أهلية الاجتهاد في ولاية القضاء
دراسة فقهية مقارنة

بقلم
د/ إبراهيم رحماني (*)

ملخص

يعالج هذا البحث مسألة اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء ؛ حيث نجد في مدونات الفقه الإسلامي التأكيد على هذا الشرط، في حين نجد آراء أخرى لا تلتزم هذا الشرط حيث تكتفي في المسألة بتحصيل قدر من العلم بأحكام الشريعة، ويذهب آخرون إلى أبعد من ذلك بإجازة تولية الجاهل بأحكام الاجتهاد لمنصب القضاء. ولعل متغيرات العصر تفرض إعادة النظر في المسألة انطلاقا من وظيفة القضاء وما شهدته من تحولات، وكذا قضية الاجتهاد وما بقي متاحا من مراتبه وخاصة ما تعلق بالاجتهاد الجزئي، وتأتي بعد ذلك دراسة وتمحيص الأدلة التي أوردها الفقهاء في تأييد مواقفهم في هذه المسألة، والخلوص إلى الترجيح.

مقدمة

لقد بعث الله عز وجل الرسل وأنزل الكتب لتحقيق العدل، فقال سبحانه: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ... ﴾ [الحديد:25] وقال أيضا: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ [النحل:90].

وإن أهم مظهر من مظاهر تحقيق العدل المأمور به يتجلى في وظيفة القضاء في الإسلام، حيث ترتبط أحكامه بإقامة العدل، وحماية الحقوق، ونشر الأمن، والمحافظة على الأنفس والأموال، ومنع الظلم والعدوان.

(*) أستاذ محاضر "أ" بشعبة العلوم الإسلامية ـ كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية ـ جامعة الوادي

المنارة للاستشارات

وبالتالي فمحراب القضاء مقدس قداسة العدل الذي يرفع لواءه والحق الذي ينشده: ﴿... وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴾ [النساء:58].

ومن خلال ما يدور في جلسات القضاء تتجلى مظاهر الثقة في المؤسسة القضائية، ولا تتكرس تلك الثقة إلا بتوفر مقومات تضمن حق المحاكمة العادلة، وتبرز بوضوح معالم استقلالية القضاء، والركون إلى العدل والإنصاف، وعدم المماطلة في الفصل في النزاعات. فإذا اطمأن الناس للقضاء انطلقت كوامن ملكات البذل والإبداع والإسهام في خدمة البلد والدفاع عن مقوماته، والسعي لتنميته وازدهاره.

وإن كفاءة القاضي تحتل المقام الأول في الأهمية لأداء مؤسسة القضاء وظيفتها السامية؛ حيث إننا نجد تلك المهمة قد تولاها صفوة الصفوة من نجباء أبناء المسلمين في تاريخهم الطويل؛ إلى درجة أن اشترط أكثر الفقهاء أن يكون المؤهل لتولي مهمة القضاء قد بلغ رتبة الاجتهاد في علوم الشريعة، وأباح آخرون تولي من دونه في الرتبة استثناء وبحكم الضرورة، في حين اختار آخرون عدم الالتزام بهذا الشرط لمعطيات الواقع ومستجداته.

لكن أخطر الخطر، وأعظم السوء في أيِّ مجتمع إنساني أن يتقاضى الناس فيه بغير الحق؛ ولا يمكن القضاء بالحق إلا إذا تيسر الوصول إليه؛ وهذا يتطلب تأهيلا نوعيا مميزا يسد الطريق على كل عابث لا تتوفر فيه الأهلية التي يقتضيها هذا المنصب ويسعى لأن يتسوّر محراب القضاء.

لقد تطرق لمسألة اجتهاد القاضي كثيرون قديما وحديثا؛ ولعل كثرة عرض ومناقشة الموضوع هي تعبير عن مدى التحولات التي شهدها التنظيم القضائي منذ العهد النبوي إلى العصور الأخيرة، والتي تختلف من بلد إلى آخر. كما أن الموضوع وثيق الصلة بمباحث الاجتهاد وما دار حوله من فتح وغلق وتقييد في مسيرته خلال القرون السابقة، وما يقضيه الواقع من المصلحة والتي شهدت هي الأخرى تغيرات عميقة على جميع المستويات.

ولعل أهم ما وقفت عنده من الكتابات المعاصرة الخاصة بهذا الموضوع إضافة إلى المصنفات الفقهية العامة ما يأتي:

1- "شرط الاجتهاد فيمن يلي القضاء"، لعبد العزيز بن عبد الرحمن المشعل، وهو بحث منشور بمجلة العدل، الرياض، وزارة العدل، العدد (43)، رجب 1430هـ، ص ص 99-128.

المنارة للاستشارات

2- "شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء"، لعقيل عبد الرزاق عفان الحمداني، وهو بحث منشور بمجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، ع3، مج1، 2009م، ص ص70-109.

3- اجتهاد القاضي وفتواه ومدى تطبيق ذلك في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، لحمدان بن عبد الحي آل شراب، وهي رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة- فلسطين، 1426هـ/2005م، ص ص89 -102.

ولقد رأيت أن البحوث الثلاثة المذكورة فاتها بقدر متفاوت عرض الأدلة المختلفة في المسألة وكذا مناقشة أوجه الاستدلال، كما أنها أغفلت الكلام عن وظيفة القضاء في العصر الحاضر وما تحتاج إليه في ضوء مقاصد الأحكام، ومن جهة أخرى النظر إلى وضع الاجتهاد الفقهي المعاصر وما تيسر منه لاستثماره في ولاية القضاء. [1]

وبناء عليه سوف نتطرق في هذه الصفحات لمسألة اشتراط بلوغ رتبة الاجتهاد في المرشح لتولي القضاء، مع تتبع المسألة لدى فقهاء المذاهب، وفي إطار بيان معالم الاجتهاد المعاصر، ومقاصد وخصائص العمل القضائي في ضوء المستجدات المعاصرة.

ونبدأ تحرير الصفحات تدريجيا من بيان مفهوم الاجتهاد والوقوف عند مراتبه لنعرف ما يهم القاضي من تلك المراتب إذا استوفى الشروط التأهيلية الأخرى؛ ثم نتطرق إلى الحديث عن ولاية القضاء من حيث بيان معناها وخصائصها لنقف عند منزلة الاجتهاد في هذه الولاية والمقاصد الشرعية المطلوب تحقيقها، ونخلص إلى بيان مختلف الآراء الفقهية في مسألة اشتراط الاجتهاد في ولاية القضاء، مع اعتماد المنهج المقارن في عرض الأقوال وأدلتها والمناقشات التي يقتضيها الموقف للخلوص إلى الرأي الراجح مع بيان أسباب اختياره.

وسوف نجتهد في بيان ذلك من خلال ثلاثة مباحث؛ يتطرق الأول إلى مفهوم الاجتهاد وبيان مراتبه، ويعالج الثاني: ولاية القضاء: المفهوم والخصائص، ويتناول الثالث: الموقف الفقهي من اشتراط الاجتهاد في ولاية القضاء.

المبحث الأول
مفهوم الاجتهاد وبيان مراتبه

وسوف نتطرق فيه إلى تحديد مفهوم الاجتهاد ثم بيان مراتبه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد

الاجتهاد عند أهل اللغة مصدر للفعل «اجتهد» وهو جذر لـ «جَهَدَ». والجُهد - بضم الجيم

المنارة للاستشارات

وفتحها – يعني الوُسْع والطاقة. وفرّق بعض اللغويين بين المفتوح والمضموم؛ فالجهد – بالفتح – يعني المشقة، وبالضم يعني الوسع والطاقة.[2]

قال الأزهري(توفي 370هـ): الجَهْد بلوغك غاية الأمر الذي لا تألو على الجَهْد فيه؛ تقول: جَهَدْتُ جَهْدي واجتهدتُ رأيي ونفسي حتى بلغتُ مجهودي.[3]

و«اجتهد» على وزن «افتعل»، وهو يدل على المبالغة في معنى الفعل.[4]

واجتهد في الأمر: بذل وُسْعَه وطاقته في طلبه، ليبلغ مجهودَه ويصل إلى نهايته.[5]

قال الراغب الأصفهاني (توفي 502هـ): «والاجتهاد أخذ النفس ببذل الطاقة وتحمّل المشقة؛ يقال: جَهَدْتُ رأيي وأجهدته: أتْعَبْتُهُ بالفِكر».[6]

أما في الاصطلاح فقد كثرت تعريفات الاجتهاد عند علماء أصول الفقه، وليس في تعدادها كبير فائدة كما قال الإمام السبكي(توفي 771هـ)[7]، خاصة وأن الاختلاف في أكثرها لفظيّ، وفي بعضها اختلاف بزيادة قيد أو ضابط من ضوابطه ونحو ذلك.[8]

وعلى أي حال فالناظر فيما كتبه الأصوليون في تعريف الاجتهاد يجد أنهم أقاموه على جملة مرتكزات، أهمها:

أ- إن الاجتهاد يقتضي وجود مجتهد تتوفر فيه ملكة الاجتهاد. وهذا الأمر نجده صريحا في بعض التعريفات، كقول الغزالي (توفي 505هـ) مثلا: «بذل المجتهد وسعه»[9]، وكقول ابن الحاجب (توفي 646هـ): «استفراغ الفقيه الوسع»[10]، وكقول ابن الهمام (توفي 861هـ): «بذل الطاقة من الفقه».[11]

وعليه فشرط الاجتهاد أن يكون نابعا من جهد فقيه، أما ما توصّل إليه غير الفقيه فلا يسمى اجتهادا. وإن المجتهد أو الفقيه لابد من توفر مؤهلات فيه ليكتسب بها هذا الوصف، ويحصّل ملكة الاجتهاد.

ب- أن يستفرغ المجتهد وسعه كاملا، وأن يبذل طاقته التي يملكها، بحيث يستنفد ما لديه من جهد وطاقة بما لا مزيد عنده في المسألة بحيث يحس من نفسه العجز عن بذل المزيد. يقول الغزالي (توفي 505هـ): «الاجتهاد التام: أن يبذل الوسع في الطلب، بحيث يحسّ من نفسه العجز عن مزيد الطلب».[12]

ج- بيان الهدف من الاجتهاد، وهو الوصول إلى الحكم الشرعي، فالهدف من العملية الاجتهادية هو الوصول إلى الحكم الشرعي دون غيره من الأحكام. يقول الشيرازي(توفي 476هـ):

المنارة للاستشارات

«هو استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي».[13]

المطلب الثاني : مراتب الاجتهاد

إن تقسيم المجتهدين إلى مراتب هو نتاج اجتهاد قام به العلماء نتيجة دراسة استقرائية لدور العلماء الاجتهادي ومكانتهم العلمية.[14]

المرتبة الأولى: مرتبة الاجتهاد المطلق:

وفيها تظهر القدرة على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في مختلف أبواب الفقه، من خلال اعتماد أصول محددة وقواعد مضبوطة في الاستنباط.[15]

وهذه المرتبة من الاجتهاد لها درجتان:

(أ) الإطلاق في الفروع والاستقلال بالأصول: وفيها يسلك المجتهد مناهج في النظر والاستنباط تكون أصولا لمذهبه، ولمن سار خلفه من غير تقليد لغيره في الأصول وفي الفروع.[16]

يقول النووي(توفي 676ه): «فالمستقل شرطه أن يكون قيِّما بمعرفة الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس... فمن جمع هذه الأوصاف فهو المفتي المطلق المستقل الذي يتأدى به فرض الكفاية، وهو المجتهد المطلق المستقل».[17]

ويقول السيوطي(توفي 911ه): «...المستقل هو الذي استقل بقواعده لنفسه، يبني عليها الفقه خارجا عن قواعد المذاهب المقررة».[18]

(ب) الإطلاق في الفروع مع التقيد والالتزام بأصول إمام: وفي هذه الدرجة من الاجتهاد يكون الالتزام بأصول إمام معين وقواعده في الاستنباط، وبهذا يكون المجتهد هنا منتسبا إلى مذهب مجتهد مطلق مستقل، وهو المذكور آنفا.[19]

يقول السيوطي(توفي 911ه): «وأما المجتهد المطلق غير المستقل فهو الذي وُجدت فيه شروط الاجتهاد التي اتصف بها المجتهد المستقل، ثم لم يبتكر لنفسه قواعد، بل سلك طريقة إمام من أئمة المذاهب في الاجتهاد...».[20]

المرتبة الثانية: مرتبة الاجتهاد المقيد:

وفي هذه المرتبة يظهر التقييد من خلال عدم قدرة المجتهد على استنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية مباشرة في مختلف أبواب الفقه ومسائله، بل يجد نفسه مجبرا على التقيد بما وضعه إمام مجتهد مطلق مستقل من أصول فقهية وقواعد استنباط؛ فلا يملك إلا أن يرجّح بين الأقوال المتعددة لإمامه إن وجدت، أو يخرِّج عليها، أو ينسج على منوالها في المسائل المشابهة لها.[21]

المنارة للاستشارات

والاجتهاد المقيَّد له ثلاث درجات هي:

(أ) اجتهاد التخريج (الاجتهاد في المذهب): وفي هذه الدرجة يظهر التمكن من معرفة أحكام الوقائع التي لم يرد فيها نص عن إمام المذهب وذلك باستعمال التخريج على النصوص أو القواعد المنقولة عن إمام المذهب.[22]

يقول النووي(توفي 676هـ): «وهذا النوع من المجتهدين يكون مقيدا في مذهب إمامه، مستقلا بتقرير أصوله بالدليل، غير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه وقواعده...».[23]

(ب) اجتهاد الترجيح: وهذه الدرجة دون سابقتها حيث تجلى فيها عملية حفظ قواعد وأحكام المذهب والمعرفة بأدلتها، مع حسن تصويرها وتحريرها وتقريرها[24]**؛ ليتبين المعتمد في المذهب من غيره والراجح فيه من المرجوح.**

(ج) اجتهاد الفتيا: وفي هذه الدرجة يظهر بجلاء أكثر الضعف في تقرير أدلة المذهب وتحرير أقيسته، حيث يكون الاعتماد على النقل والفتوى من المسطور، وهذا يعتمد على جودة الحفظ ودقة النقل وحسن الفهم للمسائل والمشكلات.[25]

والظاهر أن مراتب الاجتهاد الثلاث: المستقل والمطلق المنتسب والمخرج هي التي ينطبق على عملها وصف الاجتهاد، وأما بقية المراتب فلم يكن لها أي دور اجتهادي، وإنّ إطلاق الاجتهاد عليها هو من باب التجوّز.[26]

لكن هناك مسألة جديرة بالنظر لارتباطها الوثيق بموضوع بحثنا هذا، وهي مسألة تجزؤ الاجتهاد ومؤداها أن الاجتهاد يقع في أبواب معينة أو في مسائل محددة، فهو اجتهاد خاص ولأجل تعلقه بأجزاء معينه من الفقه سمي بالاجتهاد الجزئي وسمي المجتهد مجتهداً جزئياً.

وإن القول بوقوع التجزؤ وإمكانه هو قول جمهور العلماء على اختلاف بينهم في التفصيل فمنهم من أجازه مطلقاً، ومنهم من جعله في باب المواريث خاصة. والظاهر أن الرأي الراجح هو وقوعه في أي باب من أبواب الفقه.

وتتجلى صورة التجزؤ العلمية هي أن الاجتهاد يحتاج إلى ثلاثة أمور.

(أ) شروط عامة تؤهل المجتهد للنظر في كل دليل وهذه غير قابلة للتجزؤ.

(ب) أدلة الباب المعيَّن وهذه قابلة للتجزؤ بمعنى أن يكون الشخص عالما بأدلة باب معين دون غيره من الأبواب أو أن يكون عالماً بأدلة كل الأبواب

(ج) ملكة فقهية متعلقة بكل باب من أبواب الفقه وهذه الملكة قابلة للتجزؤ، بمعنى أن يكون

المنارة للاستشارات

الشخص قد حصَّل الملكة الفقهية المتعلقة بباب معين دون غيره أو المتعلقة بكل الأبواب. والسبب أن هذه الملكة تنشأ – تدريجياً – من كثرة النظر وتكراره في الباب الواحد أو في كل الأبواب.[27]

وبناء عليه، فإن أهلية الاجتهاد ليست هي التي تتجزأ، حيث إنها ملكة تقتضي فيمن يتصف بها أن تكون له إحاطة بالعلوم اللازمة للاجتهاد، أما الذي يتجزأ فهو فعل الاجتهاد، بمعنى أن الشخص إذا اكتسب الشروط التأهيلية العامة للاجتهاد، ثم قصر جهده في البحث والنظر على باب فقهي معين دون غيره من الأبواب، واستمرّ اشتغاله في هذا الباب؛ فإنه يتخصص في هذا الباب ويصبح مجتهدا فيه، وهذا لا يعني أكثر من استثمار الملكة الاجتهادية في بعض الأبواب دون سواها.[28] وهذا المسلك أكثر فائدة في عصرنا بسبب التوسع الهائل الذي شهدته الأبواب الفقهية، بالنظر لكثرة الفروع والمسائل؛ ومن ثم كان التخصص مطلوبا وأكثر جدوى.

المبحث الثاني
ولاية القضاء: المفهوم والخصائص

يقتضي بيان مفهوم "ولاية القضاء" تعريف المصطلحين الذين يتشكل منهما هذا المركب الإضافي. وسوف نتطرق أولا لتعريف الولاية، ثم لتعريف القضاء، وبعدها نبين خصائص تلك الولاية، وهذا ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول : تعريف الولاية في اللغة والاصطلاح الفقهي

أولاً: الولاية في اللغة: الولاية مأخوذة من الفعل الثلاثي: "ولي"، يقال: ولي الشيء، وولي عليه وَلاية وولاية. و"الواو واللام والياء": أصل صحيح يدل على القرب والدنو، يقال: تباعد بعد وَلْيٍ، أي: قُرْب، وجلس مما يليني، أي: يقاربني[29].

أما الوَلاية بفتح الواو، فتعني النصرة، ومنه قوله تعالى:﴿ مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾ [سورة الأنفال:72]، وبكسرها: السلطان والخِطة والإمارة والملك والبلاد التي يتسلط عليها الوالي.[30]

ثانيا: الولاية في الاصطلاح: تطلق الولاية في الاصطلاح الفقهي على السلطة الشرعية التي يتمكن بها صاحبها من إدارة شؤون معينة[31].

شرح التعريف:

قوله (سلطة): فيه اعتبار كون الولاية صفة قائمة بالأشخاص، وليس أثراً ناتجاً عنها، وَوَصْفُ السلطة بكونها (شرعية) يُخْرِج صاحب السلطة غير الشرعية كالمغتصِب، كما أن هذا الوصف

المنارة للاستشارات

يعتبر شاملاً لأنواع الولايات كلها سواء كانت على النفس أم المال أم هما معاً، وسواء كانت خاصة أم عامة.

قوله (يتمكن بها صاحبها): فصل في التعريف، إذ فيه اعتبار شروط الولي المستحق للولاية من كونه مكلفاً مسلماً، أي أنه من ذوي أهلية الأداء الكاملة، وفيه أيضاً معنى أن الولاية لا تعطى لكل أحد، بل هي ثابتة لأشخاص معينين، اعتبرت الشريعة فيهم صفات معينة، كما أنه شمل الولي الخاص، والولي العام.

وقوله (من إدارة شؤون): فيه اعتبار كون الولاية تتضمن عملاً واحداً فأكثر، وإنما كان التعبير بصيغة الجمع لاعتبار كون الولاية – في الغالب – تشتمل على أكثر من عمل، كما أنه شامل لجميع تصرفات الولي القولية والفعلية.

وقوله (معينة): هذا فصل في التعريف أيضاً، إذ فيه ذكر محل الولاية، حيث يشمل القاصر كالصبي غير المميز والمجنون، وغير القاصر كالمرأة البالغة في ولاية النكاح، كما أنه دخل فيه الآدمي وغيره كالوقف والوصية ونحوهما.[32]

ثالثا: أنواع الولاية ومنزلة القضاء منها:

(أ) الولاية باعتبار مصدرها: تقسم الولاية إلى ولاية ذاتية (أصلية) وولاية مكتسبة (نيابية):

– الولاية الذاتية: هي الولاية التي تثبت لصاحبها باعتبار ذاته لمعنى فيه دون واسطة، ولا يستفيدها من الآخرين، وتكون لازمة لا تقبل الإسقاط، ولا التنازل، كولاية الأب والجد على الصغير، وولاية السلطان على رعيته.

– الولاية المكتسبة: هي الولاية التي تثبت للشخص لمعنى فيه بإنابة غيره له، بحيث يستفيدها من الآخرين، وتقبل الإسقاط والتنازل، وذلك كولاية الوصي أو القاضي أو المحتسب أو الشرطي، فالوصي تثبت له الولاية من الموصي، والقاضي تثبت له الولاية من الإمام، وهكذا.[33]

(ب) الولاية باعتبار حجمها: تقسَّم الولاية إلى: ولاية كبرى، وولاية صغرى.

– الولاية الكبرى: هي التي تكون لمن يتولى منصب الخلافة (الإمامة الكبرى).

– الولاية الصغرى: هي التي تكون لمن دون ذلك، بحيث تشمل جميع أنواع الولايات التي تصدر عن الإمام، وينقسم الولاة الذين يتولون هذه الولايات إلى أربعة أقسام على النحو الآتي:

1– من تكون ولايته عامة في نطاق الأعمال العامة، كرئيس الوزراء أو الوزير الأول مثلا.

2– من تكون ولايته عامة في أعمال خاصة، كأمير البلد أو الإقليم قديما؛ والوالي أو المحافظ

المنارة للاستشارات

حديث؛ لأن النظر فيما خصوا به من الأعمال عام في جميع الأمور، فتخصصهم عام، ولكنه محصور في نِطاق الأقاليم والبلدان التي عهد إليهم إدارتها.

3- من تكون ولايته خاصة في الأعمال العامة، مثل رئيس القضاة أو وزير العدل، أو قائد الجيوش (وزير الدفاع)؛ لأن كل واحد منهم مقصور على نظر خاص في جميع الأعمال.

4- من تكون ولايته خاصة في أعمال خاصة، مثل قاضي البلد، أو مدير الشرطة، وما أشبه ذلك[34]؛ لأن كل واحد منهم خاص النظر، مخصوص العمل، ولكل واحد من هؤلاء الولاة شروط تنعقد بها ولايته، ويصح معها نظره.[35]

(ج) الولاية باعتبار محلها: تقسَّم الولاية إلى: ولاية خاصة، وولاية عامة.

- الولاية الخاصة: هي الولاية الثابتة على معين للقيام بشؤونه، أو هي الولاية التي يملكها شخص معين أو أشخاص محصورون، كولاية الأب على ولده القاصر، وولاية الزوج على زوجته، فهي سلطة شرعية، يملك بها صاحبها التصرف في شأن من الشؤون الخاصة بغيره، كالوصاية على الصغار، والولاية على المال، والنظارة على الأوقاف.[36]

- الولاية العامة: هي ولاية على أشخاص غير معينين، تتمثل فيما يقوم به الحاكم أو من ينوبه من التصرفات النافذة في شؤون رعيته[37]، وعرفها بعضهم بقوله: «هي السلطة الملزمة في شأن من شؤون الجماعة كولاية الفصل في الخصومات، وتنفيذ الأحكام والهيمنة على القائمين بذلك».[38]

وبناء عليه فولاية القضاء تندرج ضمن الولايات العامة، المكتسبة، والصغرى.

المطلب الثاني: تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح الفقهي

يقتضي بيان مفهوم ولاية القضاء الابتداء بالتعريف اللغوي ثم الاصطلاحي:

أولا. القضاء في اللغة: القضاء مصدرُ قَضَى يَقْضِي قضاء بمعنى حَكَمَ، ويُجْمَعُ القضاء على أقضية[39]، والمقاضاة: مفاعلة من القضاء وهي لجوء الخصمين إلى القاضي، وقاضاه: رفعه إلى القاضي.[40]

قال الراغب الأصفهاني (توفي 502هـ): «القضاءُ فصلُ الأمر قولاً كان ذلك أو فعلاً، وكلُّ واحدٍ منهما على وجهين: إلهي وبشري، فمن القول الإلهي قوله: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ... ﴾ [الإسراء:23] أي أمر بذلك، وقال: ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِى ٱلْكِتَٰبِ لَتُفْسِدُنَّ فِى ٱلْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا ﴾ [الإسراء:04] فهذا قضاءٌ بالإعلام

المنارة للاستشارات

والفصل في الحكم أي أعلمناهم وأوحينا إليهم وحياً جزماً... ومن الفعل الإلهي قوله: ﴿ وَٱللَّهُ يَقْضِى بِٱلْحَقِّ ۖ وَٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِهِۦ لَا يَقْضُونَ بِشَىْءٍ ۗ ﴾ [غافر:20] وقوله: ﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ... ﴾ [فصلت:12] إشارة إلى إيجاده الإبداعي والفراغ منه... ومن القول البشري نحوُ قضَى الحاكم بكذا فإنَّ حُكْمَ الحاكم يكون بالقول، ومن الفعل البشري ﴿ ثُمَّ لْيَقْضُوا۟ تَفَثَهُمْ وَلْيُوفُوا۟ نُذُورَهُمْ وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ ﴾ [الحج:29]... ».[41]

هذا، والقضاء لفظ مشترك بين عدة معان نجدها مبثوثة في القرآن الكريم أهمها:[42]

1 – الوصية، كما في قوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ۚ... ﴾ [الإسراء:23] وتأخذ معنى الأمر والوجوب كذلك.

2 – الإخبار، كما في قوله تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ... ﴾ [الإسراء:04] أي أخبرنا بني إسرائيل، وقيل: المعنى أمضينا.

3 – إحكام الشيء والفراغ منه، كقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَٱذْكُرُوا۟ ٱللَّهَ قِيَٰمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ ۚ... ﴾ [النساء:103] يعني فإذا فرغتم من الصلاة.

4 – الفِعل والحكم، كقوله تعالى: ﴿... فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ ۖ إِنَّمَا تَقْضِى هَٰذِهِ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَآ ﴾ [طه:72] يعني احكم وافعل ما أنت فاعله.

5 – نزول الموت، كما في قوله تعالى: ﴿ وَنَادَوْا۟ يَٰمَٰلِكُ لِيَقْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ ۖ قَالَ إِنَّكُم مَّٰكِثُونَ ﴾ [الزخرف:77]، أي لينزل علينا الموت، وكذا قوله تعالى: ﴿... فَمِنْهُم مَّن قَضَىٰ نَحْبَهُۥ وَمِنْهُم مَّن يَنتَظِرُ ۖ وَمَا بَدَّلُوا۟ تَبْدِيلًا ﴾ [الأحزاب:23].

وروي عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال:« اشْتَكَى سَعْدُ بنُ عُبَادَةَ شَكْوى لَهُ، فَأَتَى رَسُولُ اللهِ ﷺ يَعُودُهُ، فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهِ وَجَدَهُ فِي غَشْيَةٍ، فقال:«أَقَدْ قَضَى؟» قَالُوا: لاَ يَا رَسُولَ اللهِ، فَبَكَى رَسُولُ اللهِ ﷺ... ».[43]

6 – الوجوب، كما في قوله تعالى: ﴿... قُضِىَ ٱلْأَمْرُ ٱلَّذِى فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾ [يوسف:41]، يعني وجب الأمر.

7 – الإتمام، كما في قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى ٱلْأَجَلَ... ﴾ [القصص:29] يعني أتم شرطه.

8 – الفصل في الأمر، كما في قوله تعالى: ﴿... وَقُضِىَ بَيْنَهُم بِٱلْحَقِّ وَقِيلَ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ

المنارة للاستشارات

﴿ [الزمر:75] أي فصل بينهم القضاء.

قال أبو البقاء الكفوي[44]: قد أكثر أئمة اللغة في معناه (القضاء)، وآلت أقوالهم إلى أنه إتمام الشيء قولاً وفعلاً.[45]

ثانيا. القضاء في الاصطلاح الفقهي:

ذكر الفقهاء عدة تعريفات للقضاء في الاصطلاح، وسوف نذكر أهمها لدى المذاهب الفقهية الأربعة، ثم نعلّق على هذه التعريفات بغية الوصول إلى التعريف المختار.

(أ) تعريف الحنفية للقضاء: « فصل الخصومات، وقطع المنازعات، على وجه خاص».[46]

(ب) تعريف المالكية للقضاء: « الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ».[47]

(ج) تعريف الشافعية للقضاء: « فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى».[48]

(د) تعريف الحنابلة للقضاء: « الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات ».[49]

– مناقشة التعريفات:

إن النظر في التعريفات السابقة يقود إلى أنها لا تخلو من مآخذ في مدى تعبيرها عن القضاء موضوع التعريف، بصفة جامعة ومانعة؛ فتعريف الحنفية ويشاركه تعريف الشافعية نلمس أنهما غير جامعين ولا مانعين؛ أما كونهما غير جامعين فلأنهما يقتصران على قضايا المنازعة والخصومة، ومن ثم خرج من التعريفين القضاء بالحجر على المفلس مثلا، أو القضاء بالوصية على الصغير والسفيه، وهذا وذاك ليس فيه تنازع ولا مخاصمة وهو قضاء. وأما كونهما غير مانعين فلأنه يدخل في التعريفين معنى الصلح بين الخصمين، والصلح ليس هو القضاء.

وبقي تعريف المالكية وكذا تعريف الحنابلة، وهما كذلك نلحظ أنهما غير مانعين؛ لدخول كثير من وظائف الخلافة في التعريفين؛ فقد يتحقق فيها (الخلافة) الإخبار بالحكم الشرعي على وجه الإلزام أو الإلزام بالحكم الشرعي، والخلافة كذلك ليست هي القضاء.

ضف إلى ذلك أن التعريفات السابقة تُظهر الاقتصار على القضاء العادي في تعريفها للقضاء، ومن ثم لا تشمل قضاء المظالم الذي يبادر فيه الحاكمُ أحياناً للنظر فيه ولو من دون دعوى، وكذلك لا تشمل قضاء الحسبة الذي يهدف إلى حفظ الحقوق، وحماية الأمن وإقامة العدالة، وتطبيق أحكام الشريعة والإلزام بها ولو لم توجد خصومة أو اختلاف.[50]

– التعريف المختار:

يظهر لنا أن الأقرب إلى بيان المقصود في تعريف القضاء هو القول بأنه: «سلطةُ الفَصْل بين

المنارة للاستشارات

المتخاصمين، وحماية الحقوق عامةً، بالأحكام الشرعية».[51]

فالقضاء سلطة ملزمة للفصل بين الخصوم في القضاء العادي وغيره، وهي لحماية الحقوق في بعض أنواع المظالم وفي قضاء الحسبة، ولتطبيق الشريعة بالالتزام بأحكامها وإلزام الناس بها، ومنع كل ما يضرُّ الفرد والجماعة.[52]

المطلب الثالث: من خصائص ولاية القضاء في الشريعة الإسلامية

إن الهدف الذي وجد من أجله القضاء في الإسلام، والمقصد الذي يسعى إليه، هو إقامة العدل، وحماية الحقوق، ونشر الأمن، والمحافظة على الأنفس والأموال، ومنع الظلم والعدوان.[53]

آية ذلك أن المولى عز وجل بعث الرسل وأنزل الكتب لتحقيق العدل الذي ما وُجد القضاء إلا لإقامة سلطانه، قال الله تعالى: ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ... ﴾ [الحديد:25] وقال أيضا: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ [النحل:90]. وقال أيضا: ﴿... وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ [النساء:58].

ولقد تفطن المسلمون منذ فجر الإسلام إلى أهمية القضاء ودوره في إقامة العدل وحماية الحقوق وإنصاف المظلومين. قال الخليفة الأول أبو بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لمبايعيه من الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: «الضعيفُ فيكم قويٌّ عندي،حتى آخذ الحقَّ له، والقويُّ فيكم ضعيفٌ عندي حتى آخذ الحقَّ منه إن شاء الله»[54]. وقال عمير بن سعد[55] –والي حمص– رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «ما يزالُ الإسلامُ منيعاً ما اشتد السلطان، وليس شدةُ السلطان قتلاً بالسيف وضرباً بالسوط، ولكن قضاءً بالحق، وأخذاً بالعدل».[56]

وعلى هذا قال ابن قيم الجوزية (توفي 751هـ): «إن الله أرسل رسله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان؛ فثم شرع الله ودينه».[57]

وبناء عليه فالقضاء ملجأ للجميع، يهرع إليه ناشد العدل، وطالب الحق، والمضرور الذي أعيته الحيلة ولا قبل له برفع الضرر عن نفسه أو عرضه أو ماله.

ولعل أهم المميزات في القضاء الإسلامي التي تيسر مهمة إنصاف المظلوم ورد حقوقه هي:

المنارة للاستشارات

تجنب الشكليات، وجانية التقاضي، والتعجيل بالحكم. وسوف نوضحها فيما يلي:

أولا: تجنب الشكليات

إن القضاء في الإسلام يتحاشى الكثير من الشكليات التي يقيم لها القضاء الوضعي وزناً كبيراً؛ حيث يحرص القضاء الإسلامي على التخفيف من الإجراءات ما أمكن، ويحصر معالجة الموضوع المطروح في مرحلتين أساسيتين: وجود النزاع والخلاف بين الأشخاص أولاً، ثم مرحلة الدعوى والنظر فيها فوراً، وسماع أقوال الخصوم، والإثبات، وإصدار الحكم ثانياً.[58]

وتكون النتيجة الفصل في النزاع، واستقرار الأحكام، وحماية الحقوق، وصيانة الأموال والدماء، خلافاً للأنظمة الوضعية التي تكثر فيها الشكليات التي تغل يد القاضي، وتعرقل طريق العدالة، وتثقل كاهل المتقاضي الذي ينشد الوصول إلى حقه، أو دفع العدوان عنه، إلى درجة أن يتسرب اليأس إلى نفسه، أو يمل من المثابرة أو يحجم عن المخاصمة كبتاً وحقداً، وليس صفحاً وعفواً، وهذا مما لا تُؤمَنُ عواقبُه، فيسود الظلم وتضيع الحقوق.[59]

ثانيا: مجانية التقاضي

يعتبر القضاء في الإسلام أحد مرافق الدولة الأساسية، وأهم مؤسساتها في تطبيق الشرع، حيث تتولى الدولة نفقاته كاملة، ومن ثم يقدم خدماته مجاناً للمتقاضين، ولا تقل أهميته عن مجانية التعليم، والصحة والأمن؛ ذلك أنه السبيل لتأمين الحقوق للأفراد، وإقامة الأحكام وحماية المجتمع، وتوفير الأمن فيه، وعلى الدولة أن ترعاه وتشرف عليه، وتتحمل نفقاته، وتحرص على سلامته.[60]

أما لو كان القضاء بمقابل وتترتب عنه نفقات، فقد يكون ذلك سبباً في عرقلة تطبيق العدالة، وتنفيذ الشرع، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، ولذلك ورد في حديث يحي بن جعدة[61] أنه ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ لاَ يُقَدِّسُ أُمَّةً لاَ يُؤْخَذُ لِلضَّعِيفِ فِيهِمْ حَقُّهُ».[62]

وإن مبدأ الحق في التقاضي والمساواة أمام القضاء هو الذي يقف وراء مبدأ مجانية التقاضي، الذي بدون لا تكتمل صورة العدالة لدى جميع المواطنين، الأمر الذي يجعل من القضاء مرفقا عموميا تتكفل الدولة به وتسهر على تحقيقه. ويترتب على ذلك أن المتقاضين لا يدفعون أجرا للقاضي لقاء تعهده بفصل الخصومة بينهم.[63]

والحقيقة أن مبدأ مجانية التقاضي لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، ففي جل النظم القضائية يتطلب الدفاع عن الحق دفع مصاريف قد تمثل عبئا ثقيلا على ضعاف الحال من المتقاضين، وهذه المصاريف تحتمها الإجراءات، وهي ضرورية للقيام بالدعوى، كالرسوم الواجبة لتسجيل القضايا، أو ممارسة

المنارة للاستشارات

الطعن في الحكم عن طريق الاستئناف أو الاعتراض، وهذا لسد الطريق أمام العابثين وأصحاب الدعاوى الكيدية. كما أن سير القضية قد يتطلب أحيانا الاستعانة بمحام أو خبير أو عدة خبراء، وكذلك الأمر بالنسبة لبعض المؤيدات التي ينبغي تقديمها للمحكمة... كما أن التنفيذ يتطلب مصاريف لها اعتبارها؛ لذلك انتبهت كثير من الدول لما يمكن اعتباره تناقضا بين المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام للعدالة والواقع الاجتماعي للمتقاضين، وحققت نوعا من الملاءمة بينهما، من خلال إحداث مؤسسة للمساعدة القضائية.(64)

ومع هذا، فإن معظم الدول أقرت مبدأ المجانية المطلقة لفئة معينة من المتقاضين، نظرا لحالتهم المادية المعوزة، لئلا يكون وضعهم المادي حائلا دون التوصل لحقوقهم أو ممارستها على الوجه الأكمل.(65)

ثالثا: التعجيل بالحكم

إن القضاء في الإسلام يتميز باهتمام شرعي خاص، وهو لزوم الإسراع بالنظر في الدعوى والتحقيق فيها فور رفعها، ثم مباشرة إجراءاتها دون مماطلة أو تسويف، وإصدار الحكم لفصل النزاع، وإنهاء الخصومة، ورد الحقوق لأصحابها في أسرع وقت ممكن، وإلا اعتُبر القاضي آثماً عند الله تعالى؛ لأنه يقرّ الظالم على ظلمه، ويمنع الحق عن صاحبه.(66)

وفي التعجيل بالحكم مصلحة ظاهرة للفرد بتقليل أمد الخصومة، والوصول إلى الحق، ورد العدوان، ورفع الظلم، كما فيه مصلحة للمجتمع بإزالة أسباب النزاع والعداوة التي إن استفحلت فسوف تقوض بنيان المجتمع وتنشر الفوضى والخراب.

وإن الإسراع في إصدار الحكم لا يعني التسرّع والتعجل بالفصل في النزاع دون رويّة ولا دراسة، وإنما هو إسراع في الإجراءات، وتحديد المواعيد والتأجيل ونحو ذلك، وليس على حساب الناحية الموضوعية التي يجب على القاضي فيها: التأني والبحث والتقصّي والسؤال عن الشهود، ودراسة القضية من جميع جوانبها.(67)

والظاهر أن القوانين الوضعية إجراءاتها أطول مما ينبغي، كما أنها عرضة لممارسة أساليب التحايل في إطالة أمد الدعوى، وتأجيل الجلسات لأتفه الأسباب، وتأخير البتّ وإصدار الحكم فيها، وكثيراً ما تضيع الحقوق، أو يموت أصحابها، قبل الوصول إلى نهاية الدعوى والحكم والتنفيذ، وتستمر الدعاوى – في أيامنا هذه – شهوراً كثيرة، وسنوات عدة، وتؤجل الدعوى عدة مرات لأسباب واهية، وبحيل واضحة ومكشوفة، ويتقاذفها المحامون من جانب إلى آخر، ومن جلسة إلى أخرى، ولا يملك القاضي فيها حولاً ولا قوة. وليس من ضحية في هذا كله إلاّ المظلوم الذي يهضم حقُّه

المنارة للاستشارات

مرتين تحت مرأى القانون الذي يفترض أنه ما وُجد إلا لحمايته.[68]

وبناء عليه، "... فلئن كانت التشريعات الموضوعية هي موطن العدل بمضمونه وفحواه، فإن التشريعات الإجرائية هي الطريقة والأداة إليه، ذلك أن الرسالة الأولى والأخيرة للتشريعات الإجرائية، أن تكون أداة طيّعة ومطيّة ذلولا لعدل سهل المنال، مأمون الطريق، لا يحفل بالشكل، ولا يلوذ به، إلا مضطر، يصون به حقا، أو يرد باطلا، عدل حريص على سد الذرائع التي يتسلل منها المبطلون، من محترفي الكيد، وتجار الخصومة، العدل الذي هو حق مقدس لكل مواطن فرد لا يمكن أن يكون سلعة غالية أو بعيدة المنال على المواطن، إن العدل لا بد أن يصل إلى كل فرد حر، ولا بد أن يصل إليه من غير موانع مادية، أو تعقيدات إدارية".[69]

هذا، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ تعجيل الحكم بعد فهم القضية ووضوح الحق، فقضى بين الزبير ابن العوام والأنصاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فوراً في جلسة واحدة، وأصدر حكمه الفوري بين كعب بن مالك وعبد الله بن أبي حدرد[70] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وطلب التنفيذ مباشرة، وفي قصة العسيف قال ﷺ: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[71]، ولم يأمره أن يأتي بها، أو يحبسها، وكذلك فعل في رجم ماعز والغامدية[72]، وفي فصل الخلاف في غنائم بدر وغيرها. وقال عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في كتابه إلى أبي موسى: «فاقض إذا فهمت، وأنفذ إذا قضيت».[73]

واستثناء مما سبق قد يضطر القاضي إلى تأجيل الحكم، وذلك في ثلاث حالات هي:[74]

أ – رجاء الصلح بين المتخاصمين، وخاصة بين الزوجين والأقارب وذوي الأرحام، أو خوف الفتنة، وفي الدماء رجاء العفو.

ب – الإمهال لإحضار بينة غائبة أو دفع دعوى.

ج – إذا اشتبه الأمر على القاضي، وأراد أن يبحث القضية بعمق، أو أن يستشير غيره. قال الشعبي (توفي 103هـ): «كانت القضية ترفع إلى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فربما يتأمل في ذلك شهراً، ويستشير أصحابه، لما ورد: التأني من الله، والعجلة من الشيطان».[75]

المبحث الثالث:
الموقف الفقهي من اشتراط الاجتهاد في ولاية القضاء

وسوف نتطرق إلى بيان الموقف الفقهي في المسألة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول : تصوير المسألة والأقوال الواردة فيها.

أن يكون القاضي قادرًا على استخراج الحكم الشرعي من مصادره. وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط على قولين:

المنارة للاستشارات

– القول الأول: إن أهلية الاجتهاد شرط في القضاء، وعليه فولاية المقلِّد والجاهل غير جائزة ولا صحيحة، وأحكامهما غير نافذة حتى ولو صادفت الحق.

وهذا القول لبعض المالكية[76]، والشافعية[77]، والحنابلة[78]، ومحمد بن الحسن (توفي 189هـ) من الحنفية[79]، والظاهرية.[80]

– القول الثاني: إن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً ضرورياً فيمن يتولى منصب القضاء، وإنما هي شرط أولوية واستحباب، وبالتالي يجوز أن يتقلَّد هذا المنصب العامي والجاهل.

وهذا القول لجمهور الحنفية[81]، وبعض من المالكية.[82]

المطلب الثاني: أدلة الأقوال الفقهية في المسألة

(أ) أدلة القول الأول:

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول في قولهم باشتراط أهلية الاجتهاد في القاضي.

1 – من الكتاب:

– قال الله تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ... ﴾ [المائدة:49].

ووجه الدلالة من الآية أنها طلبت أن يكون الحكم بما أنزل الله من شرعه ولم يقل أن يكون الحكم بالتقليد.[83]

– قال الله تعالى: ﴿ إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمٗا ﴾ [النساء:105]، وقال أيضًا: ﴿...فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ﴾ [النساء:59].

ووجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الله عز وجل أمر الحاكم أن يحكم بالعدل وبالحق، وبما أنزل الله، وبما أراه الله عز وجل، وأن يرد المسألة إلى الله تعالى وإلى الرسول ﷺ بمعنى: إلى الكتاب والسنة. وإنَّ المقلِّد والجاهل لا قدرة لدى أي منهما على تعقّل الأدلة والحجج، ولا على استنباط الأحكام، والمؤهَّل في هذا كلِّه المجتهدُ دون غيره؛ فلا يفصل في النزاع إذن سواه.[84]

وعلى هذا فما دام القاضي مأمور بالحكم بالحق، والذي يُعرف بالدليل، فإنه لا يدركه إلا المجتهد دون غيره.

– قال الله تعالى: ﴿...وَلَا تَقۡفُ مَا لَيۡسَ لَكَ بِهِۦ عِلۡمٌۚ إِنَّ ٱلسَّمۡعَ وَٱلۡبَصَرَ وَٱلۡفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَٰٓئِكَ كَانَ عَنۡهُ مَسۡـُٔولٗا ﴾ [الإسراء:36].

المنارة للاستشارات

ووجه الدلالة أنّ القاضي المقلّد في حكمه لا علم له، فهو مقتف ما ليس له به علم، وهو المنهي عنه.[85]

– قال الله تعالى: ﴿...قُلۡ هَلۡ يَسۡتَوِي ٱلَّذِينَ يَعۡلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعۡلَمُونَۗ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُوْلُواْ ٱلۡأَلۡبَٰبِ﴾ [الزمر:09].

ووجه الدلالة من الآية أنها تضمنت المنع من المساواة بين الجاهل والعالم، فكان ذلك على عمومه في الحكم وغيره. ثم إن الآية تتضمن معنى الزجر الذي يصير أمرًا، أي في معنى الأمر بالعلم والنهي عن الجهل.[86]

2 – من السنة:

– حديث بُرَيْدَة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «القُضَاةُ ثلاثةٌ: وَاحِدٌ فِي الجَنَّةِ، وَاثنَانِ فِي النَّارِ، فَأَمَّا الذِي فِي الجَنَّةِ، فَرَجُلٌ عَرَفَ الحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الحَقَّ وَجَارَ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ».[87]

ووجه الدلالة من الحديث أن العامي يقضي على جهل، وبالتالي يدخل ضمن الوعيد في الحديث، وحتى لو قدرنا أن حكمه طابق الحق، لكان حاكماً بما لا يعلم، إذ العلم بالشيء معرفته عن الدليل، ووفقاً للحديث هو أحد قاضيي النار. أما إن حكم بخلاف الحق فهو القاضي الآخر من قضاة النار.[88]

– حديث عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه سمع رسول الله ﷺ قال:« إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثمَّ أَخْطأَ فَلَهُ أَجْرٌ».[89]

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه صرَّح بأن الحاكم يجتهد في الوصول إلى الحكم.[90] فقد علّق النبي ﷺ حصول القاضي على الأجر في حالة الخطأ، والأجر المضاعف في حالة الإصابة ببذل الوسع والاجتهاد، لقوله في الحالتين: «فاجتهد»، وما دام الحصول على الأجر في الحالتين مشروطا بوجود الاجتهاد، فإنه إذا تخلّف الشرط تخلّف المشروط، فلا يؤجر إذا حكم بغير اجتهاد، بل إنه آثم ولو أصاب، وإن أخطأ فهو غير معذور.[91]

– حديث معاذ بن جبل رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حيث ورد فيه أن رسول الله ﷺ لما أراد أن يبعثه إلى اليمن قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله ﷺ. قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كتاب الله؟ قال:

المنارة للاستشارات

أجتهد رأي ولا آلو؟ فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الحمد لله الذي وفّق رسول رسول الله لما يُرضي رسول الله».[92]

ووجه الدلالة أن النبي ﷺ أقرَّ معاذا على أن يجتهد بعد أن يستفرغ وسعه في البحث عن الحكم في القرآن الكريم والسنة المطهرة؛ فدلَّ ذلك على أن صفة الاجتهاد مطلوبة ومعتبرة في القاضي، ولو جاز الحكم بالتقليد لبيَّن رسول الله ﷺ ذلك في وقته؛ لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز كما قرره علماء الأصول، والاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر.[93]

ثم إن الحديث يوضح كيف أن القاضي يحكم بالحق، من خلال استثمار علمه بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي؛ لأن الحوادث غير محدودة، أما النصوص فهي معدودة؛ فليس باستطاعة القاضي أن يجد في كل حادثة تعرض عليه نصًّا صريحا يفصل به في الخصومة، فيحتاج إلى الاستنباط من النصوص وتوظيف قواعد استخراج الأحكام فيما لا نص فيه، ولا يمكنه ذلك إلا إن كان عالما بالاجتهاد.[94]

3 – من المعقول: وفيه ثلاثة أوجه كالآتي:

– إن المفتي يشترط فيه الاجتهاد، والقضاء أولى بهذا الشرط من الإفتاء؛ لأن الإفتاء إخبار عن الحكم الشرعي فقط، أما القضاء فبالإضافة للإخبار يكون الإلزام صفة فيه، فإذا اشترط في المفتي أن لا يكون عامياً فالقاضي أولى.[95]

– إن التقليد ضرورة في حق الشخص نفسه – أي المقلد – والضرورة تقدر بقدرها، فلا تتعدى إلى غيره، ومعنى ذلك أننا لا يمكن أن نلزم المتقاضين بما التزمه هو.[96]

– إنَّ مَن لا يُحسن الطب يجب على ولي الأمر أن يمنعه من ممارسته، استناداً إلى ضرورة المحافظة على المصلحة العامة، فكذلك مَنْ لا يحسن الفقه خاصة بالنسبة للقضاة نظراً لخطر منصبهم وأهميته.[97]

(ب) أدلة القول الثاني:

استدل جمهور الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول لإثبات جواز القضاء من غير المجتهد.

1 – من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾ بِٱلْبَيِّنَٰتِ وَٱلزُّبُرِ ... ﴾ [النحل من الآيتين:43 و44].

وجه الدلالة فيما جاء في الحث على سؤال أهل العلم عند عدم المعرفة، والنص عام يدخل فيه

المنارة للاستشارات

القاضي وغيره، فإذا سأل القاضي المقلّد عالما، فأفتاه، فحكم بقوله، فقد أدى ما يجب عليه؛ لأن فصل القضاء فرض توجّب عليه فعله؛ فإذا فصله بفتوى غيره أدى الواجب، كما لو استفتي في حق نفسه.[98]

2 – من السنة: حديث علي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: «إِنَّ اللهَ سَيَهْدِي لِسَانَكَ وَيُثَبِّتُ قَلْبَكَ» فما شككتُ في قضاء بين اثنين بعد ذلك.[99]

ووجه الدلالة أن الحديث اعتبر الاجتهاد ليس بشرط في جواز القضاء؛ ذلك أن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – حينئذ – لم يكن أهلاً للاجتهاد بعد.[100]

3 – من المعقول: وفيه عدة وجوه، أهمها:

(أ) إن المقصود من القضاء هو إيصال الحق إلى مستحقيه، وهذا يحصل من القاضي الجاهل إذا عمل بفتوى غيره.[101]

(ب) إذا جاز للقاضي أن يحكم في الاستفتاء في حق نفسه جاز له أن يحكم في حق غيره، لأنه في الحالتين حكم صادر عن علم ومعرفة، فاستويا.[102]

(ج) القياس على منصب الإمام الأعظم، فليس من شرطه بلوغ رتبة الاجتهاد؛ فبإمكانه أن يقضي بعلم غيره من خلال الرجوع إلى فتاوى العلماء، فكذلك القاضي.[103]

(د) القياس على الشهادة؛ لأن من جاز له أن يكون شاهدا جاز أن يكون قاضيا؛ فلا يشترط الاجتهاد.[104]

(هـ) إن الالتزام بمذهب فقهي له أصوله وقواعده المضبوطة يعتبر الأقرب إلى السياسة، والأبعد عن التهمة، وهذا ما يتحقق لدى القاضي المقلّد؛ فأما جانب السياسة في المسألة فيظهر في مراعاة مصالح الناس التي تقتضي توحيد العمل القضائي والابتعاد عن الاختلاف، وما قد يثيره من هرج في ساحة القضاء. وأما البعد عن التهمة فلأن القاضي المقلّد لا يستطيع أن يقضي إلا بالراجح من مذهب إمامه، فليس له أن يتجاوزه إلى رأي غيره.[105]

المطلب الثالث: مناقشة أدلة الأقوال الفقهية في المسألة والترجيح:

وسوف نورد ما وقفنا عنده من اعتراضات موجهة لأدلة أصحاب القول الأول ثم إلى أدلة الثاني، ونخلص بعدها للترجيح.

(أ) مناقشة أدلة القول الأول:

– إن القول بأن المفتي يشترط فيه الاجتهاد، والقضاء أولى بهذا الشرط من الإفتاء، لا يسلّم به،

المنارة للاستشارات

حيث إن المفتي يجوز له أن يخبر بما يسمع.[106]

– الرد: يجوز للمفتي أن يخبر بما سمع، لكنه لا يسمى مفتيا في تلك الحال، وإنما هو مخبر، فيحتاج إلى أن يخبر عن مجتهد معيّن، فيكون العمل بما أخبر به لا بفتوى من عنده.[107]

– ما ذكروه من أن الجاهل أو المقلد لا يستطيع معرفة الأحكام حتى يحكم بالعدل مردود بأن المقلد يمكنه القضاء بفتوى غيره، ومقصود القضاء –وهو إيصال الحق إلى مستحقه ورفع الظلم– يحصل بذلك، فاشتراط الاجتهاد لا وجه له. والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقوله في مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم، وهو المطلوب.[108]

– الرد: إن القاضي لا تسعفه دائما الفتوى من غيره حتى يبني عليها حكما قضائيا، فالوضع الذي ذكره المعترض عبارة عن استثناء نادر حيث يقضي القاضي بفتوى غيره؛ والوضع الصحيح أن القاضي يجتهد بنفسه للوصول إلى الحكم بعد النظر في المسألة وحال أطرافها وما كان بين يديه من الإثباتات.

– لا يلزم من قول معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أجتهد» أن القاضي يشترط فيه الاجتهاد[109]، مع العلم أن حديث معاذ ضعيف ولا ينهض للاحتجاج به رغم شهرته.[110]

– الرد: يمكن رد هذا الاعتراض بأن قول معاذ صريح في إفادة الاجتهاد في مقام بيان طريقة العمل في القضاء، وهو في أعلى درجات البيان، فإخراجه عن معناه هذا إلى معنى آخر لا مسوّغ له لغة وشرعا. أما القول بأن الحديث ضعيف فلا يسلّم لهم به، حيث لم يحصل الاتفاق على تضعيفه عند أهل الحديث والفقه.

(ب) مناقشة أدلة القول الثاني:

اعترض الجمهور على ما ساقه الحنفية من أدلة في تجويزهم القضاء من غير المجتهد، وذلك كالآتي:

1 – إن حديث علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يمكن الاستناد إليه لإثبات أن النبي ﷺ جعل على رأس القضاء غير مجتهد؛ ذلك أنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه، ويثبت لسانه، فإنه كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد، وهو العلم والسداد، وهذا غير ثابت في غير علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.[111]

2 – إن المفتي الذي ينقل الفتوى لا يكون مفتياً، وإنما هو مجرد مخبر بهذا فقط، فيكون العمل بمقتضى ما يخبره به وما ينقله لا بفتياه، وإن الجاهل لا يصبح مفتياً عندما يسأل العلماء عن مسألة حدثت عنده، لأن سؤاله موجَّه لأن يعمل بالفتوى في حق نفسه وهو مضطر لذلك. أما القاضي فهو يسأل ليلزم بها غيره، ومن هنا كان الفرق، فلا حجة لهم في ذلك.[112]

3 – إن قولهم بحصول الغرض المقصود من القضاء من خلال تولية المقلِّد أمرٌ مردودٌ؛ لأن المقلد

المنارة للاستشارات

جاهل بطريق العلم، وليس لديه علم يقضي به، ومن أين له أن يعرف أنه قضى بالحق وهو غير مؤهل لمعرفة ذلك؛ فقد يقع الخطأ في الفتوى ويقضي بالجور والباطل؛ فتكون تولية المقلد والجاهل ذريعة للحكم بالباطل وهو ممنوع.[113]

4 – إن القياس على منصب الإمام الأعظم غير مسلّم به؛ ذلك أن جمهور الفقهاء يشترطون الاجتهاد في الإمام الأعظم، بل نقل بعضهم الاتفاق بشأنه.[114]

5 – أما القياس على الشهادة فلا حجة لهم فيه لوجهين:

أحدهما: إنه لما روعي في الشهادة آلتها؛ وهو التحمل: العقل، والبصر، والسمع. وفي الأداء: العقل، واللسان؛ وجب أن يراعى في الحكم آلته: وهو الاجتهاد، فصارت الشهادة لنا دليلا، لا حجة لهم فيه.

وثانيهما: إن العالم لما جاز أن يفتي جاز أن يحكم، والعامي لما لم يجز أن يفتي لم يجز أن يحكم، فافترقا.[115]

(ب) الترجيح:

من خلال عرض وجهتي النظر في اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى منصب القضاء، يظهر – والله أعلم – أن قول الجمهور هو الراجح للأسباب التالية:

– قوة أدلة القول الأول وسلامة أكثرها من الاعتراض.

– الرد على الاعتراضات الموجهة لأدلة القول الأول من المعقول.

– عدم سلامة أدلة القول الثاني من الاعتراض.

– ضرورة قيام مصالح القضاء على الوجه الأكمل، والذي لا يتحقق إلا بتوفر شكل من أشكال الاجتهاد في النظر والحكم.

ومما ينبغي مراعاته أنه لا يفهم من عدم اشتراط الحنفية الاجتهاد أنهم يفضلون الجاهل على العالم، قال الكاساني (توفي 587هـ) عن تقليد الجاهل: «لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالأحكام، لأن الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح، بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر...»[116] ولكن إذا تم تنصيبه جاز ذلك، لأن تقليده جائز في نفسه، فاسد المعنى في غيره.[117]

ولئن أدى النظر في الأدلة ومناقشتها إلى الترجيح السابق، فالمؤكد أن هذا الاختيار مقيد بوجود من تتوفر فيه صفة الاجتهاد، وأما مع فقدها فالأمر ينتقل إلى دائرة الضرورة التي تقدَّر بقدرها وتتغير معها الأحكام، إذ لا يعقل أن تتعطل فريضة القضاء بفقد المجتهد المطلق؛ لأن هذا يعني شيوع الفوضى، وضياع الحقوق... وعليه فإذا فقد المجتهد المطلق فإنه يتولى أمر القضاء الأدنى منه

المنارة للاستشارات

رتبة على وفق ما ذكر في مراتب المجتهدين. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الضرورة أوالحاجة تدعو إلى دعم وتأهيل عملية الاجتهاد الجزئي أو المتجزئ، فإذا تحقق وجود المؤهل للقضاء في باب من الأبواب كالجنايات أو الأحوال الشخصية وهكذا، ووجد آخر يغطي باجتهاده دائرة أخرى، وبمجموع تلك الدوائر أو الأبواب يكتمل معنى الاجتهاد المطلق بشكل مقارب. ومع هذا ينبغي الارتقاء بالموجود لبلوغ الرتب العليا في الاجتهاد.[118]

وبناء عليه فالرأي الراجح المذكور مجاله العهود الإسلامية الأولى عند وجود المجتهدين بكثرة مع عدم تشعب العلوم والتخصصات وعدم التعقيد في الحياة الاجتماعية.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد وظيفة القضاء حصل فيها من التغير ما يقتضي إعادة النظر في الشروط المؤهلة لها، حيث إن القاضي في أكثر الدول الإسلامية ملزم بتنفيذ نصوص قانونية محددة في حكمه وإلا تعرّض حكمه للنقض، وبالتالي فهو مقيد ولا تتعدى سلطته حسن تكييف المسألة، وشيء من السلطة التقديرية المحدودة. وبالتالي لم تعد وظيفة القاضي كما كانت عليه سابقا؛ مما يقتضي النظر في شروط تأهيليه لهذا الوضع الجديد. ولعل الأنسب ما سبق تأكيده من الاجتهاد الخاص (الجزئي) وهو أدنى المراتب المعتبرة في الاجتهاد حيث يمكن أن يفي بالمطلوب.

قال ابن القيم (توفي 751هـ): "الاجتهاد: حالة تقبل التجزؤ والانقسام، فيكون الرجل مجتهداً في نوع من العلم مقلداً في غيره، أو في باب من أبوابه، كمن استفرغ وسعه في نوع العلم بالفرائض، وأدلتها، واستنباطها من الكتاب والسنة دون غيرها من العلوم، أو في باب الجهاد، أو الحج، أو غير ذلك، فهذا ليس له الفتوى فيما لم يجتهد فيه، ولا تكون معرفته بما اجتهد فيه مسوغة له الإفتاء بما لا يعلم في غيره، وهل له أن يفتي في النوع الذي اجتهد فيه؟ فيه ثلاثة أقوال: أصحها الجواز، بل هو الصواب المقطوع به".[119]

والظاهر أن "المذاهب الفقهية قد استوت على سوقها، فلم يعد القضاة في حاجة حقيقية إلى استنباط الأحكام من مصادرها، وغاية المطلوب منهم أن يجتهدوا في تطبيقها"؛[120] فمختلف المذاهب – في العصور المتأخرة – لم تشترط الاجتهاد في القاضي، واكتفت بشرط العلم بالأحكام الشرعية ولو على مذهب أحد الأئمة الأربعة.[121]

والعلم بالأحكام يحصل بدراسة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بها، إضافة إلى معرفة المسائل الفقهية من مدونات المذاهب، وكذا أصول الفقه، بالإضافة إلى التدرب على الأعمال القضائية.[122]

هذا، وقد جاءت الشريعة الإسلامية برفع الحرج والمشقة عن العباد؛ وإن القول بعدم اشتراط

المنارة للاستشارات

الاجتهاد مطلقا؛ فيه تضييع لحقوق العباد، وإباحة للظلم، والحكم بالجهل، والقول باشتراط الاجتهاد مطلقا؛ فيه تضييق على العباد، فإن المجتهد قد يتعذر وجوده، مما يتطلب مراعاة حالات الضرورة، مع ضرورة الحرص لإصلاح الأحوال لتأهيل من يقوم على أمر القضاء ونحوه.[123]

الخاتمة

من خلال ما سبق عرضه بيانا لمدى اشتراط الاجتهاد فيمن القضاء، يمكننا تلخيص أهم الأفكار الواردة في النقاط التالية:

- إن القضاء سلطة للفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق عامة بالأحكام الشرعية.
- يهدف القضاء الإسلامي إلى إنصاف المظلومين ورد حقوقهم، وأهم ما يتميز به: تجنب الشكليات، مجانية التقاضي، والتعجيل بالحكم.
- إن القاضي إذا لم يتلق تكوينا نوعيا متينا، لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يقيم أركان العدل في مجلسه.
- إن عدم الاطمئنان إلى القضاء والثقة فيه، يدفع الخصوم إلى العزوف عن الاحتكام إليه، واللجوء إلى الوسائل غير المأمونة من أجل تحصيل الحقوق فيما بينهم.
- الأصل أن يتولى القضاء مجتهد مطلق، وعند افتقاده يكتفى بما دونه من المراتب إلى المجتهد الجزئي، وهو من بلغ رتبة الاجتهاد في باب من الأبواب.
- عند عدم توفر شرط الاجتهاد يصار إلى شرط العلم بأحكام الشرع ولو على مذهب أحد الأئمة.
- لا يجوز تولية الجاهل بأحكام الشرع أمر القضاء، ولا ينفذ قضاؤه.

كما يمكن أن نسجل جملة من التوصيات فيما يلي:

- زيادة الاهتمام بالتكوين النوعي لسلك القضاة خاصة ما يتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية.
- اقتراح فتح تخصص القضاء في أقسام الحقوق بالتعليم العالي: ليسانس، ماستر، دكتوراه، وتوجيه عمل المدارس العليا للقضاء بالنسبة لهؤلاء المتخرجين في الوظيفة التدريبية التي تختم بالدبلوم.
- الدعوة إلى اعتماد التخصص في تكوين القضاة وتوظيفهم: الأحوال الشخصية، القانون المدني، القانون التجاري، التجارة الإلكترونية، جرائم الفساد المالي، الجريمة المنظمة، ...
- نشر الاجتهاد الفقهي القضائي على نطاق واسع وتشجيع الباحثين على دراسته ومناقشته، ومقارنته مع مختلف الاجتهادات والرؤى الخارجية.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المنارة للاستشارات

ـ الهوامش:

(1) – البحث الأول: تطرق إلى تعريف الاجتهاد ثم بيان مراتبه ثم تعريف القضاء وبيان شروط القاضي إجمالا وبيان محل البحث في الدراسة. والظاهر وجود خلل منهجي في البحث حيث شرع بعد المقدمة في المطلب الأول(ص101)، الثاني(ص103)، الثالث(ص110)، والرابع (ص111)، ثم تحول مباشرة إلى المطلب الأول (ص111)، وكذا عنونته لمبحث ثان (ص123) وليس هناك مبحث أول، كما نجد تقصيرا في الأدلة من القرآن وعدم بيان وجه الاستدلال (ص116)، وعدم بيان درجة حديث معاذ (ص117)، والاكتفاء بمناقشة وجه واحد من أدلة القول الأول بالمعقول (ص118)، وعرض أدلة القول الثاني من العقول فحسب (ص119).

– البحث الثاني: عالج الموضوع ضمن ثلاثة مباحث؛ خصص الأول للتعاريف(ص72)، والثاني للمجتهد شروطه ومراتبه،(ص74) والثالث لشرط الاجتهاد في ولاية القضاء(ص79). والبحث مميّز من حيث التنظيم والعرض، لكن يؤخذ عليه: فصل المجتهد الجزئي عن بقية مراتب المجتهدين من خلال استقلاله بمطلب منفرد، ويظهر لي أنه يدرج ضمن المراتب المذكورة. وكذا تخصيص مطلب ثالث في المبحث الثاني (ص86) عالج فيه: "مصادر أحكام القاضي"، ويظهر لي أن هذا خارج عن موضوع البحث. كما أنه من حيث تتبع الأقوال في المسألة أضاف قولا ثالثا في المسألة: "لا يجب أن يكون مجتهدا إذا كان لعذر"، ومسألة العذر في حقيقتها لا ينكرها الجميع لكونها استثناء من الأصل بمبرر شرعي، فهي خارجة عن محلّ النزاع. كما نلاحظ إغفالا لبعض الأدلة من المعقول للقول الأول، وكذا تقصير في تتبع الاعتراضات الموجهة لأدلة الأقوال.

– البحث الثالث: تطرق الباحث للمسألة بشكل موجز من خلال مطلب منفرد في مبحث معنون بـ"حكم اجتهاد القاضي وضمانه"؛ حيث تطرق إلى المسألة مباشرة فعرض الأقوال في المسألة، والأدلة، ثم المناقشة، وأخيرا الترجيح مع بيان أسبابه. وهذا البحث رغم إيجازه جيد من حيث الترتيب والتنظيم والعرض. لكن الباحث فاته تتبع بعض الأدلة في المسألة وكذا ما يتعلق بوظيفة القضاء وتطبيق شروط الاجتهاد في هذا العصر، وإن أشار إلى بعض منها أثناء بيان أسباب الترجيح.

(2) المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير(توفي 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: محمود محمد الطناحي، ج1(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث، د.ت) ص320، مادة: «جهد».

(3) محمد بن مكرم بن منظور (توفي 711هـ)، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، ومحمد أحمد حسب الله، وهاشم محمد الشاذلي، ج1(لا.ط؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت)، ص709، مادة: «جهد».

(4) أحمد الحملاوي، شذا العرف في فن الصرف (ط: 5؛ القاهرة: دار الكتب المصرية، د.ت)، ص 24.

(5) أحمد بن محمد بن علي الفيومي(توفي 710هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج1(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ/1994م)، ص212.

(6) الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني(توفي 502هـ)، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد خليل عيتاني (ط:1؛ بيروت: دار المعرفة، 1418هـ/1998م)، ص 108 مادة:«ج هـ د».

(7) علي بن عبد الكافي السبكي (توفي 756هـ) وولده عبد الوهاب (توفي 771هـ)، الإبهاج في شرح المنهاج، ج3(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1404هـ/1984م)، ص169.

(8) خالد حسين الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي (ط:01؛ دبي: مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، 1430هـ/2009م)، ص36.

(9) محمد بن محمد الغزالي (توفي 505هـ)، المستصفى في علم الأصول، ومعه فواتح الرحموت للأنصاري، ج2(ط:1؛ مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، 1322هـ تصوير: دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت، د.ت)، ص350.

المنارة للاستشارات

(10) عثمان بن عمر بن الحاجب (توفي 646هـ)، مختصر المنتهى مع شرح العضد، ج2(ط:1؛ مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، د.ت)، ص289.

(11) كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام (توفي 861هـ)، التحرير مع شرحه "تيسير التحرير"، ج4(لا.ط: مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، 1351هـ)، ص178.

(12) الغزالي، المستصفى(350/2). وانظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام (162/4).

(13) إبراهيم بن علي الشيرازي (توفي 476هـ)، اللمع (ط: دار الكلم الطيب، دمشق)، ص258.

(14) عبد المعز عبد العزيز حريز، "شرائط الاجتهاد بين النظرية والتطبيق المعاصر"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، المجلد17، العدد50، 2002م، ص221.

(15) نادية شريف العمري، الاجتهاد في الإسلام: أصوله– أحكامه– آفاقه (ط:2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1404هـ/1984م)، ص173؛ خالد حسين الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، ص59.

(16) ينظر: عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح (توفي 643هـ)، فتاوى ومسائل ابن الصلاح في التفسير والحديث والأصول والفقه، ومعه أدب المفتي والمستفتي، حققه وخرج حديثه وعلق عليه: عبد المعطي أمين قلعجي، ج1(ط:1؛ بيروت: دار المعرفة، 1406هـ/1986م)، ص26؛ ونادية العمري، الاجتهاد في الإسلام، ص173.

(17) يحي بن شرف الدين النووي (توفي 676هـ)، المجموع شرح المهذب، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه: محمد نجيب المطيعي، ج1(لا.ط؛ القاهرة: المكتبة التوفيقية، 2010م)، ص82.

(18) عبد الرحمن السيوطي (توفي 911هـ)، كتاب الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، (لا.ط؛ القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، د.ت)ص38–39.

(19) نادية العمري، الاجتهاد في الإسلام، ص176؛ خالد حسين الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، ص61.

(20) السيوطي، كتاب الرد على من أخلد إلى الأرض، ص39. وينظر: فتاوى ومسائل ابن الصلاح(59/1)؛ ابن القيم، إعلام الموقعين (212/4)؛ الدهلوي، عقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد، ص23.

(21) النووي، المجموع شرح المهذب (83/1).

(22) وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي (1080/2)؛ خالد حسين الخالد، الاجتهاد الجماعي، ص63.

(23) النووي، المجموع (84/1).

(24) النووي، المجموع (85/1)؛ فتاوى ومسائل ابن الصلاح (35/1)؛ الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي (1081/2).

(25) النووي، المجموع (85/1)؛ فتاوى ومسائل ابن الصلاح (36/1)؛ والخالد، الاجتهاد الجماعي، ص 64.

(26) عبد المعز عبد العزيز حريز، "شرائط الاجتهاد بين النظرية والتطبيق المعاصر"، مرجع سابق، ص221، 244.

(27) المرجع نفسه، ص264.

(28)المرجع نفسه، ص265.

(29) انظر: أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، ج6 (ط:1؛ بيروت: دار الجيل، 1411هـ)، مادة: "ولي"، ص141؛ ومحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط لمجد الدين، (ط:2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1407هـ) مادة: "ولي"، ص 1732.

(30) انظر: محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب (4920/8)، مادة: "ولي"؛ وأيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1412هـ)، مادة: "ولي"، ص940.

(31) هذا التعريف إنما يصدق على الولاية في مفهومها ومعناها العام – الذي يدخل تحته جميع أنواع الولاية – أما

المنارة للاستشارات

تعريف ولاية بعينها، فإن المقصود منها لا يتضح على وجه الحصر إلا بالتقييد. وينظر: نمر النمر، أهل الذمة والولايات العامة في الفقه الإسلامي (ط:1؛ الأردن: المكتبة الإسلامية، 1409هـ) ص27؛ وشوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام (ط:1؛ الرياض: مكتبة الرشد، 1402هـ) ص97؛ ومحمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي (ط:1؛ عمّان: دار النفائس، 1427هـ)، ص78.

(32) انظر: عبد الحميد محمد البعلي، ضوابط العقود (ط:1؛ القاهرة: مكتبة وهبة، د.ت)، ص193، ومحمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، ص518.

(33) نمر بن محمد الحميداني، ولاية الشرطة في الإسلام "دراسة فقهية تطبيقية" (ط:2؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1414هـ/ 1994م)، ص138.

(34) ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ص24؛ وأبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص28.

(35) نمر بن محمد الحميداني، ولاية الشرطة في الإسلام "دراسة فقهية تطبيقية" (ط:2؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1414هـ/1994م) ص139– 140. وكذا: إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التنم، "معنى الولاية في الإسلام" منشور على الموقع الإلكتروني:http://www.alukah.net/sharia/0/38848/#ixzz2XmDIqEtE (اطلع بتاريخ 30/01/2013).

(36) انظر: نظام القضاء في الإسلام ص34، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1396هـ الرياض: إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود، لا.ط، 1404هـ/1984م، ومصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ج2، ف 645.

(37) انظر: النمر، أهل الذمة والولايات العامة في الفقه الإسلامي، ص53.

(38) نمر بن محمد الحميداني، ولاية الشرطة، ص139– 140؛ ونظام القضاء في الإسلام، ص34.

(39) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (5/3665)، مادة:« ق ض ي ».

(40) ينظر: الفيومي، المصباح المنير (2/507)، مادة:« ق ض ي ».

(41) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص 406– 407، مادة: « ق ض ي ».

(42) ينظر: الدامغاني، قاموس القرآن، ص383– 385.

(43) أخرجه مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الجنائز، باب البكاء على الميت (2/636).

(44) هو أيوب بن موسى الحسيني، الكوفي، الحنفي، أبو البقاء، ولد في كفا بالقرم، وتوفي سنة 1094هـ وهو قاض بالقدس، من آثاره: الكليات، ومعجم في المصطلحات، والفروق الكفوية. (كحالة، معجم المؤلفين1/418).

(45) أبو البقاء الكفوي، الكليات، تحقيق: عدنان درويش، ومحمد المصري ج4 (ط:1؛ دمشق: وزارة الثقافة والإرشاد القومي، 1975م)، ص8.

(46) ابن عابدين، حاشية رد المحتار(5/352)؛ وينظر: الجرجاني، التعريفات ص185؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (1/315).

(47) ابن فرحون، تبصرة الحكام (1/12)؛ والحطاب، مواهب الجليل(6/86)؛ والعدوي، حاشية العدوي (2/293).

(48) الشربيني، مغني المحتاج (4/371)؛ والحصني، كفاية الأخيار (2/353).

(49) البهوتي، كشاف القناع (6/285)؛ وينظر: الروض المربع (2/365)؛ وشرح منتهى الإرادات (3/359).

(50) ينظر: محمد الزحيلي، التنظيم القضائي، ص62.

(51) الزحيلي، المرجع نفسه ص63؛ وينظر أيضا: زيدان، نظام القضاء ص13؛ ومحمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية (ط:3؛ الأردن: دار النفائس، 1425هـ/2005م)، ص28.

(52) محمد الزحيلي، المرجع نفسه.

المنارة للاستشارات

(53) محمد الزحيلي، التنظيم القضائي، ص25؛ ومحمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص40.
(54) الطبري، تاريخ الطبري (2/450).
(55) هو عمير بن سعد الأنصاري الأوسي، صحابي جليل، كان عمر يسميه: نَسيجَ وَحْدِه، وهي كلمة تطلق على الفائق. (ابن حجر، تقريب التهذيب، ص 368).
(56) ابن فرحون، تبصرة الحكام (1/2-3).
(57) ابن القيم، الطرق الحكمية، ص14.
(58) محمد الزحيلي، التنظيم القضائي، ص32.
(59) المرجع نفسه.
(60) المرجع نفسه، ص34؛ وعبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص108.
(61) هو يحي بن جَعْدَةَ بن هُبيرة بن أبي وهب المخزومي، ثقة وقد أرسل عن ابن مسعود ونحوه. (ابن حجر، تقريب التهذيب، ص518).
(62) أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى (6/145)؛ والشافعي، مسند الشافعي ص381؛ والطبراني، المعجم الكبير (10/222)؛ وقال في «مجمع الزوائد» (4/197): رواه الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله ثقات، وقال في «تلخيص الحبير» (3/63): إسناده قوي، وقال أيضا (4/183): أخرجه ابن خزيمة وابن ماجه وابن حبان من حديث جابر بلفظ «كيف تقدس أمة لا يؤخذ لضعيفهم من شديدهم»، وفيه قصة. وفي الباب عن بريدة رواه البيهقي، وعن أبي سعيد رواه ابن ماجه، وعن قابوس بن المخارق عن أبيه رواه الطبراني وابن قانع، وعن منسوبة يقال إنها امرأة حمزة رواه الطبراني وأبو نعيم. وروى الحاكم والبيهقي من حديث عثمان بن جبلة عن سماك عن شيخ عن أبي سفيان بن الحارث بن عبد المطلب رفعه: إن الله لا يقدس أمة.
(63) رضا أحمد المرغني، اللجوء إلى العدالة: المجانية والمساعدة، ضمن كتاب: أبحاث المؤتمر الدولي القضاء والعدالة، ج1. ط:1؛ الرياض: مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1427هـ/2006م، ص234.
(64) المرجع نفسه، (1/234-235).
(65) المرجع نفسه، ص 236.
(66) محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص33، 310.
(67) المرجع نفسه، ص 33.
(68) المرجع نفسه، ، ص 33.
(69) فتحي السيد لاشين، التأخير في البت في النزاعات وتداعياته الاجتماعية، ضمن كتاب: أبحاث المؤتمر الدولي القضاء والعدالة (1/350).
(70) أخرجه البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الخصومات، باب الملازمة (2/853).
(71) متفق عليه: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المحاربين، باب الاعتراف بالزنا (6/2502)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (3/1325).
(72) مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (3/1322).
(73) محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص311؛ وينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (1/85-86).
(74) محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص311-312.
(75) السرخسي، المبسوط (16/84)؛ والعجلوني، كشف الخفا ومزيل الإلباس (1/350).

المنارة للاستشارات

(76) الحطاب، مواهب الجليل (88/6)؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام (21/1–22)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (129/4)؛ والخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل (139/7).

(77) الماوردي، الحاوي الكبير (159/16)؛ والشيرازي، المهذب (291/2)؛ وابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج (264/4)؛ والرملي، نهاية المحتاج (226/8)؛ والشربيني، مغني المحتاج (263/6).

(78) ابن قدامة، المقنع (14/14)؛ والمرداوي، الإنصاف (177/11)؛ والبهوتي، كشاف القناع (317/6).

(79) الطرابلسي، معين الحكام، ص14؛ والسمناني، روضة القضاة (59/1) بواسطة: عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي ص145.

(80) ابن حزم، المحلى (509/10).

(81) الكاساني، بدائع الصنائع (3/7)؛ والمرغيناني، الهداية (359/6)؛ وابن نجيم، البحر الرائق (288/6)؛ والزيلعي، تبيين الحقائق (167/4)؛ وابن عابدين، رد المحتار (38/8)؛ والطرابلسي، معين الحكام، ص14.

(82) ابن فرحون، تبصرة الحكام (24/1)؛ ومحمد عرفة، حاشية الدسوقي (129/1).

(83) ابن قدامة، المغني (14/14)؛ ومحمد الزحيلي، التنظيم القضائي، ص95؛ وأبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص146.

(84) الشيرازي، المهذب (291/2)؛ وابن قدامة، المغني (382/11)؛ والشوكاني، السيل الجرار (275/4)؛ وأبو البصل، نظرية الحكم القضائي ص147.

(85) أبو بكر بن محمد الحصني، كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار، تحقيق: عبد المجيد طعمة، ج2(ط:1؛ بيروت: دار المعرفة، 1421هـ/2000م)، ص287.

(86) الماوردي، الحاوي الكبير (159/16).

(87) أخرجه: الترمذي، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب ما جاز في القاضي (613/3)؛ وأبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطئ (5/4)؛ وابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق (776/2)؛ والحاكم، المستدرك (90/4)، وزاد الحاكم: قالوا فما ذنب هذا الذي يجهل؟ قال: ذنبه أن يكون قاضيا حتى يعلم، ثم قال الحاكم: وهو حديث صحيح الإسناد، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم.

(88) الماوردي، الحاوي الكبير (160/16)؛ وابن قدامة، المغني (14/14)؛ والحصني، كفاية الأخيار (288/2)؛ والصنعاني، سبل السلام (324/4)؛ والشوكاني، السيل الجرار (275/4)؛ ومحمد الزحيلي، التنظيم القضائي، ص95؛ وعبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص 148.

(89) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (2676/6)؛ ومسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (1342/3).

(90) محمد الزحيلي، التنظيم القضائي، ص95.

(91) ينظر: يحي بن شرف النووي، شرح صحيح مسلم، تحقيق: خليل مأمون شيحا، ج12(بيروت: دار المعرفة، 1427هـ/2006م)، ص240؛ ابن حجر، فتح الباري (318/13–319)؛ وعبد العزيز المشعل، "شرط الاجتهاد فيمن يلي القضاء"، مرجع سابق ص:117؛ وعقيل عبد الرزاق عفان الحمداني، "شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، ع3، مج1، 2009م، ص81–82.

(92) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم:3592 (116/2)؛ وأحمد، المسند (230/5، 242)؛ والترمذي، السنن، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم:1342، و1343، ثم قال: "هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل". والحديث

المنارة للاستشارات

رغم شهرته الواسعة قد ضعفه كثير من العلماء، وتقبله آخرون واحتجوا به. وانظر: الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه (188/1)؛ ابن حزم، المحلى (62/1)؛ وابن عبد البر، جامع بيان العلم (55/2–56)؛ وابن القيم، إعلام الموقعين (344/2 وما بعدها)؛ ابن حجر، التلخيص الحبير (182/4)؛ والألباني، السلسلة الضعيفة والموضوعة، حديث رقم:885 (273/2).

(93) ينظر: القرافي، الذخيرة (21/10)؛ عبد العزيز بن عبد الرحمن المشعل، "شرط الاجتهاد فيمن يلي القضاء"، مجلة العدل، الرياض، وزارة العدل، العدد (43)، رجب 1430هـ 117–118.

(94) ينظر: الطرابلسي، معين الحكام، ص14؛ وحمدان بن عبد الحي آل شراب، اجتهاد القاضي وفتواه ومدى تطبيق ذلك في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة– فلسطين، 1426هـ/2005م، ص94.

(95) ابن قدامة، المغني (14/14–15)؛ والحصني، كفاية الأخيار (288/2)؛ وأبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص148؛ والحمداني، "شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء"، مرجع سابق، ص82.

(96) الماوردي، الأحكام السلطانية ص66؛ ابن قدامة، روضة الناظر(1008/3)؛ و آل شراب، اجتهاد القاضي، ص94.

(97) ابن القيم، إعلام الموقعين (217/4).

(98) السمناني، روضة القضاة (60/1)؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير (239/7)؛ وآل شراب، اجتهاد ، ص95.

(99) أخرجه: أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء (301/3)؛ والنسائي، السنن الكبرى (116/5–117)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي (86/10)؛ وينظر: الزيلعي، نصب الراية (60/4) وقد نقل أن الحديث صحيح الإسناد.

(100) البابرتي، شرح العناية على الهداية (360/6)؛ وأبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص148.

(101) الكاساني، بدائع الصنائع (3/7)؛ والمرغيناني، الهداية (360/6)؛ وأبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص149.

(102) الماوردي، الحاوي الكبير (160/16)؛ وآل شراب، اجتهاد القاضي، ص96؛ والحمداني، "شرط الاجتهاد"، ص83.

(103) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (6/7)، والحمداني، "شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء"، ص83.

(104) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (4/7)؛ وابن الهمام، شرح فتح القدير (238/7).

(105) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (5/7)؛ والطرابلسي، معين الحكام، ص27؛ وآل شراب، اجتهاد القاضي وفتواه، ص96.

(106) المشعل، المرجع السابق، ص118.

(107) ابن قدامة، المغني (15/14)؛ المشعل، المرجع السابق، ص118.

(108) حمدان آل شراب، اجتهاد القاضي وفتواه، ص97.

(109) ابن الهمام، شرح فتح القدير (237/7)، حمدان آل شراب، المرجع نفسه.

(110) حمدان آل شراب، المرجع نفسه.

(111) ابن الهمام، شرح فتح القدير (360/6)؛ وعبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص149.

(112) ينظر: الماورودي، الحاوي الكبير (160/16)؛ وابن قدامة، المغني (15/14).

(113) الماوردي، الأحكام السلطانية ص132؛ وابن قدامة، المغني (15/14)؛ وآل شراب، اجتهاد القاضي وفتواه، ص97.

(114) ينظر: عبد الملك الجويني، الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، تحقيق: محمد يوسف وعلي عبد المنعم (ط:3؛ القاهرة: مكتبة الخانجي، 1422هـ/2002م)، ص426؛ وكذا كتابه: غياث الأمم في التياث الظلم (ط2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م)، ص45؛ والماوردي، الأحكام السلطانية، ص6؛ والحمداني، "شرط

المنارة للاستشارات

الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء"، مرجع سابق، ص83.

(115) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص132؛ وحمدان آل شراب، اجتهاد القاضي وفتواه، ص98.

(116) الكاساني، بدائع الصنائع (3/7).

(117) عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص150.

(118) ينظر: الحمداني، "شرط الاجتهاد في تقليد ولاية القضاء"، ص85–86.

(119) ابن القيم، إعلام الموقعين (216/4).

(120) حمدان آل شراب، اجتهاد القاضي وفتواه، ص99.

(121) محمد الزحيلي، التنظيم القضائي، ص95– 96.

(122) عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص149.

(123) ينظر: ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص27؛ حمدان آل شراب، اجتهاد القاضي وفتواه، ص99.

Admissibilité de diligence dans la fonction de juge
Étude doctrinale comparée

Dr. Brahim RAHMANI (*)

Résumé

Cette recherche aborde la question de l'obligation de diligence celui qui prend le mandat de la magistrature; où l'on retrouve les codes de la Fiqh islamique soulignent cette exigence, alors que nous trouvons d'autres opinions ne se conforment pas à cette exigence, où la seule question de recueillir autant de la science aux dispositions de la Charia.

D'autres vont plus loin que cela, Afin qu'ils puissent prendre la fonction de juge qui n'est pas au courant des dispositions de diligence. Les variables de l'ère nous obligent à reconsidérer la question en se fondant sur la fonction du pouvoir judiciaire et les transformations qui ont eu lieu, ainsi que la question de la diligence. Dans cet article, nous abordons l'étude et l'examen des éléments de preuve cités par le Fiqh à l'appui de leurs positions sur cette question. Et en fin, on arrive à la question de la pondération.

* Maître de conférence (A) – Filière des sciences islamiques - Faculté des sciences humaines et sociales - Université d'El oued – Algérie.

المنارة للاستشارات