مجلة المستقبل للدراسات القانونية و السياسية ISSN : 2543-3865
المجلد: 07العدد: 01 السنة 2023 ص174-218

تاريخ الإرسال: 2023/03/31 تاريخ القبول:2023/05/11

العمل بالقياس في القانون وتطبيقاته القضائية

Analogy in Law and its Judicial Application

د.محمد المدني صالح الشَّريف، *[1]،د.أحمد محمد أحمد الزين[2]

[1]كلية الحقوق بجامعة ظفار (سلطنة عمان)،melmadni@du.edu.om

[2]كلية الحقوق بجامعة ظفار (سلطنة عمان)،aelzein@du.edu.om

الملخص: يتناول هذا البحث دراسة القياس كعمل اجتهادي يقوم على التفكير العقلي والمنطق القانوني السليم، وذلك في مجال قانون المعاملات المدنيّة، وقانون الأَحوال الشخصية متبعاً المنهج الوصفي، والمنهج الاستقرائي، والمنهج المقارن في إعداده؛ وذلك بهدف معالجة مشكلة البحث التي تتمثّل في تحديد المعايير التي يمكن العمل بها من قبل القضاء لضمان استنباط أَحكام قضائيّة صائبة عن طريق القياس، متناولاً بالشَّرح والتَّحليل هذه المعايير الضَّابطة للاجتهاد القضائي الَّذي يهدف إلى وضع حلول منطقية وعادلة للوقائع التي لم تحظَ بتنظيم المُشرِّع لسبب من الأَسباب ومن الممكن إيجاد حلول لها عن طريق القياس، متعرّضاً لبيان مفهوم القياس وأَنواعه الثلاثة وهي القياس الأَولوي، والقياس المساوي، والقياس الأَدنى، وتطبيقاته العملية على مستوى النصوص القانونيّة، وعلى مستوى الأَحكام القضائيّة المستقرّة كمبادئ، بجانب الإشارة الى دور القياس في تخصيص النصوص العامة، وموضّحاً القوانين التي يجوز فيها العمل بالقياس، والقوانين التي لا يجوز فيها العمل بالقياس، وقد توصّل البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات تمت الإشارة إليها في موضعها.

الكلمات المفتاحية: القياس – الاستنباط – العِلّة – حكم الأَصل – حكم الفرع.

Abstract: ***This research deals with the study of analogy as a jurisprudential work based on rational thinking and sound legal logic , in the field of civil transaction act , and personal status law following the descriptive approach , The inductive approach and the comparative approach in its preparation in order to address the research problem , which is to determine the criteria that can be worked by the judiciary to ensure that correct judicial ruling are derived from The path of analogy addressing with explanation and analysis these standards governing jurisprudence , which aims to develop logical and fair solution to facts that have not been regulated by the legislator for any reason .It is possible to find solution to them by analogy , exposing the concept of analogy and its three types, namely priority analogy , equal analogy , minimum analogy , and its practical application at the text level , and at the level of settled judicial ruling as principles, in addition to referring to the role of analogy in allocating general texts, and explaining the laws in which analogy may be worked , and laws that do not it is permissible to work by analogy , and the research has reached a number of results and recommendations that referred in their place.***

Keywords :*analogy, deduction, cause, rule of origin, rule of branch.*

---

*المؤلف المرسل

مقدمة : تُعدُّ حالة الفراغ التَّشريعي من الحالات التي تستعصى على الحلِّ من قبل المُشرِّعِ؛ لكون التَّشريع مهما بلغ من الدقّة والاحكام فلن يخلو من قصور يكتنفه، أَو

نقص يعتريه، سواءً أكان هذا القصور، أو النقص بسبب غفلة المُشرِّعِ عن تنظيم بعض الوقائع، أو كان بسبب غلبة التجريد على قواعد القانون، أو كان بسبب ما تفرزه الحياة من وقائع جديدة لم تكن معروفة للمُشرِّعِ عند وضعه للتَّشريع، أو غير ذلك من الأسباب، ولهذا برزتْ أهمّية العمل بالقياس كأحدِ الطرقِ التي يعتمد عليها القضاء في استنباطه للحلول اللَّازمة للوقائع المطروحة أمامه، وبما أنَّ القياس يعتمد على توفّر علة حكم الأصل في الفرع، لذلك يُعدُّ عملاً عقلياً بحتاً، لا علاقة له باللُّغة لكون القائس لا يلجأ إلى اللُّغة للتثبّت من توفر حكم الأصل في الفرع، وإنَّما يعمل عقله في العلة ليتدبّرها ويتحقّق من طبيعتها، ومن ثمَّ يحكم بتحقّقها في الفرع أو عدم تحقّقها؛ ولذلك كان للقياس أركانه وشروطه التي لا يصحّ إلَّا عند توفرها، كما أنَّ له أنواعه التي تتفاوت في المراتب، وهي القياس الأولوي، والقياس المساوي، والقياس الأدنى.

من جهة أُخرى فإنَّ للقياس مجالات محدّدة إذ ليس كل قانون صالح للقياس عليه، ولعلّ مسائل المعاملات المدنيّة، ومسائل الأحوال الشَّخصية تُعدُّ من أظهر المواطن التي يعمل فيها بالقياس، خلافاً للمسائل الجنائيّة التي ضيّق فيها المُشرِّعُ من مساحة الاجتهاد القضائي بصفةٍ عامةٍ بما في ذلك الاجتهاد عن طريق القياس، ومن ثمَّ فلا يجوز فيها القياس إلَّا نادراً، ولهذا السبب جرى التركيز في البحث على دراسة القياس في مجال المعاملات دون غيرها، وذلك من خلال تعريفه، وبيان مرتبته بين مصادر التَّشريع، وأنواعه، مستشهداً بالنصوص الشَّرعية، والنصوص القانونيّة ذات الصلة بموضوع البحث مع الإشارة إلى تطبيقاتها العملية في الفقه الإسلامي، وفي أحكام القضاء من خلال الاستشهاد بالسوابق القضائيّة التي اعتمد فيها القضاء على القياس في استنباط الأحكام التي أصدرها للفصل في النزاعات، وذلك حتى تستبغ الدراسة بالسبغة العملية الواقعية ممّا يزيد من فائدتها للدارسين والباحثين في مجال تفسير

النُّصوص القانونيّة، وقبل الولوج للدراسة لا بد من الإشارة إلى العناصر التي تتضمّنها هذه المُقدّمة، وذلك بما يلي:

أَولاً – مشكلة البحث:

تتمثّل مشكلة البحث في المعايير الضابطة للقياس في مجال القضاء عند الاعتماد عليه في استنباط الحكم القانوني الَّذي يطبق على الوقائع، ممّا يثير العديد من التساؤلات حول، مدى دقّتها، ووضوحها، وكفايتها؟

ثانياً – أَهمّية البحث:

بما أَنَّ النصوص القانونيّة لا يمكن أَنْ تحيط بجميع الوقائع التي من المفترض أَنْ تجد لها حلّاً في القانون، لكون هذه النُّصوص عبارة عن مفاهيم عامة تقابل واقعاً مُتغيّراً ومُتجدّداً على الدوام؛ لذلك يستمد هذا البحث أَهمّيته؛ لكونه يتناول القياس كمصدر احتياطي يعتمد عليه القضاء في إيجاد الحلول القانونيّة في المسائل التي تقع في دائرة الفراغ التَّشريعي.

ثالثاً – أَهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة لشرح وتوضيح مفهوم القياس في القانون كآلية أَو طريق من طرق استنباط الأَحكام من النصوص العامة في مجال العمل بالقوانين الوضعية، والضوابط التي يجب الالتزام بها عند العمل به في تقرير الأَحكام القضائيّة.

رابعاً – منهجية البحث:

تمَّ الاعتماد في اعداد البحث على المنهج الوصفي الَّذي يتعلّق بإيراد الحقائق كما هي، والمنهج الاستقرائي المعنى بتتبع الجزئيات لتقرير أَحكام عامة بناءً عليه، والمنهج المقارن المعنى بمقارنة الآراء التي تشترك في شرح وبيان فكرة محدّدة، بالإضافة إلى المنهج الاستنباطي.

المطلب الأَول–التعريف بالقياس، والعلاقة بينه وبين مفهوم المخالفة:

يتناول هذا المطلب تعريف القياس في اللغُة، وفي الاصطلاح، والفرق بينه وبين الاستنباط بمفهوم المخالفة؛ وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأَول–تعريف القياس في اللُّغة:

تطلق كلمة قياس في اللُّغة بِعدّة اطلاقات منها، التَّقدير، والمساواة، يقال قاس الثَّوب بالذراع أي قدره به، والتَّقدير يستلزم المساواة، ويقال فلان لا يقاس بفلان، أَي لا يساويه، فالقياس في اللُّغة التَّقدير والمساواة بين الشيئين "[1]"

الفرع الثاني– تعريف القياس في الاصطلاح:

عرَّف علماء الأصول القياس بِعدّة تعاريف نذكر منها أَنَّه: " مساواة فرع لأَصل في عِلّة الحكم "2" وقيل هو: " اثبات حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علّة الحكم عند المثبت3" وعرَّفه البعض بأَنَّه: " عبارة عن الاستواء بين الأَصل والفرع في العلّة المستنبطة من حكم الأَصل"4" ويمكن تعريفه بنفس المعنى في نظم التَّشريع الوضعية

1/الرازي، محمد بن بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الطباعة والنشر، الكويت 83م ص 559 – ابن منظور أَبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، 1955م مادة قاس.

2/ السبكي، عبد الوهاب بن علي، رفع الحاجب عن مختصر بن الحاجب، تحقيق، علي محمد معوض، وعادل أَحمد عبد الموجود، بيروت عالم الكتب، 1419هـ (5/3).

3/ البيضاوي، ناصر الدين عبد الله بن عمر محمد بن علي الشيرازي، مناهج الوصول في معرفة علم الأُصول، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، الطبعة الأُولى 2008م، ص 54.

4/ الآمدي، سيف الدين، أَبو الحسن علي بن أَبو علي بن محمد، الإحكام في أُصول الأَحكام، مطبعة محمد علي صبيح، مصر 1347هـ (6/3).

بأَنَّه: " إلحاق واقعة لم ينصّ المُشرِّعُ على حكمها بواقعة أُخري نصَّ علي حكمها لاشتراك الواقعتين في سبب الحكم5" أَو هو:" إلحاق واقعة لم يرد نصٌّ بحكمها بحكم واقعة ورد النصُّ على حكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم6" ويطلق الفقه الوضعي على القياس مسمى الاستنتاج المنطقي"7".

أَمّا علماء المنطق فيطلقون على القياس مسمى التّمثيل، والتَّمثيل عندهم أَنْ ينقل الذهن حكم أَحد الشيئين إلى الحكم الآخر لجهة مشتركة بينهما، أَي إثبات الحكم في جزئي لثبوته في جزئ آخر مشابه له، ولذا عرَّفوه بأَنَّه: " قول مؤلف من قضايا إذا سلمت يلزمه لذاته قول آخر8" وهو أَي القياس وسيلة من وسائل استنباط الأَحكام من النّصوص العامة – شرعية أَم قانونيّة – فعن طريقه يمكن اظهار حكم مسأَلة سكت عنها الشَّارع الحكيم أَو المُشرِّعُ في النظم الوضعية، وهو وسيلة لتوسيع حكم النصِّ ليشمل واقعة أُخرى

5/ أَحمد، محمدشريف، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين، المدني، والإسلامي، المكتبة الوطنية، العراق، بغداد، 1982، ص 163.

6/ الجميلي، خالد رشيد، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، بغداد، 1989م، 141م.

7/ الدريني، فتحي، المناهج الأُصولية في الاجتهاد بالرأي في التَّشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 2013م أَنظر الهامش، ص 459.

8/ التَّفتازاني، تهذيب المنطق، بشرح الخبيصي للعلامة عبيد الله بن فضل، نقلاً: مصطفي الزلمي، أُصول الفقه في نسيجه الجديد، ص 143.– نقلاً عن العبيدي، عواد حسين ياسين، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، الطبعة الأُولى المركز العربي، 2019م، ص 245.

غير الواقعة التي تقرَّر لها الحكم ابتداءً، وقد قال عنه ابن تيمية أَنَّه من العدل الَّذي أَمر الله به9".

الفرع الثالث –العلاقة بين القياس والاستنباط بمفهوم المخالفة:

نظراً لوجه الشَّبه بين القياس والاستنباط بمفهوم المخالفة سوف نتعرّض لشرح العلاقة بينهما، وفي هذا نقول عند الاستنباط بمفهوم المخالفة يمنح المستنبط الحالة غير المنصوص علي حكمها حكماً مخالفاً أَو معاكساً لحكم الحالة المنصوص عليها، فعلى سبيل المثال نجد أَنَّ المادة (113) من قانون المعاملات المدنيّة العُماني لسنة 2013م قد نصّتْ على أَنَّه : " ليس لمن وقع في الغلط أَنْ يتمسّك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النيّة " وبمفهوم المخالفة فأَنَّ للمتعاقد أَنْ يتمسّك بالغلط إذا كان تمسكه لا يتعارض مع حسن النيّة، ومن ذلك أَيضاً ما نصّتْ عليه المادة (131) من نفس القانون بأَنَّه: " ... إذا رفض الاجازة من يملكها بطل العقد" فإنَّ مفهومها المخالف أَنَّ العقد الموقوف يكون صحيحاً ونافذاً إذا أجازه من له الحقُّ في إجازته، وبما أَنَّ الحكم المستنبط بمفهوم المخالفة، والحكم المستنبط بالقياس يشتركان في كونهما من الأَحكام غير المنصوص عليها في التَّشريع بصورة مباشرة؛ كما أَنَّ كلاهما عملاً عقلياً يقوم على التَّفكير والمقارنة والاستنتاج والتَّعليل، دون الاعتماد على البيان اللفَّظي لبنية النصِّ في دلالتها اللُّغوية المباشرة؛ إلَّا أَنَّ محلَّ الخلاف بينهما يتمثّل في أَنَّ الاستنباط بمفهوم المخالفة لا ينظر فيه المستنبط إلى عِلّة الحكم وإنَّما ينظر إلى المعنى المخالف لمنطوق النّصِّ فيقرّره للحالة المسكوت عنها، بينما ينظر المستنبط إلى علّة حكم الأَصل عند العمل بالقياس، لكون الاستنباط بمفهوم المخالفة يتجه نحو إعطاء المسكوت عنه عكس

9/ ابن تيمية، أَحمد بن عبد الحليم الحراني، الرد على المنطقيين، بيروت، دار المعرفة، ص 371

حكم المنطوق، وأَنَّ القياس يتجه نحو العِلل؛ كذلك إنَّ دلالة النَّصِّ بمفهومه المخالف تُعرف من خلال اللُّغة بينما معرفة القياس ترجع إلى معرفة العلَّة لا إلى اللُّغة، وهو ما يشكّلُ الفرق بين دلالة النَّصِّ ودلالة القياس "10".

وقد أَفاض علماء الأُصول في شرح الطرق التي يَعرف بها المجتهد علَّة الحكم، وقد أَطلقوا عليها مسمى مسالك العلَّة، منها: النَّصُّ عليها من قبل الشَّارع، وفي هذه الحالة قد تكون العِلّة صريحة، وقد تكون غير صريحة، ومنها ما ترجع معرفته إلى العقل، كالسَّبر والتَّقسيم، والشَّبه، والدوران، أَي الطَّرد والعكس، وتخريج المناط، وتنقيح المناط، وتحقيق المناط، وبما أَنَّ هذه الطرق، أَو المسالك متعلّقة بمعرفة العلَّة في الأَدلّة الشَّرعية؛ ولكن بعضها يناسب العمل في القانون خاصة المسالك التي تتعلّق بإعمال العقل لمعرفة علَّة الحكم عن طريق الاستنباط "11".

المطلب الثاني–أَركان القياس:

للقياس أَربعة أَركان، المقيس، وهو الواقعة التي لم يخصّها المُشرِّعُ بحكمٍ خاصٍ، والمقيس عليه والمقصود به الواقعة محلّ الحكم الَّذي نصّ عليه المُشرِّعُ، والعِلَّة وهي سبب الحكم، وأَخيراً الحكم الَّذي يشمل المقيس، والمقيس عليه، وسوف نتعرّض في كل فرع من فروع هذا المطلب لشرح ركن من هذه الأَركان بالإيجاز التالي:

الفرع الأَول:المقيس عليه:

10/ التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر (2/ 105).

11/ أَنظر كتب أُصول الفقه، باب أَو فصل مسالك العلة.

المقيس عليه هي الواقعة التي نصَّ الشَّارع الحكيم، أَو المُشرِّعُ على بيان حكمها، ويطلق علماء الأُصول على المقيس عليه مسمي الأَصل، فمن الأَمثلة على المقيس عليه حرمة الخمر الثابتة بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ12﴾ فالحكم بحرمة الخمر هو الأَصل الَّذي تضمنته الآية الكريمة، وعند توفر علّة حكم الأَصل في موطن آخر يعمل المجتهد على الحكم بحرمته كما هو الحال في حكم تعاطي الحشيش، وجميع ما يُذهب العقل من المسكرات، كذلك من الأَمثلة على المقيس لفظ الذهب والفضة الواردين في قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ13﴾ فقد ورد النَّصِّ أَصالةً على حرمة كنزهما، واستناداً إلى علَّة هذا التَّحريم والتي تتمثَّل في الاضرار الناتجة عن كنز الذَّهب والفضة على المستوى الاقتصادي بصفة عامة وعلى مستوى القيام بالواجب في الإنفاق على الأَهل والعيال، فيمكن تعدية هذا الحكم إلى كل عملة ورقية تحلُّ محلَّ الذَّهب والفضة في التَّعامل من حيث قوتهما الشرائية. فيُحرم كنزها، ويستند عموم هذا الحكم على توفر علّة حكم الأَصل في الفرع "14".

من جهة أُخري وحتى يمكن القياس على حكم الأَصل فإنَّه يجب ألَّا يكون متفرداً بالحكم من ذلك على سبيل المثال الحكم الاستثنائي فبما أَنَّه على خلاف القاعدة العامة لذلك يصبح متفرداً بحكمه فلا يجوز القياس عليه.

الفرع الثاني– المقيس:

12/ المائدة: 90.

13/ التوبة: 34.

14/الزلمي، مصطفى إبراهيم، أُصول الفقه في نسيجه الجديد، طبعة خمسة وعشرين، العراق، أربيل، مكتبة التفسير، ص 145.

المقيس هو الواقعة، أَو الحادثة المستجدّة التي أَفرزتها حركة الحياة في تطوّرها وتوفرتْ فيها علَّةُ حكم الأَصل، أَي الواقعة التي لم يتوفر دليل خاص على حكمها، ويطلق علماء الأُصول على المقيس مسمى الفرع، الأَمر الَّذي يعني أَنَّ تعدّية حكم الأَصل إلى الفرع من باب الاجتهاد فيما لا نصّ فيه، وعند إلحاق حكم الأَصل بالفرع فإنَّ هذا الإلحاق كاشف للحكم وليس منشئي له؛ لكون الحكم ثابت للفرع ابتداءً؛ ولكن تأَخر بيانه؛ لأَنَّ الحاجة لم تدع إلى الكشف عنه بيانه "15" ولكون حكم الأَصل ورد بالتَّشريع على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يعبر عن منطق التَّشريع في الوقائع غير المنصوص على حكمها، ومنه يتضح أَنَّ دلالة القياس على حكم الواقعة الجديدة دلالة عقلية التزاميّة غير مباشرة، وهو ما يطلق عليه علماء الأُصول اطراد العلَّة "" ومن هنا يبدو أَنَّ في الوقوف عند المعنى الحرفي للنصوص تضييق لمعانيها واهدار للعدالة، وقصور عن رعاية المصالح المتجدّدة، وتطبيق للنصوص القانونيّة على الوقائع دون النَّظر في مقاصدها وحكمتها وعللها وهو ما يوسمها بالقصور وينحرف بها عن أَهدافها في الكثير من الحالات "16".

الفرع الثالث–العِلّة:

عِلّة الحكم هي السَّبب الَّذي حمل الشَّارع الحكيم أَو المُشرِّعُ في القوانين الوضعية على تشريع الحكم وتقريره، ومن ثمَّ فهي سبب الحكم ومناطه، وتظهر قوتها ومنطقيتها في مدى إبانتها عن الحكم، وتعبيراً عن ذلك ذهب البيضاوي على أَنَّ: " العلَّة في الأَصل بمعنى

15/ حفيان، إسماعيل حسن، تفسير النصوص في منظور الشريعة والقانون دراسة مقارنة، الطبعة الأُولى 2019م، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة، 333.

16/الدريني، فتحي، المناهج الأُصولية في الاجتهاد بالرأي في التَّشريع الإسلامي، المرجع السَّابق، ص 459.

الباعث أي مشتملة على حكمة صالحة وتكون مقصودة للشَّارع من شرعة الحكم17" وعرَّفها الشيرازي بأَنَّها: " المعنى الَّذي يقتضي الحكم18" وعند الإمام الشَّاطبي أَنَّها: " الحكم والمصالح التي تعلّقت بها الأَوامر، أَو الإباحة، والمفاسد، التي تعلّقتْ بها النَّواهي، فالمشقّة علّة في إباحة القصر، والفطر في السَّفر19" وهي بهذا المعنى مرادفة لمعنى الحكمة، والتَّعليل هو طريقة استخراج العلَّة وإثباتها بغرض تعدية حكم الأَصل إلى الفرع "20"، ومن أَهمِّ الشروط التي يجب أَنْ تتوفر في العلّة أَنْ تكون وصفاً ظاهراً ومنضبطاً، وأَنْ تكون مناسبةً للحكم، وأَنْ تكون مطردة "21" .

وبمناسبة الحديث عن العلَّة، من المهمّ أَنَّ نشير إلى الفرق بينها وبين الحكمة، فالعلَّة هي الوصف الظاهر المنضبط الَّذي جعله الشَّارع مناطاً للحكم وربطه به وجوداً وعدماً، وهي مُقدّمة لمعرفة الحكمة من شرعة النَّصِّ، بينما الحكمة هي المصلحة التي قصد الشَّارع الحكيم، أَو المُشرِّعُ تحقيقها، أَو المفسدة التي قصد دفعها؛ ولهذا فأَنَّ العلَّة هي

17/ الآمدى، سيف الدين علي بن محمد، الإحكام في أُصول الأَحكام، مطبعة صبيح القاهرة، 1347هـ (224/3).

18/ الشيرازي، أَبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، اللمع في أُصول الفقه، دار الكتب العلمية (104/1).

19/ الشَّاطبي، أَبو إسحاق، إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أُصول الشَّريعة، دار الفكر للطباعة والنشر (185/1).

20/ السرخسي، محمد بن أَحمد بن أَبي سهل، أُصول السرخسي، تحقيق أَبو الوفاء الأَفغاني، دار المعرفة، بيروت، ص 159.

21/ عرف علماء الأُصول الوصف المناسب بأَنَّه: وصف ظَّاهر منضبط يحصل عقلاً من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أَنْ يكون مقصوداً من جلب مصلحة، أَو دفع مضرَّة. كمناسبة الاسكار في كونه علَّة لتحريم الخمر. أَنظر شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب (2/ 239) .

التي تصلح أَنْ تكون مناطاً للحكم بشرط ظهورها وانضباطها، بخلاف الحكمة؛ ولهذا السَّبب قرّرت المحكمة العليا السودانية أَنَّ الأَحكام تدور مع علتها وليس مع حكمتها وذلك بمناسبة نظرها في قضية أَخذتْ فيها محكمة الموضوع بحكمة التَّشريع مع وجود نصٍّ صريحٍ يحكم الوقائع، وهو ما لا يجوز لها؛ ولذلك قرّرتْ المحكمة العليا السُّودانية بأَنَّه : " لقد استقر القضاء على أَنَّه متى كان النَّصُّ واضحاً جلى المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه فإنَّه لا يجوز الخروج عنه أَو تأَويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أَملته؛ لأَنَّ البحث في حكمة التَّشريع أَو دواعيه إنَّما يكون عند وجود غموض أَو لَبس في النَّصِّ مّما يكون معه القاضي مضطراً في سبيل التَّعرف على الحكم الصحيح إلى تقصي الغرض الَّذي رمى إليه ذلك النصُّ والقصد الَّذي أَملاه؛ ذلك أَنَّ الأَحكام تدور مع علّتها لا مع حكمتها ومن ثمَّ لا يجوز اهدار العلَّة والأَخذ بالحكمة عند وجود نصٍّ واضحٍ ومحدّدٍ 22" وعملاً بدوران الأَحكام مع علّتها قضتْ محكمة النَّقض المغربية بأَنَّ: " الحجز التَّحفظي مجرد اجراء وقتي يتعيّن رفعه إذا زالتْ أَسبابه، ويُشترط لكي يكون منتجاً لآثاره القانونيّة أَنْ يكون المال المحجوز ملكاً للمدين 23" كما قضتْ المحكمة العليا السودانية بأَنَّ: " نصَّ المادة (37) من قانون العقوبات لسنة 1983م قد ربط حسن النيّة بالإهمال وجوداً وعدماً بحيث أَنَّ الفعل لا يكون بحسن نيّةٍ إذا فقد الحيطة والحذر اللَّازمين لأَدائه، ولا يجدي مطلقاً الدفاع بأَنَّ الفعل أُنجز بحسن نيّةٍ في الوقت الَّذي لم

22/ المحكمة العليا السودانية، الطعن رقم (م ع / ط ت / 14/ 1984م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1984م السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم، ص 243.

23/ محكمة النَّقض المغربية، قرار رقم (898) بالملف رقم 1/1/1848/ 2004م، بتاريخ 03/5/ 2008م، نشرة قرارات المجلس الأَعلى، السلسة (1) 2009م، الجزء الأَول، نشرة متخصصة، ص 53، نقلاً عن:محاضرة عن مصادر التَّشريع، القياس، اعداد الأستاذ محمد كوجيلي، ص 10.

يراع في إنجازه العناية والانتباه والحيطة والحذر حتى لو تمَّ ذلك مع عدم سوء القصد24" كذلك من الأَحكام التي تدور مع علّتها أَنَّ الأُم المطلّقة أَحقُّ بحضانة الطفل الَّذي في طور الحاجة لحضانتها مالم تتزوج بأَجنبي عنه، فإنْ تزوجتْ سقط حقّها في حضانته، وهو ما قضتْ به محكمة استئناف ولاية الخرطوم بما نصّه: " زواج الحاضنة بأَجنبي وانشغالها عن المحضون يسقط حقّها في الحضانة ...25" فإذا طُلقتْ عاد إليها حقُّها في الحضانة، ومن ذلك أَيضاً زوال إتحاد الدين بزوال سببه، وهو زوال إتحاد الذمّتين، وذلك بما نصّتْ عليه المادة (257) من قانون المعاملات المدنيّة العُماني لسنة 2013م بأَنَّه: " إذا زال سبب إتحاد الذمّتين بأَثر رجعي عاد الدين إلى ما كان عليه من قبل".

ولكن نظراً لكون القياس مبني على المقاصد فلهذا السَّبب تمسّك بعض علماء الأُصول بأَنَّ تكون المقاصد نفسها هي علّة الحكم، إلَّا أَنَّ مذهب الجمهور أَنَّ التَّعليل يكون بالوصف الظَّاهر المنضبط المفضي إلى المقاصد، لكون المقاصد وإنْ كانت هي الباعث والدَّافع على تقرير الحكم إلَّا أَنَّها قد تتسم بالخفاء في بعض الأَحيان بحيث لا يمكن ادراكها بحاسة ظاهرة، كما يمكن أَنْ تكون غير منضبطة تختلف باختلاف الأَحوال والأَشخاص، فعلى سبيل المثال أَنَّ الحكمة من شرعة البيوع سدّ حاجات النَّاس، والحاجة أَمر خفي إذ قد يكون البيع لحاجة وقد لا يكون لحاجة، وإنَّ الحكمة من إباحة الفطر للمسافر في رمضان دفع المشقَّة عنه، غير أَنَّ المشقَّة تختلف باختلاف أَحوال النَّاس

24/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد أَ، ر، ت بالرقم (م ع/ ط ج/ أَ د/ 3/ 1406هـ، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1988م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 113.

25/محكمة استئناف ولاية الخرطوم، قرار الاستئناف بالرقم (1992/269) الصادر في يوم 20/ 6/ 1992م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1992م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 49.

وظروفهم فقد تلم بالمقيم دون المسافر، وإذا إتضح أَنَّ الحكمة قد تكون غير ظاهرة وغير منضبطة؛ لذلك قرّر الجمهور من علماء الأُصول عدم التَّعليل بها والتَّعليل بالوصف الظَّاهر المنضبط المناسب لربط الحكم به من جهة كونه يفضي إليه في الغالب "26" كما قرّر القضاء السوداني – أَيضاً – عدم التَّعليل بحكمة التَّشريع كما هو واضح من السابقة التي سبقت الاشارة إليها.

وبما أَنَّ تعدية حكم الأَصل إلى الفرع قائم على توفّر عِلّة حكم الأَصل في الفرع فيمكن القول أَنَّ العلَّة هي وجه الشَّبه الَّذي يجمع بين الأَصل والفرع في الحكم، وقد يكون وجودها ظاهراً في الفرع بحيث لا تحتاج إلى جهد كبير في معرفتها، وقد تكون خفيّة بحاجة إلى بذل المزيد من الجهد، وبناءً على ذلك إذا كان القياس يقوم في أَصله على علّة حكم؛ لذلك يشترط لصحته توفر علّة حكم الأَصل في الفرع، وإلَّا كان قياساً باطلاً؛ لكونه قياس مع الفارق، ونظراً لأَهمّية العلَّة في القياس فإنَّ بعض العلماء كالحنفيّة، جعلوها الركن الوحيد في القياس، وللعلَّة تسميات كثيرة منها، السبب، والمؤثر، والمقتضى، والباعث، والدَّاعي، والدليل، والأَمارة، ومناط الحكم، والمستدعي، والحامل "27" .

الفرع الرابع –الحكم:

من المعلوم أَنَّ القاعدة القانونيّة تشتمل على حكم وفرض، فالحكم هو الأَثر القانوني الَّذي رتَّبه المُشرِّعُ على الواقعة محلّ التَّنظيم القانوني، وبعبارة أُخرى هو النَّتيجة التي يرتّبها القانون عند تحقّق الفرض في الواقع، بينما الفرض هو تصوّر المُشرِّعِ لما يمكن أَنْ يحدث في الواقع، وفقاً للشروط الأَساسية اللَّازم توفّرها لانطباق حكم القاعدة القانونيّة على ما

26/ الحسن، خليفة بابكر، فلسفة مقاصد التَّشريع في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة الطبعة الأُولى، 2000م، ص 40.

27/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص 146.

حدث في الواقع، ومن الأَمثلة على الفرض والحكم في القاعدة القانونيّة إذا تطابق الإيجاب مع القبول انعقد العقد، وأَصبح لكل من طرفيه حقوق وواجبات متقابلة، فتطابق الإيجاب مع القبول بغرض انشاء عقد هو الفرض، بينما الالتزامات المتولّدة عن العقد هي الحكم، وكذلك إذا تسبب الشَّخص في ضرر للغير فإنَّ القانون يلزمه بجبر الضَّرر الواقع عن طريق التَّعويض، فارتكاب الضَّرر هو الفرض، بينما إلزام مرتكب الفعل الضَّار يجبر الضَّرر عن طريق التَّعويض هو الحكم المقابل له "28"، وبصفة عامة فإنَّ الحكم هو الأَثر القانوني الَّذي يتمثّل في جلب مصلحة، أَو دفع مفسدة، وبصفة عامة هو الغاية المتوخاة من شرعة الحكم "29".

المطلب الثالث –الشروط اللَّازمة لصحّة العمل بالقياس:

لكي يكون القياس صحيحاً فلابد أَنْ يكون مستوفياً للشروط اللَّازمة لصحّته، وهو ما يجعله متوافقاً مع قواعد الاستنباط الفقهي المتعارف عليها؛ ولذلك سوف نشير لهذه الشروط من خلال الفروع التالية:

الفرع الأَول–عدم وجود نصٍّ يحكم الواقعة:

بما أَنَّ القياس عبارة عن تطبيق حكم واقعة منصوص على حكمها في القانون على واقعة أُخرى لم ينصَّ عليها القانون؛ لذلك كان لا بد للعمل به أَلَّا يكون للفرع المقيس نصٌّ يتضمن حكمه إذ لا قياس مع وجود النّصِّ؛ لكون الواجب العمل بالنصِّ في هذه الحالة، فعلى سبيل المثال فإنَّ المُشرِّعَ السوداني قد اعتبر الغلط أَحد عيوب الإرادة بما

28/ عليوة، مصطفى، (2007) أُصول سن وصياغة وتفسير التشريعات (ط1)، القاهرة، مكتبة كومت، ج، 1، 41.

29/القيسي، رياض، علم أُصول القانون، مطبعة الفرات، 2002م، ص 330.

نصَّ عليه في المادة (63) من قانون المعاملات لسنة 1984م بأَنَّه: " يكون العقد قابلاً للأبطال، اذا (أ) وقع الغلط في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين, أَو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن نيّة " ولكنَّه لم يتطرّقْ إلى حكم الغلط في التصرّفات القانونيّة التي ليست من جنس العقود، واستناداً على القياس يمكن تطبيق حكم الغلط المنصوص عليه في المادة المشار إليها على جميع التصرّفات القانونيّة التي ليستْ من جنس العقود بناءً على وجه الشَّبه بين العقد، والتصرّف القانوني في عناصر التكوين الأَساسية؛ لكون كل منهما يقوم على التَّعبير عن الإرادة التي يجب أَنْ تكون حرّةً وكاملةً وخاليةً من جميع العيوب التي قد تشوبها ومنها عيب الغلط "30".

ومن الأَمثلة – أَيضاً – على الاعتماد على القياس في حالة عدم وجود نصٍّ يحكم الواقعة أَنَّ المادة (741) من القانون المدني العراقي قد نصّتْ على أَنَّه: " إذا عقد الإيجار دون إتفاق على مدّة، أَو عقد لمدّةٍ غير محدّدة، أَو إذا تعذّر إثبات المدّة المدعى بها فيعتبر الإيجار منعقداً للمدّة المحدّدة لدفع الأُجرة وينتهي بانقضاء هذه المدّة بناءً على طلب أَحد المتعاقدين إذا هو نبَّه المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد الآتي بيانها " والشاهد من ذكر هذه المادة أَنَّ التَّنبيه تصرّفٌ قانونيٌ يتمَّ بإرادة منفردة؛ ولكن هذه الإرادة المنفردة لا تُعدُّ مصدراً من مصادر الالتزام بالمعنى الوارد في المادتين (184) و (185) من القانون المدني العراقي، وبناءً على ذلك فإنَّ التَّنبيه بالإخلاء لا يُعدُّ مصدراً من مصادر الالتزام ومن ثمَّ لا يرتّب لمن وجّه إليه حقاً، وإنَّما هو مجرد اخطار بإنهاء العقد غير المحدّد المدّة، وبما أَنَّ التَّشريع يخلو من نصٍّ قانونيٍ ينظّم التَّنبيه بالإخلاء باعتباره تصرّف قانوني؛ لذلك يمكن أَنْ تطبق بشأَنه الأَحكام التي تسري على العقد فيما عدا

30/ حفيان، إسماعيل حسن، مرجع سابق، سابق، ص 177.

الأَحكام التي تتعلّق بضرورة تطابق الارادتين؛ وذلك لاختصار التَّنبيه على إرادة من صدر منه دون إرادة الطَّرف الآخر"31".

ولكن في بعض الحالات قد لا يكون القياس مبنيّاً على علّة الحكم المقيس عليه، وانَّما متجهاً إلى تطبيق حكم سابق على وقائع جديدة، كما هو الحال عندما تقتفي المحاكم الأَدنى أَثر المحاكم الأَعلى فيما تقرّره من أَحكام، وفي هذه الحالة يجب على محكمة الموضوع أنْ تتحلّى بالحذر لعدم تساوي الظروف وتطابقها في كل القضايا بالقدر الَّذي يسمح بالقياس عليها دائماً وابداً "32" ولهذا السبب قضتْ المحكمة العليا السُّودانية بأَنَّ: " السوابق القضائيّة لا ينبغي الاسترشاد بها من غير نظر إلى وقائع الأَقضية ومدى تطابق ملابساتها، فالأَقضية ووقائعها وملابساتها قد تختلف باختلاف المتخاصمين وعاداتهم وبيئاتهم، ومن ثمَّ فلا ينبغي قراءة المبدأ الَّذي أَرسته السَّابقة القضائيّة من غير نظرٍ إلى ملابسات الحال وأَحوال النَّاس وأَعرافهم 33".

الفرع الثاني –توفّر علّة الأَصل في الفرع:

معنى هذا الشَّرط أَنْ تكون العلَّة المتوفّرة في الفرع مساوية لعلّة الأَصل، أَو زائدة عنه، فإنْ لم تتوفر أَو توفرتْ ولكن بدرجةٍ أَقل لم يجز القياس لكونه قياس مع الفارق؛ لأَنَّ

31/ العبيدي، عواد حسين ياسين، مرجع سابق، 249.

32/ العبيدي، عواد حسين ياسين، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للنشر، والتوزيع، جمهورية مصر العربية، القاهرة، (ط1) 2019م، ص 246.

33/ المحكمة العليا السودانية: نفقة زوجية، ونفقة بنوة، قرار النقض رقم (111/ 1992م) الصادر في 12/ 7/ 1992م مجلة الأَحكام القضائية لسنة1992م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 17.

القياس يقتضي المماثلة بين الفرع والأَصل، فعلَّة الفرع المساوية للأَصل تمثّل مناط تعدية حكم الأَصل إلى الفرع، فعلى سبيل المثال لا يجوز قسمة المال المشفوع بحسب نصيب حصة كل شريك من الشركاء الَّذين إتحدوا في سبب الشفعة قياساً على غلّة المال المشترك الَّذي يقسّم بين الشركاء بحسب حصة كل شريك؛ لكونه قياس مع الفارق بالنَّظر إلى أَنَّ الغلّة متولّدة عن الشيء المملوك للشركاء، أَمّا المال المشفوع فليس متولداً من ملكهم؛ لأَنَّه مملوك للغير وما يكون مملوك للغير لا يمكن أَنْ يكون غلة لأَحد "34".

ومن جهة أُخرى قد تكون علَّة حكم الأَصل لا تتعداه إلى غيره فحينئذ لا يجوز القياس لعدم إمكانية تعديها إلى الفرع؛ لكون الغرض المقصود من تعليل حكم الأَصل تعديته للفرع، ومن ثمّ إذا عُلّل بعلَّةٍ لا توجد في غير الأَصل لا يمكن أَنْ تكون أَساساً صالحاً للقياس عليها؛ ولذلك اشترط العلماء في العلَّة أَنْ تكون عامة، أَي أَنْ تكون وصفاً يمكن أَنْ يتحقّق في عدّة أَفراد "35" إذ العلَّة لا تصلح أَساساً للقياس إلَّا إذا كانت متعدّية، أَي أَلَّا تكون أَمراً خاصاً بالأَصل؛ كذلك يجب أَلَّا يكون الفرع منصوصاً على حكمة فإنْ كان منصوصاً على حكمه لم يحتاج إلى قياسه على غيره، لكون القياس معنى بوجود مسأَلة غير منصوص عليها "36".

الفرع الثالث–أَنْ تكون العلّة معقولة المعنى:

34/ الجنداري، هشام عبد الملك عبد الله،قواعد تفسير النصوص القانونية، أُصول فقه القانون، الطبعة الأُولى 2019م، دار الكتاب، صنعاء ص 193 – 194.
35/ الآمدي، الإحكام في أُصول الأَحكام، مرجع سابق (3/ 238).
36/ الشنقيطي مذكرة أُصول الفقه على روضة النَّاظر، لمحمد الأَمين الشنقيطي، مطبعة العلوم والحكم، ص 377.

معقوليّة العلَّة تعني أَنْ تكون واضحة يمكن للعقل أَنْ يدرك أَنَّها مؤثّرة في وجود الحكم، وفي عدمه؛ لكون دلالة القياس على حكم الوقائع المستجدّة غير المنصوص عليها عملاً اجتهادياً عقلياً يستند على توفر علّة حكم الأَصل في الفرع، لأَنَّ العقل يقضي بتعدّد الحكم في محال علّته لزوماً، فحيثما ثبتت العلَّة استلزمت عقلاً وجود الحكم الَّذي بُني عليها تحقيقاً لحكمة التَّشريع في العدل والمصلحة، ممّا يعني أَنَّ القياس لا يستند إلى اللُّغة؛ لأَنَّ اللُّغة لا تقتضي تعدّد الحكم في محال علّته بل العقل هو الَّذي يقضي بذلك، كما أَنَّ العقل يقضي بأَنَّه حيثما انتفتْ العلَّة انتفى المعلول، وهو الحكم؛ لأَنَّ الحكم مرتبط بعلّته ارتباط المسبب بسببه، وهو ما عبّر عنه علماء الأُصول بقولهم أَنَّ : " الأَحكام تدور مع علّتها وجوداً وعدما " ولهذا السبب حينما أَدرك الصَّحابة – رضوان الله عليهم – اسرار الشَّريعة وحكمتها ومرونتها بنو فتاويهم وأَقضيتهم على هذا الفهم حيث نجدهم افتوا بقتل الجماعة بالواحد لإدراكهم أَنَّ العلّة في تحريم قتل النَّفس الثابت بقوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ 37﴾ حماية الأَرواح، وبالمقابل أوقفوا حدّ السَّرقة الثابت بقوله تعالى: ﴿ السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ 38﴾ في عام المجاعة في حقِّ من يرتكب جريمة السَّرقة تحت وطئة الحاجة والضَّرورة، لكون معنى الآية متجه نحو من يسرق وهو في حالة الكفاية، فضلاً عن ذلك أَنَّ حماية حفظ الأَرواح من الهلاك مقدّمة على حفظ الأَموال عند تعارضهما؛ كذلك وقفهم لسهم المؤلفة قلوبهم المنصوص عليه في قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ ۖ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ 39﴾ لزوال علَّة صرف مورد الزكاة

37/ المائدة: 45.
38/المائدة: 38.
39/ التوبة: 60.

إليهم وهو ضعف المسلمين، فلما قويت شوكتهم زالت علَّة الحكم فتوقفوا عن العمل بالحكم لزول علّته، وبذلك تكون العلَّة مؤثّرة في اظهار الحكم، وفي ثبوته "40" وهو ما يطلق عليه علماء الأُصول اطراد العلَّة، أَو العموم العقلي للعلَّة "41" علماً بأَنَّ المقصود بالعلَّة في سياق العمل بالقياس معناها الشَّرعي أَي العلَّة التي تكون مقدّمة في التصوّر، وليس معناها الفلسفي أَي العلَّة التي تسبق معلولها في الوجود"42"، ومن الأَحكام المشابهة لما تمّت الإشارة إليه ما قضتْ به المحكمة العليا السودانية، بأَنَّ: " حالة الضَّرورة لا ترفع المسؤوليّة إلَّا في حالة تعاطي الأَطعمة والمشروبات المحرَّمة ولا ترفع العقاب إلَّا في حالة سرقة الطَّعام والشَّراب وحدها بالقدر الَّذي يسد الحاجة[43]".

وخلاصة ما تقدّم أفإنَّ القياس عملٌ يقوم على المماثلة والمقايسة وفقاً للنَّظر العقلي الدقيق المدرك لمقصد النَّصّ المقيس عليه اعتماداً على المنطق العقلي السَّليم بعمل يتكامل فيه عطاء العقل في إطار هداية النصَّ، مّما يكسب النَّصَّ خاصية المرونة ويبعد به عن الجمود والحرفية والتَّخلف عن مسايرة الحياة "44".

40/ الدريني، فتحي، المناهج الأُصولية في الاجتهاد بالرأي في التَّشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 459– الزَّلمي، مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص 152 – 153.

41/ الجويني، أَبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، البرهان في أُصول الفقه، الطبعة الثالثة، دار الوفاء، المنصورة، 1412هـ، (2/ 648).

42/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص 175.

43/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد ش، س، م، بالرقم (م، ع/ ف، ج/ 301/ 1406هـ، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1989م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 44.

44/ حفيان، إسماعيل حسن، تفسير النصوص في منظور الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 332.

الفرع الرابع–أَلَّا يكون حكم الأَصل مّما ثبت بالاستثناء:

يقتضي هذا الشَّرط أَلَّا يكون حكم الأَصل ثابتاً على سبيل الاستثناء؛ لكون الاستثناء لا يقاس عليه "45" وقد عبرتْ عن هذا المعنى قاعدة: " ما ثبت خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه 46" ومعناها أنَّ الحكم الاستثنائي الثابت خلاف ما تقضي به القواعد العامة لا يقاس عليه، كما هو الحال في الشفعة التي تمنح الشفيع انتزاع المبيع جبراً من تحت يد المشتري، باعتباره حكماً استثنائياً في مقابل القاعدة العامة التي تقضي بأَنَّ البيع لا يكون إلَّا عن تراضي؛ ولذلك لا يجوز القياس عليها في صورة أُخرى من صور التَّملك دون تراضي "47" فالقياس للتوسع في معنى النَّصِّ، ولا يجوز التَّوسع فيما ورد على سبيل الاستثناء؛ ذلك لكون الحكم الثابت بالاستثناء غالباً ما يكون ثبوته بدافع الضَّرورة، والضَّرورات تقدّر بقدرها، فعلى سبيل المثال لا يجوز للقاضي أَن يكتفي بشهادة شاهد واحد قياساً على قبول الرسول – عليه الصَّلاة والسلام – شهادة الصَّحابي خزيمة "48" –

45/ زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أُصول الفقه، مطبعة سلمان الأَعظمي، بغداد، 1964، ص 163.

46/أورد المشرع السوداني هذه القاعدة في الفقرة (5) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م التي خصصها للمبادئ التي تستهدي وتسترشد بها المحاكم في تطبيق القانون.

47/ الشَّريف، محمد المدني صالح، الحقوق العينية، الأَصليَّة والتبعية في قانون المعاملات المدنية العماني لسنة 2013م، النَّاشر دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأُولى، 2018م، ص 102.

48/ يروى أَنَّ النَّبي – صلى الله عليه وسلم – ابتاع فرساً من اعرابي فجحده البيع، وقال: " هلمَّ شهيداً يشهد علي، فشهد عليه خزيمة بن ثابت وحده، فقال له النَّبي – صلى الله عليه وسلم –: " ما حملك على هذا ولم تكن حاضراً معنا" فقال: " صدَّقتك فيما جئت به، وعلمت أَنَّك لا تقول إلَّا حقاً " فقال النَّبي – صلى الله عليه وسلم –: " من شهد له

رضى الله عنه – لأَنَّ القاعدة العامة تقضي بأَنَّ نصاب الشهادة اثنان، أَو من في حكمهما، وما ورد بشأَن خزيمة حكمٌ خاصٌ "49" .

المطلب الرابع–أَنواع القياس:

للقياس ثلاثة أَنواع، وهي القياس الأَولوي، والقياس المساوي، والقياس الأَدنى، وهو ما نشرحه بالفروع التالية:

الفرع الأَول–القياس الأَولوي:

القياس الأَولوي هو القياس الَّذي يكون فيه الفرع أَولى بالحكم من الأَصل؛ لكون علّة الحكم في الفرع أَقوى منها في الأَصل "50" من ذلك مثلاً حرمة ضرب الوالدين قياساً على حرمة التأَفيف الثابتة بقوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا51﴾ فحرمة ضرب الوالدين أَولى بالحكم من التأَفيف لكون الضرب أَكثر ايذاء لهما من التأَفيف، ومن الأَحكام التي يمكن استنباطها بالقياس في القانون عدم جواز هدم العين محلّ الاجارة قياساً على عدم استعمالها استعمالاً غير مأَلوف، وهو من باب القياس الأَولوى، لكون الاستعمال غير المأَلوف، وهو الحكم المنصوص عليه بالمنع أَخف ضرراً من الهدم، ومن التَّطبيقات التي تشهد لعمل القضاء بالقياس الأَلوي ما قضتْ به

خزيمة أَو شهد عليه فحسبه" أَخرجه البيهقي، كتاب الشهادات، باب الأَمر بالإشهاد ج/ 146.

49/ الزَّلمي، مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص 148.

50/ ابن العطار، حسن بن محمد بن محمود، حاشية العطار، مطبعة دار الكتب العلمية، (266/2).

51/ الاسراء: 23.

المحكمة العليا السُّودانية في سابقة تتلخص وقائعها في تقدّم المدعية بطلب تطليق إلى المحكمة؛ لأَنَّ زوجها أَقدم على ضرب والدتها وبعد تحقّق المحكمة من صحّة دعواها أَصدرتْ حكماً لصالحها مستندة في ذلك على القياس؛ بما نصّه: " إذا إدعتْ الزَّوجة بضرر لحقها ولا تستطيع معه دوام العشرة الزَّوجية؛ وذلك بسبب اضرار زوجها بأُمها ضرراً بليغاً لا يليق بأَمثالها فإنَّه يتعيّن على المحكمة أَنْ تحقّق في هذا الادعاء وتصل فيه إلى نتيجة ومن الخطأ أَنْ تقصر تفسير الضرر بأَنَّه هو الَّذي يوقعه الزَّوج على زوجته خاصة ... أَنَّ ضرب الزَّوج لأُم زوجته أَبلغ اضراراً وأَكثر احتقاراً لها من ضربه لها هي ومتى ثبت كان سبباً من أَسباب موجبات التَّفريق52" ذلك لكون نصّ المادة (168) من قانون الأَحوال الشخصية السوداني لسنة 1991م التي نصّتْ على التَّطليق للضرر والشقاق بين الزَّوجين تناولت بمنطوقها الظاهر حكم الضَّرر الَّذي يلحقه الزوج بزوجته ويعطيها الحقّ في طلب التَّطليق كالضرب مثلاً لما في ذلك من اهانة لشخصها، واهدار لكرامتها، وبما أَنَّ الضَرب واقع من الزَوج على الأُم في القضية التي نحن بصددها إلَّا أَنَّ المحكمة قد استندتْ في حكمها على أَنَّ العلَّة من منع ضرب الزَّوج لزوجته متوفّرة في ضرب الأُم وزيادة فعدَّت حكم الأَصل إلى الفرع من باب القياس الأَولوي؛ أَي القياس الَّذي تتوفر فيه علّة حكم الأَصل في الفرع أَكثر من توفرها في حكم الأَصل، وهو الشيء الثابت تحقّقه في وقائع هذه القضية؛ لأَنَّ ضرب والد الشخص أَكثر إيذاءٍ له من ضربه شخصياً ومن القواعد الأُصولية المتعارف عليها قاعدة: " الأَحكام تدور مع علّتها وجوداً وعدماً ".

52/ المحكمة العليا السودانية: قضية طلاق للضرر، قرار النَّقض 1982/261م الصَّادر في يوم الاثنين 5 ربيع الأَول 1403هـ الموافق 12/20/ 1982م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1980، ص 18.

ومن قبيل القياس الأَولوي – أَيضاً – ما قضتْ به محكمة الاستئناف بشرق السودان بأَنَّه: " إذا كان للمحكمة العليا باعتبارها سلطة فحص ممارسة هذه السلطة متى كان الحكم الابتدائي المؤيد استئنافاً باطلاً أَو منعدماً فإنَّه يكون للمحاكم الاستئنافية من باب أَولى حرية أَكبر في فحص الأَحكام الابتدائية متى كانت مشوبة بعيب البطلان أَو الخطأ الجَّسيم الظَّاهر، ولو تمّ ذلك بعد ثلاثة أَشهر من تاريخ صدور الحكم "53" ومن ذلك – أَيضاً – ما قضتْ به المحكمة العليا السودانية بأَنَّه: " إذا كان القانون قد نصَّ على عدم سماع دعوى إثبات النَّسب إلَّا ضمن حقٍّ، فمن باب أَولى أَلَّا تسمع دعوى نفى النَّسب إلَّا ضمن حقٍّ خاصة إذا كان المدعي نسبه لم يطالب بحقّه في التركة لأَنَّها في هذه الحالة دعوى قطع نزاع ودعوى قطع النزاع لا تسمع شرعاً ".

الفرع الثاني–القياس المساوي:

قد يكون القياس مساوياً وهو: " ما تساوت فيه علّة الحكم في الفرع وفي الأَصل54" أَي أَنَّ حكم الفرع مساوياً لحكم الأَصل، وهو من القياس الَّذي يجوز العمل به شرعاً وقضاءً، ومن أَمثلته ما ذهبت إليه المحكمة العليا السودانية بأَنَّ: " الضرر الَّذي يبيح التَّطليق كما

53/المحكمة العليا السودانية:حكومة السودان ضد أ، ع، د، (م أ/ م ك/ 1979م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1979م ص 212.

54/ ابن العطار، حسن بن محمد بن محمود، حاشية العطار، مطبعة دار الكتب العلمية، (266/2).

يقع من الزَّوج على الزَّوجة؛ كذلك قد يقع من الزَّوجة على زوجها القاصر في عقله[55]" ومنه كذلك ما انتهت إليه محكمة النَّقض المصرية من اعتبار التَّيار الكهربائي من قبيل المنقول استناداً على توفر خصائص المنقول فيه، من حيث قيمته المالية، وإمكانية ضبطه، وحيازته، ونقله من مكان إلى آخر "[56]" ومن ثمَّ أدخلت سرقة التَّيار الكهربائي في مفهوم المادة (211) من قانون العقوبات المصري التي عرَّفت السَّرقة بأَنَّها : "" اختلاس المنقول المملوك للغير ".

كذلك من جنس القياس المساوي ما قضتْ به المحكمة العليا السُّودانية بخصوص المدّة القانونية لتقديم طلب الطعن عن طريق النَّقض بأَنَّه: " قياساً على المادة (255) من قانون الإجراءات الجنائيّة وحسب ما جرى عليه العمل فإنَّ الطَّعن عن طريق النَّقض يجب تقديمه خلال سبعة أَيام من صدور الحكم، أَو الأَمر المطعون فيه، فإذا قُدّم بعد تلك المدّة فإنَّه لا يمكن اعتباره إلَّا كمجرد طلب لتحريك المحكمة لمباشرة سلطتها في الفحص وفقاً للمادة (257) من قانون الإجراءات الجنائيّة 57"، ومنها أَيضاً ما قضتْ به المحكمة العليا السودانية في قضية تتلخّص وقائعها في مدى توفر حقِّ الدفاع الشَّرعي للشخص في حالة تعرّضه للسرقة، حيث قضتْ هذه المحكمة بأَنَّ: " يكون للشَّخص حقُّ الدفاع الشَّرعي عن ماله المسروق إلى حين استرداده ولو لزم الأَمر استعمال القوة على أَنْ تكون معقولة وأَدنى من احداث الموت؛ وذلك قياساً على حقِّ الدفاع الشَّرعي عن المال

55/ المحكمة العليا السودانية:قرار النقض رقم 173/ 2006م، الصادر في يوم 2006/5/28م، قضية طلاق للضرر، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 2006م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، 21.

56/ البدراوي، مرجع سابق، ص 227.

57/ المحكمة العليا السُّودانية: مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1975م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 527.

المنهوب ...58" كذلك في قضية تتلخّص وقائعها في طلب المالك استراد منزله من حيازة الزَّوجة بسبب طلاقها من زوجها تأَسيساً على أَنَّ عقد الإيجار مبرم مع الزوج وليس مع الزوجة، ذهب رأي معارض في الدائرة التي نظرتْ القضية إلى أَنَّه: " يمكن قياس حالة الزوجة المطلَّقة على حال الزَّوجة التي مات عنها عائلها وتركها في المنزل، وحال الأُسرة التي تركها عائلها في المنزل وذهب لمكان بعيد، وحالة الأُسرة التي انقطعتْ صلتها بعائلها المستأَجر الأَصلي للمنزل، ويجوز لها الاستمرار في السَّكن في العين المؤجّرة بعد رحيل زوجها المستأَجر الأَصلي، والاستمرار في سداد الأُجرة 59" وهو رأي سديد قائم على قياس منطقي يقبله العقل.

وإذا نظرنا للنُّصوص القانونيّة نجد أَنَّ هناك الكثير منها مّما يمكن القياس عليه قياساً مساوياً استناداً إلى علّة الحكم منها ما نصَّ عليه قانون المعاملات المدنية العُماني بالمادة (201) بأَنَّه: " لا يجوز لأَحد أَنْ يأَخذ مال غيره بدون سبب مشروع فإنْ أَخذه وجب عليه ردّه" إذ يمكن أَن تقاس عليه جميع الأَفعال والتَّصرفات التي تؤدّي إلى إخراج المال من حوزة مالكه دون سبب مشروع بحيث لا يكون حكم هذه المادة قاصراً على حالة الأَخذ فقط، ومنها عدم جواز أَنْ يضع صاحب العلو في الملك المشترك أَشياء ثقيلة للحدّ الَّذي يضرُّ بصاحب السفل قياساً على منعه من البناء بموجب ما قضتْ به المادة

58/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد ف، و، ي ن، قضية بالرقم (م ع/ م ك/ 168/ 73) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم، ص 395.

59/ محكمة الاستئناف السودانية: رحمة محمد حسين (المستأَنف) ضد ناصر علي محمد (المستأَنف ضد) (م أَ/ أَ س م/ 1977م/ مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1077م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 568.

(849) من قانون المعاملات المدنية العُماني لسنة 2013م بأَنَّه: " لا يجوز لصاحب العلو أَنْ يزيد في ارتفاع البناء بحيث يضرّ صاحب السفل ".

الفرع الثالث–القياس الأَدنى:

القياس الأَدنى هو القياس الَّذي تكون فيه علَّة حكم الفرع أَضعف من علَّة حكم الأَصل "60" وهو ما يسمى بالقياس مع الفارق، وسمى بذلك لعدم وجود ما يجمع بين علَّة حكم الأَصل المقيس عليه، وعلَّة حكم الفرع المقيس، وهو من ضروب القياس التي لا يجوز العمل بها؛ لكون القياس قائم على مساوة الفرع للأَصل في علَّة حكمه، أَو زيادته عنه، ومن القياس مع الفارق ما ذهبت إليه محكمة الموضوع بالسُّودان من قياس بدل العلاج على الكسوة عند تقديره، وفي مرحلة لاحقه من مراحل القضية قضتْ المحكمة العليا السُّودانية بأَنَّ: " قياس بدل العلاج على الكسوة فيه فارق؛ لأَنَّ بدل الكسوة يحتاج إليه لا شكّ في ذلك، والمحكمة إنَّما تقدّره كل أَربعة أَشهر حسب ما يكفي على ضوء حال المنفق. أَمَّا بدل العلاج فلا يكون إلَّا بعد المرض فإنْ لم يمرض المنفق عليه فلا يمكن أَنْ يقدّر له بدل علاج61" كذلك مّما عدّه القضاء السُّوداني من قبيل القياس الخطأَ ما قضتْ به المحكمة العليا السُّودانية بأَنَّه: " من الخطأَ أَنْ تعتبر المحكمة الصُّلح مانعاً في دفع الزَّوجة بعدم الأَمن في دعاوى الطَّاعة قياساً على منعها من طلب الطَّلاق للضَّرر

60/ المهذب في أُصول الفقه (1925/4)بن العطار، (266/2).

61/المحكمة العليا السُّودانية: قرارالنَّقض 225/ 1966م، صادر في 12/10/ 1996م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1966م، ص 14.

بسبب ضرب عاشرتْ زوجها بعده62"، كذلك من جنس الأَقيسة الفاسدة ما استدركته المحكمة العليا السودانية على المحكمة الأَدنى بما نصَّه: " القول بأَنَّ المطلقة التي تخرج من بيت الزَّوجية تعتبر ناشزاً ولا تستحق نفقة العدّة قياساً على النَّفقة الزَّوجية التي تجب نظير احتباس الزَّوجة لزوجها قول في غير محله وقياس مع الفارق؛ لأَنَّ النَّفقة الزَّوجية يقابلها حقّ للزَّوج على المرأَة 63".

كذلك من الأَمثلة على القياس مع الفارق ما قضتْ به محكمة الاستئناف المغربية بقياس الانفصال الجسماني على الطلاق الإتفاقي وذلك عند تذيلها للحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بلا بسبال دامبور دا، في القضية رقم (03/435) الَّذي قضى بالانفصال الجسماني بين الزَّوجين، حيث عمدتْ محكمة الاستئناف على قياس الانفصال الجسماني على حالة الطلاق الإتفاقي المذكورة بالمادة (144) من مدونة الأُسرة المغربية التي تنصُّ على أَنَّه: " يمكن للزَّوجين أَنْ يتفقا على مبدأً إنهاء العلاقة الزَّوجية دون شروط، أَو بشروط لا تتنافى مع أَحكام هذه المدونة، ولا تضرّ بمصالح الأَطفال" على الرغم من أَنَّ الانفصال الجسماني لا يترتّب عليه انهاء العلاقة الزَّوجية؛ لكونه انفصال في المساكنة فقط، وهو ما جعل حكمها عرضة للنَّقض لعدم مراعاتها الفرق بين الانفصال الجسماني، والطلاق الإتفاقي، علماً بأَنَّ مدونة الأُسرة المغربية لا تعرف

62/ المحكمة العليا السُّودانية: قضية طاعة، قرار النَّقض رقم 63/ 1975م، الصَّادر في يوم السَّبت 7 من ربيع الثاني 1395هـ الموافق 19/ 4/ 1975م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1975م ص 13.

63/ المحكمة العليا السودانية: قرار النَّقض رقم 40/ 2005م، الصَّادر في 21/ 5/ 2005م، قضية نفقة عدة، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 2008م، السلطة القاضية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 3 – 4.

الانفصال الجسماني في العلاقات الزَّوجية "64" ومن ثمَّ فإنَّ ما ذهبتْ إليه هذه المحكمة يُعدُّ من قبيل الاستنتاج البعيد الَّذي لا يقوم على منطق معقول، وقد قرّر القضاء السُّوداني في بعض أَحكامه أَنَّ الاستنتاج الَّذي لا يستند إلى سبب معقول قد يرقى إلى مخالفة القانون "65".

المطلب الخامس–العمل بالقياس في مجال التَّشريع والقضاء:

يتناول هذا المطلب مرتبة القياس بين مصادر القانون، وتخصيص النَّص العام بالقياس، ومجال العمل بالقياس في القانون، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأَول–مرتبة القياس بين مصادر القانون:

يُعدُّ القياس أَحد طرق استنباط الأَحكام من أَدلّتها العامة التي لا يمكن الاستغناء عنها؛ لكون التَّشريع مهما بلغ دقّته لا يمكن أنْ يحيط بجميع الوقائع الآنية والمستجدة بأَحكام تفصيلية مسايرة لتطوّرات الحياة وتقلباتها؛ وذلك بسبب محدودية الأَلفاظ وتناهي المعاني وقد عبر الشَّهرستاني – وهو بصدد الاستدلال على صحة العمل بالقياس – عن إمكانية خلو التَّشريع من نصٍّ يحكم الواقعة في الشَّريعة الإسلامية بكلام من الممكن أنْ ينطبق على التَّشريعات الوضعية أَيضاً وهو قوله: " وبالجملة نعلم قطعاً ويقيناً أَنَّ الحوادث

64/ محكمة النقض المغربية، القرار رقم (618) الملف الشَّرعي رقم (1/2/194/ 2007) بتاريخ 5/ 12/ 2007م نقلاً عن: عبد العزيز توفيق، قضاء محكمة النَّقضفي مدونة الأُسرة م، س، ص، 666. نقلاً عن: محاضرة عن مصادر التَّشريع، القياس، اعداد الأستاذ محمد كوجيلي، ص 9.

65/ أَنظر المحكمة العليا السودانية سابقة: ميلاد محفوظ (الطاعن) ضد عبد الحميد أَبو القاسم (مطعون ضده) (م ع/ ط م/ 57/ 1982م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1982م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 333.

والوقائع في العبادات والتصرّفات مّما لا يقبل الحصر والعدّ ونعلم قطعاً أيضاً أنَّه لم يرد في كل حادثة نصٌّ ولا يتصوّر ذلك أَيضاً والنُّصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعاً أَنَّ الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد "66". كما قال الامام الزَّركشي نقلاً عن إمام الحرمين الجويني: " إنَّ أَكثر الحوادث لا نصَّ فيها بحال؛ ولذا قال غيره من الأَئمة: إنَّه لو لم يستعمل القياس أَفضى إلى خلو كثير من الحوادث عن الأَحكام لقلّة النُّصوص وكون الصور لا نهاية لها67".

ولذلك فأنَّ القياس يمنح التَّشريع قدراً كبيراً من المرونة على مسايرة تطوّر المجتمع وتلبية حاجاته، كما أَنَّه يعالج الفراغات الحاصلة بالتَّشريع بسبب تناهي الأَلفاظ في مقابل تجدّد الوقائع على مرِّ الزمان، وقد ورد في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – قوله: " ثمَّ الفهم الفهم فيما أُدلي إليك، مّما ليس فيه قرآن ولا سنة ثمّ قايس الأُمور عند ذلك وأَعرف الأَمثال، والنَّظائر، ثمّ أَعمد إلى أَحبها إلى الله وأَشبهها بالحقِّ68" وفي هذا الكلام ما يدلُّ على إلحاق الاشباه بنظائرها، وهو معنى القياس، أَي إعطاء حالة لم ينصَّ الشَّارع الحكيم أَو المُشرِّعُ على حكمها، حكم حالة أُخرى ورد النصٌّ عليها لاشتراكهما في علّة الحكم.

66/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد 1986م. ص 47.

67/ الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط، القاهرة، دار الكتبي 1994م، (13/5) – إسماعيل حفيان، مرجع سابق ص 337.

68/ البتحكاني، محمد الحبيب، النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الإسلامية، مع مقارنات بالقانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 60.

أَما بخصوص مرتبة القياس بين مصادر القانون فهو يعد من المصادر الاحتياطية للقانون في جميع نظم التَّشريع الوضعي في عصرنا الحاضر؛ ولكن مع ذلك اختلفت هذه النظم في مرتبته من بين المصادر الاحتياطية، فعلى سبيل المثال نجد أَنَّ المُشرِّعَ السُّوداني قد نصَّ في المادة (3) من قانون أُصول الأَحكام القضائيّة لسنة 1983م التي خصّصها للقضاء في حالة عدم وجود نصٍّ يحكم الوقائع على أَنْ يكون القياس المصدر الثاني الَّذي يجب أَنْ يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نصٍّ يحكم الواقعة، أَو الوقائع، حيث جاء نصُّ هذه المادة كما يلي : (على الرغم مّما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوى الجنائيّة إذا لم يوجد نصٌّ تشريعي يحكم الواقعة(أ) يطبّق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة. (ب) فإنْ لم يجد القاضي نصّاً يجتهد رأيه ويهتدي في سبيل ذلك بالمبادئ التالية بحيث يأَخذها على وجه التَّكامل ويراعي ترتيبها في أولوية النَّظر والتَّرجيح. (أولاً) مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة وما تهدي إليه توجيهاتها من تفصيل في المسألة. (ثانياً) القياس على أَحكام الشَّريعة تحقيقاً لعِللها أَو تمثيلاً لأَشباهها أَو مضاهاة لمنهجها في نظام الأَحكام.

وبما أَنَّ النظم التشريعية الوضعية قد اختلفت كما اختلف فقهاء القانون في ترتيب القياس بين مصادر التَّشريع إلَّا أَنَّ ما ذهب إليه المُشرِّعُ السُّوداني في جعل القياس في المرتبة التالية للتَّشريع هو الأَقرب للصواب؛ وذلك للعلاقة الوثيقة بين القياس والتَّشريع؛ لكون القائس إنَّما يقيس على التَّشريع نفسه.

أَمّا فقهاء الشَّريعة الإسلامية فعلى الرغم من اختلافهم في حجيّة العمل بالقياس إلَّا أَنَّ جمهورهم متفقٌ على العمل به فيما لا نصَّ فيه من الكتاب الكريم، أَو السُّنة المُطهرة، أَو الإجماع، وإذا اختلفوا فيه فإنَّ اختلافهم يرجع إلى تحديد العلَّة لا إلى أَصل العمل به؛

وذلك حينما يرى أحدهم علَّة محددة للحكم لا يتفق معه غيره في كونها علَّة، بل قد توسع البعض الآخر في العمل بالقياس فوصل به إلى مرتبة البيان فخصصوا به النُّصوص الشَّرعية العامة، وقيدوا به النُّصوص المطلقة "69" ومن الأَدلّة التي يستند عليها الجمهور في حجيّة العمل بالقياس قوله تعالى: ﴿ قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ۚ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ 70﴾ وقوله تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۚ وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ 71﴾ فقد قال العلماء أَنَّ التنصيص على هذه العلل وتعلّقها بأحكامها فيه إشارة إلى جواز العمل بالقياس بتعدية هذه الأَحكام إلى المحال التي تساويها في العلَّة أَو تزيد عليها وإلَّا كان ذكر عللها من باب الاطالة والحشو الَّذي يتنزه عنه كلام الله تعالى، كذلك قوله تعالى : ﴿ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ ۖ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ 72﴾ إنَّ فيه استدلال بالقياس على أَنَّ الله تعالى قادر على إعادة نشأة الخلق لكون الإعادة اهون من الابتداء، جواباً لمن قال: ﴿ مَنْ يُحْيِ الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ 73﴾ ومن الأَدلّة على حجيّة العمل بالقياس في السُّنة قوله – صلى الله عليه مسلم – لمعاذ – رضى الله عنه – حين بعثه إلى اليمن: "بم تحكم" ؟ قال بكتاب الله تعالى. قال: " فإنْ لم تجد" قال: بسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : " فإنْ لم تجد"

69/ حفيان، إسماعيل، مرجع سابق، ص 335.

70/ الانعام: 145.

71/ المائدة: 32.

72/ يس: 79.

73/ يس: 78.

قال: اجتهد رأي ولا آلو فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – " الحمد لله الَّذي وفق رسول رسول الله لما يحبه ويرضاه رسول الله" 74" .

الفرع الثاني–تخصيص النَّص العام بالقياس:

لا يتوقّف دور القياس في مجال القانون على استحداث حلول للقضايا المستجدّة فحسب، بل يتعدّى دوره أَيضاً إلى تخصيصه للنصِّ العام، ويعرف علماء الأُصول العام بأَنَّه : " اللَّفظ المستغرق لجميع ما يصلح له دفعة واحدة من غير حصر75"، وعكسه الخاص وهو : " ما وضع لمعنى معلوم على سبيل الانفراد76" وكقاعدة عامة يجب أَلَّا يعمل بالنصِّ العام وفقاً لعمومه ما لم يتمّ النَّظر فيما إذا كان هناك ما يخصّصه أَم لا، وبما أَنَّ للنصِّ العام مخصّصات كثيرة فإنَّ القياس يُعدُّ أَحد هذه المخصّصات سواءً أَكان ذلك على مستوى الأَحكام الشَّرعية، أَم القانونيّة، حيث يرى أَكثر علماء الأُصول بجواز تخصيص النصِّ العام بالقياس فمن الأَمثلة عليه في الأَحكام الشَّرعية، تخصيص العموم الوارد في قوله تعالى : ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ 77﴾ فالنَّص عام في كل زاني، وقد خُصص في الاماء بقوله تعالى : (فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ 78) فأُخرجن من عموم الآية وقياساً

74/ صحيح الترمذي، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم (1332) ورواه أَبو داود في سننه، كتاب الأَقضية، باب اجتهاد الرأَي في القضاء، حديث رقم 3592.

75/ الصنهاجي، عبد الحميد محمد بن باديس، مبادئ الأصول، الشركة الوطنية للطباعة والنشر، 1980م، (33/1).

76/ الشاشي، نظام الدين أَبو علي أَحمد بن محمد، أُصول الشَّاشي، طباعة دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان (13/1).

77/ النور: 2.

78/النساء: 25.

عليهن، يمكن إخراج العبد الزاني من عموم الآية فيجب عليه نصف ما على الحرِّ من العذاب، ومنه – كذلك – تخصيص قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ 79﴾بجواز لعان المطلّقة ثلاثاً بغرض نفى الولد منها مع أَنَّها ليست بزوجة، وذلك قياساً على الحكم بالإرث في طلاق المريض ثلاثاً فراراً من الميراث؛ لأَنَّه متهرب من الولد "80" ومنه تخصيص قوله تعالى " ومن دخله كان آمناً " فلفظ "من" في الآية الكريمة من أَلفاظ العموم ولذلك تشمل الآية بعمومها كل من يرتكب جريمة ثم يلجأ للبيت الحرام ليحتمي به، ولكن ذهب من يرى تخصيص عموم القرآن بالقياس أَنَّ النصَّ لا يشمل بمعناه وحكمه المجرم مهدر الدم كالشخص الَّذي وجب عليه القصاص، فيخرج ويعاقب بقياس جريمة القتل على جريمة الاعتداء على ما دون النَّفس من الأَطراف "81".

أَمّا تخصيص النَّص العام بالقياس في مجال القانون فمن الأَمثلة عليه أَنَّ نصَّ المادة (233) من المدونة المغربية الَّذي يقضي بأَنَّ ولاية النَّائب الشَّرعي على الطفل عامة بحيث تشمل شخصه وأَمواله "82" ثمَّ خصّص المُشرِّعُ المغربيُ هذا العموم بما نصَّ عليه بالمادة (271) من المدونة نفسها حيث أَخرج من عمومها جملة من التصرّفات لا يجوز

79/ النور: 6.

80/الزحيلي، وهبه، أُصول الفقه الإسلامي، بيروت، دار الفكر المعاصر، 1998م (262/1) – حفيان، إسماعيل حسن، تفسير النصوص في منظور الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 173.

81/الزلمي، مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، ص 451 – البزدوي، كشف الأَسرار مع أصول فخر الإسلام البزدوي (1/ 296).

82/ جاء نص هذه المادة كما يلي: (للنائب الشَّرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أَمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني ...).

للولي، أَو الوصي القيام بها إلَّا بإذن القاضي المكلف بشؤون القاصر، منها: " بيع عقار، أَو منقول للمحجور عليه تتجاوز قيمته (10000) درهم أَو ترتيب حقٍّ عينيٍ عليه" وذلك حفاظاً على مال القاصر من الضَّياع؛ وبناءً على ذلك يمكن الحكم بطريق القياس بعدم جواز بيع أَي مال للمحجور تساوى قيمته القيمة المذكور آنفاً إلَّا بإذن القاضي لتوفر نفس العلَّة وهي المحافظة على مال المحجور من الضياع، ومن ثمَّ يمكن اعتبار هذا القياس مخصّصاً لعموم الولاية المذكور بالمادة (233) المشار إليها "83" وفي هذه الحالة يكون الحكم بمنع الوصي، أَو القيم من بيع العقار أَو المنقول الَّذي يملكه المحجور والَّذي تتجاوز قيمته 10000 درهم ما لم يأَذن له القاضي من باب تخصيص عموم هذه المادة بالنَّصِّ، بينما الحكم بمنع الولي أَو الوصي من بيع أَي مال يملكه المحجور تتجاوز قيمته (10000) درهم ما لم يأَذن له القاضي من باب تخصيصها بالقياس، فتكون المادة (233) قد خُصّصت مرتين تارة بالنَّصِّ، وتارة أُخرى بالقياس.

الفرع الثالث–مجال العمل بالقياس في القانون:

ما تجدر الإشارة إليه أَنَّ كل النُّصوص القانونيّة لا تقبل القياس، فإذا كان القياس جائزاً في بعض أَحكام المعاملات المدنيّة، والأَحوال الشَّخصية فإنَّه – كقاعدة عامة – غير جائز في أَحكام الجنايات؛ لكونها قائمة على مبدأ المشروعية، وقاعدة: " لا جريمة ولا عقوبة إلَّا بنصٍّ" المستمدة من قول الله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا84 ﴾ ولهذا فإنَّ القاضي في نظام الشَّريعة الإسلامية وفي نظم التَّشريع الوضعية لا يملك سلطة استحداث الجريمة، أَو العقوبة؛ ولكن بإمكانه تخفيف العقوبة، أَو تشديدها، على ضوء

83/حفيان، إسماعيل حسن، تفسير النصوص في منظور الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 173.

84/ الاسراء: 15.

الظروف المخفّفة، أَو المشدّدة وفقاً للقانون "85"؛ ولذلك فإنَّ القاعدة العامة في تفسير هذه القوانين أَنْ يكون وفقاً لظاهرها، وهو ما أَكّدته المحكمة العليا السُّودانية بقولها: " تلتزم المحكمة عند تفسيرها لنُصوص القوانين الجنائيّة بحرفية النُّصوص وتتقيد بأَلفاظها إذا لم يشبْ تلك الأَلفاظ لَبس أَو غموض، وفي حالة اللَّبس أَو الغموض تستهدي المحكمة بروح التَّشريع، على أَنَّه لا يصح للمحكمة أَنْ تفسّر نصوص القانون بما يستحدث تعديلاً فيها 86"87" كما قضتْ نفس المحكمة بأَنَّ: " المواد العقابية يجب تفسيرها بتضييق شديد تمشياً مع الحرص على حرية الأَفراد 88" وبما أَنَّ القياس يحمل معني التَّوسّع في معنى النَّصِّ؛ لكونه يعمل على تعدية حكم الأَصل ليشمل بمعناه وقائع أُخرى لم ينصَّ المُشرِّعُ على حكمها بالتَّشريع صراحة، فإنَّه لا يجوز العمل بالقياس في مسائل الجنايات كقاعدة عامة.

غير أَنَّ القاعدة التي تمنع القياس في مسائل الجنايات ليستْ على اطلاقها فاستناداً على الاختلاف بين القوانين الجنائيّة الإجرائيّة عن القوانين الجنائيّة الموضوعيّة فإنَّه من الجائز العمل بالقياس في القوانين الإجرائيّة لكونها لا تتعلّق بأَصل الحقِّ، ومن الشَّواهد على ذلك ما قضتْ به المحكمة العليا السودانية بأَنَّه: " يمكن استنباط قواعد الطعن

85/الزلمي، مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، 164.

86/ المحكمة العليا السودانية، الطعن رقم (م ع/ ط ج/ 73/38) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 318.

87/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، أصول الفقه في نسيجه الجديد، أربيل العراق، مكتب التفسير الطبعة رقم (25).165.

88/ محكمة الاستئناف، حكومة السودان ضد ع ح ح قضية بالرقم (م ع/ م ك/ 180/ 1983م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1983م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، 298.

بالنَّقض في المسائل الجنائيّة قياساً على القواعد التي حدّدتها المادة (4) من قانون المرافعات المدنيّة لسنة 1972م بالنسبة للمسائل المدنيّة89" ومن جنس هذه الأَحكام – أَيضاً – ما قضتْ به المحكمة العليا السُّودانية بأَنَّه: " على الرغم من أَنَّ القانون لم يحدّد فترةً محدّدةً لتقديم الطعون بالنقض إلَّا أَنَّه وقياساً على الفترة المحدّدة لتقديم الاستئناف بموجب المادة (255) من قانون الإجراءات الجنائيّة يمكن اعتبار تلك الفترة سبعة أَيام 90" كذلك الأَمر قد يكون التَّوسع في فهم النَّصِّ الجنائي مناسباً للحالة التي تنظرها المحكمة وحينئذٍ قد لا تعتمد المحكة في استنباطها للحكم الَّذي تستند عليه في الفصل في القضية على ظاهر النَّصِّ فحسب؛ ومن الشَّواهد على هذه الحالات ما قضتْ المحكمة العليا السُّودانية بأَنَّ: " التَّوسع في تفسير نصِّ المادة (أ/ 77) من قانون العقوبات توسّعٌ مرغوبٌ فيه؛ لأَنَّه يرفع الحرج ويؤدّي لتحقيق العدالة وبالتالي فالتَّعويض يشمل النقدي وإزالة الضَّرر أَيضاً 91".

89/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد س، م، ح، وآخر، الطعن رقم مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1972، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 267

90/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد ع، أ، ف، بالرقم (م ع/ ط ج/ 1975/34م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 475.

91/ محكمة الاستئناف الخرطوم: حكومة السودان ضد ف ع أ قضية بالرقم (م أَ/ أَ س ج/ 79/ 1980م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1980م السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم، ص 161.

كما لا يجوز القياس في الأُمور الاعتيادية الخَلقية، مثل أَقلّ الحيض وأَكثره، والحدّ الأَدنى والأَعلى لسنِّ اليأس، وأَقلّ الحمل وأَكثره؛ لكون مثل هذه الأمور تختلف باختلاف عادات النَّاس وطبائعهم وأَثر المناخ على ما يطبعون عليه من عادات "92".

الخاتمة

في ختام هذا البحث لا بد من الإشارة إلى أَهمّ النتائج والتَّوصيات التي تُوصِل إليها بما يلي:

أَولاً – النتائج:

1/ لم يأَخذ القضاء السوداني بمفهوم العلّة الَّذي يرى فيها البعض أَنَّها مقصد التشريع وحكمته، وإِنَّما أَخذ بمفهومها باعتبارها وصفاً ظاهراً منضبطاً يصلح مناطاً للأَحكام.

2/ بما أَنَّ القياس عملاً عقلياً بحتاً يقوم على المقارنة والتَّحليل، والاستنتاج؛ لذلك فهو من جنس الاستنباط لاتجاهه نحو المعاني، وليس من جنس التَّفسير الَّذي يعتمد على الدلالة اللُّغوية للنَّصِّ.

3/ يُعدُّ القياس ضرورة تحتمها عجز الإرادة التَّشريعية عن الإحاطة بجميع الوقائع الواقعة، أَو المتوقعة التي يجب أَنْ تكون منظّمة بموجب قواعد القانون.

4/ أَنَّ العمل بالقياس في مجال القانون يأَتي تارة عن طريق المُشرِّعِ في القانون نفسه عبر الإحالة إليه، وأَحياناً يأتي من قبل القضاء بناءً على توافر شروط العمل به المتمثّلة في توفر علة حكم الأَصل في الفرع.

92/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، مرجع سابق، 166.

5/ الحرية التي يتمتّع بها الاجتهاد الَّذي يهدف لتحقيق مقاصد المُشرِّعِ من التَّشريع في مجال الشَّريعة، أَكثر سعة من الحرية التي يتمتّع بها القضاء في النظم الوضعية الَّتي تقوم على مبدأ الفصل بين السلطة التَّشريعية، والسلطة القضائيّة.

ثانياً – التَّوصيات:

1/ من الأَفضل أَنْ ينصَّ المُشرِّعُ السودانيُ في قانون تفسير القوانين، أَو في قانون أُصول مهنة القانون على الضوابط القانونيّة التي تحكم الاستنباط بدلالة القياس، تسهيلاً للقضاة وتفادياً للأَقيسة غير الصحيحة.

2/ إذا كان القياس مبنيّاً على تشابه الوقائع فعلى المحاكم أَنْ تأَخذ الحذر فلا تطبّق حكم الوقائع السَّابقة على الوقائع اللَّاحقة المشابهة لها إلَّا بعد التَّروي والتَّمحيص والتَّدقيق؛ لكون الوقائع قد تتشابه؛ ولكنَّها لا تصل درجة التَّطابق.

3/ إضافة فصل مستقل إلى قانون تفسير النصوص العامة السوداني خاص بالمسائل التفصيلية المتعلّقة بأَهمِّ القواعد والمبادئ المعنية بطرق استنباط الأَحكام من النصوص العامة بما فيها القياس.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً – الكتب:

1/ابن العطار، حسن بن محمد بن محمود، حاشية العطار، مطبعة دار الكتب العلمية.
2/ ابن تيمية، أَحمد بن عبد الحليم الحراني، الرد على المنطقيين، بيروت، دار المعرفة.
3/ ابن منظور أَبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، 1955م.
4/ أَحمد، محمد شريف، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين، المدني، والإسلامي، المكتبة الوطنية، العراق، بغداد، 1982م

5/ الآمدي، سيف الدين، أَبو الحسن علي بن أَبو علي بن محمد، الإحكام في أُصول الأَحكام، مطبعة محمد علي صبيح، مصر 1347هـ.
6/ البتحكاني، محمد الحبيب، النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الإسلامية، مع مقارنات بالقانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية، بغداد.
7/ البيضاوي، ناصر الدين عبد الله بن عمر محمد بن علي الشيرازي، مناهج الوصول في معرفة علم الأُصول، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، الطبعة الأُولى 2008م.
8/ الترمزي، صحيح الترمذي، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم (1332) ورواه أَبو داود في سننه، كتاب الأَقضية، باب اجتهاد الرأَي في القضاء.
9/ التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر.
الجميلي، خالد رشيد، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب للطباعة والنشر، العراق، بغداد، 1989م.
10/ الجويني، أَبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، البرهان في أُصول الفقه، الطبعة الثالثة، دار الوفاء، 1412هـ.
11/ الحسن، خليفة بابكر، فلسفة مقاصد التَّشريع في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة الطبعة الأُولى، 2000م.
12/ الدريني، فتحي، المناهج الأُصولية في الاجتهاد بالرأي في التَّشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 2013م.
13/ الرازي، محمد بن بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الطباعة والنشر، الكويت.
14/ الزحيلي، وهبه، أُصول الفقه الإسلامي، بيروت، دار الفكر المعاصر، 1998م.
15/ الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط، القاهرة، دار الكتبي 1994م.
16/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، أُصول الفقه في نسيجه الجديد، طبعة خمسة وعشرين، العراق، أربيل، مكتبة التفسير، حفيان، إسماعيل حسن، تفسير النصوص في منظور

الشريعة والقانون دراسة مقارنة، الطبعة الأُولى 2019م، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة.

17/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد 1986م.

18/ زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أُصول الفقه، مطبعة سلمان الأَعظمي، بغداد، 1964م.

19/ السبكي، عبد الوهاب بن علي، رفع الحاجب عن مختصر بن الحاجب، تحقيق، علي محمد معوض، وعادل أَحمد عبد الموجود، بيروت عالم الكتب، 1419هـ.

20/ السرخسي، محمد بن أَحمد بن أَبي سهل، أُصول السرخسي، تحقيق أَبو الوفاء الأَفغاني، دار المعرفة، بيروت.

21/ الشَّاشي، نظام الدين أَبو علي أَحمد بن محمد، أُصول الشَّاشي، طباعة دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

22/ الشَّاطبي، أَبو إسحاق، إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أُصول الشَّريعة، دار الفكر للطباعة والنشر.

23/ الشَّريف، محمد المدني صالح، الحقوق العينية، الأَصليَّة والتبعية في قانون المعاملات المدنية العماني لسنة 2013م، النَّاشر دار الكتاب الجامعي، الطبعة الأُولى، 2018م.

24/ الشنقيطي مذكرة أُصول الفقه على روضة النَّاظر، لمحمد الأَمين الشنقيطي، مطبعة العلوم والحكم.

25/ الشيرازي، أَبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف، اللمع في أُصول الفقه، دار الكتب العلمية.

26/ الصنهاجي، عبد الحميد محمد بن باديس، مبادئ الأصول، الشركة الوطنية للطباعة والنشر، 1980م.

27/ العبيدي، عواد حسين ياسين، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، الطبعة الأُولى المركز العربي، 2019م.

28/ العبيدي، عواد حسين ياسين، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للنشر، والتوزيع، جمهورية مصر العربية، القاهرة، (ط1) 2019م.

29/ الجنداري، هشام عبد الملك عبد الله، قواعد تفسير النصوص القانونية، أُصول فقه القانون، الطبعة الأُولى 2019م، دار الكتاب، صنعاء.

30/ عليوة، مصطفى، (2007) أُصول سن وصياغة وتفسير التشريعات (ط1)، القاهرة، مكتبة كومت.

القيسي، رياض، علم أُصول القانون، مطبعة الفرات، 2002م.

ثانياً – أحكام القضاء:

1/ المحكمة العليا السودانية، الطعن رقم (م ع/ ط ج/ 38/ 73) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

2/ المحكمة العليا السودانية: قرار النقض رقم 173/ 2006م، الصادر في يوم 2006/5/28م، قضية طلاق للضرر، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 2006م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

3/ المحكمة العليا السُّودانية: مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1975م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

محكمة الاستئناف السودانية: رحمة محمد حسين (المستأَنف) ضد ناصر علي محمد (المستأَنف ضد) (م أَ/ أَ س م/ 1977م/ مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1077م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

4/ المحكمة العليا السُّودانية: قرار النَّقض 225/ 1966م، صادر في 12/10/ 1996م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1966م.

5/ المحكمة العليا السُّودانية: قضية طاعة، قرار النَّقض رقم 63/ 1975م، الصَّادر في يوم السَّبت 7 من ربيع الثاني 1395هـ الموافق 19/ 4/ 1975م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1975م.

6/ المحكمة العليا السودانية: قرار النَّقض رقم 40/ 2005م، الصَّادر في 21/ 5/ 2005م، قضية نفقة عدة، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 2008م، السلطة القاضية، المكتب الفني، الخرطوم.

7/ محكمة النقض المغربية، القرار رقم (618) الملف الشَّرعي رقم (194/2/1/ 2007) بتاريخ 5/ 12/ 2007م.

8/ المحكمة العليا السودانية سابقة: ميلاد محفوظ (الطاعن) ضد عبد الحميد أَبو القاسم (مطعون ضده) (م ع/ ط م/ 57/ 1982م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1982م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

9/ المحكمة العليا السودانية، الطعن رقم (م ع / ط ت / 14/ 1984م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1984م السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم.

10/ محكمة النَّقض المغربية، قرار رقم (898) بالملف رقم 1/1/1848/ 2004م، بتاريخ 03/5/ 2008م، نشرة قرارات المجلس الأَعلى، السلسة (1) 2009م، الجزء الأَول، نشرة متخصصة.

11/ المحكمة العليا السودانية: قضية طلاق للضرر، قرار النَّقض 1982/261م الصَّادر في يوم الاثنين 5 ربيع الأَول 1403هـ الموافق 12/20/ 1982م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1980م.

12/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد أ، ع، د، (م أ/ م ك/ 1979م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1979م.

13/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد س، م، ح، وآخر، الطعن رقم مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1972، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

14/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد ع، أ، ف، بالرقم (م ع/ ط ج/ 1975/34م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

15/ المحكمة العليا السودانية: نفقة زوجية، ونفقة بنوة، قرار النقض رقم (111/ 1992م) الصادر في 12/ 7/ 1992م مجلة الأَحكام القضائية لسنة1992م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

16/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد ش، س، م، بالرقم (م، ع/ ف، ج/ 301/ 1406هـ، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1989م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

17/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد أَ، ر، ت بالرقم (م ع/ ط ج/ أَ د/ 3/ 1406هـ، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1988م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

18/ محكمة الاستئناف، حكومة السودان ضد ع، ح، ح، قضية بالرقم (م ع/ م ك/ 180/ 1983م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1983م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

19/ محكمة الاستئناف الخرطوم: حكومة السودان ضد ف ع أ قضية بالرقم (م أَ/ أَ س ج/ 79/ 1980م) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1980م السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم.

20/ المحكمة العليا السودانية: حكومة السودان ضد ف، و، ي ن، قضية بالرقم (م ع/ م ك/ 168/ 73) مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم.

21/ محكمة استئناف ولاية الخرطوم، قرار الاستئناف بالرقم (1992/269) الصادر في يوم 20/ 6/ 1992م، مجلة الأَحكام القضائية لسنة 1992م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.