



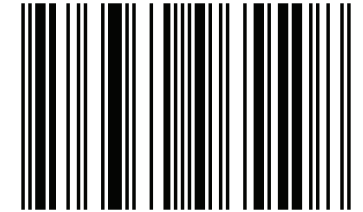
أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني

هذه الدراسة ضرورية لتطوّر بلادنا من حيث تحديد ما هو معرفي وعلمي ويستند إلى تطوّر العلوم القانونية ويؤسّس لقيام نظام قانوني، وما هو أيديولوجي وسياسي محض ويقود إلى تأسيس بنية قانونية لا يمكن أن تصبح نظاماً قانونياً حديثاً. لذلك هذه المهمة هي مهمة وطنية من الدرجة الأولى قبل أن تكون مهمة علمية. وهي واجب يقع على عاتق كل من تلقى تعليماً قانونياً يؤهله إلى النظر إلى ما يتم على مستوى تشريعي وتطبيقي من زاوية معرفية. والنظر من زاوية علمية يعني بلا مرأى تطبيق المفاهيم الحديثة وعلى رأسها مفهوم النظام القانوني على البنية القانونية. وهذا بالحثم سوف يقودنا إلى تطبيق هذا المفهوم على الشريعة الإسلامية دون الوقوع في مفارقة تطبيق نظام حديث على نظام تاريخي. وذلك لأن تطبيق مفهوم النظام القانوني الحديث على الشريعة الإسلامية لا يقع عليها بوصفها نظاماً أو بنية وجدت في الماضي، بل يطبق على الشريعة الإسلامية بوصفها بنية ممارسة وماثلة عبر التشريعات الإسلامية التي تمّ تقنينها في العام 1983م وما بعده.

د. أحمد عثمان عمر محمد مواليد شندي بالسودان في العام 1966 تخرج من كلية القانون بجامعة الخرطوم في العام 1989 بمرتبة الشرف من الدرجة الثانية حصل على درجة الماجستير في القانون من جامعة الخرطوم في عام 1994 نال درجة الدكتوراه في القانون من نفس الجامعة في عام 2002 عمل محامياً بالسودان في الفترة من 1991 إلى 1994 يقيم و يعمل خارج السودان حالياً

أحمد عثمان عمر محمد

أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني
السوداني



أحمد عثمان عمر محمد

أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني

أحمد عثمان عمر محمد

أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني

Noor Publishing

Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle in diesem Buch genannten Marken und Produktnamen unterliegen warenzeichen-, marken- oder patentrechtlichem Schutz bzw. sind Warenzeichen oder eingetragene Warenzeichen der jeweiligen Inhaber. Die Wiedergabe von Marken, Produktnamen, Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen u.s.w. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutzgesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

البيانات القانونية

معلومات بيبليوغرافية للمكتبة الوطنية الألمانية: المكتبة الوطنية الألمانية تسجل هذا المنشور في البيبليوغرافيا الوطنية الألمانية. <http://dnb.d-nb.de> البيانات البيبليوغرافية موجودة على الموقع التالي: جميع العلامات التجارية والمنتجات المستخدمة في هذا الكتاب مسجلة لأصحابها وتخضع لقانون براءة الاختراع. استنساخ الأسماء التجارية، أسماء المنتجات أو أسماء مشتركة في هذا المنشور حتى من دون وضع العلامات الخاصة، لا يعني أن هذه الأسماء معفاة من التشريعات التجارية لحماية العلامة، وبالتالي يمكن استخدامها من طرف أي شخص.

Coverbild / صورة الغلاف

www.ingimage.com

دار النشر / Verlag

Noor Publishing

ist ein Imprint der / is a trademark of

ICS Morebooks! Marketing SRL

4, Industrială street, 3100 Balti, Republic of Moldova

البريد الإلكتروني / Email

info@omniscryptum.com

Herstellung: siehe letzte Seite /

طبع: انظر آخر صفحة

رقم دولي معياري للكتاب / ISBN

978-3-330-96550-8

أحمد عثمان عمر محمد © Copyright

حقوق التأليف و النشر / © Copyright

2017 ICS Morebooks! Marketing SRL

Alle Rechte vorbehalten. / جميع الحقوق محفوظة.

Saarbrücken 2017

جامعة الخرطوم
كلية الدراسات العليا

أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني
دراسة تحليلية

من إعداد : أحمد عثمان عمر

إهداء

"من لا يملك روح عصره، يملك جميع أسباب شقائه"

فولتير

إلى روح صديقي بشير الطيب؛

الذي اجتهدت منطقته الرفيعة البسيطة في ريفي العباسية تقلي فأنجبته نجيباً عبقرياً وواعياً فاق أقرانه علماً وإدراكاً وإنسانية لتغثاله أيادي الهوس الديني والجهل في محراب العلم ومنارته جامعة الخرطوم،

وإلى روح صديقي أحمد عبدالله مجذوب؛

الذي إنقذح مثل نيران أهله المجاذيب فكان وعياً متجسداً وكان كني لا كرامة له بين قومه لينطفئ كشهاب بموت مجاني في حادث حركة أليم،

وإلى أستاذي الفقيه الدكتور كريشنا فاسديف؛

الذي أعطى القانون السوداني كل ما يملك ولم ييخل فلم يكبره أحد.

لهؤلاء لأتّم مع المعرفة وضد الجهل، مع الحقيقة وضد الكذب، ولأنهم يحثون شعبنا دون من أو أذى.

شكر وعرفان

قبل كلِّ شيء لا بدَّ أن أسجل شكري وإمتناني لكل من ساعد في إنجاز هذه الدِّراسة، وللذين بدوهم لم يكن من الممكن أن تصبح هذه الرسالة واقعاً بعد أن كانت مجرد فكرة. وأخص بالشكر زوجتي الأستاذة/ منال يس عمر التي شجَّعت وساعدت وكانت كعادتها أول قارئ وناقد كما أنَّها لم تتوان في طباعة جزء مقدَّر ومعتبر من هذه الرسالة، وارتضت أن يكون الجهد لكتابة هذه الرسالة خصماً على الوقت الذي نقضيه معاً. كذلك شكري وعميق إمتناني للذين وقَّروا لي المراجع النادرة وفتحوا لي مكتباتهم، وعلى رأسهم صديقي الرائع الأستاذ/ عباس فتح الرَّحمن المحامي، الذي بدون عونه ما كان لي الحصول على المراجع التي إختفت تماماً من الأسواق ولا كان من الممكن الحصول على السوابق غير المنشورة. أيضاً شكري لموصول للأستاذ/ علي بن ناصر النعيمي والأستاذ/ حسن سائق السيد المحاميان بدولة قطر الشقيقة لسماحهما لي بإستخدام مكتبتيهما العامرتين. وإن كان هناك من يستحق عميق الإمتنان والإنحناء والتجلُّة، فهو أستاذي الفقيه العالم الأستاذ/ محبوب إبراهيم حسن الذي لم ييخل عليَّ بوقته إرشاداً ونصحاً وتوجيهاً، والذي تكبَّد مشقَّة قراءة المسودة الأصلية غير المطبوعة وعلَّق عليها ونوَّه إلى مواطن القصور فيها، كما أنه سمح لي بإستخدام بحثه العميق والجاد غير المنشور الذي لم يكن لي غنى عنه في إعداد الباب الثالث المخصَّص للقوانين العقابية. كذلك أسجِّل شكري الجزيل للأستاذ/ عبدالباقى حامد الجزولي الذي سمح لي بالإطِّلاع على بحثه القيِّم غير المنشور الذي أصبح أحد المراجع المهمة عند إعداد الباب الخامس والأخير. والشكر موصول للأستاذ/ أبوالقاسم مضوي الذي وقَّروا لي بعض الدوريات. وشكر خاص جداً وإمتنان بلا حدود لصديقي الأستاذ/ راشد خالد حفظ الله الذي جعل الكتابة أمراً ممكناً في المقام الأوَّل والذي أمدَّني ببعض المراجع النادرة ووقَّروا لي كل مجلَّات الأحكام القضائية السودانية المنشورة باللغة الإنجليزية والتي أصبحت عملة نادرة. والشكر والتقدير موصول للأستاذة/ دفع الله الأمين خطَّاب وطه سليمان الزين وزهير حسن بساطي لكل ما فعلوه من أجلي. كذلك الشكر الجزيل للأستاذ/ طارق حسين وزوجته اللذين تكبَّدوا مشاق طباعة الجزء الأكبر من هذا البحث، وللأستاذ/ محمد أبوالعزائم الذي قام بطباعة جزء من المادَّة وكان له فضل تنسيق الطَّباعة وإخراجها بشكلها النهائي. كذلك شكري للأستاذ/ طارق مبارك عثمان الذي ساهم بمجهود وافر في تصحيح بروفات الطباعة.

وبالتأكيد الشكر قبل الجميع وبعدهم لأستاذي الدكتور الصديق عبد الباقي حسين الذي واكب هذا البحث منذ أن كان فكرةً وخطَّةً ولم ييخل بالنصح والتوجيه، مع أمنيات صادقة له بالتفوق والسداد في مكان عمله الجديد بدولة الإمارات العربية المتَّحدة. كذلك الشكر والتقدير الجم والإنحناء لأستاذي

وأستاذ أساتذتي الفقيه العالم زكي عبد الرحمن محمد خير الذي وافق مشكوراً على أن يشرف على هذه الرسالة المحفوفة بالمخاطر، والشكر له أيضاً لأنه لم ييخل بنصحه وإرشاده وتوجيهه ودعمه، لذلك له مودتي خالصة وشكري الالء محدود لأنّه شرفني بالتلمذ على يديه.

في الختام أود أن أعتذر لكل من لم يرد اسمه وكان له إسهام مهما كان، قلّ أو كثر، وأرجو أن لا يعتبر عدم ورود اسمه تقليلأ من قدره أو جحودأ، ولكنّها الذاكرة التي دائماً ما تحون. فالجميع يستحق مني الشكر والامتنان والتجلّة وسوف أحمّل جميلهم ما حييت.

قائمة السوابق القضائية

(أ) السوابق السودانية:-

- ١/ سيد حسن بشير وآخرين ضد باسل عسال
م أ/س/ ٤/١٩٦٠م - م أ ق ١٩٦٠م
- ٢/ عبدالله محمد بشير ضد بنك مصر
م أ/أس/ ٥/١٩٦٥ - م أ ق ١٩٦٦م
- ٣/ حكومة السودان ضد عبدالله مرعي محمد
م أ - م ك - ٨١٧ - ١٩٦٩م - م أ ق - ١٩٧٠م
- ٤/ أم الحسين الحسن ضد ورثة الماخي السافلاوي
م أ/أ ن/ ٦٧٠/٧٠ - م أ ق ١٩٧٢م
- ٥/ شنداق آدم نعم الله ضد إبراهيم يوسف خمجان
م ع/ط م/ ٣٥٥/٧٣ - م أ ق ١٩٧٣م
- ٦/ حكومة السودان ضد عمر محمد صالح
م ع/ط ج/ ٨٣/٧٣ - م أ ق ١٩٧٣م
- ٧/ علي دنقلا ضد حكومة السودان (وزارة الأشغال)
م أ/أس م/ ٩٤/٧٣ - م أ ق ١٩٧٣م
- ٨/ ألبرت يوسف بركات ضد أميلي شدياق
م ع/ط م/ ٥٧/٧٣ - م أ ق ١٩٧٣م
- ٩/ حكومة السودان ضد عباس محمد سلام
م ع/م ك/ ٧/٧٣ - م أ ق ١٩٧٣م
- ١٠/ نصر عبد الرحمن محمد ضد السلطة التشريعية
ق م/علياء/دستورية ١/١٩٧٤م - هنري رياض (أشهر القضايا الدستورية في السودان)
- ١١/ الرحمة علي جابر وآخرين ضد ورثة علي جابر
م ع/ط م/ ٢٥٧/٧٤ - م أ ق ١٩٧٤م
- ١٢/ عبدالرحيم محمد دين ضد أحمد عبدالله وآخر
م ع/ط م/ ١٩٥/١٩٧٥م - م أ ق ١٩٧٥م
- ١٣/ عوض عبدالرحمن ضد محمد حسن الغول

- م ع/ط م / ١٣٦ / ١٩٧٥ م - م أ ق ١٩٧٥ م
- ١٤ / الطيب الصاوي ضد حمودة الطاهر
م أ/أس م / ٤٢٨ / ١٩٧٥ م - م أ ق ١٩٧٥ م
- ١٥ / حكومة السودان ضد سيد محمد أحمد مساعد وآخرين
م ع/ط ج / ٦٢ / ١٩٧٥ م - م أ ق ١٩٧٥ م
- ١٦ / حكومة السودان ضد موسى أحمد متي وآخرين
م ع/ط ج / ٤٤ / ١٩٧٥ م - م أ ق ١٩٧٥ م
- ١٧ / حكومة السودان ضد رشدي سيحة بشارة
م أ/م ك / ٦٢ / ١٩٧٥ م - م أ ق ١٩٧٥ م
- ١٨ / حكومة السودان ضد محمد بدوي الشيخ
م ع/م ك / ٨٢ / ١٩٧٥ م - م أ ق ١٩٧٥ م
- ١٩ / إفانيس صموئيل ضد (١) محافظ الخرطوم (٢) المؤسسة العامة للعقارات
طعن إداري ٧٨/٤٢ - م أ ق ١٩٧٨ م
- ٢٠ / حكومة السودان ضد زين العابدين نصر على
م أ/أن ج / ٧٨/٣٢٥ - م أ ق ١٩٧٨ م
- ٢١ / عثمان أحمد القاضي ضد بابكر العباس الجنيد
م أ/أس م / ٧٨/١٦٠ - م أ ق ١٩٧٨ م
- ٢٢ / مهدي عبد الحميد المهدي ضد هيئة السكة حديد
م ع/ط م / ١٣٥ / ١٩٧٨ م - م أ ق ١٩٧٨ م
- ٢٣ / هيئة السكة حديد ضد عبد الحميد المهدي مصطفى
م ع/ط م / ٦٦ / ١٩٧٨ م - م أ ق ١٩٧٨ م
- ٢٤ / حكومة السودان ضد آدم عبد الكريم عبدالله
م ع/م ك / ٩٥ / ١٩٧٨ م - م أ ق ١٩٧٨ م
- ٢٥ / محمود جمال صدار ضد حكومة السودان (ديوان النائب العام)
م ع/ط م / ١٠٩ / ١٩٧٨ م - م أ ق ١٩٧٨ م
- ٢٦ / المستأجرين للدكاكين مجلس شعبي المنطقة الشرقية ضد حكومة السودان
م ع/ق د / ٢ / ١٩٧٨ م - هنري رياض (أحكام بالنقض والتأييد)
- ٢٧ / التجاني الطيب بابكر ضد حكومة جمهورية السودان الديمقراطية
ق د / ٣ / ١٩٨١ م - م أ ق ١٩٨٠ م

- ٢٨ / حكومة السودان ضد عبدالمنعم محمد عوض
م ع/ط ج/١٣٢/١٩٨٠م - م أ ق ١٩٨٠م
- ٢٩ / حكومة السودان ضد أحمد إسماعيل يوسف
م ع/ط ج/١٣٧/١٩٨٠م - م أ ق ١٩٨٠م
- ٣٠ / الإتحاد العام لكرة القدم وآخر ضد نادي الزهرة الرياضي
م ع/ط م/٧٩/١٩٨٠م - م أ ق ١٩٨٠م
- ٣١ / حكومة السودان ضد يابكر أحمد حسن
م أ/أس ج/١٣٨/٨٣ - م أ ق ١٩٨٣م
- ٣٢ / حكومة السودان ضد أبوالكلام الطاهر العبيد وآخرين
م ع/م ك/ ٦١/١٩٨٣م - م أ ق ١٩٨٣م
- ٣٣ / حكومة السودان ضد (١) فيتر وتر دينق (٢) عوض محمد عبدالجليل
م ع/ج/١٦٧/١٩٨٣م - م أ ق ١٩٨٣م
- ٣٤ / (١) إعتدال محمد فضل (٢) الرئح حسن خليفة ضد السلطة التشريعية.
م ع/ع د/١/١٩٨٤م - هنري رياض (أشهر الأحكام الدستورية والجنائية في السودان)
- ٣٥ / حكومة السودان ضد عبدالله طه الطاهر
م أ/أس ج/٢١٨/٨٤ - م أ ق ١٩٨٤م
- ٣٦ / حكومة السودان ضد العوض مركز معالي
م ع/فحص جنائي/٨٢/١٩٨٤م - م أ ق ١٩٨٤م
- ٣٧ / حكومة السودان ضد أميرة عبدالله أحمد آدم
م ع/م ك/ ١٠٨/١٩٨٤م - م أ ق ١٩٨٤م
- ٣٨ / حكومة السودان ضد موسى باشا هبلا
م ع/فحص جنائي/٦٢/٨٤ - م أ ق ١٩٨٤م
- ٣٩ / حكومة السودان ضد جون إلبقو بوث
م أ/أس ج/٤٦١/١٩٨٤م - م أ ق ١٩٨٤م
- ٤٠ / حكومة السودان ضد باب الله خميس جمعة
م ع/م ك/ ٥٠/١٤٠٦هـ - م أ ق ١٩٨٤م
- ٤١ / حكومة السودان ضد جمال محمد حسين
م ع/فحص ج/١١/٨٤ - م أ ق ١٩٨٤م

- ٤٢ / حكومة السودان ضد آدم حسن إسماعيل
م ع/فحص جنائي/١٧/١٩٨٤م - م أ ق ١٩٨٤م
- ٤٣ / حكومة السودان ضد إبراهيم آدم عثمان وآخرين
م ع/م ك/٨٣/١٩٨٤م - م أ ق ١٩٨٤م
- ٤٤ / حكومة السودان ضد علي مايبور
م أ/س ج/٢٤٣/١٩٨٤م - م أ ق ١٩٨٤م
- ٤٥ / طه إسماعيل أبو قرحة ضد السلطة التشريعية
م ع/ع د/٤/١٩٨٤م - هنري رياض (أشهر الأحكام الدستورية والجنائية في السودان)
- ٤٦ / حكومة السودان ضد مرتيم محمد عبدالله
م ع/م ك/٢١/١٤٠٥هـ - م أ ق ١٩٨٥م
- ٤٧ / حكومة السودان ضد الأمين سعيد أم دبكة
م ع/ف ج/٣١/١٤٠٦هـ - م أ ق ١٩٨٥م
- ٤٨ / حكومة السودان ضد عوض الحاج محبوب
م ع/فحص جنائي/١٤٥/١٤٠٥هـ - م أ ق ١٩٨٥م
- ٤٩ / حكومة السودان ضد بابكر محمد محمود
م أ/س ج/٦١٨/١٤٠٥هـ - م أ ق ١٩٨٥م
- ٥٠ / حكومة السودان ضد محمود محمد طه
- ٥١ / أسماء محمود محمد طه وعبد اللطيف عمر حسب الله ضد حكومة السودان
م ع/ق د/٢/١٤٠٦هـ - م أ ق ١٩٨٦م
- ٥٢ / (١) أسماء محمود محمد طه (٢) عبد اللطيف عمر حسب الله
ضد
حكومة جمهورية السودان
النمرة: م ع/ق د/٢/١٤٠٦هـ - الأخوان الجمهوريون (الطبعة الأولى)
حيثيات المحكمة العليا في قضية الأستاذ محمود محمد طه.
- ٥٣ / حسن طه نصر وخضرة حسين محمد نصر ضد سليمة جابر
م ع/ط م/٦٠/١٤٠٦هـ - م أ ق ١٩٨٧م
- ٥٤ / طلب تفسير من النائب العام للمادة ٨٤ من الدستور الإنتقالي لسنة ١٩٨٥م
م ع/ع د/١٠/١٩٨٧م - م أ ق ١٩٨٧م
- ٥٥ / أحمد عبد اللطيف سر الختم ضد حكومة السودان
م ع/ع د/٦/١٩٨٧م - هنري رياض (أشهر الأحكام الدستورية والجنائية في السودان)

- ٥٦ / حكومة السودان ضد أبكر يحي آدم
م/ع/م ك/٢٩/١٤٠٦ هـ - م أ ق ١٩٨٧ م
- ٥٧ / خالد محمد خير ضد حكومة السودان
م/ع/د/١٥/١٩٨٧ م - هنري رياض (أشهر الأحكام الدستورية والجنائية في السودان)
- ٥٨ / حكومة السودان ضد (١) أبوالقاسم محمد إبراهيم (٢) زين العابدين محمد أحمد عبدالقادر
(٣) خالد حسن عباس (٤) مأمون عوض أبو زيد
م/ع/ط/ج/أ/٤/١٩٨٦ م - م أ ق ١٩٨٨ م
- ٥٩ / حكومة السودان ضد الحاجة الحسين سليمان
م/ع/م ك/٨٤/١٤٠٦ هـ - م أ ق ١٩٨٨ م
- ٦٠ / حكومة السودان ضد كرار فضل علي وآخرين
م/ع/ف/ج/٧٩/١٩٨٧ م - م أ ق ١٩٨٨ م
- ٦١ / حكومة السودان ضد محمد النور وآخرين
م/ع/ف/ج/١٨/١٤٠٧ هـ - م أ ق ١٩٨٨ م
- ٦٢ / حكومة السودان ضد بدرالدين عباس أبو نورة
م/ع/م ك/٦٩/١٤٠٦ هـ - م أ ق ١٩٨٨ م
- ٦٣ / حكومة السودان ضد أحمد أبو سن حامد
م/ع/م ك/١٦/١٩٨٧ م - م أ ق ١٩٨٨ م
- ٦٤ / حكومة السودان ضد السنوسي علي بلة
م/ع/م ك/٥٠/١٩٨٨ م - م أ ق ١٩٨٨ م
- ٦٥ / حكومة السودان ضد نقّة أبيلي دقة
م/ع/م ك/٥٦/١٤٠٦ هـ - م أ ق ١٩٨٩ م
- ٦٦ / حكومة السودان ضد عماد أحمد هويللو وآخرين
م/ع/م ك/١٣٩/١٩٨٨ م - م أ ق ١٩٨٩ م
- ٦٧ / هيئة السكة حديد ضد الحاج كردمان
م/ع/ط/م/١٥٢/١٩٨٢ م - م أ ق ١٩٨٩ م
- ٦٨ / حكومة السودان ضد محمد فضل الله وآخر
م/ع/م ك/١٠٨/١٩٨٨ م - م أ ق ١٩٨٩ م
- ٦٩ / حكومة السودان ضد عمر عبدالرحمن وآخرين
م/ع/ف/ج/٢٩٩/١٤٠٦ هـ - م أ ق ١٩٨٩ م

- ٧٠ / محبوب برير محمد نور ضد حكومة السودان
م ع/ق د/٨/١٩٨٨ م - م أ ق ١٩٨٩ م
- ٧١ / حكومة السودان ضد المكاشفي طه الكباشي
م ع/ف ج/١٩٤/١٤٠٦ - م أ ق ١٩٨٩ م
- ٧٢ / حكومة السودان ضد الصادق أحمد عبدالله
م ع/ف ج/١٤٩/١٩٨٩ م - م أ ق ١٩٨٩ م
- ٧٣ / حكومة السودان ضد (١) أحمد حسن عمر (٢) آدم أحمد عمر
م ع/م ك/٩٥/١٤٠٦ هـ م أ ق ١٩٩٠ م
- ٧٤ / حكومة السودان ضد مصطفى سليمان كتيوبي
م ع/م ك/٥١/١٩٨٩ م - م أ ق ١٩٩٠ م
- ٧٥ / قرار النقض ١٤٠/١٩٩٠ م الصادر في يوم ١١/٩/١٩٩٠ م أ ق ١٩٩٠ م
- ٧٦ / الفاضل أحمد التوم ضد عيسى حاج العوض
م ع/ط م/٣٥٤/١٩٨٧ م - م أ ق ١٩٩١ م
- ٧٧ / حكومة السودان ضد مرسل عيسى حامد
م ع/م ك/١٥٨/١٩٩١ م - م أ ق ١٩٩١ م
- ٧٨ / حكومة السودان ضد يانق ملويل داك
م ع/ف ج/٤٧٠/١٩٩١ م - م أ ق ١٩٩١ م
- ٧٩ / حكومة السودان ضد كلثوم خليفة عجبنا
م ع/غ أ/٤٨/١٩٩٢ م - م أ ق ١٩٩٢ م
- ٨٠ / إبراهيم عبدالرحمن عبدالسلام ضد محمد نصر الدين مصطفى وآخرين
م ع/ط م/٥٣٦/١٩٩٢ م - م أ ق ١٩٩٢ م
- ٨١ / نقض ١١١/١٩٩٢ م - نفقة زوجية ونفقة بنوة - م أ ق ١٩٩٢ م
- ٨٢ / د. حامد إبراهيم محمد وآخرين ضد وزير المالية والتخطيط
م ع/ط أ س/٦٣/١٩٩٢ م - م أ ق ١٩٩٢ م
- ٨٣ / حكومة السودان ضد آدم محمددين محمد عبدالله
م ع/م ك/١٩/١٩٩٢ م - م أ ق ١٩٩٢ م
- ٨٤ / عوض خليفة ضد محمد علي موسى
م ع/ط م/٣٥٩/١٩٩٢ م - م أ ق ١٩٩٢ م

- ٨٥ / حكومة السودان ضد محمد البدوي حامد
م ع/ف ج/٣٢٩/١٩٩٢م - م أ ق ١٩٩٢م
- ٨٦ / خلود حسن عبدالله ضد محمد علي بشارة
ط م/١٠٦٦/١٩٩٢م - غير منشورة
- ٨٧ / يوسف نورين آدم ضد عائشة موسى محمد
م ع/ط م/٢٣٩/١٩٩٣م - م أ ق ١٩٩٣م
- ٨٨ / عبدالوهاب حميدان ضد شركة سيمنس وآخر
مراجعة ١٨٨/١٩٩٣م - م أ ق ١٩٩٣م
- ٨٩ / م ع/ف ج/٨١١/١٩٩٣م - م أ ق ١٩٩٣م
- ٩٠ / م ع/ق ج/٧٢٩/١٩٩٤م - م أ ق ١٩٩٤م
- ٩١ / طلب تفسير المادة ٥٨ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م المقدم من النائب العام
م ع/ق د/١/١٩٩٤م - م أ ق ١٩٩٤م
- ٩٢ / حامد محمد الحسن ضد ورثة عليّة عبدالحמיד
م ع/ط م/٣٨١/١٩٨٩م - م أ ق ١٩٩٥م
- ٩٣ / علي عثمان محمد علي ضد مايكولي ميلر
م ع/ط م/١٠١/١٩٩٦م - م أ ق ١٩٩٦م
- ٩٤ / محمد إدريس أبوبكر ضد سالم عبدالله سالم
م ع/ط م/٧٠٤/١٩٩٥م - م أ ق ١٩٩٦م
- ٩٥ / لوسي بارسميان ضد مدير عام التركات
م ع/ط م/٥٣١/١٩٩٦م - م أ ق ١٩٩٧م
- ٩٦ / إبراهيم يوسف هباني وآخرون ضد رئيس الجمهورية
طعن رقم م د/ق د/١/٢٠٠٠م - غير منشورة

* ملاحظة :

م أ ق تعني مجلة الاحكام القضائية السودانية .

(ب) الأحكام غير السودانية:-

- ١/ الإستئناف رقم ٣٤/١٩٨٠م محكمة إستئناف أبوظبي
عبدالله راشد هلال (مجموعة الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف والنقض بدولة الإمارات)
- ٢/ الإستئناف رقم ١١١ و ١١٤/١٩٩٣م/ محكمة الإستئناف القطرية
مؤسسة ماجيستيك للإستثمار والأعمال المالية المحدودة ضد علي بن ناصر المسند (غير منشورة)
- ٣/ الطعن رقم ٢١٥ و ٢١٧ لسنة ١٩٩١م "حقوق" - مجلة القضاء والتشريع - العدد الثالث -
نوفمبر ١٩٩٥م - حكومة دبي - محكمة التمييز - المكتب الفني.
- ٤/ الطعن رقم ١٤٤ و ١٤٧ لسنة ١٩٩٢م "حقوق" - مجلة القضاء والتشريع - العدد الرابع -
يونيو ١٩٩٦م - حكومة دبي - محكمة التمييز - المكتب الفني.
- ٥/ الطعن ٤٢ لسنة ٨ جزائي جلسة ١٥/١٢/١٩٨٦م
حسن أحمد علي الحمادي - قضاء الحدود والقصاص والدية - مجموعة المبادئ التي قرّرها
المحكمة الاتحادية العليا منذ إنشائها وحتى الآن (خمس وعشرون سنة) - إصدارات المجمع
الثقافي - أبوظبي - ١٩٩٨م

المحتويات

I	إهداء
II	شكر وعرفان
IV	قائمة السوابق القضائية
XII	المحتويات
١	مقدمة

الباب الأول

ماهية النظام القانوني

٧	الفصل الأول:- مفهوم النظام القانوني
٧	المبحث الأول:- تعريف النظام القانوني
١٢	المبحث الثاني:- النظام القانوني الأنجلوسكسوني
١٧	المبحث الثالث:- النظام القانوني اللاتيني
٢٣	المبحث الرابع:- النظام القانوني في الشريعة الإسلامية
٣٣	الفصل الثاني:- خلفية تاريخية عن النظام القانوني السوداني
٣٣	المبحث الأول:- النظام القانوني السوداني في فترة ما قبل المهدية
٣٨	المبحث الثاني:- النظام القانوني السوداني في فترة الدولة المهدية
٤٢	المبحث الثالث:- النظام القانوني السوداني منذ الحكم الثنائي
٤٨	خلاصة:-

الباب الثاني

مصادر القانون (ماهيتها وتناقضها وحل التناقض)

٥٤	الفصل الأول:- العلاقة بين مصادر القانون والنظام القانوني
٥٤	المبحث الأول:- في ماهية مصدر القانون
٦٦	المبحث الثاني:- تناقض المصادر وخيارات المشرع
٧٢	المبحث الثالث:- حل التناقض بين التقييد والإطلاق
٧٧	الفصل الثاني:- مصادر القانون في النظام القانوني السوداني

٧٧	مصادر القانون في النظام السوداني قبل تشريعات عام ١٩٨٣ م	المبحث الأول:-
٩١	مصادر القانون في النظام السوداني بعد تشريعات عام ١٩٨٣ م	المبحث الثاني:-
١٠٢		خلاصة:-

الباب الثالث

أثر التشريعات الإسلامية في القانون الجنائي

١٠٩		مقدّمة:-
١١٤	مبدأ الشرعية وعناصر المسئولية وفلسفة العقاب	الفصل الأول:-
١١٤	مبدأ الشرعية وأثر التشريعات عليه	المبحث الأول:-
١٣٢	الأسس العامة للمسئولية الجنائية في النظام القانوني السوداني	المبحث الثاني:-
١٤١	فلسفة العقاب وتطوّر مفهوم العقوبة	المبحث الثالث:-
١٤٧	أثر التشريعات الإسلامية على الجرائم	الفصل الثاني:-
١٤٨	الجرائم ضد النفس	المبحث الأول:-
١٥٣	الجرائم ضد المال	المبحث الثاني:-
١٥٩	الجرائم الجنسية	المبحث الثالث:-
١٦٥		خلاصة

الباب الرابع

أثر التشريعات الإسلامية على القوانين الخاصة والإجرائية

١٧٥		مقدّمة:-
١٧٦	أثر التشريعات الإسلامية على القوانين الخاصة	الفصل الأول:-
١٧٦	قانون المعاملات المدنية وما إستحدثه من أحكام	المبحث الأول:-
١٨٨	الإثبات بين الثبات والتحوّل	المبحث الثاني:-
١٩٩	أثر التشريعات الإسلامية على القوانين الإجرائية	الفصل الثاني:-
١٩٩	المستحدث في إجراءات التقاضي المدني	المبحث الأول:-
	بإسناد للشرعية الإسلامية	
٢٠٩	أثر التشريعات الإسلامية في الإجراءات الجنائية	المبحث الثاني:-
٢١٧		خلاصة:-

الباب الخامس

مبدأ سيادة حكم القانون وضماناته وأثر التشريعات عليه

٢٢٦	الفصل الأول:- مبدأ سيادة حكم القانون
٢٢٦	المبحث الأول:- ماهية سيادة حكم القانون
٢٣٠	المبحث الثاني:- مفهوم الدولة في الشريعة الإسلامية وأثره على سيادة حكم القانون
٢٣٥	المبحث الثالث:- سيادة حكم القانون في النظام القانوني السوداني
٢٤٠	الفصل الثاني:- ضمانات سيادة حكم القانون
٢٤٠	المبحث الأول:- مبدأ دستورية القوانين
٢٤٧	المبحث الثاني:- إستقلال القضاء
٢٥٤	المبحث الثالث:- حق التقاضي وتنفيذ الأحكام
٢٦٥	الختاتمة:-
٢٧٣	ثبت المراجع

مقدمة

منذ إستقلال السودان في العام ١٩٥٦م، ظهرت أصوات تنادي بضرورة القيام بعملية إصلاح قانوني. ولأن القانون يأتي عبر عملية تشريعية وهي نشاط سياسي من الدرجة الأولى، إرتبطت دعاوى الإصلاح القانوني منذ نشأتها بمعسكرات سياسية ورؤى أيولوجية متنوّعة. فمفهوم الإصلاح تفاوت حسب تفاوت طبيعة المعسكرات السياسية نفسها، لبروح ما بين دعاوى تهدف إلى إستكمال النقص المانع من تأسيس نظام قانوني حديث، وبين دعاوى تنادي بقطيعة شاملة مع تراثنا القانوني بوصفه تركة المستعمر. حيث إنقسم المعسكر الأخير إلى قسمين:- أحدهما ينادي بوحدة قانونية مع الدول العربية على أساس قومي، والآخر ينادي بإقامة دولة إسلامية عبر أسلمة القوانين. وبما أن الفرز بين هذه القوى والمعسكرات لم يكن واضحاً في البداية، وإستناداً إلى جبهوية بعض القوى السياسية وإتساع منابرها وأوعيتها التنظيمية، نوّعت بعض الشخصيات التي تحمل رؤى أيولوجية متماثلة وموقفاً موّحداً من عملية الإصلاح القانوني، بين أحزاب ومجموعات سياسية مختلفة قد تتناقض برامجها السياسية أحياناً. ولكن في سياق التطور السياسي والتشريعي، إنفرت القوى السياسية بشكل واضح إلى مجموعتين أساسيتين هما:- المجموعة التي تنادي بقيام دولة مدنية حديثة تقوم على مبدأ سيادة حكم القانون وتحترم الحقوق والحريات الأساسية، والمجموعة الأخرى التي تنادي بقيام دولة دينية إسلامية تتبني الشريعة الإسلامية وتصدر تشريعاتها وفقاً لها. وبالطبع تأرجحت قوى ما بين المجموعتين فهي تارةً مدنية في ثياب إسلامية وتارةً إسلامية تدعو لسيادة حكم القانون حسب مقتضى الحال وضرورة المناورات السياسية. وإذا كانت القوى التي تدعو إلى قيام دولة مدنية حديثة لم تتقدّم ببرنامج إصلاح قانوني شامل حيث إكتفت بمساهمات حول الحقوق والحريات الأساسية والقوانين المقيّدة للحريات عقب كل إنتفاضة أو ثورة، وإذا كانت القوى التي تدعو لقيام دولة دينية إسلامية لم تتقدّم بتصورها الكامل إلا مؤخراً، فإن القوى التي راوحت أو تأرجحت بين الموقفين لم تكن دائماً خارج هذين المعسكرين بل هي قوى مثّلت جزءاً منهما في سياق تطور سالب ووضع سياسي غير مستقر. فموقف القوى الوسطى هذه - إن صحّ التعبير -، كان يتبدّى في دعاوى التطبيق المتدرّج لأحكام الشريعة الإسلامية وبناء الدولة الدينية بالتدريج، وكذلك في الإدعاء بأن ما تمّ تقنينه ليس هو الشريعة الإسلامية بإعتبار أنه إجتهاذ خاطئ.

وبالتأكيد أن من قبل نظرية التدرّج في تطبيق الشريعة الإسلامية، كان في الواقع من معسكر الدولة الدينية وما درى بأن قبوله بالتدرّج يعني صراحةً عدم ملاءمة دولته بأكملها للواقع الذي يريد حشره فيها. أمّا من صارع تقنيات المعسكر المذكور من مواقع أمّا ليست الشريعة الإسلامية من معسكر الدولة المدنية، فهو ما درى أيضاً أنّه بقبوله هذا قد وّحد المرجعية وأقرّ بوجود دولة دينية أفضل فارقتها القوى التي قنّنت التشريع، وبالتالي هو ملزم بتوضيحها على الأقل إن لم يكن إقامتها.

وفي تقديرنا أن بقاء الصراع بين المعسكرين (معسكر الدولة المدنية ومعسكر الدولة الدينية) على مستواه السياسي فقط، وتفعيله كشعارات سياسية وصراع سياسي محض دون النظر إلى آثاره العملية على بنية الدولة القانونية وهو في حالة تشيؤ وممارسة، يقود دائماً إلى جدل بينظي وسفسطة تسمح لكل طرف استخدام أسلحة الآخر والوقوع في أحابله. وبما أن التشريع هو خلاصة الفكر السياسي في مثله وتشويه الاجتماعي عبر الممارسة، يصبح حل المعضلة بعيداً عن أساليب الدعاية والدعاية المضادة، الجهد المعرفي والعلمي لدراسة التطور القانوني في السودان ومدى أثر التشريع سلباً وإيجاباً عليه. أي دراسة تطبيقية للنتائج التي أسفر عنها مصطلح الإصلاح القانوني عبر المآل الذي آلت إليه البنية القانونية في السودان. ونحن حين نقول البنية القانونية "Legal Structure" نؤسس ومنذ هذه اللحظة للتفريق بينها وبين مفهوم النظام القانوني "Legal System". إذ أن لكل مجتمع ظهرت فيه سلطة وشرعت قوانين بنية قانونية، ولكن ليست كل بنية قانونية تعتبر نظاماً قانونياً. والأمر ليس مجرد تفرقة عارضة، بل هو في جوهر ضبط المصطلح الذي يضع أساساً صلباً للدراسة العلمية الموضوعية. فدراسة النظام القانوني لدولة ما، يستلزم تفرقة واضحة ما بين مفهوم النظام القانوني بصفة عاقمة، وبين البناء القانوني أو البنية القانونية لتلك الدولة قيد الدراسة. وذلك حتى يتسنى توضيح مدى وجود نظام قانوني بتلك الدولة من عدمه عبر معايرة البنية القانونية بمفهوم النظام القانوني.

ولأننا نؤمن بضرورة دراسة البنية القانونية السودانية منذ صدور تشريعات عام ١٩٨٣م الإسلامية وحتى اللحظة، وذلك بغرض تحديد مدى أثر تلك التشريعات والتشريعات التي أعقبتها على النظام القانوني السوداني، فإننا سوف نتبع منهج التفريق بين مفهوم البنية القانونية والنظام القانوني. إذ أنه بدون التفريق بين المفهومين، يستحيل تحديد مدى الأثر الذي تركته التشريعات الإسلامية على نظامنا القانوني المفترض أن بناءه هو هدف دعاوى الإصلاح. وبالتأكيد أن دراسة البنية القانونية للسودان منذ التاريخ المذكور في ضوء مفهوم النظام القانوني الحديث، هي وحدها الوسيلة الصحيحة لإخراج عملية الإصلاح القانوني من دائرة الجدال السياسي المحض، ووضعها غرضاً للدراسة العلمية الموضوعية. وهذا لا يعني بالطبع أن هذا النوع من الدراسة سوف يقوم بفصل متعسف ما بين السياسي والقانوني. فدراسة مثل هذه لا بد أن يتداخل فيها السياسي والقانوني باعتبار أن العملية التشريعية هي همزة الوصل بين العلمين، ولذلك لا بد من استخدام منهج تحليلي يربط بين العلوم الاجتماعية المختلفة "Interdisciplinary Methodology". وهذا الاستخدام يتوافق مع طبيعة فلسفة القانون "Jurisprudence" بوصفها قناة "conduit" تربط القانون بالعلوم الأخرى، ومفهوم النظام القانوني أحد مفاهيم هذه الفلسفة الرئيسية. أي أننا سوف نستخدم الأساليب والمناهج المعرفية الحديثة لدراسة ما تم من تحولات في البنية القانونية السودانية. ولكننا بالحث لن نقوم بهذه الدراسة بمعزل عن المؤثرات السياسية، كما أننا بكل تأكيد لن

نصل إلى نتائج محايدة بإعتبار أن نتائج البحث سوف تبين مدى المفارقة ما بين التشريعات ومفهوم النظام القانوني من مدى المطابقة. وهذه المقايسة والمعايرة العلمية لا بد أن يكون لها أثر سياسي ليس هو هدف الدراسة بالذات ولكنه لا محالة حادث بإعتبار التداخل المنهجي والوقائعي.

من كل ما تقدم نستطيع أن نقول بأن هذه الدراسة ضرورية لتطور بلادنا من حيث تحديد ما هو معرّي وعلمي ويستند إلى تطور العلوم القانونية ويؤسس لقيام نظام قانوني، وما هو آيديولوجي وسياسي محض ويقود إلى تأسيس بنية قانونية لا يمكن أن تصبح نظاماً قانونياً حديثاً. لذلك هذه المهمة هي مهمة وطنية من الدرجة الأولى قبل أن تكون مهمة علمية. وهي واجب يقع على عاتق كل من تلقى تعليماً قانونياً يؤهله إلى النظر إلى ما يتم على مستوى تشريعي وتطبيقي من زاوية معرفية. والنظر من زاوية علمية يعني بلا مرأ تطبيق المفاهيم الحديثة وعلى رأسها مفهوم النظام القانوني على البنية القانونية. وهذا بالحثم سوف يقودنا إلى تطبيق هذا المفهوم على الشريعة الإسلامية دون الوقوع في مفارقة تطبيق نظام حديث على نظام تاريخي. وذلك لأن تطبيق مفهوم النظام القانوني الحديث على الشريعة الإسلامية لا يقع عليها بوصفها نظاماً أو بنية وجدت في الماضي، بل يطبق على الشريعة الإسلامية بوصفها بنية ممارسة ومائلة عبر التشريعات الإسلامية التي تمّ تقنينها في العام ١٩٨٣م وما بعده. ويلاحظ أننا سوف نتعامل مع القوانين التي تمّ تشريعها في ذلك العام والتي عُرفت بقوانين سبتمبر على أساس أنها تشريعات إسلامية. ولا يعتبر هذا الموقف تركية لها أو توكيداً لإسلاميتها، ولكنه موقف يقوم على واقعة علمية هي أنه ليس هنالك تشريعات إسلامية مقننة بل قصارى ما هو موجود مبادئ تشريعية لا بدّ من تقنينها بجهد بشري. أي أنه لا توجد تشريعات إسلامية مقننة وخالصة، وبالتالي أي عملية تقنين بشرية تسند إلى الإسلام تعتبر إسلامية من هذا المنطلق بغض النظر عن صواب من إجتهد في تقنينها من خطئه. ففتن الشريعة الإسلامية وفقاً لتصور شيعي أو سني أو قرمطي أو ظاهري أو وفقاً لمذهب بعينه أو وفقاً لإجتهد جديد، كلّ في تقديرنا يصح أن يطلق عليه تشريع إسلامي من وجهة نظر معرفية موضوعية. فإذا كان لكل مذهب ولكل مدرسة ولكل إمام ولكل مجتهد الحق في وضع تصوّر تقني، فإن لكل الآخرين الحق في وضع تصوّرات مناقضة له وفي نقد التصرّوات الأخرى وكل ذلك يعتبر تشريعاً إسلامياً للباحث الموضوعي. الأمر الثاني الذي يجعلنا نعامل هذه التشريعات على أنها إسلامية، هو أن هذه الدراسة ليست دراسة شرعية هدفها تبين مدى إنطباق الأحكام الشرعية من عدمه، بل هدفها دراسة هذا الإجتهد الديني وأثره على النظام القانوني بغض النظر عن صحته من وجهة نظر دينية من عدمها. وهذا بالطبع لا يمنع من الإشارة من حين لآخر إلى أن هذه التشريعات قد فارقت الراجح بالشرع الحنيف دون إخراجها من دائرته إيماناً ممّا بأن الخروج عن مقتضى إجماع السلف لا يعني الخروج عن الملة أو إخراج التشريع عن دائرته الإسلامية. فليس من واجبن الخوض في العيوب الشرعية للتشريعات الإسلامية ولا محاكمتها وفقاً لتصور سلفي تحت إدعاء أن هناك إسلاماً أحسن، لأنّ هذا هو دور الدراسات الشرعية.

ومهمتنا تتقوم في دراسة ما إذا كانت التشريعات الإسلامية قد خلقت نظاماً قانونياً حديثاً أم أنها فشلت في ذلك من وجهة نظر العلوم القانونية.

وللقيام بهذه المهمة غير السهلة باعتبار أنها تدخل ضمن مواضيع فلسفة القانون الشائكة والتي لا تحتمل الإجابات المسطحة والعفوية، سوف نقسّم بحثنا هذا إلى خمسة أبواب. نبتدئها بباب أول نناقش فيه ماهية النظام القانوني من وجهة نظر العلوم القانونية، وذلك حتى نتمكنّ إبتداءً من تعيين مفهوم النظام القانوني الذي سوف نستخدمه معياراً لدراسة مدى تأثير التشريعات الإسلامية على بنية الدولة السودانية ونظامها القانوني. وبعد تعريف مفهوم النظام القانوني، نطبقه على الأنظمة القانونية القائمة وعلى الأخص النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني القاري بوصفهما يصلحان كنموذجين عامين لكل الأنظمة القانونية في العالم. كذلك نطبق المفهوم على الشريعة الإسلامية التي تمثلتها واستلهمتها التشريعات الإسلامية، لنرى ما إذا كان من الممكن إطلاق وصف النظام القانوني عليها. ونؤكد أن تطبيقنا لهذا المفهوم الحديث على الشريعة الإسلامية جاء من باب أنها لم تعد تاريخاً تشريعياً أو مبادئ عامة، بل هي أنظمة سياسية وثنى قانونية قائمة مثل التي في السودان حالياً أو إيران أو المملكة العربية السعودية. بالإنهاء من هذا التطبيق نخلص إلى خلاصة تعقبها دراسة في فصل كامل لخلقية تاريخية عن النظام القانوني السوداني، ندرس فيها النظام القانوني في فترة ما قبل المهدية ثم في فترة الدولة المهدية وأخيراً منذ فترة الحكم الثنائي لنخلص لخلاصة عامة.

نكرس الباب الثاني لدراسة مصادر القانون لتحديد ماهيتها والتناقض فيما بينها وكيفية حل ذلك التناقض. وذلك لأن دراسة المصادر وتحديد موقعها وطبيعتها وعلاقتها بالبنية القانونية، مسألة حاسمة وأساسية في تبين ما إذا كانت البنية القانونية المذكورة يصح إعتبارها نظاماً قانونياً حديثاً أم لا. وهذه الدراسة تستلزم أولاً أن نعرف المصدر من ناحية نظرية ونوضح فكرة تناقض المصادر مع تعيين الخيارات المتاحة للمشترع العادي في حال وجود تناقض بين المصادر، ومن ثمّ نتقل لتوضيح مراوحة حل التناقض بين التقييد والإطلاق وأثر ذلك على النظام القانوني السوداني قبل تشريعات ١٩٨٣م الإسلامية وبعدها، لنخلص إلى نتائج توضح مدى التغير الذي طرأ على النظام القانوني السوداني نتيجة لهذه التشريعات.

أما الباب الثالث فسوف يكون قوامه دراسة عن أثر التشريعات الإسلامية في القانون الجنائي، بإعتبار أن القوانين العقابية هي أهمّ عناصر القانون العام لما لها من أثر مباشر وعميق على البنية الاجتماعية. ونبتدئ دراستنا ببحث حول مبدأ الشرعية وعناصر المسؤولية وفلسفة العقاب، لتوضيح مدى ما حدث من تحوّل في مبدأ الشرعية ومن إضافة في عناصر المسؤولية ومن تبدّل في فلسفة العقاب. ونعزز هذا البحث ببحث تفصيلي في الجرائم ضد النفس والمال والجرائم الجنسية، لنرى أثر التغيير في المبادئ العامة

على أنواع الجرائم المختلفة ولنستخلص من الدراسة التفصيلية ما يمكن تعميمه لخطورة أثره على البنية القانونية برمتها.

بعد ذلك نفصل في الباب الرابع أثر التشريعات الإسلامية على القوانين الخاصة والإجرائية. ونفرد بحثاً لدراسة قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م وما إستحدثه من أحكام، بغرض توضيح التغيير في فلسفة القانون المدني بعمامة دون الوقوف عند التفاصيل الصغيرة إلا ما هو مهم لما يرد على سبيل العموم. كذلك نبحت ما جرى في مجال الإثبات لتحقيقه ونبرز ما ظلّ على حاله وما كان هدفاً وموضوعاً للتغيير ليتضح مدى التحول في هذا المجال. أيضاً نخصّص بحثاً لدراسة المستحدث في إجراءات التقاضي المدني بإسناد للشرعية الإسلامية، وآخر لدراسة أثر مفهوم الشريعة الإسلامية في الإجراءات الجنائية. ومن كل ذلك نخلص إلى الأثر الذي خلفته التشريعات الإسلامية على القوانين الخاصة والإجرائية.

أمّا الباب الخامس والأخير فنكرسه لدراسة قاعدة سيادة حكم القانون وضماناتها وأثر التشريعات الإسلامية عليها. وفيه نعرّف القاعدة ونحدّد ماهيتها في تكثيف للإشارات الواردة حولها بالأبواب السابقة، ومن ثمّ نعرض لمفهوم الدولة في الشريعة الإسلامية لتوضيح مدى التوافق والتمايز ما بين القاعدة والمفهوم. وننتقل بعد ذلك لدراسة تاريخ القاعدة في النظام القانوني السوداني لتبين مدى وجودها من عدمه. ونعضد دراستنا بدراسة للضمانات الأربع لقاعدة سيادة حكم القانون من دستورية وإستقلال قضاء وحق تقاضي وتنفيذ أحكام. وبالضرورة أن دراسة هذه الضمانات تشتمل على التعريف النظري لها مع تطبيقاتها في السودان وأثر التشريعات الإسلامية عليها.

شئ أخير لا بد من التنويه إليه، وهو أننا حين نتحدّث عن التشريعات الإسلامية لا نقصد القوانين فقط، بل نقصد أيضاً تطبيقاتها والسوابق القضائية التي فسّرتها عبر الممارسة. وبكلّ تأكيد أن دراسة تهدف إلى تطبيق مفهوم ومعايرة تجرية لا بد وأن تكون لها خاتمة تلخص ما تمّ التوصل إليه وتبيّن أثر التشريعات الإسلامية في النظام القانوني السوداني، وهذا ما سيتم في نهاية هذه الدراسة.

الباب الأوّل

ماهية النظام القانوني

الباب الأول
ماهية النظام القانوني
الفصل الأول
مفهوم النظام القانوني

المبحث الأول:-
تعريف النظام القانوني:-

في البدء نود أن نثبت أن تعريف النظام القانوني كسائر مصطلحات القانون ليس بالأمر السهل. فالمصطلحات القانونية بطبيعتها تستعصي دوماً على التعريفات المباشرة كاملة الانضباط ، وذلك لتداخل ما هو قانوني بجذره الاجتماعي وارتباطه بحراك مستمر يجعله مشبعاً بالمواقف الأيدلوجية ، فتأتي التعريفات دائماً ناقصة قابلة للنقض والتبديل و للإضافة والحذف رأسياً وليس أفقياً فقط. بمعنى أن تعريف المصطلح دائماً ما يكون نسبياً لأنه مرتبط جوهرياً بفكرة تحقيق العدالة وهي فكرة نسبية تتمثل في أشكال عدة تنشأ بحسب الظرف التاريخي وطبيعة القوى الاجتماعية التي تتبناها. ولعل هذا ضمن أسباب واعتبارات أخرى هو السبب الذي يجعل العديد من الكتابات المتخصصة في النظام القانوني تنحجم عن تعريف المصطلح تماماً أو تشير إليه على استحياء ضمن سياق عام ولكنها لا تفرد له مبحثاً خاصاً.¹ ولتفادي تعقيدات التعريفات ذات الطابع الفلسفي المحض ينزع فقهاء القانون لإيجاد تعريف أكثر تصاقفاً بالوظيفة أو الهدف منه بالماهية المحضة للمصطلح ، أو بمعنى آخر يحاول فقهاء القانون إعطاء تعريف وصفي وغائي "Descriptive and Teleological" للمصطلح تفادياً للتعريفات التحليلية وابتعاداً عن التعريفات الوصفية المحضة في أغلب الأحيان. وحتى نصل إلى تعريف للنظام القانوني لا ندعي كماله بأي حال ، لا بد أن نناقش بعض التعريفات السائدة له.

يقول "Dias:-" "يدل مصطلح "القانون" على "النظام القانوني" كما يدل على "القانون". والنظام القانوني يحتوي على ظواهر عدة بجانب القوانين مثل المبادئ والمعايير والنظريات (مثل خصوصية العقد وقرينة افتراض البراءة) والطرق (مثل العقوبة والتعويض) والمؤسسات المنظمة (مثل المحاكم والشرطة). فالنظام القانوني ليس حاصل جمع القوانين ، فهو يمثل ضمن مظاهر أخرى أسلوب الربط بين القوانين تماماً مثل نظام السكك الحديدية الذي يعتبر أكثر من حاصل جمع قضبان وعربات السكك الحديدية.

وهو أيضا أكثر من أسلوب ربط شكلي لأنه نتاج القيم والأيدولوجيات و... الخ ، التي تشكله وتعيد تشكيله بصفة مستمرة".^٢

هذا التعريف يضع يده على معضلة أساسية هي أن النظام القانوني يعبر عنه بمصطلح القانون فقط وهو أمر يغرقنا لا محالة في الخلافات الجوهرية حول تعريف القانون فيما إذا خضنا فيه. لذلك حاول الفقيه "Dias" الممايزة بين القانون والنظام القانوني ولكن اكتفى بوصف ظواهر تشكل بجانب القانون محتوى للنظام القانوني يتبين منها أنه استخدم القانون بمفهومه الضيق. برغم ذلك لاحظ الفقيه العالم أن النظام القانوني هو كل أرقى من مجموع أجزائه ، أي أنه لا يصح أن يوصف بأنه حاصل جمع حسابي للظواهر الموصوفة بأنها من ضمن محتوياته. كذلك لاحظ نسبية المفهوم وردة إلى تجليات جذوره الاجتماعية التي تشكله وتعيد تشكيله باستمرار دون أن يخوض في وصف أو تحديد هذه الجذور الاجتماعية نفسها. ولكن برغم ذلك لم يتجاوز التعريف حدود الوصف للتحليل، كما أنه لم يشر مجرد الإشارة لوظيفة وأهداف النظام القانوني مكفيا بما أثاره من تجدد مستمر للنظام القانوني. والأهم من ذلك خلا التعريف من مجرد الإشارة لمصادر القانون مكتفيا بالحديث عن القانون نفسه دون أن يحدد أنه يقصد به القانون كمصدر رسمي تعتمد عليه المحاكم.

ولعل الدكتور "Akolda" قد حاول أن يكون أكثر تحديدا حين أوضح بعض ملامح النظام القانوني بقوله: - "تعتمد ماهية النظام القانوني جزئيا على التكوين السياسي والدستوري للدولة" ثم استطرد: - "سوف نناقش ملمحين ظاهرين من ملامح النظام القانوني: - مصادر القانون واجبة التطبيق وتنظيم المحاكم. ولكن النظام القانوني لا يعتمد بصفة كلية على التكوين السياسي والدستوري ، فالمحاكم والقانون واجب التطبيق يساعدان في ذلك. وهو يعتمد بدرجة كبيرة على إجراءات المحاكم والمهن القانونية والقانونيين الذين يجب أن يديروا النظام".^٣

وما يميز هذه المساهمة أنها لاحظت بحق أن القانون كما تطبقه المحاكم ملمح ظاهر من ملامح النظام القانوني ، كما أنها لم تشر بصفة عامة لسمو النظام القانوني على مجرد حاصل جمع لهذه القوانين بل أشارت للتكوين السياسي والدستوري للدولة باعتبار أن النظام القانوني يعتمد عليها جزئيا. وبذلك يكون الدكتور "Akolda" قد قارب ظاهرة الدولة ودور الدستور كأداة محورية في تكييف النظام القانوني ولكنه لم يطور هذه الملاحظة لتحديد ملامح هذا الدور وتوضيح أي مبادئ دستورية وأي قواعد ذات أثر حاسم بالنسبة للنظام القانوني. أيضا تفادى الدكتور "Akolda" الإشارة لأهداف النظام القانوني ، كما أنه عوّل كثيرا على إجراءات المحاكم مما يشي باهتمام عملي ربما يكون أثرا من آثار تطور النظام

القانوني السوداني الذي استند ولفترة طويلة على قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م ولقاعده الشهيرة "العدالة والإنصاف والوجدان السليم". وبالرغم من أهمية إجراءات المحاكم ، إلا أن دورها ليس دائما أساسيا في تكوين النظام القانوني. عموما إن مجرد إشارة مساهمة الدكتور "Akolda" إلى الدستور تجعلها أكثر دقة من مساهمة أحد فقهاء الدستور حين قصر تعريفه للنظام القانوني الذي أشار له بالقانون فيما يلي:- " القانون لا يشتمل فقط على حاصل جمع قوانين معينة سواء كانت تشريعية أو غيره ، ولكنه أيضا الترابط المعقد بين هذه القوانين مثلما أنه التكنيك - السوابق القضائية وتفسير القوانين وما إلى ذلك - الذي يدار عبره القانون".^٤ وفوق ذلك كله لا يفوتنا اهتمام الدكتور "Akolda" بالإشارة للمهن القانونية والقانونيين الذين يجب أن يديروا النظام. ونحن نتفق معه في أهمية هذه المسألة ولكننا نرى أنها تقع ضمن آلية إدارة النظام التي تؤثر على فاعلية النظام عبر التأثير المتبادل، ولكنها بأية حال ليست هي النظام نفسه.

ومن مواقع أخرى ملتزمة بإبانة الجذور الاجتماعية للنظام القانوني يعرف مجموعة من الفقهاء النظام القانوني بقولهم:- " ينشأ النظام القانوني في شكل نظام من العلاقات الاجتماعية المنظمة بموجب القانون والحماية بقهر الدولة كنتيجة لتشيؤ القانون اجتماعيا. والقانون والنظام هما النتيجة والسياق لعملية التنظيم القانوني للعلاقات الاجتماعية وفقا لإرادة الطبقة السائدة المعبر عنها قانونا. ويشتمل النظام القانوني على الحقوق والواجبات والعلاقات بين الأشخاص المعترف بأنهم أشخاص قانونيون. والنظام القانوني المستقر يستند إلى الشرعية التي تعني الالتزام الصارم والولاء لما تتطلبه القوانين والتصرفات القانونية ومصادر القانون الأخرى من قبل المواطنين والمسؤولين ومؤسسات الدولة والمنظمات الاجتماعية. وعمل أي نظام قانوني مرتبط بظهور حقوق وواجبات بعض أو كل أعضاء المجتمع ولهذا يعكس أثر القانون دائما التركيب الطبقي للمجتمع ونظامه الاقتصادي".^٥

ولنا أن نلاحظ الكثير من العيوب في هذا التعريف وأهم هذه العيوب يكمن فيما نذر التعريف نفسه له وهو تبين الأساس والجذر الاجتماعي للنظام القانوني. فالواضح أن التعريف يعتبر القانون والنظام القانوني مجرد انعكاس للتركيب الطبقي ولأنه لا يدرك أن هذا الانعكاس معقد وغير بسيط لا يرى مدى إنفكاك النظام القانوني النسبي من جذوره الاجتماعية. وهذا الإنفكاك النسبي يسمح للنظام القانوني ألا يصبح مجرد حاصل جمع القوانين، وبذلك يصعب اعتبار النظام القانوني مجرد شكل لمحتوى اجتماعي يلزمه ويعكسه باستمرار. فالنظام القانوني مظهر لجوهر اجتماعي يصح أن يتقدم عليه أو يتأخر عنه وفقا للشروط التاريخية التي تحكمه. وبناءً على هذا الخلل الجوهرى في فهم العلاقة بين النظام القانوني وجذوره الاجتماعية ، فشل التعريف في تحديد دور الدستور وعلاقته بالشرعية برغم حديثه عن أن

الشرعية هي الخضوع للقانون. إذ أنه لم يتنبه إلى أن مجرد خضوع الأشخاص للقانون بموجب مبدأ سيادة حكم القانون دون توفر ضمانات هذا المبدأ يعطي مبررا للأنظمة القمعية والديكتاتورية وبالتالي يهزم الهدف من نشوء النظام القانوني نفسه وهو تحقيق العدالة. عليه يكون من الطبيعي خلو التعريف من مجرد الإشارة لأهداف النظام القانوني.

ولا شك أن التعريفات السابقة ذات الطابع التجريدي والشمولي العام، لم تمنع بعض الفقهاء من استخدام مصطلح النظام القانوني بصورة أكثر خصوصية، حيث يعرفه أحد الفقهاء بقوله: - " النظام القانوني يطلق ويراد به مجموعة من القواعد تنظم أمرا متجانسا ، فيقال: - نظام الأسرة ، ونظام المرافعات ، ونظام المواصلات ، ونظام التعليم ، إلى غير ذلك من وجوه الأنظمة التي تقتضيها طبيعة الحياة ، تهدف هذه كلها إلى حكم روابط من نوع واحد".^٦ ويظهر فقيه آخر بقوله: - "النظام القانوني Institution Juridique" فيقصد به مجموعة من القواعد التي تحكم روابط قانونية من نوع واحد ، أي يتكون من مجموع القواعد القانونية التي تساهم في تنظيم ناحية معينة من نواحي الحياة في المجتمع كنظام الأسرة ونظام المعاملات ونظام المحاكم".^٧

ولعلنا لسنا في حاجة للقول أن الفقيهين يطابقان بين القانون كما تطبقه المحاكم وبين النظام القانوني حيث اكتفى أحدهما بهذا التعريف وحاول الأخير تعريف النظام القانوني بمستواه المعقد فأعطاه اسما مغايرا وعرفه كما يلي: - " الشريعة القانونية Systme Juridique هي مجموعة الأنظمة القانونية التي تجمعها رابطة مشتركة واتجاه متجانس ، وتحكم في الغالب مجموعة من البشر متجانسة أو تقع تحت حكم واحد".^٨ ومن الواضح أن الفقيه في ابتداعه للمصطلح متأثر بالشريعة الإسلامية ويتضح أيضا أن التعريف برغم إشارته المبهمه إلى وجود رابطة مشتركة واتجاه متجانس يرى أن مجرد الإشارة إلى الرابطة المشتركة والاتجاه المتجانس يوحي بأن النظام القانوني هو أكثر من مجرد حاصل الجمع لأنظمة قانونية. وبالرغم من غموض المقصود بمجموعة من البشر متجانسة ومساواة هذا التجانس بالوقوع تحت حكم واحد ، إلا أننا نميل إلى تفسير ذلك بأنه إحساس وإن كان مبهما بدور الدولة وعلاقتها بالنظام القانوني. بقي أن نلاحظ أنه لا حاجة البتة لتغيير مصطلح النظام القانوني واستبداله لأن مجرد استبداله لا يحل مشكلة التداخل بينه وبين مصطلح القانون. فالمطلوب هو إيجاد تعريف واضح إلى حد ما يوضح الفرق بين القانون والنظام القانوني مع انضباط في استخدام المصطلح.

وفي تقديرتنا أن العرض السابق يسمح لنا باستخلاص ملامح عامة للنظام القانوني تساعدنا في وضع تعريف للنظام القانوني نوجزها فيما يلي: -

١/ " إن الخصائص الأولية للنظام القانوني هي أنها تحتوي على قواعد لتنظيم السلوك البشري وتسوية النزاعات".^٩ أي أنها قوانين تشتمل على قواعد قانونية تعتبر مصادر رسمية للقانون عند تطبيقها بواسطة المحاكم. لذلك يعتبر الأساس للنظام القانوني هو القانون كما تطبقه المحاكم سواء كان مصدره تشريعاً أو سابقة قضائية.

٢/ لا يكفي مجرد وجود قانون كما تطبقه المحاكم لنشوء نظام قانوني ، بل يتوجب أن يخضع الجميع (أي الأفراد والدولة) لحكم القانون وفقاً لنظرية سيادة حكم القانون مع ضرورة توفر ضماناتها المتمثلة في دستورية القوانين واستقلال القضاء وحق التقاضي وتنفيذ الأحكام. وهنا يلاحظ مدى الدور الذي يلعبه الدستور والمبادئ الدستورية في ترفيع النظام القانوني وجعله أكثر من مجرد حاصل جمع القوانين. وإذا كانت الإشارة للقانون كما تطبقه المحاكم تجعل العنصر الأول لتعريف النظام القانوني مجرد التزام بالنظرية الوضعية "Positivism" فإن الإشارة للدستور ومبادئه وثيقة الصلة بالنظام القانوني يفتح المجال واسعاً أمام نظرية القانون الطبيعي "Natural Law". إذ " أن فكرة القانون الطبيعي حققت أحد أعظم تطورات مئذتها حين ضمنت في وثيقة حقوق الإنسان في دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، وما نتج عن ذلك من اعتبار هذه الحقوق متمتعة بالاعتراف القانوني وليس فقط محتوى محدد. ولا شك في أن هذا الأمر مدين للقانون الطبيعي في بداية عهده. يضاف إلى ذلك أنه استشهد بالقانون الطبيعي في مشاريع الحقوق الطبيعية في أميركا وغيرها".^{١٠}

٣/ النظام القانوني لا يمكن فهمه فهماً صحيحاً بمعزل عن أهدافه تماماً مثلما " لا يمكن فهم القانون فهماً صحيحاً بمعزل عن الأهداف التي يسعى لتحقيقها ، حتى ولو كانت هذه الأهداف موقوتة ومتغيرة وغير مطلقة".^{١١} والهدف من وجود نظام قانوني هو تحقيق العدالة ومفهوم العدالة لا شك نسبي محكوم بالشروط الاجتماعية التي تحددها. لذلك لا يكفي أن نضع هدفاً للنظام القانوني دون أن نوضح أن العدالة في حد ذاتها تعني توافر الحقوق والحريات الأساسية التي تنص عليها مواثيق حقوق الإنسان العالمية في صلب الدستور باعتبارها أساساً دستورياً لمبدأ دستورية القوانين. وهذا بالطبع يجعل وجود النظام القانوني متلازماً لا فكاك منه مع وجود دولة القانون. ومراعاة هذه العناصر الثلاثة وحدها دون غيرها واعتمادها أساساً لتعريف النظام القانوني لا يعني إهمال الجذور الاجتماعية للنظام القانوني ولكن يعني أن الجذور الاجتماعية لهذا النظام لا تمنع انفكاكه النسبي عنها كما تنفك الدولة نفسها.

من كل ما تقدم نستطيع أن نعرف النظام القانوني بأنه القانون كما تطبقه المحاكم في ظل سيادة حكم القانون وتوافر الضمانات اللازمة من دستورية القوانين واستقلال القضاء وحق التقاضي وتنفيذ الأحكام وذلك بغرض تحقيق العدالة بحماية الحقوق والحريات الأساسية.

المبحث الثاني

النظام القانوني الأنجلوسكسوني

ولد النظام القانوني الأنجلوسكسوني بإنجلترا ولكنه امتد ليشمل العديد من بلدان ودول العالم حيث تم إغناؤه بالكثير من الخصائص والمميزات التي لم تغير جوهره بصفة جذرية. وبما أن الإضافات المؤثرة التي تعرض لها كانت وما تزال نتاج استقبال المجتمع الأمريكي منذ تأسيس الولايات المتحدة الأمريكية ، يصبح لزاما علينا أن ندرس هذا النظام بمستوياته الإنجليزي والأمريكي.

" بدأ القانون الإنجليزي مجموعة من العادات التي تخضع لها القبائل الأنجلوسكسونية ثم افترنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الإنجليزية في القرن الحادي عشر ، ولما تطورت المدنية الإنجليزية صار القضاء مصدرا رسميا إلى جانب العرف. ثم قام التشريع مصدرا آخر فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين للقانون الإنجليزي في الوقت الحاضر".^{١٢} وبالطبع أن الإشارة لمنشأ القانون الإنجليزي الغرض منها فقط إلقاء الضوء على جذوره ، إذ أن " غياب الدليل على قوانين السكسون يجعل من المستحيل تمييز عناصر القانون الإنجليزي ".^{١٣} يضاف إلى ذلك أن تطور النظام القانوني الإنجليزي جعل من السابقة القضائية مصدره الرسمي الأول يليها التشريع بحيث أصبح دور العرف كمصدر رسمي للقانون ثانويا برغم أولويته التاريخية.

فمنذ أن تطور النظام السياسي الإنجليزي بعيدا عن نموذج الدولة الأوروبية الإقطاعية التي كانت سائدة في العصور الوسطى ، عرفت وجود ملكية قوية زادت من قوة القانون المركزي والإدارة المركزية وأدت إلى حلول القانون الملكي الذي يطبقه قضاة الملك بديلا لأشئآت القوانين العرفية المحلية في الإقطاعيات. " وقد كانت إحدى نتائج الفتح النورماندي وإنشاء ملكية قوية في بريطانيا سرعة هذا التطور فيها أكثر من أي بلد آخر في القارة الأوروبية. فأصبح هناك قانون عرفي للمملكة كلها ، وبهذا تم تجاوز الأعراف المحلية وأصبح القانون السائد هو قانون المملكة العرفي ، ولم يكن القانون العرفي (القانون العام) قانونا عرفيا بالمعنى المقصود من القوانين العرفية التي حل محلها ، أو تلك التي عرفتها المجتمعات البدائية الأولى ، بل كان وما زال نتاج تقليد مهني مستنير ، ولئن كان غير مكتوب بمعنى أنه لم يسس إلا أنه في الحقيقة كان

يحتوي على العديد من القرارات القضائية المدونة التي لا تقع تحت حصر ، والتي كانت موضع تفسير مستمر أدى إلى ظهور مبادئ قانونية تطبق على الحالات الجديدة التي تظهر.

فمنذ أقدم العصور كان القضاة الملكيون يعتبرون ينبوع المبدأ القانوني. وكانت القرارات القضائية المدونة تتمتع بحماية ترقى إلى درجة القداسة والسلطة. وفي البدء لم يكن هناك تفريق واضح بين الأحكام الملزمة وغيرها من الأحكام ، ولكن المبدأ ما لبث أن تطور خاصة بعد شيوع الأسلوب العلمي في محضر القضايا في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، إلى أن أصبحت بعض القرارات تعتبر ملزمة كلياً في القضايا المماثلة اللاحقة. يضاف إلى ذلك أن التقليد الراسخ الذي كان يعامل الآراء القضائية كأنها إعلان للقانون قد صبح السلوك الشامل للمحاكم والمحامين في بريطانيا بصيغة التطور العلمي القانوني. ووفقاً لذلك فقد أصبح تفسير المبدأ القانوني وتطوره في البلدان التي تتبع القانون العام البريطاني أمراً مميزاً وخاصة في المحاكم العليا. وقد أسهم في تطور هذا الأسلوب الطريقة التي وردت في اجتهادات المحاكم البريطانية. وهكذا تطورت هذه الممارسة بحيث أصبحت المحكمة تملك حق التفسير المطلق للقانون عند ظهور نقاط جديدة مع الأخذ بعين الاعتبار مراجعة القرارات القضائية السابقة مع شرح أو تمييز أو تطبيق هذه القرارات على القضية المطروحة".^{١٤}

وبذلك أصبحت السابقة القضائية أو بالأحرى نظرية السوابق القضائية هي حجر الزاوية والمصدر الرئيسي للقانون في النظام الأنجلوسكسوني الذي عرف بنظام القانون العام "Common Law System". "وحتى الآن بالرغم من وجود كمية كبيرة من التشريعات ، تشكل التشريعات جزءاً صغيراً من القانون ككل... [وعادة] ... يستخدم التشريع لإلغاء قواعد القانون العام التي ما زالت معمرة برغم أنها أصبحت عديمة الفائدة أو لتعديل القانون العام حتى يتناسب مع الظروف المتغيرة وقيم المجتمع".^{١٥}

كل ما تقدم يوضح أن القانون كما تطبقه محاكم النظام الأنجلوسكسوني هو السابقة القضائية في المقام الأول يليها التشريع - إن وجد - ومن ثم العرف في حدود ضيقة. وهذا بالطبع لا يعني أن للمحاكم حق مخالفة تشريع قائم لتطبيق إحدى السوابق ، ولكنه يعني أن التشريع لا يغطي كل مجالات العلاقات القانونية ، بل يلعب دوراً ثانياً إغائياً أو تعديلياً يتبع أثر القانون كما تصنعه المحاكم ابتداءً. غير أن وجود قانون تطبقه المحاكم (أو إن شئنا القول مصادر رسمية للقانون) ، لا يعني سوى وجود عنصر من عناصر النظام القانوني كما عرفناه ولا يعني تكامل هذا النظام بأي حال. فإكتمال النظام القانوني لا بد من توافر قواعد سيادة حكم القانون مع ضماناتها الدستورية لتكتمل آلية تحقيق العدالة في حدها الأدنى. ويجدر بنا القول أن النظام القانوني الإنجليزي يشكل معضلة

حقيقية بتفرد واستحالة تكراره مما حدا بأقرب الأنظمة إليه (أي النظام الأمريكي) لمفارقته وإنتاج عناصر مميزة تغاير ما هو موجود به. فالنظام الإنجليزي هو نظام لدولة لا تمتلك دستوراً مكتوباً بل تمتلك أعرافاً دستورية قاعدتها الرئيسية هي سيادة البرلمان "Supremacy of Parliament" الذي يستطيع نظرياً فعل كل شيء عدا تحويل المرأة إلى رجل كما يقول الفقهاء. وهو بالتالي لا يعترف بنظرية سيادة الدستور "Sovereignty of the Constitution" مما يعني غياب تام لمبدأ دستورية القوانين. كذلك تغيب عنه نظرية الفصل بين السلطات "Separation of Powers" وتظهر هذه الغيبة في عدة مظاهر أهمها امتلاك أحد مجلسي البرلمان سلطة تشريعية وقضائية في آن واحد. إذ يعتبر مجلس اللوردات "House of Lords" أعلى سلطة قضائية.

ولكننا برغم ذلك نوافق على معاملته على أنه نظاماً قانونياً يتفرد ببعض السمات الخاصة وذلك لما يلي من أسباب:-

١/ النظام برمته يقوم في المقام الأول على السابقة القضائية كمصدر أول للقانون مما يعني أن أثر التشريعات التي يسنها البرلمان ليس حاسماً أو سائداً بمستوى يؤثر على الحقوق والحريات الأساسية أو يجهض العدالة التي هي هدف كل نظام قانوني.

٢/ طبيعة مجلس اللوردات "House of Lords" المزدوجة كمجلس تشريعي و في ذات الوقت أعلى سلطة قضائية تحقق رقابة قضائية فعلية للتشريع أو القانون قبل صدوره. فبالرغم من أن المبادرة التشريعية متروكة لمجلس العموم "House of Commons" إلا أن كل التشريعات لابد وأن تمر على مجلس اللوردات ومن ثم يكتمل إصدارها بتوقيع الملكة.

٣/ مراعاة المحاكم الإنجليزية في إصدار أحكامها لحقوق المواطنين الواردة بوثيقة الميثاق العظيم "Magna Carta" التي صدرت منذ أكثر من سبعة قرون، وكذلك الأعراف الدستورية غير المكتوبة .

٤/ وجود رقابة سياسية على البرلمان ناتجة عن رأي عام ذي حساسية عالية تجاه الحقوق والحريات منذ إنشائها و وثيقة الميثاق العظيم كأول نص يثبت هذه الحقوق ، مما يجعل صدور قانون ينتهك تلك الحقوق أمراً شديداً الصعوبة إن لم يكن مستحيلاً. وعموماً لم يسجل تاريخ البرلمان الإنجليزي مثل هذه الانتهاكات.

٥/ " عضوية المملكة المتحدة في الاتحاد الاقتصادي الأوربي في ١ يناير ١٩٧٣م أوجدت نظام قانون فوق-وطني وفقاً لاتفاقية روما واتفاقية الانضمام".^{١٦} وكما يقول أحد الفقهاء الإنجليزي:- " بدخول الاتحاد الأوربي أصبح واجب البرلمان البريطاني أن يؤكد على سمو القانون الإنجليزي في حال تعارضهما (أي القانون الإنجليزي والقانون الأوربي). تلزم المادة (٣) من قانون الاتحاد الأوربي ١٩٧٢م محاكمتنا بقبول هذا المبدأ وتطبيق مبادئ قانون الاتحاد باعتباره أسمى. وتنص

المادة (٢٤) من قانون ١٩٧٢ م على أن التشريع البريطاني يجب أن يتبع على أنه لا يتعارض مع قوانين الاتحاد".^{١٧}

وبرغم قول معظم الفقهاء الإنجليز بأحقية برلمانهم في سن تشريعات تلغي ما يسنه الاتحاد الأوروبي باعتبار أن القانون اللاحق من الممكن أن يلغي السابق ، فإن أثر تشريعات المجتمع الأوروبي يظل كبيرا وفاعلا في النظام القانوني البريطاني وهو مرشح لزيادة في ظل اتساع خطوات الوحدة الاندماجية الأوروبية.

وبالانتقال للنظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية ، نجد أن السمة الأساسية للنظام هي اعتماده على السوابق القضائية كمصدر رسمي أول للقانون. ولكن "مع أن القانون السائد هو تقليديا من صميم القانون العام ، إلا أن التشريعات تكاثرت وزادت أهميتها في الولايات المتحدة خلال القرن المنصرم إلى حد أنها أصبحت القوى الخلاقة والمسيطرة في كثير من الحقول. وبينما يبدو ذلك على الأخص صحيحا بالنسبة للقانون الفدرالي ، فإن التشريعات تنهمر أيضا من الهيئات العديدة التي تقوم بسن القوانين على مستوى الولاية وعلى مستوى محلي. وبموجب مبدأ المراجعة القضائية الأمريكي فإن صحة وصلاحيه هذه التشريعات أمر تقرره المحاكم. وقد تقوم محكمة ما برفض تطبيق قانون تشريعي في قضية على أساس أن التشريع غير صحيح لعرضه مع مصدر تشريعي أكثر مصداقية أو وثوقا".^{١٨}

واتساع النشاط التشريعي لم يهتس دور السابقة القضائية التي ظلت المصدر الرسمي الأول للقانون ، بل أعطاها دورا مهما هو تفسير التشريعات نفسها بالإضافة إلى دورها الأساسي. إذ "أن تفسير التشريعات يثير أيضا بعض القضايا التي تخص النظام القانوني الأمريكي أكثر من أي نظام آخر. ومن هذه المسائل دور السوابق القانونية. وبشكل عام فإن مبدأ الأحكام القضائية السابقة يطبق كلية على قضايا تفسير التشريعات مثلما يطبق على القضايا الأخرى. ونتيجة لذلك فإن المحكمة الدنيا يجب أن تتقيد بتفسير المحكمة العليا للتشريع ولا تملك حرية التفسير مباشرة. والسياسة نفسها التي تدعم مبدأ السوابق هنا تدعم استعماله حيث لا يتعلق الأمر بتشريع ما".^{١٩}

ولكن برغم ذلك يظل اتساع رقعة النشاط التشريعي سمة من سمات الاختلاف بين النظامين الأمريكي والإنجليزي رغم وحدة المصادر الرسمية للقانون وأولوية السابقة القضائية في النظامين واعتبارهما تطبيقين متميزين لنظام القانون العام. بيد أن ذلك ليس هو الاختلاف الوحيد ، فتطور

الحياة السياسية ألقى بظلاله على النظام الأمريكي لينتج عن ذلك أهم سمات الاختلاف بين النظامين. فالولايات المتحدة الأمريكية، على عكس إنجلترا، لم تتطور تطورا سياسيا هادئا ومستقرا يسمح بتكرار النموذج الإنجليزي، بل إنها توحدت عبر حرب مريرة ودائمة ألزمت آباء الوحدة لاحقا على تدوين أسس المجتمع في دستور مكتوب يحمي الوحدة ويؤسس الفدرالية وينظم السلطة ويحمي الحقوق والحريات الأساسية. وهذه الظروف التي ولد فيها الدستور الأمريكي باعتباره ضمانة ووثيقة توحيدية، هي التي جعلت منه أول دستور يتضمن الحقوق الطبيعية وهي التي دفعت المحاكم لاحقا لاعتباره وثيقة معيارية تقايس غيرها شرعية القوانين وبالتالي هي التي أسست لنظرية سيادة الدستور "Sovereignty of the Constitution". وسيادة الدستور تعطي المحاكم حق الرقابة على دستورية القوانين والتحقق من مدى تطابقها مع الدستور وعدم تغولها على الحقوق والحريات الأساسية. "ولا تمارس رقابة دستورية القوانين مباشرة بإقامة نوع من الدعوى ضد القانون، كما هي حالة "طلب النقض لتجاوز السلطة صلاحياتها" الذي يُتمد في دول أخرى أمام مجلس الشورى، والذي هو دعوى تقام ضد عمل إداري معين، فيما هي في الولايات المتحدة رقابة يطرق عدم الدستورية. عند نشوء نزاع بين الفريقين، يمكن لأحدهما أن يدعي عدم دستورية القانون أو النظام، أو القرار الإداري الذي يراد تطبيقه.

إن حق رقابة دستورية القوانين هذا ليس مدونا في دستور الولايات المتحدة، الذي يلحظ فقط النزاعات بين القوانين الفيدرالية وقوانين الولايات. ولكن تم التأكيد عليه صراحة في قرار شهير للمحكمة العليا عام ١٨٠٣م (ماربوري ضد ماديسون) والذي صدر من رئيسها رئيس القضاء مارشال. منذ ذلك الحين تعرض هذا القرار لكثير من الانتقادات من ناحية ممارسة سياسته وليس من ناحية وجوده القانوني. لم يتطور حق الرقابة هذا إلا ببطء. فحتى الحرب الأهلية (١٨٦٥م) لم يصدر إلا قراران أعلنوا عدم دستورية قوانين فدرالية. هناك رقابة من محاكم الولايات على دستورية قوانين كل ولاية بالنسبة لدستورها الخاص، ورقابة من المحكمة العليا على دستورية قوانين الولايات بالنسبة للدستور الفدرالي ورقابة من المحكمة العليا على دستورية القوانين الفدرالية بالنسبة للدستور الفدرالي ورقابة من المحكمة العليا على دستورية القوانين الفدرالية بالنسبة للدستور الفدرالي. وهذه الأخيرة هي التي تكتسب أهمية سياسية كبرى وتعطي للمحكمة العليا نفوذها على حكومة الولايات المتحدة".^{٢٠}

ويلاحظ مما تقدم أن السابقة القضائية لم تتخل عن دورها المؤثر في النظام ككل حتى على المستوى الدستوري. إذ أنها كانت مصدر أهم قاعدة دستورية تكمل النظام القانوني وتؤسس لشرعية وجوده

باستكمال عناصر دولة القانون باعتبارها نموذج النظام القانوني التاريخي السائد. أما بقية الضمانات من استقلال للقضاء وضمان لحق التقاضي وتنفيذ للأحكام ، فهي متوفرة بالنظام الأمريكي. ولا يقدح في وجودها عدم التطبيق الحرفي للفصل بين السلطات ولا وجود تدخل أو تعاون بين السلطات في ظل نظرية الرقابة المتبادلة "Check and Balances" ، كما لا يقدح في وجودها عدم تطبيق أحد الأحكام باعتباره خرقاً لأحد الضمانات باعتبار أن عدم التطبيق يشكل خرقاً للالتزام الدستوري نفسه.

باختصار نستطيع أن نقول أن النظام القانوني الأنجلوسكسوني هو نظام يعتمد السابقة القضائية مصدراً رسمياً أساسياً للقانون يليه التشريع من حيث التأثير مع الاحتفاظ بدور ثانوي للعرف. ويبدو للوهلة الأولى أن نموذج الأمريكي هو الأكثر اكتمالاً واستجابة للشروط الخاصة بالنظام القانوني ولكن تميّز النظام الإنجليزي يأتي من خصوصية تطوره التاريخي وبالتالي لا يصح تجريده من صفته كنظام قانوني. فإذا كان النظام الأمريكي يتمتع بمبدأ دستورية القوانين ، فإن النظام الإنجليزي يستعيز عنها بضمانات أخرى أوضحناها فيما سبق.

المبحث الثالث

النظام القانوني اللاتيني

يعرف هذا النظام الذي يغطي معظم دول أوروبا والعديد من البلدان التي نقلته عنها ، بالنظام القاري "Continental System" وأحياناً يشار إليه بنظام القانون المدني. ويعتبر النظام الفرنسي النموذج الأول لهذا النظام القانوني في القارة الأوروبية كما يعتبر النظام القانوني المصري أميز تطبيق لهذا النظام في منطقة الشرق الأوسط. ولأننا معنيون باللامح العامة والأساسية للنظام اللاتيني وهي موجودة بالنظام الفرنسي وكذلك لعدم وجود فروقات جوهرية في تطبيقات هذا النظام ، سوف نكتفي بدراسة النظام الفرنسي كنموذج أساسي يبيّن ماهية هذا النظام القانوني.

" بدأ القانون الفرنسي القديم عرفاً ، ثم امتزج به القانون الروماني بعد الفتح الروماني ، ثم ظهر القانون الكنسي. وبعد ذلك انقسمت فرنسا إلى قسمين: القسم الشمالي يطبق العرف ، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني المكتوب. ولما قويت الملكية في فرنسا جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون وأخذ يقوى حتى وصل إلى أوجه في عهد تقنينات نابليون وأصبح التشريع المصدر الرسمي للقانون".^{٢١}

وتعتبر تقنيات نابليون الوليد الشرعي للثورة الفرنسية ولتشريعات تجميعاتها وجمعياتها. ويظهره أصبح النموذج الواجب الاتباع للفصل في القضايا. " وشكل هذا القانون له جاذبية وهو مكتوب بلغة فرنسية سهلة الفهم وقد قيل عنه بأنه كاثوليكي ولكن في الحقيقة هو قانون علماني دون أن يكون لا ديني وديمقراطي دون أن يكون غير ثوري. باختصار وفقا للعقيدة الليبرالية للقرن التاسع عشر فهو قد قنن في نصوصه وأبوابه المواد الأساسية للعقد الاجتماعي.

تمتع القانون المدني الفرنسي بنفوذ واسع في القارة الأوروبية وسيطر على بادن وأقاليم الراين البروسية لمائة عام تقريبا وتبعته قوانين بلجيكا ولكسمبرج حرفيا في عناوين كثيرة. وروحه باثنة في قوانين هولندا وإيطاليا وأسبانيا والبرتغال ، وخلف البحار مصر وأمريكا الجنوبية ولوزيانا وكندا السفلى القانونيون المطلعون تمام الاطلاع على صيغ ونظم القانون الفرنسي يجدون أنفسهم في بيتهم. في كل هذه الأقاليم الواسعة ليس كثيرا القول بأن الاختلافات مع القانون الفرنسي تكون استثنائية ومتعمدة - هذا في حال وجودها - بينما المشابهة كامنة في اللاوعي وهي لذلك متفشية جدا".^{٢٢}

يتضح مما سبق أن المصدر الرسمي للقانون في النظام الفرنسي كنموذج للنظام اللاتيني هو التشريع الذي تستمد منه بقية المصادر رسميتها ولذا تدور بالحثم في فلكه وتعتبر مصادر ثانوية يلجأ إليها عند غياب النص التشريعي فقط استنادا لنص يسمح بهذا الرجوع ويحدد تراتبية المصادر. وهذا الوضع بالطبع يثير كثيرا من التساؤلات حول وضع مصدر مثل السابقة القضائية خصوصا في حال مقارنة النظام الفرنسي اللاتيني بالنظام الأنجلوسكسوني. وبصفة عامة نستطيع أن نقول بأنه لا توجد نظرية للسوابق القضائية في النظام القانوني الفرنسي تشابه ما هو موجود بالنظام الأنجلوسكسوني، إذ أن النظام الفرنسي لا يعترف للقضاء بدور الصانع للقانون، بل على العكس يحذ من دور القضاء بتطبيق القانون فقط ويترك دور إيجاد وصنع القانون للجهاز التشريعي وذلك في إطار تطبيقه لنظرية الفصل بين السلطات (Separation of Powers) الدستورية. ولكن هذا لا يعني انعدام الأهمية بالنسبة لأحكام المحاكم فبالرغم من أنها لا تعتبر مصدرا رسميا للقانون، فإنه يستحيل تطبيق القانون دون الرجوع للتفسير الذي تعطيه الأحكام للنص الذي شرعه المشرع. وفي سبيل توحيد ما يعنيه نص القانون وفرض وحدة القضاء من خلال دقة تفسير نصوص القانون مما يؤدي إلى تحقيق مساواة المواطنين فعلا أمام القانون ، أعطيت سلطة تفسير القانون وإصدار مبادئ ملزمة لمحكمة النقض.

وتجدر الملاحظة إلى أن بروز محكمة النقض إلى الوجود تزامن مع صيرورة التشريع المصدر الرسمي للقانون في النظام اللاتيني، إذ "لم يكن نظام النقض معروفا في القانون الروماني، وإن كان الرومان قد أسندوا إلى القاضي الفصل في المسائل القانونية بينما أناطوا بالبريتور البت في مسائل الواقع. وبقي النظام مجهولا حتى القرون الوسطى حيث ظهر في القانون الفرنسي القديم.

وأنشئ نظام النقض في صورته الحديثة في فرنسا مع قيام الثورة، حيث أنشأ المشرع - بقانون ١١/٢٧ - هيئة قضائية بحتة سميت بمحكمة النقض تحدت مهمتها في رقابة الجانب القانوني في الحكم دون أن يكون لها حق نظر موضوع الدعوى، وقيل إن هذا الجهاز ليس قاضيا للمواطنين ولكنه يحمي القوانين.

و محكمة النقض وهي تمارس دورها في فرض الشرعية وإعلاء شأن القانون ومنع التحكم أو الخطأ في تطبيق القانون، إنما تحكم أو تقاضي الأحكام وليس الدعاوى، فهي تنقض الأحكام المخالفة للقانون وتقبل الوقائع كما عرضتها تلك الأحكام، فما يعرض على محكمة النقض ليست الخصومة التي كانت مرددة أمام محكمة الموضوع، وإنما ينصب الطعن بالنقض على محاكمة الحكم النهائي الذي صدر فيها".^{٢٣}

وبالرغم من أنه ليس هناك ما يلزم محكمة النقض بالالتزام بأحكامها السابقة، إلا أنها أظهرت ميلا واضحا مؤخرا للالتزام بها خصوصا إذا كانت صادرة عن دوائرها مجتمعة وليس عن دائرة واحدة. هذا يظهر أن دور السابقة القضائية في ازدياد في النظام اللاتيني، غير أنه من غير المنتصور أن تصبح مصدرا رسميا للقانون. ولكن يجدر بنا أن نلاحظ أن بعض نظريات القانون المدني الفرنسي نفسه مثل نظرية التعسف في استعمال الحق وأحكامها، كانت في المبتدأ مبادئ أنتجت وأوجدتها الممارسة القضائية. ولاستحالة اعتبار السابقة القضائية مصدرا للقانون، توسلت المحاكم لاستحداث هذه الأحكام نصوص أحكام المسؤولية التقصيرية حتى تنبه المشرع لاختلاف نوعي المسؤولية واستحدث نصوصا خاصة بهذا المسؤولية ونفس الأمر ينطبق على الإثراء بدون سبب مشروع كمصدر للالتزام وفقا للقانون المدني الفرنسي.

باختصار نستطيع أن نقول بأن القانون الفرنسي إذا أراد الحصول على مواد يسند بها رأيه فعليه الرجوع للآتي:-

- (١) القوانين ونصوص التشريعات الصادرة عن السلطات ذات السلطة التبعية في التشريع مثل المراسيم الرئاسية والقوانين الصادرة من السلطات الادارية.
- (٢) الأعمال التحضيرية "Travaux Préparatoires"، أي تسجيلات المناقشات العامة الشفاهية والمكتوبة التي سبقت أوواكبت إصدار التشريع. فالفقه الفرنسي على عكس الإنجليزي لا يشتمل على مبدأ يدين اعتبار هذه الأعمال مصدرا مساعدا في التفسير.
- (٣) أحكام المحاكم المنشورة.
- (٤) التعليقات على القوانين التي تصدر عادة من الكتاب الأكاديميين المتميزين والتي ترفق أحيانا بالسجلات.
- (٥) الكتب والمصنفات والتعليقات الأخرى الصادرة عن الكتاب المشهورين.
- (٦) أحكام المحاكم الأجنبية التي تطبق نفس النظام القانوني.^{٢٤}

هذا فيما يخص القانون كما تطبقه المحاكم الفرنسية، أي المصادر الرسمية للقانون الفرنسي. وبالجمم هذا ليس كافيا لإعطاء فكرة متكاملة عن هذا النظام القانوني ، باعتبار أن النظام القانوني تركيب أسمى من مجموع القوانين التي لا تكتمل دراسته إلا بالنظر لكيفية سيادة حكم القانون وآليتها في النظام المعين. والنظام الفرنسي يتميز بلمحين هما خصوصية آلية خضوع الدولة للقانون والرقابة على دستورية القوانين مما يوجب دراستهما على التوالي. ولسنا بالطبع في حاجة للاسترسال في شرح ومتابعة استقلال القضاء وحق التقاضي وتنفيذ الأحكام ، باعتبارها مسائل يكفلها الدستور الفرنسي وينص عليها صراحة.

" أما فيما يخص خضوع الدولة للقانون فإن النظام القانوني الفرنسي يخضعها لمحاكم إدارية منفصلة عن القضاء العادي يجلس على قمتها مجلس الدولة. ومجلس الدولة هو في آن واحد مستشارا للحكومة في الشأن التشريعي والتنظيمي وسلطة قضائية عليا في النظام الإداري. ومجلس الدولة يعود أصله إلى مجلس الملك في النظام القديم أنشأه دستور العام VIII (المادة ٥٢) وأناط به وظيفة مزدوجة استشارية ومتعلقة بالنزاع القضائي. ونزعت إصلاحات متتالية على الصعيد التنظيمي والإجرائي ، منذ الإمبراطورية الأولى (إنشاء لجنة النزاع القضائي في عام ١٨٠٦ م) ثم في عهد ملكية تموز والإمبراطورية الثانية ، إلى الوسم بشكل أفضل الفارق بين هاتين الوظيفتين بتحويل مجلس الدولة تدريجيا إلى سلطة قضائية إدارية حقيقية....

لم يتمسك دستور ١٩٨٥ بالموازاة إلا بالمهام الاستشارية وهكذا يستشار المجلس لإزميا حول مشاريع القوانين الصادرة عن الحكومة (المادة ٣٩ الفقرة ٢) فهو مدعو إلى إبداء رأيه في المراسيم التي تعدل

النصوص ذات الشكل التشريعي في الأمور التي أصبحت نظامية (المادة ٣٧ الفقرة ٢) وحول الأوامر التشريعية (المادة ٣٨ الفقرة ٢). وهذه الأحكام التي أكملت بالنصوص التي تتيح له التدخل في إعداد الأنظمة وإمكانية الحكومة في طلب رأيه القانوني وكذلك الإمكانية المعطاة له بخاصة في إطار تقريره السنوي مرسوم (٣٠ يوليو ١٩٦٣ م) في لفت الانتباه للإصلاحات المأمولة ، جعلت من مجلس الدولة مستشار الحكومة المكلف مساعدتها في ممارسة تبعاتها.

والدستور بالمقابل لا يأتي على ذكر وجود نظام قضائي إداري يكون مجلس الدولة مفتاح قبته. وكان على المجلس الدستوري أن يورد في عداد المبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية في أول الأمر استقلال القضاء الإداري (القراران في ٢٢ يوليو ١٩٨٠ م و ١٢ سبتمبر ١٩٨٤ م) ثم صلاحية هذا القضاء في إبطال القرارات المتخذة في ممارسة امتياز السلطة العامة (القراران ٢٣ يناير ١٩٨٧ م و ٢٧ يوليو ١٩٨٩ م) لكي يستفيد هو أيضا من رسو دستوري. يتمتع مجلس الدولة بثلاثة نماذج من المهام القضائية فهو صاحب صلاحية في الدرجة الأولى والأخيرة في سلسلة من الشؤون (بخاصة المراجعات لتجاوز حد السلطة المقدمة ضد المراسيم) ، وهو قاض استئنافي للأحكام الصادرة بالدرجة الأولى من المحاكم الإدارية ، وهو قاضي نقض تجاه جميع السلطات القضائية الإدارية التي تبت بالدرجة الأخيرة وبخاصة محاكم الاستئناف الإدارية التي أنشأها قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ م.^{٢٥} والقضاء الإداري هو القاضي الطبيعي للدولة الذي يصدر أحكامه بالإلغاء أو التعويض.

وبالانتقال لآلية تطبيق دستورية القوانين ، نجد أن النظام القانوني الفرنسي قد اختار طريق الرقابة غير القضائية. إذ يمكن تنظيم رقابة تقتصر على مبادرة الأجهزة الحكومية دون المواطنين. فهذه ليست رقابة قضائية وهذه هي المنظومة الفرنسية الحالية للمجلس الدستوري. ترفع الحكومة أمام المجلس القانون الذي صوّت عليه البرلمان والذي تعتبره مخالفا للدستور والبرلمان يفعل الشيء نفسه لمراسيم الحكومة ، غير أن المواطنين لا يحق لهم رفع هذا النوع من الدعاوى أمام المجلس. إن الهدف من هذه الرقابة لدستورية القوانين هو الإبقاء على توزيع الصلاحيات بين الحكومة والبرلمان كما يرسمها الدستور وليس حماية حريات المواطنين.^{٢٦}

والمجلس الدستوري تسمية أعطاهها دستور عام ١٩٥٨ م للجهاز المكلف بمراقبة دستورية القوانين ونظامية الانتخابات الوطنية. وهو مؤسسة أثارت ظروف نشأتها وسماتها الكثير من النقد وأبطأت الاعتراف بها. إذ أن تعيين أعضائها سياسي محض يقوم به رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ الذين يعينون تسعة أعضاء لتسع سنوات بمعدل ثلاثة كل ثلاث سنوات ويعين رئيس الدولة

رئيسها. وبالرغم من أن طول فترة التعيين وخطر الاحتفاظ بوظائف إدارية بالأحزاب السياسية مع أسباب أخرى قد يقود لاستقلال نسبي لهذه المؤسسة ، إلا أنها تبقى مؤسسة سياسية غير قضائية. ولا يكفي بالطبع أن تقوم هذه المؤسسة بمحاولة إضفاء حماية فاعلة للحقوق الأساسية. إذ يمارس المجلس الدستوري حماية أكثر فاعلية للحقوق الأساسية منذ أن راقب النصوص بالنسبة إلى مجموعة النصوص ذات القيمة الدستورية: نصوص عام ١٩٥٨م وإعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩م ومقدمة دستور ١٩٤٦م والمبادئ الأساسية التي تعترف بها قوانين الجمهورية.... ولم تعط الرقابة على دستورية القوانين مجالاً إلا لتسع قرارات في خمس عشرة سنة ، ثم أصبحت هذه الرقابة موضوع إثني عشر قراراً في السنة. وهذا النشاط يبقى متوازناً قياساً على المحاكم الدستورية لبلدان أوروبية أخرى.^{٢٧}

فهذه الحماية لا يعيها فقط أنها حماية غير قضائية ، بل يؤكد عدم كفايتها حرمان المواطن من تحريك دعاوى عدم الدستورية وإن على سبيل الدفع. وهذا يعني أنه في كل الأحوال من الممكن أن يظل تحت رحمة قوانين غير دستورية إذا لم تحرك الحكومة ساكنة لتحريك دعوى عدم الدستورية أمام المجلس. وهذا القصور غير خاف على الساسة والمهتمين بأمور التشريع بفرنسا. إذ كان من المنوي إكمال النظام الفرنسي للرقابة المسبقة بإدخال الرقابة المؤخرة بإقرار إمكانية أصحاب الدعاوى إثارة الرقابة على دستورية القوانين بطريقة الدفع. وهذه الفكرة التي قدمها R. Badiner وأطلقها فرانسوا ميتران في ١٤ تموز ١٩٨٩م وأحيلت إلى المجلس النيابي في خريف عام ١٩٩٠م أقرتها الجمعية الوطنية ولم يقرها مجلس الشيوخ. ثم أعيد إحياؤها في تصريحات رئيس الجمهورية التي أعلنت في ١٠ تشرين الثاني ١٩٩١م مجموعات تشريعات الدستور التي يمكن إقرارها بموجب استفتاء في عام ١٩٩٢م. وبانتظار ذلك ساهم المجلس الدستوري في آلية دولة القانون وأفاد من دعم كثيف من الرأي العام ولم يعد وجوده موضع معارضة من القوى السياسية ما عدا الحزب الشيوعي.^{٢٨}

ولعله من المهم أن نوضح أن القضاء الفرنسي (أي المحاكم) ما يزال ممنوعاً من التصدي للفصل في دستورية القوانين، حيث إلزمت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها المختلفة بعدم إمكانيةها من التصدي لمسألة عدم الدستورية مؤكدة في ذلك أن القاضي العادي سواء المدني أم الجنائي لا يمكن اعتباره بحال من الأحوال قاضياً دستورياً.^{٢٩}

وعلى النقيض من ذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي (Le Conseil D'Etat) يعترف لنفسه بحق الرقابة على دستورية القرارات الإدارية دونما حاجة لنص يحوله هذه السلطة. فهو يستطيع أن يراقب الشرعية الدستورية للقرار الإداري بمناسبة الفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة أمامه. ففي القرار الصادر في ٢٨

فبراير ١٩٥١م في قضية بانيلو المتعلقة بعدم قابلية عزل القضاة تطبيقاً لأحكام دستور الجمهورية الرابعة الصادر في ١٩٤٦م ، اعترف مجلس الدولة بحقه في مناقشة مسألة عدم دستورية القرارات الإدارية دوغما حاجة لوجود نص يقرر هذه الإجازة الخاصة. وقد برر القاضي الإداري مسلكه هذا بحجة احترام مبدأ الشرعية الذي يهيمن على تصرفات الإدارة برمتها بما في ذلك قراراتها.^{٣٠}

المبحث الرابع

النظام القانوني في الشريعة الإسلامية

قد يبدو من السهل القول بأن مصدر القانون في الشريعة الإسلامية هو التشريع ، ولكن هذه السهولة سرعان ما تتبدد عند النظر للأمر بعمق وتحليل. وذلك لأن الشريعة الإسلامية تمتلك فهما خاصا بها وحدها للتشريع يجعله مفارقا للمفهوم القانوني السائد الذي يعتبر كل ما تصدره الأجهزة التشريعية للدولة الحديثة وفقا لسلطاتها الدستورية تشريعا. فالملاحظ أن بعض كبار فقهاء الشريعة الإسلامية يستخدمون مصطلح التشريع بمعنى يختلف عن معناه المعروف لدى رجال القانون. فنجد مثلا الشيخ خلائف يذكر أنه تطلق كلمة التشريع ويراد بها أحد معنيين أحدهما إيجاد شرع مبتدأ وثانيهما بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة ثم يقول: فالتشريع بالمعنى الأول في الإسلام ليس إلا لله... وأما التشريع بالمعنى الثاني (وهو بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة) فهذا هو الذي تولاه بعد الرسول خلفاؤه من علماء صحابته ثم خلفاؤهم.^{٣١}

ومن هذا التعريف يتضح أن التشريع في الشريعة الإسلامية و إن شئنا الدقة في الفقه الإسلامي مزدوج المعنى ازدواجا ألقى بظلاله على مفهوم آخر هو مفهوم مصدر التشريع. ولكننا قبل الخوض في تبين ذلك نجدد بنا أن نوضح الجهة التي تمتلك سلطة التشريع بمفهومه الثاني والتي أشار إليها التعريف بأنها بعد الرسول خلفاؤه من علماء صحابته ثم خلفاؤهم. إذ لا تكفي هذه الإشارة لتوضيح الجهة التي تجعل من تشريع ما قانونا ساري المفعول تلتزم المحاكم بتطبيقه. وبالرغم من محاولة أحد الفقهاء توضيح غموض الأمر بقوله أنه كان يتولى سلطة التشريع في عهد الصحابة جماعة المجتهدين والخليفة^{٣٢} ، إلا أننا نرى أن تلك المحاولة تضع الخليفة والمجتهدين في مرتبة واحدة وهو أمر غير صحيح البتة. والواقع أن من كان يملك سلطة التشريع المزمرة فعليا هو الخليفة وحده ، ولا يقدح في ذلك استشارته لصحابة الرسول أو الأخذ برأي مجتهد فرد. بل لا يقدح في ذلك تفويضه سلطته التشريعية والقضائية لمجتهد يعينه كقاض يئوب عنه ويقضي باسمه. وهذا هو الرأي الراجح فقها ، إذ كان الإجماع (إجماع الصحابة) منعقدا على أن للإمام أن يبتني أحكاما معينة ويأمر بالعمل بها وعلى المسلمين طاعتها ولو خالفت اجتهادهم.

والقواعد الشرعية الشهيرة هي "للسلطان أن يحدث من الأفضية بقدر ما يحدث من مشكلات" و "أمر الإمام يرفع الخلاف" و "أمر الإمام نافذ ظاهرا وباطنا" ولذلك صار الخلفاء بعد ذلك يتبنون أحكاما معينة فقد تبني هارون الرشيد كتاب "الخراج" في الناحية الاقتصادية والزم الناس بالعمل بالأحكام التي وردت فيه.^{٣٣} وبالرغم من أن هذه السلطة التشريعية ليست مطلقة بل محدودة بالشرع المبتدأ الإلهي ، إلا أنها تبقى مؤثرة جدا بل وشديدة الخطورة. يتبين أثرها إذا علمنا أن الشرع المبتدأ إن كان قرآن أو سنة يحتاج إلى استخراج قواعد ودلالات ومبادئ حتى يتسنى تشريع أحكام منها. والصلة بين النص وبين المبدأ أو القاعدة في الشريعة يحددها اجتهاد الفقيه. وإنه لمن الصعب أن نتخيل أي نص في القرآن والسنة مهما بدا واضحا وصرحا ، ليس في حاجة إلى هذا النوع من الاجتهاد لتفسيره وتطبيقه على أحوال محددة.^{٣٤}

ولعل هذا الدور الأساسي والحاسم في استنباط الأحكام للفقيه لا يترك له مجالا للاختيار الواسع فإما أن يكون الفقيه هو الخليفة نفسه أو آخر يتفق معه في وجهة النظر أو أن يكون شخصا مخالفا له يتوسل مشاركته سلطته التشريعية مما يقوده (أي الأخير) لنكبة في غالب الأحوال. لا يخفف من غلواء هذه المسألة وجود قواعد وأصول للفقه لأنها آليات تتأثر حتما بقدرات من يستخدمها وبمصلحه ولا حياديته. أي أن آلية التلقي والاستنباط للأحكام من مصدرها الإلهي هي السبب المباشر في اختلاف المذاهب والمدارس الفقهية والتشريعية الإسلامية لأنها تستخدم بقدر الأفهام التي توظفها حسب مصالحها. وهذا يوضح أسباب الخلافات الجذرية في التصورات بين الفرق المختلفة التي لا يحسمها إلا تبني السلطان لحكم معين وإنفاذه ، ويؤكد الحضور الكثيف والمساهمة المؤثرة للنشاط البشري برغم إغية المصدر ووحدة المصادر المادية أو التاريخية. ومصادر التشريع أو القانون في الشريعة الإسلامية تعرف بالأدلة ، والأدلة التي ينظر فيها لتحصيل الحكم الشرعي إجمالا - مع مراعاة ما عساه أن يكون في بعضها من خلاف - هي: ١/ الكتاب. ٢/ السنة. ٣/ الإجماع. ٤/ القياس. ٥/ الاستحسان. ٦/ المصالح المرسلة. ٧/ العرف. ٨/ سد الذرائع. ٩/ الاستصحاب. ١٠/ شرع من قبلنا. ١١/ مذهب الصحابي. وتسمى أيضا بأصول الأحكام وبمصادر الأحكام.

وهذه الأدلة تنقسم إلى نوعين باعتبارين مختلفين فهي أولا من ناحية النقل والعقل تنقسم إلى أدلة نقلية وهي الأدلة التي يكون أساسها النقل وليس للمجتهد دخل في إيجادها وتكوينها وهي الكتاب والسنة ويلحق بهما الإجماع ومذهب الصحابي وشرع من قبلنا. وأدلة عقلية وهي الأدلة المعتمدة على الرأي والاجتهاد والتي يكون للمجتهد دخل في تكوينها ووجودها كالقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف وسد الذرائع والاستصحاب. وهذه القسمة - كما يقول الشاطبي - بالنسبة إلى أصول الأدلة والإدلة

فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر ، لأن الاستدلال بالمقولات لا يد فيه من النظر والاجتهاد لفقه النص وبيان المراد منه ، كما أن الرأي والاجتهاد لا يعتبر شرعا إلا إذا كان مستندا إلى النقل مستمدا شريعته ووجوده منه.

والأدلة الشرعية وإن انقسمت إلى هذين القسمين فإن الأصل فيها الأدلة النقلية لأن الأدلة العقلية كما ذكرنا لم تثبت بالعقل وإنما ثبتت بالنقل. وقد ترجع الأدلة كلها إلى القرآن الكريم إذا راعينا أن السنة ثبتت حجيتها به وأنها جاءت مبينة شارحة لمعانيه وأن الإجماع وغيره من الأدلة نقلية وعقلية تكتسب حجيتها من نصوصه.^{٣٥}

وقبل أن ننقل لمناقشة طبيعة هذه الأدلة المزدوجة ، يجدر بنا أن نلاحظ أنه لا يوجد منها ما يصح أن يوصف بالمصادر في لغة رجال القانون إلا القرآن والسنة والإجماع والعرف ، أما غيرها من أدلة الأحكام المعروفة لدى علماء الشريعة والأصول (كالقياس والمصالح المرسلة والاستحسان وغيرها ، فهي لا يصح وصفها - لدى رجال القانون - بالمصادر وإن صح وصفها بأدلة الأحكام وثمة فارق كبير لديهم بين المصادر والأدلة. فمثلا في ما يتعلق بالقياس فهو في الواقع صورة من صور الاجتهاد والمقيس إنما يأخذ في الواقع حكم المقيس عليه الذي إما أن يكون نصا في القرآن أو السنة أو حكما شرعيا ثابتا بالإجماع.^{٣٦} ولكن حتى إذا اكتفينا باعتبار القرآن والسنة والإجماع هي مصادر التشريع الإسلامي واجبة التطبيق بواسطة المحاكم - أي مصادرا رسمية للقانون - ، فإننا لا نستطيع تجاوز التراتبية الخاصة بالأحكام المستنبطة من هذه المصادر والتي تعكس طابعها المزدوج. والأحكام من حيث مصادرها أربعة أنواع هي:-

النوع الأول:- أحكام مصادرها نصوص صريحة قطعية في ثبوتها وقطعية في دلالتها على أحكامها وهذه أحكام لازمة وعلى كل مسلم إتباعها ولا يجوز أن يختلف المسلمون فيها ولا أن يقننوا ما يخالفها.

النوع الثاني:- أحكام مصادرها نصوص ظنية في الدلالة على أحكامها. وهذه فيها مجال للاجتهاد لكن في حدود تفهم النص ولا يخرج عن دائرته.

النوع الثالث:- أحكام لم تدل عليها نصوص لا قطعية ولا ظنية ولكن انعقد عليها إجماع المجتهدين في عصر من العصور... وهذه لا مجال للاجتهاد فيها ويجب على المسلم أن يعمل بها.

النوع الرابع:- أحكام لم تدل عليها نصوص لا قطعية ولا ظنية ولم يعقد إجماع عليها من المجتهدين في عصر من العصور كأكثر الأحكام الفقهية.... يجوز لأهل الاجتهاد في عصرهم وبعد عصرهم أن يخالفوه في استنباطهم.^{٣٧}

ويلاحظ أن هذه التراتبية والأولوية للأحكام ثابتة في حال نسبتها إلى القانون أو الدستور إذ لا توجد تفرقة بين الاثنين في الشريعة الإسلامية. أي أن أحكام المصادر بصفتها السابقة تظل على هذا الترتيب في حالة اعتبارها مصدرا تاريخيا أم مصدرا رسميا للقانون فالأمر سيان لازدواجية طابع هذه المصادر وأحكامها. ولكن هذه الازدواجية تخلق وضعاً فريداً لمفهوم مصدر التشريع أو القانون وموقعه في النظام القانوني. ففي النظم القانونية تعتبر الأحكام الدستورية التي تحدد أجهزة الدولة واختصاصاتها وتنظم العلاقات فيما بينها وتحدد سلطاتها كما تنظم العلاقة بين الدولة والأفراد ، هي أحكام تسمو على غيرها من أحكام تفصيلية تحكم المعاملات المدنية أو الجرائم أو الأحوال الشخصية. ولذلك لا يسمو المصدر التاريخي أو المادي للقانون على هذه الأحكام بل أنه في حال وروده بالدستور يقصد منه توجيه المشرع لاستنباط الأحكام والقوانين منه لا غير. أي أن هذا المصدر - وأحكامه بالتبعية - لا يمكن أن يغل يد المشرع بل يظل المشرع مالكا لحق تجاوز أحكامه واستنباط الأحكام من غيره ما لم يقيد المشرع الدستوري. وعلى العكس من ذلك فإن التراتبية المذكورة آنفاً تجرد المشرع - الخليفة كما أسلفنا أو الأمة كما يرى البعض - من حق مخالفة الأحكام التفصيلية الواردة بشأن الجنايات أو الإثبات أو الأحوال الشخصية الواردة على سبيل القطع وذات الدلالة القطعية ولو بوضع أحكام عامة دستورية.

ولعل الأمر يصبح أكثر وضوحاً إذا مثلنا له ببعض الأمثلة. فمن أخص الحقوق الدستورية حق المساواة أمام القانون المستند لحق المواطنة الذي درجت الدساتير على النص عليه في عبارات تفيد عدم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو اللغة أو الدين. في الوقت الذي فيه تميز الشريعة في قانونها الخاص بالشهادة بين الشهود على أساس الجنس والدين. فشهادة النساء والذميين مرفوضة في قضايا الحدود والقصاص أما القضايا المدنية فتقبل شهادة النساء ، غير أن شهادة امرأتين هنا تعادل شهادة رجل واحد. ولا يطبق أي من هذه القيود على شهادة المسلم الذكر الذي تعتبره الشريعة دائماً الشاهد العدل ما لم يخل سلوكه الشخصي المنحرف دون قبول شهادته.^{٣٨}

وهناك مسألة شديدة الحساسية هي الحق في الحرية ونص الدستور على حماية حرية المواطن وعدم جواز استرقاقه. ومع أنه ليس هناك نص مباشر يقر الرق في القرآن والسنة ، إلا أن إجماع الأمة الذي لا سبيل لتجاوزه قن لهذه المسألة. وبرغم أن بعض المجتهدين المعاصرين يحاولون جاهدين استنباط أحكام شرعية

تحرمة إلا أننا لا نستطيع أن نسلم بحقهم في تجاوز إجماع الأمة وفقاً للتراتبية المنوّه عنها سابقاً. فإذا نرى القرآن والسنة معا يقران الرق وينظمانه بطرق عديدة ، وإذا نرى النبي عليه السلام نفسه وكبار الصحابة كانوا يمتلكون الرقيق وأن كل فقهاء الشريعة الأوائل كانوا يعدون الرق أمراً مسلماً به ووضعوا القواعد لتنظيمه ، فإنه ليس بوسعنا اعتبار الأمر مجرد تقصير مزعوم من جانب أجيال المسلمين في تنفيذ نية القرآن بإلغاء الرق.^{٣٩}

والأمثلة كثيرة تطل منظومة العقوبات وأمور أخرى ولكننا نكتفي بمهذين المثالين لنوضح أن هذا الوضع شاذ بالنسبة للنظام القانوني حسب تعريفنا للمفهوم. إذ أن وجود مصادر تشريع تسمو على الدستور على تفصيليتها وقابليتها للتطبيق ، يلغي تماماً دور الدستور كوثيقة سامية تحمي الحقوق والحريات تعابر بها القوانين ولا تخضع للمعاصرة أو التجاوز. وهذا يعني بالتبعية انخيار مبدأ دستورية القوانين الذي لا يقبل التجزئة. فالتراتبية الموصوفة سابقاً تجعل من النصوص القطعية القابلة للتطبيق الفوري والإجماع في عصر سابق حكماً على الدستور نفسه وعلى الأحكام التي يشتمل عليها لأنها مستنبطة في معظمها من نصوص ظنية ولحدائث معظمها. وبالقطع أن هذه المسألة لم تكن موضوع مناقشة للفقه الشرعي القديم باعتبار حداثة مفهوم الدستور نفسه وارتباطه بالدولة القومية الفتية وبالتالي لم يعرف هذا الفقه مبدأ دستورية القوانين بالتبعية بل انصرف لدراسة مدى شرعيتها. وهذا الأمر مرتبط حتماً بتطور مفهوم الدولة نفسه وظهور الدولة الحديثة كشخص اعتباري منفصل عن شخص الحاكم وهي أمور سوف نناقشها في مكانها من هذا البحث. وإزاء هذا الوضع تكون الخيارات المتاحة كما يلي:-

١/ التعامل مع نظام الشريعة الإسلامية بصورته التاريخية وتسيير شؤون الدولة بدون دستور مكتوب تفادياً لوقوع تناقضات عند سن دستور ديمقراطي يحتوي على الحقوق والحريات وإعفاء للمحاكم الدستورية من مأزق نظر مدى دستورية قوانين تفصيلية واردة بنصوص قطعية أو إجماع لا تجوز مخالفتها.

أو

٢/ إصدار دستور ينص على سمو الأحكام التفصيلية المنوّه عنها على الدستور نفسه وعلى كل الحقوق والحريات الواردة به ، وهذا بالقطع يعني انخيار مبدأ دستورية القوانين لأنه لا يتجزأ.

أو

٣/ إلغاء التراتبية المنوّه عنها والسماح بالاجتهاد مع وجود النصوص الواضحة القاطعة أو الإجماع. وهذا الخيار يسند من يثبتونه إلى حقيقة أن عمر بن الخطاب الخليفة الثاني وأحد كبار الصحابة اجتهد برأيه في أمور تحكمها نصوص واضحة قاطعة من القرآن والسنة.

"ومن أمثلة ذلك أن الآية ٦٠ من سورة التوبة تبين على نحو قاطع جلي أوجه الأنفاق من الصدقات وتحدد المستفيدين منها ومن بينهم المؤلفقة قلوبهم (أي أولئك المرغوب في كسب ولائهم للإسلام أو ضمان استمراره عن طريق الحافز المادي). وبهذا يكون لهؤلاء حق شرعي في نصيب الصدقات وفق نصوص قاطعة في القرآن والسنة. غير أن عمر رفض أن يؤدي إليهم نصيبهم ، بحجة أنه إنما كان يدفع لهم حين كان المسلمون ضعافا في حاجة إلى تأييد مثل هؤلاء. أما وقد تغيرت الأوضاع فإن حصتهم من الصدقات ألغيت. ومن الأمثلة المهمة الأخرى لممارسة الاجتهاد وبصدد أمر تنظمه نصوص واضحة وقطعية الدلالة ، رفض عمر توزيع الأرض التي استولى عليها المسلمون خلال الحملات على العراق والشام بوصفها جزءاً من الغنائم التي للمقاتلين المسلمين حق فيها بمقتضى الآيات ٦ - ١٠ من سورة الحشر. وحين اعترض عليه البعض ذاكرين أن النبي (ص) ظل إلى وقت وفاته يوزع مثل هذه الأراضي باعتبارها من الغنائم ، برر عمر رفضه التقيد بحكم الآيات القرآنية كما فسرها النبي وطبقها قائلاً إن من شأن توزيع الأراضي حرمات الدولة من الموارد المهمة اللازمة للإنفاق على الجيوش من أجل الدفاع عن نفسها".^{٤٠}

ولكن هذه الفكرة تقتضي انقلاباً شاملاً في المفاهيم التقليدية لعلم أصول الفقه الذي يتم عبره استنباط الأحكام من أدلتها ، لذلك لا نجد تأسيساً فقهياً لها سوى محاولتين طوال التاريخ الإسلامي. أولاهما قدمها الفقيه نجم الدين الطوسي (الخنيلي) ، وأهم ما في منهجه الشهير أنه يرى تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع عند المخالفة وتقديمها عليهما إنما هو "بطريق التخصيص لهما" وذلك في ميدان المعاملات (وهي تشمل جميع فروع ما يعرف في الفقه الحديث بالقانون العام والقانون الخاص وفروعهما المختلفة اللهم إلا الأحوال الشخصية التي تلحق بالعبادات) ، بخلاف الحال في ميدان العبادات وما يلحق بها.... وفي ذلك يقول الطوسي: فإن قيل الشارع أعلم بمصالح الناس وقد أودعها أدلة الشرع وجعلها أعلاما عليها تعرف بها فترك أدلته لغيرها يعد معاندة له (أي للشرع). قلنا فأما كونه أعلم بمصالح المكلفين فنعم. وأما كون ما ذكرناه تركاً لأدلة الشرع بغيرها فممنوع وإنما نترك أدلته بدليل شرعي راجح عليها مستند إلى قوله عليه السلام: لا ضرر ولا ضرار.^{٤١}

وال محاولة الثانية كانت من نصيب الأستاذ/ محمود محمد طه زعيم الحزب الجمهوري السوداني الذي دفع حياته ثمناً لهذه المحاولة على عكس الأمام الطوسي. وجوهر هذه المحاولة يبنى على إعادة النظر في قواعد الناسخ والمنسوخ في علوم القرآن مما يسمح بالانتقال من النصوص القطعية التي ترد بها أحكام تفصيلية للنصوص الأسبق زماناً التي تحتوي على مفاهيم عامة ومبادئ لا تعيق عمل المشرع البشري في تشريع الأحكام التفصيلية. أي أن المطلوب هو الانتقال من آيات الفروع إلى آيات أمأصول ومن القرآن المدني

إلى القرآن المكي حيث أن الأخير لم يواكب بناء دولة المدينة التي نزلت الآيات لتعالج مشكلاتها حيث تأثرت بتاريخية الوضع. ويقول في ذلك المفكر محمود محمد طه في كتابه " الرسالة الثانية من الإسلام ":-

وتطور الشريعة كما أسلفنا القول إنما هو انتقال من نص إلى نص ، من نص كان هو صاحب الوقت في القرن السابع فأحكم إلى نص عد يومئذ أكبر من الوقت فنسخ. قال تعالى: (ما ننسخ من آية أو ننسأها نأت بخير منها أو مثلها.....) سورة البقرة آية ١٠٦. قوله (ما ننسخ من آية) يعني ما نلغي ونرفع من حكم آية... قوله (أو ننسأها) يعني نؤجل من فعل حكمها... (نأت بخير منها) يعني أقرب لفهم الناس وأدخل في حكم وقتهم من النسأة.. (أو مثلها) يعني نعيدها هي نفسها إلى الحكم حين يحين وقتها.. فكان الآيات التي نسخت إنما نسخت لحكم الوقت فهي مرجأة إلى أن يحين حينها. فإن حان حينها فقد أصبحت صاحبة الوقت ، ويكون لها الحكم وتصبح بذلك هي الآية المحكمة وتصبح الآية التي كانت محكمة في القرن السابع منسوخة الآن. هذا هو معنى حكم الوقت: للقرن السابع آيات الفروع وللقرن العشرين آيات الأصول.^{٤٢}

ويجدر بنا أن ننوه إلى أن هذا الفهم الانقلابي غير مقبول بالنسبة للأغلبية الساحقة من المسلمين بالرغم من أنه الوسيلة الوحيدة التي تجعل من صياغة دستور أمراً حيويّاً وتسمح بوجود ضمانات دستورية القوانين حتى يصح القول بوجود دولة تقوم على سيادة حكم القانون وبالالتبعية وجود نظام قانوني.

وإذا انتقلنا إلى ملمح ثان من ملامح النظام القانوني وهو الضمانة الثانية ونعني بها استقلال القضاء ، فإننا نجد وضعاً مختلفاً ومفهوماً أخلاقياً ودينياً لهذا الاستقلال لا يصح اعتباره نظاماً بأية حال،" إذ أن القضاء هو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة ، لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعا للتنازع ، إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة ، فكان لذلك من وظائف الخلافة ومندرجاً في عمومها".^{٤٣} وقد قال الفقهاء بعد قولهم أن القضاء من فروض الكفايات إنه من الوظائف الداخلة تحت الخلافة الشرعية لأنه منصب للفصل بين الناس في الخصومات بموجب الأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة ولهذا كان الفقهاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء لمن سواهم. وأول من دفعه إلى غيره وفوضه فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه... وإنما صار الخلفاء يقلدون القضاء لغيرهم ، مع أنه من وظائف الخلافة ومما يتعلق بهم لقيامهم بالسياسة العامة وكثرة انشغالهم بالجهاد والفتوحات وسد الثغور وحماية البيضة وإدارة شؤون الدولة الأخرى فاستخلفوا في القضاء من يقوم به نيابة عنهم ، فنصب القاضي إذاً أمر واجب لأنه يقوم بواجب شرعي هو القضاء

الذي هو من وجائب الخليفة ووظائف الخلافة لكنه لا يمكنه القيام بهذا الواجب لما ذكرناه من انشغاله بأمور مهمة أخرى فاحتاج إلى نائب يقوم مقامه في أداء هذا الواجب وهذا النائب هو القاضي".^{٤٤}

والأمر لا يحتاج إلى عمق نظر أو بصيرة ثابتة للقول بأن التاريخ والفقه الأسلاميين لم يعرفا نظرية الفصل بين السلطات وذلك لأن الخليفة كان يباشر السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية تماماً كما كان يفعل الرسول (ص). وهو الذي يفوض سلطة القضاء لغيره وينبئه عنه فيها لأسباب بعينها ، وبالقطع لا سبيل للقول بأن النائب أو الوكيل أو المفوض مستقل عن الشخص الذي أنابه أو أوكله أو فوضه. ولتر مدى التناقض الذي يشوب عبارات الفقهاء الذين يقولون بوجود فصل للسلطات في النظام الإسلامي فنورد هذا الرأي الفقهي النموذجي الذي يقول:- "إذا كان الخليفة نفسه يجب أن يكون مجتهداً فهو قاضياً كذلك ولما كان القضاء يعد جزءاً من السلطة التنفيذية مندمجاً فيها وليس منفصلاً عنها لأن القاضي كان يمارس مهام تنفيذية أخرى بجانب عمله كقاضي مثل قيادة الجيوش ، فإن النظام الإسلامي كما يقول أستاذنا العميد الدكتور الطماوي قد تضمن فصلاً بين هاتين السلطتين بدرجة غير معروفة في الدولة الحديثة ولكن أساس الفصل في النظامين مختلف فأساس الفصل في الدولة الحديثة يرجع إلى كفالة الحرية الفردية وضمان شرعية الدولة وهذه الاعتبارات يكفلها النظام السياسي الإسلامي لا على أساس الفصل بين السلطات ولكن استناداً إلى الوازع الديني والذي يجعل كافة المسلمين - حكاماً ومحكومين - على قدم المساواة في الدنيا والآخرة. والذي يجرد المسلمين من إطاعة أي أمر يتضمن معصية تفرغاً على القاعدة المشهورة "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق".^{٤٥}

ولعلنا لسنا في حاجة للحديث عن مدى الارتباك والتناقض في هذه العبارات التي تحدثنا عن فصل بين السلطات لا يقوم على أساس الفصل بين السلطات ، ولكننا نحتّم بالأساس الذي أقام عليه الفقيه الكبير الطماوي هذا الفصل وهو الوازع الديني. إذ أن الوازع الديني هو المفتاح الذي شيد عليه البناء السياسي الإسلامي ، وهو يعني الركون إلى ضمير الشخص الذي تجمع في يديه السلطات وليس إلى نظام فصل السلطات. لذلك كان الواجب أن يقول فقيهنا الكبير أن النظام الإسلامي السياسي يجمع السلطات في يد واحدة ولكنه يوجه من جمعت له السلطات بعدم إفسادها خوفاً من الحساب الأخروي لأنه مأمور بالعدل والقسط. ولكنه لم يقل ذلك لأنه يعلم أن الركون للوازع الديني لا يعني بأي حال وجود نظام للمحاسبة الدنيوية في غياب مفهوم الدستور كما أنه لا يمنع الحاكم ذا السلطات الثلاث من الرزغ ومخالفة التعاليم الدينية- وإن أحياناً- وإلا توجب أن يقر له بالعصمة وفقاً للمفهوم الشيعي. والصحيح هو أن الوازع الديني ، وهو أمر يعتمد على الأخلاق الدينية ، كان هو أساس خضوع بعض الخلفاء لاختصاص قضاء قاموا بتعيينهم هم بأنفسهم في وقت لم يكن هناك ما يلزمهم قانوناً بذلك.

ولكن يجدر التنويه إلى أن هذا الخضوع لا يعني خضوع الدولة لسيادة حكم القانون المعروف في الفقه القانوني حالياً وذلك لما يلي من أسباب:-

١/ أن خضوع الخليفة للقضاء كان بصفته الشخصية وفي منازعات مدنية تختص بتملك درع أو سيف أو ما شابه ولم يكن بصفته التنفيذية أي بغرض مراجعة ونقض قراراته الإدارية أو مراجعة سلطته في التشريع مثلاً. وهذه الأمور يستعصي إدعاء حدوثها لغياب مفهوم الدولة المؤسسة أو دولة المؤسسات في الأصل.

٢/ أن هذا الخضوع استند على موافقة الخليفة دائماً بالاعتماد على أخلاقه الدينية في المقام الأول وليس على قسره ، لذلك كان هذا الأمر على سبيل الاستثناء ومن خلفاء تميزوا بأخلاق دينية عالية أو من الرسول (ص) مما يعني أن المعيار في هذا الخضوع شخصي وليس موضوعي .

واعتماد هذا المعيار الشخصي والسلوكي يجعل الحديث عن "نظام" أمراً صعباً إن لم يكن مستحيلاً ، كما أنه يجعل مصير النظام كله في يد شخص كماله مفترض وهو كمال نادراً ما يحدث في التاريخ البشري. وهذا هو سبب ارتباط مفهوم العدالة بخلفاء بعينهم وبفضة محددين في التاريخ الإسلامي الذي ساهد الاستبداد في فترات طويلة أبرزها الحكمين الأموي والعباسي.

لكن كل ذلك لم يمنع النظام الإسلامي من ميزة أساسية وهي إطلاقه لحق التقاضي وعدم تقييده بأي شكل من الأشكال. ففي شريعة الإسلام لا يوصد باب التقاضي أمام البعض ويفتح أمام البعض الآخر ، ولا يجوز إنشاء محاكم خاصة بفئات أو طبقات بعينها من الناس على أساس إنشاء امتياز لهذه الفئات أو الطبقات على غيرهم من الأفراد لما يمثله ذلك من إخلال بمبدأي العدل والمساواة. وتيسير التقاضي من مميزات النظام القضائي الإسلامي فلا توجد أية عوائق أمام الفرد في لجوئه للقضاء لدرجة أن بعضاً من الفقهاء لم يجرز للقاضي أن يتخذ حاجباً.^{٤٦}

وليس معنى هذا أن الإسلام منع الخليفة من تأسيس محاكم خاصة أو استثنائية أو موازية تنتقص من استقلال الهيئة القضائية وذلك لعدم وجود هيئة قضائية أصلاً بل كان هناك قضاة يجوز للخليفة تعيينهم وتحديد اختصاصاتهم الزمانية والمكانية والنوعية كيفما شاء ، بل وعزلهم أيضاً. والواضح أيضاً أن النظام الإسلامي قد اشتمل على حق التقاضي بمفهوميه السلبي والإيجابي ، أي أنه أباح رفع الدعاوى لكل الأشخاص كما أباح برفعها على كل الأشخاص دون وضع موانع موضوعية للتقاضي أو إستثناءات أو حصانات. وهذا في تقديرنا يرجع إلى غياب نظرية السيادة بشكلها الحالي مع عدم وجود مفهوم

الشخص الاعتباري ذي الحصانات. أي أن الخضوع للقانون هو خضوع أشخاص طبيعيين لم يمنع القانون من مقاضاتهم بمن فيهم الخليفة نفسه.

أيضاً يجدر بنا التنويه إلى أن أحكام القضاة كانت تنفذ إما طوعاً من الخصوم أو جبراً على المحكوم عليه. ويبدو أن تنفيذ الأحكام مر ببعض الأطوار ، فتارة يكون عند القضاة (وذلك عندما يكون القاضي قوياً قادراً) وتارة يكون عند الحكام وذلك عندما يكون القاضي ضعيفاً... وعلى أية حال ففي كلتا الحالتين سواء كان التنفيذ عند الحكام أو القضاة جعل العلماء تنفيذ الأحكام واجباً.^{٤٧}

باختصار نستطيع أن نقول بأن النظام الإسلامي - وفقاً لما رأيناه سابقاً - لا يمكن أن يشتمل على ضمانتين أساسيتين من ضمانات سيادة حكم القانون وهما مبدأ دستورية القوانين واستقلال القضاء المبني على فصل السلطات بحيث توقف السلطة السلطة. وغياب هاتين الضمانتين مع غياب مفهوم الدولة كشخص اعتباري تخضع مؤسساته للقانون يجعل من الصعب الحديث عن نظام قانوني إسلامي. صحيح أن الإسلام يملك قوانين ومصادر قوانين وآليات لاستنباط الأحكام ونظريات فقهية ، لكن هذا لا يكفي للقول بأن هناك نظاماً قانونياً باعتبار أن النظام القانوني هو كل أرقى من مجموع أجزائه بلعب فيه الدستور ومبدأ الدستورية دوراً محورياً وحاسماً. ولعل هذا ما يدفع العديد من الفقهاء المناصرين لتطبيق الشريعة الإسلامية للممايزة بينها وبين القانون الوضعي برغم محاولة أكثرهم إلحاق الكثير من المفاهيم الوضعية بها. فالفقيه الكبير السنهاوري مثلاً يقول:- " لن نحاول أن نصطنع التقريب بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صبغة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته".^{٤٨}

ويقول الدكتور احمد مليجي:- " ونعتقد أن أي محاولة لإيجاد تماثل مفتعل بين الشريعة وغيرها من الأنظمة الوضعية تنطوي على خطر أكيد على الفقه الإسلامي ، إذ للشريعة نظرياتها الخاصة ومصطلحاتها ، ولا يمكن القول بأن كل نظرية وكل مصطلح في الأنظمة القانونية الوضعية له أساس في الشريعة الغراء فمثل هذا القول فضلاً عن كونه غير منطقي فهو غير جدي ولن يرفع من شأن الشريعة الغراء محاولات إيجاد تماثل مفتعل بينها وبين الأنظمة القانونية الوضعية الأخرى".^{٤٩}

وبما أن الفقيهين لم يذكرهما قولهما في سياق الحديث عن النظام القانوني بالفهم الذي أسلفناه ، فليس من العدل أن نطالبهما بتبرير إطلاق مصطلح النظام القانوني على الفقه الإسلامي - وخصوصاً السنهاوري - مع إقرارهما بالتمييز الذي يتحلى به الفقه الإسلامي. ولكن استنتاجهما يدعم النتيجة التي توصلنا إليها وهي استحالة القول بوجود نظام قانوني في الإسلام وفقاً لتعريف النظام القانوني وثيق الصلة بالدولة الحديثة (أي دولة سيادة حكم القانون).

الفصل الثاني

خلفية تاريخية عن النظام القانوني السوداني

نكرس هذا الفصل لإعطاء فكرة عامة عن الخلفية التاريخية لنشوء النظام القانوني السوداني مراعين في ذلك ألاّ بمنعنا الاستطراد السردى من بحث معالم النظام القانوني لتحديد مدى وجوده من عدمه. وفي سبيل ذلك سوف نستخدم دولة المهديّة كمحور لتقسيم البحث التاريخي ليس اعتباطاً بل باعتبارها أول دولة دينية صرفه تنشأ في مساحة تشمل كل السودان تقريباً. ولكننا على عكس الكثير من الباحثين سوف نبحر أبعد قليلاً عند دراسة الفترة التي تسبق المهديّة لنعط فكرة بسيطة عن نشاط الدولة القانوني في مرحلة سابقة على دخول الإسلام بإلقاء بعض الضوء على مملكة نبتة أو حضارة مروي القديمة وكذلك الممالك المسيحية. بعدها سوف ننصرف لمناقشة الدولة المهديّة وما تم فيها في مبحث ثان ونخرج منها للدخول في مبحث أخير يلخص تجربتنا في فترة الحكم الثنائي وحتى صدور قوانين ١٩٨٣م الشهيرة.

المبحث الأول

النظام القانوني السوداني في فترة ما قبل المهديّة

(منذ فجر التاريخ وحتى عام ١٨٨٤م)

لعلنا نصيب إذا قلنا بأن الحضارة المروية هي أقدم الحضارات السودانية آخذين في اعتبارنا أن ممالكها غطت معظم مساحة السودان النيلي والشرقي. وهذه الحضارة على عظمتها لم تخلف لنا تفاصيل كبيرة عن شؤون تصريف العدالة فيها ولم تحظ قوانينها بالتدوين كما حظيت بذلك بعض الحضارات الأخرى. وقد يكون السبب في ذلك أنها لم تكن تعتمد التقنين وإصدار التشريعات مصدراً رسمياً لقوانينها بل ظلت وفةً لقوانينها العرفية التي يلتزم الملك بإنفاذها. ففي مروي ونبتة كان الملك يعتبر ابن بالتبني لآلهة متنوعة. وليس من الواضح فيما إذا كان يعتبر هو نفسه إلهاً أو تناسخاً لإله، ولكن بما أنه تم اختياره بواسطة الآلهة فإن أفعاله تعتبر موجهة من قبلها عبر إدراك القانون العرفي. وبذلك يكون لدينا مفهوم متطور لملك عينته الآلهة يصرف أمور العدالة والأحكام وفقاً لمشئته الإله أو الآلهة وهو مفهوم يشكل جوهر السلطة الملكية المطلقة قديماً وحديثاً. وبالرغم من أن سلطة الملك نظرياً كانت مطلقة وغير قابلة للانقسام، كان

يجب عليه أن يحكم - بالتزام صارم - وفقاً للقانون العربي الذي يسمح له بالانحراف عنه. وأكثر من ذلك كان محدوداً بالكثير من المحرمات "Taboos".^{٥٠}

وبالقطع في مثل هذه الحالة وتحت هذه الشروط يستحيل الحديث عن وجود دستور أو دستورية قوانين أو استقلال قضاء وما إلى ذلك من سمات دولة القانون. فغياب الدولة - المؤسسة بادي للعيان ومحدودية سلطات الملك التي أشرنا إليها لم تكن تملك الشعب سلطة محاسبته البتة. إذ أن السلطة كانت للكهنة الذين كان بإمكانهم الإيعاز للملك بالانتحار في حال عدم رضائهم عنه ولكن هذه العادة انتهت بتلقي أحد الملوك ثقافة إغريقية مكنته من تجاوز الكهنة بل وإعدامهم.

ولم يكن الحال بأفضل من ذلك في فترة الممالك المسيحية (أي النوبة وعلوة والمقرة)، إذ أن انتشار الدين المسيحي لم يغير التصور القانوني لوضع الملك وسلطاته المطلقة بقدر ما أثر على بعض العادات الطقوسية المخالفة للإيمان المسيحي. "فرغم انتشار الدين المسيحي واللغة القبطية وإعتناق بعض السكان المسيحية، إلا أنه لم يكن للدين أثر كبير على تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد، وإن كان له بعض الأثر على الأعراف، وبعبارة أخرى تأثر العرف بالدين المسيحي تأثيراً جعله أكثر تشمياً مع قواعد العدالة والوجدان السليم، وخاصة لأن المسيحية لم تفرض قواعد لتنظيم علاقة الإنسان بالإنسان بل تكفلت بتنظيم علاقة الإنسان بربه".^{٥١}

ومن المعلوم أن مملكة الفونج أو سنار خلفت الممالك المسيحية بعد فتح سوبا وواكبتها في نفس الفترة مملكة أو سلطنة دارفور. وبرغم أن الأولى هي صاحبة الحظ الأوفر من الشهرة باعتبارها حكمت الجزء الأكبر من البلاد، إلا أننا نود أن نشير إلى نظام القضاء في الأخيرة أولاً. "إذ كان القضاء في دارفور شرعياً وهو المشرع بالكتاب والسنة أو عرفياً وهو المشرع بالعرف وقد جمعت الأحكام العرفية كلها في كتاب واحد عرف به "قانون دالي" وهو بمثابة قانون الجزاء عندنا. وكان القائم بتنفيذه المقادير ومن هم دوعم من الحكام بالاتحاد مع أصحاب الخواكير والقبائل. والقاضي الأعظم الذي يُرجع إليه في هذا القانون كبير الخصيان الملقب بأبي شيخ".^{٥٢} "وكانت بالفاشر محكمة كبرى شرعية ولكل جهة من الأرياف قاضيها. كما باشر الأجويد القضاء العربي وكانت الأعراف متباينة ومنها حرمان النساء من الإرث، ومعاقبة السارق بغرامة تقدر بست بقرات، ومعاقبة الزاني بمحصنة بغرامة قدرها ست بقرات، وبسدس ذلك حال الزنا بغير المتزوجة، ومجازاة القاتل بالدية وهي مائة من البقر أو البعير حسب المالك القتال. ومعاقبة من يضرب غيره ضرباً مبرحاً أو يشتمه بغرامة قدرها ثوب من الدمور، ونصف الثوب إن كان الضرب غير مبرح أو الشتمة غير فظيعة، وعدم معاقبة الأحداث أو سارقي العدد المعقول من الماشية لذبحها في وليمة عرسه".^{٥٣}

"أما في مملكة الفونج حيث كانت سنار عاصمة لها ، سار القضاء على مذهب الإمام مالك رحمه الله ، وبمقدم الشيخ محمود العركي من مصر ، بدأ الناس يتعلمون أساسيات أصول الدين الكاعدة فلم يعد الناس يتزوجون من طلفت من فورها قبل أن تعتد. ثم وجد منصب القضاء ، وتميز بوجود محكمة عليا في سنار ومحاكم صغرى في كل مملكة وكل مشيخة. وفضلاً عن ذلك ، وجد بكل الممالك قضاء يعرف بقضاء الشريعة البيضاء حيث يتم الحكم وفقاً لقواعد الشريعة الغراء فحسب وحيث تسهل المخاصمة وتبرز أصول الإثبات اسلامية".^{٥٤}

أيضاً عرفت مملكة الفونج كسابقها قضاء الأجوايد حيث كانوا يقضون في جميع أنواع القضايا بما في ذلك القتل.

ولنا أن نستنتج من كل ما سبق حضوراً كبيراً للعرف كمصدر للقانون في المملكتين له قدره ورميته وقابليته للتطبيق حتى في حال مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية. فالأمر شديد الوضوح من أمثلة الأعراف التي كانت تطبق بمملكة دارفور ، ولكنه يبدو أقل وضوحاً في مملكة الفونج. ولكننا نود أن ننوه إلى أن ما ذكرناه سابقاً يسمح باستنتاج سيادة العرف، قبل حضور الشيخ محمود العركي من مصر سيادة مطلقة ويستمر حضوره عبر محاكم أو قضاء الأجوايد، وهم رجال كبار السن ليس بالضرورة للمامهم بالقواعد الشرعية. ولكن يجب أن ننوه إلى أن أحكام الأجوايد كانت خاضعة للاستئناف إلى المحكمة العليا بسنار، وفي هذه الحالة كانت تخضع للرقابة الشرعية. هذا بالطبع بعد ظهور المحكمة العليا في سياق تطور النظام القضائي. ولعل هذا ما يجعلنا نقبل بحذر ما قاله الفقيه العالم هنري رياض حين ذكر في معرض حديثه عن المملكتين ما يلي:- "كان القضاء يطبق أحكام الشريعة وفقاً للمذهب المالكي ، الذي ساد السودان منذ قديم الزمان. وتطبق أحكام الشريعة سواء في المسائل الشرعية أو المدنية أو الجنائية كما يطبق العرف ، فيما لم يرد به نص فيها".^{٥٥} لأن هذا القول يستبعد القضاء بالأعراف المشار إليها سابقاً بمملكة الفور ويضعف من دور قضاء الأجوايد ومساحة العرف التي هي أكبر مما هو مذكور حيث لعب العرف دوراً أكثر تعقيداً مما هو بائن ومما توافرت على رصده الكتابات التاريخية المعاصرة حسب تقديرنا. إذ لا يمكن أن تتوارى تجربة عمرها آلاف السنين اعتمدت العرف لمجرد تغير ديانة الحكام وهذا واضح مما أسلفناه عن أثر الدين المسيحي.

ولكن هذا لا يمنعنا من التنويه إلى أن تأثير الحكام والنقلة التي حدثت ، احتاجت لزمان من التطور حتى تأخذ بعض الملامح التي يتحدث عنها الفقيه العالم. "وفي كل الأحوال من الممكن القول بأن القانون المطبق في مملكة الفونج في دنقلا وسنار، كما في السلطنتين المستقلتين في كردفان ودافور ، كان مزيجاً من القانون الإسلامي والقانون العرفي والخرافات".^{٥٦} ومع وجوب التنويه لوجود قانون دالي العرفي ، يجدر

بنا أن نوافق فقيهينا العالم على أنه لم يصدر من ملوك الفونج أو سلاطين كردفان أو دارفور قوانين مكتوبة أو منشورات أو لوائح واجبة الإتياع.^{٥٧} وهذا لا يغيب حقيقة أنهم احتفظوا بالسلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية ، ولا يقدح في ذلك تفويضهم لبعض هذه السلطات لاعتبارات عملية. كذلك ننوه إلى أن تنفيذ الأحكام البسيطة كان يقوم به القاضي بنفسه خصوصاً في مملكة الفونج ، أما الأحكام الكلية كالإعدام والنفي والسجن فكان ينأط تنفيذها بالسلطة التنفيذية (أي الحاكم) علماً بعدم وجود أي قيود على حق التقاضي.

وبالانتقال إلى دولة الحكم التركي المصري في السودان والتي عرفت بالتركية السابقة والتي امتدت في الفترة ما بين ١٨٢١م و ١٨٨٤م ، نجد أنه ليس من السهل إعطاء فكرة دقيقة ومتكاملة عن طبيعة التراث القانوني لهذه الدولة. إذ لا يستطيع المرء أن يقول بأي درجة من التأكد ما هو القانون الذي كان مطبقاً في تلك الفترة. فالوثائق العديدة المتاحة بأرشيف عابدين بالقاهرة توضح أن الشريعة قد تم تطبيقها في بعض الدعاوى بينما تم تطبيق القانون المدني والعسكري المصري في دعاوى أخرى. وكانت الأعراف المحلية معترف بها ومطبقة في المسائل المدنية خصوصاً في المناطق البعيدة التي كانت تدار فيها العدالة بواسطة الزعماء المحليين.^{٥٨}

ولكننا بكثير من الحذر نستطيع أن نقول بأن هذا الغموض من الممكن أن يزول قليلاً فيما إذا قسمنا هذه الفترة لفترتين:- أولى طبقت فيها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما هو سائد في المذهب الحنفي باعتباره مذهب الحكام الجدد بخلاف ما كان سائداً في مملكة الفونج التي طبقت المذهب المالكي السائد بالبلاد والفروق بين المذهبين كبيرة ، وثانية تبدأ بصدر القوانين الوضعية التي أصدرتها الدولة العثمانية وطبقها محمد علي باشا بعد استقلاله بحكم مصر والسودان وموافقته على تطبيق قوانين الدولة العثمانية بعد هذا الاستقلال وكشروط من شروطه. والمعلوم هو أن الدولة العثمانية التركية كانت تطبق الشريعة الإسلامية وهي التي أعلنت عن نفسها كوريث للخلافة الإسلامية واستخدمت هذه الخلافة كغطاء لنشاطاتها الاستعمارية. وعندما تولى السلطان عبد الحميد عرش الدولة العثمانية عام ١٨٣٩م/١٢٥٥هـ أصدر خطأ شريفاً أعلن فيه مبدأ الحرية والمساواة ، وكان ذلك بضغط من الدول الأجنبية على ضرورة إصدار قوانين وضعية ، ولكن تنفيذ ما جاء في الخط الشريف قد تأخر بسبب الحروب التي انتهت بعقد فرمان باريس عام ١٨٥٦م ، حيث انتهزت الدول الأوروبية هذه الفرصة وفرضت على الدولة العثمانية الأخذ بالقوانين الوضعية بدلاً عن الشريعة الإسلامية وخاصة فرنسا التي ساعدتها في حربها مع الروس ، فأصدر السلطان فرماناً في أول جمادى الآخرة عام ١٢٧٢هـ/ ١٨ فبراير/ شباط ١٨٥٦م أنشأ بموجبه محاكم نظامية مستقلة عن المحاكم الشرعية. وكان ذلك الوقت بداية للقضاء القانوني في الدولة الإسلامية

بما فيها مصر والسودان. وبناء على ذلك الفرمان فقد أصدرت الدولة العثمانية عدة قوانين جنائية ومدنية ، حيث صدر قانون الجزاء الهمايوي ، ثم تولى صدور القوانين الأخرى.^{٥٩}

وبالرغم من أن هذا التقسيم لفترتين قد يلقي بعض الضوء على طبيعة القوانين التي كانت تطبق ، إلا أنه لا يزيل الغموض بشكل كامل ولا يلغي إمكانية تداخل النظامين. فاللبس يظل باقياً طالما أن آلية تصريف شؤون العدالة ظلت كما هي في ظل نفوذ الاستعمار التركي. إذ كانت إدارة العدالة متركزة بشدة. فكل منطقة كان لها "مجلس محلي" يتكون من رئيس وثمانية أعضاء ويعمل كمحكمة درجة أولى. وكل مديرية كان لها "مجلس مديرية" ومفتي. كان قاضي المديرية يرأس مجلس المديرية ولكن أحكامه كانت تخضع للتصديق بواسطة مفتي المديرية. حيث كان مجلس المديرية يعمل كسلطة استثنائية ومحاكمة ذات اختصاص أصلي. وأخيراً كان هناك "مجلس عموم السودان" ومقره الخرطوم ويتكون من قاضي وزعماء وهو هيئة استئنافية يصدق أحكامها مفتي السودان وتودع لدى الحاكم العام لإرسالها إلى "مجلس الأحكام" في القاهرة للتصديق عليها.

أولت الإدارة اهتماماً كبيراً للشكل والإجراء وقليل من الاهتمام للأمور الموضوعية. إذ كان الفشل في وضع طابع كفيلاً بإنهاء إجراءات تقاضي طويلة بكل سهولة ، دون النظر إلى حقيقة أن بدء إجراءات تقاضي جديدة قد يعني سقوط الحق بمضي المدة.^{٦٠}

وبالقطع ليس هناك من سبيل لمجرد الحديث عن سيادة حكم قانون أو استقلال قضاء أو مبدأ دستورية وما إلى ذلك من شواهد تدل على وجود نظام قانوني. إذ لا يعقل أن يقيد نظام استعماري سلطته بمبادئ دستورية وقواعد تحمي حقوق وحريات الشعب المستعمر وتمكن أفرادها من تحدي سلطة المستعمر التشريعية. وهذا هو الحال في فترة سيادة قوانين الشريعة الإسلامية وكذلك الفترة التي سادت فيها القوانين الوضعية حسب التقسيم السابق. فالسمة الأساسية لهذه الدولة كانت جمع السلطات الثلاث وتركيزها في يد الإدارة الاستعمارية لتمكينها من البطش والتجاوز باعتبار أن الاستعمار نفسه واقعة مخالفة للقانون مؤسسة للتجاوز يستحيل قيام نظام قانوني في ظل وجوده. ذلك بغض النظر عن طبيعة قوانينه وفيما إذا كانت دينية أو وضعية ، لأن القوانين لوحدها ليست عاملاً حاسماً في تحديد وجود نظام قانوني من عدمه ، بل إن الوضع الحاسم هو وجود الدستور وطبيعته المؤسسة لدولة المؤسسات والحريات والحقوق.

باختصار نستطيع أن نقول بأن تاريخ النظام القانوني قبل المهدية في السودان ، سمته الغالبة هي غياب نظام أو نظم قانونية بغياب (الدولة - المؤسسة) التي تنفصل عن شخص الحاكم وتوقف فيها السلطة السلطة. إذ أن جميع الممالك والحكومات غلبت عليها الصبغة الدينية سواء كان الدين سماوياً أم أرضياً وامتلك الحاكم فيها سلطة مطلقة تعطيه حق تشريع القوانين إن لم يكن ابتداءً فعبّر تبني مذهب معين

وتفويض من ينوب عنه في استنباط الأحكام منه. وفي ظروف مثل هذه لا سبيل للحديث عن سيادة حكم قانون أو ضمانات لهذه السيادة ، ولكن لا يعني هذا عدم وجود قوانين دينية كانت أم عرفية ، باعتبار أن وجود مثل هذه القوانين ليس كافياً للقول بوجود نظام قانوني.

المبحث الثاني

النظام القانوني السوداني في فترة الدولة المهدية

١٨٨٥م - ١٨٩٨م

تعد فترة المهدية من أهم فترات التاريخ السياسي والقانوني السوداني ، باعتبار أنها ما زالت تمارس حضوراً وتأثيراً أيدلوجياً كبيراً كأول دولة دينية صرفة أقيمت في كل مساحة السودان الحالي تقريباً. ويزيد في أهميتها محاولة كل دعاة الدولة الدينية تأصيل أنفسهم بنسبتها إلى تراث المهدية ، وذلك للتقدير اللاحدود الذي أعطاه لها المؤرخون كأول دولة وطنية قامت على كامل التراب السوداني وكان للمؤسسيها شرف طرد المستعمر التركي. وبالقطع لم يكن مؤرخو النظام القانوني السوداني على الحياد عند كتابتهم عن بنية الدولة القانونية ، بل تأثروا بكتابات غيرهم من المؤرخين فجاءت بعض كتاباتهم غير دقيقة وأخرى شابها الإجمال وعدم التفصيل إن لم نقل الغموض. غير أن الجميع لم يخرج عن إطار التأكيد بأن مصدر القانون في الدولة المهدية كان التشريع. إذ لم يكن لنظام السوابق القضائية من وجود في هذه الفترة من عمر السودان. واتفاق المؤرخين على أن التشريع بمفهومه الواسع هو المصدر الرسمي للقانون في الدولة المهدية لا يعني عدم الاختلاف حول ماهية التشريع الذي يعتبر مصدراً رسمياً للقانون. ولتحقيق مناسبات هذا الاختلاف نعرض لرأين أبداهما اثنان من كبار فقهاءنا القانونيين ومن ثم نخلص إلى رأينا الخاص. الرأي الأول أدلى به فقيهاها الكبير هنري رياض حين قال:- "إذا كان القرآن هو المصدر الأول للقانون ، وكانت السنة المصدر الثاني منذ انتشار الإسلام فقد أضحت منشورات المهدي في حياته وبعض منشورات الخليفة من بعده هي المصدر الثالث للقانون وذلك فضلاً عن العرف بطبيعة الحال".^{٦١} ووفقاً لهذا الرأي فإن مصادر القانون في الدولة المهدية خضعت لتراتبية القرآن والسنة ثم منشورات المهدي وأخيراً العرف.

أما الرأي الثاني فيؤسس له فقيهاها المحقق د. زكي مصطفى حين يقول:- "مصادر الأحكام القانونية الرئيسية وفقاً لتوجيهات المهدي لأتباعه كانت القرآن والسنة كما فسرهما المهدي ومنشورات المهدي. وبما أن هناك مسائل كثيرة لا توجد لها أحكام واضحة في القرآن والسنة ، كان على المهدي أن يصدر العديد

من المنشورات للتعامل مع هذه المسائل. وقد حاول في هذه المنشورات أن يعكس تفسيره الخاص لنص وروح القرآن والسنة. هنالك القليل من الأحكام الواردة بهذه المنشورات التي ليس لديها علاقة مباشرة بأحكام الشريعة الإسلامية المعروفة. وهذا ينعكس بوضوح في تشريعات المهدي العقابية في الجرائم التي يمكن وصفها بالصغيرة. والمثال على ذلك نجد في أحد منشورات المهدي الشهيرة المعروف عموماً بمنشور الأحكام القانونية^{٦٢}.

وبالرغم من أن هذا الرصد الدقيق تفادى التصريح بالتراثبية التشريعية، إلا أنه وشى بما بكل وضوح. ونحن إذ نختلف مع الرأي الأول نساند وجهة نظرنا بالرصد المذكور ونقول بأن مصدر القانون الرسمي في دولة المهديّة هو منشورات المهدي في حياته ومنشورات الخليفة من بعده وذلك لما يلي من أسباب:-

١/ احتفظ المهدي لنفسه وحده بالحق في تحديد ماهية القرآن والسنة وتبيين أحكامهما وإعطائهما النفاذ فقط عبر وصفها كأحكام واضحة وتفصيلية في منشوراته أو بإعطاء هذين المصدرين قوة القانون في حال غيبة النص التشريعي. أي أن المهدي تعامل مع القرآن والسنة باعتبارهما مصدراً تاريخياً ينهل منه تشريعاته التي يصدرها في شكل منشورات ويلزم الآخرين بالرجوع إليهما في حال غيبة النص التشريعي بالمنشور.

٢/ احتفظ المهدي لنفسه بحق مخالفة القرآن والسنة بإصدار أحكام تشريعية نافذة تخالف ظاهر الشريعة استناداً لنظرية "الإلهام والعصمة" وتلقي الأحكام في الحضرة النبوية مباشرة. وهذه هي أهم النقاط التي أخذها عليه العلماء وكانت نقطة الهجوم الأساسية على أيديولوجيا المهديّة السياسية حيث تصدى لها العديد من أصحاب المهدي بالرد لتبرير مخالفته. ومن هؤلاء الحسن سعد محمد العبادي واضع رسالة "النوار السنية الماحية لظلام المنكرين على الحضرة المهديّة"، ويقوم تصويره لمهديّة محمد احمد على أنه مبعوث لإحياء المراسم الدينية بخلاف ما كانت عليه الآراء الاجتهادية وبأنه منشئ مراسم الإسلام بعد خفاء آثارها ومظهر علوم الحقائق بعد خمود أنوارها وهو وارث وخليفة للحضرة الخاتمة محمدية وهو خليفة رسول الله (ص) ووارثه والوارث المنتظر والخليفة الأكبر، ومقام المهدي عنده فوق مقام الغوثانية وهو مقام الخلافة المصحوبة بملك أفهام ورؤية النبي (ص) يقظة لأخذ الأحكام وهو لا يخطئ ومعصوم^{٦٣}.

ويجدر بنا التنويه إلى أن التشريعات العقابية التي لا يوجد لها سند مباشر في القرآن والسنة بل وتخالف القرآن والسنة أحياناً لم تكن في الجرائم التي يمكن وصفها بالصغيرة فقط، إذ أنها تعدت ذلك للجرائم السياسية التي كانت عقوبتها الإعدام. وفي ذلك يقول الباحث محمد عبد الخالق بكري:- "ويمكننا القول فيما يتعلق بدائرة التجريم والعقاب في دولة المهديّة بأنه قد صار هناك مصدراً جديداً متجاوزاً الشريعة

الإسلامية السنية يطوق المعارضة للمهدية والمناهضة لدولتها ويتكون هذا المصدر من قول المهدي ومبادئه وأوامره المثبوتة في المنشورات والرسائل والقرارات التي تصدر عنه. ولهذا المصدر رافداً آخر لا يقل عن منبع الأحكام الأول في مقامه وهو الخليفة عبد الله التعايشي وما يصدر عنه من أوامر وقرارات".^{٦٤}

ويعضد وجهة نظرنا حول أهمية المنشورات واعتبارها المصدر التشريعي الأول والرئيسي ، حقيقة أن مخالفتها ورفض تطبيقها عند مخالفتها للقرآن والسنة كان يؤدي لموت المخالف مهما كانت مكانته وهو ما حدث للحسين الزهراء. "إذ خلف القاضي الحسين الزهراء القاضي أحمد بدین في القضاء متولياً منصب قاضي الإسلام. عُرف بالعدالة والطهر ونظافة اليد وكان عالماً مرموقاً وشاعراً مشهوراً وكان من الذين نافحوا عن المهدية بالفكر فألف رسالة رداً على علماء الخراطوم أسموها "الآيات البينات في ظهور مهدي الزمان والغايات". وكان في أدائه كقاضي ذو رأي مستقل لا يحكم بمنشورات المهدي إذا تعارضت مع أحكام الشريعة ومتشدداً في إنفاذ الشريعة وأصدر أحكاماً لم ترض بطانة الخليفة كانت سبباً في سجنه ومنعه من الطعام حتى مات".^{٦٥}

ولعله من نافلة القول أنه في ظل ظروف مثل هذه لا يمكن الحديث عن دستور أو مبدأ دستورية بل يستحيل الحديث عن استقلال قضاء يسجن رئيسه ويجوِّع حتى الموت لمجرد استقلاله في الرأي والتزامه بأحكام الشريعة الإسلامية. ويؤكد ذلك جمع المهدي، ومن بعده خليفته، لكل السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية في أيديهما ، ولا يقدح فيه تفويض المذكورين لسلطاتهما القضائية بشكل واسع، إذ بالإضافة للسطوة التشريعية التي تحدثن عنها فيما سبق ، كان المهدي قمة الهرم القضائي، ولكن سلطته في سماع الدعاوى والفصل فيها تم تفويضها بشكل واسع، حيث كان يوجد قاضي الإسلام وقاضي المديرية وقاضي المنطقة وقضاة مرتبطون بالوحدات العسكرية المتحركة في أقاليم جديدة.

وخلال فترة الخليفة أصبح نظام المحاكم أكثر تعقيداً بوجود محاكم خاصة أسست للفصل في الدعاوى الخاصة ببيت المال والفصل في المنازعات أو الجرائم البسيطة التي تحدث في السوق والدعاوى بين أو ضد الجهادية (الجنود السود) وللتحري والفصل في الشكاوى ضد الحكام والأمراء وقادة الجيش والطبقة الحاكمة بصفة عامة. وهذه المحكمة الأخيرة عرفت بمحكمة رد المظالم.^{٦٦}

وهذا الغياب الواضح لاستقلال القضاء واعتباره جزءاً من سلطات الخلافة والولاية على المسلمين، وأكبه تقييد لحق التقاضي لا ندرى أسبابه. إذ أن الإمام المهدي كان قد منع رفع الدعاوى المتعلقة بالدية أمام المحاكم في عصره وكذلك فعل خلفه ، ولذلك فإن تسوية منازعات الدم بين المواطنين كانت تتم خارج المحاكم بواسطة مجالس كبار السن في كل قرية وفقاً لأحكام القرآن والسنة.^{٦٧}

"برغم أنه لما تم استيلائه على الخرطوم أصدر أوامره بأن يتولى علماء الشريعة في كل مدينة أو قرية أو بادية الفصل في المنازعات والقضايا كما رأى أن يتولى المرء تنفيذ الأحكام".^{٦٨} وبما أننا لم نحصل على أي مادة تاريخية تفيد رفض الأُمراء (أي السلطة التنفيذية) تنفيذ أي من الأحكام ، يمكننا أن نفترض أن كل الأحكام التي تصدرها المحاكم كانت تنفذ. ويعضدُ وجهه النظر هذه حقيقة أن سلطة القاضي والأمير كليهما مستمدتين من المهدي أو الخليفة من بعده، وبالتالي لم يكن يجوز التناحر بينهما، بل ولا حتى مجرد التعارض والمخالفة. وفي حال حدوث ذلك يستطيع مفوض السلطة حسم الأمر بكل سهولة ويسر.

من كل ما تقدم نؤكد أن دولة المهدي لم تكن دولة سيادة حكم القانون بأية حال. ووافقنا في ذلك د. زكي مصطفى بقوله:- "برغم النيات الحسنة للمهدي والخليفة ، كانت البلاد في حالة حرب طوال الوقت. وتحت مثل هذه الظروف كان من الصعب إنشاء نظام قانوني متطور يوجد به شيء مثل سيادة حكم القانون بمفهومها الحديث".^{٦٩} واتفاقنا في النتيجة لا يمنعنا من مخالفة هذا الفقيه الكبير في أسباب غياب سيادة حكم القانون، إذ أن الأمر في تقديرنا لم يكن يتعلق بعدم الاستقرار السياسي المتمثل في الحروب ، بل إنه كان أمراً حتمياً ونتيجة منطقية للأيدولوجيا السياسية الدينية التي أسست لقداسة السلطة السياسية. وهي أيدولوجيا وفلسفة يستحيل معها الحديث عن تصور دستوري أو دولة مؤسسات، إذ أنها تقوم على فكرة المستبد العادل الذي يجمع السلطات الثلاث في يديه.

المبحث الثالث

النظام القانوني السوداني منذ الحكم الثاني

"في عام ١٨٩٩م تمت إعادة فتح السودان بواسطة دولتي الحكم الثاني -بريطانيا ومصر- حيث أبرمتا وفقاً لإدارة السودان عرف باتفاقية الحكم الثاني "Condominium Agreement". هذه الاتفاقية قضت في الواقع العملي بتكريس الاستعمار الإنجليزي للسودان عبر إعطاء الحاكم العام سلطات واسعة وهيمنة بريطانيا على آلية تعيينه. فوفقاً لأحكام وفاق سنة ١٨٩٩م تولى الحاكم العام جميع السلطات العسكرية والمدنية في السودان ، وكان حكمه هو حكم الفرد المطلق الذي يجمع بين يديه السلطتين التنفيذية والتشريعية لا يشاركه فيهما أحد ، فهو الذي يضع القوانين وهو الذي يعمل على تنفيذها".^{٧٠} ولم تكن السلطة القضائية بعيدة عن قبضته كذلك. فالنص الذي يستمد منه الحاكم سلطاته في التشريع هو البند

الرابع من اتفاقية إدارة السودان لسنة ١٨٩٩م، والنص الذي يستمد منه سلطته التنفيذية والإدارية هو البند الثالث من نفس الاتفاقية. وهذه الاتفاقية ليست نصاً دستورياً، كما أن إدارة القضاء كانت وقتئذ جزءاً لا يتجزأ من السلطة التنفيذية تتبع لها تبعية كاملة".^{٧١}

"وأهم القوانين التي أصدرها الحاكم في السنوات الأولى هي قانون حجج الأراضي ، وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٨٩٩م ، وقد وضعاً على نسق القانون الهندي بعد تبسيطه حتى يتمكن الإداريون العسكريون في السودان من فهمهما وتطبيقهما. ثم صدر قانون القضاء المدني سنة ١٩٠٠م ثم قانون المحاكم الشرعية سنة ١٩٠٢م".^{٧٢}

ويلاحظ أن الحاكم العام اهتم بإصدار القوانين ذات الأثر المباشر على استقرار السلطة السياسية والحد من وجود النفوذ الأجنبي عبر امتلاك الأراضي في السودان. والواقع هو أن بريطانيا كانت تخطط للانفراد بحكم السودان وتعميش دور مصر بإبعادها تدريجياً عن مواقع التأثير والسلطة وإغلاق السبل أمامها وأمام الدول الاستعمارية الأخرى حتى لا تتكرر تجربة القناصل ونفوذهم وتجربة المحاكم المختلطة. وبما أن بريطانيا كانت ترغب في توفير ظروف ملائمة لاستقرار السلطة مع إقصاء هادئ لشريكها ، لذا فضلت وضع نظام قوانين مرنة للمستعمرة الجديدة. وإذا أخذنا في الحسبان أن بريطانيا شادت بناء نظامها القانوني نفسه على السابقة القضائية، وأن تجربتها الاستعمارية السابقة وخصوصاً في الهند علمتها ضرورة وجود أنظمة مرنة ، لن تدهشنا ندرة القوانين التي قام بتشريعها الحاكم العام. ولما لم تكن للإدارة البريطانية سياسة تشريعية منتظمة ، بل دأبت على إصدار التشريعات وفق سياسة تخدم مصالحها الاقتصادية ، فإنها لم تهتم بإصدار قوانين للالتزامات المدنية والمسؤولية التقصيرية والتأمين وغيرها من القوانين الأساسية التي تطبق في مجرى الحياة العملية اليومية. لذلك لم يجد القضاء السوداني مفرأ من تطبيق القانون العام ، أي القواعد المستمدة من السوابق الإنجليزية ، فضلاً عن بعض التشريعات الإنجليزية ، بشرط أن تكون موافقة للعدل وملائمة للظروف الاقتصادية والاجتماعية.^{٧٣}

وقد تمكن القضاء من ذلك عبر تطبيق نص المادة (٤) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠م والذي أصبح نص المادة (٩) من نفس القانون لسنة ١٩٢٩م وكان ينص على ما يلي: " - في الحالات التي لم يرد بشأنها نص تشريعي في هذا القانون أو في أي قانون آخر ، على المحكمة أن تحكم في الحالة التي أمامها حسب مقتضيات العدالة والإنصاف والوجدان السليم".

والواضح أن النص خول المحاكم سلطة تشريعية واسعة جعلت القانون المدني السوداني لفترة طويلة قانوناً من صنع القضاء، وأعطت السابقة القضائية مركزاً مرموقاً باعتبارها المصدر الرسمي للقانون المدني. ولا يفوتنا أن نشير إلى أن نظام السوابق القانونية نفسه مر بمراحل تطور في السودان سوف نعرض لها في

حينها. ويشهد تاريخ تطبيق هذا النص بأن المحاكم السودانية لم تتوجه مباشرة لتطبيق القانون الإنجليزي ، إذ أنها مرت أولاً بمرحلة من التأرجح وعدم اليقين "Uncertainty" ومن ثم طبقت القانون المصري ثم اتجهت بكليتها لتطبيق القانون الإنجليزي بعد فترة من المقارنة والمفاضلة.

فالعصر الذهبي لتطبيق القانون الإنجليزي قد بدأ ما بين سنوات ١٩٢٥م و ١٩٥٦م ومن أهم خصائص هذه الفترة أن المحاكم السودانية اتجهت إلى تطبيق القانون الإنجليزي تطبيقاً يكاد يكون حرفياً، واستبعدت كل ما عداه . وقد انعكس ذلك على موقف المحاكم من التشريعات الإنجليزية والسوابق الإنجليزية ومصادر القانون الأخرى والعرف والعادات المحلية ، والتكنيك القضائي ، وبدأ تطبيق القوانين الإنجليزية يصبح أمراً مألوفاً جداً . ومع ذلك فقد عبرت بعض المحاكم السودانية عن نوع من التمرد ضد القواعد الموجودة ضمن بعض التشريعات الإنجليزية وأبّت أن تطبقها.^{٧٤}

وهذا بالطبع يوضح أن الاستعمار أنفق حوالي ربع قرن من الزمان قبل أن يستقر على تطبيق قوانينه باعتبارها مبادئ تتوافق مع مقتضيات العدالة والإنصاف والوجدان السليم. أي أنه لم يشأ فرض قوانينه على واقع مغاير، بل فضل إعطاء المحاكم سلطات تكرر مرونة التطبيق وتراعي التوازنات السياسية بين دولتي الحكم الثنائي. وفي تقديرنا أن نظرية التأمر لفرض قوانين استعمارية لا تصمد أمام حقيقة التدرج، بل والتأرجح الذي مرت به المحاكم في تطبيق نص المادة (٩) آفة الذكر ، وحقيقة أن المحاكم جعلت القانون الإنجليزي استرشادياً وليس ملزماً ، مع ضرورة الأخذ في الحسبان اختلاف ظروف السودان الاقتصادية والاجتماعية. فتطبيق القضاة الإنجليزي لقواعد العدل والإنصاف والوجدان السليم مرّ بمراحل يمكن إيجازها فيما يلي:-

" ١ / في العهد الباكر للحكم الثنائي للسودان وحتى سنة ١٩١٩م ، قامت المحاكم بإعمال السلطة على نحو واسع ليبرالي ، متى عرض عليها نزاع يتطلب منها تطبيق العدل والإنصاف والوجدان السليم. ويظهر من الأحكام الصادرة في قضية:-

نيقولا ايسكوبولد ضد رئيس الإرسالية الكاثوليكية الأفريقية

وقضية كريتياري ضد مريم بنت بسطا

أن أحكام القانون الإنجليزي طبقت على أساس موضوعي باعتبار أنها موافقة للعدالة والإنصاف والوجدان السليم وليس بناءً على سياسة معينة في التطبيق.

٢/ حدث تغيير في هذا الاتجاه ابتداءً من سنة ١٩١٩م - رغم وجود دلائل باكرة على ذلك من قبل - لصالح تطبيق القانون الإنجليزي في حالة غياب نص في القانون السوداني يمكن تطبيقه على النزاع المعروض على المحكمة. فلقد عرضت كثير من القضايا أمام المحاكم طلب منها فيها تطبيق أحكام القانون المصري عليها. وأضحى الأمر يتعلق بالسياسة الواجبة الاتباع التي لا يمكن تركها للإرادة الفردية لكل قاض ، ومن ثم أرسى السكرتير القضائي رئيس دائرة محكمة الاستئناف قاعدة عامة مؤداها أنه متى ثار تساؤل عما إذا كان على محاكم السودان أن تتبنى - أو تستعير أحكام قانون أجنبي فإن عليها أن تأخذ بالقانون الإنجليزي دون المصري. كانت الأسباب الداعية لإيثار القانون الإنجليزي قائمة على الملاءمة والمناسبة ، والاعتبارات العملية دون التطرق لبحث الغرض الذي تفيأه المشرع من أحكام المادة (٩) من قانون القضاء المدني.

٣/ ذكر القاضي ر. ه. دون R. H. Dun ، بما لا مزيد عليه من البيان ، في قضية منصور الشريحي بأن القانون الإنجليزي إعمالاً لأحكام المادة ٩ من قانون القضاء المدني ، يخضع بدوره لمبادئ العدل والإنصاف والوجدان السليم. ذلك أنه إذا صح أن يقال كقاعدة عامة أن على محاكم السودان أن تطبق أحكام القانون الإنجليزي ، فإنها تخضع لاستثناء مؤداه أنه ليس عليها تطبيق ذلك إذا رأت أن أحكام القانون الإنجليزي مجافية للعدل والوجدان السليم. ومن ثم فإنه يترتب على قرار محكمة الاستئناف بالنسبة لمدى تطبيق أحكام القانون الإنجليزي في السودان ، أن يضيق مدى الخيار فحسب بالنسبة للمبادئ الواجب تطبيقها من القانون الإنجليزي إعمالاً لأحكام المادة (٩) من قانون القضاء المدني ، وبعبارة أخرى أن على المحاكم الرجوع أولاً إلى أحكام القانون الإنجليزي ، وما لم تقم برفضها استناداً إلى مجافاتها للعدل والوجدان السليم ، فإنه يتعين عليها ألا تطبق أي قاعدة من النظم القانونية الأخرى.

٤/ نحض تطبيق أحكام القانون الإنجليزي على أسس معقولة في قضية ورثة إبراهيم خليل ، لدي القول بأن المحاكم السودانية ليست ملزمة بتطبيق القانون الإنجليزي لكنها تستهدي به ، وأنه لدى تطبيقه عليها أن تأخذ في الاعتبار الاختلاف في الظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل من السودان وإنجلترا^{٧٥}.

"استمرت المحاكم السودانية في عهد الاستقلال تطبيق التشريعات الإنجليزية منهجاً وأسلوباً كما كان الأمر تقريباً إبان الحكم الثنائي ، بل إن المحاكم المحلية ظلت تستعين بالتشريعات والسوابق الإنجليزية في تفسير التشريعات المحلية. ومع ذلك فلا يجوز القول أن المحاكم السودانية قد انحرفت دون وعي أو تمييز وراء التشريعات الإنجليزية ، إذ أننا نجد في عدد غير قليل من القضايا قد حدث أن رفضت محاكمنا تطبيق

بعض التشريعات الإنجليزية وأوضحت أنه لا يجوز لنا الاستدلال بتلك التشريعات لوجود ما يرر ذلك من فارق بين الواقع المحلي والواقع الإنجليزي ، أو لعدم اقتناع المحكمة بأن التشريع المراد تطبيقه يتسق مع فهمنا للعدالة والوجدان السليم".^{٧٦}

وفي تقديرنا أن استمرار محاكمنا بعد الاستقلال في تطبيق القانون الإنجليزي بعد سودنته برفض ما يتعارض منه مع ظروف وقيم مجتمعنا ، لا يعكس تبعية أو قصور بل يؤسس لقواعد قانونية ملائمة لواقعنا وقادرة على تحقيق العدالة فيه. أي أن محاكمنا واصلت تأسيس منظومة لقانون عام سوداني لا يضرها تطبيق قواعد القانون الإنجليزي طالما أنها تتواءم مع قواعد العدالة والإنصاف والوجدان السليم وتراعي شروط العدالة الاجتماعية.

ولعل هذا هو ما تحرّاه المشرع السوداني عند إصداره لقانون الاجراءات المدنية في عام ١٩٧٤م حين أعطى السابقة القضائية الأولوية عند غيبة النص ، بنصه في المادة ٦(٢) من القانون على ما يلي:-

"في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم المبادئ التي استقرت في قضاء السودان والشرعية الإسلامية والعرف والعدالة والوجدان السليم".

وظاهر النص يغلب السابقة السودانية على ما عداها من سوابق بما فيها السوابق الإنجليزية ، مما يعكس وعياً واضحاً يتميز السابقة السودانية واستجابتها لمقتضيات الواقع السوداني بمستوى أهلها للتقدم على الشرعية الإسلامية والعرف والعدالة والوجدان السليم. والدلالة الرئيسية على ملاءمة هذه السوابق لواقع السودان هي غياب النقد الأكاديمي لها أو تفنيد مجافاتها للعدالة واكتفاء من يعادونها بالخطاب السياسي فقط بشأن اصلها الاستعماري.

ولعله يجدر بنا أن ننوه إلى أن أهمية السابقة القضائية وفقاً لنص المادة المذكورة أعلاه لم تتأثر بصدور القانون المدني في عام ١٩٧١م لأنه لم يعمر طويلاً ، كما أنه لم يتأثر كثيراً بصدور قوانين العقود والبيع والوكالة في عام ١٩٧٤م والتي ألغيت فيما بعد. بالرغم من أن صدور هذه القوانين يعكس نزعة للتحويل نحو التقنين وإصدار التشريعات. فالسابقة القضائية لم تفقد مجدها إلا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م والذي نصت المادة ٦(٢) منه على ما يلي:-

"في المسائل التي لا يحكمها نص تشريعي تطبق المحاكم الشرعية الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم".

"وواكب صدور هذا القانون صدور قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م حيث أصبح الرجوع للسوابق وأحكامها من خلال مدى اتفاق هذه الأحكام مع الشريعة الغراء ، لذا يتعين القول بعدم سريان كافة السوابق التي تنافي الشريعة. كذلك فإن الرجوع إلى مجلدات القوانين السودانية يجب أن يتم من خلال استصحاب نص المادة الثانية من قانون أصول الأحكام القضائية القاضي باستصحاب أن المشرع لم يرد مخالفة قواعد الشريعة".^{٧٧}

وإذا علمنا أن عام ١٩٨٤م شهد صدور قانون المعاملات المدنية الذي قنن قواعد القانون المدني ، يتضح لنا أن مصدر القانون الرسمي الأول أصبح التشريع. أي أن السودان انتقل من دولة تعتمد على نظام السابغة القضائية وإعطاء سلطة تشريعية للقضاة إلى نظام التقنين بشكل شامل يهدر تراثه القانوني السابق في حال تعارضه مع توجه المشرع أو مخالفته للشريعة الإسلامية.

وطوال الفترة منذ اتفاقية الحكم الثنائي وحتى الوقت الحالي لم يحدث غير هذه النقلة الوحيدة والمؤثرة في تحديد المصدر الرسمي للقانون. ولكن بالمقابل تراوح واقع النظام القانوني بين الوجود والعدم متأثراً بتبدل السلطة السياسية ووجود دستور من عدمه، بالإضافة لغياب الضمانات المطلوبة لوجود نظام قانوني في بعض الدساتير. والفترات التي شهدت غياباً تاماً للدستور هي: - ١/ فترة الاستعمار - أي من ١٨٩٩م إلى ١٩٥٦م، ٢/ فترة الانقلاب العسكري الأول (انقلاب الفريق إبراهيم عبود) - أي من ١٩٥٨م إلى ١٩٦٤م، ٣/ الفترة الأولى من انقلاب جعفر نميري - أي من مايو ١٩٦٩م إلى ١٩٧٣م، ٤/ الفترة الأولى من انقلاب عمر البشير - أي من ٣٠ يونيو ١٩٨٩م وحتى ٣٠ يونيو ١٩٩٨م.

ولعله من البدهي استحالة الحديث عن نظام قانوني - وفقاً للتعريف الذي اعتمده له - في ظل وجود استعمار. فالاستعمار في حد ذاته مقدمة لضرورة للقمع وسلب الحريات والحقوق واعتماد القوة كأساس ومنطلق. وهذا هو حال الانقلاب العسكري أيضاً. لذلك ليس غريباً وجود تشابه بين الحالتين، فوجود استعمار يعني بالضرورة تركيز السلطات وجمعها في يد حاكم كالحاكم العام، وقد عنى في السودان كذلك غياب الدستور، إذ بحلول المستعمر مرة ثانية وقيام الحكم الثنائي في عام ١٨٩٨م بدأت حقبة جديدة في السودان كرس الحاكم فيها جل وقته في بسط سلطانه وتركيز نفوذه، وكان استتباب الأمن هدفاً أساسياً واستراتيجياً من أهدافه، ولم يكن من الممكن أو من المتوقع في ظل فترة الحكم الاستعماري أن يجد مبدأ الرقابة القضائية طريقه للسودان لعدم وجود أي من أسبابه وأدواته من دستور وفصل للسلطات وقيام محكمة دستورية مستقلة".^{٧٨}

وكان هذا هو الحال منذ أن قفز الفريق إبراهيم عبود إلى دست الحكم في نوفمبر من عام ١٩٥٨م إلى ذهابه في أكتوبر من العام ١٩٦٤م بعد انتفاضة أكتوبر. وتكرر نفس السيناريو في بداية الحكم

العسكري الثاني بعد انقلاب جعفر نميري في مايو ١٩٦٩م وحتى صدور دستور السودان الدائم في عام ١٩٧٣م ، وكذلك بعد انقلاب عمر البشير في يونيو ١٩٨٩م وحتى صدور دستور جمهورية السودان في ١٩٩٨م. فكل هذه الفترات شهدت غيبة شاملة للدساتير، وبالتالي غيبة لمبدأ الدستورية وحق التقاضي كحق دستوري ، كما أنها شهدت تغولاً على استقلال القضاء واعتماداً على القضاء الاستثنائي الموازي.

ولم يكن الحال بأفضل من ذلك كثيراً في ظل دساتير الأنظمة العسكرية - أي في ظل دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م ودستور جمهورية السودان لسنة ١٩٩٨م. فبالرغم من أن الدستور الدائم قد نص على مبدأ الدستورية وأعطى المحكمة العليا الحق في رقابة دستورية القوانين ، إلا أنه افتقر فعلياً لكافة الضمانات اللازمة لوجود النظام القانوني. إذ أن السمة العامة له كانت تقييد الحقوق الدستورية بالقوانين نفسها إضافة إلى تغييب حق التقاضي والسكوت عنه مع تغييب الحق في التنظيم والتغول المستمر على استقلال القضاء - برغم النص علي ذلك الاستقلال - وذلك بإعطاء رئيس الجمهورية سلطة تعيين قضاء موازي، وهي سمات وابتكر دستور جمهورية السودان لسنة ١٩٩٨م أيضاً، و الذي وإن نص على الحق في التنظيم ، إلا أنه أورد في صيغة مبهمه تحتل التأويل وركن تنظيمه، كما ركن تنظيم حقوق أخرى كثيرة، إلى القانون- أي للسلطة التشريعية وهي سلطة سياسية وبالتالي انتصر للسلطة الحاكمة على مواطني الدولة. ولكن أهم عيوب هذا الدستور هو إنشاء محكمة دستورية غير مستقلة يعين العاملين بها رئيس الجمهورية بموافقة المجلس الوطني وفقاً لنص المادة ١٠٥ (١) وهي بالتالي هيئة منحازة بحكم تعيينها من شأنها إنفاذ تصور السلطة السياسية الحاكمة التي أفصحت عنه في نهاية عهد حكم نميري حين قضى قضائاً باسم الشريعة الإسلامية على نصوص الدستور وذلك في سابقة:-

١/ اعتدال محمد الفضل ٢/ الريح حسن خليفة ضد السلطة التشريعية^{٧٩}

وهذا يعني سمو فهم الهيئة السياسية المعنية للشريعة الإسلامية بما في ذلك تصورات هذه الهيئة لطبيعة الحقوق والحريات التي يمكن أن تقضي بمخالفتها للشريعة الإسلامية وبالتالي تجعل من وجود الدستور نفسه أمراً صورياً.

كل ما تقدم يؤكد أن السودان لم يشهد نظاماً قانونياً إلا في فترات الحكم الديمقراطي القصيرة وهي ثلاث:- ١/ الفترة الديمقراطية الأولى من ١٩٥٦م وحتى ١٩٥٨م حيث نص دستور السودان المؤقت الصادر في أول يناير ١٩٥٦م على استقلال القضاء وحراسة الهيئة القضائية للدستور مع اشتماله على الحقوق والحريات الدستورية.

٢/ الفترة الديمقراطية الثانية من ١٩٦٤م وحتى ١٩٦٩م حيث أعيد العمل بدستور السودان المؤقت وتمت تسميته "دستور السودان المؤقت المعدل لسنة ١٩٦٤م".

٣/ الفترة الديمقراطية الثالثة من ١٩٨٥م وحتى ١٩٨٩م حيث صدر الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م والذي أجازته الجمعية التأسيسية في أول جلسة لها في السادس والعشرين من أبريل ١٩٨٦م. وقد أكد هذا الدستور على مبدأ استقلال القضاء والفصل بين السلطات وسيادة حكم القانون كما جعل المحكمة العليا حامياً وحارساً ومفسراً للدستور.^{٨٠}

خلاصة:-

النظام القانوني وفقاً للعلوم القانونية هو النظام الذي يستوفي الشروط الأساسية الواجب ورودها في دستور يعطي الدولة تميزها وانفصالها عن شخص الحاكم. أي أن العامل الحاسم في تحديد مدى وجود نظام قانوني من عدمه ليس هو وجود قوانين بل وجود آلية تحكم العلاقة بين القوانين وتحدد مدى مشروعيتها وتنسبها لمؤسسات وليس أفراد. لذلك يعتبر القانون الدستوري أهم مجالات القانون التي تساهم في تحديد مدى وجود النظام القانوني من عدمه. فالنظام القانوني هو دولة القانون نفسها التي تقوم على مؤسسات تمثل السلطات الثلاث المنفصلة عن بعضها والتي تحد كل منها الأخرى عبر نظرية الرقابة المتبادلة ، والتي تلتزم في سن قوانينها بمراعاة حقوق وحريات المواطن وتخضع قوانينها لرقابة القضاء المستقل الذي يحدد مدى دستوريته في ظل حق مكفول للتقاضي وقدرة على تنفيذ الأحكام . وبدون وجود مثل هذه الدولة يستحيل الحديث عن نظام قانوني حتى في ظل وجود مجموعة قوانين تحكم المنازعات المدنية والتجارية مع وجود نظام عقابي، وذلك لأن وجود الدولة-المؤسسة الخاضعة لسيادة حكم القانون مع توفر ضمانات هذه السيادة هو بالذات الذي يجعل من وجود القوانين وجوداً مختلفاً يندمج في "كل" واحد أرقى من مجموع أجزائه. أي أنه يجعل من القوانين نظاماً له آلية شديدة التعقيد مع مرونة تستعصي أحياناً على إدراك كنهها ، وتظهر بذلك وحدة تتعدد العلاقات داخلها ويتميز الأثر المتبادل بين أجزائها وتكون في كل الأحوال وجوداً نوعياً ذا شخصية اعتبارية تميزه عن مجرد حاصل جمع القوانين.

واستناداً لهذا التصور عن النظام القانوني ، نجد أن المجتمعات البشرية قد شهدت نوعين من الأنظمة القانونية هما النظام الأنجلوسكسوني والنظام اللاتيني. ولا يختلف النظامان في الجوهر، فكلاهما منبني على دولة سيادة حكم القانون ذات الشخصية الاعتبارية المستقلة من القانون الخاص لإغناء الفهم الفلسفي الهيجلي الذي يجعل من الدولة وجوداً فوق اجتماعي. والخلاف بينهما يكمن في تحديد المصادر الرسمي

الأول للقانون ، حيث يعطي الأول القضاة سلطة تشريعية ويبني قوانينه على نظام السوابق القضائية ، ويعطي الثاني التشريع المرتبة الأولى وموقع الصدارة كمصدر رسمي للقانون. ولعله يجدر بنا أن ننوه إلى أن التشابه بين النظامين ينتج عن بروزهما عن أساس اجتماعي واحد أسس له صعود نجم البرجوازية في المجتمعات الصناعية في أوروبا. ولكن الاختلاف بينهما يوضح مدى انفكاك هذه الأنظمة نسبياً عن أساسها الاجتماعي بعد ظهورها وقدرتها على التأثير سلباً وإيجاباً على كل المجتمع. وبالطبع وحدة الأساس الاجتماعي هي القوى الخفية التي تدفع النظامين نحو التقارب باعتبار أن جوهرهما واحد ونموذجهما على مستوى الأساس تمثله دولة القانون.

وبالبحث في تاريخ السودان ، نجد أن فترة ما قبل الدولة المهدية بمجملها لم تشهد وجود نظام قانوني، إذ غلبت عليها مساحة دينية قدست السلطة وجمعت السلطات الثلاث في يد الحاكم مما يستحيل معه الحديث عن وجود نظام قانوني. ولم تكن فترة الدولة المهدية بأفضل مما سبقها، حيث تركزت كل السلطات في يد الإمام المهدي ومن ثم في يد الخليفة مع تضيق في نطاق التقاضي. أما فترة الاستعمار الثنائي فقد شهدت غيبة تامة للدولة-المؤسسة وجمعت فيها كل السلطات في يد الحاكم العام، وبالتالي غابت دولة القانون، وهو أمر طبيعي في ظل نظام استعماري. وللأسف لم يكن الحال بأفضل من ذلك بعد الاستقلال فيما عدا فترات الديمقراطية الثلاث القصار، وهي فترات لا يتجاوز مجموعها العقد الواحد ، حيث شهد السودان فيها وجود نظام قانوني ودولة مؤسسات فعلية.

في كل هذه الفترات من تاريخ السودان (أي ما قبل المهدية وفترة المهدية والفترة منذ الحكم الثنائي وحتى الآن) ، تبدلت مواقع المصادر الرسمية للقانون، بحيث يكون مركز الصدارة للتشريع في بعض الأحيان وللأسبقية القضائية في أحيان أخرى حتى استقر أخيراً وحسم لمصلحة التشريع.

^١ من هذه الكتابات:-

A. K. Kiralfy: **The English Legal System**, sixth edition, Sweet & Maxwell, London, 1978.

د. صوفي حسين أبوطالب: **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٧٨م

Smith & Keenan's: **English Law**, Denis Keenan, eleventh edition, Pitman Publishing - London, 1995.

دنييس لويدي: **فكرة القانون**، عالم المعرفة - الكويت، ١٩٨١م، تعريب المحامي سليم الضويص، سليم بسيسو.

إي. آلان فرانزورت: **مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية**، مركز الكتب الأردني، ١٩٩٠م، تدقيق وتحرير الدكتور رائد السمرة.

R.W. M. Dias: **Jurisprudence**, fourth edition, Butterworths - London, 1976, p. 13

Akolada M. Tier: "The Legal System of the Sudan", unpublished paper, p. 1

O. Hood Phillips: **Constitutional and Administrative Law**, fifth edition, Sweet & Maxwell - London, 1973, p. 5

A. Denisov et. al.: **Theory of State and Law**, Progress Publishers - Moscow, 1987

^٦ د. شوكيت محمد عليان: **التشريع الإسلامي والقانون الوضعي** (نشأته - مصدره - طبيعته - خصائصه - غايته)، الطبعة الأولى، دار الشواف - الرياض،

١٩٩٦م، ص ١٩٢

^٧ المستشار محمد وجدي عبد الصمد: **الإعتدال بالجهد بالقانون**، الطبعة الثالثة، بلدون ناشر، ١٩٨٨م، ص ٢٣١

^٨ عبد الصمد: المرجع السابق، ص ٢٣١ و ٢٣٢

^٩ دنييس لويدي: **فكرة القانون**، سلسلة عالم المعرفة، الكويت - ١٩٨١م، ص ١٥٤، المرجع السابق

^{١٠} لويدي: المرجع السابق، ص ١١١

^{١١} لويدي: المرجع السابق، ص ١٤٠

^{١٢} د. سمير عالية: **نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٧م، ص ٣٩٣

Kiralfy: op. cit. p 21

^{١٤} لويدي: المرجع السابق، ص ٢٩٠-٢٩١-٣٢٤ على التوالي.

Smith & Keenan's: op. cit. p 13

Ibid., p. 116

Smith & Keenan's: op.cit., p. 13

^{١٨} إي. آلان فرانزورت: **مدخل إلى النظام القانوني في الولايات المتحدة**، تدقيق وتحرير د. رائد السمرة، مركز الكتب الأردني - ١٩٩٠، ص ٧٣

^{١٩} فرانزورت: المرجع السابق، ص ٩٠ - ٩١

^{٢٠} مويرس دوفرجيه: **المؤسسات السياسية والقانون الدستوري (الأنظمة السياسية الكبرى)**، ترجمة د. جورج سعد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات

والنشر والتوزيع - بيروت، ١٩٩٢، ص ٣٠٦

^{٢١} عالية: المرجع السابق، ٣٩٣

Amos & Walton's: **Introduction to French Law**, third edition, Clarendon Press, Oxford, 1967, p. 4

^{٢٢} د. احمد هندي: آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية، ١٩٨٨م ص ٨ و ٥ على التوالي.

Amos & Walton's: op. cit., p. 14

^{٢٥} اوليفيه دو هاميل وإليف ميني: **المعجم الدستوري**، ترجمة منصور القاضي ومراجعة العميد د. زهير شكر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة

الأولى، ١٩٩٦م، ص ٩٧٧

^{٢٦} مويرس دوفرجيه: المرجع السابق، ص ١٥٩

^{٢٧} اوليفيه دو هاميل وإليف ميني: المرجع السابق، ص ٩٧٦

^{٢٨} اوليفيه دو هاميل وإليف ميني: المرجع السابق، ص ٩٧٦

^{٢٩} د. إبراهيم الخمود: "توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين"، مجلة الحقوق - مارس ١٩٩٤م، ص ٢٠٠

^{٣٠} الخمود: المرجع السابق، ص ١٩٨

^{٣١} د. عبد الحميد متولي: **الدولة في الإسلام (مشكلة الدولة وسلطات الدولة في الإسلام)**، الحقبة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٨م، ص ١٢٦

^{٣٢} متولي: المرجع السابق، ص ١٢٧

^{٣٣} نقي الدين التبهاني: **نظام الإسلام**، الطبعة الخامسة، منشورات حزب التحرير، ١٩٥٣م، ص ٧٤-٧٥

^{٣٤} د. عبد الله أحد النعيم: **نحو تطوير التشريع الإسلامي**، سينا للنشر، ١٩٩٤م، ص ٥٥

^{٣٥} د. خليفة بابكر الحسن: **الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين**، مكتبة وهبة - القاهرة، ١٩٨٧م، ص ٥-٦

^{٣٦} د. عبد الحميد متولي: **الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور**، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠م ص ٩٧

^{٣٧} عبد الوهاب خلاف: **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**، دار القلم - الكويت، ١٩٨٢م، ص ١١-١٢ بتصرف.

^{٣٨} د. النعيم: المرجع السابق، ص ١٢٦ - ١٢٧

- ٣٩ د. النعيم: المرجع السابق ، ص ٢١٨ - ٢١٩
- ٤٠ د. النعيم: المرجع السابق ، ص ٥٥ - ٥٦
- ٤١ د. متولي: المرجع السابق ، ص ١٥٦ - ١٥٧
- ٤٢ د. النعيم: المرجع السابق ، ص ٩ - ١٠
- ٤٣ د. عالية: المرجع السابق ، ص ٢٦١
- ٤٤ د. عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٧ ، ص ١٣ - ١٤
- ٤٥ د. يس عمر يوسف: استغلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي ، دار مكتبة الهلال - بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥م ، ص ٣٥٧
- ٤٦ د. احمد مليحي: تجديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي ، دار النهضة العربية - القاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٤٢٤
- ٤٧ د. محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي ، الزهراء للإعلام العربي - القاهرة ، ١٩٨٨م ، ص ٧٠٢ - ٧٠٣
- ٤٨ د. احمد فتحي مجنسي: العقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الشروق - بيروت ، الطبعة الرابعة ، ١٩٨٠م ، ص ٨
- ٤٩ د. احمد مليحي: المرجع السابق ، ص ٤٣٩ - ٤٤٠
- G. Mokhtar: **General History of Africa II- Ancient Civilization of Africa**, Heinemann – California, UNESCO, 1981, p. 302
- ٥١ هنري رياض: موجز تاريخ السلطة التشريعية في السودان ، المطبوعات العربية للتأليف والترجمة - الخرطوم ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٧م ، ص ١٠
- ٥٢ نعمو شقير: تاريخ السودان ، تحقيق وتقديم د. محمد إبراهيم أبو سليم ، دار الجبل - بيروت ، طبعة ١٩٨١م ، ص ١٧٩
- ٥٣ د. محمد شتا أبو سعد: قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقاً عليه ، الجزء الأول (الدعوى والدعاوى الخاصة) ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، الطبعة الأولى ، مايو ١٩٨٥م ، ص ١٥
- ٥٤ د. أبو سعد: المرجع السابق ، ص ١٠
- ٥٥ هنري رياض: المرجع السابق ، ص ١١
- Dr. Zaki Mustafa: **The Common Law in the Sudan** – An Account of the Justice, Equity and Good Conscience Provision.
- ٥٧ هنري رياض: المرجع السابق ، ص ١٠ - ١١
- Mustafa: op. cit., p. 37 ٥٨
- ٥٩ د. عوض احمد إدريس: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المحقّق ، دار ومكتبة الهلال - بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م ، ص ٣٧٦ - ٣٧٧
- Mustafa: op. cit., p. 38 ٦٠
- ٦١ هنري رياض: المرجع السابق ، ص ١٣. يلاحظ أن هنري رياض يقول بعد ذلك مباشرة ما يلي: " ولذلك يمكن القول بأن المهدي كان هو السلطان الذي صدرت منه التشريعات منذ ١٨٨٢م وحتى وفاته عام ١٨٨٥م أو إن شئت الدقة قلل كان المهدي أول سلطة تشريعية أصدرت القوانين في ربوع السودان".
- Mustafa: op. cit., p. 39 ٦٢
- ٦٣ د. إبراهيم شحاتة حسن: مصر والسودان ووجه الثورة في نصيحة احمد العوام ، مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية ، بدون تاريخ ، ص ١٧٧
- ٦٤ أحمد عبد الخالق بكري: سيرة الإعدام السياسي في السودان (١٨٢١ - ١٨٩٨م) ، الشركة العلمية للطباعة والنشر - القاهرة ، الطبعة الأولى ١٩٩٨م ، ص ٥٥
- ٦٥ بكري: المرجع السابق ، ص ٩٣
- Mustafa: op. cit., p. 40 ٦٦
- ٦٧ إدريس: المرجع السابق ، ص ٤١٧
- ٦٨ رياض: المرجع السابق ، ص ١٤
- Mustafa: op. cit., p. 41 ٦٩
- ٧٠ د. إبراهيم محمد حاج موسى: التجربة الديمقراطية وتطور نظم الحكم في السودان ، دار الجبل/بيروت و دار المأمون/الخرطوم ، بدون تاريخ ، ص ٣
- ٧١ د. علي إبراهيم الإمام: "الرقابة على دستورية التشريعات في السودان" ، مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٧م ، ص ٤٨
- ٧٢ موسى: المرجع السابق ، ص ٦
- ٧٣ هنري رياض: المدخل للقانون والقضاء في السودان (دراسات مقارنة) ، دار ومكتبة الهلال ، الطبعة الأولى ١٩٩٥م ، ص ١٠
- ٧٤ أبو سعد: المرجع السابق ، ص ٢٦
- ٧٥ تاتالي أوكوك أكولاوين: تطبيق المحاكم السودانية للقانون الإنجليزي (دراسة في تطبيق مبادئ العدل والإنصاف والوجدان السليم)
- وهنري رياض: المدخل للقانون والقضاء... ، المرجع السابق ، ص ٩٥ - ٩٧
- ٧٦ أبو سعد: المرجع السابق ، يتصرف ص ٢٧
- د. زكي مصطفى: القانون المدني السوداني - تاريخه وخصائصه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٦٨م ، ص ١٦٧
- ٧٧ أبو سعد: المرجع السابق ، ص ٣٢

^{٧٨} الإمام: المرجع السابق ، ص ٤٤٨

^{٧٩} هنري رياض: أشهر القضايا الدستورية والجناائية في السودان ، دار الجيل — بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ م ، ص ٣٢

^{٨٠} الإمام: المرجع السابق ، ص ٤٥٠

الباب الثاني

مصادر القانون "ماهيّتها وتناقضها وحل التناقض"

الباب الثاني

مصادر القانون - ماهيتها وتناقضها وحل التناقض

الفصل الأول

العلاقة بين مصادر القانون والنظام القانوني

المبحث الأول:- في ماهية مصدر القانون

أولاً: تعريف المصدر

الكتابة عن مصدر القانون تعيدنا إلى إشكالية تعريف المصطلح القانوني كجزء من إشكالية تعريف المصطلح في العلوم الإنسانية برمته. وتجربنا على تأكيد أن فقهاء القانون لاعتبارات عملية يفضلون إعطاء تعريف وصفي وغائي للمصطلحات ويهتمون بالغايات العملية دون المعنوية مع عدم إهمال الأخيرة. أي أن المصطلح يحاكم تعريفياً من واقع التجربة والممارسة القانونية حين يكون ذلك ممكناً. ومصدر القانون خضع لنفس المحاكمة ليأخذ تعريفاً عملياً بقدر الإمكان يحاول إخراجه من دائرة الجدل النظري المحض حول ماهيته باعتباره جذر القانون وأساسه. فصعوبة التعريف تنشأ من صعوبة تعريف القانون نفسه. وحتى لا يدخل الفقه في معالجته لموضوع المصادر في متاهة مدارس تعريف القانون ، تبسط في اعتبار القانون هو القاعدة الملزمة الواجبة التطبيق بواسطة المحاكم. أي أن تعريف المصدر يقصد به تعريف مصدر القاعدة القانونية المطبقة باعتبارها وسيلة لتحقيق العدالة كجزء من منظومة القانون الوضعي.

يقول Dias أن كلمة "مصدر" لها أكثر من معنى ، فمن الجائز أن تشير إلى مصدر معلومات قاعدة ما (مثلاً المراجع) ، أو إلى أصل قاعدة ما أو مصدر رسميتها كقانون.ⁱ

ويسترسل قائلاً أن "سالموند" يفرق بين "المصادر القانونية" و "المصادر التاريخية" ، حيث تشمل الأولى التشريعات والسوابق القضائية بصفة أساسية ، بينما يتخذ العرف وما أسماه بالاتفاق مواقعاً تبعية. وتوفر المصادر التاريخية المواد التي تصبح قانوناً فقط عندما تتغلغل عبر مصادر قانونية.ⁱⁱ

وهذا يوضح أن فقهاء القانون حين يعالجون بحث موضوع المصادر فهم إنما يتكلمون عن مصادر القانون بمعناه الواسع لا مصادر التشريع أو القانون بمعناه الضيق.ⁱⁱⁱ أي أنهم يتكلمون عن مصدر القاعدة القانونية قبل أن تتخلق وتصبح واجبة التطبيق بواسطة المحاكم أي قبل أن تصبح قانوناً باعتباره مصدراً تاريخياً يعرف أيضاً "بالمصدر المادي" أو "المصدر غير المباشر" أو "المصدر المرتب" وكلها مترادفات لمعنى واحد. ولكنهم أيضاً يتكلمون عن "مصادر قانونية" أو "مصادر رسمية" أو "مصادر مباشرة" أو "مصادر

مسببة" وهي كذلك مترادفات تعطي معنى واحداً. وهذا يعني أن الفقهاء يتكلمون عن المصادر باعتبارها قواعد ملزمة للمحاكم واجبة التطبيق وباعتبارها قواعد كامنة أو "قواعد بالإمكان" إن شئنا استعارة التعبير الفلسفي. أي أن المعيار الحاسم للتفريق بين المصادر التاريخية والقانونية هو القابلية للتطبيق بواسطة المحاكم. ومن ذلك نستطيع أن نؤكد بأن المصادر التاريخية هي المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية أو القانون. وتلك المصادر تتكون في الواقع من عناصر مختلفة تكون ما نسميه "ظروف البيئة" من نواحيها الاجتماعية والسياسية والعقائدية والعقلية والتاريخية والجغرافية وما يسود فيها من النزعات المثالية والأخلاقية.^{iv} أي أنها منظومة القيم الخاصة بمجتمع معين في تمثلها الأخلاقي أو الديني وهي باختصار من الممكن أن توصف بما اصطلح على تسميته بـ "رأس المال الرمزي" للمجتمع المعني.

وفي هذا الشأن يمكن طرح سؤالين: أولهما كيف تتكون أو مما تتكون القاعدة القانونية؟ وثانيهما ما هو سبب إلزام القاعدة القانونية للمخاطبين بها؟ وفي معرض الإجابة على السؤال الأول نقول أن هناك عوامل مختلفة اجتماعية وسياسية واقتصادية وأخلاقية ودينية في مجتمع معين ساهمت في تكوين ونشأة القواعد القانونية. وعلى هذا النحو يمكن التحدث عن المصادر الحقيقية أو المادية أو الموضوعية (التاريخية) للقواعد القانونية. وفي معرض الإجابة على السؤال الثاني نقول أن المصدر المرتب (التاريخي) للقاعدة القانونية إنما يعطي مادة ومضمون القاعدة، وتحتاج هذه المادة أو المضمون بعد ذلك إلى أن تخرج في صورة قابلة للتطبيق لإعطائها صفة الإلزام وعلى هذا النحو يمكن التحدث عن المصادر الرسمية للقواعد.^v

ووفقاً لهذا التقسيم فإن ما يجب تطبيقه بواسطة المحاكم هو المصادر الرسمية (القانونية) للقانون. وبالقسط أن المصدر الرسمي للقانون هو التشريع الصادر من السلطة التشريعية المختصة بإصداره. وذلك لأن المحاكم حتى في نظام الدول التي تعتمد نظام السوابق القضائية، لا تستطيع مخالفة النص الوارد بقانون صادر عن السلطة التشريعية. فالقاضي ملزم بتطبيق القانون كما نص عليه المشرع بغض النظر عن قناعاته الخاصة حول مدى عدالة هذا القانون واعتقاده بأن هناك من المصادر ما يحقق العدالة أكثر منه. وفي هذا تقول المحكمة العليا الموقرة:— على المحاكم أن تطبق القانون الذي نص عليه المشرع وليس لها أن تضع سياسة من عندها تخالف نصوص وما ذكره المشرع.^{vi} وتقول أيضاً:— أعجب فيما أهدره قاضي الموضوع من جهد ووقت في موضع نص قانوني صريح مستمد من الفقه الإسلامي وقائم على أدلة ولا يسوغ في مثله الاجتهاد للقاضي.^{vii}

فالتشريع هو المصدر الرسمي الأصلي وما عداه من مصادر يكتسب صفة الرسمية عبره في معظم الأنظمة القانونية في العالم. أي أن المحاكم لا تستطيع اللجوء للعرف مثلاً كمصدر مادي (تاريخي) للقانون، إلا في حالة عدم وجود نص في القانون. فهي إما أن ترجع لهذا المصدر التاريخي استناداً إلى نص قانوني يبيح الرجوع له عند انعدام النص الذي يحكم الواقعة وفي هذه الحالة يستمد العرف رسميته من هذا النص، أو

أن ترجع إليه استناداً لسلطتها الطبيعية في تحقيق العدالة لتخلق سابقة قضائية تصبح مصدراً رسمياً في نظام السوابق القضائية.

ولا شك في أن نظام السوابق القضائية المعمول به في إنجلترا والدول التي تتبنى النظام الأنجلوسكسوني، يجعل من القضاء مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية وفقاً لشروط نظرية السوابق القضائية. أما في غير القانون الإنجليزي وما ينعج منه من قوانين الدول الأنجلوسكسونية أي في أغلب القوانين الحديثة ومن بينها القانون الفرنسي والقانون المصري ، فلا يعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيري لها كالفقه سواء بسواء مع فارق واحد بينهما يرجع إلى اختلاف وظيفتهما، هو أن القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذي يعطيه للقانون تطبيقاً عملياً فيما يحكم فيه من أفضية ، بينما يظل تفسير الفقه نظرياً مبسوطاً في بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه إلى التطبيق العملي إلى أن يأخذ به القضاء طوعاً واختياراً اعترافاً بما قد يكون لهذا التفسير من حجة وقوة علمية.^{viii}

وفي رأينا أن القضاء لا يمكن أن يكون مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية في حالة وجود نص قانوني يحدد مصادر القانون على سبيل الحصر. فالنصوص التي تحدد المصادر الرسمية وتوجه المحكمة للأخذ بها عند انعدام النص الذي يمكن تطبيقه على الواقعة ، تجعل من وظيفة القضاء وظيفة كاشفة عن القاعدة القانونية الموجودة أصلاً في المصدر الاحتياطي وليست موجدة لها. فالقضاء لا يكون مصدراً رسمياً للقانون إلا في حالة غيبة النص الذي يحكم الواقعة مع غيبة النص الذي يحدد المصدر الرسمي الاحتياطي الذي يجب الرجوع إليه ، أو في حالة وجود نص عام لا يخصص مصدراً بعينه ويترك الأمر لقواعد العدالة والإنصاف والوجدان السليم. أي أن السوابق القضائية تتحدد رسميتها ومدى إلزام القواعد التي تقرها ، بوجود وغيبة نص تشريعي يحكم الواقعة ونص يعدد المصادر الرسمية الاحتياطية مع ملاحظة أن النص الأخير يكسبها هذه الرسمية في بعض الأحيان وفقاً لتراتبية يحددها بصرامة.

باختصار نستطيع أن نقول بأن مصدر القانون على إطلاقه تتفاوت أهميته استناداً إلى مدى قابليته للتطبيق بواسطة المحاكم وقوة إلزامه لها. وهذا المعيار الذي يقسم المصادر لوعين يمثل أداة تفريق جوهرية يبنى عليها كيان النظام القانوني بأكمله ويتأثر بها المبدأ الدستوري الرئيسي القاضي بسيادة حكم القانون لتأثر ضماناته بهذه التفرقة وأهمها مبدأ الدستورية. وبالطبع النوعان المقصودان هما "المصادر التاريخية" و "المصادر الرسمية" حيث يشكل التشريع بصفة عامة المصدر الرسمي الأصلي باعتبار أن المصادر الرسمية الأخرى تبعية واحتياطية في الغالب (أي عند هيمنة التشريع) ، وهي تكتسب سمة الرسمية عبر التشريع نفسه ، باستثناء ما يتيح النظام الأنجلوسكسوني من رسمية للسوابق القضائية باشتراط ألا تخالف النصوص التشريعية. أي أن رسميتها لا تؤثر على رسمية التشريع وأولويته في حال وجوده.

ثانياً :المصادر الرسمية للقانون:-

تتعدد المصادر الرسمية للقانون وتتفاوت أهميتها وفقاً لطبيعة كل نظام قانوني. ولكن هنالك مصادر تتواجد بكل الأنظمة القانونية حيث تتمايز بتمايز موقعها في تلك الأنظمة مع بقاء تماثلها الشكلي. ومن الممكن تلخيص هذه المصادر فيما يلي:-

أ/ التشريع:-

كثيراً ما يطابق فقهاء القانون التشريع بالقانون وكذلك تفعل المحاكم أحياناً. ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن هذا التطابق في ذهن غير القانونيين لا يقبل الجدل والمناقشة. ولكن الواقع أن مصطلح القانون أشمل وأكبر سعة من مصطلح التشريع. وفي هذا تقول المحكمة العليا أن:- المقصود بكلمة القانون الواردة في عبارة (الخطأ في تطبيق القانون وتأويله) في المادة (١)٢٠٧ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م ليس هو ما تسنه السلطة التشريعية فحسب ، وإنما هو أيضاً القواعد المستفادة ضمناً من نصوص أو روح التشريع وحكمته وهو أيضاً ما كانت مادته من قواعد السلوك المفروضة في المعاملات سواء كان الذي فرضها ورتب الجزاء على مخالفتها هو صاحب السلطان أم غيره من نحو عرف أو دين أو أصول العدل والإنصاف المنشورة في القانون الطبيعي.^{ix}

وبالتدقيق في هذا النص يتضح أن المقصود بالتشريع هو ما تسنه السلطة التشريعية المختصة من قواعد قانونية ملزمة. وهو تعبير إحدى السلطات العامة المختصة في الدولة عن قاعدة قانونية عامة ومجردة مع التكليف بها في صيغة مكتوبة.^x وتنقسم التشريعات حسب طبيعتها لعدة أنواع إذ يوجد تشريع أساسي هو الدستور يليه تشريع عادي أو رئيسي ثم يأتي في النهاية التشريع الفرعي. ويترتب على هذا التدرج أمر هام هو أنه لا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه. ومعنى هذا أنه لا يجوز للتشريع الفرعي أن يخالف التشريع العادي ولا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الأساسي.^{xi} وهذا بالطبع يجعل التساؤل عن مدى إمكانية الطعن بمخالفة التشريع الأدنى مرتبة للآخر الأعلى منه مرتبة أمراً مشروعاً وملحاً. وهو أمر يثير مسألة الرقابة القضائية على التشريعات بصفة عامة. ولاشك في أن هذه الرقابة تتاح على مستوى شامل بالنسبة لمدى دستورية القوانين ومشروعيتها بشكل مبدئي ، ولكنها تضيق وتتسع بحسب السلطات الممنوحة للمحاكم وطبيعة من له حق الطعن بعدم الدستورية أو المشروعية. ومن الطبيعي أن يكون الطعن منبئياً على مخالفة للشكل اللازم لإصدار التشريع أو على موضوع التشريع أو على الاثنين معاً. ولكن المحاكم لا تستطيع أن تطعن في مدى مشروعية أو دستورية التشريع بمبادرة ذاتية منها. وهذا ما قرره المحكمة الدستورية الموقرة حين أوردت ما يلي:- ولما كان واجب القاضي هو الالتزام بتطبيق القانون على النحو الذي أجازة المشرع وأنه تبعاً لذلك لا يملك حق التعقيب عليه بمقولة أنه صحيح أو غير صحيح ، فإن مقدمي العريضة بوصفهما قاضيين لا تكون لهما مصلحة في الطعن في دستورية القانون إذ أن مركزهما ذلك بما أنيط به من واجب ينفي قيام أي مصلحة في الطعن

وأخيراً إذا رأينا أن يعيبنا على المشرع إصداره لقانون تتعارض أحكامه مع أحكام الدستور فعليهما أولاً أن يخلعا رداء القضاء ليتمكننا من الطعن فيما هما غير مكلفين بتطبيقه.^{xii} أيضاً لا تستطيع المحاكم أن تتجاوز نصاً تشريعياً أو تتجاهله أو أن تجتهد في حال وجوده. فالقاضي الذي يبنّي حكمه القضائي على رأي اجتهادي من بين آراء الفقهاء بصفته محكمة أو كعضو في محكمة مع وجود القانون ، لا شك أنه استعمل سلطة لم يخولها إياه القانون.^{xiii}

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لتراتبية القوانين نفسها ، فمن باب أولى ألا يسمح للوائح الصادرة بموجب قانون بعينه أن تخالفه أو تتجاوز نصوصه. ذلك لأن مشروعية اللائحة تستمد من القانون وبالتالي قوة إلزامها تتبع هذه المشروعية وجوداً وعدماً. والناظر لحكم محكمة استئناف الخرطوم في سابقة:-

اللجنة التنفيذية النقابية لموظفي وموظفات بنك الوحدة

ضد

مسجل عام تنظيمات العمل

يجد أن المحكمة الموقرة خالفت هذه القاعدة وأعطت اللائحة وزناً أكبر من القانون نفسه حين أوردت ما يلي في معرض نقدها لاستخدام سلطة المسجل:- "إذا كانت المخالفة للقانون وليست للنظام الأساسي يكون استخدام السلطة التقديرية خاطئاً لأنه يهزم غرض التشريع ويحيل النظام الأساسي إلى درجة أدنى مما لا يتفق واتجاه المشرع في الحد من تدخل السلطة في حرية النقابات".^{xiv} ومع تقديرنا لحسن نية المحكمة الموقرة ورغبتها في مواءمة تشريعاتنا مع المعايير الدولية الخاصة بحرية النقابات ، إلا أننا نؤكد بأن اللائحة الصادرة بموجب القانون هي دائماً في مرتبة أدنى منه حيث تستمد مشروعيتها وإلزاميتها من مدى تطابقها معه أو مخالفتها له.

ولعله من المفيد أن نؤكد أن الطعن في أي تشريع فرعي بصرف النظر عن الجهة التي خولت إصداره لا يكون بعدم دستوريته ولكن ينحصر في عدم قانونيته وهذا يتضح من العبارة اللاتينية المستعملة في هذا الصدد Ultra Vires وتعني خارج نطاق ، فالقانون يطعن فيه باعتباره خارج نطاق الدستور ولذلك يقولون باللسان الأعجمي Ultra Vires the Constitution والتشريع الفرعي يقاس بنطاق القانون فإذا كان معيباً قيل Ultra Vires the Statute.^{xv}

وتحويل سلطة إصدار التشريع أمر مرتبط بالإرادة التشريعية المعتبرة. فالدستور - إن وجد - عادةً ما يحدد السلطة التشريعية وهي في الغالب عبارة عن برلمان منتخب في النظم القانونية. ولكنه قد يخول جهات أخرى سلطات تشريعية استثنائية مثل السلطات التي تعطى أحياناً في بعض الأنظمة الرئاسية . لرئيس الجمهورية والتي تخوله حق إصدار أوامر مؤقتة Provisional Orders ملء الفراغ التشريعي عند غيبة الهيئة التشريعية ، وخارج نطاق دورة انعقادها بشرط عرض هذه الأوامر عليها بمجرد الانعقاد للإجازة ، هذا من جانب. ومن جانب آخر تستطيع الهيئة التشريعية نفسها أن تفوض سلطاتها التشريعية للجهات

الإدارية لتمكينها من إصدار تشريعات تبعية Subordinate Legislation. والتحقق من حقيقة أن كل التشريعات لا يمكن أن تنبثق مباشرة من البرلمان لاح في القرن التاسع عشر مع نهاية فترة الليبرالية "Lassaiz Faire" وظهور الجماعية "Collectivism". وجد البرلمان أنه من الضروري تفويض سلطات سن وتشريع قواعد تشريعية تفصيلية في المسائل الإدارية لإدارات الحكومة المركزية الجديدة. وأثبتت الحربان العالميتان أنه من المهم للأمن القومي ولمواصلة الحروب بفعالية أن يعطي الجهاز التنفيذي سلطة تشريعية واسعة. وبعد العام ١٩٤٥ م سُرّع إدخال دولة الرفاه العام من هذه العملية.^{xvi}

وبصدور التشريع ونفاذه يصبح ملزماً للمحاكم واجب التطبيق. وبرغم اتفاق الآراء الفقهية بصورة عامة على أن التشريع لا ينفذ إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية ، إلا أن هنالك استثناءً لذلك. فمحكمة الاستئناف الموقرة تقول أن النشر بالجريدة الرسمية ليس شرطاً لنفاذ القانون إذا حدد ذلك القانون تاريخ سريانه أو العمل به. بل يعتبر شرطاً تنظيمياً تقتضيه ضروريات الشكل والمظهر. ويصبح شرطاً للنفاذ فقط في حالة عدم تحديد القانون لتاريخ سريانه.^{xvii} والراجح في الممارسة هو أن ينص القانون على أن يسري مفعوله عند نشره بالجريدة الرسمية أو أن يسكت عن تاريخ السريان والنشر معاً. وتأتي أهمية ربط نفاذ القانون بنشره في الجريدة الرسمية من افتراض علم الكافة به وتاريخ نفاذه مما يحتم رفض الدفع بالجهل بالقانون. وبما أن القاعدة هي أن الجهل بالقانون ليس بعذر ، يكون من المنطقي أن تتوفر سبل العلم لمن يطبق عليه القانون حتى يفترض علمه به. ولعل هذا ما دفع محكمة الاستئناف الموقرة لوضع استثناء على قاعدة عدم الاعتداد بالدفع بالجهل بالقانون حين قررت ما يلي:- الجهل بالقانون ليس بعذر إذ يفترض علم الكافة به متى صدر القانون وتم نشره بالجريدة الرسمية ولكن يجوز أن يعذر الإنسان بجهله بتشريع فرعي إن لم يصل إلى علمه وكان حسن النية إن قام بفعل يعتبر مخالفة لتشريع فرعي.^{xviii}

وإذا كان علم الكافة بالقانون يفترض وهو افتراض لا يقبل إثبات العكس كقاعدة عامة ، فمن باب أولى افتراض علم المحاكم به وإلزامها بتطبيقه. فتجاوز المحكمة لقانون ساري المفعول يعيب حكمها ويجعله خليفاً بالمراجعة حتى يتسنى إنفاذ القانون الذي تم إغفاله. إذ لا يتصور إنفاذ حكم يخالف تشريع ساري المفعول أو يتجاهله كما لا يتصور جهل المحاكم أصلاً بالقانون. وذلك لأنه إذا كان من السائع وجود استثناء على قاعدة افتراض العلم بالنسبة للجمهور ، فإن الأمر غير وارد على الإطلاق بالنسبة للمحاكم المنوط بها تنفيذ القوانين وتطبيقها. وفي هذا تقول المحكمة العليا الموقرة إن إغفال محكمة الموضوع العمل بقانون ساري المفعول يشكل سبباً للمراجعة باعتبار أنه خطأ ظاهر كاشتراط المادة (٢١٧) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م.^{xix}

قصارى القول أنه بصدور التشريع من الجهة المختصة بإصداره ونفاذه ، يصبح ملزماً للكافة وللحكام الملزمة بتطبيقه بغض النظر عن رأيها فيه. وهي - أي المحاكم - منوط بما تفسره وإسباغ أوصافه على

الوقائع المعروضة أمامها للوصول إلى القضاء بمقتضاه. والتفسير مسألة وثيقة الصلة بمصادر القانون وبحل تناقضاتها سوف نعرض لها بالشرح والتفصيل في مكانها من هذا البحث.

ب// السوابق القضائية:-

الاستناد إلى السوابق القضائية بصورة عامة يعني استخدام الأحكام الماضية كمرشد لإصدار الأحكام الأخرى وهذا المنحى ليس غريباً على نظام القانون العام Common Law System. فالخصائص المميزة لنظام القانون العام هي معاملة السوابق القضائية في ظروف معينة كقانون ملزم في حد ذاتها. وهذا يعني أنها يجب أن تتبع أو يتم تمييزها. وما يعتبر قانوناً هو المبدأ الذي ترسيه السابقة في قرارها "Ratio Decidendi" وكما قال جيسيل:- الشيء الوحيد الملزم في حكم قاضي لقاضي لاحق هو المبدأ الذي على أساسه تم القضاء في الدعوى. ومن جانب آخر تستند الإلزامية على تراتبية المحاكم "Hierarchy of Courts". وبصورة عامة أحكام المحاكم الأعلى درجة تلزم المحاكم الأدنى والعكس ليس صحيحاً.^{xx}

ما سبق ذكره يعرف بنظرية السوابق القضائية أو "Stare Decisis" وهي لب وعصب نظام القانون العام باعتبار أنها تميزه كنظام يصنع فيه القضاة القانون ويمارسون بالتالي دوراً تشريعياً بصورة أو أخرى. وذلك لأن مبدأ التقيد بالسابقة القضائية يقضي بأن تنسحب قاعدة قانونية تقررت في منازعة معينة على منازعة لاحقة شريطة أن تكون الوقائع التي بنيت عليها القاعدة في المنازعة الأولى متماثلة ومتطابقة دون تمايز مع وقائع المنازعة اللاحقة، وعند توافر هذه الشروط فإن المحاكم الأدنى تلتزم وتتقيد بما قرره المحاكم الأعلى في الحالات المماثلة.^{xxi}

ولكن تطبيق السوابق القضائية يجب ألا يتم بصورة آلية، إذ لا بد في كل دعوى من إمعان النظر في الظروف المحيطة لمعرفة ما إذا كان هناك مجال للتفرقة بينها وبين السابقة المطلوب إتباعها.^{xxii} فالسوابق القضائية لا ينبغي الاسترشاد بها من غير نظر إلى وقائع القضية ومدى تطابق ملابساتها، فالأفضية ووقائعها وملابساتها قد تختلف باختلاف المتخاصمين وعاداتهم وبيئاتهم. ومن ثم فلا ينبغي قراءة المبدأ الذي أرسته السابقة القضائية من غير نظر إلى ملابسات الحال وأحوال الناس وأعرافهم.^{xxiii}

وهذا بالقطع لا يعني إهمال السوابق القضائية لتغليب الأعراف عليها، ولكنه يعني أخذ جميع الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى في الاعتبار عند تطبيق السابقة القضائية. وربما يكون من السهل الأخذ بنظرية السوابق القضائية في حالة وجود إجماع في المحاكم الأعلى درجة على مبدأ أو قضاء معين، ولكن الأمر يصبح أكثر صعوبة في حال التعارض. فالقاعدة هي أن أحكام المحاكم العليا ملزمة لكافة المحاكم الأقل منها درجة، ولكن هذا الالتزام لا يكون إلا فيما أجمع عليه قضاء تلك المحكمة.^{xxiv} ويقول في ذلك القاضي العالم الصادق سلمان في رأيه الذي أصبح حكماً بعد موافقة أعضاء دائرة محكمة الاستئناف عليه ما يلي:- أبادر وأقر أن أحكام المحكمة العليا ملزمة لكافة المحاكم الأقل منها درجة، ولكن هذا الإلزام لا يكون إلا فيما أجمع عليه قضاء تلك المحكمة ومعلوم أنها (أي المحكمة العليا) مكونة

من دوائر عدة تعمل أحياناً أو يعمل بعضها وهو في منزل عما يدور في البعض الآخر - ولذلك أسبابه العديدة - وتصدر الأحكام متضاربة ومتناقضة في مجالات عديدة وحيوية تتطلب وحدة الرأي ولا أحتاج لكبير عناء للتدليل على ذلك وأكتفي بما نحن فيه. قد يكون لاختلاف الرأي وجهاته وهو هام ومطلوب في هذه الفترة من حياتنا القانونية ، وإن رأينا ضرورة تشجيعه أو التمسك به في قضاء المحكمة العليا غير الملزمة بالتقيد بأحكامها فلا بد من إعطاء المحاكم الأدنى فرصة للحركة والاختيار لأنها تواجه بالسوابق المتضاربة في الموضوع الواحد وإن أردنا تقييد حرية تلك المحاكم فلا بد من البحث عن سبيل لتوحيد قضاء المحكمة العليا مثل أن تعرض السوابق المتضاربة على المحكمة العليا مجتمعة لتصدر فيها رأياً واحداً وذلك على سبيل المثال.

أقول هذا واضعاً في الاعتبار أن فقهاء القانوني المستمد من القانون العام "Common Law" مبني على نظام السوابق القضائية Precedent (كان ذلك في العام ١٩٧٨م) والتي تعطي القانون شكلاً متجسداً ومتحجراً في ظاهره ولكن المحاكم طوعت ذلك النظام ليوأكب تطور المجتمعات الاقتصادي والسياسي والحضاري مستغلة في ذلك أدوات عديدة من بينها أداة التمييز بين السوابق بالتماس الاختلافات مهما كانت طفيفة في الواقع للتخلص من التقيد بالسابقة المحددة للمبدأ القانوني الذي ترى المحكمة ضرورة تبديله أو تعديله استجابة لداعي التطور. رغم ذلك يمكن القول بأنه لا بد من احترام مبدأ استقرار الأحكام ووضوحها وعدم التبديل فيها والتغيير إلا بعد مضي فترات طويلة عليها وبعد ثبوت وجود مبرر للتغيير والقول بغير ذلك يجعل الناس في دوامة لا يعرفون الأسباب المقبولة لتأسيس دعاوهم وحتى إن عرفوها فهم لا يأمنون تطبيق قواعد اللعبة لم تكن في خاطرهم ولا في خاطر الحكم أثناء المباراة.^{xxv}

وبرغم وضوح هذا الرأي ، إلا أنه يبدو أن محكمة الاستئناف الموقرة لم تكن مجمعة عليه وموحدة على أساسه. ففي حكم سابق للحكم المذكور ، كان لمحكمة الاستئناف الموقرة رأي آخر لرفع التعارض وذلك حين قررت ما يلي:- تتبع المحاكم الأدنى درجة قرار الاستئناف الأخير. وإذا تعارضت السوابق القضائية في محكمة الاستئناف على المحاكم الأدنى إتباع أحدثها تاريخاً.^{xxvi} قد يرى البعض أن لهذا الرأي وجهاته بالأخذ في الاعتبار أن الحياة متطورة تستلزم الاستجابة لداعي التطور وبالتالي يكون الأحداث دائماً الأفضل والأقرب إلى العدالة. ولكننا نرى أن هذا الرأي مرجوح لعدة أسباب ، نذكر منها أن أفضلية الأحداث لا تفترض بل يجب أن تؤكد باشتمال الحكم الأحداث على عرض وافٍ للسوابق القديمة ومنافقتها وإبداء وجهة النظر في أسباب عدم صلاحيتها للتطبيق ومن ثم تعزيز وجهة النظر الجديدة بما يلزم من موجبات سببها التطور العام لمرجى الحياة. بغير ذلك لا يمكن القول بأن السابقة الأحداث دائماً تكون الأفضل والأقرب لتحقيق العدالة. والشاهد على ذلك أن محاكمنا كثيراً ما تركت سوابق ثم عادت إليها لاحقاً وأسست عليها سوابق جديدة وأهم مثال لذلك قاعدة الائتمان الحكمي "Resulting Trust" التي قبلتها محاكمنا ثم قررت عدم قبولها وأخيراً عادت لتثبيتها كمبدأ أساسي بالقانون السوداني. أمر آخر

قد يبدو مثيراً للانتباه ، وهو أننا في حال قبولنا لما أرسته هذه السابقة من مبدأ يقضي بتطبيق السابقة الأحداث تاريخياً ، نكون فعلياً قد نسخنا حكمها بالسابقة التي أشرنا إليها سابقاً. فهذه السابقة صدرت في العام ١٩٧٢م في حين أن الأخرى التي تقول بأن المحاكم الدنيا لها الخبرة في تطبيق أي من الأحكام صدرت في العام ١٩٧٨م. وفي تقديرنا أن الصحيح هو إطلاق الحرية للمحاكم الأدنى في الاختيار بين السوابق المتعارضة أو المتناقضة ما لم تكن السابقة الأحداث قد ناقشت بالتفصيل ما سبقها من سوابق وأسست للمبدأ الجديد عبر نقد شامل لها.

ج// العرف:-

العرف مصدر ينشئ القاعدة القانونية عن طريق اعتياد الناس على إتباع سلوك معين ، واستقرار الإيمان في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزماً. عندئذ تنشأ القاعدة القانونية العرفية ويقال أن مصدرها العرف.^{xxvii}

ويلاحظ أنه إذا نص القانون على وجوب إتباع العرف في مسألة ، أصبح هذا العرف هو القانون الذي يحكم المسألة وتعين على القاضي تطبيقه فإن خالف هذه القاعدة كان حكمه معرضاً للنقض. ويجب على الخصوم - في غير الحالة السابقة - التمسك بقيام العرف أمام القاضي إن ادعوا بوجوده وإذا أحال التشريع إلى العرف على أساس أنه يفسر التشريع جاز للقاضي اللجوء إليه كمصدر تفسيري.^{xxviii} أي أن العرف في الأنظمة التي تعتمد التقنين والتشريع كمصدر رئيسي للقانون ، يعتبر دائماً مصدراً احتياطياً. لذلك لا يعتد بالأعراف التي تخالف نصاً تشريعياً تقنن الأحكام الواجبة التطبيق على الحالة الماثلة. ولكن قد تنص القاعدة التشريعية على عدم انطباق حكمها إذا وجد عرف يخالف هذا الحكم. وعندئذ يمكن القول بأن القاعدة التشريعية نفسها هي التي ترخص للقاعدة العرفية أن تخالفها. وهذا الترخيص وحده هو الذي يسمح للعرف بمخالفة التشريع.^{xxix}

والواضح مما ذكر أعلاه أن للعرف عنصران هما العنصر المادي المتمثل في اعتياد الناس على إتباع سلوك معين ، والعنصر المعنوي المتمثل في استقرار الإيمان في نفوس الناس بأن هذا السلوك قد صار ملزماً. وحيث أنه لا يتصور غياب العنصر المادي لأن غيابه يعني غياباً حتمياً للعرف ، إلا أنه من الممكن أن يتخلف العنصر المعنوي فتبديل طبيعة العرف. فبغياص العنصر المعنوي يتحول العرف "Custom" ليصبح عادة اتفاقية "Usage". ويصبح الأمر أكثر وضوحاً فيما إذا حددنا الشروط اللازمة لتوافر العرف وفقاً لتعريفه السابق وشروط تطبيق العادة الاتفاقية لتمييز بينهما ونحدد الآثار المترتبة على هذه التفرقة. ومن الممكن أن نقول بأن العرف حتى يصبح مصدراً من المصادر القانونية يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:-

- ١- أن يكون عاماً: ذلك أن العرف ينشئ قاعدة قانونية والقاعدة لا بد أن تكون عامة مجردة فلا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته أو إلى أشخاص معينين بالذات. وليس معنى هذا أن يكون العرف عاماً بالنسبة لكل الناس في الدولة ، ولكنه قد يكون خاصاً بإقليم معين منها ، وفي هذه الحالة يعتبر العرف محلياً. وهذا هو الشأن بالنسبة للعرف الذي ينشأ بين طائفة التجار أو المزارعين أو أصحاب مهنة معينة. وفي هذه الحالة يعتبر العرف مهنيّاً أو طائفيّاً. بل إن العرف قد ينشأ من تعود شخص واحد ، شخص غير معين بذاته على سلوك معين في أمر من الأمور ، كما إذا تعود رئيس الدولة على إصدار قرارات من نوع خاص في أمر من الأمور ، إذ قد يترتب على هذا أن تتكون قاعدة عرفية تحول رئيس الدولة إصدار مثل هذه القرارات.^{xxx}
- ٢- أن يكون العرف قديماً ويترك للقضاء تحديد مدى قدمه إذ لا يوجد حد معين لطول المدة اللازمة للقول بالقدم Antiquity.
- ٣- أن يكون العرف ثابتاً ، بمعنى أن يتبعه الناس بانتظام وليس على فترات متقطعة.
- ٤- ألا يخالف النظام العام والآداب. وبما أن المعلوم أن العرف الخاص والمحلي يُقدّم على العرف العام عند التطبيق ، تقول المحكمة العليا الموقرة أنه في حالة وجود العرف المحلي يجوز للمحكمة عدم تطبيقه إذا تعارض مع مقتضيات العدالة والنظام العام.^{xxxi} وتؤكد ذلك محكمة استئناف الإقليم الشمالي حين قررت ما يلي:- من أهم مقومات العرف ألا يتعارض مع العدالة أو النظام العام (راجع المادة ١٣ من قانون المحاكم المحلية والشعبية لسنة ١٩٧٧م) والعرف الذي يوجب تخليف المتهم لا يتفق مع صريح المادة ٢١٨(٤) ويتعارض مع القانون الهندي الذي درجت المحاكم على تطبيقه استرشاداً بمنشور المحاكم الجنائية رقم ٢٩. زيادة على ذلك فإن العرف الذي يوجب تخليف المتهمين في الأضحية يناهز روح الشرع الحنيف لقوله (ص) " من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر " و " من يحلف بغير الله فقد أشرك " ولا تغليظ على المسلم بزمان ولا مكان إذ لو كانت القبور مما يجوز الحلف عليها لكان قبر الرسول الكريم أحق من قبور الأولياء بالحلف عليه وكان يمكن أن يتعارف على هذا السلف الصالح منذ عهد الصحابة (راجع في هذا الشأن المذكرة القضائية التي أصدرتها محكمة عموم السودان بتاريخ ١٤/١١/١٩٠٣م). إن العرف الذي يتناقض مع روح القانون والعدالة ليس جديراً بالإبقاء عليه.^{xxxii}
- ٥- يجب أخيراً أن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترامه (أي العرف) وأن مخالفته تستوجب الجزاء عليهم.^{xxxiii}

- هذا فيما يخص العرف أما العادة الاتفاقية فيشترط لتطبيقها ما يلي:-"
- ١- أن تكون العادة الاتفاقية راسخة بمستوى يجعلها معلومة للكافة (أي مشهورة). ولا يعتبر طول المدة بأي حال شرطاً لاستيفاء شرط الشهرة.
 - ٢- لا تستطيع العادة الاتفاقية تغيير قانون الدولة سواء كان نصاً تشريعياً أو قاعدة من قواعد القانون العام. فالعادة الاتفاقية تستمد سلطتها من تضمينها في اتفاق ولذلك لا تملك سلطة في تغيير القوانين أكثر من الاتفاق الصريح.
 - ٣- يجب أن تكون العادة الاتفاقية معقولة.
 - ٤- لا تحتاج العادة الاتفاقية أن يكون لها نطاقاً معيناً. من الجائز - وهذا ما يتم في العادة - أن تكون محدودة بإقليم أو تجارة ولكن من الممكن أن تشمل كل الدولة بل حتى من الممكن أن تكون دولية.
 - ٥- العادة الاتفاقية لا تطبق إذا كان تطبيقها مؤداه إبطال أو مخالفة بنود صريحة واردة بالعقد. فدورها الأساسي هو تضمين بند عند سكوت العقد".^{xxxiv}
- يترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية نتائج عدة نلخصها فيما يلي:-"
- ١- بالنسبة للعرف يفترض في القاضي العلم به لأنه قانون ومن واجب القاضي أن يكون ملماً بالقانون. فلا يلتزم الخصوم بإثباته ، بل يتعين على القاضي البحث عنه وتطبيقه من تلقاء نفسه. وفي الحالة التي تكون فيها القاعدة العرفية غير واضحة لا يسهل على القاضي الوقوف عليها ، نظراً لأن العرف لا يدون كالتشريع مما يسهل على القاضي معرفته ، فإن معاونته الخصوم له في إثبات القاعدة العرفية لا يعني أن القاضي يترك لهم إثباتها بل أنهم في الحقيقة يثبتون العناصر التي يتكون منها العرف حتى تثبت هو من قيامه.
- والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للعادة الاتفاقية ، ذلك أنها ليست قاعدة قانونية ، كما قدمنا ، ولهذا فإنه لا يفترض في القاضي العلم بها ولا يطبقها من تلقاء نفسه ، ولكن يتعين على ذوي المصلحة أن يطلبوا من القاضي تطبيقها ، كما يتعين عليهم كذلك القيام بإثبات وجودها وإثبات أنهم قصدوا إتباعها. فإذا ما تم ذلك فإن القاضي يقوم بتطبيقها عليهم ، شأنها في ذلك شأن شروط العقد الأخرى.
- ٢- القواعد العرفية تلزم الأفراد سواء علموا بها أو لم يعلموا ، أي حتى ولو كانوا يجهلونها ، لأن العرف قانون ولا يعذر أحد بجهله بالقانون. أما العادة فهي لا تطبق إلا إذا قصد المتعاقدان إتباعها وهذا يفترض العلم بها. فإذا كان الطرفان أو أحدهما يجهل حكم

العادة ، فلا تطبق لأنه لا يمكن القول في مثل هذه الحالة أن إرادتهما قد قصدت تطبيقها.

٣- لما كان العرف قانوناً فإن القاضي في تطبيقه له يخضع لرقابة محكمة النقض (المحكمة العليا) وهذا بخلاف العادة فهي لا تعدو أن تكون مجرد واقعة من الوقائع ولهذا يكون لقاضي الموضوع القول الفصل فيها.^{xxxv}

برغم وضوح التفرقة بين العرف والعادة على المستوى النظري وما يترتب على ذلك من نتائج مهمة ، إلا أن الأمر في الواقع العملي ليس بهذه السهولة. فحقيقة أن الفارق الأساسي بين الاثنين هو وجود العنصر المعنوي من عدمه ، يتيح للعادة أن تتحول إلى عرف في حال توفر هذا العنصر. لذلك تبقى المسألة في النهاية مسألة إثبات وبينة لا يصح القول بإمكانية تجاوزها وافتراس ثبوت العرف ودخوله في علم المحكمة القضائي إلا في حالة ثبوت هذا العرف فعلياً. وقد درجت محاكمنا على اعتبار العرف ثابتاً وداخلاً في علم المحكمة القضائي عند وجود سابقة تقرر ثبوته. أي فقط عند تحول العرف إلى مصدر آخر هو السابقة القضائية. ولكن اعتبار العرف قانوناً وافتراس علم المحكمة به ، أتاح للمحاكم فرصة سماع البينة من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصوم باستدعاء من تراه مناسباً لإثبات وجود عرفٍ ما من عدمه ومن ثم اعتبار هذا العرف قانوناً يدخل في علمها القضائي.

المبحث الثاني

تناقض المصادر وخيارات المشرع

رأينا مما سبق أن مصادر القانون تنقسم لقسمين - حسب القابلية للتطبيق بواسطة المحاكم - هما المصادر المادية (غير المباشرة) والمصادر الرسمية (المباشرة). وسوف ننصرف في هذا الجزء من البحث لتبيين طبيعة العلاقة بين نوعي المصادر لتحديد دور المشرع ومن ثم نوضح الخيارات التي تتاح للمشرع عند تناقض المصادر. وفي قيامنا بذلك نأخذ في اعتبارنا أن المشرع قد يكون هيئة مختصة بالتقنين وصياغة القوانين أو محكمة مخولة بوضع قواعد ذات طابع تشريعي في نظام القانون العام. كذلك نوه إلى أن التناقض بين المصادر يقع أصلاً عند تعددها وهو ما سننصرف لمناقشته ، ولكن ليس هناك ما يمنع وقوع التناقض عند وحدة المصدر كالتشريع مثلاً أي عند صدور تشريعات متناقضة أو متعارضة.

العلاقة بين المصدر المادي والمصدر الرسمي:-

في البدء نود أن نوضح ونؤكد أن العلاقة موضوع البحث هي العلاقة بين المصدر المادي (غير المباشر) والمصدر المباشر أو الرسمي للقانون. وهي إن شئنا الدقة علاقة توضح مدى القابلية للتطبيق المباشر بواسطة المحاكم من عدمه. إذ أنها تبين الفرق الرئيسي بين نوعي المصادر استناداً للمعيار الحدي المذكور. وبالطبع ليس المقصود بالبحث تبين العلاقة بين الدستور والمصادر المادية. فمن المعلوم أن السائد على مستوى الأنظمة القانونية في العالم أجمع ، هو أن الدستور لا يحدد المصادر المادية التي يستند إليها هو أو التي رجع إليها المشرع الدستوري عند صياغته لنصوص الدستور باعتبار أنها معلومة بالضرورة لأنها تشكل جوهر الضمير الاجتماعي. ولكن هذا لا يمنع من ورود مبادئ عامة في بعض ديباجات الدساتير لا يمكن إنفاذها أو الطعن عند مخالفتها بعدم الدستورية ، وهو ما يعني أنها تفقد طابعها المادي ولم تكسب إلزامية تمكن المحاكم من إنفاذها وتطبيقها ، مع ملاحظة أن هذه المبادئ الخطاب فيها دائماً يكون موجهاً للمشرع العادي وليس الدستوري. ففي ديباجة الدستور الفرنسي مثلاً هناك مبادئ لا سبيل لإنفاذها ، فحينما تصق بقانون تهمه عدم الدستورية ويرفع بسبب ذلك إلى اللجنة الدستورية ، لا تستطيع هذه أن تحكم إلا بالنسبة إلى أحكام الأقسام من (١) إلى (١٠). وإن مخالفة مبدأ وارد في المقدمة لا يسمح لها بأن تعلن أن القانون مخالف للدستور. إن ذلك ينجم عن حكم واضح وارد في المادة (٩٢).^{٣٦}

وهذا يوضح تماماً بأن المبادئ التي ترد في ديباجة الدستور والتي تشير إلى مصادر مادية تختص بخطابها المشرع العادي في إطار توجيهي يفتقر إلى الإلزام. أي أنها في كل الأحوال لا تخاطب المشرع الدستوري بدلالة أن معيار إلزاميتها من عدمه هو الطعن بعدم الدستورية ولا يتصور أن يطعن في نص دستوري بعدم دستوريته. هذا بالطبع يبنى على أن الدستور يشرع بصفة خاصة وغالباً ما تضعه هيئة متخصصة لمرة وإلى الأبد - على الأقل إفتراضياً - وبما أنه المعيار الأساسي للنظام القانوني ، لا تجوز معايرته بأي معايير حتى وإن كانت المصادر التي تساند إليها وتم استلها منه. وذلك لأنه يجب أن يقوم الدستور بوظيفة المعيار القانوني الأعلى الذي يفرض منهجاً يعتمد عليه المجتمع في تشريع قوانينه وفي ترجمة هذه القوانين وفي تحديد تطبيق هذه القوانين.^{xxxvi} فالجهة التي شرعت الدستور هي الوحيدة المخولة بتعديله وفقاً للقواعد الواردة فيه. وبالتالي هي الوحيدة صاحبة الحق في الرجوع إلى مصادره المادية وليست مكلفة بالإفصاح عنها لأنها تحاسب عليها باعتبار أنها شائعة وجماعية وبأي الحساب سياسياً فقط. أي أن العلاقة بين المصادر المادية للدستور والدستور علاقة متروكة بشكل مطلق للمشرع الدستوري ، باعتبار أن ناخبه قد فوضه لوضع مبادئ عامة لا تقبل المعايرة - هذا بالطبع في الدول التي بها أنظمة قانونية.

وبالرغم من أن القاعدة العامة للدساتير هي سكونها عن ذكر المصادر المادية (غير المباشرة) للتشريع والاكتفاء بتحديد الهيئة المختصة به وآليته ، إلا أن العديد منها ما زال ينص على هذه المصادر. ولتحديد طبيعة العلاقة بين المصادر المادية والمصادر الرسمية ، لابد من أن نتحقق أولاً من ماهية النص الدستوري الذي يشتمل عليها ومدى الزاميته للمحاكم ، أي أن نرى مدى قابليته للتطبيق.

ولعله من المعلوم أن القواعد الدستورية بطبيعتها تنقسم إلى قسمين هما: - القواعد الموضوعية والقواعد التوجيهية. ومناطق التقسيم أيضاً هو القابلية للتطبيق دون تدخل وسيط. فالقواعد الموضوعية تصلح للتطبيق فوراً ، أما القواعد الدستورية التوجيهية فهي تلك التي لا تصلح للتطبيق الفوري إلا إذا صدرت بشأنها قواعد قانونية من المشرع العادي يفصل هذه القواعد ويحدد لها نطاق التطبيق وأحكامه. فهي تتوجه إلى المشرع العادي (أو الفرعي) بالخطاب طالبة منه التشريع في مسألة معينة ، وبالتالي لا يستطيع القضاء تطبيق هذه القاعدة الدستورية التوجيهية قبل صدور القانون المشار إليه.^{xxxvii}

وبالقطع المثل الأكثر أهمية للقواعد التوجيهية يتمثل في النصوص المحددة لمصادر التشريع. وذلك مثل ما نص عليه دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م حين أورد في مادته التاسعة ما يلي: - "الشرعية الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع والأحوال الشخصية لغير المسلمين يحكمها القانون الخاص بهم". ومن أمثلة هذه القواعد ما تنص عليه المادة الثانية من الدستور (المصري) عندما قضت بأن تكون "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع". فهذه القاعدة تتوجه بخطابها إلى المشرع العادي بأن يجعل قوانينه كلها وبعد نفاذ هذا الدستور متفقة ومتسقة مع الشريعة الإسلامية.^{xxxviii} هذا يعني أن مجرد ورود هذه المصادر في صلب نص دستوري ، لا يجعل منها مصدراً للقانون في قوة التشريع، إذ أنها تظل بحاجة إلى تدخل المشرع العادي لتصبح قابلة للتطبيق ، وحين يحدث هذا يتحرى المشرع العادي الدقة في صياغة النصوص وبالتالي ينتج التشريع. أي أن العلاقة بين المصدر المادي (غير المباشر) والمصدر الرسمي (المباشر) هي أن الأول يشكل مادة أولية يستخدمها المشرع لإنتاج الثاني ويتدخل هذا الوسيط يفقد الأول سمته ويتحول إلى الثاني. فالمصدر الأول (غير المباشر) عند صياغة القوانين بشكل تفصيلي يتلاشى تماماً ويدمج في التشريع في حدود ما تم تشريعه. أما في حالة وروده وصفاً بإعطاء المحاكم سلطة تطبيقه عند غياب النص التشريعي ، فإنه يكتسب سمة الرسمية ليصبح مصدراً تكميلياً.

والمحاكم عند انصياعها للنصوص التي تخول لها حق العودة لمصادر بعينها في حالة عدم وجود نص، يجب أن تتأكد من أن ما قررت تطبيقه من قواعد وأحكام على الواقعة المعروضة أمامها لا يخالف الأحكام الدستورية الموضوعية. ذلك باعتبار أن نص القانون الذي أعطاهما هذا الحق نفسه خاضع للرقابة الدستورية ، وبالتالي من باب أولى أن تخضع هي للأحكام الدستورية باعتبارها المعيار الذي لا يعلى عليه. فورود نص يتضمن مصدراً مادياً (غير مباشر) في الدستور كالشريعة الإسلامية مثلاً ، لا يعني أن هذا المصدر يسمو على النصوص الدستورية الموضوعية بأية حال. إذ أن المشرع الدستوري يتحدث عن

مبادئ الشريعة باعتبارها مصدراً مادياً أو موضوعياً ولا يتحدث عنها باعتبارها مصدراً رسمياً.^{xxxix} وهذا يعني أنه لا يمكن الأخذ بها (أي مبادئ الشريعة) في هذه الحالة مجرد معارضة نص قانوني ناهيك عن حكم دستوري موضوعي حتى وإن تم تضمينها في نص قانوني يسمح بالرجوع إليها عند غياب النص.

باختصار نستطيع أن نقول بأن المداخلات الفقهية مجملها تنصرف لمناقشة المصادر المادية (غير المباشرة) في إطار تحديد مدى العلاقة بينها وبين المصادر الرسمية (المباشرة) للقانون. والغرض من هذه المناقشات هو تبين ما يجب على المحاكم تطبيقه من قواعد ملزمة حتى تتمكن من أداء الواجب المنوط بها في تحقيق العدالة. وبلا شك أن مثل هذه المناقشات تحدد بصفة لا لبس فيها دور المشرع في تحديد هذه العلاقة. والواضح أن المصادر المادية للدستور نفسه دائماً ما تكون مسكوت عنها في النص ولا تخضع لأي مناقشات فقهية ، باعتبار أن الدستور يبنى أساساً على قيم اجتماعية راسخة ومعلومة للكافة تصاغ بواسطة هيئة خاصة لتستخدم كمعيار أساسي لنظام المجتمع مجمله ولذلك لا تخضع للمعايرة. وبالطبع حراسة هذه القيم وظيفية اجتماعية بالدرجة الأولى وليست قانونية ، لذا فإن الرقابة على المشرع الدستوري رقابة سياسية ذات عمق اجتماعي مما لا يستدعي وضع ضوابط نوعية أو تحديد مصادر بعينها. ولهذا تواترت كل الدساتير المكتوبة على عدم النص على مصادرها الأولية واكتفت بإيراد نصوصها التي تحكم حركة المجتمع فقط. لذا تأتي النصوص التوجيهية التي تعدد مصادر بعينها للتشريع في بعض الدساتير ، كموجهات للمشرع العادي حين يسن القوانين. والقوانين بوصفها نتاج المشرع العادي فهي تخضع دائماً للرقابة الدستورية. وبالرغم من أن المشرع الدستوري غالباً ما يكتفي بوضع الأسس والآليات اللازمة للتشريع ، إلا أن بعض الدساتير درجت على النص على سبيل الحصر على مصادر بعينها لتقييد حرية المشرع العادي. وورود مثل هذا النص الدستوري التوجيهي يمنع المشرع العادي من تجاوز هذه المصادر والتشريع استناداً إلى غيرها. أي أنه يحصره في التشريع منها دون سواها. ولكن هذا الورد لا يعني بآية حال أن المصادر المذكورة قابلة للتطبيق الفوري بواسطة المحاكم. فالمصادر المادية تبقى دوماً غير مباشرة يستحيل على المحاكم تطبيقها ما لم يتدخل المشرع العادي لتقنينها حتى وإن وردت على سبيل الحصر بمادة من مواد الدستور. وفي حالة تدخل المشرع تكتسب هذه المصادر رسميتها (مباشرتها) من نصوص التشريع نفسه ، لذا يحرص المشرع على جعلها مصادر رسمية تكميلية تستخدم عند غيبة النص. لهذا يجب أن يخضع استخدامها لشروط أهمها غيبة النص ، إذ أنها لا يمكن أن تخالف نصاً تشريعياً ، وكذلك يجب ألا تخالف نصاً دستورياً موضوعياً باعتبار أن التشريع الذي أكسبها الرسمية يخضع لمبدأ الدستورية وأن المحاكم التي تطبقها نفسها غير مخولة بمخالفة الدستور الذي تستمد سلطاتها منه عبر تشريعات بعينها.

تعدد المصادر وقوة المصدر:-

يجدر بنا أن ننوه إلى أن مهمة المشرع العادي ليست سهلة في كل الأحوال حين يتعامل مع المصادر المادية (غير المباشرة) سواء كانت مذكورة في صلب الدستور أو غير مذكورة. وذلك لأن الوجود الاجتماعي في أي دولة ذو طابع معقد يستعصي على التبسيط. والحراك الاجتماعي داخل أي مجتمع ينتج قيماً بل منظومات قيم قد تتماثل أو تتعارض وفقاً لاعتبارات المنشأ. ففي كل مجتمع مثلاً نجد قيماً أخلاقية وأخرى دينية وأعرافاً يتعدد بل ويتباين أساسها. كل هذه القيم تشكل أساساً لمصادر مادية (غير مباشرة) يستلهمها ويستنطقها المشرع العادي عند قيامه بوظيفته التشريعية. وهذا بالطبع يعني أن المصادر المادية للقانون بطبيعتها متعددة تعكس غنى المجتمع الإنساني المبني أصلاً على وحدة التنوع ومتراذفات ومتباينات القيم. وبما أن الأساس المجتمعي في بنيته الأساسية يقوم على انقسامات حدية وتناقضات تستعصي على الحل، فإن المنتج القيمي بمستوياته كافة بما فيها الأخلاقي والعرفي يتعدد ويتباين. ولعل هذا ما دفع فقهاء القانون عند تعيين المصادر القانونية للاتفاق إجمالاً على الدين والعرف باعتبارها مصادر مادية للقانون، وذلك لاستقرار القيم المستمدة من هذه المصادر نسبياً، مع الأخذ في الاعتبار تعدد الأديان والأعراف وأن أي دين يخضع لتفسيرات متعددة ومتباينة وتباين واختلاف المواقع الاجتماعية وكذلك العرف الذي اجتهد الفقه في تحديد شروط منضبطة للأخذ به في محاولة لتفادي تباين الأعراف. وبما أن المصادر تتعدد بتعدد منبته الاجتماعي، يثور سؤال منطقي حول مدى قوة كل مصدر في مقابل المصادر الأخرى. والسؤال قائم بالطبع في مواجهة المشرع العادي حين يقوم بواجبه التشريعي مستلهماً هذه المصادر المادية. والأصل أن هذه المصادر إذا تزامنت وتعارضت فإنها لا تتفاضل فيما بينها لعل في ذاتها فهي في مجموعها سواء من حيث أنها تقدم للمشرع فروضاً لما ينبغي أن يكون عليه الحال. ومناطق التفضيل بينها هو تقدير المشرع وحده، فهو الذي يقدم مصدراً على مصدر، وهو لا يجري دائماً على نفس الوتيرة، بل يقدم ويؤخر حسبما يقتضي الحال، وعلى ذلك ليس في طبيعة هذه المصادر ما يسمح بتقسيمها إلى مصادر رئيسية وأخرى ثانوية. بل أنه ليس في الدساتير نصوص تحدد أو تعدد هذه المصادر أصلاً، وإنما هي اجتهاد فقهي قائم على مجرد الاستقراء. وقد جرت سنة الدساتير المعاصرة على إسناد مهمة التشريع إلى سلطة من سلطات الدولة وإطلاق الحرية لها في ممارسة عملها بشرط واحد هو احترام المبادئ الأساسية التي قررها الدستور. ولم تجر الدساتير الحديثة على إلزام السلطة التشريعية باستلهم قواعدها من مصدر بذاته بل أطلقت يدها في سن ما تراه ملائماً للجماعة في ضوء الظروف المحيطة بها.^{xl}

ومن المهم جداً أن نؤكد بأنه حتى في حالة وجود نص في الدستور يحدد مصادر التشريع، تظل هذه المصادر المتعددة متكافئة من حيث القوة ويكون المشرع بالخيار في التشريع استناداً إلى أي منها. فمجرد ترتيب هذه المصادر في النص المعني لا يعني تقدم المصدر الذي يأتي أولاً على الذي يليه، بل أن الترتيب

يعتبر تداعياً سردياً أملت الصياغة لا يؤثر في قوة المصدر ولا ينقض مسألة التكافؤ. لذلك نرى أن المحكمة العليا الموقرة أخطأت حين أوردت ما يلي: - نحن في البداية نتفق مع السيد المحامي في أن المصدر الذي استقى منه الشارع السوداني القديم مذهب منع العاب الحظ والمقامة العامة هو القانون الهندي المستمد أساساً من القانون الإنجليزي. ولكننا يجب أن نلاحظ أن هذا المذهب يتفق الآن تماماً مع الشريعة الإسلامية التي أصبحت المصدر الرسمي الأول والأساس للتشريع في السودان بنص المادة (٩) من الدستور الدائم^{٤١}. ففي تقديرنا أن نص المادة (٩) المذكور والذي أوردناه سابقاً لم يقدم الشريعة الإسلامية كمصدر أول وأساس للتشريع بل نص على أنها والعرف مصدران رئيسيان للتشريع. وورودها أولاً لا ينقض تكافؤ العرف معها وفقاً لنص المادة ولا يعني أولويتها أو أسبقيتها على العرف من حيث القوة. ويكون المشرع بالخيار في الأخذ بأي منهما عند إصدار تشريعاته، أي أنه يستطيع أن يصدر تشريعاً مخالفاً للشريعة الإسلامية وموافقاً للعرف ويكون تشريعه دستورياً غير قابل للطعن بعدم الدستورية. فهو على سبيل المثال يستطيع أن يصدر قانوناً يبيح الزواج بالمتوفى لأن هذا هو ما يحدث في مجرى الحياة العملية في الجنوب. وهي ظاهرة توصف على نحو خاطئ بعض الشيء بأنها زواج الأشباح " Ghost marriage " أو الزواج بالمتوفى " Marriage with the dead ". الواقع أنه يكون للمرأة رجل يعيش معها وهو يعاشرها معاشرة الأزواج، ويؤدي كل واجبات الزوج نحوها. ومع ذلك فإن الزوج المتوفى - وقد يتوفى أحياناً وهو طفل صغير - يكون هو الزوج من ناحية قانونية. فالمرأة تنادى باسمه كما ينسب أولادها إلى اسمه^{٤٢}. وبالرغم من أن مثل هذا الزواج تترتب عليه نتائج مخالفة للشريعة الإسلامية، إلا أنه قانوني والقانون الذي يبيحه دستوري ولا سبيل للطعن فيه. كذلك يستطيع المشرع أن يصدر قانوناً يبيح زواج المرأة بالمرأة. ولربما ينأى زواج المرأة بأخرى عن مقتضى العقل والمنطق بأكثر من غيره، يبدو أنه نظام يستمد جذوره الطبيعية من التقاليد القبلية. ويبدو أنه يحدث في حالتين مختلفتين تماماً. ففي قبيلة الشلك، يقتصر زواج الأميرات اللاتي يواجهن بصعوبة في إيجاد رجل من عائلة ملكية، على الزواج من امرأة بشروط معينة، فالأميرة من قبيلة الشلك لا تستطيع الزواج من رجل من عامة الناس^{٤٣}. والقانون الذي يبيح هذا الزواج أيضاً دستوري بإسناده إلى العرف الذي ساوى الدستور المشار إليه أنفاً بينه وبين الشريعة الإسلامية بحسب القاعدة المذكورة أعلاه. فالعرف في هذه الحالة يصبح مصدراً مادياً له نفس قوة الشريعة الإسلامية مما يمكن المشرع العادي من إصدار قوانين مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. أي أن للمشرع العادي في هذه الحالة أن يصدر قوانين مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية تجد أسانيداً في العرف مهما كانت درجة مخالفتها، بشرط ألا يخرق في ممارسته لهذه السلطة النصوص الدستورية الموضوعية ولا يعتدي على حرية العقيدة أو يحس الدين الإسلامي بإلغاء أو حذف مراعاة لنصوص الدستور التي تلزمه بإحترام العقائد وحرية ممارستها.

باختصار نستطيع أن نقول بأن الأصل في المصادر المادية التكافؤ في القوة ، وأن مجرد ورودها بنص دستوري توجيهي لا يعني تقديم مايرد منها أولاً على ما يليه من مصادر . إذ أن هذا الترتيب يعتبر من ضرورات الصياغة التي لا تخل بمبدأ التكافؤ ، لذلك يبقى المشرع العادي بالخيار في التشريع استناداً إلى أي من هذه المصادر على ألا يخرج منها في حال وجود نص يحددها .

المبحث الثالث

حل التناقض بين التقييد والإطلاق

حقيقة أولية لا بد من إثباتها هي أن المصادر المادية للقانون بطبيعتها وأساس نشوئها التناقض فيما بينها راجع والانسجام والتطابق عرضي وجزي دائماً . فكما تبيننا سابقاً المنشأ الاجتماعي للمصادر منشأ متباين تنتظمه قيم تتباين باختلاف موقع الشريحة الاجتماعية التي تنتجها ، بل أن حتى القيم السائدة اجتماعياً غالباً ما يتأثر تفسيرها وتعطي معانٍ متعارضة ومتناقضة وفقاً لمن يفسرها . وذلك لأن التفسير عملية إجتماعية محملة بالمواقف والمفاهيم الأيدلوجية . هذا مع الأخذ في الاعتبار بأن القيم المنتجة اجتماعياً تختلف منظوماتها التي تكون الأساس المادي للقانون ، اختلافاً نوعياً عند ما تتشكل كمصدر عام . فالدين وهو مجموعة من القيم مثلاً يختلف عن العرف العادي ، وهذا بدوره يختلف عن اجتهادات الفقهاء وهكذا . بل أننا نؤكد بأن المصدر في عموميته هو نفسه قد يتناقض بتناقض مفسريه ، ولنا في الخلافات الفقهية عند فقهاء الشريعة الإسلامية خير مثال . كذلك الأعراف تتباين وتختلف أحياناً على أساس إثني (عربي) وأحياناً على أساس مكاني أو تاريخي برغم عموميتها . ولكن بالطبع التناقض بين مصدرين يبقى دائماً تناقضاً أساسياً يستعصي على الحلول الوسيطة . فالأديان السماوية الثلاث ذات المنشأ التاريخي الآسيوي أو الشرق أوسطي ، بانتشارها في كل أصقاع الدنيا اصطدمت بالأعراف المحلية الراسخة لشعوب الأماكن الأخرى . ورغم طول فترة وجود هذه الأديان بالمناطق التي وفدت إليها ، إلا أن المجموعات البشرية القاطنة بتلك الأماكن ما زالت تحتفظ بالكثير من الأعراف التي تناقضها وخصوصاً تلك المجموعات التي لم تقبل الدخول فيها كحال مجموعات لا يستهان بها في السودان . ولعل أمر هذا التناقض لا يشغل كثيراً بال المشرع الدستوري ، باعتبار أن المبادئ العامة التي تتيح له وضع نصوص معمة تحكم حياة الجماعة وتنظم مسارها بالاستناد إلى ضمير عام مفترض وقواعد إنسانية كونية تواضع عليها البشر كأساس عام للحقوق والحريات موجودة . وهو يحاول بقدر الإمكان استنباط القواعد الدستورية أخذاً في اعتباره الرقابة الشعبية والحساب السياسي الجماهيري . لذلك بالنسبة للمشرع الدستوري لاتناقض لأن طبيعة واجبه تستلزم أن يقوم بتجريد وتعميم يستند إلى جوهر المبادئ والقيم الاجتماعية وليس مطلوباً منه وضع تشريعات خاصة قابلة للتطبيق المباشر بواسطة المحاكم على الوقائع اليومية المعروضة عليها .

وبالطبع على عكس ذلك تأتي مهمة المشرع العادي الذي يستلزم واجبه التخصيص والتفصيل وإستلهم ما تم تعميمه لمعالجة أوضاع منظوره وإصدار تشريعات قابلة للتطبيق الفوري بواسطة المحاكم . ولدقة وتعقيد هذه المهمة ، درج المشرع الدستوري على النص على المبادئ الدستورية المهمة التي لا يجوز للمشرع العادي مخالفتها وإلا وصم تشريعه بعدم الدستورية مع تحديد الجهة المختصة بالتشريع . ولكنه عزف في العموم عن النص على المصادر المادية (غير المباشرة) للتشريع ، حتى لا يقيد المشرع العادي بمصادر بعينها ويتيح له حرية الرجوع لما يراه عادلا باعتباره مخولا بالتشريع من الشعب الذي إنتخبه - هذا بالطبع في الدول الديمقراطية - أي في دول سيادة حكم القانون . ولاشك في أن الدساتير التي لا تنص على مصادر التشريع المادية ، تجعل الحديث عن التناقض على مستوى الإلزام غير وارد إطلاقاً . وذلك بإعطائها المشرع العادي حق الرجوع لأي مصدر يراه . أي أنها تحل التناقض الأصلي بين المصادر المادية ، بتركها حرية الاختيار للمشرع العادي . أما بعض الدساتير التي تنص على عدة مصادر مادية للتشريع ، فإنها بفعلها ذلك تتيح للمشرع العادي الحق أيضا في انتقاء المصدر الذي يراه مناسبا من ضمن هذه المصادر لإسناد تشريعه إليه ، وبالتالي يكون للتشريع قواه حتى وإن تناقض مع مبادئ مصدر آخر . ولكن يعيب هذه الدساتير أنها تضيق على المشرع العادي بمنعه من الرجوع لأي مصدر آخر سوى ما عددته .

وبالطبع كل أنواع الدساتير المذكورة أي التي لا تعدد مصادر والتي تعددها ، لا تلغى حالة التناقض القائمة بين المصادر بل إنها تكسبها شرعية تجعل التشريعات قابلة للتنوع باستنادها لمصادر مختلفة باعتبار أن هذه المصادر متكافئة من حيث القوة ، ولكنها تتيح الفرصة لحل التناقض عبر تمكين المشرع العادي من الاختيار . وهذه الدساتير تشكل أداة توحيدية لمجتمع متنوع ، يجد قيمه المختلفة في تشريعاته المتعددة فيتحقق جدل الوحدة والتنوع .

وللإلتفاف حول القوة المتكافئة للمصادر المادية ، يلجأ المشرع الدستوري للنص على أن مصدرا ما هو الوحيد أو الرئيسي أو الأصلي للتشريع . وفي حالة وجود نص دستوري يجعل من مصدر ما المصدر الوحيد للتشريع ، يكون المشرع ملزما بالرجوع إلى هذا المصدر فحسب . وفي حالة رجوعه إلى أي مصادر أخرى وإصدار قوانين تتناقض مع وتحالف المصدر المذكور ، تكون هذه القوانين عرضة لإعلان عدم دستوريتها وفقا لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين . كذلك إذا نص الدستور على أن مصدرا ما هو المصدر الرئيسي أو الأصلي ، فإن المشرع العادي ملزم بالرجوع إليه أولا ولا يمكنه استلهم تشريعاته من المصادر الأخرى الفرعية أو الثانوية ، إلا في حالة عدم وجود مبدأ في المصدر المذكور . فإذا قام المشرع بإصدار تشريع يخالف لهذا المصدر بحجة أنه يتجذر في أي من المصادر الأخرى حكم بعدم دستوريته . وفي هذا يقول د.حسن كبره في معرض تعقيبه على المادة الثانية من الدستور المصري ما يلي :- " أصبح النص يقضي بان مبادئ الشريعة الإسلامية هي"المصدر الرئيسي للتشريع " . ومقتضى ذلك أن على

المشرع أن يستلهم في المقام الأول مبادئ الشريعة الإسلامية"^{٤٥}. ويبيدي د. رمضان أبو السعود رأياً آخر حول نفس النص حين يقول :- "ويلاحظ أن صياغة المادة الثانية من الدستور سيفتح المجال لتسرب بعض القواعد القانونية المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية إلى القانون المصري . فالمشرع يقول أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، الأمر الذي يفهم منه أنه قد توضع بعض القواعد وتستلهم من مصادر أخرى فرعية . وقد تكون هذه القواعد مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية. لذلك ونظراً لأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي مبادئ صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان ، فلقد كان الأجدر اعتبارها مصدراً وحيداً غير مباشر للقانون المصري"^{٤٦} . وبالطبع هذه الرؤية خاطئة تماماً ، إذ أن النص على أن مصدراً ما هو المصدر الرئيسي للتشريع ، يلغي تماماً افتراض التكافؤ بين المصادر من حيث القوة . فالمصدر الرئيسي يصبح المصدر واجب الاستلham بواسطة المشرع العادي أولاً ، ولا يجوز له تحطيه إلى ما سواه إلا في حالة عدم وجود مبدأ يمكن استلhamه منه . أي أن النص بشكله هذا يربط المصادر ترتيباً ملزماً للمشرع بحيث لا يستطيع تعدي الرئيسي أو الأصلي للفرعي أو الثانوي بغرض تشريع ما يخالفه . وبالتالي يصبح أي تشريع مستلهم من المصادر الأخرى غير المصدر الرئيسي غير دستوري في حالة مخالفته لمبادئ المصدر الرئيسي . وهذا عين ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية حين قررت أن وجوب استلham مبادئ الشريعة الإسلامية قيد فرضه الدستور على المشرع ، بحيث إذا خالفه بسن تشريع متعارض مع تلك المبادئ فإنه يقع بذلك في محذور عدم الدستورية^{٤٧} .

باختصار نستطيع أن نقول أن حل التناقض بين المصادر المادية على المستوى الدستوري يتم إما عبر ترك الحرية للمشرع العادي في اختيار ما يشاء من مصادر وذلك بالسكوت عن تعدادها أو بذكر العديد منها ، وإما بإلغاء مبدأ التكافؤ بين المصادر لمصلحة أحد هذه المصادر ، حيث يتم الإلغاء بتفضيل مصدر بعينه وجعله المصدر الوحيد أو الرئيسي أو الأصلي للتشريع ، مما يجعل وجود بقية المصادر نفسه وجود تكميلي حيث يتم الركون إليها فقط عند غيبة المبدأ الذي يمكن استلhamه في المصدر المفضل . وفي ما عدا ذلك يكون وجود بقية المصادر عديم الجدوى لأن كل التشريعات التي تصدر بالاستناد إليها يتم معايرتها بمبادئ المصدر المفضل وبالتالي يعلن عدم دستوريته . بمعنى أن تفضيل المصدر المادي أيما كان يعني أن هذا المصدر هو المقدم الذي حسم التناقض لمصلحته مهما كان شكل ورود هذا التفضيل .

هذا فيما يخص حسم التناقض على مستوى نشاط المشرع الدستوري ، أما على مستوى المشرع العادي حين يسن قوانينه فإن الأمر يختلف قليلاً . فبالرغم من تماثل وسيلة حل التناقض عند غياب النص على مصادر بعينها وبالتالي ترك الخيار للمحاكم للرجوع إلى مآثره مناسباً من المصادر ، إلا أن ورود نص يعدد المصادر التي يجب الرجوع إليها يقود إلى نتائج تخالف أثر هذا الورد على مستوى الدستور . إذ أن أمر التناقض يحسم تماماً حينما يتم تحويل المصادر المادية لمصادر رسمية تبعية . فبمجرد النص على أن المصادر المحددة التالية يجب الرجوع إليها في حالة عدم وجود نص ، يصبح ترتيب هذه المصادر حسب

ورودها ملزماً ولا يجوز للمحكمة التي تقوم بعملية استنباط الحكم المطلوب تجاوزه . وكمثال لمثل هذا النوع من التشريعات ، ثبت نص المادة ٦٢ (٢) من قانون الإجراءات المدنية لعام ١٩٨٣م والتي تنص على انه "في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت في قضاء السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم" . والنص يقيد المحكمة بالرجوع الى الشريعة الإسلامية أولاً ثم السوابق القضائية ومن ثم العرف وأخيراً العدالة والوجدان السليم عند غياب النص التشريعي . وبالطبع لم يكن المشرع في حاجة للنص على أن الترتيب أعلاه ملزم وأنه ينقض ويلغي مبدأ تكافؤ المصادر المذكورة . ولكن درجت بعض التشريعات لمزيد من التأكيد ، على النص على إلزامية الترتيب بالتصريح بالأولوية نصاً . وخير نموذج لهذه التشريعات نص المادة الثانية من القانون المدني المصري التي تنص على مايلي :- "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" .

ان ترتيب المصادر في المادة الثانية من القانون المدني هو ترتيب ملزم ، بمعنى أنه إذا وجد - في خصوص نزاع معين - حل في التشريع وآخر في العرف ، فإنه يجب اتباع الحل الوارد في التشريع دون الحل الوارد في العرف . وإذا لم يوجد حل في التشريع ووجد حل في العرف وآخر في الشريعة الإسلامية ، فإنه يجب اتباع الحل الوارد في العرف دون الحكم الوارد في الشريعة الإسلامية وهكذا . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بأنه ليس يقصد من جمع المصادر على هذا النحو إلى مجرد تعدادها ، بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق . . ولذلك يخلق بالقاضي أن يلتمس الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولاً متى وجد الحكم فيه أو استخلص منه تعين أن يطبقه وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد ٤٨٠

وبالرغم من أن نص هذه المادة قصد به حل التناقض بالمفاضلة بين المصادر حسب ترتيبها ، إلا أننا نجد مفارقة أساسية في النص على أولوية العرف على الشريعة الإسلامية ، وذلك لأن العرف كمصدر مستقل قد يتضمن حكماً مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية يلزم النص المحكمة بتطبيقه في حين أن الدستور المصري حسم التناقض لمصلحة الشريعة الإسلامية، وهذا بالطبع يعني ان هذا النص عرضة للطعن بعدم الدستورية . وبالنظر للمشرع السوداني نجد أيضاً لجأ إلى تعداد المصادر الرسمية للقانون في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م حاسماً التناقض لمصلحة الشريعة الإسلامية وفقاً للترتيب الوارد في المادة (٣) منه . وهذا الأمر سوف نعرض له بالتفصيل في حينه .

يلاحظ مما سبق أن النص على المصادر، سواء أكان على مستوى دستوري أو قانوني ، يهدف الى حسم التناقض بين المصادر . ولكنه نادراً ما يعرض لمسألة حل التناقض داخل المصدر الواحد نفسه. فالمصدر في ذاته قد تتناقض فيه الحلول التي يقدمها للمسألة المعروضة . وخير مثال لذلك في الشريعة الإسلامية

التناقض بين المذاهب بل التناقض في مذهب واحد مثل المذهب الشافعي . كذلك تتناقض الأعراف ولا تسلم التشريعات من هذا التناقض .

ففي ما يخص العرف عادة يقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام ، أما بالنسبة للدين فلا مناص من تحديد المذهب الذي تسود أحكامه عند التعارض أو ترك الخيار للقاضي ليختار الأنسب حسب كل حالة على حده . أما في ما يخص التشريعات بشقيها الدستوري والقانوني ، فإن التعارض يرفع عبر آلية التفسير . إذ لا يجوز تفسير النصوص الدستورية والقانونية ، إلا إذا كان هناك تعارض بين الأحكام أو الإجراءات أو التصرفات في مسألة أو مسائل دستورية أو قانونية معينة اعتباراً إلى أن التفسير المطلوب من المحكمة العليا يرد به أن يكون ضماناً لوحدة التطبيق ٤٩ . وبالطبع تحظى القوانين باهتمام بتفاصيل قواعد تفسيرها باعتبار أن التناقض بينها أرجح من التعارض بين القواعد الدستورية . لذلك تم تخصيص قانون تفسير القوانين والنصوص العامة لسنة ١٩٧٤م لرفع التعارض وحل التناقض بين القوانين . فموجب نص المادة (٦) من القانون المذكور ، حسم التناقض لمصلحة الدستور عند تعارض أحكام قانون ما مع أحكامه . كذلك حسم التناقض لمصلحة القانون اللاحق على القانون السابق بالقدر الذي يزيل التعارض بينهما . وموجب نفس نص المادة تم اعتبار أي قانون خاص أو أي حكم خاص بأي مسألة في أي قانون استثناءً من أي قانون عام أو نصوص عامة في أي قانون يحكم تلك المسألة .

باختصار نستطيع أن نلخص ما سبق في أن هناك سبيلين لحل التناقض بين مصادر القانون يتراوحان بين التقييد والإطلاق سواء على مستوى الدستور أو القانون . فسكوت الدستور عن الإشارة إلى مصادر التشريع - وهو أمر شائع - ، يعني تفويض المشرع العادي في حسم التناقض الأصلي بين المصادر باختياره لمصدر ما وترفع قواعده عبر آلية التشريع ليصبح مصدراً رسمياً للقانون . وتعداد المصادر بنص دستوري لا يلغي تكافؤها ولكنه يضيق ويقيّد مساحة الاختيار بالنسبة للمشرع العادي . أما على مستوى القانون أو التشريع ، فإن سكوت المشرع العادي عن إيراد نص يحدد المصادر التي يجب الرجوع إليها في حالة غيبة التشريع ، يعني حل التناقض عبر تفويض المحاكم باختيار ما تراه مناسباً من المصادر للفصل في النزاع المعروض عليها . ولكن في حالة وجود نص قانوني يعدد هذه المصادر ، تصبح المحكمة مقيدة بالرجوع إلى هذه المصادر حسب ترتيب ورودها بالنص المذكور . فالترتيب في هذه الحالة يحسم التناقض لمصلحة المصدر الذي يجرى أولاً . ولحل التناقض بين التشريعات المختلفة أو بين نصوص التشريع الواحد ، تقوم المحكمة المختصة بتفسير القانون بالقيام بعملية التفسير لرفع التعارض وفقاً للقواعد المشار إليها آنفاً .

الفصل الثاني

مصادر القانون في النظام القانوني السوداني

المبحث الأول :-

مصادر القانون في النظام السوداني قبل تشريعات عام ١٩٨٣ م :-

دراستنا لمصادر القانون في السودان قبل تشريعات عام ١٩٨٣ م ، الهدف منها توضيح طبيعة هذه المصادر وموقعها في النظام القانوني -إن وجد- . كذلك سوف نتحرى آليات حسم وحل التناقض فيما بين المصادر على المستويين الدستوري والقانوني ، ليتبين طبيعة الأثر الذي رتبته الدساتير والقوانين في هذا المنحى . وبما أنه من المعلوم أن السودان لم يعرف ظاهرة الدساتير إلا خلال فترة الاستعمار الثنائي الإنجليزي / المصري ، فمن الطبيعي ان نقصر دراستنا حول الدساتير إبتداءً من هذه الفترة وحتى التاريخ المذكور أعلاه . وهذا الأمر ينسحب بالطبع على القوانين التي قننت لتراتبية المصادر باعتبار أن فترة الاستعمار كانت فترة تأسيسية ، مع التأكيد على ان التركيز على هذه الفترة لایمنع من الإشارة عرضاً لما سبقه - متى كان ذلك ضرورياً - . عليه نستطيع أن نوجز دراستنا للمصادر في الفترة المعنية فيما يلي :-

مصادر القانون في الدساتير الصادرة قبل العام ١٩٨٣ م :-

من المعلوم أن دستور السودان لسنة ١٩٥٦م هو أول دستور سوداني استقل السودان على أساسه وتبناه أعضاء مجلس الشيوخ والنواب في جلسة مشتركة . ويبدو أن الدستور المذكور جاء متأثراً بطبيعة نشأته التي من الممكن إرجاعها لعاملي السرعة وهيمنة الفكر القانوني البريطاني . فاستعجال المجلسين المذكورين أعلاه لإعلان الاستقلال من داخل البرلمان إثر تطورات سريعة بالإضافة الى وجود قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣م الذي أسس للاستقلال ، ساعدا في تحفيز هيمنة التصورات الليبرالية على الوثيقة الدستورية المذكورة . ونتج عن كل ذلك أن الدستور المشار اليه جاء خالياً من أي نص يشير مجرد إشارة لمصادر القانون أو التشريع أسوةً بغيره من الدساتير المكتوبة بالدول البرلمانية الغربية . ولعله من المفيد أن نشير أيضاً الى غياب الحافز السياسي الذي يؤسس لصراع حول طبيعة الدولة والقوانين الواجب تطبيقها إستناداً إلى وحدة الهدف حينها الذي وحد الرؤى وأجل الصراع وهو طرد الاستعمار وبناء دولة مستقلة . كل ذلك ساهم في أن يأتي الدستور خلواً من نص أو نصوص تتعامل مع مصادر القانون أو تنتصر لأحد هذه المصادر في مواجهة المصادر الأخرى . فالمشرع الدستوري ترك الخيار مفتوحاً أمام المشرع القانوني لينتقي أي من مبادئ المصادر المادية أو التاريخية ويسند إليها تشريعه ، وهو بالتالي اختار طريق تفويض المشرع القانوني في حسم التناقض لمصلحة المصدر الذي يراه مناسباً في كل حالة على حده ، أي أنه ترك الباب مفتوحاً على مصراعيه أمام المشرع البرلماني المفوض ليقوم بوظيفته التشريعية بحرية كاملة

دون وجود أي نص توجيهي يحدد مجرد تعداد مصادر القانون ناهيك عن ترفيع مثل هذه النصوص التوجيهية الى مستوى موضوعي يحسم التناقض لمصلحة مصدر ما .

وبالانتقال لدستور جمهورية السودان لعام ١٩٦٤م والذي اشتهر بأنه دستور السودان المعدل في إشارة الى انه استند بالأساس لدستور العام ١٩٥٦م الذي عطله إنقلاب ١٩٥٨م ، نجد أنه أول دساتير السودان قاطبة نصاً على مصادر التشريع . وفي تقديرنا ان هذا التعديل لم يتم إدخاله بالمصادفة، بل انه يعكس إتجاه تطور الصراع السياسي في السودان ومدى فرز القوى الذي حدث بعد خروج الاستعمار وهو يلخص بوضوح أزمة السياسة السودانية والخلافات الجذرية حول طبيعة الدولة. وبرغم ان النص المعني قد جاء بعد انتفاضة أو ثورة أكتوبر للعام ١٩٦٤م والتي وحدت القوى السياسية حول حد أدنى هو إسقاط الحكم العسكري ، إلا أنه يعكس مدى هشاشة هذه الوحدة ويوضح بل يرهص إن شئنا الدقة بمدى عمق الاختلاف . والنص المشار اليه هو نص المادة (٣٦) من الدستور التي نصت على مايلي :-

تستوحي مصادر التشريع السوداني الأساسية مبادئ ونظريات الإسلام والعادات الحسنة التي لا تتعارض مع قواعد الإنصاف والعدل الفطري والضمير السليم .

وإذا تجاوزنا غرابة أن ينص بأن المصادر هي التي تستوحي مبادئ ما بدلاً من جعل هذه المبادئ نفسها مصدراً للتشريع ، فإننا نجد أن النص بعمومه جاء عاماً وغامضاً بمستوى كافٍ لاعطاء المشرع العادي حرية واسعة . وذلك لأن صياغة النص بشكلها المائل تعطي المشرع المذكور الحق في إخضاع مبادئ ونظريات الإسلام والعادات الحسنة معاً لقواعد الإنصاف والعدل الفطري والضمير السليم . أيضاً ان النص جعل من مبادئ ونظريات الإسلام مصدراً يُستوحي منه ولم يجعل من تشريعات الإسلام هذا المصدر ، والفرق بالطبع كبير وشاسع . فالمبادئ والنظريات دائماً تكمن فيما وراء النص التشريعي وهي عامة قد تشترك مع مبادئ أو نظريات أخرى على عكس التشريع الذي يقنن المبادئ ويفصلها . كذلك أشار النص الى العادات الحسنة وهذه الإشارة غامضة لأنها قد تنصرف إلى العادة الاتفاقية وليس العرف كما أنها وفي كل الأحوال تركت للمشرع العادي الحق في تكييف العادات من حيث أنها حسنة او غير حسنة ومن ثم إخضاعها لقواعد الإنصاف . وفوق ذلك لم يقدم النص مصدراً على آخر بل ترك القوة المتكافئة للمصادر على حالها . وبالرغم من أنه من حيث الشكل وصف المصادر بالأساسية ، إلا انه في تقديرنا لم يقلل من دور أي مصدر مفترض طالما أن المشرع بالخيار في إخضاع جميع المصادر لقواعد الإنصاف والعدل الفطري والضمير . أي أنه بالإمكان القول أن النص المذكور جعل من قواعد الإنصاف والعدل الفطري والضمير السليم مصدراً أساسياً وحكماً. وهذا لايعني الانتصار لمصدر بعينه لان القواعد المذكورة يصح أن تشمل على جميع المصادر مع المحافظة على تكافؤ قوتها .والفيصل في

طبيعة هذا النص ، هو وروده ضمن نصوص الفصل الثالث من الدستور التي وردت تحت عنوان المبادئ الموجهة لسياسة الدولة وأولها نص المادة (٢٠) التي تنص على مايلي :-
"النصوص التي يحتويها هذا الفصل غير ملزمة دستوريا ومع ذلك فان المبادئ التي تضمنتها تعتبر أساسية في إدارة البلاد وينبغي مراعاتها عند سن القوانين" .

وهذا بالقطع يعني أن نص المادة (٣٦) المشار إليه آنفا هو نص توجيهي وليس نصا موضوعيا . أي انه من غير المتاح التقدم بطلب لإعلان عدم دستورية تشريع ما في حال مخالفته لهذا النص . فالأمر لا يعدو حالة كونه توجيهيا للمشرع العادي ، لأن يستصحب هذه المبادئ حين تصديده لمسألة تشريعية ما . وذلك لأن المراعاة في ظل النص صراحةً علي عدم الالتزام ، تعني فقط الاحترام الأدبي ومجرد الاستئناس ليس إلا .

الخلاصة هي أن نص المادة المذكورة في تقديرنا لايعتبر قيديا علي سلطة المشرع العادي ، بل يظل الأخير حرا في اختيار مصادر تشريعه وفي الانتصار لأي مصدر يراه مناسباً حاسماً للتناقض الأصلي لمصلحته . أي أن مشرع دستور سنة ١٩٦٤م علي الرغم من انه أول من سن سنة النص علي مصادر التشريع بالسودان ، إلا أنه اجتهد ما استطاع في عدم تقييد حرية المشرع العادي . إذ أنه وضع نصاً فضفاضاً واسعاً يحتمل التفسير لمصلحة حرية المشرع العادي حيث لم ينتصر لأي مصدرٍ علي مصدرٍ آخر ، وكذلك نص صراحةً علي أن هذا النص نصاً توجيهياً لايلزم المشرع العادي وعلي الأخير فقط مراعاته . - أي استصحابه والاستئناس به - عند القيام بعملية التشريع . ولكن في كل الأحوال يشكل النص المذكور خطوة إلى الوراء بالانتقال من حرية التشريع المطلقة المتروكة للمشرع العادي في حدود عدم مخالفة النصوص الموضوعية للدستور ، إلى حرية مقيدة نسبياً قيدها هو الاحترام الأدبي للمبادئ الأساسية والموجهة المنصوص عليها في الدستور . وهذا القيد وان بدا شكلياً ، إلا أنه يظل قيدياً أخلاقياً يقلل ضمير المشرع العادي في حال مخالفة المبادئ المنصوص عليها وهو علي أية حال شكل مرحلة في طريق تحويل طبيعة الدولة السودانية .

وبالرغم من أن مشروع دستور جمهورية السودان سنة ١٩٦٨م لم يصبح دستورا ، إلا أننا نجد أنفسنا مجبرين علي مناقشته لأهميته . فالمشروع كان علي وشك أن يصبح دستورا ، كما انه تميز بموقف واضح وجديد كل الجدة فيما يخص موضوع مصادر القانون او التشريع ، إذ أنه عالج الموضوع في ثلاث مواد كاملة جاءت بالفصل تحت عنوان "الإجراءات التشريعية" ونصت علي مايلي :-

المادة ١١٣ - الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لقوانين الدولة .

المادة ١١٤ - يعتبر باطلاً كل نص في أي قانون يصدر بعد إجازة هذا الدستور ويكون مخالفاً لأي حكم من أحكام الكتاب والسنة إلا إذا كانت تلك المخالفة قائمة في جوهرها قبل إجازة الدستور .

المادة ١١٥- على الدولة أن تصدر من التشريعات ماتعدل به جميع القوانين التي تعارض أي حكم من أحكام الكتاب والسنة وماتنفذ به أحكام الشريعة التي كانت معطلة علي أن تصدر تلك التشريعات بالتدرج الذي تقتضيه الضرورة وفق مايرى المشرع .

ويتضح من هذه النصوص إن المشرع الدستوري كان راغبا في تثبيت مصدر وحيد للتشريع حسم التناقض لمصلحته كليا هو الشريعة الإسلامية . وبقراءة المواد مجتمعة ، من الممكن القول بأنه كان يقصد بالشريعة الإسلامية الكتاب والسنة والأحكام الواردة بهما . والقارئ لنص المادة (١١٤) يدهشه استثناء القوانين الصادرة قبل صدور الدستور من البطلان في حال مخالفتها لأحكام الكتاب السنة . ولكن سرعان ما تأتية الإجابة عند قراءة نص المادة (١١٥) التي أوجبت علي الدولة أن تصدر من التشريعات ماتعدل به جميع القوانين التي تعارض أي حكم من أحكام الكتاب والسنة وماتنفذ به أحكام الشريعة التي كانت معطلة . فالغرض من استبعاد القوانين الصادرة قبل الدستور من البطلان بالمخالفة لقواعد نظرية دستورية القوانين ، هو استبعاد دور السلطة القضائية ممثلة في محكمتها الدستورية في معالجة البنية التشريعية . والسبب شديد الوضوح وهو رغبة القوى السياسية التي أعدت مشروع الدستور ، في تغيير طبيعة الدولة شيئا فشيئا إلى دولة دينية وفقا لنظرية التدرج في التشريع . وهذا ماصرحت به في عجز نص المادة (١١٥) حين وجهت بأن تصدر التشريعات بالتدرج الذي تقتضيه الضرورة وفق ما يرى المشرع . فعلى عكس قواعد الدستورية ، أرادت القوى السياسية المعنية الاحتفاظ بمسألة معالجة القوانين المخالفة لدستورها المزمع إصداره ، في إطار سياسي محض يسمح لها بتقدير الأوقات المناسبة لتعديل القوانين بدلا من إبطالها بحكم دستوري . وذلك لان المحكمة الدستورية ، لاتستطيع ان تراعى الظروف السياسية ومدى ملاءمتها من عدمه حين تنظر طعنا دستوريا ما . فما يهمها هو مدى دستورية التشريع المطعون فيه من عدمها ، وبالتالي تصدر أحكامها بغض النظر عن ملاءمة الظرف السياسي من عدمه . عموما ان النصوص بمآلتها التي عليها تجعل من الممكن القول بان المشروع برغم انتصاره للشريعة الإسلامية ووضعها مصدراً وحيداً وأساسياً للتشريع، إلا أنه باستثناء القوانين التي صدرت قبل الدستور من البطلان يجعل القول بوجود مصادر أخرى للتشريع أمراً صحيحاً . وصحة هذا القول على مستوى نظري ثابتة ، إذ ان النصوص خلقت وضعاً شاذاً يسمح بوجود قوانين تخالف المصدر الرئيسي والأساسي للقانون وتجد أساسها في مصادر أخرى بالطبع ، الى حين ان يقوم المشرع العادي بتعديل تلك القوانين . وبما ان الدستور او المشروع نفسه - إن شئنا الدقة - ترك مسألة التعديل لتقدير المشرع العادي وفقاً لمبدأ التدرج استناداً لمدى ملاءمة الظروف السياسية ، يصبح من حقنا أن نقول بان المشروع قن وجود مصادر أخرى برغم انه نص على ان الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي . وبما ان المشروع يقر بوجود قوانين مخالفة للمصدر الأساسي ويعطيها مشروعية - ولو الى حين - ، فانه يعطي المصادر الثانوية التي لا يجوز أن تعلو أو تكافئ المصدر الأساسي سمة العلو على ذلك المصدر وهذا وضع شاذ .

فالمشروع حسم التناقض بين المصادر لمصلحة الشريعة الإسلامية ، وأكد ذلك بتحويل النص من نص توجيهي إلى نص موضوعي جزاء مخالفته البطلان أو عدم الدستورية ، ونقل النص نفسه من بين النصوص التي تشتمل على المبادئ العامة الموجهة لسياسة الدولة ووضعه بين نصوص إجراءات التشريع . وبالطبع لم يكن نقل النص المذكور من مكان إلى آخر عبثاً . فمشروع المشروع أراد أن يوضح أن النص لم يعد توجيهياً بأية حال وبالتالي لا يصح وروده ضمن النصوص التوجيهية . ولكننا نظن إن النص كذلك ليس إجرائياً وإيراده ضمن إجراءات التشريع لم يكن دقيقاً ، بل كان الأحرى بالمشروع أو معد المشروع — إن شئنا الدقة — أن يعدل عنوان الفصل المعني ليصبح مبادئ وإجراءات التشريع بدلاً من قصره على الإجراءات التشريعية فقط . فقضاري القول ان مشروع دستور العام ١٩٦٨ م ، رعى إلى حسم التناقض لمصلحة الشريعة الإسلامية وبإلغاء حرية الاختيار التي تمتع بها المشرع السوداني العادي منذ فجر الاستقلال وحتى ذلك التاريخ . ولكنه إدراكاً منه لصعوبة التحول تبني موقفاً شاذاً أعطى المصادر الأخرى سموً على المصدر الأساسي لحين تصدي المشرع العادي للقوانين بالتعديل حتى تتواءم مع قواعد ونصوص المصدر المذكور . أي أن المشرع في سبيل تحقيق أهدافه السياسية ، تبني موقفاً مخالفاً لصحيح القواعد الخاصة بالعلاقة بين مصادر التشريع ومدى تكافؤهما وكيفية حسم التناقض لمصلحة بعضها على البعض الآخر . فهو بالرغم من حسمه التناقض صراحة لمصلحة الشريعة الإسلامية ، إلا أنه أرجأ هذا الحسم عملياً وتركه في يد المشرع العادي . والمعلوم ان مناقشة المشروع المذكور ، لاتعني إعطاءه حجماً أكبر من حجمه باعتبار انه لم يصبح دستوراً . ولكنها تظل مهمة لمتابعة الموقف من مصادر التشريع برصد المحاولات المختلفة لتقنينها ولذلك فضلنا مناقشته قبل مناقشة الدستور الدائم لسنة ١٩٧٣م الذي أعقب دستور العام ١٩٦٤م اثر انقلاب ٢٥ مايو ١٩٦٩م العسكري .

وبالانتقال لدستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م نجده نص في المادة (٩) منه على مايلي : - " الشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع والأحوال الشخصية لغير المسلمين يحكمها القانون الخاص بهم " . ووفقاً لنص هذه المادة هنالك ثلاث مصادر مختلفة للتشريع اثنان منهما عامان والثالث خاص . فالشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع وقانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين مصدر لقانون الأحوال الشخصية المذكورة فقط . وخصوصية المصدر الأخير ربما هي بالذات التي تكسبه قوة مكافئة للمصدرين الأولين بالإضافة إلى وصف المشرع للمصدرين المذكورين بأنهما مصدران رئيسيان وليس المصدران الرئيسيان . فالألف واللام يشكلان علامة فارقة عند فقهاء القانون باعتبار أنهما أداتا نسب للمعلوم يحسمان التناقض لمره وإلى الأبد لمصلحة المصدر المعترف . فالقول بان مصدراً ما هو المصدر الرئيسي أو الأساسي يعني أولويته بصفة قاطعة ، بينما لايعني النص بان مصدراً ما هو مصدر رئيسي أو أساسياً غياب مصادر رئيسية أو أساسية أخرى وان لم ترد في النص . والناظر للنص الوارد أعلاه ، يجد أن الشريعة الإسلامية والعرف مصدران متكافئان من حيث القوة لا يقدح في تكافؤهما ورود

الشريعة الإسلامية أولاً . وبرغم وصفهما بأنهما مصدران رئيسيان ، يظل المصدر الثالث – أي قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين – مصدراً مكافئاً لهما من حيث القوة وإن كان دونهما من حيث نطاق استنباط الأحكام منه . وبالطبع أن غياب الألف واللام يجعل من الممكن القول مع الرأي الراجح فقها أن المشرع العادي يستطيع أن يستنبط أحكامه من أي مصادر أخرى وإن كانت غير وارده بالنص المشار إليه أعلاه . غير أنه لا يستطيع أن يستنبط أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من مصدر غير القانون الخاص بغير المسلمين وهذا يستلزم بالطبع تحديد هذا القانون على سبيل القطع . وإن كنا نرى أن مجرد النص على أن الشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان يستلزمان رغبة المشرع في تقديمهما على ما سواهما من مصادر ويجعل المشرع العادي أمام التزام أخلاقي وليس دستوري بتحري هذه الرغبة . أي أن المشرع العادي في غير الحالات الخاصة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين ، هو بالخيار في الرجوع للشريعة الإسلامية أو العرف باعتبارهما مصدران رئيسيان للتشريع أو الرجوع لأي مصدر آخر يراه مناسباً استناداً إلى مبدأ التكافؤ الأصلي بين المصادر . وهذا يعني أن نص المادة (٩) المشار إليه قد حسم التناقض فقط في حالة الأحوال الشخصية لغير المسلمين بينما ترك المشرع العادي بالخيار فيما عدا ذلك مع وضع واجب أخلاقي على عاتقه بالأخذ بعين الاعتبار الشريعة الإسلامية والعرف باعتبارهما مصدران رئيسيان للتشريع متكافئان من حيث القوة ولا يستبعدان ماعداهما من مصادر .

مصادر القانون في التشريعات الصادرة قبل العام ١٩٨٣ م :-

قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠ م ، كان أول قانون يعالج مسألة مصادر القانون في السودان في مادته بالرقم (٣) و (٤) . إذ نصت المادة (٣) على أنه في حالة عرض أي نزاع يتعلق بالتركات والإرث والوصاية والقوامة والهبّة والزواج والطلاق والعلائق الأسرية والوقف ، فإن قاعدة الفصل التي تطبقها المحاكم تكون :-

١- العرف السائد بين أطراف النزاع ما لم يكن العرف مخالفاً للعدالة أو حسن الآداب ، وما لم يكن قد عدل أو الغي أو أعلن بطلانه من محكمة مختصة بموجب هذا القانون أو أي قانون آخر ساري المفعول.

ب- الشريعة الإسلامية إذا كان الخصوم مسلمين ما لم تعدل بالعرف على ما سبق ذكره في الفقرة (١) أعلاه .

وكان مدار النزاع منصباً حول تفسير كلمة " العرف " فهناك عدد كبير من الطوائف الأجنبية في السودان ، نشأت فيما بين أفرادها منازعات أو خصومات تعلقت بالروابط العائلية أو الشخصية . وفُسر المحاكم تفسيراً واسعاً لكلمة العرف الواردة في المادة (٣) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠ م والمادة (٥)

المطابقة لها في قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩ م ، بحيث شملت المبادئ الدينية والقواعد العامة التي تطبق على الأفراد أو القانون الشخصي وليس العرف المحلي المستمد أصلاً من العادات في السودان . (٥٠)

والواضح من النص انه يقدم أحكام المحاكم المعدلة أو المبטلة للعرف أو تلك التي ألغته على العرف نفسه . ولكن ذلك لا يقدح في أهمية العرف كمصدر للقانون وفقاً لهذا النص . إذ أنه في حالة الخلاف بين أحكام الشريعة والقانون العرفي في نزاع يعرض أمام المحاكم المدنية ، تسود أحكام القانون العرفي إعمالاً لأحكام المادة (٥) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩ م (مطابقة لنص المادة (٣) أعلاه) . ولكن في الواقع أنه ليست هناك سابقة دالة على اتباع ذلك في هذا المنحى . (٥١)

ولعله يصح أن نعزو عدم وجود مثل هذه السابقة إلى أن النص مختص لقانون الأحوال الشخصية فقط في حال أنها عرضت على المحاكم المدنية وكان أطراف النزاع مسلمين . وذلك لأن الخصوم المسلمين اعتادوا على رفع دعاوهم الخاصة بالأحوال الشخصية أمام المحاكم الشرعية التي كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية . ويعتبر المصدر الوضعي الأساسي لتطبيق أحكام الشريعة هو مانص عليه قانون المحاكم الشرعية السودانية الصادر في سنة ١٩٠٢ م الذي شكلت بموجبه المحاكم الشرعية والذي نص على تفويض قاضي القضاة في إصدار اللوائح الشرعية والمنشورات .

ونصت لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية السودانية الصادرة في سنة ١٩١٦ م على أن يكون العمل في جميع المحاكم الشرعية على المرجح من آراء فقهاء الحنفية إلا في المسائل التي يصدر فيها قاضي القضاة منشورات أو مذكرات قضائية فإنه يعمل فيها بما ينص قاضي القضاة على العمل به من آراء فقهاء الحنفية أو غيرهم من أئمة المسلمين في التشريع ٥٢ .

ويتضح من ذلك أن القانون واللائحة عالجاً حالتي وجود النص وغيبته معاً ، بحيث تلتزم المحاكم في حالة وجود النص بمنشور أو مذكرة قضائية بتطبيق النص ، كما تلتزم بالرجوع إلى المرجح من آراء فقهاء المذهب الحنفي عند غيبة النص . وهذا بالطبع يعني ألا مكاناً لتطبيق نص المادة (٣) المشار إليها آنفاً بالمحاكم الشرعية ، وبالتالي يظل تقديم العرف على الشريعة الإسلامية نظرياً ينتظر عرض المنازعات أمام المحاكم المدنية التي لها الحق في أن تحيل المتنازعين للمحاكم الشرعية بقدر ما تمتلك الحق في الفصل في النزاع على أساس مبدأ الخضوع .

ولكن برغم كل ذلك يظل نص المادة (٣) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠ م نافذاً وملزماً في ترتيبه لمصادر القانون حتى تاريخ إلغائه واستبداله بنص المادة (٥) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩ م المطابق له . والنصان يجعلان من أحكام المحاكم المعدلة أو المبטلة أو الملغية للعرف مصدراً أولاً للقانون ، يليه العرف ومن ثم تأتي الشريعة الإسلامية في ذيل القائمة من حيث الترتيب . هذا بالطبع فيما يخص

الأحوال الشخصية فقط ، والتي نقدم مناقشتها على بقية فروع القانون لا لشيء آخر غير ورود النص الذي عالج أمر مصادرها أولاً من حيث الترتيب .

فبكل المقاييس كان نص المادة (٤) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠م المطابق لنص المادة (٩) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م أكثر أهمية لأنها عاجلت مسألة المصادر الاحتياطية للقانون في حالة غيبة النص . وتأني أهميتها من حقيقة ان غيبة النص في القانون المدني بكل فروعه كانت هي الحالة الأصلية طوال الفترة الاستعمارية مع بعض إستثناءات تخص قوانين ملكية الأراضي والكمبيالات والإفلاس وبعض الأمور الأخرى . فالمادة تقرأ كما يلي :- في الحالات التي لم يرد بشأنها نص تشريعي في هذا القانون أو أي قانون آخر ساري المفعول تطبق المحكمة ما من شأنه تحقيق العدل والإنصاف والوجدان السليم ، وعلى هذا فان المادة ٩ (٤) سابقاً) تعطي المحاكم المدنية سلطة تشريعية واسعة عن طريق الأحكام القضائية التي تصدرها لكي تسد الثغرات في القانون التي لم يوجد لها المشرع حكماً في نص تشريعي صريح . وتعتبر سلطة المحكمة بموجب هذه المادة ، سلطة أساسية ومن ثم فهي أوسع من السلطات الطبيعية المخولة للمحكمة بموجب المادة ٢٢٦ من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م . ٥٣ .

لقد اعطيت المحاكم سلطة مطلقة بموجب المادة (٩) من قانون القضاء المدني ، لكي تصدر تشريعاً ملزماً وتطبقه على أطراف الخصومة في الحالات التي لم يرد فيها نص في القانون السوداني ، بشرط أن يكون قرارها في هذا الشأن موافقاً لمقتضى العدل والإنصاف والوجدان السليم ٥٤ . ولكن ما يهم هو التأكيد على أنه قبل أن تقوم المحكمة بتطبيق ما من شأنه تحقيق العدل والإنصاف والوجدان السليم ، فإنه يجب عليها أن تحرص على التحقق من عدم وجود قانون سوداني واجب التطبيق على النزاع المعروض أمامها ، سواء كان قانوناً صادراً من السلطة التشريعية أو لائحة أو قراراً من محكمة مختصة أو عرفاً قديماً ٥٥ ، كما يقول الأستاذ ناتالي ألواك . وإن كنا نتحفظ على ورود العرف القبلي ضمن ما يجب أن تطبقه المحكمة قبل استخدام سلطتها التشريعية . وذلك لأن العرف لا يلزم المحكمة إلا في الأمور الخاصة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين وفي حدود تعديله للشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة (٣) أو (٥) لاحقاً المشار إليها آنفاً . أما فيما عدا ذلك فإن تطبيق العرف نفسه يخضع لقواعد العدل والإنصاف والوجدان السليم . قصارى القول أن النصوص المشار إليها (أي المادتين أفتي الذكر) ، وضعت ترتيبية واضحة لمصادر القانون كما تطبقه المحاكم السودانية في فترة سريانها . وهي شأنها شأن أي مواد مماثلة جعلت التشريع المصدر الأول للقانون . بحيث لا يصح للمحكمة أن تتجاوزته إلى سواه في حالة وجوده . وبتمليكها سلطة التشريع للمحاكم في حالة غيبة النص ، جعلت من أحكام المحاكم مصدراً ثانياً يأتي بعد التشريعات المقننة . وهذا يعني أن العرف كمصدر يأتي ثالثاً في غير أمور الأحوال الشخصية بإعتبار أنه يخضع من حيث الاعتماد لسلطة المحاكم التشريعية في حالة غيبة النص . ولكن برغم هذه الترتيبية

التي تجعل التشريع المصدر الأول من حيث الترتيب ، إلا أن السودان قد عُرف بأنه أحد الأنظمة التي تعتمد السابقة القضائية مصدراً لقوانينها المدنية . وذلك لأن غيبة النص كما ذكرنا سابقاً كانت هي الحالة الأصلية بحيث أصبح دور السابقة القضائية دوراً رئيسياً في نطاق القانون المدني . ولم يكن هذا الأمر اعتباراً بالطبع ، بل إستند إلى رغبة المستعمر في إفساح المجال أمام قضائه لتشديد صرح قانوني متميز يستند إلى تجربة خاصة تستبعد القوانين المصرية وتكرس وجود نظام مرن قابل للتطور وإستقبال مفاهيم جديدة رسخت في أنظمة أخرى على رأسها النظام الإنجليزي . ولاشك في أن المستعمر الإنجليزي قد وضع نص المواد المذكورة وفي ذهنه تجربته الخاصة بهذا النص وتاريخه في شبه القارة الهندية ، حيث سمح له بإدخال مفاهيم وقواعد القانون الإنجليزي مع المحافظة على تقاليد وتراث وأعراف المنطقة دون حدوث تصادم بين النظامين وبعيداً عن فرض قانونه ونظامه بصفة متعسفة . ولاشك أيضاً في أن تجربة النص في السودان كانت ناجحة حيث تم عبرها إرساء العديد من السوابق التي أدخلت قواعد عادلة ومنصفة لا يقدح في عدالتها أنها أسندت إلى سوابق أو إرث قانوني إنجليزي أو لتراث قانوني آخر . ولكن نجاح هذه التجربة لا ينفي حالة عدم اليقين التي سادت قبل أن تستقر المحاكم على تطبيق السوابق القضائية الإنجليزية والإستهداء بها ضمن شروط الواقع السوداني بعد حوالي عقدين من الزمان بعد سن النص في العام ١٩٠٠ م . ومنذ إستقرار المحاكم على تطبيق السوابق الإنجليزية والاستهداء بها ، أصبحت بمثابة المصدر الثاني للقانون السوداني .

وعندما أصدر المشرع السوداني قانون الإجراءات المدنية لعام ١٩٧٤م حاول الحد من الرجوع الى القضاء الإنجليزي وسوابقه القضائية . وذلك بجعل السوابق القضائية السودانية المصدر الثاني للأحكام بعد النصوص التشريعية ، ولكن استمر الحال كما هو في الماضي وذلك لأن السوابق القضائية السودانية أساسها القانون الإنجليزي وسوابقه القضائية ٥٦ . والنص الذي عالج مصادر القانون في القانون المذكور هو نص المادة (٦) التي نصت على مايلي : " في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم المبادئ التي استقرت في قضاء السودان والشرعية الإسلامية والعرف والوجدان السليم " . ويلاحظ أن المشرع وضع الشرعية الإسلامية قبل العرف ومبادئ العدالة والوجدان السليم بحيث تصبح المصدر الثالث بعد النص التشريعي والسابقة القضائية ، وهو بذلك يكون أول نص في القوانين الإجرائية يقوم بتدشين تدهور وضع العرف في النظام القانوني السوداني ومهد لتقدم الشرعية الإسلامية . ولكن يجب أن ننوه الى أن ورود هذا النص وغيره من النصوص الموضوعية التي وردت بالقانون المدني لسنة ١٩٧١م ، لم يضعف من شأن السابقة القضائية ولم يقلل من دور السوابق القضائية الإنجليزية . إذ أنه وكما قضت محكمة الاستئناف الموقرة " يجوز للمحكمة في تطبيقها للقانون المدني الإسترشاد بمبادئ القانون العام التي إستقر العمل بها على اعتبار أنها الأساس الذي خلقت منه السوابق القضائية السودانية .

ورغم أن القانون المدني هو القانون الواجب التطبيق ، فليس هناك ما يمنع من الاسترشاد بالسوابق القضائية الإنجليزية خاصة قضية 9EX. 354 (١٨٥٤) Hadley V. Baxendale بحسبانها الأساس الذي تطلعت منه السوابق القضائية السودانية في هذا المضمار ، وقد أشارت الى إمكانية ذلك مقدمة المذكرة التفسيرية للقانون المدني حين قالت :- " ولئن كانت القوانين المدنية في بعض الدول مصدراً لهذا المشروع فإن ذلك لا يعني أن يتصل المشروع بهذه القوانين صلة تبعية في التفسير أو التطبيق أو التطور ، لأن النص وان ولد يحمل ملامح الأصل الذي دلف منه ، إلا أنه سرعان ما يتعايش مع البيئة التي ولد لها ويوثق صلته بما يحيط به من ظروف هذه البيئة ويتناوله التطبيق والتفسير بالتطويع لما يلائم هذه الظروف . ٥٧

وفي تقديرنا أن إستمرار فاعلية السوابق الإنجليزية ، تأتت من ملاءمتها لظروف الواقع السوداني وعدم مخالفتها لنصوص القانون المدني ، وإلا لما تمكنت المحاكم من الإستناد إليها مطلقاً . وبالطبع لانكر الدور الذي لعبه تعدد القضاة عليها واعتمادهم بشكل جوهري على إستنباط الأحكام منها مما حافظ على تأثيرها وحضورها القوي بإعتبارها مرجعاً للسوابق القضائية السودانية التي تأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع .

إستمر وضع مصادر القانون على هذا الحال حتى اليوم الأول من شهر يوليو لسنة ١٩٨٢م حين أجرى المشرع السوداني تعديلاً خطيراً في المادة السادسة من قانون الإجراءات المدنية لعام ١٩٧٤م . وذلك بجعل الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للأحكام بعد النصوص التشريعية ، حيث جاء في التعديل الخاص بالفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون المشار اليه على أنه " في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي إستقرت في قضاء السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم " .

وبهذا التعديل يصبح مصدر الأحكام هو النصوص التشريعية ثم أحكام الشريعة الإسلامية ثم السوابق القضائية السودانية ثم العرف وأخيراً قواعد العدالة والوجدان السليم . ٥٨ ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية كسبت موقعاً جديداً وأزاحت السابقة القضائية إلى المرتبة الثالثة وكان هذا أول زوال مجد السابقة القضائية في النظام القانوني السوداني .

بقي أن ننوه إلى السلطة الطبيعية للمحكمة " Inherent Power " كأساس للتشريع عزز من وضع السابقة القضائية قبل زوال مجدها . وهي سلطة تجدد أساسها في المادة ٢٢٦ من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م والتي يقابلها نص المادة ٣٠٣ (٢) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م . وتبيح هذه السلطة للمحكمة إتخاذ الإجراء الذي تراه عادلاً لتحقيق العدالة وألا تتوانى في إتخاذها حتى في حال وجود نص تشريعي . ورغم تضارب السوابق في أحقية المحكمة في مخالفة النص التشريعي الإجرائي على

أسس عدالية من عدمه ، إلا أننا نقف مع السوابق التي أعطت المحكمة الحق في المخالفة على أساس أن الموضوعي دائماً يسمو على الإجرائي . فإذا كان الحق الموضوعي ثابتاً ، يصبح من الظلم إهداره لمجرد مخالفة إجرائية . والقول بغير ذلك يجعل النص على السلطة الطبيعية بغير معنى ويصبح وجوده لغواً لاطائل من ورائه . وذلك لأن استخدامه في حال غيبة النص فقط لا يضيف إلى سلطة المحكمة الثابتة بموجب النصوص التي حددت المصادر والتي سبق ذكرها شيئاً . والأكثر من ذلك ان المادة (٦) من قانون الإجراءات أعطت المحكمة سلطة التشريع في حالة غيبة النص الإجرائي . لذلك نرى أن السلطة الطبيعية للمحكمة سلطة إستثنائية تعلي من شأن سلطة المحكمة وبالتالي السوابق القضائية على النص التشريعي نفسه . أي أنها تجعل السابقة القضائية المصدر الأول في حالة واحدة هي حالة ما إذا كان تطبيق النص الإجرائي يقود إلى ظلمٍ بَيِّن وواضح . ولكن ينبغي أن نشدد على أن هذه السلطة محدودة بقانون ونصوص الإجراءات المدنية فقط ، إذ لا يجوز للمحكمة إستخدامها لمخالفة نص موضوعي ألبيته . وهذا بالضبط ما يجعل نطاقها ضيقاً ولا يكسبها نفس أهمية سلطة التشريع المتاحة في حال غيبة النص التشريعي . ومحدودية هذه السلطة لا تقتصر على الإجراءات المدنية فقط ، بل تمتد الى الإجراءات الجنائية أيضاً . حيث تتميز هذه السلطة في الإجراءات الجنائية بأن مصدرها السوابق القضائية وليس نص القانون ، وهي تستعمل في هذا المجال فقط لسد النقص التشريعي لعدم جواز مخالفة نصوص قانون الإجراءات الجنائية لخطورة السماح بالتجاوز في القوانين التي تقع ضمن إطار القانون العام . وفي ذلك تقول المحكمة العليا الموقرة :- " للمحاكم السودانية وفقاً لسلطانها الموروثة أن تصدر أي أمر لازم لتحقيق العدالة بالنسبة للإتهام والمتهم إذا خلت نصوص القانون من الإشارة إلى الإجراء المطلوب ، ولكنها عندما تمارس هذه السلطة فإنها تمارسها وفقاً للضوابط المعروفة فقهاً وهي عدم مخالفة نص صريح " ٥٩ . ورغم إتفاق أحكام وسوابق القضاء السوداني على رسوخ هذه السلطة إلا أن قضائهما اختلفوا في التأسيس لها . إذ يقول مولانا العالم حسن علي أحمد :- " إن الأمر بالتسليم في قضيتنا هذه صدر أثناء سير التحري ولا يحكم هذا التصرف أي نص . ليس هنالك نص يمنع مثل هذا التصرف والأصل في التصرفات الإباحة في حالة عدم وجود النص المانع للتصرف إعمالاً لسلطة المحكمة التقديرية " . ولكن مولانا العالم عمر بخيت العوض يقول :- " إنني بلا شك مع الرأي الذي قال به الأخ حسن من ان عدم وجود النص لا يمنع الحركة ولكن ليس على أساس ان ماسكت عنه المشرع فهو مباح ولكن على أساس ماذا سيحدث إذا لم تتدخل المحكمة ؟ فهل هناك ضرر متوقع ؟؟ عند ثبوت هذا الاحتمال فإن على المحاكم أن تتدخل وتستخدم سلطانها مادام عملها هذا لا يهدم نصاً أو يتعارض بصورة ما مع قواعد القانون ومادام ان هذه السلطة يمكن قياسها على حالة واردة بالقانون . ٦٠

والملاحظ أن التأسيس الأول غلب الدواعي الفقهية أكثر في حال أن الثاني ركز على الجوانب العملية وقصر المسألة على الأحوال التي يكون فيها حدوث الضرر متوقعاً فقط . أي أنه وفقاً للرأي الأخير

تستخدم السلطة الطبيعية فقط في حال توقع الضرر وبالتالي لا يصح إستخدامها لمجرد ضمان حسن سير الإجراءات أو جلب المنافع في حال غيبة النص ، بينما يوسع الرأي الأول من مساحة إستخدامها في كل الأحوال عند غيبة النص .

عموماً من الممكن القول بأن السلطة الطبيعية للمحكمة في تحقيق العدالة هي السلطة الموروثة والتي لا تختلف فيها محكمة جنائية عن المحكمة المدنية والتي تملكها المحاكم سواء نص عليها صراحة كما في قانون الإجراءات المدنية أو إذا افترضت على أساس طبيعة إنشاء المحاكم ذاتها ٦١ . هذا بالطبع من حيث الوجود ، وهو أمر لا يمنع الإختلاف في نطاق ومدى إمكانية إستخدامها في الإجراءات المدنية والإجراءات الجنائية ، فإختلاف نطاق استخدامهما ينبي على إختلاف كل نظام إجرائي عن الآخر ، ولكنها في الحالين تبقى أساساً صلباً للسابقة القضائية التي تعتبر مصدراً مهماً لم يفقد أهميته كلياً حتى بعد تعديل المادة (٦) من قانون الإجراءات المدنية المشار إليه آنفاً .

العلاقة بين المصادر المادية والمصادر الرسمية للقانون قبل تشريعات ١٩٨٣ م :-

الناظر للعلاقة بين مصادر القانون المادية والمصادر الرسمية للقانون قبل تشريعات ١٩٨٣ م ، يجد أنها كانت تقوم على أسس قانونية سليمة . إذ كانت المصادر الرسمية للقانون - أي القانون كما تطبقه المحاكم - تسمو على المصادر المادية ولا يصح الأخذ بالأخيرة لمعارضة الأولى . فحيث يوجد نص أو سابقة قضائية لا يجوز الرجوع إلى المصادر التاريخية أو المادية . وهذا الأمر يصح بالنسبة للعلاقة بين المصادر المادية والقانون تماماً مثلما يصح بالنسبة للعلاقة بين هذه المصادر والدستور . فعدم تقديم هذه المصادر على القوانين ، يجعل من باب أولى وبالضرورة عدم تقديمها على النصوص الدستورية التي تستمد القوانين شرعيتها منها . ويتجلى الموقف من العلاقة بين المصادر المادية والمصادر الرسمية فيما قرره المحكمة العليا الموقرة حين أوردت ما يلي:- " صحيح أن الرق قد انغى في السودان منذ أجيال ولكن تحرير الرقيق بموجب القانون فقط أدى الى نسف العلاقات الاجتماعية التي كانت سائدة حينذاك ونشأت أجيال من بعد ذلك ولدوا وتربوا في ظل المساواة لا تشوب العلائق بينهم شائبة أما عن العهد القديم فليس من الواقع القول بان نسل من كانوا أرقاء عند فتح السودان ظلوا يقرنوا لنسل سادة آبائهم القدماى بأي نوع من التبعية أو أن أنسال أولئك السادة يتوقعون شيئا من ذلك ويمكن الرجوع في هذا إلى الفقرة قبل الأخيرة من حيثيات القاضي دفع الله الرضي في الفقرة الأخيرة من حيثيات القاضي عبد المجيد امام في قضية احمد سليمان ضد مدينة عبد الصافي بمجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٦٢م ص١٦٢ - ١٦٣ . وإننا نعتقد أن حيثيات محكمة الاستئناف السابقة في قضية وريثة أم جادين خليل ضد عابدين مرجان بمجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٦٤م صفحة ١٥٩ تسعى إلى تكريس وضع فرضته مرحلة تاريخية انطوت صفحاتها وزالت آثارها تماماً . فقد قرر السيد بابكر عوض الله في هذه السابقة أن العلاقة الحميمة بين الرقيق وسيده تمنع الحياة المعارضة المطلوبة بوضع اليد ولذلك لا يستطيع

الرقيق أن يجوز بوضع اليد . وهذا لا ينطبق في قضيتنا هذه لان المطعون ضدهم فشلوا في إثبات وجود علاقة حميمة بين مورثهم والطاعين أو مورثيهم. وحتى إذا افترضنا وجود علاقة السيد برقيقه فان القول بان الشريعة الإسلامية تقرر الرق قول مردود ولا مكان له" ٦٢ .

والواضح من هذا التقرير أن المحكمة الموقرة رفضت إستناد أحد أطراف الدعوى إلى الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً مادياً لمخالفة ماهو وارد بهذا المصدر لصحيح القانون كما تطبقه المحاكم . فهي قد صدرت حديثها بأن القانون أتم مهمة محو الرق بتحرير الأرقاء وختمت برد القول بأن الشريعة الإسلامية تقرر الرق في إشارة واضحة إلى أن مايرد بالمصادر التاريخية (المادية) لايجوز الإستناد إليه لمعارضة القانون الذي تطبقه المحاكم سواء أكان نصاً تشريعياً أم سابقة قضائية . وإعلاء شأن القانون كما تطبقه المحاكم (المصدر الرسمي) على المصدر المادي جاء صريحاً بتوضيح أن القول بأن المصدر المادي يساند إدعاء الطرف المعني لا مكان له . وبقيننا أن المحكمة الموقرة لم تكن تقصد أن الشريعة الإسلامية لا تقرر الرق ، بل أنها كانت ترمي لتأكيد أن المصدر المادي لا يصح أن يُستند إليه في حالة وجود المصدر الرسمي للقانون . ويؤكد ذلك إضطراد المحاكم في إتخاذ هذا المنحى وإستقرارها عليه . ففي نفس السياق أوردت محكمة الاستئناف الموقرة مايلي :- " بدلاً من توقيع عقوبة الإعدام على المتهم فقد وقعت المحكمة عليه عقوبة السجن المؤبد وكما طالب بها محامي المتهم الأستاذ عبد القادر حسين سليم مستنداً على نصوص الشريعة الإسلامية وقد أورد رئيس المحكمة حديث الرسول الكريم (لا يقاد الوالد بولده) وأضاف بأن سيدنا محمد (ص) هو خيار الأمة وأنه لا ينطق عن الهوى وإنما يوحى إليه وأنه أعدل البشر وهو في درجة علمية وفقهية وتشريعية لا يصل إليها أحد من البشر وهو أعلم من جميع البشر بأصول العدل ومورق فيه لا يظلم . وهو أعلم بعلل الأحكام فعندما ساق هذا الحديث كان يعلم بعدله وحاشاه أن يظلم الابن لوالده وان تجاهل هذا الحديث الشريف المؤثوق به والمجمع عليه بمس الأمة في أقدس مقدساتها وفي أعظم شخص من شخصياتها وان الأصل الأب هو السبب في وجود الفرع الابن أو البنت .

ان هذا صحيح ولكن هل كان لرئيس المحكمة أن يطبق ماهو صحيح ديناً في مثل هذه القضية مع اعتبار ان سلطة تغيير الحكم من الإعدام الى الحبس المؤبد ليست من إختصاصه ؟ ان القاضي في مثل هذه الحال ملزم قانوناً بتوقيع عقوبة الإعدام وليس له الخيار في إصدار الحكم بالتأييد وليس أمامه بعد توقيع الحكم بالإعدام إلا أن يوصي للسلطة المؤيدة بتبديل عقوبة الإعدام الى الحبس المؤبد أو خارجه .

صحيح ان المادة ٢٥١ من قانون العقوبات تنص على أن عقوبة القتل العمد هي الإعدام أو السجن مدى الحياة ، ولكن الخيار ليس متروكاً للمحكمة كالحبل على القارب بل هو مقيد . فقد ذكر راتنلال (الطبعة الحادية والعشرين ص ٧٨٣) " ان العقوبة التي تتبع الحكم بالقتل العمد هي الإعدام وأنه اذا ما

كانت هنالك أية أسباب للرحمة فإن هذه الأسباب ينظر فيها بواسطة الحكومة أو السلطة التنفيذية وإن كل الذي يجب أن تفعله المحكمة هو أن تتقدم بتوصيتها بعد إصدار الحكم وفقاً للقانون".

وقد قيد المنشور الجنائي رقم (٢٦) المحكمة في مثل هذه الحالات بأن تصدر عقوبة الإعدام فيما عدا الحالات التي ينص عليها المنشور ثم تتقدم للسلطة المؤيدة بما تراه من توصية ٦٣ . ويلاحظ من هذا النص أن القاضي العالم مهدي الفحل قام بتقديم ماهو وارد بالمنشور الجنائي باعتباره مصدراً رسمياً للقانون ، على ماهو وارد بالدين باعتبار أن الدين مصدر مادي وتاريخي للتشريع لا يصح أن تعارض به الأحكام الواردة بالمصادر الرسمية . وليس بالطبع في الأمر أي استهانة بالدين ولكن المقصود هو وفاء القاضي بمهمته التي تقتضي تطبيق القانون كما سنه المشرع ولا تسمح له بمخالفة المصادر الرسمية والرجوع إلى المصادر التاريخية . فرجوع القاضي للمصادر المادية يظل مرهوناً بنص يخوله الرجوع إليها في حال غيبة النص بصفة عامة حيث تعتبر في هذه الحالة مصدراً رسمية احتياطية عند التطبيق .

الخلاصة هي أن العلاقة بين المصادر المادية والمصادر الرسمية قبل تشريعات العام ١٩٨٣ م ، كانت تقوم على تطبيق المبدأ الرئيسي الذي يعلي من شأن المصادر الرسمية باعتبارها إرادة المشرع بغض النظر عن ان هذا المشرع هو سلطة تشريعية أم محكمة مخولة بالتشريع ، وبالتالي لم تشهد الممارسة القضائية طوال الفترة المذكورة أي خلل في تحديد مواقع المصادر الرسمية من المصادر المادية ولم تتجاوز المحاكم الدور المرسوم لها دستورياً وقانونياً .

المبحث الثاني

مصادر القانون في النظام السوداني بعد تشريعات عام ١٩٨٣ م

تميز العام ١٩٨٣ م بكثافة النشاط التشريعي لمواكبة التصور السياسي الرامي لتحويل السودان لدولة إسلامية . وذلك لأن القائمين على أمر النظام السياسي تصوروا أن التراث القانوني السوداني تراث قانوني استعماري لا بد من تغييره وإستبداله جملةً وتفصيلاً عبر تشريعات لا تترك شاردة أو واردة إلا وأوجدت لها بديلاً . وبالطبع كان لمصادر القانون بعامة نصيب وافر في هذا التصور ، باعتبار أن طبيعتها وآلية إستخدامها وحسم التناقض بينها مسائل أساسية ومؤثرة في تحديد طبيعة النظام القانوني بمجمله . وبرغم أن المشرع حينها لم تمهله التطورات السياسية لإستكمال تشريعاته وتوحيها بإصدار دستور جديد يحمي التطورات التشريعية في مجال القوانين ، إلا أن ما أنجزه من تشريعات كان مؤثراً وحاسماً دفع بالدائرة الدستورية نفسها لتبني مفاهيم جديدة تستحق المناقشة والتفنيد . وللإحاطة بما تم من تطورات على مستوى دستوري وقانوني بعد تشريعات عام ١٩٨٣ م ، نوجز نقاشنا للمصادر فيما يلي :-

مصادر القانون في الدساتير الصادرة بعد العام ١٩٨٣ م :-

كان أول دستور يتم إصداره بعد تشريعات عام ١٩٨٣ م هو دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥ م الذي تم تعديله في ٢ أبريل ١٩٨٧ م . وبرغم أن الدستور المذكور قد صدر بعد الإنتفاضة الشعبية التي أزاحت النظام السياسي الراغب في إحداث تحول جذري في النظام القانوني بالتأثير عليه وجوداً وعدمياً ، لم يتمكن واضعو هذا الدستور من تجاوز دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣ م في مسألة مصادر التشريع . حيث قاموا بالإحتفاظ بنص المادة (٩) المذكور آنفاً وحولوه ليصبح نص المادة (٤) من الدستور بنفس الصياغة حيث نص على مايلي :- ((الشريعة الإسلامية والعرف مصدران أساسيان للتشريع والأحوال الشخصية لغير المسلمين يحكمها القانون الخاص بهم)) .

ولكن يتضح مآزق مشروع دستور المنحة هذا ، في تحويل النص ونقله ليصبح من ضمن أربع مواد وردت تحت عنوان (أحكام عامة) بدلاً من إيرادها ضمن المبادئ الموجهة ليصبح نصاً توجيهياً خالصاً أو إيرادها ضمن النصوص الموضوعية واجبة التنفيذ التي تمثل جوهر مبدأ الدستورية .

عموماً لم يتغير وضع مصادر التشريع على مستوى الدستور بالانتقال من نظام شمولي إلى نظام تعددي ديمقراطي حيث ظل النص عليها واحداً في الحالتين ترك متسعاً للمشرع العادي يتحرك فيه فهو لم يحسم الأمر سوى بشأن الأحوال الشخصية لغير المسلمين وفقاً لما بينا سابقاً ، حيث ترك الخيار للمشرع العادي في أن يستلهم أي مصدر يراه مع وضع التزام أخلاقي يلزمه بمراعاة الشريعة الإسلامية والعرف كمصدران رئيسيان دون مفاضلة بينهما أو حسم التناقض لمصلحة أي منهما . أما دستور السودان لسنة ١٩٩٨ م ، فقد نص في المادة (٦٥) منه على مايلي :- " الشريعة الإسلامية وإجماع الأمة استفتاءاً ودستوراً وعرفاً هي مصادر التشريع ، ولا يجوز التشريع تجاوزاً لتلك الأصول ، ولكنه يهتدي برأي الأمة العام وباجتهاد علمائها ومفكرها ، ثم بقرار ولاية أمرها" .

وقبل أن نخوض في تحليل النص نلاحظ أنه قد وضع ضمن الباب الرابع من الدستور المعنون "سلطة التشريع" . وهذا لوحده يؤكد رغبة المشرع الدستوري في ترفيع نص المصادر من نص توجيهي إلى نص موضوعي تؤدي مخالفتها إلى إعلان عدم دستورية التشريع المخالف . ولكن المشرع الدستوري أكد ذلك بالنص صراحة على عدم جواز التشريع بالمخالفة للمصادر أو الأصول التي ذكرها . وحسبما نص النص مصادر التشريع تنحصر في الشريعة الإسلامية وإجماع الأمة استفتاءً ودستوراً وعرفاً وهي أصول لا يجوز مخالفتها ، بالإضافة إلى رأي الأمة العام واجتهاد العلماء وقرار الولاية . وهذا يعني من الناحية الشكلية أن المشرع الدستوري قسم المصادر إلى قسمين هما مصادر ملزمة لا يجوز تجاوزها وأخرى يهتدي بها من الجائز مخالفتها وبالتالي تعتبر غير ملزمة . وهو على عكس واضح مشروع الدستور المعروف بالدستور الإسلامي في عام ١٩٦٨ م ، لم ينتصر للشريعة الإسلامية وحسم التناقض لمصلحتها بشكل واضح وحصري .

فوفقاً للنص المشار إليه الشريعة الإسلامية تقف على قدم المساواة مع إجماع الأمة سواء كان هذا الإجماع استفتاءً أو دستوراً أو عرفاً . أي أن الشريعة الإسلامية نظرياً ليست فوق الدستور أو التشريع المستفتى عليه ولا هي فوق العرف المجمع عليه استناداً الى مبدأ التكافؤ الأصلي بين المصادر . ولكن بالنظر في النص ، يتضح أن المصدر الوحيد الواضح بهذا النص هو الشريعة الإسلامية . إذ أن الدستور عادة يكون مصدراً لسلطة التشريع لا للتشريع نفسه وحكما على التشريع من حيث دستوريته من عدمها وفقاً لنظرية الدستورية ، أما الاستفتاء فهو أيضاً آلية للتشريع وليس مصدراً له والتشريع الذي يتوصل إليه وفقاً لهذه الآلية لا بد من أن يكون لديه مصدر آخر قد يكون الدين أو العرف .

والناظر بدقة للنص يجد أن ورود الدستور والاستفتاء مقرّوناً بإجماع الأمة ، كان الغرض منه قرن العرف بهذا الإجماع . ولسنا في حاجة للقول بأن الأعراف في مجتمعنا المتعدد يستحيل أن تجمع عليها الأمة . أي أن النص بهذا الشكل يمنع التشريع استناداً إلى العرف باعتبار أن المشرع العادي لن يجد عرفاً واحداً يجمع عليه أهل السودان وبالتالي لا بد له في هذه الحالة من استبعاد هذا المصدر أو في أحسن الأحوال أن يتبنى أعراف المسلمين باعتبار أن عرفهم هو عرف الأغلبية وهو يشكل إجماعاً نسبياً . وباستصحاب هذه الحقائق ، يمكن القول بأن النص حسم التناقض من ناحية عملية لمصلحة الشريعة الإسلامية بالرغم من أنه جعلها من حيث الشكل مكافئة للدستور والإجماع عبر الاستفتاء والإجماع عرفاً .

بالإضافة إلى ما سبق من مصادر متكافئة شكلاً ، أضاف النص ثلاث مصادر أخرى مرجوحة لا تكافؤها في القوة . وهذه المصادر هي الرأي العام واجتهاد العلماء وقرار ولاة الأمر . وأقل ما يمكن أن يقال عن هذه المصادر هو أنها فريدة من نوعها وبعضها غامض . فالمشرع لم يوضح ماذا يقصد برأي الأمة العام وكيف يمكن أن يتم رصده هل عبر الاستفتاء ام وسائل رصد الرأي العام الأخرى كمرآة البحوث ؟؟ وما هو الفرق بينه وبين إجماع الأمة استفتاءً ودستوراً وعرفاً ؟؟ كذلك اجتهاد العلماء والمفكرين يعتبر مصدراً غير واضح ، إذ أن هناك علماء شريعة إسلامية وعلماء قانون واجتماع ومتخصصون في شتى مناحي العلوم الاجتماعية، فأَي علماء ومفكرين يقصد النص ؟؟ إن كان القصد علماء الفتوى فالأمر يدخل ضمن الشريعة الإسلامية وتقسيماتها لمصادر تشريعها ، إلا إذا كان قصد المشرع بالشريعة الإسلامية النصوص القطعية الورد والدلالة فقط وهذه قليلة جداً . ولكن الأهم والأخطر هو أن النص جعل من قرار ولاة الأمر مصدراً للتشريع . وبالرغم من أنه أورد على سبيل التوجيه لا الإلزام ، إلا أن مجرد وروده يجعل من أخذه في الاعتبار أمراً أخلاقياً يتحراه المشرع العادي بالحثم .

وهذا يعني إلزام السلطة التشريعية بالتشريع وفقاً لتصورات وقرارات ولاة الأمر والالتزام بها أخلاقياً . أي أن السلطة التنفيذية تصبح مصدراً تستلهمه السلطة التشريعية في تشريعاتها ، وهذا أمر جديد وفقه مستحدث يعلي من شأن السلطة التنفيذية ويجعل من نشاطها قيماً أخلاقياً على السلطة التشريعية

مراعاته . ولا يقدح في هذا العلو ورود هذا المصدر كمصدر أخير للتشريع لأنه ذو قوة متكافئة مع ما سبقه من مصادر عدا المصادر الملزمة . وإذا أخذنا في الاعتبار أن المصادر الملزمة فعلياً هي الشريعة الإسلامية، تصبح قرارات السلطة التنفيذية مصدراً ثانوياً من الممكن أن يأتي مباشرة بعد الشريعة الإسلامية . بمعنى أنه إذا كان قرار السلطة التنفيذية دستورياً وغير مخالف للشريعة الإسلامية أو إجماع الأمة ، يصبح أمر اعتماده من السلطة التشريعية واجبا أخلاقياً من الصعب تجاوزه .

باختصار من الممكن القول بأن نص المادة (٦٥) هو نص ذو طابع مزدوج موضوعي وتوجيهي في آن . فهو موضوعي من حيث المصادر التي أوجب اتباعها وعدم تجاوزها ، وتوجيهي من حيث المصادر التي نوه للاهتمام بها . يدعم موضوعيته أكثر موقع وروده ضمن سلطة التشريع وبعيداً عن المبادئ الموجهة بالدستور . وهو في تقديرنا انتصر للشريعة الإسلامية وحسم التناقض لمصلحتها تماماً ، باعتبار أن الإجماع بأي شكل يتم هو أحد مصادر التشريع الإسلامي . فالإجماع إذا تم إستفتاءً أو دستوراً أو عرفاً يظل المصدر الثالث للشريعة الإسلامية بعد الكتاب والسنة . ولكن ورود الإجماع مع الشريعة الإسلامية بالنص يجعل من الإجماع مصدراً مكافئاً للشريعة الإسلامية ويرجح تفسير الشريعة الإسلامية باعتبارها الكتاب والسنة فقط .

وهنا يظل قصب السبق للشريعة الإسلامية أيضاً برغم مبدأ تكافؤ المصادر الأصلي ، وذلك لأن الإجماع الممكن هو إجماع الأغلبية المسلمة والتي لا يتصور إجماعها على دستور أو تشريع أو عرف مخالف للكتاب والسنة - على الأقل من وجهه نظر شرعية - وهذا بالحتم يعني إنتفاء أي دور للمصادر الملزمة الأخرى غير الشريعة الإسلامية لاستحالة وجودها بعيداً عنها ولأنها في كل الأحوال تظل مصدراً من ضمن مصادرها . أما المصادر التوجيهية فأننا لانرى لها دوراً حاسماً بطبيعتها مع غموضها . ولكننا ننوه إلى غراتها وجعلها قرار السلطة التنفيذية مصدراً توجيهياً للتشريع .

مصادر القانون في التشريعات الصادرة بعد العام ١٩٨٣ م :-

في ١٩٨٣/٨/٢٨ صدر قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م حيث نصت المادة (٥) منه على أنه إذا عرضت في أي دعوى أو أي إجراء أمام المحكمة المدنية مسألة من المسائل المتعلقة بالتركات أو الموارث أو الوصية في الإرث أو الهبة أو الزواج أو الطلاق أو العلاقات الخاصة بالأسرة أو بإنشاء الوقف فان قاعدة الفصل في هذه المسألة هي :-

١ . الشريعة الإسلامية إذا كان الخصوم في الدعوى مسلمين أو كان الزواج قد تم وفقاً للشريعة الإسلامية .

٢. العرف الجاري بين الخصوم ذوى الشأن والذي لا يخالف العدالة والأنصاف والوجدان السليم ولم يعدل أو بلغ بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ولم يتقرر بطلانه بقرار صادر من محكمة مختصة .

والنص بالطبع يعالج مصادر القانون في مسائل الأحوال الشخصية حيث قصر هذه المصادر على الشريعة الإسلامية وحدها في حال كان الخصوم مسلمين تماما كما نصت المادة (٣) من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠ م ، ولكنه مدد هذا القصر على حالة لم تكن موجودة سابقا وهي حالة إتمام الزواج وفقا للشريعة الإسلامية كما استبعد أي قيد أوردته المشرع سابقا على الشريعة الإسلامية. وبالرغم من عمومية نص العرف ، إلا أنه أوردته بفقرة تالية للفقرة الخاصة بالشريعة الإسلامية على عكس ما هو معروف بفن التقنين من ورود النص المخصص تاليا للنص العام.

وعوموم العرف كمصدر للأحوال الشخصية لغير المسلمين مقيد بمبادئ العدالة والأنصاف والوجدان السليم والقوانين المعدلة والمغلية له وكذلك بالسوابق القضائية التي قررت بطلانه أي أن هذه المصادر المقيدة تأتي أولا في الترتيب وتسبق العرف في حال وجودها . ولسنا في حاجة للقول بأن نص المادة (٥) محدود الأثر ، فهو بالنسبة للخصوم المسلمين نادرا ما يطبق باعتبار أن الأحوال الشخصية للمسلمين غالبا ما تفصل فيها المحاكم الشرعية وأن ورود مسائلها عرضا في أي دعوى مسألة نادرة . يضاف الى ذلك أن الدستور الذي صدر في ظل القانون المشار إليه قد حدد على سبيل القطع خضوع الأحوال الشخصية لغير المسلمين لقانونهم .

لذلك ولتخصيص النص بالأحوال الشخصية فقط ، تقل أهمية نص المادة (٦) التي نصت على ما يلي :-

(١) إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الإجراءات في المسألة المعروضة تطبق المحكمة من القواعد ما من شأنه تحقيق العدالة .

(٢) في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاء في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم .

وبالحتم لا بد من التنويه إلى أن نص هذه المادة مشوب بلبس وغموض كبيرين ، وذلك لأن الغرض من البند الأول من المادة غير واضح . فالبند الثاني من المادة يعالج سلطة المحكمة في التشريع في حالة غياب النص بصفة عامة ويحدد ترتيب المصادر على سبيل الحصر والفرع الأول يتحدث عن حالة غيبة النص الإجرائي فقط . فإذا اعتبرنا الأول تخصيص للثاني رغم وروده أولا ، لانجد وضوحا في التخصيص ولا فروقا عملية عند التطبيق في ظل وجود قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣ م الذي سوف

نناقشه لاحقا . فالقواعد التي من شأنها تحقيق العدالة من الممكن أن تندرج تحت العدالة والوجدان السليم ، مما يعني أن المشرع أراد في أمور الإجراءات تقديم هذا المصدر على الشريعة والعرف والسوابق القضائية وهذا غير صحيح . أما إذا اعتبرنا أن الأول ليس مخصصا للثاني ، فيجب أن تلتزم المحكمة بالتراتبية الواردة في الفرع الثاني . وبالتالي يصبح ورود الفرع الأول تزيدا لا معنى له وهو حاله في كل الأحوال بعد صدور قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣ م . وفي كل الأحوال يظل الفرع الثاني من المادة الفرع الأكثر أهمية باعتبار أنه ناقش ترتيب مصادر التشريع في حالة غيبة النص التشريعي مطلقا . ووفقا لهذا النص تأتي الشريعة الإسلامية أولا ومن ثم السوابق القضائية السودانية ثانيا يليها العرف وأخيرا العدالة والوجدان السليم . وفي ذلك تقول المحكمة العليا الموقرة أنه " في المسائل التي لا يحكمها نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية تليها المبادئ التي استقرت قضاء في السودان ثم العرف والعدالة والوجدان السليم مما يندرج تحتها الاستعانة بخبرات البلاد الأخرى وهذا يعني أن السوابق الأجنبية لا يلجأ إليها عند وجود سوابق سودانية . وليس هنالك ما يمنع من الاستئناس بالقانون الأجنبي عند غياب النص ، بل يجذب الاستئناس بالقوانين الأجنبية والاستفادة من الثقافات والخبرات المتنوعة من خارج بلادنا . ولكن ذلك يكون في آخر السلسلة وبالترتيب النصوص عليه في المادة أعلاه ^{٦٤} .

أعقب صدور قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م ، صدور قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣ م ، الذي صدر في ٢٨/٩/١٩٨٣ م . ويعتبر الأخير تنويجا لمراحل التطور السابقة حيث دأب المشرع على ترفيع موقع الشريعة الإسلامية كمصدر واجب التطبيق في حالة غيبة النص . إذ أنه حسم التناقض بشكل جذري لمصلحة الشريعة الإسلامية بحيث عالج الغموض الذي شاب نص المادة (٦) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م ووضع أساسا واضحا وشديدا العمومية في مجاله مع تفصيل دقيق في ترتيبه لما يجب تطبيقه في حالة غيبة النص .

المادة (٣) من القانون المذكور نصت على ما يلي :-

على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر في حالات غياب النص الذي يحكم الواقعة :-

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

(ب) فان لم يجد القاضي نصا يجتهد رأيه ويهتدي في ذلك بالمبادئ التالية بحيث يأخذها على وجه

التكامل ويراعي ترتيبها في أولوية النظر والترجيح :-

أولا :- مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة وما تختدي إليه توجيهاتها من تفضيل في المسألة .

ثانيا :- القياس على أحكام الشريعة تحقيقا لعللها أو تمثيلا لأشباهها أو مضاهاة لمنهجها في نظام الأحكام .

ثالثا :- اعتبار ما يجلب المصالح ويدرأ المفسدات 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 السودان فيما لا يعارض الشريعة وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية وما قرره من قواعد فقهية .

سادسا :- مراعاة العرف والفكر في المعاملات فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو مبادئ العدالة الفطرية .

سابعا :- توخي معاني العدالة التي تقرها الشرائع الإنسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقذ في الوجدان السليم .

بالرغم من أن النص جاء مفصلا وشاملا ، إلا أنه لاخير في أن نعلق عليه بصفة مجملة نوجزها فيما يلي :-

وفقا للنص على القاضي أن يطبق على الواقعة التي لا يحكمها نص المصادر التالية وفقا لترتيبها :-

نصوص الكتاب والسنة ، الإجماع ، القياس ، المصلحة المرسل ، الاستصحاب ، السوابق القضائية للاسترشاد بها ، العرف ومبادئ العدالة والوجدان السليم .

واستنادا للتراتبية التي وضعها النص تأتي السوابق القضائية السودانية في المركز السادس بعد خمس من مصادر التشريع في الشريعة الإسلامية ، أي أنها تتأخر حتى عن الاجتهادات البشرية لفقهاء الشريعة ولتوكيد ذلك قيد النص تطبيقها بالشريعة وبما يذهب إليه جمهور الفقهاء من فتاوى فرعية وبالقواعد الفقهية التي قررها الجمهور .

ووفقا للترتيب الذي أعتمدته النص ، يأتي العرف في المركز السابع تاليا للسوابق القضائية . وهو يماثل الفكر في المعاملات ولا ندري ما هو المقصود به فرما يكون تصورات المفكرين حول المعاملات أو شيء من هذا القبيل . ولايقف تدهور موقف العرف عند وروده في المركز السابع أو مساواته بمصطلح غامض ، بل يتعدى إلى توكيد خضوعه لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة الفطرية . ولسنا بالطبع في معرض مناقشة مدى وجود عدالة فطرية من عدمه وهو أمر متروك للممارسة القضائية ان وجدت سبيلا أصلا للوصول إلي المصدر السابع وخلا وفاضها وعجزت عن الاجتهاد وفقا للمصادر التي تسبقه في الترتيب .

الواضح من النص أنه أكمل مشوار صعود نجم الشريعة الإسلامية على حساب السوابق القضائية والعرف اللذين تدهور موقفهما في حال غياب النص بشكل مريع يسمح بالقول من الناحية النظرية أنهما فعليا بلا أثر يذكر وأن مساحة تطبيقهما أكثر من ضيقة . ويتضح ضيق هذه المساحة بتوضيح أن حالة غيبة النص نفسها لم تعد حالة شائعة منذ صدور قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م . وهو

القانون الذي صدر في ١٤/٢/١٩٨٤م مشتملاً على ٨١٩ مادة تعالج مواضيع ومسائل المعاملات .
 فصدور هذا القانون كان تحريراً لشهادة وفاة السابقة القضائية كمصدر أول للنظام القانوني السوداني من حيث التأثير لا القوة . إذ أنه حتى في السابق حين كانت حالة غيبة النص هي الأساس ، لم يكن للسابقة قوة مكافئة للتشريع وكانت تأتي بعده من حيث القوة وقبله من حيث التأثير بملئها للفراغ التشريعي وتغطيتها لمساحة واسعة في مجال القانون المدني . فالقانون المذكور دشن انتقال السودان من نظام يعتمد قانونه المدني بصفة أساسية على السابقة القضائية كمصدر للقانون ، إلى نظام يعتمد على التقنين كمصدر أساسي للقانون المدني . وأكد القانون المشار إليه دوره هذا بوضوح من حيث شموليته وعدد نصوصه ومن تأكيده لطابعة التكاملي مع قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م آنف الذكر ، وقضى بذلك قضاءً مبرماً على دور السابقة القضائية . إذ أنه لم يكف بملء الفراغ التشريعي والإحالة إلى قانون أصول الأحكام القضائية في حالة غيبة النص فقط ، بل أنه تغول على دور السابقة القضائية حتى بوصفها وسيلة لتفسير القوانين ذات طبيعة كاشفة " Declaratory nature " لا طبيعية تأسيسية " Constitutive nature " كما كانت فالمادة (٣) منه نصت على ما يلي :- " تسترشد المحاكم في تطبيق أحكام هذا القانون وتفسير الكلمات والعبارات الواردة فيه وكذلك في حالات غياب النص بالمبادئ الشرعية وتتبع القواعد المنصوص عليها في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م " .
 من كل ذلك يتضح أنه بصدور قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م وصدور قانوني المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م والإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م ، أصبح السودان دولة تعتمد التشريع مصدراً لقوانينها المدنية بالمماثلة لدول النظام اللاتيني القاري " Continental system " . كذلك أصبحت الشريعة الإسلامية المصدر الأول للقانون في حالة غيبة النص وتدهور مركز السابقة القضائية والعرف فأصبحت في المركزين السادس والسابع على التوالي مما يؤكد ضعف تأثيرهما على النظام القانوني إن لم يكن إنعدام هذا الأثر في حال التزام المحاكم بتطبيق هذه القوانين . ولكن تبقى حقيقة أن معظم السوابق القضائية ليس هناك تعارض بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية ، منفذاً لتطبيق هذه السوابق واستمرار عمل المحاكم بها .

العلاقة بين المصادر المادية والمصادر الرسمية للقانون بعد تشريعات ١٩٨٣م :-

شهدت العلاقة بين المصادر المادية والرسمية تطوراً سلبياً ملموساً بعد صدور تشريعات عام ١٩٨٣م ، حيث حدث انقلاب شامل في مفهوم هذه العلاقة . ففي بادرة شاذة غيرت المحكمة الدستورية موقفها من هذه العلاقة وذهبت بعيداً في البحث عن المصادر المادية وأعلت من شأنها على الدستور نفسه . ففي الطعن الدستوري رقم ١٩٨٤/١/د ع/ع ١٩٨٤م فيما بين :-

(١) إعتدال محمد فضل ، (٢) الريح حسن خليفة ضد السلطة التشريعية ٠٠ قضت المحكمة الموقرة برفض عريضة الطعن وأوردت مايلي :-

"ولو تجاوزنا كل ذلك فإن الأصل في الفقه الإسلامي هو أن ماجاء بالقرآن والسنة يسمو ويعلو على كافة التشريعات الوضعية سواء أكانت تلك التشريعات هي الدستور نفسه أو القوانين الأخرى ، ولذلك لا يستطيع المشرع الوضعي الدستوري أن يضع دستوراً يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، كما لا يستطيع أن يُضمّن أي قانون حكماً يخالف القرآن والسنة بإعتبار أن المادة (٩) من الدستور الدائم للبلاد قد نصت صراحة على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر للتشريع سواء أكان ذلك التشريع هو الدستور أو غيره من القوانين الأخرى . من هنا فإنه يتعين قراءة ماجاء بالقوانين على أنها تتلاءم مع أحكام الشريعة الإسلامية لا أن تتعارض معها ، ومادام الحال كذلك فإنها تكون دستورية بإعتبار أن الدستور نفسه لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم لا يكون على تلك القوانين أي مطعن . ولذلك فالعريضة لا تشمل على مسألة صالحة للفصل فيها لأنها مبنية على فهم للدين الإسلامي يخالف ما أجمع عليه عامة فقهاء المسلمين في شتى أنحاء البلاد"^{٦٥}.

والقرار بالطبع مشوب بأخطاء جسيمة مع تأسيسه لمفهوم بالغ الخطورة يهدم الأساس القانوني لدولة المؤسسات التي تقوم على سيادة الدستور . تتمثل هذه الأخطاء فيما يلي :-

بالرغم من أن أحكام الدستور تجعل من المحكمة الدستورية مراقباً لمدى دستورية القوانين فقط ، ذهبت المحكمة المذكورة للبحث في مدى مشروعية الدستور نفسه وحاكمته إستناداً إلى مبادئ أحد المصادر المادية متجاوزة بذلك إختصاصها ، إذ أنها غير مخولة بمراقبة أعمال المشرع الدستوري ، بل إن رقابتها مقصورة على مدى دستورية أعمال المشرع العادي وفقاً لمبدأ الدستورية . والدستور هو الوثيقة التي منحتها هذه السلطة ، وهي بالطبع لا تستطيع نقض أساس وجودها نفسه . فالمحكمة بسلوكها ذلك أعطت نفسها حقاً لا تمتلكه ، فهي وإن خولت حق الرقابة على المشرع العادي ، إلا أنها لا تستطيع تجاوز الدور القضائي لتقوم بالنظر في أسس التشريع الدستوري . فدور القضاء هو تطبيق القوانين فقط وليس التشريع . وحق المحكمة الدستورية في الرقابة هو تطبيق للدستور فقط وليس لها وظيفة تعطيها حق التشريع العادي بل فقط تمكنها من القيام بوظيفة سالبة هي الرقابة في حدود الدستور . أي أن دورها عند النظر في الدستورية هو تطبيق الدستور بالمماثلة لدور القاضي في تطبيق القوانين .

والغريب أن المحكمة الدستورية في قرارها المشار إليه رفضت عريضة الطعن لعدم توفر المصلحة أولاً وأخذت على مقدمي العريضة الطعن على التشريع بوصفهم قضاة واجبههم تطبيقه حين أوردت بالحرف الواحد مايلي :-"ولما كان واجب القاضي هو الالتزام بتطبيق القانون على النحو الذي أجازاه المشرع وأنه تبعاً لذلك لا يملك حق التعقيب عليه بمقولة أنه صحيح أو غير صحيح ، فإن مقدمي العريضة بوصفهم قاضيين لا تكون لهما مصلحة في الطعن في دستورية القانون ، إذ أن مركزها ذلك بما أنيط به من واجب

ينفي قيام أية مصلحة في الطعن ، وأنهما إذا رأيا أن يعيبا على المشرع إصداره لقانون تتعارض أحكامه مع أحكام الدستور ، فعليهما أولاً أن يخلعا رداء القضاء ليتمكننا من الطعن فيما هما غير مكلفين بتطبيقه . أما أن يظلا في منصب القضاء ، فلا تتقرر لهما أية مصلحة في الطعن في أي تشريع هما مكلفان بتطبيقه ، وعلى النحو الذي اشتمل عليه ذلك التشريع من أحكام دونما تعقيب على نية المشرع^{٦٦} . ولكن بعد سطر واحد أعطت المحكمة الدستورية نفسها الحق في التعقيب على الدستور نفسه وأخضعته لأحكام مصدر مادي .

كذلك حاولت المحكمة الدستورية إضفاء شرعية على حكمها بالإشارة للمادة (٩) من دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣ م ، متناسية أن نص المادة المذكورة يعدد مصادر التشريع العادي وليس الدستوري . فالخطاب في هذا النص موجه للمشرع العادي باعتبار أن الدستور تم سنه وإصداره وهو دائم وليست هناك جهة قضائية لها سلطة التعقيب عليه . بمعنى أن النص توجيهي الغرض منه حصر المصادر التي يجب أن يستنبط المشرع العادي منها القوانين .

وحتى لو سلمنا جدلاً بصحة مذكرته المحكمة الدستورية عن عمومية النص وشموله المشرع الدستوري - وهو أمر غير صحيح بالمرّة - ، فإننا نجد ما أورده المحكمة من أن الدستور يجب أن يتطابق مع ولا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية غير صحيح . فلا الدستور ولا القوانين يستلزم تطابقهما مع تلك الأحكام وفقاً للمادة المشار إليها آنفاً ، باعتبار أن هذه المادة عددت أكثر من مصدر للتشريع من الممكن أن يكتسب التشريع دستوريته منه وإن تناقض مع الشريعة الإسلامية وخالفها . فالعرف يمكن أن يكون مصدراً لتشريعات مناقضة لأحكام الشريعة وفقاً لمبدأ تكافؤ المصادر المشار إليه آنفاً .

وفي تقديرنا أن الخطأ الذي وقعت فيه المحكمة الدستورية الموقرة شائع ، ومصدره أن المحاكم تتعامل مع النصوص بفكر عقائدي سياسي أكثر من تعاملها من وجهة نظر قانونية . فعلى سبيل المثال وجهة النظر الخاطئة السابقة تبنتها أيضاً محكمة استئناف أبو ظبي في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٠ م في الاستئناف رقم ١٩٨٠/٣٤ م حين أوردت مايلي :- " وإذا كانت لقواعد التشريع درجات فتم قواعد تعلق الدستور وتقيده وأخرى أدنى منه تصدر وفقاً له وتتقيد بقواعده وتدرج فيها القوانين واللوائح وسائر التشريعات التي تصدرها سلطات الدولة المشرعة ويكون مصدرها الرئيسي أحكام الشريعة الإسلامية وهذه التشريعات وحدها هي التي تختص المحكمة العليا في موافقتها للدستور ، ولا تختص تلك المحكمة بالنظر في تحریم الربا ونحوه من قواعد الإسلام المحكمة التي لا يجوز للدستور بذاته ولا لقانون أو تشريع يصدر طبقاً له أن يعرض لمثل ذلك التحريم بوقف أو تعديل أو إلغاء^{٦٧} .

هذا الفهم لوضع الشريعة الإسلامية كمصدر مادي يعلو المصادر الرسمية ويعتبر معياراً لها ، إنبنى على الطابع المزدوج للتشريع الإسلامي باعتباره ذو أصل إلهي في حالة كونه شرع مبتدأ وبشرى في الأحوال الأخرى . وبالنظر أن اجترأ المحكمة الدستورية على الدستور وتكريسها لهذا الفهم ، جعل من الاجتهاد

عند غيبة النص التجريفي في قانون العقوبات أمراً يمكننا لكل قاض أن يتبناه . حيث حدث ذلك بالفعل في قضية حكومة السودان ضد محمود محمد طه الشهيرة^{٦٨} . إذ أن القاضي إستناداً لعمومية نصوص قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م واهتداءً بالفهم المزدوج لطبيعة التشريع وبقراءة نص المادة (٤٥٨) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م مع نص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية ، قام بمحاكمة المتهم بجرمة الردة غير الموجودة أصلاً بقانون العقوبات وقضى بإعدامه . وكان طبيعياً أن يتم تأييد الحكم وينفذ في ظل سيادة المفهوم الذي كرسته المحكمة الدستورية والذي وضع أحكام الشريعة الإسلامية فوق الدستور نفسه . فالمحكمة الدستورية حارسة الدستور بقضائها السابق ، رفعت الحرج عما عداها من محاكم ، والأخيرة لم تتوان في مخالفة مبدأ الشرعية وتطبيق أحكام مصدر مادي في غيبة النص . والمعلوم فقها أن المصادر الاحتياطية التي يتم تطبيقها في حال غيبة النص ، تطبق في حال غيبة النص في المواد المدنية فقط . ولتفادي تكرار الخطأ على مستوى قانون أصول الأحكام القضائية واستخدامه لابتداع جرائم غير واردة بقانون العقوبات ، قامت السلطة التشريعية بعد التحول السياسي الذي شهدته البلاد عقب انتفاضة عام ١٩٨٥م بتعديل نص المادة (٣) من القانون المذكور . حيث أصبح صدر المادة يقرأ كما يلي :- " على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائية اذا لم يوجد نص يحكم الواقعة . . . " ويلاحظ ورود عبارة " وفيما عدا الدعاوى الجنائية " التي لم تكن موجودة بالنص الأصلي .

ولكن يبقى أن ننوه إلى أن ما تداركه المشرع العادي فيما يخص قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م ، لا ينفي بقاء أثر السابقة الدستورية آنفة الذكر على المستوى الدستوري . لذلك يظل في السودان حالياً موقف شاذ ولا معرني من العلاقة بين المصادر المادية للتشريع والتشريعات الدستورية والعادية . هذا الموقف انبنى على فهم ديني عقائدي يعلي من شأن مصدر مادي هو الشريعة الإسلامية على نصوص التشريع الدستوري والعادي ، مما يعني أن الشريعة الإسلامية لازمة التطبيق بواسطة المحاكم على الرغم من عدم وجود نصوص تشريعية وبالمخالفة للدستور إن حدث وتناقضت مبادئها معه . هذا الفهم مبني على اجتهادات فقهية بشرية قام بها علماء الشريعة الإسلامية تعطي مفهوم التشريع معنى مزدوجاً ذو شق الهي وأخر بشري . وبالتالي تكون العلاقة بين المصدر والتشريع علاقة مقلوبة . فبدلاً من أن يكون المصدر موضوع استلهام ، يصبح معياراً لمحاكمة النص التشريعي لأنه متعال بطبيعته الإلهية .

خلاصة

في دراسة مصادر القانون عادة يعتبر أن القانون هو القواعد واجبة التطبيق بواسطة المحاكم وعلى هذا الأساس تنقسم مصادر القانون إلى قسمين رئيسين :- مصادر رسمية (مباشرة) ومصادر مادية (غير مباشرة) .

وبالطبع الأولى هي المصادر واجبة التطبيق أو أن شئنا الدقة هي القانون والثانية هي مصادر القانون المادية أو الجذر الذي يستند إليه المشرع أو المحكمة عند غيبة النص في إيجاد أو استنباط القاعدة واجبة التطبيق على الوقائع التي تعرض أمام المحكمة . والقانون بتعريفه هذا انقسمت أنظمتها عالميا لقسمين أحدهما يعتمد على التشريع كمصدر رسمي للقانون والآخر يعتمد على السابقة القضائية .

والأصل في نظام التشريع أن المصدر المادي للقانون لا يكتسب الرسمية ليصبح واجب التطبيق بواسطة المحاكم ، إلا بعد تدخل المشرع العادي وإضفاء الرسمية عليه بنص أو نصوص بعينها .

أما في نظام السابقة القضائية فإن المحكمة بنفسها تغوص في أغوار المصادر المادية لتنتج القاعدة القانونية الملزمة . وفي الحالتين والنظامين لا تستطيع المحاكم أن تخالف النص التشريعي الصادر من المشرع العادي بوصفه صاحب السلطة الأصلية في العودة إلى المصادر المادية واستنباط القواعد منها وفقا للتفويض الشعبي له - طبعاً هذا في الدول التي تعترف بسيادة الشعوب وحققها في حكم نفسها بنفسها . والقاعدة العامة هي أن المشرع في رجوعه هذا يحكمه مبدأ الدستورية كضمانة أساسية لمبدأ سيادة حكم القانون . وذلك لأن الافتراض القانوني هو أن الدستور كوثيقة أساسية ارتضاها الشعب لتنظيم حياته ونشاطاته وأودعها المبادئ التي تحافظ على كرامة الفرد وتماسك المجتمع ، هو المعيار الأساسي لمدى صلاحية ما سنه المشرع العادي لتحقيق هذه الأهداف . والسائد هو أن الدساتير تكتفي عادة بإيراد الحقوق والحريات الأساسية وتحديد مؤسسات الدولة وسلطانها وتسكت عن إيراد المصادر المادية للتشريع . وذلك حتى تسمح للمشرع العادي بحرية الرجوع إلى المصادر التي يراها مناسبة ليستنبط منها تشريعاته بشرط ألا يخالف نصوص الدستور . ولكن درجت بعض الدساتير على النص على المصادر المادية للتشريع وبذلك ضيق على المشرع العادي خياراته في الرجوع للمصادر الأخرى . إذ أن عليه الرجوع إلى المصادر المنصوص عليها أولاً وحتى في حالة عدم وجود قواعد يستطيع استنباط تشريعاته منها يكون ملزماً بالألا يستنبط من المصادر الأخرى ما يخالف مبادئها العامة .

وبالطبع الأصل في المصادر المادية التكافؤ ومجرد ورودها على سبيل التعداد بالدستور لا يعني ترتيباً ملزماً لها . ولكن يستطيع المشرع الدستوري أن يجعل من مصدر ما المصدر الأساسي أو الأصلي أو الوحيد للتشريع حينها يصبح النص التوجيهي الذي يعدد المصادر نصاً موضوعياً ملزماً للمشرع العادي . وبما أن المصادر المادية المختلفة ذات جذور اجتماعية متباينة أنتجت كمنظومات قيم تتباين بتباين أصلها

الاجتماعي ، يصبح التناقض فيما بينها أمرا لا مناص منه . والأصل هو أن المشرع العادي بالخيار في الرجوع لأي من المصادر المادية عند التناقض مالم يقيدده الدستور بتفضيله لمصدر معين وحينها يكون قد حسم التناقض لمصلحة هذا المصدر .

وبالقطع أن تقييد المشرع العادي بمصدر بعينه غير محمود لان الوثيقة الدستورية الغرض منها أن تكون أساسا وحدويا لتنوع غني بتناقضاته . وإطلاق يده يعني الاعتراف بالتنوع وبأحقية القيم غير السائدة اجتماعيا في أن تأخذ نصيبها من التشيؤ في شكل قوانين وبالتالي من الاعتراف الاجتماعي بها . أما على صعيد القوانين المنظمة لرجوع المحاكم للمصادر المادية كمصادر رسمية تبعية أو مكملة تأتي بعد التشريع عند غيبة النص ، فأما بلا استثناء تحسم التناقض لمصلحة المصدر الذي يأتي ترتيبه أولاً ، هذا في حالة أن النص نفسه لم يقدم صراحة مصدرا بعينه على بقية المصادر . لذلك يبقى نظام السابقة القضائية أكثر مرونة من نظام التقنين باعتبار أنه يخلو دائما من قوانين تنظم رجوع المحاكم لهذه المصادر استنادا إلى أن سلطتها في الرجوع أما أن تنبع من سلطة أصلية امتلكتها بحكم طبيعتها لتحقيق العدالة أو لنص يحيلها لمبادئ العدالة والأنصاف مما يتيح لها حسم التناقض وفقا لما تراه مناسبا .

والسودان مثله مثل سائر الدول الحديثة ، ينبغي أن تخضع العلاقة بين مصادر قانونه المادية وقوانينه للقواعد السابقة . والناظر لموقف دساتير السودان ومشاريع الدساتير من مصادر التشريع ، يجد أنها تراوحت ما بين الصمت عن ذكر هذه المصادر وتعدادها في الغالب وأحيانا حسم تناقضها لمصلحة مصدر بعينه هو الشريعة الإسلامية . أما فيما يخص القوانين التي تعاملت مع المصادر في حالة غيبة النص التشريعي ، فهي أيضا تراوحت ما بين إعطاء المحاكم حرية مطلقة في الرجوع لمبادئ العدالة والأنصاف والوجدان السليم ، وبين ترتيب المصادر بشكل أو بآخر . حيث شهد ترتيب هذه المصادر تطورا مضطربا لمصلحة الشريعة الإسلامية التي كانت تتخلف عن السابقة القضائية والعرف حتى تم الانتصار لها غائيا بصدر قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣ م . كذلك درج السودان على الحفاظ على علاقة سوية بين المصادر المادية والتشريعات بعامه بما في ذلك الدستور حيث ظل الدستور دائما هو الوثيقة المعيارية الأساسية التي لا تخضع للمعايرة ولا تعلق عليها المصادر المادية . ولكن تغير هذا الموقف بصدر سابقة دستورية أشرنا إليها آنفا ، قلبت الوضع رأسا على عقب . فالمحكمة الدستورية أسست لوضع شاذ حين وضعت الشريعة الإسلامية كمصدر مادي فوق الدستور نفسه ، وبالتالي نصبت من نفسها مقبلا على المشرع الدستوري وأفقدت الدستور كوثيقة دستورية قيمته التوحيدية ، ولغت التنوع بجعلها وجود العرف كمصدر تشريعي وجودا شكليا لان التناقض محسوم لمصلحة الشريعة الإسلامية ، برغم التكافؤ الأصلي الموجود في نص المادة (٩) من دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م الذي صدر الحكم أثناء سريانه . وبالتطابق مع هذا الموقف (أي حسم التناقض لمصلحة الشريعة الإسلامية جاء نص المادة (٦٥) لدستور السودان لعام ١٩٩٨م ساري المفعول برغم تعداده

الشكلي لمصادر أخرى مكافئة شكلاً للشرعية الإسلامية . فهو جعل الشرعية الإسلامية مكافئة للإجماع استثناءً ودستوراً وعرفاً من حيث الشكل ، والمعلوم أن الإجماع استثناء أو دستوراً ينتج تشريعات وليس مصدراً مادية كما أن الإجماع عرفاً يعني سيادة أعراف الأغلبية المسلمة . وبالقسط وضع الشرعية الإسلامية كمصدر مادي على قدم المساواة مع الدستور نفسه ، يعني أن المشرع العادي يستطيع أن يشرع وفقاً للشرعية الإسلامية وبالمخالفة للدستور استناداً إلى مبدأ التكافؤ الأصلي للمصادر . أي أنه من الناحية العملية وضعت المادة المشار إليها للشرعية الإسلامية فوق الدستور وتركت للمشرع العادي حرية التشريع استناداً لها وبالمخالفة للدستور وبالتالي تخدم مبدأ الدستورية من أساسه . وإذا أضفنا إلى ذلك أن المشرع العادي حسم التناقض لمصلحة الشرعية الإسلامية وفقاً لنص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣ م ، يكون للنظام القانوني السوداني مصدراً وحيداً هو الشرعية الإسلامية . يبقى أن ننوه إلى أن حالة غيبة النص التي تتيح تطبيق المصادر وفقاً لترتيبها بالمادة المذكورة آنفاً ، لم تعد الحالة الأصلية بعد صدور قانون المعاملات لسنة ١٩٨٤ م وانتقال السودان ليصبح إحدى دول التقنين وزوال مجد السابقة القضائية .

في تقديرنا أن من واجب النظام القانوني السوداني أن يستوعب التنوع الكبير في المجتمع ، ولتحقيق ذلك أما أن يترك مصادر التشريع من غير تعداد وهو مانفضله أو أن يعددها دون تفضيل أحدها على الآخر وبشرط أن ينص على أن الدستور هو الوثيقة الأساسية التي لامعقب عليها ولايعلوها أي مصدر مادي باعتباره المعيار الوحيد لتفادي الأثر المدمر للسابقة الدستورية آنفة الذكر . كذلك من الأفضل أن يترك للمحكمة الخيار في حالة غيبة النص للرجوع إلى مبادئ الإنصاف والعدالة والوجدان السليم كما في السابق ، دون تقييد أو ممانعة أو حسم للتناقض لمصلحة مصدر بعينه لأن التناقض أصل بين المصادر لاداعي لتدخل المشرع لحسمه حتى يكن النظام القانوني أكثر مرونة ، مع ملاحظة أن للمشرع الحق كله في تقنين ما يراه مناسباً أصلاً وبالتالي إستبعاد الحديث عن غيبة النص من أساسه .

الهوامش:-

١/ R. W. M. Dias - المرجع السابق - ص ١٥

٢/ R. W. M. Dias - المرجع السابق - ص ١٦ و ١٧

٣/ د. عبد الحميد متولي: الشرعية الإسلامية كمصدر أساسي للدستور - المرجع السابق - ص ١٨

٤/ د. عبد الحميد متولي: الشرعية الإسلامية كمصدر أساسي للدستور - المرجع السابق - ص ١٩

٥/ د. رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - ص ٢٣٣

٦/ حسن طه نصر وخضرة حسين محمد نصر طاعون ضد

سليمة جابر مطعون ضدها

م ع/ ط م/ ١٤٠٦/٦٠هـ

مجلة الأحكام القضائية السودانية (١٩٨٧م) - ص ١٤٨

٧/ حكومة السودان ضد كلثوم خليفة عجبنا - مع/ غ/ ١٤٨/٤٨ - م ١٩٩٢ - م ١٩٩٢ - ص ١٤٨

- ٨/ د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون - الطبعة السادسة - ١٩٩٣م - منشأة المعارف بالإسكندرية - ص ٢١٥.
- ٩/ عبد الرحيم محمد دين ضد احمد عبد الله محمد وآخر - مجلة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٧٥م - ص ٢٥٠ م ط م / ١٩٥ / ١٩٧٥م.
- ١٠/ المستشار طه الشريف: نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - بدون تاريخ.
- ١١/ د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية - مؤسسة الثقافة الجامعية - ١٩٧٨ ص ٦٩.
- ١٢/ (١) إعتدال محمد فضل
(٢) الريح حسن خليفة
ضد
السلطة التشريعية
- سبق الإشارة إليها بالهامش رقم ٧٩ بالباب الأول
- ١٣/ حكومة السودان
ضد
المكاشفي طه الكباشي
م ع/ ف ج/ ١٩٤/ ١٤٠٦
مجلة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٨٩ - ص ٢٠٥
١٤/ مجلة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٨٧ - ص ٢٩٩
١٥/ التيجاني الطيب بابكر
ضد
حكومة جمهورية السودان الديمقراطية
ق د/ ٣ / ١٩٨١م
مجلة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٨٠ - ص ٢٤٧ و ٢٤٨
- ١٦/ Garner's Administrative Law - J. F. Garner , B. L. Jones - Six Edition, butterworths - London - 1985, pp. 48-49.
- ١٧/ افانيس صموئيل
ضد
(١) محافظ الخرطوم
(٢) المؤسسة العامة للعقارات
طعن إداري ٧٨/٤٢
مجلة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٧٨ - ص ٢١٠
- ١٨/ حكومة السودان
ضد
زين العابدين نصر علي
م ١/ ١٥٠ ج/ ٣٢٥/ ٧٨
مجلة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٧٨ - ص ٤٦٢
- ١٩/ إبراهيم عبد الرحمن عبد السلام
ضد
محمد نصر الدين مصطفى وآخرين
م ع/ ط م / ٥٣٦ / ١٩٩٢
مجلة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٩٢ - ص ٣٩٧
- ٢٠- / Dias المرجع السابق ص ١٦٢
٢١/ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٥ - ص ٢٠٢
عوض عبد الرحمن ضد محمد حسن الغول
م ع/ ط م / ١٣٦ / ١٩٧٥م
٢٢/ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٥ - ص ٣٥٥
الطيب الصاوي ضد حمودة الظاهر
م / إ س م / ٤٢٨ / ١٩٧٥م
٢٣/ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢ - ص ١٧
نقض ١٩٩٢/١١١

نفقة زوجية ونفقة بنوة

- ٢٤/ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٨ - ص ١٨٩
عثمان احمد القاضي ضد بابكر العباس الجنيد
م /إس م/ ١٦٠/ ١٩٧٨م
- ٢٥/ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٨ - ص ١٩٠ و ١٩١
عثمان احمد القاضي ضد بابكر العباس الجنيد
م /إس م/ ١٦٠/ ١٩٧٨م
- ٢٦/ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٢ - ص ٥٠
أم الحسين الحسن ضد ورنه الماخي السافلاوي
م /إ/ ٦٧٠/ ٧٠
- ٢٧/ للمستشار محمد وجدي عبد الصمد: المرجع السابق - ص ٢٨٣ و ٢٨٤
٢٨/ المستشار طه الشريف: المرجع السابق - ص ٨٧
٢٩/ المستشار محمد وجدي عبد الصمد: المرجع السابق - ص ٢٩٥
٣٠/ دز توفيق حسن فرج: المرجع السابق - ص ٩٢ و ٩٣
٣١/ شنداق آدم نعم الله ضد إبراهيم يوسف خمجان
مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٣ - ص ١٠٩
٣٢/ حكومة السودان ضد بابكر احمد حسن (م /إس ج/ ١٣٨/ ٨٣)
مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٣م - ص ١٢٦
٣٣/ د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق - ص ٩٣ و ٩٤
٣٤/ Dias - المرجع السابق - ص ٢٥٤
٣٥/ د. توفيق حسن فرج: المرجع السابق - ص ٩٦ و ٩٧
٣٦/ روبر يبلو: المواطن والدولة - ترجمة نجاد رضا - سلسلة زمني علمياً - منشورات عويدات - بيروت/باريس - ص ٥٣
٣٧/ د. ميشيل حنا منباس: بحث منشور بمجلة عالم الفكر - المجلد الثاني والعشرون - العدد الثاني - تصدر عن وزارة الإعلام بدولة الكويت - ص ٢٠٦
٣٨/ د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق - ص ١٤٥
٣٩/ د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق - ص ١٤٥
٤٠/ د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق - ص ٥١٦
٤١/ د. رمضان أبو السعود: المرجع السابق - ص ٥١٦
- ٤٢- حكومة السودان ضد عمر محمد صالح م ع/ط ج/ ٧٣/ ٣٨ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٣م - ٣١٩
- ٤٣- دي.أو.فاران - قوانين الأحوال الشخصية- ترجمة هنري رياض وكرم شفيق - دار الجليل - بيروت - ص ١١٦
- ٤٤- دي.أو.فاران - المرجع السابق ص ١١٧
- ٤٥- د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٣٠١
- ٤٦- د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٣٠١
- ٤٧- د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٣٠١
- ٤٨- د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٢٣٧
- ٤٩- طلب تفسير من النائب العام للمادة ٨٤ من الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م (ع/ع د/ ١٠/ ١٩٨٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٧م - ص ٣٩٦
- ٥٠- د. سعيد محمد أحمد المهدي - أضواء على قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠م في السودان - ترجمة هنري رياض - منشور ضمن المقالات الواردة به المدخل للقانون والقضاء في السودان - المرجع السابق - ص ١٨
- ٥١- كليف. ف توميسون - عهد التكوين للقانون السوداني - ترجمة هنري رياض - المرجع المشار اليه في (٥٠) أعلاه - ص ١٨٩
- ٥٢- كليف. ف توميسون - المرجع السابق - ص ١٧٠
- ٥٣- ناتالي ألوك أكولاوين - تطبيق المحاكم السودانية للقانون الانجليزي - ترجمة هنري رياض - المرجع السابق - ص ٦١
- ٥٤- ناتالي ألوك أكولاوين - المرجع السابق - ص ٨٤
- ٥٥- ناتالي ألوك أكولاوين - المرجع السابق - ص ١١٣

- ٥٦ - د. عوض أحمد ادريس - الدية بين العقوبة والتعويض - المرجع السابق - ص ٣٩٨
- ٥٧ - علي دنفلا (مستأنف) ضد حكومة السودان - وزارة الأشغال - (مستأنف ضدها) م أ/أ س م/٩٤/٧٣ - مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٣م الصفحات ١٩٧ و ٢٠٠ على التوالي
- ٥٨ - د. عوض أحمد ادريس - المرجع السابق - ص ٣٩٨
- ٥٩ - حكومة السودان ضد سيد محمد احمد مساعد وآخرين (م ع/ ط ج/٦٢/١٩٧٥م)
- مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٥م - ص ٤٤٤
- ٦٠ - حكومة السودان ضد موسى أحمد متى وآخرين (م ع/ ط ج/٤٤/١٩٧٥م)
- مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٥م - صفحتي ٤٣٠ و ٤٣٢ على التوالي
- ٦١ - نفس المرجع الوارد في (٦٠) أعلاه - ص ٤٣٣
- ٦٢ - الرحمة علي جابر وآخرون ضد ورثة علي جابر (م ع/ ط م/٢٥٧/٧٤)
- مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٤م - ص ١٥٥
- ٦٣ - حكومة السودان ضد عبدالله مرعي محمد
- مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٠م ص ١٣
- ٦٤ - د. حامد إبراهيم محمد وآخرين ضد وزير المالية والتخطيط النمرة م ع/ ط أ س/٦٣/١٩٩٢م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٩٢م ص ٣٧٨ و ٣٨١ على التوالي
- ٦٥ - هنري رياض - أشهر الأحكام الدستورية والجنائية في السودان - دار الجبل - بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٨٨ - ص ١٥
- ٦٦ - نفس المرجع المذكور في (٦٥) أعلاه ونفس الصفحة .
- ٦٧ - عبد الله راشد أحمد هلال المحامي - مجموعة الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف والنقض بدولة الامارات العربية المتحدة - المجلد الثاني - ص ٦٠١ .
- ٦٨ - (١) أسماء محمود محمد طه (٢) عبداللطيف عمر حسب الله ضد حكومة جمهورية السودان
- التمرة: م ع/ ق د/٢/١٤٠٦هـ - الإخوان الجمهوريون (الطبعة الأولى)
- حيثيات المحكمة العليا في قضية الأستاذ محمود محمد طه.

الباب الثالث

أثر التشريعات الإسلامية في القانون الجنائي

الباب الثالث

أثر التشريعات الإسلامية في القانون الجنائي

مقدمة

لا خلاف حول أن السودان لم يعرف تقنين قانون للعقوبات إلا بعد إعادة فتح البلاد وتأسيس الحكم الثنائي في العام ١٨٩٩م . إذ أنه عاش قبل هذه الفترة تحت حكم المهديّة التي احتكمت بصفة عامة إلى الشريعة الإسلامية كما فهمها الأمام المهدي ومن بعده خليفته وقناها بمنشوراتهما التي لا يمكن بأية حال اعتبارها تقنيناً عقابياً وفقاً لمفهوم التقنين الحديث وفنياته . قبل ذلك خضع السودان لأحكام قانون الجزاء الهمايوني العثماني منذ العام ١٨٤١م حين طبق محمد علي باشا القوانين العثمانية على مصر والسودان بعد إستقلاله عن الإمبراطورية العثمانية .

صدر قانون العقوبات السوداني الأول سنة ١٨٩٩م ولم يعمل به في جميع أنحاء السودان طرفة واحدة وإنما طبق بالتدريج على المديريات والمراكز المختلفة بعدة أوامر تشريعية آخرها في ٧ فبراير سنة ١٩٠٧م . وحل قانون سنة ١٩٢٥م محل قانون سنة ١٨٩٩م^١ ، ثم حل قانون ١٩٧٤م محل قانون سنة ١٩٢٥م . بعد ذلك جاء قانون عام ١٩٨٣م الشهير بقانون سبتمبر ليعقبه القانون الحالي الذي عرف بالقانون الجنائي لسنة ١٩٩١م . وبالرغم من أن جميع الفقهاء بصفة عامة متفقين على أن أصل أول قانون عقوبات سوداني يرجع إلى قانون العقوبات الهندي ، إلا أن هناك بعض الخلافات فيما بينهم حول أصل القانون الهندي نفسه . فالدكتور عوض احمد إدريس مثلاً يقول :- " أصدر الحاكم العام للسودان قانون العقوبات السوداني عام ١٨٩٩م كأول قانون وضعي يصدر في السودان ، نقلاً عن القانون الجنائي الهندي ذي الأصل الإنجليزي الصادر في ٦ أكتوبر ١٨٦٠م^٢ . وهذا الرأي منقول عن الدكتور محمود محمود مصطفى . ويقول الدكتور منصور خالد أن الأستاذ محمد إبراهيم خليل تناول بعض حقائق حول قوانين ماکولي (قانون العقوبات الهندي) هذه أزالته ضباباً كثيفاً علق بها . ويورد الأستاذ محمد ان البرلمان الإنجليزي كان سائراً في اتجاه إصدار قوانين للهند لا تختلف الا في بعض التفاصيل عن التشريعات الإنجليزية ، مثلما كان يفعل في سائر المستعمرات كأستراليا وكندا . وعند مناقشة الاقتراح الخاص بإصدار تشريعات للهند اشترك في النقاش عضو برلمان جديد اسمه ماکولي فاعترض على ذلك الاتجاه محتجاً بأن القانون الإنجليزي لا يصلح لمجتمعات تختلف حضارتها ومعتقداتها وبيئتها عن المجتمع الإنجليزي . وانطلاقاً من هذه الأفكار شرع ماکولي في إعداد قانون العقوبات الهندي متخذاً القانون الإسلامي - كما كان يطبق في الهند منذ الإمبراطورية المغولية - أساساً لاجتهاده ملتزماً بالمبادئ العامة للقانون الإنجليزي حيث لا يوجد تعارض بينهما^٣ .

أما الفقيه الهندي راتنلال فيقول عن أصل قانون عقوبات بلاده ما يلي :- " تم وضع مسودة قانون العقوبات الهندي بواسطة لجنة القانون الهندي الأولى التي كان يرأسها السير (لاحقاً لورد) ماکولي ويتمتع بعضويتها كل من ماکلويد و أندرسون وميليت . وهم اعتمدوا في وضعها ليس على القانون الإنجليزي والقوانين الهندية واللوائح فحسب ، بل أيضاً على قانون لوزيانا الخاص بليفنغستون وقانون نابليون . حيث تم إيداع مسودة القانون لدى حاكم الهند العام في المجلس في ١٨٣٧ م . وتمت مراجعة المسودة بواسطة السير / بارنز بيكون والسير / ج.و. كولفيل وعدة أشخاص آخرين ليتم إكمالها في عام ١٨٥٠ م ، ومن ثم تم تقديمها للمجلس التشريعي في ١٨٥٦ م وأجيزت في ٦ أكتوبر ١٨٦٠ م .

وتحت حكم المغول كانت الشريعة الإسلامية مستخدمة في تصريف شئون العدالة الجنائية مع استبعاد تام للقانون الهندوسي . حيث كان القرآن هو مستودع القانونين الجنائي والمدني معا . وكان القضاة في تفسيرهم لنصوص القرآن ، يرجعون إلى أحكام الملوك المسلمين الورعين وإلى آراء فقهاء المسلمين البارزين في الماضي . وفي الفترة ما قبل ١٨٦٠م كان القانون الجنائي الإنجليزي يطبق في المدن الرئاسية مثل بومباي وكالكوتا ومدارس . أما في موفويسيل فكانت المحاكم بصورة أساسية تهندي بالقانون الجنائي الحمدي (الشريعة الإسلامية) والذي أزيلت عيوبه الفاضحة جزئياً بواسطة قوانين الحكومات المحلية . وفي عام ١٨٢٧م تمت مراجعة شاملة لنظام إدارة العدالة الجنائية برئاسة بومباي . ومنذ ذلك الوقت تم وضع القانون الذي تطبقه المحاكم الجنائية في شكل قانون . ولكن في الرئاستين الشقيقتين الآخرين استمر تطبيق قوانين الشريعة الإسلامية الجنائية حتى تاريخ سريان قانون العقوبات الهندي ^٤ .

وتجدر الإشارة إلى أن لوزيانا وإن كانت قد استرشدت بالقانون الأسباني والفرنسي في وضع قانونها سنة ١٨٠٥م ، إلا أنها استرشدت بالقانون الأنجلو أمريكي في وضع قانونها الجنائي لسنة ١٩٠٥م . كما يلاحظ أن مجموعة ليفنغستون التي أخذ عنها القانون الهندي أحكامه لم تصدر مطلقاً في لوزيانا ^٥ .

ولكن يبدو أن للبروفيسور ج.د. اندرسون رأي يختلف عن الفقيه راتنلال . فهو في معرض تعليقه على الوضع التشريعي في السودان بعد إعادة الفتح يقول :- "كاد الوضع القانوني في السودان الذي خضع للحكم الثنائي أن يكون مماثلاً بوجه عام للوضع بمصر رغم وجود فروق تطبتها مقتضيات ذلك الحكم . ففي مجال القانون الجنائي ، صدر قانون للعقوبات مستمد أصلاً من القانون الغربي وبدلاً من الأخذ من قانون نابليون ، أستخدم أحكامه من القانون الإنجليزي على النحو الذي تمت صياغته في شكل قانون العقوبات الهندي بواسطة اللورد ماکولي في ١٨٣٧م ٠٠٠ كما قام ببعض التعديلات لكي يكون قانون عقوبات السودان ملائماً لأحكام الشريعة الإسلامية والظروف السائدة في السودان ^٦ .

الواضح أن هذا الرأي قريب من رأي الدكتور محمود محمد مصطفى الذي نقله عنه الدكتور عوض أحمد إدريس ، ولكنه يتميز عن الأخير بالاستدراك الذي يقول بأن القانون غُذِّل ليكون ملائماً لأحكام الشريعة

الإسلامية والظروف السائدة في البلاد . وبالطبع هذا الاستدراك يؤسس لفرق جوهري وأساسي ، لأن من يعتقد بأن القانون المذكور غربي صرف ليس من حيث النشأة التاريخية بل من حيث المحتوى أيضا ، يدعو لاستبداله بقوانين إسلامية باعتبار أنه جاء ابتداءً لإلغاء الشريعة الإسلامية .

والواقع أن القانون المذكور لا يمكن بأية حال اعتباره قانونا غربيا صرفاً ، فهو وإن تأثر بالقانون الإنجليزي من حيث المبادئ العامة وفتيات التشريع الحديث ، إلا أنه وضع أساسا ليلائم الوضع في الهند حيث إستقى من قوانينها التي هي بالأساس الشريعة الإسلامية كما طبقها المغول أو/ والشريعة الإسلامية معدلة كما طبقتها بعض الرئاسات . كذلك إستقى المشرع نصوصه من مشروع ليفنجستون الموضوع للوزير نابلون وكلاهما ليساهما القانون الإنجليزي وإن أمكن تصنيفهما ضمن القوانين الغربية . أي أن المشرع الإنجليزي بالهند ، لم يكن باستطاعته استجلاب القانون الإنجليزي وفرضه على الواقع الهندي ، ليس عن عجز ولكن عن دراية بالوضع دفعتم البرلمان الإنجليزي لتكليف اللورد ماکولي برئاسة لجنة التشريع وهو من عارض نقل القانون الإنجليزي بتفاصيله ليصبح قانونا للهند . ولنا في حاجة للقول بأن قناعة اللورد ماکولي جعلته يضع تشريعا يتواءم مع حقيقة سيادة الشريعة الإسلامية في مجال القانون الجنائي بالهند مع عدم تبني مالا يتواءم مع فكره وثقافته القانونية مما أسماه الفقيه راتنلال بالعيوب الفاضحة .

قصارى القول أن اعتبار قانون العقوبات الهندي قانونا إنجليزيا صرفا من حيث النصوص وقواعد التجريم ، فيه إهمال للغرض من تشريع هذا القانون ولطبيعته نفسها . كذلك يعكس هذا الفهم قصورا في فهم واقع الهند ما قبل الاستعمار الإنجليزي وسيادة قوانين الشريعة الإسلامية فيها وتعميمها على يد المغول ، مع إتمام ضمني للمستعمر الإنجليزي بالقصور في فهم واقع مستعمراته والعمل على فرض قوانينه عليها بقوة الاحتلال ، ولم يكن هذا بالحقم حال المستعمر الإنجليزي في أي من مستعمراته . فقانون عقوبات الهند وإن كان قد تأثر بالمبادئ العامة للقانون الإنجليزي - وهذا أمر طبيعي نظرا لطبيعة المشرع - إلا أنه وضع أساسا ليلائم وضعاً سادت فيه الشريعة الإسلامية لفترة طويلة نسبيا . وبرغم مراعاته لتلك الظروف ، بذل المستعمر جهدا كبيرا لتوطينه بالسودان بعد سنه وتشريعه لقانون مستمد منه . ويتجلى ذلك بوضوح في محاولة المستعمر تأهيل قضائه بصورة تمكنهم من فهم أفضل للواقع الذي يعملون في ظله حتى يتمكنوا من تطوير القانون بتوضيح مواطن القصور التي تظهر خلال الممارسة والتطبيق . وحول هؤلاء القضاة يقول الدكتور كريشنا فاسديف ما يلي :- حسب قول القاضي ف.س.فيلبس :-

"أ/ كان على مفتش المركز كي يعين قاضيا في السودان ، أن يكون مؤهلا كمحامي حتى لو درس القانون أو فقه القانون في جامعتيه . وكان العديد من مفتشي المراكز بالفعل حاصلين على مرتبة الشرف في القانون من

جامعة أكسفورد أو كمبردج أو دبلن (٣١ من ١٢٠ في فترة ما بين الحربين ، من بينهم ٩ حاصلون على المرتبة الأولى والجوائز) ، ولكن لكي يصبح الواحد قاضيا كان عليه أن :-

(١) النجاح في امتحان قانون حكومة السودان والذي كان يجب أن ينجح فيه كل الموظفین الأجانب في

الدرجات الإدارية خلال سنتين من تعيينهم كمفتشي مراكز تحت التمرين .

(٢) النجاح في امتحان حكومة السودان العالي في اللغة العربية .

(٣) التأهيل كمحامي في أحد نظم المحاكم بلندن.

ب / كان على مفتشي المراكز الذين لم ينضموا للقضائية (ماعدا عدد قليل من ضباط الجيش في الأيام الأولى ، وبعض الآخرين الذين عينوا بموجب عقود محددة المدة وفي الغالب للخدمة في جنوب السودان وبالذات في فترات الحربين العالميتين) ، بعد أن يحصلوا على درجة الشرف في أي من العلوم من الجامعة ، كان عليهم أن يحضروا دورات في أكسفورد وكمبردج أو لندن في القانون والأنثروبولوجي والمساحة وبعض المواضيع الأخرى ذات الصلة بتعيينهم المستقبلي في السودان . وبعد وصولهم للسودان ، كان عليهم خلال عامين النجاح في قانون حكومة السودان وامتحان اللغة العربية العالي كي تنتهي فترة تمرينهم ويصبحوا قضاه جزئيين من الدرجة الأولى لهم الحق في رئاسة المحاكم الكبرى " .

نلاحظ أنه حتى يتم تثبيت مفتش المركز في الخدمة ، سواء انضم للقضائية أم لا ، كان يجب أن ينجح في امتحان القانون خلال سنتين من تعيينه . وفي إجابة عن محتوى الامتحان ، نحيل مرة أخرى للقاضي ف.س.فيليس حيث يقول :- " وكنا جميعا ملزمون بحضور محاضرات وقراءة كتب القانون قبل الجلوس للامتحان والذي لا يمكن لأحدنا التثبت في وظيفته دون اجتيازه . وخلاف قانون العقوبات السوداني وقانون الإجراءات الجنائية ، كان علينا في الامتحان الإجابة حول قواعد الإثبات في القانون الإنجليزي والعقود والمسؤولية التقصيرية . وكان يجب أن يكون لدينا فكرة عن القانون المحمدي وإن كان ليس تعقيدات الشريعة" .^٧ في فترة ما بعد الإستقلال ، أستمر القضاء السودانيون في توطین قانون العقوبات لسنة ١٩٢٥م والذي أعقبه قانون عام ١٩٧٤م المترجم . وتجلى ذلك في العديد من المبادئ نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر رفض القضاء السوداني لمساواة الزوجة بالعشيق في الدفع بالاستفزاز^٨ . ولعل هذا النهج هو الذي قيض لهذا القانون أن يستمر ، وهو بالحثم الذي جعل لجنة مراجعة القوانين السودانية لكي تتماشى مع الشريعة الإسلامية والتي كونت في العام ١٩٧٧م ، تقر بأن هذا القانون لا يتعارض من حيث الجوهر مع الشريعة الإسلامية . فهي لم تأخذ عليه ولاغيره من القوانين الوضعية التي سبقت قوانين سبتمبر ما يتعارض تعارضا جوهريا مع الأحكام الشرعية . وقد جاء في تقرير اللجنة المذكورة التي كان يرأسها حسن الترابي أنها وبعد أن راجعت مائتي وستة وثمانين قانونا تبين لها أن تسعة عشر قانونا منها فقط تتعارض مع الشريعة الإسلامية تعارضاً غير جوهري^٩ .

وبالحتم كان نصح استمرار توطين قانون العقوبات وسودنته ، وراء أن مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م والذي سُميَّ بقانون الشريعة ، لم يجد ما يفعل سوى أن يدخل بعض الأحكام الشرعية علي نص القانون القائم بالفعل . فقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م الشهير بقانون سبتمبر هو نفس قانون عام ١٩٢٥م الذي سنته السلطة الاستعمارية بعد تعريبه عام ١٩٧٤م ، لم يُضف إليه إلا بعض أحكام الحدود والقصاص والديات . وقد وصفه حافظ الشيخ نائب الجبهة الإسلامية في جلسة ١٩٨٨/٩/٢٠م لآخر جمعية تأسيسية منتخبة بقوله :-

" قانون ١٩٨٣م عبارة عن قانون ١٩٧٤م ذي الأصل الإنجليزي ، أدخلت عليه أحكام الحدود والقصاص والديات وظلت أحكامه ومبادئه العامة كما هي " ١٠ . وبكل أسف لم يبين النائب المذكور مدى تعارض مبادئ وأحكام قانون عام ١٩٧٤م مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية . ولكن بما أن هذا النائب هو أحد مشرعي القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، والذي يعتبر محاولة لتفادي مجرد تحشير الأحكام الشرعية في القانون الوضعي ، فأنا سوف نحاول عبر البحث والتنقيب في مبادئ القانون ساري المفعول ماعناه لنرى الى أي مدى تغيرت مبادئ القانون الجنائي بالسودان .

بقى أن ننوه الى أن قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م احتوي علي ٤٥٨ مادة ، في حين أن قانون العقوبات السابق لسنة ١٩٧٤م احتوي علي ٤٥١ مادة حافظ عليها الأول كاملة وزاد عليها بعض المواد . أما قانون ١٩٩١م ساري المفعول ، فهو يحتوي علي ١٨٥ مادة فقط لاغير . وبكل تأكيد سوف نبين في سياق بحثنا أسباب هذا الفارق الكبير وأثره في بنية نظامنا العقابي وبالتالي في بنية نظامنا القانوني بكامله .

الفصل الأول

مبدأ الشرعية وعناصر المسؤولية وفلسفة العقاب

المبحث الأول

مبدأ الشرعية وأثر التشريعات عليه :-

النشأة التاريخية لمبدأ الشرعية :-

لاشك في أن مفهوم التجريم والعقاب قد مر بمراحل مختلفة إقتضتها ظروف تطور المجتمعات البشرية . وبما ان القوانين العقابية مثلها مثل سائر القوانين الأخرى تتأثر بطبيعة الوجود الاجتماعي نفسه وآليات الصراع المتجذرة فيه ، فان المبادئ التي يتبنها مجتمع ما حول التجريم والعقاب لابد أن تعكس حقيقة ذلك المجتمع . إذ أنه من المستحيل أن تنشأ مبادئ في دائرة التجريم والعقاب بعيداً عن تطور القانون بمجمله ووضعه في سياق اجتماعي ، وهذا بالطبع يعني أن هذه المبادئ من المستحيل أن تنشأ بعيداً عن تطور مفهوم الدولة بوصفها أداة للصراع الاجتماعي ووسيلة حاسمة لتنظيم المجتمع . وبالطبع كان هذا حال مبدأ الشرعية الذي تأثر في نشأته بمفهوم الدولة وتحديد طبيعة دورها في المجتمع ، إذ لم يظهر هذا المبدأ إلا في اللحظة التي تحددت فيها سلطات الدولة وانفصلت كل منها عن الأخرى . ففي عهد الملكية المطلقة ، كانت أوامر الملك تتمتع وحدها بقوة القانون الذي يكون له سلطة تجريم الأفعال بمطلق إرادته . وفي القرون الوسطى كان القضاء يملك سلطة تحكمية في تجريم الأفعال والمعاقبة بما لم يرد به نص . ظل الحال كذلك حتى أشتد نقد الفلاسفة والكتاب لهذا التحكم ، وعلى رأسهم مونتسكيو وبيكاريا . كما ظهر مبدأ الفصل بين السلطات للحيلولة دون تحكم الملك والقضاء ولحماية حقوق الإنسان .

وقد أخذ القانون الإنجليزي بمبدأ الشرعية منذ أن صدر ميثاق هنري الأول ثم تضمنه دستور كلاريندون ، وأكدته ذلك العهد الأعظم " Magna Charta " الذي قرر سمو قواعد القانون في إنجلترا . ثم أكدت الثورة الفرنسية هذا المبدأ في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة ١٨٧٩م^{١١} .

ويتضح مما تقدم ان هذا المبدأ حديث النشأة ، لم تعرفه البشرية إلا بعد أن عرفت مبدأ الفصل بين السلطات وخصصت وظيفة وضع الجرائم ومبايقلها من عقوبات للسلطة التشريعية وحدها . وبالتالي منعت القضاء من محاكمة أي شخص عن جرم لم ينص عليه مسبقاً ومن توقيع عقوبة غير منصوص عليها . وهذا بالحتم يعني غياب مثل هذا المبدأ في حال غياب مفهوم الفصل بين السلطات الذي يستتبع بالضرورة غياب الدولة كمؤسسة منفصلة عن شخص الحاكم الذي يجمع السلطات الثلاث في يده . ويمكن الربط بين مبدأ الشرعية

ومبدأ خضوع الدولة للقانون ، ذلك المبدأ الذي يجعل واجب احترام القانون واقعاً على عاتق الأفراد فيها سواءً بسواء ^{١٢} .

بإختصار نستطيع أن نقول بأن مبدأ الشرعية هو وليد سلسلة من التطورات وثيقة الصلة بتطور مفهوم الدولة والقانون في المجتمعات الغربية . إذ لا يستقيم الإدعاء بوجوده قبل ذلك لعدم وجود المفاهيم التي يشترط وجوده وجودها كمفهوم الدولة المؤسسة ومفهوم الفصل بين السلطات . لذلك يخطئ الدكتور أحمد فتحي سرور حين يقول :-

"وكما بينا فإن الشريعة الإسلامية ، قد سبقت كل هذه القوانين في تقرير هذا المبدأ في قوله سبحانه وتعالى ((وما كنا معذبين حتى نبعث رسلاً)) . ولكنها ميزت بين جرائم الحدود وجرائم التعزير فيما يتعلق بسند الشرعية . فجرائم الحدود هي التي حددها الشارع الإسلامي في نصوص القرآن الكريم والسنة . أما جرائم التعزير فإن الحاكم الذي يتولى في وقت واحد وظيفة التشريع والقضاء هو الذي يبين أمر التجريم" ^{١٣} .

فالواضح أن الحاكم الذي يملك سلطة التشريع والقضاء يملك الحق في أن يصف فعلاً ما بعد وقوعه بأنه جريمة ويعزر مرتكبه بالعقوبة التي يراها مناسبة . بل إن التاريخ الإسلامي يؤكد أن هناك من تم تعزيره من قبل الحاكم دون أن يرتكب فعلاً مجرمًا قبل أو بعد وقوع الجريمة وما عاناه نصر بن الحجاج على يد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه خير شاهد على ذلك ^{١٤} . إن مفهوم التعزير في حد ذاته يعطي الحاكم المشرع والقاضي في نفس الوقت ، الحق في الاجتهاد وتوقيع العقاب الملائم بعد وقوع الفعل المجرم على أقل تقدير . إذ أن الشريعة الإسلامية لم تشترط أن يسن الحاكم نصوصاً ويقننها مسبقاً محددًا حدود التعزير وطبيعته قبل وقوع الجريمة . وبالقسط الإشارة لنص الآية الكريمة أعلاه لا يعدو حالة كونه مجرد إلحاق لقاعدة حديثة بنص مقدس ثم إخراجها من سياقها وفصله عن أسباب نزوله لتحمله ما لا يحتمل . وكالدكتور سرور ، يذهب بعض علماء الإسلام المحدثين إلى أن الشريعة تتفق تماماً مع المبدأ الأساسي القائل بأنه لا عقوبة دون تشريع جنائي سابق . فقد زعم عبد القادر عودة مثلاً أن مبدأ الشرعية محترم حتى في جرائم التعزير إذ يقيد من السلطة التقديرية للحاكم وقضاته حشد من النصوص والمبادئ العامة وروح الشريعة . ومن الصعب أن نقبل وجهة النظر هذه مع اعتراف عودة نفسه بأن ، الشريعة تحول للقاضي سلطة تقديرية في توقيع الجزاءات التي تنص الشريعة عليها بصدد أي تصرف أو وضع يسعى إلى النظام أو مصالح الأمة . هذه السلطة التقديرية الواسعة في تحديد ما إذا كان تصرف أو وضع معين (بعد حدوثه) يسعى إلى النظام أو مصالح الأمة بصورة تستدعي توقيع العقوبة (وتحديد ما يمكن فرضه في مثل هذه الحالات من بين مجموعة كبيرة من العقوبات الممكنة) هي بالضبط ما لا يمكن قبوله من وجهة نظر مبدأ الشرعية ^{١٥} .

وليس بعيدا عن هذه المسألة التداخل ما بين البشري والإلهي في تعريف جرائم الحدود نفسها . إذ لا يصح القول بأن الخلاف الفقهي حول ماهية السرقة أو طبيعة العقوبة الواجب توقيعها في جريمة الخرابة مثلاً أمراً ثانوياً . فهو يؤكد ان تعريف الجريمة الواردة على سبيل الشمول والإجمال بالنص المقدس ، أمر محل خلاف فقهي (أي بشري) وبالتالي يتوجب صياغة نص تجرمي وعقابي من قبل المشرع الوضعي لاستكمال شروط مبدأ الشرعية وهو أمر سوف نعرض له لاحقاً .

قصارى القول ان مبدأ الشرعية غربي النشأة ، وهو مبدأ وثيق الصلة بنشأة المجتمعات الأوروبية وتطورها الذي بلغ مداه في موثيق حقوق الإنسان المختلفة التي نصت على المبدأ . ولذلك تصبح المحاولات الرامية لإلحاقه بتاريخنا الإسلامي ، مجرد اجتهادات غير صحيحة .

تعريف مبدأ الشرعية :-

لا بد من تمكين المواطن من العلم بموقف القانون العقابي من أنواع السلوك المختلفة ، فيعرف المواطن أي سلوك يجرم القانون العقابي وأي عقوبة يضعها للمخالفة المعينة فإذا لم يخطر الفرد بالخطر الواقع على السلوك المعين مسبقاً ، فإن معاقبته على مخالفة القاعدة القانونية إنما تكون قسوة عديمة الجدوى . هذا هو منطق ما يسمى بمبدأ الشرعية وهو يعني في معناه الضيق المحدد أنه لا يجوز إدانة أي شخص بجريمة إلا على أساس نص سابق ، كما لا يجوز معاقبته بعقوبة أشد من العقوبة التي سبق تحديدها . وبعبارة أخرى فان الشخص مسئول عن الانصياع للقانون العقابي القائم فعلاً وقت التصرف ، وهو خاضع للعقوبة المقررة فعلاً فلا يحاسب بموجب أي نص لاحق لتصرفه ^{١٦} .

ومبدأ عدم رجعية القوانين أو عدم سريان القوانين على الماضي ، مبدأ أساسي يعتبر من قديم هو الأصل في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان . وهو يقوم على أساس من المنطق والعدالة والمصلحة العامة . حيث يقضي المنطق بعدم سريان القانون على الوقائع التي حصلت في الماضي قبل نفاذه ، بحيث يقتصر سريانه على الوقائع المستقبلية التي تحصل بعد هذا النفاذ . إذ أن القانون خطاب موجه إلى الأشخاص يتناول ما يجب أن يكون عليه سلوكهم في خصوص أمر معين ، فلا يتصور أن يفرض هذا السلوك بالنسبة الى وقائع مضت وانتهى أمرها قبل أن يوجه هذا الخطاب ، وإنما يكون ذلك بالنسبة الى ما يقع منها في المستقبل . وتأبي العدالة أن يسري القانون على أفعال أو تصرفات سابقة على نفاذه فليس من العدل أن يأتي الأفراد أفعالاً مباحة ، ثم يصدر قانون يفرض عقوبة تسري على ما وقع من هذه الأفعال قبل نفاذه . أو يرم الأفراد تصرفات تخولهم حقوقاً معينة وفقاً لأحكام القانون القائم ، ثم يصدر قانون جديد يعدل من هذه الأحكام ويسري على ما تم قبله من تصرفات .

وتوجب المصلحة العامة للجماعة ألا يسري القانون على الماضي حتى تتحقق ثقة الناس في القانون ويتوفر الاستقرار الواجب للمعاملات ، وبدون ذلك تهدر هذه الثقة ، فلا يطمئن الناس الى أفعال يأتونها رغم كونها مباحة ولا الى تصرفات يبرمونها وفقا للقواعد القائمة ، الأمر الذي يبعث القلق ويؤدي الى تعطيل الأعمال وتقويض النظام في المجتمع^{١٧} .

ويترتب على مبدأ الشرعية عدة نتائج قانونية ترتب التزامات على كل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية .

أولاً :- التزامات السلطة التشريعية :-

١- من حيث مصدر التجريم والعقاب :-

- (أ) يجب أن تقوم السلطة التشريعية بنفسها بسن نصوص التجريم والعقاب . فهي الممثل الوحيد لمصلحة المجتمع والحارس الطبيعي للنظام الاجتماعي . فالتجريم وتنظيم العقاب من المهام الرئيسية للمشرع .
- (ب) يجب على السلطة التشريعية أن تصدر تشريعاتها واضحة محددة بعيدة عن الغموض وعدم التحديد . فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان إخطار الجمهور بما يعتبر جريمة وبالعقاب المترتب عليها ، وهو يستلزم وضوح قصد الشارع . وبهذا الوضوح يتحقق للأفراد الاستقرار القانوني .
- (ج) لا يملك المشرع أن يضع قواعد التجريم والعقاب الا من أجل المستقبل . فلا يجوز له تجريم أفعال لم تقع وقت العمل بالقانون الذي أصدره ، لأن الأفراد يجب إحاطتهم علماً - عن طريق التشريع - بعدم مشروعية الفعل قبل ارتكابه ، وهو ما يسمى بمبدأ عدم رجعية قواعد التجريم والعقاب . وبهذا المبدأ يتأكد الاستقرار القانوني للأفراد .

٢- من حيث مضمون التجريم والعقاب :-

- (أ) يجب على سلطة التشريع ألا تسرف في التجريم عن طريق المعاقبة على سلوك ينطوي على ممارسة لحق أو حرية كفلها الدستور ، أو المعاقبة لحماية مصلحة لا تهم أغلبية المجتمع ولا تعبر عن ضميره .
- (ب) يجب على السلطة التشريعية ألا تفرض عقوبات غير متناسبة مع السلوك الذي جرمه القانون ، أو عقوبات تمس الكرامة الإنسانية .

ثانياً :- التزامات السلطة القضائية :-

- ١- لا يملك القاضي الحكم بالعقوبة إلا إذا كانت مقررّة في النص الذي يجرم سلوك المتهم الذي قضى بإدانته . فإذا قضى بعقوبة لا تنطبق هذا النص كان حكمه مخالفاً لمبدأ الشرعية.

- ٢- لا يجوز للقاضي الجنائي عند تفسير نصوص التجريم والعقاب أن يلجأ إلى القياس لأنه سيؤدي إلى خلق جريمة أو إلى الحكم بعقوبة لم يرد بها نص تشريعي .
- ٣- لا يجوز للقاضي الجنائي أن يطبق قانون العقوبات - فيما يتعلق بالتجريم والعقوبة - إلا على الوقائع اللاحقة على العمل بهذا القانون . فعدم رجعية نصوص التجريم والعقاب مبدأ يتقيد به كل من المشرع والقاضي . ولكن القانون أجاز للقاضي استثناءً من هذا المبدأ أن يطبق قانون العقوبات بأثر رجعي متى كان ذلك في صالح المتهم .
- ٤- تباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على دستورية التشريع الجنائي من حيث مصدره ومن حيث مضمون التجريم والعقاب بالمعنى الذي حددناه فيما تقدم .

ثالثاً :- التزام السلطة التنفيذية :-

- ١- لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تنفذ عقوبة على شخص ما إلا إذا قضى بها حكم جنائي . فهذا الحكم وحده هو الذي يكشف عن وقوع الجريمة وخضوعها لنصوص التجريم والعقوبات .
- ٢- لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تصدر قراراً بعقوبة ما ، فالعقوبات لا تنقرر إلا بحكم قضائي .
- ٣- يجب على جهة الإدارة أن تنفذ العقوبات وفقاً للشروط والحدود التي ينص عليها القانون ، وذلك باعتبار أن قواعد التنفيذ تعتبر من النصوص المنظمة للعقاب ، ومن ثم فلا تملك الإدارة العقابية التغيير في هذه القواعد .
- ٤- يجب على جهة الإدارة أن تنفذ العقوبات وفقاً لقواعد التنفيذ المطبقة وقت ارتكاب الجريمة ، مادامت هذه القواعد تعتبر جزءاً من النصوص المنظمة للعقوبات^{١٨} .

وبالحتم لاستكمال عناصر الشرعية ، لا بد من التوسع في نشر القانون العقابي بلغة واضحة وميسورة بما يسهل الاطلاع عليه وفهم معناه لعامة الشعب . فعلى الدولة واجب إعانة المواطن المسئول على معرفة ماله وما عليه في القانون حتى يكتيف سلوكه الشخصي وتعامله مع الآخرين على ذلك الأساس^{١٩} .

من كل ما تقدم يتضح أن مبدأ الشرعية في الفقه الدستوري والعقابي الحديث يتسع ويتمدد حتى يكاد يشمل كل عناصر مبدأ سيادة حكم القانون متأثراً بقاعدة الفصل بين السلطات ومبدأ دستورية القوانين أي بكل ضمانات المبدأ بصفة عامة .

المدارس الفكرية المختلفة وموقفها من المبدأ :-

سبق أن أوضحنا بأن مبادئ القانون الجنائي ومن بينها مبدأ الشرعية قد تأثرت بالتطور الاجتماعي وتغير المفاهيم وظهور رؤى جديدة حول الدولة ومبادئ دستورية حاسمة مثل مبدأ الفصل بين السلطات . وهذا يعني بالضرورة أن هذه المبادئ قد تأثرت بالمدارس الفكرية المختلفة وبالتنافس بين مدرستي القانون الطبيعي والوضعية . وبالطبع كان للمدارس الفكرية المختلفة تلك مواقف من المبدأ تمثلت وتشبأت في قاعدة تحريم القياس في القانون الجنائي والتجاوز بالإباحة عند البعض . ولعله من المفيد أن نعرض في عجلة موقف هذه المدارس فيما يلي :-

١- الفكر القانوني الحر والشرعية الشكلية الضيقة :-

يقوم هذا الفكر على أساس أن الفرد هو محور القواعد القانونية . غير أن التركيز على الفرد وما يستتبعه من نتائج في محيط قانون العقوبات يختلف في قوته بحسب الاتجاهات المختلفة داخل نطاق هذا الفكر . تطور الفكر الحر من تيار الفردية العقدية الى تيار الفردية الطبيعية والذي حاول أن يعطي تفسيراً عقلياً ومنطقياً لقانون العقوبات مستبعداً التفسير العقدي له . وقد قاد لواء هذا التيار أنصار الفكر الحر اليميني . فالدولة في نظرهم هي ضرورة طبيعية متواجدة الى جانب الفرد وليست من خلفه . إذ لو كان الأمر كذلك لما سمح الفرد لنفسه بإنكار وجوده الى حد الفناء الكلي المتمثل في عقوبة الإعدام . كذلك فإن الدولة وجدت لخدمة الفرد كي يستطيع تحقيق مصالحه وتطور قيمه ، ومن ثم فهي تخدمه في مصالحه المادية والمعنوية على السواء . ولقد تلقف الأفكار السابقة أنصار المدرسة التقليدية في قانون العقوبات وحاولوا بذلك تبرير قانون العقوبات استناداً الى أنه إذا كانت الدولة هي ضرورة طبيعية وجدت لخدمة الأفراد ورعاية مصالحهم ، فإنها يجب عليها أن تضمن حماية تلك المصالح عن طريق منع وتحريم الأفعال التي تهدد النظام الاجتماعي والأخلاقي للدولة والذي فيه يجد الأفراد سبب وجودهم . غير أن الدولة في سلوكها السابق ، عليها أن تراعي دائماً مصلحة الفرد . وبعبارة أخرى يتعين عليها أن تضع الحدود لتدخلها لتلك الحماية حتى يكون هذا التدخل مشروعاً . ولذلك فإنه لا توجد سلطة للدولة في العقاب وإنما الذي يوجد هو حق شخصي لها . ونتيجة للأفكار السابقة ظهر مبدأ الشرعية في صورة منطقية في غير حاجة الى تبرير . فالدولة يجب عليها أن تحد سلفاً الأفعال التي تعطيها حق التدخل بالعقاب ، كما يتعين عليها أيضاً أن تحد العقوبة التي يمكن أن توقعها على الجاني ضماناً للحرية الفردية والثبات القانوني من ناحية ، وارضاء الشعور العام بعدالة الجزاء الجنائي من ناحية أخرى . ذلك أن التحديد السابق للفعل الإجرامي للعقوبة المقررة لارتكابه إنما يباشر أثره على إرادة الفرد في اختيار السلوك المتجسد في العالم الخارجي . ولما كان القياس في محيط القواعد الجنائية الموضوعية وكذلك سريان قانون العقوبات على وقائع لم تحدث في ظله إنما يمثل خرقاً لمبدأ الشرعية ، فقد حرصت التشريعات الجنائية المتأثرة بهذا الفكر على وضع قواعد تحرم ذلك .

وغنى عن البيان أن الفكر السابق يستمد جذوره من التيارات التي رافقت الثورة الفرنسية والتي حاولت التركيز على جعل القانون هو الوسيلة الوحيدة لحماية الحريات الفردية^{٢٠}.

٢- الفكر التقدمي والشرعية الموضوعية :-

على نقيض الفكر الحر المحافظ في صورته السابقة ، نجد الفكر التقدمي المستند إلى الوضعية القانونية . فقانون العقوبات يجد مبرراته في كونه وسيلة لحماية الجماعة في مصالحها المتطورة والمتجددة . ولذلك فإن مبدأ الشرعية بصورته التقليدية لا بد وأن يحول دون قيام قانون العقوبات بوظيفته الأساسية .

فأساس التجريم ليس في النص التشريعي وإنما في الخطورة الاجتماعية للفعل بالنسبة للمصالح الجوهرية للمجتمع . ومن أجل ذلك لا يجب على القاضي أن يقف مكتوف اليدين أمام الفعل المتصف بالخطورة الاجتماعية وغير المدرج تحت نص من النصوص التجريرية . وإنما عليه أن يعمل القياس حتى يحقق الحماية الفعالة المنوطة بقانون العقوبات .

وظاهر مما سبق مدى تأثير الفكر التقدمي بالنتائج التي قدمتها المدرسة الوضعية في محيط القانون الجنائي . ولذلك فإن الجريمة فقدت صلتها بالنص التجريري واستبدلت الشرعية الموضوعية بالشرعية الشكلية^{٢١} .

٣- الفكر المطلق والشرعية الوضعية :-

يقوم هذا الفكر على أساس أن الفرد ملك للدولة كلية . بمعنى أنه خارج النطاق الذي تحميه فيه الدولة لا يمثل الفرد أية قيمة قانونية أو اجتماعية .

وإذا كان مبدأ الشرعية في محيط الفكر الحر يؤسس على مبدأ العدالة المستمد من القانون الطبيعي ، فإن الشرعية في محيط الفكر المطلق تؤسس على العدالة الواقعية والتي مناطها الضرورة الاجتماعية . فالعدالة والضرورة الاجتماعية هما وجهان لعملة واحدة .

وترتيباً على ذلك فإن القاضي الجنائي ، حينما يفسر القانون ويطبقه ، عليه أن يلتزم بالضرورات الاجتماعية ولا يتقيد في هذا السبيل بأي قيد كان ، ولو أدى به الأمر إلى إعمال القياس أو إلى تطبيق القانون على وقائع لم تحدث في ظله ولو على حساب صالح المتهم . ولذلك فإن التشريعات التي تأثرت بهذا الفكر حرصت على إلغاء النصوص التي تحظر استعمال القياس في المواد التجريرية .

وفي مجال العقوبة فإنما تجد تبريرها في كونها وسيلة لحرمان الفرد من وضعه الاجتماعي والقانوني الممنوح له من الدولة ، وأيضاً بوصفها وسيلة لتنقية المجتمع من العناصر الممثلة لإرادات غير مخلصنة لأهداف الدولة . ولذلك فهي لا تهدف أساساً إلى الوقاية الخاصة المتمثلة في إصلاح الجاني وتأهيله وإنما إلى الوقاية العامة للمجتمع بعزل الجناة الخطرين على أهدافه ومصالحه^{٢٢} .

٤- الفكر الحر اليساري والتخفيف من الشرعية الشكلية :-

حاول البعض في محيط المذهب الطبيعي ، البحث عن أساس جديد لقانون العقوبات يختلف عن فكرة القاعدة الأزلية التي تمسك بها أنصار الفكر الحر اليميني وعن فكرة الضرورة الاجتماعية التي نبهت إليها المدرسة الوضعية وتلقفها كل من الاتجاه التقدمي والمطلق .

والأساس الجديد هو فكرة القيم . فالقانون يجب النظر إليه باعتباره قيمة . وليس معنى ذلك إنكار المقدمات العقلية له ، إذ أنه يعتبر مكتملا لها . ذلك أن القيمة تتضمن بالضرورة الإشارة إلى معيار أو ضابط معين . وهذا المعيار أو الضابط لا يمكن إلا أن يكون من طبيعة عقلية بوصفه تعبيرا عن شخص لديه القدرة على الاختيار الغائي ، أي الاختيار الحر الواعي . والفرد يمثل بالنسبة لهذا الاتجاه المركز الذي تستمد منه القيم الأخرى سبب وجودها وتساهم في تكوين الكيان الثقافي والأخلاقي الذي في إطاره يمارس الفرد نشاطه تحقيقا لأغراض واعية .

ولذلك فإن العلاقة بين الدولة والقانون ليست علاقة إنشاء وإنما علاقة إيجاد . فالدولة ليست هي التي تخلق القانون وإنما تبحث عنه إلى أن تجده . وعدالة القانون هي تعبير عن القيم الواقعية وليست تعبيرا عن قيم مجردة . وتحقق واقعية القيم حينما تنطبق بها الضرورات الاجتماعية . ومن أجل ذلك فإن العدالة القانونية يجب ألا تحمل الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمع . كما أن القاضي في تفسيره للقاعدة الجنائية وتطبيقه لها عليه أن يفعل ذلك في محيط التغييرات المتعلقة بالظروف الاجتماعية وهذا ما كان ينكره الاتجاه المحافظ ويسرف فيه كل من الاتجاه التقدمي والاتجاه المطلق .

وبالنسبة لمبدأ الشرعية فإنه يجب التخفيف من حدته إن لم بلغ كلية ، وذلك بإعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة في تطبيق القاعدة التجريبية^{٢٣} .

٥- الاتجاهات الديمقراطية في نطاق الفكر الجنائي والعودة إلى الشرعية الشكلية :-

انطلقت تلك الاتجاهات من المبدأ الذي نادى به الفكر الحر اليساري والذي مؤداه أن الفرد هو المركز الذي منه تستمد أية قيمة أخرى سبب وجودها . وأن العدالة الجنائية لا بد وأن تكون واقعية لا تحمل الضرورات الاجتماعية . وللتوفيق بين الحرية الفردية وبين الضرورات الاجتماعية هناك حدود تتمثل في مبدأ الشرعية ومبدأ المساواة أمام القانون . ومبدأ الشرعية يجد أساسه المنطقي في أن تحديد الأفعال المجرمة سلفا هو الذي يحد من التحكم الذي قد ينتهي إلى الإرهاب الجنائي . غير أن استبعاد التحكم ليس معناه استبعاد السلطة التقديرية للقاضي وانتهاء الأمر إلى الآلية القضائية والتي يجب أن يتفادها أي نظام جنائي يقوم على اعتبارات إنسانية .

كما يجد مبدأ الشرعية تبريراته السياسية في ضمان حريات الأفراد بتحديد الإطار الخاص بحق الدولة في التدخل بالعقاب .

وأخيراً يجد المبدأ تبريره النفسي في أن الفرد إذا ما علم بالأفعال المجرمة سلفاً والعقوبة المقررة لها يمكنه أن يكتفٍ سلوكه بما يبعده من حظيرة التجريم وذلك بالامتناع عن أتيان السلوك الذي يسمح للدولة بالتدخل لعقابه .
والنتيجة المنطقية للفكر السابق هي ضرورة الاعتداد بالعلم بعدم مشروعية السلوك حتى يتوافر الركن المعنوي للجريمة المتمثل في القصد الجنائي .

ومبدأ المساواة ليس معناه ردع الجميع بنفس الوسيلة كما يعتقد أنصار الفكر المحافظ ، وإنما توقيع العقوبة المناسبة للجاني والمتلائمة مع الظروف التي أحاطت بارتكاب الجريمة . ذلك أن استبعاد السلطة التقديرية للقاضي وغض الطرف عن الظروف التي وقعت فيها الجريمة معناه الوقوع في شكلية الفكر المحافظ . فإذا كانت المساواة مفادها وجوب استبعاد الامتيازات المتعلقة بوضع الجاني ، فليس معنى ذلك أن تتساوى كل واقعة إجرامية مع الأخرى في ظروف ارتكابها . ومعنى ذلك أن القاضي يجب أن يتمتع بقدر من السلطة في التقدير مرتبط بالقيم والأهداف التي توخاها المشرع في النصوص الجزائية . إلا أن هذه السلطة التقديرية لا يجب أن تصل إلى حد تكلمة النقص التشريعي بإعمال القياس في مواد التجريم^{٢٤} .

وبالرغم من أن بعض الفقهاء يضيفون إلى هذه المدارس مدرسة أخرى هي مدرسة الفكر الواقعي في قانون العقوبات والشرعية المرنّة ، إلا أننا نرى أن هذه المدرسة عبارة عن محاولة توفيقية لما تبنته بعض المدارس السابقة ، لذا نكتفي بالعرض السابق الذي حاولنا قدر جهدنا أن يأتي مبسطاً ومختصراً .

الإستثناءات الواردة على المبدأ :-

إذا كانت المدارس المشار إليها آنفاً تحدد الموقف الفكري من مبدأ الشرعية وجوداً وعدمياً ، فإن المبدأ من حيث الماهية والكنه تنازعت مدرستان تقليدية وحديثة . حيث يؤكد أنصار النظرية التقليدية على مبدأ عدم رجعية القوانين ، ولبيان حدود تطبيق هذا المبدأ يفرقون بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . حيث ذهبوا إلى أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعي فيمتنع تطبيقه إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم . ولا يكون للقانون الجديد هذا الأثر ، فيجب تطبيقه إذا لم يكن من شأن هذا التطبيق سوى المساس بمجرد الأمل^{٢٥} .

غير أنه أخذ على النظرية التقليدية فشل أنصارها في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل وظهرت في سياق هذا النقد النظرية الحديثة . فحل تنازع القوانين من حيث الزمان في هذه النظرية يقوم على مبدأين ، هما عدم رجعية القانون الجديد والأثر الفوري أو المباشر لهذا القانون ، مع إيراد استثناءات على كل منهما وأول من أتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد هو الفقيه الفرنسي فارييل سومييه في مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣م بعنوان نظرية جديدة في رجعية القوانين^{٢٦} .

وبالقطع الخلاف في تحديد ماهية وكنه مبدأ عدم رجعية القوانين بالنسبة للمدرستين واختلاف معاييرهما ، أدى الى اختلاف في تحديد الاستثناءات الواردة على المبدأ . إذ أن عدم رجعية القوانين في النظرية التقليدية يراد به عدم تطبيق القانون الجديد على ما تم في ظل القانون القديم إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحقوق مكتسبة . ولكن أنصار النظرية يوردون على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها أن يكون للقانون الجديد أثر رجعي رغم ما في ذلك من مساس بحقوق مكتسبة . وهذه الاستثناءات هي:-

١ - النص الصريح على الرجعية :- فمبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي ، فلا يجوز له مطلقاً أن يخرج عليه . أما الشارع فيجوز له في غير المواد الجنائية أن يخرج على المبدأ فينص على أن يكون للقانون أثر رجعي . وقد رأينا أن هذا الخروج رخصة استثنائية لا تستخدم إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة ، ولذلك يجب أن ينص على الرجعية صراحة .

٢ - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم :- فالقوانين الجنائية الجديدة تسري بأثر رجعي على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . وهذا استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية لا يناهز الحرية الفردية . كما أن مصلحة الجماعة لا تدعو الى مؤاخذة الشخص عن فعل أصبح مباحاً ، أو معاقبته بعقوبة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

٣ - القوانين التفسيرية :- فهذه القوانين هي التي يصدرها الشارع لبيان المعنى المقصود من تشريع سابق على أثر ما ظهر في العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذي قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى .

ويعتبر القانون التفسيري بحكم طبيعته جزءاً متمماً للتشريع المراد تفسيره ، لذلك فهو يسري على ما وقع قبل صدوره في ظل هذا التشريع استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيلتزم القضاء بتطبيقه على الدعاوى التي ما زالت منظره أمامه . أما الدعاوى التي سبق الفصل فيها نهائياً قبل نفاذ القانون التفسيري فيمتنع تطبيقه عليها ، حتى لو كان قد فصل فيها على أساس الأخذ بتفسير يخالف ما جاء به ، مراعاة لحجية الأمر المقضي .

٤ - القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب :- فإذا صدر قانون جديد يتعلق بالنظام العام أو الآداب فإنه يسري على الماضي ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية فيمس الحقوق المكتسبة . حيث لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق كسبه إذا كان هذا الحق أصبح مخالفاً للنظام العام أو الآداب^{٢٧} .

أما النظرية الحديثة فيرد فيها على هذا المبدأ اثنان فحسب من هذه الاستثناءات، هي النص الصريح على الرجعية والقوانين التفسيرية ، وذلك على التفصيل الذي رأيناه فيما تقدم ففي هذين الاستثنائين تتفق النظريتان .

ولاتسلم النظرية الحديثة بالاستثنائين الآخرين . ففيما يتعلق باستثناء القوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، يرى الأستاذ روبييه أنه لا يعتبر استثناءً من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ما وقع قبل نفاذه من أفعال إنما يكون بمقتضى ماله من أثر مباشر ، إذ أن المركز القانوني المترتب على الفعل الذي ارتكبه لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لابد من صدور حكم قضائي ، حيث يعتبر الحكم هنا منشأً لهذا المركز وليس مقرراً له . فإذا صدر قانون جديد بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم بمحو الجريمة أو يخفف العقوبة ، فانه يسري بماله من أثر مباشر ، لأن المركز القانوني للمتهم يتكون باجتماع عنصرين ، وقع أحدهما في ظل القانون القديم ، بينما تم الثاني في ظل القانون الجديد ، ومن ثم يخضع المركز لهذا القانون . وفي خصوص استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، لاتنقر النظرية الحديثة كذلك أن يكون لهذه القوانين أثر رجعي . إذ أن تعلق هذه القوانين بالنظام العام أو الآداب لا يعتبر مبرراً كافياً لإعادة النظر في شرعية الأفعال والتصرفات السابقة ، أو لتعديل ماترتب على هذه الأفعال والتصرفات من آثار ، فهذا من شأنه أن يهدر الحريات ويبعث الاضطراب في المعاملات ، لاسيما وأن المسلم به أن أهم القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب وهي القوانين الجنائية ، لايجوز كقاعدة عامة أن يكون لها أثر رجعي ^{٢٨} .

مبدأ الشرعية في السودان قبل صدور تشريعات عام ١٩٨٣ م :-

ظهرت أول إشارة لمبدأ الشرعية في قانون العقوبات الذي سنه المستعمر في العام ١٨٩٩م وبالتحديد في المادة (٢٨) منه ، والتي أصبحت فيما بعد المادة (٢٩) في قانون العقوبات لسنة ١٩٢٥م وقانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م . وتنص تلك المادة على مايلي :- "كلمة جريمة تشمل أي جريمة بموجب أي قانون معمول به إلا إذا ظهر من النص خلاف ذلك" .

وهذا النص يقرر مبدأين :-

المبدأ الأول أن كلمة "جريمة" لا تتناول الأفعال التي يجرمها قانون العقوبات فقط ، وإنما تتناول جميع الأفعال التي تجرمها القوانين الأخرى الخاصة المكملة لقانون العقوبات . وبالتالي تنطبق الأحكام العامة والمبادئ الأساسية والنظريات العامة التي ينص عليها قانون العقوبات على تلك الأفعال ، كمبادئ النشاط الإجرامي والتصور الإجرامي والسببية والافتتان ٠٠٠ الخ ، وكنظريات الشروع والمساهمة الجنائية وتعدد العقوبات ٠٠٠ الخ .

المبدأ الثاني أن كلمة جريمة لاتشمل إلا الأفعال المجرمة بموجب قانون معمول به وبالتالي إذا لم يكن هناك قانون يجرم الفعل فلا جريمة . وفي هذا تقرير لمبدأ لا جريمة إلا بناء على قانون . كما أن العبرة بالعمل بالقانون وقت ارتكاب الفعل لكي يكون جريمة وبالتالي لا يجوز تطبيق القوانين الأسوأ بأثر رجعي لعدم وجود قانون معمول به يجرمه وقت ارتكابه ^{٢٩} .

ويلاحظ أن مبدأ الشرعية وعدم رجعية القانون العقابي ، يستشف من قراءة النص بوصفه معرّف للجريمة . ولذلك لا يشتمل النص على تجريم ومنع التجريم بعبارة صريحة ، كما أنه لا يشتمل على منع العقاب بدون نص سابق . أي أن النص يشتمل على المبدأ بعمومية تسمح بالقول بألا جريمة بدون نص ، وبما أن الجريمة هي شرط سابق لتوقيع العقوبة فلا يتصور وجود عقوبة إلا بنص سابق كذلك . ولكن نظريا لا شيء يمنع توقيع العقوبة حتى وإن لم يعتبر الفعل جريمة وفقا لهذا النص .

ولعل هذا هو السبب الذي جعل المشرع ينص على مبدأ عدم رجعية القوانين تجرّما وعقابا في قوانين الإجراءات الجنائية المتعاقبة . فالمادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م ، تعتبر أول نص شبه صريح على المبدأ حين أوردت ما يلي :- " يراعى في تطبيق هذا القانون أن لكل متهم الحق في أن ينال محاكمة عادلة وناجزة وأن كل متهم برئ الى أن تثبت إدانته دون ما شك معقول . وأنه لا يجوز أن توقع على أي شخص عقوبة أشد من تلك التي ينص عليها القانون الذي كان ساري المفعول ساعة ارتكاب الجريمة ، وأنه يحظر تعريض أي شخص لأية معاملة أو عقاب وحشي أو غير إنساني " .

وبرغم ورود هذا المبدأ على مستوى التشريع الجنائي وقوانين العقوبات والإجراءات الجنائية ، إلا أن هذا الورد لم يكن كافيا وكاملا من ناحية تشريعية . وذلك لأن ورود المبدأ على هذا المستوى يُقَيّد القضاء فقط ومنعه من ابتداع جرائم غير منصوص عليها أو تطبيق عقوبات لم ترد بها نصوص . ولكنه قطعاً لا يقيد المشرع العادي فيما إذا أراد أن يسن قانونا عقابيا ينص على نفاذه بأثر رجعي . وذلك باعتبار أن للمشرع الحق في إلغاء القوانين أو تقييدها أو تشريع ما يناقضها وترك مسألة تفسيرها للجهات المختصة . فمبدأ عدم رجعية القوانين لا يكتمل بنيانه إلا بتقييد المشرع العادي نفسه ومنعه من سن قوانين عقابية تخالف هذا المبدأ . وبالاحتم لا يمكن أن يتم ذلك إلا بترفع المبدأ نفسه وجعله مبدأ دستوريا ملزما تبطل القوانين المخالفة له ويعلن عدم دستوريته . وبالرجوع لدستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦م ودستور السودان لسنة ١٩٦٤م ، لا نجد نصا يشتمل على مبدأ عدم رجعية القوانين . والواضح أن مشرع الدستوريين لم ير حاجة لتضمن مثل هذا النص ، لان التجربة التشريعية والقضائية للبلاد لم تشهد خرقا لهذا المبدأ منذ النص عليه على سبيل العموم بنص المادة (٢٨) المشار إليه آنفا .

وليس غريبا أن أول محاولة لترفع المبدأ الى دستوري ، جاءت في مشروع دستور سنة ١٩٦٨م والذي عرف بالدستور الإسلامي . وذلك لأن مشروع الدستور المذكور تم إعداده في خضم جو عام نما نحو مصادرة حقوق أساسية وإنشاء دولة دينية بحاجة الى تبرير مصادرة بعض الحقوق بحشد حقوق أخرى . خصوصا إذا كانت الحقوق الأخيرة رسخت عبر تجربة طويلة مما يصعب معه مصادرتها مع ملاحظتها إمكانية إفقائها معناها بإطلاق يد المشرع العادي في توسيع دائرة التجريم وتشديد العقاب . لذلك نصت المادة ٣٠ (٢) على ما يلي :- " لا يجرم أي فعل ولا توقع أية عقوبة إلا بمقتضى قانون سابق " .

أما أول دستور نص على مبدأ الشرعية وعدم رجعية القوانين ، فهو دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م - يلاحظ أن مشروع دستور العام ١٩٦٨م لم يصبح دستورا - ، فالمادة (٧٠) من ذلك الدستور هي أول نص دستوري يشتمل على هذا المبدأ . وهي نصت على ما يلي :-
"لا يعاقب أي شخص على جريمة ما اذا لم يكن هنالك قانون يعاقب عليها قبل ارتكاب تلك الجريمة كما لا يجوز أن توقع على أي شخص عقوبة أشد من تلك التي ينص عليها القانون الذي كان نافذ المفعول ساعة ارتكابها" .

وأكدت المحكمة الدستورية على دستورية هذا المبدأ حين قررت في سابقة نصر عبد الرحمن محمد ضد السلطة التشريعية ما يلي :- " أن أي نص ينشئ جريمة بأثر رجعي يعني تجريم فعل كان مباحا وان فرض عقوبة أشد مما كان يقضي به نص سابق لقانون نافذ أو قانون آخر حل محله النص الجديد يعتبر تجريما مخالفا للدستور أيضا " ٣٠ .

كذلك قررت قضية حكومة السودان ضد إبراهيم بشير إبراهيم عدم تطبيق العقوبة الأشد على المحكوم عليه بأثر رجعي ولكن على المحكمة أن تأخذ في الاعتبار الأسباب التي دعت المشرع الى تشديد العقوبة عند تحديدها للعقوبة على ضوء التشريع الذي كان ساريا وقت ارتكاب الجريمة .

والتمزت المحاكم السودانية بالاستثناء الذي يقول بتطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي كما حدث في قضية حكومة السودان ضد بيتر ثيودور أوبستلو حيث قررت المحكمة العليا المبدأ العام لسريان القوانين التي يستفيد منها المتهم بأثر رجعي ٣١ . وبالطبع القانون الأصلح قد يسن بغرض إلغاء القانون السابق أو تعديله . وحسب السابقة القضائية لحكومة السودان ضد أوهاج محمد م ع/م ك/٤٨/١٩٧٧م نشرة يوليو أغسطس سبتمبر ١٩٧٧م ص ١٣٢ ، يحق للمتهم الاستفادة من ذلك التعديل . فقد جاء في تلك السابقة أن الأصل في القوانين الجنائية أن يكون لها أثر رجعي بالنسبة لما يفيد المتهم في التعديلات في القوانين الجنائية التي تهدف الى تحسين موقف المتهم منها في تخفيف درجة جريمة أو إلزالتها تسري بأثر رجعي على جميع الجرائم التي لم يكن البت فيها بشكل قاطع قد تم عند سريان التعديل بغض النظر عن تاريخ ارتكاب الجريمة ٣٢ .

غير أن المحكمة العليا في سابقة أخرى ، أقرت حق المشرع في حرمان المتهم من الاستفادة من هذا الاستثناء حين استرسلت بعد إيرادها لمبدأ الاستثناء قائلة :- " أما هنا فالأمر مختلف جدا ، كان هنالك قانون يحظر إخراج العملة من السودان وإدخالها إليه لا طبقا للطرق القانونية ، ثم صدر القرار الجمهوري والذي صار قانونا وألغى التجريم تحت نصوص المواد التي حوكم تحتها المتهم . وأن نفس هذا القانون الجديد وضع حكما شرطيا ينص صراحة على انطباق القانون الملغى على الإجراءات والمخالفات التي وقعت إبان سريانه ولم تكتمل حتى تاريخ إلغائه . في هذه الحالة لا مجال لتطبيق القاعدة الفقهية التي تجعل للقانون أثراً رجعياً إذا كان التعديل

يهدف إلى تحسين موقف المتهم ويفيد منه في تخفيف درجة جرمته أو إزالتها وإنما يجب تطبيق الحكم الشرطي لأن هذا هو القانون وهذه هي إرادة المشرع وما على المحاكم إلا تحقيق تلك الإرادة وإلا صارت مشرعا^{٣٣} .
ولعله من المفيد أن ننوه إلى أن استثناء سريان القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي ، لا ينطبق أصلا على القوانين المحددة بفترة زمنية - أي القوانين العقابية التي تصدر لمدة محددة عند صدورها لسنة مثلا أو لموسم بعينه - وذلك لأن القول بغير ذلك يفقد تلك القوانين معناها ويهدم غرض المشرع من سننها وهي عادةً ما تكون لحماية المجتمع من خطر حال لفترة معينة من الزمن .

وان كانت المحكمة العليا الموقرة وقفت في حدود إقرار حق المشرع في حرمان المتهم من الاستفادة من استثناء سريان القانون الأصلح ، فان محكمة الاستئناف الموقرة قصرت هذا الاستثناء على العقوبة ونفته عن المسؤولية بصورة مطلقة حين قررت أن مسؤولية المتهم الجنائية تظل حسب القانون الذي نشأت في ظله ولا يؤثر فيها أي قانون لاحق . ويقي الحديث عن مصلحة المتهم أو عدم مصلحته لامكان له فيما يتعلق بالمسؤولية ولكن ربما يبحث إذا كانت المسألة تتعلق بالعقوبة (الفقرتان (ج) و (هـ) من المادة ١٢(٢) من قانون تفسير القوانين لسنة ١٩٧٤م)^{٣٤} .

ولسنا في حاجة للقول بأن محكمة الاستئناف الموقرة قد جانبت الصواب في حكمها ذاك . إذ أن حكمة الاستثناء تجعل تطبيقه في حالة زوال صفة التجريم أمراً أدعى من تطبيقه في حال تخفيف العقوبة . فان كان تطبيق عقوبة أشد على فعل تنبه المشرع إلى أن العقوبة الأمثل له أقل منها يعتبر أمراً منافياً للعدالة والمنطق ، يصبح تجريم شخص ما عن فعل رأي المشرع أنه لا يشكل جريمة أكثر منافاة للعدالة والمنطق . لذلك لا بد وأن يسري استثناء القانون الأصلح للمتهم على قطبي مبدأ عدم الرجعية وهما التجريم والعقاب ما لم ينص المشرع على عدم سريانه ، حتى يتسق الأمر وتحقق الحكمة من تبني هذا الاستثناء في الأساس .

بإختصار نستطيع أن نقول بأنه وبصفة عامة ، تمت مراعاة مبدأ الشرعية ومستلزماته على المستويين التشريعي والقضائي قبل صدور تشريعات عام ١٩٨٣م . والاستثناء الوحيد الذي تم فيه خرق أحد فروع المبدأ وهو التوسع في نشر القانون العقابي بلغة ميسورة ، والذي يستلزم ربط سريان القانون بنشوه ، كان هو قانون أمن الدولة لسنة ١٩٧٣م الذي نص على أن العمل به يتم من تاريخ التوقيع عليه . وهو ما تم بالفعل إذ أنه سري في ٢٧/٦/١٩٧٣م قبل أن ينشر ويطلع المواطنون عليه .

مبدأ الشرعية في السودان بعد صدور تشريعات عام ١٩٨٣ م :-

إذا استصحبنا حقيقة أن دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م كان ساري المفعول بعد صدور تشريعات عام ١٩٨٣م ، فإنه يتوجب علينا القول بأن مبدأ الشرعية وعدم رجعية القوانين ظل مبدأ دستوريا نصت عليه المادة (٧٠) من الدستور المذكور . وهذا بالقطع كان من الواجب أن يقيد المشرع العادي عند سنه تشريعات عام ١٩٨٣م ، ومنعه من وضع نصوص تخالف مبدأ الشرعية . ولكن ما حدث كان عكس ذلك تماماً ، إذ أن المشرع العادي قد خالف هذه القاعدة وخرق المبدأ الدستوري في أكثر من موضع . فالمادة ٤٥٨ (٣) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م نصت على ما يلي :- " إذا درىء الحد بشبهة جاز توقيع أي عقوبة تعزيرية أخرى حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة في هذا القانون . كما لا يمنع عدم وجود نص في هذا القانون من توقيع أي عقوبة شرعية حدية " .

والنص يقول بوضوح لا يحسد عليه ، أن للمحكمة الحق في توقيع عقوبة بدون وجود نص كما يخولها الحق في توقيع أي عقوبة تعزيرية في حال درء الحد بشبهة . أي أن النص يقول وبمباشرة لا يشوبها لبس ، أن للقاضي أن يشرع العقوبة ويطبقها في حال غيبة النص عليها ، دون أن يكون للمتهم أي علم بماهية هذه العقوبة غير المنصوص عليها . وهذه مفارقة واضحة لمبدأ الشرعية وخرق لقاعدة "للعقوبة إلا بنص سابق" . وحتى يستكمل المشرع سلطة المحكمة في التشريع ويعطيها حرية واسعة في مخالفة مبدأ الشرعية وعدم رجعية القوانين جملة وتفصيلاً ، جاء بنص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية فضفاضاً بما يسمح للقاضي بالتجريم وفقاً للقواعد الواردة بنص المادة المذكورة ودون أن يكون هناك نص عقابي يجرم الفعل المعني . وبقراءة نص هذه المادة مع المادة (٤٥٨) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، يكون للقاضي أو المحكمة الحق في إستحداث جرائم وتوقيع عقوبات دون أن يكون هناك نص سابق بالتجريم أو العقوبة . وهذا الحق مارسه المحكمة التي قضت في سابقة حكومة السودان ضد محمود محمد طه وآخرين حين أدانت المتهمين بالردة وهي جريمة لم تكن واردة بقانون العقوبات وحكمت بإعدامهم .

ويبدو أن نص المادة (٤٥٨) عقوبات وقرينه نص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام قد استهدفا تغطية قصور توهمه المشرع حين لم ينص على حد الردة صراحة ، بصفة أساسية على الأقل هذا هو الهدف من نص المادة (٤٥٨) عقوبات على سبيل القطع والتأكيد ، فحيث أن الردة هي الحد الوحيد في الشريعة الذي لم يذكره القانون باسمه ، فلا بد من أن هذه المادة قصد بها السماح بتطبيق هذا الحد دون ذكره صراحة . وهذا في الواقع هو تفسير هذه المادة لدى محكمة الاستئناف الجنائية الخاصة عند تصديقها على الحكم بإعدام الأستاذ/ محمود محمد طه في يناير ١٩٨٥م بتهمة الردة . وهذا النص والتفسير ينتهك مبدأ الشرعية إذ يسمح بفرض عقوبة جنائية وفي أشد صورها دون توافر تشريع عقابي صريح محدد^{٣٥} .

ونحن بالقطع لا نتفق مع ما أوردته المحكمة الدستورية الموقرة في الطعن الدستوري المقدم من أسماء محمود محمد طه وآخر ضد حكومة السودان حين قررت أن المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لم يكن من شأنها إضفاء سلطة ترقى في طبيعتها إلى سلطة التشريع وأوردت ما يلي: - " إن الإجابة التي أوردتها محكمة الاستئناف لهذا السؤال وإن لم تكن محمولة على أسباب تكشف عن فهم قاصر للمادة (٣) ، هو أن مجرد السكوت عن مسألة ما يكفي لإطلاق يد المحكمة في تطبيق ما عن لها من قواعد تعتقد في ثبوتها شرعاً " ، ولم تفتن المحكمة إلى أن سكوت القانون عن مسألة ما قد يقترن بمعالجة للمسألة ذاتها في صيغة أخرى لا تجعل شرط السكوت متحققاً في واقع الأمر فالجريمة (المسكوت عنها) في قانون العقوبات فيما قالته محكمة الاستئناف غير مسكوت عنها في المادة (٧٠) من الدستور الملغى إذ أن تلك المادة تقرأ كما يلي : " لا يعاقب شخص على جريمة ما إذا لم يكن هناك قانون يعاقب عليها قبل ارتكاب تلك الجريمة " ومؤدى ذلك أنه لم يكن قانون يجرم الفعل وقت ارتكابه فانه لا مجال لاعتبار الفعل جريمة^{٣٦} . إذ أن الصحيح في تقديرنا أن المادة (٣) من قانون الأحكام القضائية قبل تعديلها جاءت مرسلة وغير مقيدة والنص الدستوري المشار إليه لا يصلح قيداً عند تطبيق المادة بل يصلح كمعيار لإعلان عدم دستورية النص عند الطعن بعدم دستوريته . وبما أن نص المادة المذكورة وقرينتها المادة (٤٥٨) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م لم يُقض بعدم دستوريتهما ، فإن محكمة الاستئناف تكون قد تبنت التفسير السليم واستهدت بقصد المشرع . فالحكام العادية واجبها هو تطبيق القانون وليس الدستور الذي يظل حكماً على القوانين حيث أنيط تفسيره وتطبيقه بالدائرة الدستورية وحدها . والواضح أن مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م وقانون أصول الأحكام القضائية ، قد قصد عمداً مخالفة مبدأ الشرعية لقناعته بأن الأحكام الشرعية تسمو على مبادئ القانون الوضعي بما فيها مبدأ الشرعية نفسه . وهذه القناعة في تقديرنا ، تتسق تمام الإتساق مع موقف الشريعة الإسلامية التي تبنى فلسفتها على تقديم مبدأ تميم مكارم الأخلاق للجماعة المسلمة على حقوق الفرد وحرياته عند التعارض . ولسنا في حاجة للقول بأن ما استقر عليه العمل بالمحاكم السودانية عند تطبيق قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، يؤكد ما ذهبنا إليه . فهي هي محكمة استئناف الإقليم الشمالي - على سبيل المثال لا الحصر - في سابقة حكومة السودان ضد عبد الله طه الطاهر تقول :- عدم كفاية البيئة الشرعية لتوقيع العقوبة الحدية المقررة لمخالفة المادة ٣٣٤ عقوبات ، لا يعني بالضرورة براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه ، بل أن هناك من القرائن القوية والكافية ما يكفي في إدانته لتوقيع عقوبة تعزيرية حسبما أسلفنا القول . وفي هذا تنص المادة ٤٥٨/٣ عقوبات ((إذا درء الحد بشبهة جاز توقيع أي عقوبة تعزيرية أخرى حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة في القانون))^{٣٧}

وموقف المحاكم السودانية هذا ليس موقفاً شاذاً بل هو الفهم العام الجامع عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية .
فها هي المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة تقول :- " الحدود الشرعية هي من حقوق الله

التي عينها وحدد مقدارها ، فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، ولاتقبل الإسقاط من الأفراد ، ولايرد عليها العفو من الدولة ، فهي تتصف بالحتمية بحيث يتعين توقيعها متى توافرت شروطها ، أما إذا تخلف شرط من شروط تطبيق الحد الشرعي ، فان للقاضي أن يوقع عقوبة تعزيرية ، متى اطمأن الى ثبوت التهمة " ٣٨ .

ما تقدم يؤكد أن مشرع تشريعات عام ١٩٨٣م قد قصد مخالفة مبدأ الشرعية عمداً برغم وروده بنص المادة (٧٠) من الدستور . وذلك لقناعته الكاملة بأنه لم يخالف الشريعة الإسلامية التي جعلها حكماً على الدستور نفسه وفقاً للحكم الذي أشرنا إليه سابقاً - الريح حسن خليفة واعتدل محمد فضل ضد السلطة التشريعية - ، وبالتالي فان محكمة الاستئناف في قضية محمود محمد طه قد طبقت مانص عليه المشرع حين خولها سلطات بالمخالفة للدستور ، أي أن الوزير الأساسي في مخالفة مبدأ الشرعية يقع على عاتق المشرع الذي خالف الدستور .

قصارى القول أن نص المادة ٤٥٨ (٣) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م وقرينه نص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م ، هما نصان مخالفان لمبدأ الشرعية الذي كان منصوباً عليه دستورياً وقت صدورهما وبالتالي هما غير دستوريين . ولكن من المهم أن ننوه إلى أن هذين النصين لا يخالفان الشريعة الإسلامية باعتبار أنهما لا تتبنى مبدأ الشرعية بمفهومه الليبرالي بل هي أقرب إلى المدرستين المعروفتين بمدرسة الفكر التقدمي ومدرسة الفكر الحر اليساري القائمتين على فكرة حماية المجتمع من الأفعال المتصفة بالخطورة الاجتماعية ومراعاة الضرورة الاجتماعية بما يؤدي للتضحية بمبدأ الشرعية . ففي الشريعة الإسلامية لم يكن هنالك فصل بين السلطات ، حيث كان القاضي المجتهد هو القاضي والمشرع في نفس الوقت . بمعنى أنه لم تكن هنالك سلطة تشريعية منفصلة تقوم بسن القانون ومن ثم تلزم القاضي بتطبيقه في تحديد اختصاص سلطة التشريع وسلطة القضاء ومنع الأخيرة من التغول على حقوق الأولى . وغياب الفصل بين السلطات يواكبه في الغالب الأعم غياب مبدأ التقنين نفسه ، مما يتيح للقاضي المشرع حق تجريم أفعال بعد وقوعها بالحثم ، وتوقيع ما يراه مناسباً من عقاب لها . وهذا هو جوهر مخالفة مبدأ الشرعية ، إذ أنه يأتي بالتضاد المباشر مع عدم رجعية القوانين .

وبالرغم من وجود نص المادتين المشار إليهما سابقاً ووضوح قصد المشرع ، إلا أن المحاكم بصفة عامة درجت على الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين . وربما يكون الأمر راجعاً لعمق تأثير المبدأ في الثقافة القانونية للقضاة مع عدم إهمال أن المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية قد تم تعديلها لاحقاً بحيث يحظر التشريع في المواد الجنائية عند غيبة النص . أيضاً تأثرت المحاكم بمرور المبدأ بشكل عام بالمادة (٣/أ) من قانون الإجراءات

الجنائية لسنة ١٩٨٣م والتي نصت على عدم جواز توقيع عقوبة أشد من تلك التي ينص عليها القانون الذي كان ساري المفعول ساعة ارتكاب الجريمة .

ففي سابقة حكومة السودان ضد ١/ أبو القاسم محمد إبراهيم ، ٢/ زين العابدين محمد أحمد عبد القادر ، ٣/ خالد حسن عباس ، ٤/ مأمون عوض أبو زيد ، قضت المحكمة العليا بأن الفعل الذي يرتكب في ظل قانون عقابي معين يخضع لأحكام القانون الذي ارتكب في ظله الفعل ومن ثم فإن إلغاء ذلك القانون لا يعني الجاني من المسؤولية الجنائية^{٣٩} . وكذلك أخذت بإستثناء القانون الأصلح وطبقته بأثر رجعي ومثال لذلك ما قضت به المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان ضد أبو الكلام الطاهر العبيد وآخرين حين أوردت :- " لقد خضعت القاعدة الأصولية العامة والتي تقول بأن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعي إلى استثناءات أشهرها وأهمها الاستثناء القائل بأن التشريعات الجديدة تطبق على الجرائم السابقة لصدورها متى كان القانون الجديد أصلح للمتهم ، وحتى يصبح الحكم نهائياً ، وعليه ومادام أن الحكم في القضية لم يصبح نهائياً حتى إلغاء قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م ، فإن المحكوم عليه أبو الكلام الطاهر يكون مستفيداً من أي تعديلات أو إستحداث طرأ في قانوني العقوبات والإجراءات ، وخصوصاً فيما يتعلق بالعقوبة . والمادة (٢٥١) عقوبات لسنة ١٩٨٣م قد عدلت العقوبة في حالة القتل العمد غير الغيلة ، فالعقوبة بموجبه هي الإعدام أو الدية إذا قبلها ولي المقتول ، بينما العقوبة تحت المادة ٢٥١ عقوبات ١٩٧٤م قد شملت القتل العمد غيلة أو غير غيلة وجعلتها الإعدام أو السجن المؤبد على سبيل الوجوب ، والغرامة كعقوبة إضافية على سبيل الجواز^{٤٠} .

لا يفوتنا أيضاً أن نؤكد بأن المحاكم قد استصحب أيضاً الأهداف الكلية للنظام القانوني بعد سن وتقنين دستور السودان الإنتقالي لسنة ١٩٨٥م المعدل في أبريل ١٩٨٧م ، والذي قضى في المادة (٢٧) منه على مايلي :- " لايجرم أي فعل ولا توقع أية عقوبة إلا بمقتضى قانون معمول به وقت ارتكاب الجريمة " . وعلى نفس المنوال نسج دستور السودان لسنة ١٩٩٨م حين نص في المادة (٣٢) على مايلي :- " لايجرم أحد ولا يعاقب على فعل إلا وفق قانون سابق يجرم الفعل ويعاقب عليه " . ولكن بكل أسف لا يشكل هذا النص قيداً على المشرع العادي في وضع تشريع يشتمل على نصوص مماثلة لنص المادة ٤٥٨ (٣) من قانون عقوبات ١٩٨٣م والمادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م ، يحول المحاكم التجريم والمعاقبة بدون وجود نص . وذلك لأن المادة (٦٥) من هذا الدستور ، تحول المشرع العادي الحق في التشريع بما يوافق الشريعة الإسلامية ويخالف الدستور وفقاً لمبدأ تكافؤ المصادر ، وبالتالي لا توجد فعلياً ضمانات دستورية تمنع المشرع من التشريع بالمخالفة لمبدأ الشريعة ، باعتبار أن الشريعة الإسلامية لا تأخذ بهذا المبدأ . وهذا يعني أن الضمانة الوحيدة الباقية هي ضمانات قانونية تتمثل فيما أوردته المادة ٤ (ب) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م التي نصت على أن تراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون المبادئ الآتية :- لايجرم ولاجزاء إلا

بنص تشريعي سابق . بيد أنه يجب مراعاة أن هذا النص الإجرائي لا يمكن اعتباره قيداً على نصوص موضوعية قد ترد في قانون العقوبات وفقاً لقاعدة سمو الموضوعي على الإجرائي ، مما يؤسس للقول أن مبدأ الشرعية وفرت له الحماية في حدود تطبيق قانون الإجراءات الجنائية فقط لا غير .

بصورة عامة نستطيع القول بأن مبدأ الشرعية قد تعرض لخرق متعمد ومقصود من قبل مشرع تشريعات عام ١٩٨٣م والذي تأسى بفهم للشرعية الإسلامية يضحي بمبدأ الشرعية لمصلحة المبادئ العامة الواردة بالشرع الخفيف والرامية لحماية الجماعة المسلمة . وفي تقديرنا أن المحاولات اللاحقة لتصحيح هذا الموقف والمتمثلة في النص الوارد بدستور السودان الإنتقالي لعام ١٩٨٥م وتعديل نص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م ، كانت ترمي للعودة إلى تطبيق مبدأ الشرعية بمفهومه الشكلي الليبرالي ولم تكن تستهدف تطبيق الشرعية الإسلامية . أما دستور عام ١٩٩٨م فإنه ورغم نصه على المبدأ ، إلا أنه وضع الأسس الكافية لسلبه مع سائر الحقوق الأخرى بمساواته بين الشرعية والدستور وإطلاقه يد المشرع العادي في التشريع بالإستناد لأي منهما . وهذا بالطبع يجعل الحماية الدستورية في حكم الغائبة ويقصر الحماية القانونية على غل يد القضاء إلى حين يقرر المشرع تفويضها بذلك مع ملاحظة أن كف يد القضاء من الممكن أن تقتصر على الإجراءات الجنائية فقط .

المبحث الثاني

الأسس العامة للمسئولية الجنائية في النظام القانوني السوداني

تقوم الجريمة على أركان ثلاثة : الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي . ونحدد فيما يلي ماهية كل ركن :-
الركن الشرعي :- هو الصفة غير المشروعة للفعل ، ويكتسبها إذا توافر له أمران : خضوعه لنص تجريم يقرر فيه القانون عقاباً لمن يرتكبه ، وعدم خضوعه لسبب إباحة ، إذ أن إنتفاء أسباب الإباحة شرط ليزول الفعل محتفظاً بالصفة غير المشروعة التي أكسبها له نص التجريم .

الركن المادي :- هو ماديات الجريمة ، أي المظهر الذي تبرز به إلى العالم الخارجي . ويقوم الركن المادي عادة على عناصر ثلاثة : الفعل والنتيجة وعلاقة السببية . فالفعل هو النشاط الإيجابي أو الموقف السلبي الذي ينسب إلى المجاني . والنتيجة هي أثره الخارجي الذي يتمثل فيه الإعتداء على حق يحميه القانون ، وعلاقة السببية هي الرابطة التي تصل ما بين الفعل والنتيجة وثبت أن حدوث النتيجة يرجع إلى ارتكاب الفعل .

الركن المعنوي :- هو الإرادة التي يقتزن بها الفعل ، سواء إتخذت صورة القصد الجنائي ، وحينئذ توصف الجريمة بأنها عمدية ، أو إتخذت صورة الخطأ غير العمدي ، وعندئذ توصف الجريمة بأنها غير عمدية ^{٤١} .

والواضح من هذا التعريف أن الركن الشرعي للجريمة ، هو أمر وثيق الصلة بالسياسة العقابية العامة من حيث التجريم ، كما أنه وثيق الصلة كذلك بمبدأ الشرعية . هذا في حال التعميم لإيجاد صلة ما بين الجريمة والتوجه العام لمشرع قانون العقوبات . ولعلنا اعتدنا في النظام القانوني السوداني على حصر دراستنا في الركنين المادي والمعنوي ، مع ترك الركن الشرعي والتعامل معه في إطار المناقشة العامة لمبادئ المسؤولية الجنائية كمبدأ الشرعية وهو أمر يختص بمسألة التخصيص والتعميم في الدراسة ، ولا يترك أثراً سالباً على مجمل حصيلة البحث .

ولكننا أثّرنا الإشارة إلى هذا الركن ، للنفاذ إلى مراقبة ورصد التحولات في سياسة التجريم بصفة عامة لتوضيح مدى التغيرات التي حدثت على الركن الشرعي منذ بداية أسلمة القوانين العقابية في العام ١٩٨٣ م .

فبالنظر إلى قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، لا نجد تحولاً كبيراً وجذرياً في سياسة التجريم ولا تبدلات واسعة النطاق في الركن الشرعي . إذ أن مشرع ذلك القانون ، قد حافظ على نصوص قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م بنفس ترتيبها ، وأضاف إليها بعض العقوبات الحديثة مع إدخال نص المادة (٤٥٨) المثير للجدل والذي هدّم مبدأ الشرعية من أساسه ، وكذلك بعض النصوص القليلة الأخرى . وفي تقديرنا أن القانون المذكور ، لم يحدث تحولاً كبيراً على مستوى التجريم بل استحدثت بعض الجرائم مع تشديد العقوبات على الجرائم المنصوص عليها سابقاً . ولذلك يبقى التحول الأساسي والام الذي استحدثه ذلك القانون ، هو الاخلال المربع بمبدأ الشرعية . وهو أمر قد نجد من غلوائه تفصيلية النصوص المعتمدة من قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م ، دون أن تمتع من استخدامه وبطريقة تنتهك أسمى الحقوق وهو الحق في الحياة . ولكن بالانتقال للقانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، نجد أن هناك تحولاً واضحاً وكبيراً في الركن الشرعي بعامه بعكس توجهات السلطة السياسية القائمة بالتشريع . فالملاحظ أن القانون المذكور أسقط من ضمن ما أسقط من جرائم نص المادة (٢٤٢) (أ) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ ، وهي مادة استحدثت في قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م ، ولم تكن موجودة بالقانونين السابقين وتنص على ما يلي :- "كل من استخدم الدين أو كرم المعتقدات الروحية لغرض سياسي أو بقصد إثارة أو تنمية الكراهية أو العداوة أو الشقاق بين المجموعات الدينية أو أتى فعلاً يقصد به أو يحتمل أن يؤدي إلى ذلك يعاقب بالجلد والغرامة أو السجن " . وفي تقديرنا أن مشرع القانون المذكور ، كان متسقاً مع رؤيته السياسية التي تجعل السياسة جزءاً لا يتجزأ من الدين وتؤسس لقيام دولة دينية . فتركه لهذا النص التجريمي يعني أن يقع هو نفسه تحت طائلة التجريم باعتبار أن عملية التشريع هي عملية سياسية بالدرجة الأولى وهو ممارستها باعتبارها نشاطاً دينياً .

كذلك يلاحظ أن مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، قد قام بإسقاط نص المادة (٩٨) (ب) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م والتي كانت تنص على ما يلي :-

"يعد مرتكباً جريمة تخريب الاقتصاد الوطني ويعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن لمدة أقل مع جواز تجريمه من جميع أمواله أي شخص :-

يرتكب أو يشترك في أو يساعد على ارتكاب أي فعل يهدف أو يحتمل أن يؤدي إلى الأضرار بالاقتصاد الوطني أو زعزعة الثقة في سلامته أو ينشر الشائعات الضارة بالاقتصاد الوطني".

وبالتأكيد أن حذف هذا النص على علته ، قد جاء لأسباب وثيقة الصلة ببرنامج أسلمة الاقتصاد الذي تتبناه السلطة الحاكمة ولتفادي عواقب وخيمة قد تنتج في حال حدوث تحول سياسي واستلام السلطة السياسية بواسطة خصوم يرون أن ما يتم يعتبر تخريبا للاقتصاد الوطني .

أيضا يلاحظ أن مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م قد قام بإدخال بعض الجرائم الجديدة مثل جريمة الردة [المادة (١٢٦)] وهي جريمة سياسية ، وكذلك جريمة انتهاك الخصوصية [المادة (١٦٦)] . والواضح من مجمل سياسة الإسقاط والإدخال هذه ، أن المشرع حرص على تكريس رؤياه السياسية على مستوى تشريعي ، بحيث يصبح القانون الجنائي في ركنه الشرعي معبرا عن التصور العام للحياة باعتبارها محكومة بتصور ديني أحادي يوحد ما بين القانون والأخلاق وفقا لرؤية المشرع نفسه .

لذلك جاءت النصوص المدخلة متأثرة بالرؤية الدينية لمفهوم الدولة — أو أن شغنا الدقة الأمة — كما أنها تأثرت بالرؤية الأخلاقية الحقوقية المهتمة بحماية خصوصية الفرد .

أما الإسقاطات فإنها لم تكن بعيدة كذلك عن التوجه السياسي للمشرع الذي لا يوجد موجبا للفصل بين ما هو ديني وماهو سياسي بل أنه يطالب علنا باستخدام الدين استخداما سياسيا . والجدير بالذكر أن سياسة الإسقاط لم تقتصر على الأمثلة التي أوردناها ، بل أنها شملت بعض الأمور وثيقة الصلة بالركن المعنوي سوف نعرض لها لاحقا . بيد أنه لا بد من الإشارة الى أن القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، قد قام بإسقاط بعض التعريفات الواردة بالقوانين السابقة كتعريف "القوات المسلحة" الذي استخدم بدلا عنه "القوات النظامية" وبالتالي أصبحت الجرائم التي كانت مقصورة على القوات المسلحة فقط تنسحب على كل القوات النظامية . كذلك قام المشرع بإسقاط كافة الأمثلة التوضيحية التي كانت تصاحب بعض المواد في القوانين السابقة . غير أن أهم آثار الإسقاط هي توسيع سلطة القاضي في تفسير القانون وتحديد نطاق التجريم ، وهذا يتضح من إسقاط العديد من الجرائم مع ترك نص تجريمي عام مثل إسقاط المواد من ٣٨١ إلى ٤٠٢ ومن ٤٠٣ إلى ٤٢٤ من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م . ولعل أخطر هذه الآثار قاطبة هي دمج جرائم مختلفة من حيث الركن المعنوي في جريمة واحدة . وذلك مثلما ورد في المادة (١٧٧) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م والتي دجحت جرمي خيانة الأمانة وجريمة تبديد الأموال العامة واعتبرت التبديد خيانة أيضا ، علما بأن المادة (٣٥١) (أ) من قوانين العقوبات السابقة (١٩٧٤ ، ١٩٨٣م) قد أفردت نصا لتجريم التبديد باعتبار أنه يقوم على الإهمال ولا يعقل أن يساوي بالخيانة التي تستلزم سوء القصد .

وبالتنقال للركن المادي للجريمة ، لا نجد تحولا حقيقيا في هذه الناحية . وذلك لان التحول المتصور كان من الممكن أن يكون في علاقة السببية ، لكن قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م تبنى كافة الشروحات والأمثلة

التوضيحية مما يؤكد تبنيه لنفس رؤية التشريعات السابقة للمسألة . والمعلوم أن قانون العقوبات لا يعالج مسألة السببية بصورة مستقلة وشاملة ، إلا أن الشروح الملحقة ببعض المواد تضع بعض القواعد المتعلقة بالمسألة ^{٤٢} . وبالرغم من أن القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م قد أسقط كافة الشروحات والأمثلة التوضيحية بما فيها المتعلقة بالمادة (٢٤٦) السابقة الخاصة بالقتل ، إلا أننا لا نرى أن ذلك تحولاً جذرياً في موقف المشرع . وذلك لأن في التراث القضائي والسوابق القضائية متسع لتغطية هذه المسألة ، خصوصاً وأن الرأي الفقهي السائد لا يرى تعارضاً بين علاقة السببية والشرعية الإسلامية بل على العكس يعتد بوجودها .

وفي تقديرنا أن مفهوم الركن المعنوي للجرمة نفسه ، لم يشهد تغييراً وإنما شهد بعض التبدل . فالناظر لبعض جرائم الحدود لأول وهلة (المادة (١٢٦) الخاصة بالردة والمادة (١٤٥) الخاصة بالزنا مثلاً) ، قد يظن بأن هذه الجرائم من جرائم المسؤولية الصارمة أو المطلقة (Strict Liability) لعدم النص صراحة على وجوب توفر القصد أو الخطأ . ولكن الواقع أن المادة ٨ (٢) من القانون قد نصت على أنه لا مسؤولية إلا عن فعل غير مشروع يرتكب بقصد أو فعل يرتكب بإهمال . وهذا يعني أن على القاضي عند تطبيق النص العقابي أن يرتكن إلى البحث عن القصد أو الإهمال حسب نوع الجريمة المرتكبة ، حتى يتمكن من إقامة أركان المسؤولية الجنائية . وإن كنا نرى أن الأوفق هو النص صراحة على العنصر المعنوي المطلوب لإقامة المسؤولية في مثل هذه الجرائم ذات العقوبات الماسة بحق الحياة . فليس كافياً الارتكان إلى نص عام يوجب وجود عنصر معنوي كما أنه ليس كافياً الركون إلى أن الفقه الجنائي الإسلامي يستلزم وجود مثل هذا العنصر . فالمعلوم أن الشريعة الإسلامية مثلها مثل سائر القوانين الدينية توحد ما بين المعصية والجريمة ولذلك تشترط التكليف والإرادة لإقامة المسؤولية . وهي تشترط وجود قصد للمعصية ، والقصد إلى المعصية هو إتيانها أو تركها مع العلم بأن الشارع يحرم إتيانها أو يوجبها أو هو القصد إلى الفعل مع الرضا بنتائجه وطلبها . كمن يضرب آخر بسلاحه قاصداً قتله ، فقد توفر القصد إلى القتل ، كما توفر قصد إزهاق الروح . فالعصيان عنصر ضروري في كل جريمة ، غير أن العصيان لا يجب توافره إلا في الجرائم العمدية دون غيرها . ومن ثم تعيّن التفرقة بين إرادة إتيان الفعل أو تركه وبين تعمد النتيجة المترتبة على هذا الفعل .

ويستوي في الشريعة أن يكون القصد سابقاً للجريمة أو معاصراً لها طالما تحقق القصد واقتن بالفعال . فالجزاء في الحالتين واحد لأن أساس تقدير العقوبة قد توفر . ولذلك لا تعرف الشريعة تشديد العقاب لسبق الإصرار أو التردد ، لأن معنى ذلك العقاب على القصد السابق على الفعل مستقلاً عن ذات الفعل ، فلم تفرق الشريعة بين القتل أو الجرح المقتن بسبق الإصرار وبين القتل الحالي منه فالعقوبة واحدة في الحالتين ^{٤٣} .

وفي حال غياب القصد تشترط الشريعة الإسلامية توفر الخطأ لإقامة المسؤولية . وإشترط الشريعة الإسلامية لتوفر العنصر المعنوي من الممكن استنتاجه من اعتمادها للدفع القائمة على عوارض الأهلية والمؤثرة على

الإدراك والإرادة كالإكراه والجنون . فاعتماد مثل هذه الدفوع يعني بمفهوم المخالفة أن قيام المسؤولية الجنائية ، يتطلب الإدراك وحرية الإرادة لإقامة المسؤولية .

يعضد ذلك أن الشريعة الإسلامية قد اعتدت ببعض أنواع الجهل بالأحكام واعتبرتها عذراً مسقطاً للتجريم عند الجمهور وللعقاب عند البعض على عكس صرامة قاعدة عدم الاعتداد بالجهل بالقانون في القوانين الوضعية . وهذا النوع من الجهل يكون في بعض حالات هي :- أن يكون الأمر موضع اجتهد وتنازعه دليلاً أو لعدم توافر أسباب العلم . كذلك تم الاعتداد بالجهل بالشرع الإسلامي في غير الديار الإسلامية .

ولاشك في أن الاعتداد بالجهل بالقانون يرد أول ما يرد على الركن الشرعي للجريمة ، ولكنه يشمل فيما يشمل العلم العام بتجريم الفعل مع عدم تعييب القصد الخاص . فهو بالرغم من توافر إرادة إتيان الفعل مع العلم بالنتيجة في الحالة المحددة ، إلا أنه ينفي العلم بالتجريم مما يمنع توافر قصد مخالفة القانون .

وبالطبع القول بأن الشريعة الإسلامية مثلها مثل القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م تشترط وجود العنصر المعنوي ، قد يقودنا إلى نتيجة أخرى وهي أن الشريعة الإسلامية لا تعرف المسؤولية الصارمة أو المطلقة في عمومية تشريعها . فهي بإشتراطها العلم بالتجريم مع افتراض علم المسلمين بالتجريم في ديار الإسلام ، تجعل من مجرد ارتكاب الفعل المحرم مع العلم بأنه محرم قصداً عاماً وتعاقب بالتالي على ارتكاب الفعل . وهذا يعني توحيد ارتكاب الفعل بدلالة القصد ، أي أن القصد باعتباره أمراً ذهنياً يتبدى بمجرد ارتكاب الفعل مع العلم بالتجريم ووجود التمييز والإدراك . والشاهد على ذلك هو الاعتداد بصغر السن كسبب من أسباب الإباحة ورفع التكليف وبالتالي المسؤولية عن صغير السن . وربما يتبدى الوضع بأن العنصر المعنوي في هذه الحالة مفترض - وإن صح ذلك يعني أن النتيجة شبيهة بحالة عدم اشتراط وجوده - ولكن في تقديرنا أن هذا الافتراض - إن وجد - فهو افتراض قابل لاثبات العكس ترد عليه كل الدفوع والاستثناءات وثيقة الصلة بالعنصر المعنوي .

وبالرغم من كل ما سبق ، إلا أنه من الجدير بنا أن ننوه إلى أن مشروع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، قد قام بإلغاء بعض القواعد ذات الصلة باشتراط وجود عنصر معنوي . وأهم هذه النصوص الملغاة ، نص المادة (٥٢) من القانون السابق والتي تنص على أن الإخبار بحسن نية لا يعد جريمة إذا نشأ منه ضرر لمن أفضى إليه الخبر متى كان مقصوداً به فائدته .

والغاء هذا النص يشي بإمكانية إقامة المسؤولية حتى في حال انعدام القصد والخطأ معاً ، وذلك لأن حسن النية يعني التثبت والتحري والحيلة مما ينتفي معه القول بتوافر خطأ ناهيك عن ادعاء وجود قصد .

وبالحتم أن الحديث عن الركن المعنوي ، يدخلنا مباشرة في مدى إمكانية مساءلة الشخص الاعتباري جنائياً ، ترتباً على أن اعتراض إسناد المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي يسند دائماً إلى صعوبة إسناد الحالة الذهنية إليه مع إدخال البعض لمخالفة مبدأ شخصية العقوبة كسبب آخر . والمعلوم أن قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٢٥م وقانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م وكذلك قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، قد نصت كلها في المادة

(٩) منها على ما يلي :- "كلمة شخص تشمل أية شركة أو جمعية أو مجموعة من الأشخاص سواء كانت شخصية اعتبارية أم لم تكن كذلك" وهو نفس النص الذي تضمنته المادة ٣(ج) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م.

وبالنظر الى هذا النص ، يتضح أن القانون العقابي السوداني قد أوجب المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري تقريراً ، بل أنه اشتط ليوجبها لأشخاص لم يمتلكوا الشخصية الاعتبارية ، مما يعطي كيانات ومجموعات صفة الشخص القانوني بالمخالفة مع فقه القانون . وهذا يجعل النص غير منضبط ومفارق للتوصيف القانوني السليم .^{٤٤}

وفي ذلك يقول الدكتور إبراهيم على صالح . " ان قانون العقوبات السوداني لم يقدم حلاً عملياً لقضية المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي . . أما بالنسبة لنص المادة (٩) من القانون في شأن مدلول (الشخص) فإنه لا يكفي لحل المشكلة ، ذلك لان تقرير تلك المسؤولية ليست مسألة خاصة بالصياغة اللفظية بل أن الصدي لها يقتضي تصوراً شاملاً لقضية الإسناد المادي والمعنوي على السواء . ومن هنا فان القول بان التشريع الجنائي السوداني يقرر المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بعيد عن محجة الصواب . بل أن هذا النص الوارد في هذا القانون معيب بالإفراط والتفريط على السواء . ذلك أن المشرع السوداني لو شاء أن يقرر هذه المسؤولية فقد كان خليقاً به أن يحدد ما يقابل تصوره في التجريم والمساهمة الجنائية والإسناد المعنوي والعقوبات وما يتأتى من هذه وتلك مع طبيعة الشخص المعنوي ، بل وفضلاً عما تقدم فإن تقرير معاقبة الشخص المعنوي والذي لم تعتقد له الشخصية القانونية ولم تكتمل فهو إفراط ومغالاة لا يتفقان أو ينسجمان مع الأصول الكلية والقواعد الأساسية في القانون . ويؤيد ذلك ما لاحظته الدكتور محمد محيي الدين عوض من أن قانون الإجراءات الجنائية السوداني ، لا يحوى نصوصاً تسمح بتقديم الشخص المعنوي لمحاكمة أمام القضاء ٤٥ .

ونحن إذ نتفق مع النقد الذي أورده الدكتور إبراهيم بصفة عامة ، نختلف معه في قصد المشرع بتجريم الشخص المعنوي . فالواضح أن المشرع قد قصد وبلا مرأ تجريم الشخص الاعتباري ، وساندته في ذلك الممارسة القضائية بإضطرادها على تجريمه واجتهاد المحاكم في معالجة القصور وتبيين عناصر الإسناد بما فيها المعنوي . غير أننا نرى أن الفرصة كانت مواتية لمشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م لتلافي مواطن القصور المشار إليها آنفاً بدلاً من إيراد نص يتيم بقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ م يحدد كيفية إعلان الشخص الاعتباري . وهو أيضاً كان بالخيار في إلغاء تجريم الشخص المعنوي جملة وتفصيلاً استناداً الى أن الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية هو عدم مساءلة الشخص الاعتباري جنائياً . وهذا الرجحان يؤكد البروفيسور الصديق محمد الأمين الضرير حين يقرر بان فقهاء الشريعة قد عرضوا لمسألة إسناد المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري - بقصد حديثاً بالطبع - ، وثبت لهم صحة رأي الأكثرية التي لا تسلم بمسؤولية الشخص الاعتباري جنائياً واتفقه مع

نصوص القرآن والسنة وأن الرأي الآخر يتعارض مع هذه النصوص ، وإجماع الفقهاء على أن الشخصية الاعتبارية ليست أهلاً للمسئولية الجنائية^{٤٦}.

ونحن من جانبنا نؤيد صحة ما ذكره البروفيسور الضيرير ، بل ونذهب أبعد من ذلك ونقول بأن الشريعة الإسلامية لا تعرف الشخص الاعتباري في الأصل . وهذا ما يقوله الدكتور صوفي حسين أبو طالب حين أورد ما يلي :- " أخذ الفقه الإسلامي بمبدأ مخالف للمبدأ الذي أخذ به القانون الروماني ، فالفقه الإسلامي لا يعترف بالشخصية القانونية إلا للإنسان ، ولا يعرف الشخصية الاعتبارية . ولعل ذلك يرجع الى أن مصدر الفقه الإسلامي مصدر ديني والمخاطبين بأحكامه هم البشر ، فلا يتصور تكليف غير بني الإنسان بتلك الأحكام " ^{٤٧}.

وبالحتم لا يعني قولنا ذلك بأننا نقف مع الوجهة التي ينادى بها البروفيسور الضيرير وهي عدم تجريم الشخص الاعتباري ، بشرط تلافي القصور التشريعي وتوضيح قواعد الإسناد والمساهمة وما إلى ذلك . ولكننا أردنا توضيح أن التشريعات العقابية المسلمة ، لم تقدم حلولاً إسلامية لهذه المسألة المهمة وثيقة الصلة بقواعد الإسناد بصفة عامة وبالركن المعنوي بصفة خاصة والذي عادة ما تستخدم الصعوبات الخاصة بإسناده للشخص الاعتباري حجة لمن ينادون بعدم تجريمه من الأصل .

وبالرغم من كل ما تقدم ، إلا أننا نرى أن أكبر أثر تم إدخاله على الأسس العامة للمسئولية الجنائية منذ بداية أسلمة القوانين هو مفهوم الشبهة . وتقول المحكمة العليا الموقرة ، أن الشبهة هي خلل حكمي في دليل الإثبات أو ركن من أركان الجريمة لا يقطع معه بوجوب الحد يأخذ حكم الحقيقة فيدراً الحد^{٤٨} .

غير أن المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة توسع من نطاق الشبهة ولا تقصرها على الحدود فقط حين تقول :- انه من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية أن الحدود تدرأ بالشبهات . ولئن كانت هذه القاعدة وضعت لجرائم الحدود ، إلا أنه ليس ثمة ما يحول دون تطبيقها على جرائم التعزير ، ذلك أن القاعدة استهدف بها : تحقيق العدالة وكفالة ضمانات للمتهم أثناء محاكمته ، وهما اعتباران يقومان على السواء في جرائم الحدود وجرائم التعازير^{٤٩} . وأبعد من ذلك فإن محكمتنا العليا نفسها لم تقصر مفهوم الشبهة على الخلل الحكمي في دليل الإثبات أو ركن من أركان الجريمة فقط ، بل مددت هذا المفهوم ليشمل الإجراءات اللازمة لتحريك الدعوى الجنائية وتنفيذ الأحكام . فهي قد قضت بأن عدم خصاصة من يملك حق الخصومة لمن يسرق ممتلكاته تترتب عليها سقوط القطع ودرء الحد في حق السارق . وذلك استناداً إلى أن أبا حنيفة ومن شاركه الرأي في اشتراط حضور المسروق منه للمحكمة للإدلاء بإفادته ، اتخذوا من عدم حضوره شبهة أن يكون المالح غير مسروق أو أن للسارق حقاً فيه أو أنه سرق من غير حرز أو أن المتهم أذن له في دخول الحرز وبأنه الظاهر أن من في يده شيء فهو يفترض بأنه ملكه فأن أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه حتى يصدق المقر له والغائب يجوز أن يصدق ويجوز أن يكذبه ، فإحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحد عن السارق^{٥٠} . وبالرغم من أن هذا

الرأي يستنتج من عدم حضور المسروق منه (الشاكي) خلافاً في ركن من أركان الجريمة ، إلا أنه أيضا يضع مبدأ إجرائياً واضح المعالم . ويؤكد شمول مفهوم الشبهة للخلل الإجرائي ، اضطراب وإستقرار القضاء السوداني على أن التراخي في تنفيذ العقوبة هو شبهة تدرأ الحد ^{٥١} . والمعلوم أن الشبهات ليست مرتبة واحدة في القوة فهي قسمان : شبهات قوية تحو وصف الجريمة ويترتب عليها سقوط العقوبة وشبهات لا تحو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد ^{٥٢} . ويتضح من ذلك أن قصر مفهوم الشبهة على مسائل الإثبات وأركان الجريمة وحدهما ، أمر فيه الكثير من عدم الدقة . فالمفهوم من السعة بحيث يمكن أن يشمل الخلل الإجرائي ، وهو مفهوم متعدي يمكن أن تنسب إليه مظاهر خلل تطرأ أثناء سير الدعوى الجنائية أو بعد انتهائها وعند التنفيذ ، بل هو يشمل حتى مظاهر الخلل التي تشوب الإجراءات الخاصة بتحريك الدعوى الجنائية مثل التراخي في فتح بلاغ الشرب الذي يؤدي لتقادم الشهادة . وبالطبع سعة هذا المفهوم تجعل إمكانية ضبطه وتقنيته معقدة . فهو يقع على أسس المسؤولية الجنائية بصفة عامة ولا يصح أن يصنف دفعا أو استثناء كما لا يصح وصفه بأنه مانعا من موانع المسؤولية . ولعل الأمل التعامل معه باعتباره وسيلة دفاع يستفيد منه المتهم كلما تسنى له ذلك وكلما غابت المعالجة الصريحة للوضع المماثل في نصوص القانون مما يجعل منه إضافة للوسائل المتاحة قانونا . وحول الآلية التي يتم عبرها تطبيق مفهوم الشبهة ، تقرر المحكمة العليا المؤقرة أنه في الجرائم الحدية يجب على محكمة الموضوع أن تناقش المسقطات أو الشبهات التي تدرأ الحد واحداً تلو الآخر قياساً على ما جرى عليه العمل في قضايا القتل العمد حيث تناقش المحكمة استثناءات المادة (٢٤٩) من قانون العقوبات الخاصة بالاستثناءات التي تغير من وصف الجريمة من قتل عمدي إلى قتل شبه عمدي ^{٥٣} . وهذا حتما لا يجعل من مفهوم الشبهة استثناءاً ، بل يلزم المحكمة باستخدام نفس الآلية المطبقة في مسألة الاستثناءات حفاظاً على حقوق المتهم حتى وإن لم يكن بإمكانه إثارة الدفع بوجود شبهة . والمماثلة في آلية التطبيق لا تعني تطابق المفاهيم بقدر ماهي علامة فارقة توضح محاولة القضاء لتوطين مفهوم جديد بمقايسته على نظام قائم فعلاً وواقعاً .

ولعلنا نصيب إذ قلنا بأن مفهوم الشبهة قد ارتبط إلى حد ما بوسائل الإثبات وثيقة الصلة بأركان الجريمة مع تجاهل للجوانب الإجرائية ، لكثرة الشبهات الواقعة على وسائل الإثبات ولحدثة مفهوم الإجراءات الجنائية الذي لم يعهد وجود مباحث خاصة به في الفقه الإسلامي بعامة . ومن الأمثلة الدالة على الارتباط الوثيق للمفهوم المذكور بقواعد ووسائل الإثبات ، قضاء المحكمة العليا المؤقرة بأن قرينة وجود المال بيد المتهم لا تصلح مستقلة كدليل للإثبات في جرائم الحدود لما فيها من شبهة لا تصلح دليلاً لأقامة حد وذلك للمبدأ القضائي الثابت من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات فحيث ما وجدت شبهة سقط الحد . ولقول على رضي الله عنه إذا كان في الحد لعل وعسى عطل ^{٥٤} . وكذلك قضاء نفس المحكمة بأنه إذا أقرت

الزوجة بالزنا بشخص فأنكر وكذبها في ذلك سقط الحد عنها للشبهة ولكن يجب تعزيرها^{٥٥} . ولكننا نصر على أن قصر مفهوم الشبهة على الخلل الحكمي في وسائل الإثبات فقط أو إضافة أركان الجريمة لها ، يضيّق من نطاق المفهوم ويجعل تطبيقه على القواعد الإجرائية مستحيلا . والصحيح هو التوسع في نطاق المفهوم حتى يصبح دفعاً إضافيا للدفع المنصوص عليها بتعميمه على كافة الجرائم وعدم قصره على الجرائم الحديثة التي نشأ وترعرع في كنفها .

بصفة عامة نستطيع أن نقول بأن مفهوم الشبهة هو مفهوم جديد إستوجب وجوده تشريع العقوبات الحديثة لجرائم الحدود دون أن يمنع ذلك من تطبيقه على الجرائم الأخرى إن أمكن ذلك . وهو مفهوم غير منضبط ولا يمكن بأية حال قبول تعريف المحكمة العليا الموقرة له آنف الذكر . إذ أننا أوضحنا بأنه أشمل مما ذكر مما يستدعي إعادة تعريفه مع التمثيل له حتى تتمكن المحاكم من التعامل معه بسهولة ويسر أكثر بدلا من إرهاقها بالعودة الى مراجع الفقه التقليدية للبحث عن الشبهات . خصوصا وأن السوابق القضائية تلزمها في الجرائم بمناقشة الشبهات مع ضرورة ملاحظة أن الشبهات تلحق بالجرائم التعزيرية كما أوضحنا سابقا .

المبحث الثالث

فلسفة العقاب وتطور مفهوم العقوبة

الناظر لقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، يجد أن السمة الأساسية للتغير التي أضفاها على النظام العقابي ، هي التبدل في طبيعة العقوبات أكثر منها تغيرا في عناصر المسؤولية أو المبادئ العامة للتعزيم . وهذا بالطبع لا ينفي أهمية التبدلات التي سبق وأن رصدناها فيما سبق ، ولكن من الضروري التأكيد على أن التغير في طبيعة العقوبات كان سمة أكثر بروزا من التوسع والتغير في نطاق التعزيم . فالمعلوم أن قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤ م ، قد اشتمل في مادته رقم (٦٤) على تصنيف وتقرير للعقوبات ، حيث حصرها في الإعدام والتجريد من الأموال والسجن والحجز في الإصلاحية والغرامة والجلد بالسوط فقط . وجاءت المادة المقابلة لها بقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، لتضيف عقوبات أخرى مثل الإعدام مع الصلب والرجم والقطع من خلاف والدية الكاملة أو الناقصة والقصاص والقطع والتعويض والسجن والنفي والسجن والتغريب . وتبنى القانون الجنائي بصفة عامة هذه العقوبات الجديدة مع وضع بعض الضوابط لتطبيقها في سبيل تلافي عيوب القانون السالف الذكر .

وبالنظر إلى طبيعة العقوبات المدخلة وعددها ، يتضح أن مشرع قانون العقوبات نحا منحى تشديد العقوبة وغلب اعتبارات الزجر والردع على اعتبارات الإصلاح إن وجدت أصلاً . بعض هذا تشدد المشرع في تطبيق

عقوبات سابقة وتعميمها مثل عقوبة الجلد التي أصبحت عقوبة لمعظم الجرائم الواردة بالقانون . والثابت فقها أن العقوبة الجنائية قديمة قدم المجتمعات الإنسانية نفسها حيث يصعب تحديد تاريخ نشأتها برغم جواز ربطه بنشوء مفهوم السلطة وظهور القانون . والمعلوم أنها تطورت حيث اتخذت العقوبة في داخل مجتمع العائلة — أي عند انتماء الجاني والجاني عليه الى نفس العائلة — صورة التأديب الذي لرب العائلة على أفرادها . أما اذا كان الجاني منتمياً الى عائلة غير عائلة الجاني عليه فقد اتخذت العقوبة صورة الانتقام الفردي^{٥٦} . وفي مجتمع العشيرة ظلت العقوبة مرتبطة بسلطة التأديب مع توسعها وقد اتخذت في هذا المجتمع طابع الانتقام الاجتماعي من الجاني باعتباره خائناً . وقد ظل للعقوبة في مجتمع القبيلة طابع الانتقام الاجتماعي وتوضح هذا الطابع بصفة خاصة للأفعال التي تهدد أمن المجتمع كالحيانة والأفعال التي تمس الدعائم الدينية التي يقوم عليها ، وتميزت من أجل ذلك بقسوة بالغة ولكن طراً على نظام العقوبة تعديل كان الدين مصدره ، فقد تميز مجتمع القبيلة باعتماد واضح على الدين في نشأته وتنظيمه ، ذلك أن في مقدمة الأسباب التي دعت العشائر المتجاورة الى الانضمام في قبيلة كان اشتراكها أو تقاربها في العقائد الدينية ، وقد حرص شيخ القبيلة وأعوانه على الدين باعتباره الرابطة التي تكفل الوحدة القبلية ، وظهر أثر ذلك في إسناده سلطاته الى الدين واعتباره وظيفته الأساسية هي استبقاء مرضاة الآلهة وحمايتها للقبيلة ، وقد استتبع ذلك تغيراً في النظر الى الجريمة والعقوبة . فالجريمة يفسرها تقمص الأرواح الشريرة والشياطين جسد الجاني وتوجيهها إياه الى الفعل الإجرامي سعياً لإغضاب الآلهة ، والعقوبة هي الوسيلة الى استرداد رضا الآلهة ، والطريق الى ذلك هو التكفير عن الجريمة ، ويتحقق التكفير بإنزال العذاب بالجاني طرداً للأرواح الشريرة منه استرضاءً للآلهة التي أساءها ارتكاب الجريمة . وبذلك حل التكفير محل الانتقام الاجتماعي غرضاً للعقوبة ، ودخلت الطقوس الدينية في إجراءات النطق بالعقوبة وتنفيذها على نحو ظهر به الجاني في صورة الضحية التي تقدم للآلهة دفعاً لغضبها واستبقاءً لحمايتها للمجتمع^{٥٧} .

ولاشك في أن للديانة المسيحية أثراً في تطور مفهوم العقاب برغم حفاظها على قاعدة أن العقوبة تستهدف التكفير عن الجريمة مع إعطائها مدلولاً جديداً . والاتجاه العام للمسيحية هو التخفيف من قسوة العقوبات ، سواء بإستبعاد العقوبات المفرطة في الشدة أو تجنب وسائل التنفيذ التي تنطوي على القسوة ، ومن مظاهر ذلك أن عقوبة الإعدام لم تكن محل ترحيب رجال الكنيسة ، وقد قيل في ذلك " ان الكنيسة تفرعها الدماء المراقبة " ، ويعمل ذلك بما اتسمت به الأخلاق المسيحية من رحمة وتسامح ثم بما تطلبت فكرة الجزء العادل من توازن بين الخطيئة والعقوبة واستبعاد لكل قسوة تجاوز إثم الخطيئة .

وعلى الرغم من أن المسيحية قد سادت أوروبا وانتشرت معها تعاليمها التي تدعو إلى التسامح والرحمة ، فقد اتصفت العقوبات — طوال العهود التي سبقت الثورة الفرنسية — بالقسوة البالغة ، ويعمل ذلك بتأثير عوامل أخرى غلبت في النظم القانونية على التعاليم المسيحية^{٥٨} .

دشنت الثورة الفرنسية عهداً جديداً بالنسبة لمفهوم العقوبة ونطاقها ، ونستطيع توضيح معالم تطور المفاهيم بالإشارة إلى ثلاث مسائل :-

فمن ناحية اعترفت التشريعات القديمة بعقوبات قاسية كالعقوبات البدنية التي تقوم على بتر بعض الأعضاء أو إعدام بعض الحواس أو الجلد والضرب والعقوبات المهينة كقطع علامات غير قابلة للزوال على جسد الجاني تدل على جرمته . وهذه العقوبات قد اختفت من التشريعات الحديثة .

ومن ناحية ثانية فإن العقوبات القاسية التي تشترك التشريعات القديمة والحديثة في الاعتراف بها كعقوبة الإعدام قد اختلف نطاقها اختلافاً كبيراً ، فكانت فيما مضى مقررة لعدد كبير من الجرائم ، ومنها ما هو قليل الخطورة في ذاته . أما التشريعات الحديثة فتحصرها في جرائم الاعتداء على الحياة في صورة مباشرة أو غير مباشرة ، بل أن منها ما قد حذفها . ويبرز هذا الاختلاف توسع القضاء في النطق بها في حين يميل القضاء الحديث إلى الحد من نطاقها عن طريق الظروف المخففة ويتوسع رئيس الدولة في استعمال سلطته في العفو عنها . ومن ناحية ثالثة فقد تطورت أساليب تنفيذ العقوبات تطوراً كبيراً ، فكان طابعها فيما مضى التعذيب والتنكيل ، وطابعها في التشريع الحديث هو الاتجاه إلى الإصلاح والتأهيل ^{٥٩} .

وبالقطع كان للتطور الاقتصادي دوراً حاسماً في تغيير مفهوم العقوبة . إذ أن احتياج المجتمع الصناعي الأوروبي الناشئ للأيدي العاملة ، جعل عقوبات البتر والقطع عقوبات غير عملية تحرم المجتمع من قوى هو في أمس الحاجة إليها . كذلك أدى ازدياد مداخل الدولة وسطوتها المالية ، إلى رفع قدرتها في تأسيس وتمويل المؤسسات مما جعل عقوبة السجن عقوبة رئيسية تستهدف الزجر والإصلاح معاً .

وبالرجوع للعقوبات التي أضافها مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، نستطيع أن نقول بوضوح أنها استهدفت الزجر والتنكيل بصفة عامة ولم تستهدف الإصلاح . إذ أن عقوبات البتر والصلب كما رأينا لا يمكن بأية حال أن تستهدف الإصلاح . والملاحظ أن فقهاء القانون المسلمين ، دائماً ما يحاولون نفي القسوة عن عقوبات البتر والقطع الحديثة تأسيساً بتطور مفهوم العقوبة وفي محاولة لجعل العقوبات الشرعية متناسبة مع المفهوم الجديد للعقوبة ^{٦٠} . وفي تقديرنا أن هذا الموقف خاطئ وهو لا يقدم دفاعاً حقيقياً عن الشريعة الإسلامية . فحقيقة أن العقوبات الحديثة عقوبات قاسية وبعضها مذل (كالبتر والجلد) ، هي حقيقة لا مراء فيها ولا سبيل لإنكارها . والواقع أن هذه القسوة والإذلال والتنكيل مقصودة لذاتها باعتبار أن التعدي وقع على حدود أمر الله ألا يتعدها الإنسان . ولذلك لا يصلح القول بأن هذه العقوبات غير قاسية لأنه قول يتصل بطبيعة العقوبة وهي واضحة ، بل الصحيح هو القول بأن هذه العقوبات مشروعة . والمشروعية تنأت من سبيل آخر هو مصدر العقاب الإلهي ومدى تناسب العقوبة مع الجريمة ، أما طبيعة العقوبة ونوعها فهي أمور واحدة بغض النظر عن مصدرها إن كان إلهياً أم بشرياً .

لذلك يصح أن نقول بأن إتحاد المشرع العام منذ إصدار قانون ١٩٨٣م، كان هو تشديد العقوبة وإبتداع عقوبات جديدة إستناداً لأسباب دينية وإعتقادية ، بحيث أصبح المظهر العام لفلسفة العقوبة أنها تستهدف إرضاء الخالق عز وجل والتنكيل بقسوة بالجرم للتكفير عن ذنبه أو خطيئته . وأبرز الدلائل على ذلك هو ورود عقوبة كالرجم وهي من أكثر وسائل الإعدام قسوة إذ أنها تنطوي على تعذيب واضح مع ضرورة ملاحظة أن هذه العقوبة قد وردت ضمن العقوبات المنصوص عليها بالمادة (٦٤) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، دون أن يرد ذكرها كعقوبة لأي من الجرائم المنصوص عليها في ذلك القانون . ولعل هذه الغيبة ضمن أسباب أخرى هي التي دفعت بالقاضي أحمد جعفر حامد ليقول في معرض حديثه عن الرجم :- "لا أظن أننا سنخالف هذا الحد الملزم إن جعلنا العقوبة الإعدام مع إعطاء الفرصة للمحكوم في التوبة أو الرجوع عن إقراره قبل التنفيذ" ^{٦١} . وبالرغم من أن المحكمة العليا قد وافقت على وجهة النظر هذه ، إلا أننا نظن بأنها خاطئة . وذلك لأن الرجم هو عقوبة إعدام ذات خصوصية لا يوازيها أي من وسائل الإعدام الأخرى ، وهذا بالضبط ما جعل مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على النص صراحةً في المادة ١٤٦ (١) على أن الإعدام رَجماً هو عقوبة الزاني المحصن .

وفي معرض مناقشته لمشكلات السياسة العقابية في السودان يقول القاضي أحمد محمد عثمان قاضي أن الجرائم بعد تطبيق قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م أصبحت تنقسم الى ثلاث جرائم الحدود والجرائم القصصية ثم الجرائم التعزيرية . فيما يتعلق بالقسم الأول فالسياسة العقابية هنا محددة أو قل لاجابة إلى ضوابط أو قواعد لتعين في تقرير العقوبة — لأن العقوبات هنا جاءت محددة ومعلومة النوع والكم فهي مقدرة حق لله سبحانه وتعالى فليس لها حد أدنى أو حد أعلى وهي لاتقبل الزيادة أو النقصان — فإذا قامت الجريمة فيها لاسلطة تقديرية للقاضي فيها إذ لاينقص فيها شيئاً أو يزيد فيها فلا بد له من إنزالها بنوعها وكمها — فسلطة القاضي في هذا الشأن النطق بالعقوبة المحددة المعلومة . فينتفي تماماً هنا أعمال أي إجراء أو أعمال أي عملية لإختيار أو تحديد العقاب .

وفما يتعلق بالقسم الثاني منها — جرائم القصاص — فسلطة القاضي فيها قاصرة على توقيع العقوبة المقررة لها . فعقوبات الجرائم القصصية أما قصاص أو دية ولذلك هي عقوبات ذات حد واحد فليس لها حد أعلى أو حد أدنى حتى تكون للقاضي سلطة تقديرية فيها ، فمعلوم أن سلطات القاضي أو المحكمة التقديرية تمارس عندما تكون للجريمة مثلاً حد أدنى وحد أعلى ، وعقوبة القصاص مقدرة حقاً للأفراد ولاتدخل سلطات القاضي التقديرية إلا إذا عفا مستحقها وإقتضت الظروف أن يوقع القاضي أو المحكمة عقوبة تعزيرية ففي هذه الحالة وحدها يبيح الحديث عن السلطات التقديرية ومن ثم تدخل في عملية إختيار وتقدير العقوبة المناسبة بغرض التعزير .

والقسم الثالث - الجرائم (التعزيرية) وعقوباتها غير محددة كما في القسمين السابقين ومن ثم متروك المجال للمحكمة أو القاضي في أن يقدر العقاب الذي يوقع على مرتكبي هذه الجرائم ، مما يعني أن هذا القسم من الجرائم يدخل في دائرة السلطة التقديرية للقاضي أو المحكمة في تقرير نوع وكم العقاب ومن ثم يندرج تحت موضوعنا المتعلق بالسياسة العقابية بالمعنى الذي عنيناه في حديثنا السابق . فسلطة القاضي هنا واسعة في تحديد نوع العقاب وكمه وتدخل في هذه العملية الظروف المخففة والظروف التي تستدعي التشدد . في هذا الشأن ينسحب كل ما قلناه سابقاً عن عملية تحديد العقاب والصعاب التي تواجه القاضي في هذا الخصوص وما يعتري أيضاً العقوبة فيها من مفارقات من قاضي لآخر ^{٦٢} .

وبالرغم من أن القاضي المذكور قد توصل في نهاية بحثه إلى عدم وجود سياسة عقابية محددة تتبعها المحاكم السودانية ، إلا أن ماذكر أعلاه ربما يشي بضييق السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الحدود والقصاص ، وقد يصح القول بإنعدامها . وبالتأكيد القول بذلك غير صحيح ، فالواضح أن قوانين العقوبات ذات الصبغة الإسلامية ، وبالتحديد قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، قد وسعت من السلطة التقديرية للقاضي أو المحكمة . فهي قد نصت على أكثر من عقوبة لأغلبية الجرائم التعزيرية حيث وضعت عقوبة السجن والجلد والغرامة لأكثرية الجرائم ، دون تحديد لفترة السجن المطلوبة ومع ترك الباب مفتوحاً للجلد بين (٢٥) خمس وعشرون ومائة جلدة في حالة الجلد وتفويض الغرامة لسلطة المحكمة . وإذا أخذنا في الاعتبار أن عقيدة المحكمة العليا قد رسخت على أن وضع عقوبة حدية لجريمة غير حدية لا يخالف الأحكام ولا الأصول الشرعية لأن اختيار العقوبة من جانب المشرع يتعلق بالملاءمة التشريعية ولا يعتبر خروجاً على المبادئ التشريعية ^{٦٣} ، مقروءة مع السلطة التشريعية للقضاة الممنوحة لهم بموجب المادة (٤٥٨) من قانون العقوبات والمادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣ م قبل التعديل ، يصح القول بأن السلطة التقديرية للقاضي واسعة بمستوى يسمح بمساواة حقوق العباد بحقوق الخالق وتوقيع نفس العقوبة على الجرائم التي تستهدف أي من الحقيقتين . ويجدر بنا أن نؤكد بأن السلطة التقديرية للقاضي أو المحكمة لا يعزها عدم وجود حد أدنى وأعلى للعقوبة فقط ، بل هي تتسع أيضاً بتعدد العقوبات وإمكانية الاختيار بينها . ولهذا توجد سلطة تقديرية واسعة حتى في تطبيق بعض الحدود على عكس ما يقول القاضي أحمد محمد عثمان قاضي . والشاهد على ذلك أن عقوبة جريمة الحراية مثلاً والتي وضعت لجريمة النهب الوضعية بقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، تنطوي على أربع عقوبات مختلفة . وقد قال بعض العلماء الإمام مخير في الحكم على المحاربين ، يحكم عليهم بأي الأحكام التي أوجبه الله تعالى من القتل أو الصلب أو القطع أو النفي لظاهر الآية الكريمة (أن يقتلوا أو يصلبوا) وهذا قول مجاهد والضحاك والنخعي وهو مذهب المالكية .

قال ابن عباس : ما كان في القرآن بلفظ (أو) فصاحبه بالخيار . وقال قوم من السلف : الآية تدل على ترتيب الأحكام وتوزيعها على الجنابات ، فمن قتل وأخذ المال قتل وصلب ، ومن اقتصر على أخذ المال قطعت يده

ورجله من خلاف ، ومن أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ مالا نفى من الأرض ، وهذا مذهب الشافعية والصاحبين من الحنفية وهو مروي عن ابن عباس .

وأبو حنيفة يحمل الآية على التخيير ، لكن لا في مطلق المحارب ، بل في محارب خاص وهو الذي قتل النفس وأخذ المال فالأمام مخير في أمور أربعة :-

(أ) إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم .

(ب) وإن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وصلبهم .

(ج) وإن شاء صلبهم فقط دون قطع الأيدي والأرجل .

(د) وإن شاء قتلهم فقط حسب ما تقتضيه المصلحة .

ولابد عنده من إضمام القتل أو الصلب الى قطع الأيدي ، لان الجناية كانت بالقتل وأخذ المال ، والقتل وحده عقوبته القتل ، وأخذ المال وحده عقوبته القطع ، ففيهما مع الإخافة والإزعاج لا يعقل أن يكون القطع وحده ^{٦٤} .

ولعل سعة هذه السلطة المكفولة للأمام والجائز له تفويضها لقضاته المشرعين كما حدث في القوانين سابقة الذكر ، هي التي دفعت بمشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م لمحاولة تقييدها بعد تعرضها للنقد على أسس علمية ووضعية . فجاءت المادة ١٦٨ (١) موضحة للحالات التي يجوز فيها توقيع كل عقوبة من العقوبات الأربع الواردة بأية الحاربة . ولكن السلطة التقديرية لا تزال قائمة بالنسبة لعقوبة الصلب . لقد فسر فقهاء قانون سبتمبر الصلب بأنه تعليق الجثة بعد القتل لفترة عشر دقائق ، أي أن يظل المحكوم معلقا في حبل المشنقة لمدة عشر دقائق ثم يدفن . واتفق جمهور الفقهاء على أن الإمام مخير على ظاهر الآية ، وأنه يجوز له صلب المجرم المحارب لقوله تعالى : (أو يصلبوا) وكيفية الصلب أن يصلب حياً على الطريق العام يوماً واحداً ، أو ثلاثة أيام لينزجر الأشقياء ، ثم يطعن برمح حتى يموت وهو مذهب المالكية والحنفية . وقال قوم :- لا ينبغي أن يصلب قبل القتل ولكن بعده لئلا يحال بينه وبين الصلاة والأكل والشرب ، فيقتل أولاً ثم يصلي عليه ثم يصلب وهو مذهب الشافعية .

قال الإمام الشافعي رحمه الله : أكره أن يقتل مصلوبا لنهي رسول الله (ص) عن المثلة . وقال الألويسي : والصلب قبل القتل بأن يصلبوا أحياء وتبعج بطوئهم برمح حتى يموتوا

نخلص من هذا إلى أن جمهور الفقهاء متفقون على أن (أو) للتخيير ورغم ذلك اختلفوا في طريقة الصلب وهل يأتي بعد القتل أم قبله ^{٦٥} .

ولعل مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م أراد أن يرفع الخلاف حول وقت الصلب حين نص على أن عقوبة المحارب من الممكن أن تكون الإعدام ثم الصلب ، ولكنه ما يزال صامتا حول كيفية الصلب ومدته ومكانه وهي أمور تجعل السلطة التقديرية للقاضي أو المحكمة قائمة في شأنها .

وفي تقديرنا أن مشرع القانون الجنائي المذكور كان في غنى عن النص على هذه العقوبة فيما إذا أخذ برأي القاضي الفقيه أحمد جعفر حامد الذي يقول :- أن عقوبة الصلب هي واحدة من أربع عقوبات قررها الخالق جل شأنه ، ويمكن أن نختار من هذه العقوبات الأربع ما نشاء حسب وضعنا وظروفنا ، حتى لا نشجع الهجوم الذي تتلقاه عقوبات الحدود الإسلامية ^{٦٦} .

وبالانتقال إلى القصاص ، نجد أن ما ذكره القاضي أحمد محمد عثمان قاضي بعموميته صحيح ، ولكن يجدر بنا التنويه إلى أن القصاص ليس متاحاً في كل الأحوال . فالمعلوم أن القصاص هو العقوبة المماثلة فهل يمكن التماثل في كسر العظام ؟ . من المتفق عليه بين الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد ألاً قصاص في كسر العظام لان التماثل غير ممكن والأمن من الخيف غير محقق وهو رأي الجمهور ^{٦٧} .

وفي هذه الحالة يجوز توقيع دية أو عقوبة مالية تقديرية مع تعويض المجني عليه . ودون تحديد الدية الناقصة تكون السلطة التقديرية للقاضي أو المحكمة واسعة وهو ما حاول مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م تلافيه . كذلك يجدر بنا أن نؤكد أن سعة السلطة التقديرية للقاضي أو المحكمة تبدو واضحة جداً بالنظر للحق في توقيع عقوبة تعزيرية عند سقوط الحد بشبهة . ومثال لذلك قول القاضي حسن ساتي السيد : يجوز للقاضي أن يوقع العقوبة التي تتناسب مع جسامة الجرم الذي ارتكبه المتهم أي توقيع أي عقوبة تعزيرية لدرء الحد بشبهة متى تدخل ارتكاب جريمة السرقة مع إحدى الجرائم المذكورة في المواد من ٣٩٣ إلى ٣٩٩ من قانون العقوبات وذلك إذا كان المتهم مما يرجى صلاحه وإذا لم يرجى صلاحه توقع العقوبة القصوى للمصلحة العامة ^{٦٨} .

يبقى أن ننوه إلى أن مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، كان أول من اعتبر التعويض عقوبة ونص على ذلك بالمادة (٦٤) على غير ما هو مجمع عليه في فقه القانون الجنائي . ولعله قام بذلك متأثراً منه بمفهوم الدية التي أصر مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على وضعها بالفصل الثالث الذي عنوانه هو "التعويض" . ويبدو أن هناك ميولاً عاماً لإعتبار الدية تعويضاً برغم أنها واردة ضمن العقوبات . وفي ذلك يقول القاضي على يوسف الولي :- أن الدية لا تسقط بعقوبة تعزيرية أخرى في حالة الفشل في دفعها كما هو الحال عند إنزال عقوبة الغرامة لأن الدية كما قضي في قضية حكومة السودان ضد مختار التاج أبو نفيسة نشرة الأحكام الرباعية - يوليو - أغسطس - سبتمبر سنة ١٩٨٥م ص ٣٧ هي تعويض مستحق لا يسقط بقضاء فترة الحبس أو بعقوبة تعزيرية أخرى وإنما لا بد من دفعها متى قررها الإمام ولا تسقط إلا بالعفو أو إذا دفعها ولي الأمر نيابة عن المحكوم الغارم ^{٦٩} .

ولكن نفس القاضي في سابقة أخرى يقول : إن الدية تحمل معنى عقوبة الزجر والردع فلا يجوز توقيعها على المتهم الحدث الصغير الذي لم يبلغ الحلم وقت الجريمة ^{٧٠} . ولا يوافق القاضي عبيد قسم الله في رأيه هذا حيث يقول :- إذن فالدية كقاعدة عامة واجبة يدفعها القاتل حتى لو كان صبياً ويثور السؤال عن وضع الدية إذا كان الصبي وعائلته فقراء . وهنا فالرأي الراجح أن يلجأ ولي المقتول إلى بيت المال خاصة وإن العاقلة أي

عشيرة القاتل ليس لها وجود يذكر في هذه الأيام والاحتفاظ بالأنساب والقبائل أصبح أمراً لا يمكن أن يسير حاجة الدية ^{٧١} . وفي تقديرنا أن إعتبار الدية تعويض ، يستلزم إنفاذها في حق الصبي أيضاً وينفي بالحثم عنها صفة الزجر والردع خصوصاً في حالة سدادها من قبل بيت المال كما يقول القاضي عبيد قسم الله . وهذا يعني بالطبع أن مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ونظيره مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، قد تنبأ التعويض كعقوبة خاصة خالية من الزجر والإصلاح معا ، بالمخالفة للتشريعات الوضعية التي تعتبر التعويض مسألة مدنية خالصة الغرض منها جبر الأضرار لمعاقبة المجرمين .

الفصل الثاني

أثر التشريعات الإسلامية على الجرائم

في الصفحات السابقة رصدنا أثر التشريعات الإسلامية على مبادئ القانون الجنائي التي أستخدمها فقهاً على دراستها تحت القسم العام الخاص بدراسة مبادئ المسؤولية الجنائية ومبدأ الشرعية الجنائي . وبالرغم من أن آثار هذه التشريعات كانت واضحة وجلية ، بحيث أثرت تأثيراً كبيراً في طبيعة النظام القانوني بأكمله ، إلا أننا نرى بأن أثر التشريعات الإسلامية في المجال الجنائي لا يكتمل رصده بدون توضيح ما جرى من تغير في نطاق القسم الخاص . وبالطبع نقصد بالقسم الخاص الجرائم التي نص عليها القانون وفقاً لتبويبه ، والتي عرفها الفقه بهذا الاسم تحديداً .

عليه سوف نتوفر على دراسة أثر التشريعات الإسلامية على الجرائم في هذا الفصل بصورة موجزة ، نستهدف بها إيضاح مدي التغير والتبدل الذي حصل ونرصد خطوطه الأساسية باختصار غير محل . لذلك سوف نقصر هذا الفصل على أثر التشريعات في الجرائم ضد النفس والجرائم ضد المال والجرائم الجنسية .

المبحث الأول

الجرائم ضد النفس

لعله من نافلة القول أن جريمة القتل هي أهم الجرائم ضد النفس قاطبة بوصفها موجبة ضد حق الإنسان في الحياة . وبما أن هذه الجريمة شهدت تحولات أساسية في موقف المشرع منها إبان ما عرف بالثورة التشريعية ، فإننا سوف نقصر دراستنا عليها باعتبارها نموذجاً للجرائم ضد النفس .

ولا شك في أننا لا نجا في الحقيقة إذا قلنا بأن أهم ما إبتدعه مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، هو استحداثه لجريمة القتل غيلة التي نص عليها في المادة (٢٥٢) منه والتي نصت على ما يلي :-

"كل من يقتل عمدا غيلة أي شخص يعاقب بالإعدام" . وبالرغم أن النص يعتبر نصاً عقابياً وهو ينص على عقوبة قصوى لا بديل لها كالإعدام ويمنع المدان من الاستفادة من العقوبة البديلة المتاحة لمرتكب جريمة القتل العمد ، إلا انه جاء خلوا من التعريف مغرقاً في الغموض . إذ سكت القانون المذكور عن تعريف القتل العمد غيلة وترك الأمر لإجتهد المحاكم حال التطبيق موسعاً من سلطاتها التقديرية في تحديد نطاق التجريم ومخالفات بذلك مبدأ شرعية القوانين مخالفة واضحة وصريحة . وهذا السكوت مع هذه السلطة التقديرية الواسعة ، كان لابد أن ينتج عنه تضارباً في أحكام المحاكم في تحديد نطاق التجريم سعة وضيقاً ، وكان بالأحرى أن يغيب مفهوم ونطاق التجريم عن المتهم جملة وتفصيلاً حتى يجد نفسه مداناً بجريمة لم يكن يعلم بوجودها أصلاً .

فالمحكمة العليا الموقرة مثلاً تقول في تعريفها للقتل غيلة ما يلي :- " أخذ المشرع السوداني بمذهب الإمام مالك بالنسبة للقتل غيلة ، أن يقوم الجاني بمخادعة المحني عليه أو إستدراجه عن طريق الحيلة بحيث يأمن إليه ثم يغدر به ويقوم بقتله في الوقت المناسب "٧٢ . ولكنها تعود في موضع آخر لتوسع من نطاق هذا النوع من القتل بقولها :- قتل النائم يدخل في معنى الغيلة ، لا يعتبر القتل غيلة فقط عندما يتم القتل بعد الإستدراج والخديعة وإنما يعتبر غيلة أيضاً عندما يكون القتل غدرًا من حيث لا يشعر ولا يعلم القاتل بما يدبر له . فقتل شخص أثناء نومه يعد نوعاً من الاغتيل والقتل الغيلة "٧٣ .

ولسنا في حاجة بالطبع للقول بأن التعريف الأخير ، يجعل كل قتل لم يتحر فيه القاتل قواعد الفروسية التقليدية أو ينهب المقتول بشكل أو بآخر بأنه يود قتله ، قتلاً غيلة عقوبته وحيدة هي الإعدام . ولعل هذا الاضطراب في التعريف والسعة في النطاق ، هو الذي حدا بمشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م بحذف النص المشار إليه آنفاً وعدم الاستعاضة عنه بنص مماثل . وذلك لأن مشرع القانون الأخير ، حاول تفادي النقد الذي ووجه به النص المشار إليه آنفاً ونصوص أخرى تخدم مبدأ الشرعية الوضعي ، فلم يتحرج في حذف ما كان يعتبر شرعاً لله في العام ١٩٨٣م .

والواقع أن النص على جريمة القتل الغيلة غير أنه يخالف مبدأ الشرعية ، فهو يقلل من سمة أساسية أضفها مشرعاً قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م والقانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على جريمة القتل . هذه السمة الناشئة عن إستدخال نظام العفو من أولياء الدم المسقط للعقوبة مع عقوبة الدية التي عاملتها المحاكم على أنها تعويض ، جعلت من المستحيل تصنيف جريمة القتل على أنها من قواعد القانون العام كما في السابق وأدخلتها في نطاق القانون الخاص أيضاً . وهذه السمة سمة أساسية في الفقه الجنائي الإسلامي وإحدى آثار القواعد الأخلاقية في الإسلام ، وفيها يقول ت . ج كولسون مايلى :- " وقد كان المحتوى القانوني للقواعد الخلقية بالغ الوضوح أحياناً . ففي موضوع القصاص والجروح - مثلاً - وضع القرآن معياراً للعدالة يتمثل في مبدأ "النفس بالنفس والعين بالعين" . وفيما قبل الإسلام كان هناك هذا النظام اللفظ القائم على التصور العرفي للعدالة في تغليب مفهوم الثأر عند التعامل مع مثل هذه الجنايات . وكان من عادة القبيلة التي ضير فرد منها أن تحرض

على الإنتقام من قبيلة الجاني ، باعتبارها مسؤولة جماعية عما بدر من أحد أفرادها . ولن تستقر روح المقتول قبل أن يؤخذ بثأره المناسب لمكانته من القاتل وقبيلته . ونظرا للميل الطبيعي لدى كل قبيلة إلى المبالغة في قيمة المقتول من أبنائها فقد كان المتبع أن تثار للعدوان عليه بقتل شخصين أو أكثر . فجاء المبدأ القرآني (النفس بالنفس) ليغير الجزاء القانوني للقتل تغييرا جذريا ، ولتصبح نفس القاتل وحدها مرهونة بالقصاص جزاء ما اقترفت . وقد انتقل هذا التغيير إلى مجال المصطلحات ، فحلت "كلمة القصاص" التي تعني المجازاة بالمثل محل كلمة "الثأر" التي تعني الإنتقام الدموي . والذي تجدر ملاحظته أن القرآن قد ترك البنية الأساسية على حالها دونما تغيير . ويظهر ذلك في إحتفاظه بتصنيف القتل داخل موضوعات القانون الخاص فألحقه بالأضرار المدنية بدلا من أن يلحقه بموضوعات القانون العام ، ولذا أعطى للأولياء حق القود أو أخذ الدية أو العفو عن القاتل . وبهذا بقى القتل في إطار التصور العرفي للعدالة مع تعديل هذا التصور بما يلائم القاعدة الخلقية التي توجب المثلية العادلة بين الجزاء والجناية " ^{٧٤} . ولم يعجب هذا الرأي الدكتور محمد أحمد سراج فقال في الرد عليه ما يلي :- " الواقع أن المشرع أعطى لأولياء الدم هذه الحقوق المتنوعة شفاء لنفوسهم مما وقع عليهم من ضرر خاص . ولكنه خول للمجتمع في الوقت نفسه حق الأفتيات على إرادة أولياء الدم وتعزيز الجاني بقتله ، حتى ولو قرروا العفو عن هذا الجاني أو قبول الدية .

وينبع ذلك من نظر القرآن الى القتل باعتباره تعديا على الناس جميعا لا على المقتول وحده . يقول الله تعالى "من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا " (المائدة: ٣٢) . وباختصار يتنازع القانون الخاص والعام في التسمية القانونية الحديثة جريمة القتل في الإسلام . وهكذا لم يكن العرف القبلي مصدر إعطاء أولياء الدم بعض الحقوق على القاتل بضرر بقدر ما كان مصدره مراعاة المصالح الخاصة دون إهمال المصالح العامة ^{٧٥} .

وبالحتم إن موافقة البروفسور سراج في رأيه تقود لنتائج غير منطقية . فالقول بحق المجتمع في تعزيز الجاني بقتله رغم عفو أولياء الدم عنه ، يجعل العفو الممنوح لأولياء الدم تزيداً لا فائدة ولا طائل من ورائه . إذ أن المنطق يقول بأن قبول أولياء الدم للدية لا يمنع من قتل الجاني تعزيرا فهو يعني واحدة من حالتين : أن تطبق على الجاني عقوبتين هما الدية والقتل في حال اعتبار الدية عقوبة أو أن تعتبر الدية تعويض وفي هذه الحالة يكون العفو من أولياء الدم مسقطا لحقهم في التعويض فقط لا غير . والواضح بجلاء هو أن السمة المدنية وطابع الخصوصية في جريمة القتل حسب القواعد الشرعية الإسلامية ، هي سمة غالبية . وذلك لأن العقاب متوقف بصفة جوهرية على إرادة أولياء الدم ، فان شاءوا قودا أصبحت العقوبة شفاءاً لنفوسهم وانتقاماً فردياً خالصاً أعانهم المجتمع عليه ، وان شاءوا ديةً فهي تعويض لجبر الضرر الواقع عليهم حسب ميل محاكمنا لاعتبارها تعويضا ، وان شاءوا عفواً فقد منوا على القاتل بحياته .

ولعل مما يعضد وجهة النظر القائلة بأن جريمة القتل في الشريعة الإسلامية يغلب عليها طابع الانتماء للقانون الخاص بل والمدني علي سبيل التحديد في حالة القتل الخطأ ، هو ملاحظته الدكتور عبد الله أحمد النعيم على موقف مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م من بعض الدفع التي استثنى منها المشرع حالة القتل الخطأ . وفي ذلك يقول :- " ملاحظة أخيرة هي استثناء المادة ٤٤ (٢) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م لحالات القتل الخطأ في إطار الدفع بالغلط ، وهو استثناء يرد لأول مرة في هذا التشريع . فإذا نظرنا لتعريف القتل الخطأ تحت المادة ٢٥٥ من نفس القانون نجد أنه "كل قتل نتج عن فعل لم يقصد منه الجاني تسبب الموت ولا تسبب الأذى للمقتول " وتعاقب المادة ٢٥٦ كل من سبب القتل الخطأ بدفع الدية .

والحكمة الظاهرة لهذا الاستثناء أن العقوبة على القتل الخطأ تحذف في المكان الأول لتعويض أهل الضحية . فطبيعة القتل الخطأ غير جنائية على الإطلاق لأن القاتل لم يقصد حتى تسبب الأذى للمقتول . ولعله يكون من الأحكم إزالة حالة القتل الخطأ من قانون العقوبات تماماً ووضعها في القانون المدني . ولكن من الغريب أن يعفى القاتل العمد من المسؤولية وتبقى مسؤوليته عن القتل الخطأ .

وهذا التعليق يقوم في حق المواد ٤٥ و ٤٦ و ٤٧ من قانون العقوبات التي ورد فيها استثناء حالات القتل الخطأ من الدفع المعين . ولكن يبقى السؤال : لماذا خصص المشرع هذه المواد بالتحديد وأخضع هذه الدفع المعنية لاستثناء القتل الخطأ ولم يعممه على جميع الدفع والاستثناءات العامة ؟^{٧٦} .

خلاصة القول أن مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ومن نحا منحه ، بإعطائه أولياء الدم سلطة التحكم في العقاب عفواً وقوداً وديةً ، جعل جذر مسألة القتل وأساسها يخضع للتصنيف ضمن مسائل القانون الخاص الذي يحكم العلاقة بين أفراد المجتمع بعضهم البعض . وبذلك يصبح دور الدولة ونظامها العدلي هو فقط ضبط الجاني وتحقيق عناصر المسؤولية ومن ثم تفويض أمر العقاب لأولياء الدم . ولكنها بالطبع تقوم أيضاً بتنفيذ القتل قصاصاً بالنيابة عن أولياء الدم الذين كانوا في السابق يدفع إليهم القاتل بعد إدانته لتمكينهم من تنفيذ القصاص بأنفسهم . وإذا أخذنا في الاعتبار تكييف محاكمنا للدية بأنها تعويض رغم ورودها ضمن العقوبات المذكورة بنص المادة (٦٤) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ورصيفتها الواردة بالقانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، فإننا نتفق مع الدكتور عبد الله أحمد النعيم في اعتبار أن القتل الخطأ من حيث المعالجة يعتبر أمراً مدنياً خالصاً . كل ذلك بالإضافة الى رجوع مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م عن الشرع الذي إختطه مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م وإهداره لنص القتل الغيلة بما يعزز سلطة أولياء الدم ، يؤكد أن القول بأن الطابع الشخصي الذي يسمح بتصنيف جريمة القتل ضمن مسائل القانون الخاص هو الطابع السائد وفقاً للتشريعات المذكورة . أي أن التشريعات الإسلامية الصادرة في عام ١٩٨٣م وعام ١٩٩١م حولت طبيعة جريمة القتل بصفة جوهرية ونقلتها من إطار القانون العام الخالص إلى إطار القانون الخاص بصفة أساسية . وهذا بالتحتم يعني اتساع سلطة أولياء الدم في مواجهة سلطة الدولة في العقاب ، مما يشكك في جدوى وجود

جريمة مثل جريمة القتل الخطأ ضمن نصوص قانون العقوبات كما لاحظ الدكتور عبد الله أحمد النعيم . ولسنا في حاجة للقول بأن هذا الأمر وثيق الصلة بتحديد مدى دور الدولة وطبيعة علاقتها بأفراد المجتمع ، وهو بالحنم وثيق الصلة أيضا بطبيعة المجتمع الذي يسن له التشريع ومدى تصوره لطبيعة علاقته بدولته ومدى سلطاتها . وهذا هو بالضبط ما يعطي لتقسيم القانون الى قانون خاص وعام معناه حيث يتحدد القانون العام دائما بتواجد الدولة بصفتها في المعاملات من عدمه وهو أمر مهم ومؤثر للغاية في السياسة التشريعية لكل دولة .

شئ أخير لا بد من التنويه إليه ، وهو أنه في حال اعتبار الدية عقوبة كما تنص القوانين ، لا مناص من القول بأن قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م وصنوه القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، قد أجازا مبدأ العقوبة الجماعية وأهدرا مبدأ شخصية العقوبة . فالمادة (٤٥) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م تنص على ما يلي :- " (٢) تجب الدية على الجاني والعائلة في جرائم شبه العمد أو الخطأ من القتل أو الجراح . (٣) العاقلة تشمل العصابة من أقرباء الجاني ، أو الجهة المؤمن لديها ، أو الجهة المتضامنة مالياً معه ، أو الجهة التي يعمل بها إذا كانت جنائته في سياق عمله " .

وبلاحظ أن النص قد عاقب العصابة من أقرباء الجاني دون أن تكون لهم يد في الجريمة التي ارتكبها . وحتى لو اعتبرنا أن الدية تعويضا ، ففي هذه الحالة يكون التضامن مفروضا بنص القانون على هذه العصابة دون أساس لذلك التضامن . واعتبار الدية تعويضا لا عقوبة هو فقط الذي يسمح بإدخال الجهة المؤمن لديها أو الجهة المتضامنة ماليا . أما جهة العمل فلإزالتها بالدية عن الجنابة التي يرتكبها من يعمل بها ، فلا مجال لقبوله ما لم نقبل توسيع مفهوم المسؤولية الجنائية عن فعل الغير " Vicarious Criminal Liability " لتشمل جرائم القتل في قانون العقوبات بدلاً من أن تقتصر على جرائم الأسعار وهذا نصح جديد بروته . وتطبيقاً لهذا الجزء من تعريف العاقلة ، قضت العليا بأن جهاز الأمن العام بإعتباره مخدم المدان وإن الجنابة كانت في سياق عمله يدخل في معنى العاقلة وفق التعريف الوارد لكلمة العاقلة في المادة ٤٥/٣ من القانون الجنائي^{٧٧} . ومن المهم تأكيد أن هذا الإنحياز يعزز ضرورة مساءلة الشخص الاعتباري جنائياً بإعتبار أن المخدم الأكثر ملاءة في وقتنا الحاضر والمتوقع أن يرتكب مستخدميه جرائم عقوبتها الدية هو في الغالب شخصاً اعتبارياً . وكذلك يجدر بنا أن ننوه الى أن جهات التأمين كلها شخصيات اعتبارية لاسبيل لإلزامها بالعقاب إلا إذا تم التأكيد على مبدأ مساءلة الشخص الاعتباري جنائياً . والبديل في هذه الحالة بالحنم هو إعتبار الدية تعويضاً والنظر الى الجريمة بإعتبارها فعلاً ضاراً يستوجب تعويض المضرور عنه ، وبالتالي يتم تطبيق قواعد المسؤولية المدنية الخاصة بالتضامن أو بالمسؤولية عن فعل التابع في حال أشرك المخدم في المسؤولية عن دفع الدية .

باختصار نستطيع أن نقول بأن التشريعات الإسلامية الجنائية قد نصت في بادئ أمرها على جريمة القتل العمد الغيلة دون تعريفه بالمخالفة لمبدأ شرعية القوانين الوضعي ، ومن ثم عادت وأهدرته لاحقاً مؤكدة الطابع

الشخصي العام لجرمة القتل في الشريعة الإسلامية . وهو الطابع الذي يبدو واضحاً جلياً حين النظر لسلطة أولياء الدم في المطالبة بالقصاص أو العفو أو الدية .

وهذا بقرائه مع طبيعة القتل الخطأ ، يعزز تصنيف القتل ضمن مسائل القانون الخاص عوضاً عن القانون العام كما كان في السابق . يضاف الى ذلك أن إعتبار الدية عقوبة يعني أن التشريعات قد تضمنت مبدأ العقاب الجماعي حين نصت على أن الدية واجبة على العاقلة وتوسعت في مفهوم العاقلة بإدخال المؤسسات الحديثة وألغت بالتالي مبدأ شخصية العقوبة .

المبحث الثاني

الجرائم ضد المال

الجرائم ضد المال مثلها مثل سائر الجرائم التي وردت فيها عقوبة حدية ، تأثرت تأثراً عميقاً من حيث البنية والتعريف ومن حيث العقوبة وثيقة الصلة بتغير فلسفة العقاب . وبصفة عامة لم يتأثر تعريف الجرائم في قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، ولكن مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م حاول إضفاء بعض التغييرات على تعريف هذه الجرائم . ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن التحول الذي حدث من الممكن رصده فيما إذا قصرنا دراستنا الموجزة هذه على جرميتي النهب والسرقة .

فبالنظر الى جريمة النهب ، نجد أن مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، قد خلط خلطاً مريعاً بينها وبين حد الحراسة الشرعي . فالمادة (٣٣٤) من القانون المذكور ، جعلت من جريمة النهب حراسة تستوجب الحد إعداماً أو إعداماً مع الصلب أو القطع من خلاف أو السجن المؤبد مع النفي . وبذلك فارتقت التعريف الشرعي لهذا الحد واتفاق الجمهور حوله . ذلك أن النهب في بعض حالاته لا يستلزم الخروج الى الطريق العام أو منع السفر أو سرقة أموال المسافرين أو الاعتداء على أرواحهم . فهو يمكن وفقاً لتعريف المادة (٣٣٢) له ، أن يتم داخل بيت الجاني وأن يقع على قريب له أو صديق ، فيستوفي عناصر جريمة النهب كما نص عليها قانون ١٩٧٤م الوضعي الملغي ولا يستوفي عناصر جريمة الحراسة . والواقع أن تعريف النهب كما جاء في قانون ١٩٨٣م هو ذات تعريفه الوارد في قانون ١٩٧٤م (المادة ٣٣٢) ولا يختلف النصان إلا في العقوبة^{٧٨} .

وبالقطع هذا الاضطراب في المنهج التشريعي الذي خلط ما بين جرميتي النهب والحراسة ، أدى الى اضطراب مؤسف في فهم المحاكم بحيث تناقضت الأفهام وصدرت أحكام منافية للمنطق السليم في سبيل تبرير هذا التخبط التشريعي . فيها هو الدكتور مصعب الهادي قاضي المحكمة العليا في أحد أحكامه يقول :- يجب أن تعتبر جريمة النهب المعرفة في المادة ٣٣٢ عقوبات على أنها ليست جريمة الحراسة فقط أي ليست جريمة حدية فقط ، بل هي جريمة (الحراسة) وجريمة غير حدية (النهب) أي أنه في حالة توفر نصاب الشهادة الشرعية يمكن

إدانة المتهم على اعتبار أنها جريمة حدية ، وإن لم يتوفر نصاب الشهادة الشرعية ولكن ثبتت التهمة بالبيانات العادية يمكن إدانة المتهم على اعتبار أنها جريمة غير حدية ^{٧٩} . والواضح أن الدكتور لم يلاحظ الفرق بين التعريف الشرعي لجريمة الخيانة وبين تعريف جريمة النصب الوضعي ، كما أنه لم يوضح أهمية التفرقة التي وضعها طالما أن الإدانة سوف تتم والعقوبة واحدة . فالمنطق يقول بأنه طالما أن الاختلاف في طبيعة الجريمتين لم ينعكس على نطاق التجريم ولا على العقوبة ، فإن التفرقة النظرية بين الجريمتين لا معنى لها البتة . ويبدو أن الدكتور أراد أن يجد تبريراً لسكوت المشرع وعدم إيراده لفظ الخيانة بالنص مع اثباته للعقوبة الشرعية ، ولكنه أوقع نفسه في مسألة تترفع عنها المحاكم عادة وهي عدم الخوض فيما لا جدوى من الخوض فيه . والواقع أن قضاة المحكمة العليا لم يكونوا مجمعين على رأي الدكتور مصعب الذي تكرر في عدد من السوابق . فالقاضي عبيد قسم الله يقول :- ان الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٣٢ من قانون العقوبات هي جريمة النصب وهي غير حدية رغم أن العقوبة الواردة فيها هي من العقوبات الحدية ، ولذلك يكفي لاثباتها أي وسيلة من وسائل الإثبات العادية دون حاجة الى توفر نصاب معين من الشهود .

ان جريمة النصب جريمة تعزيرية أصلاً ، ولذلك يتعين على المحكمة عند ثبوتها توقيع عقوبة الإعدام أو الإعدام مع الصلب أو القطع من خلاف أو السجن المؤبد وفقاً لصريح نص المادة ٣٣٩ باعتبار أن كلا منها عقوبة تعزيرية ^{٨٠} .

ونحن نتفق مع هذا الرأي من حيث المبدأ ونؤيد النقد الوارد فيه لرأي الدكتور مصعب استناداً الى ما قرره حوله حين اثبت أنه لاشك أن هنالك تناقضاً بينا في هذا الحكم (حكم الدكتور مصعب) فالجريمة لها عناصر محددة لا مجال لتغيرها بسبب العقوبة المصاحبة لها . فعناصر جريمة الخيانة تختلف جوهرياً عن عناصر جريمة النصب وهما بالتالي جريمتان لا مجال للخلط بينهما . ورغم أن الحكم في القضية المشار إليها قد أكد هذا إلا أنه توصل إلى نتيجة لا تتفق مع ما سبق ذكره مما يجعل الأمر متناقضاً تماماً . والرأي عندنا أن جريمة الخيانة غير واردة في قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م وإنما حدد الشارع جريمة النصب بعناصرها المنصوص عليها في المادة ٣٣٢ عقوبات وحدد بعد ذلك العقوبة التي يراها . وعقوبة النصب بعناصرها لا تمت إلى الحد بصلة .

وظاهر الأمر أن الخلط قد عم بالنظر الى العقوبة الحدية المنصوص عليها في المادة ٣٣٩ عقوبات بإعتبارها مشابحة للعقوبة الواردة في آية الخيانة . ولكن هذا النظر يدحضه ان المشرع يحق له وضع أية عقوبة كانت لأية جريمة غير حدية حتى لو وصلت الى العقوبة الحدية محاربة لهذه الجريمة سياسة ويمكن الأخذ على سبيل المثال لا الحصر ماجاء في المادة ٣١٨ (أ) و ٣٩٤ و ٣٩٦ و ٣٩٩ عقوبات لسنة ١٩٨٣م . فلقد وضع المشرع عقوبة حدية لجريمة غير حدية ^{٨١} .

وفي رأينا أن النص على عقوبات حدية للجرائم غير حدية فيه مغالاة واضحة ومساواة لحقوق العباد بحقوق الخالق مع وضوح تباين نطاق التجريم . ولكننا نود أن ننوه الى أن هذا الأمر وثيق الصلة بمشكلة التعريف في

الجرائم الحدية ، إذ أن جميع هذه الجرائم بلا إستثناء تم تعريفها بإجتهاادات بشرية حاولت شرح وتوضيح النصوص على قدر أفهامها . وهذا بالحث يعطي المشرع الحديث الفرصة لإعادة تعريف الجريمة الحدية نفسها . أي أن تعريف جريمة الحراسة بقيودها الفقهية التقليدية ، هي مجرد إجتهااد في فهم الآية الواردة إستناداً إلى تراث السلف الصالح والسنة النبوية . ولذلك فإن القول بأن جريمة النهب لا تدخل ضمن تعريف حد الحراسة يستصحب تناهي تعريف جريمة الحراسة كما وصفها الفقهاء ويقرر إستحالة إعادة فهم هذا النص أو توسيع نطاقه . وفي تقديرنا أن من يقف مع وجه عدم تحديد نطاق التجريم في جريمة الحراسة من الأولى له الوقوف مع عدم تطبيق عقوبتها الرادعة على جرائم لا تدخل ضمن نطاقها .

وبما أننا نرى أنه لا موجب لتوسيع نطاق هذه الجريمة ، فأنا نرى أيضاً أن توقيع عقوبتها على جرائم غير حدية كان شططاً من المشرع لا مسوغ له . خصوصاً إذا أخذنا في الإعتبار أن العقوبة الحدية لجريمة الحراسة على خلاف عقوبات أخرى توقع على جميع المشاركين في الجريمة وتشدد فيها قواعد الإشتراك مثلاً . فالمعلوم هو أن القاعدة العامة في الحدود أن الحد لا يجب إلا على مباشره فقط . ويرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن يحد الردء والمعين والطلعية كما يحد مباشر الحراسة . والردء هو الذي يلجأ إليه المحارب إذا هرب أو هزم ، والطلعية هو الذي يتطلع ويأتي بالأخبار والمعين هو من يحضر وقت الجريمة ولو أنه لم يباشر الفعل بنفسه . وحجتهم أن الحاربة مبنية على حصول المنفعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة هؤلاء جميعاً ومعاونتهم بخلاف سائر الحدود ، فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل في حقهم جميعاً ووجب قتلهم جميعاً حداً لا تعزيراً وإن أخذ بعضهم المال دون البعض ثبت الأخذ في حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع^{٨٢} . وهذه الخصوصية التي تنطوي عليها جريمة الحراسة ، لا بد من أخذها في الإعتبار عند تشريع العقوبات . وذلك حتى لا يؤدي تقنين عقوبتها لجرائم غير حدية الى تطبيق مثل هذه القواعد الإستثنائية على جرائم لا يجوز تطبيقها عليها كجريمة النهب .

ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن هذا الخلط المريع الذي أشرنا إليه فيما سبق أعلاه مع النقد الذي ووجهت به القواعد الواردة بقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م بصفة عامة ، هو الذي دفع مشرع القانون الجنائي ١٩٩١م لتخصيص نص منفصل لجريمة الحراسة . إذ عرفت المادة (١٦٧) مرتكب جريمة الحراسة بأنه " من يرهب العامة أو يقطع الطريق بقصد إرتكاب جريمة على الجسم أو العرض أو المال " واشترطت لذلك أن يقع الفعل خارج العمران أو داخله إذا تعذر الغوث ، وإستخدم السلاح أو أي أداة صالحة للإيذاء أو التهديد به ، وعاقبت عليه بالإعدام أو الإعدام مع الصلب أو القطع من خلاف أو السجن . ومن وجهة شرعية فقد جاءت هذه النصوص (المادة ١٦٧ و المادة ١٦٨) أفضل من نصوص قانون سبتمبر ١٩٨٣م وقاربت ان لم تكن قد تطابقت مع جوهر النص الديني واتفاق الجمهور . غير أن ما يؤخذ على المادة ١٦٨ (٢) أنها إستثنت سكان الولايات الجنوبية من حد الحراسة وأفردت لهم عقوبات تعزيرية ، فكانت بذلك منطقية مع ما قررت من معيار

جغرافي ولم تكن منطقية مع مقتضيات الشرع التي لاتفرق بين المسلمين وغير المسلمين في هذا الحد على وجه الخصوص .

فالحرب التي تستدعي إعمال هذا الحد هي حرب ضد الله ورسوله ولا يتصور أن يشنها مسلم وقلبه عامر بالإيمان ، والصواب أن يشنها بالمفهوم السلفي غير المسلمين . ففي قول ابن عباس والحسن ومجاهد وقنادة رضي الله عنهم أن التوبة المسقطه لحد الحراة وردت في المحاربين المفسدين من "أهل الكفر" . وتبدو عدم منطقية هذا الاستثناء في أن القانون لم يورده في حد السرقة (المواد من ١٧٠ الى ١٧٤ شاملة) الذي هو أقل خطورة من حد الحراة المنطوي على قطع الطريق وترويع الناس وإيذائهم^{٨٣} .

وبلاحظ أن مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، قد أفرد نصاً منفرداً آخر لجريمة النهب هو نص المادة (١٧٥) ، الذي نص على أن من يرتكب جريمة النهب يعاقب بالسجن مدة لاتتجاوز ثلاث سنوات بالإضافة الى أي عقوبة أخرى مقررّة لما يترتب على فعله . ولعل المفارقة واضحة وجلية ، فالشخص الذي سوف يعاقب بهذه العقوبة ، هو نفس الشخص الذي كان يعاقب بحد الحراة وفقاً لما أشتمل عليه من إعدام وصلب وقطع من خلاف ونفي بموجب قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ آنف الذكر .

وبالانتقال لجريمة السرقة نجد أن نص المادة ٣٢٠ (١) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م قد نص على أنه يعتبر مرتكباً جريمة السرقة "كل من يحرك مالاً منقولاً بنية أخذه بسوء قصد من حيازة شخص بدون رضاه ، وكل من يختلس أو يحول أو يستهلك الكهرباء أو أي تيار كهربائي بسوء قصد : وتنص الفقرة (٢) من نفس المادة على أن "يعتبر مرتكباً جريمة السرقة الحدية كل من يأخذ بسوء قصد مالاً منقولاً متقوماً مملوكاً للغير لاتقل قيمته عن النصاب من حيازة شخص دون رضاه" وتعتبر الفقرة الثالثة من المادة ذاتها " النصاب ربع دينار ذهباً أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما يعادل قيمتها من العملة السودانية " .

من حيث الصيانة الفنية والمضمون الموضوعي ، جاء تعريف السرقة مطابقاً في عمومته لتعريف السرقة الذي أورده نص المادة (٣٢٠) من قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م (الملغي) . وقد يبدو للبعض أنه لافرق بين هذا التعريف والتعريف الشرعي القائل بأن السرقة " أخذ مال الغير بنية تملكه " ، ونرى أن ثمة فرقا بين التعريفين . ذلك أن السرقة كما عرّفها الفقهاء هي السرقة لافرق بين السرقة الحدية وغير الحدية إلا إشتراط أن يبلغ المال المسروق النصاب أو لا يبلغ ، أما بقية عناصر السرقة فهي ذاتها في الحالتين . فالفقهاء يشترطون أن يكون أخذ المال تاماً بتوافر ثلاثة شروط ، أولها : إخراج المال المسروق من حزره ، وثانيهما إخراجها من حيازة المحي عليه ، وثالثهما أن يدخل المال المسروق في حيازة السارق ، فإذا تخلف واحد من هذه الشروط فلا يعد الفعل سرقة تامة وإنما يعد شروعا . بينما تعريف المادة ٣٢٠ (١) لا يشترط هذه الشروط مجتمعة ويكفي عنده مجرد "تحريك" المال ، بنفس الفعل الذي يسبب فصله عن الأرض ، ويتحقق التحريك بإزالة العائق الذي يحول دون تحركه أو فصله عن شيء آخر . ومؤدى هذا أن المادة (٣٢٠) بفقرتيها الأولى والثانية لا تشترط الأخذ التام ،

على نقيض ما إشتراطه الجمهور فيقطع بموجبها من يقطع مريبط حمار ، مثلاً ، متى بلغت قيمة الحمار النصاب ، لأنه وفقاً للشرحين (٢) و (٣) المرافقين للمادة ، يعتبر قد حركه حكماً بإزالة العائق الذي يحول دون تحركه . والفرق الثاني أن المادة (٣٢٠) تدخل "الإختلاس" في تعريف السرقة ، في حين أن التعريف الشرعي لا يدخله لأن الإختلاس في معناه الشرعي هو "خطف المال جهراً والهروب به" فلا يستوفى شرط الخفية وقد لا يستوفى شرط الحرز^{٨٤} .

أكثر من ذلك أن مشروع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م ، قد تبادى في الخلط ما بين الأحكام الشرعية والأحكام الوضعية بغرض تشديد العقاب ، حتى صار توقيع العقوبات الحدية على جرائم التعازير منهجاً ثابتاً ومستقراً بذلك القانون ، فمثلاً أبتدع نص المادة (٣٢٢) منه حد سرقة آخر هو السرقة التي تتم في أي بناء أو خيمة أو سفينة أو وسيلة من وسائل المواصلات دون إشتراط حرز ، بما إنطوى عليه ذلك من إعتبار وسائل المواصلات أحراراً وإبتدع القانون حداً لنوع ثالث من السرقة فنص بالمادة (٣٢٤) منه على قطع من يرتكب جريمة السرقة " بعد إعداد العدة لتسبب الموت أو الأذى لأي شخص أو حجزه لبيعته في نفسه الخوف من الموت أو الأذى أو الحجز " ولم يشترط لذلك وقوع الموت أو الأذى أو الحجز مكتفياً بإعداد العدة ، ولعل ما يصير هذا النص بدعة أنه لم يشترط بلوغ المال المسروق مبلغ النصاب حتى بالحد الذي قرره المادة (٣٢٠) (٣) " ربيع دينار ذهباً أو ثلاثة دراهم من الفضة " ^{٨٥} .

ولم يكن مشروع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ بأفضل حالاً رغم محاولاته المستميتة لتجاوز إشكالية التعريف في الجرائم الحدية . فالمادة (١٧٠) عرفت السرقة الحدية بأنها "الأخذ خفية" ويقصد التملك لمال منقول متقوم مملوك للغير شريطة أن يؤخذ المال من حرزه وألا تقل قيمته عن النصاب الذي حددته بدينار من الذهب أو قيمته من النقود ، غير أنها أضافت أحكاماً جديدة غير مألوفة فهي قد شملت بالخفية أخذ المال "مجاهرة ومغالية" . وهذه الإضافة فوق أنها تخالف آراء الجمهور ، فإنها تناقض معنى "الأخذ خفية" الوارد في الفقرة الأولى من المادة مما ينم عن الحيرة الناجمة من الرغبة في الانفلات من التعريف الفقهي المألوف مع العجز والقصور اللذين يحولان دون ذلك ، فجاء تناقض المصطلحات . ومن الإضافات التي أتت بها المادة أنها جعلت المال العام محلاً للسرقة الحدية مع أن الإجماع والفقه استقرا منذ الخلافة الراشدة على أن السرقة الحدية لا تجرى على المال العام لشبهة حق الجاني فيه . ولعل أخطر إضافة هي تلك التي حملها نص الفقرة السادسة من المادة ذاتها والتي تعاقب كل الجماعة التي تشترك في السرقة حداً حتى لو كان ما أخذه كل واحد منهم لا يبلغ النصاب ، متى ما بلغ مجمل المال المسروق النصاب . والنص ، في عموميته يطول الجماعة التي تسرق من ذات الحرز على غير اتفاق وبلا قصد مشترك وبلا تنسيق مثلما تطول الجماعة التي تسرق بإتقان وتنسيق وخطه ويقصد مشترك ، لذلك هو مشوب بالمخاطر .

وعلى نقيض قانون ١٩٨٣م إنطوى قانون ١٩٩١م على أحكام بمسقطات عقوبة السرقة الحدية أهمها المسقط الوارد بالفقرة (ب) والذي يقرأ كما يلي : "إذا كان الجاني في حالة ضرورة ولم يأخذ من المال إلا بما لا يتجاوز النصاب فوق كفاية حاجته أو حاجة من تجب عليه نفقته للقوت أو العلاج " . هذا النص يبدو للناظر من أول وهلة معقولاً في عمومته ، بيد أن النظرة غير العجلى تبدي كثيراً من وجوه عدم معقوليته . ذلك أنه (النص) يشترط ألا يأخذ السارق ما يجاوز النصاب فوق حاجة أسرته للقوت والعلاج ، ولا يصدر هذا الشرط إلا من مشرع ضامر الخيال لأنه يقوم على افتراض أن السارق في كل الأحوال يعلم بمقدار النصاب وأنه وهو يتسلل خفية وينتهك الحرز خفية ويأخذ المال خفية ، يجد من الوقت والطمأنينة ما يمكنه من عد المال المسروق ليأخذ منه ما يستوفي هذا الشرط ويترك الباقي ، وأنه حين يسرق يسرق ما يكفيه لقوته وقوت عياله أو علاجه أو علاج عياله ليوم واحد أو مرة واحدة . وأنه سيحجز سرقته لتكون سرقات تستوفي الشرط مخاطرأ بأن يقبض عليه في كل مرة^{٨٦} .

فصارى القول هو أن مشرع التشريعات الإسلامية — سواء أكان مشرع قانون ١٩٨٣م أو مشرع قانون ١٩٩١م ، قد وقع في مأزق كبير بمحاولته ابتداء نظام عقوبات مشددة بتعميم العقوبات الحدية وتوسيع نطاق تطبيقها ، في ظل محدودية نطاق تطبيق هذه العقوبات وضيق نطاق التجريم فيها حسب التعاريف الموضوعية من قبل الفقهاء المسلمين لها . فقراءة تاريخ التشريع الاسلامي وفقهه ، تثبت أن نشاط الفقهاء كان دائماً يستهدف تضيق نطاق تطبيق العقوبات الحدية ويتحرى الشبهات ومسقطات الحدود والقصاص لأجل ذلك . ولكن رغبة المشرع المذكور في ابتداء نظام عقوبات رادع ومتشدد ، أجبرته على أن يتبنى أحد أمرين أحلاهما مر أو أن يتبنى كليهما . والأمران هما :- توسيع نطاق التجريم في الجرائم الحدية عبر تبني التعريفات الوضعية لجرائم بعينها كجرائم المال ومن ثم توقيع عقوبات حدية عليها وأهم مثال لذلك جريمة النهب في قانون ١٩٨٣م ، أو توقيع العقوبات الحدية على جرائم هي في جوهرها جرائم تعزيرية كالسرقة من السفن ووسائل المواصلات وبالتالي مساواة حقوق العباد مع حقوق الخالق . وفي تقديرنا أن هذا المأزق ما كان للمشرع أن يقع فيه لولا رغبته المذكورة آنفاً ولولا إستحالة مطابقة التعريف الفقهي للجرائم الحدية مع جرائم شبيهة من غير تطابق اشتمل عليها قانون العقوبات الوضعي . فتغير الأزمان أدى بالضرورة الى إختلاف الأحكام بحيث غدت بعض الجرائم التي لا يمكن أن تعتبر حدية بأية حال - كالسرقة عبر الكمبيوتر أو الوسائط التكنولوجية مثلاً - أكثر خطورة من الجرائم الحدية وفقاً للتعريف الفقهي المتفق عليه . ولو لم يكن المشرع المذكور قد وضع نصب عينيه الهدف المنوه عنه سابقاً ، كان في مقدوره أن يستصحب الاجتهادات المستحدثة حول العقوبات الحدية نفسها . إذ أن بعض المحدثين يرون إمكانية الإجتهد حول العقوبات الحدية باعتبار أن الأحكام تدور وجوداً وعدمأ مع عللها وأن تغير الأزمان يقود بالضرورة إلى تغير الأحكام . الملفكر حسين أحمد أمين مثلاً يقول :- فما مات النبي حتى شرعت جيوش الإسلام تمد سلطانه شرقاً وغرباً ، وتؤسس دولة

شاسعة مترامية الأطراف ، وقد نجم عن هذه الفتوحات ثراء لم يعرفه العرب من قبل ، وتغييرات جوهرية في الخلفية الحضارية والنظم الاجتماعية وفي أشكال الملكية .

فقد دخل الإسلام مجتمعات تعرف شكلاً للملكية أهم من الملكية المنقولة ، وملك الفاتحون العرب الضياع والدور ، وأصبح سلب الرجل ناقته أو قرية مائه لا يعني أمراً جليلاً ، ولا هو بالكفيل وحده أن يثير العداوات والحروب بين الأقوام ، بل وما عادت السرقة من الجرائم الرئيسية الشائعة في هذا المجتمع الجديد .

ونظر الفقهاء والمجتهدون فإذا الآية القرآنية لاتزال قائمة (يقصد آية السرقة) ، والحكم يقطع يد السارق والسارقة قائماً . وقد كان المنطقي والمفروض أن يعلنوها صراحةً أن بعض أحكام القرآن والسنة قد قُصد به التصدي لعلاج شرور وثيقة الصلة بالمجتمع الجاهلي في شبه جزيرة العرب ، وبزمن النبي عليه السلام ، وأنه من حق المجتمعات الأخرى والأجيال التالية أن تطور هذه الأحكام على هدي روح الإسلام ومقاصده بعيدة المدى . كان بوسعهم أن يقولوا أن من واجب المجتمع الإسلامي في صورته الجديدة ، ومن حقه ، أن يجد عقوبة لجرمة السرقة غير العقوبة التي قُصد بها المجتمع البدوي أو الجاهلي ، دون أن يكون إختياره للعقوبة الثانية خروجاً على الإسلام وروحه . بالعكس ، فإن الالتزام بروح الإسلام يقتضي منا اختيار هذه العقوبة الثانية ، حيث أنها ، في المجتمع غير البدوي ، تحقق نفس النتائج المرجوة التي توخاها الإسلام في المجتمع البدوي ^{٨٧} .

لاشك في أن هذا الاجتهاد وأمثاله كان من الممكن أن يعفي المشرع من الوقوع في خطأ إزدواجية بشرية التعريف ولهية العقوبة ، بل كان من الممكن أيضاً أن يعفيه من إختلاط المفاهيم مع تنافرها مثل مفهوم "الاختلاس" الذي يختلف معناه شرعاً عن معناه وضعاً . ولكن المشرع المذكور مُصر على التوسع في الاجتهاد السالب بتوسيع نطاق التجريم في الجرائم الحديثة ليشمل جرائم وضعية لحماً ودماً ، وبتوقيع العقوبات الحديثة الصارمة على جرائم لا علاقة لها بجرائم الحدود في فقهها التقليدي ، وهذا هو جوهر سياسته التشريعية . وفي تقديرنا أن هذه السياسة التشريعية وثيقة الصلة بطبيعة السلطة الحاكمة الاجتماعية وبالمنحدر الاجتماعي للمشرع الذي هو في غالب الأحوال مالكا لأموال منقولة ولتجارة في زمان مسغبة ، مما يجعل ميله إلى تشديد العقاب أمراً طبيعياً . عموماً باستعمال حقيقة تغير الأزمان وظهور جرائم جديدة نص عليها المشرع الوضعي في قانون ١٩٧٤م مع حقيقة طبيعة السلطة التشريعية ، فأنا لا نرى لهذه السلطة مخرجاً من المأزق الذي وقعت فيه ولا نرى أن هناك فسحة أمل في تغير نصح المشرع أو سياسته التشريعية نحو الاجتهاد الموجب ومحاولة مواكبة العصر مع عدم مخالفة جوهر التشريع الإسلامي ومقاصده العامة .

المبحث الثالث

الجرائم الجنسية

لعلنا لا نعدو الحقيقة إذا قلنا بأن مفاهيم الجرائم الجنسية قد شهدت تحولاً كبيراً بصدر التشريعات الإسلامية . وهذا بالطبع انبنى على أن جميع التشريعات الدينية والسمائية منها على سبيل الخصوص ، تنطلق من مواقع أخلاقية تطهيرية تعالج مسألة الجنس من مواقع الخطيئة تحريماً وتجريماً وشدة عقوبة في بعضها . والهدف بالطبع هو المحافظة على المنظومة الأخلاقية السائدة وعلى كيان الأسرة الذي تعتبره أساس المجتمع . وبالتأكيد المقصود بالأسرة هنا ليس الزوج والزوجة فقط ، بل الأسرة ككيان اجتماعي يتمثل قيم المجتمع ويعيد إنتاجها ويلزم بها جميع أفرادها . ويتضح ذلك من متابعة التغير في مفهوم جريمة الزنا مثلاً . فالمعلوم أن قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م ، قد عالج الزنا حكماً في مواد من ٤٢٥ الى ٤٣٢ شاملة ، ولكنه قصر الزنا لفظاً على المادتين ٤٢٩ و ٤٣٠ منه . ويلاحظ أن المادة ٤٢٩ قد قصرت الزنا على واقعة زوجة رجل آخر وتصدت المادة ٤٣٠ لزنا الزوجة التي توافق شخصاً آخر . أي أن القانون لم يتصور وقوع الزنا إلا مع المرأة المتزوجة مما يبين أنه كان يهدف إلى حماية رابطة الزوجية بدلالة تجريمه لكل من يواقعها وهو يعلم بقيام الزوجية .

ولعله من المفيد أن نوضح بأن المشرع في مسألة الزنا ، قد خالف المشرع الهندي . إذ عاقب الشارع الهندي الرجل إذا انتهك رابطة الزوجية التي تربط بين رجل آخر وزوجته وذلك بمواصلة هذه الزوجة جنسياً ولكنه لم يعاقب المرأة المتزوجة ذاتها حتى ولا باعتبارها شريكة ، وقد انتقد فقهاء الهند إعفاء الزوجة الزانية من العقاب وينادون بعقابها ، ويقولون بأن قانون مانو الهندي القديم كان يقضي بعقابها . ولا يعاقب قانون عقوبات زنبار المرأة المتزوجة إذا زنت ولا باعتبارها شريكة وإنما يعاقب الرجل الذي يزني بزوجة آخر وذلك بصريح نص المادة ١٤٦ عقوبات زنبار .

ولا تقع جريمة الزنا في كل من القانونين السوداني والهندي من رجل متزوج إذا وقع امرأة غير متزوجة أو أرملة أو امرأة متزوجة إذا رضی زوجها عن هذه الواقعة إذا تغاضى عنها على أساس قاعدة *Volenti non fit injuria* (راجع المادة ٥١ عقوبات) .

ويلاحظ أن الشارع السوداني بنصه في المادة ٤٣٠ عقوبات على عقاب الزوجة الزانية قد خالف الشارعين الهندي والإنجليزي^{٨٨} .

وبصدر قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، نصت المادة ٣١٦ منه على ما يلي :

كل من أدخل ذكره أو حشفته أو ما يعادلها من مقطوعها في فرج شخص مطبق أو دبره دون رباط شرعي ، أو يسمح لآخر بإدخال ذكره أو حشفته أو ما يعادلها عند مقطوعها في فرجه أو دبره دون رباط شرعي ، يعتبر قد ارتكب جريمة الزنا .

والواضح من النص أن نطاق التجريم في جريمة الزنا قد تم توسيعه بدرجة كبيرة ، إذ أنه لم يعد يقتصر على المرأة المتزوجة بل ولا حتى على المرأة غير المتزوجة بالمعية معها . فهو — استناداً للإطلاق والتعميم الوارد بالنص — قد شمل جريمة أخرى هي جريمة اللواط . ولعل هذا التوسع هو الذي جعل المحكمة العليا الموقرة بعد صدور قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م بستة سنوات للقول بأن جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة ٣١٦ من قانون العقوبات لا تشمل الجرائم الجنسية التي تقع بين رجل ورجل أو امرأة وامرأة أو رجل وحيوان إنما يبيح تصنيف هذا الفعل مشمولاً بالمادة ٣١٩ من قانون العقوبات بحسبانه فعلاً فاحشاً . وعللت قولها هذا باستطرداد يقول فالتعريف الوارد في هذه المادة هو تعريف لجريمة الزنا أي الجريمة الجنسية التي ترتكب بين الرجل والمرأة ولا تشمل الجريمة الجنسية التي ترتكب بين رجل ورجل أو امرأة وامرأة — وهذا يبين واضحاً عندما نجد عبارة دون رباط شرعي . واردة في الحالتين حالة الذي يدخل ذكره أو حشفته أو ما يعادلها من مقطوعها في فرج شخص مطبق أو دبره وفي حالة الطرف الآخر الذي يسمح بذلك — ففي الحالتين يشير التعريف إلى أن يتم ذلك دون أن يكون هناك رباطاً شرعياً بين الطرفين — فالرباط الشرعي أو الحديث عنه لا محل له على الإطلاق في حالة الفعل الذي يتم بين رجل ورجل أو امرأة وامرأة أو بين رجل مثلاً ودابة أو حيوان ^{٨٩} .

وبالرغم من أن هذا الاجتهاد مقدر من المحكمة العليا الموقرة التي راعها أن المشرع قد أفترض بمفهوم المخالفة وجود رباط شرعي بين رجل ورجل ، إلا أننا لا نتفق معها في اجتهادها هذا الذي لا يوافق قصد المشرع من النص . وذلك لأن المشرع إن كان قصده الزنا بين رجل وامرأة كان بمقدوره أن ينص على أن إدخال الحشفة أو الذكر يجب أن يكون في فرج امرأة مطبقة للوطء فقط لا غير .

أيضاً كان بإمكانه ألا ينص على الإيلاج في الدبر من أساسه ، خصوصاً وأن رأي الجمهور في الفقه الإسلامي لا يعتبر الإيلاج في الدبر زناً . كذلك كان عليه أن ينص صراحةً على قيام الزوجية كرابط شرعي وحيد يعقله العقل في زماننا هذا ، لا أن يتحدث عن رباط شرعي يوهم بإمكانية مواجهة ملك اليمين ويعيدنا إلى زمان وقواعد الاسترقاق . فالنص بصورته الماثلة ساوى بين الزنا واللواط ، والدلالة على ذلك بالإضافة لما سبق ، عدم إفراده لنص عقابي يعاقب على جريمة اللواط التي لا يمكن اعتبارها فعلاً فاحشاً فقط كما قررت المحكمة العليا الموقرة .

وفي تقديرنا أن المحكمة الموقرة حاولت جهدها للخروج من مأزق سعة نطاق النص التجريمي ومخالفته لمبدأ الشرعية مع مخالفته الواضحة للعقل والمنطق ، ولكنها توصلت لتخريج لم يرم إليه المشرع ولا سبيل لنسبته إليه وذلك بتكريزها على مفهوم الرباط الشرعي بإستقلال عن عموم النص .

وبقينا أن المشرع في هذه المسألة هو بين حالين : إما أنه ضامر الخيال بحيث أنه لم يتصور تقنينه لقيام رباط شرعي بين رجل ورجل بمفهوم المخالفة ، أو أن يكون قد قصد عدم إنطباق مفهوم الرباط الشرعي في حال تطبيق النص على اللواط بحيث يصح في هذه الحالة من باب التزيد . وفي الحالتين الأمر لا يحلوا من خلل

تشريعي فاضح وغموض أدى الى مثل هذه البلبلة ، وهو بالطبع أمر يترفع عنه المشرع . أما ما لاحظته المحكمة العليا الموقرة بحق ، فهو أن هذا النص لا يجرم العلاقة الجنسية التي تقع بين امرأة وامرأة (السحاق) ، ونحن لا ندري الحكمة من وراء تجريم اللواط وترك السحاق وعدم شمول النص له طالما أن الاثنين يقعان ضمن الأفعال الشاذة المخالفة للطبيعة .

ولعلنا نصيب حين نقول بأن فهمنا لنص المادة المذكورة آنفا بأنه يشمل تجريم اللواط أيضا ، تؤكد ممارسة المحاكم قبل صدور الحكم المنوه عنه ، وكذلك النص المستحدث الخاص بجريمة اللواط في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م وهو نص المادة ١٤٨ (١) الذي نص على ما يلي :- "يعد مرتكباً جريمة اللواط كل رجل أدخل حشفته أو ما يعادلها في دبر امرأة أو رجل أو مكن رجلاً آخر من إدخال حشفته أو ما يعادلها في دبره" . وبالطبع سقوط مفهوم الرباط الشرعي في هذا النص ، يعني أن إتيان الزوج لزوجته في دبر يُعد لواطاً .

وبالرغم من أن مشروع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م نحاً منحىً جديداً يفصله جريمة اللواط عن جريمة الزنا ، إلا أنه في عقوبة الأولى أحتفظ بمعد الزاني غير المحصن كعقاب . أي أنه ساوى بين مرتكب جريمة اللواط والزاني غير المحصن في العقوبة الأساسية وأجاز معاقبة مرتكب جريمة اللواط بالسجن فوق ذلك . ولكن أهم ما يميز اجتهاد مشروع القانون الجنائي : هو إضافته ركناً جديداً لجريمة الزنا . فهذا هي المحكمة العليا الموقرة تقول :- " إن الأركان الأساسية التي تنبني عليها جريمة الزنا برجل بواسطة امرأة غير محصنة المعرفة في المادة ١٤٥ (١) (ب) والمعاقب عليها بالجلد مائة جلدة في المادة ١٤٦ (١) (ب) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، نستطيع أن نوجزها فيما يلي :-

- ١- أن تمكن المرأة رجلاً من وطئها .
- ٢- أن يكون الوطء دون رباط شرعي .
- ٣- أن تكون المرأة غير محصنة .
- ٤- أن يكون الوطء في موضع خارج الولايات الجنوبية^{٩٠} .

والركن الجديد الذي ينسحب على جميع الحالات التي تقع ضمن نطاق حد الزنا ، هو الركن الرابع الذي يشترط أن يكون الوطء في موضع خارج الولايات الجنوبية . وفي تقديرنا أن هذا الركن جاء على سبيل وفاء المشرع لمنهج القائم على تطبيق الشريعة الإسلامية على أساس جغرافي ولكن هذا لا يمنعنا من تأكيد أن هذا المنهج مخالف لما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية . والواضح من نصوص القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، أن مشرعه قد تجاوز تحبط مشروع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م فيما يخص تخصيص نص وحيد لجريمة الزنا . وذلك لأن الأخير لم يكتف بنص المادة ٣١٦ كنص وحيد مخصص لجريمة الزنا . إذ أنه نص على زنا ثاني في المادة ٤٢٥ يتركبه الرجل الذي يحمل المرأة بطريق الخداع على الاعتقاد بوجود شرعي ، وزنا ثالث هو الزنا الناجم من إجراءات زواج يعلم من يقوم بها أنه لا يتزوج زوجاً شرعياً نصت عليه المادة ٤٢٨ ، وزنا رابع هو

زنا من يُعَدُّ أزواجه أو زوجاته حال قيام الزوجية مع استثناء أحكام تعدد الزوجات التي اشتملت عليها الشريعة الإسلامية نصت عليه المادة ٤٢٦ وان لم تسمه زنا ، وزنا خامس نصت عليه المادة ٤٢٩ هو الزنا بامرأة متزوجة ، وزنا سادس نصت عليه المادة ٤٣٠ هو زنا المرأة المتزوجة . ولعلنا نصيب إذا قلنا أن تخطيط مشروع قانون ١٩٨٣م ناتج عن استحداثه لنص الزنا الوارد بالمادة ٣١٦ مع محافظته على مواد الجرائم الجنسية الواردة بقانون ١٩٧٤م من حيث التجريم ومحاولة إقحام العقوبات الحدية عليها دون مراعاة للاختلاف في فلسفة التجريم والعقاب . وفي تقديرنا أن أسوأ أنواع التشويه والتخطيط تظهرها المادة ٣١٧ من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م والتي نصت على أن كل من يواقع شخصا غير بالغ بالكيفية المنصوص عنها في المادة ٣١٦ يعتبر قد ارتكب جريمة الاغتصاب ويعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة ٣١٨ . وهذا النص بكل أسف قصر وقوع الاغتصاب على حالة واحدة فقط هي حالة الزنا بشخص غير بالغ بإعتبار أن رضا الصغير لا يعتد به في هذه الحالة ، وفي نفس الوقت لم يجرم اغتصاب من بلغ . وذلك لأن النص لم ينص صراحةً على الإكراه ولا هو عمم نطاق التجريم ليسمح بإدخال الشخص البالغ . وبالتالي يكون المشرع قد قصد معاملة اغتصاب البالغ على أنه زنا ، أي أنه ساوى بين اغتصاب البالغ وزنا الأطراف بالتراضي من حيث العقوبة وهو أمر لا يستقيم عقلاً . إذ لا يمكن معاقبة من زنا بشخص برضاه بنفس عقوبة من أكره نفس الشخص على الزنا .

ويبدو أن مشروع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م قد تنبه لهذه المسألة حين نص في المادة ١٤٩ (١) على أنه "يعد مرتكباً جريمة الاغتصاب من يواقع شخصاً زناً أو لواطاً دون رضاه " .

وهذا النص بالإضافة إلى أنه أزاح شرط البلوغ غير المنطقي ، فقد ميز العنصر الأهم في جريمة الاغتصاب وهو إنعدام الرضا . أيضاً نص النص على عقوبة أكثر ردةً من عقوبة زنا غير المحصن حين أوجب عقوبة الجلد مائة جلدة وأضاف إليها عقوبة السجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات ما لم يشكل الاغتصاب جريمة الزنا أو اللواط المعاقب عليها بالإعدام . وبالتأكيد استدرك النص الخطأ المريع الذي وقع فيه مشروع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، وأكد بما لا يدع مجالاً للشك أن هذه الجريمة أخطر من جريمة الزنا . ولكن لابد من الملاحظة بأن المشرع قد تعامل مع هذه الجريمة لا على أنها جريمة قائمة بذاتها ومنفصلة تمام الانفصال عن غيرها من الجرائم الجنسية ، بل على أساس أنها زنا أو لواط وأكثر . أي أنه لم يتعامل معها بإعتبارها من جرائم التعازير الخالصة ولا هو تعامل معها على أنها حد فقط ، ولكن تعامل معها على أنها تشتمل على حد وتعزير في نفس الوقت . وهذا الأمر يبين من الحرص على المحافظة على حد الزنا مع إضافة عقوبة أخرى متى كان ذلك ممكناً .

غير أن ازدواجية طابع جريمة الاغتصاب ، لا يسقط حقيقة ضرورة تشديد العقوبة فيها عن جريمة الزنا وصحة المنهج بصفة عامة . كذلك إن نجاح مشروع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م في ضبط نطاق التجريم في جريمة الاغتصاب لا يبرئه من إتباع منهج مشروع قانون العقوبات ١٩٨٣م في غموض التشريع وسعة نطاق التجريم في جرائم جنسية أخرى وإن كان قد خالفه في تضيق نطاق التجريم في جريمة الاغتصاب لتفادي الخلل . ففي

آخر ملحقات جريمة الزنا التي تفتقت عنها ذهنية المشرع وبموجب نصوص فضفاضة ، أخذ المشرع في تجريم الناس بالشبهات . فللمادة ١٥٤ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م تعتبر أي شخص مرتكباً جريمة الدعارة إذا وجد في محل بحيث "يحتمل" أن يقوم بممارسة أفعال جنسية أو يتكسب من ممارستها ، وتعاقبه بالجلد مائة جلدة أو السجن . والفقرة الثانية من نفس المادة تعرف "محل الدعارة" بأنه "أي مكان معد لإجتماع رجال أو نساء أو رجال ونساء لاتقوم بينهم "علاقات زوجية" أو صلات قرى وفي ظروف يُرجح فيها حدوث "ممارسات جنسية" . هذه المادة تنم عن غموض وعيب تشريعي ، فالدعارة كمصطلح قانوني وإجتماعي تعني **Prostitution** أي "ممارسة الزنا بمقابل مادي" ولاتعني غير ذلك من الكم الهائل من الأمور التي إنطوت عليها المادة .

والدعارة بهذا المعنى لايرتكبها إلا الزاني الذي يأخذ المقابل المادي ، فهي سوق بضاعتها العاهرات "الزانيات" من النساء اللائي يحترفن هذه المهنة القديمة قدم البشرية .

ولعل أهم إشكاليات هذا النص اللغوية والقانونية أنه عرف مرتكب الدعارة بأنه من يوجد في محل للدعارة بحيث يحتمل أن يقوم بممارسة أفعال أو يتكسب من ممارستها ، ثم عاد وعرف محل الدعارة على نحو ماينا منتهياً الى الظروف التي يرجح فيها حدوث ممارسات جنسية ، فجمع بين الرجحان والاحتمال في عدم إتساق شديد فلم نعد ندري أي معيار نحكمه ، أهو معيار الإحتمال أم معيار الرجحان ، ولم نعد نعرف علاقة تعريف محل الدعارة بالظروف التي يرجح فيها حدوث ممارسات جنسية .

كان حرياً بالمشرع أن يعرف محل الدعارة ثم لايتحدث عن الظروف التي تحدث عنها أو يتحدث عن تلك الظروف في توصيف مرتكب الدعارة كأن يقول "يعد مرتكباً جريمة ممارسة الدعارة من يوجد في محل للدعارة في ظروف يُرجح فيها حدوث ممارسات جنسية" ومهما يكن فإن أخذ الناس بالإحتمالات يعني أخذهم بالشبهات لأن الإحتمال يعني إمكان حدوث الفعل الموصوف أو عدم حدوثه على حد سواء ولا معنى لأخذ الناس بأسوأ الإحتمالات في كل الأحوال والنص لايبين لنا كيف "يُعد" محل الدعارة للإجتماع الموصوف ، كما لايبين لنا كيف تقوم الظروف التي يرجح فيها حدوث ممارسات جنسية بمجرد "الإعداد" وقبل أن يجتمع الرجال أو النساء أو الرجال والنساء ^{٩١} .

قصارى القول أن النصوص الخاصة بالجرائم الجنسية في التشريعات الإسلامية مثلها مثل سائر النصوص الأخرى شابها العمومية والغموض وسعة نطاق التجريم بالمخالفة لمبدأ الشرعية . أيضاً شابها خلط مريع بين جرائم لايمكن توحيدها في نص واحد لاختلاف طبيعتها مثل الزنا واللواط . كذلك إعتزتها أزمة تضيق في نطاق جريمة الاغتصاب تم إستدراكها بعد أكثر من سبع سنوات شكلت مثلاً للتخطيط التشريعي وضمور خيال المشرع مع نقص واضح في معلوماته ومداركه . وفوق ذلك تميزت النصوص المذكورة أو بالأحرى بعضها بأخذ الناس بالشبهات وتجرم الأفعال بأخذ الاحتمال الأسوأ في توكيد الرغبة في توسيع نطاق التجريم . ولعل السمة

البارزة لهذه النصوص هي إعطاء القانون العقابي صبغة أخلاقية صرفة طابقت بين الأخلاق الدينية والنص العقابي وغيرت من فلسفة العقاب وجوهر نطاق التجريم ليصبح الهدف هو حماية أخلاق المجتمع الجنسية بدلاً عن حماية الأسرة فقط ، وليستهدف العقاب مرضاة الله أولاً ومن ثم مصلحة المجتمع التي كانت هي هدف النظام العقابي في السابق .

خلاصة

يتضح من المسح العام الذي قمنا به أن التشريعات الإسلامية في جانبها الجنائي ، احتفظت في البدء بالهيكل العام لقانون العقوبات الذي سبقها والذي كان مستمداً من القانون الهندي . ويتبدى ذلك بالنظر لقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م الذي حافظ على ترتيب الجرائم الواردة بقانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م مع إحقاقه للعقوبات الحدية وتشديده للعقوبة بحيث أصبح لمعظم الجرائم ثلاث عقوبات هي السجن والجلد والغرامة . وبالرغم من محاولة مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م التمييز بنصه على نصوص تساوي أقل من نصف النصوص التي اشتمل عليها القانونان المذكوران سابقا ، إلا أنه لم ينجح في تفادي عدد من المشاكل التي نتجت عن تجميع الفقه الجنائي الإسلامي بالفقه الجنائي الحديث . ويبدو هذا الأمر واضحاً وجلياً فيما إذا نظرنا الى محاولة هذا المشرع تجاوز أزمة المشرع السابق الذي وسع نطاق التجريم وخلط ما بين جرائم مختلفة بحيث جعل منها جريمة واحدة مثل توحيد جرمي الزنا واللواط وجرميتي النهب والحراية . فالواضح أن مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م قد خلط أيضاً بين جرائم مختلفة ووحدها مثل الاختلاس وتبديد المال العام بحيث أصبحت الجريمتان تشكلان جريمة خيانة الأمانة بواسطة موظف عام دونما مراعاة لاختلاف العنصر المعنوي لكل منهما . وهذا الاضطراب في التعريف الذي نشأ من محاولة تجميع العقوبات الإلهية بجرائم يعرفها ويحدد نطاقها البشر ، وسع من نطاق التجريم وأعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة في التجريم بل والعقاب أيضاً بالمخالفة لمبدأ شرعية القوانين . وأوضح ما تكون مخالفة مشرع قانون ١٩٩١م لهذا المبدأ ، عند النظر لجريمة الدعارة التي ابتدع لها تعريفاً موسعاً يأخذ الناس بالشبهات ويجرم بالاحتمال ومجرد الإعداد (أي التحضير لارتكاب الجريمة) . ولكن بالطبع المخالفة الأكبر للمبدأ كانت من نصيب مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م الذي نص صراحةً على حق القاضي في الحكم بما لم ينص عليه القانون ، تسانده في ذلك مواد قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م قبل تعديله . وقد يبدو للناظر من أول وهلة أن الحال الآن أفضل باعتبار أن المادة ٣٢ من دستور السودان لسنة ١٩٩٨م نصت صراحةً على مبدأ الشرعية وعدم رجعية القوانين ، ولكن قليل من التمهيص يؤكد خطأ هذه النظرة . وذلك لأن المادة (٦٥) من الدستور نفسه ، تعطي المشرع العادي الحق في التشريع وفقاً لأحكام الدستور أو وفقاً للشرعية الإسلامية وبالمخالفة لأحكام الدستور نفسه . أي أن المشرع يستطيع في أي لحظة إعادة نص المادة ٤٥٨ السابقة وإحياء حق القاضي في

القضاء بما لم ينص عليه قانون العقوبات إعمالاً لمبادئ الشريعة الإسلامية . وبالحتم هذا النص الموضوعي سوف يسمو على النص الوارد بقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١ الذي يشتمل على جوهر مبدأ الشريعة

وفي تقديرنا أن عودة مشرع القوانين العقابية في عام ١٩٩١ م لتبني مبدأ الشريعة وفقاً لمفهومه الليبرالي الشكلي ، كان الغرض منه الإلتفاف حول الهجوم الذي تعرضت له قوانين العام ١٩٨٣ م وليس لقناعة منه بصحة المبدأ . فهو مثله كمثل مشرع قوانين ١٩٨٣ م يعلم أن الشريعة الإسلامية مفهوماً للشريعة موضوعي وليس شكلي . فهي لا تقوم على تقنين دقيق للجرائم يحدد نطاق التجريم والعقوبة بدقة ، بل تضع مبادئ عامة وآليات لإستنباط الأحكام من هذه المبادئ من ضمنها القياس . وإذا علمنا أن الإمام أو من يفوضه سلطته التشريعية والقضائية قادر على تجريم ومعاقبة شخص ما بعد وقوع الفعل منه وليس قبله قياساً واجتهاداً في الجرائم التعزيرية ، يصبح الحديث عن شرعية شكلية في الشريعة الإسلامية محض افتراء . وهذا في تقديرنا هو السبب في التواء المشرع الدستوري ومحاولته الإبقاء على إمكانية الإلتفاف حول مبدأ الشريعة بتشريع عادي ، علماً بأن نص دستور العام ١٩٧٣ م الواضح لم يمنع المشرع العادي من مخالفة المبدأ عمداً بتقنين نص المادة ٤٥٨ من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م . أي أن مشرع قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م والقانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م بصران على مخالفة مبدأ الشريعة ، ومخالفتهما ليست مصادفة بل ناشئة عن قناعة يسمو الأحكام الشرعية وفقاً لآليات استنباطها وهذا هو نصح الشريعة الإسلامية وموقفها الموضوعي من مبدأ الشريعة

ولعلنا نصيب إذا قلنا أن السمة البارزة الأخرى غير مخالفة مبدأ الشريعة ، هي أن التشريعات الجنائية الإسلامية إستدخلت العقوبات الحدية بل وغالت في إستدخالها حين وقعتها على جرائم التعازير .

وفي سبيل الانسجام مع المنهج الديني الذي يساوي بين المعصية والجريمة على أساس أخلاقي ويشترط التكليف ، فننت حتمية وجود عنصر معنوي لكل جريمة مما ينفي إمكانية وجود مسئولية جنائية صارمة بموجب نصوص القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م . وفي نفس الوقت أدخلت مفهوم الشبهة شديداً العمومية الذي يتيح — في حالة تطبيقه على جرائم التعازير أيضاً — دفعاً جديداً للمسئولية الجنائية أشمل من الدفع والإستثناءات السابق وجودها بالقوانين العقابية. وبالطبع كان مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م أميناً مع توجهه الأيدلوجي حين قام بإسقاط النص الخاص بتجريم الإستغلال السياسي للدين ، وإسقاط جريمة تخريب الاقتصاد الوطني حتى يحمي تصوره المستحدث للنشاط الاقتصادي . ولكن المفارقة الواضحة لفكر هذا المشرع الديني كانت في تبنيه لتعريف الشخص الوارد في القوانين السابقة مما يعني إمكانية تجريم الشخص الاعتباري أو المعنوي بالمخالفة للشريعة الإسلامية التي لم تعرف الشخص المعنوي كنظرية عامة إبتداءً ناهيك عن تجريمه .

وبالإنتقال للجرائم الخاصة أو القسم الخاص بقانون العقوبات ، نجد تأكيداً واضحاً لما سبق وذكرناه آنفاً . فمخالفة مبدأ الشرعية يؤكد وجود نص بقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م يعاقب على القتل الغيلة دون تعريفه. أيضاً نجد خطأً مريعاً وإضطراباً في تعريف الجرائم ناشئ عن خلط ما هو بشري بما هو إلهي (بشرية التعريف وإلمية العقوبة) ، والمثال واضح في جريمة السرقة الواردة بالقانون الجنائي لسنة ١٩٩١م والتي تنص على خفية ومغالبة في نفس الوقت ، وكذلك الدعارة التي تتطلب رجحان وإحتمال في الوقت نفسه . هذا عدا الحرص على استخدام مصطلح " رباط شرعي" في جريمة الزنا الذي يشي بعودة مؤسسة الرق وملك اليمين وكان الأجدر بالمشرع استخدام الزوجية بدلاً عنه . وعلى الرغم من أن الوجهة العامة للمشروع كانت هي التوسع في نطاق التجريم مع التشدد في العقاب ، إلا أنه فيما يخص جريمة الاغتصاب الواردة بقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، ضيق نطاق التجريم ليجعل وقوع الجريمة ممكناً في حق غير البالغ فقط دون توضيح لهذا الانقلاب المفاجئ فيما يخص هذه الجريمة بالذات . شئ أخير لا بد من التنويه له وهو أن مشرع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، قد اعتمد في تطبيقه للعقوبات الحديثة بصفة عامة معياراً جغرافياً ، بحيث أصبح وقوع الجريمة خارج الولايات الجنوبية ركناً من الأركان اللازمة للإدانة الموجبة لتطبيق الحد . ولسنا في حاجة للقول بأن هذا الاجتهاد مخالف لما عليه جمهور الفقهاء وسائر من يدعون إلى تطبيق الشريعة الإسلامية . يبقى أن ننوه إلى أن النص على عقوبة الدية مع اعتماد حق أولياء الدم . في المطالبة بالقود أو الدية أو العفو ، أعطى جريمة القتل طابعاً مدنياً خصوصاً في جريمة القتل الخطأ .

وهذا يعني أن جريمة القتل قد أصبح تصنيفها ضمن قواعد القانون العام موضع شك لغلبة الطابع المدني عليها . كذلك قننت التشريعات الإسلامية مبدأ العقاب الجماعي حين قررت وجوب الدية على العاقلة ووسعت مفهوم العاقلة نفسه في مخالفة واضحة لمبدأ شخصية العقوبة .

(١) د. محمد محيي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٩ - ص ٥

(٢) د. عوض أحمد إدريس - المرجع السابق - ص ٣٨٦ و ٣٨٧ على التوالي

(٣) د. منصور خالد - الفجر الكاذب (غيري وتحريف الشريعة) - دار الهلال - بدون تاريخ ص ٢٠ و ٢١ على التوالي

(٤) " Ratanlal - Law of Crimes " يقول الدكتور محمد أحمد سراج في معرض تعليقه على الصلات التاريخية بين العلم

الغربي والفقه الإسلامي مايلي :-

فتجدد الإشارة إلى تعرف المشتغلين بالقانون الإنجليزي على أحكام الفقه الإسلامي في ظروف تطبيقهم لأحكام هذا الفقه في الهند بعد دخولهم إليها في أواخر القرن السادس عشر وقيام شركة الهند الشرقية بالتجارة وإستعمار البلاد في وقت واحد . وقد قام النظام القضائي على أساس تعيين قضاة إنجليز في المحاكم الهندية للفصل في النزاعات بين الناس بموجب أحكام الشريعة الإسلامية وإجتهادات فقهاء المذاهب السائدة وخاصة المذهب الحنفي . ومن المنطقي الحال هو هذا أن يتعرف هؤلاء القضاة الإنجليز على أحكام هذه المذاهب وأن يعودوا إلى بلادهم وهذه الخبرة في أذهانهم وأن ينقلوها إلى نظامهم القضائي فيما بعد .

وكانت السلطات البريطانية تعين في المحاكم مستشارين قانونيين Legal Advisors من أبناء البلاد المتخصصين في الفقه الإسلامي لمساعدة القضاة الإنجليز على تعيين الحكم الفقهي من مصادره المختلفة حتى يتسنى لهم معرفة هذا الحكم وبناء قرار المحكمة على أساسه

وقد بدأ تطبيق هذا الأسلوب منذ عام ١٧٧٢م بعد أن أخذت شركة الهند الشرقية في فرض سلطتها القانوني والتنفيذي في شبه القارة الهندية ، واستمر تطبيقه حتى عام ١٨٦٤م . وعلى الرغم مما ترتب على الأخذ بهذا الأسلوب من ضمان الرجوع إلى الأحكام الشرعية في مصادرها المعتمدة ، فإن عدداً من المعاجم القانونية الإنجليزية قد بدأ يتردد ذكره والإشارة إليه في أحكام هذه المحاكم ، من ذلك نظام السوابق القضائية وفكرة العدالة Equity ، والإستناد إلى العرف ، وإسناد سلطة الإستئناف إلى مجلس القضاء Privy Council الذي تنامي تأثير قراراته وأحكامه في تفسير القوانين الشرعية على محاكم الدرجة الدنيا .

وقد قبلت الفلسفة القانونية الإسلامية مثل هذه المفاهيم التي لم تمثل خروجاً بالغا على مبادئ هذه الفلسفة ، وخلال هذه الفترة المذكورة اتجهت السلطات الإنجليزية إلى العمل على إحلال قضاة مسلمين من أبناء شبه القارة الهندية ممن درسوا القانون الإنجليزي محل القضاة الإنجليز . ولا يخفى أن هذا كله قد فتح طريقاً للمناقشة ومعرفة مفاهيم الفقه الإسلامي في ظروف التطبيق العملي لهذه المفاهيم .

أ.د. محمد أحمد سراج - الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٧ - ص ٢٠٧ و ٢٠٨ على التوالي .

وهذا يؤكد أن السلطات الإنجليزية عندما سنت قانون العقوبات الهندي ، كانت مسلحة بخبرة حوالي قرن كامل من تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حيث أشرفت هي بنفسها على تطبيقها . لذلك من المنطقي أن تتأثر بكل هذا التراث القانوني عند تشريع القانون ، مما يجعل تشريعه واقعاً في إطار الإصلاح القانوني القائم على تقنين الأحكام السائدة مع إستبعاد ما يتناقض وروح العدالة منها حسب وجهة نظر المشرع ، ولما كان القول بأنه حال أن ما تم هو إحلال للقانون الإنجليزي مكان الشريعة الإسلامية .

- (٥) د. محمد محيي الدين عوض - المرجع السابق - ص ٦
- (٦) البروفسور ح.د. أندرسون - أوجه الإصلاح الحديث للقانون الإسلامي في السودان - ترجمة هنري رياض - دار الجيل - بيروت - ١٩٩٣م - ص ١٩ و ٢٠ على التوالي .
- (٧) Krishna Vasdev- The Law of Homicide In The Sudan- Butterworths. - London - 1978 - p. 3, 4.
- (٨) حكومة السودان ضد محمد بدوي الشيخ - م ع / ك / ٨٢ / ١٩٧٥ مجلة الاحكام القضائية السودانية ١٩٧٥ ص ٤٣٩.
- (٩) الأستاذ / محبوب إبراهيم حسن - قوانين سبتمبر النموذج السوداني لتقنين فكر ومنهج الإسلام السياسي المعاصر - بحث غير منشور - ص ٦٠ ، أيضاً د. منصور خالد - المرجع السابق - ص ٣٥ .
- (١٠) الأستاذ / محبوب إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ٥٩ .
- (١١) د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الخامسة - دار النهضة العربية - ١٩٨٩ - ص ٣٧ .
- (١٢) د. عوض الحسن النور - حقوق الإنسان في المجال الجنائي (في ضوء الفقه الإسلامي والقانون السوداني والمواثيق الدولية) - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ١٩٩٩ - ص ١٨٢ نقلاً عن Dicey.
- (١٣) د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٣٨ .
- (١٤) المعلوم أن الخليفة الفاروق قد نفى نصر بن الحجاج مجرد أن امرأة تنته دون أن يقوم هو بأي فعل مخالف للقانون. ولم يكن هذا التصرف فردياً ، إذ أن أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز قد قام بنفي عائلة الحجاج بن يوسف لليمن دون ذنب جنوه ومجرد أنهم أسرة الحجاج. وإذا أخذنا في الإعتبار أن هذا السلوك قد صدر من العمرين وهما أعدل الحكام ، يصبح من حقنا أن نقول بأن هذا هو موقف الشرع. لطفاً أنظر هادي العلوي - فصول من تاريخ الإسلام السياسي - مركز الأبحاث والدراسات الاشتراكية - قيرص - ١٩٩٥ - ص
- (١٥) د. عبد الله أحمد النعيم - نحو تطوير التشريع الإسلامي - المرجع السابق - ص ١٥٧ .
- (١٦) د. عبد الله أحمد النعيم - القانون الجنائي السوداني (النظرية العامة للمسؤولية الجنائية) - الطبعة الأولى - ١٩٨٦م - مطبعة الحرية بأم درمان - ص ٢٦ و ٢٧ على التوالي .

- (١٧) د. عبد المنعم فرج الصده - أصول القانون - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت ١٩٧٨م - ص ٢٢٠ و ٢٢١ على التوالي .
- (١٨) د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ على التوالي .
- (١٩) د. عبدالله أحمد النعيم - القانون الجنائي السوداني - المرجع السابق - ص ٢٨ .
- (٢٠) د. مأمون محمد سلامة - حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون - دار الفكر العربي ١٩٧٥م - ص ١٠ و ١١١ و ١٢ و ١٥ على التوالي .
- (٢١) د. مأمون محمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٦ و ١٧ و ١٨ على التوالي .
- (٢٢) د. مأمون محمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٩ و ٢١ و ٢٢ على التوالي .
- (٢٣) د. مأمون محمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٣ و ٢٤ على التوالي .
- (٢٤) د. مأمون محمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٩ و ٣٠ و ٣١ على التوالي .
- (٢٥) د. عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٢٢٤ .
- (٢٦) د. عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٢٢٦ و ٢٢٧ و ٢٢٨ على التوالي .
- (٢٨) د. عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٢٣٥ و ٢٣٦ و ٢٣٧ على التوالي .
- (٢٩) د. محمد محيي الدين عوض - المرجع السابق - ص ٤٣ و ٤٤ على التوالي .
- (٣٠) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٤م - ص ٧٤ .
- (٣١) د. عبد الله أحمد النعيم - القانون الجنائي السوداني - المرجع السابق - ص ٢٩ و ٣٠ على التوالي .
- (٣٢) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٠م - ص ١٠٦ .
- (٣٣) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٠م - ص ١٠٧ .
- (٣٤) حكومة السودان ضد رشدي سيحة بشارة
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٥م - ص ٦٠٧ .
- (٣٥) د. عبد الله أحمد النعيم - نحو تطوير التشريع الإسلامي - المرجع السابق - ص ١٦٩ .
- (٣٦) أسماء محمود محمد طه وعبد اللطيف عمر حسب الله ضد حكومة السودان (م/ع/ق/د/١٤٠٦ هـ) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٦م - ص ١٦٣ .
- (٣٧) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م - ص ١٣٥ .
- (٣٨) حسن أحمد علي الحمادي - قضاء الحدود والقصاص والدية - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الاتحادية العليا منذ إنشائها وحتى الآن (خمس وعشرون سنة) - إصدارات المجمع الفقائي - أبو ظبي ١٩٩٨ - ص ٤٦٨ (الطعن ٤٢ لسنة ٨ جزائي ، جلسة ١٩٨٦/١٢/١٥م) .
- (٣٩) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨م - ص ١٣٨ .
- (٤٠) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٣م - ص ١٠٠ .
- (٤١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - (النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الإحترازي) - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧م - دار النهضة العربية - القاهرة ص ٥١ .
- (٤٢) د. عبد الله أحمد النعيم - القانون الجنائي السوداني - المرجع السابق - ص ٣٧ .
- (٤٣) أ / أحمد هبة - موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب - الطبعة الأولى ١٩٨٥م عالم الكتب - القاهرة - ص ١٣٩ .
- (٤٤) أحمد عثمان عمر - النقابات والقانون (الشخصية الاعتبارية للنقابة) - بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون - جامعة الخرطوم - ١٩٩٣ - غير منشور - ص ١٢٢ .
- (٤٥) د. إبراهيم على صالح - المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دار المعارف - القاهرة - بدون تاريخ - ص ٥٩ .

حاولت المحاكم السودانية تلافي هذا الخلل في سابقة حكومة السودان ضد عبد الرؤوف عثمان وآخرين م أ ق ١٩٧٨ م ص ٤١٨ حين قررت ما يلي :- " لاشك أن الشخصية الاعتبارية مسئولة جنائياً وتخضع للعقاب الجنائي مثلها مثل الأشخاص الاعتباريين والفرق الوحيد هو أن الشخصية الاعتبارية غير قابلة للحبس وعندما يراد تقديم الشخصية الاعتبارية للمحاكمة فإنها تكون ممثلة في الشخص الذي تحدده اللوائح مندوب عنها . القول بغير ذلك يعني أن تنظيم المجموعات في هياكل ذات صفة اعتبارية وتتعامل مع الناس مدنياً وجنائياً وهي في مأمن من المقاضاة والعقاب وهذا أمر لا يمكن تصوره . مساءلة شاغلي المناصب التقديرية شخصياً وتحملهم نتائج تصرفات الشخصية الاعتبارية فيه أيضاً وضع المسئولية في غير مكانها ومعاقبة شخص عن فعل صادر من آخر منفصل عنه " .

يلاحظ من القرار أنه حاول تلافي الخلل الاجرائي فقط حيث حدد كيفية تقديم الشخص المعنوي للمحاكمة ولكنه على مستوى الموضوع لم يقدم أي مساهمة في تكييف الجرائم التي يمكن أن يرتكبها وهل هي كل الجرائم بما فيها جرائم الفعل الانجابي Misfeasance أم هي فقط جرائم الامتناع Nonfeasance وهل يشمل الجرائم التي تتطلب عنصراً معنوياً Mens Rea أم لا . علماً بأن الجريمة موضوع البلاغ المقضي فيه من جرائم المسئولية الصارمة Strict Liability . كذلك أوصى الحكم بأن العقوبة غير الجائزة في حق الشخص الاعتباري هي الحبس ولم يتطرق لطبيعة العقوبات الجائزة في حقها على سبيل الحصر . أحمد عثمان عمر - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

من الموصف أنه مؤخراً قررت القاضية د. بدرية عبد المنعم حسونة أن رئيس مجلس إدارة الشركة مسئول جنائياً عن أفعال الشركة في حالة غياب مديرها ، إستناداً إلى أن "الشخص الذي يعبر عن إرادة الشخصية الاعتبارية هو المسئول جنائياً عن أفعالها كمتهمته" (مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٧ م - ص ٤٤ - حكومة السودان ضد عمر فضل الله - م ع - ط ج - /٩٠/١٩٩٧ م) . والأكثر إثارة للأسف أن المكتب الفني للهيئة القضائية نشر هذا الرأي على أنه مبدأ رغم أنه ليس رأي القاضيين الآخرين بالذات التي نظرت الدعوى . ولسنا في حاجة للقول بأن الرأي خلط ما بين تمثيل الشخصية الاعتبارية خلال الإجراءات الجنائية وبين المسئولية الجنائية الموضوعية لهذه الشخصية . وربما يكون الخلط ناشئ عن خلط أكبر في مفهوم مسئولية الشخصية الاعتبارية نفسه وعدم إدراك مدى الاختلاف بين النظامين اللاتيني والأنجلو سكسوني في هذه المسألة . وسبب هذا الخلط هو رجوع القاضية المذكورة لمراجع الفقهاء المصيرين والنقل عنها دون إدراك أن هذه المراجع مبنية على الفقه اللاتيني في حين أن نظامنا القانوني قد تبنى النظام الأنجلو سكسوني في هذا الصدد . وبالختام هذا يرجع إلى غمط تأهيل بعض القانونيين الذين درسوا على يد فقهاء النظام اللاتيني ولم تتح لهم فرصة توسيع مداركهم حول مسائل الاختلاف بين النظام اللاتيني ونظامنا القانوني .

(٤٦) البروفيسور الصديق محمد الأمين الضير - تعقيب على بحث المسئولية الجنائية للمصارف التجارية بصفتها شخصيات اعتبارية

للدكتور أحمد علي عبدالله - القسطاس - العدد الثالث - ديسمبر ١٩٩٧ م - ص ٣٢ .

(٤٧) د. صوفي حسين أبو طالب - تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية - الطبعة الرابعة - ١٩٩٥ م - دار النهضة العربية - القاهرة

- ص ٣٢٤ .

(٤٨) حكومة السودان ضد مريم محمد عبد الله

(م ع/م ك/٢١/١٤٠٥ هـ)

(مكرر م ع/حدي/١٤٠٥ هـ)

ص ٩٧ مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥ م .

(٤٩) حسن أحمد علي الحمادي - المرجع السابق - ص ٣٤١

(٥٠) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥ م - ص ١٣٩

حكومة السودان ضد الأمين سعيد أم دبكة

م ع/ف ج/٣١/١٤٠٦ هـ

(٥١) مثلاً الحكم الصادر في : حكومة السودان ضد ملويل داك م ع / ف ج / ٤٧٠ / ١٩٩١ مجلة الأحكام القضائية السودانية

١٩٩١ ص ٧٠

(٥٢) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨ م - ص ١٨٦

حكومة السودان ضد الحاجة الحسين سليمان

م/ع/ك/١٤٠٦/١٤هـ

(٥٣) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥م - ص ٩١

حكومة السودان ضد مريم محمد عبد الله (سبق الإشارة إليها) .

(٥٤) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م - ص ١٠٥

حكومة السودان ضد العوض مركز معالي .

(م/ع/ فحص جنائي/١٩٨٤م)

(مكرر/م/ع/حدي/١٩٨٤م)

(٥٥) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م - ص ٩٩

حكومة السودان ضد أميرة عبد الله أحمد آدم .

(م/ع/ك/١٠٨/١٩٨٤م)

(مكرر/حدي/١٩٨٤م)

(٥٦) د. محمود نجيب حسني - علم العقاب - الطبعة الثانية- ١٩٧٣م - دار النهضة العربية - ٣٩

د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٤١ و ٤٢ على التوالي .

(٥٨) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٤٣ .

(٥٩) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٤٤ .

(٦٠) مثال لذلك مايقوله د. محمود نجيب حسني بعد تقديمه نقداً للعقوبات البدنية القاسية حيث إستدرك قائلاً :-

"هذه الدراسة لاتصدق على النظام العقابي الإسلامي : فعلى الرغم من إعتراف الشريعة الإسلامية بالإعدام والعقوبات البدنية فهي تحد من نطاقها ، فحالات توقيعها كحدود أو قصاص محصورة بنصوص الكتاب والسنة ، وينظم الشارع إجراءات إثبات الجرائم المستوجبة لها في صورة دقيقة تكفل إستبعاد توقيع الحد ما لم يقم على الجريمة دليل قانوني قاطع من إقرار أو شهادة عدد معين من الشهود ، ويقرر "درء الحدود بالشبهات" . ويستهدف الشارع بهذه العقوبات الردع العام ، ويرى أن توقيعها في حالات محدودة جداً كفيل لإبذار الناس كافة بسوء عقوبة الإجماع والتمهيد بذلك لنشوء مجتمع إسلامي فاضل ، ولم تعرف الشريعة "عقوبات مهينة" . ويناقض ذلك الوضع الذي كان سائداً في التشريعات الأوروبية السابقة على الثورة الفرنسية حيث كان مجال الإعدام والعقوبات البدنية والمهينة واسعاً ، وكانت سلطة القاضي بما شبه مطلقة ، وكانت إجراءات تنفيذها بالغة القسوة" .

د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٤٩

وبالطبع التناقض في هذه المقارنة واضح وصريح ، فبدلاً من أن يقارن الفقيه الكبير المذكور بين نوع وطبيعة العقوبة في المدرستين (الأوربية قبل الثورة الفرنسية والشريعة الإسلامية) ، فإنه يقارن بين نوع العقوبة في المدرسة الأولى ونطاق تطبيقها في المدرسة الثانية وهما أمران مختلفان . والسبب كما ذكرنا هو رغبة هذا الفقيه ومن شابهه في مطابقة فلسفة العقاب ونوع العقوبة في الشريعة الإسلامية مع نظام فقه العقاب الجديد وهو أمر مستحيل . فالواضح وبإقرار الفقيه المذكور أن العقوبات البدنية وعقوبة الإعدام هي واحدة في المدرستين ، أي أن نوع العقاب واحد وإن اختلف مجال تطبيقه . وما يؤكد العقوبة وتماثلها من حيث النوع هو سؤال هؤلاء الفقهاء عن ماهية العقوبة القاسية والمهينة . هذا بالحثم يؤكد أن مثل هذا الدفاع عن الشريعة الإسلامية باتس وبجاف للحقيقة ، وهو لا يضيف لها شيئاً أن لم ينتقص منها . وهو يؤكد أن الشريعة الإسلامية لا يمكن أن تطابق معايير فلسفتها العقابية مع الفلسفة العقابية الأوروبية الوضعية ، وذلك لإختلاف المصادر وإختلاف الأهداف ، وهذا هو مناط وسبيل من يريد الدفاع عن الشريعة الإسلامية .

(٦١) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨م - ص ٣١٧

أحمد جعفر حامد - ملاحظات في مشروع القانون الجنائي الإسلامي

ويقول رئيس القضاء الأسبق فؤاد الأمين عبد الرحمن مايلى :- "وعليه أرى أن العقوبة الشرعية لجريمة الزاني المحصن هي الرجم طبقاً لرأي جمهور الفقهاء من المسلمين ، ويجب تفسير لفظ الإعدام الوارد في المادة ٣١٨ (١) بأنها تعني الإعدام رجماً حتى الموت

إستصحباً على أن المشرع لم يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية وأنه يجب تفسير هذه العبارة بما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء بما أن المادة ٦٤ (١) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م نصت في الفقرة (ب) منها أنه من العقوبات التي يجوز للمحكمة توقيها الرجم وكما هو معلوم فقهاً أن الرجم لا يوقع إلا على حد الزنا عندما يكون الزاني محصناً بمعنى آخر ان الشارع الحكيم لم يفرض الرجم كعقوبة في أي جريمة سوى الزنا . أضف إلى ذلك أن مناصت عليه المادة ٤٣٠ (٢) بأن توقع عقوبة الزنا وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، ينطبق عليها ما أوردناه سالفاً عن المادة ٣١٨ (١) وأن العقوبة للزاني المحصن هي الرجم وفق أحكام الشريعة الإسلامية"

- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥م - ص ١٠١
- حكومة السودان ضد مريم محمد عبد الله (سبق الإشارة إليها)
- (٦٢) أحمد محمد عثمان قاضي - مشكلات السياسة العقابية في السودان .
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٠م - ص ٢٠٤ و ٢٠٥ على التوالي .
- (٦٣) حكومة السودان ضد كرار فضل على وآخرين
- م ع/ف ج/٧٩/١٩٨٧م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨م - ص ١٧٧
- (٦٤) أحمد جعفر حامد - المرجع السابق - ص ٣١٤ .
- (٦٥) أحمد جعفر حامد - المرجع السابق - ص ٣١٤ .
- (٦٦) أحمد جعفر حامد - المرجع السابق - ص ٣١٥ .
- (٦٧) حكومة السودان ضد موسى باشا هبيلا
- (م ع/لخص/جناي/٦٢/١٩٨٤م)
- (مكرر/احدي/٢٠/١٩٨٤م)
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م - ص ٩٦
- (٦٨) حسن ساني السيد - مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م - ص ١٤٦
- حكومة السودان ضد جون البتو يوث
- م أ/أ س ح/٤٦١/١٩٨٤م
- (٦٩) علي يوسف الولي - مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٧م - ص ١٤٩ .
- (٧٠) علي يوسف الولي - مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥م - ص ١١٦ .
- (٧١) عبيد قسم الله - مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٧م - ص ١٠٥ .
- (٧٢) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٩م - ص ٨٠
- حكومة السودان ضد عماد أحمد هويللو وآخرين
- م ع/م ك/١٣٩/١٩٨٨م
- (٧٣) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٠ - ص ٦٦
- حكومة السودان ضد (١) أحمد حسن عمر . (٢) آدم أحمد عمر .
- م ع/م ك/٩٥/١٤٠٦هـ
- (٧٤) ن ج كولسون - المرجع السابق - ص ٥٢ و ٥٣ على التوالي .
- (٧٥) ن ج كولسون - المرجع السابق - ص ٥٣ .
- "جاء بالمشور الجنائي ٨٣/٩٤ - إذا أسقط الأولياء حقهم بالعفو أو الصلح يظل الحق الثاني - أي حق الله أو الحق العام - قائماً ويؤخذ من الجاني بالعقوبة التعزيرية سجنًا وجلدًا تأسيساً على ماورد في الفقه المالكي ، يستحب هذا الحكم على عقوبة القتل العمد فيجوز أن تضاف إلى الدية عقوبة السجن تعزيراً"
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٠م - ص ٤٧ .
- حكومة السودان ضد مصطفى سليمان كوتوي

والواضح أن الحق العام لم ينص عليه المشرع صراحةً بل أفحمه رئيس القضاء بمنشور منه وفقاً للسلطات المخولة له بموجب نص المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣ م ، وبالطبع ترك الحق العام لإجتهد رئيس القضاء وعدم وروده في صلب النص العقابي يعزز من الطابع المدني لجريمة القتل . ومن المهم أن ننوه إلى أن رئيس القضاء لم يرتق بالتعزير ليصل القتل كما يقول البروفيسور سراج .

(٧٦) د. عبد الله أحمد النعيم - القانون الجنائي السوداني - المرجع السابق - ص ١١٢ .

يلاحظ أن نص المادة ١٣٢ (٢) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م نصت على جواز معاقبة مرتكب جريمة القتل الخطأ بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات . وفي تقديرنا أن هذا النص لا يغير من الطابع المدني العام للجريمة وذلك لأن العقوبة جوازية وليست وجوبية مما يعني إعلاء شأن الحق الخاص على الحق العام .

(٧٧) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٤ م - ص ٨٦ .

م ع/ق ج/٧٢٩/١٩٩٤ م

(٧٨) محجوب إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ٨٩ .

(٧٩) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤ م - ص ٦٣ .

حكومة السودان ضد جمال محمد حسين

م ع/فحص/ج/٨٤/١١

(٨٠) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨ م - ص ٢١٤ .

حكومة السودان ضد محمد النور وآخر

م ع/ف ج/١٨/١٤٠٧ هـ

(٨١) نفس المرجع في (٨٠) أعلاه - ص ٢١٦

(٨٢) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤ م - ص ٨٨ .

حكومة السودان ضد آدم حسن إسماعيل

(م ع/فحص جنائي/١٧/١٩٨٤ م)

(٨٣) محجوب إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ١١٩ و ١٢٠

(٨٤) محجوب إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ٨٤

(٨٥) محجوب إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ٨٨

(٨٦) محجوب إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ١٢١ و ١٢٢

(٨٧) حسين أحمد أمين - دليل المسلم الحزين إلى مقتضى السلوك في القرن العشرين ودراسات إسلامية أخرى - ١٩٨٧ م - مكتبة مدبولي - ص ٢١٧ .

(٨٨) د. محمد محيي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه - المرجع السابق - ص ٨٦١

(٨٩) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٩ م - ص ١٣٩ و ١٤٠ على التوالي .

حكومة السودان ضد الصادق أحمد عبدالله

م ع/ف ج/١٤٩/١٩٨٩ م

(٩٠) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢ م - ص ١٣٢

حكومة السودان ضد كلثوم خليفة عجينا

م ع/غ/٤٨/١٩٩٢ م

(٩١) محجوب إبراهيم حسن - المرجع السابق - ص ١١٦ و ١١٧ على التوالي .

الباب الرابع

أثر التشريعات الإسلامية على القوانين الخاصة والإجرائية

الباب الرابع

أثر التشريعات الإسلامية على القوانين الخاصة والإجرائية

مقدمة :-

في هذا الباب سوف نتوفر على مناقشة أثر التشريعات الإسلامية على القوانين الخاصة والإجرائية . ونحن نعى بالقوانين الخاصة هنا بالأساس قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م بوصفه أول قانون ينظم العلاقات المدنية عبر التقنين ، ومعه نعالج قانون الإثبات وكذلك قانون الإجراءات المدنية والجنائية لسنة ١٩٨٣م بالإضافة لقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م . وقد يقول قائل أن تجميع هذه المواد معاً لا يجوز لعدم وجود رابط بينها . لذا يجدر بنا أن ننوه إلى أن هنالك رابط مباشر وقوى بينها ، فقانون الإثبات المبني على الوحدة حيث لا يعرف قانوننا ونظامنا نظرية لإزدواج الإثبات ، ذو صلة وثيقة الأصل بقانون المعاملات المدنية ومثله بالحثم قانون الإجراءات المدنية . أما قانون الإجراءات الجنائية فهو ليس بعيد عن القوانين المذكورة من ناحيتين :- أولاًهما أن هذا القانون يشكل جزءاً لا يتجزأ مما عرف بـ (**ADJECTIVAL LAWS**) وهي تشمل القوانين الإجرائية وقوانين الإثبات وغالباً ما تكون قواعد الإثبات موزعة بين القوانين الإجرائية والجنائية والمدنية في بعض الأنظمة ، وثانيتهما أن القانون ينظم الاجراءات الجنائية لتنفيذ القانون العقابي الذي انبثق تاريخياً من قانون المسؤولية التقصيرية وقواعده عالجها قانون المعاملات المدنية بالحثم حيث أن فعلاً واحداً من الممكن أن يشكل جريمة وفي نفس الوقت يكون أساساً لقيام المسؤولية التقصيرية .

فوق ذلك كله اقتضت ضرورة البحث جمع هذه القوانين معاً عند الدراسة لاستحالة إهمالها لما لها من أثر على نظامنا القانوني ، ولاستحالة تضمينها مع قوانين أخرى مراعاةً لتماسك الدراسة وللإختلاف بين هذه القوانين والتشريعات التي تم مناقشتها من ناحية أخرى . لذلك سوف نبدأ دراستنا بمناقشة قانون المعاملات المدنية أولاً ومن ثم نتقل لمناقشة قانون الإثبات ثانياً وبعده نناقش قانون الإجراءات المدنية ومن ثم نناقش قانون الإجراءات الجنائية لنخلص إلى خلاصة عامة توضح أثر هذه التشريعات الإسلامية على نظامنا القانوني .

الفصل الاول

أثر التشريعات الاسلامية على القوانين الخاصة

المبحث الاول :-

قانون المعاملات المدنية وما استحدثته من أحكام :-

سبق وأن أوضحنا في الابواب السابقة ، ان القانون المدني السوداني يعتمد بصفة جوهرية على المحاكم كصانعة للقانون وفقاً للسلطة الممنوحة لها بموجب قانون القضاء المدني وقوانين الاجراءات المدنية اللاحقة . كذلك أوضحنا أن المحاكم تواضعت على اعتبار القانون الانجليزي وقواعده مطابقة للعدالة والانصاف والوجدان السليم بعد مراوحة بين الانظمة القانونية لربع قرن خلال الفترة الاستعمارية . وبالرغم من ذلك اجتهدت محاكمنا في سبيل توطين مبادئ القانون الانجليزي ورفض ما لا يتواءم مع قيمنا وأعرافنا ومفهومنا للعدالة ، بحيث يمكن أن نقول بأنها والى حد كبير قامت بسودنة تلك المبادئ .

ثم تلت تلك الحقبة حقبة اخرى تميزت بصراع بين ثقافتين وانحصر جوهر الصراع حول ضرورة وضع نهاية للقانون الاجنبي وتبني التشريعات العربية . وبصفة عاجلة أحضرت لجنة من كبار المستشارين المصريين طعمت بنفر قليل من القضاة السودانيين وفي فترة وجيزة فرغت اللجنة من عملها وكان ذلك إيذاناً بميلاد القانون المدني لسنة ١٩٧١م والذي لم يخرج في مضمونه عما نصت عليه معظم القوانين العربية وعلى رأسها قوانين جمهورية مصر العربية . واستمر سريانه لعامين ما لبث بعدها أن احتدم الصراع مرة اخرى وانتهى الامر بالغاء ذلك القانون الوليد ورجع العمل بالقانون الانجليزي في شأن المعاملات المدنية بالاضافة للسوابق القضائية السودانية واستمر الحال حتى ١٩٨٤م حيث ولد قانون المعاملات المدنية والذي هو القانون المطبق حالياً.

وقد صدر في سرعة متناهية وبلا مقدمات له ، دون مشاركة من الاجهزة العدلية المختلفة وكان مولوداً مهجناً مبتوراً مضطرباً وغير متجانس في الكثير من مواده مفتقراً الى المذكرة التفسيرية لنصوصه . وقد تبين أن قانون ١٩٨٤م قد استقيت معظم مواده من القانون المدني لسنة ١٩٧١م الملغي ، بل أن ارتكازه عليه قد يصل الى ٧٥% وذلك بعد التحوير والتغيير .

أما ما تبقى من مواد فقد اخذت من القانون الاردني بصفة أساسية ، والقانون الليبي بنسبة متواضعة دون توضيح من واضعيه للأسباب التي أدت الى عدم الأخذ بالنسبة المتبقية ولم إستعاضوا عنها بالمواد الاردنية^١ .

وتجدر الاشارة البانه بعد إلغاء القانون المدني لسنة ١٩٧١م ، قام المشرع بإصدار قوانين للبيع والعقود والوكالة في العام ١٩٧٤م ، وهي قوانين قصد منها تقنين ما كان عليه العمل بالمحاكم السودانية مع

تصويب ما إستلزم التصويب . لذلك سوف نتمدها مع السوابق اساساً للمقارنة بقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م .

وبادئ ذي بدء نقرر بأننا سوف نكتفي في هذه المقارنة الموجزة ، بتبيين الفوارق الجوهرية المؤثرة على طبيعة النظام القانوني دون الخوض في التفاصيل . وبما أننا لم نجد ما يستحق التنويه إليه في قواعد المسؤولية التقصيرية من فروق أساسية تؤسس لتغيير حقيقي في هذه القواعد ، فإن مقارنتنا سوف تقتصر وبصفة عامة على رصد التغيير في قواعد العقود مع عيوب أخرى حفل بها قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م .

فالناظر لقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م ، لا يجد نظرية عامة بشأن التقادم وهذا من أبرز العيوب التي تميز بها قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م حيث أن التقادم لم يحظ من ذلك المشرع بالاهتمام رغم اشتغال ذلك القانون على أكثر من أربعة وثلاثين مادة تكلمت عن أثر التقادم . في الحقيقة كان الأمر يستوجب إشتغال نصوص قانون ١٩٨٤ م على المبادئ العامة للتقادم وهذا ما درجت عليه القوانين قاطبة .

ثم يتبع ذلك ضرورة النص على سريان ذلك التقادم ، كما يتعين إيراد نصوص توضح سريانه بالنسبة للالتزامات المعلقة على شروط واقفة ونصوص تبين كيفية حساب مدة التقادم حيث درجت كافة القوانين على ذلك . ثم يلي النصوص التي توضح وقف التقادم وانقطاعه والفرق بين ما يعتبر وفقاً وما يعتبر انقطاعاً وأثر الوقف أو الانقطاع ثم معالجة أثر التقادم والتمسك به والتنازل عنه . كل ذلك كان يفترض معالجته فيما لا يقل عن إثني عشر مادة أو أكثر تجاهلها قانون ١٩٨٤ م تماماً ومن ثم يمكن القول بأنه لا وجود لنظرية عامة بشأن التقادم وإنما وُلج المشرع الى سرد نصوص تطبيقية متفرقة ^٢ .

هذه الغيبة لنظرية عامة حول التقادم ، انسحبت على فهم المشرع لأثر التقادم فيما يخص الحياة ، فبالرغم من انه قد الغي قانون التقادم المكسب للملكية والتقادم المسقط لسنة ١٩٢٨ م ، إلا أنه فشل في وضع نصوص تغطي حالة إكتساب الملكية بالتقادم التي كان يغطيها القانون الملغي . فالمادة

(٦٤٩) من قانون المعاملات المدنية التي تصدت للأمر جعلت التقادم مسقطاً للملكية وليس مكسباً لها ، فهي تشكل حماية فقط للحائز من دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضده ، مما يعني أن التقادم يصلح كدفاع فقط في دعوى قائمة ولا يصلح أن يكون أساساً لدعوى مبتدأه بكسب الملكية ولطلب بتغيير السجل وتحويله في اسم الحائز . وهذا مؤداه ان المالك المسجل يظل مالكا له سلطة التصرف في عقاره وبيعه أو التصرف فيه تصرفات التبرع لمن يشاء . وبالطبع لم يعالج القانون الوضع الذي سوف ينشأ عند المنازعة بين الحائز والمالك الجديد . هذا العيب تصدت له محاكمنا بالتوضيح في بعض الجوانب وناقشه باقتدار البروفيسور محمد الشيخ عمر في بحثه الخاص بقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م المنشور بمجلة الاحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٩٧ م .

ولعلنا نصيب اذا قلنا بأن الخلط بشأن الملكية لم يقتصر على اكتسابها بالتقادم فقط ، بل امتد الى تعريفها والميزة بينها وبين الانتفاع . فالمادة ٥٦٠ (٣) من قانون المعاملات المدنية ، ساوت بين المنفعة المسجلة والملك المسجل .

وحقيقة الأمر أن الملك ليس كالمنفعة ولا مساوياً لها بل الملك أعلى درجة من المنفعة . الملك تتبعه المنفعة وهي حق ينشأ منه والمنفعة لا يتبعها الملك . المالك يستطيع أن يتصرف في العين وليس لصاحب المنفعة هذا الحق وهو تصرف له قيمته . والتصرف في المنفعة ليس له قيمة ، كما قرر نفس الكاتب أو المشرع في المادة ٥٦٩ ... أنه قرر ان الملك له قيمة والمنفعة ليس لها قيمة في حالة التصرف للغير . وفرق آخر بين الاثنين أن صاحب المنفعة يوجد من خلفه المالك الذي يضع على كاهله كثيراً أو قليلاً من الإلتزامات أو القيود التي غالباً ما تحد من حقه في الاستغلال والانتفاع أو التصرف ولا يرد هذا في حق المالك ٣ .

ولانغالي اذا قلنا بأن الخلط في المفاهيم قد طال أموراً أخرى غير الملكية . فالباب السابع من قانون المعاملات المدنية مثلاً ، نص على الشراكة في الشريعة الاسلامية والحققها بالمفهوم الحديث للشركة ، وتناسى الفروق الجوهرية بين نظام الشركات المعمول به بالسودان ومفهوم الشركة في الشريعة الاسلامية والقانون اللاتيني . فالشريعة الاسلامية لم تعرف في تاريخها الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخصية الاعتبارية المنفصلة عن المساهمين فيها . أما قانون الشركات لسنة ١٩٢٥م المأخوذ عن الفقه والقانون الانجليزين ، فقوامه هو القواعد التي تحكم الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تتميز بسمعة الإستمرارية . وتبنى المشرع لتعريف الشركة في المادة ٢٤٦ على أنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، يجعل التعريف تعريفاً خاصاً بالشركات Partnerships وفقاً لثرائنا القانوني ولايصح ان يعتبر تعريفاً للشركة Company . وذلك لأن أهم خواص الشركة هو عنصر المسؤولية المحدودة Limited Liability مع عنصر الاستمرارية Perpetuality . وبالنظر إلى المواد الواردة بالبواب المنوه عنه ، نجد أن المادة ٢٥٢ (٤) تلزم الشريك بمديونية الشركة مما يعني إستحالة الحديث عن مسؤولية محدودة ، أما المادة ٢٥٣ (١) في الفقرة (ج) منها فتتحدث عن إنقضاء الشركة بموت احد الشركاء أو جنونه أو إفلاسه أو الحجر عليه ، مما يعني استحالة الحديث عن الاستمرارية . وهذا التناقض الواضح بين أحكام هذا القانون وأحكام قانون الشركات لسنة ١٩٢٥م ، لايمكن معالجته وفقاً لنص المادة ٨١٩ من القانون . وذلك لان تلك المادة تنص على ما يلي : - " تراعي القوانين الخاصة وتقدم عليها المبادئ الاساسية وأحكام هذا القانون حيث ينص على ذلك " وهذا يعني ببساطة اخراج الشركات مجملها عن نطاق هذه المواد الواردة بالبواب السابع ، أو ان هذا النص يعني تطبيق قانون الشركات لسنة ١٩٢٥م على الشركات وعدم تطبيق المواد الخاصة بالشركة في قانون المعاملات المدنية لأنها لم تشتمل على نص يُعطي من مبادئها على أحكام القانون الخاص . ومفاد ذلك أن هذه النصوص الواردة بالبواب السابع يجب أن تطبق فقط على الشراكات مع استحالة تطبيقها على الشركات . وطالما أن

الامر كذلك ، كان على المشرع قصر هذا الباب على الشراكات فقط . ولكن المشرع قام باجازه الاتفاق على استمرارية الشركة مما يوحي بأن أمر الإستمرارية خاضع لإتفاق الأطراف وليس أمراً مرتبطاً بطبيعة الشخص الاعتباري قانوناً .

قصارى القول ان المشرع خلط خلطاً بيناً بين الشركة والشراكة ، وحتى لو أننا طبقنا قواعده الماثلة على الشراكات فقط فإننا لامناص واصلين إلى نتائج لاسابقة لها فنظامنا القانوني كإعطاء الشراكة شخصية اعتبارية إذا تم تسجيلها وفقاً للمادة ٢٤٧ بل حتى قبل أن يتم ذلك التسجيل . ويقيناً أن هذا الخلط نشأ عن النقل بدون تمحيص أو مقارنة ، من قوانين اعتمدت الفقه اللاتيني القريب من الشريعة الإسلامية في المعاملات أساساً لقوانينها كالاردن وليبيا ومصر . فالنظام اللاتيني لا يفرق بين الشركة والشراكة بل يعاملها جميعاً على أنها شركات لها شخصية اعتبارية لا تمنع من ملاحقة الشركاء في أموالهم الخاصة اذا كانت الشركات شركات أشخاص . إذ أن النظام المذكور يقسم الشركات لشركات أموال (وهى الشركات التى يعرفها القانون الانجليزي) ، وشركات أشخاص وتقابل الشراكات في النظام الانجلوسكسوني . وبما أن هذا الدمج لا يصلح في ظل وجود قانون الشركات لسنة ١٩٢٥م ، كان الأجدر بمشرع قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤م أن يكتفي بتقنين أحكام الشراكات التى لم يسبق تقنين قواعدها الموضوعية ، حيث تم الإكتفاء بسن قانون إجرائي لتسجيلها هو قانون تسجيل الشراكات لسنة ١٩٣٣م .

وبالطبع لم يقتصر أثر التأثير بالقوانين ذات الأصل اللاتيني على ما تم تقنيه بالنصوص ، بل إنسحب الأثر على المفاهيم الناشئة عن نظرية الإلتزام في الفقه اللاتيني وتقسيمها لمصادر الإلتزام وما يترتب على ذلك التقسيم . فالمعلوم أن النظام الانجلوسكسوني يتبنى إمكانية الاختيار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في حال شكل الخطأ المدني أساساً للمسؤوليتين . وبلا مرأ كان الاتجاه السائد للمحاكم السودانية قبل صدور قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م ، هو السماح بهذا الاختيار . إذ ليس هنالك ما يمنع قانوناً الشخص المضرور بسبب الإخلال بالعقد من المطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية^٤ . ودعوى التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد يمكن أن تؤسس على الإخلال بالعقد والمسؤولية التقصيرية معاً^٥ . ولكن هذا الاتجاه تغير بصورة جذرية بعد صدور قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م ، حيث تم تبني موقف يمنع الاختيار ويؤسس لسيادة موقف الراضين لنظرية الخيرة في الفقه اللاتيني . فالقاعدة الآن هى اذا كانت هناك علاقة تعاقدية محددة بأطرافها وشروطها ونطاقها وكان الضرر الذي اصاب احد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتفيذ العقد ، فإنه يتعين تطبيق أحكام العقد واللوائح المكملة له ولا يجوز الاخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية ، لان الأخذ بها يعتبر إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه^٦ . وكذلك لوجود فروق بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية فإنه ليس من المقبول الجمع بين المسؤوليتين في دعوى واحدة

وذلك لأن السماح بمثل هذا الجمع يعني تمكين المدعي بالأخذ بما يختاره من خصائص كل مسئولية ، وهذا لا يجوز ، ففي حالة وجود عقد يكون الإلتزام في الحدود التي رسمها هذا العقد وليس للمتعاقد أن يلجأ الى المسئولية التقصيرية . أما إذا كان الإلتزام من النوع الذي يفرضه كل من العقد والقانون فيكون للطرف المتضرر الخيار في أن يختار أحدهما ^٧ .

وبالحتم الأمر ليس خلافاً نظرياً بل هو ذو أثر حاسم في تكييف المسئولية والأضرار الواجب التعويض عنها . وذلك لأن الضرر القابل للتعويض في المسئولية العقدية ، هو الضرر المنظور حدوثه أو المتوقع حدوثه عند إبرام العقد (Foreseeable At The Time Of Conclusion Of Contract) في حين أن كل الأضرار الناشئة عن الفعل الضار قابلة للتعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . وإستناداً الى ذلك منع الجمع بين المسئوليتين أو الاختيار بينهما ، يعني استحالة تعويض الأضرار التي تنشأ عن تصرف يتم خلال تنفيذ العقد يؤدي إلى خرق العقد من أحد الأطراف . ومثال ذلك أن يقوم رب العمل بالإتفاق مع المقاول على تشييد مجمع سكني ، وبعد أن يبدأ الأخير في التنفيذ يقوم رب العمل بتأخير المجمع المذكور لجهة ما موعولاً على أن المقاول سوف ينتهي في الوقت المتفق عليه تعاقدياً . في حالة تأخر المقاول في إنجاز العمل فإن رب العمل سوف يفشل حتماً في تسليم الموقع للمستأجر وبالتالي يفقد الاجرة وربما توقع عليه شروط جزائية ان وجدت . وبالتأكيد سوف يكون للمقاول كل الحق في تقديم دفاع يبنني على ان الأضرار المترتبة على عقد الايجار لم تكن منظورة عند توقيع عقد المقاولة وبالتالي مسئوليته عن خرق عقد المقاولة لاتشمل الأضرار الناشئة عن خرق رب العمل لعقد الإيجارة . مثل هذه الأحوال بكل تأكيد تلزم الاخذ بمبدأ عملي وأكثر مرونة قد يكون هو الاخذ بمبدأ الخيرة على سبيل الاستثناء في حال أن رفضه يقود الى اجهاض بيّن للعدالة . ولعلنا نصيب اذا قلنا بأن تبني النظام الأنجلوسكسوني لنظرية الخيرة سببه بالأساس النزعة العملية ، في حين أن النظام اللاتيني تبني رفض هذه النظرية نتيجة لنزعة تعلي من شأن التقنين والمساهمات الفقهية المولعة بالتقسيم وإثبات التباين بين مصادر الإلتزام .

ولاشك في أن الخلط البين وسوء إستخدام المصطلح القانوني ، لم يكونا فقط السمة المميزة لقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م ، فالقانون المذكور تمتع بسمات عديدة لعل أهمها هو إعلاؤه لمبدأ حرية الإرادة ،حيث نصت المادة ٥ (ث) على أن العقد شريعة المتعاقدين . والملاحظ في هذا الصدد أنه لا توجد نظرية عامة للعقد في أى من المراجع التقليدية للشريعة وانما عرضت لها بعض المؤلفات بطريقة عرضية . وقد إستخدم القرآن الكريم إصطلاح (عقدة) للتعبير عن العلاقة الزوجية (عقدة النكاح) ويقابل إصطلاح (عقدة) الاصطلاح اللاتيني (Contractum) .

واطلقت المؤلفات التقليدية إصطلاح (العقد) على العمليات المختلفة التي تتم بين الأفراد بما فيها كل التصرفات القانونية ، ولكن هذا الاصطلاح كان غالباً ما يستعمل للدلالة على التصرف المزمع للجانبين باعتباره رابطة بين تعبيرين متوافقين على الإرادة ^٨ .

والإعلاء من شأن حرية الإرادة يبدو جلياً ، إذا أخذنا في الاعتبار أن المادة ٢ (ز) قد ألغت قانون تقييد الإيجارات لسنة ١٩٨٣ م . وبالرجوع للمواد التي قننت أحكام الإيجارة بالقانون [المواد من (٢٩٥ : ٣٢١ شاملة)] ، نجد أنها لم تتجاوز إرادة المتعاقدين بحيث أصبح إنتهاء مدة الإيجارة مثلاً سبباً لإخلاء المستأجر . والمعلوم ان تقرير الحرية المطلقة للعقود يعتبر بمثابة منح ترخيص بالسلب والنهب للقرصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الإستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم ، فالإردة ليس لها أن تنشئ التزامات إلا بالقدر الذي يتفق مع تحقيق العدالة وإذا كان لا يجوز للإرادة بلا معقب ولا رقيب أن تنشئ العلاقات القانونية فيجب على الأقل أن تكون لها القدرة على إنشاء هذه العلاقة في حدود القانون ^٩ . هذا على حد قول أهرنج ، وهو يمثل أساساً فلسفياً لسن القوانين التدخلية التي ترفع من القدرة التفاوضية لأحد طرفي العقد وتمنع من استغلاله وأهم نماذجها قوانين العمل وإيجار الأماكن . وبالرغم من التعقيدات الاجتماعية التي تنشأ من ترك أحكام الإيجار لحرية ارادة المتعاقدين Freedom Of Contract ، إلا ان مشروع قانون المعاملات جاء في اتساق تام مع القاعدة الاصولية (العقد شرعية المتعاقدين) . وبالطبع كان الركون الى هذه القاعدة هو السمة العامة للقانون فيما عدا عقد العمل الذي إستثنى من تطبيق احكامه العمال الخاضعين لقانون علاقات العمل الفردية لسنة ١٩٨١ م وفقاً لنص المادة ٤١٥ (٢) .

أيضاً غلبت على قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م ، نزعة عامة بتغليب حقوق الأفراد على مبدأ استقرار التعامل . ويبدو ذلك جلياً إذا نظرنا الى المواد ١١٥ ، ١١٦ من القانون ، التي قننت النظرية العامة للصورية في العقود . والمعلوم أن قانون العقد السوداني لسنة ١٩٧٤ م مثله مثل الممارسة القضائية السابقة ، قد تبني موقف القانون الانجليزي الذي لايعرف نظرية عامة للصورية حيث يغلب استقرار التعامل على حقوق الافراد عند التعارض حفاظاً على حرية التجارة . وبالرغم من أن القانون السوداني قد عرف بعض تطبيقات صورية التصرفات نقلاً عن القانون الانجليزي مثل قاعدة الإلتزام الحكمي في قانون الاراضي (RESULTING TRUST) ، إلا انه لم يتبن نظرية عامة للصورية طوال تاريخه هذا إذا استثنينا القانون المدني لسنة ١٩٧١ م الذي لم يعمر طويلاً .

كذلك تبدو نزعة تغليب حقوق الأفراد واضحة جلية في قواعد إبطال العقد للجنون . فالقانون السوداني قبل صدور قانون المعاملات المدنية ، كان يشترط لإبطال العقد للجنون ثلاثة شروط هي :- ١. أن يكون المتعاقد مجنوناً . ٢. ان يكون الطرف الاخر عالماً بهذا الجنون . ٣. ان يستفيد الطرف الآخر من هذا الجنون ويستغل المتعاقد بإبرام صفقة غير عادلة . ولكن بصدد قانون المعاملات المدنية

لسنة ١٩٨٤م تبدل الحال الى النقيض تماماً . فالمادة ٥٨ (٢) نصت على مايلي :- " أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون او العته شائعة وقت التعاقد او كان الطرف الآخر على بينة منها " . وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا الموقرة بما يلي :- لا يكون تصرف المجنون قبل تسجيل قرار الحجر عليه باطلاً إلا اذا اثبت ان حالة الجنون او العته كانت شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الاخر على بينة منها ^{١٠} . ويلاحظ ان الاختلاف بين قانون المعاملات المدنية والوضع السابق ، يتمركز في حالة الجنون التي لم يتم في شأنها تسجيل قرار بالحجر . وقطعاً ان الحديث عن شيوع الجنون يعني ان المشرع لا يشترط علم المتعاقد الاخر بهذا الجنون كما انه لا يشترط ان يقوم المتعاقد الاخر باستغلال حالة الجنون حتى يتم القضاء بالبطالان كما كان في السابق . ولسنا في حاجة بالطبع للقول بأن الوضع الجديد مطابق لموقف القانون اللاتيني من المسألة وكذلك موقف الشريعة الاسلامية ، ولكنه مخالف للقانون الانجليزي والقواعد التي استمدتها منه القانون السوداني قبل صدور قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م .

وبما أن قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م لم تصاحبه مذكرة تفسيرية ، يصبح من المتعذر إدراك الاسباب التي دفعت بالمشرع لتبني هذا التحول الكبير . فالإنتقال من فلسفة عامة تغلب إستقرار التعامل على حقوق الأفراد لفلسفة اخرى تغلب حقوق الافراد على استقرار التعامل بصفة عامة وان حاولت الموازنة بينهما أحياناً ، يستلزم قيام المشرع بتوضيح الاسباب التي دفعته لهذا الإنتقال مع توضيح مظاهر إهدار العدالة التي وشى بها الواقع العملي في السابق . وبالرغم من سكوت المشرع المنوه عنه ، الا اننا نستطيع ان نستنتج ان الانتقال والتحول الكبير في فلسفة القانون المدني ، نشأ عن أسباب معتقدة محضة لاعلاقة لها بدراسة القواعد القانونية التي تطبقها المحاكم ومدى تأثيرها على استقرار المجتمع ومدى اقتناع المجتمع بعادتها بإعتبار أن الاقتناع بالقواعد القانونية هو أحد الدلالات الهامة على عدالتها .

وبالطبع لم يقتصر هذا التحول على الصورية وإبطال العقد للجنون ، بل شمل بعض قواعد عقد البيع أيضاً . فالمعلوم أن القانون السوداني عبر سوابقه القضائية في الماضي ، كان يبنى القاعدة الانجليزية المعروفة بـ (Caveat Emptor) وهي قاعدة تقول (على المشتري أن يكون حريصاً) (Let The Buyer Be Aware) . وهذه القاعدة تطبق على بيع البضائع المعينة عندما يكون المشتري قد قام بفحص البضائع وعلم علماً تاماً بحالتها . والعبارة تعني انه يجب على المشتري ان يكون متنبهاً لما يشتريه ^{١١} . وتسرى القاعدة المذكورة على حالات النقص والزيادة في المبيع ، كما تسري على صلاحية المبيع للمتاجرة فيه . وعلى سبيل المثال تقول محكمة الاستئناف الموقرة مايلي :- " في دعوي لإسترداد مبلغ ٨٠٠ جنيه إستناداً الى سند ادني هي متبقى قيمة لوري يعمل بالدليل تم بيعه بواسطة المدعي (المستأنف ضده) للمدعي عليهم (المستأنفين) قام المدعي عليهم بإيداع دعوى فرعية مطالبين بفسخ العقد إستناداً الى :-

- أ. ان ماكينة الديزل من نوع غريب غير معروف بالسودان وقطع غياره غير متاحة حيث قاموا بشراؤه نتيجة لتدليس وغش المدعى المتمثل في إدعائه بأنه يملك ترخيصاً لأستيراد قطع الغيار .
- ب. أن هناك بعض العيوب في اللوري تجعله غير صالح للغرض الذي تم شراؤه من أجله . ولم يتم إثبات الغش .

الحكم :- في حالة بيع بضاعة معينة بين التجار مثل البضاعة المشار اليها القاعدة هي ال (Caveat Emptor)^{١٢} . وهذا يعني انه طالما ان الشخص قد تمكن من فحص البضاعة المعنية ، قد لا يستطيع ان يدعى لاحقاً عدم صلاحيتها للغرض الذي تم شراؤها من أجله . ولسنا في حاجة للقول بأن البضاعة من الممكن أن تكون خالية من العيوب ولكنها أيضاً لاتصلح للغرض الذي يرغب المشتري إستخدامها فيه . ومن النتائج المترتبة على القاعدة المذكورة أعلاه أيضاً أنه لايجوز لمن اشترى بضاعة معينة بالذات أن يدعى لاحقاً بأنها ناقصة من حيث العدد طالما انه قام بفحصها وتم تمكنه من ذلك .

وعلى عكس ذلك تماماً جاء قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م حين نص في المادة ١٩ (د) منه على مايلي :- "كلما كانت الزيادة أو النقص تلزم المشتري أكثر مما اشترى او تفرق عليه الصفقة كان له الخيار في فسخ البيع ما لم يكن المقدار تافهاً ولا يخل بالنقص في مقصود المشتري" . والأمر في غاية الوضوح ، فالنص يقول بحق المشتري في فسخ العقد حال وجود نقص يخل في مقصوده مما يعني ان المشرع قد تبني معكوس قاعدة ال (Caveat Emptor) ونقيضها المباشر . أي أن القاعدة بدلاً من أن تكون على المشتري أن يكون حريصاً أصبحت الآن على البائع أن يكون حريصاً . وذلك لان عدم صلاحية المبيع للغرض الذي تم شراؤه من أجله ، أصبحت سبباً لفسخ العقد حتى وإن كان المشتري قد تم تمكنه من فحص البضاعة فحصاً نافياً للجهالة . وفي هذا إعلاء واضح لحقوق الأفراد على استقرار التعامل وهو أمر يتسق مع الفلسفة العامة للشريعة الإسلامية ويخالف القانون الإنجليزي . ويلاحظ أن النصوص الخاصة بالزيادة والنقص في المبيع ، لا يوجد لها نصوص مقابلة في النظام اللاتيني الأم ولا في الأنظمة التي اخذت عنه كالنظام القانوني المصري . أي أن مشرع قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م حين قام بالنص على هذه المواد ، قد استهدي بفهمه للشريعة الإسلامية مع إستعانة بالقوانين ذات الصلة كمجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني .

وبالرغم من أن السياسة العامة لمشرع قانون المعاملات لسنة ١٩٨٤م هي تغليب حقوق الأفراد على إستقرار التعامل ، إلا أنه ودون مسوغات إنحرف عن هذه السياسة جملة وتفصيلاً وتبني معكوسها تماماً حينما شرع أحكام الغبن . لقد نظم المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية التدليس في المادتين ٦٧ ، ٦٨ منه كعيب من عيوب الرضا يترتب عليه إبطال العقد . ثم عاد مرة أخرى ونظم الغرر والغبن بإعتباره عيباً مستقلاً يؤدي الى فسخ العقد ، وذلك في المواد ٧٢ وما بعدها من هذا القانون .

ومراجعتنا لهذين العيين من عيوب الإدارة من خلال التنظيم الوارد في القانون السوداني ، وجدنا أن التديس هو الغر بعينه وليس من فارق بينهما سوى في اضافة الغبن إلى الغر خلافاً للتديس الذي لا يلزم الغبن لوجوده^{١٣} .

وبالتأكيد أن اشتراط إرتباط الغبن بالغر يعني أن الغبن في غياب الغر لا يصلح سبباً لفسخ العقد . وبالنظر للقوانين الأخرى الماثلة في سياستها العامة ، نجد أن القانون المصري والعراقي مثلاً قد قننا شروط إبطال العقود للإستغلال بصفة عامة دون أن يشترط وجود غر . أما القانون السوداني فقد اشترط أن يكون الغبن الفاحش الذي لحق باحد المتعاقدين مصحوباً بغر وقع من المتعاقد الآخر حتى يمكن فسخ العقد لصالح المغبون . ولم يرد به أى نص يعالج إستغلال احد المتعاقدين لضعف في نفس المتعاقد الآخر مما اوقعه في الغبن طالما أنه لم يغر به . وتركز في ذلك وجه قصوره . فما أكثر حالات الغبن الفاحش التي لاتصطحب بتغير ، بل تنتج عن إستغلال طرف لضعف في إرادة طرف آخر^{١٤} . فالمرشع السوداني حاول أن يقنن أحكام الفقه الإسلامي كما فهمها وكما تيسر له معرفتها . ومع ذلك فإن المرشع السوداني لم يساير الفقه الإسلامي حتى النهاية في خصوص محاربة الغبن في المعاملات ، حيث أنه لم يقنن أحكام هذا الفقه بالنسبة للإستغلال واكتفي فقط بتقنين أحكام الغر والغبن وكان الأولى به أن يقننها جميعاً كما فعل القانون العراقي .

وهذا النقص فأكحام القانون السوداني يجعلها في رأينا غير كافية لإقامة التوازن بين الاداءات العقدية فإذا وجد غبن فاحش في عقد ما ، وتبين أن المتعاقد المغبون قد خلع في قيمة العقود عليه بسبب ما إرتكبه المتعاقد الآخر من إحتيال أو (غرر) ، أمكن للمغبون المطالبة بفسخ العقد طبقاً لأحكام هذا القانون . ولكن لولم يرتكب المتعاقد الآخر إحتيالا (أو غرراً) ، وإنما إستغل فقط حالة ضعف إرادة الطرف المغبون لسبب أو لآخر ، فإن هذا الاخير لن يجد في أحكام القانون السوداني مايسعفه لرفع مالحقه من غبن أو يستند اليه في فسخ العقد ، حينئذ يظل عدم التوازن بين الاداءات العقدية قائماً دون علاج^{١٥} .

وفي تقديرنا ان اشتراط ارتباط الغبن بالتغير غير انه يقرب الفلسفة القائمة على تغليب حقوق الافراد على استقرار التعامل رأساً على عقب ، فإنه يوسع من خطورة إطلاق حرية التعاقد وإنفاذ أحكام الإدارة وهي المبادئ التي تنبأها قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م . وذلك لأن القوانين الشبيهة بهذا القانون والتي تتبنى مبدأ حرية الارادة التعاقدية ، غالباً ما تتبنى نظرية عامة للاستغلال بغرض خلق توازن لا يخل بمبدأ تحقيق العدالة . وعلى سبيل المثال جاءت المادة (١١٥) من القانون المدني لسنة ١٩٧١ م (الملغي) لتقنن النظرية العامة للاستغلال والتي طبقتها المحكمة العليا الموقرة في سابقة ألبرت يوسف بركات ضد أميلي شدياق وأثبتت ماييلي :- إستلغ الطاعن من المطعون ضدها وعلى فترات متباعدة مبالغ بلغت ١١٩٠ جنيهاً ، قبلت المطعون ضدها من الطاعن مبلغ ٢٠٠ جنيه كسوية كاملة ونهائية

للدين . دفعت المطعون ضدها بأنها قبلت تلك التسوية بعد أن عرض عليها الطاعن الزواج واستغل ضعفها عندما شعر بموافقتها المبدئية على الزواج وانتزع منها إتفاق التسوية دون إرادتها على الرغم من علمه بعدم إستطاعته الزواج منها وفقاً لتعاليم ديانته لأنه متزوج .

بما أن المطعون ضدها أرملة في عنفوان شبابها وأن الطاعن يصغرها سنّاً وقد وعدّها بالزواج مع علمه بشغفها للزواج وعلمه بطروفها وبعدم مقدّرتّه على الزواج منها لأن ذلك يخالف تعاليم ديانته فإنه يكون بذلك قد إستغل طبيعتها وهواها وضعفها وعلى ذلك فإن رضاها بالتنازل عن هذا المبلغ الكبير لم يصدر عن اختيار كافٍ^{١٦} .

والواضح ان إستغلال الطيش والهوى الجامح يشكل غبناً وإن لم يصحبه تغيير إذ لم يثبت في السابقة أعلاه ان المرأة لم تكن تعلم أن دين الرجل لا يسمح له بزواجها كما لم يثبت وجود غش . وخلاصة الأمر هي أن عدم تقنين الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة على سبيل الإنفراد أو تقنينه ضمن أحكام الغبن بعد تجريدتها من الغرر ، يعني أن المشرع قد غلب إستقرار التعامل على حقوق الأفراد بإنفاذه للعقد حتى وإن وجد الغبن على حده طالما انه لم يقترن بالتغيير . وهذه مخالفة بينة للسياسة العامة للمشرع لانجدها مبرراً على الاطلاق .

ولاشك في أن مبدأ تغليب حقوق الأفراد على إستقرار التعاقد هو أمر وثيق الصلة بالركن الأساسي في العقد وهو التراضي وبمسألة الإرادة وعبوبها . ولكن قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م احتوى على تحولات أخرى خاصة بالاركان الاخرى للعقد . فالقانون المذكور إشتمل بوضوح كامل على ركن المحل والسبب . وهما ركنان يكملان نظرية العقد لم يكن القانون السوداني يعرفهما بصيغتهما الحالية في السابق . فقانون العقود لسنة ١٩٧٤م مثلاً عرف العقد في المادة (٤) منه ولم يرد بها ذكر للمحل أو السبب بل إشتملت على عناصر الصحة واشترطت وجود مقابل للاتفاق . وهذا الموقف فيه تبني واضح للقانون الإنجليزي . وذلك لأن الإنجليزي لم يستعملوا أبداً فكرة محل العقد للتعبير ، لذا نجد أنفسنا في حيرة لإختيار تعبير خاص بالقانون الإنجليزي . فالإنجليزية بطريقتهم الواقعية يتكلمون عن شروط العقد TERMS OF THE CONTRACT أو مضمون العقد CONTENTS OF THE CONTRACT من ناحية وعن العقود غير المشروعة والمخالفة للنظام العام والآداب من ناحية أخرى . ونعتقد أن هذه الطريقة الواقعية في مواجهة الأشياء أقرب إلى الوضوح^{١٧} .

وقد تكلم قانون العقود السوداني في المادة (٥١) وما بعدها عن الشروط الواردة في العقد . ونص في المادة (٥١) ٢ على أن الشرط الصريح هو الذي يحدده المتعاقدان قولاً أو كتابة ، ومسألة تفسير الشرط الصريح وإثبات ما يجاوزه بالإضافة أو الحذف نظمها المشرع السوداني في المادة ٥٦ عقود بأحكام لا تخرج عما أوضحناه في القانون الإنجليزي . اما تحديد طبيعة المحل ونطاقه فهذه المشاكل لم يتعرض لها القانون السوداني ومن ثم يرجع بنسأنا الى القانون الإنجليزي بإعتباره المصدر المادي^{١٨} .

أما أقصى ما يميز نظرية المقابل الذي هو الثمن المقدم من أحد طرفي العقد لوعده الطرف الآخر ، هو أنه لا يشترط فيه أن يكون معادلاً في القيمة للوعد . كما أنه يشترط فيه أن يكون أما وعد سينفذ في المستقبل Executory ، وأما عملاً أو إمتناع عن عمل أو أى شئ ذي قيمة نفذ Executed بقصد الحصول على وعد الطرف الآخر لذلك لا يعتد بالمقابل السابق للوعد . وأخيراً يجب أن يكون المقابل صادراً من الموعود له . ويجب ان يكون المقابل شيئاً ذا قيمة إقتصادية في نظر القانون ، وهو ما يطلق عليه Valuable Consideration . ولكن ليس متطلباً أن تكون قيمته الاقتصادية معادلة للإلتزام الذي هو ثمناً له . ووفقاً للصيغة الشهيرة " حبة من القمح تكفي " فليس بضروري وفقاً للإصطلاح الإنجليزي ان يكون المقابل معادلاً Adequate . فتقدير تعادل الأداءات من شأن الأطراف وقت إبرام العقد ، وليس للقاضي أي سلطة في ذلك عندما يطلب إليه أن يعطي قوة تنفيذية للعقد . لذلك لا يأخذ القانون الإنجليزي بالقيمة ^{١٩} .

بالرغم من أن السمات المدونة أعلاه هي سمات المقابل في القانون الإنجليزي الذي يعامل العقد على أنه صفقة ناتجة عن مساومة Bargain ، إلا أن القانون السوداني لم يأخذ بما دون تحييص وتطوير يوائم بين وضوحها وإحتياجات الواقع السوداني الفعلية . لذلك فقد أبقى القانون السوداني على فكرة المقابل في العقد غير الشكلي (الشفوي) الى جانب القصد ، بعد ان جردها من عيوبها العملية وجودها فيما يتعلق بكفاية المقابل والمقابل السابق للوعد وفيما يتعلق بضرورة أن يكون الموعود له هو الذي قدم المقابل . كما أنه أخذ بفكرة الثقة والإعتماد Reliance وأعمل الـ Quasi Estoppel لمجازاة العقد الشفوي دون أن يكون مزوداً بمقابل ^{٢٠} . هذا ما اشتملت عليه المواد من ٢٥ الى ٣٠ من قانون العقود لسنة ١٩٧٤ م .

ولكن جهد المشرع السوداني في توطين نظرية المقابل وإزالة العيوب التي ثبتت بالممارسة العملية عنها ، أهدره تماماً مشرع قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م حين تبني نظرية السبب بدلاً عنها . فالقانون المذكور عالج نظرية السبب في المادتين ٨٤ ، ٨٥ منه وجعل من السبب ركناً أصيلاً لتمام صحة العقد في المادة ٨٦ . ولسنا في حاجة للقول بأن فقهاء النظام اللاتيني الذي تبني نظرية السبب منذ نشأته سواء في فرنسا الوطن الأم أم في مصر ، مازالوا في خلاف عميق حول ماهية السبب . ففكرة السبب في حد ذاتها فكرة غامضة عزاهها البعض الى الباعث للتعاقد وهو ما أخذ به المشرع السوداني وعزاها آخرين الى سبب الإلتزام ووصفوها بالإزدواج والتداخل مع الباعث للتعاقد . وفي تقديرنا ان اخذ المشرع السوداني بفكرة السبب برغم تبنيه للنظرية الحديثة في تعريفها ، لايزيل شوائب الغموض عنها ولايوضح الاسباب التي دفعته الى اهدار التراث السوداني وتبني هذه الفكرة المختلف حولها برغم وضوح تراثنا المبني على فكرة عملية هي فكرة المقابل . أيضاً هنا لانجد تفسيراً لهذه النقطة سوي إعتقاد المشرع بأن السبب جزءاً لا يتجزأ من الشريعة الاسلامية التي يجب تبنيها لأسباب معتقدة فقط لاغير .

ويجدر أن ننوه الى أن الإتجاه المعتقدي يبدو جلياً في نص المادة ٤٧٦ التي تتحدث عن تنظيم الأجهزة التي تباشر التأمين حين إشتطرت أن ينظمها قانون خاص يحدد شكلها وكيفية إنشائها وأساليب مباشرتها لنشاطها والإشراف عليها على أن يكون ذلك بما يحقق الاهداف التعاونية للتأمين ولا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشرعية الإسلامية . ويلاحظ على هذا النص أنه لم يعرف الاحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشرعية الإسلامية التي تحدث عنها ، كما انه أهتم بتنظيم الأجهزة التي تباشر التأمين فقط ولم يهتم هو ولا غيره من النصوص التي تعاملت مع عقد التأمين بوضع تصور للتأمين لا يخالف المبادئ الأساسية للشرعية الإسلامية على مستوى موضوعي . فالنصوص اكتفت بوصف عام لعناصر التأمين يصلح أن يكون أساساً للتأمين التعاوني كما يصح أن يكون أساساً للتأمين التجاري أيضاً .

قصارى القول أن قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م برغم أنه قد مثل خطوة في إتجاه وضع أحكام عامة للمعاملات المدنية وهذا أمر إيجابي ، الا انه جاء مليئاً بالثغرات ومهدراً لتراثنا القانوني المتميز عن تراث الدول العربية التي اتخذت من النظام اللاتيني أساساً أو مصدرأ مادياً . حيث إشتمل على خلط في المفاهيم مثلنا له بمفهوم الشركة والشراكة وكذلك الملكية والحيازة ، وأعلى من شأن حرية الإدارة التعاقدية دون النص على ضابط الاستغلال لايجاد تكافؤ بين الارادات . كذلك غيّر الفلسفة العامة للمعاملات بحيث أصبح المبدأ الأساسي هو حماية حقوق الأفراد وتقديمها على إستقرار التعامل . ولم يتمكن من السير في هذا الطريق الى ثمانية المنطقية حين عكس القاعدة بإشتراطه لوجود غرر حتى تنفذ أحكام الغبن الفاحش . وانتقل من نظرية المقابل المعدلة لتبني نظرية السبب كما أوغل في الإنتقال بتبني ركن المحل وإبرازه في مقابل الموقف العملي السابق الذي يركز على محتوى العقد وشروطه . برغم كل ذلك والكثير غيره إلا أننا لانقف مع الأصوات التي تنادي بإلغاء هذا القانون ، بل أننا ننادي بتعديله بالاستعانة بتراثنا القانوني الغني وإسقاط الأحكام والقواعد المبهمة الواردة به .

المبحث الثاني

الإثبات بين الثبات والتحول

لاشك في أن تقنين قانون الإثبات في العام ١٩٨٣م يعتبر من حيث الشكل خطوة متقدمة سمحت لاول مرة في تاريخ السودان بجمع مواد الإثبات في قانون واحد . وذلك لأن القانون السوداني برغم عدم معرفته لتوزيع أحكام الإثبات استناداً الى طبيعة النزاع مدنياً كان أم جنائياً ومفارقته لمفهوم الإزدواج تمسكاً بالوحدة ، إلا أنه لم يعرف تشريعاً موحداً لأحكام الإثبات قبل هذا القانون . حيث توزعت

أحكام الإثبات بين قانوني الإجراءات المدنية والجناائية لسنة ١٩٧٤م وبقي مصدر معظم هذه الأحكام متمثلاً في السوابق القضائية .

وبكل تأكيد لم يكن المشرع عند سن القانون المذكور مهتماً فقط بتجميع أحكام الاثبات ، بل كان هدفه الأول موضوعي وهو مواكبة التحول التشريعي الكبير في أحكام القوانين الموضوعية العقابية والمدنية والذي تعرضنا له فيما سبق من أوراق هذا البحث . لذلك وحتى نستطيع إعطاء فكرة حقيقية لمدى التحول الذي حدث ، لا بد من ان نعود الى التقسيم الأولي لطبيعة نظام الإثبات والذي يقوم على مدى سلطة القاضي في قبول وتقدير الأدلة بعيداً عن تدخل المشرع . فالمعلوم أن أنظمة الاثبات تنقسم الى ثلاث أنظمة هي :- نظام الادلة القانونية ونظام الاثبات الحر ونظام الإثبات المختلط ، هذا فيما يخص الاثبات الجنائي بالنسبة للدول التي تعرف إزدواج الاثبات . وهذه الانظمة يمكن تعريفها بإيجاز فيما يلي :-

نظام الأدلة القانونية :-

يقوم نظام الادلة القانونية على أساس أن المشرع هو الذي يحدد للقاضي سلفاً الادلة التي يجب أن يستند إليها ، أو قد يشترط توافر دليل معين ، او يضيف شروطاً للدليل الذي يحكم بناءاً عليه بعقوبة معينة ، فيقيّد حرية القاضي في الاقتناع ، ويجبره عند توافر الدليل المحدد أن يحكم بالإدانة ، وان لم يكن مقتنعاً بصحة الواقعة . فالمشرع في هذا النظام يكون قد حدد له وسيلة الاقتناع بصحة الاسناد او عدم صحته ، بصرف النظر عن حقيقة الواقعة او اختلاف ظروف الدعوى ، فلا يتعدى دور القاضي في هذا النظام عن مراعاة تطبيق القانون من حيث توافر ظروفه أو شروطه . فإن لم تتوافر لزمه أن يحكم بالبراءة ، دون ان يكون له حق التدخل في إثبات التهمة بادلة اخرى ، لو كان مقتنعاً بأن المتهم مسؤولاً عن الجريمة المسندة اليه . وهو ما يعبر عنه القول المشهور " مقتنع كقاضي ، وغير مقتنع كأنسان " .

نظام الإثبات الحر :-

نظام الإثبات الحر ، أو الإثبات المطلق ، أو نظام الأدلة الادبية ، أو الاثبات المعنوي ، او الاقتناع القضائي ، جميعها أسماء تطلق على النظام الذي يعطي للقضاء سلطة قبول جميع الادلة التي تطرح في الدعوى ، وسلطة تقديرها بحرية ، ثم استخلاص قناعته الشخصية منها . وأساس هذا النظام يقوم على فكرة تخلي المشرع عن الدور الذي يقوم به في نظام الادلة القانونية ، وأن يترك للقاضي حرية قبول الادلة المطروحة عليه ، وحرية تقديرها والوصول الى القيمة الاقتناعية لكل منها ، او كلها مجتمعة . فإن تمكن من التيقن بإسناد الجرم الى المتهم حكم بإدانته ، وان لم يتيقن حكم بالبراءة ، دون التقيد بأي سلطان سوى سلطان الضمير .

إلا أن مبدأ الحرية الذي يتمتع به القاضي في هذا النظام ، يجب ألا يفهم منه أن القاضي له مطلق الحرية في الوصول الى الدليل ، واستخلاص القناعة منه ، الي الحد الذي يمكن أن يجعل الاثبات خاضعاً لمحض

تصوراته وتحميناته الشخصية المخالفة للواقع . وإنما يجب عليه أن يمارس هذه الحرية ضمن قواعد قانونية معتبرة تحدد له كيفية استخلاص القناعة ، بصورة لا تخرجه عما يقتضيه العقل والمنطق السليم وتحت رقابة محكمة التمييز .

نظام الاثبات المختلط :-

يقصد بالنظام المختلط النظام الذي يجمع بين الاثبات المقيد والاثبات الحر ، فلا يأخذ بالحرية المطلقة ، ولا بالتقيد الكامل ، وإنما يجعل لكل منهما مجالاً في الاثبات . وتتفاوت القوانين في الأخذ من النظامين ، وفي طريقة الجمع بينهما من قانون لآخر ، فقد يأتي الخلط من حيث الاخذ بالنظامين على التساوى كالمشروع الذي اقترحه روبسبير Robspiere في الجمعية التأسيسية الفرنسية سنة ١٧٩١ ، والذي يذهب الى انه لا يحكم بإدانة المتهم إذا لم تقم عليه الادلة التي حددها القانون . وانه لا يحكم بإدانة مع قيام الادلة القانونية اذا لم تتحقق قناعة القاضي . أى لابد من التوفيق بين قناعة القانون وقناعة القاضي وقد نعى على هذا النظام مراعاته مصلحة المتهم ، للدرجة التي تخل بالتوازن المطلوب بينها وبين مصلحة المجتمع . بمعنى انه اذا لم يوجد الدليل القانوني ، لا يجوز الحكم بإدانة المتهم ولو كان هناك دليل آخر إقنع به القاضي ^{٢١} .

ولعله من نافلة القول ان القانون السوداني قبل تشريع قانون الاثبات لسنة ١٩٨٣م قد تبني نظام الاثبات الحر نقلاً عن القانون الانجليزي . فالمعلوم أن التشريعات الانجلوسكسونية والتشريعات المتأثرة بنظام القانون العام ، قد اخذت نظام الاثبات الحر عن القانون الانجليزي الذي يعتبر أول قانون يأخذ بهذا النظام قبل ان يصبح نظاماً سائداً على مستوى العالم . وذلك لان النظم المتأثرة بالنظام اللاتيني بما فيها فرنسا ، راوحت بين نظام الادلة القانونية ونظام الاثبات المختلط لفترة طويلة من الزمن . ففرنسا مثلاً لم تعرف نظام الاثبات الحر إلا بعد الثورة الفرنسية حيث لم يتم إدخال هذا النظام إلا بموجب التشريع الذي سنته الجمعية التأسيسية في ١٨ يناير سنة ١٧٩١م حين وافقت على إدخال نظام المحلفين.

ولكن بصدد قانون الاثبات لسنة ١٩٨٣م ، حدث تحول مهم وأساسي في موقف المشرع السوداني الذي لم يكتف بمجرد تجميع أحكام الاثبات ، بل احدث تغييراً جوهرياً في إثبات العديد من الجرائم متأثراً في ذلك بالفقه الإسلامي وتصوراته حيث تاخذ الشريعة الغراء في جرائم الحدود والقصاص بنظام الادلة القانونية ، اما في جرائم التعزير فيمكن القول إن المبدأ هو حرية الاثبات وحرية القاضي في الاقتناع.

وتثبت جرائم الحدود والقصاص بالبينة أو الإقرار . أما البينة فتقوم فيما عدا الزنا بشهادة شاهدين ولا يؤخذ بأقوال الجنى عليه بصفته شاهداً ، ولا بالشهادة السماعية ولا باليمين ولا بشهادة النساء . أما الإقرار أو الاعتراف فقد اختلف في شأنه من حيث التكرار والراجح وجوب تكراره بقدر عدد الشهود .

أما فيما يتعلق بجرائم التعزير فالظاهر ان إثباتها يخلو من الشكلية فلا يتقيد بقيد ، فيجوز أن يثبت بشهادة واحدة او بنكول المتهم عن أداء اليمين^{٢٢} .

ويتضح هذا التأثير بجلاء عند النظر للفصل الثاني عشر من القانون وعنوانه " البينة في الحدود " وبالتحديد عند النظر للمواد ٧٧ ، ٧٨ . فالأولى قننت قواعد إثبات جريمة الزنا على سبيل الحصر ومن ضمنها شهادة أربعة رجال عدول ، أما الثانية فانصرفت لتقنين إثبات جرائم الحدود بصفة عامة حيث نصت على مايلي :-

مع مراعاة أحكام المادة ٧٧ تثبت سائر جرائم الحدود :-

أ. بالاقرار ولو مرة واحدة في مجلس القضاء أو

ب. بشهادة رجلين ، كما تثبت عند الضرورة بشهادة رجل وامرأتين أو أربع نسوة .

وفي هذا السياق واستناداً الى هذا النص قضت المحكمة العليا الموقرة بما يلي :-

تثبت السرقة بشهادة شاهدين اثنين فإن قل العدد عن اثنين او كان احدهما امرأة أو كان احدهما شاهد رؤية والآخر شاهد سماع فلا قطع بشهادتهم^{٢٣} . وإستناداً لتكييف بعض القضايا للقصاص في القتل على انه حد وهو تكييف يجد له سنداً في بعض الاجتهادات الفقهية ، تبني عدد من القضاة وجوب توفر النصاب الشرعي لإثبات جريمة القتل العمد . وفي هذا الاتجاه يقول القاضي إمام البدري مايلي :- حسبما أسلفت فإنه لا محل لإعمال المادة ٢٥٢ فهل تصح الادانة تحت المادة ٢٥١ ؟ . ان الجريمة تحت تلك المادة من جرائم القصاص وإثباتها يحتاج شرعاً لنصاب محدد من البينات وهو شهادة شاهدين عدلين ، وفيما هو واضح فإن ذلك النصاب لم يتوفر غير ان القدر الثابت من البينات يكفي في تقديري للإدانة تحت المادة ٢٥٣ إذ أن تلك الجريمة شرعاً ليست من جرائم القصاص لأن عقوبتها الأصلية هي الدية وليست الإعدام . ولكن القاضي العالم احمد جعفر حامد لم يوافق في ذلك حيث أورد : غير أنني اختلف معه في ان إثبات القتل يحتاج الى بينة شاهدين كما في الحدود ، وهذا ما لم يقل به قانون الاثبات بالمادة ٧٨ التي أمرت بتوفر بينة شاهدين في قضايا الحدود بالتحديد ، ولم توسع هذا الالتزام ليشمل إثبات جرائم القصاص وهذا أمر معقول في اعتقادي لانه في عصرنا الحاضر هناك فرص اكبر لتسريب الموت خلسة دون حضور أى شاهد . وجاء رأي القاضي عبدالمعزم الزين النحاس موافقاً لهذا الرأي بحيث اصبح الرأي هو رأي الدائرة القضائية التي أصدرت الحكم حين قال :- كما أجدني في إتفاق مع الزميل العالم احمد جعفر مع الاحترام لرأي الزميل العالم امام ، أن البينة الشرعية والنصاب الشرعي للشهادة يشترط توفرها في جريمة القصاص ، وإنما حصرت النصاب الشرعي للبينة في حالة جرائم الحدود عن طريق الحصر . وهذا ما درجت عليه دوائر المحكمة العليا في العديد من السوابق عملاً بما أرتأه ابن القيم وبعض العلماء^{٢٣} .

والواضح من هذا الحكم أنه قد أكد اعتماد القانون لنظام الأدلة الجنائية ولكنه حاول قصرها على جرائم الحدود فقط وإخراج جرائم القصاص من نطاقها . والمؤكد ان هذه المحاولة إبننت على إعتبرات عملية ، اذ ان منطق الادلة القانونية ونظامها يقف مع وجهة نظر القاضي امام البدري . فنظام الأدلة القانونية في الحدود وضع لتضييق نطاق تطبيق العقوبات الحدية الصارمة المحددة سلفاً وبعضها أقل من عقوبة الاعدام المقررة للقصاص في القتل . وهذا يعني ان اشتراط البينة الشرعية في القصاص وهو عقوبة محددة شرعاً ، أى حد ، أمر يتسق مع منطق هذا النظام . ولكن من المؤكد أن الأخذ به يعني مثلاً أن يدخل أحد القتلة الى داخلية مليئة بالطالبات ويقتل من شاء ولا يقتص منه لمجرد أن الشهود نساء . ونلاحظ هنا أنه بالرغم من أن نص المادة ٧٨ قد أباح إثبات الحدود بشهادة أربع نسوة إلا اننا لم نقف على ما يؤكد اخذ المحاكم بهذا النص في اطار الممارسة القضائية لفترة سبعة عشر عاماً متصلة . ويبدو أن السبب في ذلك هو عدم توفر حالة مثل هذه او ربما يكون السبب عدم اقتناع القضاة الذين يطبقون القانون بهذه المسألة اذ انها تنطوي على مخالفة مباشرة وصريحة لقواعد اثبات جرائم الحدود التي توافق عليها ائمة الشرع الخفيف . عموماً حاولت المحكمة العليا الموقرة اخراج جرائم القصاص من نطاق الأدلة القانونية وهو أمر نحتج فيه بعد ان راوحت الأحكام رداً من الزمان ما بين مؤيد لادخالها ضمن هذا النظام وراغب في اخراجها منه . ولكن يجدر بنا التنويه الى ان أثر نظام الادلة القانونية مازال يلقي بظلاله على الإثبات بالبينة الظرفية Circumstantial Evidence وبينة المحتضر Dying Declaration كبينات كافية بذاتها أو مع التعضيد في حالة بينة المحتضر لإدانة المتهم بجريمة القتل العمد ومعاقبته بالإعدام . وكمثال لذلك نكتفي بمناقشة بينة المحتضر والتي درجت محاكمنا في السابق على قبولها في الاثبات ، إذ أن القاعدة المعمول بها قبل صدور قانون الاثبات لسنة ١٩٨٣م كانت تراوح ما بين قبول بينة المحتضر كبينة كافية بذاتها لإثبات جريمة القتل العمد وبين اشتراط وجود ما يعضدها حتى تصح الإدانة . وفي هذا تقول المحكمة العليا الموقرة مايلي :- " في السودان لا يوجد تشريع واحد لقواعد الاثبات في المواد الجنائية بل توجد بعض القواعد مبعثرة في بعض قوانيننا مثل قانون الاجراءات الجنائية . وفيما لم يرد بصدده نص في هذه القوانين فإننا نطبق القواعد العامة للإثبات حسب ما وردت في القانون الانجليزي فيما لا يتعارض وظروف البلد (السودان) وإذا ماظهر تعارض بين قاعدة اثبات هندية وأخري انجليزية فإننا في السودان نطبق الهندية . بصدد بعض القواعد المتعلقة بقبول أقوال المحتضر كبينة عن اسباب موته وظروفها يوجد تعارض رئيسي بين تلك الانجليزية وتلك الهندية ومن ثم فنحن نلتزم في السودان بتطبيق الهندية في هذه الحالة خلافاً لما ذهب إليه المستأنف في الصفحة الثالثة من أسباب إستئنافه . وتقضي قاعدة الاثبات الهندية في هذا الصدد بأن أقوال المحتضر بصدد سبب موته والظروف والملابسات التي صاحبت ذلك تقبل قانوناً في الاثبات في هذا النطاق سواء كان الشخص وقت أن قالها يتوقع الموت أو لا يتوقعه . سواء كانت الاقوال شفاهة أو كتابة . على ان يحضر سامعها او مسجلها

للالدلاء بشهادته عن ذلك (ارجع الى المنشور الجنائي رقم ١٤ والمنشور الجنائي رقم ٢٩) ومن ثم فإن أقوال الشخص المختصر عن سبب وفاته وظروفه والملابسات التي أدت لذلك وصاحبه ، سواء كانت شفاهية او كتابة ، وسواء كان وقت الادلاء بها يتوقع الموت أو لا يتوقعه ، تقبل قانوناً في الإثبات عن ذلك وفق ما ترد في شهادة سامعها او مسجلها كأحد استثناءات قاعدة عدم قبول البيئة السمعية . بعد ذلك وإذا ما صدقتها المحكمة (أخذة بعض الاعتبارات مثل حالة الوعي وقت الإدلاء بها واتساقها أو تعارضها مع طبائع الأشياء أو بينات أخرى مقنعة) فإنها تستطيع ان ترتب عليها وحدها إدانة جنائية بأية جريمة مهما كانت خطورتها^{٢٥} . ويبدو أن نفس المحكمة أبدت حرصاً أكثر حول موضوع الادانة في احكام اخرى حين قررت أنه يمكن قبول الاقوال التي يدلي بها المختصر سواء كانت مكتوبة او شفاهة عن الاسباب المؤدية الى وفاته او أية ظروف اخرى أدت الى موته عندما تطرح اسباب موت ذلك الشخص للتحقيق سواء كان الشخص الذي أدلى بها يتوقع وفاته أم لا .

إن طبيعة جرائم القتل والجرائم الخطيرة تبرر التريث والحذر في الأخذ بأقوال المختصر والركون إليها دونما تعضيد^{٢٦} .

وبصدور قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م ، وضعت المحكمة العليا الموقرة مبدأ عاماً جديداً فيما يخص بيئة المختصر بحيث لم تعد تعتبرها إستثناءً خاصاً على قاعدة البيئة السمعية . وهي تقول في ذلك مايلي :- "في حالة وفاة الشخص الذي نقلت عنه البيئة ، فإن الشهادة المنقولة أى السمعية أصبحت بيئة منقولة دون أية شروط وفقاً للمادة ٣٥ من قانون الإثبات . وبذلك لم يعد من الضروري إثبات أنه كان محتضراً وقت أدائها أو أنه كان عالماً بقرب أجله أو أية شروط أخرى كان يتطلبها القانون الذي كان معمولاً به قبل صدور قانون الإثبات ١٩٨٣ م . ومن حيث الإثبات لا يعول عليها بمفردها اذا كانت في مصلحة المتوفى . أما اذا لم تكن في مصلحته فإنه يجوز للمحكمة التعويل عليها وترجيحها^{٢٧} .

وهذه القاعدة من حيث الشكل تعطي الحق لمن يريد القول بأنها فننت قبول بيئة المختصر لا بإعتبارها إستثناءً على قاعدة عدم قبول البيئة السمعية له خصوصيته ، بل هي أدخلتها في جملة بيئة الشخص المتوفى بصفة عامة وبغض النظر عن موضوع الإفادة التي يدلي بها سواء أكانت متصلة بموته أم لا . أى أن هذه القاعدة وحدت قواعد قبول بيئة الشخص المتوفى في الامور والمسائل المدنية والجنائية وقررت وجوب تعضيد هذه البيئة فنكل الاحوال إلا اذا كانت في غير مصلحة المتوفى .

وبالنظر الى خصوصية إثبات جريمة القتل ، نجد أن الأمر بحق أصبح أكثر صعوبة بمستوى يجعل أمر تحديد مدى قبول بيئة المختصر وإعطائها وزناً في الإثبات أمراً مستعصياً ومثيراً للجدل . فالمحكمة الموقرة في غياب الدوائر وبقاضي فرد قضت بما يلي :- " القسامة يمين مخصوصة أو حلف مخصوص قضى بها رسول الله (ص) وأخذ بها جمهور الفقهاء والقسامة يستحق بها الدم عند المالكية والحنابلة وعند الامام

الشافعي والثوري يستحق بها الدية فقط . وذهب بعض الفقهاء الى انه لا يستحق بها إلا رفع الدعوى أجمع الفقهاء ان القسامة لا تجب إلا بلوث أو شبهة أو قرينة .

بينه المختصر لوث يوجب القسامة عند المالكية وعند غيرهم لابد ان تعضد بينة أخرى^{٢٨} . والواضح أن المحكمة الموقرة قد أخذت بوجود القسامة في حكمها المشار إليه بإعتبار أن قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م لا يمنع الأخذ بها . واخذت أيضاً برأى المالكية حتى لا تشترط وجود بينة معضدة لها لا توجب الادانة بل تسمح فقط بالأخذ بالقسامة نفسها كما يري بقية الفقهاء . ولكن نفس المحكمة عادت وقضت بما يلي :-

" ولما كان نص المادة ١٨ من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م يورد على سبيل الحصر طرق الإثبات الجائزة قانوناً وهي الإقرار وشهادة الشهود والمستندات وحجية الأحكام والقرائن واليمين والمعاينة والخبرة وجاء خلواً من النص على القسامة كطريق من طرق الإثبات ، فإنه لا يجوز إعتبار القسامة طريقاً من طرق الإثبات في المسائل الجنائية في القانون السوداني ، إذ لا إجتهد في مورد نص^{٢٩} .

وهذا يعنى بالطبع ان بينة المختصر تبقي لوثاً فقط لاسبيل للاخذ بها في الاتبات وفقاً للقواعد التي كانت سائدة قبل صدور قانون ١٩٨٣م ، كما لا يمكن في الوقت نفسه إعتبارها أساساً تشاد عليه بينة أخرى هي بينة القسامة المفروضة صراحةً من قبل المحكمة العليا الموقرة . والواجب على هذه المحكمة ان تتصدى لهذا الوضع إن عاجلاً أم آجلاً حتى تبين ماهي بينة المختصر ومدى قبولها في الاتبات وإلى اية نتيجة يقود هذا القبول حتى وإن احتاج الى تعضيد . ولكننا وفقاً لإتجاه المحكمة العليا الموقرة في إثبات جريمة القتل العمد الموجبة للقصاص ، نستطيع أن نستنتج أن هذه المحكمة لم تعد تعتبر بينة المختصر حتى وإن عضدت كبنية كافية لإثبات جريمة القتل الموجبة للقصاص . وذلك يتضح من قراءة حكمها الذي اوردت فيه مايلي :-

"إذا نقص نصاب الشهادة في إثبات جريمة القتل العمد ، القصاص في النفس أو كانت الشهادة غير مباشرة أى لوثاً ولم يكن هناك إقرار صريح غير مرجوع فيه ، ورغمما عن ذلك وجد القاضي في تلك الشهادة الناقصة عن النصاب الشرعى أو في تلك القرائن ما يقتنع به ويضمن إليه بإدانة المتهم بجريمة القتل شبه العمد وليس جريمة القصاص في النفس وذلك تأسيساً على شبهة إنعدام ثبوت جريمة القتل العمد وفقاً للنصاب الشرعي^{٣٠} .

ولكن استنتاجنا المثير أعلاه سرعان ما يتعرض لعدم الثبات والاستقرار عند النظر لما اوردته نفس المحكمة في سابقة أخرى حين قررت مايلي :- " لقد أخذ المشرع السوداني لقانون الاتبات بالبينة بمعناها الواسع أى بأية وسيلة يتم بها إثبات الوقائع أو نفيها ، وجاء القانون خلواً من نص يوجب نصاباً معيناً من الشهود في جريمة القتل " ، ومن ثم فإن القانون لا يتطلب في جريمة القتل توفر شاهدين أو أكثر كما هو الحال بالنسبة للجرائم الحدية^{٣١} . والأخذ بهذا المبدأ يعنى إننا نستطيع أن نصل لاستنتاج

نقيض لما إستنتجناه سابقاً . إذ أن هذا المبدأ يقنن حرية الإثبات في جريمة القتل الموجبة للقصاص بمستوى من السعة يسمح بالقول أن القواعد السابقة لصدور قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م والخاصة بينة المختضر ، من الممكن تطبيقها والوصول لإدانة بجريمة القتل العمد وتوقيع القصاص وفقاً لهذه البينة مستقلة أو مع تعضيدها بأية بينة أخرى تقتنع بها المحكمة .

وبكل تأكيد هذا الاضطراب في وضع بينة المختضر ، ناشئ عن الاضطراب في موقف المحكمة العليا الموقرة من مدى إشتراط توفر بينة الشهادة الشرعية من عدمها لإثبات جريمة القتل العمد المفضية لتوقيع القصاص ، فإن أخذنا بالرأي القائل بأن القصاص حد ، تدخل جريمة القتل العمد في نطاق الجرائم الحدية التي لا تثبت إلا وفقاً لنظام الأدلة القانونية ويستحيل بالتالي قبول بينة المختضر في إثباتها . اما اذا اخذنا بالرأي القائل بأن القصاص ليس حداً وبالتالي لا يشترط في إثبات جريمة القتل العمد توفر البينة الشرعية بحيث يصبح إثباتها خاضعاً لنظام حرية الإثبات ، فإننا بالحتم نخلص إلى أن بينة المختضر – سواء على الاستقلال او مع التعضيد – كافية لإثبات جريمة القتل العمد . أي ان الأخذ ببينة المختضر كبينة كافية للإدانة بجريمة القتل من عدمه ، يحدد مدى ثبات نظام الإثبات للدانته بجريمة القتل من عدمه في جريمة القتل على مبدأ حرية الإثبات من تحوله الى نظام الادلة الجنائية إسوةً بالجرائم الحدية . ونستطيع أن نخلص الى القول بأنه وان كان من الواضح ان نظام الإثبات فيما يخص الجرائم الحدية قد تحول الى نظام الأدلة الجنائية ، إلا أن نظام إثبات جرائم القصاص مايزال الموقف حوله غامضاً وهو يراوح بين آراء تجعل منه جزءاً من نظام الأدلة الجنائية ، وأخرى تتركه ضمن نطاق حرية الإثبات . ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن الراجح هو الرأي القائل أن جرائم القصاص ليست كجرائم الحدود هذا اذا اخذنا بما قرره القاضي محمد حمد ابوسن حين قال :- " لقد صدرت سوابق متعارضة من المحكمة العليا حول البينة المطلوبة لإثبات جرائم القصاص بعضها يري أنها مثل جرائم الحدود وبالتالي تثبت بنفس طرق إثبات جرائم الحدود كنص المواد ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م ، والبعض الآخر من السوابق يري ان جرائم القصاص لاتعتبر من جرائم الحدود لان الشارع السوداني لم ينص على طرق اثباتها وبالتالي تثبت بالبينة بمعناها الواسع . وقد تم مؤخراً تبني الاتجاه الثاني وهو أن قانون الإثبات السوداني لم يفرد نصاً خاصاً لإثبات القصاص كما جاء بالمواد (٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩) الخاصة بالحدود ^{٣٢} .

وفي تقديرنا ان تغليب هذا الرأي بالرغم من أنه يجعل من جريمة القتل العمد جريمة خاضعة لنظام حرية الإثبات ويحافظ بصفة عامة على القواعد السابقة على صدور قانون الإثبات ، الا انه يهزم منطق إدخال نظام الادلة القانونية فيما يخص الحدود . فالقصاص مثله مثل سائر الحدود عقوبة محددة شرعاً وهو في جريمة القتل العمد بالتحديد يستوجب توقيع عقوبة خطيرة وقاسية هي إزهاق روح المدان ربما تكون اخطر من بعض العقوبات الحدية التي لاتتجاوز الجلد مائة جلدة او مجرد قطع اليد كما في زنا غير المحصن والسرقة الحدية . لذلك يصبح التشدد في إثبات جرائم الحدود وتحديد ادلتها على سبيل القطع

مع ترك القتل العمد لنظام حرية الاثبات أمراً فيه نظر . إذ لا يكفي تعليل هذا الأمر بالقول ان الحدود خالصة لله تعالى والقصاص في القتل يستبطن حقوق أولياء الدم من العباد ، لان ذلك يقودنا للمنطق يغلب حقوق العباد على حقوق الخالق ويدفع بعوامل الانتقام الفردي الى مستوى أعلى مع تعضيد التحول في بنية جريمة القتل لتصبح أدخل في نطاق المعاملات المدنية . ولكننا نرى ان الأخذ بنظام حرية الاثبات في جرائم القصاص هو الأضمن لإستقرار المجتمع في وقت لا يحل فيه بمحقوق المتهم ، ولانقاف مع الأخذ بنظام الأدلة القانونية حتى وان بدا الأمر غير منطقي عند مقارنة القصاص بالحدود الخاضعة لنظام الأدلة القانونية .

وبكل تأكيد لم يكن التحول الذي شهدته قواعد الاثبات مقتصرأ على الانتقال جزئياً من نظام الاثبات الحر الى نظام الأدلة الجنائية ، بل شهدت بعض الأدلة والبيانات تفسيراً وتحولاً في المفاهيم والقواعد الخاصة بها . ففي ما يخص الاقرار ، مثلاً فقد قررت المحكمة العليا الموقرة مايلى :- " الاقرار القضائي هو الذي يتم أخذه في مجلس القضاء عند انعقاده لنظر المسألة موضوع الاقرار ، وماعدا ذلك ، وأى إقرار يحدث في غير مجلس القضاء لا يعتبر إقراراً قضائياً ولو أخذه قاضي أثناء التحري وفق مقتضى المادة ١٢٨ إجراءات جنائية " ٣٣ . حيث اسندت المحكمة المذكورة حكمها للمواد ٢٠ ، ٢١ من قانون الاثبات لسنة ١٩٨٣ م ، مقررأ بأن هذه المواد قد قننت مفهوماً جديداً ومغايراً للاقرار القضائي . وكانت محكمة استئناف الاقليم الشرقي قد سبقتها في هذا الاتجاه دون ان تقع في شرك التعميم الذي اخذت به المحكمة العليا ، ودون ان تنصّر للرأى الذي تبنته المحكمة العليا الموقرة مبينة الأصول الفقهية التي يتسائد إليها هذا الرأى . وذلك في حكمها الذي قررت فيه مايلى :- " اتفقت المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة على ان أركان الإقرار أربعة هي المقر والمقر له والمقر به والصيغة ، ولم يتعرض لمجلس الإقرار أو المقر عنده إلا أبوحنيفة الذي إشتراط ان الإقرار بمحقوق الله الخالصة لا يكون مثبتاً لهذه الحقوق إلا ان كان في مجلس القضاء " . ويعنى هذا ان حقوق العباد لا يشترط ان يتم الإقرار بها في مجلس القضاء لإثبات صحتها بل يمكن ان تتم أمام أى مجلس يسمع فيه الاقرار شهود عدول ٣٤ . ويلاحظ على هذا الحكم انه قد تحدث عن الاقرار مطلقاً ولم يفرق ما بين الاقرار القضائي وغير القضائي بل إقتصر إبتداءً على تحديد مدي قبول الاقرار وتعريفه ومن ثم قبل الاقرار غير القضائي المقدم في الدعوى الجنائية موضوع الحكم . ومن هنا تصبح معارضة حكم المحكمة العليا المشار اليه أنفاً غير سليمة موضوعياً بمقدار عدم سلامتها وفقاً لنظرية السوابق القضائية . ولكن إبراده يبين الاساس الفقهي لقبول الاقرار بصفه عامة على مستوى شرعي واشترط مجلس القضاء عند الأحناف لإثبات حقوق الله الخالصة . ولكن يجدر بنا التنويه الى ان الإتجاه الذي قننت له المحكمة العليا في حكمها المذكور أعلاه لم يكتب له الإستمرار . إذ لم تغير المحاكم ما استقر عليه العمل من الأخذ بالاقرار الذي يدونه قاض مختص إثناء اجراءات التحري وفق مقتضى قانون الإجراءات الجنائية بإعتبره إقراراً قضائياً يساندها في ذلك أن نص

المادة ٢٠ (٢) من قانون الاثبات قد نص على أن الاقرار في المسائل الجنائية ، ينحصر في الاقرار بواقعة في مجلس قضاء أثناء اجراءات الدعوى المتعلقة بها . والواضح من النص ان المشرع قد اكتفى بالاقرار في أى مجلس قضاء ينعقد أثناء اجراءات الدعوى ولم يشترط ان يتم في مجلس القضاء الذي ينعقد للفصل في الدعوى . برغم ذلك نرى أن مافرته المحكمة العليا في حكمها ، موقف جدير بالتسجيل والتوثيق لانه عكس تحولاً مهماً في مفهوم الاقرار كان من الممكن أن يقود الى هدر اجرائي ويجعل من مواد اخذ الاعتراف القضائي بقانون الاجراءات الجنائية مجرد تعقيد وتزيد لاطائل من ورائه .

وبالطبع لم يقتصر التحول في المفاهيم الخاصة بالاقرار على تحديد طبيعة ماهية الاقرار القضائي، بل تعداها ليشمل مفهوم الرجوع عن الاقرار وأثره . إذ اصبحت القاعدة هي انه لا يجوز رجوع المقر عن اقراره في المعاملات ويجوز له ذلك في المسائل الجنائية لأنه شبهة (انظر المادة ٢٦ من قانون الاثبات ١٩٨٣م) ^{٣٥} . وحتى في المسائل الجنائية لا يجوز الرجوع عن الإقرار فيها كلها ، إذ أن الرجوع عن الاقرار يجوز في الحدود الشرعية أما في حق العباد فإنه لا يجوز . إلا أنه حسب نص المادة ٢٦ (٢) من قانون الاثبات فإن الرجوع عن الاقرار في كل المسائل الجنائية يعتبر شبهة تجعل الاقرار المرجوع عنه بيئة غير قاطعة وهذا لا يعني عدم الاعتداد به مطلقاً وإنما يجوز الاعتداد به بعد التعضيد ^{٣٦} . ومفهوم الجواز وعدم الجواز المنه عنه ، يتصل بصورة وثيقة بمدى الركون الى الاقرار المرجوع عنه كأساس للإدانة حتى في حال وجود البيئة المعضدة . فالقاعدة هي أن الاقرار المسحوب لا يكفي كبيئة صالحة للإدانة بتهمة حدية ولو تأيد بقرينة الإرشاد عن المال موضوع الجريمة ^{٣٧} . ولسنا بالطبع في حاجة للقول بأن هذه القواعد الجديدة تغير من طبيعة الاقرار كبيئة ، إذ أن الاقرار في المواد المدنية (المعاملات) كان من الجائز الرجوع عنه عند وجود خطأ في الوقائع ، اما الاقرار المرجوع عنه في المسائل الجنائية فكان صالحاً للإدانة عند وجود مايعضده ، ولم تكن الجرائم التي عرفت مؤخراً بالجرائم الحدية تستثنى من هذه القاعدة. ومن الأمور الاخرى التي تغير موقف القضاء والقانون السوداني منها ، البيئة التي يدلي بها أحد الخصوم في مواجهة الخصم الاخر . فالقانون السوداني قبل صدور قانون الاثبات ١٩٨٣م ، كان يأخذ بهذه البيئة . وبصدور القانون المذكور قررت المحكمة العليا مايلي :- " إن المادة ٢٧ من قانون الاثبات والتي عرفت الشهادة أخرجت الخصوم من نطاق الشهود ولذلك فإن تحميلهم اليمين ابتداءً خطأ . والحالة الوحيدة التي يحلف فيها الخصوم هي حالات اليمين الحاسمة الواردة بالمواد ٥٨ وما بعدها من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م ^{٣٨} . غير أنه يجدر بنا أن ننوه الى ان هذا الاتجاه لم تكتب له السيادة أيضاً . فالمحاكم السودانية مازالت تحلف الخصوم وتأخذ إفاداتهم بعين الاعتبار عند الترجيح بين البيّنات . وبالتأكيد هذا الموقف يتسق مع ماكان عليه العمل سابقاً وبزيل أى تناقض ينشأ عن قبول بيئة الشاكي في البلاغات الجنائية الخاصة ببعض جرائم التعازير لوحدها كمنسوخ للإدانة ورفض بيئة الخصم في الدعوى المدنية .

ولا يفوتنا أن ننوه الى أن اليمين التي أشارت إليها المحكمة العليا في حكمها بنوعيتها هي وسيلة جديدة من وسائل الإثبات قننتها نصوص قانون الإثبات للمرة الأولى وعرفتھا المحكمة العليا كما يلي :- "اليمين الحاسمة يلجأ إليها الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات ويعوزه الدليل لإثبات قضيته ، ويقوم بتوجيهها المخصمه في أى حالة كانت عليها الدعوى ليحسم بها النزاع . فإذا حلف من وجهت إليه اليمين الحاسمة إنتهت الخصومة في مواجهته وإذا نكل دون أن يرجعها إلى خصمه خسر دعواه .

يجوز للمحكمة توجيه اليمين المتممة لأي من الخصوم وذلك للترجيح بها ، وذلك في حالة ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون خالية من الدليل ^{٣٩} .

وإن كنا لا نرى سبباً في الخوض في تفاصيل حول اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، إلا أننا نؤكد أن هذا النوع من البرينات يؤكد مدى الأهمية التي يعلقها المشرع على ضمير الخصم ومعتقداته الديني .

غير أننا نرى أنه من المهم أن نشير الى أن الإشارة لمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المعتقد الديني الذي قنن المشرع سيادته على بقية المعتقدات ، وردت بوضوح كضابط يقنن رفض البينة بالمادة ١٢ من القانون . فبعد أن أعطى المشرع المحكمة المختصة الحق في عدم رفض البينة المقبولة لمجرد أنه قد تم الحصول عليها بوسائل غير مشروعة متى ما إطمأنت المحكمة الى سلامة البينة من الناحية الموضوعية بالمادة (١١) ، عاد ونص بالمادة ١٢ على أنه يجوز للمحكمة رفض البينة المقبولة متى ما رأت أن قبول تلك البينة ينتهك مبادئ الشريعة الإسلامية أو العدالة أو النظام العام . وكعادة المشرع السوداني لم يوضح ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية التي يتحدث عنها ، ولكن عمومية المصطلح تسمح بتفسيره على أنها المبادئ غير المختلف عليها أو المختلف عليها ولكن برجحان مع عدم امتناع القول بأنها مبادئ مذهب بعينه . وإذا تجاوزنا مسألة الفصل المتعسف بين البينة من ناحية موضوعية وبين سبل الحصول عليها التي لا يصح فصلها عنها ، فإننا لانجد سبيلاً لتطبيق نص المادة (١١) آتفة الذكر إلا في خصوص البينة المتحصل عليها عبر تفتيش غير مشروع . فتطبيق هذا النص على جرائم الحدود التي تخضع لنظام الادلة الجنائية غير متصور ، إذ لا يتصور الحصول على إقرار بطريقة غير مشروعة كاللنصت أو التسجيل غير المشروع ومن ثم تقديمه لئيدان المتهم بجرمة كجرمة الزنا مثلاً . وذلك لأننا سبق وأن رأينا إن الإقرار لا بد وأن يتم في مجلس قضاء . كذلك لا يتصور أن يتم الحصول على إفادة الشهود بطريقة غير مشروعة لأن الشهادة تستلزم الحضور إلى مجلس القضاء أيضاً حتى تقبل في الإدانة بجرمة حدية . وهذا بالطبع يقصر تطبيق النص المذكور م (١١) على الأمور الخاضعة لمبدأ حرية الإثبات فقط وهي جرائم التعازير وجرائم القصاص فيما إذا تبيننا الرأي القائل بإخراجها من نطاق الحدود . وحتى في هذه الجرائم نرى أن النص المذكور وبالتالي نص المادة (١٢) الذي يقيد سيطرته في غالب الأحوال على البينة المتحصل عليها بطريق غير مشروع عبر تفتيش غير قانوني . وفي هذا تقول المحكمة العليا الموقرة ما يلي :- " إذا تم التفتيش دون الحصول على أمر تفتيش من السلطة المختصة وقبل فتح البلاغ يكون غير مشروع أما

البينة المتحصل عليها عن طريق ذلك التفتيش لا ترفض لمجرد أن الوسيلة غير مشروعة متى ما إطمأنت المحكمة إلى سلامتها من الناحية الموضوعية ولكن يجوز رفضها إذا كان في قبولها إنتهاك لمبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة ١٢ من قانون الإثبات " ٤٠ . ومن المهم أن ننوه الى ان نص المادة (١٢) المذكور لا يشكل حماية للمتهمين بجرائم حيازة المخدرات والاتجار فيها مثلاً ، الذين من الممكن أن يدانوا ببينة متحصل عليها بطريقة غير مشروعة طالما أن هذه البينة لا يخالف تأسيس الإدانة عليها مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية . ولا يقدح في ذلك أن هذه البينة نتجت عن تفتيش غير مشروع يخالف مبادئ الشريعة العامة التي تحض على حرمة المسكن وعدم انتهاكها ، وذلك لأن الحماية موضوعية وليست إجرائية تفرق مابين وسيلة الحصول على البينة والبينة في ذاتها .

قصارى القول أن نظام الإثبات السوداني قد راوح مابين الثبات والتحول بعد صدور قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م . فهو وإن شهد تحولاً جريئاً نحو نظام الادلة الجنائية فيما يخص إثبات جرائم الحدود ، الا انه أبقى جرائم التعازير وهى تشكل غالبية الجرائم الواردة بقانون العقوبات خاضعة لنظام الإثبات الحر السائد في جميع النظم الحديثة . ويظهر التردد ما بين النظامين جلياً في إثبات جرائم القصاص والتي اخضعت لنظام الادلة الجنائية احياناً وتم ترجيح نظام حرية الإثبات بشأنها في أحيان أخرى . ولا شك في أن الاخذ بنظام الادلة الجنائية يعتبر تراجعاً بالنسبة للنظام السوداني بإعتبار أن السودان كان يملك نظام اثبات حديث يقوم على حرية الإثبات اسوة بما هو سائد في المجتمع الدولي منذ الثورة الفرنسية . ولكن هذا الموقف يتسق مع منظومة العقوبات التي ادخلت على النظام السوداني حتى يتسنى حماية المتهمين ، وبالتالي لاسبيل الى العودة الكاملة لنظام الإثبات الحر إلا بالتضحية بحقوق المتهمين أو بإلغاء العقوبات الحديثة . وعليه يصح القول بأن النظام السوداني الان يعتبر نظاماً ذو طابع مزدوج تغلب عليه نزعة تغليب نظام الإثبات الحر الذي يتغلب عليه نظام الادلة القانونية فيما يخص جرائم الحدود .

الفصل الثاني

أثر التشريعات الاسلامية على القوانين الإجرائية

المبحث الأول :-

المستحدث في إجراءات التقاضي المدني بإسناد للشريعة الاسلامية :-

من المعلوم لفقهاء القانون السوداني ان قوانين الاجراءات المدنية المتتابة ، هى سلبية قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠م الذي إستقاه المشرع الاستعماري الانجليزي من قانون الاجراءات المدنية الهندي . إذ لم

يخرج قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م عن فلسفة ذلك القانون وفحواه وكذلك جاء قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م والذي إشتمل على بعض المعالجات التي اظهرتها ضرورتها الممارسة . وفي نفس السياق جاء قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م الذي سماه الدكتور محمد شتا أبوسعده قانون الإجراءات المدنية الإسلامية السوداني . فالقانون المذكور تبني قانون الاجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٧٤م برمته ووفقاً لترتيب مواد ، ولم يخالفه من حيث التأثير بالتفكير المدني الا في خضوع تفسيره لاحكام الشريعة الاسلامية وفقاً لنصوص قانون اصول الاحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م وكذلك في مسائل الفوائد وخضوع أحكام المحكمة العليا للمراجعة . وفي تقديرنا أن اسناد تفسير القانون الاجرائي للشريعة الاسلامية لن يغير من طبيعة هذا القانون في شيء ، باعتبار ان الشريعة الاسلامية لم يؤثر عنها وجود نظام إجرائي مواز للنظام الذي تبناه قانون الاجراءات المدنية السوداني منذ تقنينه بواسطة سلطات الاحتلال البريطاني . لذلك لامناس من أن ننصرف في بحثنا لدراسة موضوعي الفوائد وخضوع أحكام المحكمة العليا للمراجعة وهو ما نوجزه فيما يلي :-

أولاً الفوائد :-

نصت المادة (١١٠) من قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م على الآتي :- " لاتحكم المحكمة بالفائدة بأي حال من الاحوال على الا تسري احكام هذه المادة على أي إتفاق تم التوقيع عليه قبل اليوم الثامن عشر من أغسطس ١٩٨٣م " . ولن نخض بالطبع في الاستثناء الوارد بالنص والذي استدخل بموجب القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٦م ، باعتبار أنه مجرد إستثناء من إعمال الأثر الفوري للقانون الإجرائي بتغليب الموضوعي على الإجرائي لا أكثر ولا أقل . ولكن صدر النص وقاعدته الاساسية ، مثلاً تحولاً جذرياً من موقف المشرع السوداني من مسألة إضفاء الحماية على الفوائد عبر إنفاذها بموجب أحكام قضائية متأثرة بالتيار السائد في الفقه الاسلامي . وفي ذلك يقول الدكتور محمد شتا أبوسعده مايلي :- " أخذاً بشريعة الله التي تم تحكيمها في السودان حظر المشرع بنص أمر على المحاكم أن تقضي بأية فائدة بأي حال من الأحوال ، وهذا النص يأتي على خلاف المادة ١١٠ من القانون الملغي ، التي كانت تقابل بدورها المادة ٩٩ من قانون القضاء المدني الملغي ، والتسكانت مستفاداً في فقرتها الاولى والرابعة من المادة ٣٤ من القانون الهندي .

وهكذا حظر المشرع الفوائد ، سواء كان منصوباً عليها في عقد واستحققت عن فترة سابقة على رفع الدعوى ، او تلك التي تستحق بعد رفع الدعوى ، او الفائدة التي يحكم بها عن مجموع المبلغ المحكوم به حتى تاريخ السداد . وعليه فقد سقطت كافة السوابق التي كان معمولاً بها من قبل في هذا الخصوص ، وأخصها سابقة سركيس ازمرليان ضد وها نجي بها نجابتل وسابقة البنك الزراعي ضد محمد عثمان على بشير وسابقة صديق محمد عبدالرحمن ضد شركة التأمينات العامة وأخرى ، وذلك بخصوص

ما تقرره تلك السوابق على التوالي من مدى الفائدة وفكرة إضافة الفوائد لأصل الدين، وفكرة إناطة الحكم بالفائدة ، وذلك ان الفائدة الغيت برمتها وكل متعلقاتها ^{٤١} .

وبكل تأكيد نحن لانوافق الدكتور شتا في أن منع القضاء بالفوائد جاء أخذاً بشريعة الله - هكذا مرسله وعلى سبيل الإطلاق - وذلك لأنه جاء مطابقاً للراجح من آراء رجال الفقه المعاصرين ولم يُن على اجمعهم . فالعلوم ان الامام الاكبر وشيخ الازهر الحالى الدكتور محمد سيد طنطاوي يبيح الفوائد المصرفية ، وكذلك كان سلفه الأبعد الشيخ محمد شلتوت الذي أباح إستيفاء الفوائد على الإيداعات لدي مصلحة البريد . هذا بالإضافة لبعض المفكرين الاسلاميين المعاصرين مثل المستشار محمد سعيد العشماوي الذي يوافقهما الرأي جملةً وتفصيلاً .

ولعلنا نصيب اذا قلنا بأن الخلاف القائم على مدى مشروعية الفوائد من عدمها ، هو الذي قيّض للعديد من الدول العربية الاسلامية تقنين الفائدة موضوعياً وإنفاذها بموجب أحكام قضائية . وفي هذا المنحى تقول محكمة الاستئناف القطرية ما يلي :- " إن ما أورده الحكم من تحريم الفائدة بإعتبارها من الربا متسانداً في ذلك على ما يبدو لأحكام الشريعة الاسلامية فلم يقتزن ذلك من الحكم ببيان مصدر هذا التحريم من مبادئ الشريعة الاسلامية والنص الشرعي الذي يقطع بأن الفوائد المنصوص عليها في القوانين المشار اليها والمعمول بها في دولة قطر هي ذاتها الربا المحرم في القرآن والسنة ، ذلك أنه مثل هذه المسائل الجوهرية المتناهية في أهميتها لتعلقها بالنشاط الاقتصادي والتجاري في الدولة - يتعين القضاء فيها - ليس مجرد الأخذ العارض بما يصدر من فتاوي وآراء فقهية خارج ساحة المحاكم ودون تحميمها في الحكم - وإنما ينبغي بحق أن يتناول الحكم في أسبابه ما يثبت للقاضي من حقائق تعنى بالتعرف على أنواع الفوائد التي يجري التعامل بها سواء في المجال المدني أو المجال التجاري وإستكشاف المقصود من كل نوع ، وتحديد المطروح منها فالنزاع محل التداعي والتحقق من أن هذا النوع ينطبق عليه التحريم الشرعي للربا مع ايراد الاسانيد المثبتة ذلك ، لأن المقام هنا مقام قضاء وقطع وليس حوار وجدل . كما يجب على الحكم أن يتعرض في قضائه إلى نفي التعارض بين ما ينتهي إليه من وجهة نظر وبين النصوص التشريعية السارية في الدولة ^{٤٢} . ويجدر بنا التنويه الى أن المادة (٣٨٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري لسنة ١٩٩٠م تبيح إقتضاء فوائد على الدين وكذلك رصيفتها المادة (٣٠٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لسنة ١٩٦٨م . كذلك نص قانون المواد المدنية والتجارية القطري على الفوائد في المواد (٣٠١ ، ٣٣٦ ، ٣٤٠ ، ٣٤٢ ، ٣٤٨ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ، ٤٥٢) موافقاً في ذلك القانون المدني المصري الذي تمثل لمواده التي قننت الفوائد بالمادة ٥٤٢ ونصها كما يلي :- "على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد إستحقاقها ، فإذا لم يكن هناك إتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر " .

وبالطبع لم تكن دولة قطر وجمهورية مصر العربية إستثناءً لقاعدة تحريم الفوائد ، بل هما مجرد نموذجان لقاعدة راسخة وشاملة يأتي القانون السوداني أستثناءً واضحاً لها . ولعله من المفيد ان نضيف في هذا السياق نموذجاً ثالثاً هو إمارة دبي بدولة الامارات العربية المتحدة . وفيها قضت محكمة التمييز بما يلي :- " من الاصول المقررة انه يجوز في المعاملات التجارية الاتفاق على أن يلتزم المدين في عقد القرض بفوائد تعويضية مقابل إنتفاعه بالمبلغ المقرض ، وهذه الفوائد تختلف عن الفوائد التأخيرية التي يلتزم بها المدين نتيجة التأخير في الوفاء بالتزامه ، ولا يجوز للمحكمة إنقاص ما تم الاتفاق عليه من هذه الفوائد أو تلك ما لم يكن الاتفاق مخالفاً للنظام العام ^{٤٣} . وفي حكم آخر قضت نفس المحكمة بما يلي :- " من المقرر أنه في المعاملات التجارية يجوز للطرفين الإتفاق على سعر معين للفائدة دون إلزام عليهما بتحديد سعرها بواقع ٩% " ^{٤٤} .

ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن الامثلة المذكورة تؤكد بأن ماتبناه المشرع السوداني من تحريم للقضاء بالفوائد ، لا يصح أن يقال بأنه شرعية الله - هكذا مرسله - بل يجب أن يقال بأنه إجتهااد رجال دين مقلدين يقابله إجتهااد مضاد تماماً لا يضيره قلة عدد من تبنيه إذا لوحظ أن من بينهم اثنين من شيوخ الأزهر الشريف . والقول بغير ذلك يقودنا إلى نتيجة غير سائغة هي أن الدول الثلاثة المذكورة أنفاً (مصر وقطر والإمارات العربية المتحدة) تحل الربا . وهذه النتيجة غير سائغة لأن الدستور المصري ينص في مادته الثانية على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع بما يعني سيادة أحكامها على جميع القوانين ، ولم يتقدم حتى هذه اللحظة أى شخص - بما في ذلك الشيوخ المقلدين - بطعن دستوري لإبطال نصوص الفائدة . كذلك الحال في دولتي قطر والإمارات العربية المتحدة وهما دولتان يبنيان بمجمل قوانينهما على قاعدة التوافق مع الشريعة الإسلامية .

قصارى القول هو ان المشرع السوداني بتعديله لنص المادة (١١٠) أو إن شغنا الدقة بتبديله لذلك النص، تبنى التوجه العام لرجال الدين الاسلامي والتفت عن الاجتهادات التي تقدم بها عدد من الفقهاء المحدثين والمعاصرين . وربما يكون من الواضح أن هذا التبنى لم يتم لأسباب معتقدية محضة ، اذا علمنا أن هذا النص مع غياب تقنين الفوائد في القوانين الموضوعية ، فتح الباب على مصراعيه لسيطرة ماعرف بالبنوك الاسلامية على سوق المعاملات المصرفية . فمشرع هذا النص انتصر وبكل وضوح لمؤسساته الاقتصادية ، مؤكداً حقيقة ان التشريع عملية سياسية بالدرجة الاولى لاتنفك عن جذرها الاقتصادي بصفة عامة وتحقق مصالح المشرع في كل الاحوال .

ثانياً :-

مراجعة أحكام المحكمة العليا :-

بالرجوع الى نصوص قوانين الإجراءات المدنية السابقة ، نجد أن أحكام المحكمة العليا لم تكن تخضع للمراجعة . فالمادة (٢١٥) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م مثلاً ، نصت على ما يلي :-

" لا تخضع أحكام المحكمة العليا للمراجعة " . ولكن هذا النص عدل بموجب القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٧م حيث أصبح يقرأ كما يلي :- " تخضع أحكام المحكمة العليا للمراجعة على أنه لا يجوز مراجعة الحكم إلا مرة واحدة " . ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن النص بصيغته القديمة لم يكن نصاً شاذاً بل مائل القواعد التي تحكم المحاكم الرصيفة في العديد من البلدان ومن بينها التي تتبنى النظام اللاتيني . فالمادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري تنص على الأتي :- " لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريقة من طرق الطعن " . ويقول الدكتور احمد هندي :- ان محكمة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي واحكامها باتة ولاسبيل الى الطعن فيها ، فلا يجوز تغييب تلك الأحكام بأي وجه من الوجوه ، وهي واجبة الاحترام فيما خلصت اليه أخطاء أم أصابت ، إذ أن ضرورات الإستقرار تحتم إلغاء الخلافات وحسمها والوقوف بها عند حد معين ، وذلك يقتضي عدة أمور من بينها منع تورلي الطعون ، لذلك اعتبرت أحكام محكمة النقض هي نهاية المطاف في الخصومة ولا تقبل الطعن بأي طريق .

هذا مبدءاً مستقر في القانون المصري نصت عليه صراحة في المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات " لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن " وكذلك المادة ٦/٢٦٣ " في جميع الأحوال لا يجوز الطعن في القرار الصادر من محكمة النقض (بعد قبول الطعن ، أو بنظره مع جواز إستبعاد ما لا يقبل من أسباب الطعن) بأي طريقة كما أنه مبدءاً مستقر كذلك في القانون الفرنسي . وكان منصوباً عليه صراحة في المادة ٣٩ من لائحة سنة ١٧٣٨ ورغم أن النص الغى بمرسوم ٧٩ - ٩٤١ في ١١/٧/١٩٧٩م الذي قام بتعديل الإجراءات المدنية أمام محكمة النقض ، إلا أنه لا يمكن القول أن المشرع الفرنسي قد إنحى إلى هجر هذا المبدأ التقليدي ، ثم انه اورد في قانون المرافعات الحالي تطبيقات لهذا المبدأ في المادتين ٦٢١ و ٦٢٢ فلا خلاف في القانون الفرنسي على أن كل الاحكام الصادرة من محكمة النقض في مادة مدنية ، لا تقبل بحسب الأصل الطعن بأي طريقة . فهذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسي قديمه وحديثه " .

هكذا نجد أن الاحكام الصادرة من محكمة النقض لا تقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن . فلا يجوز الطعن في تلك الأحكام بالتماس إعادة النظر (المراجعة) سواء وقع في حكم محكمة النقض غشاً أو تزوير أو تم الحصول على أوراق حاسمة بعد صدور الحكم او غير ذلك من اسباب الطعن بالالتماس التي حددتها المادة ٢٤١ مرافعات ، ومرجع ذلك الحظر عمومية نص المادة ٢٧٢ مرافعات مصرية ^{٤٥} .

والواضح مما ذكر أعلاه أن نتج منع مراجعة أحكام المحكمة العليا ، يغلب مبدءاً إستقرار الأحكام بما يحقق إستقرار النظام القضائي والقانوني ، على مبدءاً تحقيق العدالة بالنسبة لمتقاضين بعينهم ، ولاشك في أن المشرع السوداني بعد مرور ثلاث سنوات كاملة من تشريع قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م ، إكتشف أن الأخذ بمبدءاً عدم مراجعة الأحكام الصادرة من المحكمة العليا ، يؤدي الى نتائج غير سائغة

ومنافية لإعتبارات العدالة ، لذلك عاد وأباح مراجعة تلك الاحكام . وليوازي ما بين مقتضيات العدالة وإستقرار الأحكام ، جعل المراجعة لمرة واحدة فقط . ويلاحظ ان المشرع لم يحدد الأسباب التي تتيح للمحكمة العليا مراجعة أحكامها ، بل ترك الأمر برمته لتلك المحكمة لتقضي فيه وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف والوجدان السليم . وهذا بالحتم أعطى تلك المحكمة سلطة واسعة في مراجعة أحكامها بما يحقق الغرض من المراجعة ولا يهدم مبدأ إستقرار الاحكام . وفي تقديرنا أن هذه الوجهة كانت سليمة ، باعتبار ان اسباب المراجعة لاحكام المحكمة العليا في حالة حصرها وتقييدها ، تحزم الهدف من مبدأ المراجعة نفسه إذ ربما يتعذر مراجعة أحكام خاطئة لاتقع ضمن الاسباب التي تم حصرها .

وبصودور قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م ، تبدل الحال واصبحت المادة ٢١٥ تقرأ كما يلي :- " لاتخضع أحكام المحكمة العليا للمراجعة علي انه يجوز لرئيسها ان يشكل دائرة تتكون من خمسة قضاة من المحكمة العليا لمراجعة أى حكم صادر منها اذا إنطوى ذلك الحكم على مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية . ويصدر قرار الدائرة بأغلبية الاعضاء " . هذا النص استقر على هذه الشاكلة بموجب نصوص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٥ م والقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٦ . وفي معرض التعليق عليه ، يقول استاذنا الدكتور محمد الشيخ عمر مايلي :- وقد كانت المادة المقابلة في قانون ١٩٧٤ م تجيز مراجعة أحكام المحكمة العليا بصفه مطلقة ، إلا أن المشرع في قانون ١٩٨٣ م إستشعراً منه بما أدى اليه إستغلال تلك المادة من تعطيل للقضايا وتراكم لها مما أثر على الحقوق تأثيراً مباشراً فأفقد الثقة في القضاء الأمر الذي اضطر معه اصحاب الحقوق للدخول في إجراء مصالحة عليها ، جبراً لا إختياراً تفادياً لذلك التعطيل الذي يعمد اليه الخصوم من أجل التسوية والمماطلة فذهب المشرع الى إضفاء النهائية على أحكام المحكمة العليا فقرر صراحةً عدم خضوعها للمراجعة .

مراجعة الاحكام المخالفة لاحكام الشريعة :- هذا ورغم عدم خضوع أحكام المحكمة العليا للمراجعة ، الا ان ذات النص قد اجاز للمحكمة العليا إلغاء أى حكم صادر منها اذا انطوى على مخالفة الشريعة الاسلامية على أن يصدر قرارها باغلبية الآراء^{٤٦} .

ويفهم من تعليق فقيهاها الكبير أن القاعدة الأصلية هي عدم خضوع أحكام المحكمة العليا للمراجعة اسوةً بما هو سائد في أنظمة أخرى وبما كان سائداً بالسودان قبل العام ١٩٧٧ م ، وان الاستثناء هو إخضاع هذه الاحكام للمراجعة في حالة مخالفتها للشريعة الاسلامية . وهذا الفهم الصائب لطبيعة النص ، يستلزم القول بأن أحكام الشريعة الاسلامية المشار اليها هنا ، يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً بحيث لا يتم هدم ما تحراه المشرع من استقرار الاحكام وهو أمر لا محالة حادث عند تبني التفسير الواسع . ولكننا وبكل وضوح نؤكد بأن المحكمة العليا الموقرة ، قد اخذت الموقف المغاير تماماً ، حيث توسعت في تفسير مقصود النص من أحكام الشريعة الاسلامية بمستوي جعل صدر هذا النص مجرد لغو لا طائل من ورائه . فالممارسة القضائية ولاعتبارات عملية وسعت من الحالات الجائز فيها المراجعة بمستوي يجعل من سلطة

المحكمة العليا في مراجعة أحكامها مطلقة كما كانت قبل صدور قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. ولعله يجدر بنا عرض بعض مآثرته المحكمة العليا الموقرة نفسها في هذا الامر . ولنبدأ ببعض ما يدخل في نطاق التفسير الضيق مثل قول المحكمة الموقرة على لسان القاضي علي يوسف الولي :- " . . . حكم المحكمة العليا المطلوب مراجعته بين أيدينا مخالفاً لأحكام الشريعة الاسلامية السمحاء طالما جاء قضاء دائرة المراجعة في كثير من سوابقها بأن مخالفة القانون تقود مباشرة الى مخالفة واضحة وصريحة لأحكام الشريعة الاسلامية المستمد منها ذلك القانون " ^{٤٧} . ويدخل في نطاق التفسير الضيق لنص المراجعة ، اعتبار المحكمة نفسها ان مخالفة القانون التي تستلزم المراجعة هي مخالفة النصوص الوجوبية لا الجوازية ويتضح ذلك في مآثره القاضي الطيب احمد محمد حين قال :- "الأصل في أحكام المحكمة العليا لاتراجع وكانت المادة ٢١٥ من قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م اجازت المراجعة في حالة واحدة وهي إذا انطوى الحكم على مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية ، فهل توجد في هذا الحكم مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية حتى يمكن مراجعته ، وضحت المحكمة العليا ان الطعن قدم بعد الميعاد المحدد وان السبب الذي تقدم به الطاعن لا يبرر التجاوز عن المدة المحددة بنص القانون وبالرجوع للمادة ٧٠ ب من قانون الاجراءات المدنية نراها جوزت للمحكمة مد الميعاد للقيام بأي إجراء . . . الخ فيجوز للمحكمة ان رأت سبباً مقبولاً لمد الميعاد ان تفعل ذلك وهذا أمر جائز لها وليس واجباً عليها فإذا قالت المحكمة انه لا يوجد سبب يجوز لها مد الميعاد او قالت انها لا تريد أن تمد الميعاد فإنها في هذه الحالة تركت إستعمال حق جائز لها وليس واجباً عليها حتى يقال انها خالفت أمراً واجباً وبذلك خالفت أحكام الشريعة الاسلامية . فهنا لا توجد مخالفة في عدم إستعمال المحكمة للحق الذي جوز لها القانون ان تستعمله أو رأت سبباً مناسباً لذلك فإذا لم تستعمل المحكمة حقها الجوازي لا يقال انها خالفت أحكام الشريعة الاسلامية " ^{٤٨} .

غير ان المحكمة العليا الموقرة لم تقف عند هذا التفسير الضيق الذي يؤكد استثنائية المراجعة ويحقق غرض المشرع من تبديل نص المادة (٢١٥) ، فهي هو القاضي علي يوسف الولي يقول ما يلي :- " في تقديري ان المقصود بمخالفة الشريعة الاسلامية التي تعنيها المادة المذكورة من القانون المذكور والتي تبرر مراجعة حكم المحكمة العليا هي :-

١. مخالفة احكام الشريعة الاسلامية قطعية الاسناد والدلالة . أى هي الاحكام الواردة وروداً مباشراً في القرآن الكريم والسنة المطهرة

٢. مخالفة القوانين سواء أكانت إجرائية أم موضوعية - المستمدة من أنوار وارشادات السنة الشريفة ومن اقوال وافعال صحابة رسول الله (ص) والتي تم تشريعها بناء على آراء فقهاء الاسلام الذين صاغوها في فقه إسلامي رائع ومثال هذه القوانين هي التي تقوم اليوم بتطبيقها في ظل توجهنا الاسلامي السياسي الذي حباها الله به لنستظل بظله . فإذا وضع المشرع قانوناً معيناً واصبح لزاماً على المحاكم تطبيقه ، فإن

الحكم الذي يصدر بمقتضى ذلك القانون والذي يطبق فيه القانون تطبيقاً سليماً يجب الا يعتبر ذلك مخالفاً لاحكام الشريعة الاسلامية لان المادة ٢ (١) من قانون اصول الاحكام القضائية تنص على ان يستصحب القاضي ان المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية عندما وضع ذلك القانون المطبق على الحكم . فالقانون قد يؤخذ من الفقه الاسلامي الذي هو عبارة عن مجموع الاحكام التي استنبطها الفقهاء - كما أسلفت - من كتاب الله تعالى وسنة رسوله (ص) وليس بالضرورة ان يصاغ القانون بناءً على رأي جمهور الفقهاء لأنه قد يصاغ القانون على رأي أحد المذاهب دون الآخر وعلى رأي أحد فقهاء مذهب معين من المذاهب الاسلامية وفي كل الاحوال يجي متفقاً مع أحكام الشريعة الاسلامية ولا يمكن بأي حال من الاحوال وتحت اى ظرف من الظروف ان يراجع حكم المحكمة العليا الذي جاء بناءً على ذلك القانون طالما ان القانون قد طبق فيه تطبيقاً سليماً وعادلاً . ففي قضية خالد محمد مقلد ضد عبدالقادر الشيخ احمد النمرة م ع / ط م / ٩٠/٣٤٩ مراجعة ٩٢/٣٩ (غير منشورة) جاء في حكم المحكمة العليا ما يؤيد هذا النظر فيما يلي :- "..... الشريعة أعم كثيراً من الفقه ... يراد بالشريعة كل ما شرعه الله للمسلمين من دين سواء كان بالقرآن نفسه أو بسنة الرسول (ص) من قول أو فعل أو تقرير فهي لهذا تشمل أصول الدين أى ما يتعلق بالله وصفاته والدار الآخرة ... مع هذا وذلك تشمل شريعة الله وأحكامه كل عمل من أعمالنا من وجوب وحل وحرمة وكراهية وندب وإباحة وذلك مانع عنه اليوم بالفقه فالفقه في اللغة الفهم وفي اصطلاح الفقهاء هو العلم بالاحكام الشرعية من ادلتها التفصيلية وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد ويحتاج للنظر والتأمل الفقه الاسلامي عبارة عن مجموع الاحكام التي استنبطها الفقهاء المسلمون من كتاب الله وسنة رسوله (ص) معنى ذلك ان مخالفة الفقه الاسلامي ولو كانت مخالفة لرأى جمهور الفقهاء لاتعتبر مخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية

٣. الظلم أو الحيف الذي يشوب ويحيط بالحكم المراد مراجعته لان الشريعة الاسلامية بطبيعتها ضد الظلم والحيف وعلى خط مستقيم حيث انما انزلت من السماء لبسط العدل والإنصاف في الارض . هذه هي الحالة الثالثة التي تبرر مراجعة حكم المحكمة العليا وفقاً لنص المادة ٢١٥ من قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م^{٤٩} .

ولسنا بالطبع في حاجة لتقرير ان هذا التعريف لاحكام الشريعة الاسلامية من السعة بحيث يهدم القاعدة الاصلية التي تمنع مراجعة احكام المحكمة العليا . إذ يكفي ان تشير الى ان الحالة الثالثة التي أشار اليها الحكم ، تعني ان للمحكمة العليا الحق في مراجعة أحكامها اذا خالفت مقتضيات العدالة والإنصاف والوجدان السليم . أى أن لها حق المراجعة كلما رأت ذلك مناسباً لتحقيق العدالة ورفع الظلم . وهذا يعني ببساطة ان للمحكمة الموقرة حق مطلق في مراجعة أحكامها بتوسيع تفسير الاستثناء بالتوسع في تفسير مصطلح أحكام الشريعة الاسلامية ، مما يقود حتماً لهزيمة غرض المشرع من تشريع

النص وهو ما أشار اليه استاذنا محمد الشيخ عمر . والدليل على تبني المحكمة العليا للتفسير الواسع للإستثناء بما يخالف مناهج تفسير القوانين ، هو العديد من الاحكام التي تمثل لها بالحكم التالي : " الحكم بقيمة العملة الأجنبية بالعملة السودانية ليتم سدادها بعد عدة سنوات فيه ظلم للدائن ويعتبر مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية مما يرر مراجعة الحكم وفقاً للمادة ٢١٥ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م "٥٠ . والواضح من هذا الحكم أن المحكمة المؤقتة اعتبرت ما إنقذ في وجدانها السليم على أنه العدالة والانصاف ، هو بنفسه أحكام الشريعة الإسلامية التي تميز مراجعة الاحكام .

وفي تقديرنا أن المحكمة العليا المؤقتة لم تخطئ وحدها حين تبنت التفسير الواسع للمصطلح وهدمت غرض المشرع ، بل ان الخطأ هو خطأ المشرع ابتداءً . فالمشرع وضع على سبيل الاستثناء مصطلحاً معمماً لم تجد المحكمة المؤقتة حرجاً في تبني تفسيره السائد حتى تتجاوز حظر المراجعة لاسباب عملية . فأحكام الشريعة الإسلامية مفهوماً الواسع ، تشمل احكاماً موضوعية وبعض الاحكام الاجرائية ومنها قواعد مراجعة الاحكام ونقضها بواسطة نفس القاضي (المحكمة في نظامنا القانوني) او قاضي آخر . ويلخص لنا المستشار طه الشريف حالات نقض الحكم ومراجعته في الشريعة الإسلامية كما يلي :-
النقض في الشريعة الإسلامية لا يتقيد بشكل معين ولا بأجراءات محددة ولا بميعاد يسقط بمضيه ، وقد يكون الإلغاء او النقض من القاضي الذي أصدر الحكم أو من غيره من القضاة ومقتضى ما تقدم يجب التمييز بين الحالات التالية :-

الأولى : ان يكون قضاء القاضي موافقاً للدليل الشرعي بالكتاب والسنة والاجماع وفي هذه الحالة يعد قضاءً صحيحاً لا يجوز الغاؤه او الرجوع فيه لا من القاضي الذي اصدره ولا من غيره ، ولو رفع أى منهما ثمة تظلم من الحكم وجب عليه أمضاؤه وإنفاذه .

ويشترط لترتيب هذا الأثر ان يكون النص الذي بنى عليه الحكم غير مختلف على تفسيره أو تأويله او ان تكون السنة التي اقيم الحكم عليها متواترة أو مشهورة بحيث لا ينفذ اليها شبهة ، أما اذا كان الحكم قد بني على الإجماع فإنه يجب ألا يكون فيه ثمة خلاف (أى لإجماع حقيقي صحيح) .

الثانية : أن يكون الحكم قد بني على دليل قام عليه خلاف في تفسيره أو تأويله والحكم في هذه الحالة يجب إمضاؤه وإنفاذه لأن مايقوم عليه الخلاف يجوز ان يبني على وجه من وجوهه ومن ثم لايجوز نقضه .

الثالثة : ان يكون الخلاف في نفس القضاء وفيه روايتان - الأولى وجوب إمضائه والثانية لاينفذ .
مثال ذلك القضاء بالحجر على مفسد يستحق الحجر فأبطل قاضي آخر حجره جاز لقاضي ثالث إبطال حكم الثاني وتأيد حكم القاضي الأول .

الرابعة : أن يكون الحكم مخالفاً للدليل الشرعي المستمد من الكتاب او السنة او الاجماع وهذا يعد حكماً باطلاً يجب نقضه من القاضي ذاته أو من قاضي آخر كالقضاء بشاهد وبمين على أساس ان النبي (ص) فعل ذلك وهو مخالف لقوله تعالى "واستشهدوا شهيدين من رجالكم" .

ومخالفة السنة كالقضاء محل المطلقة ثلاثاً للاول قبل ان يدخل بها الثاني لانه مخالف للسنة المشهورة فيما روى عن الرسول قوله " لا ... حتى يذوق الآخر من عسلتها ماذاق الأول " .

وما نسخ من أحكام لا يجوز بناء الحكم عليه فمن قضى بصحة نكاح المتعة ، كان قضاؤه باطلاً وحق لأي قاضي نقضه .

وثمة أسباب أخرى أوردها بعض فقهاء المسلمين تميز للقاضي نقض حكمه مثال ذلك ان يحكم بعلمه ثم يتبين بعد ذلك أن ما علم به وبني الحكم عليه كان خطأ أو أن يقيم القاضي حكمه على شهود محدودين في قذف دون ان يكون على علم بذلك ثم ينكشف له عدم صحة الشهادة فيجوز له الرجوع في قضاؤه وعلى هذا الاساس يجتمع في اسباب نقض الحكم في الشريعة الاسلامية حالات الاستئناف وحالات النقض أى حالات الخطأ في الواقع والخطأ في القانون - ويقصد بالقانون هنا التشريع السماوي (القرآن الكريم) او أحكام السنة أو الإجماع ^{٥١} .

فإذا علمنا ان مفهوم القانون وفقاً للمادة (٣) من قانون اصول الاحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م اوسع مما ذكره المستشار ، يتضح ان فهم المحكمة العليا الموقرة للفظ أحكام الشريعة الاسلامية فهماً واسعاً لاغبار عليه . وهذا يؤكد ان الخطأ الأكبر يقع في جانب المشرع مع وجوب التنبيه الى ان الأخذ بالفهم الواسع او التفسير الواسع للاستثناء هو مخالفة واضحة لقواعد تفسير النصوص المتعارف عليها وقعت فيها المحكمة العليا الموقرة .

خلاصة ما تقدم هو ان إيراد عبارة " مخالفة أحكام الشريعة الاسلامية " ، على سبيل الإستثناء من القاعدة الاصلية المانعة من خضوع أحكام المحكمة العليا للمراجعة ، أمراً جانب المشرع فيه التوفيق . فغموض العبارة مع إمكانية تفسيرها تفسيراً واسعاً وفقاً للقواعد الأصولية للشريعة الإسلامية عملاً بأحكام المادة (٢) من قانون أصول الأحكام القضائية ، أسس لهزيمة غرض المشرع من وضع قاعدة أصلية تمنع إخضاع أحكام المحكمة العليا للمراجعة . فالممارسة العملية للمحكمة العليا تؤكد على أن نص المادة ٢١٥ المستحدث لم يمنعها من ممارسة سلطات واسعة في المراجعة كانت تمارسها في ظل القانون السابق . ولعل المشرع في إصراره على أن تكون المراجعة عبر دائرة من خمس قضاة يكونها رئيس المحكمة العليا ، قد رمى للحد من هذه الممارسة . عموماً لا نري داعياً في الاصل لوضع قاعدة اصلية تمنع المراجعة ، بل نرى أن تعط المحكمة العليا الموقرة سلطتها المطلقة السابقة في مراجعة أحكامها مع التصدي اجرائياً لمنع التلاعب من الخصوم . وفي تقديرنا ان تعقيد تكوين دائرة المراجعة مع إسناد الأمر لرئيس المحكمة بالإضافة الى سلطة الدائرة في شطب طلب المراجعة إيجازياً ، هي ضمانات كافية بذاتها من الممكن ان يضاف اليها حق المحكمة في فرض غرامة على من يتقدم بالطلب في حالة ثبوت عدم الجدية . ونحن نزعم بأن المحكمة العليا الموقرة بممارستها التفسير الواسع لإعترافات عملية ، تقف مع وجهة إستعادة حقها المطلق في مراجعة أحكامها .

من كل ما تقدم نستطيع أن نقول بأن ما إستحدثه المشرع في اجراءات التقاضي المدني بإسناد الشريعة الاسلامية على قلته ، لم يكن موفقاً في إستحدثاته . فتحريمه للفوائد على موافقته للراجح من آراء رجال الدين المعاصرين ، فهو قد تجاهل إجتهاادات معاصرة ومن فقهاء لهم ثقلهم تبنيتها دول عربية وإسلامية أخرى مثل مصر وقطر وإمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة ، كما أنه لم يسلم من الغرض بحيث أسس لسيطرة قوى سياسية واقتصادية بعينها على النشاط المصرفي في البلاد وإستبدال نشاط التمويل التسليفي المصرفي السائد عالمياً بصيغ الشركة التاريخية كما عرفها الفقه الاسلامي مع بعض التحوير والتبديل .

أما الإستثناء الذي أوردته لقاعدة عدم جواز مراجعة أحكام المحكمة العليا ، فقد شابها غموض سمح للمحكمة المذكورة عبر إستخدام منهج التفسير الواسع بتدمير الغرض من وضع قاعدة عدم جواز مراجعة الاحكام .

المبحث الثاني

أثر التشريعات الاسلامية في الاجراءات الجنائية

لاشك في ان قانون الاجراءات الجنائية السودانية قبل صدور تشريعات العام ١٩٨٣م قد نخل من القواعد التي تنبأها القانون الانجليزي في هذا الشأن عبر التجربة والممارسة الهندية التي وطنت هذه القواعد . والمعلوم هو ان القانون الانجليزي يقرر حق الادعاء المباشر لكل فرد من المواطنين سواء كان مضروراً من الجريمة أو مجرد كونه مواطناً . ولم يشأ المشرع الانجليزي أن يأخذ بنظام الادعاء الشعبي على اطلاقه نظراً لما يشوبه من عيوب ، فأنشأ مجالاً للادعاء العام يقوم به ممثلون للدولة لاسيما فيما يتعلق بالجرائم الهامة . هؤلاء الممثلون هم :-

أولاً: النائب العام :- والأصل أن له أن يتولى الإدعاء في جميع الجرائم وفقاً لتقديره ، ولكن العرف جرى على ألا يباشر الإدعاء إلا في الجرائم التي تمس مصالح التاج ، والجرائم التي يغلب فيها جانب المصلحة العامة .

ثانياً: مدير الإتهام العام : وهو يتولى الإدعاء في حالات معينة :-

١ - اذا كانت الجريمة معاقباً بالإعدام . ٢ - اذا احيلت اليه الدعوي من مصلحة حكومية ورأى هو السير فيها . ٣ - في الحالات التي يرى أنها من الأهمية والصعوبة بحيث تستلزم أن يباشرها بنفسه وقد جرى العمل على التضييق من نطاق هذا الاختصاص حتى أصبح محصوراً في جرائم التزيف والسرقات بالإكراه والإختلاس والنشر وجرائم الإنتخابات ، بل أنه لا يكفي توافر إحدى هذه الجرائم وإنما يجب ان تكون على قدر من الأهمية ويعمل مدير الإتهام العام تحت إشراف وتوجيه النائب العام ،

ويلاحظ ان اختصاص مدير الاتهام العام بالادعاء في الحالات المذكورة لايحول دون ممارسة الافراد الحق المقرر لهم في الادعاء .

ثالثاً : هيئة البوليس :- يتولى رجال البوليس القيام بمهمة الادعاء الى جانب الافراد ، والغرض ان رجل البوليس يقوم بالادعاء اذا لم يقيم به الفرد ، فإذا رفع الفرد العادي دعواه الجنائية ، كان له الأولوية على رجل البوليس في مباشرتها . ويقيم رجل البوليس الدعوى عن كل جريمة يكون قد شاهدها أو ضبط من ساهم فيها .

وبالإضافة الى توسيع نطاق الادعاء العام على هذه الصورة ، فإن القانون الانجليزي قد قيد حق الافراد في الادعاء المباشر فألزمتهم في حالات كثيرة بالحصول على موافقة النائب العام قبل توجيه إتهامهم . وقد حدا ما إنتهى اليه الوضع في النظام الانجليزي بالبعث الى القول بأن القانون الإنجليزي لم يعد يأخذ بنظام الادعاء الفردي إلا من الناحية النظرية ، حيث ان الافراد لا يرفعون في الواقع ، الا عدداً قليلاً من الدعاوى الجنائية ^{٥٢} . ويأخذ الشارع السوداني في قانون الاجراءات الجنائية ١٩٧٤م بنظام الاتهام الفردي المتطور الى الشعبي الذي يكون فيه لكل فرد من افراد المجتمع سواء كان المجني عليه او غيره حق الادعاء مباشرة بشكوى الى القاضي يحمله فيها على إتخاذ الإجراءات الجنائية في جريمة معينة ضد شخص معين (راجع م ٥ إجراءات) وعلى القاضي تحريك الإجراءات بناءً عليها (م ١٣٥ ، ١٣٦ إجراءات) بإعتبار ان الفرد العادي صاحب الإتهام ، ولذلك نص الشارع في المادتين ١١١ (بالنسبة للجرائم التي يجوز القبض فيها بدون أمر) ، ١٢٢ ج (بالنسبة للجرائم التي لايجوز القبض فيها الا بأمر) على انه اذا اقتنع ضابط نقطة الشرطة بأن المصلحة العامة سوف لاتنفيد من وراء إتخاذ إجراءات الاتهام فيجوز له ان يرفض قبول البلاغ مع التنبيه على المبلغ كتابة بأن له حق الشكوي الى القاضي مباشرة طبقاً للمادة (١٣٥) ^{٥٣} .

ويعتبر القانون السوداني بدوره نموذجاً لمذهب التوسع في الادعاء المباشر ، فهو يخول الفرد - سواء أكان مجنئاً عليه او احد المواطنين الذين لم ينلهم مباشرة ضرر الجريمة - الحق في رفع الدعوى الجنائية نيابة عن المجتمع . ولكن المشرع السوداني لم يترك هذا الحق للافراد على إطلاقه ، وإنما أضاف اليه من القيود ما يخفف من حدته ، فجعل لضابط الشرطة اذا علم بوقوع جريمة ان يحضر تقريراً عنها ويبلغها الى القاضي الذي يشرع في اتخاذ اجراءات الدعوى بناءً على هذا التقرير ، وجعل للقاضي نفسه ، متى نما الى علمه وقوع جريمة ، ان يحرك الدعوى العامة عنها ، ولو كان ذلك بناءً على علمه الشخصي ، متى قام لديه سبب يحمله على الإعتقاد أو الظن بأن جريمة قد ارتكبت .

وسعيّاً وراء تضيق نطاق حق الأفراد في الإدعاء المباشر ، قيد المشرع السوداني هذا الحق في بعض الحالات بضرورة الحصول على إذن جهة معينة او شكوى فرد معين ، مثل الجرائم ضد الحكومة ، وجرائم الزنا والقدف ^{٥٤} .

وبالرغم من ظهور دور النيابة العامة بقانون الاجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م في التحري ومباشرة الاتهام ، الا اننا نري ان الحق في الادعاء المباشر لم يتأثر كثيراً . فللمادة ١٥١ من ذلك القانون أجازت للقاضي مع مراعاة أحكام الفصلين الرابع عشر والخامس عشر وأى قيود في شروط تعيينه بموجب المادة ١١ ان يأخذ علماً بأية جريمة عند تسلمه شكوى تشتمل على وقائع تكون جريمة . وإذا علمنا أن الفصل الرابع عشر موضوعه تنظيم اجراءات سلطة المحكمة في الاتهام ، يصبح القول بأنه منعدم التأثير على حق الادعاء المباشر . وهذا هو حال الفصل الخامس عشر بصفة عامة في حدود لا تتعدى الجرائم ضد الدولة والاذن اللازم لها وفقاً للقانون السابق وكذلك في جرائم القذف والجرائم ضد الزوج . ولكن بالنظر للمادة (١٥٠) التي خصصت للاتهام في جرائم الزنا أو إغواء امرأة متزوجة ، نجد ان القانون المذكور يرغم تبنيه القاعدة العامة الواردة بالقانون السابق والتي تقيد الحق في الادعاء وتقصره على الزوج او ولي الامر ، إلا انه استثنى المسلمين من تطبيق هذه القاعدة . اى أن القانون المذكور وسع حق الادعاء المباشر في جرائم الزنا أو إغواء امرأة متزوجة التي تقع من المسلمة بحيث يجوز ان نقول بأن حق الادعاء فيها اصبح شعبياً . وهذا بالطبع أثر واضح للشرعية الاسلامية التي لم تشترط في مثل هذه الجرائم ان يتم تحريكها من قبل الزوج او ولي الامر بل تركتها للعامة ولأى كان . ولعله من الجدير بالملاحظة هنا ان نوضح بأن هذا التوسع جاء بالتمييز السلبي على أساس الدين حيث اصبح غير المسلم في وضع أفضل من المسلم واصبحت حالات الزنا من غير المسلمة أقرب الى الستر .

وبالانتقال الى قانون الاجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م نجد انه قد دشّن دخول القانون الاجرائي الجنائي السوداني الى دائرة العمل بنظام الادعاء العام عوضاً عن نظام الادعاء المباشر . فللمادة (٣٤) من القانون استبقت حق الادعاء الشعبي جزئياً فيما يخص فتح الدعوى الجنائية التي يتعلق بها حق عام حيث اعطت اى شخص الحق في رفع البلاغ ، ولكنها قصرت الحق في تقديم الشكوى على من ارتكبت الجريمة في حقه او في نطاق مسؤوليته او من ينوب عنه في الجرائم الاخرى . أما المادة ٣٥ فقد وضعت قيوداً على فتح الدعوى الجنائية بواسطة الشرطة وجعلتها مشروطة بأذن من وكيل النيابة في الجرائم التي لا يجوز فيها القبض بدون أمر والجرائم المتعلقة بموظف عام ، وكذلك اشترطت حصول إذن في الجرائم المتعلقة بالموظف العام والمخلّة بسير العدالة والتي يجوز فيها التنازل الخاص عن الدعوى الجنائية وتلك التي ينص أى قانون على اشتراط الاذن فيها . بالاضافة الى ذلك منعت المادة المذكورة فتح الدعوى الجنائية في مواجهة اى شخص يتمتع بمصانة اجرائية او موضوعية الا وفقاً لاحكام القانون الذي نص عليها . ولعل أمر انتهاء نظام الادعاء المباشر يكون أكثر وضوحاً بالاشارة الى نص المادة ١٣٦ من القانون المشار اليه آنفاً والتي نصت على أن وكالة النيابة هي التي تتولى الادعاء واعطت الشرطة الجنائية ذلك الحق في حالة غياب وكيل النيابة كما سمحت بذلك لاي شخص تعيينه او تأذن له النيابة . وأجازت للمضروور أو لوليّه ان يتولى الادعاء منفرداً بموافقة النيابة الجنائية أو أن يشارك فيه . وهذا يعني بوضوح أن حق الإدعاء أصبح مكفولاً بصفة أصلية للنيابة بوصفها جهازاً عاماً للادعاء ، ولم يعد

للمضرور نفسه الحق في ممارسة الادعاء مباشرة والطلب من المحكمة اتخاذ اللازم من الاجراءات إلا بموافقة النيابة. فاجراءات تحريك البلاغ او الدعوى غير الشكوى اصبحت مكفولة للنيابة فقط ولاصلة للمحكمة المختصة بها ، وكذلك القيام بتمثيل الإتهام . فالحاكم المختصة فقدت دورها التنقيبي السابق وسلطانها في تحريك إجراءات الدعوى وفتحها والإشراف علي التحرى فيها وإقتصر دورها على الدور التحكيمي المتمثل في الفصل في الدعوى الجنائية فقط لاغير . أى أن سلطات فتح الدعوى الجنائية والإشراف علي الإجراءات السابقة للمحاكم بالإضافة إلى سلطة تمثيل الإدعاء أو الإتهام أثناء المحاكمة ، كلها أصبحت سلطات خالصة للنيابة العامة . وبالتالي لم يعد لأى شخص سلطة في الإدعاء المباشر أوصلة مباشرة بالمحكمة المختصة ، إذ أن المضرور في كل الاحوال لابد وأن يمر عبر النيابة بوصفها صاحبة السلطة الأصلية في فتح الدعوى الجنائية وموالاته سير الإجراءات .

وبالطبع لم يقتصر أثر التشريعات الإسلامية في الإجراءات الجنائية على إلغاء حق الإدعاء المباشر فقط وتوسيع سلطات النيابة العامة ، بل أثر أيضاً في سلطات النائب العام الخاصة بوقف الإجراءات وسلطة عرض العفو . ففى قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م أعطت المادة ٢٣١ (أ) النائب العام السلطة في وقف إجراءات محاكمة أى جريمة قبل صدور قرار المحكمة فيها . وسلطة النائب العام في وقف الإجراءات نابعة من مبدأ الملاءمة المعروف في القانون الأنجلوسكسوني والذي بمقتضاه للنائب العام سلطة تقديرية في استمرار الإجراءات أو عدم الإستمرار فيها أياً كانت الجريمة وأياً كان الجاني . والإخطار بعدم الإستمرار في الإجراءات لايعتبر اغتصاباً لسلطات المحكمة ولاعلاقة له باعتبارات الإدانة أو البراءة فقد تكون هناك عوائق قانونية أو دواعى إنسانية أو دواعى للصالح العام تقتضى صدوره . ولايقتضى قرار وقف الإجراءات من جانب النائب العام رضا المحقق أو القاضي أو المحكمة ، وغير خاضع لتقدير أحدهم . ولما كان الإخطار بوقف إجراءات الإتهام Nolle Prosequi من جانب النائب العام يترتب عليه عدم البدء أو الإستمرار في الإجراءات القضائية التى تؤدى إلى الإدانة أو البراءة ، لذا كان قراراً شبه قضائى وليس قراراً إدارياً وبالتالي يخضع لإعادة النظر فيه Certiorari Or Revision طبقاً للمادة رقم ٢٥٧ إجراءات °°. وفى هذا السياق قضت المحكمة العليا الموقرة بمايلى " سلطة النائب العام في وقف الإجراءات التى خولتها له المادة ٢٣١ (أ) من قانون الإجراءات الجنائية سلطة مطلقة بممارستها من الناحية الإدارية وليست خاضعة للرقابة القضائية " وإستطردت قائلة :- " لقد إعتد السيد عبد المجيد إمام في قضية حكومة السودان ضد زهرة ادم واخرين على بعض الأحكام السابقة في هذا الخصوص ، وتوصل إلى أن قرار أمر الإيقاف الذى يصدره النائب العام وفقاً للمادة ٢٣١ (أ) هو في الأصل أمر قضائى ويجب أن يخضع للرقابة القضائية ، ومع تقديرنا لرأى مولانا السيد عبد المجيد إمام في قضية حكومة السودان ضد زهرة ادم فإننا نرى ان سلطة إيقاف الإجراءات التى خولتها المادة ٢٣١ (أ) من قانون الإجراءات سلطة مطلقة بممارستها من الناحية الإدارية وليست خاضعة

للرقابة القضائية ٠٠٠٠٠٠٠ ، إننا نرى أن المشرع قصد أن يبعد الرقابة القضائية من السلطة التي خولها للنائب العام لوقف الإجراءات وفقاً للمادة ٢٣١ (أ) إجراءات ، كما أنه لم يلزم النائب العام بذكر الأسباب التي يعتمد عليها في وقف الإجراءات وربما يكون ذلك لأسباب تتعلق بأمن الدولة وسياساتها العليا أو باعتبارات لا تريد الدولة الإفصاح عنها^{٥٦}.

وبصدور قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م ، نصت المادة (٢١٥) منه على نفس السلطة المنوّه عنها ، ولكنها إشتطت انه لا يفهم من هذه المادة او السلطة المستمدة منها أنه يجوز بأي حال من الأحوال وقف الإجراءات إذا تعارض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية . ولا يخفى على أحد أن أعمال مثل هذا الشرط كانت تعوقه عواقب كثيرة ، أولها هو عدم خضوع سلطة النائب العام للرقابة القضائية مما يعنى عدم وجود جهة مختصة قادرة على تحديد وجود تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية من عدمه . وثانيها هو عدم اشتراط نص المادة تسبب قرار النائب العام بوقف الإجراءات مما يعنى أن أى مراجعة - إن وجدت - سوف تتم وفقاً لمبادئ عامة لاتأخذ في اعتبارها أسباب القرار مما يهدم الغرض الذى اعطيت من أجله هذه السلطة من أساسه . وثالثها وهو الأهم عدم وضوح ما قصده المشرع بأحكام الشريعة الإسلامية إذ من الممكن تفسير هذا المصطلح تفسيراً واسعاً بحيث يشمل الفقه الإسلامى وتفسيره تفسيراً ضيقاً يقصره على الأحكام قطعية الورد والدلالة بالقرآن والسنة فقط . والبون شاسع بين الأمرين ، باعتبار أن التفسير الواسع يثير مشكلة أخرى هى مشكلة التعارض بين المدارس الفقهية المختلفة والتي لا يمكن حلها إلا باستخدام رئيس القضاء للسلطة المخولة له بموجب المادة ٣٠٧ من ذلك القانون بحيث يحدد المذهب الذى يجب أن تتبعه المحاكم مع إفتراض أن هذا المذهب يحتوى على رأى واحد وهو أمر محل نظر .

ولعل هذا الغموض والخلل الذى شاب الإستثناء أو الشرط الذى وضعه مشرع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م ، هو الذى دفع مشرع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م لإتخاذ موقف أكثر انضباطاً سوف نتعرض له لاحقاً . ولكن من المهم قبل ذلك أن ننوه إلى أن هذا الغموض قد يسمح لبعض المحاكم بممارسة رقابة قضائية على قرارات النائب العام بوقف الإجراءات بل أن بعض المحاكم تمارس الرقابة بنفسها وطلبت التدخل من محاكم أعلى درجة للقيام بذلك . وفي هذا يقول البروفيسور محمد أحمد سراج مايلي :- " في قضية الأفران الآلية " أراد النائب العام وقف التحقيق مع المتهمين بالتلاعب والتزوير في البيانات المقدمة عن هذه الأفران ، وأخذ هذا النائب أوراق القضية فكتب له قاضى الموضوع عدة خطابات لرد الأوراق للمحكمة حتى تنتهى من عملها ، وبعد مفاوضات كثيرة كتب النائب العام إلى قاضى الموضوع يعلن عن نيته في عدم توجيه الإتهام وفقاً للمادة (٢١٥) من قانون الإجراءات التى تعطيه الحق في تقرير المصلحة في توجيه الإتهام أو عدم توجيهه . فكتب قاضى الموضوع إلى محكمة الإستئناف الجنائية بالعاصمة يطلب الحكم بطلان قرار النائب العام على حمايته للمفسدين ،

ذلك أن سلطته في تقدير المصلحة محكوم حسبما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٢١٥) المشار إليها بألا يتعارض استخدام هذه السلطة مع أحكام الشريعة الإسلامية .
وقد أيدت محكمة الاستئناف مطالبة قاضي الموضوع وتم القبض على المتهمين لإستكمال التحقيق رغم معارضة النائب العام الذي انحاز إليه رئيس الجمهورية وطلب هو الآخر حفظ التحقيق ولم تستجب المحكمة لطلبه كذلك^{٥٧} .

ولتفادى هذه الفوضى الإجرائية الناجمة عن غموض مصطلح الشريعة الإسلامية ، اضطر مشرع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م لتحديد الحالات التي لايجوز فيها استخدام سلطة النائب العام في وقف الإجراءات وحصرها في الدعاوى الجنائية المتعلقة بجرائم الحدود والقصاص أو الجرائم التي يجوز فيها التنازل الخاص عن الدعوى الجنائية . وهذا التحديد يخرج الجرائم التي تعتبر حقاً خالصاً لله تعالى باعتبار أن الحكومة لاسطان لها عليها ، وكذلك الجرائم الخاصة بالقصاص مما يعزز الطابع المدني لهذه الجرائم مع إضفاء طابع مدني على الجرائم التي يجوز فيها التنازل الخاص عن الدعوى الجنائية . ولكن هذا المشروع الذي أخرج بعض الجرائم من سلطة النائب العام في وقف الإجراءات ، نص صراحةً على أن قرار النائب العام بالوقف يكون نهائياً ولايجوز الطعن فيه . والمفارقة هي أن نفس النص الذي إشتمل على نهائية القرار إشترط أن يكون القرار مسبباً في حين أن التسيب فقهاً مناطه وعلمته تكمن في إمكانية المراجعة والنقض . لذلك كان إشتراط التسيب مداخلًا مناسباً للمحكمة العليا لتخضع بموجبه قرار النائب العام للرقابة القضائية . وفي هذا السياق يقول مولانا العالم زكي عبد الرحمن:- "أخلص مانقدم إلى أن التفسير السليم لشروط تسيب قرار النائب العام بوقف الإجراءات الجنائية هو - في تقديري - إنه شرط يتضمن شرطاً آخر هو أن تكون الأسباب مما يحقق مصلحة عامة . وأرى تبعاً لذلك أن القرار خاضع للرقابة القضائية بدءاً من المحكمة الجنائية فإذا رأت أن القرار معيب فإنها تملك أن تستمر في إجراءات المحاكمة إلى أن يتقدم النائب العام بقرار مسبب تسيباً صحيحاً في الوقت المناسب بما يكفى لوقف الإجراءات وإنقضاء الدعوى^{٥٨} . وبرغم عدم تبنيها لهذا الفهم قضت المحكمة العليا الموقرة بأن يخضع قرار النائب العام لرقابة القضاء كالقرار الإداري في الحالات الآتية : عيب الإختصاص ، عيب الشكل ، مخالفة القانون ، إساءة إستعمال السلطة . أما إذا قرر النائب العام وقف الدعوى ولم يكن قراره مشوباً بعيب من هذه العيوب فإن قراره يكون خارجاً عن رقابة القضاء لممارسته سلطته التقديرية . وفي تقديرنا ان هذا القرار الذي بنته المحكمة العليا الموقرة على إجتهدا مقدر ، يقضى تماماً على ماورد بالنص من نهائية قرار النائب العام وعدم جواز الطعن فيه . وذلك لأن المنع من الطعن يحصن القرارات من الرقابة القضائية مطلقاً ويصبح بلا معنى إذا تدخلت السلطة القضائية فيه من باب الرقابة على القرارات الإدارية أو أى باب اخر . والصحيح هو ان المشروع بالخيار في إلغاء شرط التسيب أو إلغاء النص على نهائية القرار وعدم جواز الطعن فيه، إذ لاسبيل لإبقاء الإثنين معاً . والأحرى بالمشروع أن يختار بين إبقاء

سلطة النائب العام في وقف الإجراءات أسوة بالنظام الأنجلوسكسوني أو إلغائها والتأسي بما هو سائد في النظام اللاتيني . فإن اختار الإبقاء فلامناص من اتخاذ منهج خاص في التعامل مع هذه السلطة باعتبار أن نقلها كما هي عن النظام الإنجليزي ، يعني تخصيصها من الرقابة القضائية ، وهو أمر إبنى على الإكتفاء برقابة الرأي العام ومؤسسات المجتمع المدني . وبما أن بلادنا في معظم الأحوال خاضعة لأنظمة انقلابية تغيب مؤسسات المجتمع المدني وتصادر الحريات ، يجب إخضاع سلطة النائب العام في وقف الإجراءات للرقابة القضائية . أما فيما يخص إستبعاد جرائم بعينها من نطاق هذه السلطة ، فهو قيد على مخالفته النظم التي تعمل على إقرار مثل هذه السلطة إلا أنه مهم لتقليص سلطات قد تتغول على حقوق الأفراد في ظل نظم شمولية .

والقيد الغامض آنف الإشارة إليه «عدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية» عاد مشرع قانون ١٩٨٣م ووضعه قيداً على سلطة عرض العفو التي كفلت للقاضي بموجب المادة (٢١٦) ، إذ أجازت للقاضي في الجرائم التي يعاقب فيها بالسجن أن يعرض على أى شخص يظن أن له صلة بالجريمة أو عالم بأسرارها العفو مقابل إفشاء كل مايعلمه . ولعله من نافلة القول إن حصر السلطة في الجرائم المعاقب عليها بالسجن يجعلها مقصورة على جرائم التعازير ويستبعد الحدود وجرائم القصاص . وهذا بالطبع يجعل القيد المذكور أكثر غموضاً ، آخذين في الإعتبار ماورد أعلاه من دلالات توضح مدى عمق الغموض . وبالحتم شكل ماسبق سبباً رئيسياً دفع مشرع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م لسلب سلطة العفو كلياً من المحكمة أو القاضي وتقليصها لتصبح سلطة وعد بوقف تنفيذ العقوبة التي قد توقع على المتهم وإعطائها لوكيل النيابة الأعلى بموجب نص المادة (٥٩) . ويلاحظ أن النص أيضاً قصر هذه السلطة على الجرائم ذات العقوبة التعزيرية فقط ممايعنى استبعاد جرائم الحدود والقصاص . غير أن مصطلح عقوبة تعزيرية أشمل من عقوبة السجن ومؤداه أن سلطة وكيل النيابة في الوقف نطاقها أوسع . ويجدر بنا التنويه إلى أن سلطة عرض العفو بموجب المادة (٣٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م كانت مقصورة على الجرائم التي تحاكم أمام محكمة كبرى أو التي يعاقب عليها بالسجن مدة قد تمتد إلى سبع سنوات . أى أن نطاق سلطة عرض العفو كان مقصوراً على الجرائم شديدة الخطورة فقط على غير مأصحيح عليه الحال في قانون ١٩٨٣م الذي شمل كل الجرائم المعاقب عليها بالسجن .

وبالنظر إلى سلطة العفو المكفولة لرئيس الجمهورية ، نجد أن المادة (٢٧٥) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م قد أعطته سلطة مطلقة في منح العفو عن العقوبة أو تخفيفها كما يكون له حق إسقاط الإدانة من أى شخص أدين في أى جريمة ، غير أن نص المادة (٢٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م قيد هذه السلطة بعدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وهو شرط أعمله في شأن سلطة رئيس الجمهورية في إستبدال عقوبة بعقوبة أخرى بموجب نص المادة (٢٦١) أيضاً . وكعادة مشرع قوانين العام ١٩٩١م العقابية والإجرائية ، حاول تلافي غموض الشرط المذكور ونص صراحةً في

المادة (٢٠٨) على أن رأس الدولة لا يملك سلطة إسقاط الإدانة أو العقوبة مطلقاً في جرائم الحدود . ولا يجوز لرأس الدولة إصدار أمر بإسقاط الإدانة أو العقوبة في جرائم القصاص والجرائم التي يجوز فيها التنازل الخاص عن الدعوى الجنائية إلا بموافقة المضرور أو أولائه أو بعد استيفاء الحق المحكوم به . وإعطاء طابعاً مدنياً لجرائم القصاص والجرائم التي يجوز فيها التنازل الخاص أمر لا تخطئه عين ، بحيث تنقلص حدود السلطة العامة بخصوصها ويعلو شأن العلاقة بين أطرافها .

الأمر الأخير الذى نود أن ننوه إلى أثر التشريعات الإسلامية عليه هو سلطة الفحص . والمعلوم أن نظام الفحص وإعادة ومراجعة الإجراءات كنظام التأييد . استعارها قانون الإجراءات الجنائية السودان من القانون العسكرى . وحكمة وتشريع هذا النظام هى الإشراف والرقابة على سلامة تطبيق قانون العقوبات والإجراءات الجنائية من جهة قضاء أعلى حتى لا تتجاوز سلطات القضاء الأدنى حدود القانون أو حدود اختصاصها وسلطانها . وقد تكون هذه الرقابة تلقائية من جهة القضاء العليا بخاصة في القضايا الخطيرة كما قد تكون بناءً على إلتماس من صاحب شأن وهو جائز في أى وقت ولو قبل صدور الحكم وفى أثناء المحاكمات وعقبها سواء كانت إيجازية أو غير إيجازية حتى تلك التي يجوز استئناف أحكامها^{٥٩} . لذلك جاءت المادة (٢٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م مطلقة من القيود بحيث يكون للمحاكم الاستئنافية سلطة فحص الإجراءات للتأكد من صحة أو قانونية أو بطلان أى قرار صدر أو دون في المخضر أو بأن الإجراءات كانت مطابقة للقانون . ولكن المادة (٢٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م ، قصرت سلطة الفحص على حالة وجود إجراء مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية . والنص هو إستمرار لنهج مشرع ذلك القانون في حشر مصطلح أو عبارة أحكام الشريعة الإسلامية كيفما اتفق ، دون أن يبين ما لهذا التحشير من أثر على نظام الإجراءات ، ودون أن يدرك مدى مافى هذه العبارة من غموض نوهنا عنه . وكان حتمياً أن يقود هذا الغموض إلى بلبلة ، حيث تفاوت فهم العبارة ضيقاً وسعةً مما حدا بمحكمة الإستئناف للقضاء بما يلى لتوضيح الأمر :- الشرط الوارد في المادة (٢٣٩) باتخاذ إجراء مخالف للشريعة الإسلامية حتى يمكن للمحكمة العليا ومحكمة الإستئناف ممارسة سلطة الفحص ، هذا الشرط يمكن أن يندرج تحته أى حكم أو إجراء أخل بتحقيق العدل وهو أمر لا يقيد سلطة الفحص بل يجعلها أوسع نطاقاً من القانون السابق^{٦٠} . وإن كنا لانتفق مع محكمة الإستئناف الموقرة في أن سلطة الفحص أصبحت بموجب هذا النص أوسع نطاقاً ، ولكننا نقدر جهدها لمحاولة تلاقى الحلل التشريعي بتبنى هذا التفسير الموسع للعبارة آتفة الذكر التي وضعت كشرط لممارسة سلطة الفحص . فوضع الشروط عادةً الهدف منه تقييدى وتفسير هذه الشروط تفسيراً موسعاً يقوض ويهدم هدف المشرع من التشريع . ولعل هذا الفهم هو الذى حدا بمشرع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م إلى حذف هذا الشرط كلياً وعدم الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية مطلقاً في المادة التي خصصها لسلطة الفحص .

فالمادة (١٨٨) أجازت للمحكمة العليا أو محكمة الاستئناف من تلقاء نفسها أو بناء على التماس أن تطلب وتفحص محضر أى دعوى جنائية صدر فيها تدبير قضائي أمام أى محكمة فى دائرة اختصاصها ، وذلك بغرض التأكد من سلامة الإجراءات وتحقيق العدالة وأن تأمر بمآثره مناسباً . ولا تغالى إذا قلنا بأن فى هذا النص عودة كاملة لما كان عليه الحال تحت قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م الوضعى بحيث أصبحت سلطة الفحص مطلقة كما كانت .

من كل ماتقدم يتضح أن التشريعات الإسلامية فى مجال الإجراءات الجنائية ، وأكبرها تحولاً تدريجياً من نظام الإدعاء الشعبى إلى نظام الإدعاء العام مع تغيير دور المحكمة التنبئى ليصبح دوراً تحكيمياً خالصاً وهو انتقال من نظام شبيه بالنظام الأنجلوسكسونى إلى نظام شبيه بالنظام اللاتينى وإن لم يكن مطابقاً كلبه له . وهذا التحول اقترن به تمييز سلبى أحياناً ضد النساء المسلمات حين ترك النظام الشعبى يتحكم فى تحريك الإجراءات فى مواجهة المرأة المسلمة فى جرمى الزنا وإغواء امرأة متزوجة . وما يميز النظام الحالى عن النظام اللاتينى هو بقاء سلطة النائب العام فى وقف الإجراءات وهى سلطة قصرت مؤخراً على جرائم التعازير فقط . كذلك سلطة العفو المكفولة لرأس الدولة قيدت بجرائم الحدود وبموافقة المضرورة فى جرائم القصاص والجرائم التى يجوز فيها التنازل الخاص . أما سلطة الفحص فقد تم تلافى عيب تقييدها بشرط مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية الغامض ، وعاد المشرع لتبنى موقف قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م الوضعى الذى جعل هذه السلطة مطلقة .

خلاصة

الناظر لقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م يجد أنه برغم تشكيكه خطوة متقدمة فى طريق تقنين القانون المدنى أسوء بالإتجاه العام للأنظمة القانونية الحديثة ، إلا أنه من حيث الجوهر سجل تحولاً كبيراً فى قواعد المعاملات لانرى أنه كان تحولاً إيجابياً . وذلك لأن القانون جاء مليئاً بالثغرات المتمثلة فى خلوه من أحكام هامة مثل أحكام نظرية التقادم ، وتبديله لأحكام التقادم المسقط والمكسب للملكية بحيث أصبح التقادم مسقطاً للملكية فقط . كذلك خلط القانون المذكور بين مفاهيم مختلفة كانت راسخة ومميزة فى القوانين السودانية مثل الشركة والشراكة والملكية والحيازة من ناحية معينة . أيضاً أعلى القانون من شأن حرية التعاقد (Freedom Of Contract) استناداً إلى القاعدة الأصولية " العقد شريعة المتعاقدين " ، متجاهلاً ضرورة تدخل المشرع لإيجاد تكافؤ بين الإرادات الذى أصبح مبدأً علمياً متفقاً عليه ، باعتباره ضابطاً مهماً يحول دون الإستغلال الذى يمكن أن يحدث عند افتراض تساوى الإرادات عند المساومة خلافاً للواقع . وفوق كل ذلك قام القانون المذكور بتغيير الفلسفة العامة للمعاملات بحيث أصبح المبدأ الأساسى هو حماية حقوق الأفراد وتقديمها على استقرار التعامل . ويتبين ذلك من تبني

نظرية عامة للصورية في العقود وفي إبطال العقود للجنون وأيضاً في إلغاء قاعدة (Caveat Emptor) . ولم يتمكن من السير في هذا الطريق إلى نهايته المنطقية حين عكس هذه القاعدة بإشراطه لوجود غرر حتى تنفذ أحكام الغبن الفاحش . وبالتأكيد كان لانتقاله من نظرية المقابل المعدلة عبر الممارسة لتبنى نظرية السبب وإيغاله في الانتقال بتبنيه ركن المحل وإبرازه في مقابل الموقف العملي السابق الذى يركز على محتوى العقد وشروطه ، أثراً سالباً على مجمل فلسفة القانون المدني وعلى مبدأ التطوير عبر الإستمرارية والتعديل . ولكننا برغم إدراكنا أن القانون المذكور سلبنا نظامنا القانوني المتميز ، ومنحنا نظاماً مطابقاً كامل التطابق لأنظمة دول أخذت عن القانون اللاتيني بالأساس كمصر والأردن ، إلا أننا لا ننادي بإلغاء هذا القانون ، بل نطالب بتعديل المواد المشار إليها آنفاً والتي أدت إلى هذا التحول السلبى والعودة لتقنين القواعد التي رسخت عبر الممارسة لأكثر من ثمانين عاماً سابقة لهذا القانون .

أما نظام الإثبات في القانون السوداني بعد صدور قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م ، فإنه قد شهد تحولاً أساسياً أسوةً بالقانون المدني آنف الذكر . حيث راح هذا النظام بين الثبات والتحول ، وذلك بتحوله جزئياً إلى نظام الأدلة الجنائية المتمثل في إثبات جرائم الحدود ، برغم أنه أبقى جرائم التعازير وهى تمثل غالبية الجرائم بقانون العقوبات خاضعة لنظام الإثبات الحر السائد في جميع النظم الحديثة . وهذه المروحة بين النظامين تبدو واضحة وجلية في إثبات جرائم القصاص التى أخضعت لنظام الأدلة الجنائية أحياناً وتم ترجيح نظام حرية الإثبات في شأنها في أحوال أخرى . ومثال ذلك اشتراط البيئة الشرعية لإثبات جريمة القتل العمد وتراجع موقف بيئة المختضر في الإثبات . وبكل تأكيد أن الأخذ بنظام الأدلة الجنائية يعتبر خطوة إلى الوراء بالنسبة للنظام القانوني السوداني ، باعتبار أن السودان كان يملك نظام إثبات حديث يقوم على حرية الإثبات نقلاً عن أعرق دولة في هذا المجال (إنجلترا) وبالمائلة مع ماهو سائد في المجتمع الدولي منذ الثورة الفرنسية . ولكن المهم أن ننوه إلى أن هذا الموقف يتسق مع منظومة العقوبات التى أدخلت على النظام السوداني حتى يتسنى حماية المتهمين ، وعليه لا سبيل إلى العودة الكاملة لنظام الإثبات الحر ، إلا بالتضحية بحقوق المتهمين أو بإلغاء العقوبات الحدية . كل ما تقدم يؤكد بأن نظام الإثبات في السودان حالياً يعتبر نظاماً ذو طابع مزدوج تغلب عليه نزعة تغليب نظام الإثبات الحر الذى يتغلب عليه نظام الأدلة القانونية فيما يخص جرائم الحدود وتراوح جرائم القصاص بين النظامين .

وبالانتقال إلى قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م ، نجد بصفة عامة تبنى كل ما كان وارد بقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤ م ولكنه استحدث بعض القواعد القليلة التي كان لها أثراً مباشراً في تحول النظام القانوني تحولاً جذرياً . ومثال لذلك تحريمه الحكم بالفوائد ومنع المحاكم من إنفاذ أي اتفاق على فوائد بالمواكبة مع إلغاء المبادئ التى تؤسس لتقاضى فوائد موضوعياً . وأثر هذا التحريم جوهرى وأساسي لأن السماح بتقاضى فوائد موضوعياً مثلاً ، يصبح بلا معنى إن لم تحمي ضوابط مثل حق التقاضى

وتنفيذ الأحكام الصادرة بشأنه من المحاكم . ولسنا في حاجة للقول بأن هذا التحريم على موافقته للراجح من آراء رجال الدين المعاصرين ، فهو قد تجاهل اجتهادات معاصرة أخرى ومن فقهاء لهم ثقلهم تبنتها دول عربية وإسلامية مثل مصر وقطر وإمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة ، كما أنه لم يسلم من الغرض بحيث أسس لسيطرة مؤسسات مصرفية بعينها على النشاط المصرفي في البلاد واستبدل نشاط التمويل التسليفي المصرفي السائد عالمياً بصيغ الشركة التاريخية كما عرفها الفقه الإسلامي مع بعض التحريف . أما فيما يخص الاستثناء الذي أورده القانون لقاعدة عدم جواز مراجعة المحكمة العليا لأحكامها حيث أعطاهما حق المراجعة في حالة وجود مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ، فالمرجع لم يكن موفقاً في إيراد . إذ شاب ذلك الاستثناء غموض سمح للمحكمة المذكورة عبر استخدام منهج التفسير الواسع بتدمير الغرض من وضع قاعدة عدم جواز مراجعة الأحكام . وهذا يؤكد أن الممارسة العملية أثبتت ضرورة جعل الحق في المراجعة هو الأصل مع تأكيد لامنتظية الاستثناء الذي أورده المشرع وعدم وضوحه الذي سمح بقلب القاعدة رأساً على عقب وأهدر ماقصده المشرع تماماً .

وبالطبع لم يكن الأمر عابراً بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م ، فهو كسائر القوانين آتفة الذكر ، كان له نصيباً لا بأس به في تحول نظامنا القانوني . فالتحول في مجال الإجراءات الجنائية نحو التشريع واكمه تحول تدريجي من نظام الإدعاء المباشر والشعبي إلى نظام الإدعاء العام وإن كان قد سبقه في التاريخ ، كذلك تغير دور المحكمة التقيقي ليصبح دوراً تحكيمياً خالصاً . وهذا التحول اقترن به تمييز سلبي أحياناً ضد النساء المسلمات حين ترك النظام الشعبي يتحكم في تحريك الإجراءات في مواجهة المرأة المسلمة في جرمي الزنا وإغواء امرأة متزوجة . ويتميز نظامنا الحالي عن النظام اللاتيني ببقاء سلطة النائب العام في وقف الإجراءات بعد قصرها مؤخراً على جرائم التعازير فقط . وفي نفس السياق تم تقييد سلطة العفو المكفولة لرأس الدولة بجرائم الحدود وبموافقة المضرور في جرائم القصاص والجرائم التي يجوز فيها التنازل الخاص . كذلك شهدت سلطة الفحص تحولاً بموجب قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م حيث تم تقييدها تقييداً معيباً بمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية ، مما اضطر مشرع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م - الذي حاول مراراً تدارك عيوب القانون السابق - إلى الرجوع لتبني موقف قانون الإجراءات الجنائية الوضعي لسنة ١٩٧٤م الذي جعل هذه السلطة مطلقة .

خلاصة القول هو أن التحول الذي شهده النظام القانوني السوداني في مجال القوانين المدنية بخاصة والقوانين الخاصة والإجرائية بصفة عامة ، كان تحولاً كبيراً يمثل طلاقاً بئناً في بعض نواحيه لتراثنا القانوني المستمد من القانون الأنجلوسكسوني والذي قطعنا شوطاً كبيراً في اتجاه توطينه وفقاً لمبدأ الملاءمة . ف نظامنا القانوني الآن في هذه الجوانب هو أقرب للنظام اللاتيني مع بعض الاختلافات التي اقتضتها ضرورة أسلمة القوانين بالمخالفة مع كل النظم الحديثة مثل الأخذ بمبدأ الأدلة الجنائية مثلاً . وبما أن التشريعات آتفة الذكر بلا استثناء حاولت جاهدة الابتعاد عن تراثنا القانوني وتبنت نظاماً قانونياً

مستحدثاً بتغيير فلسفة قوانيننا وإدخال ما يخالف ما هو سائد في الأنظمة الحديثة دون تقديم أي مبرر لذلك مع غياب المذكرات التفسيرية ، فلا مناص من القول بأن أثر هذه التشريعات بصفة عامة كان سالباً ومغائراً لما هو مطلوب من أجل خلق نظام قانوني حديث يستوعب تراثنا القانوني ويحدثه .

-
-
- (١) أ. د محمد الشيخ عمر — قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م ماله وماعليه — مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٧م — ص ٢٠٤ و ٢٠٥ على التوالي .
 - (٢) أ. د محمد الشيخ عمر — المرجع السابق — ص ٢١٤ .
 - (٣) عثمان الطيب — الملكية العقارية وأنواعها — مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م — ص ٢١٥ .
 - (٤) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٨م . ص ٥٩ .
مهدي عبد الحميد المهدي ضد هيئة السكة حديد
م ع/ط م/١٣٥/١٩٨٧م
 - (٥) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٨م . ص ٧٢ .
هيئة السكة حديد ضد عبد الحميد المهدي مصطفى
م ع/ط م/٦٦/١٩٨٧م
 - (٦) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٩م . ص ٢٩٦ .
هيئة السكة حديد ضد الحاج كردمان
م ع/ط م/١٥٢/١٩٨٢م
 - (٧) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٥م . ص ١٠٩ .
حامد محمد الحسن ضد ورثة علية عبد الحميد
م ع/ط م/٣٨١/١٩٨٩م
 - (٨) د. عادل مصطفى بسيوني — مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية — الهيئة المصرية العامة للكتاب — ١٩٧٨م — ص ١٣٩ .
 - (٩) د. عادل بسيوني — المرجع السابق — ص ١٣٢ .
 - (١٠) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٣م . ص ١٤٢ .
يوسف نورين آدم ضد عائشة موسى محمد
م ع/ط م/٢٣٩/١٩٩٣م
 - (١١) مقابل م ع/ط م/٢٣٠/١٩٩٣م
مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٦٦م . ص ٥٦ .
عبد الله محمد بشير ضد بنك مصر
م أ/س/٥/١٩٦٥م
 - (١٢) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٦٠م . ص ١٦٠ .
سيد حسن بشير وآخر ضد باسل عسال
م أ/س/٤/١٩٦٠م

- (١٣) د. محمد عبد الرحمن محمد — الإستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي (المصري والسوداني) والشرعية الإسلامية) — دار النهضة العربية — القاهرة — ص ١٦٨ .
- (١٤) د. محمود عبد الرحمن محمد — المرجع السابق — ص ١٧٨ .
- (١٥) د. محمود عبد الرحمن محمد — المرجع السابق — ص ١٧٤ و ١٧٥ على التوالي .
- (١٦) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٣ م . ص ٢١٤ .
يوسف نورين آدم ضد عائشة موسى محمد
م ع/ط م/٥٧/٧٣
- (١٧) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله — العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام في القانونين المصري والإنجليزي المقارن — ١٩٧٩ م — جامعة المنصورة — ص ٢٦٢ .
- (١٨) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله — المرجع السابق — ص ٢٨٣ و ٢٨٤ على التوالي .
- (١٩) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله — المرجع السابق — ص ٤٠٦ .
- (٢٠) د. فتحي عبد الرحيم عبدالله — المرجع السابق — ص ٤٣٦ و ٤٣٧ على التوالي .
- (٢١) د. أحمد حبيب السماك — نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي — مجلة الحقوق — يونيو ١٩٩٧ م — تصدر عن مجلس النشر العلمي — جامعة الكويت — ص ١٤٠ و ١٤٥ و ١٤٨ على التوالي .
- (٢٢) د. محمود محمود مصطفى — الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن — الجزء الأول — النظرية العامة — الطبعة الأولى — ١٩٧٧ م — مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي — ١٩٧٧ م — ص ٢١ .
- (٢٣) حكومة السودان ضد (١) فيتر وتر دينق . (٢) عوض محمد عبد الجليل
م ع/ج/٢٦٧/١٩٨٣
مكرر/جدي/٢/٨٣
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٣ م — ص ٩٧
يلاحظ أن هذا الحكم صدر تطبيقاً لنص المادة ٧٨ من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م .
- (٢٤) محاكمة (١) أحمد حسن عمر ، (٢) آدم أحمد عمر
النمرة م ع/ك/٩٥/١٤٠٦ هـ
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٠ م — ص ٦٩ و ٧٠ و ٧١ على التوالي .
- (٢٥) حكومة السودان ضد عباس محمد سلام
م ع/م/ك/٧٣/٧٣
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٣ م — ص ٢٥٧ و ٢٥٨ على التوالي .
- (٢٦) حكومة السودان ضد آدم عبد الكريم عبد الله
م ع/م/ك/٩٥/١٩٧٨
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٨ م — ص ٣٤٥ .
- (٢٧) الفاضل أحمد على التوم الطاعن
ضد
عيسى حاج العوضي المطعون ضده
النمرة م ع/ط م/٣٥٤/١٩٨٩
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩١ م — ص ١٤٦ .
- (٢٨) حكومة السودان ضد إبراهيم آدم عثمان وآخر
م ع/م/ك/٨٣/١٩٨٤

- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م — ص ١١٨ .
(٢٩) حكومة السودان ضد بدر الدين عباس أبو نورة
م ع/م ك/٦٩/١٤٠٦هـ
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨م — ص ٦٣ .
(٣٠) حكومة السودان ضد أحمد أبو سن حامد
م ع/م ك/١٦/١٩٨٧م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨م — ص ١٥٠ .
(٣١) حكومة السودان ضد السنوسي علي بله
م ع/م ك/٥٠/١٩٨٨م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨م — ص ١٩٧ .
(٣٢) حكومة السودان ضد آدم محمد بن محمد عبد الله
م ع/م ك/١٩/١٩٩٢م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢م — ص ١٧٨ .
(٣٣) حكومة السودان ضد محمد فضل الله وآخر
م ع/م ك/١٠٨/١٩٨٨م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٩م — ص ١٦٧ .
(٣٤) حكومة السودان ضد بابكر محمد محمود
م أ/س ج/١٨/١٤٠٥هـ
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥م — ص ١٨٤ .
(٣٥) قرار النقض ١٤٠/١٩٩٠م الصادر في يوم ٩/١١/١٩٩٠م
مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٠م — ص ٢١ .
(٣٦) حكومة السودان ضد آدم محمد بن محمد عبد الله
- المرجع نفسه المشار اليه في (٣٢) أعلاه — ص ١٧١ .
(٣٧) حكومة السودان ضد مرسل عيسى حامد
م ع/م ك/١٥٨/١٩٩١م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩١م — ص ٤٣ .
(٣٨) عوض خليفة الطاعن
ضد
محمد علي موسى المطعون ضده
النمرة : م ع/ط م/٣٥٩/١٩٩٢م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢م — ص ٣٣٠ .
(٣٩) علي عصمان محمد علي الطاعن
ضد
مايكولي ميلر المطعون ضده
النمرة : م ع/ط م/١٠١/١٩٩٦م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٦م — ص ١٩٢ .
(٤٠) حكومة السودان ضد محمد البدوي حامد
النمرة : م ع/ف ج/٣٢٩/١٩٩٢م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢م — ص ١١٧ .

- (٤١) د. محمد شتا أبو سعد — قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقاً عليه — مرجع سابق — ص ٤٤٧ .
- (٤٢) الاستئناف رقم ١١١ و ١١٤/١٩٩٣م
المستأنف : مؤسسة ماجستيك للاستثمار والأعمال المالية المحدودة
المستأنف عليه : علي بن ناصر المسند
الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٤/٣/٨م — ص ٩ (غير منشور)
- (٤٣) مجلة القضاء والتشريع — العدد الثالث — نوفمبر ١٩٩٥م — حكومة دبي — محكمة التمييز — المكتب الفني — الطعان رقمي ٢١٥ و ٢١٧ لسنة ١٩٩١م (حقوق) .
جلسة الأحد ٢٦ يناير سنة ١٩٩٢م — ص ١١٠ .
- (٤٤) مجلة القضاء والتشريع — العدد الرابع — يونيو ١٩٩٦م — حومة دبي — محكمة التمييز — المكتب الفني — الطعان رقمي ١٤٤ و ١٤٧ لسنة ١٩٩٢م (حقوق)
جلسة الأحد ١٨ أبريل سنة ١٩٩٣م — ص ٣٥٧ .
- (٤٥) د. أحمد هندي — آثار أحكام محكمة النقض وقوقها — دار الجامعة الجديدة للنشر — الأسكندرية — ص ٢٣٣ و ٢٣٤ و ٢٣٨ على التوالي .
- (٤٦) أ. د محمد الشيخ عمر — قانون الإجراءات المدنية السوداني — الجزء الثاني — أحكام الطعن وإجراءات التنفيذ — الطبعة الخامسة — الخرطوم — ص ٧٨ .
- (٤٧) لوسي يارمهيان
طاعنة
ضد
مدير عام التركات
مطعون ضده
النمرة : م ع/ط م/٥٣١/١٩٩٦م
مراجعة : ١٥/١٩٩٧م
مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٧م — ص ١٨٤ .
- (٤٨) محمد إدريس أبو بكر
طاعن
ضد
سالم عبد الله سالم
مطعون ضده
النمرة : م ع/ط م/٧٠٤/١٩٩٥م
مراجعة : ٨/١٩٩٦م
مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٦م — ص ٩١ .
- (٤٩) خلود حسن عبد الله
طاعنة
ضد
محمد علي بشارة
مطعون ضده
النمرة : ط م/١٠٦٦/١٩٩٢م
مراجعة ١٩٩٣/١٩٥م
(غير منشور)
- (٥٠) عبد الوهاب حميدان
الطاعن
ضد
شركة سيمنس وآخر
المطعون ضدهما
مراجعة ١٨٨/١٩٩٣م
مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٣م — ص ١٧٨ .
- (٥١) المستشار طه الشريف — نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والمواد التجارية — مرجع سابق — ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ على التوالي .
- (٥٢) د. فوزية عبد الستار — الإدعاء المباشر في الإجراءات الجنائية — دار النهضة — مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي — ١٩٧٧م — ص ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ على التوالي .

- (٥٣) د . محمد محيي الدين عوض — قانون الإجراءات الجنائية السوداني — معلقاً عليه — مرجع سابق — ص ٢٩٩ .
- (٥٤) د . فوزية عبد الستار — المرجع السابق — ص ٢٤ .
- (٥٥) د . محمد محيي الدين عوض — المرجع السابق — ص ٦٧٤ .
- (٥٦) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٠م — ص ١١٧ و ١٢١ و ١٢٢ على التوالي .
حكومة السودان ضد أحمد إسماعيل يوسف
(م ع/ط ج/١٣٧/١٩٨٠م)
- (٥٧) أ . د. محمد أحمد سراج — الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق — مرجع سابق — ص ٢٨٢ .
- (٥٨) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٤م — ص ٤٨ .
طلب تفسير للمادة ٥٨ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م المقدم عن النائب العام .
(م ع/ق د/١/١٩٩٤م)
- (٥٩) د . محمد محيي الدين عوض — المرجع السابق — ص ٧٤١ .
- (٦٠) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م — ص ١٤٠ .
حكومة السودان ضد علي مايبور
م أ/س ج/٢٤٣/١٩٨٤م

الباب الخامس

مبدأ سيادة حكم القانون وضماناته وأثر التشريعات عليه

الباب الخامس

مبدأ سيادة حكم القانون وضمائنه وأثر التشريعات عليه

الفصل الأول :- مبدأ سيادة حكم القانون

المبحث الأول :- ماهية سيادة حكم القانون :-

أولاً: نشأة المبدأ :-

بانقسام المجتمع البشري تاريخياً الى طبقات متناحرة وفقاً لموقعها من وسائل إنتاج الخيرات المادية ، ظهر إلى الوجود مخلوق إجتماعي جديد هو الدولة . ونتيجة لحتوى الدولة القائم على الانقسام والتناحر بين من يملكون ومن لا يملكون ، أخذت الدولة طابعاً قمعياً واضحاً في بداية ظهورها مستخدمة أدوات قمع مباشرة قائمة على القوة تحولت في سياق تطورها إلى قمع ناعم أخذ طابع القانون .

ودولة ملاك العبيد كأول دولة ظهرت الى الوجود ، كانت ذات طابع إستبدادي محض بادٍ للعيان من الوهلة الأولى ، حيث كان من الظواهر الأساسية في إمبراطوريات الشرق القديمة — مثلاً — ظاهرة السلطان الكلي للدولة ، فقد كانت متسلطة بمعنى أنها كانت تتدخل في كل ما يخص الفرد وينظم أخص خصوصيات الأفراد الذين لم تكن لهم أية حرية ويخضعون لتنظيم الدولة الشامل والمطلق في شئون حياتهم، ومن أمثلة ذلك قانون البراهما في الهند الذي كان ينظم لهم كيفية تنظيف الأسنان وشعائر دفن الموتى والشريعة المرسومة التي كانت تحدد كيفية حلاقة الذقن وتصفيف الشعر^١ ، ولم تكن الدولة الإقطاعية بأحسن حالاً منها ، إذ أنها قامت على السلطان المطلق للإقطاع دونما مراعاة لأية حقوق غير حقوق الإقطاعي في استغلال غيره . ولكن بالرغم من ذلك شهد عصر دولة الإقطاع ململة الفلاح القرن والإحساس المتزايد بالفردية الذي تردد صده كثيرأ في الثورات الفلاحية المتعددة وتزايد أواره بتزايد صعود نجم البرجوازية .

مع ظهور الرأسمالية كطبقة حاملة لقيم جديدة تؤسس لسيادتها في مقابل الإقطاع ، إرتفعت عالياً الأصوات المنادية بالحرية وكانت مساهمة العديد من مفكري عصر الأنوار في أوروبا تتجه نحو تقييد السلطان المطلق للملوك بإنشاء ملكية دستورية خاضعة للبرلمان الذي إستطاعت البرجوازية بعد معارك مشهودة وطويلة الأمد رفعت فيها شعار لا ضرائب بدون تمثيل أن تجعل عضويته بالانتخاب المباشر .

وبالقطع كانت الوجهة الأساسية هي إنشاء دولة ديمقراطية . وفي هذا يقول البروفيسور " Marat إن دولة القانون نشأت في خضم الثورات الديمقراطية التي كنست السلطة المطلقة للملوك الأقطاعيين ، ، ، ، ، ، الفيلسوف الإنجليزي العظيم John Locke ومؤخراً القانوني السياسي والفيلسوف الفرنسي Montesquieu اقترحوا توزيع السلطات الى تنفيذية وتشريعية وقضائية لتجنب تركيز السلطة في يد شخص واحد وبالتالي إستغلالها Jean Jacques Rousseau وآخرون من الفلاسفة الفرنسيين العظام كانوا أول من صاغ فكرة الحريات والحقوق حيث تم تطويرها بواسطة Thomas Jefforson , Thomas Paine أثناء النضال من أجل الاستقلال الأميركي حيث أكدوا ان الحريات والحقوق غير قابلة للانقسام ووظيفة الدولة الأساسية هي حمايتها " ٢ . وبالحتم أن ما يقوله البروفيسور Marat هو تلخيص مكثف لا يرمي لتجاهل الأصول التاريخية الألمانية لدولة القانون . إذ أن مذهب الراجشنتات لدولة القانون هو بناء داخلي للعلم القانوني الألماني الذي عرف منهجياً مرحلتين . بدأت المرحلة الأولى في القرن التاسع عشر في إطار الدولة البروسية ، واجه القانونيون Geist و Stahl و Mohl دولة القانون بدولة الشرطة ، فالدولة بالنسبة إليهم في علاقاتها مع المواطنين وفي مايتعلق بنظامهم الفردي ، عليها أن تخضع للنظام القانوني ، والإدارة ، ومع أن بإمكانها التصرف خلافاً للقانون في هذا المجال ، مفروض فيها أن تتصرف تطبيقاً للقانون . وعلى الدستور ، لكل قانون مادي ولأي تعليمات تتعلق بالقاعدة القانونية المطبقة على القوانين ، أن يفرض قانونا صريحاً يستبعد الأمر المرتكز على إرادة العاهل وحدها أو على النظام الإداري . وموافقة الـ Landtag حاصلة ما أن يكون الأمر متعلقاً بحرية الشخص وبملكيته . على أن القانونيين البروسيين حددوا بوعي دولة القانون . وإذا كانوا قد اعتبروا أن التعليمات التي تحذف بشكل خاص إلى تحديد وضع أتباع الدولة يجب أن تخضع للقاعدة القانونية ، فقد وضعوا خارج كرة القانون ، كل ما يختص بالدولة نفسها . فالنظيم الداخلي للأجهزة العامة والمبادئ التي تسوس سير عمل المصالح الإدارية ، وكل ما يعود للنظام والمالية والبريد الخ . . لم يهد لهم تابعا للنظام القانوني . وبالتالي فالدولة الإدارية بقيت خارج القانون . إن تنمية مفهوم دولة القانون والحدود التي إحوتها يجب وضعها في علاقة مع إلهام مزدوج : إذا كان للتأكيد جزء مرتبط بالجهود لإنشاء مذهب الدستورية والنياابية العصرية ، فإن حدوده تتوقف على الانضمام للطابع الملكي الدستوري .

على مكان تقام فيه ضمانات الحقوق الفردية وينشأ تعايش دولة القانون ودولة الشرطة وحسب ، وإنما هو يهدف الى تجذير القانون في الدولة المنظور إليها على أنها المؤسسة الوحيدة المؤهلة لسلطه حقاً في الآونة عينها التي لم تتوصل فيها صفارات الرومانسية السياسية بإنقاص قيمة الدولة والسخرية من دولة القانون — في بلد كان قد عرف تنمية ديمقراطية غير كافية — إلى تعزيز للحريات بل الى إزدياد في الامتيازات . والمدى الحقيقي للكل بهذا المعنى ذو طبيعة تاريخية . ان الدول العصرية بالضبط هي التي أنتجت وضمت حقوق الأفراد التي لم تكن محترمة على الإطلاق في الإمبراطوريات والإقطاعات ^٣ .

إستناداً لما سبق نستطيع أن نؤكد أن مبدأ أو قاعدة سيادة حكم القانون المربوطة بالحقوق والحريات العامة ، من المبادئ برجوازية المولد ، مما يجعل ربطها بالدولة الديمقراطية الليبرالية الخاضعة للقانون والتي عرفت بدولة القانون أمراً واجباً لا مناص منه . ولكن هذا لا يمنع من تمدد المبدأ ليشمل دولاً أخرى في سياق التطور العام ، باعتباره نموذجاً معيارياً لقياس مدى حداثة الدولة ومواكبتها .

ثانياً: تعريف المبدأ :-

سيادة حكم القانون من القواعد التي نالت عدة تعاريف متميزة بحيث لا يمكن وضع تعريف واضح وشامل لكل الملامح الأساسية لها . فهي مثلاً عند De Smith تم تعريفها كما يلي :- يستطيع المرء أن يقول ان المصطلح يتضمن الآتي :-

أ — السلطات التي تمارس بواسطة الموظفين والسياسيين يجب أن تكون لها أساس شرعي ، أي أن تكون مستمدة من القانون .

ب — يجب أن يتطابق القانون مع حد أدنى من العدالة موضوعياً وإجرائياً ^٤ .

ولعله من الواضح أن العلامة De Smith يشير الى ضرورة خضوع الدولة ممثلة في موظفيها لقانون يكون ذا طبيعة عادلة على مستوى قواعده الموضوعية والإجرائية ، مما يفتح الباب واسعاً أمام العديد من الأسئلة التي تجعل من التعريف المذكور مجملًا وفضفاضًا ، ليس أقلها السؤال عن ماهية العدالة علماً بأن معاييرها تختلف باختلاف الموقع الاجتماعي لمن يتعامل معها كمصطلح وكواقع .

أما العلامة Dicey الذي يعرف بأنه واضع التعريف الكلاسيكي للقاعدة ، فانه يعرفها كما يلي :-

" (أ) لا يجب أن يعاقب شخص أو يعاني بصورة شرعية في شخصه أو ماله ما لم يخرق القانون ويحاكم بالطريقة القانونية العادية أمام المحاكم العادية لأرضه .

(ب) ثانياً عندما نتحدث عن سيادة حكم القانون كسمة لبلادنا لا يعني فقط أنه لا شخص فوق القانون ، ولكن — وهذا أمر مختلف — أن أي شخص مهما كانت حاله أو رتبته يخضع للقانون العادي للمحكمة ولإختصاص المحاكم العادية .

(ج) إن القواعد العامة للدستور مثل الحق في الحرية الخاصة أو الحق في الاجتماعات العامة عندنا نتيجة لأحكام قضائية حددت الحقوق الخاصة للأفراد في قضايا عرضت أمام المحاكم غير أنه تحت العديد من الدساتير الأجنبية حماية حقوق الأفراد تنتج عن المبادئ العامة للدستور " ° .

ونستطيع أن نستنتج من تعريف Dicey الآتي :-

- (١) تثبيت مبدأ شرعية القوانين العقابية وعدم رجعيتهما .
 - (٢) خضوع الكل لقانون واحد (مبدأ المساواة أمام القانون) .
 - (٣) ديمقراطية القوانين عبر حمايتها لحقوق الأفراد .
- ويبدو واضحاً للعيان أن التعريف أكثر تفصيلاً من المحاولة التي قدمها De Smith ، حيث أن Dicey تمكن من الغور قليلاً في خضم كيفية تحقيق العدالة فوجد القانون ووجد المحاكم على سبيل القطع ، ولكن هذا لا يعفي تعريفه من الخلط ما بين الإجرائي والموضوعي وبالتالي بين المبدأ وبعض ضماناته وتطبيقاته .
- وبالقطع كانت أعلى وأدق محاولة لوضع تعريف لمبدأ سيادة القانون الدستوري المنشأ ، هي المعالجة التي تمت في ملتقى Delhi الذي عقد في عام ١٩٥٩م بحضور اللورد Denning واللورد Devlin ، حيث تم تضمين التعريف فيما عرف بإعلان دلهي Delhi Declaration والذي يمكن تلخيصه كما يلي :-
- (أ) الهيئة التشريعية :- هناك حق للائتيان بحكومة منتخبة خاضعة للمساءلة وهناك حدود أو مبادئ دنيا للقانون تشمل المبادئ المتضمنة في الإعلان العالمي والميثاق الأوروبي وبصورة خاصة حرية الاعتقاد الديني وحرية التجمع والتنظيم وعدم رجعية القانون العقابي .
 - (ب) الجهاز التنفيذي :- خصوصاً التشريع المفوض يجب أن يخضع لرقابة القضاء المستقل ويكون للشخص المتضرر بواسطة الدولة أو الحكومة الحق في إزالة ما لحقه من ضرر .
 - (ج) الإجراءات الجنائية :- المحاكمة العادلة تستلزم وجود العناصر التالية :- قطعية النصوص العقابية وإفتراس البراءة وقواعد معقولة للقبض والإتهام وربط الحجز بالمحاكمة وإعطاء الفرصة لنيل العون القانوني والمحاكمة العامة المفتوحة وحق الاستئناف وعدم وجود عقوبات قاسية أو غير معقولة .
 - (د) القضائية والمهن القانونية :- هذا يتطلب إستقلال القضاء وقواعد وإجراءات سليمة لعزل القضاة وإلقاء المسؤولية على عاتق مهن قانونية منظمة ومستقلة ذاتياً ^٦ .

ولعل أهمية الإجرائي جنائياً ، هي التي دفعت باللورد Lloyed لإختصار القاعدة كلها في هذا الجزء من تطبيقاتها حيث يقول :- " يقصد بحكم القانون بمعناه الضيق هنا أنه الضمانات الإجرائية التي اعتبرت ضرورية لضمان ما أستخدم على تسميته في الدستور الأمريكي " إجراء محاكمة عادلة " وهذا يتضمن جميع الأمور التي من شأنها ضمان إستقلال القضاء وتوفير المحاكمة السريعة العادلة للمتهم وممارسة سلطة قضائية مناسبة على الشرطة في أخذ الإقرار من المتهم وتوفير الضمانات العادلة المناسبة فيما يتعلق بالقبض والتوقيف لحين المحاكمة وتوفير كل المعونات القضائية ... للذين يعجزون عن توكيل محام للدفاع

عنهم بحكم وضعهم المادي... تطبيق مبدأ حكم القانون يتضمن أنه لا يجوز إدانة شخص بجرمة غير منصوص عليها في القانون قبل تاريخ وقوع الجريمة المزعوم إرتكابها " ^٧ .

وبالنظر الى كل المحاولات السابقة وباستلهاهما نستطيع أن نتقدم بمحاولة لتقديم تعريف منضبط للقاعدة، من الممكن إيجازه فيما يلي :-

سيادة حكم القانون تعني خضوع الجميع حكماً ومحكومين وأجهزة دولة للقانون كما تطبقه المحاكم العادية ومساواتهم أمامه في ظل وجود ضمانات كافية للحقوق والحريات تتمثل في خضوع القوانين لمبدأ الدستورية القائم على دستور يتضمن الحقوق والحريات التي نصت عليها المواثيق الدولية مع وجود قضاء مستقل حق التقاضي أمامه مكفول وأحكامه واجبة التنفيذ .

ويلاحظ من التعريف أعلاه أن قاعدة سيادة حكم القانون ، هي نفسها ما عُرِف بدولة القانون ، وهي أيضاً نفسها النظام القانوني كما تعرفه العلوم القانونية الحديثة . وهذا بالطبع يعني أن وجود القاعدة من عدمه يحدد مدى وجود نظام قانوني من غيابه ، مع التشديد على أن القاعدة وضماناتها يمثلان كلاً غير قابل للتجزئة . فغياب القاعدة بذاتها أو تخلف أي من ضماناتها ، يقود الى نفس النتيجة وهي إستحالة القول بوجود نظام قانوني .

المبحث الثاني

مفهوم الدولة في الشريعة الإسلامية وأثره على سيادة حكم القانون

بلا شك أن تحديد مفهوم الدولة في الشريعة الإسلامية يستلزم أولاً تحديد مفهوم الدولة في العلوم الاجتماعية والقانونية الحديثة ، لتوضيح مدى قرب وبعد المفهوم في الشريعة الإسلامية عنها . " وأول عناصر التعريف هو أن الدولة كيان سياسي - قانوني . وينطوي هذا على حقيقة أنها بناء أو هيكل لـ " القوة " (Power) تحكم مجموعة من القواعد المقننة . ويتجسد هذا الهيكل في جهاز بيروقراطي مدني - عسكري - أمني . وتعني قواعده المقننة أن له صفات تتجاوز شخصية الأفراد الذين يديرونه من ناحية، وشخصانية الأفراد الذين يتعامل معهم هذا الجهاز من ناحية أخرى . فهناك تقنين لحقوق من يديرون جهاز الدولة وواجباتهم ، وتقنين لحقوق من يتعامل معهم جهاز الدولة وواجباتهم (المواطنون أو الرعايا) . والعنصر الثاني في تعريف الدولة هو أنها ذات سلطات سيادية وينطوي هذا على أن هيكل القوة الذي تمثله الدولة ، نظرياً على الأقل ، أعلى هياكل القوة في المجتمع ، وله وحده دون هياكل القوة الأخرى مشروعية ممارسة هذه القوة ، بما في ذلك حق الاستخدام المنفرد للعنف . فرغم أن المجتمع قد يحتوي على تكوينات أخرى تملك وتمارس القوة (بمعنى القدرة على التأثير في سلوك الآخرين ، أو المشاركة في إتخاذ القرار وتوزيع الثروة) ، مثل الأحزاب والنقابات أو الطوائف والقبائل وغيرها من التنظيمات غير

الحكومية، إلا أن الدولة وحدها هي صاحبة الحق في استخدام هذه الوسيلة من وسائل القوة ، ألا وهي العنف. العنصر الثالث في التعريف هو " الإعراف " بشرعية هذا الكيان السياسي القانوني ، داخلياً وخارجياً . والإعراف داخلياً يعني أن أغلبية أفراد المجتمع يقرون بحق هذا الكيان في ممارسة السلطة عليهم . وهذا الإقرار قد يتراوح بين الحد الأدنى وهو الإذعان ، والحد الأقصى وهو التأييد والإعتراف . والإقرار بالحد الأدنى يعني عدم مقاومة سلطة الدولة ، أما الحد الأقصى فهو التهنيء والاستعداد لحماية هذه الدولة والتضحية في سبيلها . أما الإعراف خارجياً فيعني الدول الأخرى ، أو بعضها على الأقل ، تقبل بوجود هذا الكيان في الأسرة الدولية أو النظام الدولي .

العنصر الرابع في التعريف هو شرط توافر الأرض أو الإقليم ، الذي تمارس عليه وفيه سلطة الكيان السياسي - القانوني . وهذا يعني أن لكل دولة حدوداً معروفة ، وعادةً ما يتوقف شرط الإعراف الخارجي بالدولة على توافر هذا الشرط الجغرافي الأرضي ، وبخاصة من دول الجوار .

العنصر الخامس والأخير في تعريف الدولة هو شرط توافر البشر ، قل عددهم أو أكثر ، الذين يعيشون بشكل شبه دائم على أرض (أو إقليم) الدولة . وعادةً ما يعرف هؤلاء البشر بأسم الشعب (People) أو المواطنين (Citizen) أو الرعايا (Subjects) .

قد يبدو تعريف الدولة على هذا النحو مغرماً في قانونيته . وهذا إنطباع صحيح ، لأن الدولة هي أولاً كيان سياسي - قانوني ، ولأنها كيان هذه طبيعته ، تحرص هي نفسها على تحديد تعاملاتها الداخلية وبشكل مقنن ^٨ .

تبنت مدرسة القانون الدستورية مفهوم الدولة كما تصوره هيغل بصفته تعبيراً عن العقل في مواجهة المادة، عن الوحدة في مواجهة التصارع ، عن العام في مواجهة الخاص ، أي بإعتبارها كياناً خارج المجتمع المدني وأعلى منه ، يعبر عن مجموعة من الأفكار المجردة والنبيلة المرتبطة بالصالح العام ، المتجاوزة للفتوة الضيقة . ولكي يؤكدوا فكرة تعالي الدولة عن المجتمع و " انفصالها " المبدئي عنه إستعاروا من القانون الخاص فكرة " الشخصية المعنوية " للدولة . الدولة إذن كيان إعتباري له عقل أو منطق معين يوجهه ويتحكم في تصرفاته ، بحيث يؤدي في النهاية إلى تحقيق نوع من التوازن الديالكتيكي بين إعتبارات الانتظام وإعتبارات التحرك ^٩ .

ومما تقدم يتضح أن أهم معالم الدولة الحديثة بمفهومها العلمي ، هو إنفصالها عن المجتمع وعن شخصية الحاكم واكتسابها الشخصية الاعتبارية أو المعنوية . لذلك يرى بعض الباحثين المؤيدين لفكرة قيام دولة دينية ، أن الدولة في الشريعة الإسلامية هي دولة حديثة ذات شخصية اعتبارية . وغثل لهؤلاء بالذكور أحمد علي عبد الله الذي يقول :- " لأن كانت الدولة الإسلامية بمجموع المسلمين فيها مع من في ذمتهم يسكنون دار الإسلام وترتبط بينهم أخوة الإسلام والعهد الذي هو كالتلف عن الإسلام ، دولة لها أثرها الفعال في حياة الأمم حولها ، وإلى جانب هذا وذاك تتمتع بحقوق كثيرة وعادلة ، وتلتزم في

مقابلها بواجبات تراعيها بأخلاقيات سامية لا تعرف الغدر ، وتتحمل فوق ذلك توقيع الجزاء عند التقصير والاعتداء بروح راضية ، فهي بذلك دولة صالحة للإلزام والالتزام ، وأهل لوجوب الحقوق المشروعة لها وعليها . إذا كانت الدولة الإسلامية بمثل هذه الصفة فقد إكتملت فيها عناصر الشخص القانوني كما يرسمها فقهاء القانون وتوافرت لها أسباب أهلية الوجوب كما يحددها علماء الأصول في الفقه الإسلامي . فالدولة الإسلامية إذن شخص يتمتع بالشخصية القانونية الاعتبارية ^{١٠} .

ويبدو أن الدكتور أحمد على عبد الله قد فات عليه أن يلاحظ بأن كل ما ذكره لم يكن واجبات وحقوق لدولة منفصلة عن شخص الحاكم " الخليفة " ، بل هي حقوق وواجبات والتزامات تقع على عاتق الحاكم ولا تنفصل عن شخصه بوصفه جامع للسلطات الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) ، والجمع بين السلطات الثلاث يجعل الحديث عن دولة متسامية ومنفصلة عن شخص الحاكم أمراً مستحيلاً . إذ أن مبدأ الفصل بين السلطات هو المصاحب الوظيفي لفكرة انفصام وتسامي الدولة عن المجتمع . ولكن لكي لا يكون هذا الانفصام كاملاً ومتطرفاً لابد أن يتضمن نظام الفصل بين السلطات آلية معينة لإعادة الصلة بين الاثنين وتمثل هذه الآلية في عملية الانتخابات . هذه بتبسيط شديد — هي أهم ملامح فكرة الدولة كما تعبر عنها المدرسة الليبرالية الأوربية في القانون الدستوري ^{١١} . وأهمية الفصل بين السلطات الذي يعني فيما يعني أن السلطة توقف السلطة ، هو أنه لا يمكن بدون وجوده الحديث عن مؤسسات في الدولة أو توزيع سلطات وغيابه يعني مباشرة غياب الدولة — المؤسسة . فالدولة " هي أولاً السلطة الراسية عبر المؤسسات ، مما يعني بعبارة أخرى أن الدولة ليست الأرض أو السكان ونظام القوانين الإجبارية . الدولة تتسامى عن كل هذه المعطيات " ^{١٢} . ولسنا في حاجة للقول بأن مبحث الفصل بين السلطات هو مبحث مستحدث لم يعرض له فقهاء الشريعة الإسلامية التقليديين ، وكذلك إنقسم الفقهاء المحدثين حوله . ففي الحقيقة أن "الفقهاء المعاصرين لم يتفقوا على رأي واحد بصدد هذه المسألة . إذ قرر جانب منهم أن نظام الخلافة الإسلامية لم يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات العامة في الدولة ، التشريعية ، والتنفيذية ، والقضائية ، وأن الخليفة هو صاحب السلطات الثلاث ، حيث يجوز له أن يجمع بينها جميعاً كما يجوز له أن يفوضها إلى غيره " ^{١٣} . وبالرغم أن البعض حاول أن ينتقي بعض الأحداث من هنا وهناك وأن يعضدها بقول الفقهاء الذين قالوا بعدم وجود مبدأ فصل بين السلطات ومنهم الدكتور عبد الحميد متولي والشيخ عبد الوهاب خلاف من أن الإسلام لا يمنع من الأخذ بالمبدأ ، لينتهي إلى وجود هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية ، إلا أننا نرى بأن هذا الموقف هو مجرد إلحاق ومحاولة لإعطاء دولة الشريعة الإسلامية صبغة ليبرالية لاتصمد أمام قوة حقائق التاريخ الإسلامي .

إذ "ليس في الفكر السياسي الإسلامي التراثي مفهوم محدد للدولة ، وذلك على خلاف الاعتقاد الشائع في أوساط كثيرة إسلامية وغير إسلامية . وفي ذلك يقول أحد المتخصصين الغربيين :- "إن في عنوان

كتاب آن لامبتون الحديث (الدولة والحكم في الإسلام في العصور الوسطى) فضلاً عن المقولة الرئيسية لكتاب هارون خان شرواني عن (الفكر السياسي والإدارة في الإسلام) لشاهد على عمق الإعتقاد في إمكان تحديد حقبة تقليدية للفكر العربي ، تتوافر في إطارها مناقشة يمكن التعرف عليها لمفهوم الدولة والسلطة " . كذلك فإن القارئ ملم بلا شك بعشرات الكتب العربية التي تتحدث عن مفهوم الدولة في الإسلام ، ومنها على سبيل المثال فقط كتابات ضياء الدين الرئيس وأحمد شلبي وعبد الحميد متولي ومحمد يوسف موسى وحسن بسويوني وعبد الغني عبد الله ...

والواقع أن مثل هذه الكتب تستمد مادتها من الأدبيات الإسلامية التقليدية إنما تتحدث عن الحكم أو عن السياسة ، وليس عن الدولة بالمفهوم النوعي والمعنى المتكامل ، أي عن الجسد السياسي بتجدره الاجتماعي وتجدره القانوني ذلك . ذلك أن تصنيف السياسة في الفكر الإسلامي التقليدي هو تصنيف لضروب الصنعة السياسية وليس لأنواع الدولة .

وإن دخلت الدولة في إطار هذه الأدبيات ، فأما تدخل بما هي نقطة دون الذروة في التراتب العمودي الذي هو أساس الملك . فهي تبدو كوزارة مثلاً ، أو كحجابه أو كقضاء ، وفي هذه الوظائف الملكية والخلافية رسائل كثيرة للماوردي وغيره . تظهر الدولة في أدبيات السياسة بمثابة لاحق للملك ، ولا يظهر الملك فيها إلا بما هو ممارسة عيانية ، أي أن الدولة تظهر بما أطلق عليه ابن خلدون "الدولة الشخصية" ، كدولة معاوية أو يزيدجرد أو برقوق ، ليفصلها عن الدولة بمعناها الفعلي ، بما هي "دولة كلية" ...^{١٤} .

نستطيع القول بأن غياب الفصل بين السلطات ، يعني بالختام غياب الشخصية الاعتبارية للدولة ولاجودى وجود دستور ، بإعتبار أن الدستور يوضع لتقنين حدود السلطة بفصلها وتحديد كيفية إمكانية إيقاف كل سلطة للأخرى مع النص على حقوق وحرّيات أساسية لتنظيم علاقة هذه السلطة بالمواطنين . وهذه المسائل لم يتصد لها الفقهاء التقليديون — ليس عن عجز — ولكن لأن تطور الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي ، لم يكن قد وصل الى مرحلة تسمح بتجريد السلطة وفصلها عن شخص الحاكم لإعطائها شخصية اعتبارية وضبطها عبر القوانين والدساتير . فالفكر الإسلامي التقليدي مثله مثل سائر الفقهاء المعاصرين الذين يؤمنون بتميز الفقه الإسلامي ولا يحاولون إلحاقه بالفقه الغربي الليبرالي ، لم يعن بالكتابة حول موضوع الدولة ، فكتابات التراثيين لم تعن بموضوع الدولة كمؤسسة سيادية قانونية صاحبة سلطة على إقليم وشعب معّين . "ولقد ألحنا بالفعل الى أنها ركزت على (الحكومة) والتي هي بالطبع تحسيم لأحد مظاهر (الدولة) بالمعنى الحديث " .

وحتى في تناولها للحكومة ظلت الكتابات التراثية تدور حول ماينبغي أن يكون طبقاً للشرع أو لسنة السلف الصالح ، وبعضها كان وصفاً خالصاً للممارسات القائمة في الإدارة والدواوين ، دون تحليل أو تفسير ...

إن أهمية عنصر القيادة في الكيان الإسلامي لاترجع فقط الى النموذج النبوي في الممارسة ، ولكن جرى الإنصاح عن ذلك صراحةً كما يذهب خليل أحمد خليل منذ وقف عمر يخاطب المسلمين بقوله : "يامعشر العرب أنه لإسلام بلا جماعة ، ولاجماعة بلا إمارة ، ولاإمارة بلا طاعة" .

ويبدو أن عمر بن الخطاب بقوله هذا لخص كل ماسينصرف إليه الفكر السياسي الإسلامي في القرون التالية . فمعظم كتابات اللاحقين - من الماوردي إلى المرادي ، إلى ابن جماعة وغيرهم - يدور حول صفات الخليفة وخصاله والعدالة والحقوق . وفي باب حقوق الجماعة :- حق الإمام على الجماعة هو الطاعة ، وحق الجماعة على الإمام هو العدالة . أما حقوق الفرد السياسية فلا نكاد نجد لها أثراً في هذا الفكر السياسي . وما للفرد من حقوق إجتماعية أخرى يكاد ينحصر في مجال الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق والميراث وما إلى ذلك) . وتستمر فكرة الإمام العادل مركزية في التراث العربي الإسلامي في الوقت الحاضر ، وهي تظهر في بعض الكتابات المعاصرة بتفسيرات مختلفة ، ربما أكثرها ذيوغاً مقولة "المستبد العادل" في كتابات جمال الدين الأفغاني ومحمد عبده وغيرهما^{١٥} .

باختصار نستطيع أن نقول بأن نموذج الدولة في الشريعة الإسلامية ، يقوم على الجمع بين السلطات وتمكين الإمام العادل منها مجتمعة . وبذلك تكون كل أجهزة الدولة - إن وجدت - مجرد تنظيم ذو طابع عملي محض بإعتبار تبعيته للإمام العادل وهو شخص طبيعي لاحكم عليه سوى وازعه الديني وإنصياعه الأخلاقي لأحكام الدين . وبالتالي لايمكن الحديث عن دولة - مؤسسة تأخذ شكل الشخص الاعتباري المنفصل عن شخص الحاكم والذي يحتكم لنصوص دستورية تحدد سلطاته الثلاث المنفصلة التي يوقف بعضها بعضاً وتبين مدى خضوعها لحكم القانون أسوةً بالمواطنين .

وإذا أخذنا في الإعتبار أن الشريعة الإسلامية لم تعرف في تاريخها تقديم قواعد حاكمة تعابير على أساسها القوانين ، بل أن جميع نصوصها التشريعية هي نصوص من مرتبة واحدة تخضع لقواعد ضبط النصوص المتماثلة مثل تقييد الخاص للعام ونسخ وإلغاء بعض النصوص لنصوص أخرى ، نجد أن القول بوجود فكرة الدستور نفسها في الشريعة الإسلامية فيه الكثير من المغالاة . إذ أن الدستور يوضع لتوفير قواعد معيارية تحدد القانون كما يجب أن يكون ، يلتزم المشرع العادي بأن يشرع القوانين بحيث لاتتعارض وتلك القواعد المعيارية مع إخضاع هذه الممارسة لقاعدة دستورية القوانين بشكل صارم ، أي أن يصبح القانون كما هو كائن خاضعاً للقانون كما يجب أن يكون . وحتى يتم ذلك يوزع الدستور السلطات الثلاث ويفصلها لتأخذ الشكل المؤسسي مع إخضاعها للقانون أسوةً بالمواطنين دون تفرقة سواء فيما بينها وبين المواطنين أو فيما بين المواطنين بعضهم بعضاً على أسس دينية أو عرقية أو من حيث الجنس على سبيل المثال لا الحصر . ويتطلب وجود دستور أن تكون هناك فاعلية لأحكامه وأحكام القوانين عبر إيجاد مؤسسة قضاء مستقل يكون التقاضي أمامها متاحاً للجميع وتكون أحكام هذا القضاء واجبة التنفيذ . وفي رأينا أن دولة الشريعة الإسلامية من المستحيل أن تكون هذه الدولة الدستورية ، وهو أمر

سوف نعرض له بالتفصيل عند دراسة ضمانات مبدأ سيادة حكم القانون بالتطبيق على نموذج الدولة الإسلامية في السودان في المباحث القادمة .

المبحث الثالث

سيادة حكم القانون في النظام القانوني السوداني

لحديث عن سيادة حكم القانون في النظام القانوني السوداني ، لابد من الأخذ في الاعتبار المبدأ بمفهومه الواسع ذو الطابع الدستوري ، مع الأخذ في الاعتبار المفهوم الضيق الذي يتمثل في العدالة الجنائية كما تصدي له اللورد Lloyed . وهذا يقتضي أن نقسم الأمر إلى مستويين أحدهما دستوري والآخر قانوني ، يهتم أولهما بالدراسات السودانية ومشاريعها ، ويهتم الآخر بقوانين الإجراءات الجنائية المتتابة .

والناظر للدراسات السودانية ولمشاريعها ، يجدها تنقسم لقسمين هما :- الدراسات المدنية الوضعية والدراسات الدينية . والأولى بالطبع وضعت لتأسيس دولة مدنية علمانية بغض النظر عن ديمقراطيتها أو شموليتها ، أما الثانية فوضعت لتأسيس دولة دينية إسلامية حسب تصور مشرعها . لذلك من المنطقي أن ندرس هذه الدراسات وفقاً لهذا التقسيم الموضوعي المبني على طبيعة هذه الدراسات ، بدلاً من دراستها وفقاً لترتيبها حسب الصدور . ومن الممكن أن نلخص دراستنا لها فيما يلي :-

أولاً :- الدراسات المدنية الوضعية :-

بصفة عامة نصت جميع هذه الدراسات على مبدأ سيادة حكم القانون حيث تفاوتت من حيث وضوح النصوص من عدمها . ولعله من المهم أن نحدد هذه الدراسات التي يمكن إجمالها في أنها هي دستور السودان لسنة ١٩٥٦م ودستور جمهورية السودان لسنة ١٩٦٤م ودستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣م وأخيراً دستور السودان الإنتقالي لسنة ١٩٨٥م .

فدستور العام ١٩٥٦م نص في المادة الرابعة منه على ما يلي :- "(١) جميع الأشخاص في السودان أحرار ومتساوون أمام القانون . (٢) لا يحرم أي سوداني من حقوقه بسبب المولد أو الدين أو العنصر أو النوع فيما يتعلق بتقلد الوظائف العامة أو بالإستخدام الخاص أو بقبوله في أية وظيفة أو حرفة أو عمل أو مهنة أو بمزاولةها" .

ويلاحظ أن النص قد ساوى جميع الأشخاص أمام القانون دون أن يميز بين الشخص المعنوي أو الاعتباري والشخص العادي ، مما يعني أن أجهزة الدولة تخضع للقانون أسوةً بخضوع المواطنين له . وبرغم ذلك يعتبر هذا الدستور " أقل وضوحاً حيث لم يورد لفظ الدولة واكتفى بذكر الأشخاص أو الجمعيات التي تتكون من الأشخاص الرسمية أو غير الرسمية ، وعدم وضوح هذه المسألة يعزى إلى أن

هذا الأمر قد أخذ من المادة المقابلة من دستور الحكم الذاتي والذي لم يذكر لفظ الدولة لأن السودان لم يكن دولة حتى ذلك الحين وكانت السيادة لدى دولتي الحكم الثنائي^{١٦} . واللافت للنظر أن النص المشار إليه قد نص على أن الأشخاص في السودان أحرار ، وهو أمر قد يقود البعض لقراءة للنص تقصره على الأشخاص الطبيعيين بإعتبار صلة الحرية الوثيقة بالشخص الطبيعي ، ولكن لفظ جميع الوارد في مقدمة النص يؤكد أن المقصود بالإشارة للحرية هو إنقطاع الصلة بالاستعمار مع محاولة تظمين هواجس بعض المواطنين الذين عانوا من الاسترقاق في السابق .

وبصدور دستور العام ١٩٦٤م تحول موقع النص من المادة الرابعة الى المادة السادسة التي نصت على أن جميع الأشخاص في السودان متساوون أمام القانون . وبالرغم من أن النص لم يتضمن تحولاً كبيراً في بقية النص ، إلا أن اللافت للنظر هو حذف كلمة أحرار المنوه عنها سابقاً . ولسنا في حاجة للقول بأن حذف هذه الكلمة إستبعد شبهة قصر النص على الأشخاص الطبيعيين وجعل خضوع الأشخاص الاعتباريين أكثر وضوحاً ، مما يعني وضوح خضوع الدولة لحكم القانون أسوةً بمواطنيها بالرغم من عدم ذكر الدولة صراحة بالنص . والناظر لهذا النص ولسابقه الوارد بدستور ١٩٥٦م ، يجد أن النصين قد أودا مبدأ سيادة حكم القانون بعموم وشمولية ، ومن ثم إنتقلا الى حماية الحق في العمل وتقتين مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المواطنين في الوظيفة العامة والخاصة معاً .

وبالانتقال الى دستور السودان لسنة ١٩٧٣م ، نجد أنه قد نص صراحةً على مبدأ سيادة حكم القانون في المادة (٣٩) منه . ولكنه لم يورد مبدأ المساواة أمام القانون صراحةً وإن كان قد نص على مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات ومنع التمييز ، وكذلك نص على مبدأ المساواة أمام القضاء . ولعلنا نصيب إذا قلنا أن دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م ، قد نحاً نفس منحى الدساتير السابقة حين نص في المادة (١٧) منه على ما يلي :-

- (١) جميع الأشخاص في جمهورية السودان سواسية أمام القانون .
- (٢) المواطنون متساوون في الحقوق والواجبات وفي فرص العمل والكسب وذلك دون تمييز بسبب المولد أو العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي .

ومن الواضح أن هذا النص أفضل من النصوص الأخرى من حيث أنه ساوى بين المواطنين في الحقوق والواجبات بصفة عامة بوضوح ، ومن ثم خصص فرص العمل والكسب وأضاف عناصر أخرى منع التمييز على أساسها مثل الرأي السياسي . والنص بشموله يسمح بالقول أنه كان الأكثر وضوحاً في منع التمييز وحماية الحقوق .

بإختصار نستطيع أن نقول بأن الدساتير المدنية الوضعية بصفة عامة ، قد نصت على مبدأ سيادة حكم القانون بخضوع الأشخاص جميعهم وعلى سبيل التساوي للقانون دون تمييز فيما بينهم . ولكنها تفاوتت من حيث الوضوح وشمول نصوصها لكل موجبات الحماية ، بحيث تسمح بعض النصوص لقراءات

متحيزة وتفسير خاطئ بتضييق نطاقها وربما إفراغها من مضمونها . وفي هذا السياق نستطيع أن نؤكد بان نص الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م كان أفضلها ، وننوه الى أن هذا الدستور قد نص في المادة (١١) منه صراحة على خضوع الدولة وكل شخص طبيعي أو معنوي رسمياً كان أو غير رسمي لحكم القانون كما تطبقه المحاكم لأول مرة . ولكنه للأسف استثنى من ذلك الحصانات والامتيازات التي يقرها القانون في عجز ذلك النص . وقد كان النص الأصلي في الدستور خالياً من الاستثناء الذي ورد في عجز المادة ولكنه أورد في التعديل الذي تم في ١٩٨٧م^{١٧} .

ثانياً :- الدساتير الدينية الإسلامية :-

من الطبيعي عند الحديث عن الدساتير الدينية الإسلامية ، أن نقصر حديثنا على مشروع الدستور لسنة ١٩٦٨م الذي أوشك أن يصبح دستوراً ، مع دستور جمهورية السودان لسنة ١٩٩٨م الحالي . وذلك باعتبار أن محاولة صياغة مشروع دستور إسلامي في سنة ١٩٨٤م والذي عرف بدستور الإمامة ، لم يكتب لها النجاح ولا هي عرضت للقراءة البرلمانية وأجيزت في بعض القراءات مثل مشروع دستور العام ١٩٦٨م .

وبالنظر الى مشروع دستور العام ١٩٦٨م ، نجد أنه قد خلا من الإشارة الى الشرعية ومبدأ سيادة حكم القانون . فهو قد نص في المادة (٢٨) منه على ما يلي :- " المواطنون سواسية في الحقوق والواجبات وفي فرص الكسب والعمل في حدود الأهلية المؤسسة على الكفاءة وذلك دون تمييز مجرد إختلاف العنصر أو الجنس أو الدين " . وأعقب ذلك بنص يساوي الناس أمام القضاء . وقراءة النصين معاً ، يلاحظ أن المشرع أغفل وبوضوح إخضاع الدولة ومؤسساتها بل وكل الأشخاص الاعتباريين للقانون ومساواتهم بالمواطنين . وذلك لان لفظ مواطنون ولفظ ناس ، من المستحيل أن ينصرف للأشخاص الاعتباريين ولا محالة من فصره على الأشخاص الطبيعيين فقط .

ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن هذا المشروع على علته أفضل من دستور العام ١٩٩٨م الديني . وذلك لان الدستور الأخير لم يورد في أي مادة من مواده ما يفيد خضوع الدولة ومؤسساتها لسيادة حكم القانون أسوةً بالمشروع ، ولكنه زاد عليه بسكوته عن إيراد ما يفيد مساواة المواطنين أو الناس أمام القانون . واقتصر التشابه بين الدستورين الدينيين على النص على مساواة الناس أمام القضاء . فدستور العام ١٩٩٨م في مادته (٢١) نص على ما يلي :- " جميع الناس متساوون أمام القضاء والسودانيون متساوون في الحقوق والواجبات في وظائف الحياة العامة ، ولا يجوز التمييز فقط بسبب العنصر أو الجنس أو الملة الدينية ، وهم متساوون في الأهلية للوظيفة والولاية العامة ولا يتميزون بالمال " . والنص ساوى بصراحة بين الأشخاص الطبيعيين أمام القضاء ، ولكنه ساوى مساواة مبهمة بين السودانيين في الحقوق والواجبات حين قرنهما بوظائف الحياة العامة . إذ أنه لم يكن واضحاً فيما يقصد بوظائف الحياة العامة التي لا نظن بأنه يقصد بها الوظيفة أو الولاية العامة التي وردت على سبيل التخصيص . وورود

هذه الألفاظ الغامضة ، يشي بإمكانية التمييز في وظائف الحياة الخاصة بمفهوم المخالفة أولاً ، ويسمح بالتمييز وفقاً لتفسير المحكمة الدستورية لماهية هذه الوظائف العامة . وهذا التمييز يصبح مؤكداً فيما إذا نظرنا الى نص آخر بالدستور يميز بين المواطنين حتى في الوظيفة والولاية العامة التي وردت حمايتها صريحة في النص المنسوخ عنه أعلاه . ذلك هو نص المادة (١٢٦) الذي نص على ما يلي : - (١)

.....

(٢) تلتزم الدولة التولية العادلة في شغل الوظائف العامة على أساس الكفاءة العلمية والعملية مع مراعاة التوازن . ولسنا في حاجة للقول بأن التوازن الذي لم يفصح عنه النص ، قد يكون توازن عرقي أو ديني أو من حيث الجنس أو المعتقد السياسي ، وهو بالحثم يسمح بالتمييز لان مفهومه نسبي يخضع لتقدير كل شخص حسب موقعه في المجتمع ورأيه السياسي أو الديني أو أيديولوجيا . فإذا قرأنا كل ما تقدم مع أن المادة (٦٥) من الدستور المذكور قد ساوت بين الشريعة الإسلامية والدستور مما يجعل للمشرع العادي الحق في التشريع بالتطابق مع الشريعة الإسلامية وبالمخالفة للدستور دون أن يقع في محذور عدم الدستورية ، نخلص الى أن الإبهام والغموض مقصود لذاته وأن ورود الحماية حتى وإن جاء صريحاً فهو بلا معنى وغير قابل للتطبيق .

بإختصار نستطيع أن نقول بأن الدساتير الدينية ، جاءت أمانة مع منهجها فلم تخضع الدولة للقانون بإعتبار أن الفكر الديني لم يعرف الدولة المؤسسة ذات الشخصية الاعتبارية كما أسلفنا ، واكتفت بإخضاع الأشخاص الطبيعيين فقط للقضاء وهذا يؤكد أن فكر منظريها يساوى بين الحاكم والدولة ولا يفرق بينهما إطلاقاً . كذلك سمحت وبوضوح عبر إدخال ألفاظ غامضة وعبر مبدأ التكافؤ بين المصادر الذي تعرضنا له سابقاً ، بالتمييز بين الدولة ومواطنيها وبين المواطنين بعضهم البعض .

أما فيما يخص مبدأ سيادة حكم القانون بمفهومه الضيق الذي لخصه الفقيه **Lloyd** في مبدأ العدالة الجنائية ، فإن أول قانون تضمنه على مستوي التشريع العادي هو قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م الذي نص في مادته الثالثة على ما يلي : - " يراعى في تطبيق هذا القانون أن لكل متهم الحق في أن ينال محاكمة عادلة وناجزة وأن كل متهم بريء حتى تثبت إدانته دون ما شك معقول . وأنه لا يجوز أن توقع على أي شخص عقوبة أشد من تلك التي ينص عليها القانون الذي كان ساري المفعول ساعة ارتكاب الجريمة . وأنه يحظر تعريض أي شخص لأية معاملة أو عقاب وحشي أو غير إنساني " . وعند صدور قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م تبني نفس النص بحرفيته ورقمه وزاد عليه ضرورة تعويض الشخص المضرور تعويضاً عادلاً بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة إرتكاب الجريمة ، مع إدخاله لمبدأ الإثبات القائل أن البينة على من أدعى واليمين على من أنكر . وبقيناً أن مشرع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م عند تبنيه للنص المذكور أعلاه دون تمحيص ، لم يتنبه لبعض الأمور التي لا تتسق مع طبيعة الدولة الدينية وقوانينها العقابية . وعلى عكس ذلك المشرع ، تبناه مشرع قانون الإجراءات

الجناائية لسنة ١٩٩١م لما يخالف طبيعة القوانين العقابية بالنص السابق حين نص على بعض المبادئ التي تضمنها النص المذكور بالمادة الرابعة منه . فهو على سبيل المثال تفادي الإشارة الى حظر تعريض أي شخص لأية معاملة أو عقاب قاسي أو وحشي أو غير إنساني ، حتى يتجنب التناقض الذي قد ينشأ من وجود العقوبات الحدية . فالمعلوم أن العقوبات الحدية هي نفسها العقوبات التي تحرمها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لأنها تتميز بقسوة سبق أن أوضحنا أنها مقصودة لذاتها لحكمة يعلمها مشرعها عز وجل الذي نبه بعدم الرأفة في دين الله . وهذا يعني أن مشرع القانون الجنائي وقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م ، هو الأكثر إتساقاً مع متطلبات الدولة الدينية والأبعد بالحتم عن دولة سيادة حكم القانون .

قصارى القول هو أن مبدأ سيادة حكم القانون على مستوى النص الدستوري تناسب حضوره وجوداً وعدمياً طردياً مع وجود نموذج الدولة الدينية الإسلامية من عدمه . فالدساتير التي قننت لوجود دولة مدنية علمانية ، نصت بصفة عامة على مبدأ سيادة حكم القانون حيث تفاوتت من حيث الوضوح والمباشرة ، أما الدساتير الدينية الإسلامية ومشاريعها فقد خلت تماماً من النص على المبدأ . وفي تقديرنا أن عدم نص الدساتير الأخيرة على هذا المبدأ ، لم يكن قصوراً في الفهم أو سهواً لم يتعمده المشرع ، بل كان أمراً مقصوداً لذاته وفي إتساق تام مع طبيعة الدولة الدينية نفسها . فالدستور لا يصبح دستوراً دينياً فيما إذا نص على المبدأ بوضوح وساوى بين المواطنين والدولة أمام القانون . وذلك لأن هذه المساواة تخالف إرث الدولة الإسلامية التاريخية من ناحيتين :- أولاها : هي إبتداع شخصية إعتبارية للدولة وفصلها عن شخص الحاكم ومن ثم إخضاعها للقوانين أسوة بمواطنيها ، وثانيها : هي مساواة المواطنين الكاملة أمام القانون بحيث يتساوى المسلم وغير المسلم والمرأة والرجل وتنتهي ظاهرة التمييز على أساس الدين والجنس وهذا يخالف للشريعة الإسلامية وفقاً لما عليه جمهور الفقهاء . ونحن نزعم أن تغييب نص المساواة أمام القانون وخضوع الدولة للقانون أسوة بمواطنيها ، قصد منه فتح المجال واسعاً أمام التمييز على أسس معتقدية محضة لم يكن بالإمكان النص عليها صراحةً لأسباب سياسية . وبالنظر الى المفهوم الضيق لمبدأ سيادة حكم القانون ، فإننا نرى أن إقصاء بعض ملامح المبدأ المتمثلة في حظر تطبيق عقوبات قاسية أو غير إنسانية ، قصد منه رفع الحرج عند تطبيق العقوبات الحدية وإلغاء التناقض . ولكن من المهم أن ننوه إلى أن القوانين الإجرائية الدينية الإسلامية (أي قانوني الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م و ١٩٩١م) قد نصت على بعض ملامح المبدأ في مستواه القانوني الضيق مثل مبدأ الشرعية . ونحن نؤكد أن النص على هذا المبدأ ، هو مجرد إلحاق إنثني على فقه مستحدث لأن الشريعة الإسلامية كما أوضحنا سابقاً لم تعرف مبدأ الشرعية الشكلي بل كانت دائماً مبنية على الشرعية الموضوعية التي تهم بتلافي الخطر الاجتماعي وتتميم مكارم الأخلاق حتى وإن تم ذلك عبر التجريم إستناداً لقياس أو سداً للذرائع وبعد وقوع الفعل المحرم لا قبله .

الفصل الثاني

ضمانات سيادة حكم القانون

المبحث الأول :-

مبدأ دستورية القوانين :-

لعلنا نصيب إذا قلنا أن مبدأ دستورية القوانين بوصفه ضماناً لسيادة حكم القانون ، يمثل جوهر الآلية اللازمة لاعتبار دولة ما دولة سيادة حكم قانون وبالتالي وصفها بأنها تمتلك نظاماً قانونياً وفقاً لماهية النظام القانوني كما أوضحناها بالباب الأول من هذه الدراسة . وذلك لأن المبدأ ولأول مرة حتى في الديمقراطيات العريقة ، زواج بين القانون كما هو كائن "What The Law Is" ، والقانون كما يجب أن يكون "What The Law Ought To Be" . أي أنه ولأول مرة في تاريخ البشرية توجد آلية للتوفيق بين نظريتي القانون الطبيعي "Natural Law Theory" والنظرية الوضعية "Positivism" بوصفهما أكبر مدرستين في فقه القانون وفلسفته . وذلك لأن هذه الآلية هي آلية غير مسبقة جاءت بالمخالفة والتضاد مع السيادة المطلقة للبرلمان . فالشاهد أن مجرد وجود الهيئة التشريعية المنتخبة ، لا يعني بأية حال إكمال الوضع الديمقراطي ، لأن البرلمان قد يؤسس لإستبداد وديكتاتورية الأغلبية . حيث يكون لها سلطة إجازة التشريعات بأغلبية ميكانيكية على حساب الأقلية ، مما يشكل عيباً خطيراً أدى بالدولة الديمقراطية الحديثة لتجاوز نظرية سيادة البرلمان Supremacy Of Parliament وتبني نظرية سيادة الدستور sovereignty Of The Constitution القائمة على تغليب سلطة الدستور الآتي بطريق خاص مغاير — جمعية تأسيسية مثلاً — على سلطة البرلمان التشريعية ، مع عقد لواء حماية النصوص الدستورية المشتملة بالضرورة على الحقوق والحريات الأساسية لهيئة قضائية ذات إستقلال وسيادة ، وإعطاء البرلمان سلطة محاسبة الحكومة المنتخبة فيما يعرف علمياً بنظرية الرقابة المتبادلة Check & Balances ، تأسيساً على أن الديمقراطية الحقة هي حماية الأقلية من جور وإستبداد الأغلبية ^{١٨} .

والمعلوم أن منشأ مبدأ دستورية القوانين ، هو الولايات المتحدة الأمريكية . وبالرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص صراحةً على مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، إلا أن هذا الأمر كان مفهوماً ومتوقفاً ومقبولاً لدى واضعي هذا الدستور كما أفصح عن ذلك أحدهم ، فقد جاءت بذرته الأولي مع مولد الدستور الذي نهل مشروعه وواضعوه من أفكار وكتابات جون لوك (John Locke) و منتسكيو (Montesquieu) . وقد كانت بداية تطبيق المبدأ أمام محاكم بعض الولايات الأمريكية كولاية فرجينيا (Virginia) حيث تحدث عنه رئيس قضايتها سبنسر رون (Spencer Roane) في عام ١٧٩٣ م

في قضية كيمبر ضد هوكنز (Kemper V. Hawkins) عندما تعرض لسلطة محاكم الولاية في إبطال التشريعات التي تتعارض مع دستور الولاية . ومع أن المبدأ عرفته في البداية وأخذت به بعض الولايات الأمريكية قبل أن تأخذ به المحكمة العليا الفيدرالية ، إلا أن من يؤرخون له يربطون بينه وبين أول حكم للمحكمة العليا قررت فيه تطبيقه وكان ذلك في حكمها الشهير في القضية الرائدة ماربري ضد ماديسون (Marbury V. Madison) في عام ١٨٠٣ م .

وقد إرتبط المبدأ بأسم رئيس القضاء جون مارشال الذي يرجع إليه الفضل في إظهاره في حكمه في هذه القضية وإعتبره البعض منشأاً للمبدأ ومرسياً له . فقد قال مارشال في حكمه في هذه القضية أنه من واجب الهيئة القضائية أن تفسر القانون وتطبقه ، وعندما يتعارض نص تشريعي أو قانون مع الدستور فإن السمو والبقاء يكون للدستور^{١٩} .

وأول وثيقة دستورية عرف من خلالها السودان مبدأ فصل السلطات وإستقلال القضاء وصيانة الحقوق والحريات العامة ومبدأ الرقابة القضائية ، كانت قانون الحكم الذاتي الصادر في ١٩٥٣/٣/٢١ م " The Self Government Statute " والذي تضمن الباب الثاني منه ست مواد وكانت من ضمنها المادة التاسعة التي قررت مبدأ إستقلال القضاء والمادة العاشرة التي كفلت حق الطعن الدستوري أمام المحكمة العليا " The High Court " والمادة الثامنة التي أكدت مبدأ سيادة حكم القانون .

وعند فجر الإستقلال في أول يناير عام ١٩٥٦ م صدر دستور السودان المؤقت الذي أكدت مادته الثالثة الأخذ بمبدأ السمو الدستوري حيث نصت :-

"تسود أحكام هذا الدستور على جميع القوانين القائمة أو المستقبلية ، ويلغى من أحكام هذه القوانين ما يتعارض مع أحكام هذا الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض" .

أيضاً نصت المادة (٩٢) من الدستور المؤقت على إستقلال القضاء كما جعلته المادة (١٠٢) حارساً للدستور ونص هذه المادة كما يلي :-

١ - الهيئة القضائية هي حارسة الدستور ولها إختصاص النظر والحكم في أية مسألة تشمل تفسيره أو تطبيق الحقوق والحريات الممنوحة بموجب الفصل الثاني .

٢- تختص المحكمة المدنية العليا بتفسير الدستور^{٢٠} .

وإنتهج مشروع دستور السودان المؤقت المعدل لسنة ١٩٦٤ م نفس النهج ، بل أن مشروع دستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣ م لم يشذ عن هذا النهج بالرغم من وضعه دستوراً لدولة شمولية . ولكنه قلل من فعالية النص على مبدأ الدستورية بما أورده في مادته الرابعة من وحدانية للتنظيم السياسي وألفاظ فضفاضة حول قيادة العمل الوطني وما إلى ذلك من سلطات > ظل العمل بدستور ١٩٧٣ م لحين سقوط النظام الشمولي بإنتفاضة الشعب في أبريل ١٩٨٥ م وإستعادة الحكم الديمقراطي مرة أخرى حيث صدر الدستور الإنتقالي لسنة ١٩٨٥ م والذي أجازته الجمعية التأسيسية في أول جلسة لها في السادس

والعشرين من أبريل ١٩٨٦ م . وقد أكد هذا الدستور على مبدأ إستقلال القضاء والفصل بين السلطات وسيادة القانون كما جعل المحكمة العليا حامياً وحارساً ومفسراً للدستور ^{٢١} .

وفي يوم ١٩٨٩/٦/٣٠ م صدر المرسوم الدستوري الأول لسنة ١٩٨٩ م إثر الإنقلاب الذي حدث فجر ذلك اليوم حيث نصت المادة الثانية منه على تعطيل العمل بالدستور الإنتقالي لجمهورية السودان لسنة ١٩٨٥ م . أعقب ذلك صدور المرسوم الدستوري الثالث الخاص بتنظيم أعمال أجهزة الحكم لسنة ١٩٨٩ م في ١٩٨٩/٧/٢٨ م الذي نص في المادة (١٢) منه على أنه في حالة تعارض أحكام أي قانون مع أحكام هذا المرسوم تسود أحكام هذا المرسوم بالقدر اللازم لإزالة ذلك التعارض . وبالطبع ان عنوان المرسوم نفسه يوضح أن الحماية ذات الطابع الدستوري اعطيت فقط لتنظيم أعمال أجهزة الحكم وليس للحقوق والحريات الأساسية وهي مناط مبدأ الدستورية ، وذلك لأن هذه الحقوق والحريات العامة كان قد سبق مصادرها بموجب المرسوم الدستوري الثاني الخاص بقانون الإجراءات والسلطة الإنتقالية لسنة ١٩٨٩ م الصادر في ١٩٨٩/٦/٣٠ م .

وبصدور دستور جمهورية السودان لسنة ١٩٩٨ م ، نصت المادة (٣٤) منه على مايلي :-
"لكل شخص متضرر إستوفى التنظيم والشكوى للأجهزة التنفيذية والإدارية الحق في اللجوء للمحكمة الدستورية لحماية الحريات والحرمات والحقوق الواردة في هذا الفصل .
ويجوز للمحكمة الدستورية ممارسة سلطاتها المعروف في نقض أي قانون أو أمر مخالف للدستور ورد الحق للمتظلم أو تعويضه عن ضرره" .

ويلاحظ بوضوح أن النص قد دمج حالتي حماية الحق الدستوري والظعن بعدم دستورية القانون ، والأخيرة لاتشترط سوى توفر المصلحة في الظعن ولايجوز وضع شرط آخر لها يتمثل في إستيفاء سبل التنظيم الإداري . وهذا الدمج واللبس لايزيله ماورد من إطلاق بقانون المحكمة الدستورية العليا لسنة ١٩٩٨ م في المادة (١٥) منه ، إذ أن القيد المذكور إتخذ صفة الدستورية التي تجعله أسمى من القانون المذكور . وفي تقديرنا أن هذا القيد الجديد وأمور أخرى سوف نفصلها لاحقاً ، إستلزمه صدور التشريعات الإسلامية التي أثارت قدراً كبيراً من الإرتباك حول مبدأ الدستورية لم يكن موجوداً قبل صدورها . فبصدور قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م وفي ظل دستور ١٩٨٥ م الإنتقالي الذي ينص على مبدأ سيادة حكم القانون بمستوياته العام والخاص ، وصدور قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١ م ، أصبح الأمر في غاية التعقيد إن لم يكن وجوده هو الإستحالة بعينها . فقبل صدور القانون الأخير ، كانت مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين ، يقضى فيها وفقاً لمنشورات يصدرها قاضي القضاة الشرعيين ، لاسيلاً لإعتبارها قوانين بأية حال . وبالتالي لم تكن هذه المنشورات تخضع لمبدأ الدستورية باعتبار أن الرقابة القضائية لايجوز إضافتها على غير القوانين . فالرقابة القضائية تكون فقط في حالة وجود قانون ، والقانون كما عرفته المادة (٤) من قانون تفسير القوانين والنصوص العامة لسنة

١٩٧٤م ، لا يشمل قوانين الأحوال الشخصية مثل الشريعة الإسلامية والقوانين العرفية . كلمة القانون محدودة بالتشريع سواء أكان أصلياً أم فرعياً^{٢٢} .

وبما أن العقوبات الحديثة بلا إستثناء تأتي بالمخالفة لمبدأ سيادة حكم القانون في مفهومه الضيق والخاص بالدعاوي العقابية الذي يحظر تعريض أي شخص لعقوبة قاسية أو وحشية أو غير إنسانية - وهي بالطبع أوصاف لا سبيل للإزوار عنها بغض النظر عن منشأ العقاب - ، وبما أن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لا بد وأن يفرق بين الرجل والمرأة على أساس الجنس من حيث الحقوق والواجبات وبالتالي يخالف مبدأ سيادة حكم القانون بمفهومه الواسع من حيث المساواة أمام القانون ، فإن الأخذ بمبدأ الدستورية الذي لا يقبل التجزئة يعني حتمية القضاء بعدم دستورية المواد ٦٤ و ٣١٨ و ٣٢١(٢) و ٣٣٤ و ٣٩٨ من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، والمواد ٢٧ و ١٤٦ و ١٥٧ و ١٦٨ و ١٧١ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م مع المواد ٢٥ و ٣٢ - ٣٦ شاملة و ٥١ و ٩١ و ١٢٧(أ) و ١٥١ - ١٩١ شاملة من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م التي تميز الرجل على المرأة وتعطيه حقوقاً تحرم منها المرأة على أساس الجنس فقط^{٢٣} .

وبما أن مشرع الدولة الدينية في كل محاولاته أراد إسباغ صفة الدولة الحديثة عليها بإبقاء مبدأ الدستورية مظهرية ، كان لزاماً عليه وعلى قضاء الدولة الدينية أن يحاول المواءمة بين المبدأ ونموذج الدولة وفي سبيل ذلك إتخذت عدة محاولات فاشلة نجم عنها فيما يلي :-

(١) نصت المادة (٦٥) من دستور جمهورية السودان لسنة ١٩٩٨م على مايلي :-

" الشريعة الإسلامية وإجماع الأمة إستفتاءً ودستوراً وعرفاً هي مصادر التشريع ولا يجوز التشريع تجاوزاً لتلك الأصول " . وبما أننا سبق وأن تعرضنا لهذا النص بالتفصيل في الباب الثاني ، نكتفي هنا بالقول أن هذا النص جعل الشريعة الإسلامية على قدم المساواة مع الدستور وأعطى المشرع العادي الحق في التشريع وفقاً للشريعة الإسلامية وبالمخالفة للدستور وفقاً لمبدأ التكافؤ بين المصادر . وربما ظن مشرع هذا الدستور أنه قد حل بذلك مأزق التعارض بين العقوبات الحديثة وقوانين الأحوال الشخصية للمسلمين مع مبدأ الدستورية ، ولكنه ما درى أنه بذلك قد إغتال مبدأ سيادة حكم القانون نفسه الذي وضع مبدأ الدستورية كضمانة له فقط لا أكثر . فالنصوص المنوه عنها سابقاً أصبحت دستورية إستناداً للشريعة الإسلامية المكافئة للدستور نفسه ، ولكن ذلك تم بالتضحية بالحق في المساواة وهو جوهر قاعدة سيادة حكم القانون بمفهومها الواسع والحق في عدم التعرض لعقوبة قاسية بإعتباره المفهوم الضيق للقاعدة ، بحيث أصبح وجود الدستور نفسه مثل عدم وجوده تماماً . وفي تقديرنا أن نص المادة (٦٥) المذكور قد سلب معظم الحقوق والحريات إن لم يكن كلها ، مما

يعني أن المشرع إن كان أميناً مع نفسه كان لا بد أن يستغني عن الدستور ويقوم بصياغة قانون أساسي يوضح فقط أجهزة الدولة وسلطانها كما في المملكة العربية السعودية مثلاً .

(٢) قبل صدور دستور العام ١٩٩٨م المنوه عنه أعلاه ، إحتالت المحكمة الدستورية على مبدأ الدستورية بنفس النهج في سابقة : (اعتدال محمد فضل و الريح حسن خليفة - ضد - السلطة التشريعية) التي ناقشناها بالباب الثاني أيضاً حين أوردت "ولو تجاوزنا كل ذلك فإن الأصل في الفقه الإسلامي هو أن ما جاء به القرآن والسنة يسمو ويعلو على كافة التشريعات الوضعية سواء أكانت تلك التشريعات هي الدستور نفسه أو القوانين الأخرى ، ولذلك لا يستطيع المشرع الوضعي الدستوري أن يضع دستوراً يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ٢٤

وهذه السابقة أكثر وضوحاً من نص المادة (٦٥) المذكور ، لأنها تعلن صراحةً أن أحكام الشريعة الإسلامية تسمو على الدستور . وبما أن الشريعة الإسلامية إشتملت على العقوبات الحدية والقواعد المنبئية على مبدأ القوامة التي تفرق بين الرجل والمرأة على أساس الجنس ، فإن هذه المبادئ تسمو على الحق الدستوري في المساواة وعدم التعرض لعقوبة قاسية ووحشية . ويتضح أثر هذه السابقة الخطير ، إذا علمنا أن الأحكام الدستورية غير قابلة للمراجعة . وأثرها المباشر هو إلغاء مبدأ الدستورية بإعتباره مبدأ لا يقبل التجزئة ، بل إهدار قيمة الدستور نفسه كوثيقة معيارية مقننة للحقوق والحريات العامة . وبالتالي لم تنجح هذه السابقة في المزاوجة بين المبدأ والشريعة الإسلامية بل ضحت بأحدهما لمصلحة الآخر وذلك لإستحالة المزاوجة أو المزاوجة بين الاثنين .

(٣) حاولت المحكمة الدستورية قبل إصدار المبدأ المنوه عنه أعلاه الإبقاء على مبدأ الدستورية والعقوبات الحدية في نفس الوقت . وذلك باللجوء إلى التدابير الإجرائية للهروب من القضاء في موضوع دستورية بعض نصوص قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م التي إشتملت على عقوبات حدية وذلك بالقضاء بإنتفاء شرط المصلحة . ويتضح ذلك من حكمها في سابقة :- (أحمد عبداللطيف سر الختم - ضد - حكومة السودان - النمرة ٤٣/ع د/١٦/١٩٨٧م) . حين أوردت ماييلي :-

"لقد تضمنت العريضة في ما تضمنته من نقاط ، النقاط الجوهرية الآتية :-

١-

٢- المواد المقدم بها المتهم تشتمل على عقوبات الجلد ، القطع والإعدام مع الصلب وهي عقوبات قاسية ووحشية وحاطة بكرامة الإنسان ، ومن ثم تقع هذه العقوبات مخالفة لنص المادة ٢٩ من الدستور الإنتقالي والتي تنص :- "لا يعرض أي متهم للإغراء أو

التخويف أو التعذيب ولا توقع عليه أي عقوبة وحشية أو محنة لكرامة الإنسان" .
النص الوارد في الدستور في المادة ٢٩ يتضمن ماورد في المادة الخامسة من الإعلان
العالمي لحقوق الإنسان والتي تقرر :- "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو
العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة"

وفي تأسيسها لحكمها ورد في حيثياتها مايلي :-

وفي هذا الشأن فإنه لما لا خلاف عليه إن إجراءات المحاكم الكبرى وفي غياب
النصوص التي كانت تستوجب إجراء تحقيق قضائي ينتهي بتوجيه تهمة رسمية للمتهم
قبل تقديمه للمحاكمة - أصبحت تسير على ما قامت عليه إجراءات التحري ابتداء ،
وبذلك فإنه ما عاد من المستساغ قانوناً اعتبار المحاكمة قائماً في هذه المرحلة على أية
تهمة رسمية بموجب المواد التي تجرى عليها المحاكمة . وحيث أن الأمر كذلك ، فإنه من
غير المغالاة في التقرير أنه من الإحتمالات التي يمكن توقعها أن تقوم المحكمة الكبرى
بتعديل إتجاه المحاكمة في أي وقت بتعديل التهمة أو شطبها تبعاً لما تراه المحكمة مناسباً
مما يكشف عنه سير الإجراءات ، وبالإضافة إلى ذلك ، فإنه من بين الإحتمالات أن
تنهى المحاكمة (وهي التي تتم على مداها باستصحاب حتمي لقرينة البراءة فيما تنص
المادة ٢٨ من الدستور الإنتقالي) ببراءة مقدم العريضة دون إدانته . ليس هذا فحسب
، بل ومن بين الإحتمالات أيضاً ، وحتى إذا إنتهت المحاكمة بإدانته مقدم العريضة
بموجب المادة ٤٥٧ من قانون العقوبات مثلاً ، ألا تختار المحكمة الكبرى من بين
العقوبات المقررة لتلك المادة أياً من تلك العقوبات التي يصفها مقدم العريضة
بالوحشية ، إذ من الجائز للمحكمة أن تختار توقيع العقوبة البديلة لتلك العقوبات
(وهي عقوبة السجن المؤبد التي لا تدخل ضمن ما يصفها مقدم العريضة بالوحشية أو
غيرها من النعوت) " .

وإستناداً لذلك ولأسباب أخرى قضت المحكمة العليا (الدائرة الدستورية) الموقرة بما
يلي :-

وحيث أنه وتأسيساً على ماتقدم ، يبين جلياً أن عريضة الطعن بحالتها هذه لا تستوفي
الشروط المقررة بموجب المادة ٣٢٣ من قانون الإجراءات المدنية في شأن إجراءات
الطعن بعدم الدستورية ، فإنه يتعين شطب العريضة إيجابياً طبقاً لنص المادة ٣٢٧ (أ)
من ذات القانون دونما حاجة في ذات الوقت للتصدي لما تشير من أية مسائل
موضوعية ^{٢٥} .

وهذا هو نفس النهج الذي إتخذته المحكمة العليا (الدائرة الدستورية) الموقرة في سابقة :
(طه اسماعيل أبو قرحة - ضد - السلطة التشريعية - النمرة م ع/عريضة
١٩٨٤/٤/٠٦ .

وفي تقديرنا أن الإحتماء بشرط المصلحة في الطعن والتشدد فيه بغرض تفادي القضاء
في موضوع الطعن ، لم يكن منهجاً صائباً من الدائرة الدستورية الموقرة . وذلك لأن
هذا النهج في كل الأحوال لن يحل التعارض ولن يخرج الدولة الدينية من مأزقها . إذ
بكل بساطة من الممكن إنتظار محكمة أول درجة حتى تصدر حكماً وتقضي بقطع
المدان من خلاف مثلاً ، حينها لن يسعف شرط المصلحة الدائرة الدستورية أو
المحكمة الدستورية .

باختصار نستطيع أن نقرر بأن صدور التشريعات الإسلامية ، أدى إلى مأزق حقيقي لمن يريد أن يوائم
ما بين الدولة الدينية والنظام القانوني الحديث . إذ لم تعد الإجابة على كيفية إسباغ المشروعية على هذه
التشريعات مع إبقاء مبدأ سيادة حكم القانون وضمانته الأساسية المتمثلة في دستورية القوانين مسألة
نظرية ، بل أصبحت مشكلة عملية بحاجة إلى حل . لذلك حاول مشرع الدولة الدينية ومحكمتها
الدستورية وبجد التوفيق بين هذه المتناقضات (التشريعات الإسلامية ومبدأ سيادة حكم القانون ومبدأ
الدستورية) بعدة طرق . أولها إعلاء شأن هذه التشريعات ووضعها فوق الدستور بنص في صلب
الدستور يقوضه من أساسه هو نص المادة (٦٥) من دستور العام ١٩٩٨ م ، وثانيها سابقة دستورية
سلكت نفس المسلك وجعلت هذه التشريعات ومثيلاتها حكماً على الدستور نفسه وأخرجتها عن دائرة
المعايرة والمحكمة الدستورية ، وثالثها محاولة لسلك دروب السلامة والهروب من التصدي لهذا التناقض
بالأساس وذلك عبر رفض الطعون لأسباب إجرائية والتشدد في تطلب شرط المصلحة في الطعن وهو
مسلك الدائرة الدستورية في فترتي النظام الشمولي والديمقراطي وهو أمر شديد الغرابة .

ولكننا نؤكد بأن كافة المحاولات السابقة لجمع المتناقضات هي محاولات فاشلة بحكم إستعصاء هذا
التناقض على الحل بطبيعته . فهذه المتناقضات لا يمكن التوفيق بينها وعلى من يريد إنشاء دولة دينية أن
يختار بوضوح بينها وبين دولة سيادة حكم القانون . وذلك لأن النص على إعلاء الشريعة الإسلامية
على الدستور عبر مساواتها بالدستور والسماح بذلك بالتشريع وفقاً لها وبالمخالفة للدستور وفقاً لمبدأ
التكافؤ بين المصادر ، يعني أن الدستور نفسه أصبح بلا قيمة تذكر ، كما أن إعلاء الشريعة الإسلامية
على الدستور صراحةً بالسوابق الدستورية يقود لنفس النتيجة ، وكذلك الإحتماء بالنصوص الإجرائية لا
يصلح لتفادي التناقض ناهيك عن حله ، بإعتبار أن من تشطب عريضته لعدم إستيفاء شرط المصلحة
بإمكانه الانتظار لحين صدور حكم محكمة أول درجة في مواجهته ليعود بالتقدم بالطعن ، حينها

لامناس من القضاء في الموضوع مما يجعل التواري خلف شرط المصلحة الإجرائي مجرد تأجيل لمواجهة المآزق ليس إلّا.

المبحث الثاني

إستقلال القضاء

إستقلال القضاء هو جوهر نظرية الفصل بين السلطات ، بمعنى إن انفصال السلطتين التشريعية والتنفيذية عن بعضهما ، لا يشكل ضماناً كافية لحقوق وحرّيات الأفراد ، لأن إصدار التشريع مرحلة يعقبها بالضرورة تطبيقه ليدخل دائرة الإلزام الفعلي . فإذا ما إندغم الجهاز المسئول عن التطبيق مع أي من الجهازين الآخرين ، وهما بطبيعتهما غير محايدين ، يتحول الوضع لوضع إستبدادي شامل . ومن هنا كان القضاء المستقل حصناً للحريات ومحددّاً للتداخل الواضح في العلاقة بين مبدأ الفصل بين السلطات وسيادة حكم القانون، إذ أنه ليكون القانون سيّداً والفرد حراً في نفس الوقت ، لا بد من وجود حماية للحرية على مستوى دستوري تحميه الهيئة القضائية لاستقلالها بتفسير الدستور ومراقبة مدى دستورية القوانين . وفي هذا يقول البروفيسور Gokhale " أنه يمكن اعتبار الحكومة عملية وعادلة عندما يتأكد الجميع من الحصول على العدالة من جهاز قضائي مدرب خبير منظم ومستقل " ^{٢٧} . ويسرر Willoughby لضرورة إستقلال القضاء بقوله :- " لقد قيل بحق لا إستبداد أعظم من إستبداد الأغلبية . ومن أعظم المشاكل التي تواجه الجماهير إيجاد وسيلة لتجنب هذا الخطر . التجربة أثبتت أن هذا من الممكن عندما يترك للمحاكم واجب متابعة أن ليس هناك فرع من السلطة ولا كل فروعها مجتمعة ، إتخذت إجراء بالمخالفة للقانون أو بخرق الحقوق المكفولة للأفراد " ^{٢٨} .

إذن وجود قضاء مستقل ، ضماناً لتطبيق أحكام القانون على الحكومة بالمماثلة مع الأفراد حيث يصبح إحترام إستقلال الهيئة القضائية واجب يقع على عاتق الحكومة . وهذا ما يؤكد رئيس القضاء الأسبق بابتكر عوض الله في إستقالته الشهيرة حين يقول :- " إنني أرى أنه من واجبي أن أوجه النصح لمن لا يؤمنون بحكم القانون ، ان نظم الحكم السليمة لا نخش القضاء ولا تستعديه ، لان القضاء السليم إنما هو أقوى سند لكل حكومة تستشعر واجباتها من إيمان مطلق في حكم الدستور وسيادة القانون " ^{٢٩} .

"إن الجدل الذي يثور من وقت لآخر حول إستقلال القضاء يصور ذلك الإستقلال على أنه الانفصال التام عن السلطة التنفيذية . ففيما قال اللورد ديننق "Denning" : المبدأ الأكثر أهمية هو أن القضاة يجب أن يكونوا مستقلين عن الحكومة بصفة مطلقة .

The most important principle is that the Judges must be absolutely independent of the government.

ولعل المبدأ وضع في صيغة أكثر شمولاً فيما قالتها القاضية شيرلي أبراهام مسون قاضية المحكمة العليا لولاية "Winconsin" حين قالت :-

المسألة الجوهرية بالنسبة لدور القضاة كحراس للدستور هي الإستقلال لحماية الدستور ويجب عدم تعريض القضاة لأي نفوذ سياسي وأن تتم حمايتهم من الأجهزة السياسية للحكومة .

The quality that is essential to the Judges' role as guardians of the constitution is independence to guard the constitution, the judges must be detached from political influences from the political branches of government.

ويبين من هذا التعريف الثاني أنه لا يحصر التأثيرات السياسية فيما قد يبدر من السلطة التنفيذية ، وإنما يجعلها عامة أيضاً بما قد يشمل أي تأثير سياسي أياً كان مصدره ، وفي هذا ما يجعل مفهوم الإستقلال أكثر إتساقاً مع طبيعة المهام القضائية ومعبراً في ذات الوقت عن القدر المطلوب من الاستقلال طبقاً لوجهات النظر المختلفة في ذلك" ^{٣٠} .

ولترجمة إستقلال القضاء في الواقع العملي ، لابد من وجود هيئة قضائية مستقلة بشخصيتها الاعتبارية مع ضرورة إستقلالها مالياً وإدارياً وانفرادها بمهام القضاء دون وجود قضاء إستثنائي أو موازٍ لها . فوجود هذه الهيئة شرط ضروري لحماية القاضي من حيث التعيين والترقية وعدم الفصل لأسباب سياسية ، وهي أمور ، مع الحصانة القضائية ضد المساءلة ، تشكل سلسلة من القواعد التي بتغييب أي منها يغيب إستقلال القضاء حتماً . ولعله من المهم أن ننوه الى وجوب إعتبار الهيئة القضائية سلطة من سلطات الدولة ، وعدم إستخدام مصطلح "هيئة" كوسيلة للخلط بينها وبين الهيئات العامة الأخرى توطئة لإعتبارها جزءاً من الخدمة المدنية و إفقادها إستقلالها ، وهذا ما فعله واضع دستور ١٩٩٨ الذي أكد عبر فعله ذاك منهجه في عدم الإعتراف بأن السلطة القضائية سلطة من سلطات الدولة.

وبالنظر لمسألة التعيين في السودان فإنه وعهد مايو ، ظل هناك تفريق في التعيين بين المناصب القضائية العليا وما دونها من مناصب . فطبقاً للدستورين المؤقتين لعامي ١٩٥٦م و ١٩٦٤م (المادتين ٩٧ و ٩٤ على التوالي) ، كان التعيين في المناصب العليا بقرار من مجلس السيادة بعد التشاور مع رئيس القسم (رئيس القضاء أو قاضي القضاة) أو الرئيس المتقاعد بحسب الحال . أما التعيينات الأخرى فقد كانت تتم بقرار من الرئيس المختص .

ثم جاء دستور مايو لسنة ١٩٧٣م ، فأصبح التعيين في كل درجات القضاء بقرار من رئيس الجمهورية في ذلك الوقت (المادة ١٨٨) بمشورة مجلس القضاء العالي الذي إستحدثه ذلك الدستور لأول مرة (المادة ١٩١) .

وتجدر الإشارة إلى أن تشكيل مجلس القضاء العالي ظل خاضعاً للقانون ولهذا ظل يتأرجح بين تشكيلات محددة مع إختلاف الأعضاء ، إلى أن أصبح دون تشكيل محدد في قانون ١٩٨٣م حين خضع تشكيله في أي وقت لقرار من رئيس الجمهورية مما سمح بتعيين أحد رجال الأعمال فيه ^{٣١}.

وبالرجوع لدستور العام ١٩٩٨م ، نجد أن المادة ١٠٤ منه خولت رئيس الجمهورية سلطة تعيين رئيس القضاء ونوابه وفقاً للقانون ، كما خولته سلطة تعيين سائر القضاة بناءً على توصية مجلس القضاء العالي . أما المادة ١٠٢ من ذلك الدستور ، فقد أوردت الفقرة الثانية منها أن للهيئة القضائية مجلس قضاء عالي يحدد تكوينه واختصاصاته القانون . وبذلك حافظ هذا الدستور على النفوذ السياسي الواقع على الهيئة القضائية وأهدر إستقلالها . فبدلاً من أن تنص الدساتير على مثل هذه السلطة ، كان ينبغي أن تترك مسألة تعيين القضاة لرئيس القضاء أو في يد لجنة قضائية تسمى لجنة الخدمة القضائية على غرار لجنة الخدمة العامة التي تعد من موروثات الحكم الاستعماري البريطاني في مستعمراتها السابقة ولهذا نجد أغلب الدول الأفريقية تعمل بهذا النظام ^{٣٢} . وترتيباً على المحافظة على النفوذ السياسي في مسألة التعيين، كان لابد أن يتم التعيين على أسس سياسية بل وأيدلوجية محضة في فترة سيادة القوى السياسية الداعية لقيام دولة دينية . فمند إنقلاب يونيو ١٩٨٩م ، إنتهجت السلطة السياسية أسلوب تعيين رؤساء للقضاء من خارج الهيئة القضائية . كذلك أوقفت السلطة السياسية تعيين النساء كقضاة لاعتبارات أيدلوجية وسياسية مهددة بذلك ضمان منع التعيين السياسي ^{٣٣} . فضمان منع التعيين السياسي هو في جوهره ضمان للتعين القائم على الاختيار الدقيق على أسس الكفاءة والصفات المطلوبة في القاضي ^{٣٤} . وبالتأكيد أن إهدار مبدأ الكفاءة والتمييز السلي ضد المرأة ، كان أساسهما إتساع دائرة النفوذ السياسي على الهيئة القضائية وهو نفوذ حتمي في الدولة الدينية التي تجمع للحاكم أو الخليفة السلطات الثلاث في يديه . وبالطبع لم يكن دستور العام ١٩٩٨م أكثر من تقنين لهذا المبدأ وإن حاول مشرعه تبني أخطاء دستور الدولة الشمولية لسنة ١٩٧٣م الذي أطلق يد رئيس الجمهورية في مسألة التعيين وجعل تشكيل واختصاصات مجلس القضاء العالي أمراً خاضعاً للقانون بدلاً من أن ينص عليها في صلب الدستور منعاً للتلاعب . ولا يفوتنا أن نوضح بأن سلطة التعيين قبل صدور دستور العام ١٩٩٨م ، قد تمت معالجتها في المادة ٣ (ط) من المرسوم الدستوري الثالث لسنة ١٩٨٩م الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٧/٢٨م ، حيث تم تحويل رأس الدولة سلطة تعيين جميع القضاة بما في ذلك رئيس القضاء ونوابه وكذلك تشكيل مجلس القضاء العالي . وبذلك أحكم رأس الدولة قبضته على الهيئة القضائية ليس في مسألة التعيين فقط ، بل في العزل أيضاً بإعتبار أن من يمنح بمنع أيضاً وكان الناتج العملي هو فصل القضاة دون مساءلة وفقاً لكشوف أعدت على أساس سياسي .

وبالقطع لم يكن مبدأ التعيين أو ضمانته الأمر الوحيد الذي تأثر بالتشريعات الإسلامية . فمبدأ الحصانة الذي يحمي القاضي ويوفر له الفرصة لاتخاذ القرار تعرض لنقاش وجدل ولتعديل في نطاقه ، إذ أن

محكمة الاستئناف الموقرة قضت بما يلي :- " ١ - يحظى القاضي بحماية أو حصانة شاملة أي مطلقة absolute لدى مباشرته أعمالاً قضائية مستعملاً أية سلطة يخوله إياها القانون أو يعتقد بحسن نية أن القانون يخوله إياها ، والاعتداد بحسن النية أو سوء النية إلا في حالات القتل الخطأ .

٢ - يجوز إثارة مسألة حسن النية أو سوء النية لدى القاضي إذا باشر أعمالاً لا يخوله القانون مباشرتها .
٣ - الحماية القضائية على أعمال القضاة حماية كاملة شاملة لكل ما يصدر من أحكام وقرارات قضائية ولا يستثنى منها إلا حالة القتل الخطأ طبقاً لنص المادة ٤٥ من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م " ٣٥ .

ولعل المحكمة الموقرة حين أصدرت حكمها ذاك ، كانت متأثرة بمفهوم الحصانة القضائية في نظام القانون العام common law system . ويتضح ذلك من إستدلالها بمراجع قانونية تعود إلى ذلك النظام ومن فهمهما للتغيير الذي حدث على مبدأ الحصانة بعد صدور تشريعات العام ١٩٨٣م الإسلامية . فهي تقول :- " يتضح من هذا أن السودان قد عرف مبدأ الحماية القضائية المقتن منذ أمد بعيد ، والفرق بين النص الوارد في قانون ١٩٧٤م وقانون ١٩٨٣م هو أن النص الأخير سلب هذه الحماية وحجبها عن القاضي في حالة القتل الخطأ ، ويبدو أن العلة في هذا التعديل الجذري في نص المادة وفيما إستقر من مبدأ هو صيانة الدماء ووجوب الدية في حالة القتل الخطأ لقوله (ص) " لا يضيع دم امرئ مسلم هدرأ " (والله أعلم) " ٣٦ .

ولكن المحكمة العليا الموقرة لم توافقها في قضائها المنوه عنه أعلاه حيث قضت بما يلي :- " ليس صحيحاً أن القاضي يتمتع بحصانة مطلقة وفقاً للمادة (٤٥) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، بل الصحيح أن يحظى بالحصانة متى كان حسن النية ، ولذلك فإن القاضي الذي يخطئ في حكمه عمداً مجرد ويسلب من حمايته وحصانته القضائية ومن ثم يصبح عرضة للمساءلة الجنائية والمدنية وفق التفسير الحرفي للعبارات الواردة بالمادة ٤٥ ووفق ما ورد في المذكرة التفسيرية " ٣٧ .

ومع تقديرنا للمحكمة العليا الموقرة وإجتهادها ، إلا أننا نرى أن تفسير محكمة الاستئناف الموقرة هو الأقرب إلى الصحة . فنص الحصانة القضائية مأخوذ عن قانون العقوبات لسنة ١٩٧٤م ذي الأصل الهندي الإنجليزي مما يوجب تفسيره بالأخذ في الاعتبار منشأه التاريخي الذي يقنن الحصانة المطلقة للقاضي في حال إستخدامه للسلطة وبسوء نية . ونحن نرى أن التعمد الذي تتحدث عنه المحكمة العليا من الصعب تصوره في الحالة الأولى ، إذ لا يعقل أن يستخدم القاضي السلطة المخولة له متعمداً لإضرار بالغير لان حدود هذه السلطة إجرائياً وموضوعياً محددة على سبيل القطع في المسائل الجنائية ، وتعتمد الإضرار بالغير يخرج القاضي عن حدود سلطته بثبوت سوء النية . ولسنا في شك من أن موقف المحكمة العليا الموقرة ، قد إنبنى على فهمها للشريعة الإسلامية وإستصحابها لقانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م . ولكنها بموقفها هذا حجمت نطاق الحماية الممنوح للقضاة وأضرمت بإستقلال القضاء في إنتصار واضح لحقوق الأفراد وتغليب على إستقرار المجتمع . وربما يكون تعقيد هذه المسألة ووضوح

إنتقاص مدى الحماية من المبدأ الذي أرسته المحكمة العليا الموقرة هو السبب في حذف النص المقتن للحصانة من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م الذي جاء خالياً من نص مماثل لنص المادة ٤٥ من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ م .

وبالتنقل لاستقلال الهيئة القضائية كمؤسسة منفردة بالقضاء لا يصح أن يتم إنشاء قضاء مواز لها بحيث لا يقدم الشخص لغير قاضيه الطبيعي ، نجد أن تطبيق التشريعات الإسلامية قد واكبته دوماً حالة إنشاء وتأسيس محاكم موازية للهيئة، فعند إعلان ما سمي بالثورة التشريعية في العام ١٩٨٣م ، تم تأسيس ما عُرِفَ بمحاكم العدالة الناجزة . ولا نجد وصفاً لما قامت به هذه المحاكم أفضل مما ذكرته المحكمة العليا الموقرة حين أوردت ما يلي :-

" الرأي عندنا أن هناك الكثير من السوابق والأحكام التي صدرت من هذه المحاكم إتسمت بالظلم البين وتجاوز القانون بكل ما تحمل هذه العبارات من معنى . بل أن تجاوز القانون في تلك الفترة التي عملت فيها هذه المحاكم كانت السمة الرئيسية لأحكامها . ولا أجد نفسي مضطراً إلى الإسهاب في ذلك لما ظهر لنا من أمثلة كثيرة حتى وصل إلى مرتبة العلم القضائي لأخطاء وتجاوز القانون يؤكد ما ذهبنا إليه . أنظر على سبيل المثال لا الحصر محمد الشيخ إدريس وآخرين م ع / ق / ج / ٢٦٢ / ١٤٠٦ هـ قسمة الله وداعة الله م ع / ق / ج / ٩٤ / ١٤٠٦

فإذا كان هذا هو شأن هذه المحاكم وهذا هو حال هذه الأحكام فإن السلطة الطبيعية للمحكمة العليا يستوجب ألا يحجبها هذا التشريع من فحص هذه الأحكام للوصول إلى العدالة بكل الطرق" ٣٨ .

وبعد حدوث إنقلاب يونيو ١٩٨٩م ، تم تأسيس محاكم النظام العام التي قام بعمل القضاء فيها ضباط من القوات المسلحة ، وكذلك أسست المحاكم الخاصة التي شكلت من ضباط بالقوات المسلحة أيضاً . وتأسيس هذه المحاكم الموازية للهيئة القضائية في حد ذاته إنتهاك صارخ لمبدأ إستقلال القضاء ناهيك عن طابعها العسكري الذي ينتهك مبدأ سيادة حكم القانون الذي يستوجب توفير محاكمة عادلة وتقديم الشخص إلى قاضيه الطبيعي . وفي ذلك تقول الدائرة الدستورية الموقرة :-

" ٠٠ قول النائب العام بأن إخضاع المدنيين للقضاء العسكري لا يمس ذلك الأصل ولا يمس بمبدأ المساواة في القضاء ولا يشكل خرقاً للدستور والقانون مردود عليه بأن إخضاع المدنيين للقضاء العسكري أمر لا يتوافق ونصوص الدستور وروحه ، إذ أنه لا يخالف الأصل الذي يجري عليه حتى بالنسبة لأخطر الجرائم كالقتل فحسب ، بل إنه يقلل أيضاً من قدر السلطة القضائية دون سند من الدستور أو القانون أو الحكمة أو الاعتبارات العملية . ذلك لأن القضاء لا يتطلب معرفة أو إلماماً بالقوانين فحسب ، بل تشريعاً بأحكامه ومضمونه نتيجة لممارسة دؤوبة في التطبيق العملي يوماً بعد يوم ، وعماماً بعد الآخر ، ومن ثم كان القاضي العادي أقدر من الجهات الأخرى على الاضطلاع بالوظيفة المنوطة به في الدستور ، لا لتطبيق نصوص القانون فحسب بل لإرساء قواعد العدالة على أسس سديدة تحقق القانون" ٣٩ .

ومن المهم أن ننوه إلى أن صدور التشريعات الإسلامية ، قد واكبه صدور قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٣م الذي قام بدمج القضائين المدني والشرعي . فالسودان طوال الحقبة السابقة لما عرف بالثورة التشريعية كان له قضاء مدني يرأسه رئيس للقضاء ، ونظام شرعي يقوم على رأسه قاضي القضاة . وبصدور التشريعات الإسلامية ، وحدت السلطة التشريعية القضائية وخولت القضاة الشرعيين الذين تم تأهيلهم كقضاة أحوال شخصية وموارث سلطة نظر الدعاوي الجنائية والمدنية بحيث كانت النتيجة إهداراً كاملاً للعدالة . وأصدق من يعبر عن تداعيات هذا الدمج هو المحكمة العليا الموقرة نفسها حين أوردت ما يلي :-

" بتاريخ ١٢/٥/١٤٠٥هـ قرر قاضي المديرية محاكمة هذه القضية منفرداً إستناداً على البنات التي وردت في مرحلة التحقيق القضائي لان الإتهام عجز عن إحضار

بعض شهود الاتهام الذين نرحوا إلى شرق البلاد وتلا قاضي المديرية على المتهم أبكر يحي آدم أقوال شهود الإتهام وإعترافه عبر جميع مراحل إجراءات القضية وبعد ذلك سجل رد المتهم على التهمة على الأورنيك "B" بأنه " مذنب " . لم يسمع قاضي المديرية قضية الدفاع ولم يستجوب المتهم ولم يسأل عن شهوده وسجل قاضي المديرية بعد ذلك على الأورنيك "C" قراره بأن المتهم مذنب تحت المادة ٢٤٩ ، (٤) من قانون العقوبات وغير مذنب تحت المادة ٢٥١ من نفس القانون

إن القصور والخلل والعيوب التي لازمت إجراءات محاكمة هذه القضية الخطيرة بصفة عامة ولازمت حيثيات الحكم بصفة خاصة جعلتني أزرف دمعاً غزيراً على مستقبل العدالة كما أثارت إشفافتي على هبوط مستوى الأداء القضائي إذا ظل الأمر على هذا الحال دون تصنيف وتكييف إختصاصات القضاة بحيث أن كلاً يعمل في مجال تخصصه من خلال دراساته العليا وفي عمله من خلال ممارساته منذ إنتحاقه بالهيئة القضائية ولا أجد ما يمنع من تخصص القضاة وعندي أن هذا التخصص أدعى وأجدى لتحقيق العدالة ولإرساء تراث خالد من السوابق القضائية تستنير بها وتسير على هديها الأجيال القادمة بإذن الله تعالى " ٤٠ .

وبالرغم من ذلك تم ترسيخ نهج الدمج وتخويل القضاة الشرعيين جميع السلطات القضائية مع تكليف القضاة المدنيين بالعمل في المحاكم الشرعية . وفي حكم حديث للمحكمة العليا الموقرة تم تفويل المحاكم الشرعية سلطة الفصل في القضايا الجنائية في حال عدم التمكن من تجزئة الدعوى كما خولت المحاكم الجنائية الفصل في المسائل الشرعية لنفس السبب وذلك حين قررت المحكمة العليا ما يلي :-

" إذا إشتملت الدعوى على مسائل شرعية وجنائية ، فإنه لا يمكن تجزئة الدعوى الجنائية بحيث تنظر كل محكمة ما يدخل تحت إختصاصها ، بل يتعين أن تنظر المحكمة التي أمامها جوهر ذلك النزاع كل تلك المسائل الشمولية متى كانت تلك المسائل مترابطة ويترتب بعضها على البعض الآخر " ٤١ .

بإختصار نستطيع أن نقول بأن تقنين التشريعات الإسلامية قد واکبه على الدوام إنتقاص من إستقلال القضاء . وتمثل ذلك الانتقاص في إعطاء سلطة تعيين القضاة لرئيس الجمهورية الذي غالباً ما يحتفظ بسلطات إستثنائية في الظروف الإنقلابية يتم بموجبها عزل القضاة . أيضاً واکب هذه التشريعات تمييز سلبي تجاه المرأة التي حرمت من التعيين في الهيئة القضائية لأسباب سياسية ودينية دون أن ينص على ذلك الحرمان أو يقنن بنص قانوني بل تم تنفيذه عبر إعطاء رئيس الجمهورية سلطة تعيين القضاة بل وتعيين مجلس القضاء العالي نفسه . كذلك إتسمت فترة التشريعات الإسلامية بتأسيس القضاء الموازي والمحاکم الاستثنائية وتقديم المدنيين للمحاکم العسكرية في تقليل واضح من قدر الهيئة القضائية وحرمان الأشخاص من أن يحاکموا بواسطة قضاة طبيعيين . بالإضافة إلى ذلك واکب إعلان التشريعات الإسلامية دمج القضاة الشرعي والمدني الذي وثقت المحكمة العليا الموقرة آثاره المدمرة ومدى إهدار العدالة الذي نشأ عنه . وفوق ذلك كله تم الانتقاص من الحماية والحصانة القضائية المطلقة التي كانت ممنوحة للقضاة في السابق مما يؤسس لتردد القضاة في إنفاذ وتطبيق القوانين . ولعلنا نصيب إذا قلنا أن إهدار إستقلال القضاء قد إنبنى أصلاً على أن القضاء هو أحد سلطات الخليفة المستعاض عنه برئيس الجمهورية، وأن الشريعة الإسلامية لم تعرف أصلاً الهيئة القضائية كمؤسسة ذات شخصية اعتبارية منفصلة عن شخص الحاكم . إذ أن قصارى ما عرفته هو تفويض سلطة الخليفة أو أمير المؤمنين القضائية إلى شخص أو أشخاص ، والتفويض بالحث لا يعني سلب هذه السلطة من المفوض الذي يبقى هو القاضي الأعلى على الدوام .

المبحث الثالث

حق التقاضي وتنفيذ الأحكام

حق التقاضي حق مرادف لإستقلال القضاء وضمانة مكملة لسيادة حكم القانون . إذ أنه بدون كفالة هذا الحق يصبح القانون كتشريع ، ووجود الهيئة التي تطبقه وإستقلالها ، بلا معنى ، حيث أن القانون لا يكتسب أثره الاجتماعي إلا عبر إجراءات التقاضي . وحق التقاضي في جانبه الإيجابي " Right to Sue " ، يمثل الضمانة الأساسية لتطبيق القانون الذي يؤكد الجانب السلبي للحق — أي الحق في أن تُقاضى — Right to Be Sued — أو بصورة أخرى الخضوع لحكم القانون . وهو مبدأ سيادة حكم القانون نفسه إن شئنا أن نضعه في صيغة منضبطة ليتم تعريفه على أنه الحق في التقاضي سلباً بالخضوع لقواعد القانون السائدة .

ولعلنا من المهم عند التعرض لهذا الحق مناقشة مسألتين في غاية الأهمية هما :-

طبيعة الحق في التقاضي، وهل هو حق دستوري أم قانوني ؟؟ أي وجود الحق ، ومدى القيود التي ترد عليه (أي حدود الحق) . وبالتأكيد لا يمكن التعرض لهاتين المسألتين ، دون الإشارة إلى أثر التشريعات الإسلامية عليهما . وذلك لأن لهذه التشريعات بالحتم آثاراً واضحة لا سبيل لتجاهلها . وبالنظر لحق التقاضي من حيث الطبيعة والوجود ، نجد أن دستوري السودان لسنة ١٩٥٦م وسنة ١٩٦٤م لم يتحدثا عن حق التقاضي كحق دستوري إلا في حالات اللجوء إلى المحكمة العليا لحماية الحقوق الدستورية ، ولم يكن هنالك نص صريح وقائم بذاته يقرر حق التقاضي . وقد سلك مشروعا الدستور لسنة ١٩٥٨م و ١٩٦٨م نفس النهج وكذلك دستور سنة ١٩٧٣م . ولكن دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م قد نص صراحة على حق التقاضي كحق دستوري في مادته السادسة والعشرين وقررت عدم حصانة أي من أعمال الدولة من الرقابة القضائية . ولكن تم تعديل هذه المادة عام ١٩٨٧م ، وألغى الجزء الأخير منها والخاص بعدم تحصين أعمال الدولة من الرقابة القضائية . أما دستور ١٩٩٨م فقد نص على الحق في التقاضي كحق دستوري وقرر أنه لا يحرم أحد من هذا الحق إلا وفقاً لأحكام القانون وإجراءاته . أي أنه ليس حق مطلق ويمكن تقييده بواسطة القانون ولعل هذا الأمر يعتبر قصوراً في الدستور^{٤٢}.

ويلاحظ مما تقدم أن الدساتير ومشاريع الدساتير الدينية - أي مشروع دستور ١٩٦٨م ودستور العام ١٩٩٨م - لم ينتهجا نهجاً موحداً تجاه حق التقاضي . إذ أن مشروع دستور ١٩٦٨م إكتفى بالسكوت وعدم الإشارة إلى حق التقاضي كحق دستوري مطلق وعام ، في حين أن دستور العام ١٩٩٨م قد نص على دستورية الحق مع النص على دستورية تقييده مما يعني إفقاده مضمونه من الناحية العملية . وخطورة سكوت الدستور وإعراضه عن النص على حق التقاضي تتبدى بكل وضوح فيما قضت به المحكمة العليا (الدائرة الدستورية) في سابقة المستأجرين لدكاكين مجلس شعبي المنطقة الشرقية ضد حكومة السودان حين قررت ما يلي :- " يمكننا القول في هذا الصدد بأن الاتجاه السائد في كافة الدول هو أن حق التقاضي هو حق قانوني وليس حقاً دستورياً " ^{٤٣} . وتأسيساً على ذلك قضت برفض الطعن الذي كان يرمي لإبطال المادة (٤) من قانون إخلاء المباني العامة ، ولم يشذ عن هذا الرأي من قضاتها سوى القاضي العالم هنري رياض الذي أكد دستورية الحق إستنتاجاً . وبعد صدور الدستور الانتقالي لسنة ١٩٨٥م الذي قنن دستورية حق التقاضي ، قضت نفس الدائرة الدستورية ببطلان نص المادة (٤) آتفة الذكر حين قررت ما يلي :- " إن نص المادة (٤) من قانون إخلاء المباني العامة والتي تقرراً لا يجوز لأية محكمة أن تعقب على أي أمر صدر أو فعل تم أو اعتبر أنه صدر أو (تم بموجب هذا القانون) نص مخالف للدستور وباطل " ^{٤٤} .

وهذا بالطبع يؤكد مدى أهمية وضرورة ورود الحق كحق دستوري مطلق يكفل خضوع الدولة للقانون ولا يحصن أعمالها من الرقابة القضائية . وفي تقديرنا أن السكوت عن النص على دستورية حق التقاضي

أسس لقانونية وجوده ومنح السلطة التشريعية فرصة وضع قيود كثيرة على حق التقاضي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :-

(١) المادة ٣١ من قانون الخدمة العامة لسنة ١٩٧٣ م ، ومنها تقول المحكمة العليا الموقرة :- " إن قانون الخدمة العامة قد رسم طريقاً محدداً للطعن فيما يتعلق بالأسباب الموضوعية التي أدت إلى وضع الطاعن في أسبقية معينة وذلك عن طريق التظلم إلى لجنة إستئنافات العاملين وقد نصت المادة ٣١ منه على أن قرار اللجنة في هذه الحالة يكون نهائياً وواجب التنفيذ مما يخرج به عن طريق رقابة القضاء " ٤٥ .

(٢) المادة ٢٤٦ من القواعد العامة لإتحاد كرة القدم ، وفيها قيل ما يلي :-
إن العمل الرياضي عمل تطوعي يلتزم فيه بموجب القواعد على أن تحل أسرة الرياضة أمورها من خلال أجهزتها دون أن ينتقل بنزاعها إلى المحاكم . ومن ثم لا ينعقد لواء الإختصاص للمحاكم القضائية للفصل في نزاع رياضي ذلك إعمالاً للمادة ٢٤٦ من القواعد العامة لإتحاد كرة القدم ٤٦ .

(٣) المادة ٥٥٩ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م (الإسلامي) والتي نصت على ما يلي :-
٦- " لا تكون أي محكمة مختصة بالنظر في أي طلب أو دعوى أو إجراءات في مواجهة الحكومة أو المالك المسجل لأي أرض إستثمارية خصصت بموجب قانون بالنسبة لأي موضوع يتعلق بالملكية .
وبالرغم من أن هذا النص قد تعرض لأكثر من تعديل وحاولت المحكمة العليا الموقرة التحايل عليه بالتفسير ، إلا أنه يظل قيداً على حق التقاضي .

(٤) المادة ٥٧٠ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م (الإسلامي) والتي نصت على ما يلي :-
٥ - " لا تكون أي محكمة أو أي سلطة أخرى مختصة بالنظر في أي طلب أو دعوى أو إجراءات بالنسبة إلى إسترداد المنفعة وفقاً لأحكام البند (١) " .

وبالطبع إذا كانت مثل هذه القيود القانونية على حق التقاضي جائزة في حال سكوت الدساتير عن إيراد حق التقاضي المطلق غير المقيّد ، فإنها تصبح أكثر جوازاً في حال إيراد الحق في صلب الدستور وتقييده كما فعل دستور العام ١٩٩٨ م في المادة (٣١) منه ، "فإخضاع هذا الحق للقانون مطلقاً دون تمييز يجعله أمراً دون ضابط ويستحيل الطعن فيه بعدم الدستورية ، وقد كان مشروع دستور ١٩٩٨ م الذي أعدته لجنة الدستور قد نص على أن القانون المعني هو القانون المعقول والعادي وهذا من شأنه أن يخضع القوانين للتقييم الموضوعي ، لذلك إستخدام مشروع الدستور ألفاظاً أكثر وضوحاً ومعروفة في فقه الدستور مثل الوسائل أو التدابير القانونية السليمة" ٤٧ .

والوضوح وعدم الغموض الغرض منهما هو عدم تعميم القيود والسماح للمشرع بإفراغ الحق من مضمونه بدعوى تنظيمه ، إذ ليس للمشرع أن ينقص حق التقاضي أو ينقضه تحت ستار تنظيم هذا الحق ، وإلا كان تشريعه مشوباً بعيب الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية ، ومثل هذا التشريع الذي ينطوي على إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية يعتبر باطلاً ، لأن جزاء الإنحراف في إستعمال السلطة

التشريعية هو بطلان التشريع . ويتساوى مثل هذا التشريع مع التشريع الذي يخالف الدستور مخالفة صريحة^{٤٨} .

وبالتأكيد أن الحديث عن القيود العادية لحق التقاضي غالباً ما يقصد به الحصانات بأشكالها المختلفة سواء أكانت دبلوماسية أو برلمانية أو متصلة بأعمال السيادة . وبينما لا خلاف على إستثناء الحصانات الدبلوماسية والنقابية وما إلى ذلك ، نجد أن هنالك خلافاً كبيراً على إستثناء أعمال السيادة باعتبارها نشاطات سياسية مؤثرة على حياة المجتمع . ولعل تأثيرها يكون واضحاً في حال مثلنا لها بحالة الطوارئ التي تقول المحكمة العليا الموقرة بشأنها ما يلي :- "والنعي بالشق الثاني مردود عليه بأن الأسباب التي يقوم عليها إعلان حالة الطوارئ تتصل إتصلاً عميقاً ووثيقاً بمسائل سياسية في الاعتبار الأول ، ومن ثم كان من الطبيعي أن يخضع الإعلان الصادر من رأس مجلس الدولة في هذا الشأن للرقابة السياسية إعمالاً لأحكام المادة ١٣٤ (٢) من دستور السودان الإنتقالي . ويدل على ذلك أيضاً واقع الحال ، إذ أن الجمعية التأسيسية قد نظرت الأمر المعروض عليها وأبدت رأيها فيه ومن ثم ينأى أمر إعلان الطوارئ الذي يتضمن الأسباب التي بنى عليها عن الرقابة القضائية"^{٤٩} .

ولم يعارض هذا الرأي بالدائرة الدستورية في المحكمة العليا أحد سوى مولانا العالم زكى عبد الرحمن الذي أورد ما يلي :- " بمعنى أدق فإن قيام الأسباب تحكمه معايير موضوعية ولا يخضع للتقدير الذاتي لرأس الدولة أو أية جهة أخرى . وبالنظر إلى تلك الأسباب في تفاصيلها يبين أيضاً أنها من الأمور التي لا تختمل بطبيعتها إختلاف وجهات النظر فالخطر الحال والجسيم الذي يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يهدد إقتصاده لا يكون سراً من أسرار الدولة وإنما يكون ظاهراً للعبان يحس به كل مواطن أياً كان مستوى وعيه وشعوره الوطني . فإذا كان هناك طعن بأن الأسباب التي أعلنت بها حالة الطوارئ لا تتسق مع الأسباب التي علق عليها الدستور الإنتقالي سلطة إعلان الحالة ، فإن جهة ما غير الحكومة التي أعلنتها والجمعية التأسيسية التي أجازتها ، تصبح مختصة في نظر مثل هذا الطعن . ولعلني لست في حاجة للقول بأن تلك الجهة هي المحكمة العليا وحدها ، لا بحكم أن القضاء هو المناط به الفصل في المنازعات ، وإنما أيضاً لأن المحكمة العليا هي حارسة الدستور والمناط بها تفسير الدستور والنظر في الطعون الدستورية وحماية الحقوق وذلك طبقاً لصريح نص المادة ١٢٥ من الدستور الانتقالي"^{٥٠} .

وإذا كان هذا هو الحال في ظل الدولة التعددية المفترض فيها الخضوع لحكم القانون ، فإن الدولة الشمولية أكثر جدارة باستبعاد إعلان حالة الطوارئ من الرقابة القضائية . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩ (أ) من المرسوم الدستوري الثاني (قانون الإجراءات والسلطات الإنتقالية لسنة ١٩٨٩م) الصادر في ١٩٨٩/٦/٣٠م والمعدل في ١٩٩٠م حين نصت على ما يلي :-

" لا يجوز للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أي أمر أو قرار يصدر بموجب أحكام هذا المرسوم " .

وإستمراراً لنفس النهج وتطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية التي تجعل من إعلان حالة الطوارئ عملاً من أعمال السيادة وتنتأى به من الرقابة القضائية ، في عام ٢٠٠٠م أصدرت المحكمة الدستورية قرارها في الطعن المقدم من :- (إبراهيم يوسف هباني وآخرون ضد رئيس الجمهورية) ، وفيه قررت المحكمة أن إعلان حالة الطوارئ من المسائل التي لا تتدخل المحاكم في نظرها خاصة بالنسبة للظروف التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ . ونلاحظ أن المحكمة قد وافقت سابقة (خالد محمد خير ضد حكومة السودان) السابق الإشارة لها . ولكن نجد بعد عدة سطور في حكم المحكمة أنها رجعت وقالت (إن ما أصدره رئيس الجمهورية من قرارات بإعلان حالة الطوارئ وغيرها من القرارات السياسية والتي يجب على المحاكم في حالة إذا أتبع الرئيس الإجراءات الصحيحةه ولم يتعسف في إستخدام سلطته أن تتأى بنفسها عن هذه الصراعات بين الجهاز التنفيذي ورئيس الجمهورية) .

وهكذا نجد أن هنالك تناقضاً واضحاً في قرار المحكمة ^{٥١} . فهي تارةً تتأى بإعلان الحالة جملةً وتفصيلاً عن الرقابة القضائية ، وتارةً أخرى تشترط لذلك أن يكون الرئيس قد إتبع الإجراءات الصحيحةه ولم يتعسف في إستخدام سلطته !! .

ولم يقف التغول على حق التقاضي عند حدود تبني نظرية الظروف الاستثنائية ، بل أصدر رئيس الجمهورية القرار الجمهوري رقم (١٢٨) / ١٩٩٥م الآتي نصه :-

بعد الإطلاع على المادة (٧) من المرسوم الدستوري الثالث لسنة ١٩٨٩م أصدر القرار الآتي نصه :-

- ١ . لا تختص المحاكم بالنظر في دعاوى الديون الخارجية على الحكومة .
 - ٢ . يتم الوفاء بالديون والإلتزامات الخارجية بالتفاوض بين حكومة السودان والجهات الدائنة .
 - ٣ . يسرى هذا القرار على الدعاوى التي لم تنته فيها إجراءات التنفيذ .
- صدر تحت توقيع في اليوم الرابع والعشرون من شهر شوال سنة ١٤١٥هـ الموافق اليوم الخامس والعشرون من شهر مارس سنة ١٩٩٥م ."

والطريف في الأمر أن المادة (٧) من المرسوم الدستوري الثالث المنوه عنها في صدر القرار تتحدث عن إختصاصات مجلس الوزراء وسلطاته ولا تخول رئيس الجمهورية سلطة إصدار القرارات الجمهورية . ولكن القرار المثبت أعلاه إستخدم في مطالبة بنك البرقان ضد بنك السودان وأوقف به تنفيذ الحكم القضائي الصادر لمصلحة بنك البرقان في إجراءات التنفيذ رقم ٩٤/٦١٧ أمام محكمة المديرية الخرطوم . وبالطبع لم ينشر هذا القرار الجمهوري في الجريدة الرسمية ولا سبيل لنشر إجراءات التنفيذ المذكور . ولكن الواضح هو أن القرار حرم دائي الحكومة الأجانب من مقاضاتها وحدد التفاوض وسيلة وحيدة لفض النزاع ، مما يعني، وبالمثالة، حرمان الحكومة من مقاضاة هؤلاء الدائنين أمام محاكم الدولة . وبالتأكيد هذا الحرمان قد يقود لعواقب وخيمة ويكبد الحكومة مصاريف لا حصر لها لاستيفاء حقوقها بل ويشكك في إمكانية الحصول على هذه الحقوق عبر التفاوض فقط .

وقبل أن تنتقل لمناقشة موضوع آخر ، من المهم أن ننوه إلى أن الدولة الإسلامية في إطار سعيها لتقييد حق التقاضي ، قامت بإبتداع أمر جديد وهو إحياء النصوص القانونية المقضي بعدم دستورتيتها باعتبار أن الدستور الذي أسند إليه الحكم قد تم إلغاؤه . وفي هذا يقول الأستاذان يوسف عثمان بشير وعبد الباقي الجزولي في سياق تعليقهما على القضاء بعدم دستورية نص المادة (٤) من قانون الخدمة العامة لسنة ١٩٧٣م الذي يحظر التقاضي ما يلي :- "إلا أنه بعد إيقاف العمل بالدستور الإنتقالي لعام ١٩٨٥م عادت للحظر قانونيته . وفي ١٩٨٩/١١/٩م أصدر رئيس القضاء منشوراً قضائياً بالرقم ١٩٨٩/٣م يوجه فيه المحاكم بعدم قبول النظر في أي طعون إدارية تتعلق بإخلاء المباني العامة" ^{٥٢} .

ولسنا في حاجة للقول بأن المنشور المنوه عنه، وفضلاً عن إفتقاره للسند القانوني، يعتبر بدعة في فقه القانون الدستوري إبتدعها جلال على لطفي رئيس القضاء المعين من خارج الهيئة القضائية . وذلك لان فقه القانون الدستوري الصحيح لا يبعث النصوص المقضي بعدم دستورتيتها وبطلانها لمجرد إلغاء أو تعطيل الدستور، إذ أن الحكم بالبطلان يظل عقبة أمام إحياء النص المقضي ببطلانه من عدة وجوه:- فهو من ناحية حكم دستوري صادر قبل قرار الإلغاء، والإلغاء قرار يسري بأثر فوري لا يؤثر على ما سبق وصدر من أحكام قبله ، ومن ناحية أخرى هو حكم دستوري لا يقبل المراجعة بأي شكل من الأشكال بل أن صدور نص دستوري جديد ينقض أثره لا يسري بأثر رجعي أيضاً مما يحتم إستحالة إعادة الحال إلى ما كان قبل صدور الحكم إلا بتدخل المشرع العادي لسنة قانون جديد موافق للنص الدستوري المستحدث . وبما أن الحكم ببطلان وعدم دستورية المادة المذكورة قد أصبح جزءاً من السوابق القضائية ، ولم يصدر ما يبطله باعتباره مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه ملزم للمحاكم السودانية باعتباره مصدراً إحتياطياً للقانون لا يصح معارضته بمنشور يصدر من رئيس القضاء لا يصح إعتبره تشريعاً بأية حال ^{٥٣} .

ومن نافلة القول أن حق التقاضي حتى وإن ورد مبرراً من كل قيد ، يظل بلا معنى إن لم يتم تنفيذ الأحكام الصادرة وهي مهمة ينعقد لواؤها للسلطة التنفيذية في الغالب الأعم . ولعل أميز خرق لهذا الواجب الدستوري الواقع على السلطة التنفيذية في السودان شكلته سابقة الحكومة ومجلس السيادة في فترة ما بعد ثورة أكتوبر ١٩٦٤م . وذلك بتأييد مجلس السيادة للسلطة التنفيذية (الحكومة) في رفضها لتنفيذ قرار المحكمة العليا الصادر في سابقة جوزيف قرنق وآخر ضد مجلس السيادة والجمعية التأسيسية والحكومة بالرقم ٦٥/٩٣ ، والتي قضت فيه المحكمة بعدم دستورية ومشروعية تعديل الدستور مما ترتب عليه بطلان قانون حل الحزب الشيوعي لسنة ١٩٦٥م . وفي هذا يقول مولانا هنري رياض ملخصاً لما حدث :- " لم يكن للحكمين الآخرين صدق مثل صدق الحكم الأول الذي صدر في القضية ٦٥/٩٣م والذي إنعكس عليه قرار الجمعية التأسيسية بعدم إلزامها بتنفيذ حكم القضاء ، مما ترتب عليه أزمة حادة بين السلطة القضائية من ناحية والسلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية أخرى مما حدا

بكل منهما اللجوء إلى مجلس السيادة عارضاً عليه وجهات نظره . وفي ١٦/٤/١٩٦٧م أصدر مجلس السيادة بياناً ضافياً تقتطف منه ما يلي :-

"....."

(ج) إن الحكم الصادر من المحكمة العليا حكم تقريري لا يحمل ولا يمكن أن يحمل إلزاماً بتنفيذه .
(د) إن مهمة المحكمة تنتهي بإصدار الحكم وإن أمر تنفيذ الأحكام متروك للجهاز التنفيذي في الدولة وإذا رفض الجهاز تنفيذ حكم فهو محاسب على ذلك سياسياً أمام الهيئة النيابية وأمام الناخبين لا أمام القضاء ويتبع هذا أنه لم يحدث إنتهاك لاستقلال القضاء"^{٥٤} .
ويبدو أن مجلس السيادة لم يكن يدرك أنه بذلك يهدر مبدأ سيادة حكم القانون نفسه ويسقط ضمانة أساسية من ضماناته وهي تنفيذ الأحكام بحيث يصبح وجود المبدأ نفسه مهدداً وليس ضمانة إستقلال القضاء كما توهم المجلس الموقر .

وبالتأكيد أن أبرز معالم عدم تنفيذ الأحكام في ظل التشريعات الإسلامية ، هو القرار الجمهوري رقم ١٢٨/١٩٩٥م المنوه عنه آنفاً والذي نص صراحةً على إيقاف إجراءات التنفيذ وأصبح بذلك أول تشريع سوداني يمنع تنفيذ الأحكام صراحةً في غير حالات الحصانات المعروفة في الفقه الدستوري مثل الحصانة الدبلوماسية . ولعل مشرع القانون أو القرار المذكور أراد بسننه تفادي تنفيذ حكم معين ضد بنك السودان نوهنا عنه فيما سبق . ولكنه ما درى أن الأحكام لا تشرع لمعالجة واقعة واحدة ونفي مثيلاتها ، وهو لم يتحسب للعواقب التي سوف تنتج من جراء منع تنفيذ الأحكام ، إذ أن ذلك يعني إستحالة تنفيذ حتى أحكام التحكيم التي قد تصدر خارج البلاد وكذلك أحكام المحاكم الأجنبية التي تصدر لمصلحة الأجانب في مواجهة الحكومة . ولا يخفى على أحد الأثر المدمر لهذا القرار على تدفق الأموال واستثمار رأس المال الأجنبي بالمشاركة مع الحكومة أو بالدخول معها في أي صفقة ترتب إلزامات وحقوق على الطرفين مثل عقود نقل التكنولوجيا "Transfer of Know How" .

ولعل المعلم الثاني والمهم بخصوص تنفيذ الأحكام ، هو إعتبار عدم تنفيذ العقوبة الحدية شبهة مسقطه للحد . إذ نصت المادة ٤ (٣) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م على مايلي :- "أنه يعد عدم تنفيذ أي عقوبة حدية قبل العمل بهذا القانون شبهة مسقطه للحد ، ويراجع تقدير العقوبة لمن صدر في حقه حكم نهائي وفق أحكام هذا القانون" . وفي ضوء هذه المادة قضت المحكمة العليا الموقرة بما يلي :- "إن القصاص في الجراح مما تنطبق عليه المادة ٤/٣ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م وليس موضع خلاف أن المشرع من وراء هذه المادة كان يرمي إلى تفادي أو تخفيف حدة إنفاذ الأحكام المقدرة والمحددة شرعاً، كما أنه قصد إسقاط هذه الأحكام ذات الصيغة الدينية (المقدرة بنصوص قطعية) لما توافرت فيها شبهة التقادم"^{٥٥} .

والبادي للعيان أن هذه القاعدة تعني وبوضوح أن السلطة التنفيذية قد تم مكافأها على إخلالها بواجبها الدستوري في تنفيذ الأحكام . ولا يندح في ذلك أن المادة المذكورة أعلاه قد قصرت القاعدة على العقوبات السابقة على صدور القانون، بدلالة عموم القاعدة وتطبيقها على العقوبات الصادرة قبل الانتفاضة الشعبية أيضاً. وهذا يعني عملياً أن رفض السلطة التنفيذية تنفيذ الأحكام أو ماطلتها في تنفيذها، قد أجبر القضاء على تغيير أحكامه النهائية . وفي هذا بلا شك إهدار لهيبة القضاء وتهديم لمبدأ إستقرار الأحكام وتضييع لضمانات تنفيذ الأحكام بمستوى يهدر مبدأ سيادة حكم القانون . ولكنه في نفس الوقت يعود بالفائدة على المحكوم عليه بتخليصه من تنفيذ العقوبة المقدرة والمطلوب تنفيذها. ولعل هذه المفارقة المتمثلة في أن إهدار الضمانة الدستورية يصبح أكثر فائدة من إنفاذها، سببها هو أن هذه العقوبات بالذات مخالفة للمبدأ الذي يشترط لنفاذه وتطبيقه أن تكون العقوبات ابتداءً غير قاسية أو حاطة بالكرامة الإنسانية .

-
- (١) د. ثروت بدوي - أصول افكر السياسي - دار النهضة العربية - ١٩٧٣م - ص ٣١ .
 - (٢) Marat Baglai - Socialist Rule of Law & Working People - Profizdat Publishers - Moscow - 1995
 - (٣) أوليفيه دو هاميل و آيف ميني - المعجم الدستوري - مرجع سابق - ص ٦١٧ و ٦١٨ على التوالي .
 - (٤) De Smith - Constitutional & Administrative Law - P. 38
 - (٥) Gokhale - Political Science - Part (II) - Himalaya Publishing - P. 346 .
 - (٦) O. Hood Phillips - Constitutional & Administrative Law - Sweet 4 Maxwell - Sixth Edition - P. 18
 - (٧) دنييس لويد - فكرة القانون - مرجع سابق - ص ١٩٣ .
 - (٨) د. سعد الدين ابراهيم (منسق الدراسة ومحرر الكتاب) و د. غسان سلامة و د. عبد الباقي الهرماس - المجتمع والدولة في الوطن العربي - مركز دراسات الوحدة العربية - ص ٤٢ و ٤٣ على التوالي .
 - (٩) نزيه نصيف الأيوبي - العرب ومشكلة الدولة - دار الساقى - ١٩٩٢م - ص ١٨ .
 - (١٠) أحمد علي عبد الله - الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي - الدار السودانية للكتب - ص ١٥٦ .
 - (١١) نزيه نصيف الأيوبي - المرجع السابق - ص ١٩ .
 - (١٢) ميشال مياي - دولة القانون ((مقدمة في نقد القانون الدستوري)) - دار المطبوعات - الجزائر ١٩٨٢م - ص ٢٠٦ .
 - (١٣) د. عبد الغني بسبوي عبد الله - نظرية الدولة في الإسلام - الدار الجامعية - بيروت ١٩٨٦م - ص ١٨١ .
 - (١٤) نزيه نصيف الأيوبي - المرجع السابق - ص ٥٨ و ٥٩ على التوالي .
 - (١٥) د. سعد الدين ابراهيم وآخرين - المرجع السابق - ص ٨٤ .
 - (١٦) الأستاذ / ميرغني النصري - مبادئ القانون والتجربة الديمقراطية في السودان - الطبعة الأولى - ١٩٩٨م - بدون دار نشر - ص ٤٦٠ .
 - أيضاً الأستاذ / عبد الباقي حامد الجزولي - المساواة أمام القانون كحق دستوري - بحث غير منشور - ص ٩٩ .
 - (١٧) الأستاذ / ميرغني النصري - المرجع السابق - ص ٤٦١ .
 - أيضاً : الأستاذ / عبد الباقي حامد الجزولي - المرجع السابق - ص ١٠٠ .
 - (١٨) أحمد عثمان عمر - النقابات والقانون - المرجع السابق - ص ٤١ .

- (١٩) د. علي إبراهيم الامام - الرقابة على دستورية التشريعات في السودان - مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٧م - ص ٤٤٠ .
- (٢٠) د. علي إبراهيم الامام - المرجع السابق - ص ٤٤٨ .
- (٢١) د. علي إبراهيم الامام - المرجع السابق - ص ٤٥٠ .
- (٢٢) د. أكولدا مان تير - النظام القانوني السوداني - مرجع سابق - ص ٢٣ .
- (٢٣) تقول الباحثة منال يس عمر في معرض وصفها لقانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م مايلي :-
 ((في المادة ٥١ يعدد القانون حقوق الزوجة والتي تتضمن الحق في زيارة أبنائها ومحارمها فقط ، وهذا يعني أن الزوج يستطيع أن يمنع زوجته من زيارة حتى الجيران ، مما يعد انتهاكاً لأبسط حقوق الزوجة في الحرية الشخصية وإن أتى من الزوج . بالإضافة لذلك ليس هناك أي إشارة إلى منع تعدد الزوجات أو أي تقييد عليه على الرغم من أن بعض الدول الإسلامية فعلت ذلك كتركيا وتونس التي أسست المنع على اشتراط القرآن على الرجال أن يعدلوا بين الزوجات مع أنه ليس في إمكان بشر أن يكون بذلك العدل ، فمير التناقض على أن الرسول محمد (ص) لم يكن يؤيد تعدد الزوجات في الأحوال العادية . وفيما يتعلق بالطلاق ، فليس هناك قيود على حق الزوج في طلاق زوجته والذي يبقى حقاً خالصاً له ما لم يفوض هو حقه ذلك إلى من يراه مناسباً أو للزوجة نفسها . عدا ذلك إذا أرادت الزوجة الطلاق فيمكنها أن تلجأ للمحاكم للحصول عليه ولكن فقط لأسباب محددة ومحدودة .
 أيضاً بقيت قواعد الميراث كما هي على الرغم من أن بعض الدول قد ألغت قواعد الميراث الإسلامية وسنت قانون أحوال شخصية علماني في كل المجالات كما في جمهوريات الاتحاد السوفيتي الإسلامية السابقة . وبالطبع من حق الزوج الذي يطلق زوجته أن يعيدها إلى عصمته مرة أخرى . وهذا الحق له وحده حتى ولو كان قد فوض الزوجة في تطبيق نفسها . فلها ذلك دون أن يكون لها حق الرجعة . فإذا طلقت الزوجة نفسها وأراد زوجها إرجاعها في فترة العدة فإن له ذلك دون أن يكون لها حق تطبيق نفسها مرة أخرى ما لم يفوضها . ويمكنه إرجاعها دون اعتبار لرضاها كل ماعليه هو إعلامها فقط .
 بالإضافة لكل ما تقدم فإن قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٩١م ، يعطي الزوج الحق في التدخل في حق الزوجة في العمل والحصول على وظيفة أو مهنة . وكقاعدة عامة في المجتمع الإسلامي عمل المرأة مقصور على المنزل وشؤون الأسرة ولكن هناك نساء يقمن بالعمل العام . وفي العالم الإسلامي الوضع الأمثل للمرأة هو التبعية الاقتصادية وليس المشاركة الفعالة في النشاط الاقتصادي .
 هناك أمر جدير بالذكر هنا ، وهو أن إختلاف الدين يمنع التوارث ، فإذا كانت الزوجة غير مسلمة لاتستطيع أن ترث زوجها المسلم والعكس ليس صحيحاً بما أن المرأة المسلمة ممنوعة من الزواج من غير المسلم وبهذا يكون التمييز ضد المرأة مزدوجاً بسبب الجنس والدين)) .
 منال يس عمر - سياسة حركة الحقوق المدنية للمرأة في السودان - بحث لنيل درجة الماجستير في العلوم السياسية - كلية الدراسات العليا جامعة الخرطوم - ٢٠٠٠م - ص ١٠٣ - ١٠٥ على التوالي .
 هنري رياض - أشهر الأحكام الدستورية والجناائية في السودان - مرجع سابق - ص ٥١ .
 هنري رياض - المرجع السابق - ص ٣٥ و ٣٩ و ٤٠ على التوالي .
 هنري رياض - المرجع السابق - ص ١١ .
 (٢٧) Political Science - Gokhale - مرجع سابق - ص ٣٣٢ .
 أيضاً : أحمد عثمان عمر - النقابات والقانون - مرجع سابق - ص ٤٢ .
 (٢٨) Gokhale - نفس المرجع السابق ونفس الصفحة .
 (٢٩) هنري رياض - موجز تاريخ السلطة التشريعية - المطبوعات العربية - الطبعة الثانية - ١٩٨٧م ص ١١١ .

(٣٠) زكي عبد الرحمن - ضمانات إستقلال القضاء في ظل الدستور الدائم - ورقة مقدمة للمؤتمر القانوني الأول لجمعية طلاب القانون بجامعة الخرطوم المنعقد في الفترة من ٢٤ إلى ٢٨ يناير ١٩٨٩م حول المرتكزات الأساسية لدستور السودان الدائم - ص ٥ .

(٣١) زكي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ١١ .

(٣٢) زكي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ١٠ .

(٣٣) الهيئة القضائية تمثل مجاًلاً آخر للتمييز ضد المرأة . فوفقاً لقوانين العمل للنساء الحق في المنافسة وفي التقديم للوظائف الحالية ، ولكن اليوم لا يتم تعيين النساء كقضاة . والجدول التالي يوضح أنه بينما أن النساء قد وصلن لأعلى مرتبة بالهيئة القضائية حيث أصبحت المرأة قاضية بالمحكمة العليا ، لا يوجد نساء في أدنى درجة وهي درجة المساعد القضائي مما يعني أنه لم تعد النساء تُعين لشغل هذه الوظيفة . هذه المسألة من الممكن أن تسند إلى رأي الإسلاميين المحافظين المستمد من حديث الرسول محمد (ص) والذي جوهره لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة وإذا كان أمراًؤكم الأشرار وأغنياؤكم السادة ومن يتولى أموركم العامة النساء فخير لكم أن تكونوا في باطن الأرض لاظهرها .

الجدول ٧ (٤) عدد القضاة من الرجال والنساء في مختلف الدرجات :-

المحكمة	الرجال	النساء
العليا	٧٣	٣
الاستئناف	١٥٠	٧
المديرية	٩٨	٢٦
الدرجة الأولى	١٣٤	٢٨
الدرجة الثانية	١٣٣	٢
الدرجة الثالثة	٢١٣	١
المساعدون القضائيون	٨٩	صفر
المجموع	٨٩٠	٦٧

منال يس عمر - المرجع السابق - ص ٩٨ و ٩٩ .

(٣٤) زكي عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ٩ .

(٣٥) حكومة السودان ضد المكاشفي طه الكباشي

م أ/س ج/٢٧٥٤/١٤٠٥هـ

مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥م - ص ١٧٤ .

(٣٦) نفس المرجع في ٣٥ أعلاه - ص ١٧٨ .

(٣٧) حكومة السودان ضد المكاشفي طه الكباشي

م ع/ف ج/١٩٤/١٤٠٦هـ

مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٩م - ص ١٩١ .

(٣٨) حكومة السودان ضد عمر عبد الرحمن وآخرين

م ع/ف ج/٢٩٩/١٤٠٦هـ

(٣٩) نصر عبد الرحمن محمد ضد السلطة التشريعية

النمرة : ق م/عليا/دستورية ١/١٩٧٤م

هنري رياض - أشهر القضايا الدستورية في السودان - دار الجبل بيروت - ص ٥٤ و ٥٥ .

(٤٠) حكومة السودان ضد أبكر محيي آدم

م ع/م ك/٢٩/١٤٠٦هـ

- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٧م - ص ١١٨ و ١١٩ على التوالي .
- (٤١) مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٣م - ص ٨٣ .
- م ع/ف ج/٨١١/١٩٩٣م
- (٤٢) عبد الباقي حامد الجزولي - مرجع سابق - ص ١١٨ .
- (٤٣) هنري رياض - أحكام بالنقض والتأييد - دار الجبل - بيروت - ١٩٨٠م - ص ٢٩٢ .
- (٤٤) محجوب برير محمد نور ضد حكومة السودان
- النمرة : م ع/ق د/٨/١٩٨٨م
- م ع/ق د/٥/١٩٨٨م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٩م - ص ٢٧ .
- (٤٥) محمود جمال ضرار ضد حكومة السودان (ديوان النائب العام)
- (م ع/ط م/١٠٩/١٩٧٨م)
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٨م - ص ١٧٤ .
- (٤٦) الاتحاد العام لكرة القدم وآخر ضد نادي الزهرة الرياضي
- (م ع/ط م/٧٩/١٩٨٠م)
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٠م - ص ٢٦٣ .
- (٤٧) عبد الباقي حامد الجزولي - المرجع السابق - ص ١١٩ .
- (٤٨) د. أحمد مليجي - تحديد نطاق الولاية القضائية والإختصاص القضائي - مكتبة دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ - ص ٣١٤ .
- (٤٩) خالد محمد خير ضد حكومة السودان
- م ع/عريضة د/١٥/١٩٨٧م
- هنري رياض - أشهر الأحكام الدستورية والجناحية في السودان - مرجع سابق - ص ٢٦
- (٥٠) نفس المرجع في (٤٩) أعلاه ص ٣٢ .
- (٥١) عبد الباقي حامد الجزولي - المرجع السابق - ص ١٢٩ .
- (٥٢) يوسف عثمان بشير - القرار الإداري - الطبعة الأولى - ١٩٩١م - ص ٩٢ .
- أيضاً : عبد الباقي حامد الجزولي - المرجع السابق - ص ١٢٠ .
- (٥٣) أنظر في نفس المعنى الرأي المخالف في الدعوى الدستورية :-
- جمال أحمد المبارك أبوقناية وآخرين ضد حكومة السودان وآخر (م د/ق د/٩/٩٩).
- (٥٤) حكومة السودان ضد يانق ملويل دك
- النمرة : م ع/ف ج/٤٧٠/١٩٩١م
- مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩١م - ص ٧٠ .

الخاتمة

بلا شك أن مصطلح النظام القانوني كسائر المصطلحات القانونية شائك ومعقد ويستعصي على التعريفات المبسطة والتسطيحية. ولكن تطوّر العلوم القانونية بالإستناد إلى تجارب الشعوب والحاجة الموضوعية لوجود صيغة للنظام القانوني، جعلت تعريف هذا المصطلح على أساس تبني نموذج مستحدث يدمج ما بين نظريتي القانون الطبيعي والنظرية الوضعية أمراً ممكناً. والواضح أن النموذج الذي يبنى عليه التعريف هو نموذج أمريكي النشأة ذو صلة وثيقة بظهور الدستور المكتوب وتبني مبدأ دستورية القوانين وفصل السلطات. ومن الجدير بالإهتمام أن ننوّه إلى أن هذا النموذج الذي يؤسس لدولة ذات شخصية اعتبارية منفصلة عن شخص الحاكم وعن شخصيات مواطنيها، قد درج الفقه السياسي على إعادة اللحمة والارتباط بينه وبين هؤلاء المواطنين عبر عملية الانتخاب للمجالس التشريعية. فالنظام القانوني الذي هو دولة سيادة حكم القانون كما رأينا، يعتبر في تقديرنا الحد الأدنى الذي يؤسس لإحترام حقوق الإنسان وحرياته مع توفير الإستقرار الإجتماعي. لذلك لا يعني وجود هذا النظام أن هذا الإحترام للحقوق والحريات قد تم بشكل كامل ومتقن. إذ أن هنالك عوامل أخرى سياسية وإقتصادية قد تقود لتهديم النظام القانوني وتؤسس لقيم إجتماعية تتعارض تعارضاً جوهرياً مع هذا النموذج. فعلى سبيل المثال لم يمنع وجود نظام قانوني بالولايات المتحدة الأمريكية الإستغلال الإقتصادي والنفرات العنصرية والنفرة المستترة غير المعلنة. ولكن من الواجب أن ننوّه إلى أن تكامل العناصر الإقتصادية والسياسية والإجتماعية مع نموذج النظام القانوني الحديث يعطي نظاماً قانونياً متقناً وخالياً تماماً من العيوب، وهذا أمر غير متصور في ظل وجود إستغلال إقتصادي ومجتمعات منقسمة على ذاتها إجتماعياً. لذلك نصر على القول بأن النموذج الحديث للنظام القانوني هو حد أدنى للحفاظ على كرامة الإنسان من الممكن إغناؤه بمضامين إنسانية وإعمال آليته بشكل إيجابي وكذلك يجوز التحايل عليه بطرق متعدّدة لسلبه ميزاته المعلنة. وبالرغم من ذلك يبقى نموذج النظام القانوني الحديث المعروف بدولة سيادة حكم القانون حداً أدنى للحفاظ على كرامة البشر، وخطأً أحمرّاً وضعته البشرية بعد نضالات مضنية من يتجاوزها سلباً ليس له بأن يدّعي بأن له نظاماً قانونياً. بمعنى أنه إذا كان من الممكن التصور بأن وجود نظام قانوني أفضل من نموذج دولة سيادة حكم القانون يتبنّى آليتها ويضيف إليها، فإنه من المستحيل تصوّر وجود نظام قانوني يهدر آلية هذه الدولة جملة وتفصيلاً ويسلب الإنسان قدرته على حماية حقوقه وحرياته. وعلى هذا الأساس يمكن عرض جميع نماذج الدول في عالمنا اليوم على المعيار المذكور، ورؤية ما إذا كان لديها نظام قانوني — أي آلية حقيقية لتحقيق العدالة — أم لا؟. والسودان بالطبع ليس إستثناء لهذه القاعدة، ولذلك قمنا بعرض نماذجه المتعددة للدولة وخصوصاً نموذج دولته الدينية بهذا المعيار.

وبالبحث في تاريخ السودان، نجد أن فترة ما قبل الدولة المهدية بمجملها لم تشهد وجود نظام قانوني. إذ غلبت عليها مسحة دينية قدّست السلطة وجمعت السلطات الثلاث في يد الحاكم بحيث لا يجوز القول معه أن هناك نظاماً قانونياً. وفي نفس السياق جاءت الدولة المهدية، حيث تركزت فيها جميع السلطات في يد المهدي وخليفته من بعده وأضافت لذلك تضيقاً في نطاق التقاضي. وبالإنتقال إلى فترة الحكم الثنائي الإستعماري، نجد أنها شهدت غيبة تامة للدولة المؤسسة، وذلك بجمع جميع السلطات في يد الحاكم العام وبالتالي غابت دولة القانون وهذا أمر طبيعي في ظل نظام إستعماري. ولم يكن الحال بأفضل من ذلك بعد الإستقلال فيما عدا فترات الديمقراطية الثلاث وهي فترات لا يتجاوز مجموعها العقد الواحد، حيث شهد السودان فيها وجود نظام قانوني ودولة مؤسسات فعلية دون إنكار وجود بعض التجاوزات فيها.

ولعلنا نصيب إذا قلنا بأن غياب دولة سيادة حكم القانون، قد تلازم مع وجود الأنظمة العسكرية الشمولية على دست الحكم، وهي أنظمة بطبيعة نشأتها لا يمكن أن تنتج نظاماً قانونياً يتحرى تحقيق العدالة ويحافظ على كرامة الإنسان وحقوقه وحياته. وما يهّمنا هو رصد الأثر الذي تركته التشريعات الإسلامية التي سنتها أنظمة عسكرية شمولية على نظامنا القانوني. ولا مناص من القول بأن هذه التشريعات ما كان لها أن تنتج نظاماً قانونياً لطبيعتها مشرّعها ولطبيعة هذه القوانين المفارقة بالأساس لدولة سيادة حكم القانون حديثة النشأة. فبالنظر إلى جوهر سيادة حكم القانون وضماناته الأربعة، نجد أن التشريعات الإسلامية قد هدمت المبدأ من أساسه وأجهزت على جميع معالمه. فقبل وثوب العسكر من دعاة الدولة الدينية للسلطة في العام ١٩٨٩م، وإستناداً إلى سابقة أصدرتها المحكمة الدستورية نؤهنّا عنها أكثر من مرة خلال البحث، وُضعت الشريعة الإسلامية، وهي مصدر مادّي وتاريخي فوق الدستور. وعند حدوث الانقلاب تمّ الإجهاز على الدستور نفسه، ومن ثمّ إستكملت الحلقة بصدر دستور العام ١٩٩٨م الذي قنّن، ولأوّل مرة، سيادة الشريعة الإسلامية على الدستور. فلماذا (٦٥) من هذا الدستور ساوت ما بين الشريعة الإسلامية والدستور واعتبرتهما مصدرين متكافئين للتشريع. وهذه المكافأة تعني أن للمشرّع العادي الحق في التشريع إستناداً للشريعة الإسلامية وبالمخالفة للدستور، ممّا يعني عملياً إمكانية إهدار الدستور وأحكامه بتشريع عادي يصدره المشرّع وينال الحماية بإعتبار أن مصدره الشريعة الإسلامية. أي أن الشريعة الإسلامية كمصدر مادي أصبحت من الناحية العملية فوق الدستور، ممّا يهدم مبدأ الدستورية ويؤسس لعلاقة مقلوبة وخاطئة بين المصدر والتشريع. ولم يقف مشرع القوانين الإسلامية عند حد تهميم مفهوم دستورية القوانين فقط، بل قام على مستوى القوانين العادية بالإنتصار للشريعة الإسلامية وحسم التناقض لمصلحتها واعتبرها المصدر الأساسي والأوّل عند غياب النص في المواد المدنية. أي أن مشرّع التشريعات الإسلامية بسلوكه الموصوف قد قام بإهدار كل ما عدا الشريعة

من مصادر من ناحية عملية، وألغى بذلك تنوع مصادر التشريع القائمة على تنوع المجتمع السوداني نفسه وتعدّد مصادر قيمه وشرائعه.

تلازم إهدار مبدأ دستورية القوانين بإعلاء مصدرٍ ماديٍّ على الدستور نفسه مع إهدار شامل لمبدأ شرعية القوانين العقابية وثيق الصلة بمبدأ سيادة حكم القانون، إذ أعطى قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣ في مادّته رقم (٤٥٨) القضاة سلطة تطبيق العقوبات الإسلامية حتّى وإن لم يكن منصوباً عليها في صلب القانون. وبقراءة هذا النص مع نص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م، أصبح الأمر فوضى شاملة سمحت بإدانة بعض المواطنين بجرائم سياسية غير موجودة بقانون العقوبات وإعدامهم. ولم تقتصر مخالفة مبدأ الشرعية على إعطاء القضاة سلطة تشريعية في المواد الجنائية، بل تعدّتها لتشمل تعريف الجريمة المؤسس للعقاب، ومثال ذلك جريمتا القتل غيلة والإغتصاب في قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م وجريمتي السرقة والدعارة في القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م. ومأزق المشرّع الجنائي كان دائماً هو محاولة المزاوجة ما بين العقوبة الإلهية والتعريف البشري للجريمة الذي يحدد نطاق التجريم. يضاف إلى ذلك الصعوبات السياسية التي أجبرت هذا المشرع على جعل بعض الجرائم الحديثة لا تقع إلّا خارج الولايات الجنوبية في مخالفة صريحة لإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية. كذلك قادت التشريعات الإسلامية إلى تغيير جوهرى في فلسفة العقاب التي مالت إلى التشدد واستهدفت الردع والزجر دون الإصلاح. ويتّضح ذلك من أن معظم الجرائم الواردة بقانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م كان لها ثلاث عقوبات هي الجلد والسجن والغرامة. أيضاً يؤكّد ذلك التوسّع في إدخال العقوبات الحديثة ووضعها للجرائم تعزيرية كجريمة النهب وإعتبار حقوق العباد مساويةً لحقوق الله من حيث العقوبة. وبالإضافة إلى ذلك خالفت القوانين المذكورة مبدأ شخصية العقوبة حين أوجبت الدية على العاقلة، هذا في حال إعتبرنا الدية عقوبة. أمّا إذا أخذنا بالرأي القائل بأن الدية تعويض وليست عقوبة، فإننا لا نحالة قائلون بأن التشريعات الإسلامية قد أضفت طابعاً مدنياً محضاً على جريمة القتل. ويؤيد ذلك اعتماد حق أولياء الدّم في المطالبة بالقود أو الدية أو العفو مما يجعل من جريمة القتل الخطأ بالذات نزاعاً مدنياً في جوهره.

وبالطبع لم تكن القوانين الخاصة والإجرائية بمنأى عن رياح التغيير العاتية التي أطلقتها التشريعات الإسلامية. فقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م كأول تقنين للقانون المدني، إستحدثت قواعد غيرت فلسفة القانون المدني برمتها. فهو لم يكتف بقصوره الممّثل في عدم وضع نظرية عامة للتقادم مثلاً، ولا بخلطه في تعريف المصطلح كتعريف الشركة أو الملكية والحيازة مثلاً، بل تمادى في قلب مبادئ وفلسفة القانون المدني دون توضيح للأسباب. ومع غياب مذكرة تفسيرية تشرح ضرورة ذلك التحول. فالقانون المذكور تبنّى مبدأ حرية التعاقد وألغى القوانين التدخلية مثل قانون تقييد الإيجارات لسنة ١٩٨٢م (حل محله لاحقاً قانون إيجار المباني) ولم يستتب سوى قانون علاقات العمل الفردية لسنة ١٩٨١م الذي أعيد

إصداره بإسم قانون العمل. وذلك إستناداً إلى مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين دون النظر للاثار الاجتماعية التي قد تنتج عن مثل هذا السلوك. كذلك قام القانون بتغيير الفلسفة العامة للمعاملات بحيث أصبح المبدأ العام هو حماية حقوق الأفراد وتقديمها على مبدأ إستقرار التعامل. ويتبين ذلك من تبني نظرية عامة للصورية في العقود وإبطال العقد للجنون وأيضاً في إلغاء قاعدة "Caveat Emptor" وتبني معكوسها تماماً. ولم يتمكن من السير في هذا الطريق إلى نهاياته المنطقية حين عكس هذه القاعدة بإشترائه لوجود غرر حتى تنفذ أحكام الغبن الفاحش وخلوه من نظرية عامة للإستغلال. وكذلك إنتقل من نظرية المقابل المعدلة عبر الممارسة القضائية والتشريع وتبني نظرية السبب مع نظرية محل العقد، مما كان له أثر سالب على مجمل فلسفة القانون المدني وعلى مبدأ التطور عبر الإستمرارية والتعديل. فالقانون المذكور أجهز على تراثنا القانوني الثر وسلبنا نظامنا المتميز، ومنحنا نظاماً كاملاً يتطابق مع أنظمة دول أخذت عن القانون اللاتيني كمصر والأردن. ولكن هذه الدول تميزت قوانينها عن القانون المذكور بالإتساق وعدم التناقض وعدم الوقوع في أخطاء لا مبرر لها مثل التي نوهنا عنها آنفاً. وبكل تأكيد لا يستطيع أحد إستكناه غرض مشرع هذا القانون من تجريدنا من تراثنا القانوني وتبني تراث آخر مع تغيير شامل لفلسفة المعاملات، وذلك لأن المشرع المذكور لم يتكلم بوضع مذكرة تفسيرية لهذا القانون تنتقد التجربة السابقة عبر تفسير النصوص وتوضيح الحاجة للإنتقال من الوضع السابق.

وبالمائلة لنظام المعاملات المدنية، شهد نظام الإثبات في القانون السوداني بعد صدور قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م تحولاً أساسياً. حيث راح هذا النظام بين الثبات والتحول، وذلك بتحوّله جزئياً إلى نظام الأدلة الجنائية المتمثل في إثبات جرائم الحدود، برغم أنه أبقى جرائم التعازير وهي تمثّل غالبية الجرائم الواردة بقانون العقوبات خاضعة لنظام الإثبات الحر السائد في النظم القانونية الحديثة. وأكثر ما تبدو هذه المرواحة في إثبات جرائم القصاص التي أخضعت لنظام الأدلة الجنائية أحياناً، وتم ترجيح نظام الإثبات الحر في شأنها في مواضع أخرى. وخير مثال لذلك إشتراط توقّف البينة الشرعية لإثبات جريمة القتل العمد وتراجع موقف بينة المحتضر في الإثبات فيما يخص أسباب وفاته. ولا مراء في أن الأخذ بنظام الأدلة الجنائية يعتبر تراجعاً بالنسبة للنظام السوداني الذي كان رائداً في إمتلاك نظام إثبات حديث يقوم على حرية الإثبات نفاً عن أعرق الدول في هذا المجال (إنجلترا) وبالتطابق مع ما هو سائد في الأنظمة القانونية منذ الثورة الفرنسية. ولا شك في أن تبني نظام الأدلة الجنائية في الحدود يتسق مع منظومة عقوباتها حتى يتسنى حماية المتهمين. لذلك لا سبيل إلى العودة إلى نظام إثبات حر كامل إلا بالتضحية بحقوق المتهمين أو إلغاء نظام العقوبات الحديثة. والواضح من كل ما تقدّم أن نظام الإثبات في السودان قد تحوّل من نظام إثبات حر إلى نظام إثبات مزدوج الطابع بفضل التشريعات الإسلامية. وبذلك فقد السودان نظام إثباته الحديث لصالح نظام إثبات تمّت القطيعة معه دولياً منذ الثورة الفرنسية.

أما قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م، فهو بصفة عامة تبنى كل ما كان وارداً بقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م. ولكن ما إستحدثه من قواعد قليلة كان ذا أثر مباشر وكبير في تحوّل النظام القانوني. وأهم مثال لذلك هو تحريمه الحكم بالفوائد بجميع أنواعها ومنع المحاكم من إنفاذ أي إتفاق على الفوائد بالمواكبة مع إلغاء القواعد الموضوعية التي تسمح بتقاضي الفوائد. وبالتأكيد أثر هذا المنع حاسم لأن إباحة الفوائد موضوعياً - إن حدثت - تصبح بلا حماية بمستوى يجعلها غير قابلة للإنفاذ إلاّ عبر التراضي في حال إستمرار هذا المنع. وهذا المنع، على موافقته للرأي الراجح عند رجال الدين الإسلامي المعاصرين، إلاّ أنه قد تجاهل آراء معاصرة صادرة عن فقهاء لهم وزنهم تبنيتها بعض الدول الإسلامية مثل مصر وقطر وإمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة. لذلك فهو لا يسلم من الغرض لأنه أسس لسيطرة مؤسسات مصرفية بعينها على النشاط المصرفي في البلاد، واستبدل نشاط التمويل المصرفي التسليفي العالمي بصيغ الشركة التاريخية كما عرفها الفقه الإسلامي مع بعض التحريف. والأمر الثاني الذي يظهر ما تم من تحوّل في مجال الإجراءات المدنية هو الإستثناء الذي أورده المشرّع على قاعدة عدم جواز مراجعة المحكمة العليا لأحكامها، حيث أعطاهما حق المراجعة في حالة وجود مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن هذا الإستثناء يمثل سقطة تشريعية وقصوراً واضحاً في فن التشريع. فغضوض الإستثناء المذكور سمح للمحكمة العليا بإستخدام منهج التفسير الواسع، وجعل الإستثناء هو الأصل وهدم الغرض من وضع قاعدة عدم جواز مراجعة الأحكام. وسلوك المحكمة الموقرة يوضّح مدى الحاجة لإباحة المراجعة وإلغاء القاعدة الأصلية التي ورد عليها ذلك الإستثناء.

وبكل تأكيد لم يكن أثر التشريعات الإسلامية بالنسبة لقانون الإجراءات الجنائية عابراً. فقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م، قنّن التحوّل التدريجي من نظام الإدعاء المباشر إلى مجال الإدعاء العام وإن كان قد سبقه في التاريخ. وبالمثل تغير دور المحكمة التنقيص ليصبح دوراً تحكيمياً خالصاً. ولكن هذا التحوّل إقتن في بعض الأحيان بتمييز سلبي ضد النساء المسلمات حين ترك النظام الشعبي يتحكم في جرمي الزنا وإغواء امرأة متزوجة بحيث أصبحت المرأة غير المسلمة أقرب إلى الستر. وهذا التحوّل جعل نظامنا الإجرائي شبيهاً بالنظام اللاتيني بصفة عامة، ولكنه يتميز عنه ببقاء سلطة النائب العام في وقف الإجراءات المستمدة من القانون الإنجليزي والتي قصرت مؤخراً على جرائم التعازير فقط. وبالمائلة لذلك قيّدت سلطة رأس الدولة في العفو في جرائم الحدود وبموافقة المضرور في جرائم القصاص والجرائم التي يجوز فيها التنازل الخاص. بالإضافة إلى ذلك شهدت سلطة الفحص المكفولة للمحاكم الإستئنافية تحوّلًا بموجب قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م، حيث تم تقييدها تقييداً معيناً بمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية. لذلك إضطرّ مشرّع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م إلى الرجوع لتبني موقف

قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م الوضعي الموروث عن نصوص سنّها المستعمر الإنجليزي الذي جعل هذه السلطة مطلقة.

وبالرغم من كل ما تقدم من أثر تركته التشريعات الإسلامية على النظام القانوني السوداني، إلا أن هناك آثاراً أخرى لا تقل أهمية إن لم تكن أكثر جوهرية مما سبق ذكره، إذ أن دستور العام ١٩٩٨م، تماماً كرسيفه مشروع دستور العام ١٩٦٨م، سككت عن النص على مساواة الناس أمام القانون. أي أنه لم ينص صراحةً على مبدأ سيادة حكم القانون في مفهومه العام الواسع. وعُضد ذلك تنبه مشرّع القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م الذي حذف ما يخالف طبيعة الدولة الدينية وتفادى الإشارة إلى حظر تعريض أي شخص لعقوبة قاسية، وهو المبدأ الذي نصت عليه القوانين العقابية السابقة وكرست عبره قاعدة سيادة حكم القانون في مفهومها الضيق. وبلا شك أسس هذا الحذف والسكوت، مقروءاً مع نص المادة (٦٥) آنفة الذكر، إلى شرعية العقوبات الواردة بالقانون الجنائي وشرعية قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٩١م الذي يميز بين الرجل والمرأة على أساس الجنس. وهذه الشرعية مُنحت برغم مخالفة هذه القوانين لمبدأ سيادة حكم القانون بمفهومه الواسع والضيق باعتبارها متّسقة مع الشريعة الإسلامية التي تقف على قدم المساواة مع الدستور نصّاً، وتتفوق عليه من الناحية العملية. والنص على التكافؤ بالنص آنف الذكر هو أحد الأساليب التي تم اللجوء إليها لتفادي التضاد ما بين مبدأ سيادة حكم القانون والدولة الدينية، حيث إستخدمت المحكمة الدستورية أسلوبين آخرين هما: - إصدار سابقة وضعت الشريعة الإسلامية فوق الدستور دون لبس أو غموض والتواري خلف عدم إستيفاء شرط المصلحة للهروب من التصدي لهذا المأزق غير القابل للحل.

ولعلنا نصيب إذا قلنا أن أهم ملمح وأكب التشريعات الإسلامية، هو الإنتقاص من إستقلال القضاء بإيجاد قضاء إستثنائي موازٍ للهيئة القضائية سُمّي بمحاكم العدالة الناجزة في ١٩٨٣م وبمحاكم النظام العام والمحاكم الخاصة بعد إنقلاب العام ١٩٨٩م. أيضاً تمّ تسييس تعيين وعزل القضاة وإلغاء مبدأ تكافؤ الفرص بعدم تعيين النساء كقضاة مع تعيين رئيس للقضاء من خارج السلطة القضائية. كذلك تمّ دمج القضائين المدني والشرعي ممّا أثّر بشكل واضح على مستوى أداء القضاة بحكم ضعف تأهيل القضاة الشرعيين وإنعدام خبرتهم في المواد المدنية والجنائية. وبالإضافة إلى كل ذلك تغيّر مفهوم الحصانة القضائية ورفعت عنه صفة الإطلاق تأثراً بالفقه الإسلامي. وفيما يخص حق التقاضي تراوح موقف الدساتير الدينية بين السكوت عنه وبين تقييده بالقوانين ممّا يعني تفرغه من محتواه عملياً. لذلك حفلت القوانين الإسلامية بالنصوص التي تنتقص من حق التقاضي.. وقام رئيس القضاء بإحياء نصوص سبق وأن قُضي بعدم دستوريتها واعتمدت المحكمة الدستورية نظرية الظروف الإستثنائية لتستبعد إعلان حالة الطوارئ من نطاق الرقابة القضائية. وتمادى رئيس الجمهورية في الإنتقاص من نطاق حق التقاضي وسلب المحاكم

بموجب قرار جمهوري إختصاص النظر في دعاوى الديون الخارجية للحكومة. وهذا القرار سلب المحاكم ضمناً حقّها في متابعة تنفيذ الأحكام التي قد تصدر في مواجهة الحكومة في مثل هذه القضايا. كذلك كافأ نص المادة ٤(٣) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م الجهاز التنفيذي تلاعبه بأحكام القضاء بالتراخي في تنفيذها بحيث جعل التراخي في التنفيذ شبهة تقادم تسقط الحد وتجبر المحاكم على تغيير أحكامها النهائية الصادرة قبل صدور ذلك القانون.

وفي تقديرنا أن كل الخروق السابق الإشارة إليها، والتي يمكن إعتبارها معاولاً هدمت النظام القانوني من أساسه، لا يصح تصنيفها كإجتهااد خاطئ لمشرّع فشل في تطبيق الشريعة الإسلامية كما يحلو القول لبعض الساسة السودانيين من قانونيين وغيرهم. فالأمر بكل تأكيد أعمق من ذلك ويمكن أن يتم إسناده إلى طبيعة الدولة الإسلامية نفسها وإلى القواعد الأصولية لإستنباط الأحكام الشرعية. فالدولة الإسلامية قامت تاريخياً وفي عهد مؤسسها النبي (ص) على الدمج التام بين شخصية الحاكم الذي يجمع السلطات الثلاث بين يديه، ويحتكم إلى وازعه الديني، ويستند إلى هداية السماء، وبين الدولة. ولم يتمكن المسلمون من بعده من فصل السلطات ولا تكوين الدولة ذات الشخصية الإعتبارية المنفصلة عن شخص الحاكم. لذلك ظل نموذج دولة المدينة هو النموذج الحاضر في الفقه والتراث الإسلاميين، وهو نموذج يقوم على نظرية المستبد العادل التي تعرّض لها جمال الدين الأفغاني والإمام محمد عبده. وغياب الدولة المؤسسة يعني غياب فصل السلطات وإستحالة القول بوجود دستور لسقوط شق أساسي في الدساتير الحديثة هو شق المؤسسات. أما الشق الثاني من الدستور وهو الحقوق والحريات الأساسية التي يقوم عليها مبدأ سيادة حكم القانون وضمائنه المتمثلة في مبدأ الدستورية، فلا نرى إمكانية لوجوده في الدولة الإسلامية أيضاً. وذلك لأن الدولة الإسلامية لم تعرف طوال تاريخها التمييز بين القواعد القانونية والدستورية. فالنصوص المقننة للحقوق والحريات الأساسية تقف على قدم المساواة مع النصوص العقابية والمدنية بحيث يصح أن تقيدها الأخيرة أو تنتقص من عمومها بالتخصيص، بل وحتى من الممكن أن تلغيها عبر آلية النسخ. فمبدأ المساواة أمام القانون مثلاً تنتقصه قواعد قوانين الأحوال الشخصية والميراث وقواعد إثبات الحدود والعديد من القواعد الأخرى التي تميز بين الرجل والمرأة على أساس الجنس وبين المسلم وغير المسلم على أساس الدين. فالخلاف بين النظام القانوني وبين الشريعة الإسلامية لا يتقوم في وجود أم عدم وجود الحقوق والحريات الأساسية، بل في مكانة هذه الحقوق في النظام القانوني ومدى إمكانية المساس بها ومخالفاتها مباشرة من عدمها. فمبادئ الشريعة الإسلامية كلها متساوية القيمة يرد عليها ما يرد على القوانين العادية من قيود وقواعد تفسير، بينما مبادئ النظام القانوني تنقسم إلى مبادئ دستورية وقانونية. لذلك لا يمكن ترفيع مبادئ الشريعة الإسلامية ووضعها في دستور، لأن ذلك إذا تم سوف يقود لبطلان القوانين العقابية وقوانين الأحوال الشخصية والإثبات لا محالة. وهذا يعني أن تقنين دستور

لدولة الشريعة الإسلامية أمر دخیل علیها لا تتسع له مبادئها مما یحتم أن یعتبر تقنینه خلل یدمر مبدأ الدستورية مثل الخلل الوارد بالمادة (٦٥) من دستور العام ١٩٩٨م. وبالتأكيد أن القواعد الكلية فی الفقه الإسلامي التي تستخدم فی إستنباط الأحكام وتلك الملحقه بالأحكام تقف حجر عثرة أمام إبتداع نظام قانوني من الشريعة الإسلامية. فقواعد مثل "لا إجتهد مع النص" و "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب" و "صلاحية النصوص لكل زمان ومكان"، تمنع من تشريع قانون عقابي یتفق مع حقوق الإنسان وحرایته الأساسية الواردة بالميثاق العالمي لحقوق الإنسان، كما تمنع تشريع قانون أحوال شخصية ماثل. فهذه القواعد تنفی تاريخية النص وتنتزع النصوص من سياقها التاريخي، وتتناقض مع قواعد كلية أخرى تتبنى تاريخية النص مثل "الأحكام تدور مع عللها وجوداً وعدمًا" و "تغیر الأحكام بتغیر الأزمان". إذ أن الإصرار على صلاحية النص لكل زمان ومكان مع تحريم الإجتهد فی حال وجوده، لا یعطي الفرصة لتطویر القوانين. وبلا شك ليس هنالك أي شبه بین منع القانون القضاة من الإجتهد فی حال وجود النص و بین هذا المبدأ الكلي، وذلك لأن المنع الخاص بالقضاة خاص بقوانين قابلة للإلغاء بواسطة المشرع وللتعديل، وصلاحيتها مربوطة بمشیئة المشرع، بمعنى أنها تقيد القضاة فقط ولا تقيد المشرع وفقاً لمبدأ فصل السلطات. ولكن القاعدة الكلية المذكورة تقيد الجميع بما فی ذلك المشرع الدستوري الذي لا یستطیع أن یضع مبدأ یناقض ما هو ثابت بنص مهما كان ذلك النص تفصیلياً و من المفترض أن قوته أقل من الدستور.

لذلك یظل ما ذكرناه بالباب الأول من هذا البحث سليماً، من حیث أنه لا یمكن تحویل الشريعة الإسلامية لنظام قانوني حديث إلا بمفارقة قواعد إستنباط الأحكام والقواعد الكلية البشرية التي وضعها الفقهاء إبتداء من الإمام الشافعي. وهذا يتم إما بالتصریح بالإجتهد مع وجود النص تأسيساً بالفاروق عمر، أو بإعمال مبدأ المصالح المرسله وفقاً لرأي الإمام الطوفي الحنبلي الذي غلب المصلحة على النص إستناداً إلى الحديث النبوي "لا ضرر ولا ضرار"، وإما بقلب قاعدة الناسخ والمنسوخ والانتقال من آیات الفروع إلى آیات الأصول وتغليب الأخيرة على الأولى كما قال الأستاذ المجتهد محمود محمد طه. بدون ذلك یصح القول بأن تبني التشريعات الإسلامية ودولة الشريعة لا محالة سوف یقود إلى تدمير مبدأ سيادة حكم القانون وتدمير النظام القانوني من أساسه حتى وإن جاء إجتهد متنبیه مبرأ من كل عیب.

ثبت المراجع

أولاً:- المراجع باللغة العربية:-

- ١/ المفتي ، حسين سيد أحمد- تطوّر نظام القضاء في السودان - الجزء الأول - الطبعة الأولى - ١٩٥٩م.
- ٢/ الحمادي ، حسن أحمد علي- قضاء الحدود والقصاص والدية - إصدارات المجمع الفقائي - أبوظبي - ١٩٩٨م.
- ٣/ أمين ، حسين أحمد- دليل المسلم الحزين إلى مقتضى السلوك في القرن العشرين ودراسات إسلامية أخرى - مكتبة مدبولي - القاهرة - ١٩٨٧م.
- ٤/ المستشار الشريف ، طه- نظرية الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية - بدون تاريخ.
- ٥/ د. البكر ، محمد عبدالرحمن- السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي - الزهراء للإعلام العربي - القاهرة - ١٩٨٨م.
- ٦/ د. أبو سعد ، محمد شتا- قانون الإجراءات المدنية الإسلامي السوداني معلقاً عليه - الجزء الأول (الدعوى والدعاوى الخاصّة) - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - الطبعة الأولى - ١٩٨٥م.
- ٧/ النصري ، مبرغني- مبادئ القانون والتجربة الديمقراطية في السودان - الطبعة الأولى - بدون دار نشر - ١٩٩٨م.
- ٨/ الأيوبي ، نزيه نصيف- العرب ومشكلة الدولة - دار الساقبي - ١٩٩٢م.
- ٩/ أكولاوين ، ناتالي ألوأك- الشريعة والقانون العربي في السودان (مشاكل اليوم والغد) - دراسة مقارنة - دار الجبل - بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٩٤م.
- ١٠/ د. إبراهيم سعد الدين و د. سلامة ، غمّان و د. الهرماس ، عبد الباقي- المجتمع والدولة في الوطن العربي - مركز دراسات الوحدة العربية.
- ١١/ د. النعيم ، عبدالله أحمد- نحو تطوير التشريع الإسلامي - سينا للنشر - القاهرة - ١٩٩٤م.
- ١٢/ د. إدريس ، عوض أحمد- الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن - دار مكتبة الهلال - بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٨٦م.
- ١٣/ الأستاذ/ الجزولي ، عبد الباقي حامد- المساواة أمام القانون كحق دستوري - بحث غير منشور.
- ١٤/ د. النور ، عوض الحسن- حقوق الإنسان في المجال الجنائي - (في ضوء الفقه الإسلامي والقانون السوداني والمواثيق الدولية) - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - ١٩٩٩م.

- ١٥ / د. النعيم ،عبدالله أحمد- القانون الجنائي السوداني - (النظرية العامة للمسئولية الجنائية) - مطبعة الحرية بأم درمان - الطبعة الأولى - ١٩٨٦م.
- ١٦ / د. الصده ، عبد المنعم فرج- أصول القانون - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٧٨م.
- ١٧ / د. أبوطالب ، صوفي حسين- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨م.
- ١٨ / د. أبوطالب ، صوفي حسين - تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الرابعة - ١٩٩٥م.
- ١٩ / د. أبو السعود ، رمضان - الوسيط في شرح مقدّمة القانون المدني - الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - بدون تاريخ.
- ٢٠ / النبهاني ، تقي الدين- نظام الإسلام - الطبعة الخامسة - منشورات حزب التحرير - ١٩٥٣م.
- ٢١ / د. الحسن ، خليفة بابكر- الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين - مكتبة وهبة - القاهرة - ١٩٨٧م.
- ٢٢ / أندرسون ، ح. د.- أوجه الإصلاح الحديث للقانون الإسلامي في السودان - ترجمة هنري رياض - دار الجليل - بيروت - ١٩٩٣م.
- ٢٣ / د. بهنسي ، أحمد فتحي- العقوبة في الفقه الإسلامي - الطبعة الرابعة - دار الشروق - بيروت - ١٩٨٠م.
- ٢٤ / بشير ، يوسف عثمان- القرار الإداري - الطبعة الأولى - ١٩٩١م.
- ٢٥ / بكري ، محمد عبدالحالق- سيرة الإعدام السياسي في السودان (١٨٢١م - ١٨٩٨م) - الطبعة الأولى - الشركة العالمية للطباعة والنشر - ١٩٩٨م.
- ٢٦ / د. بسبوني ، عادل مصطفى- مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين العربية - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة - ١٩٧٨م.
- ٢٧ / بيلو ، روبير- المواطن والدولة - ترجمة نجاد رضا - سلسلة زدني علماً - منشورات عويدات - بيروت / باريس - بدون تاريخ.
- ٢٨ / د. بدوي ، ثروت- أصول الفكر السياسي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٣م.

- ٢٩ / دو هاميل ، أوليفيه وميني ، إيف - المعجم الدستوري - ترجمة منصور القاضي ومراجعة العميد د. زهير شكري - الطبعة الأولى - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ١٩٩٦ م.
- ٣٠ / دوفرجيه ، موريس - المؤسسات السياسية والقانون الدستوري (الأنظمة السياسية الكبرى) - ترجمة د. جورج سعد - الطبعة الأولى - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ١٩٩٢ م.
- ٣١ / د. هندي ، أحمد - آثار أحكام محكمة النقض وقوّتها - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ١٩٩٨ م.
- ٣٢ / هبة ، أحمد - موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب - عالم الكتب - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٩٨٥ م.
- ٣٣ / هلال ، عبدالله راشد أحمد - مجموعة الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف والنقض بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- ٣٤ / د. زيدان ، عبدالكريم - نظام القضاء في الشريعة الإسلامية - الطبعة الثالثة - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٩٧ م.
- ٣٥ / د. حاج موسى ، إبراهيم محمد - التجربة الديمقراطية وتطوّر نظم الحكم في السودان - دار الجيل (بيروت) ودار المأمون (الخرطوم) - بدون تاريخ.
- ٣٦ / د. حسن ، إبراهيم شحاتة - مصر والسودان ووجه الثورة في نصيحة أحمد العوّام - مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية - بدون تاريخ.
- ٣٧ / الأستاذ/ حسن ، محبوب إبراهيم - قوانين سبتمبر النموذج السوداني لتقنين فكر ومنهج الإسلام السياسي المعاصر - بحث غير منشور.
- ٣٨ / د. حسني ، محمود نجيب - شرح قانون العقوبات - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٧ م.
- ٣٩ / د. حسني ، محمود نجيب - علم العقاب - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٧٣ م.
- ٤٠ / د. حمزة ، محمود جلال - العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للإلتزام - بدون دار نشر - ١٩٨٥ م.
- ٤١ / د. يوسف ، يس عمر - إستقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي - الطبعة الأولى - دار مكتبة الهلال - بيروت - ١٩٩٥ م.
- ٤٢ / د. كيرة ، حسن - المداخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة السادسة - ١٩٩٣ م.

- ٤٣ / كولسون ، ن. ج. - في تاريخ التشريع الإسلامي - ترجمة و تعليق د. محمد أحمد سراج - مراجعة د. حسن محمود عبد اللطيف الشافعي - دار العروبة بالكويت - الطبعة الأولى - ١٩٨٢م.
- ٤٤ / لويد ، دينيس - فكرة القانون - عالم المعرفة - الكويت - تعريب المحامي سليم الصويص - مراجعة سليم بسيسو - ١٩٨١م.
- ٤٥ / د. مليجي ، أحمد - تحديد نطاق الولاية القضائية والإختصاص القضائي - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ.
- ٤٦ / د. مصطفى ، زكي - القانون المدني السوداني - (تاريخه وخصائصه) - معهد البحوث والدراسات العربية - ١٩٦٨م.
- ٤٧ / د. محمد ، محمود عبد الرحمن - الإستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي "المصري والسوداني" والشرعية الإسلامية) - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ.
- ٤٨ / د. مصطفى ، محمود محمود - الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن - الجزء الأول - النظرية العامة - الطبعة الأولى - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - ١٩٧٧م.
- ٤٩ / مياي ، ميشال - دولة القانون "مقايمة في نقد القانون الدستوري" - دار المطبوعات الجزائر - ١٩٨٢م.
- ٥٠ / د. متولي ، عبد الحميد - الدولة في الإسلام (مشكلة الدولة وسلطات الدولة في الإسلام) - الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة - ١٩٧٨م.
- ٥١ / د. متولي ، عبد الحميد - الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور - الطبعة الثالثة - ١٩٩٠م.
- ٥٢ / د. سرور ، أحمد فتحي - الوسيط في قانون العقوبات - الطبعة الخامسة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٩م.
- ٥٣ / د. سلامة . مأمون محمد - حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٥م.
- ٥٤ / عمر ، أحمد عثمان - النقابات والقانون "الشخصية الاعتبارية للنقابة" - بحث غير منشور - ١٩٩٣م.
- ٥٥ / عبد الله ، أحمد علي - الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي - الدار السودانية للكتب.
- ٥٦ / د. عوض ، محمد محي الدين - قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٩م.
- ٥٧ / د. عالية ، سمير - نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - ١٩٩٧م.
- ٥٨ / د. عبدالله ، فتحي عبد الرحيم - العناصر المكونة للعقد كمصدر للإلتزام في القانونين المصري والإنجليزي المقارن - جامعة المنصورة - ١٩٧٩م.

- ٥٩ / د. عبدالستار، فوزية- الإذعاء المباشر في الإجراءات الجنائية - دار النهضة - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - ١٩٧٧م.
- ٦٠ / المستشار عبدالصمد، محمد وجدي- الإعذار بالجهل بالقانون - الطبعة الثالثة - ١٩٨٨م.
- ٦١ / د. عليان ، شوكت محمد- التشريع الإسلامي والقانون الوضعي (نشأته - مصدره طبيعته - خصائصه - غايته) - الطبعة الأولى - دار الشواف - الرياض - ١٩٩٦م.
- ٦٢ / فرانزورث ، إي. ألان- مدخل إلى النظام التشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية- تدقيق وتحرير الدكتور رائد السمرة - مركز الكتب الأردني - ١٩٩٠م.
- ٦٣ / فاران ، دي. أو.- قوانين الأحوال الشخصية - ترجمة هنري رياض وكرم شفيق - دار الجيل - بيروت.
- ٦٤ / د. فرج ، توفيق حسن- المدخل للعلوم القانونية - مؤسسة الثقافة الجامعية - ١٩٧٨م.
- ٦٥ / د. صالح ، إبراهيم علي- المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية - دار المعارف - القاهرة - بدون تاريخ.
- ٦٦ / رياض ، هنري- موجز تاريخ السلطة التشريعية في السودان - الطبعة الثانية - المطبوعات العربية للتأليف والترجمة - الخرطوم - ١٩٨٧م.
- ٦٧ / رياض ، هنري وآخرون - المدخل للقانون والقضاء في السودان (دراسات مقارنة) - دار مكتبة الهلال - بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٩٥م.
- ٦٨ / رياض ، هنري - أشهر الأحكام الدستورية والجنائية في السودان - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى - ١٩٨٨م.
- ٦٩ / رياض ، هنري - أشهر القضايا الدستورية في السودان - دار الجيل بيروت - ١٩٨٤م.
- ٧٠ / د. خالد ، منصور- الفجر الكاذب (غميري وتحريف الشريعة) - دار الهلال - بيروت - بدون تاريخ.
- ٧١ / خلاف ، عبدالوهاب- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه - دار القلم الكويت - ١٩٨٢.

ثانياً:-المراجع باللغة الإنجليزية :-

- 1- Atiyah ,P. S.- The Sale of Goods – Eighth Edition – Pitman – 1990.
- 2- Baglai ,Marat- Socialist Rule of Law & Working People – Profizdat Publishers – Moscow – 1990.
- 3- Burnham, William- Introduction to the Law and Legal System of the United States – West Publishing Company – St. Paul, Minn 1995.
- 4- Casson , D. B. & Dennis ,I. H.- Odgers’ Principles of Pleading & Practice – Twenty First Edition – Stevens – 1975.
- 5- Sir. Cross , Rupert- Evidence – Fifth Edition – Butterworths – London – 1979.
- 6- Denisov ,A., Kenenov, A., Leist, O., Lubchnko, K., Marchenko M., Mikhayak, Ya. , Mitskevich,A., Popkov,V., Samoshchenko, I.- Theory of State & Law – Progress Publishers – Moscow – 1987.
- 7- De Smith,-Constitutional & Administrative Law.
- 8- DIAS,R. W. M.- Jurisprudence – Fourth Edition – Butterworths – London – 1976.
- 9- Gokhal – Political Science – Part II – Himalaya Publishing House – 1984.
- 10- Garner, J. F., Jones, B. L - Garner’s – Administrative Law .- Six Edition – Butterworths – London – 1985.
- 11- HART, H. L. A.- The Concept of Law – Oxford At the Clarendon Press – 1961.
- 12- Keenan , Denis- Smith & Keenan’s – English Law –Eleventh Edition – Pitman Publishing – London – 1995.
- 13- KIRALFY, A. K.- The English legal system – Six Edition – Sweet & Maxwell – 1978.
- 14- Lawson, F. H., Anton, A. E., Brown, Neville L. Amos & Walton’s – Introduction to French Law –Third Edition – Oxford – At the Clarendon Press – 1967.
- 15- Mokhtar, G.- General History of Africa II _ Ancient Civilization of Africa –Heinemann – California – Unesco – 1981.
- 16- Moore, Sally Folk- Laws As Process – An Anthropological Approach – Routledge & Kegan Paul – London, Boston, Melbourne and Henely.
- 17- Dr. Mustafa , Zaki- The Common Law in The Sudan – An Account of the Justice, Equity & Good Conscience Provision – Oxford – 19
- 18- Omer ,Manal Yaseen- The Politics of Womens’ Civil Rights Movement in the Sudan – Unpublished.
- 19- Phillips, O. Hood- Constitutional & Administrative Law – Fifth Edition – Sweet & Maxwell – London – 1973.
- 20- Pound, Roscoe- The Spirit of the Common Law – Marshall Jones Company Francestown, New Hampshire – 1931.
- 21- Ratanlal – Law of Crimes.
- 22- Smith, J. C.- The Law & Contract – Second Edition – Sweet & Maxwell – 1993.
- 23- L. A. SHERDIDAN & KEETON, GEORGE W.- The Law of Trusts – Eleventh Edition – Barry Rose – 1983.
- 24- Tier, Akolda M.- The Legal System of the Sudan – unpublished.
- 25- Vasdev, Krishna- The Law of Homicide in the Sudan – Butterworths – London – 1978.
- 26- Vasdev, Krishna – Causing Death by an Act not amounting to Culpable Homicide – Marawi – 1978.
- 27- Vasdev, Krishna –The Law of Evidence in the Sudan – Butterworths – London – 1981.

ثالثاً:- البحوث والدوريات:-

- ١/ د. الحمود ،إبراهيم- توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين - مجلّة الحقوق - مارس ١٩٩٤م.
- ٢/ د. الإمام ، علي إبراهيم- الرقابة على دستورية التشريعات في السودان - مجلّة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٨٧م.
- ٣/ أكولاوين ، ناتالي ألوك- تطبيق المحاكم السودانية للقانون الإنجليزي (دراسة في تطبيق مبادئ العدل والإنصاف والوجدان السليم) - المدخل للقانون والقضاء في السودان (دراسات مقارنة).
- ٤/ د. المهدي ، سعيد محمد أحمد- أضواء على القانون المدني لسنة ١٩٠٠م في السودان - ترجمة هنري رياض - المدخل للقانون والقضاء في السودان.
- ٥/ الطيب ، عثمان- الملكية العقارية وأنواعها - مجلّة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٤م.
- ٦/ د. السماك ، أحمد حبيب- نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - مجلّة الحقوق - يونيو ١٩٩٧م.
- ٧/ البروفسور الضرير ، الصديق محمد الأمين- تعقيب على بحث المسؤولية الجنائية للمصارف التجارية للدكتور أحمد علي عبدالله - القسطاس - العدد الثالث - ديسمبر ١٩٩٧م.
- ٨/ حامد ، أحمد جعفر- ملاحظات في مشروع القانون الجنائي الإسلامي - مجلّة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٨٨م.
- ٩/ أ.د. عمر ،محمد الشيخ- قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م ما له وما عليه - مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٧م.
- ١٠/ عبدالرحمن ، زكي- ضمانات إستقلال القضاء في ظل الدستور الدائم - ورقة مقدّمة للمؤتمر القانوني الأول لجمعية طلاب القانون بجامعة الخرطوم المنعقد في الفترة من ٢٤ - ٢٨ يناير ١٩٨٩م.
- ١١/ قاضي ، أحمد محمد عثمان- مشكلات السياسة العقابية في السودان - مجلّة الأحكام القضائية السودانية - ١٩٩٠م
- ١٢/ تومسون ، كليف ف.- عهد التكوين للقانون السوداني - المدخل للقانون والقضاء في السودان.
- ١٣/ مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٦٠م.
- ١٤/ مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٦٥م.
- ١٥/ مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٠م.
- ١٦/ مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٢م.
- ١٧/ مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٣م.

- ١٨ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٤م.
- ١٩ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٥م.
- ٢٠ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٨م.
- ٢١ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٩م.
- ٢٢ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٠م.
- ٢٣ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٢م.
- ٢٤ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٣م.
- ٢٥ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٤م.
- ٢٦ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٥م.
- ٢٧ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٦م.
- ٢٨ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٧م.
- ٢٩ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٨م.
- ٣٠ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٨٩م.
- ٣١ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٠م.
- ٣٢ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩١م.
- ٣٣ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٢م.
- ٣٤ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٣م.
- ٣٥ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٤م.
- ٣٦ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٦م.
- ٣٧ / مجلّة الأحكام القضائية السودانية ١٩٩٧م.
- ٣٨ / مجلّة الحقوق - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - مارس ١٩٩٤م.
- ٣٩ / مجلّة القضاء والتشريع - حكومة دبي - محكمة التمييز - المكتب الفني - العدد الثالث - نوفمبر ١٩٩٥م.
- ٤٠ / مجلّة القضاء والتشريع - حكومة دبي - محكمة التمييز - المكتب الفني - العدد الرابع - يونيو ١٩٩٦م.
- ٤١ / مجلّة الحقوق - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - يونيو ١٩٩٧م.

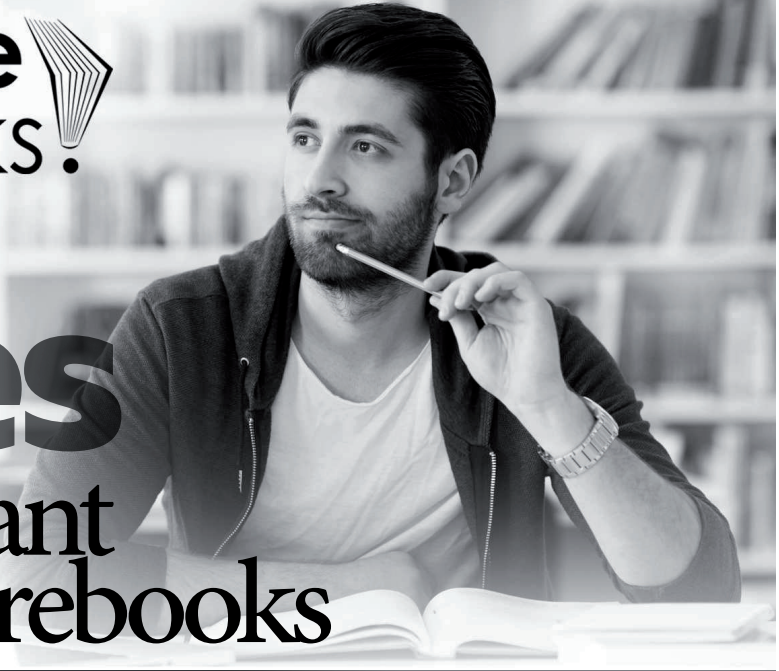
ملخص الرسالة

تم تقسيم الرسالة لخمس أبواب ، حيث خصص الباب الأول لمناقشة ماهية النظام القانوني الذي تم تعريفه على أنه دولة سيادة حكم القانون التي تتوفر فيها ضمانات المبدأ . وباستخدام هذا المعيار تم التوصل إلى ان الشريعة الإسلامية بفهمها التقليدي لا يمكن أن تصبح نظاماً قانونياً وأن السودان لم يشهد نظاماً قانونياً إلا في فترات الديمقراطية . في الباب الثاني تمت مناقشة مصادر القانون وتحديد موقعها في النظام القانوني ، ووفقاً لقاعدة تكافؤ المصادر الدستورية ، تم التوصل إلى أن دستور ١٩٩٨ م معضداً بأحد السوابق الدستورية قد وضع الشريعة الإسلامية فوق الدستور وقوض بالتالي النظام القانوني . وبالمقابل على مستوى القانون المدني تم الانتصار الكلي للشريعة الإسلامية وأصبحت بقية المصادر بلا اثر يذكر . أما الباب الثالث ، فقد خصص للمسئولية الجنائية وتم فيه توضيح أن التشريعات الإسلامية حين تجاوزت مبدأ الشريعة الشكلي لم تخالف الشريعة الإسلامية بل إنها خالفتها بالعودة لذلك المبدأ. أيضاً تم تأكيد مخالفة المبدأ الشكلي باتساع نطاق التجريم وتناقض إنسانيته مع إلهية العقوبة . كذلك تم تبين ظهور دفع جديد للمسئولية تمثل في مفهوم الشبهة مع تغير في الركن الشرعي للجرائم بإلغاء بعضها . وفوق ذلك نوقش التغير في فلسفة العقاب واتجاهها للردع والزجر مع تغييب كامل لمفهوم الإصلاح . ولم يفت على الباحث توضيح اتخاذ جريمة القتل وخصوصاً القتل الخطأ طابعاً مدنياً محضاً مع مخالفة مبدأ شخصية العقوبة بإلزام العاقلة بالمشاركة في سداد الدية . في الباب الرابع تمت مناقشة قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤ م وتوضيح تغير فلسفة القانون المدني العامة من حماية استقرار التعامل إلى حماية حقوق الأفراد مع تبين عدم القدرة على التمييز بين المصطلحات القانونية وغياب فن التشريع. أيضاً تم توضيح تغير طبيعة نظام الإثبات من حرية الإثبات إلى نظام يخلط بين هذه الحرية وبين نظام الأدلة القانونية. وكذلك نوقش اثر إلغاء الفائدة بقانون الإجراءات المدنية على النظام ككل وخطأ استخدام مخالفة الشريعة الإسلامية كاستثناء لقاعدة عدم مراجعة أحكام المحكمة العليا لعموض المصطلح الذي سمح بتقويض مبدأ عدم المراجعة عبر تفسيره تفسيراً واسعاً . أما فيما يخص الإجراءات الجنائية فقد تم تبين الانتقال من نظام الادعاء المباشر للإدعاء العام وتوضيح ما جرى من تغيير لسلطة النائب العام وسلطة رئيس الجمهورية في وقف الإجراءات والعفو مع مناقشة خطأ استخدام مصطلح الشريعة الإسلامية فيما يخص سلطة الفحص . وفي الباب الخامس تمت مناقشة مبدأ سيادة حكم القانون و ضماناته وتوضيح لأي مدى غيبت التشريعات الإسلامية هذا المبدأ حين لم ينص الدستور على مساواة الناس أمام القانون مع سماح القوانين العقابية بتطبيق عقوبات قاسية وحين انتهكت استقلالية القضاء بإيجاد القضاء الاستثنائي وفقد حق التقاضي والتقص نطاقه ، وكذلك حين تم رفض تنفيذ أحكام القضاء .

في الختام تم التوصل إلى ان الشريعة الإسلامية بفهمها الكلاسيكي الذي تم تحويله لتشريعات في السودان ، لا يمكن أن تنتج نظاماً قانونياً . وذلك لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف دولة المؤسسات ونصوصها ذات قوة متساوية ولعيوب جوهرية في قواعد أصول الفقه واستنباط الأحكام التي تنبئ لا تاريخية النصوص وتاريخيتها في آن واحد وفي تناقض يستعصي على الحل . كذلك تم توضيح أن التشريعات الإسلامية ، جعلت من السودان دولة تفتقر إلى النظام القانوني وتحلوا من الحد الأدنى لضمان حقوق وحریات المواطنين .

More Books!

Yes I want morebooks



اشتري كتبك سريعا و مباشرة من الأنترنت, على أسرع متاجر الكتب الالكترونية في العالم
بفضل تقنية الطباعة عند الطلب, فكتبنا صديقة للبيئة

اشتري كتبك على الأنترنت

www.get-morebooks.com

Kaufen Sie Ihre Bücher schnell und unkompliziert online – auf einer der am schnellsten wachsenden Buchhandelsplattformen weltweit!
Dank Print-On-Demand umwelt- und ressourcenschonend produziert.

Bücher schneller online kaufen

www.morebooks.de

OmniScriptum Marketing DEU GmbH
Bahnhofstr. 28
D - 66111 Saarbrücken
Telefax: +49 681 93 81 567-9

info@omniscrptum.com
www.omniscrptum.com

OMNIscriptum



