

**السوابق القضائية في التشريع الإسلامي،  
والنظم الغربية المعاصرة  
دراسة تحليلية**

إعداد

الدكتورة هيام اسماعيل السحماوي

الأستاذ المساعد بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



"بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ"

قال تعالى :

"فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ"



## مقدمة

من نعم الله علينا ان أهدانا هذه الشريعة السمحاء التي نظمت بالحق تنظيم شاملا لحياة الإنسان والحق الذي نقصده هو التزام الانسان بتطبيق ما أمرنا الله به من خلال كتابه الكريم ومن هنا يتحقق معنى صلاحيتها لكل زمان ومكان والآيات التي توجب الحكم بما أنزل الله، كثيرة منها قوله تعالى " إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله " <sup>١</sup>

وعلى هذا المنهج سلك السلف الصالح المنهاج الذي وضعه الصحابة رضوان الله عليهم من بعد رسول الله وهو إنه لا يحل لبشر أن يقدم على أمر حتى يعلم الحكم الشرعي فيه، وهذا يعد دليل لوجوب الاجتهاد بالرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله.

ولكن قد يكون هناك أمرا لواقعة جديدة لم يسبق لها مثيل في الحكم من قبل وفي هذه الحال يكون الحكم سابقة جديدة، وهذا ما يعرف اليوم بالسابقة القضائية

والذي ساعد على إستمرار ونمو السوابق القضائية وجود أسباب تاريخية لدى النظم الغربية ما بين مؤيد ومعارض للأستعانة بهذه السوابق أو حتى الإعتراف بها على سبيل الإسترشاد والتتوير وكذلك تعدد المذاهب الفقهية في النظم الإسلامية التي أفرزت كما ضخما من التراث الفقهي وهذا ما سيتبين لنا من دراستنا التحليلية لهذا البحث باذن الله حول معرفة ما مدى أهمية هذه السوابق بالنسبة لكلا من التشريع الإسلامي والنظم الغربية المعاصرة وكذلك مدى تأثير كلا منهما على الآخر.

### أهمية موضوع البحث

إيماناً مني بأهمية معرفة حجية السوابق القضائية وما لها من تأثير، وبالذات في عصرنا الحاضر عند حدوث متغيرات وأحداث تملّي على العلماء والفقهاء بذل الجهد لمعرفة الأحكام الشرعية فمن ثم لا مناص عن أن يُعملوا فكرهم وإجتهداهم؛

رغبة في الوصول إلى الحكم الشرعي في تلك الوقائع والنوازل على أساس شرعي وليس اجتهادات خاصة قد تحدث خلافا في الآراء ما بين مؤيد ومعارض.

فأورث ذلك الخلاف مدارس فكرية إتجه القسم الأول منها إلى القول بالعمل بالسوابق القضائية في غياب النص بينما إتجه القسم الثاني إلى إنكار العمل بها دون المرجعية الشرعية فكان الميدان مفتوحاً على مصراعيه لتلك الآراء المتنافرة، والرؤى المتعارضة.

مما أسهم ذلك الصراع الفكري إلى بلورة وإيجاد أطروحة فكرية مهدت لظهور عدة أنظمة مثل الفكر الأنجلوسكسوني واللاتيني وفكر الفقهاء الإنجليز الذي منهم رجال القانون الكنسي الذين كانوا يستعملون مصطلح jus common للدلالة على القانون العام المشترك لكل المسيحيين في كل البلاد وغيرهم مما سيرد ذكره بإذن الله تعالى من خلال بحثنا.

### إختيار الموضوع والدوافع إليه

يرجع السبب في إختياري لهذا الموضوع العلاقة الجدلية بين السوابق القضائية والتشريع بإعتبار أن كلاهما يعتبران المصدرين الرسميين للقانون في بعض الأنظمة كالنظام الأنجلوأمريكي وغيره مما سيرد ذكره وكذلك لأهمية السوابق القضائية بصفة خاصة وللاتار المترتبة على تطبيقها بصفة عامة كما سبقت الإشارة كما انني أردت ان أساهم في هذا الباب بالتنبيه الى خطورة ضوابطها وأحكامها وسلامة حجيتها لما ترتبه من ثروة فقهية عبر الأزمان وبالتالي سد المنفذ على من هو ليس أهلا لها.

وأشير إلى أنني لم أتناول دراسة موضوع السوابق القضائية في حقه معينه من الزمن أو في مكان واحد أو نظاما واحدا فرأيت ان أبحث موضوع السوابق القضائية في حد ذاته كما بحثه الأصوليون والفقهاء بصفة عامة ملقبة الضوء على مكانة السوابق القضائية في الفقه الإسلامي والفقه القضائي وكذلك الفقه الغربي.

## المنهج العلمي

إتبع في ذلك منهج الإسترداد التاريخي لبروز جزور السابقة وإمتدادها عبر العصور مرورا لفترات ظهر فيها من عارضها تارة وأيدها تارة أخرى و لما أقتضي حاجة البحث لعرفة أسباب انقسام الفقه القانوني على نفسه الى مدرستين كما سيرد ذكره بإذن الله تعالى وهذ للبحث والتحليل حول مدى أهمية بروز السابقة لدى الفقه الغربي وما هي الأسباب التي جعلت منها أهمية لدرجة انها توارثت عبر الأزمان ووصلت الى يومنا هذا وإن كنت أفرطت في جلب النصوص وإسنادها الى أصحابها فاني فعلت ذلك إقتداء بمنهج السلف الصالح في نسبة الأقوال الى أصحابها وهذ تسليما للقائل بأن من بركة العلم أن يسند القول إلى صاحبه .

## خطة البحث

لقد قمت بتقسيم هذا البحث الى ثلاث مباحث على الشكل الآتي المبحث الأول خصصته في دراسة السوابق القضائية في النظم الغربية المعاصرة حيث تناولت فيه مكانة التشريع والقضاء لدي الفقه الغربي السوابق القضائية في النظم الأنجلو سكسونية - الأنجلو أمريكية " common Law"، ثم قمت بدراسة السوابق القضائية في النظام اللاتيني

وأما المبحث الثاني 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 للاعتداد بحكمه في القضايا.

وحكمة ومشروعية مهنة القضاء والمرجعية الشرعية للحكم القضائي والثاني نظرية ما جرى عليه العمل عند المالكية وتطبيقاتها وأنواعها.

وأما المبحث الثالث من هذا البحث رصدته للبحث عن حجية السوابق القضائية وأفضت الكلام نوعا ما عن ذلك لما يستحقه المقام ولأنه أهم ركن في السوابق القضائية موضوع بحثنا وهكذا قسمت هذا المبحث الى ثلاثة مطالب الأول

حجية السوابق القضائية في القوانين الغربية، والثاني حجية السوابق القضائية في التشريعات الإسلامية

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

### **المبحث الأول**

#### **السوابق القضائية في النظم الغربية المعاصرة**

##### **المطلب الأول**

##### **مكانة التشريع والقضاء لدى الفقه الغربي**

##### **الفرع الأول**

##### **• تعريف السوابق القضائية اصطلاحاً في القوانين الغربية: •**

- السابقة القضائية في الفقه الأنجلوأمريكي: -

ذهب رأي من فقهاء القانون الى مصطلح سابقة Precedent بأنه هو شمول كل حكم سابق تكون الوقائع فيه قريبة الشبه من الوقائع الموجودة في القضية محل النظر سواء أن كان الحكم السابق ملزم أم غير ملزم ويطلق على هذا المعنى اسم المعنى الواسع.

وذهب فريق آخر أن كلمة سابقة تعنى ذلك الحكم السابق الواجب اتباعه لما يتمتع به من صفة الزامية<sup>1</sup> ويطلق على هذا المعنى إسم المعنى الضيق.

ويشار لقاعدة السابقة القضائية في الفقه الأنجلوأمريكي تحت المصطلح اللاتيني Stare decisis بالنظر إلى هذا المصطلح فان قاعدة السابقة تعنى أن تقيّد المحاكم بالمبادئ القانونية المعلنة في أحكام سابقة إذا كانت الوقائع متماثلة فالقاضي يجب أن يكون مقيداً بالقرارات السابقة.... يجب أن يصدر في القضايا التي تخضع

---

(1) حول تعريف كلمة سابقة "Precedent" راجع  
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.

لقاضى معين أحكاما تتفق مع المبادئ المعلنة فى حكم صادر من محكمة أعلى فى قضية مماثله<sup>١</sup>.

#### - السابقة القضائية فى الفقه الأنجلوسكسونى

ويشمل كلا من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا ... هي الموروث الضخم من القرارات القانون الانجليزي المعروف باسم Common Law والذي يعتبر أصل القانون الانجليزي حتى العصر الحاضر ويتلخص نظام السابقة القضائية فى أن الحكم الذي يصدر من محكمة انجليزية (أي القاعدة التي استخلصها هذا الحكم) يلزم فى حدود معينة جميع المحاكم الإنجليزية التي فى مرتبة المحكمة التي أصدرته بما فيها هذه المحكمة الأخيرة وكذلك جميع المحاكم الأدنى مرتبة منها<sup>٢</sup>

#### - السابقة القضائية فى الفقه اللاتينى stare decisis et non quieta

:movere

يشمل النظام اللاتينى كلا من فرنسا وبلجيكا وإيطاليا كما أنه مطبق فى دول كثيرة ومنها ألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ومصر ولبنان وتعرف بأنها وجوب دعم الأحكام مع عدم إخلال القواعد المستقرة التي تعد المنهج المختار، وهو تقنين النصوص الموجودة المسماة "القانون الثابت"

من خلال التعريفات السابقة نرى أن هناك تباين قد يصل إلى التضاد بين كلا من القوانين الأنجلوسكسونية التي تلزم بالسوابق القضائية والقوانين اللاتينية التي لا تلزم بها فى إعتبارها للسوابق القضائية وسنفضل فيها على النحو الآتي:

حيث أننا وجدنا سبب كأن الفقه اللاتينى لديه موروث من الثورة الفرنسية وهو مبدأ الفصل بين السلطات الذي اعتبره مبدأً أساسياً فلا يجوز للسلطة القضائية

---

(1) راجع 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 piocessus judiciaire du Common Law. Revue du Barreau, t. 28, 1968, Notel, p.p. 2- 11.

<sup>2</sup>السوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي فى قسم الفقه المقارن ١٤٢٦ هـ للطالب / شيخين بن محمد العبدلى.

أن تتدخل بموجبه وتتجاوز في إختصاصها على إختصاص السلطة التشريعية أو أن تعرقل عملها وبالتالي ينحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون فيما يرفع إليه من أفضية لا إيجاد قواعد قانونية جديدة، كما أنه لا يلزم أي محكمة أخرى ولو كانت أدنى ممن أصدرت الحكم سابقاً ، وقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا المبدأ في المادة الخامسة حيث منع القضاة من أن يضعوا مبدأً عاماً يطبق في القضايا المتماثلة وبالتالي تقلص دور السابقة وإنحصر في الإسترشاد والتفسير وهذا ما سيتضح باذن الله من خلال بحثنا .

### الفرع الثاني

#### المصدر الأعلى لدي الفقه الغربي في سن القوانين

من المعروف أن البرلمان هو المختص بالتشريع مما يضفي عليه السيادة بما له من سلطة إصدار وإلغاء القوانين وكذلك تعديل ما فعلته المحاكم على الرغم من أنه لا يوجد تشريعات برلمانية كاملة وبالتالي الأمر الذي يتطلب من كل قاضي أن يبحث عن قصد المشرع من خلال نصوص التشريع ولا يعنى ذلك انه حر في تبني التفسير الذي يفضله وهذا ما ذهب إليه الرأي الأول.

والملاحظ حالياً أن التشريع أصبح يحتل مكانه هامه في نظم القضاء الأنجلوأمريكي سواء في مجال القانون الجنائي أو جميع المجالات التي ترتبط بالمصلحة العامة<sup>1</sup> باستثناء مجال القانون الخاص بالرغم من أن هذا النظام يقوم على أساس السوابق القضائية وظهر ذلك من خلال إعداد إجراءات النص التشريعي وخضوعها لإجراءات محددة أثناء صياغتها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> حول النظام القانوني الفرنسي: بعض المعطيات القانونية المنشورة عبر موقع Legifrance الإلكتروني  
(2) انظر j- A.jolowicz, La jurisprudence en droit anglais ; apercu sur la regle duprecedent, In; Arch. Philos. Dr. , t. 30, 1985,p.p. 105 ets.  
(3) حول هذه القواعد المتعلقة بصياغة التشريع انظر 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.

بينما ذهب الرأي الثاني الى أن السابقة القضائية تحكم كل ما يتعلق بتفسير التشريعات في بعض المجالات من قبل النظام الانجلوأمريكي فالنصوص التشريعية ماهي إلا نقطة بداية لهذا النظام<sup>1</sup>

ويدعم هذا الرأي الفقيه الأمريكي Gray ان القانون يتكون من القواعد التي خلقتها المحاكم وليس التي فرضها المشرع وذلك بأسلوب مباشر وبأسلوب غير مباشر عن طريق الأحكام التي تفسير نصوص التشريع<sup>2</sup>

كما ذهب الفقيه الفرنسي Rene David الى أن الشيء الجوهرى في المفهوم التقليدي الأنجلوسكسونى هو إنه لم ينظر الى التشريع باعتباره طريقة عادية للتعبير عن القانون فهو وفقا لهذا الاتجاه نظام غريب عن المنظومة الافتراضية التي وضعوها وسوف يقوم القضاة بتطبيقه ولكن القاعدة التي يحتويها التشريع سوف لا يعترف بها بصورة نهائية الا بعد ان تكون قد طبقت بالفعل وتم تفسيرها عن طريق المحاكم عندئذ تصبح جزءا من النظام وذلك في الحدود التي رسمها التفسير القضائي لها<sup>3</sup>.

نستنتج مما سبق أن التشريع عند الفقه القضائي الغربى له مكانه ولكنها غير مؤهلة للإعتماد عليها، وللعتراف بها لابد ان يصدر الحكم ويطبق عليها أي مكمّل لها وبالتالي يتبين أن القضايا التي تعرض على المحاكم لا يتم الفصل فيها مباشرة على أساس النص التشريعي وإنما عن طريق تفسير التشريع ولذلك فإن الأحكام المتضمنة للتفسير تمثل سوابق قضائية مما يصبغها قوة الزامية<sup>4</sup>

نرى من جانبنا ان الفقه القضائي خالف نفسه عندما أقرن وزامن نفاذ التشريع بتطبيقه عن طريق تفسيره ثم الحكم به وبالتالي جعله سابقة لماذا كل هذا

---

(1) انظر J.A.Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la regle du precedent . In: Archiv . philos. DR.,T.30, 1985,p. 105.

(2) انظر J,C.Gray, Nature and sources of Law , NEW York The MACMILLAN Co., 1931m p, 82.

(3) انظر R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.

(4) بخصوص موقف المحاكم الكندية من مسألة دستورية القوانين انظر Poirier. Sources de la Common Law, op. cit ., p. 67. D

كان من باب أولى أن يجعل تفسير التشريع جزء من إجراءاته قبل صدوره وبمجرد صدوره يعد تقنين أي قانون مكتوب صادر من الجهة المخولة للتشريع كما يحدث الآن في وقتنا الحالي وخاصة ان التشريع يصدر من خلال الواقع العملي والأعراف التي إرتضاها البشر والتي لا تخالف تعاليم الشريعة الإسلامية اما جعله سابقة لا حرج في ذلك لأنه سيكون تقنين جديد وبتطبيقه على قضية معروضة لأول مرة سيكون هذا سبق في حد ذاته .

**موقف نظريتي جيرمي بنتام، وبلاكستون:**

**أولاً: موقف جيرمي بنتام من التشريع المكتوب (التشريعات الوضعية)**

لم يؤيد جيرمي بنتام الفيلسوف الانجليزي التشريعات الغير مكتوبة *Inconvenients des Lois non ecrites* وهذا إتضح في أجزاء من مؤلفاته باللغة الفرنسية عام ١٨٢٨ والتي تم نشره بعنوان *عن التنظيم القضائي والتقنين De I organization judieire et de la Codification* وهذا لإنتماؤه الى التقنين المكتوب أي التشريعات الوضعية والتي كانت غير سائدة في عصره حيث قسم بنتام نظام التشريع في كلا من إنجلترا وأمريكا الانجليزية الى قسامين غير متساويين أحدهما يطلق عليه اسم *common Law*

وهو يشير إلى القضاء المؤسس على نوع من التشريع الظني أو الحدسي والذي استخلص القضاة منه بالتتابع القرارات يقوم كلا منها على الاخر وهذه القرارات كونت قواعد قضائية يجب اتباعها في الأحكام اللاحقة. فمصطلح *common Law* مصطلح إستعارة الفقهاء الإنجليز من رجال القانون الكنسي الذين كانوا يستعملونه للدلالة على القانون العام المشترك لكل المسيحيين في كل البلاد.

---

( ١ ) مشكلة المصطلحات القانونية مصطلح *common law* اما في الفقه القانون العربي فلقد كان لاختلاف تفسير اسم مصطلح؟ كترجمة حرفية لذلك فمنهم من استعمل مصطلح القانون العادي كترجمة لمصطلح *common law* ومنهم من استعمل مصطلح نظام القانون الانجلو امريكي ومنهم من استعمل مصطلح القانون العام وذلك في مقابل القانون المدني *Civil Law* وبداية اننا نلاحظ تعدد المعاني المرتبطة بهذا المصطلح الإنجليزي ويبدو ان الفقهاء الانجليز أنفسهم قد أعلنوا حيرتهم في الاختيار بين هذه المعاني. *common law*

وكذلك هو جملة القواعد الغير مكتوبه ومن ثم فان جوهر هذا المصطلح يكمن في فكرة الأعراف العامة للمملكة التي توصف بأنها عريقة القدم فالقضاء، وذهب رأى الى ان common Law 'مصطلح يكمن ان يكون القانون القضائي العام الذي يعد هو من صنع القضاة وهو المصدر الرئيسي لمصادر النظام الانجلو امريكي.

والشاهد في ذلك ان فقهاء النظم الأنجلوأمريكية ينظرون الى التشريعات بصفة عامة على أنها قواعد تكميلية للقواعد القانونية التي تعلنها المحاكم القضائية فعن طريق التفسير وقواعده تستطيع القضاة التحكم في التشريعات ووضعها في مكانها داخل النظام بدلا من تفسيرها على أنها مجموعة من القواعد المستقلة لذلك فالتشريعات تمثل جزءا من نظام موجود قبل وجودها<sup>٢</sup>.

والجزء الآخر من التشريع يتكون من التشريعات الوضعية الصادرة من البرلمان في انجلترا ومن الكونجرس في أمريكا لذلك فان common Law ليس تشريع مكتوبا فيقول القضاة إنهم ليسوا سوي مفسرين لهذا التشريع الذي هو خلاصة كل الأحكام السابقة.

فمصطلح common Law تكون من مجموعة من القواعد القضائية تجد أساسها من القواعد العرفية والتقاليد والمبادئ التي أعدها القضاة.

يبدو أن بنتمام لم ينجح في تحقيق ثورة قانونية حقيقية ويرجع هذا الفشل في جزء منه إلى أن وجهة نظره بنيت على أساس العقلانية القانونية التي أنعكست من خلال قاعدة السابقة القضائية فالنظام الذي أنشأه بنتمام وكذلك نظام القاعدة القضائية يقومان على أساس وجود نظام قانونيا مغلقا على نفسه يتكون من قواعد عامة ويكون

---

(1) د. حسن عبد الحميد / قاعدة السابقة القضائية فالنظم القانونية الانجلوأمريكية التطبيق المعاصر والاصول التاريخية / كلية الحقوق جامعة عين شمس / الناشر دار النهضة العربية / بدون تاريخ نشر  
(2) حول مسألة مصادر القانون الانجلوأمريكي بصفة عامة وعلاقة التشريع بالسوابق القضائية بصفة خاصة راجع

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.

تطبيقه محايدا والاختلاف بين النظامين يكمن في أن قاعدة السابقة هي التي نجحت في تأكيد قدرتها على تحديد هذه القواعد العامة من بين الاحكام السابقة وهذا ما كان لا يعتقد بنتمام<sup>1</sup>.

أما الفلاسفة المنتمين الى المدرسة الوضعية في القرن العشرين مثل كلسن ودووركين فقد عبروا عن آراءهم في ظروف تتشابه مع ظروف القرن التاسع عشر ومع ذلك يستعمل مصطلح وضعيين لوصف المفكرين في القرن التاسع عشر والقرن العشرين والسبب في ذلك اعتقادهم أن القانون يتشكل من قواعد تستمد سلطتها من الواقع التي إنشأتها.

ونحن نرى أن الفلاسفة المنتمين إلى المدرسة الوضعية جانبهم الصواب بالرغم من تأييدهم الواضح لضرورة وجود التشريع إلا أنه الأعتراض على مصدريته التي أتوا بها وهي اعتقادهم ان القانون يتشكل من قواعد تستمد سلطتها من الواقع التي أنشأها بمعنى أن القاعدة القضائية تنشأ وليدة اللحظة ويتكون على أساس ذلك القواعد العامة وأرى أن هذا المعنى قريب من السابقة القضائية التي تتكون من جراء هذه القواعد ولا يبعد عنها كثيرا

وكذلك لو سلمنا جدلا بالرأي القائل بأن القانون يتشكل من قواعد تستمد سلطتها من الواقع التي أنشأتها أي سينتهي الأمر عند القاعدة القضائية أو العمل بالقانون بإنتهاء الظروف التي أنشأت هذا الواقع التي إستمدت منه سلطتها وهذا بالطبع لا يصح لعدم استقرار القاعدة القانونية وبالتالي القضاء

**ثانيا: موقف وبلاستون من التشريع المكتوب (التشريعات الوضعية)**

وضع وبلاستون وهو أبرز المؤلفين الانجليز في القرن الثامن عشر الميلادي ومن أنصار common Law مقارنة بين القانون الغير مكتوب Lex non scripta و القانون المكتوب Lex scripta حيث يرى أن القانون الإنجليزي يتكون من هاتين المجموعتين ويطلق على المجموعة الاولى إسم the unwritten or

---

(1) M.EL Shakankiri, La philosophie juridique de Jeremy Bentham, paris, L.G.D.,j 1970.

Common law ويطلق على المجموعة الثانية إسم the written or statute law ويرى وبلاكستون حينما نتحدث عن القواعد القانونية الغير مكتوبة leges non scriptae law فهذا لا يعنى القول بأن هذه القواعد لا تصل إلينا إلا من خلال الطريق الشفوي فعلى العكس من ذلك توجد كتابات حفظت لنا القانون ونقلته إلينا ولكنها تظل مع ذلك قواعد غير مكتوبه لأن سلطة الإيجاب فيها لا تجد أساسها في الكتابة كما هو الحال بالنسبة لأعمال البرلمان وإنما تجد أساسها في الإعتياد على إتباعها منذ زمن لا يمكن تحديده وفي احترامها العام من جانب المملكة .

فمصطلح common Low كما يرى وبلاكستون لا يشمل كل قواعد القانون الغير مكتوب وانما يتصل فقط بالفرع الاول منه وهو الأعراف العامة عريقة القدم أما الفرع الثاني الأعراف الخاصة Particular Customs ويشترط لكي يكون العرف الخاص حسنا يجب تطبيقه باعتباره العرف العام للملكة الا إذا توافرت شروط معينه وهي: الاستعمال غير محدد المدة - الاستمرارية - عدم التعرض عليه - المعقولية - ألا يكون غير معقول - اليقين القوة الإلزامية - والا يكون مضادا للأعراف الأخرى.

بالإضافة لهذه الاعراف العامة عريقة القدم والتي تمثل جوهر common Low وطرح وبلاكستون كيف نستطيع ان نعرف هذه المبادئ والاعراف ومن له حق تقرير صلاحيتها.

وأجاب عن طريق القضاة في مختلف المحاكم القضائية فهم المخولون على هذه التشريعات وهم المنوطون في عملهم باستخدام النظرية الكاشفة والنظرية القانونية التقليدية Orthodox legai theory كما يرى وبلاكستون.

ارى من وبلاكستون جانبه الصواب في إجابته حين قرر مساواة العرف بالقواعد القانونية بالرغم من مدى اهمية العرف بالنسبة للقانون لان قد يختلف العرف من زمان او مكان إلى آخر

وفسر القانون القضائي العام منذ القرن السابع عشر إلى القرن التاسع عشر بان هذا القانون ليس من ابتداع القضاة وانما هو يمثل اكتشافا للأعراف عريقة القدم

الموجودة أصلا والتي يقوم القضاة بتحديددها واعلانها وقد تجسدت هذه الفكرة من خلال ما أطلق عليه اسم النظرية الكاشفة Declaratory Theory التي أعلنها وبلاكستون.

حيث كان يزعم ان القضاة هم وسطاء الوحي القانوني وهم ملزمون بالفصل في كل القضايا باسم تشريعات البلاد وتعتبر احكامهم القضائية الدليل الرئيسي الأكثر إحتراما لأثبات وجود قاعدة عرفية تشكل جزءا من القانون القضائي العام ووفقا لرايه فانه يجب الخضوع للسوابق حينما تتكرر نفس النقاط في القضية المعروضة وللقاضى سلطة مفوضة اليه تسمح له ليس بخلق قانون جديد وإنما بالاحتفاظ بالقانون القديم وتفسيره .... وليس للقاضي الحق في تعديل القانون الذي تم الإعلان وتحديده بصورة رسمية<sup>١</sup>.

ونظرا لتطور المعارف التاريخية المتعلقة بالقانون القضائي العام ونظرا لوجود نظريات جديدة فقد تم استبعاد الحيلة التي تقوم عليها النظرية الكاشفة في القرن التاسع عشر<sup>٢</sup>.

خلاصة ما سبق تبين لنا ان السوابق القضائية ليست وليدة لحظة زمنية بل هي تتابع حوادث تاريخية زمنية تراكمت على بعضها في ظروف مكانية معينة ساعد على ذلك مهام خاصة اختلفها القضاة وهى تفسير التشريع وبتطبيق الاحكام عليه اعتبر نافذ ولا اعتراض على العمل به أي ان القضاء مكمل للتشريع ومن هنا نشأت السابقة القضائية ، وليس معنى ذلك أن الجميع إتفق على هذا النهج هناك من عارض فكرة الإعتماد على الأحكام ونادى بتطبيق التشريع المكتوب فقط لإيمانه بانه وحده يكفي للحكم به مثل بنتام ونحن نؤيد ما ذهب اليه بنتام وكأنه كان يقرأ ما نحن عليه الآن في عصرنا الحديث بالرغم من رؤيته المغالطة عن العقلانية القانونية التي

---

(1) حول هذه النظرية الكاشفة انظر :

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 .

(2) E. Campbell, dir ., lectures on jurisprudence , London murray 1885, p.634.

إنعكست من خلال قاعدة السابقة القضائية والنظام الذي إقترحه من خلال وجود نظام قانونيا مغلقا على نفسه.

### الفرع الثالث

#### الأصول التاريخية لتطور السابقة القضائية

#### كسبب من أسباب رسوخها لدى الفقه الغربي

ترجع فكرة قاعدة السابقة القضائية الى ما بعد الغزو النورماني لإنجلترا مباشرة في عام ١٠٦٦ أو على الأقل الى القرن الثالث عشر الميلادي<sup>١</sup> حيث ترتب على الغزو مباشرة ميلاد القانون القضائي العام كما نعرفه اليوم ومع ذلك فقد كان للغزو أثر مباشر في إقامة أسس جديدة لنظام جديد خاص بإدارة الدولة وخصوصا في مجال العدل والذي يشكل القانون القضائي العام بالمقابل للقوانين العرفية المحلية والقطاعية.

لذلك ترتب على ظهور نظام السوابق القضائية من الناحية العملية ظهور كتابة الاحكام القضائية وإصدار مجموعات احكام القضاء<sup>٢</sup> في الوقت الذي أنشأت فيه محاكم القانون القضائي العام قانونها وليس هذا فحسب بل وعملت على تطويره وفي الوقت نفسه لم يكن مبدا السابقة القضائية محلا للتطبيق الجامد من قبل المحاكم ولكونها في مرحلة التكوين ولو كان هذا لمبدأ قد تم تطبيقه من البداية لما كان قد وجد نظام القانون القضائي العام بصورته المعرفة في العصر الحالي لدى الفقه الغربي.

ويرجع تقريرها المبدأ بصورة جدية عام ١٨٩٨ حينما قرار مجلس اللوردات تقييد نفسه بالأحكام التي أصدرها في الماضي<sup>٣</sup>، وقد فعلت محكمة الاستئناف

(٣٤) راجع نفس هذا الرأي:

C.K. Allen, law in the Making, e ed., Oxford, Clarendon press 1964, pp. 187-188.

( حول هذه الملاحظات التاريخية والتي تمثل أساسا لتنظيم تناوله لتاريخ السابقة القضائية راجع: 2) T.E.Lewis, The History of judicial precedent

وهو بحث منشور على أربعة أجزاء

(1930) 46 L.Q.Rev.p.p.207et s.p.p. 341 et.:

(1931) 47 L.Q.Rev.p.p.411et s( 1932)48 lq .rev .p.p. 230 et s .

(3) راجع حكم مجلس اللوردات في قضية

الانجليزية نفس الشيء<sup>١</sup>، وقد أستمّر التطبيق الصارم لهذا المبدأ حتى عام ١٩٦٦ حينما قام مجلس اللوردات بمنح نفسه الحرية في مواجهة أحكامه السابقة وذلك في حالات إستثنائية<sup>٢</sup>.

ومع ذلك فإن فكرة السابقة القضائية كانت قد وجدت لها طريقا كما ذكرنا من خلال كتابة الأحكام القضائية وقد ظهرت في القرن السابع عشر الميلادي التفرقة فيما بين أسباب الحكم وبين القاعدة المؤسسة للحكم Ratio Decided والرأي الخاص Dictum وعلى الرغم من ذلك لم يتم تطبيق قاعدة السابقة القضائية بصورة جامدة إلا بداية من القرن التاسع عشر.

وترجع أسباب اللجوء إلى هذه القاعدة في هذا الوقت إلى الحاجة العاجلة لتحقيق توحيد الأحكام والمعرفة اليقينية للقواعد القانونية وكذلك لظهور الحاجة إلى توحيد الجهود المبذولة ومن جهة أخرى فإن إصدار التشريعات الخاصة بدمج محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام استوجب تقرير مبدأ السابقة القضائية<sup>٣</sup>.

والجدير بالذكر إنه زاد عمل أعمال البرلمان بصورة ملحوظة في الطبقات الأخيرة وهذا الإختلاف يجد تفسيره في الظروف الجديدة فحركة التشريع الذي بدأ من عام ١٨٣٠ هو نتيجة للحركات الإصلاحية التي وجدت في هذا العصر وهي كذلك ثمرة لكتابات جيرمي بنتام لمناصرته للتشريع المكتوب<sup>٤</sup> ووفقا لوجهة نظر

---

London street Tramways co. Ltd c.London country 1898 A. C.375 – Chambre des lords

(1) وذلك في الحكم الصادر في القضية:

Young c. Bristol Aeroplane co.ltd, 1946A.C. 163.

(2) فقد عبر مجلس اللوردات في لائحة الممارسة Practice statement في الجزء الخاص بالسابقة القضائية ١٩٦٦ 1.R.L,W,1234 /عدم الالتزام بالسوابق اذا استدعى الامر تطوير القانون في مسألة معينة .

(3) H.A.Hubbard, le processus judiciaire du common law m1968,28, Revue du Barreaump.p 1-35, voir p. 4

(4) حول هذا التطور ودور جيرمي بنتام فيه راجع:

W.S. Holdsworth. Sources and Literature of English Law ,op. cit p.69. and n.

وبلاكستون فان القواعد المكتوبة للمملكة هي الأوامر المعدة من الملك مع أخذ رأى وموافقة اللوردات الدينين والدنيويين والمجالس المشتركة في البرلمان<sup>١</sup>.

وقد رأى وبلاكستون إن إعداد التشريعات هو نتاج لوجه متميز من السيادة وهو الوجه التشريعي<sup>٢</sup> كما يرى أن الأوامر الملكية تتمتع بقوة قهرية حينما تقوم على أساس تشريعات المملكة ويكون الغرض منها تنفيذ هذه التشريعات ويرى أن هذه الأوامر الملكية تكون ملزمة حينما لا يكون لها أثر في مخالفة التشريعات السابقة أو إقامة تشريعات جديدة وإنما تكون ملزمة فقط حينما تنفذ القانون الموجود.

وإذا كانت الظروف التاريخية قد أعطت لأعمال البرلمان في ظل النظام التقليدي سموا فان هذا سمو كان قد نتج عن عمل رجال القانون القضائي أنفسهم وعلى الرغم من هذا سمو فإن حجم أعمال البرلمان المكتوبة حتى الثالث الأول من القرن التاسع لا تمثل من الناحية المادية سوى أشياء قليلة وهذا ما أشار اليه Dicey الى ندرة أعمال البرلمان الواردة في الطبعة الأولى لكتاب التعليقات وبلاكستون والمقارنة التي يقترحها في هذا الشأن بين الطبعة الصادرة عام ١٧٦٥. والطبعات الأخيرة للتعليقات الجديدة التي أصدرها خلفاء وبلاكستون خصوصا استيقان هي ذات اهمية في ذات الصدد<sup>٣</sup>

وخلال تاريخ القانون الإنجليزي<sup>٤</sup> ومرورا بالحقبة الكلاسيكية الإنجليزية إلى النظام المعاصر عكست هذه الخصوصية الصيغة بتتابع المعنيين وهما سمو التشريع

---

(1) انظر:

Blackstone, Commentaires.....op.cit. , t, I, p.85.

(2) انظر:

Blackstone. Commentaires ....op.cit. t. I, p. 270 (The making of the laws is entirely the work of a distinct part, the legislative branch, of the sovereign power).

(3) انظر:

Dicey, Droit et opinion publique en Angleterre, trad francaise p. 153,

مشار اليه H. Levy ULLmann op.cit. p. 337.

(4) جرت العادة على ترجمة التعبير الإنجليزي The supremacy of the law بالتعبير الفرنسي La suprematie de la loi وبالتعبير العربي سمو التشريع المكتوب والمصطلح الإنجليزي أكثر غنى من المصطلح الفرنسي حيث تحتوي كلمة law على معنى مختلط قد يؤثر في الترجمة عن اللغة الإنجليزية فكلمة law تتصل في نفس الوقت بكلمتي loi في اللغة الفرنسية .

وسمو القانون وفي هذا العصر الحالي تجد نفسها مؤسسة في هذه الصيغة الأخرى سيادة البرلمان والتي كتب عنها Dicey انها من وجهة النظر القانونية فهي تمثل الصفة المسيطرة على كل المؤسسات السياسية في إنجلترا<sup>1</sup>.

ويستند Dicey الى تعليقات وبلاكستون حيث يرى وبلاكستون ان كلا المبدئين أصبحا مبدأ واحد وهذا على عكس ما كان سائدا في الماضي فحينما بدا رجال القانون في إنجلترا في استعمال تعبير سمو القانون كانوا يقصدون به معنى آخر في هذا الوقت كانت كلمة law تعكس كلمة jus اللاتينية أي القانون وليس كلمة lex أي التشريع المكتوب أي القانون من حيث الأفكار الدينية والفلسفية التي يستلمها والذي نسميه اليوم القانون الطبيعي او القانون العقلي او القانون المثالي وكذلك من حيث تطبيقاته الوضعية فكلمة قانون في هذا العصر كانت تشمل الأفكار والتطبيقات وهذه الأفكار والتطبيقات السائدة في إنجلترا في القرنين الخامس والسادس عشر كان القانون القضائي العام common law هو التعبير الحقيقي عنها .

ومعنى ذلك هو ان الصيغة الإنجليزية The supremacy of the law كانت تعني في الحقيقة سمو القانون القضائي العام The supremacy of common law ولكن بمرور الوقت تحولت الصياغة لتعني سمو التشريع المكتوب supremacy of Statute law وإذا لاحظنا ان هذه الصيغة نتجت من خلال فقه محاكم القانون القضائي العام فاننا نستطيع معرفة سر التقاليد الإنجليزية في هذا الخصوص فخلال القرن السادس عشر تعرض القانون القضائي العام الى مرحلة إضمحلال كانت ستؤدي الى اختفائه فالمبالغة في شكلية الإجراءات أدت الى هروب المتقاضيين وبالتالي وجود فراغ قانوني أمام محاكم وست منستر القانون القضائي العام

(1) انظر:

Dicey, Introduction to the study of the law of constitution, Chap. I ( the nature of parliamentary sovereignty ),  
مشار إليها في: H,LEVY- Ullmann, op. cit. ;, p.360,Note(1).

أما المحاكم المنافسة مثل محاكم المستشار والمجلس الخاص بالملك فقد كانت تستعمل القانون الروماني الكنسي وكانت تستعمل مبادئ العدالة ولذلك تفوقت على محاكم القانون القضائي العام وأمام موقف الضعف التي وجدت المحاكم نفسها فيه اتجهت للتحالف مع البرلمان<sup>1</sup> وبناء على هذا التحالف توحد قضاء القانون القضائي العام مع البرلمانين ضد التاج أي في مواجهة الملك

وقد استطاع البرلمان إنتزاع سلطات التاج في القرن السابع عشر وقد اتجه رجال القانون القضائي العام الى تمجيد سلطات البرلمان واهم هذه السلطات هي السلطة التشريعية وكانت المعركة بين الملك والبرلمان تتعلق بالقيمة القانونية للأوامر الملكية وكذلك بتصويت المجالس بعد المناقشة، لذلك يؤكد براكون على ان التشريع اعلى من الملك وبالتالي فهو لا يسمح بوجود منشور ملكي متناقض مع قانون المملكة ومع الميثاق الكبير ففي مواجهة التاج تم التمسك بتقاليد القانون القضائي العام وتقويتها كما يقول العميد باوند وقد كان فقه سمو القانون هو السلاح الرئيسي الذي تم استعماله من جانب القانون القضائي العام في الصراع الكبير الذي شهده القرن السابع عشر .

ونتج عن سيادة فقه سمو التشريع بصورة نهائية المبادئ في تاريخ القانون الإنجليزي فاذا كان هذا سمو يرتبط بأعمال البرلمان كنتيجة لأحداث السياسية فان ذلك يرجع لكون هذا التشريع صادر عن البرلمان وليس لكونه قانونا مكتوبا وبالنظر الى تطور قاعدة السابقة القضائية في كندا سنجده أسرع بكثير من بريطانيا لأنه أقل إضطرابا ومن الناحية القانونية فمن الثابت ان كندا كانت لا تقود الاتجاهات القضائية فقد كانت نكتفي بإعادة انتاج القانون القضائي العام الإنجليزي حتى أن النقاش حول تأسيس قاعدة السابقة قد تم في بدايته سواء في إنجلترا أو في الولايات المتحدة الأمريكية ثم أنتقل بعد ذلك إلى كندا.

وقد تم إعادة النظر في فكرة الإحترام لفقه قاعدة السابقة في كندا في الوقت الحالي ويعتبر عن وجهة النظر المعاصرة القاضي ديكسون وذلك في قضية<sup>2</sup> ففي

---

(1) W.S. Holdsworth , A History .....OP.CIT., t,II, P 430ar.d n.  
(2) راجع قضية Attorney general for the province of Ontario ضد Fatehi (1984) 2R.C.S.536.

هذا الحكم يشير القاضي ديكسون الى أربعة عوامل تمثل نوعاً من الظروف القهرية التي تعطي للمحكمة الحق في تجنب تطبيق قاع قاعدة السابقة والظاهر أن الولايات المتحدة الأمريكية اختلفت حالة قاعدة السابقة عن حالها في النظم الإنجليزية الأخرى وهناك عدة عوامل أدت إلى هذا الاختلاف ففي المقام فان استقبال القانون البريطاني في الولايات المتحدة الأمريكية كان قد حدث قبل التحول الى التطبيق الصارم لقاعدة السابقة في إنجلترا وامن جهة أخرى فحينما حدث الانفصال بين إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية تطور القضاء الأمريكي بصورة منفصلة عن القضاء الإنجليزي.

فالقضائي الأمريكي يعتمد طريقة أخرى في النظر الى تطبيق قاعدة السابقة ترتبط بمرونتها وترتبط كذلك بالتبرير الخارجي للأحكام (الإعتماد على تبرير الحكم عن طريق الظروف وليس التبرير الداخلي المنطق القانوني الداخلي الإعتماد على السوابق)

نستدل مما سبق أن الأحداث السياسية في نظام الحكم عبر القرب التاريخي لدى الفقه الغربي لعبت دوراً كبيراً في ميلاد وتطور تاريخ السابقة القضائية، لو دققنا النظر منذ بداية الغزو النورماني وظهور القانون القضائي العام ثم قرارات مجلس اللوردات في إلزامها بالأحكام التي أصدرتها في الماضي مما دعي الى إصدار التشريعات الخاصة واتحدها مع محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام لتقرير مبدأ السابقة القضائية

وكذلك كان لدور فقهاء القانون دوراً كبيراً، ما بين مؤيد مثل وبلاكستون، ومعارض على مبدأ السابقة وتطبيقه بالرغم من أن من عارض مبدأ السوابق وأيد التشريع المكتوب وساعد على ظهور حركات إصلاحية أخطأ في توصيف مصدر القانون المكتوب مثل: بننام.

معنى ذلك أن السابقة لدى الفقه الغربي وليدة كل ما سلف فهي نتاج صراع كان قائم بين المحاكم المنافسة مثل محاكم المستشار والمجلس الخاص بالملك الذي كان يطبق القانون الروماني ومبادئ العدالة والقانون الكنسي ولذلك تفوقت على

محاكم القانون القضائي العام وأمام موقف الضعف الذي وجدت المحاكم نفسها فيه اتجهت للتحالف مع البرلمان في مواجهة التاج أي الملك وهكذا فقد أصبح مبدأ سمو القانون يعكس معنى سمو البرلمان العموم.

والخلاصة نرى أن ظروف وجود السوابق وإعتمادها وسيرها كانت له أسبابه ، والتي منها الحاجة العاجلة لتحقيق توحيد الأحكام والمعرفة اليقينية للقواعد القانونية وتوحيد الجهود المبذولة ومن جهة أخرى فإن إصدار التشريعات الخاصة بدمج محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام استوجب تقرير مبدأ السابقة القضائية، والذي نراه بإنهاء هذه الأسباب تنتهي تأثير فرض وإلزام السابقة على الأحكام ولا يبقى منها الا الإستتارة والإرشاد كما هو موجود الآن في الأنظمة المؤيدة لذلك والتي سيرد ذكرها بإذن الله تعالى.

## **المطلب الثاني**

### **السوابق القضائية في النظم**

#### **الأنجلوسكسونية - الأنجلوأمريكية<sup>١</sup>**

تعد السوابق القضائية أهم الدعامات القانونية في النظام الانجلوسكسوني<sup>٢</sup> فهي من المصادر الرسمية للقانون في دول القانون القضائي العام والتي لا غنى عنها مما أضفاها قوة الزامية ولذلك يحتم على القاضي عند النظر في الدعوى المرفوعة أمامه أن ينظر أولاً إلى السوابق القضائية في مثل هذه الدعوى ومن ثم يستنتج القاعدة القانونية الواجب تطبيقها في القضية المعروضة أمامه

---

(1) يشير معظم الفقهاء الذين تعرضوا لكتابة النظم القانونية الانجلوسكسونية باللغة الفرنسية إلى هذه الصعوبة أنظر على سبيل المثال:

J.Vanderlinden , Histoire de la :

COmmmon law , Quebec ,Canada , les editions Yvon Blais Inc ., 1996

Avant – propos : G. Rouhette , , Le genre de Common law Bruxeiies,

Bruyant, 1995, p. 311.

(2) القوانين الانجلوسكسونية، هي القوانين التي تحكم بريطانيا ودول التاج البريطاني، ولها نظام قضائي معين أما المحاكم البريطانية فهي تعتمد في اجتهادها على مصادر التشريع المستوحاة من القانون الروماني، والعدالة المطلقة، والسوابق القضائية

ويطلق على القاضي الملتزم بتطبيق القاعدة السابقة القضائية وصف القاضي التقليدي بمعنى أنه يحصر دوره في تفسير وتطبيق قواعد القانون التي صدرت عن المشرع أو التي أعلنتها المحاكم الأعلى<sup>١</sup>.

أما القاضي الذي لا يلتزم بتطبيق القاعدة السابقة فيطلق عليه وصف القاضي الثوري ، وتطبيقا لهذا النظام كل محكمة بصورة عامة ملزمة بإتباع السوابق المقررة من قبلها ومن قبل المحاكم الأعلى منها في التدرج<sup>٢</sup>.

والجدير بالذكر أن الفقيه الفرنسي Rene David ذكر بأن الشئ الجوهرى في المفهوم التقليدي الأنجلوسكسوني هو عدم الأخذ في الاعتبار الى النظر للتشريع بإعتباره طريقة عادية للتعبير عن القانون فهو وفقا لرأيه لا يستوجب تطبيقه إلا بعد ان يقوم القضاة بتطبيق التشريع ولكن القاعدة التي يحتويها التشريع سوف لا يسمح بها بصورة نهائية وسوف لا تمثل جزءا من النظام القانوني إلا بعد ان تكون قد طبقت بالفعل وتم تفسيرها عن طريق المحاكم عندئذ تصبح جزءا من النظام وذلك في الحدود التي رسمها التفسير القضائي لها<sup>٣</sup>.

فالمشاكل التي تعرض على المحاكم لا يتم الفصل فيها مباشرة على أساس النص التشريعي وإنما عن طريق تفسيره ولذلك فإن الأحكام المتضمنة للتفسير تمثل سوابق قضائية لا يمكن التغاضي عنها.

وشرع مصطلح السوابق القضائية في النظام الانجلوسكسونى لإعتماده على مصدر واحد للأحكام القانونية وهو القواعد القانونية العرفية غير المكتوبة Lex non scripta وذلك في مقابل القواعد القانونية التشريعية المكتوبة Lex scripta ولذلك يعدها المصدر الأساسي للأحكام وهذا بعكس التشريع الإسلامى والقانون اللاتينى

---

(1) راجع في ذلك قاعدة السابقة القضائية في النظم القانونية والانجلو أمريكية التطبيق المعاصر والأصول التاريخية " ص ٧٧-د. حسن عبد الحميد - الناشر دار النهضة العربية.

(2) الأستاذ مجيد حميد العنبي المدخل الى دراسة النظام القانوني الإنجليزى منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل العراقية بغداد ١٤١١هـ - ١٩٩٠م ص ٤٤.

(3) انظر: R. David et c. jauffret- Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.

ويرجع ذلك لكثرة وغنى مصادر التشريع الإسلامي والظروف السياسية التي سبق الإشارة إليها من قبل

والشاهد لأهمية السابقة القضائية في النظام الانجلوسكسوني ، انه على المحكمة أن تمتنع عن أي إصدار حكم جديد مخالف عن حكم سبق صدوره في واقعة مشابهة ويكون هذا الحكم كأنه نص قانوني ولا يمكن مخالفته إلا إذا صدر قانون جديد يعطي حكم مخالف تماما لما سبق وحكم القضاء به .

ويبدو أن أستعمال هذه الأحكام كالسوابق القضائية يعتمد أساسا على منهج القياس Analogie ومنهج الاستقراء Induction أي البرهان عن طريق الانتقال من الخاص إلى العام أو من الجزئي الكلي فالمبادئ القانونية العامة يتم إعلانها بداية من حالات خاصة.

ومن ثم تكتسب الأحكام الصادرة القوة الإلزامية إذا صدرت من المحكمة العليا في الدولة فعندئذ تلتزم جميع المحاكم على اختلاف درجاتها بمتابعتها في ذلك وعدم الخروج عليها فالأحكام التي تصدرها محكمة الاستئناف تعتبر سوابق قضائية ملزمة لجميع المحاكم الانجليزية بما فيها محكمة الإستئناف ، ولكنها لا تلزم مجلس اللوردات (الهيئة القضائية العليا) لأنه أعلى درجة منها ومن ثم فلا يمكن العدول عن هذا القضاء أو عن القاعدة التي أخذ بها إلا بسن قانون صريح يقضي بذلك ، أي إلا بإصدار نص تشريعي يلغي ما أتخذ من قرار وهذا النظام معمول به في دول القضاء الأنجلوسكسوني مثل بريطانيا المعروف بأسم ( Common Law ) والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا .

وجديراً بالذكر تختلف مكانة السابقة القضائية ما بين الفقه الغربي نفسه فمثلا في النظام الأمريكي<sup>1</sup> تختلف عن مكانتها في النظام الإنجليزي<sup>2</sup> ففي القانون

---

(1) راجع حول تفسير هذه القواعد - فالتبرير الخارجي عن طريق التفسير تمثل السوابق القضائية في النظام الانجلوأمريكي مصدرا من مصادر القانون

R.Alexy, A Theory of Legal Argumentation ....op. cit., p. 274

(2) يتجه القانون الإنجليزي من التركيز والاعتماد على قانون القضايا الذي يتكون منه نظرية السوابق القضائية وهذه القواعد قام القضاة من وضعها من خلال احكام مختلفة ودوريات قانونية مختلفة لفترة ما تقرب ٧٠٠ عام

الإنجليزي أعتبرها الفقهاء قاعدة قانون يجب أن يخضع لها قضاة محكمة أدني في التدرج القضائي من تلك التي قررتها اما في الولايات المتحدة الأمريكية فلم يتم معاملتها بهذا الشكل ولكن مع ذلك أعتبرت حجة لها قوة قاطعة.

ولذلك في النظام الإنجليزي القاضي مقيد بالسوابق القضائية إذا وجدت فهو لا يستطيع أن يتجاهل ما قرره السابقون حول تفسير التشريع لذلك إذا كان البرلمان أسمى من المحاكم فانه يرجع إلى قضاة مجلس اللوردات في إنجلترا وللمحاكم العليا تحديد تفسير التشريعات وإذا كان لا يوجد بين القانون المكتوب من ناحية ومجموعة الأحكام القضائية من ناحية أخرى تنافس او وجود مشترك في ظل النظام اللاتيني<sup>1</sup>.

خلاصة الأمر وجدنا أن المشرع وضع شرطا لا صباغ الشرعية على الأحكام القضائية الصادرة وهو ألا تكون مخالفة لسابقة قضائية صادرة من قبل وكذلك قرر أن العبرة في الأخذ بالسابقة القضائية بحكمة القرار وليس ألفاظه وصيغته<sup>2</sup> وكذلك لا تتقدم مع مرور الزمن الطويل

الناظر فيما سبق يجد انه كيف نخلع على حكم بالشرعية من عدمها لمجرد أنه مخالف لسابقة قضائية فهذا لا يجوز لأنه ربما لا يمكن عملياً تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، مالم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجياً مع الزمن ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة ينبغي أن تلغى بنفس الطريقة التي أنشأت منها مثل القانون وهذا بالطبع يصعب حدوثه من الناحية العملية أما بخصوص أن العبرة في الأخذ بالسابقة القضائية بحكمة القرار وليس ألفاظه وصيغته فهذا أمر يصعب التسليم به قانون لأنه قياسا عند وضع التقنين لابد من مراعاة عدم تحميل اللفظ أكثر من معني وهذا للوضوح وعدم اللبس وهذه من صفات التقنين فلا بد من وضوح الألفاظ شكلا وموضوعا.

(1) انظر: Boulanger, Jurisprudence, in : Encyclopedie Dalloz , Civ . III.  
دراسة السوابق القضائية من حيث الاسس و المفهوم و الفوائد <https://www.mohamah.net/law><sup>2</sup>

## المطلب الثالث

### السوابق القضائية في النظام اللاتيني<sup>١</sup>

تعد السلطة التشريعية هي المصدر للأحكام في النظام اللاتيني فهي الوحيدة المخولة لإصدار القوانين مثل القانون الفرنسي كما سبق الذكر وهي كالمبادئ القضائية لها قوة أدبية على القضاء ولكنها ليست ملزمة بأي حال من الأحوال كما هو في النظام المتبع للسوابق القضائية ويمكن لأي قاضي جزئي ان يخالفها ولا يؤخذ عليه في ذلك ويرجع السبب في ذلك الى النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي (Roman law)

وهو مجموعة القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأة روما حتى صدور مجموعات جستينيان في القرن السادس الميلادي<sup>٢</sup> وهو القانون الذي إنتقل إلى القانون الفرنسي من خلال تقنيات نابليون ١٨٠٤م والتي بدورها اقتبست في العديد من البلاد العربية والإسلامية مع بزوغ حركة تحديث وتغريب النظم القانونية والقضائية في البلاد العربية والإسلامية في القرن التاسع عشر<sup>٣</sup>. ويرجع السبب في أهمية القانون الروماني من الناحية القانونية في أنه قد أثر تأثيراً كبيراً في نشأة وتكوين الأفكار والنظم القانونية العالمية. فقد تميز الرومان

---

(1) ويسود هذا النظام القانوني في الدول التي تسير على نمط النظام القانوني السائد في فرنسا أساساً، ولاسيما من حيث تأثيرها بالتقنين المدني الذي صدر في عهد نابليون بونابرت سنة ١٨٠٤م، والذي يعدّ أول تقنين ظهر في العصر الحديث، ويتميز هذا النظام القانوني بخصائص معينة هي: التقنين والتأثر بالقانون الروماني والازدواج القضائي:

(2) انظر: صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م، ص٣،  
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.) , 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.

(3) راجع: تكوين النظام القانوني المصري الحديث (الروافد - الآليات - الآثار)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م

بالقدرة على التحليل والتصنيف والتنظير، وإستخلاص المبادئ العامة وأستنباطها، ويعتبر القانون الروماني أفضل ما ورثه العالم الحديث من العالم القديم<sup>١</sup>، ومن ثم الأمر الذي ساهم في تكوين الشريعة القانونية اللاتينية وفي أعتقادنا ان هذا الغنى في التشريعات من أهم الأسباب التي أستغنت عن اللجوء للسوابق القضائية.

ولقد لعب القانون الفرنسي<sup>٢</sup> بإعتباره أهم القوانين المكونة للنظام القانوني اللاتيني دوراً كبيراً في نشر القانون الروماني، وبالتالي النظام القانوني اللاتيني في العالم الحديث.

وصار التشريع هو المصدر الأول والأساسي للقانون في فرنسا وفي الدول التي تتبنى النظام القانوني اللاتيني الفرنسي. ولكن ليس معنى هذا أن العرف لم يعد له مكانة؛ بل مازال يلعب دوراً أساسياً، فهو المصدر الثاني للقانون في الكثير من الدول وهو الأمر الذي حصر دور السوابق القضائية في التتوير والإسترشاد فقط فقانون القضايا لا يعد مصدراً في القانون الفرنسي نظراً لعدم إلزام القاضي في الأستعانة به وتقتصر مهمة القاضي في تطبيق القاعدة القانونية.

ولم يرد في التقنين المدني الفرنسي أي نص يعترف للعرف بسلطة سد النقص في التشريع ولا أي نص يمنع نشوء عرف مخالف للتشريع وإنما وردت فيه

---

(1) راجع: عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، دار المعارف، ط ٣، ١٩٥٩م، ص ٣ وما بعدها. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة، ١٩٦١م، ص ٤. احمد إبراهيم حسن: تاريخ القانون المصري، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٣. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، الإسكندرية ١٩٦٣م، ص ٧.

(2) حيث لعب القانون الفرنسي دوراً وسيطاً بين القانون الروماني والقوانين الحديثة، حيث اقتبس القانون الفرنسي القانون الروماني، وتم اقتباس القانون الفرنسي في العديد من الدول الحديثة. ولذا فيعد القانون الروماني مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين العالمية وخصوصاً القوانين المأخوذة من النظام القانوني الفرنسي، حيث إنه يشكل مصدراً تاريخياً للعديد من النظم القانونية الفرنسية.

ولقد عبّر البعض عن العلاقة الوثيقة بين القانون الروماني والقانون الفرنسي حيث قال :انظر

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.

نصوص كثيرة تحيل على العادات في أحوال خاصة أي أنها تجعل العرف معاوناً للتشريع<sup>١</sup>.

مما أدت هذه التقنيات إلى سمو التشريع كمصدر للقانون، وهو الأمر الذي يمثل مرتكزا أساسيا من مرتكزات النظام القانوني اللاتيني. ولقد نتج عن هذا التقديس ظهور مدرسة كبيرة في الفقه أطلق عليها مدرسة الشرح على المتون (L'ecole d'exegese) ولقد قسمت هذه المدرسة التقنين المدني الفرنسي على اعتبار أنه أول عمل تشريعي ضخم تولته دولة في العصر الحديث<sup>٢</sup>. يعتمد النظام القانون المدني الفرنسي على التقنين المكتوب كمصدر رئيسي من مصادر القانون ومن ثم كمصدر من مصادر الحكم القضائي وهذا يعني عدم الأعتاد على السوابق القضائية كمصدر رسمي وهذا ما جاء في نص المادة " ٥ " من القانون المدني الفرنسي " تمنع من أن تصدر أحكاما عامة لائحية<sup>٣</sup> لذا تعد السوابق مصدرا تفسيريا من مصادر القانون إذا مهمة القاضي تتحصر فقط في إستنباط الأحكام من نصوص القانون الموجودة في متونه المشرع وعندما يكون نص القانون واضحا تسهل مهمة القاضي إلى حد بعيد ولكن نصوص القانون ليست كلها واضحة بحيث لا يحتمل إختلاف الرأي بشأنها<sup>٤</sup> كما تمنعه من وضع قواعد عامة للقرار يجوز لمحاكم الاستئناف الغاء قرار اعتمد بصفة مطلقة على قرار سابق لأفتقاره السند القانوني .

(1) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٤٠٣ وما بعدها/ سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص ٢٩٢ مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج ١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨م، ص ٢١٧.

(2) فقد قال (Bugnet) (أنا لا أعرف القانون المدني، أنا أعرف فقط تقنين نابليون) وقال ديمولمب: (في ملتي واعتقادي أن النصوص قبل كل شيء) وقال لوران: (إن التقنين المدني صيغ في عبارات واضحة ومحددة تعطي أساسا ثابتا ومحددا) انظر: ، بيل 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، ص ٩٦؛ انظر: سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص ٧٤٩.

(3) د/ مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ج ١ ، بغداد ، ١٩٧٢ .

(4) د/ عبد الرحمن البزار ، أصول القانون ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٥٨ ، ص ١٥٠

ومن الثابت أن التقنين المدني الفرنسي يعتبر أهم التقنيات التي أدت إلى نشر النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي إلى العالم الحديث، فالتقنين المدني الفرنسي الذي صدر عام ١٨٠٤م، بالإضافة إلى أصوله القانونية الرومانية، فهو كما قيل عنه:

خلاصة الحقبة التقليدية للأفكار القانونية للقرن الثامن عشر<sup>١</sup> كما تضمن القانون المدني والجنائي والقوانين الأخرى خاصية الشمول لكل ما تحتاجه المحاكم العادية والأصل في هذا النظام ان القاضي يقتصر على تطبيق القانون فقط، وليست مهمته ان يقوم بسن القوانين كما ان الأحكام غير ملزمة إلا في حدود النزاع الذي صدرت فيه، فهي ليست متعدية ولا يجوز الإحتجاج بالقياس عليها حتى من قبل ذات القاضي الذي أصدرها.

فله أن يغير أجهاده متى شاء، ومن باب أولى فإن قضائه ليس ملزماً لأي قاضٍ آخر أو محكمة أخرى<sup>٢</sup> وسبب هذا الإتجاه في القانون الفرنسي مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به فرنسا وجعلته مبدأ أساسياً في الفصل بين السلطات الثلاثة لذلك لا يجوز للسلطة القضائية التدخل في أعمال السلطة التشريعية.

وهذا النظام معمول به في الدول التي تعمل بالنظام الروماني أو اللاتيني مثل أحكام محكمة النقض في مصر وإيطاليا وبلجيكا وروسيا وألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ولبنان والقانون الفرنسي الذي يحرم بشكل صريح على المحاكم أن تصدر أحكاماً عامة لها صفة تنظيمية لائحية لتطبق في القضايا المماثلة مستقبلاً وترتيباً على ما سبق، فقد تم إعتبار التشريع هو المصدر الأول والأساسي للقانون، وأما المصادر الأخرى كالعرف فهو في المرحلة الثانية لا يجوز الرجوع

---

(٦٥) 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، ص ٩٦.

(2) ذلك فإن المحاكم قد درجت على مسايرة محكمة النقض العليا في أحكامها ومبادئها التي تقرها وتتابعها عليها ضمناً، وذلك خشية من أن تتعرض أحكامها هي أيضاً للنقض، فتكون بمثابة سلطة إلزام غير مباشرة.

إليها إلا إذا انتفي النص التشريعي، وهو أمر نادر الحدوث؛ نظرا لكمال النظام القانوني الوضعي.

ووفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨م نجد أن المصدر الأول للقانون هو التشريع. حيث جاء النص على النحو التالي:

١/١) (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).

٢/١) (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

وذهب رأى<sup>١</sup> إلى أنه تماشيا مع التطور الحديث وعدم الجمود مع القوانين التي وضعت في القرن التاسع عشر ونحن نؤيدهم الرأي بأنه مع الدور الحيوي في تطوير القاعدة القانونية من خلال الدور التفسيري الذي يقوم به عند تطبيقه للنصوص القانونية التي تتكون من القواعد العامة المجردة على القضايا المعروضة أمام القضاء.

والخلاصة من خلال عرض النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني وجدنا أن هناك تباين كبير بينهما، فالسوابق القضائية المستمدة من عمل القضاء في النظام الانجلوسكسوني تحتم على القاضي ألا يمتنع عن إصدار أي حكم مختلف عن حكم سبق صدوره بالفعل في قضية شبيهة وبدون اي اتحاد في الخصوم او في الواقعة المنشئة للحكم، ولو دققنا النظر في وضع السوابق القضائية في النظام الإداري لوجدنا أنها تعد المصدر الثاني لقواعد القانون الإداري بعد التشريع في دول القضاء الموحد مثل فلسطين وإنجلترا وذلك إعمالا لمبدأ (لا أجتهد أمام صراحة النص) .

---

(1) هنري كابيتان ، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام ترجمة عباس الصراف منشور في مجلة القضاء العدد ٢ مارس ونيسان ١٩٥٧ ص ٢١٥ نقلا عن كتاب دور الحاكم المدني في الاثبات للأستاذ الدكتور ادم وهيب الندوي ط١ الدار الغربية للطباعة والنشر بغداد ١٩٧٦ ، ص ١٤.

وخلاصة القول نجد أن السوابق القضائية في الدول الأنجلو سكسونية تحتل المصدر الثاني للتشريع بعد القانون ولاسيما في بعض الأحيان تكون هي النبتة الأولى للقاعدة القانونية خاصة في الامور التي سكت عنها المشرع في تلك الدول. أما السوابق القضائية في النظام اللاتيني والتي تعد كمبادئ قانونية عامة يستند عليها القاضي إذا دعت الحاجة لذلك، في حين تعد المصدر الثالث لقواعد القانون الإداري بعد التشريع والعرف في دول القضاء المزدوج مثل مصر وفرنسا، بالإضافة الى ان هذا النظام يتعامل مع السوابق القضائية على وجه الاسترشاد والتتوير للقاضي يلجأ له إذا اقتضى الأمر بغير إلزام وليس على أنها قانون واجب التطبيق والشاهد في الموضوع أقتصار القضاء أو المحكمة فقط على التقاضي وليس إبتكاراً للأحكام وخلق سوابق جديدة.

ومن ثم إذا كانت محكمة النقض وهي أعلى محكمة مدنية وجنائية في النظام اللاتيني لا تنتظر إلى الوقائع المقدمة أمامها وإنما يقتصر دورها على مراقبة التطبيق السليم لسير الدعوى وطريقة تفسير الحكم وإذا وجدت محكمة النقض خطأ في تطبيق أو تفسير الحكم لا تبطله او تلغيه وانما تحيله لينظر فيه مجدد المحكمة التي أصدرته فما بالك بسن القانون نفسه ، أو بحث حكم شرعي على قضية مطروحة أمام القاضي خلا نص القانون من وجود حكم فيه .... فلا بد من ان يحيل القاضي القضية عند خلو النص إلى مختصيه أي اللجنة التشريعية لإستقراء السند الشرعي وخاصة ان شريعتنا صالحة لكل زمان ومكان ولأن القاضي وظيفته تطبيق القانون وليس سنه وإبتكار سوابق جديدة.

نؤيد النظام اللاتيني المبني على أصول وقواعد تاريخية خضعت للتطور التدريجي حتى وصلت إلى تشريع غنى بمصادرة والتي لا تبعد عن مصادر الشريعة الإسلامية حيث نري أنه الأقرب إلى نظام الفقه الإسلامية لغنى مصدريته لأننا في العصر الذي نشهده الآن نحتاج الى والوجهة الواحدة لنوافذ أستخراج الأحكام

وإذا كان باب الأجتهد أغلق في عهد الصحابة رضوان الله عليهم فهل من الصالح أن نفتحه الآن في ظل الظروف والتوترات الحالية أنا لا أتمسك بالجمود

والوقوف حجر عثرة أمام النوازل الحديثة وكيفية وجود حلول لها ولكن مصادر الشريعة الإسلامية مليئة بكل الاحكام وأعتقد أنه لا نازلة إلا ولها حكم في الشرع لقول الله تعالى **يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ الْغَفُورُ**<sup>١</sup> دلالة على شمول القرآن في ذلك .

## المبحث الثاني

### السوابق القضائية في الفقه الإسلامي

#### مقدمة

مما لا شك فيه تعد مصادر القضاء الإسلامي من أروع النظم المكتوبة والمدونة في القضاء وهذا بسبب مصادرها الشرعية المستمدة من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم مما جعلها صالحا لكل زمان ومكان، تسليما لقول الله وتعالى **يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ الْغَفُورُ**<sup>٢</sup>.

هذا وقد إتصف القضاء الإسلامي بصفة الشمول التي جعلته لم يقتصر على معالجة قضايا المسلمين فحسب بل عالج كذلك قضايا أهل الذمة من أصحاب الديانات السماوية الأخرى، إذ أجاز لهم أن يترافعوا في المحاكم الإسلامية، والتي تحكم لهم وفق القوانين الإسلامية، لا وفق قوانينهم إن أرادوا أن يترافعوا فيها<sup>٣</sup> لذلك إشتراط في القاضي أن يكون مسلماً لكي يكون عالماً بمصادر الشريعة الإسلامية.

(1) سورة سبأ: الآية ٢.

(2) سورة سبأ: الآية ٢

(3) أَلْغَامِي : واتفق محمد نذير « النظام القضائي في الإسلام » دراسات اسلامية العدد الثالث السنة الأولى

سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م ، ص ١١

(4) وذلك لأن القضاء ولاية ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم وقد اجمع الفقهاء على ذلك لقول تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا} ثم إن القاضي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية وهي دين، وتطبيق الدين يحتاج إلى الامام به وبمصادره وبالعلم بأصوله وقواعده ، ولا يتأتى ذلك من غير المسلم . أما تولية القضاء لغير المسلم على غير المسلمين، فلم يؤيدها جمهور الفقهاء لاشتراط الإسلام عندهم بخلاف الحنفية ذهبوا إلى جواز تقليد الذمي وهو غير مسلم القضاء على أهل الذمة وعللوا ذلك بأن أهلية القضاء كأهلية الشهادة والذمي من أهل الشهادة على الذميين وبالتالي فهو أهل لتولي القضاء عليهم.

ولم تخلوا الشريعة الإسلامية من أي نص فيه لخدمة أي قضية ومعالجتها وفق أهدافه في تحقيق العدل والإنصاف<sup>١</sup> وكذلك أدت وحدة مصادر القضاء الإسلامي الى توحيد القوانين في دول العالم الإسلامي والتي اقتبسها منا الغرب ويظهر هذا في القانون المقارن من خلال أوجه التشابه بين قواعد الفقه الإسلامي وقواعد نظم القانون الغربي الذي عرفه البعض (بالقانون العمومي) Common Law<sup>2</sup> والذي تطورت ترجمته كما ذكرناه.

### المطلب الأول

#### القواعد الحاكمة للسابقة القضائية في الفقه الإسلامي

##### الفرع الأول

**مدى إمكانية القاضي لأستقراء حكم جديد وصورة لأن يكون سابقة قضائية وما مدى إلزامه به**

لن نخوض كثيراً في هذه الشروط ولكن قصدت التعرض لها للبحث عن مدى إمكانية توافر الشروط والظروف على القاضي في عصرنا الحالي بالإمكانات التي كانت تتوفر في الصحابة رضوان الله عليهم في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ومن بعده، لكي يصبح القاضي مؤهلاً لإستخراج الحكم من مصادره وان خلى فعلية الاجتهاد، ومن ثم يقنن حكمه ويصبح سابقة يعتمد عليها فيما بعد للقضايا المشابهة.

(1) مخلص احمد أجده ، النظام القضائي في الإسلام، مجلة رسالة التقريب المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية العدد العاشر، الدورة الثالثة شوال ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م مصر ١٧١.

(2) انظر: في تعبير (القانون العمومي) كترجمة لمصطلح الـ (Common Law) عن (قاعدة إلزامية السابقة القضائية وأولها في القانون الإنجليزي الحديث) بحث للدكتور / برهام عطاالله / مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية - السنة الخامسة عشرة ١ (١٩٧٠م) العدد الأول ص ١٣٩. وانظر في تاريخ تكوين القانون الإنجليزي:

Sir Frederick Pollok and Frederic William Ma  
itland, 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

الأمر الذي يجعلنا نبرز الفرق بين الإجتهد الفقهي<sup>1</sup> والقضائي المتمثل في السابقة القضائية الإجتهد الفقهي هو تنظيري، أما القضائي فهو تطبيقي يقوم على الأول بالإضافة إلى أن الإجتهد الفقهي يتطلب تبحراً في أصول التشريع واللغة أما القضائي فلا يتطلب سوى معرفة بالأدلة وأصول المحاكمات والأحكام التي أقرها المجتهدون التشريعيون.

ولا يفوتنا انه أحيانا يكون الاجتهاد القضائي فقها في المحاكم التشريعية كان يكون إجتهد فقهي فرعي يتطلب معرفة الأدلة لمقارنتها ولكن ليس تبحراً أو استقصاءك وتفسيرا للنصوص كما يتطلب معرفة قانونية أو ما يسمى فقه الواقع. ومن ثم فالاجتهاد ليس حكم للكافة وإما يلتزم به المجتهد نفسه والشاهد في ذلك قضاء السابقين وحرص السلف على الاعتداد بها والنظر فيها كما قال الصحابة 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"<sup>2</sup>

ولا شك في عدم وجود خلاف بين الفقهاء على أن القضاء، فرض كفاية ودليل ذلك قول الله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"<sup>3</sup>

(٧٥) أن الأجتهد في الشريعة الإسلامية هو بذل الجهد في إدراك الأحكام الشرعية من أدلتها المقررة شرعاً، أو هو عملية استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة، أو استنفاد الطاقة

للوصول إلى الحكم من مصدره الشرعي

(2) رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبد القادر الانرناوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠) : واسناده صحيح.

(3) سورة النساء الآية ١٣٥.

بمعنى أنه إذا قام به البعض سقط الوجوب عن الباقيين لذا كان تولي القضاء واجبا تطبيقا للقاعدة الفقهية (إن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) و لكى يعتد بحكم القاضي في السابقة القضائية لابد من إسناده على مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ليكون دليل مشروعيتها كنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة التي وإن خلا وجب الرجوع إلى أجتهد الرأي أو إستنباط الحكم من المذاهب التي يرجع إليها القاضي في حالات خاصة ويؤكد ذلك ما ورد عن مشروعية القضاء في القرآن الكريم من آيات كثيرة منها قوله تعالى : { فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا }<sup>١</sup>

ويؤكد ما سلف ذكره أهتمام رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالقضاء منذ الأيام الأولى لبناء الدولة الإسلامية وكان هو المسئول عن الفصل في المنازعات والخصومات فكان يقضي بينهم من كتاب الله عز وجل ومن الأحاديث النبوية الشريفة ومن أمثلة قضاء رسول الله ص عندما أمر أحد الصحابة بتطبيق زوجته وجاء ذلك في صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس قالت لرسول الله -صلى الله عليه وسلم

"يا رسول الله، زوجي ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام -أي: أكره عدم الوفاء بحقه لبغضي له -فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم (أتردّين عليه حديثه)، وهي المهر الذي أمهرها، فقالت: نعم، قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم -ثابت: إقبل الحديقة، وطلّقها تطليقة.

وتعتبر حبيبة بنت سهل الأنصاري زوجة ثابت بن قيس بن شماس، أول حالة خلع في الإسلام، وهكذا كان قضاء رسول الله وتوارثه عنه الصحابة رضوان الله عليهم وأصبح هو القانون الواجب تطبيقه فيما جاء به الإسلام وما شمله من قواعد قضائية مبنية علي أساس العدل والإنصاف.

ففي بعض الأحيان كان حكم الرسول صلى الله عليه وسلم اجتهاداً لا وحيًا. في حين نجد أن معظم آيات الاحكام في القرآن الكريم التي نزلت عليه صلى الله

(1) سورة النساء الآية ٦٥.

عليه وسلم كانت جواباً لحوادث وقعت للمسلمين نتيجة أسئلة وجهت، إما من المشركين أو من المؤمنين مثل قوله تعالى (يسألونك) أو (يستفتونك)

ولكن مع فتوحات الدولة الإسلامية وانتشار المسلمين وازدياد الحوادث أدى ذلك إلى توسع إختصاص الفصل في الأحكام الشرعية، فكان لبعض الصحابة الذين بعثهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صفة الحكم والقضاء فكانوا يحكمون في القرآن الكريم وأن خلا النص فبسنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- التي وردت من خلال أحاديث كثيرة منها ما رواه عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"<sup>1</sup>

وكذلك وما روي عن أم سلمة رضي الله عنها قولها: أختصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجالان من الأنصار في مواريث متقادمة فقضى الرسول بينهما في بيتي.

وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا حسد إلا في أثنين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق ورجل آتاه الله حكمة فهو يقضي بها ويعلمها".

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه قال إن رسول الله قضى بيمين وشاهد فإنه ولي لبعض الصحابة إمامة القضاء بين الناس في حياته ومنهم الإمام علي بن ابي طالب والخليفة عمر بن الخطاب ومعاذ بن جبل وعتاب اسيد رضي الله عنهم وأمضى حكمهم وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس وظهر الإجماع في زمن الخلفاء الراشدين.

لذلك لم يقتصر أهتمام ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالحكم والفصل في المنازعات بل أهتم بتعليم كثيرا من جمهور فقهاء الصحابة الأحكام القضائية لكي يجعلوا منها زادا يستفيد به خلف القضاة من سلفهم والذي نريد أن نشير إليه، لم يكن كل الصحابة مجتهدون بل كان الإجتهد مختصا بفقهاء علماء الصحابة لما له من

---

(1) رواه ابو داوود في سننه ، كتاب الاقضية ، باب في القاضي يخطئ ، ٥/٤ سنن ابي داوود، بتعليق عزت الدعاس وعادل السيد ، دار الحديث بيروت

أهمية ومواصفات<sup>١</sup> يجب توفرها في المجتهد والتي كان يقيمها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصحابي كما يراه هو.

كان يكون مطلعاً على أحكام من قبله من القضاة بصيراً بها قال الشيخ: محمد بن إبراهيم آل الشيخ (ت: ١٣٨٩هـ): ليستضيء بها وبينى عليها.<sup>٢</sup> والإجتهد في درك أحكام العمليات الشرعية الظنية مظهرٌ يتطلب وجوب الأتباع " ثُمَّ جَعَلْنَا عَلَى شَرِيعةٍ مِنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا. . . " <sup>٣</sup> ويقتضي عموم الشريعة، وشمولها، وكمالها، ودلالة نصوصها على جمهور الحوادث ومستجداتها. فلا يلزم إذاً؛ أن يكون الحديث عن الاجتهاد مجرد ردة فعل للتقليد. . . فالصحابية وتابعوهم فيهم مجتهدون. والأئمة الأربعة مجتهدون، وكذلك بعض أصحابهم، وبعض أتباع مذاهبيهم.

ويلي الإجتهد في المرتبة القياس أي قياس واقعة وأمر معين بواقعة أخرى مشابهة في الحكم الشرعي، للتشابه بينها في السبب والقرب من الحق، فالقاضي ينظر إلى الحالة التي عليها القضاء فيها فإذا لم يجد نصاً لها، لا في القرآن ولا في السنة النبوية الشريفة يحاول أن يبحث عن حالة مشابهة لها في القرآن والسنة ويحكم رأيه ويصدر قراره، وهذا المصدر أخذت به المذاهب الأربعة عدا المذهب الأمامي

---

(1) مثل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه بعثه الى اليمن وأوكل إليه مهمة القضاء وقال له إذا احضر إليك الخصمان فلا تقضي لأحدهما حتى تسمع كلام الآخر وكذلك معاذ بن جبل : رضي الله عنه عهد إليه مهمة القضاء وقال له النبي: صلى الله عليه وسلم كيف تقضي إذا عرض لك القضاء قال معاذ : (اقضي بكتاب الله ، قال الرسول فإذا لم تجد قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم فإذا لم تجد، قال (اجتهد رأي ولا ألو، فقال النبي صلى الله عليه وسلم) الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضيه ومن الصحابة الذين مهد لهم الرسول صلى الله عليه وسلم ليحكموا في بعض الأحيان الخصومات والمنازعات بحضوره هم؛ عتاب بن أسيد وهو من كبار الصحابة استخلفه الرسول صلى الله عليه وسلم على مكة المكرمة بعد الفتح واليا وقاضياً . وكذلك الخليفة عمر بن الخطاب، والصحابي معقل بن يسار والصحابي الجليل حذيفة بن اليمان العبسي وغيرهم من الصحابة كزيد بن ثابت الأنصاري وعبد الله بن مسعود ودحية الكلبي وأبي بن كعب وعقبة بن عامر وعبد بن عامر وعبد الرحمن بن عوف وآخرين غيرهم

(2) معين الحكام؛ لابن عبد الرقيق ٦٠٨/٢، الروض المربع ٥٢٤/٧ فتاوى ورسائل ٣٣٣/١٢.

(3) [الجائية: ١٨].

وهناك سؤال يطرح نفسه ما الحكمة في أقتصار القضاء على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعدم إسناد تسميه القاضي إلى أحد<sup>1</sup>.

نرى من وجهة السبب هو أن القضاء كان مهمة دينية مستقلة عن السياسة مبنية على إستخراج حكم من مصدر شرعي أي لها أدوات يجب ان يكون القاضي ملم بها لسلامة إستخراج حكم شرعي سليم وليست وظيفة يعد لها ولذلك إقتصرت فقط على الوالي لأنه هو نائب عن الرسول صلى الله عليه وسلم في صيانة شريعته ورعاية مصالح المسلمين.

لذا لم يرد في التاريخ الإسلامي ما يدل على أن الرسول عين شخصاً أختص بالقضاء كوظيفة منفصلة عن الحكم بين المسلمين في أي بلد من البلدان الإسلامية، وأما توليته للصحابة رضوان الله عليهم القضاء كانت ضمن الولاية العامة دون أن تنفصل عنها. فهل يتساوى القاضي بالمجتهد ووصل لمرحلة الاجتهاد في قياس سابقة قانونية على صدور حكم قضائي جديد

إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إختار من بين الصحابة وليس جميعهم المجتهدين أي الذي تتوافر فيه مقدرة الاجتهاد وشروطه كي يعلمهم الاجتهاد للفصل في الأحكام القضائية كي يجعلوا منها زادا يستفيد به خلف القضاة من سلفهم فما بالك بالقاضي اليوم هل هو مؤهل كالمجتهد الذي يمتلك علم الفقه وأصوله في جميع ميادين الحياة التي وردت في الشريعة الإسلامية والإجابة جاءت من خلال الطريق الذي سلكه رسول الله صلى الله عليه وسلم في عدم فصل مهنة القضاء عن الوالي باعتباره رجل دين وجعله مهمه دينية ولو كان رسول الله يريد أن يجعل مهنة القضاء مستقلة عن الوالي كان كلف بها شخص أخر وأسندها اليه .

لذا نرى أنه يشترط في القاضي للأعتداد بحكمه في السابقة القضائية أن يكون الحكم الصادر الذي أقتبسه من السابقة قضائية بنى على نص قانونيا مرجعته مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية وهذا الأقتباس لن يقدر عليه إلا الفقيه

---

(1) لم يرد في المصادر التاريخية ما يشير إلا إن الرسول عين شخصاً اختص بالقضاء بين المسلمين في أي بلد من البلدان الإسلامية وقيل في (الإصاية) وأما تولية الأمام علي بن ابي طالب القضاء في اليمن كانت تدخل ضمن الولاية العامة دون أن تنفصل عنها. وأما في المدينة فلم يتخذ رسول الله قاضيا

المتخصص الدارس للشريعة الإسلامية وعلومها والتي تتوافر فيه شروط المجتهد وليس القاضي الذي يقتصر دوره فقط على إستخراج الحكم من مواده التي استتبتها الفقيه من احكامها الشرعية لتطبيقه على قضية معروضة أمامه وليس أجتهد سابق شخصي منه وهذا نظراً لمراعاة مبدأ الأختصاص وأن حدث هذا من وجهة يكون تعدى على مبدأ الفصل بين السلطات لأن سن القانون أو تشريعه الذي يبني عليه الحكم الذي هو من إختصاص اللجنة التشريعية التي بها جميع الفئات من التخصصات المختلفة والتي تتعامل مع كل ما هو مستحدث من النوازل وهذا من خلال رجال الفقه المتخصصين في علوم القرآن والقانون.

وأخيراً وبناء على ما سبق وجدت إنه حتى ولو توافرت الشروط الواجب توافرها في القاضي لن تكون كفيلة بأن يأخذ القاضي بحكمة في سابقة قانونية لحكم قضية مشابهة جديدة لا يوجد حكم لها في نص قانوني وتعتبر كمتن من متون القانون.

### الفرع الثاني

#### الشروط الواجب توافرها في الحكم القضائي ليعتد به

#### كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي

من الشروط الواجب توافرها في إستخراج الحكم أن يكون مستقلاً للقضاء به <sup>1</sup> عن باقي السلطات، وهذا الذي انبثق منه اليوم مبدأ الفصل بين السلطات ومبنى على مصادر الشريعة الإسلامية ولا يكون هناك أي عوامل مؤثرة على المجتهد لإستخراج الحكم وتنفيذ ما أمر الله به، ومنع ما نهى عنه، لضمان إقامة الحق والعدل ناهيك على أن حكم استقلال القضاء هو الوجود.

إلا إذا كان الاستقلال مؤدياً إلى عدم إقامة العدل حقاً أو ظناً أو كان حكم قضاء القاضي مخالفاً للاختصاص؛ فيمنع حيال ذلك لتحقيق مقصد العدل الذي شرع لأجله القضاء ، وأدى إستقلال الحكم القضائي مع ثمره الإجتهد المستندة على أصول

---

(1) وهذا ما وجدناه فصل القضاء عن ولاية الولاية في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكذلك الاستقلال دون تدخل من أي جهة أو تأثير، قد عرف ذلك في عهد الخليفة هارون الرشيد، وجرى عليه العمل بعد ذلك

الأدلة الشرعية إلى ثقة وثبات الحكم لدى أطراف الدعوى وتيسير التوصل إلى إظهار الحق وإثباته وحتى لو أصدر القاضي حكماً في قضية ثم ظهر له أن هذا الحكم خطأ يتعين نقضه، قام هو بنقضه.

وكما أن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقض حكم نفسه فإن لغيره من القضاة أن ينقضوا أحكام غيرهم إذا رفعت إليهم هذه الأحكام أو إعادوا النظر من تلقاء أنفسهم كما لو نظر القاضي الجديد أحكام سلفه إلا أن نقض الحكم القضائي له شروط وضوابط تنظمه حتى لا يكون نافذه للفوضى فتنقض الأحكام من خلالها دون مبرر يقضى بذلك، وأهم هذه القواعد على سبيل المثال وليس الحصر

وكذلك من الشروط الواجب توافرها في الحكم ليعتد به كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي **تطبيق قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله**<sup>١</sup> على الحكم سواء كان مصدر الاجتهاد الثاني هو نفس القاضي الأول أو كان غيره، وذلك بهدف إستقرار الأحكام ووثوق الناس بها وإنهاء النزاعات وضياع الفرص على أصحاب النفوس الضعيفة الذين قد يحتاجون بالاجتهاد لنقض أحكامهم أو لنقض أحكام غيرهم لأغراض غير مشروعة.

وأرى إنه حتى في الحالة التي وردت على الإستثناء الوارد على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله وهي " الصور الأربعة المستثناة من قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " مفاد هذا الاستثناء هو مراعاة للمصلحة وهي المتبع في كل عصر أن إمام المسلمين له أن يحمي موضعاً من الأرض على سبيل المثال لمصالح المسلمين العامة لأن الإمام يرى أن هذا ليس من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وإنما هو عمل بالمصلحة التي يجب المصير معها أينما وجدت.

---

<sup>١</sup> الأشباه والنظائر عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ) - الناشر: دار الكتب العلمية - الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م - عدد الأجزاء: ١

وأرى ان الإستثناء<sup>١</sup> الوارد على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله ساعدت  
 الفقه الإسلامي على عدم إلزامية القاضي بالأخذ بمبدأ السابقة القضائية واقتصرت  
 على الأسترشاد والتتوير فقط على الرغم من أنني أرى ان قاعدة الإجتهد ينقض  
 بمثله أى الإستثناءات الأربعة الواردة والسابق ذكرها على قاعدة الإجتهد ينقض  
 بالإجتهد لم ينقض فيها الإجتهد الأول ولكن التغير جاء بهدف المصلحة وهذا على  
 ما يراه الإمام

ولذا عمل نظام القضاء في الإسلام على عدم تقييد القاضي بالأحكام القضائية  
 ولا إلزامه بها فإذا قضى في حكم معين بمسألة أجتهدية فإنه لا يتقيد به في القضايا  
 المشابهة للقضية الأولى فله أن يحكم فيها بحكم جديد إذا تغير اجتهاده في هذه  
 القضايا وبالتالي لا يجوز نقض حكم قديم بحجة صدور حكم الجديد تسليماً لتطبيق  
 القاعدة سالفة الذكر وأن واجه القاضي سبق في حكم واقعة تعد من النوازل الفقهية  
 الحديثة التي لم يسبق حكم فيها من قبل بشرط صحة مرجعيته من مصادرها  
 الشرعية ووضوح تعييدها بما ظهر في أسباب حكمها<sup>٢</sup> جعله مرجع يستضيء به من  
 بعده والشاهد في ذلك ما جاءت به السنة النبوية الشريفة

فعن 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

<sup>١</sup> ايضاح حول صور مستثناة من قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد -الخميس ٢ محرم ١٤٢٩ رقم الفتوى:  
 ١٠٣٤١٩ - التصنيف: أصول الفقه وقواعده  
 الأولى: للإمام الحي ولو أراد من بعده نقضه فله ذلك في الأصح لأنه للمصلحة وقد تتغير ومنع الإمام الاستثناء  
 وقال ليس مأخذ التجوير هذا ولكن حى الأول كان للمصلحة وهي المتبع في كل عصر.  
 الثانية: لو قسم في قسمة إخبار ثم قامت بينة بخلط القاسم أو حيفه نقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده فنقض  
 القسمة بقول مثله والمشهود به مجتهد فيه مشكك وقد استشكله صاحب المطلب لذلك.  
 الثالثة: إذا قوم المؤمن ثم أطلع على صفة زيادة أو نقص بطل تقويم الأول لكن هذا يُسببه نقض الاجتهاد  
 بالنص لا بالاجتهاد.

الرابعة: لو أقام الخارج بينة وحكم له بها وصارت الدار في يده ثم أقام الداخل بينة حكم له بها ونقض الحكم  
 الأول لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد هذا هو الأصح في الرافعي. وقال الهروي: في البشرف.  
 قال القاضي حسين: أشكلت علي هذه المسألة منذ ثيف وعشرين سنة، لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد،  
 وتردد جوابي، ثم استقر رأيي على أنه لا يُنقض

(2) توصيف الأفضية؛ للباحث ٤٤٢/١.

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<sup>1</sup>.

والشاهد في جعل القضاء بما سبقه من قضاء الصالحين مستنداً للحكم وقدمه على إجتهد الرأي أن المراجع الشرعية التي أشار إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت ثابتة وواضحة المعالم من حيث مرجعيتها على كتاب الله ثم سنة رسوله ثم قضاء الصالحون وأخيراً رأى الوالي ونعتقد بأنه لا يصح قياس قاضي اليوم على الوالي في عصر رسول الله أو العصور التي كانت قريبة منه لأن الولاية كانت مقتصرة على الصحابة رضوان الله عليهم وكان القضاء لا ينفصل عن الدين أي الوالي مهمته رعاية الدولة والدين.

وبالتالي نرى أنه لا يجوز التدليل بالحديث الشريف على صدور حكم القاضي بناء على رأيه أو أجهاده ومن ثم يصبح سابقة قضائية لما بعدها ولكن لا يمنع من أن يأخذ القاضي بالسابقة القضائية في المسائل الإجرائية أو الشكلية وليس في إستخراج الحكم المقتصر على أهل العلم كما سبق وأن بينا.

وأخيراً وجدت انه من الشروط الواجب توافرها كذلك في الحكم ليعتد به كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي **تسبب الأحكام القضائية**<sup>2</sup> وذلك من خلال أحكام، وقواعد الشريعة الإسلامية مرتكزاً للحكم القضائي الذي يُشترط توافرها فيه والتسبب نوعان<sup>3</sup> الأول التسبب الشرعي وهو بيان الحكم الكلي الشرعي في الواقعة ودليله من الكتاب والسنة، والإجماع وأقوال أهل العلم، ووجه الدلالة منه، وتفسيره عند الاقتضاء

(1) رواه النسائي ٢٣٠/٨، وهو برقم ٥٣٩٨، ٥٣٩٧، والبيهقي في السنة الكبرى ١١٥/١٠، قال عبد القادر

الارناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير (١٨٠/١٠): واسناده صحيح.

<sup>2</sup>تسبب الأحكام القضائية روح العدالة -د. سعد بن عبد القادر القويحي-www.al-

jazirah.com/2011/20110605/ar4.htm

<sup>3</sup>تسبب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية-تسبب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية-الدكتور

عبد الله بن محمد سعد آل خنين -عدد الأجزاء واحد-الطبعة الأولى سنة الإصدار: ١٤٣٠هـ -

٢٠٠٩م. دار النشر: دار التدمرية

والآخر التسبب الواقعي وهو بيان الواقعة المؤثرة في الحكم القضائي، وكيف ثبتت بوسائل الإقرار، وكيف جرى تطبيق النص الشرعي عليها؟

ان موضوع تسبب الأحكام القضائية يكتسب أهمية لا جدال فيها، بل لا يُمكن أن نتصور حكم القاضي دون تسبب؛ بالرغم من ان هناك اختلاف فقهي في حكمه فهو السبيل إلى الوصول إلى أحكام قضائية صائبة، والعمل على تلمس الأحكام الموافقة للقواعد والمبادئ الشرعية الحاكمة لها، كما أنها توضح حكم القاضي بما لا يدع مجالاً للتأويل أو الريبة لأنه يُبين صحة الحكم من عدمه، ومفيد للتدقيق، والإستئناف.

أرى أن الفقه عندما إشتراط تسبب الحكم أخرجنا من المآزق والأزمات التي نعيشها الآن في المحاكم وذلك على صعيد جميع الأطراف لأن عدم تسبب الأحكام القضائية، سبترتب عليه ضعف في صياغة الأحكام، والأعتراض، ومعرفة أسباب صدور الحكم. إذ هو وسيلة؛ للتحقق من عدالة الأحكام التي تصدر في حقهم لاسيما، وأن الواقع يشهد مع الأسف، أن معظم الأحكام القضائية لا تحتوي على تسبب في الوقت الحالي.

### الفرع الثالث

#### مدى إلزامية القاضي في الفقه الإسلامي بالسوابق القضائية عند إصدار الحكم

هناك رأيان<sup>٢</sup> حول إلزامية القاضي في الفقه الإسلامي بالسوابق القضائية في

الحكم؟

<sup>١</sup> اختلفوا في حكم تسبب الأحكام القضائية على قولين مشهورين، أحدهما: وجوب تسبب الأحكام، وهو قول لجماعة في المذاهب المتعددة الأربعة، وقول في مذهب الظاهرية، وقول لابن تيمية في بعض الروايات، وذهب إليه مفتي الديار السعودية سابقاً -الشيخ -محمد بن إبراهيم آل الشيخ. والآخر: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم: الشافعي، وأحمد، وابن تيمية، وابن القيم، بأنه سنة. وقد أوضح -القاضي -ناصر آل داوود، أن من قال: بسنية التسبب، لعله يريد الأحكام الظاهرة، التي لا يخفى علمها على ذوي الفطر السليمة؛ كمن ادعى على أحد بدين في ذمته، وجب أداؤه، وأقر المدعى عليه بالدين، وحلولة، وملاءته، فاقتصر الحاكم على الحكم عليه بلزوم السداد، دون تسبب للحكم؛ اكتفاء بما جاء في الدعوى، والجواب. وأما الغالبية العظمى من الأحكام، فلا بد من الاهتمام بذكر الأسباب، التي بنى عليها القاضي حكمه، وإلا كان مفراطاً في واجب، قد يأتي على الحكم بالإبطال، أو يوقف التنفيذ، أو بتعطيله زمناً، ولا قيمة لحكم لا نفاذ له.

<sup>٢</sup> مركز الدراسات القضائية التخصصي -نشرت في مجلة الإمامة العدد ١٩٢٠ د ناصر بن زيد ناصر بن داوود [cojss.com/article.php?a=37](http://cojss.com/article.php?a=37)

## الرأي الأول القائل بعدم التزام القاضي بالسوابق القضائية للأسباب الآتية: -

- إختلاف النوازل بأختلاف عادات وتقاليد كل بلد من الصعب تحديدها وضبطها بأحكام عامة مستتبطة من سوابق.
  - أنها ليست نصوصاً من كتاب أو سنة حتى يقال بأن السوابق القضائية واجبة الإلتزام، بل هي إجتهدات من الفقهاء الأوائل مبنية على إعتبرات واقعية مرتبطة بتلك الأزمنة وتلك الأماكن ودليل ذلك حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: " ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك هديت فيه لرشدك أن تراجع الحق.
  - وكذلك حكم عمر في مسألة إرث الإخوة لأب وتشريكهم مع الإخوة لأم، حيث حكم مرة بالتشريك ومرة بعدمه وقال: " تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم <sup>1</sup> ".
  - اتساع الدول وموقعها الجغرافي المتناثر عن بعضها، فلا يمكن للحاكم حتى لو أراد إلزام القضاة بأحكام عامة مستمدة من السوابق القضائية، أن يكون على دراية بكل ما يحيطه مما جرى عليه العمل في كل البلاد الأخرى لأنه أمر يستحيل تطبيقه من حيث الواقع العملي مع الأخذ في الأعتبار بوحدانية مصدر السوابق وهي الشريعة الإسلامية.
- الرأي الثاني المؤيد بالاستعانة بالسوابق القضائية:** التزام العمل بالسوابق هو أمر جائز شرعاً ما ذكرناه سابقاً من جريان العمل عليه عند فقهاء المالكية حيث قد أقروا هذا المبدأ وعملوا به وأنتشر ذلك واشتهر ولم ينكره أحد عليهم ومع ذلك فإن المذهب المالكي بالذات اختص بتقرير مبدأ يشابه مبدأ السوابق القضائية وهو مبدأ "ما جرى عليه العمل". الذي سيرد ذكره باذ الله تعالى في المطلب الثاني.

---

(1) أخرجه البيهقي ١٢٠/١٠، والدارمي ١٦٢/١، والدارقطني ٨٨/٤، وعبد الرزاق ٢٤٩/١٠، وابن أبي شيبه 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." رابط الموضوع:

وهو مجموع الأفضية التي حكم بها قضاة المالكية وجرت بها أعراف الناس وتعاملاتهم حتى وإن كانت مخالفة لما هو راجح من الأقوال في مذهب المالكية، ولأبي الوليد الباجي المالكي كتابه الشهير "فصول الأحكام" والذي عني فيه بجمع ما درج عليه القضاة من الأحكام والاعراف في أفضيتهم<sup>١</sup>.

وكذلك يدل على مشروعيته والأخذ به ما رواه عبدالرحمن بن يزيد عن عبدالله بن مسعود قوله: "من عرض له منكم قضاء بعد اليوم، فليقض بما في كتاب الله، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به رسول الله، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولا قضى به نبيه محمد صلوات الله وسلامه عليه، فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه ولا قضى به الصالحون، فليجتهد رأيه"<sup>٢</sup>.

والراجح لدينا أن الفقه الإسلامي 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 حلا له قد لا يتناسب مع تطبيقها اليوم وأن إلزام 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 فاسدا وهذا اسنادا لقاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله، وكذلك لمبدأ الفصل بين السلطات، وأيضا عملا مبدأ تسبيب الاحكام القضائية.

فإذا كانت السوابق القضائية أفضية نبوية شريفة في وقائع محددة تواترت إلينا من خلال الكتاب والسنة والإجماع<sup>٣</sup> فهي ملزمة لمن أصدر الحكم إذا عرضت عليه قضية مماثلة أو لغير من القضاة أو المحاكم سواء أن كانت عليا أو صغرى فبالرغم

---

(1) أحكام الفصول في أحكام الأصول / أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي تحقيق د عبد الله محمد الجبوري /

الطبعة الأولى ١٩٨٩-١٤٠٩ / الناشر مؤسسة الرسالة.

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

(3) العرف والعمل في المذهب المالكي ٣٦٥.

من مكانة السابقة مادام صح مأخذها وبما أن القاضي مطلع ومع ذلك فإن الأزام لا يمكن إلا إذا كان مسندها قطعي الثبوت وإلا كان غير ملزم.

## المطلب الثاني

### نظرية ما جرى به العمل عند الفقه المالكي

#### وتطبيقاتها وأنواعها وعلاقتها بالسوابق القضائية

بعد عرضنا لتعريف السابقة القضائية من جهة سوف نتطرق الى مدي إمكانية مطابقتها في التطبيق إلى ما جرى به العمل عند الفقه المالكي من جهة أخرى من حيث المعنى والمضمون والسبب في ذلك معرفة عما إذا كانوا يؤيدان الى وظيفة واحدة أو هل يتفقان من حيث المصدر وهل أستمراها الى هذا اليوم في القضاء يعد تطبيقا لمبدأ إزام الاخذ بالسوابق القضائية أم مجرد التتوير والأسترشاد وللإجابة سوف نتعرض إلى المقصود بما جرى به العمل عند المالكية في فرع أول ثم علاقة السابقة القضائية بما جرى به العمل في فرع ثاني موضحين من خلال بحثنا مثالا تطبيقيا للأخذ بنظرية ما جرى به العمل عند المالكية وهو شهادة اللفيف التي تعد وسيلة من وسائل الأثبات عند المالكية وما هي الآثار التي ترتبت عليها في العمل القضائي على الآتي ذكره.

## الفرع الأول

### المقصود بما جرى به العمل وعلاقته بمصطلح السوابق القضائية

يقصد بما جرى به العمل الأخذ بقول ضعيف أو شاذ، في مقابل الراجح، أو المشهور لمصلحة أو ضرورة، أو غير ذلك، أو هو أختيار قول ضعيف، والحكم والإفتاء به، وعمل القضاة والمفتين به لسبب يقتضي ذلك<sup>1</sup> وخصوه بمصطلح ما جرى به العمل.

إذا يفهم من التعريف السابق انه إجتهدا على مذهب معين والشاهد قول الإمام محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي و هذا مبني على أصول في المذهب المالكي ، فإذا

---

(1) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، للمرحوم عمر بن عبد الكريم الجيبي ص ٣٤٢، 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 .

كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع ، أو جلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسله ... فإذا زال الموجب عاد الحكم للمشهور ، لأن الحكم بالراجح ، ثم المشهور واجب .... وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح ، أو من قاض مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به ، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة ، وما هو مفسدة ، أو ذريعة إليها ، ويميز ما هو في رتبة الضروريات ، والحاجيات ، وما هو في رتبة التحسينات ... وعلى كل حال لا يقدر على نقد مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي ، أما من لم يبلغها ، فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلاً فالباب دونه مسدود<sup>1</sup>

وجديرًا بالذكر أن مالك رحمه الله كان إذا تعارضت لديه الأدلة في الأخذ بما جرى به العمل لجأ إلى ما جرى عليه العمل وقدمه بما صحبه عمل أهل المدينة<sup>2</sup>.

وقسم فقهاء المالكية ما جرى به العمل إلى العمل الخاص وهو الذي يقتصر على البيئة المكانية التي تطبق فيها الأحكام لمراعاة الأعراف داخل كل بلد كعمل قرطبة وعمل فاس وعمل أهل تونس . والعمل المطلق وهو الذي لا يرتبط بالعرف بل يكون أساسه الأوضاع العامة في البلاد إسناد ما جرى به العمل وضوابطه عند المالكية

### - وأشترطوا للأخذ على ما جرى به العمل الآتي: -

(1) ٤٠٦/٢ / وانظر كذلك الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، للفتية محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي ٤٠٦/٢، اعتنى به أيمن صالح شعبان، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

يقول الشيخ الحجوي : " فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل ، ويظن أنه حكم مؤبد بل هو مؤقت ، ما دامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور ، فإذا ذهبت رجع الحكم للمشهور.

(2) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في إطار المذهب المالكي -عبد السلام العسرى ١٨٣-مطبوعات وزارة الأوقاف بالمغرب ١٤١٧ / ١٩٩٦ م . فالفقهائ قاسوا هذا على هذا وقالوا: إذا تعارضت الأقوال يؤخذ بما صحبه عمل الفقهاء في البلد الذي جرى به العمل \* . أن من شروط عمل أهل المدينة استمرار العمل به من طرف أكثر الناس بمن فيهم فقهاء التابعين ، واستمرار أحد عناصر العرف ، وكذلك عمل الفقهاء كثيراً ما يعتمد على العرف.

• أكثر عمل أهل المدينة يكون من أفضية وفتاوى الصحابة والتابعين ، وهؤلاء أدرى بفهم النص وتطبيقه، وكذلك عمل الفقهاء يكون من أفضية وفتاوى العلماء ذوي أهلية الترجيح

- ١- صدور ما جرى به العمل من العلماء المقتدى<sup>١</sup> بهم مع معرفة كون من أجراه من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح،
- ٢- إثباته بشهادة العدول المتثبتين في المسائل الشرعية
- ٣- جريانه على القواعد الشرعية وإن كان شاذاً<sup>٢</sup>
- ٤- معرفة محلية جريانه عاما أو خاصا من البلدان
- ٥- معرفة السبب الذي من أجله عدلو عن المشهور إلى مقابله<sup>٣</sup>

نعتمد أن تطبيق مبدأ السوابق القضائية في عصرنا الراهن تباعا على ما جرى به العمل المعمول به لدى الفقه المالكي سيجعلنا أمام أحكام متغيرة قد يكون المبدأ الذي يعتد به اليوم لا يعتد به في الغد والذي قد يبنى عليه حكم اليوم لا يصلح إلى الغد والدليل على ذلك ما وصل إليه أهل تونس لمجرد تفكير الرأي العام في إياحة زواج المسلمة من غير المسلم وهذا تطبيقا للمادة رقم ٢٣ من الإعلان العالمي لحقوق الانسان والتي رفضتها الشريعة الإسلامية الأمر الذي نهى الشرع عنه وحبثهم في ذلك مساواة الرجل بالمرأة في مضمون المصلحة التي يعقدونها وهنا أرى أنه ضاعت المرجعية الشرعية وسط النداء لجلب المصلحة ولم يشترط المالكية لما جرى به العمل الإسناد إلى دليل خاص بل يكتفي مجرد قيامه على دعامة روح الشريعة ومقاصدها وقوانينها والتي هي بمثابة الدليل العام<sup>٤</sup>

- 
- (1) أن يثبت جريان العمل، بأن يذكر الفقهاء في كتبهم أو في وثائقهم القول الذي جرى به العمل، مع الإشارة إلى القاضي أو المفتي الذي أجرى ذلك العمل، أو الإشارة إلى من أقر ذلك العمل وأيده.  
إن باب إجراء العمل والترجيح بين الأقوال، ليس بابا مفتوحا لكل أحد، بل لابد لمن يرجح بجريان العمل من الحصول على مؤهلات فقهية، وتوصلنا إلى أن المرتبة المحتاج إليها في بناء أحكام العمل على ما سوى العرف هي مرتبة مجتهد المذهب (أي مجتهد التخريج) وعند انعدامه فيمكن أن يسد فراغه مجتهد الفتيا أي مجتهد الترجيح، أما أحكام العمل التي تبنى على العرف، فإنه تكتفي في إجرائها بمرتبة الفقيه المقلد الصرف لأن العرف أمر ظاهر، يشترك في إدراكه الخاص والعام
  - (2) حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على لامية الزقاق: ٣٣٧ / إن إجراء العمل يدخل في تكييف الوقائع ومحاوله وصفها بأوصاف تقبل الإدراج تحت الأصول الشرعية، ونظرا إلى أن الشريعة جاءت لمصالح العباد، ونظرا إلى أن هذه المصالح تختلف باختلاف البلدان والأزمان، كان لابد لإجراء العمل من مراعاة خصوصيات كل بلد وكل زمان، وكان لابد من اختلاف أحكام العمل باختلاف البلدان والأزمان
  - (3) شرح خطبة المختصر: ١٣١، وانظر تفصي ذلك في كتاب أصول الفتوى والقضاء للدكتور محمد رياض: ٥١٧- تناول هذه الشروط بتفصيل الشيخ أبو العباس أحمد الهلالي
  - (4) حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للامية الزقاق ٢٦٥/٢.

ومن وجهة نظرنا لو إقتصر تطبيق ما جرى عليه العمل قياساً على أساس الإستثناءات الأربعة الواردة على قاعدة الإجتهد لا ينقض بمثله السابق ذكرها<sup>1</sup> حيث أن عمل الإمام بنقض الاجتهاد الأول في حالات معينة كان بسبب تحقيق المصلحة وليس نقضا للإجتهد الأول وبالتالي ستطبق النظرية على أساس الإستثناء لتحقيق المصلحة وليس على أساس العموم والإطلاق وإلا سيصبح تطبيق الأحكام ما هو إلا سوابق قضائية بناء على ما جرى عليه العمل.

### علاقة مصطلح السوابق القضائية بنظرية ما جرى به العمل

عرفنا أن المراد بما جرى عليه العمل الاحكام القضائية التي أعتمد فيها ما هو مخالف للراجح أو المشهور في المذهب نظرا لتحقق مصلحة عامة اوسد لزريعة أو عرف عام.

حيث أشتهر المذهب المالكي بأنه أكثر المذاهب أصولاً<sup>2</sup> وكذلك إصطلاحاً<sup>3</sup> ذلك أن كل أصل يعتبر أصطلاحاً عاماً قد تتدرج تحته جمل من الدلالات والمعاني، إضافة إلى ما يستخدمه كل كاتب في مؤلفه من مصطلحات خاصة به. وهذا سبب وجود كم هائل من إتجاهات المصطلح عند المالكية. وقد نص عليه الإمام مالك نفسه

راجع ص ٣٢ من ذات البحث (1)

(2) والمذهب المالكي أكثر المذاهب أصولاً وعلى كثرتها لا تخرج عن الوحي والنقل كتاباً وسنة وإجماعاً مع الاجتهاد الشخصي المقيد بمبادئهما التي أوضحها الإمام مالك بقوله (فانظروا رأيي، فكل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وكل ما لم يوافق ذلك فاتركوه) (الإمام الشاطبي: الموافقات: نشر المطبعة التجارية القاهرة دت، ج ٤/ص ٢٨٩).

(3) المصطلحات العامة : الماجريات: أو ما جرى به العمل، د/ محمد إبراهيم: اصطلاح المذهب عند المالكية، طبعة أولى ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، نشر دار البحوث والدراسات الإسلامية دبي، الإمارات، ص: ٣٩٦. / وإذا جاء بلفظ (ما عليه العمل) عمل أهل المدينة أو (إجماع أهل المدينة) مراعاة الخلاف: (هو رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله في لازم قوله المخالف الرصاع :شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأحناف، - طبعة أولى ١٩٩٣ م، نشر دار الغرب الإسلامي بيروت، ج ١/ص ٢٦٦

المستحسنات الأربع: هي مسائل أربع اشتهرت في الفقه المالكي بل إن مسائل الاستحسان في الفقه المالكي أكثر من مسائل القياس وهي الشفعة في البناء أو الشجر بأرض موقوفة أو معارة، / والشفعة في الثمار على الشجر لأحد الشريكين، / والقصاص بشاهد ويمين في جراح العمد، وفي أنملة الإبهام عند الجنابة عليها خطأ خمس من الإبل، وزاد بعضهم مسألة خامسة وهي: وصاية الأم على ولدها إذا تركت له مالا يسيراً كالتستين ديناراً / سد الذرائع: أصل من الأصول التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه والمراد به منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد حسماً للفساد، أو منع الجائز لأنه يجر إلى غير

وهو يخط منهجه في أصوله التي أعتمد عليها بقوله " وما قلت الأمر عندنا، فهو ما عمل الناس به عندنا وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم <sup>1</sup> "

لو تمعنا النظر في معنى "وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم" الواردة في نص السابق للإمام مالك رحمه الله مفاده استقرار المبدأ القانوني الذي حكم به لدى الناس المتجسد في معنى من عرفه الجاهل اى الاعتياد والفهم لدى الجميع للقاعدة التي طبق على أساسها الحكم وهذا مفادة انه أصبح وكأنه قانون عمل به وتوافرت فيه كل الشروط القانونية لوضع قواعد القانون

ولكن لو طبقنا الشروط السابق ذكرها والتي وضعها الفقه المالكي لتطبيق نظرية ما جرى عليه العمل سنجد ان العمل بها الآن في عصرنا الحالي لا يثمر ولا يجني ثمارا لأن تطبيقه اليوم سيعيد صورة مطابقة الى إلزامية تطبيق السوابق القضائية على ما جرى عليه العمل حيث أن شرط معرفة محلية جريان العمل عاما أو خاصا من البلدان سيغير في قواعد القانون من منطقه الى أخرى وبالتالي سيختلف حكم القاضي في القضايا المشابهة على أساس مدى سريانه في المنطقة لا على محاولة تطبيق الأحكام الشرعية مما سيخل من مبدأ توحيد القاعدة القانونية المستمدة من الأحكام .

وبالإستقراء نجد أن هذه الأصول اعتمدت في سائر أبواب الفقه عبادات ومعاملات، لكن كان في المعاملات أكثر في قضايا البيع، وأكثر منه في باب الأفضية، لدرجة أنه ألفت فيه مؤلفات تحمل المنهج الذي صار عليه في جانب من القضاء، وهو ما يسمى بعلم الشروط والوثائق، فقد أتخذ التأليف فيها شكلاً جعل هذا الأصل مستنداً ومعتمداً. وربما كان هذا يشبه ما يسمى بالسوابق القضائية في وقتنا الحالي، وبذلك يكون المذهب المالكي من أوائل المذاهب التي أخذت بهذا المبدأ في هذا الشكل كما يرى البعض.

---

(1) الباجي: إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد التركي، طبعة أولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت، ص: ٤٨٥ .

فعلى سبيل المثال: ممن كتب في ذلك الإمام الباجي في كتابه المسمى (فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء من الأحكام) والقاضي عياض في كتابه (مذاهب الحكام في نوازل الأحكام) حيث يقول فيه: (وربما ذيلت بعض تلك النوازل بما تقدم فيها أو في نوعها للقرويين والأندلسيين وغيرهم<sup>2</sup> وأبو الأصبغ عيسى بن سهل في كتابه الإعلام بنوازل الحكام<sup>3</sup> والإمام المتيطي في كتابه (النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام).

حيث كان مما جمع فيه فتاوى المتأخرين وأحكام الأندلسيين وآراء القرويين، وكذلك الإمام أبو الوليد في كتابه المفيد (مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام) وأبو القاسم بن سلمون ت (٧٦٧) في العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام. والإمام البرزلي في كتابه (جامع المسائل والأحكام مما نزل من القضايا بالمفتين والحكام)<sup>4</sup> أعتمد فيه على النوازل والأحكام السابقة له، ومثل كتاب نظم العمل الفاسي لعبد الرحمن الفاسي ت (١٠٩٦هـ) نظم فيه ثلاثمائة مسألة مما جرى بها العمل بفاس بالخصوص، وشرحه هو كما شرحه غيره، ومنه كتاب شرح العمل الفاسي للسلماسي، حيث حصل إكباب المفتين والقضاة عليه.

وبهذا قاموا بنقل الأفضية والأعتماد عليها كسوابق وذلك من خلال إطلاق يد القاضي ومنحة السلطة في الإجتهد وخاصة عندما أغلق باب الإجتهد سداً لذريعة من قد يدعيه دون أن يكون من أهله، الأمر الذي جعل فقهاء المالكية فتح باباً آخر له عن طريق ما جرى به العمل عندما حدثت وقائع ونوازل، ومستجدات كان لا بد من

(1) خير الدين الزركلي: الأعلام، طبعة خامسة ١٩٨٧م، نشر دار العلم للملايين بيروت، ج ٣، ص ١٢٥، د/ محمد إبراهيم علي: اصطلاح المذهب عند المالكية، ص ٣٠٤ - ٣٠٥. / طبعة دار البحوث للدراسات الإسلامية و احياء التراث / الطبعة الأولى ١٤٢١- ٢٠٠٠ م.

(2) القاضي عياض: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام. تحقيق محمد بن شريفة، طبعة أولى ١٩٩٠م، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت ص ٣٣٦.

(3) محمد مخلوف: شجرة النور في طبقات المالكية، نشر دار الكتب العلمية، د ت ص: ١٢٢

(4) محمد القرافي: توشيح الديباج - طبعة أولى ١٤٠٥-١٩٨٥ - نشر في مؤسسة الرسالة بيروت.

التعايش معها بإيجاد حلول لها بالنظر إلى الأقوال المهجورة في المذهب، والآراء المنثورة لتصبح لها قيمة بعد إسندها بأدلة وأصول شرعية<sup>١</sup>.

وتطبق النظرية عندما يختار القاضي القول الضعيف، ويترك المشهور والراجح، وإذا قلده القضاة في ذلك نشأ ما يسمى بما جرى به العمل، إذا لم يتبعه القضاة في ذلك لم ينشئ العمل، وبقي الحكم حكماً فردياً لا أقل ولا أكثر.

وفي اعتقاد المذهب مع تعدد النوازل الحديثة وزيادة الأفضية وحفاظاً على المصالح وخوفها من الضياع وما يحدثه الناس من أمور تقتضي أفضية جديدة، كما قال سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور" كل ذلك يفرض على القاضي أن يبحث في التراث الفقهي على ما يستند عليه في حل يستند عليه في محل المعضلة التي بين يديه، فإذا لم يسعفه الراجح أو المشهور بحث حتى في الأقوال الضعيفة، بشرط الالتزام بالمصادر الشرعية، ولعل سبب ربط علاقة السابقة القضائية بما جرى به العمل أن كلا منهما يصدر حكم فيها فصلاً لواقعة محددة وهذا وجه شبه بينهما وهناك من يرى أن هناك أوجه إختلاف ونحن نؤيدهم الرأي وهي :-

أن السابقة القضائية تكون إبتداع لحل نزاع لم يسبق تقرير حكم كلي لها بينما ما جرى به العمل أخذاً بقول مقرر سابقاً لكنه مرجوح في مقابلة الراجح، فحكمها مقرر بأدلته عند القائلين به وعلى لسان الشيخ الحجوي: فعلم أن القاضي أو المفتي لا يجوز له الاسترسال في الإفتاء بما به العمل، ويظن أنه حكم مؤبد بل هو مؤقت، مادامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور، فإذا ذهبت رجعت الحكم للمشهور

نرى أن وجه الخلاف هنا واضح حيث يظهر لنا أقتصار دور القاضي في نقل الإفتاء فقط وعدم جواز الاسترسال فيها تنفيذياً لمبدأ الفصل بين السلطات وهذا

---

(1) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض ص: ٥١٤ / تقديم محمد المنوني / الطبعة : الأولى بمطبعة النجاح الجديدة، سنة ١٩٩٦م.

عكس السوابق القضائية فدور القاضي فيها الإجتهد لصدور حكم جديد كما سبق وأن أوضحنا.

وليس معنى ذلك أن نؤيد مبدأ الأخذ بقاعدة ما جرى عليه العمل في العصر الحالي أو أ استمرار تطبيقها إلى الآن لأن مسألة أن الحكم ليس مؤيد بل هو مؤقت ، مادامت المصلحة أو المفسدة التي لأجلها خولف المشهور ، فإذا ذهبت رجوع الحكم للمشهور ستؤدى بنا إلى عدم أستقرار الأحكام وهذه مشكلة كبيرة في عصرنا المعاصر لأننا في حاجة إلى توحيد الأحكام حيث أن معيار المصلحة والمفسدة إختلف باختلاف الأشخاص من حيث الزمان و المكان والأخلاق ربما كانت تلائم العصور التي عاشها الفقه المالكي أو ما قاربها ولكن الزمان والمكان الذى نعيشه الآن لا يسمح بأستمرار هذه النظرية والله أعلم .

أن السابقة القضائية خاصة بالنزاع الذي تفصل فيه المحاكم ولا تكون حجة عن يقول بها إلا إذا صدرت من الجهة القضائية العليا على من في مستواها، أما ما جرى به العمل فكما يكون في القضاء يكون في الفتوى صادر من مجتهد في المذهب المالكي.

لذلك نرى أنه لا يوجد وجه شبه كما ورد لأن أن كان هناك علاقة بين بما جرى به العمل والسوابق القضائية عند إسندها لسند شرعي راجح وليس مرجوح أو مجرد قيامه على دعامة روح الشريعة ومقاصدها وقوانينها والتي هي بمثابة الدليل العام قد تكون تكامل أي عندما تنتهي الأولى تبدأ الثانية.

ما جرى به العمل يجب احترامه والعمل به مالم يكن طبق أستثناء، وأما السابقة فيتأنس بها ولا تلزم ، وناقش هذا في إعتقادنا ان الاخذ نظرية ما جرى به عمل عند الفقهاء المتأخرين في الفترة الزمنية التي كان يعيشها أهل قرطبة في الأندلس وكذلك المغرب عانوا منها الكثير لوجود الخلاف في تعدد الآراء حيث بدأ بالتدرج خلال قرون متعددة، بالرغم من أن تظهر ثمرة الخلاف الفقهي بين الفقهاء

دائماً تؤدي إلى انتعاش الشريعة إلا إنه عند تطبيق ذلك على الواقع لإعطائه الحلول المتعددة قد يؤدي إلى تعارض الإجهادات.

الأمر الذي جعل فقهاء الأندلس والمغرب أسسوا ضوابط للترجيح بين تلك الأقوال المتعددة، فاعتماداً على تلك الضوابط وصولاً إلى رأي راجح واحد أوجبوا عليه القضاة والمفتين العمل به

مما أدى إلى إضطرار أهل قرطبة الأشرطاط على القضاة من أجل الخروج من الخلاف، وتوحيد الأحكام أن يحكم القاضي بقول ابن القاسم وما عليه أهل الإقليم، وقد أقتدى بذلك أهل المغرب، فكانت ظهائر تولية القضاة تنص على أنه يجب الحكم بالمشهور أو المعمول به.

وكذلك محاولة إعادة النظر في الإتجاه القائل بالأخذ بشهادة اللفيف كأحدي تطبيقات نظرية بما جرى به العمل عند الفقه المالكي في مجال وسائل الإثبات لأن العمل بهذه الشهادة هو عملٌ بشهادة جامدة وصامته تفتقر لضمانات الصدق والوضوح وكذلك يصعب الأخذ به في العصور الحديثة بالرغم من تطبيقها بصورة او باخرى وبالتالي يصعب بناء حكم جديد على سابقة قضائية اعتمد فيها القاضي على شهادة اللفيف وهذا ما سيتبين لنا في الآتي ذكره.

## الفرع الثاني

### نموذج تطبيقياً لنظرية ما جرى به العمل عند الفقه المالكي

#### شهادة اللفيف ١

#### ومدى اعتماد بناء الحكم عليهما كسابقة قضائية في العصور الحديثة

جاء في المعجم الوسيط الشهادة: أن يخبر بما رأى والشهادة أن يقر بما علم والشهادة البينة (في القضاء) هي أقوال الشهود أمام جهة قضائية

---

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

وبالتالي فالمقصود بشهادة اللّيف تلك الشهادة التي إجتمعت للإدلاء بها جملة من الشهود، بعضهم عدلٌ وبعضهم غير ذلك. وهذه الجماعة من الشهود "التفت" حول الواقعة للشهادة ولهذا سميت بهذا الاسم أي بشهادة اللّيف.<sup>١</sup>

ولبيان مدى تطبيق السابقة القضائية على أساس ماجرى عليه العمل المتمثل في نموذج شهادة اللّيف كان علينا دراسة وفهم وجهات النظر حول شهادة اللّيف وهل يمكن الإعتماد على سابقة بني الحكم فيها على هذه الشهادة بإعتبار على ما جرى عليه العمل وقياس الأحكام في القضايا الأخرى عليه بإعتباره سابقة هذا ما سيتضح من اللاتي ذكره باذن الله

### حجية شهادة اللّيف في الفقه الإسلامي

إن شهادة اللّيف استمدت حجيتها من قول الله تعالى وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء) تعتبر شهادة اللّيف وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية وهي البينة وتحثل المرتبة الثالثة من طرق الإثبات هذا كما جاء في الفصل ٤٠٤ من قانون الألتزامات والعقود المغربي<sup>٢</sup>.

وهذه الحجية استمدت ضمن وسائل الإثبات في القضاء المغربي من كونها وسيلة قررها الأجتهد الفقهي المالكي منذ القرن الثامن الهجري تقريبا، وجرى عليها العمل إلى الآن وفي هذا الصدد ينقل بعض شراح لامية الزقاق عن سيدي العربي الفاسي قوله: " وقد جرى العمل باللّيف فيما أدركنا، قبل الألف ولا أدري متى حدث ذلك"<sup>٣</sup>.

ولكن وجود العدول لايتفق دائما، فقد تحدث للناس قضايا ومشاكل لا يتأتى حضور العدول فيها وقت الاشهاد، ويضطرون إلى طلب الشهادة ممن أتفق

(1) عبد العلي العبودي، سماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية، مجلة الملحق القضائي، العدد: ٢٦ ، مايو ١٩٩٣ . ص: ٤١

(2) الفصل ٤٠٤ ق ل ع: " وسائل الأثبات التي يقررها القانون هي: ١- إقرار الخصم. ٢-الحجة الكتابية. ٣- شهادة الشهود. ٤- القرينة. ٥ - اليمين والنكول عنها.

(3) أحمد أمغار، شهادة اللّيف و اعتمادها كحجة إثبات، رابطة القضاة ، السنة : ٢٢ ، عدد: ١٧/١٦ ، مارس ١٩٨٦ ، ص ٢٠

حضورهم من الناس، ولو من العامة حكم وأصبحت شهادة اللفيف أو شهادة العامة مما جرى به العمل وإختلفت الآراء حول اعتبار شهادة اللفيف تطبيقاً لما جرى به العمل على الآتي: -

الرأي الأول: لقد وجهت الكثير من الإنتقادات لشهادة اللفيف فذهب تيار من الفقهاء إلى اعتبار اللفيف شهادة لا ترتبط بالشريعة في شيء، بل هي وليدة الضرورة لا غير على سبيل الإستثناء<sup>١</sup>.

حيث يروا أن شهادة غير العدول لا تجوز مطلقاً وكان قاضي قرطبة أبو عبد الله الهين الحاج رد ورفض شهادة خمسين رجلاً من عامة الناس، متمسكاً بالمشهور، وهو أن شهادة العوام لا تجوز كما أن قاضي فاس أبو الحسن الصغير سئل عن شهادة اللفيف، وقال: إنها لا أصل لها، ولا مستند لها، واقتصرهم على اثني عشر رجلاً في اللفيف لا يجوز، وحكى الفقيه سيدي العربي الفاسي أن الأشياخ الكبار من القضاء والعلماء كلهم على شهادة العامة بلغت ما بلغت في العدد.

الرأي الثاني: جواز شهادة اللفيف، وحبثهم وقد ورد في الحديث الشريف ما يلي: " إنكم لتختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أحقّ بحجته عن بعض فمن قضيتُ له بحق أخيه شيئاً بقوله فأنما أقطع له قطعة من النار فلا يأخذها"<sup>٢</sup>. تعتبر شهادة اللفيف وسيلة من وسائل الإثبات، إذ أنها تعتبر بينة شرعية. وبالتالي فهي تدرج في المرتبة الثالثة من طرق الإثبات حسبما هو وارد في الفصل ٤٠٤ من قانون الإلتزامات والعقود المغربي<sup>٣</sup>

(1) محمد الربيعي، موقف الفقه و القضاء من اللفيقيات قديماً و حديثاً، الاشعاع، العدد: ١٥، السنة التاسعة، يناير ١٩٩٧، ص: ١١١

(٢) أخرجه البخاري (١٦٢ / ٣) ومسلم (١٢٩ / ٥) والنسائي (٣٠٧ / ٢) والترمذي (٢٥٠ / ١) - (٢٥١) و صححه ابن ماجه (٥١ / ٢) و الطحاوي في " شرح المعاني " ( ٢٨٢ / ٢ ) و أحمد ( ٢٩٠ / ٦ - ٢٩١ ، ٣٠٧ ) و أبو يعلى - أحاديث الأحكام - عبد الله بن محمد بن أبي شيبة - كتاب البيوع والأقضية - ما لا يحله قضاء القاضي دار الفكر - سنة النشر: ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م رقم الطبعة: - عدد الأجزاء ثمانية أجزاء

<sup>3</sup> " الفصل ٤٠٤ ق ل ع : " وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي : ١ - إقرار الخصم . ٢ - الحجة الكتابية . ٣ - شهادة الشهود . ٤ - القرينة . ٥ - اليمين والنكول عنها

كما رأى أصحاب هذا الرأي انه من خلالها يتم الحفاظ على حقوق الناس الماليّة والغير الماليّة وأن لم نلجأ إلى شهادة اللفيّف، لما وقع بيع ولا شراء، ولا تعامل بين الناس إلا إذا حضر العدول، والعدول لا يحضرون على الدوام في الوقت المطلوب، ولتضرر الناس ضرراً كبيراً لصاعت حقوق ووقعت مفسدة كبيرة لذلك رجع العلماء عن هذا القول المشهور وأفتوا بجوازها، وأخذوا بها حتى في باب النكاح وثبوت الزوجية، كما أنهم أفتوا أن السارق يؤخذ بشهادة من رآه من النساء والصبيان والرعاة وكل من أتفق لهم رؤيته.

كما أنهم قالوا بأنه في الأمور التي وقع في الأماكن التي يبعد أو يستحيل فيها حضور العدول، كالملاهي مثلاً، يؤخذ فيها بشهادة بعض الحاضرين على بعض بدون مراعاة عدالة أو غيرها وأشترطوا<sup>١</sup> أصحاب الرأي المؤيد أن "الذي يجب في هذا الزمن أنه لا يقضي بشهادة بينة اللفيّف إلا بعد الإستفسار حضر الشهود أو غابوا قربت غيبتهم أو بعدت إذ كثيراً ما ينكر الواحد منهم الشهادة رأساً أو يقول خلاف ما قاله أولاً<sup>٢</sup> وهكذا رجع العلماء عن القول المشهور الراجح، وعملوا بالقول الضعيف وهو شهادة العامة، وأستمر العمل على ذلك في القضاء وأصبحت شهادة اللفيّف أو شهادة العامة مما جرى به العمل

الرأى الراجح لدينا هو رأى وسط بين الفريقين السابقين حيث أننا لو سلمنا جدلاً بالرأى الأول بعدم إجازات شهادة غير العدول مطلقاً لوقف هذا ضد الحاجة أو المصلحة في بعض الأحيان للأفراد بالرغم من أنني أتفق معهم في عدم ارتباط شهادة اللفيّف بالشريعة، بل هي وليدة الضرورة لا غير على سبيل الأستثناء

---

(1) أ) أن يكون أفراد الشهادة من الرجال. وقد رأى بعض الفقهاء بالاقْتصار على اثني عشر رجلاً في عدد اللفيّف. وأفتوا في أن اللفيّف من النساء ولو بلغ عددهن المائة لا يقضى به.

ب) سلامة الشهود من أسباب التجريح.

ج) و ينبغي في الشهود أن لا يكونوا من مقربي المشهود له أو من أعدائه .

د) تحليف شهود اللفيّف.

(2) محمد الربيعي ، موقف الفقه و القضاء من اللفيّيات قديماً و حديثاً ، الإشعاع ، العدد: ١٥، السنة التاسعة ،

يناير ١٩٩٧ ، ص : ١٠٧

أما بالنسبة للرأى الثاني أتفق معهم في الأخذ بها ولكن ليس على سبيل وضعها في مرتبة وسائل الإثبات ولكن فقط كقرينة أى للتتوير والإسترشاد القاضى فقط ولكن لا تغلوا أن تصل الى الشهادة والحجة المقصود بها في الحديث النبوى الشريف هي شهادة العدل وليس شهادة العامة والدليل على ذلك عدم منطقية الشروط التى وضعوها في الشاهد ومنها عل سبيل المثال عدم الإعتداد بشهادة النساء مطلقا كيف والشرع وضع نظام محكم للشهادة وهى شهادة رجل أمام شهادة امرأتين وكذلك ما المعيار أن كان الشاهد من أعداء أو غير هذا سيدخلنا في دائرة الشك والريبة بين أطراف الدعوى

أما بالنسبة قياسهم لشهادة اللفيف على القول الضعيف الذى جرى العمل به الفقه المالكى مقابل القول المشهور الراجح، وعملا بالقول الضعيف فهو قياسا مع الفارق القول الضعيف الذى قصده الفقه المالكى لا يدور بين الشك والريبة ولا يوجد مجرد احتمال لتواجدهم مثل المحتمل وجوده في شهادة العامة، ولهذا كانا لازاما علينا عدم اعتبار شهادة اللفيف أو شهادة العامة مما جرى به العمل في القضاء وبالرغم من أنني لست بصدد ترجيح أحد الرأيين ولكن أردت التعرض إليه حتى ألقى الضوء على إننا لو أتبعنا أحد الرأيين حول مدى تطبيق شهادة اللفيف في قضية معروضة أماما القاضى وبني الحكم عليها وأعتبر هذا الحكم سابقة لما بعده لأصبحت الأحكام تبنى على أساس الأعراف وعلى ماجرى عليه العمل مثل شهادة العامة وعملا فيها بالقول الضعيف الذى قد يغير خصائص الحكم و يخلق مجالا من الشك والريبة

### حجية شهادة اللفيف في القانون والقضاء

إختلف المجلس الأعلى في هذا الشأن مما أدى إلى ظهور الإضطراب في موقفه من شهادة اللفيف ففي القرار عدد: ٢٢٤ والصادر بتاريخ: ١١ يونيو ١٩٧٤ ورد الآتي: -

"إن الشهادة اللفيفة تعتبر قرينة فعلية تخضع في تقدير قيمتها كوسيلة للإثبات لقضاة الموضوع في نطاق سلطتهم التقديرية "

نلاحظ أن المجلس الأعلى في قرار ٢٢٤ والصادر بتاريخ ١١ يونيو ١٩٧٤ اعتبر اللفيق قرينة فعلية ووضع اللفيق ضمن وسائل الإثبات لا يجوز ولا يصح لأن اللفيق مؤسسة فقهية مستقلة، لها قواعدها الخاصة. لذا الرأي الذي يجعل اللفيق قرينة فعلية لا شهادة يعد صحيحا لدينا إذا ما كان لدا المشهود له وسيلة إثبات ضعيفة ثم دعمها بلفيف لم تكتمل شروطه التي تجعل منه شهادة عادية فضلا عن أن يكون شهادة بمفهوم الفقه المالكي، ومعلوم أن القرينة تساوي الشهادة في إثبات الالتزامات التي نقل قيمتها أو مبلغها عن عشرة آلاف درهم، وينبغي في حالة كون شهادة اللفيق مجرد قرينة أن تعتبر قرينة بسيطة تقبل الدحض بالبينة المعاكسة. ثم إن اعتبار اللفيق قرينة له سند فقهي عند الفقهاء المالكية ١.

وفي القرار عدد ٥٢٩ الصادر بتاريخ: ٢١ سبتمبر ١٩٧٧ نجد أن المجلس الأعلى اعتبر اللفيق مجرد لائحة شهود وبالتالي فهو موقف جرد اللفيق، نوعا ما، من قوته الإثباتية لذا الرأي الذي اعتبر اللفيق مجرد لائحة شهود أو شهادة شهود يتوجب إخضاعها للسلطة التقديرية للقاضي يعد صحيحا إذا انعدمت القرائن التي تسند شهادة اللفيق المكتملة الشروط، لأن اللفيق الذي يجري عليه العمل حاليا هو الصنف الثاني الذي ظهر مع المتأخرين، وهو لا يفيد العلم المتواتر القطعي كما يفيد اللفيق بمفهوم الصنف الأول الذي ظهر مع المتقدمين؛ بل يفيد ظنا قريبا من العلم وهو يوجب أن تحتف به القرائن القوية حتى يفيد الجزم، وعليه فوجب في اللفيق بمفهومه الحالي إن نقصت أو إختلت شروطه أن يعد مجرد شهادة شهود تطبق عليها قواعد المسطرة المدنية. فالمسألة لا تعدو أن تكون إنزالا لشهادة اللفيق من مرتبتها الأصلية التي لا تتوفر إلا بتحقق كل شروطها مع وجود قرائن قوية

<sup>11</sup> - انظر: عبد السلام العسري، شهادة الشهود في القضاء الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه من دار الحديث الحسنية بالرباط، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، ص ٧١٠.

تسندها إلى مرتبة ثانية هي مرتبة الشهادة العادية؛ ولا عبرة بعد ذلك بالاسم الذي أعطي لها فلا مشاحة في الاسم.

وفي القرار عدد ٨٠٩ بتاريخ ٢٥-١٩٨٢ إعتبر الليف ورقة رسمية من حيث الشكل ومرد شهادة من حيث المضمون. وبالتالي يكون قد أدخل الليف ضمن وسائل الإثبات يفهم من القرار السابق أن الإجتهد القضائي الذي ذهب إلى إعتبر الليف شهادة رسمية من حيث الشكل وشهادة من حيث الموضوع؛ لولا أنه لم يحدد طبيعة هذه الشهادة، والراجح أنه يشير إلى شهادة الشهود التي تتناولها السلطة التقديرية للقاضي وليس إلى الشهادة كما عرفها الفقه المالكي الذي يفرض الحكم بموجبها على القاضي.

والواقع أن هذا الرأي يمكن توجيهه بأن القاضي له سلطة تقديرية على الشهادة فهو يتحقق من شروطها وفق ما يراه فقهاء المالكية فإن إستوفت شروط شهادة الليف وأحاطت بها القرائن القوية فهو يحكم بها حتما ولا سبيل إلى إبعادها بدون موجب، وسلطته التقديرية عليها إنما هي في التحقق بكل الطرق والسبل من توفر الشروط فيها ومن القرائن الواجب أن تحفها.

ثم بعد ذلك إن ظهر للقاضي أن القرائن غير موجودة مع أن الشروط متوفرة، فهو يعتبر شهادة الليف مجرد شهادة عامة يسري عليها قانون المسطرة المدنية مع التقيد بما سبق أن قلناه في مسألة إعادة استدعاء الشهود وتحليفهم<sup>10</sup>، وإن لم تتوفر حتى الشروط أو اختلت أو نقصت فعندئذ تنزل الشهادة إلى مرتبة القرينة.

والملاحظ في كل ما سبق أن السلطة التقديرية تكون حاضرة من البداية، فحتى لو اعتبرت الشهادة شهادة ليف فعلا فالسلطة التقديرية للقاضي هي التي تجعله يكيفها كذلك؛ وهذه السلطة تنصب على التأكد من الشروط ورؤية القرائن. وإذا ما اعتبر القاضي بمقتضى سلطته التقديرية الأولى أن شهادة الليف نزلت إلى مرتبة

<sup>10</sup> - وحتى الاجتهادات القضائية التي جعلت الليف مجرد شهادة شهود، لم يرد فيها - بحسب علمنا - ما يوجب إعادة استدعاء الشهود.

الشهادة العادية أو إلى مرتبة القرينة الفعلية فهو في هذه المرة أيضا يملك سلطة تقديرية في الأخذ بها أو إعادها.

غير أنه إذا ما اعتبر القاضي أن الشهادة هي فعلا شهادة لفيف فهو لا ينظر بعد ذلك إلى أنها أنجزت في قضية يقل مبلغ الالتزام فيها عن عشرة آلاف درهم، لأن هذا الشرط غير منظور إليه من الناحية الفقهية الشرعية. هذا مع العلم أن جل شهادات اللفيف خاصة في الأموال لا يتصور فيها بحسب ما ندعو إليه من تنظيم في مسألة اللفيف أن تقل عن القيمة التي يستوجبها القانون<sup>1</sup>.

وفي القرار ٣٥٤ الصادر بتاريخ ٢١ مارس ١٩٨٧ ما يلي: "شهادة اللفيف التي يتلقاها العدول نيابة عن القاضي وتسجل عليه هي بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق وليست مجرد لائحة شهود". وفي هذا الشأن نتذكر ما ذكره سيدي العربي الفاسي<sup>٢</sup>، حيث أشار إلى أن ابن رشد كان يعتبر اللفيف مجرد جمع يُسهل على القاضي اختيار الشهود، فإن وجد فيهم من يزكى ألغى الزائد، وإن لم يجد أحداً ألغى الجميع<sup>٣</sup>. وهو الموقف الذي عمل به المجلس الأعلى في القرار ٥٢٩ السابق ذكره

ونرى أن شهادة اللفيف لم تحظى بحسن إعمال قواعد الفقه المالكي، ولا قواعد القانون الوضعي، وإن ترددها بين هذين المصدرين في غير دراسة أدى إلى اضطراب العمل القضائي وارتباك، كما سبق وأن وضحنا من خلال أختلاف المجلس الأعلى في هذا الشأن الراجح لدينا في ظل فساد الذمم وضعف الوازع الديني أستغل أصحاب السوء هذا الاضطراب في العمل القضائي في نظرته

[6]1- ذلك أننا ندعو إلى أن تقتصر شهادة اللفيف على الأموال أو الأحوال العينية، وبعض مسائل الأحوال الشخصية مما جرى به العمل، دون أن تشمل الجانب الزجري؛ ومعلوم أن الأحوال الشخصية لا حديث فيها عن القيمة، وأن مسائل الأموال منها ما يندرج فيما لا تهم فيه القيمة كالوقائع في مجال العقار، ومنها ما ينبغي أن يخرج - بحسب الأصل - من مجال اللفيف لأنه تتجزأ فيه وثائق أصلية لا استرعائية، والوثائق الأصلية يصلح فيها أن نتحدث عن القيمة. ومنها ما يندرج في وقائع غير مضطربة أي حدثت مرة واحدة فهذه الوقائع لا نرى أن ينجز بشأنها اللفيف، وإن أنجز خطأ - فهو مجرد شهادة شهود لا حجية لها فيما دون مبلغ العشرة آلاف درهم.

(١١٢) حمد الربيعي، موقف الفقه والقضاء من اللفيفيات قديماً وحديثاً، الإشعاع، العدد: ١٥، السنة التاسعة، يناير ١٩٩٧، ص ١١٢: ٢

(3) محمد الربيعي، مرجع نفسه، ص ١١٢

للفيف، وعلاقته بالعدول، ومنهج التعامل مع ذلك لما رأوا من سهولة التزوير، واتخاذ ذلك زريعة لنقض الأحكام القضائية ومن الواضح أن الفقهاء و القضاة ، أخذوا بشهادة اللفيف بسبب الضرورة على سبيل الاستثناء مما أدى إلى ظهور المشاكل العملية بين الفقه والقانون

فبناء على التصنيف السابق لشهادة اللفيف فالقاضي يتعامل مع كل مرتبة بحسب ما يناسب؛ وله مطلق الصلاحية في أن يقدر مدى توفرها على الشروط؛ وليس المقصود بالشروط تلك الشروط الداخلية التي يسطرها القانون أو الفقه فقط؛ بل المقصود أيضا الشروط الخارجية التي ترتبط بكل نازلة على حدة. وهي شروط لها علاقة بالواقع أكثر من علاقتها بالقانون

وهذا يجعلنا نقول بأن القاضي يملك بهذا المعنى سلطة تقديرية على مطلق شهادات اللفيف كما يملكها على الشهادات العادية

و"دلالة" شهادة اللفيف، ظنية فكيف يبني حكم ويعتد به كسابقة قضائية على أساس دلالة ظنية، تفيد غلبة الظن بما شهد به شهودها<sup>1</sup>، وليست دلالة قطعية، ولأجل هذه الظنية كذلك قرر قواعد الجمع والترجيح بين البيئات عند التعارض، ومعلوم أن التعارض لا يكون في القطعيات وإنما في الظنيات

ومن هنا إشتراط الفقه الاستفسار<sup>2</sup>، ورهن أعمال اللفيف به قطعا لما يعتريه من إجمال، ويتطرق إليه من إحتمال باعتباره شهادة ممن لا تتوفر فيه العدالة ولا يعرف ما تصح به الشهادة

لذلك نرى إنه ينبغي إعادة النظر في الإتجاه القائل بالأخذ بشهادة اللفيف ، لأن العمل بهذه الشهادة هو عملٌ بشهادة جامدة و

<sup>10</sup> - هذا ينطبق على اللفيف المعروف عند المتأخرين الذي أجازته الضرورة؛ أما المعروف عند المتقدمين فقد كان من باب التواتر المؤدي للعلم القطعي إن توفرت شروطه. لكن حتى اللفيف التواتري وجد بشأنه من الفقهاء كالقرافي-من يقول بأنه هو الآخر لا يفيد العلم القطعي إلا إذا أحاطته قرائن قوية.

- انظر: العسري، شهادة الشهود، م س، ٧١٣/٢.

<sup>21</sup> - ليس كل الفقه اشتراط الاستفسار، والذين اشتراطوه فمنهم من لم يشترطه في كل القضايا، وسيأتي بيان ذلك في مقال لاحق - إن شاء الله.

صامتة ، تفتقر لضمانات الصدق و الوضوح بالإضافة الى إنها ظنية دلالة تفيد  
غلبة الظن بما شهد به شهودها، وليست دلالة قطعية،

والخلاصة هناك أوجه شبه بين ما جرى عليه العمل والسوابق القضائية  
فالأولى ذو صلة وثيقة بالسوابق القضائية ويظهر ذلك في أن السوابق ما هي إلا  
أحكام جرى عليها العمل في المحاكم إلا أننا نستطيع أن نلتمس بينهما فرقا جوهريا  
يتمثل في ان ما عليه العمل اعم إذ أنه يشمل ما عليه العمل في الاحكام القضائية  
وفى الإجراءات الشكلية المتبعة عند التداعي أما السوابق القضائية فهي أخص إذا  
هي ما جرى عليه العمل في حكم من الأحكام القضائية.

نجد أن الاخذ بما جرى به العمل كانت له عيوبه بالرغم من أنه إثراء فقهي  
وفكري كما أوضحنا في تطبيق شهادة اللفيف في عصرنا اليوم ، وهذا مؤشر قوى  
على أن هذه العيوب قد تمتد إلى السوابق القضائية والدليل على ذلك تراجع الفقه  
الانجلوسكسونى من خلال ما أقره مجلس اللوردات الأعلى عن إلزامية القاضي  
بالأخذ بالسابقة القضائية ويزيد على ذلك مطالبة أهل قرطبة من القضاة من أجل  
الخروج من الخلاف، وتوحيد الأحكام كما سيرد ذكره أن يحكم القاضي بقول ابن  
القاسم وأخذ شهادة اللفيف كقرينة لا تعلوا الى درجة الشهادة كإحدى تطبيقات نظرية  
ما جرى عليه العمل التي لم تحظى بحسن إعمال قواعد الفقه المالكي، ولا قواعد  
القانون الوضعي، مما أدى إلى اضطراب العمل القضائي وأرتباكه، كما سبق وان  
وضحنا

وستتبلور المشكلة عند تعدد الأحكام بتعدد النوازل وقتئذ لن نستفيد من شرط  
معرفة محلية جريان العمل عاما كان أو خاصا من البلدان، الأمر الذي سيحتم علينا  
فيما بعد إلى توحيد أحكام جديدة قد تكون صالحة اليوم لحادثة في زمن معين وغير  
صاحبة في زمن اخر لنفس الحادثة وبالطبع سيؤدى هذا كله الى التشويش في  
المرجعية الشرعية والقانونية.

القول الذي يرى أن ما جرى به العمل يجب إحترامه والعمل به مالم يكن  
طبق إستثناء، وأما السابقة فيستأنس بها ولا تلزم. نرى أنه الراجح لدينا لأن الإثنين

لا يعلو معاً إلى مرتبة النص والتقنين ولكن يمكن ان تكون هناك حالات فردية غير معمة على صورة إجتهاد فردي كان ينبغي مثلاً ان يقول القاضي لخلو النص ....

### المبحث الثالث

#### حجية السوابق القضائية

#### المطلب الأول

#### حجية السوابق القضائية وإلزاميتها في القوانين الغربية

#### مقدمة

تتباين حجية القوانين الغربية حول مدى اعتبارها للسوابق القضائية إلى حد التضاد، وتنتمي جميع القوانين المعاصرة إما إلى القوانين الأنجلوسكسونية التي تحتل السوابق القضائية مصدر من مصادر القانون الأساسية الملزمة لها للأسباب السالف ذكرها، وإما إلى القوانين اللاتينية التي لا تنظر لها إلا على سبيل الإسترشاد والتتوير ولا تلتزم بها حيث يقوم نظام القانون الإنجليزي على السوابق القضائية وذلك لخلو تشريعه من قانون مكتوب بشكل حر.

ولكن حدث هناك تطورات في ٢٦/ يوليو ١٩٦٦ حيث عقد في هذا التاريخ مجلس اللوردات في إنجلترا بشكل رسمي انه يجوز للقاضي إا يلتزم بتطبيق بالسوابق وانه بإمكانه ان يعدل عنها إذا ما وجد ما هو ملائم ان لا يضع السوابق وأخذ ذلك من الفقه الإسلامي وهناك دراسات بأن الشريعة كان لها دور في تطوير القانون الإنجليزي<sup>١</sup>.

وهذا التباين أدى إلى آثار ترتبت على مفهوم الأخذ بالسوابق القضائية بين النظامين المفهوم الأنجلوسكسوني واللاتيني والتي تتجسد عند قيام محاكم دُولية مختلطة، مثل محاكم الأتحاد الأوربي ومجلس أوروبا، حيث وجد القضاة الفرنسيين أنفسهم أمام الخلاف في حيثيات صياغة قراراتهم مع زملائهم القضاء الإنجليزي<sup>٢</sup>.

تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية. د/ محمد صبري السعدي. الطبعة الأولى / ١٣٩٩ هـ. دار

النهضة العربية<sup>١</sup>.

أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة. د/ عبد العزيز العلي النعيم. الطبعة الأولى<sup>٢</sup>.

وحتى المحامون الإنجليز بمفاهيمهم وأعرافهم القانونية مختلفة عن القضاة اللاتينيين. ومن ثم الأحكام القضائية بحد ذاتها، عند الوقوف امام النقل والمغالطة الفقهية، وترجمة عرائض المطالعات، في المحاكم والمشكلة تبلورت في أختلاف ترجمة المصطلح القانوني common law مما أثر إختلافا كبيرا في تفسيره ففي الفقه القانون العربي فلقد كان لاختلاف تفسير أسم مصطلح common law كترجمة حرفية لذلك فمنهم من أستعمل مصطلح القانون العادي كترجمة لمصطلح common law ومنهم من أستعمل مصطلح نظام القانون الأنجلو أمريكي ومنهم من أستعمل مصطلح القانون العام

وذلك في مقابل القانون المدني Civil Law بداية لاحظنا تعدد المعاني المرتبطة بهذا المصطلح الإنجليزي ويبدو أن الفقهاء الانجليز أنفسهم قد أعلنوا حيرتهم في الأختيار بين هذه المعاني وعلى هذا يشير معظم الفقهاء الذين تعرضوا لكتابة النظم القانونية الأنجلوسكسوني باللغة الفرنسية إلى هذه الصعوبة<sup>1</sup>.

ففي النظام الإنجليزي القاضي مقيد بالسوابق القضائية إذا وجدت فهو لا يستطيع أن يتجاهل ما قرره السابقون حول تفسير التشريع لذلك إذا كان البرلمان اسمى من المحاكم فإنه يرجع إلى قضاة مجلس اللوردات في إنجلترا وللمحاكم العليا تحديد تفسير التشريعات وإذا كان لا يوجد بين القانون المكتوب من ناحية ومجموعة الأحكام القضائية من ناحية أخرى تنافس أو وجود مشترك في ظل النظام اللاتيني فإن النظام الأنجلوأمريكي يعترف بهذا الوجود المشترك وهذا التنافس بين التشريع والقضاء فالقواعد القانونية تكمن في هذا الوجود المشترك وفي هذا التنافس

---

(مقدمة دراسة علم الأنظمة ج ١-٢. د/ محمد الهوشان، ود/ فخري أبو سيف. الطبعة الأولى / ١٣٩٥ هـ<sup>1</sup>.  
2) انظر . III. Encyclopedie Dalloz , Civ . Boulanger, Jurisprudence, in :

## الفرع الأول

### حجية السوابق القضائية في القضاء الأنجلوأمريكي

تحكم قاعدة السابقة كل ما يتعلق بتفسير التشريعات فالنصوص التشريعية في النظام الأنجلو أمريكي ما هي إلا نقاط بداية<sup>١</sup>.

حيث يتخذ المنهج القضائي الأمريكي شكلين هما: المنهج الإستنتاجي Deductive والإستقرائي inductive والمنهج الإستنتاجي يستعمله على وجه الخصوص المحامون وقضاة محاكم الدرجة الأولى لأنه يجب عليهم تطبيق القانون أما المنهج الإستقرائي فيستعمله قضاة المحاكم الدرجة الأولى في حالة ضرورة خلق سوابق قضائية جديدة<sup>٢</sup> ويتم ذلك عن طريق قواعد التفسير في مناهجهم ومنها: -

أولاً: المعرفة القضائية أي الافتراضات التي لا تحتاج لدليل<sup>٣</sup>  
ثانياً: الحيل القانونية<sup>٤</sup> أي الإجراء الذي يتكون من افتراض واقعة أو مركز مختلف عن الحقيقة حتى يمكن الوصول منه إلى بداية لنتائج قانونية<sup>٥</sup> من خلال القرائن والمبادئ التي هي مختصرات تمهد لإنهاء بعض المنازعات.

ثالثاً: تعتبر نظرية ما جرى عليه العمل في المحكمة القضائية<sup>٦</sup> من الأمور المقررة في النظام الأنجلوأمريكي على أن يكتسب قوة التشريع حتى ولو لم يكن قد تم تدوينه فليس من النادر أن يبدأ بعض القضاة عرضهم لأسباب الحكم بأستعمال لفظ مثل ما جرى عليه العمل في محكمتنا وعلى سبيل المثال كتحميل مصاريف الدعوى على الطرف الذي كسب القضية في الوقت الذي كان لا يسمح بمثل هذا النوع من الأدلة أو ما جرى عليه العمل في المحاكم الإنجليزية والكندية

(1) انظر J.A.Jolowicz, La Jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la regie du precedent, in Archiv. philos. Dr., T.30, 1985, p.105.

(2) انظر H.A. Hubbard, Le processus judiciaire du common law, op. c.

(3) انظر Maher et p.l. waller , derham , maham , waller , an introduction to law op. cit. p. 169

(4) J, baleyte, a. kurgansky, c. laroche et j. spindler, dictionnaire juridque, paris, editions de Navarre, 1977, p. 214

(5) حول معنى كلمة fiction اراجع Dictionnaire petit Robert

(6) انظر F. Maher et p.l. Waller ....op.cit. p.169.

وبالرغم من دور السابقة القضائية في مجال تفسير التشريع أي بمدى الأخذ بمبدأ السابقة بالنسبة للأحكام التي تحتوي تفسيراً لنص تشريعي إلا أن النظام الأنجلوأمريكي وضع أساساً للمنهج التقليدي في النظم الأنجلوأمريكية ومنه الاستثناءات الواردة على تطبيق قاعدة السابقة القضائية والسبب في وضع هذه الاستثناءات هو محاولة إيجاد نوع من التوازن الفعال بين الاستفادة من حكمة الماضي وخبراته واستبعاد عيوبه للتماشي مع الواقع العملي لذلك إستطاعت محاكم القانون القضائي العام إعداد مجموعة من الإستثناءات وهي<sup>١</sup>:-

١. " الأحكام الصادرة بطريق الخطأ: " *per incuriam* وهي الاحكام التي تصدر دون مراعاة تشريع أو سابقة واجبي التطبيق ولا تقيّد المحاكم الأخرى.

٢. أسبقية الميثاق الكندي للحقوق والحريات<sup>٢</sup> في حالة وجود تعارض بين المبدأ الموجود بالسابقة القضائية وبين المبدأ الذي يحميه الميثاق فان المبدأ الذي يحميه الميثاق له الأولوية وبالتالي يستبعد المبدأ الموجود بالسابقة<sup>٣</sup>.

٣. حرية الشخص إذا كان هناك مبدأ قانونياً آخر أصلح للمتهم يؤخذ به وتترك السابقة<sup>٤</sup>.

٤. المحاكم والادارية والمحكمون<sup>٥</sup> على العكس من المحاكم القانون القضائي العام فهي أقل شكلية من إجراءات محاكم القضائية لأنها تهتم وتشجع السرعة والفاعلية في الجلسات.

---

(1) المرجع السابق ص ١٠٢  
(2) الذي صدر في عام ١٩٨٢ واصبح التشريع الاعلى للبلاد وقد انعكس ذلك على قيمة المبادئ القانونية التي يحتويها فقد اصبحت هذه المبادئ اسمى من كل المبادئ الموجودة داخل البلاد بما فيها السوابق القضائية .

(3) 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: I. Goldstein.

Dir., precedent in law, oxford, Clarendon press, 1987, pp. 35 ets.

(4) راجع الحكم في قضية *Reine ضد Mcinnis* (1973), IO.R. (2E), 1, P.11, 13C.C.C.(2E) 225(C.A.).

(5) هي جهات قضائية انشئت للفصل في المسائل تدخل في نطاق مجال القانون الخاص يتم تنظيمه عن طريق الدولة فهي تتشكل عادة من خبراء

٥. تعديل أو إلغاء قاعدة السابقة يمكن أيضا ان نقيم الدليل على أن السابقة قد تم الغاؤها عن طريق صدور قرار من محكمة أعلى أو عن طريق استبدالها بتعديل تشريعي فالقانون القضائي العام يتم تغييره من وقت الى اخر وحينئذ يتم استبعادها من مجال التطبيق.

٦. الإستناد إلى مبدأ عام بدلاً من الإستناد إلى سابقة وذلك من أجل تطبيق مبدأ قانونيا عام فمبدأ القانون أكثر إتساعا ويمكن أن يتم الادعاء به بنجاح لإستبعاد تطبيق السابقة خصوصا حينما نكون امام سوابق متناقضة. وأخيراً فإن حجية السابقة القضائية ليست مطلقة ففي مواقف معينة قد تواجه المحكمة قضية لا تستطيع فيها ان تصدر حكما عادلا وفي ذات الوقت متفقا مع المبادئ المقررة بالسوابق القضائية ومن ناحية ثالث فقد لا تكون المحكمة راغبة في إتباع السابقة فقد يكون الحكم السابق قد جانبه الصواب عند صدوره وقد يكون قديما جدا بحيث لا يكون ملائما في الظروف الجديدة ففي هذه الحالات وحينما لا ترغب المحكمة في تعديل مبدا موجود بصورة صريحة فأنها تلجا إلى تقنية بالتمييز بين السابقة والدعوى محل النظر<sup>١</sup>.

نرى مما سبق أن الاستثناءات الواردة على تطبيق قاعدة السابقة القضائية لدي الفقه الأنجلو امريكي اكبر دليل على ضعف مركز السابقة القضائية برغم من أهميتها عندهم وهذا يرجع الى أمور كثيرة ومنها أسباب وجودها أو نشأتها كما سبق و أن ذكرنا وكذلك توافر عامل المصلحة وغير ذلك من أسباب ولكن نحن الآن لسنا بصدد ذكر هذه الأسباب ولكن الذي نريد ان ننوه له هو إبراز سمو التشريع عن السابقة ظهر في عدم استقرار السابقة القضائية ومحاولة الهروب من تطبيقها في الأمور التي ذكرناها سلفا من خلال الاستثناءات الواردة على تطبيقها بحجة المنهج التقليدي أو حكم صادر بطريق الخطأ او الحرية الشخصية أو تطبيق ما ورد في الميثاق الكندي ..... أي أنه في النهاية سمو التشريع عن السابقة لا غنى عنه

(1) B Dickson, the Role and function of judges, 1980, 14 l. soc. Gaz. 138, p. 182.

وخاصة أن التشريع يمكن له أن يعدل أو يضاف عليه حسب الضرورة والمقتضيات وبالتالي نهرب من الجمود ولا نضع كافة الحكم القضائي على هاوية السابقة للأسباب السالفة الذكر.

## الفرع الثاني

### حجية السوابق القضائية في القوانين الأنجلوسكسونية

تكمن حجية السوابق القضائية في هذا النظام القانوني في منطوق نص الحكم القضائي الذي ينصب مباشرة على الوقائع القانونية للقضايا حيث تحتل السوابق القضائية المرتبة الأولى في القوانين الأنجلوسكسونية ومن ثم تعد أهم المصادر الرسمية للقضاء ومن هنا يقوم القانون الأنجلوسكسوني على مفهوم أن القاضي يصنع القانون، حيث أن القانون بحد ذاته هو جملة من العرف القانوني والسوابق القضائية. ويؤكد ذلك رأى الفقيه الفرنسي رينيه دافيد Rene David فإن الأساس الذي بني عليه الفقه التقليدي الأنجلوسكسوني هو عدم إعتبره للتشريع وعدم النظر به بصورة مجردة بل إشرط للإعتداد به كقانون يتم القضاة تطبيقه ولكن القاعدة التي يحتويها التشريع سوف لا يسمح بها بصورة نهائية وسوف لا تمثل جزء من النظام القانوني الا بعد ان تكون قد طبقت بالفعل وتم تفسيرها عن طريق المحاكم عندئذ تصبح جزءا من النظام وذلك في الحدود التي رسمها التفسير القضائي لها<sup>1</sup> فالمشاكل التي تعرض على المحاكم لا يتم الفصل فيها مباشرة على اساس النص التشريعي وانما عن طريق تفسير التشريع ولذلك فان الأحكام المتضمنة للتفسير تمثل سوابق قضائية لا يمكن إنكارها .

فالنظام الإنجليزي مثلا في أساسه قانون قضائي إذ يتكون من مجموع السوابق أي القاعدة التي استخلصها في الحكم التي حكمت بها المحاكم الإنجليزية فيما عرض عليها من أفضية<sup>2</sup> Common Law

(1) انظر R David et C. Jauffret – Spinosi, Les grands systemes de droit contemporains, 9eme ed. Op. cit., p. 432.  
<sup>2</sup> المدخل لدراسة القانون للدكتور خالد عبد الله عبد ص: ١٤٦ (بتصرف).

وكذلك النظام الأمريكي وريث القاضي مارشال القائم على فكرة "وجهة نظر المحكمة". حيث أن لكل قضية قاض مهمته تحقيق نص الحكم بناء على المداولة السابقة والخلاصة التي توصل لها الإجماع حول غاية الحكم النهائي لتنشأ بعد تدوين الحكم الخلافات الفقهية حول حيثيات الأسباب الموجبة للحكم نفسه<sup>1</sup> ولو دققنا النظر في النظام الأمريكي لنجد القضاء يمارس مهام الغرفة التشريعية الثالثة بعد النواب والأعيان لا محاله<sup>2</sup> بدعوى الحفاظ على الصالح العام المتمثل في المجتمع من تعسف السلطة التشريعية بمصالح الافراد<sup>3</sup> الشروط الواجب توافرها للاعتداد بحجية السوابق القضائية في القوانين الانجلوسكسونية

- أ-التزام المحاكم الأدنى بقرارات المحاكم التي هي أعلى منها درجة<sup>4</sup>  
ب-التزام محكمة اللوردات ومحكمة الاستئناف باتتباع قراراتها الخاصة السابقة<sup>5</sup>

---

(1) القرار متعدد المفاهيم Plurality decision تقول البروفيسورة María Angeles Ahumada Ruiz هو " أي قرار، عدا القرار القاضي الخال من الاسباب. حيث ان المشكلة ليست في القرار نفسه، بل في الاسباب الموجبة، حيث نجد انفسنا امام شلال لا ينتهي من الاسباب والخلاف لا يكمن في القرار ولا نتائجه، وإنما في حيثيات وتعدد الاسباب الموجبة، حيث يكمن الخلاف لإتقائ الأغلبية حول أي من الاسباب نستخدم لنص الحكم. أي ان القرار لينخذ في حد ذاته، لكن الخلاف لينشب حول ماهية الاسباب الموجبة لدعم القرار نفسه". Ahumada Ruiz, María Angeles في دراسة حول قاعدة الاغلبية في صياغة الفقه الدستوري، المجلة الأسبانية للقانون الدستوري، العدد 58 لسنة 2000، صفحة 178.

(2) Georg JELLINEK في كتاب Verfassungsänderung und Verfassungswandlung المترجم للاسبانية من قبل Christian FÖSTER ، منشورات مركز الدراسات السياسية والدستورية الاسبانية، مدريد 1991، صفحة 26؛ أنقل عن Ana Victoria SÁNCHEZ URRUTIA في مقالاتها التغير الدستوري وسلطة الدستور الموضوعية، المجلة الاسبانية للقانون الدستوري سنة 2000، صفحة 112.

(3) GAUCHET, Mercel في كتاب ثورة السلطات La Révolution des Pouvoirs في باريس 1995 صفحة 46، منقول عن البروفيسور García de Enterría في Jueces Democracia y Control de la Administración الموسوم "القضاة، الديمقراطية ومراقبة السلطات/ 134 و 133"، أنفأ، صفحة 134 و 133

<sup>4</sup> - مدخل لدراسة القانون للدكتور خالد عبد الله عيد. ص: ١٤٧ (بتصرف)  
<sup>5</sup> أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة للدكتور عبد العزيز العلي النعيم. ص: ١٢٩ - ١٣٠ (باختصار).

ج- إلزام السابقة القضائية يكون على أساس الناحية الموضوعية وليس الشكلية أي مضمون القرار وليس ألفاظه وصيغته، وإذا احتج بها فإنها تصلح لأن يسبب بها أيضا.

د- عدم شرعية الحكم المخالف للسابقة القضائية.

ويرى أصحاب النظام الأنجلوسكسوني ان السابقة القضائية لا تلغى بمرور الزمن الطويل عليها، وينقض أي حكم مخالف لها، ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة جداً لا يمكن عملياً تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، مالم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجياً مع الزمن. بالإضافة إلى أنهم وضعوا نظاماً للنشر حيث تجمع السوابق القضائية وتنتشر اليوم في مسلسلات خاصة بكل محكمة كمحكمة منصة الملكة، ومحكمة الإستئناف، ومحكمة مجلس اللوردات وغيرها من المحاكم المهمة<sup>1</sup>.

وهناك سؤال أود طرحه للفقهاء الأنجلوسكسوني وهو:

هل يمكن أن نعتبر الحكم القضائي<sup>2</sup>، الذي أختلف فيه الفقه القضائي في الرأي لينشئ سابقة قضائية يمكن أن نسمح برسوخها، وتراكمها، أو الإهتمام بها على المدد؟ نعتقد أنه من الصعب الإجابة على هذا السؤال من الناحية العملية حيث يصعب وجود معيار للأستناد بالسوابق عليه، والإنحياز لمفهوم رسوخ الفقه، لهو موضوع في غاية الخطورة على مر العصور حيث أن المحاكم صارت للحيلولة إلى سوابقها دون التبحر في حيثيات هذه السوابق إذا ما كانت ثابتة، متفق عليها، أو مغالطة، حيث أن قوة القرار القضائي في الأمر المقضي به لم تنتهي في الأمر المقضي به قط. فكيف يمكن الجزم بالاهتمام بالقرار القضائي المردود، المغالط، أو غير المتفق عليه وأستخدامه في قضايا أخرى مماثلة.

---

(1) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي . عبد السلام العسري. ص: ١٣٨-١٣٩. والسوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦ هـ للطالب / شيخين بن محمد العبدلي. ص: ٤٤-٥٠. - مدخل لدراسة القانون. د/ خالد عبد الله عيد . دار الأمان -

(2) من العوامل المؤثرة في قيمة الحكم : عدد القضاة- أسباب راي القاضى المخالف لرأى الأغلبية - الأحكام الغير منشورة - أثر رفض اسمح الحكم باستئناف حكم - قدم عمر السابقة - الأحكام التشريعية -

ومما تجدر الإشارة إليه يخضع لهذا النظام كلا من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا والسودان وغيرها للأسباب التي سبق وأن أوضحنا ويعتبر القضاء في هذه الدول المصدر الرسمي للقاعدة القانونية.

### الفرع الثالث

#### حجية السوابق القضائية في القوانين اللاتينية

القوانين اللاتينية لا تلتزم بالسوابق القضائية، لإعتمادها على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup> فلا يجمع القضاء بين مهمته الأصلية في فصل الخصومات والتشريع وقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا المبدأ في المادة الخامسة<sup>2</sup> حيث منع القضاة من أن يضعوا مبدأً عاماً يطبق في القضايا المتماثلة وسبب هذا الاتجاه عائد إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي اعتبرته الثورة الفرنسية مبدأً أساسياً فلا يجوز للسلطة القضائية أن تتدخل بموجبه وتتجاوز في اختصاصها على اختصاص السلطة التشريعية<sup>3</sup> أو أن تعرقل عملها ومن أمثلة الدول التي تطبق النظام اللاتيني كما سبق وأن ذكرنا كلا من فرنسا وبلجيكا وإيطاليا واسبانيا وألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ومصر ولبنان .

#### مركز السوابق القضائية في القوانين اللاتينية

تتحصر قيمة السابقة لدى الفقه الاتيني في تفسير النصوص القانونية ويتبعها القاضي على سبيل الأسترشاد والتتوير، وليس معنى هذا أن تكون السوابق القضائية عديمة القيمة في تكوين القانون، فهي مصدر تفسيري لقواعده، بحيث يستأنس القاضي بالأحكام السابقة ويسترشد بها في اختيار الحلول فيما لا يجد له قاعدة قانونية منطبقة في أحد المصادر الشكلية عند الفصل في الدعاوى التي تعرض عليه، وكلما أطردت هذه الأحكام وأستقرت على وجه معين كلما كانت لها قوة إقناع أكبر في نفسية القاضي؛.

<sup>1</sup> مدخل لدراسة القانون، الدكتور خالد عبد الله عيد. ص ١٤٦

<sup>2</sup> أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة للدكتور عبد العزيز العلي النعيم. ص ١٣١ (باختصار)

<sup>3</sup> [ نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي. عبد السلام العسري. ص: ١٤٠ ]

<sup>4</sup> أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة للدكتور عبد العزيز العلي النعيم. ص: ١٣٢ (بتصرف)

ومن حيث الواقع العملي تحترم المحاكم الأدنى السوابق القضائية الناتجة من المحاكم الأعلى، حيث تحرص على عدم مخالفتها وهذا يرجع الى مهمة المحاكم العليا في مراقبة تطبيق المحاكم للقاعدة القانونية، فتحرص المحاكم على أن تجيء أحكامها مطابقة لما أستقر من الأفضية السابقة تفادياً لنقض أحكامها وتتنصر مهمة القاضي في هذا النظام على تطبيق القانون فيما يرفع إليه من أفضية لا إيجاد قواعد قانونية.

فإن لم يجد في القانون شيئاً فإنه ينشئ الحل باجتهاده، ويقتصر أثر ما يصدره من أحكام على الدعوى التي فصل فيها ولا يتعداه إلى أي قضية أخرى ولو كانت مشابهة لها، كما أنه لا يلزم أي محكمة أخرى ولو كانت أدنى ممن أصدرت الحكم سابقاً، ويجدر الإشارة أن قضاة المحاكم العليا عادة يكونون ممن بلغوا مبلغاً متقدماً من التحصيل العلمي بالأحكام، والخبرة في تطبيقها على الوقائع، مما يغلب على الظن صواب أحكامهم فتطمئن النفس إلى الأخذ بها<sup>1</sup>.

ومما سبق يتضح أن السلطة التشريعية هي المصدر للأحكام في النظام اللاتيني فهي الوحيدة المخولة لإصدار القوانين مثل القانون الفرنسي ويرجع السبب في ذلك الى النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي. (Roman law) وهو (مجموعة القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأة روما حتى صدور مجموعات جستنيان في القرن السادس الميلادي<sup>2</sup>، بالإضافة إلى أن

(1) نظرية الأخذ بما جرى به العمل للعسري<sup>١٣٥، ١٣٦</sup>

(2) انظر: صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م، ص٣، وانظر:

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.) , 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.

التقنين المدني الفرنسي يعتبر أهم التقنيات التي أدت إلى نشر النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي إلى العالم الحديث<sup>١</sup>.

والسبب في وجهة نظرنا في عدم الإعتماد على السوابق القضائية هو الغني التشريعي الذي صاحب هذه القوانين بأعتبار دورها الوسيط ولقد لعب القانون الفرنسي دوراً وسيطاً بين القانون الروماني والقوانين الحديثة، حيث أقتبس القانون الفرنسي القانون الروماني، وتم أقتباس القانون الفرنسي في العديد من الدول الحديثة. ولذا فيعدُّ القانون الروماني مصدراً تاريخياً لمعظم القوانين العالمية وخصوصاً القوانين المأخوذة من النظام القانوني الفرنسي، حيث إنه يشكل مصدراً تاريخياً للعديد من النظم القانونية الفرنسية.

ولقد عبّر البعض عن العلاقة الوثيقة بين القانون الروماني والقانون الفرنسي حيث قال<sup>٢</sup> بإعتباره أهم القوانين المكونة للنظام القانوني اللاتيني دوراً كبيراً في نشر القانون الروماني، وبالتالي النظام القانوني اللاتيني في العالم الحديث. وصار التشريع هو المصدر الأول والأساسي للقانون في فرنسا وفي الدول التي تتبنى النظام القانوني اللاتيني الفرنسي<sup>٣</sup>.

---

(1) 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، ص٩٦.

(2) انظر:

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 are indeed still based on it, especially contract law

(3) سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٤٠٣ وما بعدها / سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص٢٩٢ مصطفى الجمال، تجديد النظرية العامة للقانون، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٨م، ص٢١٧.

## المطلب الثاني

### حجية السوابق القضائية، وإلزاميتها في التشريعات الإسلامية

بعد الدراسة تبين لنا أنه لا خلاف على اعتراف الشريعة الإسلامية بالسوابق القضائية ورجوع القاضي لها ما دام قد صح مأخذها وعلم أصلها وبيان 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 إستخراج المصدر الشرعي وهذا ما توصلت إليه في حكم نسب الطفل المتولد من إيجار الرحم وتم تطبيقه بالفعل من خلال مؤلفنا إيجار الرحم 'وفى رأبي إعترض في هذه الحالة على مسمى السابقة القضائية لأنه لا يوجد سبق في ذلك لإتباع جميع القضاة على نهج واحد ومصدرية واحدة وهي قواعد النسب في الشريعة الإسلامية وليس على حكم مستحدث منبثق من سابقة قضائية لنازلة جديدة .

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 انه لا يخرج الحكم من الأمور الثلاثة<sup>٢</sup>.

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

٢. أن تكون حادثة مستجدة لا يمكن قياسها على المسائل الخلافية التي سبق أن بحثت في الفقه، فيكون حكم القاضي فيها حكماً اجتهادياً محضاً على افتراض

(1) مؤلفنا إيجار الرحم دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١١ - طبعة.

(2) أصحاب الإتجاه ضرورة عدم غلق باب الإجتهد.

توافر شروط هذا الإجتهداد في القاضي فهنا أيضاً لا يكون الحكم القضائي ملزماً للقاضي الذي تطرح عليه الحادثة<sup>١</sup>.

٣. أن تكون السابقة لا أصل لها، أو كانت مخالفة للنصوص، أو أن هناك ما هو أقعد منها فهنا لا ينظر إليها<sup>٢</sup>.

كما نرى وحسبما يبدو أن أصحاب الآراء السابقة تعتبر حكم القاضي إجتهاداً طالما توافرت شروط المجتهد ومعنى ذلك أنها تنتمي إلى مدرسة عدم غلق باب الإجتهداد وللرد على ما سبق سأحاول تكيف دور القاضي على دور المجتهد لمعرفة مدى كيفية أستخراج الحكم من مصادرة قياساً 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 الإجتهداد بالنسبة للفهاء المتقدمين وهل أقتصر الإجتهداد على الفقهاء المتأخرين.

يرى<sup>٣</sup> أصحاب هذا الاتجاه ان ضرورة عدم غلق باب الاجتهاد والسبب في ذلك يرجع الى ان هناك الكثير من المسائل المستجدات والنوازل يحتاج الناس إلى بيان حكم شرعي فيها، حيث سكت عنها الفقهاء المتأخرين لخلو زمنهم منها حيث يروا ان القول بإغلاق باب الإجتهداد معناه أن يبقى المسلمون لا يعرفون الحكم الشرعي في النوازل المستحدثة ولا يتم ذلك إلا بالاجتهاد في النظر إلى الأدلة الشرعية لمعرفة.

كما يروا علماء اللجنة الدائمة<sup>٤</sup> للإفتاء أن باب الإجتهداد في معرفة الأحكام الشرعية " لا يزال مفتوحاً لمن كان أهلاً لذلك<sup>٥</sup> وأن القول بغلق الأجتهداد بصفة عامة لا يتفق

(1) السوابق القضائية ، دراسة نظرية تطبيقية : بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦ هـ للطالب /

شيخين بن محمد العبدلي . ص : ٣٨ ، ٣٩ .

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

(3) [https:// islamqa.info/ar/128024](https://islamqa.info/ar/128024)

تم النشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ // "الموسوعة الفقهية" ( ١٨/ ١٩ ، ١٨/ ١٩ ) (نشر بتاريخ: ٢٠٠٩-٠٤-١٨ //

(4) الشيخ عبد العزيز بن باز ، الشيخ عبد الرزاق عفيفي ، الشيخ عبد الله بن غديان ، الشيخ عبد الله بن قعود فتاوى اللجنة الدائمة ( ١٧/ ١٨ ، ١٧/ ١٨ )

(5) بأن يكون عالماً بما يحتاجه في مسألته التي يجتهد فيها ، من الآيات والأحاديث ، قادراً على فهمهما ، والاستدلال بهما على مطلوبه ، وعالماً بدرجة ما يستدل به من الأحاديث ، وبمواضع الإجماع في

مع روح الشريعة الاسلامية بل وجوبه على من توفرت فيه شروطه؛ لأن الأمة في حاجة إلى معرفة الأحكام الشرعية فيما جدّ من أحداث لم تقع في عند المتقدمين وأستندوا إلى أجتهد الصحابة رضي الله عنهم في معرفة الأحكام الشرعية، وأجتهد التابعون ومن بعدهم من المتقدمين وحجتهم 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<sup>1</sup> 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 يمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه رشذك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل<sup>2</sup>.

---

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 الاستدلال بها ، والاستنباط 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 الأدلة ، وطريقتهم في الاستدلال بها ، والاستنباط ، ثم يتكلم ، أو يفتي بما اقتنع به ، ورضيه لنفسه ديناً

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

(2) 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

وجاء عنه رضي الله عنه أنه حكم في المسألة المشتركة بإسقاط الأشقاء مع الإخوة لأم، ثم شرك بينهم في مسألة أخرى فسنل عن ذلك فقال: تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم<sup>1</sup>.

والواضح كما نرى وحسبما يبدو للبعض<sup>2</sup> 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 ويفقد مجتهداً آخر فيه إلا إذا كان نتيجة أجتها و ترجيح، وبالتالي فالقاضي غير ملزم بالحكم في سابقة قضائية على قضية منظورة أمامه شبيهه بها ولا يكون مجرد متبعا لقول الغير بعد معرفة دليله وهو ما يعرف بالاتباع<sup>3</sup>.

ولا شك أن الحكم القضائي موضوعي بالنسبة للقضية المرفوعة فهو خاص بها لا يتعداها إلى غيرها أو لما ماثلها 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 تقعيدها فلا يستند إليها، لأن الواقعة والحال ما ذكر لم يتحقق صواب الإجتها فيها<sup>4</sup>.

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

(2) ويقول محمد سلام مذكور - المدخل للفقهاء الإسلاميين 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؛ للعلبي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٥٥٦.

(3) جامع بيان العلم وفضله ٢/٧٨٧، توصيف الأفضية؛ للباحث ١/٣٦٧ ط ٢.

(4) العرف والعمل في المذهب المالكي ص ٣٦٥.

الأمر الذي يجعلنا نعيد ما جرى عليه العمل ولكن باعتبارات أخرى غير مستتدة على أدلة كمبادئ العدالة والعرف .... بحجة انها نازلة ونصل إلى ما وصل إليه غيرنا مما طبق هذه النظرية في عصرنا الحالي كما سبق وأن أشرنا من قبل في بحثنا هذا من إداء 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.

المبررات الداعية لغلق باب الإجتهد: -

فيما يتعلق بالإجتهد الوارد بالحديث السابق نرى<sup>1</sup> 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 بالإجتهد في رأيه .....في رأيي الإجتهد بالرأي المشار إليه في الحديث الشريف<sup>2</sup>أقتصر على عصور الفقهاء المتأخرين من الصحابة وأغلق من بعدهم الإجتهد تاركين لنا ميراثا شرعيا مما جعل الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وهذا ما حصده الحديث الشريف عبد الله بن مسعود<sup>3</sup> سالف الذكر من المصادر الشرعية التي أعدت كأطروحة شرعية أعتدنا عليها بالفعل إلى أن تقوم الساعة وللأطمئنان إليها وليس لتقليد الفقهاء في أن

(1) في رأيي أن الحديث الشريف لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي إستندت إليه التشريعات الإسلامية في حجية السوابق القضائية المشار إليه ليس لحننا على التقليد فيما فعله في الأجتهد بالرأي ولكن جاء ليبين لنا الكيفية التي سار عليها نهج الفقهاء الأوائل وأنى أرى ان هذا الحديث بمجرد صدوره اغلق باب الأجتهد لأن المصادر الشرعية للشريعة الإسلامية لم تترك شيئا الا وذكرته وهذا هو معني الكمال والكمال المقصود هنا شامل لجميع المستجدات والنوازل إلى أن تقوم الساعة ولكن ليست المشكلة كما سبق وأن ذكرت في أستخراج المصدر أى النص أو غيره فى المرتبة التي تليه ولكن المشككة في كيفية تفسيره او تعميده او تاصيله.....

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 لأستخراج الحكم من مصدره وليس أبكار حكم جديد أو ابدأ رأى ليس له مصدر.

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

نجتهد وجعل الحديث رخصة لمن لا يجد المصادر السابقة للحكم في مسألة ما أن يجتهد بالرأي فأين نحن من فقهانا المتأخرين كي نقلدهم؟  
أولاً: الأدلة من كتاب الله الحكيم: -

وهناك أدلة على حجية عدم الأخذ إلا بالنص وعدم الاعتراف 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 اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله " وقوله تعالى " فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول" ووجه الاستدلال 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 اقتناع بها حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم الله ورسوله فهو حرام ويلزم منه منع الإلزام بالسوابق القضائية.

وفي قول الله تعالى " لعلمه الذين يستنبطونه منهم " والمقصود بالاستنباط من النصوص لا من قول بشر غير معصوم.

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية الشريفة: -

جاء بالحديث الشريف لما قال معاذ رضى الله عنه اجتهد رأيي ولا آلو فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله فدل على وجوب الأجتهد 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 أن تكون من نص شرعي كما أشار الحديث الشريف.

### ثالثاً: الدليل العقلي على ذلك: -

بمجرد وفاة الرسول -صلى الله عليه وسلم- صار الصحابة يتتبعون سنته، 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، فالاجتهاد 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<sup>١</sup>، وهذا أن دل فانه يدل على غلق باب الاجتهاد واقتصره فقط ليس على اهله فحسب بل على الفقهاء المتأخرين للأسباب الآتي ذكرها.

وينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة وهي الشاهدة في ذلك انه في أوائل القرن السادس ظهر اتجاه ينادي بغلق باب الاجتهاد 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 الاجتهاد)<sup>٢</sup>

(1) 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 لأقربته على من أرادته مع إعلامه نهيه عن تقليد هو تقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحفظ فيه لنفسه

(2) حتى يقطعوا الطريق أمام من يجتهد في فهم النصوص ويستنبط أحكاماً تخالف ما قاله الأئمة السابقون وقيل أن أبداً أود أن أبين نقطة في غاية الأهمية، وهي أن المقصود بـ "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 بأهل، بل محل الخلاف هو منع من ملك آلات الاجتهاد من الاجتهاد، ولذلك رأينا ابن عبد البر بعد أن ساق كلاماً كثيراً عن ذم التقليد يقول/ وهذا كله لغير العامة؛ فإن العامة لا بدلها من تقليد علمائها عند النازلة تنزل بها؛ لأنّها لا تنبئ موقع الحجة ولا تصل لعدم الفهم إلى علم ذلك؛ لأن العلم درجات لا سبيل منها إلى إعلانها إلا بنيل أسفلها، وهذا هو الحائل بين العامة وبين طلب الحجة، والله أعلم، ولم تختلف العلماء أن العامة عليها تقليد علمائها وأنهم المرادون/ جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ج ٢ ص ٩٨٩ - تحقيق حسن أبي الأشبال - طبعة دار ابن الجوزي

ومن الأمور التي نتعلل بها على غلق بابا الاجتهاد 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 اتباعه 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 اليه ابن بدران الحنبلي وهو يلوم أهل مذهبه الذين عكفوا على متن "منتهى الإرادات" وهجروا غيره، حيث يقول<sup>1</sup> " فعكف الناس عليه وهجروا ما سواه من كتب المتقدمين، كسلاً منهم ونسياناً لمقاصد علماء هذا المذهب الذي ذكرناها آنفاً"

فاذا كانوا مقصرين عن مجرد الأطلاع، فكيف سيكون الحال مع الاجتهاد؟ و من المبررات الداعية لغلق باب الاجتهاد عدم الإمتزاج بين السلطات حيث أن في البداية كان القضاء من وظيفة الوالي نفسه أي الحاكم بأمر المسلمين وغير مفصول عنه ، ولذلك كان لابد من أن يكون رجل دين أي فقيه ومن هنا ولد مبدأ عدم فصل الدين عن الدولة والشاهد في ذلك ما قضي به رسول الله-صلى الله عليه وسلم- حيث كان القضاء من مهامه ولم يسنده لأحد ومن الملاحظ أن هذا أتخذ مبدأ 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 انه مؤهل لذلك مما ورثه من رسول وسيد البشرية أجمعين.

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

(1) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران ص ٤٣٤ - طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية

١٤٠١ - ١٩٨١.

ولكن في عصورنا الحالية ومع عدم الأهتمام بتحصيل آلات الإجتهد، صار الأمراء والقضاة من غير المجتهدين، وبهذا تخلف شرط من الشروط التي يجب توافرها فيهما قال إمام الحرمين الجويني<sup>1</sup> من شرائط الإمام أن يكون من أهل الاجتهاد، بحيث لا يحتاج إلى أستفتاء غيره في الحوادث وهذا متفق عليه. ومع تجدد الحوادث التي تشهدها الدول أنفصل أهل القضاء والأجتهد عن دور الحاكم مما جعل الحكام أو القضاة عندما تستجد لهم مسألة أو نازلة يرجعون إلى أهل الاجتهاد 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 سدا لزريرة أو توجيه الحاكم بإعادة النظر في فتوى بحجة انها تتغير بتغير الزمان والمكان والحال.

مما يجعل المجتهد يحدد إلى بعض الأحيان عن مبادئ أو مصادر الشريعة توجيهها لما طلب منه وكذلك القضاء ومن هنا يفتح الباب أمام إستبدال القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية مما يوقعنا 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 تنادى بمبادئ شاذة تحت مظلة الحريات التي تدعيها في بعض الدول الإسلامية والتي كانت نابغة من الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي سبق وأن أشرنا اليه من خلال هذا للبحث.

والمخرج الوحيد الذي ينفدنا من المصائب التي تتعرض لها أمتنا، المتمثلة في تراجع الشريعة عن حياة الناس تدريجيا والذي فيه إنذار خطير لكل من تسول له نفسه بعدم الألتزام بالشروط الشرعية في المسائل التي تحتاج الى الاجتهاد هذا هو المخرج في رأيي.

---

(1) الإرشاد للجويني ص ٤٢٦ - تحقيق د محمد يوسف موسى و د علي عبد المنعم عبد الحميد - طبعة مكتبة الخانجي ١٣٦٩ - ١٩٥٠

هو إغلاق باب الاجتهاد الفردي<sup>1</sup> للفقهاء المتقدمين وحل محله الاجتهاد الجماعي في التفسير من خلال قرارات المجامع الفقهية والمؤسسات الإسلامية، كصرح الازهر الشريف لضمان استقلالها عن السلطة أي السياسة باعتبارها مؤسسات دينية غير موجهة إلا من كتاب الله وسنة رسوله وهذا ايماننا منا بغنى الشريعة الإسلامية وبالميراث الشرعي الذي ورثوه عنها الفقهاء المتقدمون من المتأخرون فقد وجدوا رصيذا كبيرا من اجتهادات من قبلهم، ووجدوا فقهاً افتراضياً غنيا بالأحكام قد وفي لهم بكثير من نوازلهم،

والذي نقصده بلفظ "تفسير الاجتهاد" أي تفسير النصوص واستخراجها من مظانها حتى يسد على أهل الهوى باب التلاعب بالشريعة الإسلامية وكل اجتهاد تفسيري سيكون حجة للسابقة القضائية التي ولدت على يديه بمعنى انه يكون ملزماً فقط لأطراف الدعوى التي تم تفسيرها على أساس حجية الامر المقضي به والتي تثبت للحكم وحكم فيها

والخلاصة انه ليس في السوابق القضائية في الشريعة الإسلامية حجية تجعلها من القوة بحيث لا يستطيع القاضي اللاحق مخالفت القاضي السابق في ذلك الحكم فالحكم القضائي جزئي الأثر أي انه 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.

---

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

## الخاتمة

### النتائج التي توصل اليها البحث

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

ونحن ندلف إلى نهائيات هذا البحث نود أن نقف على بعض ما إستخلص من دراسته؛ إذ إن هذا الموضوع إتصل بمصادر الشريعة في شروط تطبيقه، وفهمه، والأخذ به، وتوجيه ذلك الفهم الوجهة التطبيقية لاسيما، وأن الأمر متعلق بالأحكام الفقهية المتعلقة بمصالح الناس كل هذا مقابل الأفكار المعاكسة المستمدة من بعض النظم الغربية التي قد لا تتناسب مع تقنيننا المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ويطيب لي في نهاية المطاف أن أختتم الدراسة بخلاصة لأهم ثمرات هذا البحث.

■ هناك مظاهر أشارت إلى عدم إستقرار النظم الغربية المعتمدة على السابقة ومن ثم لم تسلم السابقة القضائية من النقد فمنذ حوالي ثلاثين عاما يتم إنتقاد النظام التشريعي والنظام القضائي في الدول الأنجلوسكسونية بسبب خضوعها للنخبة والعنصرية سواء بالنسبة إلى المحتوى الرسمي للقانون أولمناهج تطبيقه أو بالنسبة إلى لتكوين القضاء.

■ نرى أن ظروف ميلاد السوابق وإعتمادها وسيرها كانت له أسبابه والتي منها الحاجة العاجلة لتحقيق توحيد الأحكام والمعرفة اليقينية للقواعد القانونية وتوحيد الجهود المبذولة ومن جهة أخرى فإن إصدار التشريعات الخاصة بدمج محاكم العدالة ومحاكم القانون القضائي العام استوجب تقرير مبدأ السابقة القضائية، والذي نراه بإنهاء هذه الأسباب تنتهي تأثير فرض وإلزام السابقة على الأحكام ولا يبقى منها إلا الإستتارة والإرشاد كما هو موجود الآن في الأنظمة المؤيدة لذلك.

■ وجدنا أن المشرع الغربي وضع شرطا لإصباح الشريعة على الأحكام القضائية الصادرة وهو ألا تكون مخالفة لسابقة قضائية صادرة من قبل الناظر فيما سبق يجد أنه كيف نخلع على حكم بالشرعية من عدمها لمجرد

أنه مخالف لسابقة قضائية فهذا لا يجوز لأنه ربما لا يمكن عملياً تطبيقها على الظروف الحادثة المستجدة، ما لم تكن السوابق قد تعاقبت وتطورت تدريجياً مع الزمن ومع ذلك فإن السوابق القضائية القديمة جداً ينبغي أن تلغى بنفس الطريقة التي أنشأت منها مثل القانون وهذا بالطبع يصعب حدوثه من الناحية العملية أما بخصوص أن العبرة في الأخذ بالسابقة القضائية بحكمة القرار وليس ألفاظه وصيغته وجدنا أنه أمر يصعب التسليم به قانون

■ من العيوب التي يمكن أن نؤاخذها في الحكم القضائي عند الفقه الانجلوسكسوني في حالة ما إذا اختلف فيه الفقه القضائي وإنقسم على نفسه في الرأي لينشئ سابقة قضائية برأبي لا يمكن الإفتاء به على المدد مما يصعب وجود معيار للأستناد بالسوابق والإنحياز لمفهوم رسوخ الفقه عليه واستخدامه في قضايا أخرى مماثلة.

■ يظل كم مقدر من السوابق القضائية أثيرة الأفكار المرجعية في ظل أنظمة معينة كان معيار تطبيقها فيها هو المصلحة الخاصة وليس المصلحة العامة هذا بالإضافة إلى وجودها في الخزانات أو على الأرفف أو الكتب التي تحتاج إلى جهد الباحثين في التصنيف والترشيح ما بين الموثق بالمرجعية الشرعية والغير مستند عليها إذ لا بد من أن تتم فلترة كل السوابق وتصنف بهدف المنفعة منها

لذلك أوصي بعمل جمع جملة الفقه القضائي أي ما يسمى اليوم بفقه السوابق القضائية في مجلد تشريعي واحد بهدف تدريسه كتدريبات عملية 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 ديناميكية ليتفاعل بعضه ببعض بالشروط سألقة الذكر أو الدراسة من خلال الأسترشاد والتتوير.

■ أيدنا النظام اللاتيني حيث نرى أنه الأقرب إلى نظام الفقه الإسلامية لأننا في العصر الذي نشهده الآن نحتاج الى والوجهة الواحدة لنوافذ إستخراج الأحكام وإذا كان باب الإجتهد أغلق في عهد الصحابة رضوان الله عليهم فهل من الصالح أن نفتح الآن في ظل الظروف والتوترات الحالية وليس معنى ذلك إننا نؤيد الجمود والوقوف حجر عثرة أمام النوازل الحديثة وكيفية وجود حلول لها ولكن مصادر الشريعة الإسلامية مليئة بكل الأحكام وأعتقد أنه لا نازلة إلا ولها حكم في الشرع لقول الله وتعالى يَعْلَمُ مَا يَلْجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ الرَّحِيمُ الْغَفُورُ.. دلالة على شمول القرآن في ذلك.

■ نحن لا ننكر قيمة السوابق القضائية عند النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني فإن السابقة القضائية معتبرة في النظامين، إلا أن النظام اللاتيني يعتبرها للتتوير وللتفسير أحيانا، ولا يلزم بها، وكذلك تعتبر السوابق القضائية مما يحتج بها في الفقه الإسلامي، وإن كانت لا تصل إلى مرتبة الإلزام بعكس النظام الانجلوسكسوني كما بينا.

■ وجدنا أن الأخذ بما جرى به العمل كانت له عيوبه بالرغم من أنه إثراء فقهي وفكري كما أوضحنا وهذا مؤشر قوى على أن هذه العيوب قد تمتد إلى السوابق القضائية والدليل على ذلك تراجع الفقه الانجلوسكسوني من خلال ما أقره مجلس اللوردات الأعلى عن الزامية القاضي بالأخذ بالسابقة القضائية ويزيد على ذلك مطالبة أهل قرطبة من القضاة من أجل الخروج من الخلاف، وتوحيد الاحكام أن يحكم القاضي بقول ابن القاسم وشهادة اللفيف كإحدى تطبيقات نظرية ما جرى عليه العمل التي لم تحظى بحسن إعمال قواعد الفقه المالكي، ولا قواعد القانون الوضعي، مما أدى إلى اضطراب العمل القضائي وإرتباكته، بالرغم من أنها تمارس في صورة من صورها حتى اليوم كما سبق وإن وضعنا .

- ستتبلور المشكلة عند تعدد الأحكام بتعدد النوازل وقتئذ لن نستفيد من شرط معرفة محلية جريان العمل عاما كان أو خاصا من البلدان، الأمر الذي سيحتم علينا فيما بعد الى توحيد أحكام جديدة قد تكون صالحة اليوم لحادثة في زمن معين وغير صالحة في زمن آخر لنفس الحادثة وبالطبع سيؤدى هذا كله الى التشويش في المرجعية الشرعية والقانونية.
- تبين لنا أن هناك أوجه شبه بين ما جرى عليه العمل والسوابق القضائية فالأولى ذو صلة وثيقة بالسوابق القضائية ويظهر ذلك في أن السوابق ما هي إلا أحكام جرى عليها العمل في المحاكم إلا أننا نستطيع أن نلتمس بينهما فرقا جوهريا يتمثل في ان ما عليه العمل اعم إذ أنه يشمل ما عليه العمل في الاحكام القضائية وفى الإجراءات الشكلية المتبعة عند التداعي أما السوابق القضائية فهي أخص إذا هي ما جرى عليه العمل في حكم من الأحكام القضائية.
- الراجح لدينا القول الذي يرى أن ما جرى به العمل يجب احترامه والعمل به مالم يكن طبق إستثناء، وأما السابقة فيستأنس بها ولا تلزم، لأن الإثنين لا يعلو معاً إلى مرتبة النص والتقنين ولكن يمكن ان تكون هناك حالات فردية غير معممة على صورة إجتهاد فردى كان ينبغي مثلا ان يقول القاضي لخلو النص .....
- السبب الداعي في عرضي لشهادة اللفيف كان لمعرفة مدى تطبيق شهادة اللفيف في قضية معروضة أمام القاضي وبني الحكم عليها ولو أعتبر هذا الحكم سابقة لما بعده لأصبحت الأحكام تبنى على أساس الأعراف وعلى ماجرى عليه العمل مثل شهادة العامة وعملا فيها بالقول الضعيف الذي قد يغير خصائص الحكم ويخلق مجالا من الشك والريبه
- بما أن العلاقة بين الشريعة والفقهاء هي علاقة عموم وخصوص بيد أن الشريعة أعم وأشمل من الفقهاء فكيف تكون المرجعية للحكم على أساس حكم قاضى سابق حتى ولو كان القاضي فقيها إذا فالشريعة وهي النصوص

الموجودة في كتاب الله وسنة رسوله هي المرجعية الأساسية لأنها أعم وأشمل من رأى الفقيه وذلك لتجنب الوقوع في الخطاء حيث أن القاضي بشر ووارد حتما الوقوع في خطأ تطبيق نص أو تفسيره وفهمه

■ إستنتجنا الشروط الواجب توافرها في الحكم ليعتد به كسابقة قضائية في الفقه الإسلامي وهي تطبيق قاعدة الإجتهد لا ينقض بمثله على الحكم سواء كان مصدر الاجتهاد الثاني هو نفس القاضي الأول أو كان غيره وأخيرا وجدت انه من الشروط الواجب توافرها في الحكم تسبب الأحكام القضائية وذلك من خلال أحكام، وقواعد الشريعة الإسلامية مرتكزا للحكم القضائي الذي يُشترط توافرها فيه الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية جزئي الأثر أي انه يختص بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط ولهذا لم يظهر للقضاء دور مستقل في الشريعة .

■ ان النوازل والوقائع لا متناهية، والحاجة إلى الرجوع إلى الكتاب والسنة هي حاجة مستمرة ودائمة إلى قيام الساعة، فلو بنيت السوابق على هذا الاساس فهنا تكون ملزمة ولا عبرة للخلاف وبهذا سوف نتلافى المشاكل المترتبة على تباعد البلدان واختلافها والذي يحتمّ تباين الأعراف والعادات المعتبرة شرعاً عند التقاضي، فقد تكون السابقة مبنية على عرف في بلد لا يوجد في آخر.

ها قد وصلنا الى الختام، وفي النهاية لا يخطر على بالي إلا أن أقول إنني وبحمد الله عرضت رأيي المتواضع في موضوع البحث لعل الله قد يكون وفق قلبي الى ما يرضاه، فما هذا إلا جهد مقل ولا ندعي فيه الكمال ولكن عذرنا أنا بذلنا فيه قصارى جهدنا

" وصلى اللهم وسلم على سيدنا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم "

## 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، للفتية 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 د ت، ج ٤
- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية؛ للبعلي ٣٣٣، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٥٥٦
- 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 المستنقع، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي / الناشر: (بدون ناشر) / الطبعة: الأولى - ١٣٩٧هـ
- حاشية أبي الشتاء الصنهاجي على شرح التاودي للامية الزقاق ٢/٢٦٥
- حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي على للامية الزقاق ٣٣٧
- خير الدين الزركلي الأعلام، طبعة خامسة ١٩٨٧م، نشر دار العلم للملايين بيروت، ج ٣
- شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد ابو الأجان، — طبعة أولى ١٩٩٣م، نشر دار الغرب الإسلامي بيروت، ج ١
- رد المختار 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 واحياء التراث / الطبعة الأولى ١٤٢١-٢٠٠٠م

#### الكتب الفقهية المعاصرة:

- ألغلامي واثق محمد نذير، النظام القضائي في الإسلام، دراسات اسلامية العدد الثالث السنة الأولى سنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م

- د أحمد أمغار، شهادة الليف و اعتمادها كحجة إثبات ، رابطة القضاة ، السنة ٢٢ ، عدد: ١٦/١٧ ، مارس ١٩٨٦

- شيخين بن محمد العبدلي السوابق القضائية دراسة نظرية تطبيقية: بحث تكميلي في قسم الفقه المقارن ١٤٢٦هـ للطلاب

- 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 / ١٩٩٦م

- 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 الدغيثر حجية السوابق القضائية اعداد- باحث في مجال الفقه والقضاء -سنة النشر: ربيع الآخر ١٤٢٨ هـ. دار النشر: مجلة العدل، العدد ٣٤
- 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 ١٤٢١هـ
- د مصطفى الزرقا الفقه الإسلامي ومدارسه- طبعة دار القلم - دمشق، والدار الشامية - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦ - ١٩٩٥
- د محمد الربيعي موقف الفقه و القضاء من اللقيفيات قديماً و حديثاً ، الاشعاع ، 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 ١٤١٦هـ / ١٩٩٦

#### الكتب القانونية: -

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

- د/ ادم وهيب النداوي دور الحاكم المدني في الاثبات 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/ ابراهيم الزعيم ومحمد فركت، "وكالة الخصام - المحاماة"، مؤسسة بنشرة 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/ حسن عبد الحميد / قاعدة السابقة القضائية فالنظم القانونية الانجلوأمريكية 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
- د/ خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، دار الأمان، بدون تاريخ
- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق،
- سمير تناغوا، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٩٩م
- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري السعودي - بيانات النشر، القاهرة، دار الفكر العربي ١٣٧٢ / ١٩٥٢
- 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 الاجتهاد القضائي مفهومه - حالاته - نطاقه - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية - الطبعة الأولى ٢٠١٥
- عبد المجيد غميحة: "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
- د/عبد الرزاق 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.
- كريمة مصلي "القضاء في تاريخ المغرب"، جريدة الصباح ليوم الخميس ١٤ يوليو 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.
- مجيد حميد العنكي المدخل الى دراسة النظام القانوني الإنكليزي منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل العراقية بغداد ١٤١١هـ - ١٩٩٠م
- د/نبيل إبراهيم سعد، تقنين نابليون التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدها كلية الحقوق جامعة بيروت العربية بمناسبة مائتَيَّ عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي، ١٨٠٤-٢٠٠٤م بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤م
- د/هيام اسماعيل السحماوي، إيجار الرحم دراسة مقارنة، مطبعة دار الجامعة الجديدة سنة النشر ٢٠١١
- هنري كابيتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الاحكام ترجمة عباس الصراف منشور في مجلة القضاء العدد ٢ مارس ونيسان ١٩٥٧

#### 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 piocessus 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; aperçu sur la règle du précédent, In; Arch. Philos. Dr., t. 30, 1985,p.p. 105 ets.
- D.Lluelles, Guide Canadien de références pour la rédaction juridique, 4e ed., Montreal ,editions Themis , 1992, L.P. PIGEON, rédaction et interprétation des lois ,Quebec, Ministère des Communications, 3 e ed., 1986.
- J.A.Jolowicz, La jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la règle du précédent. In: Archiv. 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 systèmes de droit contemporains 9 eme ed. Op. cit., p. 432.
- D Poirier. Sources de la Common Law, op. cit., p. 67.
- HLevy- ullmann, le système 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.411et 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 judiciaire 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. Commentaires ....op.cit. t. I, p. 270 (The making of the laws is entirely the work of a distinct part, the legislative branch, of the sovereign power).  
Dicey, Droit ET opinion publique en Angleterre, trad française 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 ),

H,LEVY- Ullmann, op. cit. , ; مشار إليها في:  
p.360,Note(1).

- W.S. Holdsworth , A History .....OP.CIT., t,II, P 430ar.d n.  
Attorney general for the قاضية -  
province of Ontario  
Fatehi (1984) 2R.C.S.536.
- J.Vanderlinden , Histoire de la :  
COMmmmon law, Quebec, Canada, les editions Yvon Blais Inc.,  
1996 Avant – propos : G. Rouhette, , Le genre de Common law  
Bruxeiies, 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 Argumentation ....op. 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 "الثورة في المغرب" La révolution au Maroc في كتابه "الثورة في المغرب" 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

et1231 du code civil relative à la clause pénale", Revue trimestrielle de droit civil, n°4,1984-1985, p:647.

- Boulanger, Jurisprudence, in : Encyclopedie Dalloz , Civ . III.
- J.A.Jolowicz, La Jurisprudence en droit anglais: Aperçu sur la regie du precedent, in Archiv . philos. Dr., T.30, 1985, p.105.
- H.A. Hubbard, Le processus judiciaire du common law , op. c.
- 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 juridque, paris, editions de Navarre, 1977, p. 214
- fiction راجع Dictionnaire petit Robert
- F. Maher et p.l. Waller ....op.cit. p.169.
- 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.  
Ahumada Ruiz, María Angeles
- في دراسة حول قاعدة الأغلبية في صياغة الفقه الدستوري، المجلة الأسبانية للقانون الدستوري، العدد 58 لسنة 2000، صفحة 178.
- Georg JELLINEK في كتاب Verfassungsänderung und
- Christian FÖSTER المترجم للاسبانية من قبل Verfassungswandlung
- ، منشورات مركز الدراسات السياسية والدستورية الاسباني، مدريد

في مقالاتها التغير Ana Victoria SÁNCHEZ URRUTIA أنقل عن 1991  
الدستوري وسلطة الدستور الموضوعية، المجلة الإسبانية للقانون الدستوري  
112، صفحة 2000 سنة

- GAUCHET, MerceL في كتاب ثورة السلطات La Révolution des Pouvoirs؛ منقول عن البروفيسور 46، صفحة 1995 باريس Garcia de Enterría في كتابه الموسوم "القضاة، الديمقراطية ومراقبة السلطات/ Democracia y Control de la Administración، أنفأ، 133 و 134 صفحة
- J Stone precedent and law; dynamics of common law growth Sydney, butterworths, 1985, 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.) , 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.
- 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.
- د زكي مصطفى The Common law in the Sudan London, 1971

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 شتتبر ٢٠١٤ نشرت جريدة أخبار ميدلت على الشبكة العنكبوتية
- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد ٩٧٧ بتاريخ ١٠ - ٠٤ - ١٩٩١ في الملف المدني عدد ٣٣٧٤ / ٨٥
- الموسوعة الفقهية، نشرت بتاريخ ١٨/٤/٢٠٠٩
- 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 ترايبون [www.alnilin.com](http://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.