الفصل الخامس
المصادر التفسيرية أو المصادر غير الرسمية
الفقه – القضاء

- **أولاً: القضاء:**

يفيد لفظ القضاء ثلاث معاني هي:

١- فقد يعني مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة.

٢- وقد يراد به مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم في دولة معينة.

٣- وقد يقصد به (مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها). وهذا هو التعريف الذي يعنينا.

****

- **مميزات القضاء:**

يتميز القضاء بالمميزات الآتية:-

١- إنه يشمل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على ما يبت فيه من قضايا ويضع الحلول العملية.

٢- يتميز القضاء بطابعه وروحه الواقعي فيتقيد بواقع الحياة ويقوم على ما ينبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها ويجعل من القانون مادة حية تساير تطور المجتمع.

٣- إن المحاكم أقدر على تطبيق ماتراه مناسباً من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفتها فهي تتولى تطبيق القانون على المنازعات وتخرج ما تراه الى خير الوجود والعمل.

****

- **منزلة القضاء في المجتمع القديم:**

- لقد لعب القضاء دوراً مهماً في القانون الروماني، فقد كان القضاء مصدراً رسمياً لهذا القانون، وقد برزت اهميته عقب تجميع القانون الروماني القديم في الألواح الإثني عشر، وقد تولى البريتور شؤون القضاء وكان البريتور ينتخب لمدة سنة ينشر فيها منشوراً باسم المنشور البريتوري يدرج فيه القواعد التي يلتزم باتباعها في قضائه كما يدرج ما أثبت العمل صلاحه في التطبيق مما اشتمل عليه منشور سلفه، ولم يكن القاضي في بادئ الأمر يلتزم رسمياً بهذا المنشور حتى صدر قانون يقضي باعتبار عدم الالتزام بهذا المنشور مخالفة قانونية.
يتضح من ذلك ان منشورات القضاة كانت تنشئ قواعد قانونية وأن القضاء كان مصدراً رسمياً للقانون الروماني.

- أما في المجتمع الاسلامي فقد مر القضاء بثلاث مراحل تتفاوت منزلته بتفاوتها وهي:

١- المرحلة الاولى:- وهي عهد النبي صلى الله عليه وسلم وفيها لم يمارس القضاء دوراً مهماً كمصدر للأحكام، وذلك لأن القرآن والسنة هما المصدران الوحيدان للشريعة الاسلامية، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان القاضي الوحيد للمسلمين وكان قضاؤه ملزماً كونه سنة شرع به القواعد للوقائع الثابتة.

٢- المرحلة الثانية:- التي بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الاسلامي في مطلع القرن الثاني للهجرة، وفيها برز دور القضاء في استنباط الأحكام الشرعية لمواجهة ما جدّ في المجتمع الاسلامي المتطور من حاجات، وقد امتزج الفقه والقضاء في هذه المرحلة فكان القضاة خلالها من الفقهاء المجتهدين، وكان القاضي يأخذ بقضاء السلف من أئمة المسلمين عند عدم العثور على حكم في الكتاب والسنة.

٣- المرحلة الثالثة:- التي بدأت بتدوين الفقه الاسلامي فيها وتعاظمت اهمية الفقه وتضائل شأن القضاء ولم يعد القضاء محصوراً بين الفقهاء والمجتهدين بل تولاه غيرهم من الفقهاء المقلدين، فاستقل القضاء عن الفقه واصبح تابعاً له يستمد منه ما يطبقه من قواعد.

- يتضح مما تقدم ان القضاء لعب دوراً مهماً في المرحلة الثانية فقط والتي كان القاضي خلالها فقيهاً ومجتهداً واقتصرعلى استنباط الأحكام من اصولها الشرعية فقط دون أن يكون مصدراً للأحكام.

- أما في المجتمع الانكليزي، فقد مارس القضاء دوراً مهماً وكان ومايزال يعتبر مصدراً رسمياً للقانون، وذلك لأن النظام القانوني يقوم في جانب منه على السوابق القضائية.
- يقصد بالسابقة القضائية:(أن كل محكمة تلتزم بالمبدأ القانوني الذي بنت عليه حكمها السابق أو ما يسمى بحكمة القرار كما تلتزم بالمبادئ القانونية التي قررتها المحاكم التي تماثلها أو تعلو عليها في المرتبة). ويعزى التمسك بالسوابق القضائية في المجتمع الانكليزي الى سببين هما:

١- ان القانون الانكليزي غير مقنن ولقد تكامل كيانه وتطوره بفعل القضاء.

٢- سمو المنزلة التي يحلها القاضي في المجتمع الانكليزي وقد نشأ القانون الانكليزي عن طريق الاعراف والعادات، وكانت المحاكم تفصل في النزاع بمقتضاها فإن لم يجد القاضي عرفاً أنشأ هو الحل القانوني لحسم النزاع وكان كل حكم جديد ينشئ سابقة قضائية يجب التقيد بها في القضايا المماثلة من قبل المحكمة التي اصدرته ومن قبل المحاكم التي هي ادنى منها، وبذلك نتجت ثروة هائلة من السوابق القضائية التي لها قوة القانون تكون منها القانون العمومي بل تعداه الى محاكم العدالة بعد قيامها.

- واخيرا لا يزال القضاء الانكليزي عن طريق السوابق القضائية يلعب دوراً هاماً في نشوء القاعدة القانونية وتطور القانون ويعتبر من اهم المصادر الرسمية للقانون الانكليزي.

****

- **منزلة القضاء في المجتمع المعاصر:**

- يعتبر القضاء الاداري مصدراً رسمياً للقوانين التي تقر بوجوده كفرنسا وجمهورية مصر العربية.
- أما القضاء العادي فيستقر في دائرة المصادر التفسيرية للقانون باستثناء المجتمع الانجلوسكسوني كبريطانيا والذي يعتمد مبدأ السوابق القضائية فهو يعد مصدراً رسمياً فيها، وذلك لأن معظم الدول المعاصرة لا تأخذ بمبدأ السوابق القضائية، والقضية محاكمها لا تلزم المحكمة نفسها ولا غيرها من المحاكم الاخرى، ومع ذلك ينبغي التسليم بما للقضاء الفرنسي من اهمية في تطور القانون الفرنسي والقوانين التي تأثرت به بما خلفه من مبادئ ونظريات عن طريق تفسير النصوص والتوسع في تفسيرها.

- أما القضاء العراقي فلا يختلف من حيث منزلته عن كل من القضاء العادي في فرنسا ومصر، لأنه لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية أسوة بهما، فالمحاكم العراقية لا تلتزم بسابق قراراتها ولا تتقيد بها غيرها من المحاكم في القضايا المماثلة.

****

- **ثانياً: الفقـــه:**

- **معنى الفقه:** يقصد به (مجموع اراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه).

- **مميزات الفقه:**

يتميز الفقه بالخصائص الآتية:

١- إنه يمثل الجانب العلمي للقانون خلافاً للقضاء الذي يمثل الجانب العملي له، لأنه يقوم على استخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية.
٢- يتميز بالطابع النظري خلافاً للقضاء الذي يتميز بالطابع الواقعي، وهذا يبين ما يلجأ اليه الفقه من تصور وافتراض وتشبث بمثل وتنقيب عن اتجاهات جديدة ابتغاء الأخذ بأسباب التطور.
٣- إن اراء الفقهاء لا تخرج الى التطبيق العلمي الا اذا اخذت بها المحاكم طوعاً فهو يتجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة الزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء.

****

- **منزلة الفقه في المجتمع الروماني:**

مر الفقه الروماني في تطوره باربع مراحل هي:
١- **المرحلة الاولى:-** العلمية التي بدأت عقب نشوء منصب البريتور وفيها عكف فريق من النابهين على دراسة القانون وتقديم الفتاوى والمرافعات في القضايا الهامة.
٢- **المرحلة الثانية:-** تميزت بظهور المدارس الفقهية وبدأت في مطلع العهد الامبراطوري وفيها تجاوزت مهام الفقيه ما سبق ذكره الى تعليم القانون واعطاء الفتاوى بشرح القانون وابداء الرأي.
٣- **المرحلة الثالثة:-** بدأت ببداية العهد العلمي واستغرقت هذا العهد الذي امتد طوال القرنين الروماني الثاني والثالث قبل الميلاد، وقد وصف بالعهد الذهبي للقانون الروماني، إذ اصبح الفقه فيه مصدراً رسمياً للقانون ينسب اليه انشاء الكثير من قواعد القانون الروماني.

٤- **المرحلة الرابعة:-** التي بدأت بنهاية العهد العلمي وفيها اخذت أهمية الفقه بالإنكماش وتضائل شأن المنشورات الفقهية كمصدر للقانون وأخذ التقليد يحل محل الإجتهاد.

- **منزلة الفقه في المجتمع الاسلامي:**

مر الفقه الإسلامي في تطوره بأربعة مراحل ايضاً وهي:

١- **المرحلة الأولى (دور النشوء):-** الذي بدأ بنزول القران الكريم وانتهى بوفاة النبي الكريم صلى الله عليه وسلم، وقد احتوى القران الكريم على تنظيم لشؤون العبادات والمعاملات عرف بإسم (فقه القران) وتولى الرسول الكريم تفصيل مجمله.

٢- **المرحلة الثانية (مرحلة النمو):-** التي بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الإسلامي، وفيها بدأ الاجتهاد يلعب دوره لمواجهة ما جد في المجتمع من تطور في الاوضاع والحاجات، حيث بدأ استنباط الاحكام الشرعية من النصوص الكريمة عن طريق تفهمها وتفسيرها وفي هذه المرحلة ظهرت مدرسة اهل الرأي في العراق التي عولت على القياس ولم تعتمد كثيراً على الحديث الشريف وقد نما الفقه في هذه المرحلة واصبح الاجتهاد مرجعاً في استنباط الأحكام.

٣- **المرحلة الثالثة (نضج الفقه):-** بدأت بظهور مذاهب الفقه الاسلامي وتدوين الفقه في مطلع القرن الثاني للهجرة والتي امتدت حتى نهاية القرن الرابع الهجري، وتوصف بأنها العهد الذهبي للفقه، اذ تعاظم فيها شأن الفقه وتوسع استنباط الأحكام وبرز الاجتهاد ولعبت دوراً هاماً في تطوير الاحكام واتساع نطاق الشريعة الاسلامية.
وبالرغم من تعاظم دور الفقه في هذه المرحلة فإنه لا يوصف بأن له دور المنشئ للنصوص وإنما هو دور المتفهم والمفسر للنصوص فقط، لأن الله سبحانه وحده هو منشأ الأحكام.

٤- **المرحلة الرابعة (مرحلة التقليد):-** بدأت بعد اتفاق اكثر أئمة المسلمين على غلق باب الاجتهاد في اواخر القرن الرابع الهجري، وبدأ عندئذ عهد جمود الفقه الاسلامي وكاد يزول فيه الاجتهاد لولا قيام عدد قليل من كبار الفقهاء باستنباط الاحكام في القرن الثامن للهجرة.

****