القانونى يدخل أيضاً فى إهتمامنا بصفة أساسيّة ، وإنّه ليسعدنا أن نتلقّى من أنحاء العالم العربى المقالات القانونيّة التى تناقش المستجدات فى عالمنا الحديث ، والمعضلات التى تثيرها قضايا العولمة وتطوّر الإتصالات ، والطفرة التى تبعتها فى مجال التجارة الدوليّة وقوانينها ، والقانون الدولى وفى أجهزته خاصة فى مجال القانون الجنائى .

إننا أيضاً فى سعينا نحو تكوين فقه قانونى سودانى ، نسعى إلى إحداث تلاقح فى الفكر العربى القانونى ، وإلى تقارب فى النّظم القانونيّة ، ذلك يستلزم عدم ركود التشريعات والتى تستلزم بدورها الملاحقة بالإصلاح ، سواء بالإضافة أو التعديل أو الإلغاء ، ولا سبيل لذلك غير الإجتهاد بالمقارنة مع التشريعات المتقاربة بإجراء الدراسات والبحوث ، مما يؤدى إلى دعم الإخاء العربى ، أملنا المرتجى فى سبيل التقدّم والإزدهار ، والتكامل والتكافل والإتحاد .

والله ولي التوفيق..

د. أحمد المصطفى محمد صالح
رئيس التحرير

فهرست البحوث في العدد الأول

م	الموضوع	الكاتب	الصفحة
.1	أحكام قسمة المهايأة فى قانون المعاملات والفقه الإسلامى	د . أحمد المصطفى محمد صالح.	8
.2	التنظيم القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الإنشاءات الهندسية	د.أبوعبيدة الطيب سليمان الخليفة. د.ماهر ابراهيم عبيد. د.محمد العالم آدم أبوزيد.	26
.3	حيازة العقار في القانون السوداني دراسة مقارنة	د.أحمد محمد أحمد الزين.	46
.4	المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي	د. بابكر صالح محمد المدنى.	71
.5	حكم الردة شرعاً وقانوناً وقضاء	د. المكاوي الخضر علي أحمد.	105
.6	وزن البيِّنة الكافية عند توجيه التهمة	د. زكريا عبد الوهاب محمد زين.	129
.7	جريمة غسيل الأموال في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)	د. السر الجيلاني الأمين حماد. د. حامد سليمان محمد نزافي.	146
.8	أثر رضا المجني عليه في الجناية على النفس (دراسة مقارنة)	د. عبد الله محمد البشير السنوسي.	162

أحكام قسمة المهايأة
فى قانون المعاملات المدنية السوداني والفقه الإسلامى

د . أحمد المصطفى محمد صالح الصادق[1]

مستخلص البحث

قسمة المهايأة هى قسمة وقتيّة تقع على منافع الشيئ الشائع ، وبمقتضاه ينفرد كل شريك بالإنتفاع بما عيّن له من المال الشائع ، بمقتضى الإتفاق أو بحكم القضاء، ويكون ذلك إما بتخصيص كل شريك بجزء مفرز من الشيئ الشائع يمارس عليه سلطاته فى الإستعمال والإستغلال مدة محددة ، وإما بإستقلال بعض الشركاء أو أحدهم بإستعمال كل الشيئ المملوك على الشيوع وإستغلاله فترة محددة ينتقل بعدها الإنتفاع إلى شريك آخر .

قانون المعاملاتٍ المدنية لسنة 1984م سكت عن قسمة المهايأة على الرُغم من أنّه تضمّن موادا لقسمة المال الشائع ، ومن الضرورى اللجوء إليها عند الإقتضاء حتى يتسنى للشركاء الإنتفاع بالمالِ الشائع . لذا يجب النّص عليها وأن تنظّم بمواد خاصة بها تتفق مع طبيعتها ، لأنّ قسمة المهايأة لا تؤدى الى إنقضاء الشيوع ، وإنّما فى حقيقتها طريق من طرق الإنتفاع بالشيئ الشائع .

Abstract

The allotment of joint utility that comes from a joint possession is temporal. Each partner utilizes his share according to an agreement or a judgment. Each partner can make use of the share in the finance of a joint possession allotted to him, independently from the other partners, for a certain period of time.

Another method is that partners can succeed each other in enjoying complete temporal possession of the joint possession.

The Civil Procedures Law of 1984 doesnt mention the joint possession utility overtly; though it includes some codes that represent a reference in judging joint property allotment. So partners can make utility. It is more concerned with the benefits than finalizing the ambiguity of the joint property.

مقدمة :

كما هو معلوم أنّ المال هو عصب الحياة ، تقضى به الحاجات الضرورية للإنسان فى شتى المجالات ، وتؤدى به فروض الدين ، وتوصل به الأرحام ، وتعان به الأفراد والأمم ،ويؤول للورثة عند وفاة المورِث ، لذلك قرنه الحق جلّ وعلا

(١) أستاذ مشارك – عميد كلية القانون جامعة شندي.

بالأبناء،قال تعالى : {الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا}[2]. لذلك اهتمت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية بالمال ووسائل ملكيته ، ووجوه التصرف فيه ، ووضعت له الشرائع والقوانين التى تحمى الملكيات وتنظم المعاملات ، وتمنع أن يجور الإنسان على حق أخيه ، ووضعت العقوبات الكفيلة بحماية هذه الحقوق .

فقد تمتلك الأموال على وجه الشيوع بين عدة أشخاص ، والشيوع صورة من صور الملكية يكون فيها الشيئ مملوكاً لعدة أشخاص دون أن يتعيّن نصيب كلٍ منهم مادياً فى الشيئ ، ويترتب على ذلك أنّ حق كل واحد من الشركاء هو حق جزئى يقع على الشيئ المشترك جميعه .

أهمية البحث :

1. الملكية الشائعة فى السودان منتشرة وأسبابها كثيرة ومتنوعة .
2. الشيوع أمر غير مرغوب فيه لما يسببه من متاعب ومنازعات بين الشركاء .
3. صعوبة إدارة المال الشائع وصعوبة التصرف فيه .
4. الشيوع يسبب أضراراً إقتصادية عامة وخاصة قد تؤدى الى تعطيل إستغلال الشيئ الشائع .

أهداف البحث :

1. التعرّف على الكيفية التى إتبعها المشرِّع السودانى فى تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع.
2. الوقوف على جوانب القصور فى قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م إزاء الإستمتاع بالمال الشائع .
3. معرفة أهم صور الإنتفاع بالشيئ الشائع فى الفقه الإسلامى و القوانين الوضعية .

أسباب إختيار موضوع البحث :

1. معرفة مدى كفاية ما جاء فى قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م فيما يتعلق بقسمة المال الشائع والإنتفاع به .
2. القوانين لا تشجع البقاء على حالة الشيوع فى العقارات لأنّها تعتبر عائق يحول دون الإرتقاء بالمال الشائع وإستثماره .
3. الرغبة الجادة عند كثير من الشركاء فى المال الشائع الخروج من حالة الشيوع لعدم فائدة الإنتفاع به .

مشكلة البحث :

1. ماذا يعنى الشيوع ؟
2. هل عرف الفقه الإسلامى قسمة المهايأة ؟
3. ما هى أنواع القسمة ؟
4. ما موقف قانون المعاملات المدنية من حيث الكفاية والقصور فى تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع ؟

منهجية البحث :

تعتمد الدراسة على المنهج العلمى الحديث الذى يجمع بين الإستقراء والإستنباط بإعتباره أقرب مناهج البحث العلمى المقارن .

هيكل البحث :

المبحث الأول : مفهوم القسمة ومشروعيتها .
المبحث الثانى : مشروعية القسمة وأنواعها .
المبحث الثالث : مفهوم المهايأة وطبيعتها .
المبحث الرابع : أنواع قسمة المهايأة .
المبحث الخامس : إنقضاء قسمة المهايأة .

المبحث الأول
مفهوم القسمة ومشروعيتها

الملكية الفردية هى الوضع العادى للملكية ، وفيه تظهر الخصائص العامة للملكية من أنّها حق دائم وشامل وقاصر على المالك ، حيث أنّ المالك وحده دون غيره يملك حق التّصرف ، وحق الإستعمال ، وحق الإستغلال فى الحدود التى رسمها القانون[3] .. غير أنّ الملكية كثيراً ما تتخذ أوضاعاً أخرى مغايرة لهذا الوضع المألوف ، كأن تكون متعلقة بجزء نسبى غير معيّن وغير محدد من شئ مملوك ، لأكثر من واحد ، نتيجة إشتراك فيه دون إفراز ، بمعنى أنّ كل جزء يكون مملوكاً لأكثر من شخص واحد بنسب معينة كالسدس و النصف والثلث ، سواء أكان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً ، وهذا ما يطلق عليه الحصة الشائعة فى الشيئ المملوك المشترك[4] .

هذا يقتضى أن نتعرّف على معنى الشيوع ، ثمّ نعرِّف القسمة ومشروعيتها على النحو الآتى :

أولاً : تعريف الشيوع :

قانون المعاملات المدنية عرّف الملكية الشائعة بأنّها : " إذا تملّك شخصان أو أكثر شيئاً بسبب من أسباب التملّك دون أن تقرر حصة كلٌ منهم فهم شركاء على الشيوع وتحسب حصص كلٌ منهم متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك[5] " .

أما القانون المدنى المصرى جاء فيه : " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كلٌ منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية أذا لم يقم الدليل على غير ذلك[6]" . مجلة الأحكام العدلية عرّفت المشاع بأنّه : " ما يحتوى على حصص شائعة كالنصف والربع والسدس والعشر وغير ذلك من الحصص السارية الى كل جزء من أجزاء المال منقولاً كان أو غير منقول[7] " .

وقد عرّف فقهاء القانون الشيوع بتعريفات كثيرة منها : " صورة من صور الملكية يكون فيها الشيء مملوكاً لعدة أشخاص دون أن يتعيّن نصيب كلٌ منهم مادياً فى الشيء ولكنّه يتعيّن معنوياً فى الحق نفسه[8] " ، وعرّفه آخر بأنّها : " الحالة التى يتعدد فيها الملاك لشيء دون أن يكون لواحد منهم جزء مفرز محدد[9]" ، وجاء فى تعريفه أيضاً : " الشيوع نظام مركب يتميّز بالتعقيد فى مظهره وجوهره ، وأما مظهر الشيوع فهو إشتراك عدة أشخاص فى ملكية شيء واحد

، من شأن هذا الإشتراك أن تتحقق المساواة بينهم جميعاً فى التسلط على هذا الشيء ، وأما جوهره فهو أنّ هذا الإشتراك فى ملكية الشيء كله يتحدد بنسبة رمزية يرمز بها الى حصة كلٌ منهم فى الشيء[10]" . ومما تقدّم يمكن القول أنّ الشيوع هو إحتواء الشيء على حصص شائعة غير مفرزة تشمل كل جزء من أجزاء المال سواء أكان منقولاً أو غير منقول .

أما أسباب الشيوع ، يعتبر الميراث هو السبب الغالب والمعتاد لوجود حالة الشيوع، ولكنّه ليس هو السبب الوحيد ، فالإستيلاء على الموات لو قام به أكثر من شخص بالنسبة لنفس الشيء لإكتسبوا ملكيته على الشيوع ، ونفس الشيء بالنسبة للتقادم المكسب ، وأيضاً العقد حيث يمكن أن يشترى أكثر من شخص شيئاً فيكون على الشيوع بينهم ، كذلك يمكن أن يوصى شخص بمال معين لأكثر من شخص . ويعتبر من أهم الأسباب المؤدية الى إنهاء الشيوع القسمة .

ثانياً : تعريف القسمة :

القسمة فى اللغة تطلق ويراد بها التجزئة والتوزيع والتفرقة ، فالقسمة بكسر القاف إسم مؤنث معناه التجزئة[11] .

أما تعريفها فى الفقه الإسلامى فإنّ تعريفات الفقهاء تكاد تكون جميعها متقاربة ومتطابقة ، حيث جاء فى تعريفها : " إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض[12]" ، وعرّفها آخر : " تعيين نصيب كل شريك فى مشاع ولو بإختصاص تصرف[13] " ، وجاء فى تعريفها هى : " تمييز الحصص بعضها عن بعض[14] "، وعرِّفت أيضاً بأنها " تمييز بعض الأنصباء عن بعض وإفرازها عنها[15]".

ومما سبق يمكن تعريف القسمة بأنّها : تحديد نصيب شائع فى مكان معيّن بإفراز بعض الأنصباء عن بعض . نلاحظ إنّ فقهاء القانون إختلفوا فى تعريف القسمة لفظاً، ولكنّهم متفقون من حيث المعنى .

فقهاء القانون لم يألوا جهداً فى وضع تعريفات للقسمة نذكر منها : " إخراج الشركاء من حالة الشيوع بإعطاء كلٌ منهم نصيباً معيناً من المال يختص به دون غيره[16]"، وعرفها آخر:" إعطاء كل شريك فى الشيوع قدراً يعادل نصيبه فى المال الشائع[17]" ، وتعريف آخر: "عملية الغرض منها إخراج المالك من الملك المشترك الى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء[18]".

ومما تقدّم يمكن تعريف القسمة بأنّها : وسيلة لإنهاء الشيوع ، وبها يتم تجزئة المال الشائع الى حصص مفرزة ، يختص كل شريك بحصة منها تعادل نصيبه فى المال الشائع، ويتصرف فيها تصرف المالك دون أن يزاحمه فيها باقى الشركاء .

المبحث الثانى
مشروعية القسمة وأنواعها

أولاً : مشروعية القسمة :

المتدبّر لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها فى التصرفات ، يجد أنّ موضوع قسمة المال من الموضوعات الهامة والمعتبرة فى نظر الشرع ، ذلك لأنّ التصرفات المعتبرة فى نظر الشرع لابدّ أنّ يكون وراءها مشروعية ، ومشروعية القسمة نجد

أساسها التشريعى فى القرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، والإجماع والمعقول[19] .

مشروعيتها من القرآن :

مشروعية القسمة وردت فى القرآن الكريم فى أكثر من آية ، ومنها قوله تعالى:{وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُوْلُواْ الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً}[20]، تبيّن هذه الآية الكريمة أنّ الله سبحانه وتعالى شرع لأولى القربى واليتامى والمساكين ، ممن لم يكونوا وارثين ، إذا حضروا قسمة التركة أن يرزقوا منها، لأنّ أنفسهم توق الى شئ منها ، وقوله تعالى " فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ " راجع الى المال المقسوم المدلول عليه بالقسمة ، فدلّ ذلك على مشروعية القسمة وجوازها شرعاً . وكذلك الآية: { وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاء قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ[21] } ، وتفيد الآية أنّ الله سبحانه وتعالى أمر بقسمة الماء بين قوم صالح عليه السلام ، وبين الناقة قسمة مهايأة ، يوم لهم ويوم لها ، يوم لهم يشربون فيه ولا تشرب الناقة ، ويوم تشرب الناقة ولايشربون هم ، مصداقاً لقوله تعالى : {قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ}[22] ، وإذا كانت الآية الكريمة قد دلّت على جواز القسمة فى شرع من قبلنا وهم قوم ثمود ، فإنّ شرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد ناسخ ، ولم يرد ناسخ ، فدلّ ذلك على جواز القسمة ومشروعيتها[23] .

مشروعيتها من السنة المطهرة :

ما روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : " إنّما جعل النبى صلى الله عليه وسلّم الشفعة فى كل ما لم يقسّم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة[24]" ، فإذا وقعت الحدود أى حصلت قسمة الحدود فى المبيع ، وإتضحت بالقسمة معالمها .

مشروعية القسمة من الإجماع :

أجمعت الأمة الإسلامية منذ عهد النبوة الى يومنا هذا على جواز القسمة ومشروعيتها ، لما لها من ضرورة شرعية تتمثل فى إنهاء الشيوع لما يسببه من متاعب للشركاء ولم ينكر ذلك أحد ، فكانت مشروعيتها متوارثة .

مشروعية القسمة فى القانون :

قانون المعاملات المدنية عرّف الملكية الشائعة بأنّها : " إذا تملّك شخصان أو أكثر شيئاً بسبب من أسباب التملّك دون أن تقرر حصة كلٌ منهم فهم شركاء على الشيوع وتحسب حصص كلٌ منهم متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك[25]" .

أما القانون المدنى المصرى جاء فيه : " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كلٌ منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك"[26]. إذن حق الملكية ذاته منقسم بين عدة أشخاص لكل منهم نصيب أو حصة أو النصف، أو الربع ، ولكن الشيء ذاته محل الحق يظل غير منقسم ، حتى لو كان بطبيعته قابل للإنقسام .

ثانياً : أنواع القسمة :

تتنوّع القسمة من حيث إنهاء الشيوع وبقائه الى نوعين : قسمة الأعيان ، وقسمة المنافع.

قسمة الأعيان :

عرّفت بأنّها : " إعطاء كل شريك فى الشيوع قدراً يعادل نصيبه فى المال الشائع[27]" ، وهى القسمة التي يطلق عليها المُشرع القسمة النهائية ، على إعتبار أنّها تنهى الشيوع ، بمعنى أن كل شريك مثلاً : يملك من الأمتار المربعة التى يسمح القانون بإفرازها وفتح سجل خاص بها وتسجّل فى إسمه ، بحيث يصبح لا يجمعه رابط ببقية الشركاء . ، وهذه القسمة ك ما وضح ترد على ملكية الشيء الشائع ، ويكون أثرها إنهاء الشيوع .

قسمة المنافع :

قسمة المنافع هى قسمة لا ينتهى بها الشيوع ، وهى التي أُطلق عليها قسمة المهايأة، وهى طريق من طرق الإنتفاع بالمال الشائع وتكون أصلاً بإتفاق الشركاء ، بذلك هى عبارة عن إتفاق مؤقت يراد به تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع .

فقد يكون المال المشترك لا يقبل القسمة ، كدار صغيرة لا يمكن قسمتها لدارين ، أو حيواناً أو سيارة ، فيختار الشركاء أن يستبدلوا القسمة العينية بقسمة المنافع ، فينتفع أحدهم بالدار عاماً ، وينتفع بها الآخر عاماً ، مقابل ذلك العام الذى إختص به شريكه. وتقسيم المال الشائع لقسمة أعيان وقسمة منافع " قسمة مهايأة " متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، والفقه القانونى السودانى ، وقد نص القانون المصرى على تنظيمها ، بينما سكت عنها القانون السودانى رغم أنّه إستمدّ معظم أحكامه من القانون المصري .

أما طريقة الإنتفاع بالمال الشائع أيضاً سكت عنها القانون السودانى ، بينما نجد القانون المصرى أوجب إجماع الشركاء فى أمر الإنتفاع بالعين الشائعة عن طريق قسمة المنافع ، أى قسمة المهايأة ، بأن يكون برأى الأغلبية حيث تعذّر الوصول الى الإجماع ، مع الوضع فى الإعتبار طبيعة الإنتفاع ونوعه ، مع إعطاء المحكمة الحق فى فرض رقابتها على قرار الأغلبية و الترجيح بينه وبين رأى الأقلية . وقد حدد القانون المصرى المدة القصوى بشأن الإتفاق على قسمة المهايأة المكانية بخمس سنوات ، أما إذا لم يتفق عليها فإنّ مدتها تكون سنة واحدة .

المبحث الثالث

تعريف المهايأة وطبيعتها

تعريف المهايأة لغة :

جاء فى لسان العرب : " هاء الأمر ، يهيئ ، تهيأ : أخذ له هيأته ، وهيأ الأمر تهيئة فتهيئاً: أصلحه فهو مهيأ ، وتهايؤوا على كذا : تمالؤوا عليه ، والمهايأة : الأمر المتهايأ عليه[28]" .

وجاء فى معجم تاج العروس : " وهيأ الشيئ أخذ هيئته ، ويكنى بذلك عن إعداده وإصلاحه"[29].

و ورد فى المصباح المنير : " هاء ، يهوء ، يهئ هيئة حسنة ، إذا صار اليها وهيأته للأمر ، أعددته فتهيأ ، وتهيأ القوم تهايؤاً : جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة ، وهايأته مهايأة ، وقد تبدّل للتخفيف فيقال هاييته مهايأة[30]" .

وجاء فى مختار الصحاح : " هيأت للأمر أهئ هيئة ، وتهيأت له تهيؤاً ، بمعنى كنت فى حالة صالحة ، وهيأه : أصلحه[31]" .

وخلاصة ما سبق أنّ المهايأة لغة يراد بها : إعداد الشيئ وتجهيزه ، وجعله صالحاً لما خصص له.

وفى المهايأة لغات ثلاث :

1- المهايأة : بالياء لأنّ كل واحد من الشريكين هيأ لصاحبه ما ينتفع به ودفعه اليه .
2- المهابأة : بالباء لأنّ كل واحد وهب لصاحبه الإستمتاع بحقه فى ذلك الشيء الشائع مدة معلومة .
3- المهانأة : بالنون لأنّ كل واحد هنأ صاحبه بما دفعه اليه[32].

تعريف المهايأة إصطلاحاً :

عرفت بأنّها:"قسمة المنافع على التعاقب والتناوب"[33]،وجاء في تعريفها أيضاً "إختصاص كلّ شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد"[34] ، وعرّفها آخر بأنها " قسمة المنافع"[35]، وقيل فى تعريفها: "أن تجعل العين فى يد أحدهما شهراً أو عاماً ونحوه حسب ما يتراضى عليه الشركاء ، وفى يد الآخر مثل تلك المدة التى كانت فيها بيد الأول، أو يسكن أحدهما فى بيت مثلاً ويسكن الآخر فى بيت مثله"[36].

فى تقديرى أنّ التعريف الذى جاء فيه : (هى إختصاص كل شريك بمشترك فيه ، عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعدد) ، جاء بصورة واضحة بيّن كيفية قسمة منافع المشترك المتحد كدار مثلاً بحيث يختص كل شريك الإنتفاع مدة زمينية معينة كشهر مثلاً ، أما فى حالة المتعدد كدارين ، وفيه يختص كل شريك بالإنتفاع بواحدة مستقلاً عن شريكه فترة زمنية معلومة ، إضافة الى ذلك هذا التعريف جمع بين نوعى هذه القسمة ، وهما : قسمة المهايأة الزمانية وقسمة المهايأة المكانية .

طبيعة قسمة المهايأة :

يقصد بطبيعة قسمة المهايأة صفتها القانونية ، أى التكييف القانونى لها ، ولقد إنتهينا فيما سبق أنّ قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م لم ينص على قسمة المهايأة ، غير أنّ التقنين المدنى المصرى نصّ على : (على أن تخضع قسمة المهايأة من حيث الإحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وإلتزاماتهم ، وطرق الإثبات ، لأحكام عقد الإيجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة)[37]، ولقد عللت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصرى خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإيجار ، بأنّ كل شريك يعد مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه فى ذات الوقت[38].

ولقد عرّف قانون المعاملات المدنية الإيجارة بأنّها : (تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء مقابل معلوم)[39].

أما التقنين المدنى المصرى عرّف عقد الإيجار بأنّه : (عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه مكّن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم)[40]، فالمادتين المتقدِم ذكرهما فيهما يقوم المؤجر بتمليك وتمكين المستأجر من

منفعة معين ولمدة معينة مقابل أجر معيّن ، فالشركاء المنتفعين من المال الشائع الذى لا يقبل القسمة ، كلاهما مؤجر ومستأجر فى ذات الوقت .

ونلاحظ أنّ غلب فقهاء القانون ذهبوا الى تكييف قسمة المهايأة بنوعيها بأنّها إيجار، وذلك للتشابه الكبير بينهما ، إذ إنّ عقد الإيجار هو الوسيلة الرئيسية لتيسير حصول الشخص على منفعة مال مملوك لشخص آخر نظير مقابل دون حاجة الى أن يكسب ملكية هذا المال ، فالإيجار عقد إنتفاع بمقابل ، وعقد قسمة المهايأة بنوعيها المكانية والزمانية عقد إنتفاع بمقابل ، والمعقود عليه فى عقد قسمة المهايأة هو المنفعة مثل الإيجار.

أما الفقه الإسلامى فقد إختلفت آراء المذاهب المختلفة فى تكييف قسمة المهايأة ، فذهب بعضهم الى أنّها مبادلة[41] ، وبعض آخر الى أنّها إيجارة[42] ، وذهب بعضهم الى أنّها كالبيع[43] . لكن المسلّم به أنّ قسمة المهايأة تختلف عن القسمة النهائية ، إذ أنّ الأخيرة تهدف الى إنهاء الشيوع وذلك بتمييز حق كل شريك فى جزء معيّن من المال الشائع يعادل حصته ويستقل به إستقلالاً تاماً بصورة نهائية تمكنه من فتح سجل له ويسجّل فى إسمه ، أى تصبح حصة مفرزة . أما فى قسمة المهايأة الهدف هو تنظيم الإنتفاع من المال الشائع بصورة مؤقتة ، وليس الغرض إنهاء حالة الشيوع ، وبالتالى لا تخضع الى أحكام القسمة النهائية لأنّ حصة الشريك لا تبلغ الحد الذى تسمح القوانين أن يكون نصيباً مفرزاً .

خلاصة القول أنّ ما ذهب إليه فقهاء المالكية و جرى عليه العمل فى القانون المصرى أنّ قسمة المهايأة كالإيجار ، ومن ثمّ تطبق عليها بعض أحكام الإيجار التى تتناسب معها، أما التى لا تتناسب معها فلا تطبق عليها .

المبحث الرابع
أنواع قسمة المهايأة

فى الفقه الإسلامى تنقسم قسمة المهايأة الى نوعين:

النوع الأول : مهايأة بالتراضي :

وهي أن يتفق شخصان أو أكثر على كيفية الإنتفاع بالشيء المشترك بينهما عن طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً ، وهنا يكون إتفاق التراضى بين الشركاء بإرادتهما دون قسر أو إكراه .

ولا خلاف بين الفقهاء فى جواز المهايأة إذا تراضى الشركاء عليها سواء أكان المقسوم جنساً واحداً والمنفعة متساوية أو متفاوتة ، أو كان المقسوم أجناساً مختلفة .

كذلك لاخلاف بين الفقهاء أن يقسّم المال قسمة عينية إذا تنازع الشركاء فطلب بعضهم قسمة المال قسمة عينية ، وطلب الآخرون قسمته قسمة منفعة ، لأنّ قسمة المال قسمة عينية أقوى من قسمته قسمة منفعة[44] ، لأنّها تجمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ يجمع على التعاقب[45].

النوع الثانى : مهايأة بالتقاضى :

وهى المهايأة التى تتم بواسطة القضاء جبراً ، بناء على طلب أحد الشركاء ، وذلك عند تعذر الإتفاق عليها ، فيهائي القاضى بينهم جبراً ، إما بالمناوبة الزمانية

مدة معينة بنسبة حصة كل واحد منهم ، وإما بالمهايأة المكانية ، بالإختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص[46].

قد يطلب أحد الشركاء أو بعضهم قسمة المال الشائع قسمة مهايأة ، ولم يطلبها الشركاء الآخرون أو إمتنعوا عنها ، أو إمتنع أحدهم ، فهل يجبر الممتنع على قسمة المهايأة ؟

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية و الحنابلة و الزيدية والإمامية و الإباضية ، الى أنّ المهايأة لا تتم قضاء ، ولا يُجبِر القاضى من أبى من الشركاء عليها[47] . وإستدلوا على ما ذهبوا إليه ، أنّ المهايأة معاوضة ، فلا يجبر عليا الممتنع كالبيع[48]، وقالوا أيضاً أنّ حق كل واحد من الشركاء عاجل ، فلا يجوز تأخيره بغير رضا كالدين بخلاف قسمة الأصل فإنّها إفراز النصيبين وتمييز الحقين[49]، وكذلك ذهبوا الى القول أنّ قسمة المهايأة غرر ولا سيما فى قسمة المهايأة الزمانية، إذ قد يكون الشيئ المشترك دابة مثلاً فتموت أو تضعف فى نوبة أحدهما لذلك لا يجبر عليها .

ذهب الحنفية إلى أنّ قسمة المهاياة واجبة إذا طلبها بعض الشركاء ولم يطلبها البعض الآخر أو إمتنع عنها ، وأنّه يجرى فيها جبر القاضى مادام المحل يحتملها[50] وإستدلوا على إمكانية الجبر على قسمة المهايأة ، إنّ قسمة المهايأة يصار إليها لتكميل إستيفاء المنفعة لتعذر الإجماع على عين واحدة الإنتفاع بها ، كما أنّ عدم جواز القسمة يؤدى إلى تعطيل الأعيان التى يترتب على قسمتها نهائياً ضرر بالشركاء، وهذا أمر غير مرغوب فيه شرعاً ، لأنّ الأعيان خلقت للإنتفاع بها ولم تخلق لتعطيلها ، لذا يجوز للقاضى الجبر على قسمة المهايأة كما يحدث فى قسمة الأعيان النهائية[51].

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذ الرأى ونظّمت قسمة المهايأة القضائية ، وذلك فى المواد من 1181 إلى 1183 ، حيث جاء فى المادة 1183 على أنّه " إذا طلب المهايأة أحد الشريكين فى العين المشتركة ، والتى لا تقبل القسمة وامتنع الآخر فيجبر على المهايأة " ، ومن هذا النص يجوز للقاضى جبر الشريك الرافض لقسمة المهايأة على قبولها ، وذلك عند تعذر الإتفاق عليها، هو ما أخذ به قانون المعاملات المدنية حيث جاء في " تنتهى حالة الشيوع بالقسمة وفق ما يرتضيه الملاك أو تحكم به المحكمة[52] " .

فى تقديرى أنّ ماذهب إليه الحنفية أنّ قسمة المهايأة بنوعيها المكانية والزمانية كما تنعقد بالإتفاق ، يجوز أن تعقد بواسطة القضاء عند عدم إتفاق الشركاء عليها ، فيه تحصيل لمنافع المال المشترك وعدم تعطيله ، على أن ينظر القاضى بعين الإعتبار إلى ما تتحقق به مصلحة الشركاء المتهايئين ، فإن كان الجبر على القسمة يؤدى إلى إثارة مشاكل بين الشركاء ، أو يترتب عليه ضرر بالعين المقسومة ، فله أن يؤجر العين المتنازع على قسمتها مهايأة لأحد الشركاء ، أو لغيرهم تبعاً لما يراه من المصلحة .

المبحث الخامس
إنقضاء قسمة المهايأة

تقدّم أنّ قسمة المهايأة عبارة عن قسمة منافع الشيء المشترك ، مما يعنى أنّ محل هذه القسمة هو المنفعة دون العين ، وبمقتضى قسمة المهايأة يستطيع الشريك أن ينتفع بالحصة التى حددت له منفعة على ملكه ، ولكن قد يحدث من الأسباب التى تؤدى الى إنقضاء قسمة المهايأة ، ولقد ذكر الفقهاء أسباباً تنقضى بها قسمة المهايأة نأتى على ذكرها تباعاً على النحو التالى :

1.هلاك المشترك أو تلفه :

كما هو معلوم أنّ قسمة المهايأة قائمة على قسمة منافع الشيء المشترك ، لكن قد يحدث هلاك العين المشتركة ، أو ينقص الإنتفاع بها نقصاً كبيراً أو تتلف ، فى هذه الحالة فإنّ محل المنفعة يتأثر تبعاً للحال التى آلت إليها العين . حينها كما ورد فى بعض المذاهب الفقهية حين حدوث هلاك المنفعة بهلاك العين المشتركة ، أو نقص الإنتفاع بها نقصاً كبيراً لحدوث تلف بها ، يكون عندها إنقضاء قسمة المهايأة، كما جاء عند الحنفية[53]والحنابلة[54] . قانون المعاملات المدنية جاء فيه: " مع مراعاة أى قيود ترد فى قوانين خاصة لا تجوز قسمة المال الشائع إذا كان الغرض الذى خصص له لا يستقيم إلا ببقائه على الشيوع[55] " ، ذلك يعنى إذا كانت القسمة تؤدى إلى تلف أو نقص المنفعة فإنها لا تجوز ، وتنتهى إن كانت قائمة .

2.تصرّف أحد الشركاء تصرفاً ناقلاً للملكية للشريك الآخر :

هذه فى حالة يكون هناك شريكين وتصرف أحدهما فى حصته تصرفاً ناقلاً للملكية ، أى باع حصته أو نصيبه للشريك الآخر وإنتهت الشركة بينهما ، إستتبع ذلك إنقضاء قسمة المهايأة . جاء عند المالكية : " إنّ المهايأة متعلقة بملك المنافع مع بقاء الذات بينهما[56] " ، ويفهم من ذلك إذا لم تبق الذات أى العين بينهما وإنتقلت الى الشريك الآخر، بطلت المهايأة عندهم أى إنقضت ، وكذلك الحال عند الحنفية[57].

3.الرجوع فى قسمة المهايأة :

إختلف الفقهاء فى لزوم الإتفاق على قسمة المهايأة أو عدم لزومه ، الذين قالوا بعدم لزومه أجازوا الرجوع عنها ، وبه تنقضى قسمة المهايأة . فذهب بعضهم إلى القول: " الإتفاق فى قسمة المهايأة جائز غير لازم[158] " ذلك يعنى أنّه يجوز الرجوع عنها ، " إنّ المهايأة لازمة إذا حددت المدة[59]" أى لا يجوز الرجوع عنها إذا كانت محددة المدة ، " ولو رضيا بالمهايأة ثمّ رجع المبتدئ بالإنتفاع قبل إستيفاء نوبته مُكّن[60]" .

ومن آراء الفقهاء التى تقدّمت أنّ قسمة المهايأة جائزة غير لازمة ، وإن لم تكن محددة المدة يجوز الرجوع عنها ، وبذلك يكون من أسباب إنقضاء قسمة المهايأة الرجوع عنها .

4. إنتهاء المدة المحددة للمهايأة :

هنا يلزم أن نفرّق بين المهايأة الزمانية ، والمهايأة المكانية :

أ. المهايأة الزمانية : وفيها يعتبر الإتفاق المنشئ للمهايأة الزمانية شرط جوهرى يبطل الإتفاق بدونه ، لأنّ المهايأة الزمانية قسمة مقدرة بالزمان ، فهى لا تكون معلومة إلا بذكر زمان معلوم محدد ، ويترتب على ذلك إنقضاء قسمة المهايأة الزمانية بإنتهاء المدة المحددة لها ، ذلك ما إتفق عليه جمهور الفقهاء من الحنفية[61] ، والمالكية[62] ، والشافعية[63] ، والحنابلة[64] .

ب. المهايأة المكانية : يذهب الحنفية[65] ، والشافعية[66]، والحنابلة[67]، إلى أنّه لا يشترط بيان المدة فى الإتفاق على قسمة المهايأة المكانية ، فيجوز عندهم أن تعقد من غير مدة محددة ، ذلك أنّها قسمة منافع وليست بمبادلة منفعة ، وهى تجمع فى نفس الوقت منفعة أحد الشريكين فى جزء مفرز من المال الشائع ، ومنفعة الشريك الآخر فى جزء مفرز آخر ، فيكون مقدار المنافع معلوماً فى آن واحد بالعلم بمكانها ، ولذا لا يلزم عندهم ذكر مدة معينة فى الإتفاق عليها . وبالتالى لا تنقضى المهايأة عندهم فى حالة عدم تحديد مدتها ، وعند إختلاف الشركاء يحال الأمر للقضاء ليتولى حل النزاع بينهم .

أما عند المالكية تعيين المدة أمر ضرورى فى المهايأة المكانية ، إذ يُعرف بها قدر الإنتفاع وإلا فسدت ، وعندهم تنتهى المهايأة المكانية بإنتهاء مدتها .

5. طلب القسمة :

قد تكون العين تقبل القسمة النهائية ببلوغ حصة الشريك القدر المطلوب الذى حدده القانون ، لكن يبقى الشركاء فى حالة ملكية شائعة بقسمة تراضوا عليها ، فإذا طلب أحد الشركاء قسمة العين قسمة نهائية لأنّ المحل يحتملها ، يقوم القاضى بقسمة العين ، ويفسخ المهايأة لأنّ قسمة العين هى الأصل فيما شرعت له القسمة ، وتكتمل بها قسمة المنافع لأنّ قسمة العين أكمل من قسمة المنافع .

قانون المعاملات المدنية نصّ على : " تنتهى حالة الشيوع بالقسمة وفق ما يرتضيه الملاك أو تحكم به المحكمة[68] " ، هذا يعنى أنّ الشيوع ينتهى بالقسمة رضاءً أو قضاءً .

والملاحظ أنّ قانون المعاملات لم يورد أية تفاصيل إجرائية بشأن كيفية إجراء القسمة أو المطالبة بها مكتفياً فى ذلك بما جاء فى هذا الصدد فى المواد (134 – 138) من قانون الإجراءات المدنية الخاصة بقسمة الإفراز . وقد أبان القانون من يحق لهم إقامة دعوى قسمة العقار الشائع حيث حصرهم فى فئات ثلاث هى :

1. فئة الملاك على الشيوع فى العقار ، إذ يستطيع أى منهم أو أكثر إقامة دعوى القسمة وإنهاء الشيوع .
2. قرر هذا الحق للدولة بوصفها مالكة ، إلا أنّ المشرِّع قد حصر حقها فى الأراضى المسجلة فحسب .
3. المحكوم له فى دعوى ، يمكنه إقامة دعوى القسمة طالما إستطاع الحصول على أمر بيع أية حصة شائعة[69].

وعلى ذلك فإنّه لا مجال لإقامة دعوى القسمة من غير من ورد ذكرهم فى قانون الإجراءات المدنية الذين تقدّم ذكرهم .

وقد يثور سؤال هل يحق للمحكمة رفض إجراء القسمة ؟

المشرّع أعطى الشركاء الحق فى إنهاء حالة الشيوع بصفة عامة ، إلا أنّه قدّر إحتمال قوع ضرر على مصالح الشركاء ، لذلك خوّل المحكمة ممارسة سلطتها التقديرية برفض طلب القسمة إذا تأكد لها حدوث ضرر ، وهذا ما أوضحه قانون المعاملات المدنية : " مع مراعاة أى قيود ترد فى قوانين خاصة لا تجوز قسمة المال الشائع إذا كان الغرض الذى خصص له لا يستقيم إلا ببقائه على الشيوع[70] " ولكنه قيد سلطتها التقديرية بتحديد واضح للحالة التى تستطيع فيها ممارسة هذه السلطة ، ولم يكتف بذلك وإنما أبان الشروط الواجب توافرها حتى يجئ رفض المحكمة موافقاً للقانون، والشروط هى :

1. إذا كان العقار المطلوب قسمته أرضاً زراعية .
2. إذا كان العرف السارى فى منطقتها جرى على إعتبار الأرض المطالب بقسمتها وحدة مستقلة .
3. التحقق من وقوع الضرر بمصالح الشركاء على الشيوع حيث أجريت القسمة .

بتوافر تلك الشروط تكون للمحكمة سلطة رفض القسمة ، ولكن هذه السلطة ليست شاملة وإنّما مقتصرة على الأراضى الزراعية فحسب .

ونخلص إلى أنّه بطلب القسمة النهائية التى يحتملها المحل تنقضى قسمة المهايأة ، إذ أنّ التملّك فى قسمة العين يشمل الذات والمنفعة ، وفى المهايأة من حيث المنفعة فقط .

الخاتمة :

بعون الله وتوفيقه توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات مفادها فى ما يلى :

أولاً : النتائج :

1. الشيوع هو إحتواء الشيء على حصص متعددة وشائعة تشمل كل جزء من أجزاء المال سواء أكان عقاراً أو منقولاً ، فالحصة التى يملكها الشريك فى المال تكون شائعة فى كل جزء من جزئيات هذا المال ولا تتركّز فى جانب منه بالذات.
2. قانون المعاملات المدنية سكت عن قسمة المهايأة على الرُغم من أنّه تضمّن موادا لقسمة المال الشائع، ومن الضرورى اللجوء إليها عند الإقتضاء حتى يتسنى للشركاء الإنتفاع بالمال الشائع .
3. قانون المعاملات المدنية يتفق مع بعض فقهاء الحنفية فى القول بلزوم الإتفاق على قسمة المال الشائع أى بالتراضى ، وعند الضرورة يجوز أن تكون القسمة بالتقاضى .
4. الملكية الشائعة ليست إلا وضعاً إستثنائياً مصيره الى ملكية مفرزة ، سواء أكان ذلك عن طريق القسمة أو غيرها ، والقسمة تعدّ من أهم الأسباب المؤدية لإنهاء الشيوع .

5. تتنوع القسمة من حيث إنهاء الشيوع وبقائه الى نوعين :
أ. النوع الأول : قسمة الأعيان وهى التى يطلق عليها المُشرع القسمة النهائية ، على إعتبار أنّها تنهى حالة الشيوع .
ب. النوع الثانى : قسمة المنافع وهى التى يُطلق عليها "قسمة المهايأة " على إعتبار أنّها لا تنهى الشيوع .

ثانياً : التوصيات :

1. أن يتم النّص على قسمة المهايأة ضمن قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، وأن تنظّم بمواد خاصة بها تتفق مع طبيعتها ، لأنّ قسمة المهايأة لا تؤدى الى إنقضاء الشيوع ، وإنّما فى حقيقتها طريق من طرق الإنتفاع بالشيء الشائع .
2. ذهب قانون المعاملات الى حصر القسمة بواسطة المحكمة عند تعذر إتفاق الشركاء على القسمة النهائية ، إلا أنّ فقهاء الحنفية ذهبوا الى جواز المهايأة القضائية بوجه عام ،عليه أوصى أن يتبنى المشرع ما إنتهى إليه فقهاء الحنفية من القول بجواز المهايأة القضائية بوجه عام ، وذلك تحقيقاً لمصالح العباد درءاً للمضار ولا سيما أنّ الأعيان خلقت للإنتفاع بها لا تعطيلها .

الهوامش :

(1) سورة الكهف ، الآية (46) .
(2) أ . د. محمد الشيخ عمر دفع الله ، الملكيّة ، الخرطوم ، 2000م ، ص10.
(3) د . حمدى محمد إسماعيل سلطح ، قسمة المهايأة ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، 2009م ، ط 1، ص 12 .
(4) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة (532) .
(5) التقنين المدنى المصرى لسنة 1948م ، المادة (825) .
(6) مجلة الأحكام العدلية ، المادة (138) .
(7) د.عبد المنعم البدراوى ، الملكية بوجه عام وأسباب كسبها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986م ، ص152 .
(8) سعيد سعد عبد السلام، الوجيز فى الحقوق العينية الأصليّة ، طبعة 2000م ، ص 156.
(9) د . محمد على عرفة ، موجز فى الملكية وأسباب كسبها ، مطبعة جامعة فؤاد الأول 1950م ، ص 153 .
(10) مختار الصحاح ، طبعة دار المعارف ، ص535 .
(11) الفقيه علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، الناشر : زكريا على يوسف ، ج19 ، ص 4112 .
(12) الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير المالكى ، طبعة الحلبى، ج5 ، ص 152 .
(13) الشرقاوى على التحرير ، حاشية العلامة الشيخ الشرقاوى على شرح التحرير، لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى الشافعى ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، ج1 ، ص 497 .

(14) العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتى الحنبلى ، شرح منتهى الإرادات المسمى أولى النّهى لشرح المنتهى ، ج5 ، ص 508 .
(15) د.عبد الفتاح عبد الباقى، دروس فى الأموال ، مطابع دار الكتاب المصرى ، ص 218 .
(16) د . رمضان ابو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، طبعة سنة 1989م ، ص 332 .
(17) د . حسن كيرة ، أصول القانون المدنى ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكام حق الملكية ، منشأة المعارف ، طبعة 1965 م ، ص 440 .
(18) د . حمدى محمد إسماعيل سلطح ، قسمة المهايأة ، مرجع سابق ، ص 29 .
(19) سورة النساء ، الآية (8) .
(20) سورة القمر ، الآية (28) .
(21) سورة الشعراء ، الآية (155) .
(22) تفسير بن كثير ، ج4 ، ص 365 ، أحكام القرآن للجصاص ، ج3 ، ص 414 .
(23) البخارى ، كتاب الشركة ، باب إقتسم الشركاء الدور أو غيرها ، حديث رقم 2364 ، وكذلك البخارى فى كتاب البيوع ، باب بيع الشريك من شريكه ، حديث رقم 2099 .
(24) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة (532) .
(25) التقنين المدنى المصرى لسنة 1948م ، المادة (825) .
(26) د . توفيق حسن فرح ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص 248.
(27) لسان العرب لإبن منظور ، مجلد 1 ، ص 188- 189 .
(28) تاج العروس من جواهر القاموس ، محب الدين أبى الفيض محمد مرتضى الزيدى ، المطبعة الخيرية ، القاهرة، طبعة عام 1306 هـ ، مجلد 1 ، ص 139 .
(29) المصباح المنير ، الفيومى ، مادة هيأ ، ص 888 .
(30) مختار الصحاح ، الرازى ، ص 535 .
(31) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، للعالم العلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقى، ج3 ، ص 498 ، 499، دار إحياء الكتب العربية – أ.د.محمد حسين مبروك قنديل ، نظرية الشيوع فى الفقه الإسلامى ، 1405 هـ - 1985 م ، ص 367 .
(32) الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، عبد الحميد محمود طهماز ، دار القلم، دمشق، ص158.
(33) شرح الخرشى على محتصر خليل ، ج 4 ، ص 400 .
(34) المجموع شرح المهذب ، للأستاذ المحقق محمد حسين العقبى ، ج 18 ، ص 421 .
(35) كشاف القناع على متن الإقناع ، للبهوتى ، طبعة عالم الكتب، بيروت،ج 6 ، ص 371
(36) التقنين المدنى المصرى لسنة 1948 م ، المادة (848) .

(37) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى ، ج 6 ، ص 139 .
(38) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة (295) .
(39) التقنين المدنى المصرى لسنة 1948م ، المادة (558) .
(40) البحر الرائق ، ج8 ، ص 179 .
(41) شرح الخرشى على مختصر خليل ، ج 4 ، ص 400 .
(42) شرح منتهى الإرادات ، ج 3 ، ص 511 .
(43) البناية فى شرح الهداية ، لأبى محمد بن محمود العينى ، ج 10 ، ص 556 ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 8 ، ص 179 ، مغنى المحتاج ، ج 4 ، ص 426 ، المغنى والشرح الكبير ، ج 11 ، ص 513 ، المغنى لإبن قدامة ، ج 9 ،ص 130 .
(44) نظرية الشيوع فى الفقه الإسلامى ، أ . د . محمدحسين مبروك قنديل ، ص 374 .
(45) بدائع الصنائع ، ج 9 ، ص 4147 ، البحر الرائق شرح كنز الدقاقئق ، ج 8 ، ص 179 ، الفقه الإسلامو أدلته ، د . وهبة الزحيلى ، طبعة دار الفكر ،ج 5 ، ص 679 ، الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد ، عبد الحميد طهماز ، ج 5 ، ص 143 .
(46) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، ج 3 ، ص 498 ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج 2 ، ص 239 ، روضة الطالبين ، ج 8 ، ص 195 ، المجموع شرح المهذب ، ج18 ، ص 422 ، مطالب أولى النّهى فى شرح غاية المنتهى ، ج 9 ، ص 346 ، الكافى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل ، ج 4 ، ص 482 ، المغنى والشرح الكبير ، ج 11 ، ص 497 ، البحر الزخار ، ج 5 ، ص 105 ، التاج المهذب لأحكام المذهب ، ج 3 ، ص 215 .
(47) شرح منتى الإرادات ، ج 3 ، ص 511 ، فقه الإمام جعفر الصادق ، ج 6 ، ص 117
(48) كشاف القناع ،ج 6 ، ص 267 – 268.
(49) بدائع الصنائع ، ج 19 ، ص 4147 ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 8 ، ص 179 ، البناية فى شرح الهداية للعينى ، ج 6 ، ص 556 ، الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام ، ج 2 ،ص 429 . حاشية رد المحتار ، ج 6 ، ص 269- 270 .
(50) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج 5 ، ص 276 .
(51) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة ، (527/ 1) .
(52) المبسوط ، للسرخسى ، ج 19 ، ص 193 . حاشية رد المحتار ، ج6 ، ص269 . البحر الرائق ، ج8 ، ص 180 .
(53) مطالب أولى النّهى فى شرح غاية المنتهى ، ج 9 ، ص 347 .
(54) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة (527/ 2) .
(55) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، ج 3 ، ص 498 .
(56) المبسوط ، ج 19 ، ص 195 .
(57) بدائع الصنائع ، ج 19 ، ص 4147 .

(58) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، ج 3 ، ص 498 .
(59) روضة الطالبين ، ج 8 ، 195 .
(60) بدائع الصنائع ، ج 19 ، ص 4148 .
(61) بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج 2 ، ص 237 .
(62) تكملة المجموع شرح المهذب ، ص 421 .
(63) مطالب أولى النّهى شرح غاية المنتهى ، ص 347 .
(64) حاشية رد المحتار ، ج 6 ، ص 268 .
(65) شرح مغنى المحتاج على ألفاظ المنهاج ، ج 4 ، ص 426 .
(66) شرح منتهى الإرادات ، ج 3 ، ص 511 .
(67) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة ، (527/ 1) .
(68) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة (134) .
(69) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م ، المادة (527/ 2) .

التنظيم القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الإنشاءات الهندسية

د.أبوعبيدة الطيب سليمان الخليفة[1]
د.ماهر ابراهيم عبيد[2]
د.محمد العالم آدم أبوزيد[3]

مستخلص البحث

تناول البحث التنظيم القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الإنشاءات الهندسية كدراسة مقارنة، وتتمثل أهميته في الدور الذي تلعبه العقود الهندسية في الحياة الاقتصادية وما ينجم عنه من آثار على كاهل اطرافها.

وتمثلت مشكلة هذا البحث فى طبيعة التعاقد من الباطن في عقود الانشاءات الهندسية والآثار الناشئة عنه وما ترتبه من حقوق والتزامات على مختلف الاطراف.

ولتحقيق أهداف هذا البحث استخدم الباحث المنهج الاستقرائي الوصفي التحليلي كدراسة مقارنة أملاً في الوصول إلى الحقائق العلمية.

وقد تطرق البحث إلى مفهوم التعاقد من الباطن بصفة عامة ، بالإضافة إلى بحث شروط وأركان هذا التعاقد ، بجانب الآثار الناشئة عن التعاقد مِن الباطن في إطار العقود الهندسية.

مِن أهم النتائج التى توصل إليها البحث أن التعاقد مِن الباطن صورة من صور عقد المقاولة يعهد فيه المقاول الاصلي بالعمل لمقاول الباطن ، كما دلت النتائج على أن المسؤولية الناشئة عن الاخلال بعقد الانشاءات يسأل عنها المقاول الاصلي .

تنعكس النتائج التي أسفر عنها البحث في التوصية بتقنين قواعد عقود الانشاءات الهندسية في لوائح ملزمة لها قوة القانون ، بالإضافة الي التوصية بإعداد نماذج لعقود الانشاءات الهندسية وعقود المقاولة.

Abstract

The research deals with the legal regularity of subcontracting in engineering construction contracts as a comparative study. The importance of this issue emanates from the role played by engineering contracts in economic sector and the consequent effects on the parties.

The main problem of this research dealt the nature of subcontracting in the contracts of engineering construction and the effects arising from it. Beside the rights and obligations on each parties.

---

(١) أستاذ مساعد – كلية القانون جامعة النيلين.

(٢) أستاذ مساعد – كلية القانون جامعة النيلين.

(٣) أستاذ مشارك – عميد كلية القانون جامعة النيلين.

In order to achieve the objectives of this research, the researcher used the inductive analytical method as comparative study objectivity hoping to reach scientific facts.

The research dealt with the concept of subcontracting in general, in addition to addressing the terms and conditions of this contract, as well as the effects of subcontracting under the engineering contracts.

The results of this research showed that subcontracting is kind of the contracting contract in which the original contractor is entrusted with the work of the subcontractor. The results also indicate that the liability arising from the breach of the construction contract is being responsible by the original contractor.

The results of the research are reflected on recommending to codify the rules of engineering construction contracts in binding regulations that have the force of law, in addition to recommending the preparation of models for contracts of engineering construction and contracting contracts.

مقدمة :

الحمدُ للّه الْحَمْدُ للّه جَعَلَ الْعِلْمَ لِلْعُلَمَاءِ نَسَبًا ، وَأَغْنَاهُمْ بِهِ وَإِنْ عَدِمُوا مَالا وَنَسَبًا ، وَلأَجْلِهِ سَجَدَتِ الْمَلائِكَةُ إِلا إِبْلِيسَ أَبَى ، وَبِحِيلَةِ الْعِلْمِ اتّكَأَ إِدْرِيسُ فِي الْجِنّةِ وَاحْتَبَى ، وَلِطَلَبِهِ قَامَ الْكَلِيمُ وَيُوشَعُ وَانْتَصَبَا ، فَسَارَا إِلَى أَنْ لَقِيَا مِنْ سَفَرِهِمَا نَصَبًا : وَإِذْ قَالَ مُوسَى لِفَتَاهُ لا أَبْرَحُ حَتّى أَبْلُغَ مَجْمَعَ الْبَحْرَيْنِ أَوْ أَمْضِيَ حُقُبًا.

التنظيمٌ القانوني للتعاقد من الباطن فى عقود الإنشاءات الهندسية يُعد مسلكاً من المسالك التى تُنفذ بها المشروعات الهندسية بطريقٍ غير مُباشر حيث يعهد المقاول إلى مقاولٍ الباطن مهمة تنفيذ العقد الهندسي وفقاً لما أتفق عليه مع مالك المشروع خصوصاً إذا كانت طبيعة المشروع موضوع التعاقد من الضخامة بمكان الامر الذى يستدعي توافر مجموعة من التخصصات المتنوعة التى قد لا يكون المقاول مطلعاً بها مطلعه بها.

وتنوع التخصصات التى المعنا اليها آنفاً تقتضي وجود عدد مٌقدر من المتخصصين والفنيين في شتي المجالات خصوصاً إذا إستصحبنا الطفرة التى يشهدها واقعنا المعيشي لا سيما المجال التجاري والصناعي والمعماري حيث يحوي التخصص الواحد تخصصات دقيقة ، وفى مجال العقود الهندسية نجد إلى جانب المقاول الهندسي مجموعة من مقاولي الباطن لتنفيذ أعمال الكهرباء والأعمال الالكترونية والاستشارية وأعمال التصميم والديكور وغيرها من الاعمال ذات الصلة.

ونلاحظ أن مالك المشروع يتعاقد في الغالب مع مقاول عمومي بموجب عقد مقاولة على إنجاز المشروع محل المقاولة وفقاً لشروطه ، وبموجب ذلك يستدعي المقاول العمومي مجموعة مقاولين آخرين بغية التعاقد معهم مِن الباطن لصالح مالك المشروع وفقاً لحاجة المشروع من التخصصات الفنية الدقيقة التي تعجز إمكاناته مِن الوفاء بها لصالح المالك.

ومِن هنا قد تكون التعاقدات التي يبرمها المقاول الرئيس مساراً للتنازع بينه وبين مقاولي الباطن من وجه ، وبينه بين مالك المشروع من وجه آخر، الامر الذي يجعل البحث فى هذا الموضوع ضرورة علمية وعملية تقتضي سبر غورها بالبحث العلمي ، وذلك بتناول مفهوم التعاقد من الباطن تعريفاً وأحكاماً بجانب ما يرتبه مِن آثار ، بالإضافة إلى الالتزامات المترتبة على الأطراف مِن خِلال ما سيأتي من مباحث تفصيلاً.

أهمية البحث:

تنبع أهمية هذا البحث من كونه يمثل الآتي:

١. طبيعة عقود الإنشاءات الهندسية وتعدد مجالاتها.
٢. هذه الطبيعة تقتضي اللجوء الى التعاقد مِن الباطن لتنفيذ المشروعات الهندسية.
٣. تنوع التخصصات التى يلجأ إليها المقاول الرئيس تعاقداً مِن الباطن.

أسباب إختيار الموضوع:

تتمثل أسباب إختيار هذا الموضوع فى الاتي:

1. لما سبق ذكره مِن أهمية اشير إليها آنفاً.
2. لما تمثله عقود الانشاءات الهندسية مِن ضرورة عملية فى لبعض الاعمال الهندسية.
3. ضخامة العقود الهندسية وتعقيداتها.

أهداف البحث:

1. بيان ماهية عقود الإنشاءات الهندسية.
2. إماطة اللثام عن مفهوم التعاقد مِن الباطن وما ينتج عنه مِن إلتزامات.

مشكلة البحث:

يسعي الباحث مِن خِلال تناول موضوع هذا البحث الإجابة على التساؤلات التالية:

1. ما المقصود بعقود الإنشاءات الهندسية ؟ وماهي الآثار الناشئة عنها؟
2. ما المقصود بالتعاقد مِن الباطن فى عقود الإنشاءات الهندسية؟
3. ما هي الآثار الناشئة عن عقود الإنشاءات الهندسية؟

منهج البحث وتقسيمه:

يتبع الباحث المنهج الموضوعي الذي يجمع بين الاستقراء والاستنباط للوصول للحقائق العلمية مقسماً مع العناية بمقارنة أحكام الفقه بما أستقرت عليه التشريعات والتطبيقات القضائية مع الالتزام بضوابط منهج البحث العلمي ، حيث تضمن البحث مقدمة اشتملت على مشكلة البحث وأهميته ، وهدفه ، ومنهج

البحث ، وخطته في ثلاثة مباحث وخاتمة أحتوت على أهم النتائج التي توصل إليها الباحث، والتوصيات التي يراها على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم التعاقد مِن الباطن فى عقود الإنشاءات الهندسية.

المبحث الثاني: التعاقد من الباطن فى عقود الإنشاءات الهندسية.

المبحث الثالث: الآثار الناشئة عن التعاقد مِن الباطن فى عقود الإنشاءات الهندسية.

المبحث الأول

مفهوم التعاقد مِن الباطن في عقود الإنشاءات الهندسية

إن مدلول التعاقد من الباطن يستلزم بيان ماهية المقاولة والمقاولة من الباطن مع بيان أساس التمييز بينهما بالإضافة إلى إماطة اللثام عن مشروعيتها كمدخل نلج منه إلى موضوع البحث:

المطلب الأول

ماهية التعاقد عن طريق المقاولة والمقاولة من الباطن

أولاً: تعريف المقاولة:

عرفت المادة 378 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م عقد المقاولة بأنه (عقد يتعهد أحد الطرفين بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء مقابل يتعهد به الطرف الأخر)[1]

كما تعرف المقاولة أيضاً بأنها وثيقة إتفاق مكتوبة بين طرفي التعاقد لتنفيذ مشروع هندسي معين، وهما صاحب العمل (جهة التعاقد) ويرمز له عادة في العقود الهندسية (عقود المقاولات)[2] بالطرف الأول والشركة المنفذه (المقاول) ويرمز له في العقود الهندسية بالطرف الثاني وعلى ذلك فإن العقد يوضح حقوق وإلتزامات كل طرف تجاه الآخر[3].

ثانياً: تعريف المقاولة مِن الباطن:

لم يتناول المشرع السوداني المقاولة من الباطن بالتعريف وإنما اكتفى بالإشارة إليها في نص المادة (392)[4] حيث أجاز فيها للمقاول الأصلي أن يسند تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر وفقاً لشروط معينة ، ويقصد بالمقاول الآخر هنا المقاول مِن الباطن.[5]

وبذلك يمكننا تعريف المقاولة مِن الباطن بأنها (عقد بين طرفين ناشئ عن عقد سابق ومترتب عليه، يكون أحد طَرفيه ذات طرفي العقد السابق، وبمقتضاه ينتقل ما لزم هذا الطرف بموجب ذلك العقد الأول من مسؤوليات بعضها أو كلها إلى طرف آخر ليس طرفاً في العقد السابق مع بقاء مسؤولية الطرف الأول في ذلك العقد).(نقلاً عن وعلى جمال ،**المسؤولية المدنية للمهندس المعماري و المقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع "دراسة في القانون الجزائري " بحث منشور بمجلة جامعة قاصدي مرباح الجزائر وقد اشار بهامش البحث الي ما نصه** (ولا يشترط أن يكلف المقاول ليكون مسئولا وفقا للمادة 554 المذكورة أعلاه بكل الأعمال اللازمة لإقامة المبنى ، إذ بإمكان صاحب المشروع أن يلجأ إلى أكثر من مقاول لإنجاز مشروعه كأن يعهد بوضع الأساس وأعمال البناء الأخرى من أرضيات وأسقف وحيطان إلى مقاول ، وبأعمال النجارة إلى مقاول ثاني، وبأعمال

الدهان والبياض إلى مقاول ثالث ، وبالأعمال الصحية إلى مقاول رابع ... فيبرم صاحب العمل عدة عقود مع عدة مقاولين كل بحسب تخصصه. فإذا اشترك أكثر من مقاول في العمل امتدت دائرة المسئولية لتشملهم جميعا كل في حدود الجزء من العمل الذي قام . ويستوي في هذا الشأن المقاول الذي يتعهد فقط بتنفيذ العمل طبقا لخطة وتصميم المهندس المعماري والمقاول الذي يزوده بالعمل وفقا لاتفاق مع رب العمل بما يحتاجه من مواد وأدوات).

حيث تفترض المقاولة مِن الباطن وجود عقدين متميزين مستقل أحدهما عن الآخر، العقد الأول هو عقد المقاولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني هو عقد المقاولة مِن الباطن وهو لاحق بالضرورة على عقد المقاولة الأصلي ويبرم بين المقاول الأصلي ومقاول آخر وهو المقاول مِن الباطن.[6]

وعلى الرغم مِن استقلال كل من العقدين (عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن) عن العقد الآخر مِن حيث إبرام كل منهما ومن حيث الأشخاص إلا أنهما يشتركان معا في محل العقد وموضوعه وهو القيام بعمل معين لصالح رب العمل وهو الذي يؤكل تنفيذه في النهاية إلى المقاول مِن الباطن[7].

المطلب الثاني

التمييز بين التعاقد مِن الباطن والتنازل عن العقد

إن المقاولة مِن الباطن تتضمن تنازل عن تنفيذ العقد للغير (التنازل للغير عن العقد) مما يؤدي إلى الالتباس بين المقاولة من الباطن، والتنازل عن العقد أو حوالته، لان الفوارق الجوهرية التي توجد بين المقاولة مِن الباطن والتنازل عن العقد بسبب أن التنازل عن العقد يترتب عليه نتائج تختلف عن النتائج التي تترتب على المقاولة مِن الباطن لذلك يجب علينا أن نفرق بين المقاولة مِن الباطن والتنازل عن العقد.[8]

ووصلاً لما تقدم نجد أن التنازل عن العقد يتضمن أيضا تنازلا عن الصفة التعاقدية أو المركز العقدي فالرابطة العقدية موجودة سلفاً، بحيث أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له مِن حقوق وعليه مِن التزامات في الرابطة العقدية الموجودة وكذلك ما يترتب على تلك الصفة مِن آثار ونتائج قانونية، بمعنى أن عملية التنازل عن العقد ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين وإنما شيء أكثر مِن ذلك حيث يترتب على التنازل عن العقد أن تنشأ علاقة مباشرة ومتبادلة فيما بين المتنازل لديه والمتنازل له[9]، أما بالنسبة للتعاقد مِن الباطن، فإن أحد أطراف العقد (المقاول) يتعاقد مع الغير (المقاول مِن الباطن) لينشئ علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة لا تختلط معها ولا تندمج فيها وتنحصر هذه العلاقة الجديدة فيما بين المتعاقدين (المقاول الأصلي والمقاول مِن الباطن) فقط فلا تنشئ علاقة مباشرة ومتقابلة كما هو الحال في التنازل عن العقد بين الغير والمتعاقد الآخر في العلاقة الأصلية (رب العمل) نجد أنه ليس هنالك نتيجة -للتعاقد من الباطن- أي علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول مِن الباطن كما أن المقاول الأصلي يبقى مسؤولاً في مواجهة رب العمل طبقاً للعلاقة الأصلية.[10]

وبالتالي نلاحظ أن مسألة براءة ذمة إي منهما مِن التزاماته ليست محل أي تساؤل حيث لا توجد ثمة علاقة بين رب العمل والمقاول مِن الباطن، فإذا كان هنالك

إعفاء للمقاول من التزاماته فإنه لا بد وأن يقبل رب العمل أن يكون للمقاولة من الباطن مديناً مباشراً له، فإذا حدث ذلك فإننا نكون بصدد حلول وبراءة ذمة للمدين الأصل وهذا يعني إما تجديد للالتزام أو تنازلاً عن العقد وليس تعاقداً من الباطن[11].

ونخلص من كل ذلك إلى أن المقاولة من الباطن هي طريق لتنفيذ العقد لأن المقاول الأصل لا ينقل الالتزام ولكنه ينفذ الالتزام عن طريق المقاول من الباطن.

كما إن المقاولة من الباطن تفترض بقاء العقد الأصل وتكفل تنفيذ العقد بين طرفيه أو أنها تسمح بإشراك الغير في تنفيذ العقد الأصلي.

بالإضافة إلى أن التنازل عن العقد ليس معناه إنشاء علاقة تعاقدية جديدة ولكن معناه قابلية العقد للتداول، وتغيير أحد المتعاقدين دون تغيير لمضمونه[12].

المطلب الثالث

مشروعية التعاقد من الباطن

لم يكن التعاقد من الباطن كمصطلح معروفاً باسمه لدي الفقهاء المتقدمين إلا أنه عرف بصورته تحت مسميات أخرى كالمستأجر يؤجر والوكيل يوكل والمضارب يضارب وأيضا الاستصناع والايجارة[13].

وتستند مشروعية المقاولة من الباطن إلى أدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع فيما يلي بيان ذلك .

من القرآن الكريم:-

قال تعالى: ("يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ")[14] وجه الاستدلال بالآية الكريمة: إنها أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاما دونما تقيد، دون تعيين لنوع العقد، فشملت العقود التي عقدها الله علينا وألزمنا بها، والعقود التي تقع بين الناس بعضهم مع بعض كالبيع والايجارة والزواج وغيرها، وبكل عقد يتعارفه الناس، ويحقق مصالحهم، ما دام لا يتعارض مع قواعد الشريعة وأصلها، وعقد المقاولة من الباطن يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام.[15]

من السنة النبوية :

لقد ورد عن أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قَالَ : صَنَعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتَمًا ، قَالَ : إِنَّا اتَّخَذْنَا خَاتَمًا ، وَنَقَشْنَا فِيهِ نَقْشًا ، فَلَا يَنْقُشَنَّ عَلَيْهِ أَحَدٌ قَالَ : فَإِنِّي لَأَرَى بَرِيقَهُ فِي خِنْصَرِهِ[16].

كما ورد أَنَّ رِجَالًا أَتَوْا سَهْلَ بْنَ سَعْدٍ السَّاعِدِيَّ، وَقَدْ امْتَرَوْا فِي الْمِنْبَرِ مِمَّ عُودُهُ، فَسَأَلُوهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: وَاللَّهِ إِنِّي لَأَعْرِفُ مِمَّا هُوَ، وَلَقَدْ رَأَيْتُهُ أَوَّلَ يَوْمٍ وُضِعَ، وَأَوَّلَ يَوْمٍ جَلَسَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى فُلَانَةَ - امْرَأَةٍ مِنَ الأَنْصَارِ قَدْ سَمَّاهَا سَهْلٌ - «مُرِي غُلاَمَكِ النَّجَّارَ، أَنْ يَعْمَلَ لِي أَعْوَادًا، أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ» فَأَمَرَتْهُ فَعَمِلَهَا مِنْ طَرْفَاءِ الغَابَةِ، ثُمَّ جَاءَ بِهَا، فَأَرْسَلَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَمَرَ بِهَا فَوُضِعَتْ هَا هُنَا، ثُمَّ رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَلَّى عَلَيْهَا وَكَبَّرَ وَهُوَ عَلَيْهَا، ثُمَّ رَكَعَ وَهُوَ عَلَيْهَا،

ثُمّ نَزَلَ القَهْقَرَى، فَسَجَدَ فِي أَصْلِ المِنْبَرِ ثُمّ عَادَ، فَلَمّا فَرَغَ أَقْبَلَ عَلَى النّاسِ، فَقَالَ: «أَيُّهَا النّاسُ، إِنّما صَنَعْتُ هَذَا لِتَأْتَمّوا وَلِتَعَلّمُوا صَلاَتِي"[17].

وجه الاشتراك بالأحاديث الشريفة:

تدل هذه الأحاديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز استصناع الخائم والمنبر وقال بن حجر في الفتح: فقوله أعواد المنبر يتعلق بالنجار وقوله المسجد يتعلق بالصناع، أي والاستعانة بالصناع في المسجد أي في فناء المسجد، ومنه تؤخذ مشروعية الاستعانة بغيره مِن الصناع لعدم الفرق[18] والاستصناع عقد وارد على العمل مع الالتزام بتقديم المواد اللازمة للصناعة، وهي في القوانين المدنية الإسلامية وغيرها تسمى عقد المقاولة، فصاحب العمل أو المستصنع يقدم البدل مقابل أن يقوم المقاول أو الصانع بتقديم العمل والمادة مِن عنده لإتمام المطلوب منه بإدارته مستقلا عن صاحب العمل، وهذا هو جوهر عقد المقاولة، وبذا تكون تلك الأحاديث نصاً في مشروعية عقد المقاولة والمقاولة مِن الباطن.

مِن الاجماع:

عرف فقهاء المذاهب المختلفة فكرة المقاولة مِن الباطن واعتبروها مشروعة إذا توافر فيها شرطان أولهما: لا يشترط المستفيد على المقاول الأصلي مباشرة العمل بنفسه. اما الثاني فيجب ألا تكون شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار عند المستفيد لما يتلمسه فيه مِن كفاءة وأمانة.[19]

جاء فى فتح الغدير " وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره، لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه، فيستحق له أن يستعمل غيره، لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه، فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينة، وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر مِن يعمله، لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إبقاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره، بمنزلة إبقاء الدين"[20].

المبحث الثاني

المتعاقد مِن الباطن في العقود الهندسية

فى هذا المبحث نتطرق إلى شروط وأركان التعاقد مِن الباطن في العقود الهندسية في مطلب أول ، ومِن ثم نبحث فى بين المقاول ومقاول الباطن فى مطلب ثان ، هذا بالإضافة إلى إماطة اللثام عن المُنازعات التى تثيرها العقود الهندسية في مطلب ثالث، على نحو مما يأتي:

المطلب الأول

شروط وأركان المتعاقد مِن الباطن في العقود الهندسية

أولاً: شروط التعاقد مِن الباطن :

عرفنا فيما سبق أنه يجوز للمقاول الأصلي أن يتقاول مِن الباطن بهدف تنفيذ التزاماته محل المقاولة، وهذا ما يؤكده نص المادة (392) مِن قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م حيث نصت المادة على الآتي (يجوز للمقاول أن يؤكل تنفيذ الالتزام كله أو بعضه إلى مقاول آخر ما لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه).[21]

يستشف مما هذا النص أن اللجوء إلى المقاولة مِن الباطن تعتبر وسيلة يلجأ إليها المقاول الأصل لتنفيذ إلتزاماته عن طريق الباطن وتُعد أمراً جائزاً وممكناً كقاعدة عامة إلا يتفق على خلاف ذلك في متن العقد مع المالك، إذا ينهي عن ذلك في حالتان.[22]

أ- إذا كان هنالك شرط في العقد أو اتفاق يمنع التعاقد مِن الباطن.

ب- إذا كانت طبيعة الأعمال تعتمد الكفاية الشخصية للمقاول والتى لا تتوافر لغيره.

والجدير بالذكر أن النص يسمح بأن تشتمل المقاولة مِن الباطن على كل الأعمال المتفق عليها في العقد الأصلي، فليس شرطاً أن تكون المقاولة مِن الباطن جزئية.[23]

ثانياً: أركان التعاقد من الباطن :

بصفة عامة يتمثل العقد فى توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو أكثر ويتضح مِن هذا المفهوم أن إنشاء العقد بصفة عامة –وعقد المقاولة مِن الباطن- بصفته الخاصة يستلزم عدة أركان وهي ذات الأركان التي يجب توافرها في سائر العقود.

وتلك الأركان هي الرضا أو التراضي والمحل والسبب[24] والكتابة حيث أن عقد المقاولة من العقود الشكلية[25]

1/ التراضي في المقاولة: يشترط في هذا الركن فئتان مِن الشروط، شروط الانعقاد وشروط الصحة، فشروط الانعقاد نُص عليها فى متن المادة (42) مِن قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م وهي تطابق الايجاب والقبول بين الإرادتين على عناصر المقاولة فيتم الاتفاق بين المقاول ورب العمل على ماهية العقد والعمل المطلوب تأديته مِن المقاول لرب العمل والأجر الذي يتعهد رب العمل بدفعه للمقاول، وقد يكون التعبير عن الارادة صريحا أو ضمنياً (المادة 35 معاملات). أما شروط صحة المقاولة فهي ذات الشروط المشروطة فىسائر العقود الآخري، وهي توافر الأهلية الواجبة وسلامة التراضي مِن عيوب الإرادة (الغلط – التدليس – الإكراه الاستغلال) والأهلية المطلوبة للانعقاد تشمل أهلية رب العمل والمقاول.

2/ المحل في عقد المقاولة :

المحل في عقد المقاولة مزدوج ويمثل محل الالتزام نفسه وينصرف إلى :

- التزامات المقاول بالعمل الذي تم التعاقد بشأنه مع رب العمل.
- التزامات رب العمل بسداد الأجر الذي تعهد به للمقاول، وهذا الالتزام بالعمل يسمى الالتزام بالإعطاء تميزاً له عن سائر الالتزامات الأخرى، ولم يشترط القانون شروطا خاصة بالمحل في عقد المقاولة لهذا تطبق عليه الشروط الواردة في القواعد العامة وهي[26]:-
- أن يكون المحل معينا أو قابل للتعيين.
- أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود.
- أن يكون مشروعاً.
- ويشترط كذلك في الأجر وهو محل التزام رب العمل ما يشترط في أي محل التزام ووجود الأجر لقيام عقد العمل شرط لقيام عقد المقاولة وإلا أصبح العقد تبرعاً[27].

3/ السبب :

يقصد بالسبب الباعث أو الدافع للالتزام والسبب في عقد المقاولة هو الأجر ويشترط أن يكون مشروعاً وألا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب، والسبب في عقد المقاولة يخضع للقاعدة العامة في الالتزامات.

4/ الكتابة :

عقد المقاولة من العقود الشكلية التي اشترط لها القانون الكتابة وهي ركن من أركان عقد المقاولة.

ولا يختلف العقد من الباطن عن سائر العقود الأخرى في الشروط العامة التي يجب توافرها في أطراف العقد، وإنما اختلافه في كون أحد المتعاقدين فيه لا بد أن يكون هو أحد المتعاقدين في العقد الأصلي وأن تكون علاقته بالمتعاقد الثاني في العقد الأصلي ما زالت قائمة كما أن المحل المعقود عليه في العقد الباطن يختلف باختلاف طبيعة العقد وليس له شروط شخصية من حيث كونه من الباطن، وإنما تنسحب عليه، شروط المعقود عليه في العقد الأصلي[28].

المطلب الثاني

العلاقة بين المقاول والمقاول من الباطن

تكون العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن علاقة رب عمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة من الباطن، أي يكون المقاول الأصلي بالنسبة إلى المقاول من الباطن رب عمل، عليه جميع التزامات رب العمل، ويكون المقاول من الباطن بالنسبة للمقاول الأصلي مقاولاً، عليه جميع التزامات المقاول[29].

وبهذا يجمع المقاول الأصلي بين صفتي مقاول بالنسبة للعقد الأصلي مع رب العمل، ورب عمل بالنسبة للعقد الثاني مع المقاول من الباطن.

المسؤولية العقدية للمقاول عن خطأ المقاول من الباطن:

أجاز القانون بمقتضى المادة (392) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 للمقاول أن ينفذ العمل الذي التزم به في مواجهة رب العمل بواسطة مقاول من الباطن، ومع ذلك تبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل[30].

وتكون العلاقة بين المقاول والمقاول من الباطن علاقة عقدية ويسأل المقاول الأصلي إزاء رب العمل عن أعمال المقاول من الباطن مسؤولية عقدية تنشأ عن عقد المقاولة الأصلي وليست مسؤولية متبوع عن تابعه، فهذه المسؤولية تقوم على افتراض أن أعمال المقاول من الباطن تعد بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً صادرة من المقاول الأصلي ومن ثم يكون مسئولا قبله عنها[31]. لذلك فإن الالتزام بضمان سلامة العمل بالنسبة للمقاول من الباطن يُعد التزاماً عقدياً تحكمه القواعد العامة، ولا يخضع للضمان العشري المنصوص عليه في المادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

وكذلك لا يجوز للمقاول من الباطن أن يطالب رب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأصلي إلا إذا أحاله المقاول الأول على رب العمل (م 392 معاملات مدنية)، إذ أنه لا توجد أي علاقة عقدية بينهما، فيلتزم المقاول الأصلي بدفع الأجر للمقاول من الباطن باعتباره رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن[32].

المطلب الثالث
مُنازعات العقود الهندسية

يُمثل النزاع كمفهوم عام خصومة تنشأ عادة عند اختلاف المصالح في موضوع معين، وليس بالضرورة أن يحل النزاع عن طريق القضاء كما سنرى لاحقاً.

وينشأ النزاع بشكل عام إذا قام أي طرف بإرسال خطاب إلى الطرف الآخر، ولم يقم الطرف الأخر بالرد عليه أو كان رده سلبياً فإن هذا يعتبر نزاعاً بالمعنى الفني(33).

أنواع مُنازعات العقود الهندسية:

1/ النزاع بين أطراف العقد وينقسم إلى:

أ. المُنازعات العقدية :

وهي المنازعات التي تنشأ بسبب خطأ في تفسير أحد بنود العقد، وهذا النوع من النزاعات غالباً ما يحدث عند حدوث سرعة في إنجاز عقود تكون غالباً غير مستوفية للشروط، وذلك للسرعة في إنجاز عمل معين ومن ثم يكون العقد غامضاً في بعض نصوصه ويحدث الاختلاف في فهم النصوص، وهذه النزاعات تحتاج إلى تفسير من قبل مختصين وكيفية تنفيذ الأعمال المختلفة بشأنها ومن ثم يتم رفع المطالبة إلى الطرف الآخر(34).

ب. المُنازعات الفنية:

هى المنازعات التى تنشأ أثناء تنفيذ الأعمال، وهذا النوع يبدأ فنياً وغالباً ما يتعلق في نهايته بمطالبات مالية ناتجة عن أمور حدثت أثناء التنفيذ مثل التأخير في التنفيذ، واستخراج التكاليف الكاملة للبناء أو الخلاف بشأن تمديد فترة المشروع أو المنازعات التي تحدث لعدم مطابقة الأعمال لشروط العقد(35).

حيث يجب على المقاول إعلام رب العمل أو المهندس الاستشاري بالحوادث التي أدت إلى تقديمه للمطالبة التي تحولت إلى نزاع فيما بعد، وتقديم المطالبة يجب أن يكون ضمن المدة المحددة بالعقد.

ج. المُنازعات المالية:

هى المُنازعات التى تنشأ بسبب التعويضات المالية، وينشأ النزاع المالي عادة بسبب ارتكاب مخالفات تعاقدية من قبل أحد الطرفين، مما يؤدي إلى تسبيب أضرار للطرف الآخر، الذي بدوره يطالب الطرف المعني بتعويضه عن هذه الأضرار وذلك مثل مطالبة المقاول بالمصاريف الواقعية الناتجة عن فترة توقف المشروع بسبب المالك.

د. المُتازعات الخاصة بالملكية الفكرية للمخططات :

يعتبر النزاع على الملكية الفكرية للمخططات من النزاعات الخطيرة لأنها نزاعات جنائية وليست مدنية، كما أنها نزاعات غير واضحة المعالم وذلك لأن القوانين المنظمة للملكية الفكرية بصورة عامة وفي أغلب الدول تكون غامضة بالنسبة للمخططات خصوصاً وأنه لم يرد تعريف

دقيق فني كلمة (مخططات) في القوانين مما يؤدي إلى اللبس بين مخططات الفكرة المعمارية، والمخططات المتطورة، المخططات بفرض المناقصة مما يؤدي إلى تضارب التفسيرات عن ماهية المخططات المشمولة بالحماية القانونية[36].

ه. المُنازعات المتعلقة بسلامة التحكيم :

يقصد بهذا النزاع أن أحد الأطراف قد وجد ثغرة في الإجراءات التي اتبعها المحكم مثل تجاوز الفترة المحددة لإصدار الحكم أو مخالفة النظام العام أو عدم المساواة في معاملة الأطراف أو غير ذلك ومِن ثم يقوم هذا الطرف باتخاذ الإجراءات المضادة مِن أجل إلغاء حكم التَحكيم وإيقاف تنفيذه نتيجة عدم سلامة الإجراءاتَ.

والجدير بالذكر أن حل هذه النزاعات يكمُنٌ في العقد نفسه الذي عادة ما يتضمن اتفاقٍ أطراف العقد على وسيلة لحسم المُنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد، وغالباً ما تكون وسيلة حل المنازعات هذه بعيدة عن القضاء بسبب ما تتضمنه الإجراءات القضائية مِن إطالة أمد النزاع مما يؤثر بالسلب على تنفيذ عقود الإنشاءات خاصة تلك التي تتسع ولما في عمليات تنفيذها وترتفع تكاليفها.

المبحث الثالث

الآثار الناشئة عن العقود الهندسية

ترتب العقود الهندسية مجموعة مِن الحقوق والالتزامات على ذمة طرفيها ، نبسطُ الحديث عنها مِن خلال المطالب التَالية:

المطلب الأول

التزامات رب العمل

تتلخص التزامات رب العمل فيما يلي[37]:

1/ التزام بتمكين المقاول مِن الموقع ويتحقق ذلك فيما يلي[38]:

- توفير تراخيص البناء
- توفير تراخيص المرافق اللازمة للإنشاء (مصدر مياه – مصدر كهرباء).
- تسليم الموقع تسليما مستمراً وظاهراً.
- توريد المواد المكلف بتوريدها في الوقت المتفق عليه.
- ترك المقاول ينجز العمل فلا يقيم أمامه عقبات في سبيل ذلك لان يُعد مسؤولاً فى مثل هذه الحالة.

ويعتبر هذا الشرط مِن الشروط البديهية التي لا تحتاج إلى نص في القانون.

2/ الالتزام بتسليم الأَعمال التي نفذها المقاول امطابقة للشروط، فإذا امتنع بغير سبب مشروع رغم وعده فلا ضمان عليه.

ويترتب على هذا الالتزام بعض الالتزامات التى تعتبر حقوقاً للمقاول منها[39]:-

- إنتقال ملكية الشيء المصنوع إلى صاحب العمل.
- براءة ذمة المقاول مِن العيوب الظاهرة.
- استحقاق المقاول الأَجر.

3/ التزام صاحب العمل بدفع الاجر عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نص الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك ويشمل ذلك الأجر المتفق عليه في العقد وقواعد التأخير إن وجدت.[40]

المطلب الثاني
التزامات المقاول

1. تقديم مواد العمل والمحافظة عليها:

إذا اشترط على المقاول في عقد المقاولة تقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب عليه تقديمها وفقاً لشروط العقد، أما إذا كان صاحب العمل هو الذي قام بتقديم مادة العمل وجب على المقاول المحافظة عليها وأن يردها لصاحبها ما بقى منها وإن وقع خلاف ذلك عليه ضمانها[41].

2. تقديم الآلات والأدوات الإضافية:

على المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من الآلات والأدوات الإضافية على نفقته إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك[42].

3. انجاز العمل موضوع (المحل) العقد:

يعتبر الالتزام الرئيس الذي يترتب على عقد المقاولة في ذمة المقاول وهو ينطوي على واجبات يتعين على المقاول القيام بها بحيث أنه إذا أخل بواحدة أو أكثر منها يتحمل الجزاء الذي يرتبه القانون عن هذا الإخلال وتتلخص هذه الواجبات في[43]إنجاز العمل بالطريقة الواجبة أو المتفق عليها في العقد ، وبذل العناية اللازمة في إنجازه.

يجب على المقاول إنجاز العمل وفقا لشروط العقد فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معين أو مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد في الحال، إذا كان إصلاح العمل غير ممكن أما إذا كان الإصلاح ممكنا جاز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد ويصحح العمل ضمن مدة معقولة فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد أو الترخيص له في أن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول وهذا أيضا ما نصت عليه المادة (383) من قانون المعاملات المدنية.[44]

4. تسليم العمل:

وقد يكون صراحة أو ضمناً وهو يعني إتمام وإنجاز المقاول للأعمال ونقل المبنى للمالك.

5. مسوؤلية المقاول عن العيوب:

يكون المقاول مسئولا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم وذلك إذا كان عمل المقاول بإشراف مهندس أو بإشراف صاحب العمل والذي أقام نفسه مقام المهندس ويقع باطلاً كل شرط يعفي المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه ولا تسمح دعوى الضمان في هذه الحالة بعد انقضاء سنة من حصول تهدم أو اكتشاف العيب[45].

6. الالتزام بالضمان:

ويقصد به الضمان العشري وهو التزام قانوني يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول حيث يلتزم بالضمان خلاله عما يحدث من تهدم للمبنى سواء كان كلياً أو جزئياً فيما شيداه من مباني من منشآت ثابتة، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأراضي ويشمل الضمان العيوب التي تهدد سلامة المبنى وذلك خلال مدة تتعدى عشرة سنوات من تاريخ التسليم[46]. وتسقط دعوى الضمان العشري بانقضاء ثلاث سنوات على وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب[47].

المطلب الثالث

مدى انصراف آثار العقد على المقاول من الباطن

إذا عهد المقاول بتنفيذ العمل كاملاً أو جزئياً إلى مقاول من الباطن أو إلى مقاول آخر ولم تكن هنالك ما يمنع المقاولة من الباطن صراحة أو ضمناً، كانت المقاولة من الباطن صحيحة ويترتب عليها قيام ثلاث علاقات قانونية وهي:

1- علاقة رب العمل بالمقاول الأصلي.
2- علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن.
3- علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن.

وسبق أن تحدثنا عن العلاقة الأولى والثانية موضحين التزامات كل منهما نحو الآخر في المطالب السالفة الذكر وسوف نتحدث هنا عن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن موضحين من خلالها مدى انصراف أثار عقد المقاولة الأصلي على المقاول من الباطن.

انعدام العلاقة التعاقدية المباشرة بين المقاول من الباطن ورب العمل:

الأصل أن لا تقوم ثمة علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد، فالتعاقد إنما يربط رب العمل بالمقاول الأصلي ويربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، وهكذا تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة[48]ويظل المقاول من الباطن أجنبيا عن رب العمل لعدم وجود عقد يربطهما معاً.

ويترتب على انعدام العلاقة التعاقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن النتائج الآتية:-

أولاً: لا يملك رب العمل مطالبة المقاول من الباطن مباشرة أي باسمه تنفيذ ما يقع عليه من التزامات تتعلق بتنفيذ العمل محل المقاولة من الباطن لأنه لم يكن طرفاً في هذا العقد.

ثانياً: وفي المقابل لا يجوز للمقاول من الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة بتنفيذ التزاماته التعاقدية تجاه المقاول الأصلي فهذه الالتزامات مصدرها عقد المقاولة الأصلي ولأن المقاول من الباطن لم يكن طرفا حدده فلا يمكنه المطالبة بحق لم يقرر له.[49]

وكذلك لا يجوز للمقاول من الباطن أن يتمسك في مواجهة رب العمل بشروط تحديد المسؤولية والإعفاء منها الواردة في العقد المبرم بينه وبين المقاول الأصلي.[50]

ثالثاً: عدم قيام المسؤولية التعاقدية بين رب العمل والمقاول مِن الباطن، فالمسؤولية التعاقدية تقوم نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزام يفرضه عليه العقد المبرم بينهما ولأن رب العمل لا يرتبط مع المقاول مِن الباطن بعقد فلا تتحقق المسئولية التعاقدية لأحدهما تُجاه الآخر.

ومدى إنصراف هذه الآثار على المقاول مِن الباطن رغماً عن انعدام العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن إلا أنه يحق لرب العمل أن يطالب المقاول مِن الباطن بتنفيذ التزاماته وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة مستعملاً فيها حقَ المقاول الأصلي قبل مدين المدين المقاول مِن الباطن، وأيضاً يستطيع المقاول مِن الباطن أن يستعمل حق المدين المقاول الأصلى في الرجوع على رب العمل(51).

وهكذا يمكن عن طريق الدعوى غير المباشرة أي استعمال المدين لحقوق مدنية لدى الغير أن تنشأ علاقات غير مباشرة بين المقاول مِن الباطن ورب العمل، تساهم في المحافظة على حقوق كل منهما تجاه الآخر.

وهذا ولم ينظم قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م تلك الحالة وإنما ترك الأمر للقواعد العامة في القانون المدني.

الخاتمة :

أولاً:النتائج:

1. **المقاولة مِن الباطن تعتبر وسيلة مِن وسائل تنفيذ العقود الهندسية تتم بطريق نقل الالتزام مِن المقاول الاصلي إلي مقاول الباطن.**
2. **المقاولة مِن الباطن تفترض بقاء العقد الاصلي وتكفُل تنفيذه بين أطرافه.**
3. **المحل في عقد المقاولة مزدوج ويطبق عليه الالتزام بالإعطاء.**
4. **الالتزام بضمان سلامة العمل بالنسبة للمقاول مِن الباطن يعتبر إلتزام تعاقدي تحكمه القواعد العامة للعقد.**
5. **لا يجوز لمقاول الباطن مطالبة رب العمل بشئ مما يستحقه المقاول الاصلي الإ اذا أحاله اليه رب العمل.**

ثانياً:التوصيات:

1. **ضرورة تقنين عقود المقاولة مِن الباطن فى شكل عقود نموذجية ملزمة تصدرها جهات الإختصاص.**
2. **تعديل نص المادة (393) مِن قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م وذلك بإضافة فقرة تجيز صراحة وتنظم المقاولة من الباطن تنظمياً دقيقاً.**
3. **تضمين قانون المعاملات المدنية لسنة السوداني 1984 أحكام الضمان العشري الخاص بضمانات المقاول والاستشاري في العقود الهندسية.**
4. **تشجيع الدراسات والأبحاث ذات الصلة بالعقود الهندسية وما ينشأ عنها مِن حقوق وإلتزامات يشترك فيها القانونيين والمهندسين.**

الهوامش :

1. يقابل النص في التقنينات العربية الآخرى المادة (646) من التقنين المدني المصري والمادة (864) من التقنين المدني العراقي والمادة (612) سوري والمادة (788) أردني، حيث تضمنت نفس الفكرة لعقد المقاولة.
2. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المساه ، الجزء الرابع ، دار النشر الجامعية ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ، مصر ، 1953، صـــ87.
3. عادل عبدالعزيز عبدالحميد سماره ،مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الاردني دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدم للجامعة الاردنية ، عمان ، 2007 ، صـــــــــــ79.
4. أنظر نص المادة (392) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 وكذلك المادة (681) من القانون الكويتي والمادة (402) من القانونالمصري.
5. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة فى ضوء الفقه والقضاء، الجزء الاول، ،منشأة المعارف، القاهرة ، الطبعة الاولي ، 2008م ، صـ 132.
6. قدري عبدالفتاح الشهاوي، احكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994،صـــــــــــ79.
7. محمد كامل مرسي ، العقود المسماه (عقد العمل والمقاولة) ، منشأة المعارف ، الطبعة الاولي 2005 ، الاسكندرية ، ص 204.
8. محمد كامل مرسي ، لعقود المسماه (عقد العمل والمقاولة) ، منشأة المعارف ، الطبعة الاولي 2005 ، الاسكندرية، 204.
9. نبيل ابراهيم سعيد –التنازل عن العقد- دار الجامعة الجديدة –بدون طبع 2017- ص 88.
10. محمد كامل مرسي ، لعقود المسماه (عقد العمل والمقاولة) ، منشأة المعارف ، الطبعة الاولي 2005 ، الاسكندرية، 207.
11. نبيل اباهيم سعبد –التنازل عن العقد- دار الجامعة الجديدة –بدون طبع 2017– ص89.
12. عبد الرزاق السنهوري –العقود الواردة على العمل- المجلد الأول ج7- الناشر دار النهضة العربية- 1964م رقم الطبعة بدون طبع –صـــــ 50.
13. سامي بن عبد العزيز الماجد- العقد من الباطن في الفقةالإسلامي- 1429هـ بدون طبع ونشر ص 63.
14. سورة المائدة الاية (1).
15. القرطبي –الجامع لأحكام القرآن ص 5، 6. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المجلد الثامن ،المحقق عبد الله بن عبد المحسن التركي،مؤسسة الرسالة ، الطبعة الاولي ، 2007م ، صـــــــــ 54.
16. أخرجة البخاري- كتاب اللباس- قوله : (باب الخاتم في الخنصر (أي دون غيرها من الأصابع ، وكأنه أشار إلى ما أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من طريق أبي بردة بن أبي موسى عن علي قال " نهاني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن ألبس خاتمي في هذه وفي هذه "يعني السبابة والوسطى قوله : (فلا ينقش عليه أحد) في رواية الكشميهني وحده " ينقشن " بالنون المؤكدة ، وإنما نهى أن ينقش أحد على نقشه لأن فيه اسمه وصفته ، وإنما صنع فيه ذلك ليختم به فيكون علامة تختص به وتتميز عن غيره ، فلو جاز أن ينقش أحد نظير نقشه لفات المقصود.
17. أخرجة الباخاري –كتاب البيوع- باب النجار برقم (2094) أنظر ابن حجر –فتح الباري (400/4).
18. العسقلابي، بن حجر –فتح الباري بشرح صحيح البخاري برقم (715/1).
19. إبن الهمام –فتح الغرير (163/7) وفي نفس المعنى الكاساني بدائع الصانع (210/5).
20. إبن الهمام –فتح الغرير (163/7) وفي نفس المعنى الكاساني بدائع الصانع (210/5)

21. عصام عبد الفتاح مطر ، عقود الفيدك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية,2009 ، ص 74.
22. عصام عبد الفتاح مطر ، عقود الفيدك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية,2009، ص 77.
23. عصام عبد الفتاح مطر ، عقود الفيدك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية,2009،ص 77.
24. قدري عبد الفتاح الشهاوي-أحكام عقد المقاولة- دار النهضة العربية-الطبعة الأولى 2006م– ص 49.
25. نصت المادة (380) (باستثناء عقود المقاولة السارية عند صدور هذا القانون تكون عقود المقاولة كتابة وتجدد الكتابة).
26. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيدك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها ،الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2009،ص187.
27. قدري عبد الفتاح الشهاوي– أحكام عقد المقاولة- دار النهضة العربية- الطبعة الأولى 2006م–ص69.
28. عصام عبد الفتاح مطر ، عقود الفيدك لمقاولات وأعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها ،الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،189،2009.
29. عبد الرزاق السنهوري- العقود الواردة على العمل- المجلد الأول- ج7 – الناشر دار النهضة العربية –بدون طبع- 1964- ص 212.
30. نص المادة (393) على أنه بالرقم من أحكام المادة (432) تبقى مسؤولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل والمقصود بالرغم من أحكام المادة (392) إذ بها يستقيم المعنى.
31. قدري عبد الفتاح الشهاوي- أحكام عقد المقاولة- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- مصر 2006م ص 245.
32. قدري عبد الفتاح الشهاوي-أحكام عقد المقاولة- دار النهضة العربية- الطبعة الأولى 2006م–ص 244
33. كمال ملهي "مقالة" –النزاعات في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المطالبات.
34. هبة ابراهيم أدم – أسباب المنازعات في العقود الهندسية بالسودان- 2015، ص 76- بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في إدارة التفسير- مقدم بجامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا.
35. محمد ناجي ياقوت،مسؤولية المعماريين بعد تمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل ، بدون طبعة ،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،بدون سنة نشر ،ص38.
36. تنص المادة (16) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م على أنه لا يجوز لأي طرفي النزاع رد المحكم إذا:أ/قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول استقلاله أو حيدئة. ب/تعزر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم ولم يتفق طرفا النزاع على عزله.
37. أنظر المواد من 388-390 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م التي تحدثت عن التزامات رب العمل.
38. نبيل عبد البديع يحيي،القانون والمهندس، الطبعة الثالثة دارالنهضة العربية،2014م ص130.

39. نبيل عبد البديع يحيي ،القانون والمهندس، الطبعة الثالثة دار النهضة العربية، 2014م ، ص 130.
40. نبيل عبد البديع يحيي ،القانون والمهندس، الطبعة الثالثة دار النهضة العربية، 2014م ، ص 130.
41. المادة 381 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.
42. المادة 382 قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.
43. محمد ماجد خلوصي –العقود الهندسية المحلية والدولية- الناشر دار الكتب القانونية- مصر بدون طبع- 2004م ص 110.
44. محمد حسين منصور، المسئولية المعمارية فى حوادث و إنهيار المبانى أثناء و بعد التشييد و التأمين الإجبارى منها، منشأة المعارف، الأسكندرية، صـــ80 وما بعدها.
45. عصام احمد البهجي –عقود الغير بل وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل –دار الجامعة الجديدة – ص 54) محمد حسين منصور، نفس المرجع ، صـــ83.
46. أنظر نص المادة 386 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م
47. نبيل عبد البديع يحيي –القانون والمهندس- مرجع سابق 129 راجع المواد 381- 378 المعاملات المدنية لسنة 1984.
48. قدري عبد الفتاح الشهاوي،أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية الطبعة الأولى 2006م، ص 246.
49. طارق حسين حامد، أحكام المخاطر فى عقود مقاولات البناء و التشييد ، رسالة دكتوراة كلية الهندسة جامعة القاهرة ، 2011، صفحة 125
50. طارق حسين حامد، أحكام المخاطر فى عقود مقاولات البناء و التشييد ، رسالة دكتوراة كلية الهندسة جامعة القاهرة ، 2011، صـــ126.
51. عبد الرزاق السنهوري – العقود الواردة على العمل –المجلد الأول ج7 –الناشر دار النهضة العربية 1964م بدون طبع ص 224.

حيازة العقار في القانون السوداني
(دراسة مقارنة)

د.أحمد محمد أحمد الزين[1]

مستخلص البحث

الحيازة حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على عقار أو حق عيني عليه، سيطرة فعلية بحيث تكون في مظهرها وفي قصد الحائز مباشرة حق الملكية.

وقد تعرض البحث لموضوع أركان الحيازة والتي تتكون من ركنين لابد من توافرهما حتى تنتج الحيازة أثرها وتؤدي إلى كسب الملكية ، أول تلك الأركان هو العنصر المادي والذي يعني السيطرة الفعلية على العقار وهي سيطرة مادية يقوم بها الحائز ابتداء ، وتتحقق تلك السيطرة بأن يحرز العقار إحرازاً مادياً ويباشر فيه الأعمال التي يقوم بها المالك عادة .

أما الركن الآخر فهو العنصر المعنوي ، والمقصود بالعنصر المعنوي هو النية في استعمال الحائز للعقار لحساب نفسه وأن يتصرف فيه تصرف المالك من استعمال واستغلال .

وتعرض البحث لعيوب الحيازة وهو الإكراه والخفية أو اللبس ، فإذا لم تكن الحيازة هادئة وعلنية ومستمرة فلا يكون لها أثر ولا يعتد بها .

تناول البحث أيضاً آثار الحيازة التي تؤدي إلى كسب الملكية ، هذا وقد قرر المشرع السوداني جعل الحيازة سبباً مسقطاً ، أي لا تسمع دعوى الملك ضد الحائز الذي استمرت حيازته عشر سنوات ، إذا توافرت شروطها وأركانها .

تعرض البحث بالدراسة أيضاً لدعاوى الحيازة وهي دعوى استرداد الحيازة، دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، وأوضح البحث أن تلك الدعوى شرعت لحماية حائز العقار.

Abstract

This study aim to study the issue of land possession in the Sudanese Civil Transaction Act 1984 "Comparative study"

The study concluded:

That tenure real case arising from the control of a person on the land or the right of the eyes, so that they are de facto control in their appearance and in the intent-winning direct property right.

Research presented to the subject of the elements of tenure, which is made up of two elements must coexist even produces tenure impact and lead to gain property, the first of these is the physical component of Staff, which means effective control of the property, which is controlled by material carried out by winning starting and realized that

[1] أستاذ القانون الخاص المشارك – كلية القانون جامعة شندي و كلية الحقوق جامعة ظفار بسلطنة عمان.

control that made the ground control material and proceed with the work carried out by the owner usually.

The other component is the mental element, and the element is intended intention to use the holder of the property to calculate the same and act the disposal of the owner of the use and exploitation.

The research also shows the defects of tenure which is hidden or coercion and confusion, if the acquisition were not quiet, open and continuous not have a significant impact .

The research also raised the tenure that lead to win the title, this has been decided to make the Sudanese legislator tenure projected reason, in the sense that you hear a lawsuit against the owner-winning possession, which lasted ten years, if the necessary conditions and the bases .

Find the study presented to the acquisition suits are filed to recover possession and filed a lawsuit to prevent exposure and stopping new business, said that research such claims decided for the protection of tenure.

مقدمة :

تعتبر مسائل الحيازة من المسائل القانونية التي لها أهمية قصوى ، لأنه قد انتشرت في الآونة الأخيرة الدعاوي المتعلقة بالحيازة وذلك مع ارتفاع أسعار الأراضي وسعي الإنسان وراءٍ كسب الأرض التي تعني الكثير للأفراد والجماعات.

من أجل هذا واستشعاراً بخطورة النتائج المترتبة على ذلك فقد أفردت الأنظمة القانونية المختلفة النصوص القانونية لمعالجة ظاهرة الحيازة وما ينجم عنها من مشكلات قانونية واجتماعية ، لأنه في بعض الحالات قد يؤدي النزاع إلى نوع من الإخلال بالأمن والطمأنينة العامة ، لأن النزاع قد يتطور حول الأرض وقد يأخذ شكل من أشكال العنف .

يهدف البحث إلى تناول موضوعٍ الحيازة وأركانها وشروطها و آثارها والدعوى المرتبة على ذلك بالدراسة وصولاً لأهداف البحث وذلك لما للموضوع من أهمية عظمى .

على هدى من ذلك وتحقيقاً لأهداف البحث ينتهج المنهج المقارن وعن طريق ذلك يتعرض البحث للقوانين السابقة التي تحكم الحيازة ومقارنتها بالقوانين الحالية، هذا من جانب ومن جانب آخر تتم المقارنة مع القوانين الأخرى وذلك لتوضيح الفوارق واستخلاص أهم النتائج .

في ضوء مشكلة وفروض البحث يتم تناول هذه الدراسة في ثلاثة مباحث وخاتمة ، في المبحث الأول يتناول البحث موضوع ماهية الحيازة وفيه يتم التعرض لتعريف الحيازة وأركانها وخصائصها ، وفي المبحث الثاني يتم تناول آثار الحيازة

التي تؤدي إلى كسب الملكية ، وفي المبحث الثالث يتم تناول دعاوى الحيازة الثلاثة وفي الخاتمة يتم استعراض النتائج والتوصيات .

المبحث الأول
ماهية الحيازة

أولاً : تعريف الحيازة :

أ/ في اللغة :

جاء في تعريف الحيازة : الحوز الجمع وكل من ضم شيئاً إلى نفسه فقد حازه[2] .

ورد أيضاً في تعريفها : الحوز والضم وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك فقد حاز حوزاً وحازه إليه و إحتازه إليه ، الحوز من الأرض أن يتخذها رجل ويبين حدودها فيستحقها فلا يكن لأحد حق معه فذلك الحوز "[3].

يتضح مما تقدم أن الحيازة وردت بمعنى الضم والجمع ، أي بمعنى الاستيلاء والحيازة في الأرض تعني الاستيلاء عليها فلا تكون لأحد غير الحائز فيها حق ، والمعنى الذي نحن بصدده يعني الاستيلاء والسيطرة المادية على الأرض واستحقاقها للحائز دون غيره.

ب/ تعريف الحيازة في القانون :

1/ في القانون السوداني :

ورد تعريف الحيازة في الفقرة الأولى من المادة [631] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي نصت على " الحيازة سلطة فعلية يباشرها الحائز نفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عيني آخر " .

جاء في تعريف الحيازة : " هي سلطة فعلية يباشرها الحائز بنفسه ، والسلطة الفعلية تعني أن الحيازة ليست إلا وضعاً مادياً يظهر الحائز بمظهر المالك[4] .

الحيازة بهذا المعنى ما هي إلا وضعاً مادياً متمثلاً في السيطرة الفعلية ، وعنصراً معنوياً متمثلاً في قصد الحائز مزاولة الملكية وتظهر الحائز بمظهر المالك.

هذا وقد عرفتها المادة [761] من قانون المدني السوداني لسنة 1971م بأنها " الحيازة حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على شيء أو على حق عليه سيطرة فعلية بصفته مالكاً للشيء أو صاحب الحق عليه " .

على أن هذا التعريف لا يختلف عن التعريف الذي أورده المشرع السوداني في المادة [1/631] التي تمت الإشارة ، فتقوم الحيازة في كليهما على عنصرين ، مادي وهو السيطرة الفعلية ومعنوي وهو نية التملك التي يمكن الوصول إليها من مظهر الحائز .

2/ في القانون المصري :

جاء تعريف الحيازة في المادة [398] من القانون المدني المصري والتي تنص على " الحيازة وضع مادي يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق " .

جاء في تعريف الحيازة : " أنها وضع مادي ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية علي حق ، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أم لم يكن ، والسيطرة

الفعلية علي الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق[5] .

على أن التعريف الذي أورده المشرّع المصري لا يختلف عن المشرّع السوداني في شيء فالحيازة تعني سيطرة أو سلطة فعلية على شيء مادي وتكون باستعمال ذلك الشيء عن طريق أعمال مادية ، وهي مجموعة الأفعال التي يقوم بها المالك في العادة في استعمال حق الملكية ويتصرف فيه تصرف المالك فيشيده أو يؤجره أو يقطن فيه ، وهنالك عنصراً آخر وهو قصد التصرف أو قصد استعمال الحق .

على أن تعريف الحيازة قد ورد في أحد السوابق القضائية السودانية في توافق تام مع القانون حيث ورد في تعريفها " الحيازة هي حالة واقعية تنشأ عن سيطرة شخص على شيء أو على حق عليه سيطرة فعلية بوصفه مالكاً للشيء أو صاحب الحق عليه[6]".

وعلى كل فإن الحيازة تعني السيطرة المادية بمعنى أن الحائز يحرز الشيء في يده إحرازاً مادياً ، ويقوم فيه بالأعمال المادية ما يقوم به المالك عادة في ملكه، فإذا كانت منزلاً سكنه ، أما إذا كانت أرضاً زراعية قام بزراعتها والانتفاع بها ، كما أنه يتصرف فيه بالتصرفات التي يتصرفها المالك عادة ، من بيع وهبة ورهن، على أن هذه الأعمال المادية يجب أن تكون مصحوبة بنية التملك .

ثانياً : أركان الحيازة :

يمكن القول بأن اكتساب الحيازة يتطلب توافر ركنان ، هما الركن المادي والركن المعنوي :

أ/ الركن المادي :

أن الركن المادي يعني السيطرة الفعلية ، وهو السيطرة مادية على العقار ، فهو يقوم بها ابتداء دون أن تتحول له من شخص آخر ، أي دون يستمد السيطرة من أحد . وتتحقق هذه السيطرة بأن يحرز الحائز العقار إحرازاً مادياً ، ويباشر فيه الأعمال التي يقوم بها المالك في العادة، فإذا كان الشيء عقاراً قام بالسكن فيها أو تأجيره وإذا كانت أرضاً زراعية قام بالزراعة فيها أو تأجيرها ، وهذا الأمر يتطلب القيام بعمل إيجابي وهو السيطرة الفعلية[7].

يمكن أن تنتقل السيطرة المادية من الغير ، وهذه الحالة التي لا يكون الشخص مسيطراً ابتداء أي انتقلت إليه السيطرة المادية من الغير " الخلف الخاص " عن طريق البيع مثلاً . كما أن المشرّع قد قرر انتقال الحيازة إلى الخلف العام بذات الصفة السابقة التي كانت لدى سلفه ، ومن هذا فإذا كانت حيازة السلف عرضية أو كانت مشوبة بعيب فإنها تتحول بذات تلك الصفات إلى الخلف العام ، وعلى الرغم من ذلك فإن المشرّع قد أجاز للخلف العام أن يتمسك بحسن النية ، إذا استطاع إثبات حسن نيته ، بمعنى أن يثبت أنه لا يعلم بأن حيازة سلفه كانت معيبة بالاعتداء على الغير ، وإن استطاع إثبات حسن نيته فإنه يستفيد من آثار الحيازة التي قررها المشرّع في اكتساب الملكية[8].

على أنه لا يشترط التسليم الفعلي للعقار ، إذ يكون كافياً مجرد التمكن من التسليم، فيكفي تسليم مفاتيح المنزل ، أو تسليمه المستندات[9].

على أن الحيازة يمكن أن تزول إذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية ، بيد أن الحيازة لا تزول إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية مانع وقتي مثل الفيضانات ، على أن الحيازة يمكن أن تنقضي إذا سليت الحيازة بحيث بدأت حيازة جديدة دون أن يسترد الحائز حيازته لمدة عام من تاريخ علمه ، كما أن الحيازة يمكن أن تزول بفقد مكتسبهما أو أحدهما[10].

1/ السيطرة المادية على الشيوع :

يباشر الحائز على الشيوع السيطرة المادية مع غيره وليست قاصرة عليه ، بشرط ألا يحول ذلك دون أن يقوم الحائزون الآخرون بالأعمال المادية للحيازة وهي على هذا النحو تحمي حيازة الشريكين كما تحمي أحدهما ، كذلك لا يتم اكتساب الملكية بالتقادم أو الحوز إلا شائعاً[11].

على أن هذا لا يمنع أحد الشركاء على الشيوع من تغيير صفة الشيوع ، إذا كان عمله يدل بوضوح على أنه يحوز الحق لنفسه وعندئذٍ يكسب الحق كله بالتقادم إذا توافرت أركانه.

بما أن الشريك على الشيوع يحوز نيابة عن بقية الشركاء فلا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية الأرض من غيرٍ أن يكون واضحاً من تصرفاته ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً أو مالكاً مستقلاً فإذا تبين أن الشريك تجاوز حقوق حقه واستغل الأرض باعتباره مالكاً لها بمفرده كانفراده بالتصرف وجحوده حق أي شريك بأي عمل من شأنه أن يقطع بنيته في التملك على صورة واضحة غير مبهمة فإنه يتملك الأرض بوضع يده[12].

مما لا ريب فيه أنه يحق للوارث أن يتملك بوضع اليد نصيب من ورثوا معه ، كما يحق لأحد الملاك على الشيوع أن يتملك بوضع اليد نصيب الملاك المشاعين الآخرين وذلك شريطة أن تتوافر لدى الوارث الحائز أو المالك على الشيوع الشروط المنصوص عليها في القانون ، أي أن تكون الحيازة ظاهرة وهادئة ومستمرة عشر سنوات وبنية التملك في مواجهة الملاك الآخرين[13] .

2/ الحيازة بواسطة الغير :

يشترط أن يمارس الحائز السيطرة المادية بنفسه ، ولكن يمكن أن يمارس الحيازة نيابة عنه شخص آخر ، على أن الحائز الأصلي يعتبر هو الحائز ، وهذه الحالة التي يباشر فيها الشخص الحيازة بواسطة عماله أو أتباعه ، أو وكيله[14].

أما إذا كان الحائز محجوراً عليه أو قاصراً فإن من يباشر السيطرة المادية نيابة عنه يكون الولي و الوصي و القيم[15].

بيد أن الشخص الذي يباشر الحيازة لحساب غيره ، يظل مباشراً للحيازة بهذه الصفة، إذ لا يستطيع تغيير الأساس الذي تقوم عليه الحيازة ، و ذلك إلا إذا تغيرت صفته بفعل منه يدل على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه أو لحساب الغير وهذا ما ذهبت المادة [634] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

نخلص من ذلك إلى أنه بتحقق السيطرة المادية لشخص على عقار فإن السيطرة المادية تظل قائمة ، ما دام العقار في حيازته بوضع يده عليه ، فإذا انقطعت السيطرة المادية فإنه يظل محتفظاً بتلك السيطرة على العقار إذا كان في وسعه

العودة إلى ذلك العقار ، ولا تنتهي تلك السيطرة إلا إذا أصبح غير قادر على ذلك انتفاء القصد بالقيام بعمل من المباحات أو على سبيل التسامح .

ب/ العنصر المعنوي :

لكي تأخذ الحيازة شكلها القانوني فلا بد من تحقق العنصر المعنوي بجانب العنصر المادي وهو السيطرة الفعلية على العقار ، والمقصود بالعنصر المعنوي هو القصد ، أي قصد الحائز استعمال العقار لحساب نفسه ، إذ يجب عليه أن يتصرف في العقار تصرف المالك من استعمال واستغلال ، إذ أن القصد هو النية في استعمال الحائز للعقار لحساب نفسه[16].

على أنه يجب أن يتوافر عنصر القصد عند الحائز شخصياً ، و لا يتحقق عنصر القصد عند غيره في حالة الحيازة عن طريق النيابة . لأن القصد أمر شخصي فلا يصح أن يكون موجوداً عند شخص آخر خلاف الحائز إلا في حالة الحائز عديم التمييز ، إذ أن إرادته تكون معدومة ، وليس من المتصور توافر عنصر القصد عنده ، ومن ثم فإنه يجوز أن يتوافر القصد عند من ينوب عنه وهذا أمر تقتضيه الضرورة[17].

إن القيام بأعمال المباحات والتي تعرف بالرخص ، وهي الأعمال التي يجيز القانون للكافة القيام بها فبإمكانهم القيام أو عدم القيام بها ، ولكن القيام بها لا يكسب حقاً مهما طال الزمن[18] .

أما عن أعمال التسامح فيمكن القول ففي هذه الحالة فإن القيام بعمل مادي يكون بترخيص من صاحب الحق وبتسامح منه ، فهنا تكون الحيازة افتقدت للعنصر المعنوي ، لأن صاحب الحق لا يعتبر هذه الحيازة اعتداء بل يعتبرها على سبيل التسامح .

على أن درجة القرابة إذا كانت وطيدة فهي تنهض قرينة على ثبوت الحيازة على سبيل التسامح التي تمنع كسب الملكية بوضع اليد[19] .

1/ الحيازة العرضية:

الحيازة العرضية لا يعتد بها لأن الحائز لا يحوز الحق لحساب نفسه بل لحساب غيره فهنا ينتفي عنصر القصد ، الذي يتوافر لدى الغير الذي يستعمل الحق باسمه ، على أن الحيازة العرضية يمكن أن تتحول إلى حيازة يعتد بها القانون يكون بفعل من الحائز يكون مظهره المادي معارض لحق المالك ونيته تملك الحق لنفسه.

وتطبيقاً لذلك فقد جاء في سابقة آدم محمد آدم وآخر ضد عدلان عبدالملك حسن " يشترط لاكتساب حق الملكية أو الانتفاع أن تتغير صفة الحيازة من عرضية إلى حيازة أصلية بأن تصدر من الحائز أقوال أو تصرفات معارضة وعدائية في مواجهة المالك"[20].

2/ عيوب الحيازة:

تنص المادة [635] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1986 على: " إذا إقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو أُلتبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب ، إن الحيازة التي تصلح أساساً لتملك العقار بالتقادم ، وإن كانت تقتضي القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لا يحمل على محمل التسامح و لا يحتمل الخفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة ، كما تقتضي من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته ، ويقدر الحاجة إلى استعماله ، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، إنما يكفي أن تكون في الظهور بحيث يستطيع العلم بها، ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشيء في كل الأوقات دون انقطاع وإنما يكفي أن يستعمله كما يستعمله المالك في العادة وعلى فترات متقاربة منتظمة"[21].

فيجب أن تكون الحيازة ظاهرة فالحيازة المخفية ، لا تكسب حقاً مهما طال أمرها، على أن العبرة بالخفاء هو توافره بالنسبة لصاحب الحق المعتدى عليه ، حتى لو كان ذلك غير متوافر لدى غيره ، على أن الحيازة تعتبر معيبة بعيب الخفاء ، حتى تظهر ويكون باستطاعة صاحب الحق العلم بها والمعيار في ذلك شخصي[22].

إن الإكراه يعتبر عيباً من عيوب الحيازة ، بحيث يعتبر متحققاً ، إذا قام الحائز بإحداث رهبة قائمة على أساس معقول تصيب صاحب الحق في نفسه أو ماله أو عرضه بالنسبة له شخصياً أو من قرابته ، على أن الإكراه الذي يعتد به هو الإكراه الذي يصاحب الحيازة ابتداء ، بحيث لا يجوز أن يعتد به شخص آخر غير صاحب الحق[23].

إن العيب الثالث هو عيب اللبس إذا اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصرها المعنوي ، ويتوافر إذا احتملت أكثر من معنى ، ومن أن الحائز يحوز لحساب نفسه ومعنى آخر أن الحائز يحوز لحساب نفسه ولحساب آخر[24].

وتوكيداً لما سبق فقد ورد في سابقة عثمان إبراهيم ضد بخيت يوسف حاج أحمد بأن عيوب الحيازة هي الخفاء والإكراه والغموض[25].

على أن كل تلك العيوب يمكن أن تزول ، فعيب الغموض يمكن أن يزول بزوال اللبس ، والخفاء إذا ظهرت الحيازة ، وعيب الإكراه ينقضي بزوال الإكراه.

3/ الحيازة بحسن النية :

إن حسن النية يقتضي ألا يعتقد الحائز بأن حيازته هي اعتداء على حق الغير، فإذا اشترى شخص عقاراً من آخر وكان يعتقد بأنه المالك ، فإن حيازته تعتبر بحسن نية، على أن الحائز في بعض الحالات قد لا يعلم أنه يعتدي على حق الغير ولكن يعلم أن العقار الذي يحوزه ليس له ، وذلك في حالة أن يحوز شخص عقار وهو يعتقد أنه غير مملوك لأحد ، فالحائز في هذه الحالة يجهل بأنه يعتدي على حق الغير ولكن في ذات الوقت يعلم بأن العقار ليس له ، ففي هذه الحالة يعتبر

حسن النية . على أن ذلك مشروط بألا يكون عمل الحائز ناتج عن خطأ جسيم ، إذا كان في استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر(26).

4/ سوء النية :

إن الحائز يعتبر سيء النية إذا كان يعلم عند حيازته للعقار أنه يعتدي على حق الغير ، فمن اشترى عقاراً من شخص وهو يعلم أنه لا يملكه يعتبر سيء النية، لأنه يعلم أنه يعتدي على حق مالك العقار ، الحالة الثانية وإن كان لا يعلم أن حيازته هي اعتداء على حق الغير ، كان ينبغي عليه أن يعلم ، لأن حيازته كانت ناتجة عن خطأ جسيم باعتدائه على حق الغير ، فإذا كان الحائز في البداية حسن النية ثم علم بعد ذلك بأن العقار مملوك لغيره ، فإنه يصبح سيء النية في العلم(27).

على أن هنالك قرينة لصالح الحائز بأنه حسن النية ، وعلى صاحب الحق إثبات سوء نية الحائز ، أي إثبات علم الحائز بأنه يعتدي على حق الغير بحيازته ، وبما أن هذه المسألة مادية فعلى صاحب الحق إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما في ذلك القرائن والبينة.

المبحث الثاني
آثار الحيازة في كسب الملكية

أولاً : النظام المكسب للملكية :

تنص المادة [649] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م " من حاز بحسن نية وبسبب صحيح منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً على منقول باعتباره ملكاً له دون انقطاع لمدة عشر سنوات فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من شخص ليس بذي عذر شرعي " .

الحيازة تؤدي إما إلى اكتساب الحق بالتقادم أو سقوط الحق بالتقادم ، وعلى الرغم من أن المشرّع السوداني قد أورد عنواناً للمادة [649] وأسماه التقادم المكسب للملكية ، إلا أنه لم يجعل الحيازة سبباً مكسباً للحق وإنما جعلها سبباً مسقطاً للحق وهذا ما أوردته المادة [649] التي تمت الإشارة إليها .

على أن قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م أتى بحكم مغاير للقانون السابق والذي كان ينظر للحيازة باعتبارها سبباً مكسباً للملكية حيث أن المادة [3] من قانون التقادم والمكسب والمسقط للملكية لسنة 1928م يشترط لاكتساب الملكية بوضع اليد أن يكون الشخص حائزاً للأرض حيازة هادئة وعلنية لمدة عشر سنوات على أن تحسب هذه المدة قبل تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بهذا الحق مباشرة ، والحائز يصبح مالكاً ويمكنه تغيير السجل باسمه .

الجدير بالذكر أن هذا الأمر من أبرز العيوب التي تميز بها قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، وحول ذلك الأمر يقول البروفيسور محمد الشيخ عمر : " إن التقادم باعتباره سبباً مكسباً للملكية قد أخذ به القانون السوداني إلى ما قبل قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م . ومن ثم فإنه وفقاً لقانون التقادم المكسب للملكية والتقادم المسقط لسنة 1928م فإن حيازة الأرض المسجلة للأفراد تعتبر سبباً مكسباً لملكيتها إذا ما تحقق بشأنها ما نص عليه ذلك القانون

من شروط ، وبالتالي فإنها تؤدي إلى تغيير سجل ملكيتها بحيث يصبح الحائز مالكاً لها . إلا أن الأمر لم يعد كذلك بعد صدور قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م الذي ألغى قانون التقادم المكسب لسنة 1928م . وهذا يعني أن القانون السوداني قد أصبح وفقاً لقانون 1984م ينظر إلى الحيازة باعتبارها سبباً مسقطاً للحق ، أي تسقط وفقاً له دعوى الاستحقاق لاسترداد الحيازة ممن مضت على حيازته عشر سنوات أو أكثر[28].

1/ حسن النية :-

لقد اشترط القانون الحالي قانون المعاملات المدنية 1984م حسن النية كسبب للحيازة وهذا أيضاً يعد من عيوب هذا القانون ، لأن هذا الأمر لم يشترطه القانون السابق لسنة 1928م ، وهذا الأمر لا يتوافق مع المنطق لأن الحيازة التي يعتد بها القانون هي الحيازة الهادئة والمستمرة الخالية من عيوب الإكراه والخفاء التي يقصد بها التباس الأمر بالنسبة للغير .

على أنه يشترط لتوافر أركان الحيازة سيطرة الشخص على الشيء أو الحق سيطرة فعلية بصفته مالكاً وليس على سبيل الرخصة أو التسامح مما مؤداه وجوب أن تكون حيازته معادية للمالك الأصلي ، إذ أن في ذلك تأكيداً للعناصر المادية للحيازة وهي الهدوء والظهور والاستمرار ذلك لأنه ليس من المستساغ عقلاً أن يكون غرض المشرع من اعتبار وضع اليد لمدة عشر سنوات على أرض الغير سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية بالشروط المذكورة المعروفة ، ويتطلب انتفاء سوء النية من جانب واضع اليد ، لأن جوهر ذلك السبب من أسباب كسب الملكية هو الاعتداء على ملك الغير وحيازة الأرض باعتبار أن الحائز مالك فعلي ، إذ أن الافتراض دائماً أن الحائز يحوز شيئاً أو حقاً غير مملوك له إذ لو كان مملوكاً له لما كان هناك موجب لوضع اليد ، إذ للمالك سلطة مطلقة فيما يملك ، ومفاد ذلك كله ، أنه يجوز للشخص سواء كان حسن النية أو سيئ النية أن يغير من حيازته للأرض غير المملوكة له فتنقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية ، ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يكسب الملكية بالتقادم متى ما توافرت شروطه ، وأن سوء النية لدى الحائز لا يحول دون اكتساب الأرض بوضع اليد لمدة عشر سنوات[29] .

2/ السبب الصحيح :

لقد اشترط قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م السبب الصحيح للحيازة المكسبة للملكية وأن تستمر الحيازة مستوفية للشروط التي تم الحديث عنها لمدة عشر سنوات .

على أن السبب الصحيح هو كل تصرف قانوني يستند إليه الحائز في حيازته ، وقد يكون التصرف ناقلاً للملكية كالبيع ، والهبة ، وقد يكون التصرف منشئ لحق عيني مثل حق الانتفاع أو حق الارتفاق ، على أنه يخرج من نطاق السبب الصحيح التصرفات التي ليس من شأنها نقل حق عيني أو إنشائه كالإيجار والوكالة والوديعة وغيرها[30].

ويذهب البعض للقول بأن التصرف القانوني في معنى السبب الصحيح ليس بالضرورة أن يكون صادراً من المالك فيكفي في السبب الصحيح أن يصدر من شخص ليس مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن

يكون مسجلاً طبقاً للقانون لأن بيع ملك الغير يصلح أن يكون سبباً صحيحاً لكسب ملكية العقار ، ولا يغير من ذلك أن يكون البائع فيه غاصباً أو مستنداً في تصرفه إلى عقد قابل للإبطال أو باطل أو معدوم لأن سند البائع ليس ركناً أو شرطاً لاعتبار التصرف سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم ، وإنما يكفي أن يكون التصرف ذاته صادراً من غير مالك ، ومن ثم فإن الحكم بإبطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أي أثر على سند الحائز ولا ينال من صلاحيته لأن يكون سبباً صحيحاً لذلك التملك ، لأن الخلف الخاص يستطيع أن يتمسك بحيازته هو وحده ، وأن يسقط حيازة سلفه[31].

هذا وقد عرفت الفقرة الثالثة من المادة [649] من قانون المعاملات المدنية السبب الصحيح بأنه :-

1- الاستيلاء على الأرض الموات .
2- انتقال الملك بالإرث أو الوصية .
3- الهبة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض .
4- البيع الرسمي أو العرفي .

بيد أن المشرع السوداني في القوانين السابقة 1928م والقانون المدني لسنة 1971م لم يورد السبب الصحيح ولا التعريفات التي أتى بها المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م .

على أننا يجب أن نتوقف عند السند الأول الذي لم يتم النص عليه في القوانين السابقة ولا في كل القوانين الأخرى بما فيها القانون المصري .

إن الأحياء المقصود به في اللغة هو جعل الشيء حياً ، والحياة ضد الموت ، حي حياة فهو حي والجمع أحياء ، وأحيته جعلته حياً ، ويقال أحياها من الحياة كأنها كانت ميتة فأحياها[32].

إحياء الأرض الموات تعني إعداد الأرض التي لم يسبق تعميرها وتهيئتها وجعلها صالحة للانتفاع بها في السكن والزراعة ونحو ذلك[32] .

على أن السبب الصحيح الذي يقصده القانون وأشارت إليه المادة [649] والتي تمت الإشارة إليها ، هو أن يقوم شخص باستصلاح الأرض الميتة التي لا يملكها أحد والتي لم يسبق تعميرها فيتم إحيائها بالزراعة أو البناء أو غير ذلك .

أما حول ما أشارت إليه المادة المشار إليها بانتقال الملك بالإرث أو الوصية ، فهذا الأمر عديم الجدوى ولا فائدة منه لأن الأرض إذا كانت مسجلة في اسم المتوفى فلا حاجة للحيازة ، إما إذا كانت غير مسجلة فيمكن انتقالها أيضاً عن طريق الإرث ، إذ أن هذا الأمر من اختصاص المحاكم الشرعية أثناء نظر التركة [34].

أما عن الهبة والبيع فإن هذه التصرفات ناقلة للملكية بدون حيازة وإقحامها في السبب الصحيح لا طائل منه ولا يؤدي إلا إلى مزيد من الإرباك ، ويرى الباحث حذف الفقرة الثالثة من المادة [649] حول السبب الصحيح والذي لا داعي لوجوده ويؤدي إلى مزيد من التعقيد وتضارب الأحكام حول تفسير المحاكم للسبب الصحيح .

3/ مدة التقادم :

مدة التقادم التي نص عليها القانون هي عشر سنوات بالنسبة للعقار والمنقول على السواء. بيد أن هذا الأمر قد جاء خلافاً لما نص عليه المشرّع السوداني في القانون المدني لسنة 1971م في المادة [780] والتي جعلت مدة التقادم بالنسبة للعقار عشر سنوات وللمنقول بخمس سنوات .

إن عدم التفريق بين مدة التقادم بالنسبة للعقار والمنقول من أكبر عيوب هذا القانون ، لأن العقار يفترض فيه الاستدامة ولذلك فإن مدة تقادمه تكون أكبر ، أما بالنسبة للمنقول فيرد عليه الاستهلاك والتلف[35] ، ولذلك فإن مدة التقادم بالنسبة له تكون خمس سنوات ، لذلك فإن الباحث يرى تعديل القانون فهذا الصدد لإنقاص مدة التقادم بالنسبة للمنقول لتكون خمس سنوات .

على أن مدة التقادم والتي حددها القانون بعشر سنوات بجانب استيفاء الشروط الأخرى يجب أن تحسب هذه المدة قبل تاريخ رفع دعوى المطالبة بهذا الحق مباشرة[36].

على أنه يجب ألا تنقطع مدة التقادم خلال هذه الفترة ، هذا وقد نصت الفقرة الأولى من المادة [640] من قانون المعاملات المدنية على:"

1. تنقطع مدة التقادم المانع من سماع الدعوى إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية بأي طريقة أخرى.
2. لا تنقطع مدة التقادم فلا تعتبر الحيازة قد زالت إذا وردت على عقار واستردها الحائز خلال سنة أو رفع الدعوى باستردادها في هذا الميعاد .
3. لا تزول الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي" .

على هذا إذا زالت الحيازة قبل اكتمال المدة المحددة فإن المدة تنقطع لأن الحيازة تقتضي سيطرة الحائز خلال المدة المحددة وعدم مطالبة المالك بحقه ، أما إذا تخلى الحائز عن حيازته اختياراً فإن التقادم ينقطع ، وإذا استرد الحائز حيازته مرة أخرى فإنه يبدأ حيازة جديدة ، ويبدأ حساب مدة جديدة للتقادم .

إن الحائز إذا كان قد فقد حيازته بغير إرادته ، فله أن يسترد الحيازة بدعوى خلال سنة من وقت فقده للحيازة ، فإذا استردها فعلاً خلال تلك السنة أو رفع دعوى وتم الحكم له في الدعوى ، فإن المدة لا تنقطع ولا تعتبر الحيازة قد زالت ، بل تعتبر مستمرة للحائز وبذلك لا يقطع التقادم .

فقد جاء في سابقة ورثة الحاج مدني ضد ورثة عبد الماجد محمد كرم الله :" لقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن قانون المعاملات المدنية في المادة [649] منه يقضي بسقوط حق المالك في المطالبة بالحيازة من الحائز الذي دامت حيازته دون انقطاع لمدة عشر سنوات وبحسن نية وبسبب صحيح وهي في الوقت نفسه تقضي باكتساب الملكية العقارية للحائز للعقار إذا دامت حيازته كمالك دون انقطاع(الاستهلاك : هو نقص في قيمة الشيئ إما بالإستعمال أو التداول ، أما التلف فهو هلاك أو فساد الشيئ كلياً أو جزئياً ، إما بفعل الإنسان أو بمرور الزمن وبفعل القدر ، حسب رأي الباحث).

إن انقطاع حيازة الحائز سواء بفعل المالك أو من ينوب عنه خلال مدة التقادم تلغي أثر الحيازة السابقة لذلك الانقطاع ، ولم يحدد القانون أو السوابق مدة محددة لذلك الانقطاع[37] .

إن الاضطرار إلى الانتفاع الموسمي بالأرض طبقاً لإمكانيات الانتفاع المحلية كالزراعة فقط في موسم الأمطار أو بعد الفيضان لا تعد انقطاعاً للحيازة على أن فترة الحيازة لا تنطبق في حالات اختفاء الأرض فالهدام واختفاء الأرض تحت الماء لأي مدة يقطع فترة الحيازة السابقة حتى وإن كانت كافية لاكتساب الحق بالتقادم وتعتبر الأرض التي تظهر بعد الهدام أو الغمر أرضاً جديدة[38]

بيد أن الشكاوي والتظلمات الإدارية لا تقطع الحيازة لأنها ليست إجراءات قضائية وفقاً لقواعد التقادم المكسب والمسقط للملكية ومهما طالت مدتها أو قصرت فهي لا أثر لها ، ولكن التقادم ينقطع بالدعوى التي تقام أمام القضاء ، أي يطالب المالك الحائز بملكية العين ، وإذا انتهت الدعوى بشطبها فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن وأن يكون التقادم سارياً منذ البداية[39]

هنالك قرينة قانونية على قيام الحيازة في الفترة ما بين بداية التقادم ونهايته ، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيكفي الحائز أن يثبت أنه يحوز العقار الآن ، وأنه قد حازها شخصياً أو بواسطة الغير قبل عشر أعوام ، عندئذٍ يقيم القانون قرينة قانونية على استمرار الحيازة في الفترة ما بين الزمنين ، أي أنها قد بقيت مستمرة طوال مدة العشر سنوات ، بفعل هذه القرينة فإن الحائز قد أثبت أنه بقي حائزاً طوال مدة التقادم التي حددها القانون ، على أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، إذ يحق للمالك أن يدحض هذه القرينة بأن يثبت أن الحيازة لم تستمر طوال هذه الفترة بأن تخلى عنها الحائز أو تم نزعها منه ، أو أن الحيازة قد استمرت ولكن شابها عيب من عيوب الحيازة . بحيث أصبحت لا تكسب الملكية بالتقادم[40]

4/ ضم المدة في حالة تعاقب الحائزين :

قد يحدث أن يتعاقب على الحيازة أشخاص متعددون فيعقب المشتري البائع ، ويعقب الوارث المورث ، وفي هذه الحالة يمكن ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف حتى تكون المدة عشر سنوات فتؤدي إلى التملك بالتقادم[41]

5/ دعاوى الإرث :

لقد نصت المادة [650] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م على " لا تسمع دعوى الإرث مع التمكن وعدم العذر الشرعي على من وضع يده على عقار متصرفاً فيه تصرف المالك بلا منازعة أو انقطاع لمدة ثلاثة وثلاثين عاماً ".

إن هذا النص يتحدث عن الدعوى التي يقيمها الوارث ضد الآخرين المشتركين في الإرث فيما يتعلق بالعقار الذي تملكه المورث ، فإذا طلب الورثة إعلام شرعي ولم يدخلوا المدعي ، فإن المدعي لا تسمع دعواه بإدخال وارث بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، وهذا الأمر ليس له علاقة بموضوع الحيازة وهذا النص يتطابق مع نص المادة [98] من الجدول الثالث الملحق لقانون الإجراءات المدنية 1983م، ويرى الباحث أن هذا النص يجب حذفه فهو نص إجرائي وتم تكراره في هذا القانون وهو لا معنى له بعد وجود نفس النص الذي أشرنا إليه في المادة[98] .

المبحث الثالث
دعاوى الحيازة

تلتقي دعاوى الحيازة في أنها شرعت لحماية الحائز ، فيكفي أن يثبت المدعي حيازته للعقار ، فمتى أثبت ذلك فيحق له استرداد حيازته بدعوى استرداد الحيازة، ويحق له أيضاً أن يدفع بتعرض الغير له بموجب دعوى منع التعرض ، وإذا كان التعدي متمثلاً في البدء بأعمال لم تتم فللحائز الحق في إيقافها بموجب دعوى وقف الأعمال الجديدة ، ويحق للحائز أن يسلك أي من هذه الطرق لحماية حيازته .

على أنه يحق للمدعي في عريضة دعواه أن يجمع بين دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة ، بشرط أن يوضح الأساس الذي تقوم عليه كل منهما .

إن دعاوى الحيازة قد شرعت لحمايتها في ذاتها ، بصرف النظر ما إذا كان الحائز يملك العقار الذي يسيطر عليه أو لا يملكه فحائز الأرض يجب أن تحميه الدعاوى المقررة للحيازة ، ولا يطلب منه للسير في هذه الدعاوى أكثر من إثبات حيازته للأرض بالشروط المقررة للحيازة وعلى الوجه الذي سبق أن بيناه ، إذ ليس مطلوب منه إثبات ملكيته لأرض ، إذ أن الملكية مكانها دعوى أخرى ، وتتميز دعوى الملكية بإجراءات مطولة وغير يسيرة ، وبطرق إثبات أكثر صعوبة من وسائل إثبات الحيازة ، فمتى ما استطاع الحائز إثبات حيازته بغض النظر عن ملكية أم لا ، فإن القانون يحميه عن طريق دعاوى الحيازة فيستطيع استرداد ملكيته ، إذا تم نزعها منه، أما إذا تعرضت لتهديد وإعتداءٍ ولم تنزع منه فإنه يستطيع أن يدفع عنها الاعتداء والتهديد بدعوى منع التعرض، أما إذا كانت على وشك أن تتعرض لذلك من جراء أعمال بدأت ولم تتم فإنه يستطيع إقامة دعوى وقف الأعمال الجديدة حتى يتمكن من وقف تلك الأعمال .

إن دعوي استرداد الحيازة هي التي يرفعها من سلبت حيازته عصباً في مواجهة المغتصب وذلك بغرض رد الحيازة ، أما دعوي منع التعرض فهي التي يقصد بها منع التعرض الذي وقع للحائز ، أما دعوي وقف الأعمال الجديدة فهي الدعوي التي يقيمها الحائز وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته فهو يقيم هذه الدعوي لوقف هذه الأعمال طالما أنها لم تتم[42] .

أولاً : دعوى استرداد الحيازة :

هذه الدعوى قُررت لمصلحة حائز العقار ، إذ يجب عليه إثبات أنه كان حائزاً للعقار وأن حيازته هادئة ومستمرة .

على أنه في هذه الدعوى قد يكون الحائز في هذه الدعوى أصيلاً عن نفسه ، كما يحق للشخص الحائز لحساب غيره وهو الحائز العرضي أن يقيم هذه الدعوى ويطلب استرداد الحيازة . كما يجوز للحائز على سبيل السماح إقامة هذه الدعوى، وليس من الضروري أن تمضي على حيازة هذا الحائز مدة معينة ، كما أنه لا يشترط أن يكون حسن النية .

لقد وضع المشرّع السوداني القواعد التي تحكم دعوى استرداد الحيازة في المادة [643] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي تنص على " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية " .

إن دعوى استرداد الحيازة تقام ضد الشخص الذي انتزع الحيازة من الحائز بالقوة أو الغصب ويستوي في ذلك أن يكون قد تم علناً أو خفيه . لأن الشرط الواجب تحققه هو أن يكون الفعل الصادر من المدعى عليه يعتبر عدوانياً . ويكفي فقط أن يكون هنالك تعدياً إيجابياً على حيازة الحائز ، وهذا الفعل من شأنه أن يؤدي الإخلال بالأمن والسلام العام ، فالمدعى عليه يكون بفعله هذا قد أخذ القانون بيده دون اللجوء للقضاء، وهذا هو حجر الزاوية التي تقوم عليه دعوى استرداد الحيازة ، وليس بالضرورة أن يكون العمل العدواني منطوياً على القوة والعنف بل يكفي أن يستولي المدعى عليه على العقار غصباً ، أو خفية دون علم الحائز بحيث يصبح عائقاً أمام الحائز لا يستطيع تجاوزه إلا باللجوء للعنف[43] .

يجب أن تتوافر حيازة مادية حالية وقت حدوث الاعتداء عليها ، ويكفي فيها أن تكون حيازة هادئة وظاهرة ، ويلزم أن تكون للمدعي حيازة مادية وقت وقوع الاعتداء، ويجب أن تتوافر سيطرته علي العقار ، ويكفي أن يكون باسطاً سيطرته عليه، أما إذا فقد هذه السيطرة قبل غصب الحيازة ، فلا تتحقق له حيازة حالية ، وبذلك يفتقد لسبب من أسباب رفع الدعوى[44].

إن دعوى استرداد الحيازة تقام عندما يحرم الحائز حرماناً كاملاً من الانتفاع بالعين بالقوة ولكن لا يلزم أن يكون ذلك بالإكراه المادي فيكفي أن يكون رغم إرادة الحائز ، أو كان نتاجاً لغش أو تدليس ، وكل عمل غير مشروع يعد إكراهاً إذ أن من شأنه الإخلال بالنظام العام والأمن ، إذ أن وسيلة من يدعي حقاً على العقار فإن سبيله لاسترداد حقه هي اللجوء للقضاء وبغير ذلك يعتبر متعدياً ويجب رد العقار إلى حائزه ، ثم يلجأ من يدعي حقاً عليه للمطالبة به قضائياً فليس لإنسان أن يأخذ حقه بيده ، وتستوي الخفية مع الإكراه ، فمن يستولى على حق بطريق الخفية يكون مغتصباً وللحائز أن يسترد العقار منه .

وقد يقوم الغصب على الغش والخديعة والتحايل ، فإن كانت الحيازة لم تفقد بالقوة أو الإكراه ، بل تم التخلي عنها طواعية وبدون غش أو تحايل ، فإن استردادها لا يكون عن طريق دعوى استرداد الحيازة وإنما يكون عن طريق دعوى الحق[45].

1/ المدة التي ترفع خلالها دعوى استرداد الحيازة :

تنص الفقرة الثانية من المادة [641] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م على " لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه فإذا فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت انكشافه ".

وفي ذلك يتضح أن مدة رفع دعوى استرداد الحيازة سنة كاملة من تاريخ نزع الحيازة إذا كان غصباً لأن المدعي في هذه الحالة يعلم تاريخ نزعها لأنها تتم علانية أما إذا كان فقدها قد تم خفية فتبدأ السنة من تاريخ علم المدعي بنزع الحيازة ، فإذا كان لم يتم رفع الدعوى خلال هذه الفترة فإنه لا يحق له رفعها بعد ذلك لأنه حقه في رفع الدعوى يكون قد سقط .

إذا كانت حيازة المدعي قد دامت مدة لا تقل عن سنة وتم انتزاعها منه عنفاً فإنه يقوم برفع دعوى استرداد الحيازة ويحكم له القاضي برد الحيازة .

أما إذا كانت حيازة المدعي لم تدم سنة ولكن تم نزعها منه بالقوة ، ويحق له رفع دعوى استرداد الحيازة على الرغم من أن حيازته لم تدم سنة ، ويقوم هذا المبدأ لأن الحيازة انتزعت بالقوة[46].

أما الحالة الثالثة وهي حيازة المدعي لم تدم سنة ولم تنزع منه بالقوة ولكن القانون قد منحه حق رفع دعوى استرداد الحيازة لأن من انتزع منه الحق لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل[47]، أما الحالة الرابعة والأخيرة فإن حيازة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ولكن الذي انتزع منه الحيازة يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل ، وفي هذه الحالة فلا يستطيع المدعي أن يقيم دعوى استرداد الحيازة وإن أقامها فإن المحكمة لا تقضي له باسترداد الحيازة ما دامت الحيازة لم تنزع منه بالقوة بل كانت خلسة وأحق بالتفضيل لأنها تستند على سند قانوني .

ثانياً : دعوى منع التعرض :

هذه الدعوى هي التي تحمي الحيازة في ذاتها وهي الحيازة الأصلية وليس العرضية ، ويجب على المدعي في هذه الدعوى إثبات أنه كان حائزاً لهذا العقار حيازة خالية من العيوب ، أي بمعنى أن تكون هادئة ومستمرة وعلنية ، يجب عليه أيضاً أن يثبت أن حيازته حيازة أصلية وليست حيازة عرضية ، أي أنه يحوز لحساب نفسه وليس لحساب غيره ، ولذلك فإن هذه الدعوى لا تقوم من النائب الذي يحوز لحساب غيره كما هو الحال في دعوى استرداد الحيازة ، ومن هذا المنطلق فلا يجوز رفع هذه الدعوى ممن لم يكن حائزاً للحق لحساب نفسه .

على أن المدعي يجب أن يرفع دعواه ضد الشخص الذي تعرض لحيازته والتعرض يكون قائماً على أساس مادي .

هذا وقد نصت المادة [644] على دعوى منع التعرض والتي نصت على " للحائز إذا استمرت حيازته سنة كاملة ثم وقع تعرض في حيازته أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض".

مؤدي نص هذه المادة أن لحائز العقار إقامة دعوى منع التعرض في كل صور التعرض للحيازة ، وهي دعوى موضوعية يتعرض فيها القاضي لبحث الحيازة ليستنتج إذا كانت بنية التملك أم كانت عرضية أو على سبيل التسامح لأنه في تلك الحالات تنتفي نية التملك ، أي بمعنى أنه لابد أن تكون الحيازة أصلية أي بنية التملك فلا تكفي الحيازة العرضية لرفع دعوى منع التعرض ، ومن ثم فلا تقبل الدعوى إذا أقامها حائز لم تنصرف نيته إلى تملك العقار أو صاحب حق الانتفاع . أو صاحب حق الارتفاق أو المستأجر فحيازة هؤلاء تعتبر عارضة ينوبون فيها عن المالك ، ولكن هؤلاء يعتبروا حائزين أصليين للحق الذي قرر لهم على العقار ، فالمستأجر يعتبر حائزاً لحق في الانتفاع بالعقار ، ومن ثم يجوز له رفع دعوى ضد من يتعرض له في هذا الانتفاع[48].

ومما تجدر الإشارة إليه فإنه يجب توافر نية التملك أي أن تكون حيازة المدعي متعدية أي قصد منها الحائز كسب ملكية العقار ، فإن لم تكن متعدية فإن نية التملك تصبح غير متوافرة . فضلاً عن ذلك فإن العنصر المعنوي للحيازة لا يتوافر إلا بتوافر العنصر المادي المتمثل في السيطرة الفعلية .

على أنه يعتبر تعدياً مما يجيز معه إقامة دعوى منع التعرض كل عمل مادي يكون بطريق مباشر أو غير مباشر ، إدعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعي .

على أنه يكفي أن يعارض المدعى عليه في حيازة المدعي ، فلا يشترط أن يكون التعرض قد ألحق بعض الضرر بالمدعي ، أما إذا كان العمل قد ألحق ضرراً بالمدعي دون أن يكون معارضة من قبل المدعى عليه . ففي هذه الحالة لا يكون هنالك أساس قائم على دعوى منع التعرض والحل في تلك المعضلة أن يقوم المدعي برفع دعوى تعويض قائمة على أساس المسئولية التقصيرية[49].

1/ المدة التي ترفع فيها الدعوى :

يجب أن تقام دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ التعدي ، وإذا كان التعدي أعمالاً مستمرة ومتعاقبة فإن المدة تحسب من تاريخ أول عمل قام به المعتدي[50] .

نخلص من كل ذلك إنه إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض كما سلف القول ، فإنه يجب الحكم للحائز برد حيازته ومنع التعرض له في تلك الحيازة ، وقد يقضي الحكم بإزالة بعض الأعمال التي تمت ، مثل هدم مباني ، أو تشييد مبنى قد هدم .

ثالثاً: دعوى وقف الأعمال الجديدة :

تتطلب دعوى وقف الأعمال الجديدة توافر الحيازة القانونية الهادئة والعلنية وأن تستمر تلك الحيازة لمدة سنة وأن ترد الحيازة على عقار مما يكسب بالتقادم .

إن دعوى وقف الأعمال الجديدة ، هي دعوى موضوعية في المقام الأول يبحث فيها القاضي ويتحري عن أصل الحيازة وصفتها القانونية ، من توافر العنصر المعنوي ، أي أنها كانت بغرض التملك وأنها هادئة وعلنية ومستمرة لمدة عام ، وأن الحكم الصادر في هذه الدعوى يحسم النزاع بالنسبة للحيازة .

هذا وقد قرر المشرّع الدعوى لمصلحة الحائز في المادة [645] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي نصت على :

1. لحائز العقار إذا استمرت حيازته سنة كاملة وخشي لأسباب مقبولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته ، أن يرفع دعوى بوقف الأعمال طالما أنها لم تتم ولم ينقض عام على البدء فيها .
2. للمحكمة أن تحكم بعدم استمرار الأعمال أو أن تأذن في استمرارها ولها في الحالتين أن تأمر بتقديم تأمينٍ كافٍ يكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناجم من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ويكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي لمصلحته .

ومفاد ذلك النص أنه يشترط في العمل المطلوب أن يكون قد بدأ تنفيذه ولكن لم يتم ، ويبدأ الحق في إقامة هذه الدعوى عند ما يبدأ المدعى عليه في الأعمال كالبناء مثلاً .

على أنه يجب أن ترفع تلك الدعوى خلال سنة من تاريخ بدء الأعمال المراد وقفها ، حتى لو إستمر المدعى عليه في العمل لفترة مؤقتة ، أما إذا فات الميعاد بأن انقضت هذه السنة ، سقط حق المدعي في رفع الدعوى ، ولكن يمكن له في هذه الحالة أن يلجأ لدعوى منع التعرض إذا كانت الأعمال قد وصلت حداً يتوافر معه التعرض ، وفي هذا الوقت يجب على الحائز رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من هذا الوقت ، بحيث إذا انقضت تلك السنة سقط حق الحائز أيضاً في رفع دعوى منع التعرض . ولكن في هذه الحالة له أيضاً أن يقوم برفع دعوى الحق بطلب الإزالة أو التعويض إن توافر الضرر بالحائز[51].

ونخلص من ذلك إلى أن هذه الدعوى تختلف عن دعوى منع التعرض حيث أن سبب دعوى وقف الأعمال الجديدة هو أن العمل قد بدأ ولم يتم ، إذ يكون شروعاً في العمل ، أما إذ وقع وتم العمل فيكون هذا تعرضاً ومدة الدعوى فيما يتعلق بوقف الأعمال الجديدة سنة من تاريخ الشروع في العمل أما في دعوى التعرض فيكون تمام السنة بتمام العمل ، وعلى ذلك فإن فاتت المدة المقررة لدعوى وقف الأعمال الجديدة فيمكن للمدعي أن يقيم دعوى لمنع التعرض .

الخاتمة :

أولاً : النتائج :

1- إن قانون المعاملات 1984م لم يجعل من الحيازة سبباً مكسباً للحق ، بمعنى أن الحيازة إذا توافرت أركانها وشروطها لا تكسب الملكية ، وإنما اعتبرها القانون سبباً مسقطاً للحق ، أي تسقط دعوى المالك ضد الحائز التي استمرت حيازته لمدة عشر سنوات ، وهذا يخالف ما كان سائداً في القوانين السابقة [1928 – 1971م] وكذلك القانون المصري .
2- نص قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م على مدة التقادم بالنسبة للعقار والمنقول وجعلها على السواء وهي فترة عشر سنوات .
3- لقد اشترط قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م حسن النية كسبب للحيازة وهذا الأمر لا يتوافق مع المنطق لأن الحيازة التي يعتد بها هي الحيازة الهادئة والمستمرة والخالية من عيوب الإكراه والخفاء التي يقصد بها التباس الأمر بالنسبة للغير .
4- هنالك قلة بل ندرة في الدراسات والبحوث والمراجع السودانية المتعلقة بالقانون المدني على وجه العموم وموضوع الحيازة على وجه الخصوص.
5- إن إيراد السبب الصحيح في الفقرة الثانية من المادة [649] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م بأنه انتقال الملك بالإرث والوصية أمر عديم الجدوى ، لأن الأرض إن كانت مسجلة باسم المتوفي فلا حاجة للحيازة ، إذ تنتقل عن طريق الإرث ، وإن كانت غير مسجلة فلا يمكن انتقالها عن طريق الإرث ، لأن الإرث يتطلب التسجيل .
6- إن اعتبار السبب الصحيح في الفقرة الأولى من المادة [649] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م هو إحياء الأرض الموات أمر يتعارض مع نص المادة [651] من ذات القانون والتي تقرر بأنه لا يجوز تملك الأموال العامة أو كسب إي حق عيني عليها بمرور الزمن .

7- إن قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م أسقط حق الوارث في رفع دعوى الإرث بعد ثلاثة وثلاثين عاماً .
8- أن الحيازة تعتبر سبباً مسقطاً لحق المالك ضد الحائز الذي استمرت حيازته لمدة عشر سنوات وبالتالي لا يترتب عليها تغير السجل وإنما الأثر القانوني هو أن يظل الحائز في حيازته ويظل السجل كما هو في اسم المالك .
9- هنالك تعارض في نص المادة [634] والتي تنص على :
أ- ليس لمن يحوز لحساب غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته .
ب- يجوز أن تتغير الصفة بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك ولا
تبدأ الحيازة بصفتها الجديدة إلا من وقت التغيير . إن التعارض يكمن في أن الفقرة
الأولي من المادة المشار إليها لا تبيح لمن يحوز لحساب غيره أن يغير صفة حيازته
ويحوز لنفسه ، وهذا الأمر يتعارض مع نص الفقرة الثانية من ذات المادة أباحت هذا
الأمر وقررت حكماً مغايرا والتي لم تمنع الحائز لحساب غيره من أن يغير صفته ويحوز
لحساب نفسه .
10- لقد كثرت في الآونة الأخيرة دعاوي الحيازة والدليل على ذلك كثرة القضايا حول هذه المسألة وقد أشرنا إلى عدد كبير منها في البحث ، والسبب في ذلك هو جهل المواطنين بالقواعد المتعلقة بالحيازة .
11- إن مدة التقادم التي تكسب الملكية عن طريق الحيازة هي عشر سنوات ، علي أنه يجب أن تكتمل هذه الفترة قبل رفع الدعوي.

ثانياً:التوصيات :

1- يجب إجراء تعديل في مضمون المادة [649] والنص صراحة بأن الحيازة إذا توافرت أركانها فإنها تعد سبباً مكسباً لحق الملكية.
2- إنقاص فترة التقادم بالنسبة للمنقول لمدة خمس سنوات بدلاً من عشر سنوات لأن المنقول ليس كالعقار فهو قابل للتلف و الاستهلاك .
3- حذف عبارة حسن النية كشرط للحيازة فهذا الأمر لم يتم العمل به في القوانين السابقة ولا في قوانين الدول الأخرى ، لأن الحيازة إذا توافرت شروطها وكانت خالية من العيوب فإنها تؤدي إلى كسب الملكية .
4- تشجيع البحث العلمي فيما يتعلق بالقانون المدني على وجه العموم وموضوع الحيازة على وجه الخصوص لأن البحث العلمي هو الوسيلة الوحيدة للنهوض بالبلاد.
5- حذف الإرث والوصية كواحد من أسباب السبب الصحيح لأنه لا جدوى منها لأن الإرث يعد كافياً لكسب الملكية دونما حاجة للحيازة .
6- إجراء تعديل في نص المادة [651] بإيراد الحيازة واستثنائها بالنسبة لتملك الأموال العامة ، أوحذف إحياء الأرض الموات كواحدة من الأسباب .

7- حذف المادة [650] لأن هذا الأمر قد نص عليه في المادة [98] من الجدول الثاني الملحق بقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م بنفس العبارات ونفس السند لذلك لا معنى لتكرار ذلك النص في أكثر من قانون ، ويعد قانون الإجراءات المدنية هو القانون المنظم للإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وفقاً لنص المادة [3] من ذات القانون .

8- وضع نص يقضي بأن تصبح الحيازة سبباً لكسب الملكية مع تعديل السجل إذا توافرت شروطها ."تعديل سجل العقار في حالة توافر شروط وأركان الحيازة ."

9- إجراء تعديل في نص المادة [634] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م بإزالة التعارض في الفقرة الأولى مع الثانية حيث مفاد الفقرة الأولى بأنه ليس لمن يحوز لحساب غيره أن يغير ذلك ويحوز لحساب نفسه ، ونص الفقرة الثانية يجاوز هذا الأمر والتعديل هو أن يكون التغيير بموافقة الغير الذي يحوز النائب لصالحه وليس بجواز ذلك من النائب من تلقاء نفسه .

10- نشر الثقافة القانونية المتعلقة بالحيازة ونشر الوعي الديني حتى يقلل ذلك من محاولة البعض الاعتداء على حقوق الآخرين تعمداً أو عن جهل وليسهم ذلك في إنقاص الكم الهائل من دعاوي الحيازة أمام المحاكم ، من خلال الندوات والمحاضرات العامة والتوعية عبرا لأجهزة الإعلامية والصحف.

11- يجب توضيح مدة التقادم بالنص عليها في المادة 649 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 بإضافة العبارة التالية :" لمدة عشر سنوات قبل رفع الدعوي."

الهوامش :

1- رئيس قسم الحقوق - كلية الآداب والعلوم التطبيقية ، جامعة ظفار- سلطنة عمان ، قسم القانون الخاص- كلية القانون – جامعة شندي .

2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور: لسان العرب،بيروت لبنان،ص 162

3- أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور: لسان العرب،بيروت لبنان،ص 342

4- أ.د محمد الشيخ عمر ، الملكية ، الخرطوم 200، ص 161

5- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان 1986، ص 784

6- الحاج أحمد محمد ضد عبد الجبار حسين زاكي الدين : م ع/ ط م/ 73/198 – مجلة الأحكام القضائية – 1973م – ص 118 .

7- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – ج9 – ص 789 – دار إحياء التراث العربي – بيروت لبنان – 1986م .

8- المادة [639] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م " تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف إنه كان في حيازته بحسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته .

9- سابقة عريفي محمد علي نايل ضد ورثة علي عبد الله نايل : مجلة الأحكام القضائية 1982م-ص289 – والتي أكدت أن حيازة الابن على الشيوع تشوبها عيب الغموض واللبس لأنه يفترض فيها أن الشريك يقصد الحيازة الشائعة مع غيره لا خالصة له .

10- المادة [640] من قانون المعاملات لسنة 1984م .

11- سابقة عوض إبراهيم إدريس ضد فاطمة جبر الله سعيد : مجلة الأحكام القضائية 1927م – ص 55 والتي قررت أن طلب حق التقادم المكتسب بوضع اليد بين الشركاء على الشيوع يحتاج إلى إثبات الحيازة ونية إبعاد الشركاء الآخرين بطريقة مستمرة ووضوح لا غموض فيه ، فإذا أثبت ذلك فليس هنالك ما يمنع من منح هذا الحق .
12- عمر حسن حويج ضد العطا محمد الهدى : مجلة الأحكام القضائية 1976م – ص 484- 485 .
13- محمد عبد الله أبكر ضد ورثة النويري عبد الكافي وآخرين : مجلة الأحكام القضائية 1976م ، ص 178 .
14- المادة [632] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي تنص على " تكون الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء لحساب الغير .
15- المادة [632] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي تنص على " يجوز لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عمن ينوب عنه قانوناً .
16- .د. محمد الشيخ عمر : الملكية ، الخرطوم 2000م ، ص 163- 164 .
17- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج9 ، ص 789 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، 1986م ، ص 824 .
18- د. مصطفى محمد الجمال:نظام الملكية،دار منشأة المعارف بالإسكندرية،ص266
19- ورثة عبد القادر محمد زين ضد محمد زين عثمان : مجلة الأحكام القضائية 1981م – ص 185 . وقد جاء في سابقة قرشي سليمان ضد عبد الله الطاهر و آخرين :مجلة الأحكام القضائية 1978م ص 227 والتي قررت : أن درجة الصلة تقوي القرينة بأن الحيازة سماحية : وقدجاء أيضاً في سابقة مريم عبد الخير ضد الزاكي عبد الخير : مجلة الأحكام القضائية 1977م – ص 269 . والتي أكدت بأن الحيازة على سبيل التسامح لا تكسب الملكية بوضع اليد مهما طالت المدة .
20- مجلة الأحكام القضائية : 1976م ، ص 258 .
21- نقض مصري : 1973/2/8م طعن 387 س 37ف 1978/11/16م طعن 927 س 54 ق . التقادم : أنور طلبه : القاهرة 2004م، ص 261 .
22- أ.د. محمد الشيخ عمر : الملكية ، الخرطوم 2000م ،ص 168 .
23- المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني لسنة 1971م وزارة العدل ، الجزء الثاني ، القاهرة 1971م ، ص 974 .
24- مجلة الأحكام القضائية : 1973م ، ص 1004 .
25- المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني لسنة 1971م ،وزارة العدل ، ج2-ص 974 ، القاهرة 1971م.
26- المادة [638] من قانون المعاملات المدنية 1984م .
27- أ.د. محمد الشيخ عمر : قانون المعاملات المدنية 1984م ما له وما عليه، مجلة الأحكام القضائية 1997م ص 215 .
28- سابقة عثمان إبراهيم ضد بخيتة يوسف : مجلة الأحكام القضائية 1973م ، ص 104
29- د. مصطفى محمد الجمال : نظام الملكية ، دار منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص 317
30- نقض 2001/11/25م طعن 6210 – 6223 س 70 ق .
31- أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور: لسان العرب،بيروت لبنان،ص 295.
32- سيد سابق : فقه السنة ، ج3 ، 168 ،دار الكتب العربية ، 1977م .
33- أنظر المادة 111 من الجدول الثالث الملحق بقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983 :" يجب أن تصدر المحكمة قرارات في الورثة والتركة وجميع الدعاوي المتعلقة بها مما يكون الفصل فيها علي وجه قضائي من اختصاصها مثل الهبات والصدقات والمهور .."

34- أنظر أيضاً المادة 133 من ذات القانون :" يجوز للمحكمة بناء علي طلب الورثة أن بعضهم أو أي جهة رسمية أن تجري أثناء نظر التركة أو بعد صدور الإعلام تقسيم الأراضي الزراعية أو منازل السكن .."
35- سابقة عوض إبراهيم إدريس وآخرين ضد فاطمة جبر الله سعيد : مجلة الأحكام القضائية 1977م – ص 551 .
36- مجلة الأحكام القضائية 1996م – ص 93 .
37- سابقة ورثة حسين بخيت ضد ورثة حسن علي الأمين : مجلة الأحكام القضائية – 1976م – ص 163 .
38- سابقة ملاك الساقية (88) أوربي وآخرين ضد حموده أوربي: مجلة الأحكام القضائية 1977م - ص 528 .
39- سابقة ملاك الساقية /روى ضد ورثة محمد محمد خير وآخرين : مجلة الأحكام القضائية – 1987م – ص 210 .
40- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – ج9 – ص 789 – دار إحياء التراث العربي – بيروت لبنان – 1986م – ص 1022 .
41- أ.د . محمد الشيخ عمر ، الملكية – الخرطوم 2000م ، ص 180-181
42- أ.د . محمد الشيخ عمر ، الملكية – الخرطوم 2000م ،ص 188-192
43- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – ج9 – ص 789 – دار إحياء التراث العربي – بيروت لبنان – 1986م – ص 916 .
44- طعن : 70: 1947/6/5 – س 16 ق .
45- نقض مصري: 1964/1/9م طعن 58 س 29 ق .
46- الفقرة الثانية من المادة [642] من قانون المعاملات المدنية 1984م – والتي تنص على " إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدي .
47- المادة [641] من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م .
48- نقض 2003/6/24 م طعن 75 س 71 ق .
49- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – ج9 – ص 789 – دار إحياء التراث العربي – بيروت لبنان – 1986م – ص 936 .
50- المادة 644 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م " لحائز العقار إذا استمرت حيازته سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته أن يرفع خلال السنة التالية دعوي بمنع هذا التعرض".
51- التقادم : أنور طلبه : القاهرة 2004م ، ص 427 .

المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

د. بابكر صالح محمد المدنى[1]

مستخلص البحث

تتناول هذه الدراسة المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي إمكانية خضوعه لها ومدي إنطباق آثارها عليه، وذلك من خلال بيان ماهية الشخص المعنوي إبتداءً ، واعتراف التشريعاتٍ به كشخص قانوني يتمتع بالحقوق ويتحمل الإلتزامات ، وما اذا كان حقيقةً ام خيال ! ثم تحدثت عن المدارس الفقهية في شأن تحمله للمسؤولية الجنائية واوردتُ الشروط التي لاتقوم المسؤولية الجنائية إلا بها والتي تتلخص في إرتكاب الجريمة بإسم الشخص المعنوي ولحسابه، وأن تنفذ بوسائله.

كما تناولت من خلال البحث العقوبات التي توقع بالشخص المعنوي ، مثل الغرامة والمصادرة والحل والتصفية ، وغير ذلك من العقوبات التي يشترط فيها ملائمتها لطبيعته الخاصة ، المتمثلة في إفتقاره للوجود المادي . وقد تناولت كل هذه الأحكام وغيرها في الفقه الوضعي وفي الشريعة الاسلامية والقانون السوداني والذي ظهر متقدماً في هذه القضية ، حيث أنه لم يفرق بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في تحمل المسؤولية الجنائية ، غير أنه لم يقم بتفصيل هذا المبدأ العام في أحكام خاصة بالشخص المعنوي ، فلم يحدد الجرائم التي يمكن نسبتها له من تلك التي لايمكن أن تُنسب له ،كما أنه لم يُفصّل في إجراءات محاكمته إلا النذر القليل ، وكذا الحال فيما يتعلق بالعقوبات وما اذا كان من الأفضل تخصيصه بعقوباتٍ معينة.

كل ذلك جعلني أوصي في خاتمة هذا البحث بتضمين القوانين السودانية نصوصاً خاصة تخرج القانون السوداني من دائرة التعميم التي ظلت سمةً له فيما يتعلق بموضوع هذا البحث الى دائرةٍ التفصيل الواضح الذي لاتضطر معه المحاكم الي الإجتهاد الذي ينتج عنه أحكاماً متضاربة في بعض الاحيان.

ABSTRACT

The study handles the criminal liability A the moral person the possibility of being subject to it and the extent to of it effects on that person. this is shown by stating the moral person's identity fist then the legislator confession of the pegal person with the full rights and can bear obligations . Moreover , identifying whether that person is real or fiction . then the study talks about juries prudential school in terms of bearing criminal responsibility – In addition to that the study listed the conditions that are required by the name of the moral person and it is implemented by his her means ..

Furthermore , the study also handles the penalties imposed on the moral person such as fines and other ones

(١) أستاذ مشارك – كلية الشريعة والقانون جامعة وادي النيل .

which require the appropriate suitability to his her special nature. these provisions and other are handle in the positive juries prudence , the Islamic law and the Sudanese law the Sudanese law shows great development in this concern hence it doesn't distinguish between the natural person and the moral person to bear criminal responsibility . But it doesn't give details to the general principle in the provision of the moral person . Adding to that the Sudanese law doesn't specify the crimes that can be attributed to him from those that can not be attributed to him .

Besides , it doesn't give details concerning penalties and if it is better to allocate certain penalties . on the light A the above mentioned points the study comes up with the following recommendation Sudanese laws should in clued special texts that separate it concerning the subject of the research. Because these special texts will give clear details that don't force the courts to the juries prudence which results in conflicting provisions in some cases

مقدمة :

نالت الشخصية المعنوية أهمية بالغة عند الفقهاء في العصر الحديث،ذلك لما إتسمت به من أثر وتأثير في الحياة المعاصرة،فقد فرض التوسع التجاري والصناعي والتقدم العلمي والتقني في مجالات الحياة المختلفة علي الاشخاص والأفراد التجمع في كيانات مختلفه ،لتحقيق أهدافهم المشتركه،والمتنوعة بتنوعهم وإختلاف أهدافهم، فكان لابد أن يتبع ذلك نظام وقانون يبين الواجبات ويحمي الحقوق،فكان أن عرفت البشرية وأصطلحت في العصور الوسطي مفهوم الشخصية المعنوية في شكلها الحالي ، وقبل ذلك عرفت الشريعة الاسلامية هذا المعني في صورة بيت مال المسلمين والوقف وغير ذلك من مؤسسات الدولة الإسلامية.

وقد اعترفت كل المدارس الفقهية للشخصية المعنوية بالحق في الإستقلال بشخصية قانونية خاصه بها،تسمح لها بالدخول في علاقات قانونية مع الغير،الأمر الذي ترتب عليه أن يكون لها فيما يكون، ذمة مالية خاصه بها تسمح لها أن تتملك الأشياء، وبالتالي يكون لها الحق في أن تدافع عن ملكها هذا، وهو ما يعني حقها في التقاضي ،وبذات القدر يكون عليها من الواجبات مثل الذي لها من الحقوق ، ويتم كل ذلك بما أصطلح عليه قانوناً بالأهلية والتي تعني : صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات .

وحيث أن الأمر كذلك فإنه لاشك في أنّ للشخصية المعنوية مسؤولية مدنية تقع على عاتقها فيما إذا أخلت بمسؤوليتها التعاقدية أو ترتبت عليها مسؤولية تقصيرية عن فعلها الضار.

غير أنّ الجدل يثور فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، بين مؤيدٍ ومعارضٍ لها، ذلك أن الأمر الثابت ومنذ زمن بعيد أنّ المسؤولية الجنائية لاترتبط إلا بالشخص الطبيعي ، الذي يملك غير الجسد الذي هو لحم ودم، يملك الوعي والإرادة الحرة ، فضلاً عن التمييز، وعلى هذا الأساس يمكنه إرتكاب الجريمة ، الأمر الذي جعل التشريعات جميعها تضع أحكاماً للقانون الجنائي، يدرك الانسان الطبيعي أحكامه وعقوباته بما له من آلة الادراك التي هي العقل.إلا أن هناك فلسفة وفكر قانوني يري بان المسؤولية الجنائية ليست قاصرة على الشخص الطبيعي فحسب وإنما تشمل الشخص المعنوي أيضاً ، وقد كان الدافع وراء ذلك الأثر الكبير للشخصيات الاعتبارية في الحياة المعاصرة ، في كل مناحي الحياة الإجتماعية والسياسية والاقتصادية، وقد أصبحت ريادة العمل في العالم أجمع لأشخاص إعتباريين ،فما من نشاطٍ فاعل إلا ومن خلفه شخص إعتباري. وبما أن هذا النشاط قد يتبعه من حين لاخر مخالفة للقوانين بما فيها قواعد القانون الجنائي، فلاشك أننا نكون إزاء واقعٍ لايمكن إنكاره وهو أن الشخص الاعتباري قد ارتكب جريمة. وفي ذات الوقت نكون قد مسسنا بشكل أو بآخر فلسفة القانون والفقه الجنائي والتي تتوجه في أهم أهدافها إلى أشياء لا يمكن تصورها إلا في الشخص الطبيعي ، كما أنها تتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة، فضلاً عن أنّمن العقوبات ما يستحيل تطبيقها على الشخص المعنوي ، كالسجن والإعدام وغير ذلك من العقوبات البدنية.

غير أنّ واقع الحال قد إنتصر لمن نادي بثبوت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي فكان أن قررت التشريعات جميعها هذا الأمر ، ذلك أن معاقبة الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون إرادة الشخص الاعتباري لم تعد كافية، كما أن أحكام المسؤولية المدنية وما يترتب عليها من تعويض عن الأضرار التي تنسب للشخص المعنوي لم تعد كافية لتحقيق غايات القانون ، من حفظٍ للأمن والنظام والإستقرار في المجتمع ، فكان أن شملت في ثناياها مسؤوليه جنائيه للشخص المعنوي تحقق عامل الردع الذي تهدف له العقوبات المقرره عن كل جريمه ترتكب.

إذاً وبحسب كل ماذكر فإنه يمكننا القول بأنّ أهمية هذا الموضوع تتمثل في الآتي:

1. إنّ إتساع دائرة نشاط الأشخاص المعنويين في الحياة المعاصره ،واحتلالها لمكانه خطيرة ذات أثر عظيم، وانحرافها أحيانا عن تحقيق أهدافها التي أنشئت من أجلها يجعل من دراسة هذا الموضوع أهمية بقدر ما له من أثر، حتي يتبين مدي ما للشخص المعنوي من قدره على تحمل المسؤولية الجنائية.
2. إنّ تناول هذا الموضوع بالدراسة ليس بالأمر العادي ذلك لأنه يثير العديد من المسائل القانونية التي تعددت فيها الآراء ومن أهمها: الأساس الذي تنبني عليه مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية ، ونطاقها، ومدي تعارض إقرارها للشخص المعنوي مع المبادئ الاساسية في قانون العقوبات وفلسفة العقوبة .

3. إن موضوع الدراسة ذو علاقة كبيرة بمسؤولية الأشخاص الطبيعيين والذين يمثلون إرادة الشخص المعنوي عند ارتكاب الفعل ،وما إذا كان معاقبة الأثنين الشخص المعنوي ومن يمثله يعد مخالفة لماهو معلوم من أن الذي يستحق العقاب هو من أرتكب الفعل وأرادة وحده دون غيره.

أما الهدف من هذه الدراسة فيتمثل في:

1. بيان ماهية الشخص المعنوي ومدي تحمله للمسؤولية الجنائية والأسس التي يقوم عليها ذلك.
2. بيان شروط قيام المسؤولية الجنائية على الشخص المعنوي في الفقه الوضعي وموقف الفقه الاسلامي من ذلك.
3. توضيح اياً من العقوبات التي يمكن تطبيقها على الشخص الاعتباري وطبيعتها.

اما مشكلة البحث فتتمثل في الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما المقصود بالشخص المعنوي وما أنواعه؟
2. ماهي الطبيعة القانونية للشخص المعنوي؟ وهل هو مجرد افتراض قانوني أم حقيقة واقعيه؟
3. ما هو أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي؟ وما هى شروطها في الفقه الوضعي؟ وماهو موقف الفقه الاسلامي منهما؟
4. ماهي آثار قيام المسؤولية الجنائية بالشخص المعنوي؟ وأي نوع من العقوبات تطبق عليه؟

المنهج المتبع:

وللإجابة علي أسئلة البحث هذه سنتناوله عن طريق منهج وصفي تحليلي ومن خلال خطة تتكون من التالي:

المبحث الأول: ماهية الشخص المعنوي والمسؤولية الجنائية.

المبحث الثاني : أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وشروطها.

المبحث الثالث: آثار قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي .

المبحث الأول

ماهية الشخص المعنوي والمسؤولية الجنائية

المطلب الأول

مفهوم الشخص المعنوي وأنواعه

الفرع الأول :مفهوم الشخص المعنوي:

تعددت تعريفات الشخصية المعنوية عند الفقهاء، ومما قيل في تعريفها أنها(مجموعه أشخاص أو أموال تتعاون وتتحد لتحقيق غرض وهدف مشروع بموجب إكتساب الشخصية القانونية)[2]والمقصود بالشخصية القانونية الصلاحية و القدرة على إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات وذلك بالتمتع بالأهليه كاملة.

كما عرفت بأنها(كل مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضاً مشتركاً أو مجموعة من الأموال تهدف لتحقيق غرض معين)[3]وذلك بان تكون هذه المجموعة مستقلة عن عناصرها من الأشخاص أو الأموال، وتتجه إرادتهم تحت مظلة هذه الشخصية الجامعة لإراداتهم نحو تحقيق الأغراض التي من أجلها انشئت

وتأسست،غير أن هناك تعريف أشمل وأكمل من هذا التعريف ويكاد يطابق التعريف الأول ومؤداه أن الشخصية المعنوية هى(مجموعة من الأشخاص والأموال تتمتع بالشخصية القانونية) [4]حيث أنّ هذا التعريف يشتمل علي كون الأشخاص أو الأموال تتمتع بالصلاحية القانونية والتي يقصد بها الأهليه التي تمكّن الشخص من إكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

ولما كان الشخص عند فقهاء القانون هو الكائن ذو الأهلية ، فإنه ينظر إليه بمفهومين[5]

الاول ضيّق : ومؤداه أنّ الإرادة العاقلة والواعية هي مناط الشخص القانوني وهذا الرأي يؤدي بنا إلى القول بنفي الشخصية القانونية عن الشخص المعنوي، بإعتبار أنّ الشخص المعنوي ليس له بطبيعته إرادة ولا عقل.

أمّا المفهوم الثاني فيذهب إلي أنه إذا كانت الأرادة شرط لمباشرة الحق فهي ليست بالضرورة لازمة للتمتع به[6] وعليه فإن تعبير الشخص عند القانونيين لا يستلزم بالضرورة الآدمية ، مما يفيد أن مصطلح الشخص لا ينصرف من وجهة نظر القانون إلى الشخص الطبيعي، بل يشمل مجموع الأشخاص والأموال ، وإلى هذا المنحى أتجه المشرّع السوداني حيث نص في تعريفه لكلمة شخص بأنها (تشمل الشخص الطبيعي وكل شركة أو جمعية أو مجموعة من الأشخاص سواء كانت ذات شخصية إعتبارية أم لم تكن)[7]

من جملة التعاريف أعلاه يمكننا القول بانّ الشخص المعنوي يتكون من عنصرين اولا: العنصر المادي: ويتمثل في مجموع الأشخاص والأموال على حسب نوع الشخص المعنوي ، ففي الشركات مثلاً لابد من توفر المال الكافي لتحقيق أهداف الشركة،إضافة إلي العنصر الشخصي المتمثل في أشخاص المساهمين[8] .

ثانياً : العنصر المعنوي: وذلك بأن يكون غرض الشخص المعنوي يهدف إلى تحقيق مصلحة، سواء أكان الهدف عاماً يحقق بذلك مصلحة العامة، او الخاصة بجماعة معينة، كمصلحة الشركاء في الشركة ،ولابد من تحديد الغرض مالياً كان أو غير مالي ، مع توافر شرط المشروعية وعدم مخالفة النظام العام.

كما لابد أن تتجه إرادة الافراد نحو إيجاد وإنشاء الشخص المعنوي حيث أنها تمثل دوراً فاعلاً في ذلك. وبتوافر هذه العناصر يتم الإعتراف بالشخص المعنوي من قبل المشرع وإعطائه شرعيته ككيان قانوني ، هذا قطعاً بعد إستيفاء الشروط الشكلية المتمثلة بكتابة عقد الشركة وإشهاره ، فقد أوجب قانون الشركات السوداني لسنه 2015 أوجب علي المساهمين التوقيع علي عقد الشركة[9] ، ومن المعلوم أنّ التوقيع لا يكون إلا على مستند مكتوب كما أن ذات هذا الشرط تضمنتة الماده(6) من قانون الشركات السوداني 1925 الملغي هذا فيما إذا كان الشخص المعنوي شركة.

أما فيما يتعلق بشرط الإشهار فقد أوجب قانون الشركات السوداني لسنة 2015م إشهار الشركة وذلك عن طريق تسجيلها لدى مسجل عام الشركات،وتمنح بعد اكتمال إجراءات تسجيلها شهادة يتم التوقيع عليها من قبل المسجل تفيد بأن الشركة قد تأسست ، وتعتبر شهادة التأسيس التي هي شهادة ميلاد الشركة تعتبر بينة قاطعة علي أن الشركة إستوفت جميع الشروط

الموضوعية والشكلية، وأن الشركة أكتسبت شخصيتها الاعتبارية ، وانها أصبحت بذلك أحد أشخاص القانون[10].

الفرع الثاني: أنواع الشخص المعنوي:

بما أن تقسيم القانون للأشخاص يجعلهم إلى نوعين، أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص ،فإنّ ذلك لاشك ينسحب علي الأشخاص المعنويين، فالشخص المعنوي العام يعتبر من أشخاص القانون العام وتنطبق عليه أحكامه ، كما أنّ الشخص المعنوي الخاص يعد من أشخاص القانون الخاص وتنطبق عليه أحكامه.[11]

أولاً: الأشخاص المعنوية العامه : وهي الأشخاص التي تتولي السلطة العامة في البلاد، أو تتولي قسماً أو فرعاً منها، ويقف علي رأس هذه الأشخاص الدولة التي تتولي السلطة العامة، فتنسب لها كل السلطات والإلتزامات والمصالح العامة للجماعة أو الشعب الذي ترعي مصالحه وتحفظ كيانه[12] .

كما يتبع لها أيضاً المؤسسات العامة، كالولايات والمعتمديات والبلديات، وغيرٍ ذلك من الوحدات الإدارية والتجارية، التي تودي الخدمات العامة للجمهور[13].

وعادة ما نجد المشرع ينص صراحة على تمتع أشخاص القانون العام بالشخصية المعنوية فالمؤسسات التعليمية كالجامعات نجد المشرع قد نص صراحة على تمتعها بالشخصية الاعتبارية[14]غير أن هناك بعض المرافق لا تتمتع بالاستقلال بشخصية معنوية وإنما تتبع للشخص المعنوي العام كالمدارس والمستشفيات والتي تتبع لوزارتي التربيه والتعليم والصحة.

ثانياً: الأشخاص المعنوية الخاصة [15]:وهى الأشخاص المعنوية التي تنشأ عن رغبات فرديه محضة في الغالب ، ولا تتبع للقانون العام، وقد تكون من طرف الدولة كذلك، لكن باعتبارها شخصاً عادياً لا باعتبارها صاحبة سلطان. ومنها على سبيل المثال الشركات التجارية حيث تنص أغلب التشريعات على تمتع الشركات بالشخصية الاعتبارية سيما الشركات المحدودة[16]. وكذلك شركات التضامن والتوصية البسيطة وشركات التوصية بالأسهم[17]. كما تشمل الجمعيات التي يجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون ويتعاقد و على أساس القيام بنشاط غير ربحي يهدفون من ورائه إلي القيام بنشاط ذو طابع اجتماعي أو ثقافي أو ديني ، وتشمل أيضاً الأوقاف والمؤسسات الخيرية والأحزاب السياسية والنقابات.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للشخص المعنوي

الفرع الأول :الشخصية المعنوية افتراض قانوني :

نسبة للجدل الذي دار بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للشخص المعنوي، فقد قال فريق منهم بأنّ الشخص المعنوي ماهو إلا إفتراض قانوني يخالف الحقيقة والواقع ، وهو بذلك كائن خيالي تصوره المشرع وأراده، ومنحه الشخصية القانونية حيلة[18] وعلى هذا الأساس فإن من الفقهاء من يؤكد على أن الشخصية القانونية لا يمكنٍ أن تصلح إلاّ مع الانسان الطبيعي لأنه هو فقط الذي لديه من الإرادة ما يجعله أهلاً لها ومتمتعاً بها وإن القانون لا يخلق ولا يوجد الشخصية وإنما ينحصر دوره في الإعتراف بها[19]ويترتب على ذلك إنه لا يجوز إسناد المسؤولية

القانونية مدنية كانت أم جنائيه إلّا إلى الآدمي، وهو الشخص الطبيعي ، ولا يصح إسنادها ألى شخص إفتراضي ليس له وجود حقيقي، وقد ظل هذا الراي سائداً لأمد غير قليل [20]غير أن من الظاهر،أن في هذا القول خلط بين مفهوم الشخصيه بمعناها القانوني ومدلولها الفلسفي والنفسي أو الأخلاقي وعدم أخذها في الاعتبار واستصحابها لتطورات العصر والوجود الفاعل للأشخاص المعنويين في كل مناحي الحياة [21]فقد شهدت القرون الوسطي زيادةً في وجود الكنائس والكليات والجامعات والهيئات ، وزاد بذلك أثرها في حياة الناس ، وبدأت شخصياتها ظاهرة للعيان بحيث لا يمكن تجاوزها ،الأمر الذي استلزم البحث عن فكرة قانونية جامعة ، تسمح بالتعامل معها وتنظم أمورها وعلاقاتها مع الغير[22].

الفرع الثاني : الشخصية المعنوية حقيقه واقعية :

ذهبت المدرسة الحديثة للكتّاب القانونيين إلى أن النظرية الافتراضية عجزت عن تمثيل الفكر القانوني وذلك لما وجه إليها من انتقادات تمثلت في الآتي[23]:-

1. أنّ وجود الشخصية الاعتبارية متقدم وسابق على إعتراف القانون بها ، وليست هي من صُنع القانون كما زعم أصحاب النظرية الإفتراضية، وعليه فإن القانون لم يخلقها خلقاً بل فرضت نفسها كواقع منظور ومُعاش علي الصعيد العملي ، الأمر الذي يعني أنها شخصية حقيقة وليست إفتراض .
2. أنّ بعض الأشخاص الاعتباريين ،كالشركات الكبرى ، والهيئات الضخمة كالسكك الحديديه وغيرها من المؤسسات الضخمة، تلعب دورا كبيراً وخطيراً في شتي مناحي الحياة ، إلى درجة لايمكن معها القول بأنها مجرد أشخاص افتراضية، بل الواقع الماثل يقول بأنها شخصيات حقيقة معتبره تؤدي دوراً كبيراً وفاعلاً.

مما ذكر يتضح أن الرأي الذي يقول بأنّ الشخصية المعنوية هي حقيقة واقعية وليست افتراض قانوني هو الأقرب إلي الصواب ، ذلك لما نراه الآن من سطوة وأثر كبير للأشخاص الإعتباريين في الحياة المعاصرة،في شتي مناحيها، فما من نشاط فاعل إلا ومن ورائه شخص معنوي.

المطلب الثالث

ماهية المسؤولية الجنائية وشروط قيامها

الفرع الأول : مفهوم المسؤولية الجنائية :

على الرغم من أنّ أغلب التشريعات تحاشت تعريف المسؤولية الجنائية غير أنّ الفقه قد عرفها تعريفات عدة تعريفات وإن تقاربت معانيها، حيث عرّفت بأنها (الإلتزام بتحمل الآثار القانونية المترتبة علي إرتكاب الجريمة) وتحمّل الإلتزام يقصد به فرض العقوبة التي قررها المشرّع عن الجرم المرتكب حال قيام مسؤولية الشخص عنه.

وفي تعريف آخر قيل أنّها (تحمل تبعة الجريمة والإلتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانوناً)[24] وتحمل الشخص لتبعة الجريمة يعني محاسبته عنها ومطالبته قانوناً بتحمل ما يترتب عليها من آثر ضار وذلك بالخضوع للعقوبة

وللتدابير الإحترازية التي حددها القانون وإلا أصبحت المسؤولية بلا مضمون وبلا هدف ولا غاية.

كما عُرفت أيضاً بأنها (كل ما يترتب عن فعل نتج قصداً أو ارتكب بإهمال وكان فاعله مكلفاً مختاراً) [25] على ذلك يكون قصد إرتكاب الفعل أو إتيانه نتيجة إهمال فاحش ، يرتب على من إرتكبه تحمل مسؤوليته أمام القانون بشرط أن يكون مرتكب الفعل مكلفاً وبإرادة حرة مختارة،فلا يُسأل الشخص الذي لا يدرك ماهية أفعاله كالمجنون والمكره وهذا مانص عليه القانون الجنائي السوداني لسنة1991م بقوله (لايُعد مرتكباً جريمه الشخص الذي لا يكون وقت إرتكاب الفعل المكون للجريمة مدركاً لماهية أفعاله أو نتائجها أو قادراً على السيطرة عليها بسبب:

1/ الجنون الدائم أو المؤقت أو العاهة العقلية.أو

ب/ النوم أو الإغماء.أو

ج/ تناوله مادة مسكرة أو مخدرة بسبب الإكراه أو الضرورة أو دون علمه ،فإذا كان ذلك باختياره وعلمه وبغير ضرورة يعد مسؤولاً عن فعله كما لو صدر منه الفعل بغير إسكار أو تخدير .[26]

كما نص ذات القانون علي أنه (لا يعد مرتكب جريمة الشخص الصغير غير البالغ.....)[27] فالتكليف أمر أساسي لتحمل تبعة الأفعال المجرمه ، وقد نصت المادة (3) في تفسيرها لكلمة مكلف (يعني بالنسبة للشخص الطبيعي البالغ العاقل وبالنسبة للشخص الإعتباري من لديه أهلية الإلتزام القانوني) [28]من ذلك يتضح أن الشخص الإعتباري يكون أيضاً محلاً للمسؤولية الجنائية وذلك حسب أحكام القانون الذي أنشأها مثل قانون الشركات وغيره [29] وذلك علي النحو الذي ستوضحه هذه الدراسة.

الفرع الثاني : شروط قيام المسؤولية الجنائية:

تختلف شروط قيام المسؤولية الجنائية بحسب الأساس الذي تقوم عليه فحين يكون أساس المسؤولية حرية الاختيار فانه يُشترط لتحقق المسؤولية الجنائية توافر الإدراك (التمييز) والإختيار علي النحو الآتي:

أولاً: التمييز:

ويقصد به قدرة الانسان علي فهم وإدراك ماهية الأفعال التي تصدر عنه ، والمقصود بفهم ماهية الفعل فهمه من حيث كونه تترتب عليه نتائجه العادية ، وليس المقصود فهم ماهيته في نظر القانون الجنائي ، فالإنسان يُسأل عن فعله ولو كان يجهل ما يترتب عليه، فالقانون لايعذر أحداً لجهله.[30] والتمييز الذى هو الإدراك يبحث عن توافره كشرط لقيام المسؤولية وقت إتيان الفعل وليس غير ذلك، فاذا أنتفي هذا الشرط إنتفت المسؤولية .

ثانياً: حرية الاختيار:

ويقصد بها قدرة الإنسان في توجيه نفسه إلى عمل معين أو الإمتناع عنه دون تدخل مؤثرات خارجه عن إرادته والتى قد تفرض عليه إتباع وجه معينه ، ومادام الإنسان حراً في اختياره فإنه يكون مسؤولاً عن نتائج إختياره أما إذا كان مضطراً

إلي ذلك لوجود عوامل وظروف أثرت على إرادته كالمكره فإنه لا يكون مسؤولاً عن ذلك الفعل ، فلكي تقوم المسؤولية فأنه لابد أن يكون الفاعل حراً.

وقد قرر ذلكَ القانونِ الجنائي السوداني لسنة 1991م مثله مثل كل القوانين في أنه لا يُعد مرتكباً جريمة الشخص الذى لا يكون وقت إرتكاب الفعل المكون للجريمة مدركاً لماهية افعاله أو نتائجها أو قادراً على السيطرة علي نفسه[31]، وعليه فإن حرية الإختيار شرط لازم لقيام المسؤولية الجنائية ، فلا يكون الشخص مرغماً ولا مكرهاً ولا مضطراً ، وذلك بأن يكون مسيطراً على إرادته.

وعلى الرغم من تقارب المعنى الظاهري بين التمييز وإرادة الإختيار إلا أنّ بينهما إختلاف ، ذلك أن الاختيار يعني توجيه الذهن لتحقيق عمل من الأعمال فإنّ الإدراك هو القدرة على فهم ماهية الفعل وتقدير النتائج المترتبة عليه ، ففي حالة الجنون مثلاً نجد الشخص موفور الإرادة غير أنه معدوم الادراك فلا يستطيع أن يميز بين ماهو مباح وماهو غير مباح ، ذلك أنّ إرادته غير واعية ولا مدركة ، وكذا الحال بالنسبة للصغير غير المميز[32] فهي تفترض أولاً تعدد الخيارات والبدائل أمام الإنسان كما تفترض قدرته علي الموازنة بينها وقدرته علي توجيه إرادته أو دفعها إلى السلوك أو الفعل الذى يعتقد أنه أفضلها من وجهة نظره ، وعلى أثر ذلك تبدأ الإرادة في مباشرة نشاطها في تنفيذ ما استقر الإختيار عليه[33].

من ذلك يتضح أن الإرادة شئ وحرية الاختيار شيٌ آخر، فالإرادة مكانها الجريمة بركنيها المادي والمعنوي بينما حرية الإختيار مكانها المسؤولية عن الجريمة لا الجريمة ذاتها وعليه فلا تلازم بينهما فقد توجد الجريمة وتنعدم المسؤولية عن الشخص الذي ارتكبها.

المبحث الثاني

أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي وشروطها

المطلب الأول

أساس المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

الفرع الأول: الشخص المعنوي غير مسؤول جنائياً :

يري بعض الفقه التقليدي [34]أن الشخص المعنوي لايُسأل جنائياً وإنما تظل مسؤوليته قاصرة علي المسؤولية المدنية ، وقد سلكت بعض التشريعات الجنائية ذات النهج سيما التشريعات التي تتبع للفقه اللّاتيني ، وعليه فإن الجرائم التي ترتكب بإسم الشخص المعنوي ولحسابه عن طريق ممثليه فإنّها لاتنسب له بحال من الأحوال ، وإنما تنسب إلى الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونه ، ويترتب على ذلك أن يُسألوا عنها جنائياً ولا يُسأل عنها الشخص المعنوي ،وقد إستند رواد هذا الفقه فيما إستندوا عليه من حجج الى الأتي:

1. إنه لا يمكن تصور وقوع الجريمة أو نسبتها للشخص المعنوي[35]، ذلك لأنه مجرد مجاز أو حيلة قانونية لا وجود له في الواقع ولا إراده مستقلة له عن إرادة ممثليه ، وعليه فهو لا جسد ولا نفس له حتى ندّعي بأنه قد ارتكب جريمة بركنيها المادي والمعنوي ، لما نعرفه من أن ارتكاب الجريمة

يقتضي توافر الكيان المادي المستقل ،والإرادة الحرة القادرة على التمييز للشخص ، وهو ما لا يتوفر في الشخص المعنوي.

2. إن الشخص المعنوي لا تتوفر له الأهليه القانونية لممارسة أي نشاط قانوني وبالتالي تحمّل تبعاته ذلك لأنّ القانون لا يعترف له بالشخصية القانونية إلّا في حدود سند إنشائه فقد نصت التشريعات المختلفة ومنها المشرع السوداني نفسه على أنه (يكون للشخص الإعتباري أهليه في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون)[36]وهو ما يعرف بمبدأ التخصص الذي يحكم نشاط الشخص المعنوي فإذا خرج عن الغرض الذي أُنشئ من أجله فإنه يكون قد تجاوز أغراضه [37]وبالتالي يكون عرضة لتصفيته وحله ،كما أن إرتكاب الجريمة لا يمكن أن يكون من ضمن أغراض وأهداف شخص معنوي أيّاً كان ، وعليه إذا وقع الفعل المُجرّم من أحد ممثليه فإنه يكون خارجاً عن حدود إختصاصه، فلا يُسأل عنها وإنما يسأل عنها من إرتكبها شخصياً.

3. إن خضوع الشخص المعنوي للمسؤولية الجنائية يتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة والذى يقتضي بان يكون الشخص مسؤولاً جنائياً عمّا ارتكبه شخصياً، وإنه لايسأل عن فعل غيره ،فالعقوبة في جوهرها الم يصيب أذاها من توقع عليه وتحقق غرضها النفعي في الردع أو الاصلاح بألم العقوبة وأثره النفسي في ردع الجناة ،أو في تأهيل المجرمين لا يمكن تصوره إلا في الشخص الطبيعي الذي يتمتع بالإدراك والتمييز وهو ما يفتقده الشخص المعنوي[38] .

كما أنّ تطبيق العقوبة علي الشخص المعنوي يجعلها تصيب الأشخاص الطبيعيين المكونين له دون تفرقه بين من اتجهت إرادته إلي إرتكاب الجريمة ومن لم يردها[39]مثل عقوبة الغرامة والمصادرة.

4. إنّ القول بخضوع الشخص المعنوي للمسؤولية الجنائية يقتضي بلا شك تطبيق العقوبات المقررة عن تلك الجرائم ، وبما أنّ كل عقوبة يقررها المشرع لها أهدافها من تحقيق للردع العام والردع الخاص وغير ذلك من السياسات العقابيه، فان تطبيق تلك العقوبات لن يجدي نفعاً ولن يحقق مقصداً مادام أنّه يقع على من لا يتمتع بالإدراك ولا يفهم العقاب خلافاً للشخص الطبيعي الذي يمكن تخويفه وردعه وإصلاحه وتهذيبه .هذا فضلاً عن إستحالة تطبيق العديد من العقوبات المقرره للكثير من الجرائم مثل العقوبات السالبة للحريات كالحبس والإشغال الشاقة وكذلك عقوبتي الجلد والإعدام وغير ذلك من العقوبات البدنية.

الفرع الثاني: الشخص المعنوي مسؤول جنائياً :

خلافاً للرأي السابق القائل بعدم خضوع الشخص المعنوي للمسؤولية الجنائية فإنّ هناك رأياً آخر غالب يتبناه الفقه الحديث[40]وينتهجه المشرع السوداني يقول بوجوب مساءلة الشخص المعنوي جنائيا ويري أصحاب هذا الرأي أن ما ساقه أصحاب الرأي القائل بالمنع من حجج مردود عليها بالآتي:

1/ ليس مسلماً بأن الشخص المعنوي مجرد مجاز وافتراض وحيله للمشرع إنما هو حقيقة اجتماعية وقانونية لا يمكن غض الطرف عنها وإنكارها ،حيث أنها أصبحت جزء أصيلاً من النسيج الاجتماعي وتؤدي دوراً رائداً فيه كما أنها حقيقة قانونية يعترف بها القانون وينظم نشاطها ويبين حقوقها والواجبات التى عليها بموجب تشريعات خاصة بها.

أمّا الإدعاء بأنّ الشخص المعنوي لا يملك من الإرادة ما يجعله مسؤولاً فهو قول مردود عليه[41] بأنّ إرادة الشخص المعنوي موجودة وهي ليست إرادة فرديه بحكم طبيعة تكوين الشخص المعنوي ، وإنما هي إرادة جماعية حقيقية، يتم التعبير عنها من خلال نظام الإدارة ، المتمثل في الاجتماعات والتصويت الذي يتم فيها، كما يتم التعبير عن إرادته ايضاً بالعقود التي يتولاها ممثليه بإسمه ولحسابه، فيُسال عن تلك العقود، ويتحمل نتيجة الأفعال الضارة التي يرتكبها ممثليه ،فيسأل مسؤولية مدنية تقصيرية عن تلك الأفعال ويلزم بالتعويض، والمعلوم انّ هذه المسؤولية أساسها إرادة خاطئة ،وعلي غرار ذلك يمكننا القول بأن الشخص المعنوي يجوز في حقه أيضاً أن يُسال جنائياً مثلما أنه يُسال مدنياً. وعليه فلا مجال لإنكار إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي إستناداً على هذه الحجة.

2/ إنّ القول بمبدأ الاختصاص لإنكار مسؤولية الشخص المعنوي لا يسنده منطق صحيح ذلك لأنّ مجال تطبيق هذا المبدأ ليس وجود الشخص المعنوي في ذاته وإنما يرتبط ببيان حدود إختصاصه وما يجوز له قانوناً إتيانه من أفعال ، فإذا خرج عن تلك الحدود فإنه لاينبغي لذلك الخروج أن يؤثر علي وجوده بحال، فكما أنّ المسؤولية المدنية التي يترتب عليها التعويض ليست من إختصاص الشخص المعنوي، ومع ذلك لاتؤثر في وجوده، وإنما تترتب عليها مسؤولية مدنية فإنّ الحال ينبغي أن يكون كذلك في حالة إرتكابه لأي جريمة توجب مساءلته جنائياً[42].وعليه فانّ العمل الإجرامي للشخص المعنوي لا يؤثر في وجوده وإنما هو مجرد انحراف عن مساره السليم، والأمر ذاته يمكن قياسه علي فعل الإنسان الطبيعي حيث أنه لا قائل بأنّ الإنسان يفقد شخصيته القانونيه لمجرد أنه إرتكب جريمة[43]فكيف نقول بذلك إن تعلق الأمر بالشخص المعنوي!

3/ أمّا فيما يتعلق بالقول بأنّ مساءلة الشخص المعنوي عن الجريمة تمثل خروجاً عن مبدأ شخصية العقوبة ، فيمكن الرد عليه بالقول بأنّ العقوبة توقع علي الشخص المعنوي مباشرة ولاشك في أنّ ذلك يصيب مكونيه من الاشخاص الطبيعيين ويؤثر علي مصالحهم وإن كان هذا يتم بطريق غير مباشر إلّا أن طبيعة الشخص المعنوي وطبيعة علاقته بمكونيه فرضت ذلك وشأن الأفراد الطبيعيين المكونين للشخص الاعتباري هنا شأنهم شأن أفراد عائلة الشخص الطبيعي المجرم من جهة تأثرهم بمعاقبة رب العائله[44].

4/ إن القول بأنّ خضوع الشخص المعنوي للمسؤولية يتعارض مع أغراض العقوبة ومقاصدها مردود عليه[45]بأن اغراض العقوبة في الردع والإصلاح ليست مستبعده تماماً لأن توقيعها علي الشخص المعنوي يؤثر علي نشاطه مما يجعل القائمين على امره يتحاشون الوقوع في الجريمة التي عوقب عليها الشخص المعنوي ،أمّا القول باستحالة توقيع بعض العقوبات فهو وإن كان صحيحاً غير أنّ هذا لا يمنع توقيع

عقوبة تناسب طبيعة الشخص المعنوي حيث يمكن أنتكون عقوبة الحل مثلاً بدلاً عن عقوبة الإعدام في الجرائم التي عقوبتها الإعدام وعقوبة الغلق وإيقاف النشاط بدلاً عن العقوبات السالبه للحريات من سجن وإعتقال وغيره، هذا فضلاً عن العقوبات التي تلائم الأشخاص المعنويين كالغرامة والمصادرة وغيرها.

فضلاً عن كل ما ذكر، فإن من أقوي الحجج وأكثرها تحقيقاً للعدالة ، وضماناً لحفظ الحقوق نجدها مستمدة من الواقع المعاش في هذا العصر، ذلك أنّ كثرة الأشخاص المعنويين وسيطرتهم على جل الأنشطة في العصر الحالي في كل جوانبها السياسية والاجتماعية والإقتصادية وقدراتهم الضخمة يحتم الأخذ بمحاسبة الشخص المعنوي عن جرائمه ، مثله مثل الشخص الطبيعي.

لكل الذي ذكر ذهب جانب كبير من الفقه الحديث إلي الإعتراف بمسؤولية الشخص المعنوي مع الأخذ في الإعتبار طبيعة ذلك الشخص عند سن التشريعات الموضوعية والإجرائية ونجد المشرع السوداني قد اتبع هذا الرأي بل وتوسع فيه[46] علي نحو ما سيأتي.

موقف القانون السوداني من المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي:

لقد التزم المشرع السوداني كما أسلفت الرأي الذي يعتبر الشخص المعنوي مسؤولاً جنائياً وقد نحى في ذلك منحى القانون الانجليزي بحكم العلاقة التاريخية،فقد ظلت القوانين المتعاقبة تقرر هذا الامر بما فيها القانون الساري الآن وهو القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م والذي ينص على أنّ كلمه شخص (تشمل الشخص الطبيعي وكل شركة، او جمعيه ،أو مجموعه من الأشخاص، سواء كانت ذات شخصية إعتبارية أم لم تكن)[47] كما نص ذات القانون عندما تحدث عن أساس المسؤولية الجنائية علي أنه[48]:

1/ لا مسؤولية إلّا علي الشخص المكلف المختار.

2/ لا مسؤولية إلّا عن فعل غير مشروع .

وبما أن القانون نفسه قد فسر كلمه مكلف في صدر القانون وذكر بأنها تعني بالنسبة للشخص الطبيعي البالغ العاقل ، وبالنسبة للشخص الإعتباري من لديه أهلية الالتزام القانوني، فانه يمكن القول أنّ المشرع لم يفرق بين الشخص المعنوي والطبيعي عندما تحدث عن أشخاص القانون الجنائي ، غير أننا رغم ذلك لا نجد أي تخصيص بالذكر للجرائم التي يمكن أن يرتكبها الشخص المعنوي على وجه الخصوص أو العقوبات التي تطبق عليه لاسيما أن العمومية السائدة في أحكام القانون لا تتناسب مع خصوصية الشخص المعنوي فما دام المشرع قد أثبت للشخص المعنوي مكانته من ضمن أشخاص القانون الجنائي كان من المستحسن أن يخصه بأحكام تراعي طبيعته التي تختلف عن طبيعة الانسان.

أمّا قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م فلم يكن بأفضل حال عن القانون الموضوعي حيث أنه لم يأت على ذكر أحكام خاصة بالشخص المعنوي إلا في نطاق ضيق حيث نص في الماده 64 مبيناً كيفية إعلان الشخصية الاعتبارية على الآتي (تُعلن الشخصية الاعتبارية والهيئات بتسليم احدى صورتي التكليف بالحضور ألى المدير أو السكرتير أو أي موظف مسؤول في أي من مكاتبها)

أيضاً وفي إطار الاهتمام بمسالة خضوع الأشخاص المعنويين للمسؤولية الجنائية فإنّه تجدر الإشارة الى قرار السيد وزير العدل بتاريخ 2004/4/1م القاضي بإنشاء وكالة نيابة متخصصة في قضايا مخالفات الشركات،تختص بفتح الدعاوي والتحري فيها، وهي لاشك تمثل تطوراً في هذا الخصوص سيما إذا ما عممت التجربة على باقي ولايات السودان المختلفة.

مما ذكر يتضح لنا أنّ المشرع السوداني قد نص صراحة على أنّ الشخص الاعتباري هو أحد أشخاص القانون الجنائي إلا أنّ هذا النص الصريح تبعه تعميم وعدم تفصيل حيث لا توجد نصوص خاصة تستوعب وتتعامل مع طبيعة الشخص المعنوي غير الماديه .

أمّا موقف القضاء السوداني فقد تبنت فيه الأحكام الصادرة من المحكمه العليا الرأي الذي يقرر خضوع الشخص المعنوي لأحكام المسؤولية الجنائية ، وقد جاءت أحكامها مؤكده على هذا الأمر ومفصلة للعديد من جوانبه ، فمن حيث المبدأ قررت في أحد أحكامها،أن يقدم الشخص المعنوي للمحاكمة ممثلاً في الشخص الطبيعي الذي تحدده اللوائح مندوباً عنها ،وقد كان نص قرارها علي النحو الأتي (نأمر بإلغاء الادانة والعقوبة الصادرة ضد المتهم الثاني والثالث وإستبدالها بإدانة الجمعيه التعاونيه لشركة الخرطوم للغزل والنسيج المتعددة الاغراض بموجب الماده (9) من قانون الرقابة وإصدار عقوبة الغرامة عليها بمبلغ عشره جنيهات وإن لم تدفع يُحجز ويباع ما قيمته عشرة جنيهات من أموال الجمعيه)[49]

من خلال هذا الحكم يتضح أنّ المحكمه لم تكتفي بإدانة الشخص المعنوي جنائياً بل تعدت ذلك إلى إدانته وحده دون ممثليه وتحديد ما يناسبه من عقوبة وبيان كيفية إستيفائها.

وإلى قريب من ذلك ذهب قضاء المحكمه العليا في قضية حكومة السودان ضد عباس ناصر عباس حيث أن المحكمة الأدنى درجه كانت قد قررت أدانته بالسجن ثلاثة أشهر، وذلك لمخالفته للمادة 179 من القانون الجنائي السوداني علي أن يحصل مبلغ الشيك في مواجهة الشركة ، إلّا أن المحكمة العليا رأت أن المدان هو الشركة ،التى كتب الشيك بإسمها وليس المدان في القضية ، كما أنّها نعت علي محكمة الاستئناف أنها قسمت العقوبة بين الشركة والمدان فحمّلت المسؤولية للإثنين لذا جاء قرارها بإعادة الأوراق الى محكمة الموضوع لإدانة الشركة تحت الماده 179 وإصدار العقوبة التى تناسبها ، في هذا الحكم نجد المحكمه العليا أكدت حكمها السابق فلم توافق علي معاقبة الشخص المعنوي وممثله معاً وإنما قررت بان العقاب يجب أن يطال الشخص المعنوي دون ممثله[50]وقد اكدت دائرة أخري من دوائر المحكمه العليا علي ذات الأمر حينما قررت وجوب إقتصار المسؤولية الجنائية علي الشخص الإعتباري الذي هو إتحاد المخابز الأهلية دون ممثلها مشيرةً إلى أنّ المسؤولية الجنائية يجب ألا تتجزاء[51] .

أمّا في قضية جمهورية السودان ضد عمر فضل الله فقد تعلق حكم المحكمة العليا بتمثيل الشخص المعنوي ممثلاً في الشركة، ذلك أن الجدل كان حول مدي صحة مواجهة مدير الشركه الجديد بالأفعال الجنائية التي ارتكابها

سلفه وقد نص قضائها علي أنّه (طالما أن المحكمة أصدرت حكماً بإدانة شركة بدروسيم للصرافة ويمثلها بصفتها الإعتبارية رئيس مجلس إدارتها، وطالما أن مديرها الأسبق ومديرها الأسبق منه قد انقطعت علاقتهما بالشركة فلا بد أن يمثل الشركه بصفتها الاعتبارية الشخص المسؤول حالياً) [52]وعليه نفهم أن من يمثل الشخص المعنوي في فترات سابقة فإنّه لا يُسأل عن الأفعال التي ارتكبها في تلك الفترات مادامت صلته الآن قد انقطعت بالشخص الإعتباري وذلك بإعتبار أن الفاعل الرئيس هو الشخص المعنوي ممثلاً في الشركه. وعلى ذات النهج جاء قرار العديد من دوائر المحكمة العليا(محاكمه يس حسن وآخر مراجعة 2001/30 ومحاكمة بابكر عبد الجليل محمد وكليهما كانتا تحت المادة 179 من القانون الجنائي لسنة 1991م)

أمّا محاكمة بنك الثروة الحيوانية فقد ناقشت فيها المحكمة العليا عناصر الجريمة المادية والمعنوية وتوصلت من خلال ذلك إلى أنّ الشخص المعنوي الذي هو بنك الثروة الحيوانية قد ارتكب (جريمة الاحتيال)[53]وأيضاً ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك حينما أدانت البنك الاهلي السوداني تحت الماده 177 من القانون الجنائي السوداني وأشارت في ذلك الى أن إهمال الموظف الفاحش يمثل جريمة خيانة الأمانة منسوبة إلي البنك لا ألى الموظف [54].

رغم كل الذى ذُكر، نجد بعض الأحكام الصادرة من المحكمة العليا تري ضرورة ألاّ تكون الإدانة قاصرة على الشخص المعنوي وحده ، بل لابد من أن تشمل الإدانة الشخص الطبيعي، فقد جاء في حكمها في قضية طارق حسن محمد علي ، الى أن الشخص المسؤول هو الذي يعمل كوكيل للشركة لأنّ عمله كوكيل لا ينفي أنه هو الذى ارتكب الجريمة ولو ارتكبت الجريمة لصالح شخص معنوي وقد ذكر أحد قضاة الدائرة الأتي : (لم تخطئ محكمة الجنايات بإدانتها للمتهم بإعتباره الفاعل الأصلي للجريمة ، ذلك لان تحريره للصك بصفته ممثلاً للشركة صاحبة الحساب لا ينفي ارتكابه للجريمة).

وفي تقديري أنّ هذا الرأي ليس صائباً ذلك أن ممثل الشركه لا يمثل نفسه في هذه الحالة ولا يعمل لمصلحته وإنما يمثل الشخص المعنوي بإعتباره أداة من أدواته التي يعبر بها عن إرادته القانونية الثابتة بصريح نصوص القانون . كما أن هذا القول يؤدي لإزدواجية المسؤولية الجنائية، وفي كل الأحوال يمكن القول بإنّ موقف القضاء من المسؤولية الجنائية هو ذات الموقف الذي تبناه المشرع في القانون الجنائي السوداني لسنة 1991 والذي يعتبر الشخص المعنوي من الأشخاص الجنائية.

المطلب الثاني

شروط قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

قررت بعض التشريعات التي تبنت الرأي الذي يجيز قيام المسؤولية الجنائية بالشخص المعنوي على أن قيامها لا يتحقق إلا بتوافر شروط محدده[55] ، من تلك التشريعات قانون غسيل الأموال السوداني لسنة 2003م و قانون العقوبات الأردني لسنه 1960م حيث قررت مسألة الشخص المعنوي جزائياً إذا قام أحد

ممثليه أو أعضائه بإرتكاب مخالفة بإسم الشخصيات المعنوية أو بأحد وسائلها علي نحو من التفصيل الآتي:

1/ أن ترتكب الجريمة من قبل عضو من أعضاء الشخص المعنوي ، أو من يمثله حسب النظام المتبع في إدارة شؤون الشخص المعنوي وتصريف أموره ،ذلك لأنّ الشخص المعنوي وبحكم طبيعته لا يتصور منه ممارسة أية نشاط إلا من خلال من يمثله من أشخاص طبيعيين فهم بالنسبة له وسيله التنفيذ لكل أفعاله المادية منها والمعنوية[56]ولم تفرق أغلب التشريعات فيما إذا كان الشخص الطبيعي عضواً أو مديراً أو ممثلاً أو عاملاً، وعليه فأنّ الشخص المعنوي يسأل عن تلك الأفعال الإجرامية.

2/ أن ترتكب الجريمة بإسم ولحساب الشخص المعنوي ، ذلك لانّ الشخص المعنوي لا يستطيع أصلاً وبطبيعته أن يباشر الجريمة ، وإنما يتم ذلك عن طريق الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونه ، وبما أن الأمر كذلك فإنه يلزم أن يكون الشخص الطبيعي الذي باشر الفعل المُجرّم قد إنصرفت نيته إلى التصرف بإسم الشخص المعنوي الذي يمثله ، والمقصود بذلك أن تكون الجريمة قد ارتكبت بهدف تحقيق مصلحة للشخص الإعتباري ، كتحقيق ربح،أو تجنب خساره، سواء أكانت مصلحة مادية أم معنوية.وكل ذلك يعني حلول الشخص الطبيعي محل الشخص المعنوي في التعبير عن إرادته ، ومما لاشك فيه أنّ المسؤولية تقع علي الشخص الطبيعي إذا كان قد ارتكب الجريمه لحسابه أو مصلحته الشخصية ولا يُسأل عنها الشخص الاعتباري [57]، وهذا بدوره يقتضي أن يبين في التشريعات الخاصة بالأشخاص المعنوية ونظمها الأساسية مفهوم العمل بإسم الشخص الاعتباري بحيث يكون معلوماً ومحدداً أي الأعمال يُنسب للشخص الأعتباري وأي عمل يُنسب لممثله وذلك حتى لا يكون الشخص المعنوي مطية للأشخاص الطبيعيين لإرتكاب جرائمهم[58].

3/ أن يتم إرتكاب الفعل المُجرّم بأحد وسائل الشخص المعنوي ، فلا يكفي في الفعل المُجرّم أن يرتكب بإسم الشخص المعنوي فقط ،بل لابد أن يتم إرتكاب الفعل من قِبل الشخص الطبيعي ، من خلال ما يوفره الشخص المعنوي من إمكانات وأدوات يتمكن بها العضو أو القائم علي إدارة الشخص المعنوي من مباشرة إختصاصاته ومهامه ، وهذا ما يقتضي قيام علاقة أو رابطه بين ما يقوم به هؤلاء من أفعال وتلك التي يمكنهم منها الشخص المعنوي وذلك بوضعها تحت إمرتهم وتصرفهم من أجل ممارسة واجباتهم وإختصاصاتهم. ويعني هذا الشرط أنّ تكون تلك الأفعال ضمن إختصاصاتهم التي يحددها لهم الشخص المعنوي،علاوةً على الوسيلة التي مكنهم منها لإجراء هذا التصرف[59]وهذا لاشك فيه أنّه ينسجم مع واجب رقابة الأشخاص المعنوية لوسائلهم من أن تستخدم في فعل غير مشروع وهو ما يتفق ومنطق القانون[60] .

يترتب علي ما تقدم أنه وحتى يُسأل الشخص المعنوي جنائياً،لابد أن يكون الشخص الذي أرتكب الفعل بإسمها مفوضاً قانونياً وإدارياً من قِبل الشخص المعنوي وأن يقع الفعل الذي إرتكبه الفاعل ضمن تلك الأعمال المفوض بها أثناء ممارسته للعمل ومن خلال الوسائل التي يضعها الشخص تحت تصرف وكيله [61]

مما تقدم نخلص ألى أنّ الشخص المعنوي لا تُسند إليه مسؤولية جنائية عن جريمةٍ ما مالم يكن الشخص الطبيعي الذي باشر تنفيذها عضواً أو ممثلاً او عاملاً لدي الشخص المعنوي المنسوبة اليه الجريمة وأن يكون قد نفذها بإسم الشخص المعنوي وبأحد وسائله علي النحو الذي ذكر.

المطلب الثالث

موقف الفقه الاسلامي من المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

تعني المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية أن يتحمل الانسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها، وعليه فإنّ من يأتي فعلاً محرماً لا يريده كالمغمى عليه أو المكره فأنه لا يُسأل عنه جنائياً وكذا الحال إن كان يريده ولا يدرك معناه كالطفل فإنه لا يُسأل عنه أيضاً[62].

نفهم مما ذكر عن معني المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية أنّها تشترط أن يكون الفاعل مدركاً ، الأمر الذي يعني بأنّها تشترط فيه أن يكون طبيعياً، فهو وحده دون سواه الذي يدرك ماهية أفعاله ويختارها . وعليه وبهذا الفهم يمكن القول بأنّ الشخص المعنوي لايُسأل جنائياً في الشريعة الاسلامية ، غير أنّ هذا الأمر كان سابقاً ذلك أن الفقه الاسلامي قد نشأ وتطور في مرحلة سابقة لظهور الشخص المعنوي في صورته الحالية ذات الأثر الكبير والوجود الفاعل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، وعليه لا نتصور أن نجد لها أحكاماً خاصة تتعلق بها الأمر الذي فتح الباب لإجتهادات الفقهاء المعاصرين والتي جاءت آراؤهم علي النحو الأتي:-

الرأي الأول: إنّ الشريعة الإسلامية وبناءً على الرأي الفقهي القديم لا تعترف للشخص المعنوي بالمسؤولية الجنائية ، لأن المسؤولية الجنائية كما أسلفنا تنبني على الإدراك والإختيار وكلاهما غير ممكن ولا متصور عند الشخص المعنوي، ذلك بالرغم من أنّ الشريعة الاسلامية عرفت الشخصية المعنوية في بيت المال وفي الوقف وغير ذلك من المنشآت العامة، واعترفت لها بالحق في التملك ،إلّا أنّها لم تعترف لها بأن تكون أهلاً للمسؤولية الجنائية[63] ولم توجب عليها عقاباً إلا إذا كانت تلك العقوبة واقعة على من يشرفون علي شؤونها أو على الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوي كعقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة ، كما يمكن أن يفرض عليها الحد من نشاطها الضار حماية للمجتمع [64].

ويستند أصحاب هذا الرأي على مبدأ شخصية العقوبة حيث لايُسأل عن الجريمة إلا فاعلها ولا يؤخذ أحد بجريرة غيره مصداقاً لقوله تعالى:(وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ (164)[65]وقوله تعالى ((مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ وَلَا يَجِدْ لَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا (123)[66]ولقوله صل اللّه عليه وسلم(لايؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولابجريرة أخيه)[67] فمن ظاهر هذه النصوص يبدو لنا أن الشريعة الإسلامية لاتقرر مسؤولية إلا على من باشر الفعل المجرّم.

الرأي الثاني : إنّ الشريعة الإسلامية لا تعترف بوجود الشخص المعنوي إبتداءً وأن فكرة الشخص المعنوي يمكن الإستعاضة عنها بفكرة تخصيص الذمة المالية

وهي فكرة عند أصحاب هذا الرأي كافية ولا داعي لاصطناع شخصية لاوجود لها وإن الإعتراف بها في المجال الجنائي على وجهه الخصوص يهدد مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية[68].

وعلى ذات النهج في نفي المسؤولية الجنائية عن الشخص الإعتباري جاءت فتوي هيئة الرقابة لبنك البركة الإسلامي السوداني في اجتماعه رقم 31 بتاريخ 1993/10/7 واجتماع رقم 32 بتاريخ 1993/10/28 والتي تقدم بها ضد الحكم بالغرامة التي أوقعها عليه بنك السودان والتي تري فيها الهيئة ((إنّ هذه العقوبة غير جائزة شرعاً للأسباب الآتيه:

الأول : إنّ هذه العقوبة لا تستند ألى دليل شرعي ، وما أستند عليه بنك السودان في توقيع العقوبة يتعارض مع النصوص الشرعية المذكورة في السبب الثاني.

الثاني : هذه العقوبة تتعدي المجرم الى غيره ، والشرط في العقوبة العادلة أن تكون شخصية ، لا تقع علي غير المجرم ، وهذا أصل من الأصول العامة في الشريعة الاسلامية قرره القرآن الكريم في آيات كثيره منها قوله تعالى(وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ (164)[69] وقوله(مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ وَلَا يَجِدْ لَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا (123)) [70]

وجاءت السنة مؤكدة لهذا الأصل منها حديث بن مسعود رضي الله عنه يقول : قال رسول الله صل الله عليه وسلم (لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ، ولا بجريرة أخيه) رواه النسائي.

الثالث : هذه العقوبة موقعه علي البنك ، والبنك شخصية معنوية والشخصية المعنوية ليست أهلاً للمسؤولية الجنائية.

الرابع : ربما يُقال إنّ العقوبة ليست على الشخصية المعنوية ، وإنما هي على إدارة البنك، لأنّها لم تحسن الإختيار، أو أهملت في المراقبة. فالجواب على هذا إن التبرير على ما فيه من ضعف يكون مقبولاً لو أن الذي يدفع الغرامه هو المدير أو مجلس الإدارة من مالهم الخاص. ولكن هذه الغرامه ستدفع من أموال المساهمين في البنك، ومن أموال المضاربة، فماذنب هؤلاء؟ وإذا قيل إن المساهمين هم الذين عينوا مجلس الإداره، وهو قول متهافت ، فما عسي أن يقال عن أرباب المال في المضاربه؟)) .

خلاصة القول أن الفقه الاسلامي القديم ومن انتهج نهجه من المعاصرين وفي كل الحالات لا يعترف للشخص المعنوي بالمسؤولية الجنائية ، غير أنّ بعض فقهاء القانون يرون أن عدم وجود نظريه للشخص المعنوي في الفقه الاسلامي لا يحول دون وجود تطبيقات لها في مجال المسؤولية الجنائية ، مثل حالات تحميل بيت مال المسلمين دية وكفارة من يقتله الإمام خطأ أثناء إقامة الحد عليه ، وكذلك في تقريره للقسامة عن من وجد ميتاً في أماكن عامه ولا يعرف له قاتل[71].

ومن ذلك أيضاً مارُوي عن النبي صل الله عليه وسلم عندما بلغه ما صنع خالد بن الوليد ببني خزيمه عندما دعاهم للإسلام فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا فجعلوا يقولون صبأنا صبأنا فجعل خالد يقتلهم ، فلما بلغه ذلك رفع يديه حتى رؤي

بياض أبطيه وهو يقول: إني أبرأ اليك مما صنع خالد ثلاث مرات. ثم دعا علياً رضي الله عنه فقال:خذ هذا المال فأذهب به إلى بني خزيمة فأد لهم كل ما أصاب خالد ،فخرج إليهم علي بذلك المال فودي كل ما أصاب خالد حتى أنه ادّي اليهم ميلغه الكلب ، حتى إذا لم يبق شيئاً يطلبونه وبقيت مع علي بقية من المال قال علي رضي الله عنه: هذه البقية من المال لكم من رسول الله صل الله عليه وسلم مما أصاب خالد مما لا يعلمه ولا تعلمونه. فأعطاهم ذلك ثم أنصرف إلي النبي صل الله عليه وسلم فأخبره الخبر[72] .

من ذلك أستدل السرخسي على أن المسلمين إذا أصابوا شيئاً مما كان في أمان فانه يؤدي لهم من دمٍ أو مال. وعليه إذا تكفل بيت مال الدوله الاسلامية بجبر خطأ جيش المسلمين ، فإنّ مسؤولية بيت المال عن الجريمه ستكون أوجب وأولى.[73].

وعليه تكون الدولة بصفتها شخصاً معنوياً مسؤولة مدنياً وجنائياً عن ما يصدر من ممثليها من أفعال. وأن بيت المال هو الجهة التي تتولي الوفاء بدفع الأموال المستحقة عن تلك المسؤوليات .ولاشك أنّ هذا القول يتفق مع ما أخذت به التشريعات المختلفة في هذا العصر ويتماشى مع ما استجد من علاقات وروابط قانونيه لم تكون موجودة في العصور السالفة وأنّه في الإمكان إعتبار واقعة سيدنا خالد رضي الله عنه أصلاً يقاس عليه قبول فكرة تحميل الشخص المعنوي المسؤولية الجنائية عن أفعاله الإجرامية وتحمل آثارها القانونيه المتمثلة في العقاب.

المبحث الثالث
آثار قيام المسؤلية الجنائية للشخص المعنوي
المطلب الأول
العقوبات المالية

الفرع الأول: الغرامة :

تُعرّف الغرامة بإنّها إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ نقدي من المال إلى خزينة الدولة. وهى من أقدم العقوبات وترجع في أصلها إلى نظام الدية، وهي نظام يختلط فيه العقاب بالتعويض ثم تطورت حديثاً لتصبح عقوبة خالصة لا علاقة لها بالتعويض[74] سيما وأنها تدفع لخزينة الدولة كما جاء في التعريف أعلاه.

وتعتبر الغرامة من أهم العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي وأكثرها مناسبةً لطبيعته ذلك لأن الأشخاص المعنويين في أغلبها ذات نشاط إقتصادي وبالتالي فهى أكثر فاعليةٍ في تحقيق الردع الخاص[75]حيث أنها تؤدي إلى إضعاف حالته المالية،هذا فضلاً عن أنّ عقوبة الحبس غير ممكنة التطبيق على الشخص المعنوي [76]

والغرامة كعقوبة لها جميع خصائص العقوباتٍ فجوهرها الإيلام المقصود ،كما أنها تخضع لمبدأ الشرعية فلا توقّع إلا بناءٍ على نص خاص يبين الفعل المستوجب لها ويحدد قدرها، كما أنها لا توقع إلا من محكمة مختصة ، والغرامة

عقوبة شخصية لا يصح أن تؤخذ إلاّ من مرتكب الجريمة وعليه فهي تسقط بالوفاة [77] .

وقد تبنت التشريعات المختلفة فكرة أنّ الغرامة هي العقوبة الأنسب للشخص المعنوي ، فقد نص قانون العقوبات الأردني على أنه((لا يُحكم على الأشخاص المعنويين إلا بالغرامة والمصادرة. وإذا كان القانوني نص علي عقوبة أصلية غير الغرامة استعيض بالغرامة عن العقوبة المذكورة ، وأنزلت بالأشخاص المعنويين في الحدود المعينة في المواد 22 الي24)) [78] .

أمّا المشرع السوداني فقد أغفل ذكر تخصيص الشخص المعنوي بعقوبات خاصة في القانون الجنائي لسنة 1991م ، غير أنّ قانون مكافحة غسل الأموال لسنة 2003م قد فرّق بين الشخص الطبيعي والشخص الإعتباري في تحديد العقوبة المقرره لكل منهما فقد حدد عقوبة الشخص الطبيعي بالسجن مده لا تجاوز عشرة سنوات والغرامة التي لا تجاوز ضعف المبلغ أو الأصول محل الجريمة[79] . وحدد عقوبة الشخص الاعتباري بالغرامة التي لا تجاوز ضعف المبلغ أو قيمة الأصول محل الجريمة.[80] .

وجرائم غسيل الأموال من أخطر الجرائم التى يمكن أن يقوم بها الشخص المعنوي وتتحقق بها مسؤوليته الجنائية مثل عدم قيام البنوك بالأخطار عن العمليات المشبوهة أو عدم مسك السجلات والمستندات ، فالصرافات وأسواق الأوراق المالية أصبحت تلعب دوراً كبيراً في إستكمال حلقات إرتكاب جرائم غسيل الأموال [81].

أيضا تضمن قانون الشركات السوداني لسنة 2015م الغرامة كعقوبة على الشركة بإعتبارها شخصاً معنوياً حيث قررها عقوبة للعديد من المخالفات مثل عدم إتخاذ الشركة لمقر معلوم[82] وعدم تقديم تقرير للمسجل بحصول تغيير في المستندات([83] وعدم إيداع قائمه بأسماء أعضاء المجلس[84] وغير ذلك من المخالفات وكذا الحال بالنسبة لقانون الشركات السوداني الملغي لسنة 1925 م في المخالفات المتعلقة بعدم إحتفاظ الشركة بسجل ببيانات الأعضاء[85] وإغفال نشر الاسم[86]وعدم إثبات كلمة محدودة في إسم الشركة[87] وغير ذلك من المخالفات التى يصل عددها ألي حوالي47 مخالفه.

أما تقدير الغرامة وكيفية دفعها فقد نصت عليه الماده (34) حيث جاء فيها:-

1: تقدر المحكمة الغرامة بالنظر الى طبيعة الجريمة المرتكبة وقدر الكسب غير المشروع فيها ودرجة مشاركة الجاني وحالته المالية.

2: يجوز للمحكمة أن تأمر بدفع الغرامة كلها أو بعضها تعويضاً لأي شخص متضرر من الجريمة ما لم يُحكم له بالتعويض استقلالاً[88].

وعليه وعند الحكم على الشخص المعنوي بالغرامة ، فإن تقديرها يقع علي عاتق المحكمة، علماً بان المشرع لم يحدد مقداراً أعلى للغرامة[89].فكل ما يجب على المحكمة هو أن تُراعي طبيعة الجريمة ، والآثار المادية والمعنوية والنفسية التي ترتبت عليها، والكسب غير المشروع الذي حققه الجاني لنفسه ، ثم الحالة المالية للجاني. وبما أن أغلب الأشخاص المعنويين يمارسون نشاطاً

اقتصادياً فإن إيقاع عقوبة الغرامة وتقديرها تقديراً مناسباً يعتبر أمراً مهماً ومؤثراً ومحققاً لأهداف وغايات العقاب.

الفرع الثاني : المصادره :

نص القانون الجنائي السوداني لسنة1991 م مُعرفاً للمصادرة بإنها (هى الحكم بإيلولة المال الخاص الى ملك الدولة بدون مقابل او تعويض)[90] ، وعليه فإنّ للمحاكم الجنائية الحكم بضم المال الخاص ألي ملكية الدولة ويتم نزع المال جبراً ودون مقابل.ونسبةً لخطورة عقوبة المصادرة وأهميتها ضمّنها المشرع في الدستور الإنتقالي 2005 والدساتير التي قبله[91]وتعد المصادرة من العقوبات الفاعله التي تتضمن إيلاماً ذا طبيعة مالية حيث أنها تمثل خسارة ماليه الأمر الذي يجعلها تناسب الشخص المعنوي مثلها مثل الغرامة فكلاهما عقوبتان ماليتان غير أنها تختلف عن الغرامة في كون الغرامة عقوبة أما المصادرة فهي تدبير وقائي وليس المقصود منها إلا يلام والعقاب وإنما سحب الأشياء الممنوع تداولها لذلك فهي تقع علي أشياء محرمه لذاتها كالأطعمة الفاسدة والأسلحة كما أن الغرامة تكون عقوبة أصلية أحياناً كما تكون تكميلية في أحيان أخري خلافاً للمصادرة التي لا تقع إلا كعقوبة تكميلية فلا يحكم بها لوحدها[92].

وقد نص القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م على المصادرة كعقوبة للعديد من الجرائم والتي منها ما يمكن تصور وقوعه من الشخص المعنوي ومنها ما لا يمكن مثل جريمة تقويض النظام الدستوري[93]والرشوة [94]ولعب الميسر وإدارة أماكن للعب الميسر [95]والتجسس على البلاد[96]، كذلك جاء بالنص على عقوبة المصادرة في العديد من القوانين الخاصة كقانون الجمارك وقانون الرقابة على السلع والتعامل في النقد الاجنبي وغير ذلك من القوانين الجنائية الخاصة.[97]

وتعتبر المصادرة من العقوبات العينية ، لأنّها تقع على الأشخاص المعنوية التي كانت محلاً للجريمة أو نتجت عنها أو أُستُعمِلت في إرتكابها أو خُصِصت لارتكابها [98] .

من ذلك نجد أنّ عقوبة المصادرة بطبيعتها يمكن إيقاعها بالشخص المعنوي بل هي من العقوبات التي تناسبه لما تمثله من خسارة مالية مثلها مثل الغرامه .والعقوبات المالية عموماً الناتجة عن جريمة سببت ضرراً فإنه لا يشترط لوجوبها العمدية أو الخطأ بل يكفي حدوث الضرر فمتي ما وقع الضرر وجب رفعه.

المطلب الثاني
العقوبات غير المالية

الفرع الأول : عقوبة الحل والتصفية :

يقصد بحل الشخص المعنوي إنهاء وجوده من الحياة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية تماماً بحيث لا يعود له أى وجود قانوني ، وهي تقابل عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي بإعتباره أقصي العقوبات التى يمكن إيقاعها بالشخص جزاءً لجرم أرتكبه.

وقد نص قانون العقوبات الأردني على أنه (يمكن حل الهيئات المذكورة في الحالات الآتية[99]:

أ/ اذا لم تتقيد بموجب التأسيس القانونية.
ب/ اذا كانت الغاية من تأسيسها مخالفة للقوانين أو كانت تستهدف في الواقع مثل هذه الغايات.
ج/ إذا خالفت الأحكام القانونية المنصوص عليها تحت طائلة الحل.
د/ إذا كانت قد وقفت بموجب قرار مبرم لم تمر عليه خمس سنوات.

وعليه بموجب القانون ماده (100) المذكور أعلاه فإنه وفي حالة تحقق الشروط أعلاه أو أياً منها فإنه تتم تصفية الهيئة الإعتبارية ، وذلك في حالة ما إذا كان الغرض الأساسي من إنشاء الشخص المعنوي غرضاً غير مشروع ويتنافى مع النظام العام والآداب كما يجوز معاقبة الهيئات والشركات القائمه فعلاً بذات العقوبة إذا شاركت أو تظاهرت بالمشاركة بشكل صورى في بعض الأنشطة المالية او التجارية المشروعة وهي ترمي في حقيقة الأمر الى القيام بأعمال غير مشروعه كغسيل الأموال(101) .

أما المشرع السوداني لم يأت على ذكر عقوبة الحل أو غيره من العقوبات كجزاء خاص بالشخص المعنوي حيث أنه لم يميز بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في نوع العقوبة التي تُوقع على كل منهم ولم يضمنها القانون الجنائي لسنة 1991م غير أن كل ما في الأمر أن قضاء المحكمه العليا قد ذهب ألى أن العقوبة التي تُوقع على الشركة يجب أن تتناسب مع طبيعتها (102) ، وفي تقديري أنّ عقوبة الحل عقوبة تناسب الشخص المعنوي سيما وأنّها تقابل عقوبة الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي. وعليه يمكن أن تكون جزاء لأي جريمة عقوبتها الإعدام.

أمّا قانون الشركات السوداني الملغي لسنة1925 م وقانون الشركات الحالي لسنه 2015م لم يأت فيهما ذكر لحل الشركه بإعتبارها شخصاً معنوياً إلا في الباب الخاص بالتصفية حيث جاء في قانون الشركات لسنة 2015م فيما جاء من أسباب للتصفية عن طريق المحكمة ما يأتي(103):-

أ/إذا قررت الشركة بقرار خاص أن تكون تصفيتها من طريق المحكمة ، أو
ب/ إذا لم يعقد الاجتماع التأسيسي ،أولم يودع التقرير التأسيسي أو
ج/ إذا لم تبدأ الشركة أعمالها خلال سنه من تأسيسها ، أو إذا أوقفت أعمالها سنة كاملة أو
د/ إذا نقص أعضاء الشركة عن اثنين أو
هـ/ إذا عجزت الشركة عن ديونها.

وكذا الحال في قانون الشركات لسنة 1925م ، حيث تضمنت المادة (155/أ) ذات الأسباب الموجبة للتصفية في قانون 2015 وإذا أمعنا النظر في هذه الأسباب الموجبه لعقوبة الغرامة فهي في جوهرها أقرب الى المخالفات الإداريه منها إلى كونها جرائم سيما أنها لا تفرضها وتطبقها المحكمه إبتداءً وإنما يطبقها المسجل كما جاء في الماده (1/257)

كما أنّ قانون الشركات لسنة 2015 لم ينص في الباب الثامن (المخالفات والجزاءات والعقوبات) على أيّة عقوبة غير الغرامه ذلك حينما حدد سلطة

المسجل في توقيع الجزاءات بإيراده للاتي (يوقع المسجل الجزاءات المنصوص عليها في لائحة المخالفات والجزاءات المالية الصادرة بموجب أحكام هذا القانون) [104] .

الفرع الثاني:إغلاق المحل :

عرّف المشرع السوداني إغلاق المحل في القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م بأنه هو(الحكم بحظر إستعمال المحل أو مباشرة أى عمل فيه بأي وجهه مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة واحدة) [105] .

وإغلاق المحل هو تدبير إحترازي ،هدفه حظر مزاولة أي نشاط أو عمل في المحل، وذلك من أجل حماية المجتمع من أن يلحقه ضرر أو أي خطر جرّاء عمل المحل ،مثل إستغلال المحل لإدارة نشاط يخالف النظام العام أو الآداب أو يضر بالإنسان والبيئة أو أي نشاط إجرامي آخر،وعقوبة إغلاق المحل تشبه في طبيعتها عقوبة السجن عند الشخص الطبيعي.

والمشرّع يهدف من وراء هذه العقوبة ألى منع الجاني من معاودة إرتكاب جريمة أخري من نفس النوع، أيضاً حرمان الجاني من منفعة المحل مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة ذلك أنّ مدة الإيقاف لا تكون ذات أثر على الجاني إنْ كانت أقل من مدة الشهر، كما أنها قد تؤثر على الغير من عمال ودائنين إن هي زادت عن السنة[106].

نلحظ أن النص أعلاه لا يختص بشخص من أشخاص القانون إن كان المحل يتبع لشخص طبيعي أم يتبع لشخص معنوي أم هو ذاته شخصاً معنوياً الأمر الذي يثير سؤالاً عن إمكانية ومدي صحة أن تصدر المحاكم السودانية أمراً بإغلاق شخص معنوي مده معينه من الزمن .وفي تقديري أنه يجوز ذلك مادام القانون الجنائي لم يميز أصلاً بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي .

وإغلاق المحل عقوبة تكميلية وتبعية لحفنه من الجرائم المرتبطة بانتهاك القيم والتكسب غير الأخلاقي وفي الغالب هي عقوبة عند إغتراف الفعل لأول مرة وهي عقوبة لا يحكم بها وحدها وإنما تأتي مكمله لعقوبات أخري،أمّا المشرع الأردني فإن حاله لا يختلف عمّا عليه القانون السوداني من إيراده للعقوبة وتحديد أقلها بشهر وأكثرها بسنة وذلك حين نص قانون العقوبات الأردني على أنه (يجوز الحكم بإغفال المحل الذي ارتكبت فيه الجريمة بفعل صاحبه أو برضاه لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنه).[107]

كما أن المشرع الأردني قد نص صراحة في قانون منع الإتجار بالبشر علي أنه للمحكمة أن تقضي بوقف الشخص الاعتباري عن العمل كلياً أو جزئياً مده لا تقل عن شهر ولا تزيد علي سنة إذا إرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين 8-9من هذا القانون) [108] .

مما ذكر نخلص إلى أنّه يمكن إعتبار إغلاق المحل عقوبة تطال الشخص المعنوي ، بل ربما يكون لها أثر فاعل وتأثير كبير كعقوبة رادعه لما تسببه فترة الإغلاق من خسارة مادية ومعنوية للشخص تمثل رادعاً للشخص الاعتباري يمتنع بعده من العودة للجريمة مرةً أخري.

الخاتمة :

اولاً: النتائج :

1. أن الشخص المعنوي وبحكم أهميته ومكانته وأثره في العصر الحديث قد أصبح شخصاً قانونياً حقيقياً يتمتع بالأهلية والصلاحية الكاملة للتمتع بالحقوق والإلتزام بالواجبات حيث لم يعد وهماً أو إفتراضاً بل هو حقيقة قانونية ماثله إعترفت بها التشريعات المختلفة ووضعت لها الأحكام في كل القوانين العام منها والخاص.
2. إن الفقه الإسلامي وبطبيعته التي تميل الي تنظيم علاقة الانسان بربه وللإعتبارات التاريخية التي جعلت من ظهور الشخص المعنوي بصورته الراهنه أمراً لاحقاً لنهضته إلا أنّ هناك من الاحداث والمواقف ما يمكن أن يكون أصلاً لاجتهاد فقهي جديد يجيز إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.
3. إنّ الشخص المعنوي وكما يجوز مساءلته مدنياً فانه يُسأل جنائياً وذلك لتحقق شروط قيام المسؤولية الجنائية به حيث أنه يمكن أن يرتكب الجريمة بكل عناصرها المادية والمعنوية من خلال الشخص الطبيعي الذي يمثله وذلك بعد إستيفاء الشروط الخاصة بقيام المسؤولية الجنائية بالشخص المعنوي.
4. ليس في معاقبة الشخص الإعتباري أي تعارض مع مبدأ شخصية العقوبة أو تحقيق غاياتها من ردع عام وخاص ، مادام أنّ العقوبة التى طبقت عليه تناسب طبيعته ، مثل الحل والغرامة والمصادرة وإغلاق المحل.
5. إن المشرع السوداني كان صريحاً في إقراره بقيام المسؤولية الجنائية بالشخص المعنوي حيث أنه عدّ الشخص المعنوي من أشخاص القانون الجنائي ذلك أنه لم يفرق بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي عندما عمد لتفسير كلمة شخص في الماده (9) من القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م .وتبعه في ذلك قضاء المحكمه العليا حين أرست في العديد من السوابق مبدأ مساءلة الشخص المعنوي وتطبيق ما يناسب طبيعته من عقاب.
6. إن الغالب في قضاء المحاكم السودانية هو مساءلة الشخص المعنوي فقط دون الشخص الطبيعي مادام أن الجريمة أرتكبت لصالح الشخص المعنوي وذلك ابتعاداً عن ما يؤدي إلى ازدواجية المسؤولية الجنائية وذلك بنسبة الجريمة لأكثر من شخص في غير حالات الإشتراك الجنائي.
7. إن المشرع السوداني لم يخص الشخص المعنوي بأية أحكام خاصة به في القانون الجنائي حيث أنه لم يحدد الجرائم التي يمكن أن يُنسب إرتكابها اليه وتلك التي لايمكن، كما أنه لم يحدد العقوبات الخاصة به وما يمكن تطبيقها عليه ومالايمكن ،كذلك لم يتناول قانون الإجراءات الجنائية السوداني أو يتضمن أية إجراءات خاصة فيما يتعلق بمحاكمة الشخص المعنوي سواء فيما يتعلق بإعلانه وتمثيله فقط.

8. إنّ قانون الشركات السوداني لسنة 2015 م بطبيعته الإجرائية لا يتضمن من الأحكام والنصوص إلّا القليل الذي يمكن أن تكون له علاقة بقيام المسؤولية الجنائية بالشركات ، كالجزاءات الماليه التي تضمنتها الماده(1/257) والتي هي في مضمونها أقرب إلى كونها جزاءً يتعلق بمخالفه إدارية أكثر من كونها عقوبة جنائية، سيما وأنّ أمر الحكم بها و تحصيلها قد أُسند لمسجل الشركات ،وذلك خلافاً لما هو معلوم من أنّ الغرامة كعقوبة يجب أن تصدر عن محكمة لا عن جهة إداريه.

ثانياً : التوصيات :

1. أُوصي بإضافة نصوص قانونيه صريحة في القانون الجنائي السوداني تتعلق بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي فيما يتعلق بالجرائم التى يمكن نسبتها إليه ، والعقوبات الخاصة به فضلاً عن إضافة نصوص خاصة أيضاً بإجراءات تقديم الشخص المعنوي للمحاكمة وكيفية تنفيذ العقوبات عليه في قانون الإجراءات الجنائية.
2. أُوصي بالنص صراحة على تطبيق عقوبة الحل والتصفية على الشخص المعنوي وذلك جزاءً للجرائم التي عقوبتها الإعدام بالنسبة للشخص الطبيعي أو الجرائم التى يكون خطرها عظيماً علي المجتمع.
3. أُوصى بوضع نص حاسم فيما يتعلق بجواز أو عدم جواز محاكمة الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي وذلك حتى تتوحد الأحكام الصادرة من القضاء ويستحسن أن يكون النص لصالح محاكمة الشخص المعنوي فقط دون الشخص الطبيعي وذلك منعاً للإزدواجية في المسؤولية الجنائية،وحمايةً لمن يعين بعد إرتكاب الجريمة من المديرين والمسئولين من أن يتحملوا مسؤولية جنائية عن أفعال وجرائم لم يرتكبوها.

الهوامش:

1. أستاذ القانون الخاص المشارك، عميد كليّة الشريعة والقانون، جامعة وادى النيل
2. محمد صغير ، القانون الأداري ، دار العلوم ، الجزائر ص 33 .
3. عمادعوابدي ،القانون الأداري الجزائر، طبعة 1995م. ص 182.
4. محمود أحمد طه ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعه الثانية ، دار النهضة 2001م ص 35 .
5. محمود أحمد طه ، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعه الثانية ، دار النهضة 2001م ص36. .
6. مبروك بو خزنة، المسؤوليه الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية 2010م ص25.
7. القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م الماده (3).
8. مبروك بوخزنه ،المسؤوليه الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري، مكتبة الوفاء القانونية 2010م ص31.
9. أنظر المادة 3/14.
10. أنظر المادة (16) .

11. عبد المنعم فرج ، مباديء القانون ، دار النهضة العربية لبنان.ص 501،502.
12. أحمد علي عبد الله ، الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ، الدار السودانيه للكتب، 1992م،ص 75.
13. أحمد علي عبد الله ، ، الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ، الدار السودانيه للكتب، 1992م،ص 75.، ص76.
14. أنظر المادة(1/4) من قانون جامعة وادي النيل.
15. أحمد علي عبد الله، ، الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ، الدار السودانيه للكتب، 1992م، ص77.
16. أنظر المادة ، (1/16).
17. محسن شفيق، الشركات التجارية ، ص 133، 134
18. فتحي عبد الصبور الشخصية المعنوية للمشروع العام الطبعه الأولي القاهرة عالم الكتب الطبعه الأولي1974م ص (179) وحسن كيرة، المدخل لدراسة القانون ص 93.
19. محمد شكري، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي ، الطبعه الأولي 1976م، القاهرة ص (77)
20. محمود سليمان عيسي المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانون الليبي ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع ط 1، 1985 ص (144)
21. عبد الرحمن مصطفي الجمال ، المدخل للقانون، دار الفكر العربي ط 1975 ص (189)
22. أحمد علي عبد الله ، الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ، الدار السودانيه للكتب، 1992م،.ص 53-54
23. أحمد علي عبد الله ، الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ، الدار السودانيه للكتب، 1992م،.ص 57
24. إبراهيم إسماعيل القاموس القانوني، ص555.
25. أحمد عوض بلال،الإثم الجنائي، دار النهضة العربية الطبعة الأولي،دار النهضة العربية القاهرة ، ص 143.
26. المادة (10).
27. المادة (9).
28. القانون الجنائي السوداني لسنة 1991.
29. يس عمر يوسف، النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة 1991م. طبعة 1993م ص 41 ،عبد الله الفاضل عيسي ، شرح القانون الجنائي السوداني لسنة 1991، الطبعة الحادية عشر 2014م ، ص43.
30. عبد الفتاح مصطفي - قانون العقوبات، النظرية العامة، دار الهدي للمطبوعات ، القاهرة ، ص 528.
31. انظر المادة (10) .
32. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 628.

33. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 29
34. أنور محمد صدقي ، المسؤوليه الجزائيه عن الجرائم الاقتصادية دار الثقافة الاردن 2006، ص 385.
35. أحمد محمد قائد،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دار النهضة العربية ، القاهرة 3005م ، ص 33- 34 ، علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق ص 604.
36. قانون المعاملات المدنيةمادة (2/24/ب).
37. سليم صمودي ،المسؤوليه الجزائيه للشخص المعنوي،دار الهدي الجزائر،2006م ، ص9.
38. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ص 605.
39. أحمد فتحي سرور،الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة 1996م ص ، 480.
40. عبد الفضيل محمد احمد ، الشركات ، دار النهضه العربيه، القاهرة ص107.
41. حسن المرصفاوي، المسؤليه الجنائيه في التشريعات العربيه،طبعة 1974م،ص 58.
42. علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ص 607.
43. سليم صمودي ،المسؤوليه الجزائيه للشخص المعنوي،دار الهدي الجزائر،2006م. ، ص 12.
44. علي عبد القادر قهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ص 607.
45. علي عبد القادر قهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ص 607.
46. أحمد علي عبد اللّٰه، الشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ، الدار السودانيه للكتب، 1992م،ص 103.
47. المادة (3) .
48. المادة (8).
49. مجلة الأحكام القضائيه 1978 ص 418.
50. مجلة الأحكام القضائيه 1995 ص (223)
51. أبراهيم محمد أحمد دريج ،الشركه والشراكه ، طبعة ابيل 2008م ص82.
52. مجلة الأحكام القضائيه 1997م ص 44.
53. مجله الأحكام القضائيه 2001م ص (214)
54. مجلة الأحكام القضائيه 1999م ص (156)

55. انظرالمواد (22/ب) من قانون غسيل الأموال السوداني والمادة (74/ 2) من قانون العقوبات الأردني
56. علي عبد القادرقهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 617،616.
57. أحمد محمد قائد مقبل،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دار النهضه العربية، القاهره 3005م ،ص355.
58. أحمد محمد قائد مقبل،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دار النهضه العربية، القاهره 3005م ،ص358 .
59. نائل عبد الرحمن صالح، الجرائم الاقتصادية في التشريع الأردني ،دار الفكر للنشر ،عمان طبعة 1990،ص 158.
60. محمود داؤد يعقوب،المسؤولية في القانون الجنائي الإقتصادي، دار الأوائل للنشر، دمشق، 2001م ص 275
61. علي عبد القادر قهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 617.
62. يس عمر يوسف ،، النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة 1991م، ص 127.
63. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي ، طبعة 1977، دار التراث العربي للطباعة والنشر،ج 1 ص 393-394.
64. علي عبد القادر قهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ص612.
65. سور الانعام ايه (164)
66. سورة النساء ايه (123)
67. رواه النسائي.
68. محمد كمال إمام، المسئولية الجنائية أساسها وتطورها الموسسه الجامعيه ، بيروت ط 1991/ ص435.
69. سورة الانعام ايه (164)
70. سورة النساء ايه (123).
71. علي عبد القادر قهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ص 612.
72. تفسير القرآن العظيم، الحافظ أبي الفداء اسماعيل ، دار احياء الكتب العربيه بن كثير ج 2 ص 356.
73. تفسير القرآن العظيم، الحافظ أبي الفداء اسماعيل ، دار احياء الكتب العربيه بن كثير ج 2 ص 356.
74. علي عبد القادر قهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ص 778.
75. أحمد محمد قائد مقبل،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دار النهضه العربية، القاهره 3005م ،ص 404.

76. محمود سليمان موسي،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانون الليبي،دار الكتب الوطنيه 1985،ص 385.
77. علي عبد القادر قهوجي، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 777،أحمد علي ابراهيم حمو القانون الجنائي السوداني 1991 معلقاً عليه الطبعة السادسة 2017م ص701.
78. المادة (3/74) .
79. المادة (22/أ)
80. المادة (22/ ب)
81. عصام الدين حسن لقمان ،غسيل الأموال- المفهوم والتطبيق،الطبعة الثانية 2008. ص44
82. المادة (34
83. المادة (36)
84. المادة (45)
85. المادة (27) .
86. المادة (67).
87. المادة (246).
88. قانون الإجراءات الجنائيه السوداني لسنة 1991م
89. ، شرح القانون الجنائي السوداني لسنة 1991، الطبعه الحادية عشر 2014م، ص 133
90. المادة (36/ 1)
91. أحمد علي ابراهيم حمو القانون الجنائي السوداني 1991 معلقاً عليه الطبعة السادسة 2017م ص701، ص742
92. أحمد علي ابراهيم حمو القانون الجنائي السوداني 1991 معلقاً عليه الطبعة السادسة 2017م ص701، ص 752
93. المادة (50)
94. المادة (88).
95. المادة (1/80) .
96. المادة (53).
97. يس عمر يوسف،النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة 1991م،ص، 232.
98. أحمد محمد قائد مقبل،المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دار النهضه العربية، القاهره 3005م ، ص415.
99. المادة (37).
100. أنظرالمادة (38).
101. مصطفي طاهر، المواجهة التشريعية لظاهرة غسيل الأموال المتحصله من جرائم المخدرات القاهرة طبعة 2004م ص 150.
102. أبوزر الغفاري بشير، الشركات، مطبوعات جامعة السودان المفتوحه ص 46.

103. المادة (165).
104. المادة (1/257).
105. المادة (37) .
106. عبد اللّٰه الفاضل عيسي ، شرح القانون الجنائي السوداني لسنة 1991، الطبعه الحادية عشر 2014م ،ص135.
107. المادة (35).
108. المادة (11)

حكم الردة شرعاً وقانوناً وقضاء

د. المكاوي الخضر علي أحمد[1]

مستخلص البحث

تناولت هذه الدراسة موضوع جريمة الردة فقهاً وقانوناً وقضاء ، من خلال بيان الثابت الشرعي والنقلي وتوضيح الأدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة الناهية عن ارتكاب هذه الجريمة وبيان عقوبتها وكيفية تنفيذ العقوبة وفترة الإستتابة قال تعالى: (وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي ٱلْآخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ 85)[2] الشرعية، بجانب أن الدراسة اهتمت بتوضيح السلوكيات التي تشكل الركن المادي لجريمة الردة مستصحبة في ذلك التعديلات التي طرأت على المادة (126) من القانون الجنائي لسنة 1991م تعديل 2015م غير أن السؤال الذي يرد في هذا الخصوص هل أن التعديل الذي تمت إضافته مؤخراً يفي بالمقصود ويحقق الغاية منه؟ أم أن الأمر لا يزال يحتاج إلى تعديلات آخرى؟، كما اهتمت الدراسة ببيان أوجه القصور القانوني الذي ظل ملازماً لتنفيذ هذا الحد، وبيان التنازع القانوني حتى بعد التعديل مابين دستور جمهورية السودان الإنتقالي 2005م والقانون الجنائي لسنة 1991م، إضافة إلى توضيح الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها حكومة السودان وأثر ذلك على تنفيذ جريمة الردة، وبينت الدراسة موقف القضاء الجنائي السوداني من جريمة الردة، كما توصلت الدراسة إلى بعض النتائج وفي المقابل أوصت بشأنها.

مقدمة:

من المعلوم أن الدين الإسلامي هو آخر الديانات التي نزلت من عند الله تعالى ويعد ناسخاً لكل الشرائع السابقة لقوله تعالى: (وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي ٱلْآخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ 85)[3]، ومع ذلك التوجيه والأمر الإلهي نجد أن القوانين الجنائية الوضعية وقبلها وثائق الحقوق والدساتير والاتفاقيات الدولية قد انتحت منحى يخالف ما أمر الله به وشرعت حرية الأديان بل جاوزت ذلك وسمح بعضها بحرية الانتقال من دين إلى آخر وفي ذلك خطر على الإسلام والمسلمين ومخالفة للثابت الشرعي والثابت النقلي بل إن العقل يأبى ذلك أن تكون العقيدة مبنية على هوى الإنسان،له أن يعدل عنها ويغيرها إلى آخري متى شاء، أضف إلى ذلك أن غاية الشريعة الإسلامية المحافظة على الدين وليس حرية الانتقال منه إلى آخر، يحاول الباحث بعد قدرة الله وعظمته الوقوف على أقوال فقهاء المسلمين وأدلتهم الشرعية لتحريم هذه الجريمة ومن ثم تتبع هذه الجريمة في القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م وبيان أركانها وعقوباتها، وأقضية المحكمة العليا في ذلك، وبيان موقف الاتفاقيات الدولية ومدى تأثيرها على القانون الوطني فيما يتعلق بتقرير حد الردة.

---

[1] أستاذ مساعد بقسم القانون العام – كلية الشريعة والقانون– جامعة إفريقيا العالمية.

المبحث الأول
تعريف الردة لغة واصطلاحاً
المطلب الأول
تعريف الردة لغة

الردّة مفردة تطلق عند أهل اللغة ويراد بها: هيئة الارتداد والرجوع إلى الكفر بعد الإسلام،وقد ارتد وارتد عنه تحول وفي التنزيل من يرتدد منكم عن دينه والاسم الردة ومنه الردة عن الإسلام أي الرجوع عنه، وارتد فلان عن دينه إذا كفر بعد إسلامه ورد عليه الشيء إذا لم يقبله وكذلك إذا خطأه وتقول رده إلى منزله ورد إليه جواباً أي رجع، والردة بالكسر مصدر قولك رده يرده رداً وردة والردة الاسم من الارتداد، وفي حديث القيامة والحوض فيقال إنهم لم يزالوا مرتدين على أعقابهم أي متخلفين عن بعض الواجبات[4]، والردة امتلاء الضرع من اللبن قبل النتاج[5] ومنه قول الشاعر:

تمشي من الردة مشي الحفل *** مشي الروايا بالمزاد الأثقل

والردة تعني: صدى الصوت[6]، وتقاعس في الذقن والبقية، وحروب الردة كانت في أوائل عهد أبي بكر رضي الله عنه حين ارتد بعض العرب إثر وفاة الرسول (صلى الله عليه وسلم) فمنعوا الزكاة وبعضهم امتنع عن الصلاة[7]،والردة لغة تعني الرجوع عن الشيء إلى غيره[8]، ومنه قول الشاعر:

ألا يا لقوم زايلت أم فرقد قد القلب منها غير قال لها قد

وبانت ولم تحمد إليك جوارها ولم ترج فينا ردة اليوم أو غد[9]

وارتد عن الشيء تحول عنه، ومنه الردة عن الإسلام أي الرجوع عنه، واسترد الشيء وارتده أي طلب رده عليه[10].

من كل ذلك يتضح أن الردة في اللغة يُراد بها الارتداد والرجوع عن الشيء ومنه الرجوع عن الإسلام إلى الكفر وهو المعنى المطلوب.

المطلب الثاني
تعريف الردة اصطلاحاً

أولاً: تعريف الردة عند الحنفية:

ذهب السادة الأحناف إلى أن الردة تعني شرعاً: الراجع عن دين الإسلام وإجراء كلمة الكفر على اللسان والعياذ بالله بعد وجود الإيمان وشرائط صحتها العقل والبلوغ[11]،فلا تصح ردة مجنون ومعتوه وموسوس وصبي لا يعقل وسكران ومكره عليها، وأما البلوغ والمذكورة فليسا بشرط، ولا تصح ردة السكران إلا الردة بسب النبي صلى الله عليه وسلم[12]،فلا تصح ردة المكره عليها لقوله تعالى: (مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ 106)[13] ، والصبي الذي يعقل هو الذي يعرف أن الإسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر أن يبلغ سبع سنين، ومن أصابه برسام أو أطعم شيئاً فذهب عقله فارتد لم يكن ذلك ارتداداً وكذا لو كان معتوهاً أو

موسوساً أو مغلوباً على عقله بوجه من الوجوه فهو على هذا غير مرتد، إذا ارتد المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة أبداها كشفت إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب بل مستحب ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل[14]، فضلاً عن أن الردة تُحبط الاعمال لقوله تعالى: (ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ إِذَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِيٓ أَخۡدَانٖۗ وَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلۡإِيمَٰنِ فَقَدۡ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِنَ ٱلۡخَٰسِرِينَ 5)[15].

يتضح من كل ذلك أن الأحناف يعرفون الردة بأنها الرجوع عن الإسلام بقول اللسان والعياذ بالله.

ثانياً: تعريف الردة عند المالكية:

ذهب المالكية إلى أن الردة هي: كفر المسلم المتقرر إسلامه بالنطق بالشهادتين مختاراً، ويكون بأحد أمور ثلاثة (بصريح) من القول كقوله أشرك أو أكفر بالله (أو لفظ) أي قول (يقتضيه) كقوله الله جسم متحيز، وكجحده حكماً علم من الدين بالضرورة كوجوب الصلاة وحرمة الزنا (أو فعل يتضمنه) أي يقتضي الكفر ويستلزمه استلزاماً بيناً (كإلقاء مصحف بقذر) ولو طاهراً كبصاق أو تلطيخه به والمراد بالمصحف ما فيه قرآن ولو كلمة، ومثل: ذلك تركه به أي عدم رفعه إن وجده به لأن الدوام كالابتداء فأراد بالفعل ما يشمل الترك إذ هو فعل نفسي، ومثل: القرآن أسماء الله وأسماء الأنبياء وكذا الحديث كما هو ظاهر وحرق ما ذكر إن كان على وجه الاستخفاف فكذلك وإن كان على وجه صيانته فلا ضرر بل ربما وجب وكذا كتب الفقه إن كان على وجه الاستخفاف بالشريعة فكذلك وإلا فلا (وشد زُنّار) وهو حزام ذو خيوط ملونة يشد به الذمي وسطه ليتميز به عن المسلم والمراد به ملبوس الكافر الخاص به أي إذا فعله حباً فيه وميلاً لأهله وأما إن لبسه لعباً فحرام[16]، كفر المسلم، أي انها كفر بعد إسلام قد تقرر وظهورها إما بالتصريح بالكفر أو بلفظ يقتضيه[17]،والردة عبارة عن قطع الإسلام من مكلف وفي غير البالغ خلاف إما باللفظ أو بالفعل كإلقاء المصحف في القاذورات ولكليهما مراتب في الظهور والخفاء ولذلك لا تقبل الشهادة فيها إلا على التفصيل ولاختلاف المذاهب في التكفير[18]،ويقتل وجوباً كل من ارتد؛ أي قطع إسلامه بعد بلوغه بصريح لفظه كقوله: (عزير ابن الله)أو أشرك به، أو أتى بلفظ يقتضي الكفر، كقوله: الصلوات الخمس غير مفروضة، أو الركوع أو السجود غير فرض لأن الجاحد كافر، أو الحج غير فرض على المستطيع[19]، والردة

تعني الكفر بعد الإسلام ويكون بصريح وبلفظ يقتضيه وبفعل يتضمنه[20].

منكل ذلك يتضح أن المالكية يعرفون الردة بأنها الخروج عن الإسلام بالقول الصريح وبالفعل الدال على ذلك حتى وإن كان مجرد التزين بزي الكفار ولم يرد به اللعب كان مرتداً، أو ألقى قرآناً في قاذورات أو وجده ولم يحفظه، وفي حكم القرآن كتب الشريعة جميعها، فهذه ردة بالسلوك لدى السادة المالكية، فجريمة الردة وتعريفها في المذهب المالكي مرنة إلى حد ما فالمسلم يكن عُرضة للردة بأبسط السلوكيات إن لم يُرد بذلك اللعب، فإن أراد به اللعب كان عليه الإثم ولم يقض بردته.

ثالثاً: تعريف الردة عند الشافعية:

يذهب السادة الشافعية في تعريفهم للردة بأنها: تعني قطع الإسلام بتعمد الفعل ولو بقلبه استهزاء أو جحوداً كسجود لصنم، وإلقاء مصحف، أو نحوه ككتب الحديث في قذر استخفافاً أي على وجه يدل على الاستخفاف بهما[21]، فالردة جناية مثلها مثل الجنايات الأخرى لكن الجنايات الأخرى متعلقة بالنفس أو ما دونها او المال وهذه متعلقة بالدين وإن كان هذا أهم لكثرة وقوع ذلك وحاصل الكلام على أنواع الردة أنها تنحصر في ثلاثة أقسام اعتقادات وأفعال وأقوال وكل قسم منها يتشعب شعباً كثيرة فمن الأول: الشك في الله أو في رسالة رسوله أو في شيء من القرآن أو في اليوم الآخر أو في وجود الجنة أو النار أو في حصول الثواب للمطيع والعقاب للعاصي، أو فيما هو مجمع عليه مما هو معلوم من الدين بالضرورة، أو اعتقاد في صفة من صفاته تعالى أو تحليل ما هو حرام، ومن الثاني: السجود لصنم أو لشمس أو مخلوق آخر، ومن الثالث: قوله لمسلم يا كافر أو يا عديم الدين قاصداً بالأول أن دينه المتلبس به وهو الإسلام كفر وبالثاني أن ما هو متصف به لا يسمى ديناً، أو قوله لو آخذني الله بترك الصلاة مع ما أنا فيه من المرض والشدة ظلمني، أو قوله أنا أفعل بغير تقدير الله عند سماعه من يقول فعلك هذا بتقدير الله تعالى، أو قوله لو شهد عندي جميع المسلمين ما قبلتهم استهزاء بهم وسخرية، أو قوله للمفتي عند إعطائه جواب سؤال استفتاه فيه أي شيء هذا الشرع ويرمي الجواب استخفافاً بالشرع[22]،وقيل أن: الكفر أربعة أنواع : كفر إنكار و كفر جحود و كفر عناد و كفر نفاق.

من أتى الله بواحد منها لا يغفر له و لا يخرج من النار[23]، والردة أفحش الكفر وأغلظه حكماً، محبطة للعمل إن اتصلت بالموت وإلا حبط ثوابه[24]، والردة الرجوع من الإسلام إلى الكفر والعياذ بالله، قال تعالى:(يَٰقَوۡمِ ٱدۡخُلُواْ ٱلۡأَرۡضَ ٱلۡمُقَدَّسَةَ ٱلَّتِي كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمۡ وَلَا تَرۡتَدُّواْ عَلَىٰٓ أَدۡبَارِكُمۡ فَتَنقَلِبُواْ خَٰسِرِينَ 21)[25] ؛ أي لا ترجعوا، وهو ذات مفهوم الردة الرجوع من الإسلام إلى الكفر.

يتضح من ذلك أن الردة لدى الشافعية الرجوع من الإسلام إلى الكفر بالقول أو بالفعل أو بالمعتقد الدال على هذا الرجوع.

رابعاً: تعريف الردة عند الحنابلة:

يعرِّف الحنابلة الردة بأنها الرجوع من الإسلام إلى الكفر صراحة او دلالة؛ فصراحة بقول الكفر والعياذ بالله، ودلالة إذا لم يصرح بها ولكنه يؤمن بالطاغوت، أو أنه جالس كافراً وأقره على فعله[26]،وهي الاتيان بما يخرج به عن الاسلام نطقاً أو اعتقاداً أو شكاً[27]، والردة تقع من المكلف المختار أما غير المكلف وغير المختار لا يعد مرتداً فالإكراه عكس الاختيار ولكن يشترط أن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان[28]،الردة لا تصح إلا من عاقل فأما من لا عقل له كالطفل الذي لا عقل له والمجنون فلا تصح ردتهما ولا حكم لكلامهما[29]، والردة تحصل بجحد الشهادتين أو إحداهما أو سب الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه و سلم، أو قذف أم النبي صلى الله عليه و سلم، أو جحد كتاب الله تعالى، أو شيء منه أو شيء من أنبيائه، أو كتاب من كتبه أو فريضة ظاهرة مجمع عليها كالعبادات الخمسة ، أو استحلال محرم مشهور أجمع عليه كالخمر و الخنزير و الميتة و الدم و الزنى و نحوه، فإن كان ذلك لجهل منه لحداثة عهده بالإسلام أو لإفاقة من جنون و نحوه لم يكفر[30]، عُلم مما سبق: أنه لا تصح ردة مجنون ولا إسلامه لأنه لا قول له فإن ارتد في صحته ثم جن لم يقتل في حال جنونه لأنه يقتل بالإصرار على الردة والمجنون لا يوصف بالإصرار[31].

يتضح من ذلك أن السادة الحنابلة يعرفون الردة على أنها الرجوع عن الدين الإسلامي بالقول الصريح أو بالفعل الدال عليه كجلوسه مع الكفار أو إقراره لأفعالهم أو جحد الشهادتين أو الطعن في القرآن الكريم أو التشكيك في الفروض وغيرها من الافعال التي يستدل منها الرجوع عن الإسلام إلى الكفر.

ثالثاً: تعريف الردة في القانون الجنائي لسنة 1991م:

عرّف القانون الجنائي جريمة الردة في المادة (126) بقوله:

1- يعد مرتكباً جريمة الردة كل:

أ. مسلم يروج للخروج من ملة الإسلام بقول صريح أو بفعل قاطع الدلالة،

ب. من يطعن أويسب محمد رسول الله صل الله عليه وسلم علناً بأي طريقة،

ج. من يطعن في القرآن الكريم بالتناقض أو التحريف أو غير ذلك،

د. من يكفر أصحاب رسول الله صل الله عليه وسلم بالجملة أو ساداتهم أبوبكر أو عمر أو عثمان أو علي مستحلاً ذلك،

ه. من يطعن في أم المؤمنين عائشة فيما برأها منه القرآن الكريم.

كما عرّف الجريمة بأنها: (كل فعل معاقب عليه بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر)[32]، وهذا لا يعد تعريفاً للجريمة بقدر ما هو بيان للأفعال المجرمة بنص القانون، ثم عرّف جرائم الحدود بقوله: (تعنى جرائم شرب الخمر والردة والزنا والقذف والحرابة والسرقة الحدية)[33]

المبحث الثاني

أدلة تحريم الردة من الكتاب والسنة

المطلب الأول

أدلة تحريم الردة من القرآن الكريم

1- قال تعالى:(يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّىٰ يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ 217)[34] ،ظاهر هذه الآية الكريمة أن المرتد يحبط جميع عمله بردته من غير شرط زائد ولكنه أشار في موضع آخر إلى أن ذلك فيما إذا مات على الكفر وهو قوله تعالى:(فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ)، ومقتضى الأصول حمل هذا المطلق على هذا المقيد فيقيد إحباط العمل بالموت على الكفر وهو قول الشافعي ومن وافقه خلافاً لمالك القائل بإحباط الردة العمل[35]، ويُقبل منه الإسلام إن رجع، ويمهل مدة ثلاثة أيام وإلا يُقتل[36].

2- قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَسَوْفَ يَأْتِي اللَّهُ بِقَوْمٍ يُحِبُّهُمْ وَيُحِبُّونَهُ أَذِلَّةٍ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أَعِزَّةٍ عَلَى الْكَافِرِينَ يُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ ذَٰلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) [37]، وقوله تعالى: (مَنْ يَرْتَدَّ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ) يعني شرط وجوابه فسوف، وقراءة أهل المدينة والشام {مَنْ يَرْتَدِدْ} بدالين، الباقون {مَنْ يَرْتَدَّ} ، وهذا من إعجاز القرآن والنبي صلى الله عليه وسلم: إذ أخبر عن ارتدادهم ولم يكن ذلك في عهده وكان ذلك غيباً، فكان على ما أخبر بعد مدة، وأهل الردة كانوا بعد موته صلى الله عليه وسلم، قال ابن إسحاق: لما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتد بعض العرب وكانوا في ردتهم على قسمين: قسم نبذ الشريعة كلها وخرج عنها، وقسم نبذ وجوب الزكاة واعترف بوجوب غيرها؛ قالوا نصوم ونصلي ولا نزكي؛ فقاتل الصديق جميعهم؛ وبعث خالد بن الوليد إليهم بالجيوش فقاتلهم وسباهم؛ على ما هو مشهور من أخبارهم[38]، وقوله تعالى: (أَذِلَّةٍ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ) معناه متذللين من قبل أنفسهم غير متكبرين وهذا كقوله تعالى " أشداء على الكفار رحماء بينهم " وكقوله صلى الله عليه وسلم: (المؤمن هين لين) وفي قراءة ابن مسعود أذلة على المؤمنين غلظاء على الكافرين، وقوله تعالى: (وَلَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ ۚ) إشارة إلى الرد على المنافقين في أنهم كانوا يعتذرون بملامة الأخلاق والمعارف من الكفار ويراعون أمرهم، وقوله تعالى:چۓ ۓ ڭ چالإشارة بذلك إلى كون القوم يحبون الله ويحبهم الله وأنها إظهار النعم المنبئة عن رضاه عنه وإلباسه إياها، وقوله تعالى: (وَاللَّهُ وَاسِعٌ) معناه ذو سعة فيما يملك ويعطي وينعم[39].

3- قال تعالى: (وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا)[40]، أن الآيات المتقدمة إنما نزلت في سارق الدرع، وقوله: (ومن يُشاقِقِ الرَّسُول چ إلى آخر الآيات إنما نزلت في ارتداده، فهذه الآية إنما يحسن اتصالها بما قبلها لو كان المراد أن ذلك السارق لو لم يرتد لم يصر محروماً عن رحمتي، ولكنه لما ارتد وأشرك بالله صار محروماً قطع عن رحمة الله، ثم إنه أكد ذلك بأن شرح أن أمر الشرك عظيم عند الله فقال چومن يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا بَعِيدًا) ، يعني ومن لم يشرك بالله لم

يكن ضلاله بعيداً، فلا جرم لا يصير محروماً عن رحمتي، وهذا دال قطعاً على أن ما سوى الشرك مغفور قطعاً سواء حصلت التوبة أو لم تحصل[41].

4- قال تعالى: (إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ ثُمَّ ٱزۡدَادُواْ كُفۡرٗا لَّمۡ يَكُنِ ٱللَّهُ لِيَغۡفِرَ لَهُمۡ وَلَا لِيَهۡدِيَهُمۡ سَبِيلَۢا)[42]، يعني آمنوا بالتوراة وبموسى عليه السلام ثم كفروا من بعد موسى ثم آمنوا بعيسى عليه السلام والإنجيل ثم كفروا من بعده ثم ازدادوا كفراً بمحمدٍ صلى الله عليه وسلم وبالقرآن، ويقال إن الذين آمنوا بموسى ثم كفروا بعيسى ثم آمنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم من قبل أن يبعث ثم كفروا به بعدما بعث ثم ازدادوا كفراً يعني ثبتوا على كفرهم لم يكن الله بغافر لهم[43]، والمعنى أنّ الذين تكرر منهم الارتداد وعهد منهم ازدياد الكفر والإصرار عليه يستبعد منهم أن يحدثوا ما يستحقون به المغفرة ويستوجبون اللطف من إيمان صحيح ثابت يرضاه الله، لأن قلوب أولئك الذين هذا ديدنهم قلوب قد ضُربت بالكفر[44]، يحتج بعض القانونيين بأن الردة لا تعد جريمة حدية بصريح هذه الآية ولكن بعد الرجوع إلى التفاسير يتضح أن الآية نزلت في قوم قد أمنوا بموسى ثم كفروا به وأمنوا بعيسى ثم كفروا به وكذلك أمنوا بمحمدٍ قبل الرسالة ثم كفروا به بعدها؛ أي أن الآية مخصوصة في أولئك القوم ومتعلقة بعدم المغفرة لهم من الله تعالى.

5- قال تعالى: (وَمَن يَبۡتَغِ غَيۡرَ ٱلۡإِسۡلَٰمِ دِينٗا فَلَن يُقۡبَلَ مِنۡهُ وَهُوَ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِنَ ٱلۡخَٰسِرِينَ)[45]، ومن يبتغ غير الإسلام ديناً أي غير التوحيد والانقياد لحكم الله فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين الواقعين في الخسران والمعنى أن المعرض عن الإسلام والطالب لغيره فاقد للنفع واقع في الخسران بإبطال الفطرة السليمة التي فطر الناس عليها واستدل به على أن الإيمان هو الإسلام إذ لو كان غيره لم يقبل والجواب إنه ينفي قبول كل دين يغايره لا قبول كل ما يغايره ولعل الدين أيضاً للأعمال[46]، فلو كان الإيمان غير الإسلام لوجب أن لا يكون الإيمان ديناً مقبولاً عند الله تعالى، إلا أن ظاهر قوله تعالى: (۞قَالَتِ ٱلۡأَعۡرَابُ ءَامَنَّاۖ قُل لَّمۡ تُؤۡمِنُواْ وَلَٰكِن قُولُوٓاْ أَسۡلَمۡنَا وَلَمَّا يَدۡخُلِ ٱلۡإِيمَٰنُ فِي قُلُوبِكُمۡۖ وَإِن تُطِيعُواْ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ لَا يَلِتۡكُم مِّنۡ أَعۡمَٰلِكُمۡ شَيۡـٔٗاۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ج[47]، يقتضي كون الإسلام مغايراً للإيمان ووجه التوفيق بينهما أن تحمل الآية الأولى على العرف الشرعي، والآية الثانية على الوضع اللغوي[48]، والإسلام هو الدخول في السلم، يقال: أسلم، أي: دخل في السلم، كقولهم: أشتى، وأقحط، وأصل السّلم: السلامة، والمُسْلِم معناه المخلص لله عبادته، ومن قولهم: سَلِم الشيء لفلان، أي: خَلص، فالإسلام معناه: إخلاص الدين والعقيدة لله تعالى[49].

المطلب الثاني
أدلة تحريم الردة من السنة النبوية

وردت عدة أحاديث في هذا الخصوص نورد منها ما يلي:

ورد أن علي - رضى الله عنه – أمر بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولقتلتهم لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم – (من بدل دينه فاقتلوه)[50].

وفي رواية أخرى عن عكرمة: أن علياً حرق قوماً ارتدوا عن الإسلام فبلغ ذلك ابن عباس فقال: لو كنت أنا لقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم من بدل دينه فاقتلوه، ولم أكن لأحرقهم لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم لا تعذبوا بعذاب الله فبلغ ذلك علياً فقال: صدق ابن عباس، قال: ابو عيسى هذا حديث صحيح حسن والعمل على هذا عند أهل العلم في المرتد، واختلفوا في المرأة إذا ارتدت عن الإسلام فقالت: طائفة من أهل العلم تقتل وهو قول الأوزاعي و أحمد و إسحق وقالت طائفة منهم تحبس ولا تقتل وهو قول سفيان وغيره من أهل الكوفة - قال الشيخ الألباني : صحيح[51].

وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال :(من بدل دينه فاقتلوه)[52] ، فقد ورد عن عن قتادة عن عكرمة عن بن عباس قال: قال: رسول الله صلى الله عليه و سلم: (من بدل دينه فاقتلوه)[54].

كما ورد عن سليمان بن داود أبو الربيع ومحمد بن عبيد بن حساب قالا حدثنا حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف قال: كنت عند عثمان رضي الله عنه في الدار وهو محصور قال: وكنا ندخل مدخلاً إذا دخلناه سمعنا كلاماً من أعلى البلاط قال: فدخل عثمان رضي الله عنه يوماً لحاجته، قال: فخرج إلينا مستنقع لونه فقال: إنهم ليتواعدوني بالقتل آنفاً، قال: فقلنا يكفيكم الله يا أمير المؤمنين، قال: ولم يقتلوني وإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:(لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث رجل كفر بعد إيمانه أو زنا بعد إحصانه أو قتل نفساً بغير نفس)[55].

يتضح من كل ذلك أن الردة جريمة لها أصل ووجود في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فعقوبتها في الدنيا القتل حدا إذا توافرت شروطها إضافة إلى أنها تحبط الاعمال أمام الله عز وجل في الدار الآخرة.

المبحث الثالث
أركان جريمة الردة وعقوبتها وموقف القضاء السوداني منها
المطلب الأول
الركن المادي والركن المعنوي وعقوبة جريمة الردة

الفرع الأول: الركن المادي:

العنصر المادي أو الركن المادي لأي جريمة هو السلوك الممنوع قانوناً سواء أكان فعلاً أم امتناعاً يخالف القانون أو حالة أو نتيجة لأي من ذلك[56]؛ أي أنه سوك إجرامي إيجابياً كان أو سلبياً يسفر عنه حدوث نتيجة ضارة عامة كانت أو خاصة يعتبرها القانون شرطاً لازماً للعقاب[57]، فالركن المادي جوهره السلوك، فلا يمكن لجريمة أن تقع بغير فعل أو ترك لأن المشرع لا يعاقب على النوايا المجردة، وذلك

لسبب بسيط، وهو أن أوامر القانون ونواهيه لاتنتهك بمجرد الرغبة في التمرد عليها، وإنما تنتهك فحسب حين يسلك الشخص مسلكاً يخالف ما يأمره القانون به أو ماينهاه عنه، وعلى ذلك فإن دراسة الركن المادي للجريمة تقتضي دراسة العناصر الأصلية والعارضة التي يتكون منها، وهي السلوك والنتيجة وعلاقة السببية[58]:

{1} السلوك:

تتطلب جريمة الردة أن يأتي الجاني سلوكاً ظاهرياً يدل على أنه ارتكب جريمة الردة، وهذا السلوك حصره المشرِّع الجنائي لسنة 1991م تعديل 2015م في الصور الأتية[59]:

أ. الترويج للخروج عن ملة الإسلام بالقول الصريح أو بالفعل قاطع الدلالة:

يتضح من هذا الشرط أن جريمة الردة تتطلب نوع من أنواع العلنية والمجاهرة لأن القانون اشترط الترويج للخروج عن ملة الإسلام، هذا يعني أنه وفقاً للقانون إذا أسر الشخص الردة في نفسه لا يعاقب على ذلك ولا يمكن تقديمه للمحاكمة لأن النص اشترط الإعلان عنها بصريح العبارة بالقول الصريح؛ أي بجريان لفظ الكفر والشرك على اللسان؛ أو باتخاذ أي فعل يدل دلالة قاطعة على الخروج عن الإسلام – والعياذ بالله.

ب. من يطعن أو يسب محمد رسول الله صل الله عليه وسلم علناً بأي طريقة:

اشترط القانون هنا أن يأتي الجاني سلوكاً مادياً ملموساً من خلاله يطعن في النبي محمد صلى الله عليه وسلم، وهذا السلوك مرنٍ أي طعن في الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم أو تشكيك في رسالته أو سباً له بأي طريقة ينشأ الركن المادي لجريمة الردة، إلا أنه يلاحظ على هذا النص الجديد اشتراط العلنية فإن كان الأمر غير معلناً لا يشكل ذلك جريمة فات على المشرِّع الجنائي أنه يمكن أن يتم السلوك بغير علنية ويفلت المجرم من العقاب لاعتباره العلنية شرطاً للتجريم، فالأحرى أن يشكل فعل السب والتشكيك في النبي محمد صلى الله عليه وسلم جريمة الردة حتى وان كان الإعلان في اطار ضيق أو لم يعلن لهذا التشكيك والطعن.

ج. من يطعن في القرآن الكريم بالتناقض أو التحريف أو غير ذلك:

السلوك أو الفعل هنا يتعين أن يشكل طعناً في القرآن الكريم إما بالتناقض أو التحريف أو بأي تشكيك آخر، ويُستبعد من ذلك آراء الفقهاء وتعليقاتهم وتفسيرهم واستخدام قواعد النسخ، بالرغم من أن المشرِّع لم ينص على ذلك صراحة إلا أن قواعد الناسخ والمنسوخ وشروح أهل الفقه حولها لا يعد تشكيكاً أو تحريفاً أو طعناً في القرآن الكريم بقدر ما أنها تشكل تصديقاً له وتأكيداً على تواتره وصحة أحكامه.

د. من يكفر أصحاب رسول الله صل الله عليه وسلم بالجملة أو ساداتهم أبوبكر أو عمر أو عثمان أو علي مستحلاً ذلك:

في هذه الصورة يتخذ السلوك نوع من أنواع تكفير الغير؛ أي أن الجاني هنا لم يجري لفظ الكفر والشرك على لسانه إنما كفر غيره ونسب هذا الكفر إلى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بدون استثناء جملة، أي كل من أدرك النبي

صلى الله عليه وسلم حياً وأمن برسالته يُعد صحابياً، يلاحظ على النص أنه اعتبر الجاني مرتكباً لجريمة الردة في الحالة التي يكفر فيها الصحابة رضوان الله عليهم وفي ذلك تضييق لمفهوم الردة حيث أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الشخص مرتداً متى ما كفّر غيره المسلم بغض النظر عن كونه صحابي، ووجه النعي على النص المستحدث في أن الذي يُكفِّر غير الصحابة لا يُعد مرتداً كان الأولى أن يعتبر القانون الشخص مرتداً إذا ما كفّر غيره المسلم وبذلك تتحقق الغاية من النص وهي صون عقيدة المسلمين، وفي ذات الوقت لم يكن النص وقائياً لمحاربة الطوائف الدينية التي يكفّر بعضها الآخر.

٥. **من يطعن في أم المؤمنين عائشة فيما برأها منه القرآن الكريم:**

كذلك يعد مرتكباً لجريمة الردة كل مسلم يطعن في أم المؤمنين عائشة رضي الله تعالى عنها فيما برأها منه القرآن الكريم، وهي حادثة الإفك المعروفة، قال تعالى: (إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ٱلۡغَٰفِلَٰتِ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ لُعِنُواْ فِي ٱلدُّنۡيَا وَٱلۡأٓخِرَةِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ)[60]، وأجمع العلماء على أن حكم المحصنين في القذف كحكم المحصنات قياساً واستدلالاً،واختلف فيمن المراد بهذه الآية؛ فقال سعيد بن جبير: هي في رماة عائشة رضوان الله عليها خاصة، وقال قوم: هي في عائشة وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم[61]، يتضح هنا أن السلوك الذي يمثل الركن المادي يأتي في صورة الطعن في شرف السيدة عائشة رضوان الله تعالى عنها فيما برأها منه الله عز وجل بالآيات التي ذكرنا، ولكن ننعى على النص أيضاً عدم الشمول فكان الأحرى أن يأتي حماية لكل آل النبي صلى الله عليه وسلم ولا يقف عند السيدة عائشة رضي الله عنها، لأن أهل التفسير قد ذكروا أن الآيات تجيئ تبرأةً للسيد عائشة وفي ذات الوقت لكل زوجات النبي صلى الله عليه وسلم.

{2} النتيجة:

ولابد أن يتحقق الأثر الطبيعي الذي يتمخض السلوك عنه ويعتد القانون به وهو النتيجة، أي أن يؤثر فعل الجاني على الدين الإسلامي، والنتيجة أمر واقعي له وجود خاص وذاتية مستقلة وهي بذلك تتميز عن السلوك مهما كانت درجة ارتباطها به[62]،ويقصد بالنتيجة ما ينجم عن الأنشطة الإجرامية التي تمت بطريقة الإيجاب أو السلب أو بالطريقين معاً، وهذه النتيجة غالباً ما تظهر للوجود في حقيقة مادية لها أثار ضارة[63]، والنتيجة في كافة الأنظمة الجنائية يُقصد بها أثر الفعل المحرم أو المجرم بنص القانون، ودرجت الأنظمة الجنائية على تقسيم النتيجة إلى:

1- النتيجة اليقينية أو الحتمية:

وهي النتيجة التي تقع بنسبة 100% بناءً على الاداة التي استخدمت في السلوك ووفقاً لسنن الحياة ومجريات الأمور، مثالها فصل رأس المجنى عليه من جسده يحقق الموت لا محال.

2- النتيجة الراجحة:

وفي هذه النتيجة يترجح وقوع الفعل فنسبة وقوعه أكثر من عدم وقوعه فإذا لم تقع النتيجة فإن الشخص العادي سوف يصاب بالدهشة، مثالها إفراغ عدد من

الرصاصات على صدر إنسان فإذا لم يمت بناء على هذه الأفعال فإن الشخص العادي سوف يندهش من ذلك.

3- النتيجة المحتملة أو الممكنة:

وهي النتيجة التي تتساوى فيها نسبة الوقوع ونسبة عدم الوقوع فيمكن أن تقع بناء على الاداة المستخدمة ووفقاً لسنن الحياة ومجريات الامور ويمكن ألا تقع، فوقوعها وعدم وقوعها لا يصيب الشخص العادي بالدهشة، فمثالها رمي شخص ماهر في السباحة في يم ، فيمكن أن يسبح ويخرج إلى بر الأمان ويمكن أن تتداخل عوامل خارجية تتسبب في إغراقه كأن تلدغه إحدى حيات البحر وتعطل وظيفته العضلية أو غير ذلك، عموماً يمكن أن تقع ويمكن ألا تقع هذه النتيجة.

4- النتيجة الخائبة:

هي النتيجة التي لاتقع مطلقاً وفقاً للأداة المستخدمة وتبعاً لمجريات الامور فهي نتيجة لا يتحقق أثرها بيقين، مثالها محاولة قتل إنسان برشقه بكوب من الماء على قفاه فمثل هذا الفعل لا نتيجة له مطلقاً.

تلك هي أنواع النتائج التي استقر عليها النظام الجنائي المعاصر، وفي هذا المقام يتعين أن تكون نتيجة السلوك هي الأثر المباشر على الدين الإسلامي بالرجوع عنه وفق الصور التي حددها القانون الجنائي لسنة 1991م تعديل 2015م .

{3} علاقة السببية بين الفعل والنتيجة:

ولقد تعددت أراء الشراح في تحديد مقياس توافر علاقة السببية بوجه عام فقد ذهب رأي إلى القول بأن العبرة في تحمل النتيجة إنما تكون للسبب الفعال أي السبب الذي يعتبر أساسياً في إحداث الجريمة وتعتبر باقي الأسباب بالقياس له ظروفاً مهيئة لها، واتجه أخر إلى مساءلة الجاني عن النتيجة التي حدثت مادام نشاطه هو الذي أدى ببدايته إلى غيره من الأسباب الموصلة للنتيجة، هذا إلا إذا كان السبب الجديد كان لابد من وقوعه وإحداث النتيجة وتعرف هذه النظرية بنظرية تعادل الأسباب، ورأي ثالث يرى مساءلة الجاني عن النتائج التي تحدث مادامت هي مما يوصل إليه سير الامور العادي في الحياة وهذه هي نظرية السبب الملائم وهو المقياس الغالب بين الشراح ولما لعلاقة السببية بين النشاط والنتيجة من الأهمية في مدى تحمل الجاني المسئولية الجنائية يتعين على المحكمة أن تُعنى ببيانها وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور[64]، وعلاقة السببية هي إسناد أي أمر من أمور الحياة إلى مصدره، والإسناد في النطاق الجنائي على نوعين مادي ومعنوي؛ فالإسناد المادي يقتضي نسبة الجريمة إلى فاعل معين، وهذا هو الإسناد المفرد في أبسط صوره، كما قد يقتضي نسبة جريمة ما إلى فعل ما بالإضافة إلى نسبة هذا الفعل إلى فاعل معين، وهذا هو الإسناد المزدوج، وهو لايخرج في الحالين معاً عن توافر رابطة السببية أو العلة بالمعلول بين نشاط إجرامي معين وما أسفر عنه من نتائج يراد العقاب عليها[65].

ولا تثور علاقة السببية إلا في نطاق الجرائم المادية أو ما يسمى بجرائم النتيجة أو الضرر تلك التي يتمخض عن السلوك فيها بحظر القانون ، وعلى خلاف ذلك فلا تثور علاقة السببية ابتداء بالنسبة للجرائم الشكلية أو مايسمى بجرائم

السلوك المجرد أو الخطر وهذه الجرائم يعاقب فيها على مجرد اقتراف السلوك (فعل كان أو امتناع) في ذاته بصرف النظر عن حدوث نتيجة إذ المعول عليه في هذه الجرائم هو السلوك لا النتيجة وبالتالي فلا حاجة لبحث صلة السببية كما في جرائم السب و القذف وحيازة سلاح دون ترخيص، ومن ناحية اخرى فإن إشكالية السببية لا تظهر إلا حين يتدخل مع السلوك الإنساني عوامل أخرى على نحو ما في إحداث النتيجة، فإذا انتفت هذه العوامل الأخرى وتعاصر السلوك مع النتيجة فلامشكلة في الأمر إذ يصبح ميسوراً بل وبديهياً اعتبار السلوك الإنساني هنا سبب هذه النتيجة[66]، بصورة عامة السببية هي إسناد أي أمر من امور الحياة إلى مصدره، وهي في إطار الركن المادي للجريمة إسناد النتيجة المعاقب عليها إلى سلوك الفاعل عن طريق الربط بينهما فلا يكفي مساءلة الجاني أن يقع منه سلوك جرمي وأن تحصل نتيجة، بل يلزم فضلاً عن ذلك أن تسند هذه النتيجة إلى ذلك السلوك؛ أي أن يكون بينهما صلة سببية تحمل على القول إن سلوك الفاعل هو الذي تسبب بتلك النتيجة الضارة، ولا تثير السببية بين سلوك الجاني والنتيجة المعاقب عليها أي صعوبة متى كانت من عمل الجاني وحده وحتى ولو تأخر حدوثها أو تفاقمت نتائجها فلو جرح شخص إنساناً آخر وطالت المعالجة ثم مات المصاب، فإن الجارح يكون مسئولاً عن القتل في حدود نيته طالما أن الموت حدث بسبب الجرح، وإنما الصعوبة تظهر إذا ما تداخلت أسباب أخرى في إحداث النتيجة الضارة إلى جانب سلوك الجاني[67]، إذا تداخل بين نشاط الشخص وقبل حصول النتيجة عامل شاذ غير مألوف تبعاً للعادة الجارية أو عامل كافٍ بذاته لإحداث النتيجة فلا يسأل إلا عن نشاطه حتى تدخل هذا العامل إذا كان معاقباً عليه، والمراد بالسببية هنا السببية الإنسانية أي الداخلة في توقعات الإنسان فالنتيجة متوقعة من جانب العامد ويقصد إليها من وراء نشاطه أو يتوقعها ويرتضيها في حالة القصد الاحتمالي أو يتوقعها ويعمل على تلافيها في حالة الخطأ بتبصر لأنها في نطاق مخاطر نشاطه التي يعلمها أو كان يجب عليه أن يتوقعها في حالة الخطأ بدون تبصر لأنه لو نهج نهج الشخص العادي في نشاطه لتوقعها في نطاق مخاطر هذا النشاط؛ لذلك كانت السببية باعتبارها إسناد للضرر عنصر من عناصر الإثم في الجرائم التي تتطلب قصداً فإذا لم تدخل فإن عنصر الإثم لا يكون قائماً[68]، وفي كل الأحوال الجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة أو كان علة غير مباشرة للنتيجة بل هو مسؤول ولو كانت النتيجة علة لعلة أو علل أخرى تولدت من فعل الجاني مادام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجاني مسؤولاً عن مثل هذه الحالة[69]، ويشترط في جريمة الردة هنا أن يرتبط السلوك أي فعل الجاني بنتيجته ارتباط العلة بالمعلول والسبب بالمسبب أي يتعين أن يكون فعل الجاني سبباً للخروج عن ملة الإسلام بالصور التي ذكرها المشرِع في السلوك المادي لجريمة الردة، وما تجدر الإشارة إليه هنا أن القانون الجنائي لسنة 1991م لا يكتفي بتوافر الركن المادي بعناصره والمعنوي فقط لإدانة أي جان اخترق نص المادة (126) إنما هنالك شروط أخرى مضمنة في ذات المادة التي حوت تجريم الردة إضافة إلى شروط المسؤولية الجنائية وفق الأحكام العامة للقانون الجنائي ويمكن تلخيصها في الآتي:

أ. أن يكون الجاني مكلفاً مسلماً:

هنالك شروط للمسؤولية الجنائية بصفة عامة حيث أنه لا يمكن مساءلة الجاني غير المكلف أي الذي لم يبلغ سن المساءلة الجنائية حيث نص القانون الجنائي على: (لا مسؤولية إلا على المكلف المختار ولا مسؤولية إلا عن فعل ارتكب بقصد أو بإهمال)[70] كما نص القانون أيضاً على: (لايعد مرتكباً جريمة الصغير غير البالغ، على أنه يجوز تطبيق تدابير الرعاية والإصلاح الواردة في هذا القانون على من بلغ سن السابعة من عمره حسبما تراه المحكمة مناسباً)[71]، وعلى ذلك لا يمكن مساءلة الجاني غير المكلف أي غير البالغ وهذا يخالف ما ذهب له بعض الفقهاء حيث أنهم يقررون مساءلة الجاني المرتد غير البالغ لسبب أنه يقبل إسلامه فعلى ذلك يعاقب إذا رجع عنه، إضافة إلى كونه عاقلاً فغير العاقل لا مسؤولية جنائية واقعة عليه نص القانون الجنائي لسنة 1991م على أنه: (لا يعد مرتكباً جريمة الشخص الذي لا يكون وقت ارتكابه الفعل المكون للجريمة مدركاً لماهية أفعاله أو نتائجها أو قادراً على السيطرة عليها بسبب:

أ- الجنون الدائم أو المؤقت أو العاهة العقلية، أو

ب- النوم أو الإغماء، أو

ج- تناوله مادة مسكرة أو مخدرة بسبب الإكراه أو الضرورة أو دون علمه فإذا كان ذلك باختياره وعلمه وبغير ضرورة يعد مسؤولاً عن فعله كما لو صدر منه بغير اسكار أو تخدير)[72]، وكونه مختاراً أي أنه أتى السلوك الذى شكل جريمة الردة برغبة منه وبغير ضرورة .

وبغير إكراه فكان قاصداً الخروج عن ملة الإسلام راغباً في النتيجة بكامل قواه العقلية ليس به جنون أو مرض نفسي أو عقلي أو عاهة عقلية ولم يكن سكراناً باختياره، فإن تناول مادة مخدرة أو مسكرة بعلمه أو بغير ضرورة ثم أتى الفعل المشكل لجريمة الردة فلا يصلح ذلك دفعاً له حيث أن الدفع نتيجة لسكر اختياري غير مقبول امام المحاكم الجنائية السودانية بنص القانون على ذلك، أما إن كان السكر أو المخدر نتيجة للضرورة أو بغير علمه أو لدواعي علاجية بأمر الطبيب ثم وقع السلوك بعده فهنا لم نكن أمام جريمة ولا يعاقب الجاني على ذلك.

وكونه مسلماً شرط أساسي لحد الردة لأنها جريمة حدية ترتكب من قبل المسلمين فغير المسلم لا يحد أصلاً، إضافة إلى ذلك يتعين دراسة أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون الجنائي لسنة 1991م.

ب. ألا يكون حديث عهد بالإسلام:

اشترط القانون لحد الردة ألا يكون الجاني حديث عهد بالإسلام فإن كان كذلك يسقط عنه الحد ويعذر، لأن حديث العهد بالإسلام لم تترسخ العقيدة في قلبه، هذا الشرط وإن قال به بعض الفقهاء إلا أنه يعطل تطبيق حد الردة فهذا يعني أن حداثة العهد بالإسلام يعد سبباً لإسقاط عقوبة الردة الحدية.

ج. أن يستتاب الجاني:

يشترط لإيقاع حد الردة أن يستتاب الجاني مدة تحددها المحكمة لكي يعدل عن قول أو فعل الشرك وإلا يحد، هذا الشرط قال به كل الفقهاء إلا أن الاختلاف بين القانون والفقه الإسلامي يكمن في أن بعض الفقهاء حددوا هذه الفترة بثلاثة أيام، ولم يحددها القانون بقيد زمني معين إنما ترك الامر كسلطة للمحكمة الماثلة أمامها الوقائع تحدد هذه الفترة ومن ثم إذا أصر الجاني على جريمته توقع عليه عقوبة حد الردة.

الفرع الثاني: الركن المعنوي:

جريمة الردة جريمة منصوص عليها في القانون فشأنها شأن الجرائم الأخرى يتعين أنتتوافر رابطة نفسية بين الفاعل وماديات الجريمة يطلق عليها الركن المعنوي، فالفعل المادي الذي يرتكبه الفاعل لايهتم به القانون الجنائي بوصفه هذا، إذ الحيوان أو الجماد يمكن أن يحدث أضراراً مادية بالأفراد أو بالممتلكات التي يحميها، وكل القوانين المعاصرة لم تعد تكتفي بالفعل المادي وحده وهي تتطلب معرفة الحالة النفسية التي دفعت بإنسان عاقل إلى ارتكاب هذا الفعل[73]، والعنصر المعنوي هو حالة المتهم العقلية، من نية أو قصد أو علم أو اهمال أو خلاف ذلك والجدير بالذكر أن هذه الحالة يحددها نص القانون، إلا أننا أحياناً نصطدم بقاعدة الفراغ التشريعي أي إذا لم يذكر القانون النص على الركن المعنوي فما هو الحكم في هذه الحالة؟ في هذه الحالة نعتبر أن المسؤولية تقوم على أساس القصد وهي الأصل ونترك الخطأ استثناءً للأصل[74]، وما تجدر الإشارة إليه هنا أن القانون الجنائي لسنة 1991م لم ينص على القصد بصورة مباشرة في نص المادة (126) وحتى في التعديل الذي طرأ عليها في العام 2015م إلا أننا نتجه إلى المبدأ العام وهو أن لا يشكل أي فعل في حد ذاته جريمة مالم يرتكب بقصد ويتضح من نص المادة أن القصد وإن لم يذكر بصورة مباشرة إلى أنه مضمن ضمناً في المادة حيث اشترطت المادة للمساءلة الجنائية أن يروج الجاني بفعله أو قوله للخروج عن ملة الإسلام فهذا يعني أنه يأتي أفعاله وأقواله قاصداً الخروج عن الإسلام لأنه روج لذلك، وجريمة الردة جريمة عمدية ترتكب بقصد فلابد من اثبات القصد الجنائي ولو في حده الأدنى، واثبات القصد أمر تقوم به المحكمة من خلال الوقائع الماثلة أمامها.

الفرع الثالث: عقوبة جريمة الردة:

جريمة الردة جريمة حدية كما نصت المادة (3) من القانون الجنائي لسنة 1991م، فعقوبتها الأصلية هي الإعدام؛ أي أنه إذا توافرت أركان وشرائط الجريمة واستتابت المحكمة الجاني المهلة التي رأتها مناسبة ولم يكن حديث عهد بالإسلام واصر على ردته تعاقبه المحكمة بالإعدام، وتجدر الإشارة هنا إلا أن عقوبة الردة تسقط متى ما عدل الجاني عن ردته، قبل تعديل 2015م لم يكن هنالك تعزيراً للجاني الذي ارتد وعدل عن ردته إلا أن التعديل الأخير نص على عقوبة أخرى تعزيرية وهي الحالة التي يرتد فيها الشخص ثم أنه لا يصر على هذه الردة فسمح للمحكمة بإيقاع عقوبة تعزيرية متمثلة في السجن وحسناً فعل التعديل لأن المصلحة المحمية هي العقيدة الإسلامية وحتى لا يكون إيقاع العقاب

من عدمه بمشيئة الجاني أي أنه يرتد ثم يعدل ثم يرتد ثم يعدل وهكذا، إضافة إلى تغليظ العقوبة التعزيرية كلما تكرر الفعل من الجاني.

المطلب الثاني

موقف القضاء السوداني من جريمة الردة

كما ذكرنا سابقاً أن جريمة الردة منصوص عليها بموجب القانون الجنائي لسنة 1991م إلا أنه لا يمكن تطبيق هذا الحد أمام المحاكم الجنائية السودانية نظراً لمخالفة النص للمبادئ الدستورية الحاكمة في دستور جمهورية السودان الإنتقالي لسنة 2005م حيث نص المبدأ الأول منه على:

1. جمهورية السودان دولة مستقلة ذات سيادة، وهى دولة ديمقراطية لا مركزية تتعدد فيها الثقافات واللغات وتتعايش فيها العناصر والأعراق والأديان،
2. تلتزم الدولة باحترام وترقية الكرامة الإنسانية، وتُؤسس على العدالة والمساواة والارتقاء بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتتيح التعددية الحزبية،
3. السودان وطن واحد جامع تكون فيه الأديان والثقافات مصدر قوة وتوافق وإلهام)[75].

بموجب هذا النص الدستوري لا يمكن للمحاكم الجنائية السودانية تطبيق حد الردة لأن القضاء كما هو معلوم رقيب على دستورية القوانين ويمتنع بموجب الأحكام العامة في القوانين من تطبيق أي نص يخالف الدستور الحاكم، كان الآحرى بالمشرِّع الدستوري أن ينص على أن السودان دولة إسلامية ولا ينافي ذلك وجود أديان ومعتقدات أخرى لها خصوصيتها، نسبة للأكثرية الإسلامية، أضف إلى ذلك أن هنالك إلزام من المشرِّع الدستوري بضرورة إحترام الدولة للمعتقدات الدينية ومقدساتها جاء ذلك بنص دستور جمهورية السودان الإنتقالي لسنة 2005م حيث ذكر: (تحترم الدولة الحقوق الدينية التالية:

(أ) العبادة والتجمع وفقاً لشعائر أي دين أو معتقد، وإنشاء أماكن لتلك الأغراض والمحافظة عليها،

(ب) إنشاء وصون المؤسسات الخيرية والإنسانية المناسبة،

(ج) تملك وحيازة الأموال الثابتة والمنقولة وصنع وحيازة واستعمال الأدوات والمواد اللازمة المتعلقة بطقوس أو عادات أي دين أو معتقد،

(د) كتابة وإصدار وتوزيع المطبوعات الدينية،

(هـ) تدريس الدين أو المعتقد في الأماكن المناسبة لهذه الأغراض،

(و) استقطاب واستلام المساهمات المالية الطوعية أو أي مساهمات أخري من الأفراد أو المؤسسات الخاصة أو العامة،

(ز) تدريب أو تعيين أو انتخاب أو استخلاف الزعماء الدينيين المناسبين حسبما تتطلبه مقتضيات ومعايير أي ديناً و معتقد.

(ح) مراعاة العطلات والأعياد والمناسبات وفقاً للعقائد الدينية،

(ط) الاتصال بالأفراد والجماعات فيما يتعلق بأمور الدين والعقيدة على المستويين المحلي والعالمي)[76].

بموجب هذا النص أوجب الدستور على الدولة احترام الديانات والمعتقدات ومقدساتها ولا شك أن السلطات القضائية جزء من الدولة وإن كان لها استقلاليتها وحيادها ولكن ذلك لا يجعلها بمعزل من مراعاة الدستور وصون قواعده وأحكامه لذلك لا يمكن تنفيذ حد الردة مالم يتدخل المشرّع الدستوري ويعدِّل النصوص المتعلقة بحرية الاديان ويقرر أن السودان دولة إسلامية،هذا بجانب أن السودان مصادق على اتفاقية العهد الدولي ولها قوة القانون حيث نص الدستور على: (3- تعتبر كل الحقوق والحريات المضمنة في الاتفاقيات والعهودٍ والمواثيقٍ الدولية لحقوق الإنسان والمصادق عليها من قبل جمهورية السودان جزءً لا يتجزءاً من هذه الوثيقة)[77]، وجدير بالإشارة هنا أن هذه الاتفاقية تبيح حرية الأديان بل أنها ذهبت أكثر من ذلك بنصها على حرية الانتقال من دين إلى أخر جاء ذلك في نص المادة (18) بقولها: (1- لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما، وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حده.

2- لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره،

3- لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية،

تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة)[78].

يتضح بما لا يدع مجالاً للشك من كل هذه النصوص أن جريمة الردة موجودة في القانون الجنائي لسنة 1991م نظراً فقط ويصعب تطبيق هذا الحد أمام المحاكم الجنائية السودانية.

الخاتمة :

أولاً: النتائج :

{1} جريمة الردة جريمة حدية، وهي حق يثبت لله تعالى لا يجوز النزول عنه والتصالح فيه.

{2} لم يعرِّف القانون الجنائي لسنة 1991م جريمة الردة تعريفاً جامعاً مانعاً.

{3} لا يمكن تطبيق حد الردة أمام المحاكم الجنائية السودانية لمخالفة النص الجنائي للمبادئ الدستورية والاتفاقيات الدولية.

{4} التعديل الذي طرأ على النص الجنائي لا يفي بالغرض حيث أنه عدل في السلوكيات والأوصاف التي تشكل الجريمة فقط.

{5} شرط ألا يكون الجاني حديث عهد بالإسلام يعطل تطبيق حد الردة.

ثانياً: التوصيات :

{1} تعريف الردة في القانون الجنائي تعريفاً جامعاً مانعاً وبيان أركانها وفق الثابت الشرعي.

{2} تعديل النصوص الدستورية والنص على أن السودان دولة إسلامية ولا يناف ذلك وجود أديان وعقائد آخري لها خصوصيتها حتى تستطيع المحاكم الجنائية تطبيق حد الردة.
{3} عدم المصادقة على الاتفاقيات الدولية التي تبيح حرية الأديان والانتقال من دين إلى آخر.
{4} حذف شرط ألا يكون الجاني حديث عهد بالإسلام من نص المادة (126) من القانون الجنائي لسنة 1991م.

الهوامش :

1. **الأستاذ المساعد بقسم القانون العام - كلية الشريعة والقانون- جامعة إفريقيا العالمية**
2. **سورة آل عمران الآية (85)**
3. **سورة آل عمران الآية (85)**
4. **ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، ج3، ص1621.**
5. **إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح اللغة العربية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ج2، ص473.**
6. **سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج1، ص147.**
7. **إبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار، المعجم الوسيط، دار الدعوة، بيروت، لبنان، ج1، ص338.**
8. **محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج1، ص361.**
9. **أبو عمرو إسحاق بن مرّار الشيباني، الجيم، دار صار، بيروت، لبنان، ج1، ص76.**
10. **أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسى، المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج9، ص267.**
11. **زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج5، ص129.**
12. **محمد علاء الدين أفندي محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار في فقه مذهب الإمام أبوحنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج4، ص224.**
13. **سورة النحل، الآية {106}.**
14. **الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص253.**
15. **سورة المائدة، الآية {5}.**
16. **سيدي أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج4، ص301.**
17. **محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج12، ص47.**

18. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، دار الغرب، بيروت، لبنان، ج12، ص13.
19. أبي الحسن أبي زيد القيرواني، حاشية العدوي، دار الفكر، بيروت، ج7، ص137.
20. جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر ابن أبي بكر المشهور بابن الحاجب الكردي المالكي،جامع الأمهات / لابن الحاجب، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج1، ص368.
21. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج19، ص399.
22. أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج4، ص132.
23. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج1، ص744.
24. محمد الشربيني الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت،لبنان، ج2،ص550.
25. سورة المائدة، الآية {21}.
26. علماء نجد الأعلام من عصر الشيخ محمد بن عبد الوهاب إلى عصرنا هذا، الدرر السنية في الأجوبة النجدية، تحقيق: عبد الرحمن محمد بن قاسم، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج1، ص448.
27. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامةالمقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج1، ص192.
28. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي للطباعة والنشر، ج14، ص446.
29. عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج2، ص189.
30. عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، الكافي في فقه ابن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج4، ص59.
31. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج9، ص157.
32. المادة {3} من القانون الجنائي لسنة 1991م.
33. المادة {3} من القانون الجنائي لسنة 1991م.
34. سورة البقرة، الآية {217}.
35. محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج1، ص329.

36. أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني الإدريسي الشاذلي الفاسي أبو العباس، البحر المديد- تفسير ابن عجيبة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج1، ص273.
37. سورة المائدة، الآية {54}.
38. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لآحكام القرآن، دار عالم الكتاب، الر ياض، المملكة العربية السعودية، ج6، ص219.
39. أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج2، ص242.
40. سورة النساء، الآية {115}.
41. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، ج1، ص1556.
42. سورة النساء، الآية {137}.
43. أبو الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي الفقيه الحنفي، بحر العلوم، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج1، ص348.
44. محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج3، ص388.
45. سورة آل عمران، الآية {85}.
46. البيضاوي، تفسير البيضاوي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص61.
47. سورة الحجرات، الآية {14}.
48. محمد بن عمر بن الحسين الرازي الشافعي المعروف بالفخر الرازي أبو عبد الله فخر الدين، تفسير القرآن العظيم لابن كثير، مرجع سابق، ج1، ص1192.
49. أبو حفص عمر بن علي ابن عادل الدمشقي الحنبلي، اللباب في علوم الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج5، ص106.
50. محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج11، ص59، حديث رقم: 6922.
51. محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج4، ص59، حديث رقم: 1458.
52. محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص848، حديث رقم: 2535.
53. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج4، ص222، حديث رقم: 4353.
54. أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، سنن النسائي، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، ج7، ص104، حديث رقم: 4062.

55. أحمد بن عمرو بن الضحاك أبو بكر الشيباني، الآحاد والمثاني، دار الدراية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج1، ص132، حديث رقم: 149.
56. عبد الله أحمد النعيم، القانون الجنائي السوداني النظرية العامة للمسئولية الجنائية، أم درمان، السودان، ص32 .
57. يس عمر يوسف، النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني لسنة 1991، دار ومكتبة الهلال،أم درمان، السودان، ط1، ص82 .
58. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام،بدون طبعة، بدون ناشر،ص54
59. المادة {126} من القانون الجنائي لسنة 1991م تعديل 2015م.
60. سورة النور، الآية {23}.
61. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج12، ص209.
62. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص63.
63. محمد الفاتح إسماعيل،القانون الجنائي أسسه ومبادئه ونظريته العامة، ص67.
64. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعرف، الإسكندرية، مصر، ص222.
65. رءوف عبيد،السببية الجنائية،مطبعة الاستقلال الكبرى،القاهرة،مصر،ص3.
66. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص492 .
67. سمير عالية/هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مؤسسة الرسالة للنشر، القاهرة، مصر، ص252 .
68. محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظريته العامة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ص180 .
69. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ج1، ص463 .
70. المادة {8} من القانون الجنائي لسنة 1991م.
71. المادة {9} من القانون الجنائي لسنة 1991م.
72. المادة {10} من القانون الجنائي لسنة 1991م.
73. سمير عالية/ هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات العام، مؤسسة الرسالة للنشر، القاهرة، مصر،ص288.
74. عبد الله أحمد النعيم، القانون الجنائي السوداني النظرية العامة للمسئولية الجنائية، مرجع سابق، ط1، ص42.
75. المادة {1} من دستور جمهورية السودان الانتقالي 2005م.
76. المادة {6} من دستور جمهورية السودان الانتقالي 2005م.
77. المادة {27} من دستور جمهورية السودان الإنتقالي 2005م.
78. المادة {18} من اتفاقية العهد الدولي.

وزن البيِّنة الكافية عند توجيه التهمة

د. زكريا عبد الوهاب محمد زين[1]

مستخلص البحث

يهدف هذا البحث لإعطاءإضاءة مهمة لما ينبغي أن تتسم به مرحلة التحري من دقة في كافة الإجراءات الجنائية والتي تتمثل في فتح الدعوى الجنائية وإجراءات الضبط المقيدة لحرية المتهم في نفسه وماله وتوجيه التهمة له وحبسه. وذلك بالتدقيق في البيانات المقدمة في مواجهة المتهم قبل الإقدام على اتخاذالإجراءات الجنائية، لان الضرر الذي يصيب المتهم في هذه المرحلة من التحري يصعب جبره ماديا أو معنوياً.

كما يهدف البحث إلى مناقشة بعض نصوص قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م، المعدل في 2002م والتي ساهمت بغموض صياغتها في عدم وجود معيار محدد لقوة أو وزن البينة المطلوبة عند توجيه التهمة للمتهم، وتحريك أي إجراء جنائي آخر في مواجهته.

يتناول البحث هذا الموضوع من خلال ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: توجيه التهمة من خلال قاعدة:"المتهم برئ حتى تثبت إدانته".

المبحث الثاني: قوة البينة المطلوبة في مرحلة التحري.

المبحث الثالث: قوة البينة في مرحلة التحري في قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م، المعدل في 2002م.

Abstract

This research aims to give important enlightment to what the a curacy of investigations stage should be characterized by in the all criminal procedures of adjustment of the accused freedom on himself or his belonging and his accusation and the imprisonment. That through construction on the submitting (data or information's) against him before taking the criminal proceeds, because the damage that causes in this period of investigation is difficult to be cured materially or immaterially.

Also search aims to discuss some of texts of the law criminal procedures of 1991, that is suddenness, modified in 2002, which contributed with it's vagueness in nonextence of determinedstandard of strength and weigh of the requested evidence when the accusation is directed to the accused, and moving any other criminal procedure against him.

(١) أستاذ مشارك – كلية القانون جامعة شندي وكلية الحقوق جامعة ظفار بسلطنة عمان.

مقدمة:

تكاد تلتقي معظم النظريات القانونية وتتحد كل المواثيق الدولية والإقليمية وتتفق كل النظم الدستورية على مبادئ أساسية لصيانة كرامة الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى وحماية حقوقه الطبيعية وحريته العامة والشخصية، ونصت عليها تلك المواثيق الدولية لتكون قيداً عل المشرع الدستوري الوطني وليكون الدستور شاهداً على السلطة التشريعية لكي لا تنال من تلك الحقوق وتنتهكها عند تنظيم ممارستها بموجب القانون، ولعل من أهم النظم التي تبين صدق النظام السياسي هو قانون الإجراءات الجنائية،فهو القانون الذي يوفر الضمانات القانونية للإنسان عند اتهامه وكيفية معاملته إذا اتهم في جريمة جنائية.

اخذ القانون السوداني بنظام الاتهام الفردي إذ جعل حق تحريك الدعوى الجنائية في الأصل من حق المجني عليه، ومن مضمون هذا القانون نجد أن تطوراً ملحوظاً وكبيراً قد طرأ عليه، في اتجاه اعتبار تحريك الدعوى حقاً عاماً يتماشى مع المبادئ العامة التي نص عليها في مقدمته، باعتبار منع ارتكاب الجريمة واجباً على الكافة وهذا اثر من آثار الشريعة الإسلامية التي تعتبر الجريمة منكراً يجب إزالته وأن التبليغ عن الجريمة هو إزالة المنكر باللسان.

تتبع أهمية الموضوع من خطورة توجيه التهمة للمتهم ذلك لأنها قد تمس حريته الشخصية في نفسه أو ماله، كما أنأهمأسباب اختيار الموضوع تتمثل في توضيح ماهية البينة الكافية في مرحلة التحري حتى يمكن السير في إجراءات التحري في الدعوى الجنائية حتى مرحلة توجيه التهمة، كذلك كشف الغموض الذي شاب بعض المواد في قانون الإجراءات الجناية لسنة 1991م، فيما يتعلق بتوجيه الاتهام.

ونظراً لأهمية الموضوع البالغة فقد ناقشت توجيه البينة من خلال القاعدة الأصولية:"المتهم برئ حتى تثبت إدانته" مقرنا ذلك مع ما جاء في قانون الإجراءات السوداني لسنة 1991م.

أما مشكلة البحث فتتمثل في تحديد البينة المطلوبة والكافية والتي يستلزم توافرها خلال مرحلة التحري قبل توجيه التهمة للمتهم.

المبحث الأول

توجيه التهمة من خلال قاعدة (المتهم برئ حتى تثبت إدانته)

لا تزال فكرة الاستدلال وقوة البينة المطلوبة لتحريك الدعوى الجنائية بفتحها في مواجهة المشتبه به وتوجيه التهمة في مرحلة التحري يكتنفها الغموض الناتج عن استخدام مصطلحات محددة بشأنها في قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م، بالإضافةإلى الصلاحيات الواسعة الممنوحة للنيابة الجنائية لم يواكبها تراكم تجربة دقيقة طويلة من شأنها أن تؤسس لقاعدة يمكن القياس عليها في هذا المنحى.

أن هناك فهم راسخ من عدد كبير لا يستهان به ولا بد من أن يوضع في الحسبان وهم رجال الشرطة والقانون، بأن يومية التحري لا تعد "بينة"، وبالتالي

يمكن في مرحلة التحري أن يكون المتحري عقليته وقناعته على الوجه الذي يرتضيه، دون الاحتكام إلى معايير قانونية محكمة هادية لكافة إجراءات ومراحل التحري، ولا يخفى على كل ذي لب في المجال القانوني الجنائي بأن مرحلة التحري تعد أكثر مراحل الدعوة الجنائية خطورة بالنسبة للمتهم لأن البناء القانوني للدعوى الجنائية توضح أساسياته ولبناته الأولى في هذه المرحلة، وقد تسير الدعوى على هدى هذا البناء إلى نهاية مرحلة سماعها وإصدار الحكم فيها.

أن تحديد اسم الجريمة عند فتح الدعوى الجنائية وتقدير قيمة المال محل الجريمة يترتب عليه غالباً إصدار الأوامر المقيدة للحرية، والمتمثلة في حبس المتهم، وقد يصدر أمر بعدم إطلاق سراحه في هذه المرحلة وفقاً للتغيرات والظروف التي تظهر للمتحري من خلال نظرته الكلية بعدم أهمية البينة في مرحلة التحري، وقد يرى البعض أيضاأن المتهم يمارس حقوقه بطريقة قانونية سليمة وصحيحة ابتداء من مرحلة المحاكمة فقط بحكم أن طلباته يمكن أن ينظر فيها القاضي على ضوء البيانات المقدمة في هذه المرحلة والتي تمثل الحقيقة أو تقرب منها بخلاف مرحلة التحري والتي في اعتقاده يمكن للمتهم أو الشاكي أن يدعي أي منهما بما يشاء صدقاً أو كذباً لعدم وجود طرق قانونية سليمة لحسم مثل هذا الادعاء. كل هذا يقود إلىإهدار حقوق أساسية للمتهم تتمثل في ضرورة عدم بقائه بالحبس الاحتياطي أو اتهامه أو حجز أمواله ..... الخ، إلا وفقاً للتقديرات القانونية السليمة والنظر فورا في طلباته المتعلقة مثلاً بشطب الدعوى الجنائية أو رفع الحجز على أمواله على اقل تقدير. مستنداً في ذلك على أسباب قانونية يرى أنها سليمة، وعلى ضوء هذا الفهم يرى أن عدم الاستجابة لهذه الطلبات فيه إهدار لقيم العدالة وحقوقه الأساسية التي يجب أن يتمتع بها في هذه المرحلة. وحرى بالقول أن ما فات في مرحلة التحري لا يمكن أن يعوض في مرحلة المحاكمة مثل إجراءات الحبس والحجز الاحتياطي وينبني على ذلك إهدار قاعدة أساسية من قواعد القانون الجنائي الإجرائي والموضوعي على حد سواء، والتي تنص على:" أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته وله الحق في أن يكون التحري معه ومحاكمته بوجه عادل وناجز"[2]. ولا ينصرف مفهوم هذه القاعدة بضرورة توفير البينة في مرحلتي التحري والمحاكمة لإثبات عدم براءته فقط، بلأهم ما يميز هذه القاعدة هو ضرورة استصحاب البراءة الأصلية للمتهم بضرورة عدم حبسه احتياطياً أو حجز أموالهأو التعرض له لسلامة جسده وسمعته إلاإذا كانت هناك بينات في مواجهته واقتضى الإجراء في وقته وحينه أن يقيد هذا الحق تقيداً مؤقتاً وفقاً للتقديرات والوسائل القانونية السليمة.

وقد ساق الفقه القانوني بعض الاعتبارات الأساسية في ذات النسق لتأكيد مبدأ:"المتهم برئ حتى تثبت إدانته" يمكن إجمالها فيما يلي:

1. حماية امن الأفراد وحريتهم الفردية ضد تحكم السلطة عند افتراض الجريمة في حق المتهم.
2. تفادي ضرر لا يمكن تعويضه إذا ما ثبت براءة المتهم الذي افترض فيه الجرم وعومل على هذا الأساس.

3. يتفق هذا الأصل العام مع الاعتبارات الدينية والأخلاقية التي تهتم بحماية الضعفاء، وعدم أخذهم بالشك أو الظن.
4. يسهم هذا الأصل الهام في تلافي ضرر الأخطاء التي تصاحب إصدارالأحكام القضائية بإدانةالأبرياء، وخاصة أن مثل هذه الأخطاء تفقد الثقة في واحدة من أهم مقومات الدولة وهي:"السلطة القضائية" وتجعل المجتمع ينظر إليها بشيء من الريبة والشك.
5. استحالة تقديم الدليل السلبي. وفي هذا الشأن يقول بعض الفقهاء انه إذا لم تفترض البراءة في المتهم فان مهمة هذا الأخير سوف تكون أكثر صعوبة لأنه يلتزم بتقديم دليل مستحيل وفقاً للقواعد المنطقية لأنه سوف يكون ملزماً بإثبات وقائع سلبية وهو دليل يستحيل تقديمه، ويترتب على ذلك أن يصبح المتهم غير قادر على إثبات براءته، مما يؤدي إلى التسليم حتماً بجرمه، حتى ولو لم يقدم ممثل الاتهام دليلاً ضده[3]. إن المساس بالحقوق الأساسية للمتهم دون وجود أدلة "معقولة" في مرحلة التحري يؤدي في نهاية المطاف بالدعوى الجنائية لحدوث ضرر أدبي أو مادي للمتهم لا يمكن جبره في حالة البراءة أو الإدانة، بحسبان انه في حالة البراءة يكون قد تم المساس بهذه الحقوق دون وجه حق لثبوت انه لم يرتكب الجريمة، كما انه في حالة الإدانة للمتهم سوف تطبق عليه العقوبة المنصوص عليها قانوناً للجريمة التي نسبت إليه، وذلك يعني أن المساس بحقوق المتهم الأساسية في مرحلة التحري لا يمكن جبره إطلاقا. ويمكن القول أن جميع هذه الاحتمالات المهمة لهذه القاعدة تؤدي إلى ضرورة معرفة القوة الاستدلالية للبينة التي يجب تقديمها في مرحلة التحري عند النظر في البينات المقدمة من أطراف الدعوى الجنائية، وذلك ما سيتم توضيحه في المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني

قوة البينة المطلوبة في مرحلة التحري

تتسم الدعوى الجنائية في غالب الأحوال بنوع من التدخل في الحرية الشخصية للمتهم سواء بالقبض عليه أو تفتيشه أو إيقافه أو وضعه تحت مراقبة الشرطة كتدبير احترازي... الخ، وكل هذه الإجراءات وان كانت ليست لازمة في كل حال لتحقيق العدالة ورد الحقوق، إلاأنها وسائل تتخذ غالبا ضد المتهمين لتمكين الشرطة الجنائية من السير في إجراءات الدعوى في مراحلها المختلفة من لحظة فتح الدعوى إلى المحاكمة ثم التنفيذ للأحكاموالأوامر الصادرة وفقا للقانون، ولما كان الأصلأن الدعوى الجنائية يمكن أن تمضي دون الحاجة إلى هذه الإجراءات في مجملها ظنا أنها يمكن أن تمضي بما هو أساسي منها[4]. وحيث أنالأصل براءة الذمة من الدماء والأموال والحقوق الأخرى، وبذلك فان أي شخص قد أقام ادعاء في مواجهته بارتكاب جريمةفانه يعد بريئاً حتى تثبت إدانته، لهذه الاعتبارات والدواعي جميعا اقتضى القانون الجنائي أن لا يؤخذ الناس بالشك المجرد عن إقامة الدليل أو المعلومات غير المؤكدة سواء قدمت إلى الشرطة أو النيابة أو

من الشاكي المضرور من الجريمة المدعاة كيفما كان الحال. لأنه قد يتخذ أي إجراء جنائي دون الإحاطة بهذه الأصول والاعتبارات الهامة، وينكشف للشرطة الجنائية والنيابة بعد فوات الأوانأنالإجراء هذا ما كان ينبغي اتخاذه بالنظر إلى الوقائع والملابسات المتعلقة به، وما لزمه من بينات غير كافية لا يمكن الاطمئنان إليها لهتك قيمة الحرية الشخصية للمتهم أو خصوصيته التي أحاطها القانون بسياج من الحماية القوية بالنص على ذلك في القاعدة القانونية الجنائية بشقيها الموضوعي والإجرائي، ولذلك تبرز أهمية الدليل وقوته القانونية من حيث الوزن لتلافي الإخفاقات الناتجة عن عدم الاهتمام بالدليل او البينة في مرحلة التحري، بمعنى أنالأدلة التي يقدمها الاتهام في مواجهة المتهم في مرحلة التحري يجب أن تقود إلىإقامة الدليل الكافي لإصدار الحكم بإدانته (فوق مرحلة الشك المعقول) بما يفيد أن البينة لا يشترط فيها أن تكون يقينية أو قطعية ولكنها في ذات الوقت لابد أن ترقى إلى مرحلة الترجيح، وفي ذلك يقول د. أحمد فتحي سرور:"إنالدليل الكافي في مرحلة التحري والذي يكفي لتوجيه التهمة لا بد أن يقل وزنه عند الدليل المطلوب في مرحلة المحاكمة للحكم على المتهم بالإدانة، حيث أنالأحكام الجنائية بالإدانة يجب أن تبنى على حجج قطعية الثبوت تفيد الجزم واليقين لا مجرد الظن والاحتمال والذي يجعل أي حكم "قائم" على الشك في أدلة وحيثيات الإدانة قائماً على غير أساس[5].

وهذا يقتضي أن تولى الشرطة والنيابة الجنائية في مرحلة التحري وجود بينات معقولة ترتكز عليها في كافة الإجراءات الجنائية التي تتخذ ضد من يدعى انه ارتكب الجريمة. ولا يجوز بحال من الأحوالأن يتوقف تحريك الدعوى الجنائية على رغبة المبلغ أو الشاكي فقط وإنما يجب أن تدعم هذه الرغبة بالادعاء المسنود بالدليل المعقول أو الكافي، حيث أن البينة على من ادعى[6].

وهذا الواجب يلقي عبئاً ثقيلاً على الاتهام في اتخاذ الوسائل القانونية الإجرائية المناسبة لظروف الجريمة في تدعيم ادعاء المبلغ أو الشاكي بجمع الأدلة من خلال الانتقال مثلا إلى موقع الجريمة ورسم آثار العراك الذي دار بين المتهم والمجني عليه واخذ نماذج من بقع الدم والأدوات المستخدمة في الجريمة وفحصها بواسطة الجهة المختصة ودفع تقرير مكتوب حولها. مع تدعيم كل ذلك بالبينات المقدمة من الشهود ومقارنتها بأقوال المتهم حتى يتم ترجيح جانب الصدق في جانب الاتهام مثلا، ذلك أن الواجب يقتضي التعرف على ما يدعيه بعض الناس قبل الآخرين وفي انه لا يكون صدقاً في غالب الأمر، ولو غض رجل الشرطة أو النيابة الجنائية طرفه لحظة واحدة عن الفطنة والانتباه اللازمين في مقابلة ادعاءات الناس لادعى الناس دماء رجال وأموالهم بغير وجه حق، ولترتب على ذلك قطعاً اتخاذ إجراءاتالضبط المقيدة للحرية في أنفسهموأموالهم، وفي ذلك تأتي الرسالة العظيمة التي بعث بها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى قاضيه أبو موسى الأشعري، رضي الله عنه، حيث يقول في بعض فقراتها:"..... فان الله تعالى تولى منكم السرائر ودرأ عنكم البينات"، وفي رواية أخرىيقول:"فان الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والإيمان"[7]. ولا يحسبن احد أن رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله

عنه تنصرف فقط البينات التي تؤخذ في مرحلة المحاكمة معتقداً أنهاأهملت مرحلة أساسيةسابقةألتزمتها التشريعات الإجرائية الجنائية حاليا وهي مرحلة التحري والتحقيق، فان ستر الله للعباد وتوليه جل جلاله للسرائر يعني أن ما لم ينكشف للظاهر بالبينة لا يجوز البناء عليه لاتخاذ أي إجراء جنائي بموجبه، ولا يفيد كلام أمير المؤمنين أيضا في بعض صيغه المشار إليهاأعلاهأن الاهتمام بالبينة والاعتماد عليها يكون فقط في دعاوى الحدود مع صرف النظر عن دعاوى القصاص والتعاذير، وإنما جاءت الإشارة فقط بالتأكيد على الحدود من قبيل الإشارةإلى البعض والذي ينصرف بحكمه على الكل وركز على الحدود بصفة خاصة لأنها يحتاط لدرئها بالشبهات، فأولى أن تسقط بعدم البينة أو عدم كفايتها، ولا منافاة إذن بين تخصيص الأخذ بالبينة في الحدود أو القصاص أوالتعاذير ويمكن القول أن المعمول عليه فقط في كل مراحل الدعوى الجنائية وجود نوع من البينة وان اختلفت في قوتها ووزنها من مرحلة إلىأخرى ومن طور إلى طور، فهي تقوى وتتصاعد في قوتها من لحظة فتح الدعوى الجنائية إلى حين توجيه التهمة في مرحلة التحري والتي كيفي فيها الدليل الكافي أو البينة الراجحة والتي غالبا ما تؤدي إلىالإدانة ولكنها تقوى في مكوناتها ودرجة تماسكها إلى مرتبة الجزم واليقين في مرحلة المحاكمة لتصبح صالحة للإدانة بموجبها. وهذا تطبيق سليم للقاعدتين -اليقين لا يزول بالشك -والأصل براءة الذمة- في النظم القانونية الحديثة التي أخذت ذلك من الشريعة الإسلامية في مجال التجريم والعقاب[8].

وفي ذات المعني يقول د. محمد حماد مهاوج الليثي:"إنالأصل العام في المحاكمات الجنائية هو افتراض برآءة المتهم حتى يقوم الدليل العكسي لأن في الإنسان البراءة"[9].

وفي ذات السياق يؤكد الإمام الماوردي قاعدة برآءة المتهم إلى حين ثبوت الجريمة عليه عن تعريفه للجريمة، حيث يقول:"الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالي عنها بحد أو تعذير ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية، ولها عند ثبوتها حال استيفاء توجيه الأحكام الشرعية"[10].

ويذهب الماورديإلىأن ما يفعل بالمتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة من الأميرأو الشرطة أو النيابة الجنائية (باصطلاح تاريخنا المعاصر) بحسب اختصاص كل منهم والذي يفيد أن التهمة لا تأثير بها عنده. ولا يحبس المتهم بذلك للكشف والاستبراء ولا يؤخذ إقراره عنه جبرا، فمثلاً يقع على الاتهام في الزنا أن يذكر المرأة التي زنا بها ويصف ما فعل بها بما يكون زنا موجباً للحد ا وان يقر المتهم نفسه بالزنا، ولكن في حال الإنكار لابد من بينة تؤخذ عليه، ومثل ذلك في حقوق الله تعالى، أما في حقوق الآدميين فانه في حالة عدم البينة وإنكار المتهم فانه يحلفه بطلب الخصم اليمين[11]. هذه العبارات تشير بوضوح إلى ضرورة ارتكاز التهمة المنسوبة إلى المتهم إلى نوع من البينات وإلا كان التعرف السليم حيال الدعوى الجنائية هو الآمر بشطبها. ويبين الماوردي ي بيان ما ينبغي أن يقوم به الناظر أو الآمر (صاحب السلطة الجنائية بمفهوم هذا العصر) من الكشف والاستبراء مع المتهوم (يقصد به المتهم) فيما اقترفه من تحقيق الدعوى عليه

والخبر عن حاله، وهل هو من أهل الريب أملا؟فان برءوه من مثل ذلك خفت عليه التهمة ووضعت (أي شطبت التهمة) وعجل إطلاقه ولم يغلظ عليه، وان قارنوه بأمثاله وعرفوه بأشباهه غلظت التهمة وضرب بحسب الحال ليأخذ بالصدق[12]. يتضح لنا أنالإمام الماوردي يمضي ليكشف لنا أطوار التحري والتحقيق مع المتهم قبل المحاكمة من حيث ضعف البينة وحال المتهم في كل طور فإذا ضعفت إمارات التهمة وبيناتها بعد الكشف والتحقيق معه وضعت التهمة وشطبت بموجبها تلك الدعوى الجنائية، ووجب إطلاق سراح المتهم بأعجل ما يكون، وأماإذا قوت البينة غلظت التهمة أي تم توجيه التهمة له بموجبها واكتمل التحري معه وصلحت الدعوى للفصل فيها أمام القضاء، وهذا واجب عظيم لا ينبغي للاتهام أن يغفل عنه في كافة مراحل التحري وهو عند قيامه بهذا الواجب لا يجوز له أن يقف في صفٍ مضاد للمتهم وان ينهض خصما عليه يصطاد الأدلة التي يمكن أن تحسب على المتهم، ولكن ينبغي أن ينصرف واجبه الأساسي في جمع كافة الأدلة التي تكشف عن الحقيقة سواء كانت ضد المتهم أو في صالحه ويتأكد بذلك انه ليس من واجب الاتهام تحديد الإدانةأو تأكيد البراءة، وإنما عليه أن يؤكد ما إذا كانت هنالك أدلة كافية لتقديم المتهم إلى المحاكمة. وهذا الواجب تقوم به الدولة في جرائم الحق العام (المعروفة بحقوق الله تعالى)، وهو يقع في الفقه الإسلامي تحت قوله تعالى:"وان احكم بينهم بما انزل الله"[13]. فالخطاب في الآية الكريمة لكافة الناس والإمام العادل يقوم مقامة الكافة في إقامة حدود الله تعالى وله أن ينصب أيضا من يقوم بإقامة الحدود وغيرها من الأحكامإذا كان ذلك حقا لله تعالى[14]. أما في حقوق الآدميين فان عبء إثبات الدعوى يقع على الشاكي المضرور وحيثما عجز عن إثباتهاأو انعدمت عنده البينة وانهدمت أركانها جاز له تحليف المتهم بطلبه[15].إذن في كل الأحوال تمضي الدعوى الجنائية من مرحلة التحري أو التحقيق إلى المحاكمة إذا استندت على بينة كافية وراجحة ٍضد المتهم، ولا تكفي مجرد المعلومات التي تقدم من المبلغ أو الشاكي سواءً من أجهزة الدولة الجنائية أوالأفراد في قبول السير بإجراءات التحري واتخاذ إجراءات الضبط القضائي بموجبها أو حتى توجيه التهمة وإحالة الدعوى الجنائية للمحكمة الجنائية للمحاكمة.

المبحث الثالث

قوة البينة في مرحلة التحري في القانون السودانى

تعتبر القاعدة الإجرائية صنواً للقاعدة الموضوعية لذلك أوجب القانون مراعاة ذلك ووضعه في الاعتبار، وكان يترتب على تخلفه عدم تحقيق الغاية منه في المسار العادي للخصومة، ويعتبر غير جوهري، إذا اوجب القانون مراعاته وكان لا يترتب على تخلفه عدم تحقيق الغاية منه في المجرى العادي للخصومة. أو لم يوجب القانون مراعاته، إنما جعل أمر مباشرته جوازياً[16]، ومن الأعمالالإجرائية الجوهرية في قانون الإجراءات الجنائية السوداني 1991م، عدم جواز صدور أمر التفتيش العام من النيابة الجنائية [17]، ومنها أيضا عدم جواز نظر الدعاوى الجنائية التي تصل عقوبتها إلىالإعدام بواسطة قاضي محكمة الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة[18]، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر أي إجراء يتم اتخاذه بواسطة

الجهاز الجنائي غير المختص باطلاً حتى ولو أدى إلىإكتشاف الجريمة وتحديد هوية المجرم وكانت كل الإجراءات الجنائية الأخرى بخلاف عدم الاختصاص المذكور صحيحة وعادلة لان الغاية التي ابتغاها التشريع لم تتحقق من خلال ممارسة هذا الجهاز الجنائي غير المختص لمثل هذه الأعمالالإجرائية.

أماالأعمالالإجرائية غير الجوهرية فمنها في ذات القانون الإجراءات الجنائية التي تتخذ بحسن نية أمام وكيل نيابة ما أو محكمة ما، وكان الافتراض وفقاً للقواعد المنظمة لمثل هذه الإجراءاتأن تتخذ أمام وكيل نيابةأو محكمة جنائية أخرى[19]. ومنها أيتأخيرأو تقديم اتخاذ أي إجراء جنائي في مرحلة المحاكمة إذا قدرت المحكمة أن تصرفها هذا ضروري لتحقيق العدالة[20]، ويتقرر بموجب ذلك وعلى ضوئه مراعاة القواعد الكلية أوالأصولية التي نص عليها قانون الإجراءات الجنائية 1991م، باعتبارها من الإجراءات الجوهرية التي تحقق غايات وأهداف التشريع الجنائي الإجرائي، وقد وضع القانون بعض هذه القواعد الكلية في مقدمة نصوصه ليشير إلىأنها القواعد المستهدفة عند استخدام النصوص الأخرى في ذات القانون، ويقتضي ذلك بالضرورة أن تفسر كافة هذه النصوص على روح وهدى هذه القواعد الكلية ولا يجوز بأي حال من الأحوال الخروج عليها والتعارض مع مدلولاتها في التشريع الجنائي، ويستدعي ذلك أن نشير إلى بعض هذه القواعد الكلية، فقد نص قانون الإجراءات الجنائية السوداني 1991م الآتي:

تراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون المبادئ الآتية[21]:

(ج) المتهم بريء حتى تثبت إدانته وله الحق أن يكون التحري معه ومحاكمته بوجه عادل.

(د) يحظر الاعتداء على نفس المتهم وماله، ولا يجبر المتهم على تقديم دليل ضد نفسه، ولا توجه إليه اليمين إلا في الجرائم غير الحديثة التي يتعلق بها حق خاص للغير.

(و) يراعى الرفق كلما تيسر في إجراءات التحري والاستدعاء ولا يلجأ لممارسة سلطات الضبط إلاإذا كانت لازمة.

تعتبر هذه القواعد أو المبادئ الأساسية موجهة لكافة إجراءات سير الدعوى الجنائية في مرحلتي التحري والمحاكمة، فمثلا يعد خرقاً لقاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته). اتخاذ أي إجراء جنائي في مواجهته يترتب عليه تغيير وضعه كشخص برئ الذمة من الدماء والأموال والحقوق الأخرى، فلا يقيد في حريته الشخصية ولا يوصف بأنه متهم يستحق العقاب، ولا توجه إليه تهمة أو يتخذ قبله أي إجراء يتعارض مع الترفق بإنسانيته وكرامته في نفسه وسمعته إلاإذا وجدت بينة من المبلغ أو الشاكي في مواجهته، واقتضى هذا الإجراء اللزوم والضرورة القصوى، ولم يوجد إجراء آخريمكن أن يؤدي إلى تحقيق العدالة وضبط الجريمة وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز اللجوء إلى القبض على المتهم بمجرد البلاغ عن الجريمة، بل يجب على مأمور الضبط القضائي أن يجري ابتداء تحريات اولية فيما اشتمل عليه البلاغ، فإذاأسفرت هذه التحريات عن دلائل قوية على صحة ما ورد في البلاغ فانه يقوم بالقبض عليه وتفتيشه في هذه الحالة[22]، منعا

لاستمرار الجريمة وللحد من أثرها المادي والمعنوي على المجتمع، , ولأن التلبس دليل وقوع الجريمة منه حالا بالدليل المادي المتوفر وقت ارتكاب الجريمة وهو الدليل أو البينة المطلوبة لتسويغ القبض وجوازه، بمعنى أن البينة هي فقط التي تنقل المتهم من مرحلة الحرية الكاملة إلى تقييدها بالحبس الاحتياطي[23].

وعلى الرغم من وضوح المبادئ الأساسية التي تضمنها قانون الإجراءات الجنائية السوداني 1991م، وإضافةإلى اتفاق هذا المبادئ مع الفقه القانوني والقضائي في ضرورة أن تدعم ادعاءات الشاكي أو المبلغ أو الاتهام بصفة عامة بالبينة الكافية أو الراجحة في مرحلة التحري، إلاأن نصوص قانون الإجراءات الجنائية التي تنظم القوة التدليلية للبينة المطلوبة في مرحلة التحري جاءت غامضة ومبهمة ومختلفة في ألفاظها ومدلولاتها، مما يترتب على ذلك سوء أعمال هذه النصوص وتضارب الفهم حولها لدى العاملين في الأجهزة الجنائية المختلفة. ويمكن ذكر بعض المواد التي تؤكد ما ذهبنا إليه كنماذج فقط لتعطي إشارات قوية وملحة إلى ضرورة مراجعة هذه النصوص وغيرها التي لا تسير على نسق المبادئالأساسية أو التي تتضارب مفاهيمها وتتعارض مع النصوص التي تتفق مع الغايات الجوهرية للتشريع الجنائي الإجرائي السوداني.

أولاً: نصت المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م، على الآتي:"إذا توفرت لدى وكيل النيابة أي معلومات جعلته يشتبه في ارتكاب جريمة أو رفع إليه بلاغ أو شكوى عن وقائع تشير إلى وقوع جريمة فله أن يقوم بتحرياًوليللإستيثاق من الوقائع أو الاشتباه، أو يوجه اليمين إلى المبلغ أو الشاكي فإذا اقتنع بصحة الوقائع أو الاشتباه فعليه أنيأمر الضابط المسئول بفتح الدعوى الجنائية وتدوينها وقيدها". وبقراءتها نجد أنها جاءت بعبارات مثل (وقائع تشير إلى ارتكاب جريمة) وغيرها مثل(للاستيثاق من الوقائع أو الاشتباه) ومثل (اقتنع بصحة الوقائع أو الاشتباه). يمكن القول أن النص استخدم كلمة (معلومات) وعبارة أخرى هي (وقائع تشير) كسبب لإجراء التحري الأوليأو تحليف اليمين للمبلغ أو الشاكي. ومثل هذا لا يليق بالنص القانوني الذي يجب أن تكون في المصطلحات المستخدمة ذات المعنى المحدد والمنضبط، حيث كان يكفي استخدام كلمة (وقائع) أو (معلومات) بدلاً عن استخدامها معاً وفي موضع واحد، بما يوحي اختلافهما في المعنى خاصة وان الوقائع المنقولة للنيابة الجنائية من الشاكي أو المبلغ لا تجاوز أن تكون معلومات عن جريمة كما أن المعلومات لا تنصب إلاعلى وقائع تشير إلى حدوث جريمة كذلك. بما يعني أن استخدام أحداهما يغني عن استخدامهما معاً.

ويعني نص المادة في ذات النسق عند التعبير عن البينة المطلوبة لفتح الدعوى الجنائية حيث نجد كلمة (الاستيثاق) وعبارة (الاقتناع بصحة الوقائع أو الاشتباه) قد تم استخدامهما للدلالة على أنهما كافيان لفتح الدعوى الجنائية بيد أن كلمة (الاستيثاق) هذه ليست من المصطلحات التي تستخدم للاستدلال الجنائي يضاف إلى ذلك أن قناعة وكيل النيابة يمكن أن تقع على صحة الوقائع بما يجريه من تحر أو ما يوجهه من يمين، إلاأن ذلك يقود إلى الاشتباه الكافي لفتح الدعوى الجنائية ولا يمكن أن يرد التأكيد على الاشتباه إلا كأمر لا حق لفتح

الدعوى الجنائية ويكون ذلك بتقديم بينات أخرى تقوي الاشتباه وتصلح بالتالي لتوجيه التهمة.

إذن يلاحظ بدقة عدم تفريق النص بين مدلول الاشتباه الكافي في ذاته لفتح الدعوى الجنائية وتقويته بالبينات التي تكفي لتوجيه التهمة، وقد تم استخدام كل هذه العبارات وبهذا الخلط لتحريك الدعوى الجنائية فقط وذلك بفتحها وتدوينها.

ثانياً: يجري الخلط الذي جاء في نص هذه المادة على ما جاء في المادتين (44 و 45)، من قانون الإجراءات الجنائية بالتمام والكمال وتتعلقان بإجراءات فتح الدعوى الجنائية في الجرائم التي يجوز فيها القبض بدون أمر والجرائم التي لا يجوز فيها القبض بأمر عند رفعها للضابط المسئول عن قسم الشرطة.

ثالثاً: وفي ذات السياق جاء نص المادة (51) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني 1991م، والتي تقرأ كما يلي:

١. إذا وردت معلومات أو بلاغ بالعثور على جثة إنسانأو بانتحار شخص أو موته في حادث ما، فعلى الضابط المسئول ولو لم تقم لديه شبهة بارتكاب جريمة أن يحرر تقريرا بالمعلومات أو البلاغ ثم يقدمه إلى وكيل النيابة أو ينتقل فورا إلى مكان الجثة ويتحرى في سبب الموت وفق إجراءات التحري في الجرائم المتعلقة بالموت.
٢. على الضابط المسئول عند اكتمال التحري أن يقدم تقريره إلى وكيل النيابة.
٣. على وكالة النيابة متى ما مكنتها حيثيات التحري من ذلك أنتتخذ قرارا بتوجيه تهمة أوإقرارا مسببا بأن الوفاة لا تترتب عليها تهمة، وعليه في هذه الحالة قراره مشفوعابتقرير التحري إلى رئيس النيابة العامة بالولاية.

يمكن ملاحظة أن النص جاء خالياً مما يفيد ضرورة وجود شبهة بعد التحري الذي يجريه الضابط المسئول كسبب أساسي لفتح الدعوى الجنائية، بل جاء النص بأن هذا الضابط عليه واجب يتمثل في رفع تقرير وكالة النيابة عند اكتمال التحري، والذي يجوز له أن يتخذ قرارا بتوجيه تهمة أو قرارا مسببا بان الوفاة لا تترتب عليها تهمة، ويتضح من صياغة النص أن فيه عدم دقة من عدة نواح:

الناحية الأولى: إن النص لم يمض على نسق نص المادة (47) من قانون الإجراءات الجنائية في استخدام كلمة (معلومات) وعبارة (وقائع تشير إلى ارتكاب جريمة)، حيث انه اكتفى بكلمة (معلومات) فقط كأنهاتشير أيضاإلى معنى عبارة (أو وقائع تشير إلى ارتكاب جريمة)، مما يعني أنها تكرار أوإضافة وتزيد لا فائدة منه.

الناحية الثانية: ألزم النص بضرورة إجراء التحري ولم لم توجد شبهة ومعلوم أن التحري في مثل هذه الحالة يحب أن يكون تحريا أوليا يقود بدوره في حالة وجود بينات أولية الشبهة بارتكاب جريمة، وبموجب هذه الشبهة تفتح الدعوى الجنائية بيد أن المشرع جوز توكيل النيابة توجيه التهمة مباشرة بدلاً من فتح الدعوى الجنائية أو لا وان يتخذ قرارا بأن الوفاة لا تترتب عليها تهمة.

إن المنطق كان يحتم على المشرع أن يتدرج النص من التحري الأوليإلى مرحلة فتح الدعوى الجنائية عند وجود شبهة بالجريمة وتأتي بعد ذلك مرحلة تقديم بينات إضافية راجحة تقود بدورها إلى توجيه التهمة أوأن تشطب الدعوى في حالة ضعفها أو بمناهضتها بأدلة مقابلة من المتهم. إلاأن النص قفز من مرحلة التحري الأوليإلى توجيه التهمة وهذا ما جعل النص غير دقيق ويؤدي إلى الخلط والاختلاف حول كيفية إعماله وتطبيقه. وكل ذلك يتعارض مع حق المتهم في معرفة الإجراءات المتدرجة السليمة التي تطبق في مواجهته حتى يستطيع الدفاع عن نفسه في كل مرحلة بما يناسبها من إجراء. ولا يجوز قطعا إقناع المتهم بوجود بينة كافية في مواجهته لتوجيه التهمة له وهو لا يدي هل سبق ذلك فتح الدعوى الجنائية في مواجهته ام لا، وهل قدمت هذه البينات بعد فتح الدعوى الجنائية واستجوابه أمأنها سابقة لفتح الدعوى الجنائية؟ وإذا كان الأمر كذلك لا يمكن أن تسمى "بينة" قبل وجود الدعوى الجنائية من أصلها لان البينة تسمع من خلال قيام دعوى جنائية ووجودها.

الناحية الثالثة: تحدث النص على انه في حالة قرار وكيل النيابة أن الوفاة لا تترتب عليها تهمة أن يرفع التحري مع قرار بأن الوفاة لا تترتب عليها تهمة إلى رئيس النيابة العامة بالولاية. وذلك يعني بقاء المتهم بالحبس بالرغم من عدم وجود تهمة محددة في مواجهته، وكذلك مع قناعة وكيل النيابة بعدم وجود بينة كافية تبرر توجيه تهمة للمتهم،يضافإلى ذلك عدم وضوح النص فيما إذا كانت الدعوى الجنائية تم فتحها أم لا؟ ويبقى من نسميه في هذه الحالة متهما "تجاوزا" في الحبس الاحتياطي في انتظار قرار رئيس النيابة العامة بالولاية. فكيف يتم تعويض مثل هذا المتهم عن بقائه في الحبس الاحتياطي طيلة هذه الفترة دون معرفته لوجود دعوى جنائية في مواجهته أو حتى مع وجود قرار بعدم وجود بينة كافية ترقى لتوجيه التهمة له؟ خاصة وان الجريمة المدعاة في هذه المادة هي من الجرائم المحكوم عليها بالإعدام والتي لا يجوز فيها إطلاق سراح المتهم إلى حين انقضاء الدعوى بالشطب أو المحاكمة.

رابعاً: ينطبق نفس الأمر على ما جاء في نص المادة (51) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني 1991م، فيما يتعلق بنوع التحري والعبارة المستخدمة لتحريك الدعوى الجنائية أو التحري الأولي.

خامساً: إن ما ورد من ملاحظات حول المادتين (51،47) من قانون الإجراءات الجنائية لم ترد في نص المادة (56) من ذات القانونحيث تميزت هذه المادة من حيث الصياغة بوضوح العبارة وتناسب أحكامها مع غاية المشرع الجوهرية في قانون الإجراءات الجنائية فقد جاء نصها كما يلي:

١. على وكيل النيابة بعد فتح الدعوى الجنائية وسماع المشتبه فيه، إنأمكن وفور ما تتوفر له البينات الأولية الكافية لتأسيس الادعاء حسب الظاهر أن يقرر توجيه التهمة بالجريمة للشخص المعني ويدون ذلك في محضر التحري وان يبلغ المتهم شخصيا إذا كان حاضرا بالتهمة، وبحقه في استئناف القرار الصادر بحقه.

٢. إذااستؤنف قرار توجيه التهمة فعلى المتحريإيقافإجراءات التحري إلا على ما يترتب على تأخيرهإضرار بالغ بسير العدالة فإذاأيد القرار استؤنف التحري، وإذاألغي القرار يعد ذلك شطبا للدعوى الجنائية.

يتضح من النص أن توجيه التهمة لا يكون إلا بعد فتح الدعوى الجنائية ثم يتبع ذلك توافرٍ بينات كافية لصالح لتأسيس الادعاء في مواجهة المشتبه فيه، وبموجب ذلك وبناءً عليه يتم توجيه التهمة للمشتبه فيه. وينبغي أن يكون هذا النص هو القياس على قوة البينة المطلوبة لتوجيه التهمة وإحالة الدعوى الجنائية بموجبها للمحكمة الجنائية عند قراءة وتفسير كافة النصوص الإجرائية التي تحكم التهمة في مرحلة التحري وهذا ما يتفق مع ما قررته إحدى السوابق القضائية السودانية[24] بضرورة وجود تهمة مبدئية ضد المتهم حتى تكون الدعوى الجنائية صالحة للمحاكمة، بمعنىأن تحتوي الدعوى الجنائية عبر بينات كافية أو راجحة يتم بموجبها توجيه التهمة وبذلك تكون الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة الجنائية للمحاكمة.

سادساً: بخلاف وضوح نص المادة (56) إجراءات جنائية جاء نص المادة (57) من ذات القانون غامضا في بيان كيفية شطب التهمة، حيث جاء نصها كما يلي:"يجوز توكيل النيابة في أي وقت بعد توجيه التهمة إذا اتضح انهلا توجد أسباب كافية للسير في الدعوى الجنائية أن يقرر شطبها ويدون بذلك إقرارا مسببا ويصدر امرأبالإفراج عن أي متهم والتصرف في أي محجوزات وفق أحكام القانون على أن يرفع قراره إلى وكيل النيابة الأعلى". لا يستقيم أبداأن تشطب التهمة الثابتة ببينة كافية ضد المتهم في دعوى جنائية بعبارة مثل (لا توجد أسباب كافية للسير في الدعوى الجنائية). لا بد أن يتم ضبط هذه العبارة بالإشارةإلى البينات المناهضة التي ظهرت بعد توجيه التهمة، والتي تقابل بذات الدرجة أو الوزن أو قريبا من تلك البيانات التي بنيت عليها التهمة مثل أن يكون شطبها لأسباب قانونية أو لوجود بينات متعارضة مع الوقائع الثابتة في التهمة. فقد يكون الشطب لفقدان ركن من أركان الجريمة أو لظهور سبب من أسبابالإباحةأو مانع من موانع المسئولية الجنائية أو لسقوط الدعوى بمضي المدة [25]. وبذلك يلزمنا القولٍ أن التهمة لا يتم شطبها إلا لأسباب واضحة يتم إدراجها في النص القانوني منعا للأسباب غير القانونية المبنية على الظن والهوى أو المصالح الشخصية أو أي شبهات يمكن إثارتها حول قرار شطب التهمة.

الخاتمة :

تعد أطوار تحريك الدعوى الجنائية والسير فيها خلال مرحلة التحري من اخطر مراحل الدعوى الجنائية، وذلك لما يترتب على هذه المرحلة من إجراءات تتصل بحرية المتهم الشخصية، ويتحدد فيها نوع الجريمة ومادتها التي نص عليها القانون الموضوعي، وتوجه فيها التهمة بعد سماع البينات في مواجهته، وقد تناولت في هذا البحث مدى قوة البينة في الاستدلال بها خلال مرحلة التحري وخلصت إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولا:النتائج:

١. مرحلة التحري يجب أن تشتمل على نوع من البينات في مواجهة المتهم حتى يمكن السير في الدعوى الجنائية حتى مرحلة توجيه التهمة.
٢. ضرورة أن تكون البينات الأولية التي تقدم في مرحلة الشكوى أو البلاغ كافية لفتح الدعوى الجنائية في مواجهة المشتبه به.
٣. تصاعد قوة البينات إلى مرحلة البينة الراجحة أو الكافية سبب أساسي لتوجيه التهمة للمتهم.
٤. البينة الراجحة أو الكافية في مرحلة التحري يمكن أن تحال بموجبها الدعوى الجنائية للمحكمة لسماع الدعوى في مواجهة المتهم.
٥. المساس بحرية المتهم الشخصية في نفسه أو ماله لا يجوز التعدي عليه من الأجهزة الجنائية إلا عند اللزوم والضرورة الملحة وبعد توافر البينات المعقولة في مواجهته مع انعدام الوسائل الإجرائيةالأخرى.
٦. جاءت اغلب نصوص قانون الإجراءات الجنائية السوداني 1991م، التي تحكم إجراءات اخذ البينة في مرحلة التحري غامضة ويشوبها الإبهام وعدم الدقة وذلك يؤدي إلى حرمان المتهم من حقوقه الأساسية في الدفاع عن نفسه في أطوار التحري المختلفة بالطريقة التي تحقق غايات التشريع الجنائي الإجرائي الجوهرية.

ثانياً: التوصيات:

١. ضرورة توحيد المصطلحات القانونية المستخدمة في المواد (44) وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م، الخاصة بإجراءات فتح الدعوى الجنائية واخذ البينة في مرحلة التحري.
٢. ضرورة النص على انه لا يجوز اتخاذ إجراءات الضبط القضائي المقيدة للحرية الشخصية في مواجهة المتهم ما لم تكن هناك بينة كافية وراجحة في مواجهته.
٣. الأخذ بروح المبادئ العامة والقواعد الكلية في قانون الإجراءات الجنائية لتفسير وإعمال كافة النصوص الخاصة بأخذ البينة في مرحلة التحري.

الهوامش :

1. أستاذ القانون الدولى المشارك، كليّة القانون، جامعة شندى. جامعة ظفار، سلطنة عمان
2. المادة (4)، قانون الإجراءات الجنائية السوداني 1991م.
3. د.احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م، ص112.
4. د.صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع الإسلامي، دار العلم للملايين، بيروت، 1975م، ص326-327.
5. د.محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، ص307.
6. د.احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة العربية، 1959م، ص129.

7. حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، 12-14، مارس 1987م، ص35.
8. احمد بن عمر الشيباني الملقب بالخصاف، أدب القاضي، مطبعة الجيلاني، القاهرة، ص44-45.
9. د.منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، مطبعة الأمانة، مصر، 1986م، ص262.
10. محمد حماد مهرج الهيثي، الخطأ المفترض في المسئولية الجنائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص79.
11. على بن محمد حبيب البصري الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الفكر، بيروت، 1983م، ص189. كذلك الأحكام السلطانية لأبي يعلي، ص275.
12. الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص189.
13. نفس المرجع، ص1
14. د.احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة العربية، 1959م، ص127-128.
15. الآية(49)، سورة المائدة.
16. الخصاف، أدب القاضي، المرجع السابق، ص30.
17. الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ص119.
18. المادة(7/2/ج)، قانون الإجراءاتالجنائية السوداني 1991م.
19. المادة(10)، نفس القانون.
20. المادة(32)، من ذات القانون.
21. المادة(140)، من ذات القانون.
22. المادة(4)، من ذات القانون.
23. د.احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة العربية، 1959م، ص251.
24. نقض مصري 1959/11/23م، نقلا عن:الموسوعة في التحقيق الجنائي العملي، المستشار محمود أنور عاشور، عالم الكتب، القاهرة، ص102.
25. احمد بسيوني أبو الروس، التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية، الطبعة الخامسة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص268.
26. حكومة السودان ضد جبر عبد الله الجاك، مجلة الأحكام القضائية السودانية 1984م، ص387.
27. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار مطابع الشعب، القاهرة، الطبعة التاسعة، 1964، ص217.

جريمة غسيل الأموال في الفقه الإسلامي والقانون
(دراسة مقارنة)

د. السر الجيلاني الأمين حماد[1]
د. حامد سليمان محمد الزافي[2]

مقدمة :

مما لا شك فيه أن ظاهرة غسيل الأموال شاعت في العديد من بلدان العالم وصار لها متخصصون في الدول المتقدمة اقتصادياً التي تمتلك شبكة واسعة من العلاقات الاقتصادية العالمية, يتمكنون من خلالها من إضفاء صفة الشرعية و النظافة على رؤوس أموال كثيرة , قد جمعت نشاطات غير قانونية وشرعية كجرائم الافلاس والرشوة والسرقة وأخري غير مشروعة كتجارة المخدرات والأسلحة وأحياناً محرمة دولياً كتجارة الرقيق والأعضاء البشرية

وعليه فقد ترتبت اثأر اقتصادية سلبية لغسيل الأموال ومن خلال هذا البحث نريد أن نتعرف علي مفهوم غسيل الأموال وما يترتب علي ذلك من سلبيات , واليكم بيان ذلك:

1/ أسباب اختيار الموضوع :

أ/ لقد حظي الفقه الإسلامي في السنوات الأخيرة باهتمام متزايد من رجال الفكر والقانون في العالم فتحولت الأنظار مره أخرى من جديد إلى هذا الأفق الحديث ، بعد أن فشلت القوانين الوضعية فشلاً ذريعاً في استيعاب مشاكل الناس ، وتحقيق مصالحهم وضمان حقوقهم .

ب/ الإسهام في الدعوة للرجوع إلى الفقه الإسلامي وجعله أساساً للتشريع في البلاد الإسلامية بتقديم دراسة تتناول جريمة غسيل الاموال بأسلوب سهل لعل المعنيين يجدون فها مادة تساعدهم وتعينهم على أخذ الإحكام في الفقه الإسلامي دون عناء ومشقة .

ج/ عرض الموضوع عرضاً متناسقاً يبرز عظمة التشريع الإسلامي لكل من لم يذق له طعماً ولم تتضح بصيرته على نوره حتى يدرك ما فيه من كنوز علمية ونظريات قانونية، وما يتمتع به من مرونة وسعه تجعله صالحاً للحكم ومعالجة القضايا ، وحل المشكلات ، ومسايرة ارقي الحضارات في كل العصور وفي جميع البلاد . وما يجعله خير وسعادة للبشرية جمعاء لا يدانيه في ذلك قانون ولا يقرب منه تشريع .

2/ أهداف البحث :

أ/ صياغة بحث بأسلوب مبسط يكون دليلاً مرشداً ينير الطريق إمام الناس في تطبيق الشريعة إرضاءا لربهم وتطهيرا لنفوسهم

ب/ سد فراغ في مكتبة الفقه الإسلامي بإيجاد دراسة متخصصة تبحث الجوانب المختلفة في جريمة غسيل الأموال بتجميع شتات مسائلها المنثورة في كتب الفقه

---

(١) أستاذ مشارك – كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمام المهدي.

(٢)كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمام المهدي.

ج/ عدم اهتمام المجتمع المسلم بجريمة غسيل الأموال وخطورتها حول المجتمع

3/ أهمية البحث :

تكمن أهمية الموضوع في إن جريمة غسيل الأموال تعتبر من الموضوعات الهامة في الساحة الدولية وكذلك تكمن الأهمية في خطورة مثل هذه الجرائم التي تخالف إحكام الشريعة الإسلامية ومما لها من آثار سالبة عميقة داخل الأمة الإسلامية .

4/ مشكلة البحث :

إن مشكلة هذه الدراسة تأخذ إبعادا مختلفة حيث تبدأ من مسالة ماهية جريمة غسيل الأموال . وأيضا تكمن المشكلة في كيفية مكافحة هذه الجريمة .

5/ منهج البحث :-

تعتمد هذه الدراسة في منهجيتها وحسب طبيعة مشاكلها وأهدافها الطريقة التحليلية بشكل عام، معتمدة الأسلوب الاستقرائي والاستنتاجي في بعض الحالات ومن ثم تعتمد الدراسة على أسلوب علمي لجمع هذه المادة العلمية .

ثانياً : خطة البحث : -

الفصل الأول : تعريف غسيل الأموال والجذور التاريخية والخصائص .

المبحث الأول : تعريف غسيل الأموال .

المبحث الثاني : الجذور التاريخية لغسيل الأموال .

المبحث الثالث : خصائص غسيل الأموال .

الفصل الثاني : أسباب نجاح جريمة غسيل الأموال وأثارها .

المبحث الأول : أسباب نجاح جريمة غسيل الأموال .

المبحث الثاني : اثر جريمة غسيل الأموال على الاقتصاد الوطني .

الفصل الثالث :موقف الشريعة الإسلامية والجهود الدولية والوطنية في مكافحة جريمة غسيل الأموال.

المبحث الأول : موقف الشريعة الإسلامية في جريمة غسيل الأموال

المبحث الثاني : الجهود الدولية في مكافحة جريمة غسيل الأموال

المبحث الثالث : الجهود الوطنية المحلية في مكافحة جريمة غسيل الأموال

المبحث الأول

تعريف غسيل الأموال في اللغة والاصطلاح والقانون

أولاً : تعريف غسيل الأموال في اللغة :-

هو مصطلح مركب من كلمتين : غسيل , وأموال , وهذا يستدعي تعريف كلا اللفظين لفهم المعنى:

أولاً : معني الغسيل في اللغة :

غسيل (بفتح الغين واللام) أصل صحيح يدل علي تطهير الشيء وتنقيته , وغسيل يغسله : إذا أسأل عليه الماء فأزال درنة , والغُسل (بالضم) الإثم : وقيل الغسل : مصدر غسلت , والغسول : الماء الذي يغسل به , والمغتسل : الوضع الذي يغتسل فيه[3] .

ثانياً :معني المال في اللغة :

ما ملكته من كل شيء والجمع أموال[4]. وقال بن الأثير : المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة , ثم أطلق علي كل ما يقتضي ويملك من الأعيان , وأكثر ما يطلق عند العرب علي الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم[5].

وعليه نفهم من ذلك أن تعريف غسيل الأموال في اللغة يعني (بأنها تلك الأموال الغذرة التي يتم تطهيرها حتى تصبح شرعية المكسب .

ثانيا : تعريف غسيل الأموال في الاصطلاح :-

بعد البحث الدقيق في بطون كتب الفقه لم نجد تعريفاً لكلمة غسيل الأموال بمعناه الحرفي (غسيل الأموال) ولكن وجدنا تعريف لكلمة المال ومن خلالها يمكن أن نتوصل إلي تعريف غسيل الأموال في الاصطلاح الفقهي واليك بيان ذلك .

تعريف كلمة المال في الاصطلاح الفقهي :

أولاً : الحنفية :

ورد تعريف المال في حاشية رد المحتار : بأنه (إذا عرف بقوله : المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة , فالمالية تثبت بتمويل الناس كافة أو بعضهم ، و التقوم[6] يثبت بها أو بإباحة الانتفاع به شرعاً , وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر فهو مال لا متقوم .

ثانياً : المالكية :

جاء في كتاب الموافقات (أن المال هو ما يقع عليه الملك , ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس علي اختلافهما وما يؤدي إليها من جميع التمويلات[7].

ثالثاً : الشافعية :

عرف الإمام الزركش : المال بأنه : هو ما كان منتفعاً به أي مستعداً لأن ان ينتفعا به وهو اما أعيان أو منافع فالأعيان قسمان جماد وحيوان , فالجماد مال في كل أحواله , أما الحيوان فينقسم الي ما ليس له بنيه صالحة للانتفاع فلا يكون مالاً كالذباب والبعوض والخنافس , والي ما له بنيه صالحة لانتفاع وهذا ينقسم الي ما جبلت طبعته علي الشر والايذاء كالأسد والذئب, فهذه ليست أموالاً والي ما جبلت طبيعته علي الاستسلام والانقياد كالبهائم والمواشي فهذه أموال[8] . وجاء في الأشباه والنظائر : أنه لا يقع اسم مال الاعلى ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه[9] .

رابعاً : الحنابلة :

عرف صاحب كشاف القناع علي متن الإقناع : المال هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة كعقار أو جمل أو دودة قز أو طير لقصد صوته كبلبل أو ببغاء . أما مالا تقع فيه منفعة كالحشرات وما فيه تقع محرم كالخمر وما لا يباح الا لضرورة كالميتة وما لا يباح اقتناؤه الا لحاجة فليس مالاً [10] .

وعليه يمكن تعريف غسيل الأموال في الاصطلاح :(بأنها كل مال من غير كسب مشروع لا يجوز الانتفاع به) .

ثانياً : تعريف غسيل الأموال في القانون :

جاء تعريف غسيل الأموال في القانون المصري رقم (80) والذي صدر في الجريدة الرسمية عدد (20) في 22مايو لسنة 2002م غسيل الأموال بأنه : كل سلوك ينطوي علي اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو

إيداعها أو ضمها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها أو كانت متحصله من جريمة من الجرائم المنصوص عليها من المادة (2) من هذا القانون . والجرائم التي وردت في المادة (2) هي زراعة وتصنيع النباتات , والجواهر, والمواد المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار بها وجرائم استيراد الأسلحة والذخائر والمفرقعات والاتجار فيها وصنعها بغير ترخيص[11][12]

المبحث الثـانـي

الآثارِ الاقتصادية لظاهرة غسيل الأموال

تؤثر ظاهرة غسيل سلباً علي مختلف نواحي الحياة الاقتصادية وبيان ذلك علي النحو التالي:-

1. ضرب الاقتصاد القومي من تهريب نسبة كبيرة من الأموال خارج البلاد لأن الأموال التي يتم الحصول عليها نتيجة بيع المخدرات والرشاوى ومختلف أنواع الفساد , لو تم الحصول عليها من طرق مشروعة واستثمرت في داخل البلد ادي لإنعاش الاقتصاد
2. انخفاض معدل المخدرات في البلاد التي ينتشر فيها الفساد المالي , وبما أن غسيل الأموال يقوم علي تهريب المال إلي خارج البلاد فانه يساهم مساهمة كبيرة في انخفاض معدل الادخار , وهذا يعني : انخفاض معدل الاستثمار في نواحي الحياة الاقتصادية المختلفة .
3. انخفاض قيمة العملة الوطنية نتيجة التهريب إلي الخارج وبالتالي ازدياد الطلب علي العملات الأجنبية التي يتم تحويل الأموال المهربة إلي بلادها بقصد الإيداع في البنوك الخارجية , مما يجعل عصابات المال المنظمة تتحكم في عصب الحياة الاقتصادية للدولة[13] .
4. اضطراب الأسواق المالية بشكل مستمر مما يساعد علي انهيارها بالكامل , عن طريقة إشاعة مناخ غير ملائم لا يقوم علي المنافسة الحرة , وذلك لتركيز القوة والنفوذ المالي في أيدي تلك العصابات , وهذا يؤدي إلي إعلان الشركات والمؤسسات النظيفة إفلاسها لعدم القدرة علي المنافسة[14] .
5. سوء توزيع الدخل بين أفراد المجتمع , واتساع الهوة بين الفقراء والأغنياء , وبالتالي نشوء مجتمع طبقي مقيت , بل أن النفوذ الاقتصادي لهذه العصابات قد يضعف من قوة ونفوذ الدولة , كما حصل في كولومبيا عندما عجزت الدولة عن تقديم القروض لأصحاب المؤسسات الصناعية والزراعية مما أضطرهم الي الاقتراض من تجار المخدرات , وبالتالي انتقال القطاعين الصناعي والزراعي الي أحضان المافيا .
6. ارتفاع حجم الإنفاق الحكومي لمحاربة هذه الظاهرة , وما يسببه من استنزاف مستمر لموارد الدولة نتيجة انتشار الفساد الإداري والمالي والتهرب الضريبي , مما يدفع الدولة إلي الاستدانة المحلية والخارجية[15] .

المبحث الثالث

الجهود الدولية لمكافحة غسيل الاموال

أولا : اتفاقية الامم المتحدة : -

جاء في اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية (فيينا 1988م) حيث قال الدكتور محمد الشواء ، انه خوفا من انتشار ظاهرة المخدرات والاتجار فيها طلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة الى

المجلس الاقتصادى و الاجتماعي في كانون الاول ان يرجو لجنة المخدرات لإعداد مشروع اتفاقية تتناول الجوانب المختلفة كل وخاصة تلك الجوانب التى لم تكن الصكوك الدولية قد تطرقت اليها[16].

وانتهي الأمر إلي إبرام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة والمؤثرات العقلية في فيينا في 19ديسمبر 1988م . ويمكن القول أن هذه الاتفاقية تعتبر من أهم الجهود التي قامت بها المنظمة الدولية في مجال مكافحة المخدرات .

- ففي مجال التجريم : نجد أن هنالك ثلاثة صور لمظاهر السلوك المكون لجرم غسيل الأموال واستخدام عائدات جرائم المخدرات دعت الاتفاقية إلي تجريمها وهي:-
- الصورة الأولي[17]:- دعت إلي تجريم عمليان تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها مستمدة من جريمة إنتاج المخدرات أو صنعها أو استخدامها أو تحضيرها أو عرضها للبيع أو توزيعها أو بيعها أو تصديرها أو الاشتراك في مثل هذه الجرائم بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال أو قصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه الجريمة أو الجرائم علي الإفلات من العقاب.
- الصورة الثانية[18]:- دعت إلي تجريم إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها مع العلم بأنها مستمدة من احدي الجرائم المنصوص عليها سابقاً أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجرائم .
- الصورة الثالثة[19]: دعت إلي تجريم اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم وقت تسليمها بأنها مستمدة من احدي الجرائم المنصوص عليها سابقاً أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك في هذه الجرائم .
- ومن ناحية أخري عالجت الاتفاقية مجال التعاون القضائي الدولي موضوعين في غاية الأهمية:-

الأول : تسليم المجرمين : فقد عالجت الاتفاقية موضوع تسليم المجرمين في جرائم غسيل الأموال وغيرها من جرائم المخدرات علي نحو متكامل يستجيب الي اعتبارات ثلاثة:-

1. اعتبار اتفاقية فيينا مرجعية قانونية للتسليم
2. الأخذ في الاعتبار التشريع الوطني
3. تدارك الآثار السلبية الناجمة عن عدم حصول التسليم .

وعليه فقد حرصت الاتفاقية علي تخويل الدولة المطلوب منها التسليم في حالة عدم الحصول بشرط الآتي :-

1. أن يتم ذلك بناء علي طلب الدولة التي تطلب التسليم
2. أن يسمح بذلك قانون الدولة المطلوب منها التسليم
3. أن يتعلق الأمر بتنفيذ العقوبة المحكوم بها بموجب قانون الدولة طالبة التسليم أو بما يتبقي من تلك العقوبة[20] .

الثاني : يتعلق بالمساعدة القانونية المتبادلة . فقد قررت الاتفاقية في هذا المجال أنه لا يجوز لأي طرف الامتناع عن تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بحجة سرية العمليات المصرفية.

ولعل أظهر وأهم صور التعاون القضائي الدولي ما قررته الاتفاقية من إمكانية إحالة دعاوي الملاحقة الجنائية من دولة إلي أخري بشأن الجرائم المنصوص عليها في الحالات التي يكون لهذه الإحالة فائدة من إقامة العدالة كما دعت إلي التعاون بين الدول في كشف هوية الأشخاص المشتبه في تورطهم وكشف حركة المتحصلات أو الأموال والي غير ذلك[21] .

ثانياً : - اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجرائم المنظمة (باليرمو لعام 2000م)

في إطار الجهود المبذولة من المنظمة الدولية فيما يتعلق بحربها علي عصابات الإجرام المنظم تم التوقيع علي هذه الاتفاقية في المؤتمر الذي عقد بتاريخ 2000/12/12م في باليرمو عاصمة جزيرة صقلية الايطالية .

وتضمنت هذه الاتفاقية (41) مادة , وتهدف هذه الاتفاقية إلي تعزيز التعاون بين الدول الأطراف فيها لمنع أنماط الجرائم المنظمة وأهمها جريمة غسيل الأموال .

وأهم ما تناولته الاتفاقية أن علي الدولة الموقعة عليها تجريم أربعة أنواع من الجرائم هي[22] :

1. تجريم المشاركة في جماعة إجرامية منظمة
2. تجريم غسل عائدات الجرائم
3. تجريم الفساد
4. تجريم عرقلة سير العدالة.

دعت الاتفاقية الدول الأعضاء إلي إجراء مزيد من التنظيم لمؤسساتها المالية وإسقاط قوانين سرية الحسابات المصرفية التي تعرقل التحقيق في هذه الجريمة والقيام بتحريم الحسابات المصرفية مجهولة أو تلك الموضوع بأسماء وهمية وتكوين وحدات استخبار الأموال للمشاركة في تجميع المعلومات[23] .

كما اهتمت هذه الاتفاقية بموضوع السيادة الوطنية حيث نصت علي أن تؤدي الدولة الأطراف التزاماتها علي النحو الذي يتفق مع مبدأ المساواة في السيادة و السلامة الإقليمية للدول مع مبدأ عدم التدخل في الشيئون الداخلية للدولة الأخرى[24] .

كما اشتملت الاتفاقية علي مجموعة من الأحكام التي يمكن تطبيقها علي جرائم غسيل الأموال بصفة خاصة وعلي غير ذلك من صور الإجرام المنظم الأخرى وأهمها[25]:-

1. الأحكام المتعلقة لمسئولية الهيئات الاعتبارية .
2. الملاحقة القضائية .
3. العقوبات المتمثلة في الضبط والمصادرة .
4. تسليم المجرمون .
5. المساعدة القانونية المتبادلة .

وفي هذه المادة نود أن نشير إلي أهم أنواع المساعدة المتبادلة بين الدول الأطراف والتي تتمثل في الشكل التالي[26].

1. الحصول علي أدلة أو أقوال من الأشخاص .
2. تنفيذ عمليات التفتيش والضبط والتجميد .
3. تقديم المعلومات والأدلة والتقييمات التي يقوم بها الخبراء .

4. تقديم أصول المستندات والسجلات ذات الصلة بما فيها السجلات الحكومية أو المصرفية أو إلي نسخ أخري .
5. تيسير مثول الأشخاص طواعية في الدول الطرف الطالبة .
6. التعرف علي عائدات الجرائم أو الممتلكات أو الأشياء الأخرى أو اختفاء أثرها لأغراض الحصول علي أدلة .
7. التحقيقات المشتركة .
8. نقل الإجراءات الجنائية .
9. جمع وتبادل المعلومات عن الجريمة المنظمة .
10. التدريب والمساعدة التقنية .

ثالثاً : جهود منظمة الشرطة الجنائية الدولية (الانتربول) :

أصدرت منظمة الشرطة الجنائية (الانتربول) في عام 1993م , دراسة عن غسيل الأموال وضرورة ملاحقة الموجودات في الدول الأوربية وجمع المعلومات والأخبار وترقيمها وحفظها لديها ضمن أرشيف خاص كما أصدرت في تشرين الأول عام 2000م نشرة بهدف تزويد أجهزة الشرطة والهيئات المهنية المعنية بمكافحة غسيل الأموال بالمعلومات الهامة المتعلقة بغسيل الأموال علي الصعيد الدولي , وذلك لإفادة المحققين من مبادئ معرفة الزبائن , إضافة الي تجارب بعض الدول في مجال مكافحة غسيل الأموال[27] .

كما تشير الي أن الانتربول ساهمت مساهمة فعلية في مكافحة الجريمة وبشكل فعال وذلك من خلال تزويد الدول الأعضاء بمعلومات مهمة عن المجرمين المطلوبين للعدالة , وقد تركز اهتمامها في السنوات الأخيرة علي الجريمة المنظمة والجرائم ذات الصلة بها مثل جريمة غسيل الأموال , كما اتخذت الجمعية العامة للانتربول في عام 1995م قراراً بالإجماع مفاده إصدار إعلان لمكافحة غسيل الأموال والذي تنسبه الدول الأعضاء في الانتربول التزام الانتربول لمكافحة الجرائم المالية غير الدول وسعيها لتعزيز التعاون الدولي في هذا المجال[28].

كما أوصي القرار بضرورة تبني الدول الاعضاء لتشريعات داخلية تضمن تحقيق الآتي:-

1. الإدانة الجنائية للأشخاص الذين يشاركون بصورة عمديه في غسيل الإيرادات الناتجة عن الأنشطة الإجرامية الخطيرة
2. تعقب الأموال ومنح سلطة التحري القانوني الكافي لمسئول تنفيذ القانون ، لتعقب ومتابعة وتمجيد رؤوس الأموال المتحصلة عن النشاط الاجرامى الخطير .
3. على المصارف والمؤسسات المالية الأخرى الإبلاغ عن التداول غير الاعتيادي أو المشكوك فيه.
4. على المؤسسات المالية الاحتفاظ لمدة خمس سنوات على الأقل بعد اختتام التعامل بكل السجلات الضرورية حول التعاملات المحلية والدولية ، لتمكين الدول الأعضاء من التحرى بصورة كافية عن عمليات غسيل الأموال ودعم التعاون الدولي من خلال تمكين الدول الأعضاء من الاستجابة للطلبات المقدمة أليها بشأن تلك السجلات.

5. السماح بالتسليم العاجل للإفراد المتهمين بجرائم غسيل الأموال[29].

وتجدر الإشارة هنا إلى التشريع السوداني قد عالج سلبيات جريمة غسيل الأموال حيث إن غسيل الأموال لا يعتبر حديثاً في السودان حيث كان السودان يعمل على مكافحة ذلك المسمى منذ العام 1989م . ولكن بمدلول أخر هو مكافحة الثراء الحرام والمشبوه . فهربوا السلع والمخدرات والمحتالون والدجالون و غيرهم في السودان كانوا منذ عشرات السنين يحولون المبالغ المالية المتأتية عن نشاطاتهم الإجرامية لنشاطات مالية أو تجارية تبدو مشروعة[30].وبالرجوع إلى قانون الثراء الحرام والمشبوه إذ تم بموجب ذلك المرسوم أنشاء جهاز خاص لمتابعة الثراء الحرام والمشبوه ويتولى هذا الجهاز التحقيق في الشكاوى الواردة بخصوص الفساد من أشخاص أو من النائب العام أو من تلقاء نفسه ، وملاحقة كل حالة وشكوى حتى يتم تجريد من تثبت ادانتة من اى أموال أو ثروات حصل عليها بطريق غير مشروع[31].

وأخيرا صدر قانون مكافحة تبيض الأموال الصادر بتاريخ 2003/8/2م والذي سوف نقف على أهم الإجراءات والضوابط التي وضعها ذلك التشريع لمتابعة ومكافحة جرائم تبيض الأموال وذلك من خلال الأتي : -

التزامات البنك المركزي والمؤسسات المالية :-

أولا :التزامات البنك المركزي :

تكون للبنك المركزي الواجبات الآتية في مجال مكافحة غسل الأموال :

1/ رصد ومراقبة حجم وحركة الأموال المحمولة لخارج الدولة والواردة من خارجها من خلال المؤسسات المالية لمعرفة اى خروج غير مألوف لحركة هذه الأموال لا يتناسب مع المعدلات الطبيعية أو العادية مع الواقع الاقتصادي للدولة .

2/ إنشاء وحدة تحريات مالية تقوم بالتنسيق مع اللجنة بالتحقيق والتفتيش وإبلاغ الجهات المختصة بالشكوي التي تقوم حول كل معاملة مشبوهة .

3/ تعميم وتطوير وسائل ومعايير اكتشاف ومتابعة أساليب غسل الأموال[32].

ثانياً : التزامات المؤسسات المالية :

توجب بموجب هذا القانون على المؤسسات المالية الالتزام بما يأتي :

1. **عدم فتح اى حساب أو إجراء أي عملية مالية أو عمليات بأسماء مزيفة أو غير كاملة أو غير واضحة ويجب التحقيق من هوية العملاء استنادا لوثائق ثبوتية رسمية وذلك عند بداية التعامل مع هؤلاء أو عند إجراء صفقات تجارية معهم أو من ينوب عنهم .**
2. **التحقيق من المستندات الرسمية للشخصيات الاعتبارية التي توضح اسم المؤسسة المالية وبياناتها الشخصية .**
3. **الاحتفاظ بسجل منفصل لكل عملية تحتوى على جميع البيانات المطلوبة .**
4. **سرية وعدم الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لاي شخص أخر عند السلطات المختصة عن الإجراءات القانونية التي تتخذ في شأن المعاملات أو العمليات المالية المشتبه في أنها تضمن غسل أموال .**
5. **الاحتفاظ لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء المعاملة او العملية او قفل الحساب بكل السجلات لايضاح التعامل المالي و الصفقات التجارية و النقدية لكل عملية[33] .**

الإطار المؤسس في اطار مكافحة غسل الأموال :

أولاً :الإنشاء :-

تنشأ بموجب هذا القانون لجنة تسمى اللجنة الادراية لمكافحة جرائم غسل الأموال تشكل على النحو الأتي :-

أ/المدعى العام لجمهورية السودان رئيساً
ب/ نائب محافظ بنك السودان رئيساً مناوباً
ج/ وكيل وزارة المالية والاقتصاد الوطني عضواً
د/وكيل وزارة التجارة الخارجية عضواً
هـ/ وكيل وزارة الخارجية عضواً
و/ مدير الإدارة العامة للجنايات "المباحث" عضواً
ز/ مدير إدارة منظمات الشرطة الدولية والإقليمية"الانتربول" عضواً
ح/ مدير إلا دارة العامة لشرطة الجمارك عضوا
ط/ أمين عام ديوان الضرائب عضواً

ثانياً : الاختصاصـــات : -

تكون اللجنة هي السلطة الإدارية العليا في مكافحة غسيل الأموال وبالتالي تختص بوضع السياسة العامة لمكافحة جرائم غسيل الأموال . لذا فيكون للجنة الاختصاصات والسلطات الآتية:

1. **التخطيط لمكافحة جرائم غسيل الأموال وإصدار الإرشادات للتحرى الادارى والفحص والملاحقة بالتنسيق مع الجهات المختصة .**
2. **تلقي الإخطارات من داخل السودان وخارجه عن العمليات التي يشتبه في أنها عمليات غسيل الأموال .**
3. **التحرى الادارى وفحص ما يرد إليها من إخطارات ومعلومات يشتبه في أنها عمليات غسيل أموال ، و حجز وتجميد الحسابات والأموال المشتبه فيها .**
4. **إبلاغ النيابة العامة عن العمليات التي قامت دلائل على أنها تشكل جريمة غسيل الأموال .**
5. **متابعة ودراسة التطورات العالمية و الإقليمية في مجال غسيل الأموال وتسهيل تبادل المعلومات مع السلطات الخارجية المماثلة والتنسيق بين الجهات الممثلة فى اللجنة[34].**

ثالثاً : الحصانـــات :-

وهذه تمثل نقطة انطلاق فعالة في مجال مكافحة غسيل الأموال بحيث يتثنى لأعضاء لجنة المكافحة ممارسة دورهم بحرية كاملة ، حيث أورد الشرع في ذلك على انه لا يجوز اتخاذ اى إجراءات قانونية ضد رئيس اللجنة أو اي عضو فيها او اى من العاملين بالأمانة العامة للجنة في اى مسألة تتعلق بمجال عملة إلا بعد أخذ الإذن ا للازم من الوزير[35] .

رابعاً الإطـار العقـابي : -

بموجب المادة (22) وبالإضافة لاي عقوبة أخرى منصوص عليها فى اى قانون أخر يعاقب عند الادانة كل من يخالف إحكام هذا القانون وذلك على الوجه الاتى :

أ/ الشخص الطبيعي : السجن لمدة لا تجاوز عشر سنوات والغرامة لأتجاوز ضعف المبلغ او الأصول محل الجريمة .
ب/ الشخص الاعتباري : الغرامة لا تجاوز ضعف المبلغ او قيمة الأصول محل الجريمة ، ويعاقب الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة باسم ولمصلحة الشخص الاعتباري بعقوبة السجن والغرامة المنصوص عليها فى الفترة السابقة بالإضافة للعقوبات المنصوص عليها أنفاً، تصادر الأموال و الأصول محل الجريمة وعوائدها ، ويجوز للمحكمة المختصة إن تأمر باسترداد الرسوم المستحقة لصالح الضرائب او الجمارك عند الادانة في جرائم التهرب الضريبي والجمركي[36] .

المبحث الرابع

موقف الشريعة و القانون من ظاهرة غسيل الأموال

أولاً :- موقف الشريعة الإسلامية من ظاهرة غسيل الأموال :

مما لاشك فيه إن اى مال متحصل عليه بطريقة غير شرعية ومن عملية غسيل الأموال يعتبر محظور فى الشريعة الإسلامية ، وعرف عند فقهاء السلف "بالمكاسب المحرمة" ولمعرفة الموقف الشرعي من هذه العملية لابد من بيان حكم الشرع فى الكسب الحرام . وقد تضافرت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على التحذير من أكل المال الحرام منها :

أولاً : ماجاء في القرآن الكريم :

1) قال تعالي : " يا أيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاإن تكون تجارة عن تراض منكم[37] " قال بن عباس : ان يأكله بغير عوض[38].

وفى قولة تعالى: (ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وانتم تعلمون)[39]. قال القرطبي : والخطاب بهذه الآية يتضمن جميع أمة محمد صلي الله عليه وسلم – والمعنى : لا ياكل بعضكم مال بعض بغير حق ، فيدخل فى هذا القمار والخداع والغصوب وجحد الحقوق ومالا تطيب به نفس مالكة او حرمته الشرعية وان طابت به نفس مالكة كمهر البغي وحلوان الكاهن واثمان الخمر والخنازير[40] .

2) قوله تعالى:"ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث[41]" والمال الحرام خبيث لا يحل أكلة .

ثانياً : من السنة النبوية الشريفة :

1. قولة صلى الله عليه وسلم "فإن دماءكم وأموالكم وإعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا [42]. وجه الدلاله : وفى الحديث الشريف دلالة واضحة على حرمة الدماء والأموال والإعراض وعدم جواز التعرض لها بغير وجه حق.
2. وقولة صلى الله عليه وسلم : "لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمرة فيما أفناه، وعن عمله فيما فعل ، وعن ماله من أين اكتسبه وفيما انفقه ، وعن جسمه فيما أبلاه[43]" . وجه الدلالة : وفى الحديث الشريف دلالة على مسؤولية الإنسان عن ماله كسباً وإنفاقا يوم القيامة .

3. وقولة صلى الله عليه وسلم : " من اخذ شبراً من الأرض ظلماً فأنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين [44]. فمن تعدى على أموال الآخرين ظلماً وعدوانا استحق عقاب الله يوم القيامة .
4. والكسب الحرام محبط للعمل ،وسبب لعدم استجابة الدعاء . قال صلى الله عليه وسلم- " ياسعد أطب مطعمك تكن مستجاب الدعوة[45] " قال صاحب الذخيرة في الجواهر : قال ابو عبدالله : عماد الدين وقوامه وهو المطعم وطيبة ، فمن طيب مطعمة زكى عمله والا خيف عليه عدم القبول لقولة تعالى: " إنما يتقبل الله من المتقين"[46] .

من القواعد المقررة فى نظام العقوبات انه "لا جريمة ولا عقوبة الابنص[47] " فلا يمكن تجريم اى فعل الا بنص قانوني ، كما لا يمكن معاقبة اى شخص على فعل ارتكبه الا بنص قانوني كذلك . وعليه فمتى توفرت أركان الجريمة من ناحية قانونية و وانطبقت على عملية غسيل الأموال فتصير جريمة يعاقب عليها القانون . ومعظم القوانين تعاقب على جريمة غسيل الأموال وهى محظورة لديها . وكنموذج لذلك نأخذ القانون المصري . جاء فيه : بان تتراوح عقوبة مرتكب جريمة غسيل الأموال في القانون المصري بين السجن والغرامة والمصادرة فقد جاء في المادة (1/14) من القانون المصري رقم (80) لسنة 2002م الخاص بهذه الجريمة يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة تعادل مثلى الأموال محل الجريمة كل من ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة غسيل الأموال المنصوص عليها في المادة(2) من هذا القانون .

وفى البند (2/14) من نفس المادة ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأموال المضبوطة أو بغرامة إضافية تعادل قيمتها في حالة تعثر ضبطها أوفي حالة التصرف فيها .

فأما المادة (16) فقد نصت على انه: " في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لإحكام هذا القانون اذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب اخلاله بواجبات وظيفية[48] .وكذلك القانون الكويتي فرض عقوبة لمن يرتكب جريمة غسيل الأموال ، أيضا قانون الإمارات العربية المتحدة و القانون الاردنى وغير ذلك . وهذا على سبيل المثال ليس الحصر.

الخـــاتمة :

أولاً : النتـــائج :-

1. ان ظاهرة غسيل الأموال ظاهرة خطيرة وانتشارها فى جميع المجتمعات المسلمه والغير مسلمه يؤدى الى سلبيات كثيرة لا تحصى ولا تعد .
2. جريمة غسيل الأموال تؤدى الى تخريب الاقتصاد القومي وبالتالي ينهار الاقتصاد ويؤدى بدورة الى التضخم .
3. يعتبر غسيل الأموال كسب غير مشروع يؤدى إلى اختلاط الحلال بالحرام .
4. ان التطور التكنولوجي ساعد فى انتشار جريمة غسيل الأموال إذا فلابد من استعمال كل التقنيات استعمالاً صحيحاً .

5. عدم تفعيل القوانين الإقليمية والدولية لمعاقبة مرتكبي جريمة غسيل الأموال أدى إلى انتشار هذه الجريمة القذرة ، وعليه فلا بد من معاقبة الجاني حتى يرتدع ويزدجر الآخرون .

ثانياً : التوصيات :

1. سن القوانين والتشريعات الحديثة لمحاربة هذه الظاهرة الإجرامية .
2. إقامة الندوات والمحاضرات لتبصير المجتمع المعنى بخطورة ظاهرة جريمة غسيل الأموال
3. تدريب الكوادر الفنية تدريباً عالياً لكشف هذه الجريمة بسرعة وفى مراحلها الأولى .
4. تفعيل التعاون الدولي لضبط مرتكبي جريمة غسيل الأموال وتضييق الخناق عليهم .
5. إنشاء نيابات متخصصة للنظر في جرائم غسيل الأموال حتى نستطيع القضاء على هذه الظاهرة الخطيرة .

الهوامش :

1. أستاذ مشارك – كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمام المهدي .
2. جامعة الامام المهدي .
3. لسان العرب : لأبن منظور (مادة غسل) جـ 11 ص 494
4. القاموس المحيط - الفيروز أبادي مادة (مول) جـ 4 ص 53
5. ابن منظور , مادة مول جـ 11 ص 636
6. حاشية رد المحتار على الدر المختار – لابن عابدين – دار الفكر – بيروت 1995م ، ج5 ، ص4
7. الموافقات فى اصول الشريعة – لابن اسحق الشاطي– المكتبة التوفيقية – القاهرة – 2003م ج2 ، ص13
8. شرح الزركى على متن الخرقي –سمش الدين الزركشي – مكتبة النهضة – مكة المكرمة –ط1 ،1991ص 343
9. الاشباه والنظائر في الفروع – لجلال الدين السيوطي – دار الفكر – بيروت 1995 – ص 354
10. كشاف القناع علي متن القناع لمنصور البهوتي– دار إحياء الثراث العربي – بيروت 1999م – ط 1991م جـ 3 ص 174
11. القانون الجنائي المصري رقم 80 لسنة 2002م +
12. مكافحة غسيل الاموال فى الدول العربية – الفقهي – ص11
13. تبيض الاموال ، أ. شافي ص 47
14. غسيل الاموال ، د. الخضري ص 67
15. غسيل الأموال –الربيعي ص51
16. السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال د/ محمد الشواء – دار النهضة العربية – القاهرة 2001م ، ص2000م
17. المادة 3 من قانون الاتفاقية الفقرة (أ)
18. المادة الثالثة من الاتفاقية الفقرة (ب)

19. المادة الثالثة من الاتفاقية الفقرة (ج)
20. جرائم غسيل الأموال علي شبكة الانترنيت -عبد الله عبد الكريم عبد الله- ص 215 -216
21. مسئولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة - د. سليمان عبد المنعم - دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية 1999م ص 103
22. المواد 3/8/6/5 من الاتفاقية
23. المواجهة التشريعية لظاهرة غسيل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات -د.مصطفي الطاهر مطابع الشرطة , القاهرة 2002م ص 45
24. المادة الرابعة من الاتفاقية .
25. المواد 29/28/21/19/18/16/12/11/10 من الاتفاقية.
26. المادة (18) الفقرة 3 من الاتفاقية
27. موسوعة مصطلحات الجات منظمة التجارة العالمية ،د . عبد الفتاح مراد ص 387
28. الجهود الدولية والعربية لمكافحة تبيض الأموال، د. عبد الله محمد الحلو،ص 98, 99
29. الجريمة المنظمة- د. كوركيس يوسف داؤود – ص111
30. الجريمة المنظمة- أحمد حسن ابو هاله – ص167
31. الجهود الدولية و العربية لمكافحة جريمة تبيض الاموال – د/ عبدالله الحلو ص 352
32. المادة (5) من قانون غسيل الاموال - السوداني
33. المادة (6) من قانون مكافحة تبيض الاموال .
34. جرائم غسل الاموال – د. عبدالله عبدالكريم ص 186-187
35. المادة (11) من قانون مكافحة غسيل الأموال
36. المادة (22) من قانون مكافحة غسيل الأموال
37. سورة النساء -الآية 29
38. احكام القران - الجصاص ج2 – ص171
39. سورة البقرة -الاية188
40. الجامع لاحكام القرآن - القرطبي ج2 ص338
41. سورة الاعراف – رقم الاية (157)
42. متفق عليه – كتاب اللؤلو والمرجان – عبدالباقي ج2 ص 183.
43. السنن-للترمزى كتاب (38) القيامة باب (1) فى القيامة حديث رقم (2417) .
44. متفق عليه – متاب المساقاه- باب (30) – تحريم الظلم وغصب الارض
45. اتحاف السادة المتقين -الزبيدى- كتاب الازكار والدعوات باب آداب الدعاء ج5 ص41./ مجمع الزوائد ج10ص 29 باب من أكل حلالاً او حراماً
46. الذخيرة-للقرافي ج13 ص 323- الاية 27 من سورة المائدة
47. التشريع الجنائي – لعبد القادر عوده -ج1 ص118 .
48. جريمة غسيل الاموال وسائل مكافحتها فى القانون المصري ص 75

أثر رضا المجني عليه في الجناية على النفس
(دراسة مقارنة)

د. عبد الله محمد البشير السنوسي[1]

مستخلص البحث

هذا البحث يأتي بعنوان (أثر رضا المجني عليه في الجناية على النفس ــ دراسة مقارنة ــ) في ثلاثة مباحث الأول منه في تعريف الرضا لغة واصطلاحاً وحقيقته والأثر المترتب عليه ومدى اعتبار رضا المجني عليه في الجنايات كالقتل أو الأذى الجسيم. والمبحث الثاني بعنوان : أنواع وشروط الرضا ومجال الإعتداد به، حيث أوضحنا فيه نوعي الرضا الصريح والضمني، وشروط الرضا بالجناية من الصفة للمجني عليه،والأهلية من كمال وتمام، وأن تكون إرادة المجني عليه سليمة خالية من أي عيب أو غلط أو إكراه أو تدليس، ومعاصرة الرضا للفعل .. ومن ثم مجال الإعتداد برضا المجني عليه بالجناية إذ الأصل أن رضا المجني عليه لا يمحو الجريمة ولا يعفي من العقاب خاصة الجرائم الماسة بأمن الدولة وكيانها وكذلك الجرائم ذات الصبغة بحقوق المجتمع وسلامته العامة وأخلاقه وآدابه . وتناولنا في المبحث الثالث : آراء فقهاء الشريعة الإسلامية من مصادرهم الأصيلة عنواناً يحمل أثر رضا المجني عليه بالجناية في المذاهب الفقهية وتعليلهم على الرضا وكونه شبهة يعفي الجاني من القصاص والدية فتكون الجناية هدراً،أو يوجب الدية دون القصاص، أو لا أثر له ويجب القصاص على الجاني.

مقدمـــــة :

يعتبر رضا المجني عليه بالجناية متشعب الجوانب ولا تكاد تخلو مسألة من المسائل التي تتعلق به من خلاف فقهي أو قانوني، بدءً بتعريف الرضاء وأنواعه وشروطه الخ، وانتهاءً بالأثر المترتب عليه . والرأي متفق على أن الرضا لا ينتج أثره على كل الجرائم لأن رضا المجني عليه بالجناية لا يقف أثره على الجاني والمجني عليه وحدهما وإنما يتعدى أثر ذلك على الدولة وكيانها ونظامها وسيادتها، وسياستها العقابية العامة، المتمثلة في القدر والمدى المسموح به للأفراد أن يرتكبوا من الأفعال ما يشاءون على أساس التراضي فيما بينهم . فمن الجرائم ما تقع على الدولة وأمنها ونظامها القائم، ومنها ما يقع على المجتمع وأخلاقه وآدابه وديانته وسلامته وأمنه ومستنداته الخ، فهذه لا يمكن التسليم برضا المجني عليه بالجناية فيها مادامت غير منصبة على حق خالص للمجني عليه وحده يقبل التصرف فيه أو التنازل عنه، كما أن حقيقة الرضا منظوراً إليه في ذاته هل هو سبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع المسئولية الجنائية أم هو جمع بين هذا وذاك أم هو سبب مخفف للعقاب أم مرد حق من مصادر الحقوق أو شرط لنشوء بعض الواجبات الخ، فهذه وغيرها مما يتفرع عن الرضا مسائل لم تحسم من جانب الفقه بعد ، وأياً ما كان فهل للرضا أثر في الجناية على النفس من قتل أو قطع أو جرح ومن ثم تعتبر الجناية بموجبه فعل مباح ولا قصاص ولا دية على الجاني للإذن

---

[1] أساذ مساعد – رئيس قسم القانون العام – كلية الشريعة والقانون جامعة أفريفيا العالميَّة.

والرضا من قبل المجني عليه بالجناية مسبقاً، أم أن الفعل يبقى مجرم معاقب عليه رغم الإذن ومن ثم تثبت المسئولية الجنائية كاملة في حق الجاني .وما رأي فقهاء الشريعة الإسلامية من رضا المجني عليه بالقتل والقطع والجرح وهل هذه المذاهب الفقهية على اتفاق أم على اختلاف وما أثر ذلك في تكوين الجريمة وإثبات العقوبة من قصاص أو دية أو إسقاط لها واعتبار الفعل هدر للرضا به والعفو فيه وشبه الإذن . وهذا هو الموضوع الذي يتم تناوله من خلال هذا البحث .

المبحث الأول

مفهوم الرضا لغة واصطلاحاً

المطلب الأول

تعريف الرضا لغةً

(رضِي) الرِّضا مقصورٌ ضدّ السّخَط وفي حديث الدعاء (...اللّهُمّ أَعُوذُ بِرِضَاكَ مِنْ سَخَطِكَ وبِمُعافَاتِكَ مِنْ عُقُوبَتِكَ وأَعُوذُ بِكَ مِنْكَ لاَ أُحْصِي ثَنَاءً عَلَيْكَ أَنْتَ كَمَا أَثْنَيْتَ عَلَى نَفْسِكَ)[2] . وقد رَضِيَ يَرْضَى رِضاً ورُضاً ورِضْواناً ورُضْواناً ونَظّره بشُكْران ورُجْحانٍ ومَرْضاةٌ فهو راضٍ من قوم رُضاةٍ ورَضِيٌّ من قومٍ أَرْضياءٍ ورُضاةٍ، وهي نادرة تكسير رَضِيٍّ على رُضاةٍ ورضيتُ عنكَ وعليْكَ رِضى مقصورٌ مصدر مَحْضٌ والاسمُ الرِّضاءُ ممدودٌ ومنه قوله عز وجل (.. رَضِيَ اللّهُ عنهم ورضوا عنه)[3] رَضِيَ أعمالَهم،ورضوا عنه أي رضُوا هم بثواب اللّه عز وجل[4] تأويله أن اللّه تعالى رَضِيَ عنهم أفعالَهم، ورضوا عنه ما جازاهم به، وأَرْضاهُ أَعْطاهُ ما يَرْضَى به وتَرَضّاهُ طَلَبَ رِضاه . والرِّضِيُّ المَرْضِيُّ . الرَّضِيُّ المُطيعُ والرَّضِيُّ الضّامِنُ ورضيتُ الشيءَ وارْتَضَيْتُه فهو مَرْضِيٌّ،ورضيه لذلك الأَمْرِ فهو مَرْضُوٌّ ومَرْضِيٌّ وارْتَضاه رآه لَهُ أَهْلاً ورجلٌ رِضًى من قَوْمٍ رضى قُنْعانٌ مَرْضِيٌّ وصفوا بالمصدر الرِّضْوانُ الرِّضا وكذلك الرِّضْوانُ بالضم والمَرْضاةُ مثلهُ غيره المَرْضاةُ ..ويقال رَضِيتُ به صاحباً وربما قالوا رَضِيتُ عليْه في معنى رَضِيتُ به وعنه وأَرْضَيْتُه عَنِّي ورَضَّيْتُه بالتشديد أَيضاً فَرَضِيَ وتَرَضّيتُه أَي أَرْضَيْتَه[5] رَضِيَ وعنه وعليه يَرْضَى رِضاً ورِضْواناً ويُضَمّانِ ومَرْضاةً : ضِدّ سَخِطَ فهو راضٍ من رُضاةٍ ورَضِيٍّ من أَرْضِياءٍ ورُضاةٍ ورَضٍ من رَضِينَ . وأَرْضاهُ : أَعْطاهُ ما يَرْضيه . واسْتَرْضاهُ وتَرَضّاهُ : طَلَبَ رِضاهُ ورَضِيتُهُ وبه فهو مَرْضُوٌّ ومَرْضِيٌّ وارْتَضاهُ لِصُحْبَتِهِ وخِدْمَتِهِ . وتَراضَياهُ : وَقَعَ به التَّراضِي . واسْتَرْضاهُ :طَلَبَ إليه أَنْ يَرْضَيَهُ. وما فَعَلْتُه إِلا عَنْ رِضْوَته بالكسر: رِضاه. والرِّضاءُ : المُراضاةُ، وبالقَصرِ : المَرْضاةُ ويُثَنّى رِضوانِ ورِضيانِ . ومن ذلك قوله عز وجل (..فهو في عِيشَةٍ راضِيَةٍ)[6]: مَرْضِيَّةٌ، أو عيشة فيها الرضا فوصفت العيشة بالرضا وهي مرضية، لأَنّ ذلك مدح للعيشة.[7] ورُضِيَتْ مَعِيشَتُهُ كعُنِيَتْ لا رَضِيَتْ بالفَتْح . وراضانِي فَرَضَوْتُه أَرْضُوهُ : غَلَبْتُه . ورِجلٌ رِضاً : مَرْضِيٌّ . والرِّضِي : الضّامِنُ والمُحِبّ. ورُضاً كُسْدِيٍّ:. وعبدٌ رُضاً :له صُحْبَةٌ .ورُضاً: بيتُ صنمٍ لِرَبِيعَةَ . ورَضْوَى كسَكْرَى: فَرَسٌ وجبلٌ بالمَدِينَةِ . وذُو رِضْوانَ : جبلٌ وخازِنُ الجَنّةِ[8]. (رضاه)رضوا كان أشد رضا منه يقال راضاني فرضوته غلبته عند المراضاة(رضيه) وبه وعنه وعليه رضا ورضاء ورضوانا ومرضاة اختاره وقبله وفي التنزيل العزيز (.. وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا)[9] أي أعلمتكم برضاي به لكم ديناً، فإنه تعالى لم يزل راضياً بالإسلام لنا ديناً[10] .ويقال رضيه له رآه أهلا

له ورضي منه كذا اكتفى فهو راض (ج) رضاة وهو رضي (ج) أرضياء وهو رض (ج) رضون وهي رضية والشيء مرضي ورضي(أرضاه) جعله يرضى ويقال أرضيته عني(راضاه) مراضاة ورضاء وافقه أو أرضاه وباراه في الرضا يقال راضاني فرضوته (رضاه) أرضاه(ارتضاه) رضيه ويقال ارتضاه لصحبته اختاره أو رآه أهلا لها (تراضيا) توافقا أو رضيا وشيئا ارتضياه (ترضاه) طلب رضاه أو طلبه بجهد أو أرضاه بعد جهد(استرضاه) طلب رضاه وطلب إليه أن يرضيه(الرضا) يقال هو رضا مرضي وهم رضا (وصف بالمصدر)(الرضاء) الرضا(الرضي) المرضي والمطيع والمحب[11]والرضا بالجناية هو اختيار لها وقبول بفعلها دون سخط.

المطلب الثاني
تعريف الرضا اصطلاحاً

الرضا : ـ وصف لحالة ذهنية ــ على أن هذه الحالة الذهنية لا يمكن التعبير عنها بلفظ آخر سوى الرضاء .ولكن ربما كان أفضل ما يقال عن وصف الرضاء هو عكس الإعتراض . فالرضاء يشمل حالات ذهنية تتراوح ما بين الرغبة الملحة من جهة وبين الموافقة على مضض، فالموافقة وإن شابها شيء من المضض لا تعتبر متعارضة مع الرضاء حيث إن الضرر الحال قد يكون مقبولاً في سبيل انتظار وتوقع مصلحة أكبر . وعلى ذلك يمكن القول إن الشخص البالغ الذي تتاح له فرصة الإعتراض ولم يعترض ثم اختار وهو عالم بالحقائق ألا يعترض عليها، فإنه يعد راضياً وإن لم يكن راغباً حقيقةً هذا هو الرضاء من حيث الواقع أي الرضاء في معناه العادي والعام للفظ[12] وعُرِّف الرضا بأنه القبول المبني على تحكيم العقل الحر في التفكير في الأمور وعواقبها، دون إكره، أو غش، أو غلط في فهم حقيقة الواقع .[13]أو هو موافقة صاحب الحق أو إذنه للغير بالنيل من حقه متى كان الحق قابلاً للتصرف فيه بمثل العمل الذي أذن به . [14]وقيل حقيقة الرضا أنه تصرف قانوني يرتب للغير حقاً أو رخصة أو يفرض عليه واجباً . ومباشرة الحق أو الرخصة أو أداء الواجب هو الذي يجعل الفعل مباحاً، فرضا المريض بالعلاج ينشئ للطبيب حقاً في علاجه فيبيح فعله، ولجوء الشخص إلى قسم الشرطة هرباً من مسلحين يطاردونه يلقي عليهم واجباً باحتجازه لديهم حتى يؤمنوه، وأداؤهم هذا الواجب هو الذي يجعل الحجز مباحاً، وهذه النظرة التحليلية تثبت أن الرضا منظوراً إليه في ذاته لا يدخل ضمن أسباب الإباحة، وإنما هو مجرد مصدر من مصادر الحقوق، أو شرط لنشوء بعض الواجبات، ولهذه العلة لم يجد الفقه ولا القضاء مشقة في ترتيب الإباحة على الرضا بالرغم من عدم وجود نص يقرر هذا الحكم[15] وعرّف الرضا بأنه عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير حيث يرى العقل محاسن الشيء ومساوءه، ذلك لأن الرضا يعني إرادة إيجابية في تفكير الإنسان يترتب عليها أن يسمح بارتكاب الفعل الذي يشكو منه ــ فالعلم بما ينبغي فعله أو العلم بطبيعة الفعل الذي يزمع ارتكابه هو أمر ضروري لتكوين الرضاء، هذا إلى جانب خلو الرضاء من الإكراه والغش والتضليل .[16] ومهما يكن من الأمر في اختلاف تعريفات الرضا بين فقهاء القانون فإن العبرة فيه دائماً هي بقصد الشارع بحسب سياق النص الجنائي الذي يعتده المشرع،ويمكن القول إن القانون الجنائي السوداني عرف الرضا بأنه: يعني :(القبول، ولا يعتد بالرضا الذي يصدر من:

(أ) شخص تحت تأثير الإكراه، أو الخطأ في فهم الوقائع، إذا كان الشخص الذي وقع منه الفعل عالماً بأن الرضا صدر نتيجة الإكراه، أو الخطأ أو
(ب) شخص غير بالغ أو
(ج) شخص لا يستطيع إدراك ماهية مارضى به أو نتائجه بسبب إختلال قواه العقلية أو النفسية[17] . وقد نص المشرع علي أنه(لا يعد الفعل جريمة إذا سبب ضرراً لشخص في جسمه أوماله متى كان بناء على رضا صريح أو ضمني من ذلك الشخص)
(2)لا تطبق أحكام البند (1) على الأفعال التي يحتمل أن تسبب الموت أو الأذى الجسيم[18]

الأصل أن رضا المجني عليه لا يمحو الجريمة ولا يرفع العقاب لأنّ العقاب من حق المجتمع، وليس من حقوق الأفراد، وهو لم يقرر لإرضاء شهوة الإنتقام في المجني عليه، وإنما قرر وسيلة لحفظ النظام الإجتماعي القائم[19] كما تقتضي الجريمة عادة وجود مجني عليه، والغالب أنها تقع خلافاً لإرادته أو بدون علم منه، وعليه يبدو غريباً، أن يطرح رضا المجني عليه كسبب لتبرير الجريمة الواقعة عليه، غير أن الواقع لا يخلو من حالات يوافِق فيها المجني عليه مقدماً على تحمل نتائج الجريمة،كأن يوافق المريض بمرض لا شفاء منه على أن يخلصه شخص من حياته الميئوس منها من آلامه[20] والقتل بدافع الشفقة قد يمتد إلى أكثر من ذلك، ويقع دون رضا أو إذن المجني عليه كما هو الأمر بالنسبة للمعتوهين أو المشوهين أو العجزة . فقد يولد طفل مشوه غير قادر على النطق أو الفهم أو الإدراك، فيقرر الأطباء عدم جدوى علاجه، وأن حياته ستستمر على هذا المنوال، فيقدم أحد أقربائه، أو يقدم الطبيب بتكليف من أقربائه على قتله . وإن كان هذا النوع من القتل لا يتحقق فيه رضا المجني عليه لعدم الأهلية القانونية لدى الضحية، إلا أنه لا يبتعد عن موضوع القتل الذي يحدث برضا المريض وبناءً على طلبه[21] فالطبيب الذي يقوم بالقتل إراحة للمريض من آلامه، يعتبر مرتكباً لجريمة قتل مقصود، ولا يجديه نفعاً رضا المجني عليه، لأن حق الإنسان في الحياة لا يعتبر من الحقوق القابلة للتصرف فيها، ولا يكون المساس بها مبرراً إلا لفائدة الإنسان ذاته، وكذا الطبيب الذي يقوم بعملية جراحية لامرأة يستأصل بها مبايض التناسل لديها من غير مقتض يكون مستحقاً للعقاب على جريمة مقصودة ولو كان ذلك بناء على طلبها[22] ويدخل في ذلك عملية المبارزة والألعاب الرياضية التي تتطلب استعمال عنف يباشره أحد المتبارين على جسم المتباري معه كالملاكمة والمصارعة التي يقبل فيها المتبارز أو الملاكم مقدماً بتحمل نتائج ذلك أو أن تقبل امرأة بإجهاضها من قبل الغير .. الخ . فهذه الأمثله وغيرها وجه من أوجه مشكلة تطرح مدى اعتبار رضا المجني عليه سبباً من أسباب الإباحة أو مانعاً من موانع المسئولية الجنائية وهل هو سبب عام أم أن نطاقه مقتصر على بعض الجرائم دون بعضها كالموت أو الأذى الجسيم ؟

(إن رضا المجني عليه ليس سبباً عاماً للتبرير، فهناك بعض الجرائم التي تنال بالإعتداء حقوقاً ذات أهمية اجتماعية ولولا هذه الأهمية ما قامت الحاجة إلى

حمايتها بالجزاء الجنائي فإذا كان للحق أهمية اجتماعية فمن التناقض أن يخول للفرد سلطة النزول عنه وإهدار مصلحة المجتمع).[23]

المبحث الثاني

أنواع وشروط الرضا ومجال الإعتداد به

المطلب الأول

أنواع وشروط الرضا

أ / أنواع الرضا :ولما كان الرضا موقفاً إرادياً فقد اختلف الفقه فيما إذا كان يكفي لإباحة الفعل مجرد قيام الرضا ولو كان مضمراً في نفس صاحبه لم يعلن عنه، أو يلزم الإفصاح عنه بما من شأنه إظهاره والتعبير عنه. ومن الفقهاء من يكتفي بمجرد وجود الرضا، ومنهم من يشترط الإفصاح عنه بأي وسيلة تظهره، والخلاف من الناحية العملية محدود الأثر لأن الإضمار كثيراً ما يختلط بعدم الوجود . أما من الناحية الفقهية فالرأي الأول في تقديرنا أرجح، لأن الإفصاح عن الرضا ليس من عناصره بل هو مظهر لوجوده فحسب . ويستوي في الرضا أن يكون صريحاً أو ضمنياً، بل إنه يصح أن يكون مفترضاً، وذلك متى وجد صاحب الحق في ظروف يستحيل عليه فيها الإفصاح عن رأيه وكان من المحقق أنه لو كان حاضراً أو قادراً على الإفصاح لأعلن عن رضاه . وإذا اختلفت الإرادة الحقيقية عن الإرادة الظاهرة فالعبرة بالأولى دون الثانية بشرط أن تكون الإرادة الحقيقية واضحة[24]وعلى أية حال فالرضا الذي يعتد به هو الرضا الصحيح من صاحب الحق الذي لا لبس فيه[25] ، وقد يكون الرضا ضمنياً، لكن يجب التحرز في استنتاجه من الظروف، فلا يستنتج حتماً من مجرد السكوت، إذ من الجائز أن يكون هذا السكوت منبعثاً عن الخوف والإستسلام[26] . وقد نص المشرع على أنه لا يعد الفعل جريمة إذا سبب ضرراً لشخص في جسمه أو ماله متى كان بناء على رضا صريح أو ضمني من ذلك الشخص[27]

ب/ شروط رضا المجني عليه بالجناية : ولا ينتج الرضا أثره المبيح إلا إذا اكتملت شروطه وهي:

أولاً : الصفة : يجب أن يكون الرضا صادراً من صاحب الحق، فإذا صدر من غيره كان عقيماً ولهذا فإنه لا يعتد برضا الموظف بتزوير توقيعه، ولا برضا المتهم بشهادة شاهد الزور ضده، ولا برضا الوزير بقبول أحد مرءوسيه للرشوة، ولا برضا رئيس الدولة نفسه بقلب نظام الحكم أو تغيير دستور الدولة بالقوة، لأن كلاً من هؤلاء تعوزه الصفة، فالحقوق التي تنال منها الجرائم السابقة لا تخصهم بل تخص غيرهم، وصاحب الحق هو المجني عليه في الجريمة، أو بالأدق هو من كان مرشحاً ليكون مجنياً عليه فيها لولا رضاه، وإذا اتحد الحق وتعدد أصحابه وجب صدور الرضا منهم جميعاً، فإذا رضي البعض دون البعض كان رضا الأولين غير كاف في مقام الإباحة . والأصل أن يصدر الرضا من صاحب الحق نفسه، ويصح كذلك صدوره من نائبه متى كانت طبيعة الحق تجعله قابلاً للإنابة أو في الأقل لا يأباها[28]

ثانياً : يجب أن يكون المجني عليه أهلاً للرضا[29] فلا اعتداد بالرضا مالم يكن صادراً ممن هو أهل له، والأهلية مناطها الإدراك والتمييز، وكمالها رهن بكمالها

.فمن عدم الإدراك أو التمييز عدم الأهلية تماماً [30]بمعنى أن يكون المجني عليه مميزاً بالغاً رشيداً وذلك حتى يكون الرضاء معبراً عن إرادة ذات قيمة قانونية[31] لأن رضى الصغار لا يعتد به[32] ومعيار التمييز هو استطاعة فهم طبيعة الفعل الذي رضي به المجني عليه وتقدير آثاره، ومرجع الأمر في النهاية متروك لتقدير القاضي ولكن القانون قد يتدخل فيحدد سناً معينة يجب أن يبلغها المجني عليه حتى يعتد برضائه .. وتطبيقاً لشرط التمييز لا عبرة بالرضا الصادر من المجنون أو السكران أو النائم أو الصغير غير المميز[33] . ولذلك نص المشرع على أنه (.. ولا يعتد بالرضا الذي يصدر من: (أ) شخص غير بالغ ، أو (ب) شخص لا يستطيع إدراك ماهية مارضى به أو نتائجه بسبب إختلال قواه العقلية أو النفسية). ثم فسر المشرع لفظ بالغ بقوله : (" بالغ " يعنى الشخص الذي ثبت بلوغه الحلم بالأمارات الطبيعية القاطعة وكان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره, ويعتبر بالغاً كل من أكمل الثامنة عشرة من عمره ولو لم تظهر عليه أمارات البلوغ)[34] من المقرر أن الحالات النفسية ليست في الأصل من حالات موانع العقاب كالجنون والعاهة في العقل اللذين يجعلان الجاني فاقد الشعور والإختيار في عمله وقت ارتكاب الجريمة[35]على أنّ المرض العقلي الذي يوصف بأنه جنون أو عاهة في العقل وتنعدم به المسؤولية الجنائية قانوناً، هو ذلك المرض الذي من شأنه أن يعدم الشعور والإدراك، أما سائر الأمراض والأحوال النفسية التي لا تفقد الشخص شعوره إدراكه فلا تعد سبباً لانعدام المسئولية، .. فالمرض النفسي لا يؤثر في سلامة العقل وصحة الإدراك وتتوافر فيه المسئولية الجنائية .. فالمصاب بالحالة المعروفة باسم الشخصية السيكوباتية وإن عد من الناحية العلمية مريضاً مرضاً نفسياً إلا أنه لا يعتبر في عرف القانون مريضاً بجنون أو عاهة في العقل بما يصح معه اعتباره فاقد الشعور أو الإختيار في عمله[36]

ثالثاً : أن تكون إرادة المجني عليه سليمة خالية من أي عيب أو غلط أو إكراه أو تدليس حتى يعتد بها قانوناً [37]. أي أن يكون الرضا خالياً من العيوب فلا يشوب الإرادة غلط أو خداع أو إكراه، لأن الإرادة المعيبة تتجرد من القيمة القانونية، فالحصول على مال الغير عن طريق الخداع ــ إذا توافرت شروطه ــ يعدّ إحتيالاً ولا يجدي الرضا فيه، وتسليم المال للغير تحت تأثير الإكراه بالسلاح يعد سرقة ولا عبرة بالتسليم ومواقعة امرأة عن طريق الغلط بأن يندس الجاني في سريرها ليلاً، وهي تحت تأثير النوم، فتظن أنه زوجها وتسمح له بالإتصال بها، يشكل جريمة الإغتصاب[38] وكذلك رضا المجني عليه بالجناية في النفس بالقتل أو الجرح إذا كان المجني عليه واقعاً تحت تأثير الإكراه بالقتل بأن يأمر غيره بقتله أو يكره غيره على قتله أو يرضى بقطع جزء من نفسه دون أن يدرك أثر ما رضي به، وعليه نص المشرع على أنه (..لا يعتد بالرضا الذي يصدر من : (أ) شخص تحت تأثير الإكراه، أو الخطأ في فهم الوقائع، إذا كان الشخص الذي وقع منه الفعل عالماً بأن الرضا صدر نتيجة الإكراه، أو الخطأ أو(ب) شخص لا يستطيع إدراك ماهية ما رضي به أو نتائجه بسبب إختلال قواه العقلية أو النفسية .ومن ذلك (أنه يعتبر مرتكباً جريمة القتل من يوهم فتاة بأنه ساحر ثعابين ويستطيع إبطال قدرتها على التسميم فتقبل بناء على ذلك التعرض للدغة الثعبان فيؤدي هذا إلى وفاتها . وقد

أسست المحكمة حكمها على أن المجني عليها لم تكن لتقبل إلا تحت تأثير عدم فهم الحقيقة .[39]

رابعاً : معاصرة الرضا للفعل : يجب أن يكون الرضا حاصلاً قبل وقوع الفعل، أو على الأقل في وقت وقوعه، أما إذا كان الفعل قد وقع بغير رضا المجني عليه ثم حصل الرضا بعد وقوعه، فهذا الرضا لا يكون مانعاً من توافر أركان الجريمة .[40] لذا يتعين أن يكون الرضا معاصراً للفعل الذي تقوم به الجريمة فإذا كان سابقاً عليه فيجب أن يظل قائماً حتى يرتكب هذا الفعل.[41] أما أن يكون الرضا سابقاً لوقوع الفعل أو ملازماً له، لأنه لو تم بعد ارتكاب الجريمة فلا قيمة له، فالرضا اللاحق صفحاً ويؤدي إلى إسقاط الدعوى،[42] . ولا ينتج الرضا أثره إلا إذا كان قائماً وقت ارتكاب الفعل، فإن تراخى عنه كان عديم الأثر، لأن الفعل حين وقع كان غير مشروع فلا ينقلب مباحاً بالرضا اللاحق، وإذا تحقق الرضا قبل وقوع الفعل وجب أن يظل قائماً حتى يدركه الفعل، فإن عدل عنه صاحبه قبل ارتكاب الفعل ــ والعدول عنه قبل ذلك جائز ــ كان الفعل غير مشروع[43]

المطلب الثاني

مجال الإعتداد برضا المجني عليه بالجناية

الأصل أنّ رضا المجني عليه لا يمحو الجريمة ولا يعفي من العقاب لأن العقاب في المسائل الجنائية من حق المجتمع لا من حق الفرد . فمن يقتل آخر أو يصيبه بجراح أو ضربات بناء على طلبه لا يفلت من العقاب .[44]وإنّ تأثير رضا المجني عليه في قانوننا على قيام بعض الجرائم هو من قبيل الإستثناء ولا يمكن بحال أن يُعتبر قاعدة عامة،لأن غاية التجريم والعقاب عامة تستهدف حماية المصلحة العامة بقطع النظر عن هذا الرضاء، ومع ذلك فقد يكون لرضا المجني عليه بعض الأثر في حدود ما تقضي به النصوص[45]أو القواعد العامة فقد يشكل سبباً لتبرير بعض الجرائم، أو يعتبر عنصراً لازماً لبعض أسباب التبرير، أو ينفي وجوده الركن المادي لجرائم معينة، أو يعلق الرضا رفع الدعوى العامة لبعض الجرائم . ونتناول هذه المواضيع في بندين . أ ــ حالات عدم الإعتداء بالرضا. ب ــ حالات الإعتداء بالرضا .

أ ــ حالات عدم الإعتداد بالرضا : يتجرد الرضا من أي قيمة له بالنسبة للجرائم الواقعة على الدولة، والجرائم ذات الأهمية الإجتماعية وذلك على النحو التالي :

أولاً : الجرائم الواقعة على الدولة : من الأمور المتفق عليها أيضاً أن الرضا لا أثر له بوجه عام في مجال الجرائم التي تقع على الدولة بوصفها شخصاً معنوياً عاماً أو على غيرها من الأشخاص المعنوية العامة الأخرى ومنها الجرائم المخلة بأمن الدولة الخارجي، أو الداخلي[46] ــ كالجرائم الموجهة ضد الدولة وأمنها المنصوص عليها في الباب الخامس من القانون الجنائي لسنة 1991م والجرائم المتعلقة بالقوات النظامية، الباب السادس، والفتنة، الباب السابع.. الخ[47]،أو الجرائم الماسة بالثقة العامة كتزوير العملة والأوراق الرسمية، فالمجني عليه ليس أحد الأفراد حتى يفترض أخذ رضائه، بل إن ممثلي الدولة لا يجوز لهم التنازل عن حقوقها ومصالحها العامة لارتباط ذلك بالنظام العام كون أهم خصائص قواعده عدم جواز التنازل عنها.

ثانياً : الجرائم ذات الأهمية الإجتماعية : هناك جرائم تنال بالإعتداء حقوقاً ذات أهمية إجتماعية، وهذه الحقوق تتعلق بالمجتمع ويتوقف على احترامها تحقيق أهداف القانون وغايات المجتمع، فمن غير المعقول أن يخوّل الأفراد سلطة التنازل عن هذه الحقوق، وإهدار ما للمجتمع من غايات وأهداف فيها، ولذا لا يعتد برضا المجني عليه فيها . وأهم هذه الحقوق الحق في الحياة وسلامة الجسم تحت مسمى القتل اشفاقاً، أو القتل الرحيم، أو قتل المرحمة، والصحيح أن رضا المجني عليه بالقتل لا يَعتدّ به القانون لأنه يطال حقٍ المجتمع بالحفاظ على أفراده الذين يتشكل منهم أكثر من كونه حقاً خالصاً للفرد يحق له التصرف فيه[48] وقد ورد أن رضاء الحامل بالإسقاط لا يؤثر في قيام الجريمة . ذلك أن للنفس البشرية حرمة لا تستباح بالإباحة، ومن ثم فإن ذهاب المجني عليها برضاها إلى المحكوم عليه الأول ليجري لها عملية الإسقاط ووفاتها بسبب ذلك لا ينفي خطأ المحكوم عليه المذكور.[49] كما أن الرضا لا أثر له في مجال الجرائم التي تقع مباشرةٍ على حق من حقوق المجتمع الخالصة، أي التي يكون المجني عليه فيها مجموعاً غير محدود من الأفراد، كالجرائم المخلة بالأخلاق العامة، ومنها الفعل الفاضح والتحريض على الفسق والفجور، والجرائم الماسة بالصحة العامة كغش الأغذية والأدوية، أو الماسة بالسلامة العامة كحمل السلاح واستعمال المتفجرات، أو الواقعة على الدين كانتهاك حرمة القبور، أو على الثقة العامة كالتزييف والتزوير[50] ومهما يكن من أمر فإنه يتوقف أثر الرضاء في المسئولية الجنائية على السياسة العقابية التي تنتهجها الدولة وهذا أمر تحدده الفلسفة التي تأخذ بها في نظرية العقاب ومدى تدخلها في شئون الأفراد وحرياتهم إما بحجة حماية الأخلاق أو الأمن العام أو المنفعة العامة .[51]و المشرع السوداني كغيره نص على الرضا وأثره في بعض الجنايات واستثنى بعضها من الرضا والعفو وخفف عقوبة أخرى من القصاص إلى الدية كالقتل الذي يرتكبه الجاني بناءً على رضا المجني عليه فبدلاً من القصاص باعتباره عمداً عدواناً نزل بالعقوبة إلى السجن مدة لا تجاوز سبع سنوات دون مساس بالحق في الدية، وعد القتل قتلاً شبه عمد.[52] ومعلوم أن رضا المجني عليه لا ينفي توافرٍ القصد الجنائي لدى الجاني(وهو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة عالماً بتوافر عناصرها في القانون، كما لا يتوقف قيام هذا القصد أو انتفائه على رضا المجني عليه بوقوع الجريمة عليه، فالرضا الصريح من المجني عليه لا ينفي توافر القصد الجنائي لدى الجاني، ولذا لا يحول ــ بحسب الأصل ــ دون قيام الجريمة . فلا يعد عدم رضا المجني عليه ــ بحسب الأصل ــ عنصراً من عناصر توافر العمد لدى الجاني ولا انتفائه، ولا صلة لهذا الرضا بالتالي بإثبات توافر العمد لديه ولا بنفيه،كما لا صلة له بحسب الأصل بنوع العمد الذي قد يتطلبه القانون ركناً معنوياً في الجرائم العمدية بوجهٍ عام فمن يقتل شخصاً ــ بناءً على طلبه ــ لإنقاذه من آلام داءٍ وبيل يعد قاتلاً عمداً، ولا يحول مثل هذا الباعث الشريف دون توافر القصد)[53] ، وعليه تكون الجريمة مكتملة بركنيها المادي والمعنوي .

ب ــ حالات الإعتداد بالرضا : تتضمن هذه الحالات الآتي :

أولاً : الرضا كسبب لتبرير بعض الجرائم : الجرائم التي تقع على الأشخاص الآخرين ــ سواً كانوا طبيعيين أو معنويين ــ فإن أثر الرضا بها يختلف من حال لحال، ويتحدد أثر الرضا تبعاً لطبيعة الحق الذي ينال منه فعل الفاعل . وهذه الحقوق قسمان : مالية وغير مالية . فأما الحقوق المالية فتقبل الإباحة عن طريق التصرف فيها، ولذلك فالرأي متفق على أن رضا صاحب الحق يبيح للغير المساس به ولا يكون فعل الغير مع الرضا جريمة . فإذا أراد شخص إقامة بناء على أرضه فاستأذن جاره في اقتطاع جزء معين من حديقته وإعداده مؤقتاً ليكون مخزناً لمواد البناء فأذن له فقام على أثر ذلك بقطع ما في هذا الجزء من شجر وإزالة ما به من زرع فإن فعله لا يعد جريمة لأن رضا المالك بإتلاف ماله يحول دون اعتبار فعل المتلف جريمة بل يجعله مباحاً[54] فهناك بعض الجرائم يعد الرضا بوقوعها سبباً لتبريرها، متى كان القانون قد رخص للمجني عليه أن يتصرف في الحق الذي تمسه الجريمة ومن ثم يكون الفعل الصادر من الغير برضا المجني عليه بوقوعه على حقه الشخصي البحت، تصرفاً وتعرضاً لإرادة الغير بموافقة هذه الإرادة السابقة على ذلك، فلا تقوم به جريمة . فمثلاً إن أفعال الهدم والتخريب وإتلاف مال الغير وإفساده وتخريبه[55] إذا وقعت من غير المالك دون رضاه، كانت تعرضاً لإرادة الغير لأنها تمس حقاً شخصياً له وتمثل عدواناً على ملكيته وتقوم بها جريمة . أما إذا رضي المالك بأن يتلف له أحد ماله أو يتصرف بمزروعاته وحيواناته، فإن الجريمة لا تتحقق لأن القانون الجنائي لم يجعلها معاقبة إلا لحماية ملكية صاحبها، فإن تنازل عن هذه الحماية الشخصية فهو حر التنازل في ذلك ولا يتضرر المجتمع من عمل المالك إذا كسر له شخص شيئاً فرضي بذلك، أو أحرقه أمام عينه..الخ.[56] فالأفعال التي تقوم بها الجريمة لا تعد جرائم إلا إذا ارتكبت بغير رضا المالك . فإذا ارتكبها المالك نفسه أو ارتكبها الغير برضائه فهي نوع من التصرف في الحق ولا تقوم بها جريمة فالفعل يتحول من اعتداء على الملكية حينما ينعدم الرضاء إلى تصرف في الشيئ محل الملكية إذا ما توافر الرضاء[57] ومن ذلك مثلاً استعمال القوة الجنائية إذا كانت برضا المجني عليه أما إن كان بغير رضاه فإن القانون يعد ذلك جناية ويعاقب الجاني عن فعله غير المشروع المخالف للقانون .[58]

ثانياً : الرضا كشرط لتوافر بعض أسباب التبرير : توجد بعض أسباب التبرير يُعتبر رضا المجني عليه عنصراً لازماً لقيامها، وهذا يعني أن الرضا ليس هو بذاته سبباً للتبرير، وإنما عنصر أو شرط لازم لإنتاج هذا السبب آثاره، فالعمل الطبي أو الجراحي لا يستمد مصدر تبريره من رضا المريض، ولكن هذا الرضا شرط لا غنى عنه لإباحة العمل، فضلاً عن توافر الشروط الأخرى[59] وقد ورد في القانون اليمني (لا جريمة إذا وقع الفعل من طبيب خبير مرخص له، وكان قصده شفاء المريض، بشرط رضاء المريض أو وليه، واتباع ما تقضي به أصول الطب، ولا حاجة لرضاء المريض أو وليه، إذا كان الفعل ضرورياً إجراؤه في الحال وكانت ظروف المريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، وتعذر الحصول فوراً على رضاء وليه) [60] فقد تكون العملية ضرورية، وقد لا يتسع الوقت للإستشارة، وقد تكون ممانعة المريض صادرة عن جهل بفائدة العملية أو تخوف غير معقول، والواقع أن رضا المجني عليه

ليس العلة الوحيدة في تبرير العمليات الجراحية فإن أعمال الأطباء عامة مباحة والقانون العام يبررها ويحث عليها، بشرط أن يكون القصد منها مشروعاً، وتعتبر كذلك من جهة الفرد إذا كان الغرض منها شفاء مريض، أما إذا كان القصد منها محض التجارب العلمية، فلا محل لتبريرها من وجهة الأفراد، وإن كانت تفيد من الوجهة العامة . وما يتصل بهذا المعنى حكم الإصابات التي تقع للاعبين أثناء الألعاب الرياضية، ككرة القدم، والمصارعة، والملاكمة . والقاعدة أن لا عقاب على هذه الإصابات ولو بلغت حد القتل ما دام اللعب مشروعاً في ذاته، ولم يتجاوز اللاعب الذي أحدث الإصابة حدود النظام وقواعد اللعب.[61](فالعمل الطبي أو الجراحي لا يستمد مصدر تبريره من رضاء المريض، ولكن هذا الرضا شرط لاغنى عنه لإباحة العمل فضلاً عن توافر الشروط الأخرى. والألعاب الرياضية لا يستند تبريرها إلى رضا اللاعب، ولكن شرط تبريرها إرتكاب الفعل أثناء اللعب، وهذا يفترض رضاء المشترك في اللعب مسبقاً)[62] ونرى أن المشرع السوداني عليه أن يستدرك في تعديلاته الجنائية أفعالاً لا تعد جريمة كالتطبيب بضوابطه القانونية والألعاب الرياضية المختلفة وفق قواعدها وأصول ممارستها وأشباهها،والنص على ذلك بكل وضوح حتى يعلم الجميع ماهو مباح وحق فيقومون به وماهو ممنوع قانوناً فيجتنبونه.

ثالثاً : الرضا والركن المادي لبعض الجرائم: رضاء المجني عليه يفقد الجريمة ركناً من أركانها (فبعض الجرائم لا يعد ركنها المادي قائماً إذا رضي المجني عليه بوقوع فعل الإعتداء المكون لها، لأن القانون يعتبر عدم رضا المجني عليه عنصراً من عناصر هذا الركن، فإذا رضي بالفعل الحاصل، تخلف هذا العنصر، وانتفى الركن المادي تبعاً لهذا الرضاء[63]ومثال هذه الجرائم جريمة الإغتصاب، والخطف،والسرقة الحدية، والسرقة، والإتلاف الجنائي، والتعدي الجنائي...الخ[64] فإذا وقعت برضا الطرفين انتفى الركن المادي عندئذ لهذه الجرائم ولا سند لهذا الركن. (ففي هذه الجرائم جميعاً لا يعد رضا المجني عليه سبباً من أسباب التبرير، وإنما هو ركن من أركانها ينفي وجوده وجود الجريمة)[65]

رابعاً : الرضا كشرط لتحريك بعض الدعاوى: يقيد القانون أحياناً حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم بتقديم شكوى من المجني عليه كالإساءة والسباب، ومرور مدة من الزمن بعد وقوع الجريمة، ففي معظم هذه الجرائم يؤثر رضا المجني عليه في الدعوى بعد رفعها عن طريق التنازل عن الشكوى فيترتب على ذلك سقوط الدعوى الجنائية وفي بعضها يجيز القانون التنازل عن الحق بعد صدور الحكم، فيؤدي رضا المجني عليه إلى إيقاف تنفيذ الحكم.[66]

المبحث الثالث

أثر رضا المجني عليه بالجناية في المذاهب الفقهية

المطلب الأول

أثر رضا المجني عليه بالجناية في المذهب الحنفي

إن رضا المجني عليه في الجناية سواء كان الرضا بالقتل كقوله اقتلني أو الرضا بالقطع لعضو من أعضاء الجسم بأن قال له اقطع يدي أو رجلي يؤثر مثل

ذلك الرضا في العقوبة،سواءٍ كانت قصاصاً أو دية، وعليه ورد في المذهب الحنفي (ولو عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس) فلا يضمن شيئا)[67] (وعلى هذا يخرج ما إذا قال الرجل لآخر : اقتلني فقتله أنه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يجب القصاص . وجه قوله أن الأمر بالقتل لم يقدح في العصمة، لأن عصمة النفس مما لا تحتمل الإباحة بحال، ألا ترى أنه يأثم بالقول فكان الأمر ملحقا بالعدم بخلاف الأمر بالقطع، لأن عصمة الطرف تحتمل الإباحة في الجملة فجاز أن يؤثر الأمر فيها.ولنا : أنه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم، لأن الأمر وإن لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة، والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة . وإذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية ؟ فيها روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية تجب، وفي رواية لا تجب، وذكر القدوري - رحمه الله - أن هذا أصح الروايتين، وهو قول أبي يوسف، ومحمد - رحمهما الله -، وينبغي أن يكون الأصح هي الأولى ؛ لأن العصمة قائمة مقام الحرمة، وإنما سقط القصاص لمكان الشبهة، والشبهة لا تمنع وجوب المال، ولو قال اقطع يدي فقطع لا شيء عليه بالإجماع؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، وعصمة الأموال تثبت حقا له، فكانت محتملة للسقوط بالإباحة والإذن ، كما لو قال له : أتلف مالي فأتلفه .[68]

وقد (قال : رحمه الله) العفو عن القطع ، والضربة ، والشجة ، والجراحة يكون عفوا عن السراية وبيانه أن من قطع يد إنسان، أو شجه موضحة فقال المجني عليه عفوت عن القطع، أو عن الشجة، فإن اقتصر جاز العفو بالاتفاق، وإن سرى إلى النفس، فالعفو باطل في قول أبي حنيفة وفي القياس يلزمه النقصان وفي الاستحسان تلزمه الدية في ماله وقال أبو يوسف ومحمد العفو صحيح ولا شيء عليه وأما إذا قال : عفوتك عن الجناية، أو الشجة وما يحدث منها ، أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو بالاتفاق وهما يقولان عفا عن حقه؛ لأنا قد بينا أن بعد السراية الحق ثابت في الطرف فقبل السراية أولى .والدليل عليه أن العفو في الانتهاء كالإذن في الابتداء بدليل أنه لو اقتصر فيهما جميعا لم يضمن شيئا، ثم الإذن في الابتداء بهذه الألفاظ يسقط ضمان السراية فكذلك العفو في الانتهاء، وهو بمنزلة ما لو كان العفو بلفظ الجناية، والدليل عليه هو أن سبب ثبوت الحق الشجة ولولاه لما صح العفو عن الجناية، أو عن الجراحة وما يحدث منها، فإذا عفى عن الشجة صار أصل السبب هدرا، فالسراية التي تنبني عليه تكون هدرا أيضا، والدليل عليه أن معنى قوله عفوتك عن الشجة أي عن موجب هذه الشجة وموجبها القصاص في الشجة إذا اقتصر وفي النفس إذا سرى فيصرف العفو إليهما كما لو قال المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب يكون ذلك إبراء عن الضمان الواجب بالغصب ، وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها .[69]ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوهٍ وفاقاً وخلافاً، آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمداً فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث[70]

يتبين مما سبق بيانه أن أثر رضا المجني عليه في الجناية على النفس يسقط القصاص لشبهة العفو،ويوجب الدية عند الحنفية في أصح الروايتين، كما أن الإذن بالقطع والعفو عنه يسقط القصاص فيما دون النفس وكذا النفس إن سرى لها بالقطع،كأن يقول له عفوتك عن الجناية أو الشجة وما يحدث منها أو عن القطع وما يحدث منه فإنه يصح العفو بالإتفاق ولا قصاص ولادية .

المطلب الثاني
أثررضا المجني عليه بالجناية في المذهب المالكي

ورد في المذهب (ولو) (قال) المقتول لقاتله (إن قتلتني أبرأتك) فقتله .وكذا إن قال له بعد جرحه قبل إنفاذ مقتله أبرأتك مندمي فلا يبرأ القاتل بذلك بل للولي القود؛ لأنه أسقط حقا قبل وجوبه، ولذا لو أبرأه بعد إنفاذ مقتله، أو قال له إن مت فقد أبرأتك برئ؛ لأنه أسقط شيئا بعد وجوبه، وكذا إن قال له اقطع يدي ولا شيء عليك فله القصاص إن لم يستمر على البراءة بعد القطع ما لم يترام به القطع حتى مات منه فلوليه القسامة، والقصاص، أو الدية[71] . وقد ورد (ولو قال إن قتلتني أبرأتك) هذا في معنى الغاية للقود أي أن القصاص ثابت ولو قال المقتول للقاتل إن قتلتني أبرأتك ففعل فإن القاتل لا يبرأ بذلك ويقتل به لأن الحق بعد الموت انتقل للوارث، وكذلك لو قال له اقتلني ابتداء لأنه عفا عن شيء لم يجب له، أما إن قال له إن قطعت يدي مثلا فقد أبرأتك ففعل فإنه يبرأ بذلك ولا قصاص عليه ولكن عليه الأدب ما لم يترام به الجرح للموت وإلا فلوليه القسامة والقتل أو أخذ الدية . وكلام المؤلف ظاهر فيما إذا وقع الإبراء قبل إنفاذ المقاتل، وأما إن قال له بعد إنفاذ مقاتله أبرأتك من دمي أو إن مت فقد أبرأتك من دمي فإنه يبرأ منه قاله في شرح الرسالة. (قوله فإنه يبرأ) أي بالغا أو غيره ولا يقتل وليس عليه إلا الأدب إن استمر على البراءة وإن رجع فينبغي قبوله لأنه أسقط حقا قبل وجوبه فيقطع القاطع.[72] كما ورد (فلو أذن في قطع يده عوقب ولا قصاص)[73] يظهر مما تقدم أن رضا المجني عليه بالجناية على النفس لدى المالكية لا أثر له على وجوب القصاص على الجاني ــ القاتل ــ ،وعليه يقتص من الجاني رغم إذن المجني عليه له بالجناية ورضائه بها، وتعليل ذلك أن الإذن أو الرضا بالجناية صدر بإسقاط حق قبل وجوبه .ومع ذلك يكون للرضا أثره ويصح في النفس إن قال له بعد إنفاذ مقاتله أبرأتك من دمي أو إن مت فقد أبرأتك من دمي فإنه يبرأ منه ولا قصاص .وبذلك يفرق المالكية بين الرضا قبل وقوع الفعل بإنعقاد سببه وإنفاذ مقتله، وبين الرضا اللاحق بعد انعقاد سببه وإنفاذ مقتله.

أما الجناية فيما دون النفس بأن قال المجني عليه للجاني إن قطعت يدي فقد أبرأتك فقطع الجاني يد المجني عليه فلا شيء على الجاني ويصح العفو ولا قصاص عليه، مالم يترام به القطع أو الجرح للموت أي أن لا تسري إلى النفس وإلا فلوليه القسامة والقصاص أو الدية. أما المشرع السوداني فقد عد من بين مسقطات القصاص إذا وقعت الجراح برضا المجني عليه ولكنه حينما نص على الرضا

استثنى الأفعال التي يحتمل أن تسبب الموت أو الأذى الجسيم من حالة الرضا. وبذلك يفهم منه ثبوت الدية وسقوط القصاص .

المطلب الثالث

أثر رضا المجني عليه بالجناية في المذهب الشافعي

ذُكر في المذهب الشافعي:(ولو قال) حر مكلف (رشيد) أو سفيه لآخر (اقطعني) أي يدي مثلا (ففعل فهدر) لا قصاص فيه ولا دية للإذن فيه هذا إن وقف القطع (فإن سرى) للنفس (أو قال) له ابتداء (اقتلني) فقتله (فهدر) في الأظهر للإذن (وفي قول تجب دية) الخلاف مبني على أن الدية ثبتت للميت ابتداء في آخر جزء من حياته ثم يتلقاها الوارث، أو ثبتت للوارث ابتداء عقب هلاك المقتول، إن قلنا بالأول وهو الأصح لم تجب، وإلا وجبت (ولو قطع) بضم أوله عضو من شخص يجب فيه قود (فعفا) المقطوع (عن قوده وأرشه، فإن لم يسر) القطع بأن اندمل (فلا شيء) من قصاص أو أرش لإسقاطه الحق بعد ثبوته.

تنبيه : تصوير المصنف هذه المسألة بما إذا عفا عن مجموع الأمرين للاحتراز عما في الروضة من أنه لو قال عفوت عن هذه الجناية ولم يزد كان عفوا عن القود على النص أي وفي الأرش الخلاف المار واحترز بقوله ولو قطع عما إذا كانت الجناية بجرح لا يوجب القصاص كالجائفة فعفا المجني عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية إلى نفسه فلوليه أن يقتص في النفس لأنه عفو عن القود فيما لا قود فيه فلم يؤثر العفو،وحكى الإمام فيه الاتفاق ثم أبدى فيه احتمالا لنفسه (وإن سرى) للنفس كما في المحرر (فلا قصاص) في نفس ولا طرف لأن السراية تولدت من معفو عنه فصارت شبهة دافعة للقصاص أما إذا سرى إلى عضو آخر فلا قصاص فيه وإن لم يعف عن الأول كما مر[74] ولو قال حر لحر أو قن اقتلني أو اقتلني وإلا قتلتك فقتله المقول له فالمذهب أنه لا قصاص عليه للإذن له في القتل وإن فسق بامتثاله والقود يثبت للمورث ابتداء كالدية ولهذا أخرجت منها ديونه ووصاياه والطريق الثاني ذات قولين ثانيهما يجب القصاص لأن القتل لا يباح بالإذن فأشبه ما لو أذن له في الزنا بأمته والأظهر أنه لا دية عليه لأن المورث أسقطها أيضا بإذنه نعم تلزمه الكفارة والإذن في القطع يهدره وسرايته كما يأتي والثاني تجب ولا يؤثر إذنه ومحل ما تقرر في النفس فلو قال له اقطع يدي فقطعها ولم يمت فلا دية ولا قود جزما ومحله أيضا عند تمكنه من دفعه بغير القتل فإن قتله دفعا انتفى الضمان جزما[75] وكذا(لو قال الرجل اقطع يدى فقطع يده فلا قود على القاطع ولا دية، لانه أذن له في اتلافها، فهو كما لو أذن له في أتلاف ماله فأتلفه، وان قال له اقتلني أو أذن له في قطع يده فقطعها فسرى القطع إلى نفسه فمات لم يجب عليه القود.وأما الدية فقال أكثر أصحابنا يبنى على القولين متى تجب دية المقتول فإن قلنا تجب في آخر جزء من أجزاء حياته لم تجب ههنا.وان قلنا انها تجب بعد موته وجبت ديته لورثته.قال ابن الصباغ.وعندي في هذا نظر لان هذا الاذن ليس بإسقاط لما يجب بالجناية، ولو كان اسقاطا لما سقط، كما لا يصح أن يقول له أسقطت عنك ما يجب لي بالجناية أو اتلاف المال، وانما سقط لوجود الاذن فيه، ولا فرق بين النفس فيه والأطراف، وهذا يدل أن الدية تسقط عنده قولا واحدا، وان قصده فمات - فان كان بغيره أمره

- وجب عليه القود، وان كان بأمره لم يجب عليه قود ولا دية واحدا لان القصد مباح بخلاف القتل.[76]

والراجح في المذهب الشافعي أن رضا المجني عليه بالجناية سواء في النفس أو فيما دون النفس له أثره ومن ثم لا قصاص ولا دية على الجاني للإذن بالجناية وفعله هدر. على خلاف المشرع السوداني الذي يرى أن الرضا بالجناية لا تطبق على الأفعال التي يحتمل أن تسبب الموت أو الأذى الجسيم.

المطلب الرابع

أثر رضا المجني عليه بالجناية في المذهب الحنبلي

يرى فقهاء المذهب الحنبلي أن الرضا بالجناية له أثره سواء في النفس أو ما دون النفس ولذلك ورد (ولو قال مكلف غير قن لغيره اقتلني أو اجرحني) ففعل فهدر (أو) قال مكلف لغيره (اقتلني وإلا قتلتك ففعل فدمه هدر وجرحه هدر) لأن الحق له فيه وقد أذنه في إتلافه كما لو أذنه في إتلاف ماله (ولو قاله) أي اقتلني أو اجرحني أو اقتلني وإلا قتلتك (قن) ففعل (ضمنه القاتل لسيده بمال) أي بقيمته أو أرش الجراحة لأن إذن القن في إتلاف نفسه لا يسري على سيده[77] .(فإن قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له في سرايتها قصاص، ولا دية . وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية، ..وقال أصحاب الشافعي : إذا قال : عفوت عن الجناية، وما يحدث منها . ففيه قولان ؛ (أحدهما): أنه وصية، فيبنى على الوصية للقاتل، وفيها قولان؛ (أحدهما): لا يصح، فتجب دية النفس، إلا دية الجرح .(والثاني): يصح، فإن خرجت من الثلث سقط، وإلا سقط منها ما خرج من الثلث، ووجب الباقي .(والقول الثاني) ليس بوصية؛ لأنه إسقاط في الحياة، فلا يصح، وتلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

ولنا، أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه، فسقط، كما لو أسقط الشفعة بعد البيع.[78] ولذلك قال (وإذا جنى عليه جناية، توجب القصاص فيما دون النفس، فعفا عنها، ثم سرت إلى نفسه، فلا قصاص فيها، لأن القصاص لا يتبعض، وقد سقط في البعض، فسقط في الكل[79] ويؤيد ذلك قوله :(وإن عفا) المجروح (عن قاتله بعد الجرح صح سواء كان) العفو (بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غير ذلك) لأنه إسقاط للحق فصح بكل لفظ يؤدي معناه (فإن قال) ولي الجناية : (عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح) العفو لأنه إسقاط للحق بعد انعقاد سببه (ولم يضمن) الجاني (السراية) للعفو عنها (فإن كان) الجرح (عمدا لم يضمن) الجاني (شيئا).[80] كما ورد (وإن عفا عن قاتله بعد الجرح، صح) لأنه أسقط حقه بعد إنعقاد سببه، فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع، وكعفو وارثه بعد موته، وسوا كان عمداً أو خطأ، أو كان العفو بلفظه أو الوصية، لأن الحق له، فصح عفوه عنه كماله، وعنه في القود إن كان الجرح لا قود فيه لو بعد الجرح، صح،[81] ويعلل الحنابلة سقوط القصاص والدية بقولهم.. أَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِهِ ، فَسَقَطَ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الشُّفْعَةَ بَعْدَ الْبَيْعِ ،وبذلك يكون للرضا بالجنَايَةَ أثره في سقوط القصاص والدية عند الحنابلة سواء في النفس أم فيما دون النفس حتى وإن سرى القطع للنفس وهو رأي لم يأخذ به المشرع السوداني .

الخاتمة :

أولاً : النتائج :

1. لم يعرف المشرع السوداني الرضا تعريفاً اصطلاحياً يميزه عن غيره وإنما اكتفى بالتعريف اللغوي له فقط وهو القبول .
2. لم ينص المشرع السوداني على شروط الرضا المعلومة والظاهرة لدى فقهاء القانون بعد التعريف الإصطلاحي للرضا وإنما نص على أوصاف أخرجها من الرضا يمكن إدخالها في عوارض الأهلية أو عدم كمالها .
3. أخذ المشرع السوداني بوجوب الدية في جناية القتل بناء على رضا المجني عليه من أحد قولين في المذهب الحنفي وقد انفرد بالسجن كعقوبة إضافية .
4. للرضا أثر في مجال الإعتداد برضا المجني عليه بالجناية في بعض الجرائم دون بعضها حسب تقسيم فقهاء القانون للجرائم وهو تقسيم لم يأخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية .
5. اعتبر المشرع السوداني القتل بناء على رضا المجني عليه شبه عمد وأوجب فيه الدية والسجن . وهو رأي انفرد به عن فقهاء الشريعة الإسلامية
6. أثر رضا المجني عليه في الجناية على النفس يسقط القصاص لشبهة العفو، ويوجب الدية عند الحنفية في أصح الروايتين، والإذن بالقطع والعفو عنه يسقط القصاص فيما دون النفس وكذا النفس إن سرى لها بالقطع .
7. رضا المجني عليه بالجناية على النفس لدى المالكية لا أثر له على وجوب القصاص على الجاني ــ القاتل ــ ، وعليه يقتص من الجاني رغم إذن المجني عليه له بالجناية ورضائه بها، وتعليل ذلك أن الإذن أو الرضا بالجناية صدر بإسقاط حق قبل وجوبه، وللرضا أثره إن صدر بعد إنفاذ مقاتله .
8. الراجح في المذهب الشافعي أن رضا المجني عليه بالجناية سواء في النفس أو فيما دون النفس له أثره ومن ثمّ لا قصاص ولا دية على الجاني للإذن بالجناية وفعله هدر.
9. للرضا بالجناية أثره في سقوط القصاص والدية عند الحنابلة سواءً في النفس أم فيما دون النفس حتى وإن سرى القطع للنفس .

ثانياً : التوصيات:

1. أن يضاف في تعريف الرضا بعدٍ يعني القبول ...لفظ من ذي أهلية ..وإضافة وصف لحالة الرضا وشروط تجعل منهما تعريفاً جامعاً مانعاً
2. حذف فقرة.. ولا يعتد بالرضا الذي يصدر من...لأنها أوصاف لبعض الحالات السالبة في نفي كمال الأهلية وليست شاملة لها
3. أن يتبع المشرع السوداني في حالة الرضا بالجناية الرأي الراجح من أحد المذاهب الفقهية الأربعة دون التلفيق بإضافة عقوبة أخرى
4. استحداث نص في القانون الجنائي يخرج من المسئولية حالة التطبيب عند ممارسة التطبيب بضوابطه، والألعاب الرياضية بشتى مسمياتها عند

ممارستها وفق القواعد الموضوعة لها فهي تدخل في معنى الرضا أو إجازة القانون .

5. نوصي الباحثين عامة والقانونيين خاصة بمزيد من الإطلاع والتعمق والتمحيص في كتب الفقه الإسلامي الأصيلة لمزيد من المعرفة وإبراز دور المدرسة الإسلامية في الجنايات خاصة والقانون عامة وسبقها لغيرها من دور المدارس والمعارف الأخرى. وإظهار التقدم العلمي الإسلامي .

الهوامش :

1. صحيح مسلم بشرح الإمام النووي الناشر مؤسسة مناهل العرفان ــ بيروت ــ لبنان ــ توزيع مكتبة الغزالي ــ دمشق ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع، ص 203 حديث رقم 486
2. سورة لم يكن (البيّنة) الآية 8
3. الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الناشر مؤسسة مناهل العرفان،بيروت، توزيع مكتبة الغزالي، دمشق،المجلد العاشرـالجزء التاسع عشر ــ ص 146
4. لسان العرب لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة مطابع كوستاتسوماس وشركاه الجزء التاسع عشر،ص 38، 39
5. سورة الحاقة، الآية 22
6. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تأليف أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، 1415ه ــ 1995م،المجلد الرابع عشر،الجزء الثامن والعشرين، ص 76
7. القاموس المحيط : لمجدالدين الفيروزأبادي، دار الحديث القاهرة، المجلد الرابع، ص 334، 335
8. سورة المائدة، الآية 3
9. 1الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، المجلد التاسع، الجزء السادس، ص 63
10. المعجم الوسيط، قام بإخراج هذه الطبعة الدكتور إبراهيم أنيس، الدكتور عبدالحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمدخلف الله أحمد الطبعة الثانية،1392 ــ 1972م، المجلد 1ــ2، ص 375
11. استعمال الحق كسبب للإباحة : الدكتور عثمان سعيد عثمان، القاهرة 1968م، ص 453
12. قانون العقوبات : تأليف محمد محي الدين عوض، الطبعة العالمية 1974م ص 54
13. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، 2000م، ص 196
14. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، 2000م، ص 200
15. استعمال الحق كسبب للإباحة : الدكتور عثمان سعيد عثمان، ص 454

16. انظر : المادة 3 من القانون الجنائي لسنة 1991م، تعديل 2015م
17. المادة 17 من القانون نفسه
18. شرح قانون العقوبات المصري الجديد : الدكتور محمد كامل مرسي باشا، والدكتور السعيد مصطفى السعيد، الطبعة الثالثة 1365هـ ــ 1946م، مطبعة مصرية شركة مساهمة مصرية، الجزء الأول، ص 483
19. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية ، الطبعة الأولى 1431هـ ــ 2010م مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ص 459
20. قانون العقوبات : القسم العام الدكتور عبود السراج الطبعة السابعة منشورات جامعة دمشق، 1413هـ 1414هـ ، 1993م، 1994م، ص 366
21. شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ــ دراسة مقارنة ــ : الأستاذ الدكتور كامل السعيد،الطبعة الأولى 2002م، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 197
22. شرح قانون العقوبات الأردني ، القسم العام ، د محمد صبحي نجم ، الطبعة الثانية 1991م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ص 89
23. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، ص 196، 197
24. القانون الجنائي الإسلامي السوداني، شرح القسم العام والحدود تأليف القاضي عوض الحسن النور، دار هايل للطباعة والنشر ــ الخرطوم - رقم الإيداع 131 / 91 ــ 92، ص 66
25. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية، ص 465
26. انظر : المادة 17 من القانون الجنائي لسنة 1991م
27. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، ص 197، 198
28. شرح قانون العقوبات المصري الجديد : الدكتور محمد كامل مرسي باشا، والدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص 485
29. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، ص 198
30. شرح قانون العقوبات الأردني ، القسم العام ، د محمد صبحي نجم، ص 90
31. مرة القضية: م ع/ ط ج/545 /2000مالمحكمة: المحكمة العليا العدد: 2000
32. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية، ص 464
33. انظر : المادة 3 من القانون الجنائي لسنة 1991م .
34. التعليق على قانون العقوبات ــ في ضو الفقه والقضاء ــ المستشار مصطفى مجدي هرجة، الطبعة الثانية، مكتبة رجال القضاء، ص 359
35. قانون العقوبات ــ تشريعاً وقضاءً في مائة عام ــ دكتور حسن صادق المرصفاوي، الطبعة الثالثة 2001م، الناشر : منشأة المعارف بالأسكندرية، جلال حزي وشركاه، ص 262، 263
36. شرح قانون العقوبات الأردني ، القسم العام ، د محمد صبحي نجم، ص 90

37. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية، ص 464
38. استعمال الحق كسبب للإباحة : الدكتور عثمان سعيد عثمان، ص 459
39. شرح قانون العقوبات المصري الجديد : الدكتور محمد كامل مرسي باشا، والدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص 484
40. شرح قانون العقوبات الأردني ، القسم العام ، د محمد صبحي نجم، ص 90، 91
41. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية، ص 464، 465
42. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، ص 199
43. الموسوعة الجنائية ــ تأليف ــ جندي عبد الملك، الناشر دار إحياء التراث العربي، بيروت ــ لبنان، 1976م، مؤسسة فؤاد بعينو للتجليد، الجزء الأول ــ ص 538
44. من ذلك مثلاً - جريمة القوة الجنائية فقد نص على أنه يعد مرتكباً جريمة استعمال القوة الجنائية من يستعمل القوة مع أي شخص آخر دون رضاه قاصداً ارتكاب أي جريمة أو ليسبب لذلك الشخص ضرراً أو خوفاً أو مضايقة ويعاقب بالسجن مدة لا تجاوز سنة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً ــ انظر : المادة 143 من القانون الجنائي لسنة 1991م
45. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية، 2000م، ص 191
46. انظر المادة 50 وما بعدها من القانون الجنائي لسنة 1991م
47. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية ، ص 460، 461
48. قانون العقوبات ــ تشريعاً وقضاءً في مائة عام ــ دكتور حسن صادق المرصفاوي، الطبعة الثالثة 2001م، الناشر : منشأة المعارف بالأسكندرية، جلال حزي وشركاه، ص 1036
49. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، ص 191
50. استعمال الحق كسبب للإباحة : الدكتور عثمان سعيد عثمان، ص455
51. انظر : المادة 131 بفقراتها، من القانون الجنائي لسنة 1991م
52. مبادئ القسم العام من التشريع العقابي : تأليف الدكتور رءوف عبيد، الطبعة الثالثة 1966م، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، ص 267
53. قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د عوض محمد، ص 193
54. انظر المادة 182 من القانون الجنائي لسنة 1991م حيث نص على أنه (يعد مرتكباً جريمة الإتلاف الجنائي من يتسبب في إفساد مال أو تخريبه أو يغير فيه أو في موقعه بحيث يتلفه أو ينقص من قيمته أو منفعته أو يؤثر فيه تأثيراً ضاراً قاصداً بذلك أن يسبب خسارة غير مشروعة أو ضرراً للجمهور أو أي شخص أو مع علمه بأنه يحتمل أن يسبب ذلك)

55. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية ، ص 462
56. شرح قانون العقوبات الأردني ، القسم العام ، د محمد صبحي نجم، ص 90
57. انظر:المادة 143- من القانون الجنائي لسنة 1991م حيث نص على أنه (يعد مرتكباً جريمة استعمال القوة الجنائية من يستعمل القوة مع أي شخص آخر دون رضاه قاصداً ارتكاب أي جريمة أو ليسبب لذلك الشخص ضرراً أو خوفاً أو مضايقة ويعاقب بالسجن مدة لا تجاوز سنة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً
58. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية، والمحامي هيثم سمير عالية، ص462
59. المادة 32 من قانون العقوبات اليمني لسنة 1994م، قانون رقم 12 لسنة 1994م .
60. شرح قانون العقوبات ــ القسم الخاص ــ تأليف أحمد أمين، الطبعة الثالثة، مكتبة النهضة، بيروت ــ بغداد، ص 391 ، 392
61. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية ، ص462
62. الوسيط في شرح قانون العقوبات ــ القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية،ص 462
63. انظر المواد 149، 162، 170، 174، 182، 183، من القانون الجنائي لسنة 1991م
64. قانون العقوبات : القسم العام الدكتور عبود السراج، ص 365
65. الوسيط في شرح قانون العقوبات ،القسم العام ــ د سمير عالية ، والمحامي هيثم سمير عالية، ص 463
66. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ــ لبنان، 1415هـ ــ 1995م، الجزء السابع، ص 131
67. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع تأليف الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الطبعة الثالثة 1421هـ ــ 2000م، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ــ لبنان، الجزء السادس، ص 277
68. انظر : كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ــ لبنان، 1409هـ ــ 1989م، المجلد الثالث عشر، الجزء السادس والعشرون، ص 154، 155،
69. شرح فتح القدير المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تأليف شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي وهي تكملة شرح فتح القدير للإمام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي،

الطبعة الأولى 1415هـ ــ 1995م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الجزء العاشر، ص 276، 277

70. حاشية الدسوقي للعالم العلامة الشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي على الشرح الكبير للشيخ إبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير الطبعة الثانية، 1424هـ ــ 2003م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، المجلد السادس، ص 180
71. حاشية الخرشي الإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، على مختصر سيدي خليل الإمام العلامة خليل بن إسحاق بن موسى المالكي الطبعة الأولى 1417هـ ــ 1997م، دار الكتب العلمية بيروت ــ لبنان، الجزء الثامن، ص 139
72. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، الطبعة الأولى 1416هـ ــ 1995م، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان، الجزء الثامن، ص 297
73. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : شرح الشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي، دار الفكر المجلد الرابع، ص 50، 51
74. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج تاليف شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير،دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1414هـ ــ 1993م، الجزء السابع،ص 260، 261
75. المجموع شرح المهذب للإمام أبي زكريا محيى الدين بن شرف النووين دار الفكرللطباعة والنشر والتوزيع، المجلد الثامن عشر ص 397
76. كشاف القناع : للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، عن متن الإقناع : للإمام موسى بن أحمد الحجّاوي الصالحي، الطبعة الأولى 1418هـ ــ 1997م، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان، الجزء الخامس، ص 610
77. المغني تأليف الشيخ الإمام العلامة ابن قدامة ويليه الشرح الكبير تأليف الشيخ الإمام ابن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان، الجزء التاسع ص 472
78. الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل : تأليف شيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، زهير الشاويش صاحب المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بيروت، الجزء الثالث،ص 53
79. كشاف القناع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، عن متن الإقناع : للإمام موسى بن أحمد الحجّاوي الصالحي، الطبعة الأولى 1418هـ ــ 1997م، دار الكتب العلمية ، بيروت ــ لبنان، الجزء الخامس، ص 642
80. المبدع شرح المقنع : تأليف أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، الطبعة الأولى 1418هـ ــ 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت ــ لبنان، الجزء السابع،ص 246، 247 .