

السوابق القضائية
في التشريعات العربية المعاصرة
دراسة تأصيلية في ضوء الشريعة الإسلامية

إعداد

الدكتورة هيام اسماعيل السحماوي

الأستاذ المساعد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى: "وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ"^١

عن بريدة رضي الله تعالى عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"القضاة ثلاثة إثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق ففضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق ففضى للناس على جهل فهو في النار، رواه الأربعة وصححه الحاكم."^٢

مقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وآله الكرام وأصحابه أعلام الهدى وأسوة الأنام وعلى من أفتى آثرهم المحمود وسلك نهجهم المنشود على مر الزمان والمكان وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد

من رحب كتاب الله تعالى إنطلقت أحكام رب العالمين وهو العليم الخبير الذي أحاط بكل شيء علماً وهذا مصداقاً لوجوب الرجوع إلى حكم الله ورسوله، والشاهد في ذلك قوله تعالى: "لعلمه الذين يستنبطونه منهم"^٣ والمقصود الاستنباط في الآية الكريمة أي من النصوص لا من قول بشر الغير معصوم، وجاء في السنة قول رسول الله خاتم الأنبياء "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً" ولا شك

(١) سورة الشورى: الآية ١٠

(٢) حديث بريدة هذا حديث جيد وله طرق وجاء ببعض الطرق من طريق رواية خلف بن خليفة بن صاعد الأشجعي، وهو قد اختلط وادعى أنه رأى عمرو بن حريث الصحابي رضي الله عنه، وقد أنكر عليه ذلك الإمام أحمد والجماعة وأن هذا من تخليطه، وقد تابعه بعض الرواة الثقات عند أبي داود، وهو حديث جيد ترجمة راوي الحديث.

(٣) النساء: ٨٣

من أن الضابط الذي وضعه الصحابة رضوان الله عليهم من بعد سيد البشرية أنه لا يحل لأمرئ أن يقدم على أمر حتى يعلم حكم الله فيه

ولما كانت الأحكام الشرعية مبنية على المصادر الشرعية لإحتياجها إلى ذلك فإن السوابق القضائية كذلك تحتاج إليهم وبالذات الفقه القضائي حيث يكون في حكمه قد أبدع حلاً جديداً لواقعة جديدة لم يسبق تقرير حكم لها من قبل وفي هذه الحال يكون الحكم سابقة لهذه النازلة لم يسبق له نظير، وهذا ما يعرف اليوم بالسابقة القضائية التي تعني العودة إلى مبادئ الأحكام التي قررتها محكمة أعلى مختصة من أجل الوصول إلى حكم في قضية مطروحة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن للسوابق القضائية أثر كبير في تقرير الأحكام الكلية للوقائع القضائية عند خلو محل الواقعة من إجتهد سابق ولقد كثر الحديث عن مدى مشروعية الإلزام بها والاحتجاج بها، وسجد الناظر في هذا البحث بيان لإختلاف العائلات القانونية حيث تصنف الشريعة الإسلامية ضمن العائلات القانونية الرئيسية جنباً إلى جنب مع العائلة اللاتينية، وعائلة القانون العام أو الانجلوسكسونية؛

وتتمثل أهمية البحث في إظهار تأثير السوابق القضائية على مصادر القاعدة القانونية، حيث تتمثل مشكلة البحث في بيان مدى تأثير السوابق القضائية في الحكم القضائي، وما ينبغي حيال هذا التأثير، وأثره على المشرع والقاضي في ظل النصوص القانونية النافذة وسيتبين كل ذلك وتأصيله بإذن الله تعالى.

أهمية موضوع البحث

تتبلور أهمية مصطلح السوابق القضائية في حاجة الفهم إليه ومدى دوره في إيصال الكشف عن مصدر الحكم وحجيته حيث أنها تختلف عن الأنظمة من جهة المصدر والإلزام؛ لاسيما في مسائل التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالأحكام القضاء المبنية على النصوص كغالب القضايا المدنية، مما يجعلها تتعلق بإبراز تراث فقهي غني بذلك.

فموضوع السوابق القضائية والذي أخترت له للبحث فيه يدور حوله الجدل، خصوصاً وأن هناك خلافاً بين العلماء حوله، فمنهم من يرى مزمنة السوابق القضائية

د. عبد السلام الترماني: القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٠ - ص ٩١^٤

للاجتهاد فمن يرى أن باب الاجتهاد قد أغلق فيفرد على القاضي أن تكون السوابق القضائية على سبيل التتوير وليس الإلزام، ومنهم من يرى غير ذلك
عدت السوابق القضائية من المواضيع المهمة التي ينبغي على الفقه القضائي
دراستها الأمر الذي جعلني أبحث في هذه المسألة حيث وجدت هناك خلاف حول نقص
السوابق القضائية من المرجعية الشرعية ومن ثم لم يطفأ جذوته ذلك الخلاف المزدوج
القديم الجديد، القديم في أصوله منذ المذهب المالكي، وعلاقته به الأمر الذي يجعلنا نطرح
سؤالاً ما مدى تأثير تعدد المصطلح وكثرته في المذهب المالكي وعلاقته بفقه السوابق
القضائية في العصر الحاضر، والجديد في أفكاره وهو تفاوت الفقه القضائي في مدى
تطبيقه من عدمه.

أختيار الموضوع والدوافع إليه

الأصل أنه لا توجد مشكلة في القضايا التي تعرض على القاضي إذا كان الحكم منصوص
على كتاب الله وسنة رسوله ولكن المشكلة هنا عما إذا فرغ الحكم من النص فكان هدفنا من دراسة
الموضوع معرفة ما مدى إمكانية ابتكار القاضي حلاً جديداً لواقعة جديدة لم يسبق تقرير حكم لها
من قبل وما هو مدى توافق ذلك على ما نصت عليه الدساتير التي خلت نصوصها من السوابق
القضائية كمصدر يبنى عليه الحكم.

ولمعرفة ذلك كان علينا معرفة حجية المصادر التي أعتمد عليها القاضي في تقرير الحكم
الكلي الملاقي للواقعة من ناحية ومن أخرى تنزيل ما يحرره القاضي من الحكم الكلي على الواقعة
محل النظر القضائي وفقاً لإجراءات تنزيل الحكم على الوقائع.

وتأثير ذلك على حياة المسلمين وهذا لا يمنع من تطرقنا على فترات تاريخية
معينه لنسلط عليها الضوء بداية من الفقه المالكي ومرورا بفترات الاستعمار وصولاً
بعصرنا الحاضر وهذا لتوضيح الأسباب التي أدت إلى وجود مؤيد ومعارض للإلزامية
السوابق القضائية.

ومن أجل هذه الأهداف المحمودة تقدمت بآراء واقتراحات ولم تمنعني منها هيبية
المذهب في هذا المجال فالمقامات محفوظة والشكر موصول... وكل ذلك بحسن نية

لخدمة العلم ورفعاً من شأنه وإخلاصاً لله قبل كل شيء ولهذا قد جعل الله المذاهب دولاً
والآراء نوباً

المنهج العلمي

أتبعت المنهج التحليلي والوصفي الذي كان من أساسات البحث بعد أستخلاص
المعلومة من مظانها، ومقارنتها ما دعت الحاجة إلى ذلك للكشف عن حل إشكاليات
البحث، وما تقتضي حاجة البحث ولا أدعى هنا الإحاطة والكمال إذ لا يليق إلا بذي
الجلال والأكرام العلي المتعال، فإن أصبت فمن الله إذ نحن لله وبه سبحانه وأن أخطأت
فيشفع لي ما بذلت من جهد والله من وراء القصد.

خطة البحث مع المناقشة

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى مدخل وثلاث مباحث على الشكل الآتي: -

بداية " المدخل " خصصته فيه دراسة مفصلة لتعريف السوابق القضائية.

ثم المبحث الأول " فبحثت فيه عن السوابق القضائية في الفقه الإسلامي وتناولت فيه من
خلال مطلبين الأول: منه تناولت القواعد الحاكمة للسابقة القضائية في الفقه الإسلامي حيث تحدثت
فيها عن الشروط الواجب توافرها في القاضي للأعداد بحكمه في القضايا، وحكمة ومشروعية مهنة
القضاء والمرجعية الشرعية للحكم القضائي والثاني: نظرية ما جرى عليه العمل عند المالكية
وتطبيقاتها وأنواعها.

وأما المبحث الثاني فدرست فيه السوابق القضائية في التشريعات العربية من خلال أربعة
مطالب بأربع نماذج للدول العربية مع أقتصاري عليهم لعدم الإطالة في البحث وهم نظام القانون
المصري والقانون السوداني والقانون السعودي وأخيراً القانون المغربي.

وفي المبحث الثالث من هذا البحث رصدته للبحث عن حجية السوابق القضائية. وأفضت
الكلام نوعاً ما عن ذلك لما يستحقه المقام ولأنه أهم ركن في السوابق القضائية موضوع بحثنا
وهكذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين الأول حجية السوابق القضائية في القوانين العربية، والثاني
حجية السوابق القضائية في التشريعات الإسلامية

وفي الختام عرضت ما أستخلصته من خلال البحث من خاتمة متضمنه آراء
ومقترحات وهكذا يكون منهاج دراستنا لهذا الموضوع بصفة عامة بعد المقدمة.

المدخل

تعريف السوابق القضائية

أولاً: التعريف بالسوابق القضائية لغة

- تعريف السوابق لغة

السابقة أسم فاعل من سبق، ومفردها سابقة، وهو مأخوذ من لفظ سبق، وكلمة سابقة في اللغة أي التي لم يسبق لها مثيل في التفسير ، يقول ابن فارس (ت: ٣٩٥هـ): "السين والباء والقاف أصل واحد صحيح يدل على التقدم، يقال سبق يسبق سبقاً"، فالسبق هو التقدم في الشيء فيقال: سبق الفرس في الحلبة: جاء قبل الافراس، وسبق على قومه: علاهم كرماً^٥

تعريف القضائية لغة:

القضاء أي الحكم والجمع الأقضية، ولفظ القضائية نسبة إلى القضاء، ومصدرها قضى، والقضاء له عدة معان منها:^٦

صنع الشيء وأتممه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾^٧
وقضى أي حكم وأمر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾^٨
وقضى نحبه أي مات، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ﴾^٩.

وقد ويجئ القضاء بمعنى الفراغ من الشيء ويدل على هذا وفرغ ربك إلى بني إسرائيل فيما أنزل من كتابه على سيدنا موسى عليه السلام وعلى رسولنا السلام بإعلامه إياهم وإخباره لهم وهذا تفسيراً لما جاء في كتاب الله تعالى " وقضينا الى بني إسرائيل في الكتاب لتفسدن في الأرض مرتين ولتعلن علوا كبيرا "^{١٠}.

ثانياً: التعريف بالسوابق القضائية اصطلاحاً في الفقه والقانون: -

- تعريف السوابق القضائية اصطلاحاً في الفقه: -

(٥) المعجم الوسيط، لإبراهيم أنيس وآخرين ١٤/١، ٤١٤.

(٦) المعجم الوسيط ٧٤٢/٢ المرجع السابق.

(٧) سورة فصلت: الآية ١٢.

(٨) سورة الإسراء: الآية ٢٣

(٩) سورة سبأ: الآية ١٤

(١٠) سورة الإسراء: الآية ٤

عرف الحنابلة القضاء بأنه: تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات،^{١١} وهذا نفس المعنى الذي ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية،^{١٢} وبالرجوع إلى تفسير التعريف السابق نجد أنه أشتراط وجود حكم قضائي شرعي ملزم في خصومه بين طرفين أو أكثر.

وعرفها الشيخ عبد الله آل خنين بأنها: ما صدر من الأحكام القضائية على وقائع معينة لم يسبق تقرير حكم كلي لها.^{١٣}

وعرفه بعض المعاصرين (محمد نعيم ياسين) بأنه: فصل الخصومات بإظهار حكم الشارع فيها على سبيل الإلزام،^{١٤}

تعريف السوابق القضائية إصطلاحاً في القوانين العربية: -

عرفت السوابق القضائية بعدة تعريفات منها: -

- قضية مفصول فيها، أو قرار محكمة يعتبر مثلاً أو مرجعاً لحالة مطابقة أو

مماثلة فيما بعد تنشأ عن مسألة قانونية مماثلة وتحاول المحاكم أن تفصل في القضايا على أساس المبادئ الراسخة في الحالات السابقة.^{١٥}

- أثر قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً،^{١٦} لما تلاها من القضايا المماثلة من حيث الموضوع والنقاط الجوهرية.^{١٧}

- وعرف بعض فقهاء القانون السوابق القضائية بتفسير كيفية وجودها فيقول: للأحكام وظيفتان الأولى: هي الفصل في النزاع المعروض على المحكمة

(^{١١}) شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات | المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ) | الناشر: عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

(^{١٢}) الدر المختار ٣٥٢/٥، رد المحتار على الدر المختار | المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ) | الناشر: دار الفكر بيروت | الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م - مغني المحتاج ٣٧٢/٤ الكتاب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة:

(^{١٣}) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي - عبد السلام العسري ط: وزارة الأوقاف / ١٤١٧هـ - توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية ٤٤١/١.

(^{١٤}) نظرية الدعوى ٤٧/١.

(^{١٥}) عبد الفتاح مراد في معجم مراد القانوني والإقتصادي والتجاري بأنها،

(^{١٦}) حارثي سليمان فاروق في قاموس فاروق القانوني / عبد الواحد كرم في معجم المصطلحات القانونية.

(^{١٧}) السوابق القضائية دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطالب / شيخين بن محمد العبدلي.

وحسمه، ذلك أنه وفقاً لمبدأ حجية الأحكام لا يجوز للخصوم أن ينازعا من جديد فيما فصل فيه حكم صحيح صادر في مواجهتهم.

والثانية: هي أن المحكمة بقضائها تنشئ سابقة قضائية بحيث إن القضايا المماثلة التي قد تقام في المستقبل غالباً ما يقضى فيها بالطريقة ذاتها، فالسوابق القضائية تعتبر كمتون القانون يرجع إليها القاضي في الحكم على قضايا الجديدة¹⁸.

ونرى أننا بحاجة إلى تفسير هذه التعريفات وتفريدها إلى عناصر بحيث يسهل علينا بعد ذلك معرفة مدى أهمية مركز السوابق القضائية من عدمه إضافة إلى حجيتها، ولو تمنعنا النظر من خلال دراستنا للمعاني السابقة للسوابق القضائية أي الأحكام القضائية السابقة لوجدنا أنها تضمنت العناصر الآتية للأخذ بها.

- أن الحكم الذي يعد بمثابة السابقة يكون حكماً قضائياً على قضية معينة بذاتها متنازع فيها.
- أن هذا الحكم القضائي الصادر في هذا الواقعة المعينة لم يسبق له مثيل في التفسير وبهذا أصبح منفرداً وله السبق الأول.
- هذا الحكم هو أسبق حكم صادر من محكمة أعلى في النازلة القانونية محل الحكم، أي انه حكم مستحدث لا يوجد له نظير ولم يقرر القضاء قبله حكماً نظيراً له.
- اعتبار هذا الحكم مرجعاً لما بعده من أحكام أو قضايا مماثلة.
- للاعتداد بالحكم لأبد أن يسجل كمتن من متون القانون التي تعد الشريعة الإسلامية هي المرجعية الأساسية له وهذا له متطلبات لأعتبار العمل به والتي سوف يرد ذكرها في بحثنا بإذن الله تعالى.

الفرق بين مصطلح قضاء ومصطلح سابقة: -

يجب عدم الخلط بين مصطلح قضاء ومصطلح سابقة فمصطلح قضاء يعنى مجموعة الأحكام الصادرة من المحاكم بخصوص موضوع معين أو داخل دولة معينة أما

(¹⁸) أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة د/ عبد العزيز العلي النعيم. الطبعة الأولى.

حينما نقول إن حكماً من بين هذه الأحكام قد أصبح له سلطة قضائية فإن ذلك يعني أنه قد أصبح سابقة يجب على المحاكم الأخرى اتباعها¹⁹.

ثالثاً: التعريف المختار للسابقة القضائية: -

صدر حكم قضائي جديد مبني على سند شرعي أثمر من خلال بحث إستقرائي من أهله لتسبيب حكم في واقعة لم يكن له مثيل، ومن ثم طبق بعد ذلك على الوقائع المماثلة وعليه يقنن هذا الحكم حسب الإجراءات الشكلية وينضم إلى متون القانون ويمكن الرجوع إليه في القضايا المماثلة وبهذا تتفق السوابق القضائية مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

السوابق القضائية ما بين التشريع الإسلامي والقضائي

مقدمة:

ولما كان القضاء ضروري، فقد أعتنت به الشريعة الإسلامية وفقهاء الإسلام فالقضاء في الشريعة يرتكز على أصول جامعة وقواعد كلية ساعدت على تحصيل مصالح العباد لجلب المصالح ودرء المفسد عنهم، ومن هنا نقلنا الضوء على ما تتضمنه أحكام الشريعة الغراء في الجانب القضائي.

ولمعرفة مدى اعتبار الأخذ بالقواعد الحاكمة للسابقة القضائية في التشريع الإسلامي، لزم علينا دراسة أهم الأصول التي يبني عليها نظام القضاء في الإسلام وأبرز القواعد التأسيسية لهذا النظام القضائي المنفرد لنوضح للعالم كله من خلال ذلك صلاحيته لكل زمان ومكان وهذا ما يبرهن على سبق النظام الإسلامي على كل الأنظمة القضائية من خلال كتاب الله وسنة رسوله.

وذلك في مطلبين الأول السوابق القضائية وعلاقتها بالفقه الإسلامي الذي سنتناول فيه خصائص الإجتهد الفقهي عند الفقهاء في الفرع الأول والسابقة القضائية بين الإجتهد والتقليد في الفرع الثاني منه ثم نقوم بدراسة السوابق القضائية وعلاقتها بالإجتهد

(¹⁹) انظر:

bilingues, Cowansville, Les P.A. Crepeau , Dictionnaire de droit proit prive et lexiques
Edition Yvon Blais Inc ., 1991.

القضائي في مطلب الثاني الذي سنتناول فيه فرعين الأول الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي والثاني خصائص الإجتهد القضائي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

السوابق القضائية وعلاقتها بالفقه الإسلامي

الفرع الأول

خصائص الإجتهد الفقهي عند الفقهاء

ولقد حوت الشريعة على مجموعة من المبادئ الكلية، والقواعد العامة، ما تصحح لأن تؤسس عليه العديد من النظريات القانونية المعاصرة، ولقد تضمن الفقه الإسلامي هذه القواعد الكلية والمبادئ العامة وفي ضوء ذلك تصبح الشريعة الإسلامية في المقام الأول بما تحويه من مبادئ وقواعد عامة. ويصبح دور المجتهدين والعلماء البحث والتنقيب في ثنايا هذه الشريعة عن مقاصد الشارع وخطته فيما أوحى به من أحكام، وتطبيقها بعد ذلك على مستجدات كل عصر لاستنباط الأحكام التي يتطلبها.²⁰

وتتميز الشريعة الإسلامية في إعتياده بعدم فصل بين الدين والدولة، فهي تتضمن نظاماً للدين والدنيا²¹ ومن ثم، فتتظيم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع على جميع المستويات من صميم هذه الشريعة، وبما أن مصادر القاعدة القانونية هي الأداة التي يتم بها تنظيم السلوك الإنساني داخل المجتمع، فلا غور أن تحوي الشريعة تنظيمًا قانونيًا يحكم هذه العلاقات الإنسانية²² وهذا ما دلت عليه السنة النبوية الشريفة حيث روى بريدة عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "القضاة ثلاثة؛ إثنان في النار وواحد في الجنة: رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار" رواه ابن ماجه²³

د. عبد الناصر العطار: المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - مطبعة السعادة - ص ١٦ وما بعدها.²⁰

د. محمد سلام منكور: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام²¹

محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ. ص ٢٦٢

د. عبد الحميد متولي: أصل نشأ الدولة (بحث في الفلسفة السياسية، وتاريخ القانون العام) مجلة القانون والاقتصاد العددان²²

الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر ١٩٤٨ - ص ١٤

حديث بريدة هذا حديث جيد وله طرق وجاء ببعض الطرق من طريق رواية خلف بن خليفة بن صاعد الأشجعي، وهو قد²³ اختلط وادعى أنه رأى عمرو بن حريث الصحابي رضي الله عنه، وقد أنكر عليه ذلك الإمام أحمد والجماعة وأن هذا من تخليطه، وقد تابعه بعض الرواة الثقات عند أبي داود، وهو حديث جيد ترجمة راوي الحديث

يفهم من الحديث الشريف أن الشريعة الإسلامية حرصت على إقتصار مهنة القضاء على أشخاص معينين ولم تنسب هذه المهنة إلى العامة ويرجع السبب في ذلك أنها ليست سلطة يراد بها العمل والأجر المادي، وإنما محلها أستخلاف البشر لله، حيث أن الأستخلاف نوعين أولهما أستخلاف قدري وهو العقائدي أى الإيمان بالله وبرسوله وملائكته والثاني أستخلاف شرعي وهو محور بحثنا أى بناء المجتمع وإدراته وعمار الأرض ورعاية المصالح والحرس والحرص على العدل بين البشر، والحكم بالعدل من خلال القضاة يقتضي العلم بالإجتهد الذي سيثمر لنا فيما يعد بالسوابق القضائية إذا اتوفت الشروط الشرعية لها.

والدال على ذلك كان علماء وفقهاء الإسلام الذي منهم القضاة يقضون سنين طويلة في طلب تعلم الفقه وعلومه ولا يتعبون ولا يملون من طلب العلم من أقطار الدنيا كلها مما أكسبهم الخبرة المتعمقة المطلوبة، فلا يمكن نفي أهمية الفقه، فمدخل القضاء هو الفقه، وطريقة البحث بين الفقيه والقاضي واحدة، بحكم الأتحاد بينهما في المسائل والوقائع وتنزيل الأحكام، بالرغم من أن القضاء مختلف في منهجه الواقعي العملي عن المفتي الفقيه.

وتتجلى لنا خصائص الإجتهد الفقهي في أشرط أن يكون الحكم من قاضي مجتهدا مما يلي:

جاء على لسان الخطاب في شرحه لخليل ما يلي: "...تجد الرجل يحفظ كثيراً من العلم ويفهم ويعلم غيره، فإذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الصلاة أو من مسائل الأيمان لا يحسن الجواب بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر..."^{٢٤}

والشاهد على قول الخطاب المنهج الذي إعتده رسول الله صلی الله علیه وسلم منذ بداية عهده حيث أهتم بتعليم البعض وليس الكل فيما من رأى فيه المؤهلات التي تؤهله لمهنة القضاء التي كانت متصلة بالولاية لأنها من أمور الدين والدنيا معا ويرجع ذلك إلى رؤية رسول الله -صلى الله عليه وسلم- البعيدة بأنها مهمة صعبة وليست بيسيرة حتى على القضاة أنفسهم والدليل على ذلك ما جاء به الرهوني رحمه الله، نقلا عن قول ابن مرزوق جاء فيه: "...

(^{٢٤}) أورد هذا الرأي الأخير للخطاب: عبد الرحمن بلعكيد، شرح لامية الزقاق في صناعة القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط١، ٢٠١٥، ص ٤٢.

ولما ولي الشيخ الفقيه الصالح المحصل أبو عبد الله بن شعيب قضاء القيسروان، ومحل تحصيله في الفقه وأصوله شهير، فلما جلس إليه الخصوم وفصل بينهم، دخل المنزل مقبوضا فقالت له زوجته ما شأنك فقال لها عسر علي حكم القضاء فقالت له رأيت الفتيا عليك سهلة، فاجعل الخصمين كمستفيين سألاك، قال (أبو عبد الله بن شعيب) فاعتبرت ذلك فسهل علي...^{٢٥}.

ويتفق ما سبق مع ماورد في شرح الروض للقاضي^{٢٦} "زكريا" لما ذكر أن من شروط القاضي أن يكون مجتهدا-قال: والمجتهد من علم ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة، وعرف منها العام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمبين، والنص والظاهر، والناسخ والمنسوخ، والمتواتر والآحاد، والمرسل والمتصل، وعدالة الرواة وجرحهم، وأقوال الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم...

إلى أن قال: ولا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، وأن يكون له في كتب الحديث أصل صحيح يجمع أحاديث الأحكام -كسنة أبي داود- فيعرف كل باب، فيراجعها إذا احتاج إلى العمل به، ويكتفي في البحث عن الآحاد بما قبله منها السلف وتواترت أهلية رواته من العدل والضبط، وما عداه يكتفي في أهلية رواته بتأهل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل.

ثم إجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يتبع بعض الإجتهد، بأن يكون العالم مجتهدا في باب دون باب، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه.

وفي هذا قال في الإفصاح^{٢٧} اتفقوا على أنه لا يجوز أن يولى القضاء من ليس من أهل الاجتهاد، بإستثناء أبا حنيفة فإنه قال: يجوز ذلك.

(٢٥) الرهوني، حاشية الرهوني علي شرح الزرقاني علي خليل، دار الفكر، عن الطبعة المصرية الأولى، ١٣٠٨ هـ، ج ٧، ص. ٢٨٧.

(٢٦) فتاوي الرملي في فروع الفقه الشافعي بواسطة الإمام شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي المتوفى سنة ٩٧٥ هجري / تحقيق محمد عبد السلام شاهين / دار الكتاب العلمية.

(٢٧) الإفصاح عن شرح معاني الصحاح - أي أحاديث الصحيحين- لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الوزير المتوفى في سنة ٥٦٠.

وقال الموفق في المغني^{٢٨} يشترط في القاضي ثلاثة شروط الأول: الكمال؛ وهو نوعان: كمال الأحكام قال في شرح مختصر التحرير: "ويشترط في المجتهد أن يكون عالما بصحة الحديث وضعفه سنداً وممتناً وكمال الخلق. والثاني: العدالة، والثالث: أن يكون من أهل الإجتهد.

وبهذا قال بعضهم من مالك والشافعي والحنفية، يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد؛ لأن الغرض فصل الخصومات، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول المقومين، ونرد عليهم بأن العامي يقضي على جهل، ولأن الحكم أكد من الفتيا، لأنه فتيا وإلزام، والمفتي لا يجوز أن يكون مقلداً، فالحاكم أولى وتأكيداً قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ ولم يقل بالتقليد

وقال في الإنصاف^{٢٩} ويشترط في القاضي أن يكون مجتهداً، هذا المذهب المشهور، وعليه معظم الأصحاب.

قال ابن حزم: "يشترط كونه مجتهداً إجماعاً"، وقال: "أجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا لمفت تقليد رجل، فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله". هذا أكبر دليل من وجهة نظرنا على عدم الأخذ بالسوابق القضائية

وقال في الإفصاح: الإجماع انعقد على تقليد كل من المذاهب الأربعة، وأن الحق لا يخرج عنهم، واختار في الترغيب ومجتهداً^{٣٠} في مذهب إمامه للضرورة. واختار في الإفصاح: والرعاية ومقلداً. (قلت): وعليه العمل من مدة طويلة وإلا تعطلت أحكام الناس، وقيل في المقلد: يفتي ضرورة.

ونكر القاضي أن ابن شاقلا اعترض عليه بقول الإمام أحمد: "لا يكون فقيها حتى يحفظ أربعمئة ألف حديث"، فقال: إن كنت لا أحفظه فإنني أفتي بقول من يحفظ أكثر منه.

(٢٨) المغني في فقه المذاهب الإسلامية للشيخ موفق الدين بن قدامة الحنبلي، المتوفى في سنة ٦٢٠ .
(٢٩) يوجد عدة كتب سميت (الإنصاف في مسائل الخلاف)، أحدها: للقاضي أبي بكر بن العربي المالكي، المتوفى سنة ٥٤٣.
وثانيها: لأبي سعد محمد بن يحيى النيسابوري الشافعي، المتوفى سنة ٥٤٨. وثالثها: للحافظ أبي الفرج بن الجوزي الحنبلي، المتوفى سنة ٥٩١. والظاهر أن هذا الأخير هو المراد هنا، فقوله: "معظم الأصحاب" يعني به الحنابلة.

(٣٠) الظاهر أنه معطوف على محذوف منصوب.

قال القاضي: لا يقتضي هذا أنه كان يفقد أحمد لمنعه الفتيا بلا علم. قال بعض الأصحاب: ظاهره تقليده إلا أن يحمل على أخذ طرق العلم عنه، وقال ابن بشار من الأصحاب: لا أعيب على من يحفظ خمس مسائل لأحمد يفتي بها. قال القاضي: هذا منه مبالغة في فضله، وظاهر نقل عبد الله يفتي غير مجتهد، ذكره القاضي، وحمله الشيخ تقي الدين على الحاجة. انتهى ملخصاً.

خلاصة الأمر نجد أن فقهاؤنا القدامى تفاوتت آراهم ما بين مؤيد لضرورة أن يكون القاضي مجتهد فقهياً وبالتالي إقتران الشروط الواجب توافرها في الإجتهد بقضاؤه مثل ما ذهب إليه الخطاب في شرحه لخليل. وكذلك ذكره الرهوني رحمه الله، نقلاً عن قول ابن مرزوق. وفي هذا قال في الإفصاح ٣١ في إشتراطهم أن يكون من أهل الإجتهد. بالإضافة الى الموفق في المغني بإشتراطه الكمال و العدالة ، و أن يكون من أهل الإجتهد. كما قال في الإنصاف بالإضافة الى اشتراط ابن حزم كون القاضي مجتهداً إجماعاً، وقال: "أجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا لمفت تقليد رجل، فلا يحكم ولا يفتي إلا بقوله" ومن ثم هذا أكبر دليل من وجهة نظرنا على عدم الاعتبار بالسوابق القضائية عند المتقدمين من الفقهاء ، حيث يصعب القول به الآن وتطبيقه لقلة وجود القاضي الذي يجمع بين القضاء والشروط الواجب توافرها في الاجتهاد اسوة وعلى غرار الفقهاء القدامى لقربهم من اهل السلف لصالح

وهناك من ذهب إلى إقتصار بعض الشروط الواجب توافرها في القاضي ولا يتطلبها كلها، وذلك لمنعهم الفتيا بلا علم مثل ما ذهب اليه. مالك والشافعي وبعض الحنفية، حيث يرون أنه يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد وكذلك في. شرح الروض للقاضي^{٣٢} "زكريا" حيث رأى أنه لا يشترط التبحر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة جمل منها، ويجوز أن يتبع الاجتهاد، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه.

وأنا أميل الى ما ذهب إليه فقهاؤنا القدامى بضرورة أن يكون القاضي مجتهد تتوافر فيه جميع شروط الإجتهد التي وضعتها الشريعة الإسلامية ولكن هذا الرأي سيجعلنا نصطدم

(٣١) الإفصاح عن شرح معاني الصحاح - أي أحاديث الصحيحين - لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الوزير المتوفى في سنة ٥٦٠.

(٣٢) فتاوي الرملي في فروع الفقه الشافعي بواسطة الإمام شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي المتوفى سنة ٩٧٥ هجري / تحقيق محمد عبد السلام شاهين / دار الكتاب العلمية.

بالواقع العملي الذي نعيشه الآن الأمر الذي يحتم علينا عدم تولية قاضي اليوم مهام التقليد أو حتى اللجوء إلى سابقة لأي ضرورة على أن ينحصر دوره في تطبيق القانون أما الاجتهاد فبترك لأهله من الفقهاء مع إيماني بأن الله عز وجل أنزل لنا دستور شامل وجامع لكل زمن ومكان إلى أن تقوم الساعة ولعله ترك للفقيه التفسير فقط من الدستور وهو كتاب الله وهذا رحمة من الله عز وجل بعباده للتعامل مع النوازل المستحدثة .

لذلك أرى بفصل مهنة القضاء عن الإجتهد لأن الإجتهد كما ورد له شروطه قد يصعب توافرها على قاضي اليوم فأين القاضي الذي ينطبق عليه ما ذكره القاضي إبن شاقلا حينما إعترض عليه بقول الإمام أحمد: "لا يكون فقيها حتى يحفظ أربعمائة ألف حديث"، فقال: إن كنت لا أحفظه فأبني أفتي بقول من يحفظ أكثر منه

ففصل القضاء عن الإجتهد أمر ضروري حتى يحدنا من خلق سوابق جديدة تتوقف على عامل الضرورة والمصلحة وهو معيار نسبي قد يتغير من شخص إلى وبالرغم من مثالية الرأي الأول والذي دوما ننتشد إليه ولكنه يصعب تطبيقه على القضاة اليوم ، الواقع أن القضاء مختلف في منهجه الواقعي العملي عن المفتي الفقيه ، بيد أن الأمر الذي يجعلني أنادي وأطالب ان كانت هناك ضرورة لاجتهاد القاضي يجب ان نتبع منهج التبويض والتخصيص في علوم القضاء على أن يتخصص كل قاضي في نوعية أو باب محدد في أن يقضي من خلاله حتى يسهل عليه التبحر فيه والفتيا من خلال مرجعية علمية على أساس حكم شرعي

بيد أنه إذا كان لم يترك العنان لتولية فقهاء الأمة القضاء للأسباب التي ذكرناها فما بالننا من أن ينشأ القاضي حكم جديد لم يكن موجود من قبل واعتباره سابقة قضائية بناء على معايير وضعها النظام الذي قد يصوب مرة ويخطأ مرة وليس التشريع الألهي وخاصة ولم يوجب الله على هذه الأمة طاعة أحد بعينه في كل ما يأمر به وينهى عنه إلا رسول الله قال تعالى: يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ^{٣٣} وعلي هذا أتفق العلماء على أنه ليس أحد معصوما إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الفرع الثاني

السابقة القضائية بين الاجتهاد والتقليد

إشتملت الشريعة الإسلامية في مصادرها على قدر كبير من المرونة والسعة ساعد ذلك على استنباط ما يتلاءم ويتوافق مع مستجدات العصر، وهذا ما تضمنته من القواعد الكلية والمبادئ العامة والشاهد في ذلك أن المنصوص عليه من أحكام في مجال المعاملات قليل إذا ما قورن بما هو مسكوت عنه؛ وذلك حتى يترك المجال للعرف، المعترف شرعاً، وللعادات أن تطبق، وما لا نص فيه يمكن قياسه على ما ورد به نص، وإستهداف المصلحة العامة في التعامل، حيث لا نص، أخذاً بما ذكره ابن تيمية من أنه حيث تحققت المصلحة فثم شرع الله؛ وهذه رحمة من الله سبحانه وتعالى بعباده³⁴ فضلاً عن توسيع منطقة العفو قصداً، "توسيع هذه المنطقة لم يجئ اعتباطاً ولا مصادفة وإنما هو أمر مقصود للشارع، الذي أراد لهذه الشريعة العموم والخلود والصلاحية لكل زمان ومكان وحال"³⁵.

وبناء على ما سبق هناك سؤال يطرح نفسه هل دور القاضي في برمجته للسابقة القضائية أقرب إلى التقليد أم الاجتهاد ولمعرفة الإجابة كان علينا أن نستعرض لموقف الأئمة الأربعة من التقليد، من المعلوم أن المتبعون للمذاهب ليسوا على درجة واحدة، بل منهم المجتهد في المذهب، ومنهم المقلد الذي لا يخالف مذهبه في شيء. نهى الأئمة الأربعة عن تقليدهم³⁶ في كل ما يسردون والدليل على ذلك. ورد عن أبو حنيفة: ³⁷ "علمنا هذا رأي، وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه منه". وقال معن بن عيسى: سمعت مالكا يقول: "إنما أنا بشر أخطئ وأصيب، فأنظروا في قولي، فكل ما خالف الكتاب والسنة فاتركوه".

د. مصطفى الجمال و د. نبيل سعد: النظرية العامة للقانون - منشورات الحلبي الحقوقية - ص 310. 34

د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص 3573 (3) يحرم التقليد على من يكون قادر على الاستدلال مطلقاً. وقيل: يجوز مطلقاً. وقيل: يجوز عند الحاجة، كما إذا ضاق الوقت عن الاستدلال. وهذا القول أعدل الأقوال، بينما الاجتهاد ليس هو أمراً واحداً لا يقبل التجزئ والأنقسام، بل قد يكون الرجل مجتهداً في فن أو باب أو مسألة دون الآخر.

(37) مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه / رقم الحديث: 78 مقطوع الحسن بن زياد الزائلي، قال: قال أبو حنيفة: "علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه منه". قال ابن حزم: جميع أصحاب أبي حنيفة مجتهدون على أن مذهب أبي حنيفة أن: ضعيف الحديث أولى عندنا من القياس والرأي.

وقال ابن القاسم: كان مالك^{٣٨} يكثر أن يقول: {إِنْ نَظُنُّ إِلَّا ظَنًّا وَمَا نَحْنُ بِمُستَيَقِّينَ}.^{٣٩}
وقال الشافعي:^{٤٠} "إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط، وإذا رأيت الحجة على الطريق فهي قولي".

وقول والإمام أحمد^{٤١} "لا تقلدوني، ولا تقلدوا مالكا ولا الشافعي ولا الثوري، وتعلموا كما تعلمنا". وكان يقول: "من قلة علم الرجل أن يقلد دينه الرجال". وقال: "لا تقلد دينك الرجال؛ فإنهم لن يسلموا من أن يغلطوا".

ويحرم تساهل مفت وتقليد معروف بالتساهل، لأن الفتيا أمر خطر، فينبغي أن يتبع السلف الصالح في ذلك؛ فقد كانوا يهابون الفتيا كثيرا، وقد قال الإمام أحمد: "إذا هاب الرجل شيئا لا ينبغي أن يحمل على أن يقول به".

وقال ابن عبد البر: "أجمع الناس على أن المقلد ليس معدوداً من أهل العلم، وأن العلم معرفة الحق بدليله"^{٤٢}.

ولهذا جعل الفقهاء من شروط القاضي أن يكون مجتهدا، فلا يصح أن يتولاه المقلد؛ هذا الذي عليه جمهور العلماء والذي رآناه مع تحفظنا الشديد أنه يصعب الآن توافر شروط المجتهد التي أشار إليها الفقهاء القدامي رحمهم الله وسوف نقوم بالتدليل على ذلك في الآتي ...

وورد عن رد ابن القيم في مسألة التقليد في الفتيا بثلاثة أقوال^{٤٣}: -

١- عدم جواز الفتوى بالتقليد، لأنه ليس بعلم،^{٤٤} والفتوى بغير علم حرام؛ ولا خلاف بين الناس أن التقليد ليس بعلم، وأن المقلد لا يطلق عليه اسم عالم، وهذا قول أكثر الأصحاب، وهو قول جمهور الشافعية.

(٣٨) أصول الفقه الموافقات أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي دار ابن القيم- دار بن عفان سنة النشر: ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م ، عدد الأجزاء: خمسة أجزاء.

(٣٩) سورة الجاثية: الآية ٣٢.

(٤٠) سير أعلام النبلاء محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي مؤسسة الرسالة ، سنة النشر: ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م ، عدد الأجزاء: أربعة وعشرون جزءاً.

(٤١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة ، رسالة جامعية ، دار ابن الجوزي ، تأليف محمد بن حسين بن حسن الجيزاني

(٤٢) نظرية الاستعداد في المواجهة الحضارية للأستعمار المغرب نموذجاً / أحمد العمري / الطبعة ١٤١٧-١٩٩٧م .

بكر أبو زيد (١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م). الجامع لسيرة شيخ الإسلام بن تيمية. الرياض-السعودية: دار عالم الفوائد. صفحة ف. ٤٣

ونكره ابن القيم في إعلام الموقعين (٣٦/١). ابن الوزير في العواصم من القواصم (١٢٣/٣) ٤٤

٢- يجوز ذلك فيما يتعلق بنفسه، فيجوز أن يقلد غيره من العلماء إذا كانت الفتوى لنفسه، ولا يجوز أن يقلد العالم فيما يفتي به لغيره، وهذا قول ابن بطة ٤٥ وغيره من أصحابنا.

٣- جواز الفتوى عند الحاجة وعدم علم المجتهد، وهو الراجح عند ابن القيم.

ويمكن الآن الرد على السؤال سالف الذكر وهو موضوع بحثنا هل دور القاضي في برمجته للسابقة القضائية أقرب إلى التقليد أم الإجتهد وذلك من خلال تأييدي لما ذهب إليه ابن القيم والشافعية رحمهم الله في الفقرة الأولى منه في عدم أجازة الفتوى بالتقليد لأنه ليس بعلم وبتطبيق ذلك على السابقة القضائية لا يجوز للقاضي أن يفتي بأستخراج حكم فرغت النصوص منه على حد تعبير رجال القضاء لأنني على علم وبينه أن الشريعة الإسلامية لا تخلي من وجود حلول لكل المسائل التي ترد

وكذلك ما ورد في الفقرة الثانية في أجازت التقليد إذا كانت الفتوى ٤٦ لنفسه بالفعل فإن أصاب فلنفسه وإن أخطأ فله ولن يتعدى ذلك أو يتوارثه الغير، ولكني أختلف معه فيما ورد في النقطة الثالثة منه في أنه يجوز ذلك عند الحاجة وعدم علم المجتهد، لأنه بتطبيق ذلك على الفقه القضائي عند أتباع السوابق القضائية سنجد أن أتباع قاضي لحكم قاضي آخر تطبيقاً للسابقة قضائية عند مزامنة الشروط المطلوبة

لذلك يعد تقليداً فلو طبقنا الحالة الأولى على القاضي بإعتباره المنوط لصنع السابقة القضائية لطلب منه أن يكون عالماً بعلوم الفقه وأصوله أي إذا توافرت فيه شروط المجتهد وفي هذه الحالة لن يحتاج للتقليد وبتطبيق النقطة الثانية منه لوجدناها ملائمة وحسنة، ومن ثم يقتصر التقليد على نفسه للأستفادة والمساعدة في تفسير نص عندما يخلو بنفسه لدراسته ولكن على إلا يتعدى ذلك نفسه وينتقل إلى العامة بحكم بني على تقليد، أما النقطة الثالثة يلجأ للتقليد في حالة الضرورة تبين أن الشريعة لم تخلي من مسألة إلا وجماعت بها ولكن العبرة بأستخراجها من مظانها وتفسيرها على حسب النص.

(٤٥) : إعلام الموقعين عن رب العالمين (ت: مشهور) المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم / المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة. حالة الفهرسة: مفهرس فهرسة كاملة، عند المجلدات: ٧.

^{٤٦} إعلام الموقعين عن رب العالمين (ت: مشهور) " ٧/١ " المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية أبو عبد الله تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة

فإذا كان القاضي الذي خلى تخصصه من دراسة الفقه وعلومه لا يمكن له أن يجتهد وصولاً لحكم جديد أو يقلد على غيره بل يقتصر التقليد على نفسه هذا بالنسبة للتفسير النص فما بالك بخلق نص جديد وهذا الذي اعتبره الشيخ تقي الدين وأبن الصلاح الاستفاضة بأنه أهل للفتيا، ورجحه النووي في الروضة، ونقله عن أصحابه.

وقال الشيخ تقي الدين: "لا يجوز أن يستفتى إلا من يفتي بعلم وعدل" وبعض الشافعية: ٤٧؛ "في الأظهر، ويقدم الأعلم على الأورع"، فعلى هذا لا تكفي المعرفة الظنية للقاضي لا سيما في هذا الزمان الذي غلب فيه عدم المعرفة والسعي وراء العلم وتصدى فيه جهلة الطلبة للقضاء والفتيا، فتجد بعضهم يقضي ويفتي وهو لا يحسن عبارة الكتاب ولا يعلم صورة المسألة

والراجح لدينا ما جاء به في الاختيارات^{٤٨} وأجمع العلماء على تحريم الحكم والفتيا بالهوى، أو بقول أو وجه من غير نظر في الترجيح، ويجب العمل بموجب اعتقاده فيما له وعليه إجماعاً. وشروط القضاء تعتبر حسب الإمكان، ويجب تولية الأئمة فالأئمة، وعلى هذا يدل كلام أحمد وغيره؛ فيولى -مع عدم العدل- أنفع الفاسقين وأقلهما شراً، وأعدل المقلدين وأعرفهما بالتقليد، فإن كان أحدهما أعلم والآخر أروع قدم فيما قد يظهر حكمه ويخاف الهوى فيه الأورع، وفيما ندر حكمه ويخاف فيه الأشتباه الأعلم وبالتالي وبعد عرض السابق للإجتهد وكذلك التقليد لا يجوز أن يقلد قاضي قاضي آخر أخذاً بحكم سابق عنه في قضية مماثلة مجرد تقليداً للأسباب سألها الذكر

الحكمة من أفراد أبي حنيفة برأيه حول عدم اشتراطه في تولية القضاء من ليس من أهلا للإجتهد جاء في الإفصاح: اتفقوا الفقهاء على أنه لا يجوز أن يولى القضاء من ليس من أهل الإجتهد، إلا أبا حنيفة. فإنه قال: يجوز ذلك، والسبب في ذلك من وجهة نظري هو من أشرط الفقهاء أن يكون القاضي أهلا للإجتهد هو لحرصهم على الحال والوضع الذي كانوا عليه قبل استقرار المذاهب الأربعة أي أنه الذي أريد أن أوضحه أن شرط أهلية الإجتهد في القاضي كن مرتبط للأحداث التي كان يعيشها الأفراد من وضع

٤٧ (١٧/٥) الكتاب: الدرر السنية في الكتب النجدية

٤٨) الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية/ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي الحنبلي / كتاب القضاء.

سئ غير مستقر فلحماية القضاء وضمان العدل وضعوا هذا الشرط وها نحن نعيش ما كان عليه فقهاؤنا القدامى من عدم الاستقرار فيما ان توافر شرط الاجتهاد من الصعب تصويره وجب الألتزام بالنص وهذا موقف شبيه مما لجأ إليه القدامى.

ونحن لا نعترض على مسلك القضاة الآن في فصل الولاية عن القضاء وهذا نتيجة لما نعيشه وبمقتضى هذا فإن ولايات الحكام في وقتنا هذا صحيحة، حيث أن حكم القضاء فرض كفاية، ولو أهملت هذا القول ولم أذكره، ومشيت على ضرب الفقهاء القدامى، الذين يذكر كل منهم في كتاب، أو كلام إن قاله، أنه لا يصح أن يكون قاضياً، إلا من كان من أهل الاجتهاد، وعليه تناسب الوضع مع مبدأ الفصل بين السلطات واقتصار الاجتهاد أهله حيث التشريع وتفسيره والقضاء الى أهله ليتناسب ذلك مع دور القضاء بالشكل الذي عليه الآن وحتى لا يتسبب في تعطيل الأحكام.

المطلب الثاني

السوابق القضائية وعلاقتها بالاجتهاد القضائي

الفرع الأول

الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

- يقصد الفقه الإسلامي في عصر من العصور أو في مذهب من المذاهب ما قام بتدوينه الفقهاء المسلمين في عصر من العصور، وهم ولا شك قاموا بتدوين ما انتهوا إليه من أحكام تتوافق وعصرهم، ومن ثم فإنه يتعين حين النظر إليه أن يوضع هذا في الاعتبار.
- عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الاجتهاد *la jurisprudence* في إصطلاح بأنه هو بذل الجهد والوسع في إستنباط الأحكام من أدلتها بالنظر المؤدي إليهم وقد عرفه أبين رشد الجد الاجتهاد القضائي بأنه هو: بذل الوسع في طلب صواب الحكم...^{٤٩}

- وعرف الاجتهاد القضائي في القانون بانه هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية.
- يقصد به غالباً الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به.
- مصطلحات تتعلق بدلالة مفهوم الإجتهد القضائي: -
- الحكم في اللغة: هو القضاء، وجمعه أحكام، وقد حكم عليه بالأمر، يحكم حكماً وحكومة وحكم بينهم كذلك، والحكم مصدر قولك حكم بينهم بحكم، أي قضى
- اجتهادات المحاكم: بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها.
- اجتهاداً فقهيّاً: عندما يكون الإجتهد من خلال فقيه من الفقهاء.
- اجتهاداً قضائياً: عندما يقوم به القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه.
- القضاء: وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما ، والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة ، ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم وإنما الأحكام التي تتضمن إجتهدات قضائية فقط.
- هناك اتجاه يرى ان الفقه القضائي صانع للقاعدة القانونية المكتوبة، وهو من هذه الناحية يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية فالقانون الحي تصنعه المحاكم، وهذا يبرز أن ضرورة العمل القضائي تفرض ألا يحجر على المحاكم في تطوير إجتهداتها^{٥٠}. بالرغم من أنني أختلف مع الرأي السابق في أن القانون الحي تصنعه المحاكم حيث أرى أن القانون الحي هو الذي تطبقه المحاكم حيث أن المحاكم ليست جهة لصنع القانون بل لتطبيقه وربما قصد من وراء لفظ القانون الحي اي الذي يتماشى مع العرف ويطمئن له المجتمع، إلا أنني أتفق معه في أن القضاء يطبق النص ولا جدال في أن تطبيق النص ليس عملاً نمطياً، بل يحتاج من فهم النصوص ومحاولة تفسيرها إذا كانت غامضة.

(٥٠) وقد ذكر هذا الأستاذ عبد المجيد خميجة، الأمن القانون وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد السابع، السنة الرابعة، ٢٠٠٩، ص. ٥١-٥٠

فلا يكفي أن يكون القاضي خبيراً بمجال القضاء، أو ناضجاً ومطلعاً على اللغة، لكن يجب أن يكون معي بصناعة القضاء خاصة في ظل ما نعيشه اليوم وهذا يحتاج الخبرة في أمور كثيرة، يحتك بها فيكتسب الخبرة ليولى بعد ذلك القضاء، ويكون أولاً متعاملاً مع النص بفهم ونباهة، وثانياً محاولاً الإجتهد إذا أمكنه ذلك، ثالثاً إذا كان للنص القانوني لغة يكتب بها، فللحكم لغته أيضاً التي يجب أن يكتب بها، ولا جدال في أن القاضي يجب أن يكون قادراً على كتابة الأحكام كتابة مقنعة، يُستعمل فيها المنطق ووسائل الاستدلال، وقد عرف البعض، الحكم القضائي بأنه: "فصل في نزاع قضائي بين طرفين أو أكثر يصدر عن محكمة، أيا كان تشكيلها أو درجتها بالشكل المقرر قانوناً" ٥١.

بالرغم عناية نظام القضاء الإنجليزي والأمريكي بالمدخل الإصلاحية الذي اعتنى به الفقه الإسلامي قبلهم، فقضايتهم في نظامهم لا يختارون إلا من بين رجال القانون الذين خبروا المجال وتعلموا أصوله، فغالباً لا يقضي إلا من له خبرة في أمور المنازعات والأفضية^{٥٢}، إلا أن هناك مشكلة يعانون منها وهي مرتبطة بسؤال هل القاضي حرفي أم رجل دولة، وهي إشكالية طرحها فقهاء فلسفة القانون الأمريكيون، "...إن صفتا "الحرفيين" و"رجال الدولة"، هما صفتان أكثر دقة لمختلف أنماط القضاة الذين خدموا في المحكمة. فالحرفي القضائي يبحث في المقام الأول عن نص الدستور كدليل يسترشد به عند الحكم في القضايا، ثم في المقام الثاني عن فهم واضعي الدستور لذلك النص ... لكن في كثير من الحالات يجب أن يبحث خارج النص عن فهم واضعوا النص. وعلى الرغم من ذلك، فإن الحرفي يخصص اهتماماً كبيراً للنص ذاته، ومع احتمال أنه سيقوم بفحص النص لغوياً أكثر من احتمال أن يفعل رجل الدولة ذلك..."^{٥٣} يجد هذا التحديد الشكلي لدور القاضي عموماً، تبريرات في الفقه الأمريكي،

^{٥١} سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، مكتبة الآداب، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص: ١٨.
^{٥٢} مايكل دجاي فريدمان، موجز النظام القضائي الأمريكي، الصادرة عن وزارة الخارجية الأمريكية، منشور في الموقع الرسمي لوزارة الخارجية الأمريكية:

<http://iipdigital.usembassy.gov/st/arabic/texttrans/2008/09/20080917144821>

bsibhew0.474209.html#axzz4PEsMw1es

^{٥٣} جيمس إ. بوند، أساس إصدار الأحكام، ترجمة: هبة نايف مرسى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص. ٢١.

بحيث يدافع أصحاب هذا الرأي عن أن ضمان سيادة القانون والحكم الدستوري يتأتى بالقاضي الممارس لمهامه كحرفي المرتبط بالتقنية والشكلية، وهذا ما يظهر بشكل جلي في عديد من القوانين، بحيث أصبحت التقنية مقلصة لدور القضاء الإداري في الإنشاء.

وعموما إن موضوع تأثير القضاء في القانون، من المواضيع التي إهتمت بها فلسفة القانون، فقد طرح البعض سؤالاً مفاده: "هل القضاة يصنعون القانون؟"، ويجب قائلنا: "إن القضاء يتجنب توريط نفسه في إتخاذ القرارات، ذلك أنه في الحالات التي يتوفر فيها الشك يتحتم عليه الإختيار، فإنه يجب أن يبني اختياره على أساس التماثل المنطقي وليس على أساس شرعية خارجية "Extra-legal" كالغاية الإجتماعية أو الأخلاقية أو العدل أو الملاءمة..."⁵⁴ فالإجتهاد القضائي وخصوصا إجتهاد القضاء الإداري مهم جداً لتقويم القانون، فالقانون في كثير من الحالات يحترم الشكلية ويسقط في النمطية وينتج عن هذا كله إنحرافات واضحة، ومن لازم الخروج عن هذا النص ومخالفته.

في رأبي أن الرأي السابق ناقد نفسه وجانبه الصواب حينما أتصف أحترام القانون للشكلية في الوقت الذي نادى فيه بالخروج عن النص ومخالفته الأمر الذي سيجعلنا لو سلمنا جدلاً بسلامة ما جاء أمام عشوائية لتطبيق النص القانوني لأن الشكلية لا تأتي إلا من أحترام النص والبعد عن مخالفته ولكن ربما ذهب أصحاب الرأي السابق إلى هذا المعنى لتعلقهم بأن الإجهاد القضائي وحده صانع للقانون وليس التشريع.

ونرى إن صفة "الحرفية" في القضاة لن تتوفر لمختلف أنماط القضاة الذين خدموا في المحكمة إلا إذا تخصص القضاء كما يرى بعض فقهاء القانون⁵⁵ واستحدثت نظم إجرائية جديدة حيث انه يصعب على القاضي أن ينظر دعاوى مختلفة الأنواع، فيشتت جهده بين القوانين المدنية والجنائية.... وغيرها، وهو ما من شأنه أن يؤدي في النهاية إلى صدور أحكام ضعيفة أو غير محققة للعدالة،⁵⁶ فهي تتطلب قاضي موسوعة! وهذا

(54) دينيس لويد، فكرة القانون، سلسلة علم المعرفة، العدد 47، 1981، ص. 311

العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | أ.د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون المرافعات | عميد كلية الحقوق جامعة الاسكندرية سابقاً بحث مقدمة لمؤتمر "الفقه الإسلامي: المشترك الإنساني والمصالح" تطور العلوم الفقهية - فقه رؤية العالم والعيش فيه سلطنة عمان 6- 9 أبريل 2014

العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | أ.د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون | المرجع السابق⁵⁶

يصعب تحقيقه في الوقت الراهن لأنه مع تعدد القوانين وتعقدتها يصعب أن يلم القاضي في ذات الوقت بها ويطبّقها التطبيق الصحيح على دعاوى مختلفة شديدة التنوع.

الفرع الثاني

خصائص الإجتهد القضائي في الشريعة الإسلامية

أختلفت آراء الفقه القانوني والشرعي حيال الإجتهد القضائي ما بين مؤيد ومعارض. الأصل أن المسائل التي تستجد يكون البحث فيها أولاً في المصادر الرئيسية وهي: القرآن والسنة، مع إعمال كافة قواعد التفسير المتعارف عليها لدى المجتهد حيال هذين المصدرين⁵⁷، فإن لم يجد حكماً لها انتقل بعد ذلك إلى المصادر الأخرى، حيث يجد الإجماع⁵⁸ ثم القياس، والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، وتعتمد هذه المصادر الأخيرة على المجتهد، حيث ينبغي عليه أن يبذل الجهد للوصول إلى الحكم الشرعي من دليل تفصيلي من الأدلة الشرعية⁵⁹.

الرأى المؤيد للإجتهد القضائي:

يرى أصحاب هذا الرأى ضرورة مساواة دور الإجتهد القضائي مع التشريع وهذا المؤدي على صناعة السابقة القضائية حيث يختلف موضع الإجتهد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية. ففي النظم التي يمكن أن يضع القضاء فيها قواعد عامة وملزمة - كما كان الحال في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم في بعض الحالات وكما هو عليه حالياً في القانون الإنكليزي - يُعدّ ما يصدر عن القضاء من قرارات أو إجتهدات من المصادر الرسمية للقانون.

كما يروا انه على المجتهد ألا يتقيد في إجتهداه بمذهب معين، فالمصالح المرسلة أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الإسلامي، على أساسه يمكن لولي الأمر إيجاد النظم الضرورية التي تحقق الخير والمصلحة للناس، فضلاً عن العرف المعتبر شرعاً فإنه يعد

راجع في ذلك كل من: د. توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية - ١٩٩٣ - ص ٢٧٨ وما بعدها، د. حسام الدين⁵⁷ الأهراني: أصول القانون - ١٩٨٨ - ص ١٨٧.

انظر في ذلك فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص ٤٨ وما بعدها. وفضيلة الدكتور الشيخ محمد مصطفى⁵⁸ شابوي: المدخل في الفقه الإسلامي - ص ٢٤٨.

فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق - ص ٢١٦⁵⁹.

أصلاً فقهيًا تبنى عليه الأحكام⁶⁰ واتساع منطقة العفو أو الفراغ التي تركتها النصوص قصدًا، ما وجدت إلا لاجتهاد المجتهدين في الأمة ليملؤها بما أصلح للناس، ويستند العلماء إلى القول بأن منطقة "العفو" تركت قصدًا إلى ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن الله حد حدودًا فلا تعتدوها، وفرض أشياء فلا تضيعوها، وحرّم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها"⁶¹.

وإذا تحقق ذلك فإنه لا بأس من تقنين الفقه الإسلامي على المدى القريب، على أن يعاد النظر في هذا التقنين بعد فترة؛ لجعله متواكبًا مع التغيرات والمستجدات الاجتماعية على نسق القوانين الوضعية على ألا يقتصر التقنين على مذهب معين، بل يأخذ من كل مذهب بما يتلاءم وحاجات العصر ومستجداته، متى كان ذلك له أصل في الشريعة. فالفقه الإسلامي بمصادره ومقوماته واستناده إلى الشريعة، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والأفراد والدولة
الرأى المعارض للاجتهاد القضائي:

وقد نادى بعض مفكري الثورة الفرنسية ورجالها بإلغاء كل دور للاجتهاد القضائي وبضرورة قصر عمل القاضي، في جميع الأحوال، على تطبيق أحكام التشريع تطبيقاً ألياً. فقال مونتسكيو

" إن قضاء الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع..."،⁶² وقال روبسبير " إن كلمة الاجتهاد القضائي يجب أن تمحى من لغتنا..."

ولكن هذا الاتجاه الذي جاء ردًّا فعل على تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع لم يكتب له النجاح، وما كان ليكتب له أن ينجح. فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد وإلا تعطل عمله وتعدّر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان.

د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق - ص ٦٧-وما بعدها- 50⁶⁰

هذا الحديث رواه الدارقطني وحسنه النووي في الأربعين راجع في ذلك د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي - ص ٧٢

(١١) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة ١٩٨٧).

نحن لا نتفق مع هذا الإتجاه فربما كان تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع لم يكتب له النجاح، ولكن هذا لا يعنى أن السبب فى مطالبة تقليص الإجتهاد القضائي أرى أن السبب فى ذلك هو غنى المشرع الفرنسي بمصادر القانون ونصوصه. والإجتهاد القضائي المقبول لدينا والمعمول به لدى الرأى المعارض للإجتهاد القضائي هو أن يجتهد والقاضي إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص. فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في حالتين أساسيتين: غموض النص أو إبهامه من جهة، والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية.

وغموض النص يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد وإنما هو يحتمل أكثر من تأويل. وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص. ولذا قد تختلف الإجتهادات القضائية *la jurisprudence* تبعاً لإختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها⁶³.

وأما النقص في النص فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها. ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعيناً في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولاسيما طرائق الإستنتاج المختلفة.

ولا يقف القاضي في إجتاده عند تفسير النصوص التشريعية محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها. فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتتسأ فيه ظروف

63 Make Google view image
button visible again: <https://goo.gl/DYGbub>

وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدل، متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته.

ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، فيتجاوز، كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير، إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.

وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، كالعرف الذي يعد من مصادر القانون الرسمية الأخرى، ومن أهم هذه المصادر العرف. والقاضي لا يصنع العرف طبعاً كما أنه -خلافاً لما يراه بعضهم- ليس هو الذي يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دوراً مهماً في الأخذ بالعرف لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده.

ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانونين المصري والسوري وبعض القوانين العربية الأخرى «مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة». وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين أو قائمة محددة، فإذا احتاج القاضي إلى الرجوع إليها، ونادراً ما يحتاج إلى ذلك، كان عليه أن يحدد ما يراه موافقاً منها. لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، «إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء».

مدى إعتداد النظم القانونية بالإجتهاد القضائي ضمن مصادر القانون، أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة، وإنما يرجع إلى إجهاداته على سبيل الإرشاد والتتوير -كما هو الحال في الفقه الإسلامي وفي القانون الفرنسي الحالي والقوانين العربية التي تأثرت به- فيعد الاجتهاد القضائي من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية.

وأما في الفقه الإسلامي فعلى الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي والقضائي من دور كبير في إثراء هذا الفقه حتى عدّ أحد مصادره، فإنه لا يمكن عدّ الاجتهاد مصدرًا رسميًا فيه. فالاجتهادات الفقهية ليست سوى آراء لأصحابها قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ. والاجتهادات القضائية لا تتمتع بأية قوة إلزامية إلا في القضايا التي صدرت فيها، ومن الجائز للقاضي الذي صدر عنه اجتهاد ما، ولغيره من القضاة، عدم التقيد باجتهاده في القضايا المماثلة.

لقد ساهم الفقه الإسلامي في إرساء هذه المبادئ منذ أكثر من أربعة عشر قرنًا، في وقت كانت أوروبا تعيش فيه في ظلام العصور الوسطى، وأرسى قواعد اجرائية تفصيلية، وتعرض بالتوضيح للإجراءات والقواعد التي يجب أن تسود المحاكمات العادلة، ولقد نقل الغرب عن الفقهاء المسلمين هذه المبادئ والقواعد، والتزموا بها، لذلك أصبحت العدالة لديهم سهلة ميسرة، وهو ما يفسر كذلك عدم وجود تناقض بين آراء الفقه الإسلامي وبين القوانين الغربية في المسائل الاجرائية⁶⁴.

وفي القانون الفرنسي المعمول به اليوم، والقوانين العربية التي تأثرت به ومنها القانون السوري، لا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة. كما عدّ رجال الثورة الفرنسية هذا الأمر من النتائج الحتمية لمبدأ الفصل بين السلطات. ولذا فالاجتهاد القضائي في هذه النظم، كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ليست له قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها.

ففي القانون الروماني أحدث منذ القرن الرابع قبل الميلاد منصب البريتور (أي الحاكم الشرعي) لتنظيم التقاضي في الأمور المدنية. وكان البريتور يعين لسنة واحدة ويصدر عند توليه منصبه منشورًا يبين فيه القواعد التي سيسير عليها في قبول الدعاوى والدفع. وكان كل بريتور يستبقي من منشور سلفه القواعد التي يرى استبقاءها، ويعدل بعض القواعد الأخرى أو يضيف إليها، إلى أن نشأ من مجموع القواعد التي

العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون المرافعات | عميد كلية الحقوق - جامعة 64 الاسكندرية سابقاً بحث مقدمة لمؤتمر "الفقه الإسلامي: المشترك الإنساني والمصالح" تطور العلوم الفقهية - فقه رؤية العالم والعيش فيه

سلطنة عمان ٦-٩ أبريل ٢٠١٤

تكرر الأخذ بها والنص عليها ما أطلق عليه أسم «المنشور الدائم» وقد تم في أواخر القرن الثاني قبل الميلاد تجميع قواعد المنشور الدائم في قانون عرف باسم "القانون البريتوري" ٦٥. ويصف الفقهاء الفرنسيون اليوم الاجتهادات القضائية التي تتضمن تعديلاً لأحكام القواعد القانونية أو تقريراً لمبادئ غير منصوص عليها بأنها "اجتهادات بريتورية" نسبة إلى ما كان يقوم به البريتور الروماني من وضع قواعد قانونية بنفسه، وفي القانون الفرنسي القديم قبل الثورة كان للقضاء، ولاسيما المحكمة العليا في باريس التي كان يطلق عليها أسم «برلمان باريس» ويرأسها الملك، سلطة إصدار أنظمة أو لوائح تتضمن قواعد قانونية.

وفي القانون الإنكليزي يعدُّ الاجتهاد الصادر في قضية ما عن إحدى المحاكم، باستثناء بعضها، سابقة قضائية تلتزم المحكمة التي أصدرته، والمحاكم التي هي أدنى منها، السير عليه في القضايا المماثلة. وإذا صدر هذا الاجتهاد عن أعلى محكمة في الدولة، وهي اللجنة الإستئنافية بمجلس اللوردات، إلترمت سائر المحاكم السير عليه. وكان مجلس اللوردات نفسه يتقيد أيضاً بما يصدر عنه من اجتهادات، ولكن سمح له منذ عام ١٩٦٦ بالعدول عن اجتهاداته إذا دعت إلى ذلك أسباب قوية تقتضيها مصلحة العدالة. ٦٦

وأخيراً لا نريد أن نشكك في أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية كما سبق وأن أوضحنا على الأقل من الوجهة العلمية وخاصة في ظل التغيير والمستحدثات التي نعيشها الآن باختلاف الزمان والمكان وهذا ما جاء في السنة النبوية أحاديث كثيرة تؤكد ما جاء في القرآن الكريم من مشروعية تغيير الأحكام بحسب تغير الأمكنة والأزمنة والنيات والمصالح والعوائد والأحوال ٦٧، ولكن ليس معنى ذلك ان نساويها مع نصوص التشريع كقواعد قانونية عامة وملزمة، تتمتع به قواعد القانون الناشئة عن مصادره الرسمية .

(١٥) تاريخ النظم الاجتماعية والقانون مع دراسات فلسفة القانون د. عبد المجيد محمد الحقاوي/ دار الهدي للطبوعات.

(٦٦) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة ١٩٨٧).

(٦٧) قواعد تغيير الفتوى بين الحدث للكاتن والزمين : قراءة أصولية بقلم د. محمد كمال الدين إمام منشور في العدد الإثنين، ١٥ تشرين ١/ أكتوبر ٢٠١٢ ٠٩:١٩١٤٣ للمزيد راجع في ذلك د. محمد حامد الكبيسي: الضوابط الأصولية لتغيير الأحكام الشرعية، دار الإرشاد للنشر، سوريا، ٢٠٠٦، وخاصة من ص ٢٩٨-٣١٨، وهو أطروحة للدكتوراه من كلية الدراسات الإسلامية بجامعة بغداد وفيه بحث جيد في هذا الموضوع تحت عنوان حجبة التغير في الأحكام والعنوان يحتاج إلى ضبط لأن الحجبة تكون في الدليل مثل حجبة السنة وحجبة الإجماع ولا تكون في التغير.

المبحث الثاني

السوابق القضائية في التشريعات العربية

المطلب الأول

السوابق القضائية في القانون المصري

لم يأخذ المشرع المصري بالسوابق القضائية، أي إجتهاادات المحاكم كمصدر من مصادر الحكم القضائي والشاهد على ذلك ماورد في نص المادة "١" ٦٨ من القانون المدني المصري والتي نصت على مصادر الحكم القضائي وفقا للترتيب الوارد فيها لا نجد السوابق القضائية من بين مصادر الحكم القضائي حيث نصت المادة في حالة لجوء القاضي عندخلو النص بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ولكن لم تنص على إعتماذ القاضي على السوابق القضائية اى قياس حكم على حكم آخر لمجرد تشابه وقائع القضايا وكذلك كما أن المادة "٢٤٨" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى الأحوال الآتية

١. إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله

٢. إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم

وبالرجوع الى نصي المادة ٢٤٨ مرافعات لم تنص على مخالفة السابقة القضائية فى إجتهاادات المحاكم كسبب من أسباب النقض ضمن ايراده لأسباب الطعن بالنقض فى المادة المشار اليها والسبب فى ذلك ان المشرع المصري لم يأخذ بالسوابق القضائية ولم يعتد بها.

المادة ١ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ 68

تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

والمادة ٢٤٩ - للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم نهائي - أيأً كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى

وكذلك ما ورد في نص المادة ٢٦٣ - بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المواد السابقة يرسل قلم الكتاب ملف الطعن الى النيابة العامة، وعلى النيابة العامة أن تودع مذكرة بأقوالها في أقرب وقت مراعية في ذلك ترتيب الطعون في السجل، ما لم تر الجمعية العمومية لمحكمة النقض تقديم نظر أنواع من الطعون قبل دورها

وبعد أن تودع النيابة مذكرة بأقوالها، يعين رئيس المحكمة المستشار المقرر ويعرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة. فإذا رأت المحكمة أن الطعن غير مقبول لسقوطه، أو بطلان إجراءاته، أو إقامته على غير الأسباب المبينة في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ أمرت بعدم قبوله بقرار يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة الى سبب القرار، والزممت الطاعن بالمصروفات فضلاً عن مصادرة الكفالة، وإذا رأت المحكمة ان الطعن جدير بالنظر حددت جلسة لنظره. ويجوز لها في هذه الحالة أن تستبعد من الطعن ما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض، وأن تقصر نظره على باقى الأسباب مع إشارة موجزة الى سبب الاستبعاد وفي جميع الأحوال لا يجوز الطعن فى القرار الصادر من المحكمة بأى طريق

وعليه وجدنا أن المشرع المصري لم يذكر السوابق القضائية ضمن أسباب عدم قبول الطعن مثل سقوطه، أو بطلان إجراءاته، أو إقامته على غير الأسباب المبينة فى ال مادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ ...

هذا من الناحية التشريعية أما من الناحية التطبيقية القضائية فإجتهادات المحكمة العليا على سبيل المثال غير ملزمة للمحاكم الأخرى حيث أن محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى تملك الخروج عليها قانوناً وإن كان هذا الأمر نادراً لأن أحكام هذه المحاكم ستكون عرضة للنقض في هذه الحالة ومن هنا يكون للتفسير الذي تنتهي إليه المحكمة العليا قوة الإلزام الأدبي أمام محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى^{٦٩}.

(٦٩) المستشار مصطفى عليوة فتح الباب - الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات - الكتاب الثاني صياغة وتفسير التشريعات - نشر دار الكتب القانونية - مصر - سنة النشر ٢٠١٢ ص ٣٣٥ .

وبالرغم من عدم إلزامية الأخذ بالسابقة القضائية إلا أنه لا يمكن القول بتجاهل إجتهدات أحكام محكمة النقض المصرية عبر التاريخ حيث كان لها دوراً عظيماً في تطوير وصياغة الكثير من النصوص القانونية عبر فحصها في مواطن الخلل والتقصير في بعض النصوص التشريعية الى درجة تصل أحيانا الى حد إهدار النص وذلك في الحالة التي كانت تجد فيها أن هذا النص يجافي روح العدالة ومن ثم كانت تبرر بقولها بغموض السنن وضرورة تفسيره وتحت ستار هذا التفسير كان يصل الإجتهد إلى وضع قواعد قانونية جديدة ٧٠ وأن هذا الدور يمكن ملاحظته عند تشريع القانون المدني المصري الجديد حيث ان نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصري هما أهم مصدرين أستقي منهما التقنين الجديد.

حيث أنشأ التقنين الجديد أحكام القضاء المصري في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك فمن النظريات العامة التي قننها التعسف في استعمال الحق، وتكوين العقد والأستغلال، والحوادث الطارئة، والألتزام الطبيعي، والصورية، والملكية الشائعة، والتصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت وشرط عدم التصرف. ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد والشرط الجزائي^{٧١} وغيرها حيث أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد أستقيت من التقنين القديم بعد أن أضاف إليها ما أنتهى إليه إجتهد القضاء في تطبيق هذه المبادئ^{٧٢}.

ومما سبق نستنتج أن كلمة سابقة تعنى في القانون المصري التي لم يسبق لها مثل في التفسير بمعنى أن حكم المحكمة المكون للسابقة لا يخالف القانون، بل يكون تطبيقاً له، ولكن بتفسير لبعض ألفاظه على نحو لم يتم من قبل، طبقاً للتغير في الظروف المكانية والزمانية.

(٢٠) أحمد جلال الدين هلال - قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ١٥٤ - ص ١٤٠ - نقلاً عن الدكتور حلمى الحجاز - أسباب الطعن بطريق النقض - توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب - ط ١ طرابلس - لبنان الجزء الأول فقرة ١٩٩ - ص ٤٠٣.

(٢١) أنظر: الاجتهد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية - المستشار عباس قاسم مهدي الداوقى القاضي في المحاكم العراقية الطبعة الأولى ٢٠١٥.

(٢٢) الدكتور عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠ - الجزء الأولى - ص ٤٥.

وليس كل حكم محكمة يشكل سابقة، فإذا كان الحكم ليس سوى إعمال طبيعي للقاعدة القانونية، فلا يعتبر الحكم سابقة قضائية وعندما يستأنف الحكم، وتؤيده محكمة الاستئناف، يصبح هذا "التفسير" الوارد في هذا الحكم ملزماً لجميع المحاكم الابتدائية، ولكنه ليس ملزماً لمحاكم الاستئناف الأخرى، ولكن لو بلغ الأمر إلى محكمة النقض، وأقرت هذا التفسير، أصبح هذا "التفسير" سابقة قضائية "تسري على جميع المحاكم في الدولة، ويكون لها قوة القانون. إذن، ليس كل حكم استئنافي يكون خالفاً لسابقة، فالأحكام الاستئنافية قد تؤدي إلى الآتي تقديم تفسير لكلمة في القانون لم تقدمها محكمة أخرى من قبل وهذه الحالة الأخيرة هي التي يمكن أن تخلق سابقة قضائية. الشروط التي أشترطها المشرع المصري للأخذ بالسابقة القضائية

- أخذ المشرع المصري بالمبدأ القانوني^{٧٣} الذي أستاذ إليه القاضي في إصدار الحكم، ويسمى هذا الجزء باللاتينية: *ratio decedendi* أي سند أو سبب الحكم. وهو الذي يتكوّن منه السابقة القضائية دون النظر إلى ما ورد في حيثيات الحكم، كالتعليق على جسامه الجريمة، وقسوة الجاني، وآلام أسرة المجني عليه، وكثير من هذه المواد الإنشائية التي يجدها بعض القضاة. ويسمى باللاتينية *obiter dicta*: أي كلمات تقال "على الماشي" أو "كلمات مرسلة" في هذه الحالة بالذات، ولا تدخل في المبدأ الذي توصل إليه القاضي ولا تؤخذ في الاعتبار لتكوين السابقة.

- لتطبيق السابقة، يجب أن تتشابه الأحداث والظروف في القضية الجديدة مع أحداث القضية المنتجة للسابقة.

- لا يلزم قاضي محكمة أدنى من تطبيق السابقة في القضية المنظورة أمامه إذا أراد ذلك، وعليه إثبات ذلك في حكمه برفض قبول السابقة القضائية، وربما يؤدي الأمر إلى إرجاع القضية لمحكمة النقض وذلك بذكر أن أحداث هذه القضية تختلف عن أحداث السابقة القضائية مبدأ تفريد الوقائع.

(٧٣) أما المبادئ القضائية فهيا مثل أحكام محكمة النقض في مصر لها قوة أدبية على القضاء ولكنها ليست ملزمة بأي حال من الأحوال ويمكن لأي قاضي جزئي أن يخالفها ولا يلام على ذلك وهذا النظام معمول به في الدول التي تعمل بالنظام الروماني أو اللاتيني مثل إيطاليا وفرنسا ومصر وروسيا.

- ويؤيد المشرع المصري إمكانية الاستعانة بالسوابق القضائية على سبيل الأستحسان وليس عن طريق "الإلزام"، ليس بحسب داخليا بل يمكن أحيانا أن تطبق في دولة أخرى^{٧٤} رأى البعض في إغفال الفقه القضائي في مصر بالسوابق القضائية^{٧٥} حيث يرى أن المشرع المصري أردا أن يحرم المحاكم من حق البحث عن نية المشرع، فالدستور و القانون مكتوبان بطريقة تحقق تماما ما يريده رئيس السلطة التنفيذية، و لا مكان للمحاكم لكي تغير " بالتفسير" ما أراد رئيس السلطة أن يكون قانونا و لا يوجد (حالياً) قانونياً أو دستورياً ما يلزم القاضي المصري بتطبيق السوابق القضائية النهائية الصادرة من أعلى محكمة في النظام القضائي حيث أن هذا ليس منصوصا عليه في الدساتير الأخيرة، و إن كان مبدئاً قانونياً تلتزم به جميع النظم القانونية الدستورية في العالم . ومجرد إغفال ذكر " فقه السوابق القضائية" في الدستور كمصدر للقانون هو في حد ذاته تجريد صريح للمحاكم من حقها في إرساء سوابق قضائية، قد تفضح الفشل التشريعي.

نحن لانفق مع الرأي السابق الذي يعارض موقف المشرع المصري في موقفه بعدم جعل السوابق القضائية مصدراً من المصادر التي يبنى على أساسها الحكم أو تقنينه في الدستور بالرغم من تأييدنا في مسألة أن هناك خلل في تفسير التشريع وليس فشل فيه على حد تعبير الرأي السابق.

ونعتقد أن الرأي السابق جانبه الصواب عندما عمم في التزام أخذ السابقة جميع النظم القانونية الدستورية في العالم هذا ليس صحيح إلا في الدول التي تتبع النظام الإنجلوسكسونية وبالرغم من ذلك كان لإجتهادات أحكام محكمة النقض المصرية عبر التاريخ دوراً عظيماً في تطوير وصياغة الكثير من النصوص القانونية عن طريق التفسير كما سبق وأن أوضحنا.

وجدنا ان الفقه أنقسم إلى مدرستين اللاتينية الإنجلوسكسونية وبعد دراستنا على المدرستين وجدنا أن المشرع المصري أنقسم إلى المدرسة اللاتينية الغنية بالمصادر

^{٧٤} وقد لجأت أستراليا إلى اقتباس كثير من السوابق البريطانية، إلى أن كون النظام القضائي الأسترالي سوابقه النابعة عن محاكمه.

(٧٥) د. محمود تركي - أستاذ القانون لمبورن ولاية فيكتوريا إستراليا - فقه السوابق القضائية - منتدى واحة المصرية

التشريعية والتي أحيانا تكون ليست في حاجة إلى الأخذ بالسوابق لوجود نصوص الأحكام من مصادرها وإذا حضر الماء بطل التيمم أي لماذا أذهب إلى السابقة وأنا أمامي النص هذا من ناحية ومن ناحية أخرى الألتزام بمبدأ الفصل بين السلطات لن يتيح لا لرئيس السلطة التنفيذية، أو لغيره كما رأى أصحاب الإتجاه السابق التدخل في مهام السلطة التشريعية على الإطلاق لأن التشريع له خصائصه ألترمنا بها لما أحتجنا إلى السابقة إلا في أضيق الحدود .

وهناك تباين واضح بين مبدأ السوابق القضائية ومبدأ حجية الأحكام القضائية في مصر حيث أن مبدأ حجية الأحكام هو مبدأ أساسى من مبادئ التقاضي فهو دليلاً من أدلة الإثبات لا يقبل العكس فهو مبدأ أقرته التشريعات المدنية للحفاظ على أستقرار المجتمع ولذلك هو من النظام العام.

وبالرغم من ذلك حجيته الأحكام ليست مطلقة إذ أن هذه الحجية تقتصر على نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم ودون ان تتغير صفاتهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً يتبين من كل ما سبق أن كلا من مبدأي السوابق وحجية الأحكام القضائية (حجية الأمر المقضي به) قد أضفيا الحجية على الأحكام القضائية.

إلا أن التمييز يقع في مدى أو نطاق هذه الحجية فمبدأ حجية الأحكام القضائية يتضمن نسبية هذه الحجية أى أن الحكم القضائي يعد حجة على أطرافه فيما لو أثير النزاع مجدداً مع أتحاد أطرافه وكذلك أتحاد الموضوع (المحل) والسبب ومن ثم يمتنع على المحكمة الخوض مجدداً في موضوع الحق الذي تضمنه ذلك الحكم.

أما السوابق فهو يعنى أن الحكم القضائي يعد حجة مطلقة في مقام إصدار الحكم القضائي وذلك في القضايا المشابهة للقضية الصادر فيها الحكم القضائي (السابقة القضائية) ويجب الإستناد إليه عند إصدار الحكم القضائي في النزاع الجديد المعروض على القاضي وذلك على أختلف بين النظم القانونية في مدى جواز الإعتماد على السابقة عند إصدار الحكم القضائي وتصنيف ما سلف على القانون المصري لا تعد السابقة مصدراً من مصادر الحكم القضائي لأنها ليست له إلا حجية نسبية ومحدودة في نطاق أطراف الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم ومن ثم لا تمتد حجية الحكم القضائي إلى القضايا الأخرى المنصوص عليها في القانون

المصري ،وهذا بعكس ما جاءت به الانظمة الاخرى كالقانون السوداني الذي يتبع النظام الإنجليزي سكسوني في السوابق القضائية .

وأخيراً نؤيد موقف المشرع المصري في اعتماده على المبدأ القانوني الذي إستند إليه القاضي في إصدار الحكم، أي سند أو سبب الحكم. وهو الذي يتكوّن منه السابقة القضائية بالشروط سالفة الذكر.

المطلب الثاني

السوابق القضائية في القضاء السوداني

كما نرى وحسبما يبدو لنا، أن القانون السوداني يتبع النظام الإنجليزي سكسوني في السوابق القضائية ويرجع ذلك إلى عدة أسباب منها أو لا التقنين أنها تعد من مصادر التشريع في السودان والتي يعتمد عليها القضاء وهذا لإختلاف مصادر التشريع ما بين شمال وجنوب السودان ولعدم وجود تقنين في الماضي والإعتماد الموروث من النظام الإنجليزي على مبدأ (العدالة والمساواة والوجدان السليم).

إلى أن صدر دستور السودان وجعل الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات التي تُسن على المستوى القومي وتُطبق على خمس ولايات شمال السودان بينما جنوب السودان أعتمد على التوافق الشعبي وقيم وأعراف الشعب السوداني وتقاليد ومعتقداته الدينية التي تضع في الإعتبار مسألة التنوع في السودان، كمصدرات للتشريعات التي تُسن على المستوى القومي، وتطبق فيها ، وهذا ما نص عليه دستور السودان الإنتقالي للعام ٢٠٠٥ م^{٦٦} وخاصة المادة (٥) فقرة واحد من الفصل الأول^{٧٧} والمقصود هنا هو التشريع العام المكتوب البائد في أغلب أنحاء البلاد في

(٦٦) المصدر موقع وزارة العدل-دستور جمهورية السودان الإنتقالي لسنة ٢٠٠٥.

(٧٧) مصادر التشريع:

- يكون التوافق الشعبي وقيم وأعراف الشعب السوداني وتقاليد ومعتقداته الدينية التي تأخذ في الإعتبار التنوع في

السودان، مصدراً للتشريعات التي تُسن على المستوى القومي، وتُطبق على جنوب السودان أو ولاياته.

في حالة وجود تشريع قومي معمول به حالياً، أو قد يُسن، ويكون مصدره دينياً أو عُرفياً، يجوز للولاية، وفقاً للمادة

٢٦ في حالة جنوب السودان، التي لا يعترف غالب سكانها ذلك الدين أو لا يمارسون ذلك العرف أن :

- (أ) تُسن تشريعاً يسمح بممارسات أو ينشئ مؤسسات في تلك الولاية تلائم دين سكان الولاية وأعرافهم، أو
- (ب) تحيل التشريع إلى مجلس الولايات لإجازته بواسطة ثلثي جميع الممثلين في ذلك المجلس أو يبتدر إجراءات لنسب تشريع قومي تنشأ بموجبه المؤسسات البديلة الملائمة.

أما المادة ٢٦ المشار إليها أعلاه تقرأ كالآتي: يكون التواصل بين الحكومة القومية والولايات في جنوب السودان عن طريق حكومة جنوب السودان. المتأمل لهذه النصوص يجدها تحصر الناس حول الأفكار والسلوك وفق ما تملبه عليهم العقيدة الدينية وليس الناس مصنفين حسب قبائلهم. فمثلاً (التوافق الشعبي) لا تستطيع الادعاء بأن التوافق المقصود لقبيلة معينة، وحتى في المكان الذي يتحدث عن جنوب السودان ستجد عدم تحديد قبيلة.

الوقت الذي وجد فيه معارضة من بعض التشريعات الأخرى التي تتبعها بعض القبائل وتؤمن بها كمبادئ لا يمكن التحلي عنها لكنها لا تجد السند من التشريعات الدينية الموجودة بالدولة^{٧٨}.

ثانياً سبب تاريخي حيث فرضت بريطانيا عليها تطبيق القانون الإنجليزي الذي سد منافذ وجود تطور تشريعي في السودان شأنه شأن باقي الدول الأمر الذي جعل من السوابق القضائية أساساً للإعتماد عليها في قضاء القانون السوداني باعتبار أن السوابق من نتاج القانون الإنجليزي ومن ثم بدأت الإدارة البريطانية منذ عام ١٨٨٩ في تطبيق القوانين الحديثة في السودان.

ومنذ ذلك الوقت أخذت المحاكم السودانية في تطبيق القواعد العامة للقانون الإنجليزي بواسطة القضاة إنجليز في غياب القوانين الوطنية لحل القضايا التي تعرض عليها الأمر الذي جعل ضرورة الرجوع إلى العرف في كل المسائل التي لا يوجد فيها قانون مكتوب خاصة أنهم بطبيعة الحال لم يكن القضاة على دراية إلا بالقانون والفقهاء الإنجليزي وللحكم في القضايا المعروضة أمامهم. لم يكونوا لديهم سوي تطبيق القانون الإنجليزي تحت قاعدة (العدالة والمساواة والوجدان السليم) ومنذ زمن طويل اعتبرت هذه القاعدة الوحيدة من أهم قواعد القانون المدني السوداني^{٧٩} وكان تطبيق على النحو التالي:

حيث جاء في السابقة حكومة السودان ضد عياد إبراهيم (م أ / س م / ٧٢/٣٩ المجلة ١٩٧٢ ص ١٢٨) أن الطعن في القرارات الإدارية تخضع لنفس القواعد العامة لرفع ونظر الدعاوى المدنية والتجارية العادية

وبناءً على الحكم السابق أتباع القانون الإنجليزي النظام الإنجلوسكسوني الذي يجعل السوابق القضائية ملزمة للقاضي في جميع القضايا ولبروز علاقة القانون الإنجليزي بالقانون السوداني سنستعرض بحث عن تطبيق القانون الإنجليزي Common Law أو مبادئ القانون العام في السودان وما صاحب ذلك من تطور، وذلك من خلال معرفة كيفية تطبيق القانون الإنجليزي قبل سنة ١٩٢٥.

إن فالتشريعات الأخرى غير المبينة على الشريعة أو القوانين العرفية المكتوبة لا ترتبط بعنصر الشخص الذي يقع تحت طائلة هذا القانون.

وعليه فالشخص الذي يؤمن بأي من الأديان التي تعترف بها الدولة سيكون ملزماً بالسير وفق الدين، (٧٨) لويل كوندو - السوداني العدد رقم ١٠١٥-٢٠٠٨-١٨-١١.

The Common law in the Sudan London, 1971

(٧٩) د. زكي مصطفى

حيث أتصفت هذه الفترة الزمنية بخلو السودان من أي تشريع قانوني في الوقت الذي بدأت فيه بريطانيا تطبيق القانون في السودان حيث لا يوجد سوى القاعدة سالفه الذكر وجاء أول تطبيق لذلك في المادة ٤ من قانون القضاء المدني سنة ١٩٠٠ وتقرأ (في الحالات التي لا تحكمها المادة ٣ من هذا القانون أو أي قانون آخر تطبق المحاكم قاعدة العدالة والمساواة والوجدان السليم والتي أصبحت هي القاعدة التي تحكم القانون المدني في السودان لخلو نصوص القانون كما سبق وأن أشرنا والحكم بقاعدة واحدة على جميع القضايا مما أدى إلى جعل السوابق القضائية لا غني عنها وهي المنفذ الوحيد للمحاكم السودانية التي أتبعت كلية منهج المحاكم الإنجليزية وعلى سبيل المثال وليس الحصر ظهر لنا ذلك في قضية ^{٨٠} شاشاتي حيث تتبع القاضي القانون الإنجليزي وطبق لأول مرة الحق في مراجعة القرارات الإدارية ^{٨١} المبدأ الذي أستقر في قضية قطران أن الحكم صدر على أساس دراسة مقارنة للقانون الإنجليزي ^{٨٢} حتى أن حدث تطور في تطبيق القانون الإنجليزي بعد سنة ١٩٢٥ .

وأوضح ذلك من خلال السوابق السودانية التي وجدنا فيها تغيير في تطبيق القانون الإنجليزي قضية شركة أقطان مصر والسودان ق م / استئناف / ١٩٢٥ ٧ ^{٨٣} حيث كان السؤال موضوع الدعوى يدور حول تطبيق أو عدم تطبيق المادة ١٨ من القانون الإنجليزي (Sale of Goods 1893) وفي هذه الدعوى وجد القاضي نفسه أمام ثلاثة خيارات (Common Law) أما تطبيق القانون الإنجليزي أو التقاضي عن ذلك وتطبيق القاعدة العامة للقانون سالفه الذكر أو صرف النظر عن الاختيارات السابقة وتطبيق القانون المصري

بعد الدراسة والمناقشة طبق القاضي القانون المصري لحل القضية المعروفة أمام المحكمة ومنذ ذلك التاريخ بدأ القانون السوداني في التحرر قليلاً من سيطرة القانون الأجنبي وبدأ يتجه نحو أستقلال قواعده ولكن وبالتأكيد في إطار النظرية

(^{٨٠}) زكي مصطفى - المرجع السابق - ص ١٣٤ .

(^{٨١}) نيكولا شاشاتي ضد جمهورية السودان الديمقراطية مرجع د. زكي السابق - ص ١٣٥ .

(^{٨٢}) ق. م / إعادة نظر / ١٩٦٢ م

(^{٨٣}) مجلة الأحكام القضائية ١٩٧٢ - ص ١٢٨ .

العامّة للقانون العام ثم بدأ أثر ذلك يظهر جلياً على أحكام المحاكم الأخرى وهذا لا يجعلنا نستطيع القول بأن القضاء السوداني خلع ثوب القانون البريطاني بل آثاره ما زالت مستمرة وهذا ظاهر من خلال الخلل الموجود في التشريع

والذي أيضاً ينتج لنا الكثير من السوابق القضائية التي لم تنجح في إيجاد حلول في مجالات كثيرة كالمسؤولية الإدارية التي تتعدى ان تكون بمثابة سابقة أساسية تبني عليها قواعد خاصة للقانون الإداري ليس إلا ، وكذلك في إطار البيان القانوني للخطأ فإن القانون السوداني يساوي بين الخطأ المدني والخطأ الإداري من ناحية التعريف وجسامة الخطأ وعبء إثباته ، وعلى سبيل المثال وليس الحصر حينما بدأت الإدارة البريطانية تطبيق القانون السوداني في كل منازعات قانون الالتزامات الملكية والقانون الإداري التزمت المحاكم بقاعدة العدالة والمساواة والوجدان السليم^{٨٤} .

ولكن سرعان ما بدأ القضاء السوداني الوطني ينتبه من الميراث الذي خلفه له القانون الإنجليزي واضعاً السوابق القضائية نصب عينيه وسرعان أن فاق من قوانين عتيقة لا تتلاءم مع دينه وعاداته وتقاليده والشاهد في ذلك أن هناك دلالات تدل على بداية حركة جديدة لتقنين النصوص ونفعيلها^{٨٥} .

وكذلك وجدنا أن هناك صحوة بين الهيئات الدينية الممثلة في مجمع الفقه الإسلامي بالسودان والمشرع عندما عارضت أي تدخل مخالف للدستور السوداني إذا كان هذا التدخل يعارض مبادئ الشريعة وهذا هو التكامل الذي نسعى إليه وهذا ما حدث مؤخراً حيث قامت هيئات دينية سودانية " تحرم " تعديلات دستورية^{٨٦}

The Common law in the Sudan London, 1971

(٨٤) د. زكي مصطفي

(٨٥) نيالا ١ أبريل ٢٠١٧ - دعا رئيس المجلس التشريعي بولاية جنوب دارفور، جميع أعضاء المجلس الي جلسة طارئة الإثني القادم لإجراء بعض التعديلات علي دستور الولاية الانتقالي، إنفاذاً لمخرجات الحوار الوطني - السبت ١٠ كانون الثاني (يناير) ٢٠١٥ المصدر سودانيين تربيون

(٨٦) المصدر موقع النيلين www.alnilin.com - واجه المستعمر نظاماً قضائياً راسخاً ولم يقوم علي فرض قوانينه أو إلغاء النظام القانوني والقضائي السائد إلا ان المستعمر طبق قانون القضاء المدني والجنائي وترك مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين لقوانين وأحكام الشريعة الإسلامية. وأسند الإشراف فيه لحفائهم المصريين وكان منصب رئيس القضاء حكراً علي السودان كان قانون العقوبات لسنة ١٨٩٩م.

ومن ميزات هذه الفترة استجلاب قانون تسجيلات الأراضي وتبعيته للقضائية وهو من أفضل أنواع أنظمة التسجيلات في العالم وعمل الاستعمار للفصل بين القضاء الشرعي والقضاء المدني ويشمل المدني والجنائي وترك مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين لقوانين وأحكام الشريعة الإسلامية. وأسند الإشراف فيه لحفائهم المصريين وكان منصب رئيس القضاء حكراً علي الإنجليز حتى عام ١٩٥٦م. وكانت القضائية في ذلك الوقت جزء من السلطة التنفيذية ولم ينص علي استقلال القضاء إلا بعد

والخلاصة أننا وجدنا القانون السوداني ما هو إلا نسخة من القانون الإنجليزي بالرغم من التعديلات التي أدخلت عليه لأننا لاحظنا أن رجال القانون السوداني بدأوا في تطبيق القانون الإنجليزي دون محاولة فهم تاريخ ومصادر القانون الإنجليزي نفسه وعليه إذا دققنا النظر في تاريخ القانون الإنجليزي سنعرف لماذا لا يصلح هذا القانون العرفي الأجنبي الذي يكاد يكون تطبيقاً قاعداً ما جرى عليه العمل على مجتمعه ومن ثم تطبيقه على مجتمع آخر مثل السودان يختلف من ناحية اللغة والعادات والدين الأمر الذي سيجعلنا أمام أحكام متغيرة في عادات وتقاليد بالإضافة إلى ما قد يكون المبدأ الذي يعتد به اليوم لا يعتد به في الغد والذي قد يبنى عليه حكم اليوم لا يصلح إلى الغد بغية التوصل إلى المصلحة كما يدعون والدليل على ذلك الموقف الذي أتخذه مجمع الفقه الإسلامي بالسودان ومؤسسات دينية أخرى في رفضها القاطع لتعديلات دستورية المرتبطة

بزوغ فجر الاستقلال ١٩٥٦م وإقرار الدستور الانتقالي الذي نص على صدر قانون الحكم الذاتي ولأول مرة كفل للقضاء استقلاله ومنع السلطين التنفيذية والتشريعية التدخل في أعماله ومحاولة التأثير عليه وفي عام ١٩٦٦ فصل القضاء الشرعي عن المدني وأنشأت محكمة استئناف مدنية عليا وشرعية عليا وفي عام ١٩٧٢ تم دمج القضاء ثم فصلا عام ١٩٧٦م ثم عاد الدمج الأخير وتوحيد القسمين في عام ١٩٨٣م. ومن أهم ميزات تلك المرحلة وما يليها وأحداثها والتطور القضائي والقانوني فيها إعلان إعادة تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد في أغسطس ١٩٨٣م وكذلك أهم التطورات القضائية صدور قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٣-١٤٠٥هـ الذي نص على أن ولاية القضاء في السودان لجهة قضائية واحدة تسمى الهيئة القضائية تكون مسنولة مباشرة لدي رئيس الجمهورية عن أداء أعمالها كما أشتمل القانون على تكوين المحكمة العليا والأجهزة القضائية كانت اللجنة الطارئة للتعديلات الدستورية في البرلمان السوداني الاثني ٢٠ فبراير/ شباط إلى موقف المجمع وجماعة أنصار السنة وجهات أخرى، حول التعديلات الدستورية المقترحة، وسلم ممثل مجمع الفقه مذكرة للجنة، تضمنت اعتراضاً صريحاً على معظم التعديلات، بخاصة " حرية اعتقاد الأديان والمذاهب والأفكار، وحرية المرأة في الزواج، وحرية التعبير بأشكاله". وقال مجمع الفقه الإسلامي في مذكرة بالخصوص إن التعديل المتعلق بحرية الإعتقاد يخالف نص المادة (١/٥) من دستور ٢٠٠٥ التي لم تعدل، وتنص على "أن تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات التي تسن على المستوى القومي وتطبق على ولايات شمال السودان".

ورأى أن " التعديل الوارد يؤدي إلى هدم الأعراف القائمة على الشرع مما يقود إلى فتن في الأمن والسلم الاجتماعي، واعتبر التعديلات مخالفة للشرع ولا يجوز إقرارها أو إجازتها من البرلمان".

وينص التعديل المقترح المتعلق بحرية الإعتقاد على أن "لكل إنسان الحرية في اختيار رؤى يتخذها عقيدة دينية أو رؤية مذهبية وله أن يمارس أيما شعائر دينية أو احتفالات تذكر بها ويتخذ مواقع لعبادته ولا يكره أحد على دين عيني أو مذهب معين ولا يحظر عليه الحوار والجدال فيما هو حق حسب إيمانه ورأيه".

وشدد مجمع الفقه الإسلامي في موقفه من التعديل المتعلق بالزواج على أن "الزواج بالتراضي يخالف ركناً أساسياً وهو وجود الولي ولا نكاح إلا بولي كما ينص الحديث".

ويشان الردة، رأت هذه الهيئة الدينية "أن المادة موجودة في القانون الجنائي ولا سبيل لتغييرها، مؤكداً أن من يولد في الإسلام لا يجوز له أن يخرج منه".

ونقلت وسائل إعلام سودانية أيضاً عن ممثل مجمع الفقه الإسلامي وعضو البرلمان وعضو هيئة علماء السودان عبدالجليل النذير الكاروري أن "مجمع الفقه الإسلامي اعتبر بالإجماع التعديلات المقترحة من المؤتمر الشعبي مخالفة للشرع ولا يجوز إقرارها أو إجازتها

بوثيقة للحريات^{٨٧}، والتي أرى انها ما هي الا تطبيق لما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الانسان^{٨٨}

حيث جاء في نص المادة ١٦ و ١٨ و ٢٣ والتي تتعارض مع شريعتنا والتي كان أعدھا أحد زعماء السودان معللين أنها تبيح الكفر بالله والخروج عن الإسلام، وتؤدي إلى فوضى تقود لمزيد من التنافر وفي هذا لم نبعد كثيرا عما وصل إليه أهل تونس لمجرد تفكير الرأي العام في إياحة زواج المسلمة من غير المسلم الأمر الذي نهى الشرع عنه وحجتهم في ذلك مساواة الرجل بالمرأة في مضمون المصلحة التي يعقدونها

ونرى هنا ضياع المرجعية الشرعية وسط النداء جلب المصلحة ولكن نأمل أن تتحرر السودان من الأسباب التاريخية التي دعت للتمسك بالقانون الإنجليزي لأنها انتفت حيث يوجد لدينا الآن دولة بالمعنى القانوني للكلمة والسلطة القضائية قائمة على تطبيق القوانين السودانية الوطنية سواء في المجال المدني أو الجنائي أو الإداري وبالتالي سيكون الاعتماد أولاً على نصوص التشريع وليس السوابق القضائية التي يفترض أن يكون دورها على أساس الإسترشاد والتتوير.

المطلب الثالث

السوابق القضائية في القضاء السعودي

انقسمت الآراء حول مكانة السوابق القضائية في القضاء السعودي

الرأي الأول: السابقة القضائية لها مكانة الالزام في القضاء السعودي^{٨٩}

يروا أن احترام السوابق القضائية في القضاء السعودي معتبر في الجملة سواء من محاكم القضاء العام، أو قضاء المظالم، وفي أحكام حديثة في قضاء المظالم احتج القضاة بالسوابق القضائية ودونوا ذلك في أسباب أحكامهم.

^(٨٧) <https://www.masress.com/albawabh/238924> (٨٧) راجع الرابط البوابة نشر في البوابة يوم ٢٢-٢٠١٧-٠٢

^(٨٨) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان- وثيقة تاريخية هامة في تاريخ حقوق الإنسان ، صاغه ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم، واعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في ١٠ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٨ بموجب القرار ٢١٧ ألف بوصفه أنه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم. وهو يحدد، للمرة الأولى، حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالمياً. وترجمت تلك الحقوق إلى ٥٠٠ لغة من لغات العالم.

^(٨٩) عبد الله بن محمد الخنيني - عضو هيئة كبار العلماء السعودية .

ففي نظام القضاء السعودي الملغى الصادر عام ١٣٩٥هـ كما في المادة (١٤) منه على أنه: "إذا رأت إحدى دوائر المحكمة -محكمة التمييز- في شأن قضية تنظرها، العدول عن اجتهاد سبق أن أخذت به هي أو دائرة أخرى في أحكام سابقة أحالت القضية إلى الهيئة العامة لمحكمة التمييز وتصدر الهيئة العامة قرارها بأغلبية لا تقل عن ثلثي أعضائها بالإذن بالعدول، فإذا لم تصدر القرار به على الوجه المذكور أحالت القضية إلى مجلس القضاء الأعلى ليصدر قراره في ذلك بمقتضى الفقرة (١) من المادة (٨) ."

وقد حل محل هذه المادة في النظام الجديد الصادر عام ١٤٢٨هـ المادة (١٤) ونصها: "إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا -في شأن قضية تنظرها- العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به أو أخذت به دوائر أخرى في المحكمة نفسها في قضايا سابقة أو رأت إحدى دوائر محكمة الاستئناف العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة العليا لإحالته إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للفصل فيه".

ويلحظ هنا أن النظام الجديد اتجه إلى العمل بالمبادئ السابقة الصادرة من المحكمة العليا وجعل لها حجية الإلزام فلا يعدل عنها إلا بقرار من إحدى دوائر المحكمة العليا سواء أكان العدول عن المبدأ من المحكمة العليا نفسها أو من إحدى دوائر الاستئناف.

والمبدأ هو ما قرره المحكمة العليا ابتداءً وفقاً لما جاء في المادة (١٣) من نظام القضاء الجديد الصادر عام ١٤٢٨هـ أو ما يستخلص من عمل المحاكم وسيرها على قاعدة معينة عند فصلها في النزاع مما أستقر عليه عملها وأيدته المحاكم الأعلى^(١٠) وهذا شبيه بما جرى به العمل من جهة الاعتداد به وعدم مخالفته.

ويتفق مع ذلك ما جاء في نظام العمل والعمال مادة ١٨٥ لا يجوز لأي لجنة من اللجان المنصوص عليها في هذا الفصل ان تمتنع عن اصدار قرارها بحجة عدم وجود نص في نظام العمل يمكن تطبيقه وعليها في هذه الحالة أن تستعين بمبادئ الشريعة الإسلامية والقواعد المحلية وما أستقرت عليه السوابق القضائية ومبادئ الحق والعرف

(١٠) نظرية الأخذ بما جرى به العمل؛ للعسري، مرجع سابق ص ١٣٥.

وقواعد العدالة والسوابق القضائية من مصادر الحكم القضائي في الواقع التي لم يرد فيها نص في النظام وأنه يشترط فيها أن يستقر العمل بالسوابق القضائية ليؤخذ بها.

الرأي الثاني: السابقة القضائية ليس لها مكانة الإلزام في القضاء السعودي^{٩١}

جرى العمل في المحاكم الشرعية بعدم الإعتبار بالسوابق الشرعية لنقض الأحكام والمعمول به في المملكة هو عدم إلزام القاضي برأي معين ومحاكم التمييز لا تنقض أحكاما بنيت على إجتهااد عملا بالقاعدة الفقهية الاجتهااد لا ينقض بالاجتهااد.

ونرى أن هذا الرأي يوافق نظام القضاء الإداري حيث يكون بشكل مستقل في المملكة السعودية بإنشاء ديوان المظالم بالمرسوم الملكي ذي الرقم ١٣/٢/٨٧٥٩ في ١٧/٩/١٣٧٤ وهو يمثل المحكمة الإدارية والمستقر عليه العمل في الدولة التي تفصل القضاء الإداري عن القضاء العام وهذا هو المسلك الذي تسلكه الدول التي تأخذ بالنظام القضائي اللاتيني - ان التشريع والعرف يعتبران مصدرين رسميين للقضاء والإداري في حين يعتبر القضاء وهو ما يعرف بالسوابق القضائية والفقه والذي هو أستنباط الشراح من المصادر التفسيرية^{٩٢}.

وقد نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية في المادة الأولى، حيث نصت على (أن المحاكم تطبق على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة)، وهكذا ترد المادة بنصها في نظام الإجراءات الجزائية المادة الأولى منه:

(تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام).

وتسري أحكام هذا النظام على القضايا الجزائية التي لم يتم الفصل فيها والإجراءات التي لم تتم قبل نفاذه).

(٩١) حجية السوابق القضائية اعداد عبد العزيز سعد الدغثير - باحث في مجال الفقه والقضاء - سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ، دار النشر: مجلة العدل، العدد ٣٤ د .

(٩٢) مبادئ القانون الإداري لسليمان الطماوي ص ٣٠ القانون الإداري السعودي ص ١٥ - بيانات النشر: القاهرة: دار الفكر العربي، ١٣٧٢ / ١٩٥٢ . وانظر الخلاف الدائر بين شراح القانون الإداري في كتاب القانون الإداري للدكتور/ خالد خليل الظاهر ص ٦٧ - ٧١ - تاريخ النشر: ١/١٠/١٩٩٨ - الناشر: دار المسيرة للطباعة والنشر

حرصت الشريعة على أن تكون أحكام القضاة واضحة المصدر مؤصلة المستند،
فإن اعتماد القاضي في الشريعة الإسلامية على الكتاب والسنة قال تعالى: فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا
أَنْزَلَ اللَّهُ (٩٣) .

وقال سبحانه: إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (٩٤) .
فإن لم يجد فيهما نصاً صريحاً اجتهد وفق القواعد العامة، والأصول الجامعة، في
الشريعة الإسلامية وفق قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد وقاعدة "تحقيق العدل" ووفق
الأحكام الفقهية الاجتهادية في الفقه الإسلامي المبنية على الدليل (٩٥) .

قال ﷺ: (إذا حكم الحاكم فأجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا أخطأ فله أجر) (٩٦)
. وقال عليه الصلاة والسلام لمعاد لما بعثه قاضياً إلى اليمن (كيف تقضي قال: بكتاب
الله قال: فإن لم تجد قال: فبسنة رسول الله قال: فإن لم تجد قال: أجتهد رأيي ولا آلو) (٩٧)

(سورة المائدة: من الآية ٤٨ . 93)

(سورة النساء: من الآية ١٠٥) . 94

(انظر: المغني لابن قدامة ١٤ / ٢٧ . 95)

(٩٦) أخرجه البخاري من حديث عمرو بن العاص في كتاب الاعتصام بالسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ
رقم (٧٢٥٢) ٤ / ٣٧٢ ، ومسلم في كتاب الأفضية ، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد ، فأصاب أو أخطأ رقم
(١٧١٦) ٣ / ١٣٤٢ .

(٩٧) أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية ، باب اجتهاد الرأي في القضاء رقم (٣٥٩٢) ٣ / ٣٠٣ ، والترمذي في كتاب
الأحكام ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي رقم (١٣٢٧) ٣ / ٦١٦ ، وأحمد ٥ / ٢٣٠ ، ٢٣٦ ، ٢٤٢ ،
والدارمي رقم (١٦٨) ١ / ٧٢ ، والطحاوي رقم (٥٥٩) ص ٧٦ ، وعبد بن حميد رقم (١٢٤) ١ / ٧٢ ، وابن
أبي شيبه رقم (٢٢٩٨٨) ٤ / ٥٤٣ ، ورقم (٢٩١٠٠) ٦ / ١٣ ، وابن سعد في الطبقات الكبرى ٢ / ٣٤٧ - ٣٤٨ ،
٣ / ٥٨٤ ، والمقبلي في الضعفاء الكبير رقم (٢٦٢) ١ / ٢١٥ ، والطبراني في الكبير رقم (٣٦٢) ٢٠ / ١٧٠ ،
والبيهقي في السنن الكبرى ١٠ / ١١٤ ، وابن حزم في المحلى ١ / ٦٢ وقال: لا يصح ، وابن عساکر في تاريخ
مدينة دمشق ٥٨ / ٤١٢ ، والذهبي في سير أعلام النبلاء ١ / ٤٤٨ ، وذكره الشافعي في الأم ٦ / ٢٠ ، وابن
الجوزي في العلل المتناهية رقم (١٢٦٤) ٢ / ٧٥٨ وقال: هذا حديث لا يصح وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في
كتبهم ويعتمدون عليه ، ولعمري إن كان معناه صحيحاً إنما ثبوته لا ، وضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود رقم
(٣٥٩٢) ٣ / ٣٠٣ ، وفي ضعيف سنن الترمذي رقم (١٣٢٧) ٣ / ٦١٦ ، وذكره ابن الملقن في خلاصة البدر
المنير رقم (٢٨٣٧) ٢ / ٤٢٤ وقال: رواه أبو داود والترمذي بإسناد ضعيف ، قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا
الوجه وليس إسناده عندي بمتصل وقال البخاري: مرسل ، وقال عبد الحق: لا يسند ولا يوجد من وجه صحيح ،
وقال ابن الملقن: أيضاً في تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج ١ / ١٠٩ فهذا حديث وإن كان عن غير مسمين فهم
أصحاب معاذ فلا يضره ذلك لأنه يدل على شهرة الحديث وأن الذي حدث به الحارث بن عمرو عن جماعة من
أصحاب معاذ لا واحد منهم وهذا أبلغ في الشهرة من أن يكون عن واحد منهم لو سمي كيف وشهرة أصحاب معاذ
بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحل الذي لا يخفي ولا يعرف في أصحابه منهم ولا كذاب ولا مجروح بل أصحابه
من أفاضل المسلمين وخيارهم لا يشك أهل العلم بالنقل في ذلك كيف وشعبة حامل لواء هذا الحديث وقد قال بعض أئمة
الحديث إذا رأيت شعبة في إسناد حديث فاشدد يدك به ،

وهذا لثراء الشريعة الإسلامية من الأسس والمصادر التي يرجع إليها القضاة في أحكامهم خاصة مقلداتهم ومن هنا حرص نظام القضائي في المملكة العربية السعودية على تأصيل الأحكام القضائية في المحاكم الشرعية، وعدم تقييد القضاة في المحاكم بمذهب معين بل فتح المجال للقضاة في باب الاجتهاد حسبما يظهر لهم رجحانه بالدليل الشرعي المعتبر، وقد جرى تععيد هذا الموضوع بثوابت مقرررة، فيما صدر بالإرادة الملكية رقم ١٠٣٣ في ١٣٤٧/٣/٢٠هـ المتضمنة للتصديق العالي على قرار الهيئة القضائية رقم ٣ في ١٣٤٧/١/٧هـ والذي تقرر فيه أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله لسهولة مراجعته وكتبه والعناية فيها بذكر الدليل على مسأله ، على أن للقضاة في حال وجود مشقة في تطبيق مسألة من مسأله، ومخالفة لمصلحة العموم الأخذ بما يحقق المصلحة ويدرأ المشقة من أقاويل المذاهب الأخرى بعد البحث والنظر.

وقد نصت المادة الثامنة من نظام القضاء الصادر في عام ١٣٩٥ هـ على ما يلي: (يتولى مجلس القضاء الأعلى بالإضافة إلى الاختصاصات المبينة في هذا النظام ما يلي: النظر في المسائل الشرعية التي يرى وزير العدل ضرورة تقرير مبادئ عامة فيها) وذلك لتأصيلها بالمنظور الشرعي، ولهذا نصت المادة التاسعة والثمانون من هذا النظام

قال أبو بكر الخطيب وقد قيل إن عبادة بن نسي رواه عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ وهذا إسناد متصل ورجاله معروفون بالثقة على أن أهل العلم قد نقلوه واحتجوا به فوقفنا بذلك على صحته عندهم ، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٤ / ١٨٣: قال ابن طاهر في تصنيف له مفرد في الكلام على هذا الحديث : اعلم أي فحست عن هذا الحديث في المسانيد الكبار والصغار وسألت عنه من لقيته من أهل العلم بالنقل فلم أجد له غير طريقين أحدهما طريق شعبة والأخرى عن محمد بن جابر عن أشعث بن أبي الشعثاء عن رجل من ثقيف عن معاذ وكلاهما لا يصح قال وأقبح ما رأيت فيه قول إمام الحرمين في كتاب أصول الفقه والعمدة في هذا الباب على حديث معاذ قال وهذه زلة منه ولو كان عالماً بالنقل لما ارتكب هذه الجهالة قلت أساء الألب على إمام الحرمين وكان يمكنه أن يعبر بألین من هذه العبارة مع أن كلام إمام الحرمين أشد مما نقله عنه فإنه قال : والحديث مدون في الصحاح متفق على صحته لا يتطرق إليه التاويل كذا قال رحمه الله ، وقد أخرجه الخطيب في كتاب الفقيه والمتفقه من رواية عبد الرحمن بن غنم عن معاذ بن جبل فلو كان الإسناد إلى عبد الرحمن ثابتاً لكان كافياً في صحة الحديث ، وقد استند أبو العباس بن القاسم في صحته إلى تلقي أئمة الفقه والاجتهاد له بالقبول قال : وهذا القدر مغن عن مجرد الرواية . وقال ابن قدامة في المغني ٣٠/١٤ : بعد أن نكر جهالة راوييه قال : ما نصه : (إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم رواه سعيد منصور وإمام أحمد وغيرهما وتلقاه العلماء بالقبول وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافق ، فروى سعيد أن عمر قال لشريح : انظر ما يتبين لك في كتاب الله فلا تسأل أحداً ، ومالا يتبين لك في كتاب الله فاتبع فيه السنة وما لم يتبين لك في السنة فاجتهد فيه رأيك ، وعن ابن مسعود مثل ذلك . وأثر عمر أخرجه البيهقي في باب موضع المشاورة كما أخرجه عن عمر وابن مسعود في : باب ما يقضي به القاضي من كتاب آداب القاضي من السنن الكبرى ١١٠/١٠ ، ١١٥ .

على تشكيل إدارة فنية للبحوث بوزارة العدل تتألف من عدد كافٍ من الأعضاء لا يقل مؤهل أي منهم عن شهادة كلية الشريعة.

ويجوز أن يختاروا عن طريق ندب بعض القضاة للعمل في هذه الإدارة لتتولى استخلاص المبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز أو مجلس القضاء بعد تبويبها وفهرستها ونشرها كما تتولى هذه الإدارة إعداد البحوث اللازمة ومراجعة الأحكام وإبداء الرأي في القواعد الفقهية التي بنيت عليها من حيث مدى موافقتها للعدل في ضوء الظروف والأحوال المتغيرة وذلك تمهيداً لعرضها على مجلس القضاء الأعلى لتقرير مبادئ فيها، وكل ذلك لتأصيل وتفيد الأحكام وتقرير أدلتها ومستنداتها).

وأخيراً يأتي تأصيل الأحكام القضائية في نظام المرافعات الشرعية وفي نظام الإجراءات الجزائية في المملكة العربية السعودية وهو ما أصل في الأنظمة السابقة وذلك باعتماد أحكام الشريعة في القضاء ففي المادة الأولى من هذين النظامين يأتي النص الصريح على ما يلي: تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة. وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة.

الخلاصة:

لو دققنا النظر بالنسبة لأصحاب الرأي الأول، لوجدنا ان هناك تشابه كبير بين السوابق القضائية في المجتمع السعودي والنظام الانجلوسكسوني ووجه التشابه فيما يتعلق بمسألة العرف وشرط استقراره مدة طويلة لأعتبره مصدر من مصادر الحكم القضائي في الوقائع التي لم يرد فيها نص في النظام وفي رأيي أن أصحاب هذا الرأي جانبهم الصواب عندما جعل الحكم القضائي أو السابقة القضائية تحتل مرتبة من مراتب المصادر التي يمكن أن يبنى عليها الحكم القضائي خاصة أن الفقه الإنجلوسكسوني كان له مبرره وقت اعتداده وأخذه للعرف لفقدانه النصوص التشريعية هذا بخلاف القضاء السعودي الغني بمصادره ونصوصه الشرعية ، لذلك نؤيد ما ذهب اليه الرأي الثاني ، الذي لم يتخذ السابقة القضائية مكانة للإلزام بها في القضاء وهذا يرجع الى سببين أولهما لا يوجد مدونة قضائية تأصيلية للسوابق لم يسبق إليها من أحكام ولكن الموجودة الآن لا تنطبق عليها سوابق.

وثانيا: إثراء القضاء السعودي بمصادره الشرعية المتأصلة الغنية بالنصوص الشرعية ولكن أرى أن الخلل ينحصر في تفسير النصوص وليس في كيفية إيجاد النص ومن ثم سيؤدي الاعتماد على نظام السوابق جعل القضاء يقوم بمهمتين: التشريع والقضاء، وفي هذا خلط بين السلطات واعتداء على مهمة السلطة التشريعية أو التنظيمية ولذلك لا أجد مبررا ممن اشترط لسريان الاخذ بالسابقة القضائية ان تكون مصدقة ومعتمدة من جهة قضائية لمحكمة عليا أو شرط أكتساب أطراف الخصومة الإقتناع بالحكم لأنه بمنتهى البساطة لا يلتزم التصديق من المحاكم العليا إذا بان تعييدها وتأصيلها

أما بالنسبة إلى فتح المجال للقاضي السعودي للإجتهد التعزيز بالخدمة الإجتماعية هذا لا يعد له سابقة حيث أن هناك نصوص وضعية يسنها المشرع للصالح العام شريطة ألا تخالف مصادر الشريعة الإسلامية مما يصبغ على نظام القضاء بالمرونة والشاهد في ذلك السلطة التقديرية للقاضي في مسائل التعزيز لخدمة المجتمع شريطة عدم مخالفة النصوص الشرعية وفي حدود ما خصصه له المشرع الوضعي من قوانين.

المطلب الرابع

السوابق القضائية في القضاء المغربي

قبل البدء في التعرض لمكانة نظام السوابق القضائية في القضاء المغربي أريد أن أشير إلى الهدف من دراسة هذا النموذج القضائي تحديداً لما كان لها النصيب الأكبر الذي ورثته دولة المغرب من الفقه المالكي وبالتالي إتباع قاعدة ما جرى عليه العمل ، مما كان لها أثر كبير على الفقه القضائي المغربي ولكن المشكلة أنحصرت في عدم تدوين التاريخ بشكل صحيح وربط إحدائه بطريقة علمية كي تساهم في إرساء الأنظمة القانونية المستقبلية لها ونتمنى أن يكون هناك بحوث مستقبلية تنبئ مسألة ربط وتدوين الفكر الإسلامي أي المالكي والذي عقبه الفكر الغربي أي المستعمر ومدى تأثير ذلك على القانون المعاصر للمغرب .

ومما لا شك فيه كان القانون المغربي محظوظا لإثرائه بالفكر الإسلامي الذي ورثه عبر العصور حتى إصطدم بالاستعمار الغربي مما أثر على التراث الموروث

فأنجب خليطاً من الأنظمة سوف نستعرضها لبروز مكانة السوابق القضائية في القضاء المغربي وما أستقر عليه العمل بالنسبة للقضاء وعلاقته بالسوابق القضائية موضوع بحثنا وذلك من خلال تقسيمنا للتدرج القضائي على مرحلتين تاريخيتين: -
المرحلة الأولى: -

شهدت دولة المغرب عند ظهور الإسلام نظاماً مستقراً في القضاء المستمد من العرف ويطلق عليه أزرف ولا يشترط كتابتها بل أحياناً تكون شفوية وتارة تكون مكتوبة ويطلق عليه في هذه الحالة بالألواح^{٩٨} التي تقنن الجانب الجنائي كالقتل والضرب والجرح والشتم والسرقه والخيانة الزوجية وغيرها. ونعتمد ان السبب في إستقرار نظام القضاء ذلك الموروث الذي ورثته من نتاج تطبيق نظرية ما جرى عليه العمل عند الفقه المالكي وكانت هذه الأعراف تتشأ تدريجياً برضا أفراد القبيلة.

ولكن سرعان ما تغير النظام القضائي مع دخول العرب للمغرب سنة ٦٨٢ وإقرار الفقه الإسلامي إلا أن العرف بقي يطبق في المجال القروي والجبلي بشرط عدم مخالفته للشرع^{٩٩} ومن تم كان التنظيم القضائي عندئذ مقسماً في البداية إلى أربع جهات قضائية، وهي محكمة القاضي الشرعي أو محكمة الشرع ومحاكم المخزن أي المحاكم التي يحكم فيها الباشا أو القائد والمحاكم العرفية والمحاكم العبرية

وبعد ثلاثة عشر قرناً من تطبيق القضاء لقواعد الفقه الإسلامي والعرف في الكثير من المناطق ضعفت السلطة المركزية مما أدى الى الفوضى التي سادت الحياة الاجتماعية آنذاك وأمام هذا الضعف الذي فتح الشباك على مصراعيه أمام بعض الدول التي استغلت^{١٠٠} هذه الوضعية للتوقيع على إتفاقيات ثنائية عرفت باسم "الأستفادة من إمتياز المحاكم" (bénéfice des privilèges de juridiction) أو بنظام الإمتيازات القنصلية وبخلق محاكم قنصلية

(٩٨) إبراهيم حركات، "المغرب عبر التاريخ"، دار النشر الحديثة، ٢٠٠٠، الجزء الأول، الصفحة الأولى.
(٩٩) إبراهيم حركات "الأوضاع القضائية بالمغرب قبل الحماية"، مجلة رابطة القضاء، يونيو ١٩٨٣. وحسب جان ديسم، فان المرشحين لمناصب القضاة كانوا يؤدون عنها مقال، "هذا المغرب الذي صنعناه"، المرجع السابق ص. ٢٦٥.
(١٠٠) (إبراهيم الزعيم ومحمد فركت، "وكالة الخصام - المحاماة"، مؤسسة بنشارة للطباعة والنشر، ١٩٩١، صفحة ١٩)

وأمر عن هذا الضعف اتجاه بعض المغاربة للقضاء الذي يخضع للفقہ الإسلامي (Droit musulman) وللعرف المغربي، واتجاههم نحو القانون الفرنسي أو لغيره من القوانين الأجنبية وللمحاكم القنصلية التي عرفت في تلك الفترة الأمر الذي غير في التقسيم القضائي وجعله من خمس جهات قضائية، وهي محكمة القاضي الشرعي ومحاكم المخزن والمحاكم القنصلية والمحاكم العرفية والمحاكم العبرية.

المرحلة الثانية: -

شهدت مدينة فاس أنفاقية^{١٠١} تضمنت بنود المعاهدة المغربية الفرنسية الخاصة بالحماية مع فرنسا يوم ٣٠ مارس ١٩١٢ ومع إسبانيا في نفس السنة وعلى أثر ذلك صدرت العديد من القوانين، كما تمت إعادة النظر في المنظومة القضائية بالمغرب^{١٠٢} حيث أحدثت المحاكم الشرعية المختصة في قضايا الأحوال الشخصية والإرث والعقار غير المحفظ، وعلى رأس هذه المحاكم أحدثت محكمة الإستئناف الشرعية سنة ١٩١٤ بإستثناء المحاكم القنصلية الأمريكية^{١٠٣}

ولكن احتفظت المحاكم العرفية بأهتمامها بالمناطق الأمازيغية (البربرية) وكذلك والمحاكم العبرية التي كانت تبت في قضايا الأحوال الشخصية للجالية المغربية اليهودية^{١٠٤} وفي ١٦ من مايو ١٩٣٠ أشعلت حركة وطنية باسم "الظهير البربري" وهدفها تنظيم سير العدالة بالقبائل ذات الأعراف البربرية (الأمازيغية) والتي لا توجد بها محاكم لتطبيق

(١٠١)

راجع الرابط <https://www.marefa.org>

(١٠٢) انظر كريمة مصلي "القضاء في تاريخ المغرب"، جريدة الصباح ليوم الخميس ١٤ يوليوز ٢٠١١.

^{١٠٤} حيث رفضت الولايات المتحدة الأمريكية التنازل عن امتيازاتها كما كانت تدافع عن الاستقلال المطلق للمغرب / Jean « Ce Maroc que nous avons fait », Hachette 1955, page 264, D'Esme

^{١٠٤} أنظر خالد خالص "المحامية والمغاربة اليهود إبان الحماية" على الرابط التالي :

=<http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q>

الشريعة الإسلامية^{١٠٥} وتولدت عن هذه الحركة الوطنية اشتعال اللهب ضد الحماية الفرنسية واتهامها باستهداف التفرقة بين العرب والأمازيغ وإخراج البربر من الإسلام وتنصيرهم.^{١٠٦} إلا أن المغاربة بكل أطيافهم تصدوا للمخطط الاستعماري الذي يهدف إلى التفرقة من أجل الاستعمار وتكونت أول حركة وطنية أسم "الطائفة" وهي التي تقدمت للملك محمد الخامس بتاريخ ٢٣ غشت ١٩٣٠ بأول عريضة من أجل "إلغاء التشريعات المتعلقة بالظهير البربري، وتوحيد التشريع والإدارة في البلاد، وتركيز السلطات في يد الملك والحكومة" وبعد عرض الأسباب التي صنعت وساهمت في ثقافة فكر الفقه القضائي المغربي وما أستقر عليه العمل بالنسبة للقضاء وعلاقته بالسوابق القضائية سنستعرض موقف الإجتهد القضائي في المغرب بالنسبة للنظام القانوني.

يري البعض أن الإجتهد القضائي في المغرب مصدراً مئثراً للنظام القانوني، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالإجتهد القضائي يرتبط بحياة القانون، وهذا ما حدث بالفعل في قضايا الأسرة عند فراغ النص أمام القاضي ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي^{١٠٧} والمثال على ذلك مراجعة الشرط الجزائي تحت تسمية الشرط الاتفاقي حيث لم يكن قانون الإلتزامات والعقود يتضمن أحكاماً تنظم مراجعة هذا الشرط^{١٠٨} وظل القضاء المغربي يتمسك بمبدأ حرية التعاقد

^{١٠٥} محمد منيب "المؤرخ المغربي بين الحقيقة التاريخية والوهم الإيديولوجي" التاريخ المغربي بين الواقع والتزييف "السلسلة التربوية رقم ٧ - مطبعة شروق اكادير، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ ص ٣٨ / وهو قانون أصدرته الحماية الفرنسية بالمغرب ووقعه الملك محمد الخامس

^(١٠٦) يقول R. Montaigne في كتابه "الثورة في المغرب" "La révolution au Maroc" "بان السلطان الشاب الذي أعتلى العرش بعد أبيه مولاي يوسف "كان أنذاك على درجة كبيرة من الخجل وانعدام التجربة بحيث لم يكن بوسعها اتخاذ أي موقف في الموضوع". دار النشر France Empire, 1953, page 187

^(١٠٧) P. Deumier «création du droit et rédaction des arrêts par la cour de cassation» dalloz 2007, p 56.

^(١٠٨) كما أن التشريع الفرنسي لم يقر قواعد مراجعة أحكام الشرط الجزائي إلا سنة ١٩٧٥، بموجب القانون الصادر في ٠٩ يوليوز ١٩٧٥، والذي عدل الفصلين ١١٥٢ و ١٢٣١، وللمزيد من المعلومات بهذا الخصوص أنظر :

- J.L. Evade: "la réduction des clauses pénales excessives. Propos de la loi du 09 juillet 1975 modifiant les arts. 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale", Gazette du palais, 9-10 juillet 1976, p: 5.

- G. Hubrecht: "La revisibilité judiciaire des clauses pénales (loi n°75-597 du 9 juillet 1975), Gazette du palais, 18-20 janvier 1976, p: 2.

- G. Paisant: "Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code

المنصوص عليها في الفصل ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود إلى غاية صدور قرار المجلس الأعلى المؤرخ في ١٠/٠٤/١٩٩١^{١٠٩} قضى بتأييد قرار محكمة الاستئناف^{١١٠} وتحقيق التوازن العقدي. وهو الاجتهاد الذي سايره المشرع بتاريخ ١١ غشت ١٩٩٥، عندما قنن أحكام الشرط الجزائي تحت تسمية التعويض الأتفاقي، وسمح بمراجعة هذا التعويض على نحو يؤكد أن استقلالية الاجتهاد القضائي كمصدر مباشر للقانون، تجعله في كثير من الأحيان يضبط أعدام التوازن الذي قد تتضمنه قاعدة قانونية معينة، وهو ما عبر عنه "جوستاف لوبون" بقوله: 'يعدل القاضي العادل بحكمه ما كان جائرا في القانون'^{١١١}.

وهنا وجهة نظر بأنه لا توجد أوجه شبه لما هو معمول به في فرنسا، بإستثناء ما ينص عليه القانون بخصوص تقيد القاضي في حكمه بالنقطة التي بت فيها المجلس الأعلى، والتي نقض الحكم من أجلها، حيث يتعين على المحكمة التي أحيلت عليها القضية أن تتقيد في حكمها بقرار المجلس الأعلى في هذا الجانب تطبيقا لمقتضيات الفصل ٣٦٩ من قانون المسطرة المدنية والمادة ٥٥٤ من قانون المسطرة الجنائية .

وبالنسبة لموقف القانون الجنائي المغربي، فقد حافظ على أستقلال السلطات عن بعضها عن طريق تجريم تدخل إحداهما في عمل الأخرى، ومن ثم يمنع على القاضي أن يصدر قرارات عامة أو تنظيمية تسري على المستقبل، وإنما يقتصر دوره على البت في النزاعات المعروضة عليه.

وقد نص الفصل ٢٣٧ من القانون الجنائي المغربي على معاقبة القاضي الذي يتدخل في أعمال السلطة التشريعية بإصدار نظم تشتمل على نصوص تشريعية، أو بتعطيل أو توقيف قانون أو أكثر أو في إختصاصات السلطات الإدارية بإصدار نظم متعلقة بهذه الإختصاصات

civil relative à la clause pénale", Revue trimestrielle de droit civil, n°4, 1984-1985, p:647.

^{١٠٩} "قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد ٩٧٧ بتاريخ ١٠-٠٤-١٩٩١ في الملف المدني عدد ٢٣٧٤/٨٥".
^{١١٠} راجع: أميدو أكري: "الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد ١٠، سنة ١٩٩٤، ص: ٨٩ وما بعدها .

ولمزيد من التفصيل حول موقف القضاء المغربي من مراجعة الشرط الجزائي أنظر راجع: أحمد أدريوش: "الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الإلتزامات والعقود..."، سلسلة المعرفة القانونية رقم ٤، مطبعة الأمانة

١٩٩٦ الرباط، ص: ١٢٤ وما بعدها .

^{١١١} راجع: أميدو أكري، المرجع السابق، ص: ٩٤.

أو بمنع تنفيذ أوامر الإدارة وتبقى عملية تفسير القانون عملية مهمة وصعبة في نفس الوقت، ولا يتحقق الهدف منها إلا بضبط قواعدها، وإخضاعها لمعيار ضابط يسعف في الوصول إلى حلول قانونية عادلة وفعالة، دون الخروج عن حدود النص، بشكل يسمح بأنسجام وأستقرار التفسيرات القضائية من جهة، وتحولها مع الوقت إلى تراكمات تضمن تطور التشريع ومسايرته لما يستحدث من نوازل من جهة أخرى^{١١٢}.

وجديرًا بالذكر اظهر الموقف الرائع في توضيح الفرق بين تفسير القانون وبين ملء الفراغ القانوني بشكل واضح في التشريع المغربي من خلال أحكام مدونة الأسرة، ذلك أن القاضي وهو بصدد البت في قضايا الأسرة يطبق أحكام مدونة الأسرة، مع ما يزامن ذلك من أعمال لمناهج تفسير القاعدة القانونية، أما إذا استنفذ نصوص مدونة الأسرة وأحكام الفقه المالكي المحال عليها بموجب المادة ٤٠٠ من المدونة المذكورة دون أن يجد حلاً للنزلة المعروضة عليه، فإنه ينتقل إلى إطار آخر يتعلق بملء الفراغ التشريعي عن طريق الاجتهاد^{١١٣}

بناء على سند قانوني تضمنه نص المادة ٤٠٠ من مدونة الأسرة الذي جاء فيه: " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف ونجد ان ظروف ساعدت المغرب على الوصول لكل الاجتهادات بوجود واتباع المذهب المالكي تتبغى الإشارة في البداية إلى أن القانون المغربي لا يتضمن مقتضيات خاصة بنشر الاجتهاد القضائي كما لا يوجد إطار قانوني محدد للنشر، ولا تصادف في ذلك سوى بعض المقتضيات المنظمة لنشر قرارات بعض الهيئات بالجريدة الرسمية كما هو الشأن بالنسبة

(١١٢) راجع الطيب البواب: "المجلس الأعلى وتوحيد التشريع"، مداخلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين

لتأسيس المجلس الأعلى بتاريخ ٢٠/١٨ دجنبر ١٩٩٧، مطبعة الأمنية، الرباط ١٩٩٩، ص: ٤٧

(١١٣) لقد كانت مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة، تحيل فيما لم يرد بشأنه نص من نصوصها على الراجح والمشهور وما

جرى العمل به من مذهب الإمام مالك، ولقد ثار خلاف حينها حول ما إذا كان الاجتهاد القضائي يدخل ضمن مفهوم ما

جرى العمل به أم لا، إلا أن مدونة الأسرة الحالية حسمت هذا الخلاف واعتبرت بموجب المادة ٤٠٠ المشار إليها

أعلاه، أن الاجتهاد من المصادر الاحتياطية لقواعد مدونة الأسرة، راجع بهذا الخصوص:

- عبد المجيد غيجة: "موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، أطروحة لنيل

الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس- أكادال الرباط، السنة

الجامعية ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص: ٣٢٧ وما بعدها

لقرارات المجلس الدستوري وقرارات الهيئة العليا للسمعي البصري، بحيث تخول النصوص المنظمة لهذه الهيئات نشر القرارات الصادرة عنها.

أما بالنسبة للإجتihad القضائي، فلم يحدد له القانون مجالات النشر بإستثناء بعض الأحكام كما هو الشأن مثلا بالنسبة لنشر إشعار بالحكم القاضي بفتح مسطرة صعوبات المقاوله في إحدى الصحف الوطنية المخول لها نشر الإعلانات القانونية¹¹⁴

وبديهي أن النشر هنا يهتم مجرد الإشعار بصور الحكم لتحقيق إشهار منطوقه، وليس نشرأ لحيثياته وتعليقه، مما يفيد أنه حتى في هذه الحالة لا يوفر القانون فرصة حقيقية لتعميم الإجتihad القضائي وقد جرت العادة أن يتم نشر الأحكام عبر المجلات القانونية المتخصصة وفي نشرات المحاكم العليا. وفي بلادنا هناك عدة مجلات متخصصة تصدر عن المجلس الأعلى كقضاء.

في رأينا ان القضاء المغربي يحسب له الموقف القضائي في التعامل مع السابقة القضائية وعدم الإعتماد عليها وهذا الذي فهم من خلال أستقلال القضاء عن التشريع والسماح له بوضع نقاط محددة ينحصر عمل القاضي فيها عند خلو النص مثال قضايا الاسرة وكذلك من إصدار قرارات عامة أو تنظيمية تسري على المستقبل وليس هذا فحسب بل يعرض القاضي للعقوبة كما جاء في نص الفصل ٢٣٧ من القانون الجنائي المغربي

وكذلك يحسب أيضا للقضاء المغربي نظرتة إلى تفسير القانون وطريقة التي تعامل بها والثمار التي يأملها من تطبيقه لها للوصول إلى حلول قانونية دون الخروج عن حدود النص وهذا للوصول إلى حلول عادلة من خلال التفسير تماشيا مع تطور التشريع ومسايرته لما يستحدث من نوازل ولكن يؤخذ على القضاء المغربي من الناحية الشكلية القصور الموجود في تدوين الاجتهادات القضائية بصوره سليمة وإيصالها إلى كل من يتعامل عليها بصورة مقننة ونعتقد أن لو أخذ هذا الخلل في عين الإعتبار لعادة الفائدة على المغرب والعالم بأكمله لغني تشريعاته بالمزيج الرائع الذي صنعه التاريخ من الفقه المالكي والقانون.

الخلاصة: -

(¹¹⁴) تنص المادة ٥٦٩ من مدونة التجارة على أنه "يسري اثر الحكم القاضي بفتح المسطرة من تاريخ صدوره . ويشار إليه في السجل التجاري فوراً . يتم نشر إشعار بالحكم في صحيفة مخول لها نشر الإعلانات القانونية و في الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من صدوره. و يدعو الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك المعين

من خلال عرضنا على المراحل التاريخية التي مر بها نظام القضاء المغربي تبين لنا أن ما أستقر عليه الآن هو نتاج مزيج من الثقافات التي أرتضاها الفرد من خلال تطبيق نظرية ما جرى عليه العمل لكل بلد وأعتدها تارة على الأعراف وغير ذلك مما سبق عرضه من خلال بحثنا أو التي فرضت عليه من خلال الإستعمار فلو دققنا النظر لوجدنا أنه في البداية دخول الإسلام كان هناك نظام قضائي سليم مبني على العرف الذي ارتضاه الفرد بالرغم من أن الأعراف كانت أحيانا في صورة أزرف أخرى في صورة ألواح وهذا لقربه من إعتناء الفقه المالكي بتطبيق نظرية ما جرى عليه العمل وإعتادها على العرف ومبادئ العدالة ولذلك أخرج قضاءاً سليماً ولكن بعد الإتساع وظهور المدن وإنقسام القبائل على نفسها وإختلاف الإعراف بإختلاف القبائل كالأمازيغية (البربرية) وغيرها ضعفت السلطة المركزية ؛

مما أدى إلى الفوضى ودخول المستعمر وتطبيق قضاؤه الذي لا يتماشى مع مبادئ الشريعة ولا إعراف الأفراد التي أعتدها حتى أثمر عن هذا الضعف هروب بعض المغاربة للقضاء الذي يخضع للفقهاء الإسلامي وتشجيعهم على الدخول الى النصرانية والغريب في الموضوع وجدنا أن هذا العمل متكرر ومن ثم هناك أوجه شبه بين دولة السودان وتونس مع المغرب في تغيير ديانة المسلم أي تحليل ما حرمه الله تعالى ولكن بعد دراستنا لمصادر التشريع والتقنين لهذه الدول وجدنا أنه عندما يحيد المشرع أو القضاء عن النص القانوني وفرض مساحة أوسع من المصادر التشريعية كمبادئ العدالة والعرف.... بحجة غياب النص القانوني يفتح هذا مجالاً للعبث في أصحاب النفوس الضعيفة من السعي والجري الى القوانين التي لا تتناسب مع شريعتنا بحجة الحق في الحرية مما يجعلها تستبيح ما حرمه الشرع. الأمر الذي يجعلنا في نهاية المطاف أمام ما نحن عليه الآن من إدعاءات الحرية.

وبالرغم مما خلفه الأستعمار الفرنسي في المغرب من آثار سلبية بحجة الحماية الفرنسية إلا أنه هناك بعض الآثار الإيجابية وهي توارث القضاء المغربي النظام القضائي اللاتيني بالإعتداد على نصوص التشريع أي القانون شريطة إلا تخالف الشريعة الإسلامية بالطبع والبعد عن مصادر مبادئ العدالة والأعراف خاصة أن دولة المغرب

أنقسمت القبائل على أنفسها مثل الأمازيغية (البربرية) وكل قبيلة كانت لها أعراف مختلفة عن مثيلتها الأمر الذي يجعل من الصعب إنشاء تقنين موحد للإستعانة منه في القضاء وبالتالي كان لابد من الإعتماد على النصوص التشريعية لتوحيد مصادر التشريع والبعده عن السوابق القضائية التي أكدت تأثرت بما مرت عليه القضاء المغربي عبر العصور الأمر الذي جعل القضاء المغربي لا يخول له وضع القاعدة القانونية بل ينحصر دوره في تطبيق أو تفسير القانون. ومن هنا فإن إجتهدات القضاة لا تعد ملزمة لأنها لا تضع قواعد قانونية. ولهذا تعد السوابق القضائية في المغرب، مصدرا تفسيريًا وليس رسميًا لأن القاضي إن هو أصدر حكما ما بأعمال الاجتهاد فلا يلزم ذلك أن تطبقه في حالات أخرى مماثلة: "والقاضي سواء في فرنسا، أو في المغرب لا يتقيد بالأحكام التي أصدرها لتطبيقها في القضايا المماثلة. وإذا كان الأمر كذلك فإنه من باب أولى لا يقيد غيره من القضاة حتى ولو كانوا أدنى درجة منه. بل أن محكمة النقض نفسها تملك العدول وكثيراً ما تعدل عن أحكامها".

وعلى هذا برز المزيج الثقافي الذي أردت أن أوضحه وهو بالرغم من التراث المالكي الذي ورثته المغرب وإعتماده عن الأعراف وما جرى عليه العمل والذي يقارب صورة السوابق القضائية إلا أنها ورثة النظام القضائي الفرنسي اللاتيني وهو عدم جعل السوابق مصدرا من مصادر التشريع القضائي وإقتصارها على التفسير النصوص.

المبحث الثالث

حجية السوابق القضائية

المطلب الأول

حجية السوابق القضائية ومدى إلزاميتها في التشريعات العربية

كما يبدو لي أن التشريعات العربية اختلفت فيما بينها حول حجية السوابق القضائية كما اختلفت التشريعات الغربية وسوف نوضح باختصار نماذج للقوانين العربية التي جعلت من السوابق حجة قضائية يبنى عليها الحكم، والقوانين العربية التي لم تتخذها حجة واقتصارها فقط على الإستعانة بها على سبيل الإرشاد والتتوير.

ومن الدول التي أخذت بحجية السوابق القضائية السودان لاحظنا أن رجال القانون السوداني بدأوا في تطبيق القانون الإنجليزي^{١١٥} لأسباب سياسية وهي فرض الحماية عليه لحقبة من الزمن جعلته يتوارث السوابق القضائية حتى جعلها مصدرا من مصادر التشريع لديه تحت مسمى قاعدة العدالة والمساواة والوجدان السليم^{١١٦}.

وسبق أن أوضحنا العواقب التي ترتب عليها هذا النظام في المبحث الثالث من هذا البحث. أما الدول التي لم تأخذ بحجية السوابق القضائية وإلزاميتها في قضائها بالرغم من أنها لا تمنع في الإستعانة بها على سبيل الإسترشاد والتتوير كالقضاء المصري حيث أيد المشرع المصري إمكانية الإستعانة بالسوابق القضائية على سبيل الإستحسان وليس عن طريق الإلزام حيث ذهب في إعتماده على نصوص القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية والتي يعتبرها حجة له في التقاضي ولم يعتد الفقه القضائي بحجية السوابق في قضاؤه^{١١٧}، وعليه وجدنا أن المشرع المصري لم يذكر السوابق القضائية ضمن أسباب عدم قبول الطعن مثل سقوطه، أو بطلان إجراءاته، أو إقامته على غير الأسباب المبينة في المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩. والمادة ٢٣٦.

والجدير بالذكر يذكر لموقف المشرع المصري محاولته إلى تطور التقنين عند الإلتجاء إلى الاجتهاد في التفسير لحد كبير كما سبق وأن أوضحنا مع الأخذ في الإعتبار بأن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد أخذت من التقنين القديم بعد أن أضاف إليها ما أنتهى إليه إجتهد القضاء في تطبيق هذه المبادئ^{١١٨}

وكذلك تعد السوابق القضائية في المغرب، مصدرا تفسيريا وليس رسميا لأن القاضي إن هو أصدر حكما ما بأعمال الإجتهد دون الخروج عن حدود النص^{١١٩} فلا يلزم ذلك ان يتبعه في حالات أخرى مماثلة وإذا كان الأمر كذلك فإنه من باب أولي لا يقيد

(١١٤) لويل كودو السوداني ، العدد رقم ١٠١٥ - ص ١١:١٨ لسنة ٢٠٠٨/٩

(١١٥) د زكي مصطفى ٢ The Common law in the Sudan London, 1971

(١١٦) انظر: الاجتهاد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية -

المستشار عباس قاسم مهدي الداقرقي القاضي في المحاكم العراقية الطبعة الأولى ٢٠١٥

(١١٨) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح الفقه المدني الجديد منشورات الطبى الحرفوية بيروت - لبنان الطبعة الثالثة الجيدة ٢٠٠٠ الجزء الأولي ص ٤٥

(١١٩) راجع الطيب البواب: "المجلس الأعلى وتوحيد التشريع"، مناقلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين للمجلس الأعلى بتاريخ ٢٠/١٨ جنتبر ١٩٩٧، مطبعة الأمنية

، الرباط ١٩٩٩ ، ص: ٤٧

غيره من القضاة حتى ولو كانوا ادني درجة منه. بل أن محكمة النقض نفسها تملك العدول وكثيرا ما تعدل عن أحكامها كما سبق وأن أوضحنا.

وكذلك السابقة القضائية ليس لها حجة الإلزام عند البعض فهناك المؤيد^{١٢٠} وهناك الفقه المعارض^{١٢١}. في القضاء السعودي حيث جرى العمل في المحاكم الشرعية بعدم الإعتبار بالسوابق الشرعية لنقض الأحكام والمعمول به عملا بالقاعدة الفقهية الاجتهاد لاينقض بالاجتهاد.

ومما سبق نفسر لماذا لم تأخذ بعض التشريعات العربية في حجية السوابق القضائية لعل من ضمن الأسباب أن القضاء في التشريعات العربية أدرك ان هناك صعوبة كبيرة في اتخاذ القرارات القضائية وكيفية الإتفاق الموضوعي لإعتداد بها كسوابق قضائية من قبل الهياكل القضائية متعددة الأشخاص ليولد مشكلة في كيفية توحيد السوابق وتطبيقها على القضايا المماثلة والمشابهة لدى القضاء.

بالإضافة إلى تتبع أنظمة القوانين العربية ونحن نشاطرهم الرأي مبدأ أن الحكم القضائي جزئي الأثر أي يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط، وبالقياس على التفسير القضائي الذي يكون ملزماً فقط للطرفين في الدعوى التي تم التفسير للحكم فيها وذلك على أساس حجية الأمر المقضي به التي ثبتت للحكم،

والدليل على ذلك إذا كان القانون ينص على أنه لايصح أن يقوم أحد الطرفين برفع الدعوى مرة أخرى على نفس الخصم وبنفس الموضوع إستناداً لنفس السبب ليحصل على حكم يقوم على تفسير مختلف للقانون فما بالك بدعوى جديدة لأطراف مختلفين اللهم أن تشابه القضيتين من خلال رؤية القاضي بالنسبة لأطراف النزاع

والموضوع في رأيي سبب إنصراف المشرع المصري في الإعتماد على السوابق القضائية هو خوفه من أن الأمر قد يجعلنا أمام قرارات قضائية من خلال سوابق قد يختلف على تفسيرها من محكمة إلى أخرى أو من قاضي إلى آخر، أو متناقضة فيما

(١٢٠) عبد الله بن محمد الخنيني - عضو هيئة كبار العلماء السعودية -

(١٢١) حجية السوابق القضائية اعداد عبد العزيز سعد الدغيثير - باحث في مجال الفقه والقضاء - سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ دار النشر: مجلة العدل، العدد ٥٧٤

بينها، أو قرارات قضائية منبوذة من قبل بعض الفقه القضائي وهذا يتنافى مع استقرار سند الحكم القانوني المبني عليه الأحكام.

غير أن هذا التفسير غير ملزم لمحكمة أخرى ولو كانت أدنى درجة من المحكمة التي أخذت به فلأخيرة أن تفسر نفس القاعدة تفسيراً مختلفاً عن ذلك الذي أعطته المحكمة الأولى، بل إن عدم إلزام التفسير القضائي يصل إلى درجة أن نفس المحكمة إذا أصدرت تفسيراً لنص من النصوص على وجه معين لا يجب عليها الالتزام بنفس التفسير في الدعاوى المماثلة التي تنظرها فيما بعد

فيجوز أن تعدل عن التفسير السابق إلى تفسير آخر تراه أدنى إلى الصواب ولا يغير من ذلك أن تستقر أحكام المحاكم -وعلى رأسها محكمة النقض- على تفسير معين لما لها من شأن ومكانه عالية ترجع إلى الخبرة وغير ذلك بمعنى أن إذا كان تفسير الحكم مقتصر على من إصداره وغير ملزم لأي محكمة أخرى

فما بالك بالحكم نفسه وجعله سابقة تطبق دون اعتبار الزمان والمكان والحال الذي وضعه المشرع مما يؤدي إلى الجمود لأن هذه الأحكام لن تكون كافية لهذا الوضع الجديد الذي قد يحوي قدراً كبيراً من التشابك والتعقيد للزمان والمكان لذلك أنتبه المشرع في التشريعات العربية والتي قد تتبع النظام اللاتيني أو نظام التشريع الإسلامي عدم الأخذ بحجية السوابق القضائية وجعلها فقط للتنوير والإسترشاد.

الخلاصة: -

وهكذا نكون قد مررنا على أهم مباحث السوابق القضائية، وهو حجية السوابق القضائية وإلزاميتها في القوانين الغربية والعربية والشريعة الإسلامية، وكما نرى وحسبما يبدو أن هناك السؤال الذي قد يطرح هل تطبيق السوابق القضائية في مصلحة المشرع وأطراف الدعوى والقاضي أم هي حالة فرضت نفسها في ظل ظروف إجتماعية في زمن ومكان معين صرعان ما تغيرت الظروف وبالتالي انتفت هذه السوابق وبقي الأصل وهو سن التشريع؟

من خلال دراستنا لتاريخ نشوء السوابق والظروف التي ساعدت على وجودها وأستمرارها من خلال الدول التي جعلتها حجة للقضاء بها في محاكمها بل ومن يحيد عنها يعاقب تبلورت لنا المسألة ووجدت أن المشكلة في أن خلقت السوابق نتيجة لظروف

تعرضت لها بعض الدول ولكن سرعان ما أنتفت هذه الظروف ولكن أستم العمل بالسوابق بالرغم من استقرار المشرع وجعل بإمكانه سن نصوص قانونية تصلح مع ما يتمشى مع مجتمعه إذا المشكلة ليست في حيثيات تأثر القاضي بعوامل جديدة وبنوازل خلت نصوص القانون منها بل لأن الموضوع صار إلى مشاكل حرفية، وأن نصوص القانون موجودة لأننا أثبتنا ذلك بعد ربط حجية مصادر القوانين الشرعية والوضعية بيد أن القوانين الوضعية جزء لا يتجزأ من المصادر الشرعية التي يحكم بها عملية تتنازع مع مفاهيم وضوح القواعد القانونية المرام تطبيقها على كل نزاع.

ولأن رجل القانون لا مفر له من تحليل حلقات متتالية من العوامل المؤثرة على القانون، بعضها من مشاكل تفسير القانون الغير مأخوذة بعين الاعتبار من قبل المشرع، حتى صارت تؤثر تأثيراً مباشراً في تحديد عوامل فعالية القانون؛ ولوجد القانون نفسه أمام جملة لا نهاية لها من المستجدات لم يحسب لها المشرع الوضعي حساباً.

لأنه بدل ان يجعل عينيه تنصب على تفسير القانون إنصرف نظره إلى خلق قانون جديد لمسألة معروضه عليه وتعميمها على المسائل المشابهة لها ولأننا نجد هذا المفهوم غير معترف به عند نظم القانون اللاتيني، ولينظر لمن يحاول الرجوع إليه كمن يصدق بالرجعية ويطالب بالعودة للحقبة المنصرمة وأستخدام السوابق التي قد تكون مرايا عاكسه لمجتمع معين قد يختلف عن مجتمع آخر كما نرى وحسبما يبدو الخوف من أن يتجه رجال القانون إلى ترك ممارسة القانون كمواد مقننة، مشرعة من قبل المشرع الإعتيادي، والبعد عن الرجوع إلى المتون التشريعية للسعي وراء أحكام السوابق القضائية والمشكلة الأكبر ليست هنا فقط، أي أننا أصبحنا نبني تفاسير قانونية قائمة بناء على تفاسير أخرى وبهذا تتحدر مفاهيم التفسير، وليس من القانون نفسه، المعبر عن الإرادة العامة، النابعة من السلطة التشريعية الممثلة من الشعب أي أننا صرنا إلى نظام قانوني ليس بوضعي، وليس قائم فقط على السوابق، بل إننا أصبحنا تحت حكم قانون معايير بناء على مفاهيم الصدف والمواقف والظواهر التي تتعايش معها كل قضية.

كذلك نجد أن من الأسباب التي نخشى الوقوع فيها ان يتبع المحام لرفع عريضة الدعوى مستندات بعدد لا ينتهي من السوابق القضائية، متجاهلاً لنصوص القانونية الوضعية.

خلاصة للقول أوصي بعمل جمع جملة الفقه القضائي أي ما يسمى اليوم بفقهِ السوابق القضائية^{١٢٢} في مجلد تشريعي واحد بهدف تدريسه كـتدريبات عليه للطلبة الحقوقيين وللمعاهد القانونية التي تؤهل عمل المحامين وكذلك للقضاة، لمعرفة كل فرد حقوقه والتزاماته من خلال مركزه القانوني بناء على النصوص المقننة واضحة المفاهيم، ومن ثم تنظيم النظام القانوني بطريقة ميكانيكية ليتفاعل بعضه ببعض.

ولم تكن الفكرة قطاً لجمع السوابق بغية دراستها والعودة مرة أخرى لتراكم سوابق تفسيرية بناء على القواعد المقننة؛ لأنها حلقة مفرغة يجدر إعادة التشريع على مرور الزمن بل للتأكد من الأسباب الآتي ذكرها:

أن التغيير السريع الذي يطراً على الوقائع والأحداث التي ينظرها القضاء يضعف حجية هذه السوابق إذ التغيير موجب للتحويل إلى حكم آخر غير حكم السابقة أن الإعتـمـاد على هذه السوابق يجعل القضاة يقومون بمهمة سن الأحكام والقضاء في آن واحد، وهذا معارض لمبدأ الفصل بين السلطات^{١٢٣}

وفي نهاية المطاف نحن لا ننكر قيمة السوابق القضائية عند النظامين الانجلوسكسوني واللاتيني فإن السابقة القضائية معتبرة في النظامين ، إلا أن النظام اللاتيني يعتبرها للتوير وللتفسير احياناً ، ولا يلزم بها، وكذلك تعتبر السوابق القضائية مما يحتج بها في الفقه الإسلامي ، وإن كانت لا تصل إلى أن تكون ملزمة للقاضي ، ولكنه يستأنس بها ، بينما النظام الإنجلوسكسوني يعدها مصدراً رسمياً لأحكام القضاة بل وملزمة للمحكمة القاضية بها ولجميع المحاكم في درجتها أو أنزل منها ولو كانت فكرة السوابق ناجحة في تطبيقاتها لما تراجع الدور الريادي للقضاة في النظم الانجلوأمريكية أمام العدد المتزايد من التشريعات والتي كان لها اثر في تقنين مجال خاص أو تعديل

(١٢٢) وهذا حدث بالفعل إذا ما عدنا اربع أو خمس حقب لوراء عهد ثورة التقنين المكلفة بمشروع القانون وثورة سافيني التي كالت التقنين المدني الفرنسي، ل السويسري والألماني، حيث ماهية المشروع، أسبابه المسببة وغايته السامية

Lorenzo Aprazola

(١٢٣) نظرية الأخذ بما جرى به العمل للعسرى ١٣٨-١٤٠، حجية السوابق القضائية للدغيثر، بحث منشور محله العدل عدد (٣٤) ص/١٨١-١٨٣.

أحكام القانون القضائي العام common Low و في تنظيم مجالات لم يكن للقانون القضائي العام علاقة بها ^{١٢٤} .

المطلب الثاني

مدى حجية السوابق القضائية في التشريع الإسلامي

تُظهر الدراسات التاريخية أن حياة العرب قد تغيرت إجتماعياً وسياسياً بظهور الإسلام في شبه الجزيرة العربية، ولقد مرت الدول العربية بمراحل تطور قانوني، كان أثر الشريعة الإسلامية فيه كبير؛ لذلك لم يكن غريباً أن تحظى الشريعة بمكانة بارزة في التشريعات العربية الحديثة، ولا نحتاج الى اللجوء لسابقة قضائية لعدم وجود نص قانوني ويظهر ذلك من خلال النصوص الدستورية والمدنية التي لم ينص دستورها على السابقة ضمن المصادر الرئيسية في التشريع.

وهذا لا يعني عدم أعراف الشريعة الإسلامية بالسوابق القضائية ورجوع القاضي لها ما دام قد صح مأخذها وعلم أصلها و بأن تعييدها من مصادرها الشرعية وإلزامية الحكم كي يكون سابقة قضائية أن يكون مستنداً إلى الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس المجمع عليه، شريطة أن يكون الإلزام مستمد من النص لا من حكم القاضي في أستخراج المصدر الشرعي وهذا ما توصلت إليه على حكم نسب الطفل المتولد من إيجار الرحم وتم تطبيقه بالفعل من خلال مؤلفنا إيجار الرحم ^{١٢٥} وفي رأبي أعترض في هذه الحالة على مسمى السابقة القضائية لأنه لا يوجد سبق في ذلك لأتباع جميع القضاة على نهج واحد ولكن المشكلة تنحصر من وجهة نظرنا عندما يكون الحكم منصباً على مسألة لم يأت بها نص ولا إجماع ولا قياس وهذا ما وجدناه عند رأى بعض الفقهاء حيث ذهبوا إلى أنه لا يخرج الحكم من الأمور الثلاثة ^{١٢٦} :-

١- أن تكون هذه المسألة موضع خلاف بين الفقهاء وتفاوت القضاء فيها تبعاً لذلك ولا يتعدى حكم القاضي السابق أن يكون مرجحاً لرأى من تلك الآراء الخلافية، فهنا لا يكون الحكم القضائي السابق ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه المسألة.

(^{١٢٤}) على سبيل المثال فإن القانون الإداري هو قانون تشريعي لم يكن موجوداً في ظل القانون القضائي العام .
(^{١٢٥}) مؤلفنا إيجار الرحم دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١١ - طبعة الأولى
(^{١٢٦}) أصحاب الإتجاه ضرورة عدم غلق باب الإجتهاد.

٢- أن تكون حادثة مستجدة لا يمكن قياسها على المسائل الخلفية التي سبق أن بحثت في الفقه، فيكون حكم القاضي فيها حكماً اجتهادياً محضاً على افتراض توافر شروط هذا الاجتهاد في القاضي فهنا أيضاً لا يكون الحكم القضائي ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه الحادثة^{١٢٧}

٣- أن تكون السابقة لا أصل لها، أو كانت مخالفة للنصوص، أو أن هناك ما هو أقعد منها فهنا لا ينظر إليها^{١٢٨}

كما نرى وحسبما يبدو أن أصحاب الآراء السابقة تعتبر حكم القاضي إجتهدا طالما توافرت شروط المجتهد ومعنى ذلك أنها تنتمي الى مدرسة عدم غلق باب الإجتهد وللدرد على ما سبق سأحاول تكييف دور القاضي على دور المجتهد لمعرفة مدى كيفية أستخراج الحكم من مصادرة قياسا بالمجتهد حتى يتبين لنا في الأحوال السابقة حجية الحكم ومدى إلزاميته والأخذ به كسابقة قانونية من عدمه.

ولمعرفة ذلك وجب علينا معرفة موقف الفقه الإسلامي من باب الإجتهد بالنسبة للفقهاء المتقدمين وهل أقتصرت الإجتهد على الفقهاء المتأخرين.

يرى^{١٢٩} أصحاب هذا الإتجاه ان ضرورة عدم غلق باب الإجتهد والسبب في ذلك يرجع إلى أن هناك الكثير من المسائل المستجدات والنوازل يحتاج الناس إلى بيان حكم شرعي فيها، حيث سكت عنها الفقهاء المتأخرين لخلو زمنهم منها حيث يروا أن القول بإغلاق باب الإجتهد معناه أن يبقى المسلمون لا يعرفون الحكم الشرعي في النوازل المستدثة ولا يتم ذلك إلا بالإجتهد في النظر إلى الأدلة الشرعية لمعرفة كما يروا علماء اللجنة الدائمة^{١٣٠} للإفتاء أن باب الإجتهد في معرفة الأحكام الشرعية " لا يزال مفتوحاً

(١٢٧) السوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطالب / شيخين بن محمد العنلي. ص: ٣٨ ، ٣٩ .

(١٢٨) السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام للشيخ عبد الله بن محمد آل خنين - مجلة المحامي ، العدد ٨ ، في ذي الحجة ١٤٢١هـ ، ص: ٣٧ (بتصرف)

(129) <https://islamqa.info/ar/128024>

تم النشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ // "الموسوعة الفقهية" ١٨ / ١٩ (نشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ // ") .
(١٣٠) الشيخ عبد العزيز بن باز ، الشيخ عبد الرزاق عفيفي ، الشيخ عبد الله بن غديان ، الشيخ عبد الله بن قعود فتاوى اللجنة الدائمة (١٨ ، ١٧ / ٥) .

لمن كان أهلاً لذلك^{١٣١} وأن القول بغلق الإجتهد بصفة عامة لا يتفق مع روح الشريعة الإسلامية بل وجوبه على من توفرت فيه شروطه؛ لأن الأئمة في حاجة إلى معرفة الأحكام الشرعية فيما جدّ من أحداث لم تقع في عند المتقدمين وأستندوا إلى إجتهد الصحابة رضي الله عنهم في معرفة الأحكام الشرعية، وإجتهد التابعون ومن بعدهم من المتقدمين وحثهم في ذلك ما ورد في الحديث الشريف .

كان القضاء بما قضى به الصالحون منهجاً عند سلفنا ، فهذا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فيما روى عنه عبد الرحمن بن يزيد يقول: من عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله فإن جاء أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم ولا قضى به الصالحون فليجتهد رأيه .^{١٣٢} ففي هذا الأثر دلالة على حجية السوابق القضائية والأخذ بها

وكذلك روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في كتابه لأبي موسى رضي الله عنه: لا يمنحك قضاء قضيت به اليوم فراجعته فيه رأيك وهديت فيه رشذك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل^{١٣٣} .
وجاء عنه رضي الله عنه أنه حكم في المسألة المشركة بإسقاط الأشقاء مع الإخوة لأم، ثم شرك بينهم في مسألة أخرى فسئل عن ذلك فقال: تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم^{١٣٤} .

(^{١٣١}) بأن يكون عالماً بما يحتاجه في مسألته التي يجتهد فيها ، من الآيات والأحاديث ، قادراً على فهمهما ، والإستدلال بهما على مطلوبه ، وعالماً بدرجة ما يستدل به من الأحاديث ، وبمواضع الإجماع في المسائل التي يبحثها حتى لا يخرج على إجماع المسلمين في حكمه فيها ، عارفاً من اللغة العربية القدر الذي يتمكن به من فهم النصوص ؛ ليتأني له الإستدلال بها ، والإستنباط منها ، وليس للإنسان أن يقول في الدين برأيه ، أو يُفتي الناس بغير علم ، بل عليه أن يسترشد بالدليل الشرعي ، ثم بأقوال أهل العلم ، ونظرهم في الأئمة ، وطريقتهم في الإستدلال بها ، والإستنباط ، ثم يتكلم ، أو يفتي بما اقتنع به ، ورضيه لنفسه ديناً .
(١٣٢) رواه النسائي ٢٣٠/٨ ، وهو برقم ٥٣٩٨ ، ٥٣٩٧ ، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠ ، قال عبدالقادر الاناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠) : وأسناده صحيح .

(^{١٣٣}) هذا جزء من خطاب عمر - رضي الله عنه - الموجه إلى أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - والذي رواه أبو المليح الهذلي ، أخرجه الدارقطني في سننه ١١١/٢ وهو برقم [٤٤٢٦] ، والبيهقي في السنن الكبرى ١٥٠/١٠ ، وصححه الألباني في الإرواء .

والواضح كما نرى وحسبما يبدو للبعض^{١٣٥} من خلال الأحاديث النبوية أن الحكم الإجتهادي ليس حجة بالنسبة للكافة إذ الحكم المجتهد فيه مبني على الظن، وإنما يلتزم به المجتهد نفسه مادام لم يتغير رأيه فيه، لأنه هو الحكم الشرعي حسب ظنه، ولا يجوز له أن يتركه ويقلد مجتهداً آخر فيه إلا إذا كان نتيجة اجتهاد وترجيح وبالتالي فالقاضي غير ملزم بالحكم في سابقة قضائية على قضية منظورة امامه شبيهه بها ولا يكون مجرد متبعا لقول الغير بعد معرفة دليله وهو ما يعرف بالألتباع^{١٣٦}.

ولا شك أن الحكم القضائي موضوعي بالنسبة للقضية المرفوعة فهو خاص بها لا يتعداها إلى غيرها او لما مائلها من الواقع وإلا أصبح الحكم قاعدة شرعية تطبق على نظائر الواقعة ويستند إليه في الحكم فتصبح شريعة عامة تلزم سائر القضاة فيما لم يفصل فيه من القضايا باعتباره سابقة، ومن ثم إذا أستمّر العمل بالسابقة القضائية صارت أصلاً يعمل بها ولا يجوز للقاضي مخالفتها إلا بتسبب معتبر، الخوف هنا من أننا نصبح أمام إلزام بتطبيق سابقة لم يصح مأخذها ولم يبين تقييدها فلا يستند إليها، لأن الواقعة والحال ما ذكر لم يتحقق صواب الإجتهد فيها^{١٣٧}.

الأمر الذي يجعلنا نعيد ما جرى عليه العمل ولكن بأعتبرات أخرى غير مستتدة على أدلة كمبادئ العدالة والعرف.... بحجة أنها نازلة ونصل إلى ما وصل إليه غيرنا مما طبق هذه النظرية في عصرنا الحالي كما سبق وأن أشرنا من قبل في بحثنا هذا من إدعاء الحريات الغير مشروعة تحت شعار إعلانات حقوق الإنسان وغير ذلك، لذلك نرى كما يرى البعض بغلق باب الإجتهد للأسباب التالي شرحها وأن إضطررنا له يكون بشروط ليست موضوعية فحسب بل وشكلية أيضا سوف نذكرها بأذن الله تعالى.

(١٣٤) أخرجه البيهقي ١٢٠/١٠، والدارمي ١٦٢/١، والدارقطني ٨٨/٤، وعبدالرزاق ٢٤٩/١٠، وابن أبي شيبة ٢٤٧/٦ كلهم من حديث الحكم بن مسعود الثقفي، قال ابن حجر في لسان الميزان ٣٣٨/٢: " هذا إسناد صالح وذكره ابن حبان في الثقات

(١٣٥) ويقول محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - دار الكتاب الحديث - الطبعة الثانية ١٩٩٦ / يقول ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ): " أن ينصب على الحكم دليلاً؛ وأدلة الأحكام الكتاب والسنة والإجماع وما تكلم الصحابة والعلماء فيه إلى اليوم بقصد حسن" الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية؛ للبطي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٥٦/٥.

(١٣٦) جامع بيان العلم وفضله ٧٨٧/٢، توصيف الأقضية؛ للباحث ٣٦٧/١ ط٢.
(١٣٧) العرف والعمل في المذهب المالكي ٣٦٥.

المبررات الداعية لغلق باب الإجتهد: -

فيما يتعلق بالاجتهاد الوارد بالحديث السابق نرى^{١٣٨} أن مصادره التي عددها بالترتيب وهي القضاء بما في كتاب الله ثم القضاء بما قضى به نبيه صلى الله عليه وسلم، ثم القضاء بما قضى به الصالحون، ثم القضاء بالاجتهاد في رأيه في رأيي الاجتهاد بالرأي المشار إليه في الحديث الشريف^{١٣٩}

أقتصر على عصور الفقهاء المتأخرين من الصحابة وأغلق من بعدهم الاجتهاد تاركين لنا ميراثا شرعيا مما جعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وهذا ما حصده الحديث الشريف عبد الله بن مسعود^{٤٠} سالف الذكر من المصادر الشرعية التي أعدت كأطروحة شرعية إعتدنا عليها بالفعل إلى أن تقوم الساعة وللاطمئنان إليها وليس لتقليد الفقهاء في أن نجتهد وجعل الحديث رخصة لمن لا يجد المصادر السابقة للحكم في مسألة ما أن يجتهد بالرأي أين نحن من فقهاءنا المتأخرين كي نقلدهم.

وهناك أدلة على حجية عدم الأخذ إلا بالنص وعدم الإعتراف بالسوابق التي خلت من وجوده والدليل في الحكم بم أنزله الله لقول الله تعالى: " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله" ، لو دققنا النظر في الآية الكريمة لوجدنا أوامر الله عزو جل لرسوله أن يحكم بالحق الذي جاء في القرآن وقوله تعالى: " فأحكم بين الناس بالحق" فهاتان الآيتان تأمران بالحكم بما أنزل الله وهو الحق والحق لا يتعين بقضاء القاضي المجتهد السابق لأنه راجح في نظر القاضي السابق دون سواه فلا يصح الإلزام به وقول الله تعالى: "وما أختلفتم

(^{١٣٨}) في رأيي ان الحديث الشريف لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي استندت إليه التشريعات الإسلامية في حجية السوابق القضائية المشار إليه ليس لاحتنا على التقليد فيما فعله في الاجتهاد بالرأي ولكن جاء ليبين لنا الكيفية التي سار عليها نهج الفقهاء الأوائل وأنى أرى أن هذا الحديث بمجرد صدره أغلق باب الإجتهد لأن المصادر الشرعية للشريعة الإسلامية لم تترك شيئا إلا وذكرته وهذا هو معنى الكمال المقصود هنا شامل لجميع المستجدات والنوازل إلى أن تقوم الساعة ولكن ليست المشكلة كما سبق وأن ذكرت في استخراج المصدر أى النص أو غيره فى المرتبة التي نليه ولكن المشكلة في كيفية تفسيره او تعييده أو تأصيله.....

والدليل بقول الله تعالى: " فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون (سورة النحل:٤٣)) أى الرجوع بالسؤال على أهل القرآن وتفسيره عندما تورد علينا مسألة لا نعلم حكمها فالسؤال يرجع عليهم في كيفية تفسير النصوص الموجود بالفعل وقياسها على العلة لاستخراج الحكم من مصدره وليس ابتكار حكم جديد أو أبدا رأى ليس له مصدر.

(١٣٩) رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبدالقادر الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠): واسناده صحيح

فيه من شيء فحكمه إلى الله وقوله تعالى: 'فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول ووجه الإستدلال بهاتين الآيتين أن الواجب هو الرجوع إلى الحكم الله ورسوله ولا يتعين حكم الله ورسوله في رأى معين ولا في قول مرجح صادر من قاضى سابق والحكم بالسابقة القضائية دون أفتناع بها حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم الله ورسوله فهو حرام ويلزم منه المنع الإلزام بالسوابق القضائية قول الله تعالى لعلمه الذين يستنبطونه منهم والمقصود بالإستنباط من النصوص لا من قول بشر غير معصوم .

جاء بالحديث الشريف لما قال معاذ رضى الله عنه أجتهد رأيي ولا آلو فضرب رسول الله صلى صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله فدل على وجوب الإجتهد بالنظر في النصوص للوصول إلى الحكم الشرعي ومن خلال الحديث السابق تبين لنا أن الإلزام في السوابق القضائية مانع من الإجتهد لأن مرجعية الإجتهد لا بد ان تكون من نص شرعي كما أشار الحديث الشريف.

ومن المعقول أنه عندما انتقل النبي صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى صار الصحابة يتتبعون سنة النبي صلى الله عليه وسلم من بعضهم البعض، ولكن مع تجدد الحوادث وتشابكها صار الصحابة مضطرين إلى إعمال الرأي والاجتهاد ليصلوا من خلال ذلك إلى الحكم الشرعي في هذه النوازل، ومن الضروري نتيجة لذلك أن تختلف الأنظار والرؤى، فالإجتهد عملية نسبية تختلف باختلاف صاحبه، مهما كانت الأصول التي يُبنى عليها واحدة ولم ير الصحابة رضي الله عنهم أنهم ملزمون باتباع واحد بعينه ثم جاء التابعون فساروا على هذا المنوال، وشهد هذا العصر حرية فقهية حقيقية، وجديراً بالذكر وجدنا أئمة هذه المدارس ينهون تلاميذهم عن تقليدهم، ويأمرونهم بالنيل من المعين الأول مثل الإمام إسماعيل بن يحيى المزني تلميذ الإمام الشافعي^(١٤١) وهذا أن دل فانه يدل على غلق باب الاجتهاد واقتصاره فقط ليس على أهله فحسب بل على الفقهاء المتأخرين للأسباب الآتي ذكرها:-

(١٤١) مختصر المزني ص ٧، طبعة دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٩ - ١٩٩٨ اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشافعي - رحمه الله - ومن معنى قوله بالقرينة على من أرادته مع إعلامه نهيته عن تقليد هو تقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحاط فيه لنفسه.

وينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة وهي الشهادة في ذلك أنه في أوائل القرن السادس ظهر إتجاه ينادي بغلق باب الإجتهد للتعصب الذي ظهر في تلك العصور لمذاهب الأئمة، حتى صرح البعض بالمنع من الخروج عن أقوال الأئمة المدونة في كتبهم وكتب أتباعهم، فأطلقوا تلك الدعوى (غلق باب الإجتهد) ^{١٤٢} ومن الأمور التي تتعلل بها على غلق بابا الإجتهد الخوف من العبث بطرق تخريج "مناهج الاستدلال" فلا شك أن قضية "مناهج الاستدلال" لها أهمية خاصة لأنها تحفظ النصوص الشرعية من التلاعب بها، ولذلك وضع أئمتنا علم "أصول الفقه" الذي يبين المنهج الواجب أتباعه في التعامل مع النصوص الشرعية فالخروج عليها يعد خرقاً لإجماع السلف الذين لم يتعدوا هذه الطرائق والمناهج لذلك أغلق بعض العلماء باب الاجتهاد خوفاً من اللعب بهذه الأصول التي حُفظت بها الشريعة والشاهد في ذلك ما أشار إليه ابن بدران الحنبلي وهو يلوم أهل مذهبه الذين عكفوا على متن "منتهى الإرادات" وهجروا غيره، حيث يقول ^{١٤٣} "فَعَكَفَ النَّاسُ عَلَيْهِ وَهَجَرُوا مَا سِوَاهُ مِنْ كُتُبِ الْمُتَقَدِّمِينَ، كَسَلًا مِنْهُمْ وَنِسْيَانًا لِمَقَاصِدِ عُلَمَاءِ هَذَا الْمَذْهَبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهَا أَنْفَاءً".

فإذا كانوا مقصرين عن مجرد القراءة، فكيف سيكون الحال مع الإجتهد؟

و من المبررات الداعية لغلق باب الإجتهد. عدم الإمتزاج بين السلطات حيث أن في البداية كان القضاء من وظيفة الوالي نفسه أي الحاكم بأمر المسلمين وغير مفصول عنه ولذلك كان لا بد من أن يكون رجل دين أي فقيه ومن هنا ولد مبدأ عدم فصل الدين عن الدولة والشاهد في ذلك ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث كان القضاء من مهامه ولم

(^{١٤٢}) حتى يقطعوا الطريق أمام من يجتهد في فهم النصوص ويستنبط أحكاماً تخالف ما قاله الأئمة السابقون وقبل أن أبدا أود أن أبين نقطة في غاية الأهمية، وهي أن المقصود ب "إغلاق باب الاجتهاد" هو إغلاقه على من يملك أدوات الاجتهاد لا على العوام، فالعوام ممنوعون من الاجتهاد منذ عهد النبوة، فلا ينبغي أن يفهم من ذلك أنها دعوة للجهال على اقتحام ما ليسوا له باهل، بل محل الخلاف هو منع من ملك آلات الاجتهاد من الاجتهاد، ولذلك راينا ابن عبد البر بعد أن ساق كلاماً كثيراً عن ذم التقليد يقول/ وهذا كله لغير العامة؛ فإن العامة لا يكتفون من تقليد علمائهم عند النزلة تزلزل بها؛ لأنهم لا يتدبرون موقع الحجّة ولا نصيب لعدم الفهم إلى علم ذلك؛ لأن العلم درجات لا يسبيلها إلى أعلامها إلا ينزل أسفلها، وهذا هو الحائل بين العامة وبين طلب الحجّة، والله أعلم، ولم تختلف العلماء أن العامة عليها تقليد علمائهم وأنهم المرادون/ جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ٢ ص ٩٨٩ - تحقيق حسن أبي الأشبال - طبعة دار ابن الجوزي.

(^{١٤٣}) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران ص ٤٣٤ - طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية ١٤٠١ - ١٩٨١.

يسنده لأحد ومن الملاحظ ان هذا اتخذ مبدا شرعي وتوارثه الولاة من بعده وبالتالي لا مشكله عندما كان يجتهد لقضاء مسألة معروضه أمامه وجعل حلها بعد ذلك سابقة لما بعدها لعلمه لأمر الدين وخاصة أنه مؤهل لذلك مما ورثه من رسول وسيد البشرية أجمعين.

ولو دققنا النظر في توحيد دور الوالي أي الحاكم والقاضي أو المجتهد في عصور الإجتهد التي كانت تاليه لعهد رسول الله لوجدنا أنه من ضمن أسباب إنتفاء الرياء والشك في الأحكام بالمقارنة لما نحن عليه الآن إلا من رحمه ربه وبالطبع نحن لا نعمم ذلك على الكل وهذا تسليما لحديث رسول الله ما زال الخير بأمتي.

ولكن في عصورنا الحالية ومع عدم الإهتمام بتحصيل آليات الإجتهد، صار الأمراء والقضاة من غير المجتهدين، وبهذا تخلف شرط من الشروط التي يجب توافرها فيهما قال إمام الحرمين الجويني^{٤٤}، من شرائط الإمام أن يكون من أهل الاجتهاد، بحيث لا يحتاج إلى استفتاء غيره في الحوادث وهذا متفق عليه ومع تجدد الحوادث التي تشهدا الدول أنفصل أهل القضاء والإجتهد عن دور الحاكم مما جعل الحكام أو القضاة عندما تستجد لهم مسألة أو نازلة يرجعون إلى أهل الإجتهد الأمر الذي يجعل المجتهد في بعض الأحوال موجه إلى سياسة عامة قد يراه الحاكم هي المناسبة من وجهة نظره لحكمه تحت شعار المصلحة المرسله أو سداً لزريرة أو توجيه الحاكم بإعادة النظر في فتوى بحجة أنها تتغير بتغير الزمان والمكان و الحال.

مما يجعل المجتهد يحيد إلى بعض الأحيان عن مبادئ أو مصادر الشريعة توجيها لما طلب منه وكذلك القضاء ومن هنا يفتح الباب أمام أستبدال القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية مما يوقننا في خطر والشاهد على ذلك بعد الفتاوي التي صدرت في الآونة الأخيرة والتي يعجب لها العقل كإرضاع الكبير وغيرها وها نحن اليوم نرى بعض الدول تتنادى بمبادئ شاذة تحت مظلة الحريات التي تدعيها في بعض الدول الإسلامية والتي كانت نابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي سبق وأن أشرنا إليه من خلال هذا للبحث.

(^{٤٤}) الإرشاد للجويني ص ٤٢٦ - تحقيق د. محمد يوسف موسى - و د. علي عبد المنعم عبد الحميد - طبعة مكتبة الخانجي ١٣٦٩ - ١٩٥٠.

والمخرج الوحيد الذي ينقذنا من المصائب التي تتعرض لها أمتنا، المتمثلة في تراجع الشريعة عن حياة الناس تدريجياً والذي فيه إنذار خطير لكل من تسول له نفسه بعدم الإلتزام بالشروط الشرعية في المسائل التي تحتاج إلى الإجتهد هذا هو المخرج في رأيي هو إغلاق باب الاجتهاد الفردي ٤٥ للفقهاء المتقدمين وحل محله الإجتهد الجماعي في التفسير

من خلال قرارات المجامع الفقهية والمؤسسات الإسلامية، كصرح الأزهر الشريف لضمان إستقلالها عن السلطة أي السياسة باعتبارها مؤسسات دينية غير موجهة إلا من كتاب الله وسنة رسوله وهذا إيماننا منا بغنى الشريعة الإسلامية وبالميراث الشرعي الذي ورثوه عنها الفقهاء المتقدمون من المتأخرون فقد وجدوا رصيذاً كبيراً من إجتهدات من قبلهم، ووجدوا فقهاً إفتراضياً غنياً بالأحكام قد وفى لهم بكثير من نوازلهم، والذي أقصده بلفظ "تفسير الإجتهد" أي تفسير النصوص وإستخراجها من مظانها حتى يسد على أهل الهوى باب التلاعب بالشريعة الإسلامية وكل إجتهد تفسيرى سيكون حجة للسابقة القضائية التي ولدت على يديه بمعنى أنه يكون ملزماً فقط لأطراف الدعوى التي تم تفسيرها على أساس حجية الأمر المقضي به والتي تثبت للحكم وحكم فيها.

والخلاصة أنه ليس في السوابق القضائية في الشريعة الإسلامية حجية تجعلها من القوة بحيث لا يستطيع القاضي اللاحق مخالفتها القاضي السابق في ذلك الحكم فالحكم القضائي جزئي الأثر أي أنه يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط ولهذا لم يظهر للقضاء دور مستقل في الشريعة وهذا فيما يتعلق حجية السوابق القضائية في التشريعات الإسلامية.

(١٤٥) الفقه الإسلامي ومدارسه للدكتور/ مصطفى الزرقا ص ١١٤ - ١١٥ - طبعة دار القلم - دمشق، والدار الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ - ١٩٩٥ / حيث يقول الدكتور / مصطفى الزرقا وإذا كانت المخاوف السابقة إذ ذاك من الإجتهد الذي كان يمارسه الأفراد قد أوجبت ذلك التدبير الوقائي بإقتال بابه، كما سبق بيانه، فإن العلاج، فإن العلاج في نقله من عهدة الأفراد إلى عاتق الجماعة، فيصبح الإجتهد جماعياً يمارسه فقهاء العصر الثقافت بطريق الشورى فيما بينهم بعد أن كان فردياً يمارسه كل فقيه بمفرده. فيذلك تتحقق ثمرات الاجتهاد، إذ لا يمكن للفقه أن يلبي حاجات العصور دونه، وتتفتى محاذير الاجتهاد الفردي التي دعت إلى إقتال بابه.

الخاتمة

النتائج التي توصل إليها البحث

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

- وجدنا أن مجتهد التخريج والترجيح كليهما إقتصرا على عهد الصحابة التي خصهم رسول الله في الفتيا من بعده ليس فقط لوقت أو زمن معين بل الى أن تقوم الساعة أما أحكام العمل والمصالح الآن تختلف باختلاف المكان والزمان، التي تتزامن مع الأعراف ولهذا السبب لا تصلح لأن يبنى عليها القضاء سابقة قضائية فإنه تكتفي في إجراءاتها لمساعدة توافر روح القانون وليس في تقنين القانون نفسه لأن العرف أمر ظاهر، يشترك في إدراكه الخاص والعام.
- لذلك ليس من المنطق أن يكون القضاء مقيد بالقواعد التي أصدرتها الأجيال السابقة فالقول بأن فقه السابقة القضائية لا يقبل المناقشة وانه شيئا أكثر من كونه مبدأ ملائمة يجب البدء منه هو قول يمثل أسطورة تاريخية يتناسب مع زمانها وأحداثها فقاعدة السابقة تظهر بأسلوب مختلف حسب ظروف الحقبة التاريخية ولا يصح بأن يكون تقنيننا لان جوهر القانون هو ذلك المضمون الإجتماعي؛ نشأ بقصد تنظيم الحياة الاجتماعية.
- الفقه الاسلامي لا يلزم القاضي بأخذه من السوابق القضائية بل هي إجتهدات من الفقهاء الأوائل مبنية على أحداث واقعية مرتبطة بالزمان والمكان أي الذي كان يصلح لها في وقتها والذي خلقت حلاله قد لا يتناسب مع تطبيقها اليوم وأن التزام العمل بالسوابق هو حصر للحق في قول مجتهد ليس قوله أولى من قول مجتهد آخر، وترجيح قول بلا مرجح هو تحكم لا دليل عليه، فيكون فاسداً
- نحن لا ننتفخ مع إلزام القضاء بالحكم بالسوابق القضائية، حتى ولو رأى المصلحة في ذلك لمجرد انها مبنية على مبادئ العدالة فان كانت السابقة مبنية على نص

شرعي فتنفيذها حينئذ واجب ولا يصح مخالفتها فلا يخرج الحكم من لدنها وأيد ذلك قول ابن القيم: " أينما وجد العدل فثمة شرع الله "

- من خلال الحكم بالنصوص وليس بالإلزام والقياس على السوابق نوصي بحصر جميع الأحكام ومعرفتها ونشرها بأدنى جهد وكلفة حتى ولو تفرقت أماكن الأفضية وتباعدت، ثم هو موضوع إجرائي بحث لا علاقة له بصلب النزاع ولن يكون حجة لمشروعية الحكم بالسوابق القضائية ولكن للدراسة والاستفادة منه للتطبيق فيما شابهه.

- نؤيد موقف المشرع المصري في عدم حياده من على مبدأ التشريع كمصدر أساسي للقانون وكذلك عند اللجوء لمحاولة التفسير في إعماله على المبدأ القانوني الذي إستند إليه القاضي في إصدار الحكم، أي سند أو سبب الحكم. وهو الذي يتكوّن منه السابقة القضائية بالشروط سالفة الذكر وليس الأخذ بالسوابق القضائية بطريقة صماء.

- بالنظر الى القانون السوداني وجدنا إنه ما هو إلا نسخة من القانون الإنجليزي بالرغم من التعديلات التي أدخلت عليه حيث لاحظنا أن رجال القانون السوداني بدأوا في تطبيق القانون الإنجليزي دون محاولة فهم تاريخ ومصادر القانون الإنجليزي نفسه وعليه إذا دققنا النظر في تاريخ القانون الإنجليزي سنعرف لماذا لا يصلح هذا القانون العرفي الأجنبي الذي يكاد يكون تطبيقاً قاعدة ما جرى عليه العمل على مجتمعه ومن ثم تطبيقه على مجتمع آخر مثل السودان يختلف من ناحية اللغة والعادات والدين الأمر الذي سيجعلنا أمام أحكام متغيرة في عادات وتقاليد بالإضافة الى ما قد يكون المبدأ الذي يعتد به اليوم لا يعتد به في الغد والذي قد يبنى عليه حكم اليوم لا يصلح الى الغد بغية التوصل الى المصلحة كما يدعون .

- لم أجد مبرراً ممن إشتراط من الفقه السعودي لسريان الأخذ بالسابقة القضائية أن تكون مصدقة ومعتمدة من جهة قضائية لمحكمة عليا أو شرط إكتساب أطراف الخصومة الإقتناع بالحكم لأنه بمنتهى البساطة لا يلتزم التصديق من المحاكم العليا إذا بان تعييدها وتأصيلها

أما بالنسبة إلى فتح المجال للقاضي السعودي للإجتهد التعزيز بالخدمة الإجتماعية هذا لا يعد له سابقة حيث أن هناك نصوص وضعية يسنها المشرع للصالح العام شريطة ألا تخالف مصادر الشريعة الإسلامية مما يصبغ على نظام القضاء بالمرونة والشاهد في ذلك السلطة التقديرية للقاضي في مسائل التعزيز لخدمة المجتمع شريطة عدم مخالفة النصوص الشرعية وفي حدود ما خصصه له المشرع الوضعي من قوانين.

- أما بالنسبة للمشرع المغربي برز المزيج الثقافي الذي أردت ان أوضحه وهو بالرغم من التراث المالكي الذي ورثته المغرب وإعتماده عن الأعراف وما جرى عليه العمل والذي يقارب صورة السوابق القضائية إلا إنها ورثة النظام القضائي الفرنسي اللاتيني وهو عدم جعل السوابق مصدرا من مصادر التشريع القضائي وإقتصارها على التفسير النصوص.

- وحسبما يبدو الخوف من أن يتجه رجال القانون الى ترك ممارسة القانون كمواد مقننة، مشرعة من قبل المشرع الإعتيادي، والبعد عن الرجوع الى المتون التشريعية للسعي وراء أحكام السوابق القضائية، ومن ثم الإعتداد على هذه السوابق يجعل القضاة يقومون بمهمة سن الأحكام والقضاء في آن واحد، وهذا معارض لمبدأ الفصل بين السلطات

- وإذا كان رأى شراح القانون المدني في حالة إحالة المشرع القاضي إلى الشريعة الإسلامية كمصدر إحتياطي يلجأ إليه عند فراغ نص تشريعي أفضل من إحالته للفقهاء الإسلامي، الذي يعد جزء من الشريعة الإسلامية ومن ثم الرجوع للشريعة الإسلامية يكون بإعمال المبادئ الشرعية والقواعد الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب ليستتبط منها القاضي حلاً للنزاع؛ أما في الإحالة إلى الفقهاء الإسلامي، فإن القاضي سيكون مقيداً بالتفصيلات والتفريعات الفقهية التي تملئ كتب الفقهاء الإسلامي، فما الموقف اذا كانت إحالة المشرع القاضي على سابقة قضائية كمصدر إحتياطي بالطبع سيؤدي ذلك الى تغيير القيمة المرجعية لمصادر القانون لأنه أثر السوابق القضائية محدود حيث أن القاضي مهما أوتي من قوة لن يحاط

علمًا بكل المسائل التي ستطرح على القضاء؛ من هنا تتبدى أهمية الإحالة الى المصادر الشرعية وليس السوابق القضائية

- وفي نهاية المطاف لو دققنا النظر لوجدنا أن السابقة القضائية خلال مسيرتها منذ نشأتها وحتى الآن في الأنظمة التي إعترفت بها لوجدناها ما هي إلا مرآيا تعكس متطلبات ومصالح الحقب التي عاشتها سواء أن كانت بالنسبة المحتوى الرسمي للقانون أم بالنسبة لمناهج تطبيقه أم بالنسبة لتكوين القضاء أو مشاكل التمييز بين الجنسين هذا ما أوضحتها السابقة القضائية لنا عن كل حقة زمنية عاشتها.

- لذلك نرى كما يرى البعض بغلق باب الإجتهد للأسباب السابق شرحها وإن اضطررنا له يكون بشروط ليست موضوعية فحسب بل وشكلية أيضا كما سبق وأن ذكرنا من خلال بحثنا.

والمخرج الوحيد الذي ينقذنا من المصائب التي تتعرض لها أمتنا، المتمثلة في تراجع الشريعة عن حياة الناس تدريجيا والذي فيه إنذار خطير لكل من تسول له نفسه بعدم الالتزام بالشروط الشرعية في المسائل التي تحتاج إلى الاجتهاد هذا المخرج في رأي هو إغلاق باب الإجتهد الفردي للفقهاء المتقدمين وحل محله الاجتهاد الجماعي في التفسير ان خلال قرارات المجامع الفقهية والمؤسسات الإسلامية، كصرح الأزهر الشريف لضمان إستقلالها عن السلطة أي السياسة بإعتبارها مؤسسات دينية غير موجهة إلا من كتاب الله وسنة رسوله ، وهذا إيماننا منا بغنى الشريعة الإسلامية وبالميراث الشرعي الذي ورثوه عنها الفقهاء المتقدمون من المتأخرون فقد وجدوا رصيذا كبيرا من إجتهدات من قبلهم، ووجدوا فقها افتراضيا غنيا بالأحكام قد وفى لهم بكثير من نوازلهم، والذي اقصدته بلفظ " تفسير الاجتهاد " أي تفسير النصوص واستخراجها من مظانها حتى يسد على أهل الهوى باب التلاعب بالشريعة الإسلامية وكل إجتهد تفسيري سيكون حجة للسابقة القضائية التي ولدت على يديه وهذا فيما يتعلق حجية السوابق القضائية فى التشريعات الإسلامية .

وفي الختام هذا وأسأل الله العلي العظيم أن يوفقنا وإياكم لما يحب ويرضى .
وأختم كلامي بحمد الله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله.

المراجع

كتب المعاجم واللغة: -

- المعجم الوسيط، لإبراهيم أنيس وآخرين، مجمع اللغة العربية القاهرة، بدون تاريخ
- لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري بن منظور، دار احياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٧-١٩٩٧م
- مختار الصحاح، محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي دار المكتبة العلمية بيروت الطبعة الاولى ١٩٩٠م
- عبد الفتاح مراد في معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري
- حارثي سليمان فاروق في قاموس فاروق القانوني / عبد الواحد كرم في معجم المصطلحات القانونية

المراجع الفقهية: -

- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض / تقديم محمد المنوني/ الطبعة، الأولى بمطبعة النجاح الجديدة، سنة ١٩٩٦م.
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للفقير محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ٤٠٦/٢، اعتنى به أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- القاضي عياض، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق محمد بن شريفة، طبعة أولى ١٩٩٠م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران - طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية ١٤٠١ - ١٩٨١.
- الإرشاد للجويني - تحقيق د محمد يوسف موسى / د. علي عبد المنعم عبد الحميد - طبعة مكتبة الخانجي ١٣٦٩ - ١٩٥٠.
- الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، طبعة أولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٦م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت.

- إحكام الفصول في أحكام الأصول / أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي تحقيق د. عبد الله محمد الجبوري / الطبعة الأولى ١٩٨٩-١٤٠٩ / الناشر مؤسسة الرسالة.
- الإمام الشاطبي، الموافقات، نشر المطبعة التجارية القاهرة دت، ج ٤.
- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية؛ للبعلي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٥٥٦.
- الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على خليل، دار الفكر، عن الطبعة المصرية الأولى، ١٣٠٨ هـ، ج ٧.
- فتاوى الرملي في فروع الفقه الشافعي بواسطة الامام شهاب الدين أحمد بن حمزة الرملي المتوفى سنة ٩٧٥ هجري / تحقيق محمد عبد السلام شاهين / دار الكتاب العلمية.
- الإفصاح عن شرح معاني الصحاح -أي أحاديث الصحيحين- لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الوزير المتوفى في سنة ٥٦٠.
- المغني في فقه المذاهب الإسلامية للشيخ موفق الدين بن قدامة الحنبلي، المتوفى في سنة ٦٢٠.
- أصول الفقه الموافقات أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي دار ابن القيم-دار بن عفان سنة النشر: ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م - عدد الأجزاء: خمسة أجزاء.
- سير أعلام النبلاء محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي مؤسسة الرسالة سنة النشر: ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م عدد الأجزاء: أربعة وعشرون جزءا.
- معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، رسالة جامعية، دار ابن الجوزي، تأليف محمد بن حسين بن حسن الجيزاني.
- عنوان الكتاب: إعلام الموقعين عن رب العالمين (ت: مشهور) المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم / المحقق: مشهور بن حسن ال سلمان أبو عبيدة.

- الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية/ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلبي الدمشقي الحنبلي / كتاب القضاء.
- ابن رشد، المقدمات والمهدات، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٨.
- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثالثة.
- الأستاذ عبد المجيد خميجة، الأمن القانون وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد السابع، السنة الرابعة، ٢٠٠٩
- الماجريات: أو ما جرى به العمل د محمد إبراهيم ، اصطلاح المذهب عند المالكية، طبعة أولى ١٤٢١هـ — ٢٠٠٠م، نشر دار البحوث والدراسات الإسلامية دبي، الإمارات.
- العناية على الهداية للباترتي المطبوع مع فتح القدير ٦ / ٢٤٦.
- جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ٢ - تحقيق حسن أبي الأشبال - طبعة دار ابن الجوزي.
- جامع بيان العلم وفضله ٧٨٧/٢، توصيف الأفضية؛ للباحث ٣٦٧/١ ط ٢.
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي / الناشر: (بدون ناشر) / الطبعة: الأولى - ١٣٩٧ هـ
- حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للأمية الزقاق ٢/٢٦٥
- حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على للأمية الزقاق ٣٣٧.
- خير الدين الزركلي الأعلام، طبعة خامسة ١٩٨٧م، نشر دار العلم للملايين بيروت، ج ٣.
- شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد ابو الأجنان، طبعة أولى ١٩٩٣م، نشر دار الغرب الإسلامي بيروت.

- رد المحتار على الدر المختار / المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي / الناشر: دار الفكر - بيروت / الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج / المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي / الناشر: / الرياض / دار عالم الكتب، ط ٣، ١٩٩٧م.
- مختصر المزني، طبعة دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٩ - ١٩٩٨.
- محمد مخلوف، شجرة النور في طبقات المالكية، نشر دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.
- محمد القرافي، توشيح الديباج - طبعة أولى ١٤٠٥-١٩٨٥ - نشر في مؤسسة الرسالة بيروت.
- محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص ٣٠٤ - ٣٠٥ / طبعة دار البحوث للدراسات الاسلامية و احياء التراث / الطبعة الأولى ١٤٢١-٢٠٠٠م
- الكتب الفقهية المعاصرة: -
- عبد الرحمان بلعكيد، شرح لأمية الزقاق في صناعة القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط ١، ٢٠١٥،
- ألغلامي واثق محمد نذير، النظام القضائي في الإسلام، دراسات اسلامية العدد الثالث السنة الأولى سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م
- د.أحمد أمغار، شهادة الليف واعتمادها كحجة إثبات، رابطة القضاة، السنة ٢٢، عدد: ١٧/١٦، مارس ١٩٨٦
- شيخين بن محمد العبدلي السوابق القضائية دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطالب.
- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، طبع تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر وإحياء التراث

الإسلامي، بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة،
مطبعة فضالة المحمدية، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م .

- عبد السلام العسري نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي
مطبوعات وزارة الأوقاف بالمغرب ١٤١٧ / ١٩٩٦ م.

- د. عبد الكريم العلوي المدغري درس من الدروس الحسنية سنة ١٤١٧ هـ الموافق ل
١٩٩٦ تحت عنوان: ما جرى به العمل نموذج من تراثنا.

- عبد العزيز سعد الدغيث حجية السوابق القضائية اعداد- باحث في مجال الفقه
والقضاء - سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ. دار النشر: مجلة العدل، العدد
٣٤٤.

- د/ عبد العزيز العلي النعيم، أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة.
الطبعة الأولى.

- عبد الله بن محمد آل خنين السوابق القضائية ومكانتها في الأحكام -مجلة
المحامي، العدد ٨، في ذي الحجة ١٤٢١ هـ

- د.مصطفى الزرقا الفقه الإسلامي ومدارسه- طبعة دار القلم - دمشق، والدار
الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ - ١٩٩٥.

- د.محمد الربيعي، موقف الفقه والقضاء من اللغيفيات قديماً وحديثاً، الإشعاع،
العدد: ١٥، السنة التاسعة، يناير ١٩٩٧.

- محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة
- دار الكتاب الحديث - الطبعة الثانية ١٩٩٦.

- مخلص احمد أجده «النظام القضائي في الإسلام» مجلة رسالة التقريب المجمع
العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية العدد العاشر، الدورة الثالثة
شوال ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦.

- د. محمد حامد الكبيسي: الضوابط الأصولية لتغير الأحكام الشرعية، دار الإرشاد
للنشر، سوريا، ٢٠٠٦، وخاصة من ص ٢٩٨-٣١٨، وهو أطروحة للدكتوراه
من كلية الدراسات الإسلامية بجامعة بغداد وفيه بحث جيد في هذا الموضوع

تحت عنوان حجية التغير في الأحكام والعنوان يحتاج إلى ضبط لأن الحجية تكون في الدليل مثل حجية السنة وحجية الإجماع ولا تكون في التغير.

- فضيلة الدكتور محمد كمال الدين إمام / قواعد تغيير الفتوى بين الحدث الكائن والزمن / قراءة أصولية بقلم منشور في العدد الإثني عشر، ١٥ تشرين ١/ أكتوبر ٢٠١٢ ١٩١٤٣:٩٠.

- د. يوسف القرضاوي: عوامل السعة والمرونة في الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي.

الكتب القانونية: -

- أ.د. أحمد عوض هندی أستاذ قانون المرافعات | العدالة الإجرائية في الفقه الإسلامي | بحث مقدمة لمؤتمر "الفقه الإسلامي: المشترك الإنساني والمصالح" تطور العلوم الفقهية - فقه رؤية العالم والعيش فيه ٢٠١٤ | سلطنة عمان ٦-٩ أبريل

- د. أحمد جلال الدين هلال - قضاء النقض في المواد المدنية والتجارية فقرة ١٥٤ - نقلا عن الدكتور حلمي الحجاز - أسباب الطعن بطريق النقض - توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب - ط ١ طرابلس-لبنان الجزء الأول فقرة ١٩٩

- أحمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصري، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

- د. آ وهيب النداوي - دور الحاكم المدني في الإثبات ط ١ الدار الغربية للطباعة والنشر بغداد ١٩٧٦.

- د ابراهيم حركات، "المغرب عبر التاريخ"، دار النشر الحديثة، ٢٠٠٠، ج ١ و "الأوضاع القضائية بالمغرب قبل الحماية"، مجلة رابطة القضاة، يونيو ١٩٨٣.

- أحميدو أكري: "الشرط الجزائي من خلال الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن"، مقال منشور بمجلة الإشعاع، ال عدد ١٠، سنة ١٩٩٤

- د.إبراهيم الزعيم ومحمد فركت، "وكالة الخصام - المحاماة"، مؤسسة بنشارة للطباعة والنشر، ١٩٩١.

- د. برهام عطا الله، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية - السنة الخامسة عشرة (١٩٧٠م) العدد الأول.
- تكوين النظام القانوني المصري الحديث (الروافد - الآليات - الآثار)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.
- د. توفيق فرج: المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية - ١٩٩٣.
- د. حسام الدين الأهواني: أصول القانون - ١٩٨٨.
- د.حسن عبد الحميد / قاعدة السابقة القضائية فالنظم القانونية الإنجلوأمريكية التطبيق المعاصر والاصول التاريخية / كلية الحقوق جامعة عين شمس / الناشر دار النهضة العربية / بدون تاريخ نشر.
- حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م.
- د. خالد خليل الظاهر الخلاف الدائر بين شراح القانون الإداري في كتاب القانون الإداري، تاريخ النشر: ١/٠١/١٩٩٨- الناشر: دار المسيرة للطباعة والنشر.
- جيمس إ. بوند، أساس إصدار الأحكام، ترجمة: هبة نايف مرسى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، الطبعة الأولى ١٩٩٨.
- د. خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، بدون تاريخ.
- د. ينيس لويد، فكرة القانون، سلسلة عالم المعرفة، العدد ٤٧، ١٩٨١.
- سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م
- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري السعودي-بيانات النشر، القاهرة، دار الفكر العرب ي ١٣٧٢ / ١٩٥٢.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، الطبعة ٦ (القاهرة ١٩٨٧)
- سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، مكتبة الأداب، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦١م،

- صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م.
- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، ط ٣، ١٩٥٩م، أصول تاريخ القانون، الإسكندرية ١٩٦٣.
- د. عبد الرحمن البزار، أصول القانون، ط٢، بغداد، تاريخ النشر ١٩٥٨
- م.عباس قاسم مهدي الداقوقي القاضي في المحاكم العراقية الإجتهااد القضائي مفهومة - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية - الطبعة الأولى ٢٠١٥
- د. عبد المجيد محمد الحفتاوي تاريخ النظم الاجتماعية والقانون مع دراسات فلسفة القانون / دار الهدى للمطبوعات.
- عبد المجيد غميجة: "موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة محمد الخامس -أكذال الرباط، السنة الجامعية ١٩٩٩-٢٠٠٠
- د. عبد الرازق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠ الجزء الأولى
- د.عبد العلي العبودي، سماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية، مجلة الملحق القضائي، العدد: ٢٦، ماي ١٩٩٣.
- د. عبد الناصر العطار: المدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - مطبعة السعادة.
- د. عبد الحميد متولي: أصل نشأ الدولة (بحث في الفلسفة السياسية، وتاريخ القانون العام) مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر ١٩٤٨.
- كريمة مصلي "القضاء في تاريخ المغرب"، جريدة الصباح ليوم الخميس ١٤ يوليوز ٢٠١١.

- محمود تركي - أستاذ القانون ملبورن ولاية فيكتوريا استراليا - فقه السوابق القضائية - منتدى واحة المصرية.
- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون ج ١، بغداد ، ١٩٧٢.
- مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج ١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨م
- د. محمد منيب " المؤرخ المغربي بين الحقيقة التاريخية والوهم الإيديولوجي " التاريخ المغربي بين الواقع والتزييف "السلسلة التربوية رقم ٧ - مطبعة شروق اكادير، الطبعة الأولى، ٢٠٠١
- م. مصطفى عليوة فتح الباب - الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات - الكتاب الثاني صياغة وتفسير التشريعات - نشر دار الكتب القانونية - مصر - سنة النشر ٢٠١٢.
- د. مصطفى الجمال و د. نبيل سعد: النظرية العامة للقانون - منشورات الحلبي الحقوقية.
- مجيد حميد العنكي المدخل الى دراسة النظام القانوني الإنكليزي منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل العراقية بغداد ١٤١١هـ - ١٩٩٠م
- مايكل دجاي فريدمان، موجز النظام القضائي الأميركي، الصادرة عن وزارة الخارجية الأمريكية، منشور في الموقع الرسمي لوزارة الخارجية الأمريكية
- د. محمد سلام مذكور: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية - بحث قدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ.
- د نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، ١٨٠٤-٢٠٠٤م بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤م

- د هيام اسماعيل السحماوي، ايجار الرحم دراسة مقارنة، مطبعة دار الجامعة الجديدة سنة النشر ٢٠١١
- هنري كايبتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام ترجمة عباس الصراف منشور في مجلة القضاء العدد ٢ مارس ونيسان ١٩٥٧
- نظرية الاستعداد في المواجهة الحضارية للاستعمار المغرب نمونجا / احمد العماري / الطبعة ١٤١٧-١٩٩٧م
- المراجع الأجنبية: -
- J.R.Nolan et M.J. Connelly, Blacks Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, 5e ed., West Publishing, 1979, P. 1059
- S.Leader, Common Law, In: A.-J.Arnaud, dir., Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit, Paris, L.G.D.J. 47 P.47, H.A. Hubbard, Le pioecessus judiciaire du Common Law . Revue du Barreau, t. 28, 1968, Notel, p.p. 2- 11.
- P.A. Crepeau, Dictionnaire de droit proit prive ET lexiques bilingues, Cowansville, Les Edition Yvon Blais Inc., 1991.
- j- A.jolowicz, La jurisprudence en droit anglais; apercu sur la regle duprecedent, In; Arch. Philos. Dr., t. 30, 1985, p.p. 105 ets.
- D.Lluelles, Guide Canadien de references pour la redaction juridique, 4e ed., Montreal ,editions Themis , 1992, L.P. PIGEON, redaction et interpretation des lois ,Quebec, Ministere des Communications, 3 e ed., 1986.
- J.A.Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais : Apercu sur la regle du precedent. In: Achiv. philos. DR., T.30, 1985, p. 105.
- J,C.Gray, Nature and sources of Law , NEW York The MACMILLAN Co., 1931m p, 82.
- R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.
- D Poirier. Sources de la Common Law, op. cit., p. 67.
- HLevy- ullmann, le systeme juridique de l, Angieterre, t. I, op. cit, p.p 19 ET s. Dpoirier, sources de la common Law, op. cit., p.p 53

ET s: c.k. Allen law in the Making. 7e ed., oxford , clarendon press, 1964

- M.EL Shakankiri, La philosophie juridique de Jeremy Bentham, paris, L.G.D.,j 1970.
- p. Wesley- smith , Theories of Adjudication and the status of stare Decisis,, in ; L GOLDSTEIN , DIR ., PRECEDENT IN LAW OXFORD , clarendon press 1987, p.p. 73 – 74 .
- E. Campbell, dir., lectures on jurisprudence, London Murray 1885, p.634.
- K. Allen, law in the Making, e ed., Oxford, Clarendon press 1964, pp. 187- 188.
- T.E.Lewis, The History of judiciai precedent (1930) 46 L.Q.Rev.p.p.207et s.p.p. 341 ET. (1931) 47 L.Q.Rev.p.p.41 let s (1932)48 lq .rev .p.p. 230 ET s.
- حكم مجلس اللوردات في قضية London street Tramways co. Ltd c.London country1898 A. C.375 – Chambre des lords

- حكم الصادر في القضية:

- Young c. Bristol Aeroplace co.ltd, 1946A.C. 163.
- H.A.Hubbard, le processus judiciaie du common law m1968,28, Revue du Barreaump.p 1-35, voir p. 4
- W.S. Holdsworth. Sources and Literature of English Law, op. cit p.p69. and n
- Blackstone, Commentaires.....op.cit. , t, I, p.85. .
- Blackstone. Commentairesop.cit. t, I, p. 270 (The making of the laws is entirely the work of a distinct part, the iegislative branch, of the sovereign power).
- Dicey, Droit ET opinion publique en Angleterre, trad francaise p. 153,مشار اليه H. Levy ULLmann op.cit. p. 337.
- Dicey, Introduction to the study of the law of constitution, Chap. I (the nature of parliamentary sovereignty),

مشار اليها في:

H, LEVY- Ullmann, op. cit., p.360, Note (1).

- W.S. Holdsworth, a HistoryOP.CIT. t, II, P 430ar.d n.
 Attorney general for the province of Ontario قضية -
 Fatehi (1984) 2R.C.S.536. ضد -
- J.Vanderlinden , Histoire de la :
 COMmmmon law, Quebec, Canada, les editions Yvon Blais
 Inc., 1996 Avant – propos : G. Rouhette, , Le genre de
 Common law Bruxeiiies, Bruyant, 1995, p. 311.
- R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit
 contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.
- R.Alexy, ATheory of Legal Argumentationop. cit., p. 274
- Boulanger, Jurisprudence, in: Encyclopedie Dalloz, Civ. III.
- Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris
 1917
- Elliot (C.), Eric (J.), Vernon (C.): French legal system, Second
 edition, Longman, 2006, p.
- Sir Frederick Pollok and Frederic William Maitland (the
 History of English Law before the Time of Edward I. Second
 Edition.Cambridge ,Volume I.
- Theodore F. T. Pluknett (A Concise History of the Common
 Law. London 1948.
- Edward Jenks. A Short History of English Law. London 1949
- , T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit
 romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de
 droit romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit
 romain, paris, 1932 P. 14. Brühl (L.), Répétitions écrites de
 droit romain, paris, 1936, p.13 et SS. Huvelin (P.) , Cours
 élémentaire de droit romain 2ed. , 1929. p. 22 ET SS. Monier
 (E.): Manuel de droit romain, 5ed. t.1 P.15. Petit (E.,) Traite
 élémentaire de droit romain, Paris, 1909; P. 15. Gaudemt (g.),

Institution de l'antiquité, 1998, P. 79. Schmidlin (B.)&Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984, P. 15 ET ss.

- د. زكي مصطفى The Common law in the Sudan London, 1971-
- Jean D'Esme, « Ce Maroc que nous avons fait », Hachette 1955, page 264
- R. Montaigne " كتابه "الثورة في المغرب" La révolution au Maroc
- دار النشر France Empire, 1953, page 187
- P. Deumier «création du droit et rédaction des arrêts par la cour de cassation » dalloz 2007, p 56.
- J.L. Evade: "la réduction des clauses pénales excessives. Propos de la loi du 09 juillet 1975 modifiant les arts. 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale", Gazette du palais, 9-10 juillet 1976, p: 5.
- G. Hubrecht: "La revisibilité judiciaire des clauses pénales (loi n°75-597 du 9 juillet 1975), Gazette du palais, 18-20 janvier 1976, p: 2.
- G. Paisant: "Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale", Revue trimestrielle de droit civil, n°4,1984-1985, p:647.
- انظر Boulanger, Jurisprudence, in : Encyclopedie Dalloz , Civ . III.
- انظر J.A.Jolowicz, La Jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la regie du precedent, in Archiv . philos. Dr., T.30, 1985, p.105.
- انظر H.A. Hubbard,Le processus judiciaire du common law, op. C.
- انظر Maher et p.l. waller , derham , maham , waller , an introduction to law op. cit. p. 169

- J, baleyte, a. kurgansky, c, laroche et j. spindler, dictionnaire juridique, paris, editions de Navarre, 1977, p. 214
- fiction حول معنى كلمة Dictionnaire petit Robert راجع
- F. Maher ET p.l. Wallerop.cit. p.169. انظر
- J.J. Eisenhower, four theories of precedent and its role in judicial decisions, (1988) 61 temp. L.Rev. 871: j. Evans, change in the doctrine of precedent during the nineteenth century, in: l. Goldstein. Dir., precedent in law, oxford, Clarendon press, 1987, pp. 35 ets.
- Reine ضد Mcinnis راجع الحكم في قضية
- (1973), IO.R. (2E), 1, P.11, 13C.C.C. (2E) 225(C.A.).
- B Dickson, the Role and function of judges, 1980, 14 l. soc. Gaz. 138, p. 182.
- R David et C. Jauffret – Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains, 9eme ed. Op. cit., p. 432. انظر

Ahumada Ruiz, María Angeles

- في دراسة حول قاعدة الاغلبية في صياغة الفقه الدستوري، المجلة الأسبانية للقانون الدستوري، العدد ٥٨ لسنة ٢٠٠٠، صفحة ١٧٨.
- Georg JELLINEK في كتاب Verfassungsänderung und
- Christian FÖSTER المترجم للاسبانية من قبل Verfassungswandlung
- ، منشورات مركز الدراسات السياسية والدستورية الاسباني، مدريد
- 1991 أنقل عن Ana Victoria SÁNCHEZ URRUTIA في مقالاتها التغير
- الدستوري وسلطة الدستور الموضوعية، المجلة الاسبانية للقانون الدستوري سنة 2000،
- صفحة ١١٢.
- GAUCHET, Mercel في كتاب ثورة السلطات La Révolution des
- Pouvoirs؛ منقول عن البروفيسور 46، صفحة 1995 باريس Garcia de
- Jueces في كتابه الموسوم "القضاة، الديمقراطية ومراقبة السلطات/ Enterría
- Democracia y Control de la Administración 134 و 133"، أنفأ، صفحة

- J Stone precedent and law; dynamics of common law growth
Sydney, butterworths, 1985, p,p. 236-271.
 - Cuq (E.) ; Manuel des institutions juridiques des romains, paris
1917, T.1, P.3 et SS. Girard (P.F.) , Manuel élémentaire de droit
romain, 2 Ed. , paris, 1901, P.15 et SS. May (g.) , Eléments de droit
romain, 18ed. , 1932, P.25et SS. Giffard (E.) , Droit romain, paris,
1932 P. 14. Brühl (L.), Répétitions écrites de droit romain, paris,
1936, p.13 et SS. Huvelin (P.), Courses élémentaire de droit romain
2ed. , 1929. p. 22 et SS. Monier (E.): Manuel de droit romain, 5ed.
t.1 P.15. Petit (E.) Traite élémentaire de droit romain, Paris, 1909;
P. 15. Gaudemt (g.) , Institution de l'antiquité, 1998, P. 79.
Schmidlin (B.)&Cannata, Droit prive romain, t.2, Bruxelles, 1984,
P. 15 ET ss.
 - Elliot (C.), Eric (J.) , Vernon(C.): French legal system, Second
edition, Longman, 2006, p.
 - Roman law played a crucial part in the historical development of
the French legal system. Some parts of modern French law ,
especially contract law ,are indeed still based on it.
- 1971, The Common law in the Sudan London - د زكي مصطفى ٢

أهم مواقع الانترنت التي تعرض لها الموضوع:

- <http://www.alukah.net/culture/0/60622/#ixzz56eFGVvIm>
- <http://www.egyptianoasis.net/showthread.php?t=72436>
- <https://www.masress.com/albawabh/2389246>
- <http://tamazirtpress.net/news10177.html>
- [http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q =](http://m.ahewar.org/s.asp?aid=512458&r=0&cid=0&u=&i=0&q=)
- <https://islamqa.info/ar/128024>

- عبد الرحمن بلوش، "ورقة حول القضاء العرفي الامازيغي، أزرف"، مساهمة في ندوة القانون والمجتمع بالمغرب، ١٧-١٩ دجنبر ٢٠٠٣ (الأحد ٦ دجنبر ٢٠١٥، الحادية
- جان ديسم، "هذا المغرب الذي صنعناه"، المرجع السابق بتاريخ ٤ شتنبر ٢٠١٤ نشرت جريدة أخبار ميدلت على الشبكة العنكبوتية
- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد ٩٧٧ بتاريخ ١٠-٠٤-١٩٩١ في الملف المدني عدد ٨٥/٣٣٧٤
- الموسوعة الفقهية، نشرت بتاريخ ٢٠٠٩/٤/١٨
- لويل كودو السوداني، العدد رقم ١٠١٥-ص ١١:١٨ لسنة ٢٠٠٨/٩
- المصدر موقع وزارة العدل -دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥
- المصدر موقع النيلين سودانيين ترابيون www.alnilin.com -السبت ١٠ كانون الثاني (يناير) ٢٠١٥
- فتاوى اللجنة الدائمة الشيخ عبد العزيز بن باز، الشيخ عبد الرزاق عفيفي، الشيخ عبد الله بن غديان، الشيخ عبد الله بن قعود (5 / ١٧، ١٨)
- الطيب البواب: "المجلس الأعلى وتوحيد التشريع"، مداخلة قدمت ضمن الندوة التي نظمت بمناسبة الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى بتاريخ ٢٠/١٨ دجنبر ١٩٩٧، مطبعة الأمنية، الرباط ١٩٩٩