مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

الاجتهاد المقاصدي، في تفسير وتطبيق النصوص القانونية، مفهومه، مجالاته، مستلزماته (مع استصحاب تجربة القضاء السوداني)

International reasoninng in the interpretation and application of legal texts its meaning its fields its necessities

د. محمد المدني صالح الشريف الاستاذ المساعد لقانون المعاملات المدنية ورئيس قسم القانون الخاص بجامعة ظفار بسلطنة عمان – العميد الاسبق لكلية الشريعة والقانون بجامعة وادي النيل بالسودان

alsh7reef@gmail.com

تاريخ ارسال المقال:2019/12/03	تاريخ القبول: 2019/12/11	تاريخ النشر: 2020/03/01

المرسل: د. محمد المدني صالح الشريف

ملخص :

في بعض الحالات الاستثنائية، قد يفضي تطبيق النص القانوني على حسب ما يفيده ظاهره إلى ما يناقض قصد المشرع من التشريع في احقاق الحقوق ورد المظالم إلى أهلها، أو إلى ما يتناقض مع قصد أطراف العلاقة في المعاملات التعاقدية بين الأفراد، وفي هذه الحالة تظهر أهمية الاجتهاد المقاصدي الذي يستصحب المقاصد والغايات والأهداف الكلية والجزئية في تطبيق القواعد القانونية في الواقع العملي، وإذا كان الاجتهادي العادي في فهم وتطبيق النصوص القانونية استناداً إلى ظاهر منطوقها مضبوطاً بقواعد اللغة المتعارف عليها حتى لا تخرج المحكمة على ارادة المشرع من التشريع، فإنَّ للاجتهاد المقاصدي، أصوله التي يقوم عليها، وضوابطه التي تحكمه، لذلك قمست هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، خصصت المبحث الأول للتعريف بالاجتهاد المقاصدي، وبيان أهميته، ثم خصصت المبحث الثاني لمجالات الاجتهاد المقاصدي، وهي الأحكام المبنة على العرف، وكيفيات المعاملات، والنوازل المستجدة، ثم خصصت المبحث الثالث، لما يستلزمه الاجتهاد المقاصدي من معرفة عامة بالقانون وأهدافه ومقاصده، والمام باللغة وطرق الاستنباط، ومعرفة بما يتطلبه فقه الواقع، أخيراً خصصت مطلب للحديث عن الاجتهاد المقاصدي ومبدأ الأمن القانوني، لكون هذا الاجتهاد قد يؤدي إلى تخوفات بخصوص استغلاله والجنوح نحو الهوي والتحكم .

الكلمات المفتاحية : منطوق النص — المقاصد — حكم النص — مشخصات النص - النص القطعي — النص الظني .

ملخص بالانجليزية:

Adopting the locutionary interpretation of the legal text may, in some exceptional cases, contradict the intention of the legislator or the intention of the parties involved in contractual transactions. It is cases such as these that bring to light the importance of discretionary interpretation, which goes hand in hand with the intentions and the major and minor objectives of legislation. Similar to locutionary interpretation, which is based on the lexical meaning and the grammatical structure of the legal text as a way of interpreting the text, discretionary interpretation is guided by principles and constraints. The study is divided into three four sections. Section one includes an introduction to discretionary interpretation. Section two is dedicated to the circumstances in which discretionary interpretation is needed. Section three is a discussion of the requirements that must be met before discretionary interpretation can be used. Section four is a discussion of the connection between discretionary interpretation and the principle of legal safety, since discretionary interpretation might be avoided on grounds of fear of abuse and control.

Key words: locution, intentions, textual provision, textual characteristics, categorical text, presumptive text

مقدمة .

في العادة يعمل الشارع الحكيم كما يعمل المشرع أيضاً في كل الأنظمة القانونية على وضع القواعد القانونية عامة ومجردة، حيث يسري حكمها على جميع الأفراد دون تمييز بينهم، كما أنها تتصف بصفة التجريد لكونها لا تتجه إلى مخاطبة شخص بعينه، بل تهدف إلى معالجة الوقائع التي تستجيب لشروط تطبيقها، مما يحقق العدالة بين الأفراد المخاطبين بالقانون، كما يعطي القاعدة المرونة اللازمة التي تجعلها قادرة على تحقيق غايات المشرع وأهدافه، بالإضافة إلى أنَّ هذه الخاصية تتفق مع طبيعة الحياة الواقعية المستهدفة بالتنظيم من قبل المشرع، ولهذا نجد أن حكم القاعدة القانونية حكم عام وثابت، بينما مشخصات الواقع عرضة للتغير والتبديل بفعل حركة الحياة الأمر الذي يفرض على المشرع أن يصمم القواعد القانونية بما يسكبها صفة الدوام النسبي، مع قدرتها على تحقيق أهدافها في واقع الحياة المتجدد والمتطور، مما يفسح المجال واسعاً للاجتهاد المقاصدي الذي لا يستند على الرسوم اللغوية للنص، ولا يهمل دلالة النص بل يعمل على الموازنة بين الالتزام بالنصوص، وتحيق الغايات والمقاصد، سواء تعلقت بالمشرع وغايته من التشريع، أو تعلقت بالأفراد ومقاصدهم في معاملاتهم، أو تعلقت بمعالجة النوازل والحوادث الطارئة، ولذلك تبرز مدى الأهمية التي يتمتع بها الاجتهاد المقاصدي في تقرير الأحكام المنصفة والعادلة، ولكن لما كان الاجتهاد المقاصدي لا يستند على الظواهر الدلالية للنصوص وضوابطها المتعارف عليها فحسب لذلك كان لابد من احاطته أيضاً بضوابط تختص به تضمن حيدته وعدم انحرافه عن ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استغلاله، فكان لا بد من تحديد مجالاته التي يجوز العمل فيها بالاجتهاد المقاصدي، وقد حددت بالنصوص الظنية، والنصوص المعللة بعلة تدور معها وجوداً وعدماً، بالإضافة إلى وضع ضوابط تحكمه لضمان سلامته ولعل من نافلة القول أنَّ الجهل بأدوات فهم النصوص القانونية المتمثلة في قواعد اللغة العربية وأُصول التفسير والاستنباط، واهمال العوامل المؤثرة في ذلك كالإحاطة بالمقاصد الكلية والجزئية للتشريع، وفقه الواقع، يؤدي بلا شك إلى الانحراف في فهم الأحكام القانونية الذي ينعكس بدوره على الأحكام القضائية، ومن المناسب أن نورد قول الامام الشاطبي في كتابه الموافقات : (أنَّ الشريعة عربية وإذا كانت عربية فلا يفهمها حق الفهم إلا من فهم اللغة العربية حق الفهم لأنَّهما سيان في النمط ما عدا وجوه الاعجاز فإذا فرضنا مبتدئاً في فهم العربية فهو مبتدئ في فهم الشريعة أو متوسطاً فهو متوسط في فهم الشريعة "1") ، ولا يتوقف الأمر عند الرسوم العربية بل يتجاوزه إلى النظر في علل الأحكام ومقاصدها، كما يقول في موضع آخر مؤكداً على العوامل الأُخرى المؤثرة في تفسير النصوص : (أنَّ زلة العالم أكثر ما تكون عند الغفلة عن اعتبار مقاصد الشرع"2")، وذلك تأكيداً لأهمية النظر في مقاصد التشريع عند تنزيل الأحكام وبما أنَّ النص القانوني عربي فهو يخضع لهذه القواعد نفسها، وقد اعتنى المشرع السوداني بهذه القواعد عناية فائقة في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م، حيث جعلها الطريق الوحيد لتفسير النصوص القانونية، ونظراً لأهمية الاجتهاد المقاصدي في تقرير الأحكام العادلة والمنصفة، فقد اخترت أن يكون موضوع هذا البحث، فملت على تعريفه وبيان أهميته في مبحث أول، ثم تحدث في مبحث ثاني عن أهم العوامل التي لها تأثير في تكوين الملكة القانونية لرجل القانون بالمستوى الذي يجعله قادراً على التعامل مع النصوص القانونية وتوجيهها الوجه التي تتفق مع حكم العدل دون افراط أو تفريط، بالتمسك بالظاهر دون

الالتفات للمعاني، أو العكس، ودون تجاوز لحدود وظيفته بعدم الالتزام بما ينص عليه القانون بظاهره التزاماً بمبدأ الفصل بين السلطات وتحقيقاً لمعنى قاعدة " لا اجتهاد مع في مورد النص"، أَو تجاوزاً لمعنى العدل التزاماً بالحرفية المزرية في فهم النصوص التي تؤدي إلى تغليب الشكل على المعنى، وتجعل من النصوص القانونية مقاصد لا وسائل، وقد استصحبت في ذلك تجربة القضاء السوداني، للتأكيد على أَهمية هذا المنهج وضرورته في تحيق العدل واصدار احكام قضائية توازن بين الالتزام بين ما تقضي به ظواهر النصوص القانونية الجزئية، وبين تحقيق المقاصد الكلية للتشريع في بسط العدل بين الناس واحقاق الحقوق ورد المظالم إلى أَهلها، وذلك من خلال الاشارة إلى بعض التطبيقات القضائية، التي ارست فيها المحاكم السودانية العديد من السوابق القضائية التي تؤكد على سلامة هذا المنهج الوسطي في تفسير وتطبيق القوانين في الواقع العملي .

أولاً/ أَهمية الموضوع وأسباب اختياره.

يتناول هذا البحث الاجتهاد المقاصدي باعتباره أَحد وسائل استنباط الأحكام من النصوص القانونية، ويستمد هذا الموضوع أَهميته من كون الوقوف على معاني الكلمات والعبارات القانونية دون الالتفات إلى الغاية منها قد يفرغ القواعد القانونية من مضمونها.

ثالثاً/ مشكلة البحث

يثير النص عند تطبيقه في الواقع على مشخصاته الكثير من الاشكاليات التي قد يفرضها الواقع، أو المصلحة أو حكم العدل، وتعتبر الموازنة بين التمسك بدلالة النص، وبين تطبيقه بما يتفق مع الغاية من التشريع معضلة مستمرة، تطرح الكثير من الأسئلة حول أحقية القاضي في الاجتهاد المقاصدي، ومتى يأخذ به؟ ومتى يدعه؟، وماهي ضوابطه عند الأخذ؟ وهل يعتبر الاجتهاد المقاصدي اجتهاد يستند على النص القانوني؟ أَم لا ؟ وما هو مفهوم النص القانوني، حتى يقال أَن اجتهاد المحكمة قد خرج على النص القانوني، أَو لم يخرج ؟

ثالثاً/ أهداف البحث .

يمكن تلخيص أهداف هذا البحث فيما يلي:

1/ الوقوف على المنهج الصحيح في تفسير وتطبيق القواعد القانونية في واقع الحياة، ومتى يحيل القاضي على الألفاظ، ومتى يحيل إلى المقاصد .

2/ بيان الأسس التي يقوم عليها الاجتهاد المقاصدي، والضوابط التي يجب على القاضي الالتزام بها عند تصديه لتفسير النصوص القانونية تفسيراً مقاصدياً .

3/ التعرف على أَثر كل من التفسير الحرفي والتفسير المقاصدي لنصوص القانون، من حيث تحقيق اهداف القانون العامة والخاصة، ومن حيث الانسجام مع مقاصد الأفراد في أَقوالهم وتصرفاتهم .

4/ الاسهام في تكوين الملكة القانونية لرجال القانون في المستقبل من طلاب الكليات الحقوقية في وقت قلت فيه عناية المناهج الدراسية في العناية بقضية تفسير النصوص القانونية على الرغم من أَهميتها البالغة، إن لم أقل قد انعدمت تماماً.

رابعاً : منهجية البحث .

اعتمدت في اعداد هذا البحث المنهج الاستقرائي الذي يقوم على الملاحظة العامة للجزئيات بغرض الوصول إلى وضع أحكام كلية عامة، بالإضافة إلى المنهج الاستنباطي الذي يبدأ بالحقائق الكلية ثم ينتقل إلى الحقائق الجزئية باعتباره مكملاً للمنهج الأول، ثم المنهج المقارن .

خامساً : خطة البحث .

قسمت الهيكل العام للبحث إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول، عن مفهوم الاجتهاد المقاصدي، وأهميته، والمبحث الثاني عن مجالات الاجتهاد المقاصدي، و المبحث الثالث، عن مستلزمات الاجتهاد المقاصدي.

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد المقاصدي وأهميته

سوف اتعرض في هذا المبحث للحديث عن الاجتهاد المقاصدي في مطلبين، يختص المطلب الأول بالتعريف بالاجتهاد المقاصدي، بينما يختص المبحث الثاني بتناول أهمية الاجتهاد المقاصدي .

المطلب الأول / التعريف بالاجتهاد المقاصدي.

أولاً / تعريف الاجتهاد في اللغة .

الاجتهاد في اللغة مصدر اجتهد، وأصله جهد، وهو مشتق من الجهد وبذل الطاقة، والاجتهاد بذل الوسع والمجهود([3])، وبلوغ الغاية والطلب وتحمل المشقة، يقال جهد دابته وأجهدها إذا حمَل عليها في السير فوق طاقتها ([4])، والجهد (بالفتح والضم) الطاقة والوسع، وقيل (بالفتح) المشقة، و(بالضم) الوسع والطاقة ([5]) قال تعالى : (والذين لا يَجِدُونَ إلا جُهدَهم) (**79: التوبة**) .

قال الامام الغزالي : (وهو أي الاجتهاد في اللغة : عبارة عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا في ما فيه كلفة وجهد، فيقال : اجتهد في حمل حجر الرحا، ولا يقال اجتهد في حمل خردلة "[6]" وقال عنه الشوكاني : (هو في اللغة مأخوذ من الجهد وهو المشقة والطاقة، فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه "[7]"

ثانياً/ تعريف المقاصد في اللغة والاصطلاح .

المقاصد جمع مقصد وهو مصدر ميمي من الفعل "قصد" وتطلق كلمة مقاصد في اللغة بعدة اطلاقات، منها: القصد الاعتماد والأم، واستقامة الطريق، والعدل والتوسط، وعدم الافراط "8" أما المقاصد في الاصطلاح فقد عرَّفها علماء الشريعة الاسلامية المهتمين بعلم المقاصد بعدة تعاريف، منهم الشيخ العلامة الطاهر بن عاشور، فقد قسمها إلى عامة، وخاصة، فعرَّف المقاصد العامة بأنَّها : المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، بينما عرَّف المقاصد الخاصة بأنَّها : الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة "[9]" كما عرَّفها علال الفاسي بقوله : المراد بمقاصد الشريعة : (الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها "[10]")، كما عرفها الدكتور أحمد الريسوني بأنَّها : (الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد"[11]")، وما يجمع هذه التعاريف أنَّ البحث عن مقاصد التشريع يكون عبر ملاحظة الحكم

والعلل والمعاني، ويتم التعرُّف عليها عن طريق استقراء الأدلة والاتجاهات العامة للشارع الحكيم أَو للمشرع التي يشير إليها تضافر الأدلة نحو تقرير حكم عام في مسألة من المسائل، كالآيات القرآنية التي تدل على أَنَّ أحكام الشريعة تدعو إلى التوسط والاعتدال، وتلك التي تدعو إلى اعتبار المقاصد في الأقوال والأَفعال، وكالسوابق القضائية التي تدل على أَن المشرع السودان لم يرد من القوانين الإجرائية اجهاض العدالة، وتغليب الشكليات على معاني العدل، وتلك التي تدعو إلى اعتبار العرف عند تفسير النصوص القانونية والعقود والمشارطات بين الأَفراد .

ثالثاً/ تعريف الاجتهاد المقاصدي .

بالنظر إلى تعاريف كلمة الاجتهاد، وكلمة المقاصد، يمكن تعريف الاجتهاد المقاصدي بأنّه : الاجتهاد الذي يستصحب عند تفسير النصوص وتطبيق الأحكام في الواقع العملي، العلل والمعاني والأهداف والغايات، وحكمة التشريع ومقاصده، والواقع ومتطلباته .

فالاجتهاد المقاصدي يعمل على تحقيق المناط في مفهومه العام أَي اجراء الحكم المتيقن، أو الأصل الكلي في آحاد صوره عن طريق البحث عن الغاية النوعية التي أرادها المشرع من خلال تشريع الحكم والكشف عن وجودها في الحادثة أو الوقائع محل النظر، وتفسير وتطبيق الأحكام وفقاً لهذا النظر يبتعد بها عن التعدية الآلية غير المتبصرة بمقاصد النصوص وغايتها وأَهداف التشريع وحكمته"[12]"، لكون التمسك بالاقتضاء الأَصلي لحكم النص مهما كانت نتيجته واهمال الاقتضاء التبعي يفضي إلى التفسير الحرفي للنصوص بالقدر الذي قد يناقض قصد المشرع من التشريع في بعض الحالات مما يفرغ التشريع من حكمته ويبطل من غايته، كما قد يتناقض مع قصد الأشخاص في معاملاتهم التعاقدية .

المطلب الثاني/ أهمية الاجتهاد المقاصدي .

يقول الدكتور عمر عبيد حسنه عن الاجتهاد المقاصدي : (أنّ العقل المقاصدي يحدث تغييراً استراتيجياً في الثقافة، ونقلة فكرية نوعية في الحياة العقلية والذهنية [13] ولعل تاريخ القضاء بصفة عامة يشهد بأنَّ الكثير من النظريات الحقوقية التي اسهمت اسهاماً كبيراً في تطوير القانون كانت من الاجتهاد المقاصدي الذي يحترم النص ولا يقدسه، كنظرية الاثراء بلا سبب، ونظرية الظروف الطارئة، ومبدأ النية المفترضة في مجال العقود، والحد من سلطان الارادة عن طريق اعادة النظر في المفهوم الحرفي الذي كان سائداً لقاعدة : (العقد شريعة المتعاقدين) وغير ذلك الكثير مما هو نتاج للعقل القانوني الذي يتمتع بالحس العدلي ولا يتعبد النصوص، ولا يعلي من قيمتها فوق قيمة العدل، أو المصلحة المتيقنة فالاجتهاد المقاصدي هو الذي يضمن اتساق التشريع وجريانه على نسق واحد لتحقيق الهدف من اقامة العدل بين الناس"[14]"، كما يمكّن القاضي من تحقيق العدل وتطوير القانون من خلال ابداعاته وابتكاراته مما يسهم في تطوير التشريع ويرتقي بمستواه العدلي، وقد أرسى القضاء السوداني الكثير من السوابق القضائية التي تؤكد على عنايته بتحقيق العدل مستصحباً في ذلك المقاصد العامة للتشريع، وحكمته وغايته، ومن الشواهد على ذلك ما جاء في سابقة ورثة الزاكي الحاج عمر ضد على العوض علي، من أَنَّ المحكمة : " تملك سلطة تقديرية واسعة في مد ميعاد الطعن متى كانت الأَسباب المحددة لذلك كافية طبقاً للمادة (70) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م، كما أَنَّ للمحكمة سلطة طبيعية أَيضاً يمكن ممارستها حتى ولو كانت

الأسباب التي أبداها الطاعن غير كافية متى ثبت لديها من أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها وقرائن الأحوال فيها أنَّ من العدالة أن يمد الميعاد للنظر والفصل في الطعن موضوعاً دون الوقوف عند الشكل عملاً بالمادة (203) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م"[15]" كما جاء في قضية أخري،"[16]" : " بعد قفل باب المرافعات الختامية فإنَّه لا يحق لذي مصلحة أن يطلب ضمه للدعوى كنص المادة (3/93) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1977م، ولكن يحق للمحكمة استعمال صلاحياتها الواسعة تحت المادة (95) من نفس القانون وضمه للدعوى إذا رأت ذلك ضروري، أو مناسب للفصل في الدعوى فصلاً عادلاً..." وقد أشار إلى أهمية الاجتهاد المقاصدي العديد من علماء الشريعة الإسلامية، فقد أكد الامام الغزالي أنَّ تحقيق المصلحة متعلق بالمحافظة على مقاصد الشريعة"[17]" وقال العز بن عبد السلام : (ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد وعرفان بأنَّ هذه المصلحة لا يجوز اهمالها، وأنَّ هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها اجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإنَّ فهم نفس الشرع يوجب ذلك "[18]") كما أكد الامام الشاطبي أنَّ المجتهد لا يصل للدرجة العليا في الاجتهاد إلا بفهمه للمقاصد، وقدرته على الاستنباط بناءً على هذا الفهم "[19]"، ويقول حسين حامد حسان في كيفية التعامل مع النصوص فهماً وتطبيقاً : (إذا وردت نصوص شرعية تحتاج إلى التفسير والبيان، فإنَّ هذه النصوص الشرعية من الكتاب والسنة تفسر ويُحدد نطاقها، ومجال إعمالها في ضوء المصالح التي وردت هذه النصوص لتحقيقها، والحِكَم التي جاءت من أجلها، وهذا المنهج لا يلتزم التفسير الحرفي للنص الشرعي بل يستلهم الحِكم والمصالح التي جاءت النصوص لغايتها مسترشداً بما عرف من عادة الشرع في الأحكام، مستعيناً بروح الشريعة، وعللها المنصوصة، وأحكامها المستنبطة، فإذا ما توصل إلى هذه الحكمة وتعرف تلك المصلحة فسر النص في ضوئها وحدد نطاق تطبيقه، ومجال إعماله على أساسها "[20]") .

المبحث الثاني: مجالات الاجتهاد المقاصدي .

قبل الحديث عن مجالات الاجتهاد المقاصدي نشير إلى أنَّه لا يكون إلا في النصوص الظنية، إذ لا اجتهاد مع القطعيات، كقاعدة عامة، أو في النصوص المعللة بعلة تدور معها وجوداً وعدماً، فيكون العدول عن حكم النص عند عدم وجود علته، أو أن يكون مناط الحكم غير متحقق بحيث يبدو للناظر أنَّ النازلة أو الواقعة التي يُراد تطبيق الحكم عليها غير متلائمة مع ذلك الحكم لسبب من الأسباب"[21]"، أمَّا مجالات الاجتهاد المقاصدي، التي تحتاج إلى النظر المتجدد في مجال التشريعات والأحكام القضائية، فسأختصر الحديث عنها على جانب المعاملات المدنية المبنية على الأعراف والعادات الاجتماعية "[22]"وكذلك كيفيات المعاملات بالإضافة إلى الوقائع والنوازل المتجددة، وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول/ الأحكام المبنية على العرف .

بما أنَّ دور العرف قد تراجع حديثاً لمصلحة التشريع، إلا أنَّ هذا لا يعني الغاءه بالكلية أو حتى تضائله في الحياة بصفة عامة، فهنالك الكثير من المواضيع التشريعية ما لا يتناسب معها إلا العرف لاعتبارات كثيرة، مما جعل للعرف دوراً وظيفياً هاماً في تشريع القوانين، خاصة في القانون المدني والقانون التجاري، وقانون الأحوال الشخصية، حيث يقوم التشريع بوضع الأُسس الحقوقية العامة لبعض المسائل تاركاً للعرف والعادات سد الثغرات

الدقيقة التي يتعذر على المشرع استقصاؤها ومعالجتها بنصوص محددة، فأصبح العرف بذلك مساعداً للتشريع في أداء وظيفته، يقول فقهاء الشريعة الاسلامية : (إنّ ما ليس له ضابط في الشرع ولا في اللغة، يرجع إلى العرف"[23]") ومن الممكن تصنيف القواعد القانونية من حيث ثبات أَحكامها إلى قواعد لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، ومنها ما تتوقف صلاحية أَحكامها على زمان أو مكان معين، ولذلك نص فقهاء الشريعة الاسلامية على قاعدة : (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الاعراف "[24]")، وقد نص المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م على جملة من القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف في المادة (5) منها قاعدة : (العادة محكمة عامة كانت أو خاصة) وقاعدة : (تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت) وقاعدة (لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان) وقاعدة : (التعيين بالعرف كالتعيين بالشرط)، وقاعدة : (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) مؤكداً على أهمية جميع أنواع العرف، عام، وخاص، وعملي، وقولي، وتطبيقاً للعرف على الأحكام المبنية عليه عمل الكثير من فقهاء الشريعة الاسلامية إلى تغيير فتواهم مخالفين بذلك أئمتهم السابقين نسبة لتغير الزمان وتغير أحوال الناس فيه"[25]"، فالحكم الشرعي المبني على الأدلة لا يتغير بتغير الزمان بخلاف الحكم المبني على العرف، فجزاء القاتل لا يتغير ولا يتبدل بخلاف الحكم برؤية المبيع، فعلى سبيل المثال كان المتقدمين من الفقهاء يفتون بأنَّ رؤية بعض بيوت الدار المبيعة يغني عن رؤية الدار بأكملها، لكون بناء الدور يتشابه في زمانهم فجاء المتأخرين منهم فأفتوا بضرورة رؤية كل الدور على انفراد لتغير عادة الناس في بناء الدور حيث صارت الدار الواحدة تتكون من بيوت مختلفة الشكل والحجم والقياس"[26]" قال الامام الشاطبي رحمه الله تعالى عن تبدل العوائد وهو يعني بذلك الأعراف أنَّ منها : (ما يختلف في الأفعال في المعاملات ونحوها، كما إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول، أو في البيع الفلاني أن يكون بالنقد لا بالنسيئة أو بالعكس أو إلى أجل كذا دون غيره، فالحكم أَيضاً جار على ذلك حسبما هو مسطور في كتب الفقه. ومنها ما يختلف بحسب أمور خارجة عن المكلف كالبلوغ فإنّه يعتبر فيه عوائد الناس من احتلام أو حيض، أو بلوغ سن من يحتلم أو من تحيض، وكذلك الحيض يعتبر فيه أما عوائد الناس بإطلاق أو عوائد لذات المرأة أو قراباتها أو نحو ذلك فيحكم لهم شرعاً بمقتضى العادة في ذلك الانتقال"27") ثم قال لافتاً النظر إلى أمر مهم : (وأعلم أنَّ ما جرى ذكره هنا من اختلاف في الأحكام عند اختلاف العوائد، فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب لأنَّ الشرع موضوع على أنَّه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية والتكليف كذلك، لم يحتج في الشرع إلى مزيد وإنَّما معنى الاختلاف أنَّ العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها كما في البلوغ، فإذا بلغ وقع عليه التكييف، فسقوط التكليف قبل البلوغ ثم ثبوته بعده ليس باختلاف في الخطاب، وإنَّما وقع الاختلاف في العوائد أو في الشواهد، وكذلك الحكم بعد الدخول بأنَّ القول قول الزوج في دفع الصداق بناءً على العادة وأنَّ القول قول الزوجة بعد الدخول أيضاً بناءً على نسخ تلك العادة ليس باختلاف في الحكم بل أنَّ الذي ترجح جانبه بمعهود أو أصل فالقول قوله بإطلاق ،لأنَّه مدعى عليه، وهكذا سائر الأمثلة فالأحكام ثابته تتبع أسبابها حيث كانت بإطلاق "[28]") ومما ورد في القران الكريم وفيه اشارة إلى بناء الأحكام على ما هو متعارف عليه قول الله تعالى : (يا أيُّها الذين ءَامنوا ليستأذنكم الذين مَلَكت أيمانُكم والذين لم يبلُغُوا الحُلُمَ منكم ثَلاثَ مراتٍ من قبلِ صلاةِ الفجرِ

وحينَ تضعونَ ثيابكم من الظهيرةِ ومن بعد صلاةِ العشاءِ ثلاثُ عوراتٍ لكم ليس عليكم ولا عليهم جُناحُ بعدهن طوافون عليكمُ بعضُكم على بعضٍ كذلك يُبينُ اللهُ لكُمُ الآيات واللهُ عليمٌ حكيمٌ)، (58: النور) يقول العلائي بعد أن ذكر هذه الآية : (فإمر الله بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب، فأنبني الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه "[29]")، ومن الأحاديث الواردة التي تدل على تحكيم العادة في بعض الأحيان، قوله صلى الله عليه وسلم : (الوزن وزن أَهل مكة، والمكيال مكيال أَهل المدينة"30")، قال الامام العلائي في قواعده : (وجه الدلالة منه أنَّ أَهل المدينة لما كانوا أَهل نخيل وزرع، فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل، وأَهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً، كنصب الزكاة، ومقدار الديات، وزكاة الفطر، والكفارات، ونحو ذلك "[31]") .

فمن المعلوم أنّ مصالح الحياة كثيراً ما تتبدل وتتغير مع مرور الزمان وتقلباته، وهذا من شأنه أن ينعكس على الأحكام التي بنيت عليها، ويستدعي ضرورة اعادة النظر في أحكام ما هو متجدد من المصالح والسعي في تعديلها، لأنَّ التهرب من ذلك يؤدي إلى تخلف التشريع وجموده عن مسايرة المجتمع بما يستوعب قضاياه وحاجاته المتجددة من الأحكام القانونية "[32]") .

المطلب الثاني/ كيفيات المعاملات .

للمعاملات بصفة عامة أصول وكيفيات، فأما أصول المعاملات فيقصد بها مبادئ التعامل الكبرى وقواعد الأخلاق العليا مثل العدل، والصدق، والوفاء بالعهد، والمروءة واغاثة الملهوف، وعون الضعفاء، ومساعدة الآخرين ومعاونتهم، وغير ذلك من مكارم الأخلاق وفضائل الأعمال الجارية على وفق العقول الراجحة والطباع السليمة المستحسنة في كل ملة من الملل، وأمة من الأُمم، فهذه لا تقبل الاجتهاد المقاصدي إلا في معظم تفاصيل كيفياتها "33" لكونها لا تقبل التبديل والتغيير في ذاتها بموجب المصلحة المتغيرة بتغير الزمان والمكان، أما تفاصيل كيفياتها فهي محل نظر واستصلاح وتعليل على ضوء الاجتهاد المقاصدي على الدوام، مثل كيفية اقامة العدل وتطبيق الشوري، والتقاضي برفع الدعاوى والاستئنافات والتعقيب وتنفيذ الأحكام "[34]" لكونها وسائل لتحقيق مقاصد عامة، ولهذا فهي عرضة للتغيير والتبديل مسايرة للحياة وتطورها ووجه من وجوه تكليف الانسان بعمارة الكون واعمال العقل للوصول إلى انجح السبل المؤدية إلى هذه الغاية .

المطلب الثالث/ النوازل والمستجدات .

يقصد بالنوازل جملة الحوادث والأحوال التي يجد فيها الانسان نفسه مضطراً لارتكاب المحظور خشية الهلاك الواقع أو المتوقع، أو دفعاً للمشقة غير المعتادة، ولهذا شرعت سائر الرخص عند الضرورات، كإتلاف مال الغير، أو أخذه منه واستهلاكه خشية الهلاك وما شابهه، بشرط تحقق الضرورة، أو احتمال تحققها احتمالاً غالباً والموازنة بينها وبين انتهاك المحظور بحيث يكون ضررها أَخف من ضرر الوقوع في المحظور"35" ولذلك نص المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م المادة (5) على بعض هذه القواعد تحت مسمى القواعد الأساسية لتطبيق القانون منها قاعدة : (الضرورات تبيح المحظورات، على أنَّ الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالاً كلياً) وقاعدة : (الضرر يدفع بقدر الإمكان)، وقاعدة : (الضرر لا يزال بمثله) .

المبحث الثالث: مستلزمات الاجتهاد المقاصدي

المقصود بمستلزمات الاجتهاد المقاصدي، توفر مجموعة من الامور، لعل أهمها : المعرفة العامة للقاضي بأحكام التشريع المعنى بالوقائع في اطاره العام، والاحاطة بأهدافه، ومقاصده، وسبب سنه، والتمكن من اللغة إلى الحد المعقول، واتقان أصول الاستدلال الفقهي، ومعرفة الواقع والأعراف، وسأتناول ذلك بشرح موجز على النحو التالي:-

المطلب الأول/المعرفة العامة بالقانون .

تعتبر المعرفة العامة بالتشريع أحد لوازم الاجتهاد المقاصدي في مجال القضاء، فينبغي للقاضي أو للناظر في القانون بغرض تفسير أحكامه الجزئية أن يكون لديه القدرة على مقارنة النصوص القانونية بعضها ببعض على مستوى التشريع الواحد أو بين تشريع وآخر بحسب ما يقتضيه الحال، لكون القانون يشرح ويوضح بعضه بعضاً ويكمل بعضه بعضاً، وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة العليا السودانية في احدي القضايا : (على الرغم من أَنَّ تعريف جريمة الاحتيال قد نص على " المال" فقط دون تخصيص فإنَّ هذا التعريف مقروناً بالتعريف الوارد عن المال المنقول في المادة "16" من قانون العقوبات يجعل العقار داخلاً ضمن المال الذي يمكن أَن ترتكب بشأنه جريمة الاحتيال" "[36] ومن هذا القبيل أَيضاً ما قررته محكمة استئناف الخرطوم من أَنَّه : " لا تفسر المادة (3/158) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1974م على أَساس أَنَّها تلزم القاضي في مرحلة التحقيق القضائي لسماع البينة التي تتم نيابة عن المتهم، وذلك لأَنَّ النصوص الواردة في المواد (159- 1/164- 165 – 166) من نفس القانون توضح أَنَّ استدعاء هؤلاء الشهود يخضع لتقدير المحكمة وأَنَّ المحكمة ملزمة فقط بتوضيح أَسبابها التي ترى بناء عليها رفض الاستماع إلى شهود طلبهم المتهم "37"، كما أَنَّ النصوص القانونية تقيد بعضها بعضاً وتخصص بعضها بعضاً، جاء في سابقة عبد الله محمد أَحمد أَبو سن ضد عبد الله حاج الخضر : " أَنَّ تفسير العبارة العامة مثل وحدة ري أُخري التي ترد بعد كلمة خاصة مثل كلمة ساقية، تعني أَنَّ العام قد خُصص بالخاص، وهو الساقية، فالخاص يخصص العام ولا ينسخه إذ أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم بل يكون في كثير من الأَحيان دلالة على تخصيص اللفظ العام الذي يعقبها بمفهوم الموافقة[38]"، وفي سابقة أُخرى تتعلق أَيضاً بتفسير النصوص القانونية، قررت المحكمة العليا أَنَّه : " إذا كان يحكم الواقعة نص خاص ونص عام فإنَّ النص الخاص هو الواجب التطبيق لخصوصيته باعتباره استثناء للنص العام"[39] بجانب ذلك يجب أن يكون لدي رجل القانون الملم بالمصادر التاريخية التي استقى منها المشرع القانون وتمثل أصلاً من أُصوله، واعتباراً لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمصر بأَنَّ حق الشفعة لا يورث عندما يموت الشفيع قبل أخذه بالشفعة، وقد استقت هذا الحكم من المذهب الحنفي باعتباره المصدر الذي أخذ منه المشرع المصري القانون المنظم للشفعة، كذلك يجب على القاضي أن يستصحب حكمة التشريع حينما يتصدى لتفسير النصوص القانونية، لأَنَّ المشرع بوضعه التشريع له غاية يستهدفها ومقصد يرمى إليه، فقد تكون هذه الغاية أو ذلك الهدف مصلحة اجتماعية، أو سياسية، أو اقتصادية، من ذلك مثلاً أَنَّ المشرع المصري اعتبر الليل ظرفاً مشدداً للعقوبة في جريمة السرقة لكون الظلام يشجع على ارتكاب الجرائم، ومع ذلك يجب التنبيه إلى أَنَّ الاستعانة بحكمة التشريع ودواعي سنه لا تكون إلا مع

النصوص الظنية، فإذا كان النص واضحاً في معناه وقاطعاً في دلالته، فلا يجوز للمحكمة أن تحيد عن حكمه بحجة البحث عن حكمة التشريع، فاستخلاص قصد المشرع من التشريع لا يكون له محل إلا عند غموض النص أو وجود لبس في دلالته على معناه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا السودانية "[40]"، بقولها : "إنَّ تفسير النصوص واستصحاب أَنَّ المشرع لم يقصد مخالفة الشريعة الاسلامية لا يكون في النص قطعي الدلالة، وأَنَّ الرجوع لقواعد الشريعة الإسلامية لا يكون إلا في حالة غياب النص[41]" وهو أَيضاً ما استقر عليه قضاء النقض في جمهورية مصر العربية، فقد جاء في حكم النقض 1980/5/29 م س 47 أنَّ النص إذا كان واضح الدلالة على معناه، فلا مجال للبحث عن حكمة التشريع ودواعيه، ذلك أنَّ استخلاص قصد المشرع لا يكون له محل إلا عند غموض النص أو وجود لبس"[42]"

كذلك على القاضي أن يكون على دراية بالأعمال التحضيرية التي صاحبت سن التشريع، ويقصد بها جملة الأعمال التي سبقت وجود التشريع أو عاصرت صدوره، مثل المذكرات التفسيرية، وتقارير اللجان، ومناقشات الهيئات، فالرجوع إلى هذه الأعمال من شأنه أن يساعد القاضي على التعرف على نية المشرع وقصده من التشريع، والعمل على تفسير الالفاظ الغامضة، ورفع التناقض بين أحكام القانون، وتكملة النقص بالتشريع، بيد أنَّ الرجوع إلى هذه الأعمال لا يكون إلا على سبيل الاستئناس والاستنارة بهديها، إذ أن ما يأتي فيها لا يلزم القاضي، لكونها قد تتضمن آراء شخصية لأَعضاء اللجان "43" .

المطلب الثاني / معرفة اللغة وأصول الاستنباط الفقهي .

بما أنَّ المشرع يعبر عن ارادته التشريعية عبر النصوص القانونية باعتبارها الوسيلة الوحيدة لذلك، فإنَّ الاهتمام باللغة التي كتب بها القانون يصبح ذو أهمية بالغة، ولذلك يجب على القاضي أن يتوفر لديه القدر الكافي من الفهم بقواعد اللغة وأصولها، بجانب القواعد الأصولية التي تتضمن طرق استنباط الأحكام من النصوص القانونية حتى يتمكن من تفسير هذه النصوص ومعرفة مقاصدها وعللها وغاياتها، وكذلك معرفة إرادة المتعاقدين إن كان بصدد تفسير عقد من العقود، وبخصوص تفسير النصوص التشريعية فقد نص المشرع السوداني في قانون أُصول الأحكام القضائية لسنة 1983م في المادة (2) الفقرة (ج) على أن : (يفسر القاضي المصطلحات والألفاظ الفقهية على ضوء القواعد الاصولية واللغوية في الفقه الإسلامي)، وعلى الجملة يجب أن يكون القاضي متقناً للغة وعلى دراية واسعة بعلم أصول الفقه لأنَّه العلم الذي تعرف به دلالات النصوص على الأَحكام ويتضمن طرق استنباط الأحكام من هذه النصوص، كما يمثل طريقاً ومنهجاً لفهم المقاصد الشرعية، حتى يعرف القاضي متى يعمل بظاهر النص، باعتبار أَنَّ التوقف عند ظاهر النص هو المطلوب ابتداء ولا يعدل عنه إلا بدليل، ويعرف متى يلجأ إلى تأويل النص، وماهي حدود التأَويل التي يجب التوقف عندها، وكذلك معرفة العموم والخصوص وصيغهما، والمطلق والمقيد، ودلالة المنطوق ودلالة المفهوم وصيغ الأمر النهي، وغيرها من المباحث اللغوية والأصولية التي تشكل الأساس الضروري الذي لابد منه في تفسير النصوص بصفة عامة، شرعية، أَم قانونية، بهدف الوصول الى المصالح التي يجب أن تراعى في الاجتهاد المقاصدي، يقول الشاطبي عن فهم القرآن الكريم

:"فمن أراد تفهمه – الخطاب الشرعي – فمن جهة لسان العرب يفهم ولا سبيل إلى تطلب فهمه من غير هذه الجهة "44" .

وتعبيراً عن أهمية اللغة لرجل القانون يقول اللورد ديننج في كتابه ترشيد الفكر القانوني تحت عنوان أدوات المهنة:" لكي تنجح في مهنة القانون يجب عليك أن تسعى إلى تنمية ملكة التعبير، فالكلمات هي أدوات المهنة لرجل القانون، ففي الحالة التي يُطلب فيها من رجل القانون توجيه خطاب للقاضي فإنَّ كلماته هي التي تؤثر أكثر من غيرها، إذ عن طريقها يمكن له أن يُؤمل في اقناع القاضي بصواب المسألة التي يعرضها، وفي الحالة التي يتعين عليك فيها أنَّ تفسر مادة من مواد القانون أو فقرة في لائحة، فإنَّ عليك دراسة الكلمات المستعملة ذاتها، عليك أن تتبين المعنى بتحليل الكلمات، واحدة بعد أُخرى حتى نهاية المقطع، وفي الحالة التي تقوم فيها بتحرير وصية أو عقد، يتعين عليك اختيار الكلمات بعناية، ذلك أنَّ عليك أن تنظر إلى المستقبل – أي أن تتمثل جميع الحوادث التي قد تقع – ثم تستخدم الكلمات للتصدي لها، لأنَّه على مدى القدرة في استخدام الكلمات والعبارات قد يتوقف مستقبل الموكل الذي كلفك بالعمل"45")، ومما تجب الاشارة إليه أنَّ اللغة المقصودة في سياق الحديث عن تفسير النصوص القانونية هي اللغة القانونية التي تتضمن مصطلحاتها مضامين محددة، فضرورة الاهتمام بالمصطلح القانوني ترجع إلى كونه يبين دلالات الألفاظ في معهود أو عرف هذا الوسط العلمي، ولا تخفى الأهمية البالغة لسلامة النص وسلامة أداة توصيله وفهمه، وأن يكون واضح البيان، سليم البنيان، مبيناً لفحواه بالقدر اللازم، ومحققاً وعادلاً، على أنَّ النص القانوني لا يحقق هذه الغاية إلا من خلال المصطلح، فوضوحه يعني، ضيق دائرة الخلاف حول معناه، الأمر الذي يقود إلى تقرير أحكام أقرب إلى الحق والعدل، وغموضه وابهامه يُعد من اخطر العوامل التي تهدد سلامة دلالات النص القانوني على معناه، "فالمصطلح كما هو معروف، هو مفتاح العلم والثقافة ... وبدون القدرة على استيعاب المصطلحات وتوليدها وفهمها لا يمكن استقرار علم ولا فهم[46]" ففهم المصطلح واستيعابه يمثل التحدي الاساسي لرجل القانون، وعلى مدى ذلك يتوقف تطبيقه الصحيح لأحكام القانون، فالمصطلحات تتركب لتدل على مفاهيم، وتحيل إلى مضامين ذلك أنَّ:" الألفاظ للمعاني أزِمّة، وعليها أدلّة، وإليها مُوصِّلة، وعلى المراد منها مُحصِّلة[47]" فالمصطلح تعبير قوي عن القانون، والقانون مضمون حي له، واستقامة المصطلح وعافيته دليل على استقامة وعافية كل نظام قانوني .

ولذلك يجب على القاضي حينما يكون بصدد تفسير عقد مثلاً أن يعتمد في ذلك على المعنى العرفي للفظ –المصطلح المتعارف عليه– دون المعنى اللغوي، حتى لا يلزم المتعاقد بشيء لا يقصده ولم تتجه إليه إرادته، فكلام المتكلم في عقوده واقراره وحلفه وسائر تصرفاته القولية يجب أن تفهم وفقاً لما جرى به العرف، ومن هنا انبثقت القاعدة الفقهية : (الحقيقة تترك بدلالة العادة "[48]") جاء في مجموعة رسائل ابن عابدين : (يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وإن خالفت لغة العرب ولغة الشارع"[49]") .

المطلب الثالث/ معرفة الواقع .

أنّ معرفة الواقع من الامور المهمة لتطبيق القانون، ولا تتم معرفة الواقع على حقيقته إلا عن طريق التصور الصحيح للوقائع وما يحتف بها من ظروف وملابسات، يقول الاستاذ فتحي الدريني : (أنّ علماء الأُصول يرون أنَّه عند تطبيق الأَصل على ما يندرج تحته من وقائع قد تحتف به ظروف مؤثره في تشكيل علة الحكم بحيث يفضي تطبيقه على جزئية من جزئياته – في ظل تلك الظروف– إلى نتائج ضرورية لا تنسجم مع الأَصل العام الذي قام عليه التشريع كله، ولذا يرجح المجتهد، إما استثناء الواقعة من عموم الزمن فيوقف تطبيق الحكم مدة يحدد مداها بزوال الظرف المؤثر، وإما باستثناء الجزئية من عموم أصلها ليطبق عليها أصلاً آخر هو أجدر بتحقيق المصلحة والعدل، وأَقوى في درء سوء النتائج "[50]")، وهذا يعني أنَّه لا بد من معرفة الواقع عند تفسير وتنزيل حكم النص، حتى يحقق أهدافه ومقاصده، وهذا أمر لا يتم إلا بالنظر إلى علل النصوص ومقاصدها، والعمل على الموازنة بين المصالح وترتيب الأولويات، وهو ما يعبر عنه بفقه النظر في مآلات الأفعال والأحكام فقهية كانت أم قانونية"[51]"، ومن ضروب الاجتهاد المقاصدي الذي راعت فيه المحكمة الاستئنافية بالسودان ظروف الواقع عند تفسيرها للقانون، ما قضت به في سابقة الشركة السودانية ضد عبد الرحمن قسم السيد بقولها : " أَنَ اثبات التعويض الخاص لا يتطلب تقديم مستند عن كل جزء من النفقات فالقول بهذا في ظروف المجتمع السوداني أَنما يرقى إلى تعجيز المدعي وحرمانه من التعويض الخاص كلية، ذلك لأَنَّ نفقات المعيشة والتنقل وما إلى ذلك من النفقات هي بطبيعتها مما لا يمكن تقديم مستند بشأنها، والتسليم بحتمية وجود نفقات لا مفر منه وبعد ذلك على المدعي تقديم أَفضل البينات لديه، وفي مواجهة ذلك يكون للمدعى عليه دحض تلك الأَدلة وللمحكمة في النهاية أَن ترضخ كل ذلك لمعيار المعقولية "[52]".

المطلب الرابع/ الاجتهاد المقاصدي ومبدأ الأمن القانوني .

في ظل مواجهة وضعيات غير متوقعة ولا تندرج في حكم النص القانوني بحسب ظاهرة فهذا يعني أنَّ الاجتهاد المقاصدي يمس بقضية بالغة الحساسية، لكونه يطرح تساؤلاً حول مدي تناقض هذا الضرب من ضروب الاجتهاد مع مبدأ الأمن القانوني، في شقه الذي يرتبط بوضوح القاعدة القانونية، واستقرارها، وافراغها في شكل قواعد معيارية لإلزام القاضي للعمل بها وعدم الحيدة عنها، ولتسهيل علم المخاطبين بها وما ينطوي على ذلك من حمايه للحقوق واستقرار للمراكز القانونية المكتسبة، "[53]) مما يطرح التساؤل عما إذا كان هذا الضرب من ضروب الاجتهاد من الممكن أن يؤدي إلى تحكُّم القاضي في التشريع وتضارب الاجتهادات القضائية ؟ ومن ثم هدم الثقة في القانون ؟ وهل سيمثل ثغرة لخروج القاضي عن حدود وظيفته ؟ خاصة أَنَّ مبدأ الأمن القانوني من أهم المبادئ التي تطرح على بساط البحث بمناسبة دراسة فكرة القانون، حيث اعتبر غالبية الفقه أن فكرة الثقة في القانون هي الأساس الحقيقي لهذا المبدأ بما في ذلك الفقه الفرنسي الذي بدأ اهتمامه بهذا المبدأ منذ أكثر من قرن بدرجة متفاوتة بين مد وجزر، غير أنَّ هذا الاهتمام قد تزايد حديثاً في جميع الأنظمة التشريعية، نظراً لتعاظم الدور الاقتصادي والتنموي للقاعدة القانونية، فعلى سبيل المثال فقد أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية استقلالية ودستورية هذا المبدأ منذ العام 1961م كما نحى المشرع البرتغالي نفس المنحى وقد اعتبر الاجتهاد

الفقهي البرتغالي دستورية هذا المبدأ مرتبطة بفكرة الدولة الديمقراطية، كما اعترفت به المحكمة الأوربية لحقوق الانسان منذ العام 1981م من خلال تأكيدها على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني .

وبما أنَّ وضوح القاعدة القانونية قد لا يرتبط بدلالتها على الفاظها في كل الأحوال وإنَّما قد يرتبط بملابسات وظروف محددة تفسر القاعدة في صياغها، كما هو الحال في ذلك الارتباط الوثيق بين تفسير قاعدة حق الدفاع الشرعي والواقع الذي أدي إلى نشؤ هذا الحق، لذلك نجد أنَّ هذا الوضع قد يكون بالغ الخطورة على الأمن القانوني لأولئك الأشخاص الذين يستخدمون حقهم القانوني فيجدون أنفسهم وقد سلبتهم المحكمة هذا الحق بسوء تقدير منها "[54]" .

ومما لا شك فيه أنَّ فكرة الأمن القانوني تحيط مبدأ الاجتهاد المقاصدي بالكثير من المحاذير والتخوفات وهي تخوفات ذات جذور قديمة في القانون الوضعي، حيث يرفض بعض هذا الفقه الاعتراف بدور القاضي في تكوين القواعد القانونية ولو كان ذلك لغرض تحقيق العدل والانصاف، حيث ذهب بعضهم"[55]" إلى القول :(كيف يمكن الحديث عن الايمان بالشرعية لدى أشخاص احترموا القانون المطبق، ليكتشفوا أنَّهم أخطأوا لا لشيء سوى لأنَّ القاضي وتحت غطاء تفسير القانون فهم القاعدة القانونية على نحو مغاير تماماً، أو أنَّه أحدث قاعدة أُخرى تكمل القاعدة الأُولى، هل يمكن بعد كل هذا أن نكلم هؤلاء عن العدالة)، وفي تقديري أنَّ هذا الحجاج لا يعدوا أن يكون من باب النظر إلى أمور الحياة بجانبها المرجوح لا الراجح كما تقضي بذلك قواعد المنطق الصحيح، ويبقى افساح دور كبير للاجتهاد المقاصدي قدر لا بد من مواجهته بالاعتراف والتنظيم بدلاً عن التنكر له ووضع القاضي في موضع الآلة التي يحركها المشرع كيفما شاء، خاصة أنَّ التشريع قد يفتقد إلى المرونة الكافية التي تسمح له بالتعاطي مع الواقع ومتغيراته بعدالة، كما أنَّ المشرع عاجز أيضاً عن توجيه القاضي عبر التشريع للقيام بهذا الدور دون أنَّ يوسع له في سلطته التقديرية في تفسير النصوص، ولعل هذا ما حمل فقهاء الشريعة الاسلامية على الاعتراف بهذا الضروب من ضروب الاجتهاد في وقت مبكر فعملوا على تقنين ضوابطه في بحوثهم، فكانت رؤيتهم ثاقبه وعميقة للحد البعيد، وأكثر فعالية في بسط العدل بمفهومه الشامل الذي يوازن بين المصالح المتعارضة، ويستصحب الواقع، ويلتفت إلى مآل حكم النص، ويراعي حكمة التشريع وغير ذلك من الاعتبارات الموضوعية التي تتفق مع العدل، بل عرفت الشريعة الاسلامية ضرب آخر من ضروب الاجتهاد يتم فيه وقف العمل بالنص، لتخلف شروط انطباقه في الواقع، وكان سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه من أكثر الصحابة الذين توفرت لهم اجتهادات من هذا القبيل (فقد أوقف حق المؤلفة قلوبهم من الصدقات، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي أقواماً من أموال الصدقة ليتألفهم على الاسلام لضعف ايمانهم أو لدفع شرهم أو لعلو منزلتهم في قومهم عملاً بقوله تعالى :(إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ ۖ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) ولما ولي أبوبكر الخلافة عمل بذلك ولما ولي عمر أوقف حصتهم، وقال إنَّ الله أعز الاسلام وأغنى عنكم فإن ثبتم عليه وإلا فبيننا وبينكم السيف، فقد رأى أنَّ العلة التي بني عليها العطاء قد زالت ولم يعد الاسلام في حاجة لمعونتهم "[56]")،وبما أنَّ الاسلام رسالة خاتمة وخالدة، ففي تقديري قد يأتي زمان يفعل فيه هذا النص مرة أُخرى لتوفر مقتضيات العمل به، باعتبار أنَّ

العمل به يدور مع علته وجوداً وعدماً، وفي عصرنا الحاضر تتوفر الكثير من الاجتهادات الفقهية المبنية على هذا النظر تعبر عنها الفتاوي المتعلقة بما اصطلح على تسميته بفقه الأقليات، ذلك الفقه الذي يراعي طبيعة المجتمعات التي تعيش فيها هذه الأقليات وما تفرضه عليها نظمها الاجتماعية والقانونية من خيارات تستدعى النظر إلى وضع هذه الأقليات عند تنزيل بعض الأحكام الشرعية في واقعها المجتمعي كإجراء التعاملات مع البنوك مع اعتمادها النظام الربوي، لأجل تملك مسكن ونحوه، أو مقاطعة الكثير من المعاملات الاجتماعية، والتماهي مع الكثير من السلوكيات والمظاهر ([57]) .

ولعل من النماذج الرائعة التي تعكس صورة مشرقة لاهتمام القضاء بإقامة العدل كمقصد أساسي للأحكام، ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي المغربي بما يمكن اعتباره تخصيصاً للنص بمبدأ العدل، حيث قضت محكمة الاستئناف بمراجعة الشرط الجزائي تحت تسمية الشرط الاتفاقي، في الوقت الذي لم يكن قانون الالتزامات والعقود المغربي يتضمن أحكاماً تبيح مراجعة هذا الشرط "[58]" حيث ظل القضاء يتمسك بمبدأ حرية التعاقد المنصوص عليه في الفصل (230) من قانون الالتزامات إلى أن قضى المجلس الأعلى بتأييد قرار محكمة الاستئناف المعدل للشرط الجزائي، "[59]" وذلك حينما نزل به إلى الحد المناسب متجاهلاً قاعدة : (العقد شريعة المتعاقدين) لمصلحة العدالة "[60]" وتحقيق التوازن المطلوب بين الطرفين، ولاحقاً ساير المشرع المغربي هذا الاجتهاد بتاريخ 11/ اغسطس 1995م، حينما قنن أحكام الشرط الجزائي تحت مسمى التعويض الاتفاقي، الأمر الذي يؤكد مدى تقدير المشرع المغربي للاجتهاد القضائي الذي يهدف إلى معالجة انعدام التوازن الذي قد يلحق بالقاعدة القانونية في بعض الاحيان، باعتباره الأقرب إلى الواقع والأكثر دراية بمعالجة متغيراته، وهو تعبير حي عن النظرة الشمولية لمعنى العدل، ولا يقال أنَّ اجتهاداً كهذا ينعكس سلباً على مبدأ الثقة المشروعة، التي يجب أن يدعمها حكم القضاء بإلزامية المدين بما اتفق عليه الطرفان، إذ العدالة تقتضي أنَّ الثقة المشروعة يجب أن تدعمها قواعد العدالة والانصاف وإلا فلا اعتبار لها، يقول الفقيه جوستاف لو بون : " يعدل القاضي العادل بحكمه ما كان جائراً في القانون"[61]"، وتأكيدا لدور تحقيق مقاصد المشرع من التشريع في تطبيق حكم العدل ذهب القضاء السوداني في بعض الحالات إلى تكملة التشريع حينما يرى ضرورة ذلك، ففي اثبات بينة الشريك رأي القضاء السوداني ضرورة تعضيدها في الجرائم الخطرة في حين أنَّ القانون لم يأمر بذلك، فقد جاء في سابقة حكومة السودان ضد عزالدين هارون : " ليس ثمة نص في القانون على وجوب تأييد بينة الشريك، ولكن جرى العمل على وجوب التأييد في حالة الجرائم الكبرى الخطيرة"[62]" كما قضت محكمة استئناف الخرطوم في احدى القضايا :" استقر القضاء في السودان على أنَّه يجوز تأسيس الإدانة على بينات شاهد واحد طالما اطمأن وجدان المحكمة بصدق الرواية، فالعبرة باطمئنان الوجدان وليس بتعدد الشهود[63])، ومن ذلك أيضاً ما قررته المحكمة السودانية العليا بأنَّه : " يجوز للمحكمة العليا تحقيقاً للعدالة أن تتقاضى عن مدة تقديم طلب الطعن بالنقض[64] " واستثناءً لحكم المبدأ العام الذي يقضي بضرورة حياد القاضي وعدم ميله لأحد طرفي النزاع، فإنَّ القضاء السوداني استن سنة حسنة بإرشاد الطرف الضعيف في الدعوى حينما يتبين أنَّ العدالة تقتضي ذلك، حتى صار واجب عرفي على المحاكم السودانية الالتزام به، ومن القضايا التي أكدت فيها المحكمة السودانية العليا على هذا المبدأ قضية أحمد السنوسي عبد

الرحمن، ضد حمد دفع الله، حيث جاء في قرارها : " بالرغم من أَنَّ المحكمة المدنية غير ملزمة بتبصير أَي طرف من طرفي الدعوى بحقوقه الموضوعية أَو الإجرائية، إلا أَنَّ القضاء قد استن سنة حميدة مراعاة لاعتبارات عملية ذات أَثر في تحقيق العدالة وهي ارشاد الطرف الضعيف كلما بدأ أَنَّه لا يدرك مصلحته [65]" ومهما يكن الأمر فإنَّ الواقع يشهد أَنَّ القانون الحي هو الذي يصنع على يد القضاة، ولهذا فمن العسير والحال هكذا حرمان المحاكم من اجتهاداتها التي يكون الهدف منها احقاق الحق البين بدرجة قاطعة بدعوى تهديد الأمن القانوني في المجتمع، أو انتفاء صفة عدم قابلية القواعد القانونية للتوقع، أو لأي سبب من الأسباب، فإذا صح القول : لا عدالة بلا قانون، فيصح أَيضاً أَن القول: لا قانون بلا عدالة.

النتائج والتوصيات :

أَولاً/ النتائج .

1/ القاعدة العامة أَنَّ على القاضي تطبيق النص بحسب دلالته الظاهرة ولا يجوز له اللجوء للتفسير المقاصدي ما دام حكم النص واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، وهذا يعني أَنَّ للتفسير المقاصدي حالاته وللتفسير العادي حالاته .

2/ قد يفضي تطبيق النص القانوني على حسب ما يقيده ظاهره إلى ما يناقض قصد المشرع من التشريع في بعض الحالات الاستثنائية، أَو يتناقض مع قصد أَطراف العلاقة في المعاملات التعاقدية بين الأَفراد، وفي هذه الحالة تظهر أَهمية الاجتهاد المقاصدي الذي يستصحب المقاصد والغايات والأَهداف الكلية والجزئية في تطبيق القواعد القانونية في الواقع العملي

3/ مهما قيل عن محاذير الاجتهاد المقاصدي، فإنَّه قدر لا بد من مواجهته بالاعتراف والتنظيم بدلاً من التنكر له ووضع القاضي في موضع الآلة التي يحركها المشرع كيفما شاء، خاصة أَنَّ التشريع قد يفتقد إلى المرونة الكافية التي تسمح له بالتعاطي مع الواقع ومتغيراته بعدالة، كما أَنَّ المشرع عاجز أيضاً عن توجيه القاضي عبر التشريع للقيام بهذا الدور دون أَنَّ يوسع له في سلطته التقديرية في تفسير النصوص .

4/ عرف القضاء الاسلامي الاجتهاد المقاصدي في وقت مبكر فعمل على تقنين ضوابطه، فكانت رؤيته ثاقبه وعميقة للحد البعيد وأكثر فعالية في بسط العدل بمفهومه الشامل الذي يوازن بين المصالح المتعارضة، ويستصحب الواقع، ويلتفت إلى مآل حكم النص، ويراعي حكمة التشريع وغير ذلك من الاعتبارات الموضوعية التي تتفق مع العدل حكم، بل عرفت الشريعة الاسلامية ضرب آخر من ضروب الاجتهاد يتم فيه وقف العمل بالنص، ليس استبعاداً له، ولكن لعدم توفر شروط انطباقه على الوقائع المعنية .

5/ القراءة المتعمقة لمسيرة القضاء تشهد أَنَّ القانون الحي هو الذي يصنع على يد القضاة، ولهذا فمن العسير والحال هكذا حرمان المحاكم من اجتهاداتها التي يكون الهدف منها احقاق الحق البين بدرجة قاطعة، لأي سببٍ من الأَسباب.

6/ الاعتماد على تفسير النصوص القانونية استناداً إلى منطوقها الظاهر بحسب الرسوم اللغوية، يؤدي إلى التفاسير الحرفية، بينما الاعتماد على تفسير النصوص اعتماداً على المقاصد يؤدي إلى للانعتاق عن التشريع، ويبقى التوسط بين هذين المذهبين هو الطريق الاقوم والاعدل .

7/ لا يعتبر الاجتهاد المقاصدي خروجاً على النص القانوني، وتغولاً على سلطة المشرع في التشريع، لأَنَّ مفهوم النص القانوني يتجاوز المنطوق اللغوي ليشمل بمعناه، روح التشريع والحكمة منه، ومقاصده الكلية والجزيئية، والعادات والأعراف والمصلحة، ومبادئ العدل وحكم القسط .

الهوامش:

1. ابراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، توفى (790هـ) الموافقات في أصول الأحكام، شرح عبد الله دراز، عنى بطبعه وترقيمه ووضع تراجمه محمد عبد الله دراز، القاهرة، المكتبة التجارية الكبرى بمصر 1975م، (ط 2) ج 4، ص 84 .
2. الشاطبي، ابي اسحاق ابراهيم بن موسى، الموافقات ج 5، ص 135.
3. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، (711هـ/ 1311م) لسان العرب، بيروت، دار صادر، 1968م "مادة جهد" .
4. أبو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، توفى (393هـ/ 1003) تحقيق، أحمد عبد الغفور عطار، بيروت، دار العلم للملايين، 1987م، (ط 4) ج2، ص460 -461. (2/ 460 – 461) مادة "جهد".
5. محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، توفى (1205هـ/ 1790م) تاج العروس من جواهر القاموس، الكويت، سلسلة التراث العربي، 1965م، ج 2، ص 329 مادة " جهد"
6. محمد بن محمد الغزالي، المستصفى، توفي(505هـ/ 111م) تحقيق حمزة بن زهير حافظ الجامعة الاسلامية المدينة المنورة، ج 4، ص 4 .
7. محمد بن علي الشوكاني، توفى (1250هـ/ 1834)، ارشاد الفحول إلى تحيق الحق من علم الأصول، تحقيق ابي حفص سامي ابن العربي، الرياض، دار الفضيلة، 2000م، ج 2، ص 715 .
8. جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، توفى،(711هـ/ 1311) لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، دار المعارف، القاهرة 1981م ،مادة (جهد) – علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، توفى (471هـ/ 1078م) ،ضبط وتصحيح جماعة من العلماء، بيروت، الناشر دار الكتب العلمية ، 1983 (ط1) ص 10 .
9. ابن عاشور، الطاهر، مقاصد الشريعة، مصنع الكتاب للشركة التونسية، 1979م ص 146.
10. الفاسي، علال، مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغرب الاسلامي الطبعة الخامسة 1993م ص 7.
11. الريسوني، أحمد، نظرية المقاصد عند الشاطبي، تقديم الدكتور طه جابر العلواني، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، 1995م (ط4) ص 19
12. السنوسي، مرجع سابق ص 20.
13. نور الدين الخادمي، كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشؤون القطرية، قطر العدد 65، جمادي الأُولى، 1419السنة الثامنة عشر، الاجتهاد المقاصدي- حجيته – ضوابطه – مجالاته، ج 1، 17 .
14. الخادمي، نور الدين كتاب الأمة، مرجع سابق ص 12 (بتصرف) .
15. سابقة : بالرقم (م ع/ ط م/ 285/ 1977) مجلة الأحكام القضائية، لسنة 1977م السلطة القضائية، المكتب الفني، ص 437)،
16. سابقة : ورثة خميسة عبد الأسد " الطاعن" ضد محمد عبد السيد " المطعون ضده" بالنمرة (م ع/ ط م / 360/ 1977) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1977م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 417 – 418.).
17. محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، 1998م (ط1) ص 51 .
18. عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام أبو محمد، توفى (660هـ/ 1262م)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (2/ 189) راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة 1991م .
19. الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (5/ 41 وما بعدها) .
20. حسين حامد حسان، فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة، البنك الاسلامي للتنمية، جدة، 1993م ص 23.

21. الخادمي، نور الدين، كتاب الأُمة، مرجع سابق ص 165 – 166 .
22. الريسوني، مرجع سابق، ص 288 .
23. جمال الدين عبد الرحمن الاسنوي، توفى (722هـ/ 1370م) ، التمهيد في تخريج الفروع على الأُصول، تحقيق محمد حسن هيتو، 1980م، (ط 2) ص 224.
24. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، بيروت، مطبعة دار الفكر، 1968م، ج 2، ص 832.
25. محمد أمين ابن عابدين، توفى (1252هـ/1836) نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، مطابع أير كرين، لا هور 1976م، ج 2، ص 125.
26. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، توفى (1353هـ) تعريب فهمي الحسيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ج 1، ص 43 .
27. الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (2/ 217) .
28. الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق (217/2) .
29. المجموع المذهب في قواعد المذهب، نقلاً عن : القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها، تأليف / على أحمد الندوي، قدم لها العلامة الجليل الفقيه أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، 1991م ص 260 .
30. رواه أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، توفي(275هـ) في باب قول النبي – صلى الله عليه وسلم – : (المكيال مكيال أهل المدينة) عن ابن عمر، مختصر سنن أبي داود : للمنذري، بمعالم السنن للخطابي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، 1368هـ، ج5، ص 12 – 13.
31. المجموع المذهب في قواعد المذهب" مخطوط" و: 42 الوجه الثاني، نقلا عن الندوي، علي أحمد ص 260 – 261.
32. الريسوني، مرجع سابق ص 286 .
33. الخادمي، نور الدين، كتاب الامة، الاجتهاد المقاصدي، مرجع سابق، ص 97
34. الخادمي، نور الدين، كتاب الأمة، الاجتهاد المقاصدي، مرجع سابق، ص 105 .
35. سميح عبد الوهاب الجندي، أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية، وآثارها في فهم النص واستنباط الحكم، الإسكندرية، دار القمة، ودار الايمان، 2003م (ط1) ص 21 – 23 .
36. سابقة : حكومة السودان ضد ستنا أحمد الشايقي بالنمرة (م ع/ ط ج/ 27/ 73) مجلة الأحكام القضائية، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 245) ، هذا الحكم مستنبط بطريق دلالة الاشارة التي تعتبر من أهم طرق استنباط الأحكام من النصوص، شرعية، أم قانونية.
37. سابقة : حكومة السودان ضد أسطفانوس صفا صديق، بالنمرة (م أ / أ ن ج/ 444/ 76) مجلة الأحكام القضائية، لسنة 1967م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 831.
38. سابقة بالرقم (م ع / ط م/ 76/ 1975، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 109.
39. سابقة : جمهورية السودان (الطاعن) ضد الفاتح أحمد طه (المطعون ضده) بالنمرة (م ع/ ط م/ 454/ 76) مجلة الأحكام القضائية، لسنة 1976م، 356.
40. مجلة الأحكام القضائية لسنة 1972، السلطة القضائية ، المكتب الفني، ص 35 – 36.
41. سابقة : عبد الوهاب محمد يوسف (الطاعن) ضد محمد الفاضل الأمين (المطعون ضده) بالنمرة (م ع/ ط م/ 1990م) مراجعة / 64/ 1992م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1992م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 301 – 302 .
42. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاهرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ، 2010م (ط 1) ص 260 .
43. منصور، محمد حسين، المدخل إلى القانون، مرجع سابق ص 260.
44. الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق ج2ص 65- 66 .
45. الورد دينج، ترشيد الفكر القانوني في تفسير القانون والوصايا والعقود، ترجمة هنري رياض، بيروت، دار الجيل، (ط1) 1981م ص 11.
46. سعيد بشار، كتاب الامة سلسة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية– قطر العدد 78،، المصطلح خيار لغوي وسمة حضارية، رجب 1421هجرية ص 29 .
47. أبي الفتح عثمان بن جني، توفى (392هـ/1002)، الخصائص، تحقيق محمد على النجار، دار الكتب المصرية، المطبعة المصرية، 1913م، ج 1، ص 312.

48. الزرقا، مصطفى أحمد، مرجع سابق، ج 2، 835 .
49. محمد أمين ابن عابدين، توفى (1252هـ/1836)، حاشية المختار على الدر المختار، القاهرة، مطبعة البابي الحلبي، 1984م (ط 3)، ج2، ص 806 .
50. محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت مؤسسة الرسالة 1998م ص 10.
51. ماهر حسين حصوة، فقه التنزيل معالم وضوابط، بحث منشور بمجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، المجلد (13) العدد (1) 2016م 245.
52. سابقة : بالرقم (م أ / أ س م/ 62/ 1979) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1979م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 430
53. يعبر مبدأ الأمن عن جملة من المبادئ مثل :- 1/ واجب القاضي بالبت في القضية وفقاً للقوانين السارية . 2/ عدم رجعية القواعد القانونية . 3/ حصر تأويل النصوص القانونية في أضيق نطاق . 4/ احترام آجال الطعون والتقادم . 5/ احترام حجية الشيء المقضي فيه . 6/ حماية مبدأ الثقة المشروعة . أنظر : غميجة، عبد الحميد، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في اطار الندوة المنظمة من طرف الحسنية الوداية للقضاة، بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الافريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء 28/مارس/ 2008م ص 4 .
54. لعله من المناسب أن نورد بعض السوابق القضائية التي أرستها المحكمة العليا السودانية بخصوص استخدام المتهم لهذا الحق، وفق ضوابط محددة يمكن استخلاصها من هذه السوابق في مجملها ، منها : اثبات حق الدفاع الشرعي تحت المادة (56) من قانون العقوبات يقع على عاتق المتهم ولا يتطلب من المتهم اثبات ذلك الحق بما لا يدع مجالاً للشك إنَّما يكفي ترجيحه لصالح المتهم، أو خلق شك معقول يحمل المحكمة على الاعتقاد بأنَّ المتهم كان يمارس الحق عندما أتى بالفعل المشكو منه أنظر/ حكومة السودان ضد خلف الله أحمد البلك بالنمرة (م أ- م ك – 545-)1970 . مجلة الأحكام القضائية لسنة 1970 ص 46 . يحق للشخص أن يستخدم حق الدفاع لحماية ماله تحت المادة (2/56) من قانون العقوبات، ولكن حقه هذا لا يخول له احداث الموت في حالة السرقة إلا إذا اعتقد بأنَّ الموت أو الأذى الجسيم سيكون محتملاً إن لم يستخدم حقه في الدفاع . أنظر: حكومة السودان ضد جبريل محمود أبكر م أ/ ت م ك / 436/ 17، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1971 ص 58 . خشية وقوع العدوان في المستقبل... لا يعطي المتهم الحق في ممارسة حق الدفاع الشرعي تحت المادة (61) من قانون العقوبات، يجب أن يكون العدوان المراد رده حالاً أو على وشك الوقوع وليس هناك الوقت الكافي للجوء إلى السلطات العامة أنظر : حكومة السودان ضد تاج الدين عيسى زكي م أ – م ك – 140 –مجلة الأحكام القضائية لسنة 1970 ص 14. لا يشترط فيمن يستعمل حق الدفاع الشرعي أن يكون رده على العدوان متكافئاً تكافؤاً دقيقاً مع العدوان، وإنَّما يجوز بذل القدر المناسب من القوة تبعاً للظروف القائمة أنظر : حكومة السودان ضد بشير عبد الله السلمابي م أ/ م ك/ 11/ 72/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1971 ص 1 . يكفي لإثبات حق الدفاع الشرعي عن النفس مجرد الترجيح، أو قيام الحق . أنظر : حكومة السودان ضد أحمد عبد العزيز يوسف وآخر م ع/ م ك/ 25/ 72/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1972 ص 192 – 193.
55. Delnoy – Margreve –Moreau
56. يوسف القرضاوي، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، الطبعة الأُولى، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2000 ص 161 .
57. راجع : مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقلّيات، أ. د/ عبد المجيد النجار بحث مقدم للدورة التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث جمادى الأول 1423 هـ يوليو 2002م باريس – فرنسا
58. لم يقر التشريع الفرنسي مراجعة الشرط الجزائي إلا في العام 1975م بموجب القانون الصادر في 9/ يوليو 1975م والذي عدل الفصلين، 1131- 1152 . عن مداخلة القاها الدكتور/ محمد عبد النباوي، مدير قسم الشؤون الجنائية بوزارة العدل الجزائرية، في اللقاء الثقافي العلمي الذي نظمته مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي بتاريخ 24/ ديسمبر 2010م بمناسبة صدور عددها الأول، وقد تم نشره هذه المداخلة في العدد الثاني من المجلة الصادر بتاريخ مايو 2011م .
59. قرار صادر عن المجلس الأعلى المغربي، عدد (977) بتاريخ 10/ 04/ 1991م الملف المدني العدد 3374/ 85.

60. أحميدو أكري، الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، والمقارن، بحث منشور بمجلة الاشعاع، العدد (10) 1994م ص 89 .

61. أحميدو، أكري، المرجع السابق ص 94 .

62. سابقة بالنمرة: (م أ / أ س ج/ 1977م) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1977م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 215)،

63. سابقة : حكومة السودان ضد اسحق أحمد محمد مصطفى بالنمرة (م أ / م ك/ 38/ 83) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1983م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 131).

64. سابقة : الحاج أحمد محمد (الطاعن) ضد عبد الجبار حسين زاكي الدين (المطعون ضده) بالنمرة (م ع/ ط م/ 198/ 73) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 118.

65. سابقة بالرقم (م ع/ ط م/ 9/ 1981) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1981م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطزم، ص 178.