خامسـًا :

الفقـه العام

شرط الاجتهاد للقاضي

إعداد:

الباحث: أحمد بن صالح بن أحمد الغزالي

ملخص البحث

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فهذا بحث تناول فيه الباحث مسألة شرط الاجتهاد للقاضي، وقد قسمه إلى مقدمة تناول فيها أهمية الموضوع وأسباب اختياره والمنهج في البحث، كما يشمل البحث ثلاثة مباحث تناولت ما يلي:

المبحث الأول : احتوى على تمهيد في بيان مفردات عنوان البحث، كما احتوى على مطلب جمع فيه الباحث أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد لصحة تولية القاضي، ومطلب عرض فيه أدلة الأقوال وناقش ما هو قابل للمناقشة منها، ومطلب ذكر فيه القول المختار لدى الباحث وهو اشتراط الاجتهاد لصحة تولية القاضي كما ذكر سبب اختياره.

المبحث الثاني : تناول فيه الباحث حكم تولية غير المجتهد لمنصب القضاء وذكر فيه أقوال الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة في حال وجود مجتهد صالح للقضاء واختار الباحث عدم صحة التوالية، وفي حال عدم وجود مجتهد صالح لتولي القضاء ونقل فيها اتفاق الفقهاء على صحة توليته.

المبحث الثالث: تناول فيه الباحث كيف يكون حكم القاضي غير المجتهد إذا تولى، تحدث فيه عن شرط الاجتهاد وذكر أقوال الفقهاء في عمله إما بالاجتهاد أو بالتقليد، ثم عرض لأهم الأدلة لهذه الأقوال وناقشها ثم اختار أصح الأقوال في نظره وهو الحكم بمذهب إمامه كما ذكر سبب اختياره له.

كما تناول البحث خاتمة ذكر فيها أهم التوصيات والنتائج التي توصل لها، وفهارس قرآنية وحديثية وقائمة للمصادر والمراجع وفهرس للعناوين.

In The Name of Allah, The Most Beneficent, The Most Merciful

Praise be to Allah, prayers and peace be upon our master the Messenger of Allah and his family and companions, and after:

This research dealt with the issue of the requirement of ijtihad for the judge, and it was divided it into an introduction in which he discussed the importance of the subject, the reasons for his choice of this topic, and the research methodology. The research also includes three chapters that dealt with the following:

The first chapter contains a preface in the statement of the headlines of the research. It also contained a section in which the researcher collected the opinions of the Scholars on requiring the ijtihad for the truthful of the judge selection, a section presents the evidence of these scholars' opinions and discussed what is debatable, and a section presents the researcher choice and the reason for this choice.

The second chapter: in which the researcher dealt with the judgment on the selection of non-mujtahid for the position of the judiciary and mentioned the scholars' opinions and evidence in the case of the existence of a mujtahid appropriate for the position and the case of there is no mujtahid appropriate for the position.

The third chapter: The researcher deal with the basis for the judgments for the judge who is non-mujtahid if he is been selected, he spoke about the condition of ijtihad and mentioned the opinions of the scholars in his work either by ijtihad or following, then presented the most important evidences for these opinions and discussed them, then chose the most likely opinion from his perspective and the reason for his choice.

The research also includes a conclusion of the most important recommendations and findings, Qur'anic index, Hadith index, a list of references, and index of the titles.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد؛

فإن الله عز جل قد ميز أهل العلم بخصائص ومراتب فضلهم بها فرفع من شأنهم وقال: ﴿يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات﴾ (سورة المجادلة آية ١١).

وإن أعظم العلوم وأشرفها ما يقرب العبد إلى ربه ويدله عليه وعلى شريعته، ومن أعظم تلك العلوم علم الفقه في الدين حيث يعرّف المتفقه شرع الله وحكمه ومراده من أفعال عباده فيأخذه عن مزيد اقتناع ورضا بخلاف غيره من غير المتعلمين الذين قد لا تظهر لهم حكمة التشريع وفضله.

وإن الدراسة لهذا العلم الشريف قد سار عليها علماؤنا وفق منهجية محددة ضابطة للدارس تمنعه من الخروج بهذا العلم عن مقصوده وعن الشطط به عن طريق السلف الصالح – رضي الله عنهم –من الصحابة والتابعين لهم بإحسان كالأئمة الأربعة المتبوعين – رحمهم الله تعالى–.

وأن من المسائل التي تعرض لها العلماء تولية القاضي غير المجتهد لمنصب القضاء، وذلك بعد انعدام من توفرت فيه شروط الاجتهاد المعتبرة عند علماء الأصول والفروع، وتولية القاضي غير المجتهد مما تعرض له علماء الفروع بحثا ومناقشة ومعالجة لمشكلاته على اختلاف مذاهب الفقهاء وأزمنتهم.

و رأيت أن أكتب في ذلك تحت عنوان ((شرط الاجتهاد للقاضي))

وألخص أهمية البحث وسبب اختياره في الآتي:

١-إن شرط الاجتهاد للقاضي يتعلق بالجانب القضائي الشرعي وهو من أهم الجوانب التي ينبغي العناية بها من أهل العلم وطلبته.

٢-انتشار المعاملات الحديثة والعقود المبتكرة غير المسماة وصعوبة البحث فيها و التوصل الى حكمها من جهة اجتهاد القاضي.

منهج البحث:

سوف أتبع في هذا البحث المنهج العلمي المتبع في عامة الجهات الأكاديمية في المملكة العربية السعودية وهو كما يلي:

تصور المسألة المراد بحثها تصوراً دقيقاً قبل بيان حكمها.

١- أذكر الأقوال في المسألة وأبين من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

٢-الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح – إن تيسر ذلك –.

٣- توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

٤- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة وما لم أجد فيه دليلا منسوبا لقائله فأجتهد في ذكر دليله ما أمكن.

٥- الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٦- سأعتمد – بإذن الله تعالى –على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج

٧- ترقيم الآيات وتبيين سورها مضبوطة بالشكل.

٨- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وتبيين ما ذكره أهل الشأن في درجتها _ إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما _ فإن كانت كذلك فسأكتفي بالتخريج منهما.

٩- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

١٠- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للقرآن الكريم فسأضعها بين قوسين بهذا الشكل ﴿ ﴾، وللأحاديث الشريفة هذا الشكل {}، وأما الآثار فستكون بهذا الشكل [ ]، وأما النقول وأقوال العلماء فستكون بهذا الشكل ( )، وأما النصوص النظامية فستكون بهذا الشكل " " .

١١-الترجمة للأعلام غير المشهورين بإيجاز وذلك بذكر اسم العلم ونسبه وتأريخ وفاته والعلم الذي اشتهر به وأهم مؤلفاته إن وجدت.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وتفصيلها كالتالي:

المقدمة: وتتكون من: أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والمنهج في البحث.

المبحث الأول: شرط الاجتهاد للقاضي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تمهيد في بيان مفردات العنوان.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد للقاضي.

المطلب الثالث: أدلة أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد ومناقشتها.

المطلب الرابع: الموازنة والترجيح.

المبحث الثاني: حكم تولية غير المجتهد

المبحث الثالث: حكم القاضي غير المجتهد إذا تولى، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تمهيد في بيان معنى شرط الاجتهاد واختلاف أحوال الناس بالنسبة لهذا الشرط.

المطلب الثاني: الأقوال في مسألة حكم القاضي إذا تولى.

المطلب الثالث: أدلة الأقوال في مسألة حكم القاضي إذا تولى ومناقشتها.

المطلب الرابع: الموازنة والترجيح.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

والفهارس العامة: وتشتمل على:

-فهرس الآيات.

-فهرس الأحاديث والآثار.

-فهرس الأعلام.

-فهرس المصادر والمراجع.

هذا وأسأل الله تعالى أن ينفع به، وأن يلهمني الصواب والسداد، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المبحث الأول:

شرط الاجتهاد للقاضي.

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تمهيد في بيان مفردات العنوان.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد للقاضي.

المطلب الثالث: أدلة أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد ومناقشتها.

المطلب الرابع: الموازنة والترجيح.

المطلب الأول: تمهيد في بيان مفردات العنوان.

الاجتهاد هو :(اسْتِفْرَاغُ الْفَقِيهِ وُسْعَهُ لِتَحْصِيلِ ظَنٍّ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ)[١]،

ينقسم الكلام في موضوع هذا المبحث إلى ثلاثة مسائل، المسألة الأولى: الكلام حول من اشترط الاجتهاد للقاضي من الفقهاء وهو محل البحث في هذا المطلب، والمسألة الثانية: حكم تولية القاضي غير المجتهد وهي محل البحث في المطلب الثاني، والمسألة الثالثة: عمل القاضي غير المجتهد إذا تولى وهي محل البحث في المطلب الثالث.

وعلى هذا التقسيم فلا يلزم من قول من اشترط الاجتهاد بالنسبة للقاضي أن يحرم تولية القاضي غير المجتهد في كل الأحوال – كما سنرى في المطلب الثاني – لأنه لا يلزم من انعدام الشرط، الحكم بالبطلان أو التحريم إذ قد يعترضه مانع أو يتخلف شرط فيه فلا يتم الحكم، إذ كل حكم شرط صحته وجود الشروط وانتفاء الموانع.

ولهذا فمحل البحث في هذا المطلب هو من اشترط الاجتهاد بالنسبة للقاضي ومن لم يشترطه وبم استدل كل فريق.

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/٤٩٣.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد للقاضي.

اختلف الفقهاء في مسألة اشتراط الاجتهاد للقاضي إلى قولين:

القول الأول: أن الاجتهاد ليس شرطاً لصحة تولية القاضي وإنما هو شرط أولوية واستحباب وهو الصحيح من مذهب الحنفية [١] واختار ابن رشد الجد [٢] من المالكية استحباب الاجتهاد [٣] وصحح الدردير [٤] منهم تولية المقلد مع وجود المجتهد [٥].

القول الثاني: أن الاجتهاد شرط لصحة تولية القاضي وهو قول عند الحنفية [٦] وهو قول عند المالكية [٧] وهو المذهب عند الشافعية [٨] والحنابلة [٩].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع٣/٧، والعناية شرح الهداية٢٥٦/٢، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق٢٨١/٦، وحاشية ابن عابدين٣٦٥/٥، الفتاوى الهندية٣٠٧/٣.

(٢) هو محمد بن أحمد ابن رشد، أبو الوليد: قاضي الجماعة بقرطبة. من أعيان المالكية. له تآليف، منها " المقدمات الممهدات – ط " في الأحكام الشرعية، و " البيان والتحصيل – خ " فقه، و " مختصر شرح معاني الآثار للطحاوي – خ " و " الفتاوى – خ " و " اختصار المبسوطة " و " المسائل – خ " مجموعة من فتاويه توفي عام: ٥٢٠هـ.

(٣) انظر: الكتاب: المقدمات الممهدات ٢٥٩/٢.

(٤) هو: أحمد بن محمد بن أحمد العَدَوي، أبو البركات الشهير بالدردير: فاضل، من فقهاء المالكية. ولد في بني عَدِيّ (بمصر) وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة. من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك – ط) و (منح التقدير – ط) مجلدان، في شرح مختصر خليل، فقه، و (تحفة الإخوان في علم البيان – ط) توفي عام: ١٢٠١هـ.

(٥) انظر: الشرح الكبير ١٢٩/٤.

(٦) انظر: العناية شرح الهداية٢٥٢/٧، والجوهرة النيرة ٢٤١/٢.

(٧) انظر: المدونة ١٧/٤، ومواهب الجليل٨٨/٦، والشرح الكبير ١٢٩/٤.

(٨) انظر: الأم ٩٨/٧، وتحفة المحتاج١٠٧/١٠، ونهاية المحتاج٢٣٨/٨.

(٩) انظر: شرح منتهى الإرادات٤٩٢/٣، كشاف القناع٢٩٥/٦.

المطلب الثالث: أدلة أقوال الفقهاء في اشتراط الاجتهاد ومناقشتها.

يستدل لأصحاب القول الأول والقائلين بعدم اشتراط الاجتهاد لصحة تولية القاضي بما يلي:

١- البراءة الأصلية.

وهي أن الشروط تقييد وتكليف، والأصل براءة الذمة من التكاليف حتى ورود ما ينقلها إليه، وعليه لا يشترط من الشروط شرط إلا بدليل يدل عليه، وحيث كان الأصل عدم الدليل فعليه لا يصح اشتراط الاجتهاد للقاضي حتى ورود الدليل.

يناقش: بما ورد من أدلة القول الثاني والقائل باشتراط الاجتهاد للقاضي.

٢- **أثر علي – رضي الله عنه – حيث قَالَ:** [أَنْفَذَنِي رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إِلَى الْيَمَنِ وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ، فَقُلْت: تُنْفِذُنِي إِلَى قَوْمٍ يَكُونُ بَيْنَهُمْ أَحْدَاثٌ وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟ فَقَالَ: إنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَيَهْدِي لِسَانَك وَيُثَبِّتُ قَلْبَك، فَمَا شَكَكْت فِي قَضَاءٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ][(١)] .

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي – صلى الله عليه وآله وسلم– بعث علياً رضي الله عنه وهو حديث السن لم تكن له أهلية الاجتهاد بعد ليكون قاضيا ففيه صحة تولية القاضي غير المجتهد [(٢)].

يناقش بالمنع: وذلك لأن علياً رضي الله عنه قد اجتمعت له شروط القضاء في وقتها فقد قال عنه رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم –: {أقضاهم علي}[(٣)].

---

(١) رواه أبو داوود في سننه رقم ٣٥٨٢ وسكت عنه، وقد قال في رسالته لأهل مكة: وما سكت عنه فهو صالح.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية ٢٥٨/٧.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه عن أنس بن مالك رضي الله عنه، وقال عنه الألباني: صحيح، انظر: صحيح سنن ابن ماجه، لمحمد ناصر الدين الألباني، الناشر: مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة: الأولى سنة الطبع: ١٤٠٧هـ الحديث رقم ١٢٥.

ويناقش بالمنع أيضا: وذلك لأن حداثة السن لا يلزم منها انعدام أهلية الاجتهاد، فالصحابة – رضي الله عنهم – تحصلت عندهم آلات الاجتهاد بالملكة والمعاشرة والمشاهدة للنبي – صلى الله عليه وآله وسلم _ حينها، فلا يلزم من حداثة سنه انعدام كونه من أهل الاجتهاد وحينها لا يصح ما استدلوا له.

ويناقش: بعد تسليم عدم اجتهاده – رضي الله عنه– فإنه مسدد بدعاء النبي – صلى الله عليه وآله وسلم– بالهداية كما ورد فيما استدللتم به، وغيره من غير المجتهدين لم ينل هذا المنصب الجليل فلا يصح أن يقاس عليه.

القياس على المفتي بالنقل.

بيانه: أنه كما يجوز للمفتي أن يفتي ناقلاً عن غيره من المجتهدين فكذا يجوز للقاضي أن يحكم ناقلاً عن غيره من المجتهدين، فالأصل: المفتي العامي بالنقل، والفرع: القاضي العامي بالنقل، والحكم: الجواز، بجامع عدم الفارق المؤثر.

يناقش بمنع حكم الأصل: فقد اشترط بعض الأصوليين الاجتهاد للمفتي [١] فلا تجوز الفتوى من غير المجتهد.

ويناقش بالتسليم: أن المفتي بالنقل إنما هو مخبر وليس مفتياً حال نقله، والعامل بما قاله إنما عمل بخيره لا بفتواه [٢].

(١) هذا أحد أقوال ثلاثة للأصوليين ثانيهما: الجواز مطلقا وثالثهما: الجواز إذا عرف دليل المسألة، وانظر: البحر المحيط٨/٣٥٩.

(٢) انظر: المغني ١٠/٣٨.

ويستدل لأصحاب القول الثاني والقائلين باشتراط الاجتهاد لصحة تولية القاضي بما يلي:

١- الإجماع.

حيث نقل ابن حزم اجماع العلماء على اشتراط الاجتهاد بالنسبة للقاضي [١] والاجماع حجة يجب المصير إليها.

٢- قول الله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾[٢].

بيانه: أن الحاكم مأمور أن يحكم بما أنزل الله، والمقلد إنما يحكم بنقل غيره أنه بما أنزل الله لا بما أنزل الله، فخالف ما أمر به.

٣- قول الله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾[٣]. وجه الدلالة أن الله ذكر أن الحاكم يحكم بما أره الله والحاكم بالتقليد حاكم بغير ما أراه الله.

٤- قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾[٤]. وجه الدلالة أن الله أرسد عند التنازع أن يرد الأمر إلى الله ورسوله والحاكم بالتقليد رادٌ النزاعَ إلى قول المجتهد لا إلى الله ورسوله.

٥- من السنة: ما رَوَى بُرَيْدَةَ رضي الله عنه، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: {الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ؛ اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، رَجُلٌ عَلِمَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ، قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ، فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ جَارَ فِي الْحُكْمِ، فَهُوَ فِي النَّارِ) [٥].

(١) نقله عنه البهوتي في كشاف القناع٦/٢٩٥.
(٢) سورة المائدة آية ٤٩.
(٣) سورة النساء ١٠٥.
(٤) سورة النساء ٥٩.
(٥) راه الأربعة وصححه الحاكم، انظر: إرواء الغليل ٨/٢٨٥.

بيانه: أن ممن عدّه النبي – صلى الله عليه وآله وسلم– من أهل النار من قضى بغير علم وهذا حال القاضي غير المجتهد إذ أن قضاءه بالتقليد قضاء بغير علم بل بالنقل، ولما لم يجز القضاء بغير اجتهاد وعلم لم يجز تولية القاضي غير المجتهد لكونه سبب للمحرم فيأخذ حكمه.

٦- من السنة: ما روى معاذ بن جبل أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لما أراد أن يبعثه إلى اليمن قال: {كيف تقضي إذا عرض لك قضاء، قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله، قال: فبسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم–، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله –صلى الله عليه وسلم– ولا في كتاب الله، قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله –صلى الله عليه وسلم– صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله} [(١)].

٧- القياس على المفتي.

بيانه: كما أن من شروط المفتي الاجتهاد، فكذلك القاضي لكون كلاهما مخبر عن حكم الشريعة، ويزيد القاضي سلطة الإلزام، فيكون قياسا أولوياً، الأصل فيه اجتهاد المفتي، والفرع اجتهاد القاضي والحكم اشتراط

(١) قال في تلخيص الحبير ٣٣٧/٤ :(رواه أحمد وأبو داود والترمذي ، وابن عدي والطبراني والبيهقي ، من حديث الحارث بن عمرو ، عن ناس من أصحاب معاذ، عن معاذ. قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بمتصل. وقال البخاري في تاريخه: الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ، وعنه أبو عون لا يصح، ولا يعرف إلا بهذا، وقال الدارقطني في العلل: رواه شعبة، عن أبي عون هكذا، وأرسله ابن مهدي وجماعات عنه، والمرسل أصح. وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: لا يصح، وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم، ويعتمدون عليه، وإن كان معناه صحيحا. وقد استند أبو العباس بن القاص في صحته، إلى تلقي أئمة الفقه والاجتهاد له بالقبول. قال: وهذا القدر مغن عن مجرد الرواية).

ذلك والعلة الاخبار عن حكم الشرع.

يناقش: بمنع حكم الأصل حيث لم يشترط جمهور الأصوليين الاجتهاد للمفتي بل أجازوا فتوى غير المجتهد وذلك بنقل الحكم عن المجتهد بشرط أن يعرف مأخذه(١).

يرد: بإقامة الدليل على اشتراط الاجتهاد للمفتي.

ويناقش مع التسليم بحكم الأصل: بمنع كون الوصف الجامع في القياس مناسباً للحكم المدعى.

يجاب: بأنه وبطريق السبر والتقسيم للأوصاف الممكنة لاقتضاء حكم الأصل لم يبقَ إلا هذا الوصف للتعليل فلزم كونه علة للحكم.

ويجاب أيضا: بمنع كون الوصف موضوع الاعتراض لا يناسب حكم الأصل بل هو مقتضٍ للحكم، ووجه اقتضائه ومناسبته أن الخبر هو ما يحتمل الصدق والكذب، وطريق الصدق فيه أن يخبر المخبر مع معرفة ما أخبر به، ولما كان الكذب على الله أعظم من الكذب على غيره كانت معرفة المخبَر به – وهو الحكم الشرعي– بطريق الجزم والقطع أولى وأحق ما استطاع إلى ذلك سبيلا وهذا لا يستطيعه إلا مجتهد.

(١) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه: ٣٥٩/٨، وشرح الكوكب المنير: ٥٥٨/٤.

المطلب الرابع: الموازنة والترجيح.

من خلال ما مضى من عرضٍ لأقوال الفريقين وأبرز ما استدلوا به من أدلة يتبين رجحان القول الثاني والقائل باشتراط الاجتهاد بالنسبة للقاضي إن كان ممكنا ولا يكفي تولية المقلد؛ وذلك مع كون كل الطريقين – أعني طريق: الاجتهاد والتقليد– من الطرق المشروعة للوصول إلى حكم الشارع على الوقائع المعينة إلا أن طريق المجتهد إلى حكم الشارع طريق مباشر متصل فهو أبعد عن الخطأ وأقرب إلى المنبع الأصيل للشرع بخلاف طريق المقلد فهو بواسطة فيزيد بسببها احتمال حصول الخطأ لطول الطريق؛ ولأن المجتهد أعرف لحقيقة حكم الشارع وأقدر على التفريق بين المتشابهات والملتبسات من المسائل والأحوال؛ ولأنه أعرف لمقصود الشارع من شرع الحكم فيضع كل حكم في محله وفق مقصود مشرعه وإن خالف حكم التهيئة الظاهرة للحكم.

المبحث الثاني: حكم تولية غير المجتهد.

إذا تولى غير المجتهد القضاء فلا يخلو الأمر من حالين:

الحال الأول: أن يتولى غير المجتهد القضاء وثم هناك مجتهد صالح لتولي القضاء.

الحال الثاني: أن يتولى غير المجتهد القضاء وليس ثم مجتهد صالح لتولي القضاء.

فأما بالنسبة للحال الأول فقد اختلف العلماء في صحة توليه القضاء وثم مجتهد غيره صالح للقضاء على قولين اثنين:

القول الأول: يصح توليه القضاء وهو قول الحنفية [١] وبعض المالكية [٢].

القول الثاني: لا يصح توليه القضاء وهو قول الجمهور [٣] من المالكية [٤]والشافعية [٥]والحنابلة [٦]وبعض الحنفية [٧].

والخلاف في هذه المسألة من حيث الأقوال والأدلة والمناقشة مبني على الخلاف في المسألة السابقة وما استدل به كل فريق هو ذات ما استدلوا به هنالك، والقول المختار فيها هو القول بعدم صحة ولاية غير المجتهد وثم مجتهد صالح لتولي القضاء.

---

(١) بدائع الصنائع٣/٧، العناية شرح الهداية ٢٥٧/٧.
(٢) تبصرة الحكام٢٥/١.
(٣) انظر: الاحكام السلطانية٨٣/١، والمغني٣٦/١٠.
(٤) انظر: المدونة ١٧/٤، ومواهب الجليل٨٨/٦، والشرح الكبير١٢٩/٤.
(٥) انظر: الأم ٩٨/٧، وتحفة المحتاج١٠٧/١٠، ونهاية المحتاج٢٣٨/٨.
(٦) انظر: شرح منتهى الإردات٤٩٢/٣، كشاف القناع٢٩٥/٦.
(٧) انظر: العناية شرح الهداية ٢٥٥/٧.

وأما بالنسبة للحال الثاني فقد اتفقت كلمة أتباع المذاهب الأربعة أنه يجوز أن يولى القضاء غير المجتهد المطلق إذا تعذر المجتهد المطلق ضرورة، قال الشيخ العلاء المرداوي [١]: (وَاخْتَارَ فِي التَّرْغِيبِ: وَمُجْتَهِدًا فِي مَذْهَبِ إمَامِهِ لِلضَّرُورَةِ. وَاخْتَارَ فِي الإِفْصَاحِ وَالرِّعَايَةِ: أَوْ مُقَلِّدًا. قُلْت: وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ مِنْ مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ، وَإِلا تَعَطَّلَتْ أَحْكَامُ النَّاسِ) [٢] .

وقَالَ الْمَازِرِيُّ [٣]من المالكية:(فِي اشْتِرَاطِ كَوْنِ الْقَاضِي نَاظِرًا : هَذِهِ الْمَسَائِلُ تَكَلَّمَ عَنْهَا الْعُلَمَاءُ الْمَاضُونَ لَمَّا كَانَ الْعِلْمُ فِي أَعْصَارِهِمْ كَثِيرًا مُنْتَشِرًا ، وَشُغِلَ أَكْثَرُ أَهْلِهَا بِالاسْتِنْبَاطِ وَالْمُنَاظَرَةِ عَلَى الْمَذَاهِبِ ، وَأَمَّا عَصْرُنَا هَذَا فَإِنَّهُ لا يُوجَدُ فِي الإِقْلِيمِ الْوَاسِعِ الْعَظِيمِ مُفْتٍ نَظَّارٌ قَدْ حَصَّلَ آلَةَ الاجْتِهَادِ ، وَاسْتَبْحَرَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ وَمَعْرِفَةِ اللِّسَانِ وَالسُّنَنِ ، وَالاطِّلاعِ عَلَى مَا فِي الْقُرْآنِ مِنْ الأَحْكَامِ ، وَالاقْتِدَارِ عَلَى تَأْوِيلِ مَا يَجِبُ تَأْوِيلُهُ ، وَبِنَاءِ مَا تَعَارَضَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ ، وَتَرْجِيحِ ظَاهِرٍ عَلَى ظَاهِرٍ ، وَمَعْرِفَةِ الأَقْيِسَةِ وَحُدُودِهَا وَأَنْوَاعِهَا وَطُرُقِ اسْتِخْرَاجِهَا ، وَتَرْجِيحِ الْعِلَلِ وَالأَقْيِسَةِ بَعْضِهَا عَلَى بَعْضٍ ، هَذَا الأَمْرُ زَمَانُنَا عَارٍ مِنْهُ فِي أَقَالِيمِ الْمَغْرِبِ كُلِّهِ ،

(١) هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقيّ: فقيه حنبلي، من العلماء. ولد في مردا (قرب نابلس) وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها. من كتبه " الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف – ط " في اثني عشر جزءا، توفي عام: ٨٨٥هـ.

(٢) الإنصاف١١/١٧٧.

(٣) هو محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري، أبو عبد الله: محدث، من فقهاء المالكية له (المعلم بفوائد مسلم – خ) في الحديث، وهو ما علق به على صحيح مسلم، حين قراءته عليه سنة ٤٩٩ وقيده تلاميذه. فمنه ما هو بحكاية لفظه وأكثره بمعناه. انظر مخطوطته في خزانة الرباط (٩٤ أوقاف) وهي جيدة كتبت سنة ٦٢٩ ومن كتبه (التلقين – خ) في الفروع، و (الكشف والإنباء) في الرد على الإحياء للغزالي، و (إيضاح المحصول في الأصول) وكتب في الأدب. توفي عام: ٥٣٦هـ.

فَضْلا عَمَّنْ يَكُونُ قَاضِيًا عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ ، فَالْمَنْعُ مِنْ وِلايَةِ الْمُقَلِّدِ الْقَضَاءَ فِي هَذَا الزَّمَانِ تَعْطِيلٌ لِلأَحْكَامِ ، وَإِيقَاعٌ فِي الْهَرْجِ وَالْفِتَنِ وَالنِّزَاعِ ، وَهَذَا لا سَبِيلَ إِلَيْهِ فِي الشَّرْعِ) [١] .

وقال الرملي [٢] عند قول النووي فَإِنْ تَعَذَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقَلِّدًا نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلضَّرُورَةِ قال:(وَمَا ذُكِرَ فِي الْمُقَلِّدِ مَحَلُّهُ إنْ كَانَ ثَمَّ مُجْتَهِدٌ وَإِلَّا نَفَذَتْ تَوْلِيَةُ الْمُقَلِّدِ وَلَوْ مِنْ غَيْرِ ذِي الشَّوْكَةِ، وَكَذَا الْفَاسِقُ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ عَدْلٌ اُشْتُرِطَتْ شَوْكَةٌ وَإِلَّا فَلَا) [٣].

وأما بالنسبة للحنفية فقد نقل في المطلب السابق قولهم جوازَ تولية غير المجتهد وثم مجتهد صالح للقضاء، ومع عدمه من باب أولى. [٤]

(١) تبصرة الحكام ١/٢٥-٣٠.

(٢) محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين الرمليّ: فقيه الديار المصرية في عصره، ومرجعها في الفتوى. يقال له: الشافعيّ الصغير. صنف شروحا وحواشي كثيرة، منها (عمدة الرابح – خ) شرح على هدية الناصح في فقه الشافعية، و (غاية البيان في شرح زبد ابن رسلان – ط) و (غاية المرام – خ) في شرح شروط الإمامة لوالده، و (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – ط) فقه، توفي عام ٩١٩هـ.

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٤٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع٧/٣، والعناية شرح الهداية٢/٢٥٦، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق٦/٢٨١، وحاشية ابن عابدين٥/٣٦٥، الفتاوى الهندية٣/٣٠٧.

المبحث الثالث:

عمل القاضي غير المجتهد إذا تولى

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تمهيد في بيان معنى شرط الاجتهاد واختلاف أحوال الناس بالنسبة لهذا الشرط.

المطلب الثاني: الأقوال في مسألة حكم القاضي إذا تولى.

المطلب الثالث: أدلة الأقوال في مسألة حكم القاضي إذا تولى ومناقشتها.

المطلب الرابع: الموازنة والترجيح.

المطلب الأول: تمهيد في بيان معنى شرط الاجتهاد واختلاف أحوال الناس بالنسبة لهذا الشرط.

يذكر العلماء أن الناس ينقسمون بالنسبة إلى توفر الشروط اللازم توفرها للاجتهاد إلى قسمين:

القسم الأول: من توفرت فيه الشروط وكملت لديه آلة الاجتهاد فهذا المجتهد، ولا يختلف العلماء أن من كان هذا حاله فإن فرضه النظر في نصوص الكتاب والسنة وفي أدلة الشرع المختلفة واستنباط الأحكام رأساً منها، ولا يجوز له التقليد إلا في نطاق خلافي ضيق استثناه بعض أهل العلم [١] .

القسم الثاني: من توفرت له بعض هذه الشروط كالعلم باللغة أو بمصطلح الحديث مثلا أو من لم تتوفر فيه شيئا منها فهذا المقلد، ولا يختلف العلماء أن من هذا حاله ففرضه الرجوع إلى العلماء المجتهدين فيما أشكل عليه من أمر دينه ولا يخرج عن قولهم [٢].

(١) البحر المحيط ٢٦٧/٨.

(٢) الرحلة إلى إفريقيا، لمحمد الأمين بن محمد المختار الجكني ٥١/١.

المطلب الثاني: الأقوال في مسألة حكم القاضي إذا تولى.

اختلف العلماء فيما إذا تولى غير المجتهد القضاء بأي شيء يقضي على أربعة أقوال:

القول الأول: يجب عليه القضاء برأي من يقلده من الأئمة وليس له أن يتخير وينقض حكمه لو خالف وهو معتمد المذهب عند الحنفية [١] والحنابلة [٢].

القول الثاني: له القضاء برأي من يقلده من الأئمة ولا ينقض حكمه إن خالف إذا كان من أهل الترجيح وهو المذهب عند المالكية [٣] أو كان متبحرا في الفقه وهو المذهب عند الشافعية[٤].

القول الثالث: أنه لا يجب عليه أن يقضي بقول إمام مذهبه بل له أن يقلد إماما غيره وهو ما فهمه ابن حجر الهيتمي [٥]من كلام الإمام الغزالي وصححه [٦] وأشار إليه ابن فرحون [٧].

---

(١) انظر: رد المحتار٥/٣٦٠.

(٢) انظر: شرح المنتهى ٣/٤٣٩، وكشاف القناع:٦/٤٤٦.

(٣) انظر: الشرح الكبير ٤/١٣٠.

(٤) مغني المحتاج٦/٢٩٤.

(٥) هو أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس: فقيه باحث مصري له تصانيف كثيرة، منها (مبلغ الأرب في فضائل العرب – ط) و (الجوهر المنظم – ط) رحلة إلى المدينة، و (الصواعق المحرقة على أهل البدع والضلال والزندقة – ط) و (تحفة المحتاج لشرح المنهاج – ط) في فقه الشافعية، و (الخيرات الحسان في مناقب أبي حنيفة النعمان – ط) و (الفتاوي الهيتمية أربع مجلدات، و (شرح مشكاة المصابيح للتبريزي – خ) توفي عام: ٩٧٤هـ.

(٦) انظر: الفتاوى الكبرى ٢/١٧١، وتحفة المحتاج١٠/١١٧ وخالفه الرملي في شرحه انظر حاشية العبادي في نفس المصدر.

(٧) انظر: تبصرة الحكام ١/٦٥.

=

القول الرابع: أنه يجب عليه أن يقضي بالقول الذي أداه إليه اجتهاده وهو قول الماوردي [١].

المطلب الثالث: أدلة الأقوال في مسألة حكم القاضي إذا تولى ومناقشتها.

يستدل لأصحاب أصحاب القول الأول والثاني ما ذهبوا إليه من عدم جواز خروج القاضي غير المجتهد عما نص عليه إمام مذهبه بالملازمة.

بيانها بأن هذا القاضي لم يستكمل شروط الاجتهاد ففرضه التقليد وليس له أن يتعدى ما فرض عليه من وجوب التقليد إلى ترقي منصب الاجتهاد وهو لم يحصل رتبته [٢].

وعلى ذلك فيكون عمله بالاجتهاد افتيات ولا يقع صحيحا شرعا لو صدر منه لكونه فعل ما ليس مأذونا له فيه فلا يعتد به، ووجوده وعدمه سواء لعدم توفر شروطه وذلك كمن صلى بغير طهارة مثلا.

=

وابن فرحون هو: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم بحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة وهو من شيوخ المالكية، له (الديباج المذهب – ط) في تراجم أعيان المذهب المالكي، و (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام – ط) و (درة الغواص في محاضرة الخواص – خ) و (طبقات علماء الغرب – خ) و (تسهيل المهمات – خ) في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب، فقه توفي عام: ٧٩٩هـ.

(١) انظر: الأحكام السلطانية١/١١٥.

والماوردي هو: علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي: أقضى قضاة عصره. من المعلماء الباحثين، من كتبه " أدب الدنيا والدين – ط " و " الأحكام السلطانية – ط " والنكت والعيون – خ " و " الإقناع " فقه، و " قانون الوزارة " لعله المطبوع بعنوان " أدب الوزير " قاله عبيد. و " سياسة الملك " توفي عام ٣٦٤هـ.

(٢) انظر: رد المحتار٥/٣٦٠.

وبني على هذا نقض حكمه لو صدر منه لأنه خالف نصا في كتاب الله وهو قول الله تعالى ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[١]وما خالف نصا من كتاب الله من الأحكام فقد اتفق الفقهاء على نقضه من غيره وعدم الاعتداد به [٢].

وخالف أصحاب القول الثاني أصحاب القول الأول في الفقيه المتبحر – أو من كان من أهل الترجيح – فذهبوا إلى أن له الخروج عن قول إمامه إلى قول إمام غيره إذا رآه أقرب للحق وأسعد بالدليل لكونه حصّل من شروط الاجتهاد ما يستطيع به أن يرجح قولا على قول أو أن يختار من أقوال الأئمة ما يراه.

وبنوا هذا القول على القول بتجزؤ الاجتهاد فمن حصل من الشروط ما اتضح له الحق في المسألة المخصوصة كان مجتهداً فيها دون غيرها بالقدر الذي اتضح له فيها.

ويناقش هذا بأن تجزؤ الاجتهاد المقصود به تجزؤ المجتهَد فيه – وهي الأدلة – لا تجزؤ آله الاجتهاد فهي إما آله كاملة تمكنه من معرفة الحق الذي شرعه الله أو يكون مقلدا وذلك لكون شروط الاجتهاد متكاملة لا يمكن الفصل بينها بحال فمن لم يحصل شرطا منها لم يجز له أن يجتهد في المسألة المخصوصة لكونه محصلا شرطا غيره مثلا فربما تكون المسألة التي اجتهد فيها لها مأخذ يرجع إلى الشرط لم يحصله ويكون هذا المأخذ يرجح خلاف ما حكم به.

(١) سورة النحل آية ٤٣.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام ٨٨/١.

ويستدل لأصاحب القول الثالث ما ذهب إليه من عدم وجوب التزام مذهب الإمام الذي يقلده في الأحكام بالبراءة الأصلية.

بيانها أنه لا يجب على المقلد التزام مذهب اعتقده بل للمقلد أن يقلد من شاء من المجتهدين، ومسألة التزام المذهب سبق بسط الكلام عنها في المطلب الأول من المبحث الثالث وكان مما ظهر للباحث فيها عدم وجوب التزام المذهب في العمل.

أما بالنسبة لالتزام المذهب في القضاء فليس ثم ما يوجبه من حيث أدله الشريعة المنصوصة ولم يرد عن الشارع ما يوجبه لخصوصه؛ ولكنه غير أجنبي عن مقاصد التشريع وأصوله العامة حفظا لجانب قضاة الشريعة مما قد يتوجّه إليهم مِن التّهمةِ بالممايلةِ فِي القضايا والأحكام، فإذا حكم بِمذهبٍ لا يتعدّاه كان أنفى للتُّهمة [١].

فإن كانت نصوص الشارع لا تدل عليه فإن السياسة تقتضيه، وقد سبق النقل عن ابن قندس إذ قال – رحمه الله تعالى – بعد أن ذكر وجوب التزام المذهب في الأحكام القضائية: (وهذا هو اللائق بقضاة هذا الزمان، ضبطاً للأحكام، ومنعاً من الحكم بالتشهي، فإن كثيراً من القضاة لا يخرجون عن مذهب إمامهم لدليل شرعي، بل للرغبة في الدنيا وكثرة الطمع، فإن ألزم بمذهب إمامه، كان أضبط وأسلم، والله أعلم، وإنما يحصل ذلك إذا نقض حكمه بغير مذهب إمامه، وإلا متى أبقيناه، حصل مراد قضاة السوء، ولم تحسم مادة الشر، ويرشح ذلك بأن يقال: هذه مسألة خلافية)[٢].

ويستدل لأصحاب القول الرابع ما ذهب إليه وجوب قضاء القاضي بما

(١) انظر: الأحكام السلطانية ١/١١٥.
(٢) حاشية ابن قندس على كتاب الفرع ١١/١٠٥.

أداه إليه اجتهاده بملازمة الشرط.

بيانه أن من شروط صحة تولية القاضي الاجتهاد ولا يصح تولية المقلد، فلو اعتقد المجتهد صحة مذهب من المذاهب إجمالا لم يجب عليه القضاء بكل أحكامه مالم يوصله إلى ذلك الحكم اجتهادُه [١] قال الماوردي – رحمه الله – بعد أن ذكر ما يشترط للمجتهد: (فَإِذَا أَحَاطَ عِلْمُهُ بِهَذِهِ الْأُصُولِ الْأَرْبَعَةِ فِي أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ صَارَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ فِي الدِّينِ، وَجَازَ لَهُ أَنْ يُفْتِيَ وَيَقْضِيَ، وَجَازَ لَهُ أَن يَسْتَفْتِيَ وَيَسْتَقْضِيَ، وَإِنْ أَخَلَّ بِهَا أَوْ بِشَيْءٍ مِنْهَا خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُفْتِيَ وَلَا أَنْ يَقْضِيَ؛ فَإِنْ قُلِّدَ الْقَضَاءَ فَحَكَمَ بِالصَّوَابِ أَوْ الْخَطَإِ كَانَ تَقْلِيدُهُ بَاطِلًا وَحُكْمُهُ وَإِنْ وَافَقَ الْحَقَّ وَالصَّوَابَ مَرْدُودًا، وَتَوَجَّهَ الْحَرَجُ فِيمَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ وَعَلَى مَنْ قَلَّدَهُ الْحُكْمَ وَالْقَضَاءَ.) [٢].

ويناقش هذا بأنه إنما يصح فيما إذا كان المولَّى للقضاء مجتهداً، أما في الأزمنة المتأخرة وقد نص العلماء على انعدام من بلغ رتبة الاجتهاد فيها [٣] فلا يمكن الاستدلال بما ذكره الماوردي[٤] لعدم ملاقاة دليله للحال الذي صار إليه أهل الأزمنة المتأخرة.

---

(١) انظر: الأحكام السلطانية ١١٥/١.

(٢) الأحكام السلطانية١١٣/١.

(٣) انظر المطلب الثاني من هذا المبحث وقال ابن فرحون في تبصرة الحكام٢٧/١:" هَذِهِ الْمَسَائِلُ تَكَلَّمَ عَنْهَا الْعُلَمَاءُ الْمَاضُونَ لَمَّا كَانَ الْعِلْمُ فِي أَعْصَارِهِمْ كَثِيرًا مُنْتَشِرًا، وَشُغِلَ أَكْثَرُ أَهْلِهَا بِالِاسْتِنْبَاطِ وَالْمُنَاظَرَةِ عَلَى الْمَذَاهِبِ، وَأَمَّا عَصْرُنَا هَذَا فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ فِي الْإِقْلِيمِ الْوَاسِعِ الْعَظِيمِ مُفْتٍ نَظَّارٌ قَدْ حَصَّلَ آلَةَ الِاجْتِهَادِ، وَاسْتَبْحَرَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ وَمَعْرِفَةِ اللِّسَانِ وَالسُّنَنِ، وَالِاطِّلَاعِ عَلَى مَا فِي الْقُرْآنِ مِنْ الْأَحْكَامِ، وَالِاقْتِدَارِ عَلَى تَأْوِيلِ مَا يَجِبُ تَأْوِيلُهُ، وَبِنَاءِ مَا تَعَارَضَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ، وَتَرْجِيحِ ظَاهِرٍ عَلَى ظَاهِرٍ، وَمَعْرِفَةِ الْأَقْيِسَةِ وَحُدُودِهَا وَأَنْوَاعِهَا وَطُرُقِ اسْتِخْرَاجِهَا، وَتَرْجِيحِ الْعِلَلِ وَالْأَقْيِسَةِ بَعْضِهَا عَلَى بَعْضٍ".

(٤) توفي الإمام الماوردي في منتصف القرن الخامس الهجري(٤٥٠هـ).

المطلب الرابع: الموازنة والترجيح.

بعد الاطلاع على أقوال العلماء في المسألة وما استدل به كل فريق منهم يتبين أن كل فريق يمكن تنزيل قوله على حال يختلف عن الحال التي نزلها عليها غيره.

وذلك يتبين من خلال ما استدل به كل فريق منهم فمن استدل على قوله باشتراط الاجتهاد لصحة تولية القاضي فإذا ولي المجتهد القضاء وجب عليه أن يحكم بما أداه إليه اجتهاده نزّل قوله على الحال الذي يوجد فيها المجتهد الذي يمكن توليته بشروطه.

ومن استدل على قوله بأن المتبحر والذي بلغ رتبة الترجيح من العلماء جاز له الخروج عن المذهب الذي ينتسب إليه لما يؤديه إليه اجتهاده إلى قول غيره من الأئمة فهذا ينزل قوله على الحال الذي يوجد فيه هذا المتبحر والذي بلغ رتبة الترجيح بين أقوال الأئمة، وهي مرتبة الإمام الموفق ابن قدامة [١] والإمام تقي الدين ابن تيمية وأضرابهم من أهل العلم من كل مذهب ممن بلغ رتبتهم، فهذا لا يمتنع عليه الاختيار والترجيح بين أقوال الأئمة وإن فقد بعضهم بعض شروط الاجتهاد فإن الاختيار والترجيح ليس اجتهاداً مستقلا فيشترط له ما يشترط في الاجتهاد؛ وإنما هو اختيار لما يظهر للناظر منهم من أدلة الإمام الذي اختار قوله.

ومن استدل على قوله بأن القاضي مقلد فلا يجوز له النظر في المسألة بطريق الاجتهاد ينزل قوله على الحال الذي يولى فيها من لا قدره

(١) هو عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقيّ الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين: فقيه، من أكابر الحنابلة، له تصانيف، منها " المغني – ط " شرح به مختصر الخرقي، في الفقه، و " روضة الناظر – ط " في أصول الفقه، و " المقنع – ط " مجلدان، توفي عام: ٦٢٠هـ.

له على الاجتهاد من القضاة لعدم تحصيله شروطه فليس له مجاوزة حده المفروض عليه إلى غيره.

ومن استدل على قوله بأن الخروج عن المذهب لغير المجتهد في القضاء فيه ذريعة لفساد الأحكام بالقضاء بالباطل والاختيار بالتشهي والهوى فهذا ينزل قوله على الحال الذي يكون فيه الفساد شائعا عاما فيحتاط للقضاء بسد مثل هذه الذرائع بإلزام القضاة بالعمل بالمذهب ونقض ما خالف من أحكامهم كما هو الحال في بعض البلدان حيث يولى من لا عدالة في دينه ولا ثقة في استقامة هديه على الهدي الذي يحبه الله ويرضاه– نسأل الله العافية–.

وبهذا يتبين أن غالب الخلاف بين الأقوال في هذه المسالة إنما هو في تحقيق المناط وليس خلافا في أصل الحكم، وبهذا القول يمكن العمل بكل واحد من الأدلة في الحال الذي نزله صاحبه عليه.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

-يترجح في شرط اجتهاد القاضي القول الثاني والقائل باشتراط الاجتهاد بالنسبة للقاضي إن كان ممكنا ولا يكفي تولية المقلد؛ وذلك مع كون كل الطريقين – أعني طريق: الاجتهاد والتقليد– من الطرق المشروعة للوصول إلى حكم الشارع على الوقائع المعينة إلا أن طريق المجتهد إلى حكم الشارع طريق مباشر متصل فهو أبعد عن الخطأ وأقرب إلى المنبع الأصيل للشرع بخلاف طريق المقلد فهو بواسطة فيزيد بسببها احتمال حصول الخطأ لطول الطريق.

-يترجح في حكم تولية المقلد عند عدم المجتهد ما اتفقت عليه كلمة أتباع المذاهب الأربعة في أنه يجوز أن يولى القضاء غير المجتهد المطلق إذا تعذر المجتهد المطلق ضرورة.

-يترجح في مسألة عمل القاضي غير المجتهد إذا تولى القضاء أنه يختلف حاله بالنسبة لاختلاف مرتبته في درجات المقلدين، فيأخذ حكم المرتبة التي هو عليها حسب ما موضح في المبحث الثاني.

-المتأخرون من فقهاء المذاهب الأربعة مع ترجيحهم لصحة تولية المقلد منصب القضاء إلا أن في تفريعهم لبقية الأحكام في أبواب القضاء يظهر منها تمسكهم بشرط الاجتهاد ويظهر ذلك بالنظر إلى تعليلاتهم للأحكام.

- فهرس الآيات.

الآية	الصفحة
- ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾	٩٦٧
- ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾	٩٦٧
- ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾	٩٦٧
-﴿يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات﴾	٩٥٩

فهرس الأحاديث والآثار.

الأحاديث والآثار	الصفحة
- عن علي – رضي الله عنه – قَالَ:[أَنْفَذَنِي رَسُولُ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إِلَى الْيَمَنِ وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ...]	٩٦٥
- {الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ؛ اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ...}	٩٦٧
- {كيف تقضي إذا عرض لك قضاء، قال: أقضي بكتاب الله، ...}	٩٦٨

فهرس الأعلام.

- ابن القيم = محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرْعي الدمشقيّ.
- ابن حجر الهيتمي = أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري.
- ابن حزم = أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم.
- ابن حمدان = حمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان النميري الحرّاني.
- ابن رشد الجد = محمد بن أحمد ابن رشد، أبو الوليد.
- ابن فرحون = إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري.
- ابن قدامة = عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقيّ.
- ابن قندس = تقي الدين أبو الصدق أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف بن قندس البعلي.
- الإمام أبي حنيفة النعمان
- الإمام أحمد بن محمد بن حنبل
- الإمام مالك بن أنس
- الدردير = أحمد بن محمد العدوي ، أبو البركان
- الماوردي = علي بن محمد حبيب، أبو الحسن.

فهرس المصادر والمراجع.

-الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: ٤٥٨هـ) صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٢١ هـ – ٢٠٠٠م.

-الاحكام السلطانية، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) الناشر: دار الحديث – القاهرة.

-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.

-البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد ١١٣٨ هـ) وبالحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية.

-البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، الناشر: دار الكتبي، الطبعة: الأولى–١٤١٤هـ – ١٩٩٤م.

-بدائع الصنائع لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

-تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: ٧٩٩هـ)، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

-تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣.
-تلخيص الحبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ. ١٩٨٩م.
-تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت -، الطبعة: الأولى، ٢٠٠١م.
-التوقيف على مهمات التعاريف، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: ١٠٣١هـ)، الناشر: عالم الكتب ٣٨ عبد الخالق ثروت-القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
-حاشية ابن قندس على كتاب الفرع لابن مفلح، صاحب الأصل: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي المتوفى سنة ٧٦٣هـ، وصاحب الحاشية: تقي الدين أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي المشهور بابن قندس المتوفى سنة: ٨٦١هـ، تحقيق الدكتور: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة ودار المؤيد، الطبعة الأولى- ١٤٢٤هـ.
-دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
-الرحلة إلى إفريقيا، لمحمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي (١٣٢٥هـ - ١٣٩٣هـ)، تحقيق: خالد بن عثمان السبت، الناشر: دار

عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة – المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٦ هـ.
-رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
-شرح الكوكب المنير، لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ مـ.
-شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)، الناشر: دار الفكر للطباعة – بيروت.
-الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ) تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين – بيروت – الطبعة: الرابعة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.
-العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، الناشر: دار الفكر.
-الفتاوى الهندية، للجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٣١٠ هـ.
-كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية.
-كف الرعاع عن محرمات اللهو والسماع، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، تحقيق: عبد الحميد الأزهري.

-المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: ١٧٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
-مذكرة في أصول الفقه، لمحمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (المتوفى: ١٣٩٣هـ) الناشر: مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة: الخامسة ٢٠٠١م.
-المستصفى، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: ٥٠٥هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
-المغني لابن قدامة، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
-مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
-المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ) الناشر: دار الغرب الإسلامي، الطبعة: الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م.
-المقدمة في دراسة الأنظمة لمحمد عمران وزملاؤه، دار حافظ للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٢١هـ.
-مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: ٩٥٤هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: الثالثة- ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.