بحث محكم

بلدية القاضي وأثرها في تصرفاته القضائية

إعداد
د. سعيد بن متعب بن كردم القحطاني *

* عضو هيئة التدريس بجامعة الملك خالد، كلية الشريعة وأصول الدين – قسم أصول الفقه .

المقدمة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وصلى الله وسلم وبارك على أشرف خلق الله نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه، أما بعد:

فإنه لما كان علم القضاء من أجلِّ العلوم قدراً، وأعزها مكاناً، وأشرفها ذكراً؛ لتعلقه بولاية القضاء ذات المقام العلي والمنصب النبوي، فبه الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب، فقد قال الإمام أحمد: «لا بد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟»(١)، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «الواجب اتخاذ ولاية القضاء ديناً وقربة؛ فإنها من أفضل القربات»(٢)، وهو فصل الخطاب في قوله تعالى ﴿**وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ**﴿٢٠﴾﴾(٣) على ما روي عن الحسن البصري(٤)، فنظراً لذلك ولغيره من أهمية هذا العلم وتلك الولاية، انكب العلماء على الكتابة فيه، والتأليف في أصوله وأحكامه، وقد استرعى انتباهي في أعطاف تلك الكتابات ما اشترطه بعض فقهاء المالكية - وأولهم فيما طالعت: ابن الحاجب - من كون القاضي بلدياً، ورأيت في تصرفات بعض القضاة من

(١) انظر: المغني ١٤/ ٥- ٦.
(٢) انظر: الاختيارات الفقهية ٣٣٢.
(٣) من الآية ٢٠ من سورة ص.
(٤) انظر: تبصرة الحكام ١/ ٣.

الأخطاء ما سببه ومرجعه جهل أحدهم بعادات الناس وأحوالهم وعباداتهم، لأنه وفد إلى بلد غير بلده الأصلي للقضاء، مع تفاوت عادات الناس من بلد لبلد، لذلك رأيت الإسهام في هذا الجانب من علم القضاء؛ لتعلقه بالجانب العملي للقضاء تعلقاً مباشراً، ولأني أراه مهماً في الوصول لحكم صحيح، يقبل به الخصوم، وتطمئن له النفوس؛ وسميت هذا البحث (بلدية القاضي وأثرها في تصرفاته القضائية)، حيث لم أقف على أي دراسة تفصيلية تتعلق بهذا الشرط، سوى كلمات قليلة لا تتجاوز السطر الواحد في بعض كتب المالكية.

وقد ركزت في كتابتي على هذا الشرط – وهو كون القاضي بلدياً –، مع التعرض لما لابد منه من مسائل القضاء، من تعريفه لتحديد المراد بالقاضي، والتمييز بين ولاية القضاء وما يشبهها وهي الإفتاء، ثم استعراض شروط القاضي وصفاته، وما هو منها شرط صحة، وما هو شرط كمال، ومكان ذلك الشرط من بين شروط وصفات القاضي، ثم الاستدلال على اشتراط بلدية القاضي بقواعد متفرقة من قواعد احترام العادات وتحكيمها، ثم تحرير الفرق بين اشتراط هذا الشرط، وبين المسألة التي عنون لها الفقهاء بقضاء القاضي بعلمه، وختمت البحث بذكر نماذج وأمثلة وتطبيقية من أبواب الفقه يظهر فيها أثر تصرفات القاضي وأحكامه وتوقفها على معرفة العادات والأعراف.

ونظراً لأهمية هذا الشرط في الجانب العملي، اشترط نظام القضاء السعودي فيمن يولى القضاء أن يكون سعودي الجنسية(٥)، وهذا إذعان للحاجة بأن يكون القاضي من أهل البلد، وإن كنت رأيت – كما في توصيات البحث – أن يتنوع اختيار القضاة من نواح متفرقة من مختلف مناطق الدولة؛ وذلك لتفاوت عادات وأعراف الناس في هذا البلد

(٥) انظر: نظام القضاء السعودي المادة ٣٧ الفقرة أ.

من مكان لمكان، وقس على ذلك سائر بلدان العالم الإسلام؛ على تفاوت فيما بينها في الاختلاف في تلك العادات.

المبحث الأول: حقيقة القضاء وشروطه

المطلب الأول: تعريف القضاء

اختلف الفقهاء في حد القضاء بتعريف صحيح دقيق يميزه عما يشابهه؛ بعد أن اتضح لهم المراد به على الحقيقة من خلال الواقع الذي يعيشه المسلمون في فصل خصوماتهم وقطع نزاعاتهم، ولعل أكثر سبب أثر في التعريف الصحيح للقضاء هو وجود أوجه شبه بينه وبين الفتوى، والشروط المعتبرة في القاضي، يضاف لذلك تنوع السلطات القضائية وتوزعها بين مجموعة من الجهات والهيئات؛ مثل التحكيم، وأهل الخبرة، والتحقيق الجنائي، ولجان تسوية وفض المنازعات، وهيئات ودواوين المحاكمات، والمجالس والهيئات التأديبية، وغيرها.

والمهم لنا هنا هو القضاء المرتبط بشخصية حقيقية تقوم بفض نزاعات المتخاصمين من أصحاب الشخصيات الحقيقية.

وسأتناول تعريف القضاء في اللغة، وأذكر طائفة من التعريفات والاصطلاحية، لنصل من خلالها إلى تعريف القضاء الذي يتعلق به البحث في مسألة اشتراط كون القاضي بلدياً.

أولاً: تعريف القضاء في اللغة.

تدور معاني القضاء في اللغة حول عدة معاني ترجع في أصلها إلى إحكام الشيء

وإتقانه وإنفاذه، قال ابن فارس: «القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ (٦)؛ أي: أحكم خلقهن»(٧).

ثم قال: »والقضاء: الحكم، قال الله سبحانه في ذكر من قال: ﴿فاقض ما أنت قاض﴾(٨)؛ أي: اصنع واحكم، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام وينفذها، وسميت المنية قضاء؛ لأنها أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق. . . وكل كلمة في الباب فإنها تجري على القياس الذي ذكرناه»(٩).

وقد ذكر الرازي أن لفظ القضاء في اللغة يطلق على معان، منها:

الحكم؛ بمعنى المنع، والأداء، والإنهاء والتبليغ، والهلاك والفراغ، والمضي، والصنع والتقدير، وكل هذه المعاني ترجع إلى معنى واحد؛ وهو: إمضاء الشيء وإحكامه والفراغ منه، قولاً أو فعلاً(١٠).

أما في الاصطلاح فقد عرف بتعريفات مختلفة بالنظر إلى معناه المصدري، وهو الحكم الذي أصدره القاضي، وتعريفات أخرى بالنظر إلى من صدر منه القضاء؛ فعلى الطريقة الأولى - وهو تعريفه بالمعنى المصدري - عرف القضاء بأنه: فصل الخصومات وقطع النزاعات على وجه خاص(١١).

وعرفه بعضهم بأنه: قول ملزم صادر عن ولاية عامة(١٢).

---

(٦) من الآية ١٢ من سورة فصلت.
(٧) معجم مقاييس اللغة ٥/ ٩٩.
(٨) من الآية ٧٢ من سورة طه.
(٩) معجم مقاييس اللغة ٥/ ٩٩.
(١٠) انظر: مختار الصحاح ٥٤٠ - ٥٤١. وانظر: القضاء في الإسلام للمرصفاوي ٦ - ٧.
(١١) انظر: رد المحتار ٨/ ٢٠.
(١٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/ ٨٢.

وعرفه ابن فرحون بأنه: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام(١٣).

وقد بين القرافي مورد الإلزام في القضاء؛ فقال في تعريفه: إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب(١٤) فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا(١٥).

ولم يشر بعض الشافعية لصفة الإلزام عند التعرض لتعريف القضاء؛ فقد عرَّفه الخطيب الشربيني بأنه: الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى(١٦).

وقد أضاف البهوتي الحنبلي لتعريفه للقضاء مسألة مهمة، وهو كونه مبيناً للحكم الشرعي وكاشفاً له؛ ليضاف ذلك للإلزام الذي تضمنته التعريفات السابقة؛ فقال في تعريفه للقضاء: إنه تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الحكومات(١٧).

والبهوتي - بهذا التعريف - يريد أن يبين طبيعة العلاقة بين القضاء والفتيا، وأن القضاء يزيد بالإلزام؛ لأنه عرّف الفتيا قبل ذلك بأنها تبيين الحكم الشرعي للسائل عنه(١٨).

أما تعريف القضاء بالطريقة الثانية - وهو بالنظر لمن يقوم به - فقد عرفه ابن خلدون بأنه:

منصب الفصل بين الناس في الخصومات؛ حسماً للتداعي، وقطعاً للتنازع(١٩).

ثم ذكر لذلك قيداً؛ وهو أن يكون بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنّة(٢٠).

واختار ابن عرفة تعريفه بأنه: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي،

---

(١٣) انظر: تبصرة الحكام ١/ ٩.
(١٤) المراد بالاجتهاد المتقارب: المسائل التي تتقارب فيها مدارك الحكم؛ ليحترز عن القضاء بالخلاف الذي ضعف دليله جداً؛ فلا عبرة به، انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ٣٥، الفروق ٤/ ٥١.
(١٥) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ٣٥، الفروق ٤/ ٤٩ - ٥٠.
(١٦) انظر: مغني المحتاج ٦/ ٢٥٧.
(١٧) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٨٥، وانظر كذلك: كشاف القناع ٦/ ٢٨٥.
(١٨) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٨٣.
(١٩) انظر مقدمة ابن خلدون ٢٤٣.
(٢٠) انظر: مقدمة ابن خلدون ٢٤٤.

ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين(٢١).

وقد وضع ابن عرفة هذا التعريف ليخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة العظمى(٢٢).

كما نبه ابن عرفة بتعريفه هذا إلى أن القضاء في الشرع معنى حكمي؛ ولذا أتى بقوله: «صفة حكمية»، وهو بذلك يرد على من قال: إنه الفصل بين الخصمين؛ لقصْره على الفصل الفعلي، والقضاء أعم من ذلك؛ لأن القضاء له معنى يوجب له نفوذ الفصل وإن لم يفصل، فدل على أن القاضي عرفاً من كان فيه معنى اختص به عن غيره شرعاً، فصل أو لم يفصل. . أما قوله: ولو بتعديل. . . إلخ؛ فهو عطف على مقدَّر، أي: يوجب نفوذ حكمه الشرعي بكل شيء حكم به ولو كان بتعديل؛ ليصير التعديل والتجريح متعلقاً للحكم.

أما قوله: «لا في عموم مصلح المسلمين» فيريد أن يخرج به الإمامة؛ لأن القاضي ليس له قسمة الغنائم، ولا تفريق أموال بيت المال، ولا ترتيب الجيوش، ولا قتل البغاة، ولا الإقطاعات(٢٣).

ويلاحظ على التعريفات السابقة: أنها متقاربة المؤدى؛ فهي تهتم بالإلزام في القضاء، وتعتبره عنصراً أساسياً في حقيقته، ولذلك فإن الخلاف بين تلك التعريفات لفظي، كما قال بعض الباحثين(٢٤).

ويستثنى من ذلك: تعريف ابن عرفة، الذي تميز بالالتفات إلى من يقوم بالقضاء،

(٢١) انظر: شرح حدود ابن عرفة ٢/ ٥٦٧، وقد نسبه إليه: الخرشي في شرحه لمختصر خليل ٧/ ١٣٧ – ١٣٨.
(٢٢) انظر: شرح الخرشي ٧/ ١٣٨.
(٢٣) انظر: شرح حدود ابن عرفة ٢م ٥٦٧ – ٥٦٨، شرح الخرشي ٧/ ١٣٨.
(٢٤) انظر: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية د. عبدالكريم زيدان ١٢، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ٤٤ – ٤٥.

وكذلك الحكم الصادر منه، ولذا فهذا التعريف هو الأقرب لمرادي في هذا البحث – وهو ما يتعلق بصفة القاضي وشروطه – وأثر تلك الصفات والشروط في نفوذ حكمه، وما يهمني من تلك الصفات والشروط هو كون القاضي من أهل البلد الذي يقضي فيه(٢٥).

المطلب الثاني: العلاقة بين القضاء والفتوى

أولاً: تعريف الفتوى:

الإفتاء أو الفتوى بمعنى واحد، الفعل: أفتى، ويفيد معنى التبيين عامة.

قال ابن فارس: الفاء والتاء والحرف المعتل أصلان: أحدهما يدل على طراوة وجِدّة، والآخر على تبيين حكم... والأصل الآخر: الفتيا؛ يقال: أفتى الفقيه في المسألة؛ إذا بين حكمها، واستفتيت: إذا سألت عن الحكم، قال الله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ﴿١٧٦﴾﴾(٢٦)، ويقال منه: فتوى وفتيا.

وفي لسان العرب: «وأفتاه في الأمر: أبانه له، وأفتى الرجل في المسألة واستفتيته فيها فأفتاني إفتاء، وفتيا وفتوى: اسمان يوضعان موضع الإفتاء، ويقال: أفتيت فلاناً رؤيا رآها: إذا عبرتها له، وأفتيته في مسألة: إذا أجبته عنها»(٢٧).

وأما في الاصطلاح فهناك من عرف الإفتاء، وهناك من عرف المفتي؛ ولا فرق مؤثر بينهما، لأن أحدهما التفت إلى القائم بالإفتاء، والآخر التفت إلى العملية التي يقوم بها

---

(٢٥) انظر: للمزيد في تعريف القضاء: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالكريم زيدان ١١ – ١٣، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ٧ – ٨، نظام القضاء في الإسلام للشيخ أحمد المبارك ١٦٧، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ٤٤ – ٤٥، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي ٣٥ – ٤٠، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ٢٢ – ٢٦.

(٢٦) من الآية ١٧٦ من سورة النساء.

(٢٧) لسان العرب ١٥/ ١٤٧.

المجتهد؛ وهي الفتوى.

فمن التعريفات بالنظر لعملية الفتيا: قول بعض العلماء: إن الإفتاء هو: إظهار الأحكام الشرعية بالانتزاع من الكتاب والسنة وغيرها من الأدلة(٢٨).

وقيل هو: الإخبار بحكم شرعي بدون إلزام، فإن شاء المستفتي قبله، وإن شاء تركه(٢٩).

وقال البهوتي: إن الفتيا هي: تبيين الحكم الشرعي للسائل(٣٠).

أما بالنظر للقائم بالفتيا فقد عرفه الشاطبي بقوله: المفتي هو القائم في الأمة مقام النبي صلى الله عليه وسلم.. (٣١).

وهذا في الحقيقة بيان لأهمية الفتيا والمفتي، وليس تعريفاً للمفتي؛ ثم إنه يلزم منه الدور، فيسأل: وما مقام النبي صلى الله عليه وسلم؟ فيقول: هو الإفتاء.

وعرفه ابن حمدان بأنه: المخبر بحكم الله تعالى لمعرفته بدليله.

وقيل: المتمكن من معرفة أحكام الوقائع شرعاً بالدليل، مع حفظه لأكثر الفقه(٣٢).

ورسمه ابن القيم بالتمييز بينه وبين الحاكم والشاهد فقال: «فالحاكم والمفتي والشاهد، كل منهم مخبر عن حكم الله، فالحاكم مخبر منفذ، والمفتي مخبر غير منفذ..»(٣٣)، فهو يرى أن المفتي: مخبر عن حكم الله غير منفذ.

ثانياً: الفرق بين القضاء والإفتاء:

من خلال تعريف الإفتاء والقضاء يظهر أن بينهما شبهاً عظيماً يقتضي البحث عن فرق

(٢٨) انظر: ضوابط الاجتهاد والفتوى ص ٧١ بتصرف.
(٢٩) انظر: دراسات في الاجتهاد وفهم النص ١١٢.
(٣٠) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٨٣.
(٣١) انظر: الموافقات ٤/ ٢٤٤.
(٣٢) انظر: صفة الفتوى والمستفتي ٤.
(٣٣) انظر: إعلام الموقعين ٤/ ١٣٣.

بينهما – إذا وجد –، ولذا اجتهد العلماء في البحث عن ذلك الفرق.

وسر الشبه بين الفتيا والقضاء: أن كلاً منهما إخبار عن حكم الله تعالى، ويجب على السامع اعتقادهما، وكلاهما يلزم المكلف من حيث الجملة؛ قاله القرافي(٣٤).

وقد وصفهما البهوتي بأنهما تبيين للحكم الشرعي(٣٥)، ولذا فهما مشتركان في هذا القدر.

ومع ذلك بينهما فرق؛ ولبيان ذلك صنف القرافي كتابه: (الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، وتصرفات القاضي والإمام).

ويمكن إبراز الفروق بين القضاء والفتيا من خلال الوجوه التالية:

الوجه الأول، وهو أهم الفروق: أن الإفتاء إخبار محض عن حكم الله تعالى لا يلزم المفتي إمضاؤه، أما القضاء فإخبار يقتضي الإلزام؛ أي: الإمضاء والتنفيذ(٣٦).

وقد بين الإمام القرافي هذا المعنى، فأوقع مثالاً لذلك، إذ يقول: «إن المفتي مع الله تعالى كالمترجم مع القاضي، ينقل ما وجده عن القاضي واستفاده منه بإشارة أو بعبارة أو فعل أو تقرير أوترك، والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم، ينشئ الأحكام والإلزام بين الخصوم، وليس بناقلٍ ذلك عن مستنيبه، بل مستنيبه قال له: أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكمي، فكلا هما موافق للقاضي، ومطيع له، وساعٍ في تنفيذ مراده، غير أن أحدهما ينشئ، والآخر ينقل نقلاً محضاً من غير اجتهاد له في الإنشاء، كذلك المفتي مخبر محض»(٣٧).

---

(٣٤) انظر: الفروق ٤/ ٥٣، وانظر: تهذيب الفروق والقواعد السنية ٤/ ٥٣.
(٣٥) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٨٣ – ٤٨٥.
(٣٦) انظر: الفروق ٤/ ٥١، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ٩٧، مغني المحتاج ٦/ ٢٥٧، مسعفة الحكام على الأحكام ١/ ١٨٣ – ١٨٥.
(٣٧) انظر: الفروق ٤/ ٥١ – ٥٢، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ٩٧ – ٩٨.

ونظراً لأن القضاء يقتضي الإلزام والتنفيذ والإمضاء؛ حكى بعض العلماء خلافاً في جواز الإفتاء من القاضي إذا كان مجتهداً؛ وذلك لأن فتياه تصير كالحكم منه على الخصم، ولا يمكن نقضه وقت المحاكمة، وقد كره بعضهم للقاضي أن يفتي، ومن العلماء من فرق بين العبادات وغيرها، فأجاز الفتيا في العبادات، وما عداها يجري فيه الخلاف(٣٨).

والوجه الثاني: أن الإفتاء أعم من القضاء؛ ذلك أن الفتوى تكون في العبادات، وتكون في المعاملات والآداب... وأما القضاء فلا يدخل في العبادات ولا في أسبابها، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة؛ لأن الأصل في القضاء الفصل فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا(٣٩).

الوجه الثالث: أنه إذا كان القاضي ملزماً، والمفتي مخبراً، فإن حكم القاضي لا يتصور فيه جميع الأحكام الشرعية الخمسة: الوجوب والندب والكراهة والإباحة والتحريم؛ وذلك لأن مقصوده سد باب الخصومات وردّ الظلامات، ولذا لا يتصور إلا ما كان سبباً لذلك؛ وهو الوجوب والتحريم والإباحة، وسببه أن الندب والكراهة لا يفصلان خصاماً، والحكم إنما شرعه الله للحكام لدرء الخصام، ولن يندفع الخصام إلا بالإلزام أو الإطلاق، في حين أن الفتوى يجوز أن تعتريها كل الأحكام المذكورة(٤٠).

الوجه الرابع: أن القضاء - وإن كان مرجعه القرآن والسنة - يعتمد الحجاج، أما الفتيا فتعتمد الأدلة؛ كالكتاب والسنّة(٤١).

---

(٣٨) فقيل ليس له أن يفتي؛ لأن لكلام الناس عليه مجالاً، ولأحد الخصمين عليه مقالاً، والقول الثاني: له الفتيا؛ لأنه أهل لذلك، وهذان قولان عند الشافعية والحنابلة.
انظر: أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح ١٠٧ - ١٠٨، إعلام الموقعين ٤/ ١٦٩ - ١٧٠.
(٣٩) انظر: الفروق ٤/ ٤٨ - ٤٩، تهذيب الفروق والقواعد السنية ٤/ ٤٨ ٤٩.
(٤٠) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الإحكام ٦٩ - ٧٠.
(٤١) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ٤٦ - ٥٦.

الوجه الخامس: للقاضي صلاحية نقض الحكم وفسخه، وأما المفتي فليس له شيء من ذلك، وهذا الأمر ينبني على قاعدة مهمة هي: أن النقض لا يكون إلا لمن يكون له الإبرام فيما يكون فيه النقض(٤٢).

الوجه السادس: أن القضاء لابد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة؛ فيحتاط فيه، بخلاف الإفتاء، فإنه إفادة الحكم الشرعي، ولو بالإشارة، فلا يشترط فيه السماع، ولذا جازت فتوى الأخرس بالإشارة، ولم يجز قضاؤه(٤٣).

الوجه السابع: أنه الفاسق لا يصلح مفتياً، ولكنه يصلح قاضياً، كما ذكر بعض الفقهاء(٤٤).

الوجه الثامن: أن الفتيا تقبل النسخ، والحكم لا يقبله؛ بل يقبل النقض عند ظهور بطلان ما رتب عليه الحكم، والفتيا لا تقبله، فصار من خصائص الحكم: النقض، ومن خصائص الفتيا: النسخ(٤٥).

ومع وجود هذه الأوجه من الاختلاف بين هاتين الولايتين الشرعيتين، إلا أن هناك ارتباطاً وثيقاً بينهما، والظاهر لي أن العلاقة بينهما هي العموم والخصوص المطلق؛ فالفتوى أعم؛ لأنها تتناول جميع أبواب الفقه الإسلامي، وليس القضاء كذلك، ثم إن القاضي يحكم بما يراه ديناً يدين الله به ويختاره، فيكون بذلك مفتياً بما قضى به، وأما

(٤٢) انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ١٣٣ - ١٣٤.
(٤٣) انظر: الدر المختار ٨/ ٣١، رد المحتار ٨/ ٣١.
(٤٤) انظر: الدر المختار ٨/ ٢٥, ٢٩، رد المحتار ٨/ ٢٥, ٢٩ - ٣٠.
وهذا الفرق مبني على اشتراط العدالة في القاضي، وقد قال به الحنفية في رواية، والمالكية والشافعية والحنابلة، فلا بد أن يكون متولي منصب القضاء عدلاً، وللحنفية رواية بجواز تولي الفاسق القضاء، واعتبروا اشتراط العدالة في القاضي من شروط الكمال لا شروط الجواز، ومع ذلك قالوا: إنه لا ينبغي أن يقلد الفاسق القضاء، وأن من قلده يأثم بذلك، وسيأتي ذكر أقوال العلماء في المسألة في مبحث شروط القاضي.
(٤٥) وهذا في فتيا النبي صلى الله عليه وسلم، وبخاصة من كان في زمانه، وأما الفتيا بعد وفاته فلا تقبل النسخ لتقرر الشريعة، قال القرافي: «فهذا فرق حسن بين القضاء والفتيا من حيث الجملة في جنسيهما، غير أنه لا يتقرر في كل فرد من أفراد الفتيا، ومتى ثبت الفرق بين الجنسين حصل الفرق بين الحقيقتين بلا لبس». انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ١٠٣.

المفتي فشأنه أن يفتي فيما يمكن أن يحكم به القاضي، وما لا مجال للحكم فيه؛ إما لفوات المحل بأن يكون مما لا يجري فيه التنازع؛ كأبواب العبادات، أو لعدم وجود المتنازعين؛ بل يوجد مستفتٍ يريد بيان حكم تصرف من التصرفات.

ونظراً لهذه الشبه الكبير بين الفتوى والقضاء؛ فقد اشترطت شروطاً مشتركة لهما، ومنها: اشتراط معرفة الناس، ومعرفة عادات البلد الذي يجريان فيه، ومن أعظم ما يساعد على معرفة ذلك: كون القاضي بلدياً، كما سيأتي بحث ذلك.

المطلب الثالث: شروط القاضي

قسم العلماء الشروط التي ينبغي توافرها في القاضي إلى شروط صحة لولايته، وشروط كمال؛ يستحب العزل بعدمها، ومنهم من لم يفرق، والصواب أن هناك من الشروط ما لابد من توافره؛ تمييزاً لهذه الولاية عن غيرها من الولايات خصوصاً، ومن التصرفات عموماً، وهناك شروط استحباب يكمل بها منصب القضاء ويصبح أكثر بهاءً، وأبعد أثراً في الاطمئنان عند المتقاضين.

وفي الجملة: إذا أراد الإمام تولية أحد فليجتهد في ذلك لنفسه وللمسلمين، ولا يحاب ولا يقصد بالتولية إلا وجه الله تعالى، فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال: ما من أمير أمر أميراً، أو استقضى قاضياً؛ محاباة، إلا كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم، وإن أمره أو استقضاه نصيحة للمسلمين كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى(٤٦).

(٤٦) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٣ - ١٤، تبصره الحكام ٢١.
وقد أخرج الإمام أحمد والحاكم والهيثمي وغيرهم هذا الأثر عن أبي بكر رضي الله عنه، وأنه قال: «من ولي من أمر المسلمين شيئاً، فأمر عليهم أحداً؛ محاباة فعليه لعنة الله، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً، حتى يدخله جهنم، ومن أعطى أحداً حمى الله فقد انتهك في حمى الله شيئاً بغير حقه، فعليه لعنة الله، أو قال: تبرأت منه ذمة الله». انظر: المسند للإمام أحمد (١/ ٦، رقم ٢١)، والمستدرك للحاكم (ى ٤/ ١٠٤، رقم ٧٠٢٤) وقال: صحيح الإسناد، مجمع الزوائد للهيثمي (٥/ ٢٣٢)؛ وقال: فيه رجل لم يسم.

وقد أطال الناس في صفة من يصلح للقضاء، سواء أكان شرط صحة أم شرط استحباب، ويمكن اختصار تلك الشروط فيما يلي:

أولاً: شروط الصحة؛ ومنها:

١- الإسلام؛ فقد اتفق جميع العلماء على اشتراط الإسلام في القاضي، فلا يجوز أن يحكم كافر بين المسلمين، أو في دعوى أحد أطرافها من المسلمين(٤٧).

٢- العقل؛ وقد اشترطه الفقهاء باتفاق بينهم؛ لأنه مناط التكليف، ولأن القضاء من أعظم الولايات، بل هو أعظمها، وغير العاقل ليس أهلاً لأدنى الولايات، فضلاً عن أعلاها، ولأن غير العاقل لا ينفذ قوله في نفسه، فضلاً عن غيره.

والعقل مطلوب أن يكون مستمراً من أول وقت اختيار القاضي، وأثناء نظر الدعوى، وعند الحكم فيها، فإذا شاب ذلك ما ينقصه أو يعدمه في أي مرحلة من هذه المراحل كان الحكم باطلاً(٤٨).

٣- البلوغ؛ لأن غير البالغ لم يجر عليه القلم، ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم، فكان أولى ألا يتعلق على غيره حكم(٤٩).

(٤٧) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/ ١٠١، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣١، المغني ١٤/ ١٢، شرح فتح القدير ٧/ ٢٣٣ - ٢٣٥، بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٨، مغني المحتاج ٦/ ٢٦٢، تبصره الحكام ١/ ٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على الأحكام ١/ ٦٠٨، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، الدر المختار ٨/ ٢٣ رد المحتار ٨/ ٢٣ - ٢٥، مسعفة الحكام على الأحكام ١/ ١٩٦، التنظيم القضائي ٥٤، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٣، السلطة التقديرية للقاضي ٣١ وما بعدها.

(٤٨) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/ ٩٨، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣١، المغني ١٤/ ١٢، شرح فتح القدير ٧/ ٢٣٣ - ٢٣٥، بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٨، مغني المحتاج ٦/ ٢٦٢، تبصره الحكام ١/ ٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢/ ٦٠٨، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، الدر المختار ٨/ ٢٣ رد المحتار ٨/ ٢٣ - ٢٥، مسعفة الحكام على الأحكام ١/ ١٩٦، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٢، التنظيم القضائي ٥٤، السلطة التقديرية للقاضي ٣١ وما بعدها.

(٤٩) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/ ١٠١، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣١، المغني ١٤/ ١٢، شرح فتح القدير ٧/ ٢٣٣ - ٢٣٥، بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٨، مغني المحتاج ٦/ ٢٦٢، تبصرة الحكام ١/ ٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، الدر المختار ٨/ ٢٣، مسعفة الحكام على الأحكام ١/ ١٩٦، رد المحتار ٨/ ٢٣ - ٢٥، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١١، التنظيم القضائي ٥٤، السلطة التقديرية للقاضي ٣١ وما بعدها.

٤- أن يكون حراً: فلا تصح تولية العبد القضاء؛ لأنه مسلوب التصرف، لكونه مملوكاً لسيده، فإذا كان لا يملك التصرف لنفسه فمن باب أولى ألا يملكه لغيره(٥٠).

٥- أن يكون عدلاً، وقد اختلف الفقهاء في تعريف وتحديد صفة الإنسان المسلم العدل، والصحيح -والله أعلم- هو من لا يظهر عليه الفسق، فمن كان فاسقاً ظاهر الفسق فإنه لا يكون عدلاً، ولذا فلعل أقرب التعاريف لمعنى العدل هو أن يكون صادقاً، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً المآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب(٥١)، فمن كانت هذه حاله كان عدلاً، أما من عرف بالجرأة على الحرام والمجاهرة بالمعصية، أو كان غير مبالٍ بها، معروفاً بعدم الاستقامة فيكون فاسقاً، فالعدل يقابله الفاسق(٥٢).

وشرط العدالة قال به الحنفية في رواية(٥٣)، والمالكية والشافعية والحنابلة(٥٤)، فلا بد أن يكون متولي منصب القضاء عدلاً، وللحنفية رواية بجواز تولي الفاسق القضاء،

(٥٠) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/ ١٠١، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣١، المغني ١٤/١٢، شرح فتح القدير ٧/ ٢٣٣ - ٢٣٥، بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٨، مغني المحتاج ٦/٢٦٢، تبصرة الحكام ١/٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٦/ ٦٠٨، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، الدر المختار ٨/ ٢٣، مسعفة الحكام على الأحكام ١/ ١٩٦، رد المحتار ٨/ ٢٣ - ٢٥، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٢، التنظيم القضائي ٥٤، السلطة التقديرية للقاضي ٣١ وما بعدها

(٥١) انظر هذا التعريف للعدالة في: أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣٤.

(٥٢) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/ ٩٨، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣٣، المغني ١٤/١٣، بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٩، مغني المحتاج ٦/٢٦٢، شرح فتح القدير ٧/ ٢٣٤ - ٢٣٩ تبصرة الحكام ١/٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٦/ ٦٠٨، الدر المختار ٢/ ٢٥، رد المحتار ٨/ ٢٥ - ٢٦ شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، مسعفة الحكام على الأحكام ٢/٦٣٥، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٦، التنظيم القضائي ٥٥ - ٦٥، السلطة التقديرية للقاضي ٥٤ وما بعدها

(٥٣) انظر: تنوير الأبصار ٨/ ٢٥، الدر المختار ٨/ ٢٥ - ٢٦.

(٥٤) نسب إليهم في: أدب القاضي لابن القاص ١/ ٩٨، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣٣، المغني ١٤/١٣، بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٩، مغني المحتاج ٦/٢٦٢، شرح فتح القدير ٧/ ٢٣٤ - ٢٣٩ تبصرة الحكام ١/٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٦/ ٦٠٨، الدر المختار ٢/ ٢٥، رد المحتار ٨/ ٢٥ - ٢٦ شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، شرح الخرشي ٧/ ١٣٨، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٦، التنظيم القضائي ٥٥ - ٦٥، السلطة التقديرية للقاضي ٥٤ وما بعدها.

واعتبروا اشتراط العدالة في القاضي من شروط الكمال لا شروط الجواز، ومع ذلك قالوا: إنه لا ينبغي أن يقلد الفاسق القضاء، وأن من قلده يأثم بذلك(٥٥).

٦- أن يكون سليم الحواس، بأن يكون متكلماً سميعاً بصيراً، فسلامة الحواس ضرورية لإدراك الأشياء وفهمها، وعدم وجود الحواس يورث تعطيل العقل، وهذا ما يعبر عنه بكمال الخلقة(٥٦).

٧- الاجتهاد: وقد ذهب فريق من علماء المالكية(٥٧)، والشافعية(٥٨)، والحنابلة(٥٩)، إلى اشتراط أن يكون من يتولى منصب القضاء قد حاز على درجة الاجتهاد المطلق.

---

(٥٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٩، شرح فتح القدير ٧/ ٢٣٤ - ٢٣٥، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، الدر المختار ٨/ ٢٥ - ٢٦، رد المحتار ٨/ ٢٥ - ٢٦، مسعفة الحكام على الأحكام ١/ ٢٢٢ - ٢٢٧، نظام القضاء في الإسلام ١٦ - ١٧.

وقد برر ابن عابدين عدم اشتراط العدالة وأنه يجوز تولية الفاسق؛ بأنه لو اعتبر هذا الشرط لانسد باب القضاء، خصوصاً في زمانه، ثم قال: «فلذا كان ما جرى عليه المصنف - أي التمرتاشي صاحب تنوير الأبصار - هو الأصح». والذي جرى عليه التمرتاشي هو جواز تولية الفاسق للقضاء، كما ذكر في تنوير الأبصار ٨/ ٢٥.

(٥٦) انظر:أدب القاضي لابن القاص ١/ ١٠١، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٢١، بدائع الصنائع ٥/ ٤٣٨-٤٣٩، المغني ١٤/ ١٣، مغني المحتاج ٦/ ٢٦٢، تبصرة الحكام ٨/ ٣١، رد المختار ٨/ ٣١، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٤.

(٥٧) نسب إليهم في: أدب القاضي لابن القاص ١/ ٩٨، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣٦، المغني ١٤/ ١٤-١٦، مغني المحتاج ٦/ ٢٦٣، تبصرة الحكام ١/ ٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢/ ٦٠٨، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، السلطة التقديرية للقاضي ٥٨ وما بعدها، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٩، التنظيم القضائي ٥٩-٦٠.

(٥٨) نسب إليهم في: أدب القاضي لابن القاص ١/ ٩٨، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣٦، المغني ١٤/ ١٤-١٦، مغني المحتاج ٦/ ٢٦٣، تبصرة الحكام ١/ ٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢/ ٦٠٨، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، السلطة التقديرية للقاضي ٥٨ وما بعدها، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٩، التنظيم القضائي ٥٩-٦٠.

(٥٩) نسب إليهم في: أدب القاضي لابن القاص ١/ ٩٨، أدب القاضي للماوردي ١/ ٦٣٦، المغني ١٤/ ١٤-١٦، مغني المحتاج ٦/ ٢٦٣، تبصرة الحكام ١/ ٢١، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢/ ٦٠٨، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٢، السلطة التقديرية للقاضي ٥٨ وما بعدها، نظام القضاء في الإسلام للمرصفاوي ١٩، التنظيم القضائي ٥٩-٦٠.

وقال بعض المالكية(٦٠)، والشافعية(٦١)، والحنابلة(٦٢): إنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهداً، وإنما لا بد أن يكون عالماً قادراً على إنزال الحكم الشرعي على الواقعة المطروحة في الدعوة القائمة.

وذهب جمهور الحنفية إلى عدم اشتراط العلم أصلاً، فلم يشترطوا أن يكون متولي منصب القضاء مجتهداً مطلقاً، ولا مجتهد مذهب، ولا حتى مجتهد مسألة، بل أجازوا تقليد العامي عند عدم وجود من هو أكفأ منه، ويرى الحنفية أن شرط الاجتهاد المطلق هو شرط أولوية، وليس بشرط صحة(٦٣).

أما المتأخرون من جميع المذاهب فقد اكتفوا بشرط العلم بالأحكام الشرعية على مذهب أحد الأئمة الأربعة(٦٤).

وهذا هو الذي لا يسع الناسَ غيرُه في هذا الزمان، خاصة مع عدم وجود المجتهد المطلق، أو ندرته حتى في الإفتاء، فكيف بالقضاء، مع مسيس الحاجة لتعدد القضاة وتنوعهم، واختلاف طبيعة ولاياتهم ومهماتهم، ويؤيد هذا ما قاله ابن قدامة في (المغني) مستدلاً على عدم اشتراط الاجتهاد المطلق: «فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتا رسول الله صلى الله عليه وسلم ووزيراه وخيرُ النّاس بعدهُ، في حال إمامتهما يسألان عن الحكم، فلا يعرفان ما فيه من السنة، حتى يسألا الناس فيُخْبَرا، فقد سئل أبو بكر -رضي الله عنه- عن ميراث الجدة فقال: مالَك في كتاب الله شيء، ولا أعلم في

(٦٠) انظر: تبصرة الحكام ١/٢١-٢٢، شرح الخرشي ٧/١٣٩، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢/٦٠٨-٦٠٩، حاشية العدوي ٧/ ١٣٩، مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ٣٧٠.
(٦١) انظر: منهاج الطالبين - مع مغني المحتاج - ٦/٢٦٣-٢٦٤، مغني المحتاج ٦/٢٦٣-٢٦٤.
(٦٢) انظر: الإقناع ٦/٢٩٥-٢٩٦، كشاف القناع ٦/٢٩٥-٢٩٦.
(٦٣) انظر: شرح فتح القدير ٧٢٣٨، بدائع الصنائع ٥/٤٣٩-٤٤٠، مسعفة الحكام على الأحكام ١م٢١٣-٢٢٠، ٢/٦٣٥-٦٣٦، مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ٣٧٠، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ٦٠.
(٦٤) انظر: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ٦٠.

سنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً ولكن ارجعي حتى أسأل الناس، ثم قام فقال: أنشد الله، من يعلم قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجدة؟ فقام المغيرة بن شعبة فقال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس(٦٥)، وسأل الفاروق عمر بن الخطاب عن إملاص المرأة، فأخبره المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة. . . (٦٦)، وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهداً في كل المسائل. . . كمن يعرف الفرائض وأصولها، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بأحكام البيع ولا بأحكام المعاهدات(٦٧).

وختم ابن قدامة رحمه الله كلامه السابق بقوله: «ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل، وقيل: من يجيب في كل مسألة فهو مجنون، وإذا ترك العالم لا أدري أصيبت مقاتله»(٦٨).

وقد قال إمام المدينة مالك بن أنس رحمه الله تعالى: لا أرى خصال القضاء تجتمع في واحدة، فإن اجتمع منها خصلتان ولِّي القضاء، وهما العلم والورع، قال ابن حبيب: فإن لم يكن فالعقل والورع، فإنه بالعقل يسأل وبالورع يعفّ، وهو قول مالك في أهل

---

(٦٥) أخرجه ابن أبي شيبة وأبو داود والترمذي وغيرهما، وقال الترمذي: حسن صحيح، لكنْ ضعفه الألباني في إرواء الغليل.
انظر: المصنف لابن أبي شيبة ٣٦٣/٧، سنن أبي داود مع عون المعبود ٧٢/٨، سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي ٢٣٢/٦ -٢٣٣، جامع الأصول ٦٠٨/٩، إرواء الغليل ١٢٤/٦.
(٦٦) أخرج البخاري ومسلم وابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما عن المغيرة ابن شعبة ومسور بن مخرمة قالا: استشار عمر بن الخطاب في إملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة: شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة، قال: فقال عمر: ائتني بمن يشهد معك، فشهد له محمد بن مسلمة. انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري - كتاب الديات - باب جنين المرأة ٢٤٧/١٢، صحيح مسلم بشرح النووي - كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات - باب دية الجنين ١٥٠/١١، المصنف لابن أبي شيبة ٦/ ٣٣٨، المصنف لعبد الرزاق ٦١/١٠.
(٦٧) المغني ١٥/١٤ -١٦.
(٦٨) المغني ١٦/١٤.

زمانه، فما ظنك بأهل زماننا؟(٦٩).

ثانياً: شروط كمال واستحباب لتولي القضاء:

وقد ذكر الفقهاء طائفة من الشروط التحسينية التي تجمّل القاضي وتزيده بهاءً وحكمة اطمئناناً، وقد أطال بعضهم في حصرها، ومن تلك الشروط المستحب توافرها في القاضي: أن يكون كفؤاً، أي لائقاً قضائياً، بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه، فلا يكون ضعيف النفس أحياناً، حتى لا يطمع في جانبه، وألا يكون مستكبراً عن مشورة من معه من أهل العلم، وأن يكون غنياً عفيفاً، ورعاً فطناً، متأنياً غير عجول، كثير التحرز من الحيل، غير مخدوع، لكلامه لين إذا قرب، وهيبة إذا أوعد، ووفاء إذا وعد، لا يطلع الناس منه على عورة، ولا يخشى في الله لومة لائم، مرضي الأحوال، غير هيوب للأئمة، نزيهاً عما في أيدي الناس، بريئاً من الشحناء والمماظة(٧٠)، والحيف والعصبية، بصيراً بأحكام الحكام قبله، صدوق اللهجة، ذا سكينة ووقار، عالماً بلغات أهل ولايته، بلدياً، غير زائد في الدهاء، وذلك أمر زائد على الفطنة، وإنما نهي عن ذلك لأنه يحمل على الحكم بالفراسة وتعطيل الطرق الشرعية من البينة والإيمان، وقد فسد الزمان وأهله واستحال الحال، ولأنه إذا وصف بذلك كان الناس منه في حذر، وهو من نفسه في تعب، غير محدود، وغير مطعون عليه في نسبه(٧١).

---

(٦٩) نقله عنهما في: معين الحكام على القضايا والأحكام ٢/٦٠٩، تبصرة الحكام ١/٢٤.

(٧٠) المماظة هي المخاصمة والمشاتمة والمنازعة، قال ابن منظور: - ماظَّه مماظة ومظاظاً: خاصمه وشاتمه، وشارَّه ونازعه ولا يكون ذلك إلا مقابلة منهما. قال أبو عبيدة: المماظَّة المخاصمة والمشاقَّة والمشارَّة وشدة المنازعة مع طول اللزوم يقال: ماظظته أُماظُّه مظاظاً ومماظة» لسان العرب ٧/٤٦٣.

(٧١) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/٩٨، المغني ١٤/١٧، بدائع الصنائع ٥/٤٤٠، منهاج الطالبين للنووي ٦/٢٦٣، مغني المحتاج ٦/٢٦٣، تبصرة الحكام ١/٢٣، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٤، معين الحكام على القضايا والأحكام ٢٠٠/٦٠٨، مختصر خليل ٧/١٤١، الإقناع ٦/٣٠٩-٣١٠، شرح منتهى الإرادات ٣/٤٩٦، كشاف القناع ٦/٣٠٩-٣١١، شرح الخرشي ٧/١٤١-١٤٢، حاشية العدوي ٧/ ١٤١ -١٤٢، مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ٣٧٠-٣٧٢، السلطة التقديرية للقاضي ٧٠ وما بعدها، نظام القضاء في الإسلام للدكتور أحمد المبارك ١٨٤/١٨٥، التنظيم القضائي ٦٠/٦١.

هذه بعض صفات الكمال في القاضي، وقد ذكر بعضهم غير ما ذكر هنا، وفي الجملة فكل صفة تزيد منصب القضاء هيبةً ووقاراً، وتزيد القاضي جلالةً واحتراماً، فهي صفة كمال واستحباب، وكل عصر بحسبه، فيستجد من الصفات في عصر من العصور، ومكان من الأمكنة ما جرت عادة الناس بأن ينظروا إليها على أنها صفة كمال، فينبغي أن يكون في القاضي منها أوفر الحظ والنصيب، وكل صفة نقص ورذيلة في أي زمان ومكان ينبغي أن يكون القاضي أبعد الناس عنها، وأكثرهم احتياطاً عنها، وذلك بالمحافظة على منصب القضاء من التدنيس، ليكون له أعظم الأثر في نفوس المتخاصمين، للامتثال لما يصدر عن القاضي من الأحكام.

المطلب الرابع: الخلاف في اشتراط كون القاضي بلدياً

سبق أن ذكرنا من شروط الكمال التي اشترطها بعض الفقهاء في القاضي: أن يكون بلدياً، أي من أهل البلد الذي يقضي فيه، وذلك من أسباب كمال قضاء القاضي وموافقته محلاً صالحاً، وأقرب لصواب الحكم، وهذا من أهم الأسباب التي لأجلها نصب الحكام، وولي القضاء، ولكن ذلك الشرط لم يسلم من الخلاف، ولذا فقد اختلف الفقهاء في اشتراطه على قولين:

القول الأول: اشتراط كون القاضي بلدياً، وذلك شرط من شروط الكمال والاستحباب؛ لا شروط الصحة والوجوب لتولي القضاء، وممن اشترط هذا الشرط: ابن الحاجب(٧٢)، وابن فرحون(٧٣)، وغيرهم(٧٤).

(٧٢) انظر: جامع الأمهات ٤٦٢.
(٧٣) انظر: تبصرة الحكام ١/٢٣.
(٧٤) انظر: منح الجليل ١٧/٣٠٩، مواهب الجليل ١٧/٦٤، شرح الخرشي ٧/١٤١، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ٧/٢٥٣، شرح ميارة للتحفة ١/٢٩.

وقد وجه أصحاب هذا الشرط اشتراطهم له بأن القاضي إذا كان بلدياً فإنه يعرف الناس، وأحوال الشهود؛ وذلك ليتعرّف المقبولين والمسخوطين منهم، ويعرف حال المحق والمبطل، ونحو ذلك مما لا يعرفه غير البلدي»(٧٥).

القول الثاني: ألا يكون القاضي بلدياً(٧٦)، وقد ذكر الحطاب(٧٧)، وميارة(٧٨) والشيخ عليش(٧٩)، أن ابن رشد وابن عبد السلام، قالا: إن الولاة في زمانهما يرجحون غير البلدي على البلدي.

وقد تمسك أصحاب هذا الرأي ببعض الشبه، ومنها:

الأولى: أنه إذا كان بلدياً فقد يفرض لبعضهم دون بعض، لأنه لن يخلو من أعداء وأصدقاء(٨٠).

الثانية: أن الغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده، وذلك يورث تهمة بأنه قد يقضي بغير الحق، فينبغي سد ذريعة ذلك، حتى لا يتهم القاضي في أحكامه(٨١). والذي يترجح لي أن اشتراط كون القاضي بلدياً هو شرط صحيح من شروط كمال منصب القضاء، لأنه يساعد على معرفة أعراف الناس وعباراتهم ومقتضيات ألفاظهم فيما يذهبون إليه، وفهم واقعهم، لتحقيق مناطات الأحكام وتنزيلها على الحوادث، كما أنه يساعد على معرفة الناس، بما فيهم الشهود وأحوالهم، حتى يكون الحكم عليهم والمبني على شهاداتهم

(٧٥) انظر: شرح الخرشي ٧/١٤١، مواهب الجليل ١٧/٦٤، شرح ميارة على التحفة ١/٢٩، حاشية العدوي ٧/١٤١، انظر: مواهب الجليل ١٧/٦٥، منح الجليل ١٧/٣٠٩، شرح ميارة على التحفة ١/٢٦ -٣٠.

(٧٦) انظر: شرح الخرشي ٧/١٤١، منح الجليل ١٧/٣٠٩، مواهب الجليل ١٧/٦٥، شرح ميارة ١/٢٩-٣٠، حاشية العدوي ٧/١٤١.

(٧٧) انظر: مواهب الجليل ١٧/٦٥ .

(٧٨) انظر: شرح ميارة على التحفة ١/٢٩-٣٠.

(٧٩) انظر: منح الجليل ١٧/٣٠٩.

(٨٠) انظر: شرح الخرشي ٧/١٤١، شرح ميارة ١/٣٠، حاشية العدوي ٧/١٤١.

(٨١) انظر: شرح ميارة ١/٣٠.

حكماً صحيحاً.

ومما يؤيد اشتراط هذا الشرط أن بعض الفقهاء اشترطوا في القاضي أن يكون عالماً بلغات أهل ولايته، عارفاً بها، حتى يعرف دعاوي الخصوم(٨٢).

فإذا كان القاضي بلدياً، فإنه يعرف لغات البلد الذي يقضي فيه، ويسهل بذلك فهم كلام الخصوم، ويتيسر الوصول للحق الذي هو مقصد القضاء.

فإذا لم يكن القاضي بلدياً، فلا ينبغي التساهل في اشتراط كونه يعرف أعراف البلد الذي يقضي فيه وعاداتهم، ولا شك أن القاضي الذي يكون من أبناء البلد أعرف بتلك الأمور في الغالب، إذ غيره قد يحتاج لجهد وزمان لمعرفة عادات أهل البلد وعباراتهم وغير ذلك مما له علاقة بالحكم الذي يصدره، خاصةً إذا كان عاجلاً لا يحتمل التأخير للسؤال عن تلك العادات.

ويمكن بيان أهمية كون القاضي ملماً بأعراف البلد وعاداته وحاجته لذلك، أو كونه من أهل البلد من خلال الأمرين التاليين:

الأمر الأول: حاجة القاضي لفهم الواقع وتحقيق المناط وتنزيل الأحكام على الحوادث.

الأمر الثاني: حاجة القاضي لمعرفة الناس(٨٣).

فأما الأمر الأول، فإنه لا يمكن للقاضي الحكم إلا بعد تصور المحكوم فيه، والإحاطة بالواقعة المراد النظر فيه، ولذا لا بد للقاضي من نوعين من الفقه لا غنى له عنهما:

أحدهما: فقه في الواقع وأحوال الناس، يميز به ما يقع بينهم، بسبب من لحظ القرائن،

---

(٨٢) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/٩٨، المغني ١٤/١٧، مغنى المحتاج ٦/٢٨٢-٢٨٣، الإقناع ٦/٣١٠، شرح منتهى الإرادات ٣/٤٩٦، كشاف القناع ٦/٣١٠.

(٨٣) ينظر المبحث الماتع المفيد الذي كتبه د. عادل قوته في كتابه: (العرف) ١/٥٨، فقد تكلم بتفصيل شافٍ كافٍ عن أهمية العرف وحاجة الفقيه من مفتٍ وقاضٍ لمعرفته.
وانظر ما كتبه الدكتور عمر الجيدي حول هذا الجانب؛ وذلك في كتابه: (العرف والعمل) ١٤٩-١٥٨.

ورعاية الأمارات، وسؤال أهل الاختصاص والخبرة حتى يكون حكمه موافقاً للحق.

ثانيهما: معرفة الواجب في هذا الواقع، وهو حكم الله ورسوله في تلك النازلة.

وحتى يكون القاضي ملماً بهذا الجانب - وهو فقه الواقع - لا بدّ أن يعرف الناس، ولذا كان اشتراط كونه بلدياً - شرط كمال واستحباب.

الأمر الثاني: - أن مما لا بد منه في القاضي - معرفة الناس، وهذا الأمر في غاية الأهمية، حتى يصيب الحق في حكمه، ويمكن أن نؤيد هذا الجانب بالكثير من كلام أهل العلم الذين نصوا على أنه: لابد للقاضي أن يعرف عادات الناس ويمشيها ويجري عليها، ويلاحظ تغيرها فيجري معه؛ فإذا تغيرت حالاتهم واختلفت أعرافهم، تغير الحكم تبعاً لتغير تلك العادات وتبدل أحوال الناس وتقاليدهم، وذلك وفق قاعدة الشرع المعروفة؛ وهي: أن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير تلك الأعراف، وذلك من دقيق فهم القاضي، وهو ضرب من الاجتهاد في تحقيق المناط الذي يلاحظ فيه تنزيل الحكم على مواضعه تنزيلاً صحيحاً.

وقد صرح غير واحد بأهمية ملاحظة أعراف الناس وعاداتهم عند القضاء عليهم.

فمن ذلك ما قاله الإمام القرافي؛ «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد، والسكّة إلى سكة أخرى لحُمِل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تحددت العادة بها دون ما قبلها... وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيقٌ مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه: هل وجد أم لا»؟ إلى أن قال: «وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه،

ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تُجْرِه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك، والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»(٨٤).

وقال الصنهاجي: «ينبغي للقاضي أن يكون عارفاً بعوائد أهل البلد الذي ولي به؛ ليجري الناس على عوائدهم وأعرافهم، منزلة الشرط المدخول عليه صريحاً»(٨٥).

وقيل للشيخ عبد السلام التونسي: إن هؤلاء القوم امتنعوا من توليتك القضاء لأنك شديد في الحكم؛ قال لهم: «أنا أعرف عوائدهم وأمشيها»(٨٦).

وبناءً عليه ينبغي على القاضي أن يكون خبيراً بشؤون القوم الذين يقضي بينهم، وأن يكون عارفاً بعوائدهم وأعرافهم، وفي هذا يحكى عن مالك قوله: «رحم الله شريحاً، تكلم ببلاده - يعني الكوفة - ولم يرد المدينة، فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين بعدهم، وما حسبوا من أقوالهم، وهذه صدقات رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع حوائط، وينبغي للمرء ألا يتكلم إلا فيما أحاط به خبراً(٨٧).

وقال ابن منظور: إنه لا شك أن أحكام الأقضية والفتاوى تتبع عوائد الزمان وعرف أهلها(٨٨).

فظهر بذلك أنه لا بد من اعتبار العرف والعادة بالنسبة للقاضي، وقد حكى القرافي

(٨٤) الفروق للقرافي ١/١٧٦-١٧٧.
(٨٥) مواهب الخلاق ٢/٢٤٣، نقلاً عن (العرف والعمل) للدكتور عمر الجيدي ١٥٠.
(٨٦) انظر: شرح الزقاقية لعمر الفاسي ٢٤٨، نقلاً عن (العرف والعمل) للجيدي ١٥٠.
(٨٧) مقاصد الشريعة الإسلامية ١٣٩.
(٨٨) انظر: تحفة الأكياس ١/٤٨، نقلاً عن (العرف والعمل) للجيدي ١٥٢.

الإجماع على هذا الأصل؛ فقال: «وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه: هل وُجِد أم لا؟»(٨٩).

ونظراً لأهمية العرف والعادة بالنسبة للقاضي والمفتي اشترط بعض العلماء في الفقيه أن يعرف الناس؛ قال الإمام أحمد رحمه الله: «لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال:

أولها: أن تكون له نية، فإن لم يكن له نية لم يكن عليه نور، ولا على كلامه نور.

والثانية: أن يكون له علم وحلم، ووقار وسكينة.

والثالثة: أن يكون قوياً على ما هو فيه وعلى معرفته.

والرابعة: الكفاية، وإلا مضغه الناس.

والخامسة: معرفة الناس»(٩٠).

قال ابن القيم تعليقاً على ذلك: «وهذا مما يدل على جلالة أحمد ومحله من العلم والمعرفة؛ فإن هذه الخمسة دعائم الفتوى، وأي شيء نقص منها ظهر الخلل في المفتي بحسبه»(٩١).

ثم شرح ابن القيم هذه الخصال الخمس شرحاً ماتعاً؛ أبان فيه حاجة المفتي لتحقق تلك الشروط والصفات، وأثرها فيه وفي الفتوى، وفي شرحه للخصلة الأخيرة منها - وهي معرفة الناس - قال: «وأما قوله: الخامسة: معرفة الناس؛ فهذا أصل عظيم يحتاج إليه

---

(٨٩) الفروق ١/١٧٦.

(٩٠) انظر: إبطال الحيل لابن بطة ٢٤، العدة في أصول الفقه ٥/١٥٩٩، طبقات الحنابلة ٢/٥٧، إعلام الموقعين ٤/١٥٢، كشاف القناع ٦/٢٩٩.

(٩١) إعلام الموقعين ٤/١٥٢.

المفتي والحاكم؛ فإن لم يكن فقيهاً فيه، فقيهاً في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر؛ له معرفة بالناس؛ تصورَ له الظالمُ بصورة المظلوم وهو عكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق، ولبس كل مبطل ثوب زور تحتها الإثم والكذب والفجور.

وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم؛ فإن الفتوى تتغير بتغيير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله(٩٢).

فالنظر إلى هذا الاشتراط في المفتي الذي لا يعتبر كلامه ملزماً واجب النفاذ؛ فكيف بالقاضي الذي يحترز لأحكامه أكثر مما يحترز لفتوى الفقيه، لأنها تأخذ طابع الإلزام، ولا تقبل النقض، وغير ذلك من الفروق التي تعزز من مكانة الحكم والقضاء، وتجعل الاحتياط له أكثر، والأثر المترتب عليه أعظم.

وفي بيان أهمية معرفة الناس للمفتي يقول الخطيب البغدادي: «إن الفقيه يحتاج أن يتعلق بطرف من معرفة كل شيء من أمور الدنيا والآخرة، وإلى معرفة الجد والهزل، والخلاف والضد، والنفع والضر، وأمور الناس الجارية بينهم، والعادات المعروفة منهم، فمن شرط المفتي النظر في جميع ما ذكرناه، ولن يدرك ذلك إلا بملاقاة الرجال، والاجتماع مع أهل النحل والمقالات المختلفة، ومساءلتهم، وكثرة المذاكرة لهم، وجمع الكتب، ودرسها، ودوام مطالعتها(٩٣).

(٩٢) إعلام الموقعين ٤/١٥٧.
(٩٣) الفقيه والمتفقه ٢/٣٥.

ويعمق القرافي النظرة لهذا الشرط؛ فيوجب على المفتي الاحتراز لفتواه؛ وذلك بالتأكد من حال المستفتي، وعادة البلد الذي أتى منه، ثم بناء الفتوى على حال البلد الذي أتى منه، لا البلد الذي وصل إليه؛ فيقول: «ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفتٍ لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا؛ ألا يفتيه بما عادته يفتي به؛ حتى يسأله عن بلده، وهل حدث لهم عرف في ذلك اللفظ اللغوي أم لا؟ وإن كان اللفظ عرفياً، فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد في عرفه أم لا؟ وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء، وأن العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواء، أن حكمهما ليس سواء(٩٤).

بل إن القرافي يذهب إلى أكثر من ذلك؛ فيلزم المفتي بإجراء عادة البلد الذي ينتقل إليه وإن كانت عادته في بلده الإفتاء بغير ذلك، ويلزمه أيضاً إذا انتقل لبلد ثالث أن يفتي بعادة البلد الجديد، لا عادة البلد المنتقل منه.

ولم يقف القرافي عند هذا الحد، بل تجاوز ذلك إلى القول بأنه إذا قدم على المفتي أحد من بلد آخر عادته مضادة للبلد الذي يفتي فيه المفتي فإنه يفتي ذلك القادم بعادة بلده، لا عادة بلد المفتي.

يقول رحمه الله: « وكذلك الدعاوي، إذا كان القول قول من ادعى شيئاً؛ لأنه العادة، ثم تغيرت العادة، لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه، بل ولا يشترط تغيير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه، لم نفته إلا بعادة بلده، دون عادة بلدنا(٩٥).

(٩٤) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ٢٣٢، وقد نقله عنه ابن فرحون أيضاً في: (تبصرة الحكام) ٧٦.
(٩٥) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ٢١٩، ونقله عنه أيضاً ابن فرحون في تبصرة الحكام ٧٣.

ويتوافق البهوتي مع القرافي فيما ذهب إليه؛ فيرى أنه لا يجوز للمفتي أن يفتي بناءً على ما اعتاده هو؛ بل لابد من ملاحظة عرف البلد الذي يفتي فيه، وإن خالفت أعرافهم الحقائق الأصلية اللغوية، فينبغي أن يعمل بتلك الأعراف؛ لأن العرف مقدم على الحقيقة المهجورة.

يقول البهوتي: «ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق باللفظ؛ كالطلاق والعتاق والإيمان والأقارير بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ؛ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها؛ بل يحملها على ما اعتادوه وعرفوه؛ وإن كان الذي اعتادوه مخالفاً لحقائقها الأصلية اللغوية؛ لما تقدم في الإيمان أن العرف يقدم على الحقيقة المهجورة(٩٦).

وقد اختصر ابن عابدين واجب المفتي - ومثله القاضي - في هذا الباب بقوله: «لابد للمفتي من معرفة الزمان وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام، أو أنه مخالف للنص أو لا، ولابد له من التخرج على أستاذ ماهر، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل(٩٧).

وإذا كان العلماء قد شددوا في اعتبار العادة وأعمالها بالنسبة للمفتي، وذكروا مدى خطورة صدور الفتوى بغير اعتبار لعادة البلد الذي تجري فيه الفتوى، بل لعادة المكلف الذي تجري عليه الفتيا، فإن الشأن يكون أعظم بالنسبة للقاضي؛ لما يتركه الحكم من أثر؛ بل لما قد يترتب عليه من ضرر إذا أهملت العادة والعرف، ولذا فلا يستغرب اشتراط كون القاضي من أهل البلد، واعتبار ذلك من شروط الكمال والاستحباب.

ومن هنا يترجح لي القول باشتراط أن يكون القاضي من أهل البلد الذي يقضي فيه

(٩٦) كشاف القناع - مع متن الإقناع ٦/٣٠٤.
(٩٧) مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف ٢/١٢٩.

قدر الإمكان، خاصةً في هذا الزمان الذي انتشرت فيه الكليات الشرعية في بلاد المسلمين في كل مكان؛ فينبغي أن يختار من كل بلد من هو أهل لتولي هذه الولاية؛ لأنه يتوافر فيه في الغالب من معرفة الناس ما يساعده على تطبيق العادة والعرف عند إصدار الأحكام؛ وذلك أحرى بموافقة الحق وإصابته؛ لما للعرف والعادة من أهمية في تحقيق مناط الحكم على المكلفين، ولأنه من أعظم عوامل السعة والمرونة وتحقيق مصالح المكلفين في الشريعة.

ويؤيد ذلك أن الشارع قد أوجب الأخذ بالعرف؛ فقال تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾(٩٨)، كما قال ابن القيم(٩٩)، فيكون ذلك من قبيل وسيلة وذريعة الواجب، فيكون القضاء بالعرف واجباً، وإن كنا لا نستطيع أن نزعم أن كون القاضي بلدياً هو أمر واجب، أو شرط صحة؛ لأن غير البلدي قد يعرف عادة البلد فيقضي بها، فيسقط الطلب، إلا أنه لا ينبغي الخلاف في أن القاضي البلدي أعرف - في الجملة - بعوائد البلد، ومن هنا استحب اشتراط هذا الشرط في القاضي.

المطلب الخامس: القواعد الفقهية المؤيدة لهذا الشرط

ذكر علماء القواعد الفقهية عدة قواعد فقهية تؤيد اشتراط العمل بالعادة والعرف(١٠٠) بالنسبة للحكام والقضاة، وهذا مما يدل على أهمية معرفة القاضي لعادة البلد الذي يقضي

(٩٨) من الآية ١٩٩ من سورة الأعراف.

(٩٩) انظر: الطرق الحكمية ١٠١.

(١٠٠) ينبغي التنبيه على أن معظم القواعد المندرجة تحت قاعدة (العادة محكمة) تدعم العمل بهذا الشرط وتؤيده، ولكني أقتصر هنا على ذكر أمثلة من تلك القواعد الكلية التي تتعلق بعمل الحاكم والقاضي؛ لتعلق اشتراط كون القاضي بلدياً بهما، ويمكن الاطلاع على أمثلة من قواعد العادة والعرف في كتاب الدكتور يعقوب الباحسين «قاعدة العادة محكمة» من ص ٢٣٥ إلى ص ٢٤٢؛ فقد ذكر ٨٠ أصلاً وضابطاً تحت هذه القاعدة، كما حوت كتب القواعد الفقهية والأشباه والنظائر والدراسات التي جمعت القواعد الفقهية عند علماء؛ كالقرافي وابن تيمية وابن القيم، قواعد كثيرة متعلقة بالعادة وأثرها في تصرفات المكلفين - ومنهم القضاة والخصوم - عند العمل.

فيه، سواءً أكان القاضي بلدياً أم غير بلدي؛ ومن تلك القواعد:

١- «أنه إذا انتقل العرف أو بطل؛ بطلت سببيته في ذلك بحسب الأعصار والأمصار»(١٠١).

٢- «أن كل حكم مرتب على عادة فإنه ينتقل بانتقالها إجماعاً، كما تختلف النقود في المعاملات، والألفاظ في المتعارفات، وصفات الكمال والنقص في عيوب المبيعات، فالمعتبر في ذلك كله العادة، فإذا تغيرت تغير الحكم»(١٠٢).

٣- «أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت»(١٠٣).

٤- «أنه إذا اختلفت العوائد في الأمصار والأعصار وجب اختلاف الأحكام»(١٠٤) ونحوها: «أجمع العلماء على تغير الأحكام المبنية على العوائد» (١٠٥).

٥- «أن انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام»(١٠٦).

٦- «أن العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعاً»(١٠٧).

٧- «أن العرف أصل يرجع إليه عند التخاصم»(١٠٨).

٨- «أن استعمال الناس حجة يجب العمل به»(١٠٩).

---

(١٠١) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ١٥٣، نقلاً عن: قواعد المقري. القاعدة ١٠٣١.
(١٠٢) انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ١٥٣ - ١٥٤ نقلاً عن: قواعد المقري القاعدة ١٠٣٧.
(١٠٣) انظر: الفروق ١/ ٦٧١ .
(١٠٤) انظر: الفروق ٤ / ٣١٠ .
(١٠٥) انظر: إعلام الموقعين ٣ / ٦٥ .
(١٠٦) انظر: الفروق ١ / ٤٥ .
(١٠٧) انظر: المنثور ٢ / ٣٥٦ .
(١٠٨) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف ٢/ ٩ ، ١٧ ، ٨٤ ، ١٠٩ ، ١٢٩، وقد نقله عنه الدكتور محمد الروقي في كتابه: (القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف) للقاضي عبد الوهاب ٢٤٠.
(١٠٩) وهي المادة ٣٧ من قواعد مجلة الأحكام العدلية. انظر: درر الحكام ١/ ٤٦، شرح القواعد الفقهية للزرقا ٢٢٣.

٩- «أن من ثبتت عنده عادة قضى بها»(١١٠)، و«كل ما شهد به العادة قضى به»(١١١).

١٠- «أن العرف يعتبر في كل موضع عرف أهل ذلك الموضع مما يطلقونه عليه من الاسم»(١١٢).

١١- «أن كل دعوى ينفيها العرف وتكذّبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة»(١١٣).

١٢- أن «ضابط الغبن الموجب للخيار ما شهدت به العادة أنه ليس من الغبن الذي يقع بين التجار»(١١٤).

١٣- أن «حريم الدار المحفوفة بالموات: مرافقها العادية»(١١٥).

١٤- «أن كلام الناس يُحمل على ما جرت به عادتهم في خطابهم بهم»(١١٦).

١٥- أن «المرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به»(١١٧).

المطلب السادس
العلاقة بين اشتراط بلدية القاضي وقضاء القاضي بعلمه

مما ينبغي أن يتبادر إلى الذهن عند بحث مسألة اشتراط كون القاضي بلدياً؛ مسألة

(١١٠) انظر: الفروق ٤/١٠٣.
(١١١) انظر: الفروق ٣/١٤٩.
(١١٢) انظر: رسالة نشر العرف ضمن مجموع رسائل ابن عابدين ٢٩.
(١١٣) انظر: الفروق ٤/٨٠ - ٨١، تنقيح الفصول ٤٥٤، إعلام الموقعين ٣/٢٧٣، الطرق الحكمية ١٢٦، الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٤٠٥، تبصرة الحكام ١/١١٠ - ١١١، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين ٣٨٣.
(١١٤) انظر: الذخيرة ٥/١٣٣، القواعد والضوابط الفقهية القرافية ٢/٧٧٤.
(١١٥) أي: الدار التي يحف بها أراض موات، فمرافقها ما جرت به العادة، انظر: الذخيرة ٦/١٥٣، القواعد والضوابط الفقهية القرافية ٢/٨٤١.
(١١٦) انظر: الفروق للقرافي ١/١٧٣، مجموع الفتاوى ٣١/١٨، الاختيارات الفقهية ١٧٥، المنثور ٢/٣٧٧، التمهيد للأسنوي ٢٣٠، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير ٤٣١، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية ٢/١٢٩.
(١١٧) انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٣٦، الاختيارات الفقهية ٢٧٩، تبصرة الحكام ١/٤٢، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٩٨، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة ١/٣٥٥.

أخرى وهي: قضاء القاضي بعلمه، وهل يتعارض هذا الشرط مع منع القاضي من القضاء بعلمه لمن قال به؟ وذلك أن كون القاضي من أهل البلد يقتضي أن يقضي بعلمه، وتؤثر بلديته في أحكامه، فهل بلدية القاضي مؤثرة في قضاء القاضي بعلمه؟.

هذه المسألة – قضاء القاضي بعلمه – من المسائل التي اختلف فيها العلماء بين مانع ومجيز، وقائل بالتفاصيل، والتفريق بين مسائل وأحوال يجوز فيها أن يقضي بعلمه وأخرى لا يجوز فيها ذلك.

والمراد بعلم القاضي محلِّ الخلاف هو معرفة القاضي بالسبب الموجب للحكم.

وقيل: هو ظنه المؤكد الذي يجوز له الشهادة مستنداً إليه.

فعلم القاضي هو المعرفة المؤكدة برؤية أو سماع، أو مشاهدة السبب الموجب للحكم في النزاع المعروض عليه، سواء أكان ذلك قبل تقلده القضاء في الموضع الذي يقضي فيه، أم بعد تقلده له(١١٨).

وصورة ذلك: أن القاضي إذا علم بحادثة من الحوادث برؤية أو سماع، أو نقل بغير طريق البيئة، أو سمع شخصاً يقر لآخر بدين عليه في ذمته، أو علم بتملك شخص لملك ثم نازعه فيه آخر، ونحو ذلك، ثم تنازع الأطراف المتعلق بهم العلم لدى القاضي، فهل يسوغ له أن يقضي بما علم؟، أم يلزم طرفي الخصومة بوسائل الإثبات المختلفة؛ كالبينة واليمين والشاهد واليمين والقرائن والنكول، وغيرها من وسائل الإثبات المتفق عليها والمختلف فيها؟

وقبل أن نبين وجه الجمع والفرق بينها وبين مسألتنا – اشتراط كون القاضي من أهل البلد – لابد أن نذكر –باختصار – خلاف الفقهاء في مسألة قضاء القاضي بعلمه.

(١١٨) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٢١، تبصرة الحكام ٢ / ٤٧ نظام القضاء في الفقه الإسلامي ١٧٧، قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي، مجلة العدل ع٢٢ ص٤٧.

فقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز قضاء القاضي بعلمه، وهو مذهب مالك(١١٩). وظاهر مذهب أحمد(١٢٠) وقول محمد بن الحسن من الحنيفة(١٢١)، وجماعة من السلف والخلف(١٢٢)، وهو ما سار عليه النظام القضائي السعودي، وجميع قوانين الإثبات في الدول العربية(١٢٣)، وعدم الجواز عندهم ليس للمنع المطلق، لكن خشية أن يفتح ذلك باباً لقضاة السوء فيظلمون الناس، وخشية أن يكون القاضي موضع تهمة.

القول الثاني: جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً، وهو مشهور مذهب الشافعي(١٢٤). ورواية عند أحمد(١٢٥)، وقول ابن حزم الظاهري؛ بل رأى أنه فرض عليه(١٢٦)، وقول أبي حنيفة(١٢٧)؛ لكنه قيده بأنه لا يحكم في حقوق الله، ولا في فيما علمه قبل ولايته أو في غير محلها.

القول الثالث: جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً في غير الحدود، وهو قول كثير من فقهاء الشافعية(١٢٨). ورواية عند أحمد(١٢٩)، ونسب إلى صاحبي أبي حنيفة(١٣٠)،

---

(١١٩) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١ / ١٤٧، بداية المجتهد – مع الهداية – ٨ / ٦٦٥، المحلى ٨ / ٥٢٣.
(١٢٠) انظر: المغني ١٤ /٣١ بداية المجتهد ٨ / ٦٦٥، الطرق الحكمية ٢٠٤.
(١٢١) انظر: بدائع الصنائع ٥ / ٤٤٦، المغني ١٤ / ٣١، المحلى ٨ / ٥٢٣.
(١٢٢) انظر: المحلى ٨ / ٥٢٣، بداية المجتهد ٨ / ٦٦٥، المغني ١٤/٣١ بدائع الصنائع ٥ / ٤٤٥ – ٤٤٦، رد المحتار ٨ / ١٤٠، مغني المحتاج ٥ / ٢٩٦.
(١٢٣) انظر: قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي، مجلة العدل ع٢٢ ص٤٧.
(١٢٤) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/١٤٨ أدب القاضي للماوردي ٢/٣٦٨، المحلي ٨/٥٢٤، بدائع الصنائع ٥/٤٤٥، مغني المحتاج ٥/٢٦٩، المغني ١٤/٣١.
(١٢٥) انظر: المغني ١٤/٣١، الطرق الحكمية ٢٠٤.
(١٢٦) انظر: المحلي ٨/٥٢٣، الطرق الحكمية ٢٠٦.
(١٢٧) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/١٤٩، أدب القاضي للماوردي ٢/٣٦٨، بدائع الصنائع ٥/٤٤٥-٤٤٦، المحلي ٨/٥٢٣، المغني ١٤/٣١.
(١٢٨) انظر: أدب القاضي للماوردي ٢/٣٧٠، المنهاج للنووي مع مغني المحتاج ٦/٢٩٦-٢٩٧، الطرق الحكمية ٢٠٤-٢٠٦.
(١٢٩) انظر: الطرق الحكمية ٢٠٤، المبدع ١٠/٦٢.
(١٣٠) انظر: أدب القاضي للماوردي ٢/٣٧٠، بدائع الصنائع ٥/٤٤٦، المحلى ٨/٥٢٣.

وإليه ذهب كثير من العلماء(١٣١).

ومحل هذا الخلاف في غير بعض الصور التي حكى بعض العلماء الإجماع على أنه يقضي فيها بعلمه؛ وهذه الصور هي:

الأولى: القضاء بالعلم فيما يتعلق بالجرح والتعديل في حق الشهود، وأهل التزكية(١٣٢).

الثانية: لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف علمه، ولو مع البينة(١٣٣).

الثالثة: للقاضي أن يحكم بعلمه فيما يحدث في مجلس حكمه؛ كظهور لرد أو كذب أحد الخصمين، أو حدوث تعدٍّ بالضرب، أو الجرح والقذف، ولا يحتاج إلى بينة(١٣٤).

الرابعة: للقاضي أن يحكم بما سمعه في ساحة المحكمة من إقرار الخصوم(١٣٥).

وبعد حكاية صور الاتفاق وأقوال المختلفين في موضع الخلاف في مسألة قضاء القاضي بعلمه، يأتي السؤال الذي عرضته سابقاً؛ وهو: ما وجه الجمع والفرق بين هذه المسألة ومسألة البحث: اشتراط كون القاضي بلدياً؟

وللجواب على ذلك نقول:

أولاً: بالنسبة لمن قال: إنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه مطلقاً، أو بشرط، فلا يتصور التعارض بين المسألتين؛ وذلك أن القاضي يعمل بمؤدى علمه ومقتضى ما يتوافر

---

(١٣١) انظر: المحلى ٨/٥٢٣، الطرق الحكمية ٢٠٦، مغني المحتاج ٦/٢٩٧، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٢١، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ١٧٧-١٨١، قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي ٩٢.

(١٣٢) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/١٤٧، أدب القاضي للماوردي ٢/٣٦٩، المغني ١٤/٣٣، الطرق الحكمية ٢٠٤، مغني المحتاج ٦/٢٦٩، تبصرة الحكام ٢/٤٧.

(١٣٣) انظر: أدب القاضي لابن القاصّ ١/١٤٧، المنهاج للنووي ٦/٢٦٩، تبصرة الحكام ٢/٤٨.

(١٣٤) انظر: المبسوط ٩/١٢٤، تبصرة الحكام ٢/٤٨، قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي ٥٠.

(١٣٥) انظر: تبصرة الحكام ٢/٤٨-٤٩، قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي ٥٠.

له من معرفة، ومن ذلك: المعرفة التي تتوافر له باعتباره من أهل البلد، وذلك من خلال معرفته بأهل ولايته، والمحقّ منهم من المبطل، والعدل من غيره، وألفاظهم وعباراتهم، وكناياتهم، وصريح ألفاظهم، وما هو قادح جارح من الألفاظ، وما ليس كذلك، وصيغهم، ووسائل التملك والقبض عندهم، وغير ذلك من معاملات وحقوق وحدود وتعزيرات، فإن أهل هذا الرأي قد خولوا القاضي أن يقضي بعلمه، سواء بسبب بلديته، أو لم يكن العلم علاقة لكونه من أهل المسائل، فأصحاب هذا القول هم من يتوجه القول بأن رأيهم هذا قد يتعارض مع اشتراط كون القاضي بلدياً؛ أو أن ذلك الاشتراط لا فائدة له؛ لأن القاضي ممنوع من أن يعتمد على ما يتوافر له من معلومات، ومن ذلك ما اكتسبه بصفته بلدياً.

إلا أنه مع ذلك هناك صور لا يتضاد فيها منعه من القضاء بعلمه، وكونه من أهل البلد؛ ومن تلك الصور:

الصورة الأولى: قضاؤه على الشهود جرحاً وتعديلاً؛ قبولاً ورفضاً، وهذه الصورة ذكرنا أنها من صور الاتفاق التي حكى العلماء جواز قضاء القاضي بعلمه فيها، وقد استدل بعض من اشترط بلدية القاضي على ما ذهبوا إليه؛ بأن البلدي يعرف حال الشهود والمطعون منهم من المعدل، وقد سبق ذكر ذلك عند حكاية الأقوال في اشتراط هذا الشرط.

وبناءً على ذلك فإن القاضي يستطيع القضاء بعلمه في هذا الجانب، وهذا مفيد له في الوصول للحق، والتحقق من حال الشهود بدلاً من التطويل الذي قد يكون غير موصل للحق؛ وذلك بالتأكد من أحوالهم عن طريق سؤال من يزكيهم.

الصورة الثانية: اعتماد القاضي على عبارات المتخاصمين، ومعرفة مراداتهم، والاستدلال على مقاصدهم من خلال معرفة عاداتهم، ككنايات الطلاق والقذف، فهذه

الصورة قد يتوهم أن لعلم القاضي أثراً فيها، وأنه قد يجري فيها الخلاف في منع القاضي من القضاء بعلمه، ولكن هذه الصورة أيضاً مما لا ينبغي أن يجري فيه الخلاف، بل إنه يجوز للقاضي أن يقضي فيها بعلمه، وذلك لأن عادات الناس وأعرافهم مما يساعد على تطبيق مناط الحكم، وليست وسيلة للإثبات، ومنع القاضي من القضاء بعلمه يتعلق بوسائل إثبات الحكم، لا التحقق من تطبيقه الذي هو شأن العادات والأعراف التي يساعد اعتماد القاضي عليها إلى إيصال الحق لمستحقه، وهذا هو المقصد الأعظم للقضاء.

الصورة الثالثة: وهي قريبة من سابقتها؛ وهي اعتماد القاضي على كونه من أهل البلد وما يتركه ذلك من أثر على علمه في إثبات وسائل التملك ونقل الملك؛ وذلك كصور القبض؛ من صيغ ومعاطاة، وإحياء الموات، وكيف وبم يحصل، ونحو ذلك؛ فهذه أيضاً – وإن أثرت في علم القضاء – إلا أن الحكم الذي يصدره القاضي لا يتوقف على معرفته في خاصة نفسه دون سائر الناس حتى نقول: إنها من قبيل علم القاضي الذي لو قضى به لأدى إلى اتهامه – وهي أعظم حجة تمسك بها من قال بمنع القاضي من القضاء بعلمه – بل تلك المسائل مما يعرفه أهل البلد كلهم أو غالبهم؛ وذلك لأنها من قبيل العادات والأعراف التي يعرفها ويتعودها أكثر الناس، بل كلهم في مكان ما، وبذلك فإن هذه وإن كان لها تعلق بعلم القاضي إلا أن العلة التي لأجلها منع القاضي من القضاء بعلمه غير موجودة في هذه الصورة؛ لأنها مما يشتهر ويعرفه أهل البلد جميعاً، ولا يختص القاضي بعلمه، فساعد ذلك على القول بجواز اعتماد القاضي على تلك المعرفة؛ بل إنها من أفضل وسائل فصل الخصومات، وقناعة الخصوم بما تعودوه وعرفوه في بلدتهم.

الصورة الرابعة: قضاء القاضي بالتعزيرات وكيفيتها، وما يكون سبباً للتعزيز، وما ليس كذلك، واعتماده على علمه بما يكون موجباً لذلك، والأحوال التي ينكأ بها من

يريد الحكم عليه، ما يزجره وما ليس كذلك، وذلك بناءً على معرفته بعادات البلد الذي يقضي فيه، فهذه أيضاً ليست من القضاء بالعلم التي جرى فيها الخلاف جوازاً ومنعاً؛ بل هي من قبيل تحقيق مناط النص الذي أمر فيه بالتعزيز، وفوض للحاكم سلطة تقديرية للتعزيز بما يناسب، ويردع ويزجر المستوجب له، وبناءً عليه: فليست هذه الصورة من صور قضاء القاضي بعلمه الممنوع منه على قول لبعض أهل العلم.

والخلاصة: أن كون القاضي بلدياً، ويعرف عادات البلد الذي يقضي فيه؛ لا يؤدي إلى قضائه بعلمه الممنوع على قول، بل إنه من قبيل تحقيق المناط، وتطبيق مقتضى النصوص في بعض الأحوال، كما أنه لا يؤدي إلى اتهام القاضي في قضائه بسبب علم توافر لديه وخفي على غيره؛ وذلك أنه يقضي بشيء يعلمه هو ويعلمه غيره من أهل تلك البلدة، وبذلك تنتفي التهمة التي عول عليها من منع القاضي من القضاء بعلمه تعويلاً كبيراً في أحوال أخرى، والله أعلم.

المبحث الثاني
أثر اشتراط بلدية القاضي في تصرفاته القضائية

إن اشتراط كون القاضي من أهل البلد - وإن كان شرط كمال واستحباب - عند من قال به؛ ذو أثر معتبر في تصرفات القاضي القضائية والأحكام الصادرة منه، وقد عقد بعض العلماء أبواباً في كتبهم عنونوا له:

بالقضاء بالعرف والعادة(١٣٦)، ذكروا فيها تطبيقات متنوعة من أبواب الفقه الإسلامي لعمل القاضي بالعرف والعادة؛ إذ فيهما:

(١٣٦) انظر: المجموع المسهب ١/ ١٤٢، القواعد للحسني ١/ ٣٦٠ -٣٦١، الطرق الحكمية ٢٢، تبصرة الحكام ٢/ ٦٨، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٢٨، مواهب الجليل للحطاب ٩/ ٣٨٠ (المكتبة الشاملة)، العرف والعادة في رأي الفقهاء ١٥١، العرف والعمل في المذهب المالكي ١١٩ وما بعدها، قاعدة (العادة محكمة) ١٤١ وما بعدها.

«تسهيل على القضاء لأنه يحل محل النصوص التفصيلية في الأحكام عند خفائها أو فقدانها؛ اعتماداً على مألوف الناس ومعهوداتهم في كثير من الوقائع الواقعة أو المتوقعة، ويتفق الفقهاء المسلمون والقانونيون والمعاصرون على أن النصوص لا تغني عن العرف. . . وقلما يخلو باب من أبواب الفقه من الاعتماد عليه، حتى في الجرائم والعقوبات»(١٣٧)، ولا شك أنه «كلما كان المجتهد أكثر اتصالاً بالناس وأعرف بأحوالهم وتقاليدهم وعاداتهم كان رأيه مقدراً في الفتوى والقضاء؛ لأنه إذ ذاك يكون أميل إلى الرفق بالناس، وأقرب إلى العدل والإنصاف(١٣٨).

وسوف أذكر بعض الأمثلة من أبواب الفقه لحاجة القاضي للعرف والعادة عند إصدار حكمه، وكونه من أهل البلد يساعده في ذلك، وذلك من خلال المطالب التالية:

- المطلب الأول: أثر بلدية القاضي في ضبط صفات العدالة والمروءة:

ولا شك أن معرفة ذلك ينبغي أن يوزن بالمقاييس الشرعية، وتحديدُ المقبول والمرفوض من الأفعال والصفات فيما عدا ذلك إنما يعرف من العادات المستقرة والمقبولة(١٣٨)، ولهذا قال في (المصباح المنير): «العدالة: صفة توجب مراعاتُها الاحترازَ عما يخل بالمروءة عادة ظاهرة، فالمرة الواحدة من صغائر الهفوات وتحريف الكلام لا تخل بالمروءة ظاهراً؛ لاحتمال الغلط والنسيان والتأويل، بخلاف ما إذا عرف منه ذلك وتكرر، فيكون الظاهر الإخلال، ويعتبر عرف كل شخص وما يعتاده من لبس، وتعاطيه للبيع والشراء، وحمل الأمتعة وغير ذلك، فإذا فعل ما لا يليق به لغير ضرورة قدح، وما لا فلا(١٤٠).

(١٣٧) العرف والعمل في المذهب المالكي ١٢٠.
(١٣٨) العرف والعمل في المذهب المالكي ١٤٠.
(١٣٩) انظر: قاعدة (العادة محكمة) ١٤٣ -١٤٤.
(١٤٠) المصباح المنير (مادة عدل) ص: ٢٣٦ -٢٣٧. والعدالة: استواء أحوال المرء في دينه، واعتدال أقواله وأفعاله، ويعتبر لها شيئان: الصلاح في الدين؛ وهو أداء الفرائض، واجتناب المحارم؛ وهو ألا يرتكب كبيرة، ولا يدمن على صغيرة. وانظر في تعريفها: أدب القاضي للماوردي ١/٦٣٤، المقنع ٣/٦٨٩ -٦٩٠، الكافي ٤/٥٢٢ -٥٢٣، الإنصاف ١٢/٤٣ -٤٦.

المطلب الثاني: أثر بلدية القاضي في بعض مسائل النكاح؛ ومنها:

١- أثرها في ضبط الكفاءة في النكاح؛ وهي كون الزوج نظيراً لزوجته، وذلك ليتم الانسجام بينهما، ولا يلحق بأي منهما ما يضر بسمعته، وذلك إنما يعرف من مجاري العادات وما تعارفه المجتمع (١٤١).

٢- إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فما يعرف للرجال فهو للرجال، وما يعرف للنساء فهو للنساء، وما يصلح لهما فهو للرجال (١٤٢).

٣- رجل بعث إلى امرأة شيئاً أو اشترى لها أمتعة بعدما بنى بها، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت: هو هدية، فقد قيل: إن القول قول الزوج، إلا فيما يؤكل فالقول لها؛ لأن في غير المأكول يشهد له الظاهرُ بكذبه والعرفُ الجاري بخلافه(١٤٣).

٤- وإذا اختلف الزوج والزوجة في النفقة، وادعت أنه لم ينفق عليها، فذهب مالك وأحمد بن حنبل رحمهما الله أنه لا يقبل قول المرأة في ذلك ولا في دعواه أنه لم يكسها فيما مضى من الزمان؛ لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن الظاهرة لها(١٤٤).

وقد ذكر ابن فرحون عدة أمثلة غير ما ذكرنا هنا لأثر العادة والعرف في تصرفات القاضي في باب النكاح(١٤٥).

المطلب الثالث: أثر بلدية القاضي في التعرف على إحياء الموات؛ ومن مسائله:

١- التعرف على كيفية إحياء الموات؛ فقد اختلف في صفة الإحياء الذي يكون به فاعله مستحقاً للتملك بالاستيلاء الشرعي؛ وللعلماء في ذلك أقوال؛ منها: أن يعمر

(١٤١) انظر: قاعدة (العادة محكمة) ١٤٤.
(١٤٢) انظر: قواعد الأحكام ٢/٤٧، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٢٩، تبصرة الحكام ٢/ ٦٨، العرف والعادة ١٥٦ -١٥٧، العرف وأثره في الشريعة والقانون ٢٣٤.
(١٤٣) انظر: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ١٢٩.
(١٤٤) انظر: تبصرة الحكام ٦٩.
(١٤٥) انظر: تبصرة الحكام ٦٨ - ٧٧.

الأرض لما يريدها له، ويرجع في ذلك إلى العرف؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق الإحياء ولم يبين(١٤٦)؛ فحمل على المتعارف(١٤٧).

قال ابن قدامه في (المغني): «الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء، ولم يبينه، ولا ذكر كيفيته، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف»(١٤٨).

وقيل: إن الإحياء يكون بأن يحوط على الأرض بحائط يكون منيعاً يمنع ما وراءه، ويكون مما جرت العادة بمثله(١٤٩)؛ قال ابن قدامة: «ويختلف باختلاف البلدان، فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها كأهل حوران وفلسطين، أو بالطين كالفطائر لأهل غوطة دمشق، أو بالخشب أو بالقصب كأهل الغور، كان ذلك إحياء، وإن بناه بأرفع مما جرت به عادته كان أولى»(١٥٠).

فظهر أثر العادة في إحياء الموات سواءً أكان ذلك بالاعتماد عليها لتحديد الإحياء مباشرةً، أم كان بالتحويط، ويرجع في تحديده للعرف، وعندما يكون القاضي من أهل البلد فإنه يستطيع أن يعرف تلك العادة ويحكم بموجبها بالإحياء من عدمه، وقد علم أن البلدان تتفاوت - كما ذكر ابن قدامة - في طرق الإحياء، فلا يصح أن يلزم أهل بلد بعادة

---

(١٤٦) وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: (من أحيا أرضاً ميتة فهي له)، أخرجه البخاري بهذا اللفظ عن عمر رضي الله عنه تعليقاً، والإمام أحمد في المسند، والترمذي من حديث جابر وغيره من الصحابة، وأسنده البخاري عن عائشة رضي الله عنها بلفظ: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق»، وأخرجه الترمذي عن جابر بن عبد الله، وقال عنه: حسن صحيح، وصححه الألباني، وأورده من طرق متعددة.
وانظر في هذا الحديث وتفاصيل تخريجه: فتح الباري ٥/١٨، جامع الترمذي - مع تحفة الأحوذي - أبواب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ٤/٥٢٤ -٥٢٥، نصب الراية ٤/٢٨٨، جامع الأصول ١/٣٤٧ - ٣٥١، إرواء الغليل ٥/٣٥٣ ، ٦/٤.

(١٤٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد ٢/٤٣٧، المغني ٨/١٧٧، قاعدة العادة محكمة ١٤٨، العرف للدكتور عادل قوته ٢/٨٢٤ -٨٣٧.

(١٤٨) المغني ٨/١٧٧.

(١٤٩) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد ٢/٤٣٧، المغني ٨/١٧٦ - ١٧٧، المحرر ١/٣٦٧، المنهاج للنووي - مع مغني المحتاج - ٣/٥٠٣، شرح الكوكب المنير ٤/٤٥٢، السراج الوهاج للغمراوي ٢٩٩.

(١٥٠) المغني ٨/١٧٧.

بلد آخر في هذا الأمر، وقد لوحظ من صنيع بعض قضاة هذا الزمان اعتماد عادة بلد، وإلزام سائر البلدان بها، وذلك بالقضاء بعادة البلد الذي ينتمي له القاضي ويعرفها؛ على بلد آخر يقضي فيه هذا القاضي، وهذا ليس من العمل بالعادة؛ بل غاية ما فيه أنه قياس على عادة بلد آخر، وهذا إهمال للعادة، وليس بإعمال.

وقد ذكر العلماء أن الموات القريب من العامر، وتتعلق مصالحه به، من طرقه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، وملقى ترابه، وآلاته؛ لا يجوز إحياؤه؛ قال ابن قدامة: «بغير خلاف في المذهب الحنبلي»(١٥١)، ولكن ما حد القريب الذي لا يجوز إحياؤه، والبعيد الذي يجوز إحياؤه؟ بيّن ابن قدامة ذلك، وذكر أن المرجع الصحيح في ذلك للعرف؛ فقال: «إذا ثبت هذا فإنه لا حدَّ يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف، وقال الليث: حدّه غلوة - وهي خمس خمس الفرسخ - وقال أبو حنيفة: حد البعيد: هو الذي إذا وقف الرجل في أدناه، فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه، ولنا أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف، ولا يعرف بالرأي والتحكم، ولم يرد من الشرع لذلك تحديد؛ فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف(١٥٢).

المطلب الرابع: أثر بلدية القاضي في باب الدعاوي، ومن مسائله:

١- رد الدعوى إذا كذبها العرف، وذلك لأن من شروط قبول الدعوى انفكاكها عما يكذبها في العرف والعادة؛ فإذا قضى العرف والعادة بتكذيبها فإنها لا تسمع(١٥٣)، ومثال ذلك: أن يكون رجل حائزاً لدار، متصرفاً فيها سنين طويلة، بالبناء والهدم والإيجار

(١٥١) انظر: المغني ٨/١٤٩.
(١٥٢) المغني ٨/١٥٠.
(١٥٣) انظر: الفروق ٤/٨٠-٨١، تنقيح الفصول ٤٥٤، إعلام الموقعين ٣/٢٧٣، الطرق الحكمية ١٢٦، الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/٤٠٥، تبصرة الحكام ١/١١٠-١١١، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين ٣٨٣، العرف والعادة ١٥٢، العرف وأثره في الشريعة والقانون ٢٣٣، السلطة التقديرية للقاضي ٢١٢.

والعمارة، وينسبها إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكه، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها، ولا يذكر أنَّ له فيها حقاً، ولا مانع يمنعه من مطالبته كخوف من سلطان، أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة، ولا شركة في ميراث، أو ما أشبه ذلك مما تتسامح فيه القرابات والأصهار بينهم، بل كان عرياً من جميع ذلك، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه، ويزعم أنها له، ويريد أن يقيم بذلك بينة، فدعواه غير مسموعة أصلاً، فضلاً عن بينته، وتبقى الدار بيد حائزها، لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة(١٥٤).

٢- تنزيل كلام المتخاصمين على عرفهم في دعواهم وإجابتهم على مقتضى عادتهم في كلامهم، ولا يجوز للقاضي أن يجمد على منقولات الفقهاء التي سجلوها في كتبهم(١٥٥).

المطلب الخامس: أثر بلدية القاضي في تحديد الحرز في السرقة:

وذلك أن تحديده يكون بحسب ما يحفظ فيه ونوعه وفقاً لما جرت العادة بشأنه، وذلك يختلف من مكان وزمان لآخر(١٥٦)، وتقدير ما يصلح حرزاً من غيره يعود للقاضي لإقامة حد السرقة، أو العدول إلى التعزيز، لكون الحرز ليس حرزاً لذلك المال في العادة، وكون القاضي من أهل البلد يساعد في تقدير ذلك وضبطه.

المطلب السادس: أثر بلدية القاضي في أحكام التعزير؛ ومن مسائله:

١- تحديد الجرائم الموجبة للتعزير، وتحديد عقابها؛ وذلك أن العقوبات التعزيرية لم

(١٥٤) انظر: الطرق الحكمية ١٢٥ -١٢٦، العرف والعادة ١٥٢، العرف وأثره في الشريعة والقانون ٢٣٣.
(١٥٥) انظر: تبصرة الحكام ٢/ ٧٠، العرف والعادة ١٥٤، العرف وأثره في الشريعة والقانون ٢٣٣.
(١٥٦) انظر: المجموع المذهب ١/ ١٤٢، القواعد للحصني ١/ ٣٦٠-٣٦١، التشريع الجنائي الإسلامي ٢/ ٥٥٦، قاعدة العادة محكمة ١٤٧.

يحدد الشارع عقاباً محدداً لها، بل ترك بعضها دون تفصيل؛ فأمثال هذه الجرائم ترك الشارع الكشف عنها إلى العرف، وما جرت عليه عادة الناس، فالشتم -مثالاً- علة موجبة للتعزير، ولكن متى يعتبر لفظٌ ما شتماً، ومتى لا يعتبر؟ العرف هو من يكشف عن ذلك (١٥٧).

٢- الكشف عما يكون تعزيراً وما لا يكون؛ فالعرف يكشف عن ذلك(١٥٨)؛ قال القرافي في الفرق بين الحد والتعزيز: «إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فربَّ تعزيرٍ في عصر يكون إكراماً في عصر آخر، ورب تعزيرٍ في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر؛ كقلع الطيلسان(١٥٩) بمصر تعزيرٌ، وفي الشام إكرام، وككشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً، وبالعراق ومصر هوان»(١٦٠).

٣- تحديد مراتب الناس عند تقدير التعزير؛ فقد ذكر بعض الفقهاء أن تقدير التعزير مفوض لتقدير القاضي، وذلك بجعل الناس على أربع مراتب:

- أشراف الأشراف - وهم العلماء والعلوية - ويكون تعزيرهم بالإعلام؛ بأن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا وكذا؛ فينزجر به.

- الأشراف - وهم الأمراء والدهاقين(١٦١) - ويكون تعزيرهم بالإعلام والجرّ إلى باب القاضي والخصومة في ذلك.

- الأوساط - وهم السوقة - ويكون تعزيرهم بالجر والحبس.

- الأخساء، ويكون تعزيرهم بالإعلام والجر إلى باب القاضي والحبس والضرب(١٦٢).

---

(١٥٧) انظر: رد المحتار ٦/١٢١، العرف والعادة ٢٤٦ -٢٤٨، قاعدة العادة محكمة ١٥٧.

(١٥٨) انظر: العرف والعادة ٢٤٨-٢٥٠، قاعدة العادة محكمة ١٥٧، السلطة التقديرية للقاضي ٣٦٨.

(١٥٩) الطيلسان، فارسي معرب: ضرب من الأكسية أسود، من لباس العجم، وقيل: معطف صوف، انظر: لسان العرب ٦/١٢٤.

(١٦٠) الفروق ٤/١٨٣.

(١٦١) الدهقان: معرب يطلق على رئيس القرية وعلى التاجر وعلى من له مال وعقار، وداله مكسورة، وفي لغة تضم، والجمع دهاقين، ودهقن الرجل وتدهقن: كثر ماله. انظر:المصباح المنير ١٢٢.

(١٦٢) انظر: الدر المختار ٦/١٠٤، رد المختار ٦/١٠٤، التعزيز في الشريعة الإسلامية ٤٦٩، العرف والعادة ٢٤٨.

فالقاضي لا يستطيع معرفة أحوال هؤلاء إلا إذا كان من أهل البلد، أو استعان بأهل الخبرة، وعلمه في هذا يكسبه اليقين بخلاف غيره الذي قد يكون علمه ظنياً؛ لأن غير القاضي يختلف تقديره عن تقدير القاضي.

هذه بعض الأمثلة الكاشفة عن توقف عمل القاضي على معرفة عادة البلد وعرفه، وإذا كان القاضي بلدياً فإن ذلك خير معين على معرفة تلك العادات والأعراف، وهو مما يسهم في إصابته للحق ووصوله للحكم الصحيح في النازلة التي ينظرها بين يديه.

ولا شك أن لبلدية القاضي أثراً كبيراً في العمل بالقرائن التي هي إحدى الطرق التي يحكم بها الحاكم، وذلك لمعرفة القاضي الذي من أهل البلد بالقوانين الحالية والمقالية المفضية للحكم؛ وذلك لمعرفته بألفاظ الناس وعباراتهم وأحوالهم أكثر من معرفة من ليس ببلدي، وقد اكتفيت في هذا المبحث بأمثلة من بعض أبواب الفقه يظهر منها أهمية العمل بالعرف والعادة عند القاضي، لأصِلَ بذلك إلى أن معرفة تلك العادات والأعراف يكون سهل الحصول للقاضي عندما يكون من أهل البلد أكثر من غيره، وفي غير ما ذكرت من الأمثلة الكثير، وكل ذلك يشكّل دليلاً على أهمية اختيار القاضي من أهل البلد الذي يلي الفصل فيه، والله أعلم.

الخاتمة

من خلال الدراسة التي قمت بها في هذا البحث، توصلت للنتائج التالية:

١- أن القضاء باعتباره صفة حكمية تقوم بمن يقوم بمهمات هذا المنصب - يحتاج لتوافر طائفة من الشروط التي يتوقف عليها نجاح عمل من يقوم به، ويتحرى إصابته للحق، وفض نزاعات الناس، والفصل في خصوماتهم، بطريقة تبعث الاطمئنان في نفوسهم،

وتتضمن تطبيق حكم الشارع ومقاصده من إيجاد مثل هذه الولاية المهمة .

٢- أن شروط القاضي وصفاته؛ منها ما هو شرط صحة يتوقف عليه جواز تعيين القاضي في منصبه، والبقاء فيه أو عزله بعد طريان ما يخلّ بتلك الشروط، ومن تلك الشروط والصفات ما هو من قبيل التزيين والتحسين والاستحباب لهذا المنصب؛ بحيث إذا تحقق فإنه يزين حامله، ويفيد الحكم الصادر منه صحة وصواباً، ويترك أثراً نفسياً طيباً لدى الخصوم؛ باطمئنانهم لمدى أهلية القاضي وكفاءته ومعرفته لقضاياهم وخصوماتهم وأعرافهم وعاداتهم وعباراتهم، ومن هذا الصنف اشتراط كون القاضي من أهل البلد الذي هو محل بحثنا .

٣- أن القواعد الفقهية المختلفة دلت على أهمية تحكيم العرف والعادة في تصرفات الناس، وأن ذلك من أهم أسباب استقرار الأحكام ونجاحها وملاءمتها لأحوال الناس، ومن أكثرها أثراً في انقيادهم وامتثالهم لحكم الله والرضا به .

٤- أن هناك فرقاً بين قضاء القاضي بعلمه وأثر بلدية القاضي في قضائه، من خلال ما يتوافر من معلومات لديه، لأنه من أهل البلد؛ فعلى القول بمنع القاضي من القضاء بعلمه، فإن معرفة القاضي بأحوال أهل البلد وعباراتهم ونحو ذلك من عاداتهم ليس من قبيل القضاء بالعلم الذي يتعلق بوسائل الإثبات؛ وإنما هو من قبيل تحقيق مناط الحكم الشرعي بتنزيله على ما صدقاته(١٦٣) وأفراده التي يناسب تنزيله عليها؛ والقاضي كسائر الناس مجتهد في تحقيق ذلك .

---

(١٦٣) الماصدق : اسم صناعي مأخوذ من كلمة (ما) الاستفهامية أو الموصولية، وكلمة (صدق) التي هي فعل ماض من الصدق، والمراد بها: الفرد أو الأفراد الذين ينطبق عليهم اللفظ، ويتحقق فيها مفهومه الكلي الذي في الذهن.
انظر: المعجم الوسيط ٥١١، ضوابط المعرفة ٤٥.

٥- أن أثر القضاء بالعرف والعادة ظهر في مسائل كثيرة في الفقه الإسلامي؛ ذكرت أمثلة يسيرة منها، وبذلك مست الحاجة لاختيار قاضٍ من أهل البلد قدر المستطاع، لأجل أن يقضي بالعرف والعادة، ويصل للحق بأيسر السبل وأسرع الطرق.

أما التوصيات؛ فيمكن تلخيصها فيما يلي:

١- أنه ينبغي على الكليات الشرعية أن تعتني باختيار منسوبيها من الطلبة من نواحٍ متفرقة من كل منطقة في الدولة، كما أنه ينبغي توزيع الكليات الشرعية في أنحاء الدولة لاستقطاب النابهين من التلاميذ، ثم ترشيح من تتوافر فيه صفات القاضي للاستعانة به في هذه الولاية العظيمة الشأن.

٢- أنه ينبغي على جهات التعيين أن تلاحظ توزيع وتنويع الاختيار بين أنحاء البلاد، بحيث يختار من كل بلدة من يصلح لتولي القضاء فيها.

٣- أنه إذا تعثر اختيار القاضي البلدي فلا مانع من اختيار طائفة من أهل الخبرة والمعرفة بعادات الناس وأعرافهم من البلد؛ ليكونوا أعواناً للقاضي في تطبيق الحكم(١٦٤)، وهذا ما يقوم به أعوان القاضي في المملكة العربية السعودية، من هيئات النظر والخبراء على اختلافهم، ولجان التحكيم، ولجان فضّ النزاعات، والتي ينبغي أن يربط ما توصلت له من نتائج بالحكم القضائي، ويكون دورها تقريب مدارك المسألة للقاضي ومحاولة ضبطها؛ وليوصل فيه إلى الحكم الشرعي الصحيح.

هذه أهم النتائج والتوصيات التي توصلت لها في هذا البحث، والله أعلم وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

---

(١٦٤) انظر: تبصرة الحكام ٢/٧٨، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين والأحكام ١٣٠.