العدد التاسع
مارس 2018 المجلد الأول

القضاء من المصطلح إلى السلطة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي

Elimination of the term to power between Islamic law and positive law

تاريخ إرسال المقال : 2017/08/26 تاريخ قبول المقال للنشر: 2017/10/15

د. بودور مبروك / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ملخص :

القضاء كمصطلح يتنازعه اتجاهات عدة فالمصطلح اللغوي يكاد يقترب ويبتعد أحيانا عن المصطلح الشرعي نظرا لتعدد المذاهب الإسلامية، ونفس الأمر بالنسبة للقانون الوضعي الذي يركز في تعريف القضاء وتمييزه عن غيره على عدة معايير لا علاقة لها بالجانب اللغوي بل بالجانب الشكلي، الوظيفي، والموضوعي لهيئة القضاء، وهو ما أدى في نهاية المطاف إلى الاختلاف كذلك حول مدى اعتباره سلطة مستقلة أو لا.

وحتى الذين لم يعتبروا أن القضاء سلطة مستقلة ومتميزة عن غيرها قالوا بضرورة تميز الوظيفة القضائية في حد ذاتها لأنها من موجبات إقامة العدل.

الكلمات المفتاحية : القضاء ، الشريعة الإسلامية ، القانون الوضعي ، الوظيفة القضائية ، السلطة ، المشروعية ، الفصل بين السلطات ، المرفق العام .

Abstract :

The same is true for the positive law, which focuses on defining the judiciary and distinguishing it from others on several criteria that have nothing to do with the linguistic aspect, but with the formal, functional, and objective aspect of the judiciary, Which ultimately led to disagreement as to whether it was an independent authority or not.

Even those who did not consider the judiciary an independent and distinct authority said that the judicial function should be distinguished in and of itself because it is a duty to administer justice.

Keywords: judiciary, Islamic law, positive law, judicial function, authority, legitimacy, separation of powers, public annex.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

القضاء بين الناس بالعدل أساس عمران الأرض وصلاح العباد فالعدل أساس الملك، ولا عدل بغير قضاء نزيه وقوي، وحتى تتوفر فيه صفة العدل والنزاهة والقوة وجب أن يكون سلطة مستقلة.

والمقصود بالاستقلال هو الحكم بين مختلف مكونات المجتمع من أشخاص طبيعية ومعنوية بالحق بعيدا عن أي تأثير كان، فاستقلال القضاء والفصل بين السلطات من المطالب الحديثة سواء كان المجتمع في دول متقدمة أو في غيرها.

أما القضاء كمصطلح فإنه يثير بدوره جملة من الاختلافات في تعريفه سواء من الجانب اللغوي أو الاصطلاحي سيما بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي، وبالتدرج نجد أنفسنا أمام وظيفة وهيئة في آن واحد لا يستقيم صلاح مكونات الدول إلا عبر الاعتراف لها بكامل التأثير المفترض وهذا ما يستلزم اختيار الأكفاء من القضاة وتحصينهم من العزل وكفايتهم ماديا، مع إبعاد القضاء عن أي تأثير مهما كان حجمه ومهما كانت طبيعة السلطة الواقفة وراءه، وألا ينازعه كائنا من يكون في اختصاصه الموكول له بمقتضى القانون والشرع.

وهذا الموضوع من الدراسة يثير إشكالية هامة وهي:

هل يكفي أن يكون مصطلح القضاء متفقا عليه حتى يمكن الاعتراف للقضاء بسلطته واستقلاليته ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية اقتضى المنهج المتبع أن تقسم الدراسة إلى قسمين اثنين وكل منهما يتفرع إلى عدة عناوين وفقا للخطة التالية :

أولا : مفهوم القضاء الشرعي والوضعي

1- التعريف اللغوي للقضاء

2- التعريف الاصطلاحي للقضاء عند فقهاء الشريعة الإسلامية

3- التعريف الاصطلاحي للقضاء عند فقهاء القانون الوضعي

ثانيا: القضاء سلطة متميزة ومشروعة

1- حقيقة القضاء كسلطة

2- تمييز القضاء عن غيره من الأعمال المشابهة له

3- مشروعية القضاء في الشريعة الإسلامية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا : مفهوم القضاء الشرعي والوضعي

اختلف تعريف القضاء وانقسم بين التعريف اللغوي والاصطلاحي سواء كان ذلك في الشريعة الإسلامية من خلال ما ذهب إليه الفقهاء في كل مذهب أو ما جاء به فقهاء القانون الوضعي، والذين حصروا تعريفة بالنظر إلى طبيعته كل من زاوية نظره حيث اجتهدوا في التعريف بناء على إحدى المعايير الأربع من شكلي، موضوعي، مختلط ووظيفي، وهو ما سيأتي في هذا القسم الأول من الدراسة، لكن تحتم الأمر أن يشار إلى التعريف اللغوي للقضاء أولا لما له من ارتباط بالشريعة الإسلامية، وبعد ذلك الولوج إلى ما جاء به فقهاء الشرع والقانون الوضعي في هذا الشأن .

1- التعريف اللغوي للقضاء

قضي من القضاء ويعني الحكم وأصله قضاي، لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، قال ابن بري: صوابه بعد الألف الزائدة طرفا همزت، والجمع الأقضية والقضية مثله، والجمع القضايا، على فعالى وأصله فعائل، وقضى عليه يقضي قضاء وقضية، الأخيرة مصدر كالأولى، والاسم القضية فقط، وقال أبو بكر: قال أهل الحجاز القاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم لها.

واستقضي فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس، حيث جاء في صلح الحديبية: هذا ما قاضى عليه محمد، هو فاعل من القضاء الفصل والحكم، لأنه كان بينه و بين أهل مكة، و قد تكرر في الحديث ذكر القضاء، و أصله القطع و الفصل، يقال: قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا تكلم وفصل،[1] و يبقى للقضاء معان عدة.[2]

2- التعريف الاصطلاحي للقضاء عند فقهاء الشريعة الإسلامية

يختلف تعريف القضاء بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي، زيادة على اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما بينهم باختلاف المذاهب الفقهية،[3] ومرجع هذا الاختلاف هو: هل أن القضاء فعل يقوم به القاضي، أم هو صفة حكمية تلازم موصوفها وتوجب نفاذ حكمه؟ وهل القضاء يمتد ليشمل التحكيم و الفتيا أم أنهما بعيدان كل البعد عنه؟[4]

ضف إلى ذلك اختلاف المعنى اللغوي، الذي ربما قد ساهم في هذا الاختلاف الاصطلاحي.[5]

أ- تعريف المالكية للقضاء

عرف المالكية القضاء،[6] بأنه: « الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»، وقد ركز هذا التعريف على القوة الملزمة للعمل القضائي ولم يركز على موضوع النزاع، وما يؤخذ عليه هو أن الإخبار في التعريف، قد يوهم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدق والكذب وبالتالي نبتعد عن

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القضاء المرجو، لأن دور القاضي هو الأمر بحكم الشرع لا الإخبار بحكم الشيء حتى يكون ملزما للمحكوم عليه.

ونظرا لهذا المأخذ جاء بعض علماء المالكية بتعريف آخر أشمل، وهو أن القضاء « صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين فيخرج التحكيم وولاية الشرطة والأمانة العظمى».[7]

ب- تعريف الحنفية للقضاء

عرف بعض الحنفية القضاء بأنه:» فصل الخصومات وقطع المنازعات»، حيث يركز هذا التعريف على عنصري المنازعة والخصومة، وهو ينظر إلى الموضوع دون النظر إلى السلطة التي أصدرته ودون النظر إلى الإجراءات التي يجب اتباعها وما يترتب عنها من أثر، ومن مآخذ هذا التعريف أنه غير جامع وغير مانع، فأما أنه غير جامع فلحصره القضاء في القضايا التي تكون محل خصومة مع أن القضاء قد يشمل قضايا تخلو من الخصومة كالوصاية على السفيه، وكونه غير مانع فلأنه يدخل الصلح بين الخصمين في عمل القضاء،[8] مع أنه خارج عنه.[9]

كما عرفه البعض الآخر من الحنفية بأنه الحكم بين الناس بالحق، ويؤخذ على هذا التعريف أيضا صفة العمومية كونه لا يقتصر على القضاء بل يمتد إلى الولاية الكبرى.[10]

ج- تعريف الشافعية للقضاء

عرف القضاء بعض من الشافعية بقولهم أنه: « رفع الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى »، وهو تعريف قريب من تعريف الحنفية، وعليه نفس المأخذ لكونه غير جامع للقضايا التي تخلو من خصومة وغير مانع باعتبار أن وظيفة القضاء ليست الصلح بين الخصمين.[11]

فيما عرفه جانب آخر من الفقه الشافعي بأنه: « الحكم بين الناس أو الالزام بحكم شرعي »، وهو قريب من تعريف المالكية للقضاء، نظرا لأن فيه ثلاثة عناصر وهي أنه حكم ملزم للجميع، وأنه حكم فصل، ولا يستنبط إلا من المصادر الشرعية.[12]

د- تعريف الحنابلة للقضاء

قال الحنابلة في تعريف القضاء بأنه: « الالزام بحكم الشيء وفصل الخصومات »، وقد جمع هذا التعريف بين الجانب الموضوعي للقضاء، وهو فصل الخصومات والجانب الشكلي للقضاء وهو الالزام، لكن مع ذلك فهو لا يخلو من الانتقادات، فقد يكون حكم القاضي في غير خصومة كحكمه بالوصاية على السفيه،[13] وما يلاحظ في تعريف الحنابلة أنه قريب من تعريف المالكية للقضاء.[14]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويكاد يجمع جمهور الفقهاء المسلمين على أن القضاء هو الحكم في الخصومة لذلك سمي القاضي في الإسلام بالحكم، علما أن مدلول الحكم أوسع دائرة من القضاء، حيث يشمل القضاء في الشرع الفصل في الخصومات، كما يشمل ما يصدر من المحاكم من إجراءات لغرض تحقيق العدل والإنصاف وسط المجتمع المسلم.

فقد يصدر أوامره ونواهيه في كل ما يتعلق بأعمال الولاية قصد تنظيم شؤون الدولة، وقد يحكم دون أن تكون هناك خصومة كصرف الأموال أو حبسها وتجهيز الجيش وتعيين الولاية وغيرها، فالإمام وهو الحاكم له أن يقضي القضاء وأن يفتي وأن يتخذ من القرارات والأعمال ما ليس بقضاء ولا فتيا.[15]

وكل إمام مفت وقاض، ولكن المفتي والقاضي لا يصدق عليها وصف الإمامة الكبرى.[16]

3- التعريف الاصطلاحي للقضاء عند فقهاء القانون الوضعي

تعددت التعاريف المرصودة للقضاء نتيجة اختلاف المنطلق، حيث أن البعض عرفه بالنظر إلى الهيئة القائمة على أعمال القضاء، والبعض الآخر عرفه بالنظر إلى موضوع العمل القضائي، وطرف ثالث جاء وسطا فأخذ من الأول وهو المعيار الشكلي وأخذ من الثاني وهو المعيار الموضوعي فجاء بالمعيار المختلط وبعضهم جاء بمعيار رابع وهو المعيار الوظيفي.[17]

أ- المعيار الشكلي أو العضوي

نتيجة الاختلاف الحاصل حول تفسير السلطات في الدولة بين ثلاث أو أقل، ونظرا للتشابه الحاصل بين عمل السلطات وخاصة بين السلطتين القضائية والتنفيذية، نجد القاضي وهو يصدر حكمه ينتقل بالقاعدة القانونية من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى الواقع، ونفس العمل تقريبا يقوم به رجال الإدارة، مما دفع بعض الفقهاء للقول بوجود سلطتين لا غير وهما السلطة التشريعية والتنفيذية ونتيجة لذلك كان لابد من وضع معيار فاصل بين العمل الإداري والعمل القضائي.[18]

ووفقا لهذا المعيار يكون العمل أو القرار إداريا إذا كان صادرا من جهة إدارية، واستثناء من شخص من أشخاص القانون الخاص حول بعض امتيازات السلطة العامة، ولا يهم لا شكل ولا مضمون العمل أو القرار الإداري ولا حتى الإجراءات التي يصدر وفقا لها.

ويكون العمل قضائيا إذا كان صادرا من السلطة القضائية، سواء صدر عن المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها، أو كان داخلا في صميم الوظيفة القضائية كأن يكون حاسما في النزاع بين المتخاصمين، أو كان خارجا من نطاق الوظيفة القضائية كأن يصدر من القاضي بناء على سلطته الولائية كالأمر بتعيين وصي.[19]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويبقى واضحا أن هذا المعيار ليس فيه إجماع بين أنصاره على الضوابط الشكلية التي يمكن الالتجاء إليها للتفرقة بين العمل القضائي والعمل الإداري.[20]

وقد انتقد هذا المعيار على أساس قصوره في تعريف العمل القضائي وبالتالي القضاء، وذلك لاعتماد المعيار على إرادة المشرع في تحديد متى يكون العمل قضائيا من عدمه، إضافة إلى أن إرادة المشرع أمر خارج عن العمل القضائي،[21] كما انتقدت على أساس أن الاختلاف في الإجراءات هو نتيجة للاختلاف في الجوهر، في حين أن الإجراء لا يكشف عن خصوصية العمل القضائي.[22]

ب- المعيار الموضوعي « المادي »

ذهب أنصار المعيار الموضوعي في تعريفهم للعمل القضائي الولوج إلى خصائص هذا الأخير والهدف المرجو منه وسيلة لذلك.[23]

وقد انقسم أنصار هذا المعيار إلى فريقين، فذهب الفقهاء القدامى منهم إلى الوقوف عند طبيعة التصرف ذاته دون النظر في صفة العضو أو الهيئة التي يصدر عنها هذا التصرف، ذلك أن طبيعة العمل لا تتغير بتغير الهيئات المختصة بإصداره ولا بالأشكال والإجراءات التي يصدرها وفقا لها.[24]

أما الفقه الحديث فقد جاء بعدة نظريات لعل أهمها نظرية التصرف التلقائي والتي يرى أصحابها أن القرار الإداري يصدر عن الإدارة دون حاجة إلى طلب يقدم لها، في حين أن القرار القضائي يتطلب رفع دعوى أمام القضاء، ليفصل فيها القاضي بإصداره قرارا قضائيا، لكنها انتقدت على أساس أن الإدارة أحيانا لا تتخذ قرارا إلا بناء على طلب يقدم إليها من صاحب الشأن، كالقرار الصادر بتعيين موظف أو منح جنسية أو ترخيص.

في حين يرى أصحاب نظرية السلطة التقديرية أن القرار الإداري يصدر عن عضو يتمتع بسلطة تقديرية، وعلى العكس فإن القرار القضائي لا يصدر إلا وفقا للقانون وليس فيه أية سلطة تقديرية.

و قد انتقدت النظرية على إطلاقها لأنه لا يوجد عمل إداري تقديري بحت، ولا عمل قضائي مقيد بالقانون بشكل مطلق، فالقاضي يعمل سلطته التقديرية، وهذه الأخيرة يمكن أن تزيد أو تنقص باختلاف المسائل محل النزاع، ولا أدل على ذلك من استعمال القاضي الجنائي سلطته التقديرية في اختيار العقوبة التي يوقعها على المتهم، ونفس الشيء بالنسبة للقاضي المدني عندما يقرر توزيع الملك على الشركاء في حالة الملكية على الشيوع، و القرار الإداري لا يصدر دوما عن سلطة تقديرية فقد يصدر عن سلطة مقيدة بالقانون كما في حالة الترقية بالأقدمية المطلقة في بعض الوظائف.[25]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالإضافة إلى نظريات أخرى كنظرية المنازعة، نظرية الهدف، ونظرية تغير البناء القانوني، بالإضافة إلى نظريات أخرى كثيرة، والتي ترى في المعيار الموضوعي المعيار الحاسم في تحديد طبيعة العمل القضائي.[26]

ج- المعيار المختلط

نتيجة للنقص الذي شاب المعيارين الموضوعي والشكلي جاء بعض الفقه بالمعيار المختلط والذي يجمع بين الضوابط الشكلية والمادية، حيث ووفقا لهذا المعيار قسم بعض الفقه العمل القضائي إلى العنصرين السابقين، وقالوا بوجود ثلاثة نقاط في العنصر الموضوعي والتي لابد أن تكون موجودة وهي :

1- أن القاضي و هو يفصل في النزاع يجد نفسه أمام وقائع متعددة، فيقوم بفحصها مستخدما بذلك الوسائل القانونية حتى يخلص إلى الوقائع المؤدية إلى النتيجة الصحيحة والسليمة.

2- بعد ذلك يتولى القاضي البحث عن القانون الواجب التطبيق.

3- يبقى في الأخير على القاضي أن يجيب عن السؤال الجوهري محل النزاع وهو هل تضمنت الوقائع المطروحة مخالفة للقانون أم لا ؟

وبما أن المعيار المختلط لا يهمل الجانب الشكلي في تعريف العمل القضائي، فقد أتى هؤلاء الفقهاء ببعض الضوابط الشكلية وهي:

استقلالية و حيادية القضاء عن طرفي الخصومة، وأن يكون القضاة غير قابلين للعزل، وأن يمارسوا مهامهم وفقا لقواعد القانون.[27]

فيما جاء جانب فقهي آخر بتعريف للعمل القضائي، حيث جاء فيه بأنه: « تقرير قانوني يؤديه باسم الدولة عضو مستقل محايد في نطاق إجراءات خاصة تعرف بالإجراءات القضائية ولهذا التقرير قوة الحقيقة القانونية » .[28]

ولم يسلم هذا المعيار من سهام النقد، حيث يعيب عليه منتقدوه بأن المثالب التي أخذت على المعيارين السابقين هي نفسها على هذا المعيار.[29]

د- المعيار الوظيفي

ذهب جانب من الفقه في تعريفه للعمل القضائي وتمييزه عن العمل الإداري، للقول بأن هذه التفرقة لا ترجع إلى موضوع العمل وشكلياته، بل ترجع إلى الربط بين التكييف القانوني للعمل واتصاله بنشاط المرفق العام الذي يتمتع بامتيازات السلطة العامة، بمعنى الرجوع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلى الفكرة الوظيفية، فالقرار الإداري هو الذي يصدر في كل ماله علاقة بالقانون الإداري وبالخصوص فكرتي المرفق العام وامتيازات السلطة العامة.

و بالنتيجة فأي عمل يصدر من مرفق عام محصنا بوسائل السلطة العامة يعد قرارا إداريا يخضع لسلطات القضاء الإداري وما دون ذلك فهو عمل قضائي.[30]

وفيما يخص القانون الدولي فإنه لا توجد أي اتفاقية أو إعلان تضمن تعريفا للقضاء، بل المعمول به هو الإشارة إلى ضرورة أن يكون هذا القضاء مستقلا و محايدا و نزيها و غير ذلك، أي بالتدليل على ما يجب أن يكون عليه دون الولوج في أي تعريف ولو كان بسيطا للقضاء أو حتى للسلطة القضائية.

ولعل ذلك يرجع إلى زهد المشرع الدولي عن أي تعريف يعود بالأساس إلى تناول الفقهاء والمدارس القانونية المختلفة له، وكذلك لوضوح معنى القضاء لدى العامة، وهو نفس الأمر بالنسبة للقانون الجزائري، حيث لم يأت على أي تعريف بدءا بالدستور الجزائري لعام 1996 فقد اكتفى بالإشارة إلى ذكر واجبات ومهام القضاء وأسسه من خلال نصي المادتين (139، 140) ونفس الحال بالنسبة للتعديل الدستوري لعام 2016 بموجب القانون رقم 01/16 حيث لم يأت بأي تعريف بل أتى بما جاء به سابقه مع تغيير رقمي المادتين وفقط لتصبحا على التوالي (157، 158) ، كما لم يتطرق إلى تعريف القضاء أي قانون آخر بما في ذلك قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الجزائريين.

ثانيا : القضاء سلطة متميزة ومشروعة

القضاء وإن كان في ظاهره وحقيقته عملا من الأعمال الفاصلة في المنازعات إلا أنه وقع نقاش فقهي كبير في القانون الوضعي وبالتحديد الغربي منه في أول الأمر لينتقل بعدها ولو بصفة محتشمة إلى الفقه العربي، حيث تمحور هذا النقاش حول مدى اعتبار القضاء سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية أم لا، وهو ذات الأمر في الشريعة الإسلامية من خلال رصد الفقهاء على اختلاف المذاهب الإسلامية الأربعة للفروق الجوهرية بين القضاء وغيره من الأعمال التي تدخل في صميم عمل ولي الأمر أو الحاكم وغيرها، ومدى مشروعية القضاء من الكتاب والسنة.

1- حقيقة القضاء كسلطة

جزء من الفقه في تعريفه للقضاء اعتبره سلطة لها كامل مقومات المساواة مع السلطتين التنفيذية والتشريعية، وجزء آخر من الفقه اعتبر بأن هناك سلطتين فقط لا غير، ومؤدى هذا الاختلاف هو إعطاء مفاهيم مختلفة للسلطة، فهي تستعمل بثلاثة معان مختلفة فقد قصد بالسلطة مختلف العناصر المكونة للسيادة وهو المعنى الذي كانت تذكر فيه السلطة في فرنسا

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عام 1789.

و أيضا أعطي لمدلول كلمة السلطة معنيين آخرين حيث يقال الهيئة التشريعية هي سلطة للدولة، والحكومة هي سلطة للدولة، أي تذكر للتدليل على اختصاصات تعود للسلطتين التشريعية أو التنفيذية، وبهذا ينصرف معنى السلطة إلى تعيين هيئات الدولة.

و في معنى ثالث فإن السلطة قد تعتبر أحيانا وظيفة، وذلك في تعبير عن السلطات التي تعود للهيئة التشريعية أو لرئيس الدولة، و يرتبط الوصف هنا بوظائف تعود لهاتين الهيئتين.[31]

وقد احتدم نقاش فقهي كبير بين مجموعة من الفقهاء حول المصطلح الأنسب للتعبير عن مدلول السلطة.[32]

ويرجع أساس اعتبار القضاء سلطة إلى مبدأ الفصل بين السلطات والذي يقضي بتخصيص عضو مستقل لكل هيئة من هيئات الدولة، مما يؤدي إلى ممارسة الوظائف التشريعية والتنفيذية والقضائية من قبل هيئات محددة مسبقا.[33]

ويرى أنصار اعتبار القضاء سلطة أن مهمة هذا الأخير تعد من قبيل تنفيذ القانون فهي تتميز بوسائل ممارستها، فأداة القضاء هي عبارة عن أحكام تصدر من قضاة يتمتعون بضمانات خاصة، فيما تأخذ أعمال السلطة التنفيذية أشكال القرارات الإدارية والتي لا يشترط فيها نفس الضمانات اللازمة لإصدار الأحكام القضائية وهذا هو جوهر الفرق مع الداعين لوجود سلطتين فقط هما التشريعية والتنفيذية.

ويبرز أيضا القضاء كسلطة مخاطر دمج القضاء بالتشريع، والتي ستؤدي الى تعريض حياة وحرية الناس لرقابة تحكمية، ويصبح القاضي حينها مشرعا، أما إذا ألحق القضاء بالتنفيذ فإن القاضي سيصبح ذا دور تنفيذي ، أما إذا اجتمعت الوظائف الثلاث في يد واحدة فسينتهي ذلك حتما إلى الطغيان والاستبداد.[34]

وبما أن القضاء يقوم على مفهوم حسم المنازعات على أساس قانوني، فهو وظيفة متميزة، وهذا التميز هو الذي جعل منه سلطة مستقلة.[35]

ونجد أن هناك بعضا من الفقه حتى وإن قال بأن القضاء والإدارة ينتميان إلى نفس المكون، وبالرغم من اعتبار الوظيفة والسلطة أمران مختلفان إلا أن هذا الجانب من الفقه اعتبر القضاء سلطة قائمة بحدد ذاتها.[36]

وقد سبق استقلال الوظيفة القضائية في الظهور والنشأة استقلال ولاية القضاء العضوية،[37] ونجد بعض رجال الفقه في فرنسا اعتبروا بأن القضاء ليس إلا مرفقا عاما يؤدي خدمة عامة وليس سلطة بالمعنى الدقيق، ما يؤدي إلى اعتبار القاضي موظفا عاما و ليس له

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

سلطات بالغة الأهمية في مواجهة الإدارة، بعكس انجلترا التي تعتبر القضاء سلطة كاملة الأركان حتى وإن لم تخول القضاء سلطة رقابة دستورية القوانين ، لكنها في المقابل منحت السلطة القضائية صلاحيات واسعة في وجه السلطة التنفيذية عن طريق أوامر الامتياز الثلاثية.[38]

و هناك جانب فقهي لا يعتبر القضاء سلطة إلا بتوفر شروط معينة، منها تشكيل المحاكم بعيدا عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وأن يكون للقضاء الحق في رقابة مدى مشروعية القانون من عدمه.

ويرى هذا الجانب الفقهي أن مساوئ الاعتراف بالقضاء كسلطة أكثر من المحاسن، لأن السلطة حسبه هي سياسية بطبيعتها، ويرى أنه لا يمكن تصور سلطة قضائية بشكل قانوني بحت، فالأهم حسب هذا الاتجاه ليس وجود السلطة القضائية من عدمها بل هو مدى استقلالها.[39]

لكن في المقابل هناك مجموعة أخرى من الفقهاء ينكرون صفة السلطة عن القضاء ويعتبرونه مجرد وظيفة لا غير، حيث أن الفصل بين السلطات أمر وهمي و مخالف للواقع، لأن وحدة الدولة ونظامها تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، الذي ابتدعته الجمعية الوطنية الفرنسية، ويرى هذا الجانب من الفقه أن نظام الدولة ينبغي أن يقوم على فصل الوظائف.[40]

لذا ذهبت مجموعة ثالثة من الفقه للقول بأنه لا توجد في الدولة إلا سلطتين، سلطة إنشاء القانون وسلطة تطبيقه، وليس هناك تمييز بين القضاء والإدارة لأنهما ليسا إلا مجرد أشكال مختلفة في تطبيق القانون،[41] فالسلطة القضائية ما هي إلا السلطة التنفيذية، عندما تطبق القانون على المنازعات التي تفصل فيها.[42]

ويرى جانب من الفقه السوفياتي سابقا أنه و بالرغم من كون القضاء ما هو إلا وظيفة من وظائف الدولة المتعددة، إلا أنه ينبغي أن يتمتع بالاستقلالية عن بقية أجهزة إدارة الدولة،[43] وقد أخذ بعض من الفقه الانجليزي بهذا الرأي أيضا.[44]

لكن انتقد هذا الجانب من الفقه لأنه لم يعتبر القضاء سلطة مستقلة بل اعتبره وظيفة، حيث يرى بعض منتقديه أن الاتجاه المنكر لاعتبار القضاء سلطة هو اتجاه فلسفي في مجال البحث العلمي كونه يتعارض مع الواقع القانوني، ولا يفسر كثيرا من الظواهر القانونية لعل أبرزها اعتراف كثير من الدول بسلطة القضاء،[45] حيث أن تحقيق استقلال القضاء لن يتأتى إلا باعتباره سلطة.[46]

ويعتبر الفكر القانوني الحديث القضاء سلطة مستقلة بحد ذاتها عن بقية السلطتين، وليست وظيفة تتولاها المحاكم، تمارس في إطار مبدأ الفصل بين السلطات، فطبيعة العمل القضائي الذي يفصل في الخصومات بين الأفراد يحتم ألا يمارس إلا في إطار سلطة مستقلة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وليس مجرد وظيفة، ونجد أغلب دساتير العالم قد اعترفت بالقضاء سلطة مستقلة.[47]

و قد استقر الرأي الراجح في فرنسا على اعتبار السلطة القضائية سلطة ثالثة إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية،[48] وهو ذات الأمر بالنسبة للجزائر بموجب المادة (156) من التعديل الدستوري الجديد بمقتضى القانون رقم 01/16، و كذلك ما جاءت به ديباجة الدستور المعدلة بدورها من أن الدستور هو الكافل الحقيق للفصل بين السلطات واستقلال العدالة.

2- تمييز القضاء عن غيره من الأعمال المشابهة له

يختلف القضاء عن أعمال أخرى مشابهة له تتميز في كونها تشترك معه في أنها فاصلة بين أشخاص أو بين وقائع أو بين حدود، لكن في حقيقة الأمر فإن هذا الاشتراك والتشابه لا يعدو أن يكون ظاهريا فقط أما الاختلاف فهو الأصل مثلما سيأتي توضيحه:

أ- القضاء والفتوى (الفتيا)

فالفتوى لغة: هي « إبان الحكم في المسألة شرعية كانت أم غير شرعية وجمعها فتاو وفتاوى »، أما اصطلاحا فهي: « يبان الحكم الشرعي والاخبار به دون الإلزام ».

ويظهر الفرق جليا بين الفتوى والقضاء في أن هذا الأخير ملزم في حكمه ولا يجوز مخالفته بخلاف الفتوى فقد يأخذ بها المستفتي وقد يستعيض عنها بفتيا أخرى، أما العبادات وكل ما يتصل بها فإنه يجب الأخذ بالفتوى إن وجدت لا بالحكم القضائي، فالحاكم لا يستطيع مثلا إصدار حكم قضائي بإبطال صلاة صحيحة. فالفتوى إخبار محض بخلاف الحكم الذي هو إنشاء والفتوى بهذا الشكل قد تصدق وقد تكذب خلافا للحكم فإن الإنشاء فيه إلزام، ومن ألزم نفسه أو غيره بشيء لا يقال له صدقت أو كذبت.

والمفتي له القدرة على أن يفتي أباه وأمه وسائر أقاربه وكل من لا تقبل شهادته له، لأن الفتوى هدفها بيان الحكم الشرعي بخلاف القاضي الذي لا يستطيع أن يصدر حكما وأحد طرفي الخصومة أب أو أم أو زوجة مثلا، فيكون الحكم باطلا لأنه قد يثير التهمة في كونه قد يميل لأقاربه.[49]

والقاضي يفصل في الخصومات والمنازعات عند وجودها، فيما المفتي قد يستفتيه شخص ما في أمر لا علاقة له بنزاع، كمن يطلب بيان شروط الزكاة.

وقد أجاز الإمام النووي أن تكون المرأة مفتية : « وينبغي أن يكون المفتي ظاهر الورع مشهورا بالديانة الظاهرة والصيانة الباهرة، ثم قال شرط المفتي كونه ثقة مأمونا عن الفسق فقيه النفس رضي الفكر صحيح النظر و الاستنباط متيقظا سواء فيه الحر والعبد و المرأة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته »، لكن الجمهور لم يجز بأن تتولى المرأة القضاء، وكذلك بالنسبة لحاسة البصر فإنه شرط في تولية القضاء بخلاف الفتوى مثلما سبق ذكره.[50]

ب- القضاء والتحكيم

التحكيم لغة هو: التفويض: يقال حكمت الرجل بتشديد الكاف أي فوضت الحكم إليه.

و التحكيم مشروع بالكتاب لقوله تعالى: « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » النساء (25)، والتحكيم مشروع بالسنة فقد روى النسائي أن أبا شريح رضي الله عنه قال يا رسول الله: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فيرضى عني الفريقان، فقال عليه الصلاة والسلام: « ما أحسن هذا » سنن النسائي.

ويختلف الحكيم عن القضاء فيما يلي:

1- التحكيم يستوجب تراضي المتحاكمين، بخلاف القضاء فإن القاضي يحكم ولا يهم تراضي المتخاصمين.

2- التحكيم تولية خاصة من المتخاصمين أنفسهم بخلاف القضاء فهو من الولايات العامة في الدولة .

3- التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص والدية بخلاف القضاء.

4- حكم التحكيم يكون بين حاضرين ولا يجاوزه إلى شخص غائب بخلاف حكم القضاء فإنه يتجاوز إلى الغائب ويحكم عليه به.[51]

ج- القضاء وولاية المظالم

على الرغم من التشابه الظاهري بين القضاء وولاية المظالم إلا أن الفرق بينهما واضح ولا يخفى عن العين المتبصرة حيث أن:

1- ولاية المظالم تتمتع بقدر من الهيبة والقوة لا تتوفر لدى القضاء، فمن شروط ناظر المظالم أن يكون ذا قدر جليل وعظيم الهيبة والعفة والورع، أمره نافذ لا محالة.

2- ناظر المظالم يستعمل من الترهيب والتعنيف ما يؤدي إلى معرفة الصادق من الكاذب بخلاف القاضي.

3- لا يتورع الناظر عن تأديب كل من ظهر ظلمه بخلاف القضاء والذي قد يطول فيه العقاب.

4- رتبة قاضي المظالم أعلى من رتبة القاضي العادي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

5- سلطة قاضي المظالم أوسع من سلطة القاضي فله عقاب الظالم وتأديبه وإجباره على رد الحقوق لأصحابها، كما له دور إيجابي في المنازعات التي ترفع إليه مثل إلزام المتخاصمين على الصلح.

6- ولاية المظالم أرفع مرتبة من القضاء لأنه ينظر فيما عجز عنه القضاء لأنه قد وجد لوقف تعدي أصحاب الجاه والسلطان، فقاضي المظالم يرفع الجور عن الضعفاء الذين لا يستطيعون رده بأنفسهم، ولا القضاء يستطيع رده كذلك.[52]

د- القضاء والحسبة

يختلف القضاء عن الحسبة في كثير من الأمور لعل أبرزها ما يلي:

1- الحسبة حسب تعريف الإمام الماوردي : هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي على المنكر إذا ظهر فعله لقوله تعالى: « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر» آل عمران 104 ، واعتبر الإمام ابن قيم الجوزية الحسبة أمانة ينبغي أداؤها لمستحقيها مثلها مثل ولاية المظالم والقضاء وولاية المال وقال فيها أنها فرض كفاية كالقضاء والجهاد والأمانة، لكنها تختلف عن القضاء في أن نطاق الحسبة أضيق إذ تقتصر على العقود أو المعاملات وحتى العبادات التي يطالها المنكر ولا يجوز للمحتسب تجاوز اختصاصه بغير نص كأن يتعدى على اختصاص الولاة والقضاة وغيرهم.

2- الحسبة تقتصر على الحقوق المعترف بها أما الحقوق المتنازع عليها فلا يجوز للمحتسب النظر فيها، فهي من اختصاص القاضي الذي يحكم بين الناس فيرد الحقوق إلى أصحابها.

3- المحتسب يمارس مهامه حتى وإن لم يتلق بلاغا بشأنها فمهمته هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بخلاف القضاء.[53]

3- مشروعية القضاء في الشريعة الإسلامية

يعتبر القضاء في الشريعة الإسلامية من الولايات العامة التي يتولاها الخليفة بنفسه وله أن يولي بدلا عنه قضاة ولاية مطلقة أو مقيدة بحسب الظروف.[54]

ويستمد القضاء مشروعيته في ذلك من الكتاب والسنة، فقد جاء النص عليه في القرآن الكريم لقوله تعالى :« إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » النساء (105) ، وقوله أيضا : « أن أحكم بينهم بما أنزل الله » المائدة (49)، وقوله تعالى: « وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا أتينا حكما وعلما » الأنبياء (78).

وقد دلت الآيتان الكريمتان أن من وظائف الرسل الوظيفة القضائية، وهي الحكم بما

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أنزل الله لفض الخصومات ويكون ذلك بالعدل.

وما يستدل عليه في مشروعية القضاء من السنة الكثير من الأحاديث، فقد روي عن أم سلمة رضي الله عنها أن الرسول(ص) قال: « دائما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي بنحو ما أسمع فمن قضيت له من أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقتطع له قطعة من النار» صحيح البخاري.[55]

ويبقى الأكيد أن الحكمة من القضاء هي: رفع التهارج ورد النوائب وقمع الظالم ونصرة المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فهو أيضا فريضة فقد باشره الصحابة والتابعون ونص عليه الصالحون بعدهم، فهذا ابن مسعود رضي الله عنه يقول: لأن أقضي يوما بالحق أحب إلي من عبادة سبعين سنة.[56]

وقد جاء في حديث ابن مسعود عن النبي (ص) :« لا حسد إلا في اثنين رجل أتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها »، وغيرها من الأحاديث الكثيرة في هذا الباب، وأما التحذير الوارد من تولية القضاء، فإنما هو عن الظلم لا عن القضاء ذاته لأن قوله (ص) :

« القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة »، فالمقصود هنا أن النار تكون مثوى للجائر والجاهل الذي لم يؤذن له الدخول في القضاء.[57]

الخاتمة :

يكاد لا يكون هناك إجماع على تعريف واحد لمصطلح القضاء من لدن فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك لاختلاف معاني اللغة العربية واختلاف فهم المتلقي ومشربه، وكذلك الأمر بين صناع القانون الوضعي حتى أن هؤلاء اختلفوا في اعتبار القضاء سلطة من عدمه، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على مشروعية الأخذ بالقضاء لأنه في البداية والنهاية أمر الله لعباده وهو ما أكد عليه القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

وفرضا حتى ولو كان القضاء في عصرنا الحالي ليس بسلطة فهذا لا يعني أنه تابع في كل شيء لغيره من السلطات الأخرى إلا في ما يلزم سير المرفق العام من شروط المرفق العام وأوقاته، وضرورة أن يكون القضاء كمرفق عام متاحا لعامة الجمهور، وكذلك تبيان كيفية التقاضي، وتحديد شروط وطريقة حساب وصب الرواتب، وشروط عمل القضاة وغيرهم داخل هذا المرفق، وترقياتهم وعطلهم، وغيرها من الأعمال التي تختص بها سلطات أخرى غير القضاء لأنها ليست من صميم اختصاصه ولا ولايته.

في هذا الجزء فقط يمكن ألا يكون القضاء سلطة مستقلة لأن الهيئتين التشريعية والتنفيذية من تملكان اليد الطولى، لكن حين مباشرة التحقيق والفصل في أية منازعة أو حين

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تطبيق الحكم أو القرار القضائي فإنه لا يحق لأي كان حتى ولو كان رأس السلطة التنفيذية - رئيس الدولة - أن يتدخل، وإلا فما الفائدة من هذا المرفق المسلوب الصلاحية.

فأهم شيء يستخلص من هذه الدراسة هو ضرورة استقلال القضاء في عمله من غير تدخل أو ابتزاز للقضاة أو أي مكون من مكوناته بأي شكل كان سواء بالعزل أو الإبعاد أو التخويف بالطرد من الوظيفة، وأن يوفر كل ما يُمَّكِنُ العَمَلَ بهدوء وفاعلية سواء من خلال توفير المرافق وتسهيل مهمة رجال القضاء وكفايتهم المادية، وألا يكون هناك أي تعقيب على أحكامهم وقراراتهم فحتى العفو الرئاسي يعتبر بمثابة تعقيب على حكم أو قرار نهائي غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن العادية وغير العادية، وهو ما يستلزم بالضرورة تعديل القوانين لتتماشى مع هذه الاستقلالية وأن تنزع هذه الصلاحيات من يد السلطة التنفيذية وغيرها من التي يمكن أن تقيد القضاء.

الهوامش :

1 جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حقبة بن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط1 1991، ص: 3665.

2 من معاني القضاء ما يلي:

أ/الخلق: قضاء الشيء: بمعنى إحكامه و إمضاؤه والفراغ منه.

قال تعالى: " فقضاهن سبع سموات في يومين"، أي أحكم خلقهن، و الخلق في هذا المعنى ملازم للقدر لا ينفك أحدهما عن الأخر، لأن أحدهما بمنزلة الأساس، وهو القدر، و الأخر بمنزلة البناء، وهو القضاء، فمن رام الفصل بينهما فقد رام هدم البناء و نقضه.

ب/العمل: ويكون بمعنى الصنع والتقدير، لقوله تعالى: « فاقض ما أنت قاض «، أي فاعمل ما أنت عامل، قال ابن السيرافي: قضاهما: فرغ من عملهما، و القضاء: الحتم والأمر.

ج/الفراغ: تقول قضيت حاجتي، وقضى عليه عهدا، أوصاه و أنفذه، و معناه الوصية، و به يفسر قوله تعالى: « و قضينا إلى بني اسرائيل في الكتاب» أي عهدنا بمعنى الأداء و الإنهاء.

وفي قوله تعالى: " ولو أنزلنا ملكا لقضي الأمر ثم لا ينظرون " قال ابو إسحاق: معنى قضي الأمر أتم إهلاكهم: قال: وقضى في اللغة على ضروب كلها ترجع إلى معنى انقطاع الشيء و تمامه.

ه/الحكم: لقوله تعالى: « ولو لا أجل مسمى لقضي بينهم « أي لفصل الحكم بينهم، ومثل ذلك قولهم: قد قضى القاضي بين الخصوم، أي قد قطع بينهم في الحكم.

و/أداء الدين: من ذلك: قد قضى فلان دينه، تأويله أنه قد قطع ما لغريمه عليه، وأداه إليه، و قطع ما بينه و بينه.

وهناك معاني مشتقة من كلمة القضاء لها دلائل مختلفة مثل:

القضاة: الجلدة الرقيقة التي تكون على وجه الصبي حين يولد.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي الحديث ذكر دار القضاء في المدينة، قيل هي دار الإمارة، قال بعضهم: هو خطأ ، وإنما هي دار كانت لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، بيعت بعد وفاته في دينه ثم صارت لمروان، وكان أميرا بالمدينة، ومن هنا دخل الوهم على من جعلها دار الإمارة."، ابن منظور، المرجع السابق، ص: 3665 - 3667.

وأيضا: راجع في هذا المعنى:

- عمار بوضياف، السلطة القضائية بين الشريعة والقانون، دار ريحانة، الجزائر، بدون تاريخ نشر، ص: 8- 10.

- حسن محمد محمد بودي، ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1 2006، ص: 9 - 11.

- عبد العزيز خليل بديوي، القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، دار الفكر العربي، ط1 1980، ص: 11.

- أنور العمروسي، التشريع والقضاء في الإسلام، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2000، ص: 45.

3 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 10.

4 حسن محمد محمد بودي، المرجع السابق، ص: 11.

5 عمار بوضياف، المرجع نفسه ، ص: 9، 10.

6- هذا التعريف هو للعالم ابن رشد، حيث يرى أن القضاء يتحقق بأمور ثلاثة:

1- الإخبار: وهو التبيين والإظهار فلو لم يكن هناك إظهار لما كنا أمام قضاء، فإذا تكتم القاضي الأمر ولم يفصح عنه بحكم، فلا يمكن أن يكون هناك قضاء، لأن الأصل في القضاء هو الظهور، فعندما ترفع الخصومة إلى القاضي ليفصل فيها، فإن حكمه بالضرورة يكون مجاهرا به ليعلم به المتخاصمان.

2- الحكم الشرعي: وهو الحكم الذي يستند إلى مصادر الشرع من كتاب الله عزوجل، وفي حال عدم وجود ذلك يرجع إلى السنة المطهرة، فإن لم يجد القاضي ذلك اجتهد برأيه.

3-الإلزام: وهو تنفيذ حكم القاضي على الجاني شاء أم أبى، طالما أن الحكم يصب في شرع الله .

عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص: 10.

7 حسن محمد محمد بودي، المرجع السابق، ص: 13.

8 حسن محمد محمد بودي، المرجع نفسه، ص: 12.

9 قال ابن عابدين في حاشيته: "ولابد أن يزداد في التعريف على وجه خاص وإلا دخل فيه الصلح بين الخصمين"،

حسن محمد محمد بودي، المرجع نفسه، ص: 12.

10 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 12.

11 حسن محمد محمد بودي، المرجع السابق، ص: 14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

12 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 12، 13.

13 حسن محمد محمد بودي، المرجع نفسه، ص: 14، 15.

14 عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص: 12.

15 عبد العزيز خليل بديوي، المرجع السابق، ص :11.

- أنور العمروسي، المرجع السابق، ص: 50.

16 عبد العزيز خليل بديوي، المرجع نفسه، ص: 50.

17 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 13.

- هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1990، ص: 17.

- شمس مرغني علي، المعيار الوظيفي كمعيار للتمييز بين العمل الإداري والعمل القضائي، مجلة العلوم الإدارية، 1972، العدد(3)، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، ص: 99.

18 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 13.

- يس عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، 1984، ص: 19.

19 شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص: 100.

- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص: 14.

- هشام خالد، المرجع السابق، ص: 17.

20 شمس مرغني علي، المرجع نفسه، ص: 100-103.

- هشام خالد المرجع نفسه، ص: 17-27.

21 هشام خالد، المرجع السابق، ص: 27.

22 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 14.

23 هشام خالد، المرجع نفسه، ص: 35.

24 شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص: 105-108.

- عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص: 14-15.

- هشام خالد، المرجع نفسه، ص: 35-37.

25 شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص: 108-109.

26- **نظرية المنازعة:** الفرق الأساسي بين العمل القضائي والإداري هو أن القاضي دائما يفصل في نزاعات تطرح عليه ويتخذ بشأنها

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قرارات قضائية، بعكس القرار الإداري، لكنها انتقدت على أساس أن الإدارة كثيرا ما تتخذ قرارات لحسم المنازعات التي تعرض عليها، حيث ترفع أمامها تظلمات إدارية، كما أن هذه النظرية لا تصدق على أحكام قضائية كقضاء الإلغاء فهو قضاء عيني أو موضوعي يهدف إلى الفصل في شرعية القرارات الإدارية.

نظرية الهدف: يرى أصحاب النظرية أن الهدف من نشاط الإدارة هو تلبية مطالب المجتمع، لذا وجب أن تكون القرارات الإدارية مرنة يجوز العدول عنها أو تعديلها حسب الحاجة، أما هدف القضاء فهو حماية النظام العام، وبالتالي فالقرار القضائي الصادر ينبغي أن يكون محصنا لذا فالقرار القضائي وحده هو من يتمتع بحجية الشيء المقضي به.

نظرية تغيير البناء القانوني: يرى أنصار النظرية أن القرار الإداري يؤدي إلى إحداث تغيير في البناء القانوني للدولة بإنشاء مراكز قانونية جديدة سواء عامة أو خاصة، أو تعديل أو إلغاء في المراكز القانونية القائمة، بعكس العمل القضائي الذي لا ينطوي على أي مساس بهذا البناء، بل هدفه حماية هذا الأخير.

- شمس مرغني علي، المرجع نفسه، ص: 109-112.

- هشام خالد، المرجع السابق، ص: 38-49.

27 شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص: 113-114.

28 هشام خالد، المرجع السابق، ص: 59.

- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 15.

29 شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص: 114.

30 شمس مرغني علي، المرجع نفسه، ص: 115، 116.

31 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المعيار المميز للعمل القضائي، مجلة الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، ص: 2 .

32 " يرى الفقيه " ديجي" أن استخدام كلمة هيئة أفضل من سلطة لإبعاد كل لبس محتمل: " وإن كنت استخدم كلمة هيئة الدولة فذلك لأنها أقل الكلمات إثارة للالتباس وكذلك و على وجه الخصوص من أجل إبعاد كلمة السلطة pourvoir التي أسيء استعمالها في القانون العام، الأمر الذي يقود إلى الخطأ إن لم نقل التنافر».

أما الفقيه "موريس هوريو" فقد عدد ثلاثة مصطلحات تطلق على أنشطة الدولة وأجهزتها وهي: الوظيفة fonction ، الهيئة أو التنظيم organisation ، و السلطة pouvoir ،فيقصد **بالوظيفة:** طبيعة النشاط بحد ذاته، وتتكون هذه الأنشطة إما من: وظيفة إنشاء قانون، إحقاق عدالة الحكم، أو الإدارة.

بينما **السلطات:** فهي سلطات الإرادة pouvoir de volonté والتي من خلالها تؤدي المنظمات وظائفها، ونجد في الفقه الدستوري الإنجليزي معنى السلطة قد يأتي بمعنى الهيئة ، كما قد يأتي بمعنى الوظيفة.»،

بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 3.

33 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 3 ، 4.

34 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 5-7.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

35 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 7.

36 هوريو: " إننا نعود إلى فكرة قديمة للغاية تقسم بين سلطات السيادة المتنوعة تقسيما جوهريا بين سلطة القضاء والسلطات السياسية، فالسلطة الأولى تهدف إلى حسم المنازعات بطريق تطبيق القانون القائم والسلطات السياسية تهدف إلى خلق القانون للمصلحة العامة وخارج أي نزاع قائم، ففوق مبدأ الفصل بين السلطات نسلم بفصل أولي بين السلطات السياسية وبين سلطة القضاء".

بلودنين أحمد، استقلالية القضاء بين الطموح والتراجع، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999، ص: 18.

37 تم التعبير عن مصطلح "**ولاية القضاء العضوية**» بمصطلحات مختلفة ولم يكن هناك اتفاق على تعريف واحد مجمع عليه سواء لدى فقهاء القانون الخاص أو العام، لكن الغالبية من فقهاء القانون الخاص عرفوا ولاية القضاء بكونها الاختصاص، لكن وجد اختلاف في هذا الشأن كذلك فجزء من الفقه قال بأن الاختصاص لفظ عام معناه الولاية القضائية الممنوحة لمحكمة معينة في نظر القضية والحكم فيها، فتكون المحكمة مختصة إن كانت لها هذه الولاية، وغير مختصة إن لم تكن لها هذه الأخيرة، وذهب فريق آخر للقول بأن الولاية القضائية هي الاختصاصات التي منحها المشرع لهيئة قضائية للفصل في المنازعات فقواعد الاختصاص هي التي تبين ما يدخل في سلطة المحكمة.

و ذهب فريق فقهي مستحدث للقول بأن ولاية القضاء هي مجمل الوظيفة القضائية وما تمنحه من سلطات، أي أنها مجموع الاختصاصات المسندة لكل المحاكم الموجودة في الدولة.

ويعبر عن الولاية القضائية في انجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية بمصطلح الاختصاص Jurisdiction ، ويقصد بالاختصاص حسب بعض الفقه كل ما يعرض للمحاكم من منازعات.

أما دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1787 فقد أتى بمعنيين عن ولاية القضاء، فمرة أعطى لها معنى ولاية القضاء العضوية، لأنه اعتبر في بداية المادة (3) بأن ولاية القضاء تعني الهيئة التي تفصل في المنازعات المرفوعة لها، حيث جاء فيها: " السلطة القضائية في الولايات المتحدة مخولة لمحكمة عليا واحدة وفي تلك المحاكم الدنيا التي ينشئها الكونغرس وينظمها من وقت لآخر".

ونفس المادة (3) في فقرتها الثانية والثالثة اعتبرت أن الولاية القضائية هي نفسها الوظيفة القضائية.

يس عمر يوسف، المرجع السابق، ص: 11- 13.

38 بلودنين أحمد، المرجع السابق، ص: 16، 17.

39 G. VEDELMANUEL : « ... ومع ذلك فإن الحقيقة أن ما هو ضروري ليس أن توجد سلطة قضائية، وإنما الضروري أن يكون القضاء مستقلا «.

بلودنين أحمد، المرجع السابق، ص: 15، 16.

40 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 6.

41 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم ، المرجع نفسه، ص: 7.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

42 يقول الفقهان: " جارسوليه، وسيزارجرو": " هناك سلطتان توجهان المجتمعات الحديثة: السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، إذ تضع السلطة الأولى القوانين، في حين تطبق الثانية هذه القوانين، ويتفاوت اسمها تبعا لما إذا كانت تخدم التوجيه العالمي للشؤون السياسية، أو تنظم تفصيلات الحياة العامة، أو القضاء في المنازعات، فهي في الحالة الأولى الحكومة، وهي في الحالة الثانية الإدارة وفي الثالثة القضاء ".

كما يؤكد الفقهان على أن السلطة القضائية غير مستقلة: " مهمة السلطة القضائية هي أن تحقق العدالة فهي توقع على الجاني العقاب، وهي تفصل مدنيا في المنازعات التي تثور بين الأفراد، وهي تمارس هذه السلطة عن طريق المحاكم القضائية... و مهمة السلطة القضائية كذلك أن تفصل في المنازعات بين المواطنين والإدارة وهي تمارس عن طريق المحاكم الإدارية... وهي تمارس تحت سلطات حامل الأختام (وزير العدل) الذي يمثل السلطة التنفيذية في هذا الجزء من الاختصاص...".

- بلودنين أحمد، المرجع السابق، ص: 14، 15.

43 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 9.

44 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 11.

45 بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 12.

46 درخان عبد الحكيم إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 13.

47 فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1977، ص: 18، 19.

48 محمود رضا أبو قمر، القضاء والواقع السياسي، دراسة تطبيقية على القضاءين الإداري والدستوري في مصر، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، 1995، ص: 119.

49 حسن محمد محمد بودي، المرجع السابق، ص: 24 - 26.

50 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 23، 24.

51 حسن محمد محمد بودي، المرجع السابق، ص: 26 - 28.

عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 16 - 18.

52 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 22.

- عبد العزيز خليل بديوي، المرجع السابق، ص: 18- 21.

53 عمار بوضياف، المرجع السابق ، ص: 18، 19.

54 أحمد العلوي اليوسفي، القضاء وحقوق الإنسان في الإسلام، مجلة الإحياء، رابطة علماء المغرب، العدد (17)، 2001، ص: 201.

55 حسن محمد محمد بودي، المرجع السابق، ص: 17، 18.

وأيضا أنظر: د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 25 - 31.

- عبد العزيز خليل بديوي، المرجع السابق، ص: 12 - 14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

56 عبد العزيز خليل بديوي، المرجع نفسه، ص: 12.

57 أنور العمروسي، المرجع السابق، ص: 50 - 52.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com