

## الفصل الخامس

### المصادر التفسيرية او المصادر غير الرسمية

#### الفقه - القضاء

#### اولاً: القضاء :

يفيد لفظ القضاء ثلاث معاني هي:

1. فقد يعني مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة.
2. وقد يراد به مجموعة الحكام التي تصدرها المحاكم في دولة معينة.
3. وقد يقصد به مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها. وهذا هو التعريف الذي يعيننا.

#### مميزات القضاء :

يتميز القضاء بالمميزات الآتية:

1. انه يشمل الجانب العلمي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على ما يبت فيه من قضايا ويضع الحلول العملية.
2. يتميز القضاء بطابعه وروحه الواقعي فيتقيد بواقع الحياة ويقوم على ما ينبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها ويجعل من القانون مادة حية تسير تطور المجتمع.
3. ان المحاكم اقدر على تطبيق ما تراه الى خير الوجود والعمل.

#### منزلة القضاء في المجتمع القديم

- لقد لعب القضاء دوراً مهماً في القانون الروماني, فقد كان القضاء مصدراً رسمياً لهذا القانون, وقد برزت اهميته عقب تجميع القانون الروماني القديم في الألواح الاثني عشر, وقد تولى البريتور شؤون القضاء وكان البريتور ينتخب لمدة سنة ينشر فيها منشوراً باسم المنشور البريتوري يدرج فيه القواعد التي يلتزم باتباعها في قضائه كما يدرج ما اثبت العمل صلاحه في التطبيق مما اشتمل عليه منشور سلفه, ولم يكن القاضي في بادئ الامر يلتزم رسمياً بهذا المنشور حتى صدر قانون يقضي باعتبار عدم الالتزام بهذا المنشور مخالفة قانونية.

يتضح من ذلك ان منشورات القضاة كانت تنشئ قواعد قانونية وان القضاء كان مصدراً رسمياً للقانون الروماني.

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

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

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

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

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

- اما في المجتمع الانكليزي، فقد مارس القضاء دوراً مهماً وكان وما يزال يعتبر مصدراً رسمياً للقانون، وذلك لأن النظام القانوني يقوم في جانب منه على السوابق القضائية.

- يقصد بالسابقة القضائية: ان كل محكمة تلتزم بالمبدأ القانوني الذي بنت عليه حكمها السابق او ما يسمى بحكمة القرار كما تلتزم بالمبادئ القانونية التي قررتها المحاكم التي تماثلها او تعلو عليها في المرتبة. ويعزى التمسك بالسوابق القضائية التي لها قوة القانون تكون منها القانون العمومي بل تعداه الى محاكم العدالة بعد قيامها.

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

### منزلة القضاء في المجتمع المعاصر

- يعتبر القضاء الاداري مصدراً رسمياً للقوانين التي تقر بوجوده كفرنسا وجمهورية مصر العربية.

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

- اما القضاء العراقي فلا يختلف من حيث منزلته عن كل من القضاء العادي في فرنسا ومصر, لأنه لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية اسوة بهما, فالمحاكم العراقية لا تلتزم بسوابق قراراتها ولا تنفيذ بها غيرها من المحاكم في القضايا المماثلة.

### ثانياً: الفقه :

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

### مميزات الفقه :

يتميز الفقه بالخصائص الاتية:

1. انه يمثل الجانب العلمي للقانون خلافاً للقضاء الذي يمثل الجانب العلمي له, لانه يقوم على استخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية.

2. يتميز بالطابع النظري خلافاً للقضاء الذي يتميز بالطابع الواقعي، وهذا يبين ما يلجأ اليه الفقه من تصور وافترض وتشبث بمثل وتثقيب عن اتجاهات جديدة ابتغاء الأخذ بأسباب التطور.

3. ان اراء الفقهاء لا تخرج الى التطبيق العلمي الا اذا اخذت بها المحاكم طوعاً فهو يتجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة الزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء.

### منزلة الفقه في المجتمع الروماني

مر الفقه الروماني في تطوره بأربع مراحل هي:

- 1- المرحلة الاولى: العلمية التي بدأت عقب نشوء منصب البريتور وفيها عكف فريق من الناهبية على دراسة القانون وتقديم الفتاوي والمرافعات في القضايا الهامة.
- 2- المرحلة الثانية: تميزت بظهور المدارس الفقهية وبدأت في مطلع العهد الامبراطوري وفيها تجاوزت مهام الفقيه ما سبق ذكره الى تعليم القانون واعطاء الفتاوي بشرح القانون وابداء الرأي.
- 3- المرحلة الثالثة: بدأت العهد العلمي واستغرقت هذا العهد الذي امتد طوال القرنين الروماني الثاني والثالث قبل الميلاد، وقد وصف بالعهد الذهبي للقانون الروماني، اذ اصبح الفقه فيه مصدراً رسمياً للقانون ينسب اليه انشاء الكثير من قواعد القانون الروماني.
- 4- المرحلة الرابعة: التي بدأت بنهاية العهد العلمي وفيها اخذت اهمية الفقه بالانكماش وتضائل شأن المنشورات الفقهية كمصدر للقانون واخذ التقليد يحل محل الاجتهاد.

### منزلة الفقه في المجتمع الاسلامي

مر الفقه الاسلامي في تطوره بأربعة مراحل ايضاً وهي:

- 1- المرحلة الاولى (دور النشوء): الذي بدأ بنزول القران الكريم وانتهى بوفاة النبي الكريم صلى الله عليه وسلم، وقد احتوى القران الكريم على تنظيم لشؤون العبادات والمعاملات عرف بإسم (فقه القران) وتولى الرسول الكريم تفصيل مجمله.
- 2- المرحلة الثانية (مرحلة النمو): التي بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الاسلامي، وفيها بدأ الاجتهاد يلعب دوره لمواجهة ما جد في المجتمع من تطور في الاوضاع والحاجات، حيث بدأ استنباط الاحكام الشرعية من النصوص الكريمة عن طريق تفهمها

وتفسيرها وفي هذه المرحلة ظهرت مدرسة اهل الرأي في العراق التي عولت على القياس ولم تعتمد كثيراً على الحديث الشريف وقد نما الفقه في هذه المرحلة واصبح الاجتهاد مرجعاً في استنباط الأحكام.

3- المرحلة الثالثة (نضج الفقه): بدأت بظهور مذاهب الفقه الاسلامي وتدوين الفقه في مطلع القرن الثاني للهجرة والتي امتدت حتى نهاية القرن الرابع الهجري, وتوصف بأنها العهد الذهبي للفقه, اذ تعاضم فيها شأن الفقه وتوسع استنباط الأحكام وبرز الاجتهاد ولعبت دوراً هاماً في تطوير الاحكام واتساع نطاق الشريعة الاسلامية.

وبالرغم من تعاضم دور الفقه في هذه المرحلة فإنه لا يوصف بأن له دور المنشئ للنصوص وإنما هو دور المتفهم والمفسر للنصوص فقط, لأن الله سبحانه وحده هو منشأ الأحكام.

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