قواعد العدالة والوجدان السليم في قانون الإجراءات المدنية 1983م

سامي عبد الحميد إبراهيم أحمد

جامعة النيلين

مجلة كلية الدراسات العليا

الرقم الدولي الموحد: 1858-6228

المجلد: 16 ، 2021م
العدد: 01

كلية الدراسات العليا
جامعة النيلين

Graduate College Journal – NU
Vol.15 -2020, No. (1)
ISSN: 1858-6228, http://www.neelain .edu.sd

مجلة الدراسات العليا - جامعة النيلين
المجلد (16) –2021، العدد (1)
الرقم الدولي الموحد للدوريات: 1858-6228

قواعد العدالة والوجدان السليم في قانون الإجراءات المدنية 1983م

سامي عبد الحميد إبراهيم أحمد
كلية الشريعة والقانون - جامعة القران الكريم والعلوم الإسلامية

المستخلص

يستقصي هذا البحث دراسة فكرتي العدالة والوجدان السليم في قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م وتظهر أهمية هذا البحث من كونه يمثل الناحيتين الفلسفية والقانونية للاجراءات. ولتحقيق أهداف هذا البحث استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن الموضوعي، بالإضافة إلى المنهج الوصفي فيما يتعلق بالفقه الوضعي أملاً في الوصول إلى الحقائق العلمية وقد تناول البحث القواعد والمبادئ القانونية التي يمكن أن تسد النقص عند غياب النص في القوانين الخاصة ذات الصلة، إضافة إلى تناول المعنى المقصود بقواعد العدالة والوجدان السليم في النظام القانوني السوداني، بجانب الضوابط والمعايير التي يرجع إليها في تحديد المعنى المقصود منهما مع محاولة بيان طبيعتهما كمصادر للقانون الخاص في حالة غياب النص. وقد أظهرت نتائج البحث أن هناك فرق بين مصادر القاعدة القانونية والمبادئ القانونية والغاية التي يهدف القانون إلى تحقيقها، وأن العدالة غاية يهدف القانون للوصول إليها وليس مصدراً للقاعدة كما أن لها معاني ودلالات مختلفة تختلف بإختلاف الأنظمة القانونية والفلسفات التي تتبناها. كما دلت النتائج على أن قواعد الوجدان السليم لا تنشئ قواعد قانونية وإنما يقتصر دورها على تقرير المبادئ القانونية، كما إنها تختلف عن مفهوم الفطرة السليمة التي قررتها الشريعة الإسلامية. تنعكس النتائج التي أسفر عنها البحث في التوصية بتعديل قانون الاجراءات المدنية بحذف عبارة قواعد العدالة والوجدان السليم من نص المادة 2/6 والمادة 7/3 من قانون أصول الأحكام 1983م، والاكتفاء فقط بالإحالة لقواعد الشريعة الإسلامية مع إضافة عبارة(قواعد) لتصبح قواعد الشريعة الإسلامية لضبط النص وتقييده مما يرفع اللبس والغموض عند تطبيق.

الكلمات المفتاحية: العدالة – القانون –الوجدان السليم.

مقدمة

يمكن القول إن الشعور بالعدالة قديم عند الإنسان رغم حيرته في معرفة مصدره وبقي كذلك حتى وقتنا الحالي لايزال الإنسان يتساءل هل العدالة فطرية أم مكتسبة وهل يمكن وضع معيار محدد وواضح عما هو عادل وماهو ليس بالعادل؟

ومن ثمة فإن مشكلة تحقيق العدالة في الحقيقة والواقع عن طريق قصد العدالة في ذاتها أو عن طريق الوجدان السليم(القانون الطبيعي) إرتبط أرتباطاً أساسياً بمسألة القضاء ودوره في تطبيق القانون أو مايسمي بالتطبيق العادل للقانون مع ارتباطها أيضاً بالعدالة التشريعية فالتشريعات أيضاً يفترض فيها أنها تحقق العدالة، لذا فإنه يمكن القول أن الفكرة الأساسية التي شغلت الإنسان إن لم تكن الأساس ومازالت تشغله وستشغله هي فكرة العدالة وسبل تحقيقها وآليات الوصول إليها وبصفة خاصة، مايطلق عليه بالوجدان السليم أو القانون الطبيعي.

وقد وجد قضاة السودان أنفسهم ملزمين بتحقيق هذه العدالة والوصول إليها في حالة غياب النص التشريعي ودون أن يضع لهم المشرع معياراً يعينهم على ذلك فتعددت الآراء وتنوعت وانفتح الباب علي مصراعيه للإجتهاد في هذه المسألة الحساسة والمهمة، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل أصبح يتم الرجوع لقواعد العدالة والوجدان السليم باعتباره مصادر للقاعدة القانونية في حالة غياب النص ولتغطي النقص والقصور الناتج عن عدم معالجة التشريع لبعض المشكلات والمراكز القانونية فالمادة السادسة من قانون الإجراءات المدنية1983م تنظم حكم الحالات التي لا يوجد نص صريح يمكن تطبيقه عليها وهي لاتقتصر على ذلك فقط ، بل تضع القاعدة الواجبة التطبيق على كل الحالات التي لها نص بموجب القانون المذكور، لذا فإنه كان لزاما التطرق لفكرتي العدالة والوجدان السليم ومدى مصدريهما في النظام القانوني السوداني في محاولة لاستجلاء حقيقتهما وتوضيح مهماتهما نظراً لأهميتهما لدى المجتمع بصفة عامة القضاء بصفة خاصة بتسليط الضوء عليهما، فالمكتبة القانونية السودانية تعاني فراغاً كبيراً في معالجة مثل هذه الموضوعات الحساسة في ظل عدم وجود مذكرة تفسيرية لقانون الإجراءات المدنية 1983م، ومن أن عمل القضاء في الأصل تفسير القاعدة

القانونية وتطبيقها إلا أنه قد يقوم هنا في ظل المادة السادسة المشار إليها في بعض الأحيان إلى خلق قاعدة قانونية جديدة.

مشكلة البحث

تغطي قواعد العدالة والوجدان السليم النقص والقصور الناتج عن غياب النص في كل فروع القانون الخاص ويتم الرجوع إليها كمصادر احتياطية للقاعدة القانونية في فروع القانون الخاص، فهل تصدق عليها صفة المصدرية في إنشاء قواعد قانونية إضافة إلى دورهما في قانون الإجراءات المدنية 1983م بصورة مبهمة وغير واضحة المعالم فلا يوجد معيار ولا ضابط يحدد ويبين ما المقصود بالعدالة والوجدان السليم، وتحديد المرجع فيهما فضلاً عن استخدامهما كمصدر للقوانين الخاصة في حالة غياب النص.

منهج البحث

يتبع الباحث المنهج الموضوعي الذي يجمع بين الاستقراء والاستنباط أملاً في الوصول للحقائق العلمية.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث في المباحث التالية: إلى بيان وتوضيح المعنى المقصود بقواعد العدالة والوجدان السليم ومدى مصدريتهم في النظام القانوني السوداني كما يحاول استجلاء الضوابط والمعايير التي يرجع إليها في تحديد المعنى المقصود منهما مع محاولة بيان طبيعتهما كمصادر للقانون الخاص في حالة غياب النص، وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: التعريف بمصدر القاعدة القانونية مع بيان الفرق بين المصدر المبدأ القانوني والغاية من القانون

المطلب الأول: التعريف بمصدر القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: التفرقة بين مبادئ لقانون ومصادر القانون.

المطلب الثالث: التميز بين مصادر القانون والغاية من القانون.

المبحث الثاني: قواعد العدالة كمصدر للقاعدة القانونية في حالة غياب النص في قانون الإجراءات المدنية 1983م.

المبحث الثالث: الوجدان السليم كمصدر للقاعدة القانونية في حالة غياب النص في قانون الإجراءات المدنية 1983م.

المبحث الأَّول

التعريف بمصدر القاعدة القانونية مع بيان الفرق بين المصدر المبدأ القانوني والغاية من القانون

لما كانت ماهية المصطلح لا تتضح إلا من خلال بيان معناه وتحديده مضمونه وتميزيه عن غيره من المصطلحات التي قد تدل على معاني ومفاهيم، قد يبدو أنها متماثلة معه في بعض دلالته ولتبدو ملامحه وطبيعته واضحة تحدد معانيه، لذا فإن هذا المبحث يُوجب التعريف بمصدر القاعدة القانونية، كمصطلح قانوني ذو دلالة معينة ويهدف إلى معنى معين، ومن ثم التمييز بينه وبين غيره من المصطلحات التي قد تشترك معه في التعبير عن بعض المعاني المشابهه أو القريبة منه.

المطلب الأَّول

التعريف بمصدر القاعدة القانونية

المصدر في اللغة مَصْدَر :جمع مَصَادِرُ ومصدر الشيء أَيْ أَصْلُهُ، مَنْبَعُهُ، مَرْجِعُهُ، ومَكَانُ صُدُورِهِ[1]، ويطلق أيضاً على السبب المنشئ والإصدار يطلق ويراد به الخلق والإنشاء، فمصدر القاعدة القانونية، إذاً يعني السبب ينشئ ويخلق القاعدة القانونية ويكسب الأمر و النهي صفة الإلزام[2] .

إلا أن مصطلح مصدر القاعدة القانونية يعني عند فقهاء القانون أكثر من ذلك، فيمتد ليشمل عدة معاني فيقصد به أيضاً المصدر الموضوعي للقاعدة القانونية أي الحقائق التي إستمد منها المشرع مضمون القاعدة القانونية، وهذا الحقيقة قد تكون حقيقة اجتماعية، أو سياسية، أو اقتصادية أو حتى قانونية أستوحي منها المشرع القاعدة القانونية التي عَبر عنها في شكل تشريع[3].

ويظهر جلياً الفرق بين مضمون القاعدة القانونية والسبب الذي أنشأ القاعدة القانونية وأكسبها صفة الإلزام، إذن فالمصدر غير المضمون، والذي هو جوهر الشيء فمضمون القاعدة القانونية هو ما تضمنته القاعدة القانونية من أوامر ونواهي ومعاني ضُمنت في متن القاعدة القانونية[4] إذاً فإن المضمون لاينشئ لأن القاعدة القانونية إنما تنشئ من إرادة المشرع (التشريع) ومن السلوك الذي تواتر عليه أفراد المجتمع مع شعورهم بإلزامية هذا السلوك وترسخه في ضميرهم-(العرف).

أما المضمون فهو ماتضمنته تلك الإرداة، أو ذلك السلوك من معاني وأوامر ونواهي فالمصدر لا يضع مضموناً والمضمون لاينشئ قاعدةٍ قانونية، فثمة فرق جلي بين المصدر والمضمون مما ينبغي عدم الخلط بينها، فكل ماحدث أن المشرع تبني مضموناً معيناً وعبر عن إرادته في ذلك بإصداره ذلك المضمون في شكل تشريع مكتوب، فالقاعدة القانونية نشأت هنا من التشريع كمصدر وليس من المضمون.

وأيضاً من المعاني التي ينصرف إليها مصطلح مصدر القاعدة القانونية مايطلق عليه بالمصدر التاريخي للقاعدة القانونية ويقصد به أن المشرع استمد مضمون القاعدة القانونية من مصدر تاريخي قديم في الزمن وسابق على نشوء القاعدة القانونية[5]، وأصدره في شكل تشريع، مستلهماً

---

[1] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ص458.

[2] النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، بالحاج العربي، (36/1).

[3] انظر المدخل لدراسة القانون، يسن محمد يحي، ص91.

[4] انظر النظرية العامة للقانون، سمير السيد تناغو، ص237.

[5] دروس في القانون، شمس الدين الوكيل، ص48.

منه أحكام القاعدة القانونية كالقانون الروماني أو الشريعة الإسلامية أو القانون الإنجليزي أو الفرنسي.

فالمشرع عندما لجأ لقاعدة قانونية قديمة في الزمن مستلهماً منها، مضمون القاعدة القانون فإن ذلك لا يحولها إلى قاعدة قانونية ملزمة بصورة تلقائية، ما لم يتبناه المشرع في شكل تشريع قانوني أو يفصح عنها ضمير الجماعة كقاعدة ملزمة(عرفية) أو على الأقل يستقر التطبيق القضائي عليها لتصبح قاعدة ومبدأً قانونياً ملزماً.

يتضح هنا أن مصطلح المصدر التاريخي مصطلح غير دقيق ولا يدل دلالة واضحة على المعني المراد منه فالمصدر التاريخي لا ينشئ قاعدة قانونية وإنما ينحصر دوره فقط في مد المشرع بمضمون القاعدة القانونية، ويعين القضاء فيما بعد على الوقوف على نية المشرع عند تفسير القاعدة القانونية ولا ينشئ بذاته قاعدة قانونية.

ومن المعاني التي ينصرف إليها مصطلح مصدر القاعدة القانونية ما يطلق عليه بالمصدر التفسيري للقاعدة القانونية والذي يقصد به المرجع في تفسير القاعدة القانونية أو العرف[6] بغرض إزالة اللبس والغموض أو محاولة استكمال النقص وسد القصور وفي حالة غياب النص أو قصوره ويكاد يُجمع فقهاء القانون على اعتبار الفقه والقضاء مصادر تفسيرية للقاعدة القانونية من خلال المبادئ التي يقرها القضاء عند الفصل في المنازعات المختلفة في كافة فروع القانون أو من خلال كتابات فقهاء القانون في معرض شرحهم وتعليقهم على النصوص القانونية.

ومرة أخرى فان التفسير لا ينشئ قاعدة قانونية وإنما يقتصر دوره على إزالة اللبس والغموض والتوفيق بين تعارض وتناقض القواعد القانونية، كما أن التفسير يرد على قاعدة قانونية موجودة سلفاً ليتناولها بالشرح والتعليق ولم ينشئها ابتداءً، فضلاً عن أنه لا يستطيع بذاته إكسابها قوة ملزمة ما لم يعبر عنها المشرع بتشريع أو يعبر عن إلزاميتها أفراد المجتمع.

أخلصُ مما تقدم إلى أن مصطلح مصدر القاعدة القانونية مصطلح ذو دلالة خاصة يتميز عن المصطلحات التي تخلط به كمصطلح المصدر التفسيري والمصدر التاريخي ومصطلح مضمون القاعدة القانونية التي لا تنشئ بذاتها إلزاماً على المجتمع بإطاعتها وإحترامها لان المصدر هو المورد الذي ينشئ ويخلق ولايقتصر دوره على النقل أو التفسي

المطلب الثاني

التفرقة بين مبادئ لقانون ومصادر القانون

يراد بمصطلح المبادئ القانونية القواعد العامة للقانون والتي تتميز بالعمومية والتجريد وتقبل الإنطباق على حالات محددة وغير متناهية، كما أنها غير مقيدة بوقائع محددة أو أشخاصٍ محددين[7].

والمبادئ القانونية في الأصل تتولد من القواعد القانونية السائدة في نظام قانوني معين ويمكن التعرف عليها إما عن طريق استنباطها من القواعد القانونية عن طريق العقل،أو إستقرائها عن طريق التقصي للنصوص القانونية التي يتكون النظام القانوني منها، أو القياس عليها، أو عن طريق إستعارتها من الأمم المتمدنة كالمبادئ التي استمده المشرع السوداني من الشريعة الإسلامية وضمنها لقانون المعاملات المدنية1984م، كما جاء في المادة 5 من قانون المعاملات المدنية 1984م (دون المساس بعموم أحكام المادة 3 تكون المبادئ العامة الآتية هي القواعد الأساسية لتطبيق أحكام هذا القانون:

(أ) الضرر يدفع بقدر الإمكان،

(ب) الضرر لا يزال بمثله،

(ج) العادة محكمة عامة كانت أو خاصة،

(د) تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت،

(هـ) المشقة تجلب التيسير،

(و) لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان،...) [8]، باعتبارها مبادئ عامة في الشريعة الإسلامية استخلصها فقهاؤها من جملة الأحكام الشرعية ، ومثال ذلك أيضاً المبادئ ما تضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من مبادئ وقيم أساسية مثل أن للإنسان حقوق أساسية لصيقة به لا تقبل التنازل أو التعامل فيها وهي محفوظة ومصانة لجميع البشر وكالمساواة بين جميع البشر بغض النظر عن التمايزات الدينية أو العرقية أو الجغرافية.

وهذه المبادئ القانونية هي أفكار جوهرية يدور حولها النظام القانوني لمجتمع ما في وقت ما ويؤسس عليها التشريعات التي تعبر عن روحه، لذا فإننا ما نجد غالباً هذه المبادئ في الدساتير كما نجد أن التشريعات تُبني عليها ولا يجوز لها محددتها أو مناقضتها، ولا يمنع من ذلك أن تتولد المبادئ العامة القانونية من القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني لدولة ما.

وهذه المبادئ لا تكتسب قوة قانونية ملزمة بذاتها ما لم يتبناها المشرع في قواعد قانونية ويعبر عن ذلك بتشريع مكتوب، كما إنها تختلف في طبيعتها ومضمونها عن مصادر القاعدة القانونية، فالمبدأ العام القانوني لاينشئ قاعدة قانونية، فالمصدر إذاً يختلف عن المبدأ القانوني.

---

[6] انظر المدخل لدراسة العلوم القانونية عبد القادر الفار، ص83، وكذلك أيضا انظر: العرف وآثاره في الشريعة والقانون، أحمد علي المباركي، ص57.

[7] القانون بين القاعدة والمعيار، وائل حسن عبد الشافع، ص17.

8 انظر المادة 5 من قانون المعاملات المدنية 1984م.

المطلب الثالث

التميز بين مصادر القانون والغاية من القانون

الغاية من القانون هي الغرض النهائي الذي يهدف النظام القانوني في دولة ما تحقيقه أو الوصول إليه، وتكاد تجمع الأنظمة القانونية أن تحقيق العدل والعدالة هو الغاية الأساسية من القانون بجانب حفظ كيان الجماعة وتنظيم الروابط القانونية في المجتمع، وهذه الغاية التي هدفت إليها الشريعة الإسلامية فالله تعالى يقول:(**أن الله يأمر بالعدل**)[9] ويقول الله تعالى كذلك:(**وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**)[10] , ويقول الله تعالى أيضا:(**وأن حكمت فاحكم بينهم بالقسط**)[11] أي العدل[12]، ويقول الفيلسوف أرسطو(Aristotle):(أن العدل هو الأساس الذي يجب أن تقوم عليه المجتمعات وتوضع على أساسه القوانين لانه يشمل كل الفضائل ويحقق الخير العام للمجتمع والخير الخاص لكل فرد)[13]، وبنظرة فاحصة للأنظمة القانونية المختلفة يتضح حرصها على تحقيق العدل والعدالة وإن اختلفت مفاهيمها عن هذا العدل وآليات تحقيقه وسبل الوصول إليه والفلسفات المؤدية له، وما مبدأ سمو القانون الذي ساد في جميع المجتمعات[14] إلا تعبير عن تلك الغاية وهي تحقيق العدل العام والخاص عن طريق خضوع الدولة والأفراد للقانون، فالعدل العام لا يتحقق إلا بالموازنة بين المصلحة العامة للجماعة و عدم إهدار الحق الخاص للإفراد وهو ما يعرف بالإنصاف الذي يستدعي تطبيق القانون في حالات خاصة بطريقة مرنة[15].

ولا أعتقد إنه يوجد نظام قانوني-فيما أعلم-لا يهدف للوصول لتلك الغاية والتي تغذي كافة فروعه بالقيم والمثل والأخلاق، وسيتحول إلى مجرد أداة وأسلوب قهري للحكم والسيطرة على المجتمعات لا روح فيه، لا يلبث أن ينبت ويزول، لأنه سيصبح نظاماً مادياً يفتقد القدرة على مسايرة التطورات.

إذن فالعدالة هي الفكرة الأساسية المُراعاة والمُلاحظة والتي تدور في ذهن المشرع عند تشريع القواعد القانونية، لأن انعدام روح العدالة سيؤدي بالتبعية إلى انعدم روح القانون ومقدرته على ضبط الواقع دون الإنسلاخ من منبعه، إضافة إلى أن غياب فلسفة العدالة عن أي نظام قانوني أو تشريع سيؤدي إلى تبعيته لغيره من الأنظمة وأنصهاره فيها وسينتهي به المطاف إلى التجرد من هويته واعتباراته الدينية والفلسفية والأخلاقية التي بُني عليها فيصبح هيكل بلا روح.

المبحث الثاني

قواعد العدالة كمصدر للقاعدة القانونية في حالة غياب النص في قانون الإجراءات المدنية 1983م

إن الوقوف على فكرة العدالة وخصائصها في كل مجتمع يساعد في تحديد الإيديولوجية القانونية للمجتمع، ولأن تحديد الأساس يساعد في تحديد الطبيعة أي طبيعة النظام القانوني وأبعاده الفكرية وأصوله[16]، وبالتالي تحديد الإطار الفكري والمبادئ المتولدة منه أو التي ترتكز عليه كما يساعد في تحديد غاياته وأهدافه.

يستعمل مصطلح العدالة كمصطلح مرادف للعدل[17] ليدل على معنى وأحد، في حين يفرق البعض بين مصطلحي العدل والعدالة[18]، فالعدل هو إعطاء كل ذي حق حقه أي إعطاء كل فرد ما يخصه وماله، بينما العدالة هي تحقيق العدل في حالة خاصة كما جاء في المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م:(6. (1) إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الإجراءات في المسألة المعروضة تطبق المحكمة من القواعد ما من شأنه تحقيق العدالة.

(2) في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم)، وكذلك المادة 2/285 من نفس القانون ((2) لا يعتبر ما جاء في هذا القانون ماساً أو مقيداً لسلطات المحكمة الطبيعية في إصدار الأوامر التي تراها ضرورية لتحقيق العدالة أو منع سوء استغلال إجراءات المحكمة)[19]، كما أن العدالة هي شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به للضمير المستنير يهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه[20] كما ذكر.

أما عند الرجوع للاصطلاحين في اللغة يتعزز الرأي القائل بعدم ترادف المصطلحين، فالعدل في اللغة هو: (المساواة بين متماثلين)[21] بينما العدل:(ما عَادلَ الشيء من غير جنسِه والعِدْل المِثل)[22]، أما العدالة في اللغة هي:(وزن الأمور بالحق)[23].

---

[9] سورة النحل، الآية 90.

[10] سورة النساء، الآية 58.

[11] سورة المائدة، الآية 42.

[12] تفسير مجاهد، مجاهد، (196/1)

[13] السياسة، أرسطو، 5.1.15.

[14] حكم القانون، لورد توم بيغهام ص93

[15] النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص245.

[16] فلسفة القانون، فايز محمد حسين، ص40.

[17] المدخل إل القانون، حسن كيرة، ص163.

[18] الوجيز في تاريخ القانون، ناصر توفيق العطار، ص40.

[19] انظر المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م.

[20] انظر الوجيز في تارخ القانون، مرجع سابق، ص185.

[21] معجم مقاييس اللغة، أحمد فارس زكريا، (246/4).

[22] تهذيب اللغة، محمد الأزهري، (123،2).

[23] لسان العرب، ابن منظور، (430/11).

ويمكن القول إن بين المصطلحين إطَلاق وتقيد، فكل عدالة عدل وليس كل عدل عدالة، وقد استخدم المشرع السوداني مصطلح العدل والعدالة بمعني مترادف في قانون الإجراءات المدنية 1983م في المواد 6 و285 منه بدليل ربطها بالشرائع الإنسانية عنده، كما يتضح من نص المادة ط7/3 من قانون أصول الأحكام1983م، كما جاء في المادة 3/ سابعاً من قانون أصول الأحكام 1983م:(على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائية إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة.

(سابعاً) توخى معاني العدالة التي تقرها الشرائع الانسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم)[24]، كما أنها وردت بمعني فضفاض وغير منضبط ومحدد المعالم على نحو يفتح الباب على مصراعيه في الاجتهاد، ولاستيراد قواعد العدالة من الأمم المختلفة كما يسمح بذلك قانون أصول الأحكام القضائية1982م، فمصطلح العدالة مصطلح فضفاض له معاني مختلفة عند الأمم المختلفة، فمثلاً نجد أن معنى العدالة عند الأنظمة اللاتينية هو ما تعبر عنه إرادة المشرع، فما إردة المشرع التي عبر عنها في التشريع إلا صورة العدل في الأرض ، وما حكم القاضي عند تطبيق نصوص التشريع إلا انعكاساً آخر لهذه الصورة ،لأن هذه الأنظمة قامت وبنت على مبادئ وفلسفة وأسس مدرسة الشرح على المتون والتي تأسست وقامت على تقديس النصوص وعدم الخروج عنها باعتبارها التجسيد الحقيقي لفكرة العدالة التي ارتاها المجتمع وعبر عنها المشرع نيابة عنه بالنصوص القانونية، ومن ثم لابد من البحث عن نية المشرع عند تفسير النصوص والوقوف عليها، فإن تعذر ذلك فإن الأصل التاريخي للتشريع والأعمال التحضيرية له ستسهم في الوقوف على نية المشرع، كما يجب التمسك بروح التشريع وشروحاته والقياس عليه في حالة النقص والقصور في التشريع[25]، لذا فإننا لانجد مصطلح العدالة في الأنظمة اللاتينة لأن هذه العدالة متجسدة في نصوص التشريع ، فالنصوص هي الوجه الآخر للعدالة[26].

بينما نجد معني آخر للعدالة في الأنظمة الانجلوسكسونية، فالعدالة لا تنبع من النصوص بل تنشأ في بيئة اجتماعية معينة وتنمو وتتطور تطوراً ذاتياً بتطوره متأثرةً بالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والجغرافية فيه حتى تنغرس في ضمير الجماعة التي تعبر عنها بالسلوك.

فما رسخ في ضمير الجماعة وعبرت عنه فهو التعبير الحقيقي للعدالة[27]، ولذا نجد أن هذه الأنظمة تنفر من الشكلية التي تعوق الوصول للغاية، وتميل إلى الأعراف على حساب النصوص وتستمد الأحكام والقواعد من السوابق القضائية الصادر من المحاكم العليا بإعتبار أن هذه الأحكام تفصح عن ضمير الجماعة في تحقيق العدل، وتؤمن بالحلول الفردية للمشكلات الفردية[28].

ويعبر القضاء الأمريكي عن العدالة بمصطلح الشرعية الليبرالية والذي يعني احترام حقوق الانسان واحترام الملكية الفردية وحصر الدولة في مهمة الحراسة، فالأحكام حتى توصف بالعدالة يجب ان تطابق هذه المعايير[29].

أما الشريعة الإسلامية فإن مصطلح العدالة لا ينفك عن الوحيين (القرآن الكريم والسنة النبوية) اللذان يشكلان مصادر الشريعة الإسلامية إذا وجد النص الشرعي وبالمقاصد الشرعية في حفظ الدين والعقل والنفس والمال والنسل[30] ففي حالة غياب النص فإن نص المادة 3 من قانون أصول الأحكام 1983م، يبين ما يتوجب على القاضي فعله، فقد جاء فيه :(على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائية إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة.

(سابعاً) توخى معاني العدالة التي تقرها الشرائع الانسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم)، وأيضا جاء في نص المادة (2) من القانون نفسه عند تفسير النصوص التشريعية، ما لم يكن النص مفسرا أو قطعي الدلالة:

(أ) يستصحب القاضي، أن المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية تعطيلا لواجب قطعي أو اباحة لمحرم بين وأنه يراعى توجهات الشريعة في الندب والكراهية،

(ب) يفسر القاضي المجملات والعبارات التقديرية بما يوافق أحكام الشريعة ومبادئها وروحها العامة) [31].

وترسخ قاعدة لا اجتهاد في مورد النص، فالعدالة تسير جنباً إلى جنب مع نصوص الشرع ومقاصده.

وكما تبين فإن مصطلح العدالة مصطلح غير منظبط يختلف بإختلاف الأنظمة والفلسفات التي تنبني عليها يقول الدكتور حاج الدوش[32]:(انه يؤخذ على القضاء السوداني في هذا الشأن انسياقه الاعمى وراء قواعد القانون الانجليزي حتى وصل في نهاية المطاف الى نتائج يصعب وصفها

---

[24] المادة 3 من قانون أصول الأحكام 1983م.

[25] انظر مبادي القانون، محمد علي عرفة، ص176.

[26] فلسفة القانون، مرجع سابق، ص11–12.

[27] فلسفة القانون روبرت اليكسي، ص20

[28] فلسفة القانون، مرجع، سابق، ص193.

[29] القانون في خدمة من؟، ناثان براون ص26–27.

[30] مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد سعد أحمد اليوبي، ص17 وما يليها، الموافقات في أصول الفقه، الشاطبي، 502.

[31] المادة (2) و(3) من قانون أصول الأحكام 1983م

[32] الدكتور الحاج محمد الحاج الدوش أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بجامعة ام درمان الإسلامية معار لقسم الشريعة والدراسات الإسلامية كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة–دولة الإمارات العربية المتحدة–معاصر.

بالعدالة أو الإنصاف مع الظروف المحلية والأعراف والديانة بدرجة تجعلنا نقول انها اهدرت العدالة وضاعت معها معالم وأهداف القانون التي يتطلب وجودها في دولة ذات انتماء عرقي وديني واجتماعي متميز)،[33]، ويلاحظ هنا أن المشرع السوداني لم يضع ضابطاً محدداً لمصطلح العدالة فلم يقيدها في قانون الإجراءات المدنية1983م في نص المادة 6 وكذلك الحال في قانون أصول الأحكام القضائية1983م في المادة7/3 بل يزيد الأمر غموضاً عند ربطها بالشرائع الإنسانية ، فما المقصود بالعدالة وفقاً للشرائع الإنسانية الكريمة وقد رأينا تباين الفكرة وآلية الوصول إليها عند هذه الشرائع، ولا أعتقد أن المشرع السواني يربط مصطلح العدالة بمضمونها في الفقه الإسلامي بدليل أن المشرع إفترض عدم وجود حل للنزاع في الشريعة الإسلامية في المواد 6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م:(6. (1) إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الإجراءات في المسألة المعروضة تطبق المحكمة من القواعد ما من شأنه تحقيق العدالة.

(2) في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم)، وكذلك المادة2/285 من نفس القانون ((2) لا يعتبر ما جاء في هذا القانون ماساً أو مقيداً لسلطات المحكمة الطبيعية في إصدار الأوامر التي تراها ضرورية لتحقيق العدالة أو منع سوء استغلال إجراءات المحكمة) وكذلك المادة7/3 من قانون أصول الأحكام القضائية1983م القضاء في حالة عدم وجود النص..(3- على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائية اذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة :

(أ) يطبق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة،

(ب) فإن لم يجد القاضي نصا يجتهد رأيه ويهتدى في سبيل ذلك بالمبادئ التالية بحيث يأخذها على وجه التكامل ويراعى ترتيبها في أولوية النظر والترجيح:

(أولا) مراعاة الاجماع وما تفتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة وما تهدى اليه توجهاتها من تفصيل في المسألة،

(ثانيا) القياس على أحكام الشريعة تحقيقا لعللها أو تمثيلا لأشباهها أو مضاهاة لمنهجها في نظام الأحكام،

(ثالثا) اعتبار ما يجلب المصالح ويدرأ المفاسد وتقدير ذلك بما يتوخى مقاصد الشريعة وأغراض الحياة الشرعية المتكاملة في ظروف الواقع الحاضر وبما لا تلغيه نصوص الشريعة الفرعية،

(رابعا) استصحاب البراءة في الأحوال والاباحة في الأعمال واليسر في التكليف،

(خامسا) الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان فيما لا يتعارض مع الشريعة وما يذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية وما قرروه من قواعد فقهية،

(سادساً) مراعاة العرف القائم في المعاملات فيما لا يخالف احكام الشريعة الاسلامية أو مبادئ العدالة الفطرية،

(سابعاً) توخى معاني العدالة التي تقرها الشرائع الانسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقدح فى الوجدان السليم)[34]، حتى تستطيع المحكمة إعمال قواعد العدالة.

وفي أعتقادي أنه يجب أن يحذف مصطلح العدالة في النصوص المتقدمة لسببين:

السبب الأول: إنه ليس من الممكن ولا من المتصور ألا يجد القاضي حلاً للنزاع المعروض في الشريعة الإسلامية وبالتالى فإن إعمالها سيؤدي لحل أي نزاع بحيث تغنى القاضي عن بحث أي مصدر تالٍ لها بل لا أقوال تغنيه فحسب بل تمنعه ولا يكون لأي مصدر تالٍ لها محل أو سبب خاص وأن النص المتقدم قد أحال إلى الشريعة الإسلامية دون تقيد القاضي بمذهب معين حتى يستطيع القاضي اختيار الحكم الأكثر ملائمة لظروف مجتمعة زماناً ومكاناً مستعيناً[35]بوسائل الاجتهاد الشرعي من قياس واستحسان ومصلحة كما بينت المادة 3 من قانون أصول الأحكام القضائية 1983م[36].

السبب الثاني: إن جميع المصادر التي ذكرها المشرع في المادة 2/6 من قانون الإجراءات المدنية1983م تدخل في المصدر الأوّل فالقاضي عند استنباطه حلاً للنزاع من الشريعة الإسلامية فإنه يراعى تحقيق العدل[37]

---

[33] ينظر في ذلك إلى بحث بعنوان مشكلات فقهية في المصدر التشريعي للقانون السوداني، ص166.

[34] انظر المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م، وكذلك المادة 2/285 من القانون نفسه وأيضاً المادة 7/3 من قانون أصول الأحكام القضائية1983م.

[35] انظر المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م:(1–إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الإجراءات في المسألة المعروضة تطبق المحكمة من القواعد ما من شأنه تحقيق العدالة.

2–في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم)

[36] انظر هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني، عصام أنور سليم، ط الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 1966م، ص 3.

[37] انظر المادة 3 من قانون أصول الأحكام القضائية 1983م:(على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائية إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة: (أ) يطبق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة

والذي هو بلا خلاف أهم مقاصد الشريعة الإسلامية والأساس الذي ترتكز عليه جميع أحكامها ومبادئها فكل أوامر الشرع ونواهيه تراعي تحقيق العدل فالله تعالى يقول :﴿**إن الله يأمر بالعدل والإحسان**﴾ [38] كما يقول سبحانه وتعالى ﴿**إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ**﴾ [39]وقد جعل الله تعالى العدل اسماً له تمجيداً للعدل كأصل من أصول الشريعة الإسلامية.

إضافة إلى ذلك فأن العدل والعدالة غاية يهدف المشرع لوصول فلا يصلح أن تكون مصدراً ولا ينطبق عليها وصف المصدر، كما أن قواعد العدل والعدالة لا تنشي قواعد قانونية ولا تضع مبادئ قانونية عامة.

عليه فإني أرى حذف عبارة قواعد العدالة من نص المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م ومن نص المادة 3 من قانون أصول الأحكام القضائية 1983م، والاكتفاء بالعدالة التي تحققها الشريعة الإسلامية بنصوصها ومقاصدها فقد جمعت بين الوسيلة والغاية.

المبحث الثالث

الوجدان السليم كمصدر للقاعدة القانونية في حالة غياب النص في قانون الإجراءات المدنية 1983م

استخدم المشرع السوداني مصطلح الوجدان السليم كمصطلح مرادف لمصطلح القانون (الطبيعي) الطبيعي فقد سمي قانوناً طبيعياً نظراً لاشتقاقه من الطبيعة، إلا أن الفلاسفة والفقهاء[40] قد اختلفوا في تحديد ما المقصود بالقانون (الطبيعي)الطبيعي تبعاً لإختلافهم حول المعيار الذي الذي تتحدد على ضوئه الطبيعة وعما إذا كان المقصود بها طبيعة الكون المستمدة من سننه ونظامه أم الطبيعة البشرية، ومنهم من حاول التوفيق بين الطبيعتين، ورغم كل ذلك فهم متفقون على أن هناك قانوناً كامناً في الطبيعة يستطيع الإنسان الوصول إليه.

لذا فقد عرفه أصحاب الرأي القائل بأن المرجع هو طبيعة الكون بأنه مجموعة من القواعد التي يستوحيها عقل الإنسان من القانون الإلهي المتناثر في الكون[41].

بينما يراه أصحاب الاتجاه الثاني: أنه أمر ما من العقل السليم يتراء له أن فعلاً ما، تبعاً لاتفاقه أو عدم اتفاقه مع طبيعة النفس البشرية[42] صحيح أو فاسد.

كما أنهم أيضاً قد اختلفوا حول كيفية الوصول إلى هذه القواعد فاصحاب الإتجاه الأول يرون أن الوصول إلى هذه القواعد يكون عن طريق العقل من خلال التفكر والتأمل في الطبيعة وسننها واستخلاص المبادئ القانونية منها[43]، بينما يري أصحاب الإتجاه الثاني: أن قواعد القانون الطبيعي يمكن استقرائها من الطبيعة البشرية فالطبيعة البشرية تعبر عن نفسها وما دور القاضي سوى استقرائها والكشف عنها من خلال الطبيعة البشرية المشتركة بين جميع البشر[44].

وعلى العموم فإن الذي يظهر مما تقدم أن القانون الطبيعي لا يضع قواعد قانونية، وإنما يضع مبادئ عامة يمكن استلهامها وتطبيقها على المشكلات القانونية التي لايوجد نص تشريعي أو عرف حيالها، فهذه المبادئ تصلح لتطبيق نفس الحكم على المنازعات المتماثلة ومن أمثلة هذه المبادئ مثل ضمان الفرد وحريته، وحرمة المال، واحترام التعهدات، وتعويض الضرر[45].

يستخدم المشرع السوداني كما تقدم مصطلح الوجدان السليم بدلاً عن مصطلح القانون الطبيعي، وكلا المصطلحان يقابلاً مصطلح الفطرة السلمية الشريعة الإسلامية قال تعالي:(**فأقم وجهك للدين حنيفا فطرة**

(ب) فإن لم يجد القاضى نصاً يجتهد رأيه ويهتدي في سبيل ذلك بالمبادئ التالية بحيث يأخذها على وجه التكامل ويراعى ترتيبها في أولوية النظر والترجيح:

(أولا) مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة وما تهدى إليه توجيهاتها من تفصيل في المسألة،

(ثانيا) القياس على أحكام الشريعة تحقيقا لعللها أو تمثيلا لأشباهها أو مضاهاة لمنهجها في نظام الأحكام،

(ثالثا) اعتبار ما يجلب المصالح ويدرأ المفاسد وتقدير ذلك بما يتوخى مقاصد الشريعة وأغراض الحياة الشرعية المتكاملة في ظروف الواقع الحاضر وبما لا تلغيه نصوص الشريعة الفرعية،

(رابعا) استصحاب البراءة في الأحوال والإباحة في الأعمال واليسر في التكليف،

(خامسا) الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السّودان فيما لا يتعارض مع الشريعة وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية وما قرروه من قواعد فقهية،

(سادساً) مراعاة العرف القائم في المعاملات فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو مبادئ العدالة الفطرية،

(سابعاً) توخي معاني العدالة التي تقرها الشرائع الإنسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم.

38 سورة النحل، الآية 90.

39 سورة النساء، الآية 58.

40 انظر أصول القانون، السنهوري، ص44–46، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص179، أصول القانون، أحمد إبوستيت، ص44.

41 انظر فلسفة القانون الطبيعي، محمود السقا، ص81.

42 أسس الثقافة القانونية، عصام أنور سليم، ص12.

43 فلسفة القانون الطبيعي، مرجع سابق، ص84.

44 نظرية القانون، عبد الفتاح عبد الباقي، ص57.

45 الحق الطبيعي وقوانينه، محمد عبد الرحمن بن عقيل، ص86.

الله التي فطر الناس عليها)[46]، ويتضح من الآية المتقدمة أن مصطلح الفطرة السليمة في الشريعة الإسلامية أكثر انضباطاً من المصطلح المستخدم في قانون الإجراءات المدنية1983م، فالفطرة السليمة في الشريعة الإسلامية هي المعيار الذي أنزل الله شريعته موافقاً ومطابقاً له وعلى نحو يهدى إذا أعوج العقل البشري أو تغير المجتمع زماناً،أو مكاناً[47]، بينما لا يظهر معيار واضح ومحدد للوجدان السليم في قانون الإجراءات المدينة1983م وقانون أصول الأحكام1983م، الذي يزيد الأمر غموضاً عندما يربطه بالقسط الذي ينقدح في العقل (أي العدل) فهل قصد به القانون الطبيعي على اعتبار أن العدل هو ثمرة القانون الطبيعي أي أنه يتولد منه كما يقول أرسطو[48] وكما يقول السير جرافيليد باريل[49](أن الوجدان السليم هو مايجب أن يكون عليه القانون(العدل) وليس فقط ماهو القانون)،ثم أن حكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم عند القاضي أم المجتمع أم عند الأمم المتمدنة(الشرائع الإنسانية الكريمة) فمثلاً يجيز القانون الألماني والسويسري واليهودي زواج العم من ابنة أخيه أو أخته بعد الحصول على إعفاء بابوي، أو إذن من القاضي،[50]مما عبر عنها المشرع السوداني وقياساً على صدر النص.

أعتقد أن الأمر في حاجة إلى مزيد من الإيضاح، وأن حاول البعض[51] توضيحه فذهب إلى بأن المقصود بحكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم هو نفسه الاجتهاد والرأي المعروفين في الشريعة الإسلامية ولا أعتقد أنه يمكن التسليم لهذا الرأي لسببين هما:

السبب الأول: أن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية يرتبط بالمجتهد نفسه والذي يجب أن تتوافر فيه أهلية الاجتهاد فلا يستطيع القاضي القيام به ما لم تتوافر فيه شروط المجتهد[52] كما أن الاجتهاد يكون داخل نطاق الشريعة الإسلامية ومقيداً بألا يخالف أسسها ومبادئها وكلياتها ومقاصدها في استخلاص الأحكام الشرعية، بينما يفترض المشرع هنا أن القاضي لم يجد حلاً للنزاع في الشريعة الإسلامية فانتقل إلى قواعد القانون الطبيعي(الوجدان السليم) والذي هو حكم القسط الذي ينقدح في العقل والذي لا يتطلب للاستنباط أو الاستقراء منه شروط الإجتهاد التي يجب أن تتوافر في المجتهد، فيستطيع أي شخص تلقي علوم القانون وتمرس العمل فيه أن يصل لتلك المبادئ.

أما السبب الثاني: فقد جاء النص على الوجدان السليم في نص المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م، تالياً للتشريع والعرف والشريعة الإسلامية، ويبدو قصد المشرع واضحاً جليا فهو لم يقصد الاجتهاد هنا، ولم يشير إلى مايدل عليه ومعلوم أن قواعد الاجتهاد ترتبط وجوداً وعدماً بالشريعة الإسلامية، والوجدان السليم قطعاً ليس هو الشريعة الإسلامية ولايدخل فيها.

وتشير المذكرة التفسيرية لقانون أصول الاحكام أن حكم القسط الذي ينقدح في ذهن القاضي ما هو إلا عبارة عن الاستحسان المعروف في الشريعة الإسلامية[4].

وبناءً على ذلك يرى بعض شراح قانون أصول الاحكام القضائية 1983م[1] أن حكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم هو ذلك الحكم الذي ينقدح في وجدان القاضي المتحرر عن الميل والهوى وما يطرأ على خاطره في سياق الواقعة المعنية ومن جراء تجاربه الطويلة، أو هو ما يتأتى للقاضي من وجهة نظر تدق دلالتها وتكاد تستعصي في النظم على الاجتهاد لذا فإن حكم القسط الذي ينقدح في الوجدان يقصد به الاستحسان ولأن الاستحسان يترجح في ذهن المجتهد فالوجدان السليم قياساً على ذلك يجب أن يقاس بمعيار القاضي.

وما قيل في شأن هذا الاجتهاد هو نفسه ما يقال في شأن الاجتهاد فالوجدان السليم شئ مختلف تماماً عن الاجتهاد المعروف في الشريعة الإسلامية.

أضف إلى ذلك أن الوجدان السليم لا ينشي قواعد قانونية بل يضع مبادئ عامة يمكن الإستغاء عنها بالمبادئ القانونية المستنبطة من الشريعة الإسلامية عن طريق الإجتهاد أو القياس، كما أنه بهذا الوصف ولا يصدق عليه وصف المصدر كما تبين في المبحث الأول.

لذا فإنه يتعين حذفه من نص المادة موضوع التعليق، وحتى يتم ذلك فإنه يجب على المحكمة أن تتقيد عن تفسير وتطبيق المعني المقصود من العدالة والوجدان السليم بما تضعه الشريعة الإسلامية من معاني ودلالات لهذين المصطلحين الغامضين خاصة وأنه جاء النص عليهما بعد الشريعة الإسلامية مما يقتضي عدم مخالفتهما لها، ولضرورات اتساق جميع جزئيات النظام القانوني في الدولة الواحدة.

النتائج

ناقش هذه الدراسة المعاني المقصودة بمصطلحات مصدر القاعدة القانونية ومصطلح المبدأ القانوني مع بيان التمايز بينهما، ثم ووضحت الغاية من وضع وتشريع القوانين كمقدمة منطقية لمناقشة كيفية تطبيق

---

[46] سورة الروم، الآية 30.

[47] أثر هيمنة الشرية الإسلامية على قواعد القانون المدني، عصام أنور سليم، ص65.

[48] السياسة، مرجع سابق، ص5.10.5.

[49] فلسفة القانون، جرافيلد باريل، ص17.

[50] انظر أحكام الزواج والطلاق في السُّودان، د.س دوليڤرن، ص35.

[51] شرح قانون أصول الأحكام، عبد القيوم إبراهيم ص583

[52] انظر الاجتهاد من كتاب التلخيص لإمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، ص266. .

[4] المذكرة التفسيرية لقانون أصول الاحكام القضائية 1983م.

[1] رسالة دكتوراه بعنوان المنهج الأصولي لقانون اصول الاحكام ص 270

قواعد العدالة والوجدان السليم كمصادر للقاعدة القانونية في قانون الإجراءات المدنية 1983م، عند غياب النص التشريعي انتهت هذه الدراسة بالوصول إلى النتائج التالية:

(1) أن مصطلح مصدر القاعدة القانونية يعني السبب المنشئ للقاعدة القانونية والذي يعطيها القوة الملزمة بينما هناك فرق جلب وكبير بين مصادر القاعدة القانون والمبادئ القانونية والغاية التي يهدف القانون إلى تحقيقها، وكذلك يصدق القول بأن قواعد الوجدان السليم لا تنشئ قواعد قانونية وإنما يقتصر دورها على تقرير المبادئ القانونية، كما أنها تختلف عن مفهوم الفطرة السليمة التي قررتها الشريعة الإسلامية، وأن طرق وقواعد الاستنباط منها تختلف عن طرق الاستنباط (الاجتهاد) في الشريعة الإسلامية.

(2) مصطلح المصدر التاريخي مصطلح غير دقيق ولا يدل دلالة واضحة على المعني المراد منه فالمصدر التاريخي لا ينشئ قاعدة قانونية وإنما ينحصر دوره فقط في مد المشرع بمضمون القاعدة القانونية، كما أن للعدالة غاية يهدف القانون للوصول إليها ولا يمكن أن تكون مصدراً للقاعدة لأن العدالة فكرة وغاية وفلسفة.

(3) للعدالة معاني ودلالات مختلفة تختلفة بإختلاف الأنظمة القانونية والفلسفات التي تتبناها فغياب فلسفة العدالة عن أي نظام قانوني أو تشريع سيؤدي إلى تبعيته لغيره من الأنظمة وانصهاره فيها، وسينتهي به المطاف إلى التجرد من هويته واعتباراته الدينية والفلسفية والأخلاقية التي بُني عليها فيصبح هيكل بلا روح.

(4) ليس هنالك معيار واضح ومحدد لمصطلح الوجدان السليم في قانون الإجراءات المدينة 1983م، وكذلك الحال قانون أصول الأحكام 1983م، مما يقتضي توضيح المعني المقصود به أو استبداله بمعنى أو مصطلح محددو أكثر انضباطاً كمصطلح الفطرة السليمة الذي جاء عند في الشريعة الإسلامية لأنه له معيار واضح ومنضبط

(5) المقصود بعبارة حكم القسط الذي ينقدح في الوجدان هو نفسه الاستحسان المعروف عند فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا ان الاستحسان يقوم على ترجيح ذاتي ممن يستحسن بعكس العدالة التي لها فكرة وغاية واضحة منضبط ومعيار موضوعي وليست ذات معيار ذاتي كما في الاستحسان فالجمع بين مصطلح العدالة والفطرة السليمة أو حكم القسط الذي ينقدح في الوجدان(الاستحسان) جمع لا يمكن التوفيق فيه بين ما هو ذاتي المعيار وما هو موضوعي المعيار خاصة ان المشرع لم يخير القاضي بين تطبيق قواعد العدالة موضوعية المعيار والوجدان السليم الذي ليس له معيار منضبط ولا حتي حكم القسط الذي ينقدح في الوجدان ذاتي المعيار.

(6) هنالك فرق في المعني والدلالة بين مصطلحي الوجدان السليم والاجتهاد المعروف في الشريعة الإسلامية فالوجدان السليم لا ينشي قواعد قانونية بل يضع مبادئ عامة بعكس الاجتهاد والذي قد يؤدي إلى خلق أحكام جديدة بحيث لا يصلح أن يكون كل منها مرادفاً للأخر مما يوجب الاكتفاء بأحدهما لأنهما سيتعارضان عند التطبيق العملي لها وإنزالها على أرض الواقع.

ثانياً التوصيات:

(1) حذف عبارة قواعد العدالة والوجدان السليم من نص المادة 2/6 من قانون الإجراءات المدنية 1983م والمادة 7/3 من قانون أصول الأحكام 1983م، والاكتفاء فقط بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية مع إضافة عبارة قواعد الشريعة الإسلامية بقصد التوضيح والتقييد لإزالة اللبس وتوضيح الغموض الذي صاحب نص المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م

المراجع والمصادر

1. القرآن الكريم

2. تفسير مجاهد، مجاهد بن جبر المخزومي التابعي أبو الحجاجالمنشورات العلمية -بيروت، تحقيق: عبد الرحمن الطاهر محمد السورتي.

3. معجم مقاييس اللغة، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الجيل -بيروت - لبنان - 1420هـ - 1999م، ط2، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.

4. تهذيب اللغة ، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - 2001م، ط1 ، تحقيق: محمد عوض مرعب.

5. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية ، سنة النشر: 2004، ط4. .

6. لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر - بيروت، ط1.

7. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد سعد أحمد اليوبي، دار الهجر للنشرة والتوزيع،الطبعة الإولي1998.

8. الموافقات في أصول الفقه، الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي،دار المعرفة - بيروت، تحقيق: عبد الله دراز

9. الاجتهاد من كتاب التلخيص لإمام الحرمين،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، دار القلم , دارة العلوم الثقافية - دمشق , بيروت - 1408، ط1، تحقيق: د. عبد الحميد أبو زنيد.
10. المدخل لدراسة القانون ،يسن محمد يحي،ط 6 ،1987م.
11. النظرية العامة للقانون،سمير السيد تناغو،منشاة المعارف الإسكندرية.
12. دروس في القانون،شمس الدين الوكيل، منشاة المعارف الإسكندرية ط1، 1966م.
13. السياسة.أرسطو ترجمة أحمد لطفي السيد،الهيئة العامة للكتابالقاهرة1979م.
14. فلسفة القانون،فايز محمد حسين،دار المطبوعات،ط1، 2007.
15. المدخل إل القانون، حسن كيرة، منشاة المعارف الإسكندريةط6، 1993م.
16. الوجيز في تاريخ القانون، ناصر توفيق العطار،مطبعة السعادة،ط1.
17. مبادي القانون،محمد علي عرفة،دار النهضة المصرية1951م.
18. آثر هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني ، عصام أنور سليم ،ط الأّولى، منشأة المعارف ، الإسكندرية 1966م.
19. أصول القانون، السنهوري، وأحمد حشمت أبوستيت،دار الفكر العربي القاهرة،1952م.
20. أصول القانون، أحمد إبوستيت،دار الفكر العربي،القاهرة1952م.
21. فلسفة القانون الطبيعي، محمود السقا،دار النهضة العربية،القاهرة.
22. أسس الثقافة القانونية،عصام أنور سليم، المكتب الجامعي الإسكندرية2001م.
23. نظرية القانون، عبد الفتاح عبد الباقي،نهضة مصر ط1966،5م.
24. الحق الطبيعي وقوانيه ،محمد عبد الرحمن بن عقيل،دار أبن حزم الرياض1416هـ.
25. فلسفة القانون،جرافيلد باريل،ترجمة هنري رياض،دار الجبل بيروت،1966م.
26. أحكام الزواج والطلاق في السُّودان، د.س دوليڤرن ،ص35، ترجمة هنري رياض وأكرم شفيق،ط الثالثة،دار المأمون الخرطوم 1404هـ-1984.
27. المنهج الاصولي لقانون أصول الأحكام القضائية 1983م،عبد القيوم إبراهيم رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة أم درمان الإسلامية 2011م
28. شرح قانون أصول الأحكام القضائية 1983م،عبد القيوم إبراهيم رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة أم درمان الإسلامية 2011م
29. القانون بين القاعدة والمعيار، وائل حسن عبد الشافع ،المكتب الجامعي الحديث ط1 2013م.
30. حكم القانون، لورد توم بيغهام ، ترجمة عثمان نصيري ، الهيئة العامة المصرية للكتاب ط1 2010م.
31. فلسفة القانون روبرت اليكسي، ترجمة كامل فريد السالك ، منشورات الحلبي، ط1 ص2006م.
32. القانون في خدمة من؟، ناثان براون، ترجمة محمد أنور فرحان، سطور للنشر والتوزيع ط1 2004م.
33. العرف وآثاره في الشريعة والقانون،أحمد علي المباركي، المملكة العربية السعودية الرياض1414هـ ط2.
34. المدخل لدراسة العلوم القانونية عبد القادر الفار،دار الثقافة للنشر والتوزيع،ط6 عمان2013م.