

منافاة القضاء في الفقه العامي والقانوني إشكالية جمود النص وقلة المصادر وأثرهما في استقلال القضاء

م. محمد فاضل خليل الزميللي

كلية العلوم الإسلامية/جامعة وارث الأنبياء/كربلاء

The Incompatibility of Judicial Rulings in Scientific and Legal Jurisprudence Stems from the Problem of Textual Rigidity and the Scarcity of Sources, and their Impact on Judicial Independence

Asst. Lect. Mohammed Fadhil Kaleel AL-Zumaili

Kuliyat Aleulum Alkalema, Jamieat Warith Albania, Karbala, Iraq

Corresponding Author email: mfkemy1966@gmail.com

الملخص

يتناول هذا البحث إشكالية محورية أساسية في القضاء المعاصر تتمثل وتتجلى في التوتر القائم بين مشروعية القضاء كما تقرها النصوص في إطار الفقه العامي والنظم القانونية الوضعية، وبين متطلبات العدالة المتجددة في الواقع العملي، وينطلق البحث في أساسياته من فرضية مفادها أن الاكتفاء بالالتزام الحرفي الفعلي بالنصوص، في ظل جمود هذه النصوص وقلة المصادر الفقهية العامة والقانونية المعاصرة، يؤدي إلى ترسيخ حالة تقييد دور القاضي وتحويله من فاعل اجتهادي مستقل إلى منفذ شكلي، بما يفرغ مبدأ استقلال القضاء من محتواه ومضمونه الفعلي الحقيقي. يعتمد البحث منهجاً تحليلياً نقدياً مقارنةً، يستند إلى الفقه الإسلامي، وإلى النظريات القانونية الحديثة في التفسير القضائي، ذات الصلة بالاستقلال القضائي. ويظهر البحث أن مشروعية القضاء لا تتحقق بمجرد الامتثال النصي الجامد، بل تقوم على انسجام الحكم القضائي مع مقاصد العدالة، كما يبين أن جمود النصوص، مقترناً بضعف التدوين الفقهي والقانوني، يؤدي إلى فجوة بين القانون والواقع، ويسهم في اهتزاز ثقة المجتمع بالقضاء. ويخلص البحث إلى ضرورة إعادة بناء مفهوم المشروعية القضائية على أساس تفسيري مرن، يوازن بين احترام النص وتمكين القاضي من الاجتهاد المسؤول والتحرر من الجمود، بما يعزز استقلال القضاء ويحقق العدالة بوصفها غاية عليا للنظام القضائي، كما يقدم البحث إطاراً نظرياً يمكن الاستفادة منه في إصلاح التشريعات وتطوير الأداء القضائي في السياقات المعاصرة.

الكلمات المفتاحية: منافاة، استقلال القضاء، جمود النص، الفقه العامي، القانون الوضعي

Abstract

This study addresses a central and fundamental issue in contemporary judicial systems, manifested in the tension between the legitimacy of the judiciary as established by textual sources within the framework of customary jurisprudence and positive legal systems, and the requirements of evolving justice in practical reality. The research is grounded in the premise that reliance on strict and literal adherence to legal texts, in the context of textual rigidity and the scarcity of contemporary customary jurisprudential and legal sources, leads to the entrenchment of constraints on the judge's role, transforming the judge from an independent, interpretive decision-maker into a merely formal executor. This, in turn, empties the principle of judicial independence of its true and substantive content. The study adopts a comparative, critical, and analytical methodology, drawing upon Islamic jurisprudence and modern legal theories of judicial interpretation relevant to judicial independence. It demonstrates that judicial legitimacy is not achieved through rigid textual compliance alone, but rather through the coherence of judicial rulings with the objectives of justice. The study further shows that textual rigidity, coupled with weak jurisprudential and legal codification, creates a gap between law and reality and contributes to a decline in public confidence in the judiciary. The study concludes by emphasizing the

necessity of reconstructing the concept of judicial legitimacy on a flexible interpretive foundation that balances respect for legal texts with empowering judges to exercise responsible and non-rigid judicial reasoning. Such an approach strengthens judicial independence and realizes justice as the supreme objective of the judicial system. The research also offers a theoretical framework that may be utilized in legislative reform and in the development of judicial performance within contemporary contexts. **Keywords:** incompatibility, judicial independence, textual rigidity, vernacular jurisprudence, positive law

المقدمة

إن من أهم الأسس التي من أجلها أسس القضاء هو تطبيق العدالة في المجتمعات البشرية، حيث تعتبر هذه الأسس الملاك والمدار لإدارة حيات الناس بمختلف طبقاتهم ومستوياتهم الاجتماعية، على أنه في المقام هناك ما يكون عائق لتطبيق تلك العدالة بأسسها الصحيح وإثباتها بركائزها السليمة، والأهم من ذلك كله هو يجب أن يكون هناك كمالية وعدم قصور في شرعية القضاء ومشروعيته التي يستمد منها وجوده والذي يكون مصدرا لتحقيق تلك العدالة التي يصبو لها المجتمع، وعلى هذا الأساس كان لابد أن نتطرق إلى ما يناهض القضاء في شرعيته ومشروعيته ووجوده، ومناقشة أسس المشكلات والإشكاليات التي تعرض لها على مستوى الفقه العامي أو القانون الوضعي، وبيان تلك الأمور المتعلقة بهذه البحوث وإعطاء الحلول المناسبة والصحيحة لها كجزء من متطلبات هذا البحث المتعلق بالقضاء واستقلاله، حيث يعتبر وجوده وتحقيقه معتمدا على حل هذه الأمور المتعلقة بمشروعيته، ومن هنا كان لابد من الوقوف عند الفقه العامي والقانون الوضعي في الأمور المنافية لشرعيتها ودراساتها وبيانها وتوضيحها ووضح الحلول لها بكل مفرداتها.

أهمية البحث

تكمُن وتتجلى مركزية وأهمية موضوع هذا البحث في كونه يعالج ويقدم الحلول لإحدى أعقد الإشكاليات التي تواجه القضاء المعاصر واستقلاله ألا وهي إشكالية التوفيق بين المشروعية القضائية من جهة، ومتطلبات العدالة المتجددة من جهة أخرى، خصوصا في ظل الفقه العامي والنظم القانونية الوضعية، فالموضوع يمس جوهر العدالة وحقيقتها لا شكلها، وتتجلى لنا أهمية موضوع بحثنا فيما يلي:

أولاً: فأهمية الموضوع من جهة وزاوية استقلال القاضي حيث لا يتحقق استقلال القاضي بالنص وحده، بل يتحقق بقدرته على الاجتهاد والتفسير، فجمود النصوص القانونية أو الفقهية فيما يخص الفقه العامي يؤدي إلى تقييد أدوات القاضي في الحكم واستقلاله التامة، فنجد القاضي يتحول من فاعل يلعب دورا كبيرا وفاعلا في تحقيق وترسيخ العدالة إلى منفذ حرفي، وهذا من شأنه أن يفرغ مبدأ الاستقلال القضائي من مضمونه الحقيقي، ويجعل القضاء والقاضي تابعا للنص الجامد لا للعدالة وترسيخها.

إن النصوص بشأن استقلال السلطة القضائية في مبادئ الأمم المتحدة الأساسية تشير إلى ذلك، وإلى أن استقلال القاضي يشمل الحرية في تفسير القانون دون ضغط تشريعي أو سياسي.

ثانياً: إن أهمية هذا الموضوع الحساس من جهة وزاوية مشروعية القضاء لا تعني بالضرورة الالتزام الحرفي والدقيق بالنص؛ بل تعني انسجام الحكم مع مقاصد العدالة، ففي الفقه الإسلامي، المشروعية ارتبطت بالمقاصد لا بظاهر النص فقط.

ومن هنا أكد البعض في أن تعطيل المقاصد منافي للشرع، ولذا نراهم قرروا أن أي حكم يفضي إلى الظلم فليس من الشريعة.

ثالثاً: من زاوية جمود النص، فأهمية الموضوع تتجلى في أن جمود النص القانوني يؤدي إلى نتائج خطيرة، من قبيل؛ أحكام غير عادلة، وفجوة بين الواقع والقانون واهتزاز ثقة الأفراد والمجتمع بالقضاء، فالدراسات المقارنة تؤكد أن الأنظمة القانونية الحديثة تعتمد التفسير القضائي المرن لمواجهة قصور النصوص.

رابعاً: وتظهر لنا أهمية الموضوع من زاوية قلة المصادر الفقهية والقانونية، حيث تؤدي قلة المصادر إلى فقر الاجتهاد القضائي ومرونته إزاء القضايا المطروحة أمامه، وتجعل القاضي أسير السوابق القضائية المحدودة، ففي الفقه العامي، نرى ضعف التدوين الفقهي المعاصر يحد من تطور النظرية القضائية، وفي القانون الوضعي، الاعتماد المفرط على نصوص جامدة دون فقه قضائي نشط يؤدي إلى شلل العدالة.

خامساً: إن الأهمية العلمية والعملية للبحث في هذا الموضوع ستكون له نتائج حقيقية، فهو يساهم في تطوير نظرية استقلال القضاء، ويعيد تعريف المشروعية القضائية ويفتح أفقا واسعا لإصلاح تشريعي واقعي حيث يدعم الاجتهاد القضائي المسؤول والنزيه والحر ومن دون تأثيرات على استقلاله، ولذا كان السؤال التأملي في كيفية إمكان القاضي المستقل أن يحقق العدالة إذا كان محاصراً بنص جامد ومصادر قليلة وشحيحة؟ وهذا السؤال هو جوهر أهمية الموضوع.

تظهر وتتمثل لنا مشكلة البحث المطروح في وجود تعارض عملي واضح كما تقرره النصوص الفقهية والقانونية بين مفهوم مشروعية القضاء، وبين متطلبات تحقيق العدالة المتجددة في الواقع القضائي المعاصر، وهذا التعارض يظهر ويتجسد بشكل واضح في حالتين مترابطتين.

الحالة الأولى: في جمود النصوص الفقهية والقانونية، حيث يكون القاضي مقيد وقيّد بالتطبيق الحرفي للنص القضائي، دون أن يعطى فسحة كافية للاجتهاد أو التفسير. وفي نتيجة الأمر يُفرغ مبدأ استقلال القضاء من مضمونه الحقيقي ويحول القاضي من سلطة مستقلة فاعلة إلى أداة تنفيذية، خلافاً لما تقرره وتثبتته المعايير الدولية التي تؤكد حرصها على حرية القاضي في تفسير القانون لتحقيق العدالة دون ضغط تشريعي أو سياسي.

الحالة الثانية: وتظهر لنا إشكالية البحث في قلة وتششت المصادر الفقهية لدى الفقه العامي والقانونية الوضعية المعاصرة، حيث يعاني الاجتهاد القضائي من ضعف التدوين وقصور المعالجة النظرية للمستجدات. إن الاعتماد المفرط في القانون الوضعي على نصوص جامدة دون فقه قضائي نشط، يؤدي بالنتيجة إلى فجوة كبيرة وواسعة بين الواقع والقانون، وعليه تكون ثقة المجتمع بالقضاء ضعيفة وهزيلة. والمنافاة في المجال القضائي ليست مفهوماً تجريدياً معزولاً، بل هي أداة معيارية دقيقة تُقاس بها سلامة الوظيفة القضائية وقدرتها على تحقيق العدل. فهي تقوم متى وُجد تعارض حقيقي مانع بين وضع قانوني أو نص تشريعي وبين مقتضيات الحياد والاستقلال، بحيث يستحيل الجمع بينهما دون الإخلال بجوهر القضاء، ومن هنا ومن هذا المنطلق لا تُفهم المنافاة في القضاء على أنها مجرد اختلاف أو تضاد ظاهري، بل حالة قانونية مؤثرة تقضي إلى نتائج إلزامية، كوجوب التحي أو الرد أو بطلان الإجراء، لأنها تمس الثقة العامة في العدالة. غير أن الإشكالية الكبرى تظهر حين تقتزن المنافاة بجمود النصوص القانونية، فالنص الجامد، الذي يُصاغ في سياق تاريخي محدد ثم يُفرض على واقع متغير، قد يتحول من وسيلة لتنظيم القضاء إلى عائق أمام استقلاله، وعند هذه النقطة بالذات تنشأ صورة مركبة من المنافاة قد لا تكون بين شخصين أو وظيفتين؛ بل بين النص ذاته والوظيفة القضائية، فالقاضي يجد نفسه أمام تعارض حاد بين واجبه في تطبيق النص حرفياً، وواجبه الأعمق في تحقيق العدالة وصون الحياد. وعلى هذا الأساس فإن جمود النصوص يُنتج مفارقة خطيرة، وهي بدل أن تحمي النصوص استقلال القضاء، قد نراها تُفرغه من مضمونه العملي، وحين تُقيد النصوص الجامدة سلطة القاضي التقديرية أو تمنعه من الاجتهاد التفسيري الخاص، أو تُبقي على آليات شكلية صورية لمعالجة تضارب المصالح دون مراعاة الواقع، فإنها بالنتيجة تُنشئ منافاة صامتة بين القانون والعدالة، وهذه المنافاة لا تظهر في ظاهر ومظهرية التشريع، لكنها تتجلى في التطبيق العملي، حيث يصبح بالنتيجة القاضي منفذاً حرفياً لا فاعلاً مستقلاً، وحينئذ تتحول العدالة إلى إجراء شكلي صوري لا قيمة وظيفية له في المقام. وفي هذا السياق الظاهر يصبح استقلال القضاء قيمة مهددة من داخل النص نفسه، فالمنافاة الأخطر ليست تلك التي تنشأ عن تدخل السلطة التنفيذية أو السياسية فحسب، بل تلك التي تتستر بغطاء الشرعية التشريعية، وعندما يفرض النص على القاضي التزاماً جامداً يتعارض مع متطلبات الحياد حينئذ تتحقق المنافاة بين النص ومبدأ استقلال القضاء، وهي منافاة تُضعف مبدأ الفصل بين السلطات الثلاثة، وتُخضع القضاء وسلطته بشكل غير مباشر إلى إرادة المشرع أو السلطة التنفيذية. ومن هنا نجد أن الفكر القانوني المقارن يقر بهذه الإشكالية، ويدعّن إلى أن استقلال القضاء قد يُختزل في نصوص مكتوبة، لذا لابد من تبني النظم الحديثة التفسير الغائي والوظيفي للنصوص، وإن تعالج المنافاة من خلال عدة أمور يثبتها هذا البحث بما يخدم جوهر العدالة. وعليه، فإن العلاقة بين المنافاة وجمود النصوص واستقلال القضاء تكشف عن إشكالية بنيوية في التشريع القضائي. فكلما ازداد النص جموداً، اتسعت دائرة المنافاة الخفية بين القانون والعدالة. وكلما ضاق أفق التفسير، تراجع استقلال القضاء من قيمة عملية إلى شعار نظري. وعلى هذا الأساس تتجسد وتظهر مشكلة البحث الأساسية في السؤال الجوهرى الحقيقي الآتي: كيف يمكن تحقيق مشروعية القضاء وضمان استقلال القاضي في ظل جمود النصوص وقلة المصادر الفقهية والقانونية، دون الإخلال بمقاصد العدالة التي أكدها الفقه الإسلامي، وأقرتها النظريات القانونية الحديثة؟ إن هذا السؤال المطروح في المقام يمثل ويشكل الإطار الجوهرى والإشكالي الذي نسعى في هذا البحث إلى تفكيكه ومعالجته تحليلياً ونقدياً، في ضوء الفقه العامي والقانون الوضعي، مع الاستناد إلى المقاصد الشرعية والنظريات المعاصرة للتفسير القضائي.

تساؤلات البحث

ينطلق البحث من تساؤل رئيس تتفرع عنه مجموعة من التساؤلات الفرعية.

التساؤل الرئيس: كيف يمكن تحقيق مشروعية القضاء وضمان استقلال القاضي في ظل جمود النصوص وقلة المصادر الفقهية والقانونية، دون الإخلال بمقاصد العدالة؟

١. ما المقصود بمشروعية القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟ وهل تقتصر على الالتزام الحرفي بالنص؟
 ٢. إلى أي مدى يسهم جمود النصوص الفقهية والقانونية في تقييد استقلال القاضي وتحويله إلى منفذ حرفي للأحكام؟
 ٣. ما لمشكلات التي يعاني منها الفقه العامي على مستوى القضاء في شرعيته وعدالته على مستوى النظرية والتطبيق والتي جعلته عاجزاً عن إدارة الأمور الحياتية وتطبيق العدالة في كافة المستويات.
 ٤. ما أهم الإشكاليات التي واجها هذا الفقه والتي تعتبر هذه المشكلات من المنافاة للقضاء وأحكامه؟
 ٥. ما الأسباب التي أدت إلى غلق باب الاجتهاد عند العامة؟
 ٦. هل استطاع القانون الوضعي في ظل إقراره والتزامه بالأديان السماوية والمذاهب وحقوق الأقليات التي تكون المجتمع البشري وتعيش داخل البلد أو الإقليم الواحد، توحيد القانون بحيث لا يبخص الأقليات حقها وحقوقها؛ خصوصاً حق أن تكون لها حاكمية على نفسها بما تعتقد به من قوانين تتناسب دينها ومذهبها؟
 ٧. هل استطاع القضاء في القانون الوضعي حل إشكالية ما ينافي شرعيته والمشاكل الناتجة عن ذلك؟
 ٨. هل استطاع القانون الوضعي حل مسألة إشكالية جمود المحاكم التي وقعت فيها الاختلافات القضائية نتيجة اعتماده على الأحكام والقوانين المبنية على السوابق القضائية؟
- هذه الأهداف والتساؤلات تمثل الإطار المنهجي الذي يقود البحث نحو معالجة الإشكالية بعمق علمي وتحليل نقدي قابل للتطبيق.

أهداف البحث

تتجلى وتظهر أهداف هذا البحث في معالجة الإشكالية المركزية المرتبطة بمشروعية القضاء واستقلال القاضي في ظل جمود النص وقلة المصادر، وذلك من خلال تحقيق الأهداف الآتية:

١. بيان مفهوم مشروعية القضاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
٢. تحليل أثر جمود النصوص الفقهية والقانونية في تقييد سلطة القاضي وتقليص دوره الاجتهادي.
٣. إبراز العلاقة بين استقلال القاضي وحرية التفسير القضائي في ضوء المعايير الدولية.
٤. تشخيص أثر قلة المصادر الفقهية والقانونية المعاصرة في إضعاف الاجتهاد القضائي، خاصة في الفقه العامي.
٥. تقويم مدى قدرة النظم القانونية الوضعية والفقهية على استيعاب متطلبات العدالة المتجددة دون الإخلال بمبدأ المشروعية.
٦. اقتراح إطار نظري يوازن بين الالتزام بالنص وتحقيق المقاصد، بما يعزز استقلال القضاء ويمنع الانحراف عن العدالة.

منهجية البحث

إن معظم البحوث والدراسات والاطروحات لا بد أن تكون لها منهجية خاصة للوصول إلى النتائج والتوصيات والمعطيات، ومن هنا فإن منهجية هذه الدراسة نابعة من عدة أمور: التركيز على موضوع البحث بكل مفرداته وملامحاته التي جاءت في عنوانه، ومن دون الاستطراد والانحراف عن الموضوع. الاستفادة من المنهج التحليلي والاستدلالي للوقوف على كل تفاصيل البحث وتطبيقه على الحياة المعاصرة. الاعتماد على المنهج المقارن؛ وهو المنهج الأكثر شيوعاً واستخداماً في البحوث القانونية والشرعية؛ فهو قاسم مشترك في الكثير من البحوث الفقهية والقانونية، ولا يخفى على من وقف على المناهج المتبعة في البحث العلمي أن هذا المنهج يكاد يكون الوسيلة الأساسية في إثراء البحوث الفقهية والقانونية بالكثير والعديد من الأفكار الجديدة والتطبيقات التي يجب أن يأخذها المشرع والقانوني في التغيرات والتعديلات التي تطرأ على مختلف الآراء الفقهية والقانونية، ومن هنا كان الوقوف على رأي الفقه الإسلامي ومقارنته مع القوانين الوضعية في القضايا المختلف فيها، وذكر التوافقيات من المسائل التي تخص القضاء وسلطته، وتوثيق تلك المسائل المتفق عليها والمختلف. تتبع واستقصاء أدلة المسائل والأقوال والقضايا الفقهية التي ذكرتها الكتب التخصصية، مع بيان وجه الدلالة وتصوير المسألة المبحوث عنها في المقام، وذكر الإشكالات وكل أمر يرد عليها من مناقشات وحلول حاولت الإجابة عليها. توثيق المسائل المطروح في المقام من الكتب المعتمدة ومن نفس التوجه الفقهي والقانوني القائل بالمسالة.

خطة البحث

قسمنا البحث الى مقدمة ومباحث ومطالب وفروع؛ حيث تناول المبحث الأول مفاهيم الدراسة كمفهوم المنافاة ومفهوم القضاء، وفي المبحث الثاني تناولنا استقلال القضاء في الفقه الاسلامي والقانوني، وفي المبحث الثالث ما ينافي شرعية القضاء في الفقه العامي، وفي المبحث الرابع ما ينافي شرعية القضاء في القانون، وفي الخاتمة النتائج والتوصيات التي توصل اليها هذا البحث ثم ذكر المصادر.

المبحث الأول: تحديد مفاهيم الدراسة

المطلب الاول: مفهوم المنافاة لغة واصطلاحاً

أولاً. المنافاة لغة

تعود كلمة المنافاة إلى الجذر (نفي) يدل على الإبعاد والإزالة والطرْد. يقال نافاه منافاة؛ أي خالفه ولم يجتمع معه، وتدل الكلمة على عدم الاجتماع، وعلى التناقض الذي يمنع التوافق، وهذا المعنى ثابت في المعاجم العربية الكبرى (١).

ثانياً. المنافاة اصطلاحاً

المنافاة في الاصطلاح هي قيام تعارض حقيقي بين أمرين. بحيث يستحيل اجتماعهما عقلاً أو شرعاً أو نظاماً، إذا وُجد أحدهما انتفى الآخر بالضرورة (٢).

المطلب الثاني: مفهوم القضاء

إنّ البحث في موضوع منافاة القضاء في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي يقتضي الوقوف والتعريف بحقيقة مفهوم القضاء وحكمه ومقاصده والتي من شأن معرفة هذه المفاهيم والوقوف على مدلولاتها ان تشكل مدخلاً وباباً للولوج والاطلاع على حقيقة الموضوع المبحوث عنه في هذا البحث وجزئياته المتعددة في المقام، ومن خلال هذا الاقتضاء الذي يفرضه طبيعة فهم مفردات هذا الامر نستطيع البحث في منافاة القضاء، وتحديد حقيقة مفهوم القضاء واحكامه ومقاصده، وعلى هذا الاساس اقتضى الامر في المقام، ان نشير الى مفهوم القضاء وحقيقته وحكمه في فروع:

الفرع الأول: مفهوم القضاء لغة واصطلاحاً

أولاً: مفهوم القضاء لغة

ورد مفهوم القضاء بمد ألف في اللغة ويقصد به الحكم (٣) واصل الكلمة في العربية قضاي من قضيت ولما ورد في النحو العربي إذا ورد مجيء الياء بعد الاف أصبح همزة وهمزت الياء والجمع أقضية، والقضية مثله والجمع قضايا على وزن فعالي والأسم القضية. وسمي القاضي قاضياً لأنه يحكم الاحكام وينفذها (٤) وينبغي هنا تقييد الحكم بالفاصل لأنه أعم من القضاء وليس كل حكم قضاء. ويقال القضاء الفصل في الحكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى لَفُضِّبَ الْبَيْتُ﴾ (٥) اي يفصل الحكم بينهم، ومن هنا جاء تعريفه في المفردات: بأنه فصل الامر قولاً كان أو فعلاً (٦)، وفيه ورد قوله تعالى: ﴿إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي﴾ (٧)، أي يحكم ويفصل، ومنه قضى القاضي بين الخصوم أي بمعنى قطع بينهم في الحكم (٨)، ولذا ورد في الحديث الذي جعل القاضي حاكماً كما في جاء عن سالم بن مكرم الجمال عن الامام الصادق (عليه السلام): (إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور، ولكن انظروا إل رجل منكم يعلم شيئاً من قضائنا فاجعلوه بينكم، فإنني قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه) (٩). ان أدنى مراجعة لاستعمالات مفردة القضاء في المراجع والتفاسير التي تعتني بتفسير وبيان المفردات اللغوية لنجد انه ورد عدة معاني واستعمالات لمفهوم القضاء وهي كالآتي: بمعنى (الأمر)، كما في قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ (١٠) أي أمر بذلك. بمعنى (الصنع والخلق والتقدير)؛ حيث يقال قضى الشيء قضاء إذا صنعه وقدره، كما في قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ (١١) أي قدر خلقهن. بمعنى (العهد والوصية) كما في قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ﴾ (١٢) أي عهدنا. بمعنى الإعلام حيث ورد في قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَوْلَاءِ مَقْطُوعٌ﴾ (١٣) أي أعلمناهم. بمعنى (الانهاء والأداء) كما في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتْ مِنْكَ الْأَجَلُ﴾ (١٤)، وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ﴾ (١٥) القضاء المقرون بالقدر ويكون بمعنى الحتم كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ قَضَىٰ أَجَلًا﴾ (١٦). بمعنى (الفرغ) كما في قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا﴾ (١٧). ومنها الفعل كما في قوله تعالى: ﴿أَيُّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ﴾ (١٨). ولقد عدّ أهل الاختصاصات التفسيرية واللغوية معاني القضاء الى حدود العشرة (١٩)، والباب مفتوح لأهل الاختصاص اذا وجد دليلاً يدل على معنى القضاء يضاف لما تقدم من معان، ونحن هنا ما ذكرناه من معان واشرنا اليه من باب العد على ما يسعه الحال والمقام لا على نحو الحصر والتقييد بما اشرنا اليه. والسؤال المطروح في المقام هل ترجع جميع الاستعمالات الى معنى واحد ام الى أكثر من معنى؟ وما العلة في اختلاف الاستعمالات لهذا اللفظ ومن اين نشأ هذا الاختلاف في الاستعمال؟ ولإجابة على هذا التساؤل لابد من الرجوع الى الكتب الاصولية وماذا قرروا فيها اهل الاختصاص بهذا الشأن؛ وقد قرر في محله عدم وجود الترادف والاشتراك المعنوي وانكار وجود مشترك لفظي في

لغة العرب هذا والاصالة تنفي الاشتراك المعنوي كأصالة عدم لحاظ جامع قريب حين الوضع يضم سائر الاستعمالات ويعضدها أصالة عدم تعدد الوضع التي تثبت الاشتراك الاول. وعلى هذا الأساس تكون الاجابة على السؤال المتقدم ان مرجع جميع الاستعمالات الى معنى واحد، واختلاف نواحي الاستعمال انما يكون ناشئ من اختلاف الدواعي للاستعمالات المتعددة، لذا نجد الاختلاف في تحديد المعنى الجامع لمعاني القضاء الكثيرة، فذهب بعضهم الى انقطاع الشيء وتماهيه (٢٠)، والبعض الآخر ذهب الى انه النفوذ، وكلا الرأيان لا ينسجمان مع المعنى اللغوي، فيكون المتحصل والصحيح ان الجامع لكل هذا الامر هو الحكم وانما يكون الاختلاف ناشئ من المتعلق لا المفهوم، فالقضاء معناه واحد ولكن اختلاف المتعلق يوجب اختلاف الاستعمال، ومن امثلة هذا التعلق نظير قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ (٢١)، وهذا في الامور التشريعية التي يفصل فيها، اما في الامور التكوينية التي يفصل فيها فنظير قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ﴾ (٢٢)، وهذا مثله مثل الارادة تارة يطلق اللفظ الارادة ويراد بها التكوين واخرى يراد بها التشريع، وعليه يتبين في اللغة ان الاختلافات في معان القضاء ناشئ من اختلاف المتعلق الذي يوجب اختلاف الاستعمال والا فالقضاء معناه واحد جامع كما تقدم وهو القطع والفصل في الحكم وهو الحكم لا غير.

ثانياً: مفهوم القضاء اصطلاحاً

وفيه امرين:

الامر الأول: القضاء في الاصطلاح الشرعي الفقهي

ان ادنى مراجعة للناظر لتعاريف القضاء اصطلاحاً في مصادر أهل الاختصاص ليجد ان الكثير من تعاريف الفقهاء قد تعددت وتتنوع نتيجة اختلاف نظرتهم اليه والى موضوعه، ولذا نرى لا يمكن الوقوف على بيان المدلول الاصطلاحي للقضاء الا بعد مراجعة أكثر الآراء في هذا الأمر، وذلك لتعدد التعاريف واختلاف وجهات النظر الى تعريفهم للقضاء، والتي عدوها ميزاناً لفهم وتحديد طبيعة القضاء. وعلى هذا الاساس عرف الفقهاء وأهل الاختصاص لفظة القضاء اصطلاحاً بعدة تعاريف بعضها اتفقت في معظم كلياتها، والبعض الآخر تباينت نتيجة نظرهم اليه والى موضوعه، وفيما يأتي عرض لبعض أنواع التعاريف الاصطلاحية وحسب اتجاهات الفقهاء في حقيقة مفهوم القضاء، ولكي نخلص الرأي الى تعريف نهائي مختار.

١ - التعريف الاول (المشهور): القضاء باعتبار الولاية

حيث اتخذ واستند أصحاب هذا الرأي المشهور واتجهوا الى ابراز وتعريف القضاء بالولاية، وفيما يلي تعاريف بعض القوم في هذا المجال:

أ - القضاء عبارة عن: (الولاية على الحكم، في الدعاوى، والمنازعات، وفي الامور العامة) (٢٣).

ب - القضاء هو: (ولاية الحكم شرعاً ممن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البرية، بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق) (٢٤).

ج - القضاء هو: (ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الامام عليه السلام) (٢٥).

د - القضاء هو: (صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل، أو تجريح، لا عموم المسلمين) (٢٦).

هـ - القضاء هو: حكم ملزم صدر عن ولاية عامة (٢٧).

ويرد على هذا التعريف الأول بأن القضاء هو الولاية عدة اشكالات منها:

أولاً: ان هذا ليس تعريفاً للقضاء فالولاية أعم من القضاء بل هو تعريف لمنصب القضاء فهي مصححة له لأن نفوذ الفصل بين المتخاصمين يتوقف على كون القاضي ذا ولاية تجعل حكمه نافذاً في حق المولى عليه، فالولاية من مؤهلات القضاء ومصحاته لا نفسه، فالقران الكريم يشير الى ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾، فالولاية منصب يحتاج الى جعل بعدها يكون من حقه الحكم عند التخاصم (٢٨).

ثانياً: ان هذا التعريف مصداقاً للتعريف بالأعم لأنه بأبسط تأمل ومراجعة لتعاريف الولاية لغة وعرفاً؛ نجد ان الولاية غير القضاء لفة وعرفاً نعم قد تكون هي سبب منشأ القضاء وشرعيته ونفوذ حكمه، كما انه الناظر الى وقوع المنازعة بين الأشخاص، وقد ثبت في محله ان ولاية الحكم لا تلازم الفصل بل أعم منه.

ومن هنا، وعلى هذا الاساس لجأ البعض الى الفرار والتخلص وإيجاد مهرب من الوقوع في هذه الاشكالات الواردة على تعريف القضاء بالولاية فذهبوا الى التعريف بالقول الثاني.

٢ - التعريف الثاني: القضاء هو فصل الخصومات، وأصحاب هذا الرأي قد عرفوا القضاء بفصل الخصومات بين المتخاصمين ومنهم:

أ- السيد الخوئي في تعريفه للقضاء حيث قال: (فصل الخصومة بين المتخاصمين، والحكم بثبوت دعوى المدعي أو بعدم وجود حق له على المدعى عليه) (٢٩).

ب- القضاء هو: (فصل الخصومات، وقطع المنازعات) (٣٠).

ج- القضاء هو: (فصل الخصومة بين خصمين فأكثر تحكم بحكم الله تعالى) (٣١).

ويرد على هذه التعاريف: بأنه تعريف القضاء بجزئه أو ببعض مصاديق القضاء فإن فصل الخصومات هو جزء من مهام القضاء وللقضاء مسؤوليات ومهام كثيرة، وأضاف الى ذلك ان هذا التعريف قد وقع النقاش عليه في كون دخول الغير عليه ام لا؟ وبعبارة اخرى بأن هذا التعريف غير مانع من دخول الأغيار عليه؛ فالصلح مثلاً داخل فيه سواء صدر من قاض أو غيره، ولذا ورد التقييد بعبارة على (وجه خاص) في بعض التعاريف لدفع هذا اليراد (٣٢)، إلا انه وان دفع بهذه الاضافة فثمة ما يناقش به، وذلك أنه تعريف بذكر الثمرة لا الحقيقة؛ فالفصل بين الخصوم وقطع النزاع نتيجة للقضاء لا حقيقة له (٣٣). ومما نوقش به - ايضاً - اقتصاره على المنازعات، دون ما يوجب الحكم بلا خصومة؛ كإثبات الافلاس والسفاهة (٣٤)، ولا يسلم بهذا الاعتراض؛ اذ التعريف متناول أصل موضوع القضاء ومما يلاحظ في هذا التعريف وجود التكرار؛ فالفصل بين الخصوم وقطع النزاعات بمعنى واحد؛ ولعل هذا ما جعل بعض الفقهاء يقتصر في تعريف القضاء على أحدهما دون الآخر (٣٥). وقد حاول البعض (٣٦) التخلص من بعض المحاذير الواردة على تعريف القضاء حيث قال: (فصل الخصومة بين المتخاصمين، والحكم بثبوت دعوى المدعي أو بعدم وجود حق له على المدعى عليه) فأخذ الخصومة في التعريف ولقد ثبت ان القضاء أعم من ذلك، كما لا يتقوم الفصل بثبوت دعوى المدعي أو عدمها؛ إذ قد يتحقق القضاء بالصلح والتراضي بثبوت نسبة من الحق للطرفين.

٣- التعريف الثالث: القضاء هو الإلزام (٣٧)، أو اخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام (٣٨).

ولقد اعتمد اصحاب هذا الرأي على ابراز جانباً مهماً في القضاء ألا وهو الإلزام إلا أنه لا يبين ولا يفصح عن حقيقة القضاء؛ وذلك لاشتراك غير القضاء في هذا الحد من التعريف مما يكون فيه صفة الإلزام وليس القضاء؛ كأمر ولي الأمر في غير الخصومات وحكم المحكم، وأيضاً يتميز هذا الحد بذكر صفة الإلزام فيخرج الفتيا منه؛ إذ لا إلزام فيها، وكذلك فيه ابراز فعل القاضي بالإخبار؛ إشارة الى انه محبر عن حكم الشرع، لا مثبت له؛ لثبوته في الاصل، وإنما قام القاضي بالإخبار عنه، والإلزام به. ومع هذه المحاذير، وردت لفظ الاخبار التي نوقش بها هذا التعريف لإبهامه اشتراكاً في معنى الاخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء، وليس ذلك مراداً، بل المراد الإلزام بأمر القاضي (٣٩). ولا يظهر وجه لرد التعريف به؛ لتضمن هذا الإخبار معنى الطلب، واعتراض عليه - ايضاً - بأنه غير مانع من دخول حكم المحكمين، والمحكم، والمحاسب، والوالي، وغيرهم من أهل الولايات الشرعية إذا حكموا بالوجه الشرعي، وان يكونوا ذوي ولاية قضائية (٤٠).

وقفة ونظر

ان الوقوف على تعاريف القضاء ومعانيه فيما تقدم وقبل ان نختار الرأي التعريف المناسب للقضاء يحذوا بنا ان نسجل بعض الامور المرتبطة بالتعريفات الواردة في المقام ونسجل وقفة ونظر وإشارات عليها وهي كالآتي:

أولاً: لا يخفى على أهل الاختصاص ان القضاء من الامور التي تظهر الحاجة اليه في الاعم الاغلب في موارد الخصومات والمنازعات فيتبادر منه اولاً وقبل كل شيء فصل المنازعات، ولأجل هذه العلة قد أخذ معنى الفصل والمنازعة في بيان معناه، وهذا التبادر في معناه انما يكون ناشئ من كثرة الحاجة والاستعمال وهذا الامر لا يحصر الدلالة فيه، أضف الى ذلك ان جُل التعاريف الوارد في المقام جاءت لأجل توضيح المعنى وبيان الغرض منه وليس في مورد ومقام بيان الماهية الحقيقية للقضاء؛ فهي من باب شرح اللفظ أو تفصيل اللفظ المجمل، أو من باب ابراز آثار المعنى والمضمون، وهذا ظاهر لكل أحد لما بيناه سابقاً في التعاريف وتفصيلاتها.

ثانياً: ان أكثر الحقائق تختلف في وجودها وبيان معانيها باختلاف اللحظات المختلفة التي ينظر اليها، وبما ان القضاء من الحقائق فهو يختلف باختلاف اللحظات التي ينظر اليه، فتارة يلحظ من حيث أثره وغايته وأخرى من حيث ذاته، فبالاعتبار الأول هو حكم يصدر لفصل النزاع والتخاصم في الحقوق ونحوها، وبالاعتبار الثاني هو ولاية شرعية على النفوس والأعراض والأموال بجعل الشرع ضمن شروط خاصة. وعلى هذا الاساس يكون بلحاظ نسبته الى الشرع يكون حكماً شرعياً، وإذا صح هذا التوجيه والأمر يكون قد ارتفع الاختلاف؛ فيكون بالاعتبار الثاني الذي قدمناه قد عرف بالولاية، وعلى الاعتبار الاول قد عرّفه بالحكم، وعلى كلا الاعتبارين يكون تعريفه بالحكم الشرعي. ولا يخفى ان الأصل في التعاريف - كما هو الثابت - أنها ترد لبيان الحقيقة؛ فلذا نجد أن المشهور ذهبوا الى الرأي الأول الذي قدمناه وهو تعريفه بالولاية، ولكن يرد ههنا في المقام هل هو حقيقة شرعية أم متشرعية أم عرفية؟ وفي معرض الاجابة على هذا التساؤل نقول: انه نظراً الى الشروط التي اشترطها ووضعها الشارع في

القاضي انه حقيقة شرعية، أما كونه حقيقة متشرعية فهو باعتبار ان القضاء في الشرع أولا وبالذات للمعصوم عليه السلام وبالعرض فهو تأسيس من قبل الفقهاء كتولي الفقيه لهذا المنصب الشرعي. أما كونه حقيقة عرفية عامة فهو ناشئ باعتبار ان الحاجة الماسة للقضاء مما قامت ودلت عليه السيرة العقلانية؛ كلما في الأمر ان الشرع أضاف بعض الشروط وليس له فيها أي تأسيس، والذي نراه في المباحث الأصولية التي اختلف البعض في حدود الحقيقة الشرعية وإطلاقها، نرى وبكل وضوح ان الحقيقة الشرعية يكون إطلاقها على كل تأسيس من الشرع ولو بنحو إضافة الشروط أو القيود لتأثيرها في الماهية، ومن هنا فإن القضاء يعد حقيقة شرعية خاصة بالشروط الشرعية المذكورة في كتب اهل الاختصاص من الفقهاء كطهارة المولد والإيمان والاجتهاد والذكورة، وعلى هذا الاساس لا يصح تولي القضاء إلا من قبل المجتهد الجامع للشرائط، كما لا يصح الاحتكام إلا اليه، ولا يصح القضاء إلا استنادا الى حكم الشرع.

الفرع الثالث: دعوى شمولية القضاء في اللغة اللاتينية

لقد ادعي ان كلمة (القضاء) في اللغة اللاتينية أبلغ واشمل من هذه الكلمة في اللغة العربية، فكلمة القضاء في اللغة الانكليزية Judiciary، وفي اللغة اللاتينية (Iudiciarius) ويرجع أصل الكلمة إلى مقطعين هما: (iudicium) بمعنى "حكم" (judgment) و (ārius) بمعنى "متعلق بـ" (pertaining to)، ولقد جاءت هذه المزاعم على رأي بعض الباحثين المعاصرين وهو الدكتور (رمسيس بنهام) في كتابه علم النفس القضائي حيث يقول: (واللفظ اللاتيني المعبر عن القضاء أبلغ وأشمل من اللفظ العربي؛ احتوائه دون هذا الأخير على معنى توحي العدالة) (٤١)، وقد قرر في محله ان معنى كلمة (القضاء) في اللغة اللاتينية: قول الحق والنطق به. أما كلمة القضاء في اللغة العربية بذاتها ومن نفسها فلا تدل على هذا المعنى بل لابد من اضافة قرينة متصلة وكلمة ملاصقة لها حتى تدل على هذا المعنى مثل: كلمة (الحق) أو كلمة (العدل) وهذه القرينة والإضافة تدل على أن القضاء حكم بالحق، أو نطق بالعدل يظهره القاضي ويستخلصه من بين مزاعم المبتطلين. وفي مقام الرد على هذه الادعاءات والمزاعم بينا ان الحق يدل على كلمة القضاء تعني الحكم، وان كلمة الحكم تعني بالملازمة القضاء بالعدل، ومما يؤكد هذا المعنى: ان الفقهاء يسمون القاضي حاكما؛ لأنه يمنع الظلم، ويقيم العدل، ويرد الحق والحقوق الى أهلها. ولقد دل على هذا الأمر ما ورد في كتاب لسان العرب لابن منظور: (قيل للحاكم بين الناس: حاكما؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم. وقالو أصل الحكومة: رد الرجل عن الظلم) (٤٢) وسمي القضاء حكما: لما فيه من الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله لأنه يكف الظالم عن ظلمه، وقد قيل ان الحكمة مأخوذة من هذا كذلك لمنعها النفس من هواها، وقد فسر اللغويون الحكمة في قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾ (٤٣)، وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا لُقْمَانَ الْحِكْمَةَ﴾ (٤٤)، بالعدل او الاصابة في القول واصابة الحق والحكمة من مشتقات الحكم (٤٥). وسمي الحاكم قاضيا، لأنه يمضي الاحكام ويحكمها، أو لأنه يوجب الحكم على من يجب عليه (٤٦)، فالقاضي هو: القاطع للمنازعات والمحكم للأمر. ومعنى قول القائل: حكم الحاكم؛ أي: وضع الحق في أهله ومنع من ليس له أهل (٤٧). ولذا نجد ورود تعريف القضاء بأنه: (فصل الخصومات، وفصل المنازعات)، وبهذا التعريف يتضح لنا ان كلمة القضاء وحدها تدل وبدون اضافات وقرائن على انها الحكم بالعدل؛ وهذا من شأنه ان يفصل الخصومات ويحكمها، ويقطع المنازعات وينهيها، ومن هنا جاءت الشرائع السماوية وحثت على تحقيق العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، واقامة الحق والعدل في الرعية، وعاضدت هذا الامر القوانين الوضعية لما فيه نصرة المظلوم على الظالم.

الرأي المختار للتعريف

ان اكثر التعريفات التي أشرنا اليها سابقا ووضحناها في طي الصفحات المتقدمة قد بينت وحظيت بإظهار اجد جوانب حقيقة القضاء أو اكثر دون الوقوف على اظهار الحقيقة التعريفية الكاملة للقضاء، وهذا يظهر مدى اختلاف الحدود التعريفية لمفهوم حقيقة القضاء التي وقف عندها اصحاب الرأي والاختصاص، ولكن جُل هذه الحدود التعريفية قد أختصرت في موارد اربع للحدود حواها معنى تعريف مفهوم حقيقة القضاء، اثنان من هذه الحدود تكون ضرورة في ظهور حقيقة القضاء كالولاية ولزوم الحكم، وهذه تميز القضاء عما يشاركه من احكام، والحدود الاخرى هي موضوع القضاء، وطريقة الحكم لاختصاص القضاء به، ووصف عمل القاضي بإظهار الحكم الشرعي المثبت والموجود ابتداء، والإظهار هنا يعم كل اظهار قولي او فعلي والقاضي يكون مظهرا للحكم الشرعي. وعليه كل هذه الحدود التعريفية لابد من وجودها في تعريف القضاء مع ذكر موضوعه؛ ولكي يكون جامعا مانعا هذا التعريف لحقيقة مفهوم القضاء، ومن هذا المنطلق والاعتبارات المتقدمة فإن الرأي المبسوط في المقام والأنسب هو ان يكون التعريف لحقيقة القضاء هو: (اظهار الحكم الشرعي الملزم الذي ترفع به الخصومات صادر عن ذو ولاية شرعية وعلى وجه خاص). بيان وشرح لقيود التعريف: (اظهار): جنس الظهور عام يشمل كل اظهار قولي او فعلي، ويراد منه الى انه القاضي مظهر للحكم الشرعي لا مثبت له. (الحكم): وهو قيد لجنس الاظهار يخرج ما عدا الاحكام. (الشرعي): قيد مخرج للأحكام الغير شرعية كالأحكام القانونية،

والعشائرية والقبلية. (الملازم): قيد احترازي يخرج به الفنيا فلا تشمل بهذا الحد. (الخصومات): وهو اشارة الى موضوع القضاء الاصيل الذي يتعرض لرفع الخصومات، ويخرج القضايا والوقائع الخالية من الخصومة. (ذو ولاية شرعية): وهو القاضي المعين للفصل بين الخصومات ويخرج بهذا القيد المحكم والمحتسب إذا حكموا بالوجه الشرعي، فيكون هذا القيد مخرجهم لأنه ليس لهم ولاية القضاء. (وجه خاص): وهو قيد يخرج الامور التي يشترط فيها عدم المرافعة لرفع الخصومة كالصلح.

المبحث الثاني: استقلال القضاء في الفقه الاسلامي والقانوني

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: استقلال القضاء الفقهي

استقلال القضاء في الفقه الإسلامي يُعنى بتحرر القضاء والقاضي كسلطة من أي تأثير خارجي في أداء وظيفته الشرعية المتمثلة في الفصل بين الخصوم بالعدل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويعني ذلك أن يكون القاضي مستقلاً عن نفوذ الحاكم، وضغوط الأطراف المتنازعة، أو أي جهة أخرى قد تؤثر على حكمه كالسلطة التنفيذية، بحيث يؤدي القاضي مهمته في الحكم بين الناس بالعدل والإنصاف بناءً على الشرع، دون خوف أو ميل أو تأثير، ويتجسد استقلال القضاء في الإسلام من خلال الالتزام بمبدأ العدل، وتجرد القاضي عن الهوى، وضمان عدم تدخل أي سلطة أو قوة في سير القضاء، مما يعزز نزاهته ويضمن تحقيق العدالة. إن من أهم ملامح سمات استقلال القضاء في الفقه الإسلامي هو اختيار القضاة المؤهلين، فيجب أن يكون القاضي عالماً بالشريعة الإسلامية، وعادلاً، ومتحرراً من أي ضغوط أو مصالح شخصية. (٤٨)، وكذلك لا بد من منع التدخل في عمله ويحرم على أي جهة، بما في ذلك الحاكم أو الخليفة التدخل في ذلك أو التأثير على قراراته، ويجب على القاضي الالتزام بالنصوص الشرعية: بالحكم وفق الكتاب والسنة الشريفة، بعيداً عن الهوى أو الضغوط الاجتماعية أو السياسية، ومن سمات استقلال القضاء المتمثل في مجموعة القضاة هو توفير الحماية للقضاة فيجب أن يتمتع القاضي بالحماية من أي تهديدات أو عقوبات تؤثر على استقلاليته.

المطلب الثاني: استقلال القضاء الوضعي

اما استقلال القضاء في القانون الوضعي فهو يعني ضمان تمتع السلطة القضائية بحريتها الكاملة في أداء وظائفها دون تدخل من السلطات الأخرى سواء السلطة التنفيذية أو التشريعية، أو أي ضغوط أو تأثيرات خارجية، بحيث تكون قرارات القضاة معبرة عن إرادة القانون وحده، دون الخضوع لأي اعتبارات أخرى. ويتحقق استقلال القضاء عبر مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يكفل للقضاء العمل بمنأى عن أي تأثير سياسي أو إداري، ويضمن حماية القضاة من العزل التعسفي أو التضييق على قراراتهم. وقد يعرف مبدأ استقلال القضاء بأنه: "قاعدة تنظم علاقة السلطة القضائية بغيرها من سلطات الدولة القائمة على أساس عدم التدخل من قبل باقي سلطات الدولة في أمور القضاء، وذلك بإعطائه سلطة دستورية مستقلة عن باقي السلطات". (٤٩). إذا هذا المبدأ يقتضي على أن كل سلطة من سلطات الدولة يجب أن تتمتع باختصاصات محدودة ومقصورة عليها ومعنى هذا أن القضاء يجب أن يتمتع وحده بسلطة الفصل في القضايا المحالة اليه. كما يقتضي هذا المبدأ أن يتمتع القضاة بحرية الحكم في المسائل المعروضة على القضاء بحيث يحكم استناداً إلى الحقائق بموجب القانون بعيداً عن التدخل أو المضايقة أو التأثير من جانب أية جهة من جهات الحكومة أو من جانب الأفراد وبصفتهم الشخصية. (٥٠)، وكذلك يجب أن يكون القضاة أنفسهم مستقلين لا سلطان عليهم في اعمالهم لغير القانون والضمير (٥١)، وأن قيام القاضي بوظيفته مستقلاً وبعيداً عن التأثيرات لهو أكبر ضمان للحقوق العامة والخاصة (٥٢)، ويتجسد استقلال القضاء في مظهرين رئيسيين:

الأول: استقلال السلطة القضائية كواحدة من سلطات الدولة الثلاث، على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية.

الثاني: استقلال القضاة كأفراد أثناء أدائهم لمهامهم، بحيث يمارس القاضي وظيفته دون أي تدخل أو تأثير خارجي.

فأصبح استقلال القضاء بجانبه جزءاً من الضمير العالمي والوجدان الإنساني، ولا يمكن إنكاره في أي دولة متحضرة.

اما أهم ملامح سمات استقلال القضاء في القانون الوضعي فهي تتجسد (٥٣) في:

أولاً: الفصل بين السلطات الثلاث؛ حيث يعد استقلال القضاء مظهراً أساسياً لمبدأ الفصل أرساه مونتسكيو في كتابه "روح القوانين". (٥٤)، حيث أكد أن القضاء يجب أن يكون مستقلاً لتجنب الطغيان.

ثانياً: حصانة القاضي؛ حيث يتمتع القاضي بضمانات قانونية كالحصانة القضائية، التي تمنع التدخل في قراراته أو مساءلته عن أحكامه خارج الأطر القانونية.

ثالثاً: عدم قابلية القضاة للعزل؛ فإن القانون الوضعي في العديد من الدول ينص على أن القضاة لا يمكن عزلهم إلا وفق إجراءات قانونية محددة.

وفي النتيجة فإن استقلال القضاء في القانون الوضعي هو ضمانه أساسية لتحقيق العدالة وسيادة القانون. يتجلى ذلك من خلال النصوص الدستورية والمواثيق الدولية، إضافة إلى التقاليد القضائية التي تحرص على فصل القضاء عن أي تأثير خارجي.

المبحث الثالث: ما ينافي شرعية القضاء في الفقه العاصي

إنَّ المنتبج لفقه العامة فيما تعرضوا له لأمر القضاء وملازماته ليجد أن هناك عدة مشكلات تعرض له القضاء في شرعيته وعدالته فالفقه العامي يعاني من عدة إشكالات على مستوى النظرية والتطبيق جعلته عاجزاً عن إدارة الأمور الحياتية وتطبيق العدالة في كافة المستويات، أما أهم الإشكاليات التي واجها هذا الفقه والتي تعتبر هذه المشكلات من المنافاة للقضاء وأحكامه فسنعرض لها في مطالب هي:

المطلب الأول: مشكلة انسداد وغلق باب الاجتهاد

لا يخفى على المطلع على أساسيات الفقه العامي أن من جملة الأحكام التي تحكم منهج الفقه عند العامة هو غلق باب الاجتهاد عندهم منذ فترة زمنية امتدت على طول التاريخ الإسلامي، ولا يسع المقام للبحث في جذور هذه المسألة التاريخية المنهجية، فإن ذلك يحتاج إلى بحث خاص بها لمعالجة الأمر وبيان الحق من الباطل. فإن الملاحظ على فقه العامة أنهم جعلوه محدوداً وعاجزاً عن مجاراة عصري الزمان والمكان الحاكمين في كثير من القضايا الفقهية المتحركة، وعجزوا عن مواكبة وملائمة التطور والحدثة في المجتمعات الإسلامية أو غيرها، مما أدى هذا الأمر إلى وضعهم في زاوية حرجة في مقام الاستنباط أو الحكم على كثير من القضايا، وسبب هذا اضطرارهم إلى الأخذ بالإستحسانات والظنون الشخصية لكثير من الفقهاء ومن هم بدرجة العلماء بربهم، الأمر الذي ألجأهم وفي الكثير من الأحيان إلى الاقتباس من القوانين الوضعية والتي في مجملها تحتوي على الكثير من التناقضات الناشئة من الظنون والاستحسانات التي جعلوا فيها مرجعهم وحجتهم فيها إلى اجتهاد الأئمة الأربعة الذين جعلوهم ووضعوهم في مقام الحجة على غيرهم وأن كان الغير أعلم منهم وأفضل. ولحل هذه المشكلة والاضطرار الذي أصاب الفقه العامي لا بد له بمن يمثله أن يلتجأ إلى فتح باب الاجتهاد لينهض ويواكب الحدثة والتطور المجتمعي وعلى كافة المستويات، لاسيما مع سقوط الأعدار التي تذر بها الأوائل لغلقه.

المطلب الثاني: أسباب غلق باب الاجتهاد

وتمثل لنا في سببين:

الأول سياسي: منشأ الحديث المروي عن الإمام (عليه السلام): (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم واجتهد فأخطأ فله أجر) (٥٥)، إذ نقل أنهم أغلقوا باب الاجتهاد لسد باب الفساد الذي ينشأ من انفتاح باب الاجتهاد؛ إذ وجدوا أن الكثير من الساسة ومن يرتبط بهم كانوا يخلقون الآراء والأحكام التي تتناسب مع مصالحهم محتجين بالحديث أعلاه، واستناداً إلى هذا الحديث برروا الكثير من الأعمال المحرمة والجرائم التي ارتكبوها بعض الحكام الظلمة وأعوانهم على مر التاريخ الإسلامي (٥٦).

الثاني ديني: ومنشأه كون انسداد باب الاجتهاد يجعل العلماء مجرد ناقلين لفتاوى الذين سبقوهم من العلماء، وليس لهم حق التشريع والإفتاء وإعطاء الآراء في الأمور الحياتية التي تخص المجتمعات، فيتحرر بذلك الحكام من اجتهادات المجتهدين المعاصرين لهم وسلطاتهم الدينية عليهم، وعلى هذا الأساس يبقى الفقه ناقصاً؛ إذ لم تستوعب فتاوى الأئمة الأربعة جميع ما يحتاجه الناس من الأحكام لاسيما في الأمور المتجددة في كل زمان ومكان. فيكون لصاحب السلطة والحكم على الرعية الحرية في اختيار ما يريد من القضايا والأمور الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومن دون نظر ورقابة من عالم أو فقيه، ومن هذا المنطلق يرى الكثير من الباحثين وكُتّاب التاريخ من أهل الرأي على أن غلق باب الاجتهاد كانت وراءه دوافع سياسية ودينية، ولم يكن نهجاً علمياً، وعليه يتجلى الحل في هذه المسألة إلى تحرير وحرية فقه العامة من سلطة الحكام وأهل السياسة والوصول إلى فتح باب الاجتهاد.

المطلب الثالث: أزمة النص وقلة المصادر

أن من أساسيات الفقه العامي هو اعتماده في أحكامه القضائية وغيرها من الضروريات الشرعية على النصوص القرآنية والنبوية فقد تعرض بسبب ذلك لإشكاليات جمة وكثيرة عانى منها هذا الفقه وأكثرها وضوحاً هي أزمة النص بسبب اقتصاره على الكتاب وسنة النبي (ﷺ) فقط؛ مما أدى ذلك إلى وجود فراغاً قانونياً كبيراً، مما اضطر إلى حل هذه الإشكالية المنهجية إلى سدّ هذا الفراغ في المساحة الواسعة من الأمور العقائدية أو الفقهية عبر ما وصل إليه من الصحابة والتابعين الذين هم يعانون من إشكالية عظيمة في المقام الإلهي؛ عدم عصمتهم واختلافهم في الدراية والفهم والمعرفة، مما أدى ذلك إلى وقوعهم في مزيد من الاضطراب والتناقض؛ نظراً لعدم إمكانيةهم لحل هذه الإشكالية التي ضربت صميم أسس منهجهم الذي اعتمدوه. ولحل الإشكاليات المتقدمة لجأوا إلى الاستفادة والاعتماد على الظنون الشخصية للعلماء في مجال تأسيس القوانين وتشريعها

كل ذلك سببه قصر ما وصلهم من طريق الصحابة والتابعين الذين لم يستطيعوا سد الفراغ في تلبية الاحتياجات المتزايدة للمجتمع على مر الأزمان، فأسسوا عدة قواعد للعمل بذلك، عمدتها ثلاثة هي: القياس والاستحسان والمصالح المرسلّة، وبغض النظر عن الإشكالات العلمية التي ترد على هذه القواعد والتي أثبتتها الكتب الأصولية فإنها من الناحية الشرعية والقانونية لا تخلو من إشكالات منهجية واقعة في صميم منهجهم الذي اعتمدوه وأهمها:

الأول: فيها دلالة واضحة أنها حملت في طياتها وصميمها الإقرار بنقص الدين وعدم كمال التشريع فيه حتى نحتاج إلى ظنون الفقهاء لإكمال هذا النقص.

الثاني: أن من خلالها أصبح الفقه الشرعي في خدمة السياسة وأهلها وصار وسيلة لتحكيم الظلم والجور كل ذلك بسبب كونها فتحت الباب واسعاً للحكام والفقهاء التابعين لهم في أن يصدروا الأحكام المناسبة لهم.

الثالث: إن ظنون الفقهاء تتبدل بحسب الموارد والحالات التي تمر عليه أثناء الحكم مما يؤدي بالفقيه أن يفتي ويعطي الحكم الشرعي بحسب ظنه الشخصي، وبالنسبة سوف يتبدل الفقه ويستلزم ذلك الأمر الفوضى في الحكم؛ لذهاب كل فقيه في حكمه وفتواه على ضوء ضنه الشخصي، وعليه في المحصلة النهائية تكون هذه الأمور المنهجية التي اعتمدها سبباً لأن يكون الفقه متزلزلاً وغير ثابتاً ولا مستقراً على أساس وركن صحيح، وهذا ما أشارت إليه الأمور التاريخية المتعلقة بهذا الأمر. ومن هذه الأمور التاريخية التي تكفي على كونها شاهداً على هذا الأمر في المقام هو مرجع الكثير من العامة في فقههم العامي أبو حنيفة الذي لم تتوفر عنده عناصر الحكم الصحيح إلا أنه فتح المجال لأن يحكم بظنه، وهذا الأمر من ثماره العملية ومن شأنه أن يعرض جميع الأحكام الشرعية للتبدل والتغيير بحسب ما يراه ويضنه ويستحسنه المفتي أو الحاكم.

الحل والتصحيح

ولا حل ولا تصحيح في المقام لهذه المفاصل المنهجية إلا من خلال امرين:

الأول: الرجوع إلى النصوص الشرعية في تشريع القوانين والأحكام، وإيقاف وتعطيل العمل بالظنون الاجتهادية.

الثاني: اللجوء إلى الكتاب الكريم والسنة الشريفة الواصل إلينا عن طريق عدل القرآن وهم المعصومون بالعصمة المطلقة وهم محمد وآل محمد (عليهم السلام) كل ذلك لأجل تصحيح القواعد العلمية للاجتهاد ومن دون الاعتماد على الظنون الشخصية أو الرأي، فإن المعصوم يمثل قول الرسول (ﷺ): (إني تارك فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي أهل بيتي ما إن تمسكتم بها لن تضلوا...) (٥٧)، وهو القادر على بيان معاني الكتاب والسنة، فتكون نتائجه علمية شرعية صحيحة.

المبحث الرابع: ما ينافي شرعية القضاء في القانون

إن الذي ينظر إلى تاريخ شرعية القضاء في القوانين الوضعية ليجد زخماً كثيراً جداً من المبادئ التي تتنافى مع شرعية القضاء وعدالته ضمن إطار القانون الوضعي حيث أدت هذه المنافاة إلى إيجاد وبروز الكثير من المشاكل المتعلقة بهذا القضاء ومن القانون الوضعي، وهذا ما سوف نتعرض له في هذا البحث، وقبل كل شيء لابد من الإشارة إلى أهم مبادئ التنافي، والتي ثبتت كأساس للمشكلات التي مر بها القانون الوضعي واستدام وجودها إلى الوقت الحاضر، وسنتطرق إلى هذه المشاكل كل على حدة لكي نتطلع على عمق المنافاة الموجودة في ظل هذا القانون الوضعي، وسنشير إليها في مطالب:

المطلب الأول: العجز الذاتي في القوانين الوضعية

إن من أهم الأمور الصعبة التي واجهت القانون الوضعي هو عجزه عن تحقيق العدالة المجتمعية والبشرية بسبب المشاكل الناشئة من القوانين الوضعية وآثارها الناتجة من المنهجية الموضوع بها تلك القوانين مما تسبب في وجود الظلم والفساد المجتمعي والعالمي في كافة مستويات الحياة البشرية، ولعله من أهم الأسباب التي أدت إلى ذلك هو وقوع القوانين الوضعية تحت رحمة وسيادة الساسة، مما جعلت هذه القوانين فاقدة لغايتها وواقعيتها، ويعتبر هذا الأمر من أهم مساوئ القانون الوضعي الذي اثر في ظهور ونشوء المشاكل المتعلقة بشرعية الحكم والقوانين.

وان من أهم المشاكل التي ثبتت في هذا المجال هي كالاتي:

١- الجمود المتمثل في عدم التغيير والتطوير والتجديد لتلك القوانين.

٢- توحيد القانون وحكمه بضابطة واحدة.

وسنتعرض في المقام إلى هذه المشاكل في فروع كلاً على حده؛ لكي نفهم من محاسنها ومساوئها ووضع الحلول المناسبة لحل إشكالياتها الثابتة على مر الأدوار التي مر بها القانون الوضعي.

الفرع الأول: جمود القانون الوضعي

ومعناه إن القانون الوضعي قد وقف عنده من آمن بحاكميته ومنهجه وأدواته وأساسياته التي أعطت للسلطة التحكم بمقدرات المجتمع كافة. ومعنى ذلك أن أصحاب القانون الوضعي والقائلين به ومؤسسه قد وقفوا عنده من دون تجديد؛ فالذي يقف عند نظرية الزمان والمكان الحاكمة في كثير من الأمور الحياتية المتعلقة بالأحكام الشرعية وعند حاجات لا يجد أن هذا الجمود المتمثل في عدم تغيير القوانين وعدم تطويرها لكي تواكب الحاجات البشرية على مر الأزمنة والعصور؛ حيث يرى من هذه القوانين الوضعية عدم مراعاتها لروح القانون بل نجد صلابته في مجال التنفيذ والتطبيق. منشأ الجمود: إن من العلل التي أدت إلى نشوء هذا الجمود في القوانين الوضعية هو لعل دعوى أن النص قانوني بعد صدوره من الواضع سوف يكون له هذه الآثار الناشئة عن الوضع:

أولاً: قدسية النص القانوني من قبل الواضع نفسه.

ثانياً: استقلاله كيان النص القانوني.

ثالثاً: سيادة النص القانوني باعتباره جهة عليا.

وعليه عند النظر في مدلولات هذه الآثار ليجد أن لهذا الأمر دلالاته على أمور منها:

١- حاكمية اجتهاد الوضع لهذا النص القانوني.

٢- رفض التجديد والتطوير بحسب ضرورات الزمان ومقتضيات الحاجة البشرية.

ونتيجة لذلك وعلى ضوء ما تقدم سوف تكون مساوئ للجمود في إباحة الفساد على وجه معين وممسك قدرت ويد السلطة القضائية من حفظ النظام والحقوق. وأيضاً ستكون هناك ملازمات لهذا الجمود منها:

أولاً: عدم التناسب مع التطورات العلمية والحاجات البشرية.

ثانياً: غلبت وترجيح وهيمنت اجتهاد المشرع الأول على غيره من المجتهدين.

ثالثاً: نقض غرض القانون.

حل الإشكاليات

ولحل جميع الإشكاليات التي تعرض لها هذا الوضع من نشوء المساوئ للجمود وملازماته في المقام وحلاً للأمر يجب أن تكون هناك عدة خطوات يقتضي الحال الوقوف عندها وجعلها أساساً لحلاً لكثير من الأمور التي من شأنها أن تجعل المنافاة للقضاء وشرعيته وهي كالاتي:

١. معرفة نية المشرع وواضع القانون.

٢. بيان مقاصد القانون.

٣. تضيق القانون وفق النية والمقصد.

٤. وجوب مراعاة روح القانون لا الجمود على المشكلة.

الفرع الثاني: مشكلة توحيد القانون

إن من أهم الأمور التي ينص عليها القانون الوضعي هو إقراره والتزامه بالأديان السماوية والمذاهب وحقوق الأقليات التي تكون المجتمع البشري وتعيش داخل البلد أو الإقليم الواحد، والحال بمراجعة بسيطة لواقع هذا القانون الوضعي نجد أن هذه الأقليات قد يبخل حقها وحقوقها خصوصاً حق أن تكون لها حاكمية على نفسها بما تعتقد به من قوانين تناسب دينها ومذهبها. وأبسط مثال على ذلك هو ما يقع في البلاد الإسلامية إذ قد تلتزم الدولة الحاكمة بقانون واحد استناداً إلى دين واحد أو أحكام أحد المذاهب، بينما نجد أن أكثرية الشعب أو قول الأقلية منه يرون أن هذا القانون مخالف لما يعتقدون من أحكام، فيرونه غير صحيح، وهكذا تجد ربما يعيش المسيحي أو الصابئ أو اليهودي في البلد المسلم وتحكمه قوانين وضعية وتطبق عليه مفردات ذلك القانون وهو لا يعتقد بها، وهذه المسألة تعتبر من أهم الإشكاليات المطروحة والمشكلات الأساسية والتناقضات التي تخص القانون الوضعي على مر الأزمنة والتي تفقد القانون عدالته وشرعيته التي يحكم بها المجتمع البشري. وعلى أساس ما تقدم نرى بكل وضوح لا يعتريه الشك والشبهة بل هو عين الحقيقة أن من أهم الإشكاليات التي واجهها ويواجهها هذا القانون الوضعي هو إذا وجد هذا القانون في البلد الواحد الذي فيه أديان ومذاهب وأقليات نراه يحكمهم هذا القانون بضابطة واحدة على الرغم من اختلافهم وتنوعهم الديني أو المذهبي أو العرقي وعلى اختلاف عاداتهم وتقاليدهم، وهذا يعتبر من أهم الإشكاليات والركائز التي تجعل القانون الوضعي يفقد أساسيات ركائزه التي يصبو لتحقيقها ألا وهي تحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية بل يفقد شرعيته ومشروعيته الحاكم بها. ومن الأمثلة لهذا الأمر هو

ما نراه واضحا وجليا في المجتمعات الأوروبية، حيث يعيش فيها المسلم والمسيحي واليهودي وغيرهم من الأديان والمذاهب الأخرى. فكل واحد منهم عنده مذهب أو عقيدة معينة سواء في الأحكام والقوانين التي تخص فقهاء في الأحوال الشخصية أو غيرها من الأحكام الخاص به، مثل النكاح والطلاق والمواريث، فقد ترى انسجام الحكم الصادر على ضوء القانون الوضعي التي تخص البلد مع فئة معينة دون الأخرى، وتراه يخالف في أحكامه فئة أخرى أو مذهب آخر. وربما نجد أن القوانين الوضعية الحاكمة في تلك البلاد مخالفة لما يعتقد ويراه الذين اختلفوا في مسألة ما؟ وفي أمر ما؟ فيكون الحكم مخالفا لما يرونه. ولازم ذلك هو فقدان الشرعية والعدالة المجتمعية للقوانين الوضعية الصادرة من القضاء الثابت والمتجسد بالحكومات المنتخبة بالديمقراطية حيث يخالف مبادئها الديمقراطية كحكم الشعب بالشعب وهذا ليس من أفرادها.

حل المشكلة:

وعلى أساس ما تقدم من مشكلات تعرض لها وواجهها هذا القانون الوضعي في توحيد يتعين حلا لهذه المشكلة أن تكون هناك حلول وخطوات لتصحيح مسار القانون الوضعي في هذا المقام. ولحل هذه الإشكالية المنهجية والمشكلة التي تقف عثرة في طريق تحقيق العدالة والشرعية يتعين أن تكون هناك جملة من الأمور يجب اتخاذها لحل هذا المشكلة والإشكالية، حيث تتمثل هذه الحلول في:

أولا: البحث في الأمور المشتركة التي لا تختلف عليها الأقليات في الدين والقومية ووضع قانون واحد لها، مثل قانون العمل والتحصيل والتجارة ونحوها.

ثانيا: جعل قاعدة (الزموهم بما الزموا به أنفسهم) أساسا لإعطاء كل فئة وجماعة محكمة خاصة تحكمهم بما يعتقدون ويؤمنون به في شؤونهم الشخصية.

ثالثا: أن تكون سياسة البلد موضوعة بما تخدم مصالح جميع طبقات المجتمع خصوصا فيما يتعلق بالتجارة والاقتصاد والأمن وغيرها. وهذه النقطة الثالثة بالذات كانت حاكمة في البلاد الإسلامية إلى جاءت القوانين الوضعية وغيرت بوصلة الأحكام والقوانين إلى ما يخدم مصلحة ومصالح السياسيين. فلو أعطيت للمجتمعات البشرية حق حرية في اختيار القوانين التي تحكمها لسادة العدالة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية بل لأصبحت الشرعية ملازمة لتلك الحكومات على أن يبقى القانون العام الذي يحكم البلاد هو على ضوء ما تمليه المشتركات بين الأديان والمذاهب والأقليات وغيرها.

المطلب الثاني: الصلافة والجمود المعنوي للمحاكم

إن من أهم المسائل التي وقعت فيها الاختلافات القضائية هو الاعتماد في القانون الوضعي على الأحكام والقوانين المبنية على السوابق القضائية، وهذا يعتبر من أجلى مصادق جمود الأحكام والقوانين ومظاهر القصور فيه. وبيان وتوضيح ذلك: أنه لو صدر عن الحكومة حكما في القضايا المطروحة عليها واعتمادا على أدلة معينة؛ فهل يبقى حكم هذه المحكمة جاري المفعول ونافذا حتى لو علم بخطئها؟ وهل يلتزم بحكمها في القضايا المطروحة أمامها وفيه وجه للمشابهة؟ أم يتعدى الأمر ذلك؛ بأن يكون لكل قضية تحري خاص بها للبحث عن الحق، ويكون الحكم الصادر الجديد اعتمادا على ما يتم التوصل إليه عبر الاجتهاد الآتي والجديد في المقام، وإن علم المخالفة في هذه القضية الجديدة عن الأحكام الصادرة السابقة عليها. إن هذه المسألة التي وقع الاختلاف فيها تعتبر من المسائل الصعبة التي لا زالت محل للخلافات والاختلافات حتى على مستوى القوانين الوضعية العالمية (٥٨). ويجدر الإشارة إلى أن هذا الأمر منشأ هو جمود المحاكم الذي يعتبر من أوضح مصادق المنافاة في القضاء الشرعي. ولقد وقع الاختلاف في هذه القضية والمسألة وانقسمت الأقوال فيها إلى قولين:

القول الأول: وهو الذي اعتمد في قوله على المصالحة المتضمنة لتعزيز هيبه القضاء والمحافظة على ثباته واستقراره على مستوى الأحكام، والذي من شأنه - هذا الأمر - أن يوجب ويحافظ على استقرار واطمئنان المجتمع بأفراده للحفاظ على حقوقهم الشخصية. أضف إلى ذلك من المصالح ما هو يؤدي بالنتيجة إلى ثقة المجتمع والناس بالمحكمة والقضاء، وثقتهم بما يصدر منهما، مما أدت هذه المصالح بذهاب الأكثر إلى لزوم بقاء الأحكام السابقة، وهذا هو عين جمود المحاكم.

القول ثاني: يتمثل فيمن اتخذ أساسا في لزوم التغيير بالاعتماد على إيصال الحقوق الواقعية لأهلها، واتخاذ الاعتماد على العدالة ومصلحتها في تحقيقه هذا الأمر أفضل من العلل السابقة المذكور في القول بلزوم بقاء الأحكام السابقة؛ لكون البقاء على الحكم من أوضح مصادق الحكم الخاطئ مما يسبب فقدان القضاء أهليته وشرعيته وتذهب غايته التي أسس من أجلها ألا وهي تحقيق مصلحه العدالة التي هي فوق كل شيء واعتبار آخر.

توضيح:

إنَّ الحالات التي تنشأ من رأي القاضي في القانون الوضعي اتجاه الحكم السابق تكونوا على حالات ثلاثة استلزماتها واقعية حال رأي القاضي والقضاة، وهي كما يلي:

الحالة الأولى: أن يكون مورد حكمه محلاً للشك بخطئه اجتهداً؛ فيكون أمامه إما إجراء أصالة الصحة، فيحزر الموضوع أو أن يتمسك بالاستصحاب الحكمي فيستصحب بقاء الحجية، وهذا ما يجري في الأحكام السابقة؛ أما الأحكام اللاحقة فهو يكون مخيراً فيها بين إنفاذ الرأي الأول أو الثاني؛ لانعدام المانع في المقام ولوجود المقتضي، ومثال على الأصليين الأوليين كما لو اجتهد ثانية وترجح عنده في المقام رأي يخالف رأيه الأول من دون أن يعلم علماً وجدانياً ولا تعديداً بخطئه.

الحالة الثانية: أن يكون هناك علماً وجدانياً بخطأ في الحكم كما لو استند في حكمه على أدله تبين أنه خطأ بالاعتماد على علمه الأول؛ فعلم بخطئه وجدانياً كما لو حكم على أن الدار أو البستان لزيد من الناس دون عمرو ثم علم بالحقيقة أنها للشخص الثاني عمرو، وهنا يتوجب عليه _ ولا إشكال فيه _ وجوب العمل بمقتضى علمه الوجداني، ولو كان هناك معوقات أو تعذر استرداد هذه الدار أو البستان قام بجبر وتعويض ما أخطأ فيه من بيت المال أو المؤسسات المالية للدولة التي لها حق تعويض خطأ القضاة في المقام، ولما ورد في الشرع الإسلامي من أن خطأ القضاة يجبر من بيت مال المسلمين، والعلة في ذلك أن حجية العلم لا تقبل التخصيص بأي نحو وإي حال من الأحوال. ولقد دل على جبر خطأ القضاة ما ورد في صحيحة أبي مريم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: (قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) أن ما أخطأت به القضاة في دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين) (٥٩)، ومنها رواية الأصمغ بن نباته، قال: (قضى أمير المؤمنين (عليه السلام): (أنَّ ما أخطأت القضاة في دم، أو قطع، فهو على بيت مال المسلمين) (٦٠). واستدل بان هذين الحديثين يشملان كل ما أخطأت فيه القضاة ولا بد أن نفترض أنه من دون تقصير في الاجتهاد ومعرفة الحكم، والظاهر أن الإطلاق يشمل محل الكلام، كما أنه يشمل الخطأ في الموارد الأخرى إذا لم يرجع إلى التقصير في الحكم وفي مقدماته فلا ضمان على الحاكم، كما طبقوا هذه الكبرى المستفادة من الحديثين على الموارد الأخرى فمن الثابت عدم إقامة الحد على الزانية حتى تضع؛ فلو فرضنا أن حاكماً لا يعلم أنها حاملاً فبعث إليها فأجهضت خوفاً، ففي هذا المورد حكمت الرواية بأنه لا يكون ضامناً للجنين بمعنى أن ديته من بيت مال المسلمين لأن خطأ الحكام في بيت المال.

الحالة الثالثة: أن يتوصل إلى حكم جديد من خلال اجتهداه ثانية وثبوت خطأه اجتهداً في الحكم الأول، وبعبارة أخرى أن يعلم بخطئه اعتماداً على اجتهداه الثاني، ومثال ذلك كما لو كان يعتمد في كون البنوة الرضاعية تعتمد على عشرة رضعات، ثم يتعدل رأيه ويذهب إلى أن العشرة الرضاعية غير ناشئة للحرمة، وقد وقع النكاح استناداً إلى الحكم الأول، وعلى هذا الأساس مما لا شك فيه وجوب العمل في القضايا الجديدة بحسب اجتهداه الثاني، وهذا الأمر لا كلام فيه، وإنما الكلام والاختلاف في حكمه السابق، وفيه احتمالان أحدهما؛ جواز الإبطال والثاني وهو الأقوى هو عدم جواز الإبطال وإبقائه على ما هو، للأسباب والوجوه الأربعة التالية وهي:

الوجه الأول: الاستصحاب.

الوجه الثاني: سيرة المشرعة.

الوجه الثالث: السيرة العقلانية.

الوجه الرابع: حكم العقل.

أما الوجه الأول: الاستصحاب فلكون الاجتهاد الثاني لا يفيد الجزم بخطأ الاجتهاد الأول بل الظن، وعلى هذا الأساس يقع الشك في حجية الاجتهاد الأول بعد العلم بثبوتها فيكون الاستصحاب متحققاً في المقام.

وأما الوجه الثاني: سيره المشرعة من الفقهاء والقضاة فإنَّ سيرتهم قائمه في حال إذا تبدل نظرهم أو عدلوا عن فتواهم فإنَّ طريقتهم هي في عدم إبطال الأحكام السابقة وإلغاء الآثار عن الأعمال الناشئة منها، وهذا ما دل عليه من كون أكثر الفقهاء كانوا يتركون الفتاوى السابقة واللاحقة على حالها من دون ترجيح، وإن كان بينهما تباين ولم يصل ردع عن هذه السيرة بل؛ وصل الردع عن تركها حيث نهت النصوص القرآنية عن اتباع غير سبيل المؤمنين وواعدت عليه جهنم وبئس المصير كما في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُضْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ (٦١).

وأما الوجه الثالث: السيرة العقلانية؛ فإنها قائمة على إبقاء الأحكام السابقة عند تبدل الرأي، ولم يعلم بأن الشرع قد ردع عن ذلك، وهي المسائل التي يمضي عليها مع عدم الردع فيها.

وأما الوجه الرابع: حكم العقل؛ لوجود المقتضي لبقاء الحكم وانعدام المانع؛ وذلك لأنه من الأمور البديهية هو أن إبطال الحكم السابع استنادا إلى تغيير الفتوى والاجتهاد يستلزم وقوع الفوضى واختلال النظام، لعل أن الاجتهاد يقع فيه التغيير دائما.

المطلب الثالث: محدودية وعجز المصادر

تعتبر المرجعيات والمصادر المعتمدة في كل القضايا المطروحة في الأمور والمسائل الحياتية والاجتماعية والسياسية والثقافية هي الأساس الذي يبنى عليه كثير من النتائج التي يراد الوصول إليها من خلال تلك المصادر، فعليه لا بد من أن تكون تلك المرجعيات والمصادر في كل الأمور لها من المتانة والوثاقة والرصانة ما يمكن الاعتماد عليها للوصول إلى الثمرة التي وضعت من أجلها، ولذا نجد أن الأحكام الصادرة من المحاكم في القانون الوضعي تأخذ أساسياتها في الحكم من خلال عدة مصادر؛ فالأساس الذي يعتمد عليه فقهاء القانون في إصدار الأحكام هي تلك المصادر، فإذا كانت المصادر قاصرة وفيها قصور للوصول للنتائج المطلوبة فإنه يعتبر هناك خلل كبيرا جدا في الاعتماد على تلك المصادر، لما تتضمنه من قصور في الاعتماد عليها، وعلى هذا الأساس لا بد أن نقف عند ذكر هذه المصادر التي يعتمد عليها في المحاكم وبيان مدى إثباتها للمطلوب أو قصورها، وسيكون ذلك في فروع:

الفرع الأول: مصادر قانون الوضعي

إن لكل قانون مصادر خاصة به يلجأ إليها في حال التقنين والتشريع للأحكام التي يحتاجها المجتمع، ولا يخفى في المقام أن للقانون الوضعي مصادره التي يعتمد عليها في أساسياته ووجوده؛ فكان لا بد من أن نقف عندها ومحامتها ومناقشتها، ولكي نرى مدى التزامها وأحقيتها في تشريع القوانين، على أنه تجدر الإشارة إلى أنه من أهم المصادر التي سنناقشها جملة وتفصيلا، والتي تستمد المحاكم في القانون الوضعي أحكامها ونتائجها منها للوصول إلى الغاية التي وضعت من أجلها وهي إرساء العدالة المجتمعية والإنسانية هي كالتالي: الدين؛ ويراد منه التشريع السماوي ولو على نحو الإجمال، وبذلك نجد أن أهل الاختصاص في القانون الوضعي لم يحددوا أي تشريع من الدين يراد الاعتماد عليه كمصدر يستندون عليه في مقام الفهم أو الاجتهاد للأخذ منه، وهذه الإشكالية توقع وتسبب الاضطراب للقاضي، مما يتسبب أيضا اضطرابه إلى الرجوع إلى اجتهاده الشخصي في الأخذ منها، وبرجعه إليها يأخذ ما يراه مناسباً من الأحكام الصادرة منه، وهذا يدل دلالة قطعية باستناده في إصدار الأحكام على رأيه الشخصي ولم يأخذ الدين كمصدر أساسي له في مقام الحكم واستنباط القانون وتقنينه العرف؛ وهو ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم (٦٢)، واستقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول (العادة)، واستمر الناس عليه عند حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى، ومنه قول الفقهاء: (العادة محكمه والعرف قاض) وعلى هذا الأساس أرادوا بالعرف اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم وترتيب ناحية من نواحي حياتهم سواء الثقافية أو سياسية أو اجتماعية بحيث ينشأ منه قاعده يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها (٦٣). وعلى ضوء هذا التعريف فإن العرف يكون له ركنان أساسيان لإثباته ومتقوم بهما في وجوده وهما: الركن المادي: وهو ما أعتاد الناس في تنظيم العلاقة فيما بينهم اعتمادا على سلوك معين يكون منشأ للاعتياد عليه. الركن المعنوي: وهو اعتقاد الناس بأن هذه العادة ملزمة لهم في حياتهم. وعلى أساس تحقق هذان الركنان في العرف يكون اعتباره قانونيا يترتب على مخالفته جزاء ماديا تفرضه السلطة العامة (٦٤). ومثاله: في القضايا القضائية هو ما يسمى بقضايا الشرف وهي الجنايات المخلة بالشرف، فإن القضاء عند ذلك يأخذ بما هو متعارف وسائد في العرف العام للمجتمع ولا يعاقب عليه بالحد الأقصى للعقوبة في غيره من القتل بل؛ يأخذ بالتخفيف ولا يطالب بالشهود في إثبات دعواه. ويترتب على هذا الأمر عدة إشكالات منها:

أولاً: انه قد تكون المجني عليها متهمه بدعوى كيدية أو بتوهم ارتكاب خطيئة أو كانت مكرهة، وكلها أسباب ودواعي تجعل من الأمر فيه ما فيه من الإشكالات للاعتماد عليه.

ثانياً: إعطاء صلاحية التشريع في الحقوق العامة إلى العرف، مع أن العرف قد يستند في ثبوته إلى أمور ومبادئ خاطئة أو غير صحيحة أو منحرفة، وعلى هذا الأساس يكون بناء العدالة المجتمعية في هذا الأمر مبني على الخطأ من تناقض وتناقضات مما يهدد أساسيات العدالة.

ثالثاً: أن جعل استناد العدالة والأحكام القضائية في وجودهما على العرف يجعلهما في حالة عدم الاستقرار والتزلزل، فبحسب نظرية المكان والزمان فإن العرف من الأمور التي جرت العادة بتبدله من زمان إلى زمان ومن مكان إلى آخر. آراء الفقهاء: ومن جملة المصادر التي يرجع إليها القانون الوضعي هو آراء الفقهاء، ويرد عليه انه في نفسه غامض؛ لكون الفقهاء صنفان أحدهما فقهاء القانون الوضعي، وثانيهما فقهاء القانون الشرعي أو ما يسمى فقهاء الشريعة، فإذا أريد من آراء الفقهاء؛ فقهاء القانون الوضعي فهو متناقض، لكونه يستلزم تقديم اجتهاد فقيه على آخر من غير وجه معتبر، هذا إذا أغضينا النظر من كون الثاني اعلم من الفقيه الأول، حيث دلت اتفاقات أهل الخبرة في كل علم انه لا يرون حجية ونفوذ قول خبير على الخبير المماثل له. وأما اذا كان مرادهم من آراء الفقهاء؛ فقهاء الشريعة فإن هذا الأمر غير تام ولا يتعين معناه في المقام، لكون فقهاء

الشرعية يأخذون أحكامهم ويستنبطونها من الأدلة الأربعة، فكان الأولى أن يجعلوا المصدر في المقام هي تلك الأدلة الأربعة لا رأي الفقيه، أما إذا كان الاعتماد في مقام الاستنباط لأرائهم على الظنون الشخصية كالقياس والاستحسان، فلا دليله دال على اعتبار مثل هذه الآراء، ولا دلالة على العمل بذلك؛ بل نجد أن الكتاب الكريم والسنة الشريفة قد نصت على عدم الظن وعدم جواز العمل به في مقام استنباط الأحكام الشرعية.

٤. السوابق القضائية: التزام المحكمة بقراراتها السابقة والصادرة منها وتجعلها في كونها مبدأ مقدساً لا يمكنها الخروج عنها في القضايا المماثلة لها، ويرد عليه عده إشكالات:

أولاً: إن هذا الأمر يتنافى مع مبادئ العدالة التي قدمت وجعلت للقاضي سلطة اتخاذ الرأي بحسب ظنه، حيث يجعلون السابقة القضائية نصاً لا يمكن خرقه بتوافق المبدئين.

ثانياً: إن التزام المحكمة بقراراتها السابقة يتضمن التناقض لأنه يجعل للقاضي السابق سلطه معنوية حاکمة على من بعده من القضاة وإن كانوا أعلم وأقدر منه على الوصول ومعرفة الصواب والحقيقة.

ثالثاً: تمضيه خطأ آراء المحاكم السابقة وإن علموا بخطئها حيث يصوب آراء المحاكم السابقة واعتبارها نافذة على الآخرين.

رابعاً: الحكم بحكمين مختلفين في قضيتين متشابهتين حيث يفسحون ويقع المجال لإعطاء هذين الحكمين بثبوتهما، وهذا أيضاً يعود إلى إشكالية التناقض.

٥. وأما مبادئ العدالة فرجعوا إليها في الموارد التي لا يوجد فيها نص صريح ولا عرف؛ إذ أجازوا للقاضي أن يأخذ بما يحكم به عقله من العدل والإنصاف (٦٥)، وعلى ضوء ما تقدم نجد أن القضاء الوضعي في بعض البلاد والدول قد خفف الأحكام على المتعاطي للمخدرات، وشدد على المتاجر بها لعله أن مبادئ العدالة تقتضي الرحمة للمتعاطي لكونه معتاداً والاعتقاد يسلب الاختيار. ويثبت في المقام إشكالين أحدهما عام والآخر خاص: أما الإشكال العام فإن هذا الأمر فيه مخالفة صريحة لنصوص الشريعة التي لا تجيز، والتي نهت عن العمل بالظن وأوجبت على القضاء والقضاة العمل بان يحكموا بالبينات والأيمان. وأما الإشكال الخاص ففيه إقرار من خلال هذا الأمر بنقصان القانون الوضعي في شموليته واستيعابه لقضايا المجتمع، ولذلك أعطى وترك المجال للقاضي أن يحكم وفق ما يراه موافقاً للعدالة.

٦. ما يصدر من السلطة التشريعية من تشريعات

وهذه التشريعات يكون فيها من الإشكاليات الثابتة بالدليل، حيث إن أرادوا بالتشريع القوانين التي تضعها وتسنها السلطة التشريعية أو المجلس النيابي فإنهما لا يسلمان من الإشكالية؛ لكون اعتمادهما في تشريعاتهم على آراء واجتهادات الموجودين في سلم السلطة التشريعية أو المجلس النيابي، وهم مختلفون في آرائهم وتوجهاتهم واجتهاداتهم؛ فلا يثبت ولا يصلح أن يكونوا مرجعاً للقضاء والمحاكم المختصة به، ولا معنى أن يكون هناك تعبد بتشريع قننه وسننه عدد من الأشخاص ويفرضونه على كافة الناس، والذين ربما يكونوا أعلم منهم ومن آرائهم واجتهاداتهم. وهنا لابد من إثبات نقطة في المقام ألا وهي: أن حق التشريع والتقنين لا يعطى إلا للمجتهدين وخبراء القانون وأهل الرأي، وأما الإشكالية الثانية على مجالس النواب: فلكون حق التشريع لهم فيه تناقض لما تقدم من اختلاف الاجتهادات، فهو لا يتناسب مع تكليفهم بالتقنين، نعم قد يقال في المقام أن وظيفتهم المهمة والأساسية هي حصر عملهم بالإشراف على فعل الحكومة وعمل الخطط التطبيقية للسياسة العامة لا التقنين لأنه ثابت لأهله من المجتهدين وخبراء القانون وأهل النظر والرأي. وهنا لابد من إعطاء ملاحظته مهمة في المقام ويجدر الإشارة إليها في كون هذه المصادر قد تكون بعضها مجتمعة في حين إصدار الحكم والنتيجة من قبل القاضي، وقد يكون بعضها متفرقة لكي يستند إليها القاضي في البت في القضايا المطروحة أمامه، وقد تكون بعضها - أي المصادر - إلزامية على نحو لا يمكن تركها في مقام صدور الأحكام والاعتماد عليها في الوصول إلى النتيجة مثل: العرف، وقد يكون البعض الآخر اختياري، ويكون القاضي فيها مخير في الاستفادة منها أو تركها.

الفرع الثاني: إشكالية مجموعة المصادر

إن هذه المصادر المتقدمة الذكر بعد أن ناقشناها، وما فيها من القصور والإشكاليات المتعددة كل على انفراد، يبقى في المقام الإشارة إلى إشكالين على مجموعها منظمة ومجموعة مع بعضها ككل وهما:

الإشكال الأول: وهو ما يتعلق بمنهجية المصادر لأنه؛ هناك خلط واضح وصريح فيما يمكن أن يثبت الموضوع وما يمكن أن يثبت الحكم، فالدين كمصدر يحدد الحكم لا الموضوع، بينما نجد أن العرف من شأنه أن يشخص الموضوع الخاص بالقضية لا حكمه، وعليه لا يمكن أن يصح وضعهما وجعلهما تحت مقسم واحد فالحكم غير الموضوع.

الإشكال الثاني: عقلي وهو ما يتعلق بما يحكم به العقل، وبعبارة أخرى يتعلق بالمنهج العقلي، حيث تم جعل ظنون القاضي وأراء الفقهاء وحاكمية العرف ونحوها في مقابل الدين فهو؛ غير متناسب لكون لازم ذلك؛ الاعتراف الضمني بعدم كمال التشريع ونقصان الدين، والحال الكتاب الكريم والسنة الشريفة دالة على كمال الدين وتام شرعية نصوصه. وفي المقام لا بد من الإشارة إلى نقطة مهمة جداً ألا وهي: أن اختلاف اجتهادات الفقهاء قد يرد عليه اضطراب الأحكام واختلافها؛ فيثبت أيضاً عليه من الإشكالية ما هو مستحكم فنقول: لا يخفى على أهل العلم والاختصاص أنه يوجد هناك أحكاماً في الشرع المقدس ضرورية ثابتة ومتميزة بالثبات وعدم التغيير يتضمنها الدين، وهي كثيرة جداً ومثالها: حرمة الربا والسرقه وحرم شرب الخمر، ووجوب الصلاة ونحوها من الأمور الثابتة والتي لا تتغير. وهناك أيضاً أحكاماً غير ضرورية قد تضمنها الدين الإسلامي الحنيف وهي تخضع لاجتهادات المجتهدين وأهل النظر من الفقهاء العدول هل العلم والخبرة، وهذه الأمور بالقياس إلى الأمور الضرورية قليلة جداً، وعلى هذا الأساس من القلة في وجودها نجد أنها: لا تشكل إشكالية في المقام من كونها تؤدي بالنتيجة إلى الاضطراب في الأحكام، فهي لا تؤدي إلى الإخلال بنظام الحقوق، أما القضايا المرتبطة بالقضاء في الشريعة فهي تعد من الثوابت التي لا تتغير ولا تتبدل نظراً؛ لثبات قواعدها التي أسست عليها وعلى ضوء الكتاب والسنة الشريفة.

الذاتية وفيها:

أولاً: الاستنتاجات

إن الذي يقف مع الإشكالات المتقدمة الذكر ليجد بكل وضوح؛ أن المصادر القضائية للقانون الوضعي فيها منافاة وقاصرة، وفيها قصور بلحاظ ما ورد عليها من الإشكالات المتقدمة الذكر، ولكون بعضها متناقض، وهي غير سديدة في منهجها، حيث جمعت بين مصدر الحكم ومصدر الموضوع، وبعضها تراه يخالف نصوص الشريعة التي التزم القانون الوضعي بأن أحد مصادره الدين. وعلى أساس ما تقدم نرى ونثبت حقيقة لا شك فيها ولا شبهة ألا وهي: أن تحقيق العدالة المجتمعية وإرسائها لكافة أفراد المجتمعات لا تحقق إلا بالرجوع إلى الفقه والشريعة الإسلامية، ومن يمثلها من الفقهاء الذين يحصرون المصادر التي يعتمد عليها القضاء في تشريع قوانينه وأحكامه في الأدلة الأربعة ولواحقها، وأما غيرها فيعد من الأحكام الراجعة إلى غير حكم الله سبحانه وتعالى وفيها من الملازمات الغير صالحة لعدالة المجتمعات والبشرية.

ثانياً: المقترحات

ولأجل أن يكون بحثنا هذا تام ومفيد وعلمي وفيه نفعاً انشاء الله لأصحاب الاختصاص، فإننا نرى أن الضرورة العلمية اقتضت أنه لا بد لأجل الوصول إلى الهدف الذي وضعناه في هذا البحث في الوصول باستقلال السلطة القضائية إلى المكانة المرموقة لها والواجب الوصول إليها، والوضع الأمثل ونتيجة للمحصلة البحثية النهائية؛ حيث نرى في واقعنا المعاصر موانع ومعوقات تعيق تطبيق العدالة واستقلالية السلطة القضائية؛ صعبت من خلال قوانينها ودساتيرها في شكل كبير استقلال القضاء ومباشرته المطلقة لأعماله فلا بد من مراعاة الاقتراحات التالية: ضرورة معالجة مساوئ جمود القوانين الوضعية والتي من ملازماتها عدم التناسب مع التطورات العلمية والحاجات البشرية، وغلبت وترجيح وهيمنت اجتهاد المشرع الأول على غيره من المجتهدين، ونقض غرض القانون، وذلك من خلال حل هذه الإشكالية بخطوات نجعلها أساساً لحل الكثير من الأمور التي من شأنها أن تجعل المنافاة للقضاء وشرعيته ثابتة، وهذه الخطوات تتمثل في معرفة نية المشرع وواضع القانون، وبيان مقاصده، وتضييق القانون وفق النية والمقصد، ووجوب مراعاة روح القانون لا الجمود على المشكلة المعروضة عليه. ووجوب توحيد القانون لأن واقع القانون الوضعي قد نجده يبخس الأقليات حقها وحقوقها خصوصاً ما يقع في البلاد الإسلامية؛ فيجب البحث في الأمور المشتركة التي لا تختلف عليها الأقليات في الدين والقومية ووضع قانون واحد لها، وجعل قاعدة (الزموم بما الزموا به أنفسهم) أساساً لإعطاء كل فئة وجماعة محكمة خاصة تحكمهم بما يعتقدونهم ويؤمنون به في شؤونهم الشخصية، وأن تكون سياسة البلد موضوعة بما تخدم مصالح جميع طبقات المجتمع خصوصاً فيما يتعلق بالتجارة والاقتصاد والأمن وغيرها. نقترح معالجة جمود المحاكم الذي يسبب الاختلافات القضائية نتيجة الاعتماد في القانون الوضعي على الأحكام والقوانين المبنية على السوابق القضائية، حيث الاعتماد على المصادر القديمة الفاصرة لتلبية حاجة المجتمع، لما تتضمنه من قصور في الاعتماد عليها، وحل لهذه المشكلة نقترح في أن تحقيق العدالة المجتمعية وإرسائها لكافة أفراد المجتمعات لا يحقق إلا بالرجوع إلى الفقه والشريعة الإسلامية ومن يمثلها من الفقهاء الذين يحصرون المصادر التي يعتمد عليها القضاء في تشريع قوانينه وأحكامه في الأدلة الأربعة ولواحقها، وأما غيرها فيعد من الأحكام الراجعة إلى غير حكم الله سبحانه وتعالى وفيها من الملازمات الغير صالحة لعدالة المجتمعات والبشرية. نقترح في أن استقلال القضاء لا يُختزل في نصوص مكتوبة، بل هو قيمة فوق تشريعية تستمد قوتها من المبادئ الدستورية والمعايير الدولية، لذلك لا بد من تبني النظم الحديثة التفسير الغائي والوظيفي للنصوص، وأن معالجة المنافاة لا تكون بتشديد القيود، بل بمرونة التفسير بما يخدم جوهر العدالة، فالنص وفق هذا

الاتجاه، يجب أن يُفهم في ضوء وظيفته، لا بمعزل عنها؛ لأنه كلما ازداد النص جمودًا، اتسعت دائرة المنافاة الخفية بين القانون والعدالة، وكلما ضاق أفق التفسير، تراجع استقلال القضاء من قيمة عملية إلى شعار نظري وعليه لا يتحقق استقلال القضاء الحقيقي بكثرة النصوص، بل بقدرتها على التكيف مع الواقع، وبتمكين القاضي من أداء دوره بوصفه حارسًا للعدالة لا مجرد منفذ للقانون.

المصادر والمراجع: **القرآن الكريم**

١. ابن منظور، لسان العرب، ط ١، بيروت، دار المعارف، من دون سنة نشر.
٢. بن زكريا، أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، قم المقدسة، نشر مكتب الاعلام الاسلامي، ١٤٠٤.
٣. الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ط ٤، تحقيق. داودي، دار القلم - الدار الشامية، ١٤٣٠ - ٢٠٠٩.
٤. محمد بن يعقوب الكليني، فروع الكافي، ط ٣، طهران، دار الكتب الإسلامية ١٣٨٨.
٥. الطبرسي، أبو علي الفضل بن الحسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، ط ١، تحقيق، لجنة من العلماء الاختصاصيين، بيروت، مؤسسة الأعلمي، ١٤١٥ق.
٦. حسين الحسيني الهمداني، المحاكمة في القضاء، publisher not identified، 2019 م.
٧. الشهيد الثاني، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ط ١، قم المقدسة، مؤسسة المعارف الإسلامية ١٤١٩هـ.
٨. الشهيد الأول، الدروس الشرعية، ط ٢، قم المقدسة، نشر وتحقيق مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، ١٤١٧هـ.
٩. محمد بن قاسم الأنصاري المعروف بالرصاص، شرح حدود ابن عرفة الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، بيروت، المكتبة العلمية، من دون سنة طبع.
١٠. الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، بيروت، دار التراث، من دون سنة طبع.
١١. د. محمد علي هاشم طاهر الاسدي. السلطة القضائية تنظيمها استقلاليتها في الشريعة الإسلامية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الفقه، الكوفة، جامعة الكوفة، ٢٠٠٨م.
١٢. السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي، مرجع الطائفة، مباني تكملة المنهاج، النجف الاشرف مطبعة الآداب النجف، من دون سنة طبع.
١٣. عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري، شرح أدب القاضي، تحقيق أبي الوفاء الافغاني، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ.
١٤. محمد بن محمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط ١، تحقيق علي محمد عوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٧هـ.
١٥. محمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار مع رد المحتار، ط ١، تحقيق عبد المجيد طعمة حلبى، بيروت، دار المعرفة، ١٤٢٠هـ.
١٦. عبد الله بن سلمان العجلان، القضاء بالقرائن المعاصرة، السعودية، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٧ هـ.
١٧. عبد الرحمن بن ابراهيم الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط ١، مكة، جامعة أم القرى، ١٤٠٩ هـ.
١٨. عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، دار الكتاب الاسلامي، ١٣١٣ هـ.
١٩. محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل المطبوع مع التاج والاكيل لمختصر خليل ليوسف المواق، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٦ هـ.
٢٠. محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ.
٢١. ابراهيم بن محمد فرحون اليعمرى المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تعليق جمال مرعشلي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ.
٢٢. رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، بيروت، منشأة المعارف، ٢٠٠٠م.
٢٣. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، بيروت، دار الفكر، ١٣٦٥ق.
٢٤. أبو منصور الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ٢٠٠٩م.

٢٥. ابراهيم بن محمد فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تعليق جمال مرعشلي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ.
٢٦. أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، بغداد، منشورات وتوزيع المكتبة العالمية، دار الحرية للطباعة ١٩٨٩م.
٢٧. المفيد، محمد بن النعمان. (١٩٩٣). أوائل المقالات (سلسلة مؤلفات الشيخ المفيد). ط٦، ٢٠٠٦. بيروت: دار المفيد للطباعة والنشر.
٢٨. الكيلاني، فاروق. (١٩٩٩). استقلال القضاء، بيروت: دار المؤلف للنشر والطباعة والتوزيع.
٢٩. ناصر كاتوزيان، ناصر، (٢٠٠٣) مرتكزات الاجتهاد المعاصر ومبانيه بيروت: مجلة الحياة ط١، العدد ٢٠.
٣٠. فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٧م.
٣١. الدستور المصري ٢٠١٤.
٣٢. الدستور الفرنسي ١٩٥٨.
٣٣. مونتسكيو. ترجمة: د. اياس حسن. (٢٠٢٢). روح القوانين، ط١. بيروت: دار الفرق.
٣٤. السيد ابن طاووس، الطرائف في معرفة مناقب الطوائف، ط١، قم المقدسة، مطبعة الخيام، ١٣٩٩هـ.
٣٥. ابن أبي جمهور الإحسائي، عوالي اللآلئ، ط١ قم المقدسة، مطبعة سيد الشهداء، ١٤٠٣ - ١٩٨٣م.
٣٦. السيد محمد الحسيني الشيرازي، الفقه، كتاب الحكم في الإسلام، ط٢، بيروت، دار العلوم، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨م.
٣٧. الحر العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، قم، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ١٤٠٩ هـ.
٣٨. السيد محمد الحسيني الشيرازي، الفقه القانون، ط٢، بيروت، مركز الرسول الأعظم الله، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م.
٣٩. د. إبراهيم أنيسي، المعجم الوسيط، تركيا، استنبول، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر.

هوامش البحث

- (١) ابن منظور، لسان العرب، مادة نفى، ج ١٥ ط (بيروت: دار المعارف، من دون سنة نشر، ص ٤١٦).
- (٢) الجرجاني. التعريفات. مادة المنافاة.
- (٣) ابن منظور: لسان العرب، ج ١٥، ط (بيروت: دار المعارف، من دون سنة نشر، ص ١٨٦)، (قضي).
- (٤) بن زكريا: أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٥ (قم المقدسة: نشر مكتب الاعلام الاسلامي، ١٤٠٤، ص ٩٩)، (قضي)، والطريحي، فخر الدين بن محمد بن علي بن أحمد الرماحي النجفي، مجمع البحرين، ط٢، ج ٣، تحقيق: السيد أحمد الحسيني (قم: مكتب نشر الثقافة الإسلامية، ١٤٠٨ق، ص ٥١٦) (قضا)، ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط٤، تحقيق: محمد طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، (قم: ١٣٦٤ ش، ص ٧٨)، (قضا).
- (٥) سورة الشورى: الآية ١٤.
- (٦) الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ط ٤، تحقيق. داوودي، (دار القلم - الدار الشامية، ١٤٣٠ - ٢٠٠٩، ص ٦٧٤)، (قضي).
- (٧) سورة يونس: الآية ٩٣.
- (٨) ابن منظور، م س، ج ٣، ص ١٦٢، الجوهري، اسماعيل بن حماد، الصحاح في اللغة والعلوم ج ٢، (دار الحضارة العربية، ١٩٧٤، ص ٣١٦ - ٣١٧)، الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، (بيروت: مكتبة الحياة، بدون التاريخ، ص ٢١٠).
- (٩) الكليني: محمد بن يعقوب، فروع الكافي، ج ٧، ط ٣، (طهران: دار الكتب الإسلامية ١٣٨٨، ص ٤١٢، ح ٤٤)، الحر العاملي: محمد بن الحسن، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج ٧، (قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام) لإحياء التراث، ١٤٠٩ هـ، ص ١٣، ح ٤٥، الباب ١)، من أبواب صفات القاضي.
- (١٠) سورة الاسراء، الآية ٢٣.
- (١١) سورة فصلت، الآية ١٢.
- (١٢) سورة الإسراء، الآية ٤.

- (١٣) سورة الحجر، الآية ٦٦.
- (١٤) سورة البقرة، الآية ٢٠٠.
- (١٥) سورة الجمعة، الآية ١٠.
- (١٦) سورة الانعام، الآية ٢.
- (١٧) سورة الأحزاب: الآية ٣٧.
- (١٨) سورة القصص: الآية ٢٨.
- (١٩) الطبرسي: أبو علي الفضل بن الحسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج١، ط١، تحقيق: لجنة من العلماء الاخصائيين، (بيروت: مؤسسة الأعلمي، ١٤١٥ق، ص ٣٦٢ - ٣٦٣)، الجواهري: الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٤٠، ط٤، (بيروت: دار احياء التراث العربي، ص ٧ - ٨)، الشيخ الأنصاري، القضاء والشهادات، تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، ط١، (قم: باقري، ١٤١٥، ص ٢٥).
- (٢٠) ابن منظور: م س، ج ١٥، ص ١٨٦، (قضي)، ابن الأثير الجزري، م س، ج ٤، ص ٧٨، (قضي).
- (٢١) سورة الاسراء: الآية ٢٣.
- (٢٢) سورة فصلت: الآية ١٢.
- (٢٣) حسين الحسيني الهمداني، المحاكمة في القضاء، (publisher not identified، ٢٠١٩م، ص ٢٢).
- (٢٤) الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، مسالك الافهام في شرح شرائع الاسلام، ج ١٣، (قم: دار الهدى، ص ٣٢٥ - ٣٢٨).
- (٢٥) الشهيد الأول، الدروس الشرعية، ج ٢، ط ٢، (قم المقدسة، نشر وتحقيق مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، ١٤١٧هـ، ص ٦٥).
- (٢٦) ابن عرفة، كتاب حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري المعروف بالرصاص، شرح حدود ابن عرفة الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (بيروت، المكتبة العلمية، من دون سنة طبع، ص ٤٣٣).
- (٢٧) الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج ٣، (بيروت: دار التراث، من دون سنة طبع، ص ٣٠٦).
- (٢٨) د. محمد علي هاشم طاهر الاسدي. السلطة القضائية تنظيمها استقلاليتها في الشريعة الاسلامية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الفقه، (الكوفة: جامعة الكوفة، ٢٠٠٨م، ص ١٩).
- (٢٩) السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي، مرجع الطائفة، مباني تكملة المنهاج، ج ١، (النجف الاشرف مطبعة الآداب النجف، من دون سنة طبع، ص ٣).
- (٣٠) عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري، شرح أدب القاضي، م س، ص ٢، ومحمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار مع رد المحتار، ج ٤، ط ١، تحقيق عبد المجيد طعمة حلبى، (بيروت: دار المعرفة، ١٤٢٠هـ، ص ٣٠٩).
- (٣١) محمد بن محمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٤، ط ١، تحقيق علي محمد عوض، (بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٧ هـ، ص ٣٧٢).
- (٣٢) محمد أمين ابن عابدين الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج ٨، (كتب تراث، من غير سنة طبع، ص ٢٥).
- (٣٣) عبد الله بن سلمان العجلان، القضاء بالقرائن المعاصرة، ج ١، (السعودية: جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، ١٤٢٧ هـ، ص ٥٦).
- (٣٤) عبد الرحمن بن ابراهيم الحميصي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، ط ١، (مكة: جامعة أم القرى، ١٤٠٩ هـ، ص ٣٦).
- (٣٥) عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، (القاهرة: دار الكتاب الاسلامي، ١٣١٣ هـ، ص ١٧٥)، ومحمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل المطبوع مع التاج والاكلیل لمختصر خليل ليوسف المواق، ج ٨، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦ هـ، ص ٦٤)، ومحمد بن محمد المعروف بعلیش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج ٨، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥ هـ، ص ٣٥٥).
- (٣٦) كما في تعريف كتاب السيد الخوئي، مباني منهاج الصالحين، المرجع السابق، ج ١، ص ٣.
- (٣٧) محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٧، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ، ص ٢٣٣).

- (٣٨) إبراهيم بن محمد فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تعليق جمال مرعشلي، ج ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ، ص ٩).
- (٣٩) الخطاب الرعيني، م س، ج ٨، ص ٦٤.
- (٤٠) الخطاب الرعيني، م س، ج ٨، ص ٦٤.
- (٤١) رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، (بيروت: منشأة المعارف، ٢٠٠٠م، ص ٢٥).
- (٤٢) ابن منظور، م س، ج ١٥، ص ٣١.
- (٤٣) سورة ص: الآية ٢٠.
- (٤٤) سورة لقمان: الآية ١٢.
- (٤٥) السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، ج ٥، (بيروت: دار الفكر، ١٣٦٥ق، ص ١٦١)، النسفي عبد الله بن أحمد، تفسير النسفي المسمى: مدارك التنزيل وحقائق التأويل، ج ٣. (بيروت: دار الكتب العربية، سنة ٢٠٠١م، ص ٢٧)، محمد علي الصابوني، مختصر تفسير الطبري، (بيروت: دار احياء التراث العربي، ١٩٩٣م، ص ٤٦٣).
- (٤٦) أبو منصور الأزهري: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ٢٠٠٩م، ص ٤١٩)، ابن مفلح الحنبلي: المبدع في شرح المقنع، ج ١٠، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م، ص ٣).
- (٤٧) ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، اليعمري: برهان الدين، تبصرة الأحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج ١، ط ١، (مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ١٢).
- (٤٨) الماوردي، ابو الحسن علي بن محمد. (١٩٨٨). الأحكام السلطانية ٢٩، ص ٨٦-٨٨. بيروت: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
- (٤٩) المفيد، محمد بن النعمان. (١٩٩٣). أوائل المقالات (سلسلة مؤلفات الشيخ المفيد). ط ٢، ٢٠٠٦. بيروت: دار المفيد للطباعة والنشر.
- (٥٠) الكيالي، عبد الوهاب، واخرون. (١٩٧٤). الموسوعة السياسية. ص ٩٨، بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر.
- (٥١) ناصر كاتوزيان، ناصر، (٢٠٠٣) مرتكزات الاجتهاد المعاصر ومبانيه، ص ١٢٣، مجلة الحياة ط ١، العدد ٢٠، بيروت.
- (٥٢) الكيلاني، فاروق. (١٩٩٩). استقلال القضاء. ص ١٦، بيروت: دار المؤلف للنشر والطباعة والتوزيع.
- (٥٣) الدستور المصري ٢٠١٤، المادة ١٦٨، الدستور الفرنسي ١٩٥٨ المادة ٦٤.
- (٥٤) مونتيكيو. ترجمة: د. اياس حسن. (٢٠٢٢). روح القوانين. ص ١٥٨، ط ١. بيروت: دار الفرقد.
- (٥٥) السيد ابن طاووس، الطرائف في معرفة مناقب الطوائف، ط ١، (قم المقدسة: مطبعة الخيام، ١٣٩٩ هـ، ص ١٩٢)، ابن أبي جمهور الإحسائي، عوالي اللآلئ ج ٤، ط ١ (قم المقدسة: مطبعة سيد الشهداء، ١٤٠٣ - ١٩٨٣م، ص ٦٣، الحاشية).
- (٥٦) السيد محمد الحسيني الشيرازي، الفقه، كتاب الحكم في الإسلام، ج ٩٩، ط ٢، (بيروت: دار العلوم، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٧١).
- (٥٧) الحر العاملي، الحر العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج ٢٧، (قم، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ١٤٠٩ هـ، ص ٣٤).
- (٥٨) السيد محمد الحسيني الشيرازي، الفقه (القانون)، ط ٢، (بيروت: مركز الرسول الأعظم الله، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م، ص ٢٣٢).
- (٥٩) الشيخ الحر العاملي، م س، ج ٢٩، ص ١٤٧، أبواب دعوى القتل وما يثبت، باب ٧، ح ١.
- (٦٠) الشيخ الحر العاملي، م ن، ج ٢٧، ص ٢٢٦، أبواب آداب القاضي، باب ١٠، ح ١.
- (٦١) سورة النساء: الآية ١١٥.
- (٦٢) د. إبراهيم أتيسي، المعجم الوسيط، ج ٢ (تركيا: استنبول، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، ص ٥٩٥).
- (٦٣) السيد محمد حسين الشيرازي، م س (القانون): ص ١٢٩، د، إبراهيم أتيسي، م س، ج ٢، ص ٥٩٥.
- (٦٤) السيد محمد حسين الشيرازي، م س (القانون)، ص ١٤١.
- (٦٥) السيد محمد حسين الشيرازي، م س (القانون): ص ١٨٥.