

مؤهلات القاضي بين الشريعة والقانون

Qualifications of the judge between Sharia and law

مومني عبد الرحمان¹

جامعة أحمد دراية - أدرار . الجزائر

moumabd8@gmail.com

تاريخ الوصول 2020/11/18 القبول 2021/11/20 النشر على الخط 2022/05/10

Received 18/11/2020 Accepted 20/11/2021 Published online 10/05/2022

ملخص:

تعتبر ولاية القاضي من أهم وأعظم الولايات في الدولة، ولقد عُني الفقهاء بمنصب القاضي عناية بالغة، واجتهدوا في استنباط ما ينبغي أن يتوفر للقاضي من مؤهلات لتولي مهمة القضاء، وجاء هذا البحث ليبين أهم تلك المؤهلات التي اختلف فيها في الفقه الإسلامي، لاسيما تلك التي استجد الخلاف حولها بسبب ما يشهده واقعنا المعاصر من تحولات، ثم مقارنتها بما نصت عليه القوانين من مؤهلات لتقلد هذه الوظيفة، فتناولنا هذا الموضوع بهدف معرفة أوجه الاتفاق والاختلاف بين مؤهلات القاضي في الفقه الإسلامي ومؤهلاته في القانون الوضعي، ومعلوم أن الدراسات المقارنة لها دور كبير في إظهار مزية الشريعة على غيرها، كما تعتبر سبيلا لانفتاح الشريعة على القوانين لتكون المقاربة بينهما في الجانب الاجتهادي، فتناولنا هذا الموضوع في مبحثين رئيسيين، المبحث الأول ركزنا فيه على بعض المؤهلات المختلف فيها في الفقه الإسلامي لمن يتولى منصب القضاء، كالعدالة والاجتهاد، والمبحث الثاني حاولنا فيه استنتاج بعض المؤهلات من خلال عدد من النصوص التي نظمت عمل القاضي كشرط الجنسية والمؤهل العلمي.

الكلمات المفتاحية: تأهيل، القاضي، الشريعة، القانون.

Abstract:

The jurisdiction of the judge is considered one of the most important and greatest states in the country, and the jurists have taken great care in the position of judge, and they have worked hard to elicit the qualifications that a judge should have to assume the task of the judiciary. The dispute about it is due to the transformations that our contemporary reality is witnessing, and then compare it with the qualifications stipulated in the laws to assume this position. The advantage of Sharia over others, and it is considered a way to open Sharia to laws so that the approach between them is in the jurisprudential aspect. Inferring some qualifications through a number of texts regulating the work of the judge as a condition of nationality and educational qualification.

Keywords: qualification, judge, Sharia, law.

مقدمة:

يعتبر القضاء كالحجر الأساس في قيام الأمم والحضارات واستمرارها؛ فلولا لاختل النظام العام ولأصبح الناس في فوضى، وبه ينصف المظلوم ويعاقب الظالم، فجميع الشرائع اهتمت بالقضاء وكذا القوانين الوضعية من بعدها، فلا غرابة إذا اهتمت جميع الشعوب بمنصب القاضي، وتنظيم وضبط ما يصدره من أحكام لتحقيق العدل بين المتخاصمين، وتلك مهمة عظيمة ومسؤولية جلية، لا تتأتى إلا بانتقاء من يتصدر لذلك، ولأجل هذه الغاية حرصت تلك الشرائع والنظم منذ القدم لتحديد من تتوفر فيه الأهلية أو الشروط اللازمة لمن يتقدم لمنصب القضاء.

ولذلك نجد أن فقهاء الشريعة اعتنوا بمنصب القاضي وبتحديد الأهلية لمن يتولى القضاء، وسنحاول من خلال هذا البحث - الموسوم بـ "مؤهلات القاضي بين الشريعة والقانون" - التعرض لبعض من تلك المؤهلات المختلف فيها عند فقهاء الشريعة لنقارن بينها وبين ما ورد من مؤهلات في القانون الوضعي.

أهمية الموضوع:

للقضاء أهمية بالغة، لأنه يتعرض إلى الحكم بين الناس، ولا يتصدى لهذه المهمة إلا قاض اتصف بصفات تؤهله لتحقيق العدل بين المتخاصمين، ولا يتحقق ذلك إلا لمن استكمل تلك الشروط التي ذكرها الفقهاء مما ينبغي أن يكون عليه كل من أقدم على تولي هذه المهمة.

ونحن في هذا البحث سنتطرق إلى أهم هذه المؤهلات التي اختلفوا فيها، لا سيما تلك التي تجدد الكلام فيها بسبب ما شهدته واقعا المعاصر من تحولات، فثار جدل حول الكثير من المسائل ومنها شرط الاجتهاد الذي اعتبر عند المتقدمين خاصة شرطا مهما لتولي القضاء، ثم أذكر على وجه المقارنة أهم شروط القاضي في القانون الوضعي، استنتاجا من النصوص القانونية العربية.

الإشكالية: تتمحور حول التساؤل التالي: ماهي أوجه الاتفاق والاختلاف بين مؤهلات القاضي في الفقه الإسلامي ومؤهلاته في القانون الوضعي؟ وهذا الإشكال تنفر عنه الأسئلة التالية:

- ماهي أهم مؤهلات القاضي المختلف فيها في الفقه الإسلامي؟
- ما مدى صلاحية تلك المؤهلات أمام التغير الذي يشهده واقعا المعاصر؟
- هل تتلاءم تلك الشروط مع واقع وحال قضاة العصر الحديث؟

أهداف البحث:

أمام هذه المستجدات والتغيرات المعاصرة والتي نشهدها في مختلف الميادين يهدف هذا البحث إلى إبراز مدى صلاحية تلك المؤهلات والشروط التي نص عليها فقهاء الشريعة، ومقارنتها بما اشترطته القوانين الوضعية.

منهج الدراسة: سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن.

تقسيمات الدراسة: وللإجابة عن الإشكال الرئيس وما يتفرع عنه من تساؤلات فرعية قسمت الدراسة إلى مبحثين رئيسيين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مؤهلات القاضي المختلف فيها في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: مؤهلات القاضي في القانون الوضعي

المبحث الأول: مؤهلات القاضي المختلف فيها في الفقه الإسلامي

لقد اهتم فقهاء الشريعة بتحديد ما يشترط فيمن يتولى منصب القضاء، غير أنهم اتفقوا على بعضها واختلفوا في البعض الآخر، فمما اتفقوا عليه: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية، بينما اختلفوا في العدالة والذكورية وسلامة حاسة السمع والبصر والنطق والاجتهاد، وسنحاول من خلال هذا المبحث التعرض للبعض من تلك المؤهلات المختلف فيها عند فقهاء الشريعة، لاسيما تلك الشروط التي يمكن أن يكون لها أثر وإسقاط على مجتمعنا.

وأول ما نبدأ به مما نص عليه الفقهاء من اشتراط العدالة، فما هو قصدهم من هذا الشرط؟ وهل يصلح اعتباره في حياتنا المعاصرة؟

المطلب الأول: العدالة

والعدالة كما عرفها الفقهاء، هي أن يكون صاحبها "صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفا عن المحارم متوقيا للمأثم بعيدا من الرب مأمونا في الرضا والغضب مستعملا لمروءة مثله في دينه"¹، وانطلاقا من هذا التعريف فالعدالة تتحقق بأمرين:

- صلاح الدين: وذلك "بامتنال المأمورات واجتناب المنهيات من كفر أو فسق أو بدعة وذلك بأن لا يفعل كبيرة ولا يصير على صغيرة"².
- التحلي بالمروءة: والمروءة عبارة عن "آداب نفسانية تحمل مراعاتها الإنسان على التحلي بمحاسن الأخلاق وجميل العادات.

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار العدالة شرطا في صحة التقليد، فاشتراطها المالكية في المشهور، والشافعية والحنابلة³، ومن ثم لا يجوز عندهم أن يقلد الفاسق القضاء، وإذا قلد أثم موليه، وبطلت ولايته، فلا ينفذ له حكم من قضائه، ولو وافق الحق إلا لضرورة فقط اذا لم يوجد سواه، فإذا زالت عنه الضرورة انطبق عليه الحكم السابق، ومما استدلو به ما يأتي:

- قول الله عز وجل: "وإن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين"⁴، "فمنع من قبول قوله، فكان أولى أن يمنع من نفوذ قوله"⁵، وعلى فرض صحة تولية الفاسق القضاء، فإنه بمقتضى الآية يتوجب تأخير قبول حكمه إلى حين التبين، وهذا غير جائز، لأن القضاء يحتاج إلى أن ينفذ على الفور.

- أنه لما كانت العدالة شرطا في الشهادة، فكان أولى أن تكون شرطا في القضاء⁶، فإذا لم يجز الفاسق في الشهادة، فهو قطعاً لا يجاز في القضاء، لأن الشهادة أقل رتبة من القضاء، وما لا يصلح لتحمل الأدني لا يصلح لتحمل الأعلى.

وقد خالف الحنفية الجمهور في عدم اشتراط العدالة في صحة التقليد، فإذا ولي الفاسق القضاء أثم موليه، لكن تصح ولايته وينفذ قضاؤه، قال الكاساني: "العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد، لكنّها شرط الكمال، فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ قضاياه، اذا لم يجاوز فيها حد الشرع"⁷.

واستدلّ فقهاء الحنفية بما يلي:

(1) أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت، ج307/16.

(2) محمد بن محمد بن سويلم أبو شُهبة، الوسيط في علوم ومصطلح الحديث، دار الفكر العربي، ج226/1.

(3) ينظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4/129. وشمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ج262/6. وابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1968م، ج37/10.

(4) سورة الحجرات، الآية 6.

(5) الماوردي، أدب القاضي، مطبعة الإرشاد، بغداد، تحقيق: محي هلال السرحان، 1971م، بدون رقم، ج635/1.

(6) ينظر: المصدر نفسه، ج635/1.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط: 2، 1406هـ - 1986م، ج3/7.

قالوا أنّ الفاسق "عندنا هو من أهل الشهادة، فيكون من أهل القضاء"¹، بدليل آية الحجرات السابقة، لأنها أمرت بالتبيين من خبر الفاسق، وذلك دليل على قبول خبره بعد التبيين، وإذا صحت شهادة الفاسق صحّ قضاؤه.

—بحديث أبي ذر، قال: "قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: يا أبا ذر إنه سيكون بعدي أمراء يُميتون الصلاة، فصلّ الصلاة لوقتها، فإن صليت لوقتها كانت لك نافلة، وإلا كنت قد أحرزت صلاتك"²، فسماهم النبي عليه الصلاة والسلام أمراء رغم فسقهم، لأنهم يؤخرون الصلاة عن وقتها، فدل ذلك على صحة ولاية الفاسق وقضاؤه.

وأجيب عما استدلل به الحنفية أن الآية أمرت بالتثبت من خبر الفاسق، ثمّ قبوله في غير القضاء، أمّا حكم القاضي فهو حكم ملزم للأطراف ولا يحتاج إلى تثبت، بل هو للتنفيذ على الفور، ثم إنّ الفاسق أمرنا أن نتثبت من نبأه فكيف نسلّمه دماء المسلمين وأموالهم ليفصل بين من تنازع فيها. أمّا الحديث فهو إخبار من النبي عليه الصلاة والسلام بما سيكون، ولا يلزم منه بالضرورة الإقرار بصحة إمارتهم.

وقد رجّح أحد الباحثين المعاصرين قول الجمهور لقوة ما استندوا إليه، وضعّف قول الأحناف حيث قال: "ولا عذر لمن خالفهم في ترك هذه الأدلة والعمل بأدلة عقلية لا تنهض لما ذهبوا إليه"³، لكن أنّ الأحناف لم يستدلوا بأدلة عقلية فحسب، وإنّما بأدلة من نصوص الكتاب والسنة، بل ومن نفس الأدلة النقلية التي اعتمدها الجمهور، كما سبق وأن بيّناه.

والذي نراه في هذه المسألة أن قول الجمهور وإن كان أقوى حجة، وأن العدالة وإن كانت شرط معتبر في القضاء لأنه جهاز ينافى به تحقيق العدل، بحيث إذا أسند إلى فاسق عبث به وأفسده، وفقد القضاء قيمته، وترك الناس أمر التقاضي، فتعمّ الفوضى ويسود الظلم والجور بين الناس، بيد أن مفهوم العدالة وتحقيقه يتباين بين الأزمنة، فلكل زمان ما يناسبه، فعدالة الصحابة مثلاً لا تساويها عدالة التابعين، وعدالة التابعين لا تساويها عدالة من بعدهم، وهكذا إلى عصرنا، فعملياً الأخذ بهذا الشرط لا يكون بنفس المقياس، ولا بد من اعتبار كل عدول زمان بحسبه.

وفي رأي أن ما اشترط في زماننا من عدم الحكم على الشخص بجناية أو جنحة... ونحو ذلك هو أمر كافٍ في تحقيق شرط العدالة في زماننا، وهو ما سنبيّنه عندما نتعرض في شروط القاضي في القانون الوضعي للتمتع بالحقوق المدنية والسياسية.

وإذا اشترط الفقهاء حسن سيرة الشخص ونظافة سوابقه، فإنهم أيضاً بحثوا مسألة جنس المتصدر للقضاء، حيث اشترط بعضهم أن يكون ذكراً لا امرأة، فما حقيقة الخلاف؟ وهل يصلح هذا الشرط في عصرنا؟ فتمنع المرأة ومن ولاية القضاء، هذا ما سنتناوله في المطلب التالي.

المطلب الثاني: الذكورة

اختلف في كون الذكورة شرطاً في القضاء، فالجمهور منع قضاء المرأة مطلقاً، وقال ابن حزم بجوازه مطلقاً، ومنهم من جوّزه في حالات ومنعه في حالات وهو قول الحنفية، وسأعرض فيما يلي أقوالهم وأهم أدلتهم:

أولاً: القول بمنع قضاء المرأة مطلقاً: وهم الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة⁴، ومن أدلتهم:

(1) المصدر نفسه، ج 3/7.

(2) مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، رقم الحديث 3718، ج 1/448.

(3) ينظر: نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 142.

(4) ينظر: الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 4/129. وشمس الدين، الشريفي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج 6/262. وابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 10/36.

- قوله الله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم"¹. ووجه الدلالة أن الآية أوجبت القوامة للرجال على النساء في جميع الأمور، ولو جاز تقليد المرأة القضاء لكانت لهن القوامة على الرجال، وذلك يخالف نص الآية، لاسيما في ولاية القضاء التي تحتاج إلى حسن التدبير وسداد الرأي.

ونوقش هذا الدليل أن المراد بالقوامة في الآية قوامة الرجل على زوجته²، فهي قوامة خاصة بدليل سبب نزول هذه الآية³. كما أنّ سياق الآية يقتضي ذلك مما سبقها من الحديث عن شؤون الأسرة، كالانفاق ونحوه.

وأجاب الجمهور عن ذلك بما تقرر عند الأصوليين من أنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، أمّا ما قيل من أنّ سياق الآية يقتضي أنّ المراد به قوامة الرجال على أزواجهن، فإن ذلك أيضا لا يعتبر مخصصا لعمومه لأنّ جمهور الأصوليين قد اتفقوا "أنه إذا ورد لفظ عام، ولفظ خاص يدل على بعض ما يدل عليه العام، لا يكون الخاص مخصصا للعام بجنس مدلول الخاص ومخرجا عنه ما سواه"⁴.
- واستدلوا بقوله تعالى "أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى"⁵، وقد ذكر بن قدامة أن الله تعالى تَبَّه بهذه الآية على ضلالهن ونسيانهن⁶.

-ومن السنة بحديث أبي بكرة رضي الله عنه قال: لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس، قد ملكوا عليهم بنت كسرى، قال: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"⁷، ووجه الدلالة أنّ الحديث يستفاد منه التّهي عن تولية المرأة شيئا من الولايات، والنهي في الحديث يفيد العموم فيشمل كل الولايات العامة من الإمامة الكبرى إلى القضاء وقيادة الجيوش وما أشبه ذلك، وبما أن النهي يفيد التحريم، فإنه إذا تولت المرأة القضاء فحكمها باطل، وهو المعنى الذي فهمه الصحابة واستقر لدى سلف هذه الأمة ولذلك قال بن قدامة: "لم يول النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم، امرأة قضاء ولا ولاية بلد، فيما بلغنا، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا"⁸.

وقد ردّ المخالفون هذا الحديث بالقول إنّه خارج محل النزاع، لأنّه متعلق بالإمامة العظمى، وعليه فالتّهي المستفاد منه يقصر على ما ورد بشأنه ولا يتعداه إلى غيره، ودليل التخصيص سبب وروده وقد تضمنه نص الحديث⁹، وأنه إخبار من النبي صلى الله عليه وسلم بظرف خاص بفارس، وإشارة إلى ما كان عليه الوضع العام لملك فارس¹⁰.

وأجيب عن الأول أن الحديث وإن كان له سبب خاص إلا أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وعن الثاني أن الحديث هو إخبار من النبي عليه الصلاة والسلام لكنه خرج مخرج الذم الذي يقتضي التّهي.

(1) سورة النساء الآية 34.

(2) ينظر: حامد الجبوري، ضمانات القاضي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009م، ص40.

(3) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م، ج5/168.

(4) أبو الحسن سيف الدين الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ج2/335.

(5) سورة البقرة، الآية 282.

(6) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج36/10.

(7) البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة: ط1، 1422هـ. رقم الحديث 4425، ج8/6.

(8) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج36/10.

(9) ينظر: أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم، المحلى بالأثر، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ ج528/8.

(10) ينظر: حامد الجبوري، ضمانات القاضي، مرجع سابق، ص40.

- كما زعم أصحاب هذا القول بوقوع الاجماع من سلف هذه الأمة وأئمتها على عدم جواز تولية المرأة القضاء. والذي يظهر لنا أنّ الاجماع لا يقع حول هذه المسألة مع وجود المخالف كابن حزم وغيره.

وأجيب عنه أن ثمة أمور تقتزن بخروجها لا يمكن تفاديها، كالحلوة ببعض كتاب الضبط وغيرهم من أجل تدوين بعض الأحكام أو مراجعتها، كما أنّها تضطر إلى الاختلاط بالمتقاضين، فيؤدي ذلك إلى الاختلاط بالرجال، قال ابن فرحون: "ولا يصح من المرأة لنقصها ولأن كلامها ربما كان فتنة، وبعض النساء تكون صورتها فتنة"¹.

- وقالوا "لأنه لما منعها نقص الأنوثة من إمامة الصلوات مع جواز إمامة الفاسق، كان المنع من القضاء الذي لا يصح من الفاسق أولى، ولأن نقص الأنوثة يمنع من انعقاد الولايات كإمامة الأمة"².

ثانيا: القول بجوازه مطلقا: وهو قول الحسن البصري والإمام الطبري، وابن حزم³، كما نقل ذلك الماوردي⁴، وابن قدامة⁵، فعندهم لا فعندهم لا تشترط الذكورة في القاضي، فيصح أن تقلد المرأة القضاء، ولا إثم على مقلدها، وينفذ حكمها في كل شيء كالرجل ولا فرق، ومن أدلتهم:

- حديث ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته"⁶، فما دام الحديث قد أثبت للمرأة الولاية على مال زوجها، فإن لها القدرة على سائر الولايات.

ويجاب عن ذلك أن هذه ولاية خاصة، وإذا ثبتت للمرأة فلا يعني ثبوت الولاية العامة لها، كما أنه لم تمنع المرأة من الولاية لعدم قدرتها، أو لنقص كفاءتها بل لعله الأنوثة، وقد بينا ذلك سابقا.

- قالوا المرأة يجوز أن تكون مفتية، فيجوز أن تكون قاضية⁷.

وجوابه أن هناك فرق بين القضاء والفتوى من حيث وجود الإلزام في الأولى وعدمه في الثانية، كما أنّ الفتوى ليست من باب الولايات كما بينا ذلك سابقا.

ثالثا: القول بجوازه في حالات ومنعه في حالات أخرى: وهو قول الحنفية، وخلاصة قولهم أنه يجوز تقليد المرأة القضاء في غير الحدود والقصاص، واستدلوا لرأيهم هذا بما يلي:

- بقوله تبارك وتعالى: " فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء"⁸، فهذه الآية دليل أن: "الذكورة فليست بشرط لأداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال... فظاهر النص يقتضي أن يكون للنساء مع الرجال شهادة على الإطلاق من غير فصل، إلا ما قيد بدليل"⁹

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1986م، ج26/1.

(2) الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج628/1.

(3) ينظر: ابن حزم، المحلى بالآثار، مصدر سابق، ج527/8.

(4) ينظر: الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج626/1.

(5) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج36/10.

(6) البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، رقم الحديث 4425، ج31/7.

(7) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج36/10.

(8) سورة البقرة، الآية 282.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج282/6.

وأجيب عنه أنّ الولاية في القضاء تختلف عن الولاية في الشهادة.

وإذا أمعنا النظر في الحديث نجد أنّ المانع من تولية المرأة هو الأنوثة المعبر عنها في الحديث بكلمة "امرأة"، وهو وصف ظاهر منضبط، ومقتضى ما جبل الله عليه الأنثى بغرائز تميّزها عن الذكر، لحكمة أرادها كالأمومة والحضانة، وهي تجعل المرأة تحت تأثير العاطفة، والتي من شأنها أن تؤثر سلباً على أداء المرأة لبعض المهام، ومنها القضاء.

لكن هذا الحديث على قوته في هذا الباب، إلا أن الخلاف فيه يبقى قائماً بين من يقول بورود الحديث في ولاية خاصة، ألا وهي الإمامة العظمى، وبين من قال أنه يمكن التوسع فيه ليشمل النهي تولي المرأة القضاء والحسبة ونحوهما من سائر الولايات، وهذا في نظرنا يحتاج إلى دليل إضافي وهو معدوم، اللهم إلا ما أوردناه من الأدلة العامة في المسألة، كالمفاسد الناتجة عن مخالطة المرأة للرجال.

والذي نراه حول هذا الاختلاف أن ما ذهب إليه ابن حزم والطبري وغيرهما من القول بجواز تولي المرأة القضاء مطلقاً، هو قول وإن لم تقوى أدلته، إلا أنه قول رجحته التجربة في زماننا؛ فالواقع أثبت أن المرأة مثلها مثل الرجل فهي جديرة أيضاً في أن تكون قاضية، ومادام في الأمر اختلاف فللناس أن يأخذوا في كل عصر ما يناسبهم، فلا يمكن لنا اليوم أن نمنع المرأة من تولي القضاء، ونحن نراها قد اقتحمت شتى مناحي الحياة من سياسة وطب واقتصاد ونحو ذلك.

أضف إلى ذلك أن هذه القضية لم تكن مطروحة قديماً على مستوى الحياة الاجتماعية والواقع العملي ومع ذلك وُجد من الفقهاء من أجاز قضاءها، فكيف الحال في زماننا بعد أن تغيرت ظروف المرأة وتعليمها، فالمرأة اليوم توازي الرجل في التعليم إن لم تتفوق عليه أحياناً، وإذا أثبتت التجربة والواقع جدارة المرأة في القضاء فليس هناك ما يبرر أن الرجل أفضل منها فيه، ومعلوم أن الفتاوى تتغير بتغير الزمان والمكان وتعتبر فيها المصالح الشرعية.

وإذا كانت كفاءة الشخص هي الفيصل في المسألة، فإن هذا سيجرنا للحديث عن علم القاضي، وماذا اشترط له الفقهاء في ذلك، فهل يمكن أن يكون القاضي مقلداً؟ أم لا بدا أن يكون واسع العلم متبحراً فيه ووصل إلى درجة الاجتهاد؟ في المسألة اختلاف، وهو ما سنبيّنه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: الاجتهاد

الاجتهاد في اللغة من "الجهد والجهد الطاقة... وقيل الجهد المشقة، والجهد الطاقة. ويقال جهد الرجل في كذا، أي جد فيه وبالغ".¹

أما في الاصطلاح فقد عرّف الاجتهاد بتعاريف كثيرة للأصوليين²، نختار منها قول الإمام الشوكاني هو: "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي، بطريق الاستنباط"³، فخرج بالقيّد الأخير ما كان ظاهراً من الأحكام من النصوص، أو استعلامها من المفتي، أو بالكشف عنها في كتب العلم، فإن ذلك يصدق عليه الاجتهاد اللغوي، لا الاجتهاد الاصطلاحي، فهذا التعريف ربط الاجتهاد بالأحكام الشرعية دون غيرها من الأحكام، فيكون مجتهداً في الشرع لا في غيره، وجعل طريقه الاستنباط، لأن المجتهد عليه أن ينظر ويتدبر في الأدلة.

1) ابن منظور، لسان العرب، دار التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ط 3، بيروت، سنة الطبع، 1999م، ج3/395-397.

2) ينظر: عثمان بن عبد الرحمن، والمستفتي أدب المفتي والمستفتي، المعروف بابن الصلاح، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط: 2، 1423هـ-2002م، ج1/25-26.

3) محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، ط: 1، 1999م، ج2/205.

وقد ذهب الجمهور¹ من الشافعية والحنابلة وأكثر المالكية ، وبعض الحنفية إلى القول باشتراط درجة الاجتهاد فيمن يتولى القضاء، وأن ولاية المقلد والجاهل غير جائزة، فلا تنفذ أحكامه ولو صادفت الحق، أما إذا عدم وجود مجتهد حقيقة أو حكما، فإنه يقلد أمثله مقلد. وخالف هذا القول جمهور الحنفية² وبعض المالكية³، فقالوا بعدم اشتراط الاجتهاد في القاضي، بل هو شرط ندب واستحباب عندهم، وأنه تجوز ولاية المقلد وينفذ حكمه، بل ذهب بعضهم إلى القول بصحة ولاية الجاهل، لكن عليه أن يستشير العلماء. واستدل أصحاب القول الأول بما يلي:

أ-من الكتاب:

بقوله سبحانه وتعالى: "لتحكم بين الناس بما أراك الله"⁴ وقوله عز وجل: "وان حكمت بينهم فاحكم بالقسط إن الله يحب المقسطين"⁵ وقوله تعالى: "يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق"⁶، ووجه الدلالة من هذه الآيات أنها أمرت القضاة أن يؤسسوا أحكامهم على العدل، ولا يتأتى ذلك لهم إلا بالاجتهاد، فهو وحده الموصول إلى استنباط الحكم الشرعي لكل مسألة وقضية.

ب-من السنة:

حديث معاذ حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، فقال: " كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ " قال: أقضي بما في كتاب الله. قال: " فإن لم يكن في كتاب الله؟ " قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: " فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ " قال: أجتهد رأيي، لا آلو. قال: فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، ثم قال: " الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله "⁷، ووجه الدلالة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد أقر معاذاً على الاجتهاد كمسلك أخير للقاضي لمعرفة الحكم، ولو كان التقليد جائزاً لبينه النبي عليه الصلاة والسلام، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، كما أن الحديث يبين من وجه آخر أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعين معاذاً رضي الله عنه قاضياً حتى اختبره في علمه.

ج-واستدلوا من المعقول: بما يلي:

- 1) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 37/10. و ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 26/1. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 129/4. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج 263/6. والماوردي، الاحكام السلطانية، دار الحديث القاهرة، بدون رقم وتاريخ الطبعة، ص 113.
- 2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 3/7.
- 3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى باي الحلبي وأولاده، مصر، ط: 4، 1975 م، ج 243/4.
- 4) سورة النساء، الآية 105.
- 5) سورة المائدة الآية 45.
- 6) سورة ص، الآية 36.
- 7) أخرجه: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1421 هـ - 2001 م، رقم الحديث: 22007، ج 333/36. و الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: ومحمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط: 2، 1395 هـ - 1975 م، رقم الحديث: 1327، ج 608/3. وقال الالباني: " هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل. وأبو عون الثقفي، اسمه محمد بن عبيد الله، " ضعيف سنن الترمذي، أشرف على طباعته والتعليق عليه: زهير الشاويش، المكتب الاسلامي - بيروت، ط: 1، 1411 هـ - 1991 م، ج 154/1.

-التقليد يكون في حق المقلد للضرورة، تتحقق في ملتزم الحق دون ملزمه، والضرورة تقدّر بقدرها¹، وأجيب عن ذلك: أنّ القول بوجوب الاجتهاد على كل واحد هو أمر مختلف فيه.

-إذا كان المفتي لا يجوز له أن يكون عامياً مقلداً فمن باب أولى لا يجوز ذلك للقاضي، لأن القضاء أكد من الفتيا لأنه فتيا وإلزام، ومن لم يجز أن يكون مفتياً لم يجز أن يكون قاضياً²، وجوابه أن هناك فرق بين المفتي والقاضي، بحيث أن المفتي يجوز له أن يخبر بما سمع، وأجيب عن ذلك: أنه حينئذ لا يكون مفتياً، بل يصير مخبراً، فيعمل حينها بخبره لا بفتياه، فيحتاج إلى أن يخبر عمن نقل عنه من أهل الاجتهاد³.
أمّا جمهور الحنفية فقد استدلووا بما يأتي:

-بالقياس على حكم المقوم⁴، فإنه يقبل قوله وهو غير مجتهد، وبجواب عنه أنّ المقوم خبير وعالم بما احتكم إليه فيه، بخلاف المقلد والجاهل، فإنهما يصدران أحكاماً عن غير علم ودراية، فهو قياس مع الفارق.

- قال الكاساني: "فكان تقليده جائزاً في نفسه، فاسداً لمعنى في غيره، والفاصد لمعنى في غيره يصلح للحكم عندنا"⁵، وجوابه أنّ المقلد مضطر والحاكم غير مضطر، والمقلد يلتزمه في حق نفسه والحاكم يوجب في حق غيره⁶.

-قالوا من جاز أن يكون شاهداً جاز أن يكون قاضياً كالعالم⁷، ويمكن الاجابة عنه أن هناك فرق بين الشهادة التي هي مجرد الاخبار عن واقعة ما، وبين القضاء الذي يحتاج إلى النظر في النصوص والأدلة والموازنة بينها.

-التزام المقلد لمذهب معين من المذاهب الفقهية يبعد التهمة عن القاضي، ويجنبه الحكم بالهوى، والجواب عنه أنّ الله لم يتعبدنا بالالتزام بمذهب معين، بل تعبدنا بالحكم بما أنزل، قال تعالى: "فاحكم بين الناس بالحق"⁸.

ومن خلال ما سبق من الأدلة فالذي نراه في هذه المسألة أنّ الأخذ برأي الجمهور - رغم قوة ما استندوا إليه من الأدلة النقلية والعقلية - متعذر في زماننا؛ لأنه سيؤدي بنا إلى تعطيل القضاء؛ لعدم وجود من تتوفر فيه شروط الاجتهاد، ولكل زمان ما يصلح له، وغاية ما نحتاجه من الاجتهاد القضائي هو ما يؤدي إلى فضّ النزاع وقطع باب الخصومة، وردّ المظالم، وذلك أمر يمكن تحقيقه في عصرنا؛ لأن العلوم أصبحت تدرس مجزأة على شكل تخصصات، وحتى القضاة تخصصوا بين الجنائي والمدني وما يتعلق بالأسرة والأحوال الشخصية، ونحو ذلك، وأصبح القضاة يتلقون تكويناً خاصاً، كل ذلك قد يمكنهم من الاجتهاد في جزئيات معينة حسب تخصصاتهم، فيمكنهم بذلك التوسع في تخصص وفهمه ومن ثم الاجتهاد فيه، وهو ما يسمى بتجزأ الاجتهاد، وهذا الرأي اختاره قديماً بعض الفقهاء، فقد نقل ابن فرحون في تبصرة الحكام قول المازري: "وأما عصرنا هذا فإنه لا يوجد في الإقليم الواسع العظيم مفت نظار قد حصل آلة الاجتهاد، ... هذا الأمر زماننا عار منه في أقاليم المغرب كله، فضلاً عما عمن يكون قاضياً على هذه الصفة، فالمنع من ولاية المقلد القضاء في هذا الزمان تعطيل للأحكام، وإيقاع في المهرج والفتن والنزاع، وهذا لا سبيل إليه في الشرع"⁹، وإذا كان الأمر على تلك الحال في زمانهم، من عدم وجود الفقهاء

(1) ينظر، الماوردي، الاحكام السلطانية، مصدر سابق، ص114.

(2) ينظر: الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1/639.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج37/10.

(4) ينظر: المصدر نفسه، ج37/10.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3/7.

(6) ينظر: الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج1/640.

(7) المصدر نفسه، ج1/637.

(8) سورة ص، الآية 26.

(9) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1/27.

الفقهاء المجتهدين، واعتبارهم ذلك تعطيل للأحكام، فكيف الحال والقول في زماننا، حيث لا مجتهد ولو على سبيل الافتراض حقيقة أو حكما.

إلا أنه لزماننا مزينة، من حيث أن المذاهب قد استقرت، والعلوم جمعت ودوّنت، بل وما يشجعنا أكثر على الأخذ بقضاء المقلّد، ما جدّ في عصرنا الحديث من حركة تقنين الفقه الإسلامي، وهي محاولات من شأنها أن تسهّل أعمال القضاة المقلّدين، وتيسّر لهم معرفة الحكم الشرعي فيما يعرض عليهم من القضايا والمنازعات، ومن أمثلة ذلك مجلة الأحكام العدلية التي كتبت في عهد الدولة العثمانية، لتوحيد أحكام القضاة، وتيسيرها، بالنظر إلى تعدد الأقوال في المذهب الواحد، ناهيك عن المذاهب الأخرى، فهو عمل إجرائي تطبيقي يمكن القضاة في عصر التقليد من معرفة الأحكام.

أمّا ما ذكره بعض الفقهاء من جواز تولية الجاهل، فهذا قول نراه مجانباً للصواب، ذلك أن "الجاهل يفسد أكثر مما يصلح، بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به"¹، لأنّه حتى وإن استطاع أن يتقلّد القضاء معتمداً على فتاوى غيره، إلا أنه لا يستطيع تنزيل الأحكام على قضية الحال، ولا شك أن تكييف القضايا وتنزيلها على النصوص أمر يحتاج إلى فطنة وذكاء، وللقضاء قواعد فقهية وكيفيات متداخلة تتطلب معرفة جيدة بمحيثات القضية، فكيف لجاهل أن يهتدي إلى ذلك. كما أنّ تولية الجاهل في عصرنا غير ممكنة، لما تضعه القوانين من شروط للترشح لهذا المنصب، وهو ما سنتناوله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: مؤهلات القاضي في القانون الوضعي

كما حدّد فقهاء الشريعة مؤهلات، كذلك في القانون وضعوا شروطاً لا بد من يتولى القضاء أن يستوفيها، غير أن تلك الشروط لم أجدّها منصوص عليها بصفة مستقلة، بل كانت متفرقة متناثرة بين مختلف النصوص القانونية المنظمة لعمل القاضي، حاولت جمعها استنتاج منها تلك المؤهلات.

وأول ما نبدأ به ما نصّ عليه القانون من اشتراط الجنسية، فما المراد من هذا الشرط؟ وماذا يقابل هذا الشرط في الفقه الإسلامي؟

المطلب الأول: الجنسية

يعتبر القضاء مظهراً من مظاهر السيادة الوطنية، ولذلك تشترط معظم الدول أن يكون متولي منصب القضاء حاملاً لجنسية هذا البلد، فلا يجوز تولية هذه الوظيفة إلا للمواطني البلد، فالقاضي عضو في سلطة الدولة ولا بد أن يكون حاملاً لجنسيتها²، ولأهمية هذه الوظيفة فإن الدول تتفاوت في تحديد المدة الزمنية اللازمة كي تعطي للأجانب الحق في الترشح لهذه الوظيفة رغم حصولهم على كل حقوق المواطنة الأخرى بمجرد التجنس، وهذا الإجراء من أجل التأكد من ولاء المتجنس للدولة الجديدة، فالمادة 27 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989³ قد اشترطت في القاضي المترشح لهذه الوظيفة أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية لمدة 10 سنوات على الأقل، إلا أن المادة 37 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004 نصت على أنّه: "يشترط في توظيف الطلبة القضاة... التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة"⁴، فلم تشترط مدّة التمتع بها، ولعل الأولى هو تحديد المدة للالتحاق بهذه الوظيفة، حتى يكون القاضي على اطلاع جيّد بعادات معاداة المجتمع وأعرافه ما يمكنه من الفصل والعدل بين الناس.

1) وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط: 4، بدون سنة الطبع، ج 5936/8.

2) ينظر: فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1975، ص 158، نقلاً عن حامد الجبوري، ضمانات القاضي، مرجع سابق، ص 50.

3) القانون رقم 89-21، المتضمن للقانون الأساسي للقضاء، ج ر، ع: 53، بتاريخ: 13 ديسمبر 1989م، ص 1428.

4) القانون رقم 04-11، المتضمن للقانون الأساسي للقضاء، ج ر، ع: 57، بتاريخ: 08 سبتمبر 2004م، ص 16.

وكذلك قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972 ينص في المادة 38 على أنه يشترط فيمن يولي القضاء: "أن يكون متمتعاً بجنسية جمهورية مصر العربية وكامل الأهلية المدنية"¹.

إلا أن شرط الجنسية غير معتبر في الفقه الإسلامي - كما رأينا من قبل - ويشترط فقهاء الشريعة بدله شرط الإسلام، وفي تقديرنا أن شرط الجنسية يعتبر من مقتضيات هذا العصر، لأن البلدان الإسلامية أصبحت مجزأة بعد أن كانت تحت خلافة واحدة، والفقهاء قديماً كانوا يقسمون العالم إلى دار الإسلام، ودار العهد، ودار الحرب.

لكن هل يمكن القول أن القوانين لم تغفل عن شرط الإسلام، وأن هذا الشرط هو موجود بالفعل ومتضمن في شرط الجنسية، باعتبار أن معظم دساتير البلدان الإسلامية تنص صراحة على أن الإسلام دين الدولة، كما هو الشأن بالنسبة للدستور الجزائري، فلا يمكن أن يقلد غير المسلم هذه الوظيفة الرسمية، في رأينا أن ذلك يبقى فراغاً قانونياً، لأنّ قوانين هذه الدول لم تنص صراحة على اعتبار شرط الإسلام. وباعتبار أن منصب القاضي يعتبر من المناصب المهمة في الدولة، فمن فهو يعكس وجه الدولة وعمله ينصب على تحقيق العدالة، لذلك كله لا بد أن يكون القاضي متكوناً جيداً بما يمكنه من القيام بهذه المهمة على الوجه الأكمل، ولهذا فإن القوانين جميعها حرصت على ضرورة اشتراط المؤهل العلمي للقاضي، وهو ما سنتعرض له في المطلب التالي.

المطلب الثاني: المؤهل العلمي

تشترط معظم القوانين أن يكون القاضي حاملاً لشهادة الحقوق من إحدى الجامعات، إذ يشترط القانون الأساسي للقضاء الجزائري لسنة 1989 في المادة 27 أن يكون المترشح حائزاً على: "شهادة الليسانس في الحقوق أو في الشريعة تعادل شهادة الليسانس"²، وكما يلاحظ أن هذا القانون لم يقصر هذه الوظيفة على طلبة الحقوق فقط، بل فتح المجال لطلبة الشريعة أيضاً، إلا أن هذا الشرط تمّ تعديله بالقانون الأساسي للقضاء لسنة 2004 الذي نصت المادة 38 منه "أنه يوظف القضاة من بين حاملي شهادات المدرسة العليا للقضاء"³، وهذه المدرسة ينص المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيمها والمحدد لكيفيات سيرها في المادة 28 منه على ضرورة أن يكون المترشح متوّجاً بشهادة ليسانس في الحقوق على الأقل أو ما يعادلها⁴، وبذلك تمّ إسقاط المتخصصين في الشريعة من تولي هذا المنصب، مع أن هذا التخصص أشد ارتباطاً بأعمال القضاء؛ لاسيما في الأحوال الشخصية.

ونظراً لأن القضاء يحتاج إلى تمرس كبير ومدارك علمية واسعة، فإن المترشح وإن كان قد تلقى تكويناً جامعياً حصل من خلاله على شيء من الملكة القانونية، إلا أن ذلك لا يكفي لتولي وظيفة القضاء، الذي يتطلب إعداداً خاصاً، ولذلك فإن معظم القوانين تشترط في المترشح أن يجري فترة تكوين إضافية، ولا تكتفي بمجرد الحصول على الشهادة المطلوبة، على غرار المادة 13 من القانون الأساسي للقضاء الجزائري حيث نصت على أنه: "يجب على القاضي أن يحسن مداركه العلمية، وهو ملزم بالمشاركة في أي برنامج تكويني، وبالتحلي بالمواظبة والجدية أثناء التكوين"⁵، بل اشترط على القاضي مواصلة تكوين مستمر آخر يخضع له وهو في حالة الخدمة، من أجل تحسين مداركه المهنية والعلمية.

1) قانون السلطة القضائية المصري الحالي رقم 46 لسنة 1972 ومذكرته الإيضاحية والقوانين والقرارات الوزارية المتعلقة به.

2) القانون رقم 89-21، مرجع سابق، ص 1428.

3) القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 16.

4) ينظر: المرسوم التنفيذي 05-303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجبهم، ج ر ع 58، بتاريخ: 25 غشت 2005، ص 19.

5) المرجع نفسه، ص 14.

وفي نظرنا أن ما نصت عليه القوانين من مؤهلات تبقى غير كافية، فإنه إذا لم يكن القاضي مؤهلاً كفاية، ضاعت حقوق المتقاضين ولا سبيل إلى اصلاح ذلك لاسيما في القضايا التي لا يمكن الاستئناف فيها.

ولذلك فإننا نرى أنه ينبغي أن يضاف إلى ذلك شرط آخر يتمثل في إثبات خبرة قانونية، كالاشتغال بأعمال المحاماة ونحوها، أو الاشتراط بلوغ سن معينة يكون من خلالها قد اكتسب خبرة ومهارة، ورجاحة عقل تؤهله للفصل في القضايا، وهذا أمر قد نص عليه القانون بالفعل، وهو ما سنوضحه في المطلب الموالي

المطلب الثالث: السن

هذه الوظيفة تتطلب أن يبلغ المرشح لها سنًا معينة بما يتناسب مع مكانتها وأهميتها، لذلك حدّد القانون الجزائري من خلال المادة 27 من القانون الأساسي للقضاء في الفقرة الثالثة السن المطلوبة كحد أعلى وأدنى فنص على أنه يشترط في المرشح: "بلوغ ثلاثة وعشرين سنة على الأقل وأربعين سنة على الأكثر"¹، أما القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004، فلم ينص على ذلك محيلاً الأمر إلى تنظيم آخر، فكان المرسوم التنفيذي لسنة 2005 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء والذي عدّل ما ورد في القانون السابق، حيث نص في المادة 28 في فقرته الثانية على أنه يشترط في المترشح: "بلوغ سن خمس وثلاثين (35) سنة على الأكثر عند تاريخ المسابقة"².

بيد أنه إذا قارنا التشريع الجزائري بالتشريعات العربية الأخرى، نجد أن هذه الأخيرة في معظمها تشترط في المترشح سنًا معينة؛ على غرار قانون السلطة القضائية المصري، والذي نصّ في المادة 38 من فقرتها الثالثة على ضرورة: "ألا تقل سنه عن ثلاثين سنة إذا كان التعيين بالمحاكم الابتدائية وعن ثمان وثلاثين سنة إذا كان التعيين بمحاكم الاستئناف وعن إحدى وأربعين سنة إذا كان التعيين بمحكمة النقض"³، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون العراقي الذي اشترط في القاضي: "أن لا يقل عمره عن ثلاثين سنة".

والذي نلاحظه مما سبق أن القوانين قد اشترطت سن محددة على غرار القانون الجزائري الذي حدّدها بـ 23 سنة على الأقل، بينما نجد أن فقهاء الشريعة اكتفوا باشتراط سن البلوغ فحسب لتولي هذا المنصب، دون تحديد السن بعدد معين، وإن شدّد بعض الفقهاء قائلين بجواز قضاء الصبيان.

والذي يبدو لنا في هذه المسألة أن أحوال الناس وكفاءتهم تختلف من زمن إلى آخر، وبالنظر إلى واقعنا الذي أصبح فيه القاضي يعمل ضمن منظومة مؤسساتية لها شروط وقوانين تحكمها فلا بد من تحديد السن تحقيقاً للمصلحة، وبما يتناسب مع ظروف العصر، لأنه لا مصلحة في تولية من لا يقدر على حفظ الحقوق وردّ المظالم، ولا يعطي للقضاء هيئته، ولولي أمر كل بلد السلطة التقديرية في تحديد ذلك بما يتناسب مع ظروفه.

المطلب الرابع: الكفاءة البدنية

يقصد بشرط الكفاءة البدنية اللازمة سلامة الحواس التي تساعد القاضي على أداء مهمته كحاسة السمع والبصر والكلام، فيكون الشخص مؤهلاً بدنياً وقادراً على تأدية واجبات هذه وظيفة؛ لأنه إذا لم يكن القاضي يتمتع بسلامة هذه الحواس لا يمكنه الفصل بين المتخاصمين، والكشف عن الحقيقة على الوجه المطلوب، ولذلك تشترط القوانين أن يكون القاضي معافى في حواسه، ومستوفياً لشروط الكفاءة البدنية، إذا تنص المادة 27 في الفقرة الخامسة من القانون الأساسي لسنة 89 على ضرورة أن يتوفر القاضي على شروط الكفاءة

(1) القانون رقم 89-21، مرجع سابق، ص 1428.

(2) المرسوم التنفيذي 05-303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء، مرجع سابق، ص 19.

(3) قانون السلطة القضائية المصري الحالي رقم 46 لسنة 1972 ومذكرته الإيضاحية والقوانين والقرارات الوزارية المتعلقة به.

البدنية لممارسة هذه الوظيفة¹، في حين أحال ذلك القانون الاساسي في المادة 37 لسنة 2004 إلى تنظيم خاص، وبموجب ذلك نصت المادة 28 في الفقرة الخامسة من المرسوم التنفيذي لسنة 2005 المتعلق بتنظيم المدرسة العليا للقضاء على ضرورة: "استيفاء شروط الكفاءة البدنية والعقلية لممارسة الوظيفة"².

وقد نص أيضا قانون السلطة القضائية العراقي على أنه ينبغي أن: "أن تتوافر فيه الجدارة البدنية مع الاهتمام بسلامة البدن من العاهات الظاهرة، والمخلّة بالشخصية".

ويلاحظ أن القوانين في اشتراطها للكفاءة البدنية في القاضي، تكون بذلك قد وافقت ما اشترط في الفقه الإسلامي من سلامة الحواس، غير أن ما نصت عليه القوانين يعتبر إجمالا يحتاج إلى تفصيل، فالعاهات البدنية تتفاوت في تأثيرها على وظيفة القضاء، ولذلك نجد أن فقهاء الشريعة كانوا أكثر دقة وتفصيلا في هذه المسألة، فحصرها معظم الصفات التي تشكل مانعا من تقلد القضاء، فيما يصيب الانسان في سمعه وبصره ونطقه، أما باقي أعضاء الجسم فلم يشترطوا فيها السلامة؛ قالوا لأنها لا تؤثر في عمل القاضي.

المطلب الخامس: التمتع بالحقوق المدنية والسياسية

تشرط القوانين ألا يكون الشخص محكوم عليه بأمر يخل بسيرته وسمعته، فقد نصت المادة 27 من القانون الأساسي لسنة 89، وكذا المادة 28 في الفقرة السادسة من المرسوم التنفيذي لسنة 2005 المتعلق بتنظيم المدرسة العليا للقضاء على إلزامية أن يكون المترشح يتمتع بالحقوق المدنية والوطنية وحسن الخلق³، كما نص قانون السلطة القضائية العراقي على: "أن لا يكون محكوما عليه بجناية غير سياسية أو جنحة مخلة بالشرف. وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة"، وكذلك ورد في قانون السلطة القضائية المصري أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة غير محكوم عليه من محكمة أو من مجلس تأديبي لأمر يخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره".

ويقابل هذا الشرط في الفقه الإسلامي شرط العدالة، إلا أن ما اشترط في الشريعة أدق مما جاء في القوانين، فقهاء الشريعة جعلوا مجرد ما يخل بالمرؤّة مستقطا لعدالة القاضي، لأن القضاء عندهم له مكانة عالية، فإذا عبث فيه القاضي أفسده، وفقد القضاء قيمته، كما أن نظرة الشريعة إلى العدالة أشمل من القانون من حيث أن معيار تجريم الأفعال ثابت في الشريعة، كجريمة الزنا في الشريعة، فهي كبيرة تسقط العدالة كيف ما وقعت، أما القانون فأحيانا لا يعتبرها كذلك إذا كانت بين البالغين وبرضاها مثلا، وإذا ارتكب الشخص هذا الفعل فلا يمنعه من الترشح للقضاء ما دام الفعل لا يعتبر جريمة في نظر القانون.

خاتمة

بعد عرض ومناقشة جزئيات هذا الموضوع، يمكنني الخلوص بنتائج توجز ما وصلت إليه في هذا المقال المتواضع، وهي على النحو

الآتي:

أ- النتائج:

أولا: لم يشترط الأحناف العدالة وخالفوا بذلك قول الجمهور، إلا أن رأي الجمهور وإن كان أقوى حجة في اشتراطها كما بينّا؛ لأن القضاء مقصده الأساسي هو تحقيق العدل، فإن أسند للفاسق فقد القضاء أهم أركانه، وصار إلى العبث والظلم، غير أننا نرى أن لكل زمان ما يناسبه، وما اشترط في زماننا من سلامة السوابق العدلية للشخص من أي جنابة أو جنحة يعتبر في نظرنا أمر كافٍ في تحقق شرط العدالة.

1) ينظر: القانون رقم 89-21، مرجع سابق، ص 1428.

2) المرسوم التنفيذي 05-303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء، مرجع سابق، ص 19.

3) المرسوم التنفيذي 05-303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء، مرجع سابق، ص 19.

ثانيا: اختلف في جواز تولي المرأة للقضاء، بين مانع له ومجيز، ولم يحسم الخلاف بما ذكروا من الأدلة الخاصة أو العامة في المسألة، وعليه فإننا نرى أن هذه المسألة من المسائل التي كان الحسم فيها للواقع والتجربة بغض النظر عن الأدلة النظرية، فإن الميدان أثبت جدارة المرأة وقدرتها العقلية والعلمية في تولي القضاء، مثل ما تولت العديد من المهن كالطب والصيدلة والهندسة ونحوها.

ثالثا: من خلال ما أوردنا من التنازع في شرط الاجتهاد، ورغم قوة دليل القائلين بهذا الشرط ووجوبه، إلا أن هذا القول متعذر الأخذ به في هذا الزمان لعدم وجود من يتوفر فيهم هذا الشرط، والتمسك بهذا الشرط يؤدي إلى تعطيل الأحكام، وعليه فلا مانع من الأخذ بقضاء المقلد، لاسيما في زماننا نجد أن العلوم قد جمعت ودونت، واستقرت المذاهب بأصولها وفروعها، وأصبح للقضاة تخصصات في مجالات وقضايا محددة يفصلون فيها بين المتخاصمين، كل ذلك من شأنه أن يسهل عمل القضاة المقلدين.

رابعا: تشترط معظم القوانين في القاضي أن يكون حاملا لجنسية البلد، وذلك مؤثر على اطلاعه الجيد بعادات المجتمع وأعرافه مما يمكنه من الفصل والعدل بين الناس، ومقارنة بالشريعة الإسلامية فإنها كانت أكثر فافتحا في عدم اشتراط ذلك، لكنها تشترط بدله شرط الإسلام، وقد يكون شرط الجنسية من مقتضيات هذا العصر، لأن البلدان الإسلامية أصبحت مقسمة إلى دول.

خامسا: اتفاق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في اشتراطها للكفاءة البدنية للقاضي، غير أن فقهاء الشريعة كانوا أكثر دقة وتفصيلا في هذه المسألة.

سادسا: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيمن يتولى منصب القضاء وما ينبغي أن يتصف به القاضي، يتضح لنا اتفاقهما في بعض الشروط وإن اختلفت بينهما التسميات والمصطلحات، كما نجد بينهما أوجه اختلاف كثيرة، وقد تجلّى لنا في مواضع كثيرة من هذا البحث أن الشريعة كانت أكثر شمولاً ودقة من القانون في تحديد شروط القضاة.

ب-التوصيات:

بعد اختلاف الفقهاء في شرط الاجتهاد، ونظرا لصعوبة تحصيله في زماننا، نوصي بإعادة بحث حركة تقنين الفقه الإسلامي، وهو أمر من شأنه أن يسهل أعمال القضاة للتوصل إلى الحكم بأيسر الطرق.

حينما اشترطت القوانين في القاضي أن يكون حاملا لجنسية البلد، أغفلت اشتراط الاسلام، وإن كان متضمنا في شرط الجنسية، إلا أنه غير واضح يحتاج إلى تنقيص، ويمكن اعتبار ذلك فراغا قانونيا.

ما نصت عليه القوانين من اشتراط مؤهل العلمي يتّنا أن ذلك تكوين غير كافٍ، لأن القاضي اذا لم يكن مؤهلا كفاية ضاعت حقوق المتخاصمين، ولذلك فإننا نرى ضرورة إضافة شرط آخر كأن يطلب من المترشح لهذه الوظيفة إثبات خبرة قانونية، كالاشتغال بأعمال المحاماة مدة معينة.

قائمة المراجع:

1. ابن حزم ، أ. م. ع. ب. أ. ب. س. المحلى بالأثار. بيروت: دار الفكر .
2. ابن قدامة ، أ. م. ع. ب. أ. ب. س. أ. (1968). المغني. مكتبة القاهرة.
3. الآمدي، أ. ع. ب. م. س. أ. ع. ب. أ. (1968). المغني. مكتبة القاهرة.
4. الشوكاني، م. ب. ع. ب. م. ب. ع. أ. ع. ب. أ. (1999). إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (1 ط). دار الكتاب العربي.
5. الشربيني ، ش. أ. م. ب. أ. أ. (1994). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (1 ط). دار الكتب العلمية.
6. والي ، ف. (1975). الوسيط في قانون القضاء المدني. دار الهضة العربية.
7. ابن فرحون ، ب. أ. ب. ع. ب. م. (1986). تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (1 ط). مكتبة الكليات الأزهرية.
8. ابن رشد ، أ. م. ب. أ. ب. م. ب. أ. (1975). بداية المجتهد ونهاية المقتصد (4 ط). مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
9. البخاري، م. ب. إ. أ. ع. ب. أ. ع. ب. أ. (1422). الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (1 ط). بيروت: دار طوق النجاة.
10. مسلم، أ. م. ب. أ. ب. س. أ. ع. ب. م. صحيح مسلم. بيروت: دار إحياء التراث العربي .
11. أبو شهبة، م. ب. م. ب. س. الوسيط في علوم ومصطلح الحديث. دار الفكر العربي.
12. الجبوري، ح. (2009). ضمانات القاضي (1 ط). منشورات الحلبي الحقوقية.
13. ابن الصلاح ، ع. ب. ع. أ. ع. ب. أ. (2002). أدب المفتي والمستفتي (2 ط). المدينة المنورة : مكتبة العلوم والحكم.
14. الماوردي، أ. ع. ب. م. ب. ح. ع. ب. أ. (1971). أدب القاضي. بغداد: مطبعة الإرشاد.
15. الدسوقي، م. ب. أ. ب. ع. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. دار الفكر.
16. الألباني، م. ن. أ. ع. ب. أ. (1991). ضعيف سنن الترمذي (1 ط). بيروت: المكتب الإسلامي .
17. الماوردي، أ. ع. ب. م. ب. ح. الأحكام السلطانية. دار الحديث القاهرة .
18. القرطبي، أ. ع. ب. م. ب. أ. ع. ب. أ. (1964). الجامع لأحكام القرآن (2 ط). القاهرة: دار الكتب المصرية.
19. الكاساني، أ. ب. ع. ب. م. ب. أ. (1986). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (2 ط). دار الكتب العلمية.
20. ابن منظور ، م. ب. م. (1999). لسان العرب (3 ط). بيروت: دار التراث العربي.
21. فريد محمد واصل، ن. السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام. مصر: المكتبة التوفيقية .
22. الماوردي، أ. ع. ب. م. ب. ح. الحاوي الكبير. بيروت: دار الفكر .
23. الزحيلي، و. ب. م. الفقه الإسلامي وأدلته (4 ط). سوريا: دار الفكر .
24. الترمذي، أ. ع. ب. م. ع. ب. أ. (1975). سنن الترمذي (2 ط). مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
25. بن حنبل ، أ. ع. ب. م. ب. أ. ع. ب. أ. (2001). المسند (1 ط). مؤسسة الرسالة.