مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ISSN 2410-5201 IUGJIS
Vol 24, No1, 2016, pp 219-252

دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثره في تنظيم وعمل السلطة القضائية

د. باسم صبحي بشناق[1،*]، أ. محمد رفيق الشوبكي[1]

[1]قسم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، قطاع غزة، فلسطين

تاريخ الإرسال (2015/02/06)، تاريخ قبول النشر (2015/10/17)

ملخص البحث

تناول البحث موضوع دلالة النص على قاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في مشروع الدستور أياً كانت صياغتها وأثره في تنظيم وعمل السلطة القضائية، وذلك من خلال بيان المقصود بالشريعة الإسلامية ومبادئها، وكذلك المقصود بالتشريع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وبيان الفرق بين الصيغ المتعددة لمادة الشريعة كمصدر للتشريع، وأثر هذه الصياغات على نصوص الدستور والتشريعات العادية، ومن ثم بيان أثر الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع على تنظيم وعمل السلطة القضائية.

وقد خلص البحث الى مجموعة من النتائج أهمها أنه لا تعارض بين الشريعة الإسلامية والقانون الفلسطيني بشكل عام فيما يتعلق بتنظيم عمل السلطة القضائية.

ومن خلال النتائج التي تم التوصل إليها في هذا البحث أوصى الباحثان فيما يتعلق بصياغة قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني أن تكون الصياغة: المبادئ الأصلية للشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع. وفيما يتعلق بالتشريعات المنظمة لبنية وعمل السلطة القضائية تشكيل لجنة لمراجعة التشريعات القائمة (أي السابقة على الدستور)، والعمل على توضيحها أو إزالة ما قد يكون بين بعضها وبين مبادئ الشريعة الإسلامية من تعارض، وذلك بتعديلها بما يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الدستور الفلسطيني، مبادئ الشريعة الإسلامية، السلطة القضائية.

Meaning of the of the Text on the Principles of Islamic Law in the Palestinian Draft Constitution and its Impact on the Organization of the Judiciary

Abstract

The research theme denote the text on the basis of Islamic law as a source of legislation in the draft constitution, whatever formulation and its impact on the organization of the judiciary, through a statement intended to Islamic law and principles, as well as the intended legislation in Islamic law and the statutory law, and the statement of the difference between the formulas multiple substance of Sharia as a source of legislation, and the impact of these formulations on the provisions of the Constitution and ordinary legislation, and then the statement of the organization of the judiciary.

The research found a set of results most important of that is no contradiction between Islamic law and the Palestinian law in general regarding of the organization of the judiciary.

Through the results that have been reached in this study researchers recommended regarding the formulation of the base of the principles of Islamic law in the Palestinian draft constitution to be drafting: the original principles of Islamic law are the main source of legislation. With regard to the legislation governing the structure and functioning of the judiciary to form a committee to review the existing legislation (ie, prior to the Constitution), and work to clarify or remove what may be among each other and with the principles of Islamic law opposes, and it modified in accordance with the principles of Islamic Sharia.

Keywords: Palestinian Constitution, The Principles of Islamic Law, The Judiciary.

* البريد الالكتروني للباحث المرسل: bboshnaq@iugaza.edu.ps

مقدمة:

نتيجة لوصول ما بات يطلق عليه تسمية الإسلاميين لسدة الحكم في الدول العربية، التي شهدت ثورات شعبية، وما استدعى ذلك من ضرورة العمل على وضع دساتير جديدة تعيد تشكيل أنظمة الحكم من الناحية السياسية، بما يشمل تنظيم السلطات الثلاث في الدولة، التنفيذية والتشريعية والقضائية على أسس قانونية واضحة ترضي الثوار وأهدافهم، حيث من المعروف في القانون الدستوري أن الثورة تعد من الطرق الغير العادية لإنهاء الدساتير وإسقاط الأنظمة السياسية الحاكمة وإعادة تشكيلها.

ولما كانت الدساتير في الدول العربية والإسلامية تحدد غالباً دين الدولة، وكذلك تحدد دور مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، فقد ثار الجدل حول طريقة صياغة ودلالة نص القاعدة الدستورية المتعلقة بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، وظهرت مقترحات عدة لطريقة الصياغة لهذه القاعدة، فقد رأى البعض أن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع، في حين رأى البعض الآخر أن تكون المصدر الرئيسي للتشريع، وآخرون قالوا بالاكتفاء بالنص على أن تكون مصدر من مصادر التشريع، حيث أن لكل صياغة من الصياغات المقترحة دلالة مختلفة عن الأخرى، كما أن لكل صياغة منها تأثير مختلف على بقية قواعد الدستور وعلى القوانين العادية اللاحقة التي تتولى تنظيم السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية).

وبطبيعة الحال كان لهذا الجدل تأثيراته على الواقع الفلسطيني، فقد أعاد النقاش في الاوساط القانونية والسياسية الفلسطينية حول القواعد الدستورية التي تضمنها مشروع الدستور الفلسطيني المستقبلي الذي اعدت مسودته النهائية في العام 2003، من قبل لجان وخبراء لم يتم تمثيل الاتجاه الإسلامي الفاعل على الساحة الفلسطينية فيها، وبشكل خاص النقاش حول القاعدة الدستورية المتعلقة باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع.

سنتولى في هذا البحث تناول موضوع دلالة النص على قاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في مشروع الدستور أياً كانت صياغتها وأثره في تنظيم وعمل السلطة القضائية، وذلك من خلال بيان المقصود بالشريعة الإسلامية ومبادئها، وكذلك المقصود بالتشريع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وبيان الفرق بين الصيغ المتعددة لمادة مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع، وأثر هذه الصياغات على نصوص الدستور والتشريعات العادية، ومن ثم بيان تنظيم السلطة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حيث استقلال السلطة القضائية وطرق وشروط تعيين القضاة والطعن في الأحكام القضائية، والحديث عن أثر الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع على إصدار الأحكام القضائية[1].

أهمية البحث:

تأتي أهمية إعداد هذا البحث للأسباب الآتية:

1. التأثير الكبير لهذا الموضوع؛ حيث أن تأثيره ينعكس على كافة مؤسسات الدولة وعلى المنظومة القانونية للمجتمع بأسره.
2. توقيت إعداد هذا البحث، حيث أنه في المدة الأخيرة وبعد ثورات الربيع العربي تثار النقاشات كثيراً حول كيفية صياغة المادة المتعلقة بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع وأثرها ومكانتها بالإضافة إلى أنه في حال تم الاتفاق على سن دستور لفلسطين سيكون هذا الموضوع مطروح للنقاش.

[1] سبق هذا البحث قيام الباحثين بإعداد بحث منفصل حول دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية في مشروع الدستور الفلسطيني وأثرها على تنظيم السلطة التشريعية، وتم نشره في مجلة الدراسات الاسلامية والقانونية في الجامعة الإسلامية بغزة.

3. موضوع الدراسة من المواضيع الحديثة التي لم يتناولها القضاء والفقه بالبحث الكافي والوافي فتكاد لا تجد دراسة تجمع بين الرؤية الشرعية والقانونية التي تتناول هذا الموضوع.

أهداف البحث:

يهدف البحث بشكل أساسي إلى محاولة معالجة الإشكاليات التي يمكن أن تثار بين أعضاء الجهة المكلفة بإعداد الدستور الفلسطيني حول دلالة ومكانة المادة المتعلقة بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور الفلسطيني أياً كانت صياغتها وأثرها في تنظيم وعمل السلطة القضائية من خلال مواد الدستور ولاحقاً من خلال التشريعات العادية المنظمة للقضاء، وذلك من خلال الآتي:

1. تقديم رؤية شرعية وقانونية دستورية واضحة حول موضوع مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع والصياغات المتعددة لها وأثرها في تنظيم السلطة القضائية.
2. بيان أوجه التقارب والاختلاف بين الشريعة والقانون الوضعي فيما يتعلق بتنظيم السلطة القضائية بشكل عام، خاصة فيما يتعلق باستقلال السلطة القضائية، وتعيين القضاة، والطعن في الأحكام القضائية.
3. بيان دور القاضي عند إصدار أحكام قضائية مستندة للقانون إلا أنها مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث في استيضاح دلالة النص على مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور وأثرها في تنظيم وعمل السلطة القضائية ضمن أحكام الدستور وفي التشريعات العادية، حيث أنه في حال النص على مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع أياً كانت صياغتها، تثار الكثير من النقاشات، والتي منها وضعية السلطة القضائية ومدى اتفاق تنظيمها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ناهيك عن النزاع حول مواضيع خاصة كتعيين المرأة قاضية مثلاً، وسلطة القاضي في إصدار أحكام قضائية وفق القانون ولكنها تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية كالحكم بالفائدة الربوية على سبيل المثال.

أسئلة البحث:

1. ما المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها؟
2. ما هي دلالات الصياغات المتعددة لمادة مبادئ الشريعة الإسلامية في وثيقة الدستور؟
3. هل لصياغة مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع أثر على نصوص الدستور والتشريعات العادية الأخرى؟
4. هل تتعارض طريقة تنظيم السلطة القضائية في القانون الفلسطيني مع مبادئ الشريعة الإسلامية؟
5. هل يجوز للقاضي أن يصدر حكماً في نزاع معروض أمامه، وهذا الحكم يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية؟

منهجية البحث:

في هذا البحث سيتم استخدام كل من المنهج الوصفي التحليلي، والمنهجين الاستقرائي والاستنباطي، وذلك من خلال بيان وتحليل قاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بصياغتها المتعددة، ومكانتها بالنسبة لنصوص الدستور ذاته ونصوص التشريعات العادية والثانوية، وأثرها على تنظيم السلطة القضائية.

وسيتم ذلك من خلال استعراض النصوص القانونية والشرعية المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها تفصيليا، وكذلك البحث التفصيلي المتتابع في جزئيات عنوان موضوع البحث، ومن العام إلى الخاص، وبالعكس محاولين استخلاص النتائج أثناء تناول كل جزء منه، وسنستند في بحثنا

هذا إلى العديد من المراجع؛ القرآن الكريم والسنة النبوية وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، والدساتير الوضعية، والكتب المتخصصة والعامة.

هيكلية البحث:

المبحث الأول: ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني: دلالات الصياغات المتعددة لقاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع ومكانتها.
المبحث الثالث: أثر قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع على تنظيم وعمل السلطة القضائية.

المبحث الأول: ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: ماهية الشريعة الإسلامية:

نكتفي في هذا المطلب بتوضيح ماهية الشريعة الإسلامية من خلال بيان المقصود باصطلاح الشريعة الإسلامية وكذلك المقصود بمبادئها وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود باصطلاح الشريعة الإسلامية:

ورد في لسان العرب أن الشريعةُ والشِّرْعةُ: هي ما سنَّ الله من الدِّين وأَمَر به كالصوم والصلاة والحج والزكاة وسائر أَعمال البرِّ، ومنه قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاء الَّذِينَ لاَ يَعْلَمُون ﴾ [الجاثية: 18]. وقوله تعالى: ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾ [المائدة: 48]. ويقول ابن تيميه: "الشريعة جامعة لكل ولاية وعمل فيه صلاح الدين والدنيا، والشريعة إنما هي كتاب الله وسنة رسوله، وما كان عليه سلف الأمة في العقائد والأحوال والعبادات والأعمال والسياسات والأحكام والولايات والعطيات"[2].

ولان مصطلح الشريعة استعمل تاريخيا أيضا بمعنى النظام القانوني الإسلامي بأصوله التشريعية وفروعه الاجتهادية ومصادره الأصلية والتبعية يقول ابن تيميه أيضاً عن مفهوم الشريعة الآتي: "ثم هي مستعملة في كلام الناس على ثلاثة أنحاء: شرع مُنَزَّل، وهو: ما شرعه الله ورسوله. وشرع مُتَأَوَّل، وهو: ما ساغ فيه الاجتهاد. وشرع مُبَدَّل، وهو: ما كان من الكذب والفجور الذي يفعله المبطلون بظاهر من الشرع، أو البدع أو الضلال الذي يضيفه / الضالون إلى شرع الله"[3].

ويعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون بأنها: مجموعة الأوامر والأحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الإسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الاصلاحية في المجتمع[4]. ويقصد بأَحْكَامَ الشَّرِيعَةِ: قَوَاعِدَهَا وشَرَائِعَهَا وأحكام الله أي أوامره، وأحكام العبادات أي قواعدها، ويقال يطبق أحكام مناسك الحج أي يطبق قواعد شعائر الحج[5].

وبحسب الفقه الإسلامي فإن أحكام الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين، قسم الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، وهي التي لا شك فيها ولا اجتهاد معها؛ لأنها ثبتت بالنصوص الواضحة التي لا خلاف فيها كوجوب الصلاة والزكاة وكحد السرقة والزنى. وقسم الأحكام غير قطعية الثبوت أو الدلالة أو كليهما، وهي التي تحتمل أكثر من تفسير واجتهاد حسب الأصول العامة وما يقتضيه السياق، وهي تمثل معظم أحكام

---

[2] الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، لعلاء الدين اليعلي الحنبلي (ص:223).
[3] المرجع السابق (ص:224).
[4] المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء (ص:30).
[5] القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروز آبادي (ص:732).

الشريعة الإسلامية والمساحة الواسعة منها، كما أنها دليل على سعة الشريعة الإسلامية وقدرتها على تلبية حاجات الناس المتغيرة، وعلى شمولها لكل زمان ومكان[6].

وحول معنى الشريعة الإسلامية يقول الدكتور يوسف القرضاوي: إن الشريعة الإسلامية تعني "النصوص المعصومة التي بعث الله بها آخر أنبيائه وأنزل بها آخر كتبه ليُخرج الناس من الظلمات إلى النور وليهديهم إلى التي هي أقوم ولكن الشريعة ليست معلقة في الهواء، فهناك أشياء صريحة في الشريعة وقاطعة، ولكن هناك أشياء تحتاج إلى استنباط، وأهل العلم عليهم أن يعملوا اجتهاد عقولهم ليستخرجوا الحكم الشرعي من النصوص لأن النصوص بعضها يعني قاطع في دلالاته وبعضها ظني في دلالاته وبعض الأشياء ليس فيها نصوص قط فنحن نعلن لنُلحق ما لا نص فيه، على ما فيه نص، أو نستخرج من القواعد الكلية من الفقه، فالفقه لابد منه لاستنباط الأحكام، والشريعة توجد داخل الفقه لكن نحن حينما نقول الفقه لا نقصد الفقه القديم، يعني بأننا سنذهب إلى كتب الفقهاء القدامى ونأخذ الأحكام منها كما سطروها في القرن الثاني الهجري أو القرن الثالث أو القرن الرابع، فنحن نريد فقها جديدا فقها لعصرنا لمجتمعاتنا لحل مشاكلنا، فقهاؤنا القدامى اجتهدوا لعصرهم وحلوا مشاكلهم بعقولهم نحن علينا أن نحل مشكلات عصرنا بعقولنا مستفيدين من الفقه القديم ومضيفين إليه الاجتهادات الجديدة التي تربطنا بالأصل ولا تفصلنا عن العصر"[7].

الفرع الثاني: المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية:

حتى يتسنى لنا بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية فإنه يجدر بنا تحديد المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي لكلمة مبادئ، فالمبدأ لغة: مبدأ الشيء: أوله وأساسه ومادته التي يتكون منها، كالنواة مبدأ النخل؛ أو يتركب منها، كالحروف مبدأ الكلام، والجمع: مبادئ، أما المعنى الاصطلاحي، فيقال مبادئ العلم أو الفن أو الدستور أو القانون: أي قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها[8].

ونظراً لأن الشريعة الإسلامية تحتوي على مصطلحات كثيرة تتداخل فيما بينها في الدلالة والمعنى، وليس من بينها مصطلح المبادئ، فهناك مصطلحات: مقاصد الشريعة، وكليات الشريعة، وأحكام الشريعة، وقواعد التشريع ومصطلح الضوابط الشرعية العامة، فقد أدى ذلك إلى تعدد التفسيرات بشأن المقصود بهذه المبادئ، فالدكتور عبد الرازق السنهوري لا يفرق بين مصطلحي الأحكام والمبادئ وهو يستخدمها كمرادفات لبعضهما البعض، ولكنه يفرق بين المبادئ أو الأحكام الشرعية الكلية القطعية التي مصدرها الأصول، القرآن الكريم والسنة النبوية، ويسميها المبادئ العامة التي لا يجوز مخالفتها، وبين المبادئ والأحكام التي مصدرها مذاهب الفقه الإسلامي، وهنا لا يشترط التقيد بمذهب معين فيمكن الرجوع إلى أي من المذاهب الأربعة، كما يمكن الرجوع إلى مذاهب أخرى كالزيدية والامامية[9].

وفي المعنى نفسه اتفقت المحكمة الدستورية في مصر مع الدكتور السنهوري في تفسيرها لمبادئ الشريعة الإسلامية فقد فسرت أن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو أحكام الشريعة الإسلامية، لكنها فرقت بين الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، والأحكام غير القطعية (الظنية). حيث ورد في نص حكم المحكمة الدستورية قولها: "....فلا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة

---

[6] المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء (ص:3).

[7] القرضاوي، يوسف، الدستور ومرجعية الشريعة، وقائع حلقة تلفزيونية، برنامج الشريعة والحياة، منشورة على موقع الشيخ يوسف القرضاوي www.qaradawi.net. بتاريخ، 2012/12/2.

[8] القاموس المحيط، لمجد الدين الفيروز آبادي (ص:735).

[9] السنهوري، د. ت، (ص:48–49).

التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها..."[10].

وهنا تجدر الاشارة أن النظم القانونية والسياسية المختلفة تستقي مسمياتها ومبادئها من أصولها الفكرية والعقائدية فمثلاً يقال نظام ليبرالي، أو نظام اشتراكي، أو نظام إسلامي، وكل منها يقوم على مبادئ أساسية تبعاً لمعتقداته والفكر الذي قام عليه النظام، ومثال هذه المبادئ، مبدأ الحرية الفردية للإنسان في النظام الليبرالي أو مبدأ الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج في النظام الاشتراكي.

وكذلك النظام القانوني الإسلامي يقوم على مبادئ أساسية في المجالات الحياتية للمجتمع الإنساني كافة؛ مجال تنظيم الأسرة (الاحوال الشخصية)، مجال تنظيم المعاملات المدنية، مجال تنظيم العقوبات للجرائم، ومجال النظام الدستوري، والنظام الإداري، والنظام المالي، والنظام الدولي، وهذه المبادئ الأساسية على اختلاف أنواعها تضمنتها نصوص الشريعة الإسلامية الأصلية في القرآن الكريم والسنة النبوية، ومن هذه النصوص قطعية الثبوت والدلالة، لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، ومنها غير قطعية أي ظنية وهي محل تفسير مختلف من فقيه أو مجتهد إلى آخر وبالتالي يمكن مخالفة هذا التفسير.

المطلب الثاني: ماهية التشريع في الفقه الإسلامي:

نتناول ماهية التشريع في الفقه الإسلامي من خلال بيان المقصود بالتشريع وبيان دلالته في الفقه الإسلامي، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود بالتشريع في الفقه الإسلامي:

يقصد بالتشريع من وجهة نظر الفقه الإسلامي أحد معنيين، أحدهما إيجاد شرع مبتدأ، وثانيهما بيان حكم تقضيه شريعة قائمة، فالتشريع بالمعنى الأول في الإسلام ليس إلا لله فهو سبحانه ابتدأ شرعا بما أنزله في قرآنه، وما أقر عليه رسوله، وما نصبه من دلائل، وبهذا المعنى لا تشريع إلا لله[11].

وأما التشريع بالمعنى الثاني وهو بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة، فهذا هو الذي تولاه بعد الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم صحابته الخلفاء الراشدين، ثم خلفاءهم من فقهاء التابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين، فهؤلاء لم يشرعوا أحكاما مبتدأه، وإنما استمدوا الأحكام من نصوص القرآن أو السنة النبوية، وما نصبه الشارع من الأدلة وما قدّره من القواعد العامة[12].

الفرع الثاني: دلالات التشريع في الفقه الإسلامي:

يفرق الفقه الإسلامي بين دلالتين للتشريع، نوضح المقصود بكل دلالة بشكل مبسط ثم نبين العلاقة فيما بينهما وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الدلالة القانونية للتشريع (التقنين):

يقصد بالدلالة القانونية للتشريع، أي حق الدولة بأجهزتها الرسمية المختصة بإصدار القوانين اللازمة لتنظيم حياة الناس وضبط سلوكهم في المجتمع، وذلك من خلال إصدار قواعد قانونية مكتوبة. وأصل هذه الدلالة القانونية للتشريع في الفقه الإسلامي، يعود إلى العديد من القواعد والمفاهيم القانونية الإسلامية التي تعبر عنها، ومثال هذه القواعد الآتي: قاعدة: للسلطان أن يحدث من الأقضية بقدر ما يحدث من مشكلات وقاعدة: أمر الإمام يرفع الخلاف، وقاعدة: أمر الإمام نافذ. ومفاد هذه القواعد وغيرها كثير، إن الدولة تملك الحق في تبنى قواعد فقهية بشكل مقنن، أي بصيغة قواعد قانونية (القواعد التبعية أو الفروع) وتصبح هذه القواعد ملزمه للناس وواجبة الاحترام. وهذه القواعد يتفق الفقه الإسلامي أيضاً على جواز تعديلها أو إلغائها بما يتناسب مع ظروف وتطور المجتمعات والدول بحسب الزمان والمكان[13].

---

[10] نادي القضاة المصري، قرص مدمج، موسوعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية، قضية رقم 5 لسنة 8 قضائية، 1996.

[11] نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، لسمير عالية (ص:42).

[12] المرجع السابق (ص:42).

[13] دعاة لا قضاة، لحسن الهضيبي (ص:69-78).

كذلك لو عدنا إلى مفهوم التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو العقوبة التي يقررها الحاكم للجرائم التي لا حد فيها ولا كفارة ولا قصاص، فنجد أن هذا المفهوم يعطي الدولة الحق في تبنى عقوبات معينه كجزاء على مخالفات معينه للنظام القانوني، لتصبح ملزمه للناس، رغم أنها لم ترد في القواعد الأصلية للشريعة الإسلامية.

ثانياً: الدلالة الدينية (الشرع):

التشريع طبقا لهذه الدلالة هو حق وضع القواعد – الحدود التي لا يباح تجاوزها، والتي اسماها فقهاء الشريعة الإسلامية بالأصول (القواعد الأصلية)، وهو ما ينفرد به الله تعالى، ويستدل على ذلك من القرآن الكريم كقوله تعالى: ﴿ شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ ﴾ [الشورى: 13]. وهذه القواعد لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها بأي حال من الأحوال من قبل البشر وهي ملزمة للناس كافة في كل زمان ومكان. لذلك فهذه الدلالة لمصطلح تشريع تتعلق بالقواعد الأصلية في الشريعة الإسلامية[14].

ثالثاً: العلاقة بين الدلالتين الدينية والقانونية:

الفكر القانوني الإسلامي يجعل العلاقة بين الدلالتين الدينية والقانونية لمصطلح تشريع علاقة تحديد وتكامل بمعنى ان الفكر القانوني الإسلامي لا ينفى حق الدولة في إصدار قواعد قانونيه، لكن يحدد مصدر هذه القواعد وطبيعتها من خلال تحديده لهذه القواعد القانونية بالقواعد – الحدود التي ينفرد بحق وضعها الله تعالى، يقول الهضيبي (اعتقاد عامة الناس أن لولي الأمر حق إصدار أو وضع التنظيمات التي تنظم جوانب من حياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية بناء علي نصوص من القران الكريم والسنة الشريفة اعتقاد ليس فيه شبهة الكفر أو الشرك بل هو اعتقاد في أصله حق)[15].

لذا فإن الفكر القانوني الإسلامي يرفض جعل العلاقة بين دلالتي مصطلح تشريع علاقة إلغاء وتناقض كما في الفكر القانوني الليبرالي ومذهبه في العلمانية (اللادينية) أو علاقة خلط كما في بعض المذاهب الإسلامية التي تقول أن الشارع هو الله تعالى – وهي مضمون الدلالة الدينية لمصطلح تشريع – وتنفي حق البشر في وضع القواعد القانونية إطلاقا، فضلا عن نفى حق الدولة في إصدار قواعد قانونيه[16].

المبحث الثاني: دلالة الصياغات المتعددة لقاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور ومكانتها

تتحدد دلالة (معنى) ومكانة نص القاعدة الدستورية المتعلقة بمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بحسب صياغتها الواردة في الدستور؛ صياغة الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع، أم صياغة المصدر الرئيسي للتشريع، أم صياغة مصدر رئيسي للتشريع، أم صياغة مصدر من مصادر التشريع.

المطلب الأول: دلالة الصياغات المتعددة لقاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور:

نتناول من خلال هذا المطلب دلالة الصياغات المتعددة لقاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع وتبرير كل صباغة من وجهة نظر المنادين بها، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع (الخلط بين الدين والدولة):

يخلط القائلون بوجوب هذه الصياغة بين الدين والدولة، أي بين الدلالة الدينية والدلالة القانونية للتشريع، وهم يرون أن الصياغة السليمة تكون: "مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع"

---

[14] المرجع السابق (ص:73).

[15] المرجع السابق (ص:73).

[16] المرجع السابق (ص:74).

أولاً: تبرير ودلالة الصياغة المقترحة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأخذ بغير مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر وحيد للتشريع فيه خروج على مبادئ وأحكام الدين الإسلامي، ويعللون ذلك بأن الإسلام قد بني على مبادئ وقواعد دستورية هي من عند الله عز وجل، ولا يجوز لأي شخص أو نظام ما الخروج عليها، ويقررون ان الحاكمية لله وحده وأن التشريعات هي جميعها جاءت من عند الله، ولا يجوز مخالفتها، وبالتالي الاستناد إلى تشريعات وضعية أخرى فيه شرك بالله. ويستندون في ذلك إلى قوله تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُون ﴾ [المائدة: 44]. وقوله تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون ﴾ [المائدة: 45].

ووفقاً لذلك ينبغي أن تكون الشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع، وألا يكون أي مصدر آخر نداً أو مساوياً لها، فهذه الصيغة تقتضي أن الشريعة هي المصدر الوحيد الذي يجب أن يستقي منه المشرع أحكامه فالشريعة الإسلامية بمصادرها الرحبة والمتعددة صالحة لجميع شؤون الحياة في كل زمان ومكان[17].

ثانياً: الرأي المخالف للصياغة المقترحة:

هذا الرأي سالف الذكر قد خالفه كثير من علماء المسلمين على أساس أنه يخلط بين الدين والدولة ويساوي بين مصادر النظام القانوني السلامى الأصلية (القرآن الكريم والسنة النبوية)، ومصادره التبعية (الإجماع والقياس والاستحسان والاستصحاب وشرع من قبلنا والمصالح المرسلة) ويخلط بين دلالتين للتشريع، الدلالة القانونية التي هي حق للبشر، والدلالة الدينية التي هي حق لله وحده، ويستند هؤلاء في مخالفة هذا الموقف أيضاً إلى قول الامام الشافعي: "ولا يلزم قول بكل حال إلا بكتاب الله، أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وما سواهما تبع لهما"[18].

الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع (فصل الدين عن الدولة):

يرى أصحاب هذه الصياغة ضرورة فصل الدين عن الدولة ويدعون عدم صلاحية الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع[19].

أولاً: تبرير ودلالة الصياغة المقترحة:

يرى أصحاب هذا الرأي أن تحكيم الشريعة قعد عن ملاحقة التطور والوفاء بمقتضياته، إذ أن الشريعة أساسها الدين وهو ثابت لا يتغير. كما يرون أن الإسلام دين فحسب فهو مجرد معتقدات وعبادات تؤدى في المساجد، أما نظام الدولة ومنهج المجتمع وما يحكم معاملاته من قوانين يجب أن يرجع كله إلى ما يراه الناس حسب ما تقتضيه مصالحهم وأحوالهم وأزمانهم[20]. إلا أنهم لا يمانعون بصيغة عامة تكون غير ملزمة للمشرع العادي عند سنه للقوانين، ويقترحون صيغة استرضائية للإسلاميين تكون على النحو الآتي: "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع".

ثانياً: الرأي المخالف للصياغة المقترحة:

يرفض هذا الرأي فقهاء وعلماء الشريعة الاسلامية، ويرون أن نفي الشريعة الاسلامية كمصدر رئيسي للتشريع يمكن تصوره أو طرحه في المجتمعات الغربية العلمانية، ولكن لا يمكن تصوره في المجتمعات الاسلامية، باعتبار أن هذا الطرح من شأنه أن يؤدي إلى تشريعات وضعية تخالف مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، كما أنهم يرون أن الدعوة إلى العلمانية (اللادينية) في المجتمعات الإسلامية هو في جوهره

---

[17] الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، لإبراهيم الصباح (ص:328-329).

[18] جماع العلم، لمحمد بن ادريس الشافعي (ص:11).

[19] الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه، ليوسف القرضاوي (ص:76 وما بعدها).

[20] الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع، لمحمد عبد الظاهر حسين (ص:122 وما بعدها).

الدعوة إلى التخلي عن الإسلام كدين ومنهج حياة للمسلمين، بمعنى أن تستبدل القيم والآداب والقواعد الإسلامية التي تشكل الهيكل الحضاري للمجتمع المسلم، بالقيم والآداب والقواعد الغربية التي تشكل الحضارة الغربية[21].

الفرع الثالث: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع (الجمع والتساوي بين المصادر)

يحاول هذا الاتجاه تقديم صيغة توافقية تجمع بين كافة الاتجاهات ويطرحون صيغة أن "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع".

أولاً: تبرير ودلالة الصياغة المقترحة:

يرى أصحاب هذه الصياغة أن الشريعة الإسلامية تعد مصدراً رئيساً للتشريعات العادية إلى جانب مصادر رئيسة أخرى يمكن أن يلجأ إليها المشرع العادي والمقصود هنا البرلمان، وهذا يعني أن الشريعة الاسلامية تعد مصدراً أساسياً يتم اللجوء إليه عند العمل على اعداد القوانين العادية من قبل البرلمان، ولكن في المقابل يعني ذلك أيضاً أن هناك مصادر رئيسية أخرى يمكن أن يلجأ إليها المشرع العادي في اعداده للقوانين العادية، حتى وإن كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، مثل الشرائع الدينية الأخرى كالمسيحية واليهودية وغيرها إن وجدت، كذلك الاتفاقيات الدولية يمكن أن تكون مصدراً رئيسياً للتشريع يتم الاستناد إليه عند تنظيم مسائل معينة بتشريعات عادية.

ثانياً: الرأي المخالف للصياغة المقترحة:

القول بأن هناك مصادر رئيسة أخرى يمكن أن يلجأ إليها المشرع العادي في إعداده للقوانين العادية حتى وإن كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، قول فيه تعدي على حدود الله وهو خروج عن الإسلام[22].

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الفلسطيني قد تبنى هذه الصياغة في القانون الأساسي المعدل، المعمول به في السلطة الفلسطينية، حيث تنص المادة (4) منه على: "1- الإسلام هو الدين الرسمي في فلسطين ولسائر الديانات السماوية احترامها وقدسيتها 2- مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"[23].

وكذلك استمر في نيته على هذا التوجه في حال قيام الدولة الفلسطينية حيث يتضح ذلك من خلال نص المادة (7) من مشروع دستور فلسطين لعام 2003م، الذي جرى اعداده من قبل لجنة مختصة لم يتم تمثيل الاتجاه الاسلامي الفاعل في الساحة الفلسطينية ضمن هذه اللجنة، اذ ورد فيها: "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع. ولأتباع الرسالات السماوية تنظيم الأحوال الشخصية وشؤونهم الدينية وفقا لشرائعهم ومللهم الدينية، وبما يحفظ وحدة الشعب الفلسطيني واستقلاله"[24].

الفرع الرابع: مبادئ الشريعة هي المصدر الرئيسي للتشريع (علاقة الدين بالدولة علاقة وحدة وتمييز):

يعبر هذا الاتجاه عن موقفه بطرح الصيغة الآتية: أن مبادئ الشريعة هي المصدر الرئيسي – الأساسي للتشريع.

ومفاد هذه الصياغة يعني أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع الذي يجب الاستناد إليه من قبل المشرع العادي في اعداده للتشريعات العادية، ولكن في المقابل يمكن اللجوء إلى أي مصادر أخرى (مصادر فرعية) بشرط عدم مخالفتها للمبادئ العامة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، باعتبار أن المصدر الرئيسي او الأساسي هو الذى يحدد المصادر الفرعية، فالنص في الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يعني أنها مصدر يعلو على سائر المصادر الأخرى، فطالما وصفت وحدها بأنها مصدر رئيسي يكون ما سواها من مصادر لها صفة ثانوية، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية يجب أن تكون المصدر الأول الذي يجب أن يستقى منه المشرع قواعده، أما المصادر

---

[21] الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه، ليوسف القرضاوي (ص:74-85).

[22] نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، لسمير عالية (ص:42-43).

[23] راجع، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، المادة (4).

[24] راجع، مشروع دستور فلسطين لسنة 2003م، المادة (7).

الأخرى فتأتي في مرتبة دنيا، ومن ثم لا يجوز أن يستمد من هذه المصادر ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى[25]. ويعلل هذا الاتجاه موقفه بالقول أن علاقة الدين بالدولة (وهنا يقصد بين الدلالتين الدينية والقانونية لمصطلح تشريع) هي علاقة وحدة (لا خلط كما في الثيوقراطية)، وتمييز (لا فصل كما في العلمانية). فهي علاقة وحده لان السلطة بأجهزتها الثلاثة (التشريعية والقضائية والتنفيذية) في الإسلام مقيده بالمبادئ الاساسية التي لا يباح تجاوزها.

كما أنها علاقة تمييز لان الإسلام ميز بين النوع السابق من القواعد القانونية والتي اسماها تشريعا" طبقا لدلالته الدينية"، وجعل حق وضعها لله تعالى وحده استنادا إلى مفهوم التوحيد، وهي القواعد التي لا يجوز مخالفتها، والقواعد القانونية التي تخضع للتطور والتغير زمانا ومكانا، والتي اسماها اجتهادا، ومحلها الفقه في الإسلام، والتي جعل سلطة وضعها للجماعة استنادا إلى مفهوم الاستخلاف، وهي قواعد يجوز مخالفتها.

وطبقا لهذا الموقف فان الدلالة الدينية لمصطلح التشريع لا تلغى دلالته القانونية ولكن تحددها، بمعنى أن هذا الموقف كما ذكرنا سابقاً لا ينفى حق الدولة في إصدار قواعد قانونيه، لكن يحدد مصدر هذه القواعد وطبيعتها من خلال الزامية عدم مخالفتها للمبادئ القانونية العامة التي هي من عند الله تعالى.

وقد أفصحت اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور المصري عام 1980م فيما يتعلق بتعديل المادة الثانية من دستور 1971م لتصبح الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بأن هذه المادة: "تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها، مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية اللازمة التي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة في الشريعة"[26].

وقد صدر بتاريخ 2011/6/20م وثيقة الأزهر لمستقبل مصر وتنص على أنه: "... نعلن توافقنا نحن المجتمعين على المبادئ التالية لتحديد طبيعة المرجعية الإسلامية النيرة، التي تتمثل أساساً في عدد من القضايا الكلية، المستخلصة من النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة، بوصفها المعبرة عن الفهم الصحيح للدين، ونجملها في المحاور التالية:

أولاً: دعم تأسيس الدولة الوطنية الدستورية الديمقراطية الحديثة، التي تعتمد على دستور ترتضيه الأمة، يفصل بين سلطات الدولة ومؤسساتها القانونية الحاكمة. ويحدد إطار الحكم، ويضمن الحقوق والواجبات لكل أفرادها على قدم المساواة، بحيث تكون سلطة التشريع فيه لنواب الشعب، بما يتوافق مع المفهوم الإسلامي الصحيح حيث لم يعرف الإسلام لا في تشريعاته ولا حضارته ولا تاريخه ما يعرف في الثقافات الأخرى بالدولة الدينية الكهنوتية التي تسلطت على الناس، وعانت منها البشرية في بعض مراحل التاريخ، بل ترك للناس إدارة مجتمعاتهم واختيار الآليات والمؤسسات المحققة لمصالحهم، شريطة أن تكون المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع، وبما يضمن لأتباع الديانات السماوية الأخرى الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في قضايا الأحوال الشخصية ... "[27] .

وهذا التمييز بين النوعين من القواعد قرره العديد من علماء الإسلام، حيث يقول ابن القيم: "الأحكام على نوعين نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، والثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة زماناً ومكاناً وحالاً"[28].

ومن الجدير بالذكر أن المادة (2) من الدستور المصري الجديد لعام 2012م تنص على أنه: "الإسلام دين الدولة، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"[29].

---

[25] الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع، لمحمد حسين (ص:185-186).

[26] مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، لعلي نجيدة (ص:42 وما بعدها).

[27] راجع، وثيقة الأزهر حول مستقبل مصر، منشورة على موقع مشيخة الأزهر الشريف: http://onazhar.com/ (2013/12/23).

[28] اعلام الموقعين عند رب العالمين، لابن القيم الجوزية، (2/216-217).

المطلب الثاني: مكانة قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع بالنسبة للدستور والتشريعات العادية:

تختلف مكانة قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بالنسبة للدستور عنها بالنسبة للتشريعات العادية، نتناولهما على النحو الآتي:

الفرع الأول: مكانة قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع بالنسبة لنصوص الدستور:

الأصل أن جميع القواعد الدستورية تكون بنفس المكانة والمرتبة القانونية بغض النظر عن مصدرها، ولا تسمو قاعدة دستورية على الأخرى، بمعنى أن مكانة القاعدة الدستورية المتعلقة بقاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع توازي في قيمتها القانونية بقية القواعد الدستورية المدونة في صلب الوثيقة الدستورية، ولا تسمو عليها؛ وذلك لأن جميع مواد الدستور لها نفس القوة.

ويقول المستشار/ حامد الجمل عن المادة الثانية من الدستور المصري والتي تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع: "... المادة الثانية لا يمكن تفسيرها وحدها، بمعزل عن المواد الأخرى في الدستور، ومنها ما يتعلق بالمساواة، وعدم التمييز بين المواطنين، كذلك المواد الأخرى المتعلقة بسيادة القانون، واستقلال القضاء، وأن المحاكم هي التي تتولى الفصل في المنازعات"[30].

ويقول المستشار/ طارق البشري عندما تحدث عن المادة الثانية من الدستور المصري: "... نقطة أخيرة أختم بها حديثي، فنحن عندما نفسر أي قانون ونستقرئ أحكامه لا ننظر إلى كل نص فيه على حدة، نحن نتفهم كل حكم بما يعنيه، ثم نضع أحكام القانون كلها جنبا إلى جنب؛ لأن كل نص إنما يحد من إطلاق غيره، ولأن المعنى المستفاد من أي نص إنما يتداخل في المعاني المستفادة من النصوص الأخرى، ولأن السياق هو الذي يضبط المعنى ويظهر وجه التفسير، واللفظ الواحد يتكشف معناه من موضعه في الجملة، والحكم الواحد تتكشف حدود معناه وضوابطه من موضعه من الأحكام الأخرى، وهذا ما يطلق عليه تعبير: النصوص يفسر بعضها بعضاً.

وطبقاً لهذا المفاد فإن وجود نص المادة الثانية من الدستور بين نصوص هذا الدستور وبين الأحكام الأخرى المتعلقة بالمساواة بين المواطنين، وإن اختلفت أديانهم أو مذاهبهم، إنما يجعل حكم الدستور دائرا في تفسير كل نص ما يفضي به النص الآخر، ومن ثم يكون ملزماً – من وجهة النظر الدستورية في تفسير مصدرية الشريعة الإسلامية للقوانين– أن يكون ما هو دستوري من هذه المصدرية ما يتجانس مع مبادئ الدستور الأخرى وأحكامه الأخرى، وذلك في نطاق ما تسعه مبادئ الشريعة الإسلامية من وجهات نظر"[31].

واعترف بذلك الفقيه الدستوري/ يحيى الجمل إذ قال: "كيف لا يكون لمبادئ الشريعة سيادة على هذه المواد المخالفة للشريعة، إن هذا وحده يجعل المادة الثانية صورية ولا قيمة حقيقية لها، بل كان يجب أن يكون لها السيادة على كل مواد الدستور جميعها، بل وإلغاء كل المواد المخالفة لها تماماً"[32].

الفرع الثاني: مكانة قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع بالنسبة للتشريعات العادية:

إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور يجعل منها مادة سامية على التشريعات العادية إذ إن ما يرد في الدستور أسمى وأعلى مما يرد في القوانين الأخرى، وهذا ما يسمى بمبدأ سمو الدستور. فالدستور قمة القواعد القانونية في الدولة، فهو التشريع الأعلى الذي يسمو على جميع القواعد القانونية الأخرى، ويساعد في ترسيخ مبدأ الشرعية وإخضاع الحكام والمحكومين للقانون[33].

---

[29] راجع، الدستور المصري الجديد لسنة 2012م (المعطل بعد أحداث 3 يوليو 2013م)، المادة (2).

[30] الجمل، حامد، مقال بعنوان: "مخاوف الأقباط وهمية"، منشور على موقع مؤسسة الأهرام بتاريخ 2011/4/11م، http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx، 2013/12/24م.

[31] البشري، طارق، مقال حول المادة الثانية من الدستور، منشور موقع شبكة المحامين العرب: http://www.mohamoon.com/montada، 2013/12/25م.

[32] تقرير بعنوان: "المادة الثانية في ميزان الإسلام، حقائق مغيبة"، منشور على موقع المجلس العلمي: http://majles.alukah.net/t94568/ 2013/12/25م.

[33] الطهراوي، 2008م، (ص:352 وما بعدها).

ويترتب على سمو الدستور منع تعارض التشريعات العادية مع نصوص الدستور، فإذا تعارضت نصوص التشريعات العادية مع الدستور كانت غير دستورية وليس لها أية قوة قانونية. ومن باب أولى لا يمكن للتشريعات الفرعية (الأنظمة أو اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية) أن تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية.

وتتوقف مكانة مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بالنسبة للتشريعات العادية على صياغتها فإذا كانت المادة تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فإن مؤدى ذلك منع تعارض أي تشريع عادي مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا كان التشريع العادي غير دستوري، أما إذا كانت صياغة المادة مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع، أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، وكان هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة، فإن معنى ذلك أنه قد تتعارض التشريعات العادية مع مبادئ الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم التزام المشرع بالأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه: "وحيث إنه يتبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية ... أن المشرع أتي بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع"[34].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في تحديدها لمدى التزام المشرع بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، بأن: "سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في 22 مايو سنة 1980م، أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تخرج في الوقت ذاته، عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية. ولما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام، بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الإعمال، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية ..."[35].

ونخلص من كل ذلك أن النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يقيد المشرع في سن التشريعات العادية، إذ لابد أن تكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية ولا تخالفها، وأي تشريع لاحق على النص على هذه القاعدة، يجب أن يكون متوافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا وصم بعدم الدستورية.

---

[34] المحكمة الدستورية العليا دعوى رقم 20 لسنة 1 ق دستورية جلسة 1985/5/4م مجموعة الأحكام الصادر عن المحكمة الدستورية العليا جـ3 (ص:209) قاعدة رقم 20 وكررت المحكمة نفس القول في حكمها الصادر في 1987/4/14م في الدعوى رقم 141 لسنة 4ق حكم غير منشور. مشار اليه: مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، لعلي نجيدة (ص:43).

[35] راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في 1985/5/4م في الدعوى 20 لسنة 1 ق دستورية و7 لسنة 9 ق عليا دستورية، الجريدة الرسمية، العدد 20، في 16مايو 1985م (ص:997، 998) مشار إليه: مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، لعلي نجيدة (ص:72).

المبحث الثالث: أثر قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع على تنظيم السلطة القضائية

حتى يتبين لنا أثر قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع على تنظيم السلطة القضائية، فيجدر بنا البحث أولاً في تنظيم السلطة القضائية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ثم البحث في أثرها على إصدار الأحكام القضائية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تنظيم السلطة القضائية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية:

يعرف القضاء في اصطلاح الفقهاء بأنه: "الحكم بين الناس والإلزام بحكم الشرع" وهذا تعريف الشافعية، ويعرف عند الحنفية بأنه: "قول ملزم يصدر عن ولاية عامة"، ويعرف عند المالكية بأنه: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"، ويعرف عند الحنابلة بأنه: "الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات"[36].

وكما أسلفنا فإن لقاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور أثر في تنظيم السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية). وتعد السلطة القضائية من أهم السلطات في الدولة، ولا قيام للدولة القانونية بدون سلطة قضائية مستقلة ومنظمة تنظيماً قانونياً سليماً.

ولذا سيتم البحث في هذا المطلب عن تنظيم السلطة القضائية بين الشريعة الإسلامية والقانون الفلسطيني، مبينين من خلاله أثر قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع على تنظيم السلطة القضائية، وبصفة خاصة موضوع استقلال القضاء، وطرق وشروط تعيين القضاة، والطعن في الأحكام القضائية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: استقلال السلطة القضائية:

أولاً: استقلال السلطة القضائية في القانون الفلسطيني:

يقصد باستقلال القضاء تحرره من كل سلطان إلا سلطان القانون. ومما لا شك فيه أن من طبيعة القضاء أن يكون مستقلاً، والأصل أن يكون كذلك، وكل مساس بهذا الأصل من شأنه أن يعبث بجلال القضاء، وكل تدخل في عمله من جانب أية سلطة من السلطتين التنفيذية والتشريعية أو من أي جهة أخرى: كوسائل الإعلام؛ يخل بميزان العدل، ويقوض دعائم الحكم، فالعدل كما قيل قديماً أساس الملك[37].

واستقلال القضاء هدف خالد لتحقيق العدالة في المجتمع، فإن من أكبر ضمانات حماية الحقوق أن يكون القاضي مستقلاً لا سلطان عليه سوى سلطان القانون.

وقد تبنى المشرع الفلسطيني مبدأ استقلال القضاء ونادى به، حيث ينص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته – الذي هو بمثابة الدستور– على أنه: "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، وتعلن الأحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني"[38].

كما ينص على أنه: "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة"[39].

---

[36] فقه القضاء وطرق الإثبات، لماهر أحمد السوسي (ص22). التشريع والقضاء في الإسلام، لأنور العمروسي، مرجع سابق (ص:87). أصول التشريع الدستوري في الإسلام، لإبراهيم النعمة (ص:319).

[37] جرادة، موسوعة الإجراءات الجزائية، 2011م (ص:864). جرادة، النظام القضائي الفلسطيني، 2012م (ص:51 وما بعدها).

[38] راجع، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، المادة (97).

[39] راجع، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، المادة (98).

وترسيخاً لهذا المبدأ أفرد المشرع الفلسطيني للسلطة القضائية قانوناً مستقلاً، واستفتح مواده الثلاثة الأولى بالنص على أن السلطة القضائية مستقلة، ويحظر التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة، وأن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وأن للسلطة القضائية موازنتها الخاصة تظهر كفصل مستقل ضمن الموازنة العامة السنوية للسلطة الوطنية الفلسطينية[40].

وتنص مدونة السلوك القضائي الفلسطيني على أنه: "على القاضي أن يصون استقلاله بذاته، وأن ينأى بنفسه عن قبول أي تدخل أو مراجعة من السلطات الأخرى في القضايا التي ينظرها، وأن يتذكر أن لا سلطان عليه – في قضائه – لغير القانون"[41].

ثانياً: استقلال السلطة القضائية في الشريعة الاسلامية:

يقصد باستقلال القضاء في الشريعة الإسلامية ألا يخضع القضاة في ممارستهم لعملهم لسلطان أي جهة أخرى وأن يكون عملهم خالصاً لإقرار الحق والعدل خاضعاً لما يمليه الشرع دون أي اعتبار آخر، ويقتضي مبدأ الاستقلال، الحيلولة دون تدخل أي جهة مهما كانت طبيعتها في أعمال القضاء لتوجهه وجهة معينة، أو لتعرقل مسيرته، أو لتعرض عن أحكامه، كما تقتضي أن يحاط القضاة بسياج من الضمانات ما يقيهم كل تجاوز أو اعتداء من شأنه أن يخدش مبدأ الاستقلال ويعدم آثاره[42] .

والقضاء في الشريعة الإسلامية سلطة مستقلة يخضع لها الولاة والخليفة شأنهم شأن الأفراد، ولئن كان الخليفة هو الذي يولي القضاة، فإن هؤلاء لم يكونوا نواباً عن الخليفة، بل كانوا نواباً عن جمهور الناس يوزعون العدل بينهم، وليست تولية الخليفة للقضاة إلا تمكيناً لمن عنده أهلية القضاة العدل العفيف من سلطان القضاء، دون أن يكون هؤلاء خاضعين للخليفة[43].

وانطلاقاً من مكانة القضاء وسمو رسالته في الإسلام حرصت الشريعة الإسلامية على منح القاضي من الوسائل ما يجعله مستقلاً بالرأي بعيداً عن تأثير الجهة التي عينته، غير خاضع في أداء مهامه لغير النص. وقد قال صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين ولاه قضاء اليمن: (بم تقضي يا معاذ؟) قال: بكتاب الله. قال: (فإن لم تجد؟) قال: فبسنة رسوله. قال:(فإن لم تجد؟) قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فقال صلى الله عليه وسلم: "الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله" (مسند الإمام أحمد 23/5: 22060، سنن أبي داود 33/3: 3592).

وتأسيساً على ما تقدم فقد حمل هذا الحديث أسمى معاني الاستقلال وأرقى صوره، فلم يلزم القاضي بالخضوع سوى للنص الأعلى مرتبة والأكثر إلزاماً، فإن لم يجد في نصوص القرآن ما يحكم الواقعة التي بين يديه لجأ إلى السنة، وإن لم يجد فيها ما يحسم الخلاف اجتهد برأيه لفضها. ومن ذلك يتضح أن الشريعة منحت القاضي السلطة الكاملة والإرادة التامة والحرية المطلقة لفض المنازعات بعيداً عن المؤثرات التي تتنافى مع العدالة والإنصاف[44].

فالإسلام يوجب على القضاة أن لا يجعلوا لأحد عليهم سلطاناً في قضائهم، وأن لا يتأثروا بغير الحق والعدل، وأن يتجردوا عن الهوى وأن يساووا بين الناس جميعاً، فقد قال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ ﴾ [النساء: 58]. وقال أيضاً: ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ [ص: 26]. وقال كذلك: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ

---

[40] راجع، قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، المواد (1–3).

[41] راجع، قرار مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006م بشأن مدونة السلوك القضائي، المادة (1).

[42] أبو حمد، أحمد صيام، استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2005م (ص:106 وما بعدها).

[43] ثروت بدوي، 1970م (ص121–122). الإسلام وأوضاعنا السياسية، لعبد القادر عودة (ص:175).

[44] بوضياف، عمار، معالم استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، بحث منشور على موقع الفقه الإسلامي: http://www.islamfeqh.com/Nawazel/ (ص:4). 2013/12/26م.

قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاء لِلّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلاَ تَتَّبِعُواْ الْهَوَى أَن تَعْدِلُواْ وَإِن تَلْوُواْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [النساء: 135].

وتاريخ القضاء الإسلامي قاطع في أن القضاة كانوا دائماً مستقلين في عملهم، لا سلطان لأحد عليهم إلا الله، ولا يخضعون في قضائهم إلا لما يقضي به الحق والعدل، فقد كتب الخليفة أبو جعفر المنصور إلى سوار بن عبد الله قاضي البصرة: انظر الأرض التي تخاصم فيها فلان القائد وفلان التاجر، فادفعها إلى القائد، فكتب إليه سوارٌ: إن البيّنة قد قامت عندي أنها للتاجر فلستُ أُخْرِجها من يده إلا ببينة. فكتب إليه المنصور: والله الذي لا إله إلا هو لتدفعنها إلى القائد. فكتب إليه سوار: والله الذي لا إله إلا هو لا أخرجنها من يد التاجر إلا بحق. فلما جاءه الكتاب قال: ملأتُها والله عدلاً، وصار قضاتي تردُّني إلى الحقّ[45].

وقد اختصم رجلان إلى القاضي إبراهيم بن إسحاق قاضي مصر، فقضى على أحدهما فشفع إلى الوالي، فأمره الوالي أن يتوقف في تنفيذ الحكم، فجلس القاضي في منزله حتى ركب إليه الوالي وسأله الرجوع إلى عمله، قال: لا أعود إلى ذلك المجلس أبداً؛ ليس في الحكم شفاعة.

ووقع بين أم المهدي وبين أبي جعفر المنصور خصومة، فتحاكما إلى غوث ابن سليمان قاضي مصر، فحكم لصالح أم المهدي ضد الخليفة. وقضى خير بن نعيم على أحد الجنود بالحبس، فأخرجه الوالي من المجلس، فاعتزل خير بن نعيم وجلس في بيته، فلما طلب منه الوالي الرجوع لعمله، قال: لا أعود حتى يعود الجندي إلى المحبس. ولقد قضى شريح على عمر بن الخطاب في خلافته، وقضى ضد علي بن أبي طالب في خلافته، وكلاهما ترافع اليه وهو يعتقد أنه على حق، والأمثلة على ذلك كثيرة[46].

ويتضح مما سبق أنه لا تعارض بين الشريعة الإسلامية والقانون الفلسطيني فيما يتعلق بضرورة إعمال مبدأ استقلال السلطة القضائية، بل أن الشريعة الإسلامية سبقت القانون بأكثر من أربعة عشر قرناً في تقرير ذلك.

الفرع الثاني: اختيار أعضاء السلطة القضائية (القضاة):

أولاً: طرق اختيار القضاة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية:

تختلف طرق وأساليب اختيار القضاة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، وسيتم بيان ذلك على النحو الآتي:

أ. طريقة اختيار القضاة في القانون الوضعي:

تختلف أساليب اختيار القضاة باختلاف الدساتير والتشريعات المنظمة لشؤون القضاء في الدول؛ لأن عملية الاختيار تحكمها عوامل شتى، قد تكون سياسية أو اجتماعية أو حتى تاريخية وتتمثل طرق اختيار القضاة في القانون فيما يأتي:

1. اختيار القضاة بالانتخاب:

ومقتضى هذا النظام أن يتم اختيار القضاة بالانتخاب، وذلك إما أن تتولاه هيئة الناخبين في صورة الاقتراع العام المباشر، أي إن الشعب يقوم بانتخاب القضاة، باعتبار أن منصب القاضي لا يقل في خطورته وأهميته عن منصب النائب في البرلمان، وإما أن يعهد بانتخاب القضاة إلى البرلمان، بحيث تنفرد السلطة التشريعية باختيار القضاة، وطريقة اختيار القضاة بالانتخاب متبعة في بعض الدول كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية[47].

---

[45] السرجاني، راغب استقلالية مؤسسة القضاء في النظام الإسلامي، مقال منشور على موقع قصة الإسلام بتاريخ 2010/05/16م، http://islamstory.com/ar، 2013/12/26م.

[46] الإسلام وأوضاعنا السياسية، لعبدالقادر عودة (ص:174 وما بعده)ا. نظرية الدولة، لسمير عاليه (ص:62).

[47] شرف، 2009م–2010م: ص22. النفياوي، 2006م (ص:125).

2. اختيار القضاة عن طريق التعيين:

يعد نظام التعيين في الوظائف القضائية من أوسع أساليب اختيار القضاة انتشاراً، حيث تتولى السلطة التنفيذية تعيين القضاة في هذه الوظائف، حالهم حال كبار موظفي الدولة، إلا أن هذه العملية لا تترك للسلطة التنفيذية على إطلاقها دون قيود، حيث تضع تشريعات غالبية الدول ضوابط وضمانات معينة، تكفل عدم استغلال السلطة التنفيذية لهذه الطريقة بالتأثير على القضاة وتهديد استقلالهم، فقد يتم ذلك عن طريق تقييد سلطة الحكومة في الاختيار والتعيين بوضع شروط معينة في الدستور، أو في القوانين المنظمة للسلطة القضائية، بحيث تكفل صلاحية المرشح للتعيين في الوظيفة القضائية، وفضلاً عن ذلك فإن معظم القوانين، توجب أن يكون تعيين القضاة من اختصاص أعلى الهيئات التنفيذية مرتبةً (الرئيس)[48]. ومن ضمانات تعيين القضاة أيضاً أن تقوم السلطة التنفيذية بأخذ رأي جهة معينة، قد تكون جهة تشريعية، أو جهة قضائية مسؤولة عن إدارة شؤون القضاة (مجالس القضاء الأعلى)[49].

وينص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته على أنه: "تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومساءلتهم يكون بالكيفية التي يقررها قانون السلطة القضائية"[50].

وينص قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002م على أنه: "1- يكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى وفقا لما يلي:- أ- بطريق التعيين ابتداء. ب- الترقية على أساس الأقدمية مع مراعاة الكفاءة. ج- التعيين من النيابة العامة. د- الاستعارة من الدول الشقيقة. 2- يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربياً. 3- يعتبر التعيين أو الترقية من تاريخ القرار الصادر بخصوص ذلك"[51].

ويظهر من ذلك أن المشرع الفلسطيني أخذ بطريق اختيار القضاة من خلال التعيين لا الانتخاب، ويكون بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى.

ب. طريقة اختيار القضاة في الشريعة الإسلامية:

كان الرسول -صلى عليه وسلم- يتولى القضاء بنفسه، وكان -صلى عليه وسلم- حيثما سافر وحل وارتحل عين عدداً من الصحابة قضاة، وقد بعث عدداً من الصحابة إلى الأقاليم، وأناط بهم القيام بأعمال القضاة والفصل في الخصومات، فقد بعث النبي -صلى عليه وسلم- علي بن أبي طالب قاضياً إلى اليمن، وكذلك بعث معقل بن يسار قاضياً إلى اليمن، وولى عتاب بن أسيد قضاء مكة، وكان -صلى الله عليه وسلم- يعين الولاة ويكلفهم بالقضاء والفصل بين الناس، وأرسل العلاء بن الحضرمي والياً على البحرين وقاضياً فيها[52].

وكذلك كان حال الخلفاء الراشدين من بعده صلى الله عليه وسلم فتولى القضاء أبو بكر الصديق، واستعمل أبو بكر الصديق عمر بن الخطاب على القضاء. ولما تولى عمر الخلافة استمر في القضاء في المدينة[53]. ولكنه فوض الأمور الصغيرة والبسيطة إلى بعض الصحابة مثل: يزيد بن أخت النمر، وبقي الخليفة عمر بن الخطاب ينظر الأمور الجسيمة والمهمة، وينظم شؤون القضاء في الدولة، ويتابع أحكام

---

[48] تنص المادة (44) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972م وتعديلاته على أنه: "يكون شغل الوظائف القضائية سواء بالتعيين أو بالترقية بقرار من رئيس الجمهورية".

[49] النفياوي، 2006م (ص:123).

[50] راجع، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، المادة (1/99).

[51] راجع، قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، المادة (18).

[52] تاريخ القضاء في الإسلام، لمحمد الزحيلي (ص:42 وما بعدها).

[53] السلطات الثلاثة في الإسلام، لعبد الوهاب خلاف (ص:50 وما بعدها).

القضاء في الأمصار، وولى عمر أبا الدرداء قاضياً في المدينة، وكان عمر كثيراً ما يستخلف زيد بن ثابت إذا خرج إلى شيء من الأسفار. أما عثمان فقد حافظ على منهج عمر –رضي الله عنهما– وكان القضاء بيده في المدينة، وأعطى الصلاحيات الكاملة للقضاة، ولما تولى عثمان الخلافة كان على قضاة المدينة علي بن أبي طالب، وزيد بن ثابت ويزيد بن أخت النمر، فكانت القضايا ترفع إلى عثمان فيستدعيهم. وكان علي –رضي الله عنه– أقضى الصحابة، وقد ولى شريح قضاء الكوفة، واستخلف عبد الله بن عباس على المدينة[54]. إن تولية القضاة في الدولة الإسلامية كان من اختصاص ولي الأمر، والقضاة في الدولة كانوا يعينوا بطريقتين[55]:

الأولى: التعيين المباشر: كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم، والخلفاء الراشدون كما بينا سالفاً.

الثانية: التعيين غير المباشر: عن طريق قاضي القضاة الذي يعينه الإمام، حيث أن الخليفة هارون الرشيد في زمن الخلافة العباسية عين أبا يوسف قاضياً للقضاة، ليختار القضاة في الأمصار، ويقدم أسماءهم للرشيد، فيعين من أشار به أبو يوسف، ويقتصر عمل قاضي القضاة على ترشيح من يراه مناسباً من أهل العلم والصلاح، ليعرضه على الخليفة فيعينه في العراق وخراسان والشام ومصر[56].

وذكر الدكتور/ راغب السرجاني أنه في بعض الأحيان في الدولة الإسلامية كان يتم **اختيار القاضي عن طريق الانتخاب**، وكان هذا الأمر احتراماً للرعية في اختيارها لمن تراه مناسباً لهذه الوظيفة المهمة، فقد ذكر الكندي رواية عن أحد رجالات مصر ويُدعى البويطي، أنه قال: "أمر ابن طاهر (والي مصر) بإحضار أهل مصر –أهل الرأي فيهم– فحضر الناس وكنتُ فيمن حضر، فدخلنا على ابن طاهر، وعنده عبد الله ابن عبد الحكم، فقال: إن جمعي لكم لترتادوا لأنفسكم قاضياً. فقال البويطي: كان أول من تكلم يحيى بن عبد الله بن بكير، فقال: أيها الأمير، ولِّ قضاءنا من رأيتَ، وجنِّبنا رجلين: لا تُوَلِّ قضاءنا غريباً ولا زرّاعاً –النمّام الذي يزرع الأَحْقادَ في قلوب الأَحباء– ". وكانت هذه الحادثة عام (212هـ)؛ مما يُدلل على تمتع الشعب بالوعي الكامل في اختياره لمن يراه مناسباً في منصب القضاء[57].

وبناء على ما تقدم فإن طريقة تعيين القضاة وفق القانون الفلسطيني لا تتنافى مع الشريعة الإسلامية، وإن طريقة تعيين القضاة في القانون لها تأصيلها في الشريعة الإسلامية.

ثانياً: شروط اختيار القضاة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية:

يشترط فيمن يتولى مهمة القضاء، مجموعة من الشروط حتى يكون أهلاً لتولي هذه المهمة العظيمة، وتحمل هذه الأمانة الخطيرة، وسيتم بيان شروط تعيين القضاة في القانون الفلسطيني والشريعة الإسلامية، وذلك على النحو الآتي:

أ. شروط تعيين القضاة في القانون الفلسطيني:

يشترط المشرع الفلسطيني فيمن يعين **قاضياً في القضاء النظامي** الشروط الآتية[58]:

1. أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية[59].
2. أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها.

---

[54] تاريخ القضاء، لمحمد الزحيلي (ص:85 وما بعدها).

[55] فقه القضاء، لماهر السوسي، مرجع سابق (ص:23).

[56] تاريخ القضاء في الإسلام، لمحمود عرنوس (ص:97). القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، لعبد الرحمن الحميضي (ص:282،281).

[57] السرجاني، راغب، معايير وطرق اختيار القضاة في الإسلام، مقال منشور على موقع قصة الإسلام بتاريخ 2010/05/16م http://islamstory.com/، 2013/12/26م.

[58] راجع، قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، المادة (16).

[59] تجدر الإشارة أنه يسقط شرط الجنسية الفلسطينية في حالة واحدة، إذا كان القاضي مستعاراً من إحدى الدول الشقيقة شريطة أن يكون عربياً، وذلك وفقاً لنص المادة (2/18) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م.

3. ألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام.
4. أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة ولائقاً طبياً لشغل الوظيفة.
5. أن ينهي عضويته عند تعيينه بأي حزب أو تنظيم سياسي.
6. أن يتقن اللغة العربية.
7. أن لا يكون عمره قد جاوز سبعين سنة[60].

أما فيما يتعلق بتعيين القضاة العسكريين، فقد سن المجلس التشريعي في غزة قانون القضاء العسكري رقم (4) لسنة 2008م، وهذا القانون فقط يسري في قطاع غزة دون الضفة الغربية.

وينص هذا القانون على أنه: " يشترط فيمن يعين في القضاء العسكري بوظيفة قاض أو مدعٍ عام، أو عضو نيابة ما يلي:

1. أن يكون ضابطاً في قوات الأمن الفلسطينية.
2. أن يكون حاصلاً على إجازة في الحقوق أو الشريعة والقانون على الأقل من إحدى الجامعات الفلسطينية، أو إحدى الجامعات المعترف بها قانوناً.
3. أن يكون غير محكوم عليه بعقوبة جناية، أو في جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام.
4. أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.
5. أن يتقن اللغة العربية.
6. أن يجتاز المسابقة القضائية المنظمة بلائحة"[61].

أما فيما يتعلق بتعيين القضاة الشرعيين، فقد سن المجلس التشريعي في غزة قانون القضاء الشرعي رقم (3) لسنة 2011م، وهذا القانون فقط يسري في قطاع غزة دون الضفة الغربية.

وينص هذا القانون على أنه: "يشترط فيمن يولى القضاء الشرعي:

1. أن يكون فلسطينياً كامل الأهلية.
2. أن يكون قد أتم الثلاثين عاماً من عمره.
3. أن يكون حاصلاً على إجازة (الشهادة الجامعية الأولى) في الشريعة الإسلامية، أو الشريعة والقانون، من إحدى الجامعات الفلسطينية، أو الجامعات المعترف بها قانوناً.
4. أن لا يكون محكوماً بعقوبة جناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، ولو كان قد رد إليه اعتباره، وألا يكون قد صدر بحقه حكم من مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف.
5. أن يكون لائقاً طبياً لشغل الوظيفة.
6. أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة.
7. أن يتقن اللغة العربية.

---

[60] راجع، قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م، المادة (16). ومن الجدير بالذكر إلى أنه قد تقدم مجلس الوزراء في بداية عام 2013م بمشروع قانون معدل لقانون السلطة القضائية إلى المجلس التشريعي، حيث اقترح أن يعدل النص ليصبح: "لا يجوز أن يبقى في وظيفة قاض أو يعين فيها من جاوز عمره خمسة وستين سنة"؛ وذلك نظراً لأن القضاة بعد سن الخمسة وستين يصبحوا غير قادرين بدنياً ولا ذهنياً على ممارسة مهمة العمل القضائي الذي يحتاج إلى تبصر ونضج وإدراك تام لتحمل أعبائها.

[61] راجع، قانون القضاء العسكري رقم (4) لسنة 2008م، المادة (30).

8. أن يكون قد مارس الأعمال الكتابية في المحاكم الشرعية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، أو مارس مهنة المحاماة الشرعية مدة لا تقل عن خمس سنوات، ويحدد المجلس القواعد العامة لتحديد طبيعة الأعمال الكتابية لدى المحاكم الشرعية، ومدتها من حيث اعتبارها نظيرة للعمل القضائي الشرعي.
9. ألا يكون منتمياً إلى حزب أو تنظيم سياسي، وعليه أن ينهي عضويته عند تعيينه بأي منهما"[62].

أما القانون الساري في الضفة الغربية، والذي يحكم تعيين القضاة الشرعيين، هو قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (19) لسنة 1972م وتعديلاته، والذي ينص على أنه:" يشترط فيمن يتولى القضاء الشرعي ما يلي:

أ- أن يكون أردنياً متمتعاً بالأهلية الشرعية والمدنية الكاملة.
ب- أن يكون قد أكمل السنة الثانية والعشرين من عمره على الأقل.
ت- أن يكون حاصلاً على الاجازة في القضاء الشرعي، أو أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية من كلية الشريعة الاسلامية أو من كلية حقوق تدرس فيها مواد الشريعة الاسلامية.
ث- أن لا يكون قد حكم عليه باي جناية عدا الجرائم السياسية وأن لا يكون محكوماً من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف ولو رد اليه اعتباره أو شمله عفو عام.
ج- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.
ح- لا يجوز تعيين أي شخص في وظيفة قاض لأول مرة إلا بعد التحقق من كفاءته العلمية والخلقية وصلاحيته لخدمة القضاء ..."[63].

ب. شروط تعيين القضاة في الشريعة الإسلامية:

يشترط في من يتولى القضاء وفق الشريعة الإسلامية الشروط الآتية:

الإسلام: فلا يولى الكافر لنقصه بالكفر، ولأنه ولاية على أخطر أمور المسلمين، وولاية الكافر على المسلم ممنوعة بالنص، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ [النساء: 141]. وغير المسلم ليس من أهل الولايات، ولذلك لا يجوز تنصيبه حاكماً بين المسلمين، وقد منع عمر بن الخطاب رضى الله عنه أبا موسى الأشعري من استعمال كاتب غير مسلم[64]. وذهب الحنفية إلى جواز تقليد الذمي –غير المسلم- القضاء على أهل الذمة، وعللوا ذلك بأن أهلية القضاء كأهلية الشهادة، فالذمي من أهل الشهادة على الذميين فهو إذن أهل لتولي القضاء عليهم، وكونه قاضياً خاصاً بهم لا يقدح في ولايته ولا يضر. وقول الحنفية في جواز تقليد الذمي القضاء على الذميين هو في الواقع تقليد رياسة وزعامة وليس تقليد ولاية قضاء[65]. وأورد الماوردي ذلك فقال: "وقال أبو حنيفة يجوز تقليده –أي تقليد الذمي- القضاء بين أهل دينه. وهذا وإن كان عرف الولاة بتقليده جارياً، فهو تقليد زعامة ورياسة وليس تقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه عليهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم، وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ"[66]. ويقول

---

[62] راجع، قانون القضاء الشرعي رقم (3) لسنة 2011م، المادة (11).

[63] راجع، قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (19) لسنة 1972م وتعديلاته، المادة (3). جدير بالذكر أن هذا القانون أردني، وهو ساري في الضفة الغربية من عهد الحكم الأردني، ولذا نص على شرط الجنسية الأردنية، أما عملياً الآن يشترط لتعيين القاضي الشرعي في الضفة الغربية أن يكون فلسطينياً وليس أردنياً.

[64] نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، لعبد الناصر أبو البصل (ص:127-128).

[65] نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، لعبد الكريم زيدان (ص:26 وما بعدها).

[66] الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لعلي بن محمد الماوردي (ص:85).

البعض أنه طالما أن شهادة غير المسلم على المسلم تجوز في المسائل المدنية ونحوها دون مسائل الطلاق وما يتعلق بها[67]. وما دام أن القضاء أساسه الشهادة عند الأحناف، فإنه يمكن بشيء من التعليل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيما تجوز عليه شهادته[68]. وبناء على هذا الرأي وما دام أن القضاء أساسه الشهادة، فلا يصح قضاء غير المسلم على المسلم في مسائل الأحوال الشخصية، وإن أمكن القول بجوازه في المسائل المدنية ونحوها. وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية في الدعوى رقم (42) لسنة 1967م مستأنف بجلسة 1968/3/28م بأنه: "إذا صدر الحكم من قاض غير مسلم في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا كان أحد المتخاصمين مسلماً فإن هذا الحكم يكون باطلاً يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً؛ لأن القواعد القانونية المعمول بها في مصر تركت أمر الفصل في النزاع في الأحوال الشخصية للمسلمين إلى من يعتنق دينهم من القضاة وينتسب إليه ولأن الإجماع منعقد بين فقهاء المسلمين؛ لأن القضاء من باب الولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم شرعاً"[69].

التكليف: وهو يعني البلوغ والعقل، وعلى ذلك فلا يصح القضاء من الصبي؛ لأنه لا يلي أمر نفسه، ومن باب أولى ألا يلي أمر غيره، وكذلك الحال بالنسبة للمجنون، وأن تولي هؤلاء القضاء فلا تصح ولايتهم ولا تنفذ أحكامهم[70]. فعن عائشة –رضى الله عنها– أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبى حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل" (مسند الإمام أحمد 100/6 :101، سنن أبي داود 558/4 :4398، سنن ابن ماجه، 657/1: 2041). فالقلم مرفوع عن هؤلاء الثلاثة ومنهم الصبي والمجنون، ورفع القلم أي رفع التكليف. ولم يشترط جمهور الفقهاء في القاضي زيادة ذكاء، ولكن مجرد العقل التكليفي يكفي خلافاً لبعض الشافعية والمالكية، حيث اشترطوا في القاضي أن يكون فطناً وغير مغفل، بحيث لا يستنزل في رأيه، ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم[71].

الحرية: فلا يتولاه الرقيق لنقصه ولعدم ولايته على نفسه، فلا يصح أن يكون والياً على غيره[72]. قال الماوردي: "لأن نقص العبد عن ولاية نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره، وذلك الرق لما منع من قبول الشهادة، كان أولى أن يمنع من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية"[73]. وذهب بعض الحنابلة إلى جواز توليه القضاء بإذن سيده، وذهب الظاهرية إلى جواز ولايته القضاء مطلقاً، واستدل هؤلاء بعموم الآيات الآمرة بالحكم بالعدل، وهي لم تفرق بين العبد والحر، ولكن هذا الرأي غير سديد؛ لأن العبد ناقص الولاية على نفسه، ثم إن مسألة الرق لم يعد لها وجود الآن، ولذلك لا داعي للتفصيل فيها[74].

الذكورة: اختلفت أقوال الفقهاء في حكم تولي المرأة منصب القضاء، **فذهب المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية** إلى أنه لا يصح تولية المرأة القضاء مطلقاً لا في الحدود ولا في الأموال ولا في غير ذلك؛ لعدم تمكنها من القيام بأعباء القضاة، حيث فيه مزاحمة الخصوم من الرجال ومغالبتهم، كما أنه فيه نظراً في قضايا ينبغي أن تتنزه عن النظر فيها؛ كقضايا الزنا وما شابهها، ثم إن فيه النظر في قضايا الجنايات من قتل واعتداء على الأنفس والأطراف، والمرأة قد لا تقوى على النظر في هذه الأمور لعدم كفايتها، فطبيعة عمل القاضي

---

[67] أجاز الحنابلة وشريح والنخعي والأوزاعي وابن مسعود وموسى والظاهرية والإمامية قبول شهادة غير المسلم في وصية المسلم حال السفر، راجع، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، لعبد الناصر أبو البصل (ص:129).

[68] نظرية الدولة، لسمير عاليه (ص:69).

[69] القضاء في الإسلام، لمحمود الشربيني (ص:18،19).

[70] فقه القضاء، لماهر السوسي (ص:29).

[71] نظرية الحكم القضائي، لعبد الناصر أبو البصل (ص:133).

[72] التشريع والقضاء في الإسلام، لأنور العمروسي (ص:85–86).

[73] الأحكام السلطانية، لعلي بن محمد الماوردي (ص:84).

[74] نظرية الحكم القضائي، لعبد الناصر أبو البصل (ص:135).

وما يقوم به ويواجهه من الإرهاق لا تناسب المرأة بحال[75]. **وذهب الحنفية** إلى أن المرأة إذا وليت القضاء نفذ قضاؤها في غير الحدود والقصاص، وأثم موليها؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة. وإنما نفذ قضاؤها في غير الجنايات؛ لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه. **وذهب ابن جرير الطبري وابن حزم الظاهري والإمام الحسن البصري** إلى أنه يجوز أن تكون المرأة قاضية على الإطلاق في الحدود والقصاص وغيرهما[76]. ويرى الدكتور يوسف القرضاوي أنّه لم يرد في قضية اشتغال المرأة بالقضاء نص قطعي الثبوت أو الدلالة ولا إجماع كامل، ومن ثمّ أصبحت هذه المسألة في المنطقة المفتوحة لا المغلقة التي تحكمها ظروف كل مجتمع وكل عصر، إلا أنّه اشترط عدة شروط لتولّي المرأة مهمّة القضاء وهي:

الشرط الأول: ألا تتولّى المرأة القضاء إلا بعد أن تنضج وتبلغ السن الذي تيأس فيها من المحيض حتى لا تكون عرضة للاضطرابات النفسية والمتاعب الجسمانية التي تصاحب الحيض والحمل.

الشرط الثاني: أن تكون المؤهلات للقضاء متوفرة فيها النفسية والعلمية والأخلاقية؛ لأن منصب القضاء هذا كان السلف يفرون منه، فالقضاء منصب خطير وشاق.

الشرط الثالث: وجود المجتمع البالغ من التطوّر الاجتماعي درجة تسمح له بقبول هذا الأمر.

الشرط الرابع: وجود الحاجة إلى تقليد المرأة منصب القاضي.

وجواز ذلك لا يعني وجوبه ولزومه، بل ينظر للأمر في ضوء مصلحة المرأة والأسرة والمجتمع والإسلام، وقد يؤدّي ذلك إلى اختيار بعض النساء المتميّزات في سن معينة للقضاء في أمور معينة، وفي ظروف معينة[77].

وجاء جواز تولي المرأة القضاء في فتوى أصدرتها المؤسسة الدينية في مصر بتاريخ 22-10-2002م موقعة من كل من شيخ الأزهر الدكتور محمد سيد طنطاوي ومفتي الجمهورية السابق/ الدكتور أحمد الطيب ووزير الأوقاف/ الدكتور محمود حمدي زقزوق، حين خاطب وزير العدل الأسبق المستشار/ فاروق سيف النصر هذه الجهات مجتمعة من أجل معرفة الموقف الشرعي من قضية تعيين المرأة في القضاء وجاء نص الفتوى كالآتي: "لا يوجد نص صريح قاطع من القرآن الكريم أو من السنة النبوية المطهرة يمنع المرأة من تولي وظيفة القضاء"[78].

وأعلن إمام الأزهر الشيخ محمد سيد طنطاوي عدم وجود موانع شرعية أمام تولي المرأة مناصب قضائية، موضحاً أن تعيين النساء في هذا السلك يشكل خدمة لقضايا الأسرة وخصوصاً في مصر، كما أكد أنه لا يوجد نص من الكتاب والسنة الشريفة يرفض أن تكون المرأة قاضية[79].

العدالة: والمقصود بالعدالة أن يكون الشخص صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم التي حرمها الله متوخياً ما لا يوقعه في الإثم بعيداً من الريب وسوء السمعة مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه ليس محجوراً عليه لسفه[80]. فلا يولى القضاء

---

[75] التشريع والقضاء في الإسلام، لأنور العمروسي (ص98 وما بعدها). فقه القضاء، لماهر السوسي (ص:30).

[76] نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، لعبد الكريم زيدان (ص:30-31). حكم تولية المرأة القضاء، لمحمد محمد الشلش (ص:6 وما بعدها).

[77] القرضاوي، يوسف، المرأة وتولي منصب القضاء، برامج تلفزيونية، الشريعة والحياة بتاريخ 2001/07/21م، موقع القرضاوي، رابط الموقع: http://www.qaradawi.net/2010-02-23-09-38-15/4/656.html، تاريخ دخول الموقع: 2013/12/27م.

[78] مقال بعنوان: المرأة المصرية والقضاء، موقع الهيئة العامة للاستعلامات، رابط الموقع: http://www.sis.gov.eg/ar/Story.aspx?sid=66638، تاريخ دخول الموقع: 2013/12/27م.

[79] فتاوى معاصرة، مجلة الوعي الإسلامي الكويتية، رقم العدد (532)، تاريخ العدد: 2010/09/03م، مجلة تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الدنية، الكويت، رابط الموقع: http://alwaei.com/topics/view/article.، تاريخ دخول الموقع: 2013/12/27م.

فاسق، والعدالة هي اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر، أو أن تكون الطاعة غالب حال العدل، أو أن يكون مؤدياً للأمانة مجتنباً للكذب، أو أن يكون العدل ذا مروءة، والمروءة هي الاستقامة، أي استقامة الشخص على أخلاق أمثاله، ودليل هذا الشرط قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ ﴾ [النساء: 58]. حيث أمر النص بالعدل عند الحكم بين الناس، وهذا لا يكون إلا ممن توفر فيه شرط العدالة، أما الفاسق فلا يصح قضاؤه؛ وذلك لأن الله تعالى أمرنا بالتثبت من خبره بقوله: ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾ [الحجرات: 6]. فكيف يثق الخصوم بحكم من أمروا بتبين خبره.

والعدالة شرط عند المالكية والشافعية والحنابلة، وعند الحنفية العدالة شرط أولوية، وعلى ذلك فقضاء الفاسق نافذ، ولكن يأثم من ولاه، وفي هذا يقول ابن مودود من الحنفية: "والفاسق يجوز قضاؤه كما تجوز شهادته، ولا ينبغي أن يولى كما لا ينبغي أن يعمل بشهادته"[81].

سلامة الحواس (السمع والبصر والنطق): وبذلك قال الحنفية والمالكية وجمهور الشافعية وجمهور الحنابلة، فلا يتولى القضاء أخرس او أعمى أو أطرش، ولا يضر أن يكون سمعه ثقيلاً، أو أن يكون بعين واحدة، أو أن يرى في الليل دون النهار، أو النهار دون الليل، وقيل في هذه الحالة لا يحكم إلا في الوقت الذي يبصر فيه. وذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى جواز ولاية الأعمى، واستدلوا على ذلك بتولية النبي –صلى الله عليه وسلم– لابن أم مكتوم المدينة وهو أعمى، ورد عليه: أنه ولاه على إمامة الصلاة فقط، وأن الولاية كانت قبل عماه، وأن ذلك كان خصوصية لهذا الرجل بالذات، أو أن هذا الحكم منسوخ[82]. وإنما اشترطت سلامة الحواس؛ لأن بهما يصح إثبات الحقوق، وبهما يفرق بين الطالب والمطلوب، وبهما يميز القاضي المقر من المنكر ليتميز له الحق من الباطل[83].

الكفاية: مقدرة القاضي على القيام بمنصب القضاء، بأن يكون شجاعاً قوياً فطناً يقظ النفس، فلا يكون جباناً مغفلاً ضعيف النفس، مختل النظر (الفكر) بكبر أو هرم[84]. ولذلك قال ابن عبد السلام: وللولاية شرطان: **أحدهما:** العلم بأحكامها. **والثاني:** القدرة على تحصيل مصالحها وترك مفاسدها، فإذا فقد الشرطان حرمت الولاية[85]. وما يدل على ذلك ما رواه أبو ذر –رضي الله عنه –قال: قلت: يا رسول الله ألا تستعملني؟ قال: فضرب بيده على منكبي، ثم قال: "يا أبا ذر إنك ضعيف، وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها وأدى الذى عليه فيها" (صحيح مسلم 3/1458 :1827).

الاجتهاد: وقال بهذا الشرط المالكية والشافعية والحنابلة، وحجتهم أن القضاء أكد من الإفتاء؛ لأنه إفتاء وإلزام، والمفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً، فالقاضي أولى أن لا يكون مقلداً. وقد قال الحنفية الاجتهاد ليس شرطاً لتولي القضاء؛ لأنه يمكن للقاضي غير المجتهد أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء، ولأن الغرض من القضاء فصل الخصومات، فإذا أمكن ذلك بالتقليد جاز، وهو ممكن بالرجوع إلى فتاوى العلماء وأقوالهم. فالاجتهاد عند الحنفية شرط أولوية أي يجوز أن يكون القاضي عندهم غير مجتهد، ولكن الأولى أن

---

[80] الأحكام السلطانية، لعلى بن محمد الماوردي (ص85. السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، لنصر فريد واصل (ص:138).

[81] نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، لعبد الكريم زيدان (ص29. نظرية الحكم القضائي، لعبد الناصر أبو البصل (ص:137 وما بعدها). فقه القضاء، لماهر السوسي (ص:30–31).

[82] فقه القضاء، لماهر السوسي (ص:31). نظرية الحكم القضائي، لعبد الناصر أبو البصل (ص:136–137).

[83] السلطة القضائية، لنصر واصل (ص:136 وما بعدها).

[84] فقه القضاء، لماهر السوسي (ص:32).

[85] السلطة القضائية، لنصر واصل (ص:138).

يكون مجتهداً[86]. ولكن إن تعذر وجود هذه الصفات في رجل معين ثم ولى الحاكم ذو الشوكة رجلاً فاسقاً أو مقلداً نفذ قضاؤه لئلا تتعطل مصالح الناس[87].

وبتطبيق هذا الشروط على القانون الفلسطيني نجد أن القانون لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية بشكل عام، حيث أن **شرط التكليف** ورد في القانون، حيث اشترط المشرع كما بينا في القاضي أن يكون كامل الأهلية، كما أن اشترط في القاضي الشرعي أن يكون قد أتم الثلاثين عاماً من عمره، وعملياً يشترط لتعيين القاضي النظامي أن يكون قد أتم الثلاثين عاماً. وبشأن **شرط سلامة الحواس**، فقد اشترط المشرع أن يكون القاضي لائقاً طبياً لشغل الوظيفة. وبشأن **شرط العدالة**، فيشترط المشرع أن ألا يكون القاضي قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام. وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة. وبشأن **شرط الكفاية والعلم**، فيشترط المشرع أن يكون حاصلاً على إجازة في الحقوق أو الشريعة والقانون على الأقل من إحدى الجامعات الفلسطينية، أو إحدى الجامعات المعترف بها قانوناً، كما أنه تعقد مسابقة لاختبار المتقدمين لشغل وظيفة القضاء، ويتم تعيين الأكفأ من المتقدمين. وبشأن **شرط الحرية** لم يعد له أهمية؛ نظراً لأن مسألة الرق لم تعد موجودة.

أما بشأن **شرطي الإسلام والذكورة**، فإنه في حال النص على أن مبادئ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع، فإنه لا إلزامية لهذين الشرطين؛ نظراً لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تعرف بأنها: "الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها الواردة في القرآن والسنة"، وكما أسلفنا هناك خلاف فيما يتعلق بهاذين الشرطين، ففيما يتعلق بشرط الإسلام ذهب الحنفية إلى جواز تقليد الذمي –غير المسلم– القضاء على أهل الذمة، كما أنه يرى البعض أنه طالما أن شهادة غير المسلم على المسلم تجوز في المسائل المدنية ونحوها دون مسائل الطلاق وما يتعلق بها، وما دام أن القضاء أساسه الشهادة عند الأحناف، فإنه يمكن بشيء من التعليل القول بجواز قضاء غير المسلم ولو على المسلم فيما تجوز عليه شهادته[88].

وبخصوص شرط الذكورة، فقد اختلف الفقهاء في تعيين المرأة قاضية على ثلاثة أقوال، ومن هذه الأقوال: جواز أن تكون المرأة قاضية على الإطلاق في الحدود والقصاص وغيرهما، كما أن الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي وشيخ الأزهر الدكتور محمد سيد طنطاوي ومفتي الجمهورية السابق الدكتور أحمد الطيب ووزير الأوقاف الدكتور محمود حمدي زقزوق، يرون أنه لم يرد في قضية اشتغال المرأة بالقضاء نص قطعي الثبوت أو الدلالة ولا إجماع كامل.

وبشكل عام فإن هناك خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في معظم شروط تعيين القضاة، فهناك خلاف في شرط الإسلام، والذكورة، والاجتهاد، والعدالة، وسلامة الحواس. وعليه وفق قاعدة مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع أياً كان صياغتها، فإن المشرع عند وضع شروط تعيين القضاة لا تكون هذه الشروط ملزمة له، فله أن يأخذ منها ما يتناسب مع الواقع المعاصر ومع مقتضيات منصب القضاء؛ نظراً لما أسلفنا من أن مبادئ الشريعة الإسلامية تقتصر على الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها الواردة في القرآن والسنة، وعليه لا تعارض بين القانون الفلسطيني ومبادئ الشريعة الإسلامية فيما يتعلق باختيار أعضاء السلطة القضائية "القضاة".

---

[86] نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، لعبد الكريم زيدان (ص:29).

[87] فقه القضاء، لماهر السوسي (ص:33).

[88] أجاز الحنابلة وشريح والنخعي والأوزاعي وابن مسعود وموسى والظاهرية والإمامية قبول شهادة غير المسلم في وصية المسلم حال السفر، راجع، نظرية الحكم القضائي، لعبد الناصر أبو البصل (ص:129).

الفرع الثالث: الطعن في الأحكام القضائية:

أولاً: الطعن في الأحكام القضائية في القانون الفلسطيني:

يهدف القانون إلى توفير الاستقرار في المراكز القانونية، وهذا الاستقرار لا يتحقق بالنسبة للمراكز التي صدر بشأنها الحكم إلا اكتسب الحكم حصانة تحول دون تعديله أو إلغائه، بحيث يوضع حد للنزاع فلا يطول به الأمد إلى غير نهاية. لذا يلزم عدم المساس بالأحكام بعد صدورها. غير أنه من ناحية أخرى فإن القضاة بشر غير معصومين، لذا قد يشوب أحكامهم غلط في القانون أو في تقدير الوقائع، ومن ثم يلزم تصحيح الغلط وتطبيق القانون تطبيقاً سليماً كلما أمكن ذلك. وهذا يقتضي إيجاد وسيلة لمراقبة صحة الأحكام ومراجعتها لتعديل غير الصحيح منها أو إلغائه. واستجابة لهذين الاعتبارين نظم المشرع وسائل قانونية ترمي إلى إتاحة الفرصة للخصوم؛ لكي يطلبوا من القضاء أن يعيد النظر في المنازعة، فحدد طرقاً للطعن في الأحكام بإجراءات ومواعيد محددة. فطرق الطعن في الأحكام هي الوسائل القانونية التي حددها القانون على سبيل الحصر، والتي بمقتضاها يتمكن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة بحقهم والتي تضر بمصالحهم، بقصد إعادة النظر فيها لتعديلها أو إلغائها[89].

وهناك من يعرف طرق الطعن في الأحكام بأنها: "مجموعة من الإجراءات التي تستهدف إعادة طرح موضوع الدعوى على القضاء بغية تقدير قيمة الحكم ذاته ومن ثم إلغاء هذا الحكم أو تعديله"[90].

وتنقسم طرق الطعن في الأحكام الصادرة في الدعاوى المدنية والتجارية إلى نوعين: طرق عادية وتتمثل في المعارضة –في بعض القوانين– والاستئناف، طرق غير عادية وتتمثل في النقض وإعادة المحاكمة[91]. أما اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها، فلم يعتبره المشرع طريقاً من طرق الطعن بحيث تطبق بصدده القواعد العامة في الطعن، وإنما اعتبره تظلماً من نوع خاص[92].

وتنقسم طرق الطعن في الأحكام الجزائية إلى نوعين: طرق الطعن العادية وتتمثل في الاعتراض على الأحكام الغيابية والاستئناف، وطرق الطعن الغير عادية وتتمثل في النقض وإعادة المحاكمة[93].

ثانياً: التأصيل الشرعي للطعن في الأحكام القضائية:

اتفق الفقهاء المسلمون على أن الأصل في الحكم الذي يصدره القاضي أن يكون قاطعاً للنزاع وملزماً لطرفيه، إلا أنهم قرروا مع ذلك جواز الطعن على هذا الحكم لاحتمال الخطأ فيه؛ لأن القاضي لا يخرج عن كونه بشراً[94]. ولأن الخطأ نفسه وردت الإشارة إليه في قوله –صلى الله عيه وسلم–: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر" (صحيح البخاري 438/4 : 7352).

ولقد أقرت الشريعة الإسلامية وأجازت مبدأ الطعن في الأحكام. والاعتراض نوع من أنواع الطعن، وهو يعرض أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، وتثبت مشروعية الاعتراض من خلال مشروعية الطعن أمام نفس القاضي، فعن علي رضي الله عنه قال بعثني رسول الله –صلى الله عليه وسلم– إلى اليمن قاضياً، فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء، فقال إن الله جل ثناؤه سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فانه أحرى أن يتبين لك القضاء، قال فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد" (سنن أبي داود 303/3 : 3582).

---

[89] التكروري، 2002م (ص:58).

[90] حسنى، 1986م (ص:999).

[91] راجع، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م، المادة (244).

[92] التكروري، 2002م: ص58 وما بعدها. راجع، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م، المواد (191–258).

[93] راجع، قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001م وتعديلاته، المواد (314–387).

[94] السلطة القضائية، لنصر واصل (ص:259).

وجه الدلالة: إن الحكم الذي صدر غيابياً، كان حكما قائماً على دعوى وبينة من طرف واحد، ولم يسمع كلام الآخر، فكان الاعتراض هو من باب تمكين الغائب من استدراك ما فاته، وأن يدفع دعوى الطرف الآخر، وهو من مظاهر حرص المشرع على إعطاء الخصوم فرصا متكافئة، وإعمالاً لقاعدة أنه لا يقضى على شخص بغير أن يسمع دفاعه، المستنبطة من الحديث السابق "فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول[95].

وجاء في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عن: "لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق ومراجعته خير من الباطل والتمادي فيه"[96].

وقد روى كذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المسألة المشتركة والتي تختص بميراث الزوج، والأم، والإخوة الأشقاء، والإخوة لأم، فقضى فيها للزوج النصف، والأم السدس، والإخوة لأم الثلث، ولم يبق شيء للإخوة الأشقاء، فراجعوه في ذلك، وقالوا له: هب أن أبانا كان حماراً ألسنا من أم واحدة...؟ فرجع عن قضائه وأشركهم مع الإخوة لأم في الثلث[97].

وجه الدلالة: يستدل من ذلك على جواز الاعتراض على الحكم، وبيان وجه الاعتراض على الحكم المعترض عليه، حيث اعترض الإخوة الأشقاء على حكم سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبينوا له وجه الاعتراض، وأنهم ظلموا، حيث ورث الذين هم أبعد، وترك الأقرب، الأمر الذي أدى إلى إلغاء الحكم الأول، وإصدار حكم جديد[98].

ويروى أن الإمام علي عرضت عليه قضية في اليمن، فقال: "أقضي بينكم، فإن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجزت بعضكم عن بعض حتى تأتوا رسول الله ليقضي بينكم". فلما قضى الإمام علي بينهم أبوا أن يتراضوا وأتوا الرسول أيام الحج وعرضوا عليه خصومتهم وكيف قضى علي فيها، وأن هذا الحكم غير سليم في نظرهم. وبعد أن سمع الرسول –صلى الله عليه وسلم– منهم مقالتهم أجاز قضاء علي، وقال: "هو ما قضى بينكم"[99].

ففي هذه القضية دليل على أن التقاضي في الإسلام عرف أكثر من درجة من درجات المحاكمة، إذ ما جرى إنما هو أشبه باستئناف الحكم الصادر عن محكمة درجة أولى أمام محكمة أعلى منها.

ومما يدلل على جواز الاستئناف تأييد عمر بن الخطاب –رضى الله عنه– الحكم الذي أصدره عبدالله بن مسعود في قضية الرجل الذي وجد مع امرأة في ملحفتها بعد أن رفع إليه للحكم فيه من جديد، فقد روي أن عبدالله بن مسعود أتي برجل من قريش وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك فضربه عبدالله أربعين جلدة، وأقامه للناس (شهر به). فغضب قومه من ذلك، وانطلقوا إلى عمر بن الخطاب –رضى الله عنه– وقالوا: فضح منا رجلاً، فقال عمر لعبدالله: بلغني أنك ضربت رجلاً من قريش: قال عبدالله أجل أتيت به وقد وجد مع امرأة في ملحفتها، ولم تقم البينة على غير ذلك، فضربته أربعين وعرفته للناس. قال عمر: أرأيت ذلك؟ قال عبدالله: نعم، قال عمر: نعم ما رأيت. وعند ذلك قال الشاكون جئنا نستعديه عليه فاستفتاه[100].

ولقد وردت نصوص كثيرة في كتب الفقه الإسلامي للفقهاء في جواز الطعن بالنقض في الأحكام، ومنها:

---

[95] نوفل، عمر محمود الآثار المترتبة على الأحكام القضائية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2009م (ص:56).

[96] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون (ص:31).

[97] مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ص:27).

[98] نوفل، عمر، مرجع سابق (ص:56).

[99] السلطة القضائية، لنصر واصل (ص:262).

[100] السلطة القضائية، لنصر واصل (ص:263).

1. قال ابن قدامة: "إذا رفعت إلى الحاكم قضية بها حاكم سواء. فبان له خطؤه أو بان له خطأ نفسه نظر: إن كان الخطأ لمخالفة نص: كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه؛ لأنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه"[101].
2. وقال ابن فرحون: "إن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع وينقض: إذا وقع على خلاف الإجماع، أو القواعد، أو النص الجلي ، أو القياس"[102].

كما أن إعادة المحاكمة تجد لها تأصيلاً في الشريعة الإسلامية، حيث إنه إذا قضى القاضي في حادثة بحكم، ثم بان له خطأ الحكم بإقرار المقضي أو بظهور ما يوجب رد شهادة الشهود، فإن كان في حق العبد وأمكن تداركه بأن قضى بمال أو طلاق، ثم ظهر أن الشهود لا تقبل شهادتهم شرعاً، فإنه يرجع عن هذا القضاء ويرد المال إلى من أخذ منه والمرأة إلى زوجها، وإذا لم يمكن التدارك بأن قضى بالقصاص ونفذ، أو كان حقاً من حقوق الله كحد السرقة، فإن القضاء يبطل، وتجب الدية على المقضي له في الأول والضمان في بيت المال في الثانية[103].

وبشكل عام يمكن القول بأنه لا تعارض بين القانون الفلسطيني والشريعة الإسلامية في الطعن في الأحكام القضائية، ففي الشريعة الإسلامية ما يفيد بجواز الطعن على هذا الحكم لاحتمال الخطأ فيه؛ لأن القاضي لا يخرج عن كونه بشراً.

المطلب الثاني: أثر النص على قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع في الدستور على إصدار الأحكام القضائية:

كما أسلفنا فإن قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع تخاطب المشرع وتدعوه إلى استلهام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، فهذه القاعدة أتت بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، ولكن يبقى التساؤل هل لهذه القاعدة أثر على إصدار الأحكام القضائية؟

لقد تصور البعض أن خطاب المشرع الدستوري في المادة الثانية من الدستور موجهاً أيضاً الى القاضي الذي يجب عليه اعتبار كل نص مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية منسوخ ضمنياً، وعليه البحث بنفسه عن الحكم الشرعي واجب التطبيق[104].

ولقد ذكر البعض أنه "لما كان الدستور يعبر عن قيم الجماعة ومثلها في مرحلة زمنية معينة، فإن مبادئ هذه الشريعة يتعين تغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ولو تضمنها تشريع سابق، ذلك أن التعديل الذي أدخل على المادة الثانية من الدستور لم يكن مجرد تعديل لفظي خالٍ من المضمون، ولا هو انتقاء لعبارة انشائية أريد أن يكون لها رنين خاص يجعلها أكثر قبولاً من المواطنين، ولا هو نص أراد الدستور أن يكون للسلطة التشريعية حرية تقدير مناسبة تطبيقه، وإنما هو تعبير عن إرادة عامة في أن يكون الاسلام دينا للدولة قولاً وعملاً، وذلك بأن يكون حاكماً لشؤون الناس، منظماً لعلاقاتهم، ولا يتأتى ذلك إلا بتسييد مبادئ الشريعة الاسلامية وتغليبها على النصوص التشريعية التي تعارضها"[105].

ولكن على الرغم من كل ذلك بات من المستقر فقهاً وقضاءاً أن مهمة القاضي الاساسية ما زالت هي تطبيق النصوص التشريعية المعمول بها، إلى أن تتدخل السلطة التشريعية بتعديلها أو إلغائها، فليس للقاضي أن يقرر قاعدة قانونية من عنده خلاف التي عينتها النصوص القائمة فعلاً، ولا أن يعدل قاعدة معمول بها، أو يهدرها، فمبدأ الفصل بين السلطات يمنعه من أن يحل نفسه محل السلطة التشريعية فيما يعد من صميم اختصاصها.

---

[101] المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لابن قدامة المقدسي (ص:404).

[102] تبصرة الحكام، لابن فرحون، (174/1).

[103] القضاء في الإسلام، لمحمد سلام مدكور (ص69). السلطة القضائية، لنصر واصل (ص:270).

[104] مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، لعلي نجيدة (ص:62).

[105] تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم 380 لسنة 3 ق دستورية عليا (ص:26،25). مشار إليه: مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، لعلي نجيدة (ص:62، 63).

وندعم قولنا هذا بما قررته المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في 13 إبريل 1982م أن: "سن النظام التشريعي الكامل الموافق لأحكام الشريعة هو مهمة المشرع وأنه إلى أن ينبثق هذا النظام الكامل ويستكمل قوته الملزمة، فان التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة، ويتعين على المحاكم تطبيقها، توصلاً للفصل في المنازعات المعروضة عليها، وانتهت المحكمة بحق إلى أن مهمتها لا تمتد إلى تعديل النصوص التشريعية القائمة وأن تطبيقها لقاعدة تحريم الخمر بمقولة أنها نافذة بذاتها هو في حقيقة الأمر تعديل لتشريعات سابقة عليها ولا تزال معمول بها، وهو ما يخرج عن اختصاصاتها القضائية، وينطوي على مزاحمة منها للسلطة التشريعية. وكررت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها أن الخطاب في النص الدستوري موجه إلى المشرع الذي عليه أن يتحرى مبادئ الشريعة الاسلامية عند سنه للتشريعات، ولا يترتب على احتواء الدستور على هذا النص تحوله إلى قاعدة موضوعية تخاطب القاضي مباشرة[106].

ويرى المستشار حامد الجمل أن هذه المادة لا تخاطب القاضي بقوله: "... وأقول أن مبادئ الشريعة لا تدخل مباشرة في التطبيق القضائي، ولكنها تدخل في القانون الوضعي، والمادة الثانية لا يمكن تفسيرها وحدها، بمعزل عن المواد الأخرى في الدستور.... "[107].

إلا أنه مازال على القاضي دور في الحالات التي لا يجد فيها حكم تشريعي يعمله على النزاع المعروض عليه. والأصل في مثل هذه الحالة، طبقاً لنص (2/1) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م أن يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد فيها حكم فمقتضى العرف، فإذا لم يجد فيه فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[108]. إلا أنه في سلوكه هذا المسلك، عليه أن يتحرى من بين ما تمليه هذه المصادر أكثر الاحكام اتساقاً مع مبادئ الشريعة الاسلامية فلا يستطيع القاضي، مع وجود قاعدة الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في الدستور، أن يلتمس حكماً يخالف هذه المبادئ. فإذا كان المشرع لا يستطيع من تاريخ صدور النص الدستوري، أن يسن تشريعاً يجافي من قريب أو بعيد مبادئ الشريعة الإسلامية، فان القاضي، من باب أولى، ليس له، في حالة عدم وجود النص التشريعي، أن يتملس حكماً في المصادر الأخرى، يجافي تلك المبادئ[109].

ويرى الفقيه الدكتور سامي جمال الدين أن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للسلطة القضائية[110]. وذلك مثلما هي ملزمة للسلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك استناداً لما يأتي[111]:

1. إن الشريعة الإسلامية هي مجموعة من الأوامر والنواهي والتوجيهات الملزمة، فهي ليست مجرد عادات أو تقاليد اجتماعية أو نصائح، وإنما هي قواعد عدالة وسلوك اجتماعي يتوافر لها كل خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال القانون والشريعة على السواء، ومن ثم تكون قابلة للإعمال بذاتها أسوة بغيرها من قواعد القانون.

---

[106] مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، لعلي نجيدة (ص:63، 64).

[107] الجمل، حامد، مقال بعنوان: "مخاوف الأقباط وهمية"، منشور على موقع مؤسسة الأهرام بتاريخ 2011/4/11م، رابط الموقع: http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=461651&eid=1439، تاريخ دخول الموقع: 2013/12/24م.

[108] راجع، القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م، المادة (2/1).

[109] مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، لعلي نجيدة (ص:64، 65).

[110] يوجب الإسلام على القضاة أن يتصدوا لشرعية القوانين والنصوص، وأن لا يحكموا إلا بما أنزل الله، وبما هو تطبيق لمبادئ الإسلام، فقد قال تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ عَمَّا جَاءكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة: 48]، وقال أيضاً: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: 49]، فقد نزلت نصوص القرآن بوجوب تصدي القضاة لشرعية القوانين التي يطلب إليهم تطبيقها، فإن كانت شرعية طبقوها، وإلا أهملوها وطبقوا نصوص الشريعة، ولا تكون القوانين شرعية إلا إذا جاءت متفقة مع نصوص الشريعة أو تطبيقاً لمبادئها العامة وروحها التشريعية. راجع، الإسلام وأوضاعنا السياسية، لعبد القادر عودة (ص:177).

[111] جمال الدين، (2011: 95).

2. إن مبادئ الشريعة الإسلامية تصلح للتطبيق على الجميع وفي كل زمان ومكان، حيث تقوم هذه المبادئ على أسس لا تتغير بتغير الأحوال، ومن ثم تتميز بالثبات والاستمرار مهما تغيرت الأنظمة والسياسات.
3. إن تسليم القضاء الدستوري والفقه في مجموعه بأن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع، لا يعني سوى الإقرار لهذه المبادئ بطبيعة القواعد القانونية الملزمة، وبأن قوتها الإلزامية تعلو على القوانين الصادرة عن البرلمان واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، بدليل أن المحكمة الدستورية العليا تقوم "بمراقبة التقيد بها، وتغلبيها على كل قاعدة قانونية تعارضها"، مما يؤكد أولاً: أنها قابلة للإعمال بذاتها، وثانياً: التزام الدولة بكل من فيها من أفراد وسلطات عامة، بما في ذلك السلطة القضائية، بهذه المبادئ نزولاً على مقتضيات مبدأ المشروعية، باعتبارها أحد مكونات عناصر المشروعية متمثلة في المبادئ القانونية العامة التي تتبوأ مبادئ الشريعة الإسلامية قمتها في النظام القانوني، وإلا غدت سيادة القانون وخضوع الدولة للقانون كلمات لا ضمان لها.

ونحن نرى أن دور السلطة القضائية يقتصر على تطبيق القواعد القانونية، وليس لها أن تتعدى على السلطة التشريعية وتقوم بسن قواعد قانونية تطبقها على النزاعات المعروضة أمامها، ولكن يكون للقاضي الذي يفصل في النزاع دور في حال كان النص القانوني الذي يحكم النزاع يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا الدور يختلف حسب صياغة قاعدة مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع، فإذا كان القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فإن على القاضي أن يراعي مبادئ الشريعة الإسلامية عند إصدار الأحكام القضائية، فإذا ما عُرض أمامه دعوى النص الذي يحكمها يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فعليه أن لا يطبق هذا النص على النزاع المعروض أمامه؛ وذلك لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد قاعدة دستورية تسمو على التشريعات العادية، ودوره في هذا الحالة وقف الفصل في الدعوى وإحالة الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية[112]، طبقاً لنص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني والتي تنص على أنه: "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: ... 2- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية"[113].

أما إذا كان القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وكانت هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن مؤدى ذلك أن القاضي يصبح مقيداً بما يمليه عليه القانون، وليس له أن يعترض على النص القانوني المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم إلزامية الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين. وعلى ذلك في حال تم صياغة دستور لفلسطين، ونص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وعُرضت دعوى على القضاء يطالب فيها الدائن المدين بحقوق مالية وفوائد ترتبت على التأخير في الوفاء بالدين، فإنه ينبغي على

[112] تنص المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته على أنه: "١- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها ..."، وتنص المادة (24) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006م على أنه: "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: 1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة ...".

[113] راجع، قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006م، المادة (27).

القاضي أن لا يحكم بالفوائد؛ لكونها ربا محرم شرعاً، والحكم بها يخالف قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في الدستور، وإنما يوقف الفصل في الدعوى ويحيل الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص الذي يقرر الفوائد الربوية[114].

الخاتمة:

بعد استعراض موضوع دلالة النص على الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور وأثرها في تنظيم السلطة القضائية من حيث بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، والحديث عن معنى التشريع في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وبيان الفرق بين الصيغ المتعددة لمادة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، وأثر هذه الصياغات على نصوص الدستور والتشريعات العادية، وبيان تنظيم السلطة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حيث استقلال السلطة القضائية وطرق وشروط تعيين القضاة والطعن في الأحكام القضائية، والحديث عن أثر الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع على إصدار الأحكام القضائية، توصل الباحثان إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نأمل الأخذ بعين الاعتبار فيها، وسنوردها على نحو ما هو آت:

أولاً: النتائج:

1. مبادئ الشريعة الإسلامية هي المبادئ الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية دون غيرها من مصادر الفقه الإسلامي.
2. وفقاً لصياغة مبادئ الشريعة المصدر الوحيد للتشريع، ينبغي أن تكون الشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع، وألا يكون أي مصدر آخر نداً أو مساوياً لها، فهذه الصياغة تقتضي أن الشريعة هي المصدر الوحيد الذي يجب أن يستقي منه المشرع أحكامه ولا يجوز اللجوء إلى أي مصدر آخر.
3. معنى صياغة مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع، أنه قد توجد مصادر أخرى رئيسية أو فرعية تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، يمكن أن يلجأ إليها المشرع عند وضعه للقوانين وتنظيمه للسلطات العامة في الدولة.
4. يقصد بصياغة مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي الأول للتشريع، فلا يوجد مصدر رئيسي للتشريع غير الشريعة الإسلامية، ولكن قد يوجد مصادر فرعية للتشريع، وأي مصدر آخر يعد فرعياً ولا يمكن أن يخالف المصدر الرئيسي، فلا يجوز للفرع أن يخالف الأصل.
5. يقصد بصياغة مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي من المصادر الرئيسية للتشريع، وقد يوجد بالإضافة لها مصادر رئيسية أخرى تتعارض مع هذه المبادئ، بالإضافة إلى ما قد يوجد من مصادر فرعية كذلك.
6. من غير المنطقي أن تتعارض نصوص الدستور مع بعضها البعض، حتى ولو لم تسمُ قاعدة على أخرى، إذ لابد أن تكون النصوص متوافقة مع بعضها البعض ومنسجمة ومتناغمة، وإلا كان هناك خلل وعدم توازن واعتدال في الدستور.
7. بصفة عامة؛ إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور يجعل منها مادة سامية على التشريعات العادية (القوانين) ومن باب أولى على التشريعات الثانوية (الأنظمة واللوائح)، إذ أن ما يرد في الدستور أسمى وأعلى مما يرد في القوانين الأخرى، وهذا ما يسمى بمبدأ سمو الدستور.

[114] من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا لم تتشكل في فلسطين حتى تاريخ إعداد هذا البحث، وتتولى مهامها المحكمة العليا وفقاً لنص المادة (104) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته والتي تنص على أنه:" تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

8. تتوقف مكانة مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بالنسبة للتشريعات العادية على صياغتها، فإذا كانت المادة تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فإن مؤدى ذلك منع تعارض أي تشريع عادي مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا كان التشريع العادي غير دستوري، أما إذا كانت صياغة المادة مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وكان هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة، فإن معنى ذلك أنه قد تتعارض التشريعات العادية مع مبادئ الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم التزام المشرع بالأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين.
9. إن أي تشريع عادي لاحق على النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع يجب أن يكون متوافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا وصم بعدم الدستورية، كما أن من واجب المشرع اتخاذ ما يلزم نحو تعديل التشريعات السابقة على النص على هذه القاعدة في حال كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.
10. لا تعارض بين الشريعة الإسلامية والقانون الفلسطيني فيما يتعلق بضرورة مراعاة العمل على استقلال السلطة القضائية، بل أن الشريعة الإسلامية سبقت القانون بأكثر من أربعة عشر قرناً في تقرير ذلك.
11. طريقة تعيين القضاة وفق القانون الفلسطيني لا تتنافى مع الشريعة الإسلامية، وإن طريقة تعيين القضاة في القانون لها تأصيلها في الشريعة الإسلامية.
12. شروط تعيين القضاة في القانون الفلسطيني لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية بشكل عام، حيث أن شرط التكليف ورد في القانون، حيث اشترط المشرع كما بينا في القاضي أن يكون كامل الأهلية، كما أنه اشترط في القاضي الشرعي أن يكون قد أتم الثلاثين عاماً من عمره، وعملياً يشترط لتعيين القاضي النظامي أن يكون قد أتم الثلاثين عاماً. وبشأن شرط سلامة الحواس، فقد اشترط المشرع أن يكون القاضي لائقاً طبياً لشغل الوظيفة. وبشأن شرط العدالة، فيشترط المشرع أن ألا يكون القاضي قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام. وأن يكون محمود السيرة وحسن السمعة. وبشأن شرط الكفاية والعلم، فيشترط المشرع أن يكون حاصلاً على إجازة في الحقوق أو الشريعة والقانون على الأقل من إحدى الجامعات الفلسطينية، أو إحدى الجامعات المعترف بها قانوناً، كما أنه تعقد مسابقة لاختبار المتقدمين لشغل وظيفة القضاء، ويتم تعيين الأكفأ من المتقدمين. وبشأن شرط الحرية لم يعد له أهمية؛ نظراً لأن مسألة الرق لم تعد موجودة.
13. اختلف الفقهاء في تعيين المرأة قاضية على ثلاثة أقوال، ومن هذه الأقوال: جواز أن تكون المرأة قاضية على الإطلاق في الحدود والقصاص وغيرهما، كما أن جملة من العلماء والمفتين يرون أنه لم يرد في قضية اشتغال المرأة بالقضاء نص قطعي الثبوت أو الدلالة ولا إجماع كامل.
14. بشكل عام إن هناك خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في معظم شروط تعيين القضاة، فهناك خلاف في شرط الإسلام، والذكورة، والاجتهاد، والعدالة، وسلامة الحواس. وعليه وفق قاعدة مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع أياً كان صياغتها، فإن المشرع عند وضع شروط تعيين القضاة لا تكون هذه الشروط ملزمة له، فله أن يأخذ منها ما يتناسب مع الواقع المعاصر ومع مقتضيات منصب القضاء؛ نظراً لما أسلفنا من أن مبادئ الشريعة الإسلامية تقتصر على الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها الواردة في القرآن والسنة، وعليه لا تعارض بين القانون الفلسطيني ومبادئ الشريعة الإسلامية فيما يتعلق باختيار أعضاء السلطة القضائية "القضاة".
15. لا تعارض بين القانون الفلسطيني والشريعة الإسلامية في الطعن في الأحكام القضائية، ففي الشريعة الإسلامية ما يفيد بجواز الطعن على هذا الحكم لاحتمال الخطأ فيه؛ لأن القاضي لا يخرج عن كونه بشراً.

16. إن دور السلطة القضائية تطبيق القواعد القانونية، وليس لها أن تتعدى على السلطة التشريعية وتقوم بسن قواعد قانونية تطبقها على النزاعات المعروضة أمامها، ولكن يكون للقاضي الذي يفصل في النزاع دور في حال كان النص القانوني الذي يحكم النزاع يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا الدور يختلف حسب صياغة قاعدة مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع، فإذا كان القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو المصدر الرئيسي للتشريع، فإن على القاضي أن يراعي مبادئ الشريعة الإسلامية عند إصدار الأحكام القضائية، فإذا ما عرض أمامه دعوى النص الذي يعالجها يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فعليه أن لا يطبق هذا النص على النزاع المعروض أمامه؛ وذلك لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد قاعدة دستورية تسمو على التشريعات العادية، ودوره في هذا الحالة وقف الفصل في الدعوى وإحالة الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية. أما إذا كان القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وكانت هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن مؤدى ذلك أن القاضي يصبح مقيداً بما يمليه عليه القانون، وليس له أن يعترض على النص القانوني المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم إلزامية الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين.

ثانياً: التوصيات:

بعد البحث والنظر في المسائل التي وردت في هذا البحث، وباستقراء النتائج سالفة الذكر، فإننا نوصي بالآتي:

أولاً: فيما يتعلق بصياغة قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية في الدستور الفلسطيني المستقبلي:

توضيح النص والمقصود به في صلب الدستور، وذلك بما لا يدع مجالاً للتفسيرات المختلفة له ونقترح الصيغة الأتية:

1. المبادئ الأصلية للشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع.
2. يقصد بالمبادئ المشار إليها في الفقرة الاولى من هذه المادة، القواعد والأحكام والأسس المستقاة من النصوص ثابتة النص قطعية الدلالة في القرآن الكريم والسنة النبوية، ذات العلاقة بتنظيم المجالات الحياتية المختلفة للمواطنين.

ثانياً: فيما يتعلق بالتشريعات المنظمة لبنية وعمل السلطة القضائية:

تشكيل لجنة لمراجعة التشريعات القائمة (أي السابقة على الدستور)، والعمل على توضيحها أو إزالة ما قد يكون بين بعضها وبين مبادئ الشريعة الإسلامية من تعارض، وذلك بتعديلها بما يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية حسب المفهوم سالف الذكر.

المصادر والمراجع:

أولاً: القوانين والتشريعات:

الدستور المصري الجديد لسنة 2012م (المعطل بعد أحداث 3 يوليو 2013م).
قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م.
قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001م وتعديلاته.
القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م وتعديلاته.
قانون السلطة القضائية الفلسطيني رقم (1) لسنة 2002م.
قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972م وتعديلاته.
قانون القضاء الشرعي الفلسطيني رقم (3) لسنة 2011م.

قانون القضاء العسكري الفلسطيني رقم (4) لسنة 2008م.
قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006م.
القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م.
قانون تشكيل المحاكم الشرعية الفلسطيني رقم (19) لسنة 1972م وتعديلاته.
قرار مجلس القضاء الأعلى الفلسطيني رقم (3) لسنة 2006م بشأن مدونة السلوك القضائي.
مشروع دستور فلسطين لسنة 2003م.

ثانياً: الكتب الإسلامية:

الأحكام السلطانية والولايات الدينية. الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط، د. ت.
الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية. الحنبلي، علاء الدين اليعلي، مكتبة الرياض للنشر، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، د. ت.
الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه. القرضاوي، يوسف، مكتبة وهبة للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997م.
الإسلام وأوضاعنا السياسية. عبد القادر عودة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1401هـ-1981م.
أصول التشريع الدستوري في الإسلام. النعمة، إبراهيم، ديوان الوقف السني، بغداد، الطبعة الأولى، 2009م.
إعلام الموقعين عند رب العالمين. الجوزية، ابن القيم، الجزء الثاني، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، الطبعة الثالثة، د. ت.
تاريخ القضاء في الإسلام. الزحيلي، محمد، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الأولى، 1995م.
تاريخ القضاء في الإسلام. عرنوس، محمود، المطبعة المصرية الأهلية، القاهرة، الطبعة الأولى، د. ت.
تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، الجزء الأول، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1986م.
التشريع والقضاء في الإسلام. العمروسي، أنور، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، د.ت.
جماع العلم. الشافعي، محمد بن ادريس، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى، د.ت.
دعاة لا قضاة. الهضيبي، حسن، دار التوزيع والنشر الإسلامي، نسخة الكترونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1977م.
السلطات الثلاثة في الإسلام. خلاف، عبد الوهاب، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1985م.
السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام. واصل، نصر فريد، المكتبة التوقيفية، القاهرة، الطبعة الاولى، د. ت.
الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية. إبراهيم دعيج الصباح، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000م.
الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع. محمد عبد الظاهر حسين، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، 1999م.
فقه القضاء وطرق الإثبات. السوسي، ماهر أحمد، مكتبة آفاق، غزة، الطبعة الأولى، 2009م.
القاموس المحيط. آبادي، مجد الدين أبي طاهر الفيروز، مؤسسة الرسالة، دمشق- سوريا، الطبعة الأولى، 1986م.
القضاء في الإسلام. الشربيني، محمود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999م.
القضاء في الإسلام. مدكور، محمد سلام، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
القضاء ونظامه في الكتاب والسنة. الحميضي، عبد الرحمن إبراهيم، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1989م.
مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر. نجيدة، علي حسين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990م.

المدخل الفقهي العام. الزرقاء، مصطفى أحمد خليل، مطابع الف باء، دمشق–سوريا، الطبعة التاسعة، 1967–1968م.
مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، الجزء الحادي عشر، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 1985م.
نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. زيدان، عبد الكريم، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية، 1989م.
نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون. أبو البصل، عبد الناصر، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، د. ت.
نظرية الدولة وآدابها في الإسلام. عاليه، سمير، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت–لبنان، د. ط، 1988م.

ثالثاً: الكتب القانونية:

بدوي، ثروت، *النظم السياسية*. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1970م.
التكروري، عثمان، *الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية*. الجزء الثاني، د. ن، د. م، 2002م.
جرادة، عبد القادر صابر، *النظام القضائي الفلسطيني تاريخ، واقع، مستقبل*. مكتبة آفاق، غزة، الطبعة الأولى، 2012م.
جرادة، عبد القادر صابر، *موسوعة الإجراءات الجزائية في التشريع الفلسطيني*. المجلد الثالث: مرحلة المحاكمة، مكتبة آفاق، غزة، الطبعة الأولى، 2011م.
جمال الدين، سامي، *أصول القانون الإداري*. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د. ط، 2011م.
حسني، محمود نجيب، *شرح قانون الإجراءات الجنائية*. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1986م.
السنهوري، عبد الرازق أحمد، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*. الجزء الاول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، د.ت.
شرف، عبد الحكم أحمد، *شرح قانون المرافعات*. د. ن، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009م–2010م.
الطهراوي، هاني، *النظم السياسية والقانون الدستوري*. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008م.
النفياوي، إبراهيم أمين، *مبادئ التنظيم القضائي*. دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006م.

رابعاً: الرسائل والدوريات:

أبو حمد، أحمد صيام، *استقلال القضاء في الدولة الإسلامية*. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية–غزة، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2005م.
الشلش، محمد محمد، *حكم تولية المرأة القضاء*. مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، عمان، م(36)، ع(1)، (2009).
نوفل، عمر محمود، *الآثار المترتبة على الأحكام القضائية*. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية–غزة، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2009م.

خامساً: المراجع الإلكترونية:

1. البشري، طارق، *مقال حول المادة الثانية من الدستور*، منشور موقع شبكة المحامين العرب: http://www.mohamoon.com/montada، 2013/12/25م.

2. بوضياف، عمار، *معالم استقلال القضاء في الدولة الإسلامية*، بحث منشور على موقع الفقه الإسلامي: http://www.islamfeqh.com/Nawazel/، ص4، 2013/12/26م.
3. *تقرير بعنوان: "المادة الثانية في ميزان الإسلام، حقائق مغيبة"*، منشور على موقع المجلس العلمي: http://majles.alukah.net/t94568/، 2013/12/25م.
4. الجمل، حامد، *مقال بعنوان: "مخاوف الأقباط وهمية"*، منشور على موقع مؤسسة الأهرام بتاريخ 2011/4/11م، http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx، 2013/12/24م.
5. السرجاني، راغب، *استقلالية مؤسسة القضاء في النظام الإسلامي*، مقال منشور على موقع قصة الإسلام بتاريخ 2010/05/16م، http://islamstory.com/ar، 2013/12/26م.
6. السرجاني، راغب، *معايير وطرق اختيار القضاة في الإسلام*، مقال منشور على موقع قصة الإسلام بتاريخ 2010/05/16م http://islamstory.com/، 2013/12/26م.
7. القرضاوي، يوسف، *الدستور ومرجعية الشريعة*، وقائع حلقة تلفزيونية، برنامج الشريعة والحياة، منشورة على موقع الشيخ يوسف القرضاوي www.qaradawi.net بتاريخ: 2012/12/2.
8. القرضاوي، يوسف، *المرأة وتولي منصب القضاء*، برامج تلفزيونية، الشريعة والحياة بتاريخ 2001/07/21م، موقع القرضاوي، رابط الموقع: http://www.qaradawi.net/2010-02-23-09-38-15/4/656.html، تاريخ دخول الموقع: 2013/12/27م.
9. *فتاوى معاصرة*، مجلة الوعي الإسلامي الكويتية، رقم العدد (532)، تاريخ العدد: 2010/09/03م، مجلة تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الدنية، الكويت، رابط الموقع: http://alwaei.com/topics/view/article.، تاريخ دخول الموقع: 2013/12/27م.
10. *مقال بعنوان: المرأة المصرية والقضاء*، موقع الهيئة العامة للاستعلامات، رابط الموقع: http://www.sis.gov.eg/ar/Story.aspx?sid=66638، تاريخ دخول الموقع: 2013/12/27م.
11. *وثيقة الأزهر حول مستقبل مصر*، منشورة على موقع مشيخة الأزهر الشريف: http://onazhar.com/، 2013/12/23.