حجية السوابق القضائية في الأنظمة القانونية

"دراسة فقهية تحليلية لنص المادة(٦) من قانون الإجراءات المدنية السوداني ١٩٨٣م"

د. سامي عبد الحميد إبراهيم أحمد[١]

مستخلص البحث

تحتل السوابق القضائية مكانة بارزة في النظام القانوني السوداني، إلا أن وضعها ومدى حجية جاءت غامضة في نظام تقلب بين مدارس ثلاث مدراس قانونية وانتهى به الأمر إلى المزج بينها ، لذا جاءت هذه الدراسة لتسبر أغوار هذا الموضوع المهم حجية السوابق القضائية في النظام القانوني السوداني وتغوص في أعماقه. فقد ناقشت مشكلته عدم وضوح فكرة السوابق القضائية ومدى حجيتها في النظام القانوني، إذ أن أحكامها جاءت مقتضبة ومتفرقة متضاربة فضلاً عن غموضها وعدم بيان أحكامها ، مما أثر الرؤية وشوشها حول حجيتها ومدى قوة الإحتجاج بها ، مما أدى إلى اضطراب في التطبيق وتضارب الأحكام بشأنها حول مدى حجيتها والسير على نهجها والتقيد بأحكامها.

فهدفت هذه الدراسة إلى استجلاء هذا الموضوع على نحو متخصص بيان كنهها في النظام القانوني السوداني وشرح فلسفتها وبيان أحكامها في نظام قانوني جمع بين عدة مدارس قانونية ، مستخدماً المنهج الموضوعي الذي يجمع بين الاستقراء والاستنباط أملاً في الوصول إلى الحقائق العلمية.

وقد توصلت في هذا البحث إلى عدة نتائج كان أهمها :

١- لا يشترط للاسترشاد بالسوابق القضائية أن تستقر المبادئ التي جاءت بها السوابق القضائية ، وكذلك لا يكون حكم المبادئ القضائية التي جاءت بها السوابق القضائية واستقر القضاء السوداني على تطبيقها والعمل بها ، ملزماً فلا يثبت في حقها حكم الوجوب أو الجواز عند الأخذ بها أو الحياد عنها.

---

(١) الأستاذ المشارك بكليتي الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المملكة العربية السعودية و الشريعة بجامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - السودان.

٢- إن الأحكام القضائية تعد ضرباً من ضروب الاجتهاد غير الملزم للمجتهد نفسه فضلا عن غيره بحيث لا يتقيد المجتهد الذي أصدرها في العدول عنها متى ما استحسن غيرها وحتى وأن جرى العمل بها واستقرت.

وأوصُيت بـ :

(١) حذف عبارة المبادئ التي استقر عليها قضاء السودان والاكتفاء بالعرف من نص المادة ٢/٦ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م.

(٢) النص صراحة ضمن النصوص التي تنظم أحكام الطعن بأنواعه المختلفة، على عدم نقض حكم لمخالفته لسابقة قضائية.

(٣) أن يجتهد القاضي اجتهاداً جديدا مستقلاً في كل دعوى لم يرد نص قانوني بشأنها وألا يتقيد بقضاء من سبقه؛ ليتطور الاجتهاد القضائي في السودان سواء في تفسير النصوص أو عند الاستناد لقواعد العدالة والوجدان السليم، دون التذرع بأن تعدد الاجتهادات سيؤدي إلى تعارض الأحكام.

Abstract

Judicial precedents have a prominent position in the Sudanese legal system, but their status and extent of authentic were ambiguous in a system varied among three legal schools and ended up mixing them, so this study done to explore this important subject "Authentic of judicial precedents in the Sudanese legal system" and further more. It discussed it's problem; the judicial precedents ambiguous and its validity extent in the legal system, as its provisions were brief and contradictory sporadic as well as its ambiguity and lack of provisions, which affected the vision and made confusion about its authentic and strength to depend on, this led to disruption in the application and conflicting judgments about its authentic, following its approach and adhere to its provisions.

This study aimed to elucidate this subject in a specialized way to clarify its validity in the Sudanese legal system as well as explain its philosophy and its provisions in a legal system that brought together several legal schools, using an objective approach that combines induction and deduction in order to reach scientific facts.

In this regard, I have reached several results, the most important of which are:

(1) To follow judicial precedents, it is not required to settle the principles set forth in judicial precedents, nor shall the rules of judicial provision brought by judicial precedents and Sudanese judiciary agreed to apply it obligatory, so as to shall not be proven in its right to be obligatory or permissible when introduced or neutral.

(2) Judicial judgments are a form of non-binding discretion for the working himself as well as others so that the working who issued them will not be bound to renounce them whenever others are advised, even if they have been implemented and settled.

And advised:

(1) Deleting the phrase of principles established by Sudan judiciary and the satisfaction of custom from the text of article 6/2 of Code of Civil Procedure 1983.

(2) Explicitly stipulate within the texts governing the provisions of appeal of various types, not to overturn a judgment for violating a judicial precedent.

(3) The judge shall strive in every case for which no legal text is provided and shall not be bound by previous judgments, to develop the jurisprudence in Sudan, both in the interpretation of texts or when invoking the rules of justice and conscience sound, without the pretext that multiple jurisprudence will lead to conflict of judgments.

مقدمة:

إن الحمد لله نحمدُه ونستغفره ونستعينه ونستهديه ونعوذُ بالله من شرورِ أنفسنا ومن سيئاتِ أعمالنا من يهْدِ اللّهُ فلا مضِلَّ له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أنْ لا إله إلا اللّهُ وحده لا شريك له وأشهد أنَّ محمداً عبدُه ورسولُه بعثه اللّهُ رحمةً للعالمين هادياً ومبشراً ونذيراً. بلّغ الرسالة وأدّى الامانة ونصحَ الأمّةَ فجزاهُ اللّهُ خيرَ ما جزى نبياً من أنبيائه صلواتُ اللّهِ وسلامه عليه وعلى جميع الأنبياء والمرسلين وعلى صحابته وآل بيته وعلى من أحبهم إلى يوم الدين.

وبعد:

تلعب نظرية السوابق القضائية دوراً مهماً وبارزا في البناء القانوني لأي نظام قانوني فهي حجر الزواية والأساس في أي بناء قانوني، فيمكن معرفة طبيعة النظام القانوني لأي دولة بالنظر إلى ثالث الأساس في وهو مكانة السوابق القضائية في النظام القانوني لتلك الدولة بجانب التشريع والعرف لتعرف ملامحه والدور الذي تلعبه تلك السوابق في تطويره.

وفي السودان تحتل السوابق القضائية مكانة بارزة في النظام القانوني السوداني، إلا أن وضعها ومدى حجية أتت غامضة في نظام تقلب بين ثلاثة مدراس قانونية وانتهى به الأمر إلى المزج بينها، فبدأ إنجلوسكونياً بصدور قانون القضاء المدني ١٩٠٠م وحتى العام١٩٧٢م الذي تحول فيه إلى نظام لاتيني بصدور قانون المرافعات المدنية ١٩٧٢م، ثم لم يلبث أن عاد إنجلو سكوسياً بعد عامين فقط في العام ١٩٧٤م مع إدخال نظام القوانين المكتوبة كقانون العقود والمسئولية التقصيرية، والإثبات، وانتهى بتبني المدرسة

الإسلامية بصدور قانون الإجراءات المدنية١٩٨٣م، وقانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م، مع الممازجة بين المدرسة الإسلامية والمدرستين الإنجلوسكسونية ومدرسة الشريعة الإسلامية لذا جاءت هذه الرسة لتسبر أغوار هذا الموضوع المهم حجية السوابق القضائية في النظام القانوني السوداني وتغوص في أعماقه.

أهمية البحث:

هذا الموضوع يستحق البحث لما له من أهمية بالغة، إذ أنه يمس جميع الجهات العدلية والعاملون والمشتغلون بالعمل القضائية فأردت باختياري لهذا الموضوع أن أسهم - قدر استطاعتي- في استجلاء هذا الموضوع على نحو متخصص محاولاً الوقوف على مدى معالجة القانون السوداني لهذا الموضوع ليخدم الباحثين والمشتغلون بالعمل القانوني.

أهداف البحث:

أردت من البحث في هذا الموضوع استجلائه على نحو متخصص لبيان كنهها في النظام القانوني السوداني بشرح فلسفتها وأحكامها في نظام قانوني جمع عدة مدارس قانونية فقد جمع النظام القانوني بين فلسفة المدرسة الإنجلوسكسونية، فلسفة المدرسة اللاتينية، مع تطعيمها بفقه وفلسفة المدرسة الإسلامية، إضافة إلى ذلك أن هذا الموضوع جاء متناثراً في عدة قوانين فأردت أن ألم أطرافه في دراسة متخصصة تبين كنهه وتشرح أحكامه المقتضبة في النظام القانوني السوداني، ولتسهم في فك طلاسمه لتوضيح الرؤية حولها.

مشكلة البحث:

تمثلت مشكلة هذا البحث في عدم وضوح فكرة السوابق القضائية ومدى حجيتها في النظام القانوني، كما أن أحكامها جاءت مقتضبة ومتقرفة متضاربة، في ضوء عدم وضوح الرؤية بالنسبة لفلسفة السوابق القضائية بصفة عامة وفلسفتها في النظام القانوني السوداني مما أثر في تشويش الرؤية بالنسبة للعاملين والمشتغلين بالعمل القانوني حول حجيتها ومدى قوة الإحتجاج بها، مما أدي إلى اضطراب في التطبيق وتضارب الأحكام بشأنها حول مدى حجيتها والسير على نهجها والتقييد بأحكامها.

منهج البحث:

استخدمت في هذا البحث المنهج الموضوعي الذي يجمع بين الاستقراء والاستنباط أملا في الوصول إلى الحقائق العلمية.

هيكل البحث:

يتناول الباحث موضوعات هذا البحث في مقدمة تضمنت أهمية عامة للموضوع، كما تضمنت مشكلة البحث وهدفه وأهميته ومنهجه وهيكله، وحتى يكون البحث معرباً عن الحاجة وافي الدلالة، تم تقسيم هيكله إلى ثلاثة مباحث أجريت داخلها مطالب على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف السوابق القضائية وعيوب وفوائد العمل بها.

المطلب الأول: تعريف السوابق القضائية في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف السوابق القضائية في الاصطلاح.

المطلب الثالث: فوائد وعيوب العمل بالسوابق القضائية.

المبحث الثاني: التمييز بين السوابق القضائية وبعض الأنظمة المشابهة له.

المطلب الأول: التمييز بين السوابق القضائية والمبادئ القانونية.

المطلب الثاني: التمييز بين السوابق القضائية والأعراف القضائية.

المطلب الثالث: التمييز بين السوابق القضائية وما جري العمل به.

المبحث الثالث: مكانة السوابق القضائية في المدارس القانونية وفي النظام القانوني السوداني.

المطلب الأول: مكانة السوابق القضائية في المدرسة الإسلامية.

المطلب الثاني: مكانة السوابق القضائية في المدرسة الإنجلوسكسونية.

المطلب الثالث: مكانة السوابق القضائية في المدرسة اللاتينية.

المطلب الرابع: مكانة السوابق القضائية في النظام القانوني السوداني.

المبحث الأول

تعريف السوابق القضائية

يتناول هذا المبحث تعريف السوابق القضائية في اللغة والاصطلاح، إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره في مطلبين متتاليين على النحو التالي:

المطلب الأول : تعريف السوابق القضائية في اللغة :

أتناول تعريف مفردات العنوان السوابق من السبق والسبق لغة التقدم والسين والباء والقاف أصل واحد صحيح يدل على التقديم. يقال سبق يسبق سبقا. فأما السبق فهو الخطر الذي يأخذه السابق[١]، وفي الحديث: سبق المفردون[٢]؛ وقولُهم: سبق في الدعاء: أَي سبقت منه كلمة أي سبق وتقدم[٣].

وسبقه يسبقه ويسبقه: تقدمه، {فالسابقات سبقاً}[٤]: الملائكة تسبق الجن باستماع الوحي، ويقال له سابقة في هذا الأمر، أي: سبق الناس إليه[٥].

أما القضائية فنسبة للقضاء الْقَضَاءُ هو لغة هو الحكم والجمع الأقضية والقضية مثله والجمع القضايا، وقضي يقضي بالكسر (قَضَاءً) أي حكم وبه قال الله تعالى: {وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ}[٦] وقد يكون بمعني الفراغ فتقول: قضي حاجته. وضربه (فقضي) عليه أي قتله كأنه فرغ منهُ، وقضي نحبه أي مات، وقد يكون بمعني الأداء والإنهاء فتقول: قضي دينه ومنه قول الله: {وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ}[٧] وقول تعالي: {وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ}[٨] أي أنهينا إليه وأبلغناه ذلك.

وقال الفراء في قوله تعالى: {ثُمَّ اقْضُوا إِلَيَّ}[٩] يعني: أمضو إلى كذلك ويقال: قضى فلان أي مات ومضي[١٠].

---

(١) معجم مقاييس اللغة، لأبن فارس، ص(١٢٩/٣).

(٢) صحيح مسلم حديث رقم(٢٦٧٦)، ص(٢٠٦٢/٤).

(٣) لسان العرب، أبن منظور، ص(٣٦٨/٧).

(٤) سورة النازعات، الآية ٤.

(٥) القاموس المحيط الفيروز أبادي، (٨٩٢/١)

(٦) سورة الإسراء، الآية ٢٣.

(٧) سورة الإسراء، الآية ٤.

(٨) سورة الحجر، الآية ٦٦.

(٩) سورة يونس، الآية ٧١.

(١٠) ينظر في ذلك إلي مختار الصحاح، ابن منظور، (٢٥٥/١).

وقد يكون بمعني الصنع والتقدير، يقال: قَضَاهُ أي صنعه وقدره، ومنه قوله تعالى: {فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ}[١].

المطلب الثاني : تعريف السوابق القضائية في الاصطلاح :

وردت عدة تعاريف للسوابق القضائية بالنظر إلى الدور الذي تؤديه في النظام القانوني فعرفت بأنها: (قضية مفصول فيها، أو قرار محكمة يعتبر مثالاً أو مرجعاً لحالة مطابقة أو مماثلة تنشأ عن مسألة قانونية، وتحاول المحاكم أن تفصل في القضايا على أساس المبادئ الراسخة في هذه الحالة)[٢].

وعرفت أيضاً بأنها: (قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر منهجاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة)[٣]، كما عرفت أيضاً بأنها: (القواعد النظامية غير المدونة التي يستنبطها القضاء من روح الأنظمة ومبادئ العدالة، والعرف عندما لم توجد قواعد نظامية أو عرفية تحكم المنازعة)[٤].

تقوم نظرية السوابق القضائية على قاعدة تقييد أو استرشاد المحكمة الدنيا بقضاء المحكمة الأعلى درجة في حسم المنازعات القضائي أو التقييد بالمبادئ التي أرستها سواء في طلب موضوع النزاع، أو ما تطرقت إليه بصفة عارضة[٥].

ويتضح من التعريفات المتقدمة أن السوابق القضائية تؤدي في النظام القانوني عدة وظائف أهمها:

١- سد النقص والقصور عن طريق إنشاء مبادئ قانونية عند عدم وجود نص قانوني أو عرف على المسألة أو المركز القانوني المطروح أمام القضاء، لأن القاضي لا يستطيع أن يمتنع عن الحكم في النزاع بسبب عدم وجود قانوني أو عرف.

٢- تمثل نموذجاً تطبيقاً لمعنى العدالة بالنسبة للقضايا المماثلة التي تليها وتتعلق بوقائع قريبة الشبه بوقائع دعوى سبق الفصل فيها.

---

(١) سورة فصلت، الآية ١٢.

(٢) معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري، عبد الفتاح مراد، ص٣٣٢.

(٣) معجم المصطلحات القانونية، عبد الواحد كرم، ص٢٦٣.

(٤) حجية السوابق القضائية، عبد العزيز سعد الدعيثر، ص١٨٧.

(٥) ينظر في ذلك إلي شرح قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، محمد الشيخ عمر، (٣٦/١).

٣- تعتبر السوابق القضائية معيناً لتفسير النصوص القانونية عند غموضها أو تعارضها بهدف إزالة اللبس والغموض من النصوص القانونية المجملة أو المبهمة كما تزيل التعارض عن النصوص القانونية عن طريق تقيدها أو تخصيصها أو معرفة الناسخ والمنسوخ منها.

٤- تؤدي السوابق القضائية دور المرجح بين النصوص القانونية المتشابهة أو المتعارضة التي تختص بتنظيم مركز قانوني أو مسألة قانونية.

المطلب الثالث : فوائد وعيوب العمل بالسوابق القضائية :

للسوابق القضائية عدة فوائد ومزايا كما أن لها عدة عيوب ومثالب أحاول في هذا المطالب تناولها على النحو التالي:

أولاً : مزايا الأخذ بنظام السوابق القضائية :

١- تطبيق مبادئ قانونية موحدة أو متقاربة من شأنها أن يؤدي إلى استقرار الأحكام القضائية وبث الطمأنينة لدى أفراد المجتمع.

٢- تحقيق المساواة بين الخصوم عن طريق توحيد المعاملة بين المتقاضين الذي يبعد عن الحاكم شبهة التحييز وعدم الحياد[١].

٣- تسهيل حل المنازعات المتماثلة أو المتشابهة في المستقبل مما يوفر لجهد والوقت على المحاكم والمتقاضين.

٤- خلق عرف قضائي موحد عام ومضطرد ومتناسق مع النظام القانوني في الدولة الأمر الذي سيؤدي إلى توحيد المبادئ والأسس التي يقوم عليها النظام القضائي وينتهي الحال إلى تجانس النظام واتساقه وجعله أكثر فعالية في حسم المنازعات مستقبلاً[٢].

٥- وضع نموذج تطبيقي وتجسيدي لمعنى العدالة خاصة عند خلق قواعد قانونية في حالة غياب النص مستخلصة من روح النصوص القانونية والمبادئ التي تقوم عليها[٣].

٦- تفسير وتوضيح النصوص التشريعية وإزالة اللبس والغموض مما يؤدي عدم توسيع الإجتهادات وإزالتها عند محاولة البحث عن مكنوناتها.

---

(١) السوابق القضائية الأساس والمفهوم، جمعة المرزوق محمد عبد الله بحث منشور على الشبكة العنكبوتية على موقع الألوكة وموقع طلا ب كلية الحقوق جامعة الزقايق.

(٢) حجية السوابق القضائية، مرجع سابق، ص١٨٢.

(٣) يراجع في ذلك نص المادة ١/٦ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م.

٧- وجود تسلسل بين المحاكم حيث تحرص المحاكم الدنيا على العمل بالاجتهاد الصادر من المحاكم العليا باعتبار أنها تمثل حكمة جيل سابق من القضاة ذوي الخبرة والكفاءة يقتضي النظر إليه بعين الاحترام ويتعين التمسك به[١].

ثانياً: عيوب الأخذ بنظام السوابق القضائية:

١. إن الأخذ بالسوابق القضائية يؤدي إلى التقليد والجمود الذي سيصيب النظام القضائي جراء عدم الاجتهاد والتقييد السوابق القضائية والتمسك بها باعتبارها صادرة من قمة الجهاز القضائي في دولة ما مما يترتب عليه في نهاية الأمر غلق باب الاجتهاد وشيوع التقليد والتبعية العمياء لأحكام المحاكم العليا خشية رد الحكم.
٢. إن فكرة العدالة فكرة متغيرة تختلف من حالة عن حالة أخرى فما يكون عدالة بالنظر إلى وقائع معينة، قد لا يكون عدالة بالنسبة لوقائع أخرى وأن كانت مشابهة أو شديدة الشبه بالوقائع الأولى.
٣. سرعة التطور والتغيير في بعض المعاملات يضعف من قابلية على التصدي لها.
٤. إن الاعتماد على نظام السوابق القضائية يجعل القضاة يقومون بمهمة التشريع إضافة لمهمة القضاء وهو ما يتعارض مع النظام الدستوري السائد في معظم الدول والذي يقوم على فصل السلطات وعدم تغول سلطة على اختصاص السلطات الأخرى وهو ما يعرف بمبدأ الفصل بين السلطات.

المبحث الثاني

التمييز بين السوابق القضائية وبعض الأنظمة المشابهة له

يتناول هذا المطلب التمييز بين السوابق القضائية والمبادئ القضائية والأعراف القضائية وما جرى على العمل في النظام القضائي في ثلاث مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: التمييز بين السوابق القضائية والمبادئ القانونية:

تعرف المبادئ القانونية بأنها تلك الأصول الجامعة والقواعد الكلية المقررة، والتي جاءت في مجال التقاضي[٢]، كما عرفت أيضاً بأنها مبادئ آمرة ومجردة يستنبطها

(١) السوابق القضائية الأساس والمفهوم، مرجع سابق.

(٢) السوابق القضائية دراسة نظرية وتطبيقية، شيخين محمد العبدلي، ص٣٩١.

القضاء أو يستقرئها من النظام القانوني السائدة في دولة ما وتقبل الانطباق على حالات غير محددة من الوقائع والأشخاص[١].

ويظهر التقارب واضحاً بين السوابق القضائية والمبادئ القانونية لأن الأولى تتولد من الأخيرة، فالمبادئ القانونية هي ثمرة الاجتهاد القضائي إضافة إلى أن المبادئ القانونية والسوابق القضائية تنشأ من مصدر واحد هو القضاء، إلا أنه ثمة فروقات عديدة بينهما تظهر في الجوانب التالية.

أولاً: السوابق القضائية ذات آثر جزئي من حيث الانطباق على الوقائع وعلى الأشخاص فالأحكام القضائية غير ملزمة إلا للخصوم في الدعوى ولا تكون ملزمة للكافة، لذا فأنها تكتسب الحجية في مواجهة طرفي الدعوى وخلفائهم[٢]، بينما المبادئ القضائية تتميز بالعمومية والتجريد والانطباق على وقائع وأشخاص غير محددة وليس لها حجية عند الانطباق على دعوى محددة.

ثانياً: أن المبادئ القانونية تعتبر قواعد قانونية لها قوة التشريع في حالة غياب النص التشريعي أو العرف، بينما لا تنشئ السوابق القضائية قواعد ومبادئ لها قوة القاعدة القانونية في العديد من الأنظمة القانونية ما لم تستقر وتتوافر وتتواتر إذن فالمبادئ القانونية ملزمة بذاتها على خلاف السوابق القضائية والتي لا تكون ملزمة بذاتها.

ثالثاً: المبادئ القانونية تصدر من أعلى جهة قضائية في الدولة، بينما تصدر السوابق القضائية من جميع محاكم الدولة.

رابعاً: لا يجوز للمحاكم مخالفة المبادئ القانونية التي جرى العمل بها من جميع المحاكم، بينما يجوز للمحكمة نفسها التي أصدرت السابقة القضائية أن تدير ظهرها لها وتخالفها أو من قبل محاكم أعلى درجة منها.

---

(١) النظرية العامة للقانون، سمير السيد تناغو، ص٢٤٦.

(٢) المادة ٥١ من قانون الإثبات ١٩٩٣م: (تعتبر الأحكام النهائية حجة قاطعة على الخصوم فيما فصلت فيه ولا يجوز تقديم دليل ينقض تلك الحجية)، وكذلك المادة ٢٩ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م: (لا يجوز لأية محكمة أن تنظر في أي أمر كان موضوع خلاف جوهري ومباشر في دعوى سالفة بين نفس الأطراف أو من يدعون نفس الحق عن طريقهم أمام أية محكمة مختصة في السودان أو منشأة بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر إذا كانت تلك المحكمة قد سمعت الدعوى السالفة وفصلت فيها نهائياً.

(٢) أي طلب من الطلبات الواردة في عريضة أو دفع في الدعوى السالفة تعتبر موضع خلاف جوهري ومباشر فيها

(٣) أي طلب من الطلبات الواردة في عريضة الدعوى لم يحكم به صراحة يعتبر لأغراض هذه المادة أنه قد رفض).

خامساً: يمكن أن تتولد المبادئ القانونية من عدة مصادر كالدستور أو القواعد القانونية أو السوابق القضائية نفسها، بينما لا تتولد السوابق القضائية إلا من القضاء عن نظر المنازعات القضائية.

المطلب الثاني: التمييز بين السوابق القضائية والأعراف القضائية:

يمكن تعريف العرف القضائي عن طريق تعريف العرف وربطه بالعمل القضائي فالعرف القضائي هو أطراد القضاء على تطبيق مبادئ قانونية على مسائلة معينة أو مراكز محددة على نحو مضطرد مصحوباً بالاعتقاد بإلزامية تطبيق تلك المبادئ[١]، أما السوابق القضائية مما تقدم معنا أنها قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبرها المحاكم التي في درجتها أو أدنى منها مرجعاً لها في الفصل في القضايا المماثلة مستقبلاً.

والعرف القضائي على ركنين كما يقوم العرف العملي أو القولي هما ركن مادي يتكون من عناصر الاضطراد والقدم والعمومية وعدم مخالفة النظام العام والآداب، وركن معنوي. فالركن المعنوي يتعلق بالقول والسلوك في ذاته أما الركن المعنوي فهو ترسخ الشعور بالإلزامية السلوك أو القول الذي تواتر القضاء على تطبيقه[٢].

الأمر الأول: أول ما يقال في التمييز بين العرف القضائي والسابقة القضائية أن العرف القضائي عام ينطبق على جميع المتقاضين وعلى جميع المسائل والمراكز القانونية لأن العرف بطبيعته يتطلب العموم، أما السوابق القضائية كما تقدم معنا تتميز بالخصوص وتتقيد بالوقائع التي فصلت فيها المحكمة ولا تنصرف لغيرها من الأشخاص والوقائع[٣].

الأمر الثاني: العرف قديم مضطرد بينما السوابق القضائية لا تتميز بالقدم والاضطراد فستغير الاجتهاد في السوابق طالما أصبح الاجتهاد في السابقة غير ملائم فالاجتهاد فيها متطور بتطور المجتمع متغير من دعوى لأخرى حسب تغير الخصوم والوقائع والظروف.

الأمر الثالث: للعرف قوة قانونية تعاد قوة التشريع فالعرف مصدر من مصادر القاعدة القانونية يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع عند غياب النص، بينما لا تتمتع السوابق القانونية بالقوة القانونية باعتبارها مسائل اجتهادية عرضة للتبديل والتغيير.

---

(١) ينظر في ذلك إلى مبادئ القانون، عبد المنعم البدراوي، ص٢٠٦.

(٢) ينظر في ذلك إلى مبادئ القانون، عباس الصراف وجورج حيزبون، ص٦٤.

(٣) يراجع في ذلك نص المادة ٥١ من قانون الإثبات ١٩٩٤ م.

الأمر الرابع: العرف القضائي يخلق اعتقاداً عند المحاكم الشعور بإلزامية أتباعه وعدم مخالفته بينما لا نجد عنصر الإلزام في السوابق القضائية إلا في الأنظمة الإنجلوسكسونية (common law)، وان كانت المحاكم في الأنظمة الأخرى الأدنى درجة تحرص على عدم مخالفة الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأعلى منها درجة حتى لا تتعرض أحكامها للنقض والإلغاء إلا أن كل ذلك لا يصل إلى درجة الاعتقاد بإلزامية أتباع هذه الأحكام والسوابق الصادرة من قمة النظام القضائي في دولة ما.

الأمر الخامس: أن العرف القضائي يمكن أن يصدر من جميع المحاكم إذا ما تواترت على تطبيق سلوك معينة مدة من الزمان مع الشعور بإلزامية عدم مخالفته، بينما السوابق القضائية لا تنشأ ولا تصدر إلا من المحاكم الأعلى في النظام القانوني لدولة ما.

المطلب الثالث :التمييز بين السوابق القضائية وما جرى العمل به :

يقصد بما جري العمل به الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الرأي الراجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة أو غير ذلك[١]، ويعرف أيضا بأنه العدول عن القول الراجح أو المشهور إلى قول ضعيف أو مرجوح رعياً لمصلحة مجتلبة أو دفعاً لمفسدة[٢].

ويظهر الاتفاق بين السوابق القضائية وما جرى العمل به في أن كليهما ضرب من ضروب الاجتهاد مما حدا بالبعض للقول بأن السوابق القضائية والعمل بها هي نوع من أنواع ما جرى العمل به ولكنه عمل خاص في إطار القضاء، ويشترط لاعتبار ما جرى العمل به عدة شروط هي[٣]:

١. أن يكون جريان العمل على قواعد الشرع.
٢. معرفة جريان العمل والمتصور أن يكون جريان العمل مبنياً على جلب المصلحة أو درء المفسدة أو مراعاة ضرورة.
٣. ثبوت جريان العمل.
٤. معرفة زمان جريان العمل فلكل زمان أهله وأعرافه ونوازله وكذلك المكان الذي يجري فيه العمل لمراعاة ظروفه وأحواله.

---

(١) ينظر في ذلك إلى نظرية الأخذ بما ما جري به العمل، قطب بسيوني، ص١١٤.

(٢) ينظر في ذلك إلى العرف والعمل به عند المذهب المالكي، عمر الجيد، ص٣٤٢.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٣.

أن يكون العمل صادر من الأئمة المقتدى بهم أختلف فقهاء المالكية في ثبوت العمل من الأئمة المقتدى به إلى أربعة أقول:

القول الأول: جريان العمل بقول عالم وأحد موثوق به[١].

القول الثاني: أن العمل لا يثبت إلا بقول ثلاثة علماء[٢].

القول الثالث: أن العمل يثبت بشهادة العدول ونص عالم موثوق[٣]

معرفة موجب العدول عن المشهور كالمصلحة المرجأة أو المفسدة المتقاة لأنه إذا زال الموجب عاد الحكم لأصله.

ويظهر الاختلاف بين ما جرى العمل به والسوابق القضائية من عدة وجوه أهمها:

١. ضرورة معرفة مستند من أفتى بما جرى العمل به بينما لا يشترط ذلك في السوابق القضائية.
٢. أن يكون ما جرى العمل به جارياً على أصول الشريعة ومقاصدها بينما يشترط في السوابق القضائية مع نصوص القانون ومبادئه العامة التي يقوم عليها[٤].
٣. ما جري العمل به أعم من السوابق القضائية فما جرى به العمل ينطبق في مجال العبادات والمعاملات ومسائل أخرى لا تندرج تحت العبادات ولا المعاملات كزخرفة المساجد وغيرها من المسائل.

المبحث الثالث

مكانة السوابق القضائية في المدارس القانونية والنظام القانوني السوداني

يتناول هذا المطلب السوابق القضائية في النظام الإسلامي ومن ثم في النظام الإنجلوسكسوني (common law) في النظام اللاتيني وأختمُ هذا المبحث ببيان مدى حجية السوابق القضائية في النظام القانوني السوداني حسب أسبقيتها في الظهور في أربعة مطالب على النحو التالي:

---

(١) ينظر في ذلك إلي نور البصر، أبو العباس الهلالي، ص١٣٤

(٢) ينظر في ذلك إلي حاشية المهدي الوزاني على التحفة، المهدي الوزاني الحسن العمراني، ص(٢٤١/١).

(٣) ينظر في ذلك إلى العذب السليل في حل الفاظ خليل، مولاي عبد الحفيظ، ص٦٠.

(٤) ينظر في ذلك حجية السوابق القضائية، مرجع سابق، ص١١٤.

المطلب الأول : مكانة السوابق القضائية في المدرسة الإسلامية :

تعتبر السوابق القضائية في الشريعة الإسلامية ضرباً من ضروب الاجتهاد في فهم النصوص وتفسيرها بقصد تطبيقها على الوقائع المسائل المعروضة عليها، كما تهدف إلى إيجاد أحكام تحكم الوقائع المعروضة في حالة عدم وضوح الحكم الشرعي بما يوافق أحكام الشريعة ومبادئها وروحها العامة وفقاً لما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة وبما يتوخى مقاصدها، عن طريق إعمال قواعد الاجتهاد من قياس واستحسان ومصلحة مرحلة وغيرها من القواعد.

وعلى الرغم من أن الاجتهاد يهدف في الأساس إلى تحصيل الأحكام الشرعية إلا أنه يمكن اعتباره الأحكام القضائية (السوابق القضائية) ضرباً من ضروبه بجامع الهدف في تحصيل الأحكام الشرعية خلا أن السوابق القضائية تمثل اجتهاداً في تحصيل الأحكام القانونية.

وعلى الرغم أيضاً من التمايز الواضح بينهما فالاجتهاد في الشريعة الإسلامية يرتبط بالمجتهد نفسه والذي يجب أن تتوافر فيه أهلية الاجتهاد فلا يستطيع القاضي القيام به ما لم تتوافر فيه شروط المجتهد[1] كما أن الاجتهاد يكون داخل نطاق الشريعة الإسلامية ومقيداً بألا يخالف أسسها ومبادئها وكلياتها ومقاصدها في استخلاص الأحكام الشرعية، بينما أما الأحكام القضائية(السوابق القضائية) والذي لا تتطلب للاستنباط أو الاستقراء من نصوص القانون شروط الاجتهاد التي يجب أن تتوافر في المجتهد، فيستطيع أي شخص تلقى علوم القانون وتمرس العمل فيه أن يصل لتلك المبادئ[2].

القاعدة العامة في الاجتهاد في الشريعة الإسلامية أن الاجتهاد متى ما تم مستوفياً لشروطه وأركانه فإنه لا ينقض الاجتهادات السابقة المستوفية لشروطها وأن عمل به وتم تنزيله على الواقع، فيبقي الحكم الذي صدر عن اجتهاد سابق صحيحا نافذا منتجاً

(١) ينظر في ذلك إلى الاجتهاد من كتاب التلخيص لإمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، ص٢٦٦.

(٢) ينظر في ذلك إلى بحث بعنوان قواعد العدالة والوجدان السليم في قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، سامي عبد الحميد، ص٢٣.

لجميع آثاره الشرعية ولا يضره تغير الاجتهاد في الأحوال لأخرى وأن كان مشابهة أو مماثلة له فلا ينقُضه ولا يبطله[١].

قال الإمام الأسيوطي في الأشباه والنظائر: (أن معني قولهم أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد في الماضي، ولكنه يتغير في المستقبل لانتفاء الترجيح...)[٢]، وهذه القاعدة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والعقل[٣].

وقال أبن القيم في معرض شرحه لرسالة أمير المؤمنين عمر الخطاب لواليه أبو موسي الأشعري:((..**ولا يمنعنَّك قضاءٌ قضيتَه بالأمس فراجعتَ فيه نفسَك وهُديت فيه لرُشْدك أن تَرجِعَ عنه إلى الحقِّ فإنَّ الحق قديمٌ ومراجعةُ الحق خيرٌ من التَّمادي في الباطل**)[٤] يريد أنك إذا أجتهد في حكومة ثم وقعت لك مرة أخرى فلا يمنعك الاجتهاد الأول من إعادته، فإن الاجتهاد يتغير ولا يكون الأول مانعا من العمل بالثاني إذا ظهر أنه الحق، فالحق أول بالإيثار لأنه قديم وسابق على ما سواه ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأول الذي وقع على خلافه بل الرجوع إليه أولى من التمادي في الاجتهاد الباطل...)[٥]

والاجتهاد في الشريعة الإسلامية لا يلزم المجتهد نفسه فضلاً عن غيره من المجتهدين، فيجوز للمجتهد أن يعدل عن اجتهاده إذا ظهر له ما يستوجب العدول عن الاجتهاد الأول وتغييره إلى اجتهاد آخر بعد أن تم موافقا لأركانه وشرائطه لا ينقضه الاجتهاد اللاحق إلا في بعض الأحوال وهي:

١. إذا خالف الاجتهاد نصاً قطعي الثبوت قطعي الدلالة من نصوص القرآن الكريم، أما النصوص ظنية الدلالة فهي محل للاجتهاد وليس محلاً لنقضه[٦].

---

(١) ينظر في ذلك إلى الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، صالح سليمان محمد اليوسف، ص٢٢.

(٢) الأشباه والنظائر، السوطي، ص١٠٣.

(٣) يراجع في ذلك الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، مرجع سابق، ص٢٤- ٣٧.

(٤) أخرجه الدار قطني في كتاب الأقضية والأحكام(٣٦٩/٥) بالرقم (٤٤٧٢)، من طريق عبيد الله بن أبي حميد عن أبي المليح الهذلي وأخرجه أيضا البيهقي في كتاب أدب القاضيمن طريق سفيان بن أبي عيينة، (١٩٧/١٠)، بالرقم ٢٠٣٤٧ وقال عنه مرسل وقد تلقته الأمة بالقبوبول لكثرة طرق سنده.

(٥) إعلام الموقعين عن رب العالمين، أبن قيم الجوزية، ص (٨٦/١).

(٦) ينظر في ذلك إلى المستصفي، الغزالي، ص(٣٨٢/٢)، وكذلك ينظر إلى البرهان، عبد الملك الجويني، ص(١٣٢٨/٢)، وإلى الإحكام، الآمدي، ص(٢٠٣/٤).

٢. إذا خالف الاجتهاد سنة متواترة لأن السنة المتواترة تفيد العلم القطعي[١] أما السنة المشهور فقد أُختلف في نقض الاجتهاد المبني عليها باجتهاد سائغ ومثله خبر الواحد بحسب إفادتها لعلم القطعي[٢].

٣. إذا خالف الاجتهاد إجماعا قطعياً[٣].

٤. إذا خالف الاجتهاد قياساً جلياً[٤].

٥. إذا خالف الاجتهاد قاعدة فقهية قطعية الثبوت والدلالة[٥].

أما إذا لم يخالف الاجتهاد نصاً قطعي الثبوت قطعي الدلالة فلا يجوز الرجوع إليه ونقضه إلا في حالتان هما:

١. إذا قامت بينة لم تكن موجودة أو معلومة وقت الاجتهاد الأول فيتغير الاجتهاد وينقض لان بينات جديدة قد ظهرت ما كان الاجتهاد سيأتي بهذا الحكم لو علمت[٦].

٢. إذا ظهر للمجتهد أن الاجتهاد الأول انبنى على ظلم فاحش أو غلط واضح[٧].

وعليه فإن الحكم القضائي لا يكون ملزماً ولا تكون له حجية في الشريعة الإسلامية للمجتهد نفسه ولا يجوز السير عليه والاسترشاد به حتى وأن لم يخالف قطعياً أفاد علماً قطعياً لأنه غير ملزم للمجتهد وغيه من المجتهدين.

وقد فُهم من بعض الأقوال أن السوابق القضائية ملزمة في الشريعة الإسلامية قياساً على قاعدة ما جرى العمل به عند جمهور فقهاء المالكية[٨].

وفي اعتقادي أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي وتقرير إلزامية السوابق القضائية في الشريعة الإسلامية بناء على القاعدة المتقدمة لسببين:

---

(١) ينظر في ذلك إلى المستصفى، مرجع سابق، ص(١٣٣/١)، وكذلك ينظر وإلى الأحكام، الآمدي، ص (١٨/٢-١٩).

(٢) ينظر في ذلك إلى المستصفى، مرجع سابق، ص(٣٨٣/٢)، وكذلك ينظر إلى روضة الطالبين، النووي، ص(١٥٠/١١)، وإلى الإحكام، الآمدي، ص(٣٣/٢) وكذلك المغني، الخبازي، ص١٩٣..

(٣) ينظر في ذلك إلي حاشية الشرح الكبير، للدردير، ص(٣٨٥/٢٨)، وكذلك ينظر إلى وكذلك ينظر إلى روضة الطالبين، مرجع سابق، ص (١٥٠/١١).

(٤) ينظر في ذلك إلى المستصفى، مرجع سابق، ص(٣٨٢/٢)، وكذلك ينظر إلى الأحكام، مرجع سابق، ص(٣/٤).

(٥) ينظر في ذلك إلي شرح تنقيح الفصول، القرافي، ص٤٤١، وكذلك ينظر القواعد الفقهية، المقري، ص(٣٧٢/٢).

(٦) ينظر في ذلك إلى الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، مرجع سابق، ص١٦٦.

(٧) ينظر في ذلك إلى المغني، أبن قدامة، (٢٨٣/١٤)، وكذلك الأشباه والنظائر مرجع سابق، ص١٠٤.

(٨) ينظر في ذلك إلى حجية السوابق القضائية، مرجع سابق، ص١٨٨.

الأول: أن هذا الأصل ليس متفقاً عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية ولم يجرى أجماع عليه.

الثاني: يشترط فيما جرى العمل به أن يكون مطرداً سار عليه أكثر من عالم، على خلاف السوابق القضائية التي لا يشترط فيها ذلك الاطراد فيكفي أن تصدر من محكمة واحدة وتقرها المحاكم الأعلى درجة ما لم تصدر عنها هي ذاتها[١].

الثالث: أن ما جرى عليه العمل عند المالكية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتغير المصلحة المرعية أو بتغير العرف، أم السوابق القضائية عند من يرى الزاميتها لا تلغي ويستمر العمل والتقييد بها ما لم تلغى من الجهة التي أصدرتها أو من جهة قضائية أعلى درجة منها حتى وأن تغير العرف أو المصلحة المرعية.

المطلب الثاني : مكانة السوابق القضائية في المدرسة الإنجلوسكسونية :

تقوم المدرسة الإنجلوسكسونية المطبقة في كل من بريطانيا ومستعمراتها السابقة كالولايات المتحدة وأستراليا وجنوب إفريقيا والعراق والسودان سابقاً[٢] [٣]، على فكرة جوهرية هي أن الهدف الأساس الذي ينبغي الوصول إليه هو العدالة، وهذه العدالة متغيرة من حالة إلى أخرى باختلاف البيئة التي تنشأ فيها، فالعدالة تنشأ في بيئة سياسية اجتماعية واقتصادية واجتماعية وجغرافية متغيرة، إلا أنها لا تظل ثابتة بل تنمو وتتطور ذاتياً بتطور البيئة حتى تنغرس في ضمير الجماعة[٤].

وتعبر الجماعة عن العدالة بالسلوك والأقوال التي انغرست في ضميرها بما يطلق عليه بالعرف، لذا لا نجد دورا كبيراً للتشريع في الأنظمة التي تنتهج نهج هذه المدرسة، بسبب أنها ترى أن التشريع يعجز عن مسايرة التطور المستمر والمتسارع لفكرة العدالة

---

(١) يراجع في ذلك صفحة (١٤- ١٥) من هذا البحث.

(٢) ينظر في ذلك إلى المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، آلن فارنسويت، ص٢٦٨.

(٣) كان النظام القانوني السوداني ينتهج هذه المدرسة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية١٩٨٣م وقانون أصول الأحكام القضائية إذا كان السودان أحد المستعمرات البريطانية وقد عبرت قضية محمد نصر عبد الله ضد إبراهيم عبد الله الجاري، مجلة الأحكام القضائية١٩٦٩م،ص١١٦، وقد جاء فيها: (وحيث أن وظيفة المحكمة هي أعمال العدالة، وحيث أن احترام توقعات المتقاضين يعتبر من جوهر العدالة إذ يفترض الأفراد عند دخوله في معاملات فإنهم يتوقون تطبيق نظام قانوني ثابت على معاملاتهم، وحيث أنه جري العمل في هذا القطر هو تحقيق آمال الأطراف عن طريق عدم الإحادة عن القرارات القضائية والتمسك بها باعتبارها ذات جذور متأصلة في نظامنا القانوني، وحيث أن عدم مراعاة تلك السوابق لا تخيب آمال أولئك الأطراف فحسب وإنما تتسبب في خلق حالة من عدم الاستقرار القانوني...).

(٤) ينظر في ذلك إلى المدخل إلى القانون في خدمة من؟، جاثان براون، ص٢٦- ٢٧.

كما أنه يعجز عن التعبير عنها، لذا لا نجد اهتماما كبيراً لدى هذه المدرسة بإصدار التشريعات المختلفة التي تنظم جوانب الحياة السياسية الاجتماعية والاقتصادية، والاكتفاء بالأعراف والعادات السائدة في المجتمع باعتبارها التعبير الحقيقي والتجسيد الحرفي لمعني العدالة.

لذا نجد أن هذا الأنظمة تنفر من الشكلية التي تعوق الوصول للغاية، وتميل إلى الأعراف على حساب النصوص وتستمد الأحكام والقواعد من السوابق القضائية الصادر من المحاكم العليا باعتبار أن هذه الأحكام تفصح عن ضمير الجماعة في تحقيق العدل، وتؤمن بالحلول الفردية للمشكلات الفردية[١].

فتعتبر الأحكام الصادر من المحكمة العليا التي هي أعلى جهة قضائية في هذه المدرسة المفصح والمعبر عن إرادة المجتمع التي آرتاي القضاء تطبيقها باعتباره التعبير الحقيقي لما وصلت وتطورت إليه فكرة العدالة في المجتمع كما أنها تعبر عن العرف الذي استقرت عليه القضاء.

لذا فإننا نجد بعض الأنظمة والأفكار التي تفصح عن ذلك كنظام المحلفين واللذين هم فئات مختارة من أفراد المجتمع تعبر عن أفكار المجتمع في معنى العدالة، وكذلك نجد معيار الرجل العادي من نفس البيئة، والاعتماد على معيار الواجدان السليم أو القانون الطبيعي، معالجة النقص والقصور وسدها في التشريعات بفكرة العدالة وإعطاء الحق للمحاكم في تأسيس الأحكام عليها[٢].

وقد قامت المدرسة الإنجلوسكسونية على أفكار مدرسة القانون الطبيعي والتي ترى أن هنالك قانوناً كامنا في الكون(الطبيعة) ينبغي للإنسان الوصول إليه بالنظر لطبيعة واستقرائها منها.

كما أنهم أيضاً قد اختلفوا حول كيفية الوصول إلى هذا القواعد فأصحاب الاتجاه الأول: يرون أن الوصول إلى هذه القواعد يكون عن طريق العقل من خلال التفكر والتأمل في الطبيعة وسننها واستخلاص المبادئ القانونية منها[٣]، بينما يرى أصحاب الاتجاه الثاني: أن قواعد القانون الطبيعي يمكن استقرائها من الطبيعة البشرية فالطبيعة

---

(١) ينظر في ذلك إلى فلسفة القانون، جرافليد باريل، ص١٩٣.

(٢) ينظر في ذلك إلى فلسفة القانون، فايز محمد حسين، ص ٢٠. دار المطبوعات، ط١، ٢٠٠٧.

(٣) ينظر في ذلك إلى فلسفة القانون الطبيعي، روبرت اليكسي، ص٨٤.

البشرية تعبر عن نفسها وما دور القاضي سوى استقرائها والكشف عنها من خلال الطبيعة البشرية المشتركة بين جميع البشر[١].

القانون الطبيعي لا يضع قواعد قانونية، وإنما يضع مبادئ عامة يمكن استلهامها وتطبيقها على المشكلات القانونية التي لا يوجد نص تشريعي أو عرف حيالها، فهذه المبادئ تصلح لتطبيق نفس الحكم على المنازعات المتماثلة ومن أمثلة هذه المبادئ مثل ضمان الفرد وحريته، وحرمة المال، واحترام التعهدات، وتعويض الضرر[٢].

وقد انحازت المدرسة الإنجلوسكسونية للاتجاه الثاني الذي يرى أن العدالة يتم استقرائها من طبيعة النفس البشرية. وأن الأحكام الصادرة من المحاكم تعتبر التجسيد العملي لفكرة العدالة الطبيعة التي يتم استقرائها في مجتمع معين بالنظر لطبيعته.

لذا فإن السابقة القضائية الصادرة من المحاكم والتي تلقتها المحاكم العليا هي التعبير الحقيقي لمعني العدالة يجب على المحاكم الأدنى درجة الالتزام بها وعدم مخالفتها ما لم تقم المحاكم الأعلى درجة بمخالفتها أو الحياد عنها[٣]، لذا فإننا نجد أن مجلس اللوردات باعتباره أعلى جهة قضائية في النظام الإنجلوسكسوني لا يقتصر دوره على مراقبة تطبيق القانون فحسب بل إنشاء أحكام جديدة بالنظر إلى الوقائع وفحصها، وفي عام ١٩٧٦م أعطيت الصلاحية لمجلس اللوردات في تغيير الأحكام ونسخها في القضايا اللاحقة لتصبح الأحكام الجديدة هي السوابق المعتمدة[٤].

وقد انبنى على ذلك أن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية لا تلزم أي جهة ولا تعتبر سوابقاً قضائيةً يجب السير على نهجها، كما أن المحاكم الصادرة من محاكم الاستئناف لا تلزم إلا محاكم الاستئناف التي في درجة المحكمة التي أصدرت الحكم ولا تلزم مجلس اللوردات، بينما تلزم الأحكام الصادرة من المجلس باعتباره الجهة القضائية الأعلى في النظام الإنجلوسكسوني جميع المحاكم الأدنى منه بما فيها محكمة الاستئناف[٥].

---

(١) ينظر في ذلك إلى نظرية القانون، عبد الفتاح عبد الباقي، ص٥٧.

(٢) ينظر في ذلك إلى الحق الطبيعي وقوانينه، محمد عبد الرحمن بن عقيل، ص٨٦.

(٣) ينظر في ذلك إلى حجية السوابق القضائية، مرجع سابق، ص٨٦.

(٤) ينظر في ذلك إلى مقدمة في دراسة علم الأنظمة، مرجع سابق، ص١٩٧.

(٥) ينظر في ذلك إلى السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، روبرت كروس، ص١٦.

يقول الأستاذ محمد الشيخ عمر[١]: (إن مفاد نظرية السوابق القضائية يتلخص في وجوب تقيد المحاكم الأدنى درجة بقضاء المحاكم الأعلى درجة في حسم المنازعات المتماثلة مع ضرورة الحرص على التمييز بين القرارات الصادر في صلب الموضوع **ratiodecidendie** وبين تلك القرارات التي تصدر بصورة عرضية **obiterdicta** والتقييد بالأولى بصفة ملزمة والاستئناس بالأخيرة دون إلزام بالتقييد بها، إضافة إلى سلطة المحاكم الدنيا في التمييز بين القرارات الصادرة من ذات المحكمة التي تعلوها درجة...)[٢].

لذا يمكن القول إن السوابق القضائية تقوم فلسفتها على ما يسمى بقانون القضايا والذي يعتمد في أساسه على وضع قواعد يضعها القضاة خلال نظره للنزاعات القضائية بين أفراد المجتمع، يتعين على القضاة في النظام الذي يتقيد بالمدرسة الإنجلوسكسونية أن يضعوا في اعتبارهم هذه الأحكام ويتقيدوا بها عند الفصل في القضايا اللاحقة[٣].

المطلب الثالث : مكانة السوابق القضائية في المدرسة اللاتينية :

يعتبر التشريع المصدر الرئيسي للقانون في المدرسة اللاتينية التي نشأت في فرنسا أبان حكم نابليون بونابرت وأعتبر شاملاً لكل شيء وباعتبار أن العدالة تتجسد في هذا التشريع الذي تعبر عنه إرادة المشرع، وما إرادة المشرع التي عبر عنها في التشريع إلا صورة العدل في الأرض، وما حكم القاضي عند تطبيق نصوص التشريع إلا انعكاساً أخر لهذه الصورة، لأن هذه الأنظمة قامت وبنت على مبادئ وفلسفة وأسس مدرسة الشرح على المتون والتي تأسست وقامت على تقديس النصوص وعدم الخروج عنها باعتبارها التجسيد الحقيقي لفكرة العدالة التي إرتاها المجتمع وعبر عنها المشرع نيابة عنه بالنصوص القانونية.

فمن ثم لابد من البحث عن نية المشرع ومقصده عند تفسير النصوص والوقوف عليها، فإن تعذر ذلك فإن الأصل التاريخي للتشريع والأعمال التحضيرية له ستهم في الوقوف على نية المشرع، كما أنه يجب على القضاء التمسك بروح التشريع وشروحاته

---

(١) محمد الشيخ عمر أستاذ امتياز بجامعة النيلين معاصر له العديد من الملفات في القانون السوداني كشرح قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م وشرح قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م والمدخل لدراسة القانون وغيرها من المؤلفات.

(٢) ينظر في ذلك إلي شرح قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، محمد الشيخ عمر، ص١٦.

(٣) ينظر في ذلك إلى النظام القضائي في السودان، محمد خليفة حامد، ص٥٢٤.

والقياس عليها في حالة النقص والقصور في التشريع[١]، فعند غياب النص يجب على القضاء البحث عن نية المشرع والالتزام بها وعدم الحياد عنها باعتبارها العدالة التي يجب أن تتحقق في المجتمع ليسود العدل، لذا فإن المحاكم هي الوسيلة والآلية التي تحقق ذلك.

لذا نجد أن المحاكم تجتهد في التمسك بالنصوص القانونية والعمل بمنطوقها ومراعاة منهجها في استنباط الأحكام القياس على أحكامه تحقيقاً لعلله أو تمثيلا لأشباهها أو مضاهاة لمنهجها في نظام الأحكام عند غياب النص أو قصوره، لذا ينحصر دور القضاء في الأنظمة اللاتينية في ثلاث مهام ووظائف محددة هي:

١. الفصل في المنازعات مع الالتزام بحرفية التشريعات باعتبارها تجسد إرادة المشرع الظاهرة في إقامة العدل في المجتمع.
٢. تفسير النصوص القانونية للبحث عن إرادة المشرع الباطنة عند غموض النصوص التشريعية بالرجوع إلى الأصول التاريخية أو المادية والأعمال التحضيرية للتشريع.
٣. البحث عن حلول متوافقة ومتوائمة مع إرادة المشرع عند غياب النصوص التشريعية التي ارتضاها بالنظر إلى منهجه في وضع التشريعات المختلفة التي تنظم جميع جوانب الحياة ومن ثم القياس والبناء عليها.

ولأن المحاكم لا تستطيع الجزم القاطع بأنها قد وافقت إرادة المشرع الحقيقية أو الباطنة أو توافقت مع منهجه، فإن الأحكام التي تصدر عنها ليست سوى محاولة اجتهادية للوصول لتلك الإرادة دون القطع بذلك، لذا فأنه ليس لتلك الأحكام أي إلزامية وأن كانت صادرت من أعلى جهة قضائية في النظام القانوني(محكمة النقض والإبرام)، إلا أنه تلك الأحكام قد تتحول إلى أعراف قضائية متى ما تواتر القضاء على تطبيقها بصورة منتظمة و مضطردة على المنازعات المتماثلة مع شعور المحاكم بأن المبادئ التي أقرتها تلك الأحكام تمثل إرادة المجتمع التي ما يقوم المشرع عادة بالتعبير عنها بنصوص قانونية وبالتالي تستشعر إلزامية تطبيقها وعدم الخروج عليها[٢].

لذا فإننا لا نجد في الأنظمة التي تنتهج نهج المدرسة اللاتينية أي إشارة تعكس رغبتها في منح القضاء صلاحية إنشاء قواعد ومبادئ قانونية ملزمة للمحاكم الأدنى درجة مثل مصطلحات العدالة والأنصاف أو القانون الطبيعي أو الوجدان السليم وغيرها من

(١) ينظر في ذلك إلى مبادئ القانون، محمد علي عرفة، ص١٧٦.

(٢) ينظر في ذلك إلى النظرية العامة القانون، سمير السيد تناغو، ص٢٩٧ وما بعدها.

المصطلحات التي تمنح المحاكم سلطة الاجتهاد في إنشاء قواعد لها قوة التشريعات بل نجد مصطلحات مثل النظام العام[١] والذي يهدف إلى منع المحاكم من الاجتهاد وإنشاء قواعد ومبادئ قانونية جديدة لها قوة التشريعات بل والتصدي لأي محاولة للإفلات من إرادة المشرع الظاهرة أو الباطنة والأخذ بنظام فصل السلطات فصل تاماً فليس للقضاء التدخل في سلطة التشريع ولا حتى من قبل أعلى جهة قضائية في النظام القضائي الذي ينتهج نهجها ، والتي تسمي بمحكمة النقض والإبرام والتي ينحصر دورها في مراقبة سلامة تطبيق القانون وتفسيره وتأويله للتأكد من أن المحاكم الأدنى درجت قد التزمت بإرادة المشرع الباطنة أو الظاهرة مما يقتضي سلبها سلطة فحص الوقائع والنظر فيها حتى لا تنشئ قواعد ومبادئ جدية لها قوة التشريع تعتقد المحاكم الأدنى درجة بالزاميتها وضرورة الإقتداء بها.

على الرغم من أننا نجد في الواقع العملي ندرة مخالفة المحاكم الدنيا للمبادئ التي تضعها أعلى جهة قضائية أو السير على نهج يخالفها ولعل ذلك يرجع إلى سببين هما[٢]:

١. أن مهمة الجهات القضائية العليا في النظام القضائي هو مراقبة المحاكم الأدنى درجة عند تطبيق القانون أو تفسيره أو تأويله، لذا فأنا تحرص على عدم مخالفة المبادئ التي وضعتها المحاكم الأعلى درجة حتى لا تتعرض أحكامها للنقض وردها إليها مرة أخرى[٣].
٢. الهيبة النفسية التي وقرت في نفس المحاكم عند النظر إلى المبادئ التي تصدر من الجهات القضائية العليا باعتباره صدرت من قضاة ذوي خبرة وكفاءة تمرسوا على

---

(١) يقصد بالنظام العام مجموع الأسس والقيم والمبادئ التي يقوم عليها كيان مجتمع ما في وقت ما باعتبارها تمثل كيان الجماعة ومصالحها الأساسية، ينظر في ذلك إلى فكرة النظام العام الآداب العامة في الفقه والقانون، أبو جعفر عمر المنصوري، ص١٨٥.

(٢) ينظر في ذلك إلى حجية السوابق القضائية، مرجع سابق، ص١٧٩.

(٣) المواد ٢١٣- ٢١٤ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣: (إذا قبلت المحكمة الطعن لها أن تقضي:

(أ) بنقض الحكم المطعون فيه

(ب) بتعديل الحكم المطعون فيه

(ج) بإصدار حكم جديد

(د) بإعادة القضية للمحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو لمحكمة الموضوع للفصل فيه من جديد

موافقة منطوق الحكم للقانون٢١٤. (إذا وجدت المحكمة أن منطوق الحكم موافق للقانون بحسب النتيجة قضت برفض الطعن).

العمل القضائي تتسم بقدر كبير من الحنكة والخبرة والحكمة التي يجب احترامها والاستفادة منها بل الالتزام بها.

يحرص القضاة والمحامون والمشتغلون بالعمل القانوني في الأنظمة التي تنتهج نهج المدرسة اللاتينية إلى تدعيم أرائهم بالإشارة للمبادئ التي وضعتها المحاكم العليا لإكسابها قوة في الإقناع، بل وقد جرى العمل على نشرها ليستعان بها في الوقوف على إرادة المشرع الظاهرة أو الباطنة كموسوعة هنري كابيان في الأحكام المدنية، ومجموعة العميد والين في القضاء الإداري، ومجموعة لوبون في القضايا الإدارية والأحكام الصادرة من مجلس الدولة[١].

وفي السودان نجد مجلة الأحكام القضائية الصادرة من المكتب الفني بالهيئة القضائية السودانية كموسوعة شاملة تتضمن مجموعة مختارة من القضايا الصادرة في المسائل المدنية والجنائية والمتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية للمسلمين من المحكمة العليا في السودان إضافة إلى دوريات أخرى كمجلة المحكمة الدستورية التي تصدر منها ومجلة العدل والتي تصدر من المكتب الفني لوزارة العدل السودانية.

خلاصة القول إن الأحكام الصادرة من الجهات القضائية العليا ليس لها أي صفة إلزامية لها في ذاتها، أو للمحاكم الأدنى منها درجة يمكن مجاوزتها والخروج عليها، لأن كله اجتهادات تهدف إلى الوصول لموافقة إرادة المشرع والتي لا يمكن القطع بها ما لم يعبر عنها صراحة فقد تأتي أحكام أكثر دلالة على إرادة المشرع من الأحكام التي سبقتها، ولذا يعتبر القضاء مصدراً مفسرا للقواعد القانونية وليس أصلياً.

المطلب الرابع : مكانة السوابق القضائية في النظام القانوني السوداني :

بالنسبة لمكانة السوابق القضائية وحجيتها في النظام القانوني السوداني السائد ورد نصان قانونياً يعالجان وضع السوابق القضائية جاء النص في سياق قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، والتي جاء فيها: (**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 قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم)[٢]، أما النص الآخر فقد جاء في قانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م التي جاء فيها: (**الاسترشاد**

(١) ينظر في ذلك إلى أصول الأحكام الشرعية، يوسف محمد قاسم، ص١٣١.

(٢) المادة ٦ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م.

بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان فيما لا يتعارض مع الشريعة وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية وما قرروه من قواعد فقهية)[١].

بالنظر إلى النصين المتقدمين نجد أن كل منهما ينص على حكم مختلف عن الآخر فنص المادة ٦ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، في الفرقة الثانية منه يفهم من منطوقه أن المبادئ القانونية المتولدة عن السوابق القضائية ملزمة في حالة غياب النص التشريعي لكن بشرط أن يستقر القضاء السوداني على تطبيق تلك المبادئ، أما نص المادة ٥/٣ يظهر من منطوقه ودلالة عباراته أن حكم السوابق القضائية هو جواز أي إباحة الاسترشاد بها دون إلزام بالتقييد بها في حالة غياب النص التشريعي كذلك[٢].

أضف إلى ذلك أن نص المادة ٥/٣ من قانون أصول الأحكام جاء مطلقاً فلم يقيد السوابق القضائية بتواتر العمل بها، بينما جاء نص المادة السادسة من قانون الإجراءات المدنية١٩٨٣م مقيداً بضرورة تواتر القضاء على تطبيق المبادئ التي أتت بها السوابق القضائية، وقد أجمع العلماء على عدم حمل النص المطلق على النص المقيد متى ما اختلفا حكماً وأن اتحدا سبباً لعدم التعارض بينهما[٣]، فلا يشترط للاسترشاد بالسوابق القضائية أن تستقر المبادئ التي جاءت بها السوابق القضائية، وكذلك لا يكون حكم المبادئ القضائية التي جاءت بها السوابق القضائية واستقر القضاء على تطبيقها والعمل بها عدم الوجوب والجواز في الأخذ بها أو الحياد عنها بل يجب على المحاكم تطبيقها والإلتزام بها حتى وأن لم تكن صادر من أعلى جهة قضائية في الدولة.

الأمر الآخر أن المشرع استخدم عبارة المبادئ التي استقر عليها قضاء السودان ولم يستخدم عبارة السوابق القضائية مما يعني أن لم المشرع لم يشأ أن يعطي للسوابق القضائية أي حجية أو إلزامية أياً كانت الجهة التي أصدرتها وإنما قصد معنى أخر،

---

(١) المادة ٥/٣ من قانون أصول الأحكام ١٩٨٤م.

(٢) المادة ٥/٣ من قانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م والتي جاءت بعنوان: القضاء في حالة عدم وجود نص (على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائية إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة:
(خامسا) الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان فيما لا يتعارض مع الشريعة وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية وما قرروه من قواعد فقهية..).

(٣) ذكر الآمدى وصاحب كتاب العضد وصاحب فواتح الرحموت: (أنه لا خلاف في امتناع حمل المطلق على المقيد في هذه الصورة سواء أكانا مأمورين أم منهيين وسواء أتحد سببهما أم أختلف لعدم المنافاة في الجمع بينهما...) الأحكام للآمدي، مرجع سابق، ص(١٦٢/٢)، وكذلك فواتح الرحموت، عبد العلى محمد بن نظام السهالوي، ص(٣٦١/١)، وروضة الناضرين، مرجع سابق، (١٩٧/٢)، العضد على مختصر تبن الحاجب، عثمان بن أبي بكر جمال الدين، ص (١٥٦/٢).

وأعتقد أن المشرع قصد الإشارة العرف القضائي الذي أستقر لدي محاكم السودان نتيجة تواتر القضاء السوداني على تطبيق مبادئ قانونية بصفة منتظمة ومتواترة مما أكسبها شعوراً بالاحترام والإلزام من قبل المحاكم السودانية بدليل أنه لم يشير إلى الجهة التي أصدرت هذه المبادئ حتى وأن كانت أعلى جهة قضائية في النظام القضائي في الدولة كما أن شرط التواتر والاستقرار من أركان العرف وليس من شروط إلزامية التقييد بالسوابق القضائية.

كما أن من شروط العرف عدم مخالفة القانون والنظام العام الذي ينبني في السودان على الشريعة الإسلامية، لذا جاءت المبادئ التي أستقر عليها قضاء السودان تالية بعد التشريع والشريعة الإسلامية لتتقيد بهما ولا تخالفهما في تفسير الأحكام أو إنشائها ومتقدماً على العرف باعتبار أن ما استقر عليه قضاء السودان يمثل عرفاً خاصاً لفئة معينة من أفراد المجتمع هي القضاء، لذا فإن المبادئ القانونية التي أستقر عليها قضاء السودان يجب ألا تخالف النصوص القطعية في التشريعات أو في الشريعة الإسلامية.

أضيف إلى ذلك أيضاً أنه بصدور قانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م، قد أحدث تحولاً تشريعاً كبيراً في النظام القانوني السوداني فقد أدخل القوانين السودانية تحت مظلة الشريعة الإسلامية[١] والتي تعتبر الأحكام القضائية فيها ضرباً من ضروب الاجتهاد غير الملزم للمجتهد نفسه فضلا عن غيره بحيث لا يقيد المجتهد الذي أصدره في العدول عنه متى ما استحسن غيره وعدم اعتباره متى ما خالف قطعياً ي كتاب أو سنة أو أجماع أو قياس جلي أو قاعدة فقهية قطعية، تكون محلاً للاسترشاد بها.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المشرع السوداني وضع قد أستثني صراحة المسائل المتعلقة بالإجراءات من تطبيق المبادئ التي أستقر عليها قضاء السودان عليها مما يعني أن تلك المبادئ لا تنطبق إلا على المسائل الموضوعية وليس على المسائل الإجرائية فقد جاء النص صراحة على منح المحكمة سلطة الاجتهاد بشأنها دون إلزامها بالتقييد بما قضت به المحاكم التي تعلوها درجة أو تقييدها بما تواتر عليه بقية المحاكم ،فقد جاء النص صريح على أعمال قواعد العدالة بشأنها[٢]، فالمشرع يفتح باب الاجتهاد على مصراعيه أمام المحاكم دون أن يقيدها بقيد سوي بتحقيق العدالة. رغبة منه في فتح الباب أمام

---

(١) ينظر في ذلك إلي شرح قانون الإجراءات المدنية السوداني، محمد العالم آدم أو زيد، ص١٨.

(٢) المادة ٦/١من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م: (إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الإجراءات في المسألة المعروضة تطبق المحكمة من القواعد ما من شأنه تحقيق العدالة..).

إصدار أحكام جدية تؤدي إلى تطور المبادئ القانونية وتطور النظام القضائي وتحول دون جمود مرفق القضاء والحجر على القضاة وفكرهم عن طريق إجبارهم على الحكم بخلاف ما يعتقدوه، وفي إنشاء أحكام جديدة تتوالد عنها مبادئ جديدة في ضوء الغاية التي راعاها المشرع وهي تحقيق العدالة.

فضلاً عن أن إلزام المحاكم بتطبيق مبادئ قانونية وأن استقر العمل على تطبيقها يعد خروجاً صريحاً على ما دلت عليه أحكام الشريعة الإسلامية بشأن الاجتهاد القضائي ومدى إلزام المجتهد في التقيد بها.

عليه أرى حذف عبارة المبادئ التي استقر عليها قضاء السودان والاكتفاء بالعرف من نص المادة ٢/٦ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، ومما يؤيد ذلك أن مذكرة الهيئة القضائية لتأصيل قانون أصول الأحكام القضائية قد اعتبرت أن السوابق القضائية في حكم العرف الخاص أي العرف القضائي مما يستدعى تقديمه على العرف العام بشرط ان لا يخالف الشريعة الإسلامية، وأن الحجية لا تثبت إلا للمبدأ الذي تضمنته السابقة القضائية دون السابقة في حد ذاتها، وبينت أن السابقة القضائية ما هي إلا مصدر يغنى عن المعاناة في الإجتهاد المستقل إبتداء بشرط أن يكون ذلك متوافقاً مع ظروف الحياة الشرعية المعاصرة، وفي أطار الحرية الإجتهادية التي تدعو لمخالفة ذلك الإجتهاد، لأصول إجتهادية رجحت في نظر المجتهد[1]، وفات عليها أن المبدأ القضائي حتى يكون ملزماً فلابد من ثباته وأستقراره وهو ما يطبق على العرف سواء أكان عاماً أو خاصاً(السابقة القضائية كعرف خاص).

الخاتمة:

تحتوي على أهم النتائج والتوصيات :

أولاً: النتائج:

توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

١- لا يشترط للاسترشاد بالسوابق القضائية أن تستقر المبادئ التي جاءت بها السوابق القضائية، وكذلك لا يكون حكم المبادئ القضائية التي جاءت بها السوابق القضائية واستقر القضاء السوداني على تطبيقها

(١) المذكرة التفسيرية لقانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م، ص١٠- ١١.

والعمل بها ملزماً فلا يثبت في حقها حكم الوجوب أو الجواز عند الأخذ بها أو الحياد عنها.

٢- هنالك فروقات عديدة بين السوابق القضائية والمبادئ القضائية والأعراف القضائية من عدة وجوه، فيجب على العاملين في الحقل القضائي الانتباه لذلك وعدم الخلط بينها وبين المبادئ القضائية.

٣- إستخدم المشرع عبارة - المبادئ التي أستقر عليها قضاء السودان- ولم يستخدم عبارة السوابق القضائية مما يعني أن المشرع لم يشأ أن يعطي للسوابق القضائية أي حجية أو إلزامية أياً كانت الجهة التي أصدرتها.

٤- إن الأحكام القضائية تعد ضرباً من ضروب الاجتهاد غير الملزم للمجتهد نفسه فضلا عن غيره بحيث لا يتقيد المجتهد الذي أصدرها في العدول عنها متى ما استحسن غيرها حتى وأن جرى العمل بها واستقرت وعدم اعتبارها كليةً متى ما خالفت قطعياً من كتاب أو سنة أو أجماع أو قياس جلي أو قاعدة فقهية قطعية، تكون محلاً للاسترشاد بها.

٥- إن المشرع قد فتح باب الاجتهاد على مصراعيه أمام المحاكم في حالة غياب النص على مسائل الإجراءات دون أن يقيدها بضرورة الالتزام بما تواتر عليه القضاء أو الاسترشاد به سوى بتحقيق العدالة وفقاً ما نصت عليه المادة السادسة من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م المعززة بنص المادة الثالثة من قانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م.

٦- إن إلزام المحاكم بتطبيق مبادئ قانونية وإن أستقر العمل على تطبيقها يعد خروجاً صريحاً على ما دلت عليه أحكام الشريعة الإسلامية بشأن الاجتهاد القضائي ومدى إلزام المجتهد في التقيد به.

ثانياً: التوصيات:

١. أوصي بحذف عبارة المبادئ التي استقر عليها قضاء السودان والاكتفاء بالعرف من نص المادة ٢/٦ من قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م.

٢. كما أوصي أيضا النص صراحة ضمن نصوص التي تنظم أحكام الطعن بأنواعه المختلفة أن عدم نقض حكم لمخالفته للسوابق القضائية.

٣. وأوصي أن يجتهد القاضي اجتهاداً جديدا مستقلاً في كل دعوى لم يرد نص قانوني بشأنها وألا يتقيد بقضاء من سبقه ليتطور الاجتهاد القضائي في السودان سواء في تفسير النصوص أو عند الإستناد لقواعد العدالة والوجدان السليم، ودون التذرع بأن تعدد الاجتهادات سيؤدي إلى تعارض الأحكام وتمايزها مع استحباب إطلاع القاضي على قضاء من سبقه ومناقشته وتحليله لمعرفة منطلقاته، ودون التقييد به حرفياً أو نقله حتى يخرج من عباءة التقليد الأعمى للمحاكم الأعلى درجـــة.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

١. الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، صالح سليمان محمد اليوسف، بحث بعنوان دارسة تأصيلية وتطبيقية منشورة بمجلة العدل السعودية الصادرة من وزارة العدل السعودية العدد ٤٤ شوال ١٤٣٠هـ.

٢. الاجتهاد من كتاب التلخيص لإمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، دار القلم تحقيق: د. عبد الحميد أبو زنيد، ط ١، دار العلوم الثقافية - دمشق – ١٤٠٨.

٣. الإحكام في أصول الأحكام، على بن محمد الآمدي أبو الحسن، تحقيق: د. سيد الجميلي ط ١، دار الكتاب العربي - بيروت ١٤٠٤هـ.

٤. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ط الأُولى، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت – ١٤٠٣هـ.

٥. أصول الأحكام الشرعية، يوسف محمد قاسم، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٥م.

٦. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت- الطبعة:١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٧. بحث بعنوان قواعد العدالة والوجدان السليم في قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، سامي عبد الحميد إبراهيم أحمد، منشور بمجلة حوض النيل العدد ٢٠ لسنة ٢٠١٦م.

٨. البرهان في أصول الفقه ،عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي إمام الحرمين، تحقيق: عبد العظيم الديب، الناشر: دولة قطر على نفقة صحب السمة الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني أمير دولة قطر، ط١ ١٣٩٩هـ.

٩. حاشية المهدي الوزاني علي شرح ميارة علي نظم أبن عاشر، المهدي الوزاني الحسن العمراني، مطبعة العربي الأزرق، ١٣٢٢هـ. .

١٠. حجية السوابق القضائية، عبد العزيز سعد الدعيثر، بحث منشور بمجلة العدل الصادرة من وزارة العدل السعودية، العدد رقم٢٤ ربيع الأخرة١٤٢٨هـ.
١١. الحق الطبيعي وقوانيه ، محمد عبد الرحمن بن عقيل،دار أبن حزم الرياض١٤١٦هـ.
١٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين، الامام النووي، ط ٢، المكتب الإسلامي - بيروت ١٤٠٥هـ.
١٣. سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقي، دار النشر: مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ١٤١٤ - ١٩٩٤، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
١٤. سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: ١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
١٥. السوابق القضائية الأساس والمفهوم، جمعة المرزوق محمد عبد الله بحث منشور على منتدى طلاب حقوق جامعة الزقازيق وعلي منتدى الألوكة بالشبكة العنكبوتية ١٤٢٧هـ .
١٦. السوابق القضائية دراسة نظرية وتطبيقية، شيبخين مح مد العبدلي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن جامعة الأمام محمد بن سعود١٤٢٦/١٤٢٧هـ، ملخص البحث منشور بمجلة القضائية العدد الأول محرم١٤٣٤هـ، ديسمبر٢٠١٢م.
١٧. السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، روبرت كروس، ترجمة محمد الشيخ عمر، دار الجيل الجديد، بيروت ط١.
١٨. الشرح الكبير ،أحمد الدردير أبو البركات، ، تحقيق: محمد عليش دار النشر: دار الفكر بيروت .
١٩. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، أحمد بن إدريس القرافي شهاب الدين أبو العباس، دار الفكر، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٤م.
٢٠. شرح قانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م، عبد القيوم إبراهيم رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة أم درمان الإسلامية ٢٠١١م.
٢١. شرح قانون الإجراءات المدنية ١٩٨٣م، محمد العالم آدم أبو زيد، مطبعة جامعة النيلين الخرطوم٢٠٠٩.
٢٢. شرح قانون الإجراءات المدنية، محمد الشيخ عمر ،ط ٨ ، مطبعة القاهرة ١٩٨٥م - ١٤٥٠هـ.
٢٣. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
٢٤. العذب السلسبيل في حل ألفاظ خليل، سلطان المغرب مولاي عبد الحفيظ مطبعة أحمد يمنى، ط٧، دار المعارف، القاهرة. ١٢٧١هـ.
٢٥. العرف والعمل به عند المذهب المالكي، عمر الجيد، مطبعة فضالة المغرب١٤٠٤هـ- ١٩٨٤م.

٢٦. العضد علي مختصر تبن الحاجب، عثمان بن أبي بكر جمال الدين أبو عمرو ابن الحاجب المالكي، تحقيق غادي نصيف- طارق يحي،ط١ ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.
٢٧. فكرة النظام العام الآداب العامة في الفقه والقانون، أبو جعفر عمر المنصوري، النظام العام الآداب العامة في الفقه والقانون، أبو جعفر عمر المنصور،دار الجامعة الجديدة٢٠١٠، الإسكندرية،ط١، ٢٠١٠م.
٢٨. فلسفة القانون الطبيعي، محمود السقا، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٩. فلسفة القانون الطبيعي، محمود السقا، دار النهضة العربية،القاهرة.
٣٠. فلسفة القانون روبرت اليكسي، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات الحلبي، ط١ ٢٠٠٦م.
٣١. فلسفة القانون، فايز محمد حسين، دار المطبوعات، ط١، ٢٠٠٧.
٣٢. فلسفة القانون،جرافيلد باريل،ترجمة هنري رياض،دار الجبل بيروت، ١٩٦٦م.
٣٣. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، عبد العلى محمد بن نظام السهالوي الأنصاري اللكنوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية
٣٤. القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، دار النشر: مؤسسة الرسالة – بيروت.
٣٥. القانون في خدمة من؟، ناثان براون، ترجمة محمد أنور فرحان، سطور للنشر والتوزيع ط١ ٢٠٠٤م.
٣٦. القواعد الفقهية، المقري، أبي عبد الله محمد بن أحمد المقرى، تحقيق محمد الدربي، دار الأمان الرباط، ٢٠١٢م.
٣٧. لسان العرب لابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، ط الأّولى، دار النشر: دار صادر – بيروت.
٣٨. مبادئ القانون، عباس الصراف وجورج حيزبون، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط١، عما ن الأردن ٢٠٠٨م.
٣٩. مبادئ القانون، عبد المنعم البدراوي، مكتبة سي عبد الله وهبة القاهرة١٩٧٠م.
٤٠. مبادئ القانون، محمد علي عرفة، ص١٧٦. مبادئ القانون، محمد علي عرفة، دار النهضة المصرية١٩٥١م.
٤١. مجمل اللغة لابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط ٢ ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م.
٤٢. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار النشر: مكتبة لبنان ناشرون - بيروت - ١٤١٥ - ١٩٩٥، الطبعة: الأولي، تحقيق: محمود خاطر.
٤٣. المدخل إلي النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، آلن فارنسويت، ترجمة محمد لبيب.

٤٤. المستصفي في علم الأصول، محمد بن محمد الغزإلى أبو حامد،ط ١ ، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٣ ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي.
٤٥. معجم المصطلحات القانونية، عبد الواحد كرم،دار الكتب القانونية، ط١ ١٩٩٧م.
٤٦. معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري، عبد الفتاح مراد، الناشر عبد الفتاح مراد ،ط١ ٢٠١٢م.
٤٧. المغني الخبازي في أصول الفقه،عمر بن محمد بن عمر الخبازي، تحقيق محمد مظهر بقا، مطبوعات جامعة أم القري مكة المكرمة، ط١ ١٤٠٢هـ.
٤٨. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، ط ١، دار الفكر - بيروت ١٤٠٥هـ .
٤٩. المنهج الأصولي لقانون أصول الأحكام القضائية ١٩٨٣م،عبد القيوم إبراهيم رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة أم درمان الإسلامية ٢٠١١م
٥٠. النظام القضائي في السودان، محمد خليفة حامد، رسالة مقدمة لجامعة القرآن الكريم لنيل درجة دكتورة من جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية السودان أم درمان ٢٠٠٦م.
٥١. نظرية الأخذ بما ما جري به العمل،قطب بسيوني، بحث منشور بمجلة العدل العدد٤٣ رجب ١٤٣٠هـ.
٥٢. النظرية العامة للقانون، سمير السيد تناغو، منشاة المعارف الإسكندرية.
٥٣. نظرية القانون، عبد الفتاح عبد الباقي، نهضة مصر ط:٥ ، ١٩٦٦م.
٥٤. نور البصر في شرح خطبة المختصر، أبو العباس أحمد بن عبد العزيز الهلالي، تحقيق محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف بن تأشفين، ط١ ، ١٤٢٨هـ- ٢٠٠٧م.
٥٥. قانون أصول الأحكام١٩٨٤م.
٥٦. قانون الإجراءات المدنية١٩٨٣م.
٥٧. قانون الإثبات ١٩٩٣م.
٥٨. مجلة الأحكام القضائية١٩٦٩م.
٥٩. مذكرة تأصيل قانون أصول الأحكام الصادرة عن لجنة تأصيل القوانين بالسلطة القضائية.