

سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي
(دراسة مقارنة)

)

(

إعداد الباحث
عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي
قاضي المحكمة العليا

=

الخلاصة :

هذه دراسة عن : (سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي)، مقارنةً بالقانون ومعززةً بالتطبيقات القضائية المعاصرة.

وقد أقدمت على هذه الدراسة بعد التأكد من خلو الساحة الفقهية من دراسة مستقلة , أو غير مستقلة في موضوعها ، بل إن الفقهاء – الأقدمين والمعاصرين - قد تباينت رؤاهم في أصل وجود السلطة التقديرية ، فذهب بعضهم إلى إثبات وجودها وبعضهم إلى إنكار وجودها . ثم اختلف المثبتون ، فاختار بعضهم الاعتدال بينما ذهب آخرون إلى الإفراط في تقرير تلك السلطة التقديرية ، للدرجة التي أشبهت السلطة التحكيمية - .

إزاء ما ذكر كان لابد لنا من تجلية الأمر , بموضوعية لا تعصب فيها لرأي ، ديدنا الحقيقة الناصعة – لا سواها - ، وقد أفردنا الباب التمهيدي لتبيان تلك الحقيقة الناصعة ، بعد عرض مختلف الآراء ومناقشتها بتجرد وحيادة وموضوعية - .

إن (سلطة القاضي التقديرية) تشمل كل نشاط ذهني يمارسه القاضي ، في كل صنوف المنازعات التي تعرض أمامه ، وفي كل مراحل نظر الدعوى ، ولا يمكن تصور (عمل قضائي) يخلو من (سلطة تقديرية) - ، ومن هنا كانت عناية الشريعة الإسلامية بتلك السلطة التقديرية وبوسائل تحصيلها ، إذ يقول النبي صلى الله عليه وسلم : " إذا حكم الحاكم – أي القاضي – فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) – رواه الإمام مسلم في صحيحه في كتاب الأفضية باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ - .

وعندما بعث النبي صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل قاضياً إلى اليمن سأله عن مصادر حكمه التي سوف يعول عليها ... فجاءت إجابته بأنه سيحكم بما في القرآن الكريم من أحكام فإن لم يجد ، فالسنة النبوية المطهرة ، فإن لم يجد فإنه سوف يجتهد (دونما تقصير) - .

ويجئ في قمة العناية القرآنية (لسلطة القاضي التقديرية) ما في سورة الأنبياء - ، إذ قال تعالى " داؤد وسليمان إذ يحكمان في الحرث ، إذ نفثت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان وكلاً آتينا حكماً وعلماً " - .

وكان موضوع تلك القضية (طلب تعويض) في دعوى مسئولية تقصيرية ناجمة عما أتلفته البهائم من زروع المدعي - . وقد اجتهد سيدنا داؤد عليه السلام في تقدير التعويض ، كما اجتهد سيدنا سليمان عليه السلام في تقديره ، فأثنى الله سبحانه وتعالى على سليمان عليه السلام لموافقة حكمه مع أوفر قسط من العدل ، وقال تعالى فيهما معاً : ((وكلاً آتينا حكماً وعلماً)) . لقد رسخت هذه الآية الكريمة قاعدة أن أساس إصابة الحق في الحكم ، هو (الفهم) ، فهم الوقائع وفهم النص التشريعي الملائم لتلك الوقائع وتنزيل النص على الواقعة - ، ويمارس القاضي في ذلك كله (سلطة تقديرية) تجلي بين ناظرية (الحقيقة الواقعية) من خلال قبول الأدلة ووزنها . وتتسع سلطة القاضي التقديرية أيما اتساع في مجال قبول الأدلة ووزنها - ، يتضح ذلك بوضوح فيما عرضناه بتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة - .

لقد خلصت هذه الدراسة من خلال عرض ما يمارسه القاضي من سلطة تقديرية إلى إيضاح أن الشريعة الإسلامية هي التي أرست دعائم مبادئ (المساواة أمام القضاء) و (سيادة حكم القانون) ، (وعلنية المحاكمات) ، (ومبادئ شفوية المرافعات) (واستجواب الشهود) وخلافها من مبادئ أصول المحاكمات التي استقرت عليها النظم التشريعية المعاصرة - .

كما أن هذه الدراسة قد أبرزت ، أن سلطة القاضي التقديرية - في مختلف مراحل التقاضي - تعدّ منضبطة بضوابط تصونها عن التحكيمية - .

وقد عنيت الدراسة بإبراز ما يتمتع به القاضي في استقصاء الحقيقة في جرائم الحدود الشرعية ، مع بيان اتساع تلك السلطة التقديرية في الدعاوي الجنائية في مسائلها الإجرائية خاصة ، بينما تضيق مساحات السلطة التقديرية في التشريع

ABSTRACT

This is a thesis on ' the discretion of a judge in Islamic Jurisprudence ' compared with the law and consolidated and strengthened with the contemporary judicial practices.

In fact I did dare to undertake such research after having made sure that the arena of jurisprudence is not witnessing a similar topic of its kind neither dependent nor independent.

Taking into account that both jurists, be modern or fundamental ones, have obtained different variable opinions in regard of the origin and the existence of discretionary power, where some of them tend to prove its existence, other ones dismiss that some how.

Even those who approved it have differed, some of them have chosen to be moderate other ones have preferred the extremism in depicting such discretionary power in a manner that it appears to be similar to a commanding power.

Therefore, upon the aforementioned we should have to discuss the matter clearly in view of the objectivity without intolerance for specific opinion. We seek nothing but the truth and its bright side nothing else. Thus the introductory chapter is restricted and devoted to explain such bright truth.

After showing various opinions to be discussed honestly with apparent impartiality neutrality and objectivity This discretionary

Power of a judge would involve every intellectual effort exerted by the judge in all sorts of disputes set before him through out the stages of a case. It is not possible to vision ' a judicial task ' without 'a discretionary power ' . For the sake of this comes the interest and care of Islamic Sharia upon such discretionary power from which it can be only obtained. As the prophet ' - Peace Be Upon Him –says ' . 'If the ruler - the Judge -' rules ' diligently and he succeeded he will be rewarded twice and if he rules diligently but failed, he will have a reward too ' .

Narrated by Imam Muslim in his proper book under Ad judicature. Chapter: the Reward of a ruler who shows great diligence

When the prophet – PBUH –dispatched Muaz bin Jabal as a judge for Yemen. He asked him about the references of his judgment that he might heavily depend thereupon and spontaneously came his answer that he would adapt whatever rules found in the Holy Quran and if that not available he will consult the sterilized tradition of the prophet ' Sunnah ' and even that not available either then he will spare no effort in diligence 'without any negligence ' .

It is worth noting that the utmost divine Quranic providence for ' the judge's discretionary Power ' is shown in Surat al Anbiyaa ' prophets ' as the Almighty ALLAH says : " And remember David and Solomn, when they gave judgment in the matter of the field into which the sheep of certain people had strayed by night : We did witness their judgment . To Solomon We inspired the ' right ' understanding of the matter : to each ' of them ' we gave judgment,

And knowledge. ' 78 – 79.

The issue of that case was a compensation in an action of tort owing to what have been damaged from the crops of the claimant's by the sheep.

David, our master – Peace Be Upon Him – had exerted effort in his evaluation as so did our master, Solomon – Peace Be Upon Him – who was praised because his judgment could be conforming with the greater portion of justice ;and then the Almighty Allah described them both by. " To each of them " We gave judgment And Knowledge " hence, this holy verse has firmly established that the base of scoring right in judgment is in understanding of merits, as well as appreciation of the appropriate legislative provisions of such merits along with enforcement of the provision upon the merits. In all that , the judge used a discretionary power that the actual fact would be quite clear to him through the

acceptance of evidences and their weight ' as the judge's discretion can be expanded greatly in the area of accepting the evidences and their weight. That can be seen clearly in what have been shown in details at the 2nd chapter of this thesis

Showing what discretion being exercised by the judge, this thesis is concluded to make it quite clear that the Islamic Sharia could be able to establish the pillar principles such as: " Equality before justice " , " the Rule of Law " , " Openness of trial " , " the principle of oral proceedings , " Examination of witnesses " and the like from the principle of trials established and settled by the contemporary legislative systems .

Added to , this thesis has underlined in all the stages of proceedings that the judge's discretionary power is deemed to be controlled by measures and procedures for keeping it apart from being a dictatorship or restraining .

Furthermore, the thesis has intended to highlight the potentialities the judge has in looking for the merits within the prescribed crimes along with explaining the ample expansion of that discretion in the criminal cases, particularly, in regard of their procedural matters while in the objective criminal legislation the zones of the discretionary power become so narrow to conform with the legal principle

and in turn narrowing the circle of incrimination and punishment.

In the area of civil law, the judge, has a wide power of discretion in what regard the objective legislation in orders to cater to the elastic needs through which both transactions and the people's interests can be satisfied where as the spaces of discretionary power would get narrow in civil procedures where the judge is committed to the impartiality leaving for litigant parties to serve their plea and defense themselves in the manner they deem fit .

This thesis has pointed out that the rules interpreting the legislative provisions in the contemporary legal systems have been taken from Islamic Sharia and that is quite apparent in the ways of " Linguistic significance " in the publications of Fundamental.

Islamic Jurisprudence .

The thesis, however, has come to some important recommendations the most important of which is the reviewing the Sudan Criminal Procedure Act 1991 and the Sudan Law of Evidence 1993 to be in compliance with Islamic Sharia provisions and that should be done through reduction of incriminating with rules of Legal Prescription" Hudods "so as to be conforming with the spirit of Islamic Sharia which is protecting private life, human dignity and individual freedoms.

You are reminded that, there are many other findings and recommendations attained by this thesis we refer to them in their proper places within their chapters, sections and conclusions as well,

To finish with : " Our lord " lay not on us a burden greater than we have strength to bear. Blot our sins, and grant us forgiveness. Have mercy on us. Thou art our Protector. Help us against those who stand against faith.
" Surat " :Al Bagara " or the Heifer " 285.

نحمده سبحانه وتعالى أن يسر لنا غرس بذرة هذه الدراسة في تربةٍ صالحةٍ ،
يبتذل عليها الغيث مدراراً ، منذ نشأتها ألا وهي (جامعة الخرطوم) (كلية القانون
قسم الشريعة الإسلامية) ، فهي في حد ذاتها قد حفزت - معنوياً - علي حسن
رعاية البحث وإتقان الأداء فيه . ولعمري فإن المشرفين اللذين تناوبا علي رعاية
هذه الدراسة ، كانا عضداً لها وما انفكا عن التوجيه والمتابعة ، فأولهما (الدكتور
عوض عبد الله أبوبكر) الذي انتقل إلي الفردوس الأعلى بإذن الله ، ولم ننفك عن
الدعاء له منذ رحيله . وثانيهما أستاذنا الدكتور عبد الرحمن صديق الذي لا يسعنا
إلا أن نخلص له الدعاء بأن يتولى المولى عز وجل حسن جزاءه عنا بأحسن ما
يجازي به عباده المخلصين .

أما هيئة المناقشة والحكم فإن سعادتني غامرة أن جاء تشكيلها من العالمين
الجليلين بروفسير إبراهيم العاقب وبروفسير وفقهه القانون العلامة مولانا زكي
عبدالرحمن محمد خير الذي نشهد له بأنه أحد الأفاضل الذين أثروا ساحات القضاء
السوداني بوافر العلم ونقاء الفكر ، وبحق فإنني أتشرف بالنتلمذ على هذا العقد
الفريد ، وأفخر بما تجود به قرائهم من تصويبٍ وتقويمٍ ، ولسان حالِي ومقالِي
يردد :

خليلي إن الرأي ليس في جنبٍ واحدٍ ** أشيرا عليّ اليوم ما تريان
وعرفانا بالجميل ووفاءً لحسن الصنيع الأسر أزجي شكري وتقديري للزوجة
التي هيأت مناخ العمل الدائب في البحث ، فما وهن عزمها مع تطاول البحث ،
واستبدال السهر بالمنام ، فأشبعت حال خناس مع بنيتها ، لما دفعت ثلاثهم إلي
الجهاد في سبيل الله ، وشرفت بشهادتهم .

ونسأل الله عز وجل أن يجعل عملنا صالحاً خالصاً لوجهه الكريم .

عبد الرحمن

الخميس ٢٩ جمادى الأولى ١٤٢٩ هـ

الموافق الخامس من يونيو ٢٠٠٨ م

حول موضوع (سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي) ، من صنو نفي وجود سلطة التقدير في أصول التقاضي في الشريعة الإسلامية ، بل وتشبيه القاضي في الشريعة الإسلامية بالآلة الحاسبة ، ثم القول بأنه لا يعتد بأسس تقويم الأدلة بقدر ما يجمد أو يخمد أمام النصوص ، وأنه لا خيار له ولا تقدير في الملاءمة بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية - ، ونحو ذلك مما يَفُفُ به أولئك القوم من غير علم .

ثانياً : خلو الساحة الفقهية عن دراسةٍ مستقلةٍ - أو غير مستقلةٍ - تجلي خفايا هذا الموضوع وتجمع شوارده ، بالاستقصاء والاستنباط وبتخريج فروعه من قواعده .

ثالثاً : الاستيثاق من خلو الساحة الفقهية عن دراسةٍ تتعلق بهذا الموضوع ، فقد سافرت إلي أنحاء مصر من أديانها إلي أقصاها ، متحريراً ومستقصياً عن بكاره الموضوع ، فتبين لي أن أحداً لم يغشاه ، فتوطدت العلائق بيني وبينه ، فاستخرجت شهادات من الجامعات المصرية ، وثقت خلو خزائنها وقوائم دراساتها العليا عن وجود دراسةٍ سابقةٍ في الموضوع ، وقد أرفقت تلك الشهادات مع خطة دراسة الموضوع عند قدمي للتسجيل بجامعة الخرطوم العريقة - والعامرة بإذن الله - في جمادى الأولى من عام ثمان وأربعمائة وألف من الهجرة ، يناير من عام ثمانية وثمانين وتسعمائة وألف من الميلاد ، ومنذ وقتئذٍ - وإلي يومنا - ظلت الساحة الفقهية والقانونية خلواً عن دراسةٍ تفصيليةٍ مستقلةٍ للموضوع ، إلا من دراستين ظهرتتا وقد عنيتا بالسلطة التقديرية للقاضي المدني ، أولاهما : للدكتور نبيل إسماعيل عمر ، وثانيتها : للدكتور أحمد محمود سعد ، وهما من الشقيقة مصر ودراستهما تختصان بتبيان السلطة التقديرية للقاضي المدني في المدرسة اللاتينية ، ولا تمتان إلي المدرسة الإسلامية بصلة ، وطبيعة المدرسة اللاتينية المغرقة في النصوص - خاصةً الإجرائية منها - غير خافية .

:

تأتي أهمية هذه الدراسة من عنايتها بمسائل جوهرية تتمثل فيما يلي :-

أولاً : تجلية مناهج الشريعة الإسلامية ، وتبيان أحكامها بشأن سلطة القاضي التقديرية ، حيث اتسعت فيها المفارقة بين تفريط وإفراط ، من قائل بنفي وجودها مطلقاً ، إلي قائل بتوفرها بلا قيد مطلقاً . وينطوي عن القولين خطر عظيم ، فأولهما يفضي إلي وصم قضاء الشريعة بالجمود ، أو نعتة بجور القضاء - ، وثانيهما : يفضي إلي وصم قضاء الشريعة بالتحكمية ، وهي منهما براء .

ثانياً : أهمية تبيان سلطة القاضي التقديرية وضوابطها التي يستضيء القاضي بأنوارها ، نائياً بنفسه عن أهواء الذات ونوازع التحكمية ، بلوغاً إلي إحسان عدل القضاء ، وغايات المواءمة بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية .

:

منهج الدراسة هو أسسها وغرسها وطلائع ثمراتها ، ويتلخص منهج هذه

الدراسة فيما يلي :

أولاً : صدور الدراسة عن معين مذاهب الفقه الإسلامي الثمانية ، بإيراد أقوالها وأدلتها وأوجه الدلالة فيها وتخريجها علي أصولها المذهبية المعتمدة ، والمقارنة بينها مع بيان الراجح الذي يقوي دليله مع تجنب موبقات التعصب - .

ثانياً : العناية بمقارنة أحكام الفقه الإسلامي بما استقرت عليه التشريعات والتطبيقات القضائية المعاصرة ، إثراءً للدراسة ، وبياناً لإشراقات الفقه الإسلامي ، ودونما حرج في الأخذ من التراث القانوني الإنساني ، وقد أقتضي الإنصاف أن نقر بأن نظمنا القضائية قد نهلت من ذلك التراث علي مدي عقود ذوات عددٍ ، أرسدت خلالها فقهاً قضائياً اجتهادياً مشرقاً أفادت هذه الدراسة منه ، في المقارنة والتأييد عند الموافقة ، أو المناقشة عند المفارقة - .

ثالثاً : عنيت الدراسة بتوخي الدقة في نسبة الأقوال إلي قائلها ، فالأمانة العلمية هي أولي الصفات التي يجب أن يتصف بها الباحث ، وفي المأثور عن (عبد الله بن المبارك رضي الله عنه) ، أنه قال : ((الإسناد من الدين)) ومن بركة العلم إسناد كل قول إلي قائله - وهذه من جوامع الكلم التي استفتح بها القرطبي تفسيره

(الجامع لأحكام القرآن) . وقد تعاضمت أهمية الإسناد في ظل (ثورة المعلوماتية) التي تكاثرت فيها صنوف القرصنة وانتهاك حقوق المبدعين .

رابعاً : الالتزام بضوابط منهج البحث العلمي .

خامساً : في ظل عدم وجود دراسةٍ مستقلةٍ - أو غيرها - تناولت موضوع دراستنا في الفقه الإسلامي ، فقد تعيّن اعتماد منهج الاستنباط والتخريج علي القواعد ، وعلي أصول المذاهب الفقهية - حيثما اقتضاهما الحال - ، مع العناية بتحليل المستخرجات من أدلتها - أو من الاستقرارات - ثم تقويمها علي ضوء أصول التقاضي في الشريعة الإسلامية والنظم التشريعية والقضائية المعاصرة .

:

تتكون هذه الدراسة من باب تمهيدي ، ينقسم إلي فصلين ، يعنيان بتعريفات عنوان الموضوع ، وبيان أقوال الفقهاء والمعاصرين في مدي مشروعية سلطة القاضي التقديرية مع التدليل والترجيح .

وهناك ثلاثة أبواب رئيسة ، أولها : عن سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في مرحلة إجراءات المحاكمة ، وينقسم إلي ثلاثة فصول . وثانيها : عن سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في قبول البيّنات وتقويمها، وينقسم إلي ثمانية فصول ، وما في هذا الباب من تعدد فصولٍ وإفاضةٍ قد اقتضتاهما طبيعته . أما الباب الثالث فقد عني بدراسة سلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار الأحكام ، وقسم إلي فصلين . وكل فصلٍ من فصول تلك الأبواب مقسم إلي مباحث ومطالب ، وفقاً لمقتضيات وحدة الموضوع . وتأتي خاتمة الدراسة متضمنةً نتائجها وتوصياتها - . وبعدها تأتي فهارس الدراسة لتضئ إلي نحو ما ورد فيها من آيات كريمة وأحاديث نبوية شريفةٍ ومصادر ومراجع أقامت عليها الدراسة عمدها أو استعانت بها .

الباب التمهيدي

()

()

-:

.- () : - -

.- () : - -

-: - -

الفصل الأول

تعريف (سلطة القاضي التقديرية) لغة واصطلاحاً

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، أولهما عن التعريف اللغوي ، وثانيهما عن
التعريف الاصطلاحي ، وبتناولهما بالدراسة فيما يلي :-

المبحث الأول

التعريف اللغوي لمفردات (سلطة القاضي التقديرية)

سلطة وسلطان : كلاهما بالضم ، وبذات المعنى ، وتعنيان : الحجة والبرهان ،
واشتقاقهما من (سلط) ، والسليط : هو ما يضاء به ، ومنه قيل للزيت : سليطٌ .
قال تعالى :- ((وُو و و و))^١ ، أي حيثما كنتم شاهدتم حجة الله تعالى ، وسلطاناً
يدل علي أنه واحد . ومن معني الحجة قيل للأمرء : سلاطين ؛ لأنهم الذين تقام بهم
الحجة وتضان بهم الحقوق . ومن معاني السلطة : القهر ، يقال : سلطه الله فتسلط
عليهم . قال تعالى : ((ئ ك ك ك))^٢ ، والسلطة والسلطان : تطلقان علي قدرة
الملك والحكم والفصل ، ومنه يقال : جعلت له سلطاناً ، أو سلطةً علي أخذ حقي من
فلان ^٣ - .

وسلطة القاضي : بالإضافة إلى المعرفة ، تخرج سلطة كل من له قدرة
الحكم سياسةً ، وسلطة كل من لم يكن منصوباً لفصل القضاء .

والتقديرية : نسبة إلى التقدير ، وتطلق علي ما فيه نظر ومقايسة . والتقدير
والقادر من صفات الله عز وجل ، ويكونان من القدرة ومن التقدير ، فقوله تعالى :
((ك ك ك ك ك ك))^٤ : من القدرة ، يعني أنه سبحانه وتعالى مقدر كل شيء
وقاضيه . وتقدير الله الخلق : تيسيره ، كلاً منهم لما علم أنهم صائرون إليه من
السعادة والشقاء قبل خلقهم ، فكتب علمه الأزلي السابق فيهم وقدره تقديراً .

والتقدير بمعني التدبير ، ومنه أسميت ليلة تنزيل القرآن العظيم إلى السماء
الدنيا (ليلة القدر) ، قال تعالى : ((أ ب ب ب))^٥ ، قال ابن عباس رضي الله عنه
وقتادة وغيرهما : ((إنها أسميت (ليلة القدر) ؛ لأن الله تعالى يقدر فيها الآجال

1- سورة الرحمن - من الآية ٣٣ - .

2- سورة النساء من الآية ٩٠ - .

3- راجع لسان العرب باب الطاء فصل السين - .

4- سورة البقرة من الآية ٢٠ - .

5- سورة القدر الآية ١ - .

والأرزاق وحوادث العام كلها ، ويدفع ذلك إلى الملائكة لتمتثله))^١ - . ومنه قوله تعالى : ((ثُثُثُثُثُ))^٢ ، قال ابن عطية : ((وقرأ عاصم في رواية أبي بكر (قَدَرْنَاها) : بتخفيف الدال ، وقرأ جمهور القراء ، بتشديد الدال . والأولي بمعنى : جعلناها وحصلناها ، والثانية بمعنى : قدرنا عليها ، من القدر والقضاء))^٣ - . قال ابن منظور : ((وقدر كل شيء ومقداره : مقياسه . وقدر الشيء بالشيء : قاسه ... والتقدير علي وجوه من المعاني ، أحدها : التروية والتفكير في تسوية أمر وتهيئته ، والثاني : تقديره بعلامات بقطعه عليها ، والثالث : أن تنوي أمراً بعقدك . تقول : قدرت أمر كذا وكذا : أي نويته وعقدت عليه . ويقال قَدَرْتُ لأمر كذا أقدر له إذا نظرت فيه ودبرته وقايسته ... وفي الحديث في رؤية الهلال (صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غمّ عليكم فأقدروا له)^٤ أي قدروا له عدد الشهر حتى تكملوه ثلاثين يوماً .. [وقيل] : أي قدروا له منازل القمر ، فإنها تدلكم وتبين لكم أن الشهر تسع وعشرون أو ثلاثون ... وهذا خطاب لمن خصّه الله تعالى بهذا العلم ... وقوله (فأكملوا العدة) [في حديث آخر] : خطاب للعامة التي لا تحسن تقدير المنازل))^٥ - .

المبحث الثاني

التعريف الاصطلاحي لسلطة القاضي التقديرية

التعريف الاصطلاحي قرين التعريف اللغوي ، فلا تكاد تجد فارقاً يذكر بين مقتضى مجموع المفردات الأنفة الذكر ، وبين المفهوم الاصطلاحي فسلطة القاضي

¹ - راجع المحرر الوجيز - تفسير ابن عطية - ج ١٥ ص ٥٢٠ - .

² - سورة النمل - الآية ٥٧ - .

³ - المحرر الوجيز تفسير ابن عطية - ج ١١ ص ٢٢٣ - .

⁴ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الصيام باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال ورواه النسائي في سننه في كتاب الصيام باب ذكر الاختلاف عن الزهري في هذا الحديث ورواه الدارمي في سننه في كتاب الصيام باب الصوم لرؤية الهلال - .

⁵ - لسان العرب - لابن منظور باب الرءاء فصل القاف - .

ظروف الزمان أو المكان أو الحال . ويكون تقدير الحكم في كل موضع ينتفي فيه النص ، من قبيل ما يدخل في معني (ما يقطع - أو يقضي - فيه القاضي إنشاءً)

- .

ولا يقتصر نظر القاضي وتقديره علي نوع منازعةٍ دون أخرى ، بل يستغرق كل جنس المنازعات ، ما يتعلق منها بمسائل الواقع أو الواجب ، - ونعني بالواجب : (الحكم التشريعي) ، إجرائياً كان أو موضوعياً ، فسلطة القاضي التقديرية تشمل كل نشاطه الذهني الذي ينصب علي الواقع محل التداعي ، ووسائله في استقصاء ذلك الواقع واستبانة حقيقته ، ثم نشاطه الذهني الذي ينصب في استنباط الواجب ، وحسن تنزيله علي ما استبان من الواقع محل المنازعة - .

ويتجلي من هذا البيان : أنه ليس من المتصور عقلاً وجود (القاضي حقيقةً) ، متسربلاً بقداسة رسالته وغاياتها ، من غير كفالة سلطة تقديرية له - وممارسة لها - بالنظر والسبر والمقايسة والملاءمة والترجيح والتخريج والتفسير ثم تدبير الأمر الذي يفضي إلى تطابق الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية ، أو قل: الذي يفضي إلى ملاءمة مقدمات الوقائع التي تجليها الاستقصاءات القضائية مع القواعد التشريعية التي يتم تنزيلها عليها - .

الفصل الثاني

مشروعية سلطة القاضي التقديرية بين المجيزين والمانعين

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى مشروعية سلطة القاضي التقديرية^١ ، ولم نجد لهم مخالفاً - فيما أطلعنا عليه - سوي ابن حزم الظاهري^٢ . ونعرض رأي المجيزين وأدلتهم ، ورأي ابن حزم الظاهري وأدلتهم ، في المبحثين التاليين ، ثم نعقد مبحثاً ثالثاً لمناقشة رأي ابن حزم الظاهري وللترجيح بين الآراء ، ومبحثاً رابعاً بشأن آراء المعاصرين وأدلتهم ومناقشتها - .

المبحث الأول

رأي القائلين بمشروعية سلطة القاضي التقديرية

في الفقه الإسلامي وأدلتهم

ألمعنا آنفاً بأن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يذهبون إلى مشروعية سلطة القاضي التقديرية ؛ إذ يرون أنه حيثما كانت ولاية القضاء ، فهناك محل نزاع لا نص فيه من قرآن أو سنة ، ويصار فيه إلى اجتهاد الرأي ، ويلزم من ذلك استخدام القاضي لنشاطٍ ذهني ينصب على الوقائع محل النزاع ، وفي كيفية استقصائها ، وسبر أغوارها ، وتمييز الثابت منها ، وتدبر الحكم الشرعي الذي يتلائم معها ، مع ما يقتضيه الحكم الشرعي ذاته من نشاطٍ ذهني يتنوع وفقاً لطبيعته من حيث الوجود والعدم ، أو الأحكام والإبهام ، أو الثبات والتبدل ، أو غير ذلك مما يحتف به - . وقد ينصب التقدير المتعلق بالحكم ، بجانب إجرائي أو موضوعي . وتتكاثر الأدلة التي يسوقها المجيزون للتدليل على مشروعية سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي ، نعرض جانباً من أدلة المنقول والمعقول فيما يلي :-

أ- أدلة المشروعية من المنقول :-

^١ - راجع للحنفية : المبسوط للسرخسي ج٦ ص ١٦٨ و٧٠/٦٨ ومعين الحكام للطرابلسي ص ١٤ ، وللمالكية : تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٦٢/٦١/٦٠ ، وللشافعية : الأم للشافعي ج٧ ص ٨٥ ومسند الإمام الشافعي - بهامش الأم - ج٦ ص ٢٦٣ والحاوي للماوردي ج٦ ص ١٢١ وما بعدها ، وللحنابلة : المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٣/٣٠ والأحكام السلطانية للفراء ص ٦٢ وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص ١٤١/١٤٢/١٤٣ ، وللإمامية : من لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج٣ ص ١١/٩/٧/٦ وللزيدية : البحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ١٨١/ ١٨٢ ، وللإباضية : شرح النيل وشفاء العليل / لأطفيش ج٣ ص ١٣ ص ١٧ والمصنف لأبي بكر الكندي ج٣ ص ٢٤ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج٩ ص ١٢/٧ - .
^٢ - راجع المحلي لابن حزم ج٩ ص ٣٦٢ وإبطال القياس والرأي والاستحسان لابن حزم ص ٣٧/٢٧/١٢/١١ - .

علي مشروعية استخدام القاضي سلطة النظر والتقدير والملاءمة ، فهماً للواقعة وتنزيلاً عليها ما يتلاءم معها من حكم ، مما لا نص فيه ولا إجماع . وقد نقل الإمام البخاري عن الحسن البصري أنه قرأ هذه الآية الكريمة وقال : ((... فحمد [الله تعالى] سليمان ولم يلم داود ، ولولا ما ذكر من أمر هذين ، لرأيت أن القضاة هلكوا ، فإنه أثني علي هذا بعلمه ، وعذر هذا باجتهاده))^١ - .

ثانياً : ما روي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر))^٢ - .

ووجه الدلالة يتمثل في أن القاضي يكون مأجوراً في حكمه ، مصيباً كان أم مخطئاً ، متي كان أهلاً عالمياً بآيات وأحاديث الأحكام وطرق الدلالات اللغوية وبطرائق القياس وبقضاء من مضي ، فإن استجمع ذلك ثم استفرغ الوسع في النظر في الاستقصاء ، سعياً إلى فهم الواقعة وتنزيل ما يلائمها من حكم عليها ، فإنه عندئذٍ يثاب علي اجتهاده . قال القرطبي : ((قال ابن المنذر : إنما يؤجر علي اجتهاده في طلب الصواب ، لا علي الخطأ))^٣ - . وفي مسألة دوران اجتهاد المجتهد بين الصواب والخطأ خلاف بين الفقهاء ، ليس هنا مقام تفصيله^٤ - . وخلاصة الأمر : أن الحديث يدل علي مشروعية سلطة القاضي التقديرية - .

ثالثاً : ما روي عن أصحاب معاذ بن جبل رضي الله عنه عن معاذ قال : لما بعثه رسول الله صلي الله عليه وسلم إلى اليمن [قاضياً] قال له : ((كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟) قال : أقضي بكتاب الله . قال : (فإن لم تجد في كتاب الله ؟) قال : فبسنة رسول الله صلي الله عليه وسلم . قال : (فإن لم تجد في سنة رسول الله

¹ - صحيح البخاري كتاب الأحكام باب متي يستوجب الرجل القضاء وراجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني ج١٣ ص ١٧١ والأمام للشافعي ج٧ ص ٨٥ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج١١ ص ٣٠٩ وأحكام القرآن لابن العربي ج٣ ص ٢٧٠ - .

² - روه مسلم في صحيحه في كتاب الأفضية باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، ورواه أبو داود في سننه في أول كتاب الأفضية باب القاضي يخطئ ورواه النسائي في سننه في كتاب آداب القضاء - في الإصابة في الحكم - وهذا لفظ مسلم - .

³ - الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي - ج١٢ ص ٣١١ - .

⁴ - اختلف الفقهاء إلى فريقين - في هذه المسألة - فقال بعضهم : بأن الحق واحد من أقوال المجتهدين في الفروع ، وليس في جميع أقوالهم المختلفة في المسألة الواحدة . قال بذلك مالك والشافعي في المشهور وأبو حنيفة في قول ، ودليلهم : استحالة اجتماع الشيء وضده في الأمر الواحد ، كالحل والحرمة ولا يجتمعان في الأمر الواحد في ذات الوقت . وذهب الشافعي في قول وأبو يوسف من الحنفية وابن العربي من المالكية إلى أن جميع أقوال المجتهدين حق في المسائل الفرعية ، لقوله تعالى : ((ففهمناها سليمان وكلاً آتينا حكماً وعلماً)) ، (راجع الحاوي للماوردي ج١٦ ص ١٢٩/١٢٨ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج١٢ ص ٣١١ وأحكام القرآن لابن العربي ج٣ ص ٢٧٠ وتفسير ابن عطية ج١٠ ص ١٧٩/١٧٨ - .

ولا في كتاب الله ؟) قال : اجتهد رأي ولا آلو . (فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله) - ((^١ .

والحديث صريح في مشروعية سلطة القاضي التقديرية فيما لا نص فيه . قال السرخسي : ((وفيه دليل علي جواز اجتهاد الرأي والعمل بالقياس فيما لا نص فيه ...)) . وقال الطرابلسي : ((لأن الحوادث ممدودة ، والنصوص معدودة ، فلا يجد القاضي في كل حادثة نصاً يفصل به الخصومة ، فيحتاج إلى استنباط المعني من المنصوص عليه ، وإنما يمكنه ذلك إذا كان عالماً بالاجتهاد -))^٢ .

رابعاً : ما رواه عبد الله بن رافع - مولي أم سلمة - قال : سمعت أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (إني إنما أقضي بينكم برأي فيما لم ينزل علي فيه)^٣ - ، وتام الحديث - من إسناد آخر - عن عبد الله بن رافع عن أم سلمة قالت : (أتني رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً : يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة إلا دعواهما - وفي رواية : في مواريث وأشياء قد درست - فقال النبي صلى الله عليه وسلم - فذكر مثله - [يعني : أنه صلى الله عليه وسلم ذكر لهما مثل ما في حديث : (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له علي نحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً ، فلا يأخذ منه شيئاً ، وإنما أقطع له بقطعة من النار] ، فبكي الرجلان وقال كل واحدٍ منهما (لصاحبه) : حقي لك . فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم : (أما إذا فعلتما ما فعلتما فأقتسما وتوخيا الحق ثم استهما ثم تحالا))^٤ .

ووجه الدلالة في الحديث : أنه صلى الله عليه وسلم قد ذكر صراحةً أنه يقضي باجتهاد رأيه فيما لم ينزل عليه الوحي . واجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم جائز شرعاً ، وليس فيه ثمة استحالة عقلاً ، فالاجتهاد مصدر للتشريع عند انعدام

^١ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب القضاء باب اجتهاد الرأي في القضاء والترمذي في سننه في كتاب الأحكام باب ما جاء في القاضي كيف يقضي وراجع نصب الرأية للزيلعي ج٤ ص ٦٢ ، وقال ابن قيم الجوزية : هذا مشهور تلقاه الأمة بالقبول ، وشهرة أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق لا يخفي ، وليس في أصحابه منهم ، وشعية حامل لواء هذا الحديث . وقال بعض أئمة الحديث : إذا رأيت شعبة في إسناد الحديث فأثد يدبك به - . راجع إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص ٢٢١ - .

^٢ - معين الحكام للطرابلسي ص ١٤ - .

^٣ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب القضاء باب في قضاء القاضي إذا أخطأ - .

^٤ - الأحاديث الثلاثة رواها أبو داؤد في سننه بأسانيد مختلفة عن أم سلمة - ، في كتاب القضاء باب في قضاء القاضي إذا أخطأ - .

النص . والفارق بين اجتهاد النبي صلي الله عليه وسلم – والأنبياء عامة – عليهم السلام – وبين اجتهاد المجتهدين والمفتين عامة ، يتمثل في أن الأنبياء عليهم السلام معصومون عن الخطأ وعن التقصير في اجتهادهم ، ويسددهم الوحي ابتداءً أو استدراكاً ، وهم صلوات الله علي رسولنا وسلامه عليهم أجمعين ، هداة الأمم ومصايح الظلم ، وقد أفلح من القضاة من اتبع سنتهم في بذل الوسع في اجتهاده ، متجرداً عن الميل والهوى ، ومخلصاً النية في إصابة الحق - .

خامساً : ما في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري ومنه :-
((الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك ، مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة ، أعرف الأمثال والأشباه ، ثم قس الأمور عند ذلك ، فأعد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما تري))¹ - .

والنص صريح في مشروعية النظر والمقايسة والتقدير القضائي فيما ليس في قرآن ولا سنة . وقد أشار إلى الأصل الذي يستخرج به حكم المسكوت عنه ، وذلك بالمقاييس علي الأمثال والأشباه ، وبالمصير إلى أكثرها ملاءمة عند المقاربة والمقايسة ، فهي أحبها إلى الله تعالي وأشبهها بالحق ، ويتأتى باستفراغ الوسع في الاجتهاد وبالتجرد عن نوازع الهوى وإخلاص النية في طلب الحق - .

ب- أدلة المشروعية من المعقول :-

ويستدل المجيزون للتدليل علي مشروعية سلطة القاضي التقديرية بدلالة المعقول ، فالقاضي إنما يخلص إلى فهم وقائع الدعوى علي ضوء الأدلة التي يقدّمها الخصوم بالجلسة ، بحيث تبعث الأدلة اقتناعه القضائي بصحة – أو عدم صحة – الوقائع محل الإثبات ، ولا يصار إلى نقض قرينة أصل البراءة ، إلا بيقين مفاده ثبوت الناقل – أو قل ثبوت الواقعة المغيرة - .

¹ - رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام – وهذا لفظه - ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات – بلفظ آخر – فيه : (ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن ولا سنة) ، وقد تلقت الأمة هذه الرسالة بالقبول ، وأنكرها ابن حزم الظاهري في المحلي جـ ١ ص ٥٨ وفي كتابه إبطال القياس ص ٦ ، طاعناً في سندها وفي متنها وفقاً لمنهجها في القول بعدم جواز القياس . وقال ابن قيم الجوزية نقلاً عن مجيزي القياس وهم جمهرة فقهاء الشريعة : (هذا كتاب عمر إلى أبي موسى ، ولم ينكره أحد من الصحابة ، وقد رويت الرسالة بطرق عدة ، وهي أشهر من أن تنكر) - . راجع نصب الرابطة للزليعي جـ ٤ ص ٨٢ ورسالة القضاء – أحمد سحنون صفحة ٢٠٩ وما بعدها وإعلام الموقعين لابن قيم الجوزية جـ ١ ص ٩٢ - .

أما بشأن فهم الواجب - أي الحكم الشرعي - ففي حالات ظنية دلالة النصوص ، فلا مناص من سلطته التقديرية ، وكذا في حالات انتفاء النص - وهي كثيرة - فالوقائع غير متناهية ، أما النصوص فمتناهية . قال الماوردي : ((إن الذي تضمنه كتاب الله تعالى من الأحكام ، مشتمل علي نحو خمسمائة آية ، والذي تضمنته السنة نحو خمسمائة حديث ، ونوازل الأحكام أكثر من أن تحصي ، ولا تقف علي هذا العدد ، ولا يجوز أن تكون الأمة مضاعة ، لا ترجع إلى أصل من كتاب ولا سنة توصلهم إلى العلم بأحكام النوازل علي أن للأحكام المسكوت عنها أصولاً في الكتاب والسنة ، يتوصل بها إلى معرفة ، ما أغفل بيانه فيهما ، وهو الاجتهاد فيما تضمنها من الأمارات الدالة ، واستخراج ما تضمنها من المعاني المستنبطة ، ليكون الدين قد كمل ، والأحكام قد وضحت ، فإن النصوص علي الحوادث معدول عن استيعابه لأمرين ، أحدهما : أنه شاق في الإحاطة بجميعة ، والثاني : ليتفاضل العلماء في استنباطه . فصحّ بهذين المعنيين أن يكون الاجتهاد في الشرع أصلاً يستخرج به حكم ما لم يرد فيه نص ، ولا انعقد عليه إجماع))¹ - .

تلك هي بعض ما يستدل بها القائلون بمشروعية سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي ، بلوغاً إلى فهم الوقائع محل النزاع ، وإلي فهم الحكم الشرعي الذي يتلاءم معها ، وبما يجعل الحقيقة الواقعية مطابقة للحقيقة القضائية ، ولا مرأى في أنها أدلة لا تردّ ، خاصة إذا علمنا مدي وهن ما استدل به المانعون لرأيهم ، علي نحو ما نري فيما يلي في المبحث التالي - .

المبحث الثاني

رأي القائلين بعدم مشروعية سلطة القاضي التقديرية في

¹ - الحاوي للماوردي ج ١٦ ص ١٢٥ - .

الفقه الإسلامي وأدلته (رأي ابن حزم الظاهري وأدلته)

ذهب ابن حزم الظاهري ، دون غيره من فقهاء الشريعة الإسلامية ، - في حدود اطلاقنا - إلى القول بعدم مشروعية سلطة القاضي التقديرية ، وبأن القاضي ليس له سوي الحكم بنص من كتاب أو سنة ، فإن تجاوزهما إلى النظر والقياس والتقدير ، فلا يحل له ذلك ، ويكون حكمه جوراً وظلماً ؛ إذ يقول (ابن حزم) في المحلي ما نصه :- ((ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى علي لسان رسوله صلي الله عليه وسلم ، وهو الحق وكل ما عدا ذلك فهو جورٌ وظلم لا يحل الحكم به ، ويفسخ أبداً إذا حكم به حاكم . برهان ذلك قول الله تعالى : (وَوَأُوْثِرُوْا) وقال تعالى : (ن ت ذذت ت ذذت ت ذذت) ، وقال تعالى : (ذذذ ف ذ) ، وقال تعالى : (پ پ پ ن ذذت ت ذذ) وقال تعالى : (ف ذ ذ ذ ذ ذ ذ ذ ذ ذ) ، والظلم لا يحل إقراره ، والخطأ لا يجوز إمضاؤه ولا يحل الحكم بقياس ولا بالرأي ولا بالاستحسان ، ولا بقول أحد ممن دون رسول الله صلي الله عليه وسلم ، دون أن يوافق قرآناً أو سنةً صحيحةً ؛ لأن كل ذلك حكم بغالب الظن ، وقد قال الله تعالى : (إن الظن لا يغني عن الحق شيئاً) ، وقال تعالى (إن يتبعون إلا الظن وما تهوي الأنفس ولقد جاءهم من ربهم الهدى) ، وقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث) فإن قيل : فإنكم في الحكم بالبينه واليمين حاكمون بالظن ، قلنا : كلا بل بيقين أن الله تعالى أمرنا بذلك نصاً وأيضاً فإنه لا يخلو ما أوجبه القياس أو ما قيل برأي أو استحسان أو تقليد قائل من أحد أوجه ثلاثة ، لا رابع لها ضرورةً : إما أن يكون ذلك موافقاً لقرآن أو لسنةٍ صحيحةٍ عن رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فهذا إنما يحكم فيه بالقرآن أو بالسنة ولا معني لطلب قياس أو رأي أو قول قائل موافق لذلك ، ومن لم يحكم بالقرآن أو حكم رسول الله صلي الله عليه وسلم إلا حتى يوافق ذلك قياس أو رأي أو قول قائل فقد انسلخ عن الإيمان فهذا الضلال المتيقن وخلاف دين الإسلام وإما لا يوجد في القرآن والسنة ما يوافقه نصاً ، ولا ما يخالفه ، فهذا معدوم من العالم ولا سبيل إلى وجوده ، قال تعالى : (ج ج ج ج) فصحَّ ضرورة أنه لا يخرج حكم أبداً عن أن يأمر به الله

تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام وبطل أن تنزل نازلة في الدين ، لا حكم لها في القرآن والسنة ، ولو وجدت ... لكان من أراد أن يشرع فيها حكماً ، داخلاً في ذم الله تعالى؛ إذ يقول تعالى : (عَلَيْكَ كَلِمَ تُؤَوِّدُ) ... ثم كل ما أتوا به من آية أو سنة فيها أن الله تعالى حكم في أمر كذا بكذا ، من أجل كذا وكذا، أو كما حكم في أمر كذا ، قلنا : هو حق كما هو . وكلمنا أردتم أن تشرعوا أنتم فيه تشبيهاً له بحكم آخر دون نص فهو باطل بحت لا يحل ... فهذا كله تعدد لحدود الله عز وجل ، وشرع في الدين ما لم يأذن به الله تعالى . فإن أدعوا في جواز ذلك إجماعاً ، قلنا : هذا الكذب والبهت . بل الإجماع قد صحّ على بطلان كل ذلك ؛ لأن الأمة كلها مجمعة على تصديق قول الله تعالى : (اليوم أكملت لكم دينكم) ... وما كمل فلا يجوز البتة أن يزداد فيه شيء أصلاً -) - انتهى كلامه - .

ونعقد مبحثاً لمناقشة وتقويم رأيه فيما يلي :-

المبحث الثالث

مناقشة وتقويم رأي ابن حزم الظاهري وترجيح رأي الجمهور

إن من ينعم النظر في منهج ابن حزم الظاهري المانع للحكم فيما لم يرد بحكمه قرآن ولا سنة ، يجده قائماً على عمدين لا أساس لهما ، أولهما : فرض محال شرعاً وعقلاً ، وثانيهما : قصور درك منهج كمال الشريعة الخاتمة . فأما الفرض المحال شرعاً وعقلاً ، فيتمثل في (إدعاء إحاطة النصوص بالنوازل كافة) ، وتبين استحالة ذلك شرعاً مما أبانه النبي صلي الله عليه وسلم من صريح تقريره وجود نوازل لا تحكمها النصوص ، علي نحو ما سبق إيراده . وأما الاستحالة العقلية فتبين في عدم تناهي النوازل ، بينما النصوص متناهية ، ولا يماري في ذلك سوي من لا يستقرئ سنن الكون وحركة الحياة - .

ثم إن العماد الثاني ، قائم على قصور درك منهج كمال الشريعة الخاتمة ، فالشريعة الخاتمة قد اكتسبت كمالها - لما قدرها لها المولي عز وجل - من خصائص الكمال ، ولا غرو أن تكون الشريعة الخاتمة متميزة بصفات وعناصر

¹ - المحلي لابن حزم الظاهري ج ٩ ص ٣٦٥ وما بعدها - .

البقاء والدوام العديدة ومنها (المرونة) التي تنوعت بها مصادر التشريع فيها ، وهي نابعة عن مصدري الأساس (القرآن والسنة) - .

إن منهج ابن حزم الظاهري القاضي بمنع الحكم فيما لا نص فيه هو الذي يخالف ما ثبت عن النبي صلي الله عليه وسلم ، وعن سنة الخلفاء الراشدين من بعده ، بل ويخالف الإجماع ، ولا نغالي إن قلنا بأن منهج ابن حزم الظاهري يفضي إلى إلغاء كثير من أصول التشريع ، وطرائق الدراية بمعانيه ، ففي كتابه (إبطال القياس) يقول ابن حزم الظاهري ما نصه :- ((فأما قوله : ((٤ ٥ هـ)) فما فهم أحد قط في لغة العرب ، ولا العقل أن قول (أفِ) ، يعبر به عن القتال والضرب ، ولو لم يأت إلا هذه الآية ، ما حرم لها إلا قول (أفِ فقط -))^١ .

ومفاد النص هو إنكار ابن حزم لطرق دلالة الألفاظ علي الأحكام . وإنكار ذلك مما يفضي إلى (النقص في الدين) ، والنقص في الدين كالزيادة فيه . ولا قائل بأن دلالة الألفاظ كلها قاصرة علي ما يفهم من عبارتها ، فهناك دلالة العبارة : وتطلق علي دلالة اللفظ علي الحكم المسوق له الكلام أصالة أو تبعاً ، وهي الدلالة الصريحة التي لا تفتقر إلى تأملٍ ونظرٍ وبحث ، ومن قبيلها قوله تعالى : ((٥ ٦ ٧ ٨ ٩ ١٠ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠))^٢ . فالنص يدل دلالة واضحة علي إباحة النكاح في حدود الأربعة ، فإن خيف عدم العدل ، فيقتصر علي واحدة .

وهناك دلالة الإشارة ، وهي ما يوجبه سياق الكلام من غير أن يتناوله^٣ . ومن قبيلها قوله تعالى : ((١ ٢ ٣ ٤ ٥ ٦ ٧ ٨ ٩ ١٠ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠))^٤ . والآية تدل بما يتبادر من ظاهرها علي أن نفقة الوالدات من رزق وكسوة واجبة علي الآباء ، كما تدل بالإشارة علي أن نسب الولد إلى أبيه لقوله تعالى : (وُوَ) ، فأضاف الولد إلى الأب دون الأم ؛ لأن حرف (اللام) تفيد الاختصاص ، وينصرف الاختصاص هنا إلى النسب – وليس إلى الملك - . وهناك دلالة الفحوى ، ويسميها فقهاء الحنفية بدلالة النص ، وتختص بادراك حكم المسكوت من حكم المنطوق بطريق الأولي ،

^١ - إبطال القياس والرأي والاستحسان - لابن حزم - ص ٢٩ - .

^٢ - سورة النساء الآية ٣ - .

^٣ - راجع أصول السرخسي ج١ ص ٢٣٦ - .

^٤ - سورة البقرة الآية ٢٣٣ - .

ومن قبلها ما يدرك من قوله تعالى : ((فلا تقل لهما أف)) ، فالمنطوق وهو تحريم التأفيف يدل بطريق الأولي علي تحريم الضرب . ولئن كان ابن حزم الظاهري قد أنكر ذلك ، فهو إنما ينكر طرائق دلالات الألفاظ علي المعاني ، وذلك بحق يفضي إلى التقصير في فهم نصوص الكتاب والسنة ، وإلي إبطال النصوص أو إهمالها - لا إلى إعمالها - . وهنالك الحقيقة والمجاز ، ولا منكر لشيء منهما في لغة العرب - . هذا بشأن سلطة القاضي في تقدير النصوص الظنية الدلالة ، أما بشأن ما لا نص فيه من قرآن ولا سنة ولا إجماع ، فلا مناص من اجتهاده وتقديره . واجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم في مثلها لا تحصى . وللمثال لا الحصر ، نسوق إحدى المسألتين العمريتين اللتين قضي فيهما سيدنا عمر رضي الله عنه ، ففي العمرية التي قضي فيها بتوريث الأم ثلث الباقي من التركة ، وهو موضع يخلو من صريح النص ، كان رضي الله عنه قد قضي للأم بثلث الباقي من التركة ، بعد نصيب أحد الزوجين ، عندما اجتمع معها الأب وأحد الزوجين ، ولم يكن في الورثة فرع وارث ، ولا جمع من الأخوة والأخوات . وكان سيدنا عمر رضي الله عنه قد استنبط ذلك الحكم من قوله تعالى :- ((ع ل ع ل ك ك ك ك و و و و و و و و و و ي ي ي ي)) □ □ ((- . وثلث الباقي من التركة في واقع الأمر في هذه الحالة يعادل (السدس) وهو أحد الفروض الستة . وقد خالفه ابن عباس رضي الله عنه ، فذهب إلى أن للأم ثلث الكل ، لقوله تعالى (فلأمه الثلث) ، وبأن للزوج النصف ، لعدم الفرع الوارث ، لقوله تعالى : ((ب ب ب ب ب ب ب ب ب ب))^٢ - ، ولأب ما بقي ؛ لأنه عاصب ، لحديث النبي صلي الله عليه وسلم : ((ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي فهو لأولي رجل ذكر))^٣ - .

وهذان الرأيان يتبدى فيهما الاجتهاد الذي ينزع إلى الاستنباط من الأثر ، وقد شايح الرأيين جمع من الصحابة والتابعين . قال ابن قدامه في (المغني) : ((هاتان المسألتان تسميان العمريتين ؛ لأن عمر رضي الله عنه قضي فيهما بهذا القضاء ،

1- سورة النساء الآية ١١ - .

2- سورة النساء الآية ١٢ - .

3- رواه البخاري في صحيحه في كتاب الفرائض باب ميراث الولد من أبيه وأمه وباب ميراث ابن الابن إذا لم يكن ابن وباب ميراث الجد مع الأب والأخوة ، ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الفرائض باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولي رجل ذكر - .

فاتبعه علي ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وروي ذلك عن علي ، وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي رضي الله عنهم ، وأصحاب الرأي . وجعل ابن عباس ثلث المال كله للأُم في المسألتين ... ويروي ذلك عن علي ويروي عن شريح في زوج وأبوين . وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين ، وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين ، وبه قال أبو ثور ...))^١ - .

ومن هذا النص : يتبين أن المسألتين فيهما أكثر من رأيين ، نظراً إلى تراوح شريح وابن سيرين أخذاً من كلٍ منهما ، ولئن لم يكن النظر والتقدير والاجتهاد سائغاً ، لما كان مثل ذلك الاختلاف ، بل ولما أقدم أولئك الصحابة الأجلاء إلى تلك الاستنباطات - ، ولمن بلغ درجة الترجيح أن يأخذ بأي من الرأيين ، علماً بأن التشريع السوداني قد أخذ بما قضي به سيدنا عمر رضي الله عنه^٢ - . ولئن كان الراجح في المذهب الحنفي هو : وجوب تقليد الصحابي^٣ ، فإن الأولي ما سنّه الخلفاء الراشدون المهديون ، الذين لم يختلف منهم أحد في مشروعية الحكم باجتهاد القاضي ، ويكفي أنه لم يكن فيهم مخالف للمنهج الذي قضي به سيدنا عمر رضي الله عنه في المسألة الآنفة ، نازعاً إلى النظر والتقدير والاستنباط علي هدي الأثر ، وصنو ذلك في أقضية الصحابة كثير ، وقد خصص ابن قيم الجوزية شطراً من كتابه (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية) لما قضي به الصحابة فيما لا نص فيه^٤ - .

ومن أقضية سيدنا عمر رضي الله عنه ، ما كان قائماً علي الاستنباط من أحوال المخاطبين بالأحكام ، ومن قبيله ما عدل به عن حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، بالنظر إلى تبدل أحوال الناس ؛ إذ يروي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : ((كان الطلاق علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاثة واحدة . فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد

^١ - المغني لابن قدامة ج٩ ص ٢٣ - .

^٢ - تنص المادة (٣٦١) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((ترث الأم فرضاً : ... (ب) ثلث التركة إذا لم يكن للميت فرع وارث ولا جمع من الإخوة والأخوات ولم يجتمع معها الأب وأحد الزوجين . (ج) ثلث الباقي من التركة بعد نصيب أحد الزوجين إذا كان معها أب وأحد الزوجين وليس في الورثة فرع وارث ولا جمع من الإخوة والأخوات)) - .

^٣ - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج٥ ص ١٣٠ - .

^٤ - راجع الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٠ وما بعدها - .

استعجلوا في أمرٍ قد كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم -))^١ .
وقد عدلَ سيدنا عمر حكم النازلة لتبدل أحوال الناس ، رعايةً للمصلحة ، وقال ابن
قيم الجوزية : ((رأي أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه أن الناس قد استهانوا
بأمر الطلاق ، وكثر منهم إيقاعه جملةً واحدة ، فرأى من المصلحة عقوبتهم
بإمضائه عليهم فرأى عمر رضي الله عنه أن هذا مصلحة لهم في زمانه ،
ورأى أن ما كان عليه في عهد النبي صلي الله عليه وسلم وعهد الصديق وصدراً
من خلفته كان الأليق بهم [أي بزمانهم] ؛ لأنهم لم يتتابعوا فيه ، وكانوا يتقون الله
في الطلاق ، وقد جعل الله لكل من اتقاه مخرجاً ، فلما تركوا تقوي الله ، وتلاعبوا
بكتاب الله ، وطلقوا علي غير ما شرّعه الله ، ألزمهم بما ألزموه عقوبةً لهم ، فإن
الله تعالي إنما شرع الطلاق مرةً بعد مرة ، ولم يشرع كله مرةً واحدةً ، فمن جمع
الثلاث في مرةٍ واحدةٍ ، فقد تعدي حدود الله وظلم نفسه ، ولعب بكتاب الله ، فهو
حقيقٌ أن يعاقب ، ويلزم بما التزمه ، ولا يقرّ علي رخصة الله وسعته فهذا ما
تغيّرت فيه الفتوي [والأحكام] لتغيّر الزمان))^٢ . فإن ثبت بصحيح الرواية عن
سيدنا عمر رضي الله عنه ما أسلفناه ، فليس ثمة رأي مناهض لمشروعية سلطة
القاضي التقديرية يمكن أن تقوم له قائمة . ورغم كثرة الأحكام التي تبدلت اجتهادياً
لتبدل الزمان ، فحسبنا في هذا المقام صنيع الفاروق الذي تنزل القرآن الكريم
بموافقته مراراً^٣ - ، ويبين لنا مما سبق ، عدم تسليمنا برأي ابن حزم الظاهري ،
حتى فيما كان ثابتاً بنصٍ قطعي الإسناد من الكتاب أو السنة ؛ إذ لا مرأى في ورود
الاجتهاد فيه عندما يكون ظني الدلالة ، كما يبين عدم سداد رأي ابن حزم في إغفاله
المطلق لجانبٍ رئيسي ينصب عليه اجتهاد القاضي وسلطته التقديرية ، ويتمثل ذلك
في كيفية درك حقائق الوقائع ، بطرق استقصائها ، من خلال الأدلة التي يري

^١ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الطلاق باب طلاق الثلاث وراجع صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ٧٠ - .

^٢ - إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج٣ ص ٤٦/٤٥ - .

^٣ - من موافقات القرآن الكريم للفاروق رضي الله عنه : اتخاذ مقام إبراهيم مصلي ، وحجاب النساء ، وأسري بدر والنهي عن الصلاة
علي المنافقين وفي القطع بتحريم الخمر وقد وردت بها جميعاً آثار صحيحة متفق عليها بين الشيوخ ، فلا ينبغي لنا أن ندع منهجه
رضي الله عنه وهو الذي كان إسلامه فتحاً وهجرته نصراً وأمارته رحمة - .

قبولها، ويقدر تقويمها ، ونغض الطرف عن عرض شيء من ذلك في هذا المقام ؛ لأنّ جلّ هذه الدراسة تنصب على ذلك النوع من تقدير القاضي واجتهاده - .

المبحث الرابع

آراء المعاصرين وأدلتهم في مشروعية سلطة القاضي التقديرية

لقد تراوحت الرؤي بين المعاصرين بشأن سلطة القاضي التقديرية ، فهناك من أنكرها مطلقاً ، وهنالك من أنكر مشروعيتها في نظام الإثبات في الفقه الإسلامي ، ومن جهة أخرى فهناك من توسّع في الاعتراف بها في الفقه الإسلامي، بحيث يكاد يجردها من كل ضابط ، بما تتبدى معه أقرب إلى التحكيمية ، ثم جاءت التشريعات المعاصرة التي أفادت من التجارب الإنسانية على مر العصور ، فاتسمت بالاعتدال فيما تبلورت إليه خواتيمها . ونبتالول في المطالب التالية بيان آراء المعاصرين – شراحاً وتشريعاً وتطبيقاً - .

المطلب الأول

المعاصرون المنكرون لسلطة القاضي التقديرية مطلقاً

نشأت بفعل التيارات التي رافقت الثورة الفرنسية ، اتجاهات الفكر القانوني الحر ، وتقديس مبدأ الشرعية الشكلية الضيقة ، وقد تبلورت تلك التيارات في رحم نظرية (العقد الاجتماعي) ، التي قام بتأطيرها (جان جاك روسو) ، تأسيساً على أن الفرد ولد حراً ، ومتساوياً مع الآخرين ، وبأن المدنية وتحكم الأقوياء في الضعفاء هي التي أفسدت تلك القيم . وتمخضت عن نظرية العقد الاجتماعي فكرة أن الدولة وجدت إلى جانب الفرد ولخدمته ، تحقيقاً لمصلحته وتطويراً لقيمه ، ومن ثم كانت من إفرازات تلك التيارات ، التركيز على جعل القانون هو الوسيلة الوحيدة لحماية الحريات الفردية ، واعتناق مبدأ الشرعية الضيقة ، باعتباره الوسيلة المثلى للحيلولة دون التحكيمية ، وكان النتاج الطبيعي لذلك كله هو الحدّ من سلطة القاضي التقديرية ، واعتبارها مصادمةً لحرية الفرد . وقد نظرت تلك التيارات إلى الفكر

القانوني الوضعي بأنه قد ارتقي إلى درجة الكمال ؛ لأن من مقتضياته ممارسة القاضي سلطته المقيدة بنصوص المشرع القاطعة ، فهو ميزان العدل ، ويلزم سلامة ميزان العدل عدم إفساح المجال لأية سلطة تقديرية للقاضي ، للبراءة من نوازع التحكيمية ، ولتفادي عدم الثبات وعدم الاستقرار للقواعد القانونية^١ .

وقد نحي بعض الفقه الإيطالي ذات المنحي ، في إنكار سلطة القاضي التقديرية ، باعتبار أن ممارسة القاضي لأية سلطة تقديرية ، إنما تخرجه عن دائرة ممارسة سلطته القضائية ، إلى دائرة سلطة المشرع فيما يضعه من قاعدة موضوعية جديدة^٢ .

غير أن هذه التيارات وجدت نفسها أمام واقع يستعصي إنكاره ، فهناك نصوص التشريع المبهمة ، التي يلزم تأويلها ، ونصوص العقود الناقصة التي زهد أطرافها عن استكمال تفصيلاتها ، بسبب غفلة ، أو لجريان عرف بتلك التفصيلات ، أو بسبب الثقة بين المتعاقدين عند إبرام العقد ، أو لغير ذلك من الأسباب ، ويلزم علي القاضي التدخل بالاستقصاء لإكمالها أو تفسيرها عند التنازع . وإمعاناً من هذا الفريق في إنكار سلطة القاضي التقديرية ، فقد ذهب أفراده إلى اعتبار الاستقصاء والاستكمال الذي سبق إليه الإلماع ، بأنه نوع من السلطة المقيدة قانوناً ، والتي لا يصدق فيها القول بأنها سلطة تقديرية ، معللين نظرهم بأنه في حالة قيام القاضي بتكميل جزء من عقد ناقص أو ما يدخل في معناه فهو إنما يفصل في المنازعة علي أساس اعتبارات الملاءمة ، أما في الأحوال التي يخول فيها القانون الإجراءي سلطة تقديرية للقاضي ، فذلك إنما هو من قبيل التنظيم الشكلي لعمل القضاء ولا يدخل في معنى السلطة التقديرية^٣ .

ولا مرأ في أن هذا الفكر القانوني الحرّ ، قد بلغ كل هذا القدر من التطرف ، نتاجاً لظروف اجتماعية نجمت عن نظم سياسية استعبادية قهرت الفرد وإذلته بطغيان حكمها المطلق ، فتولدت تيارات هذا الفكر تحت نفع الثورات التي نشبت

^١ - راجع حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون / د. مأمون سلامة صفحة ١٠ وما بعدها ومفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني / د. أحمد محمود سعد صفحة ٢٣ وما بعدها .

^٢ - راجع سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية / د. نبيل إسماعيل عمر ص ١٠٨ .

^٣ - المرجع السابق صفحات ١٠٨ / ١٠٩ .

لاسترداد بعض الكرامة الإنسانية المهذرة ، ومن ثمّ تبلور هذا الفكر مصادماً لذلك الواقع الكئيب ، فما أن أسفر صبح الاعتاق ، كان المبتدأ تقرير (قداسة مبدأ المشروعية) ، ثم تقرير (قداسة الحرية الفردية) ، واستئصال كل ما ظنوه خطراً عليهما ، بتبريرات لا تمت إلى العقلانية بصلة ، من مثل (ادعاء الكمال للقانون) ، وادعاء (الكمال لتطور الفكر الوضعي) ، وادعاء (تسلل التحكمية من إفساح المجال للسلطة التقديرية ، ووجوب سدّ ذريعة تلك التحكمية ... وما إلى ذلك من مثل ما قيل في (ميزان العدل) وما أشبه .

ونعجب ممن يناهض تقرير (سلطة القاضي التقديرية) من منطلق الإشفاق علي (مبدأ المشروعية) ، معرضاً الصفح عن أن القواعد المقررة – المفسرة – ذاتها إنما تفرعت وتنزلت عن مبدأ المشروعية بلوغاً إلى المرونة المنضبطة – غير التحكمية – التي تتيح مراعاة ملابسات كل حالة ، بما يجعل الحقيقة الواقعية مطابقة للحقيقة القضائية ، ونأياً بالقاضي عن الجمود والتحجر اللذين يجعلانه أشبه بالآلة الصماء ، فلا يطرق السمع والبصر والفؤاد مقطوع نزاع ، ولا أقوال خصوم ، من حيث الصدق والوثاقة ... ولا يحصل ممارسة نشاط ذهني يجلي حقائق الوقائع ويفضي إلى الفهم . ولا نحسب أن فكراً قانونياً يحتكم إلى المنطق العقلي ، يرنو ببصره إلى ما يباعد بين القاضي وبين عدل القضاء ، بتجريده من كل سلطة تقديرية ، بتبريرات تولدت في ظل الثورة ضد مفاصد السلطة التحكمية المطلقة - .

المطلب الثاني

المعاصرون المنكرون لسلطة القاضي التقديرية

في نظام الإثبات في الفقه الإسلامي

يُدرج بعض المعاصرين نظام الإثبات في الفقه الإسلامي ، ضمن (مذهب الإثبات المقيد) ، ويلزم من ذلك إنكار مشروعية سلطة القاضي التقديرية في نظام الإثبات في الفقه الإسلامي – بل إنهم أعلنوا ذلك صراحةً – ورغم كثرة المعاصرين الذين تناقلوا هذا النظر – بلا وعي - ، إلا أننا نقتصر علي عرض آراء ثلاثة - .

أ/ رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري :-

جاء في (الوسيط في شرح القانون المدني) ما نصه :- ((... ففي المذهب القانوني – أو المذهب المقيد – يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتفقد بذلك الخصوم والقاضي . وهذا المذهب علي ما فيه من دقةٍ حسابية ، تكفل ثبات التعامل ، يبعد ما بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقةً قضائية ، إلا إذا أستطيع إثباتها بالطرق التي حددها القانون ، وقد تَغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات ، فيجب في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ، ولا يكفي بشهادة واحدٍ إلا في حالات استثنائية . وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها ، دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير . ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى ، في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً))¹ .

ب/ رأي الدكتور رزق الله الأنطاكي :-

جاء في كتاب (أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية) ، للدكتور رزق الله الأنطاكي ، في معرض بيانه للمذهب القانوني – المقيد – في الإثبات ، بأن القانون السوري القديم – أي مجلة الأحكام العدلية التي استمدت أحكامها من المذهب الحنفي ، قد : ((اشترط في الإثبات بالبينة الشخصية ، شهادة شاهدين ، ولم يكتف بشهادة شاهدٍ واحدٍ إلا في حالاتٍ استثنائية ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب علي القاضي الأخذ بها دون أن يتمتع بحرية التقدير ، كما لا يحق للخصوم مناقشتها ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى في حدودٍ تقدر تقديراً يكاد يكون حسابياً))² .

ج/ رأي المستشرق مارسيل موراند :-

جاء في كتاب (دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري) للمستشرق (مارسيل موراند) ما نصه :- ((إن القانون الإسلامي يحدّد القيمة المقنعة لكل

¹ - الوسيط في شرح القانون المدني – للدكتور عبد الرزاق السنهوري – ج ٢ ص ٢٩ .
² - أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية للدكتور رزق الله الأنطاكي ص ٤٥٥ .

وسيلة في الإثبات ، بحيث لا يترك للقاضي مكنة تقدير الأدلة المقدمة إليه . فالمشرع لا يكتفي بأن يذكر القيمة التي يجوز للقاضي أن يقرها لكل دليل ، ولكنه يحدّد له هذه القيمة . فعند المسلمين ليس للقاضي صفة كي يبت في قيمة الأدلة المقدّمة إليه . إن المناقشات القضائية هي نوع من المباراة التي يشهدها القاضي دون أن يتأثر بها ، مقتصرأ على تسجيل نتائجها ، بدليل أنه لا يقبل شهادة شاهدٍ ليس شريفاً حتى لو كان يعلم أنه يقول الحقيقة))¹ - .

وتتلخص هذه الآراء الثلاثة فيما يلي :-

(١) المذهب القانوني – أو المقيد – في الإثبات يرسم طرق إثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويحددها تحديداً دقيقاً لكل حالة ، مع تحديد قيمتها التدليلية الملزمة للخصوم وللقاضي ، بحيث تنتفي أية سلطة تقديرية للقاضي في المذهب المقيد للإثبات - .

(٢) وجوب التزام القاضي بالطرق المحددة للإثبات قانوناً في المذهب المقيد ينافي أن تكون له سلطة تقديرية ، وذلك يبعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، ولو كانت الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر - .

(٣) يغلب في الفقه الإسلامي اعتناق المذهب القانوني – المقيد – في الإثبات من حيث تحديد نصاب الشهادة وليس للقاضي أية سلطة تقديرية في تقويم الأدلة – المكتملة النصاب - .

هذا حدّ جامع بين الآراء الثلاثة ، وقد زاد المستشرق موراند بأنه : (عند المسلمين ليس للقاضي صفة كي يبت في قيمة الأدلة المقدمة إليه ، وبأن القاضي لا يتأثر بما يدور أمامه من مناقشات فهو لا يقبل شهادة شاهد ليس شريفاً ، ولو كان يعلم أنه يقول الحقيقة) – علي حدّ تعبيره - .

(٤) يتفاوت نصاب الشهادة من واقعةٍ إلى أخرى في حدود مقدرة تقديرأ يكاد يكون حسابياً .

¹ - النص ترجمة عن الفرنسية للدكتور إبراهيم إبراهيم الغماز في كتابه (الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية) ، - دراسة قانونية نفسية ص ٦٦٤ - .

(٥) لا يحق للخصوم مناقشة الشهود – علي حدّ تعبير الدكتور رزق الله الأنطاكي - .

ونتناول بالمناقشة الموضوعية ، ما أثاره أصحاب تلك الآراء فيما يلي :-
أولاً :- نسلم بأن المذهب القانوني – المقيد – في الإثبات ، يتسم بتلك النواقص التي زلزلت أركانه ، وهدمت بنيانه ، فلم يبق له أثر سوي أطلاله المبعثرة في مصنفات تاريخ القضاء . غير أننا لا نسلم بحال لمقولة أنه يغلب علي الفقه الإسلامي اعتناق المذهب المقيد في الإثبات ؛ لأن المذهب المقيد في الإثبات يلغي العقل والمنطق ، ويبيح استخدام وسائل القهر والتعذيب للحصول علي الدليل المقرر قانوناً ، فالعبرة بالدليل وفي سبيل تحصيله تشرع كل الوسائل . أما شريعة الإسلام فهي شريعة العقل ، ولا أكثر منها استثارة للعقل الإنساني ، فقد تنزلت أكثر من خمسين وسبعمائة من آي القرآن الكريم بالحث علي التفكير والتدبر والاستنباط والاهتداء بكتاب الله المنظور ، هذا الكون الفسيح ومشتملاته ، وهي الشريعة التي تنزلت بتقرير الكرامة الإنسانية (ك ك ك ك) ^١ - . وهي الشريعة التي أرست مبدأ النهي عن إكراه الشهود أو المضارة بهم بأي وجه (□ □ □ □ □ □) ^٢ - ، بل لا يجوز فيها إرهاب الشاهد بإطالة استجوابه من غير ضرورة ، أو بتعنيته بالأسئلة غير المنتجة ، فذلك نوع من الإكراه المعنوي - ، علي نحو ما فصله في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة – بإذن الله - ، فما أبعد المذهب المقيد عن شريعة إحسان العدل ، التي أرست مبادئ المساواة المطلقة أمام القضاء ، ففي الحديث الشريف : ((من ابتلي بالقضاء بين الناس فليعدل في لحظه وإشارته ومقعه)) ^٣ - ، إنها المساواة في أمثل صورها ... بالتسوية بين الخصمين في اللحظ وفي الإشارة وفي المقعد ، بل وفي مخاطبة الخصمين بذات النَّفس – بفتح النون والفاء - ، الذي يبعث فيهما سويًا الطمأنينة النفسية ؛ إذ يروي أنه صلي الله عليه وسلم قال : ((من ابتلي بالقضاء بين الناس فلا يرفعن صوته علي أحد الخصمين ما لا يرفع علي الآخر))

¹ - سورة الإسراء من الآية ٧٠ - .

² - سورة البقرة من الآية ٢٨٢ - .

³ - رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام - .

١- . يقول ابن قيم الجوزية معلقاً علي مبدأ التسوية المطلقة بين الخصوم أمام القضاء – في الوجه والمجلس والمخاطبة – بأنه : ((إذا عدل الحاكم في هذا بين الخصمين ، فهو عنوان عدله في الحكومة ، فمتي خصّ أحد الخصمين بالدخول عليه ، أو القيام بصدر المجلس والإقبال عليه ، والبشاشة له والنظر إليه ، كان عنوان حيفه وظلمه وفي تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكراه مفسدتان ، إحداهما : طمعه في أن تكون الحكومة له ، فيقوي قلبه وجنانه . والثانية : أن الآخر يبأس من عدله ويضعف قلبه وتنكسر حجته))^٢ - . ثم إن شريعة الإسلام هي التي أرست مبدأ (سيادة حكم القانون) ، ولو أن فاطمة بنت محمد صلي الله عليه وسلم سرقت لقطع محمد صلي الله عليه وسلم يدها^٣ - .

وبشأن ما أثاره أصحاب الآراء الثلاثة في موضوع (نصاب الشهادة) فإن شريعة الإسلام هي التي وضعت قاعدة الأساس في الإثبات (البينة علي المدعي)^٤ . والبينة تعني كل ما يبين به الحق . هكذا عرفها ابن قيم الجوزية وابن فرحون المالكي وعلاء الدين الطرابلسي^٥ - . وقد انتظم عمل قضاة الصحابة رضوان الله عليهم – وعلي رأسهم أقضاهم سيدنا علي كرم الله وجهه ، علي هذا المعني الموسع لمعني البينة ، بدليل أنه استخدم التحليل المختبري في بعض أفضيته – كما يتبدى لنا في الفصل السادس من الباب الثاني من هذه الدراسة ، عند بيان (سلطة القاضي التقديرية في بينة الخبرة – نديها ومناقشتها وتقويمها) - .

ورغم ما ذكرناه آنفاً ، فنسلم بأن هنالك حالات تعني فيها الشريعة الإسلامية بالشكل ، فلا يقضي فيها إلا عند توفر ذلك الشكل ، كنصاب الشهادة في مسائل الحدود الخالصة لله تعالي ، والحكمة في ذلك تتمثل في أن حقوق الله سبحانه وتعالى قائمة علي المسامحة ، لقوله صلي الله عليه وسلم : ((تعافوا الحدود فيما بينكم ،

١- رواه الدار قطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام - .

٢- إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص ٦٩ - .

٣- راجع الحديث بتمامه في صحيح البخاري في كتاب الحدود باب إقامة الحدود علي الشريف والوضيع ، وفي صحيح مسلم في كتاب الحدود باب قطع السارق الشريف وغيره ، وفي سنن أبي داود في كتاب الحدود باب في الحد يشفع فيه ، وفي سنن ابن ماجه في كتاب الحدود باب الشفاعة في الحدود ولدي الإمام أحمد في مسنده – في المسند ٦ ص ١٦٢ - .

٤- رواه الترمذي في سننه في كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبيئات باب البينة علي المدعي ... - .

٥- راجع إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص ٩١/٩٠ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٧٢ ومعين الحكام للطرابلسي ص ٦٨ - .

وما بلغني من حدٍّ فقد وجب))^١ - ، وهي قائمة علي الستر ، لقوله صلي الله عليه وسلم : ((من رأي عورة فسترها كان كمن استحيا مؤودةً من قبرها))^٢ - ، وهذان مبدءان مقرران لحماية الأفراد ، وقد شددت الشريعة الإسلامية في الوسائل المثبتة للحدود الشرعية صوناً لكرامة الفرد ، فإن تعذر فيها الإثبات الموجب للحدِّ الشرعي ، فيصار إلى التعزير متي كان الإثبات المقدم مما يحقق الاقتناع القضائي الجازم بوقوع الجريمة وإسنادها ، شأنها شأن الإثبات في المسائل الجنائية عامة - .

ولا نسلم بالقول بأنه ليس للقاضي أية سلطة تقديرية في تقويم الشهادة ، وأنه يجب عليه الحكم بدلالة الشهادة المكتملة النصاب دون أن يكون لديه سلطة تقويمها . ولا نماري في أن هذا القول يعبر عن رؤية قاصرة - بل وعلي قصر نظر قائليها- ، فالفقه الإسلامي يجعل مدار قبول الشهادة وردّها علي غلبة الصدق فيها^٣ - . قال تعالي : ((نذت ت نذت))^٤ - ، والأمر بالتبيين في الآية الكريمة دليل علي وجوب البحث والتثبت في خبر الفاسق ، فإن بان صدقه فيما شهد به جازت شهادته ، وإلا لما كانت هناك فائدة من الأمر بالتثبت . قال ابن قيم الجوزية :- ((والمقصود أن الشريعة لا تردّ حقاً ولا تكذب دليلاً ، ولا تبطل أمارهً صحيحةً ، وقد أمر الله سبحانه وتعلي بالتثبت والتبيين في خبر الفاسق ، ولم يأمر برده جملةً ، فإن الكافر الفاسق قد يقوم علي خبره شواهد الصدق ، فيجب قبوله والعمل به ... فلا يجوز لحاكم ولا لوالٍ ردّ الحق بعدما تبين وظهرت أماراته لقول أحد من الناس))^٥ - .

ولا نحسب أن نظاماً قضائياً يتيح سلطةً تقديريةً للقاضي في وزن الأدلة وتقويمها أكثر من نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، ومما يدحض ما أثاره أولئك القوم في مسألة (سلطة القاضي المسلم في تقويم الشهادة) ، ما روي عن شريح أنه : (اختصم إليه رجلان ادعي أحدهما قبل الآخر دابة أنتجها ، فسأله شريح البينة ، فجاءه بثمانية رهط فشهدوا له ، فاستحلفه شريح ، فقال له : أثبت

¹ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان والنسائي في سننه في كتاب قطع السارق باب ما يكون حرزاً وما لا يكون - .

² - رواه الإمام أحمد في مسنده ج٤ ص ١٥٣ وأبو داؤد في سننه في كتاب الأدب باب في الستر علي المسلم - .

³ - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ١١٧ - .

⁴ - سورة الحجرات من الآية ٦ - .

⁵ - الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ٢٤ - .

عندك بثمانية من الشهود . فقال له شريح : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ، ما قضيت لك حتى تحلف)¹ - . وهذا الأثر يدل علي سعة ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في تقويم الشهادات في نظام القضاء الإسلامي ، فلا قضاء بشهادة تنبعث منها الريبة وإن بلغت النصاب وفاضت ، وفي ذات الوقت فيجوز الحكم بشهادة الفاسق متى ثبت صدقه فيما شهد به ، حتى ولو كان من صنو المستشرق (مارسيل موراند) ، الذي تبدت عداوته لشرعية الإسلام في الثابت بعبارة النص ، حيث إن العداوة الدينية لا تمنع من الاعتداد بالشهادة ((ئء كك كك و و و و و و و و))² . -

وأخيراً فلا يصدق ما ذكره الدكتور رزق الله الانطاكي في حق (مجلة الأحكام العدلية) من ادعاء أنه لا يحق فيها للخصوم مناقشة الشهود ؛ إذ يدحض ذلك الادعاء ما في المادة (١٦٩٥) من مجلة الأحكام العدلية ونصها : ((إذا ادعي أحد علي آخر ديناً ، فإن شهدت الشهود بأن المدعي به دين في ذمة المدعي عليه للمدعي يكفي ، ولكن إذا سأل الخصم عن بقاء الدين إلى وقت الادعاء ، وقال الشهود : لا ندري فترد شهادتهم)) . أوليس ذلك من قبيل مناقشة الخصوم للشهود ، أم علي قلوب أفعالها ؟ - .

إن أولئك القوم - وآخرين³ - قد جردوا القاضي في نظام القضاء الإسلامي من كل سلطة تقديرية في قبول الأدلة وفي تقويمها ، حتى إن بعضهم قد شبهه بآلة حسابية صماء ، وتلك دعوى داحضة ، فالقضاء في الشرع الإسلامي الحنيف أساسه (الفهم) ، وقد امتدح القرآن الكريم (الفهم) ، وأبان فيما ذكرناه من قبل في قصة داود وسليمان في دعوى صاحب الحرث ، بأن أعدل القضاء هو ما كان عن فهم الوقائع وتنزيل ما يتلاءم معها من حكمٍ عليها . وقد ورد بتوكيد لفظي ، الأمر بفهم ما يدلي به ، في رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه ، إلى أبي موسى الأشعري ((الفهم الفهم فيما أدلي إليك)) ، ومقتضي التوكيد هو الأمر الجازم بفهم الوقائع

¹ - رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبيئات باب من رأي الحلف مع البيئة - .

² - سورة المائدة من الآية ٨ - .

³ - ذات الآراء الأنفة الذكر أوردها الدكتور جميل الشرقاوي في صفحة ٨ من كتابه (الإثبات في المواد المدنية) ، والمحامي حسين المؤمن في صفحات ٢٠/١٩/١٨ من كتابه (نظرية الإثبات - القواعد العامة والإقرار واليمين) - .

وبالحلم والأناة والفتنة واليقظة والنزاهة والعفة والاستقامة والفقہ والمعرفة بعلم من كان قبله وبأحوال الناس وعاداتهم . ومن يتصف بما ذكر يؤمن جانبه من التحكيمية. فضلاً عن الضوابط التي يلتزم بها عند تفريد العقوبة التعزيرية من الموازنة بين مدي خطورة الجريمة وأثرها علي المجتمع ومدي انتهاكها للفضيلة ، وبين أغراض العقوبة في الإصطلاح والزجر ، فالعقوبة ليست انتقامية ، فيتعيّن مراعاة حال الجاني وظروفه والبيئة التي يعيش فيها، ومدي تأصل النزعة الإجرامية فيه ، فيتراوح بالعقوبة التعزيرية علي ضوء ذلك النظر الشمولي ، علماً بأن من الجناة من يزرجه أقل التعزير ، ومنهم من لا يزرجه إلا أشدّه . وقد يري القاضي الإقالة أو وقف تنفيذ العقوبة ، وقد يري التشديد بالضرب والحبس معاً ، قال ابن عابدين : ((فإنه - أي التعزير - يكون بالضرب وبغيره ، أما إذا اقتضى رأيه الضرب في خصوص الواقعة ، فإنه حينئذٍ لا يزيد علي تسعة وثلاثين . قلت : نعم له الزيادة من نوع آخر ، بأنه يضم إلى الضرب الحبس ... وذلك يختلف باختلاف الجنائية والجاني . قال الزيلعي : وليس في التعزير شيء مقدّر ، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام علي ما يقتضي جناباتهم ، فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجنائية ، فينبغي أن يبلغ غاية التعزير في الكبيرة ، كما إذا أصاب من الأجنبية كل محرم سوي الجماع ، أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه ، وكذا ينظر في أحوالهم - أي في أحوال الجناة - ، فإن من الناس من ينزجر باليسير ، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير))¹ .

وتقدير اليسير أو الكثير علي ضوء حال الجاني والمجني عليه والجنائية ، غير متروكان دون ضوابط ، بل إن وجب التعزير بجنائية في جنسها حدّ شرعي ، لكنه لم يجب الحدّ لفقد شرطه ، فإنه يلحق بعقوبة جنس الحدّ ، شريطة ألا يبلغ التعزير إلى قدر الحدّ الشرعي² - ، أما إذا لم تكن الجنائية مما في جنسها حدّ شرعي - وصنوها قليل نادر - فيتراوح بالتعزير فيها بين حدّه الأدنى ، وبين ما يتلاءم لمثلها من حدّ أعلى ، فيتم تفريد العقوبة فيها علي ضوء ما ألمعنا إليه آنفاً .

¹ - حاشية ردّ المحتار - ابن عابدين - ج ٤ - ص ٦٢ - .
² - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٢٠ - .

المطلب الرابع

مشروعية سلطة القاضي التقديرية في

التشريعات ومدى أعمالها في تطبيقاتها القضائية المعاصرة

لقد أفادت التشريعات والتطبيقات القضائية المعاصرة من التجارب الإنسانية علي مرّ العصور ، فاتسمت بالاعتدال فيما قرّره بشأن سلطة القاضي التقديرية ، وبتناول بالعرض في هذا المطلب بندين أولهما : عن مشروعية سلطة القاضي التقديرية في التشريعات المعاصرة ، وثانيهما : عن مدى أعمال مشروعية سلطة القاضي التقديرية في التطبيقات القضائية المعاصرة - ، وفيما يلي تفصيل كل بندٍ علي حدة - .

البند الأول

مشروعية سلطة القاضي التقديرية في التشريعات المعاصرة

تأخذ التشريعات المعاصرة - بلا خلاف نعلمه - بمبدأ مشروعية سلطة القاضي التقديرية ، ويتفاوت مدى المشروعية بين المسائل المدنية والمسائل الجنائية ، الإجرائية منها والموضوعية ، وفقاً لطبيعة التشريع ومدى تأثيره بمبدأ المشروعية وتعلقه بالنظام العام ، وبمدى تفاوت مبدأ حياد القاضي بين تلك المسائل. وتتبدى وجوه سلطة القاضي التقديرية في التشريعات المعاصرة في محاور أولها : ما يصار إليه عند غياب النص التشريعي ، وثانيها : بالنظر إلي دلالة منطوق النص ومفهومه - أو قل بالنظر إلي صريح النص ومقتضاه - وفيما يلي بيان كل محور علي حدة - .

المحور الأول : سلطة القاضي التقديرية عند غياب النص التشريعي :

تعني التشريعات المعاصرة بمنهج يتسم بالمرونة ، بإبانة ما يصار إليه عند غياب النص التشريعي ، بحيث تتسع سلطة القاضي التقديرية ، عندما يتعين عليه المصير إلي تلك المصادر الاحتياطية التي يقرّها التشريع لسد النقص . ولا نغالي إن قلنا بأن أفضل ما اطلعنا عليه من النصوص التشريعية المقررة لسد النقص ،

والتي رسخت معالم سلطة تقديرية منضبطة للقاضي ، هو ما قررته المادة الثالثة من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣م – تعديل سنة ١٤٠٦هـ - ونصها :- ((علي الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر – وفيما عدا الدعاوى الجنائية – إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة :

أ/ يطبق القاضي ما يجده من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة - .

ب/ فإن لم يجد القاضي نصاً ، يجتهد رأيه ويهتدي في ذلك بالمبادئ التالية ، بحيث يأخذها علي وجه التكامل ، ويراعي ترتيبها في أولوية النظر والترجيح .

أولاً : مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة ، وما تهدي إليها توجيهاتها من تفصيل في المسألة .

ثانياً : القياس علي أحكام الشريعة ، تحقيقاً لعلها أو تمثيلاً لأشبابها أو مضاهاةً لمنهجها في نظام الأحكام - .

ثالثاً : اعتبار ما يجلب المصالح ، ويدرأ المفسد ، وتقدير ذلك بما يتوخي مقاصد الشريعة وأغراض الحياة الشرعية المتكاملة ، في ظروف الواقع الحاضر ، وبما لا تلغيه نصوص الشريعة الفرعية - .

رابعاً : استصحاب البراءة في الأحوال والإباحة في الأعمال ، واليسر في التكليف-.

خامساً : الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان ، فيما لا يعارض الشريعة ، وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية ، وما قرروه من قواعد فقهية - .

سادساً : مراعاة العرف والنكر في المعاملات ، فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، أو مبادئ العدالة الفطرية - .

سابعاً : توخي معاني العدالة التي تقرها الشرائع الإنسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم ((- .

لقد جاءت المادة الآنفة الذكر منضبطة فيما أحالت إليه من المصادر الاحتياطية ، فلم تدع القاضي يمارس سلطته التقديرية – فيما لا نص فيه – بلا هدايات تنير له المسالك ، وإنما أضاءت له أفياء تلك المرجعيات ، الواحدة تلو

الأخرى ، بعكس صنيع التشريعات الأخرى التي اختارت عبارات فضفاضة أو مجملة ، كان نتائج التنافر بين الأحكام والتصارع بين التشريعات . ففي السودان كانت المادة الرابعة من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠م تقضي بوجود الفصل في المنازعات ، وفقاً لمقتضيات العدالة والإنصاف والوجدان السليم ، في الحالات التي لم يرد بشأنها نص تشريعي في القانون . وإبان العقود الأولى من القرن العشرين ، كان الاتجاه العام للقضاة بالسودان ، هو تفسير عبارة (مقتضيات العدالة والإنصاف) بما استقر عليه القضاء الإنجليزي ، باعتباره المصدر التاريخي للقانون المذكور ، بينما ذهب فريق آخر إلى تفسير تلك العبارة ، بما استقر عليه التشريع والقضاء الهنديين ، باعتبار أن قانون القضاء المدني كان مستمداً من القانون الهندي ، بدرجةٍ شملت استعارة الألفاظ والتعابير ، ثم ظهر رأي ثالث في نهايات العقد السادس من ذات القرن ، يدعو إلى سدّ النقص من القانون المصري ، لتوفر وجوه الشبه بين البلدين في الدين واللغة والعادات^١ . وقد امتد نتاج ذلك الصراع الفكري إلى القنوات التشريعية ، فصدرت قوانين وألغيت وصدرت أخرى ، لا لشيء سوي مشايعة هذا الاتجاه أو ذاك ؛ إذ جاء قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٧٢م ذو الطابع المصري ، بديلاً عن قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م المستمد من المدرسة الإنجليزية ، وما لبث غير يسير ، فألغي قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٧٢م ، واستعيض عنه بقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م الذي عاد أدراجه من جديد للنقل من قانون القضاء المدني لسنة ١٩٢٩م الإنجليزي المصدر . ولعل ذلك الصراع هو الذي جعل المشرع السوداني يستشعر مخاطر الانتماء للآخر ، فكان بعض الانعتاق الذي يتبدى في صدور المادة (٦) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م ، بغاية تكريس استقلالية التشريع ، والتعبير عن أشواق الأمة السودانية بمقدار ، حيث نصت تلك المادة علي أنه : (((١) إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه علي الإجراءات في المسألة المعروضة ، تطبق المحكمة من القواعد ما من شأنه تحقيق العدالة . (٢) في المسائل التي لا يحكمها نصٌ

^١ - راجع كتاب : قانون الإجراءات المدنية السوداني - الدعوى - د. محمد الشيخ عمر - الجزء الأول صفحات ٥ - ٨ - .

تشريعي تطبق المحاكم المبادئ التي استقرت قضاءً في السودان ، ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والعدالة والوجدان السليم)) . فالبند الأول من هذه المادة قد أبقى الحال علي ما كان عليه ، بتقرير المصير إلي (القواعد التي تحقق العدالة) ، عند انتفاء النص في المسائل الإجرائية . وهي بلا مراة تتيح للقاضي سلطة تقديرية هلامية . أما البند الثاني من المادة ، فقد إنفك عن الصراع القديم الذي كان دائراً بشأن ما يصار إليه عند عدم وجود نص تشريعي ، وهل هو ما استقر عليه القضاء الإنجليزي ، أم ما استقر عليه القضاء الهندي ؛ إذ جاء معيناً المصير إلي (ما استقر قضاءً في السودان) ، فضلاً عن إدخاله (مبادئ الشريعة الإسلامية) – مجملة – ضمن المصادر الاحتياطية التي يصار إليها عند انتفاء النص التشريعي ، في المسائل الموضوعية - .

ونختلف جزئياً مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور (محمد الشيخ عمر) في عروض شرحه للمادة المذكورة ، حيث ذكر بأن القانون قد أورد علي سبيل الحصر والترتيب ، ما يجب أن يتبع في شأن المسائل المتعلقة بالموضوع حيث لا يوجد نص تشريعي¹ . ويتمثل اختلافنا الجزئي معه في أن هذا البند الثاني من المادة المذكورة لم توجب المصير إلي تلك المصادر الاحتياطية علي سبيل الترتيب بإطلاق ، وذلك لورودها في البند المذكور علي سبيل عطف النسق ، حيث عطفت تلك المصادر علي المعطوف عليه (السوابق القضائية السودانية) بحرف ((الواو))، وقد أجمع النحويون واللغويون من البصريين والكوفيين علي أن ((الواو)) للجمع من غير ترتيب² - ، ما لم يفهم اقتضاء الترتيب من دليل آخر . وقد فهم ما يقتضي تقديم (ما استقر قضاءً في السودان) علي غيره من المصادر المجموعة معه بأداة العطف ، من أدلة أخرى ؛ إذ نصت المادة (٣) من قانون العقود لسنة ١٩٧٤م (الملغي) علي الاسترشاد بالمبادئ التي أقرها القضاء في السودان ، تطبيقاً للقانون أو تفسيراً له ، فضلاً عن تواتر الأحكام القضائية بذلك ، ومن ثمّ يكون المصدر الاحتياطي الأول – آنئذٍ – هو (المبادئ التي استقرت قضاءً

¹ - المرجع السابق ص ٣٣ - .

² - راجع شرح قطر الندي وبل الصدي - لابن هشام الأنصاري - ص ٣٢٨ - .

في السودان) ، فكان يصار إليها ابتداءً عند انتفاء النص التشريعي في المسائل المدنية الموضوعية . وهذا قدر نتفق فيه مع الأستاذ الدكتور ، إلا أننا لا نتفق معه فيما ذكره من ورود بقية تلك المصادر الاحتياطية علي سبيل الترتيب ؛ لانتفاء وجود الدليل الذي يقتضي الترتيب ، ومن ثمّ يكون مقتضي العطف هو الجمع بين بقية تلك المصادر الاحتياطية من غير ترتيب ، بحيث يكون من سلطة القاضي التقديرية تقرير ما يتلاءم من تلك المصادر الأخرى علي ضوء ظروف الدعوى ، وما يحتف بها بلوغاً إلي ما يحقق عدل القضاء فيها . ولا يخفي أن تحديد إحدي تلك المصادر الأخرى أيضاً يتطلب نشاطاً ذهنياً وتقديراً قائماً علي الفهم المؤسس علي حسن الاستقصاء والتحقيق والتنقيح المفضي إلي حقائق الوقائع بجلاء - .

وظل البند الأول من المادة (٦) من قانون الإجراءات المدنية ، علي ما كان عليه - حتى هذا التاريخ - حيث جاء في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م مطابقاً لما كان عليه في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م ، أما البند الثاني منها فقد تطور إيجابياً محدثاً نقلة هائلة ، حيث جاء نصه في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م علي أنه : ((في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم)) . وهنا فإن عطف النسق بحرف ((الواو)) يقتضي الترتيب ، إذ يجب المصير إلي الشريعة الإسلامية ابتداءً عند انتفاء النص التشريعي ، باعتبارها أولي المصادر الاحتياطية ، ثم يصار إلي المبادئ التي استقرت قضاءً في السودان ثم العرف ثم مبادئ العدالة والوجدان السليم . ويستفاد هذا الترتيب من دليل آخر ، وهو نص المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م الذي سبق لنا إيراده - ، وهي بجانب ما تفيد من ترتيب المصادر الاحتياطية التي يصار إليها عند انتفاء النص التشريعي ، فإنها قد فصلت مجملات المادة (٦) الأنفة الذكر بما يجعل خطي تقدير القاضي واثقة علي بصيرة من الأمر ، بينما نجد التشريعات العربية - في مجال سدّ النقص التشريعي لا تكاد تتجاوز عبارات فضفاضة ومجملّة ، فعلي سبيل المثال نجد المادة الأولى من القانون

المدني المصري - قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م - تنص علي أنه :
((١) تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص
في لفظها أو في فحواها . (٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم
القاضي بمقتضي العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا
لم توجد فبمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة -)^١ .

والواضح أن القانون قد استخدم عبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية)
استخداماً مجملاً ، في محل تفصيل ، كان يدعو إليه ضرورة تحديد المرجعية التي
تصون تنافر الأحكام ، كما استخدم القانون عبارات يصعب الإحاطة بمعانيها من
مثل عبارة (مبادئ القانون الطبيعي) وعبارة (قواعد العدالة) ، وقد اعترف
شراح القانون بصعوبة درك معانيها ، بل وصعوبة تصورها وتحديد معالمها ،
وكان أحري بالمشرع إحالة القضاة - وهم من يناط بهم تطبيق القانون - إلي
عبارات يدركون معانيها وأبعادها . ويقول المستشار (أحمد نشأت) بشأن تلك
العبارات : ((أما القانون الطبيعي ، فليس من السهل تصوره وتحديدده وفهم معناه ،
وقد قرنه الشارع بقواعد العدالة ، كأنه جعل الأمرين مترادفين ، القصد منهما واحد ،
وهو تحقيق العدالة . وإنه وإن كانت قواعد العدالة غير معينة أيضاً ، إلا أنه يمكن
استنباطها هي والقانون الطبيعي ، من علم القانون المقارن ، أي من أصول القوانين
المختلفة والشريعة الإسلامية مع مراعاة أحوال المتخاصمين وظروفهما وبيئتهما
وحالتها الاجتماعية ...))^٢ . ورغم محاولة هذا الشرح ، فقد بقيت عسرة المادة
علي حالها ، ولا نحسب أن إقالة العثرة ، وتيسير العسرة ، تتحقق إلا في أوبة من
صنو منهج المادة الثالثة من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني
لسنة ١٩٨٣م - .

^١ - ونصت المادة الأولى - بند ٢ من القانون المدني القطري - قانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م علي أنه : ((إذا لم يوجد نص تشريعي
حكم القاضي بمقتضي الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد حكم بمقتضي العرف وإلا فبمقتضي قواعد العدالة)) - .
^٢ - رسالة الإثبات - للمستشار أحمد نشأت - ج١ ص ٤٣ - .

وقد كانت مرجعية العمل القضائي في مسائل الأحوال الشخصية - في السودان ومصر - قائمة علي الراجح من المذهب الحنفي ، وذلك إبان تطبيقهما لأحكام لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية¹ - ، حيث لم يكن هناك قانون موضوعي ينظم أحكام الأحوال الشخصية في أي من البلدين ، وعندما سن البلدان قوانين الأحوال الشخصية ، أصبحت (مرجعية الراجح من المذهب الحنفي) مصدراً احتياطياً لسدّ النقص التشريعي ، ففي السودان نصت المادة ١/٥ من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م علي أن : ((يعمل بالراجح من المذهب الحنفي ، فيما لا حكم فيه بهذا القانون ، ويصار في حالة المسائل التي يوجد لأصلها حكم أو تحتاج إلي تفسير أو تأويل إلي المصدر التاريخي الذي أخذ منه القانون)) . ونحسب أن سلطة القاضي التقديرية ، عند المصير إلي الراجح من المذهب الحنفي، تتقاصر فلا تتجاوز درك ما هو الراجح في المذهب ، إلا أن الأمر يتطلب معرفة بقواعد الترجيح في المذهب ، فإن تراوح الراجح بين أحد قولي الإمام - علي ضوء الدليل - ، فقد يطرأ الخلاف بسبب الرواية أو الدراية ، وهما محل للتقدير وفق قواعدهما ، وذات الحال عندما ينظر في الراجح بين أقوال تلاميذ الإمام ، أو بين القياس والاستحسان أو بين ما في كتب ظاهر الرواية وبين ما لدي المحققين في المذهب - ، والأمر يتطلب نشاطاً ذهنياً وغوصاً إلي حيث الدر كامن ، وقد بيّنت دقائق قواعده في (الضوابط العامة لسلطة القاضي التقديرية في إصدار الأحكام) بالباب الثالث من هذه الدراسة - .

المحور الثاني : سلطة القاضي التقديرية المقررة بمنطوق النصوص التشريعية ومفهومها - .

ينبني هذا المحور علي مرتكزين ، أولهما : بيان سلطة القاضي المخولة له بعبارة النص التشريعي - صراحة أو دلالة - ، وثانيهما : سلطة القاضي التقديرية فيما يقتضيه تفسير النصوص التشريعية - ، ونعرض بالبيان كل مرتكز علي حدة - .

¹ - كانت المادة ٥٣ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية بالسودان - وتقابل المادة (٢٨٠) من اللائحة المصرية تنص علي أن : ((يكون العمل في جميع المحاكم الشرعية علي المرجح من آراء فقهاء الحنفية إلا في المسائل التي يصدر فيها قاضي القضاة منشورات أو مذكرات قضائية فإنه يعمل بما ينص قاضي القضاة علي العمل به من آراء فقهاء الحنفية أو غيرهم من أئمة المسلمين في التشريع)).

المرتکز الأول : سلطة القاضي التقديرية المخولة له بعبارة النص التشريعي - صراحة أو دلالة - .

نعني بعبارة النص : دلالة اللفظ علي الحكم المسوق له الكلام أصالة أو تبعاً بلا تأمل¹ - . ومن المسلمات التي لا تخفي أن التشريعات المعاصرة تخول للقاضي سلطة تقديرية ، بصريح عبارة النص أو دلالاته ، بما يكفل له أداء رسالته في فصل المنازعات ، رداً للحقوق إلى أهلها ، وبسطاً للعدل ، ولا ينهض لمنكري وجود سلطة القاضي التقديرية في المسائل الجنائية أثارة من دليل ، حيث مستندهم القائم علي (مقتضيات مبدأ المشروعية) قد تجاوزته التشريعات المعاصرة - بلا خلاف نعلمه - باختيارها أمثل النظر ، بتحويل القاضي في التشريعات المدنية والجنائية علي السواء - في المسائل الموضوعية منها والإجرائية - سلطة تقديرية، اعترافاً منها بعدم إمكان الإحاطة تشريعاً بكل دقائق التصرفات القانونية أو بكل أشكال الأفعال المادية ، وما يحتف بها وطرائق استقصائها ، الأمر الذي جعل تلك التشريعات المعاصرة تذعن لضرورة تلك السلطة حتى في محيط الشرعية المشددة. وغاية صنيعها أنها تضيق وتوسع من سلطة القاضي التقديرية ، علي ضوء طبيعة النصوص التشريعية وغاياتها ، فتنسج تلك السلطة بصفة عامة في التشريع الجنائي في مسائله الإجرائية ، كفالة لحرية الاستقصاء للقاضي ، بينما تضيق في مسائله الموضوعية ، التزاماً بمبدأ المشروعية ، وتضييقاً لدائرة التجريم والعقاب . ويختلف الشأن في المسائل المدنية إلى درجة التقابل ، فتنسج سلطة القاضي التقديرية في مسائلها الموضوعية ، كفالة للمرونة التي تتلاءم مع انسياب مصالح العباد ومعاملاتهم ، بينما تضيق في مسائلها الإجرائية من منطلق (مبدأ حياد القاضي) الذي يقارب الحياد السلبي فيها - .

وقد ترد القواعد التشريعية بصيغة الإلزام - أمراً أو نهياً - ولا يصرفها عن الإلزام سوي قرينة صارفه ، ومنها ما ترد بصيغة الجواز والتخيير - إباحة أو

¹ - راجع تفسير النصوص في الفقه الإسلامي - د. محمد أديب صالح - ج ١ ص ٤٦٩ - .

ندباً- ، وفيها تتسع سلطة القاضي التقديرية ، بقدر ما تتضمنه من إطلاق أو تقييد ، والحكمة من سن القواعد الملزمة - الأمرة - تتمثل في ضرورة المحافظة علي كيان المجتمع وعمد بنيانه ، ولذلك نجد أن أغلب القواعد التشريعية الأمرة ، متعلقة بالنظام العام ، ولا يجوز مخالفتها ولو باتفاق - ، وترد تلك القواعد الأمرة بما يدل علي الوجوب ، بالألفاظ التي تدل علي طلب الفعل علي وجه الحتم ، أما القواعد التشريعية الجوازية ، فتزد بصيغة الإباحة أو الندب - صراحةً أو دلالةً - ، ويتكاثر صنو صريح النص الجوازي في الصياغة التشريعية ، وتتسع سلطة القاضي التقديرية كلما وردت صيغة الجواز مطلقةً ، مثالها النصوص التشريعية التي تجيز للقاضي استجواب أي شاهد أو مناقشته ، كما في المادة (١/١٥٥) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م ، فإن جاءت القاعدة التشريعية مقرونة بغير من أداة شرطٍ أو ظرفٍ أو استثناء ، كانت سلطته التقديرية أضيق من سابقتها ، وتكاد تتماثل مع هذه الحالة ، ورود صيغة الإلزام مقرونة بقرينة صارفة عن الوجوب ، كأداة شرط أو استثناء أو نحوهما ، فصيغة الإلزام وإن كانت تنتفي معها سلطة القاضي التقديرية ، إلا أن اقترانها بنحو قرينة صارفة ، يبطل حكمها بما يضفي عليها سلطة تقديرية بقدر . وهذه الحالات يتكاثر صنوها في الصياغة التشريعية ، وحسبنا منها ما تقضي به المادة (١٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م ، حيث اشتملت علي كل الحالات الآتية الذكر ، ونصها : ((١) يجوز للمحكمة متى رأت ذلك مناسباً ، أثناء المحاكمة ، أن تعدل ورقة الاتهام بالإضافة أو الحذف ، أو أن تعيد صياغتها من جديد (٢) علي المحكمة أن تتلو ورقة الاتهام المعدلة ، أو الجديدة علي المتهم ، وتأخذ رده عليها . (٣) يجوز للمحكمة عند تعديل ورقة الاتهام أو إعادة صياغتها ، أن تأمر بمحاكمة جديدة ، أو تؤجل المحاكمة للمدة التي تراها مناسبة ، أو تستمر في المحاكمة إذا لم يكن في ذلك إلحاق ضرر بقضية الادعاء أو الدفاع . (٤) متى عدلت المحكمة ورقة الاتهام ، أو أعادت صياغتها فعلياً أن تسمح لممثل الادعاء والمتهم باستدعاء أي شاهد سبق استجوابه ، إذا قدرت أن ذلك ضروري لتحقيق العدالة)) - .

ففي البند الأول جاء جواز تعديل ورقة الاتهام بالإضافة أو الحذف أو بإعادة الصياغة ، مقرونًا بقيدتين يتمثلان في (مناسبة التعديل) وإجرائه (أثناء المحاكمة)، وهما قيدان علي سلطة القاضي التقديرية بحيث يضيّقانها عما لو أطلقت ، وجاء الإطلاق في البند الثاني ، بالإلزام المطلق بحيث تنتفي معه السلطة التقديرية ، أما البند الثالث فقد تضمن حالتين متغايرتين ، أولاهما : حالة الجواز المطلق الذي تتسع معه السلطة التقديرية وثانيهما الجواز المشروط الوارد في عبارة عجز البند ، وأخيراً جاء البند الرابع بصيغة الإلزام المقرونة بقريضة صارفة عن الوجوب تمثلت في الجملة الشرطية ، وصنوه يخول للقاضي سلطة تقديرية تتسع مرةً وتضيّق أخرى ، وفقاً لنوع القرينة الصارفة ، فإن كانت القرينة الصارفة (تقديرية) تتسع السلطة التقديرية ، بينما تضيّق إن كانت القرينة الصارفة منضبطة محصورة ، ومثال المنضبطة ما نصت عليه المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري وتقرأ : ((يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه علي أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة)) ، ففي صدر المادة يخول المشرع للقاضي استمداد اقتناعه بكامل حريته ، ويستثني بعدئذٍ من (كامل الحرية) ، ما يستفاد منه منع بناء الحكم علي أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة ، وذلك قيد منضبط محصور ، وإن اقتضته قدسية العدالة المتجردة عن نوازع الهوى ، إلا أنه يخرج كثيراً مما يدخل في معني الدليل ، لعدم توفر مبدأ (المجابهة بالدليل) - . وحسبنا ما ألمعنا إليه في هذا المرتكز لمجرد التمثيل لا الحصر - .

المرتكز الثاني : سلطة القاضي التقديرية فيما يقتضيه تفسير النصوص التشريعية:

تفسير النصوص التشريعية قد يكون بتأويل ينصب علي نص شرعي من الكتاب أو السنة ، عدولاً عن الأصل : الذي هو حمل النص علي ظاهره ، علي أن يكون العدول لدليل يحتمله ، وذلك مما يختص بمعرفته الراسخون في العلم¹ - ،

¹ - راجع إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص ٣٧٠ ، والتأويل في الاصطلاح الشرعي : هو صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معني يحتمله ، إذا كان المحتمل الذي يراه موافقاً بالكتاب والسنة - راجع التعريفات للجرجاني باب التاء ص ٤٣ وراجع التعريفات الفقهية / للمجدي ص ٥٠ . وقيل : هو صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معني مرجوح يحتمله لدليل دلّ علي ذلك - راجع تفسير النصوص - د. محمد أديب صالح ج١ ص ٣٦٦ - .

كما قد ينصب علي تفسير النص التشريعي بمعناه الواسع ، ببيان معاني الألفاظ ودلالاتها علي الأحكام بما يتسنى معه إعمالها ، وفقاً لمقتضى المفهوم من النص ، بالموافقة أو بالمخالفة¹ - ، وفي كليهما يمارس القاضي نشاطاً ذهنياً ، بلوغاً إلى درك دلالة اللفظ ، فالغاية من ممارسة القاضي للتأويل أو التفسير هي ضرورة تحصيل الفهم الذي يقتضيه واجب الفصل في المنازعة بالقسط . ولئن كان وجود ظنيات الدلالة في نصوص الشرع الحنيف من سمات روعة الصياغة والإعجاز البياني والمرونة والدوام ، ومناطقاً لاستثارة العقل للتأمل والاستنباط ، فليس الأمر مثيله في التشريع الوضعي الذي يتوهم فيه المشرع (كمال التشريع) ، وما أن يعرج بالتشريع إلى أروقة التطبيق القضائي ، إلا ويتبدى عسر تنزيل بعض أحكامه علي الوقائع ، لما فيها من خفاء أو إبهام ، يحتمل علي القاضي مزاولة نشاطه الذهني نفاذاً إلى حقائق المعاني ، ملتزماً بضوابط أجملتها المادة (٢/ب/ج) من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م ؛ إذ نصت علي أنه : ((... (ب) يفسر القاضي المجملات والعبارات التقديرية بما يوافي أحكام الشريعة ومبادئها وروحها العامة . (ج) يفسر القاضي المصطلحات والألفاظ الفقهية علي ضوء القواعد الأصولية واللغوية في الفقه الإسلامي)) . وبجانب ما رمزت إليه المادة الآنفة الذكر ، فقد وردت بالمادة ٦ من قانون تفسير القوانين والنصوص العامة لسنة ١٩٧٤م بعض ضوابط التفسير القضائي للنصوص التشريعية، إذ نصت علي أنه :- (((١) تفسر نصوص أي قانون بما يحقق الغرض الذي شرع من أجله ، ويفضل في جميع الحالات التفسير الذي يحقق هذا الغرض علي سواه ، (٢) إذا تعارض أي نص في أي قانون مع أي حكم من أحكام الدستور ، تسود أحكام الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض . (٣) تسود أحكام القانون اللاحق علي القانون السابق بالقدر الذي يزيل التعارض بينهما . (٤) يعتبر أي قانون خاص ، أو أي حكم خاص

¹ - مفهوم الموافقة : هو دلالة اللفظ علي ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه ، وموافقته له نفيًا وإثباتًا لاشتراكهما في معني يدرك لمجرد معرفة اللغة ، وسمي مفهوم موافقة ؛ لأن المسكوت عنه موافق في الحكم للمذكور . أما مفهوم المخالفة فهو : دلالة اللفظ علي ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف لما دلّ عليه المنطوق ، لانتفاء قيده من القيود المعتبرة في الحكم . - راجع تفسير النصوص د. محمد أديب صالح ج١ ص ٦٠٨ / ٦٠٩ - .

بأي مسألة في أي قانون ، استثناءً من أي قانون عام أو نصوص عامة في أي قانون يحكم تلك المسألة)) - .

ومن مجموع المادتين الأنفتين يمكننا إبانة بعض ما يضى ضوابط التفسير القضائي علي النحو التالي :-

أولاً : وجوب إجراء التفسير وفقاً لمقاصد المشرع وبما يحقق غاية التشريع :

وفي هذا المعني يقول ابن قيم الجوزية : ((والألفاظ لم تقصد لنفسها ، وإنما هي مقصودة للمعاني ، والتوصل بها إلى معرفة مراد المتكلم ، ومراده يظهر من عموم لفظه تارة ، ومن عموم المعني الذي قصده تارة ، وقد يكون فهمه من المعني أقوى ، وقد يكون من اللفظ أقوى ، وقد يتقاربان وهذا مما فطر الله عليه عباده ، ولهذا فهمت الأمة من قوله تعالى : ((تَدْتَدْتَدْتَدْتَد))^١ - ، جميع وجوه الانتفاع من اللبس والركوب والمسكن وغيرها))^٢ - .

ولا يختلف الحال في التشريعات المعاصرة ؛ إذ يدرك فيها أيضاً قصد المشرع من واقع الألفاظ تارة - ومن غيرها أخرى - ، فالنصوص الواضحة تنبئ عن معانيها ودلالاتها من غير تأمل ، فإن خفيت فيصار في استبانة معانيها إلى مختلف طرائق رفع الخفاء والإبهام التي أبانها فقهاء أصول الفقه الإسلامي في مصنفاتهم بما لا مزيد عليه - .

ونحمد للمحكمة العليا السودانية - الدائرة الدستورية - أنها ردت للفقه الإسلامي بضاعته ، ففي قضية : (أحمد عثمان محمد وخليل إلياس / ضد / جمهورية السودان الديمقراطية) قضت بأن : ((معظم قواعد التفسير التي أوردها محامي المدعي مقتطفاً إياها من كتاب العلامة الإنجليزي ماكسويل ، تطابق وتشابه إلى حدٍ كبير القواعد الأصولية اللغوية التي قررها علماء أصول الفقه الإسلامي ، وهي تستند أساساً علي القاعدة الأولى التي تقضي بأن النص الشرعي - أو القانوني - يجب العمل بما يفهم من عبارته أو إشارته أو دلالاته أو اقتضائه ولذلك فإن القاعدة الذهبية في فهم المراد من النصوص الدستورية والقانونية - علي السواء -

¹ - سورة النساء من الآية ١٠ - .

² - إعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية - ج١ ص ٢٣٩ - .

هو وجوب أن يفهم من عبارة النص المعني الذي يتبادر فهمه من صيغته – أي من المفردات وجمل النص – ومؤدي ذلك أنه متي كان النص واضحاً جلي المعاني في الدلالة علي المقصود منه ، فإنه يتعين الالتزام به ، والوقوف عنده ، ولا يجوز اللجوء إلى فهم النص عن طريق الإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء ، إلا إذا اعتور النص غموض أو لبس ، ففي مثل هذه الحالة يتعين علي القضاء ، تفسير النص بما يحقق الغرض الذي شرع من أجله ، وفق المنطق وروح التشريع -))¹ .

ومن طرائق استبانة مقاصد المشرع واستجلاء حقائق معاني الألفاظ التشريعية ، المصير إلى المصدر التاريخي للنص التشريعي ، بنحو ما أحالت إليه المادة (١/٥) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م ، حيث نصت علي أنه : ((... يصار في حالة المسائل التي يوجد لأصلها حكم وتحتاج إلى تفسير أو تأويل ، إلى المصدر التاريخي الذي أخذ منه القانون)) فإن تعذر تبين المقاصد من تلك المصادر التاريخية ، فيصار إلى الأعمال التحضيرية للتشريع ، فهي من أهم الموارد التي تكشف قصد المشرع والحكمة التي من أجلها شرع النص . ورغم أهميتها في إعانة القضاة علي فهم مرامي التشريع ومقاصده ، إلا أن السلطات التشريعية في السودان لا تلقي لها بالاً ؛ إذ لا تكاد تجد تشريعاً يلحق به أعماله التحضيرية أو مذكراته التفسيرية . ولا ينبغي أن يفهم من تأكيد أهميتها أنها جزء من التشريع أو أنها ملزمة ، فهي غير ملزمة ويجوز للقاضي مخالفتها عند التفسير القضائي مع بيان وجوه عدوله عما تكشف عنه تلك الأعمال التحضيرية - .

ثانياً : مراعاة تجانس التفسير القضائي مع روح التشريع :

ويصار إلى هذا الضابط عند عدم درك مقاصد المشرع وعدم معرفة الغايات التي شرع النص التشريعي من أجلها ، فعلي القاضي البحث عن إرادة المشرع المفترضة ، وتدرك من خلال استقراء روح التشريع عامة ، ومن خلال التبين من المبادئ العامة والأصول التي استخرجت منها الفروع وما انتهجه المشرع في الوقائع المتشابهة ، قال ابن قيم الجوزية : ((وقد مدح الله تعالى أهل الاستنباط في

¹ - أشهر المحاكمات السياسية في السودان – إعداد وترتيب هنري رياض ص ٢٠٩ / ٢١٠ ، (م ع / قضية دستورية / رقم ٢ / ١٩٧٤م -) .

كتابه ، وأخبر أنهم أهل العلم ، ومعلوم أن الاستنباط إنما هو استنباط المعاني والعلل ونسبة بعضها إلى بعض ، فيعتبر ما يصح منها بصحة مثله ومثبته ونظيره ، ويلغي ما لا يصح ، هذا الذي يعقله الناس من الاستنباط . قال الجوهرى ¹ : الاستنباط كالاستخراج ومعلوم أن ذلك قدر زائد عن مجرد فهم اللفظ ، فإن ذلك ليس طريقة الاستنباط ، إذ موضوعات الألفاظ لا تتال بالاستنباط ، وإنما تتال به العلل والمعاني والأشباه والنظائر ومقاصد المتكلم)) ² - .

ثالثاً : تجانس التفسير القضائي مع دلالات الألفاظ علي المعاني :

ويلزم تجانس وجه التفسير مع دلالات الألفاظ علي المعاني ، ولو من وجه ؛ إذ لا يشترط التجانس مع كل الوجوه ، فإن تنافر مع كل الوجوه والمعاني اللغوية فلا يعتد به ، وفي قضية :-

(حكومة السودان /ضد/ عبید حسن حامد) قضت محكمة الاستئناف بأن : ((قاعدة التفسير الحرفي هي أن يعطي للكلمة معناها العادي والطبيعي ؛ لأن الافتراض أن المشرع عندما يستعمل كلمات معينة ، يقصد المعنى العادي والطبيعي لتلك الكلمات ، وهذا الافتراض غير قابل لإثبات العكس والمعنى الطبيعي والعادي للكلمة ... هو المعنى الذي تعرف به تلك الكلمة في القواميس عند استعمالها في الجملة المعينة أو الإطار المعين ؛ لأن معنى الكلمة لا بد أن يؤخذ داخل الإطار الذي وردت فيه ...)) ³ - .

ولا نسلم بإذعان مطلق ، لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف آنفاً ، رغم تسليمنا به بإجمال ؛ إذ قد يتعين علي القاضي المصير إلى المعنى العرفي للنص التشريعي ، إذا كان النص محل التفسير ، أو كانت الواقعة محل التفسير ، مما غلب فيه استخدام عرفي مغاير لحقائق المعاني ، حيث إن القاعدة الفقهية تقضي بأن : ((الحقيقة تترك بدلالة العادة)) ⁴ ، بمعنى أن العادة المستقرة المضطربة - أو الغالبة - أولى

¹ - الجوهرى : إسماعيل بن حماد الجوهرى - أبو نصر - ولد سنة ٣٩٣هـ ، من أئمة اللغة ، أشهر كتبه (تاج اللغة وصحاح العربية) ، أصله من فاراب بخراسان ، وهو أول من حاول الطيران بجناحين من خشب أوردياه قتيلاً - راجع الأعلام - لخير الدين الزركلي ج١ ص ٣١٠/٣٠٩ - .

² - إعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية - ج١ ص ٢٤٨ - .

³ - (١٩٧٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٠٠/٢٩٩ - .

⁴ - هذا هو نص المادة (٤٠) من مجلة الأحكام العدلية - (من القواعد الكلية الفقهية) - .

بالتفسير من الحقيقة المهجورة ، ففي درر الحكام : ((... إذا أصبح المعني الحقيقي للفظ مهجوراً ، عادةً و عرفاً ، وشاع استعماله في معني آخر ، يستعمل في المعني الذي استعمل فيه ، ويكون العرف والعادة القرينة المانعة من إرادة معناه الحقيقي ، وقد بين علماء أصول الفقه لذلك النوع ثلاثة أوجه :-

الوجه الأول : عدم استعمال الحقيقة واستعمال المجاز لتعذر استعمال المعني الحقيقي ، أو لأن استعماله مهجور عادةً أو شرعاً ... الوجه الثاني : استعمال الحقيقة وعدم استعمال المجاز ، أو أن يكون استعمال الحقيقة والمجاز علي حدٍ سواء ، أو استعمال الحقيقة بصورة أكثر من المجاز ، وفي هذه الأحوال لا يستعمل المجاز ، والحقيقة أولى بالاستعمال . الوجه الثالث : أن يكون استعمال المجاز أكثر أو أرجح من استعمال الحقيقة فرأي الإمام الأعظم هنا : حمل الكلام علي الحقيقة أولى ؛ لأن المستعار لا يحق له أن يزاحم الأصل ، ورأي الإمامين : المجاز أولى - ... وقد ذكر الفقهاء أن المفتي عندما يستفتي عن مسألة ، يجب عليه إذا كان المستفتي من بلدةٍ أخرى ، أن لا يفتي قبل أن يعلم المعني المستعمل للفظ المستفتي به في بلدة المستفتين -))¹ . وفيما سقناه آنفاً كفاية في تدليل عدم تسليمنا بإذعان مطلق لما في الحكم الاستثنائي من بيان يتعلق بكيفية درك دلالات معاني الألفاظ . وفي مصنفات أصول الفقه الإسلامي وقواعده ، وتخريج الفروع منها ، فصول مستفيضة في بيان طرائق الدلالة وكيفية استخلاصها ومعرفة أحكامها ، ولسنا في هذه الدراسة بصدد تتبع تلك الفرعيات المبسوطه في المواضع المشار إليها بحيث لا زيادة لمستزيد - .

رابعاً : التفسير القضائي في حالة التعارض بين النصوص التشريعية :

أشارت المادة (٦) من قانون تفسير القوانين لسنة ١٩٧٤م إلى ما يصار إليه عند تعارض النصوص التشريعية مع بعضها ؛ إذ يصار من أول وهلة إلى النظر في التوفيق والجمع بين النصين – فإعمال الكلام أولي من إهماله^٢ - ، فإن تعذر

¹ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام – علي حيدر – ج١ ص ٤٨/٤٩ وراجع شرح المجلة – سليم رستم ص ٣٦ والمواقفات في أصول الشريعة لأبي اسحق الشاطبي – ج٢ ص ٢٨٤ – ومعين الحكام – للطرابلسي ص ١٢٩ - .
² - قاعدة فقهية وقد نصت عليها المادة (٦٠) من مجلة الأحكام العدلية - .

الجمع بين النصين من كل وجه ، فيصار إلى تغليب التشريع الأقوى ، وأعلى مراتب التشريع من حيث القوة هو الدستور ، ثم يليه التشريع العادي ، أي القوانين العادية¹ - ، ثم التشريع الفرعي كاللوائح والمنشورات وما في حكمها.

وقد يكون التعارض بين نصين تشريعيين متساويين في القوة ، كالتعارض في التشريع الواحد ، أو في تشريعيين متساويين ، فيصار عندئذٍ إلى إعمال التشريع اللاحق بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض ، كما يصار إلى إعمال النص الخاص بضوابطه.

البند الثاني

مدي إعمال مشروعية سلطة القاضي التقديرية

في التطبيقات القضائية المعاصرة

لسنا هنا بصدد بيان مشروعية سلطة القاضي التقديرية في التطبيقات القضائية ؛ لأنه يلزم عن المشروعية في التشريع أن يكون التطبيق مشروعاً ، فنعني في هذا البند بتجلية الرؤية عن أمرين ، أولهما :- بشأن تطبيقات سلطة القاضي التقديرية في حالات المشروعية المشددة وثانيهما : إزالة بعض الغموض الذي يعلق بالخواطر جراء بعض نصوص التطبيقات القضائية التي توحى بأن سلطة القاضي التقديرية في وزن الأدلة وفي استمداد الاقتناع الشخصي منها ، تعتبر سلطة مطلقة - دون رقابة عليها - ، وفيما يلي بيان كل أمر علي حدة - .

الأمر الأول : تطبيقات سلطة القاضي التقديرية في حالات المشروعية المشددة :

المراد بعبارة (المشروعية المشددة) : حالات العقوبات ذات الحدّ الواحد ، من مثل حالات الحدود الشرعية - وما في حكمها - وحالات طرق الإثبات المحددة تشريعاً لبعض النوازل ، علي نحو ما في المادتين (٦٢) (٦٣) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م وغيرها من الحالات التي تحدد مرجعية معينة للعمل القضائي ، كالراجح من المذهب الحنفي وفقاً للمادة (١/٥) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م ، فهي أيضاً تدخل في إطار المشروعية المشددة

¹ - راجع القضية الدستورية : (نصر عبد الرحمن محمد / ضد/ السلطة التشريعية) (١٩٧٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٧٤ وراجع مبادئ القانون - د. عبد المنعم فرج الصدة ص ٧٣ - .

- بمقدار - وإن كان لا يصدق فيها ما قضت به المحكمة العليا في : (قرار النقض رقم ٩٨٨/٨٠ م) الصادر في ١٩٨٨/٨/١ م حيث جاء فيه ما نصه : ((إن المحاكم ملزمة بتطبيق ما جاء بالمادة (١٦) من الجدول الثاني فقط ، وهي العمل بالراجع من أقوال الحنفية ، وما جاء بالمنشورات والنشرات القضائية فقط ، وأما السوابق القضائية فهي للاستئناس بها لتدعيم الحجة ، بشرط أن تكون مستندة إلى نص مقطوع به في تلك المظان الواردة بالمادة (١٦) ، فإن خالفت ذلك فتركها لازم ، ولا يحتج بحكم أو قرار أصدرته دائرة من الدوائر ، علي قرار أو حكم أصدرته دائرة أخرى ، إذا لم تصب الدائرة الأولى في حكمها أو قرارها ، نصاً مقطوعاً ومعمولاً به ؛ لأن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، ولا مجال للاجتهاد))^١ - .

ولا مرأ في أن عبارة (القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة) مقتبسة من رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري ، غير أن المحكمة العليا لم تكتف ببيت نص الرسالة ، بل أضافت إليها ما يناقضها حين قالت (ولا مجال للاجتهاد) ، حيث إن الرسالة تدعو إلى الاجتهاد ؛ إذ ورد فيها : ((الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك ، مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة ، أعرف الأمثال والأشبهاء ثم قس الأمور عند ذلك ...))^٢ ، كما أن المحكمة العليا اشترطت لإعمال السوابق القضائية أن تكون مؤسسة علي نصوص قطعية ومعمولاً بها ، وهذا أيضاً نوع آخر من الحجر الذي لا أساس له . صحيح أن المادة (١٦) كانت صيغتها أمرية في العمل بالراجع من المذهب الحنفي ، ولكنها لم تغلق باب الاجتهاد بنحو صنيع حكم المحكمة العليا الآنف ذكره ، ولا قالت تلك المادة بأن الراجع من المذهب الحنفي قد أحاط بكل نازلة حكماً ، هذا فضلاً عن أن حكم المحكمة العليا قد أعرض تماماً عن المادة (٣) من قانون أصول الأحكام القضائية والتي سبق لنا إيرادها وهي قد قررت المصير إلى الاجتهاد بعد الكتاب والسنة فيما لا نص فيه.

وفي أفضية الحدود الشرعية فإن (المشروعية المشددة) مقررة أصلاً بهدف حماية الأفراد وحماية المصالح العظمي - أو قل الضرورات - في ذات

^١ - حكم المحكمة العليا /نقض/رقم/ ٨٠ / ١٩٨٨ م الصادر في ١٩٨٨/٨/١ م - غير منشور - .

^٢ - سبق تخريجه في ص ١٥ من هذه الدراسة - .

الوقت ، والتشديد فيها لا يعني سلب القاضي كل سلطة تقديرية ، بل الواقع فإن سلطة القاضي التقديرية فيها تتسع في جوانب منها بما لا تتسع في غيرها ، حيث إن المشرع عند تحديده لوسائل إثباتها لا يضع قوالب جامدة لتقويم تلك الوسائل من حيث الحجية ، وإنما يترك أمر تقويمها لسلطة القاضي التقديرية التي تحكمها الضوابط العامة لوزن البيانات ، وضوابط إضافية من شأنها توسيع سلطة القاضي في تقويمها ، يتجلى ذلك في الشرائط الخاصة لصحة تلك البيانات وما يصاحبها من مزيد سلطان للقاضي في تقدير توفرها ، بما يفضي إلى اقتناعه القضائي ، ونتاج تكاثر الشرائط واتساع سلطة القاضي في تقويمها هو تضيق دائرة التجريم بتلك الحدود ، فالشيء كلما كثرت قيوده قلّ وجوده^١ .

ومن قبل ذلك فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة خلال مرحلة الاستقصاء القضائي ، حيث إنه يجري تحقيقاته من منطلق الحياد الإيجابي ، خلافاً للقاضي في نوع الأفضية التي يكون فيها في مقام الحياد السلبي ، كالدعوى ذات الطبيعة المدنية، حيث يبقى فيها سلبياً تاركاً الخصوم يتبارون أمامه بالطلبات الأصلية والعارضة بالدفع ودفع الدفع وإثباتها وإثبات عكسها ... بينما في هذا النوع من الحالات ذات المشروعية المشددة - وبخاصة الحدية منها - يمارس حرية وسلطة واسعتين في الاستقصاء ، بلوغاً إلى اقتناعه القضائي ، فيستدعي من تلقاء نفسه كل من كان في سماع شهادته بيان للحقيقة ، ويوجه من الأسئلة ما يراها لازمة لظهور الحقيقة ، ولا يثلم ذلك شيئاً في سمة حياده الإيجابي ، بل يعد ذلك من قبيل الاستقصاء الواجب المفضي إلى عدل القضاء ، ويدخل إغفاله في حكم جور القضاء^٢ .

وعند استجواب المتهم فيجوز للقاضي تلقين المقر بالرجوع عن إقراره ، ثم ينظر في مدلولات الألفاظ المقر بها ، وترك ما كان غير صريح وغير جازم ، وكذا فيجوز له إبداء الكراهة للشاهد لصرفه عن أداء الشهادة بالحدود الشرعية ، وإجراء المقارنة الدقيقة بين الشهادات للتأكد من مطابقتها مع بعضها ، ومع الجريمة

¹ - راجع شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام - ج ٥ ص ٥٠ .
² - راجع الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٤ .

الحدية محل الإثبات ، وعند تكييفه للوقائع الثابتة ، تتسع سلطته التقديرية في المضاهاة بين الوقائع الثابتة وبين عناصر الجريمة الحدية محل الإثبات ، خلوصاً إلى تقرير مدي ثبوت كل عنصر من عناصرها بدلالة الأدلة المقررة وفقاً لمبدأ (المشروعية المشددة) ، علماً بأن عناصر الجريمة الحدية أيضاً تتسم بالكثرة ، بحيث تتسع معها سلطة القاضي التقديرية ، ثم يمعن القاضي النظر في مختلف الأحوال التي تبعث شبهة في الدليل ، فإن سلم الدليل من كل جرحه أو شبهة ، فيجوز للقاضي النظر واستقصاء شبهات الفعل ، التي تنصب في مدي علم الجاني بالحرمة إذ لا حدّ إلا علي من علمه ، ثم شبهات المحل ، ومن قبيلها السرقة من المال العام ، ونحوه مما يظن فيه الحل ، ثم شبهة العقد ، وبعدئذ ينظر في استقصاء المسقطات ، وقد تواترت أحكام المحكمة العليا بالسودان علي إرساء دعائم السلطة التقديرية بنحو ما ذكرناه آنفاً . وفيما سوي حالات المشروعية المشددة ، فإن تواتر الأحكام القضائية أظهر - .

الأمر الثاني :- مدي حرية قاضي الموضوع في استمداد اقتناعه من الأدلة المطروحة بالجلسة :

تتكاثر في أحكام المحاكم الأعلى عبارات (استقلال محكمة الموضوع بتقدير الأدلة دون رقابة عليها من المحكمة العليا – أو المحاكم الأعلى) ، (حرية القاضي في استمداد اقتناعه القضائي من الأدلة المطروحة بالجلسة دون رقابة عليه من أحد) ، (الأصل أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في ندب وتقويم البيئة الفنية ولمحكمة الموضوع أن تطرح من الأقوال والأدلة ما لا تثق فيها ، ونحو ذلك من العبارات التي توحى بأن سلطة القاضي التقديرية ، في وزن الأدلة وفي استمداد اقتناعه القضائي منها ، تعتبر سلطة مطلقة – دون رقابة عليها من المحاكم الأعلى .

إن الفهم الذي يعلق ببعض الخواطر والذي مفاده أن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في وزن الأدلة وفي استمداد اقتناعه القضائي منها تعدّ سلطةً مطلقة ، دون رقابة عليه من أحد - يعتبر فهماً جانباً للصواب إذ أن سلطة القاضي التقديرية

تخضع للرقابة دوماً . صحيح أنه يمارس سلطةً تقديريةً واسعة في استقصائه لحقائق الوقائع ، وفي تقديره للأدلة المطروحة أمامه ، بلوغاً إلى اقتناعه القضائي ، غير أنه ليس ثمة ما لا يخضع إلى رقابة المحاكم الأعلى مما يقرره القاضي حتى ولو كان ذلك أمراً ولائياً^١ ، أو حكماً تمهيدياً^٢ ، فالقرارات – أو الأوامر الولائية – يجوز الاعتراض عليها ، أمام القاضي الذي أصدرها ، ثم يكون قراره في الاعتراض قراراً قضائياً قابلاً للطعن بالاستئناف والمراقبة من المحاكم الأعلى^٣ ، وكذلك فإن الأحكام التمهيدية تكون خاضعة للرقابة ، إذ يجوز الطعن فيها ضمن الحكم الفاصل في الموضوع . ورغم أن أعماله كافة خاضعة لرقابة المحاكم الأعلى ، فإن عليه استشعار الرقابة الذاتية بحيث تكون أقطار نفسه مشبعةً بصبغة التجرد والنزاهة والنأي عن نوازع الميل والهوى والتحكيمية.

^١ - الأمر الولائي : هو الذي يبشره القاضي من غير وجود خصومة ، بناءً على طلب طرفٍ دون إحضار الطرف الآخر للاستماع إلى رده ، ومن قبيله الأمر علي عريضة وغيره من الإجراءات الإدارية المحضة وقد يكون إجراءً وقتياً تحفظياً – راجع نظرية الأحكام في قانون المرافعات – د. أحمد أبو الوفا ص ٤٥ وما بعدها.

^٢ - الحكم التمهيدي : هو الذي يصدره القاضي بشأن إثبات الدعوى – أو بتنظيم إجراءات السير فيها – ومن خصائصه أن يشف عن اتجاه رأي القاضي في الموضوع ، حيث إنه يعلق الفصل فيه على نتيجة ما أصدره من إجراءات الإثبات وإلا لما كانت هناك فائدة من الأمر به ، ويجوز للقاضي الرجوع عنه ولكن بقرار مسبب في محضر الدعوى – المرجع السابق ص ٥٤٠ / ٥٤١ - .

^٣ - راجع المرجع السابق ص ٥٠ - ٥٢ - .

الباب الأول

:

: .

.

:

.

.

:

الفصل الأول

سلطة القاضي التقديرية في نظام الجلسات

ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين نناقش في أولهما : سلطة القاضي التقديرية في التدخل في مبدأ علنية الجلسات ، وفي ثانيهما : سلطته التقديرية في ضبط الجلسة وفي معاقبة من يخلّ بنظامها - .

المبحث الأول

سلطة القاضي التقديرية في التدخل في مبدأ علنية الجلسات

مبدأ علنية الجلسات أصله مستمد من معين أحكام الفقه الإسلامي ، حيث كانت المقاضاة والمحاكمات تجري في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات ، فإن تعذر ففي مكان مفتوح يتسنى فيه لكل ذي حاجة الحضور إليه . وقد عقد الإمام البخاري في صحيحه باباً في كتاب الطلاق ، أسماه (باب التلاعن في المسجد) ، واللعان إما شهادات أو أيمان ، وكلاهما لا يكون إلا في مجلس القضاء . وروي عن كعب بن مالك أنه قال : ((تقاضيت ابن أبي حردد ديناً في المسجد ، حتى أرتفعت أصواتنا ، فخرج النبي صلى الله عليه وسلم ، فأشار إليّ أن ضع من دينك الشطر . فقلت : نعم يا رسول الله . فقال : (فقم فاقضه))¹ - .

ووجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، لم ينكر عليهما تخاصمهما بدعوى الدين في المسجد ، بل سمع خصومتها وقضي بينهما ، ولو لم يكن ذلك جائزاً لما قضي بينهما في المسجد ، فيما كانا فيه يتخاصمان - .

وقد قضي سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المسجد ، واستحبه شريح والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى² . وهو ما أخذ به جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية . ويعلّون الجواز بسهولة الدخول علي القاضي ، وعدم احتجاجه عن ذوي الحاجات ، وانتفاء التهمة بجلوسه في المسجد ؛ لأنه محل عام يطرقه كل أحد ، وليعلم الناس بالخصومات التي أمام القضاء ، فيتدخل فيها كل من

¹ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الصلاة باب التقاضي والملازمة في المسجد وباب رفع الصوت في المساجد وفي كتاب الخصومات باب كلام الخصوم بعضهم في بعض وفي كتاب الصلح باب الصلح بالدين والعين ، ورواه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين ورواه أبو داؤد في سننه في كتاب القضاء باب في الصلح - .
² - راجع شرح صحيح البخاري لابن بطال ج ٨ ص ٢٤٠ - .

تتعدى إليه ، أو يكون له في التدخل مصلحة محققة ، فضلاً عن أن القضاء عبادة ، فيجوز الحكم في المسجد كالصلاة^١ - .

وذهب الشافعية والزيدية والإباضية في الراجح ، إلى القول بکراهة الجلوس في المسجد لفصل القضاء - قصداً - ؛ لأن مجلس القضاء لا يخلو عن اللغو وارتفاع الأصوات ، وقد يحتاج القاضي إلى إحضار المجانين والصغار والحیض والكفار والدواب ، والمسجد يمان عن ذلك ، فإن اتفقت خصومة أو خصومات حال حضور القاضي بالمسجد ، فلا بأس بفصلها بالمسجد ، وعلي هذا يحمل ما روي عنه صلي الله عليه وسلم وعن خلفائه رضوان الله عليهم ، من القضاء بالمسجد - ، غير أن فقهاء الشافعية والزيدية والإباضية في الراجح يتفقون مع جمهور الفقهاء في ضرورة جلوس القاضي في مكان مفتوح مرتفع ، ليسهل عليه النظر إلى الناس ، وليسهل عليهم الإدلاء أمامه بمطالباتهم^٢ - .

ولا خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية في أن مبدأ علنية التقاضي ، يبعث الطمأنينة في عدالة القضاء ، ويحث القضاة علي إحسان الأداء القضائي ، فضلاً عن أنه ادعي إلى تحقيق غايات الإصلاح والزجر ، وإلي إبراز مدي استقلال القاضي وعدم انحيازه أو تأثره بأي من المؤثرات التي تخل بذلك الاستقلال ، فتلك هي الغاية من تقرير مبدأ العلنية ، فأينما توفرت فثم مجلس القضاء ، فالعبرة بالمعني لا بحيز المكان أو الزمان - .

وقد اتفقت التشريعات المعاصرة - بلا خلاف نعلمه - في جوهر الأمر مع الفقه الإسلامي ؛ إذ لا تكاد تجد تشريعاً معاصراً خلواً من النص علي مبدأ علنية الجلسات القضائية^٣ .

¹ - راجع للحنفية : المبسوط للسرخسي ج٦ ص ١٦٢ و البنایة في شرح الهداية للعيني ج٧ ص ٧٣ و شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج٥ ص ٤٦٥ و معين الحكام للطرابلسي ص ١٨ و للمالكية : تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٣ و للحنابلة : المغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٠ و للإمامية : شرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ٧٣ و جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام للنجفي ج٤ ص ٧٣ و النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى للطوسي ص ٣٣٨ - .

² - و راجع للشافعية : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ج٤ ص ٣٩١/٣٩٠ و أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٠٩ و للزيدية : التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ١٩٣ و للإباضية : شرح النبل وشفاء العليل - أطفيش - ج١٣ ص ١٤ و المصنف لأبي بكر الكندي ج١٣ ص ٥٦ و منهج الطالبين و بلاغ الراغبين للشقصي ج٩ ص ٣٨ - .

³ - نصت المادة (١٦٩) من الدستور المصري علي علنية جلسات المحاكم كما نصت عليها المادة (٦٨) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م ، و تقابلها المادة (١٠١) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري ، كما نصت علي العلنية المادة (١٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م و تقابلها المادة (٢٦٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري و المادة (١٨٧) من قانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ٢٠٠٤م - .

ورغم أن مبدأ علنية الجلسات يعدّ من مبادئ الأساس في أصول التقاضي ، إلا أن للقاضي = استثناءً = سلطة تقديرية في العدول عن إعمال المبدأ ؛ إذ يجوز له إجراء الجلسة القضائية سراً ، في أحوال معينة ، وفي كل الأحوال يجب عليه أن يلتزم بالنطق بالحكم علناً¹ - ، والأحوال التي يجوز فيها للقاضي ممارسة سلطته التقديرية في العدول عن إعمال مبدأ علنية الجلسات هي :

أولاً : حالات ضرورة المحافظة علي النظام العام والآداب :

ضرورة المحافظة علي النظام العام والآداب يعدّ من مسوغات ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في العدول عن مبدأ علنية جلسات التقاضي ؛ إذ نصت المادة (٦٨) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي أن :- ((جلسات المحاكم علنية ، ويجوز أن تقرر المحكمة جعلها سرية ؛ إذا اقتضى ذلك النظام العام أو المحافظة علي الآداب)) ، وتقابلها المادة ((١٠١)) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري . ويتسع بهذا المعني ما لدي القاضي من سلطة تقديرية في العدول عن مبدأ العلنية ، حيث إن مصطلح النظام العام فقهاً – أو قانوناً – غير منضبط . ففي الفقه الإسلامي يدخل في معناه : كل ما كان حقاً لله سبحانه وتعالى ، وفي التشريعات المعاصرة ، يدخل في معناه : مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، فهي تلك القواعد الأساسية التي تحقق مصلحة عامة ، وتكون مقدّمة علي كل مصلحة فردية بحيث يتعين علي كل الأفراد احترام ما يتعلق بالنظام العام ، بما لا يجوز للأفراد الخروج عنه ولو باتفاق^٢ . وبذات النحو فإن مصطلح (الآداب العامة) أيضاً غير منضبط ، وتدخل فيه مجموعة القواعد الأخلاقية الأساسية للمجتمع ، والتي يجب المحافظة عليها صوتاً عن الإنحلال ، وهي بالطبع قواعد متفاوتة من مجتمع إلى آخر ، وقد يعتريناها التبدل وفقاً للقيم التي يحتكم إليها كل مجتمع ، أو لتبدل الزمان والمكان . ولا يلزم من القول بضرورة المحافظة علي

¹ - المادة (١٠٢) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م وتقابلها المادة (١٧٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (١٦٦) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م وتقابلها المادة (٣٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري - .

² - راجع مبادئ القانون – للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٥٩ - .

النظام العام والآداب العامة ، التزام القاضي بتلك القواعد في حدّها الأعلى ؛ إذ يجوز للقاضي العدول عن مبدأ العلنية فيما يقدّره محققاً لتلك القواعد ، ولو لم يصل الحال إلى حدّ النظام العام¹ - ، غير أنه إذا مارس سلطته التقديرية بالعدول عن مبدأ العلنية إلى سرية الجلسة من غير مقتض ، فإن حكمه يكون باطلاً ، لمخالفته القواعد التشريعية الأمرة - بلا مقتض يسوّغ العدول عنها وفقاً لما هو مقرر استثناءً . أما إذا لم يمارس القاضي سلطته التقديرية عندما يقتضي الحال ، فيبقي علي مبدأ العلنية ، فلا يبطل حكمه ؛ لأنه بقي علي الأصل ، والمصير إلى الاستثناء إنما هو من الأمور الجوازية التي لا يبطل الحكم بإغفالها - .

ثانياً : مراعاة حرمة الأسرة وأسرارها :-

يسوغ للقاضي العدول عن مبدأ العلنية مراعاةً لحرمة الأسرة وأسرارها² ، ففي الأغلب تدخل أفضية الأسرة في معني (النظام العام) ، ويحتاط فيها بلوغاً إلى صيانة رابطة الزوجية وآثارها من التصدع ، ويتأتى ذلك في ظل الاحتفاظ بأسرارها ، ولا يخفي أن في أفضية الأسرة من الأسرار ما إن فشوها تنزلزل معه أركان الأسرة ويتداعى بنيانها ، والأمثلة شاخصة - تشريعاً وقضاءً - في دعاوى التفريق للعنة والتفريق للضرر وخلافهما ، ففي ذلك ما لا يحمد البوح به في جلسة قضائية علنية ، وفي أفضية الحضانة والنسب من المحاذير ما يحسن معها المصير إلى استخدام سلطة القاضي التقديرية في العدول عن مبدأ العلنية . فالعبرة بما يتحقق من غايات فصل القضاء بما يحفظ للأسرة قوام بقائها ، فإن رجحت الغاية التي تحققها السرية ، فيصار إليها ، ولو لم تكن الدعوى مما يستوجب السرية ، ويراعي القاضي في تقديره أحوال الناس وأوضاعهم الاجتماعية ؛ إذ يتفاوتون فيما يחדش الحياء والآداب العامة ، ومنهم من يؤذيه مجرد علم الناس بمثوله أمام القضاء في دعوى تتعلق بمسائل الأسرة ، ولو كان ذلك بشأن توزيع تركة مورثه ، وفي ذات الوقت فمن الناس من لا يعبأ بفشو كبائر أسرارهم ، وربما كان ممن يغدو ويروح بإذلاً عرضه للخاصة والعامة ، ومثله لا تضيره علنية التقاضي . وجماع الأمر

¹ - راجع التعليق علي نصوص قانون المرافعات - للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٥٢ - .
² - نصت المادة (١٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري علي جواز إجراء الجلسة سراً مراعاةً لحرمة الأسرة .

إلى تقدير القاضي ، فيترك لاجتهاده ما يصر فيه إلى العدول عن مبدأ العلنية - ، سواء في ذلك أن يكون بناءً علي طلب الخصوم ، أو من تلقاء نفسه - .
وقد يطلب الخصوم عدول القاضي عن مبدأ علنية الجلسات القضائية من غير وجود ما يقتضي ذلك من قواعد النظام العام أو الآداب العامة ، بناءً علي ما يروونه محققاً لمصلحة الدعوى ، في حرية المحاجة بين الطرفين ، أو لرغبة في التصالح ، ببذل المعذرة والخضوع للذين يسهل بذلهما في الجلسة السرية ، فإن تبدي للقاضي وجه الطلب ، ورأي ملاءمة العدول عن مبدأ العلنية ، فالعدول أولي عندئذٍ - .

أثر جنوح تقدير القاضي في العدول عن العلنية في نظر الدعوى وفي النطق بالحكم :

ألمعنا آنفاً إلى المرونة التي يمارس بها القاضي سلطته التقديرية في العدول عن العلنية إلى نظر الدعوى في جلسة سرية ؛ إذ لا يترتب البطلان علي عدوله في أية حالة قدرها بناءً علي اعتبارات مقبولة ، بل لا يقال بأنه قد أخطأ التقدير ، وذلك لعدم وجود معيار منضبط لما يصر به إلى العدول ، كما تقضي بذلك المادتان (٦٨) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م و(١٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م ، حيث تخولان للقاضي سلطة العدول عن مبدأ العلنية إلى سرية نظر الدعوى ، وفقاً لمقتضيات النظام العام والآداب ، ووفقاً لتقديره لطبيعة الإجراءات ، وهذا هو ذات ما تقضي به المادة (١٠١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

ويختلف الأمر بالنسبة للنطق بالحكم ، فلا استثناء فيه عن مبدأ العلنية ، ولا يتسنى للقاضي ممارسة أية سلطة تقديرية للعدول عن مبدأ العلنية فيه ؛ إذ جاءت المادة (١٠٢) من قانون الإجراءات المدنية السوداني بصيغة أمر ، مقرر مبدأ النطق بالحكم علناً ، وخلواً من أي استثناء . وخلافاً لهذا النظر قضت محكمة الاستئناف المدنية السودانية في قضية : (عوض الكريم إبراهيم /ضد/ سامي جمال إدريس) ؛ إذ جاء في حكمها ما نصه : ((تنص المادة (١٠٢) من قانون

الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م علي ضرورة النطق بالحكم في جلسة علنية ، ولم تتطرق للأثر الذي يترتب علي مخالفة ذلك النص . بيد أن المادة (٢/١٨٢) من ذلك القانون تنص علي عدم جواز إلغاء الحكم أو تعديله بسبب خطأ في الإجراءات ، ما لم يكن مثل ذلك الخطأ قد أثر في سلامة ذلك الحكم . لقد أعلن الطرفان بالحكم ، ولم يؤثر عدم النطق به في جلسة علنية علي سلامته ، لذا فإن هذا السبب وإن أجاز تمديد مدة الطعن ، فإنه لا يجيز إلغاء الحكم أو تعديله))^١ .

ويتبدى البطلان فيما نصت عليه المادة (١٧٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؛ إذ جاء فيها : ((ينطق القاضي بالحكم بتلاوة منطوقه أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه ، ويكون النطق به علنيةً ، وإلا كان الحكم باطلاً)) . يقول الدكتور أحمد أبو الوفا في معرض شرحه للمادة المذكورة : ((ويتعين أعمال النص المتقدم ولو كانت المرافعة التي سبقت إصدار الحكم قد تمت في جلسة سرية مراعاةً لاعتبارات يقتضيها النظام العام أو حسن الآداب والبطلان المتقدم من النظام العام ؛ لأنه يتعلق بذات الوظيفة القضائية لمرفق القضاء ، وما تقتضيه لحسن أدائها))^٢ .

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية في ضبط الجلسة وفي معاقبة من يخل

بنظامها أو يعرقل سير الإجراءات

الأصل هو التزام القاضي بتحري القسط منذ مبتدأ الدعوى إلى منتهاها . ومن وجوه القسط ، التسوية بين الخصمين ، لما روي عن أم سلمة أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : ((من ابتلي بالقضاء بين الناس ، فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعه))^٣ . ومع التزام القاضي بمبدأ التسوية ، وعنايته بحض الخصمين علي التودد والوقار ، وبتسكين جأش المضطرب وتأمين روع الخائف ،

^١ - (١٩٧٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٩٧ - .

^٢ - نظرية الأحكام في قانون المرافعات - د. أحمد أبو الوفا - ص ٩٢ - .

^٣ - رواه الدار قطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام ، وفي روايةٍ أخرى : (فلا يرفعن صوته علي أحد الخصمين ما لا يرفع علي الآخر) - وراجع نصب الراية للزيلعي ج٤ ص ٧٤ - .

ليعرب كل خصم عن دعواه بطمأنينة وحسن بيان ، فليس ثمة وجه لأي من الخصمين أن يخل بنظام الجلسة بأن يلمز القاضي بما يكره أو بإهانة الخصم الآخر ، أو أي من الشهود أو الخبراء أو غيرهم من أعوان القاضي ، بعبارات جارحة أو مخلة بالأداب العامة . وقد ذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى إجازة ممارسة القاضي سلطةً تقديرية بمعاقبة من يرتكب شيئاً مما ذكر ، وللقاضي تقدير ما يراه مناسباً من عقاب ، بدءاً من الإخراج من الجلسة إلى الزجر والتوبيخ والإغلاظ في القول ، أو الضرب أو الحبس ، ويكون تقديره بحسب القائل والمقول له والقول الجارح . ويجوز له العفو ، غير أن العقوبة أفضل . ويدخل اللدد في الخصومة – وكذا تعنيت الشاهد – فيما يجوز للقاضي المعاقبة فيه ¹ .

وتتفق التشريعات المعاصرة – بلا خلاف نعلمه – في إناطة ضبط الجلسة وإدارتها بالقاضي – رئيس الجلسة ² – وتكاد تتفق فيما تخوله للقاضي من سلطة تقديرية في معاقبة أي شخص يخل بنظام الجلسة بعقوبة نهائية تتراوح ما بين الغرامة والحبس (مع مراعاة أحكام قوانين المحاماة) ، ويجوز للقاضي العفو عن المحكوم عليه قبل انتهاء الجلسة ، بسبب اعتذار أو نحوه ، ويخضع قبول اعتذاره لتقدير القاضي علي ضوء مدي الإخلال أو الإهانة وأشخاصها وأثرها ، ونتائج الموازنة بين ما يحققه العفو – أو العقاب – في صون هيبة المحكمة واحترام نظامها.

ولا تقتصر سلطة القاضي التقديرية في معاقبة من يخل بنظام الجلسة ، بل تتعدى ذلك إلى رفع الضرر ، بتعويض المضرور ، من تلقاء نفسه بما يراه مناسباً ، متي تبين له مماثلة الخصم الآخر ، أو تسويفه أو عرقلته لسير الإجراءات ، بقصد إلحاق الضرر بالعدالة أو بخصمه . ويقدر القاضي ما يدخل في معني المماثلة أو

¹ - راجع للحنفية : معين الحكام للطرابلسي ص ٢٢/٢١ وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٤ ص ٥٣ ، وللمالكية : تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٣٩ وقوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزري ص ٣٢٤ ، وللشافعية : روضة الطالبين للنووي ج١١ ص ١٤٥/١٤٤ والمجموع شرح المذهب للنووي ج١٨ ص ٣٨٩ ، وللحنابلة : المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٨ ، وللإمامية : جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام – للنجفي – ج٤٠ ص ٧٩ وللزيدية : البحر الزخار لابن المرتضى ج٦ ص ٢٠٣/١٩٩ وللإباضية : شرح النيل وشفاء العليل – أطفيش – ج١٣ ص ٦٦/٦٥ .

² - راجع المادة (٧١) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م والمادة (١٠٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (١٣٨) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م والمادة (٢٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والمادة (١٨٥) من قانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ٢٠٠٤م .

التسوية أو عرقلة الإجراءات ، يتبدى ذلك مما تقضي به المادة (١١١ / ٣) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣ م ؛ إذ تنص علي أنه: ((إذا تبين للمحكمة أن الدعوى كان الغرض منها كيدية ، أو قصد بها إلحاق الضرر بالمدعي عليه ، أو تبين لها أن أحد أطراف الدعوى ماطل أو سوّف أو عرقل سير الإجراءات بقصد إلحاق الضرر بالعدالة أو بالطرف الآخر ، فعلي المحكمة أن تحكم ضده بالتعويض المناسب تلقائياً ، وكجزء من منطوق الحكم ، أو قبيل صدوره، كما يجوز لها الحكم بأي مصاريف إضافية تراها مناسبة ، بالنظر إلى سير الدعوى ، دون التقيد إلا بحدود اختصاصها المالي)) - .

ولا نغالي إن قلنا : بأن إغفال المحاكم العمل بأحكام هذه المادة قد أضرّ أيما إضرار بأدائها لرسالتها ، حيث إنه في ظل ذلك الإغفال ، تكاثرت الدعاوى الكيدية، وأصبح اللدد في الخصومة ، وابتداع الحيل ، وإطالة أمد التقاضي ، مما يتباهي به سواد الخصوم و المحاميين ، بل جعله بعضهم سبيلاً لمضاعفة التكبسب ، وأحياناً لإرهاق الخصم المحق لحمله علي ترك حقه ، ليذهب به المبطل ، ولعمري فذاك وصوره يؤذيان إحسان عدل القضاء.

المبحث الثالث

سلطة القاضي التقديرية في الإعلان بالحضور وفي ترتيب

أسبقية النظر في الأفضية

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، أولهما : عن سلطة القاضي التقديرية في الإعلان بالحضور ، وثانيهما : عن سلطته التقديرية في ترتيب أسبقية النظر في الأفضية . وفيما يلي تفصيل كل مطلب علي حدة - .

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في الإعلان بالحضور

لقد شدّد فقهاء الشريعة الإسلامية - بتفاوت بينهم - علي وجوب إعلان الخصم بالحضور لسماع دعوى خصمه والجواب عنها ، بل ووجوب إحضاره إلى مجلس القضاء جبراً^١ . وقد أوجبت التشريعات المعاصرة أيضاً إعلان الخصم المدعي عليه بالحضور لسماع الدعوى والجواب عنها ؛ إذ لا تتعدّد الخصومة بعد تصريح الدعوى ، إلا بتمام إعلان المدعي عليه بها إعلاناً صحيحاً ، مستوفياً شرائطه ، وذلك ليتسنى له معرفة حقيقة الدعوى المرفوعة ضده بما يمكنه من حسن المحاجة والمجابهة . ورغم أن سلطة القاضي التقديرية تضيق في إجراءات الإعلان بالحضور ، إلا أن هناك حالات ضرورة تستوجب المرونة وإفساح المجال لتقدير القاضي ، ومن قبيلها ما يلي :-

أ/ حالة تنفيذ الإعلان ما بين غروب الشمس وشروقها :

الأصل هو عدم جواز تنفيذ إعلان الحضور ما بين غروب الشمس وشروقها ، إلا عند الضرورة وبإذن المحكمة ؛ إذ نصت المادة (٤١) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م ، علي أنه : ((لا يجوز إجراء تنفيذ التكليف بالحضور في الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، إلا في حالات الضرورة ، وبإذن المحكمة)) . وقد جاءت المادة (٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، بتحديد وقت المنع بما بعد الخامسة مساءً وحتى السابعة صباحاً ، بالإضافة إلى أيام العطلات الرسمية . والحكمة من منع إجراء الإعلان في هذه الأوقات هو احترام أوقات الراحة والحيلولة دون تكدير صفوها ، بتسبب الإزعاج والاضطراب النفسي للأشخاص المطلوب إبلاغ الإعلان إليهم ، وينطوي هذا المنع عن بعدٍ إنساني مقتضاه مراعاة الكرامة الإنسانية ، وصيانة الخصوصيات ، وينبغي دوماً وضع تلك المعاني نصب الأعين ، وأخذ الخارجين عنها بالحزم .

^١ - راجع عيون المسائل للسمرقندي ج٢ ص ٢١٥ ومعين الحكام للطرابلسي ص ٩٩/٩٧ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤٠ وقوانين الأحكام الفقهية لابن جزري ص ٣٢٦ والمجموع شرح المهذب للنووي ج١ ص ٣٨٩ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٣٤/١٣١ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ٤١/٤٠ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقسي ج٩ ص ٧٦ - .

وإذا كان مجرد الإعلان بالحضور ممنوعاً في تلك الأوقات ، فأولي بالمنع اتخاذ إجراء من الإجراءات التحفظية من حجزٍ أو تنفيذ حكمٍ أو بيعٍ وخلاف ذلك من صنو تلك الإجراءات ، غير أنه عند مقتضى الضرورة فإن للقاضي الإذن بها ، وفقاً لتقديره ، إذا رأى سائغاً أن الضرورة تقتضي التضحية بالمعاني الآنفه الذكر ، ويصدر إذنه كتابيةً وإلا كان الإجراء باطلاً - .

ب/ الطرق البديلة للإعلان الشخصي :

تختلف الطرق البديلة للإعلان الشخصي في تشريعنا المعاصر ، عما كان عليه الحال في عصر سلف فقهاء الشريعة الإسلامية ، حيث كان القاضي عند تعذر الإعلان أو الإحضار جبراً ، يبعث من ينادي علي باب الخصم المطلوب إحضاره ثلاثاً ، أنه إذا لم يحضر ، سمرّ بابه وختم عليه ، ويجمع أمثال جيرانه ويشهدهم علي إعداره ، فإن تخلف بعدئذٍ أنفذ ما وعد به ، فإن لم يحضر رغم ذلك أقام عنه وكيلاً ، وسمع عليه الدعوى والبينة¹ - .

أما في تشريعنا المعاصر ، فيصار إلى الطرق البديلة للإعلان الشخصي عند تعذر تنفيذ الإعلان بالحضور إلى الشخص المطلوب حضوره ، أو تعذر إعلانه بوساطة أحد أفراد أسرته البالغين المقيمين معه ، أو بأي وكيل ينوب عنه - . ومتى اقتنع القاضي بعدم إمكان إجراء الإعلان بالطرق العادية ، فيسوغ له الأمر بإجرائه بإحدى الطرق البديلة ، باللصق أو بالنشر في إحدى الصحف اليومية ، أو بما يراه مناسباً ، شريطة أن يدون القاضي في المحضر أسباب المصير إلى الطرق البديلة، عدولاً عن الأصل . وللقاضي سلطة تقديرية تخول له المصير إلى الطرق البديلة ابتداءً ، متى قدر توفر سببٍ من شأنه جعل العدول عن الأصل - من أول وهلة - سائغاً ، وقد نصت المادة (٤٤) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي أنه : ((إذا اقتنعت المحكمة بأن المدعي عليه يتهرب لتفادي إعلانه ، أو إذا تبين لها لأي سببٍ من الأسباب ، أنه لا يمكن إجراء إعلان التكليف بالحضور بالطرق العادية ، فللمحكمة أن تأمر بإجراء الإعلان بإحدى الطرق الآتية :-

¹ - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ٩٧ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٤١ والمغني لابن قدامة ج١ ص ٤١ - .

أ/ بلصق صورة التكليف بالحضور في مكان ظاهر بدار المحكمة ، وعلي باب المنزل الذي يقيم فيه المدعي عليه - .

ب/ بالنشر في إحدى الصحف اليومية - .

ج/ بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة ٣/ يجوز الإعلان بالطرق البديلة ابتداءً ، إذا اقتنعت المحكمة لأسباب كافية أنه السبيل الأجدى للإعلان ، وتدوّن المحكمة بالمحضر أسباب اللجوء لطرق الإعلان البديل)) - .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : ((إذا كان المدعي عليه موجوداً ، وكان حاله يبيّن أنه يتفادى حصول الإعلان ، جاز في هذه الحالة إعلانه عن طريق أفراد عائلته بالمنزل ، فإذا رفض أيّ من الأشخاص المكلفين قانوناً بتسليم الإعلان والتوقيع عليه ، جاز إعلان المدعي عليه عن طريق اللصق علي الجدار ، فإن كان المدعي عليه خارج البلاد ، فيكون الإجراء الصحيح هو إعلانه بالطرق الدبلوماسية – كالمتبع - ، أما إذا فشلت الجهات الرسمية في إعلانه في عنوانه بالخارج ، فإنه في هذه الحالة وليس قبلها – فقط – يمكن اللجوء إلى الإعلان بطريق النشر . ولجوء محكمة الموضوع إلى إعلان الطاعن بالنشر قبل التحقق من وجوده داخل أو خارج البلاد ، يكون إجراءً سابقاً لأوانه ، دون أي أساس في القانون مما يشوبه بالخطأ والقصور ، ويترتب عليه نقض الحكم -))¹ .

ويلاحظ أن حكم المحكمة العليا قد قصر حالات الإعلان بالنشر علي حالة بعينها وهي حالة تعذر إعلان المدعي عليه الموجود خارج البلاد ، بالطرق الدبلوماسية المتبعة ، ولا مرأ في أن قصر حالات الإعلان بالنشر علي تلك الحالة فقط ، يعدّ منهجاً غير سديدٍ ؛ لأنه تقييد لمطلق الاستثناء الوارد بالمادة (٤٤) – الأنفة الذكر – من غير نص خاص . والصواب أن للقاضي تقدير حالة المصير إلى الإعلان بالطرق البديلة – بما فيها النشر – ابتداءً ، أو بعد تعذر الإعلان بالطرق العادية ، ما دام ثمة أسباب كافية تقنعه بأنه السبيل الأجدى للإعلان ، علي أن يدوّن أسبابه في المحضر ، ليتسنى للمحاكم الأعلى مراقبة استخدامه لسلطته التقديرية.

¹ - (١٩٨٠م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٤١ قضية : (كمال عبد القادر سالم /ضد/ عبد القادر عبد الوهاب السراج) - .

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في ترتيب أسبقية النظر في الأفضية

أساس قواعد أصول المحاكمات هو : التزام العدل في كل ما يتصل بالتقاضي ، سواء كان ذلك بين خصوم الدعوى المعينة ، أو بين جملة خصوم الدعوى في ترتيب أسبقية النظر في أفضيتهم . وقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بوضع ضوابط لسلطة القاضي التقديرية في ترتيب أسبقية النظر في الأفضية ، سداً لذريعة المفاضلة بين الخصوم ، ومنعاً للإضرار ببعضهم . فالقاعدة فيها هي : تقديم الأول فالأول ، علي أن للقاضي تقديم المسافر علي الحاضر ، والغريب علي أهل المصر ، ومن يضار بأمر حيوي يخشى فواته ، علي غيره ممن لا يخشى له فوات شيء ، وقد روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى معاوية بن أبي سفيان - واليه في الشام - قائلاً : ((وتعاهد الغريب فإنك إن لم تعاهده ترك حقه ورجع إلى أهله ، وربما ضيّع حقه من لم يرفع به رأسه - . وفي رواية : فتكون أنت الذي ضيعته))¹ - . فإن كثر الغرباء أو المسافرون أو ذوو الحاجات التي يخشى فواتها ، بما يفضي تقديمهم إلى الإضرار بغيرهم ، فليسو بينهم جميعاً ، بتقديم الأول فالأول . وقد يري تقديم النسوة إن لم يكنن ، أو تقديم من كان معه شهوده ، منعاً للمضارة بالشهود بتأخيرهم ، فإن كثر من اصطحب شهوده ، فيقدم الأول فالأول² - . وله الجمع بين الأفضية في النظر إن كان لأحد الخصوم أكثر من دعوى ، فإن رأي أن الجمع يضرّ ببقية أصحاب الدعوى فرقه³ - . وقال الشافعية : لا يقدم السابق في أكثر من حكومة ؛ لأن تقديمه في أكثر من حكومة يفضي إلي أن يستوعب المجلس بدعاويه وإلي الإضرار بالباقيين⁴ - .

1- المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٦٦ وراجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤١٠٢ - .

2- راجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٦٦ وبدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤١٠٢ ومعين الحكام للطرابلسي ص ٢١ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٩/٣٨ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ١٦٣/١٦٤ والمغني لابن قدامة ج ١ ص ٦٥/٦٦ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج ٤ ص ٨١ والنهائية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٣٨ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج ٤ ص ١٩١ وشرح النيل وشفاء العليل - أطفيش - ج ١٣ ص ٦٩ وص ١١١ ومنهج الطالبين وبلغ الراغبين للشقصي ج ٩ ص ٣٤ والإيضاح في الأحكام - لأبي زكريا يحيى - ج ٢ ص ٢٣١ - .

3- راجع معين الحكام للطرابلسي ص ٢١ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٩ - .

4- راجع المجموع شرح المذهب للنووي ج ١٨ ص ٣٨٧ - .

والآية صريحة في منع التجسس بكشف عورات الناس وخفايا أبدانهم ومساكنهم أو أمكنتهم وحياراتهم الخاصة أو أحيائهم ، إذا كان مستند ذلك الظن المجرد ، الذي يدخل بعضه في معنى الإثم - .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تناجشوا ولا تحاسدوا ولا تباعضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً))^١ - . وروي أنه أتى ابن مسعود فقيل له : ((هذا فلان تقطر لحيته خمراً . فقال عبد الله : إنا قد نهينا عن التجسس ولكن إن يظهر لنا شيء نأخذ به -))^٢ - .

إن من مبادئ الأساس التي أرسنها الشريعة الإسلامية ، صيانة العرض والعرض والأبشار ، وتحريم الاعتداء عليها ، والعناية بحرمة المسكن والخصوصية ، ويروي أن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال : ((حرسْتُ ليلةً مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالمدينة ؛ إذ تبين لنا سراج في بيت بابه مجافٍ علي قوم لهم أصوات مرتفعة ولغط . فقال عمر : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف ، وهم الآن شرب فما تري ؟ قلت : أري أنا قد أتينا ما نهى الله عنه . قال الله تعالى : ((ولا تجسسوا)) ، وقد تجسسنا ، فأنصرف عمر وتركهم))^٣ - .

تلك الأدلة الأنفة وغيرها صريحة علي تحريم التعدي علي حرمة الجسم أو المسكن أو غيرهما من الخصوصيات الشخصية ، غير أن ضرورة إقامة العدل ، ومنع الفساد في الأرض قد قضت - استثناءً من الأصل - جواز تفتيش جسم أو مسكن أو خصوصية من يقوم في مواجهته دليل مقبول أو قريب الاحتمال ، مفاده ارتكاب أو صلته بارتكاب جريمة يتعين كشف خيوطها . يقول (ابن فرحون) : ((في الكشف عن الفاسق واللص والبحث عنه :- ... في الحاكم يرفع إليه بأن في بيت فلان خمراً : إن أخبره بذلك واحد أو : من لا تجوز شهادته ، فليكشف عن ذلك

¹ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الأدب باب (يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا) ورواه مسلم في صحيحه في كتاب البر والصلوة والأداب باب تحريم الظن والتجسس والتنافس والتناجش ونحوها - .

² - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأدب باب في التجسس - .

³ - الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي ج ٨ ص ٣٣١ في تفسير قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم ولا تجسسوا) - سورة الحجرات من الآية ١٢ - .

ولا يهتك بهذا ستر مسلم ، وإن شهد شهود علي البت كشف عن ذلك ، فأراقها وضربه ضرباً دون الحدّ . وإن قالوا للحاكم : بلغنا ذلك ، فإن لم يكن مشهوراً بالشر وله حرمة تركه ، ويعلمه بما قيل عنه ويحذره أن يبلغه عنه مثل ذلك ، وإن كان متهماً كشف عنه ، فإن وجد ذلك كما قيل: أدّبه ، وإن لم يوجد كذلك زجره وتوعده . قال ابن حبيب¹ : وسمعت مطرفاً وأصبغ يقولان في السلطان ، يرفع إليه : أن في بيت فلان خمراً . إن كان مأثوراً بذلك أو بيتاً مشهوراً بالخمير والسفه ، فيري السلطان أن يتعاهده ويتعاهد الكشف عن بيته ، ذكر له عن شيء أو لم يذكر ، وإن رأي أن يُثقل عن مكانه ذلك ويشرّد به فعل ، كان ذلك المنزل له أو لم يكن وإن كان البيت غير مأثور بذلك ولا مشار إليه بمثل هذا ، فلا أري أن يكشفه . وإن شهدوا علي البت))² .

ومما سبق يتضح مدي العناية التي يوليها فقهاء الشريعة الإسلامية لحرمة الحياة الخاصة ، بحيث لم يجيزوا التفتيش إلا عند الضرورة الحقيقية غير المتوهمة . وقد بلور دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م هذا المبدأ والاستثناء الذي تقتضيه الضرورة ، بقاعدة دستورية أمرة ؛ إذ نصت المادة ((٣٧)) منه علي أنه : ((لا يجوز انتهاك خصوصية أي شخص ، ولا يجوز التدخل في الحياة الخاصة أو الأسرية لأي شخص في مسكنه ، أو في مراسلاته ، إلا وفقاً للقانون)) . كما نصت المادة (١٦٦) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((من ينتهك خصوصية شخص بأن يطلع عليه في بيته دون إذنه أو يقوم دون وجه مشروع بالتنصت عليه أو بالإطلاع علي رسائله أو أسراره يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز ستة أشهر أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً)) . وهاتان المادتان الأنفتان قد رسختا الحماية الدستورية والقانونية لحرمة الحياة الخاصة ومنعتا انتهاكها أو التدخل فيها إلا وفقاً

¹ - ابن حبيب : هو عبد الملك بن سليمان بن هرون بن جاهمة بن عباس بن مرداس فقيه أندلسي مالكي حافظ متصرف في العلوم ، سمع من عبد الملك بن الماجشون ومطرف بن عبد الله وأصبغ بن الفرّج . من مؤلفاته في الفقه : (الواضحة) و (الجوامع) و (فضل الصحابة) و (تفسير الموطأ) ، وكتاب (حروب الإسلام) و (طبقات الفقهاء والتابعين) وغيرها - توفي سنة ٢٩٠ هجرية - راجع شجرة النور الزكية ص ٧٤ - .
² - تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١٤٨/١٤٩ وراجع رسائل ابن نجيم الحنفي ص ١٢٩ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ٤١ - .

للقانون علي حدّ تعبير النص الدستوري ، أو (دون وجه مشروع) علي حدّ تعبير القانون الجنائي .

ونظمت المادة (٨٦) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م بصفةٍ مجمّلة الكيفيات التي تخول بها التدخل في الحياة الخاصة الفردية أو الأسرية أو التدخل في الخصوصية ، إذ نصت فقرتها الأولى علي التفتيش الخاص عند اقتضاء الحال ونصها : ((يجوز لوكيل النيابة أو القاضي في أي وقت من تلقاء نفسه ، أو بناءً علي طلب من الجهة المختصة في أي دعوى جنائية ، أن يصدر أمراً بإجراء التفتيش الخاص لأي مكان أو شخص ، متي رأي أن ذلك يساعد في أغراض التحري أو المحاكمة أو التنفيذ بحسب الحال)) . وقد اقتصرّت هذه الفقرة علي أن تكون سلطة (وكيل النيابة) محصورة في التفتيش الخاص ، ولأن التفتيش العام خطره وأثره أعظم ، فإن إجراءه مما يختص به القاضي فقط – لأنه ينتهك الستر علي المدى الأوسع ، إذ نصت الفقرة الثانية من ذات المادة علي أنه : ((يجوز للقاضي في أي وقت بناءً علي طلب من الجهة المختصة ، أن يصدر أمراً بإجراء التفتيش العام ، لأي أمكنة أو أشخاص متي رأي أن ذلك يساعد في أغراض اكتشاف الجريمة)) - .

وتقديرًا للضرورة بقدرها – دون تجاوز ولا عسف – فقد عُني الفقه الإسلامي والتشريع المعاصر بتقرير ضوابط لسلطة القاضي التقديرية في إجراء التفتيش تتمثل فيما يلي :-

/// الضابط الأول : سبق وقوع الجريمة وكفاية مبررات إسنادها :

يمارس القاضي سلطته في إجراء التفتيش ، بعد وقوع الجريمة وتوفر أدلة مقبولة مفادها صحة وقوع الجريمة وإسنادها . وتأكيداً لدلالات تلك الأدلة الاحتمالية – أو نفيها – فينبغي جمع الأدلة المادية التي من شأنها الكشف عن الحقيقة ، وذلك هو الهدف الرئيسي من إجراء التفتيش ؛ إذ لا وجه لإجراء التفتيش لدرء جريمة مستقبلية ، أو إجرائه قبل توفر الأدلة المقبولة التي تحمل علي الاعتقاد بوقوع الجريمة وإسنادها . ومن ثمّ فإن إجراء التفتيش من واقع ما يتوفر نتاجاً للتلصص

والتجسس ، فغير مشروع ؛ لأنه يدخل في معني النهي الوارد في قوله تعالى : ((ولا تجسسوا)) ، فضلاً عن أنه من قبيل (ابتغاء الريبة) في الرعية ، وهو محرم لما روي عن معاوية رضي الله عنه قال : ((سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول : ((إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم) أو (كذت أن تفسدهم)-، فقال أبو الدرداء : (كلمة سمعها معاوية من رسول الله صلي الله عليه وسلم ، نفعه الله بها) -))¹ . وروي أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : (إن الأمير إذا ابتغى الريبة في الناس أفسدهم)² .

وقد نقلنا آنفاً ما ورد ضمن مقالة (ابن فرحون) أنه إن أخبر القاضي شاهد واحد ، بواقعة تشكل جريمة ، أو أخبره بها من لا تجوز شهادته ، فلا يصار إلي التفتيش ، ولا يهتك بصل ذلك الدليل المتهافت ستر المسلم .

وفي قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م ، فإن إجراء التفتيش يتقرر - في الأصل - لاحقاً بعد فتح الدعوى الجنائية ، وفقاً لمقتضيات المادة (٢/٤٤) منه ، وبعد إجراء تحريات أولية للاستيثاق من الوقائع محل البلاغ . ومن قبل كانت المادة (٧١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م أكثر صراحة في إجراء التفتيش بعد إجراء تحقيقات يراها القاضي لازمة ، تقضي إلي اعتقاله بوقوع الجريمة موضوع البلاغ ، وإمكان وجود أدلة مادية في المكان المعين الذي يكون محلاً للتفتيش .

وقد نصت المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري علي أن : ((تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ، ولا يجوز الالتجاء إليه إلا بمقتضي أمر من قاضي التحقيق ، بناءً علي اتهام موجه إلي شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها ، أو إذا وجدت قرائن تدل علي أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة ...)) . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : ((قضاء محكمة النقض مستقر علي أن تفتيش المنازل إجراء من إجراءات التحقيق، لا تأمر به سلطة من سلطاته إلا لمناسبة جريمة تري أنها وقعت ، وصحت

¹ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأدب باب في التجسس -
² - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأدب باب في التجسس -

نسبتها إلي شخص بعينه ، وأن هناك من الدلائل ما يكفي لاقتحام مسكنه الذي كفل الدستور حرمة . وحرّم القانون علي رجال السلطة دخوله ، إلا في أحوال خاصة ، وأن تقدير كفاية تلك الدلائل ، وإن كان من شئون سلطة التحقيق ، إلا أنه خاضع لرقابة محكمة الموضوع ، بحيث إذا رأت أنه لم يكن هناك ما يبرره ، فإنها لا تأخذ بالدليل المستمد منه ، باعتبار أنه إذا فقد المبرر لإجرائه أصبح عملاً يحرّمه القانون، فلا يسوغ أن يؤخذ بدليل مستمد منه ((١ - .

وقضت محكمة الاستئناف السودانية بأن : ((المادة (٧١) {المشار إليها آنفاً} تشترط أن يقدم بلاغ ، والبلاغ وحده لا يكفي لإصدار أمر التفتيش ؛ إذ يمكن للقاضي أن يجري تحريات ، حتى إذا وجد ما يحمله علي الاعتقاد لإصدار أمر التفتيش . والسبب : لأن التفتيش فيه اعتداء علي الحرية الشخصية ، ويمكن أن يساء استعماله ، ولذلك اشترط تقديم بلاغ للقاضي ، وعليه أن يطمئن إلي أن هناك سبباً معقولاً لإجراء التفتيش)) ٢ - . وبخلاف ما أرسته هذه السابقة قضت محكمة الاستئناف في قضية : ((حكومة السودان /ضد/ محمد علي أحمد)) بأنه : ((تعتبر إجراءات التفتيش صحيحة حتى لو تمت بناءً علي أمر صادر من وكيل النيابة ، ولو لم يسبق الإجراءات فتح بلاغ ضد المتهم)) ٣ .

ونحسب أن ما قالته محكمة الاستئناف آنفاً يكون سائغاً إذا كان الأمر صادراً في حالة التلبس أو التعقب ، وفيما سواهما فلا يمكن جعل إصدار مثل ذلك الأمر سائغاً لوجهين ، أولهما : ما ينطوي عليه من خطر التحكمية التي قد تترتب علي إصدار أوامر التفتيش من غير مبررات وتحريات تسوّغ إصدارها ، وثانيهما : ما ينطوي عنه من خطر الاعتداء غير المبرر علي حريات الناس وخصوصياتهم .

ب// الضابط الثاني : صدور أمر التفتيش كتابة متضمناً تسبباً محددًا.

يتعيّن إصدار أمر التفتيش علي الأمانة كتابة ؛ إذ نصت المادة (٨٧) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((يكون أمر التفتيش علي

١ - نقض /جنائي/ ١٩٥٣/٦/٤ مجموعة أحكام النقض / الدائرة الجنائية / السنة ٤ ص ٩٠٩ - .
٢ - (١٩٧٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٧٦٣ قضية (حكومة السودان /ضد/ أبو البشر أكبر خميس) - .
٣ - (١٩٨٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٢٦ - .

الأمكنة مكتوباً ، ويتضمن بيان الغرض من التفتيش والمكان المراد تفتيشه ، ويوقع عليه ويختمه وكيل النيابة أو القاضي بحسب الحال)) - .

وفي شأن بيان الغرض من التفتيش ، أرسى القضاء السوداني ، أن يكون ذلك مبيّناً بصورة محددة وواضحة ؛ إذ قضت محكمة الاستئناف بأن : ((... وجود عبارة { أي شيء مخالف للقانون } ، في أمر التفتيش ، هي مظلة كبيرة ، قد يطوي تحتها أي شيء ، ولذلك فإن أمر التفتيش تحت المادة (٧١) إجراءات جنائية { لسنة ١٩٧٤م } لا بدّ أن يوضح فيه نوع المال المراد التفتيش عنه وسبب التفتيش علي وجه الدقة والتحديد))^١ - .

ج// الضابط الثالث : مراعاة السلامة والكرامة الأدمية.

يدخل في معني الشخص محل التفتيش : كل ما يتعلّق بكيانه المادي ، وما يتصل بذلك الكيان مما يرتديه أو ما يكون بحوزته في موضعٍ من جسده من متاع أو منقول ، وسواء كانت مصحوبة معه أو كانت بإحدى مستودعات أسرارهِ ، ومن هنا تتكاثر مظنة الاعتداء علي حريته الشخصية أو علي خصوصياته . ولما كان المقصود من التفتيش لا يتجاوز الكشف عن الحقيقة والحصول علي أدلة مادية ، تساعد علي تجلية تلك الحقيقة ، فلا وجه لتجاوز القدر اللازم الذي يتحقق به المقصود ؛ لأنّ التجاوز إلي صنوف الإيذاء والنيل من سلامة الجسم أو الحط من الكرامة الأدمية محرم شرعاً ووفقاً لنصوص الدستور والقانون - .

وفي ذلك المعني جاءت المادة (٣٣٩) من التعليمات العامة للنيابات بجمهورية مصر العربية ، مقررّة موجّهات يحسن الاسترشاد بها ؛ إذ نصت علي أنه : ((يقتضي تفتيش المتهم الحدّ من حريته الشخصية بالقدر اللازم ، دون أن يمتد ذلك إلي النيل من سلامة الجسم أو غيرها من الحقوق الملازمة لشخصيته . فإذا أخفي المتهم الشيء في موضع العورة منه ، فلا يجوز المساس بها ، ولكن يجوز في هذه الحالة اللجوء إلي الطبيب لإخراج هذا الشيء ، بوصفه خبيراً يقدم خبرته في ضبط الدليل بوسيلة لا يستطيع الشخص العادي القيام بها -)) - .

^١ - (١٩٧٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٤٦ قضية (حكومة السودان /ضد/ أوهاج حسين محمد) - .

د// الضابط الرابع : توثيق إجراءات وحصيلة التفتيش .

سبق الإلماع إلي أن المقصود من التفتيش : هو جمع الأدلة المادية التي تؤدي إلي الكشف عن الحقيقة أمام القضاء – إثباتاً أو نفياً لموضوع الدعوى وإسناده. ومن مقتضيات بلوغ تلك الغاية – وركائزها – توثيق إجراءات وحصيلة التفتيش . وتحقيقاً للتوثيق الأمثل الذي يعين علي بلورة الاقتناع القضائي ، فقد أحاطت المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م التفتيش بضوابط إجرائية تكسبه مزيداً من الثقة ، وتضفي علي حصيلته مزيداً من الحجية كلما أحسن القاضي أعمالها ؛ إذ نصت علي أنه : ((يجري التفتيش وفقاً للضوابط الآتية :- (أ) يجري في حضور شاهدين ، يكلفان بالحضور من جانب الشخص المنفذ لأمر التفتيش ، ويكونان بقدر الإمكان من أقارب المتهم أو المقيمين معه بالمنزل أو الجيران ، ويثبت الإجراء في المحضر ، ما لم يأمر وكيل النيابة أو القاضي بحسب الحال ، بخلاف ذلك ، نظراً للطبيعة المستعجلة للتفتيش . (ب) يسمح لشاغل المكان المراد تفتيشه أو من ينوب عنه بحضور إجراءات التفتيش . (ج) تضبط الأوراق والأسلحة والآلات وكل ما يحتمل أن يكون قد استخدم في ارتكاب الجريمة ، أو نتج عن ارتكابها ، أو ما وقعت عليه الجريمة ، وكل ما يفيد في كشفها ، وتعرض تلك المضبوطات علي المشتبه فيه أو المتهم ، ويطلب منه إبداء ملاحظاته ، ويحرر بذلك محضر يوقع عليه المتهم ، أو يذكر فيه امتناعه عن التوقيع . (د) توضع أختام علي الأماكن التي بها آثار أو أشياء تفيد في كشف الجريمة ، وتقام الحراسة عليها ، متي كان ذلك ضرورياً . (هـ) توضع الأشياء والأوراق التي تضبط أثناء التفتيش في حرز مغلق . (و) يعدّ الشخص الذي ينفذ أمر التفتيش في الحال ، قائمة بالأشياء المضبوطة والأماكن التي عثر فيها علي الأشياء ، ويوقع عليها الشهود ، وتسلم صورة منها لشاغل المكان أو من ينوب عنه (ز) تعرض المضبوطات وقوائمها علي وكيل النيابة أو القاضي بحسب الحال ، لاتخاذ الإجراء اللازم بشأنها . (ح) يجوز أن تعطي صورة من الأوراق أو المستندات مصدقاً عليها من وكيل النيابة للشخص الذي ضبطت عنده ، إذا كان له فيها مصلحة عاجلة . (ط) تحفظ

الأشياء المضبوطة في مكان أمين ، وتقيد في محضر التحري أو الإجراءات . (ي) إذا أسفر التفتيش عن شخص معتقل بوجه غير مشروع ، فعلي من يجري التفتيش أن يحضره فوراً أمام وكيل النيابة ليتخذ ما يراه مناسباً -)) .

إن المادة الأنفة الذكر قد عنيت بتوثيق إجراءات التفتيش وحصيلته بما يصون حقوق الشخص محل التفتيش ، ويجعله في مأمن من التجاوزات الآنية والمستقبلية ، ولئن كان ثمة إضافة ، فليس سوي التنبه إلي أن التوثيق يأخذ المنحي غير التقليدي في جرائم المعلوماتية ؛ إذ أن الأدلة التي يمكن تحصيلها نتيجة التفتيش علي أجهزة الحاسوب وشبكات الاتصالات الرقمية تأخذ طابعاً خاصاً ، لا يمكن كشفها وإحرازها وتخزينها وتأمينها ، إلا ممن لهم الدراية بتقنيات الأدلة الرقمية ومعارفها . ولئن جاءت المادة (٩٤) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م بإجازة استعانة القاضي بالخبرة الفنية اللازمة لاكتشاف أية أدلة ، أو القيام بأي عمل آخر ، فإن الاستعانة بالخبرة الفنية ، تكون أولي - بل أوجب - في إجراءات التفتيش والكشف عن جرائم المعلوماتية ، بلوغاً إلي استقصاء وكشف وإحراز وتخزين وتأمين أدلتها الرقمية المتحصل عليها نتيجة ذلك التفتيش - .

هـ// الضابط الخامس : تفتيش الأنثى بوساطة النساء - .

المقرر شرعاً : ألا يباشر تفتيش الأنثى سوي النساء ، ففي (تبصرة الحكام) : ((... وإذا كان الذي عليه الحق امرأة ، أمر السلطان امرأة تعرفها بالتفتيش عليها ومنهم من يري أن يرسل القاضي عدلين مع جماعة من الخدم والنساء ومعهم الأعوان وتفتش الدار ثم يدخل النساء إلي منزل الحرم فيفتشنه))^١ - . وهذا النص عن التفتيش علي المرأة ، وبدلالة الفحوى ينطبق علي تفتيش المرأة . وقد نصت المادة (٩٣) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((إذا كان الشخص المراد تفتيشه امرأة فعلي الشخص الذي يجري التفتيش انتداب امرأة لإجراء ذلك)) ، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٦) من قانون

^١ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٥٨ وراجع رسائل ابن نجيم ص ١٢٩ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ٤١ - .

الإجراءات الجنائية المصري علي أنه : ((إذا كان المتهم أنثى وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى)) - .

وقد أحسنت محكمة النقض المصرية حين نفذت إلي روح هذا الضابط ، وميزت بين ما يدخل في معني العورة من جسم المرأة ، وما لا يعدّ منها ، فأجازت تفتيش الرجل للمرأة إذا تعلق الأمر بشيء تخفيه في يدها أو بين أصابع رجلها ، وقضت بأنه : ((لما كان مراد القانون من اشتراط تفتيش الأنثى بمعرفة أخري ، هو أن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الإطلاع عليها ومشاهدتها ، باعتبارها من عورات المرأة التي تُخَدَشُ حياؤها إذا مست . فإن ضابط البوليس لا يكون قد خالف القانون إذا هو أمسك بيد المتهممة وأخذ العلبه التي كانت بها علي النحو الذي أثبتته الحكم . ويكون النعي علي الحكم بأنه أهدر نص الفقرة الثانية من المادة (٤٦) من قانون الإجراءات الجنائية التي توجب تفتيش المرأة بمعرفة أنثى مثلها هو نعي بما ليس فيه))^١ . ومن جهة أخري فقد قضت محكمة النقض المصرية بعدم الاعتراف بدلالة نتائج تفتيش الأنثى بمعرفة الرجل ، في مواضع العورة منها ؛ إذ قالت : ((ومناطق ما يشترطه القانون من تفتيش الأنثى بمعرفة أنثى ، أن يكون مكان التفتيش من المواضع الجسمانية التي لا يجوز لرجل الضبط القضائي الإطلاع عليها ومشاهدتها ، باعتبارها من عورات المرأة التي تُخَدَشُ حياؤها إذا مست . و صدر المرأة هو لا شك من تلك المواضع . وإذن فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاز تفتيشة وسوّغه بمقولة إن النقاط العلبه المحتوية علي مخدر من صدر المتهممة ، لا يعتبر تفتيشاً يمس مواطن العفة فيها وقضي بإدانتها اعتماداً علي الدليل المستمد من هذا التفتيش الباطل وحده ، فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون وفي تأويله مما يتعين معه نقضه))^٢ - .

^١ - نقض مصري / جنائي / ١٩٧٥/١٠/١٩م مجموعة أحكام النقض / الدائرة الجنائية / س ٢٦ ق ٥٩٦ نقلاً عن قانون الإجراءات الجنائية د. حسن علام - ص ١٥٢ .
^٢ - نقض جنائي / ١٩٥٥/١١/١٩م مجموعة أحكام النقض / الدائرة الجنائية س ٦ رقم ٣٩٤ ص ١٣٤١ - .

أما إذا كان الطبيب هو الذي قام بأستخراج الدليل المادي _ أو العنصر الذي يستمد منه الدليل المادي _ من مواضع عورة المرأة ، وقام بعمله بالقدر الذي تستلزمه عملية التداخل الطبي اللازمة لاستخراج ذلك الدليل المادي _ أو عنصره _ فانه يعتد بالدليل المستمد من ذلك التفتيش ، باعتبار ذلك الطبيب - الرجل - خبيراً ممن يجوز الاستعانة به في مثل تلك الحالة¹ . ويتلاءم ذلك مع مقتضيات المادة (٩٤) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١ م ، بشأن انتداب الخبير للقيام بمثل ذلك العمل ، وحتى في هذه الحالة ومثيلاتها فينبغي عدم المصير إلي الخبير الرجل للقيام بتفتيش مكان العورة من الأنثى ، متي أمكن الاستعانة بالخبير الأنثى ، خاصة ولم يعد مجال من مجالات الخبرة الفنية خلواً من العنصر النسائي المتخصص .

// الضابط السادس : في تفتيش الرسائل والمطبوعات الشخصية والمحادثات الهاتفية وما في حكمها - :

الرسائل والمطبوعات الشخصية والمحادثات الهاتفية أو التي تتم عبر الوسائط التقنية الأخرى ، تدخل في معني وسائل الحياة الخاصة ، التي أسبغ الشرع الحنيف والدستور والقانون عليها الحماية الجنائية ، وقد بينا أدلة ذلك من قبل في عروض التدليل علي تحريم التجسس - ، كما بينا من قبل أن الأمر بالتفتيش إجراء مقرر استثناءً من الأصل ، وأنه يعتمد في أساسه علي الاقتناع القضائي ، الذي تبلوره الأدلة المقبولة شرعاً ، بحيث يكون معها وقوع الجريمة وإسنادها أمراً قريب الاحتمال ، فلا يسوغ التفتيش بناءً علي دعوى مجردة ، ولا بناءً علي أدلة بعيدة الاحتمال أو متوهمة .

ذلك يعني أن التفتيش إجراء تحقيقي ، يتمخض عن تقدير قضائي للدليل ، وذلك يقتضي أمرين أولهما : إسناد التفتيش لسلطة قضائية أو إنفاذه تحت إشراف قضائي . وثانيهما : عدم التوسع في ممارسة تلك السلطة ، حيث لا يجوز التوسع في الاستثناء ، والضرورة التي تقتضي التفتيش يجب تقديرها بقدرها .

¹ - راجع نقض جنائي ١٩٧٦/١/١٤م مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ق ٩ نقلاً عن قانون الإجراءات الجنائية - د. حسن علام ص ١٥٢ - .

لقد سفنا هذا البيان لما نلمسه من قصور التشريع الإجرائي في السودان ، بشأن الحماية الجنائية علي الخصوصيات المتمثلة في الرسائل والمحادثات بمختلف وسائطها التقليدية والتقنية الحديثة ، الأمر الذي يتكاثر معه انتهاك حرمة تلك الخصوصيات في الواقع التطبيقي . فبالرغم من أن المادة (٣٧) من دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ م قد حرم انتهاك تلك الخصوصيات ومنع التدخل فيها - إلا وفقاً للقانون - ، وجاءت المادة (١٦٦) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م بتحريم انتهاك تلك الخصوصية - إلا بإذن صاحبها أو بوجه مشروع ، فقد جاء قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١ م خلواً عن نص تشريعي يبين الحالات التي يسوغ فيها التدخل في تلك الخصوصيات أو انتهاكها ولا نحسب أن المادة (٨٦) منه كافية في بيان الحالات التي يسوغ فيها التدخل أو في بيان من يناط به ذلك التدخل - وهذا هو الأهم - ، ولعمري فذاك قصور تشريعي في أمر بالغ الخطورة . وأخطر منه أن فهمت النيابة العامة أن ذلك التدخل مما يدخل في سلطتها، نتاجاً لتركيز سلطة التحقيق الابتدائي في يدها ، وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١ م ، حيث تركزت بذلك في يدها سلطتا الاتهام والتحقيق ، علماً بأن سلطة الاتهام دوماً تتبع للسلطة التنفيذية ، بينما سلطة التحقيق عملية قضائية ، وكان ينبغي الفصل بينهما ، بالأخذ بنظام قاضي التحقيق وإسناد سلطة التدخل في الخصوصيات الأنفة الذكر إليه ، ضماناً للحريات الفردية ، وصوناً للخصوصيات من نوازع العسف . ونحمد للتشريع المصري نهجه الوقائي بالفصل بين هاتين السلطتين ، وإسناده للتفتيش عن تلك الخصوصيات لقاضي التحقيق ، إذ نصت المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري علي أنه : " لقاضي التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدي مكاتب البريد ، وجميع البرقيات لدي مكاتب البرق ، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية ، أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص ، متي كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد علي ثلاثة أشهر . وفي جميع الأحوال يجب أن يكون

الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل ، بناءً علي أمر مسبب ، ولمدة لا تزيد علي ثلاثين يوماً ، لمدة أو مدد أخرى مماثلة " - . ويرقي قانون الإجراءات الجنائية المصري بإسناد مراقبة أجهزة الهاتف في جرائم معينة إلي رئيس المحكمة الابتدائية، إذا كانت ثمة دلائل قوية علي ارتكاب تلك الجرائم ، وذلك وفقاً لأحكام المادة (٩٥ مكرراً) منه ، كما يسند إلي قاضي التحقيق وحده سلطة الإطلاع علي الخطابات والرسائل وغيرها من الأوراق الخاصة المضبوطة وفقاً لأحكام المادة (٩٧) من القانون المذكور . وحيث خول القانون للنيابة العامة سلطة ضبط الرسائل والمطبوعات والطرود لدي مكاتب البريد ، ومراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وتسجيلات المحادثات التي تجري في مكان خاص ، متي كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في الجريمة محل الدعوى ، فقد اشترط القانون أن يتم ذلك بعد تمام الحصول - مقدماً - علي أمر مسبب بذلك من القاضي الجزئي ، وفقاً لمقتضيات المادة (٢٠٦) من ذات القانون - . ونحسب أن حماية الحريات الفردية والخصوصيات الآتفة الذكر تستحق صنو تلك العناية التشريعية التي خلص إليها التشريع المصري بعد طول تجارب ، ونأمل إجراء تعديل يرقى بتشريعنا الإجرائي في هذا الجانب إلي مثل تلك القمة العلياء - .

المبحث الخامس

سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الدعوى

نعرض سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الخصومة ، في مطلبين ، أولهما : عن سلطته في الإدخال فقهاً ، وثانيهما : عن سلطته فيه تشريعاً وتطبيقاً ، علي النحو التالي :

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في الإدخال

في الخصومة في الفقه الإسلامي

يمارس القاضي سلطته التقديرية في الإدخال في الدعوى ، عند طلب كل ذي مصلحة التدخل فيها ، إما تبعياً أو أصلياً . والتدخل التبعي هو ما ينضم فيه المتدخل إلي أحد طرفي الخصومة ، دفاعاً عن حقوقه ، في إطار موضوع الدعوى وسببها . أما التدخل الأصلي أو الاختصامي ، فيكون بمطالبة المتدخل بحق نفسه ، سواء كان ذلك الحق هو ذات الحق محل الدعوى ، أو غيره مما يتعلق به .

ورغم أن مصنفات الفقه الإسلامي لم تفرد فصلاً أو مباحث مستقلة لمناقشة أنواع التدخل وسلطة القاضي في الإدخال في الدعوى ، إلا أنه يمكننا أن نستخلص من مصنفاتهم مدي وضوابط سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الدعوى بنوعية الآنفين ، كان ذلك بالنسبة للمدعي أو المدعي عليه .

ففي تبصرة الحكام سيقت أمثلة عديدة ، يتبدى من خلالها ما يتمتع به القاضي من سلطة الإدخال في الدعوى ، إما قضاءً للتدخل بمصلحته محل التدخل ، أو دفاعاً للضرر عنه . ومما ساقه (ابن فرحون) في صنو الإدخال الاختصامي ، أن يكون : ((لرجل دار علي الانفراد وإلي جنبها دار مشتركة بينه وبين غيره ، فأراد أن يفتح لداره التي هي له علي الانفراد باباً إلي الدار المشتركة بينه وبين غيره ، فليس له ذلك إلا برضاء شركائه جميعاً))¹ ، ومن جنس الإدخال ما يكون بقصد دفع إضرار الجماعة بالفرد ، أو بجماعةٍ أخرى ، كأن تكون ثمة قناة مشتركة بين جماعةٍ ، فتنسد في بعض مسلكها ، فيدعي المضرور – أو بعض المضرورين – علي بعض أفراد الجماعة الأخرى ، فيجوز تدخل بقية المضرورين تضامنياً في الدعوى ، ويجوز إدخال بقية أفراد الطرف الآخر مدعي عليهم ، ليكون الحكم بنظافة القناة حجةً عليهم جميعاً² .

¹ - تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج ٢ - ص ٢٦٤ .
² - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٦٧/٢٦٨ وراجع أمثلة أخرى مقتضاها الإدخال في معين الحكام للطرابلسي ص ٥٩ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٢٩ .

ويبين مما سبق أنه يصدق في الإدخال ، اعتبار المتدخل مدعياً كما قد يصدق فيه اعتباره مدعي عليه ، والعبرة دوماً بالاشتراك في الحق محل التداعي أو في سببه ، حيث إن توفر مصلحة المتدخل ، في المسألة المرفوعة بها الدعوى – ذاتاً أو سبباً – قيد لازم للإدخال ، فإن تغاير طلبه فلا يجوز له التدخل . وقال بعض فقهاء الحنفية بعدم ترتب المنع علي المغايرة ، وأنه لا فرق بين الشيء والشئيين ، مع كون طلب الأصيل والمتدخل يجمعهما سبب واحد ، إلا أن القول بالمنع عند تغاير المدعي به هو قول عامة مشايخ المذهب ¹ .

وينبغي عند الإدخال مراعاة القواعد العامة التي يلزم توفرها في المدعي ، بدءاً من أنه : (لا يجبر علي الخصومة) ؛ ومقتضاها عدم جواز إدخال شخص مدعياً في الخصومة بغير رضائه ² - ، بخلاف المدعي عليه ، فهو (يجبر علي الخصومة) ، ومقتضاها أنه ، لا يتوقف إدخاله في الخصومة علي رضائه ، وإلا تيسر أكل أموال الناس بالباطل . ولا يتوقف الأمر عند إجباره علي الخصومة ، بل يلزم بالجواب بالاضطرار ، وإذا سكت لم يترك وسكوته ³ .

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الخصومة تشريعاً وقضائياً

حظيت سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الخصومة بنصيب وافر من العناية في التشريعات المعاصرة وتطبيقاتها القضائية . وتتفاوت التشريعات المعاصرة في مدي اعتدادها بتلك السلطة ؛ فتذهب بعضها إلي التوسع في تقريرها في المجال المدني ، بل إن بعضها قد توسعت فيها في المسائل الجنائية أيضاً ، خلافاً لمقتضيات أصول التقاضي في المسائل الجنائية - .

ففي السودان نجد أن المادة (١/٩٣) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تنص علي أنه : ((يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم)) ، وتطابق هذه المادة نظيرتها المادة (١٢٦)

1 - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ٦٠ - .
2 - راجع شرح العناية علي الهداية - للبايرتي - مع فتح القدير لابن الهمام - ج ٨ ص ١٥٥ - .
3 - راجع الإنصاف للمرداوي ج ١١ ص ٣٦٩ - .

من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، كما تطابق المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري - .

وقد عنيت التشريعات المعاصرة بوضع قيود وضوابط للإدخال في الدعوى ، صوناً لحقوق الخصوم في الدفاع ، ونأياً بالقضاة عن روح التحكيمية . وتتخلص تلك الضوابط التي تحتف بسلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الخصومة فيما يلي :-
أولاً : أن يكون للمتدخل مصلحة في الدعوى :

ويصدق هذا الضابط في حق المتدخل ، سواء كان اختصاصياً أو انضمامياً ؛ إذ أن توفر المصلحة شرط لصحة قبول الدعوى – أو الدفع - ، وليس شرطاً أن تكون تلك المصلحة محققة ، بل يكفي لقبول التدخل أن تكون المصلحة محتملة ، ولا قبول للدعوى ولا للتدخل من غير توفر المصلحة ، لأن القاعدة أن (المصلحة هي مناط قبول الدعوى) ابتداءً أو لقبول التدخل لاحقاً . وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : (ورثة خميسة عبد الأسد /ضد/ محمد عبد السيد) بأنه : ((لإدخال ذي مصلحة في التقاضي كمدعي عليه ، بناءً علي طلبه ، أو ضمه بواسطة المحكمة ، فإن ذلك ليس في موافقة المدعي [لعله يقصد: ليس بموافقة المدعي] ، أو لأنه لا يرغب في الضم ، أو ما إذا كان الضم سيثير التحري في أمر لم ينشأ من سبب دعوى المدعي ، أو أن حقوق المتدخل والمدعي مرتبطة أو غير مرتبطة ، ولكن المحك هو ما إذا كان ما يطالب به المدعي سيؤثر مباشرةً في استمتاع المتدخل بحقوقه القانونية . أي يجب أن يكون للمتدخل مصلحة مباشرة وقانونية في الإجابات علي الأسئلة التي تثار في الدعوى))^١ - .

ورغم أن المصلحة قد تكون محتملة ، إلا أنه يشترط فيها أن تكون جدية ، وقد نصت المادة (٢/٩٤) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي أنه : ((إذا رأت المحكمة أن طلب الإدخال أو التدخل لا يستند إلي مصلحة جدية ، أو لم يقصد به إلا تأخير الفصل في الدعوى ، تقرر رفض الطلب)) .

^١ - (١٩٧٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤١٧ - .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا أثير أمام محكمة الموضوع نزاع في الملك ، وهي بصدد علاقة مؤجر ومستأجر ، سواء من المدعي عليه أو من شخص خارج عن الخصومة ، فلها ألا تعتد بهذا النزاع ، وأن تمضي في نظر الدعوى ، متي استبان لها عدم الجدّ فيه ¹ - .

ثانياً : توفر الصلة بين طلب الأصيل وبين طلب المتدخل :

فإن انفصمت الصلة بين الطرفين ، لم يكن ثمة وجه للتدخل ، وهذا الضابط يقتضيه أن الحكم الذي يصدر في الدعوى يكون حجةً للمتدخل أو عليه ، وأن للمتدخل التقدم بالدفع والدفاع والطعن فيما يصدر في الدعوى من حكم ، فيلزم توفر الصلة - .

ثالثاً : أن يكون التدخل بطلب يقدم إلي القاضي يعلن به الخصوم :

وهو ما نصت عليه المادة (٢/٩٣) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م ، وتطابقها المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري . ويجوز تقديم طلب التدخل شفاهةً بالجلسة في حضور الخصوم ، شريطة أن يثبت القاضي ذلك الطلب في محضر الجلسة ، تمهيداً للتقرير بشأنه - .

رابعاً : أن يكون طلب التدخل قبل قفل باب المرافعة في الدعوى :

وقد نصت المادة (٣/٩٣) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي أنه : ((لا يقبل التدخل بعد قفل باب المرافعة الختامية)) ، وهذا ما يطابق ما في المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وما في المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري - .

والحكمة من عدم جواز التدخل بعد قفل باب المرافعة الختامية في الدعوى ، تتمثل في أنه لا يبقى بعدئذٍ للمحكمة سوي إصدار حكمها في الدعوى علي ضوء ما طرح أمامها في الجلسات ؛ لأنها إنما تقفل باب المرافعة الختامية في الدعوى بعد استيفاء الاستقصاء القضائي بإتاحة الفرصة للطرفين في تقديم طلباتهم وأقوالهم

¹ - نقض / مصري / مدني / ١٠/٢٧/١٩٥٥م - مج - السنة ٦ ص ١٣٩٧ - .

ودفوعهم ودفاعهم ، بحيث تطمئن بعدها علي صلاحية الدعوى للفصل فيها ، فإن جاز التدخل في الدعوى بعد قفل باب المرافعة الختامية ، فيلزم من ذلك عدم استيفاء الاستقصاء القضائي ؛ وتكون المحكمة قد أخلت بحق المتدخل وخصمه في الدفاع ، ولا يتأتى عن صنو ذلك سوي جور القضاء - .

أما إذا رأي القاضي ضرورة الإدخال في الدعوى - بعد قفل باب المرافعة ، لمقتضيات الفصل العادل في الدعوى ، فيجوز له ذلك شريطة إعادة فتح باب المرافعة ، تمكيناً لتقديم أقوال المتدخل وجواب خصمه ودفوعهما ودفاعهما بشأن موضوع التدخل ، إذ أن القرار الذي يصدره بقفل باب المرافعة في الدعوى ليس حكماً ، وإنما هو قرار ولائي يجوز للقاضي الرجوع عنه ، متي ما استبان له ما يقتضي الرجوع عنه ، وهذا هو ما تقتضيه فحوي المادة (١/٩٥) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م ونصها : ((يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً علي طلب الخصوم إلي ما قبل صدور الحكم أن تأمر (أ) بإدخال أي شخص كمدع أو كمدعي عليه في الدعوى ، إذا كان ضمه ضرورياً للفصل في الدعوى ، فصلاً عادلاً ، أو لإنهاء الخصومة))^١ - . ولا نحسب أن ثمة بدّ من الجمع بين ما نصت عليه المادة (٣/٩٣) من منع التدخل بعد قفل باب المرافعة الختامية ، وبين ما نصت عليه المادة (١/٩٥) الأنفة ، إلا بنحو ما أسلفناه من إعادة فتح باب المرافعة عند الإدخال بعد قفل باب المرافعة - إلي ما قبل صدور الحكم - ، لتوفر مقتضيات الإدخال الواردة بالمادة (١/٩٥) الأنفة الذكر - .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : ((ورثة خميسة عبد الأسد /ضد/ محمد عبد السيد)) بأنه : ((بعد قفل باب المرافعة الختامية ، فإنه لا يحق لذي مصلحة أن يطلب ضمه للدعوى ، كنص المادة ٣/٩٣ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م ، ولكن يحق للمحكمة استعمال صلاحياتها الواسعة تحت المادة

¹ - استخدم المشرع حرف الكاف في هذه المادة ، فقال (كمدعٍ أو كمدعي عليه) ، ولعله غفل ، عن أن الكاف أداة تشبيه والمشبه غير المشبه به ودونه ، فالأصوب أن يقال : (باعتباره مدعياً أو مدعي عليه) - .

(٩٥) من نفس القانون وضمه للدعوى إذا رأت ذلك ضرورياً أو مناسباً للفصل في الدعوى ، فصلاً عادلاً ، أو لإنهاء الخصومة))^١ - .

كما قضت المحكمة العليا السودانية ، في قضية : ((سيد عبد الرحمن بشير /ضد/ إبراهيم محمد أحمد)) بأن : ((القانون لا يسمح بالتدخل في الدعوى بعد قفل باب المرافعة الختامية ، ولكن يجوز للمحكمة استعمال سلطتها وفقاً للمادة (٢/٣٠٣) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م وقبول الطلب رغم تراخيه ، إذا شاب إجراءات المحكمة قصور وخطأ واضح ، وذلك منعاً لسوء استغلال الإجراءات القضائية))^٢ .

ورغم أن المحكمة العليا - في حكمها الأنف - قد أصابت فيما قررته من مجانية محكمة الموضوع للصواب في امتناعها عن أعمال سلطتها بدعوى أن طلب تدخل المطعون ضده جاء متأخراً ، إلا أنني لا أنفق مع المحكمة العليا فيما أشارت إليه من أعمال السلطة تحت المادة (٢/٣٠٣) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م - أي سلطة المحكمة الطبيعية في إصدار الأوامر التي تراها ضرورية لتحقيق العدالة أو منع سوء استغلال إجراءات المحكمة - ، فالصحيح أعمال سلطة الإدخال وفقاً للمادة (١/٩٥) من القانون المذكور ، لورودها بنصٍ خاصٍ مستقلٍ مقارن لعموم منع الإدخال بعد قفل باب المرافعة ، فيعمل به.

خامساً : مراعاة اعتبار المتدخل اختصاصياً طرفاً أصيلاً في الدعوى :

إن المتدخل اختصاصياً يعدّ طرفاً أصيلاً في الدعوى التي تدخل فيها ؛ فهو يطالب لنفسه بذات الحق المدعي به ، أو بحق آخر متعلق به ، والحكم في الدعوى يكون حجةً له أو عليه ، فلزم أن يكون له كافة الحقوق المكفولة للأصيل في أصول التقاضي ، خلافاً للمتدخل انضمامياً ، فهو (خصم تبعي) ؛ لأنه إنما يتدخل لمساعدة أحد طرفي الخصومة في الدفاع عن حقوقه ، دون أن يتقدم بطلبات لنفسه تغاير بطلبات الخصم الذي تدخل لتأييده ، ودون أن يضارّ ذلك الخصم من تدخله ، ودون أن يترتب علي تدخله توسيع نطاق الخصومة من حيث موضوعها أو

¹ - (١٩٧٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤١٨ - .
² - (١٩٩٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٩٠ - .

سببها^١ - . ولا يمنع ذلك من تمتعه بالحقوق المكفولة للطرف الذي تدخل هو منضماً إليه ، غير أن تدخله ينقضي بانقضاء الخصومة الأصلية ، بترك الخصومة ، أو بتصالح الأصلاء فيها أو بتنازل المدعي عن دعواه ، أو بعدم قبول الدعوى الأصلية أو بطلانها^٢ - .

تلك هي الضوابط التي يراعيها القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في الإدخال في الدعوى . ولا تقتصر سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الدعوى علي المسائل المدنية – المالية أو الآيلة إلي المال - ، فهناك سلطته في الإدخال في الدعوى في أفضية الأسرة ، صنوها أن ترفع الدعوى بفسخ النكاح علي المرأة ذات الزوجين ، من أحدهما ، فيدخل القاضي الزوج الآخر في الدعوى ، أو ترفع لإثبات صحة زواجهما لأحدهما – أي صحة زواج ذات الزوجين لأحدهما – من أحدهما عليها ، فإن كانت قد إذنت لوليين متساويين في تزويجها ، وإذنت لكل واحد منهما أن يزوجه ممن يري دون تعيين ، فزوجهما ، كل واحدٍ منهما لزوج ، فإن القاضي يمارس سلطته في إدخال الوليين في الدعوى^٣ - .

وفي أفضية الحضانة – بطلب ضم المحضون – فالعبرة بمصلحة الصغير ؛ لأن حق المحضون أولي من حق الحاضنة ومن حق العاصب ، فيجوز للقاضي إدخال من يلي الحاضنة – أو من يراه الأصلح – ممن له حق الحضانة . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : ((ففي قضايا الحضانة ، عندما تدخل الجدة في الخصومة بوصفها اليد الممسكة للمحضون ، وتوجه الدعوى ضدها ، دون غيرها ، فإنه يتعين قضاءً أن ينصب الحكم عليها -))^٤ - . كما قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((الأولاد الذين بلغوا سن الرشد ، يتعين إدخالهم طرفاً في الدعوى – أي في دعوى الحضانة بالضم – المقامة بسببهم))^٥ - وذلك للاستتارة برأيهم - .

١ - راجع نظرية الدفع في قانون المرافعات - د. أحمد أبو الوفا ص ٨١ - .
٢ - راجع المرافعات المدنية والتجارية د. أحمد أبو الوفا ص ٢٠٨ ونظرية الدفع د. أحمد أبو الوفا ص ٨٦ - .
٣ - راجع أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٢٩ - بتصريف - .
٤ - (١٩٨٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٨ قرار النقض رقم ١٩٨٣/٣٤م الصادر في ١٩٨٣/٣/٢٠م - .
٥ - (١٩٨١م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٥٨/٥٥ - .

وفي المسائل الجنائية تتبدى مقتضيات ممارسة القاضي لسلطته التقديرية في الإدخال في الدعوى الجنائية ، في كثير من الصور التي يتضامن فيها شخص طبيعي أو معنوي مع المتهم المرفوعة عليه الدعوى ، مثل أفضية المسؤولية عن عمل الغير ، التي ينظر موضوعها ضمن الدعوى الجنائية ، صنوها حالة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع - وفقاً لضوابطها الموضوعية والإجرائية - ومسؤولية متولي الرقابة عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيها من تحت رقابته ، من مثل مسؤولية الولي أو الوصي أو القيم عن أعمال القاصر أو أعمال فاقد الأهلية أو الإدراك ، وهناك مسؤولية المؤمن عن خطأ المؤمن له - وفقاً لضوابطها - ونحو ذلك - .

أما سلطة القاضي التقديرية في إدخال خصم في الدعوى الجنائية خلال مرحلة المحاكمة باعتباره متهماً فيها - ففي حدود اطلاعنا - قد انفرد بها قانون الإجراءات الجنائية القطري - قانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧١م - الملغي - ، إذ كانت تنص المادة (٧٤) منه علي أنه : ((يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً علي طلب الاتهام تعديل التهمة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، وذلك بتطبيق مادة أو مواد من القانون غير المقدم بها المتهم ، أو بإضافة وقائع جديدة للدعوى ، أو تغيير عناصرها ، أو إدخال متهم أو متهمين آخرين ...)) . ونحسب أن إدخال متهم أو متهمين آخرين أصلاء في الدعوى الجنائية ، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، يعدّ توسعاً في سلطة القاضي التقديرية بما يخل بحق المتهم في الدفاع . وقد ألغي القانون المذكور بقانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ٢٠٠٤م - قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م - ؛ إذ جاءت مادته (٢٣٦) بنقيض ما كان مقرراً بموجب المادة (٧٤) الأنفة الذكر ، حيث منعت إدخال المتهم في الدعوى الجنائية خلال المحاكمة ، وجاء نصها بأنه : ((لا يجوز الحكم علي المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة ، أو ورقة التكاليف بالحضور ، كما لا يجوز الحكم علي غير المتهم المقامة عليه الدعوى)) . وهذه المادة تطابق المادة (٣٠٧) من قانون

الإجراءات الجنائية المصري¹ - . ولعل الحكمة من تضييق سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الدعوى الجنائية خلال المحاكمة إلي حدّ المنع ، تتمثل في فصل سلطة الاتهام والحكم عن بعضهما ، إذ لا يسوغ انتصاب جهة واحدة (خصماً وحكماً) في آنٍ واحدٍ ، والأمثل هو الفصل بين هاتين السلطتين فصلاً حقيقياً يكفل لهما الاستقلال عن بعضهما ، بما يصون حرية تصرفهما وحيدتهما فذلك أدعي لأداء الرسالة العدلية - .

المبحث السادس

سلطة القاضي التقديرية في اتخاذ الإجراءات التحفظية والاحتياطية وضوابطها فقهاً وقانوناً

الإجراءات التحفظية والاحتياطية قد تدخل في معني الأوامر القضائية ، وقد تدخل في معني الأوامر الولائية . فهي تكون ذات صبغة قضائية عند صدورها من القاضي وفقاً للشكل الذي يقتضيه القانون ، ضمن منازعة معروضة عليه أو بسبب خلافٍ قائمٍ جراء الإخلال بقاعدة قانونية ، أو لخلافٍ علي حق أو حول مصلحةٍ مشروعةٍ ، بينما تكون ولائية عند صدورها في مواجهة طرفٍ واحدٍ في غير منازعة ، وللقاضي سلطة تقديرية في اتخاذها سواء كانت تنتمي إلي هذه الصبغة أو تلك . ونعرض بالبيان في مطالب متتالية ، لسلطة القاضي التقديرية في اتخاذ تلك الإجراءات ، مع استخلاص الضوابط التي يلتزم بها عند ممارسته تلك السلطة .

¹ - عالج التشريع الكيفية التي تحرك بها الدعوى الجنائية في مواجهة متهمين غير المرفوعة ضدّهم الدعوى ، فنصت المادة (١١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري علي أنه : ((إذا رأت محكمة الجنائيات في دعوى مرفوعة ، هناك متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم ، أو وقائع أخرى غير المسندة فيهم ، أو أن هناك جنابة أو جحنة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها ، فلها أن تقيم الدعوى علي هؤلاء الأشخاص أو بالنسبة لهذه الوقائع ، وتحيلها إلي النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً للباب الرابع من الكتاب الأول من هذا القانون . وللمحكمة أن تتدب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق ، وفي هذه الحالة تسري علي العضو المنتدب جميع الأحكام الخاصة بقاضي التحقيق . وإذا صدر قرار في نهاية التحقيق بإحالة الدعوى إلي المحكمة وجب إحالتها إلي محكمة أخرى ، ولا يجوز أن يشترك في الحكم فيها أحد المستشارين الذين فرروا إقامة الدعوى ، وإذا كانت المحكمة لم تفصل في الدعوى الأصلية ، وكانت مرتبطة مع الدعوى الجديدة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، وجب إحالة القضية كلها إلي محكمة أخرى -)) .

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في الحبس الاحتياطي وضوابطها

فقهاً وقانوناً

الحبس الاحتياطي الذي نعني بدراسته ضمن موضوعنا ، هو ما يمارسه القاضي تحقيقاً لغاية مصلحة التحقيق ، استظهاراً للحقيقة ، أو منعاً من هرب الشخص – المدعي عليه أو المتهم - ، أو إجباراً له لأداء المحكوم به ، أو تمكيناً من استيفاء الحكم . ويدخل في هذا المعنى ما يكون منه خلال المحاكمة ، وما يكون منه بعدها ، بل وما يكون منه قبل إجراءات المحاكمة عندما يكون صادراً من القاضي بالطرق المشروعة . بينما يخرج من هذا المعنى ، ما يكون منه بواسطة النيابة ، لكونه إجراءً من غير قاضٍ قبل مرحلة المحاكمة ، كما لا يدخل في المعنى الأنف ما يتخذه الولاية من الحبس ، فذلك من باب السياسة الشرعية – أحياناً – وغير الشرعية غالباً - .

وقد أحاط فقهاء الشريعة الإسلامية – والقانون – الحبس الاحتياطي بسياج من الضوابط ، صوناً من العسف ، وتقديراً للضرورة التي تلجئ إليه بقدرها . ولتبيان مدى سلطة القاضي التقديرية في الحبس الاحتياطي ، والتعرف على ضوابط تلك السلطة ، نقسم هذا المطلب إلي بندين ، أولهما : عن تلك السلطة وضوابطها في المسائل الجنائية ، وثانيهما : عنهما في المسائل المدنية . وفيما يلي تفصيل كل بندٍ علي حدة .

البند الأول : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحبس الاحتياطي في المسائل الجنائية – فقهاً وقانوناً - .

رغم العناية البالغة التي توليها الشريعة الإسلامية لحرية الإنسان وكرامته ، باعتبارهما علامتين فارقتين بين كمال آدميته وبين انتقاصها أو استلابها ، إلا أن طبيعة الأفضية الجنائية وضرورتها تقتضيان اتساع دائرة المشروعية التي يمارس خلالها القاضي سلطته التقديرية في الحبس الاحتياطي ، غير أن تلك السلطة التقديرية ليست تحكيمية ، ولا تخرج عن ساحة مقتضيات الضرورة ، ومن ثم فقد

عنيت الشريعة الإسلامية بوضع الضوابط التي توائم بين مبادئ (صون الكرامة الإنسانية واستصحاب أصل البراءة ، وما يتفرع منهما) ، وبين مقتضيات أحكام الضرورة الملجئة إلي اتخاذ الأمر بالحبس الاحتياطي ، وتتبدى تلك الضوابط بين ثنايا أدلة مشروعية سلطة القاضي التقديرية في الحبس الاحتياطي ومنها :

١- ما روي عن النعمان بن بشير أنه : ((رفع إليه نفرٌ من الكلاعيين أن حاكه سرقوا متاعاً فحبسهم أياماً ثم خلي سبيلهم . فأتوه فقالوا : خلّيت سبيل هؤلاء بلا امتحان ولا ضرب ؟ فقال النعمان : ما شئتم ؟ إن شئتم أضربهم ، فإن أخرج الله متاعكم فذاك ، وإلا ؟ أخذت من ظهوركم مثله . قالوا : هذا حكمك ؟ قال : هذا حكم الله عز وجل ورسوله صلي الله عليه وسلم))^١ .

ووجه الدلالة : أن الصحابي الجليل - (النعمان بن بشير) - ما كان ليجتري علي نسبة صنيعة إلي (حكم الله ورسوله صلي الله عليه وسلم) لو لم يكن مستنده السنة النبوية الشريفة ، وقد حبس المتهمين أياماً ثم خلي سبيلهم لما عجز أصحاب الشكوى عن إقامة الدليل ، فكان حبسهم انتظاراً للإثبات واستظهاراً للحقيقة، وقدر رضي الله عنه ما تقتضيه ضرورة مصلحة التحقيق قدرها ، فلم يسرف في الحبس ولا استخدم وسيلة من وسائل الإكراه ، من ضرب أو امتحان ، للتوصل بها إلي إقرار غير صحيح ، صادر عن إرادة معيبة واختيار ناقص . وواضح فيما روي عنه رضي الله عنه ، أنه لم يخاطر بشيء مما ينتهك الكرامة الإنسانية ، بل صرح بأنه لو تجاوز وضرب أو امتحن ، فلم يفض ذلك إلي ظهور المسروق ، فإن علي الشاكين مثل ما تسببوا فيه ، بانتهاك حرمتهم بضرب أبنائهم وامتحنهم ، فكان ذلك أنفي لطلب القهر ، ونفي السبب أبلغ وأفعل - .

٢- ما روي من أن النبي صلي الله عليه وسلم : ((حبس رجلاً في تهمة ثم خلي سبيله)) ، وفي رواية أخرى أنه صلي الله عليه وسلم : ((حبس ناساً في تهمة))^٢ ، وفي رواية زاد : ((يوماً وليلاً)) نقلها ابن القيم الجوزية وابن فرحون المالكي

^١ - رواه النسائي في سننه في كتاب قطع السارق باب امتحان السارق بالضرب والحبس - .
^٢ - رواهما النسائي في سننه في كتاب قطع السارق باب امتحان السارق بالضرب والحبس ، والرواية الأخرى أخرجها أيضاً أبو داود في سننه في كتاب القضاء باب في الدين هل يحبس به - .

عن (جامع الخلال) وفي رواية : أنه صلى الله عليه وسلم : ((حبس رجلاً في تهمة ساعة من نهار))¹ .

ووجه الدلالة : أن الحبس في الروايات الآنفة ، كان من قبيل الحبس الاحتياطي ، وقد خلى النبي صلى الله عليه وسلم المحبوس بلا إطالة حبس ، فور نهو الاستقصاء والتحقيق والتحقق من أمره ؛ إذ لا ينبغي للقاضي أن يطيل في مدة الحبس الاحتياطي لأكثر من اليوم واليومين إذا انتفى الدليل ، وكان المتهم من أهل الاستقامة ، وإلا فيحبس الشهر ونحوه ، ففي : (ديوان الأحكام الكبرى) لابن سهل : ((... من حبس في دم فشهد له بالطهارة والعافية ... [بما] كشف أمره كشفاً مستقضي ... ورأينا الشهادات الواقعة ... شهادات تامة ، توجب الإطلاق من الحبس ، لأن من قول أهل العلم ، في الرجل يرمي بالدم ، هل يحبس ؟ فقالوا : إن كان المرمي غير متهم لم يحبس إلا اليوم أو اليومين ، فإن لم يحق عليه شيء أطلق ، وأما المتهم فيحبس الشهر ونحوه ...))² .

ويتضح من الروايات الآنفة ومن نصوص الفقهاء ، مدي حرص الشريعة الإسلامية علي سرعة المبادرة باستقصاء حقيقة التهمة ، بالإسراع في استجواب المتهم وبالتحقيق في الشكوى ، خلال اليوم واليومين – أو خلال ساعة من نهار ، فإن لم يحق شيء عليه أطلق ، فلا إفراط في الحبس الاحتياطي من غير موجب ، ولا موجب لمجرد التوهم ، بل يؤدب الشاكي إن قصد الإيذاء ، وقيل يؤدب علي الشكوى الكاذبة ، إن كانت علي غير أهل تلك التهمة ، قصد بها الإيذاء أو لم يقصد³ .

لقد أفلح فقهاء الشريعة الإسلامية في المواءمة بين مقتضيات الكرامة الإنسانية ، وموجبات قرينة البراءة الأصلية ، وبين ضرورات مصلحة التحقيق مع مراعاتهم لما تفضي إليه المبادرة بالتحقيق والاستجواب من الإثبات وجوداً وعدمياً ، ومع النظر إلي أحوال الناس من حيث الطهارة والاستقامة أو الذعارة الأمر الذي

¹ - راجع الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٠٢ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١١٩ .

² - ديوان الأحكام الكبرى – لابن سهل ج ٢ ص ١٢٨٧ وراجع منه ص ١٢٨٢/١٢٨٣ .

³ - راجع الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٠١ .

جعل منهاج نظرهم أحوط ، وأدعي إلي القسط - ، وهو بلا ريب يفارق منهج التشريعات المعاصرة التي تفرط في التعاطي مع الحبس جملة ، بما في ذلك الحبس الاحتياطي - قياساً بما في الشريعة الإسلامية - .

وقد نصت المادة (٢/٧٩) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي جواز الحبس للتحري ، بحيث لا تتجاوز سلطة النيابة العامة لأكثر من تجديد الحبس لمدة لا تزيد عن ثلاثة أيام ، فإن اقتضت مصلحة التحقيق إبقاء المتهم لأكثر من تلك المدة ، فللقاضي سلطة تقديرية في تجديد الحبس ، بقيود وضوابط ، لفترة محددة لا تتجاوز بمجملها أسبوعين ، علي أن يكون ذلك علي ضوء تقرير وكيل النيابة ، الذي يلزم عليه إيضاح الأسباب الموجبة لتجديد الحبس ، فإن كانت الأسباب كافية لإقناع القاضي ، فيتعين عليه تسبب أمر تجديد الحبس الاحتياطي ، فإن اقتضت الضرورة تجاوز تلك المدة ، فيصار إلي القاضي الأعلى ، إن كان المتهم المقبوض عليه قد وجهت إليه التهمة ، فيسوغ تجديد الحبس لأغراض المزيد من الاستقصاء ، كل أسبوعين شريطة ألا تتجاوز مدة الحبس ستة أشهر إلا بموافقة رئيس الجهاز القضائي المختص^١ - .

ويتبدى من ذلك أن قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م قد عني بضرورة الموازنة بين سلامة التحقيق التي تقتضي سلب حرية المتهم وبين مقتضيات الحرية والكرامة الأدمية التي تقتضي عدم سلب الحرية إلا للضرورة القصوي ، وبمقدار ما تقضيها تلك الضرورة ، كما عني هذا القانون بمراقبة ممارسة القاضي لسلطته التقديرية ، وإناطة تلك المراقبة لرئيس الجهاز القضائي المختص ، لتكون ذات جدوى في النأي بأوامر القضاة عن التحكمية - . ويجوز للقاضي اتخاذ الأمر بحبس المتهم احتياطياً خلال المحاكمة ، والحكمة من الحبس في هذه المرحلة ، تتمثل في الحيلولة من هرب المتهم ، أو من

^١ - تنص المادة (٧٩) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : (((١) يجوز أن يبقى المقبوض عليه للتحري بواسطة الشرطة في الحراسة لمدة لا تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة لأغراض التحري (٢) يجوز لوكيل النيابة إذا اقتضى الأمر تجديد حبس المقبوض عليه لمدة لا تتجاوز ثلاثة أيام لأغراض التحري (٣) يجوز للقاضي بموجب تقرير وكيل النيابة أن يأمر بحبس المقبوض عليه لأغراض التحري كل أسبوع لمدة لا تتجاوز بمجملها أسبوعين وعليه أن يتون الأسباب في محضر التحري (٤) يجوز للقاضي الأعلى في حالة المقبوض عليه الذي وجهت إليه التهمة أن يأمر بتجديد حبسه لأغراض التحري كل أسبوعين علي ألا تتجاوز مدة الحبس بجملتها ستة أشهر إلا بموافقة رئيس الجهاز القضائي المختص -)) .

تأثيره علي أدلة الدعوى ، أو العبث بها ، كما قد تتمثل في ضمان سلامته من انتقام المجني عليه أو ذويه . وقد نصت المادة (٨٠) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أنه : (((١) يجوز للمحكمة أن تأمر بحبس المتهم لأغراض المحاكمة، ولها أن تجدد حبسه أسبوعياً لمدة لا تجاوز بجملتها شهراً (٢) يجوز للقاضي الأعلى درجة أن يأمر بتجديد حبس المتهم الذي تجري محاكمته شهرياً ، علي ألا تجاوز مدة الحبس بجملتها ستة أشهر ، إلا بموافقة رئيس الجهاز القضائي المختص -)) .

وفي كل الأحوال – سواء كان الحبس احتياطياً لأغراض التحري أو المحاكمة – فينبغي مراعاة أن الحبس الاحتياطي مقرر استثناءً للحكمة التي ألمعنا إليها آنفاً ، ونأسى أن الممارسة التطبيقية قد جعلت الاستثناء هو الأصل . ولا يختلف الحال في التشريع المصري ؛ الذي جاء علي ذات نسق نظيره السوداني ؛ إذ نصت المادة (٣٨١) من التعليمات العامة للنيابات بمصر ، بتحديد الغايات التي من أجلها شرع الحبس الاحتياطي الذي يمارسه قاضي التحقيق وفقاً لسلطاته المخولة له ، كما جاءت المواد (١٣٤) وما بعدها ، من قانون الإجراءات الجنائية المصري قريبة التطابق مع نظيراتها من قانون الإجراءات الجنائية السوداني ، ومتفقة معها في تقرير عدم الإفراط في السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي في الحبس الاحتياطي ، وتحديدتها بحد أعلى لا يتجاوز ستة أشهر ، فإن اقتضت الضرورة الزيادة علي تلك المدة ، فيصار إلي المحكمة المختصة التي يخول لها القانون إصدار الأمر بمدّ الحبس لمدة لا تزيد عن خمسة وأربعين يوماً قابلة للتجديد لمدةٍ أخري أو مدد أخري مماثلة ، وإلا وجب الإفراج عن المتهم ؛ إذ أن الأصل هو المبادرة باستجواب المتهم ، والمسارعة في جمع الأدلة بما يحدّ من عنصر الإفراط في مدة الحبس الاحتياطي - .

وضماماً لمقتضيات الكرامة الإنسانية فينبغي كفالة حقوق المتهم ، بالسماح له بالاتصال بمن يري إبلاغه بأمر الحبس الاحتياطي المقرر في حقه ، وبكفالة حقه في الاتصال بمحام وبأهله ، إلا إذا كان ذلك مما يؤثر في إجراءات التحقيق ، فيجوز للقاضي منع اتصاله بالغير¹ .

وبالجملة فإن الحبس عامة عقوبة غليظة ، فلا ينبغي أن يصار إليه إلا بموجب حكم نهائي ، وإنما قررت إجازة الحبس الاحتياطي استثناءً تحقيقاً للغايات التي ألمعنا إليها آنفاً ، فيلزم دوماً تذكر مخاطره المتعدية إلي الغير ، كما قد يتمخض التحقيق عن شطب الاتهام في مواجهة المحبوس احتياطياً ، لعدم كفاية الأدلة التي تناهض قرينة أصل البراءة ، ومن ثم فقد يفضي الإسراف في الحبس الاحتياطي إلي إحساس عميق بالقلق جراء سوء التقدير ، وصنوه يضر بصفاء ذهن القاضي ، ويخلط عليه بما قد يردي به إلي جور القضاء .

البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحبس الاحتياطي في المسائل المدنية – فقهاً وقانوناً.

يضيّق فقهاء الشريعة الإسلامية – والقانون – سلطة القاضي التقديرية في اتخاذ الأمر بالحبس الاحتياطي في المسائل المدنية . ففي الفقه الإسلامي نجد ذات الحكمة القاضية بمنع فرار المدعي عليه ، لتقدير الحبس الاحتياطي ، وقد يكون الحبس للإجبار علي إظهار المال ، أو لاستيفاء المحكوم به . جاء في (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) ، ما نصه : ((ثم فيما إذا كان القول قول المدعي أنه له مالاً ، أو ثبت ذلك بالبينة يحبس) المديون (شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه . فالحبس لظهور المماثلة ، ثم إنما يحبس مدةً ليظهر ماله) فيؤدي ما عليه ، (فلا بدّ أن تمتدّ تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره) ، وهو شهران أو ثلاثة ، وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة . (ويروي غير ذلك من التقدير بشهر) ، وهو اختيار الطحاوي ؛ لأن ما زاد علي الشهر في حكم الآجل ، وما دون الشهر في حكم العاجل ، فصار أدني الآجل شهراً والأقصى

¹ - راجع المواد (١٤١/١٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري . -

لا غاية له ، فيقدر بشهر ، وروي : (أو أربعة أشهر إلي ستة أشهر) ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة والصحيح ... [أن] التقدير في هذا غير معتبر ، بل هو مفوض إلي رأي القاضي ؛ إذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه إن كان له مال ، وهذا يختلف باختلاف الناس . إن غلب علي ظن القاضي بعد مدة أنه لو كان له مال ، فرج عن نفسه ، فيسأل عنه جيرانه ، وأهل الخبرة به ، فإن شهد شاهدان عنده أنه قادر علي قضاء الدين أيّد حبسه ، وإن قالوا : إنه ضيق الحال أطلقه ، ولو رأي أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك ويحبس الرجل في نفقة زوجته ؛ لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده فإنه عقوبة))^١ - .

يتبدى مما ذكر : تضييق فقهاء الشريعة الإسلامية في سلطة القاضي التقديرية في الحبس الاحتياطي - في المسائل المدنية - ، فينظر فيه إلي موضوع الدعوى وأطرافها ، بل وأدلتها وما تبعثها من اقتناع شخصي ، فعلي ضوء ذلك كله يتقرر مبدأ الجواز وعدمه ومدة الحبس . وفي (معين الحكام) ضوابط أخرى ساقها الطرابلسي حيث قال :- ((لا يضرب المديون ولا يغل ولا يقيد ، إلا أن يخاف فراره ، ... ولا يخوف ولا يجرد ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة ، ولا يؤاجر ولا يخرج لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة جنازة ولا عيادة مريض ، ويحبس في موضع وحش ، ولا يبسط له فرش ولا غطاء ، ولا يدخل عليه أحد ليستأنس به . ذكره السرخسي . وفي الأفضية : أنه لا يمنع من دخول الجيران وأهله عليه ؛ لأنه يحتاج إلي المشورة معهم ، لأجل الدين ، ولا يمكنون من المكث معه حتى لا يستأنس بهم -))^٢ - .

وما ذكره الطرابلسي - نقلاً عن السرخسي - فيه نظر ، فالحبس الاحتياطي للإجبار علي إظهار المال ، أو الحبس للوفاء بالمحكوم به من الدين ، لا يعني سوي تقييد الحرية ، ولا يدخل في ذلك تجريد المحبوس من المقومات الضرورية من مثل

^١ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار - قاضي زادة - مع فتح القدير - ج٥ ص٤٧٤ - ٢٧٦ وراجع البناية في شرح الهداية للعيني ج٨ ص٣٢/ ٣٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص٤٢ والمغني لابن قدامة ج١٤ ص٢٢١/ ٣٤٢ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج٩ ص٦٠ - .
^٢ - معين الحكام - للطرابلسي ص١٩٧ - .

الفرش والغطاء - بل حتى الاستئناس بالأهل والزوجة - ، ففي مجرد الحبس كفاية، فلا يزداد عليه بما يحط من الكرامة الإنسانية . ولعل ما ذكره الطرابلسي - نقلاً عن السرخسي - كان تعبيراً عن عصر وبيئة بعينهما ، كان للحبس فيهما مفهوماً مغايراً عما هو مشهود اليوم - بدلالة ما في النص من الإشارة إلي الحبس في ((موضع وحش)) ، وذلك يدل علي أن السجن وقتئذٍ لم يكن بطبيعته موضعاً وحشاً - ، أو أن الناس في تلك البيئة كانوا عصاةً لا يأبهون بالسجن ويتمادون في أكل أموال الناس بالباطل - والله أعلم - .

وفيما يسوغ فيه للقاضي اتخاذ الأمر بالحبس الاحتياطي من المسائل المدنية ، نصت المادة (١٦٠) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م علي أنه : ((إذا لم ينفذ المدعي عليه الأمر الصادر بموجب المادة (١٥٧) أو المادة (١٥٩) ، جاز للمحكمة مع مراعاة أحكام المادة (١٧٣) أن تصدر أمراً بمنعه من مغادرة السودان، أو بحبسه إلي أن يفصل في الدعوى ، أو إلي أن يوفي الحكم ، إذا كان قد صدر ضده حكم . علي أنه لا يجوز حبسه أو تقييد حريته بموجب هذه المادة مدةً تزيد عن ثلاثة أشهر ، فإذا كان موضوع الدعوى أو قيمتها لا يجاوز ثلاثة آلاف جنيه ، فلا يجوز أن تزيد المدة عن ستة أسابيع ولا يجوز حجز أحد بموجب هذه المادة ، بعد أن يكون قد نفذ الأمر الصادر بموجب إحدى المادتين الأخيرتين سالفتي الذكر)).

ويلاحظ أن الحبس الاحتياطي وفقاً للمادة (١٦٠) الأنفة الذكر قد جاء مقيداً بعدم تنفيذ المدعي عليه شيئاً مما قضت به المادة (١٥٧) أو المادة (١٥٩) من ذات القانون ، فالمادة الأولى (١٥٧) بشأن الحالات التي يجوز فيها القبض علي المدعي عليه - وتتلخص في التسبب في تعطيل الإجراءات بالاختفاء أو بمغادرة دائرة الاختصاص المحلي للمحكمة أو التأهب للاختفاء أو المغادرة - ، أو قيامه بالتصرف في أمواله أو بعضها أو تهريبها إلي خارج دائرة الاختصاص المحلي للمحكمة ، أو التأهب لمغادرة البلاد بقصد تعطيل الإجراءات ، فيجوز عندئذٍ القبض عليه ما لم يسدد مبلغاً لأمانات المحكمة يكفي للوفاء بطلبات المدعي أو يودع الضمان الذي تأمر به المحكمة ، فإن لم يقدّم أي منهما جاز القبض عليه وإصدار أمر الحبس في

حقه وفقاً لأحكام المادة (١٦٠) الأنفة الذكر ، كذا إن لم يقدم كفيلاً أو ضماناً - من جديد - بعد إقالة الكفيل عن كفالتة أو عن ضمانه وفقاً لمقتضي المادة (١٥٩) الأنفة الذكر ، ويراعي القاضي عند إصداره لأمر الحبس الاحتياطي عدم الإضرار بالمدعي عليه مادياً ، وذلك بتحميل المدعي مصروفات القبض والمصروفات الضرورية لإقامة أود المدعي عليه أثناء الحبس الاحتياطي ، وفقاً لما تقضي به المادة (١٧٣) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م - .

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الحجز التحفظي والحجز التنفيذي وضوابطهما

- فقهاً وقانوناً -

في بيان سلطة القاضي التقديرية في الحجز التحفظي والحجز التنفيذي وضوابطها في كل منهما - فقهاً وقانوناً - ، نقسم هذا المطلب إلي بندين أولهما عن سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحجز التحفظي ، وثانيهما عن سلطته في الحجز التنفيذي وضوابطها .

البند الأول: سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحجز التحفظي فقهاً وقانوناً:

الحجز التحفظي إجراء احتياطي غايته منع شخص من التصرف في المال الذي بين يديه ، والذي تعلق به حق للغير ، صوناً للحقوق من الضياع ، ومنعاً للإضرار بأصحاب الحقوق بنوع تصرفٍ ممن بيده المال ، من شأنه تفويت استيفاء الحق عند الحكم به . ولا يتوقف الأمر فيه علي صدور حكم قضائي قابل للنفذ ، غير أن ذلك لا يعني خلو تقريره بوساطة القاضي عن كل قيد ، وإلا كانت سلطته فيه تحكيمية ، أو مما قد تفضي إلي التحكم والجور .

ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الحجز التحفظي فقهاً وقانوناً :-

الضوابط التي تحتف بسلطة القاضي التقديرية في الحجز التحفظي فقهاً

وقانوناً ، تتمثل فيما يلي :

أولاً : توفر سبب يقوي دعوى طالب الحجز ، فالدعوى بمجرد أنها لا تسوّغ الأمر بالحجز التحفظي . قال ابن فرحون في (التبصرة) :- ((... وأعلم أن الاعتقال والتوقيف لا يكون بمجرد دعوى الخصم في الشيء المدعي فيه ، ولا يعقل علي أحد شيء بمجرد دعوى الغير فيه ، حتى ينضم إلي ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطمخ . والسبب كالشاهد العدل ، أو المرجو تزكيته ، واللطمخ الشهود غير العدول . فإذا ثبت هذا فالاعتقال في الرباع علي وجهين : (الأول) : عند قيام الشبهة الظاهرة أو ظهور اللطمخ ، فيريد المدعي توقيفه ليثبته ، فالتوقيف هنا بأن يمتنع الذي هو في يده أن يتصرف فيه تصرفاً يفيتته كالبيع والهبة ، أو يخرج به عن حاله . كالبناء والهدم ونحو ذلك . من غير أن ترفع يده عنه . (الثاني) : بعد أن يثبت المدعي دعواه في ذلك بشهادة قاطعة . ويجاز الرفع على ما يجب . ويَدَّعي المستحق منه مدفوعاً فيما قامت به البيئة للمدعي . فيضرب للمستحق منه الأجل . فيوقف المدعي فيه حينئذ بأن ترفع يد الأول عنه ، فإن كانت داراً اعتقلت بالقفل ، أو أرضاً منع منه حرثها واختلف في العقله بشاهد واحد ، ففي أحكام بن زياد¹ ، أن العقل يجب بشاهد واحد عدل . واليه ذهب سحنون... .. وفي أحكام ابن بطال² - ... انه لا يعقل إلا بشاهدين ، ... وهو قول ابن القاسم ، وقال ابن العطار³ في وثائقه : لا تجب العقله بشاهد واحد ، لكنه يمنع المطلوب بذلك أن يحدث في العقار بنياناً ، أو بيعاً أو غيره ، ويتقدم إليه في ذلك بالقول ، ولا يخرج عن يديه))⁴ .

وهذا النص يفيد عناية الفقه الإسلامي بالمواعمة بين صيانة حق الطالب الذي يقوي دعواه بدليل ، وبين حق ذي اليد في الانتفاع بما في يده ، دون أن يتصرف فيه تصرفاً يفوت به حق الطالب ، علي أنه إن كان دليل هذا الأخير قاطعاً فترفع يد الحائز عن محل النزاع . ونحسب أن هذا النوع من المواعمة والممايزة هو ما ينبغي دركه ، من سعة قواعد المادة (١٦٧) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة

1 - ابن زياد : أحمد بن محمد بن زياد فقيه مالكي أندلسي ، قاضي الجماعة بقرطبة ، توفي سنة ٣١٢ هـ (شجرة النور الزكية ص ٨٦) .
2 - ابن بطال : سليمان بن محمد بن بطال البطلبوسي ، فقيه مالكي ، له كتاب (المقتع في أصول الأحكام) هو شيخ ابن عبد البر - توفي في سنة ٤٠٠ هجرية (شجرة النور الزكية ص ١٠٢) .
3 - ابن العطار : عبود بن سعيد التنوخي ، قاضي سبتة ، سمع من ابن سهل وتوفي في سنة ٤٨٠ هجرية - .
4 - تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٥٢/١٥٣ وراجع مثله في (حلي المعاصم) للتاودي ج١ ص ١٢٤/١٢٣ وفي (ديوان الأحكام الكبرى لابن سهل ج١ ص ١٣٠ وما بعدها وراجع منهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج٩ ص ٨٦/٨٧ والمصنف لأبي بكر الكندي ج٤ ص ٦٩) - .

١٩٨٣م ونصها : ((إذا ثبت في أثناء نظر الدعوى بإقرار مشفوع باليمين ، أو بغير ذلك أن المال محل النزاع في الدعوى ، عرضة للضياع أو التلف أو لنقل ملكيته بوساطة أحد الخصوم في الدعوى ، جاز للمحكمة أن تصدر الأمر الذي تراه مناسباً للمحافظة علي المال ومنع ضياعه أو تلفه أو نقل ملكيته ، حتى يفصل في الدعوى ، أو إلي أن تصدر المحكمة أمراً آخر ، علي أن يعلم الخصم فوراً وبأسرع طرق الإعلان)) - .

يتبين مما سبق اتفاق الفقه الإسلامي والتشريعات الإجرائية المعاصرة ، علي توسيع إطار سلطة القاضي التقديرية في إصدار الأمر بالحجز التحفظي ، مع إحاطتها بما يحول دون نوازع التحكم ، وفي ذات الوقت بما يتفادى به كيد الخصوم لبعضهم . ولا نماري في أن وجهة الفقه الإسلامي أنظر فيما ذكر ، قياساً بالمادة (١٦٧) الأنفة الذكر ، وقياساً لنظر الشراح المعاصرين ، حيث يقول الدكتور (أحمد أبو الوفا) : ((وفي صدد الحق الذي يبرر توقيع الحجز التحفظي ، يذهب الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا إلي الاكتفاء بأن يكون ظاهر الحال يدل علي وجوده ، فما دام من الجائز توقيع هذا الحجز بغير سند تنفيذي ، أو بغير أي سند ، وسواء كان مصدر الحق هو عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو القانون ، يكون من الطبيعي أن يعتد بمعيار عام واسع في هذا الصدد . وللشراح والمحاكم مصطلحات متعددة للتعبير عن هذا المعيار . فمن قائلٍ بالاكْتفاء بكون الحق قائماً بأساسه ، دون أن يكون ثابتاً بصورة يقينية ، ومن قائلٍ بالاكْتفاء بكون الحق ثابتاً بسبب ظاهر يدل علي وجوده ومن قائلٍ بالاكْتفاء بكون الحق محقق الوجود من حيث أساسه ، أي من حيث مصدره . ومؤدي كل ما تقدم : جواز توقيع الحجز التحفظي ولو كان حق الحاجز محل نزاع))^١ - .

^١ - إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - د. أحمد أبو الوفا - ص ٨٣٧ .

ولئن كان نص المادة (١٦٧) التي سبق إيرادها ، تتسم بالمرونة والسعة المنضبطتين ، فإن نص الشراح الأنف يقود إلي فتح الباب مشرعاً أمام سلطة تقديرية تكاد تكون مطلقة ، ولا نغالي إن قلنا بأن وجهة الفقه الإسلامي ، أحزم وأقوم فيما قيدت به تلك السلطة - .

ثانياً :- أن يكون الحجز بصدد إسباغ الحماية القضائية علي حق طالب الحجز ، صوناً لذلك الحق من خطر التبيد أو التهريب أو غيرهما من التصرفات التي تضر بصاحب الحق ، وتجعل استيفاءه لحقه عرضة للمخاطر أو الصعوبات - .

ثالثاً :- ألا تطول مدة الحجز - من غير قضاء - ، وذلك تفاعلياً لحدوث الضرر علي المحجوز عليه ، فتعطي أولوية النظر والتحقيق والفصل للمنازعات التي يصدر فيها الأمر بالحجز التحفظي ، فالتأخير فيها يفضي إلي الإضرار^١ في الأغلب - .

رابعاً :- التناسب بين المال المحجوز وبين الحق المحجوز لأجله . فلا يسوغ تجاوز القدر المناسب ، وإلا كان الحجز جالباً للضرر بدلاً من درئه . وفي (ديوان الأحكام الكبرى) : ((... وإن كانت { العقلة } - أي الحجز - في حانوت وشبهه مما له خراج ، وقف الخراج ، - أي الإيجار - وإن كانت في حصة في أرض أو دار ، اعتقلت الدار كلها أو الأرض وجميع الكراء فيما له كراء ، وقد قيل : يوقف من الكراء ما يقع للحصة المدعي فيها ، ويدفع سائره إلي المدعى عليه . قال : والأول أولى عندي بالصواب))^٢ - . ونحسب أن الأول أحوط لاستيفاء الحق محل النزاع ، والثاني وهو توقيع الحجز بالقدر الذي يكفي للوفاء بأي حكم يصدر في الدعوى أكثر صواباً ، لبعده عن العسف ، وهو اختيار المشرع السوداني في المادة (١/١٦٢) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م - .

خامساً :- مراعاة طبيعة المال المحجوز عليه ، فإن كان من صنو ما يتسارع إليه الفساد ، كاللحم ورطب الفواكه ونحوها ، لم يوقف إلا لمدة يسيرة ، فإن طلب المدعي الإعذار لمدة طويلة ، فلا يجاب لطلبه سواء لإحضار البينة أو لإكمالها ، خوفاً من تسارع الفساد إلي المال ، فإن عجز عن التدليل في المدة القصيرة ، خلي

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٥٤ - .

^٢ - ديوان الأحكام الكبرى - لابن سهل ج١ ص ١٣٠ وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٥٣ - .

بين المال وصاحبه ، ويجوز للقاضي بيع المال وإيداع ثمنه في خزانة المحكمة ، إن كان مما يتسارع إليه الفساد ولا يحتمل الإعذار والانتظار^١ .

سادساً :- مراعاة متطلبات الضرورة ومقتضيات الكرامة الإنسانية .

فلا يجوز إيقاع الحجز علي ضرورات الحياة ، كأدوات المهنة ، أو ما يلزم للقوت الضروري ؛ لأن حجزها يفضي إلي ضرر أفدح ، وقد عني الفقهاء بعدم إيقاع الحجز علي الوسائل الإنتاجية المسخرة للخدمة العامة ، والتي تسد ضروراً من ضرورات الحياة ، وقد مثل صاحب (حلي المعاصم) ، لمثلها فقال : ((كالفرن والرحا ، ففيه توقيف الخراج ... ولا يغلق ولا تعطل منفعه))^٢ .

ويلزم مراعاة مقتضيات الكرامة الإنسانية ، فلا تعسف بحيث يصبح إيقاع الحجز أداةً لتجريد المحجوز عليه من أدوات المأكل أو المشرب أو النوم ، أو بتكليفه ما يثقل عمله ، من مثل أمره بإخلاء الدار المراد حجزها من المتاع الثقيل من غير إمهال لمدة يمكن فيها الإخراج^٣ . ومن وجوه مراعاة مقتضيات الكرامة الإنسانية ، ضرورة إعلان الخصم المدعي عليه بفحوى طلب الحجز ، قبل إصدار الأمر بالحجز التحفظي ، لئلا يفاجأ بغير ما يحتسب ، وتمكيناً له من تهيئة وتوفيق أحواله ، إلا إذا كان الغرض من الحجز لا يتحقق بسبب التأخير الناشئ عن الإعلان، ففي هذه الحالة أوجبت المادة (١٦٩) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م إعلانه فوراً أو بأسرع طرق الإعلان .

سابعاً : مراعاة اتخاذ التدابير الواقية من طلبات الحجز الكيدية .

يتحقق درء مخاطر طلبات الحجز الكيدي في الفقه الإسلامي ، بنوع التدليل اللازم للحجز ، فلا حجز بدعوى المدعي بمجردھا ، بل يلزم الإثبات بما يطمئن إليه القاضي – علي نحو ما قدمنا - ، كما أنه يدرأ الكيد بنوع الأمر الوقتي الذي يصدره القاضي ، ففي العقار ، فلا حجز لدي ابن القاسم ، وهو المشهور في المذهب المالكي^٤ ، وقيل بل يمنع فيه التصرف الذي يفوت الحق ، كالبيع والهبة ،

١ - راجع حلي المعاصم للتاودي ج١ ص ١٢٧ .

٢ - حلي المعاصم - للتاودي - ج١ ص ١٢٥ .

٣ - راجع ديوان الأحكام الكبرى - لابن سهل - ج١ ص ١٣١ .

٤ - راجع حلي المعاصم للتاودي ج١ ص ١٢٦ .

أو ما يخرج من حاله كالبناء والهدم ونحو ذلك ، وفيما سواه من العروض والحيوان فيصار إلي وضعها في يد أمين إن أثبت الطالب حقه ، وإلا فلا ينزع من يد الحائز ، بل يمنع من التفويت فقط^١ . والعبرة بتقدير القاضي وفهمه وفطنته .-

البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحجز التنفيذي - فقهاً وقانوناً:

مرحلة تنفيذ الأحكام تعد حاسمة^٢ ؛ لأن الحكم القضائي يظل عقيماً - بلا فائدة - إن لم ينفذ . وفي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري - برواية ابن سهل - : ((وانفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له))^٣ - ، وعبارة (وانفذ إذا تبين لك) ، هي أقرب العبارات إلي التنفيذ الجبري ، من روايات الرسالة المتعددة - . ويروي أنه صلى الله عليه وسلم قال : ((لا يقدر الله أمةً لا يقضي فيها بالحق ، فيأخذ ضعيفها حقه من قويها غير متعنت))^٤ - .

وقد عنيَ الفقهاء عناية بالغة بأمر إنفاذ الأحكام الصادرة بالحقوق ، ففي (شرح النيل وشفاء العليل) : ((... وقد بالغ الشرع في إنفاذ الحق ، ... ومن دعي للحق فقال : لا أعطيه لك ، أو لا أسير إليه ، أو لا أجيب ، أو منعه ونحو ذلك ، أجبروه . وإن امتنع بالسلاح ، وقتلهم فلهم قتله ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدوه في سلاحه ، وقت امتناعه به ، ولهم هدم بيت امتنع فيه ولو لغيره ... وكذا المرأة إن أبت من الحق ، ومن أوي مانع الحق فهو مثله))^٥ - .

ومفاد الآثار والنصوص الفقهية الأنفة : أن القضاء بالحق ، يلزم منه إنفاذ المقضي به ، ولو كان المقضي له ضعيفاً والمقضي عليه شريفاً قوياً ، فلا تردد في إجبار المقضي عليه ، ولا رهب مهما كانت صفته . فإن كابر وتمادي في المنع فيصار إلي التنفيذ الجبري باستيفاء الحق مغالبةً عيناً ، أو عن طريق الحجز

^١ - راجع المرجع السابق ج١ ص ١٢٥ - .

^٢ - لهذه الرسالة روايات عديدة ومختلفة في بعض ألفاظها - ولهذا تكررت تخريجاتها في هذه الدراسة ، وفقاً للمستدل به منها - . وهذا اللفظ هو ما لدي ابن سهل في ديوان الأحكام الكبرى ج١ ص ١٢٦ - .

^٣ - أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال - حديث رقم ٥٦١٠ - .

^٤ - شرح النيل وشفاء العليل - أطفيش - ج١٣ ص ٨١ - .

التنفيذي ، الذي يستتبعه بيع المال المحجوز ، لاستيفاء الحق محل التنفيذ من ثمن المبيع .

ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الحجز التنفيذي :

فيما سوي أمرين جوهريين ، يستصحب القاضي عند إيقاع الحجز التنفيذي ، ما سبق لنا ذكرها من ضوابط الحجز التحفظي ؛ إذ يتغير نوعا الحجز بشأن ذلكما الأمرين .

وأولهما : عدم المصير إلي الحجز التنفيذي إلا بعد الاستيثاق من وجود سند تنفيذي بيد الطالب – الدائن – وعلي أن يكون ذلك السند مستوفياً لكافة شرائط السندات التنفيذية – الشكلية والموضوعية – بدءاً من تذييله بالصيغة التنفيذية ، بلوغاً إلي كونه قابلاً للتنفيذ ، متضمناً الإلزام بحق محقق الوجود ، غير معلق علي شرط ، ومقرراً كون ذلك الحق حال الأداء ، غير مقترن بأجل ، وأنه معين المقدار تمكيناً لإجراء التنفيذ بالحجز التنفيذي ثم بيع المال المحجوز – متي اقتضي الحال ذلك – بقدر ما يفي الحق محل التنفيذ - .

وثانيهما : عدم المصير إلي الحجز التنفيذي حيث تنتفي دواعي الحيطة - .

وتنتفي دواعي الحيطة عند التيقن من انتفاء الخشية من إضاعة حق الدائن بنوع تصرف في المال من شأنه تفويت استيفاء الحق محل التنفيذ ، ويتحقق ذلك في وجوه ، أكثرها وضوحاً ، التنفيذ علي أملاك الدولة ، لافتراض أنها ميسورة وقادرة علي الوفاء بالتزاماتها وديونها فضلاً عن افتراض استعدادها للالتزام بأحكام القضاء، دون إجبارها عليه – وليس هذا النظر محل اتفاق ، ففي عمل القضاء السوداني ، لا تنفك المحاكم عن إصدار أوامر الحجز التنفيذي علي أموال الدولة وبيعها ، وذلك بسبب عدم وجود نص تشريعي صريح قاطع يمنع ذلك النوع من الحجز والبيع ، ولا يختلف الحال كثيراً في مصر ؛ إذ يخلو التشريع المصري أيضاً عن نص صريح مانع للحجز علي أموال الدولة ، مما سبب اختلافاً بين الشراح ،

فمنهم قائل بجواز الحجز التنفيذي علي أملاك الدولة ، ومنهم قائل بالمنع^١ - . أما الحجز التحفظي لأملاك الدولة ، فلا يجيزه أحد - في حدود اطلاقنا - ؛ لأنه لا قائل بأن ثمة ما يخشي من الدولة ، من إتيان تصرفٍ من شأنه إضاعة - أو تفويت - حق الدائن . والمستقر قضاءً في مصر هو عدم جواز الحجز - عموماً - علي أملاك الدولة^٢ - .

ولئلا نأتي معاداً من أمرنا أو مكروراً من قولنا ، فنحيل إلي بقية ما سبق إيراده من ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الحجز التحفظي - مما لا يتصادم مع الأمرين الجوهريين الأنفين ، ولئن كانت ثمة إضافة ، فليست سوي توضيحات لبعض ما لا يجوز حجزها من الأموال :

أولها : بشأن مراعاة قدر المال المحجوز ، فالتناسب الذي ذكرناه ليس له معيار دقيق ضابط يحول دون التجاوز والتفاوت اليسير - ، فيلزم أن يكون مثل ذلك التفاوت مغتقراً ، إلا إذا كان الحجز استيفاءً لدين في ذمة المدين المتوفى ، فلا يحجز من أموال الورثة إلا بمقدار الآيل إليهم بالإرث من مورثهم المدين ، ويعدّ تعسفاً الحجز علي أموال الورثة الميراثية وغير الميراثية^٣ .

وثانيها : في ضابط مراعاة الكرامة الإنسانية وما تقتضيها ضرورات الحياة - ، فإن التشريعات تكاد تجمع علي منع الحجز بما يزيد عن ربع الراتب الشهري للموظف ، فيراعي أن المتبقي من بعد خصم الربع ، إذا كان يفيض عن حاجة الشخص ومن يعوله لأكثر من شهر - ودخل ذلك الباقي في حيازة ذلك الشخص ، فإن ذلك المقدار الزائد عن مؤونة الشهر يكون مما يجوز الحجز عليه ، لوجهين أولهما : لتوفر معني الزيادة عن المقدار الضروري المقرر تشريعاً ، لما يلزمه ومن يعول ، وثانيهما : لخروج ما في يده عن معني الحجز من مصدر الراتب - أي من رب العمل.

^١ - ذهب الدكتور أحمد أبو الوفا إلي عدم جواز الحجز علي أموال الدولة ، بينما ذهب كل من الدكتور أكثم الخولي والدكتور فتحي والي والدكتور محمد عبد الخالق عمر والدكتور وجدي راغب إلي جواز الحجز التنفيذي علي أملاك الدولة ؛ لأنها - بمختلف صنوفها - ضامنة للوفاء بديونها - . راجع إجراءات التنفيذ للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٢٦٣/٢٦٤ - .

^٢ - راجع نقض مصري / ١١/١٩٦٢م السنة ١٣ ص ٩٧٣ وأحكام أخرى في المرجع السابق ص ٢٦٢/٢٦٣ - .

^٣ راجع حكم محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر رقم ١٢٨ /تنفيذ / استئناف / ٢٠٠٠ الصادر في ٩/٤/٢٠٠٠م - .

وثالثها : مراعاة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

ومنه ما قدمناه خلال عرضنا لوجهة الفقه الإسلامي في ضوابط الحجز التحفظي بشأن عدم حجز المنشآت المخصصة للمنافع العامة ، منعاً للإضرار بالصالح العام ، فالقاعدة الفقهية (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) وكذا (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)^١ . ويتوافق ذلك مع ما نصت عليه المادة (٢٤٨/ط) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م ، بشأن الأموال التي لا تقبل الحجز والبيع ، ومنها : ((المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة ، سواء كانت تديرها جهة الإدارة بنفسها ، أم كانت تعهد باستغلالها إلي شخص طبيعي أو اعتباري)) . -

وينبغي التنبيه دائماً بأن (إيصال الحقوق لأهلها) ، يعدُّ من غايات نصب القضاة ، وهي جليلة القدر ، غير أنه لا يعني بحال ممارسة القاضي لسلطته من أجلها ، بطريقة تتسم بالشطط والغلظة والتعسف ، بل يجب أن ينأى القاضي عن غاشية العنت المفضية إلي انتهاك الكرامة الأدمية ، أو الإخلال بالمقتضيات الإنسانية . -

المطلب الثالث

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الكفالة

الكفالة في اللغة : هي الضم ، ومنه قوله تعالى : ((□ □))^٢ - ، وقال تعالى : ((و و و و و و و و))^٣ - . قال ابن العربي في تفسير قوله تعالى : ((أيهم يكفل مريم)) : ((روي أن زكريا قال : (أنا أحق بها ، خالتي عندي) . وقال بنو إسرائيل : (نحن أحق بها ، بنت عالمنا) . فاقترعوا عليها بالأقلام))^٤ ، فكان اختلافهم فيمن يضمها للحضانة . وفي ذات المعنى قوله صلي الله عليه وسلم : ((

١ - راجع المادتين ٢٦ / ٢٧ من مجلة الأحكام العدلية . -

٢ - سورة آل عمران - من الآية ٣٧ - .

٣ - سورة آل عمران - من الآية ٤٤ - .

٤ - أحكام القرآن - لابن العربي - ج١ ص ٣٥٨ - .

أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة - . وأشار صلي الله عليه وسلم بالسبابة والوسطي
((- ١ .

ومن معاني الكفالة في اللغة : الزعامة ، وفيه قوله تعالى : ((ف ذُوقْ ذُقًا
ج)) - ٢ . وتطلق الكفالة والحماله والضمان بمعني واحد ، وقيل : الزعيم والكفيل
والحميل والقبيل ، كله بمعني واحد ٣ - .

والكفالة في الاصطلاح : هي ضم ذمة إلي ذمة أخرى في حق المطالبة ، أو
في حق أصل الدين ٤ - . وقال الحصكفي : ((ضم ذمة الكفيل إلي ذمة الأصيل في
المطالبة مطلقاً ، بنفس أو بدين أو عين ومن عرفها بالضم في الدين ، إنما
أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال -)) ٥ . وعرفتها المادة (٤٨٤) من
قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م بأنها : ((عقد بمقتضاه يضم
شخص ذمته إلي ذمة شخص آخر في تنفيذ التزام عليه)) .

مشروعية الكفالة :-

الكفالة مشروعة بدلالة الكتاب والسنة والإجماع .

فأما دلالة الكتاب ، ففي قوله تعالى : ((ف ذُوقْ ذُقًا ج)) ٦ - ، والزعيم كفيل .
وتتمثل الدلالة من السنة النبوية ، فيما روي عن عبد الله بن ابي قتادة عن
أبيه : ((أن رجلاً من الأنصار ، أتى به النبي صلي الله عليه وسلم ، ليصلي عليه .
فقال :- (إن علي صاحبكم ديناً) ، فقال أبو قتادة : (أنا أتكفل به) ، قال :

١ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الزهد باب فضل الإحسان إلي الأرملة والمسكين واليتيم وأبو داود في سننه في كتاب الأدب باب
فيمن ضم يتيماً والإمام أحمد في مسنده ج٢ ص ٣٧٥ وج٥ ص ٣٣٣ وفي كنز العمال للمتقي الهندي - حديث رقم ٥٩٩٣ و ٥٩٩٥
و ٦٠٢٤ و ٦٠٢٥ - .

٢ - سورة يوسف من الآية ٧٢ - .
٣ - راجع منهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج١ ص ١٠٨ ، وقال الخطيب الشربيني نقلاً عن الماوردي : ((غير أن العرف
جار بأن الضمين مستعمل في الأموال والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في
الجميع)). ونحسب أن الماوردي قد تحدث عن عرف زمانه ومكانه ، وإلا ففي عرف الأندلسيين فإن الحميل يطلق في الكفالة بالدين
عاماً بما فيه دين النفقة - . راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١٦٣ وراجع العقد المنظم للحكام لابن سلمون - بهامش
التبصرة طبعة سنة ١٣٠١ هـ دار الكتب العلمية ج١ ص ٢٦٤ .

٤ - راجع تحفة الفقهاء - للسمرقندي ج٣ ص ٣٩٨ ولسان الحكام لابن الشحنة ص ٢٥٥ - .

٥ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي ج٥ ص ٢٨١ وراجع حاشية الدسوقي ج٣ ص ٣٢٩ ومغني المحتاج للخطيب
الشربيني ج٢ ص ١٩٨ والمغني لابن قدامة ج٧ ص ٧١ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٢ ص ١٠٨ والبحر الزخار لابن
المرتضي ج٦ ص ١٠٩ ومنهج الطالبين وبلاغ للشقصي ج١ ص ١٠٨ - .

٦ - سورة يوسف من الآية ٧٢ - .

(بالوفاء ؟) ، قال : (بالوفاء) -)^١ . والنص صريح في جواز الكفالة بالدين .
وروي عن شرحبيل بن مسلم قال : سمعت أبا أمامة قال : (سمعت رسول الله
صلي الله عليه وسلم يقول : (... العارية مؤداة ، والدين مقضي ، والزعيم
غارم)^٢ -) .

وقد أجمعت الأمة الإسلامية علي جواز الكفالة في الجملة ، لمسيس الحاجة
إليها ولضرورتها في إحياء الحقوق ، وإنما اختلف الفقهاء في بعض فروعها^٣ .
ونيمم شطر جوانب الكفالة الإجرائية الاحتياطية ، ونبين سلطة القاضي
التقديرية في الكفالة بالنفس أو بالدين في بند أول ، ثم ضوابط تلك السلطة في بند
ثانٍ - فيما يلي :-

البند الأول

سلطة القاضي التقديرية في الكفالة بالنفس أو بالدين

الكفالة بالنفس هي الكفالة بإحضار الشخص أمام القضاء ، أو إلي حيث يمكن
فيه استيفاء الحق من المكفول . وهي إجراء احتياطي غايته حسن سير إجراءات
التقاضي ، إما بتمكين الخصمين من ممارسة حقهما في المخاصمة والمجابهة
بالدليل ، أو رفعاً للضيق والمشقة عن أحدهما ، أو تيسيراً لإيصال الحقوق إلي أهلها .
ويمارس القاضي ذلك الإجراء كلما رأي أن الحاجة تقتضيه ، وفقاً لتقديره^٤ .
وقال بعض الشافعية بأن الكفالة بالنفس غير جائزة ، لعدم القدرة علي تسليم المكفول ،
ولانتفاء الولاية عليه ، والمذهب جوازها عندهم^٥ .

أما الكفالة بالدين ، وهي ضم ذمة إلي أخرى في حق المطالبة بالدين ، بحيث
يصبح الدين الواحد في حكم دينين - من جهة حق الدائن واختياره في المطالبة من
الأصيل أو الكفيل - وبحيث تصير ذمتهما في حكم ذمة واحدة ؛ لأن الكفيل مطالب

^١ - رواه النسائي في سننه في كتاب البيوع في الكفالة بالدين .
^٢ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب البيوع باب في تضمين العارية .
^٣ راجع تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيعي ج٤ ص ١٤٧ والمغني لابن قدامة ج٧ ص ٧٢ والإجماع نقله ابن قدامة - .
^٤ - راجع تبيين الحقائق للزبيعي ج٤ ص ١٤٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١٦٣ والعقد المنظم للحكام لابن سلمون
بهامش التبصرة طبعة سنة ١٣٠١هـ ج١ ص ٢٦٤ والمغني لابن قدامة ج٧ ص ٦٧ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ١٠٩
ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج١١ ص ١١١ - .
^٥ - راجع مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج٢ ص ٢٠٣ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٦١٧ - .

كالأصيل^١ - . والكفالة بالدين ، أو الكفالة بالعين يدخلان في معنى الكفالة بالمال ، فهما شقان لنوع واحد ، لا شقيقان .

ويجوز للقاضي تقرير أخذ الكفيل بالدين ، قبل وجوب الحق أو بعد وجوبه ، أو فيهما سوياً وفقاً لضوابط ينبغي عليه مراعاتها ، بلوغاً إلي الغاية التي شرعت من أجلها الكفالة بالدين ، دون تعنيت المدين بلزوم ما لا يلزم ، علي نحو ما نبينه ضمن الضوابط التالية - .

البند الثاني

ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الكفالة

(بالنفس أو بالدين) فقهاً وقانوناً

يضع القاضي نصب عينيه ضوابط تعينه علي حسن ممارسته لسلطته التقديرية ، في اتخاذ الإجراء الاحتياطي - التأميني - بتقرير الكفالة ، ونحسب ضرورة رعايته لأحوال الأطراف جميعاً ، والمواعمة بين مقتضيات تلك الأحوال ، والضوابط التالية مما تكفل حسن الممارسة التي ألمعنا إليها - .

أولاً : النفاذ إلي قدرة الكفيل علي الوفاء - .

والكفالة من غير الوفاء تعدو عديمة القيمة ، وقد استوثق النبي صلي الله عليه وسلم من كفالة أبي قتادة (بالوفاء) فيما أوردناه آنفاً من حديث شريف ، ومما يعني القاضي باستقصائه ، أهلية الكفيل وكونه من أهل التبرع واختياره ومعرفته بما يتطوع به ويفرضه علي نفسه ، والثوق من قدرته علي الوفاء بالتزامه ، سواء تعلق الالتزام بالكفالة بالنفس أو بالدين ، وتتفق المادة (١١٠) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م مع وجهة الفقه الإسلامي^٢ ، حيث جاءت بنودها الخمسة مقررَةً شرائط الكفالة التي تؤخذ علي المكفول والكفيل ، بعدم قبول الكفالة إلا من شخص معروف موثوق بوفائه وكفايته وقدرته علي الوفاء بالتزامه عند الطلب ، علي أن يدفع الضمانة المقدرة عند الإخلال بذلك الالتزام ، مع جواز الاستيثاق

^١ - راجع لسان الحكام - لابن الشحنة ص ٢٥٥ والعقد المنظم للحكام - لابن سلمون - بهامش التبصرة طبعة سنة ١٣٠١هـ ج٢ - ص ٢٢١ والمغني لابن قدامة ج٢ ص ٧١ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ١١٦ - .
^٢ - راجع تبيين الحقائق للزليعي ج٤ ص ١٤٦ والمغني لابن قدامة ج٧ ص ٧٩ - .

للضمانة ذاتها بطلب رهن أو حجز عقاري ، أو وثيقة تأمين ، أو غيرها من وسائل الضمان الأخرى التي يراها .

ثانياً :- اتخاذ القرار بالتكفيل بعد قيام دليل يطمئن إليه القاضي يدل علي اقتضاء الحال للكفالة - .

واقترضاء الحال لكفالة المدين يستبين بالنظر إلي شخص المدعي عليه وإلي نوع المال وإلي ظروف الدعوى ، فإن كان الشخص ممن تظهر عليه أمارات التعتت ، أو عدم حفظ المروءة ونحو ذلك ، فالحال يقتضي أخذ كفيل بالنفس أو بالدين ، وفقاً لتقدير القاضي ، وتحقيقاً لتأمين الحق وإيصاله لأهله ، أما إن كان معروفاً بالورع فلا حاجة إلي الكفالة - . وإذا كان المال عقاراً ، فلا حاجة معه إلي الكفيل ، لإمكان تأمين حق الدائن بخلافه . أما إذا كان منقولاً يخشى نقله أو إخفاؤه ، فيجوز أخذ الكفيل ، خاصة إذا كان ثمة شبهة لاختفاء الشخص بماله أو غيبته أو هروبه ، أو ترجح بوجه من الوجوه اعتزاه الإضرار بسير الدعوى ، أو تسببه في عرقلة أو تأخير استيفاء الحق . ولا ينبغي المصير إلي الكفالة بدعوى مجردة بشيء مما ذكر^١ - .

ويتفق مع وجهة الفقه الإسلامي ما قررته المادة (١٥٧) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م ؛ إذ قضت بجواز القبض علي المدعي عليه ، لإحضاره لإبانة السبب الذي يمنعه من تقديم الكفالة ، في ظل ما يتبدى من أنه بغرض تعطيل الإجراءات ، أو تعطيل تنفيذ الحكم ، لاختفائه أو مغادرته دائرة اختصاص المحكمة - أو تأهبه للاختفاء - أو لتصرفه في أمواله - أو في جزء منها - بما يتعذر معه التنفيذ لاستيفاء الحق منها - .

ثالثاً : بيان نوع الكفالة بياناً نافياً للجهالة المفضية إلي المنازعة :

إذا كانت الكفالة بالنفس وبالالتزام الكفيل بأنه إذا لم يحضر المكفول كان عليه أداء الحق ، لزم تدوين ذلك ، فإن أحضره في الزمان والمكان المعينين ، برئ من

^١ - راجع حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٥٥٤ والمغني لابن قدامة ج٧ ص ١٠٠ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٣٠٠/٢٩٩ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ١١١ ، ونقل ابن جزري عن ابن القاسم أنه ليس للمدعي أن يطلب ضماناً حتى يقيم علي دعواه شاهداً - ، وراجع القوانين الفقهية لابن جزري ص ٢٠٠ - .

ضمانه ، وإن عجز كان عليه أداء ما التزم به . وإذا كان الكفيل قد التزم بالإحضار وأنه لا يلزمه ضمان المال ، فيراعي بيان ذلك ، فإن عجز عن الإحضار بعدئذٍ من غير تقصير منه ، وأثبت سعيه وعدم تقصيره برئ ، فإن ثبت تقصيره غرم . وهذا النوع من البيان الذي تنتفي به الجهالة ، في الكفالة بالمال أولي . أما إذا كانت الكفالة بصيغة الإجمال ، فإنها تحمل علي أنها كفالة إحضار وغرم^١ .

وقد نصت المادة (٢/٤٩٤) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م علي أنه : ((إذا كانت الكفالة مطلقة ، فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل في كل حالاته)) . - .

رابعاً : ألا تكون الكفالة بالنفس فيما يدخل في معني الحدود . - .

والاقتصار علي الكفالة بالنفس هنا ، لعدم جواز أيلولة الحدود إلي المال ، ومنع الكفالة بالنفس فيها هو قول أبي حنيفة ، وجمهور فقهاء المالكية والحنابلة وقول للشافعية ، وذلك لأن الحدود لا تستوفي إلا ممن وجبت عليه . ثم إن الكفالة بالنفس شرعت للاستيثاق من الإحضار ، والحدود لا تستتبع ، ولا يستوثق فيها من الإحضار ، بل هي مبنية علي المسامحة والدرء^٢ . - .

خامساً :- المصير إلي الكفالة بالدين حال ترجح فوات استيفاء الحق . - .

مع ترجح فوات استيفاء الحق – الذي يقدره القاضي – يصار إلي الكفالة بالدين ، وسواء كان ذلك بعد وجوب الحق أو قبل وجوبه ، ففي (العقد المنظم للحكام) : ((... وفي العتبية لابن القاسم : في الغريم يريد سفرأ ، فيتعلق به صاحب الحق ويقول : إنك تريد سفرأ ، وأنا أخاف أن يحل ديني وأنت غائب ، ولكن أعطني حميلاً ، إن غبت عني يقوم لي بحقي. فقال : ينظر في ذلك السلطان ، فإن رأي أن الأجل يحل قبل أن ينقضي سفره لبعد المكان الذي يريد ، كان عليه أن يجعل له حميلاً وإلا لم يكن له عليه حميل وكذلك الزوج يريد سفرأ فتقوم

^١ - راجع العقد المنظم للحكام لابن سلمون – بهامش التبصرة طبعة سنة ١٣٠١هـ - ج٢ ص ٢٢٤/٢٢٣ . -
^٢ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤١٩٥ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج٤ ص ١٥١ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٣٥٣ والمغني لابن قدامة ج٧ ص ٩٨ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ١١١ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج١١ ص ١٠٨ . -

عليه زوجته ، تطلبه أن يقوم لها حميلاً بنفقتها ، فإن السلطان ينظر إلي سفره الذي يريد ، فيفرض لزوجته قدر ذلك فيدفعه إليها أو يأتيها بحميل يجريه عليها))^١ - .
وقد نصت المادة (٥/٤٨٥) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م علي أنه : ((تصح الكفالة بنفقة الزوجية والأقارب ولو تمت قبل القضاء بها أو التراضي عليها -)) .

وينبغي علي القاضي مراعاة ما طرأ في الزمان من تبدل سبل النقل وتبادل المال ، بتحويلات الوسائط التقنية التي اختزلت الزمان كلمح البصر ، ولم يعد يعوقها تنائي المكان . ففي ظل ثورة المعلوماتية فإن معايير السفر وبعد المكان ، لم تعد ذات جدوى ، وعلي القاضي اعتماد معيار الوثوق بالمدين أو الذي عليه الحق ، إلا أن يكون القاضي في جهة ما زالت ترسفت في بدائية القرون الغابرة ، فيصار عندئذٍ إلي المعايير التي ساقها سلف فقهاءنا الأجلاء ، ولا منكر لتبدل الأحكام بتبدل الزمان والمكان - .

سادساً : التفريق في المعاملة بين الكفيل والمكفول.

من المسلم أن الكفالة بالدين ، تجعل الكفيل مطالباً بالوفاء كالأصيل ، غير أن ذلك لا يعني مماثلتهما والتسوية بينهما في المعاملة أمام القضاء ؛ إذ ينبغي مراعاة المروءة التي دفعت الكفيل إلي رفع الضيق والمشقة عن المكفول ، وإلا فأنذر بزهد الناس عن التضامن والتكافل . والفقهاء علي مؤاخذه الغريم ابتداءً ، فلا يغرم الكفيل الضامن إلا عند الضرورة : ((قال ابن كنانة وأشهب : لا يغرم الضامن إلا مع عدم الغريم ... وقال ابن القاسم : إنما يأخذ من الغريم ، إلا إن أفلس أو غاب فحينئذٍ يأخذ من الضامن))^٢ - ، والأمر في كيفية المعاملة لتقدير القاضي - ، وعلي نسق ذات الروح جاءت المادة (٤٩٥) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م ؛ إذ نصت علي عدم جواز التنفيذ علي أموال الكفيل ، قبل التنفيذ علي أموال المدين الضامنة للدين - .

سابعاً : في تدابير الخروج من الكفالة - .

¹ - العقد المنظم للحكام لابن سلمون - بهامش التبصرة طبعة ١٣٠١هـ ج١ ص ٢٦٤ - .
² - قوانين الأحكام الشرعية لابن جزري ص ٣٥٤ - .

بلوغاً بالكفالة إلى غايتها ، فالأصل : المنع من الخروج من الكفالة بعد انعقادها ، ولو كان ذلك بحضور المكفول والمكفول له ؛ لأن الكفالة عقد لازم فلا يصح فيه الفسخ من جهة واحدة ، غير أن ذلك لا يعني عدم جواز الخروج عن الكفالة - مطلقاً - ، فالمادة (١٥٩) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تقضي بكيفية إقالة الكفيل من تعهده ، بعد إحضار المكفول - طوعاً أو جبراً - ، ثم اتخاذ التدابير الاحتياطية تجاه المكفول . فإن عجز الكفيل عن الوفاء بمقتضيات تلك المادة ، فيجوز للقاضي اتخاذ ما يراه مناسباً ، سواء كان ذلك بمنعه من مغادرة السودان ، أو بحبسه إلى تمام الفصل في الدعوى ، أو إلى أن يوفي بالمحكوم به إن كان قد صدر حكم في الدعوى ضده . وثمة وجه للخروج من الكفالة إن طلب الكفيل ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة أو المضافة ، فيجاء إلى طلبه وفقاً لمقتضى المادة (٤٨٨) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م - ، ولا يخلو حال من حالات الخروج من الكفالة عن تدابير احتياطية يقدرها القاضي - ، سواء كانت الكفالة من الإجراءات الاحتياطية المتخذة في المسائل المدنية أو الجنائية، ففي المسائل الجنائية تكاد تتطابق أحكام المادة (١١٢) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م مع ما رأيناه من أحكام المادة (١٥٩) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م ، إذ تتفقان في تقرير اتخاذ الإجراءات الوقائية الاحتياطية المناسبة عند إقالة الكفيل من تعهده بعد إحضاره المكفول - طوعاً أو جبراً - أمام المحكمة - .

وسواءً في تدابير المبتدأ - عند تقرير اتخاذ الكفالة - أو في تدابير المنتهي - عند الخروج - فقد تحتف بتدابير القاضي مخاطر الاستغلال بلوغاً إلى كيد الخصوم لبعضهم ، أو عندهم ، والنأي عن تلك المخاطر ، يتأتى بحسن استقصاء القاضي ونفاذه إلى حقائق الوقائع ، فذاك أول مدرج لحسن التقدير وسلامة التدبير- .

الفصل الثاني

سلطة القاضي التقديرية في مرحلة التحقيقات

في دعاوى الحدود الشرعية

الحدود الشرعية عقوبات مقدرة ، قررها الشارع حقاً لله سبحانه وتعالى ، فلا يجوز لأحد أن يتجاوزها بالزيادة إليها ، أو بالنقص منها ، وهي ليست ذات حدٍ أعلى وحدٍ أدنى يمارس خلالهما القاضي سلطته التقديرية في تفريد العقوبة ، وفقاً لظروف الجاني وحال المجني عليه ومقدار الفضيلة المنتهكة ، بل هي محددة بحيث لا يدخل فيها سلطة التقدير عند إيجاب العقوبة المقررة بالحكم الشرعي - .

ومن هذا الوجه فإن بعض أهل الاختصاص يحسب أنه لا مجال مطلقاً لسلطة القاضي التقديرية في دعاوى الحدود الشرعية ، بل ويحسب آخرون أنه لا فرق في الإجراءات التحقيقية بين دعاوى الحدود الشرعية وبين سائر الدعاوى الجنائية الأخرى . والفريقان يجانبهما الصواب فيما يحسبانه ؛ إذ أن هنالك مجالاً واسعاً لسلطة القاضي التقديرية في مرحلة التحقيقات في دعاوى الحدود ، نتاولها بالبيان في المباحث التالية :-

المبحث الأول

سلطة القاضي التقديرية في ممارسة فضيلة الستر

في دعاوى الحدود الشرعية

الستر والعفو قيمتان رفيعتان في شريعة الإسلام الغراء ، وفي دعاوى الحدود الشرعية فإنه يستحب العفو عن الجاني قبل رفع الشكوى ، لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما وصل إلي الحاكم فقد وجب ، فإن عفا فلا عفا الله عنه -))¹ .

وصيغة الأمر هنا للندب - لا للوجوب - ، والنص صريح في بيان أن باب الشفاعة والعفو يظل مشرعاً قبل رفع الشكوى بالجريمة الحدية ، إيثاراً لفضيلة الستر . وقد عقد صاحب { التمهيد } باباً في كتاب الحدود من ترتيبه الفقهي الموسوم { فتح البر } ، أسماه : { ما جاء في الإقرار بالزنا والستر أولي } ، بدأه بحديث ماعز بن مالك الأسلمي ، ثم قال في عروض شرحه للحديث ما نصه :-

¹ - رواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان ، ورواه النسائي - بلفظ آخر - في سننه في كتاب قطع السارق باب ما يكون حرزاً وما لا يكون .

((في هذا الحديث من الفقه أن الستر أولي بالمسلم علي نفسه ، إذا وقع حداً من الحدود ، من الاعتراف به عند السلطان -))^١ . -

ومن صريح ما يدل علي استحباب الستر في مسائل الحدود الشرعية ، واستحباب عدم المبادرة برفع الشكوى فيها ، ما روي عن كعب بن علقمة عن دخين أبي الهيثم - كاتب علقمة - قال : ((قلت لعقبة بن عامر : { إن لنا جيراناً يشربون الخمر ، وأنا داع لهم الشرط فيأخذونهم } ، قال : { لا تفعل ولكن عظمهم وتهدهم } ، قال : يفعل ذلك شهراً ، ثم جاء دخين إلي عقبه فقال : { إني نهيتهم فلم ينتهوا ، وإني داع لهم الشرط } ، فقال له عقبه : { ويحك لا تفعل ، إني سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول : (من ستر علي مؤمن عورةً ، فكأنما استحيا مؤودة) وفي رواية : (من رأي عورةً فسترها كان كمن استحيا مؤودةً من قبرها) -))^٢ . -

ويروي عن أنس أنه قال : ((كنت عند النبي صلي الله عليه وسلم فجاءه رجل فقال : يا رسول الله : { إني أصبت حداً فأقمه علي } ، ولم يسأل صلي الله عليه وسلم عنه ، فحضرت الصلاة فصلي مع النبي صلي الله عليه وسلم ، فلما قضى النبي صلي الله عليه وسلم الصلاة ، قام إليه الرجل فقال : { إني أصبت حداً فأقم في كتاب الله } ، فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم : { أليس قد صليت معنا ؟ } قال : نعم . قال : { فإن الله قد غفر لك ذنبك }^٣ . -

قال ابن بطال في شرحه للحديث الآنف : ((لما أقر الرجل عند النبي صلي الله عليه وسلم ، بأنه أصاب حداً ، ولم يبيّن الحدّ ولم يكشفه عنه النبي صلي الله عليه وسلم ، ولا استفسره عليه السلام ، فقد دلّ ذلك علي أن الكشف عن الحدود لا يحلّ ، فإن الستر أولي . وكأنه عليه السلام رأي أن الكشف عن ذلك ضرب من التجسس المنهي عنه ، فلذلك أضرب عنه وجعلها شبهةً درأ بها الحد ؛ لأنه كان بالمؤمنين رءوفاً رحيماً))^٤ . -

^١ - فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر - ج ١١ ص ٣٧٦ .
^٢ - رواه الإمام أحمد في مسنده ج ٤ ص ١٥٣ وأبو داود في سننه في كتاب الأدب باب في الستر علي المسلم - بلفظ : (فكأنما أحيا مؤودة) - .
^٣ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الرجم باب إذا أقر بالحدّ ولم يبيّن هل للإمام أن يستر عليه - .
^٤ - شرح صحيح البخاري - لابن بطال - ج ٨ ص ٤٤٤ . -

يبين مما أسلفناه من الهدى النبوي ومن تأويلات سلف فقهاءنا ، مدي الفارق بين ذلكم الهدى القويم وبين واقعنا التطبيقي الكئيب ، ولقد آن لأجهزتنا الشرطية والنيابية والقضائية أن تمتثل تلك القيم والمعاني الرفيعة ، بدلاً من تجنيد طاقاتها في التجسس لما وراء الأستار ، والكشف عن الدقائق التي يندب عدم تتبعها إيثاراً لفضيلة الستر - .

ومن وجوه استحباب الستر خلال المحاكمة في أفضية الحدود الشرعية ، تفضيل عدم الشهادة بالحدود لدي القاضي . قال (الكمال بن الهمام) :- ((وإذا كان الستر مندوباً إليه ، ينبغي أن تكون الشهادة فيه - أي في الحد - خلاف الأولي))¹ . وتحقيفاً لمعنى أولوية عدم الشهادة ، فينبغي للقاضي إظهار الكراهة للشاهد ، علي نحو صنيع سيدنا عمر رضي الله عنه ، حيث أظهر كراهته للشهود الذين شهدوا علي المغيرة بن شعبة بالزنا ؛ إذ روي أنه : ((جاء رجل إلي عمر فشهد علي المغيرة بن شعبة ، فتغير لون عمر . ثم جاءه آخر فشهد ، فتغير لون عمر . ثم جاءه آخر فشهد فاستكبر ذلك عمر ، ثم جاء شاب يخطر ببديه ، فقال عمر : (ما عندك يا سَلْحَ العقاب ؟ وصاح به عمر صيحةً . فقال أبو عثمان - يعني أبا عثمان النهدي راوي الأثر - : (والله لقد كدت يغشي عليّ) . فقال : (يا أمير المؤمنين : رأيت أمراً قبيحاً) ، فقال سيدنا عمر : (الحمد لله الذي لم يُشَمِّتِ الشيطان بأصحاب محمد صلي الله عليه وسلم -))² .

والأثر صريح في استحباب إظهار الكراهة للشاهد عند ادلائه بشهادته في الحدود الشرعية خلال المحاكمة ، إيثاراً لفضيلة الستر . ولم يكتف سيدنا عمر رضي الله عنه بمجرد إبداء الكراهة ، بل صرح بصيغة أمره (بطرد المعترفين) ففي (الكفاية علي الهداية للبابرتي) : ((... .. وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر الكراهة له ... وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : (أطرودوا المعترفين ، - يعني بالزنا -))³ .

1 - شرح فتح القدير / الكمال بن الهمام ج ٥ ص ٥ وراجع أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٤٣٦ - .

2 - المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٣٦٧ - .

3 - الكفاية علي الهداية - مع شرح فتح القدير - ج ٥ ص ١٢ - .

ويبين استحباب فضيلة الستر في مرحلة المحاكمة بجلاء ، فيما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : ((أقبل ماعز بن مالك إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم وأنا جالس عنده ، حتى جلس بين يديه ، فأقر عنده بالزنا ، فأمر بطرده حتى لم يُرَ . ثم عاد فجلس بين يديه فأقر عنده بالزنا ، فأمر بطرده حتى لم يُرَ . ثم عاد فجلس بين يديه فأقر عنده بالزنا ، فأمر بطرده حتى لم يُرَ . ثم عاد الرابعة . فقال : [يعني أبو بكر الصديق] : فنهضت إليه فقلت : (يا هذا إنك إن أقررت عنده الرابعة رجلك) . قال : فجاء حتى جلس بين يديه فأقر عنده بالزنا ، فأمر برجمه))^١ - .

وهذه الرواية التي تضمنت طرد رسول الله صلي الله عليه وسلم لماعز بن مالك ، (حتى لم يُرَ) لثلاث مرات ، فيها أبلغ الدلالة علي إيثار فضيلة الستر خلال المحاكمة في دعاوى الحدود الشرعية - . وما أبعد الواقع التشريعي والتطبيقي عن ذلك المنهاج القويم - .

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في استجواب المتهم

استجواب القاضي للمتهم في الشريعة الإسلامية ، في المسائل الجنائية عامة ، مقرر بلوغاً إلي كشف الحقيقة . وقد عبّر عنه صاحب (السراج الوهاج) بأنه من قبيل : (الاستفصال والبحث عن حقيقة الحال)^٢ - ، فالقاضي في الشريعة الإسلامية يتصف بالحياد الإيجابي - .

أما في مسائل الحدود الشرعية ، فإن استجواب المتهم مقرر تحقيقاً لمصلحة دفاع المتهم ، فإن أنكر المتهم التهمة الحدية المرفوعة بها الدعوى ، ولم تكن ثمة بينة كافية لإثبات عناصر وشرائط الجريمة الحدية محل الإثبات ، فلا حاجة للقاضي في المصير إلي استجواب المتهم في تلك الجريمة الحدية ، ويمكن النزول باستجوابه إلي ما دون الحدّ ؛ وذلك لوجهين أولهما : انتفاء توفر البينة المثبتة للحد والتي

^١ - الحاوي الكبير للماوردي ج١٣ ص ٢٠٧ وراجع تخريج الحديث في مسند أحمد ج١ ص ٨ وفي نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام الحافظ الزيلعي ج٤ ص ٧٧ - .

^٢ - السراج الوهاج من كشف مطالب مسلم بن الحجاج للعلامة أبي الطيب صديق البخاري ج٦ ص ٣٥٣ - .

تتطلب تقديم إيضاحات بشأنها من المتهم ، وثانيهما : أن الاستجواب عن تفصيلات عناصر الجريمة الحدية عندئذ يدخل في معني التجسس ، وقد أوردنا حديث النبي صلي الله عليه وسلم فيمن جاءه مقراً إقراراً مجملاً قائلاً : (إني أصبت حداً) ... إلي قوله صلي الله عليه وسلم : (أليس قد صليت معنا ؟) قال نعم . قال : (فإن الله قد غفر لك ذنبك)¹ . وفيه دليل علي استحباب عدم تتبع الحد بغرض الكشف عنه بالاستفصال والاستجواب ، ما لم يكن ذلك التتبع والكشف لمصلحة دفاع المتهم ، لتحقيق الدرء - .

وهذا النظر هو ما يتلاءم مع دلالات النصوص الشرعية وفحواها وروحها القاضية بتضييق دائرة التجريم بالحدود الشرعية ، حيث يتبدى ذلك فيما أسلفنا ذكره من هدي النبي صلي الله عليه وسلم ، فضلاً عن تبديه في كثرة ما أوجبته الشريعة الإسلامية من عناصر لركني الجريمة الحدية ، وكثرة شرائطها ، وفي تغليظ إثباتها بالإكثار من شرائط صحة أدلتها ثم كثرة الشبهات الدارئة للحدود ومسقطاتها . وقد عبّر عن ذلك (الكمال بن الهمام) فقال : ((حكمة اشتراط الأربعة - أي الشهود - تحقيق معني الستر المندوب إليه أما أن فيه تحقيق معني الستر ، فلأن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده ، فإن وجوده إذا توقف علي أربعة ، ليس كوجوده إذا توقف علي اثنين ، فيتحقق بذلك الاندراء))² .

واتساقاً مع تلك الدلالات وفحواها ، ووفاءً بمقتضياتها فقد أتاحت الشريعة الإسلامية للقاضي سلطة واسعة في استجواب المتهم متي قدر أنه يحقق مصلحة دفاعه ، وذلك بنحو صنيع النبي صلي الله عليه وسلم في استجوابه لماعز بن مالك ، بعد تمام الثبوت بإقرار ماعز علي نفسه أربعاً بالزنا ، ومن ثم كان استجوابه إجراءً دفاعياً ، شمل ما يدرأ الحد ، من عناصر الركنين المادي والمعنوي ، ثم أهلية المقر للمسئولية الجنائية ، ولا مرأ في أنه المنهج الأكثر تحقيقاً لإحسان العدل .

أما في التشريعات السودانية المعاصرة ، فإنه رغم ما طرأ عليها من اعتناق وتحرر من قيود المرجعية الأنجلوسكسونية، والتوجه نحو قبلة المرجعية الإسلامية،

¹ - سبق تخريجه في ص ١١٥ من هذه الدراسة - .

² - شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام - ج ٥ ص ٥ - .

فقد بقي الحال علي ما كان عليه في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٢٥م بشأن استجواب المتهم ، حيث كان الاستجواب وجوبياً ذو طبيعةٍ تحقيقية – اتهامية - ؛ إذ كانت المادة (١/١٧٨) من القانون المذكور تنص علي أنه : ((بعد تلاوة استجواب المتهم [أي المدّون بوساطة قاضي الإحالة] ، يجب استجوابه طبقاً لأحكام المادة (٢١٨) ، ويسأل بعد ذلك عما إذا كان ينوي استدعاء شهود غير شهود أخلاق)) . أما المادة (٢١٨) المشار إليها فكانت تخوّل للقاضي سلطة إجراء ذلك الاستجواب في أية مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة ، وبدون سابق إنذار للمتهم ، وذلك بتوجيه ما يراه ضرورياً من الأسئلة ، تمكيناً للمتهم من إيضاح أية ظروف تظهر ضده في البينة. وظل الحال في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م علي نحو ما كان عليه في سابقه (قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٢٥م وقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م) ، فيما عدا ما طرأ من إلغاء المادة (١/١٧٨) ذات الصيغة الأمرة .

أما في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م فقد ورد الاستجواب بالمادة (١/١٣٩هـ) ضمن ترتيب إجراءات المحاكمة ، بإيجاز لم يتعد كلمتي (استجواب المتهم) ، ولا مرأ في أن مجيء نظام الاستجواب بنحو إيجازٍ مخلٍ في مقام بيان كان يقتضي استيعاب منهج الشرع الحنيف ومقاصده من الاستجواب ، علي نحو ما بيّناه ، إنما ينبئ عن مسيس حاجة تشريعاتنا إلي مزيدٍ من العروج في مراقبي الأسلمة - .

وفي التشريعات الأخرى التي تعني بتطبيق أحكام الحدود الشرعية وبتنظيم إجراءاتها علي هدي منها ، أنموذج التشريع القطري ؛ إذ نصت المادة (١٩٤) من قانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ٢٠٠٤م علي أنه : ((لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك ، بعد رجوعه إلي محاميه إن وجد ، وإذا ظهر أثناء نظر الدعوى وقائع يري لزوم تقديم إيضاحات عنها من المتهم لظهور الحقيقة ، تلفته

المحكمة إليها وترخص له بتقديم تلك الإيضاحات ...))¹ - ونحسب أن نص المادة من قانون الإجراءات الجنائية القطري - المذكور آنفاً - ، أوفق وأمعن في بلورة الطبيعة الدفاعية للاستجواب ، بل هو يتوافق مع منهج وروح المدرسة الإسلامية التي تجعل الاستجواب وسيلة لدحض دلالات ما قام في مواجهة المتهم من بينات ، أو لتوضيح ملابسات الوقائع التي أثبتتها الأدلة - .

ضوابط سلطة القاضي التقديرية في استجواب المتهم - .

يتقيد القاضي وهو يمارس سلطته في استجواب المتهم ، بضوابط من شأنها كفالة المحاكمة العادلة وصيانة حق المتهم في الدفاع عن نفسه ، وتتخلص تلك الضوابط فيما يلي :-

أ// الضابط الأول : أن يكون الاستجواب في دعاوى الحدود وفاءً بحق الدفاع - .
رأينا آنفاً مقالات ابن بطال والعلامة أبي الطيب صديق البخاري بشأن المقصد من (الاستفصال والبحث عن حقيقة الحال) ، ليس ابتغاءً لتوريط المتهم وإنما لمصلحة دفاعه ، وقد عبّر ابن قيم الجوزية بأن إغفال صنو ذلك الاستجواب من جور القضاء² - .

ب// الضابط الثاني : مراعاة إجراء الاستجواب في الظروف الطبيعية للمتهم.
ينبغي للقاضي تحري الظروف الطبيعية للمتهم - وكفالتها - لإجراء الاستجواب ، سواء من النواحي الصحية أو الغذائية أو النفسية ، فلا إكراه مادي أو معنوي . ومن صنوف الإكراه المادي وضع المتهم في القيد خلال المحاكمة ، أو الاستجواب ، أو ضربه أو تهديده بالحبس ((... لحديث ابن عمر رضي الله عنه :- (ليس الرجل علي نفسه بأمين إن جوعت أو خوّفت أو أوثقت) ، وقال شريح رحمه الله تعالى : (القيد كره والسجن كره والوعيد والضرب كره) -))³ - .
ومن صنوف الإكراه المعنوي ، التأثير الأدبي علي المتهم بالوعد أو بالإغراء ، وقد نصت المادة (٢/٢٠) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه :

¹ - هذه المادة تقابل - وتطابق - المادة (٢٧٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري غير أننا علينا بعرض مادة القانون القطري باعتبار أن القانون الموضوعي (قانون العقوبات القطري) يتضمن أحكام الحدود الشرعية قتلاء مع المقام - .

² - راجع الطرق الحكمية - لابن قيم الجوزية - ص ٢٤ - بتصرف - .

³ - المبسوط للسرخسي ج٩ ص ١٨٥ - .

((لا يكون الإقرار صحيحاً في المسائل الجنائية إذا كان نتيجة إغراء أو إكراه)) ، فالوعد والإغراء يعيبان الإرادة ويفسدان الاختيار ، فهما والإكراه المادي صنوان من حيث الأثر - .

ج// الضابط الثالث : عدم إرهاق المتهم بإطالة الاستجواب وعدم إخافته - .
الأمثل هو إجراء الاستجواب حال صفاء ذهن المتهم ، فإن كان مضطرباً بسبب هيبه المحكمة أو بسبب انتهار أو تخويف ، فينبغي علي القاضي أن يسكن جأش المضطرب ويؤمن روع الخائف ؛ لأن القصد من الاستجواب هو (تقديم إيضاحات تجلي الحقيقة بشأن وقائع بلغت مرحلة الثبوت) ، الأمر الذي يتطلب عدم التشويش علي فكر المتهم بما يتقاصر معه نظر المتهم عن كمال الفهم . وينبغي الموازنة والمواءمة بين مقدار الاستجواب الذي لا يستنفد القوة الذهنية للمتهم وبين مقتضيات الضرورية للاستجواب ، فيما تتكاثر فيه العناصر وأدلتها ، من أقضية الحدود الشرعية ، والتي تنجم عنها شيء من الإطالة كنتاج منطقي لطبيعة الدعوى وعناصرها وأدلتها - .

د// الضابط الرابع : عدم مفاجأة المتهم بدليل لم تتم مجابته به.
المجابهة بالدليل مبدأ أساس مقرر لكفالة حق الدفاع ، فلا يجوز مفاجأة المتهم بتهمة جديدة أو بدليل لم يؤخذ في مواجهته ؛ لأن من حقه مناقشة الأدلة التي تقام ضده بما يدحضها أو يقلل من قيمتها التدليلية ، والقصور في ذلك يدخل في معني الإخلال بحق المتهم في الدفاع - . ومن مقتضيات حق المتهم في تقديم الايضاحات اللازمة ، سبق علمه بما يطرح عليه من الأدلة القائمة في حقه - .

ه// الضابط الخامس : حق المتهم في الاستعانة بمحام في قبول مبدأ الاستجواب - .
هذا الضابط من ضمانات بلوغ الغاية التي من أجلها شرع الاستجواب ، فقد تكون الأدلة القائمة ضد المتهم متهاكة أو متهاثرة ، فيترتب عن استجواب المتهم حولها ، تجلية ما في بعضها من غموض أو رفع ما فيها من تناقض ، أو الإدلاء ببينة مستقلة يسئ إلي مركز المتهم ، بل قد يغيب عن المتهم مصلحة دفاعه ، خاصة لما تنطوي عنها جرائم الحدود الشرعية من تكاثر عناصرها وشرائطها والشبهات

الدارئة لها ومسقطات عقوباتها ، بحيث لا يدركها سوي أهل المعرفة والتخصص .
وقد أحسنت المادة (١٩٤) من قانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ٢٠٠٤ م ،
فيما قضت به من عدم جواز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك بعد رجوعه إلي
محاميه – إن وجد - .

// الضابط السادس : عدم المسارعة في تدوين الإقرار بالحدود وإبداء الكراهة
للمتهم – والشاهد – عند الإقرار أو الشهادة :-

منهج الشريعة الإسلامية هو عدم المسارعة في تدوين الإقرار ، بل وإبداء
الكراهة للمتهم – أو للشاهد – عند الإقرار بالحد و عند الإدلاء بالشهادة في أقضية
الحدود ، وطرد النبي صلي الله عليه وسلم ماعزاً ، فإن عاد فلتكن عودته للإقرار
بملاء الإرادة وتمام الاختيار ، وقد أبدي سيدنا عمر رضي الله عنه الكراهة لمن
شهد بالحد ، ثم إنه يجوز تلقين المقر بالرجوع عن إقراره بالحدود ، تعريضاً ثم
تصريحاً بدلالة الآثار التي نوردها خلال عرضنا لسلطة القاضي التقديرية في قبول
الإقرار وتقويمه – بالفصل الثاني من الباب الثاني – بإذن الله - .

// الضابط السابع : الالتزام بما يحقق العدالة ويتسق مع المنطق العقلي في ترتيب
إجراءات المحاكمة :-

الترتيب المنطقي لإجراءات المحاكمة فقهاً يتسق مع الترتيب المقرر وفقاً
لأحكام المادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١ م وذلك
بالبدء بالاستماع إلي المتحري والشاكي ومناقشتها ، ثم إلي المتهم ليجيب عن
الادعاء ، ثم إلي بينات الاتهام ومناقشتها ، وتلاوة الاعتراف القضائي المدون في
يومية التحري ، ثم استجواب المتهم ومخاطبته بالتهمة وأخذ رده عليها ، وإتاحة
الفرصة له كاملة لتقديم بينات الدفاع ومناقشتها ، ثم الاستماع إلي شهود المحكمة –
إن وجدوا – وقبول المرافعات الختامية بدءاً من مرافعة صاحب الحق الخاص ثم
مرافعة الادعاء العام وأخيراً مرافعة المتهم ، فالمتهم آخر من يتكلم . وبعدئذ تبدأ
مرحلة جديدة من مراحل النشاط الذهني للقاضي تتعلق بوزن البينات وتكييف

الوقائع الثابتة ، وإصدار القرار بالإدانة أو البراءة . فإن كان القرار بالإدانة فتسمع أسباب التخفيف والتشديد تمهيداً لإصدار الحكم النهائي - .

وللقاضي سلطة التقديم أو التأخير في تلك الإجراءات ، متي قدر لزوم ذلك لتحقيق العدالة ، وفقاً لما تخوله له المادة (١٤٠) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م ، غير أنه لا ينبغي له إجراء التقديم أو التأخير الذي لا يكون سائغاً في المنطق العقلي ؛ إذ ليس سائغاً - ولا جائزاً - أخذ أقوال أولياء الدم في القصاص أو الدية أو العفو ، قبل تمام صدور القرار بالإدانة بجريمة القتل العمد- ، كما أنه ليس سائغاً ولا جائزاً أخذ أقوال المجني عليه فيما ذكر ، قبل الإدانة بجريمة الجراح العمد ، وبدلالة الفحوى فلا وجه لسؤال الخبرة الطبية عن مدي إمكانية السراية أو الحيف ، نتيجة القصاص في العضو ، إن كان ذلك السؤال قبل تقرير الإدانة بجريمة الجراح العمد ، أو بجريمة السرقة الحدية ، أو بالحراية الموجبة للقطع من خلاف . وبنحو هذا المنطق العقلي تنضبط سلطة القاضي التقديرية في التقديم أو التأخير في ترتيب إجراءات المحاكمة ، وتؤتي ثمارها بالاسهام في تحقيق العدل - .

المبحث الثالث

سلطة القاضي التقديرية في استقصاء الوقائع المتصلة بأركان الجريمة

وعناصرها وشرائطها

إن لكل جريمة - حدية أو غيرها - ركنان ، أولهما : مادي ، وثانيهما : معنوي . ويتكون الركن المادي من ثلاثة عناصر ، هي : النشاط الإجرامي الظاهري والنتيجة والسببية - أي رابطة السببية - . أما الركن المعنوي فيتمثل في الإرادة التي يقترن بها الفعل ، سواء اتخذت تلك الإرادة صورة القصد الجنائي ، كما هو الحال في الجرائم العمدية ، أو اتخذت صورة الخطأ كما هو الحال في الجرائم غير العمدية ، ويلزم علي القاضي الاستقصاء والتحقق من كافة عناصر ركني الجريمة ، بالتحقق من حدوث النشاط الإجرامي الظاهري بالكيفية التي

تحددها الشريعة الإسلامية ، وهي كيفية تمعن في تفصيلاتٍ من شأنها أن تجعل أمر تحققها عسيراً . فإذا نظرنا إلى جريمة الحراية الحدية ، من وجهة مذهب يتسم بالمرونة في أفضية الحدود – وهو المذهب الحنبلي - ، فلا يكفي ثبوت أن المتهم (قطع الطريق وارتكب جريمة السرقة أو القتل مستخدماً السلاح) ، بل يجب أن يشتمل ذلك الثبوت الشرعي علي كافة عناصر الركن المادي لجريمة الحراية ، بما تنطوي عنه من أوصاف دقيقة ، فأول عنصر من عناصر الركن المادي للحراية يتمثل في كون المتهم من ذوي الشوكة ، وخارجاً عن طاعة الحاكم لقطع الطريق ، بما يمنع السابلة عن المرور . ويتمثل العنصر الثاني : في أن المتهم قطع الطريق وأرهب العامة خارج المصر أو خارج المناطق الأهلة بالسكان – أو داخل المصر مع تعذر الغوث – ويتمثل العنصر الثالث : في استخدامه للسلاح خلال نشاطه الموصوف ، أما العنصر الرابع فيتمثل في ارتكابه لتلك الأفعال مجاهرةً ومغالبةً ، ويصدق العنصر الخامس بتحقيق النتيجة المتمثلة في إرهاب العامة وإخافة السبيل بما يمنع السابلة عن المرور ، وآخر عناصر هذا الركن يتعلق برابطة السببية بين هذه النتيجة ووقائع ذلك النشاط ، فإن كانت تلك النتيجة قد تحققت بسبب ذلك النشاط الإجرامي الموصوف ، وليس لسبب آخر – ولا تدخل في تسببها سبب آخر – فعندئذٍ فقط يقال بأن الركن المادي قد تحقق بالوجه الشرعي¹ . وللقاضي سلطة واسعة في الاستيثاق من توفر تلك العناصر وثبوتها ، وفي تقويم أدلة كل عنصر منها . فإن كانت الجريمة من قبيل السرقة الحدية فإن للقاضي تقدير ركنها المادي وشرائطها ، فالركن المادي يتمثل في أخذ المال خفيةً ، ودعامة هذا الركن عنصران، أولهما : أخذ المال وتمام إخراجه من ملك صاحبه ، وثانيهما : أن يكون الأخذ خفيةً ، وصفة المال المسروق والنصاب . وعلي القاضي من تلقاء نفسه استقصاء الركن المعنوي لكل جريمة حدية ، بعنصريه (الإرادة والعلم) ، فالإرادة تتمثل في إرادة إتيان الفعل المجرّم بكامل الاختيار ، والعلم : يعني العلم بحرمة الفعل ؛ إذ لا حدّ إلا علي من علمه ، فإن جهل بالتحريم لحدائثة إسلام أو نشأة في

¹ - راجع المغني لابن قدامه ج ١٢ ص ٤٧٤/٤٧٥ وشرح منتهي الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ٣٧٥ - .

بادية بعيدة ونحوهما مما يشوب العلم بشائبة ، فلا حدّ وللقاضي تقدير ذلك ، ويروي أن سعيد بن المسيب قال : ((ذكرنا الزنا بالشام . فقال رجل : زنيت البارحة . فقالوا : ما تقول ؟ قال : ما علمت أن الله عز وجل حرمه . فكتب عمر رضي الله عنه : (إن كان يعلم أن الله حرّمه فحدّوه ، وإن لم يكن يعلم فأعلموه ، فإن عاد فأرجموه)¹ - . كما روي أن جارية سوداء رفعت إلي عمر رضي الله عنه ، وقيل : (إنها زنت ، فخفقها بالدرّة خفقات . وقال : أي لكاع زنيت ؟ [قالت] : من غوش بدرهمين - تخبر بصاحبها الذي زني بها ومهرها الذي أعطاه - . فقال عمر رضي الله عنه : ما ترون ؟ وعنده علي وعثمان وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم . فقال علي : أري أن ترجمها . وقال عبد الرحمن رضي الله عنه : أري مثل رأي أخيك . فقال لعثمان : ما تقول ؟ فقال : أراها تستسهل بالذي صنعت لا تري بأساً ، وإنما حدّ الله علي من أعلم أمر الله عز وجل ، فقال : صدقت [وما الحد إلا علي من علمه] -² .

أما الحرز في جريمة السرقة الحدية فيدخل في معنى الشرائط ، وتلك الشرائط ذاتها مما تتسع فيها سلطة القاضي التقديرية . فالنصاب مثلاً فيه أكثر من عشرين رأياً فقهياً ساقها الحافظ بن حجر العسقلاني في (فتح الباري شرح صحيح البخاري)³ ، وذلك باب مشرع للاجتهاد الفقهي . والحرز الذي ألمعنا إليه ، يصار في تكيفه إلي العرف ؛ إذ يختلف باختلاف جنس المال ونفاسته ، وباختلاف البلدان والأزمان والسلطان . ففي جنس المال فإن الحرز يغلظ للمال النفيس ويوسط في الوسيط ، ويخفف فيما قلّت قيمته ونفاسته . وأما اختلاف الحرز باختلاف البلدان ، فإن البلد الواسع الأقطار الذي يطرقه السابله من كل صوب ، فيختلط فيه الخلص بالطوارق ، والأقارب بالأبعاد ، فتغلظ فيه أحراره ، فإن كان البلد صغيراً خالصاً للقبيلة ، ولا يختلط بأهله الأغيار ، فتخف فيه أحراره . ويختلف الحرز في البلد الواحد باختلاف المكان ، فالدار النائية المتفردة في طرف البلد لا

¹ - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٠٢/٧ رقم ١٣٦٤٢ والبيهقي في السنن الكبرى ٢٣٩/٨ - .

² - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٨/٨ - .

³ - راجع فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني ج٢ ص ١٢٠ وما بعدها - .

تكون حرزاً ، وإن تناهت في الحصانة ، ما لم يكن بها حافظ متيقظ قائم بالملاحظة والمراقبة . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((العرف هو ضابط ما يكون حرزاً ، فيختلف الحرز باختلاف المحرز والمكان والزمان والسلطان ، فتغلظ أحرار النفائس من الجواهر والذهب والفضة ، وما هانت قيمته استهان حرزه ، وأحرار زمان الفتنة والحروب وجور السلطان أغلظ من أحرار زمان الأمن والسلم وعدل السلطان وإن مجرد إغلاق البستان - الساقية - بالمغاليق لا يجعله حرزاً بنفسه ، وإن كان في منطقة خالية من العمران ؛ إذ يلزم عندئذ أن يكون الإحراز بالحافظ . حتى الدار المعدة للسكني ذاتها لا تكون حرزاً بنفسها ، لما فيها من متاع لمجرد الإغلاق إن كانت نائية عن العمران -))^١ . وكذلك فإن أمتعة الأسواق اليومية التي يغدو إليها الناس كل يوم ، تخف أحرارها عن تلك التي يجتمع إليها الناس من حين إلي حين ، وقد ساق الماوردي شروطاً ستة يجب تكاملها مع بعضها للاعتداد بحرر أمتعة الأسواق المفتوحة نوجزها فيما يلي :-

أ// أن تكون أمتعة السوق مما تستثقل باليد ، فإن كانت مما تخف ويمكن تناولها باليد دون كلفة ، لم تكن شوارع الأسواق المفتوحة حرزاً لها .

ب// أن تضم الأمتعة إلي بعضها ، فإن افتقرت لم تكن القاصية منها في حرر .

ج// أن يدرأ عليها برباط يشدها جميعاً ، إن كانت من قبيل الخشب ونحوه بحيث يتعذر الأخذ منها إلا بحل رباطها ، أو أن تخاط في أكياس إن كانت من قبيل الحبوب ، وتجمع إلي بعضها - .

د// أن يكون المحل مما تغلق دروبها .

ه// أن يكون الموضع أنيساً بساكنيها ، أو بحارس قائم علي مراقبته - .

و// أن يكون الوقت ساكناً والطمأنينة سائدة والفساد قليلاً ، فإن كانت ثمة فتنة أو تهاجر أو انتشار فساد لم يكن ذلك المحل حرزاً^٢ - .

^١ - (٢٠٠٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٤٠/١٣٣ قضية حكومة السودان حكومة / ضد / ع. ا. ي. ج رقم م ع / غ / ا / حدي / ٤ / ٢٠٠٥م - .
^٢ - راجع الحاوي الكبير للموردي ج-١٣ ص ٢٨٣ بتصرف - .

إن الباحث الذي ينعم النظر ، ليكاد يري رأي العين أن إحسان العدل ينساب في أروقة القضاء الملتزم بما ساقه الماوردي من ضوابط آنفاً ، بشأن ما يشترط في إحراز الأسواق المفتوحة . ولعمري فكأنني بالإمام أبي الحسن (علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري) ، الملقب بحق بلقب (أقضي القضاة)^١ - ، المتوفى سنة خمسين وأربعمائة من الهجرة ، وقد أطل من علي البعد ، ومن وراء الحقب والحجب ، إلي بيئة الحياة السودانية المعاصرة ، وما يعترئها من فتن وتهارج ، فتشدد في معني الحرز في صنوها ، وذلك بلا مرأ مما يضيق دائرة التجريم بالسرقه الحدية ، بل ومما تتيح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تقرير ما يدخل في معني الحرز في الأسواق . وذات الأمر بشأن دور المساكن ، فتختلف أحرارها بحسب اختلاف سكانها يساراً وإعساراً ؛ إذ أن دور ذوي اليسار أحرارها أغلظ من أحرار دور ذوي العسرة ؛ لأن مساكن ذوي اليسار فيها النفائس^٢ - .

تلك المرونة هي سمة أفضية الحدود كافة ، ويتبدى من خلالها مدي اتساع سلطة القاضي التقديرية في باب التحقيقات في أفضية الحدود الشرعية ، وهي سلطة قائمة علي التماس الدرء ، لا علي التجريم ، وعلي المسامحة واستحباب فضيلة الستر ، لا علي الجفاء والتجسس وكشف خفايا العورات - .

المبحث الرابع

سلطة القاضي التقديرية في

استنصاء شبهات الحدود الشرعية ومسقطاتها

بعد تمام الاستنصاء القضائي لأركان الجريمة الحدية وعناصرها وشرائطها، وثبوت توفرها كافة ، خالية من شبهة الدليل ، ينتقل القاضي بجهد الاستنصاء إلي مجال تحري الشبهات الدارئة للحد في عناصر الحد وشرائطه ، فإن كان ثمة فيدرأ الحدّ ، وإلا فينتقل إلي استنصاء المسقطات ، وفي أي من الحالتين فإن توفرت الشبهة أو المسقط ، فيصار إلي التعزير .

¹ - راجع الحاوي الكبير - للماوردي - مجلد المقدمة - ص ٥٥ - .
² - راجع المرجع السابق ج٣ ص ٢٨٧/٢٨٨ - بتصرف - .

وفيما يلي نعرض بالبيان (سلطة القاضي التقديرية في استقصاء الشبهات الدارئة للحد) في مطلب أول ، ثم سلطته في استقصاء المسقطات في مطلب ثانٍ - .

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في

استقصاء الشبهات الدارئة للحدود

الشبهة في الاصطلاح : تعني ما يشبه الثابت وليس بثابت¹ - . ورغم ورود الاحتمال فيها وعدم الثبوت حقيقة ، فقد جعلها الشارع الحكيم قائمة مقام الحقيقة في مسائل الحدود الشرعية ، بجعلها كافية للدرء .

والدرء هو : المنع والدفع . ودرأ الحد بالشبهة ، إذا دفعه وأسقطه بها . ومنه قوله صلي الله عليه وسلم : ((ادروأ الحدود ما استطعتم عن المسلمين ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام لئن يخطئ في العفو ، خير له من أن يخطئ في العقوبة))² - .

وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه أن عبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل وعقبة بن عامر الجهني قالوا : ((إذا أشتبه عليك الحد فادرأه ما استطعت))³ - . هذه الآثار تدل علي مشروعية درء الحدود بالشبهات ، وهو محل إجماع الصحابة وفقهاء الأمة من بعدهم . قال الحافظ ابن المنذر : ((وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يري أن يدرأ الحد بالشبهة))⁴ . ولا نعلم خلافاً لإجماع فقهاء الأمة ، سوي ما كان من ابن حزم الظاهري ؛ إذ لم يعتد بالأدلة والآثار الواردة في المسألة بحجة أنها ضعيفة⁵ - .

إن استقصاء القاضي للشبهات الدارئة للحدود من تلقاء نفسه ، هو مبدأ الأساس ، وهو مما تتسع فيه سلطة القاضي ، حيث إنه يجول ببصره وفكره

¹ - راجع شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام - ج ٥ ص ٣٢ - .
² - رواه الدار قطني في سننه في كتاب الحدود والديات وغيره ورواه الترمذي في سننه في كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات - .
³ - رواه الدار قطني في سننه في كتاب الحدود والديات وغيره - .
⁴ - الإشراف علي مذاهب أهل العلم - للحافظ ابن المنذر ج ٢ ص ٤٠ - .
⁵ - راجع المحلي لابن حزم ج ١١ ص ١٥٤/١٥٣ - .

ومدركات معارفه في تلك الشبهات بعد تمام تقديم أدلة الإثبات ، سواء تعلق تلك الشبهات بالفعل^١ ، أو بالمحل^٢ ، أو بالجهة^٣ ، أو بالعقد أو بالدليل .

ففي الشبهات المتعلقة بالدليل ، فهناك الشبهات المتعلقة بمشروعية الدليل ، وتدخل فيها الشبهات المتعلقة بإجراءات الدليل الموضوعية ، والمتعلقة بإجراءات الدليل الشكلية ، ومنها ما يخل بمشروعية الدليل بسبب الوسيلة التي تم تحصيل الدليل بها ، وهنالك ما يطرأ على الدليل بعد إقامته مستوفياً شرائطه ، من نحو عدول عنه ، أو إباء للبدء بالرجم ، سواء كان البدء متعيناً على القاضي أم على الشاهد بحسب الحال . ويقوم القاضي بدور إيجابي ، يلتمس فيه تلك الشبهات ، ويمتد دوره إلي التحايل للدرء ، استحباباً لفضيلة الستر ، فالحدود الخالصة لله تعالى مبنية على المسامحة والدرء ، وهذا ما جاز لأجله تلقين المتهم بما يدرأ عنه الحد ، تعريضاً ابتداءً ، ثم تصريحاً انتهاءً . -

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في

استقصاء مسقطات العقوبات الحدية

بعد مرحلة التثبت من توفر أدلة إثبات أركان الجريمة الحدية وعناصرها وشرائطها وانتفاء الشبهات الدارئة للحد ، يصار إلي استقصاء مسقطات العقوبة الحدية ، ويحقق القاضي من تلقاء نفسه للتبين من توفر أي من مسقطات العقوبة الحدية . والمسقط قد يكون مرضاً لا يرجى شفاؤه ، ومذهب جمهور الفقهاء فيه ، عدم إنفاذ الحد ، والمصير إلي التعزير ، فإن كان يرجى شفاؤه فيؤجل حتى يبرأ ، قال (السرخسي) : ((وإذا وجب علي المريض حدّ من الحدود ، في زنا أو شرب أو سرقة ، حبس حتى يبرأ ، لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم أنه أمر

¹ - الشبهة في الفعل : هو مصطلح الحنفية وتسمى شبهة الاشتباه ، وتتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولا دليل في السمع يفيد الحل ، بل يظن غير الدليل دليلاً - . راجع شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام - ج٥ ص ٣٣ - .

² - شبهة المحل وبسببها الحنفية بالشبهة الحكمية ، وتتحقق فيما كان فيه دليل قاطع بالتحريم وآخر بإفادته الحل ، فيورث الدليل الشبهة في وجدان المكلف ومن قبيلها سرقة الأب من مال ابنه مستحلاً لقوله صلي الله عليه وسلم : (أنت ومالك لأبيك) وكذا سرقة المسلم من بيت مال المسلمين . (راجع شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام - ج٥ ص ٣٣ والمهذب للشيرازي ج٢ ص ٣٦٠) - .

³ - الشبهة في الجهة : ما كان موضع خلاف بين الفقهاء مثل نكاح المتعة ونحوه (راجع شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام ج٥ ص ٣٥ والشرح الكبير للرددير ج٤ ص ٣١٧/٣١٥ والمهذب للشيرازي ج٢ ص ٣٤٣ والمغني لابن قدامة ج٢ ص ١٢٣ / ٣٤٤) - .

علياً رضي الله عنه بإقامة حدّ علي أمة ، فرأي بها أثر الدم ، فرجع ولم يقم عليها ، ولم ينكر ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم ، وإنما يحمل هذا علي أن أثر الدم بها كان نفاساً ، لا حيضاً ؛ لأن الحائض بمنزلة الصحيحة في إقامة الحد عليها ، والنفساء بمنزلة المريضة ؛ ولأنه لو أقام الحد علي المريض ، ربما ينضم ألم الجلد إلي ألم المرض ، فيؤدي إلي الإلتلاف . والحدّ إنما يقام علي وجه يكون زاجراً ، لا متلفاً))^١ .

ويراعي القاضي عند إنفاذ الحد ، مناسبة الظروف الطبيعية ، فلا حدّ في شدة الحر أو البرد ، ولا علي الحامل ، ففي (المغني) : ((ولا تقطع - أي اليد - في شدة حر ولا برد ؛ لأن الزمان ربما أعان علي قتله ، والغرض الزجر دون القتل ، ولا تقطع حامل حال حملها ، ولا بعد وضعها حتى ينقضي نفاسها ، لئلا يفضي إلي تلفها وتلف ولدها ، ولا يقطع مريض في مرضه ، لئلا يأتي ذلك علي نفسه ، ولو سرق فقطعت يده ، ثم سرق قبل اندمال يده ، لم يقطع ثانياً حتى يندمل القطع الأول ، وكذلك لو قطعت رجله قصاصاً ، لم تقطع اليد في السرقة حتى تبرأ الرجل))^٢ . وهذا هو فحوى المادة (١٧٢/ح) من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م ، ويصار في معرفة المرض وفي رجاء البرء منه وأثر الحد عليه إلي الخبرة الطبية .

ويأخذ القصاص حكم الحدود بشأن تحري القاضي عن مسقطاته من تلقاء نفسه ، ففي القصاص في العضو يتحقق القاضي من عدم فوات المحل ومن إمكان الاستيفاء بالمماثلة ومن غير حيفٍ ، لقوله تعالي :- ((وؤي ي بې))^٣ ، ولقوله تعالي : ((ك ك ك ك ك ك ك ك))^٤ . فالأصل المقرر بالوحي الإلهي هو (عصمة الدم) ، إلا الجاني - عمداً - ، فيحل الاقتصاص منه بقدر جنابته علي النفس أو العضو ، متي أمكن استيفاء المثل من غير حيفٍ . وقد قضت المادة (٢٩)

^١ - المبسوط للسرخسي ج٩ ص ١٠١/١٠٠ وراجع المغني لابن قدامه ج١٢ ص ٤٤٣/٤٤٢ ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ج٤ ص ١٧٩ .

^٢ - المغني لابن قدامه ج١٢ ص ٤٤٢ .

^٣ - سورة النحل - من الآية ١٢٦ .

^٤ - سورة البقرة - من الآية ١٩٤ .

من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ م علي أنه :- ((يشترط لتطبيق القصاص في الجراح : (أ) تحقق المماثلة بين العضوين من حيث الجنس والسلامة والمقدار ، فلا يقتصر إلا من نظير العضو المجني عليه ، ولا يؤخذ الصحيح بالأشل أو المعيب ، ولا الكامل بالناقص ، ولا الأصلي بالزائد ، ويؤخذ كل المحل ب كله ، وبعضه ببعضه كيفما وجب القصاص . (ب) إمكان استيفاء المثل من غير حيفٍ ، بحيث لا يترتب علي القصاص هلاك الجاني ، أو مجاوزة الأذى الذي ألحقه بالمجني عليه)) . -

ولا يصار إلي التعزير والدية ، إلا إذا تمخض عن التحقيق عفو من الجاني - أو من أولياء الدم - حسب الحال ، فإن انتفي العفو ، وتعيّن القصاص - بطلبه ممن يستحقه - ، فلا يبقى سوي التحقيق والتحقق من إمكان المماثلة وانتفاء الحيف ، وذلك بالاستعانة بالخبرة الطبية .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية ، في قضية : (حكومة السودان /ضد/ ع . أ . و . م وآخر) بأن : ((القاضي في محكمة أول درجة ، قفز إلي الإدانة بموجب المادة (١/١٣٩) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م ... دون مناقشة الركن المعنوي للجريمة ، والمتمثل في عنصري (الإرادة والعلم) ، ثم قفز بعد تلك الإدانة مباشرة التي تفريد العقوبة والدية ، بدون مناقشة مدي توفر أو انتفاء شروط القصاص المنصوص عليها بالمادة (٢٩) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م ، علماً بأن خلع السن - في الأغلب - مما يكون فيه القصاص ، وفقاً للجدول الأول الملحق بالقانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م ، لإمكان تحقق المماثلة وإمكان تجنب الحيف . وكان علي القاضي بعد مناقشة شروط القصاص ، أن ينتقل - (علي ضوء نتائج تحقيقاته ومناقشته) إلي مناقشة مسقطات القصاص ، وفقاً لأحكام المادة (٣١) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١ م ، فإن توفرت شرائط القصاص ، وانتفتت المسقطات ، كان لزاماً عليه عندئذٍ المصير إلي أخذ رأي المجني عليه ، في الأخذ بالقصاص أو في الدية أو العفو . فإن طلب القصاص ، حكم به بعد أخذ رأي الخبرة الطبية ، بشأن عدم إمكان ظهور بدل للسن المخلوعة ، فإن أمكن ظهور البدل فلا قصاص

... .. وإذا كان قاضي محكمة الموضوع قد قفز وتصور علي كل هذه القواعد الإجرائية والموضوعية ، فإن إغفال كل ذلك يجعل حكمه مشوباً بالأخطاء الجسيمة التي لا تنتهي عجائبها))^١ - .

وبشأن أثر المرض العقلي في إسقاط القصاص في النفس ، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلي عدم إسقاطه للقصاص ، إذا أصاب الجاني جنون - أو فقدان إدراك - بعد ارتكابه القتل ، أو بعد المحاكمة ، سواء ثبت ارتكابه للجرم بإقراره أو بالشهادة؛ لأن رجوعه عن الإقرار غير مقبول في القصاص ، ويقتص منه رغم جنونه ، خلافاً للحدود الشرعية فلو ثبت الحد بإقراره ثم جنّ ، لم ينفذ عليه الحدّ حال جنونه ، لجواز رجوعه عن الإقرار بالحدود ، ولعله كان يرجع عن إقراره إن كان صحيحاً^٢ - .

وقد أخذ القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م بخلاف هذا الرأي ؛ إذ تنص المادة (٣١/د) منه علي أنه : يسقط القصاص ... (باليأس من إفاقة الجاني إذا طرأ عليه جنون بعد الحكم عليه بالقصاص) . ولقد بدأ بعض الجناة في استغلال هذه الفقرة من المادة المذكورة ، بجعلها مطية للخلاص من القصاص ، بادعاء الجنون بعد تمام الحكم عليهم بالقصاص ، يعاونهم في ذلك بعض ذوي النفوس المريضة من أهل الخبرة القانونية والطبية ، فيلزم إزاء ذلك أن يضاعف القضاة حذرهم في اعتماد مثل تلك المطايا من التقارير الطبية ، بإجراء مزيد من استقصاء حقيقة الحال ، بزيادة سؤال أهل الخبرة الطبية ، بلوغاً إلي عين الحقيقة بيقين العلم ، صوناً من إهدار القصاص ، ومنعاً من انفلات الجناة العصاة من عقوبة القصاص الرادعة - .

^١ - (٢٠٠٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٠ - .
^٢ - راجع المغني لابن قدامه ج١ ص ٤٨٢ - .

الفصل الثالث

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في صياغة التهمة وتعديلها

نقسم هذا الفصل الي ثلاثة مباحث علي النحو التالي :

المبحث الأول

صياغة التهمة وضوابطها :

صياغة التهمة مسألة فنية دقيقة , وحسن تكليف وقائع التهمة ودقة صياغتها , متضمنة عناصر النازلة والحكم الشرعي – أو القانوني - , من لوازم المحاكمة العادلة . ولا نغالي إن قلنا بأن دقة صياغة التهمة وأهميتها , تتضاعف في ظل النظام الجنائي الإسلامي , لما يتسم به هذا النظام من خصوصية , بحيث تتبدل التهمة في ظله , وفقاً لعناصر أو ظروف معينه , كظرف المكان الذي يحدث تغيراً جوهرياً في جريمتي الحرابة والسرقه , فجريمة قطع الطريق , مع غصب المال , أو هنك العرض أو إزهاق الروح , إذا كانت في الصحراء , أو في المصر مع تعذر الغوث , فهي جريمة حرابة حدية , فان اختل شرط ظرف المكان , أو ظرف تعذر الغوث , تبدلت الجريمة إلي غيرها - , وعنصر المجاهرة شرط في الحرابة , فان اختل هذا العنصر , وأخذوا المال خفية , كانت تلك جريمة سرقة – لا حرابة -¹ . وعنصر الحرز مما يغير وصف السرقة , فهي تتراوح بموجبه بين الحدية والعادية , وكذلك عنصر المقدار – النصاب – يُحْدِثُ ذات الأثر , ويحدث مثله في جريمة الزنا , مقدار إيلاج الذكر في قبل الأنثى ... إلي غير ذلك من العناصر والظروف المغيرة , وهي متنوعة وكثيرة , ولسنا بصدد حصرها , وإنما أوردنا أمثله لإبراز خصوصية النظام الجنائي الإسلامي , وهي خصوصية تستوجب دقة نظر في الوقائع , وحسن فهم لعناصرها وظروفها وأحكامها الشرعية – أو القانونية - , ومن

¹ - راجع المغني لأبن قدامه جـ ١٢ ص ٤٧٥ - .

نافلة القول أن القضاة المتخصصين هم الأكثر توفيقاً في إقامة الموازين القسط , في هذا المجال الدقيق والخطير في ذات الوقت - .

وبلوغاً للتكليف السديد للتهمة محل المحاكمة , فان صحيفة الاتهام المقدمة من ممثلي الاتهام – الادعاء العام أو النيابة العامة – لا تعتبر ملزمة للقضاة , بل من سلطة القضاة صياغتها من جديد , أو تعديلها , ولتكون الصياغة – أو التعديل – علي أساس قويم , وبتكليفٍ ونظرٍ سديدين , فان هناك مراحل تحقيقية تسبق مرحلة صياغة التهمة قضائياً , من شأنها كشف دقائق النازلة محل المحاكمة , وعناصرها وظروفها المحتقة بها , إذ تأتي مرحلة الصياغة القضائية للتهمة في مرحلةٍ تتبلور فيها تفاصيل الواقعة محل المحاكمة , علي ضوء ما يدلي به ممثل الاتهام , سواء كان هو ((النيابة الجنائية)) أو صاحب الحق الخاص , وعلي ضوء جواب المتهم عن ذلك الادعاء – أو الاتهام المنسوب اليه - , ثم ما قدمه ممثل الاتهام من أدلة الإثبات , وما يتبع ذلك من استجواب للمتهم بواسطة المحكمة , فتأتي صياغة التهمة بعدئذٍ في ظل معالم واضحة تكفل رؤية دقيقة للقاضي , بحيث يتسنى له تكليف وقائع النازلة تكبيراً سديداً , يضرب بسهم وافر في عدل القضاء , لأنه يصون عن أخذ المتهم بجريرة لم يغترفها , ويكفل له سبل حسن الدفاع عن نفسه فيما أسند اليه من اتهام - .

ورغم اتفاق أصول التقاضي بين منهج سلف أمتنا الإسلامية , وبين منهج النظم القضائية المعاصرة , إلا أن هناك قواعد إجرائية , توفرت في النظام القضائي المعاصر , ومن قبيلها صياغة التهمة , وهي وان لم نجد لها ذكراً في مصنفات الفقه الإسلامي – في حدود إطلاعنا – إلا أن في منهج القضاء الإسلامي الذي يوجب معلومية المدعي به¹ - , وبيان النازلة محل المحاكمة بياناً تفصيلياً دقيقاً وجازماً , ما يحقق غاية منهج صياغة التهمة في النظام القضائي المعاصر , كما أن في نظام الاستجواب الدقيق للمتهم بشأن النازلة المنسوبة اليه , بلوغاً إلي البيان التفصيلي الأنف الذكر , ما يغني عن الإجراء المتعلق بصياغة ورقة الاتهام , بل إننا من

¹ - راجع كتاب أدب القضاء – لأبن أبي الدم الحموي ص ١٩٧ – ٢٠٥ والمادة ١٦١٩ من مجلة الأحكام العدلية وشرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم ص ٩١١ وما بعدها والأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ علي قراة ص ١٤ - .

خلال قاعدتي البيان الواجب والاستجواب الدقيق – الفقهيتين - , يمكننا أن نحصل بأفضل وجه , غايتي تحديد التهمة تحديداً دقيقاً , وكفالة حق المتهم في الدفاع عن نفسه علي بصيرة , ولا أبين في ذلك مما كان من صنيع النبي صلي الله عليه وسلم في استجوابه لماعز بن مالك , حين جاء مقرأ علي نفسه بالزنا , فاستجوبه النبي صلي الله عليه وسلم قائلاً :- ((لعلك قبلت ... أو غمزت ... أو نظرت ...)) , وماعز يرد : لا . وفي رواية أبي هريرة أنه سأله عما إذا أولج ذكره في قبلها , فلما أجاب ماعز بالإيجاب , قال له : ((حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟)) قال نعم , قال : ((كما يغيب المرود في المكحلة , والرشاء في البئر ؟)) قال : نعم , قال : ((فهل تدري ما الزنا ؟)) قال : نعم أتيت منها حراماً , ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً¹

ولا شك أن هذا المنهج النبوي في الاستجواب قد أرسى دعامة أساس , ليس في باب وجوب بيان وقائع النازلة محل المحاكمة وعناصرها وظروفها بياناً تفصيلياً فحسب , وإنما أيضاً في وجوب اقتناع القاضي بأن المتهم , يعي وعياً تاماً عناصر الجريمة التي يقر بها , أو التي نسبت اليه في الاتهام عموماً , ولئن اقتضت عدالة التشريع الإسلامي , استجواب المتهم المقر بالزنا علي نحو ما في حديث ماعز بن مالك , وصولاً إلي البيان اللازم , وكان ذلك هو الحال مع من جاء مقرأ , فهو أولي مع غيره , ممن قامت في حقه أدلة إثبات أخري , ذلك أن من واجب القاضي – ومن حق المتهم في ذات الوقت – استيضاح القاضي لحقائق الأدلة التي قامت ضد المتهم , عن طريق الاستجواب - .

وهذا المنهج الذي أرساه القضاء الإسلامي بروعته ودقته المتناهية , يحقق بلا ريب , ما شرع لأجله قاعدة صياغة ورقة الاتهام وما يتبعها من إجراءات متعلقة بها - .

¹ - حديث (لعلك قبلت ... الخ) رواه بن عباس , وأخرجه البخاري في صحيحة في كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقر : لعلك لمست أو غمزت , وأخرجه مسلم في صحيحة في كتاب الحدود باب من أترف علي نفسه بالزنا . وحديث أبي هريرة رواه أبو داؤود في سننه في كتاب الحدود باب رجم ماعز بن مالك - .

حكم صياغة التهمة قضائياً :

الأصل أن ترفع الدعوى الجنائية إلي المحكمة بواسطة الادعاء العام أو النيابة العامة بملخص إجراءات محضر التحري , متضمناً توجيه التهمة إلي المتهم, كما هو الحال في المواد ٥٣/هـ و ٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م, أو بتقرير اتهام , كما تنص المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري , المعدلة بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١م , أو بتقرير جنائي مصحوب بمحضر التحقيق الابتدائي , مشفوعاً بصحيفة الاتهام , كما في المادة ٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م الملغي - . فالاختلاف بين النظم التشريعية المعاصرة , يكاد ينحصر في الشكل الذي يتبع في تحريك الدعوى الجنائية , إلا أنها تتفق في اختصاص الادعاء بذلك , منعاً من الجمع بين سلطة الحكم وسلطة تحريك الدعوى الجنائية -^١.

واستثناءً من هذا الأصل , يجوز للقاضي تحريك الدعوى الجنائية وفق ضوابط معينة^٢ - , كما أن له سلطة تحرير التهمة , إن رأي مناسبة ذلك^٣ - , وفق ضوابط معينة نوردتها لاحقاً - , فان لم تكن ثمة حاجة إلي صياغة التهمة قضائياً , لورودها صحيحة في صحيفة الاتهام , المقدمة من النيابة الجنائية , أو لعدم قابليتها للتغيير , فلا تعاد صياغتها من جديد^٤ - , غير أن الجرائم الخطيرة أو ذات الطبيعة المتعددة الوقائع والعناصر , أو ذات النظائر المتشابهة , تتطلب صياغة التهمة قضائياً , للحيلة والعناية اللازمين في أمثالها , وكفالة لحق الدفاع وسبله بوجه أفضل - .

¹ - في السودان كانت قوانين الإجراءات منذ أول قانون للإجراءات الجنائية , صدر في ١٨٩٩ , تعطي للقاضي سلطة أصيلة في تحريك الدعوى الجنائية , وظل ذلك النظام سارياً حتى صدور قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م بالفصل بين سلطة الحكم وسلطة الاتهام التي أسندت إلي النيابة العامة - .

² - راجع الضوابط المشار إليها في المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري - , المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢م الصادر بتاريخ ٢٥ ديسمبر ١٩٥٢م - .

³ - وردت جوازية تلك السلطة بالمادتين ١٣٩ و ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م فالمادة ١٣٩/هـ أوردت تحرير المحكمة لورقة الاتهام بعبارة (إن رأيت ذلك) أما المدة ١٤٣ فقد نصت علي الجوازية بعبارة : (فلها أن تحرر التهمة بصياغة ورقة الاتهام بالجريمة المنسوبة للمتهم) .

⁴ - نصت المدة ١٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م صراحة علي أنه : (يجوز للمحكمة إذا قدرت أن التهمة التي وجهها الادعاء مغنية أن تتجاوز عن صياغة ورقة الاتهام , وتخطب المتهم مباشرة بالتهمة للرد عليها -) .

ضوابط صياغة التهمة قضائياً :

لصياغة التهمة قضائياً ضابطان , أحدهما يتعلق بالوقت , والآخر بالكيفية . أما ضابط الوقت , فإن الأمثل هو صياغة التهمة عقب استجواب المتهم , لتأتي بعد سماع الاتهام وأدلتها واستجواب المتهم , أي بعد ظهور وقائع النازلة وعناصرها , ومدي إمكان إسنادها للمتهم , فعندئذ يتسنى للقاضي تكييف الوقائع والتبين من عناصرها وظروفها , وبمعني أدق وأوجز , فإن إجراء الصياغة في هذه المرحلة , ادعي إلي فهم الواقع والإحاطة بالواجب الذي ينطبق عليه .

غير أن للقاضي سلطة صياغة التهمة في أي مرحلة أسبق منها , متي توفر أساس لذلك , فمسألة ترتيب إجراءات التقاضي , وإن كانت من الأهمية بمكان , إلا أنها ليست مقدسة , وللقاضي تقديم أو تأخير أي إجراء , متي ما رأي مناسبة ذلك , شريطة ألا يخل بحق المتهم في الدفاع , أو بأصل جوهرى من أصول التقاضي - .

وأما الضابط المتعلق بالكيفية , فيتكون من شقين , أولهما :

وجوب بيان الجريمة المنسوبة للمتهم , بذكر وقائعها , وبيان توفر عناصرها , وتكييفها الشرعي - أو القانوني - وبيان الحكم الشرعي - أو القانوني الذي ارتكبت الجريمة بمخالفته , وذلك حتى يحيط المتهم علماً بما هو منسوب إليه , إحاطة تامة , ليتسنى له الدفاع عن نفسه بالوجه الأمثل الذي يراه _ . وفي هذا المعنى نصت المادة ١٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه :-

((١- من أجل تحرير التهمة وصياغة ورقة الاتهام , يتحقق القاضي من استيفاء كل المكونات والشروط التي يتطلبها القانون - .

٢- يجب أن تبين ورقة الاتهام , الجريمة المنسوبة للمتهم , وذلك بذكر عناصرها الجوهرية , واسمها والمادة أو الحكم في القانون الذي يدعي أن الجريمة قد ارتكبت بالمخالفة له _ .

٣- إذا أتضح من طبيعة الدعوى الجنائية , أن التفاصيل المذكورة في البند (٢) , لا تكفي لإحاطة المتهم علماً بما هو منسوب إليه من التهمة , فيجب أن تحتوي ورقة

الاتهام ,كذلك علي التفاصيل الخاصة بالكيفية التي ارتكبت بها الجريمة المدعي بها, وبوقتها ومكانها , والأداة المستخدمة فيها , والشخص المجني عليه -)) - .

وأما الشق الثاني :

فيتمثل في وجوب صياغة تهمة منفصلة لكل جريمة علي حدة , عند تعدد الجرائم محل المحاكمة , لأن الأصل هو محاكمة المتهم الذي ارتكب تلك الجرائم , محاكمة منفصلة , عن كل جريمة علي حدة , غير أنه يصار إلي الجمع بين تلك التهم في محاكمة واحدة , لاعتبارات موضوعية , عندما تكون الجرائم ذات صفة واحدة , أو متشابهة , أو مترابطة الوقائع , بحيث لا يمكن فصل وقائع تلك الجرائم عن بعضها , علي أنه يشترط ألا يضار المتهم من الجمع بين التهم في محاكمة واحدة . فإذا رؤى الجمع بين عدد من التهم في محاكمة واحدة , لأي من تلك الاعتبارات الموضوعية , ولم يكن ثمة انتهاك أو عسف لحقوق المتهم , فيجب صياغة تهمة منفصلة لكل جريمة من الجرائم محل المحاكمة , وتمثل الحكمة من صياغة تهمة منفصلة لكل جريمة فيما يلي :-

- أ- ذكر وقائع كل تهمة علي حدة , بحيث يتسنى للقاضي بيان عناصر كل جريمة علي حدة , من خلال تلك الوقائع , بلوغاً إلي تكيف سديد للحكم الشرعي المنتهك , والحكم الشرعي الواجب في حق المتهم - .
- ب- إحاطة المتهم علماً بأركان وعناصر وظروف كل تهمة علي حدة , بحيث يتسنى له الدفاع عن نفسه , علي بصيرة , إذ أن تداخل وقائع التهم وتزاحم أركانها وعناصرها وظروفها , عند الجمع بينها في الصياغة , قد يربك المتهم , ويعصف بدفاعه - .

وينطبق ذات الحكم , عندما يتعدد المتهمون , وتسوغ محاكمتهم في محاكمة واحدة , مراعاةً لاشتراكهم في ارتكاب الجرم محل المحاكمة بناءً علي اتفاق جنائي , أو مراعاةً لارتباط وقائع التهم ببعضها (١) . فعندئذٍ يلزم صياغة تهمة منفصلة لكل واحد منهم , حتى يتسنى لكل منهم الدفاع عن نفسه بالوجه الأمثل , علي بصيرة - . واستثناءً من الحكم الآنف ذكره , يجوز للقاضي صياغة مجموعة من التهم , أو الجمع بين عدد من المتهمين , في ورقة اتهام واحدة , كلما كانت الوقائع محل المحاكمة متحدة , أو مترابطة مع بعضها , بحيث يكون الفصل فيها عسيراً , شريطة أن يأمن القاضي عند الجمع بين التهم – أو المتهمين – مخاطر الإضرار بسير العدالة , سواء كان بسبب يتعلق بحقوق المتهم في الدفاع عن نفسه , أو بغيره مما يؤثر في عدل القضاء . وفي كل حالة ضرورة يصار فيها إلي هذا الاستثناء , فيلزم درك مخاطرها , كما يلزم تقدير الضرورة بقدرها - .

ونحسب أن من العيب , ما نراه في التطبيق القضائي في بعض دولنا العربية - , من جمع سيل من التهم , أو جمع من المتهمين , في ورقة اتهام واحدة , بغير مقتض , فلا تكاد تجد فيها , بياناً للعناصر الجوهرية لتلك التهم , ولا دور كل متهم في الجرم محل المحاكمة , والأدهى أن تضيع تهم بكاملها , أو أدوار بتمامها , في غمار ذلك الجمع الشائن , الذي لا محالة يخل بحق المتهم في الدفاع , بل قد يضيعه إضاعة كاملة , فيفاجأ المتهم بإدانة فيما لم يؤخذ رده ودفاعه بشأنه . ولعل أولئك القضاة يتذرعون بالرغبة في سرعة الإنجاز , أو هم يسلبون أنفسهم – طوعاً – سلطتهم في إعادة صياغة التهمة التي ترد إليهم من النيابة العامة , فلا يتجاوزون قيد أنملة , ذلك الشكل الذي تقدم به التهمة , أو ذلك الوصف الذي تسبغه النيابة العامة , علي وقائع النازلة محل المحاكمة – وان كان معيباً بالقدر الذي أوضحناه آنفاً - .

¹ راجع المادة ١٥٢ من قانون الإجراءات الجنائية السودان لسنة ١٩٩١م بشأن الأشخاص الذين تجوز اتهامهم ومحاكمتهم معاً , وراجع المادة ٧٧ من قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م - , وقد قضت المحكمة العليا السودانية , في السابقة القضائية : (حكومة السودان / ضد / وديع أيوب بطرس – (١٩٧٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٧٥٠) بأن وحدة الفعل المنسوب للمتهمين هي التي تجيز الجمع بين المتهمين في محاكمة واحدة , ورغم أن نص المادة القانونية , قد وردت بما يفيد جواز الجمع بين أولئك المتهمين , إلا أن الجمع بينهم , ينبغي أن يكون وجوبياً الحالة . (وهذا هو ما نميل إليه , تحقيقاً للعدل الناجز , ولعدم وجود موجب لإقامة محاكمة منفصلة لكل منهم علي حدة في كل وحدة وقائع النازلة -) - (هذا ترجيح الباحث) - .

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل التهمة أو تعديل وصفها :

القاضي غير ملزم بالوصف القانوني الذي تسبغه النيابة العامة علي التهمة محل المحاكمة , إذ يجوز له تعديل التهمة من تلقاء نفسه , أو بناءً علي طلب ممثل الاتهام , تعديلاً كلياً , كما يجوز له – بالأولي – تعديل وصفها , في أي مرحلة من مراحل الدعوى - . وقد نصت المادة ١٤٧ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه :- ((يجوز للمحكمة متي رأت ذلك مناسباً , أثناء المحاكمة , أن تعدل ورقة الاتهام , بالإضافة أو الحذف , أو أن تعيد صياغتها من جديد - .)) ويلاحظ أن المادة الآتفة الذكر , من القانون السوداني , قد وسعت إطار سلطة القاضي التقديرية , بشأن تعديل التهمة , إذ أطلقت سلطة التعديل بالإضافة , دون تحديد نوع المضاف , وقد جاء قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م^١ علي ذات النهج – بل وأكثر توسعاً من القانون السوداني – إذ نصت المادة ٧٤ منه صراحةً علي أنه : ((يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها , أو بناءً علي طلب الاتهام , تعديل التهمة , في أي مرحلة كانت عليها الدعوى , وذلك بتطبيق مادة أو مواد من القانون غير المقدم بها المتهم , أو باضافة وقائع جديدة للدعوى أو تغيير عناصرها أو إدخال متهم , أو متهمين آخرين ...)) . أما المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري , فقد جاءتا أكثر تقييداً لسلطة القاضي في تعديل التهمة , أو تعديل وصفها , إذ نصت المادة ٣٠٧ علي أنه : ((لا تجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة أو طلب التكليف بالحضور , كما لا يجوز الحكم علي غير المتهم المقامة عليه الدعوى)) ومع ذلك فقد نصت المادة ٣٠٨ من ذات القانون علي أن : ((للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم , ولها تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تثبت من التحقيق , أو من المرافعة , في الجلسة , ولو كانت لم تذكر في أمر الإحالة , أو بالتكليف بالحضور)) , وجاءت المادة ١١ من ذات القانون ببيان

^١ - الغي بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م - .

الكيفية التي تحرك بها الدعوى الجنائية , في حق المتهمين الجدد أو بشأن الوقائع الجديدة , التي تظهر خلال محاكمة الواقعة المرفوعة بها الدعوى - .

وإزاء هذا النوع من الاختلاف التشريعي , بشأن الإطار الذي يمارس خلاله القاضي سلطته في تعديل التهمة أو تعديل وصفها , وتفادياً لتنافر الأحكام القضائية , ومنعاً لتضارب مناهج القضاة , فيلزم تناول ضوابط سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن بالتفصيل علي النحو التالي :

ضوابط تعديل التهمة , أو تعديل وصفها :

يجب أن يتقيد القاضي , بضوابط معينة , عند تعديل التهمة , أو تعديل وصفها , سواء كان التعديل صعوداً إلي تهمة , أو وصف , أشد من التهمة المرفوعة بها الدعوى , أو كان نزولاً إلي تهمة أو وصف , أخف من التهمة التي أقيمت بمقتضاها الدعوى , وتنقسم تلك الضوابط إلي نوعين :

أولها : ضوابط عامة , يلزم مراعاتها في كل جنس التعديل , سواء كان إلي تهمة أو وصف أشد , أو إلي أخف , من التهمة المرفوعة بها الدعوى , وبجانب تلك الضوابط العامة فهناك ضوابط خاصة يلزم مراعاتها , في حالتي التعديل إلي الأشد والتعديل إلي الأخف . وفيما يلي بيان وتفصيل الضوابط بنوعيتها - .

الضوابط العامة لتعديل التهمة أو تعديل وصفها :

في كل جنس تعديل للتهمة , أو تعديل لوصفها , سواء كان إلي تهمة أو وصف أشد أو كان التعديل إلي تهمة - أو وصف - أخف , يلزم علي القاضي مراعاة الضوابط العامة التالية :-

الضابط الأول : أن يكون تعديل التهمة , أو تعديل وصفها , تنزيلاً للحكم الشرعي - أو القانوني - الصحيح , الذي ينطبق علي الواقعة محل المحاكمة :

يجب علي القاضي , أن يفحص وقائع النازلة محل المحاكمة , بجميع أركانها وعناصرها , وتفصيلاتها المتعلقة بكيفية ارتكاب الجرم , ليتسنى له تكييفها بوجه صحيح , فيكون بعدئذٍ قادراً علي تنزيل الحكم الشرعي الواجب - أو القانوني الصحيح - علي تلك الواقعة . فالغاية التي نصب من أجلها القضاة , هي تنزيل

الأحكام الشرعية – أو القانونية – علي النوازل , بالوجه الذي شرعت به , فان تعدي ذلك الوجه بطل الحكم .

إن فهم الحكم الشرعي الواجب , يقتضي فهم الوقائع وعناصرها , وقلنا انفاً بأن هذه الأخيرة تزداد دقة في ظل النظام الجنائي الإسلامي , فالتفصيلات المتعلقة بكيفية ارتكاب الجرم , قد تكون ثانوية , فتساق لمجرد بيان التهمة لتيسير إحاطة المتهم بها , وقد تكون جوهرية , مثل كيفية استخدام المتهم للسلاح , ونوع السلاح المستخدم , فتلك قد تكون عناصر أساسية لتحديد وصف التهمة , وكذلك ظرف المكان الذي يكون ثانوياً في نازلة , وجوهرياً في أخري كالحراية , وذات الحال بالنسبة لظرف الزمان , فيتعين علي القاضي فحص واقعة النازلة محل المحاكمة , والإحاطة بأركانها وعناصرها وظروفها وتفصيلاتها , حتى يتسنى له الفهم المنشود, فينزل الحكم الشرعي الواجب عليها , وهذا هو ما صرح به ابن قيم الجوزية , في معرض بيانه لمعني (فهم القضاء) , إذ قال : ((لا يتأتى الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم , أحدهما فهم الواقع والفقه فيه , واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات , حتى يحيط به علماء , والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع , وهوفهم حكم الله الذي حكم به في كتابه , أو علي لسان رسوله في هذا الواقع , ثم يطبق أحدهما علي الآخر والعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه , إلي معرفة حكم الله ورسوله)) . وهكذا نجد أن الضابط الذي عنيينا به في هذا المقام , نابع من معين الفقه الإسلامي .

ومن التطبيقات القضائية بشأن الكيفية التي يتم بها تحصيل فهم الواقعة , بتحليل أركانها وعناصرها وظروفها , وتحصيل فهم الواجب الشرعي من خلال ذلك , نسوق – للمثال – ما قضت به محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر , إذ أصدرت المحكمة الابتدائية الشرعية – دائرة الجنايات والحدود – حكمها بإدانة المتهم (... ..) بجريمة ارتكاب فعل فاحش علي جسم أنثي , وقضت بمعاقبته بمقتضي المادة ١٠ من لائحة التعزيرات الشرعية , بالجلد ثلاثين جلدة , بعد ثبوت

¹ - اعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٩٤ - .

لياقته الصحية , وبحبسه لمدة أسبوعين مع احتساب مدة توقيفه الاحتياطي , وبإبعاده من البلاد (لكونه أجنبياً) بعد استيفاء العقوبة - . فتقدّم المحكوم عليه مستأنفاً , وقالت محكمة الاستئناف الشرعية في حكمها , بأن الفعل المنسوب إلي المستأنف هو قيامه بلمس ركبة المشتكية (... ..) , أثناء جلوسها بالمقعد الخلفي بسيارة التاكسي التي يقودها , وهو ثابت بإقرار المتهم أمام المحقق , الذي خاطبه موجهاً له تهمة (خدش حياء أنثي) , ثم بعدئذٍ جاء وصف التهمة المنسوبة للمتهم , التي أدين بها , بأنها (ارتكاب فعل فاحش علي جسم أنثي) , فما هو التكييف السليم للجريمة محل المحاكمة ؟

إن جريمة (الفعل الفاحش) تعتبر أشد هتكاً للفضيلة من جريمة (خدش حياء أنثي) أو من (الفعل المخل بالحياء في مكان عام) , وذلك واضح من نص المادتين ١٠ و ١١ من لائحة التعازير الشرعية , أو قل من خلال ما قررته هاتان المادتان من عقوبة لهاتين الجريمتين , وتتكون جريمة (الفعل الفاحش) من ركنين , أولهما مادي والثاني معنوي , والمادي يتحقق بإتيان فعل مادي علي جسم شخص آخر , بحركة عضوية من الجاني , سواء كانت تلك الحركة باليد أو بالعضو التناسلي , أو بغيرهما من الأعضاء , شريطة أن يكون ذلك الفعل المادي مخالفاً للقيم الدينية والمبادي الأخلاقية . وأما الركن المعنوي فيتمثل في القصد الجنائي المتمثل في تعمد الجاني إتيان ذلك الفعل .

أما جريمة (خدش الحياء في مكان عام) فهي وان أشبهت الجريمة الأولى من حيث أركانها , إلا أنها تختلف في إمكان وقوع هذه الأخيرة بالفعل أو القول , كما لا يشترط فيها أن تكون علي جسم شخص آخر , إذ يمكن أن تتحقق بإتيان الجاني فعلاً علي نفسه , كالتعري أو كشف العورة , أو ما دون ذلك , وقد ترقى جريمة (خدش الحياء في مكان عام) إلي جريمة (الفعل الفاحش) أو غيرها من جرائم العرض , ببلوغ درجة من الفحش تقتضي تغير الوصف , فمعيار تكييف الإخلال بالحياء – أو خدش الحياء – موضوعي يختلف باختلاف الأشخاص والبيئات والمعتقدات , ويلزم مراعاة هذا التفاوت عند تكييف التهمة وصياغة

وصفها الشرعي ... ومن ثم فعلي ضوء عناصر الواقعة محل المحاكمة وظروفها المتعلقة بالزمان والمكان , وتفصيلاتها المتعلقة بالأشخاص والبيئات والمعتقدات – المبينة انفا - , فان مجرد إثبات ذلك الفعل المادي , علي جسم تلك الأنثى , بحركة عضوية بالوجه المشروع , لا يستوجب بالضرورة اعتبار ذلك الفعل من قبيل (الفعل الفاحش) بل إن التكيف الذي اختاره المحقق للتهمة هو الأكثر ملاءمة في النازلة محل المحاكمة - ¹ .

إن بعض القضاة يجانبهم فهم الواقع فهماً سديداً , ومن ثم يقترفون أخطاء واضحة بشأن الحكم الشرعي الواجب , وذلك لعدم عنايتهم بفحص واقعة النازلة محل المحاكمة , للإحاطة بأركانها وعناصرها , ومدي ثبوت تلك الأركان والعناصر , ففي أحدي الدعاوى أدانت المحكمة الابتدائية الشرعية – دائرة الجنايات والحدود ((بدولة قطر)) المتهم بجريمة فاحشة اللواط , وعند نظر الدعوى استئنافياً , قالت محكمة الاستئناف الشرعية القطرية بأن المحكمة الابتدائية الشرعية قد جانبها الصواب فيما قررته من إدانة المتهم بجريمة فاحشة اللواط , إذ أن لجريمة فاحشة اللواط عناصر أساسية لم تتوفر في النازلة محل المحاكمة , بل ثبت بأن المتهم قد وضع ذكره علي إيتي المجني عليه , الذي كان واقفاً , كما ثبت أن المجني عليه نفسه قد ذكر بأن المتهم فعل فيه من الخارج , علي الإليتين , دون إيلاج لذكره في الدبر . وحيث أن دعوى المشتكي لم يتجاوز هذا القدر , ولم يثبت قدر زائد عما ذكر , ولم يتوفر عنصر إيلاج الذكر بمقدار الحشفة في دبر المجني عليه , فلم يكن ثمة بد , من تعديل التهمة الي جريمة الأفعال الفاحشة – بغض النظر عما في صحيفة الاتهام - , ثم تفريد العقوبة التعزيرية المناسبة لحال المتهم , عملاً بالمادة ١٠ مقروءة مع المادة ٣ من لائحة التعزيرات الشرعية , وإذ لم تفعل المحكمة الابتدائية ذلك , فيكون حكمها مستوجباً للإلغاء - ² .

¹ - راجع الحكم الاستئنافي رقم ١٦٤ / تعازير / استئناف / ١٣١٩ هـ الصادر بتاريخ ٩/١٨ / ١٤١٩ هـ الموافق ١/٥ / ١٩٩٩ م - (من أحكام دائرتنا بدولة قطر) - .
² - راجع الحكم الاستئنافي رقم ٣٩٨ / استئناف حدود / ١٥٠ / ١٤١٨ هـ الصادر بتاريخ ٢٩/١٢/١٤١٨ هـ الموافق ٢٦/٤/١٩٩٨ م - (من أحكام دائرتنا بدولة قطر) - .

الضابط الثاني : أن يتم تعديل التهمة أو تعديل وصفها في إطار الوقائع الأساسية المرفوعة بها الدعوى:

من أصول المحاكمات الجنائية , أن يقتصر القاضي علي الوقائع الأساسية المرفوعة بها الدعوى أمامه , إذ لا تعني سلطته في تعديل التهمة , أو تعديل وصفها, قيامه بتغيير كيان الوقائع الأساسية للدعوى , تغييراً محورياً , أو إضافته لوقائع مادية جديدة , لتلك الوقائع الأساسية المرفوعة بها الدعوى , فان ظهرت وقائع جديدة خلال المحاكمة , , فللقاضي تحريك دعوى جديدة بشأنها , بواسطة النيابة العامة , التي تختص بسلطة تحريك الدعوى الجنائية , ويجوز للنيابة العامة خلال المحاكمة , إضافة التهمة الجديدة , التي تشكلها تلك الوقائع الجديدة شريطة أن يكون ذلك في مواجهة المتهم , أو أحاطته بها إن كان غائباً - . و إذا كانت تلك الوقائع الجديدة , مرتبطة بوقائع الدعوى الأصلية , ارتباطاً لا يقبل التجزئة , فعندئذٍ توقف إجراءات السير في الدعوى الأصلية , لحين إحالة الدعوى الجديدة للمحاكمة, لنظرهما والفصل فيهما سوياً^١ .-

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((لا يجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التي وردت بأمر الإحالة , أو طلب التكليف بالحضور , ولا يجوز للمحكمة أن تغير التهمة بأن تسند إلي المتهم أفعالاً غير التي رفعت بها الدعوى عليه , ولما كان ذلك , وكان الثابت من الأوراق , أن واقعة خطف المجني عليها , لم يسند إلي الطاعن ارتكابها , فمن ثم فإن الحكم المطعون فيه , إذ دانه عنها , يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وأخل بحق الطاعن في الدفاع , بما يبطله -^٢)).

وكما لا يجوز تغيير وقائع الدعوى , فكذلك لا يجوز للقاضي تغيير أطراف الدعوى تغييراً كلياً , وقد قضت محكمة النقض المصرية باعتبار هذا النوع من التغيير , تبديلاً للوقائع الأساسية , إذ قالت : ((إذا كان الثابت بالحكم , أن النيابة قدمت المتهم لمحاكمته عن جريمة اعتدائه , بالضرب علي شخص معين , وأن

¹ - راجع المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري - المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ م الصادر في ٢٥ ديسمبر ١٩٥٢م - .

² - نقض مصري ١٩٧٩/٦/٦م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٣٠ ص ٥٢٦ - .

المحكمة عند نظرها الدعوى , أثبتت أن المتهم أعدي علي شخص - ستمته - هو غير المجني عليه الحقيقي , وأدانتة علي هذا الاعتبار , فان المحكمة تعتبر في هذه الحالة , قد فصلت في واقعة لم تكن معروضة عليها , ويكون حكمها واجباً نقضه^(١) .

ويأخذ ذات حكم تغيير الواقعة الأساسية في المنع , قيام القاضي بإضافة واقعة جديدة , إلي الواقعة المرفوعة بها الدعوى , وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((يبين من الحكم المطعون فيه أنه أدان الطاعن بالإضافة إلي واقعة القتل العمد المرفوعة بها الدعوى , بجريمة تقدمتها , وهي : (الشروع في هتك العرض بالقوة والتهديد) , التي لم ترد بأمر الإحالة , وكانت محكمة الجنايات حين تصدت لواقعة لم ترد بأمر الإحالة , وحكمت فيها بنفسها , دون أن تتبع الإجراءات التي رسمها الشارع في المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية , قد أخطأت خطأً ينطوي علي مخالفة للنظام العام , لتعلقه بأصل من أصول المحاكمات الجنائية , ولا يغير من ذلك أن محكمة الجنايات نبهت المدافع عن الطاعن بأن يتناول في مرافعته , واقعة (الشروع في هتك عرض المجني عليه) , إعمالاً لحكم المادة ٣/٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية , ذلك لأن هذه الجريمة تختلف في عناصرها المكونة لها , وفي أركانها , عن جريمة القتل العمد , الأمر الذي يخرجها عن نطاق المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية , وينطبق عليها حكم المادة ٣٠٧ من القانون ذاته , التي تحظر معاقبة المتهم عن واقعة غير واردة بأمر الإحالة , أو طلب التكليف بالحضور -^(٢))).

ونشير هنا إلي أنه لا يدخل في معنى تغيير الوقائع الأساسية , ذكر تفصيلات الوقائع الأساسية وتفريعاتها , بياناً للتهمة , من مثل بيان كيفية ارتكاب الجريمة , فذلك لا يخرج عن نطاق الوقائع الأساسية المرفوعة بها الدعوى -^(٣) كما أنه يأتي

¹ - مجموعة القواعد القانونية - أحكام النقض المصرية - للأستاذ محمود عمر - ج ٤ ص ٥٦ - , نقض ١٩٣٧/٣/٨ م .
² - نقض مصري ١٩٨٣/٣/٢٢ م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة - النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٣٤ ص ٣٩٦ - .
³ - نقض مصري ١٩٧٣/١٢/٣١ م - مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة - النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٢٤ ص ١٣٠١ - .

في المقام الأول بفائدة للمتهم – ولو لم تكن تلك التفاصيل مذكورة أصلاً من قبل - , لأنها تساعد علي إحاطة المتهم بدقائق التهمة المنسوبة إليه , وتمهد له سبل الدفاع عن نفسه بالوجه الأمثل - .

الضابط الثالث : أن يكون تعديل التهمة بعد تقديم أدلة كاشفة لأركان وعناصر وظروف النازلة محل المحاكمة :

الأصل أن للقاضي تعديل التهمة , أو تعديل وصفها , في أي مرحلة كانت عليها الدعوى – الابتدائية - , إلا أن الحكمة – وهي صفة لازمة للقاضي – تقتضي أن يكون التعديل عن فهم للواقعة , علي ضوء أدلة الإثبات التي تكشف أركانها وعناصرها وظروفها المحتفة بها , فان قام القاضي بتعديل التهمة , بغير فهم للحقيقة , يحصله من سماع الدعوى وجوابها ومن سماع أدلة الاتهام واستجواب المتهم بعدئذٍ , استجلاءً لما قام ضده , فانه قد يضطر لتعديلها مرة أخرى , عند فهمه لحقيقة الواقعة . وتبينه لعناصرها وظروفها من خلال الإجراءات الآتية الذكر. وللنأي بعمل القاضي عن مثل هذا الاضطراب , فنحسب ضرورة تقييد ما أوردته التشريعات المعاصرة من إطلاق لسلطة القاضي في تعديل التهمة (في أي مرحلة كانت عليها الدعوى) , لتكون وفقاً لهذا الضابط , وليست في (أي مرحلة من مراحل الدعوى) , كما نصت به المادة ٧٤ من قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م – وهو المفهوم من سياق المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري , وبذات المعني جاءت المادة ١٤٧/١ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م , إذ نصت علي أنه : ((يجوز للمحكمة متي رأت ذلك مناسباً , أثناء المحاكمة , أن تعدل ورقة الاتهام ... الخ)) , ذلك أن مثل هذا الإطلاق الذي وردت به تلك التشريعات , بشأن سلطة القاضي في التعديل , قد يحدث ما أشرنا إليه من اضطراب , للوجه الذي قدمناه - .

وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية – بدولة قطر – بأن المحكمة الابتدائية ليست ملزمة بصيغة التهمة التي يقدمها وكيل المدعي العام في صحيفة الاتهام , إذ يحق لها تعديل تلك التهمة , علي ضوء تحقيقاتها (وما يستمع إليه من

أدلة الإثبات) , وهنا في هذه الدعوى فان المحكمة الابتدائية قد جانبها الصواب , حين قررت إدانة المتهم المذكور بما نسب إليه من فاحشة اللواط , إذ لا تتوفر عناصر جريمة اللواط – الحدية أو الموجبة للتعزير – فيما ثبت بالأدلة المقدمة لإثبات الاتهام , الأمر الذي كان يتعين معه تعديل التهمة علي ضوء ما ثبت بتلك الأدلة -¹ .

المبحث الثالث

الضوابط الخاصة بتعديل التهمة – أو تعديل وصفها –

في حالتها التعديل إلي الأشد والتعديل إلي الأخف :

بجانب الضوابط العامة التي يلزم التقييد بها , عند كل جنس تعديل للتهمة – سواء كان إلي تهمة أشد , أو إلي تهمة أخف - , فهناك ضوابط خاصة يلزم مراعاتها , تتعلق بعضها بحالة التعديل إلي تهمة , أو وصف أشد , وتتعلق بعضها بحالة التعديل إلي تهمة , أو وصف أخف , وفيما يلي بيان تلك الضوابط الخاصة :-

أ- الضوابط الخاصة بتعديل التهمة أو وصفها إلي الأشد :

تتمثل الضوابط الخاصة بتعديل التهمة أو وصفها إلي الأشد , والتي يلزم إعمالها جنباً إلي جنب مع الضوابط العامة الآتية الذكر , فيما يلي :

الضابط الأول : وجوب مخاطبة المتهم بالتهمة أو الوصف المعدول

إليه وأخذ رده ودفاعه :

يجب عند تعديل التهمة , أو وصفها , إلي الأشد مخاطبة المتهم بها , وأخذ رده ودفاعه بشأنها , فان أغفل القاضي ذلك , يكون قد أخل بحق المتهم في الدفاع , بما يوجب نقض حكمه .

ونشير هنا إلي خطورة منهج قانون الإجراءات الجنائية المصري بشأن هذا الضابط , إذ نصت المادة ٣٠٨ / ٣ منه علي أنه : ((علي المحكمة أن تنبه المتهم إلي هذا التغيير ...)) , فالمادة المذكورة قد اختارت عبارة (تنبيه) المتهم ,

¹ - راجع الحكم الاستئنائي رقم ٣٩٨ / استئنائي حدود / ١٥٠ / ١٤١٨ هـ الصادر بتاريخ ١٤١٨/١٢/٢٩ هـ الموافق ١٩٩٨/٤/٢٦ م – بتصريف – وراجع الحكم الاستئنائي رقم ٣٥٨ / حدود/استئناف / ١٤١٩ هـ الصادر بتاريخ ١٤١٩/١٢/٢٢ هـ الموافق ١٩٩٩/٤/٨ م-. (من أحكام دائرتنا بدولة قطر) - .

وتركت للقاضي حرية اختيار طريقة التنبيه ولو كان التنبيه بطريقة ضمنية – غير صريحة - , كما أبانت محكمة النقض المصرية , إذ قضت بأنه : ((لا يتطلب القانون , إتباع شكل خاص لتنبيه المتهم إلي تعديل التهمة , بإضافة الظروف المشددة , وكل ما يشترطه هو , تنبيه المتهم إلي ذلك التعديل بأية كيفية تراها المحكمة محققة لذلك الغرض , سواء كان هذا التنبيه صريحاً , أو بطريقة التضمن , أو باتخاذ إجراء ينم عنه في مواجهة الدفاع , ويصرف مدلوله إليه ...))¹ , ونحسب أن ثمة خطورة بالغة , تنطوي عن المنهج التشريعي الذي أخطه المشرع المصري في المادة الأنفة الذكر , وعما استقر بقضاء محكمة النقض المصرية , بشأن ترك كيفية (تنبيه المتهم) للقاضي , (ولو كان باتخاذ إجراء ينم عنه) , وهذا أبلغ في الخفاء من التنبيه الضمني , وهو منهج لا يتلاءم مع أصول المحاكمات الجنائية , التي تستوجب أن يعي المتهم بعناصر التهمة الموجهة إليه وبظروفها المحققة بها وعياً كاملاً بمخاطبته بها بصريح العبارات – دون إبهام – وأخذ جوابه عنها بعدئذٍ بالصريح أيضاً , كما كان من صنيع النبي صلي الله عليه وسلم مع معاذ بن مالك , حين أستجوبه بصورة دقيقة , - كما سبق إيراده - , كشفت معالم التهمة بحيث لا خفاء في ركن أو عنصر أو ظرف من ظروفها , وذلك من خلال أسئلة واضحة صريحة , لا إبهام فيها , مستفسراً عما فعله معاذ , قائلاً له : ((أفنكتها ؟))² - لا يكتفي - , ولو لم يكن استخدام واضح الدلالة وصريح العبارة لازماً , لما استخدم النبي صلي الله عليه وسلم تلك الكلمة , فالتأنيب أنه صلي الله عليه وسلم كان أكثر حياء من العذراء في خدرها , ولكنه صلي الله عليه وسلم وقتئذٍ كان في مقام القضاء , وهو مقام لا يعني فيه الإبهام , ولا يحتمل الالتفاف حول المعاني باستخدام الكنايات , أو بالتدثر وراء غير الواضح من المبهمات . بل أنه صلي الله عليه وسلم قد رفض أن يكون جواب معاذ أيضاً غير واضح , إذ لم يرض بالمجملات , فكان ذلك التفصيل في الاستجواب , الذي أعقبه بسؤاله له :

¹ - نقض مصري ١٩٧٣/٣/١١م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – س ٢٤ ص ٣١٥ .
² - من حديث ابن عباس – وكذلك حديث أبي هريرة – رضي الله عنهما وقد سبق تخريجهما في ص ١٣٥ من هذه الدراسة – وراجع المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٣٥٦ طبعة هجر ١٩٩٢ م .

(فهل تدري ما الزنا ؟) - وذلك هو المنهج الشرعي - الواضح - الذي يمهّد السبيل إلي عدل القضاء , وهو ما أختاره قانون الإجراءات الجنائية السوداني , إذ أوجب مخاطبة المتهم , وأخذ رده علي التهمة المعدلة صراحةً , فالمادة ١٤٧ / ٢ منه , وردت صراحةً بما يصون حق المتهم في إدراك ما نسب إليه , بما نصه :- ((علي المحكمة أن تتلو ورقة الاتهام المعدلة أو الجديدة , علي المتهم , وتأخذ رده عليها)) - , وهذا المنهج الصريح , بجانب أنه يكفل للمتهم سبل الدفاع عن نفسه , ويصون له حقه في المحاكمة العادلة , فهو أيضاً يحول دون تضارب مناهج القضاة - في هذه المسألة - ويسد ذرائع الافتئات في استخدام السلطة - .

الضابط الثاني : ألا يكون تعديل التهمة , أو تعديل وصفها , إلي الأشد في مرحلة الاستئناف , إذا كان المتهم وحده هو المستأنف :

إذا كان المتهم وحده هو المستأنف , فإنه لا يضر من استئنافه^١ , ومن وجوه عدم الإضرار , ألا تعدل التهمة , أو وصفها , إلي الأشد , فالتعديل من هذا النوع , في ظل الاستئناف المقدم من المتهم وحده , يسئ بمركز المتهم بوجوه أخري أيضاً , منها أنه يفوت حق المتهم في مرحلة من مراحل التقاضي , ومن ثم يخل بأصل من أصول المحاكمات , كما أنه يخل بحق المتهم في الدفاع .

وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر , بأن المحكمة الابتدائية قد جانبها الصواب فيما أدانت به المتهم من جريمة السكر التعزيرية , دون نظر إلي الظرف المشدد الذي من شأنه تعديل وصف التهمة , إذ أُلقي القبض علي المتهم , في حالة سكر , بالشارع العام , قرب الإشارات الضوئية المسماة بإشارات المانع , وتقضي المادة ٤/ب من لائحة التعازير الشرعية , باعتبار هذه الحالة من قبيل (جريمة السكر والإتيان إلي مكان عام في حالة سكر) , وقد اعتبرت المادة الأنفة الذكر , ظرف التواجد في مكان عام في حالة سكر , ظرفاً مشدداً , ليس للعقوبة فحسب , وإنما أيضاً مغيراً لوصف الجريمة , وموجباً عقوبة أشد من عقوبة مجرد

^١ - المستأنف لا يضر من استئنافه , إذا كان وحده هو المستأنف = قاعدة قانونية , ومبدأ قضائي مستقر - . راجع المادة ٤١٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصري - , وراجع نقض مصري بتاريخ ١٩٧٨/٣/٢م رقم ٨١ س ٤٧ ق , وراجع التعليق علي نصوص قانون المرافعات د. أحمد أبو الوفاط ج ١ ص ٧٨٧ / ٧٩٠ - .

السكر , وحيث إن المتهم وحده هو المستأنف للحكم الابتدائي , فلا يمكن لمحكمة الاستئناف الشرعية , تعديل وصف التهمة إلي ذلك الوصف الأشد , كما أنه في ذات الوقت يتعذر علي محكمة الاستئناف الشرعية إعادة الأوراق إلي محكمتها الابتدائية لإعادة السير في الدعوى والفصل فيها من جديد , وذلك للأمر الوجوبي والنهي الصريح , الواردين بالمادة ٩٨ من نظام الإجراءات الشرعية القطري^١ بما نصه :- ((لمحكمة الاستئناف الشرعية أن تؤيد الحكم الابتدائي , أو تعدله أو تلغيه , ويجب عليها أن تحكم من جديد في موضوع الدعوى , بما يجب شرعاً , وليس لها أن ترد النزاع إلي المحكمة الابتدائية الشرعية -)) . هذا النص , وان كان أمراً بالحكم بما يجب شرعاً , إلا أنه يقرأ بالطبع مؤتلفاً مع الأصول الأخرى للمحاكمات , ومن ثم خلصت الهيئة الاستئنافية الشرعية , إلي تأييد قضاء المحكمة الابتدائية , رغم ما شابه من خطأ في التكييف^٢ .

كما أن محكمة النقض المصرية , قد قضت بأن :- ((من المقرر أن المحكمة الاستئنافية مكلفة بأن تمحص الواقعة المطروحة أمامها بجميع كيوفها وأوصافها , وأن تطبق عليها القانون تطبيقاً صحيحاً , ولو كان الوصف الصحيح هو الأشد , ما دامت الواقعة المرفوعة بها الدعوى لم تتغير , وليس عليها في ذلك إلا مراعاة الضمانات التي نصت عليها المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية , وبشرط ألا يترتب علي ذلك , إساءة بمركز المتهم , إذا كان هو المستأنف وحده -))^٣ .

الضابط الثالث :- وجوب إجابة طلب المتهم التأجيل :

تعديل التهمة أو وصفها إلي تهمة أو وصف أشد , يوجب تلاوة التهمة المعدلة علي المتهم , وأخذ رده ودفاعه بشأنها , فان طلب المتهم التأجيل لتحضير دفاعه , فيلزم علي القاضي إنظاره لوقت مناسب -^٤ , كفالة لسبل الدفاع , وبلوغاً إلي محاكمة عادلة , وهذا الضابط يتلاءم مع المبدأ العام المقرر في رسالة سيدنا

^١ - ألغي بقانون الإجراءات الجنائية القطري قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤ م
^٢ - راجع الحكم الاستئنافي رقم ٤٥٠ / حدود/استئناف / ١٤١٩ هـ الصادر بتاريخ ١٢/٨/١٤١٩ هـ الموافق ٣/٢٥/١٩٩٩ م - .
^٣ - نقض مصري ١١/٢٣/١٩٧٨ م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية لمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٢٩ ص ٨٢٦ - . وضمانات المادة ٣٠٨ المشار إليها هي تنبيه المتهم إلي التعديل خلال المحاكمة , ومنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناءً علي الوصف أو التعديل الجديد , إذا طلب المتهم التأجيل - .
^٤ - راجع المادة ٧٤ من قانون الإجراءات الجنائية القطري - قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١ م والمادة ٣/٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية المصري - .

عمر بن الخطاب إلي أبي موسى الأشعري , بصيغة الأمر الجازم للقاضي في شأن من يدعى بينة غائبة , إذ جاء فيها : ((فأضرب له أمداً ينتهي إليه , فان بينه أعطيته بحقه , و إن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية , فان ذلك أبلغ في العذر وأجلي للعلماء -))^(١) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : ((علي المحكمة عند إعمال المادة ٣٠٨ , مراعاة ما تقضي به المادة ٣٠٨ من ضرورة تنبيه المتهم ومنحه أجلاً , لتحضير دفاعه , إذا طلب ذلك , منعاً من الاقتتات علي الضمانات القانونية التي تكفل لكل متهم حقه في الدفاع عن نفسه , دفاعاً كاملاً حقيقياً , لا مبتوراً ولا شكلياً أمام سلطة القضاء في التهمة , من بعد أن يكون قد أحيط بها علماً , وصار علي بينه من أمره , دون أن يفاجأ بتعديلها , من غير أن تتاح له فرصة ترتيب دفاعه , علي أساس ما تجريه المحكمة من تعديل -))^(٢) .

ب- الضوابط الخاصة بتعديل التهمة أو تعديل وصفها إلي الأخف :

تتسع سلطة القاضي في تعديل التهمة , أو تعديل وصفها , إلي الأخف , فما دام منضبطاً بالضوابط العامة للتعديل , فله سلطة التعديل إلي الأخف في أي مرحلة كانت عليها الدعوى , بل وعند إصدار الحكم , ومن غير سبق صياغة لورقة اتهام معدلة , أو مخاطبة للمتهم بالتهمة , المعدول إليها , ولا حتى تنبيهه بها , وذلك لأن هذا النوع من التعديل , يعتبر نزولاً بالجريمة المرفوعة بها الدعوى , إلي أخف منها , ومن ثم يعتبر دفاع المتهم قد شمل حتماً , التهمة الأخف المعدول إليها - .

وجاءت النصوص التشريعية صريحة في تقرير هذه السلطة بهذا النحو , إذ نصت المادة ٣/١٥١ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه: ((إذا خوطب المتهم بجريمة أكبر , فتجوز إدانته في جريمة أصغر , إذا أدت ذات الوقائع إلي إثبات التهمة الأصغر , وان لم يكن قد خوطب بها -)) , كما نصت المادة ٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية القطري الملغي علي أنه : ((استثناءً من

^١ - رواه البيهقي في السنة الكبرى في كتاب الشهادات - راجع التخرج بتمامه في ص من هذه الدراسة.
^٢ - نقض مصري ١٩٦٩/٢/٣م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٢٠ ص ٥١٢ .

أحكام المادة ٧٤ من هذا القانون , يجوز للمحكمة أن تدين المتهم دون تعديل التهمة, إذا اتهم بجريمة لم تتوفر أركانها ولكن توفرت جريمة أصغر منها)) .

وقد أبانت التطبيقات القضائية وفصلت المجملات التشريعية , إذ قضت محكمة النقض المصرية بأن : ((الأصل أن محكمة الموضوع لا تتقيد بالوصف القانوني الذي تسبغه النيابة العامة , علي الفعل المسند إلي المتهم , متي رأت أن ترد الواقعة بعد تمحيصها إلي الوصف الذي تري هي أنه الوصف القانوني السليم . ولما كانت الواقعة المادية المبينة بأمر الإحالة , والتي كانت مطروحة بالجلسة , وهي إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة السرقة , هي بذاتها الواقعة التي اتخذها الحكم المطعون فيه , بعد أن تحقق ركنها المادي والمعنوي , أساساً للوصف الجديد الذي دان الطاعن به , دون أن تضيف إليها شيئاً جديداً , بل نزلت بها , حين استبعدت ظرف العود , إلي وصف أخف من الوصف المبين بأمر الإحالة , واعتبرت الواقعة (جنحة إخفاء مسروقات) , مجردة من أي ظرف مشدد , ولم يتضمن هذا التعديل , إسناد واقعة مادية , أو إضافة عناصر جديدة تختلف عن الواقعة الأولى , فان ذلك لا يخول الطاعن إثارة دعوى الإخلال بحق الدفاع , لأن دفاعه في الجريمة المرفوعة بها الدعوى , يتناول بالضرورة , الجريمة التي نزلت إليها المحكمة , المؤسسة علي الواقعة بذاتها - (١) .

وقضت ذات المحكمة أيضاً بأنه : ((لما كان مرد التعديل , هو عدم قيام الدليل علي توافر قصد الاتجار , في جريمة إحراز مخدر , بقصد الاتجار – لدي الطاعنة – واستبعاد هذا القصد باعتباره ظرفاً مشدداً للعقوبة , دون أن يتضمن إسناد واقعة مادية , أو إضافة عناصر جديدة , تختلف عن الأولى , فان الوصف الذي نزلت إليه المحكمة , في هذا النطاق , حين اعتبرت إحراز الطاعنة للمخدر مجرداً من أي قصد , إنما هو تطبيق سليم للقانون , وليس فيه إخلال بحق الدفاع بحجة تغيير الوصف دون تنبيه - (٢) .

¹ - نقض مصري ١٩٧٦/٢/١م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية – بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – س ٤٥ ص ١٤٧/١٤٦ .

² - نقض مصري ١٩٧٩/٥/١٧م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية – بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – س ٢٠ ص ٥٨٨ .

وبذات النسق قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر , مؤكدة السلطة الواسعة للقاضي في تعديل التهمة أو تعديل وصفها إلي الأخر , ولو كانت الدعوى منظورة أمام الاستئناف , ما دامت الوقائع والعناصر هي ذاتها المرفوعة بها الدعوى الابتدائية , وقالت بأن : ((المحكمة الابتدائية قد أسست إدانتها للمتهم المذكور بجريمة السكر الحدية , بناءً علي الشهادة بالرائحة , إذ أدلي الشاهدان ... و ... بأنهما قد أشتما رائحة الخمر تنبعث من فم المتهم المذكور , وقد ظل المتهم منكراً شرب الخمر في كافة مراحل المحاكمة , ومن ثم جاء إيجاب الحد علي المتهم مجاناً للصواب , لأن الصحيح من مذهب الحنابلة , الذي استقر عليه العمل القضائي بدولة قطر , هو إيجاب التعزير بالشهادة برائحة الخمر , قال البهوتي :- ((ويعزر من وجدت منه رائحتها – أي الخمر – ولا يحد , لاحتمال أنه تمضمض بها , أو ظنّها ماء , فلما صارت إلي فيه مجّها ونحوه -)) . وبالرغم من أن الحكم الابتدائي المطعون فيه قد جاء خلواً من أي تأصيل فقهي , إلا أننا نجد له سنداً في قول للإمام أحمد , وهو اختيار ابن تيمية , الذي يقول بإيجاب حد الخمر , علي من وجدت منه رائحة الخمر ^٢ , وهذا هو قول المالكية - ^٣ , غير أن هنالك شروط لإيجاب الحد بوجود رائحة المسكر , ولم تتعرض لها المحكمة الابتدائية بالتحقيق والمناقشة . وبناءً عليه فلا مجال لإيجاب حد الخمر علي المتهم المذكور بأي من الرأيين , الأمر الذي يتعين معه تعديل الإدانة المقررة في حق المتهم المستأنف لتكون بجريمة شرب الخمر الموجبة ويتعين تعديل العقوبة الحدية ... ^٤)) .

ذلك عن تعديل التهمة , أو تعديل وصفها إلي الأخر , من غير إضافة واقعة مادية جديدة , أو إضافة عنصر جديد إلي وقائع وعناصر النازلة المرفوعة بها الدعوى , فان كان التعديل إلي الأخر متضمناً إضافة واقعة مادية جديدة أو عنصر جديد , فيجب مخاطبة المتهم بالتهمة المعدول إليها , وأخذ رده بشأنها . وهذا

١ - شرح منتهي الارادات – للبهوتي – ج ٣ ص ٣٥٨ وراجع المغني لابن قدامه ج ١٢ ص ٥٠١ طبعة هجر سنة ١٩٩٢م - .
٢ - راجع الإنصاف للمرداوي ج ١٠ ص ٢٣٣ - .
٣ - راجع تبصرة الحكام – لابن فرحون ج ٢ ص ٨٠ طبعة دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٩٩٥م - .
٤ - راجع الحكم الاستئنافي رقم ١٩٦/حدود/استئناف/١٤١٩هـ الصادرة من الدائرة الثانية بتاريخ ١٤١٩/٩/٢٥هـ الموافق ١٩٩٩/١/١٢م – وراجع الحكم الاستئنافي رقم ٣٥٨/حدود/استئناف/١٤١٩هـ الصادر من الدائرة الثانية في ١٤١٩/١٢/٢٢هـ الموافق ١٩٩٩/٤/٨م – (من أحكام دائرتنا بدولة قطر) - .

الضابط يوجبه ضمان عدل القضاء , ووجوب النأي بما يخل بحق المتهم في الدفاع, وعدم مفاجأته بعنصر جديد , لم يؤخذ رأيه بشأنه .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز النزول إلي الوصف الأخف , شريطة تنبيه المتهم بالوصف المعدول إليه , إذا تضمن عنصراً جديداً , يختلف عن عناصر التهمة التي أقيمت بها الدعوى , وذلك لئلا يفاجأ المتهم بإدانة في تهمة لم يلفت نظره إليها , لأخذ دفاعه بشأنها ¹ .

وبشأن هذا الضابط يقول الدكتور رءوف عبيد في كتابه القيم (ضوابط تسبب الأحكام الجنائية) , ما يلي :- ((... ويكون التأجيل حقاً مكتسباً للدفاع و إذا قامت المحكمة بتغيير وصف التهمة , أو تعديلها , فانه عليها طبقاً للمادة ٣/٣٠٨ , أن تنبه المتهم إلي هذا التغيير , وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه , بناءً علي الوصف أو التعديل الجديد , إذا طلب ذلك إن هذا اللفت وجوبي عند كل تغيير في الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم , إذا ترتب عليه إسناد تهمة له , عقوبتها أشد من تلك التي أقيمت بها الدعوى , وكذلك - (هو وجوبي) عند كل تعديل في التهمة , بإدخال عناصر جديدة فيها , سواء ترتب علي هذا التعديل إسناد تهمة للمتهم عقوبتها أشد من عقوبة التهمة السابقة أم أخف منها - ^٢)) .

وبحق فان إضافة عنصر جديد للتهمة محل المحاكمة , تستوجب عدم مفاجأة المتهم بها , ولو كان مؤدي هذه الإضافة هو تعديل التهمة أو تعديل وصفها إلي الأخف , إذ أن مخاطبة المتهم وأخذ رده بشأنها , تقتضيها أصول المحاكمة العادلة, وفرق بين هذا وبين أن يتم التعديل إلي الأخف دونما إضافة عنصر جديد , وعلي ضوء ذات الوقائع والعناصر المرفوعة بها الدعوى , إذ لا حاجة للقاضي في تنبيه المتهم , أو مخاطبته بالتهمة المعدول إليها , في هذه الحالة الأخيرة ورغم وضوح هذا الضابط , إلا أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت في إعماله , إلي منهج أقرب إلي الغلو والإغراق في الشكلية , إذ قضت بأنه : ((إذا كانت الدعوى الجنائية التي

¹ - راجع نقض مصري ١٩٧٩/٥/١٧م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٣٠ ص ٥٨٨ .

² - ضوابط تسبب الأحكام الجنائية د. رءوف عبيد ص ٢٦٧ - .

نظرتها المحكمة , وانتهت فيها المرافعة , قد بنيت علي أن المتهم قتل المجني عليه عمداً , فأدانتها المحكمة , لا في الجناية المذكورة , بل في جنحة القتل الخطأ , وكانت جنحة القتل الخطأ تختلف في وصفها وفي أركانها عن جناية العمد التي أحيل بها , فان المحكمة تكون قد أخطأت , وأخلت بحقوق الدفاع , ذلك أنه إذا كانت المحكمة وهي تسمع الدعوى , لم تر توفر أركان جناية القتل العمد , فانه كان لزاماً عليها , إما أن تقضي ببراءته من التهمة التي أحيل من أجلها , وإما أن توجه إليه في الجلسة التهمة المكونة للجريمة التي رأت أن تحاكمه عنها , وأن تبين له الجريمة التي رأت إسنادها إليه , ليتمكن من إبداء دفاعه فيها , ما دامت الأفعال التي ارتكبت لا تخرج عن دائرة الأفعال التي نسبت إليه , وشملت التحقيقات الابتدائية التي أجريت في الدعوى , وذلك علي مقتضي ما تنص عليه المادتان ٣٠٧ و ٣٠٨ إجراءات جنائية , إذ أن الشارع عند تقريره حق المحكمة في تغيير الوصف , أو تعديل التهمة المرفوعة بها الدعوى , لم يقصد إلي الافتئات علي الضمانات القانونية التي تكفل لكل متهم حقه في الدفاع عن نفسه أمام القضاء , قبل أن ينزل به أي عقوبة في شأن الجريمة التي تري المحكمة إسنادها إليه , كلما كان تنبيه الدفاع لازماً قانوناً - (١) .

ولا نذهب بعيداً إن قلنا بأن هذه السابقة القضائية , قد أمعنت في الشكلية , والا فكيف يسوغ الحكم بالبراءة , رغم ثبوت وقوع جريمة القتل الخطأ وإسنادها , علماً بأن الحكم بالبراءة يحول دون محاكمة المتهم مرةً ثانية في ذات الجرم ؟ ثم إن النزول بوصف ذات واقعة الدعوى , من تهمة القتل العمد إلي تهمة القتل الخطأ , يعتبر في الواقع , استبعاداً لعنصر أكثر منه إدخالاً لعنصر جديد , لأنه استبعاد لعنصر العمدية , أي ركن العمد المتمثل في قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجني عليه , فإذا استبعد هذا الركن بشقيه – أي باستبعاد قصد الفعل وقصد النتيجة - , فانتهي وصف العمد ووصف شبه العمد , وكان الإسناد إلي المتهم ثابتاً فلا يبقى

¹ - نقض مصري ١٩٥٥/١٢/١٢م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني - س ٦ ص ١٤٧٠ - .

بعدئذٍ سوي وصف الخطأ , ولا مجال إلي المصير إلي البراءة بحال , إلا عند توفر سبب رافع للمسئولية الجنائية , وهذا أمر خارج عن دائرة النظر والمناقشة هنا - .
ثم إن من المعلوم - بلاخلاف - , أن استبعاد عنصر من العناصر , أمر جائز , وهو في مصلحة المتهم , فأني له أن ينعي علي الحكم بشأنه ؟ وقد قضت محكمة النقض المصرية ذاتها بأن إدانة المتهم في الجريمة المعدلة , بعد استبعاد عنصر من العناصر لا يعتبر إخلالاً بحق الدفاع , بحجة تغيير الوصف , دون تنبيه المتهم - ¹ .

¹ - راجع نقض مصري ١٩٧٩/٥/١٧م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٣٠ ص ٥٨٨ - .

الباب الثاني

'

.

:

الفصل الأول

سلطة القاضي التقديرية في قبول الشهادة وتقويمها

الشهادة , تحملها وأداؤها وأنواعها وشرائط صحتها ودقائق أحكامها , قد أفاض بتناولها فقهاء الشريعة , بما فيه غناء , علماً بأن الخوض في غمار تلك

الأحكام ببياعنا عن جوهر دراستنا , التي تعني هنا بتبيان (سلطة القاضي التقديرية في قبول الشهادة وتقويمها) , فاقترضى الحال أن نوجز القول - , في مبحث أول : عن تعريف الشهادة وبيان مشروعيتها , ثم نفرّد بالتفصيل مبحثين متتاليين , أحدهما: عن سلطة القاضي التقديرية في قبول الشهادة , والآخر : عن سلطة القاضي التقديرية في تقويم الشهادة - .

المبحث الأول

تعريف الشهادة وبيان مشروعيتها

بقدر ما يقتضيه المقام : نوجز البيان في تعريف الشهادة في اللغة والاصطلاح , ثم بيان مشروعيتها , في بندين علي النحو التالي :-

البند الأول : الشهادة في اللغة والاصطلاح :

الشهادة في اللغة : تطلق علي الحضور , ومنه قوله تعالى : ((هههههه))¹ - , وتطلق علي العلم , قال الأزهري : ((أخبرني المنذرى أنه سأل أحمد بن يحيى عن قول الله عز وجل (شهد الله أنه لا إله إلا هو) فقال : (كل ما كان (شهد الله) , فهو بمعنى : (علم الله) وقال أبو بكر الأنباري في معني قول المؤذن : (أشهد أن لا إله إلا الله) : أعلم أن لا إله إلا الله , وأبّين أنه لا إله إلا الله . قال : وقوله عز وجل : (تثتثتثتثتثتث) , معناه : بيّن الله أنه لا إله إلا هو وقال أبو عبيدة : معني : (شهد الله) : قضي الله ... قال : وحقيقته : (علم الله وبيّن الله) ؛ لأن الشاهد هو العالم الذي يبين ما علمه ... وشهد الشاهد عند الحاكم : أي بيّن ما يعلمه وأظهره ويقال للشاهد شهيد , ويجمع شهداء ...)² - , قال تعالى : ((ذُرْزُرٌ))³ - , وقال تعالى : ((سُتُّنٌ تُثْمَةٌ))⁴ - .

أما في الاصطلاح فإن الشهادة : إخبارٌ صادق لإثبات حق لآخر , في مجلس القضاء , بأي لفظ يفيد إنشاء الإخبار عن الواقعة المشهود بها -⁵ . وقد ذهب فقهاء

1 - سورة البقرة - الآية ١٨٥ - .
2 - تهذيب اللغة - للأزهري - ج ٦ ص ٧٢ / ٧٣ / ٧٧ - .
3 - سورة البقرة - من الآية ٢٨٢ - .
4 - سورة البقرة - من الآية ٢٨٢ - .
5 - شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام ج ٧ ص ٣٦٤ وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٦٥ وشرح منتهي الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ٥٣٤ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٢٥ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٣٨٣ - .

الشافعية - في الصحيح من المذهب - إلي وجوب أدائها بلفظ (أشهد) - وحكي عن الإمام الشافعي وجه أنه لا تتعين لفظة أشهد , ويقوم غيرها مقامها - ^١ , وهذا أوفق فالعبرة بالمعاني - لا بالألفاظ والمباني - . وجمهور الفقهاء علي جواز الشهادة بأي لفظ يفيد إنشاء الإخبار عن الواقعة محل الإثبات . قال ابن فرحون المالكي : ((وهذا الذي ذكره القرافي , هو مذهب الشافعي ولم أره لأحد من المالكية , ونقل شمس الدين ابن قيم الجوزية الحنبلي الدمشقي : أن مذهب مالك رضي الله تعالى عنه , وأبي حنيفة وظاهر كلام أحمد بن حنبل , أنه لا يشترط في صحة الشهادة لفظ (أشهد) , بل متي قال الشاهد : (رأيت كذا وكذا , أو سمعت أو نحو ذلك , كانت شهادة منه , وليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم , موضع واحد , يدل علي اشتراط لفظ الشهادة , ولا ورد ذلك عن أحد من الصحابة , ولا ورد في القياس والاستنباط ما يقتضي ذلك , بل الأدلة المتضافرة , من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة , ولغة العرب , تنفي ذلك)) - ^٢ .

وقد نصت المادة ٢٣ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م , علي أن : ((الشهادة هي : البيئة الشفوية لشخص عن إدراكه المباشر , لواقعة تثبت لغيره , مسئولية مدعي بها , علي آخر , أمام المحكمة)) . وقد أغفلت هذه المادة شرط أن تكون الشهادة (في مواجهة الخصوم) , فهذا الشرط هو الأصل , إلا أن تقتضي الضرورة خلافه , وكانت المادة ٢٧ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م تنص علي هذا الشرط , إذ كان نصها : ((الشهادة هي : البيئة الشفوية لشخص عن إدراكه المباشر , لواقعة تثبت مسئولية مدعي بها علي آخر , في مجلس القضاء ومواجهة الخصوم)) - .

البند الثاني : مشروعية الشهادة :

الشهادة مشروع في الإثبات بدلالة الكتاب والسنة والإجماع . فأما الكتاب فقد وردت آيات عديدة في كتاب الله وتدل علي مشروعية الشهادة , منها قوله تعالى:

¹ - أدب القضاء لأين أبي الدم الحموي ص ٣٨٣ - .
² - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٠٩ - .

((ذُرُّرُ ك ك ك ك ك ك ك ك ك ك))^١ . وفي ذات الآية من سورة البقرة : ((ن ن ن ن ن ن ن ن ن ن)) , ووجه الدلالة في الآية الأولى , ورود الشهادة فيها بصيغة الأمر , وفي الآية الثانية بصيغة النهي عن الإباء , فدلنا علي المشروعية - , وفي الآية التالية لها من سورة البقرة , ورد قوله تعالى : ((ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه)) , ووجه الدلالة فيها : صراحة النص علي أن كتمان الشهادة يوجب الإثم , فدل ذلك علي وجوب الأداء- . وقال تعالى : ((ذُرُّرُ))^٢ . وهي في الأَشهاد علي الطلاق .. , وفي رمي المحصنات بالفاحشة , ورد قوله تعالى : ((رُ ك ك ك ك ك ك ك ك ك ك))^٣ , وتلك بعض ما ورد في آي القرآن الكريم , بشأن مشروعية الشهادة في سائر التصرفات - .

وفي السنة النبوية أحاديث كثيرة , تدل علي مشروعية الشهادة منها ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((ألا أخبركم بخير الشهداء , الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها)) -^٤ . ومن أدلة مشروعية الشهادة في إثبات الحقوق , ما رواه البخاري ومسلم من حديث الأشعث ابن قيس قال : ((كان بيني وبين رجل من اليهود أرض , فجددني فقدمته إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال لي رسول الله صلي الله عليه وسلم : (ألك بينة) كذا في لفظ البخاري - وفي صحيح مسلم بروايتين إحداهما كلفظ البخاري , مع زيادة يسيرة , والأخرى جاء فيها : فقال: (شاهدك أو يمينه) -^٥ . وهذه الأحاديث - وغيرها - تدل علي مشروعية الشهادة في الإثبات - .

أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم , إلي يومنا , علي الاستدلال بالشهادة في إثبات الحقوق , فكان إجماعاً دالاً علي المشروعية - من غير خلاف - .

المبحث الثاني

١ - سورة البقرة - الآية ٢٨٢ - .
 ٢ - سورة الطلاق - الآية ٢ - .
 ٣ - سورة النور - الآية ٤ - .
 ٤ - صحيح مسلم - كتاب الأقضية - باب (بيان خير الشهداء) وسنن أبي داود , في كتاب الأقضية باب (في الشهادات) - .
 ٥ - صحيح البخاري , في الخصومات - باب كلام الخصوم بعضهم في بعض - , وصحيح مسلم كتاب الأيمان , باب من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة - .

سلطة القاضي التقديرية في قبول الشهادة

قبول الشهادة : هو قبول سماعها , وتضييق سلطة القاضي التقديرية بشأن قبول الشهادة – أو عدمه - , يتجلى ذلك من خلال موجبات إعمال مبدئين , أولهما : لزوم تمكين الخصوم من حماية حقوقهم – إثباتاً أو نفياً - , وهذا حق مقدس , مكمل لحق الالتجاء إلي القضاء , لاستيفاء الحق , أو لحمايته وصونه , ولا معني من تقرير حق اللجوء إلي القضاء , في ظل الحيلولة دون تمكينهم من الإثبات . وغني عن القول : بأننا لا نكاد نجد دستوراً معاصراً , خلواً عن حق اللجوء إلي القضاء , فذلك من حقوق الإنسان الأساسية -¹ .

وثانيهما : ما ينجم عن قلة الشرائط التي تحتف بسماع الشهادة – في الشريعة الإسلامية وفي القانون , بحصر تلك الشرائط في أحوال معينة , ومعلوم أن قلة شرائط الشيء , تنبئ عن كثرة وجوده , أي كثرة أحوال قبول الشهادة – أو قل كثرة أحوال قبول سماعها – بحيث لا يسوغ للقاضي تقرير عدم قبول الاستماع إلي شهادة بعينها , ما دامت لا تنطوي عن سببٍ مانع لقبولها , وكانت منتجة في إثبات وقائع الدعوى – أو نفيها – في ذات الوقت , ولا يجوز له في مرحلة القبول تقويم قيمتها التدليلية - , فذلك مما يربحاً لمرحلة وزن البينات , ويتبين مما سبق أن علي القاضي التقيد بشرطين في مرحلة قبول البينة , هما :-

أ// ألا تنطوي الشهادة عن سببٍ مانع لقبولها شرعاً أو قانوناً - .

ب// أن تكون الشهادة منتجة في إثبات الوقائع محل الإثبات أو نفيها - .

وينبغي أن لا يفهم من الأصل القائم علي هذين الشرطين , أنه ليس للقاضي سوي الإذعان لقبول الاستماع إلي الشهادة في ظل توفرهما ؛ ذلك أنه قد يري عدم قبول الشهادة , لحصول اقتناعه القضائي بما سواها , بحيث لا يري موجباً لمزيد إثبات - .

وفيما يلي تفصيل بيان الشرطين الأنفين في مطلبين متتاليين :-

¹ - نصت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان علي أنه : ((لكل شخص الحق أن يلجأ إلي المحاكم الوطنية , لإنصافه من أعمال فيها إعتداء علي الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون)) . وقد أفرد دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م الباب الثاني منه للحقوق الأساسية وأسماء (وثيقة الحقوق) ونصت المادة (٣٥) منه علي أنه : ((يكفل للكافة الحق في التقاضي , ولا يجوز منع أحدٍ من حقه في اللجوء إلي العدالة)) - .

المطلب الأول

ألا تنطوي الشهادة على سببٍ مانع لقبولها شرعاً أو قانوناً

المانع هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم , ولا يلزم من عدمه , وجود ولا عدم . وقيل هو : أمرٌ يوجد مع تحقيق السبب وتوافر شروطه , ويمنع من ترتب المسبب علي سببه , ففقد الشرط لا يسمى مانعاً¹ . ومن هذا الوجه فإن الذي نعني به في هذا المطلب , هو : ما يمنع من قبول الاستماع إلي الشهادة منعاً كلياً , وليس ما يمنع من الحكم بالشهادة , بعد سماعها , ففرق بين شهادة ممنوعة , وشهادة متهاثرة أو مرجوحة , فهذه الأخيرة مسموعة , وهي غير مرادة هنا , ومحل بيانها في المبحث الثاني , عند مناقشة (سلطة القاضي التقديرية في تقويم الشهادة) - .

وموانع قبول الشهادة بعضها تتعلق بالواقعة محل الإثبات , وبعضها تتعلق بذات الشهادة , وما يتعلق بالواقعة محل الإثبات بعضها , مقررة شرعاً , وبعضها قانوناً , وكذا ما يتعلق بذات الشهادة - .

وفيما يلي تفصيل كل في بندٍ علي حدة :

البند الأول : موانع قبول الشهادة لأمرٍ متعلق بالواقعة محل الإثبات :

الموانع الشرعية المتعلقة بالواقعة محل الإثبات , يدخل فيها الشهادة بالمحرمات شرعاً , فلا يجوز الاستماع إلي الشهادة المقدمة لإثبات الربا , لتحريمه بقطعي الإسناد , قطعي الدلالة , وكذا فلا يجوز الاستماع إلي الشهادة المقدمة لإثبات دين المقامرة , لذات معني التحريم , وبالجملة : فكذا الحال في كل ما ورد بتحريمه نص قطعي الإسناد , قطعي الدلالة .

أما الموانع القانونية المتعلقة بالواقعة محل الإثبات , فيدخل فيها كل واقعة يحرم القانون إثباتها أو نفيها , كالوقائع التي يقصد بها نفي قرينة قانونية قاطعة , لا

¹ - أصول الفقه - عبد الوهاب خلاف - ص ١١٤ - .

تقبل إثبات العكس - ١ , ومن قبيلها قرينة (حجية الأمر المقضي به) , فلا يجوز تقديم دليل لنقض تلك الحجية , وقد نصت المادة (٥١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((تعتبر الأحكام النهائية حجة قاطعة علي الخصوم , فيما فصلت فيه , ولا يجوز تقدم دليل ينقض تلك الحجية)) - . والمنع من تقديم الدليل الذي ينقض دلالة حجية الأمر المقضي به , يرد في الدفع بحجية الأمر المقضي به ويرد بصورة أوضح عند التمسك بحجية الأمر المقضي به , فالدفع بها يقصد منه , عدم قبول الدعوى الجديدة , أما التمسك بها , فيقصد منه , الاستفادة من حجيته ومنع الخصم من تقديم الدليل الذي ينقضه , ولتجلية الفارق بين الأمرين نورد ما في الوسيط للسنهوري : ((... فحجية الأمر المقضي معناه : أن للحكم حجية فيما بين الخصوم , وبالنسبة إلي ذات الحق , محلاً وسبباً , فيكون الحكم حجة في هذه الحدود , حجة لا تقبل الدحض , ولا تنتزح إلا بطريق من طرق الطعن , وقد أخذ الفقه أخيراً يميز في حجية الأمر المقضي , بين الدفع بهذه الحجية , وبين التمسك بها , فهذان شيان منفصلان . الأول هو كما رأينا دفع موضوعي , يهدف إلي عدم قبول الدعوى الجديدة , والمدعي عليه هو الذي يدفع به هذه الدعوى , أما الثاني فليس بدفع , بل هي حجية الأمر المقضي ذاتها , يتمسك بها المدعي , في دعوي يقيمها هو . فقد يكون مجنياً عليه في جريمة , وصدر حكم جنائي بإدانته المتهم , فيتمسك في دعوى التعويض المدنية التي يرفعها ضد المحكوم عليه , بحجية الحكم الجنائي , فيما يتعلق بالوقائع التي فصل فيها هذا الحكم , وكان فصله فيها ضرورياً . وقد يستصدر حكماً من المحكمة الشرعية , بثبوت نسبه من المورث في مواجهة الورثة , ثم يرفع علي هؤلاء الورثة , دعوى استحقاق لنصيبه في الإرث , يتمسك فيها بحجية الحكم الصادر من المحكمة الشرعية , ففي الحالتين يتمسك بحجية الأمر المقضي كمدع , ولا يدفع بها كمدعي عليه أمام المحكمة المدنية . غير أنه في الحالة الأولى , يتمسك بحجية الأمر المقضي , في حكم صدر من محكمة جنائية , وفي الحالة الثانية يتمسك بهذه الحجية في حكم صدر من

¹ - راجع نظرية الأحكام - د. أحمد أبو الوفا - ص ١٩٥ - .

محكمة شرعية . ويجوز أن يتمسك بهذه الحجية أمام المحكمة المدنية , في حكم صدر من محكمة مدنية أخرى , ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يحصل المستأجر علي حكم بصحة عقد الإيجار , في مواجهة المؤجر , وقبل أن يتسلم العين المؤجرة , يبيعها المؤجر من آخر , فيرفع المستأجر دعوى علي المشتري يطالبه فيها بتسليمه العين , ويتمسك في هذه الدعوى , بحجية الحكم الصادر بصحة عقد الإيجار في الدعوى السابقة -))¹ .

ومن قبيل موانع قبول الشهادة – قانوناً – والمتعلقة بالواقعة محل الإثبات منع قبول الشهادة لإثبات عكس دلالة القرينة القانونية التي تقضي بإعتبار الهبة في مرض الموت , وصية وفقاً لمقتضى المادة ٢٧٩ من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م , فإذا صدرت الهبة , وثبت أنها كانت حال مرض الموت , فتعتبر تلك الهبة من قبيل الوصية , وتسري عليها أحكام الوصية , ولا يجوز قبول الشهادة لإثبات أنها ليست وصية - .

ومن موانع الشهادة التي تتعلق بالواقعة محل الإثبات , ورودها علي خلاف المحسوس ؛ إذ نصت المادة ١٦٩٧ من مجلة الأحكام العدلية علي أنه : ((لا تقبل البينة التي أقيمت علي خلاف المحسوس , مثلاً إذا أقيمت البينة علي موت رجل , وحياته مشاهدة , أو علي خراب دار وعمارها مشاهد , فلا تقبل ولا تعتبر)) .

وكذا لا تقبل الشهادة لإثبات أمر مستحيل , كالشهادة لإثبات بنوة مجهول النسب , إلي من لا يكبره سناً , أو الشهادة بنفي واقعة نفياً مجرداً , وقد نصت المادة ١٦٩٨ من مجلة الأحكام العدلية علي أنه : ((إنما شرعت البينة لإظهار الحق , بناءً عليه : لا تقبل الشهادة بالنفي الصرف , كقولك فلان ما فعل هذا الأمر وفلان ليس بمديون لفلان -)) . وأوضح مثال علي منع الاستماع إلي الشهادة بالنفي المجرد , هو أننا لا نكلف المنكر إنكاراً مجرداً – مطلقاً - , بإقامة البينة علي إنكاره , بل لا نقبل طلبه سماع شهوده لإثبات إنكاره المجرد , لاستحالة إحاطة علم الشهود بحقيقة النفي المجرد فإن كان النفي قائماً علي أمر منضبط محصور , جاز قبول

¹ - الوسيط – للسهنوري – المجلد الثاني – صفحات ٦٣٢ / ٦٣٥ / ٦٣٦ / ٦٣٧ - .

الشهادة به , كأن يشهد بأن زيدا لم يقتل بكرة ؛ لأنه كان معه في بلد كذا يوم النازلة ووقت حدوثها لم يفارقه , أو أنه لم يسافر بالأمس , لأنه رآه اليوم , فتلك شهادات مسموعة لإمكان إحاطة علم الشاهد بوقائعها -¹ . وذهب فقهاء الشافعية إلي قولين بشأن الشهادة بالنفي المنضبط , المضاف إلي وقت معين , أحدهما : منع سماع الشهادة ولو كانت بالنفي المنضبط المحصور , المضاف إلي وقت معين , سداً للباب , والثاني جواز سماعها ؛ لإمكان الإحاطة بالمشهود به – وهو الأقيس - , ففي كتاب (أدب القضاء) :- ((إذا ادعى رجل علي رجل أنه قتل أباه مثلاً , عند بروز قرص الشمس من اليوم الفلاني , أو أنه أتلف عليه ماله في ذلك الوقت , أو باعه أو أسلم إليه , والمقصود أنه أضاف الدعوى إلي وقت معين فشهدت له بينة , بأنه ما قتل في ذلك الوقت المدعي به , ولا أتلف ولا باع في ذلك الوقت هل تسمع شهادته ؟ وقد شهد بالنفي المضاف إلي وقت مخصوص معين ؟ فيه وجهان : حاكمهما الإمام وغيره , أحدهما : لا تسمع سداً للباب , واحتياطاً للشهادة ؛ لاضطراب النفي , وعدم الإحاطة به في الجملة . والثاني : تسمع , وهو الأقيس , لإمكان الإحاطة به في فرضنا هذا , لأن الشاهد يقول : كنت مجالساً له قبيل طلوع الشمس من ذلك اليوم , ماسكاً بيده , مراقباً له , فما نطق بكلمة ولا بحرفٍ , ولا فعل فعلاً , ولا تحرك بحركة , وعيناي شاخصة إليه , ملاحظة له أنا فأناً , إلي أن طلعت الشمس وانتشرت وعلت , فهذا ممكن محصور فينبغي أن يسمع ولا خلاف في أن النفي المطلق , لا تسمع الشهادة به , لعدم الإحاطة به -))² .

وقد استقر عمل القضاء المعاصر , علي عدم قبول الاستماع إلي الشهادة بالنفي المجرد -³ .

البند الثاني : موانع قبول الاستماع إلي الشهادة لأمر متعلق بذات الشهادة :

¹ - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ١١٤ وروضة الطالبين – للنووي جـ ١٢ ص ٧٣ والإنصاف للمرداوي جـ ١٢ ص ٢١ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني جـ ٤ ص ١٠٧ وطرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١ – ٢٤ .

² - أدب القضاء – ابن أبي الدم الحموي – ص ٤١٣ .

³ راجع مجلة المحاماة الشرعية السنة ٦ ص ٩٩٠ والسنة العاشرة ص ٨٣٤ , وراجع مبادئ القضاء الشرعي – أحمد نصر الجندي ص ٦٣ – ٦٥ , ومجموعة أحكام النقض – المصرية – السنة ٢٧ ق ٨٣ ص ٤٠١ حكم جلسة ١٩٧٦/٢/٤ م .

وهذه الموانع إما نابعة من عدم جدوى الشهادة , وإما تحقيقاً لمعني آخر قصد إليه المشرع , وبيان ذلك فيما يلي :

أ// منع سماع الشهادة لإثبات واقعة متفق عليها أو مقر بها :

ولا تقبل الشهادة لإثبات واقعة متفق عليها بين طرفي الدعوى , أو لإثبات واقعة مقر بها ؛ لأن الإقرار سيد الأدلة , ومقدم علي سائر وسائل الإثبات لوجهين , أولهما : استناده علي العلم , وثانيهما : خلوه من الريب والظنون , فالعاقل لا يقر علي نفسه كذباً بما يضر بها . قال ابن قدامه : ((... المدعي عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة , وإنما تسمع إذا أنكر -))¹ . وتستثني التشريعات الجنائية المعاصرة , من هذه القاعدة , حكم الاستماع إلي الشهادات , رغم توفر الإقرار , في الجرائم الخطيرة , إذ يكون من سلطة القاضي التقديرية تقرير الاستماع إلي الشهادة , عندئذٍ ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ٣/١٣٩ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م : ((إذا أنكر المتهم أو رأت المحكمة , رغم إقراره , أن من الأوفق سماع البينة , فعليها استدعاء بينة الاتهام , والسير في بقية الإجراءات -)) , أما في الجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو القطع أو الجلد بأكثر من أربعين جلدة , فإن الاستماع إلي شهود الاتهام يكون وجوبياً , حال توفرهم , إذ نصت المادة ٣/١٤٤ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أنه : إذا كان ردّ المتهم أنه مذنب , في جريمة عقوبتها الإعدام أو القطع أو الجلد بأكثر من أربعين جلدة , فعلي المحكمة أن : (أ) تستمع إلي أي بينة أخرى يقدّمها الادعاء , (ب) تنبه المتهم إلي خطورة إقراره , إذا كان الإقرار هو البينة الوحيدة ضده ...)) -^٢ .

ب// منع سماع الشهادة لإثبات ما يجاوز مشتملات المحررات الخطية :

ولا تسمع الشهادة لدحض أو تعديل أو إثبات عكس ما أشتمل عليه المحرر - رسمياً كان المحرر أو عرفياً - , وقد نصت المادة ٢/٣٧ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((لا تقبل الشهادة لتقديم ما يجاوز ما اشتمل عليه

¹ - المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٢٦٢ - .

² - وراجع كتاب (ضوابط تسبب الأحكام الجنائية د. رءوف عبيد ص ٣٩٦ بشأن رؤية التشريع والقضاء في كل من فرنسا وانجلترا وأمريكا لأحكام الإثبات بالبينة رغم توفر الإقرار ومدى جواز تأسيس الإدانة علي الإقرار وحده)

المستند أو يعدله أو يعارضه , إلا في الحالات الآتية , وهي : (أ) وجود نص في المستند يقضي بجواز ذلك . (ب) إثبات قيام أي شرط سابق يتوقف عليه نفاذ ما أشتمل عليه المستند , ولا يتعارض مع صريح نصوصه . (ج) إثبات أي عرف أو عادة مما لا يتعارض مع صريح نصوص المستند . (د) إثبات أي واقعة قد تؤدي إلي بطلان ما أشتمل عليه المستند , بسبب انعدام الأهلية , أو عدم المشروعية , أو نحو ذلك , أو تؤدي إلي إبطاله بسبب الغش أو الإكراه أو نحو ذلك (هـ) إثبات أي إجراء أو اتفاق لاحق يعدل ما أشتمل عليه المستند إلا فيما يوجب القانون تسجيله - .

(٣) يجوز إثبات انقضاء المسؤولية الناشئة عما أشتمل عليه المستند بأي طريق من طرق الإثبات ((- .

وفي قانون الإثبات المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م نصت المادة ٦١ علي أنه : ((لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود , ولو لم تزد القيمة علي مائة جنيه : (أ) فيما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي . (ب) إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . (ج) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى , بما تزيد قيمته علي مائة جنيه , ثم عدل عن طلبه , إلي ما لا يزيد علي هذه القيمة -)) .

وفي بيان شرائط إعمال هذه المادة يقول الدكتور أحمد أبو الوفا : ((... يشترط لإعمال هذا النص , أن توجد كتابه تعدد دليلاً كاملاً في الإثبات , ويستوي أن يتضمنها محرر رسمي , أو محرر عرفي , أو أن تكون عقداً , أو تصرفاً قانونياً من جانب واحد , ويستبعد من نطاق هذا النص , مبدأ الثبوت بالكتابة , وأية كتابة صادرة عن الخصم , ولو كانت بخطه متي كان لم يوقع عليها . كذلك يعطل حكم النص , اتفاق الخصوم صراحةً أو ضمناً علي جواز الإثبات بشهادة الشهود , في جميع الأحوال , وأياً كانت قيمة النزاع ولا يعمل بالنص أيضاً في المواد التجارية ويشترط ثانياً أن يكون المقصود , إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها , فإذا لم يذكر تاريخ المحرر العرفي فيه , جاز إثبات تاريخه بشهادة

الشهود , وإنما إذا كان تاريخه مذكوراً فيه , وجبت الكتابة لإثبات التاريخ المدعي حصول التعاقد فيه أما إذا كان المحرر رسمياً , وجب الادعاء بالتزوير في هذا الصدد . وإذا لم يذكر سبب العقد في المحرر المثبت له , جاز إثباته بكافة طرق الإثبات , أما إذا حصل الادعاء بأن سبب العقد هو غير السبب المذكور فيه , وجب إثبات ذلك بالكتابة . وكقاعدة عامة يقصد بما يخالف الدليل الكتابي أو يجاوزه : أي ادعاء يتعارض مع ما جاء بالدليل الكتابي , أي يخالف ظاهره حقيقةً أو حكماً , سواء كان الادعاء بأن هذه التعديلات سابقة علي إعداد الدليل الكتابي , أو معاصرة له , أو لاحقة عليه , وسواء كان هذا الادعاء يخالف ما هو مكتوب في الدليل الكتابي صراحةً أو ضمناً , أو يخالف ما ليس مكتوباً فيه , إنما يقتضيه القانون حكماً أو فرضاً , فإذا لم يكتب في عقد القرض أنه بفائدة , فالفرض أن يكون بدون فائدة^١ , وإذا لم يذكر في العقد أي شرط أو أجل , فالفرض أنه منجز . ويشترط ثالثاً لإعمال الفقرة الأولى من المادة (٦١) أن يكون الادعاء بما يخالف الدليل الكتابي أو يجاوزه , صادراً من أحد المتعاقدين , أما الادعاء الصادر من الغير , فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات -))^٢ .

ويلاحظ أن المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري , قد نصت علي عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود - في غير المواد التجارية - إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته علي مائة جنيه , أو كان غير محدد القيمة , فعندئذ لا يجوز قبول الشهادة , لإثبات وجود ذلك التصرف أو انقضائه , ما لم يوجد اتفاق , أو نص يقضي بغير ذلك . وإيراد النص هنا : بجواز الاتفاق علي ما يخالف حكم هذه المادة, يدل علي أن حكم منع سماع الشهادة - هنا في هذه المادة - , لا يتصل بالنظام العام , فجاز الاتفاق بخلاف هذا الحكم , وهذا يخفف من غلواء حكم هذه المادة التي كادت تفرغ الشهادة من أصل مشروعيتها - .

^١ - في السودان : لا مجال للحكم بالفائدة في أي اتفاق تم التوقيع عليه بعد ١٨/٨/١٩٨٣م (المادة ١١٠ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م) - .
^٢ - التعليق علي قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٢٢٨/٢٢٩ - .

ولا يجوز سماع الشهادة لدحض ما أشتمل عليه المحرر الرسمي , مما قام به الموثق في حدود مهمته , وبينها في الورقة الرسمية , من مثل تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة الشهود , أو بمستندات ثبوتية , وتأكده من أهليتهما ورضائهما بالتعاقد , وصدور الكتابة منه , والبيانات العامة التي أثبتتها في المحرر الرسمي وهي : تاريخ المحرر , واسم الموثق ومكان صدوره , وحضور الشهود وأصحاب الشأن وأسمائهم وتوقيعاتهم - , فتلك بيانات لا يجوز سماع الشهادة لإثبات ما يخالفها , أو لدحضاها , أو لتعديلها , كما لا يجوز سماع الشهادة لدحض البيانات التي أثبتتها الموظف المختص في المحرر الرسمي , بعد أن أدركها بسمعه وبصره , ولا يشمل هذا الحكم , ما دونه الموظف المختص في المحرر الرسمي , من البيانات التي دخلت إلي علمه عن طريق الحكاية من التصرفات أجراها الطرفان , بعيداً عن سمعه وبصره - ¹ .

ج// منع سماع الشهادة بإفشاء بعض الأسرار المحددة تشريعاً :

من القواعد الفقهية العامة أن : ((التصرف علي الرعية منوط بالمصلحة)) , وقد اقتضت المصلحة , ودفع المفسدة , تغليب حق الجماعة علي حق الفرد , بموازنة لا تهدر حق الفرد بصفةٍ مطلقة , فشرعت حماية مقدرة بقدر الضرورة لبعض الأسرار , بمنع قبول الشهادة بها , بحيث لا يجوز سماع الشهادة بها أمام المحكمة , إلا وفق ضوابط محددة , فالمادة (٢٥) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م قد منعت قبول الشهادة - أو بالأحرى منعت سماعها - متي كانت بشأن معلومات ذات طابع سري , ودخلت إلي علم المكلف بخدمة عامة بحكم عمله الرسمي , ولم تنشر بطريقة قانونية , فلا يجوز قبول شهادة ذلك الشخص - المكلف بخدمة عامة - , ما لم تاذن له السلطة المختصة بأداء الشهادة بتلك الأسرار , أو كانت المحكمة قد قدرت أن المصلحة العامة لن تضار من إفشاء تلك المعلومات . فإن كانت تلك المعلومات عامة , أو لا تتسم بطابع السرية , فيجوز سماع الشهادة

¹ - راجع الوسيط - للسهنوري - المجلد الثاني - ص ١٤٧ - ١٤٨ - .

بها . وتظل قاعدة منع إفشاء المعلومات السرية الرسمية سارية في حق ذلك المكلف بخدمة عامة , حتى ولو كان قد ترك الخدمة وقت الحاجة لأداء الشهادة .

وصوناً لخصوصية العلائق بين الزوجين , ولقداسة الميثاق الزوجي , وبعثاً للسكينة والطمأنينة في نفسي الزوجين , فقد أسبغ التشريع حصانةً غير مطلقة لما يفضي به أحد الزوجين للآخر من أسرار تخصه , إذ نصت المادة ٢٦ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((لا تقبل شهادة أحد الزوجين علي الآخر , فيما أسر به إليه الزوج الآخر , ما لم ياذن له صاحب السر)) - .

وتمتد هذه الحماية للأسرار لغير الزوجين , مع حصانةٍ أقل , لتشمل الأمناء علي الأسرار , كالوكلاء القانونيين والأطباء ونحوهم فلا تسمع شهادتهم فيما علموه بحكم مهنتهم من معلومات , إلا إذا إذن صاحب السر , أو كان ذلك السر متعلقاً بارتكاب جريمة مستقبلاً وهذا علي نحو ما قضت به المادة ٢٧ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - .

ورغم أن المادة ٢٥ الأنفة الذكر , قد اختصت بذكر منع الشهادة بإفشاء تلك الأسرار , ولو كان ذلك بعد ترك الخدمة , ولم يرد صنو هذا القيد بالمادة ٢٧ إلا أن ذات القيد هو ما يقتضيه الحال بالنسبة للزوجين , فلا يجوز سماع شهادة أحدهما , علي الآخر , فيما أسر به إليه , ولو كان ذلك بعد انفصام عري الزوجية بينهما , ويستثنى من حكم منع سماع شهادة أحد الزوجين علي الآخر , فيما أسر به إليه , حالة إقامة دعوى علي أحدهما , بسبب جرم ارتكبه في حق الآخر , وهذا النظر أوفق , وقد أخذت به المادة ٦٧ من قانون الإثبات المصري , - قانون رقم ٢٥ - لسنة ١٩٦٨م - , وبالنسبة للأمناء علي السر كالمحامين والأطباء ونحوهم , فإن الأوفق أيضاً عدم سماع شهادتهم - فيما ذكر - ولو كان ذلك بعد انتهاء خدمتهم , أو انقضاء تلك الصفة عنهم , وقد أخذ بهذا النظر , قانون الإثبات المصري , في مادته (٦٦) , وذلك أكد في تحقيق الغاية التي من أجلها شرعت تلك الحماية - .

تلك بعض الأحوال التي تضيق فيها سلطة القاضي التقديرية , بشأن الشهادة - .

المطلب الثاني

قبول سماع الشهادة المنتجة في الإثبات أو النفي

قلنا آنفاً بأن القيد الثاني الذي يلزم علي القاضي مراعاته , حتى يتسني له الاستماع إلي الشهادة , هو أن تكون الشهادة منتجة في إثبات وقائع الدعوى أو نفيها - أو في إثبات أي من الوقائع المتعلقة بالدعوى أو نفيها - , وهذا القيد ينطوي عن وجهين , أحدهما يتبدى منه تقييد ومحاصرة حرية القاضي وسلطته التقديرية في قبول سماع الشهادة , والثاني يتبدى منه إطلاق حرية القاضي وسلطته التقديرية في قبول سماع الشهادة .

أما أولهما ؛ فلأن قيد (البيئة المنتجة) يعني ألا يستمع إلي ما كان غير منتج , فهو ليس حراً يستمع إلي البيئات كيفما شاء , وأما ثانيهما ؛ فلأن تقرير ما هو منتج وما هو غير منتج , أمر يقدره القاضي , علي ضوء مدى تعلق الشهادة بالدعوى , ومدى تأثيرها علي إثبات وقائعها , أو إثبات واقعة متعلقة بها - أو نفيها - .

لقد نصت المادة (٨) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أن : ((تكون البيئة التي يقبل تقديمها في أي دعوى , هي التي تنتج في إثبات الوقائع المتعلقة بالدعوى أو نفيها والتي لا تكون مردودة بموجب أحكام هذا القانون)) - , وعبارة : (البيئة) في هذه المادة , من قبيل العام , المستغرق لكل جنس البيئة , فإن كانت شهادة طلب الخصم سماعها , , فيلزم فيها أن تكون منتجة , وفقاً لأحكام المادة المذكورة , وعبارة (التي يقبل تقديمها) تعني عندئذٍ (الشهادة التي يجوز سماعها) , وقد جاءت المادة ١/١١ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ببيان معني (البيئة المنتجة) , إذ نصت علي أن : ((البيئة المنتجة هي التي تؤثر علي ثبوت الدعوى أو نفيها)) . وقد يكون عسيراً , التعرف إلي ما هو منتج وما هو غير منتج , قبل سماع الشهادة , فالخصم الذي يستشهد بالشاهد يسوق مبررات السماع , بما تتبدى معه الشهادة , متعلقة بوقائع الدعوى ومنتجة في إثباتها - أو

نفيها - , فإذا سمعت الشهادة أمام القضاء فقد يبين عدم تعلقها وعدم جدواها في الإثبات ؛ ولذلك نصت المادة ٢/١١ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((يجوز للمحكمة في أي من مراحل الدعوى , استبعاد البينة , إذا رأت أنها غير منتجة)) .

وقد جري العمل القضائي في السودان – في الأغلب – وفقاً لمقتضي هذا البند الثاني من المادة (١١) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م , أي بالاستماع إلي البينة أولاً , ثم تقرير جدواها واما إذا كانت منتجة في إثبات وقائع الدعوى أو نفيها , أو في إثبات واقعة متعلقة بالدعوى – أو نفيها - . ومردّ جريان أغلب العمل القضائي بهذا النحو , هو ما ألمعنا إليه آنفاً من صعوبة تقرير تعلق البينة بالدعوى وجدواها في إثباتها , في ظل ما تتدثر به البينة من أقنعة التعلق والجدوى , في أول وهلةٍ عند طلب سماعها , وفي ظل اتساع مساحة (الوقائع المتعلقة بالدعوى) وتعدّد صنوفها ؛ إذ نصت المادة (٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((تعتبر متعلقة بالدعوى :- (أ) الوقائع محل النزاع (ب) الوقائع المرتبطة بها , بحيث تشكل معها جزءاً من عمليةٍ واحدة . (ج) الوقائع الظرفية التي: أولاً : تكون مناسبة أو سبباً أو نتيجة للوقائع محل النزاع , أو تكشف عن طبيعتها أو مداها أو مكانها أو زمانها , أو غير ذلك مما يحيط بها . ثانياً : تبين أو تشكل دافعاً أو قصداً لأي واقعة محل نزاع . والوقائع التي تكشف عن أي حالة ذهنية أو نيةٍ أو إحساس , مما يتصل بالواقعة محل النزاع . ثالثاً : تبين هوية الأشخاص وأحوالهم الجسدية , وسلوكهم وعلاقاتهم , والوقائع المؤثرة علي ذلك مما يكون متصلاً بالواقعة محل النزاع . رابعاً : تبين كون الفعل المعين من نهج سوابق متشابهة , كانت للفاعل صلة بها , من أجل إثبات أن الفعل كان عرضاً أو مقصوداً , أو أنه اتخذ بقصد أو علم خاص , أو تبين أسلوب تعامل يتم به الفعل عادةً من أجل إثبات أنه قد تمّ أو لم يتم -)) .

وحيث اتسعت مساحة الوقائع المتعلقة بالدعوى وتعددت صنوفها , بنحو ما تقدم , وكان تقرير مدى تعلقها بالدعوى وجدواها في إثباتها , منوطان بتقدير القاضي ,

فإن النتاج الشرعي لذلك هو اتساع سلطة القاضي التقديرية في قبول سماع الشهادة – أو قل (البينة) بمعناها الواسع , وليس ثمة ضير فيما جري عليه أغلب عمل القضاء , بنحو ما سبق الإلماع إليه .

غير أن اتساع مساحة الوقائع المتعلقة بالدعوى وتعدد صنوفها , وجريان أغلب العمل علي الاستماع إلي البينة ابتداءً قبل تقرير تعلقها وجدواها , وعما إذا كانت منتجة في إثبات وقائع الدعوى أو نفيها , لا يعنيان تجريد أو تجرد القاضي من سلطته التقديرية في قبول سماع – أو رفض سماع – الشهادة علي ضوء معيار المادة (٨) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ؛ فذاك التجريد – أو التجرد – يفضيان إلي تعبيد الطريق للخصوم – ووكلائهم – الذين تمرسوا لدد الخصومات , ليوغلوا بلا نهاية في المطاولات , بالتكاثر بالشهادات تلو الشهادات , فيتأخر الفصل في الأفضية , وهذا نوع من جور القضاء , فوجب سدّ ذريعتيه . وبعض هذا المعني أبانه الدكتور أحمد أبو الوفا حيث قال : ((... كثيراً ما تتزاحم أدلة الإثبات المقدّمة من الخصوم , وكثيراً ما تتعدد طلباتهم في اتخاذ إجراءات إثبات متنوعة , ويكون في الأمر بها , أو في تنفيذها مضيعة للوقت , مما تضطر معه المحكمة إلي إعمال سلطتها التقديرية في هذا الصدد وإذا كان لأي خصم في الدعوى , أن يطلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات , فإن للمحكمة – ولو من تلقاء نفسها – ألا تجيب هذا الطلب , متي رأت أن أدلة الدعوى كافية , لبناء حكمها عليه , أو أن الأمر بها غير مجدٍ)) - ١ .

بل أن للقاضي ألا يجيب طلب الخصم , بشأن الاستماع إلي الشهادة , حتى ولو كانت لإثبات واقعة متعلقة بالدعوى , منتجة فيها وجائزاً قبولها , متي ما رأي عدم الحاجة إليها , بأن كان فيما سواها غناء عنها . وهذا مما استقر عليه عمل القضاء المعاصر , وفيه يقول الدكتور أحمد أبو الوفا : ((... لا يلزم القاضي في جميع الأحوال , بإجابة طلب الخصم , اتخاذ إجراء إثبات ما , ولو كان عن وقائع متعلقة بالدعوى منتجة فيها وجائزاً قبولها ؛ وذلك لأن له مطلق الحرية في تقدير

¹ - التعليق علي نصوص قانون الإثبات - د. أحمد أبو الوفا - ص ٣٦/٣٥ - .

سائر الوقائع المدعي بها , وقد يفتتح من أدلةٍ أخرى , ويكتفي بذلك أو يسلك سبيلاً آخر في فهم الوقائع أو تكييفه)) - ^١ .

ونحسب أن القول بأن للقاضي (مطلق الحرية في تقدير سائر الوقائع) , الوارد ضمن مقالة الدكتور أحمد أبو الوفا , فيه بعض النظر , وأوفق منه القول بأن (للقاضي حرية في تقدير سائر الوقائع , علي ضوء تعلقها بالدعوى ووفقاً للضوابط المقررة قانوناً) - , وفي التشريع السوداني , فهي مقررة بأحكام المادة (٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - وسبق لنا إيراد نصها , في هذا المطلب .

المبحث الثالث

سلطة القاضي التقديرية في تقويم الشهادة

الشهادة هي أكثر وسائل الإثبات تنوعاً ؛ وتعدداً في المراتب , وتفاوتاً في درجات الحجية فيما بينها , فهي قد تبلغ إلي درجة إفادة يقين العلم , عند بلوغ نصابها إلي حد التواتر ^٢ , وهذا حكم مجمع عليه , حكى الأجماع صاحب (الطريقة الواضحة إلي البينة الراجعة) - ^٣ . ولا تقام الشهادة - وبينة العكس عموماً - علي خلاف شهادة التواتر ؛ إذ نصت المادة (١٧٣٣) من مجلة الأحكام العدلية علي أن : ((التواتر يفيد علم اليقين , فلا تقام البينة علي خلاف المتواتر ...)) , لأن الظني لا يدحض القطعي , ولا يمكن تصور حدوث التواتر في بينة العكس المقامة لنفي دلالة شهادة التواتر ؛ لأن ذلك يعني ورود قطعيين في ذات الأمر , أحدهما بالإثبات والآخر بالنفي , وهذا محال عقلاً ^٤ . ومنع إثبات عكس شهادة التواتر , مقرر خلافاً للقاعدة العامة في الإثبات , التي تقضي بأن (تمكين أحد الخصمين من إثبات ما يدعيه بشهادة الشهود , يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفي تلك الواقعة بذات الطريق) - ^٥ , فضلاً عن أن هذا المنع , قد

^١ - المرجع السابق ص ٧٠ , وراجع مثل ذلك في كتاب (نظرية الأحكام د. أحمد أبو الوفا ص ١٩٨ وفي أحكام النقض المشار إليها بذات الصفحة ١٩٨) - .

^٢ - التواتر : في اللغة هو التابع , وفي الاصطلاح : هو خبر جمع غير يقع العلم بهم ولا يتصور اتفاقهم علي الكذب , ويكون المشهود به حسياً لا عقلياً - . راجع المادة (١٦٧٧) من مجلة الأحكام العدلية وشرح مجلة الأحكام العدلية - لسليم رستم ص ٩٩٩ - .

^٣ راجع الطريقة الواضحة إلي البينة الراجعة للشيخ محمود حمزة ص ٢٦٠ مطبوع مع كتاب ترجيح البينات للشيخ عبد الرحمن الخصالي - .

^٤ - راجع المرجع السابق - نفس الموضع - .

^٥ - هذه القاعدة نصت عليها المادة ٦٩ من قانون الإثبات المصري لسنة ١٩٦٨م بذات النحو المذكور عاليه .

يفضي إلى استئراء وسائل الحيل , وإفشاء مفسد شراء الذمم , تحقيقاً لجلب نصاب التواتر - ^١ , ضماناً لاستصدار حكم , دونما يكون للخصم الآخر فرصة لإقامة بينة العكس .

ونحسب أن زماننا قد تبدل , فضعفت في الأنفس قيم الأمانة والوفاء , وحسن القضاء والاقتضاء , ويلزم من ذلك تبدل الحكم , إعمالاً لقاعدة : (تبدل الأحكام بتبدل الزمان) , فلا نري اليوم بأساً من إقامة الفرصة للخصم , لتقديم شهادة تواتر, في مقابلة شهادة التواتر المقدمة من خصمه , علي أن يقوم القاضي بعدئذٍ بالترجيح بين البيئتين , علي ضوء ملابسات الحال والمقال , وعلي ضوء مدى وثاقة عدالة الشهود ويقظتهم , فذلك أدعي لسد ذرائع الحيل , وأصون عن مفسد شراء الذمم - , ومن نافلة القول : أن ما سقناه آنفاً عن شهادة التواتر وإتاحة الفرصة لنفيها بالتواتر, إنما نعني به المسائل المدنية , أما في المسائل الجنائية , فلا يلزم علي المتهم سوي إثارة الشك في وقوع الجريمة أو في إسنادها , فذلك كافٍ لدحض بينة الإثبات - .

وفيما سوي التواتر , فإن الشهادة تفيد الظن بصدق المشهود به , والمقصود بالظن , هو الظن القوي المستفاد من أماره مخصصة - وليس مطلق الظن - , وقال ابن عبد السلام بأنه الظن القوي القريب من اليقين والمقدور علي تحصيله - ^٢ . ومن المتعذر - وغير المرغوب فيه - وضع معيار محدد جامد للظن الغالب الذي يحكم بمقتضاه , فلكل شهادة ظروفها المحتفة بها , وملابساتها التي يتراوح معها , ظن الصدق فيها , ودرجة الوثوق بها , فقد يشهد الواحد , بما يبعث الثقة والطمأنينة بصدق المشهود به , فيقضي بشهادته - في غير الحدود - ^٣ , قال ابن قيم الجوزية:- ((والمقصود أن الشريعة لا ترد حقاً , ولا تكذب دليلاً , ولا تبطل أماره صحيحة , وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالثبوت والتبين في خبر الفاسق , ولم يأمر برده جملة , فإن الكافر الفاسق قد يقوم علي خبره شواهد الصدق , فيجب قبوله والعمل

^١ - في نصاب شهادة التواتر صدر قرار من دائرة الفتوى في المشيخة الإسلامية بدار الخلافة العثمانية ينص علي أنه : (لا يعتبر إخبار أقل من عشرين رجلاً تواتراً , نظراً لفساد الزمان وضعف الذمم) - راجع أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي ص ١٦٠ وشرح مجلة الأحكام العدلية - للمحامي محمد سعيد المحاسني ج ٣ ص ٤٦٩ - . وقد ر أبو يوسف نصاب التواتر بخمسين وترك محمد الحسن أمر تقديره للقضاة , وقدره بعضهم بخمسمائة وبعضهم بألف وقدرته محكمة التمييز العثمانية بخمسة وعشرين فصاعداً - , راجع الطريقة الواضحة ص ٢٦٣ وأصول المحاكمات الحقيقية للأستاذ فارس الخوري ص ٤٧٣ - .

^٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٢ - .

^٣ - راجع المغني لابن قدامه ج ٧ ص ٢٧٠ والطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٨ - .

به))¹ , وقد يشهد الجمع الغفير من الناس , فلا تبعث شهادتهم الظن الغالب القوي , الذي يؤمن الاقتناع القضائي , وروي البيهقي : (أن القاضي شريح اختصم إليه رجلان , أدعي أحدهما قبل الآخر دابة أنتجها , فسأله شريح البينة , فجاءه بثمانية رهطٍ فشهدوا له , فاستحلفه شريح , فقال : أثبت عندك بثمانية من الشهود . فقال شريح : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً , ما قضيت لك حتى تحلف)² . وهكذا تتفاوت الشهادات في إفادتها لظن الصدق بالمشهود به , وتتسع سلطة القاضي في تقويمها أيما اتساع , ونأياً بالقضاة عن استخدام تلك السلطة بعسف التحكيمية , أو بنوازع هوي الأنفس , وبلوغاً إلي حسن تقويم الشهادة , فيتعين إتباع ضوابط , يمكننا استخلاصها من المصنفات الفقهية , وأحكام التشريع والقضاء المعاصرين , علي نحو ما نبينها في المطالب التالية :

المطلب الأول

الاقتناع القضائي ووسائل بلوغه من دليل الشهادة

الاقتناع القضائي ليس أمراً تحكيمياً قائماً علي نوازع شخصية , بل عقيدة تتبلور في وجدان القاضي , نتاجاً لنشاط ذهني يصوب فيه النظر , إلي أدلة موضوعية , من خلال زوايا , هي في واقع الأمر مدركات أو مدارك , تمثل قواعد ومبادئ شرعية , يستجمع القاضي جوانبها , ويقوم بسبر أغوارها , في صفاء من غير كدر , بلوغاً إلي نتيجة منطقية , هي درك حقائق الواقع بيقين - .

ودرجة اليقين لازمة في المسائل الجنائية , أما في المسائل المدنية , فيتبلور الاقتناع القضائي ببلوغ درجة الظن الغالب , ولا تتحقق درجة اليقين , أو درجة الظن الغالب بمجرد هيئة الشاهد , أو هيئة شهادته , من مثل ايقاعها بلفظ (أشهد)³ , فالعبرة بالمعاني لا بالمباني , كما أن القول بوجود بلوغ درجة (اليقين) , لا يعني اليقين بمعناه الحقيقي الذي لا يخالطه أدنى شك , من أي وجه , بل يصدق في معني اليقين القضائي , بلوغ العقيدة التي ينتفي معها الشك المعقول - , ويدرك القاضي

1 - الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٣ - .

2 - السنن الكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبيانات باب من رأي الحلف مع البينة ج ١٠ ص ٢٦١ - .

3 - راجع الرد علي شبهات أثارها بعض المعاصرين حول هذا اللفظ في كتاب تعارض البيانات / عبد الرحمن شرفي ص ٥٣٩ .

ذلك - في المسائل الجنائية - من التدقيق في الأدلة المتساندة المتعاضدة مع بعضها , بحيث تفضي مجموعها , إلي نتيجة منطقية مؤداها تأكيد قرينة البراءة الأصلية , أو تقرير إدانة المتهم - .

وسواء كنا بصدد درك الاقتناع القضائي - بدرجة اليقين والجزم أو بدرجة الظن الغالب , فيتعين طرق وسائل من شأنها تأمين سلامة بلوغ المقصد , وفيما يلي سبع وسائل تكفل بلوغ الاقتناع القضائي من دليل الشهادة .

الوسيلة الأولى : شفوية أداء الشهادة ومناقشتها :

الشفوية تطرق السمع والبصر والفؤاد , ويدرك من خلالها القاضي مدي صدق الشاهد فيما شهد به , فهي إحدى أهم المناظير التي تكشف للقاضي , مدي ضبط الشاهد للوقائع القانونية عند تحمله الشهادة بها , حتى وقت أدائها أمام المحكمة . والضبط المقصود هنا , والذي يستبينه القاضي من خلال شفوية أداء الشهادة : هو حسن السماع وحسن الفهم وحسن الحفظ وحسن التذكر¹ . ومن خلال شفوية أداء الشهادة وشفوية مناقشتها بواسطة الخصم المشهود عليه , تتبدي شخصية الشاهد , ومدي انتظام فكره ويقظته - أو اختلاط فكره وغفاته - وإمكان استغفاله أو عدمه - . وقد عني الفقه الإسلامي بشفوية أداء الشهادة , إدراكاً منه لأهميتها في بلورة الاقتناع القضائي , وفي النفاذ إلي قيمة الشهادة ومدي قوتها التدليلية . وتحقيقاً لهذه الغاية أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية , أداء الشهادة شفاهة أمام القاضي , مع استثناء حالات معينة - محددة - اقتضتها الضرورة - , قال ابن فرحون المالكي : ((وأداء الشهادة علي نوعين : الأول عبارة باللسان , يصرح بها الشاهد , عند الحاكم , فيتلقى الحاكم منه الشهادة بحسب لفظه , والثاني : رفع شهادات قد ارتسمت في كتاب والشاهد ميت أو غائب -²)) . ولا تقبل الشهادة المكتوبة من الحاضر , فإن قال الشاهد للقاضي : هذه شهادتي أقدمها مكتوبة , أو

¹ - راجع بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٩ ص ٤٠٢٣ - .
² - تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج ١ ص ١٩٥ - .

أشهد بها عندك علي نحو ما في الكتاب أو الوثيقة , لم تقبل , إلا أن يشهد شفاهة بما يطابق المكتوب - ١ .

وقد عنيت التشريعات المعاصرة بشفوية أداء الشهادة ؛ إذ نصت المادة (٨٩) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي أن : ((تسمع أقوال الشهود والخصوم شفاهة , تحت إشراف القاضي في محكمة علنية , ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك)) , وبصيغة أمره منها , تضمنت استثناءات معينة جاءت المادة ٢/٧٢ من الجدول الثاني من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م, بوجوب سماع الشهادة شفاهة , فإن كان الشاهد غير قادر علي الكلام , سمح له بأداء الشهادة بالكتابة , إذا أمكن أن يبين مراده بها . وجاءت الفقرة (٣) من ذات المادة بعدم جواز استعانة الشاهد , بمذكرات مكتوبة , إلا بإذن المحكمة , وحيث تسوّغ ذلك طبيعة الدعوى . وبهذا المعني جاءت المادة (٩٠) من قانون الإثبات المصري لسنة ١٩٦٨م ؛ إذ نصت علي أن : ((تؤدي الشهادة شفاهة , ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة , أو القاضي المنتدب , حيث تسوّغ ذلك طبيعة الدعوى -)) .

ولقد نفذت المحكمة العليا السودانية إلي عمق الحقيقة , حين أبانت الحكمة من شفوية أداء الشهادة , إذ قالت في قضية : (حكومة السودان /ضد/ مايكل فيتر دينق) بأن الأصل شفوية المحاكمة , وبأن أدلاء الشاهد بأقواله - شفاهة أمام المحكمة , يتيح لها فرصة تقدير سلوكه , ومدي صدقه وعدله - ٢ .

وقضت المحكمة العليا السودانية ببيان الارتباط الوثيق بين مثل الشاهد أمام المحكمة , وأدائه لشهادته شفاهة , وبين تقويم شهادته والتبين من عدالته ؛ إذ قالت في قضية : (حكومة السودان /ضد/ دينق بتول ديو) ما نصه : ((عدم مثل الشاهد أمام المحكمة التي تحاكم المتهم , بناءً علي إفادة ذلك الشاهد , دون شك تنتقص من قيمة إفادته , لأن عدم مثوله أمامها , يحرم المحكمة , من إتاحة الفرصة

1 - المرجع السابق ج ١ ص ١٠٧ وص ١٩٩ - .

2 - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٢٤ - .

لها للحكم علي سلوكه , عن أداء الشهادة , وهذا له ارتباط عند تقويم إفادته , إذ أن تقويم البيئة يعتمد ضمن ما يعتمد علي الوثوق من عدالة الشاهد لأداء البيئة - (١) .

إن شفوية أداء الشهادة أمام المحكمة , تعدّ أداة ذات دور حيوي في التبين من الحقيقة الواقعية , وفي اقتناع القاضي بها , ولا نغالي إن قلنا بأننا نستبين البعد الحقيقي للشفوية عند مقارنتها بالدليل الفني المكتوب , فهذه الأخيرة تظل أدلة صامته بمقدار صمت أحرفها , أما الشهادة التي يدلي بها الشاهد شفاهاً أمام المحكمة - وفي مواجهة الخصوم وفي ظل مناقشتهم له - , فتنبئ عن حالها ... صدقاً ووثاقه أو كذباً وضعفاً ... ثقةً بالنفس وطمأنينةً تبعثان راحة الضمير , وهدوء الجوارح , وعدم الرهبة , عندما يكون الشاهد قائماً بالقسط شاهداً لله , أو اضطراباً في الهيئة وارتجافاً في العبارة , وخشية من لوم النفس وتأنيب الضمير , وحط القدر في أعين الغير , عندما يجنح عن قول الحق , أو يسكت عنه حين يجب الكلام - . ومن خلال شفوية أداء الشهادة يستبين القاضي , قدرات الشاهد في الضبط وفي الفهم , والإدراك والحفظ والتذكر , وبالجملة : فإن اقطار نفس الشاهد تعتمل في ظل شفوية أداء الشهادة , إيجاباً في حال الصدق وقول الحق , وسلباً عند المخاطرة بقيم النفس الزكية - . وتحقيقاً لتلك الغاية , جعلت شفوية أداء الشهادة أمام المحكمة هي الأصل الذي لا يحاد عنه إلا عند الضرورة , عند توفر قيدين , أولهما: أن تاذن المحكمة بذلك , وثانيهما : أن تكون طبيعة الواقعة القانونية مما تسوغ العدول عن الشفوية , إلي الاستعانة بالمذكرات المكتوبة .

وقد رأينا آنفاً مواد بعض التشريعات المعاصرة , التي تقرر هذا الاستثناء عند الضرورة - , ومن قبيل الضرورة , أن يكون محل الشهادة أمراً معقداً يصعب حفظه وتذكره , ففي (رسالة الإثبات) : ((ويجب أيضاً ألا يعتمد الشاهد في شهادته إلا علي ذاكرته , ولا يصح أن يسمح له بتلاوة شهادته من ورقة مكتوبة , أو يستعين بأي مذكرة ؛ إلا إذا كانت شهادته منصبه علي أمر معقد , أو لمعرفة أرقام وتواريخ مثلاً , بعد إذن المحكمة أو القاضي , وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى -

١ - (١٩٧٨م) - مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٤١ - .

(١) . ويدخل في معني الأمور المعقدة , التي تجوز فيها الاستعانة بالمذكرات المكتوبة , أوصاف الجراح والكسور وآثارها التي أثبتها تقرير الصفة التشريحية – أو التقرير الطبي عامة – وغيره من تقارير الخبراء - ؛ إذ يكون عسيراً فيها أداء الشهادة من خلال الذاكرة والحفظ , لدقة المعلومات وتشعبها وتضمنها لأوصاف وأرقام يتعذر تذكرها , خاصة مع تطاول الزمان , علي نحو ما نبينه تفصيلاً . في الفصل الخامس من هذا الباب عند بيان (سلطة القاضي التقديرية في بيعة الخبرة وتقويمها) - .

الوسيلة الثانية : أداء الشهادة في مواجهة الخصوم :

عني فقهاء الشريعة الإسلامية بمبدأ أداء الشهادة في مواجهة الخصوم , وفاءً بحق الخصم المشهود ضده في الدفاع عن نفسه , بتمكينه من تبين حقيقة هذا الدليل المقدم ضده , ثم بإتاحة الفرصة له لتجريح الشاهد أو تعديله , ومناقشته فيما شهد به , بما تتهاتر به الشهادة , أو بما يبعث الريبة في دلالتها , فيتبين القاضي عندئذٍ ما أفادته الشهادة من قيمةٍ تدليلية - .

وتحقيقاً لهذه الغاية , فقد أعلي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من شأن مبدأ (أداء الشهادة في مواجهة الخصم المشهود ضده) , حيث جعلوه شرطاً لصحتها – ويستخلص ذلك مما ذكره فقهاء الحنفية والحنابلة , من افتقار أداء الشهادة , إلي التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه , في مجلس القضاء ^٢ , - وذهب فقهاء المالكية – صراحةً – إلي اشتراط أداء الشهادة في حضرة الخصم المشهود ضده – وهذا هو اختيار جمهرة منهم – ففي تبصرة الحكام لابن فرحون : ((قال ابن الماجشون رحمه الله تعالى : العمل عندنا أن يسمع القاضي من بيعة الخصم , ويوقع شهادتهم , حضر الخصم أو لم يحضر . فإذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة فإن كان عنده في شهادتهم مدفع , أو في عدالتهم مجرح , أطرده ذلك , وإلا لزمه القضاء . وإن سأله أن يعيد عليه البيعة حتى يشهدوا بمحضره , فليس له ذلك ,

1 - رسالة الإثبات – أحمد نشأت – ج ١ ص ٥٤٩ - .

2 - راجع شرح فتح القدير / الكمال بين الهمام / ج ٦ ص ٤٧٤ وراجع المادة ١٦٩٠ من مجلة الأحكام العدلية وشروحها : شرح المجلة لسليم باشا ودرر الحكام لعلي حيدر ج ٤ ص ٢٨٨ والمغني لابن قدامه ج ١٤ ص ١٣٩ .

ولا ينبغي للقاضي أن يجيبه إلى ذلك . ولو سأله الخصم ابتداءً أن لا يسمع من بينة صاحبه إذا أتى بها إلا بمحضره , فإن خشي القاضي عليه دليلاً , أو استرابة , ورأي أن اجتماعهم أجمع للفصل , وأبرأ من الدخل فليجبه , وإن أمن من ذلك فلا يجبه . ولو أجابه حين سأله ذلك عن غير شيء خافه عليه , فليمض ذلك لإختلاف الناس فيه , فقد قال بعض العراقيين : (لا يكون إيقاع الشهود , إلا بمحضر الخصم المشهود عليه) , وقال لي مطرف وأصبغ مثله , قاله ابن حبيب (في مختصر الواضحة) , قال فضل بن مسلمة : وسحنون لا يري إيقاع الشهادة إلا بمحضر من الخصم , إلا أن يكون الخصم غائباً غيبة بعيدة . قال ابن سهل : والأحسن أن يشهد الشهود بمحضر المطلوب , إن كان حاضراً بالبلد , أو قريب الغيبة . ولسحنون في (العتبية) : إن قصر القاضي في إحضار الخصم عند الشهادة عليه , ثم سأله المطلوب إعادتها , فأري أن يعيدها , إلا أن لا يقدر علي ذلك لغيبة البينة , فليدفع شهادتهم بما يقدر عليه , ويصير كالبعيد الغيبة – وهذا مذهب سحنون كما تقدم ذكره -)¹ .

وما ذهب إليه سحنون ومطرف وأصبغ من فقهاء المالكية , يتفق مع ما استقر عليه التشريع والقضاء المعاصرين , بشأن وجوب أداء الشهادة بمحضر الخصم المشهود ضده , فإن سمعت الشهادة بغيبة المشهود ضده , فيتناسب لعصرنا مما نقلناه آنفاً من آراء فقهاء المالكية , ما يقضي بإجابة طلب المشهود ضده – عند حضوره وسؤاله , استحضار الشاهد لمناقشته فيما شهد به ضده , وكذا إجابة طلب الحاضر وقت الأداء , استحضار الشاهد , لإعادة مناقشته , متي رأي القاضي مناسبة أسباب الطلب , وجدواه في استبانة الحقائق الواقعية , وفي تحقيق العدل – وهذا يتفق أيضاً مع رأي سحنون – وهو أحوط - .

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون – ج ١ ص ٤٠/٣٩ - . وهذا النص الذي نقلناه عن ابن فرحون المالكي , والذي تضمن آراء فقهاء المالكية في المسألة , فيه دلالة علي مرونة الفقه الإسلامي الاجتهادي , وعلي قدرة هذا الفقه علي التطور وفقاً لمعطيات تبدل الزمان والمكان ؛ إذ الواضح أن النص يحكي أحكام المسألة في مراحل زمنية مختلفة وفي أمكنة متغايرة , ويتبدى ذلك بالتأمل في أسماء الفقهاء الذين ورد ذكرهم وفي أعصرهم وأمكنتهم التي عاشوا فيها - .

ويذهب فقهاء الإمامية إلى عدم قبول الشهادة علي الأحياء بغير حضرتهم - وإن كانت علي اليمين - ^١ , وقد جعل الزيدية , حضور الخصم المشهود عليه , عند أداء الشهادة من شرائط صحة الشهادة , ففي (التاج المذهب لأحكام المذهب) : ((الشرط الرابع : [أي من شروط صحة الشهادة] : هو حضوره , أي حضور الخصم المدعي عليه , عند أداء الشهادة , لا المدعي , فلا يشترط حضوره... ..)) - ^٢ . وذات الحكم لدي فقهاء الإباضية , ففي (شرح النيل وشفاء العليل) : ((من أدعي بينة أجل له الحاكم , وكتب تأجيله , فإن أتى بها سمعها بمحضر خصمه - أو وكيله - إن وافاه , فإن تخلف عن الموافاة لمرض أو موت من يلزمه القيام به , أمر صاحبها بردها حتى يحضرها الخصم ...)) ^٣ .

وتنص المادة (١/١٥٧) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أن : ((تؤخذ الشهادة في حضور ممثلي الادعاء والدفاع , وفي حضور المتهم , إلا إذا نص هذا القانون علي خلاف ذلك)) - . وهو ذات النص القديم الذي تضمنته المادة (١/٢١٧) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٢٥م - . وقد تضمن نص المادة الآنفة الذكر أصل الحكم , والاستثناء منه , وبنحو ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية , فقد استثنى القانون من أصل الحكم , أحوالاً معينة - وردت علي سبيل الحصر - اقتضت الضرورة فيها سماع الشهادة بغيبة الخصم المشهود ضده , وهي :-

(١) أن يكون الشاهد مقيماً خارج دائرة اختصاص المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى , ولا يتيسر حضوره إلي المحكمة دون تأخير أو مشقة , أو تكبد مصروفات باهظة , فيجوز عندئذٍ سماع شهادته بوساطة قاضٍ آخر , حيث يقيم الشاهد في دائرة

^١ - راجع الاستبصار فيما اختلفت من الأخبار - للطوسي ج٣ ص ٢٠ - , وعبارة (وإن كانت علي اليمين) أوردها الطوسي في الموضوع المشار إليه , علي صيغة المبالغة في المنع , فالأصل لدي جمهور الفقهاء هو عدم جواز تحليف الشاهد - ويعدونه مضارة به

^٢ - التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج ١٠ ص ٧١ - .

^٣ - شرح النيل وشفاء العليل - أطفيش - ج ١٣ ص ١٩٧ وجاءت هذه العبارة أكثر وضوحاً في (منهج الطالبين وبلاغ الراغبين - للشقسي , حيث ذكر صدر النص بالتطابق مع نص (شرح النيل) وأبان في عجزه بقوله : (وإن كان تخلفه عن الموافاة لمرض يصيبه أو لمصيبة موت , ممن يلزمه القيام بأمره , أمر صاحب البينة بردها , حتى يسمعها الحاكم بمحضر من خصمه -) - راجع منهج الطالبين ج ١٠ ص ٤٥ - .

اختصاصه , وفقاً لما تقضي به المادة (١/١٥٩) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م , بلوغاً للفصل الناجز في الدعوى , ورفعاً للحرج - , ويجوز للخصوم وممثليهم الحضور أمام ذلك القاضي لاستجواب الشاهد ومناقشته , وفقاً لما تقضي به الفقرة الثالثة من ذات المادة الآنفه الذكر - .

(٢) أن يكون الشاهد خارج السودان , ويتعذر حضوره لأداء الشهادة أمام المحكمة المرفوعة لديها الدعوى , أو رأت المحكمة المختصة لأسبابٍ جوهريّة , أن من غير المناسب تكليفه بالحضور أمامها لأداء الشهادة , فيجوز لها عندئذٍ - بعد سماع ممثلي الادعاء والدفاع - أن تستغني عن حضوره , وترسل له أسئلةً مكتوبة , ليجيب عنها , بالطريقة التي تأمر بها المحكمة - , وفقاً لما تقضي به المادة (١٦٠) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م .

(٣) أن يكون المتهم مختفياً , وتعذر القبض عليه , أو كان المتهم بارتكاب الجريمة مجهولاً , فيجوز للقاضي سماع الشهادة في حق أيٍ منهما , وتقبل تلك الشهادة فيما بعد - عند القبض علي المتهم - , دون الحاجة لإعادة الشهادة , للضرورة إن كان الشاهد قد توفي , أو عجز عن أداء الشهادة لمرضٍ معجز , أو كان حضوره متعذراً . وفقاً لمقتضي المادتين (١٦٣) (١٦٤) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م - .

وقد كانت المادة (٢٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م , تجعل أداء الشهادة في مواجهة الخصم المشهود ضده , شرطاً من شرائط صحة الأداء ؛ إذ كانت تنص علي أن : ((الشهادة هي البيئة الشفوية لشخص عن إدراكه المباشر لواقعةٍ تثبت مسؤولية مدعي بها علي آخر , في مجلس القضاء , ومواجهة الخصوم)) .

وقد أصبح هذا المبدأ مستقراً في النظم التشريعية والقضائية المعاصرة , لما يحققه من غايةٍ جوهرية , ولما ينتج عنه من أثر بالغ الأهمية . يقول الدكتور (محمود صالح العادلي) : ((من الضوابط المرجحة لجعل الشهادة أقرب للحقيقة الواقعية : ضابط وجوب تأدية الشهادة في مواجهة الخصوم , وينسجم هذا الضابط مع النسيج العام للخصومة أمام القضاء بوجه عام ؛ إذ أن الوقوف علي وجه الحق في الخصومة – أو إن شئت الدعوى أو النزاع – المطروح علي القضاء , يلزم معه فحص ادعاءات كل طرفٍ من طرفي الخصومة , ولا يأتي هذا الفحص بثماره , إن كان بمعزلٍ عن الخصوم , فالخصوم من خلال مقارعة الحجة بالحجة , وتفنيد الادعاءات المتبادلة يساهمون بلا جدال , في إنارة الطريق أمام القضاة , ليعلموا كلمة القانون – أو الحق – أو إن شئت – كلمة العدل , فيما يعرض عليهم من خصومات . لذا كان من الطبيعي , أن يكون مبدأ المواجهة بين الخصوم , من الأسس الجوهرية , لأية محاكمة عادلة أو منصفة وبعبارةٍ أخرى ؛ تتوافق النظم الإجرائية المختلفة , علي ضرورة تأدية الشهادة في مواجهة الخصوم , نظراً لأن كل خصم في الدعوى , له الحق في سؤال الشاهد ومناقشته -))¹ .

الوسيلة الثالثة : استجواب الشاهد ومناقشته :

يعتبر استجواب الشاهد ومناقشته , من الوسائل الرئيسية لبلورة الاقتناع القضائي من خلال بينة الشهادة ؛ إذ شرعاً تحقيقاً لغاية تجلية الحقيقة الواقعية , في الأمر المشهود به , ويمارس القاضي سلطةً تقديرية واسعة , في مرحلة استجواب الشاهد ومناقشته , حيث يقع عليه عبء مراقبة الشاهد أثناء أدائه للشهادة , من حيث سلوكه , ومضمون شهادته , ومدى الالتزام بضوابط الاستجواب والمناقشة , وعند تقديره ما يراه مناسباً من الأسئلة إلي الشاهد ؛ إذ يجوز للقاضي توجيه الأسئلة التي يراها مفيدة في كشف الحقيقة في أي مرحلة من مراحل استجواب الشاهد ومناقشته .

¹ - استجواب الشهود في المسائل الجنائية - د . محمود صالح العادلي - ص ١١٨ - .

ورغم حرصنا البالغ علي إبراز الفروق التي تميز الفقه الإسلامي , عن الفقه القانوني الغربي , صوناً لطابع الفقه الإسلامي , ولعنصري الإبداع والاستقلال فيه , إلا أننا لا نجد بدأً هنا من الإقرار بمدى التناسق بين الفقه الإسلامي والمدرسة القانونية الأنجلو سكسونية , فيما يتعلق بنظام استجواب الشاهد ومناقشته – وضوابط مراحلها – فضلاً عما في نظام الفقه الإسلامي من جوانب الإشراف الكائنة في المدرسة القانونية اللاتينية – والمتمثلة في البدء بإيقاع الشهادة بنظام السرد التلقائي - ؛ إذ يؤدي الشاهد شهادته – علي انفراد – بإفشاء ما علمه , عند تحمله للشهادة , ثم يتولى القاضي توجيه الأسئلة التي تكشف عن حقيقة الوقائع محل الإثبات , وبعدئذٍ يتيح للخصم المشهود عليه الفرصة , لمناقشة الشاهد , بما يجرح في عدالته , أو بما يدحض شهادته , أو يضعف الثقة فيما شهد به - ^١ .

ولا نجد مذهباً في الفقه الإسلامي , لا يعتد بنظام استجواب الشهود بواسطة القاضي , بعد أداء الشهادة بنظام السرد التلقائي ابتداءً , فيسأل القاضي عن كيفية تحمل الشهادة , ومكان تحملها , وعن عناصر الموضوع محل الإثبات , وغير ذلك من الأسئلة الدقيقة التي تكشف مدى صدق الشاهد فيما شهد به , بل إن الفقيه (ابن قيم الجوزية) قد ذهب إلي القول بوجوب اتباع هذا النمط من الاستجواب , وبأنه : (متي عدل القاضي عنه فقد أثم وجارَ في الحكم) - ^٢ . وفي أفضية السرقة يسأل القاضي الشهود عن السرقة ما هي ؟ وكيف أخذ المتهم المسروق ؟ ومن أين ؟ وبأي كيفية ؟ وهل أخرجه دفعةً واحدة أم مجزأة ؟ والي أين أخرجه ؟ وهل كان معه شريك , وهل نقبا الحرز أم أحدهما ؟ وهل استخرجا نصاباً أم دونه ؟ وهل هو نصاب بمجموع ما أخرجاه أم أن كل واحد منهما أخرج النصاب ؟ وإن كانت الشهادة بالزنا أو اللواط , أو غيرهما فيسأل القاضي الشاهد , صنو تلك الأسئلة المتعلقة بالمشهود به - , وهكذا في كل شهادة تؤدي أمامه - ^٣ .

^١ - راجع تبصرة الحكام – لابن فرحون – ج ١ ص ١٣٣ والأم للشافعي ج ٦ ص ٢٠٩ . -

^٢ - الطرق الحكمية – لابن القيم – ص ٣٤ . -

^٣ - راجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٨٧ وبدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤١٨٦ وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٨٦/٤٠/٨/٧ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٥٢ والمجموع شرح المهذب للنووي ج ١٨ ص ٥٠١/٥٠٠ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٣٨ والمغني لابن قدامه ج ١٢ ص ٤٦٣/٣٦٥/٣٥٦ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ١٣/١٢ . -

أما في النظم التشريعية المعاصرة , فهناك طريقتان لاستجواب الشهود أمام المحكمة هما :-

أ/ الطريقة الأولى : نظام السرد التلقائي :

وفيه يترك للشاهد حرية الإفضاء بمعلوماته التي دخلت في علمه عند تحمله للشهادة , وخلال سرده التلقائي يقوم القاضي بتوجيهه متي حاد عن الموضوع محل الشهادة , وبعدئذ توجه الأسئلة إلي الشاهد عن طريق القاضي , وإن رغب الخصوم في توجيه أسئلة للشاهد , فذلك يكون عن طريق القاضي أيضاً - . وهذه هي الطريقة السائدة في المدرسة اللاتينية , وتتميز هذه الطريقة بما يتمخض عنها من غزارة المعلومات التي يدلي بها الشاهد , نتاجاً لما يتاح له من الحرية في الإفضاء بمعلوماته من غير مقاطعة الخصوم , وبفضل السكينة النفسية , جراء تلقيه لأسئلة الاستجواب بعدئذٍ من طرفٍ محايدٍ , يتمثل في القاضي الذي يتكفل بتوجيه أسئلة الخصوم , بلا عسفٍ أو انتهازٍ أو صياح , الأمر الذي يبعث طمأنينةً في نفس الشاهد , تؤتي ثمارها في أداءٍ واثقٍ مترابطٍ متجانس , وحسن ضبطٍ وتذكرٍ للوقائع محل الإثبات - ¹ .

ويعاب علي (نظام السرد التلقائي) , أن الشاهد يحذر تعارض شهادته مع ما سبق الإدلاء به , في مرحلة التحقيقات الأولية , فيجتهد في إيقاع سرده التلقائي , بذات نمط تلك الأقوال السابقة , مستفرغاً جهده في اجتناب ما يحذره من تعارض , أو عدم تناسقٍ أو إغفالٍ , وذلك ما يجعله تحت وطأة تأثير نفسي , قد يفضي به إلي التضحية بحقائق الوقائع - .

ب/ الطريقة الثانية : نظام الاستجواب المباشر- (Direct – Examination) :

وفيه يباشر الخصوم استجواب الشاهد ومناقشته مباشرة , ويتكون من ثلاث مراحل هي :

¹ - راجع استجواب الشهود في المسائل الجنائية - د. محمود صالح العادلي - ص ١٨٥ - .

١ / الاستجواب الرئيسي – ((*Examination in chief*)) ويقوم به الخصم المستشهد , حيث يوجه أسئلته لشاهده بالنحو الذي يمكنه من الإفضاء بما أدركه عند تحمله للشهادة - .

٢ / الاستجواب المضاد - , وهو ما اصطلح عليه بمرحلة (مناقشة الشاهد) – ((*Cross - Examination*)) , وتتم بوساطة الخصم المشهود ضده , تمكيناً له من ممارسة حقه المقدس في الدفاع عن نفسه , ويلزم في المناقشة – قانوناً بل ومن حيث المنطق – أن تكون تالية للاستجواب الرئيسي , لما يفترض فيها من ضرورة تعقب ما هو قائم , أي الشهادة الكائنة - .

٣ / إعادة الاستجواب ((*Re - Examination*)) , فيجوز للمستشهد إعادة استجواب شاهده , بعد نهو المناقشة - .

والاستجواب المباشر بإتباع هذه المراحل الثلاثة , هو النظام السائد في المدرسة الأنجلو سكسونية , وهو ما استقرت عليه القوانين السودانية , وتطبيقاتها القضائية . ويجوز للقاضي – في هذا النظام – توجيه ما يراه من أسئلة تعين علي كشف الحقيقة , خلال أي مرحلة من تلك المراحل .

وهذه المراحل بتنوعها وترتيبها ليست مقررة لمجرد الإغراق في الشكل , بل هي – بحق – تفضي إلي تجلية حقائق الوقائع , وتضرب بسهم في بلورة الاقتناع القضائي . وقد عني التشريع والقضاء بوضع ضوابط لنظام الاستجواب , لا تختلف كثيراً باختلاف المدارس التشريعية – وبالأخص فإن هناك تطابق بين الفقه الإسلامي وبين المدرسة الأنجلو سكسونية - , وتلك الضوابط في عمومها تهدف إلي حسن الاستقصاء , بغية كشف الحقيقة المجردة من خلال الشهادة , مع كفالة الحقوق المقدسة للخصوم في الإثبات والنفي , بكفالة الحق المقدس للخصم المستشهد في إثبات ما يدعيه , وكفالة الحق المقدس للمشهود ضده في الدفاع عن نفسه , بنفي دلالة الشهادة , أو ببعث الريبة فيها . ونعرض تلك الضوابط بالبيان والتفصيل فيما يلي :-

ضوابط استجواب الشاهد ومناقشته :

قلنا بأن ضوابط استجواب الشاهد ومناقشته مقررة لبلوغ حسن الاستقصاء ,
ولتبين الحقيقة الواقعية بجلاء , مع كفالة الحقوق المقدسة للخصوم في الإثبات
والنفي - , بل وكفالة الحقوق المقدسة للشاهد , بوصفه إنساناً مكرماً , لأدميته
وبوصفه شاهداً , ترد به الحقوق وتدفع به المظالم . ويمارس القاضي بحياده
الإيجابي المعهود , سلطة واسعة في تقدير تلك الضوابط ومراقبة مدي التزام
الخصوم بها , حيث يقوم بتوجيه من يحيد عن جادتها إلي السبيل القويم . وتتمثل
ضوابط الاستجواب والمناقشة فيما يلي :-

الضابط الأول : التفريق بين الشهود :

التفريق بين الشهود مقرر من باب الاحتياط ودفع الريبة , لا من باب التعنت ,
وبهذا المعنى هو موضع اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية , وبين النظم التشريعية
المعاصرة , وهو ادعي إلي بعث الثقة في الشهادة , وأنفي للريبة , وأقطع لدابر
التواطؤ بين الشهود ؛ إذ يتثبت القاضي من عدم العمل , عند التفريق بينهم , بأخذ
شهادة كل واحدٍ منهم علي حدة , فإن اتفقت أقوالهم , كان ذلك ادعي إلي تصديقهم ,
وإن اختلفوا مع بعضهم , وكان اختلافهم مما يوجب ردّ شهادتهم ردّها , وإلا فلا .
والفقه الإسلامي هو رائد النظم التشريعية في التفريق بين الشهود عند أداء
الشهادة أمام القضاء ؛ إذ يروي إن أول من فرق بين الشهود هو سيدنا علي بن أبي
طالب كرم الله وجهه , وذلك لما أتى بجاريةٍ شهد عليها شهود أنها بغت , وكانت
يتيممة عند رجلٍ كثير السفر والغيبة عن أهله , فشبت اليتيمة جميلةً فاتنةً , فخافت
زوجة الرجل أن يتزوجها زوجها بعد إيباه من سفره , فدعت نسوة من جاراتها
فأمسكنها , ثم افتضتها بإصبعها , فلما قدم الرجل من سفره رمت الزوجة تلك
اليتيمة بالفاحشة , وأقامت عليها البينة من جاراتها , فشهدن بزناها , [وعضدن
شهادتهن بزوال بكارتها] , فلما أتوا بها علياً كرم الله وجهه , سمع الدعوى وسأل
عن البينة , فقالت زوجة الرجل : هن جاراتي يشهدن عليها . فأخرج علي كرم الله
وجهه سيفه من غمده , وطرحه بين يديه , ثم أمر بكل واحدة من الشهود فأدخلت
بيتاً , ثم دعي بامرأة الرجل فأدارها من كل وجه , فأبت أن تزول عن قولها , فردّها

إلى البيت الذي كانت فيه , ثم دعى إحدى الشهود وجثا علي ركبتيه وقال لها: (أتعرفيني ؟ أنا علي بن أبي طالب وهذا سيفي , وقد قالت امرأة الرجل ما قالت ورجعت إلي الحق , وأعطيتها الأمان . فأصدقيني وإلا ملأت سيفي منك) , فالتفتت المرأة إلي علي كرم الله وجهه , فقالت : (الأمان علي الصدق ؟) فقال لها : (أصدقني . فقالت : لا والله ما زنت اليتيمة , ولكن امرأة الرجل لما رأت حسنها وجمالها وهيئتها , خافت فساد زوجها , فسقتها المسكر , ودعتنا فأمسكناها , فافتضتها بإصبعها . فقال علي كرم الله وجهه : (الله أكبر الله أكبر أنا أول من فرق بين الشهود – إلا دانيال - , ثم حدّ المرأة حدّ القذف وألزمها ومن ساعدها علي افتضاض اليتيمة المهر أربعمئة درهم ... - ١ .

وهناك قضية أخرى فرق فيها سيدنا علي كرم الله وجهه بين الشهود , واستجوبهم بأسئلة دقيقة كشفت التواطؤ وأبانت الحق - ٢ .

وفي التشريعات المعاصرة , فقد كانت المادة ١٤٤ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية لسنة ١٩١٥م تنص علي وجوب التفريق بين الشهود أمام المحكمة. وتنص المادة ٧٢ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م , علي أن : ((يؤدي كل شاهد شهادته علي انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم)) , وهذا هو ذات نص المادة ٨٤ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية – المصري – قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - .

وصفوة القول : فإن التفريق بين الشهود , يبعث الثقة في شهادتهم عند اتفاهم , وقد يفضي إلي طرح شهادتهم عندما يكون اختلافهم جوهرياً في مسائل جوهرية . ولا يترتب البطلان عند مخالفة هذا الضابط , بأن تستمع المحكمة إلي الشهود

١ - راجع (من لا يحضره الفقيه – لابن بابويه ج ٣ ص ١٢ وحكاية دانيال النبي عليه السلام أنه كان لأحد ملوك بني اسرائيل قاضيان , عشقا امرأة صديق لهما – وكانت جميلة وحسنة السيرة – فلما بعث الملك الرجل لبعض أمره راودها القاضيان عن نفسها فاستعصمت , فدبرا لها مكيدة وشهدا عليها بالزنا , فحكم عليها الملك بالرجم وشق عليه أمرها ... فتأني يلتمس مخرجاً , وبينما كان وزير الملك يسعى في المدينة رأي صببية يلعبون وفيهم دانيال , وعقد الصببية محاكمة صورية , قضى فيها دانيال بتفريق الشهود وعكف يسألها فاختافت إجابتهما فأعلن كذب الشهود وبراءة المرأة , فأخبر الوزير الملك بما رآه فأعيدت محاكمة المرأة علي ذات النحو وأعلنت براءة المرأة والحكم علي القاضيين (نفس المرجع – ص ١٣) - .

٢ - ومن أقصيته كرم الله وجهه أن شاباً شكى إليه نقرأ خرجوا مع أبيه إلي التجارة وغدروا به وأخذوا ماله وقسموه بينهم وتواطؤ علي ادعاء وفاته , فلم يصدق الصبي خبرهم فترافع إلي شريح فاستحلفهم وخلي سبيلهم , فرفعت المنازعة إلي سيدنا علي ففرق بينهم وسأل كل واحد منهم علي انفراد عن زمان الوفاة ومكانه وسببه ومكان دفنه ومن صلي عليه وخلاف ذلك . فاختلفت أجوبتهم وانكشف أمرهم - راجع المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٨٧ طبعة الكليات الأزهرية .

الضابط الثالث : عدم إرهاق الشاهد :

قد يتكرر استدعاء الشاهد في ذات الدعوى , لإعادة الاستجواب أو المناقشة , ويكثر تكرار الاستدعاء في دعاوى الجنائية , فينفق الشاهد من وقته وماله , فضلاً عما يعتريه من قلق نفسي , جراء ما يتكبد من صنوف المشاق , ولا يماري أحد فيما شاع بين الناس في عصرنا من عزوف الشهود عن القيام بواجب الشهادة – وزهدهم فيه - , لما يلاقونه من إهدار ساعات في انتظار المثل أمام القضاء , ثم من إطالة الوقوف خلال أداء الشهادة , مما يؤدي إلي إرهاقهم , فلا يكون همّ كثير منهم سوي في التفكير للتخلص من تلك الحالة , فينعكس الحال في إجاباتٍ قاصرةٍ موجزةٍ يدلي بها , لا تتضمن سوي جوانب مبتورة من حقيقة الواقعة محل الإثبات- , وقد يلجأ الشاهد إلي الإنكار ابتغاءً للنجاة وإيثاراً للراحة , فيحسن أن يراعي القاضي حال الشاهد وظروفه , بإجلالسه فور مثوله أمامه , فذاك أدعي لبعث طمأنينته , وتسكين جأش اضطرابه النفسي , ثم يخاطبه برفق , فما خالط الرفق أمراً إلا زانه , ويوجه إليه من الأسئلة ما يسهل فهمها , بأسلوب ميسر صريح المعني , متجنباً تعقيدات المصطلحات الفنية , والرمز والكناية التي تعيق الفهم , ويوقع في الحرج والشعور بالإيذاء - .

الضابط الرابع : تعلق أسئلة الاستجواب بالواقعة محل الإثبات :

من مقتضيات تحقيق الغاية المقدسة للخصم المستشهد , والمتمثلة في حقه في الإثبات , أن تكون أسئلة الاستجواب , متعلقة بالواقعة محل الإثبات , أو بواقعةٍ متصلة بجزءٍ جوهري من الوقائع محل الإثبات , فيتعين النأي بالاستجواب عن التفاصيل غير المنتجة , التي لا تفيد شيئاً في الإثبات ولا في النفي - ^١ . وعلي المحكمة أن تقدر – ابتداءً – مدي تعلق – أو عدم تعلق – السؤال بالواقعة محل الإثبات , وأن تمنع توجيه أية أسئلة غير متصلة بالدعوى - ^٢ .

^١ - راجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٨٧ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٠٣ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٣٧ - .
^٢ - راجع قانون الإجراءات الجنائية السوداني – معلقاً عليه – د. محمد محي الدين عوض ص ٦٧٠ - .

والواقعة محل الإثبات التي يجب أن تنصب أسئلة الاستجواب عليها , قد تكون تصرفات قانونية , أو وقائع قانونية , وقد تكون ثمة حاجة لإثبات أي منهما , سواء كانت في عروض دعوى أصلية , أو عند دفع الدعوى , كأن تكون الواقعة محل الإثبات بشأن تصرف قانوني يدعيه الدائن , فإن قدم شهوده للإثبات فعليه التقيد في أسئلة الاستجواب بهذا التصرف , فإن كانت الواقعة محل الإثبات , تتمثل في الدفاع بالوفاء , فعلي مدعي الوفاء أن يتقيد بضابط تعلق أسئلته بهذا الدفع , وكذا إن كانت الواقعة محل الإثبات , مما يدخل في معني الواقعة القانونية , سواء كانت من قبيل التصرفات القانونية , أو كانت من قبيل الوقائع المادية , مثل إثبات نشاط إجرامي يفضي إلي القتل , أو الدفع بأن ذلك الفعل كان دفاعاً عن النفس , ففي كليهما , فعلي من يقع عليه عبء الإثبات أن يتقيد بضابط التعلق , عند استجواب شهوده - .

الضابط الخامس : عدم سؤال الشاهد عن مسائل تتعلق برأيه – أو بحكم شرعي أو بالقانون :

الأصل أن تنصب أسئلة الاستجواب علي المعلومات إلي دخلت إلي علم الشاهد بالمعينة المباشرة , وقت تحمل الشهادة . فإن تجاوز السؤال إلي الرأي أو إلي الحكم الشرعي أو القانوني , فيجب أن يتصدى القاضي برفض توجيه السؤال ؛ وذلك لأن رأي الشاهد في الواقعة محل الإثبات يعدّ غير منتج ولا غناء فيه , ولا وجه لقبوله . قال السرخسي في المبسوط : ((ولا ينبغي للقاضي أن يسأل الشهود , هل مات من ذلك أم لا ؛ لا في العمد ولا في الخطأ , لأنه لا طريق لهم إلي معرفة ذلك ...))¹ - . وقال ابن أبي الدم الحموي : ((... وظيفة الشاهد نقل ما رآه أو سمعه ... وسدّ عليه باب الاجتهاد وترتيب الأحكام علي أسبابها , والحاكم بعد ذلك يري رأيه باجتهاده فهو أهل لذلك ...))² - . ومفاد هذا النص هو منع سؤال الشاهد عن رأيه , فالخبير الفني هو الذي يسأل عن رأيه في المسائل الفنية البحتة . وكذلك يمنع سؤال الشاهد عن الحكم الشرعي أو القانوني , فالقاضي وحده هو الذي

¹ - المبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ١٦٧ - .
² - أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٣٩٥ - .

يناط به تنزيل الحكم الشرعي أو القانوني ، علي الوقائع الثابتة ، ويفترض فيه العلم بهما . والنصوص الفقهية الآنفه الذكر تتفق معانيها مع المستقر في التشريع والقضاء المعاصرين - ¹ .

الضابط السادس : أن تكون أسئلة الاستجواب منتجة لا تغت فيها ولا عسف :

ويجب التقيد في استجواب الشاهد بتوجيه الأسئلة المنتجة ، والامتناع عن توجيه الأسئلة التي لا قيمة لها في الإثبات ولا في النفي ، وبالأخص تلك الأسئلة المتعلقة بالتفاصيل الدقيقة التي لا يابه الشاهد بمثلها وقت التحمل ، ونأسي علي بعض الوكلاء القانونيين الذين يدمنون علي توجيه مثل تلك الأسئلة ، لغايات لا تتصل بابتغاء الحقيقة - ، وأحياناً للتضليل عن درك الحقيقة ، ومن صنو تلك الأسئلة عديمة الجدوى ، سؤال الشاهد عن مأكله أو مشربه أو ملبسه ، في ذلك المجلس . قال ابن فرحون : ((الشهادة عن السرقة لا تقبل مجملّة ، بل لا بدّ أن يسأل الحاكم الشاهدين عن السرقة ما هي ؟ وكيف أخذها ، ومن أين ، والي أين فإن قالوا إنها مما يجب فيه القطع وغابا قبل أن يسألها ، لم يقطع وكذلك الشهادة علي الزنا واللواط ، فيسألهم الحاكم ويستفسرهم ، كما يسألهم في السرقة ولا يسألهم عما أكلوا في ذلك المجلس ، وهل كان في ليل أو نهار ، ولا عن لباسهم ونحو ذلك ؛ لأن ذلك من التعنيت [بل] يسألهم : هل رأيتموه يدخل الفرج في الفرج كالمروود في المكحلة ... -)) ² .

والنص صريح في التقيد بالأسئلة المنتجة ، وتجنب الأسئلة عديمة الجدوى والمتعلقة بدقائق التفاصيل التي لا غناء فيها . ورغم أن هذا النص يتعلق بسؤال القاضي للشهود ، إلا أنه بدلالة الفحوى ينطبق علي استجواب الخصوم للشهود ، خاصة وأن هذا النوع من الاستجواب يدخل في حكم الواجب فقهاً ، علي نحو ما سبق بيانه ، فيما نقلناه عن ابن قيم الجوزية - . وعلي القاضي منع توجيه الأسئلة غير المنتجة التي تنطوي عن مثل تلك التفصيلات عديمة القيمة في الإثبات أو

¹ - راجع قانون الإجراءات الجنائية السوداني - معلقاً عليه - د. محمد محي الدين عوض ص ٦٦٨ - .
² - تبصرة الحكم لابن فرحون ج ٢ ص ١٢٢ وراجع ج ١ ص ٢٠٣ وراجع مثله في (أدب القضاء) لابن أبي الدم الحموي ص ١٢٧ - .

النفي؛ فهي من قبيل المضارة والتعنت والتعسف ، وفي ذات المعنى – بتوسع يقول الماوردي : ((وعنت الشاهد قد يكون من القاضي من أحد ثلاثة أوجه . أحدها : إظهار التنكر عليه ، والإستراية به ، وهو طاهر الستر ، موفور العقل . والثاني : أن يسأله من أين علمت ، وكيف تحملت ، ولعلك سهوت . والثالث : أن يتبعه في ألفاظه ويعارضه إلي ما جري مجري ما ذكرنا ؛ لأن عنت الشاهد ، قدح فيه ، وميل علي المشهود له ، ومفض إلي ترك الشهادة عنده - (١) .

ومن قبيل التعنيت بالأسئلة ذات التفاصيل غير المنتجة ، ما ساقه ابن أبي الدم الحموي في (أدب القضاء) ، نقلاً عن أصحابه من فقهاء المذهب ، فيه : ((... قال الشافعي رضي الله عنه : لا ينتهر الشاهد ولا يتعته [أي لا يجعله يتلجج في كلامه بسبب الصياح والتعنت في توجيه الأسئلة ذات التفاصيل التي لا يلقي لها الشاهد بالاً عند التحمل] ... وقد روي القاضي أبو الطيب ^٢ ، أن شاهداً شهد عند أبي عمر القاضي ^٣ ، ببيع بستان ، فقال له القاضي : كم نخلة في البستان؟ فقال له : لا أشك في أن القاضي أعلم بداره مني بذلك البستان . فقال له : نعم . فقال له : فكم فيها من جذع ؟ [أي بالسقف] ، فسكت وحكم بشهادته ، لما ظهر له من وفور عقله وتحصيله . وحكي الشيخ أبو علي ^٤ ، في شرحه الكبير : أن رجلين من السواد شهدا عند القاضي يحيى بن أكثم ببستان فيها نخل ، فأراد امتحانهما وثبوت عقلهما ، فقال : كم عدد النخيل فيها . فقالا : لا ندري . فقال : أتشهدان علي ما لا تدريان ؟ فقالا : كم في هذا المسجد من الأسطوانات ؟ فقال لا أدري . فقالا : لو غصبه رجل أما كان يحلّ لك أن تشهد بأن فيه أسطوانات ؟ والمقصود : أن لا يطالبهم في سؤاله بما لا يلزمهم ذكره ، كقوله : في أي وقتٍ شهدتم ؟ وفي أي مكان؟ ومع من كنتم ؟ وماذا أكلتم ؟ ولا يصيح عليهم ، ولا يقطب في وجوههم ،

¹ - الحاوي للماوردي ج ١٦ ص ٢٧٧ - .

² - القاضي أبو الطيب : طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبري من أئمة الشافعية ، ولي القضاء بالكرخ وشرح مختصر المزني ، ولد بأمل طبرستان سنة ٣٤٨ هـ وتوفي سنة ٤٥٠ هـ - راجع طبقات الشافعية الكبرى ج ٥ ص ١٢ - .

³ - هو أبو القاسم بن جعفر بن عبد الواحد بن العباس الشافعي راوي سنن أبي داود ، ولد سنة ٣٢٢ هـ ، ولي القضاء بالبصرة وتوفي سنة ٤١٤ هـ - راجع البداية والنهاية لابن كثير ج ١٢ ص ١٧ وطبقات الشافعية الكبرى ج ٥ ص ٣١٠ - .

⁴ - الشيخ أبو علي : الحسين بن شعيب بن محمد السنجي ، فقيه شافعي جليل ، كنيته في المذهب : (الشيخ أبو علي) من تصانيفه شرح المختصر وشرح تلخيص ابن القاص ، وشرح فروع ابن الحداد - توفي سنة ٤٣٠ هـ - راجع طبقات الشافعية الكبرى ج ٤ ص ٣٤٤ - .

ولا يزيد في الاستقصاء بما يشق عليهم , فإن ذلك يمنعهم من تحمل الشهادة , ومن أدائها -))^١ .

وعلي ذات النحو , فيجب علي القاضي تجنب العبث بالشهود , أو الاستهزاء بهم , أو إدخال الرعب في نفوسهم , فذلك يشوش علي فكرهم , ويخلط عقولهم ويضعف قدرات ضبطهم وتذكرهم^٢ - , ويجب عليه خلال استجواب الشهود ملازمة سَمْت الروية والسكينة , والتحلي بصفاء العقل والقلب , فذلك أدعي لاستجماع فكر الشاهد , ولأدائه الشهادة بما يجلي حقائق الواقعة محل الإثبات , ففي شرائع الإسلام : ((... يكره للحاكم أن يعنت الشهود ... لأن في ذلك غصاً منهم , ... ولا يجوز له أن يتعتع الشاهد , وهو أن يداخله في التلطف , [أي بأن يتداخل معه في الكلام بمقاطعته بكلماتٍ توقعه في التردد , أو الغلط أو بأن يقاطع الشاهد حين يريد التلطف بشيء منتج فيداخله بغيره , مانعاً له من إتمام كلامه] [ولا يجوز] له أن يتعتعه , بل يكف عنه , حتي ينهي ما عنده , وإن تردد . ولو توقف في الشهادة لم يجز له ترغيبه إلي الإقدام علي الإقامة , ولا تزهيده في إقامتها ...^٣)) .

وقد استقرت النظم التشريعية المعاصرة علي العناية بتوجيه الأسئلة المنتجة للشاهد , خلال استجوابه , وعلي منع توجيه الأسئلة التي تحدث اضطراباً في نفسه , سواء كانت تجريحية أو تجريرية , إذ نصت المادة (١/٩٢) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي أن : ((تمنع المحكمة توجيه الأسئلة غير المنتجة في الدعوى , أو الجارحة أو التي يقصد بها مضايقة الشاهد)) , كما نصت المادة (١٥٦) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م بأن : ((علي المحكمة أن تمنع توجيه أي أسئلة ليست لها صلة بالدعوى الجنائية , وأن تحميهم من العبارات والتعليقات التي تخيفهم , أو تؤذيهم , وأن تمنع الأسئلة ذات الطبيعة الفاضحة , أو المؤذية للشعور , إلا إذا كانت تنصب علي وقائع جوهرية متعلقة

^١ - أدب القضاء - لابن أبي الدم الحموي ص ١٣٦/١٣٧ - .
^٢ - راجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٨٧ وبدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٩٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٥٣ - .
^٣ - شرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج ٤ ص ٧٨ - .

بالدعوى)) , وهذه هي ذاتها القيود التي كانت تنص عليها المادة (٢١٦) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٢٥م والتي كانت تقرأ :-

((The court shall prevent the putting of irrelevant questions to the witnesses , and shall protect them from any language , remarks or gestures likely to intimidate them , and it shall prevent the putting of any questions of an indecent or offensive nature , unless such questions bear directly on facts which are material to the proper appreciation of the facts of the case))).

وقد علق الأستاذ الدكتور محمد محي الدين عوض علي هذه المادة - بحق - قائلاً بأن هذه المادة قد سيقّت لحماية الشهود ضد كل ما يخيفهم , أو تضطرب معه أفكارهم , حتى يتمكنوا من الإدلاء بما يكشف الحقيقة في الواقعة , وحتى لا تتخذ المحاكم مسرحاً لإهانة أو تجريح الشهود , أو التشهير بهم , بإعلان مسائل لا صلة لها بالواقعة الإجرامية - ^١ .

ولا نجافي الحقيقة قيد أنملة , إن قلنا بأن بعض القضاة اليوم , قد ضعف فيهم حسّ مراقبة ضوابط الاستجواب , فصارت المحاكم بالفعل مسرحاً للتراشق بالإهانات وبالألفاظ النابية , بين الخصوم والشهود , بل إن بعض القضاة يعينون علي ذلك النوع من الهرج , بسبب ضعف ضبطهم للجلسة وسوء إدارتهم لها , وينبغي علي لجان التفتيش القضائي أن تُعني بتفعيل تقدير هذا الأمر , عند تقويمها لأداء القضاة - .

الضابط السابع : عدم جواز تلقين الشاهد أو توجيه الأسئلة الإيحائية :

تحقيقاً للغاية التي شرعت لأجلها الشهادة , والمتمثلة في كشف حقيقة الواقعة محل النزاع , وإقامة الموازين القسط , فيلزم أن يدلي الشاهد بشهادته من وحي تذكّره للوقائع التي تحملها بالمعينة المباشرة , ولا عبرة لما يشبع رغبات الخصم

^١ - راجع قانون الإجراءات الجنائية السوداني - معلقاً عليه - د. محمد محي الدين عوض ص ٦٧٠ - .

المستشهد , ومن ثمّ فلا يجوز للمستشهد تلقين الشاهد , ولا توجيه الأسئلة الإيحائية إليه , عند استجوابه . قال السرخسي :- ((وينبغي للقاضي أن لا يلقن الشاهد , ولكن يدعه حتى يشهد بما عنده , فإن كانت شهادته جائزة قبلها , وإن كانت غير جائزة ردّها , ولا يقول له : أشهد بكذا , فإن هذا تلقين , وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا أري بأساً أن يقول : أتشهد بكذا وكذا . وإنما قال هذا حين ابتلي بالقضاء , فرأى ما بالشهود من الخور عند أداء الشهادة بالحق , فإن لمجلس القضاء هيبة , وللقاضي حشمة , ومن لم يعتد التكلم في مثل هذا المجلس , يتعذر عليه البيان , إذا لم يعينه القاضي علي ذلك بأن يذكر ما يسمع منه , فيقول : أتشهد بكذا ؟ لما لم يسمع منه , فهو التلقين المكروه , وفي مذهبه نوع رخصة , والعزيمة فيما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ؛ لأن القاضي منهي عن اكتساب ما يجرّ إليه تهمة الميل , وما يكون فيه إعانة أحد الخصمين , إما صورةً أو معني , وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك . وإذا لم يجر له أن يلقن المدعي , مع أن الدعوى لا تكون ملزمة , فلأن لا يجوز له أن يلقن الشاهد أولي ؛ ولأن عادة بعض الناس , أن المحتشم إذا لقن أحدهم شيئاً , ترك ما كان قصد التكلم به , وتكلم بما لقنه تعظيماً له , فلا يأمر القاضي أن يفعل الشاهد مثل ذلك , فيدع ما كان عنده من الشهادة , ويتكلم بما لقنه القاضي . والتلقين تعليم , والقاضي إنما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بالشهادة , لا لتعليم الشاهد , فلهذا أكره له أن يلقنه -)) .

وتستثني من قاعدة منع توجيه الأسئلة الإيحائية حالات هي :-

(أ) الأسئلة التمهيدية التي توجّه لتنشيط ذاكرة الشاهد , وإعانتة في الترتيب المنطقي لما يسرده من وقائع , شريطة ألا يكون لها أثر مباشر في إثبات

¹ - المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٨٧ وراجع الحاوي للماوردي ج ١٦ ص ٢٧٨ - .

- الواقعة محل الشهادة . وهذا النوع من الأسئلة التمهيدية التي تنظم ترتيب الأفكار , حق يلزم كفالاته للمستشهد ليمارسه وفقاً للشرط المذكور - .
- (ب) حالة إقرار المحكمة للشاهد باعتباره عدائياً , أو حالة كون الأمر المسئول عنه يتعلق بشاهدٍ بينه وبين الخصم الذي استدعاه عداوة - .
- (ج) حالة توجيه الأسئلة من المشهود ضده , عند المناقشة , فيجوز للمشهود ضده توجيه الأسئلة الإيحائية , واستثناء المشهود ضده من قاعدة منع توجيه الأسئلة الإيحائية , إنما هو من إرث المدرسة الأنجلوسكسونية , التي لا تحظر عليه توجيهها في مرحلة المناقشة (cross – Exam.) , وفي تعليل ذلك يقول الدكتور (محمد محي الدين عوض) : ((... لأن هذه الأسئلة تعدّ معياراً صحيحاً لضمان صلاية الدليل ؛ إذ أنها مصيدة للشاهد الكاذب , أو غير الأمين , يجعله يكشف عن الحقيقة . وحتى إذا كان الشاهد أميناً , فإن هذه الأسئلة تكشف عن مدي ثقته فيما قال أو تردده فيه . فإن ردّ الشاهد علي السؤال الإيحائي بأنه في الواقع غير متأكد من الحقيقة , فإن الشهادة الأولى أثناء الاستجواب تنهار كدليل , حتى لو كانت صحيحة في الواقع , لأنه لا يمكن التعويل عليها في الإدانة - ')) .
- (د) ويستثنى من قاعدة منع التلقين – أو الأسئلة الإيحائية – استجواب الشاهد بواسطة القاضي في أفضية الحدود الشرعية , فيجوز فيها التلقين , وهذا هو رأي فقهاء الشافعية والحنابلة وهو قول لأبي يوسف من الحنفية - ٢ . ويستدلون علي جواز تلقين الشاهد في الحدود – أو التعريض له بالتوقف – بما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه حين شهد ثلاثة من الصحابة علي المغيرة بن شعبة بالزنا ؛ فقال الشهود الثلاثة أبو بكر وشبل بن معبد ونافع : (رأينا ذكره يدخل في فرجها كدخول المرود في المكحلة ,

1 - قانون الإجراءات الجنائية السوداني – معلقاً عليه – د. محمد محي الدين عوض – ص ٦٨٦ - .
2 - راجع الحاوي للماوردي ج ١٧ ص ٢٣٨ والمجموع شرح المذهب للنووي ج ١٨ ص ٥٠٢ والبنابة في شرح الهداية للعيني ج ٧ ص ٢٩ والمغني لأبن قدامة ج ص .

فلما كان رابعهم – زياد – قال سيدنا عمر رضي الله عنه : (أري شاباً حسناً وأرجو ألا يفضح الله علي لسانه رجلاً من أصحاب رسول الله (صلي الله عليه وسلم) , فعرض زياد ولم يصرح فقال : (رأيت بطنه علي بطنها , ورأيت أرجلاً مختلفة , ونفساً يعلو , وأسناً تنبو) فقال عمر: (رأيت ذكره في فرجها ؟) فقال : لا . فقال عمر : (الحمد لله . قم يا أرخي أجد هؤلاء الثلاثة) - ¹ .

ووجه الدلالة يتمثل في أن سيدنا عمر رضي الله عنه قد عرض لزياد في المبتدأ , بعدم الشهادة الموجبة للحد . وذلك من صنو تعريض النبي صلي الله عليه وسلم لماعز حين جاءه مقراً بالزنا , فقال له : (لعلك قبّلت أو غمزت أو نظرت) ² . قال النووي في معرض تعليقه علي هذا الحديث : (... فيه استحباب تلقين المقر بحدّ الزنا والسرقة وغيرهما من حدود الله تعالى) ³ , وقال الماوردي قياساً لحال الشاهد علي حال المقر – في معرض تعليقه علي ذات الحديث - : ((فإذا لزم ذلك في المقر كان في الشاهد أحق)) ⁴ .

والحكمة في مشروعية – واستحباب – تلقين الشاهد في الحدود الشرعية , هي : (إيثار الستر) , كما هو ظاهر من مقالة سيدنا عمر رضي الله عنه الأنف ذكره . وقد ذهب أبو يوسف في قوله الثاني – خلافاً لأبي حنيفة ومحمد – إلي جواز تلقين الشاهد في غير موضع التهمة , سواء كان ذلك في الحدود أم في غيرها - ؛ لأن الشاهد قد يحصر , أي ينحبس لسانه عن البيان , لمهابة مجلس القضاء - ⁵ .

والراجح عندي هو جواز تلقين الشاهد في أفضية الحدود الشرعية , دون غيرها من دعاوى , بدلالة الثابت بالنص , في حديث ماعز الأنف ذكره وبقياس الأولي , غير أنه وحيث جاز تلقين الشاهد في الحدود استثناءً من

¹ - راجع الحاوي للماوردي ج ١٧ ص ٢٣٨/٢٣٩ والمغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٣٦٧ .
² - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست ... ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا - .
³ - شرح صحيح مسلم – للإمام النووي ج ١١ ص ٢٠٧ / ٢٠٨ - .
⁴ - الحاوي للماوردي ج ١٧ ص ٢٣٨ - .
⁵ - راجع البناية في شرح الهداية للعيني ج ٧ ص ٢٩ وبدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٩٦ ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار – قاضي زاده ج ٥ ص ٤٧٠/٤٧١ - .

الأصل . فلا يتعدى بالاستثناء عن موضعه , فالحدود مبنية علي المساهلة والدرء , بخلاف حقوق الأدميين , فتباينت العلة بما يلزم معه تباين الحكم - .

ج/ سلطة القاضي في تقدير أسئلة الاستجواب والمناقشة :

يلزم علي القاضي ممارسة سلطته التقديرية – في مرحلتي الاستجواب والمناقشة – وذلك بتقدير مدي التزام الخصوم بالضوابط المقررة فيهما , والمتمثلة في ضوابط إكرام الشهود وعدم إهانتهم أو إرهابهم أو إرهابهم , بالتعسف أو بالتعنت في سؤالهم أو بسؤالهم عن رأيهم في المسألة محل الإثبات أو عن مسألة قانونية , أو تلقينهم أو الإيحاء إليهم بالجواب . ويجب أن يمنع القاضي الأسئلة التي تخل بتلك الضوابط – أو بأي منها - , فهو وحده الذي يناط به تقدير انضباط أسئلة الاستجواب والمناقشة ومدي تعلقها بالوقائع محل النزاع , أو بالوقائع المرتبطة بها , سواء كانت وقائع مادية , أو من قبيل ملابسات الحال أو المقال , كما يناط به تقدير أسئلة الاستجواب والمناقشة ومدي إفادتها في الإثبات أو النفي , بل ومدي جدية تلك الأسئلة , منعاً للخصوم ووكلائهم القانونيين من لدد الخصومة , ومن اتخاذ ساحة القضاء مسرحاً للتشفي أو الانتقام أو الكيد , أو الإغراق في دقائق تفصيلات الأسئلة غير المنتجة , التي لا يراد منها سوي إطالة أمد النزاع أو إرهاب الشاهد أو إهانته , أو التشكيك في قدرات إدراكه أو فهمه واستيعابه , باستخدام ألفاظ وعبارات يتعذر عليه فهمها , لخروجها عن معارفه أو لعدم وضوحها . وعلي القاضي طلب إعادة صياغة كل سؤال يتصف بالإبهام وعدم الوضوح , ليتسنى للشاهد فهمه – دون عناء - , ويقدر القاضي مدي وضوح الأسئلة – ونوعها – بالنظر إلي حال الشاهد وقدراته العقلية ومعارفه العلمية والثقافية , فالشاهد البدوي غير الحضري , والعالم الذي يحيط علمه بعناصر الواقعة محل الإثبات , تجئ شهادته ابتداءً , بما يغني عن كثير من أسئلة الخصوم , ويكون أقدر علي فهم أبعاد السؤال , بما يغني عن طلب إعادة صياغته , فإن كان الشاهد من غير ذوي العلم والمعرفة , أتاح القاضي لمزيد من السعة في أسئلة الاستجواب والمناقشة , بقدر ما يفضي

به عن مكنون شهادته , وبما يجلي به حقيقة الواقعة المشهود بها . قال الشافعي:
((وأحب إن كان الشهود ليسوا ممن يُعرَفُ بالحالة الحسنة المبرزة والعقل ,
معها أن يفرقهم , ثم يسأل كل واحد منهم علي حدته عن شهادته , واليوم الذي
شهد فيه , والموضع الذي شهد فيه , ومن حضره وهل جري ثمّ كلام , ثم يثبت
ذلك كله , وهكذا أحب إن كان ثمّ حال حسنة , ولم يكن سديد العقل , أن يفعل به
هذا , ويسأل من كان معه في الشهادة علي مثل حاله , عن مثل ما يسأل ,
ليستدل علي عورة إن كانت في شهادته , أو اختلاف إن كان في شهادته وشهادة
غيره , فيطرح من ذلك ما لزمه طرحه , ويلزم ما لزم إثباته - (1) .

وقد يكون الشاهد رقيق الحال , عليل البدن , لا يحتمل البقاء طويلاً خلال
الاستجواب والمناقشة , فينبغي علي القاضي تقدير ما يوجه إليه من الأسئلة ,
علي ضوء حاله , بأن تكون الأسئلة جوهرية - من غير تمهيدات ولا حواشي- ,
فإن كان خائفاً لتجريح من خصم , أو تلميح أو إيماء مفزع , أو لمهابة مجلس
القضاء , فعلي القاضي سد ذريعة الخوف , بمنع سببه , ناصحاً الخصوم بالتودد
والوقار وعدم اللدد , وبإحسان مخاطبة الشاهد , بما يبعث الطمأنينة في نفسه ,
ويصفو به ذهنه , وينبسط معه لسانه , ليصدق في الشاهد معني (پ پ پ) - 2 .

د/ سلطة القاضي التقديرية في التدخل بسؤال الشاهد :

لا خلاف في مشروعية سؤال القاضي للشاهد ما يراه كاشفاً للحقيقة , فذلك
موضع اتفاق بين الفقه الإسلامي والنظم التشريعية المعاصرة . وقد يتجاوز حكم
هذا الأمر حدّ المشروعية , ليلبغ إلي حدّ الوجوب , عندما يكون متعلقاً بالحدود
الشرعية ؛ إذ يجب عندئذٍ علي القاضي استجواب الشاهد , تفصيلاً للمجمل ,

1 - الأم للشافعي ج 6 ص 208 وراجع معين الحكام للطرابلسي ص 83 - .
2 - سورة النساء - الآية 135 - .

ورفعاً للإبهام , وتعييناً لمعني المشترك اللفظي , واستيفاءً بالاستقصاء لعناصر الجريمة الحدية وشرائطها , فإن أغفل القاضي ذلك فقد (أثمَ وَجَرَ في الحكم)^١ .
والثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قد استفسر ماعزاً , حين جاءه مقرأً ,
ويحق في الشاهد من معني الاستجواب والاستفصال , ما يصدق في المقر بدلالة
الفحوى - .

وفي النظم التشريعية المعاصرة , فقد نصت المادة ١/١٥٥ من قانون
الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((يجوز للمحكمة أن
تستجوب أي شاهد أو مناقشته)) وجاءت المادة (٣/٧٣) من الجدول الثالث من
قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م أكثر بياناً ؛ إذ نصت علي أن :
((للمحكمة أن توجه للشاهد , ما تراه مناسباً من الأسئلة , مفيداً في كشف
الحقيقة , أو يفيد اليقين بصدق الشاهد أو كذبه , أو تتبين به درجة شهادته في
الوثوق بها والتعويل عليها , وعدم ذلك)) - .

وفي بيان الغاية التي شرعت لأجلها سلطة القاضي التقديرية في التدخل
بسؤال الشاهد , باستجوابه أو بمناقشته , يقول الدكتور (محمد محي الدين
عوض) : ((... وللمحكمة ... أن توجه أية أسئلة تراها ضرورية أو
مناسبة , وقد تكون لصالح الاتهام , كما قد تكون لصالح الدفاع ؛ لأن الغرض
منها توضيح الوقائع وكشف الحقيقة . ولذلك من الممكن استخدام هذه السلطة
لمساعدة المتهم الذي لم يستعن بمحامٍ . ويجب علي القاضي ألا يعوق بأسئلته
الدفاع عن تقديم دفاعه في حرية , وإلا كانت إدانة المتهم علي غير
أساس -))^٢ - .

وفي مصر فقد نصت المادة (٨٩) من قانون الإثبات في المواد المدنية
والتجارية , علي أن : ((لرئيس الجلسة , أو لأي من أعضائها , أن يوجه
للشاهد مباشرة , ما يراه من الأسئلة مفيداً في كشف الحقيقة)) - .

^١ - راجع الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٤ وبدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤١٨٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٥٢
والمجموع شرح المهذب للنووي ج ١٨ ص ٥٠١/٥٠٠ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ٢٤٤ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه
ج ٣ ص ١٢ - .
^٢ - قانون الإجراءات الجنائية السوداني - معلقاً عليه - د. محمد محي الدين عوض - ص ٦٨٢ - .

والواضح من نصوص التشريعات المعاصرة هو أن هذه القوانين قد أناطت بالقاضي سلطة تقديرية واسعة ، في توجيه ما يراه ضرورياً لكشف الحقيقة ، من غير تقييد بمرحلة معينة من مراحل تحقيقات المحاكمة ؛ إذ يسوغ للقاضي ممارسة تلك السلطة ، خلال الاستماع إلي شهود الإثبات أو إلي شهود الدفاع ، بل ويمكنه ممارستها باستدعاء الشهود من تلقاء نفسه لاستجوابهم أو بإعادة استجوابهم ، سواء كان ذلك لصالح قضية هذا الطرف أو ذاك ، غير أنه إذا كان الأمر متعلقاً بدعوى جنائية ، ورأي القاضي استدعاء شاهد جديد للشهادة ضد المتهم ، فيجب عندئذٍ أن يكون استدعاؤه واستجوابه قبل قفل قضية الدفاع ، حتى يتمكن المتهم من الردّ علي ما يثيره ذلك الشاهد في حقه ، وذلك ما لم تكن هذه الشهادة غير متوقعة -¹ . وفي كل الأحوال ، فيجب عدم الإخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه ، ويلزم إتاحة الفرصة له لدحض بينة الاتهام أو لإقامة بينة العكس - .

هـ / دور نظام الاستجواب والمناقشة في بلورة الاقتناع القضائي (إثباتاً أو نفياً):

عرضنا أحكام نظام الاستجواب والمناقشة باعتباره أحد وسائل بلوغ الاقتناع القضائي ، ونخص هنا دوره في بلورة ذلك الاقتناع ، لما يتميز به في تحقيق تلك الغاية ، إذ لا نجانب الصواب قيد أنملة ، إن قلنا بأن ذروة سنام وسائل بلوغ الاقتناع القضائي هو (نظام الاستجواب والمناقشة) . فله السهم المعلي في كشف مدي صدق الشاهد ، وفي استبانة الحقيقة من خلال شهادته . وبحق فقد عبّر الإمام الشافعي عن ذات الأمر بقوله : ((ليستدل علي عورة إن كانت في شهادته ، أو اختلاف إن كان في شهادته وشهادة غيره ، فيطرح من ذلك ما لزمه طرحه ، ويلزم ما لزمه إثباته))² .

ومن خلال نظام الاستجواب والمناقشة ، يستبين القاضي مدي توفر شرائط صحة تحمل الشهادة ، ومدي ضبط الشاهد وحفظه وتذكره للوقائع محل الإثبات ، فتتساند تلك المعطيات لتسهم في بلورة الاقتناع القضائي – إثباتاً أو نفياً - . ومن

¹ - المرجع السابق – نفس الموضع - .

² - الأم للشافعي ج ٦ ص ٢٠٨ - .

روائع ما حفظه لنا تاريخ القضاء الإسلامي في هذا الشأن , حادثه رواها الإمام الشافعي , إذ حضر رجلاً صالحاً يشهد لدي أحد قضاة الإسلام بجرحة شاهد آخر وبعد عدالته , دون بيان وجه الجرحه . فلما فرغ شاهد الجرحه عن أداء شهادته المجمله , قام الخصم – المشهود له – باستجواب شاهد الجرحه : فقال له : بأي شيء تجرحه ؟

فقال شاهد الجرحه : ما يخفي عليّ ما تكون الشهادة به مجروحة - .

فقال الخصم : لست أقبل هذا منك , إلا أن تبين - .

فقال شاهد الجرحه : رأيتّه يبول قائماً .

فقال الخصم : وما بأس أن يبول قائماً - .

فقال شاهد الجرحه : ينضح علي ساقيه ورجليه وثيابه ثم يصلي قبل أن ينقيّه - .

فقال الخصم : أفرأيتّه فعل , فصلي قبل أن ينقيّه , وقد نضح عليه - ؟

فقال شاهد الجرحه : لا ولكني أراه سيفعل - ¹ .

وهكذا كشفت تلك المناقشة حقيقة وجه الجرحه , وأفضت إلي اقتناع القاضي بعدم جدوى الجرحه في عدالة ذلك الشاهد , لعدم قيامها علي معاينة الواقعة المشهود بها , بل كانت الشهادة قائمة علي الرأي , بدلالة قوله : (ولكني أراه سيفعل) , ولا قيمة لرأي الشاهد في مثل تلك الحالة - .

وعلي نقيض شهادة ذلك العالم الصالح الذي ذهبت شهادته أدراج الرياح , لعدم قيامها علي المعاينة , وإنما علي الاستنتاج , فقد يحدث العكس , حين يتمخض نظام الاستجواب والمناقشة عن بعث الثقة بعدم إمكان دخول الواقعة المشهود بها إلي علم الشاهد إلا عن طريق المعاينة , وذلك في حدّ ذاته يفضي إلي غلبة الظن بصدق الشاهد . ويصدق مثل هذا في شهادة الصغير في دعوى (الأفعال الفاحشة) , حيث يشرح فيها الشاهد – أي الصغيرة – عند استجوابها , طريقة الاعتداء عليها , أو علي رفيقتها , قائلة بأن المتهم قد تواري بها عن الأنظار , وأمسك يدها وشدها

¹ - الأم للشافعي ج ٦ ص ٢٠٩ ويلاحظ أن الشهادة بالتجريح قبلت مجمله منذ البدء , لأن شاهد الجرحه كان من أهل العلم وتجاوز الشهادة بالجرحة مجمله من أهل العلم فقط , أما غيرهم فيجب عليهم تفسير الشهادة ببيان وجه الجرحه – راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢١٣ - .

علي قضيبه , واصفة ذلك القضيب , وحرك يدها وبعض جسدها فوق قضيبه حتى خرج منه سائل أبيض , واصفة كثافته ورائحته , ثم كيفية تنظيف المتهم لما علق بالصغيرة منه - ¹ . فإنه يغلب صدق من هو مثل ذلك الشاهد , حين يدلي بتفصيلات لا تدخل إلي معارف مثله , وتنتفي معها تهمة الاختلاق أو الكذب أو جموح الخيال , حيث لا يمكن تصور دخول تلك التفصيلات إلي علم ذلك الشاهد إلا بالمعينة المباشرة - , وفي مثل هذه الحالة لا يبقى سوي التعزيد الذي يرقى بالاقتناع القضائي إلي عين اليقين - .

الوسيلة الرابعة : ملاحظة الشهود أثناء أداء الشهادة :

من الوسائل الجوهرية لبلوغ الاقتناع القضائي , ملاحظة الشاهد أثناء أدائه للشهادة , فقد ينبئ حاله عن طمأنينة غير مفتعلة , تتبدي معها صدقه وخلص نيته في إحقاق الحق , فتنبعث الثقة في شهادته . وقد ينبئ حال الشاهد عن اضطراب أو تصنع تبعثان الريبة والشبهة فيما شهد به . وقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بمسألة (مراقبة الشاهد أثناء أدائه للشهادة) , ففي (معين الحكام) للطرابلسي : ((ومنها أنه يستحب للقاضي أن يراقب أحوال الخصوم عند الأداء بالحجج ودعوى الحقوق , فإن توسم في أحد الخصمين أنه أبطن شبهة , أو اتهمه بدعوى الباطل , إلا أن حجته في الظاهر متجهة , وكتاب الحق الذي بيده موافق لظاهر دعواه , فليتلطف القاضي في الفحص والبحث عن حقيقة ما توهم فيه , فإن الناس اليوم كثرت مخادعتهم , واتهمت أمانتهم , فإن لم ينكشف له ما يقدر في دعواه فحسن أن يتقدم إليه بالموعظة , إن رأي لذلك وجهاً , ويخوفه الله سبحانه وتعالى فإن أناب , وإلا أمضي الحكم علي ظاهره . وإن تزايدت عنده بسبب الفحص عن ذلك شبهة , فليقف ويوالي الكشف , ولا يعجل في الحكم مع قوة الشبهة ...))² .

وهذا النص وإن صرّح بملاحظة الخصوم , إلا أنه قد أفاد أيضاً ضرورة أن يفضي توسم القاضي شبهة في الخصم , إلي لزوم فحص حجته , بملاحظة الشاهد وفحص حاله , فقد يتمخض فحص حال الشاهد عن إقامته للشهادة للتسلي أو للتأسي

¹ - راجع الشهادة - د. إبراهيم الغماز ص ٢٩٦ بتصرف - .

² - معين الحكام للطرابلسي ص ٢٢ وراجع مثله في تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٧ وص ١٥١ - .

بها عن بأس ألمّ به , أو يتمخض عن سعيه لإزالة التعيير عن نفسه , من فسق وقع فيه ونحوه - ^١ .

ولا ينبغي أن تتوقف ملاحظة الشهود عند أدائهم للشهادة , عند مراقبة حالتهم النفسية , بل ينبغي اختبار عدالته و عما إذا كان يمتن الكذب , ففي المغني لابن قدامة أنه : ((روي عن شريح أنه شهد عنده شاهدٌ وعليه قباء مخروط الكمين , فقال له شريح : (أحسن أن تتوضأ ؟ [يعني وعليه ذلك القباء] فقال له الشاهد : نعم . فقال شريح : فاحسر عن ذراعيك . فذهب يحسر عنهما فلم يستطع . فقال له شريح : قم فلا شهادة لك -)) - ^٢ . ولعل هذا النوع من اختبار عدالة الشاهد , قد تضاعفت الحاجة إليه في زماننا الذي ضعفت فيه الذمم , وتفشت فيه وسائل الحيل لأكل أموال الناس بالباطل , وطرائق الاختبار عديدة , بحسب فطنة القضاة في النظر , وتبصرهم بأحوال الناس وعاداتهم ومسلكتهم .

وقد تتمخض مراقبة الشاهد عن درك بُعد آخر من عدم عدالة الشاهد , من قبيل تعصبه علي المشهود ضده , أو للمشهود له , كأن يحرص علي قبول شهادته وإنفاذها , فذلك يفضي إلي تهمته , ويسهم في بلورة اقتناع القاضي بشأن دلالة تلك الشهادة وقيمتها التدليلية ؛ وقد يتبدي ذلك النوع من التعصب من خلال صور مختلفة لسلوك الشاهد أثناء أدائه للشهادة , ومن قبيلها كثرة الحلف - بغير مقتض , ففي (تبصرة الحكم) : ((... [من موانع قبول الشهادة] ... الحرص علي القبول , وهو أن يحلف علي صحة شهادته إذا أداها , وذلك قاذح فيها ؛ لأن اليمين دليل علي التعصب وشدة الحرص علي نفوذها . قال بعضهم : إلا أن يكون الشاهد من جملة العوام , فإنهم يتسامحون في ذلك , فينبغي أن يعذروا , ما لم تقم قرينة علي التعصب - ...)) - ^٣ . وفي النص دلالة علي ضرورة تقويم كل حالة من حالات (الحرص) ومظاهرها علي حده , علي ضوء حال الشاهد وأحوال بيئته - .

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٨٠ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ٢٤١ , وشرائع الإسلام للمحقق الحلي ج ٤ ص ١٣١ والنهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٤٢ .

^٢ - المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٨٧ .

^٣ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٨٠ وراجع مثله في معين الحكام للطرابلسي ص ٧٣ - .

وقد يتبدى حرص الشاهد علي إنفاذ شهادته بما يبعث تهمة الميل في شهادته , من خلال حال دال علي التصنع , وقد روي عن أبي السائب أنه قال : ((كان ببلدنا رجل مستور الحال , فأحب القاضي قبول قوله , فسأل عنه فزُكيّ عنده سراً وجهرأ , فراسله في حضور مجلسه لإقامة شهادة . وجلس القاضي , وحضر الرجل , فلما أراد إقامة الشهادة لم يقبله القاضي . فسئل عن السبب ؟ فقال : انكشف لي أنه مرأ , فلم يسعني قبول قوله . فقيل له : ومن أين علمت ذلك ؟ فقال : كان يدخل إليّ في كل يوم , فأعدّ خطاه من حيث تقع عيني عليه , من الباب إلي مجلسي , فلما دعوته اليوم , جاء فعددت خطاه من ذلك المكان , فإذا هي قد زادت ثلاثاً أو نحوها , فعلمت أنه متصنع فلم أقبله -))¹ . ورغم دقة ما توحى به هذه الواقعة , من فطنة القاضي , إلا أن أعمال صنوها في زماننا ينطوي عنه خطرٌ , فيلزم عند ظهور العمل والتصنع خلال أداء الشهادة , بمظهر استكانة أو بغيرها مما يبعث الريبة في الشهادة , أن يدون القاضي ملاحظته في محضر الدعوى ويعلنها في مواجهة الخصوم , للاستعانة بذلك , وبمناقشة الخصوم لتلك الملاحظة , عند تقويم الشهادة في مرحلة وزن البيّنات - .

وخلاصة الأمر : فإن سلف قضاتنا , منذ صدر الإسلام , قد خلفوا لنا تراثاً قضائياً زاخراً , في كيفية درك حقائق الشهادة وما تنطوي عنه من صدق وتجرد وابتغاء لوجه الله تعالى - بإحقاق الحق - من إقامة الشهادة , أو ما تنطوي عنه من مخادعة أو تواطؤ أو غير ذلك من أهواء النفس , أو الاستغفال , وقد رأينا تنوع كفيات (مراقبة حال الشاهد أثناء أدائه للشهادة) ؛ إذ ليس هناك (قوالب جامدة) أو معايير موضوعية محددة , لدرك حال الشاهد , فالأمر قائم علي فطنة القاضي وحسن معرفته بالناس وأحوالهم وعاداتهم .

وقد عنيت التشريعات المعاصرة بأمر (ملاحظة الشهود أثناء أدائهم للشهادة) ؛ إذ نصت المادة (٣٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أن: ((تقدر المحكمة عند تقويمها لوزن الشهادة , ما يعترىها من تهمة في الشاهد ,

¹ - الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٨ - .

أو قدح في عدالته , أو ضعف في تعبيره , أو اضطراب في شهادته , مع مراعاة سلوك الشاهد أثناء أدائه للشهادة , ومراعاة أي شروط أخرى يقتضيها أي تشريع لكمال الشهادة)) - .

وتتميز المادة الأنفة الذكر بمرونة فائقة , تمكيناً للقاضي من استمداد اقتناعه القضائي بحرية كاملة , ما دام تقويمه للدليل قائماً علي ما جري أمامه بالجلسة . وبلوغاً إلي إحسان القاضي – أو خلفه – في تقدير القيمة التدليلية للشهادة , فينبغي عليه أن يدون بالمحضر , ملاحظاته التي يراها جوهرية , بشأن سلوك الشاهد أثناء استجوابه - ¹ .

وقد استقرت تطبيقات القضاء السوداني علي العناية بمراقبة سلوك الشاهد أثناء أدائه للشهادة , منذ عهد بعيد , إدراكاً منها لما تنطوي عنه تلك المراقبة من حسن تقدير للقيمة التدليلية للشهادة , ففي قضية : (حكومة السودان / ضد / مايكل فيتر دينق) قضت المحكمة العليا , بأن إلقاء الشاهد بأقواله أمام المحكمة يتيح لها فرصة تقدير سلوكه ومدى صدقه وعدله ... - ² .

وحيث باننت لنا بجلاء , مدى أهمية (ملاحظة القاضي للشهود أثناء أدائهم للشهادة) , ودورها المرموق في بلورة الاقتناع القضائي , فلا نملك إلا أن نأسى علي بعض موروثنا الذي يعوق دون بلوغ درجة الإحسان في أعمالها , وفي مقدمة تلك المعوقات – الموروثة – أن يناط بالقاضي تدوين محاضر الجلسات القضائية , فيظل عاكفاً في تدوين أقوال الخصوم والشهود بنفسه , فلا يكاد يرفع بصره عن تلك المحاضر , فينجم عن ذلك فوات هذه الوسيلة الحيوية والجوهرية , في بلورة الاقتناع القضائي – أو تكاد تفوته جلها - . هذا فضلاً عن عدم نزوعنا إلي غرس مواهب المراقبة وفنونها في أنفس القضاة , عند تدريبهم في مداخل الخدمة القضائية- .

الوسيلة الخامسة : تطابق الشهادات مع بعضها :

¹ - راجع قانون الإجراءات الجنائية السوداني – معلقاً عليه د. محمد محي الدين عوض ص ٦٧٢ - .
² - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية – ص ٣٢٤ - .

المقصود من (تطابق الشهادات مع بعضها) , هو تطابقها في المعنى , بمقدار ما يتسنى معه القول بتناسقها , وبعدم وجود تباين جوهري بينها ؛ إذ أن التطابق المطلق في المعنى والمبنى متعذر الحدوث . ويغلب حدوث الاختلاف بين الشهادات , في التصرفات القولية , أكثر مما يحدث بينها في التصرفات المادية – الفعلية - , ونعني بالتصرفات القولية , ما يتم بالقول المحض , بإرادة الطرفين , أو بإرادة منفردة , كما نعني بالتصرفات المادية , ما يتم بالفعل , كالجنايات , سواء كانت علي النفس أو علي المال - .

ويتسامح عند الاختلاف بين الشهادات في التصرفات القولية , بما لا يتسامح به عند الاختلاف في التصرفات المادية – الفعلية - , والحكمة من هذا التسامح تتمثل في إمكان التوفيق بين شهادات التصرفات القولية المختلفة مع بعضها , فإذا شهد شاهد بحدوث البيع أو بالإقرار في زمان أو في مكان معين , وشهد الآخر بحدوث ذلك في زمان آخر , أو مكان غيره , فلا تنهاتر الشهاداتتان ؛ لأن الأقوال مما تعاد وتكرر , أما إن كان مثل هذا الاختلاف بين الشهادات متعلقاً بالتصرفات المادية , كالجناية علي النفس , أو علي المال , فتنهاتر تلك الشهادات ولا يعتد بها , لعدم إمكان التوفيق بينها , ويستثنى القذف من الجنايات ؛ إذ يأخذ حكم الأقوال , فلا تنهاتر الشهادات بالقذف , لاختلافها , لإمكان تكرره , غير أنه ينبغي التنبيه إلي ضرورة درء الحد عندئذٍ . يقول (العيني) في بيان أحكام تطابق الشهادات واختلافها : ((... وكل شهادة علي فعلٍ , فإن اختلاف الزمان والمكان , يمنع القبول ... أما اختلافهما في الزمان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف , لا يمنع القبول . وفي الجناية والغصب والقتل والنكاح يمنع . والأصل أن المشهود به إذا كان قولاً كالبيع ونحوه , فاختلفت في الزمان أو المكان لا يمنع [أي لا يمنع قبول الشهادة] ... لأن القول مما يعاد ويكرر . وإن كان المشهود به فعلاً

كالغصب ونحوه ... فاختلفاهما في الزمان والمكان يمنع القبول ؛ لأن الفعل في زمان أو مكان ، غير الفعل في زمان أو مكان غيره ، فاختلف المشهود به ((...))^١ .

ويلاحظ أن الفقهاء قد ألقوا النكاح بالتصرفات المادية في حكم المسألة محل النظر هنا ، رغم أن النكاح ينعقد بالقول – بالإيجاب والقبول - ، وعلّة هذا الإلحاق تتمثل في اشتراط حضور الشاهدين لمجلس العقد ، وذلك فعل ، فإن اختلفت الشهاداتان في زمان النكاح أو في مكانه ، فتتهاتران ، وهذا ظاهر في قول (العيني) آنفاً - . والكلام عن الاختلاف في الزمان والمكان ، لا ينصرف إلي عدم إمكان الاختلاف فيما سواهما ، فقد يكون اختلاف الشاهدين في بعض صفات التصرفات المادية – الفعلية – أو في جنسها ، ففي المسروق يعدّ اختلاف الشهادات في الصفة أو الجنس ، مما تتهاتر به الشهادة -^٢ . ويدخل في المسألة كل اختلاف جوهري لا يمكن معه إعمال كلام الشاهدين معاً - . ولا ينبغي أن يبعث الشك في درجة الوثوق بالشهادات ، مجرد اختلاف العبارات والألفاظ فيما بينها ، ما دام لم يترتب عليه تضاربٌ بينها في مسائل جوهرية - ، إذ يعدّ أمراً منطقيّاً اختلاف عبارات الشهادات عن بعضها ، بل ويعدّ أمراً منطقيّاً عدم تطابقها في الوقائع غير الجوهرية ، وذلك للصعوبة التي تكمن في عملية استرجاع الشاهد لمذكراته التي دخلت إلي علمه وقت تحمل الشهادة ، ولاختلاف قدرات الضبط والحفظ والتذكر بين شاهدٍ وآخر .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان / ضد / محمد علي الحسين) بأن : ((الاختلاف في أقوال الشهود ، لا يؤثر علي وزن البينة ، بحيث يجعل المحكمة تشكك فيها ، إلا إذا كان متعلقاً بالمسائل الجوهرية ، ولا أثر له إذا كان متعلقاً بالمسائل الجانبية -))^٣ .

^١ - البناية في شرح الهداية للعيني ج ٧ ص ٢٠٧ وراجع تحفة الفقهاء للسمرقندي ج ٣ ص ٦٢٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٧ والمغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٣٦٩ / ٣٧٠ / ٤٦٤ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٤٤٤ وشرايع الإسلام للمحقق الحلبي ج ٤ ص ١٤١ والبحر الزخار لابن المرتضي ج ٦ ص ١٥١ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٨٥ وشرح النيل وشفاء العليل لأطفيش - ج ٧ ص ٦٤٧ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج ١٠ ص ١٤٨ والإيضاح في الأحكام لأبي زكريا ج ١ ص ٤٥ .

^٢ - راجع البناية في شرح الهداية للعيني ج ٧ ص ٢٠٩ وشرح فتح القدير - الكمال بن الهمام ج ٧ ص ٤٤٤ والذخيرة للقرافي ج ٥ ص ١٥٤ والحاوي للماوردي ج ١٣ ص ٣٣٥ وأدب القضاء للحموي ص ٤١٦ والشرح الكبير لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٨٦ والمبدع شرح المقنع ج ٩ ص ٧٨ - .

^٣ - (١٩٧٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٧٥ وراجع حكم محكمة النقض المصرية نقض ١٩٧٧/١٢/٢٧م - طعن ٦ س ٤٦ق - بمجموعة المبادئ القانونية - للمستشار أنور طلبه ج ١ ص ٥٩٧ - .

وقد تختلف ألفاظ وعبارات شهادة الشاهد الواحد نفسه , بين مرحلة وأخري , سواء بين مراحل الدعوى أو بين مراحل الاستجواب والمناقشة , وذلك لما يطرأ علي قدرات الحفظ والتذكر من تغيرات , فإن أمكن التوفيق بين أقواله , فلا تنهاتر الشهادة , وإلا فلا يعتد بها , وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان /ضد/ سليمان حسن كوكو وآخرين) بأن : ((للمحكمة سلطة تقديرية في عدم الأخذ بأقوال شاهدٍ متقلب الأطوار , لا يثبت علي حالٍ أو قول , متي كان الثابت تضاربه وتناقض أقواله في شتي مراحل التحقيق والمحاكمة)) - ١ .

ولئن كان تطابق الشهادات وتناسقها مع بعضها , مما يبعث الطمأنينة في وجدان القاضي , لما يوحي به من ثقةٍ في حدوثه نتاجاً لتحمل الشهود للواقعة المشهود بها عن معاينة حقه , ثم أدائهم للشهادة عن ضبط وحفظ وتذكر , إلا أن تلك الطمأنينة ليست حتمية مع كل تطابق , بل قد يحدث التطابق بين الشهادات في المعني والمبني بما يبعث الريبة ؛ إذ قد يكون هذا النوع من التطابق نتاجاً للتلقين والتواطؤ , فينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهِيماً , قادراً علي كشف الحقيقة بحسن الاستقصاء , والتحقيق والتحقق من قيمة الشهادات ووزنها . وقد قضت المحكمة العليا السودانية , في قضية : (حكومة السودان /ضد/ عمر محمد الأمين أو شيك) بأن : ((الاختلاف في أقوال الشهود , لا يؤثر في جوهر البينة , بل إن التطابق الكامل في الأقوال , يجعل تلك الأقوال , أدعي للرفض منها للقبول -)) - ٢ .

إن عملية المواءمة بين الشهادات والمدركات المستخلصة منها , تتم من خلال عملية ذهنية معقدة , لا ينفع فيها الوقوف عند ظواهر الألفاظ والتسليم بها , بل يلزم علي القاضي درك أعماقها وحقائق معانيها , وعين حقائقها , بلوغاً إلي اقتناعه القضائي – إثباتاً أو نفياً - , وذلك من بعض الفهم الذي لا يتسنى للقاضي (الحكم بالحق) من غير التسربل بأهدابه .

الوسيلة السادسة : تناسق الشهادات مع الدعوى ومع ملابسات الحال والمقال:

١ - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية - ص ٤٨٤ -
٢ - (١٩٧٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية - ص ٩٩ -

تناسق الشهادات مع الدعوى ومع ملابسات الحال والمقال , يوحى من حيث دلالة المنطق , بصحة المشهود به , ويجعل عملية السبر والتنقيح أكثر يسراً , ويمهد سبيل بلوغ الاقتناع القضائي . والمعيار في مدي توفر التناسق , بالنظر إلي المعني الحقيقي , لا بظواهر الألفاظ , ففي (البحر الرائق) :- ((... الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت وإلا فلا ...)) والمراد بالموافقة : المطابقة ... وأطلق الموافقة ولم يقيدھا باللفظ والمعني ... ليفيد عدم الإشتراط , وأن الموافقة معني كافية ... ولذا لو ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تقبل ... وإذا شهدوا بأقل مما ادعي تقبل بلا توفيق , وإن بأكثر لم تقبل , إلا إذا وفق ...))^١ .

وإتحاد المعني ضمناً يأخذ حكم اتحادهما حقيقة , كادعاء الملك , وإقامة الشهادة علي الحيازة , ونحو هذا -^٢ . وإن لم يكن ثمة تطابق بين الدعوى والشهادة, إلا أنه أمكن التوفيق بينهما , فلا تهاتر , كان يدعي الملك ويشهدان علي الشراء من ذي اليد , فيمكن التوفيق , لمجيء الشهادة بياناً للدعوى وزيادة شارحة . وهذا بخلاف ما إذا ادعي الملك بالنتاج , فشهدا له بالشراء من ذي اليد , فتهاتر الشهادة, لعدم إمكان التوفيق^٣ .

ومن قبيل التناسق بين الشهادات مع ملابسات الحال , ما قضت به محكمة النقض المصرية , حيث كانت الدعوى بثبوت إسلام المتوفى , فجاءت الشهادات منصبية علي ملابسات الحال , بأن شهد كل شاهد بالمظاهر التي رآها من حال المتوفى , ورغم تباينها وعدم تطابقها , إلا أنها أفادت في مجمل حصيلتها إسلام المتوفى , وكان ذلك هو ما عني بتقرير ثبوته -^٤ . ولا مرأ أن هذا النوع من التناسق بين الدعوى والشهادات وبين الشهادات مع ملابسات الحال والمقال مما يجعل السبيل مشرعاً لتحصيل الاقتناع القضائي .

الوسيلة السابعة : مدي انتفاء التهمة في الشهادة :

^١ - البحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ١٠٣ - .
^٢ - راجع قرة عيون الأخبار - محمد علاء الدين بن عابدين ج ٧ ص ٢٠٩ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٧ ومجموعة المبادئ القانونية للمستشار أنور طلبية ج ١ ص ٥٧٨ - .
^٣ - راجع الأصول القضائية للشيخ علي قراعه ص ١٧٦ - .
^٤ - راجع نقض / مصري / ١٩٧٥/٣/٢٦م - طعن ١٦ س ٤١ ق - نقلاً عن مجموعة المبادئ القانونية - للمستشار أنور طلبية ج ١ ص ٦٠٦ - بتصرف في الصياغة - .

ليس هنالك معيار موضوعي منضبط للتهمة التي تعتري الشهادة فيجعلها متهاثرة , أو لتلك التي تعتريها ويمكن التسامح فيها , فالعبرة في تقدير ذلك بوجودان القاضي واقتناعه بمدى تأثير تلك التهمة في ضعفة الثقة بتلك الشهادة , فالشهادة قد تكتنفها بعض التهمة غير المؤثرة في الاعتداد بها , وقد تكتنفها التهمة التي لا يمكن معها التعويل عليها - .

وقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية متسمة بمرونة فائقة في هذا المجال , بحيث لا نكاد نجد نصاً قطعي الإسناد وقطعي الدلالة في هذا الباب , مما أتاح للفقهاء أرضاً خصبة لإثراء الفقه الاجتهادي أيما إثراء , وذلك في عروض بيانهم لأحكام (التهمة التي تعتري الشهادة) . ولما كان (انتفاء التهمة) شرطاً لصحة الشهادة . فكان لزاماً عليهم بيان ما لا تصح معها الشهادة من صنوفها , واضعين نصب أعينهم أحاديث الباب الأحادية , مرفوعة كانت أو مسندة . ومن قبيلها ما روي عن الزهري أنه قال : ((مضت السنة في الإسلام , أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين))¹ . والظنين : المتهم . وفي رواية بإسناد آخر أنه : ((قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين))² - , ومما روي بياناً للتهمة , ذلك المأثور الوارد بما نصه : ((لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم))³ .

وغاية ما يخلص إليه الدارس من إمعان النظر في تلك الآثار ومن اجتهادات الفقهاء في المسألة , هو التعويل علي وجدان القاضي في تقدير القيمة الاستدلالية للشهادة التي تعتريها غاشية من صنوف التهمة , بحيث يلزم غلبة الظن بترجح الصدق فيما يحكم به في المعاملات , وبلوغ درجة اليقين فيما يحكم به في الجنايات , ونعني بدرجة اليقين , اقتناعه القضائي الجازم - .

¹ - المغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٧٧ - .

² - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى في كتاب الشهادات باب لا تقبل شهادة خائن , وعبد الرزاق في مصنفه في كتاب الشهادات باب لا يقبل منهم - .

³ - روي مرفوعاً في مصنفات الحنفية - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٣٧ وعده فقهاء الشافعية قولاً للإمام الشافعي / راجع الحاوي للماوردي ج ١٧ ص ١٥٩ - .

ولا يماري أحد في أن عدم وجود معيار موضوعي منضبط لقياس التهمة التي ترد بها الشهادة , قد أفضى إلي اختلاف النظر وتباين الآراء الفقهية , إلي درجة التناقض بين قولي الفقيه في مسألة بعينها , وقد يكون ذلك بسبب الدليل أو بسبب رجوعه عن رأيه الأول , كما قد يكون السبب الرواية عنه , بحيث يروي عنه الرواة أحكاماً متغايرة في تقويمه لشهادات متماثلة في وقائع وبملاسات غير متماثلة - , علي نحو ما سنراه بشأن أقوال شريح بشأن شهادات الأصول والفروع لبعضهم , وكيفما كان سبب ذلك التناقض - أو صنوه - فلا نري فيه بأساً , بقدر ما نري فيه إبداعاً قضائياً وإثراءً للفقه الاجتهادي .

وقد يكون اختلاف الفقهاء مع بعضهم - في هذا الباب - نابغاً من تباين نظرهم للمناط ؛ إذ يري بعضهم البعضية سبباً مانعاً لقبول شهادة الأصول والفروع لبعضهم , بينما لا يعتد آخرون إلا بعدالة الشاهد , وفي شهادات الأزواج لبعضهم , يري بعضهم شدة اتصال المنافع وتداخلها بين الزوجين , سبباً مانعاً من شهادتهما لبعضهما , بينما يري آخرون بأن الزوجية قد تكون سبباً للتنافر , وبأن الأملاك بينهما متميزة , بحيث لا يصدق في شهادة أحدهما للآخر معني جر النفع للنفس . وهكذا حال اختلاف الفقهاء بشأن سائر مظنات تهمة النفع أو الدفع من الشهادات , مما يقتضي معه لزوم استقصاء القاضي لأبعاد التهمة في تلك الشهادات , من غير جمودٍ ولا عصبيةٍ لرأي , بل بفتنةٍ تمكنه من النفاذ إلي حقيقة الأمر المشهود به .

ونورد فيما يلي تفصيل أقوال الفقهاء في أنواع الشهادات التي بها مظنة التهمة , لضرورة المواءمة بين أحكام تلك الشهادات وأدلتها وبين ملاساتها التي تحتف بها عند الأداء - .

١ / النوع الأول : في شهادات الأقرباء :

ضيق الفقهاء نطاق القرابة المانعة للشهادة , لسبب ما يعترئها من تهمة ؛ إذ حصروا نطاقها علي شهادات الأصول والفروع والأزواج لبعضهم , ثم اختلفوا في هذا الإطار المضيق , فقال بعضهم بعدم جواز شهادتهم لبعضهم , وقال آخرون بجوازها , علي النحو الذي نبينه فيما يلي :

أ/ الفريق الأول : المانعون لشهادة الأصول والفروع لبعضهم :

ذهب فقهاء الحنفية والمالكية في المشهور والشافعية في المشهور والحنابلة في المعتمد والإباضية إلي عدم قبول شهادة الأصول والفروع لبعضهم . فلا تجوز شهادة الوالد لولده ولا شهادة الولد لوالده , بدلالة ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا شهادة الوالد لولده ...))^١ .
وقد روي عن شريح أنه قال : ((لا تجوز شهادة الابن لأبيه ولا الأب لابنه))^٢ .

وهذان الدليلان النقليان صريحان في الدلالة علي عدم قبول شهادة الأصول والفروع لبعضهم , لإستحكام تهمة الميل في شهاداتهم لبعضهم , وذلك ما حدا بشريح لرد شهادة (الحسن بن علي) , عندما شهد لأبيه (علي كرم الله وجهه) , ففي المبسوط للسرخسي : ((روي أن الحسن شهد لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه , مع قنبر , عند شريح رحمه الله , بدرع له , فقال شريح رحمه الله : ائت بشاهدٍ آخر , فقال علي رضي عنه : (مكان الحسن أم مكان قنبر ؟) , قال : لا بل مكان الحسن رضي الله عنه . قال علي : (أما سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيديا شباب أهل الجنة ؟) فقال : قد سمعت , ولكن ائت بشاهدٍ آخر - ...))^٣ .

وقد استدل هذا الفريق علي منع شهادة الأصول والفروع لبعضهم بدلالة العقل , باعتبار أن المنافع بين الآباء والأبناء متصلة , فتكون شهادة أحدهما للآخر كالشهادة للنفس – في الحكم – فلم تقبل^٤ .

ب/ الفريق الثاني : المجيزون لشهادة الأصول والفروع لبعضهم :

^١ - نصب الراية للزيلعي ج ٤ ص ٨٢ قال الزيلعي : غريب وهو في مصنف ابن أبي شيبة .
^٢ - المصدر السابق - نفس الموضوع .
^٣ - المبسوط - للسرخسي - ج ١٦ ص ١٢١ .
^٤ - راجع نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار - قاضي زادة - مع فتح القدير لابن الهمام ج ٦ ص ٣٢ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ٤١١ ومواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ١٥٤ والتاج والإكليل للمواق ج ٦ ص ١٥٤ والمجموع شرح المهذب للنووي ج ١٨ ص ٤ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨١ والمدونة الكبرى لأبي غانم الخراساني ج ٢ ص ١٩٩ وشرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ج ١٣ ص ١٢٧ .

ذهب سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز , وإياس بن معاوية وعثمان البتي وأبو ثور وإسحق بن راهوية والمزني من فقهاء الشافعية والإمام أحمد في قول وابن قيم الجوزية من الحنابلة , والإمامية والظاهرية والزيدية, إلي جواز شهادة الأصول والفروع لبعضهم^١ . وقد استدلوا علي الجواز , بدلالة العموم في الآيات الكريمة ؛ إذ قال تعالى : ((ذُرِّثُورٌ))^٢ - , وقال تعالى : ((ذُرِّثُورٌ))^٣ - , فهذه الآيات واردة بصيغ العموم التي تستغرق كل جنس العدول , قال ابن القيم : ((... ولا ريب في دخول الأبناء والأقارب في هذا اللفظ , كدخول الأجنب , وتناولها للجميع بتناول واحدٍ , هذا مما لا يمكن دفعه , ولم يستثن الله سبحانه , ولا رسوله من ذلك أباً ولا ولداً , ولا أخاً ولا قرابة , ولا أجمع المسلمون علي استثناء أحدٍ من هؤلاء ...))^٤ .

كما يستدل هذا الفريق علي الجواز بما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : ((تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده والأخ لأخيه , إذا كانوا عدولاً , لم يقل الله حين قال : (كَلَّكَ بَابٌ) [البقرة الآية ٢٨٢] إلا والداً وولداً وأخاً -))^٥ . وقد روي عن شريح أنه أتاه (علي بن كاهل) وامرأته وخصم , فشهد لها علي بن كاهل وهو زوجها , وشهد لها أبوها , فأجاز شريح شهادتهما . فقال الخصم , هذا أبوها وهذا زوجها . فقال شريح : (أتعلم شيئاً تجرح به شهادتهما ؟ كل مسلم شهادته جائزة)^٦ .

ج/ الترجيح بين آراء المانعين والمجيزين :

^١ - راجع المجموع شرح المذهب جـ ١٨ ص ٤٧٠ والمغني لابن قدامة جـ ١٤ ص ١٨١ وإعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ص ١٢١ / ١٢٢/ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه جـ ٣ ص ٢٦ والمحلي لابن حزم جـ ٩ ص ٤١٥ والتاج المذهب للصنعاني جـ ٤ ص ٧٦ .
^٢ - سورة البقرة من الآية - ٢٨٢ .
^٣ - سورة الطلاق من الآية - ٢ .
^٤ - إعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية - جـ ١ ص ١٢٢ .
^٥ - المرجع السابق جـ ١ ص ١٣٨ .
^٦ - المرجع السابق جـ ١ ص ١٢٣ .

الراجح عندي هو جواز قبول شهادة الأصول والفروع لبعضهم , لذات ما ساقه المجيزون من فقهاء الشريعة , من أدلة , ولعدم وجود نص صريح بالمنع^١ . ولا يلزم من توفر صفة (البعضية) , عدم قبول الشهادة بإطراد , لعدم لزوم (تحقق النفع) بشهادتهما لبعضهما . أما (التهمة) فهي مظنة , ولا تبني الأحكام علي المظنة , فضلاً عن أنها ليست مقصورة علي شهادات الأصول والفروع لبعضهم , وحيثما وردت ووجدت بمقدار ما يفضي إلي تقرير كذب الشاهد جملة واحدة , فيما شهد به , فترد الشهادة للتهمة ؛ غير أنه قد يترجح صدق الشاهد – رغم – وجود التهمة – فلا تطرح الشهادة , عندئذٍ , والعبرة بما ينقدح في وجدان القاضي من طمأنينة علي صدق الشاهد – أو كذبه - . قال ابن قيم الجوزية : ((وقد توجد القرابة حيث لا تهمة , وتوجد التهمة حيث لا قرابة . والشارع إنما علق قبول الشهادة بالعدالة , وكون الشاهد مرضياً , وعلق عدم قبولها بالفسق , ولم يعلق القبول والردّ بأجنبية ولا قرابة والشريعة مبناها علي تصديق الصادق , وقبول خبره , وتكذيب الكاذب , والتوقف في خبر الفاسق المتهم , فهي لا ترد حقاً ولا تقبل باطلاً -))^٢ .

د / شهادة الأصول والفروع علي بعضهم :

لا خلاف بين الفقهاء – فيما نعلم – بشأن جواز شهادة الأصول والفروع علي بعضهم , لقوله تعالى : ((بِأَبِيئِهِمْ بِبَنِيهِمْ بِإِخْوَانِهِمْ بِأُمَّهَاتِهِمْ حُرِّمَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ فِي الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ))^٣ . ووجه الدلالة في الآية الكريمة يتمثل في ورودها صريحة في أداء الشهادة , ولو كانت علي النفس أو الوالدين والأقربين , فدلّ ذلك علي جواز شهادة الإنسان علي والديه , وإن أوجبّت الشهادة عليهما حبسهما – مثلاً - , ولا يعدّ ذلك عقوقاً , بل هو نصرة لهما ومنع لهما من الظلم^٤ . وفي تفسير هذه الآية الكريمة قال القرطبي : ((لا خلاف بين أهل العلم في صحة أحكام هذه الآية , وأن شهادة الولد علي الوالدين ماضية , ولا يمنع ذلك من برّهما , بل من برّهما أن يشهد عليهما ,

^١ - المرجع السابق ج ١ ص ١٢٠ - .

^٢ - إعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ١٢٤/١٢٦ - .

^٣ - سورة النساء من الآية ١٣٥ - .

^٤ - راجع أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٨٥ - .

ويخلصهما من الباطل ...))^١ - ... هذا هو قول عامة أهل العلم - حكاه ابن قدامة في المغني - ؛ لأن الشهادة إنما تردّ للتهمة ، ولا تهمة في شهادته عليه ، فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبي ، بل أولي . ولدي بعض الحنابلة وبعض الشافعية : أنه لا تقبل شهادة الابن علي أبيه في قصاص ولا حدّ قذف ؛ لأنه لا يقتل بقتله ، ولا يحدّ بقذفه ... والمذهب الأول ، ولأنه لا تهمة في شهادته عليه ، وهي أبلغ في إفادة الصدق ، كإقراره علي نفسه^٢ .

هـ / شهادة الأصول والفروع في القانون :

وردت المادة ٢٤ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م بصيغة العموم ؛ إذ نصت علي أنه : ((يكون أهلاً لأداء الشهادة كل شخص عاقل ، مميز للوقائع التي يشهد بها -)) . ولم يرد قيد علي هذا العموم المستغرق لكل جنس الأشخاص العقلاء المميزين للوقائع المشهود بها - ، سوي قيود معينة علي سبيل الحصر ، تتعلق بإفشاء الأسرار - علي نحو ما في المواد ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، من ذات القانون ، ومن ثم فليس أمام المشهود ضده سوي الطعن في شهادة الأصول والفروع لبعضهم بالتهمة - أو بالتجريح مع بيان وجه الجرح - ، علي نحو ما نصت عليه المادة (٣٣) من القانون المذكور ، ويقدر القاضي - عند تقويمه للشهادة - ما اعترى تلك الشهادة من تهمة ، أو قدح في عدالة الشاهد أو ضعف في تمييزه ، أو اضطراب في شهادته - ونحو ذلك مما يضعف قيمتها الاستدلالية - وفقاً لمقتضيات المادة (٣٤) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م .

و/ شهادات الأزواج في الفقه الإسلامي :

نقسم بيان أحكام شهادات الأزواج في الفقه الإسلامي إلي قسمين :

أ/ شهادة الأزواج لبعضهم - ب/ شهادة الأزواج علي بعضهم - .

وفيما يلي بيان كل قسم علي حدة :

^١ - الجامع لأحكام القرآن ج ٥ ص ٤١٠ وراجع مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٣٤ - .
^٢ - راجع المغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٢ والمجموع شرح المهذب للنووي ج ١٨ ص ٤٧٠ - .

أ/ شهادة الأزواج لبعضهم :

اختلف الفقهاء في أحكام شهادة الأزواج لبعضهم إلي ثلاث فرق ونوضح آراء تلك الفرق وأدلتها فيما يلي :-

١/ الفريق الأول : المانعون لشهادة الأزواج لبعضهم :

ذهب فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة في المعتمد والشافعية في قول إلي عدم جواز شهادة الأزواج لبعضهم ^١ - . وقد استدلوا بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم : ((لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا شهادة الولد لوالده , ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته -)) ^٢ - . وهو صريح في عدم جواز شهادة الأزواج لبعضهم - . كما يستدل هذا الفريق علي المنع بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه : ((ردّ شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر علي أخيه وردّ شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم -)) ^٣ - .

ووجه الدلالة في الحديث , يتمثل في صريح الردّ لشهادة القانع لأهل البيت , وبقياس الأولي , تردّ شهادة الأزواج لبعضهم , لأن القانع : هو السائل والمستطمع , وقيل هو المنقطع في خدمة القوم , وعله منع شهادته لأهل البيت , هي التهمة بجر النفع , وهي أكثر ظهوراً في شهادة الأزواج لبعضهم ^٤ - .

ويستدل هذا الفريق علي منع شهادة الأزواج لبعضهم , بدلالة المعقول , حيث إن المنافع بين الزوجين متصلة أوثق الاتصال , لدرجةٍ يعدّ بها كلُّ منهما غنياً بمال الآخر , فتكون شهادتهما لبعضهما , كالشهادة للنفس , وهي غير جائزة , كما أن كل واحد منهما يميل إلي صاحبه , ويؤثره علي غيره , بل إن أحدهما قد يعادي والديه ليرضي زوجه , وقد عبّر ابن قدامة الحنبلي عن اتصال المنافع بين الزوجين وفي ردّ شهادتهما لبعضهما بسبب تهمة جر المنفعة قائلاً :- ((إن كل واحد منهما يرث الآخر , من غير حجب , وينبسط في ماله عادةً , فلم تقبل شهادته لها

^١ - راجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ١٢٣ وبدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٣٧ ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ج ٦ ص ٢١ ومواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ١٥٥ والتاج والإكليل للموافق ج ٦ ص ١٥٤ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ٤١١ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ٢٣٧ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٤ - .

^٢ - نصب الرأية ج ٤ ص ٨٢ وسبق الحديث عنه في ص ٢١٦ من هذه الدراسة - .

^٣ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأفضية باب من تردّ شهادته والدار قطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام - حديث ١٤٣ - والبيهقي في السنة الكبرى في كتاب الشهادات باب من قال لا تردّ شهادته - .

^٤ - راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٥ ص ٤١٢ - .

ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته , ويسار المرأة تزيد به قيمة بُضعها المملوك لزوجها , فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه , فلم تقبل كشهادته لنفسه ... - ((- ١ .

٢ / الفريق الثاني : المجيزون لشهادة الأزواج لبعضهم :

ذهب القاضي شريح والحسن وأبو ثور وفقهاء الشافعية والإمام أحمد في قول - غير المعتمد في المذهب - والظاهرية والإمامية والزيدية والإباضية , إلي جواز شهادة الأزواج لبعضهم ٢ - .

وقد استدل هذا الفريق علي الجواز , بصيغة العموم التي وردت بها الآيات الكريمة التي سبق ذكرها آنفاً , ومنها قوله تعالى : (دُثِرُ رُثْرُ) وقوله تعالى : (دُثِرُ رُثْرُ) وقوله تعالى : (دُثِرُ رُثْرُ) ؛ إذ وردت عامة مستغرقة لكل جنس الشهداء العدول المرضيين - . كما استدلوا بما روي عن شريح من قبول شهادة (علي بن كاهل) لزوجته ٣ - .

ويستدل هذا الفريق علي الجواز بدلالة المعقول , باعتبار أن الزواج عقد علي منفعة , فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة ٤ - , وليس بين الزوجين بعضية , وقد تكون الزوجية سبباً للتنافر والتباغض , ثم إن الأملاك بين الزوجين متميزة , والأيدي متحيزة , فكل يد ممنوعة عن الأخرى , إذ لا اختلاط بينهما , فلم يكن ثمة وجه لمنع شهادتهما لبعضهما - .

٣ / الفريق الثالث : المتراحون بين الإجازة والمنع :

ذهب الثوري وابن أبي ليلى والنخعي إلي أنه لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها , وتقبل شهادة الزوج للزوجة - , وقد استدلوا علي هذا التمييز , بانعدام التهمة في حقه , فتجوز شهادته لها , لترجح ظن صدقه , أما الزوجة فإن شهادتها للزوج تعزيبها تهمة جر النفع ؛ لأنها تحقق له يساراً - في الشهادة بدعوى المال -

١ - المغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٤ - .

٢ - راجع روضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ٢٣٧ والمجموع شرح المهذب للنووي ج ١٨ ص ٤٧١ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٤ والمحلي لابن حزم ج ٩ ص ٤١٥ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج ٤ ص ١٣٠ والنهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٣٠ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ٢٦ والتاج المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٧٦ وشرح النيل وشفاء العليل - أطفيش ج ١٣ ص ١٤٠ والمدونة الكبرى للخرساني ج ٢ ص ١٩٩ - .

٣ - سبق تخريجه - وإيراد نصه كاملاً - .

٤ - راجع مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٣٤ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٤ - .

وببإساره يزداد حقها من النفقة , فتكون قد شهدت بما يجبرّ لنفسها مغنماً , فلا تصح شهادتها لزوجها - ١ .

ب/ شهادة الأزواج علي بعضهم :

ذهب جمهور الفقهاء إلي جواز شهادة الأزواج علي بعضهم , بدلالة القياس والمعقول . فأما القياس , فأصله قوله تعالى :- ((بِبِطْنِ بِيْطْنِ بِيْطْنِ بِيْطْنِ بِيْطْنِ بِيْطْنِ)) -^٢ . فإن كان حكم الأصل هو جواز الشهادة علي النفس أو الوالدين والأقربين , فإنه بقياس الأولي تجوز شهادة الأزواج علي بعضهم - .

وبدلالة المعقول فلا تحقق التهمة في شهادتهم علي بعضهم ؛ إذ لا مغنم ولا مغرم , بل يترجح ظن الصدق في شهادة أحد الزوجين علي الآخر ؛ لأن تلك الشهادة تأتي بخلاف مقتضيات الوازع الطبيعي المتمثل في ميل كل منهما إلي صاحبه - ٣ .

وقد فصلّ فقهاء الحنفية والإباضية في حكم المسألة ؛ إذ قالوا بجواز شهادة الزوج علي زوجته بالزنا , إن كان معه ثلاث شهود وكانت شهادتهم من غير سبق دعوى , أو قذف لها من الزوج , فإن كان قد قذفها ثم شهد عليها , فلا تجوز شهادته عندئذٍ ؛ لأنه يصبح بالقذف خصماً , بحيث لا تجوز شهادته ٤ - .

أما فقهاء الشافعية فقد صرحوا بمنع شهادة الزوج بزنا الزوجة ؛ معللين المنع بأن شهادته تدخل في معني (دعوى الخيانة في حقه) , فلم تقبل كشهادة المودع علي المودع بالخيانة في الوديعة , ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل , كما لو شهد عليها أنها جنت عليه ٥ - .

ويذهب جمهور الفقهاء إلي منع شهادة الزوجة بزنا الزوج , أو بغيره من الحدود , لوجهين أولهما : ما في شهادة النساء من شبهة ؛ إذ يتطرق الضلال إليهن ,

١ - راجع نتائج الأفكار - لقاضي زاده - ج ٦ ص ٣٣ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٤ - .

٢ - سورة النساء من الآية ١٣٥ - .

٣ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ١٨٣ ومغني المحتاج ج ٤ ص ٤٣٥ والمجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٤٧١ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٤ والمطلي لابن حزم ج ٩ ص ٤١٥ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٣٠ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ١٠ ص ١٧ - .

٤ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ١٨٣ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ١٠ ص ١٧ والأصول القضائية - علي قراءة - ص ١٦١ - .

٥ - راجع المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٤١٧ وروضة الطالبين ج ١١ ص ٢٣٧ - .

قال تعالى : ((كَيْفَ كَفَّرْنَا عَنْ ذُنُوبِكُمْ أَنَّ تَقْتُلُوا نَفْسَكُمْ))^١ , والحدود تدرأ بالشبهات . وثانيهما : ما روي عن الزهري أنه قال : ((مضت السنة علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم , والخليفين من بعده , أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود))^٢ . فإن كان المشهود به مالا , أو كان مما يؤول إلي المال فتجوز شهادتها عليه- , وقد أجاز ابن حزم الظاهري , شهادة النساء – عامة – وشهادة الأزواج بعضهم علي بعض , في الأقضية كافة , من غير تفريق بسبب الذكورة والأنوثة , لورود آي القرآن الكريم الأمرة بالشهادة , بصيغة العموم^٣ . -
الترجيح بين الآراء في أحكام شهادات الأزواج . -

لا نري وجهاً للتمييز بين شهادات الأزواج لبعضهم – أو علي بعضهم – بسبب الذكورة والأنوثة , ولا نري وجهاً لجعل الزوجية سبباً مانعاً للشهادة , بدعوى مظنة التهمة والميل , وكما قال شريح للخصم الذي طعن في شهادة (علي بن كاهل) لزوجته :- ((فمن يشهد للمرأة إلا أبوها وزوجها))^٤ . ثم إن التهمة قد ترد في شهادة الأزواج لبعضهم , وفي شهادات غيرهم , وحيثما وردت , فيقدر القاضي أثرها في كل حالة علي حدة , والعبرة بمدي ترجح الكذب بسببها ؛ إذ لا ترد الشهادة بكل جنس التهمة – وإن صغرت - , ولا نري بأساً – ولا بدأً من إتباع – ما انتهجته التشريعات المعاصرة , من منع شهادات الأزواج علي بعضهم , في الأسرار الزوجية , استثناءً من أصل الجواز , صوناً لحرمة الحياة الزوجية , وحماية لصرح الأسرة من التصدع , وبعثاً للطمأنينة بين الزوجين ولعلائق الود بينهما ؛ إذ لا تقبل الشهادة علي الزوج , فيما أسر به إليه الزوج الآخر , إلا إذا إذن به صاحب السر , لما تقضي به المادة (٢٦) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ونصها :- ((لا تقبل شهادة أحد الزوجين علي الآخر , فيما أسر به إليه الزوج الآخر , ما لم يآذن له صاحب السر)) . ولا ندرى وجهاً لحذف حالتين كانت تنص عليهما المادة (٣٠) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م ولم يكن فيهما

١ - سورة البقرة من الآية ٢٨٢ - .

٢ - نصب الرأية ج ٤ ص ٧٩ - .

٣ - راجع المحلي لابن حزم ج ٩ ص ٣٩٦ - .

٤ - إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ١ ص ١٢٣ - .

إذن صاحب السر شرطاً , وأولاهما : حالة إقامة الدعوى من أحدهما علي الآخر ,
وثانيتها : حالة إقامة الدعوى علي أحدهما بسبب جريمة وقعت منه علي الآخر . إذ
كانت تنص المادة (٣٠) من القانون المذكورة آنفاً علي أنه : ((لا تقبل شهادة أحد
الزوجين عما أسرّ به إليه الزوج الآخر , ما لم يآذن له صاحب السر , إلا في حالة
الدعوى من أحدهما علي الآخر , أو الدعوى علي أحدهما بسبب جريمة وقعت منه
علي الآخر -)) . ونري أنه أبلغ في تحقيق الغاية التي رمي إليها المشرع , أن يمتد
الحكم بصون أسرار الزوجية حتى بعد انفصال الزوجين , وهذا هو اختيار المشرع
المصري في المادة (٦٧) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري -

ز/ شهادات سائر الأقرباء (غير الأصول والفروع والأزواج) :

ذهب جمهور الفقهاء إلي جواز شهادات سائر الأقرباء , من غير الأصول
والفروع والأزواج , لبعضهم وعلي بعضهم , بدلالة العموم في أي القرآن الكريم :
(دُدُّرُزُّ) - سورة الطلاق الآية ٢ - , (دُدُّرُزُّ) - البقرة الآية ٢٨٢ - . فتلك
الآيات الكريمة وغيرها , وردت بصيغة العموم ولم تفرّق بين أجنبي وقريب ,
وليس هنالك مخصص , فدل ذلك علي جواز شهادات الأقرباء من الإخوان وبنينهم
ومن دونهم , لبعضهم وعلي بعضهم , وليس لسائر القرابات من الإخوان والأعمام
ونحوهم - ومن دونهم - تسلط علي مال بعضهم , فتعيّن إلحاقهم بالأجانب , في
قبول شهادتهم ؛ لانتفاء تهمة النفع أو الدفع^١ .

وقال بعض المالكية : لا تجوز شهادة الأخ لأخيه إلا بشرط , واختلفوا في
الشرط , فقال بعضهم : لا تجوز شهادة الإخوان لبعضهم , إلا أن يكونوا ((مبرزين
في العدالة)) , وقال آخرون : لا تجوز إلا من الأخ الذي لم تنله صلة أخيه (بأن
كان في عياله) , فإن كان في عياله فلا تجوز شهادته له للتهمة , وقال بعضهم : لا
تجوز شهادة الإخوان إلا إذا كان فيما لا يكسب به الشاهد شرفاً وجاهاً لنفسه ,

^١ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٣٧ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٧٩ والمجموع شرح المهذب ج ١٨
ص ٤٧١ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٨٤/١٨٥ وإعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ١٢٧ والنهاية في مجرد الفقه والفتاوى
للطوسي ص ٣٣٠ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ١٠ ص ٤٣ - .

كالشهادة بالنكاح , إلي من يتشرف بالنكاح إليه ؛ لأن هذه الشهادة فيها جر مغنم , وتنطوي على تهمة مانعة عن قبولها - . وقال أشهب : تجوز شهادة الإخوان في اليسير دون الكثير , إلا أن يكون الأخ مبرزاً في العدالة , فتجوز شهادته في الكثير أيضاً^١ .

وفي قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م , فإن معيار قبول الشهادة - عامة - هو العقل والتمييز - وفقاً لما تقضي به المادة (٢٤) منه , بمعنى أن شهادة سائر القرابات مقبولة , من غير تمييز بينهم , وهو ما يوافق مذهب ابن قيم الجوزية وابن حزم الظاهري^٢ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن تقبل شهادة سائر القرابات (من غير الأصول والفروع والأزواج) , بعضهم لبعض , ما لم تتوفر فيها أسباب التهمة من جرّ مغنم أو دفع مغرم^٣ .

٢ / النوع الثاني : في شهادات الأبعاد ((المنطوية عن تهمة)) :

شهادات الأبعاد التي تنطوي عنها التهمة عديدة صنوفها , واختلافات الفقهاء بشأنها متسعة دائرتها , ورغم توفر مظنة التهمة فيها , فإن التهمة غير منضبطة , بل هي متفاوتة في النوع الواحد , باختلاف ما يحتف بها من ظروف , وذلك أوجب لدقة الاستقصاء , بلوغاً إلي الاقتناع القضائي بتقويمها , فالعبرة بوجودان القاضي , غير أن ذلك الوجدان لا يتبلور بمعزل عن تصور تلك الشهادات - أي شهادات الأبعاد التي تنطوي عنها التهمة وأحكامها ؛ إذ الحكم علي الشيء فرع عن تصوره , وعليه نسوق بياناً لأحكام شهادات الأبعاد التي تعزريها التهمة , فيما يلي :-

أ / شهادة الأجير :

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٧٩ وإعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ١٢٢ . -
^٢ - راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ١٢٧/١٢٥ والمحلي لابن حزم ج ٩ ص ٤١٥ . -
^٣ - نقض /مصري/ ١٩٨١/١١/٢٤م طعن ٣٩ س ٥٠ - نقلاً عن مجموعة المبادئ القانونية - للمستشار أنور طلبية ج ١ ص ٥٩١ . -

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز شهادة الأجير لمستأجره¹ , وقد استدلوا علي المنع بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم :- ((أنه ردّ شهادة ... [وذكر] القانع لأهل البيت ...))² - وفي رواية ((لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ... ولا شهادة القانع لأهل البيت))³ - . والقانع لأهل البيت هو الأجير الخاص , فلا تجوز شهادته لمؤجره , ومن قبيلها شهادة التلميذ لأستاذه , إذا كان في عياله يأكل معهم , قال السرخسي بأن شهادة الأجير لا تجوز وإن كان عدلاً - ؛ لأنه يعد خير مؤجره خير نفسه , ولأنه يستوجب أجر عمله في زمان أداء الشهادة , فيكون بمنزلة من استؤجر علي أداء الشهادة⁴ - , وذهب المالكية إلى خلاف رأي الحنفية؛ إذ أجازوا شهادة الأجير للمؤجر إذا كان بارزاً في العدالة ولم يكن في عياله⁵ .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : ترد شهادة الخادم لمخدومه أثناء خدمته معهم , وتقبل بعد انقضائها , وأضافت قائلة : ((ولا يقدر في شهادة هذا الشاهد أنه كان خادماً ؛ لأنه حين أدى الشهادة ترك الخدمة معهم , فهو ليس بخادم وقت أداء الشهادة))⁶ .

وبجانب هاتين الحالتين الواردتين بحكم المحكمة العليا السودانية , والمتمثلتين في حالة رد شهادة الخادم لمخدومه أثناء خدمته معه , وحالة قبول شهادته بعد انقضاء الخدمة , فهناك حالة ثالثة تتمثل في شهادة الأجير للمستأجر قبل الخدمة , كأن يشهد شخص لآخر ولم يكن أجيراً له , ثم يصبح أجيراً له قبل القضاء بمقتضى تلك الشهادة , وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى عدم الاعتداد بتلك الشهادة أيضاً

1 - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٣٨ وعيون المسائل للسمرقندي ج ٢ ص ٣٠٢ وحاشية رد المحتار ج ٥ ص ٤٧٩ والمبسوط ج ١٦ ص ١٤٧ وحاشية الخرشي ج ٨ ص ١٤ والحاوي للماوردي ج ١٧ ص ١٦٤ والاستبصار للطوسي ج ٣ ص ٢١ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ٢٧ والتاج المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٧٦ وشرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ١٣٩ - .

2 - سنن أبي داؤد في كتاب الأفضية باب من ترد شهادته وسنن الدار قطني كتاب الأفضية والأحكام حديث رقم ١٤٣ والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الشهادات باب من قال لا ترد شهادته - .

3 - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأفضية باب من ترد شهادته والترمذي في الشهادات باب من لا تجوز شهادته - .

4 - المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ١٤٧ وراجع نتائج الأفكار لقاضي زاده ج ٦ ص ٣١ - .

5 - راجع حاشية الخرشي ج ٨ ص ١٤ - .

6 - (١٩٨٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١١ - .

¹ , ولا نحسب أن ثمة وجه لعدم قبولها لانتفاء تهمة الميل عنها , وكذا لانتفاء تهمة النفع أو الدفع , أو الرغبة أو الرهب - .

أما بشأن شهادة المستأجر للأجير , فهي جائزة - ؛ لأنها لا تجر للشاهد مغنماً , ولا تدفع عنه مغرمًا ² - .

وينبغي علي القاضي أن يقوم شهادة الأجير , في كل دعوى علي حدة , وعلي ضوء الملابس وقرائن الأحوال , فقد يكون المؤجر ذا سطوة وسلطان علي الأجير , بحيث يجعله طوع بنانه , يقلبه كيف شاء , ومن قبيل ذلك الأجراء الذين يعملون مع الأمراء - والشيوخ - في بعض دولنا العربية , فإن التهمة التي تنطوي عن شهادتهم للمؤجر , مانعة من الاعتداد بتلك الشهادة , فإن كان الأجير من صنو الذي ينظم عمله قانون العمل , ويتوافق مع مؤجره بعقد رسمي يبيّن واجباته وحقوقه , فلا نري أن يكون الأصل هو افتراض التهمة في شهادته , وهذا المعني هو ما قضت به محكمة الاستئناف الشرعية - بدولة قطر - ؛ إذ قالت : ((بشأن تقويم شهادات الشهود , فإن جميع الشهود الذين استشهد بهم المستأنف ضده أصلياً , يعملون عنده , فهم إما موظف أو سائق أو طبّاح أو خادم لدي المستأنف ضده أصلياً , وجمهور الفقهاء يمنع شهادة الأجير لمستأجره , بدلالة حديث النبي صلي الله عليه وسلم :- (أنه صلي الله عليه وسلم ردّ شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم) - (رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأفضية , باب من تردّ شهادته والدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام) ... والقانع لأهل البيت : هو الأجير الخاص , وقد منعت شهادته لتهمة جرّ النفع ودفع الضرر عن مخدمه , ومعني الأجير الخاص : المنقطع إلي خدمة القوم , والذي يكون في عيال المخدم , ينتفع بنفعهم , ويتضرر بضررهم , يزيد ذلك وينقص وفق حال المخدم ومركزه , ومقام الأجير منه . ويقلّ تحقق معني القانع لأهل البيت أكثر , في ظل النظم المعاصرة , التي تضبط قوانينها علاقات العمل وحقوق العاملين , ونخلص إلي أن التهمة المانعة من الاعتداد بشهادة (القانع لأهل البيت) , أو الخادم لمخدمه قد

¹ - راجع حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٧٩ - .
² - راجع حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٧٩ - .

تتحقق في عصرنا , وقد لا تتحقق , فينظر إلي الأمر علي ضوء جملة المبادئ الآنف الذكر , بناءً عليه فلا نطرح شهادات شهود المستأنف ضده أصلياً – هنا – جملة واحدة , رغم انطوائها عن تهمة الولاء , كما لا نعتد بها جملة واحدة . وبتنزيل المبادئ الآنف الذكر علي واقع شهادات هذه الدعوى , فإن شهادة كل من السائق (...) الهندي الجنسية – مسلم الديانة – و ... الهندي الجنسية – مسلم الديانة – تثبتان بدلالة ظنية عدم سلوك المستأنفة أصلياً , سلوكاً يليق بأمثالها , وبما يتوافق مع مركزها وقد نصت المادة ١٦/ج من قرار تنظيم أحكام الحضانة علي أن : (إثبات إهمال الحاضنة أو سوء سلوكها , لا يتطلب أدلة قطعية الدلالة , وإنما يثبت ذلك بأدلة شرعية ظنية) , ... ومن ثم فإن شهادة الشاهدين المذكورين لم تثبت الفسق المسقط للحضانة , في حق المستأنفة أصلياً , كما أنها لم تثبت (سوء سلوكها) , وفقاً لما تقتضيه المادة الآنف الذكر , وفي ذات الوقت لا يمكن طرح شهادتهما جملة واحدة , فهي رغم انطوائها عن تهمة الميل بسبب الولاء , ذات دلالة ظنية في إثبات عدم سلوك المستأنفة أصلياً سلوكاً يليق بأمثالها وبمركزها , وهو قدر لا تسقط الحضانة بمثله ...)^١ .

والخلاصة أن التهمة التي تورثها شهادة الأجير لمستأجره , تتفاوت من حالةٍ لأخرى , وفقاً لتفاوت حال الأجير ونوعه وحال المؤجر ومركزه , فلا ينبغي الجمود علي النصوص , بل يلزم النظر في كل حالةٍ علي ضوء ما يكتنفها من الظروف والملابسات .

ب/ شهادة الشريك في الحق والشريك في الجريمة – ومن في حكمه :

شهادة الشريك قد ترد في المسائل المدنية , كما ترد في المسائل الجنائية , والمقصود هنا (شهادة الشريك لشريكه في الحق) في المسائل المدنية , وبينه الشريك في المسائل الجنائية – أي أقوال المتهم ضد متهم آخر يحاكم معه في محاكمة واحدة . وفيما يلي نورد أحكامهما , مع بيان ما يعتريهما من تهمة , كل في بندٍ علي حدة .

^١ - الحكم الاستئنافي رقم ١/١ استئناف /ش زوجية / ٣٠٦ / ١٤١٧ هـ الصادر في ٣٠/٤/١٩٩٨ م - .

البند الأول : شهادة الشريك لشريكه في الحق :

شهادة الشريك لشريكه , فيما هو شريك فيه , غير جائزة لدي جمهور فقهاء المسلمين - ^١ , لما روي عن شريح أنه قال : ((لا تجوز شهادة الشريك لشريكه في شيء بينهما , لكن في غيره)) ^٢ . وهذا النص صريح في منع شهادة الشريك لشريكه فيما يشتركان فيه , وجوازها فيما عداه . فالتهمة بجر النفع تكتنف شهادته فيما يشتركان فيه , بل تجر تلك الشهادة نفعاً محققاً للشاهد , وقد تدفع مغرمًا عنه , فلا يغلب ظن الصدق فيما شهد به - .

أما شهادة الشريك لشريكه فيما لا يشتركان فيه فتجوز , لعدم تطرق تهمة النفع أو الدفع إليها , وكذا تجوز شهادة الشريك لشريكه فيما لا ترد الشركة فيه , كالحدود والقصاص والنكاح ؛ لأن كل واحد منهما بمنزلة الأجنبي من صاحبه في المشهود به ^٣ - .

ويقاس علي عدم جواز شهادة الشريك لشريكه , شهادة الوكيل لموكله , فيما هو وكيل فيه , أو الوارث لمورثه بمالٍ , أو الوصي أو القيم في محل تصرفهما , فلا تجوز شهادتهم به لجامع تهمة جرّ النفع في تلك الشهادات ^٤ - .

البند الثاني : شهادة الشريك في الجريمة – ومن في حكمه :

الشريك في الجريمة : هو الشخص الذي تفترض صلته بالجريمة محل المحاكمة , سواء كان بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ^٥ - , وقد يكون الشريك فاعلاً أصلياً , أو تبعياً بتحريض أو معاونية , وفي كل الأحوال فيلزم أن يكون متهمًا في ذات الجريمة . ولا يدخل في معنى الشريك , (مصدر الشرطة) الذي يقدم معلومات عن الجريمة ؛ لأن الشريك فاعل أصيل في ارتكاب الجريمة , والمصدر

^١ - راجع المبسوط للرخسي ج ١٦ ص ١٤٧ ونتائج الأفكار لقاضي زادة ج ٦ ص ٣١ وحاشية الخرخشي ج ٨ ص ١٤ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ٢٣٤ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٧٨ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٢٦ والاستبصار للطوسي ج ٣ ص ١٥ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ٢٧ والتاج المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٧٣ وشرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ١٣٠ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج ١٠ ص ٤٣ - .

^٢ - نصب الرأية للزيلعي - ج ٤ ص ٨٢ - .

^٣ - راجع المبسوط للرخسي ج ١٦ ص ١٤٧ - .

^٤ - راجع المبسوط للرخسي ج ١٦ ص ١٤٧ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ٢٣٤ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٧٨ والتاج المذهب ج ٤ ص ٧٣ وشرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ١٣٢ - .

^٥ - راجع قضية حكومة السودان /ضد/ شرف الدين محمد (١٩٧٥م) مجلة الأحكام القضائية ص ٥٨٤ - .

إنما يجمع المعلومات لمساعدة الشرطة – عادةً - , درءاً للمنكر أو دفعاً له , وسدّاً لذريعتيه , تحقيقاً لمصلحة عامة¹ - .

وتقبل شهادة الشريك في الجريمة – فقهاً وقانوناً – وذلك استثناءً من قاعدة حجية الإقرار القاصرة , فالأصل أن الإقرار حجة قاصرة علي المقر , ولا يسري في المسائل الجنائية , في حق غير المقر - , وخضوعاً لمقتضيات الضرورة كان أساس قبول شهادة الشريك , فإذا لم يكن أمام المحكمة , لإثبات واقعة معينة , سوي أقوال المتهمين وحدها , فعلي المحكمة التعويل عليها , ما دامت لم ترد بينات متعارضة مع ما أدلوا به من تفاصيل , وما دامت تلك الأقوال متناسقة وتتفق مع منطق الأشياء -² . ومن هذا الوجه , فتقدر الضرورة بقدرها , فلا يعتد بتلك البيئة في مسائل الحدود الشرعية , وهذا المعني هو ما عُنِيَ به ابن قدامة الحنبلي , في معرض بيانه لقيمة الإقرار بالزنا علي النفس وعلي الشريك , بأن يقر الزاني بالزنا علي نفسه وعلي المرأة , فتكذبه المرأة , فعندئذٍ يجب الحدّ عليه – دونها - , لعدم المقتضي في حقها , وقد عبّر ابن قدامة عن ذلك بقوله ((أو لم تكمل البيئة)) فأسمي ذلك الدليل (بيينة غير مكتملة)³ , وهذا هو ذات التكييف التشريعي المعاصر لبينة الشريك ؛ إذ نصت المادة (٢/٥٠) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((تعتبر من القرائن بيينة الشريك))⁴ - , والمقصود هو اعتبارها من قبيل (القرائن البسيطة) , وهي من هذا الوجه , تفنقر إلي التعضيد ؛ إذ لا يجوز تأسيس إدانة بجريمة بموجبها , من غير تعضيدها لما يعتربها من تهمة تتمثل في تطلب المتهم للمواساة لنفسه , أو الكيد والانتقام من الآخر , أو السعي إلي

1 - راجع قضية حكومة السودان /ضد/ محمد محمد أبكر (١٩٩٨م) مجلة الأحكام القضائية ص ٧٦ - .

2 - راجع قضية حكومة السودان /ضد/ محمد آدم عثمان وآخرين (١٩٧٤م) مجلة الأحكام القضائية ص ٢٤٠ - .

3 - راجع المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٣٥٧ - .

4 - قضت المحكمة العليا السودانية بعدم الاعتراف ببيينة الشريك في أحكام عدة صدرت في ظل قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م – منها الحكم رقم /م/ع/ف/ج / ١٩٩٤/٧٩م بمجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٩٤م ص ٧٣ وفي قضية حكومة السودان /ضد/ عبد الرحمن إبراهيم حمد النيل وقضية حكومة السودان /ضد/ عباس دياب محمد وآخرين – راجع ملحوظة المحرر في قضية حكومة السودان /ضد/ محمد مختار محمد صالح (١٩٩٢م) مجلة الأحكام القضائية ص ١٦٨ , وقد بنت المحكمة العليا عدم اعتدادها ببيينة الشريك بدعوى أن الاعتراف بأقوال متهم ضد متهم آخر قد ذهب مع قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م وبأن قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م لم يرد فيه نص به , وفي واقع الأمر فإن المحكمة العليا قد جانبت الصواب فيما ذهبت إليه في الأحكام المذكورة آنفاً , حيث إن المادة (١/٥٩) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م قد نصت علي قبول ما يدلي به متهم ضد متهم آخر يحاكم معه في جريمة ذات عقوبة تعزيرية , بناءً علي الوعد بوقف تنفيذ أي عقوبة تعزيرية - , وهذا يعني بدلالة الفحوى قبول ما يدلي به متهم ضد آخر يحاكم معه في محاكمة واحدة إذا كان الإدلاء بتلك الأقوال من غير وعد بالعمو أو بوقف تنفيذ العقوبة , لأن ما يدلي به بإرادة حرة أقوى حجية مما يدلي به تحت تأثير الوعد - .

توريطة , أو بإظهار نفسه بدور ثانوي في ارتكاب الجرم - أو بغير ذلك - وأياً كان دافع صنيعه , فإن التهمة تحيط بأقواله في حق المتهم الآخر , الأمر الذي يجعل تلك الأقوال ذات دلالة ضعيفة , بحيث يتعذر تأسيس الإدانة عليها وحدها , في الجرائم ذات العقوبات التعزيرية , ومن هذا الوجه فقد استقر عمل القضاء السوداني علي وجوب تعضيد بينة الشريك , بدليل مستقل آخر¹ - , ويشترط في الدليل المؤيد - المعضد - لبينة الشريك أن يكون مشروعاً , سواء كان مباشراً أو غير مباشر , وأن يصب في واقعة جوهرية من وقائع النازلة محل المحاكمة , ولا يشترط تعزيز بينة الشريك في كل جوانبها التي أدلي بها المتهم ضد المتهم الآخر ; إذ قضت المحكمة العليا - السودانية - بأنه لا يشترط أن تعزز الأقوال كلها , بل يكفي أن تعزز أقوال الشريك ولو في جزئية مهمة بأي نوع من أنواع الأدلة والبراهين المقبولة قانوناً² - , غير أنه يشترط أن يكون بينة الشريك قد تطرقت إلي ذلك الجزء الذي تناولته البينة المؤيدة ; إذ لا يصدق عليها معني (التعضيد) , إلا إذا توافقت مع بينة الشريك علي واقعة جوهرية , فإن تبايننا كلية , أو توافقتا في مسائل غير جوهرية , فلا يكون ذلك تعضيداً وتسانداً يرفع من حجية بينة الشريك بما يسوغ معه تأسيس الإدانة بموجبها - .

ولا يجوز تعضيد بينة الشريك ببينة شريك آخر , وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية (حكومة السودان /ضد/ محمد الإمام أبو القاسم وآخرين) بأن: ((شهادة الشريك لا تؤيد شهادة شريك آخر , ويعامل كل الشركاء وكأنهم شاهد واحد , تحتاج بينته للتأييد -))³ - .

ويجب أن تتساند البينة المعضدة مع بينة الشريك بما يفضي إلي الاقتناع القضائي , ببعث طمأنينة القاضي بصورة جازمة علي صحة ما أدلي به المتهم ضد المتهم الآخر , فإن تنافرا وتغايرا فلا وجه لتأسيس الإدانة بمجموعهما - .

¹ - تواتر قضاء المحكمة العليا السودانية علي وجوب تعضيد بينة الشريك , ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قضية (حكومة السودان /ضد/ محمد مجنوب محمد وآخرين ١٩٧٤م مجلة الأحكام القضائية ص ٢٣٠ وقضية (حكومة السودان /ضد/ عز الدين علي هارون) (١٩٧٧م) مجلة الأحكام القضائية ص ٢١٥ وقضية حكومة السودان /ضد/ حامد أحمد سليمان (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية ص ٤٦٥ - .

² - (١٩٧٤م) مجلة الأحكام القضائية ص ٢٣٠ - .

³ - (١٩٧٤م) مجلة الأحكام القضائية ص ٤٧٤ - .

ويأخذ حكم بينة الشريك , ما يدلي به المتهم نتيجة للوعد بالعتف أو بوقف تنفيذ العقوبة وفقاً لمقتضيات المادة (١/٥٩) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م^١ , ولئن كانت بينة الشريك , التي يدلي بها المتهم ضد متهم آخر , يحاكم معه في محاكمة واحدة - تأتي بإرادة حرة من ذلك المتهم , ورغم ذلك تعدّ (بينة ضعيفة) لما يعترئها من تهمة , فإن ما يدلي به المتهم ضد آخر نتيجة للوعد بالعتف أو بوقف تنفيذ العقوبة يعدّ أضعف منها حجياً , لاستحكام تهمة جرّ النفع ودفع المغرم عن نفس المتهم الذي يدلي بأقواله تحت تأثير ذلك الوعد , وهذا النوع من بينة الشريك أكثر افتقاراً إلى التعضيد , بل يلزم علي القاضي التحلي بحذر بالغ عند تقويمه لهذا النوع من بينة الشريك , وقد قضت المحكمة العليا في قضية : (حكومة السودان /ضد/ عمر محمد الطيب) بأن : ((من يقبل العفو يجمع مع كونه شريكاً اعتباراً آخر , هو أن له مصلحة بيّنة فيما أدلي به , فبينما دافع الشريك هو توريط رفيقه في الجريمة , فإن من يقبل العفو يلتمس فرص خلاصه الشخصي في مدي نجاحه في توريط شخص آخر , مما يدفعه إلى المغالاة والشطط , ولهذا السبب ينبغي النظر إلى شهادة من منح العفو , علي أنها أقل جدارة بالثقة من شهادة الشريك العادي -))^٢ . وقضت المحكمة العليا في قضية : (حكومة السودان /ضد/ جبريل عبد الرحمن فضل السيد وآخرين) بأن : ((شهادة الشاهد الذي يدلي ببينة تحت عرض العفو المشروط , ينبغي الانتباه إليها والتحوط عند تقويمها))^٣ .

ويزداد ضعف بينة الشريك فيصيبها الوهن علي وهنها , عند رجوع المتهم عن أقواله التي أدلي بها ضد المتهم الآخر ؛ إذ لا يمكن أن تنهض بعدئذٍ قاذحة في دلالة أصل البراءة , خاصة إذا قامت أدلة أخرى تثبت كذبها^٤ .

ويختلف الحال بالنسبة للمتستر , فقد يكون شريكاً ويقدم مع الفاعل في محاكمة واحدة , فيأخذ حكم الشريك , ويتمّ تكييف أقواله في حق المتهم المباشر ,

^١ - نصت المادة (١/٥٩) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((يجوز لوكيل النيابة الأعلى في سبيل الحصول علي شهادة شخص متهم مع غيره , في جريمة ذات عقوبة تعزيرية لا يكون له فيها الدور الأكبر , أن يتخذ قراراً مسبباً قبل المحاكمة , يعد فيه المتهم المعني بوقف تنفيذ أي عقوبة قد توقع عليه شريطة أن يفشي المتهم بكل ما يعلمه عن الوقائع والظروف المتعلقة بتلك الجريمة , وعن أي شخص آخر له علاقة بها)) .

^٢ - (١٩٩٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٠ .

^٣ - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٠٥ .

^٤ - راجع حكم محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر رقم ١٦/ استئناف حدود / ٢٢٤ / ١٤١٧ هـ الصادر في ١٩٩٧/٥/٢٧م .

باعتبارها (بينة شريك) , فيلزم تعضيدها , فإن كان لا يتعدى دوره , الإقرار بعلمه بالجريمة واتخاذ دوراً سلبياً في منعها أو التبليغ عنها , فقد لا يعدّ شريكاً في الجريمة , ورغم ذلك فيجب التماس التعضيد لشهادته , لما تعترتها من تهمة دفع الضرر عن النفس , بحيث تأخذ شهادته ذات حجية بينة الشريك ^١ - .

أما المتهم الذي تفصل محاكمته – لعفو مشروط - , فيدلي بعدئذٍ بأقواله ضد متهم آخر في محاكمة منفصلة , وبعد أداء اليمين وإتاحة الفرصة للمشهود ضده لمناقشته , فلا تعدّ شهادته بينة شريك , وإنما هي شهادة عادية -^٢ , غير أنها لا تخلو من تهمة تعترتها , بما يلزم معه الحذر عند تقويمها , فإن كان قد أطلق سراحه في مرحلة التحريات لعدم وجود جريمة في حقه , أو لعدم كفاية الأدلة , ثم أدلي بشهادته أمام المحكمة بعدئذٍ , في تلك الدعوى الجنائية , فلا يعدّ ذلك من قبيل (بينة الشريك) , لأنه ليس شريكاً في واقع الحال ^٣ - .

إن التهمة التي تعترى (بينة الشريك) – مثلها مثل التهمة في غيرها – غير منضبطة , وليس لها معيار موضوعي محدّد , فيصار في تقديرها , وفي تقدير قيمة الدليل الذي ينطوي عنها إلي وجدان القاضي واقتناعه القضائي - .

ج/ شهادة الصديق لصديقه :

القاعدة لدي عامة العلماء هي : جواز شهادة الصديق لصديقه , ويستثني فقهاء الحنفية والمالكية من ذلك شهادة الصديق لصديقه إن كانت صداقتهما متناهية , بحيث توجب إطلاق التصرف لكل واحد منهما في مال صاحبه - ؛ إذ لا تجوز شهادة أحدهما للآخر عندئذٍ - , لتحقق تهمة النفع فيها -^٤ , فإن كان الصديق برزاً في العدالة ولم يكن في عيال صديقه , جازت شهادته له , لدي فقهاء المالكية أيضاً^٥ . وقد استدلت جمهور الفقهاء علي الجواز المطلق , بعموم الأدلة التي تجيز الشهادة , مثل قوله تعالى : ((دُدُّرْ)) – وغيرها من أي الذكر الحكيم الواردة بشأن

^١ - راجع قضية (حكومة السودان / ضد/ جابر ضو النعيم محمد (١٩٧٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٢٢ -
^٢ - راجع حكم المحكمة العليا رقم /م / ع / م / ك / ٤٦ / ٧٤ = (١٩٩٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٣ -
^٣ - راجع قضية : (حكومة السودان / ضد/ جابر ضو النعيم محمد (١٩٧٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٢٢ -
^٤ - راجع للجمهور الحاوي للماوردي ج ١٧ ص ١٦٢/١٦٣ والمغني لابن قدامه ج ١٤ ص ١٨٥ , وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج ٤ ص ١٣٠ وراجع للحنفية معين الحكام للطرابلسي ص ٧٣ وحاشية قرة عيون الأخبار لمحمد علاء الدين ج ٧ ص ١١٣ وحاشية رد المحتار ج ٥ ص ٤٧٣ وللمالكية حاشية الخرشى ج ٨ ص ١٤ -
^٥ - حاشية الخرشى ج ٨ ص ١٤ - .

الشهادة ؛ إذ وردت عامةً بجواز شهادة العدول ، فدخل فيها الصديق وغيره ، ما دام عدلاً - .

وصفة القول هنا : أن الأصل هو جواز الاعتداد بشهادة الصديق لصديقه ، فإن طعن الخصم المشهود عليه في تلك الشهادة بما يورثها شيئاً من التهمة ، فعليه بيان وجه الطعن والتدليل عليه ، وبعدئذٍ يقدر القاضي وزن تلك الشهادة في مرحلة وزن البيانات ، فإن رأى أن التهمة التي أثبتها الخصم ، ترقى إلي رد تلك الشهادة ، تعين طرح دلالة الشهادة ، ليس من منطلق ردّ شهادة الصديق ، وإنما لتوفر التهمة التي لا يغلب معها ظن صدق الشاهد - .

د/ شهادة العدو :

العداوة المقصودة هنا : هي العداوة الدنيوية ، وليست العداوة الدينية ، فالعداوة الدينية لا تمنع الشهادة ، وهذا موضع اتفاق ، لا نعلم فيه خلافاً ، لدلالة قوله تعالى : ((عَلَيْكُمْ كَيْدُكُمْ))^١ - قال ابن العربي في تفسير الآية : ((... يريد لا يحملنكم بغض قوم علي العدول عن الحق ، وفي هذا دليل علي نفوذ حكم العدو علي عدوه في الله تعالى ، ونفوذ شهادته عليه ؛ ولأنه أمر بالعدل وإن أبغضه ، ولو كان حكمه عليه وشهادته لا تجوز فيه ، مع البغض له ، لما كان لأمره بالعدل فيه وجه . فإن قيل : البغض ورد مطلقاً ، فلم خصصتموه بما يكون في الله تعالى ؟ قلنا : لأن البغض في غيره لا يجوز علي النبي صلي الله عليه وسلم ابتداءً ، ولا يجوز أن يأمر الله تعالى أحداً بقول الحق علي عدوه مع عداوة لا تحل ، فيكون تقريراً للوصف ، وفيه أمر بالمعصية ، وذلك محال علي الله تعالى))^٢ - .

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مشروعية شهادة العدو علي عدوه - نعني العداوة الدنيوية - ، فذهب المتأخرون من فقهاء الحنفية والمالكية في المشهور والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية والإباضية في قول إلي عدم جوازها^٣ - .

^١ - سورة المائدة من الآية ٨ - .

^٢ - أحكام القرآن - لابن العربي - ج ٢ ص ٥٨٣ - .

^٣ - راجع حاشية قرة عيون الأخبار - لمحمد علاء الدين بن عابدين ج ٧ ص ١٤١ ومعين الحكام للطرابلسي ص ٧٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٨٠ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ٢٣٧ والمغني لابن قدامه ج ١٤ ص ١٧٤ والمحلي لابن حزم ج ٩ ص ٤١٨ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج ٤ ص ١٢٩ والعقد الثمين لابن حميد ج ٤ ص ٣٠٦/٣٠٥ - .

وقد استدلوا علي المنع بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم :- ((لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية , ولا ذي غمر علي أخيه))^١ . قال ابن قدامه : ((الغمر : الحقد ؛ ولأن العداوة تورث التهمة -))^٢ . -
 وذهب أبو حنيفة في الصحيح المعتمد في المذهب وإباضية المشرق في الراجح إلي جواز شهادة العدو علي عدوه , إن كان عدلاً^٣ .
 وفي كل الأحوال – وكيفما كانت الأقوال الفقهية - , فإن معيار العداوة المانعة غير منضبط , ويصار فيه إلي العرف , فإن بلغت العداوة إلي درجة أن يفرح لحزن عدوه , ويحزن لفرحه , بحيث يتمني زوال النعمة منه , فلا يؤمن عندئذ من التقول عليه , وتكون التهمة التي تورثها تلك العداوة أنفي لظن الصدق - .
 والدفع بعداوة الشاهد , يأخذ حكم تجريح الشهادة بما يورث التهمة عامة , فلا يقبل مجملاً , بل يجب تفصيله , ليتسنى للقاضي تقدير الدفع وتقدير ما يورثه من تهمة في الشهادة ؛ إذ أن كثيراً من وجوه الجرح , مما يختلف فيه العلماء , فما يراه بعضهم جرحاً لا يراه آخرون كذلك , أما المقلدة والعامّة فالأمر أشدّ عسراً علي معارفهم وأخفي عن مداركهم . وليس هذا وحده ما يوجب التفصيل , وإنما أيضاً لتعلق الجرح بحقين , أولهما : حق الشاهد لانتهاك حرمة بالجرحة , وثانيهما : حق المشهود له الذي يتعرض إلي فقدان الأمر المشهود به , فكان من حقهما بيان وجه الجرحة^٤ . -

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((لا يجوز أن يكون في الشهادة جرّ مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه , كما لا تقبل شهادته متي كان بينه وبين المشهود عليه عداوة دنيوية , إلا أن العداوة الدنيوية ليست هي كل خصومة تقع بين شخص وآخر , في حق من الحقوق ... ولا يسوغ بداهة أن يخلق من يطعن علي شهادة لهذا السبب خصومة مدعاة , ليتخذ منها وسيلة لإبطالها . ولما كان البين من محضر

^١ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأفضية باب من ترد شهادته والدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام – حديث رقم ١٤٣ – والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات باب من قال لا ترد شهادته - .

^٢ - المغني لابن قدامه ج ١٤ ص ١٧٥ - .

^٣ - راجع حاشية قرة عيون الأخبار لمحمد علاء الدين ج ٧ ص ١٤١ ومعين الحكام للطرابلسي ص ٧٣ والعقد الثمين لأبي حميد ج ٤ ص ٣٠٦ - .

^٤ - راجع البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٨٩ وكتاب مواهب الخلاق علي شرح التاودي للامية الزقاق لأبي الشتاء الغازي ج ١ ص ٣٣٢ وقرة عيون الأخبار لمحمد علاء الدين ج ٧ ص ١٤١ - .

الشكوى الإداري أن الطاعن هو الذي تقدّم ببلاغ يزعم فيه أن أحد أقربائه سمع حواراً بين شاهد المطعون عليها , وبين أحد شهود الطاعن , وفهم منه هذا الأخير أنه شهد زوراً ضد الطاعن , بسبب استدعاء زوجته للتحقيق , ولم يُسأل الشاهد في هذه الشكوى , ولم يُواجه بأقوال الطاعن أو شاهده , لمّا كان ذلك , وكان ما اصطنعه الطاعن من خصومة بينه وبين شاهد المطعون عليها علي النحو السالف لا يرقى إلي حدّ العداوة المانعة من قبول شهادته , وكانت شهادة الزور التي يصم بها هذا الشاهد , لا تعدوا أن تكون ادعاءً لم يقم الدليل القطعي علي صحته – [فعليه فلا قيمة للدفع بالعداوة] -)¹ .

وقضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر , بعدم الاعتراف بشهادة الشاهد (حسين ...) الذي كان قد شهد بما يثبت إقرار المستأنف ضدها يوم الحادث ؛ إذ ثبت أن بين المستأنف والشاهد المذكور عداوة دنيوية , بلغت إلي درجة الاتهام الجنائي والحبس , الأمر الذي ردّت به تلك الشهادة باعتبارها (شهادة من ذي غم)² . وقضت ذات المحكمة في قضيةٍ أخرى بما نصه : ((... لا تجد الهيئة الاستئنافية عناءً في تقويم وردّ شهادة الشاهد (عبد الله ...) , لصدورها عن عداوةٍ , من قبيل العداوة المانعة لقبول الشهادة , وقد سبق لنا إيراد بعض عبارات شهادته , كما أن الحكم الجنائي الصادر ضده بسبب شكوى المستأنفة , كان من الأسباب المباشرة للعداوة البالغة التي عبّر عنها الشاهد صراحةً [حيث ذكر خلال مناقشته بأن المستأنفة – المشهود ضدها – فتحت ضده بلاغاً جنائياً انتهى بإدانته ومعاقبته بالجلد , وأنها صارت مكروهة لديه , وبأنه دبّر تسجيل المحادثات الهاتفية بينهما في شريط الكاسيت , ثم أعطي ذلك الشريط إلي المستأنف ضده انتقاماً منها , وبأن ذبحها وذبح الكلب عنده سيان , وأنه لن يرتاح ما دامت هي علي قيد الحياة] , ومن ثمّ فلم تعد محكمة الاستئناف بشهادة هذا الشاهد , لثبوت العداوة التي إذهبت شهادته أدراج الرياح))³ .

1 - نقض مصري ١٩٧٨/١١/١ م طعن ٢ س ٤٧ ق نقلاً عن مجموعة المبادئ القانونية – أنو طلبية – ج ١ ص ٥٧٣ .
2 - الحكم الاستئنافي رقم ١٨٣ / استئناف حدود / ٢٣ / ١٤١٧ هـ الصادر في ١٩٩٧/١/٢١ م .
3 - الحكم الاستئنافي رقم ٢٦٠ / استئناف / ش زوجية / ١٩٤ / ١٤١٧ هـ الصادر في ١٩٩٧/١٢/٢٨ م .

الاستثناء إذا تعقب جملاً متعاطفة ، هل ينصرف إلي الكل أو إلي الأخيرة ، عندنا إلي الأخيرة . وقد تقدّم ثلاث جمل هي قوله تعالى : (كَ ... كَ كَ كَ كَ كَ كَ كَ كَ كَ كَ كَ)^١ . ومن ثم فإن الاستثناء في الآية الكريمة يقتصر علي رفع الفسق دون غيره مما سبقه - .

ثانياً : عدم قبول شهادة القاذف علي التأييد ، ورد في الآية الكريمة باعتباره جزءاً من العقوبة الحدية ، فلا يسقط بالتوبة ، مثله كحد الجلد فلا أثر للاستثناء عليه . قال الكمال بن الهمام : ((والظاهر من عطف (ولا تقبلوا) أنه داخل في حيز الحدّ ، للعطف مع المناسبة ، وقيد التأييد . أما المناسبة فلأن ردّ شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه ، كما أنه ألم قلب المقذوف بسبب فعل لسانه ...))^٢ . فإن تبين أن عدم قبول الشهادة علي التأييد ، يدخل في حيز الحدّ ، لمناسبته مع كمال العقوبة الزاجرة ، ولا وجه لسقوط الحدّ بالتوبة ، فبذات الوجه فإنه لا يسقط منع الشهادة علي التأييد بالتوبة - ، وقال سعيد بن جبیر : تقبل توبة المجلود في حدّ القذف ، فيما بينه وبين الله من العذاب العظيم ، ولا تقبل شهادته ، وبمثله قال شريح^٣ - .

ثالثاً : عدم جواز شهادة المجلود في حدّ القذف ، ثابت بدلالة النص أيضاً ، لحديث النبي صلي الله عليه وسلم : ((لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حدّ ولا ذي غمر علي أخيه))^٤ - .

والنص صريح في بيان عدم قبول شهادة المحدود ، وبمثله جاءت رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلي أبي موسى الأشعري ، ففيها ما نصه : ((والمسلمون عدول بعضهم علي بعض ، إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حدّ ...))^٥ ، والمقصود في النصين هو (المجلود في حدّ القذف) ؛ لأنّ التائب من سائر الذنوب كالزنا وقتل النفس ، تقبل شهادته ، فلزم الاقتصار علي دلالة صريح نص الآية الكريمة من سورة النور - .

^١ - شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام - ج٦ ص ٤٧٥ - .

^٢ - المرجع السابق - نفس الموضع - .

^٣ - راجع إلام الموقعين لابن القيم ج١ ص ١٣٣ - .

^٤ - رواه الترمذي في سننه في أبواب الشهادات باب من لا تجوز شهادته ، وابن ماجه في سننه في كتاب الأحكام باب من لا تجوز شهادته - .

^٥ - السنن الكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبيانات باب البينة علي من أذيع واليمين علي من أنكر ورواه الدار قطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام - .

القول الثاني : جواز شهادة المجلود في حدّ القذف بعد توبته :

ذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والإباضية , إلي جواز شهادة المجلود في حدّ القذف بعد توبته ^١ - .

وقد استدلوا علي الجواز بما يلي :-

أولاً : التوبة الوارد بالاستثناء , في الآية الكريمة (إلا الذين تابوا) , من قبيل الاستثناء من النفي , والاستثناء من النفي إثبات , فيكون التقدير: (إلا الذين تابوا) , فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين ^٢ - .

ثانياً : الاستثناء المذكور آنفاً , يعود إلي كل الجمل المعطوفة بعضها علي بعض بالواو ؛ لأن تلك الجمل تأخذ حكم الجملة الواحدة , فيعود الاستثناء إلي جميعها , إلا ما منع منه مانع - . قال ابن قدامة : ((ولهذا لما قال النبي صلي الله عليه وسلم (لا يَوْمَنَّ الرجلُ الرجلَ في بيته , ولا يجلس علي تكرمته , إلا بإذنه)) - ^٣ , عاد الاستثناء إلي الجملتين جميعاً , ولأن الاستثناء يغير ما قبله , فعاد إلي الجمل المعطوفة بعضها علي بعض بالواو , كالشرط : فإنه لو قال : (امرأته طالق وعبيده حرٌّ إن لم يقم) , عاد الشرط إليهما , كذا الاستثناء . بل عود الاستثناء إلي ردّ الشهادة أولي ؛ لأن ردّ الشهادة هو المأمور به , فيكون هو الحكم , والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لردّ الشهادة , فعود الاستثناء إلي الحكم المقصود أولي من ردّه إلي التعليل (^٤ - .

^١ - راجع حاشية الخرشي ج٨ ص ٢٤ وروضة الطالبين للنووي ج١١ ص ٢٤٥ والمغني لابن قدامة ج١٤ ص ١٨٩ والنهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٢٦ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ١٢٨ وشرح النيل وشفاء العليل - أطفيش ج١٣ ص ١٢٨ - .

^٢ - راجع المغني لابن قدامة ج١٤ ص ١٩٠ - .

^٣ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب المساجد باب من أحق بالإمامة وأبو داود في سننه في كتاب الصلاة باب من أحق بالإمامة والنسائي في سننه في كتاب الإمامة باب من أحق بالإمامة - .

^٤ - المغني لابن قدامة ج١٤ ص ١٩٠ - .

ثالثاً : ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكر: ((تب أقبل شهادتك)) , وذلك بعد أن شهد علي المغيرة بن شعبة بالزنا ثلاثة رجال , هم أبو بكر و نافع بن الحارث وشبل بن معبد , ونكل زياد , فجلد سيدنا عمر رضي الله عنه ثلاثتهم وقال لهم : (توبوا تقبل شهادتكم) , فتاب نافع وشبل فقبل سيدنا عمر شهادتهما , وأبي أبو بكر فلم يقبل شهادته ... ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة رضوان الله عليهم , فكان إجماعاً^١ .

وقد ناقش جمهور الفقهاء أدلة المانعين بوجوه :

أولها : ما دام ردّ الشهادة قد بني علي العلة التي ذكرها المولي عزّ وجل في الآية الكريمة , وهي (الفسق) , فإذا أرتفع الفسق بالتوبة , علي نحو ما ذهب إليه المانعون , فيجب المصير إلي ارتفاع ما بني عليه من حكم , أي يجب ارتفاع حكم منع الشهادة^٢ .

وثانيها : أن حديث (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حدّ ...) , ضعيف يرويه الحجاج بن أرطأة : وهو ضعيف . قال ابن عبد البر : (لم يرفعه من في روايته حجة) , وقد روي من غير طريق ولم تذكر فيه هذه الزيادة [يقصد : ولا مجلود في حدّ] , فدّل ذلك علي أنه من غلظه , ويدل علي خطئه شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته^٣ .

وثالثها : القول بأن منع الشهادة علي التأييد من قبيل العقوبة الزاجرة , غير مسلم ؛ لأن المنع من الشهادة , لا ينزجر به أكثر القاذفين , بل ينزجر به أعيان الناس , وقلّ أن يوجد القذف من أدهم , فالقذف يكون غالباً من الرعاع والسوقة , وهؤلاء لا يبالون بمنع شهادتهم أو بقبولها^٤ .

والراجح عندي هو ما ذهب إليه جمهور فقهاء المسلمين , فالأدلة التي تجيز قبول شهادة المحدود في القذف , بعد التوبة , أقطع في التدليل علي الأرجحية , ولأنه إذا كانت تقبل شهادة المحدود في الزنا بعد توبته – بلا خلاف فيما نعلمه - ,

١ - المرجع السابق ج٤ ص ١٨٩ - .
٢ - راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج٤ ص ١٣٥ - .
٣ - راجع المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٩٠ - .
٤ - راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج١ ص ١٣٧ - .

فإن دلالة الفحوى تقتضي قبول شهادة المحدود في القذف بعد توبته , لأن القاذف بفاحشة الزنا , أقل جرماً وأيسر انتهاكاً لحرمة الفضيلة , وأهون فسقاً , من مرتكب فاحشة الزنا , فلا أقل من تماثله معه في الحكم - , ثم إن الأصل في الشريعة الإسلامية , أن كل تائب من الذنب ينزل منزلة من لا ذنب له , بعد إيقاع حكم الشرع عليه , لقول النبي صلي الله عليه وسلم : ((التائب من الذنب كمن لا ذنب له))^١ .

وهذا هو الرأي المأخوذ به في قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - في مادته (٢/٣٣) - ونصها : ((لا تقبل شهادة المجلود في حدّ القذف , أو المدان بشهادة الزور , إلا إذا ثبتت توبتها)) . وفي كل الأحوال فينبغي علي القاضي عند تقديره للشهادة وتقويم دلالتها , مراعاة حال الشاهد المحدود في القذف , ومدى ما طرأ عليه من إصلاح ؛ إذ عطف المولي عزَّ وجلَّ (إصلاح النفس) , علي التوبة , فقال : ((تُوْبَةُ هـ)) , فضلاً عن أن إصلاح الذات من لوازم التوبة عامة , وعلي القاضي عند تقويمه لدلالة شهادة المحدود في القذف , أن يراعي ملابسات الشهادة , التي تبعث الثقة , أو الريبة فيها , فمعيار الاعتداد بالشهادة هو مدى صدق الشاهد فيما شهد به - .

و/ شهادة الفاسق :

بعد أن تناولنا آنفاً أحكام الفسق المخبر به في آية سورة النور , فيما يختص بأحكام شهادة المجلود في حدّ القذف , نخرج هنا إلي الفسق الذي تنهاتر به الشهادة , أي فسق الكذب , وليس عموم الفسق . فالفسق بغير الكذب شهادته مقبولة ؛ لأن مناط الاعتداد بالشهادة , هو (صدق الشاهد) , لقوله تعالى :- ((تَذُتْ تَذُتْ))^٢ - , فالأمر بالتبين في الآية الكريمة , دليل علي وجوب البحث والتثبت في خبر الفاسق , فإن بان صدقه فيما أخبر به , جاز القضاء بقوله , وإلا لما كانت هناك فائدة من الأمر بالتثبت- . قال ابن قيم الجوزية : ((و المقصود أن الشريعة لا تردّ حقاً , ولا تكذب دليلاً , ولا تبطل أماراً صحيحة . وقد أمر الله

¹ - رواه البيهقي في سننه الكبرى في كتاب الشهادات باب شهادة القاذف - .
² - سورة الحجرات - الآية ٦ - .

سبحانه وتعالى بالثبوت والتبیین في خبر الفاسق , ولم يأمر برده جملة , فإن الكافر الفاسق , قد يقوم علي خبره شواهد الصدق , فيجب قبوله والعمل به , وقد استأجر النبي صلي الله عليه وسلم في سفر الهجرة , دليلاً مشركاً علي دين قومه , فأمنه ودفع إليه راحلته , فلا يجوز لحاكم ولا لوال ردّ الحق بعدما تبين , وظهرت أمارته لقول أحد من الناس -))^١ . وفي معين الحكام للطرابلسي الحنفي: ((أعلم أن لردّ شهادة الفاسق مأخذين , أحدهما : عدم الوثوق به ... الثاني : هجره علي إعلانه لنفسه , ومجاهرته به , فقبول شهادته فيها إبطال لهذا الغرض المطلوب شرعاً . فإذا علم صدق لهجته , وأنه من أصدق الناس , وأن فسقه بغير الكذب , فلا وجه لردّ شهادته ... وسرّ المسألة : أن مدار قبول الشهادة وردّها , علي غلبة الصدق وعدمه ... والصواب المقطوع به أن العدالة تتبع بعض , فيكون الرجل عدلاً في شيء -))^٢ . وفي قضية : (حكومة السودان /ضد/ عوض مكي محمد خليل) قررت المحكمة العليا بأنه : ((إذا اشتهر الشهود بفساد الخلق , فلا بدّ من كثرتهم , ليعضد بعضهم بعضاً حتى تلوح أمارات الصدق , فإذا تناقضت أقوالهم , انعدم شرط العدالة في الشهود , استناداً لقواعد الشريعة , فلا يؤخذ بأقوالهم في البينة))^٣ .

وقد أحسنت المحكمة العليا في هذه السابقة القضائية الأخيرة حين رفضت الاعتداد بدلالة شهادات الشهود , لتيقنها من كذبهم فيما أدلوا به من الشهادة , وخلصت إلي إلغاء الإدانة والعقوبة , حيث إن محكمة الموضوع قد أسست إدانتها للمتهم بجريمة القتل العمد , بناءً علي شهادة شاهدين من أسوأ أنواع الشهود وأبعدهم عن الثقة وأكثرهم شبهة , ثم عضدت شهادتها بشهادة شاهدة ثالثة تماثلها وقد أنكرت هذه الثالثة أقوالها بعدئذٍ , ... وقد كانت تلك الشهادات متناقضة في كل صغيرة وكبيرة , وكذبت أقوالهم بعضها , بل تناقضت أقوال الواحد منهم بين

١ - الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٤ - .

٢ - معين الحكام للطرابلسي ص ١١٧ وراجع إعلام الموقعين لابن القيم ج١ ص ١٢٩ والقوانين الفقهية لابن جزي - .

٣ - (١٩٧٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٥٧ - .

مرحلة وأخرى , فضلاً عن ثبوت امتهانهم للقوادة وبيع الخمر¹ , وإدارة منزل للدعارة , بحيث تعذر معه الاعتداد بشهاداتهم .

ز/ شهادة المدان بشهادة الزور – أو المقر بها :

تردّ شهادة المدان بشهادة الزور – أو المقر بها ولو لم تكن ثمة دعوى في مواجهته بتهمة شهادة الزور - , فلا يعتد بتلك الشهادة لدخولها في معني فسق الكذب الذي تتهاثر به الشهادة مطلقاً , إلا إذا تاب شاهد الزور عن صنيعه .

ويستدل علي ردّها بما يلي :

أولاً : بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ... [وذكر] ولا مجربٍ عليه شهادة زور -))² . والنص صريح في الدلالة علي عدم جواز شهادة شاهد الزور .

ثانياً : ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((عُدِلْتُ شهادة الزور بالإشراك بالله [كررها ثلاث مرات]³ , ثم قرأ : ((□ □ □ □ □ □ □ □ , أب ب ب ب))⁴ .

ووجه الدلالة يتمثل في أن التعادل – أي التسوية والتماثل , من هذا القبيل الوارد بالحديث الشريف , يقتضي لزوم ردّ شهادة شاهد الزور , لتمائلها بالإشراك بالله , فتعيّن تماثل حكمها , فاستويا في عدم قبول الشهادة .

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلي عدم قبول شهادة شاهد الزور قبل التوبة , فإن تاب فقد اختلف الفقهاء بشأن شهادته ؛ إذ ذهب جمهور الفقهاء إلي قبول شهادته والاعتداد بها , بينما ذهب بعض فقهاء الحنفية والإباضية إلي عدم قبولها

¹ - لا تسقط عدالة من يتهم بشرب الخمر , فإن ظهر إدمانه , أو كان من أهل المجانة في الشرب أو في مجالسة أهل الفجور والشرب , فلا تقبل شهادته , إلا عند الضرورة كأن ترتكب جريمة في مجالسهم , والإدمان يتحقق بالظهور والاشتهار بالشرب , وقيل أن يشرب الخمر وفي نيته أن يشرب مرة أخرى - , والصحيح هو الاشتهار بالإدمان الظاهر لأن النية باطنة والأحكام تبني علي الظاهر - راجع شرح فتح القدير – الكمال بن الهمام ج٦ ص ٤٨٣ وحاشية قرة عيون الأخبار لمحمد علاء الدين – ج٧ ص ١٥٠ .

² - رواه الترمذي في سننه في أبواب الشهادات باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته .

³ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب القضاء باب في شهادة الزور . وقوله صلي الله عليه وسلم (عُدِلْتُ) يعني جعلت مساوية متماثلة له , ومن قبيل ذلك قوله تعالى : ((ثم الذين كفروا بربهم يعدلون)) – الأنعام الآية ١ - , وقوله تعالى : ((والذين لا يؤمنون بالآخرة وهم بربهم يعدلون) – الأنعام الآية ١٥٠ - , قال الحافظ بن كثير : (أي يشركون به ويجعلون له عديلاً , أي مثيلاً ومساوياً) - . ((تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج٢ ص ١٨٧)) - .

⁴ - سورة الحج الآيتين ٣٠ / ٣١ - .

ثبتت توبتهما -))^١ . ويلزم من النص , سبق رفع دعوى جنائية في حق المتهم بشهادة الزور . وقد صدر النص القانوني الأنف , من معين رأي جمهور الفقهاء . ومن نافلة القول : أن تقرير قبول شهادة شاهد الزور بعد توبته , لا يلزم منه الاعتداد بها عند تقويمها ؛ إذ يتوقف القضاء بها علي ما تبعته تلك الشهادة من طمأنينة في وجدان القاضي , ولا يشترط تعضيدها , إذا ترجح صدق الشاهد , فإن رؤى تعضيدها , وتوفرت أدلة مباشرة معضدة لها , فيصار في تقويمها إلي النظر إليها مع مجموعة الأدلة , فإن تساندت وتعاضدت بحيث تفضي إلي الاقتناع القضائي , فيقضي بدلالة مجموع تلك الأدلة - .

ح/ شهادة غير ذوى المروءة :

المروءة هي توقي المرء لما يعاب عليه مثله , فهي صون النفس عما يشينها عرفاً , وقد عرفها (ابن فرحون المالكي) بأنها : ((التصون والسمت الحسن , وحفظ اللسان , وتجنب مخالطة الأراذل , وترك الإكثار من المداعبة والفحش وكثرة المجون , وتجنب السخف , والارتفاع عن كل خلق رديء , يري أن من تخلق به لا يحافظ علي دينه , وإن لم يكن في نفسه جرحة))^٢ - .

وقد عرّفها الكمال بن الهمام والنووي وابن قدامه الحنبلي وغيرهم بتعريفات موجزة , مقارنة لهذا التعريف , مؤثرين إيضاح المعني بضرب الأمثال^٣ - .

وقد قسمها ابن قدامه الحنبلي إلي نوعين , أحدهما : من الأفعال ويدخل فيها اعتياد الأكل في الأسواق , وكشف ما جرت العادة بستره من البدن , أو التمسخر بما يضحك الناس به , أو مخاطبة الزوجة بفاحش القول علي مشهد من الناس , أو التحدث إليهم عن مباحة أهله ونحو ذلك . وثانيهما : من الصنائع الدنيئة : لذاتها ,

^١ - يلاحظ أن النص القانوني لم يشترط سوي ثبوت التوبة , ولم يشر إلي اقترانها بصلاح العمل , والنص صادر عن ظاهر قول أحمد بن حنبل واختيار الخرقى والشافعي في قول . (راجع المغني لابن قدامه ج٤ ص ١٤٤ في عروض توبة المحدود في الفذف - و فقهاء الإباضية يشترطون لقبول شهادة شاهد الزور بعد توبته اقتتران التوبة بالصلاح في الدين والانتها عن الكبائر والعمل بالصالحات والمسارة إلي الخيرات فتجوز عندئذ شهادته فيما يستقبل , أما في الحكم الذي شهد فيه بالزور فلا تقبل منه شهادته أبداً , وقال بعضهم : (لا تقبل شهادته ولو تاب إن حكم الحاكم بشهادته في الأنفس والأموال , فإن لم يحكم بها فتاب قبلت شهادته بعدئذ -) (راجع شرح النيل ج٣ ص ١٢٨) - .

^٢ - تبصرة الكام لابن فرحون ج١ ص ١٧٣ - .

^٣ - راجع شرح فتح القدير - الكمال بن الهمام - ج٦ ص ٤٨٤ وروضة الطالبين للنووي ج١١ ص ٢٣٣ والمغني لابن قدامه ج٤ ص ١٥٢ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ١٢٩ وذكر صاحب (مغني المحتاج) بأن : ((أحسن ما قيل في تفسير المروءة : أنها تخلق المرء بخلق أمثاله من أبناء عصره , ممن يراعي مناهج الشرع وأدابه في زمانه ومكانه , لأن الأمور العرفية قلما تنضبط بل تختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والبلدان وقيل هي : أن يصون المرء نفسه عن الأذناس ولا يشينها عند الناس -)) - . (مغني المحتاج ج٤ ص ٤٣١) - .

كالحجامة والكناسة والحيافة ونحوها أو لدخول الحرمة أو الكراهة فيها , كصناعة آلات اللهو والطرب , وكالصياغة والصرافة , لما تنطويان عنه من مظنة الربا , وغير تلك الصنائع من مثيلاتها - ^١ , فقد كانت في عصر سلف فقهاننا من قادحات المروءة من منظور أعراف زمانهم , ولم تكن شهادة غير ذوى المروءة مقبولة عندهم , لعدم غلبة ظن الصدق فيها , وعللوا ذلك بوجوه , أولها : أن اختيار هذه الحرف الدنيئة يدل علي خبل في العقل , فضلاً عن أنه يعرف عنهم كثرة خلفهم الوعد , وكثرة خلفهم اليمين وحنثهم فيها , وثانيها : أن إتيان الصفات القادحة في المروءة ينبع عن عدم الحياء , ولا يبعد عن فاعلها الكذب وشهادة الزور ^٢ - .

إن المروءة غير منضبطة , ويصار في ضبطها إلي معيار أعراف الناس وأزمانهم وأمكنثهم - , ورغم هذا , فلا نسلم بما سيق آنفاً من تصنيف الصنائع والحرف بإدراج بعضها فيما تختل به المروءة , أو تنقدح بها - وذلك لوجوه : أولها: أنه مهما كان الزمان أو المكان أو العرف , فإن احتراف صناعة بعينها و فيما أحله الله سبحانه وتعالى - أيأ كانت - بقصد إعفاف النفس وكفها عن السؤال , يعدّ من المكارم , وهو أثبت للمروءة أكثر مما هو قادح لها , ولا عبرة في الشرع الحنيف برفعة الصناعة أو وضاعتها , قال تعالى: ((جِدِيدَةٌ)) ^٣ . وفي ((شرائع الإسلام للمحقق الحلي)) : ((لا تردّ شهادة أحدٍ من أرباب الصنائع المكروهة , كالصياغة وبيع الرقيق , ولا من أرباب الصنائع الدنيئة , كالحياكة والحجامة , ولو بلغت في الدناءة كالزبال ... , لأن الوثوق بشهادته مستند إلي تقواه -)) ^٤ . وثانيها : أن استقراء وقائع التاريخ والحاضر يدُلنا علي أن قوماً صالحين قد امتهنوا صنائع من صنو الحياكة والحجامة والكناسة ونحوها - . ولنا في بعض صنائع الأنبياء خير برهان , (وما بعث الله نبياً إلا راعى الغنم) - ° , ورعي الغنم من أدني ما يمتنه المرء , فإن اقترن بالتقوى , فنعمًا هو - ويروي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه

^١ - راجع المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٥٣/١٥٢ - .

^٢ - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج٦ ص ٤٨٦ وروضة الطالبين للنووي ج١١ ص ٢٣٣ ومغني المحتاج ج٤ ص ٤٢٧ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٥٣/١٥٢ - .

^٣ - سورة الحجرات الآية ١٣ - .

^٤ - شرائع الإسلام للمحقق الحلي ج٤ ص ١٢٩ - .

^٥ - رواه ابن ماجه في سننه في كتاب التجارات - .

قال : ((يعجبُ ربُّك من راعي غنمٍ في رأس شطيّةِ الجبل , يؤذن بالصلاة ويصلي , فيقول الله عز وجل : أنظروا إليّ عبدي هذا , يؤذن ويقيمُ الصلاة , يخاف مني , قد غفرت لعبدي وأدخلته الجنة))^١ , فإن ثبت تولي بعض الأنبياء والصالحين لبعض تلك الحرف التي نوه إليها فقهاؤنا , فلا يستقيم جعلها سبباً لردّ الشهادة . ولا وجه للقول بأن احترافها ينبع عن خبل العقل , إلا أن يختارها من لم تكن به ثمة حاجة إليها , ولا تليق بمثله عرفاً , فقد يصدق فيه القول بأنها تزري به وتقدح في مروءته , وكذا إن كان اختلال المروءة , بسبب مخالطة الأراذل وأهل المجانة والمجاهرة بالفواحش , والابتذال بالفعل والقول , فعندئذٍ لا يؤمن مثله من الكذب , لانتفاء الوازع , فإن لم يغلب في شهادته ظن الصدق فلا يعتد بها^٢ .

ط / شهادة ذوي الغفلة والسهو :

قد يكون الشاهد عدلاً تقياً عفيفاً متوقياً للمآثم , بعيداً عن الريب , مأموناً في الرضا والغضب , إلا أنه تعتريه الغفلة , فيكون ساهي القلب , غير متيقظ , ولا يؤمن التحيّل عليه , فلا يعتدّ بشهادته . قال الطرابلسي : ((يشترط في الشاهد أن يكون محترزاً يؤمن عليه التحيّل . وقد يكون الحبر الفاضل ضعيفاً , لا يؤمن عليه الغفلة , وأن يلبس عليه , فإذا كان كذلك , لم يجز للإمام قبول شهادته -))^٣ .
 وعدم الاعتداد بشهادة ذي الغفلة ليس أمراً مطلقاً , ومضطرباً في كل الأحوال ؛ إذ يجوز الاعتداد بشهادة ذي الغفلة الذي لا يكثر من الغلط والغفلة والسهو , فالعبرة في طرح دلالة تلك الشهادة , تناط بكثرة الغلط والسهو , أما اليسير منهما فلا يقدر في غلبة ظن صدق الشهادة - , وهذا هو اختيار جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإباضية^٤ .
 ووجه اختيار الجمهور قائم علي أن يسير الغلط والسهو لا يسلم منه أحد , وأن معظم الشهادات تنطوي عن بعض الغفلة والسهو , فلا يصار إلي طرح دلالة

^١ - رواه النسائي في سننه في كتاب الأذان - الأذان لمن يصلي وحده .

^٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٧٣ .

^٣ - معين الحكام للطرابلسي ص ٧٢ وراجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص ٤٧٦ .

^٤ - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ٧٢ وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص ٤٧٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٧٨ والمجموع شرح المهذب للنووي ج١٨ ص ٤٦٢ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٥٣ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٧٥ وشرح النيل ج١٣ ص ١١٦ .

الشهادة بكل غفلة أو سهو يعتريها عند الأداء ؛ لأن ذلك يفضي إلي إبطال أكثرها وإضاعة كثير من الحقوق - ١ . وقيل : لا يعتد بالشهادة إذا تساوي ضبط الشاهد ونسيانه ٢ - .

وحيث يتعذر وضع معيار موضوعي منضبط ، لتقدير الغفلة التي تطرح بها الشهادة ، فيصار إلي وجدان القاضي واقتناعه الشخصي ، وينبغي عليه استقصاء مدي ضبط الشاهد وحفظه للوقائع التي يشهد بها ، مراعيًا حال الشاهد ومعارفه ، ومراعيًا طبيعة الوقائع محل الشهادة ، ومدي تنوعها وكثرة توزيعاتها وتشعب أحداثها ، ففي مثلها يغتفر من الغفلة والسهو ، ما لا يغتفر في الوقائع ذات الطبيعة البسيطة ، التي يسهل ضبط أحداثها من غير التباس ٣ - .

وقد يعتد القاضي بالشهادة – رغم ثبوت الغفلة والسهو ، في حق الشاهد – من خلال المناقشة ، إن كانت الوقائع المشهود بها متشعبة ومتتابعة وذات تفرعات عديدة ، وجاءت الشهادة مفسرةً ومبيّنةً جوهر تلك الوقائع ، ذاكرة وقت التحمل ومكانه ، وغير ذلك من ملابساته ، بما يغلب معه ظن صدق الشاهد وحسن تذكره ، وانتفاء الريبة عن مجمل شهادته – لا عن دقائق تفرعاتها - ٤ ، فالحكمة من عدم الاعتداد بشهادة ذي الغفلة والسهو تتمثل في أمرين ، أولهما : أن من كثر غلظه وغفلته ، لا يوثق بقوله ، ولا يغلب ظن الصدق بشهادته ، وثانيهما : احتمال تعرضه للتحايل ، بالإملاء عليه ، ليشهد بغير ما تحمله من وقائع ، فإن تبيين انتفاء الأمرين ، من خلال الاستجواب والمناقشة لثبوت ضبط الشاهد لجوهر الوقائع ، وعدم حدوث التحيل ، وترجح في وجدان القاضي صدق ما شهد به ، فلا وجه بعدئذٍ لترح تلك الشهادة ، لشيء مما اعترى ضبط الشاهد من غفلةٍ أو سهو - .

١ - راجع روضة الطالبين للنووي ج١١ ص ٢٤١ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٣ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٧٥ - .

٢ - التاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٧٥ - .

٣ - راجع شرح النيل وشفاء العليل - أطفيس - ج١١ ص ٢٤١ - .

٤ - راجع روضة الطالبين للنووي ج١١ ص ٢٤١ - .

المطلب الثاني

وجوب تناسق تقويم الشهادة مع مقتضيات النقل

لا مرأى في أن حسن تقويم الشهادة ، من عمد إحسان العدل ، ويتفاوت الحسن بتفاوت قدرات القضاة الفطرية والكسبية ؛ إذ يرتقي حسن تقويم الشهادة في مدارج قسط الميزان ، بمقدار ما يوليه القاضي للشهادة من نظرٍ شموليٍ ثاقب ، ينفذ من خلاله إلي حقائق معاني الشهادة محل التقويم ، دون إضاعة لمدلولات مبانيتها ، وبدركه لمدي اتساق حقيقتها مع ملابسات الحال ، بحيث تتبدي معه قيمة الشهادة ، فيراها القاضي ببصيرته عين اليقين . وينبغي للقاضي بلوغاً إلي معالي مدارج التقويم – أو ارتقاءً نحو تلك المدارج ، أن يستجمع أقطار نفسه ، بإعانتها علي التيقظ ، وتزويدها بمدرجات حسن الفهم ، بنفض صوارف الإدراك عنها ، من مختلف مسببات الاضطراب النفسي ، كجزع أو ضجر أو غضب أو جوع أو بطنية مذهبة للفطنة أو غيرها مما في حكمها ، قال (الزقاق) في اللامية مخاطباً القضاة :-
وفكرَكَ فَرِّغْ وَأَطْلُبِ النَّصَّ وَأَفْهَمْ *** فَبَعْدَ حُصُولِ الْفَهْمِ قَطْعًا لِتَفْصِيلًا - .

وطلب النص الذي ألمح إليه (الزقاق) ، بصيغة العموم ، يدخل فيه مراعاة مقتضيات النقل – أي النصوص الآمرة أو المفسرة ، الواردة بلسان الشرع – أو القانون - ، فمن بعض النظر الشمولي عدم الاعتماد بشهادة أهدر الشرع أو القانون قيمتها ، صنوها شهادة المحدود في القذف قبل التوبة ، وشهادة شاهد الزور ، قبل التوبة ، وما في حكمهما من صنوف الشهادات المردودة ، التي لا يقبل سماعها أصلاً ، كشهادات المؤتمنين علي الأسرار المهنية وما في حكمها . وكذا من بعض النظر عدم إهدار الشرائط المقررة لصحة الشهادة – علي نحو ما يرد بيانه في البند الخامس من هذا المطلب . وبجانب ذلك النظر الشمولي الثاقب وما يفضي إليه ، في ظل ذلك الصفاء الفكري الذي قدمناه ، فيتعيّن علي القاضي ، مراعاة مجموع ضوابط معينة يتحقق بتكاملها (تناسق تقويم الشهادة مع مقتضيات دلالة النقل والعقل) ، وليس ذلك النتاج سوي سهم ينال به القاضي ، حسن تقدير وزن الشهادة ،

بالموازين القسط . وتتمثل مجموع الضوابط التي ألمعنا إليها فيما نبينه بالبند التالية :

البند الأول : ضرورة توافق وزن الشهادة مع الثابت من أقوال الشاهد بأوراق الدعوى محل النظر :

إن حرية استمداد القاضي لاقتناعه الشخصي من دلالة الشهادة , ليست مطلقة ؛ إذ يلزم تقيده بالثابت من أقوال الشاهد , في أوراق الدعوى محل النظر , فإن كانت الشهادة مأخوذة في دعوى أخرى , فيجب ضمها وطرحها للمناقشة في الدعوى محل النظر , وإلا فلا يعتد بها .

وقد ورد ذلك المعني بدلالة الاقتضاء -^١ , فيما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم : ((إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له علي نحو مما أسمع ...))^٢ .

ووجه الدلالة هو أن الذي تقتضيه عبارة (علي نحو مما أسمع) ويتوقف علي تقديره صحة العبارة شرعاً , هو أن النبي صلي الله عليه وسلم قد أراد أنه يقضي للخصم بناءً علي الدليل الذي طرحه شفاهة أمامه بمجلس القضاء , في مواجهة الخصم الآخر , وليس مجرد ما يسمعه من خصم من غير قيد - ؛ فهذا محال شرعاً في حقه صلي الله عليه وسلم . ولا مرأ في أن عدم الالتزام بقيد طرح الدليل شفاهة خلال نظر الدعوى , للمحاجة بين الخصوم في شأنه , يفضي إلي مفاجأة الخصم , بل والي تهمة القاضي وجور القضاء .

وكما قدمنا آنفاً , فإن المنهج المستقر تشريعاً وقضاء , يقضي بوجوب استمداد الاقتناع القضائي من الأدلة المطروحة أمام القضاء بالجلسة , علي النحو الذي قررته المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري - قانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م - ؛ إذ نصت علي أنه : ((يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة

^١ - دلالة الاقتضاء : هي دلالة الكلام علي معني يتوقف علي تقديره صدق الكلام أو صحته شرعاً أو عقلاً - . وقيل : هي دلالة اللفظ علي معني خارج يتوقف عليه صدقه أو صحته شرعاً أو عقلاً - راجع (تفسير النصوص في الفقه الإسلامي د. محمد أديب صالح ج١ ص ٥٤٨) - .

^٢ - سبق تخريجه في ص ١٤ من هذه الدراسة .

التي تكونت لديه بكامل حريته , ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه علي أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة))^١ - .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : ((حكومة السودان /ضد/ سليمان حسن كوكو وآخرين)) بأنه : ((يتعين نقض حكم أول درجة إذا كان قائماً علي استخلاص غير سائغ ليس له أصل في الوقائع والأدلة المقدّمة في الإثبات))^٢ - . وجاءت أحكام محكمة النقض المصرية أجلي وأوفي ؛ إذ قضت بأن : ((من المقرر أنه يجب ألا تبني المحكمة حكمها إلا علي العناصر والأدلة المستمدة من أوراق الدعوى المطروحة أمامها , فإن اعتمدت علي دليل استتقت من أوراق قضية أخرى , لم تكن مضمومة للدعوى التي تنظرها للفصل فيها , ولا مطروحة علي بساط البحث , وتحت نظر الخصوم , فإن حكمها يكون باطلاً -))^٣ - .

وقد أرسيت هذه السابقة الأخيرة , بمفهوم المخالفة جواز الاعتداد بالدليل المطروح في قضية أخرى إذا كانت أوراق تلك الدعوى قد ضمت إلي أوراق الدعوى محل النظر , وطرح ذلك الدليل علي بساط البحث وفي مواجهة الخصوم . وقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك المعني صراحة ؛ إذ قررت جواز الاعتداد بالشهادة المسموعة في دعوى مدنية سابقة , لتأسيس الحكم عليها في دعوى لاحقة , ولو كانت جنائية , فقالت : ((لما كان من المقرر أن للمحكمة الجنائية أن تستند في حكمها إلي أي عنصر من عناصر الدعوى , متي كانت هذه العناصر معروضة علي بساط البحث أمامها , فللمحكمة أن تستند في قضائها إلي شهادة شهود في قضية مدنية , لم يكن المتهم طرفاً فيها , ولم يكن له علاقة بها , فلا تثريب عليها في ذلك ما دامت هذه القضية = أو حكمها = كانت مضمومة إلي الدعوى المطروحة أمامها في هذه الدعوى -))^٤ - .

^١ - تقابل المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجنائية القطري - قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١ - الملغي - والمادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ٢٠٠٤م - الحالي - والمادة ١٧٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري - .

^٢ - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية ص ٤٨٤ - وفي قضية (حكومة السودان /ضد/ زكري سيدهم بولس) قامت المحكمة الكبرى احتياطاً بسماع شاهد الاتهام الثاني - خلال مرحلة التحري علي اليمين , وضمنت تلك الشهادة لملف المحاكمة بعد صفحة ٣٧ (١٩٧٥م مجلة الأحكام القضائية ص ٤٥٦) - .

^٣ - نقض مصري /جلسة ١٠/٣١/١٩٩١م - الطعن رقم ٥٤٦٧ لسنة ٥٩ ق = نقلاً عن (مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي = إبراهيم سيد أحمد - ص ٢٥) - .

^٤ - نقض مصري / جلسة ١٩٩٤/١/٢٣م الطعن رقم ٢٠٤٤٩ لسنة ٥٩ ق - .

وقد يتمّ تدوين أقوال الشاهد في مرحلةٍ سابقةٍ لمرحلة المحاكمة خلال إجراءات التحري , تجنباً لضياع شهادته بأيّ من الوجوه , كما قد تؤخذ شهادته بوساطة محكمةٍ أخرى بالتفويض من المحكمة المختصة , متي كان الشاهد غير قادر علي الحضور أمام المحكمة المختصة لمرضٍ أو عاهةٍ أو لغيرهما من الضرورات , وذلك وفقاً لأحكام المادة ٢ من الأمر الثاني من الجدول الأول لقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م , أو بإحالة الاستماع إلي الشاهد أمام قاضٍ آخر يقيم الشاهد في دائرة اختصاصه وفقاً لأحكام المادة ١٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م , ففي مثل هذه الأحوال , فيجب للاعتداد بمثل تلك الشهادات مراعاة ضوابط أربع , أولها :- ضم محضر تلك الشهادة المأخوذة بوساطة المحكمة الأخرى إلي أوراق الدعوى محل النظر . وثانيها :- أن يكون أخذ تلك الشهادة بوساطة المحكمة الأخرى , أو أن أخذها قبل بدء إجراءات المحاكمة , قد اقتضته الضرورة . وثالثها :- أن تكون تلك الشهادة المأخوذة بوساطة المحكمة الأخرى , قد أدليت في ذات الوقائع المطروحة في الدعوى محل النظر , أو أن تكون متفقة مع وقائعها من حيث الجوهر . ورابعها :- أن تتيح تلك المحكمة الأخرى للخصم المشهود ضده , مناقشة الشاهد , فإن تعذر ذلك لوجهٍ مقبولٍ , وأسبابٍ خاصة تدونها المحكمة في محضرها , فيجب علي المحكمة المنظورة أمامها الدعوى , تلاوة تلك الشهادة للخصم المشهود ضده بالجلسة لإبداء الرأي حولها , وإلا فلا يعتدّ بها -^١ . ومع اتخاذ كل تلك التدابير الاحتياطية , فينبغي تقويم

^١ - راجع المادة ٢ من الأمر الثاني بالجدول الأول لقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م وأحكام المواد ١٥٩/١٦٠/١٦١/١٦٣/١٦٤ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م وراجع قانون الإجراءات الجنائية السوداني معلقاً عليه د. محمد محي الدين عوض ص ٦٩٠/٦٨٩/٦٨٧ - . وكانت المادة ٢٢٠ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٧٤م تنص علي أنه : (((١) يجوز - حسب تقدير المحكمة - تلاوة وقبول شهادة الشاهد إذا أدلي بها بناءً علي يمين وسبق تدوينها كتابة طبقاً للقانون في أية إجراءات قضائية , اتخذت بمقتضى أحكام هذا القانون , كدليل في أي إجراءات لاحقة من هذا القبيل , متخذة ضد نفس المتهم , أو في أية مرحلة تالية من مراحل الإجراءات نفسها , إذا كان الشاهد قد مات أو تعذر العثور عليه أو أصبح عاجزاً عن الإدلاء بالشهادة , أو إذا كان لا يمكن حضوره دون تأخيرٍ أو مشقةٍ أو تكبد مصاريفٍ تزي المحكمة أنها غير معقولة في ظروف القضية , وذلك بشرط أن تكون المسائل المطروحة واحدة من حيث الجوهر في كلٍ من المناسبتين , وإذا كان الشاهد شاهد اتهام يشترط أن يكون المتهم قد اتبحت له فرصة مناقشته - . (٢) إذا حضر شاهد وتم استجوابه في أية إجراءات قضائية متخذة طبقاً لأحكام هذا القانون , فإن شهادته التي أدلي بها , بناءً علي يمين , وتمّ تدوينها كتابة بطريقة سليمة طبقاً للقانون في أية إجراءات سابقة من هذا القبيل متخذة ضد المتهم نفسه , وكانت المسائل المطروحة فيها واحدة من حيث الجوهر , أو تمّ تدوينها في مرحلةٍ سابقة من مراحل الإجراءات القضائية نفسها , يجوز تلاوتها بعد الإدلاء بشهادة بصيغةٍ مبدئية , كما يجوز استجوابه ومناقشته فيها وللمحكمة أن تقبلها كدليل -)) . وقد ذلت هذه الفقرة الثانية من المادة بملاحظةٍ نصها : ((السلطة الممنوحة للمحكمة بمقتضى الفقرة ٢ من هذه المادة , تمكّنها من التعاضى عن شهادة الشاهد , التي يدلي بها أمامها , إذا اعتقدت بأنها كاذبة , والاعتماد علي شهادته التي أدلي بها في وقت سابق , وتعتقد صحتها .

تلك الشهادة بحذر , فلا يعطي لها ذات وزن الشهادة التي يدلي بها الشاهد شفاهة أمام المحكمة , لأن الأصل هو شفوية الإجراءات والمجابهة بالدليل -¹ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((لما كان الأصل في الأحكام الجنائية أنها تبني علي التحقيق الشفوي الذي تجريه المحكمة في الجلسة , وتسمع فيه الشهود , ما دام سماعهم ممكناً , وإنما يصحّ للمحكمة أن تقرر تلاوة شهادة الشاهد إذا تعذر سماع شهادته , أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك , ولما كان الحكم المطعون فيه , لم يبيّن الأسباب التي حالت دون سماع أقوال الشاهد ... فلم يتحقق المعني الذي قصده الشارع في المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧م التي خولت للمحكمة أن تقرر تلاوة الشهادة, إذا تعذر سماع الشاهد , أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك , وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بإدانة الطاعن , استناداً إلي أقوال الشاهد الغائب , بغير أن يسمع شهادته , فإن الحكم يكون مشوباً بالإخلال بحق الدفاع , مما يعيبه بما يوجب نقضه-))^٢ .

البند الثاني : عدم الخروج عما تحتمله أقوال الشاهد :

يتقيد القاضي عند تقويم الشهادة , بأقوال الشاهد , وبمدلولات تلك الأقوال ومضامينها الجوهرية , فإن خرج عن مدلول الشهادة إلي ما لا يحتمله جوهرها , بصريح ألفاظها أو بمؤدي مقتضاها , فعندئذ يتعيّن نقض الحكم الذي بني علي ذلك التقويم - . وقد قضت المحكمة العليا السودانية , في قضية : ((حكومة السودان /ضد/ هاشم عوض النور حسن)) بأنه : ((قد جانبت المحاكم الأدنى الصواب فيما اعتمدت عليه , واعتدت به من شهادة شاهد الاتهام السابع (صديق الطاهر حسن) , بشأن قيام المتهم الأول بتعمير السلاح , وقيامه بوضع المسدس في رقبة المجني عليه ؛ إذ تنطوي تلك الشهادة عن كل موجبات تهاتر البينة , فهي قد تناقضت مع ذاتها مراراً , وتناقضت مع غيرها من البيانات . وقبل تفصيل القول بشأن التناقض

¹ - راجع قضية (حكومة السودان /ضد/ مايكل فيتر دينق) (١٩٧٨م مجلة الأحكام القضائية ص ٣٢٤) - .
² - نقض مصري / جلسة ١٩٩٤/١/١٩م - الطعن رقم ١٨٣٨٨ لسنة ٦١ ق - نقلاً عن : مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي - إبراهيم سيد أحمد - ص ٥٦ - .

كما قضت ذات المحكمة بأنه : ((لَمَّا كان تقدير أقوال مختلف الشهود مرهوناً بما يطمئن إليه وجدان المحكمة منها , وجب أن يكون سلطان المحكمة في ذلك مطلقاً غير محدود , إلا أن تخرج بهذه الأقوال إلي ما لا يؤدي إليه مدلولها))^١ . ورغم أن خروج المحكمة في تأويل أقوال الشاهد إلي غير مؤدي مدلولها , يفضي إلي فساد في الاستدلال , إلا أن ذلك لا يلزم منه بطلان الحكم باضطرادٍ في كل الأحوال , فقد يكون الحكم غير مؤسس علي دلالة الشهادة وحدها , بأن تكون ثمة أدلة أخرى كافية لحمل ما قضي به , فعندئذٍ فلا أثر لتقويم تلك الشهادة بخلاف ما تحتمله . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((إذا كان ما استخلصته المحكمة من أقوال بعض الشهود لا يتفق وما جاء علي ألسنتهم , وكان حكمها غير مبني علي أقوال هؤلاء الشهود وحدهم , بل كان مستنداً إلي أقوال شهود آخرين وإلي قرائن أخرى في الدعوى , فإن الحكم يكون بمنأى عن النقض , لقيامه علي أدلةٍ تكفي لحمله -))^٢ .

وينبغي أن يتنبه القاضي – في تبيّنه لمدلولات الشهادة – إلي معاني الألفاظ , بتقديم الحقيقة , فإن دلت قرينة علي عدم إرادة المعني الحقيقي , فيصار إلي المعني المجازي متي كان تأويله جازماً , بأن كان متسقاً مع الحقائق الواقعية ومتفقاً مع ملابسات الحال , وقد يصار إلي المعني العرفي ؛ إذا كان غالب الاستخدام , ولم يكن ثمة صارف عنه , فإن ((استعمال الناس حجة يجب العمل بها))^٣ . والحقيقة تترك بدلالة العادة^٤ .

١ - نقض مصري /مدني/ جلسة ١٩٧٠/٢/١٩م مجموعة أحكام النقض – السنة ٢١ ق ٨٥ ص ٥٣١ , ونقض /مدني/ جلسة ١٩٥٣/٢/١٩م مجموعة أحكام النقض سنة ٤ ق ٧٣ ص ٥٠٠ ونقض مدني جلسة ١٩٧٧/٣/٢٠م مجموعة النقض سنة ٢٨ ق ١٣١ ص ٧١٨ .

٢ - مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية – السنة ٥٦ ق ٦/٩٧ ص ٧٠٣ / ٧٠١ – نقلاً عن كتاب (رسالة الإثبات) لأحمد نشأت ج١ ص ٥٥٧ .

٣ - المادة ٣٧ من مجلة الأحكام العدلية .

٤ - المادة ٤٠ من مجلة الأحكام العدلية وتنص المادة ٣٦ منها علي أن : ((العادة محكمة – وهي تطابق المادة (٦/د) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين (السوداني) لسنة ١٩٩١م)) .

البند الثالث : الاعتداد بالقدر الذي يحقق مناط الحكم بالشهادة :

مناط الحكم بدلالة الشهادة يدور وجوداً وهدماً , مع غلبة صدق الشاهد وهدمه , فقد يسوغ الحكم بدلالة الشهادة كافة , كما قد يسوغ ببعض دلالتها , فالعبرة بالقدر الذي يحقق مناط الحكم , أو القدر الذي يتحقق فيه مناط الاعتداد بالشهادة , مادامت غير متهاثرة لاستحكام التناقض فيها , أو لغير ذلك من موجبات التهاثر . فالشهادة تحتل التبويض , فيقضي بدلالاتها كافة أحياناً وببعض دلالتها أخرى , لموجب من موجبات التبويض , كتهمة في ضبط الشاهد لبعض الوقائع وقت تحملها , أو ضعف في حفظها وتذكرها , أو لتطرق شيء من موجبات عدم الاعتداد ببعضها ؛ بما يتبلور معه في وجدان القاضي , غلبة صدق الشاهد في بعض ما شهد به من الوقائع الجوهرية , لتساند ذلك الجزء مع أدلة أخرى , أو لتناسقه مع القرائن المحتفة ومع ملابسات الحال , فعندئذٍ يجب الاعتداد بذلك القدر الذي يبعث طمأنينة القاضي واقتناعه الشخصي , وقد ساق ابن فرحون المالكي , جواز تبويض الشهادة عن مطرفٍ وابن الماجشون من فقهاء المالكية , ففي (تبصرة الحكام) : ((وإذا ردت شهادة الشهود في بعض ما شهدوا به , جازت شهادتهم فيما بقي منها ... قال ابن راشد في المقدمات : المشهور في المذهب , أن الشهادة إذا ردت بعضها للتهمة , ردت كلها , وقد قيل : إنه تجوز منها ما لا تهمة فيها ...))^١ . وقد اتفق فقهاء المذهب الحنفي مع المشهور من المذهب المالكي في عدم الاعتداد بتبويض الشهادة بنحو ما ذكر آنفاً^٢ .

وقد يكون التبويض لأمر متعلق بذات الوقائع المشهود بها , فيكون سائغاً الاعتداد بدلالة الشهادة في بعض تلك الوقائع , دون بعضها , ففي (تبصرة الحكام) : ((ولو شهد النساء في طلاق ودين في شهادة واحدة , جازت في الدين دون الطلاق ... وفي القوم يقطع عليهم اللصوص ويشهد عليهم منهم , فإن مطرفاً قال : شهادة اثنين عدلين في ذلك جائزة في القطع , وفيما زعموا أنهم أخذوه , لهما ولأصحابهما من المال وأما ابن الماجشون فقال : إنما

^١ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ صفحات ٣٤ و٣٦ - .
^٢ - راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٢ - .

تجوز شهادتهم في القطع وأموال الرفقة , ولا تجوز في أموال الشهداء – [وهو قول ابن القاسم] - ...)^١ - .

وقد استقرت التطبيقات القضائية المعاصرة علي جواز تبعيض الشهادة , والاعتداد بالقدر الذي يطمئن إليه القاضي , وطرح ما سوي ذلك ؛ إذ قضت المحكمة العليا السودانية في قضية ((حكومة السودان /ضد/ النور أحمد محمد)) بأن ((قرابة المجني عليه أو غيره , ليست مانعة من قبول شهادته , ولمحكمة الموضوع تقدير الوزن الصحيح لما يدلي به الشاهد , إذ يجوز لها تصديق روايته إن أطمأنت إليها , أو تطرح شهادته كلها أو بعضها علي حسب الأحوال))^٢ - .

وفي ذات القاعدة أصدرت محكمة النقض المصرية أحكاماً عديدة – في المسائل المدنية والجنائية - , وقضت بأن : ((تقدير أقوال الشهود واستخلاص الوقائع منها , مما يستقل به قاضي الموضوع , وهو غير ملزم بتصديق الشاهد في كل أقواله , بل له أن يطرح منها ما لا يطمئن إليه -))^٣ - .

وينبغي علي القاضي , عند المصير إلي تبعيض الشهادة , والاعتداد ببعضها وطرح بعضها الآخر , أن يراعي مجموع لوازم ثلاثة : أولها : لزوم ورود تلك الشهادة بالإخبار عن وقائع متعددة , مركبة بحيث لا يستلزم وجود بعضها , وجود بعضها الآخر , فإن كانت الشهادة بواقعة بسيطة غير مركبة فلا يسوغ تبعيضها . وثانيها : لزوم نفاذه إلي حقائق مدلولات الشهادة , بتحليل جزئيات أقوال الشاهد , ومضاهاتها مع أية أقوال سابقة مأخوذة قضائياً منه , بالوجه الشرعي , ومع الشهادات والبيانات الأخرى , خلوصاً إلي استبانة حقيقتها , وإلي ما كان سائغاً متفقاً منها مع المجري العادي للأمور ومنطقها العقلي السليم . وثالثها : لزوم صدور قاعدة التبعيض عن طمأنينة القاضي المستوحاة من الاستقصاء القضائي , وحسن

^١ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٣٤ - .

^٢ - (١٩٧٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٢ - .

^٣ - نقض مصري /مدني جلسة ١٩٧١/٣/٩م مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ق ٤٣ ص ٢٦٦ وراجع في الأفضية الجنائية /نقض/ مصري/ جلسة ١٩٩٤/٣/٧م الطعن رقم ٦٧٠٤ السنة ٦٢ق - ونقض مصري / جلسة ١٩٩٤/٦/٢م الطعن رقم ١٢٧٥١ السنة ٦٢ ق - نقلاً عن (مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي - إبراهيم سيد أحمد -) ص ٦٥/٦٤ - .

تصوّره لنتائجه , بنظر ثاقبٍ فاحص , يستجمع خصائل شمول الاستقراء وحسن الفهم - .

البند الرابع : توافق تقويم الشهادة مع مقتضيات أحوال عادات الناس وأعرافهم:

عادات الناس وأعرافهم المستقرة تعدّ من وسائل درك الوزن السليم للقيمة الاستدلالية للشهادة , كما تعدّ من وسائل الترجيح بين الشهادات المتعارضة مع بعضها . ولا مرأى في أن عادات الناس وأعرافهم , تتغير بتغير الزمان والمكان . ومن العلم المفترض في القاضي , دركه لتلك العادات والأعراف وأعتداده بها , ففي تقويم الشهادة فعليه أن يعني بتلك العادات والأعراف , يقوي بها دلالة الشهادة وقيمتها الاستدلالية – إثباتاً أو نفيّاً - , وقد تكون تلك العادات والأعراف شواهد للوثوق بذات الشاهد أحياناً , وبمحلّ شهادته أخرى .

ومن قبيل ما يفضي للوثوق بذات الشاهد ما ينتصب معزراً عدالته وتوفر مروءته , فهذان ليس لهما معيار موضوعي ثابت , فيصار في التبيين منهما إلي عادات الناس وأعرافهم المستقرة قال ابن سلمون : ((وعدول كل بلد أمثله , وإن كانوا في النسبة لغيرهم أنقص مراتب وأحوالاً , ويعتمد الحاكم إلي علمه فيها وفي التجريح باتفاق))¹ . وفي شرح النيل – نقلاً عن الشاطبي - : ((العدالة معتبرة في كل زمان بأهله وبحسابه , فعدالة الصحابة لا تساويها عدالة التابعين وعدالة التابعين لا تساويها عدالة من يليهم , وكذا كل زمان بعد زمان , إلي زماننا هذا . ولو فرض زمان يعري عن العدول جملةً , لم يكن بدّ من إقامة الأشبه , فهو العدل في ذلك الزمان , وليس العدول في الحواضر كالعدول في البوادي))² .

والعدالة في الشرع هي الاستقامة علي طريق الحق , بفعل الخيرات وترك النواهي , والترفع عن الصغائر الدالة علي الخسة , وهذا أرفع مراتب العدالة , أما أدناها في غلبة الحسنات علي السيئات³ - . وفي (معين الحكام) للطرابلسي : ((المراد بالعدالة : الاعتدال في الأحوال الدينية , وذلك بأن يكون ظاهر الأمانة ,

¹ - العقد المنظم للحكام لابن سلمون – بهامش تبصرة الحكام – ج ٢ ص ٢١٠ - .

² - شرح النيل وشفاء العليل – أطفيش – ج ١٣ ص ١١٧ - .

³ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٠٢٨ - .

عفيفاً من المحارم , متوقياً عن المآثم , بعيداً عن الريب , مأموناً في الرضي والغضب - ١) .

وقد أخذ المنشور الجنائي رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣م الصادر في ١١/٢٤/١٩٨٣م , بمعيارٍ مقاربٍ لمعني العدالة في أدني مراتبها , أخذاً بالمذهب الحنبلي , حيث جاء فيه ما نصه : ((... ولقد أخذنا بما ورد في تعريف العدالة في المذهب الحنبلي والذي عرفها بأنها : استواء أحوال الشخص في دينه , واعتدال أقواله وأفعاله)) . ومهما كانت التعريفات وتفاوتها , فإن العبرة في المسألة بدلالة عادات الناس وأعرافهم المستقرة المطابقة للنظام العام والمتوائمة مع الطباع السليمة - , وكما يقول السرخسي : فليس للعدالة حدّ يوقف علي معرفته ؛ لأنه أمر يتفاوت حسب أحوال الناس ، وجعل حدّ معين له يلحق الحرج في الوقوف عليه ٢ . ومقتضي ذلك أنه لا ينبغي تقرير الوثوق بصدق الشاهد وعدالته , إلا علي ضوء ملابسات الحال والمقال , ولا ينبغي للقاضي أن يجمد علي ما في مصنفات الفقه من رؤى كتبها بعض المصنفين , تعبيراً عن أعراف أزمانهم من مثل عنايتهم بأثر عدم الختان في العدالة , أو أثر اللعب بالطيور أو الطنبور أو الشطرنج , أو ردّهم لشهادة معلم الصبيان , أو صنو ذلك مما في مصنفاتهم - ٣ , التي تعبر عن أحوال الناس وأعرافهم في أزمانهم من مثل اعتبار الأكل في حانوت الطباخ مما يخل بالمروءة ويقدح في العدالة - ٤ , بل جاءت بعض تلك التقارير معبرةً عن أحوال أناس بعينهم , بحيث لا ينبغي علينا جعلها معياراً لما بعد عصرهم - .

ومن قبيل الاعتداد بأحوال الناس وعاداتهم التي جبلوا عليها , مراعاة بواعث الشهادة - عند تقويمها - , فقد يكون الباعث عليها نوعاً من عصبية القبيلة المتأصلة في أنفس أفرادها , علي نحو ما هو كائن في كثير من أنحاء بلادنا اليوم - , فذاك

١ - معين الحكام للطرابلسي ص ٧١ وراجع المبسوط للسرخسي ج٦ ص ١٦١ - .

٢ - راجع المبسوط للسرخسي ج٦ ص ١٦١ - .

٣ - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ٢٤٣ وفيه نقلاً عن خلاصة النوازل لأبي الليث : ((لا تقبل شهادة معلم الصبيان لأنه عقله ناقص , لكونه بالنهار مع الغلمان وبالليل مع النسوان ويوم الجمعة في الطاحون , وعن علقمة أنه قال : عقل ثمانين معلماً , كعقل امرأة واحدة ...)) ورغم احترامنا لأولئك الفقهاء إلا أننا نؤكد عدم اعتبار ما صنّفوه تعبيراً عن بيئاتهم معياراً لأعصرنا , كما نؤكد ضرورة قراءة الفقه الاجتهادي من جديد , ويكفي هنا أن نستشهد بمقالة الطرابلسي ذاته إذ قال : ((وحديث علقمة وأبي الليث في معلم بعينه)) وهذا أدل علي عدم الاعتداد به في مقام آخر - (راجع معين الحكام في نفس الموضوع) - .

٤ - راجع التاج والاكليل شرح مختصر خليل - للمواق - بهامش مواهب الجليل ج٦ ص ١٥٣ - .

النوع من عصبية القبيلة – أو الجهوية المقيتة – يتنافى مع أمر الله سبحانه وتعالى : ((قَجَجْ جَجَجْ))^١ . ويتنافى مع صريح النهي عن التحاسد والتباغض والتدابير ؛ إذ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((لا تحاسدوا ولا تقاطعوا ولا تدابروا ولا تباغضوا ...))^٢ , وقد ذهب جمهور الفقهاء إلي ردّ شهادة أهل العصبية العمياء , لما تنطوي عنها من تهمة عدم الصدق^٣ . قال الماوردي : ((العصبية : شدة الممايلة لقوم علي قوم , وهو علي ضربين : أحدهما أن تكون عصبية لهم عامة في كل حق وباطل , وعلي كل محق ومبطل , فهذا فسق تردّ به الشهادة ... والضرب الثاني : أن تكون عصبية لهم مقصورة علي أخذ الحق لهم , ودفع الظلم عنهم , فيكون علي عدالته وقبول شهادته ...))^٤ . ونحسب أن العصبية تتنوع بين هذين الضربين , فتدخل فيها صور عصبية أهل البدع والأهواء , وعصبية القبيلة والقرابة وغير ذلك . فتفاوت صنوفها بين الضربين المذكورين , ومن ثم يتطلب تقويم الشهادة التي يدلي بها أولئك , دقة في النظر , واستقصاء لملايسات الحال والمقال , بلوغاً إلي تبين ما تنطوي عنها من تهمة , أو صدق في المشهود به - , ومن قبيل ذلك النوع من الاستقصاء ما في قضية : (حكومة السودان /ضد/ زكري سيدهم بولس) حيث استبانت محكمة الموضوع أثر عصبية الأسرة – عند تقويمها لشهادة الشاهد الثاني – حفيد المتهم – وهو شاهد المعاينة المباشرة الوحيد , الذي عاين مسرح الجريمة عن كثب – فبعد أن أخذت أقواله في محضر التحري , وتبين مدي جوهرية شهادته في الإثبات , سارع ممثل الاتهام بالمطالبة بتدوين شهادته قضائياً – في مرحلة التحري - , واستصدر إذناً بذلك من القاضي المختص , وبحضور المتهمين ومحاميهم تمّ تدوين الشهادة علي سندٍ من وجهين , أولهما : خشية عدول الشاهد عن شهادته , تحت تأثير ولاء القرابة أو الضغوط الأسرية عليه , علماً بأنه حفيد المتهم ويقوم معه في ذات المنزل . وثانيهما

^١ سورة آل عمران من الآية ١٠٣ - .

^٢ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب البر والصلة وأحمد في مسنده ج٢ ص ٢٨٨ وج٣ ص ١١٩/١١٠ - .

^٣ - راجع البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٩٠ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢٧/٢٦ والأم للشافعي ج٦ ص ٢٠٧ والمغني لابن قدامة ج١٤ ص ١٧٥ - .

^٤ - الحاوي للماوردي ج١٧ ص ٢٠١ - .

: اتخاذ الحيطة من الاختفاء - أو الإخفاء - بوساطة الأسرة أو حدوث الوفاة أو الإصابة بالجنون أو خلافهما مما يمكن معه ضياع الحقيقة - . وقد حدث تماماً ما توقعه الاتهام , حيث تتصل ذلك الشاهد عن شهادته بصفة مطلقة, فلم تعتد المحاكم الأدنى ولا المحكمة العليا من بعدها برجوعه وتنصله , لدركها لملاسات ذلك التنصل¹ .

ومن قبيل ما يلزم مراعاته , من عادات الناس التي تضيء أثراً في ذات الشاهد وعدالته , حالتا شرب الخمر والإدمان عليها ؛ فالأصل ألا يعدّ مجرد الشرب مانعاً للشهادة , ما لم يكن قد أدمنه . فالإدمان شرط لعدم الاعتداد بالشهادة فقهاً , ففي ((حاشية قرة عيون الأخبار)) : ((لا تقبل شهادة مدمن الخمر , ولا مدمن السكر ؛ لأنه كبيرة . وفي الذخيرة : لا تقبل شهادة مدمن الخمر . وفي النهاية : الإدمان شرط في الخمر أيضاً في حق سقوط العدالة . فهذه نقول صريحة في عدم الفرق في اشتراط الإدمان بين الخمر وغيره شرط الإدمان عليها للاشتهار , لا لأنها صغيرة ؛ لأن الشهادة لا تردّ إلا بالإدمان وظهوره بالاشتهار))² - . وقد زاد المصنف هنا : أن اشتراط الإدمان , إنما كان لمنع الحرج ؛ لأنه لو جعل مجرد الشرب مسقطاً للعدالة لأدى ذلك إلي الحرج ؛ ولأن لشارب الخمر أن يشهد [ما لم يكن مجاهراً] فهو في الظاهر عدل بينما في السرّ فاسق , والعبرة بالظاهر . وقد ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلي عدم الاعتداد بشهادة شارب الخمر , شأنه شأن كل مرتكب كبيرة , فيعدّ فاسقاً مردود الشهادة , قليلاً شرب منها أم كثيراً , سكر منها أم لم يسكر³ - .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بما يخالف الآراء الفقهية الأنفة الذكر , ففي قضية : ((حكومة السودان /ضد/ نجيب فهمي جريس)) قالت ما نصه : ((إن الدفع بأن الشهود من مدمني الحشيش لا يجعل شهادتهم مرفوضة))⁴ - . والرأي الأسدّ - عندي - في عدم جعل هذا المبدأ القضائي مضطرباً ؛ إذ ينبغي تقويم

1 - (١٩٧٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٥٦ - .

2 - قرة عيون الأخبار لمحمد علاء الدين بن عابدين ج٧ ص ١٥٠ - .

3 - راجع الحاوي للماوردي ج١٧ ص ١٨٣ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٥٠ - .

4 - (١٩٧٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٣٣ - .

الشهادة في كل دعوى علي ضوء ملابسات الحال والمقال . ومن قواعد الفقه قبول شهادة غير العدول للضرورة -¹ . وقد قضت بذلك المحكمة العليا السودانية في قضية : ((حكومة السودان / ضد / ب م أ ع)) ؛ إذ قالت بأنه : ((تقبل شهادة أهل الفساد بعضهم علي بعض للضرورة في حالة عدم وجود الشهود العدول , حتى لا تهدر الدماء وتضيع الحقوق)) -² .

والخلاصة أن تقويم الشهادة واستمداد الاقتناع القضائي من دلالتها , يلزم فيه مراعاة عادات الناس وأعرافهم وشواهد أحوالهم العامة والملابسة للنازلة محل الإثبات , دركاً للوزن السليم للقيمة الاستدلالية للشهادة . وقد يتسع دور هذه المدركات عندما يتعلق الأمر بالترجيح بين الشهادات المتعارضة مع بعضها , ومن قبيل ذلك حالة تنازع الزوجين في مقدار المهر , فإن أقاما البينة فترجح التي أثبتت ما يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً , فإن أثبتنا ما يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً , فترجح أكثرهما إثباتاً - , وإن اختلفا في المقبوض فادعت الزوجة المهر , وادعي الزوج الوديعة , وأقام كل منهما البينة , فترجح البينة التي يشهد لها العرف - ويقضي لصاحبها بيمينه - , وعند اختلاف الزوجين في متاع البيت - أو اختلاف الشريكين في متاع الحانوت - , فإن أقام كل منهما البينة , فقد تساويا باليد وبينة الملك , فيصار إلي الترجيح بدلالة عرف الصلاحية , فترجح بينة من يشهد له العرف , وهو اختيار جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية في أشهر الروايات والزيدية والإباضية -³ . وقلنا البينة هنا : لاستغراق الحكم لجميع جنس البينات , فإن تعارضت شهادتا الداخلين وتساوتا باليد والملك , فترجح الشهادة التي يؤيدها عرف الصلاحية , فيقضي للزوج - أو للشريك أو الداخل - بما يصلح لجنسه أو لمثله عرفاً , ويقضي للزوجة - أو للشريك أو الداخل - بما يصلح لجنسه أو لمثله عرفاً , ويلزم تعضيد دلالة العرف بيمين من شهد له العرف ؛ وذلك لأن يد

¹ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٢١ - .

² - (٢٠٠٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٧٨ م ع / ط ج / ١٦٧ / ٢٠٠٦ - مقابل / ف ج / ١٣٨ / ٢٠٠٦م - .

³ - راجع المبسوط للسرخسي جـ ٥ ص ٢١٣ والبنابة في شرح الهداية للعيني جـ ٧ ص ٤٦٤ ومواهب الجليل للحطاب جـ ٣ ص ٥٣٩ والفروق للقرافي جـ ٣ ص ١٤٨ والإنصاف للمرداوي جـ ١١ ص ٣٧٨ والفروع لابن مقلّم جـ ٦ ص ٥١٩ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي جـ ٤ ص ١١٩ والبحر الزخار لابن المرتضى جـ ٥ ص ٤٠٠ وشرح النيل وشفاء العليل - أطفيش جـ ٦ ص ٦٨٤ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي جـ ٩ ص ٢٠٢ - .

كل واحد منهما في يد المشاهدة , علي نصف المتاع المدعي به , أما في يد الحكم فالصلاحية لإحدى اليدين , فيعتد بها لأنها أقوى ؛ لإفادتها غلبة الاستعمال عرفاً , ومن قواعد الفقه أن الحادثة إذا حازها أصلان ألحقت بأقواهما شبهاً - .

وقد ذهب فقهاء الشافعية والظاهرية إلي منع ترجيح إحدى البيئتين بعرف الصلاحية , عند استواء الخصمين من كل وجه , - أي عند استوائهما بالبيئة الشاهدة بالملك وباليد , إذ يؤثر هذا الفريق إعمال الدليلين وتصنيف المتاع المدعي به , ولا يعتد فقهاء هذا الفريق بمبدأ الترجيح بعرف الصلاحية - ¹ , مستدلين بالمعقول بأن الرجل قد يملك ما يصلح للمرأة وقد تملك المرأة ما يصلح للرجل ² - .

والراجح عندي هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ؛ لأن عرف الصلاحية يعدُّ شاهداً ودليلاً في حدّ ذاته , فإذا تساندت دلالاته مع إحدى الشهادتين المتعارضتين المقدمتين من خصمين يستويان في حيازة المدعي به , فذلك يعني توفر ميزة زائدة , يدرك بها ترجيح الشهادة التي عضدها عرف الصلاحية , وبنحو ما سبق الإلماع إليه , فيصار إلي الترجيح بعرف الصلاحية , عند تعارض شهادات كل داخلين , أو شريكين كعطارٍ وبقالٍ أو نجارٍ وحدادٍ , أو غير من ذكروا من الشركاء عند الاستواء باليد وبالبيئة الشاهدة بالملك .

لقد أوجب (ابن قيم الجوزية) الاعتداد بالعرف , اعتباراً وإسقاطاً , محذراً من الجمود علي المنقولات في الكتب طول العمر , حيث قال : ((يجب الأخذ بالعرف اعتباراً وإسقاطاً فمهما تجدد العرف فاعتبره , ومهما سقط فألغاه , ولا تجمد علي المنقولات طول عمرك , بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجرّه إلي عرف بلدك , وسله عن عرف بلده فأجره عليه , وأفته به , دون عرف بلدك والمذكور في كتبك , فهذا هو الحق الواضح , والجمود علي المنقولات أبداً ضلال في الدين , وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين -)) ³ - .

¹ - راجع روضة الطالبين للنووي ج ١٢ ص ٩٢ والمطلي لابن حزم ج ٩ ص ٤٢٤ - .

² - راجع الأم للشافعي ج ٥ ص ٨٥ - .

³ - إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ٣ ص ٩٩ - .

البند الخامس : دور مقتضيات شرائط الشهادة في بعث الطمأنينة بصدق المشهود به :

المقصد من هذا البند هو النفاذ إلى مناط الشرائط وليس تناول الشرائط بتفصيل بيان أحكامها , فالشرائط في مرحلتي أهلية التحمل وأهلية الأداء , لم تشرع لتكون قيداً يكبل القاضي وحرية في استمداد اقتناعه القضائي , وإنما شرعت بلوغاً إلى غاية كشف الحقيقة الواقعية , بطرق سبل تتسق مع المنطق العقلي وروح الشرع الحنيف – أو القانون - . ومن هذا الوجه فيلزم علي القاضي , استقصاء الظروف المحتفة بالدليل , بالنفاذ إلى مناط شرائطه , ومدي توفره في آحاد الصور – أو قل في الشهادة أو الدليل محل التقويم - , ففي الاستيثاق من شرائط التحمل , فيلزم التأكد من تحقق شرط معاينة الشاهد للمشهود به , ومن صحة إدراكه وضبطه لوقائعه , وذلك بالاستقصاء من انتفاء المؤثرات التي تنتقص من الإدراك أو الضبط؛ إذ لا يكفي التحقق من القدرة علي الرؤية والإبصار , فالأنوثة – علي سبيل المثال – قد تنتقص الإدراك في النوازل التي تنطوي عن الوحشية والبشاعة والدماء والأشلاء , فتذهلها تلك البشاعة عن معاينة وقائع أخري مصاحبة ذات أهمية , كما ينتقص الإدراك بملابسات الحال من الظلمة أو البعد أو طبيعة المكان وما أشبه ذلك , فيكون استقصاء ذلك والتبين من حقيقته وأثره – بناءً علي الدفوع أو من تلقاء نفس القاضي – محققاً غاية مناط تشريع الشرط , ومفضياً إلي حسن تقويم الدليل واستمداد الاقتناع القضائي من دلالاته . ولا نجانب الصواب إن قلنا بأن هذا المعني هو ما يقتضيه قول النبي صلي الله عليه وسلم : ((إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فذع))¹ . فالعلم ينطوي عن بعدٍ أعمق من مجرد الرؤية - .

وقد تتضاعف الحاجة إلي الاستقصاء والنفاذ إلي مناط الشهادة , عندما يتعلق الأمر بالحدود الشرعية , فهي ذات خصوصية , لقيامها علي تضييق نطاقها في التجريم , وفي إثباتها بإكثار الشرائط والتشدد فيها , وبتحري الدارات , تحقيقاً لمبدأ الستر وصوناً لكرامة الإنسان . وفيما ساقه ابن قدامة الحنبلي في معرض بيانه

¹ - رواه الحاكم في المستدرک في کتاب الأحكام جـ ٤ ص ٩٨ والبيهقي في سننه الكبرى في کتاب الشهادات باب التحفظ في الشهادة والعلم بها جـ ١٠ ص ١٥٦ - .

وشرائطه ومناطهما - . وذات الأمر يصدق في مناط اشتراط الصريح لصحة الشهادة بالحدود , فالكنايات تنطوي عن (لعل وعسي) , فتمخض عن شبهة دارئة للحدود , ولهذا المعني كان صريح أمر النبي صلي الله عليه وسلم ماعزاً بعدم استخدام الكناية , حين جاءه معترفاً بالزنا , وما يصدق في الإقرار يصدق في الشهادة , ويتجلي معني النفاذ إلي مناط اشتراط الصريح , في صنيع سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع شهادة زياد حين شهد علي المغيرة بن شعبة بألفاظ غير صريحة ؛ إذ روي : ((أن سيدنا عمر لما شهد عنده /علي/ المغيرة ثلاثة , وبقي زياد , فقال عمر : (أري شاباً حسناً وأرجوا ألا يفضح الله علي لسانه رجلاً من أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم) . فقال : يا أمير المؤمنين : (رأيت أستا تتبو , ونفساً يعلو , ورأيت رجليها فوق عنقه , كأنهما إذنا حمار , ولا أدري ما وراء ذلك) , فقال عمر : الله أكبر . وأمر بالثلاثة فضربوا -))¹ . ولئن لم يكن مناط شرط الصريح , مقررراً ليتسق مع روح الشرع الحنيف في أبواب الحدود , وكان حتماً تقويم الدليل واستمداد الاقتناع القضائي موائماً مع تلك الغايات , لما طرح الفاروق مثل تلك الشهادة التي أدلي بها زياد , فأبانت ما أبانت - .

ويصدق في مناط اشتراط التفصيل , ما ألمعنا إليه في غيره آنفاً , فإن أغفل القاضي استقصاؤه والنفاذ إلي حقيقة الدليل فقد ((أثم وجار في الحكم)) كما قال ابن قيم الجوزية² . وكذا الحال في مناط شرط الاتفاق , ونحسب أن فقهاء الحنفية كانوا أكثر حذراً واتساقاً مع منهج الشرع الحنيف بتضييق دائرة التجريم بالحدود وبتضييق إثباتها , بالتشديد في شرائط الأدلة والتوسع في مناط تشريعها , بلوغاً إلي إقامة الموازين القسط في أبواب الحدود , ويتجلي ذلك في اشتراطهم (عدم تقادم الشهادة بالحدود الشرعية كافة سوي حد القذف) , ومناط الشرط : هو التهمة التي تورثها الشهادة المتقدمة ؛ لأن التقادم في الشهادة بالحدود يدل علي أحد أمور ثلاثة , أولها : أن الشاهد حين أخر أداء شهادته بالحد , يكون قد آثر الستر , فإن عاد بعدئذٍ لأدائها كان متهما , والأصل أن الشهادة ترد بالتهمة , وثانيها : أنه مخير بين الأداء

¹ - المغني لابن قدامة ج ١٤ ص ٣٦٧ - .
² - راجع الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٤ - .

والترك علي الفور , وليس علي التراخي , والتأخير قرينة الترك , والعودة إلي الشهادة بعدئذٍ يلزم منه أحد أمرين : ((إما الفسق وإما تهمة العداوة)) , وكلاهما ترد به الشهادة , وثالثها : أن الشهادة بعد التقادم يحتمل أن تكون بدافع الضغينة : إذ يروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال : ((أيما شهود شهدوا علي حدٍ , لم يشهدوا عند حضرته , فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم))¹ . والقاضي وحده هو الذي يقرر مدة التقادم التي تنطوي معها التهمة في الشهادة بالحد , وفي آراء المذهب الحنفي سعة في المسألة ؛ إذ لم يؤقت أبو حنيفة شيئاً لمدة التقادم , وقيل : وَقَّتْ ثلاثة أيام , وقيل : ستة أشهر , والراجح في المذهب هو التقادم بشهر² , وبالنفاد إلي مناط شرط التقادم يتسني للقاضي درك أثر الشرط في تقويم الشهادة ؛ إذ قد يتحقق المناط بأدنى ما يصدق به دون أقصاه , ويختلف في آحاد الصور من حالٍ لآخر .

هذا النظر الشمولي الذي بيّناه في هذين المطلبين الأنفين من هذا المبحث , هو الذي يفضي إلي حسن تقويم دلالة الشهادة , فلا يصار إلي المنهج الآلي الذي لا يُعني ألا بزيف القشور – من مثل لفظ (أشهد) ونحوه , مما لا يدني إلي الاقتناع القضائي القائم علي حسن الاستقصاء و حسن الفهم - .

الفصل الثاني

¹ - شرح فتح القدير – الكمال بن الهمام – ج ٥ ص ٥٧ - .
² - راجع الهداية شرح بداية المهدي للمرغيناني – مع شرح فتح القدير ج ٥ ص ٦٠/٥٨/٥٧/٥٦ وراجع معين الحكام للطرابلسي ص ٤٠٠ - .

سلطة القاضي التقديرية في قبول الإقرار وتقويمه

نقسم هذا الفصل إلى مباحث كالتالي :-

المبحث الأول :- الإقرار : تعريفه – مشروعيته – تكييفه وبيان مكانته في الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة - .

المبحث الثاني : سلطة القاضي في قبول الإقرار - .

المبحث الثالث : سلطة القاضي في تقويم الإقرار في المسائل الجنائية - .

المبحث الرابع : سلطة القاضي في تقويم الإقرار في المسائل المدنية - .

ونتناول المباحث الأنفة بالبسط فيما يلي :-

المبحث الأول

الإقرار – تعريفه – مشروعيته – تكييفه وبيان مكانته في الشريعة الإسلامية

والتشريعات المعاصرة - .

تعريف الإقرار وتكييفه :

الإقرار في اللغة هو الاعتراف والثبوت ، وفي الاصطلاح : إخبار الإنسان بثبوت حق للغير علي نفسه¹ . وقد عرفته المادة (١٥) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م بأنه : ((اعتراف شخص بواقعة تثبت مسؤولية مدعي بها عليه)) - . وقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة الإقرار ، فقال جمهور فقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية والزيدية بأنه إخبار ، بدلالة كونه حكاية لأمر كائن قبله ، لا من وقت حدوث الإقرار ؛ ولأنه جاز إقرار المريض مرض الموت بماله لأجنبي عنه ، دون توقف علي إجازة الوارث ، وكذا إقرار الصبي المأذون بالمال الذي في يده لآخر ، وإقرار المرأة بزوجيتها من غير شهود ، فكل ذلك – وغيره – يدل علي أن الإقرار إخبار – لا إنشاء - ، وذهب بعض فقهاء

¹ - راجع القاموس المحيط – للفيروز آبادي باب الرأء فصل القاف وراجع التعريفات الفقهية للبركتي – الهمزة المقصورة ص ٣٣ وطلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي في كتاب الإقرار ص ٢٨١ - .

الحنفية وبعض الشافعية إلي أنه إنشاء ، لأن المقر له لو ردّ إقرار المقرّ ، ثم قبله لا يصح ، ولو كان إخباراً لصحّ ، وإن أعاد المقرّ إقراره فصدّقه المقر له لزمه ذلك الإقرار ، لأنه إقرار آخر - . وذهب بعض الحنفية - ومنهم ابن نجيم - إلي أنه : إخبار من وجه وإنشاء من وجه آخر ، لأنه يأخذ صور الإخبار غالباً ، وصور الإنشاء أحياناً^١ - .

مشروعية الإقرار وأدلتها :

الإقرار وسيلة مشروعة لإثبات الحقوق ، بدلالة أي القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والإجماع . ففي القرآن الكريم قال تعالى :- ((بِذِكْرِ اللَّهِ تَطْمَئِنُّ الْقُلُوبُ))^٢ . والشهادة علي النفس هي الإقرار ، وقد جعله الله سبحانه وتعالى من القيام بالقسط . وقال تعالى :- ((فَؤُوقَ قُتُوبٍ))^٣ - . وهذا دليل علي مشروعية الإقرار ؛ لأن الله سبحانه وتعالى قد أمر الذي عليه الحق بالإملاء والإقرار بما عليه وبأن يتقي الله في التزامه فيه . وقال تعالى :- ((ذُذِّذْ))^٤ - . قال الزمخشري :- ((أي لم يعتذروا من تخلفهم بالمعاذير الكاذبة كغيرهم ، ولكن اعترفوا علي أنفسهم بأنهم بنس ما فعلوا ، متذممين نادمين -))^٥ - .

ويدل علي مشروعية الإقرار في السنة النبوية المطهرة ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه قال : ((كنا عند النبي صلي الله عليه وسلم ، فقام رجل فقال : (أنشدك إلا قضيت بيننا بكتاب الله . فقام خصمه وكان أفاقه منه ، فقال : أقض بيننا بكتاب الله ، وأذن لي) ، قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (قل) ، فقال : إن ابني كان عسيفاً علي هذا ، فزنا بامرأته ، فأفتديت منه بمائة شاةٍ وخادم ، ثم سألت رجلاً من أهل العلم فأخبروني : أن علي ابني جلد مائة وتغريب عام وعلي امرأة هذا الرجم . فقال : (والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . المائة

¹ - راجع المبسوط للسرخسي جـ ١٧ ص ١٨٥ والبحر الرائق لابن نجيم جـ ٧ ص ٢٤٩ وتبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٥٦ والبهجة في شرح التحفة للتسولي جـ ٢ ص ٣١٧ والحاوي الكبير للماوردي جـ ٧ ص ٤ والمغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٦٢ وشرح مجلة الأحكام العدلية / سليم رستم ص ٨٥٩/٨٦٠ والأصول القضائية للشيخ علي قراعه ص ٦٣ - ٦٥ وحجية الإقرار في الأحكام القضائية / لمجيد حميد ص ٣٣ وما بعدها - .

² - سورة النساء من الآية ١٣٥ - .

³ - سورة البقرة من الآية ٢٨٢ - .

⁴ - سورة التوبة من الآية ١٠٢ - .

⁵ - تفسير الكشاف جـ ٢ ص ٢١١ - .

شاةٍ والخادم ردُّ عليك ، وعلي ابنك جلد مائة وتغريب . واغد يا أنيس إلي امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها . فغدا عليها فاعترفت فرجمها -))^١ .

والحديث صريح في مشروعية الإقرار وحجيته في الإثبات ، وهناك أحاديث ماعز بن مالك والغامدية ، وهي تدل علي مشروعية الإقرار في الإثبات - . أما الإجماع ، فقد ثبت إجماع الأمة من عهد النبي صلي الله عليه وسلم إلي عصرنا ، علي مشروعية الإقرار وحجيته في الإثبات ، لم يخالف في ذلك أحد^٢ .

مكانة الإقرار في الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة :

في ظل النظام الأخلاقي للشريعة الإسلامية ، الذي يعني بقيم الإيثار وتربية الأنفس وتزكيتها من نوازع الإثرة والشحّ ، فإن من الطبيعي أن يتبوأ الإقرار معالي مقامات وسائل الإثبات . وقد رأينا آنفاً فيما أوردناه من آية سورة النساء ، أن الله سبحانه وتعالى قد جعله من قبيل القيام بالقسط ، وذلك بلا مرأ من مدارج الكمال الإنساني المنشود . والإقرار في شرعنا الإسلامي الحنيف ، سيد الأدلة ، ومقدم علي سائر وسائل الإثبات ؛ لأنه يستند إلي العلم . قال الطرابلسي :- ((أعلم أن الإقرار من أقوى الأحكام ، وأشدّها ، وهو أقوى من البيّنة [أي الشهادة] ، ووجهه أنه إذا كان يستند القضاء إلي ظن ، فبأن يستند إلي علم أولي ؛ لأن الحكم بالإقرار مقطوع به ، والحكم بالبيّنة مظنون ؛ ولأن الإقرار خبر صدق ، أو يرجح صدقه علي كذبه ؛ لانتفاء تهمة الكذب وريبة الإفك ...))^٣ .

وقد أخذت تشريعاتنا المستمدة من الشريعة الإسلامية بهذا المنهج ، فجعلت الإقرار وسيلة كافية لإثبات أشدّ الجرائم وأعظمها خطراً ، ومن ثم إيجاب أغلظ العقوبات ، كالرجم في زنا المحصن ، والقصاص في القتل العمد ، وعمد الجراح ، والقتل والصلب أو القطع من خلاف في حدّ الحرابة ، والقطع في السرقة الحديدية ...

^١ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود باب الاعتراف بالزنا وفي كتاب الأحكام باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده ، وفي صحيح مسلم في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا ورواه الترمذي في سننه في أبواب الحدود - باب ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع وفي باب ما جاء في الرجم علي الثيب ورواه النسائي في سننه في كتاب القضاء باب صون النساء عن مجلس الحكم وابن ماجه في سننه في متاب الحدود باب حدّ الزنا والدارمي في سننه في كتاب الحدود باب الاعتراف في الزنا والإمام مالك في الموطأ في كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم ورواه الإمام أحمد في مسنده ج٤ ص ١١٦/١١٥ .

^٢ - راجع المغني لابن قدامه ج٧ ص ٢٦٢ .

^٣ - معين الحكام - للطرابلسي - ص ١٢٥ .

الخ ذلك^١ - . وقد ثبت بالأحاديث الصحيحة التي أوردناها أنفاً ، عن رسولنا صلي الله عليه وسلم أنه أوجب حدّ الرجم ، بموجب الإقرار وحده ، وكذلك حد القطع - علي نحو ما سيرد لاحقاً بإذن الله - . وخلافاً للثابت بالسنة النبوية ، ومذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، فقد ذهبت بعض التشريعات الوضعية المعاصرة ، إلي التقليل من قيمة الإقرار الاستدلالية ، ففي فرنسا وأمريكا ، وبعض دول شرقنا الإسلامي ، لا يكفي الاعتراف وحده لبعث طمأنينة القاضي لتأسيس الإدانة بموجبه، ويلزم فحص الإقرار وتأييده بأدلة أخرى ، وذلك بدعوى خشية الإدانة بدليل قولي يحتمل الكذب^٢ - . ويرتقي الحال إلي الأفضل قليلاً ، في الفقه والقضاء الإنجليزيين؛ إذ استقر علي أن الاعتراف الطوعي يكفي لتأسيس الإدانة بموجبه ، من غير حاجةٍ إلي تأييده بدليل آخر ، فيما سوي بعض الجرائم الكبيرة ، مثل جرائم القتل ، وتعدد الأزواج والزوجات ، وإثبات زنا الأزواج كسبب موجب للانفصال ، ففي مثل هذه الحالات ، لا يقضي بمجرد الإقرار ، وإنما يلزم تأييده بأدلة أخرى^٣ - .

لقد كان اهتزاز مكانة الإقرار وتناقص قيمته الاستدلالية ، في النظم التشريعية الأنفة الذكر ، ناتجاً عن ردّ فعل عكسي للمنهج الذي ساد أوربا ، إبان اعتناقها للمذهب المقيد في الإثبات ؛ إذ كانت الإقرارات تستخلص قسراً ، باستخدام كافة وسائل القهر والتعذيب ، فإذا ذاق المتهم مرارات لهيب التعذيب ، وسلقت جسده نيرانه ، أقر بما فعل وبما لم يفعل ، فيخلص قضاتهم الجلادون إلي إدانته بموجب ذلك الإقرار ، لتبدأ مرحلة أخرى من الاستعباد والإذلال ... وهكذا ظل القوم ردهاً من الزمن ، تتخبطهم ظلمة نظمهم التشريعية العشواء ، فلما أفاقوا ، عقدوا مؤتمراً في سان بطرسبرج في سنة ١٩٠٢م ، وأجمعوا رأيهم علي الاقتصاص من الإقرار ، ومن نظام الإثبات المقيد ، أما الإقرار فقد تهاوت منزلته ؛

١- راجع المادتين ٦٢ و ٦٣ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - .

٢- راجع المادة ٣٩٥ من قانون الإجراءات الجنائية بنينوبورك ، وكتاب ضوابط تسببب الأحكام الجنائية - د. رعوف عبيد ص ٣٩٦ ، وكانت المادة ١٧٤ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٧٤م - الملغي- تقضي بغض الطرف عن الإقرار ولو حصل في مجلس القضاء وتأمراً بالسير في الدعوى وإثباتها كما لو لم يحصل فيها أي اعتراف مطلقاً ، وفي قانوني الإجراءات لسنة ١٩٩١م والإثبات لسنة ١٩٩٤م عادت الأمور إلي نصابها وتبوأ الإقرار مكانته من جديد - .

٣- راجع كتاب ضوابط تسببب الأحكام الجنائية ص ٣٩٦ - .

إذ قرروا عدم الأخذ به وحده ، لتأسيس الإدانة ، وأوجبوا البحث عن أدلة أخرى تقوي من قيمة الإقرار وحجيته - .

والغريب أن الآفة التي أصابت الإقرار في الغرب ، قد انتقلت إلي شرقنا الإسلامي - كغيرها من الآفات - ، ولئن كان لأهل الغرب معذرة ، فما هو عذر بعض نظم الإثبات في شرقنا الإسلامي ، وما الذي يدخلهم مع القوم في جحر الضب؟ وبين أيديهم تشريع رباني مشرق ، ما أولئك بباليغيه ، إلا أن يؤمنوا به ، ويسلموا له تسليماً - .

المبحث الثاني

سلطة القاضي في قبول الإقرار

إن ثمة فارقاً بين قبول الإقرار وتقويم الإقرار ، ولكل منهما مقتضياته التي يلزم علي القاضي مراعاتها ، ففي قبول الإقرار يلزم علي القاضي التثبت من شرائط صحته ، بأن يرد الإقرار بصيغةٍ منجزةٍ ، تفيد ثبوت الحق المقر به يقيناً ، وألا تكون معلقة علي شرطٍ ولا علي مشيئةٍ ، كما أن عليه مراعاة بلوغ المقر له التكليف وبأنه يدلي بإقراره بكامل الإرادة وملء الاختيار ، وأن المقر له موجود - حقيقة أو شرعاً - وقت الإقرار ، ومعلوم أو غير مجهول جهالة فاحشة ، كما أن عليه مراعاة كون المقر به ممكناً عقلاً وذا قيمة مما يحتمل في مثله التمانع¹ - .

ولا ينبغي للقاضي في مرحلة قبول الإقرار أن يمارس عملاً من أعمال الوزن أو التقويم ، كنحو تجزئةٍ للإقرار أو خلافه ، بل عليه تدوين الإقرار كاملاً متي كان مستوفياً شرائط القبول ومنتجاً في إثبات الدعوى وغير مردودٍ قانوناً ، وقد يكون مردوداً في الحالات التي يمكن تصورهما في الإقرار مما نصت عليه المادة (٩) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ، بأن ينتهك إحدى مبادئ الشريعة الإسلامية أو القانون أو العدالة أو النظام العام ، أو إذا أراد المقر بإقراره

¹ - راجع الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ٨١ - ٨٥ - .

نفي ما صدر عنه من سلوك دالٍ علي الرضا أو القبول ، أو أراد به نفي فعل ثابت بإقراره الصحيح أو بمستند أو بحكم قضائي - .

لقد أبانت المحكمة العليا السودانية أهمية - وضرورة - التمييز بين قبول الأقوال وبين وزن قيمتها التدليلية ؛ إذ قالت في قضية : ((حكومة السودان /ضد/ حسن هجام ذهب))¹ - ، ما نصه : ((... ويبدو أن الخطأ راجع إلي الخلط بين شيئين فيما يتعلق بالأقوال . الأول : قبول الأقوال في البينة ، والثاني : تقويم تلك الأقوال بغرض معرفة الحقيقة . ولعل العبارة الإنجليزية أوضح في الدلالة لمن تمرسوا علي النظام الإنجليزي : *There is a distinction between the admissibility of evidence and the weight of evidence*))
ففي حالة القبول تقبل الأقوال ولا تخضع لمقاييس الوزن بغرض تكوين العقيدة ، فقبول الأقوال (*admissibility*) يكون بقبولها كاملة ، أما وزنها (*weight*) فيعتمد علي معايير خارجية ، وذلك بمضاهاتها مع البينات الأخرى ، كالقرائن وإفادات الشهود والخبراء والملابسات الأخرى . وعلي المحكمة أن تحلل جزئيات الأقوال ، سواء كانت أقوال المتهم أو أقوال الشريك ، وتضاهيها بالأقوال الأخرى حتى تستطيع أن تكون عقيدتها من تلك الأقوال المتفق عليها ، وتطرح ما تناقض منها ، أو ما لم يكن سائغاً ولا مقبولاً ، ولا يتفق مع المنطق السليم -))² - .
إن القول بوجود تدوين الإقرار كاملاً في مرحلة قبول الدليل ، لا يعني بحال ذلك النوع المعيب الذي يتم به تدوين الإقرارات القضائية - كلها أو جلها - ، خاصة في الأفضية الجنائية ، إذ يؤخذ المتهمون قسراً وقهراً - أو علي حين غرة - إلي القضاة لتدوين تلك الإقرارات في مرحلة التحري ، وبذات تسارع النيابة العامة يأتي تسارع القضاة في تدوين الإقرار القضائي -بعد تدوين عبارات مألوفة المبني، خالية المعني في صدر المحضر ، عن الطوع والاختيار . وتتعاظم مصيبة المسارعة في تدوين الإقرار عندما تكون الدعوى من أفضية الحدود الشرعية ذات الخطر - .

¹ - (١٩٧٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢١٢ - .

² - المجلة القضائية السابقة ص ٢١٤/٢١٥ - .

وندعو إلي إتباع الأمثل في تدوين الإقرار - أو قل في قبول الإقرار - في أفضية الجنايات عامة - والحدود الشرعية خاصة - بالتزام المنهج النبوي المتمثل في عدم المسارعة ، بل وجوب التيقن من صدور الإقرار بكامل الإرادة وملء الاختيار ، صنوه ما روي أن ماعزاً بن مالك الأسلمي قد اعترف علي نفسه بالزنا أمام رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فأعرض عنه النبي صلي الله عليه وسلم ، ففتحي الأسلمي تلقاء وجهه صلي الله عليه وسلم واعترف ثانية ، فأعرض عنه النبي صلي الله عليه وسلم ، ففتحي الأسلمي تلقاء وجهه صلي الله عليه وسلم واعترف للمرة الثالثة وتكرر ذلك أربعاً ، فقال له النبي صلي الله عليه وسلم : (إنك قد قلتها أربعاً ، فبمن ... الخ الحديث)^١ - ، قال ابن عبد البر في (التمهيد) : (([وكان إعراضه صلي الله عليه وسلم عن ماعز] ، لئلا يتم الإقرار الموجب للحد ، محبة في الستر))^٢ - .

إن المسارعة في قبول الإقرار بالحدود الشرعية تتنافي مع المنهج النبوي الشريف ، إذ روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال :- ((أقبل ماعز بن مالك إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، وأنا جالس عنده ، حتى جلس بين يديه ، فأقرّ عنده بالزنا ، فأمر بطرده حتى لم يُرَ . ثم عاد فجلس بين يديه فأقرّ عنده بالزنا ، فأمر بطرده حتى لم يُرَ ، ثم عاد فجلس بين يديه فأقرّ عنده بالزنا ، فأمر بطرده حتى لم يُرَ ، ثم عاد الرابعة . قال [يعني أبو بكر الصديق] : (فنهضت إليه فقلت : يا هذا : إنك إن أقررت الرابعة رجلك) . قال فجاء حتى جلس بين يديه ، فأقرّ عنده بالزنا فأمر برجمه))^٣ - . وفي (الكفاية علي الهداية) : ((وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ، ويظهر الكراهة له ، ويأمر بتتحيته ، لما روي عن النبي عليه السلام أنه طرد ماعزاً . وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : (أطرّدوا المعترفين ، يعني في الزنا) —))^٤ . وبدلاً من طرد المعترفين - أو علي الأقل

^١ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق باب الطلاق في الإغلاق وفي كتاب الحدود باب سؤال المقر (هل أحصنت) ؟
ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا - .
^٢ - فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر ج-١١ ص ٣٧٦ - .
^٣ - راجع تخريج الحديث في ص ١١٧ من هذه الدراسة - .
^٤ - الكفاية علي الهداية - للخوارزمي - مع شرح فتح القدير لابن الهمام - ج٥ ص ١٢/١١ - .

التمهل والتأني للثبوت من صدور الاعتراف بكامل الإرادة وملء الاختيار ، فإن بعض القضاة يسارعون في تدوين تلك الإقرارات ، وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا . ونشير إلي أن التأجيل لمدة لا تجاوز شهراً واحداً ، بعد ردّ المتهم بأنه مذنب في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو بالقطع أو بالجلد بأكثر من أربعين جلدة وفقاً لأحكام المادة (٤٤ / ٣ / ج) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م ، لا يغني عن إتباع ذلك المنهج النبوي الذي بيناه آنفاً ، في استقصاء كامل الإرادة وملء الاختيار - ، خاصة في ظل الشكلية التي يمارس بها ذلك التأجيل - أحياناً لبعض يوم - دون إبانة غايته للمتهم - .

المبحث الثالث

سلطة القاضي في تقويم الإقرار في المسائل الجنائية

ونقسم هذا المبحث إلي مطلبين كالتالي :

المطلب الأول : سلطة القاضي في تقويم الإقرار الصحيح في المسائل الجنائية - .
المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقويم الإقرار غير الصحيح في المسائل الجنائية .
ونفصل البيان في كلٍ منهما علي النحو التالي :-

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقويم الإقرار الصحيح في المسائل الجنائية

يكون الإقرار صحيحاً ، بصدوره مستوفياً شرائط صحته ، والإقرار الصحيح نوعان : قضائي وغير قضائي - ، وهذا هو ما استقرت عليه النظم التشريعية والقضائية المعاصرة ، ولا نكاد نجد هذا التمييز في مصنفات فقهاء المذاهب الإسلامية ، رغم أنه مؤدي اجتهادات بعضهم ، علي نحو ما سنري بإذن الله ، عند عرضنا لرأي فقهاء الأحناف في بيان مدي حجية الإقرار في مسائل الحدود الشرعية - .

ونبيّن الفرق بين هذين النوعين وقيمة كل منهما في الإدانة الجنائية ، كل

علي حدة في البنود التالية :-

البند الأول

الفرق بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي هو الإقرار الذي يصرح به الخصم خارج مجلس القضاء ، أو الذي يحدث أثناء إجراءات غير متعلقة بالدعوى محل الإثبات ، أما الإقرار القضائي فهو الإخبار بواقعة تثبت مسئولية مدعي بها علي النفس ، في مجلس القضاء ، أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بها - أي بالواقعة المقر بها - ، أو أثناء إجراء متعلق بتلك الدعوى - .

بناءً عليه : فإن الإقرار أمام قاض ، بواقعة من الوقائع المتعلقة بالدعوى - أو بالاتهام الجنائي - في أية مرحلة من مراحل تلك الدعوى ، يعتبر إقراراً قضائياً، سواء كان ذلك في مرحلة التحقيق الشرطي- التحري- أو في مرحلة المحاكمة - .

وهذا هو ما تقتضيه المادة ١/١٦ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ونصها :- ((الإقرار القضائي هو الإقرار بواقعة عند نظر الدعوى المتعلقة بها أمام المحكمة ، أو أثناء إجراء متعلق بالدعوى أمام قاض ، أو أمام جهة شبه قضائية))- .

هذه الفقرة من المادة تعني بكل جنس الإقرار القضائي ، وجاءت بعدها الفقرة الثانية مخصصة عمومها بإخراج الإقرار الذي يتم أمام جهة شبه قضائية من معني الإقرار القضائي في المسائل الجنائية ؛ إذ نصت الفقرة الثانية علي أنه :- ((مع عدم الإخلال بأحكام البند (١) لا يعتبر الإقرار أمام أي جهة شبه قضائية إقراراً قضائياً في المسائل الجنائية)) - . ولا مرأ في أن ما سوي هذا المخصص يبقي علي عمومه ، بمعني أن الإقرار يكون قضائياً في كل الأحوال المذكورة بالبند الأول في المسائل المدنية ، ويكون قضائياً في المسائل الجنائية سواء كان قد أدلي به أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجنائية أو كان قد أدلي به أمام القاضي في مرحلة التحري ، لدخول ما يدلي به في مرحلة التحري في معني (أو أثناء إجراء متعلق بالدعوى أمام قاض) . ومن يقول بغير هذا يكون قد أفرغ الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من كل معني ، علماً بأن المشرع قد أدخل هذا الاستثناء في هذه المادة في

تعديل ١٩٩٤م ليفيد المعني الذي ألمعنا إليه ، ولا نحسب أن أحداً يقول بإمكان استبعاد ((مقصد المشرع)) من قواعد التفسير التشريعي - .

ومما قصده المشرع في قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م ، إزالة الغموض الذي صاحب نص المادتين (٢٠) (٢١) من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م ، فالمادة (٢٠) كانت تنص علي أن : (((١) الإقرار القضائي هو الإقرار بواقعة في أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بها في مجلس قضاء ، أو أمام جهة شبه قضائية ، أو في أثناء إجراء متعلق بها أمام قاض . (٢) ينحصر الإقرار القضائي في المسائل الجنائية ، في الإقرار بواقعة في مجلس قضاء ، أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بها)) ، وكانت المادة (٢١) تنص علي أن : ((الإقرار غير القضائي هو الإقرار الذي لا تتوافر فيه أي من الشروط المنصوص عليها في المادة (٢٠) من هذا القانون..)) ، إن عبارة ((في مجلس قضاء أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بها)) الواردة بالمادة (٢/٢٠) من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م قد أحدثت تبايناً في التفسير لدي قضاة المحكمة العليا السودانية ، إلي الدرجة التي تناقضت معها الأحكام القضائية ، ففي قضية : (حكومة السودان /ضد/ بابكر مرحوم علي)^١ - ، اعتبرت المحكمة العليا الإقرار الذي يدونه القاضي خلال مرحلة التحري إقراراً قضائياً ، باعتبار أن المادة لم تقل : (أثناء إجراءات المحاكمة المتعلقة بها) وإنما استعملت عبارة : (أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بها) ، وبأن (الدعوى) هنا تعني (الاتهام الجنائي) ولا تعني محاكمة الاتهام الجنائي ، والفرق بينهما كبير ، علماً بأن إجراءات الاتهام الجنائي أو الدعوى الجنائية السابقة للمحاكمة من التحري وخلافه واللاحقة للمحاكمة من الطعن والفحص ، كلها جزء من إجراءات الدعوى الجنائية ، ومن ثم فإن الإقرار بواقعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى أو الاتهام الجنائي في أي مرحلة من هذه المراحل أمام قاض ، يشكل إقراراً قضائياً بغض النظر عن الزمان والمكان الذي حصل فيه ، تماماً مثل الإقرار بالواقعة المتعلقة بالدعوى أو الاتهام الجنائي أثناء المحاكمة - . وقد جاء بعدئذٍ بخلاف هذا النظر ما

^١ - (١٩٨٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢١١ - .

قضت به المحكمة العليا في قضية : ((حكومة السودان /ضد/ محمد فضل الله وآخرون))¹ - ، حيث قالت ما نصه : ((الإقرار القضائي هو الذي يتم أخذه في مجلس القضاء ، عند انعقاده لنظر المسألة موضوع الإقرار ، وما عدا ذلك ، وأي إقرار يحدث في غير مجلس القضاء ، لا يعتبر إقراراً قضائياً ، ولو أخذه القاضي أثناء التحري وفق مقتضى المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م)) وكان سند المحكمة العليا في هذه الرؤية الأخيرة قائماً علي أن المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م قد صدر عن مرجعية تغاير المرجعية التي صدرت في ظلها المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م ، حيث إن المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م مرجعيتها نابعة من الشريعة الإسلامية ، بينما المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م مصدرها القانون الهندي وفقهه العام والسوابق القضائية الإنجليزية والهندية، ثم السودانية الآخذة من ذات المصدر الإنجليزي ، وينبغي الصدور في تفسير المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م من منطلق هذا الفهم ، فالإقرار القضائي في ظل قانون ١٩٨٣م هو الذي يتم أخذه في مجلس القضاء عند انعقاده لنظر المسألة موضوع الإقرار ، وما عدا ذلك وأي إقرار يحدث في غير مجلس القضاء لا يعتبر إقراراً قضائياً ولو أخذه قاض أثناء التحري وبالتالي فلا يوصف أي إقرار أخذ خارج نطاق حلبة المحاكمة بأنه (إقرار قضائي)؛ لأن الإقرار القضائي قد عرّف قانوناً بأنه هو الإقرار الذي أدلي به أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة به وبالالتهام المتعلق به في مواجهة الخصوم) .

ولا نتفق مع المحكمة العليا فيما ذهبت إليه في هذا الحكم الأخير ، لوجوه أولها أن (مجلس قضاء أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بها) أي المتعلقة بالواقعة المقر بها ، يدخل في معناها الإقرار في مرحلة التحري – بلا مرأ - ؛ إذ لا قائل بأن مرحلة التحري ليست من إجراءات تلك الدعوى . وثانيها : أن المحكمة العليا قد أجهدت نفسها لتبرهن حدوث مفهوم جديد وقصد جديد للمشرع من تشريع المادة

¹ - (١٩٨٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٦٧ - .

(١٢٨) في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م - ، وهذا فهم مفترض لا أساس له من الواقع فالمشرع نقل المادة (١٢٨) في قانون الإجراءات لسنة ١٩٨٣م ، نقلاً حرفياً من المادة (١٢٨) في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م^١ - ، ولا نسلم أنه يلزم من القول بأن قانون سنة ١٩٨٣م صادر عن معين الشريعة الإسلامية ، تغاير مفهوم مواد هذا القانون عن مفهوم المواد المأخوذة من القانون الإنجليزي - خاصة في المواد المنقولة نقلاً حرفياً من القانون السابق ذي الأصل الإنجليزي - ، فالإتفاق بين النظم التشريعية في المسائل الاجتهادية أمر كائن . وثالثها : أن المحكمة العليا قد أضافت عبارة ((في مواجهة الخصوم)) في تعريف الإقرار القضائي ، ولا أساس لذلك ، ولم يرد به نص المادة (٢٠) من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م ، ولعل هذه الإضافة هي التي قادت المحكمة العليا إلي عدم اعتبار الإقرار الذي يدلي به المتهم في مرحلة التحري إقراراً قضائياً ، لأنه بالطبع لا يكون (في مواجهة الخصوم) - .

ونحسب أنه لم يعد هناك مكان لمثل ذلك الاختلاف في ظل قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - حيث جاءت المادة (١/١٦) منه بالمعنى الموسع للاعتراف القضائي ، وهو بصيغة العموم ، بينما جاءت الفقرة الثانية منها ، بتخصيص عموم الفقرة الأولى ، بتضييق المعنى في المسائل الجنائية ، وأمعتن المادتان (١/٦٢) (١/٦٣) من ذات القانون في تضييق ما يدخل في معنى الإقرار القضائي في المسائل الحدية فأخرجتا ما يدلي به المتهم في مرحلة التحري أمام القاضي - إذ لا اعتداد في مسائل الحدود إلا بما يدلي به المتهم أمام المحكمة - .

ومن المتفق عليه قضاءً أن الإقرار إذا صدر في مجلس القضاء خلال نظر دعوى معينه ، وأريد الاحتجاج به في دعوى أخرى مختلفة ، فلا يعدّ إقراراً قضائياً في هذه الدعوى الأخيرة ، وإنما يكون فيها من قبيل الإقرار غير القضائي ؛ لأنه لم يحدث أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بها - أو الاتهام الجنائي المتعلق بالواقعة

^١ - المادة (١٢٨) في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م منقولة حرفياً من المادة (١٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م وهي عن تدوين الاعتراف أثناء التحري بواسطة قاضي - وضرورة تأكد القاضي من الإدلاء به بإرادة كاملة وقد نصت الفقرة الخامسة منها علي قبول ذلك الاعتراف كيبينة في مرحلة المحاكمة بعد تلاوته - دون استدعاء القاضي الذي دونه كشاهد مع بيان جواز استدعاء القاضي كشاهد عند الضرورة ليشهد علي مضمون الاعتراف والظروف التي دون فيها - .

المقر بها ، فلو اعترف شخص بواقعة سرقة أثناء محاكمته بتهمة قتل ، لم يعتبر الإقرار بالسرقة إقراراً قضائياً ، ولا يعند به بتلك الصفة عند تقديمه خلال المحاكمة الأخرى بالسرقة ، لعدم حدوثه أثناء إجراءات دعوى السرقة وعلي هذا النحو يقاس في غيره من الوقائع . وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : ((حكومة السودان /ضد/ بابكر مرحوم علي))¹ - ، بأن :- ((الإقرار بواقعة من الوقائع المتعلقة بأي دعوى أو أي اتهام جنائي ، أثناء إجراءات دعوى أو اتهام جنائي آخر لا يشكل إقراراً قضائياً بالواقعة محل الإقرار المتعلقة بدعوى أو اتهام جنائي آخر ، وذلك لسبب بسيط هو : أن الإقرار لم يحصل أثناء إجراءات الدعوى أو الاتهام الجنائي المتعلق بالواقعة محل الإقرار . فإذا اعترف شخص ما - مثلاً - أثناء التحري معه ، أو أثناء محاكمته ، أو أثناء فحص تأييد أو نظر الطعن ضد حكمه في إجراءات تتعلق بالسرقة بقتل آخر ، فإن الاعتراف بواقعة القتل لا يشكل اعترافاً قضائياً بالقتل ؛ وذلك لأنه لم يحصل أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بالقتل ، وإنما حصل أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بالسرقة)) - .

وهذا هو ما استقرت عليه التشريعات والنظم القضائية المعاصرة² - .

وخلاصة القول : أن أهمية التفريق بين الإقرار غير القضائي والإقرار القضائي ، تبين بجلاء في تباينهما من حيث الحجية والقيمة التدليلية ، علي نحو ما نعرضه فيما يلي :-

البند الثاني

¹ - (١٩٨٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢١١ - .
² - راجع للمثال المواد (٢٠) (٢١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م والمواد (٢/١٥) (١/١٦) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م والمادة (١٠٣) من قانون الإثبات المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - ، وراجع مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٨م ص ٢١١ وحكم محكمة النقض المصرية - نقض ١٩٤٥/١٢/٢٧م مجموعة القواعد القانونية = النقض في ٢٥ عاماً جزء ١ ص ٣٤ ق ٦٨ - .

تقويم الإقرار غير القضائي في المسائل الجنائية ((حجية الإقرار غير القضائي))

ذكرنا آنفاً بأن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقسموا الإقرار إلي قضائي وغير قضائي ، ومن ثم كان يكتسب الإقرار حجيته القاطعة علي المقر ، عند ثبوته بالبينة الشرعية - أي بالشهادة - . أما النظم التشريعية والقضائية المعاصرة ، فقد استقرت علي أن الإقرار غير القضائي لا يعتبر بينة قاطعة في المسائل الجنائية - وغيرها - وعلي أنه ليست له سوي قيمة القرينة البسيطة¹ - وبناءً عليه فلا يمكن تأسيس إدانة جنائية بموجبه ، إلا إذا كان هنالك دليل آخر مستقل يؤيد دلالة الإقرار غير القضائي ، ويعزز قيمته الاستدلالية إلي درجة الجزم واليقين بثبوت الاتهام محل المحاكمة وإسناده ، أو بدرجة ينتفي معها أي شك معقول في ثبوت الاتهام وإسناده - .

ويشترط أن يكون الدليل المؤيد منصّباً علي الواقعة محل الإثبات ، أو متعلقاً بها ، أو بواقعة مرتبطة بها - ، سواء كانت جوهرية أو جزئية - .

ويمكن أن يكون الدليل المؤيد مباشراً ، أو غير مباشر ، فإن كان غير مباشر - ظرفياً - ، فيلزم استيفاءه لشرائط صحة الدليل الظرفي ، غير أنه لا يشترط فيه أن يكون كافياً وحده في إثبات الاتهام محل المحاكمة، أو في تأسيس الإدانة بموجبه- .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن الاعتراف غير القضائي يجوز قبوله في البينات ، إذا كان مستوفياً لأركان الاعتراف القضائي ، من حيث صدوره بإرادة سليمة ، وبقصد الاعتراف ، مع ضرورة تأييده بالظروف المحيطة بالجريمة² - .

كما قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر ، بأن أقوال المتهم أمام الشرطي المحقق ، تعتبر من قبيل الإقرار غير القضائي ، وحجيته غير قاطعة ، بحيث لا يمكن تأسيس إدانة بموجبه ، إلا بعد تأييده بدليل مباشر أو غير مباشر - . وجاء في تسبيب الحكم بأن الإقرار غير القضائي قد وجد تأييداً من شهادة المحقق (شهد المحقق بوضعية السيارتين فور وقوع الحادث ، وبصحة المخطط الكروكي)

¹ - راجع الإثبات بين الأزواج والوحدة د. محمد محي الدين عوض - ص ٩٥ - .
² - (١٩٧٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٧٢ قضية ح س / ضد / محمد مرة بحر - .

وخلصت المحكمة الاستئنافية إلى تأييد الإقرار غير القضائي بدلالاتها ، قائلة : ((... ولا شك أن الرسم البياني - المخطط الكروكي - المعمول فور وقوع الحادث، بعد المعاينة وأخذ إفادة الطرفين ، يكتسب قيمة استدلالية لا يمكن إغفالها ، خاصة وأن المتهم فور وقوع النازلة يكون أقرب إلي الصدق ، فإذا خالط الآخرين ، كان إلي اختلاق الوقائع أقرب ، ولا أقل من اعتبار دلالة الرسم البياني تأييداً لدلالة الإقرار غير القضائي الآنف ذكره ، ومما يؤيد صدق المتهم فيما أقر به بناءً عليه تقرر الهيئة الاستئنافية الشرعية إدانة المتهم ... بما نسب إليه من تهمة))¹ .

وقضت محكمة النقض المصرية بأن حجية الإقرار غير القضائي ، دون حجية الإقرار القضائي ، في كافة الأفضية ، وبأن الإقرار الصادر في قضية أخرى لا يعدّ إقراراً قضائياً ملزماً ، ولكنه إقرار مكتوب ، صدر في مجلس القضاء ، ويترك تقديره لمحكمة الموضوع ، فلها مع تقدير الظروف التي صدر فيها ، والأغراض التي حصل من أجلها ، أن تعتبره دليلاً مكتوباً ، أو مجرد قرينة ، ولها ألا تأخذ به أصلاً² .

البند الثالث

تقويم الإقرار القضائي في المسائل الجنائية

((حجية الإقرار القضائي))

عند صدور الإقرار القضائي مستوفياً شرائط صحته ، موافقاً للواقع ، يؤخذ المقر وحده - دون سواه - بمقتضى إقراره ، ويكون ملزماً بما أقر به من مسئولية علي نفسه - ، ذلك أن حجية الإقرار القضائي تقوم علي مرتكزين - أولهما : مرتكز الحجية القاصرة علي المقر ، وثانيهما : مرتكز الحجية القاطعة علي صحة المقر به ، وفيما يلي نصّل بيان هذين المرتكزين - :

المرتكز الأول : حجية الإقرار القاصرة علي المقر :

¹ - راجع الحكم الاستئنافية رقم ٣٦١ / استئناف جنابات / ١٥٨ / ١٤١٨ هـ الصادر في ١٢ / ٢ / ١٤١٨ هـ الموافق ٣٠ / ٣ / ١٩٩٨ م وراجع الحكم الاستئنافية رقم ٩٨ / استئناف صدور ٣٠ / ١٤١٨ هـ الصادر في ٣٠ / ٤ / ١٤١٨ هـ الموافق ٢٠ / ٩ / ١٩٩٧ م . -
² - مجموعة القواعد القانونية - النقض في ٢٥ عاماً ج١ ص ٣٤ ق ٦٨ .

الأصل أن الإقرار - أيًا كان نوعه - يعتبر حجة قاصرة علي المقر ، لا يتعداه لغيره ؛ لأن للمقر ولاية كاملة علي نفسه ، دون غيره ، فكان إقراره حجة عليه - ؛ إذ الإقرار ضرب من آثار الولاية علي النفس - .

ويستمد قاعدة الحجية القاصرة للإقرار مما يلي :-

١- ما روي في حديث العسيف من :- ((أن رجلين اختصما إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال أحدهما يا رسول الله : أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله . فقال الخصم الآخر ، وهو أقره منه : نعم فأقض بيننا بكتاب الله وأذن لي - . فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : قل - . فقال : ((إن ابني كان عسيفاً علي هذا ، فزني بامرأته ، وإني أخبرت أن علي ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبروني أنما علي ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن علي امرأة هذا الرجم - . فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . الوليدة والغنم ردُّ ، وعلي ابنك جلد مائة وتغريب عام . وأغد يا أنيس إلي امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . قال : فغدا عليها فاعترفت ، فأمر بها رسول الله صلي الله عليه وسلم فرجمت -)) .

ووجه الدلالة في الحديث الشريف ، يتمثل في أن البيّن هو أن رسول الله صلي الله عليه وسلم ، قد استمع إلي الخصمين ، وقَصَرَ دلالة إقرار العسيف علي المقر ، دون تعديتها إلي امرأة المؤجر ، - صاحب العمل - لاستقلال المرأة بالولاية علي نفسها ، وعدم أحقية أحد في مشاركتها في ولايتها علي نفسها . وقد غدا أنيس إليها ، فاعترفت بكامل إرادتها ، ومن ثم صدر الحكم عليها بالرجم - ، بناءً علي إقرارها - .

¹ - متفق عليه - . رواه البخاري في صحيحه في كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا علي صلح جور وفي كتاب الشروط باب الشروط إلي لا تمل في الحدود - وفي كتاب الأيمان باب كيف كانت يمين النبي صلي الله عليه وسلم وفي كتاب الحدود باب الاعتراف بالزنا وفي كتاب الأحكام باب بعث الحكم رجلاً وحده - . ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا وفي سنن الترمذي والدارمي وابن ماجه في كتاب الحدود ورواه الإمام أحمد في مسنده ١١٦/١١٥/٤ - .

٢- ما رواه أبو داؤد عن سهل بن سعد : ((أن رجلاً جاء إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأقر عنده بأنه زنا بامرأة سماها له ، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلي المرأة فسألها عن ذلك ، فأنكرت أن تكون زنت ، فجلده الحد وتركها)) .
ودلالة الحجية القاصرة للإقرار صريحة في الحديث الشريف - .

المرتکز الثاني : قطعية دلالة الإقرار القضائي :

يكتسب الإقرار القضائي حجية قاطعة علي المقر ، عند صدوره مستوفياً شرائط صحته ، وعناصره التي يلزم توفرها لاعتباره قضائياً - . ويتمثل وجه قطعية الإقرار القضائي ، في غلبة صدق المخبر به ، وانتفاء تهمة الكذب وريبة الإفك فيه ^٢ - .

ولمّا كانت لمسائل الحدود الشرعية خصوصية في العقوبة والإثبات ، فقد اشترط الفقهاء ، بجانب شروط الإقرار العامة ، شروطاً أخرى خاصة يلزم توفرها في الإقرار في الأفضية الحدية ، بحيث لا يكتسب الإقرار قطعيته الموجبة للحد إلا عند استيفائه لتلك الشروط الخاصة التي نوجز بيانها فيما يلي :-

أولاً : أن يكون الإقرار بالحد في مجلس القضاء :

يشترط فقهاء الحنفية أن يكون الإقرار بالحدود في مجلس القضاء ، فإن أقر المتهم في غير مجلس القضاء ، لم يعدّ إقراره موجباً للحد . ولا يجوز إثبات الإقرار (بالحد) الذي يدلي به المتهم خارج مجلس القضاء بشهادة الشهود - عندهم - . جاء في بدائع الصنائع للكاساني :- ((...]) يشترط أن يكون الإقرار بالحدود الخالصة لله تعالى [، بين يدي الإمام - القاضي - فإن كان عند غيره ، لم يجز إقراره ، لأن إقرار ماعز كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو أقر في غير مجلس القاضي وشهد الشهود علي إقراره ، لا تقبل شهادتهم ؛ لأنه إن كان مقرراً فالشهادة لغو ؛ لأن الحكم للإقرار لا للشهادة ، وإن كان منكراً ، فالإنكار منه رجوع ، والرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة حقاً لله عز وجل صحيح ^٣)) - .

¹ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب إذا أقر الرجل بالزنا ولم تقر المرأة - .

² - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ١٢٥ - .

³ - بدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤١٨٩ - .

أما فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية ، فلا يشترطون أن يكون الإقرار بالحدود في مجلس القضاء ، فإذا أقر المتهم بالحد ، في غير مجلس القضاء ، جاز عندهم إثبات إقراره بالبينة أمام القضاء ، ومؤاخذه المقر بموجبه ¹ - . ويستدل الحنفية القائلون باشتراط مجلس القضاء ، في الإقرار بالحدود بما يلي :-

1- ما روي أن ماعز بن مالك ، أصاب جارية من الحي - أي زنا بها - فأقر لقومه فأرشدوه إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فذهب إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال : ((إني زنيت فأقم علي كتاب الله)) ، فأعرض عنه رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فذكر ذلك أربع مرات ، فقال النبي صلي الله عليه وسلم : ((إنك قد ذكرتها أربع مرات ، فبمن ؟ قال : بفلانة - . قال : ((هل ضاجعتها ؟)) قال : نعم . قال : ((هل باشرتھا ؟)) قال نعم . قال : ((هل جامعتها ؟)) قال : نعم . قال فأمر به أن يرمم فرجم ² ، وهناك روايات أخرى للحديث في كيفية الاستفصال - .

ووجه الدلالة في الحديث الشريف ، أن ماعزاً أقر لدي قومه ، فأرشدوه إلي النبي صلي الله عليه وسلم - ، فجاء مقراً أمامه صلي الله عليه وسلم ، فأعرض عنه، لعله يقلع أو يعدل عن إقراره ، فأقر ثانية ، وثالثة ، ورابعة ، وفي كل مرة يعرض عنه رسولنا الكريم صلي الله عليه وسلم ، إلي أن أقر أربعاً ، وعندئذ استجوبه النبي صلي الله عليه وسلم ، مستفصلاً ما أجمله ، وهو إستفصال واجب ³ علي القاضي ، لغرض الاستيثاق من وقوع الجريمة الحدية بكامل عناصرها ، وإغفاله إثم وجور في الحكم ، كما سبق لنا إيراده نقلاً عن ابن قيم الجوزية ، فتعيّن من ذلك كله أن يكون الإقرار بالحدود في مجلس القضاء - .

¹ - راجع شرح الزرقاني علي مختصر خليل ج ٨ ص ٨١ وأسني المطالب ج ٤ ص ١٣٢ والإقناع ج ٤ ص ٢٥٥ والمدونة الكبرى لأبي غانم الخراساني الأباضي ج ٢ ص ٢٤٥ والأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ علي قراعة ص ٨٧ وأصول المرافعات الشرعية للعمروسي ص ٧٧١ والتشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عودة - ج ٢ ص ٤٣٧ - .
² - رواه أبو داؤد في كتاب الحدود باب رجم ماعز بن مالك ومسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا - .
³ - راجع السراج الوهاج للحسيني البخاري ج ٦ ص ٣٥٣ وقد علق علي حديث ماعز قائلًا : ((وفيه دليل علي أنه يجب علي الإمام الاستفصال والبحث عن حقيقة الحال ...)) - .

٢- ما روي من أن الغامدية جاءت إلي النبي صلي الله عليه وسلم ، فقالت : ((يا رسول الله ، إني قد زنيت فطهرني ، فردّها ، فلما كانت من الغد قالت : يا رسول الله لم تردني ؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً ، فوالله إني لحبلي ...))^١ .
ووجه الدلالة أن الغامدية قد أقرت عند رسول الله صلي الله عليه وسلم فردّها ، فعادت مقرة في مجلس قضائه صلي الله عليه وسلم .

أما جمهور الفقهاء ، الذين لم يشترطوا مجلس القضاء في الإقرار بالحدود ، فقد استدلوا بما روي في حديث العسيف ؛ إذ قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : ((... واغد يا أنيس إلي امرأة هذا ، فإن اعترفت فأرجمها ، فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر بها رسول الله صلي الله عليه وسلم فرجمت^٢)) .

ووجه الدلالة في الحديث الشريف يتمثل في أن النبي صلي الله عليه وسلم أمر أنيساً بالذهاب إلي المرأة لمعرفة عما إذا كانت معترفة بما نسب إليها ، أم لا ، ولم يكن أنيس قد وئى القضاء - بل لم يكن قاضياً أصلاً ، لا قبل ذلك ولا بعده ، ورغم ذلك جاز الإدلاء بالإقرار أماله .

وفي الإطار التشريعي ، فقد أخذ قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م بالرأي القاضي باشتراط مجلس القضاء ، في الإقرار بالحدود ؛ إذ نصت المادة ٦٢ منه علي أنه : ((تثبت جريمة الزنا بأي من الطرق الآتية وهي : (أ) الإقرار الصريح بذلك أمام المحكمة ، ما لم يعدل عنه قبل البدء في تنفيذ الحكم... الخ-)) .
كما نصت المادة (٦٣) من ذات القانون علي أنه : ((مع مراعاة أحكام المادة ٦٢ ، تثبت سائر الحدود ، بأي من الطريقتين الآتيتين وهما : (أ) الإقرار الصريح ولو مرة واحدة أمام المحكمة ...)) .

وقد استقر العمل القضائي ، علي اشتراط الإدلاء بالإقرار أمام القضاء ، في دعاوى الحدود الخالصة لله تعالى ، وإلا فلا سبيل إلي إيجاب الحد الشرعي بموجب الإقرار^٣ .

^١ - رواه مسلم وأصحاب السنن أبو داود والترمذي والدارمي في كتاب الحدود والإمام أحمد في مسنده جزء ٤ صفحات ٤٢٩/٤٣٥ .
٤٣٧ / وجزء ٥ ص ٣٤٨ .

^٢ - سبق تخريج هذه الرواية في صفحة ٢٨٥ من هذه الدراسة .
^٣ - راجع قضية : ((حكومة السودان / ضد/ بابكر محمد محمود)) (١٩٨٥ م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٨٤ .

والسؤال الذي يجدر بنا طرحه هنا هو :

ما هو مصير الإقرار القضائي - أكرر القضائي - الذي يدلي به المتهم ، قبل مرحلة المحاكمة في دعاوى الحدود الخالصة لله عز وجل ؟
في الواقع لم يعهد فقهاؤنا ، ولا النظم القضائية التي سادت في أزمنتهم ، منهج التحقيق الابتدائي الذي يسبق مرحلة المحاكمة ، ومن ثم فلا ينصرف اشتراطهم لإيقاع الإقرار بين يدي القاضي ، أو بين يدي الإمام ، أو في مجلس القضاء ، إلا إلي إيجاب الإدلاء به أمام القاضي ، خلال المحاكمة ، وهو ذات ما حدث في إقرار معز والغامدية والجهنية وغيره من الإقرارات التي رواها أصحاب الصحاح والسنن والمسانيد .

ورغم ما قدّمنا ، وما يثار حول تكييف الإقرار الذي يدلي به المتهم أمام القاضي ، في مرحلة التحري¹ - ، فإننا نرجح اعتبار ذلك الإقرار ، إقراراً قضائياً ، لاستيفائه كافة شرائط الإقرار القضائي - ، غير أنه لا يتسنى تأسيس إدانة حدية بموجبه ، ما لم يطرح من جديد أمام قاضي الموضوع ، خلال المحاكمة² - . وعلي القاضي - خلال المحاكمة - تلاوة ذلك الإقرار القضائي علي المتهم ، وتدوين رأيه فيه - تأييداً كان رأيه أو اعتراضاً - ، وينبغي إتباع هذا المنهج وإن كان المتهم قد أجاب عن الدعوى الجنائية ابتداءً - ؛ إذ يلزم علي القاضي البحث في حقيقة الإقرار ، ومدى صحته ، وتوفير الشروط الشرعية فيه - . ورغم أن لقاضي الموضوع إجراء التقديم أو التأخير في إجراءات التقاضي - بحيث لا يكون ذلك مؤثراً في دفاع المتهم - ، إلا أن الأفضل دوماً ، أن يكون تلاوة القاضي لذلك الإقرار ، قبيل استجوابه للمتهم ، لاستيضاح الظروف التي قامت ضده - ؛ إذ قد

¹ - اختلفت تطبيقات المحاكم السودانية . بعضها إلي التوسع في مفهوم الإقرار القضائي باعتبار الإقرار المأخوذ بواسطة قاض في مرحلة التحري إقراراً قضائياً (راجع لهذه الطائفة مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٨م ص ٢١٠/٢١١ ح س /ضد/ بابكر مرحوم علي - بينما ذهبت بعض المحاكم إلي التضييق فلم تعتبر ذلك الإقرار قضائياً وقالت بأن الإقرار القضائي - فقط - هو الذي يتم أخذه في مجلس القضاء عند نظر الدعوى في مرحلة المحاكمة (راجع لهذه الطائفة مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٩ م ص ١٦٧ ح س /ضد/ محمد فضل الله وآخر - غير أن الأمر استقر علي رأي الطائفة الأولى في سمنار قضاة المحكمة العليا في يناير ١٩٩١م) - .

² - تنص المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري علي أنه : ((بحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه علي أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة)) - . ووجوب طرح الدليل أمام القاضي في الجلسة ، وأخذ رأي الخصم فيه ، مبدأ أساس في النظم التشريعية والقضائية المعاصرة ونجد هذا المعنى ذاته ، في المادة ٤ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤ م في تعريف (البيئة) - .

ينكر المتهم إقراره ، أو يستبين القاضي ظرفاً من شأنه الإسهام في تقويم دلالة الإقرار - .

ثانياً : أن يكون الإقرار صريحاً مفصلاً :

لا يكتسب الإقرار القضائي حجيته القاطعة ، الموجبة للحد ، إلا إذا كان صريحاً مفصلاً ، مبيّناً اقتراف المتهم لعناصر الجريمة الحدية كافة ، بحيث يتأكد يقيناً أن الجريمة المقر بها من قبيل الحدود ، دون أدنى شبهة دائرة للحد . فإن كان الإقرار بالزنا ، فيجب بيان كافة عناصر الجريمة الحدية - . قال البهوتي : ((...) ويعتبر أن يصرح) مقر ، (بذكر حقيقة الوطاء) ، لحديث ابن عباس ، (لما أتى ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم ، قال له : (لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت) قال : لا يا رسول الله . قال : (أنكحتها ؟ لا تكني) قال : نعم ، فعند ذلك أمر برجمه) ، رواه البخاري وأبو داود ، وفي حديث أبي هريرة قال للأسلمي : أنكحتها ؟ قال : نعم . قال كما تغيب المروءة في المكحلة والرشاء في البئر ؟ قال : نعم . قال : فهل تدري ما الزنا ؟ قال : أتيت منها حراماً ، ما يأتي الرجل امرأته حلالاً . قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرني . قال : فأمر به فرجم ... ولأن الحد يدرأ بالشبهة ، فلا تكفي فيه الكناية ...)¹ .

وفي تبصرة الحكام لابن فرحون : ((... وفي المازري : هل يلزم استفسار المقر أم لا ؟ ... وأختار بعض مشايخي القول بالاستفسار للحديث ...))² - أي حديث ماعز - ، وقد علق صاحب السراج الوهاج علي حديث ماعز بما نصه :- ((فيه دليل علي أنه يجب علي الإمام الاستفصال والبحث عن حقيقة الحال))³ .

ونشير إلي أن التقصير في استجواب المقر ، وعدم استفساره عن أركان الجريمة وعناصرها ، يؤدي إلي الخطأ في تكييف النازلة محل المحاكمة ، وكثيراً

¹ - شرح منتهي الإرادات للبهوتي ج-٣ ص ٣٤٨/٣٤٧ وراجع المغني لابن قدامة ٣٥٦/١٢ وشرح فتح القدير لابن الهمام ١٢/٥ وحاشية ابن عابدين ٩/٤ - وحديث ابن عباس رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقر : لعلك لمزت أو غمزت ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا ورواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود باب رجم ماعز بن مالك - أما حديث أبي هريرة فقد رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود باب سؤال الإمام للمقر هل أحصنت ومسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا - .

² - تبصرة الحكام لابن فرحون ١٩٦/٢ طبعة دار الكتب - .
³ - السراج الوهاج للحسيني البخاري ٣٥٣/٦ - ، وقد ذهب ابن قيم الجوزية إلي وجوب الاستفصال ، وبأن تركه إثم وجور في الحكم . وأنه يستفسر القاضي الشاهد ، والمدعي عليه ليستكشف الحال (راجع الطرق الحكمية ص ٢٤ طبعة دار الكتب العلمية / بيروت) - .

ما يدان المتهمون بجرائم الزنا واللواط - الحدية - ، بموجب إقرارات مجملة ،
ويبين عدم تحقق ما يوجب الحد ، عند طرح الدعوى للمحاكمة - من جديد في
مرحلة الاستئناف - ، ففي إحدى الدعاوى الحدية ، قضت المحكمة الابتدائية
الشرعية - بدولة قطر - ، بإدانة المتهمين بجريمة اللواط ، فقالت محكمة الاستئناف
الشرعية ما يلي : ((... وبجانب ما ذكر ، - أي كون الإقرار غير قضائي - ، فإن
إقرار المتهمين المذكورين ، أمام الشرطي المحقق جاء مجملاً ، ولا يثبت اللواط
بالإقرار المجمل ؛ ذلك أن من شرائط صحة الإقرار بالحدود ، أن يدلي المتهم
بإقراره بالحد مفصلاً ، بحيث يشتمل الإقرار كافة عناصر الجريمة الحدية ...
وعليه فلا وجه لإعطاء ذلك الإقرار غير القضائي الذي أدلى به المتهمان أمام
المحقق ، تلك الحجية التي أضفتها عليه المحكمة الابتدائية ، من حيث أصل الحجية ،
أو من حيث دلالاته علي فعل اللواط ^(١)) - .

وقد أخذت المادتان (٦٢ / أ) (٦٣ / أ) من قانون الإثبات السوداني لسنة
١٩٩٤م ، بوجود الإدلاء بالإقرار في الحدود الشرعية صراحةً - .

ثالثاً : تعدد الإقرار بالحدود :

اختلف الفقهاء في اشتراط تعدد الإقرار بالحدود ، فذهب المالكية والشافعية
والظاهرية ، إلي عدم اشتراط التعدد والاكتفاء بالإقرار مرة واحدة ، لا فرق في
ذلك بين الحدود والمعاملات - . مستدلين بحديث العسيف ؛ إذ قضى رسول الله
صلي الله عليه وسلم بحد الرجم بمجرد الاعتراف ، ولا ذكر في الحديث لتعدد
الإقرار - . كما يستدلون بحديث رجم الجهينة عند إقرارها مرة واحدة - .
ويستدلون بالمعقول : وهو أن التكرار لا يزيد من حجية الإقرار ، وتستوي
المرات مع المرات - .

أما الحنفية والحنابلة والزيدية والجعفرية ، فقد ذهبوا إلي اشتراط التعدد ،
فأبو يوسف وابن أبي ليلى والزيدية والجعفرية قالوا باشتراط تعدد الإقرار في
الحدود الخالصة لله تعالى بحسب عدد الشهود ، أي بالإقرار أربعاً في حد الزنا ،

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ٩٨ / استئناف حدود / ١٤١٨/٣٠ هـ الصادر في ١٤١٨/٤/٣٠ هـ الموافق ١٩٩٧/٩/٢م وراجع السابقة
السودانية ح س / ضد/ نعمات عبد المجيد م ع / غ / حدي / ١٨ / ١٩٩٣م - غير منشورة - .

ومرتين في حد السرقة وحدّ الخمر ، مستدلين علي اشتراط التعدد علي هذا النحو بما يلي :

١- ما رواه أبو هريرة قال : ((أتى رجل من الأسلميين رسول الله صلي الله عليه وسلم وهو في المسجد ، فقال : يا رسول الله : إني زنيت ، فأعرض عنه ، فتنحي تلقاء وجهه فقال : يا رسول الله : إني زنيت . فأعرض عنه ، حتى ثني ذلك أربع مرات ، فلما شهد علي نفسه أربع مرات ، دعاه رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال : ((ابك جنون ؟)) قال : لا . قال ((فهل أحصنت ؟)) قال : نعم . فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : أرحموه -)) .

قال ابن قدامة : ((ولو وجب الحد بمرة ، لم يعرض عنه رسول الله صلي الله عليه وسلم ؛ لأنه لا يجوز ترك حدّ وجب لله تعالى - . وروي نعيم بن هزال حديثه ، وفيه : حتى قالها أربع مرات ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (إنك قلتها أربع مرات فبمن ؟) قال : بفلان - ، رواه أبو داؤد - . وهذا تعليل منه يدل علي أن إقرار الأربع هي الموجبة . وروي أبي برزة الأسلمي ، أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه ، قال له عند النبي صلي الله عليه وسلم : (إن أقررت أربعاً رجلك رسول الله صلي الله عليه وسلم - . [أخرجه أحمد في المسند ٨/١] - ، وهذا يدل من وجهين : أحدهما أن النبي صلي الله عليه وسلم أقره علي هذا ولم ينكره ، فكان بمنزلة قوله ؛ لأنه لا يقر علي الخطأ - . الثاني : أنه قد علم هذا من حكم النبي صلي الله عليه وسلم ، ولو لا ذلك ما تجاسر علي قوله بين يديه ...)) .

٢- ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه : ((أتى بلصّ قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاعٌ فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (ما أخالك سرقت) قال : بلي . فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع -)) .

¹ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود باب سؤال الإمام للمقر هل أحصنت ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا ورواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب رجم ماعز بن مالك ، ورواه الإمام أحمد في مسنده ٤٥٣/٢ - .

² - المغني لابن قدامة ٣٥٥/١٢ وراجع بدائع الصنائع للكاساني ٤١٨٨/٩ وحاشية ابن عابدين ٩/٤ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ٧٠٣/٦٨٩ وشرائع الإسلام للحلي ١٥١/٤ - .

³ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود ، باب التلقين في الحدّ ، وابن ماجه في سننه كتاب الحدود ، باب تلقين السارق ، والإمام أحمد في المسند ٢٩٣/٥ - .

قال ابن قدامه : ((ويشترط فيه أن يعترف مرتين ، روي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة ... وقد روي أن النبي صلي الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ، فقال له : (ما أخالك سرقت) قال بلي ، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع ، ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره ، وروي سعيد عن هيثم وسفيان وأبي الأحوص وأبي معاوية عن الأعمش عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال : شهدت علياً وأتاه رجل ، فأقر بالسرقة فردّه ، وفي لفظ : فانتهره ، وفي لفظ : فسكت عنه . وقال غير هؤلاء : فطرده . ثم عاد بعد ذلك فأقر . فقال له علي : شهدت علي نفسك مرتين ، فأمر به فقطع . وفي لفظ: قد أقررت علي نفسك مرتين ، ومثل هذا يشتهر ، فلم ينكر ؛ ولأنه يتضمن إتلافاً في حدّ ، فكان من شرط التكرار ، كحد الزنا ؛ ولأنه أحد حجتي القطع ، فيعتبر فيه التكرار كالشهادة))¹ .

وقد اقتصر أبو حنيفة في اشتراط تعدد الإقرار أربعاً علي الزنا ، دون اشتراط التعدد في بقية الحدود ، مستدلاً بحديث الأسلمي الأنف ذكره ، بينما قال أبو يوسف باشتراط التعدد أربعاً في الزنا ، ومرتين في السرقة والخمر ، وقيل إنه رجع عن اشتراط التعدد في السرقة والخمر ، ووجه الاشتراط عنده يتمثل في أنهما حدان خالصان لله تعالى ، يلزم فيهما الاحتياط ، بحيث تنتفي ريبة الشك – أو الشبهة - ؛ ولأن الإقرار طريق للإثبات كالشهادة ، فوجب التكرار² .

وقد أخذ قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ، برأي القائلين بعدم اشتراط التعدد ، في الإقرار بالحدود ؛ إذ نصت المادة ٦٣/أ صراحة علي ثبوت سائر الحدود – ما عدا الزنا – بالإقرار الصريح ولو مرة واحدة أمام المحكمة ، أما المادة ٦٢/أ من ذات القانون فقد سكتت عن بيان المرات التي تثبت بها جريمة الزنا ؛ إذ نصت علي أنه : ((تثبت جريمة الزنا بالإقرار الصريح أمام المحكمة ...)) ، وسكوت المشرع هنا في مقام الحاجة إلي البيان ، قد أفضي إلي تعدد الاجتهادات القضائية ، وفقاً لتعدد الاجتهادات الفقهية في المسألة - ، ونجم عن ذلك اختلاف

¹ - المغني لابن قدامه ٤٦٥/١٢ - .
² - راجع تحفة الفقهاء للسمرقندي - ٣٢١/٣ - .

الأحكام القضائية في الوقائع المتماثلة¹ ، وكان الأجدد معالجة الأمر وفقاً للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن (الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر) ، فاللفظ هنا يفيد المرة يقيناً ، ولا ينصرف إلي مراتٍ أربع ، فيقتصر اللفظ فيما أفاده بيقين - .
والراجح عندي - بالنظر إلي الدليل - هو رأي القائلين بعدم اشتراط التعدد في الإقرار بالحدود ، لعدم زيادة الحجية بتكرار الإقرار ، وزيادة مراته ، فضلاً عن اضطراب روايات حديث ماعز بشأن المرات ، ووجود ما يدل علي عدم اشتراط التكرار في حديث الغامدية ، وحديث العسيف وغيرهما - .

تلك هي الشروط الخاصة التي يلزم توفرها في الإقرار الموجب للحدود ، وعلي القاضي تقصي حقيقة الإقرار ، ومدى توفر عناصر الحدّ ، كما أن عليه التثبت من توفر شروطه العامة ، وانتفاء ما يقدر في حجيته من شبهةٍ ، كما يلزم عليه التأكد من تجانس الإقرار مع دلالة البيّنات الأخرى ، فإن كان ثمة عدم تجانس بينها ، أو كان هناك جزءٌ من الإقرار مكذوباً بأدلةٍ أخرى ، فيصار إلي طرح الأدلة المكذوبة أو الجزء المكذوب ، وهذا يقودنا مباشرة إلي مناقشة مبدأ (تجزئة الإقرار) وموجباته - .

سلطة القاضي التقديرية في تجزئة الإقرار وموجباتها :

الأصل هو أن يؤخذ بالإقرار كلاً ، أو يطرح كلاً ، أما الأخذ بما فيه ضرر المقر ، وطرح ما فيه مصلحته ، فيعتبر مجحفاً بحق المقر ، وتمييزاً بزيادة فضل لمركز المقر له ، رغم الفائدة التي جناها من الإقرار ، والتي تتمثل في إعفائه من القيام بعبء إثبات المقر به ، علماً بأنه قد يكون أعزل عن سلاح الإثبات - .
غير أن هناك استثناء من هذا الأصل ، يتمثل في جواز تجزئة الإقرار ، إذا كان منصباً علي وقائع متعددة ، لا يستلزم وجود بعضها وجود البعض الآخر ، وقام دليل ظرفي أو مباشر بعدم صحة واقعة من تلك الوقائع المتعددة التي تشكل جوهر الإقرار - .

¹ - راجع مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٤م ص ٩٥ ح س / ضد/ محمد محمود طاهر م ع / م ك / ٨٤/٨٠ مكرر / حدي / ٢١ / ١٩٨٤م وفيها ما يفيد الاعتداد برأي الفقهاء بالإقرار أربعاً في الزنا ، وراجع مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٥م ص ٩٤ ح س / ضد/ مريم محمد عيد الله م ع / م ك / ٢١ / ١٤٠٥ مكرر م ع / حدي / ٢ / ١٤٠٥هـ وفيها ترجيح رأي القائلين بعدم اشتراط تعدد الإقرار أربعاً في الزنا - .

أما إذا كانت الواقعة محل الإثبات ، واقعة بسيطة ، غير مركبة من وقائع متعددة بالصفة الآتفة الذكر ، فأقر المتهم بما يطابقها ، فعندئذ يلزم الأخذ بإقراره كلاً ، فإن وجد موجب لطرحة فيطرحة بكامله - .

لقد كانت التشريعات الوضعية المعاصرة ، تمنع تجزئة الإقرار ، في المسائل المدنية والجنائية علي السواء ، فالنظام الفرنسي لم يكن يبيح مبدأ الاستثناء من أصل القاعدة¹ - ، كما أن النظام الأنجلوسكسوني يأخذ بصفة عامة بمبدأ عدم تجزئة الإقرار² - .

أما الفقه الإسلامي فقد كان أكثر مرونة وسموّاً ؛ إذ أخذ جمهور الفقهاء بمبدأ الاستثناء من الأصل ، بإجازة تجزئة الإقرار عند توفر موجبات ذلك³ - . وهذا المنهج الفقهي يعتبر من الدلائل العديدة التي تقطع بعلو مرتبة الفقه الإسلامي عامة وفيما منحه للقاضي من حرية الإثبات وحرية النظر في وزن الدليل خاصة ، وهي مرتبة تقاصرت بعض النظم الوضعية عن بلوغها ، وتأخرت إقالة عثرة بعضها الآخر ، فما عرفت مبدأ الاستثناء إلا من عهد قريب - .

وقد تواترت أحكام المحكمة العليا السودانية بأن : ((القاعدة العامة في قبول الاعتراف هي أخذه ككل ، دون تجزئة ، ولكن عند تقويم الاعتراف ، ينظر عما إذا كان هناك بينات أخرى ، تناهض جزءاً من الاعتراف ، فإذا وجدت مثل هذه البينة يجب إلغاء ذلك الجزء من الاعتراف))⁴ - .

وفي قضية : (ح س /ضد/ حسن هجام ذهب) قضت المحكمة العليا السودانية بأن تأخذ المحكمة من الاعتراف القضائي ما يتفق مع بقية البينات ، وأنه لا إلزام عليها بأخذ الاعتراف كله أو طرحة كله ، متي ثبت عدم صحة جزء من الإقرار بأدلة أخرى ، وقد ثبت في هذه الدعوى عدم صحة جزء من إقرار المتهم الذي كان قد اعترف بأنه ضرب المجني عليها - المتوفاة - بقبضة يده ، فأفضي

¹ - الإثبات في المواد الجنائية - د . محمود مصطفى ١٠٢/١ - .
² - راجع هامش كتاب الإثبات بين الأزواج والوحدة - د. محمد محي الدين عوض ص ٩٩ - .
³ - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام ٣٤٨/٣٤١/٣٣٥/٧ وتبصرة الحكام لابن فرحون ٥٩/٢ طبعة دار الكتب العلمية / بيروت - وفتح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش ٤٣٩/٦ وشرح منتهي الإرادات للبهوتي ٥٧٩/٣ و ٥٨١ والأصول القضائية ص ٨٥ وطرق الإثبات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٩٢ / ٢٩٣ - .
⁴ - ((١٩٧٤م)) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣١٠ ح س /ضد/ شاور أحمد النيل - .

ذلك إلى موتها ، وأنه لم يستخدم الفأس الذي كان يصطحبه معه في مسرح الجريمة وقد ثبت بدلالة التقرير الطبي بأن الوفاة ناتجة عن إصابة في الرأس بألة حادة - مثل الفأس - أحدثت كسراً في الجمجمة طوله فدل ذلك علي كذب جزء من إقرار المتهم ، وهو ادعاؤه الضرب بقبضة اليد ... ومن ثم تعين طرح الجزء المكذوب من الإقرار وتقرير ثبوت قصد إحداث الوفاة ^١ - .

وقالت محكمة النقض المصرية بأن : ((عدم تجزئة الاعتراف لا محل للقول به في المواد الجنائية ، حيث لا يفرض علي القاضي أن يتبع قواعد الإثبات المقررة للمواد المدنية ، بل له أن يكون عقيدته ، من أي دليل ، أو قرينة تقدم إليه ، مما مقتضاه أن يكون له كامل السلطة في تقدير أقوال المتهم ، لأخذ ما يراه صحيحاً منها ، والعدول عن المدلول الظاهر لهذه الأقوال ، إلي ما يراه المدلول الحقيقي المقبول عقلاً ، أو المتفق مع وقائع الدعوى وظروفها)) ^٢ - .

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقويم الإقرار غير الصحيح في المسائل الجنائية

يكون الإقرار غير صحيح ، عند فقدانه لشروط من شرائط صحته ، فيعتبره عيب في الإرادة أو الاختيار ، أو الأهلية ، وقد يفقد جراه ذلك حجيته تماماً كما قد تنقص تلك الحجية - . ويدرك القاضي تلك العيوب ، بالتحقيق من تلقاء نفسه ، أو من خلال التحقيق الذي يجريه في الدفوع - ، ونعرض أحوال حجية هذا النوع من الإقرار في البندين التاليين :-

¹ - ((١٩٧٢م)) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢١٢ وما بعدها وراجع أيضاً في ذات المجلة ص ١٩٢ ج س /ضد/ أحمد عبد العزيز وآخر وفي مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٨م ص ٢٠١ ح س /ضد/ سنوسي علي بله - .
² - نقض ١٦ مايو - ٥ ديسمبر ١٩٦٦م س ١٧ رقم ١١١ ، ٢٢٥ ص ٦١٩ ، ١٦ ديسمبر ١٩٦٦م رقم ٢٢٤ ص ١٠٩٩ - .

البند الأول :

أحوال الحجية المنعدمة للإقرار

تتعدم حجية الإقرار عندما لا يكون مؤدياً إلي كشف الحقيقة – كلياً أو جزئياً- بحيث لا يكون له أثر في تكوين يقين القاضي واقتناعه الشخصي - .
وأكثر حالات هذا النوع حدوثاً في أروقة المحاكم هو الإقرار بسبب الإكراه-،
ونفصل فيه البيان ثم نتناول الإقرار بسبب الإغراء ، كل علي حدة :-

إقرار المكره ومدى حجيته :

نبدأ ببيان من يوجه إليه عبء إثبات (الدفع بالإكراه في الإقرار) ، وذلك لما لمسناه من اضطراب في أمر توجيه عبء الإثبات . فإذا أقر المتهم بالتهمة محل المحاكمة ، في أية مرحلة من مراحل الدعوى ، سواء كان في مرحلة التحقيق الابتدائي ، أو المحاكمة ، ثم دفع بعدئذٍ بالإكراه ، مدعياً بأنه أقر بما نسب إليه بسبب الإكراه ، فيلزم علي القاضي عندئذٍ التحقيق في هذا الدفع الجوهرى ، وتوجيه عبء الإثبات بالوجه الشرعى - .

عبء إثبات الدفع بالإكراه في الإقرار :

يقع عبء إثبات الدفع بالإكراه علي عاتق مدعي الإكراه ؛ لأنه دفع بخلاف الأصل ؛ إذ الأصل في التصرفات والأقوال هو الطوع ، وعلي مدعي خلافه إثبات مدعاه ، وهذا هو مقتضى القاعدة الإثباتية – الذهبية – التي أرسنها شريعتنا الغراء (البينة علي المدعي)¹ .

يقول ابن قدامة : ((... ومن أقر بحق ، ثم ادعى أنه كان مكرهاً ، لم يقبل قوله إلا ببينة ، سواء أقر عند السلطان ، أو أقر عند غيره ؛ لأن الأصل عدم الإكراه ، إلا أن يكون هناك دلالة علي الإكراه))² - .

فالمتهم عندما يقر ابتداءً ثم يدفع بالإكراه بعدئذٍ ، فإنه يصير مدعياً لواقعة ناقله عن الأصل ، ويتعين عليه إثبات الناقل – أي المغيّر – أي الإكراه المدعي به-.

¹ - السنن الكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبيانات باب البينة علي من ادعى واليمين علي من أنكر ، ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام - .
² - المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٦٤ - .

وإبان عملي في دولة قطر تبين لي وقوع بعض القضاة في خطأ بيّن ، عندما يدفع المتهم بالإكراه في الإقرار ، ذلك أنهم يكفون ممثل الاتهام – (الادعاء العام) بعبء إثبات أن المتهم قد أقر أمام المحقق اختياراً ، فيقوم وكيل المدعي العام بتقديم المحقق لأداء شهادته بأنه لم يكره المتهم وبأن المتهم قد أقر أمامه طوعاً واختياراً- ، ومن عجب أنه في جلسة قضائية حضرها – أمامنا – وفد قضائي أجنبي زائر (رئيس قضاء جمهورية المالديف / ١٩٩٧م) ، تقدّم المتهم دافعاً لإقراره بأنه كان بسبب الإكراه ، فوجهت المحكمة إليه عبء إثبات الإكراه ، فقاطع كل من محامي المجني عليه ووكيل المدعي العام مطالبين بتوجيه عبء الإثبات إليهما ، لإثبات أن المتهم قد أقر أمام المحقق طوعاً واختياراً ، وأصرأ علي طلبهما - ، أليس عجباً أن يدعي خصم أمراً ، فيكلف الخصم الآخر إثبات ما ينفي دعوى خصمه — ؟؟؟ أو قل إثبات شيء آخر غير الأمر المدعي به ؟

إن الحالة الوحيدة التي يسوغ فيها سماع بينة الطوع في الإقرار ابتداءً ، هي حالة وجود قرينة قانونية تفيد بصريح النص افتراض عدم الإرادية ، أو انتفاء الطوع والاختيار في الإقرار الذي يدلي به المتهم أمام المحقق – المتحري - ، أو في الإقرار الذي يدلي به المتهم في غير مجلس القضاء عموماً ، ففي هذه الحالة يكون الثابت فرضاً ، أي الثابت بموجب النص التشريعي ، وهو (عدم الطوع) ، في حكم الأصل ، فيكلف ممثل الاتهام بإثبات الطوع والاختيار ، ولا يكلف المتهم بإثبات الإكراه - ، بل إن القاضي لا ينتظر من المتهم الدفع بالإكراه أصلاً ؛ لأن إثبات الطوع والاختيار عندئذٍ ، يكون تلقائياً من مهام ممثل الاتهام ، وعليه إثبات ذلك دون مرحلة الشك المعقول .

ولم يبق من هذا المنهج الإثباتي أثر يذكر في النظم التشريعية والقضائية المعاصرة ، وقد كان قائماً علي المغالاة في الاعتداد بقرينة (البراءة الأصلية) ، وفي ظلّه كان تكليف المتهم بعبء الإثبات – أي إثبات دفوعه - ، أو أعمال مبدأ تنقل عبء الإثبات ، خروجاً عن مقتضى قرينة أصل البراءة . ومن ثمّ كان علي ممثل الاتهام – وكيل المدعي العام – (النيابة العامة) إثبات أركان الجريمة

وعناصرها ، فإذا دفع المتهم بدفع ، لم يكلف بإثبات الدفع ، وإنما علي ممثل الاتهام دحض الدفع بالدليل القاطع - . فلما تبين أن هذا المنهج يضر بدفاع المتهم ، من حيث يحسب أنه يحسن صنعا ، بمغالاته في الاعتداد بأصل البراءة ، لم يكن ثمة بد من هجره ، فأخذت النظم التشريعية والقضائية المعاصرة - ومن قبلها الشريعة الإسلامية كما بيّناه آنفاً - بمبدأ تنقل عبء الإثبات في المسائل الجنائية ، فإذا أثبت ممثل الاتهام أركان الجريمة وعناصرها وإسنادها ، فقدم المتهم دفعا بظرف ، كجنون أو إكراه - أو غيرهما ، فيجب علي المتهم إثبات دفعه ¹ - .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((إثبات أن الاعتراف صادر عن غير طوعية يقع علي المتهم نفسه)) ² - . فإن عجز عن الإثبات ، وتحقق القاضي من سلامة الإقرار ، واستيفائه لشروط صحته قضى بموجبه - .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((من المقرر أن الاعتراف في المسائل الجنائية من العناصر التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات ، ولها دون غيرها البحث في صحة ما يدعيه ، من أن الاعتراف المعزو إليه ، قد انتزع بطريق الإكراه ، ومتى تحققت أن الاعتراف سليم مما يشوبه واطمأنت إليه ، كان لها أن تأخذ به ، بما لا معقب عليها)) ³ - .

مدي الإثبات المطلوب للدفع بالإكراه في الإقرار :

من المعلوم أن المتهم لا يكلف بإثبات دفعه بما يفيد الجزم واليقين ، أو دون مرحلة الشك المعقول ، بل يكفي أن تثير بينة المتهم شكاً معقولاً ، فيصار إلي مقتضي قرينة البراءة الأصلية - ، يقول ابن رجب في القواعد : ((ولو أحضر إلي سلطان ، فأقر ثم أنه دهش ، ولم يعقل ما أقر به ، لم يقبل ، نص عليه أيضاً ،

¹ - راجع الإثبات بين الأزواج والوحدة د. محمد محي الدين عوض ص ٥٠/٢٩ وتعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي / عبد الرحمن شرفي ص ٢٩/٢٨ - .

² - مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٣م ص ٢٨٨ ح س / ضد/ محمد أحمد موسي - .

³ - طعن رقم ٦٣٩ لسنة ١٩٤٦م ق جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨ س ٢٦ ص ٣٦٧ وراجع كتاب استجواب المتهم فقهاً وقضاءً - المستشار عدلي خليل ص ١٥٢ - .

ويتخرّج قبوله ، إذا ظهرت منه أمانة ذلك ، من تلجلجه في الكلام ، ورعدةٍ ونحوها))^١ - .

وواضح في نص ابن رجب الحنبلي ، أن ثبوت مجرد تلجلج المتهم ، أو رعدته ، حال إقراره ، كان كافياً لإثبات دفعه بأنه أقر ، إقراراً غير إرادي - أي بطلان إقراره - ، وثبوت بطلان الإقرار ، في النص الآنف ذكره - كان بدليل يعتبر من قبيل القرينة القضائية البسيطة . فدل ذلك علي أنه لا يشترط في المتهم أن يثبت دفعه بدرجة الجزم واليقين - أو دون مرحلة الشك المعقول - ، وإنما يكفي إثارة الشك المعقول علي صحة مدعاه ، أو علي عدم صحة دعوى الخصم - ؛ إذ القاعدة الفقهية تقضي بأن (اليقين لا يزول بالشك) ، والبراءة ثابتة من حيث الأصل بيقين ، فلا تزول إلا بيقين - .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن الدفع بأن الاعتراف القضائي لم يقدم عن طواعية ، لا يتطلب إثباتاً فوق مرحلة الشك المعقول ، ويكفي أن يثير المتهم الشك في ذهن المحكمة حول انتفاء عنصر الاختيار ، عند الإدلاء بالاعتراف^٢ - . ولا مجال للتقابل والترجيح بين بينتي الطوع والإكراه في الإقرار ، في المسائل الجنائية ، - خلافاً للمسائل المدنية - ، إلا عند قيام المتهم بإثبات الدفع بالإكراه في الإقرار بأدلة ظرفية ، مثل إثبات الضرب بدلالة تقرير طبي ، فيقوم الاتهام بذات الوسيلة بإثبات قدم الضرب ، أو إثبات عدم تزامنه مع الإقرار - .

العنف الذي يتحقق به الإكراه :

بايجاز نذكر بأن الإكراه في الإقرار ، يتحقق بما يفوت النفس ، أو العضو ، أو بما يوقع الإذى علي المكروه ، أو علي أحد من ذوي قرباه - المحارم - ، بوسائل مادية أو معنوية ، ومن قبيل الإكراه المادي : الضرب والحرق والخنق والصعق والحبس والقيود والحرمان من الطعام أو النوم أو الشرب أو الجلوس أو الرقاد أو

¹ - القواعد - لابن رجب ص ٣٢٣ في القاعدة الحادية والخمسين بعد المائة ، وراجع الإثبات بين الأزواج والوحدة د. محمد محي الدين عوض ص ٦٨ - .

² - (١٩٧٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٦٤ ح س /ضد/ أحمد محمد حماد - ، وراجع أيضاً مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٦٨م ص ٥ ح س /ضد/ معتصم عبد الرحمن آدم - .

قضاء الحاجة وما شابه ذلك ، مما يتبحر في معارفه بعض المحققين والعاملين في الأجهزة الأمنية - .

أما الإكراه المعنوي ، فيكون بالتهديد بما يحدث رهبة في النفس ، بحيث يؤثر في التكوين الطبيعي للإرادة ، فالإكراه في الجملة هو ما يُعَدِّم الرضا ويفسد الاختيار ، وهو يختلف من حال إلى حال ، بالنظر إلى نوع المكره به ، أو المكره ، أو المكره - .

ويوجب تفاوت الأحوال ، علي القاضي التحقيق الموضوعي ، للتحقق من توفر ظرف الإكراه من عدمه ، علي ضوء ضوابط النظر المتمثلة في مراعاة ملابسات الحال ، كقدرة المكره علي تحقيق ما أكره به من الإذى ، وعجز المكره عن دفعه ، وكون المكره عليه معيناً وغير مباح ، وأنه غلب في ظن المكره تنفيذ المكره لما توعد به - عند عدم الامتثال إليه ، وأنه غلب في ظن المكره تخلصه من حالة الرهبة عند إتيانه ما أكره عليه^١ - . فإن تحقق القاضي من توفر ما ذكر ، وتبين من حال الأشخاص وتفاوتهم ، كان ذلك أدعي لإقامة الموازين القسط ؛ لأن ما يعتبر إكراهاً لذوي المروءة ، لا يعدّ إكراهاً للزاعر الفاجر ، وصفع ذوي المروءة في الملاء ، قد يكون إكراهاً ، أما في حق الفساق ومعتادي الجرائم فلا ، بل إن حمل ذوي المروءة إلي مجلس القضاء قد يكون إكراهاً ، بينما لا يعدّ حبس المعروف بالدعارة إكراهاً. قال سحنون : ((وإذا رفع للقاضي رجل يعرف بالسرقة والزعارة ، فادعي ذلك عليه رجل ، فحبسه لاختبار ذلك ، فأقر في السجن ، بما ادعي عليه من ذلك ، فذلك يلزمه . وهذا الحبس خارج عن الإكراه^٢)) - .

وفي معرض النظر في ملابسات الحال ، قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر ، بأن القيد الحديدي - الكلبش - والحبس قد لا يكونان إكراهاً ، إذا حدثا لسبب اختلقه المتهم^٣ - .

^١ - راجع تعارض البيانات القضائية - عبد الرحمن شرفي - ص ٣١٦/٣١٥ - .

^٢ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١٢١ - .

^٣ - راجع الحكم الاستئنافي رقم ٢٥٨ / استئناف حدود / ٣٢٠ / ١٤١٧ هـ الصادر بتاريخ ١٤١٧/٨/٢٣ هـ الموافق ١٩٩٧/١٢/٢٣ م - .

وفي حالة أخري ، قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((إجراء طابور التعرف علي المتهم ، بواسطة الكلب البوليسي وسيلة من وسائل التحري ، ولا تعتبر نوعاً من أنواع الضغط علي المتهم بما يؤثر في إرادته ، وأنه لا يبطل ما يدلي به المتهم من اعتراف ، نتيجة التعرف عليه بواسطة الكلب البوليسي ، ولا يتعارض استعمال الكلب مع عنصر الاختيار ، إلا إذا صاحب التعرف علي المتهم شراسة أو وحشية من الكلب نحو المتهم))^١ - .

والخلاصة : أن علي القاضي التحقيق في كل حالة ، علي ضوء الملابسات والظروف التي تحتف بها ، وصولاً إلي عين الحقيقة - .

مدي حجية إقرار المكره :

ذهب جمهور الفقهاء إلي بطلان الإقرار الذي يدلي به المتهم المكره بصنف من صنوف الإيذاء - . جاء في المغني :- ((وأما المكره فلا يصح إقراره ، بما إكره علي الإقرار به ، وهذا هو مذهب الشافعي ، لقول رسول الله صلي الله عليه وسلم : (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))^٢ - .

وفي المبسوط للسرخسي أنه : ((إذا أقر بالسرقة عند العذاب ، أو عند الضرب ، أو عند التهديد بالحبس ، فأقراره باطل . لحديث ابن عمر رضي الله عنه : (ليس الرجل علي نفسه بأمين إن جوّعت أو خوفت أو وثقت) - . وقال شريح رحمه الله تعالى : (القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد والضرب كره -) ، وهذا لأن الإقرار إنما يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فلما امتنع من الإقرار حتى هدّد بشيء من ذلك ، فالظاهر أنه كاذب في إقراره))^٣ - .

وقد استثنوا من حكم بطلان الإقرار ، حالة المتهم المعروف بالفجور ، معتاد السرقة ، أو قطع الطريق ، أو القتل ونحو ذلك ، فأجازوا حبسه ، فإن أقر وهو في الحبس ، صحّ إقراره ، بدلالة أمر النبي صلي الله عليه وسلم ، الزبير بن العوام بتعذيب المتهم الذي غيب ماله ، حتى أقر ، وكان هو زيد بن سعيد ، عم حيي بن

^١ - (١٩٧١م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٩٥ ح س /ضد/ كوكرو تيه أنقلو وآخر - .
^٢ - المغني لابن قدامة ٢٦٤/٧ والحديث رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي ، وراجع نصب الرأية للزيلعي ٦٤/٢ - ٦٦ - .
^٣ - المبسوط للسرخسي ج٩ ص ١٨٥ وراجع النهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٧١٨ - .

أخطب ، إذ سأله : (أين كنز حيي ؟) فقال : يا محمد اذهبتَه النفقات - . فقال للزبير : (دونك هذا) ، فمسّه الزبير بشيء من العذاب ، فدلهم عليه في خربة ^١ - .

قال العاصمي :

وحكموا بصحة الإقرار * * * من زاعر حبس لاختبار

وذهب بعض المتأخرين من الحنفية ، وبعض المالكية ، - في غير المعتمد من المذهبين - ، إلي القول بحجية إقرار المكره عموماً - . قال ابن عابدين : ((وفي إكراه البزازية : من المشايخ من أفتي بصحة إقراره مكرهاً . وعن الحسن : يحل ضربه حتى يقر ، ما لم يظهر العظم . ونقل عن ابن العز الحنفي : (صح أنه عليه الصلاة والسلام ، أمر الزبير بن العوام ، بتعذيب بعض المعاهدين ، حين كتم كنز حيي بن أخطب ، ففعل ، فدلهم علي المال) ، قال : وهو الذي يسع الناس ، وعليه العمل ، وإلا فالشهادة علي السرقات من أندر الأمور ، ثم نقل عن الزيلعي في آخر باب (قطع الطريق) : جواز ذلك سياسةً ، وأقره المصنف ، تبعاً للبحر وابن الكمال ، زاد في النهر : وينبغي التعويل عليه في زماننا لغلبة الفساد)) ^٢ - .

وقد أخذت النظم التشريعية والقضائية المعاصرة بضرورة الإدلاء بالإقرار بمحض الاختيار ، إذ نصت بذلك المادتان (٢/٤٣) (٢/٦٠) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م ، كما نصت المادة ٢/٢٤ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م - الملغي - ، والمادة ٢/٢٠ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((لا يكون الإقرار صحيحاً في المسائل الجنائية ، إذا كان نتيجة لأي إغراء أو إكراه -)) . ولا نري وجهاً لتخصيص بطلان إقرار المكره ، بالمسائل الجنائية - ، علي نحو ما في المادة الأنفة الذكر ؛ لأن الإكراه يبطل الإقرار في كافة المسائل ^٣ - .

¹ - راجع الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية ص ١٠٤/١٠٣ وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١٢١ وشرح النيل وشفاء العليل ج٧ ص ٦٤٧ - .

² - حاشية ابن عابدين ج٦ ص ١٤٦ طبعة دار الكتب العلمية / بيروت ١٩٩٤م - .

³ - راجع تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي - عبد الرحمن شرفي - صفحات ٥١٨/٥١٩ وراجع أثر الإكراه في بعض التصرفات المستثناة في صفحات ٣١٦/٣١٧ من نفس المرجع - .

ورغم ما ذكر آنفاً ، من آراء فقهية ، ونصوص قانونية ، فإن الأجدر بالإتباع هو : ترك تقدير الإكراه ، والتبيين من صدور الإقرار بسببه ، وتقدير أثره علي المقر ، وتقويم حجية الدليل ، إلي قاضي الموضوع ، ليمارس سلطته التقديرية بضوابطها بلوغاً إلي الاقتناع الشخصي - .

وقد أحسنت محكمة الاستئناف الشرعية - بدولة قطر - حين ناقشت بينة الإكراه ، علي ضوء قواعد قبول البيئات ، وخلصت إلي تقويمها ؛ إذ قالت : ((... لقد عجز هذان المتهمان عن إثبات ما ادعياه ، من صدور إقرارهما بسبب الإكراه ؛ إذ استشهدا أمام محكمة الاستئناف الشرعية ، بثلاثة شهود هم : ... و ... من شرطة ... ، فلم يشهد الأول بشيء من الإكراه ، بينما شهد الشاهدان الثاني والثالث، برويتهما للمتهم ... ، مقيداً بالقيد الحديدي - الكلبش - ، وقالاً بأنه وضع في القيد الحديدي ؛ لأنه كان في حالة هياج وثورة ، ويتهدد رجال الشرطة ويتوعدهم بالانتقام ، كما شهدا بأن وضع المتهم المذكور في القيد الحديدي كان فقط بغرض حفظ النظام والأمن داخل مركز الشرطة ، ولم يكن للتعذيب أو الإكراه ، ومن ثم ينتفي الإكراه المدعي به ، بل ثبت بالبينة الشرعية الأنفة الذكر ، انقطاع الصلة بين القيد وبين أخذ تلك الأقوال التي أدلي بها المتهمان المذكوران ، وإزاء ما سبق تقرر الهيئة الاستئنافية الشرعية - الدائرة الثانية - صحة أقوال المتهمين الثاني والثالث في محضر الشرطة ، وصدورها بالوجه الشرعي))¹ - .

إن محكمة الاستئناف الشرعية ، قد مارست سلطتها التقديرية علي ضوء قواعد الإثبات ، ورفضت الاعتداد ببينة الإكراه ، بناءً علي نقطتين جوهريتين ، أولاهما : حدوث الإكراه بوجه حق ؛ إذ كان وضع المتهم في القيد الحديدي ، عملاً مشروعاً ، اقتضته ضرورة حفظ الأمن ، في مركز الشرطة ، ولا يجوز للمتهم أن ينعي أو يستفيد من ظرف صنعه بنفسه ، وثانيتها : عدم توفر العلاقة بين وضعه في القيد الحديدي ، وبين الإقرار الذي أدلي به ، ومن المعلوم أن الواقعة إذا لم تكن متعلقة بالدعوى أو الدفع ، فلا تكون بينتها مقبولة - .

¹ - حكم محكمة الاستئناف الشرعية رقم ٢٥٨ / استئناف حدود / ٣٢٠ / ١٤١٧ هـ الصادر في ١٤١٧/٨/٢٣ هـ الموافق ١٩٩٧/١٢/٢٣ م - .

أما إذا كانت واقعة الإكراه ، متعلقة بالدعوى ، أو الدفع القاضي بصدور الإقرار بسببه ، وكانت منتجة ، فإن بينة الإكراه تكون مقبولة ، ومن ثمّ فلا يعتد بالإقرار - ، وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : ((إذا اعترف متهم قضائياً في مرحلة التحري ، بارتكاب الجرم ، وكان وقتها في حراسة البوليس ، ثم أيد ذلك عند استجوابه بواسطة محكمة الإحالة ، وكان لا يزال بالحراسة ، ثم عدل عنه في المحكمة الكبرى ، وأثبت أنه أدلي بالاعتراف نتيجة الإكراه والتعذيب البدني والمعنوي ، فإن اعترافه في مرحلة التحري والإحالة ، لا قيمة له في البينة))^١ - .

الإقرار تحت تأثير الإغراء :

الإقرار تحت تأثير الإغراء ، يأخذ ذات حكم إقرار المكره ، لاتحادهما في علة الحكم ، وهي انعدام الرضا وفساد الاختيار ، وقد سبق أن أوردنا نص المادة (٢/٢٠) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م والتي تقضي ببطلان الإقرار تحت تأثير الإغراء - .

غير أنه يستثني من هذا الحكم ، إقرار المتهم الذي يعرض عليه العفو مقابل إقراره ؛ إذ يعتد بإقراره ويؤخذ بموجبه إن أخلّ بشيء من تعهده^٢ - ، فإن أوفي بتعهده ولم يخف شيئاً من الحقيقة ، فإن بعض القوانين تعفيه عن الإدانة ((المادة ٨٥ من قانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ١٩٧١م = الملغي =)) وبعضها تعفيه عن العقوبة ، أو تنفيذ العقوبة ، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١/٥٩ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م - . أما في حق بقية المتهمين - المقر ضدهم - فإن ذلك الإقرار يعتبر بينة ضعيفة ؛ لأنها لا تخرج عن كونها

^١ - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٦١ - ح س / ضد/ آدم أحمد عمر - .
^٢ - المادة ٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية القطري (قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م) - .

(بينة شريك)^١ ، مشوبة بتهمة جر النفع ، التي تضي مزيداً من الوهن في دلالتها وقيمتها الاستدلالية - .

وقضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((من يقبل العفو ، يجمع مع كونه شريكاً ، اعتباراً آخر وهو أن له مصلحة بينة فيما يدلي به ، فبينما دافع الشريك هو توريط رفيقه في الجريمة ، فإن من يقبل العفو يلتزم فرص خلاصه الشخصي ، في مدي نجاحه في توريط شخص آخر ، مما يدفعه إلي المغالاة والاشتطاط ، ولهذا السبب ، ينبغي النظر إلي شهادة من منح العفو علي أنها أقل جدارة بالثقة من الشريك العادي -))^٢ - .

الإقرار الصوري ومدى حجتيه :

الإقرار الصوري هو الذي يدلي به المتهم مواضعةً ، أو تلجئةً ، بأن يقر علي نفسه بخلاف الحقيقة ، تحصيلاً لنفع مشترك ، أو دفعاً لضرر عن آخر - . ومن قبيله : أن يقر شخص ، دفعاً للضرر عن قريب عزيز أو ما شابه ذلك - . فإذا ثبت أن الإقرار كان مواضعةً أو تلجئةً ، اعتبر صورياً ، ولم تؤسس عليه إدانة جنائية^٣ - .

وقضت المحكمة العليا السودانية بأن الإقرار إذا صاحبه من القرائن ما يرجح معه كذب المقر ، علي جانب صدقه ، إما لضرر يدفعه عن نفسه ، يراه في تقديره أسوأ من الضرر الذي يلحقه بسبب الإقرار ، أو لمصلحة يجرها لنفسه ، تربو علي ما يفوته بإقراره ، أو كان مأجوراً في إقراره ، لتحمل المسؤولية عن

^١ - هذا الاستثناء له صنو في الفقه الإسلامي إذ يروي أنه : (أتى سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بجارية ، فشهد عليها شهود : أنها بغت . وكان من قصتها أنها كانت يتيمة عند رجل ، وكان للرجل امرأة ، وكان الرجل كثيراً ما يغيب عن أهله . فشبت اليتيمة جميلة ، فتخوفت المرأة أن يتزوجها زوجها عند عودته ، فدعت بنسوة من جيرانها فأمسكنها ، ثم اقتضتها بأصبعها . فلما قدم زوجها سأل امرأته عن اليتيمة ، فرمتها بالفاحشة ، وأقامت البينة من جيرانها علي ذلك فرفع الأمر إلي سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه . فقال للرجل : أذهب بها إلي علي بن أبي طالب . فاتوا بها علياً وقصوا عليه القصة . فقال للمرأة الرجل : ألك بينة ؟ فقالت : نعم هؤلاء جيرانني يشهدون عليها بما أقول . فأخرج علي السيف من غمده وطرحه بين يديه ثم أمر بكل واحدة من الشهود فأدخلت بيتاً ، ثم أتى بامرأة الرجل فأدارها بكل وجه ، فأبنت أن تزول عن قولها ، فردها إلي البيت ... ثم دعاء بإحدى الشهود - النساء - وجئت إلي الحق ، وأعطيتهما ركبتيه وقال لها : أتعرفيني : أنا علي بن أبي طالب وهذا سيدي ، وقد قالت امرأة الرجل ما قالت ، ورجعت إلي الحق ، وأعطيتهما الأمان ، فأصدقيني ، وإلا ملأت سيدي منك . فالتفتت المرأة إلي علي فقالت : يا أمير المؤمنين : الأمان علي الصدق ؟ فقال لها علي : فأصدقيني . فقالت : لا والله ما زنت اليتيمة . ولكن امرأة الرجل خشيت من حسننها وفساد زوجها ، فسقتها المسكر ودعتنا فأمسكناها فأقتضتها بأصبعها ... فأوجب علي رضي الله عنه علي المرأة حد القذف وألزمها ومن ساعدها المهر أربعمائة درهم - فما أعطاه سيدنا علي من الأمان هو ذات نظام العفو وقد اعتد به في قضائه - . (من لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ١٢ وراجع الطرق الحكمية لابن القيم ص ٦١) - .

^٢ - ((١٩٩٢ م)) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٠/٥٩ م ع / ط ج / أد / ٢ / ١٤٠٦ هـ ج س / ضد/ عمر محمد الطيب - .
^٣ - كانت تنص المادة ٣/٢٥ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٢م علي أنه في المسائل الجنائية لا يشكل الإقرار بينة قاطعة ... إذا أعتزته شبهة كقصد التستر علي الفاعل الأصلي - .

غيره ، فلا يكون دليلاً صحيحاً صالحاً لتأسيس الإدانة عليه ، وذلك لترجح الكذب فيه ، وعند إطلاع القاضي علي علة الإقرار فيلزمه طرحه ، وعدم الالتفات إليه ، لأنه إقرار يخالف حقيقة الواقع ^١ .

وفي إحدى الدعاوى ، كان المتهمان ... و ... من الفريق (أ) قد قتلا شخصين من الفريق (ب) ، خلال مشاجرة بين الفريقين ، وأقر المتهم الأول ... بأنه هو وحده الذي قتل المجني عليهما ، بينما أنكر المتهم الثاني ... ارتكابه جريمة القتل، أو اشتراكه في ارتكابها مع المتهم الأول . إلا أن الأدلة الأخرى ، أثبتت أن المتهم الأول كان كاذباً في إقراره ، وأن المتهم الثاني كان كاذباً في إنكاره ؛ وأن المتهم الثاني شارك مع المتهم الأول في قتل المجني عليه الأول ، كما ثبت أن المتهم الثاني وحده هو الذي قام بقتل المجني عليها الثانية - . فصدر الحكم بإدانتها بجريمة القتل العمد ، ومعاقبتهما بالإعدام شنقاً حتى الموت - . وقالت المحكمة العليا السودانية في أسباب حكمها ما يلي : ((أما عن المتهم الثاني من الفريق (أ) ، فإن موضوعه أكثر تعقيداً وجساماً . وقد أنكر هو من جانبه اشتراكه في الطعن والضرب ، ونجد أن زميله المتهم الأول (أ) حاول أيضاً أن يحميه ، وأن يتحمل هو وحده المسؤولية عن الحادث - ؛ إذ زعم أنه هو - أي المتهم الأول - الذي طعن القاتل الأول ، والذي طعن أيضاً القتيلة الثانية - . ولكن جاءت البيانات التي اطمأنت إليها المحكمة متعارضة مع هذا ... [وبعد عرض البيانات المتعارضة مع الإقرار استرسلت المحكمة العليا قائلة] : ومن هنا جاءت ثقة المحكمة في أن ما ذكره هذا المتهم الثاني من الفريق (أ) كان مجرد كذب ، وأن مزاعم زميله - المتهم الأول من الفريق (أ) - كان مجرد محاولة للتستر عليه ، وحصراً للمسئولية في نفسه ، فقد كان يعلم أنه شخصياً مورط تورطاً لا خلاص منه ، ويبدو أنه فضل أن يحمل هو كل العبء ، وأنه إن كان لا مناص من العقاب ، فخير لهما أن يقع سوطه علي ظهر واحد ، بدلاً من أن يصيب كليهما ...)) ^٢ - .

^١ - (١٩٨٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٣١ م ٤/ع / ف ج / ١٩ / ١٩٨٤م - ح س / ضد/ شمس الدين أبو بكر - .
^٢ - ((١٩٧٩م)) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٠١ و ص ١٠٦/١٠٥ رقم م ٤/ع / م ك/ ٧/ ١٩٧٩م = ح س / ضد/ حسن محمد متعني وآخر - .

إقرار بقية فاقد الأهلية - وحجته :

يذهب جمهور الفقهاء إلي أنه ، لا قيمة لإقرار فاقد الأهلية ، في المسائل الجنائية ، لانتهاء شرط صحة ، يلزم توفرها في المقر . فإن ادعى المقر بأن إقراره ، كان حال إصابته بالجنون أو العته - أو غيرهما مما يغيب العقل ، وأثبت مدعاه ، فلا حجية لذلك الإقرار بعدئذٍ - .

ويأخذ ذات الحكم كل مغيب للعقل ، سواء كان بسبب إرادي ، أو بسبب غير إرادي ، بمباح أو بمحرم - .

ويستدل الجمهور علي عدم حجية إقرار فاقد الأهلية بما يلي :-

١- ما روي عن علي رضي الله عنه ، أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال : ((رفع القلم عن ثلاث ، عن المجنون المغلوب علي عقله حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم))^١ - .

٢- ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))^٢ - .

والحديثان صريحان في عدم ترتيب أثر علي أقوال وأفعال من ذكروا ؛ ولأن العقل هو مناط التكليف ، فإذا انعدم ، لم يكن ثمة أهلية للإنسان ، ولم يصح إقراره بما يوجب عليه مسئولية جنائية - أو مالية من أرش أو حكومة - .

وقد اختلف الفقهاء في إقرار السكران ؛ إذ ذهب المالكية والإمامية الجعفرية إلي عدم حجية إقرار السكران ، - مطلقاً - ، قال الدسوقي : ((...) قوله : وكذا السكران) أي فلا يؤخذ بإقراره ؛ لأنه وإن كان مكلفاً ، إلا أنه محجور عليه في المال ... وكما لا يلزمه إقراره ، لا تلزمه سائر عقوده من بيع وإجارة وهبة وصدقة وحبس ، بخلاف جنائياته فإنها تلزمه))^٣ - .

^١ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب المجنون يسرق أو يصيب حداً ، وللحديث طرق أخرى . قال الزيلعي : أمثلها ما رواه أبو داؤد ، وطرق الحديث تعضد بعضها بعضاً (نصب الراية ج٤ ص ١٦٢) - .
^٢ - رواه ابن ماجة في باب طلاق المكره والناسي ، والحاكم في المستدرک في الطلاق ، وقال : صحيح علي شرط الشيخين ولم يخرجاه (راجع نصب الراية ج٢ ص ٦٤) - .
^٣ - حاشية الدسوقي ج٣ ص ٣٩٧ وراجع شرائع الإسلام - للحلي ج٣ ص ١٥٢ - .

وفرق فقهاء الحنفية والحنابلة بين السكران بمحرم ، والسكران بمباح ، فجعلوا إقرار السكران بمحرم - معصية - ملزماً ، فيما سوي الحدود الخالصة لله تعالى ؛ إذ لا حجية فيها لإقرار السكران ، لانعدام إرادة الإقرار ، وهي شبهة دارئة - ، أما السكران بمباح ، أو بسبب معذور فيه ، فهو كالمجنون لا حجية لإقراره ¹ - .

وهناك رأي في المذهب الحنبلي - رجحه ابن قدامة الحنبلي - يقضي بعدم حجية إقرار السكران ، ولو كان سكره بما يزيل عقله ، وكان عامداً ، من غير حاجة - . جاء في المغني : ((ومن زال عقله بسبب مباح - أو معذور فيه - فهو كالمجنون ، لا يسمع إقراره بلا خلاف . وإن كان بمعصية كالسكران ، ومن شرب ما يزيل عقله ، عامداً ، لغير حاجة ، لم يصح إقراره ، ويتخرّج أن يصح ، بناءً علي وقوع طلاقه . وهو منصوص الشافعي ؛ لأن أفعاله تجري مجري الصاحي . ولنا : أنه غير عاقل فلم يصح إقراره ، كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ، ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ، ولا تنتفي عنه التهمة ، فيما يخبر به ، فلم يوجد معنى الإقرار ، الموجب لقبول قوله)) ² - .

أما الشافعية فقد اعتدوا بإقرار السكران ، سواء كان سكره بمسكر ، أم بمباح ، لغير حاجة ، وسواء كان إقراره بحدّ أو غيره . فإن شرب المسكر ، أو دواءً مزيلاً للعقل بغير حاجة ، ثم أقر ، فيؤخذ بإقراره ، فإن كان إقراره بعد شرب المسكر ، أو الدواء ، لحاجة أو ضرورة ، فلا يؤخذ بإقراره - .

عبء إثبات الدفع بفقدان الأهلية حال الإقرار :

يقع عبء إثبات سبب فقدان الأهلية ، حال الإقرار ، علي مدعيه ، أو الدافع به ، فيما سوي الصغر ؛ لأن العقل أصل ، فيقع علي مدعي غيابه عبء إثبات مدعاه ، إلا عند ادعاء الصغر حال الإقرار - أو الدفع به - ، فعلي الخصم - المقر له - إثبات البلوغ . قال ابن قدامة في المغني : ((فإن أقر مراهق ، غير مأذون له ، ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه ، فالقول قوله ، إلا أن تقوم بينة ببلوغه ؛ لأن

¹ - راجع شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٧ ص ٣٠٢ وبدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤١٨٩ وشرح منتهي الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ٥٦٩ والكافي لابن قدامة ج ٤ ص ٥٦٨ - .
² - المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٢٦٤/٢٦٣ - .

الأصل الصغر ، ولا يحلف المقر ؛ لأننا حكمنا بعدم بلوغه ، إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه ، فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً))^١ - .

ويلاحظ أن ما نقلناه عن ابن قدامة آنفاً ، يتعلق بمسائل الأموال ، وينطبق ذات الحكم في مسائل الجنایات والحدود ، غير أنه لا يصر في المسائل الجنائية إلي تحليل المقر ، إن ادعي عدم البلوغ الطبيعي ، وكان قوله محتملاً ، فإن لم يكن محتملاً قضي بموجب البينة^٢ ، ولا يلتفت إلي دفعه ، لثبوت كذبه بدلالة الظاهر - .

البند الثاني

أحوال الحجية الناقصة للإقرار

((الإقرار المرجوع عنه))

نعني في هذا البند ، بحالة الحجية الناقصة للإقرار ، المتمثلة في الإقرار المرجوع عنه ، وبيان قيمته الاستدلالية - .

وفيما يلي تفصيل أحكام الرجوع عن الإقرار :

مشروعية الرجوع عن الإقرار :

لا يجوز الرجوع عن الإقرار في مسائل المعاملات ، والمسائل الجنائية التي فيها حق للعباد ، أما في المسائل الحدية الخالصة لله تعالى ، فقد اختلف الفقهاء في حكم الرجوع عن الإقرار فيها إلي رأيين علي النحو التالي :-

أولاً : رأي القائلين بجواز الرجوع عن الإقرار وأدلتهم :

ذهب جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ، والإباضية في قول ، إلي جواز الرجوع عن الإقرار ، في الحدود الخالصة لله تعالى ، التي تدرأ بالشبهات ، كالزنا والسرقة والحراية وشرب الخمر^٣ - ، وقد جاء في النظم :-
وسارق والزاني ثم الشارب *** رجوعهم يقبل كالمحارب^٤

^١ - المغني لابن قدامة ج٧ ص ٢٦٣ - .

^٢ - راجع الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية ص ١١٢ والبينة هنا يقصد بها القرينة الدالة علي البلوغ الطبيعي - .

^٣ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج١٠ ص ٤٦١٥ وشرح فتح القدير لابن الهمام ج١٥ ص ١٢ ونتائج الأفكار لقاضي زادة -

مطبوع مع شرح فتح القدير ج٥ ص ١٢ وشرح العناية علي الهداية للبايرتي / مع فتح القدير / ج٥ ص ١٢ وحاشية الدسوقي ج٤

ص ٣٤٥ والشرح الكبير للدرديري بهامش حاشية الدسوقي ج٤ ص ٣٤٦ ومغني المحتاج ج٤ ص ١٧٥ والمجموع شرح المهذب

ج١٨ ص ٥٣٨ والكافي لابن قدامة ج٤ ص ٥٨٧ والبحر الزخار ج٥ ص ١٨٦ وشرح النيل وشفاء العليل ج٧ ص ٦٤٧ والمدونة

الكبرى لأبي غانم الأباضي ج٢ ص ٢٤٥ - .

^٤ - راجع البيت في البهجة في شرح التحفة ج٢ ص ٣٦٢ - .

وقال الكاساني :- ((يجوز الرجوع عن الإقرار بالسرقة والشرب ، لأن الحد الواجب بهما حق الله سبحانه وتعالى خالصاً ، فيصح الرجوع عن الإقرار بهما ، إلا أن في السرقة ، يصح الرجوع في حق القطع ، لا في حق المال ؛ لأن القطع حق الله تعالى عز شأنه ... فيصح الرجوع عنه ، فأما المال فحق العبد ، فلا يصح الرجوع فيه . وأما حدّ القذف فلا يصح الرجوع عن الإقرار فيه ؛ لأن للعبد فيه حقاً ، فيكون متهماً في الرجوع ، فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد - . وكذلك الرجوع عن الإقرار بالقصاص ؛ لأن القصاص خالص حق العباد ، فلا يحتمل الرجوع))¹ - .

أما الإمامية الجعفرية ، فقد قصرُوا جواز الرجوع عن الإقرار في حدّ الرجم وحده - دون سائر الحدود الأخرى² - .

ويستدل جمهور الفقهاء علي مشروعية الرجوع عن الإقرار ، في الحدود الخالصة بما يلي :-

١- ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه أتى بسارق قد اعترف ، فقال له : (ما أخالك سرقت ...)³ - .

ووجه الدلالة في الحديث ، يتمثل في أن النبي صلي الله عليه وسلم ، قد عرض للمقر بالرجوع عن إقراره ، بقوله له : (ما أخالك سرقت) ، ولو لم يكن الرجوع جائزاً ، ومسقطاً للحد ، لما كان للتعريض بالرجوع فائدة ، ولما عرض له بالرجوع - .

٢- ما روي من أن النبي صلي الله عليه وسلم قال لماعز بن مالك : ((لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ؟ ...))⁴ - .

جاء في نتائج الأفكار :- ((ويستحب للإمام أن يلحق الرجوع ، لقوله صلي الله عليه وسلم لماعز : لعلك لمستها ... لعلك قبلتها ، وعند البخاري : لعلك قبلت أو

¹ - بدائع الصنائع للكاساني جـ ١٠ ص ٤٦١٥ - .

² - راجع النهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٧٠٣ وراجع شرائع الإسلام للحلي جـ ٤ ص ١٥٢ - .

³ - سبق تخريجه عند الحديث عن تعدد الإقرار في الحدود (ص ٢٩٢) - .

⁴ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود باب هل يقول الإمام للمقر : لعلك لمست أو غمزت أو غمزت ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا - .

غمزت أو نظرت ، وقال في الأصل : ينبغي أن يقول له : لعلك تزوجتها ، أو وطأتها بشبهة . والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئاً للحد ...)^١ - .

٣- ما روي سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أتى برجلٍ ، فسأله : أسرقت؟ قل: لا .- فقال لا - ، فتركه^٢ (وروي مثل ذلك عن أبي مسعودٍ لجاريةٍ يقال لها سلامة) .
ووجه الدلالة أنه رضي الله عنه لقتها الرجوع عن الإقرار ، وما كان ليفعل ذلك ، لو لم يكن للرجوع فائدة ، وما كان ليفعله لو لم يكن مشروعاً - .

والضابط الذي يجمع بين مجيزي الرجوع عن الإقرار ، هو أن يكون المقر به حداً خالصاً لله تعالى ، وزاد بعض فقهاء المالكية والإباضية - في رأي غير راجح - ضابطاً آخر ، أو شرطاً آخر لصحة الرجوع عن الإقرار بالسرقة ، وهو أن يكون الرجوع لشبهةٍ ، أي قائماً علي وجه محتمل ، ويتفق فقهاء هذين المذهبين في شرط ثالث ، وهو ألا يكون المقر بالسرقة قد عيّن السرقة ، بمعنى ألا يكون قد فصلّ إقراره ، ببيان المسروق ومكانه وخلاف ذلك ، فإن فعل ذلك لم يجز له الرجوع عن إقراره . قال الدسوقي في الحاشية : ((...) قوله : وقبل رجوعه ولو بلا شبهة) ، قال ابن رشد في المقدمات : إن كان إقراره بعد الضرب والتهديد ، فلا يقطع بمجرد الإقرار ، واختلف إذا عيّن : علي قولين من المدونة وغيرها ، فعلي القطع إن رجع عن إقراره ، يقبل قولاً واحداً . وعلي القول بعدم القطع ، إن تمادي علي إقراره ، بعد أن عيّن ، ففي المدونة : يقطع . وقال ابن الماجشون : لا يقطع . وأما إذا كان إقراره بعد الأخذ ، من غير ضرب ولا تهديد ، فقبل يقطع بمجرد إقراره ، وإن لم يعيّن السرقة ، وهو ظاهر ما في السرقة من المدونة ، وقيل : لا يقطع حتى يعيّنهما وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى ، وقول مالك في سماع أشهب . فعلي ما في المدونة : له أن يرجع عن إقراره ، وإن لم يأت بوجه ، وهو ظاهر ما في المدونة ، ولا خلاف عندي في هذا الوجه . وعلي القول الثاني ، اختلف : هل له أن يرجع عن إقراره لغير التعيين أم لا ؟ علي قولين عن مالك ،

¹ - نتائج الأفكار لقاضي زادة - بهامش فتح القدير - ج٥ ص ١٢ وراجع بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ٤٣٩ والمغني لابن قدامه ج١٢ ص ٣٧٩ - .
² - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب اللقطة باب ستر المسلم - .

والقولان إنما هما إذا قال : لوجه كذا . وأما إن رجع عن الإقرار ، بعد التعيين فلا يقبل قولاً واحداً))^١ - .

ويقول التسولي في البهجة :- ((- (ومن أقر) بسرقة ، (ولشبهة رجوع) عن إقراره ، كقوله أخذت مالي المودع ، أو المغصوب مني ، أو المعار ، وظننت أن ذلك سرقة ، أو قال : أضافني فلان ، وأنزلني في بيته فأخذت منه كذا ، فظننت أنه سرقة (درئ عنه الحد في الذي وقع) منه ؛ لأنه في الثلاثة الأول ، إنما أخذ متاعه علي زعمه ، وإن كان لا يقضي له بذلك بدون بينة ، وأنه ماله ، وفي الرابعة هو خائن علي زعمه ، لا سارق ، فلا قطع عليه ... (ونقلوا في) رجوعه عن إقراره مع (فقدها) أي الشبهة ، كأن يقول : كذبت في إقراره ، أو أنكر الإقرار من أصله (قولين) : في قبول رجوعه وعدمه ، والمشهور الأول ، ولو بلا شبهة . ومحل القولين : إذا لم يكن عين السرقة ، وأما إن عيّنها ثم أنكر الإقرار من أصله ، فإنه لا يقبل إنكاره ، ويقطع اتفاقاً كما لابن رشد))^٢ - .

ثانياً : رأي القائلين بمنع الرجوع عن الإقرار وأدلتهم :

ذهب الظاهرية وان أبي ليلي وعثمان البتي ، إلي القول بعدم مشروعية الرجوع عن الإقرار مطلقاً^٣ - .

وللتبين من رأي هذا الفريق وأدلته ، نسوق نكير ابن حزم الظاهري ، علي القائلين بمشروعية الرجوع عن الإقرار ؛ إذ قال :- ((وأما الرجوع عن الإقرار ، فكلهم متفق علي ما قلنا ، إلا في الرجوع عن الإقرار بما يوجب الحدّ ، فإن الحنفيين والمالكيين قالوا : لم يكن عليه شيء ، وهذا باطل . والقوم أصحاب قياس بزعمهم ، فهلا قاسوا الإقرار بالحدّ علي الإقرار بالحقوق سواء ؟ وأيضاً فإن الحد قد لزمه بإقراره ، فمن أدعي سقوطه برجوعه ، فقد أدعي ما لا برهان له به . واحتجوا بشيئين ، أحدهما : حديث ماعز ، والثاني : أن قالوا : (إن الحدود تدرأ بالشبهات) . قال علي : أما حديث ماعز ، فلا حجة لهم فيه أصلاً ؛ لأنه ليس فيه أن ماعزاً رجع

¹ - حاشية الدسوقي ج٤ ص ٣٤٦ - .

² - البهجة في شرح التحفة للتسولي ج٢ ص ٣٦٢ - .

³ - راجع المحلي لابن حزم الظاهري ج٨ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ وبداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص ٤٣٩ - .

عن الإقرار البتة - ، لا بنص ولا بدليل - . ولا فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (إن رجوع عن إقراره قِيلَ رجوعه ...) ... ، وقد قال جابر : أنا أعلم الناس بأمر ماعز ، إنما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (هلا تركتموه وجئتموني به) ليستثبت رسول الله صلى الله عليه وسلم منه ، فأما لترك حدّ فلا ... ، هذا نص كلام جابر ، فهو أعلم بذلك ، ولم يرجع ماعز قط عن إقراره ، إنما قال : (ردّوني إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن قومي قتلوني وغروني من نفسي ، وأخبروني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلي ...) ، وأما (أدروا الحدود بالشبهات) ، فما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم قط من طريق فيها خير ، ولا نعلمه أيضاً جاء عنه عليه السلام ... لا مسنداً ولا مرسلأ ، وإنما هو قول روي عن ابن مسعود وعمر فقط))^١ - .

ثالثاً : الرجوع عن الإقرار في بعض النظم التشريعية المعاصرة :

رغم أن النظم التشريعية - الوضعية - المعاصرة ، تعند بالرجوع عن الإقرار ، في المسائل الجنائية مطلقاً ، إلا أننا نعني بالتشريع السوداني ، فنتناوله بالدراسة والتقويم ، لكونه مستمداً من الشريعة الإسلامية - نصاً وروحاً - ولإيجابه أن يستصحب القاضي أن المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية ، تعطيلاً لواجب قطعي ، أو إباحةً لمحرم بيّن ، وأنه يراعي توجيهات الشريعة في الندب والكرهية^٢ - .

لقد كانت تنص المادة ٢٢ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م (وتقابلها المادة ٢٦ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م) علي أنه : ((١- لا يصح في المعاملات ، الرجوع عن الإقرار ، إلا لخطأ في الوقائع ، علي أن يثبت المقر ذلك - ٢- يعتبر الرجوع عن الإقرار في المسائل الجنائية ، شبهة تجعل الإقرار بينة غير قاطعة)) . وكانت تتفق المادة الآنفة الذكر ، مع الفقه الإسلامي في فقرتها الأولى ، المتعلقة بحكم الرجوع عن الإقرار في المعاملات ، غير أن فقرتها الثانية عممت جواز الرجوع عن الإقرار في المسائل الجنائية كافة ،

^١ - المحلي لابن حزم الظاهري ج٨ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ - .

^٢ - راجع المادة ٢/أ من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣م - .

خلافاً لمذهب جمهور الفقهاء ، وكان ادعى أن تفرق بين حكم الرجوع عن الإقرار في المسائل الحدية الخالصة ، وبين حكمه في المسائل الجنائية التي تتعلق بها حقوق العباد - ، اتباعاً لمنهج جمهور الفقهاء في ذلك .

ولعل سبب عدم التفريق كان يتمثل في صياغة المادة بإرث ثقافة النظام القانوني - الأنجلو سكسوني - الزائل عن أرضنا إلي غير رجعة بإذن الله ، أو لعلها - أي المادة الآنف الذكر - قد أخذت برأي بعض المعاصرين ، ففي كتاب : (في أصول النظام الجنائي الإسلامي) أن : ((أساس التفرقة بين العدول [عن الإقرار] في جرائم الحدود ، والعدول في جرائم التعزير ، هو ما قرره الفقهاء من وجوب درء الحدود بالشبهات ، ومن جواز إثبات التعزير مع وجود شبهة . فالعدول عن الإقرار يورث شبهة تحول دون التأكد من صدق الجاني ، فيما أقر به ، ولا يجوز توقيع الحدّ مع وجود الشبهة . أما التعزير فهو جائز مع وجود الشبهة - . ولذلك لم يجعلوا للرجوع عن الإقرار ، في جرائم التعزير الأثر الذي له في جرائم الحدود - . وقد سبق أن انتقدنا الرأي القائل بعدم إعمال قاعدة درء العقوبات بالشبهات في جرائم التعزير ، ومن ثمّ فإننا نري بناءً علي ما قدمنا من هذا الانتفاء ، وجوب توحيد القاعدة الإجرائية التي تحكم العدول عن الإقرار في النوعين من الجرائم . أي أنه كما يمتنع السير في إجراءات المحاكمة ، أو تنفيذ الأحكام بسبب العدول عن الإقرار في جرائم الحدود ، فإنه يجب أن يكون للعدول عن الإقرار الأثر نفسه في جرائم التعزير))¹ - .

ولا نتفق مع النص الآنف ذكره ، فيما ذهب إليه من قول بأن أساس التفرقة ، بين حكم الرجوع عن الإقرار في جرائم الحدود ، وبين حكم الرجوع عن الإقرار في جرائم التعزير ، هو ما قرره الفقهاء من وجوب درء الحدود بالشبهات... - . ذلك أن التفرقة في حقيقة الأمر قائمة علي أساس مبدئين أولهما : الأثر الموضوعي لتعلق المسألة الحدية بحق خالص لله سبحانه وتعالى ، والأثر الموضوعي لتعلق المسألة التعزيرية - أو الحدية غير الخالصة لله تعالى - أو

¹ - في أصول النظام الجنائي الإسلامي للدكتور محمد سليم العواص ص ٣١٠ - .

الجنائية - بحق خالص للعبد أو مشترك بين العبد والرب - . وثانيهما : الأثر الإجرائي ، أو منهج الإثبات في المسائل الحدية الخالصة لله تعالى ، والتفريق بينه ، وبين منهج الإثبات في المسائل الجنائية الأخرى - .

فالمبدأ الأول مقتضاه ، أن ما كان حقاً خالصاً للعبد ، أو مشتركاً بين العبد والرب ، فلا يسقط بعد ثبوته ، إلا من قبل المقر له ؛ لأنه حق للغير فلا يسقط بغير رضاه ¹ ، ومن ثمّ صحّ الرجوع عن الإقرار ، في السرقة في حق القطع لا في حق المال - ؛ إذ المال حق العبد - ، وكذلك لم يصح الرجوع عن الإقرار في حدّ القذف؛ لغلبة حق العبد فيه ² - .

أما المبدأ الثاني ، فمقتضاه خصوصية الإثبات في مسائل الحدود الخالصة لله تعالى ، والتشديد في إثباتها ، وعدم إيجابها إلا بالأدلة ذات الحجية القاطعة ، ومن ثم كانت شبهة الرجوع فيها نافعة - . أما فيما سواها ، فهي تدور بين أمور لا يجوز فيها الرجوع أصلاً ؛ لأنها تلحق بحكم الرجوع في الأموال ، لغلبة حق العباد فيها ، وبين أمور يجوز إثباتها بالأدلة الظنية ، فينظر فيها إلي أثر الرجوع عن الإقرار ، علي ضوء ملابسات الحال ، ويترك تقديره للقاضي - .

ونتفق بقدرٍ مع مقالة الكتاب الآنف ذكره ، وإن كنا لا نتفق معه فيما ذكره من إجازة الرجوع عن الإقرار في المسائل الجنائية مطلقاً ، دون تمييز بين ما كان خالصاً لله تعالى وبين ما كان خالصاً للعبد أو مشتركاً بين العبد والرب ، كما لا نتفق معه في دعوته إلي الاعتداد بالرجوع عن الإقرار في المسائل التعزيرية في مرحلة تنفيذ الأحكام ، فهي دعوة لا برهان له عليها ، من نقل أو عقل ، ولا تتفق مع مبدأ حجية الأمر المقضي به - .

وفي المادة (٢/٢٢) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م جاء النص علي أنه : ((يعتبر الرجوع عن الإقرار في جرائم الحدود شبهةً تجعل الإقرار بينة غير قاطعة)) .

¹ - راجع الكافي لابن قدامة ج٤ ص ٥٨٧ والمجموع شرح المهذب ج١٨ ص ٥٣٨ - .
² - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج١٠ ص ٤٦١٥ والمجموع شرح المهذب ج١٨ ص ٥٣٨ - .

وهذا النص بدوره قد عمم أثر الرجوع عن الإقرار في الجرائم الحدية كافة ، دون تمييز بين الحدود الخالصة لله سبحانه وتعالى وبين الحدود التي تنطوي عن حق الله تعالى وحق العبد ، كحد القذف ، فلا يجوز فيه الرجوع عن الإقرار ، وحدّ السرقة ويجوز فيه الرجوع عن الإقرار في حق القطع ، لا في حق المال . وكان الأولي صياغة المادة بما يتناسب مع أحكام الفقه الإسلامي - . وقد تمخض عن صياغة هذه المادة بهذا النحو اضطراب في أحكام المحكمة العليا السودانية ؛ إذ فهم بعض قضاتها بأن النص علي الرجوع عن الإقرار في الحدود - بهذا النحو - يعني عدم جواز الرجوع عن الإقرار فيما سوي الحدود = أي في المسائل الجنائية الأخرى = . ولا مرأه أنه فهم بجانبه الصواب فالنص الذي يقضي بجواز الرجوع عن الإقرار في الحدود ، لا يلزم منه عدم جواز الرجوع في المسائل الجنائية الأخرى ، علماً بأن الرجوع عن الإقرار في المسائل الجنائية مقرر بموجب المادة (٣/٢١) من القانون المذكور ، مقروءة مع المادة (٢/٦٥) منه ؛ إذ تنص المادة (٣/٢١) علي أنه : ((لا يشكل الإقرار في المسائل الجنائية بينة قاطعة إذا كان غير قضائي أو اعترته شبهة)) - ، ويقال بأن الشبهة قد اعترت الإقرار إذا كان مرجوعاً عنه فالمادة (٢/٦٥) تنص علي أنه : ((يعدّ من الشبهات الرجوع عن الإقرار ...)) ، ومن ثمّ يتبيّن أن القانون قد أجاز الرجوع عن الإقرار فيما سوي الحدود ، من المسائل الجنائية ، ونحسب أن الأوفق تفسير إجمال هذه النصوص وفقاً للضوابط التي تحكم الرجوع عن الإقرار في الفقه الإسلامي - .

ما يتم به الرجوع عن الإقرار :

يكون الرجوع عن الإقرار بالحدود صراحةً أو دلالةً . ويستدل علي جواز الرجوع دلالةً بما روي عن معز بن مالك أنه لما وجد مسّ الحجارة ، خرج يشتم ، فلقية عبد الله بن أنيس ، وقد عجز أصحابه ، فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ،

ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال : ((هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه))^١ - .

قال ابن قدامه :- ((ولأنه - أي هربه - يحتمل رجوعه ، فيسقط عنه الحد))^٢ - .
وقد قضت المحكمة العليا السودانية باعتبار مجرد ادعاء المقر الإكراه ، رجوعاً ضمناً عن الإقرار في الحدود^٣ - .

وقت الرجوع عن الإقرار بالحدود :

يجوز الرجوع عن الإقرار بالحدود الخالصة لله تعالى ، قبل صدور الحكم وبعده ، وقبل التنفيذ وأثناءه ، بدلالة ما روي عن ماعز أنه لما وجد مسّ الحجارة ، خرج يشند ... الخ^٤ - ، فاعتبر هروبه من مكان الرجم ، رجوعاً عن الإقرار ضمناً، فدل ذلك علي جواز الرجوع إلي حين تمام تنفيذ الحدّ ، جاء في المجموع شرح المذهب : ((رجوع المقر عن إقراره ، فيما يحتمل الرجوع ، في أحد نوعي الإقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصاً ، كحد الزنا ، يحتمل أن يكون صادقاً في الإنكار ، فيكون كاذباً في الإقرار ضرورةً ، فيورث شبهة في وجوب الحدّ ، وسواء رجع قبل القضاء أو بعده ، قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت ...))^٥ - .

وفي الكافي : ((... ولو أقيم عليه بعض الحد ، ثم رجع ، قبل رجوعه ويخلي سبيله ، لما روي أن ماعزاً هرب في أثناء رجمه ... ؛ ولأنه إذا سقط جميعه بالرجوع ، فبعضه أولي ، وإن هرب في أثناء الحد ترك ، لما روينا ؛ ولأنه يحتمل الرجوع))^٦ - .

وقضت المحكمة العليا السودانية ، بجواز الرجوع عن الإقرار ، في الحدود الخالصة لله تعالى ، قبل القضاء وبعد القضاء ، وقبل الإمضاء والتنفيذ ، وأثناء الإمضاء ، فإذا رجع المقر عن إقراره ، أثناء الإمضاء ، أوقف تنفيذ العقوبة الحدية، سواء كان الرجوع عن الإقرار صريحاً ، أو دلالةً - .

^١ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب رجم ماعز بن مالك ورواه ابن ماجه في سننه في كتاب الحدود والإمام أحمد بن حنبل في مسنده ج٢ ص ٢٤٠ و ج٥ ص ٢١٧ - .

^٢ - المغني لابن قدامه ج١٢ ص ٣١٢ - .

^٣ - ((١٩٨٤ م)) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٧٢ ، ح س / ضد/ محمد عبد الشافع ساكن - .

^٤ - سبق تخريجه آنفاً - .

^٥ - المجموع شرح المذهب للنووي - تكملة الأستاذ المحقق محمد حسين العقبى ج١٨ ص ٥٣٨ - .

^٦ - الكافي لابن قدامه ج٤ ص ٥٨٨ وراجع المغني لابن قدامه ج١٢ ص ٣٧٩ - .

أما في المسائل الجنائية الأخرى ، التي تحتمل الرجوع - ، فيجوز فيها الرجوع عن الإقرار ، قبل استنفاد الحكم لمراحل التقاضي ، وذلك لأن دلالة الإقرار تتأكد باتصاله بالقضاء ، واكتساب الحكم لقوة الأمر المقضي به ، فلا ينقض الحكم بعدئذٍ ما دام الإقرار كان صحيحاً ، مستوفياً شرائط صحته ، وغير مشوبٍ بشبهة مؤثرة في حجتيه - .

تقويم الإقرار المرجوع عنه في المسائل الجنائية :

((حجية الإقرار المرجوع عنه))

الإقرار سيد الأدلة ، ويورثه الرجوع عنه ، شبهة تجعله بينة غير قاطعة ؛ إذ يحتمل إن يكون المقر صادقاً فيما أقر به ، كاذباً في رجوعه ، أو إنكاره ، كما يحتمل أن يكون صادقاً في إنكاره ، كاذباً في إقراره ، وإذا تطرق الاحتمال إلي الدليل ، فقد بطل به الاستدلال - . ومن ثمّ فإن الرجوع عن الإقرار يكون دارئاً للحدود الخالصة لله سبحانه وتعالى - . وفيما سواها مما يحتمل الرجوع ، فلا يقضي بموجبه ، إلا إذا اطمأن القاضي إلي دلالة الإقرار المرجوع عنه ، بتبيّن سبب الرجوع ، وتأييد دلالة الإقرار المرجوع عنه بدليل مستقل - .

وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر قائلة : ((... ذهب جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية ، إلي جواز الرجوع عن الإقرار ، إذا كان بحدّ من حدود الله تعالى التي تدرأ بالشبهات ... والرجوع عن الإقرار بحدّ من تلك الحدود ، يورث ذلك الإقرار شبهةً من شأنها أن تدرأ الحد ، وبمعني آخر: فإن الإقرار المرجوع عنه ، لا يفقد قيمته الاستدلالية بالكلية ، وإنما فقط تضعف قيمته الاستدلالية ، بحيث لا يمكن تأسيس الإدانة بالجريمة الحدية بموجبها - أما ما سوي الحدود من مسائل الجنايات الأخرى التي تحتمل الرجوع ، فيجوز إثباتها بدلالة الإقرار المرجوع عنه ، إذا وجد ذلك الإقرار المرجوع عنه تعزيزاً من دليل مستقل آخر ، سواء كان ذلك الدليل مباشراً ، أو غير مباشر . بناءً عليه فإن رجوع المتهم الأول ... عن إقراره يعتبر دارئاً لحد اللواط عنه ، ... ويبقى السؤال الجوهرى هو : هل يوجد دليل مستقل آخر يعزز من قيمة الإقرار

المرجوع عنه ؟ الجواب بالقطع : نعم ؛ ذلك أن تقرير الطبيب الشرعي رقم
قد أفاد بأن الكشف الطبي الموضوعي ، لمنطقة الدبر – بالنسبة للمتهم الأول المذكور
– قد أثبت وتلك قرينة علي صدق وقائع النازلة . وهذه القرينة وإن لم تكن
كافية لتأسيس إدانة بموجبها ، إلا أنها كافية لتعزيز دلالة الإقرار المرجوع عنه ،
ورفع قيمته الاستدلالية بما تسوغ معه الإدانة التعزيرية))¹ - .

وقد ضيق فقهاء المالكية – في غير المشهور من المذهب – دائرة الرجوع
المؤثر في دلالة الإقرار بالحدود ؛ إذ اشترطوا أن يكون الرجوع لشبهة – أي لسبب
محتمل - ، وليس رجوعاً ، أو إنكاراً مجرداً - .

جاء في البهجة للتسولي :- ((... (ونقلوا في) رجوعه عن إقراره مع
(فقدها) أي الشبهة ، كأن يقول : كذبت في إقراره ، أو أنكر الإقرار من أصله ،
(قولين) ، في قبول رجوعه وعدمه . والمشهور الأول ، ولو بلا شبهة . ومحل
القولين : إذا لم يكن عين السرقة ، وأما إن عيّنها ، ثم أنكر الإقرار ، فإنه لا يقبل
إنكاره ، ويقطع اتفاقاً ، كما لابن رشد . ومثل السارق في قبول رجوعه لشبهة
ولغيرها ، الزاني والشارب والمحارب ...))² - .

إن منهج المذهب المالكي – فيما نحسب – هو أفضل منهج لتقويم حجية
الإقرار المرجوع عنه ، ففي المشهور منه ، يعتد بالرجوع عن الإقرار في الحدود
الخالصة لله تعالى ، وتدرأ به تلك الحدود - ، وفي القول الآخر : يشترط أن يكون
الرجوع قائماً علي شبهة ، أو سبب محتمل - . وهذا الرأي الأخير – أي غير
المشهور – هو الذي ينبغي الأخذ به فيما سوي الحدود الخالصة لله تعالى ؛ إذ لا
يمكن طرح دلالة الإقرار ، لرجوع مجرد ، أو إنكار مجرد ، وعلي القاضي البحث
عن سبب الرجوع عن الإقرار ، وهو ما عبّر عنه الشيخ خليل في مختصره قائلاً :
(ومن أقر ولشبهة رجع) ، أي ليس رجوعاً مجرداً أو إنكاراً مجرداً ، وإنما لسبب
أو لوجه محتمل .

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ٢٥٠/استئناف حدود / ٢٣٦ / ١٤١٧ هـ الصادر في ١٢/٨/١٤١٧ هـ الموافق ١٥/٤/١٩٩٧ م - .
² - البهجة في شرح التحفة للتسولي ج٢ ص ٣٦٢ - .

ويبين في نص البهجة - وغيره من مصنفات المذهب ، مثل شروح المختصر خاصة - ضرورة التبين من قيام الرجوع عن الإقرار علي سبب محتمل، فإن كان رجوعاً لمجرد التنصل ، فلا يقبل الرجوع ، وهو ما عبّر عنه فقهاء المالكية بقولهم : (فإن عينها ثم أنكر الإقرار من أصله ، فإنه لا يقبل إنكاره ، ويقطع اتفاقاً كما لابن رشد) ... هكذا في البهجة في شرح التحفة ، وفي حاشية الدسوقي : ((أما إن رجع عن الإقرار ، بعد التعيين فلا يقبل قولاً واحداً))¹ .

وفي كثير من الأحيان نجد أن المتهم يقر تفصيلاً بالتهمة المسندة إليه - فيما سوي الحدود الخالصة لله تعالى - ثم يأتي في مرحلة لاحقة منكر إقراره ، أو راجعاً عنه ، فلا يعني القضاة بتقويم إنكاره أو رجوعه ، بل يختارون أهون السبل وهو اعتبار إقراره ، إقراراً مرجوعاً عنه ، واعتباره بينة غير قاطعة ، ومن ثم غير صالحة لتأسيس الإدانة بموجبه - .

ونحسب أن الأدعي لتحقيق عدل القضاء هو الأخذ بمنهج المشهور من المذهب المالكي في المسائل الحدية الخالصة لله تعالى بأن نعتد بالرجوع عن الإقرار - قولاً واحداً - ، أما فيما سواها من مسائل الجنايات الأخرى التي تحتل الرجوع عن الإقرار ، فنري الأخذ بغير المشهور من المذهب ، بالبحث عن سبب الرجوع عن الإقرار ، وعمّا إذا كان لشبهة - أو لسبب محتمل أم كان إنكاراً مجرداً، ومدى تأثير الرجوع في حجية الإقرار ، أو في ترجيح صدق المقر فيما أقر به ابتداءً - .

ونشير إلي أنه إذا جاء الرجوع عن الإقرار بعد انتهاء مراحل التقاضي ، فإنه يكون دارناً للحد - قولاً واحداً - ، فإن درئ الحدّ ، وبعد النظر في سبب الرجوع ، فإن تبين عدم توفر ما يدعو إلي مراجعة الحكم ، فيلزم تقرير عقوبة تعزيرية - بدلاً عن الحد² - .

¹ - حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٦ - .
² - راجع مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٤م ص ٧٨/٧٧ ح س /ضد/ محمد عبد الشافع ساكن وراجع محاكمة داجو محمد نمر المشار إليها آنفاً - .

وقد أخذت محكمة الاستئناف الشرعية - بدولة قطر - بمبدأ التحقيق في عدول المتهم عن إقراره - في مسائل التعازير - لتبين وجوه ذلك العدول ، وتقدير أثره في حجية الإقرار ؛ إذ قالت :- ((إن الأدلة غير المباشرة الأنفة الذكر تؤيد دلالة الإقرار غير القضائي ، المرجوع عنه ، ومن ثم تتساند هذه الأدلة ، مع بعضها ، لتؤكد مجموعها ثبوت القدر المقر به من الاتهام محل المحاكمة في حق المتهم المذكور ، ومما يقوي دلالة هذه الأدلة المتساندة ، أن رجوع المتهم المذكور ، عن إقراره لم يكن قائماً علي أسباب حقيقية ، وإنما كان مجرد محاولة للتوصل عن الإقرار . ورغم أن المبدأ العام هو : جواز الرجوع عن الإقرار في المسائل الجنائية التي لا يغلب فيها حق العبد ، إلا أن هنالك فارقاً في تقويم دلالة الإقرار المرجوع عنه ، بين الرجوع القائم علي أسباب حقيقية والرجوع تنصلاً وطمساً لحقيقة الواقعة محل المحاكمة ، وقد كان رجوع المتهم المذكور هنا ، من هذا القبيل ؛ إذ ثبت كذبه فيما ادعاه من سبب الرجوع أمام قاضي التحقيق ، كما ثبت كذبه في تعليل إقراره ، فضلاً عن أن ادعائه التوقيع علي محضر الشرطة ، دون علمه بمحتواه أيضاً ، مكذوب بدلالة ظاهر الحال ، فهو - أي المتهم - يعمل شرطياً ، ويدرك خطورة محضر التحقيق ، وعلي قدر من الوعي والتعليم - دبلوم معلمين - فأني لمثله أن يوقع علي محضر لا يعلم بمحتواه))^١ - .

كما استقر قضاء المحكمة العليا السودانية ومحكمة النقض المصرية علي ضرورة قيام القاضي بالبحث عن وجوه رجوع المقر عن إقراره ، وضرورة اقتناع المحكمة بأن الرجوع كان قائماً علي أسباب حقيقية ، وعدم قبولها للرجوع تنصلاً عن الإقرار بغير وجه^٢ - .

^١ - الحكم الاستئنافي رقم ٣٤٦ / حدود/ استئناف / ١٤١٨ هـ الصادر في ١٤/٢/١٤١٩ هـ الموافق ١٩٩٨/٦/٩ م - .
^٢ - راجع مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٣ م ص ٢٥٥ ح س / ضد/ عباس محمد سلام ، ومجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٦ م ص ٦٢ ح س / ضد/ مصطفى عبد الله موسى ومجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٩٢ م ص ١٨٢ ح س / ضد/ نعمات يوسف حسن وآخرين وكتابنا مواضع من قضية مجزرة مسجد الثورة ص ١٠٦ وراجع نقض / مصري/ ١٩٨٤/١١/٢٦ م رقم مج/س/٣٥ ص ٨٢٩ .

البينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه :

بيان صورتها وشروطها :

ذكرنا آنفاً بأن الرجوع عن الإقرار يُضَعَف حُجِيَّة الإقرار ، ويقال من قيمته الاستدلالية ، غير أنه لا يجعله عديم الحجية ، فاقداً للقيمة الاستدلالية بالكلية ، وذكرنا بأنه يلزم تأييد الإقرار المرجوع عنه بدليل مستقل ، حتى يتسنى تأسيس الإدانة - غير الحدية - بموجبه .

وفيما يلي نبين صورة البينة المؤيدة ، أي صورة الدليل الذي يجوز به تأييد الإقرار المرجوع عنه .

صورة البينة المؤيدة :

يجب أن تكون البينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه ، قائمة بذاتها ، سواء كانت مباشرة ، أو غير مباشرة - ، وسواء كانت كافية لتأسيس إدانة بموجبها أو لم تكن . ومن ثم فلا يجوز أن تكون البينة المؤيدة جزءاً مشتقاً من البينة المطلوب تأييدها .

الشروط الواجب توفرها في البينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه :

يشترط أن تتوفر في البينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه ، شروط عامة وأخرى خاصة ، علي النحو التالي :

أولاً : الشروط العامة :

أ- مشروعية البينة :

ويقصد بها سبق إجازة ، أو تشريع البينة ، بحيث تأتي لاحقاً للواقعة محل الإثبات ، ويكون ذلك بمقتضى حكم شرعي ، أو قاعدة شرعية أو قانونية ، مستمدة من مصدر تشريعي أصلي أو تبعي .

ولا تكون البينة مشروعة ، إلا إذا كانت قائمة علي ركنين ، أولهما : ورود نص بجوازه ، بمقتضى مصدر تشريعي ، أصلي كالقرآن الكريم ، أو السنة النبوية ، أو أي مصدر تشريعي آخر ، أو بمقتضى حكم أو قاعدة اجتهادية الأصل . وثانيهما : سبق إجازة الدليل ، بمعنى عدم رجعية أثره ويستثنى من ذلك الدليل

اللاحق في المسائل الجنائية ، إذا كان محققاً مصلحة للمتهم ، فعندئذٍ يمكن إعمال قاعدة : ((القانون الأصلح للمتهم)) ، علي نحو ما في تشريع أيمن اللعان ، باعتبارها دليلاً للإثبات ، أنزلت وطبقت في واقعة سبقت نزول آيات اللعان من سورة النور ؛ إذ كان فرضاً علي المتهم يومئذٍ - أي يوم رمي هلال بن أمية زوجته بشريك بن سحماء - أن يثبت دعواه بأربعة شهداء ، وإلا فالحد ، فنزلت آيات اللعان لاحقة لتلك الواقعة ، مجيزة الإثبات بدليل أخف - بديلاً للأربعة شهداء ، فكان إعمالاً لقاعدة ((التشريع الأصلح للمتهم)) .

-ب- ارتباط الدليل بالواقعة محل الإثبات :

يجب أن ينصب الدليل علي الواقعة محل الإثبات ، أو علي واقعة متعلقة بها . وتدخل في معني التعلق بالواقعة محل الإثبات ، كل واقعة تشكل جزءاً من الواقعة الجوهرية ، سواء كانت سبباً لها ، أو نتيجة متمخضة عنها ، أو ملابسة لها - .

-ج- أن يكون الدليل منتجاً :

ويكون الدليل منتجاً في الدعوى ، إذا كان مثبتاً للواقعة محل الاتهام ، أو لجزء منها ، أو كان نافياً لها ، ولا يكون منتجاً إلا إذا كان متعلقاً بالدعوى محل الإثبات ، ويمكن أن يكون الدليل متعلقاً بالدعوى ولكنه غير منتج ، فعلي القاضي تحري الدقة ، لتحصيل الفهم المنشود ، ويجوز له أن يطرح دليلاً مشروعاً ، رغم تعلقه بالدعوى ، إذا رأى أنه غير منتج فيها . ووصولاً إلي النتيجة الصائبة ، فيجب اعتبار جميع الظروف المحتفة بالدعوى - .

ثانياً : الشروط الخاصة بالبيئة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه :

بجانب الشروط العامة الأنفة الذكر ، فهناك شروط خاصة ، يلزم توفرها في البيئة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه ، وتتمثل تلك الشروط الخاصة ، فيما يلي :-

-أ- أن تكون البيئة المؤيدة مستقلة :

يجب أن تكون البيئة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه ، دليلاً مستقلاً ، فإن كانت واقعة أو ظرفاً مشتقاً من الإقرار المرجوع عنه ، أو كانت جزءاً منه ، فلا تكون مقبولة ؛ لأنها لا تضيف مزيد حجية علي دلالة الإقرار المرجوع عنه - .

وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر بأنه : ((... تسوغ الإدانة التعزيرية بناءً علي الإقرار المرجوع عنه ، إذا كان ثمة تعزيز لدلالة ذلك الإقرار المرجوع عنه بأدلة أخرى مستقلة ، أو كان النكران اللاحق مما تكذبه أدلة أخرى مثبتة للواقعة محل النزاع ، أو لجزء منها ، بحيث يتعارض الجزء المثبت بتلك الأدلة الأخرى مع مقتضى النكران))¹ .

وفي قضية أخرى ، قالت ذات المحكمة بأنه : يجوز إثبات ما سوي الحدود ، من مسائل الجنايات ، بدلالة الإقرار المرجوع عنه ، إذا وجد ذلك الإقرار المرجوع عنه تعزيزاً من دليل مستقل آخر ، سواء كان ذلك الدليل مباشراً ، أو غير مباشر² .

ب- أن تكون البينة المؤيدة مثبتة لجزء من الواقعة محل الاتهام :

يجب أن تكون البينة المؤيدة مثبتة لجزء من وقائع الدعوى محل المحاكمة ، سواء كانت تلك البينة المؤيدة ، مباشرة أو غير مباشرة . ولا يشترط أن تنصب البينة المؤيدة علي واقعة جوهرية من وقائع النازلة محل الاتهام ، بل يكفي أن تكون الواقعة التي تنصب عليها البينة المؤيدة ، جزءاً من وقائع النازلة ، جوهرياً كان ذلك الجزء أم غير جوهرى ؛ إذ أن الإقرار المرجوع عنه ، لا تنهوي قيمته الاستدلالية إلي الدرجة التي تتطلب تأييداً بدليل مثبت لواقعة جوهرية من وقائع النازلة ، وإنما تضعف قيمته بحيث تكون حجيته غير قاطعة ، وترتقي تلك الحجية إلي درجة القطع، بتأييده بدليل مثبت لواقعة متصلة بالواقعة محل المحاكمة منتج فيها .

وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر ، بأنه يجوز تأسيس الإدانة ، بموجب الإقرار المرجوع عنه ، إذا وجد تأييداً – أو تعزيزاً – من دليل آخر ، ولا يشترط في الدليل المؤيد للإقرار المرجوع عنه ، أن ينصب في كل وقائع التهمة محل المحاكمة ، أو في كل وقائع الإقرار ، أو حتى في مسائل جوهرية منه ، وإنما يكفي التعضيد العام ، خلافاً للتأييد المطلوب لبينة الشريك ؛ إذ يشترط في الدليل المؤيد لها ، أن ينصب في الوقائع الجوهرية ، كلها أو بعضها³ .

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ٢١٤ / استئناف حدود / ٢٠٠٨ / ١٤١٧ هـ الصادر في ٢٤/١٠/١٤١٧ هـ الموافق ١٩٩٧/٣/٤ م -
² - راجع الحكم الاستئنافي رقم ٢٥٠ / استئناف حدود / ٢٣٦ / ١٤١٧ هـ الصادر في ٨/١٢/١٤١٧ هـ الموافق ١٩٩٧/٤/١٥ م -
³ - الحكم الاستئنافي رقم ٣٩٢ / حدود / استئناف / ١٤١٨ هـ الصادر في ٢٠/٢/١٤١٩ هـ الموافق ١٩٩٨/٦/١٥ م -

كما قضت المحكمة العليا السودانية بالتفريق بين البينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه ، والبينة المؤيدة لما سواها من الأدلة الضعيفة ، وقررت كفاية التعضيد العام لتأييد الإقرار المرجوع عنه ¹ - .

ولا يشترط أن تكون البينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه كافية وحدها في الإدانة ، بل يمكن التأييد بالقرائن والظروف الملازمة ² - .

ج- أن تكون البينة المؤيدة متساندة مع دلالة الإقرار المرجوع عنه ، بما يبعث طمأنينة القاضي واقتناعه الشخصي الجازم :

وبجانب الشرطين الخاصين الآنفين ، فيجب أن تكون البينة المؤيدة ، متساندة مع دلالة الإقرار المرجوع عنه ، بما يبعث طمأنينة القاضي واقتناعه الشخصي الجازم - .

إن وقوع الجرائم خفية - في الأغلب - يجعل أمر إثباتها عسيراً ، وفي ظل صعوبة إثبات الاتهام الجنائي ، بالأدلة المباشرة ، فقد اقتضت ضرورة العدل في فصل القضاء ، توسيع دائرة سلطة القاضي في الإثبات الجنائي ، بمنحه حرية في تقصي الأدلة المباشرة وغير المباشرة ، المادية والظرفية ، مع مراعاة مبدأ المشروعية - .

ولم تترك أبواب تلك الحرية مشرعة ، وإنما ضبطت بضوابط من شأنها كفالة عدل القضاء ، ومن ثمّ كان تشريع مبدأ ((تساند الأدلة)) ، في المسائل الجنائية - غير الحدية - ، فإن كان ثمة دليل ناقص الحجية ، مثل الإقرار القضائي المرجوع عنه - أو غيره - ، وتوفرت أدلة أخرى مستقلة ، متساندة مع دلالة تلك البينة الناقصة الحجية ، فيلزم أيضاً أن تكون تلك الأدلة بمجموعها باعثة طمأنينة القاضي واقتناعه الشخصي ، بحيث يتسنى له تأسيس الإدانة الجنائية بموجب ما أفادته تلك الأدلة بمجموعها - .

¹ - راجع قضية: ((حكومة السودان / ضد/ نعمات يوسف حسن وآخرين)) ((١٩٩٢م)) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٨٢ -
² - راجع قضية : ((حكومة السودان / ضد/ بابكر مرحوم علي)) ((١٩٨٨م)) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٠٨ - .

ولعل حرية القاضي في النظر في الأدلة المتوفرة وتقصيها ، هو ما عناه ابن فرحون المالكي ، حين حث علي الكشف عن العوائد ، وقرائن الأحوال^١ . كما أن أهمية بلوغ الاقتناع الشخصي الجازم ، صادر عن معين التشريع الإسلامي ؛ إذ قال تعالي في معرض التدليل علي أن عدل القضاء ، هو ما كان عن فهم لدلالة الحال والمقال : ((هههههه))^٢ . وفي رسالة عمر بن الخطاب رضي الله تعالي عنه ، إلي أبي موسي الأشعري : ((فافهم إذا أدلي إليك)) وجاء فيها أيضاً : ((... ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك ، مما ورد عليك ، مما ليس في قرآن ولا سنة ...))^٣ . وقال الطرابلسي الحنفي :- ((قال أهل المذهب : لا يقضي القاضي ، حتى لا يشك أنه قد فهم . فأما أن يظن أنه قد فهم ، ويخاف ألا يكون قد فهم ، لما يجد من الحيرة ، فلا ينبغي أن يقضي بينهما ، وهو يجد ذلك))^٤ .

وهذا القدر الجليل من الفهم الذي يدعو إليه الشرع الإسلامي الحنيف ، هو ذات ما نعنيه تارة بعبارة ((تكيف الوقائع والأدلة)) وتارة بعبارة ((تقويم الأدلة)) أو ((الاقتناع الشخصي الجازم)) وهو السبيل الأوحدي إلي عدل القضاء . وأروع ما أطلعت عليه بشأن فهم القضاء ، وحث القضاة لتقصي الأدلة المباشرة ، وغير المباشرة ، وصولاً إلي عين حقيقة الواقعة ، ويقين الحكم الشرعي، هو مقالة ابن قيم الجوزية إذ قال : ((لا يتأتى الحكم بالحق ، إلا بنوعين من الفهم . أحدهما : فهم الواقع والفقهاء فيه ، واستنباط علم حقيقة ما وقع ، بالقرائن والأمارات والعلامات ، حتى يحيط به علماً . والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو علي لسان رسوله ، في هذا الواقع ، ثم يطبق أحدهما علي الآخر))^٥ .

وتذكيراً للنفس ، نشير إلي أمرين . أولهما : أن تساند البيئة المؤيدة مع دلالة الإقرار المرجوع عنه ، لا يتأتى إلا إذا كانت البيئة المؤيدة متوافقة مع الإقرار

١- راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٥٠ - .

٢- سورة الأنبياء من الآية ٧٩ - .

٣- سبق تخريج الرسالة في ص من هذه الدراسة - .

٤- معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي ص ١٩ - .

٥- إعلام الموقعين لابن القيم ج١ ص ٩٤ . ومما يؤسف له أن بعض المنتسبين إلي الإسلام قد أساءوا إلي نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية ، فوجهوا له افتراءات هو منها براء - (راجع كتاب تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي - عبد الرحمن شرفي - صفحات ٤٤٣ وما بعدها) - .

المرجوع عنه ، فإن تعارضت معه – كلياً أو جزئياً - ، وتعذر تحصيل بينة أخري مؤيدة تغني عن المتعارضة ، أو تعذر رفع التناقض ، فلا مجال للقول بالتساند ، ولا مجال لإعمال قاعدة ترجيح البيّنات ، لبلوغ الإدانة الجنائية - . وثانيهما : أنه يجب أن تكون البينة المؤيدة ، ذات أصل في أوراق الدعوى ؛ إذ لا اعتداد بدليل خارجي، لم يطرح في الجلسة ، ولا بدليل ظرفي لا يلتئم استخلاصه من حقيقة الوقائع الثابتة - .

المبحث الرابع

سلطة القاضي التقديرية في تقويم الإقرار في مسائل المعاملات المدنية

جاءت المادة (٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م بتعريف (المعاملات) بأنه : ((يقصد بها العلاقات والتصرفات المالية والأحوال الشخصية وسائر المسائل القانونية غير الجنائية)) . وقد درج بعض الشراح المعاصرين علي إطلاق لفظ (الإقرار) علي ما ينصب في الإخبار بالحق فيما ذكر ، وإطلاق لفظ (الاعتراف) علي الإخبار المتعلق بالمسائل الجنائية^١ . أما في الفقه الإسلامي فإنهما مترادفان ، رغم أن القرآن الكريم قد استخدم أيضاً لفظ الاعتراف ، فيما يتعلق بالمسائل الجنائية ، فقال تعالى : ((ذُكِّرْتُ))^٢ . وفي حديث العسيف الذي سبق لنا الاستدلال به علي مشروعية الإقرار ، جاء قول النبي صلي الله عليه وسلم: ((واغدُ يا أنيس إلي امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها))، وقد اختار قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ترادف اللفظين ، حيث نصت المادة (١/١٥) منه علي أن : ((الإقرار هو اعتراف شخص بواقعة تثبت مسؤولية مدعي بها عليه)) . وهذا المنهج هو ما اختطه فقهاء الشريعة الإسلامية من قبل^٣ . وهو المنهج

^١ - راجع (اعتراف المتهم) للدكتور سامي صادق الملا ص ١٨ وما بعدها - .

^٢ - سورة التوبة من الآية ١٠٢ - .

^٣ - جاء في المغني : (الإقرار هو الاعتراف) - المغني لابن قدامة ج٧ ص ٢٦٢ وراجع شرح منتهي الإرادات للبهوتي ج٣ ص ٥٦٩ والبحر الزخار ج٦ ص ٣ - .

المختار في دراستنا ، خلال تبيان كيفية تقويم الإقرار في مسائل المعاملات المدنية بالبنود التالية :

البند الأول : مدي حجية الإقرار في مسائل المعاملات المدنية :

ألمعنا في مبتدأ هذا الفصل إلي أن الشريعة الإسلامية تعطي من مكانة الإقرار ، في ظل منظومة منهاجها متناسق يُعني بتنظيم علائق الأفراد ، ومن قبله بترقية الأنفس وتنقيتها ، ببذر قيم الإيثار فيها واجتثاث نوازع الإثرة والشح عنها ، حتى يشهد أن المسلم يؤثر أخاه علي نفسه ، ولو كان به خصاصة ، وفي ظل النظام الأخلاقي لشريعتنا الغراء ، فلا غرو أن ينال الإقرار بحق علي النفس لآخر ، مركزاً مرموقاً بين وسائل الإثبات ، لانثقائه - في الأغلب - عن ريبة الإفك في الأمر المقر به ، الأمر الذي جعل الإقرار سيد الأدلة ، وذا دلالة قاطعة الحجية ، بحيث يتسنى بموجبه تأسيس الأحكام القضائية في أنواع الأفضية كافة في حق المقر - دون غيره - لولايته علي نفسه ، ويتبدى مما ذكر أن الإقرار حجة قاطعة في إفادة صدق المقر به ، وقاصرة علي المقر- ونبيّن هذين الوجهين بتفصيل فيما يلي:-

الوجه الأول : الإقرار حجة قاطعة :

الإقرار حجة قاطعة علي المقر ، في إثبات المعاملات المدنية كافة ، ومن القواعد الفقهية المتفق عليها أن : ((المرء مؤاخذ بإقراره))¹ ، وجاء بالمادة (١٥٨٧) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه : ((يلزم الرجل بإقراره بموجب المادة السابعة والسبعين)) .

يقول علاء الدين الطرابلسي - الحنفي - : ((أعلم أن الإقرار من أقوي الأحكام وأشدّها ، وهو أقوي من البينة [أي الشهادة] ، ووجهه أنه إذا كان يستند القضاء إلي ظن ، فبأن يستند إلي علمٍ أولي ؛ لأن الحكم بالإقرار مقطوع به ،

¹ - المادة ٧٩ من مجلة الأحكام العدلية - .

والحكم بالبينة مظنون ؛ ولأن الإقرار خبر صدق ، أو يرجح صدقه علي كذبه ؛ لانتفاء تهمة الكذب وريبة الإفك))^١ - .

وقال ابن قدامه الحنبلي : ((وأن الإقرار : إخبار علي وجه ينفي التهمة والريبة ، فإن العاقل لا يكذب علي نفسه كذباً يضر بها ، ولهذا كان أكد من الشهادة ، فإن المدعي عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة ، وإنما تسمع إذا أنكر...))^٢ - .

ويلاحظ أن ابن قدامه قد أشار إلي إحدى فوائد الإقرار وخصائصه ، ويتمثل في أن الإقرار ينطوي عن نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، وهذا ما عبّر عنه ابن قدامه الحنبلي بأن المدعي عليه إذا اعترف لا تسمع عليه البينة وإنما تسمع إذا أنكر . وهذا النوع من التصرف القولي المتمثل في إعفاء الخصم عن الإثبات ، يقتضي توفر القصد في المقر ، - أعني القصد بعنصريه : الإرادة والعلم- ، باعتباره شرطاً لصحة الإقرار ، وهذا حدٌ متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، لقول النبي صلي الله عليه وسلم : ((رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق))^٣ - . وعلة عدم الاعتداد بتصرفات النائم والصبي والمجنون هو : عدم توفر ((الإرادة والعلم)) فيهم - أي لانتفاء القصد في تصرفاتهم ، ويقاس عليه حكم كل تصرفٍ ينتفي فيه القصد ، إلا ما استثناه الشرع الحنيف بنص من الشارع^٤ - .

وهناك فارق في القصد بين الدعاوى الجنائية - والحدية بصفة خاصة - وبين أفضية المعاملات المدنية . ففي المسائل الحدية يجب أن ينصرف القصد إلي إرادة الإقرار والي العلم به وبناتجيه ، لما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب وسيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنهما قالوا : ((لا حدّ إلا علي من علمه))^٥ - ، ولما ورد في إحدى روايات حديث ماعز الأسلمي أنه قال : ((يا رسول الله : إنني

^١ - معين الحكام - للطرابلسي - ص ١٢٥ - .

^٢ - المغني لابن قدامه ج٧ ص ٢٦٢ - .

^٣ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب المجنون يسرق أو يصيب حداً وابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق باب طلاق الصغير والنائم - وراجع نصب الرأية للزيلعي ج٤ ص ١٦١ - .

^٤ - مما استثناه الشرع الحنيف نكاح الهازل وطلاقه ورجعته ، لقول النبي صلي الله عليه وسلم : (ثلاث جدهن جدٌ وهزلهن جدٌ : النكاح والطلاق والرجعة) رواه أبو داؤد في سننه في كتاب النكاح باب الطلاق علي الهزل ، والترمذي في سننه في كتاب الطلاق باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ، وابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق باب من طلق أو رجع لاعباً - .

^٥ - الإشراف علي مذاهب أهل العلم - لابن المنذر - ج٢ ص ٤٠ - .

ظلمت نفسي وزنيت ، وإنني أريد أن تطهرني))^١ . وفي روايةٍ أن ماعزاً قال :
((فأقم عليّ كتاب الله)) ، وفي حديث الغامدية أنها جاءت إلي النبي صلى الله عليه
وسلم وقالت : (يا رسول الله : إنني زنيت فطهرني ...))^٢ .

بل نجد التصريح بوجوب علم المقر بمعنى إقراره وبناتجيه ، فيما روي عن
أبي الدرداء رضي الله عنه ، أنه أتى بجاريةٍ سرقت ، فقال لها : ((أسرقت يا
سلامة ؟ قولي : لا . قالت : لا ، فخلي سبيلها . فقيل له : أنت تلقنها ؟ فقال أبو
الدرداء : إنها اعترفت وهي لا تدري ما يراد بها))^٣ . فيتضح أن الإرادة والعلم
في مسائل الحدود ، عنصران لا يلتئم ركن الإقرار بغيرهما ، بل هما لازمان
بحدّهما الأقصى - ، (كامل الإرادة وتام العلم بالمقر به وبناتجيه) ، بدلالة الآثار
السابقة . وعلي القاضي إبانتهما للمقر خلال تدوينه للإقرار ، وإن كان تعدد الإقرار
واجباً لثبوت الواقعة محلّ التداعي ، فإن علي القاضي أن يبيّن للمقر ، المراد من
التعدد ، كأن يقول له : (إن أقررت الرابعة حكمت عليك بالرجم) أو : (إن
أقررت الثانية حكمت عليك بالقطع) - .

أما في مسائل المعاملات المدنية فإن اشتراط القصد في المقر ، وإن كان
ينصرف أيضاً إلي إرادة مؤاخذته بإقراره وترتيب نتائج الإقرار في ذمته ، إلا أن
وجود ذلك القصد ليس شرطاً لقيام الإقرار . قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري :
((وإذا كان يغلب في الإقرار أن يقصد المقر أن يؤاخذ بإقراره ، وأن تترتب في
ذمته نتائج القانونية ، إلا أن وجود هذا القصد عنده لا يشترط لقيام الإقرار ، فقد
يصدر الإقرار من شخصٍ لمجرد تقرير الواقع ، دون أن يقصد ، وحتى دون أن
يعرف النتائج القانونية التي تترتب علي هذا الإقرار . بل إن نية الإقرار ذاتها لا
تشتراط ، فقد يقر الشخص بوقائع لم يكن معترفاً بها ، وهو في صدد الدفاع عن

^١ - راجع السراج الوهاج من كشف مطالب مسلم بن الحجاج - لأبي الطيب البخاري ج٦ ص ٣٥٢ - .
^٢ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا ورواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب المرأة
أمر النبي برجمها من جهينة - .
^٣ - شرح صحيح البخاري لابن بطال ج٨ ص ٤٤٦ - .

حقه، أو هو في صدد استجواب المحكمة أو الخصم له ، دون أن يشعر أنه قد أدلى بأبي إقرار . والمهم أن يكون الإقرار قد صدر عن اختيار لا عن إجبار))^١ .

ولم يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي من حيث الحجية في مسائل المعاملات المدنية ، بل جعلوها في مرتبة واحدة من حيث إفادة القطع ، متي كان ثبوت الإقرار غير القضائي بالبينة العادية أو المستندية ، التي تفيد يقيناً صدور الإقرار من المقر . وبعد استيفاء ذلك القدر من الثبوت ، فلا يبقى وجه للتمييز بين نوعي الإقرار من حيث الحجية ؛ لأن مجلس القضاء لا يضيف على الإقرار سوي التيقن من ثبوت صدوره من المقر وفي حالة الطوع والاختيار ، فإن توفر ثبوت الإسناد وعنصر الطوع والاختيار في الإقرار غير القضائي ، فعندئذ يستوي الإقرار غير القضائي مع الإقرار القضائي في الحجية ؛ إذ أن كل جنس الإقرار ملزم بذاته ، ولا يفتقر إلي مجلس القضاء لصحة صدوره ولا إلي الإتصال بالقضاء لاكتساب حجيته^٢ .

وقد اختلفت التشريعات المعاصرة في تقويمها لحجية الإقرار في مسائل المعاملات ، فذهب قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م إلي منهج أقرب لمنهج جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، حيث لم يفرق بين نوعي الإقرار في مسائل المعاملات ؛ إذ نصت المادة (٢١) منه علي أنه : ((١- يكون الإقرار حجة قاطعة علي المقر ، وهو يسري في المعاملات في حق من يخلف المقر فيما أقر به .

٢- يشكل الإقرار بينة قاطعة علي صحة المقر به ، إلا إذا قصد به المقر الإضرار بخلفه فيما أقر به ، أو اختلف الطرفان في سببه . ٣- لا يشكل الإقرار في المسائل الجنائية بينة قاطعة إذا كان غير قضائي أو اعترته شبهة)) .

والواضح أن الفقرتين الأولى والثانية قد جعلتا كل جنس الإقرار حجة قاطعة ، والمقصود فيهما مسائل المعاملات ، فلا تفريق فيهما بين نوعي الإقرار من حيث الحجية ، أما الفقرة الثالثة فقد جاءت صريحة في النص بعدم إفادة الإقرار غير

^١ - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني - ص ٤٧٣ - .
^٢ - راجع طرق الإثبات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ص ٤٩٥ - بتصرف - وراجع تقنين الفقه الإسلامي / المبدأ والمنهج والتطبيق للدكتور زكي عبد البر ص ١٤٤ - .

القضائي للحجية القاطعة ، استثناءً من القطعية المقررة بالفقرتين الأولى والثانية لكل جنس الإقرار ، بنوعيه القضائي وغير القضائي ، في مسائل المعاملات المدنية . وهذا يقارب رأي فقهاء الحنفية الذين يشترطون صدور الإقرار (في مجلس القضاء) عندما يكون متعلقاً بالحدود الشرعية ، علماً بأن قانون الإثبات في مادته الآنفة الذكر لم يفرق بين المسائل الجنائية الحدية ، وبين المسائل الجنائية غير الحدية ، فيما يفيد الإقرار القضائي من حجية قاطعة ، - بدلالة المفهوم المخالف للمادة - وهو نوع توسع اقتضاه الاحتياط والجزم اللذين يوجبهما أصول التقاضي في المسائل الجنائية كافة - .

ورغم أن مصنفات شراح قوانين الإثبات والمرافعات في مصر تزخر بالحديث عن نوعي الإقرار - القضائي وغير القضائي - إلا أن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية - المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - قد اقتصر علي مفهوم الإقرار القضائي ، ففي مادته (١٠٣) جاء ما نصه : ((الإقرار هو : اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة)) ، وقد نصت المادة (١٠٤) من ذات القانون علي أن: ((الإقرار حجة قاطعة علي المقر ...)) ، غير أن هنالك اختلافاً بينا بين بعض شراح القانون المصري وبين أحكام محكمة النقض المصرية ، في القيمة التدليلية التي يفيدها الإقرار غير القضائي ؛ إذ ذهب الدكتور أحمد أبو الوفا إلي إمكان التسوية بين نوعي الإقرار من حيث القيمة التدليلية ، فقال : ((أما الإقرار غير القضائي فيجوز أن يصدر أمام قاضٍ لا يتولى النظر في النزاع المتعلق بموضوع الإقرار ، ويجوز أن يصدر في غير مجلس القضاء ، وأن يحصل التمسك به فيما بعد . ويترتب علي ذلك احتمال النزاع في دلالة مثل هذا الإقرار ، وعدم تقيد القاضي بحجيته ، فمن واجب القاضي أن يبدأ بتحديد دلالة الإقرار غير القضائي ، وأن يبحث فيما إذا كان إقراراً إرادياً يتوافر فيه ركن القصد . وفي حدود هذا التحقيق الأولي يعتبر الإقرار غير القضائي واقعة تترك لتقدير القاضي . بيد أن هذا التقدير يجب أن تراعي فيه قواعد الإثبات . ومتي انتهت مرحلة التحقيق الأولي

وانتهى القاضي منها إلي أن الإقرار قد صدر فعلاً ، واجتمعت له شروط الصحة ، كان هذا الإقرار حجة قاطعة ، ولو أنه غير قضائي ، شأنه من هذه الناحية شأن الإقرار القضائي تماماً))¹ - .

ونتفق مع ما ذهب إليه الدكتور أحمد أبو الوفا - وهو في واقع الأمر ما سبق لنا اختياره - غير أن محكمة النقض المصرية قد نزلت بالقيمة التدليلية للإقرار غير القضائي إلي إمكان بلوغها حدّ (مبدأ ثبوت بالكتابة) أو إلي مجرد قرينة ، ولا يشفع لها تراوحها صعوداً بتلك القيمة إلي إمكان بلوغها إلي قيمة الدليل المكتوب ؛ إذ قالت : ((الإقرار الصادر في قضية أخرى ، وإن كان لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً حتماً ، فهو إقرار مكتوب صدر في مجلس القضاء ، ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع ، فلها مع تقدير الظروف التي صدر فيها ، والأغراض التي حصل من أجلها ، أن تعتبره دليلاً مكتوباً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة، كما أن لها ألا تأخذ به أصلاً))² - .

ولئن كنا نتفق مع محكمة النقض المصرية فيما أبانته من سلطة القاضي في تقدير القيمة التدليلية للإقرار غير القضائي ، علي ضوء ما يتمخض عنه الاستقصاء القضائي الذي يجريه بشأن صدوره ، وصحة إسناده إلي الخصم المقر وتبيّن الظروف التي صدر فيها ، ثم بعدئذٍ الاعتداد بذلك الإقرار أو طرحه ، إلا أننا لا نتفق معها فيما تراوحت به نزولاً إلي حدّ (مبدأ ثبوت بالكتابة) أو مجرد قرينة ، خاصة في ظل ثبوت صدوره من المقر بمحرر رسمي ، أي في المحضر القضائي المشار إليه في الحكم ؛ لأنه بعدئذٍ متي ثبت صدوره مستوفياً ركن القصد ، وكان صادراً من المقر بكامل الإرادة وملء الاختيار ، فيعتد به ، وإلا فلا ؛ والظاهر من نص محكمة النقض المصرية أنه يتعلق بمرحلة وزن البيّنات ؛ لذكر مسألة تقدير القاضي للإقرار علي ضوء الظروف التي صدر فيها ، وأنه وفي ظل ما ذكره فللمحكمة أن تعتبره دليلاً مكتوباً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ولها ألا تأخذ به - ، هذا النص يقتضي أن محكمة النقض المصرية قد تحدثت عن مرحلة وزن

¹ - التعليق علي نصوص قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٢٤ - .

² - نقض مدني /جلسة ١٩٤٥/١٢/٢٧م مجموعة القواعد القانونية - النقض في ٢٥ عاماً ج١ ص ٣٤ ق ٦٨ - .

البيانات ، وهي مرحلة ما بعد قبول الأدلة ، فإذا اعتبرت محكمة الموضوع ذلك الإقرار من قبيل (مبدأ ثبوت بالكتابة) أو أنه مجرد قرينة ، في تلك المرحلة ، فذلك يلزم منه أن تعود وتلتزم استكمال الدليل الناقص من غير طلب ، وهو ما يتنافى مع مبدأين ، أولهما : أن الأدلة في مسائل المعاملات ملك الخصوم يقدمونها كيفما وسعهم وبمشيئتهم ، وثانيهما : أن المحكمة في مسائل المعاملات المدنية تلتزم بمبدأ الحياد ، فلا تعين خصماً وتسعفه بدليل أو بما يوحي إليه ، وعليها أن تفصل في الدعوى علي ضوء ما يقدمه الخصمان - .

ولعل محكمة النقض المصرية أرادت أن الذي يتراوح نزولاً إلي حدّ (مبدأ الثبوت بالكتابة أو إلي مجرد القرينة) هو ما تفيد دلالة الإقرار ضمناً ، لا صراحة ، علي نحو ما أشار إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث قال :- ((وإذا كان الإقرار حجة قاطعة بالواقعة التي تضمنها بالذات ، فإنه يصلح أيضاً أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنها بالذات))¹ - . والمقصود هنا : هو اعتبار ما لم يقر به صراحة ، من قبيل مبدأ الثبوت بالكتابة ، وهو يفارق ما ذكرته محكمة النقض المصرية - .

الوجه الثاني : الإقرار حجة قاصرة :

الإقرار حجة قاصرة ؛ إذ لا يحتج به إلا علي المقر ، فإن أقر علي نفسه ، وعلي آخر ، عومل المقر بإقراره ، ولا يتعدى أثر إقراره إلي ذلك الآخر² - . كما لا يتعدى إلي الغير عامة سواء كان خلفاً خاصاً أو دائناً أو مشترياً أو خلافهم ، يستثنى من ذلك وراثته ، إذ يتعدى أثر إقرار المورث إليهم باعتبارهم خلفه العام - . وقد نصت المادة (١/٢١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه :- ((يكون الإقرار حجة قاطعة علي المقر ، وهو يسري في المعاملات في حق من يخلف المقر فيما أقر به)) . ويقضي ما أقر به المورث من تركته ، أو مما أصابه الورثة من مال مورثهم . قال ابن قدامه في (المغني) :- ((وإذا قال : لفلان علي شيء ، أو كذا صحّ إقراره ويؤمر المقر له بالبيان ، فإن بيّن شيئاً فصدّقه

¹ - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني ص ٥٠١ - .
² - راجع الميسوط للسرخسي ج٨ ص ١٨٤ - .

المقر ثبت وإن مات من عليه الحق ، أخذ وراثته بمثل ذلك ، لأن الحق ثبت علي مورثهم ، كما لو كان الحق معيناً . وإن لم يخلف الميت تركة فلا شيء علي الورثة))¹ . وفيه أيضاً : ((وجملة ذلك أن الوارث إذا أقر بدين علي مورثه ، قبل إقراره بغير خلافٍ نعلمه ، ويتعلق ذلك بتركة الميت ، كما لو أقر به الميت قبل موته ، فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث بشيء وإن خلف تركة تعلق الدين بها ، فإن أحبَّ الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإذا أختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم ، فعلي كل واحدٍ منهم من الدين بقدر ميراثه... ..))² .

ولا يجوز للمقر إثبات عكس إقراره ؛ لأنه (من سعي في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه) ، كما لا يجوز - في الأصل - للخلف العام إثبات عدم صحة إقرار مورثه ، غير أنه يجوز للخلف العام - استثناءً - إثبات عدم صحة إقرار مورثه ، إذا كان إقرار المورث مقصوداً به الإضرار بذلك الخلف العام . وقد نصت المادة (٢/٢١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((يشكل الإقرار بينة قاطعة علي صحة المقر به ، إلا إذا قصد به المقر الإضرار بخلفه فيما أقر به)) ، ومفاد الاستثناء هنا هو عدم قطعية حجية الإقرار ، حين يراد به الإضرار بالخلف العام ، فعندئذٍ يجوز لأي من الورثة ادعاء عدم صحة الإقرار الذي أدلي به مورثهم بملكية آخر لبعض ماله - أو كله - بأي سببٍ من أسباب الملك - ، أو ادعاء أن الإقرار بالملك لأحد الورثة كان صورياً ، بقصد تفضيل ذلك الوارث أو حرمان وارث آخر ، ويجوز للوارث المتظلم إثبات عدم صحة ذلك الإقرار بوسائل الإثبات كافة . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل في إقرارات المورث أنها صادرة صحيحة وملزمة لورثته ، حتى يقيموا الدليل علي عدم صحتها ، وإذا كان القانون قد أعفي من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابي ، في حالة ما إذا طعنوا فيها ، بأنها في حقيقتها وصية قصد بها إثارة بعض الورثة ، فليس معني هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفي لإهدار حجية هذه

¹ - المغني لابن قدامة ج٧ ص ٣٠٤ - .

² - المرجع السابق ص ٣٢٨ - .

الإقرارات ، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل علي عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات -))¹ .

وصفوة القول : أن الخلف العام مقرر في حقه استثناءان ، أولهما : من قاعدة (الإقرار حجة قاصرة) واستثني منها فجاز تعديه أثر الإقرار إليه ، وثانيهما : من قاعدة (الإقرار حجة قاطعة علي صحة المقر به) ، واستثني منها فجاز في حقه إثبات عدم صحة الإقرار ، عندما يكون المورث قاصداً بإقراره الإضرار بخلفه العام ، ومن صنو الإضرار تحاييله علي أحكام الوصية ، أو تفضيله لو ارث دون غيره ، أو حرمانه لو ارث ، أو عندما يصدر الإقرار مخالفاً للنظام العام ، كتعارضه مع أحكام المواريث ، بالإخلال بأنصباء أصحاب الفروض ، أو بالإقرار بتصرفٍ صوري ، سائر لتصرفه في تركته المستقبلية بنحو بيع أو هبة صوريين منجزين شاملين لكل أملاكه ، ففي كل هذه الأحوال ، لا يكتسب الإقرار حجية قاطعة علي صحة المقر - في حق الخلف العام - ؛ إذ يجوز له إثبات عدم صحته ، بإقامة دليل العكس .

البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية في تجزئة الإقرار في مسائل المعاملات :

الأصل في الفقه الإسلامي أخذ الإقرار كاملاً أو طرحه كاملاً ، ويستثني من ذلك ، جواز تجزئة الإقرار ، بإعمال جزء منه وطرح جزء آخر ، إذا ثبت كذبه بدليل مستقل . هذا يعني أن الإقرار البسيط الذي ينصب علي واقعة واحدة ، والإقرار المتصادق عليه من طرفي الخصومة ، لا يقبلان التجزئة وكذا الإقرار الموصوف الذي يقر فيه المدين بدعوى الدائن بثبوت الدين في ذمته ، معترضاً علي دعوى حلول أجله ، ذاكراً أجلاً زائداً عن المدعي به ، فهذا إقرار موصوف لا يقبل التجزئة . أما الإقرار الذي يقبل التجزئة فهو الإقرار المركب ، وهو نوعان : أحدهما لا يقبل التجزئة ، والآخر يقبلها ، فالذي لا يقبل التجزئة هو الإقرار المركب من وقائع مرتبطة ببعضها ، ويستلزم حتماً من وجود بعضها ، وجود بعضها الآخر ، وصنوه الإقرار بدعوى الدين مع ادعاء الوفاء ، فهذا يؤخذ كلاً أو يطرح

¹ - نقض مدني / جلسة ١٩٥١/١/١٨م مجموعة أحكام النقض - السنة ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ .

كلاً ، وأما الذي يقبل التجزئة فهو الإقرار المركب من وقائع منفكة عن بعضها ولا يستلزم من وجود بعضها ، وجود بعضها الآخر ، بحيث يمكن تصور حدوث بعض وقائعه دون حدوث بعضها ، وصنوه الإقرار بقرض مع ذكر حدوث المقاصة بدين آخر ، فهاتان واقعتان منفكتان عن بعضهما ، ولا يلزم من وجود أُولاهما وجود الثاني ، فيجوز في صنوه أعمال جزء من الإقرار وطرح جزء منه متي ثبت بدليل مستقلٍ عدم صحته . قال السرخسي في (المبسوط) :- ((... لأن المقتضي يستوفي من مال المديون مثل ما له عليه ، فيصير قصاصاً بدينه ، والقبض المضمون من ملك الغير ، سبب لوجوب الضمان عليه ، وقد أقر به ثم ادعي لنفسه ديناً علي صاحبه ، ولا يثبت الدين له علي صاحبه بدعواه ، ولكن يتوجه اليمين ، فإذا حلف لزمه ردّ المقبوض))¹ .

وقد نصت المادة (١٠٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية – المصري – علي أنه : ((... لا يتجزأ الإقرار علي صاحبه ، إلا إذا أنصب علي وقائع متعددة ، وكان وجود واقعة منها ، لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى)) . ويقول الدكتور أحمد أبو الوفا في معرض شرحه لهذه المادة ، مبيّناً عدم جواز تجزئة الإقرار البسيط والإقرار الموصوف ، وموضحاً النوع الذي يجوز فيه التجزئة ما يلي : ((يكون الإقرار بسيطاً ، إذا تضمن مجرد التسليم بما يدعيه الخصم والاعتراف به ، دون وضع أي قيد أو شرط أو تحفظ من قبل المقر . كما إذا تمسك الدائن بمطالبه مدينه باستحقاق دين معين عليه ، في يوم معين بفائدة معينة ، فأقر الأخير بكل هذا . أما الإقرار الموصوف : فهو يشتمل علي واقعة أصلية ، وواقعة أخرى مرتبطة بها ، نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية ، كما إذا تمسك الدائن بالمديونية علي النحو المتقدم ، فأقر المدين بها ، وإنما مقرونة بشرط أو أجل . وأما الإقرار المركب : فهو كالإقرار الموصوف يشتمل أيضاً علي واقعة أصلية ، وواقعة أخرى مرتبطة بها ، وإنما نشأت واستجدت بعد نشوء الواقعة

¹ - المبسوط للسرخسي ج٨ ص ١٠٨ وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٥٩ وفتح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش ج٦ ص ٤٣٩ والحاوي الكبير للموردي ج٧ ص ٨١/٧٨ وشرح منتهي الإرادات للبهوتي ج٣ ص ٥٧٩ والمحلي لابن حزم ج٨ ص ٢٥٠ . -

الأولي . كالإقرار بالمديونية مع وفاء الدين ، أو الإقرار بالمديونية مع التجديد أو مع الإبراء ، وهذا الإقرار المركب لا يتجزأ ؛ لأن الواقعة المستجدة ، تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية ، فلا يتصور وفاء من غير مديونية ، ولا يتصور تجديد أو إبراء من غيرها . ويكون الإقرار المركب قابلاً للتجزئة ، إذا كانت الواقعة المستجدة المقر بها لها كيانها المستقل ، بحيث من المتصور أن تقوم بغير الواقعة الأصلية ، وهنا يجوز تجزئة الإقرار علي المقر ، كالإقرار بالمديونية مع التمسك بسقوطها بالمقاصة ، فتثبت المديونية بالإقرار ، ويكون علي المدين عبء إثبات دينه في ذمة دائنه الذي كان في وقوع المقاصة والإقرار الموصوف والإقرار المركب كلاهما يشتمل علي واقعة أصلية وأخري مرتبطة بها ، وإنما في الإقرار الموصوف تتلازم الواقعتان ، أي تنشأ الواقعة المرتبطة وقت نشوء الواقعة الأصلية ، بينما في الإقرار المركب ، لا تنشأ الواقعة المرتبطة وقت نشوء الواقعة الأصلية ، وإنما تستجد بعدها . وقد تكون مرتبطة بها برباط لا يقبل التجزئة ، إذا كانت نشأتها متوقفة علي قيام الأولي . وقد يكون الرباط بينهما قابلاً للتجزئة بحيث من المتصور نشأة الواقعة المستجدة الجديدة دون قيام الأولي))¹ - .

البند الثالث : سلطة القاضي في تقدير موجبات المصير إلي استثناء الرجوع عن الإقرار في مسائل المعاملات المدنية :

الأصل في الفقه الإسلامي هو : عدم جواز الرجوع عن الإقرار في مسائل المعاملات المدنية ، وفي المسائل المشتركة بين حق الله سبحانه وتعالى وحق العباد؛ إذ يجوز الرجوع فيما كان منها حقاً لله ولا يجوز فيما كان منها حقاً للعبد ، كالإقرار بالسرقة ، فيجوز الرجوع في حق الله سبحانه وتعالى - وهو حدّ القطع - ولا يجوز في حق العبد وهو المال ؛ وذلك لأن حقوق الله سبحانه وتعالى مبنية علي المسامحة، بخلاف حقوق العباد ، وحق المقر له يلزم المقر فور صدور الإقرار مظهراً ذلك الحق بإرادة المقر المنفردة - دون توقف علي قبول المقر له - ، فالإقرار موجب للحق بنفسه ، قبل اتصال القضاء به ، فلا ينقض ما وجب للغير من

¹ التعليق علي نصوص قانون الإثبات - للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٣٣٠ / ٣٣١ وراجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني ص ٥٠٦ وما بعدها وراجع أيضاً رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ج٢ ص ٦١ - .

غير جهة صاحب الحق . ثم إن المقر بعد إخباره بحق الغير علي نفسه ، فإن رجوعه عن إقراره يعدّ ضمناً ادعاءً بالملك في حق الغير ، وهي دعوى تناقض إقراره الأول فلا تقبل منه¹ .

ونصت المادة (١/٢٢) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه :-
(لا يصح في المعاملات الرجوع عن الإقرار ، إلا لخطأ في الوقائع ، علي أن يثبت المقر ذلك)) . وجواز الرجوع عن الإقرار في حالة الخطأ في الوقائع أساسه قول النبي صلي الله عليه وسلم : ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه))^٢ . والحكمة من جواز الرجوع عن الإقرار عند حدوثه بسبب خطأ في الوقائع هو : صدوره عن إرادة معيبة . غير أن من يدعي ذلك النوع من الخطأ لا يصدق في دعواه ، إلا إذا أثبتها بالبينة الشرعية - .

والمقصود بعبارة (الخطأ في الوقائع) هو : الخطأ في الوقائع المادية ، أما الخطأ في القانون فلا يعتد به . يقول المستشار أحمد نشأت :- ((علي أن كون الإقرار حجة قاطعة ، لا يمنع المقر من أن يثبت أنه صدر منه عن غلطٍ ، أو بسبب غش أو تدليس أو إكراه ، أو كان صورياً وإذا بني الإقرار علي غلطٍ ، فالغلط إما أن يكون في الوقائع ، وإما أن يكون في القانون . فالغلط في الوقائع يجعل الإقرار علي غير أساس فمثلاً إذا اعترف وارث بإيجار عقد مع مورثه ، ثم وجد عقداً بفسخ الإيجار بين أوراق مورثه ، أو أقر وارث بدين استدانه مورثه ثم وجد مخالصةً به ، فإنه لا يعمل بالإقرار ، أي يمكن للمقر العدول عنه والرجوع فيه ؛ لأنه اعترف بأمر لم يكن موجوداً في الواقع . وعلي المقر أن يثبت الغلط حتى يستطيع العدول عن إقراره . أما إذا أراد المقر العدول عن إقراره بحجة أنه كان يجهل النتيجة القانونية لحكم القانون في الأمر المعترف به ، فلا يقبل ذلك منه ؛ لأن الجهل بالقانون ليس عذراً ، عملاً بقاعدة (افتراض عدم الجهل بالقانون) فمثلاً إذا أقر شخص بدين ، لا يمكنه أن يعدل عن إقراره بحجة

¹ - راجع المبسوط للسرخسي ج١٧ ص ١٨٥ وج١٨ ص ٢٢ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٥٧ والحاوي الكبير للماوردي ج٧ ص ٣٤ والمغني لابن قدامة ج٧ ص ٢٨٦/٢٨٧ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ١٤ / ٢٢ - .
² - سبق تخريجه في ص ٣٠٢ من هذه الدراسة - .

أن الدين كانت قد مضت عليه المدة القانونية اللازمة لسقوطه بمضي المدة ، وأنه ما كان يعلم أن ذلك مسقط للدين بحكم القانون))^١ - .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا بني الإقرار علي غلطٍ في الواقع ، كأن يقر بدين علي مورثه ، ثم يعثر بعد ذلك علي مخالصة بين أوراق المورث ، ففي هذه الحالة يجوز للمقر العدول ؛ لأن اعترافه بأمر لم يكن موجوداً في الواقع^٢ - .

وصفوة القول : فإن سلطة القاضي التقديرية تضيق في أحكام الرجوع عن الإقرار في مسائل المعاملات ، فهي قاصرة علي حالات استثناءات يتعيّن عليه استقصاء موجباتها ، فإن أثبتتها مدعيها ، جاز قبول العدول عن الإقرار ، وإلا فيبقي الحال علي أصل المنع - .

¹ - رسالة الإثبات - للمستشار أحمد نشأت جـ ٢ ص ٢٩/٢٨/٢٧ - .
² - راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني هامش ص ٤٨٥ - .

الفصل الثالث

سلطة القاضي التقديرية في استخلاص

القرائن القضائية وفي تقويمها

نُعنى في هذا الفصل ببيان (سلطة القاضي التقديرية في استخلاص القرائن القضائية) ، ونبيّن بالتفصيل ضوابط تلك السلطة وكيفية تقويم القاضي لحجية القرائن القضائية ، وقد زهدت عن الإفاضة في شرح (القرائن القانونية) ، لعدم اقتضاء مقام الدراسة لمثل ذلك الشرح ، باعتبار أن (القرائن القانونية) ، تكون مقننة بنصوص تشريعية ، ولا مجال للقاضي في إنشائها أو استخلاصها ؛ إذ لا تمتد سلطة القاضي التقديرية بشأنها ، إلا إلى مقدار تكييف وقائعها في الدعوى محل النظر-، وصولاً إلى تنزيل القرينة القانونية ، عليها ، بالنحو الذي ورد به التشريع ، فسلطة القاضي التقديرية تضيق، في القرائن القانونية ، بحيث لا تتجاوز المقدار المذكور آنفاً ، بينما تتسع في (استخلاص القرائن القضائية) ، أيما اتساع ، بحيث تمتد من مبتدئها إلى منتهاها ، أعني المبتدأ المتمثل في تعيين عناصر الركن المادي للقرينة القضائية- بشرائطه - ، إلى المنتهى المتمثل في الركن المعنوي للقرينة القضائية-، أي عملية الاستنباط القائمة على النشاط الذهني للقاضي- بشرائطها- . وبلا مرأف فإن سلطة القاضي ليست تحكيمية في أي من الركنين ، بل تضبطها ضوابط معينة نذكرها في موضعها من هذا الفصل - .

وفي إيجاز نبين أن هذا الفصل ينقسم إلى مباحث كما يلي :-

المبحث الأول : تعريف القرائن ، وبيان مشروعيتهما في الإثبات ، وهو ينقسم إلى مطلبين .

المبحث الثاني : أنواع القرائن - وينقسم المبحث إلى مطلبين.

المبحث الثالث : ضوابط سلطة القاضي في استخلاص القرائن القضائية وينقسم إلى خمسة مطالب .

المبحث الرابع : في تقويم القرائن القضائية -، وينقسم إلى ثلاثة مطالب .

المبحث الخامس : أثر القرينة القضائية في إثبات جرائم الحدود وينقسم إلى ثلاثة مطالب.

وفيما يلي عرض بالتفصيل للمباحث الآنف الذكر:

المبحث الأول

تعريف القرائن وبيان مشروعيتها في الإثبات

ونتناول تعريف القرائن في اللغة والاصطلاح، ثم بيان مشروعيتها في الإثبات ، كل في مطلب علي حدة فيما يلي :-

المطلب الأول

تعريف القرائن في اللغة والاصطلاح

القرينة في اللغة ، مؤنث القرين، وهو المصاحب على الدوام . ومنه قوله تعالى : " يثبث ذئب ث " ، وقوله تعالى: " ثبث ثؤثف فؤثف ف " ^٢ وتطلق على الزوجة، فيقال : (قرينة فلان) ، لاقترانها بالزوج بالعقد على التأييد. وفي الاصطلاح ، فإن القرينة : أمر يشير إلى المطلوب ^٣ أي هي الأمانة الظاهرة الدالة على أمر خفي مطلوب، مصاحب لها -.

وقد درجت النظم التشريعية المعاصرة ، على تعريفها بأنها: استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول ، من أمر معلوم ، أو استنباط أمر غير ثابت ، من أمر ثابت ، بناءً على الغالب من الأحوال ^٤. والقرينة التي يستنبطها الشارع فيقررها بنص تشريعي، تسمى : (القرينة القانونية)، وقد أسماها الشيخ أحمد إبراهيم بك: (القرينة الشرعية) ^٥ ، لورود النص الشرعي بها ، أما القرينة التي يستنبطها القاضي ، فتسمى (القرينة القضائية) وسيأتي بيانها في المبحث الثاني لاحقاً - بإذن الله - .

¹ - سورة النساء من الآية ٣٨.

² - سورة الزخرف الآية ٣٦.

³ - التعريفات للجرجاني ص ١٥٢.

⁴ - راجع للمثال المادة ٥٢ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م وكتاب التعليق على قانون الإثبات - للدناصوري وحامد عكاز ص ٣٤٠.

⁵ - بحسب الأصوب تسميتها (القرينة التشريعية) , تحرزاً من الإيهام بأن الأخرى (غير شرعية).

المطلب الثاني

مشروعية القضاء بالقرائن

ذهبت طائفة من الفقهاء إلى مشروعية القضاء بالقرائن ، بينما ذهبت طائفة أخرى إلى عدم المشروعية . فالقائلون بمشروعية القضاء بالقرائن هم : أبو اليسر محمد بن الغرس وابن عابدين وعلاء الدين الطرابلسي ، من الحنفية وعبد المنعم بن الفرس^١ وابن فرحون من المالكية ، وابن القيم من الحنابلة^٢ .

أما القائلون بعدم مشروعية القضاء بالقرائن ، وصرحوا بالمنع فهم قلة من الفقهاء منهم ابن نجيم الحنفي والخير الرملي الشافعي والشيخ علي قراعة من المعاصرين^٣ .

أدلة القائلين بمشروعية القضاء بالقرائن :

استدل القائلون بمشروعية القضاء بالقرائن بأدلة من الكتاب والسنة النبوية

نورد منها ما يلي :-

(أ) من أدلة الكتاب :

قوله تعالى : " تَذَكَّرْهُ هَاهُنَا بِهَيْهَاهُنَا ، عَلَى كَيْفِ كَيْفٍ وَوَجْهٍ وَوَجْهٍ " .^٤

ويتمثل وجه الدلالة ، في أن امرأة العزيز لما شغفها حب سيدنا يوسف عليه السلام ، عزمت على نيل وطرها الحرام منه ، فاستعصم ونأى بنفسه عن الانزلاق في أتون الشهوة الحرام ، " وَاسْتَبَقَا الْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُ مِنْ دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَى الْبَابِ " وبذكاء وسرعة بديهة " قَالَتْ : مَا جَزَاءَ مِنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا " ، ودونما إمهال لزوجها الموجوم لتدبير الأمر ، ثم سارعت وحكمت " إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ " .

^١ - عبد المنعم بن الفرس : هو عبد المنعم بن محمد - المعروف بابن الفرس - قاض أندلسي من علماء غرناطة ، له تأليف منها : (كتاب أحكام القرآن) (٥٢٤هـ = ٥٩٩هـ) (١١٣٠م - ١٢٠٣م) - الإعلام للزركلي ج٤ - ص ١٦٨ .
^٢ - رسائل ابن عابدين ج٢ ص ١٢٦-١٢٧ ومعين الحكام للطرابلسي ص ١٦١ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١٠١-١٠٢ والطرق الحكمية لابن القيم ص ٦ وما بعدها .
^٣ - البحر الرائق لابن نجيم ج٣ ص ٢٠٥ وقررة عيون الأخبار ٤٣٧/٧ والأصول القضائية / علي قراعة ص ٢٧٥ .
^٤ - سورة يوسف من الآية ٢٦ إلى الآية ٢٨ .

وأنبأ يوسف عليه السلام مدافعاً : " قَالَ : هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِي " .
وبدأت المحاكمة العادلة والصعبة في ذات الوقت ، بوساطة قاضٍ من أهلها ، إمعاناً
في قطع دابر التهمة عن يوسف عليه السلام. وفي ظل انعدام الأدلة المباشرة، كان
لا بدَّ من المصير إلى الأدلة الظرفية ، باستخلاص (قرينة قضائية) ، من الوقائع
الثابتة . ولم يكن ثابتاً سوى آثار العدوان ، شق في قميص سيدنا يوسف عليه
السلام. فيستخلص من شق القميص أحد أمرين: إما الحكم بصدقها وكذبه ، ومن ثم
إدانة سيدنا يوسف عليه السلام ، وإما الحكم بكذب المرأة ، وصدق يوسف عليه
السلام، ومن ثمَّ الحكم ببراءته - .

ويستخلص من قَدِّ القميص من قُبُلٍ أنه أرادها ؛ لأن فيه ما يدل على أنه عزم
على نيل وطره منها ، فلما أبت الخضوع له ، اشتدَّ عزمه ، فدفعته عن نفسها ،
وشقت مقادم قميصه ، أو أنها أسرع للخلاص فتبعها بغية الإمساك بها ، فتعثر
في مقادم قميصه فشقه ¹ . وفي الحالتين يستخلص من شق القميص بهذا النحو
صدقها في الاتهام المسند إلى سيدنا يوسف عليه السلام .

أما قَدِّ القميص من دبر ، فيستخلص منه ، أنها عزمت على نيل وطرها منه ،
فأبى وهول للخروج نجياً ، فسارعت نحوه ، وجذبتة من دبر القميص ، ليمنعه من
الخروج ، فشقت قميصه من دبر ، ويستخلص منه كذبها فيما أثارته من اتهام ،
وصدقها عليه السلام في دفاعه ، ومن ثم الحكم ببراءته . وبالفعل أفاد الاستنباط
براءة سيدنا يوسف عليه السلام ، لثبوت قد القميص من دبر ² .

قال عبد المنعم بن القُرسَ : " هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم
بالأمارات والعلامات ، فيما لا تحضره البيئات ³ " .

وقد ساق ابن فرحون اعتراض القائلين بعدم مشروعية القضاء بالقرائن ،
على هذا الدليل ، وردَّ عليهم قائلاً : " فإن قيل : إن تلك الشريعة لا تلزمنا .
فالجواب أن كل ما أنزله الله علينا ، فإنما أنزله لفائدة فيه ، ومنفعة لنا ، قال الله

¹ - راجع تفسير الكشاف ج ٢ ص ٣١٤ .

² - راجع تعارض البيئات القضائية- عبد الرحمن شرفي- ص ٢٢٦-٢٢٧ .

³ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٠١ .

تعالى : " □ □ □ □ □ □ □ " - الأنعام ٩٠ - فأية يوسف صلوات الله وسلامه عليه ، مقتدى بها ، معمول عليها ^١ .

ومما يستفاد من سياق القصة في القرآن الكريم ، بيان مشروعية القضاء بالقرائن ، والإشارة إلى ضرورة استنباط حقيقة الواقعة محل الاتهام من كافة الأدلة المتوفرة ، سواء كانت مباشرة ، أو ظرفية ، وعدم الجمود ، أو الانكفاء في البحث عن الأدلة المباشرة وحدها على الدوام .

(ب) أما أدلة السنة النبوية على مشروعية القضاء بالقرائن فمنها:

١- ما رواه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " كانت امرأتان معهما ابناهما . جاء الذئب فذهب بابن إحداهما ، فقالت لصاحبتهما : انما ذهب بابنك . وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك . فتحاكما إلى داود عليه السلام ، ففضى به للكبرى ، فخرجا على سليمان بن داود عليهما السلام ، فأخبرتا . فقال : اتئوني بالسكين أشقه بينهما ، فقالت الصغرى : لا تفعل يرحمك الله ، هو ابنها ، ففضى به للصغرى " ^٢ . وقد أحسن ابن قيم الجوزية استخراج وجه الدلالة من الحديث المذكور ، إذ قال: ((فأى شئ أحسن من اعتبار هذه القرينة الظاهرة ، فاستدل برضاء الكبرى بذلك ، أنها قصدت الاسترواح ، إلى التأسى بمساواة الصغرى ، في فقد ولدها . وبشفقة الصغرى وامتناعها من الرضا بذلك ، على أنها هي أمة ، وأن الحامل لها على الامتناع ، هو ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التي وضعها الله تعالى في قلب الأم . وقويت هذه القرينة عنده ، حتى قدمها على إقرارها ، فإنه حكم به لها مع قولها (هو ابنها) وهذا هو الحق)) ^٣ .

وقد اعترض بعض الإباضية على الاستدلال بهذا الحديث الشريف ، لمشروعية القضاء بالقرائن ؛ إذ ساق صاحب كتاب (شرح النيل وشفاء العليل) من

¹ - المرجع السابق ص ١٠٢ .

² - صحيح البخاري ، كتاب الفرائض ، باب إذا ادعت المرأة ابناً .

³ - الطرق الحكمية ص ٥ ، ولمن رغب في مزيد من أدلة السنة النبوية نحيل إلى كتابنا تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي ص ٢٢٨ وهناك غير قليل من آثار الصحابة رضوان الله عليهم في كتاب (طرق الإثبات الشرعية) للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٤٥٣ وما بعدها .

الإباضية ذات الحديث ، وأردفه بأثر مفاده : (أن رجلاً جاء إلى سليمان عليه السلام وقال : يا نبي الله إن لي جيراناً يسرقون أوزي ، فلا أعرف السارق ، فنأدى الصلاة جامعة ، ثم خطبهم وقال في خطبته: (إن أحدكم ليسرق أوز جاره ، ثم يدخل المسجد والریش على رأسه، فمسح رجل رأسه. فقال سليمان: خذوه فهو صاحبكم). ثم علق صاحب (شرح النيل) على هذا الأثر والحديث الشريف الذي أوردناه آنفاً، قائلاً : " إن صح ذلك فهو مختص بذلك الشرع دوننا، وكذا قوله : أشق الغلام وهو لا يشقه ... " ¹ .

ويجاب عن دعوى أن هذه الأدلة خاصة بتلك الشرائع دوننا، بذات ما أجاب به ابن فرحون المالكي عن ذات الدعوى حول آيات سورة يوسف وأنها مختصة بذلك الشرع ، على نحو ما سلف بيانه .

وبجانب أدلة المنقول ، فإن المعقول يقتضي مشروعية القضاء بالقرائن ، لأن النوازل لا تحيط بها الأدلة المباشرة ، ويحتاط الجناة ، فيجتريحون الآثام ، ويهتكون الحرمات خفية ، ولا يألون جهداً في طمس الأدلة المباشرة ، فلزم الاعتداد بالأدلة الظرفية ، غير المباشرة ، صيانة للدماء والأعراض والحقوق من الضياع .

(ج) أدلة القائلين بعدم مشروعية القضاء بالقرائن:

يستدل ما نعو القضاء بالقرائن بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لو كنت راجماً أحداً بغير بينة ، لرحمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ، ومن يدخل عليها - " ² .

ويجاب عن هذا الدليل بأن منع الرجم بالقرينة ، لا يعني منع القضاء بها في غيره ، بل ثبت القضاء بالقرينة في أمور عديدة أخرى _ على نحو ما أسلفنا- ، ثم إن القرينة في الحديث الأنف ذكره لم تكن قاطعة في إثبات الزنا ، وعناصرها بالوجه الشرعي ، فلزم عدم إعمالها .

ومن المعاصرين القائلين بعدم القضاء بالقرائن، صاحب كتاب (الأصول

القضائية في المرافعات الشرعية) وقال معللاً اعتراضه ما يلي :-

¹ - شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ج ١٣ ص ٣١ .
² - رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الحدود باب من أظهر الفاحشة.

" هذا وبما أن القرينة القاطعة ، قد انفرد بذكرها ابن الغرس، ولم يعرف نسبتها إلى إمام في المذهب ، أو كتاب معتمد ، حتى اضطر الخير الرملي وغيره أن يقول في شأنها ما شاء أن يقول ، مما يوهنها، ويضعف اعتبارها، فلا يعمل بها، ولا تكون طريقاً من طرق القضاء ، خصوصاً مع ملاحظة الاحتمالات التي ذكرها صاحب التكملة ، مما ينفي عنها القطع ، ومع ملاحظة أن لائحة المحاكم الشرعية خالية منها ¹ .

ولا نسلم بأن ابن الغرس قد انفرد بذكر القرائن- حتى في المذهب الحنفي، فضلاً عما سواه من المذاهب- كما بيّنا آنفاً- ، ولا عبرة للاحتتمالات الناشئة عن غير دليل ، فهي تتطرق إلى كافة الأدلة بذات قدر تطرقها للقرائن ، ثم إن الرجال أو الأئمة ليسوا بحجة على الشريعة ومن ثم فلا وجه لهذا الرأي .

المبحث الثاني

أنواع القرائن

تنقسم القرائن إلى نوعين، قرائن قانونية (شرعية)، وقرائن قضائية ونبين كلا منهما في مطلب.

المطلب الأول

القرينة القانونية (الشرعية)

¹ - الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢٧٥-٢٧٦ .

القرينة القانونية ، أو الشرعية كما أسميت فقهاً ، من قبل المعاصرين هي التي يقوم المشرع باستنباطها بعد استقراء الوقائع وظواهر المجتمع وعاديات الأمور المستقرة ، ثم يقررها بنص تشريعي ، يلزم العمل به على النحو المنصوص عليه. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: " البكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها- " ¹. وفي رواية : " والبكر تستأمر وإذنها سكوتها " ، فالنبي صلى الله عليه وسلم قد نظر إلى الغالب من أحوال البكر؛ إذ يغلب عليها الحياء، فلا تكاد تجد منهن من يصرح برضاها بالزواج- في المجتمعات الإسلامية التي لم ينزع عنها الحياء بعد-، ولما كان ذلك هو المتواتر من شأنهن ، جعل سكوتها - أو صماتها - أمارَةً على رضاها، بموجب النص التشريعي النبوي.

ومنه أيضاً قوله صلى الله عليه وسلم : " الولد للفراش " ² ، وفيه قرر الرسول صلى الله عليه وسلم باعتبار الفراش ، أي الولادة حال قيام الزوجية ، لأقل مدة الحمل ، مع إمكان المعاشرة الزوجية ، أمارة دالة على ثبوت نسب الولد، وانتمائه إلى صاحب الفراش . فاستخلص من دلالة الأمر الثابت ، وهو الفراش ، أمراً غير ثابت ، وهو نسب الولد ، بناءً على الأرجح ، وقرره بالنص التشريعي الذي لزم إعماله ، ومن بعد أخذت به القوانين العربية ، فصارت قرينة قانونية متواترة ³ .

ومن قبيل القرينة القانونية ، ما نصت عليه المادة ٢٣٦ من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م من أنه : " تسرى على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية " وهي تطابق المادة ٢٧٩ من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م والمادة ٢١٩ من مشروع قانون الأحوال الشخصية القطري - . فإذا ثبت بالإقرار أو بالبينة الشفوية أو الطبية أن الواهب كان في مرض الموت عند

¹ - صحيح مسلم في كتاب النكاح باب استئذان الثيب بالنطق والبكر بالسكوت.

² - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الرضاع باب الولد للفراش وأبو داود في سننه في كتاب الطلاق باب الولد للفراش

³ - راجع المادة ٩٦ من قانون الأحوال الشخصية السوداني ١٩٩١م والمادة ٧٩ من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والمادة ١/٩٦ من مشروع قانون الأحوال الشخصية القطري والمادة ٨٥ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية والمادة ٥١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمادة ٧٠ من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان - مرسوم سلطاني رقم ١٩٩٧/٣٢م.

هيبته ، فقد دلّ ذلك بموجب النص التشريعي على أن ذلك التصرف يعتبر وصية ،
دونما حاجة إلى إثبات أنه وصية - .

وكما تكون القرينة القانونية (الشرعية) بنص تشريعي ، فقد تتقرر بنص
فقهي ، ومن قبيل ذلك القاعدة الفقهية ، التي تقضي بأن : " دليل الشئ في الأمور
الباطنة يقوم مقامه " ¹ . وهي قرينة شرعية ، كما أنها مصدر للعديد من القرائن
الشرعية ، وقد استمد جمهور الفقهاء من هذه القاعدة الفقهية ، أن قصد العمد في
القتل يثبت بدلالة الآلة المستخدمة في القتل ، فإن ثبت بأن الجاني ضرب المجني
عليه - القتل - بسلاح ناري أو بآلة حادة ، تفرّق الأجزاء أو تنفذ قاطعة إلى
الجوف ، مريداً إتيان الفعل ، كان ذلك أماراً على أنه قصد إحداث الموت ، أو أنه
كان عالماً بأن الموت نتيجة راجحة لفعله .

ومن قبيل القرائن الشرعية - القانونية- المستمدة من قواعد الفقه : (اليد دليل
الملك) ، فإن شهد الشهود بمعايضة اليد وسيطرتها على العين ، بالتصرف
والاستعمال ، أو بالبناء والهدم ، كان ذلك أماراً على ملك ذلك الحائز للمحوز ، وقد
نصت المادتان (المتطابقتان) رقم ٦٤١ من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة
١٩٨٤م ورقم ١/٩٦٤ من القانون المدني المصري على أنه : " من كان حائزاً
للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس " .

وكما قد تصدر القرينة القانونية من أصل (قاعدة فقهية) ، فإنها قد تصدر عن
اجتهاد فقهي في الفروع ، ومنه ما في متاع البيت ، فإن اختلف الزوجان حال قيام
الزوجية - أو بعد الفرقة - ، واستويا باليد والبينة ، فيقضي للزوج بما يصلح
للرجال ، وللزوجة بما يصلح للنساء . هذا اجتهاد فقهي قائم على المستقر عرفاً ،
وهو ما أخذ به جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية الجعفرية في
أشهر الروايات والزيدية والإباضية ^٢ " فلما رجح ذلك فقهاً ، وتواترت به أحكام
الأقضية ، رأى المشرع تقريره بنص تشريعي ، ليصبح (قرينة قانونية) واجبة

¹ - راجع المادة ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية.

² - راجع المبسوط للسرخسي ٢١٣/٥ والبنية في شرح الهداية ٤٦٤/٧ ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام ٣٤٢/٢ وروضة القضاة
للسماني ١٠٦٨/٦ ومواهب الجليل للحطاب ٥٣٩/٣ وتبصرة القضاة والأخوان ص ١٥٦ والأنصاف ج ١١ ص ٣٧٨ والفروع
٥١٩/٦ وشرائع الإسلام ١١٩/٤ والبحر الزخار ٤٠٠/٥ وشرح النيل ٦٨٤/٦ ومنهج الطالبين ٣٠٢/٩ .

التطبيق ، بدلاً من مجرد اجتهاد فقهي غير ملزم ، وهكذا كان ميلاد المادتين ٥٠ من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م و٥٥ من مشروع قانون الأحوال الشخصية القطري.

أثر القرينة القانونية في الإثبات :

يتمثل أثر القرينة القانونية في الإثبات ، في أمرين:

أولهما : إعفاء صاحبها ، أو من قررت القرينة القانونية لمصلحته ، عن الإثبات - . وثانيهما : أنها تنقل محل الإثبات إلى واقعة أخرى غير الواقعة المتنازع عليها.

أما الإعفاء عن الإثبات ، ففي الأمثلة التي سقناها آنفاً ، فإن صاحب اليد لا يكلف بإثبات ملكية ما في يده ، وإنما البينة على مدعى خلاف ملكيته للمحوز ، ووظيفة القرينة الشرعية بهذا النحو ظاهرة فيما رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما من حديث الأشعث بن قيس قال : " كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجددني ، فقدمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ألك بينة؟) قلت : لا فقال لليهودي : أحلف ، قلت: يا رسول الله ، إذن يحلف ويذهب بمالي ... " .

وفي رواية لمسلم : " شاهدك أو يمينه " .. وفي رواية " (بينتك؟) قال : ليس لي بينة قال : (يمينه) قال : (إن يذهب بها) قال : (ليس لك إلا ذلك)"^١ فاليهودي كان هو الداخل- ذو اليد - ، فلم يكلفه النبي صلى الله عليه وسلم عبء الإثبات بالبينة على ملكيته لما في يده ، وقوى دلالة اليد بيمينه ، ولم يسأله عن سبب ملك ، ولا سأله دليلاً عليه " ^٢ .

أما الأثر الثاني المتمثل في نقل محل الإثبات ، إلى واقعة أخرى غير الواقعة المتنازع عليها ، فنعني به أن القرينة القانونية تنقل محل الإثبات إلى الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، فإن ثبتت تلك الواقعة ، اعتبر ثبوتها إثباتاً للواقعة محل النزاع.

^١ - صحيح البخاري في الخصومات باب كلام الخصوم بعضهم في بعض وفي كتاب الرهن بلفظ آخر، وصحيح مسلم في كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار.

^٢ - راجع تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي- عبد الرحمن شرفي - ص ٣٥٤.

مثلاً إذا أثبت الزوج سكوت البكر عند استئذانها، فإن ثبوت سكوتها يعتبر إثباتاً لرضاها بالزوج ، وإذا أثبت مدعي الوصية ، صدور الهبة في مرض الموت ، فإن ذلك يعتبر إثباتاً للوصية ، وإذا أثبت ممثل الاتهام أن الجاني ضرب المجني عليه - القتل- بسلاح ناري أو سلاح حاد يفرق الأجزاء ، فإن ذلك يكون إثباتاً للقصد الجنائي - . فكان المصير إلى الأمور الظاهرة ، وتقريرها بالقرائن القانونية ، لصعوبة إثبات تلك الأمور الباطنة مثل الرضا والقصد الجنائي وخلافهما ، وجعلت لتلك الأمور الباطنة أمارات ظاهرة ، نقل إليها محل الإثبات ، وأقيمت مقام تلك الأمور الباطنة .

وذات الأمر بالنسبة لبقية القرائن القانونية - الشرعية - التي ذكرناها آنفاً ، فكلها تعفى من قررت لمصلحته عن الإثبات ، وتنقل محل الإثبات على النحو المذكور. وقد نصت المادة ٥٣ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م - الملغى- على أن : " القرينة القانونية تغني من قررت لمصلحته عن أي بينة أخرى ... " . وينبغي ألا يفهم من عبارة " أنها تُغني صاحبها عن أي بينة أخرى ، أن صاحبها لا يكف بالإثبات كلية ؛ إذ يجوز له إقامة بينة العكس ، بعد إقامة خصمه البينة على واقعة القرينة .

حجية القرائن القانونية :

قد تكون القرينة القانونية قاطعة الحجية ، وقد تكون غير قاطعة . ولا تكون قاطعة الحجية ، إلا إذا نص القانون على قطعية حجيتها ، وفيما سوى ذلك فإنها تكون دوماً غير قاطعة - أي بسيطة - وقابلة لإثبات العكس.

ومن قبيل القرينة القانونية ذات الحجية القاطعة : (قاعدة حجية الأمر المقضى به) ، فإذا دفع الخصم بها ، وثبت أن الدعوى قد سبق الفصل فيها ، فصلاً قضائياً ، في ذات موضوعها وبين ذات الأطراف وبذات السبب ، فلا يجوز بعدئذٍ دحض دلالة ذلك الحكم الذي اكتسب تلك الحجية ، ومن ثم فلا يجوز نظر تلك الدعوى بصفة ابتدائية من جديد . وهذه القرينة قررها المشرع وجعلها قاطعة غير قابلة

لإثبات العكس ، تحقيقاً للمصلحة العامة التي تتمثل في ضرورة استقرار الأحكام ،
وقطعاً لدابر الخصومات ^١ .

ولا تكاد تجد تشريعاً معاصراً ، من تشريعات المرافعات أو الإثبات ، خلواً
من هذه القرينة ، ونصت المادة ٥١ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ،
المقابلة للمادة ١٠٢ من قانون الإثبات المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م
وللمادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري- قانون رقم ١٣ لسنة
١٩٩٠م- على أنه : " تعتبر الأحكام النهائية حجة قاطعة على الخصوم ، فيما
فصلت فيه ، ولا يجوز تقديم دليل ينقض تلك الحجة " .

ويقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : " ووجب أن تكون هذه
القرينة قاطعة ، لا يجوز دحضها بصريح النص ، لاعتبارين أساسيين : (الاعتبار
الأول) أن الحكم متى فصل في خصومة كان لابد من الوقوف عنده ، لوضع حدّ
لتجدد الخصومات والمنازعات ، فلا يجوز للخصم المحكوم عليه ، أن يعيد طرح
النزاع على القضاء ، بدعوى مبتدأة ، ولو سمح القانون بذلك لما أمكن أن يقف عند
حدّ ... (الاعتبار الثاني) أنه إذا سمح القانون بتجديد النزاع بدعوى مبتدأة لجاز
لكل من الخصمين أن يحصل على حكم يتعارض مع الحكم الذي حصل عليه
الخصم الآخر ، فتقوم أحكام متعارضة في ذات النزاع ، وبين نفس الخصوم . ولا
شك في أن هذا التعارض يجعل من المتعذر ، تنفيذ الأحكام القضائية ؛ إذ لا يعرف
على وجه اليقين أيّ الخصمين صاحب الحق ، فكل منهما قد قضى لصالحه .. " ^٢ .

أما القرائن القانونية ذات الحجية غير القاطعة ، فيجوز نقض دلالتها بالدليل
العكسي ، سواء كان ذلك الدليل العكسي كتابياً ، أو إقراراً أو شهادةً أو نكولاً عن
اليمين أو قرينةً مثلها . ولا ينبغي أن يفهم من جواز نقض دلالة القرينة القانونية
غير القاطعة ، أنه يجوز إثبات عدم سلامة الاستنباط الذي استخلصه المشرع ،
فذلك غير جائز قطعاً ، وإنما يجوز إثبات العكس ، بمعنى " أن يكون للخصم الذي
يحتج عليه بها - {أي بالقرينة القانونية} - أن يثبت عدم انطباقها بشروطها ، على

^١ - راجع الوسيط للسنهوري المجلد الثاني ص ٦٣٨ .
^٢ - الوسيط للسنهوري المجلد الثاني ص ٦٣٨-٦٣٩ .

الواقع في الدعوى ، فلا ينصب إثبات العكس على حقيقة الواقع المفروض بمقتضى القرينة القانونية ، وإنما يرد الإثبات على أن القرينة بشروطها ليست متوافرة في الدعوى))^١ .

إن القرينة القانونية (أو الشرعية) سواء كانت قاطعة أو غير قاطعة ، تعتبر تشريعاً ملزماً ، ليس للقاضي سوى إعماله وتطبيقه على الوقائع أو النوازل التي ترد إليه ، ومن ثمّ فلا سلطان له في تقريرها ، أو استخلاصها ، أو تقرير حجيتها ، فتلك أمور يقررها النص التشريعي- ، وبناءً عليه فلا حاجة لنا في مزيد تفصيل ، أو إفاضة في هذا النوع من القرائن ؛ لعدم دخولها في معنى سلطة القاضي في إستخلاص القرائن ؛ ولعدم ترتب مخاطر تذكر، جراء تنزيلها على وقائع الدعوى.

المطلب الثاني

القرينة القضائية

ذكرنا آنفاً بأن القاضي هو الذي يناط به استخلاص القرينة القضائية ، فالقرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت في الدعوى من أمر ثابت من وقائع الدعوى أو ظروفها ، أو الملابسات المتصلة بوقائع الدعوى محل الإثبات ، استنباطاً سائعاً متوافقاً مع حكم العقل والمنطق^٢ .

ويجوز إثبات عكس القرائن القضائية كافة . وتتسع دائرة إعمالها وتضييق وفقاً لأنواع الأفضية ، غير أنه لا غناء عنها البتة . وقد قلص فقهاء الشريعة الإسلامية دورها في إثبات الحدود – دون غيرها من مسائل الجنايات – لمقتضى الحيطة التي توجبها طبيعة إثبات الحدود ، أما القوانين والنظم القضائية المعاصرة ، فقد توسعت في إعمال القرائن القضائية في المسائل الجنائية كافة ، وضيقت دائرة

^١ - الإثبات في المواد المدنية والتجارية -٢- المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٢٧- .
^٢ - راجع المادة ٥٢ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م- الملغي- والمادة ١٠٠ من قانون الإثبات المصري – قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م- والمادة ٩٢ من قانون البيئات السوري، والمادة ١/٥٠٥ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢١٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

إعمالها في المسائل المدنية ، لدرجة لم تعد معها للقرينة القضائية دور يذكر في الإثبات المدني^١ .

وفي معرض بيان دلالة قوله تعالى : ((تَدْعُهُمْ هَاهُنَا هَاهُنَا هَاهُنَا))^٢ .

ساق ابن فرحون المالكي مقالة ابن الفرس بأن : " هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات (أي القرائن) ، فيما لا تحضره البيئات .. " .

وما نقلناه عن ابن فرحون المالكي ، دليل على مشروعية القرينة القضائية في الإثبات ، وقد سبق لنا بيانه في موضعه ، كما يفيد بأن إعمال القرائن القضائية ، يكون عند انعدام الأدلة المباشرة - أي (فيما لا تحضره البيئات ..)^٣ .

وقال ابن قيم الجوزية مبيناً أهمية العمل بالقرائن القضائية ، ومحذراً من التوسع والإفراط في إعمالها بأنه : " إن أهملها الحاكم أو الوالي ، أضع حقاً كثيراً ، وأقام باطلاً كبيراً ، وإن توسع وجعل معوله عليها ، دون الأوضاع الشرعية ، وقع في أنواع من الظلم والفساد " ^٤ .

وتلك محاذير نبه إليها فقهاؤنا ، بياناً لعواقب التفريط أو الإفراط في إعمال القرائن القضائية في الإثبات . ونحسب أن الحيطة التي تكفل قدراً من سداد الحكم ، تكون بدقة النظر في الاستخلاص ، ودقة الالتزام بضوابط الاستنباط ، قال ابن عابدين في رسائله : " لا بدّ لكل من المفتي والحاكم من نظر سديد ، واشتغال مديد ، ومعرفة بالأحكام الشرعية والشروط المرعية . فإن تحكيم القرائن غير مضطرد وقد يتفق قيام قرينة على أمرٍ مع احتمال غيره ، احتمالاً قريباً فلذا كان الحكم بالقرائن محتاجاً إلى نظر سديد ، وتوفيق وتأييد " ^٥ .

^١ - راجع الوسيط للسنهوري المجلد الثاني ص ٣٧٢ وراجع المادة ١٠٠ من قانون الإثبات المصري، قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م والمادتين ٢٦١/٢٦٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

^٢ - سورة يوسف من الآية ٢٥-٢٧

^٣ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٠١-

^٤ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - لابن القيم ص ٣ .

^٥ - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٦-١٢٧ .

المبحث الثالث

ضوابط سلطة القاضي في استخلاص

القرائن القضائية

للقاضي سلطة تقديرية واسعة في استخلاص القرائن القضائية ؛ إذ يتمتع بحرية في التوصل إلى الركن المادي للقرينة القضائية ، ألا وهو تحديد الواقعة الثابتة - أي الأمانة- التي توضع أساساً لاستنباط الأمر غير الثابت ، كما أنه يتمتع بحرية في التوصل إلى الركن المعنوي للقرينة القضائية ، من معطيات ركنها المادي ، أو بمعنى آخر، في عملية استنباط الأمر غير الثابت ، أو الواقعة محل الإثبات ، من معطيات الأمر الثابت ، المتمثل في واقعة من وقائع الدعوى ، أو ظرف منها أو ملابس تحتف بها .

وليست حرية القاضي في التوصل إلى أي من الركنين المذكورين ، سلطة مطلقة - تحكيمية - وإنما هي سلطة تقديرية تضبطها ضوابط معينة ، يلزم التقيد بها في مرحلتها الاستنباط - أي تحديد الركن المادي والاستنباط منه - ؛ لأن ترك سلطة القاضي فيهما مطلقة تحكيمية تتمخض عنها مخاطر؛ يذهب معها عدل القضاء أدرج الرياح ، فضلاً عن أنهما يعدّان من أكثر أسباب التنافر والتعارض بين أحكام القضاة في تماثلات الوقائع ، وذلك لاختلاف أنظار القضاة وتقديراتهم . وليست هذه النتائج محض افتراضات نظرية ، أو إثارة لمخاطر متوهمة ، غير كائنة ؛ وإنما هي وليدة استقراء الواقع ، ولعمري فقد صادفنا أمارات وضعت ، وهي لا تمت إلى ركن القرينة المادي بصلة ، وصادفنا استنباطات لا تسوغ مع حكم العقل والمنطق ، وسيقت باعتبارها (قرائن قضائية) ؛ وأدين بموجبها متهمون كثيرون ؛ وما كان ثمة حرج في نقض الأحكام التي بنيت عليها ، وتبيان مجافاة الاستنباط لضوابطه ، وعدم توافق النتائج للمقدمات .

ومن خلال التأمل في أحكام الفقه ومبادئ القضاء ، نخلص إلى الضوابط الدقيقة التي يجب إتباعها في عمليتي استخلاص القرائن القضائية ، وصولاً من

الالتزام بجملتها ، إلى حسن ممارسة القضاة لسلطتهم التقديرية ، وبلوغاً إلى تقريب المسالك ، ودرءاً لمخاطر اختلاف الأنظار، وتباين المناهج ... ونعرض ضوابط استخلاص القرائن القضائية في المطالب التالية :-

المطلب الأول

ثبوت الواقعة مصدر الاستنباط يقيناً

يجب أن تكون الواقعة التي يستخلص منها الواقعة محل الإثبات معلومة ثابتة يقيناً ، أو دون شك معقول ، فإن كانت غير ثابتة يقيناً ، أو كانت محتملة¹ ، فإنها لا تصلح مصدراً للاستنباط .

وهذا الضابط صادر عن معين الفقه الإسلامي ، ففي كل موضع قضى فيه بالقرينة ، كان مصدر الاستنباط ثابتاً بيقين . ففي قصة سيدنا يوسف عليه السلام ، مع امرأة العزيز ، كان ثابتاً بيقين ، من وقائع النازلة ، أن قميص سيدنا يوسف قُدَّ من دبر، ولئن كان هنالك شك في مقارنة قُدِّ القميص لوقائع النازلة ، أو كونه سابقاً للواقعة ، أو كان القُدَّ من جنبه القميص ، لما صلح مصدراً للاستنباط ، لتطرق الشبهة والاحتمال إلى الواقعة مصدر الاستنباط .

وقد روى أن ابني عفراء تنازعا ، فتداعيا قتل أبي جهل يوم بدر، ثم انصرفا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأخبراه ، فقال لهما صلى الله عليه وسلم : " أيكما قتله ؟ " ، فقال كل واحد منهما : " أنا قتلته " فنظر في السيفين فقال : " كلاكما قتله " ² .

ووجه الدلالة في الحديث الشريف ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قد استخلص حقيقة الواقعة محل النزاع ، بعد أن نظر إلى السيفين ووجد الدم ثابتاً على نصليهما ، ومن ثم خلص إلى حكمه : " كلاكما قتله " - . وما كان ليقضي بذلك القضاء ، لو لم يكن مصدر الاستنباط ، وهو وجود الدم على نصل السيفين ، ثابتاً بيقين .

¹ - إذا كان ثبوتها راجحاً فهي تصلح مصدراً للاستنباط ؛ لأن الراجح يأخذ حكم المحضر في الإثبات.
² - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الجهاد باب استحقاق القاتل سلب القتل ، وروى في صحيح البخاري مختصراً في كتاب المغازي باب قتل أبي جهل.

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : _ " قد يستخلص القاضي الدليل .. من ظروف القضية وملابساتها ... وسبيله إلى ذلك أن يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى ، قد يختارها من الوقائع التي كانت محل مناقشة بين الخصوم ، وقد يختارها من ملف الدعوى ، ولو من تحقيقات باطلة ، بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى كتحقيق إداري ، أو محاضر إجراءات جنائية ، ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ ، وقد تكون الواقعة التي اختارها القاضي ثابتة بالبينة ، أو بورقة مكتوبة ، أو بيمين نكل الخصم عن حلفها ، أو بإقرار من الخصم ، أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة ، أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة ، يقف القاضي إذن عند واقعة يختارها تثبت عنده ... " ¹ .

وفي كتاب (النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية) أن : " ... للقاضي سلطة واسعة في اختيار هذه الوقائع التي يمكن أن يستخلص منها القرائن القضائية، ولا يرد عليه من قيود ، إلا أن تكون تلك الوقائع ثابتة بقين من ظروف الدعوى... " ² .

ويلاحظ أن هذا المؤلف الأخير قد حصر ضوابط الركن المادي للقرينة القضائية ، في ضابط واحد فقط ، أو في قيد واحد فقط يتقيد به القاضي ، ألا وهو ثبوت الواقعة مصدر الاستنباط بيقين ، وهذا أمر غير مسلم ، بل يجافي النظر السديد ؛ لأن هنالك ضوابط أخرى يجب على القاضي التقيد بها أيضاً ، على نحو ما سيرد لاحقاً في المطالب التالية - .

في السودان: أكدت الأحكام القضائية وجوب ثبوت الواقعة مصدر الاستنباط؛ إذ تواتر قضاء المحكمة العليا السودانية على أن : " البينة الظرفية يمكن أن تؤسس عليها وحدها إدانة جنائية ، بشروط منها : أن تثبت حلقات البينة الظرفية المعينة ، وراء مرحلة الشك المعقول ... " ³ ، وكانت ذات المحكمة أكثر صراحة ،

¹ - الوسيط - للدكتور السنهوري المجلد الثاني ص ٣٣٠-٣٣١-٣٣٢ .

² - النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية - د. هلالى عبد الله أحمد ص ٩٧٩ .

³ - " ١٩٧٥م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٨٧ - م ع / م ك / ٧١ / ١٩٧٥م قضية ح س / ضد / محمد إبراهيم خليل .

حيث قضت بأنه: " يجب أن تثبت الظروف التي يراد منها استخلاص الواقعة محل الإثبات ، ضد المتهم ، ثبوتاً دون شك معقول " ¹ .

في مصر: قضت محكمة النقض المصرية بأن: " القرينة هي استنباط أمر مجهول ، من واقعة ثابتة معلومة ، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة ، وغير ثابتة بيقين ، فإنها لا تصلح مصدراً للاستنباط " ² ، كما قضت بأن: " لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته ، ولا تثريب عليه إن هو استنبط القرينة من أي تحقيق قضائي أو إداري ، أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين في هذا التحقيق " ³ .

في دولة قطر: ولا يختلف الحال في دولة قطر، إذ قضت محكمة الاستئناف الشرعية بوجوب ثبوت الوقائع أو الظروف التي يختارها القاضي مصدراً للاستنباط ، ثبوتاً جازماً ، أو دون مرحلة الشك المعقول ، وقالت في إحدى الدعاوى بأن: " الأمر الثابت هو حدوث شجار وسباب مقذع موجه من المتهم المستأنف إلى المستأنف ضدها يوم الحادث ، إذ شهد كل من : و..... بأن المستأنف ضدها كانت بمنزل الزوجية يوم الحادث ، في حالة غير طبيعية ، وثبت أنها استغاثت بالشاهد ... وثبت أيضاً بشهادتهما أن المستأنف شتمها بألفاظ مقذعة بالغة في الفحش ، دونت بمحضر الدعوى الاستئنافية ... وهذا القدر من السباب مصادق عليه حتى في مذكرات المستأنف - الأولى والختامية بوجه خاص - . كما ثبت أنها كانت في حالة هياج ، بتياب غير مرتبة وشعر منفوش . إن الحالة الأنفة الذكر- وهي حالة ثابتة - يستخلص منها أن اعتداءً قد وقع ؛ إذ لا يتصور مطلقاً استغاثة من غير اعتداء ، ولا نفش شعر، وشتائم بتلك الدرجة من الإمعان في البذاءة والقبح، إلا مع تعارك وتشاجر، كما لا يعقل أن يكون طالب الغوث ، سوى المعتدى عليه . وإن ثبت أنه لم يكن بالمكان وقتئذٍ سوى المستأنف والمستأنف ضدها ، فإنه يتعين أن يكون المعتدي بالضرب ، وشدّ الشعر، وإدخال جسم صلب في الدبر (أي

¹ - " ١٩٨٠ " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨٥ وما بعدها قضية (حكومة السودان /ضد/ عبد الله حسن علي عبد الجبار) وراجع مجلة الأحكام القضائية السودانية " ١٩٨٢م " ص ١٥٨ قضية حكومة السودان /ضد/ عوض الكريم محمد علي بكار-.

² - نقض مدني في ٢٧/ أبريل ١٩٦١م مجموعة أحكام النقض - السنة ١٢ رقم ٥٦ ص ٣٩٩-.

³ - نقض مدني في ٢٨ أبريل ١٩٦٢م مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٨٠ ص ٥٢٧-.

دبر المستأنف ضدها) ، على النحو المبين في التقرير الطبي ، هو المتهم المستأنف " ١ .

المطلب الثاني

اتصال الواقعة مصدر الاستنباط

بالواقعة محل الإثبات

إن من الشرائط الجوهرية لقبول البيئة ، أن تكون منتجة في إثبات الواقعة محل النزاع ، أو نفيها ، ولا تكون البيئة منتجة إلا إذا انصبت على الواقعة محل النزاع ، أو تعلقت بواقعة مرتبطة بها . ومن هنا كان لازماً أن تكون الواقعة التي يختارها القاضي مصدراً للاستنباط ، متصلة بالواقعة محل النزاع ، أو متعلقة بواقعة مرتبطة بها ، وإلا كانت نتيجة الاستنباط منفصلة عن الدعوى محل الإثبات، ومن ثم غير منتجة في إثباتها ، أو نفيها .-

وفي القرينة التي ساقها القرآن الكريم ، في قصة سيدنا يوسف عليه السلام مع امرأة عزيز مصر، نجد أن الواقعة مصدر الاستنباط ، وهي قدّ القميص جراء تدافعهما ، كانت واقعة متصلة بالواقعة محل الإثبات ، وهي المراودة وإسنادها إلى أي من المتداعيين ، ولشدة الاتصال جاء الاستنباط منتجاً ، قاطعاً في إثبات إدانتها ، وإظهار براءة سيدنا يوسف عليه السلام .

وفي (الوسيط) – نقلاً عن الفقيه الغربي المعاصر بارتان - " تقتضي طبيعة الأمور أن تستبدل بإثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به ، وهي واقعة يتعذر إثباتها ، إثبات واقعة أخرى قريبة منها ومتصلة بها . ويطلب الخصم من القاضي أن يستخلص من صحة الواقعة الثابتة ، عن طريق استنباط يطول أو يقصر، صحة الواقعة الأولى ، التي لا يتمكن من إثباتها بطريق مباشر ، ... ففي القرينة القضائية، القاضي هو الذي يختار هذه الواقعة القريبة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها " ٢ .

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ١٨٣/استئناف حدود/١٧/٢٣هـ الصادر في ١٢/٩/١٤١٧هـ الموافق ١٩٩٧/١/٢١م.
² - الوسيط للدكتور السنهوري المجلد الثاني ص ٣٣٦/٣٣٧ .

وقضت المحكمة العليا السودانية بوجود أن تكون الوقائع أو الظروف التي يراد الاستنباط منها ، متصلة بالواقعة التي يراد إثباتها - " ^١ . كما قضت بأن : " البيئة الظرفية هي وقائع غير الوقائع محل النزاع ، ولكنها مرتبطة بها ، بحيث تكون معها سلسلة منطقية تؤدي إلى استنتاج وجود الواقعة المراد إثباتها .. " ^٢ .

وفي دولة قطر ، قضت محكمة الاستئناف الشرعية بأنه يشترط لاستخلاص القرينة القضائية ، أن تكون هناك واقعة ثابتة بالوجه الشرعي من غير شك معقول ... ويشترط في تلك الواقعة الثابتة أن تكون من وقائع الدعوى ، أو متصلة بها ، وإذا تقرر وجوب اتصال الأمر الثابت بالدعوى ، فإن القول باتصال رفض إعطاء عينة البول أو الدم للتحليل المختبري ، بالواقعة محل المحاكمة ، وهي تعاطي مادة مخدرة ، يكون جدّ عسير ، وإذا علمنا بأن المتهم قد عزي عدم إعطاء عينة البول إلى التعب ، وكانت هنالك ملابس يغلب معها صدقه ... فلا مجال والحال هذا للقول بأن المتهم لم يبرر رفضه إعطاء عينة البول بسبب معقول ، كما أنه لا مجال لطرح دفوع المتهم دون بيان للوجه الذي أوجب طرحها - ^٣ .

كما قضت ذات المحكمة بأنه " يشترط في الأمر الثابت أن يكون من وقائع الدعوى محل النزاع ، أو من ملابسها المتصلة بها ... بناءً عليه فإن واقعة رفض المتهم المذكور إعطاء عينة الدم للتحليل المختبري ، لا يمكن اعتباره من وقائع الدعوى محل النزاع ، ولا متصلاً بواقعة من أفعال الشرب ، ومن ثم فلا تعلق بين تلك الواقعة والواقعة موضوع المحاكمة ، علماً بأن المتهم المذكور قد قدم تبريراً مقبولاً لرفضه لم يتم التحقيق والتحقق منه بواسطة المحكمة الابتدائية .. " ^٤ .

ونشير إلى أنه كلما كانت الصلة أو ثبوت بين الواقعة مصدر الاستنباط ، وبين الواقعة محل الإثبات ، فإن دلالة القرينة القضائية وحجيتها تكون أقوى ، وكلما بعدت الصلة وانقطع التصاحب أو ضعف ، فإن القيمة الاستدلالية للقرينة القضائية تكون أقل ، وقد تكون بسبب ضعف الاتصال والقرب قرينة تكميلية ، لا ترقى إلى

^١ - (١٩٨٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨٥ م/ع/ك/٣٠/١٩٨٠م قضية ح س/ضد/ عبدالله حسين علي عبد الجبار.

^٢ - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٨٤ م/ع/ك/١٤٥/١٩٧٨م ح س/ضد/ إدريس علي بلال.

^٣ - الحكم الاستئنافي رقم ١٥٥/استئناف تعازير / ١٤١٧/٢٥٣ هـ الصادر في ١٢/٦/١٤١٨ هـ الموافق ١٠/١٠/١٩٩٧م.

^٤ - الحكم الاستئنافي رقم ٢٩١/استئناف حدود/١٤١٨/١٦٥ هـ الصادر في ٢١/٩/١٤١٨ هـ الموافق ١٩/١١/١٩٩٨م.

درجة الدليل التام ، أو الأساسي ، فإن انقطع الاتصال تماماً لم يجر إطلاق لفظ القرينة القضائية أصلاً .-

المطلب الثالث

سلامة الاستنباط وعدم تجافيه لمنطق الواقع

يجب أن يكون استنباط ثبوت أو نفي الواقعة محل النزاع ، من الواقعة المختارة ، استنباطاً سليماً سائغاً ، لا يتجافى مع حكم العقل ومنطق الواقع .-

ومن قبيل الاستنباط السائغ ، الملائم لحكم العقل ومنطق الواقع ما ساقه ابن عابدين الحنفي - نقلاً عن أبي اليسر محمد بن العرس الحنفي - من أنه : " لو خرج إنسان من دار ومعه سكين في يده ، وهو متلوث بالدماء ، سريع الحركة ، عليه اثر الخوف ، فدخلوا في الدار في ذلك الوقت على الفور ، فوجدوا بها إنساناً مذبحاً بذلك الحين ، وهو ملطخ بدمائه ، ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة ، وهو خارج من الدار ، فيؤخذ به وهو ظاهر ، إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله ، والقول بأنه ذبح نفسه ، أو أن غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط ، احتمال بعيد لا ينتفت إليه ، إذ لم ينشأ عن دليل ^١ " -أهـ- .

ومصنفات الفقه الإسلامي زاخرة بأمثلة الاستنباطات السائغة المتوافقة مع منطق الواقع ^٢ .

ولا يتأتى للقاضي تحصيل سلامة الاستنباط واستقامته ، إلا مع النظر السديد والتوفيق والتأييد ، كما عبّر عنه ابن عابدين في الرسائل ، فيما نقلناه عنه غير بعيد من هذا الموضع .-

وقال ابن قيم الجوزية : " والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ، ومعرفة شواهد ، وفي القرائن الحالية والمقالية ، كفته في جزئيات وكليات الأحكام ، أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه

^١ - رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٦ .

^٢ - راجع المرجع السابق نفس الموضع وراجع الطرق الحكمية لابن القيم ص ٥ وما بعدها وتبصرة الحكام لابن فرحون ١٠١/٢ وما بعدها وطرق الإثبات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٤٥١ وما بعدها .

ولا يشكون فيه ، اعتماداً منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله " ١ .

ويفهم من مقالة ابن القيم ، ضرورة تكييف الواقعة مصدر الاستنباط تكييفاً سديداً ، وضرورة بذل الجهد العقلي في عملية استنباط الأمر غير الثابت - أي الواقعة محل النزاع - بحيث يكون الاستخلاص سائغاً متوافقاً قوياً ، لا تتنافر فيه الواقعة مصدر الاستنباط مع منطق الواقع ولا مع محصلة عملية الاستخلاص .

وقد ضرب القرآن الكريم مثلاً لنوع الاستخلاص غير السائغ حين وصف صنيع إخوة يوسف عليه السلام بقوله تعالى : " چ چ چ چ چ " ٢ ؛ ذلك أن إخوة يوسف عليه السلام لما مكروا به " وأجمعوا أن يجعلوه في غيابة الجب " " ٣ .

ووجه الدلالة في هذه الآيات الكريمة ، يتمثل في إدعاء إخوة يوسف عليه السلام ، أكل الذئب لأخيهم ، مستدلين على دعواهم بقميصه المخضب بالدم ، أماراً على صدق دعواهم ، فنظر سيدنا يعقوب إلى القميص وتأمله فلم ير فيه خرقاً ولا أثر نابٍ ، فأدرك عدم توافق الاستنباط ، وعدم سلامته ، ومن ثم وصف القرآن الكريم عملية الاستنباط بأنه " دم كذب " وبادر سيدنا يعقوب عليه السلام مخاطباً المدعين : " قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً .. " ، ويحكي أنه قال لهم أيضاً: " متى كان الذئب حليماً يأكل يوسف ولا يخرق قميصه .. " ٤ .

وهكذا يبين عدم توافق الواقعة مصدر الاستنباط ، المتمثلة في القميص السليم غير الممزق المخضب بالدم ، وتنافرها مع الواقعة محل الإثبات المتمثلة في إدعاء أكل الذئب ليوسف عليه السلام ، بحيث جاء الإدعاء مجافياً لحكم العقل ؛ إذ لا يتصور عقلاً أن يأكل الذئب آدمياً بتؤدةٍ وحلم ، بعد أن ينزع عنه ثيابه بهدوء ودونما إحداث خرق فيه - .

١- الطرق الحكيمة لابن القيم الجوزية ص ٤ .

٢- سورة يوسف من الآية ١٨ .

٣- سورة يوسف من ١٥/١٦/١٧ وجزء من ١٨ .

٤- تبصرة الحكام لابن فرحون ١٠١/٢ وراجع تفسير الكشاف ٣٠٨/٢ وتفسير ابن كثير ٤٧١/٢ .

جاء في تبصرة الحكام : " قال عبد المنعم بن الفرس : روى أن إخوة يوسف عليه الصلاة والسلام ، لما أتوا بقميص يوسف إلى أبيهم يعقوب ، تأمله فلم ير فيه خرقاً ولا أثر نابٍ ، فاستدل بذلك على كذبهم وقال لهم : " متى كان الذئب حليماً ، يأكل يوسف ولا يخرق قميصه " ، قال القرطبي في تفسير القرآن العظيم ، قال علماءنا : لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم ، قرن الله بهذه العلامة ، علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمزيق ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص ، وأجمعوا على أن يعقوب عليه الصلاة والسلام ، استدل على كذبهم بصحة القميص " ^١ .

وقضت المحكمة العليا السودانية بوجوب أن يكون الاستنباط من الواقعة المختارة ، استنباطاً سائغاً معقولاً ، وألاً يكون ثمة تنافر بين دلالة تلك الواقعة وبين الواقعة محل الإثبات ، فإن كانت القرينة القضائية مقصودة لتأسيس إدانة بموجبها ، فيلزم أن يؤدي استقراء حلقاتها إلى استنتاج معقول واحد ، هو جرم المتهم ، وألاً يؤدي استقراء تلك الحلقات إلى استنتاج معقول يتفق مع براءة المتهم " ^٢ .

وفي قضاء المحكمة العليا السودانية أيضاً ، أن إثبات الركن المعنوي لجريمة القتل - أي القصد الخاص ، أو قصد إحداث الموت - قد يكون بالاستنباط السائغ من ظروف النازلة وملابساتها ، إذ أن : " .. قصد المتهم ونواياه ، أمور ذهنية نفسية خفية ، ولا مجال لإثبات ذلك بالأدلة المباشرة ؛ إلا إذا أفضى المتهم عن مكنوناته بإقرار ، وقد يعرف ذلك بملابسات الحال والمقال ، وما يكتنفها من الظروف . واستقر الفقه الإسلامي والقضاء السوداني ، على أن نوع الآلة المستخدمة في الحادث والمواضع التي أصابها الجاني ، والكيفية التي استخدم بها السلاح ، تعدّ وسائل يستظهر القاضي من خلالها القصد الجنائي . وقد ثبت أن المتهم .. طعن المرحومة .. مستخدماً سكيناً (معروض اتهام رقم {١}) ، وزنها ١٥٥ جراماً وطولها ٣١،٥ سم وطول نصلها ٢٢ سم وسمك مقدمتها ١ ملم (راجع مستند اتهام رقم {٢}) ، وقد استخدم المتهم هذه السكين الموصوفة القاتلة في موضع

^١ - تبصرة الحكام لابن فرحون ١٠١/٢ .

^٢ - " ١٩٧٥م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٨٧ م/ع ك/٧١/١٩٧٥م سابقة ح س/ضد/ محمد إبراهيم خليل.

البطن ، وهو من أكثر مواضع الجسم الإنساني حساسية ، فالسكين على البطن كالنار في الهشيم ، واستخدمها المتهم استخداماً وحشياً ، بقر بها بطن المرحومة بقرأ ، عرضه خمسة عشر سنتمترأ ، مسبباً جرحاً قاطعاً لعضلة البطن والبروتون ، ونافذاً إلى الكبد ، أخرج جميع الأمعاء الدقيقة والقولون المتعارض والمعدة في الخارج (مستند اتهام رقم {٣}). ومن ثمّ نقرر باطمئنان لا يدانيه أدنى ريبة أن المتهم ... كان قاصداً قتل المرحومة ... وعالمأ بأن الموت نتيجة راجحة لفعله وليست محتملة .. " ١ .

وهذا الاستنباط يعدّ سائغاً ، ليس فقط لقيامه على ما ثبت من نوع السلاح المستخدم في إزهاق الروح ، وإنما لشمول نظره إلى الظروف المحققة كافة ، من تكييف نوع الآلة ، والمواضع التي أصابها الجاني ، والكيفية التي استخدم بها سلاحه - .

وقد يكون لثبوت الباعث إلى ارتكاب الجريمة فائدة في استظهار القصد ، بجانب ظروف وملابسات ارتكابها ، أما مجرد ثبوت نوع الآلة ، فلا يصدق معه معنى الاستنباط السائغ للقصد الجنائي .

وفي دولة قطر ، قضت محكمة الاستئناف الشرعية ، بوجود أن يكون الاستخلاص سائغاً ، وأن تكون الوقائع مصدر الاستنباط مؤدية إلى إثبات الواقعة محل النزاع ، أو نفيها ، إذ قالت :- " وإزاء ما ثبت التقرير الطبي وشهادة الطبيب الشرعي ، من وجود جراح في بعض أجزاء الجسم ، مثل الظهر والشرح ، بحيث لا يمكن حدوثها بفعل النفس ، وبما أن تلك الجراح متزامنة مع أحداث ذلك اليوم الذي ثبت أنه كان مشحوناً بالشجار والسباب المقذع ، ولم يكن معهما أحد سواهما يومئذٍ ، فيكون سائغاً والحال هذا استخلاص إسناد الأفعال التي سببت تلك الجراح إلى المتهم المستأنف ، ولا يلتفت إلى الأوهام الصرفة ، مثل افتراض أمور متوهمة كالقول بحدوث تلك الجراح بفعل النفس ، أو بفعل شخص آخر غير المتهم

١- " ١٩٩٢م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٠٤/٢٠٣ م /ع م ك/٣٢/١٩٩٢م قضية ح س/ ضد/ إسماعيل حدوت أشوت.

المستأنف ، ربما بواسطة مجنون في قارعة الطريق – على حدّ تعبير محامي المستأنف في مذكرته الختامية " ^١ .

كما قضت ذات المحكمة ، بشأن الاستنباط ووجوب صدوره سليماً سائغاً متوافقاً مع منطق الوقائع ، باعتبارها نتيجة طبيعية للوقائع الثابتة ، مصدر الاستنباط ، قائلة : " أما دلالة القرينة القاطعة فتتمثل فيما يستخلص من تقرير الطبيب الشرعي ... الذي أفاد بأن الكشف الطبي الموضوعي على المجني عليه قد أثبت أن فتحة الشرج ملوثة بالأتربة ، والعضلة العاصرة لفتحة الشرج قوامها ضعيف ... وأظهر الفحص وجود تكدم ووجواره شق طولي بالغشاء المبطن لفتحة الشرج ، مقابل الساعة السادسة على قرص الساعة ، وآخر مثله دون تكدم مقابل الساعة الحادية عشرة على قرص الساعة. وهذه الآثار تدل على هتك عرض حديث بالإيلاج من دبر ، مع استعمال العنف . وإذا ثبت أن الكشف الطبي قد أجرى على المجني عليه عقب حادثة الاختطاف الثابتة بالإقرار القضائي وشهادة الشهود . فيكون سائغاً إسناد ما ثبت من الإيلاج في دبر المجني عليه ، إلى المتهمين الأربعة الذين نفذوا عملية الاختطاف " ^٢ .

وفي مصر تواترت أحكام محكمة النقض المصرية ، مؤكدةً سلطة محكمة الموضوع التقديرية في استخلاص القرائن القضائية ، بلا معقب عليها ، من محكمة النقض ، إذا كان استخلاصها سائغاً ومقبولاً ^٣ وقضت بأن لمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما تراه من القرائن من وقائع الدعوى ، متى كان استخلاصها مؤدياً عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها ^٤ . كما قضت بأن من الاستخلاص السائغ ، المتوافق مع منطق الواقع مشاهدة عدة أشخاص يسيرون في الطريق ، مع من يحمل المسروقات ، ودخولهم في منزل واختفاؤهم معه ، فذلك يعتبر قرينة على اشتراكهم في السرقة ^٥ . وقضت بأنه يعتبر استخلاصاً سائغاً

^١ - الحكم الاستئنافي رقم ١٨٣/استئناف حدود/١٤١٧/٢٣ هـ الصادر في ١٢/٩/١٤١٧ هـ الموافق ١٩٩٧/١١/٢١ م.
^٢ - الحكم الاستئنافي رقم ٢٥١/استئناف حدود/١٤١٧/٢٣٢ هـ الصادر في ٢٠/١٢/١٤١٧ هـ الموافق ١٩٩٧/٤/٢٧ م.
^٣ - نقض مدني في ٨ يناير ١٩٧٥ م مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٦ ص ١٤٠.
^٤ - نقض مدني في ٢٠ مايو ١٩٦٥ م مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ٩٧ ص ٥٩٤.
^٥ - نقض جنائي في ١٩ مارس ١٩٤٥ م مجموعة القواعد جزء ٦ رقم ٥٢٧ ص ٦٦٥.

لقصد القتل ، القول بأنه مستفاد من استعمال المتهم في عدوانه على المجني عليه ، آلة حادة ، طعنه بها في مواضع عدة من جسمه ، وإحداها في موضع خطير من البطن ، فهذا استنباط سائغ متوافق مع ما رتب عليه¹ وقد اعتبر استخلاصاً سائغاً قول محكمة الموضوع في حكمها بأن نية القتل مستفادة من استعمال المتهم آلة حادة مدببة في الاعتداء على المجني عليه ، وضربه في مقتل في مقابل القلب والرئة اليسرى ، وبشكل جعل الضربة تغور في جسم المجني عليه إلى مسافة عشرة سنتمترات حتى أصابت الرئة وشريان القلب² .

وبالجملة يدخل في معنى الاستخلاص السائغ ، كل نتيجة تستخلص من وقائع معينة ثابتة ، بحيث تأتي متوافقة غير متنافرة مع منطقتك الوقائع الثابتة ، ومع مقتضى العقل - ، ويلاحظ أن هذا المعيار موضوعي ، يتفاوت باختلاف النظر والتدقيق . كما يتفاوت ظهور نتائج الاستخلاص وفقاً لاختلاف الوقائع الثابتة ومدى اتصالها بالواقعة محل الإثبات ، ومن ثمّ يتعذر وضع معيار ثابت محدد - كالمعايير الحسابية - لمعرفة ما هو سائغ متوافق مع منطق الوقائع ، فلا يبقى سوى المصير إلى منطق الرجل العادي وعقله الذي تميز به النتائج الراجعة عن غيرها - . وينبغي دائماً أن يبيّن القضاة مراحل استنباط القرينة القضائية ، بدءاً من ركنها المادي المتمثل في اختيار الواقعة الثابتة ، وبلوغاً إلى ركنها المعنوي المتمثل في عملية الاستنباط ، وإلاّ فيكون عسيراً استبانة مدى سلامة الاستنباط .

المطلب الرابع

ثبوت الواقعة مصدر الاستنباط في أوراق الدعوى

يجب أن يكون للواقعة مصدر استنباط القرينة القضائية سند في أوراق الدعوى ، حتى ولو كانت تلك الواقعة قد طرحت في دعوى أخرى ، أو تحقيق آخر انتهى بالحفظ ، فيمكن جعلها مصدراً للاستنباط ، شريطة أن تكون قد طرحت أمام

¹ - نقض جنائي في ١٢/٦/١٩٥٠م مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ٥ ص ١٢ .

² - نقض في ٢٠/١١/١٩٥٠م مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ٨٠ ص ٢٠٢ .

القاضي في الدعوى محل الإثبات ؛ إذ لا يجوز أن يفاجأ الخصم أو المتهم كليةً بدليل لم يطرح أمامه .

إن قاعدة طرح الدليل أمام المحكمة ، تعتبر قاعدة عامة ، وتسري ضمناً على الواقعة مصدر استنباط القرينة القضائية ، وشرعت هذه القاعدة ، سداً لذريعة التهمة ، وصوناً لأحكام القضاء عن الريب التي قد تكتنفها ، عند تأسيسها على أدلة لم تطرح بالجلسة ، أو بناءً على أدلة مستخلصة من وقائع لا سند لها في أوراق الدعوى ؛ ولأن ذلك نوع من القضاء بعلم القاضي ، وقد منعه جمهور فقهاء المالكية والحنابلة في المعتمد والشافعية في قول ومتأخرو الحنفية والإباضية -^١ . ولعل المتأمل في الأدلة القضائية ، لا يكاد يجد فيها استثناءً من قاعدة (طرح الدليل أمام القضاء) ، فيشترط (مجلس القضاء) لصحة أداء الشهادة ، وكذلك اليمين ، ويلزم إثبات الإقرار غير القضائي بالبيينة أمام القضاء ... ومن قبيل طرح الدليل أمام القضاء ، ما نقله القرافي عن بعض فقهاء المالكية من وجوب حضور الجسد المقتول ، عند أداء شهادة الصبيان ، فيما يقع بينهم من الجراح ، وإلا فلا تسمع الشهادة -^٢ . وهذا يعني ضرورة طرح الدليل المادي أمام المحكمة ، وبالجملة فإن عدم طرح الأدلة أمام القضاء – ربما تورعاً -^٣ ، يعدّ خلافاً في الأداء القضائي ، ويصدق معه النعي بخطأ الحكم للفساد في الاستدلال ، لابتناء الحكم على دليل لا أصل له في الأوراق ، ولا سند له في التحقيقات .

وقد استقرت النظم التشريعية والقضائية المعاصرة على وجوب طرح الدليل أمام القضاء ، ونسوق للمثال نص المادة ١٢١ من قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م – الملغي – والتي كانت تقضي بأن : " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة " ، كما نصت

^١ - راجع الخرشي ١٦٨/٧ والمغني لابن قدامة ٣١/١٤ والمهذب ٣٨٧/٢ وقررة عيون الأخبار ١٥٩/١ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ٧٣/٩ وراجع رأي المجيزين في كتاب تعارض البينات القضائية – عبد الرحمن شرفي ص ١٨٧ وما بعدها .

^٢ - تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٩/٢ وراجع الخرشي ١٩٧/٧ .

^٣ - كان بعض الزملاء القضاة في دولة قطر أحياناً يستعوضون بشهادة المحققين تورعاً من النظر بدلاً من طرح الأدلة محل الاتهام بالجلسة – شرائط الأفلام الفاضحة مثلاً – فهل يقضي القاضي وهو معصوب العينين ؟ .

المادة ٢ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م - الملغي - في تعريف (بينة) ما يفيد وجوب طرح الدليل أمام القضاء .

وقضت محكمة النقض المصرية بأن : " لمحكمة الموضوع أن تستنبط من الوقائع والقرائن ، ما تراه مؤدياً عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها ، ومتى أقامت قضاءها على ما اقتنعت به من أدلة لها أصلها الثابت في الأوراق ، فإن ما تخلص إليه في هذا الشأن ، يكون من قبيل فهم الواقع في الدعوى ، مما يدخل في نطاق سلطتها " ^١ .

إن حرية القاضي في استخلاص القرائن القضائية ، في النظم المعاصرة ، تعتبر أوسع في المسائل الجنائية - غير الحدية - ، إلا أن سلطته في اختيار الواقعة مصدر الاستنباط ، أوسع في المسائل المدنية ، في بعض النظم ومنها القضاء المصري الذي أرسى إمكان اختيار الواقعة مصدر الاستنباط ، ولو من محضر تحقيق إداري ، بل ولو كان من واقعة لم تثبت بالطرق القانونية ، أو من وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم ، ومن قضائها في ذلك أن : " لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته ، غير مقيد في ذلك بالقاعدة التي تفرض عليه ألا يبني اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطرق القانونية ، أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم ، فله أن يعتمد على القرينة المستفادة من تحقيقات أجريت في غيبة الخصوم ، أو من محضر جمع استدلالات أجرتها الشرطة أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين ، ولا رقابة عليه فيما يستخلصه منها ، متى كان استنباطه سائغاً - " ^٢ .

ورغم هذا الإفراط في سلطة القاضي التقديرية في اختيار الواقعة مصدر الاستنباط ، في النظام القضائي المدني المصري ، إلا أننا نحسب عدم ترتب شئ يذكر من المخاطر الواقعية ، جراء التوسع في حرية القاضي على هذا النحو ، لأن دائرة أعمال القرائن القضائية ، تعتبر ضيقة في مجال الإثبات المدني والتجاري

^١ - نقض جنائي ١٩٧٣/٦/٤م مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٣ ق، ونقض جنائي في ١٩٧٢/٣/٦م مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ القاعدة ٥٧ ص ٣٢٧. ونقض مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ القاعدة ١٩١ ص ٨٤٤ جنائي في ١٩٧٢/٥/٢٩م.
^٢ - نقض مدني في ٥ مايو ١٩٧٦م مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٠٤ ص ١٠٦٣.

المصري ؛ إذ لا يجوز الإثبات بها ، إلا حيث يجوز الإثبات بالشهادة ، كما تقضي بها المادة ١٠٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م - ، علماً بأنه لا يجوز الإثبات بالشهادة فيما تزيد قيمته عن مائة جنيه - . ومن ثم فإن دور القرائن القضائية يعتبر هامشياً في الإثبات المدني المصري - في دائرة التصرفات القانونية - .

المطلب الخامس عدم احتمال الاستنباط لأكثر من نتيجة واحدة عند الإدانة الجنائية

القاعدة أن الإدانة الجنائية تؤسس على الأدلة الجازمة ، وتلحق بها الأدلة التي تثبت الاتهام دون مرحلة الشك المعقول ، فإن تطرق شك معقول إلى الدليل فقد بطل به الاستدلال ، ويفسر لصالح المتهم ، ولا نقض لدلالة البراءة الأصلية بدليل تمخض عن (لعل وعسى) ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " أدروا الحدود ما استطعتم عن المسلمين ، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله ، فإن الإمام لئن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة " ^١ . والحديث وإن كان قد نص على الحدود ، إلا أن المبدأ الذي يقرره ، يصدق فيما سوى الحدود من المسائل الجنائية أيضاً ، فإن أفلح المتهم في إثارة الشك حول وقوع الجريمة أو إسنادها ، أو في أدلة الاتهام ، فلا مجال لإدانته بعدئذٍ بأدلة غير قاطعة ، ومن هنا لزم في القرينة القضائية التي تؤسس عليها الإدانة الجنائية ، أن تكون مؤدية إلى استنتاج واحد ألا وهو إفادة ارتكاب المتهم للجريمة محل الإثبات ، فإن احتمال الاستنتاج أمراً آخر ، مثل عدم ارتكاب المتهم لتلك الجريمة ، أو ارتكاب متهم آخر لها ، فلا يجوز تأسيس الإدانة على تلك القرينة - .

ونقل ابن عابدين في رسائله ، عن أبي اليسر بدر الدين محمد ابن الغرس الحنفي أن القرينة تصير طريقاً للحكم ، إذا كانت واضحة ، بحيث تصير دلالتها في

¹ - رواه الترمذي في سننه في كتاب الحدود باب ماجاء في درء الحدود ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الحدود باب ماجاء في درء الحدود بالشبهات ورواه الحاكم في المستدرک في كتاب الحدود وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه - .

حيز المقطوع بها^١. وتكون القرينة القضائية على الصفة التي ذكرها ابن الغرس ، عندما تكون وقائع ركنها المادي ثابتة يقيناً ، ووثيقة الصلة بالنازلة محل الإثبات ، فإذا ضعف الثبوت أو الاتصال ، ومن ثمَّ ضعفت دلالتها ، وتناقصت قيمتها الاستدلالية ، بحيث احتمال استنتاج أمر آخر غير إدانة المتهم - دون سواه- فلا تصلح القرينة القضائية عندئذٍ دليلاً للإدانة مطلقاً .-

قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : " لإدانة المتهم بالبيئة الظرفية ، يجب أن تؤدي الوقائع الثابتة إلى استنتاج واحد فحسب ، هو ارتكاب المتهم للجريمة ، بحيث لا يكون هناك استنتاج معقول آخر يتفق مع براءة المتهم ، أو يؤدي إلى جرم شخص آخر خلافه " ^٢.

وقد استطردت المحكمة العليا في ذات القضية قائلةً : " إن البيئات الظرفية في هذه القضية قد تثير شبهةً ضد المتهم ، ولكن الشبهة وحدها لا تنهض دليلاً لإثبات تهمة خطيرة كتهمة القتل ... والبيئات الظرفية التي أوردتها الاتهام ضد المتهم ، لا يؤدي استقرارها إلى استنتاج معقول واحد ، وهو أن المتهم ، دون سواه، هو الذي ضرب المتوفيين وسبب موتهما ، ذلك أن استقرار تلك البيئات مع التفسير المعقول الذي قدّمه المتهم لأهم واقعتين وردتا ضده ، يؤدي بنا إلى شك كبير فيما إذا كان المتهم ، أو أحد غيره هو الذي سبب موت المتوفيين ، وهذا الشك يتعين تفسيره لصالح المتهم " ^٣.

وقضت ذات المحكمة أيضاً بأنه : " يشترط لقبول القرينة القضائية في الإثبات في القضايا الخطيرة كالقتل ، أن تكون الوقائع المؤدية إلى التجريم متعارضة مع براءة المتهم ، أو إدانة أي شخص آخر، وأن تكون غير قابلة لأي تفسير يستند إلى افتراض معقول مما يغير الإدانة ، وإلا فيلزم أن يفسر الشك لصالح المتهم " ^٤.

^١ - راجع رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٦ .
^٢ - " ١٩٧٨م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٨٤ / م / ع / ك / ١٤٥ / ١٩٧٨م سابقة حكومة السودان / ضد / إدريس علي بلال .
^٣ - المرجع السابق - نفس القضية - ص ٣٨٨ .
^٤ - " ١٩٨٠م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨٥ م / ع / ك / ٣١ / ١٩٨٠م ح س / ضد / عبد الله حسن .

وهذا الضابط قد أصبح مبدأ قضائياً مستقراً في عمل المحكمة العليا
السودانية ، وتواترت به أحكامها ¹ .

وفي دولة قطر ، قضت محكمة الاستئناف الشرعية ، مقرررة ذات المبدأ في
العديد من أحكامها ² ، وفي تنزيل للمبدأ في إحدى القضايا قالت : " وإذا ثبت هكذا
بالمعاينة وجود آثار سحب شخص ما في مسرح الجريمة ، وآثار بروك شخص ما ،
يداه وركبته على الأرض ، عبّر عنه الشاهد الأول مرةً بعبارة (جائية على ركبته) ،
وأخرى بعبارة (كانت جائية على الأرض) وثبت أن الشخص الذي كان
جائياً على ركبته ، كانت آثار كفيه غائرة في الأرض ، ومتحركة للأمام والخلف ،
وهذه إمارة تدل على وجود قوة دافعة لجسم الجائي ، أو الجائية ، وإذا تقرر أن
المتهم والمشتكية كانا في يوم النازلة في ذات المكان ، وهو مكان ناءٍ غير مطروق ،
في البرية خلف تل رملي ، فإنه يسوغ لنا أن نستخلص من هذه الوقائع الثابتة
بالمعاينة – أي معاينة الآثار – أن المشتكية وحدها وليس سواها هي التي كانت
جائية على تلك الهيئة في الزمان والمكان المذكورين ، إذ لا يعقل أن يكون المتهم
هو الذي كان جائياً ، ولا يحتمل أن يكون شخص آخر هو الذي كان جائياً ، بدليل
أن المتهم نفسه لم يدع وجود شخص آخر – سواهما – في ذلك المكان والزمان ...
... وعلى ضوء ما ورد بالتقرير الطبي من وجود جروح تشققية حديثة حول فتحة
شرح المشتكية ، بين ثنايا فتحة الشرج ، عند اتصال الجلد بالغشاء المخاطي المبطن
للقناة الشرجية ، وهي غير عميقة ، عددها يتراوح بين خمسة وسبعة ، وأن من
المرجح أنها حدثت نتيجة محاولة إيلاج قضيب منتصب بفتحة شرح المرأة المجني
عليها بالقوة ، ومنذ مدة زمنية تتفق مع وقت إدعاء حدوث الواقعة – أ هـ -
التقرير الطبي – وإذا تقرر هذا وكانت المشتكية في صحبة المتهم وحده وقت
حدوث تلك الجروح ، كما ثبت بإقراره القضائي ولم يدع المتهم نفسه مخالطة

¹ - راجع مجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٣م ص ٣٧٢ ح س/ضد/ محمد مرة بحر ، .

ومجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٤م ص ٤١٤ ح س/ضد/ علي محمد حماد .

ومجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٥م ص ٤٨٣ ح س /ضد/ محمد إبراهيم خليل.

ومجلة الأحكام القضائية السودانية ١٩٧٦م ص ٦٣٩ ح س/ضد/ حبيب الله خير الله.

² - راجع الحكم الاستئنافي رقم ١٨٣ / استئناف حدود / ١٤١٧/٢٣ هـ الصادر في ١٤١٧/٩/١٢ هـ الموافق ١٩٩٧/١/٢١ م
والحكم الاستئنافي رقم ١٥٥ / استئناف تعازير / ٢٥٤ / ١٤١٧ هـ الصادر في ١٤١٨/٦/١٢ هـ الموافق ١٩٩٧/١٠/١٤ م
والحكم الاستئنافي رقم ٢٩١ / استئناف حدود / ١٤١٨/١٦٥ هـ الصادر في ١٤١٨/٩/٢١ هـ الموافق ١٩٩٨/١/١٩ م.

– خادمتهم – المشتكية لرجل سواه في يوم النازلة (وهي خادمة لا تخرج من بيته ، ولا يخالطها أحد سواه) ، فإننا نستخلص استخلاصاً سائغاً بأن المتهم – المستأنف – وحده هو الذي قام بإيلاج قضيبه المنتصب في فتحة شرج المشتكية بالقوة يومئذ ، محدثاً تلك الجروح التشققية الموصوفة بالتقرير الطبي - " ' ، وليس ثمة احتمال معقول آخر كأن يقال بأن شخصاً آخر هو الذي ارتكب ذلك الجرم .

المبحث الرابع

في تقويم القرائن القضائية

القرائن القضائية من حيث حجيتها ، قد تفيد العلم ، وقد تفيد الظن ، فما أفادت العلم ، تسمى (القرينة القضائية القاطعة) ، وأحياناً تسمى (القوية) ، أما التي تفيد الظن ، فتسمى (القرينة القضائية غير القاطعة) ، وتسمى (القرينة القضائية البسيطة) وفيما يلي بيان كل منهما على حدة :-

المطلب الأول

القرينة القضائية القاطعة

هي القرينة القضائية التي تفيد العلم ، ويمكن تأسيس الحكم القضائي بموجبها، فيما يجوز إثباته بالقرائن شرعاً ، ويجوز إثبات عكسها . وهي تكون قاطعة ، أو يقينية الدلالة في إفادة العلم ، كلما بلغ حظ ضوابط ركنيها المادي والمعنوي ، إلى درجة الجزم ، بمعنى أن تكون الواقعة مصدر الاستنباط معلومة وثابتة يقيناً ، أو دون شك معقول ، وأن تكون تلك الواقعة متصلة بالواقعة محل الإثبات ، بأن تكون جزءاً منها أو ظرفاً من ظروفها أو من ملابساتها ، وتزداد قيمة القرينة الاستدلالية بزيادة الاتصال والمصاحبة ، كما تزداد إفادتها للعلم كلما كانت عملية الاستنباط سائغة متوافقة لحكم العقل ومنطق الواقع ، وكان للواقعة مصدر

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ١٩١ / استئناف تعازير / ٣٠٤ / ١٤١٨ هـ الصادر في ٢٥ / ١٢ / ١٤١٨ هـ الموافق ٢٥ / ٤ / ١٩٩٨ م.

الاستنباط أصل في أوراق الدعوى ، ولم تكن نتيجة الاستخلاص محتملة أموراً أخرى ، تتعارض معها ، أو مع أدلة أخرى في الدعوى - .

وقد ساق ابن عابدين الحنفي مقالةً لأبي اليسر بدر الدين بن الغرس الحنفي مفادها : " أن من جملة طرق القضاء ، القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به ، دلالة واضحة بحيث تصيِّره في حيز المقطوع به " ^١ . مصوراً القرينة المقطوع بدلالاتها بحالة ما " لو ظهر إنسان من دار ، ومعه سكين في يده وهو متلوث بالدماء ، سريع الحركة ، عليه أثر الخوف ، فدخلوا الدار في ذلك الوقت على الفور ، فوجدوا بها إنساناً مذنباً بذلك الحين ، وهو ملطخ بدمائه ، ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذي وجد بتلك الصفة ، وهو خارج من الدار ، يؤخذ به . وهو ظاهر ؛ إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله ، والقول بأنه ذبح نفسه ، أو أن غير ذلك الرجل قتله ، ثم تسور الحائط فذهب ، احتمال بعيد ، لا يلتفت إليه ؛ إذ لم ينشأ عن دليل " ^٢ .

ونصت المادة ١٧٤١ من مجلة الأحكام العدلية على أن : " القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حدّ اليقين ، مثلاً إذا خرج أحد من دار خالية ، خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم ، فدخل في الدار ورؤى فيها شخص مذنب في ذلك الوقت ، فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ، ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة ، كأن يكون الشخص المذكور ربما قتل نفسه - " .

وجعل ابن فرحون المالكي ، القرينة القضائية القاطعة ، المستنبطة من الواقعة الأنفة الذكر ، في مقام الشهادة والمعينة ، وإن لم تكن ثمة معينة بالفعل ، جاء في تبصرة الحكام : " ومن ذلك لو شهد شاهدان أنهما رأيا رجلاً خرج مستسراً من دار ، في حال رثة ، فاستنكروا ذلك ، فدخل العدول من ساعتهم الدار ، فوجدوا قتيلاً يسيل دمه ، وليس في الدار أحد ، فهذه شهادة جائزة ، يقطع الحكم بها ، وإن لم تكن على المعينة " ^٣ .

^١ - رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٦ .

^٢ - المرجع السابق - نفس الموضوع .

^٣ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٤ .

أما ابن قيم الجوزية فقد أعلى من شأن القرينة القضائية القاطعة ، ورفع حجيتها أحياناً إلى مقام لا ترقى إليه حجية الإقرار والبيينة – أي الشهادة - ، إذ قال : " ولم تزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع ، إذا وجد المال المسروق مع المتهم ، وهذه القرينة أقوى من البيينة والإقرار ، فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه ، نصٌ صريح لا يتطرق إليه شبهة " ^١ .

وفي الأصول القضائية ، تعليقاً على ذات أمانة قتل الدار الخالية ، والرجل الذي يخرج مدهوشاً من تلك الدار وفي يده سكين ملوثة بالدم ، أنه : " يحكم بأن ذلك الرجل الخارج هو القاتل ، ولا يشك أحد في ذلك ، فنؤاخذه به ونجازيه عليه ، بدون احتياج إلى دليل آخر .. وبذلك كانت القرينة القاطعة طريقاً للقضاء ، مثل البيينة والإقرار ، هذا ما ذكره ابن الغرس " ^٢ .

وكلما اجتهد القاضي في استقصاء ظروف النازلة وملابساتها ، واستخلص قرائن مؤيدة لدلالة القرينة القضائية التي تفيد العلم ، كان حكمه عنواناً للحقيقة بحق ، لأن حجية القرينة القضائية تزداد قوةً بالنظر إلى شواهد الحال ، فإذا كانت الدعوى بفعل فاحشةٍ من الفواحش ، وقامت قرينة مؤداها إدانة المتهم وكان المتهم متصنعاً للنساء ، فقد قويت دلالة القرينة ، وإن كانت التهمة بالسرقة وثبتت بقرينة وجود المال المسروق مع المتهم ، وتعضدت بقرينة وجود بعض أدوات الكسر معه ، أو بآثار العراك على جسده ، فتلك الشواهد تقوي من حجية القرينة القضائية ، وبها تتأكد إفادتها للعلم " ^٣ .

القرينة القضائية القاطعة في النظم التشريعية والقضائية المعاصرة :

استقرت النظم التشريعية والقضائية المعاصرة على الاعتماد بالقرينة القضائية ، وبالأولى القاطعة أو القوية ، وجعلتها وسيلة لإثبات مختلف أنواع التصرفات المادية ، غير أن بعض النظم التشريعية ، تقيد الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية ، ومن قبيلها قانون الإثبات المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة

^١ - الطرق الحكمية لابن القيم ص ٧.

^٢ - الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ٢٧٥.

^٣ - راجع تبصرة الحكام ٤/٢/١٢٣/١٠٤ والأحكام السلطانية للفراء ص ٢٥٨ - بتصرف-

١٩٦٨م- ؛ إذ نصت مادتها رقم ٦٠ على أنه لا يجوز إثبات التصرف القانوني في غير المواد التجارية بالبينة ، إذا زادت قيمته عن مائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمة ، بينما تنص المادة ١٠٠ منه على أنه لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية - إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود - أي بالبينة- . ومحصلة هاتين المادتين هي ، تقييد الإثبات بالقرائن القضائية وشهادة الشهود في التصرفات القانونية المذكورة - .

أما التصرفات المادية فلا قيد فيها على الإثبات بالقرائن القضائية ، إلا في بعض دعاوى الحدود الشرعية ، بالنسبة للنظم التشريعية التي تصدر بحزم عن معين الشريعة الإسلامية ، ومن قبيلها ما في قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م؛ إذ منع إثبات سائر الحدود بالقرائن القضائية (مادة ٦٣ منه) ، فيما سوى حدّ الزنا ، فيجوز إثباته بقرينة الحمل لغير الزوجة، إذا خلا من شبهة وفقاً لمقتضى المادة ٦٢/ج منه ، وفيما سوى حدّ الخمر ، فيجوز إثباته بقرينة الرائحة ، عند ثبوتها - أي الرائحة - بشهادة عدلين أو بتقرير من خبير مختص وفقاً لمقتضى المادة ٦٤ من ذات القانون .

وقد يكون بلوغ درجة القطع بدلالة القرينة القضائية ، نتيجة لاستخلاص قرينة واحدة ، أو مجموعة من القرائن تتساند مع بعضها ، وتشدّد بعضها بعضاً ، فتشكل بمجموعها درجة القطع وبلوغ اليقين في ثبوت الواقعة محل الإثبات - .

ومن التطبيقات القضائية للقرينة القضائية القاطعة ، ما قضت به محكمة الاستئناف الشرعية - بدولة قطر- من أن المتهم : " قد شوهد في مكان الحادث واقفاً بجانب المجني عليها - القتيلة - ، وكانت ثيابه ملطخة بالدماء ، وقتئذٍ كانت المجني عليها مطعونة ومذبوحة على التو، ووجدت السكنين المستخدمة في الحادث ملوثة بالدماء ، وقد اقر المتهم بهذه الوقائع ، كما أنه قد اقر بملكيته للسكين ، وأنه عند مجيء المدعو ... ولى هارباً من المكان مذعوراً ، وبعدئذٍ وجدت أذن المجني عليها اليمنى المقطوعة بمقر إقامة المتهم ، في المكان الذي أرشد إليه ، ووجدت الأقران الذهبية التي كانت تحلى تلك الأذن بمقر إقامته في المكان الذي أرشد إليه ، وإذا

كانت هذه الوقائع ثابتة بأدلة قطعية ، فإن الاستخلاص السائغ القاطع منها هو أن المتهم المذكور هو الذي قام بطعن وذبح المجني عليها ، ولا يشتبه في قطعية هذا الاستخلاص ، ويكون من قبيل محض التوهم ادعاء خلاف ذلك ... ومن ثمَّ يكون ثابتاً بالقرينة القضائية القاطعة ، أن المتهم ... وحده دون سواه هو الذي قام بطعن وذبح المجني عليها ... " ¹ .

وتواترت أحكام ذات المحكمة ، على إعمال القرينة القضائية -، وتأسيس الإدانة الجنائية عليها ، مع مراعاة شواهد الحال والمقال ، وفي إحدى الدعاوى ، قضت بأن دلالة القرينة القضائية المستخلصة من تقرير الطبيب الشرعي ، الذي أفاد بأن الكشف الطبي الموضوعي ، مع المجني عليه ... قد أثبت حدوث هتك عرض حديث بالإيلاج من دبرٍ مع استعمال العنف ، وثبت تزامن هتك العرض على هذا النحو ، مع وقت اختطاف المتهمين للمجني عليه ، وهو ثابت بالإقرار القضائي وشهادة الشهود ، فإنه والحال هذا ، تكون القرينة القضائية المستخلصة من تلك الوقائع قد بلغت إلى درجة القطع في إثبات وقوع جريمة اللواط المكتملة العناصر ، وعلى إسنادها بالكيفية الواردة في الاتهام ، وهي قرينة قاطعة ، يجوز تأسيس الإدانة الحدية بمثلها لدى المالكية وابن قيم الجوزية من فقهاء الحنابلة ، كما في تبصرة الحكام لابن فرحون ، (جزء ٢ ص ٨٠) ، والطرق الحكيمة (ص ٨) ، إلا أننا هنا لا نسوق تلك القرينة إلاً عضداً لدلالة الإقرار القضائي ، مع علمنا بأن الإقرار القضائي حجة قاطعة ، تغني من قررت لمصلحته عن إقامة دليل آخر.. " ^٢ .

وقضت المحكمة العليا السودانية بموجب القرينة القضائية التي بلغت إلى درجة القطع ، بتساندها مع القرائن وشواهد الحال والمقال ، في أخطر أنواع النوازل ؛ إذ قالت : " إن البيانات الظرفية التي توفرت في هذه الدعوى ، تتسم بترابط ومنعة ، بحيث لا يجد الشك المعقول منفذاً من خلالها . فهناك أولاً شهادة قصاص الأثر ، وهو خبير عريق في مهنته ... وقد استطاع أن يتعرف على آثار

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ٢٢١ / استئناف حدود / ١٤١٧ / ١٩٠ هـ الصادر في يوم ١٤ / ١١ / ١٤١٧ هـ الموافق ١٣ / ٣ / ١٩٩٧ م ، وراجع الحكم الاستئنافي رقم ٢٢٠ / استئناف حدود / ١٤١٧ / ١٨٤ هـ الصادر في ١ / ١١ / ١٤١٧ هـ الموافق ١٠ / ٣ / ١٩٩٧ م .
² - الحكم الاستئنافي رقم ٢٥١ / استئناف حدود / ١٤١٧ / ٢٣٢ هـ الصادر في ٢٠ / ١٢ / ١٤١٧ هـ الموافق ٢٧ / ٤ / ١٩٩٧ م .
وراجع الحكم الاستئنافي رقم ٣٩١ / استئناف تعازير / ١٤١٨ / ٣٠٤ هـ الصادر في ٢٥ / ١٢ / ١٤١٨ هـ الموافق ٢٢ / ٤ / ١٩٩٨ م .

المتهم ، ويفرزها من بين عدد كبير من آثار أقدام أخرى ، عرضت عليه في مرتين متتاليتين ، وأكد أنها هي نفس آثار الشخص الذي تشاجر مع المرحوم في محل الحادث وبعد هذا تجيء قصة فردة الحذاء الذي اعترف المتهم بأنها تخصه ، وقد وجدت على مقربة من مكان الحادث ، وقد تعثر المتهم في محاولة شرح هذه الظاهرة ، وراح يتحدث عن سقوطه من ظهر حماره ، ونسى أن الذي يسقط وتخرج فردة حذائه من رجله ، في الظروف العادية ، لا يواصل سيره دون أن يلتقطها ، وأن الذي يتركها وراءه ، لا بد أن يكون في عجلة مريية من أمره ، واضطراب شديد يدفعه لإسراع الخطى والابتعاد ، وهذا ينطبق على الحالة التي ألمت بالمتهم بعد ارتكابه للحادث ، ودفعته ليترك فردة حذائه خلفه ، وهو في طريقه مبتعداً عن مكان الحادث . ثم نجد آثار الدماء التي رآها الشهود في ملابس المتهم ، بعد الوقت الذي حدث فيه الحادث بقليل ، وكيف أنه لجأ إلى الكذب في تبريرها مدعياً أنها لبهيمة ذبحها ، بينما تؤكد من شهادة الشهود أن ذلك لم يحدث . إن اللجوء إلى الكذب ... في هذه الظروف يعتبر قرينة دامغة ضد المتهم ، وذات وزن كبير لإثبات تورطه في هذا الحادث . وقد اختفت تلك الملابس الملوثة بعد انصراف المتهم لمنزله ، ولم يعثر عليها البوليس ... ونجد أقوال الشاهد الذي أبصر من بعيد شخصين يتشاجران في مكان الحادث ، وبجانبيهما حمارين أحدهما تطابقت أوصافه على حمار المتهم ... إن القاعدة الأصولية في شأن البينات الظرفية هي أنها ينبغي أن تكون مترابطة ، ولا تحمل إلا تفسيراً واحداً ، إذا أرادت المحكمة أن تجعلها أساساً للإدانة . فهل هناك تفسير آخر لحالة شخص وجدت آثار أقدامه في محل الحادث ، بالقرب من جثة القتيل ، ثم عثر على فردة حذائه في الطريق الممتد من ذلك المكان الذي اتبعه وهو يبتعد عنه ، بعد ارتكابه الجريمة ، لائذاً بالفرار ، وقد شاهده أناس بعد ذلك بقليل وملابسه ملطخة بالدماء ، وعند سؤاله لجأ إلى الكذب والمراوغة ، وثبت أن حماراً تنطبق أوصافه على أوصاف حماره كان في محل الحادث ، في اللحظة التي كان القتيل يتشاجر فيها مع الذي طعنه وتسبب في وفاته . هل يمكن أن تتحمل هذه القرائن أي تفسير سوى أن هذا الشخص هو الذي

طعن القتل ؟ الإجابة قطعاً هي بالنفي . والاستخلاص المنطقي الذي لا يقبل العقل استخلاصاً خلافه هو أن هذا الشخص هو الذي تشاجر مع القتل وطعنه في صدره ، وهذه الإجابة هي الحاسمة " ١ . وهذه السابقة تبين مدى أهمية تساند القرائن مع بعضها ، بلوغاً إلى إفادة العلم بمجموعها - .

المطلب الثاني

القرينة القضائية غير القاطعة

تنقسم القرينة القضائية غير القاطعة ، إلى نوعين : قرينة قضائية غير قاطعة مقبولة في إثبات الدعوى ، أو نفيها ، وقرينة قضائية لا أثر لها في الإثبات . أما التي تكون مقبولة في الإثبات ، فيقضي بها بعد تأييد دلالتها بشواهد الحال والمقال ، أو بعد التحقيق والكشف عن حقيقتها . وأما التي لا أثر لها في الإثبات فهي التي لا تفيد سوى ظن في معارضة ظن مثله ، فنتهاتر ولا يلتفت إليها .

قال ابن فرحون : " والعمل في ذلك على القرائن ، فإن قويت حكم بها ، وإن ضعفت لم يلتفت إليها ، وإن توسطت توقف فيها وكشف عنها وسلك طريق الاحتياط . هذا كله ما لم يعارض معارض . فإن عارض ذلك شئ نظر فيه " ٢ .

ونص ابن فرحون المالكي يفيد العمل بالقرينة القوية - أي القاطعة - ، وقد سبق لنا بيان ذلك ، كما يفيد بأن القرائن غير القاطعة تنقسم إلى ضعيفة لاقيمة لها في الإثبات ، وأخرى تتوسط بين القوية والضعيفة ، ويلزم التبيين من أمرها ، بالكشف عن شواهد الحال والمقال المؤيدة لدلالاتها ، وقد ساق ابن فرحون المالكي قرينة من نوع القرائن البسيطة وأيدها بشواهد الحال ؛ إذ قال : " فإن قيل : ما تقولون في كتب العلم ، يوجد على ظهورها وهوامشها كتابة الوقف . هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفاً بذلك ؟ قيل : هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال ، فإذا رأينا كتباً مودعة في خزانة في مدرسة ، وعليها كتابة الوقف ، وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك ، وقد اشتهر بذلك ، لم نشك في كونها وقفاً ، وحكمها حكم المدرسة في

1 " ١٩٨٠ " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨٨/٨٧ م / ع / م ك / ٣١ / ١٩٨٠ م سابقة ح س / ضد / عبد الله حسن علي عبد الجبار -
2 - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١١١ .

الوقفية . فإن انقطعت كتبها ، أو فقدت ثم وجدت عليها تلك الوقفية ، وشهرة كتب المدرسة في الوقفية معلومة ، فيكفي في ذلك الاستفاضة ، فإن الوقف يثبت بالاستفاضة ، ويثبت بالسماع ، ويثبت مصرفه بذلك . وأما إذا رأينا كتاباً ، لا يعلم مقره ، ولا يعرف من كتب عليه الوقفية ، فهذا يجب التوقف في أمره حتى يتبين حاله " ^١ .

ومفاد قول ابن فرحون هو ضرورة تأييد دلالة القرينة البسيطة – غير القاطعة – بقرائن الأحوال التي تحتف بها ، حتى يرتقي الظن المستفاد من تلك القرينة ، إلى العلم الذي يبعث الاقتناع اليقيني - ، وهذا النهج هو ما تسميه النظم التشريعية والقضائية المعاصرة بمبدأ : (تعضيد البيئة الظرفية)- أو تأييدها ^٢ . ونحسب أن منهج ابن فرحون المالكي أبلغ في الاحتياط ، مما استقرت عليه النظم المعاصرة ، ذلك أن ابن فرحون يوجب التوقف والتبيين عند (توسط القرينة) ، وذلك يعني البحث عن أدلة مؤيدة ، أو نافية لها ، مؤدية إلى كشف حقيقة الواقع ، بينما تتحدث النظم المعاصرة دوماً عن الدليل المؤيد ، بما يوحي بأنها تسلم بصحة دلالة القرينة وتتمس ما يسوغ إعمالها ، ولئن صدق هذا الإيحاء ، فما أشد خطره على عدل القضاء -.

ومن نافلة القول أن نذكر بأن القرينة القضائية ، كما تصلح للإثبات ، فهي تصلح للدفع ، فإن دفعت المتهمه بالزنا ، أنها أكرهت وأثبتت أنها كانت تصرخ وقت ارتكاب الفاحشة ، فهذه قرينة تدفع عنها تهمة الزنا ، وكذلك إن جاءت شاكية، متعلقة بالمتهم ، أو جاءت وبها آثار استخدام العنف .. إلى غير ذلك من الشواهد فيعتد بها في دفع تهمة الزنا عنها - .

المطلب الثالث

القرائن القضائية الضعيفة

¹ - المرجع السابق – نفس الموضوع.
² - راجع نص المادة ١٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م – الملغى- وراجع نص المادتين (٢/١٠)(٢/٢٩) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م.

هناك نوع من القرائن القضائية الضعيفة التي لا يمكن اعتبارها دليلاً أساسياً للإثبات ، فهي لا تصلح في المسائل الجنائية بصفة أخص ، دليلاً للإدانة وإن عززتها مثلها ، غير أنها تعدّ من قبيل الأدلة المؤيدة للقرائن القضائية الأخرى ، أو المؤيدة للأدلة الأخرى ذات الدلالة غير القاطعة ، مباشرة كانت أو غير مباشرة - .

وهذا النوع من القرائن يسمى : (الدلائل) ويسمى بالقرائن التكميلية -¹ .

ويلاحظ أن فقهاء الحنفية ، في الراجح من المذهب ، يعتبرون قرينة رائحة الخمر ، من قبيل القرينة التكميلية ، لدلالة الإقرار أو الشهادة ، فإن تأيدت دلالة أي منهما بها، فقد وجب الحدُّ² ، على نحو ما سنورده بتفصيل لاحقاً - بإذن الله - .

ويدخل في عداد القرائن الضعيفة التي لا تقبل باعتبارها دليلاً أساسياً ، (بينة الوقائع المتماثلة) (*Similar Facts Evidence*) وهي قرينة الوقائع المتشابهة التي يعتادها الجاني ويتبعها بانتظام في ارتكاب الجريمة - . وقد تحدث بعض فقهاء الشريعة عن هذا النوع من القرائن ، ولم يعتبروه دليلاً للإدانة ، وإن كانوا قد أجازوا = سياسة = اتخاذ إجراءات احتياطية بموجبها ، بحبس المتهم حسباً تحفظياً ، أو ضربه ، أو الجمع بينهما معاً استقصاءً وتبييناً لحاله . قال ابن فرحون: " ... المتهم بالفجور كالسرقة وقطع الطريق والقتل والزنا ، وهذا القسم لا بدّ أن يكشفوا، ويستقصى عليهم بقدر تهمتهم وشهرتهم بذلك ، وربما كان بالضرب والحبس ، وبالحبس دون الضرب ، على قدر ما اشتهر عنهم . قال ابن قيم الجوزية الحنبلي : (ما علمت أحداً من أئمة المسلمين يقول : إن هذا المدعى عليه بهذه الدعاوى وما أشبهها ، يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره ، وليس تحليفه وإرساله مذهباً لأحدٍ من الأئمة الأربعة ولا غيرهم ، ولو حلفنا كل واحد منهم وأطلقناه وخلينا سبيله ، مع العلم باشتهاره بالفساد في الأرض ، وكثرة سرقاته ، وقلنا : إنا لا نأخذه إلا بشاهدي عدل ، كان الفعل مخالفاً للسياسة الشرعية ... " -³ .

¹ - راجع أصول قانون الإجراءات الجنائية د. أحمد فتحي سرور ص ٣٣٦.

² - راجع الميسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ٣١ والهداية للمير غيباني ج ٢ ص ١١١ والبنابة للعيني ج ٥ ص ٤٦٢.

³ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٢٩.

وواضح من سياق النص ، أن سبق اعتياد المتهم لارتكاب نوع من أنواع الجرائم ، لا يعتبر دليلاً للإثبات في واقعة لاحقة مماثلة يتهم فيها ذات الشخص ، وما أجازته فقهاؤنا من ضرب المتهم وحبسه ، في النص الآنف ، إنما كان إجراءً تحفظياً وليس حكماً قضائياً ، مبنياً على دلالة ، (قرينة الوقائع المتماثلة) ، لذلك جاء في التبصرة أيضاً – عن ابن المواز:- " من ادعى عليه بسرقة ، واتهم بها ، كشف عنه ، واستقصى عليه بقدر تهمة وشهرته بذلك... قال ابن حبيب عن أصبغ : إن من جاء إلى الوالي برجل ، فقال : هذا سرق متاعي ، فقال : إن كان موصوفاً بذلك متهماً هُدد وامُئِح وأُحلف ، وقال أشهب : لا يمين عليه " ¹ .

وبذات هذه الرؤية الفقهية ، أي باعتبار قرينة السلوك المتشابه أو الوقائع المتماثلة ، مسوغاً لإجراءات احتياطية ، قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : " لا يوجد في قانوننا ما يسمح بالتعرض لبينة السلوك المشابه بمعناه الصحيح إلا في صدد إجراءات منع الجريمة ، تحت الفصل السابع عشر من قانون الإجراءات الجنائية ، وكأساس لاستدعاء أي شخص من أجل أخذ تعهد أو كفالة منه ، للالتزام بحسن السير والسلوك ، في الحالات المنصوص عليها في المادة ٨٢ من نفس القانون على سبيل الحصر- " ² .

إن إشارة الحكم القضائي الآنف ذكره إلى عدم وجود نص في القانون السوداني ، بشأن قبول (بينة الوقائع المتشابهة) باعتبارها دليلاً للإثبات ، لا يعني بطلانها مطلقاً ؛ إذ يمكن اعتبارها دليلاً مؤيداً ، أو بينة تكميلية ، وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : " تقبل بينة الوقائع المتشابهة ، إذا دلت على أن للمتهم نظاماً خاصاً للإتيان بالفعل المراد إثباته ، ولا يشترط لقبولها وجود إدانة بخصوص البينة المتشابهة المراد القياس عليها " ³ .

كما قضت بأن : " الوقائع المتشابهة يمكن قبولها في البينة لتبرهن اتجاهها ذهنياً معيناً ، فالسلوك المنظم قد يشمل النظر في أمر الفعل المجرّم والقصد الجنائي

¹ - المرجع السابق ص ١٣٠ .

² - " ١٩٧٥م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٧٥ م ع/ط ج/٣٤ ، ١٩٧٥م سابقة ح س/ضد/ علي إدريس فتيجابي .

³ - " ١٩٧٢م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٢٢ ح س/ضد/ محمد عبد الله إمام .

لدى المتهم ، وذلك لأن السلوك البشري عادةً لا يكون غريزياً ، ومن الصعب فصل السلوك البشري من العقلية التي توحى به ، وبالتالي فإن السلوك المنظم ، إذا ثبت ، ينفي عنصر المصادفة ، ويعتبر مؤيداً لافتراض القصد الجنائي " ¹ .

وفي دولة قطر ، اعتبرت محكمة الاستئناف الشرعية ، قرينة الوقائع المتماثلة ، دليلاً مؤيداً ومعزراً لقرائن الحال ، المثبتة للقصد الجنائي ؛ إذ قالت : " تلك خمس من القرائن المفيدة لإسناد التهمة موضوع المحاكمة إلى المتهم المذكور ، الذي أحكم إغلاق منافذ الأدلة المباشرة ، على أمل تحصيل جريمة كاملة ، دون جدوى ، وتتساند تلك القرائن الخمس فيشد بعضها بعضاً ، ويكمل بعضها حجية بعضها الآخر ، ومن مجموعها يتبلور اطمئنان الهيئة الاستئنافية الشرعية - الدائرة الثانية - في تقرير صحة إسناد التهمة موضوع المحاكمة إلى المتهم ولسنا في حاجة إلى الإضافة في الحديث عن الركن المعنوي للاستدراج والسلب والاعتداء ، ذلك أن سوء القصد ثابت من دلالة ملابسات الوقائع ، مؤيداً بدلالة قرينة الوقائع المتماثلة. أما دلالة ملابسات الوقائع ، فإن من العبث افتراض المصادفة في عملية الاحتيال التي غرر بها المتهم المجني عليها ، واستدراجها من بعد ، وسلب ما معها من مال ، وكذلك فيما وقع منه من اعتداءٍ عليها . وأما دلالة الوقائع المتماثلة التي درج المتهم على إتباعها بانتظام ، فتعدّ قرينة مؤيدة للأدلة المثبتة للقصد الجنائي ، إذ أن السلوك المنظم المعهود على كيفية ارتكاب الجريمة ، باستخدام الحيلة مع فئة الطاعنين في السن ، وإتباع نظام ثابت في طريقة التنقل ، تنفي اللإرادية تماماً ، وتثبت توفر القصد عند الاستدراج لأجل السلب ، وتوفر القصد في الاعتداء حتى الإغماء وصولاً إلى إشباع الشهوة الحرام " - ² .

ولا ينبغي أن يبدر إلى الذهن بأن (بينة الوقائع المتماثلة) أو قرينة السلوك المتشابه ، هي (السوابق الجرمية) للمتهم ، التي ترد إلى المحاكم من إدارة الأدلة والمعلومات الجنائية ، إذ يمكن أن تكون للمتهم سوابق جرمية عديدة ، يكون قد أدين وعوقب فيها ، فإن لم تكن جرائمه في تلك السوابق قد ارتكبت بنهج موحد ، أو

¹ - " ١٩٧٩م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٩٨ ح س/ضد/ عمر محمد الأمين أو شيك.
² - الحكم الاستئنافي رقم ١٧٦ / استئناف حدود / ٤١٨/٦ هـ الصادر في ١٤١٨/٦/٢٦ هـ الموافق ١٩٩٧/١٠/٢٨م.

لم يكن المتهم قد اتبع نظاماً معيناً في ارتكابها ، أو في إكمال بعض وقائعها ، فإنها لا تدخل في معنى (بيئة الوقائع المتماثلة) .

وقد اختلفت النظم التشريعية والقضائية المعاصرة في شأن قرينة السوابق الجرمية ، فذهبت بعضها إلى عدم اعتبارها دليلاً- مطلقاً- ، بينما اعتبرها بعض آخر (دليلاً تكميلياً) أو دليلاً معزراً.

وقضت المحكمة العليا السودانية بأن الكشف عن السوابق الجرمية قبل صدور الإدانة ، منهي عنه بموجب المادة ١٨١ من قانون الإجراءات الجنائية .. وهذا يعني عدم الاعتداد بدلالة السوابق الجرمية في الإثبات ، وعدم اعتبارها دليلاً، أساسياً كان أو تكميلياً . ولا يسوغ الكشف عنها إلا بعد تقرير الإدانة ، حتى يتسنى تفريد العقوبة على ضوءها^١ .

وذات المنهج هو المتبع في التشريع والقضاء القطريين ، إذ نصت المادة ١٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية القطري- قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧١م- الملغي- بأنه : " لا تقبل البيئة عن سوابق المتهم إلا بعد الإدانة ، بقصد تقدير العقوبة " .

وقضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر بأن السوابق الجرمية ليست وسيلة للإثبات ، وإنما هي ظرف مشدد للعقوبة ، إذ قالت : " أما ما نعى به المتهم المستأنف من خطأ الحكم الابتدائي فيما قضى به من براءته من تهمة السكر ، ومعاقبته بالجلد ثمانين جلدة حداً وتعزيراً ، لوجود أسبقيات {سوابق} جرمية للمتهم، تمت معاقبته عليها ، فيعتبر نعيها صحيحاً ، إذ أن المحكمة الابتدائية قد قررت صراحة براءة المتهم المذكور من تهمة السكر ، وما كان لها بعدئذ أن تقضي بمعاقبته بناءً على سوابقه الجرمية ؛ ذلك أن السوابق الجرمية ليست وسيلة للإثبات، وإنما هي من قبيل الظروف المشددة للعقوبة ، ولا ينبغي أن تنظر إليها المحكمة إلا بعد تمام تقرير الإدانة ، بقصد تفريد العقوبة ، وعليه فلا مجال لمعاقبة المتهم المستأنف بعقوبة السكر التي تقررت براءته منها " ^٢ .

^١ - " ١٩٧٥م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٧٥ م ع/ط ج/٣٤/١٩٧٥م سابقة ح س/ضد/ على إدريس فتيجابي.
^٢ - الحكم الاستئنافي رقم ٣١/استئناف حدود/١٤١٧/٢٥٠هـ الصادر في يوم ١٢/٢/١٤١٨هـ الموافق ١٧/٦/١٩٩٧م.

وفي إحدى الدعاوى قالت محكمة الاستئناف الشرعية - الدائرة الثانية أيضاً- (بدولة قطر) : " إن تقديم المستأنف { وكيل المدعى العام } لصحيفة الأسبقيات الجرمية ، لإثبات الواقعة محل المحاكمة ، لا يعتد به ؛ لأن تلك الصحيفة ليست وسيلة من وسائل الإثبات ، وإنما هي للدلالة على حالة المتهم وعمّا إذا كان مجرمًا عائداً أم لا ، ويؤخذ بها عند تفريد العقوبة فقط للتشديد أو التخفيف " ^١ .

أما في مصر ، فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية السوابق الجرمية ، قرينة معززة للأدلة ؛ إذ قالت بأن : " استدلال الحكم بالسوابق الواردة بصحيفة الحالة الجنائية للطاعن على ماضيه في الجريمة { مثل اعتياده على استلام المال المسروق وبيعه } واتخاذها قرينة مع الأدلة الأخرى على توافر علمه بالسرقة أمر سائغ - " ^٢ .

وقضت أيضاً بأنه : " لا تثريب على المحكمة إذ هي اعتمدت على سوابق المتهم ، كقرينة معززة لتحريات رجال مكتب مكافحة المخدرات ، عن نشاطه في تجارة المخدرات ، واطمأنت إلى جديتها - " ^٣ .

ومن القرائن الضعيفة التي لا يمكن اعتبارها دليلاً بحال ، وإن تكاثرت ، قرينة استعراف الكلب البوليسي ، فهي أمانة يحيط بها الشك من كل جانب ، ويمكن الاستفادة من هذه الأمانة في التحقيق الأولي ، ولا ينبغي أن تعطى لها قيمة استدلالية ، فالكلب يظل كلباً ، وإن اختلفت مسمياته ورتبه ، وتكاثر الاحتمالات في استعرافه المبني على حاسة الشم ؛ إذ قد تتطابق الروائح أو يحسبها الكلب متطابقة. ومن الطرائف أنه في إحدى الدعاوى الجنائية الخطيرة (في السودان) أسند الكلب بعض الأدلة المادية إلى المتهم ، ومن بعد تبين أنه كان فاقداً حاسة الشم بنسبة قدرها خمس وسبعون في المائة (شاهد زور) - .

أما في مصر ، فإنه رغم المخاطر التي تنطوي عنها قرينة استعراف الكلب البوليسي ، فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية تلك القرينة دليلاً تكميلياً ؛ إذ قضت

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ١٩٠/استئناف حدود/١٤١٧/٥٦ الصادر في ١٤/٩/١٤١٧ هـ الموافق ١٩٩٧/١/٢٣ م.

² - نقض في أول فبراير ١٩٧٦ م مجموعة أحكام النقض السنة ١٩٢٧ م القاعدة ٢٩ ص ١٤٦ .

³ - نقض في ٣٠/١٠/١٩٦١ م مجموعة أحكام النقض - الطعن رقم ٦٥٦ لسنة ٣١ ق.

بأن : " من المقرر أن استعراف الكلب البوليسي لا يعدو أن يكون قرينة يصح الاستناد إليها في تعزيز الأدلة القائمة في الدعوى ، دون أن يؤخذ كدليل أساسي على ثبوت التهمة على المتهم " ¹ .

ولسنا هنا في معرض تعداد أنواع القرائن القضائية الضعيفة ، وإنما سقنا ما ذكر للتمثيل ، والقياس عليها ، ويتقرر ضعف القرينة ، أو قوتها ، وقيمتها في الاستدلال ، بمقدار توفر الضوابط التي بينها في المبحث الثالث - .

المبحث الخامس

أثر القرائن القضائية في إثبات جرائم الحدود

نخصُّ أثر القرائن القضائية في إثبات جرائم الحدود بالدراسة ، لسببين :-
أولهما : خصوصية الإثبات في جرائم الحدود ؛ إذ تضيق دائرة أعمال القرائن القضائية فيها ، عما سواها من الأفضية ، بحيث يجوز أعمال القرائن القضائية ، لإثبات بعضها ، دون بعضها الآخر .
وثانيهما : اختصاص القرائن القضائية المثبتة للحدود بضوابط وشرائط خاصة ، بجانب الضوابط العامة التي يلزم مراعاتها في استخلاص القرينة القضائية .
وفيما يلي تفصيل موضوع هذا المبحث :

المطلب الأول

أثر القرائن القضائية في إثبات جريمة شرب الخمر

ذهب الفقهاء في أثر قرينة الرائحة – أو القيء - في إثبات جريمة شرب الخمر ، إلى ثلاثة آراء على النحو التالي :-

الرأي الأول : إيجاب الحدِّ بقرينة الرائحة :

ذهب فقهاء المالكية وبعض الحنابلة – منهم ابن تيمية وقول للإمام أحمد – والجعفرية والزيدية ، إلى إيجاب الحد على من وجدت منه رائحة الخمر ، أو على من قاءها ، وثبت ذلك في حقه بالبينة . قال ابن فرحون المالكي : " ويجب الحدِّ

¹ - نقض في ١٤/١١/١٩٧٧م مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ القاعدة رقم ١٩٦م ص ٩٥٢ .

على من وجدت منه رائحة الخمر أو قاءها ، وحكم به عمر رضي الله تعالى عنه ، وفي حديث ماعز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أشربت خمرأ ؟) فقام رجل فاستنكهه ، فلم يجد منه ريح خمر. قال اللخمي : فيه دليل أن الرائحة يقضى بها ... قال اللخمي رحمه الله : ذهب مالك رضي الله تعالى عنه ، وجماعة من أصحابه إلى أن الحدّ يجب على من وجد منه ريح المسكر ، والدليل على ذلك ، ما روى عن السائب بن يزيد ، أنه حضر عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، وهو يجلد رجلاً ، وجد منه ريح شراب ، فجلد الحدّ تاماً . والدليل من جهة المعنى ، أن هذا معنى يعلم به صفة ما شرب المكلف وجنسه ، فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحدّ ، وأصل ذلك الرؤية لما شربه ، بل الرائحة أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية - لأن الرؤية لا يعلم بها الشراب ، أمسكر هو أم لا ، وإنما يعلم ذلك برائحته " ١ .

وهذا النص قاطع في إيجاب حدّ الشرب بقريئة الرائحة ، بل إنه يقدم قريئة الرائحة على الشهادة بالمعاينة .

ويشترط هؤلاء الفقهاء ، لإيجاب الحد بقريئة الرائحة شروطاً تتمثل في ما يلي :-

١- الشرط الأول : التبين من الرائحة بيقين :

يجب أن يكون الشاهد الذي يشهد برائحة الخمر موقناً من كنه الرائحة وأنها لخمير ؛ وقال بعض فقهاء المالكية بوجوب أن يكون الشاهد ممن خبر شرب الخمر في وقت ما ، وقال القاضي أبو الوليد : " وهذا - أي كونه ممن خبر شربها - عندي فيه نظر ؛ لأن من هذه صفته معدوم العدالة " ، وإنما يحتاج إلى من يعرفها ، أي الرائحة - ٢ . ويشترط أن يتفق الشاهدان على أن الرائحة لمسكر ، فإن اختلفا ، فقال أحدهما بأنها لمسكر ، وقال آخر بأنها لغيره ، لم يجب الحد ٣ - .

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٨٦ وراجع قول الإمام أحمد وابن تيمية في الإنصاف للمرداوي ج ١٠ ص ٢٣٣ وللإمامية شرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج ٤ ص ١٧٠ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ٢٦ ، وللزيدية التاج المذهب لأحكام المذهب ج ٤ ص ٢٣٥ - .

² - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٨٧ والعقد المنظم للحكام لابن سلمون بهامش التبصرة ج ٢ ص ٢٦٧ ، وراجع التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٢٣٥ .

³ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٨٧ .

٢- الشرط الثاني : أن تبلغ الشهادة بالرائحة النصاب:

ويشترط بلوغ الشهادة للنصاب ، إذا شهد الشهود بالرائحة ، من تلقاء أنفسهم ، بعد تحملها بالوجه الشرعي ، فإن طلب القاضي استنكاه المتهم ، جازت شهادة الواحد لإيجاب الحد^١ .

وغني عن البيان أن القاضي لا يأمر بالاستنكاه إلا خبيراً ، عارفاً برائحة الخمر ، وهذا هو ما أخذ به قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤ م ، في مادته رقم ٦٤ ونصها : " بالرغم من أحكام المادة ٦٣ تكفي الرائحة لإثبات جريمة شرب الخمر ؛ إذا ثبت للمحكمة بشهادة عدلين أو بتقرير خبير مختص أنها رائحة خمر " .

٣- الشرط الثالث : مخالطة المسكر للجهاز العصبي:

ذكر فقهاء المالكية والزيدية في مصنفاتهم ، وجوب أن تكون الرائحة من الفم قاطعة في إفادة تجاوز المسكر من الفم إلى الجوف ، وإلا درى الحد^٢ .

ولا ينبغي أن ينظر بجمود ، إلى مسألة إعمال شرط تجاوز المسكر من الفم إلى الجوف ؛ لأن المسكرات في عصر سلفنا كانت قاصرة على المشروبات ، أما في العصر الحاضر فقد تكاثرت وتنوعت المسكرات والمخدرات والمؤثرات العقلية المحظورة ، فمنها المنتج ومنها المحضّر ومنها المستخرج ، وقد تنفذ إلى الجهاز العصبي بمختلف الصور، بالشرب أو الشم أو الحقن أو الذوق أو غير ذلك ، وكلها في حكم المسكر الذي ينفذ إلى الجوف ، أو يتجاوز الحلق ، وكثير منها أبلغ ضرراً في مخامرة العقل وإتلافه ، من عصير العنب ، فلزم النظر في الأمر من منظوره الشرعي : " كُلُّ مسكرٍ خمرٌ ، وكلُّ خمرٍ حرامٌ " ^٣ . وعن عمر رضي الله عنه : " الخمر ما خامر العقل " ^٤ ، ولا فرق في ذلك بالنظر إلى المنفذ الذي سرى منه إلى البدن - ، ولا بالنظر إلى نوعه ، ولهذا قال ابن قدامه في كيفية أداء الشاهدين شهادتهما بالشرب الموجب للحد : " يشهدان أنه مسكر ، ولا يحتاجان إلى بيان

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ٨٧/٢ والعقد المنظم للحكام لابن سلمون بهامش التبصرة ج ٢ ص ٢٦٧ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٧ ، وراجع شرائع الإسلام للمحقق المحلي ج ٤ ص ١٧٠ والتاج المذهب ٢٣٥/٤ .

^٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٨٨ والتاج المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٢٣٥ .
^٣ - رواه مسلم في صحيحه في كتب الأشربة باب ان كل مسكر خمر ، وأبو داؤد في سننه في كتاب الأشربة باب النهي عن المسكر والإمام أحمد في المسند ١٦/٢ ، ٢٩ ، ٣١ .

^٤ - أخرجه البخاري في كتاب التفسير باب (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام...) ، وفي كتاب الأشربة في باب الخمر من العنب ورواه مسلم في صحيحه في كتاب التفسير باب نزول تحريم الخمر.

نوعه ، لأنه لا ينقسم إلى ما يوجب الحدَّ ، وإلى ما لا يوجبهُ ، بخلاف الزنا ، فإنه يطلق على الصريح وعلى دواعيه ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : " العينان تزنيان واليدان تزنيان والفرجُ يصدِّقُ ذلك أو يكذبهُ " -^١ فهذا احتاج الشاهدان إلى تفسيره ، وفي مسألتنا : لا يسمى غير المسكر مسكراً ، فلم يفتقر إلى ذكر نوعه " -^٢ .

الرأي الثاني : إيجاب التعزير بقريئة الرائحة :

ذهب الحنابلة في الأصح وبعض متأخري الحنفية - منهم ابن عابدين - إلى إيجاب التعزير على من وجدت منه رائحة الخمر.

قال البهوتي : " .. (ويعزر من وجدت منه رائحتها) أي الخمر ، ولا يحدُّ ؛ لاحتمال أنه تمضمض بها ، أو ظنَّها ماءً ، فلما صارت فيه مجَّها ونحوه " -^٣.

وهناك رواية أخرى في المذاهب رجحها بعض فقهاء الحنابلة ، تقضي بإيجاب الحدِّ بقريئة الرائحة ، جاء في الإنصاف للمرداوي : " وهل يحدُّ بوجود الرائحة ؟ على روايتين . إحداهما : لا يحدُّ وهو المذهب . صححه المصنف ، والشارح .. وغيرهم والرواية الثانية : يحدُّ إذا لم يدع شبهةً . قال ابن أبي موسى في الإرشاد : هذه أظهر عن الإمام أحمد رحمه الله ، واختارها ابن عبدوس في تذكرته ، والشيخ تقي الدين رحمه الله . وعنه : يحدُّ وإن ادعى شبهة . ذكرها في الفروع ونقل الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله : يؤدب برائحةٍ " -^٤ .

الرأي الثالث : الرائحة قريئة تكميلية لإيجاب الحد في المذهب الحنفي :

رغم اتفاق الحنفية والشافعية على عدم الاعتداد بقريئة الرائحة ، لإثبات جريمة شرب الخمر ، إلا أن جمهور الحنفية يتميزون باعتدادهم بالرائحة ، باعتبارها قريئة مكملة للإقرار بالشرب ، أو للشهادة بها ، فإن توفرت قريئة

^١ - أخرجه البخاري في كتاب الاستئذان باب زنا الجوارح ومسلم في صحيحه في كتاب القدر باب (حرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون) وأبو داود في سننه في كتاب النكاح باب فيما يؤمر به من غض البصر والإمام أحمد في مسنده ٣٤٤/٣٤٣/٣٢٩/٣١٧/٢٧٦/٢ .

^٢ - المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٥٠٣ .

^٣ - شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ٣٥٨ وراجع المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٥٠١ والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ج ١٠ ص ٣٣٥-٣٣٦ وراجع لمؤخري الحنفية حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٤٠ .

^٤ - الإنصاف للمرداوي ج ١٠ ص ٢٣٣ .

الرائحة مع أيّ منهما – الإقرار أو الشهادة – فقد وجب الحدّ . جاء في الهداية :
" ومن شرب الخمر ، فأخذ وريحها موجودة ، أو جاءوا به ، فشهد الشهود عليه
بذلك ، فعليه الحدّ ، وكذا إذا أقر وريحها موجودة) (إن أقر بعد ذهاب
رائحتها ، لم يحدّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد رحمه الله : يحدّ) ،
وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها والسكر ، لم يحدّ عند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يحدّ " - ¹ ، فتشترط الرائحة لصحة
الإقرار أو الشهادة بما يوجب الحد عندهما .-

وينبغي التنبيه إلى أن دلالة الشهادة ، لا تقتصر إلى التأييد بقريضة الرائحة ، إذا
كان المتهم في حال سكر ؛ إذ يحدّ بالشهادة ، دونما نظر إلى الرائحة ، وكذلك إذا
زالت الرائحة لعذر. قال الكاساني : " ... إنما تعتبر الرائحة ، إذا لم يكن سكران ،
فأما إذا كان سكران فلا ؛ لأن السكر أدلّ على الشرب من الرائحة ، وكذلك لو جئ
به من مكان بعيد ، لا تبقى الرائحة بالمجئ من مثله عادةً ، ويحدّ وإن لم توجد
الرائحة للحال ؛ لأن هذا موضع الضرر ، فلا يعتبر قيام الرائحة فيه " ² .-

والخلاصة أن قريضة الرائحة تعتبر قريضة تكميلية مؤيدة لدلالة الإقرار أو
الشهادة ، أو قل هي شرط لصحتها ؛ إذ لا يقضى بإيجاب حدّ الشرب إلا عند قيام
البينة – بالإقرار أو الشهادة – حال بقاء الرائحة – عند الشيخين - ، فإن زالت
الرائحة لعذر ، أو كان المتهم سكران ، لم تقتصر دلالة البينة إلى التأييد بقريضة
الرائحة.

وقول الشيخين باشتراط الرائحة حال إقامة البينة أمام القضاء ، إنما هو
لإيجاب الحدّ ، لا التعزير ؛ إذ يجب التعزير بالإقرار أو الشهادة ، من غير توقف
على قريضة الرائحة .

ولم يحظ اشتراط بقاء الرائحة ؛ حال الإقرار أو الشهادة لإيجاب الحدّ ،
بعناية التشريعات المعاصرة ، والتطبيقات القضائية ؛ إذ جاءت المادتان ٦٣ و ٦٤

¹ - الهداية للمرغيناني ج ٢ ص ١١١ وراجع البناية في شرح الهداية للعيني ج ٥ ص ٤٦٢ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ج ٣ ص ٣٢١
والمبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ٣١ وراجع رأي الشافعية في روضة الطالبين للنووي ج ١٠ ص ١٧٠ .
² - بدائع الصنائع – للكاساني – ج ٩ ص ٤١٩١ .

من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م خلواً منه ، كما أن محكمة الاستئناف الشرعية – بدولة قطر ، قد عرضت عن أعمال هذا الشرط قائلةً :- " لقد حاول وكيل المستأنف – دون جدوى – إثارة بعض الشك في حجية هذا الإقرار القضائي، بدعوى الإدلاء به بعد التقادم ، أي أن المتهم أدلى بإقراره بعد زوال رائحة الخمر، مستنداً برأي الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف ، الذي يقضي بعدم إيقاع الحدّ ، إذا كانت وسيلة إثباته هي الإقرار بعد التقادم بزوال الرائحة ، ورغم أن الهيئة الاستئنافية الشرعية تتفق مع وكيل المستأنف في صحة رواية هذا القدر من الرأي الفقهي ، إلا أنها قد لاحظت أن وكيل المستأنف قد تجاهل عمداً بقية رأي المذهب الحنفي ، أي قول محمد بن الحسن ، بعدم سقوط حجية الإقرار بشرب الخمر بسبب التقادم ، وإقامة حد الشرب على المقر وإن جاء مقراً بالشرب بعد أربعين عاماً ، وهذا هو الراجح في المذهب الذي صححه خاتمة المحققين ابن عابدين^١ وقد ساق فقيه الحنفية (قاضي زادة) عدم بطلان الإقرار بسبب التقادم اتفاقاً في ذات كتابه (نتائج الأفكار) وفي ذات الموضوع السابق ، فضلاً عن أن جمهور الفقهاء لا يعتد بالتقادم بزوال الرائحة ، كسبب مبطل للإقرار بشرب الخمر ، أو كشرط لصحة الإقرار – أو الشهادة { ومن ثم لا يصح وصف وكيل المستأنف لشرط عدم تقادم الإقرار بزوال الرائحة بأنه (من المبادئ المتعارف عليها) جاء في المغني : (... ولا يعتبر مع الإقرار وجود رائحة . وحكى عن أبي حنيفة : لا حدّ عليه إلا أن توجد رائحة ، ولا يصح؛ لأنه أحد بينتي الشرب فلم يعتبر معه وجود الرائحة، كالشهادة ؛ ولأنه قد يقر بعد زوال الرائحة عنه ، ولأنه إقرار بحدّ ، فاكتفى به كسائر الحدود^٢ ، وعليه فإن ما ساقه وكيل المستأنف لإثارة بعض الشك في حجية الإقرار القضائي الذي بين أيدينا ، يكون عديم الجدوى ، الأمر الذي يقتضي تقرير ثبوت جريمة شرب الخمر بدليل قاطع الحجية ومن ثم صحة الإدانة بجريمة الشرب الموجبة للحدّ الشرعي^٣ ."

^١ - راجع رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج ٦ ص ٧٤ ، ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لقاضي زاده - مع فتح القدير = ج ٥ ص ٧٩.

^٢ - المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٥٠١ .

^٣ - الحكم الاستئنافي رقم ٢٠٨ / استئناف حدود/ ١٩٦ / ١٤١٧ هـ الصادر في ١٧/١٠/١٤١٧ هـ الموافق ٢٥/٢/١٩٩٧ م.

أثر قرينة ظاهر الحال في إثبات شرب الخمر:

نقصد بقرينة ظاهر الحال ، ما يستخلص من حالة المتهم غير الطبيعية، بترنح أو تخليط كلام . وكثيراً ما تكون هذه القرينة مدخلاً للتحقيقات الابتدائية في جرائم التعاطي ، وقد اعتبرها ابن فرحون المالكي (قرينة تكميلية) مؤيدة للبيئة بالرائحة ، عند اختلاف الشهود حول حقيقة الرائحة . جاء في تبصرة الحكام : " وإذا وجد من رجل رائحة وأشكل أن تكون رائحة مسكر أو غير مسكر ، نظر الإمام في حال الرجل ، فإن كان لا باس بحاله ، خلى عنه ، فقد يجوز للصالح شرب حلو النبيذ الذي لا يسكر، وربما وجدت له رائحة ، وإن كان من أهل الاسفاه والظنون ، فليطلب اختبار صحته بأن يستقرئه ما لا يخطئ مثله أن يكون قارئاً ، مما يصلى به من قصار المفصل ، وما أشبه ذلك . فإذا اعتدلت قراءته خلى عنه ، وإن لم يقرأ ما يعلم أنه يقرؤه ، ولتأت قراءته ، تبين أنه شرب مسكراً ، وصارت حاله في ذلك شاهدةً عليه ، فعليه الحد - " ¹ .

ونص ابن فرحون صريح في اعتبار ظاهر الحال ، قرينة تكميلية للبيئة بالرائحة - عند الاختلاف - ، غير أننا لا نرى ملاءمة إيجاب الحدّ بدليل غير جازم ، افتقر إلى التأييد بقرينة ظاهر الحال - أي بقرينة تكميلية - فالحدود تدرأ بالشبهات ، وهنا فإن اختلاف الشهود ، شبهة دائرة للحدّ . ولا حرج في إيجاب التعزير بدلالة تلك البيئة التي تأيدت بقرينة ظاهر الحال - .

ونذكر النفس بأنه لا يعتد بقرينة ظاهر الحال باعتبارها دليلاً أساسياً صالحاً للإدانة بموجبها . وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر ، بمنهج ابن فرحون المالكي القاضي باعتبار قرينة ظاهر الحال دليلاً تكميلياً ، مؤيداً للشهادة بالرائحة ، عند الاختلاف في الرائحة ، لمسكر أو لغيره ، فإن جاءت قرينة ظاهر الحال بمعزل عن شهادة بالرائحة ، فلا يعتد بها مطلقاً ، وفي إحدى الدعاوى شهد الشاهد الأول ... بأن المتهم كان في حالة غير طبيعية وأنه لا يستطيع الجزم بشئ لأنه لا يدري إن كان المتهم المذكور سكران أو متعاطياً مخدرات أو مجنوناً ،

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٤٧ .

وشهد الشاهد الثاني ... بأن المتهم كان في حالة غير طبيعية ، وأنه لم يشتم منه رائحة خمر ، وشهد الشاهد الثالث ... بأنه قد اشتم رائحة غير عادية من المتهم وأنه غير متأكد إن كانت تلك الرائحة لخمير أم لا ... وإزاء هذه الشهادات التي لم ترد واحدة منها جازمة بمعاينة الشرب ، أو بعلم رائحة الخمر وصدورها من المتهم، فإن الهيئة الاستئنافية الشرعية لم تجد حرجاً في طرح قرينة ظاهر الحال لمجيئها بمعزل عن قرينة الرائحة -¹ .

وفي دعوى أخرى ، كانت ذات المحكمة صريحة في اعتبار قرينة ظاهر الحال دليلاً تكميلياً ، إذ قالت : " فإن دلالة شهادة الشاهد الأول { برائحة الخمر } المعضدة بدلالة قرينة ظاهر الحال ، { الثابتة بالشهادة المكتملة النصاب } المفيدة بأن المتهم كان في حالة غير طبيعية ، تقتضي إيقاع عقوبة تعزيره على المتهم المستأنف ، وليس صحيحاً ما أثاره محامي المستأنف من افتقار الإدانة إلى الدليل الفني وتوقفها عليه ؛ إذ أن الشهادة بالرائحة ، المؤيدة بدلالة الشهادة بحال المتهم وقت النازلة فيهما غناء عن الدليل الفني - " ² .

أثر قرينة نتائج التحليل المختبري في إثبات جرائم المسكرات والمخدرات:

من الحقائق العلمية الثابتة أن العناصر الطبيعية المكونة لدم الإنسان أو بوله، لا تدخل فيها الكحول أو المخدرات ، فإن تعاطى إنسان شيئاً من المسكر أو المخدر أو المؤثر العقلي المحظور ، أمكن تبين ذلك بدقة بالغة ، بالوسائل الحديثة للتحليل المختبري ، لعينة الدم أو البول ، أو غيرهما من إفرازات البدن ، ومن ثم فقد تكون نتيجة التحليل المختبري قرينة مثبتة لتعاطي المسكر أو المخدر.

إن قرينة نتائج التحليل المختبري المثبتة للتعاطي ، تعدّ أقوى من القرينة التي تستخلص من شهادة الشهود بالرائحة ، لشدة اتصالها بمحل الاتهام ، ولعدم تطرق الاحتمال المعتبر إليها ، إلا فيما يتعلق بالإسناد، فإن انتفى الاحتمال من إسناد العينة للمتهم، كانت القرينة دليلاً كافياً للإدانة وإيجاب التعزير.

¹ - راجع الحكم الاستئنافي رقم ٢٧٦/استئناف حدود/١٤١٨/٢٣٦ هـ الصادر في ١٢/٩/١٤١٨ هـ الموافق ١٠/١٠/١٩٩٨م- بتصرف-
² - الحكم الاستئنافي رقم ١٤٥/استئناف حدود/١٩/١٤١٨ هـ الصادر في ٦/٦/١٤١٨ هـ الموافق ٨/١٠/١٩٩٧م.

وقد استقر العمل القضائي بالمحاكم الشرعية بدولة قطر على الاعتراف بقرينة نتائج التحليل المختبري ، وتواترت الأحكام القضائية المؤسسة على هذه القرينة ، ونسوق للمثال ما قضت به محكمة الاستئناف الشرعية ، إذ قالت : " إن الإدانة بجريمة تعاطي مواد مخدرة - حشيش- قد جاءت صحيحة، مؤسسة على قرينة نتيجة التحليل المختبري ، التي وردت إيجابية بأنها - أي عينة البول - تحتوي على آثار تعاطي مادة الحشيش المخدرة والمحظورة قانوناً ، وذلك وفقاً لكتاب مدير قسم المختبر الجنائي رقم م ج س/٦٨٣/١٢٨٦/١٩٩٧م وتاريخ ٢٢/٥/١٩٩٧م ، وتعتبر قرينة نتيجة التحليل المختبري ، من القرائن الدالة على ثبوت تعاطي المخدر؛ إذ لا يدخل المخدر في العناصر الطبيعية المكونة للبول، ومن ثم فإن ثبوت احتواء بول المتهم على أثر المخدر يعني أن ذلك المتهم قد تعاطى المخدر، فتمثل الجسم بعضه وأفرز بعضه الآخر عن طريق الكلية مع البول - راجع كتاب فقه الأشرية وحدّها - حكم الإسلام في المسكرات والمخدرات - للأستاذ عبد الوهاب عبد السلام طويلة ، صفحات ٣٠٣/٣٠٤ - فأمكن والحال هذا استخلاص ثبوت تعاطي المتهم للمخدر من الواقعة الثابتة المتمثلة في احتواء عينة بوله لأثر المخدر، ولم يثبت المتهم عكس هذه القرينة ، ولا قيمة لما يردده أغلب المتهمين من التدنثر وراء الدفع بتناولهم أدوية مهدئة مثل (الاكتوفيت) وخلافه، إذ ثبت أن الأثر الذي يخلفه الدواء من المخدر في الجسم لا يكاد يذكر ، بل لا يذكره أصلاً خبراء التحليل المختبري في إفاداتهم -^١.

قرينة رفض إعطاء العينة للتحليل المختبري:

إن واقعة رفض المتهم إعطاء عينة الدم أو البول ، أو غيرهما من إفرازات جسده ، للتحليل المختبري ، في دعاوى المسكرات والمخدرات ، يعتبر تصرفاً منقطع الأصرة بين الثابت والمطلوب - أي بين الواقعة مصدر الاستنباط والواقعة محل الإثبات - وتتكاثر فيها احتمالات أسباب الرفض ، الأمر يجعل مجرد الرفض، واقعة غير صالحة لاستخلاص قرينة مثبتة للاتهام منها -.

^١ - الحكم الاستئنافي رقم ٢٥٧/استئناف حدود/١٦٢/١٤١٨هـ الصادر في ٢٢/٨/١٤١٨هـ الموافق ٢٢/١٢/١٩٩٧م.

وقد استقر عمل محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر على عدم الاعتداد بالقرينة القضائية المستخلصة من واقعة رفض إعطاء العينة ، وعدم اعتبارها دليلاً مثبتاً للتعاطي ؛ إذ قضت بأن : " القول باتصال واقعة رفض إعطاء عينة البول أو الدم للتحليل المختبري ، بالواقعة محل المحاكمة ، ألا وهي تعاطي مادة مخدرة ، يكون جدّ عسير – وإذا علمنا بأن المتهم قد عزی عدم إعطاء عينة البول إلى التعب، وكانت هنالك ملابس يغلب معها صدقه ... فلا مجال والحال هذا للقول بأن المتهم لم يبرر رفضه إعطاء عينة البول بسبب مقبول ، كما أنه لا مجال لطرح دفوع المتهم دون بيان للوجه الذي أوجب طرحها .. " -¹ .

كما قضت ذات المحكمة قائلة بأن : " واقعة رفض المتهم المذكور إعطاء عينة من دمه للتحليل المختبري لا تدخل في معنى (القرينة) ؛ لأن القرينة القضائية هي استنباط أمر غير ثابت ، من أمر ثابت ، بناءً على الغالب من الأحوال ، وتتكون من عنصرين ، أولهما مادي والآخر معنوي ... بناءً عليه فإن واقعة رفض المتهم المذكور ، لإعطاء عينة الدم للتحليل المختبري ، لا يمكن اعتبارها من وقائع الدعوى محل النزاع ولا متصلاً بواقعة من أفعال الشرب ، ومن ثم فلا تعلق بين تلك الواقعة والواقعة محل المحاكمة ، علماً بأن المتهم المذكور قد قدّم تبريراً مقبولاً لرفضه ، لم يتم التحقيق والتحقق منه من قبل المحكمة الابتدائية .. " -² .

ولا يخفى أنه يمكن القول بأن واقعة رفض إعطاء العينة ، تعتبر صالحة لاستخلاص قرينة مثبتة لإخفاء المتهم أمراً ربما يكون دليلاً في الدعوى ، من الممكن الاستفادة منه ضده ، إذا توفرت فيه شرائط قبول الدليل ، وعجز عن تبرير رفضه ، غير أنه يلزم على من يتبع هذا المسلك الوعر في الإثبات ، أن يبيّن بجلاء ثبوت ترابط حلقات القرينة ، واستخلاصه السائق المؤدي إلى إدانة المتهم ، دون احتمال اتفاق استخلاصه مع براءة ذلك المتهم ، كما أن على من يتبع هذا المسلك في الإثبات ، أن يجيب عن حكم أخذ عينة من دم المتهم أو بوله بغير رضائه ، وحكم الدليل المأخوذ بالإكراه ، وبإجبار المتهم لتقديم دليل ضد نفسه ؛ فإن لم يكن

¹ - الحكم الاستئنافي رقم ١٥٥/استئناف تعازير / ١٤١٧/٢٥٤ هـ الصادر في ١٢/٦/١٤١٨ هـ الموافق ١٤/١٠/١٩٩٧ م.
² - الحكم الاستئنافي رقم ٢٩١/استئناف حدود/١٦٥ ، ١٤١٨ هـ الصادر في ٢١/٩/١٤١٨ هـ الموافق ١٩/١١/١٩٩٨ م.

ذلك مشروعاً - وهو غير مشروع فعلاً- فيلزم بيان الوجه الذي يسوغ ترتيب مسؤولية جنائية على تصرف جائز ، هو رفض المتهم إعطاء العينة للتحليل المختبري- .

المطلب الثاني

أثر القرائن القضائية في إثبات جريمة السرقة الحدية

ذهب ابن قيم الجوزية إلى الاعتداد بقرينة وجود المال المسروق مع المتهم، لإثبات جريمة السرقة وإسنادها وإيجاب الحدّ . جاء في الطرق الحكيمة : " ولم تزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع ، إذا وجد المال المسروق مع المتهم . وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار ، فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب ، ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه شبهة " -¹ .

ورغم تسليمنا بأن قرينة وجود المال المسروق مع المتهم ، تعتبر من القرائن القوية ، إلا أن إيجاب حدّ القطع بموجبها ينطوي عن مخاطر جمة ؛ إذ لا يخفى تطرق الاحتمالات القوية إلى هذه القرينة ، فقد تكون السرقة من غير حرز ، أو يكون السارق أخرج النصاب في سرقتين مختلفتين ، في وقتين متباعدين ، وكان ما أخرجه في كل مرة دون النصاب ، أو يخرج النصاب سارقان - بغير اتفاق أو اشتراك - وما يخرج كل منهما دون النصاب ، ثم يجتمع المسروق كله عند أحدهما حال القبض عليه ، إلى غير ذلك من الاحتمالات . والأجدر أن يقال بأن قرينة وجود المال المسروق مع المتهم ، موجبة للتحقيق والتحقق ، وتطلب حقيقة الواقع ، كشفاً لعناصر الجريمة الحدية وإسنادها ، وإلا فهي توجب التعزير .

وقد اختار قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م عدم اعتبار قرينة وجود المال المسروق مع المتهم ، دليلاً مثبتاً لجريمة السرقة الحدية ؛ إذ جاءت المادة ٦٣ منه خلواً من هذه القرينة.

¹ - الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٧ .

واستقرت التطبيقات القضائية على إيجاب التعزير - لا الحد - بناءً على قرينة وجود المال المسروق مع المتهم ؛ إذ قضت المحكمة العليا السودانية بأن : " قرينة وجود المال بيد المتهم لا تصلح مستقلة كدليل للإثبات في جرائم الحدود ، لما فيها من شبهة تجعلها غير صالحة لإقامة الحدّ ، وذلك للمبدأ القضائي الثابت من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " ادروا الحدود بالشبهات) فحيثما وجدت شبهة ، سقط الحدّ ، ولقول علي رضي الله عنه : " إذا كان في الحد لعل وعسى عطل " ¹ .

وعلى نحو ما ذكرنا آنفاً ، فإن المتهم في الدعوى الجنائية الأنفة الذكر ، قد دفع بأنه وجد المال المسروق - تسعة أبقار - وهي سائبة وضمها إليه وتصرف فيها ، وذلك دفع يهدم عنصراً أساسياً من عناصر السرقة الحدية ، ألا وهو إخراج المال من الحرز. وعلى الاتهام دائماً إثبات هذا العنصر - وبقيّة عناصر السرقة الحدية - بالبينة الشرعية ، بالإقرار القضائي الصريح أو الشهادة المكتملة النصاب، وهكذا يبدو جلياً عدم كفاية قرينة وجود المال المسروق بيد المتهم باعتباره دليلاً مثبتاً لما يوجب الحدّ.

المطلب الثالث

أثر القرائن القضائية في إثبات جريمة الزنا

اختلف الفقهاء في الاعتداد بقرينة الحمل لإثبات جريمة الزنا الموجبة للحد ، فذهب المالكية وبعض الحنابلة إلى جواز ذلك ، وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح ، لا يلزم حدّ الزنا بقرينة الحمل-.

وفيما يلي تفصيل رأي كل طائفة على حدة :

رأي الطائفة الأولى: وجوب حدّ الزنا بقرينة الحمل:

¹ - " ١٩٨٤م " مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٠٥ م /ع / ف ج / ٨٢ / ١٩٨٤م مكرر م /ع / حدي / ٣١ / ١٩٨٤م. ح س / ضد / العوض مركز معالي.

ذهب المالكية والحنابلة في رواية اختارها ابن تيمية وابن قيم الجوزية
وبعض الإمامية إلى القول بوجوب حدّ الزنا بقرينة الحمل -^١ .
ويستدل القائلون بإيجاب حدّ الزنا بقرينة الحمل بما يلي :-

١- ما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله
عنه أنه قال : " كان فيما أنزل الله آية الرجم ، فقرأناها وعقلناها ووعيناها ، ورجم
رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى إن طال بالناس زمان ، أن
يقول قائل : والله ما نجد الرجم في كتاب الله تعالى ، فيضل بترك فريضة أنزلها الله
تعالى ، والرجم في كتاب الله حق على من زنا ، إذا أحسن من الرجال والنساء ،
إذا قامت البينة ، أو كان الحبل أو الاعتراف -^٢ .

والنص صريح في وجوب الرجم في زنا المحصن ، وفي إيجاب حدّ الزنا -
برجم الزاني المحصن - بدلالة قرينة الحمل .

٢- ما روي من أن سيدنا عثمان رضي الله عنه ، أتى بامرأة ولدت لسته
اشهر ، فأمر بها عثمان أن ترحم ، فقال سيدنا علي رضي الله عنهما : (ليس لك
عليها سبيل . قال الله تعالى : " يِطْ نذ " ، وقال تعالى : " چ چ چ " -^٣ .

ووجه الدلالة يتمثل في أن الحمل والفصال ، مدتھما ثلاثون شهراً ، بينما مدة
الفصال أربعة وعشرون شهراً ، ذلك يعني أن اقل مدة الحمل ستة أشهر ، فتكون
تلك المرأة قد ولدت في مدة الحمل الشرعية ، وترجح أن تكون ولادتها نتاج
فراش، فلا حدّ عليها . أما إن استحالت نسبة تلك الولادة إلى الفراش الصحيح
فتوجب قرينة الحمل حدّ الزنا - قال ابن قدامة معلقاً على هذا الأثر : " وهذا يدلّ
أنه كان يرحمها بحملها " -^٤ ، أي إن كانت الولادة دون أقل مدة الحمل .

^١ - راجع الخرشي على مختصر خليل ٨١/٨ وتبصرة الحكام لابن فرحون ٨٨/٢ والقوانين الفقهية لابن جزی ص ٢٣٤ والسياسة
الشرعية لابن تيمية ص ٨٩ والطرق الحكمية لابن القيم ص ٦٠ وشرائع الإسلام للمحقق الحلّي ٢٠٢/٢ .

^٢ - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود باب رجم الحبلی من الزنا ومسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب رجم الثيب في
الزنا ورواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب في الرجم، والترمذي في سننه في كتاب الحدود باب ما جاء في تحقيق الرجم وابن
ماجه في سننه كتاب الحدود باب الرجم والدارمي في سننه في كتاب الحدود باب في حدّ المحصنين بالزنا والإمام أحمد بن حنبل في
مسنده ٥٥/٤٠/١ .

^٣ - راجع المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ٣٧٧ .

^٤ - المرجع السابق - نفس الموضوع .

ويشترط فقهاء هذه الطائفة ، لإيجاب حدّ الزنا بقريضة الحمل أربعة شروط ، يلزم توافرها مجتمعة هي :-

الشرط الأول : أن تكون المرأة الحبلى غير ذات زوج :

فإن كانت زوجة - حقيقة أو حكماً - ولو بزواج فاسد ، فإن شبهة العقد دائرة للحد - ، فإن قام زوجها بنفي الحمل ، ولم تكن له بينة ، فقد وجب اللعان ، لقوله تعالى : " ه ء ء ء ء ء ك ء ء ء ء ء ء ء ء ء ء ء ء ء ء ء ء " ، ولا لعان على المحبوب ، وفي الخصى قولان : فإن قال أهل المعرفة بأنه يولد لمثله فيلاعن ، وإلا فلا ^٢ .

الشرط الثاني : أن تكون المرأة مقيمة غير غريبة :

وهذا شرط يقتضيه ضرورة التيقن من مصدر الحمل ، فإن كانت الحبلى غير مقيمة ، أو كانت غريبة ، تعذر الجزم بسبب حملها ، فلا تحد ^٣ .

الشرط الثالث : أن يثبت الحمل يقيناً :

وقد اتخذ الفقهاء أمارات للتثبت بها عن الحمل ، تمثلت في ظهور الحمل بالمشاهدة ، وحركة الجنين في البطن عند شهره الرابع فصاعداً ^٤ ، وقد ظهرت في عصرنا وسائل حديثة أكد في إفادة حدوث الحمل من تلك الأمارات ؛ إذ أصبح التيقن من الحمل ودقائقه ممكناً بأجهزة الموجات الصوتية وغيرها من المناظير والأجهزة الكاشفة ، وعلى القضاة الاستعانة بالخبرة الطبية للتحقق من الحمل وعدمه.

الشرط الرابع : خلو الحمل من الشبهة :

وشبهات الحمل عديدة ، يدخل فيها التلقيح الصناعي ، وزراعة البويضة الملقحة ، وقيام الدليل على الاستكراه ، أو الغصب ، وطوع الحامل - غير ذات

¹ - سورة النور - الآيات من ٦- ٩ .

² - راجع شرح فتح القدير لابن الهمام ١١٤/٤ والكفاية على الهداية للحوارزمي مطبوع مع فتح القدير ١١٤/٤ وشرح العناية على الهداية للبابرتي - مع فتح القدير - ١١٤/٤ وحاشية الدسوقي ٤٥٨/٤٥٧/٢ ، وكفاية الأخبار للحسيني ٢٢٧/٢ والمقنع لابن قدامة ٢٦٣/٣ والمبدع شرح المقنع ٧٤/٨ وكتاب العقوبة في الفقه الإسلامي - لأبي زهرة ص ١١٥ .

³ - راجع القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٤ وتبصرة الحكام لابن فرحون ٨٨/٢ والسياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٩ .

⁴ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٨٨ .

الزوج - قرينة مفترضة ، ولا اعتبار للاحتمالات النادرة ، كالقول بأنها حبلت مكرهة أو بوطء بشبهة فإن دفعت بالإكراه أو بأنها غصبت ، كلفت بالإثبات ، فإن أقامت دليلاً ولو قرينة بسيطة ، أو أماراً تصدقها ، كأن تثبت رؤية أثر الدم يوم النازلة ، أو أنها كانت تصيح أو تستغيث وما أشبه ذلك ، فلا حدّ - .

قال الخرشي : " ... ولا يقبل دعواها الغصب على ذلك بلا قرينة تشهد لها بذلك ، وأما إن قامت لها قرينة ، فلا حدّ عليها ، كما إذا جاءت تدمي وهي مستغيثة عند النازلة ، أو أنت متعلقة به على ما مرّ بيانه عند قوله : " وإن ادعت استكراهاً على غير لائق بلا تعلق) .. " ^١ ، واختار الباجي سقوط الحد عنها ، بمجرد الدفع ، وإن لم يكن ثمة أماراً ^٢ .

رأي الطائفة الثانية : عدم وجوب حدّ الزنا بقرينة الحمل :

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح والزيدية والإمامية في قول والإباضية إلى عدم وجوب حدّ الزنا بقرينة الحمل - ^٣ .
جاء في المبدع في شرح المقنع : " وإن حملت امرأة لا زوج لها ولا سيد ، لم تحدّ بذلك بمجرد . نقله الجماعة ، وذكر ابن هبيرة أنها الأظهر . لكنها تسأل ، فإن ادعت أنها أكرهت ، أو وطئت بشبهة ، أو لم تعترف بالزنا لم تحدّ ، وهو قول الأكثر من العلماء ... حتى بالغ بعض العلماء وقال : إن المرأة تحمل من غير وطء ، بأن تدخل ماء الرجل في فرجها ، ولهذا تصور حمل البكر ووجد " - ^٤ .
مما سبق يبين أن فقهاء الحنابلة يجعلون قرينة الحمل ، دليلاً موجباً للتثبيت ، بسؤال المرأة عن حقيقة الحمل وسببه ، فإن لم تعترف بالزنا ، أو أدعت الإكراه ، أو الوطء بشبهة لم تحدّ ، وقد اتبع فقهاء الإباضية ذات المنهج - ^٥ .

^١ - الخرشي على مختصر خليل ج ٨ ص ٨١ وراجع القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٤ .

^٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٨٨ .

^٣ - راجع شرح فتح القدير جزء ٥ ص ٤ وبهامشه شرح العناية على الهداية للبايرتي ج ٥ ص ٤ ، وراجع المغني لابن قدامة ٢٧٧/٢ والشرح الكبير - لابن قدامة - ٢٠٨/١٠ والمبدع شرح المقنع لابن مفلح ٨٢/٩ والانصاف للمرداوي ١٩٩/١٠ والتاج المذهب للصنعاني الزيدي ٢١٢/٤ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي الإباضي ١٩٥/٨ .

^٤ - المبدع شرح المقنع ٨٢/٩ والمغني لابن قدامة ٣٧٧/١٢ والشرح الكبير لابن قدامة ٢٠٨/١٠ .

^٥ - راجع منهج الطالبين وبلاغ الراغبين ١٩٥/٨ .

أما الزيدية ، فلا حدّ عندهم بقريئة الحمل ، ويكرهون التحري والتبیین عن حقيقة الحمل ؛ إذ الشبهة الدارئة للحدّ أمر مفترض . جاء في التاج المذهب لأحكام المذهب :- " لو ظهر في المرأة حبل من دون شهادة عليها ولا إقرار ، فلا حدّ عليها، لتجويز كونه غلطاً ونحوه ، ولا ينبغي لذي الأمر حبسها ونحوه ، لكي تقر بالزاني بها ، لأن إقرارها يكون قذفاً للغير، مع عدم الإكراه ، فتحد حدّين ، للزنا والقذف بعد الحكم بهما ، ومع الإكراه لا يصح إقرار الزنا ولا القذف ، مع أن المندوب تلقين ما يسقط الحد ، فيكره حينئذ التحري والتحقيق على ما يثبتته - " ^١ .

قريئة الحمل في بعض النظم التشريعية والقضائية المعاصرة :

تنص المادة ٦٢ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م على أنه : " تثبت جريمة الزنا بأي من الطرق الآتية وهي :-

... (ج) الحمل لغير الزوجة إذا خلا من شبهة ... "

وهذا النص قيد قبول قريئة الحمل ، لإثبات الزنا ، بقيد أولهما : أن تكون المرأة لا زوج لها ، وهذا القيد مأخوذ من المذهب المالكي ، وهو قول للحنابلة اختاره ابن تيمية ، وتلميذه ابن قيم الجوزية ^٢ .

وثانيهما : خلو الشبهة الدارئة - ، وهو قيد للقائلين بإيجاب حدّ الزنا بقريئة الحمل في المذهب الحنبلي ، اختاره الشيخ تقي الدين - ابن تيمية رحمه الله - ^٣ . ومن ثمّ تكون هذه المادة صادرة عن معين المذهبين المالكي والحنبلي .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بعدم تأسيس الإدانة بجريمة الزنا الموجبة للحدّ ، على قريئة الحمل ، في حالة المرأة المتزوجة ، وذلك إعمالاً للمادة الآنفة الذكر ، باعتبارها مادة صريحة على أن قريئة الحمل ، لا يعتد بها إلا في حالة غير المتزوجة ؛ إذ أن ذات الزوج لا يثبت زناها بقريئة الحمل بمجرد ما ... فضلاً عن أن قريئة الحمل لا تعدّ بينة قاطعة الحجية في إثبات الزنا ، حتى في حالة غير المتزوجة ، إلا عند خلوها من الشبهة ، لاحتمال حدوث الحمل من غير

^١ - التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ٢١٢/٤ .

^٢ - راجع الخرشي على مختصر خليل ٨١/٨ وتبصرة الحكام لابن فرحون ٨٨/٢ والسياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٩ .

^٣ - راجع الانصاف للمرداوي ١٩٩/١٠ والسياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٩ .

إيلاج-¹. وهو ما يعني انتفاء عنصر أساسي من عناصر الركن المادي لجريمة الزنا الموجبة للحد ، ولئن ذهب سلف فقهائنا إلى ذكر احتمالات بعيدة في كيفية حدوث الحمل من غير إيلاج ، فإن المعطيات العلمية الحديثة قد أتاحت فرص الحمل من غير إيلاج ولا جماع ، بحيث صار إمكان ذلك من الحقائق العلمية التي تدخل في علم الكافة ، والتي لا تحتاج إلى إثبات ، وذلك يقتضي بالطبع لزوم التبيين من انتفاء مثل هذه الشبهات من قرينة الحمل- .

الفصل الرابع

سلطة القاضي التقديرية في قبول المحررات الخطية وتقويمها

أرجأنا البحث بشأن سلطة القاضي التقديرية في قبول المحررات الخطية وتقويمها ، إلى هذا الفصل² ، لضيق المساحة التي يمارس فيها القاضي سلطته التقديرية في الأدلة الخطية ، غير أن ذلك لا يعني خلو تلك السلطة التقديرية في هذا المجال ، فهي كائنة علي نحو ما نبسط بيانه بإذن الله - .

ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، أولهما : عن المحررات الخطية في الفقه الإسلامي – مشروعيتها وقيمتها الاستدلالية ، وثانيهما : عن المحررات الخطية في النظم التشريعية المعاصرة ، ومدى سلطة القاضي في قبولها وتقويمها - ، وفيما يلي بيان كل مبحث علي حدة :

¹ - راجع حكم النقض رقم م ع/غ // حدي/١٨/١٩٩٣م محاكمة نعمات عبد المجيد خير الله وآخر - المحكمة العليا السودانية - غير منشورة.

² - وردت أحكام المستندات في قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م بعد الإقرار والشهادة ، بينما هي في صدر وسائل الإثبات في قانون الإثبات المصري ، ورأينا إيرادها في هذا الفصل لما ذكر عاليه - .

كانت واجبة لما صحَّ إسقاطها ، كما في قوله تعالى في الآية التالية لها : ((يٰٓرَبِّ نَا ذٰنَا نَا)) ، والقرآن يفسر بعضه بعضاً^١ .-

وتتجلى العناية التي يوليها القرآن الكريم لكيفية كتابة وثيقة العقد ؛ إذ أرشد إلي اختيار كاتب بالعدل ، وأن يملأ الذي عليه الحق ، وليتق الله فيما يملأ ، وما ذاك إلا لتكون الوثيقة بمشتملاتها حجةً عليه، صيانةً للحقوق ولحفظها من الضياع ، ولو لم تكن المحررات الخطية حجة علي المدين ، لما كان ثمة فائدة من تحريرها ومن تلك الإرشادات ، ويتنزه تنزيل الحكيم الخبير عن عدم الفائدة .-

(٢) وفي صدر الإسلام ، فقد نهض التوثيق بدور حيوي ، في نشر الرسالة الإسلامية ؛ إذ بعث النبي صلي الله عليه وسلم كتبه إلي الملوك والأباطرة ، فأرسل كتاباً إلي كسري وآخر إلي قيصر وكذا النجاشي ، يدعوهم إلي الإسلام والي كلمة التوحيد^٢ .-

(٣) وهناك كتب القضاة التي كانت سائدة ، وأرفعها ما أشتمل علي حكم لازم التنفيذ ، ومن قبيلها ما رواه الضحاك بن سفيان الكلابي قال :- ((كتب إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم أن أورث - [وفي روايةٍ : ورث] امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها))^٣ .-

وفي الحديث دلالة علي أن النبي صلي الله عليه وسلم قد حكم في الواقعة باستحقاق امرأة أشيم الضبابي في الإرث من دية زوجها ، وقد كتب بحكمه إلي الضحاك بن سفيان لإنفاذه ، فدل ذلك علي جواز قبول المحررات الخطية في باب القضاء ، وعلي جواز الاستناد عليها .-

(٤) ونوع آخر من كتب القضاة ، تمثل في سجلات المحاكم ومحاضرها التي تضمنت أقوالاً أو إقرارات لبعض الخصوم ، وكانت ترسل إلي قاضٍ آخر لاستكمال

^١ - راجع تفسير ابن عطية - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز - لابن عطية الأندلسي ج٢- ص ٥٠١ وتفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج١- ص ٢٩٣ والمجلي لابن حزم الظاهري ج١٠- ص ٤٦٧ .-

^٢ - راجع كتاب النبي صلي الله عليه وسلم إلي هرقل عظيم الروم في صحيح مسلم كتاب الجهاد باب كتاب النبي صلي الله عليه وسلم إلي هرقل ، وفي صحيح البخاري في أول الصحيح باب كيف كان بدء الوحي إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، وراجع كتابه صلي الله عليه وسلم إلي كسري ملك الفرس والي النجاشي ملك الحبشة والي المقوقس عظيم القبط في نصب الرابية للزيلعي ج٤- ص ٤١٨-٤٢١ .-

^٣ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الفرائض باب في المرأة ترث من دية زوجها ورواه الإمام أحمد في مسنده بلفظ آخر في مسند سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه ج٣- ص ٤٥٣ .-

إجراءات التقاضي بموجبها ، أو لتأسيس القضاء عليها ، - وهذا أشبه بمحاضر الأقوال الخارجية في عصرنا - ، وهو جائز لدي فقهاء المالكية ، عند معرفة خط القاضي ، وذهب جمهور الفقهاء إلي تقييد جوازه بالإشهاد عليه^١ . -

المطلب الثاني

تقويم المحررات الخطية في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن تقويم المحررات الخطية ، ويرجع مناط اختلافهم إلي ما في الخطوط من تشابه ، وما ينطوي من احتمالات التزوير فيها ، فذهب صاحبان - أبو يوسف ومحمد - والمالكية في الصحيح وبعض الشافعية والحنابلة في المعتمد والظاهرية والزيدية إلي الاعتداد بكتب القضاة ، وكذا بالسجلات الخطية المحفوظة تحت يد الأمانة ، بعد الإشهاد علي صحة نسبتها ، أو علي خط شهود الصك ، أو بعد الاستيثاق منها بشهادة الشهود الذين كانوا شهوداً علي الصك بأن يشهدوا بصحة توقيعهم عليها وبصحة مشتملاتها^٢ . -

وقد اعتبر المتأخرون من فقهاء الحنفية ، الدفاتر السلطانية وسجلات المحاكم وتوثيقاتها ذات حجية قوية ، لعلة أمن التزوير فيها ، حيث كانت تحرر بإذن السلطان أو القاضي ، وبتفاهق الجمع الغفير علي نقل ما فيها من بيانات ، من غير زيادة فيها ولا نقصان ، وذلك تحت إشراف الموظف المختص الذي كان يتوجب

^١ - راجع روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ج١ ص ٣٢٩ وتبصرة القضاة والإخوان في وضع اليد وما يشهد له من البرهان ص ٤٢ وأدب القاضي للماوردي ج٢ ص ٧٨ والألم للشافعي ج٦ ص ٢١٨ والمغني لابن قدامة ج٥ ص والإنصاف للمرداوي ج١ ص ٣٢١ . -

^٢ - راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص ٤٣٧ وحاشية الخرشي ج٧ ص ٢٠٦ وتبصرة الحكام ج١ ص ٢٨٥ / ٢٨٨ / ٢٩١ وأدب القضاة لابن أبي الدم الحموي ص ٤٦٠ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٢ وتعارض البيئات القضائية ص ٢٤٥ . -

عليه اعتمادها بتوقيعه ، ثم تعرض بعدئذٍ علي المتولي حفظها ، فيضع توقيعه عليها، ثم تعاد أصولها إلي أمكنتها المحفوظة بالختم ، فكان فيها الأمن من التزوير مقطوعاً به ، فإن وجد في تلك الدفاتر أو السجلات ، أن المكان الفلاني وقف علي المدرسة الفلانية ، فيعمل بدلالة السجل من غير بينةٍ أُخري^١ . -

لقد كانت سجلات المحاكم وتوثيقاتها تتراوح في الحجية وقوتها ، كلما كانت مصونة من يد العبث والفساد ، وخالية من التعمل والاحتيال^٢ - ، فإن لم يكن القاضي قادراً علي التيقن من ذلك ، أو لم يكن لديه ما يبعث طمأنينته بشأن سلامة الخط والحفظ وصحة النسبة ، فقل تننفي قيمته الاستدلالية ، وقال صاحبان : يعتد به وإن لم يذكر ذلك ، ما دام السجل تحت ختمه^٣ . -

ورغم أن المتقدمين من فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون بين المحررات الخطية علي نحو ما هو معهود في نظمنا التشريعية المعاصرة ، بالتمييز بين الرسمية منها والعرفية - وما دونها - ، إلا أننا نجد المتأخرين من فقهاء الحنفية وبعض الفقهاء الحنابلة ، قد ذهبوا إلي التمييز بين الصكوك ، بمقدار ما تبعثها أمارتها من الثقة في نفس القاضي ، فالصكوك تكسب = عندهم = حجية كافية لتأسيس القضاء عليها ، متي اتصفت بسمات الثبات والقدم وكانت خالية من شبهة التزوير والتصنيع ، بل إن حجيتها وقيمتها التدليلية قد تفوق دلالة شهادة الشاهدين أو الشاهد والمرأتين ، علي نحو ما ساقه ابن قيم الجوزية ، في معرض مناقشته لدلالة الخط - أو المحرر الخطي - قائلاً : ((فما تقولون في الدابة يوجد علي فخذها (صدقة) أو (وقف) أو (حبس) ؟ هل للحاكم أن يحكم بذلك ؟ قيل : نعم له أن يحكم ، وصرح به مالك ، فإن هذه أمانة ظاهرة ، ولعلها أقوى من شهادة الشاهد ، وقد ثبت في الصحيحين من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال : (غدوت علي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، بعبد الله بن أبي طلحة ليحنكه ، فوافيته في يده الميسم ، يسم إبل الصدقة) ، وللإمام أحمد عنه قال : (دخلت علي

¹ - حاشية قرعة عيون الأخبار / محمد علاء الدين ج٧ ص ٨٩ وراجع شرح مجلة الأحكام العدلية - سليم رستم ص ١٠٩١ . -

² - راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٥ ص ٤٣٧ . -

³ - راجع بدائع الصنائع للكاساني - ج٩ ص ٤٠٣٩ . -

النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو يسم غنماً في إذائها ...) ... ولولا أن الوسم يميز الصدقة من غيرها ، ويشهد لما هو وسم عليه ، لم يكن فيه فائدة ، بل لا فائدة للوسم إلا ذلك ، ومن لم يعتبر الوسم فلا فائدة فيه عنده . فإن قيل : فما تقولون في الدار يوجد علي بابها ، أو حائطها الحجر مكتوباً فيه (إنها وقف) أو (مسجد) ، هل يحكم بذلك ؟ قيل : نعم يقضي به ، ويصير وقفاً ، صرح به بعض أصحابنا ، ... فإن قيل : أليس يجوز أن ينقل الحجر إلي ذلك الموضع ؟ قيل : جواز ذلك كجواز كذب الشاهدين ، بل هذا أقرب ؛ لأن الحجر يشاهد جزءاً من الحائط ، داخلاً فيه ليس عليه شيء من أمارات النقل ، بل يقطع دائماً بأنه بني مع الدار ، ولا سيما إذا كان حجراً عظيماً وضع عليه الحائط ، بحيث يتعذر وضعه بعد البناء ، فهذا أقوى من شهادة رجلين أو رجل وأمرأتين . فإن قيل : فما تقولون في كتب العلم يوجد علي ظهرها وهوامشها كتابة (الوقف) ، هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفاً بذلك ؟ قيل : هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال ، فإذا رأينا كتب مودعة في خزانة وعليها كتابة الوقف ، وهي كذلك مدة متطاولة ، وقد اشتهرت بذلك ، لم نسترب في كونها وقفاً ... والمعول في ذلك علي القرائن ، فإن قويت حكم بموجبها ، وإن ضعفت لم يلتفت إليها ، وإن توسطت طلب الاستظهار ، وسلك طريق الاحتياط))¹ .

لقد جاء ما أبانه ابن قيم الجوزية آنفاً ، في معرض بيان حجية الدليل الخطي ، فإن انطوي الدليل الخطي عن أمارات تبعث الثقة علي صحته كان أقوى من الشهادة . وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في استجلاء واستظهار تلك القرائن والأمارات ، بلوغاً إلي تقويم الدليل الخطي ، ومن قبيل ذلك ما حكى عن عبد الله بن مصعب أن معاوية بن قررة ، شهد عند ابنه إياس بن معاوية مع رجال عدلهم ، علي رجل بأربعة آلاف درهم ، فقال المشهود عليه : (يا أبا وائلة : تثبت في أمري ، فوالله ما أشهدتهم إلا علي ألفين) ، فسأل [إياس] أباه والشهود : (أكان في الصحيفة التي شهدوا عليها فضل ؟) قالوا : نعم كان الكتاب في أولها والطيّة في وسطها وباقي الصحيفة أبيض . قال (أكان المشهود له يلقاكم أحياناً فيذكركم

¹ - الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ٢١١/٢١٢ - .

شهادتكم بأربعة آلاف درهم ؟) قالوا : نعم كان لا يزال يلقانا فيقول : (إنكروا شهادتكم علي فلان بأربعة آلاف درهم) ، فصرفهم ودعا المشهود له فقال : (يا عدو الله : تغفلت قوماً صالحين مغفلين ، فأشهدتهم علي صحيفة جعلت طيبتها في وسطها ، وتركت فيها بياضاً في أسفلها ، فلما ختموا الطية ، قطعت الكتاب الذي فيه حقك ألفا درهم ، وكتبت في البياض أربعة ، فصارت الطية في آخر الكتاب ، ثم كنت تلقاهم فتلقنهم وتذكرهم أنها أربعة آلاف ، فأقرّ بذلك وسأله الستر ، فحكم عليه بألفين وستر عليه -)¹ .

وقد أبان هذا الأثر القضائي – مع النص السابق – مدي اعتداد قضاة الشرع الحنيف بدلالة المحررات الخطية ، ومدي سلطتهم في تقويم دلالتها ، علي ضوء ما يحتف بتلك المحررات من قرائن وأمارات وملابسات حال ، وما تبعثها في نفس القاضي من الثقة والافتناع القضائي .

وكانت عناية المتأخرين من فقهاء الحنفية كبيرةً ، بشأن تنظيم أحكام الدليل الخطي ، ومدي سلطة القاضي في إعماله ، ففي (مجلة الأحكام العدلية) التي صاغوها وجعلوها أساساً للحكم إبان دولة الخلافة العثمانية ، نصت المادة (١٧٣٦) علي أنه : ((لا يعمل بالخط والختم وحدهما ، إلا إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع ، فيعمل به ، يعني أنه يكون مداراً للحكم ولا يحتاج إلي الثبوت بوجه آخر)) ، فهذه المادة واردة بصيغة العموم في المنع ابتداءً ، ثم استثنى من ذلك العموم في المنع ، كل ما كان سالماً عن شبهة التزوير والتصنيع ، وفي كليهما يستغرق العموم كل جنس ما ورد فيه ، فذل ذلك علي أن المحررات الخطية – العادية – تكتسب حجية كافية لتأسيس القضاء عليها من غير حاجة إلي إثبات آخر ، متي توفر فيها قيد خلوها عن شبهة التزوير والتصنيع - . ومما يدل علي أن المقصود بالمادة الآنفة ، تنظيم أحكام المحررات العادية ، - بجانب فحواها - ما جاء في شرحها من أنه : ((لو كتب صراف علي نفسه صكاً بمال معلوم ، وخطه معلوم بين الناس ، ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة ، وعرض خط الميت

¹ - الطرق الحكمية - لابن قيم الجوزية - ص ٣٣ - .

بحيث عرف الناس خطه ، يحكم بذلك في تركته إن ثبت أنه خطه ، وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة - ((- ' ، ومن ناحيةٍ أُخري جاءت المواد التالية من ذات المجلة منظمةً لأحكام المحررات الرسمية ؛ إذ نصت المادة (١٧٣٧) منها علي أن : ((البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية ، لكونها أمينة من التزوير ، معمول بها))، كما نصت المادة (١٧٣٨) منها علي أن : ((يعمل أيضاً بسجلات المحاكم ، إذا كانت قد ضبطت سالمة عن الفساد والحيلة علي الوجه الذي يذكر في باب القضاء)) - ، ونصت المادة (١٧٣٩) منها علي أنه : ((لا يعمل بالوقفية فقط ، ولكن إذا كانت مقيدةً في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه ، فتكون معمولاً بها علي ذلك الحال)) - .

ويجمع بين هذه المواد الثلاث أنها تنظم أحكام المحررات الصادرة عن المختصين بإصدارها رسمياً ، وتكتسب تلك المحررات حجية قوية - مطلقة - لأنها مأمونة من التزوير لحسن حفظها ولصدورها موقعةً من القاضي وال كاتب ؛ وتترجح قيمتها الاستدلالية علي الشهادة ، لما يتوفر فيها من العناصر التي تبعث الثقة والاعتناع القضائي - .

المبحث الثاني

المحررات الخطية في النظم التشريعية المعاصرة

ومدي سلطة القاضي في قبولها وتقويمها

تبوأ الدليل الكتابي مكانةً مرموقةً بين وسائل الإثبات في التشريعات المعاصرة ؛ إذ تعدّ الأدلة الكتابية المهياة مقدماً ، من أقوى الأدلة حجيةً ، لما يميزها من حفظ الحقوق وصونها من الضياع ، في عصرٍ تفاقمت فيه نوازع الإثارة وحب الذات ، والتمادي وراء رغبات هوي الأنفس ، مما جعل المشرع المعاصر يسعى إلي سدّ تلك الذرائع والرغائب الجامحة ، بالعناية بإصدار قواعد توجب توثيق كثير من التصرفات القانونية ، بالسندات الرسمية - أو العرفية - عند إبرام تلك

¹ - شرح مجلة الأحكام العدلية - سليم رستم - ص ١٠٩٠ - .

التصرفات ، بل وجعل التوثيق شرطاً لصحة بعض التصرفات ؛ إذ وردت نصوصها أمراً ، علي نحو ما في عقد المقاوله وفقاً لأحكام المادة (٢/٣٨٠) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٣م ، وفي عقد العمل وتجديده وفقاً لأحكام المادة (٣/٤٠٢) من ذات القانون ، وفي عقد التأمين وتعديله وفقاً لأحكام المادة (٤٧٩) من ذات القانون، وفي عقد الحوالة وفقاً لأحكام المادة (٥/٥٠٧) من ذات القانون ، وخلاف ذلك - ، فإذا انعدم عنصر التوثيق في العقود التي يشترط فيها الكتابة ، كان العقد باطلاً وذلك وفقاً لمقتضيات المادة (٢/٢٩١) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٣م ؛ إذ نصت علي أنه : ((يكون العقد باطلاً إذا اشترط القانون كتابته ولم يكتب وقت انعقاده ، علي أنه إذا كتب فيما بعد ، يسري من تاريخ كتابته)) - . وينال اشتراط الكتابة في التشريعات المصرية - وفي بعض التشريعات العربية - خطأ يتجاوز حد المنطق العقلي ؛ إذ تمنع تلك التشريعات إثبات التصرفات القانونية التي تنشئ التزامات تعاقدية - أو البراءة منها - بشهادة الشهود أو القرائن ، ما لم تكن متعلقة بالمواد التجارية أو كانت فيما لا يتجاوز قيمتها مائة جنيه - ، وذلك كما تقضي به المادة ٦٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية - المصري^١ - . لقد قصدنا هذا الاستطراد ، تسليطاً لبعض الضوء علي منهج التشريعات المعاصرة ، في سعيها لتهيئة السندات مقدماً للإثبات بموجبها عند النزاع ، صوناً للحقوق ، وبعثاً لاستقرار المعاملات ، وسدّاً لذرائع التماذي وراء رغائب شحّ الأنفس - . وفيما يلي نبين أنواع المحررات الخطية في التشريعات المعاصرة - مع بيان خصائصها وقيمتها التدليلية ومدى سلطة القاضي في تقويمها ، في مطالب متتالية :

المطلب الأول

أنواع المحررات الخطية وخصائصها في التشريعات المعاصرة

^١ - راجع المواد ٥٤/٥٣ من قانون البينات السوري والمادة ٢٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ويتفاوت حد القيمة التي يجوز إثباته بالشهادة قليلاً بين تلك القوانين ويجمع بينها تفريطها في الشهادة - .

تنقسم المحررات الخطية - السندات - في التشريعات المعاصرة - بلا خلاف نعلمه - إلى قسمين رئيسيين هما : المحررات الرسمية والمحررات العرفية ، ونوجز بيانها مع بيان خصائصهما فيما يلي :-

أ/ المحررات الرسمية وخصائصها :-

تكاد تتطابق تعريفات التشريعات المعاصرة للمحررات الرسمية ، فالمادة (٤٠) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م قد عرفتها بأن : ((المستندات الرسمية هي التي يثبت فيها شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تمّ علي يديه أو تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته واختصاصه)) . وهذا القدر من التعريف يطابق ما في المادة (١٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية - المصري - ، كما يطابق ما في كثير من القوانين العربية الأخرى^١ .

وتتميز المحررات الرسمية بأنها تتطلب شرائطاً شكلية لصحتها وهي ذات حجية قاطعة في صحة صدورها من الجهة المختصة ، كما أنها حجة علي الكافة بما دونّها من البيانات التي تمت علي يدي الموثق ودخلت إلي علمه تحت سمعه وبصره ، بحيث لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير - . ومن خصائص السند الرسمي أنه يمكن تنفيذ ما أشتمل عليه ، متي توفر فيه ما يلزم للتنفيذ ، وذلك دون حاجة إلي حكم قضائي في موضوعه - .

وبنحو ما أبانت المادة (٤٠) الأنفة الذكر ، فيشترط لصحة المحررات الرسمية ما يلي :

(١) صدورها من شخص مكلف بخدمة عامة ، سواء كان موظفاً عاماً ، أو غيره من ذوي المهن التي ينظمها القانون كالمحامين والمأذونين والخبراء ، ولا يعني هذا الشرط لزوم تحرير الورقة الرسمية بخط ذلك

¹ - راجع المادة (٥) من قانون البيئات السوري والمادة ٤٥٠ من التقنين المدني العراقي والمادة ١٥٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني - .

الشخص المكلف بخدمة عامة ؛ إذ يكفي صدورها باسمه وتحت إشرافه وبتوقيعه - .

(٢) أن يكون الشخص المكلف بخدمة عامة مختصاً بإصدار المحرر من حيث الموضوع والمكان والزمان ، فإن تجاوز اختصاصه النوعي فلا يعدّ المحرر رسمياً صحيحاً ، بل يكون له قيمة المحرر العرفي ، متى كان ذوو الشأن قد وقعوا عليه بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم ، وذلك كالمحامي أو كاتب المحكمة الذي يحرر إتهاداً أو توثيقاً يشتمل علي تصرف في عقار بهبة أو وصية أو بقسمة إفرار أو إصداره باعتناق الإسلام ، أو بزواج مسلم بكتابية ، أو بفرض نفقة أو بالتنازل عنها ، ففي كل تلك الأحوال يكون ذلك المحرر صادراً من غير المختص بإصداره ؛ إذ تقضي المادة (١٣٥) من الجدول الثالث من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م علي إصدار هذا النوع من الاشهادات بواسطة القاضي أو المساعد القضائي المأذون ، وقد جاءت النشرة العامة ، الصادرة من رئيس المحكمة العليا برقم ١٩٧٦/٢م بتاريخ ١٩٧٦/٥/١م بما يفيد قيام القضاة بأنفسهم أو بواسطة المساعدين القضائيين المأذون لهم بمباشرة العمل القضائي ، بإصدار تلك الاشهادات، ويتجنب إصدارها بواسطة كتبة المحاكم . ويدخل في معني تجاوز الاختصاص الذي يخل بالمحرر الرسمي ، قيام قضاة دوائر الأحوال الشخصية للمسلمين بإصدار اشهادات بتغيير أسماء غير المسلمين ، لمخالفة ذلك الإجراء مقتضيات المنشور القضائي رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٣م الصادر في ١١/٦/١٩٥٣م ، والنشرة الشرعية رقم ١١/١٩٥٩م الصادرة في ٨/٢٤/١٩٥٩م . كما يدخل في معني تجاوز الاختصاص الذي يخل بالمحرر الرسمي ، قيام المأذون الشرعي بمباشرة عقد زواج يكون أحد طرفيه أجنبياً ، لمخالفة ذلك لأحكام النشرة العامة

رقم ١٩٨٦/١ م الصادرة في ١٩٨٦/٣/٢ م والمعدّلة للفقرة (٢) من المادة ٩ من لائحة المأذونين لسنة ١٩٨٤ م^١ - .

صفوة القول : وجوب مراعاة المكلف بخدمة عامة ، إصدار المحرر الرسمي وفقاً لما يقتضيه اختصاصه الموضوعي ، وفي دائرة اختصاصه المبيّنة في القانون ، وخلال الزمان الذي كلّف فيه بتلك الخدمة العامة ، فإن باشر ذلك بعد عزله أو نقله أو وقفه من عمله ، فلا يكتسب المحرر صفة الرسمية بل يعدّ باطلاً ، ما لم يكن الإخلال بالاختصاص الموضوعي أو المكاني أو الزماني ، ناتجاً عن حسن نية ، كأن يكون الموظف المختص وأصحاب الشأن غير عالمين بانتهاء ولاية الموثق بصفة دائمة أو مؤقتة^٢ - .

(٣) أن يلتزم المكلف بالخدمة العامة عند تحريره للمحرر الرسمي أو للسند ، بالأوضاع المقررة قانوناً ، نحو تسجيل الاشهادات في سجلاتها وفقاً للنظم المقررة لها ، ثم التوقيع عليها من ذوي الشأن والشهود والقاضي أو المساعد القضائي المأذون ، أو الكاتب المختص - ، وذلك بعد التحقق من ذوي الشأن بالشهادة أو ببطاقات إثبات الهوية ، وفقاً لأحكام الفصل السابع من الجدول الثالث من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م - الخاص بأحكام إصدار الاشهادات - ، ووفقاً لأحكام الأمر الأول (الإقرار المشفوع باليمين) ، والأمر الثالث (التصديق علي المستندات) الملحقين بذات القانون ، ووفقاً للقوانين واللوائح الأخرى المنظمة لأحكام التوثيق - .

ب/ المحررات العرفية وخصائصها :

المحررات العرفية نوعان : أولهما - المهياة منها للإثبات ، فهي موقعة بإمضاء أو ختم أو بصمة ذوي الشأن فيها ، وبالأخص ممن هي حجة عليه ،

¹ - يقرأ النص المعدل بالنشرة المذكورة للمادة ٢/٩ المذكورة عالية كما يلي : ((لا يجوز للمأذون أن يباشر عقد زواج يكون أحد طرفيه أجنبياً أو غير مسلم ؛ لأن ذلك من اختصاص القاضي ، ويستثنى من ذلك زواج السوداني ذكراً أو أنثى بالمصري ذكراً أو أنثى)) - .

² - راجع الوسيط في شرح القانون المدني - د. عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني ص ١٢٣ ، وراجع التعليق علي قانون الإثبات - المصري - د. أحمد أبو الوفا ص ١١٩ ورسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ج١ ص ١٨٣ - .

وثانيهما : غير المهيأة للإثبات ، وأغلبها يدخل في معني (مبدأ الثبوت بالكتابة) ،
ومن قبيلها دفاتر التجار والأوراق المنزلية - . وفيما يلي بيان كل نوع وخصائصه
علي حدة - .

أولاً : المحررات العرفية المهيأة للإثبات وخصائصها :

تنص المادة (٤٣) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أن :
((المستندات العادية هي الأوراق المثبت بها واقعة وموقعة بإمضاء الشخص الذي
يحتج بها عليه ، أو بختمه أو بصمة أصبعه)) - .

وتتميز المحررات العرفية المهيأة للإثبات ، بأنها تشتمل علي تدوين واقعة
قانونية بأية وسيلة من وسائل التدوين ، ويلزم فيها أن تكون موقعة ممن يحتج بها
عليه بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، علي أنه يراعي دائماً الحال الأمتل فيها،
بتذييل الورقة العرفية بالإمضاء أو بالبصمة دون ترك فراغات بين بيانات الواقعة
القانونية المدونة فيها ، وبين موضع التوقيع ، وذلك صوتاً لها من الزيادة عليها أو
تعديلها أو تبديلها - .

ثانياً : المحررات العرفية غير المهيأة للإثبات وخصائصها :

وهي نوعان أولها : محررات عرفية غير مهيأة للإثبات ولكنها تأخذ حكم
السندات العادية في الإثبات ، ومن قبيلها الرسائل الموقعة عليها ، والبرقيات إذا
كانت أصولها المودعة بمكاتب الإرسال موقعاً عليها من مرسلها ، وذلك كما
تقضي به المادة (٤٥) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م . وثانيها :
محررات عرفية غير مهيأة للإثبات ولا تكتسب حكم المحررات العرفية من حيث
الحجية ، غير أنها لا تكون عديمة القيمة الاستدلالية ، متي توفرت فيها شرائط
معينة هي :-

أ// وجود ورقة مكتوبة متضمنة لبيانات الواقعة محل الإثبات سواء كانت تلك
الورقة المكتوبة دفاتر تجارية أو أوراق منزلية أو مراسلات خاصة أو إيصالات أو

تأثيرات مدونة بهامش السندات أو بذيلها ونحو ذلك ، وسواء كانت موجهة إلي من يحتج بها عليه أو إلي الغير ، مؤرخة كانت أو غير مؤرخة ، موقعة أو غير موقعة - علماً بأنها عندما تكون موقعة تأخذ حكم السندات العرفية وتعدّ دليلاً كاملاً .

ب// أن تكون تلك الورقة صادرة ممن يحتج بها عليه أو من ممثله .

ج// أن تجعل تلك الورقة المكتوبة وجود التصرف محل الإثبات قريب الاحتمال¹ .
ويجمع بين الأوراق غير المهيأة للإثبات والتي لا تكتسب حجية المحررات العرفية أمران ، أولهما : أنها جميعاً تفتقر إلي استكمالها بالبينة أو القرائن فهي أدلة ناقصة ، وثانيها : عدم صلاحيتها لإثبات ما يجاوز الثابت بالسندات الرسمية أو العرفية ، إلا إذا وجدت البينة القولية أو القرائن التي تستكملها ، فهي وحدها لا ترقى إلي درجة الدليل الكامل ، فلا تنهض لدحض دلالة السندات الرسمية أو العرفية بحال² .

وتختلف خصائص المحررات غير المهيأة للإثبات عن بعضها ، فالدفاتر التجارية تصلح للتدليل بها في حق التجار ، إن كانت منتظمة ، ولا يجوز لمن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها من بيانات ، مستبعداً ما يناقض دعواه . أما في حق غير التجار ، فالأصل فيها عدم جواز الاعتداد بدلالاتها لإثبات أي التزام في حق الغير ، لعدم جواز أن يصطنع الإنسان دليلاً لنفسه ، غير أنه يعتد بها استثناءً ، في حق غير التجار عند توفر ثلاثة شرائط ، أولها : أن تكون البيانات المثبتة في تلك الدفاتر متعلقة بما وردّه التاجر ، وثانيها : أن يكون تقدير الاعتداد بها متروكاً للقاضي ، يقدرها علي ضوء ملابسات الحال ، وثالثها : مراعاة كونها من قبيل البينة الناقصة - الضعيفة - التي يلزم استكمالها باليمين المتممة التي توجه إلي أي من الطرفين ، علماً بأنه يسوغ إثبات عكسها بسائر وسائل الإثبات³ .

أما الدفاتر والأوراق المنزلية الأخرى فهي تصلح للاحتجاج بها علي من صدرت منه ، ولا يجوز الاعتداد بها لمصلحة من صدرت منه ، لعدم جواز

¹ - راجع الوسيط د/ عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ٤١٧ وما بعدها .

² - راجع رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ج١ ص ١٥٠/١٤٩ وما بعدها .

³ - راجع الوسيط - للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ٢٧٧ وما بعدها وراجع التعليق علي قانون الإثبات - المصري - د. أحمد أبو الوفا ص ١٤٥ وما بعدها .

اصطناع الدليل للنفس ، وتضييق حالات قبول الأوراق المنزلية في الإثبات ، فتكاد تنحصر في حالات التركات ؛ إذ يمكن العثور عليها ضمن أوراق المورث - سعيًا منه لتبرئة ذمته - ، فعندئذٍ يعتد بها في حق من صدرت منه - ، شريطة تضمنها صراحة ما يفيد استيفاءه دينًا أو ما يفيد بأن المقصود مما اشتملت عليه تلك الأوراق المنزلية ، هو إقامتها مقام السند لمن أثبتت تلك الأوراق حقًا لمصلحته¹ .

ولعل مردّ هذين الشرطين هو أن الأوراق المنزلية = في الأغلب = تصدر غير موقعة ممن صدرت منه ، فكان استظهار الباعث من تدوينها - بنحو ما في أي من الشرطين المذكورين - مما يجعل صحة ما دونّ فيها من تصرف قانوني قريب الاحتمال وذات دلالة قابلة للاستكمال .

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في تقويم المحررات الخطية

تنقسم حجية المحررات الخطية إلي قسمين ، أولهما : ما لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير من المحررات الرسمية ، وتضييق فيها سلطة القاضي في تقدير الدليل وتقويمه ، وثانيها : ما يجوز فيه الطعن بالتزوير وبالإنكار وبتقديم دليل العكس بالشهادة في الحالات المذكورة بالمادتين (٣٧/٢) - (٣٨) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ، وهذا القسم الأخير تتشارك فيه بعض بيانات المحررات الرسمية مع المحررات العرفية كافة - ، وثمة حالات مغايرة - استثنائية - وأخري تقتضيها الضرورة ، ونبيّن كل ذلك في البنود التالية :

البند الأول : سلطة القاضي في تقدير المحررات الرسمية وتقويمها :

ألمعنا آنفًا إلي نوعين من بيانات المحررات الرسمية ، وهما يختلفان عن بعضهما من حيث الحجية ونبسط بيان كل نوع علي حدة فيما يلي :-

النوع الأول : بيانات المحرر الرسمي التي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير : من المسلم بها أن المحررات الرسمية حجة قاطعة علي كافة ، ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير ، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة بحيث تشمل كل بيانات

¹ - راجع التعليق علي قانون الإثبات - المصري - د. أحمد أبو الوفا ص ١٤٩ - .

المحرر الرسمي ، وثمة خطأ شائع في الأوساط القضائية أنه كلما كان هناك مستند رسمي ، نجد أن القضاة والمحامين يرددون بأن : (هذا مستند رسمي لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير) – هكذا بإطلاق وعموم ، لا قيد فيه ولا استثناء ، ودون تمييز بين بيانات المستند الرسمي - .

وفي واقع الأمر فإن المستندات الرسمية تشتمل علي نوعين من البيانات ، تختلف حجية كل منهما عن الأخرى ، ويتباين ما للقاضي من سلطة تقديرية في كل منهما عن الأخرى . فالنوع الأول الذي نحن بصدد بيانه – أي البيانات التي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير – فيتمثل في البيانات التي تولي الموثق ضبطها بنفسه ، ومن قبيلها زمان ومكان تحرير المستند الرسمي وتوقيع ذوي الشأن والشهود عليه ، وتحققه من شخصياتهم بواسطة بطاقات إثبات الهوية أو غيرها من وسائل الإثبات ، وتأكده من أهلية المتعاقدين ورضائهما وتبادلتهما للإيجاب والقبول أمامه ، ثم توقيعه علي المستند الرسمي ، فتلك البيانات لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير ، لما تنسم بها من وثاقة وصوناً من المساس بأمانة الموثق ، وتكاد تنعدم فيها سلطة القاضي التقديرية ؛ فهي إما أمور ضبطها الموثق بنفسه أو بيانات عن وقائع قانونية دخلت إلي علمه تحت سمعه وبصره خلال إجراء التوثيق . يقول الدكتور السنهوري :- ((تكون للورقة الرسمية حجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير ، وذلك فيما دونّ فيها من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته ، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره . فهناك إذن طائفتان من البيانات لهما هذه الحجية ، بيانات عن الأمور التي قام بها الموثق في حدود مهمته ، وبيانات عن أمور وقعت من ذوي الشأن في حضوره . أما الأمور التي قام بها الموثق في حدود مهمته وبيئتها في الورقة الرسمية التي وثقها فكثيرة ، من ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمستند رسمي ، وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، وصدور الكتابة منه ، والبيانات العامة التي أثبتها في الورقة وهي التاريخ وأسم الموثق ، وبيان ما إذا كان التوثيق قد تمّ في المكتب أو في مكان آخر ، وحضور شاهدين واسم كل منهما ، وحضور أصحاب الشأن وأسمائهم وحضور المترجم ...

... وتلاوته الورقة لذوي الشأن ، والتوقيعات التي تحملها الورقة . أما البيانات عن الأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، فأكثرها يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التي قام بتوثيقها ، أي البيانات الخاصة بهذه الورقة بالذات ، فإن كان الموضوع بيعاً ، فإن الموثق يثبت في الورقة ، أن البائع قرر أن يبيع ، والمشتري قرر أن يشتري ، كل بالشروط التي دونت بالورقة ، وقد يكون المشتري دفع الثمن إلي البائع أمام الموثق ، فيذكر الموثق ذلك في الورقة الرسمية ، كل هذه البيانات التي وقعت من ذوي الشأن في حضور الموثق وأثبتها في الورقة بعد أن أدركها بالسمع أو بالبصر تكون لها حجية في الإثبات إلي أن يطعن فيها بالتزوير
... وقد حصرت علي هذا النحو في دائرة محدودة ، البيانات التي تكون لها حجية لا تدحض إلا إذا لجأ من ينكرها إلي طريق الطعن بالتزوير ... ((- ' - .
النوع الثاني : بيانات المحرر الرسمي التي يجوز فيها الطعن بالتزوير وبالإنكار وإثبات العكس - .

هي البيانات التي تدخل إلي علم الموثق عن طريق الحكاية ، يحكيها له ذوو الشأن فتدخل حدوثها إلي علمه عن طريق السمع ، كإقرارهما بحدوث تصرف قانوني تمّ في غير مجلس التوثيق ، أو إقرارهما بواقعة التسليم والتسلم قبل مجلس التوثيق ، فيثبت الموثق تلك الإقرارات بنحو ما أدلي بها أصحابها ، دون التبين من صحتها في حقيقة الأمر ، بل ليس مطلوباً منه أن يتحقق منها شخصياً عند توثيقه للمحرر ، إذ لا يدخل الاستقصاء والتحقق من صحة ما يدلي به ذوو الشأن ، في حدود سلطته واختصاصه ، فيكون إثباته لمثل تلك الوقائع في المستند الرسمي دليلاً علي صحة الإدلاء بها أمام الموثق ، وتكتسب واقعة مجرد الإدلاء بها حدّ امتناع الطعن فيها إلا بالتزوير ، أما صحة الوقائع ذاتها فلا تكتسب تلك الحجية التي لا تقبل سوي الطعن بالتزوير ؛ إذ يجوز الطعن فيها بالتزوير وبالإنكار وبادعاء الصورية ويجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات المقررة قانوناً ، وتتسع سلطة القاضي في تقويم مثل تلك البيانات وفي التحقيق والتحقق منها ، يقول الدكتور

¹ - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ١٤٧/١٤٨/١٤٩ وراجع المداينات د . عبد السلام ذهني ص ١٥٣/١٥٥ ودرس في قانون الإثبات د. عبد الوود يحيي ص ٤٠/٣٩ - .

السنهوري :- ((... أما ما أثبتته الموثق في الورقة الرسمية باعتباره وارداً علي لسان ذوي الشأن من بيانات ، فلا تصل الحجية فيه إلي حدّ الطعن فيه بالتزوير . بل يعتبر من ذلك صحيحاً في ذاته إلي أن يثبت صاحب المصلحة عسكه بالطرق المقررة في قواعد الإثبات . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة ، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكماً بالبينة أو بالقرائن . فلا يجوز إذن إثبات عكس ما ورد في الورقة الرسمية علي لسان ذوي الشأن ، إلا إذا كانت هناك كتابة تثبت هذا العكس ، أو في القليل (مبدأ ثبوت بالكتابة) تعززه البينة أو القرائن . والأصل في هذه المسألة أن كل طعن في بيان وارد بورقة رسمية ، يتضمن مساساً بأمانة الموثق وصدقه ، لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، كما رأينا ، ذلك أن اختيار الموظف العام خاضع لشروط تتوافر بها الثقة فيه ، وهو معرض لعقوبات قاسية ، فيما إذا أخلّ بهذه الثقة ، أما الطعن الذي لا يتضمن مساساً بأمانة الموثق أو بصدقه ، فيكفي فيه إثبات العكس علي النحو الذي قررناه

... إن البيانات الخاصة بموضوع الورقة الرسمية لها أيضاً ناحيتان : واقعة التقرير - أي أن أصحاب الشأن قرروا أمام الموثق كذا وكذا - وهذه لها حجية إلي حدّ الطعن بالتزوير ، ثم صحة التقرير في ذاته ، وهذه يجوز إنكارها وإثبات العكس ؛ لأن ذلك لا يمس أمانة الموثق ولو أثبت الموثق أن المشتري دفع أمامه الثمن وقدره كذا إلي البائع ، فواقعة دفع مبلغ قدره كذا له حجية إلي حدّ الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة من إثبات أن الدفع بالرغم من صحة واقعته في ذاتها، كان دفعاً صورياً ، بأن كانت النقود هي نقود البائع وأعطاها للمشتري ليسلمها هذا له أمام الموثق ، أو بأن النقود التي دفعها المشتري أمام الموثق أعادها له البائع بعد خروجهما ، وله أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً ، دون حاجة إلي الطعن بالتزوير ، لأنه لا يمس في ادعائه هذا أمانة الموثق -)¹ .

وقد أحسنت المحكمة العليا السودانية تعليلها لقاعدة (امتناع إثبات ما يجاوز بيانات السجلات والمحاضر القضائية) بالبينة - أي بالشهادة - ، ففي قضية

¹ - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ١٥١/١٥٢/١٥٣ وراجع التعليق علي نصوص قانون الإثبات - المصري - د. أحمد أبو الوفا - ص ١٢٢/١٢٣/١٢٤ - .

((رقية عبد الرحمن /ضد/ النور آدم جبريل)) - كان الطعن ينصب علي إنكار حدوث التراضي أمام المحكمة والذي دونه القاضي في محضره وأسس عليه حكمه الرضائي - ، فقضت المحكمة العليا برفض النعي ، تأسيساً علي عدم جواز الإثبات بالبينة ، لما يجاوز بيانات المحاضر القضائية المتعلقة بالوقائع التي حدثت أمامه بالجلسة وقالت في تعليلها ما نصه :- ((في تقديري أن هذه القاعدة مبنية علي أن القاضي مفترض فيه النزاهة والحيادة والتجرد والقيام بواجبه علي الوجه الأكمل ، وبالتالي فهو إنما يقوم بتسجيل كل ما يلزم في المحضر بالدقة والأمانة المطلوبتين))¹ - .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الحجية المقررة للأوراق الرسمية تقتصر علي ما ورد بها من بيانات تتعلق بما قام بها محررها ، أو شاهد حصوله من ذوي الشأن ، أو تلقاه عنهم في حدود سلطته واختصاصه ، تبعاً لما في إنكارها من مساس بالأمانة والثقة المتوفرين فيه ، ومن ثم لا يتناول هذه الحجية البيانات الخارجة عن الحدود ، أو ما تعلق بمدى صحة ما ورد علي لسان ذوي الشأن من بيانات ؛ لأن إثباتها في ورقة رسمية ، لا يعطيها قوة خاصة في ذاتها ، بالنسبة لحقيقة وقوعها ، فيرجع في أمر صحتها أو عدم صحتها إلي القواعد العامة في الإثبات² - . كما قضت بأن حجية الورقة الرسمية تقتصر علي ما ورد بها من بيانات قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره . وإذا كان ما دونّ بالمستندات الرسمية المقدّمة من الطاعن إثباتاً لحيازته عين النزاع منذ ١٩٥٥م من بيان يفيد اتخاذه منها مقرأً لأعماله ، إنما تمّ بناءً علي ما أدلي به تحت مسؤوليته ، وليس نتيجة قيام محررها [الموثق] بتحري صحة هذا البيان ومن ثمّ فلا تلحقها الحجية ، وتخضع لما لقاضي الموضوع من سلطة في تقدير الدليل ، فعليه فلا [جناح] علي الحكم إذا لم يعتد بالقرينة المستفاداة من هذه الأوراق ، وأقام

¹ - (١٩٧٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٧٩ - .
² - نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧م - الطعن رقم ١٩ س ٤١ ق - نقلاً عن مجموعة المبادئ القانونية للمستشار أنور طلبية جـ ١ ص ٤٠٣ .

قضاءه علي أدلة مناهضة استقاها من أقوال الشهود والتحقيقات الإدارية المقدمة في الدعوى^١ - .

ويستثني من درجة الحجية التي تمنع الطعن إلا بالتزوير ، صور أخري تتمثل في محاضر التحقيقات الجنائية ، فرغم أن المحاضر مستندات رسمية ، إلا أن للمتهم حق إثبات عكسها بكل طرق الإثبات لوجهين ، أولهما : أن حجية المستندات الرسمية بحدّ منع الطعن فيها إلا بالتزوير ، مقررة في الأصل للمسائل المدنية ، وثانيهما : أن حق المتهم في الدفاع حق مقدس ، ولا يجوز التضحية به أو تقييده بدعوى أن المستندات الرسمية لا تقبل الطعن إلا بالتزوير . وهذا هو ما يتلاءم مع أصول المحاكمات الجنائية . وقد عُنيت بعض التشريعات بالنص علي عدم إسباغ الحجية القاطعة للمحاضر القضائية خلال المحاكمات الجنائية ، صوناً لحق المتهم في الدفاع ، بل إنها حرصت في الحالات التي ينص فيها القانون علي إسباغ الحجية لبعض المحاضر الجنائية ، علي التنبيه بأن تلك الحجية مقررة إلي أن يثبت ما ينفياها بدليل العكس . فالمادة (٣٠٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصري – وتطابقها المادة (٢٣٠) من قانون الإجراءات الجنائية القطري لسنة ٢٠٠٤م – تنص علي أنه:- ((لا تتقيد المحكمة بما هو مدوّن في التحقيق الابتدائي ، أو في محاضر جمع الاستدلالات ، إلا إذا وجد في القانون نص علي خلاف ذلك)) ، وجاءت المادة (٣٠١) من ذات القانون – وتطابقها المادة (٢٣١) من القانون القطري المذكور – متضمنة جواز إثبات عكس المحضر القضائي المنصوص علي حجيته ؛ إذ جاء فيها بأن : ((تعتبر المحاضر المحررة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون إلي أن يثبت ما ينفياها)) - .

وقد بسط المستشار (أحمد نشأت) البيان في استثناء المحاضر الجنائية – عامة – من قاعدة الحجية المطلقة للمستندات الرسمية ، موضحاً جواز إنكارها وجواز إثبات ما يخالفها بكل طرق الإثبات ، قائلاً ما نصه :- ((ويلاحظ أن المحاضر الجنائية علي العموم ، سواء في ذلك المحاضر التي يحررها رجال

¹ - نقض / جلسة ١٩٧٩/٢/٧م الطعن رقم ٢٢٩ س ٤٨ نقلاً عن المرجع السابق ج١ ص ٤٠٠ - .

البوليس ، أو أي مأمور من مأموري الضبط القضائي ، أو أعضاء النيابة ، أو قاضي التحقيق ، ولو أنها أوراق رسمية ، إلا أنه يمكن إنكار ما أثبت فيها ، دون حاجة للطعن بالتزوير ، فيما ينسب للمتهمين أو الشهود من أقوال ، وكذلك المعاينات والرسوم [الخرائط] وأعمال الخبراء ، وإثبات ما يخالفها بجميع الطرق ، تحقيقاً لحرية الدفاع ... نصت المادة (٣٠٢) [إجراءات جنائية] علي أنه : (يحكم القاضي في الدعوى علي حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته) ، وقد قررت محكمة النقض أن محاضر التحقيق التي يحررها رجال البوليس ، أو النيابة ، وما تحويه هذه المحاضر من اعترافات المتهمين ومعاينات المحققين وأقوال الشهود ، هي عناصر إثبات تخضع في كل الأحوال لتقدير القاضي ، وتحتل الجدل والمناقشة كسائر الأدلة ، فللخصوم أن يفتدوها دون أن يكونوا ملزمين بسلوك الطعن بالتزوير ، وللمحكمة بحسب ما تري أن تأخذ بها أو تطرحها ... فإذا أنكر المتهم الاعتراف المعزو إليه ، فإنه يكون من واجب المحكمة أن تحقق دعواه وتقدرها ، فتأخذ بالاعتراف إذا ثبت صدقه وصدوره عنه ، وتطرحه إذا ثبت لديها أنه في الواقع لم يصدر عنه ، وذلك من غير أن تكون مقيدة بالقواعد المدنية التي توجب الأخذ بما تضمنته الأوراق الرسمية ، إلا إذا ثبت عن طريق الطعن بالتزوير تغيير الحقيقة فيها . وقررت محكمة النقض أيضاً أن المحاضر التي تحررها المحكمة لإثبات ما يقع من الجرائم بالجلسة ، ولو أنها محاضر رسمية وحجة بما يثبت فيها ، إلا أن حجيتها لا يمكن أن تكون حائلاً بين المتهمين بهذه الجرائم ، وبين إبداء دفاعهم علي الوجه الذي يرونه ، مهما كان متعارضاً مع الثابت بتلك المحاضر ، كما أنها لا تمنع القاضي من أن يقضي في الدعوى علي الوجه الذي يطمئن إلي صحته ، من أي طريق من طرق الإثبات ، فله إذن أن يأخذ بما هو ثابت بهذه المحاضر كما هو الشأن في سائر الأدلة))^١ . والطبيعي هو عدم الحدّ من سلطة القاضي التقديرية في قبول الأدلة وتقويمها ، في المسائل الجنائية بدعوى أن المستندات الرسمية لا تقبل الطعن إلا بالتزوير .

^١ - رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت جـ ١ ص ٢٣٢/٢٣١ وراجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني هامش ص ١٤٩ وأحكام النقض المصرية / نقض جلسة ١٩٤٢/٦/٧م ونقض جلسة ١٩٤٣/٤/١م ونقض جلسة ١٩٤٣/١/١١م - .

وعوداً إلي ما أشرنا إليه في مبتدأ هذا المطلب عند عرض (النوع الأول من بيانات المحرر الرسمي) من ذكر الخطأ الشائع في الأوساط القضائية ، فيما يسبغ من حجية مطلقة لكل بيانات المحرر الرسمي ، دون التمييز بين البيانات التي تدخل إلي علم الموثق تحت سمعه وبصره ، وبين البيانات التي يدونها بعد دخولها إلي علمه عن طريق الحكاية ، فنشير هنا بأن المحكمة العليا السودانية قد قالت – تحت تأثير ذلك الفهم الشائع – بأن : ((قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن [في مواجهة دليل مكتوب] ، في كل الأحوال المنصوص عليها في قانون الإثبات ، ليست من النظام العام ، ومن ثمّ فليس ما يمنع المطعون ضدها من إقامة الدليل علي أن العقد المكتوب لا يعكس صحيح نية الطرفين وهو ما أفلحت في إثباته))¹ .

وتتفق مع المحكمة العليا فيما قررته من أن قاعدة عدم جواز قبول الشهادة لإثبات ما يجاوز مشتملات المستند الرسمي ، ليس من النظام العام ، فذلك من قواعد الإثبات الموضوعية ، وهي لا تدخل في قواعد النظام العام مثل قواعد الإثبات الإجرائية ، إلا أننا نختلف مع المحكمة العليا فيما ساقته من تبرير من أن عدم دخول تلك القاعدة الإثباتية في معنى النظام العام هو سبب قبول الشهادة لإثبات (نية المتعاقدين) ، ففي واقع الأمر فإن التعليل السديد الذي يبني عليه قبول الشهادة لإثبات نية المتعاقدين ، هو أن تلك النية لا تدخل في معنى البيانات التي يدونها الموثق في حدود اختصاصه ولا في معنى الوقائع القانونية التي تدخل إلي علمه ، لوقوعها تحت سمعه وبصره ، والتي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير ، وإنما تدخل (نية المتعاقدين) في معنى البيانات التي تدخل إلي علم الموثق عن طريق الحكاية من ذوي الشأن ، ويجوز الطعن فيها بالتزوير وبالإنكار وبالصورية وبإثبات عكسها بطرق الإثبات كافة علي نحو ما بيناه آنفاً .

البند الثاني : سلطة القاضي في قبول المحررات العادية وفي تقويمها :

من حيث الحجية فإن السندات العادية – أو العرفية – تكسب ذات حجية السندات الرسمية ، إذا أقرّ بها من يحتج بها عليه ، أو إذا كان قد أنكرها أو أنكر

¹ - (١٩٧٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٥ (ضاحي الحاج أحمد / ضد / رجبية سليم) - .

صحة التوقيع ، فأثبت خصمه صحتها ، أو أثبت صحة التوقيع عليها ، أو كان قد ناقش من يحتج بها عليه موضوعها ، دون الطعن فيها بأي وجه ، فعندئذ يكون للمستند العادي ، ذات حجية المستند الرسمي . غير أن المستندات العادية بعمومها لا تكتسب حجية السندات الرسمية ؛ لأن تحريرها لا يتم بواسطة موظف مختص محايد وفقاً لما يتطلبه القانون ، كما هو الحال في السندات الرسمية ، الأمر الذي جعل التشريع المعاصر يسبغ حصانة تحول دون المساس بأمانة الموثق ، بمنع المنازعة بغير الطعن بالتزوير ، فيما دونه الموظف المختص في حدود مهمته ، وفيما وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، تحت سمعه وبصره - .

إن تلك الفروق بين خصائص المحرر الرسمي ، وبين خصائص المحرر العادي ، هي التي تجعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير المحرر العرفي ، فإن أنكر الخصم صحة التوقيع أو الختم ، فعندئذ يقدر القاضي ما يتلاءم من إجراء تجاه ذلك الإنكار ، بدءاً من تقدير مدي جدية الدفع ووجهته علي ضوء ما يحتف بالمحرر من ظروف ، فإن تبين له أنه دفع كيدي يراد به التسوية والمماثلة ، وأنه لا أساس له ، جاز له رفضه من تلقاء نفسه ، وقد يقدر - من تلقاء نفسه أيضاً - عدم صحة التوقيع أو الختم أو المستند ، علي ضوء ما يتبدي له من عيوب مادية تعتري المستند ، كما يسوغ له عدم الاعتراف بدلالته أو تقدير إجراء التحقيق في الدفع أو الإنكار أو التزوير ، بإحالة المستند إلي المضاهاة ، أو بسماع الشهود ، أو بكليهما ، بلوغاً إلي تقويم المستند ومدي حجيته ، وذلك وفقاً لما تقضي به أحكام المادة (٤٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قاضي الموضوع - علي ما يستفاد من المادة (٣٦٢) مرافعات - غير ملزم في حالة إنكار التوقيع علي الورقة العرفية، بإجراء التحقيق المشار إليه في هذه المادة ، بل له إذا رأي من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفي لإقناعه بأن التوقيع المذكور صحيح ، أن يردّ علي المنكر إنكاره ، ويأخذ بالورقة من غير إجراء هذا التحقيق ؛ لأن الغرض من هذا

الإجراء هو اقتناع المحكمة برأي يرتاح إليه في حكمها ، فإذا كان هذا الاقتناع موجوداً بدونها فلا لزوم له^١ .

كما قضت أيضاً بأن : ((للقاضي أن يحكم بصحة الورقة أو بردها أو بطلانها ، شرط بيان الظروف أو القرائن التي استند إليها ، وله الاعتماد علي المضاهاة التي يجريها بنفسه ، دون أن يتقيد بأوراق المضاهاة المنصوص عليها في المادة (٢٦٩) - مرافعات))^٢ . وهذا المبدأ قد شرعته المادة ٢٨ من قانون الإثبات المصري ، وذاته ما نصت عليه المادة (٤٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - ويراعي دائماً صدور قرار القاضي بشأن المستند مسبقاً ، صوناً لأحكام القضاء عن التحكيم ولتتسني للمحاكم الأعلى مراقبة تلك الأحكام .

وتتسع دائرة سلطة القاضي التقديرية في قبول وتقويم المحررات غير المهياة للإثبات ، مثل الدفاتر التجارية ، فهي لا تعدو عن كونها أوراقاً خاصة ، يدونها صاحبها لغايات شخصية ، والأصل أنها غير موقعة منه ، ومن ثم فهي قرائن بسيطة ذات حجية قاصرة وضعيفة علي النحو الذي بيناه قبل ، من حيث الأصل والاستثناء ، وحيث إن الأصل أنها حجة علي من صدرت منه ، فإن إلزامه بتقديمها يعدّ إجباراً له علي تقديم دليل ضد نفسه . يقول السنهوري : ((... من أجل هذا روعي في هذا الدليل أمران : (الأمر الأول) : أنه جوازي للقاضي ، فله أن يأخذ به وله أن يطرحه والقاضي يأخذ بهذا الدليل إذا وقع في نفسه أنه ارتفع عن الشبهات ، كأن تكون الدفاتر منتظمة وأن يلمس القاضي العناية والدقة في إمساك الدفاتر ، بل قد يكون البيان مكتوباً بخط التاجر نفسه ، علي أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن الدفتر إذا كان اختيارياً ، ولم يكن مكتوباً بخط التاجر ، لا يستخلص القاضي منه دليلاً ضده ، فإن هذا جائز وتقدير الأمر مردّه إلي القاضي نفسه ، ومبلغ اقتناعه بقوة الدليل فإن القاضي قد يقتنع بالبيان الوارد في الدفتر ؛ لأنه لا يشعر بأي افتعال ، بل يبعث علي الاطمئنان ، فيأخذ بهذا الدليل) (والأمر

^١ - راجع نقض جلسة ١٩٦٥/١/١٤م مجموعة المكتب الفني السنة ١٦ ص ٥٧ وراجع نقض ١٩٦٧/٥/٢٥م المرجع السابق السنة ١٨ ص ١١٣٥ .
^٢ - نقض جلسة ١٩٦٧/١١/٢٠م مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ ص ١٧٩٦ .

الثاني) : أن القاضي إذا رأي أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر ، فإن لصاحب الدفتر ، ولو كان دفتره منتظماً ، أن يثبت عكس ما ورد فيه ، وذلك بجميع الطرق – حتى بالبينة أو بالقرائن - ١ - .

وبالجملة فإن الدفاتر التجارية محررات أدنى درجة من المستندات العرفية ، فهي أدلة خطية ناقصة الحجية ، يمارس القاضي سلطة واسعة في قبولها واستكمالها بتوجيه اليمين المتممة أو بالشهادة أو بدلالة القرائن ، ثم يمارس سلطته في تقويمها علي ضوء ما يحتف بها من ظروف ، وما يقال في الدفاتر التجارية يسري بدلالة الفحوى في الأوراق المنزلية ، فهي أكثر إمعاناً في الخصوصية . ومن مظاهر اتساع سلطة القاضي في تقدير الأدلة الخطية غير المهيأة للإثبات ، وذات الحجية الناقصة ، أن تلك الأدلة لا يشترط لدحضها أدلة خطية ، بنحو ما هو مقرر لدحض المحررات الرسمية والعرفية ، بل يجوز دحضها بشهادة الشهود والقرائن ٢ - .

وينبغي التنبيه دائماً بأن جواز تقديم بينة العكس علي نحو ما ذكر في الحالات الآتية ، لا يعني بحال ترجح تلك البينة النافية ، بل يستقل القاضي بترجيح أقواهما وأكثرهما بعثاً لطمأنينة نفسه - ، علي أن يبين الوجه الذي بني عليه ترجيحه في أسباب حكمه - .

البند الثالث : سلطة القاضي التقديرية في قبول المحررات وتقويمها في حالتها الاستثنائية والضرورات :

إن العناية البالغة التي توليها التشريعات المعاصرة للمحررات الخطية في الإثبات ، إلي حدّ وضعها في مقام الصدارة ، بل إلي حدّ تقرير قاعدة عدم جواز الإثبات بالشهادة أو بالقرائن ، فيما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه الدليل الكتابي- ، - بجانب ما فيها من إيجابيات – فإنها قد تفضي إلي ذرائع فساد من شأنها إضاعة الحقوق بدلاً من صيانتها ، وإلي ترسيخ نزعات الظلم بدلاً من إرساء قواعد العدل ،

¹ - الوسيط – للدكتور عبد الرزاق السنهوري – المجلد الثاني ص ٢٧٨/٢٧٩ - .

² - راجع رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ص ١٥٠ والوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ٢٧٩ - .

الأمر الذي فطن إليه المشرع ، فكان تشريعه للاستثناءات التي تخفف من غلواء الجمود ، ومراعاته لحالات الضرورات التي لا مناص من اعتبارها . وفتح ذلك مساحات لتقدير القاضي وحرية ، دركاً لاقتناعه القضائي ، بما يحقق الموازين القسط - ، علي نحو ما نعني ببيانه في الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى : استثناءات قاعدة منع دحض الدليل الكتابي بالبينة :

نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (٣٧) من قانون الإثبات السوداني

لسنة ١٩٩٤م علي ما يلي :-

((- ٢- لا تقبل الشهادة لتقديم ما يجاوز ما أشتمل عليه المستند أو يعدّله أو يعارضه ، إلا في الحالات الآتية وهي :-

أ/ وجود نص في المستند يقضي بجواز ذلك - .

ب/ إثبات قيام أي شرط سابق يتوقف عليه نفاذ ما أشتمل عليه المستند ، ولا يتعارض مع صريح نصوصه - .

ج/ إثبات أي عرف أو عادة مما لا يتعارض مع صريح نصوص المستند - .

د/ إثبات أي واقعة قد تؤدي إلي بطلان ما أشتمل عليه المستند بسبب انعدام الأهلية ، أو عدم المشروعية ، أو نحو ذلك أو تؤدي إلي إبطاله بسبب الغش أو الإكراه أو نحو ذلك - .

هـ/ إثبات أي إجراء أو اتفاق لاحق يعدّل ما أشتمل عليه المستند ، إلا فيما يوجب القانون تسجيله - .

٣- يجوز إثبات انقضاء المسؤولية الناشئة عما أشتمل عليه المستند ، بأي طريق من طرق الإثبات - ((- .

لا مرأ أن الاستثناءات الأنفة الذكر ، توسع من سلطة القاضي التقديرية في قبول دليل العكس ، فيما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه الدليل الكتابي ، وهي استثناءات تتسق مع غايات تشريع قواعد الإثبات ومبادئ المشروعية ، فقواعد الإثبات الموضوعية - ومنها قاعدة عدم جواز إثبات ما يجاوز الكتابة بالشهادة أو القرائن - ، ليست من النظام العام ، ومن ثم ساع لطرفي المحرر الخطي مخالفة تلك

القاعدة ؛ إذ يجوز لهما تضمين المحرر الخطي نصاً يجيز لهما أو لأيهما ، إثبات ما يجاوز دلالة المستند ، بأية وسيلة من وسائل الإثبات .

وتقتضي العدالة – ومبدأ المشروعية – عدم سريان تلك القاعدة علي شرائط سابقة ، مراعاةً لقاعدة عدم رجعية القواعد القانونية الموضوعية ، حتى ولو كانت تلك الشرائط مما يتوقف عليها إنفاذ ما أشتمل عليه ذلك المحرر الخطي ، ما دامت الشرائط لا تناهض ولا تتعارض مع صريح نصوص المستند - .

لقد أحسن المشرع صنعاً ، حين تجاوز جمود تلك القاعدة ، بتقريره جواز إثبات الأعراف والعادات بالشهادة ، متي كانت غير متعارضة مع نصوص المستند، وتتمثل الحكمة من تقرير هذا الاستثناء في أمرين : أولهما : أن الأعراف والعادات مما تدخل في علم الكافة - ، ولا يفطن طرفا المستند إلي ضرورة تدوينها، أو لعلهم يتسامحون في تدوينها من هذا الوجه ، وثانيهما : أن العبرة بالمشروط شرطاً وإن كان مخالفاً للعرف ، فإن كان الأمر مما لا نص فيه فيصير إلي العرف ، ولا عبرة لدلالة العرف في مقابلة صريح النص ، ففي الراجح من المذهب الحنفي – باتفاق الإمام وصاحبيه - ، (إذا تعارض العرف والنص يعتبر النص)¹ - .

وبذات منهج التيسير فقد عني المشرع باستثناء حالات قد تؤدي إلي بطلان ما أشتمل عليه المستند ، فأجاز فيها الإثبات بالشهادة ، ومنها حالة الدفع بانعدام الأهلية ، فالتثبت من حقيقة الأهلية لا يدخل في مهمة الموثق ، فيجوز فيها إثبات عكس المستند بالشهادة ، وكذا في حالات الدفع بالبطلان لعدم المشروعية أو الغش أو الإكراه - ، وليس خافياً أن حالتي الغش والإكراه ، تدخلان في عيوب الإرادة ، وهي وقائع مادية ، فيجوز فيها إثبات ما يجاوز المستند بدلالة الشهادة وبطرق الإثبات كافة - .

وجاء متسقاً مع مقتضيات العدالة – بل وغير متعارض مع ما أشتمل عليه المستند ، إجازة الإثبات بالشهادة فيما يجاوز ما أشتمل عليه المستند ، من الاتفاق اللاحق الذي يعدل ما أشتمل عليه المستند ، ما دام ذلك فيما لا يوجب القانون

¹ - شرح مجلة الأحكام العدلية – سليم رستم – ص ٣٤ - .

تسجيله ، وقد عبّر الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن صنو هذا الاستثناء ونظيره في التشريع المصري فقال بأن :- إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة ، لا يعتبر من الوقائع المخالفة لما أشتمل عليه المستند ، ولا يدخل في معني ما يجاوزه ، بل ذلك مما يؤكد ما أشتمل عليه المستند ، إذ أن الإقرار بانقضاء الالتزام ينطوي دلالة علي وجوده¹ .

ويصدق في معني جواز إثبات الانقضاء بطرق الإثبات كافة ، (التأشير علي سند الدين ببراءة ذمة المدين) ، فذلك يعدّ حجة علي الدائن ولو لم يكن موقعاً عليه منه ، متي كان السند بيده ولم يكن قد خرج من يده ؛ إذ يجوز استكمال دلالة التأشير بالشهادة والقرائن واليمين المتممة ، كما يجوز إثبات عكس تلك البراءة بطرق الإثبات كافة ، باعتبار أن تلك التأشيرة تعدّ قرينة غير قاطعة² .

وكذا فقد شملت الاستثناءات ، إجازة الإثبات بالشهادة لاستدراك أي عيب في المستند أو في تعبيره ، بياناً له وتفسيراً ، مما يكون ضرورياً لإضفاء معني معقولاً لنصوصه ، أو لتطبيق مقتضاه علي الواقع ، ولا يدخل ذلك في معني ما يجاوز ما أشتمل عليه المستند ، بل هو أداة لبلوغ فهم المقاصد والمعاني ، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني ، لا بالألفاظ والمباني - . ولا مرأء في أن تلك الاستثناءات تصب في توسيع سلطة القاضي في قبول دليل عكس ما أشتمل عليه المستند ، بلوغاً إلي تحصيل اقتناعه الشخصي من غير قيود تحول دون الموازين القسط .

الحالة الثانية : سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بكل الوسائل عند الضرورة فيما يجب إثباته بالكتابة :

تتسع سلطة القاضي التقديرية في قبول التدليل بكل الوسائل - عند الضرورة - فيما يجب إثباته بالكتابة - ، وذلك علي نحو ما نبينّه فيما يلي :-

- أ- سلطة القاضي التقديرية عند فقدان المستند :

عنيت المادة (٣٩) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م بما يصار إليه عند فقدان المستند ؛ إذ نصت علي جواز الإثبات بكل طرق الإثبات عندئذٍ ، مراعاةً

¹ - راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ٤٠١ - بتصرف - .
² - راجع رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ج١ ص ٤٤٠ وما بعدها - .

لمقتضيات الضرورة - ، وجاء فيها : ((تقبل سائر طرق الإثبات ، لإثبات ما يوجب القانون تسجيله في مستند ، إذا فقد المستند بسبب لا يد فيه لمن يدعي بالمستند ، أو إذا وجد مانع مقبول يحول دون تقديم المستند)) - .

وعلي القاضي توجيه عبء الإثبات لمن يدعي بالمستند ، لإثبات سبق تسجيل ذلك التصرف القانوني في سند مكتوب ، وإثبات فقدانه وأن فقدانه كان بسبب أجنبي ، لا يد له فيه ، من مثل التهام الحريق للمستند ، أو تلفه بسبب تهدم الدار لجائحة سماوية ، من سيول أو فيضانات أو ريح عاتية ونحو ذلك ، وكلها تدخل في معني الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة . فإن أثبتتها فيجوز الانتقال بعبء الإثبات إلي موضوع المستند ، لإثباته بطرق الإثبات كافة ، ويسوغ له قبول بينة العكس بذات تلك الوسائل ، ثم تقويم الأدلة علي ضوء ما يحتف بها من ظروف وملابسات - .

ويسري ذات الحكم عند تعذر تقديم المستند بسبب مانع مقبول ، مادياً كان المانع أو أدبياً ، ويدخل في معني المانع المادي حالات الاضطرابات الأمنية التي تفضي إلي النزوح وهجران الديار . أما المانع الأدبي فيدخل في معناه قرابات الزوجية أو الأبوة ونحوهما ، وللقاضي تقديره . ويجب علي مدعي المانع إثباته ، ليتسنى بعدئذ قبول إثبات ذلك التصرف موضوع المستند ، بطرق الإثبات كافة ، لمقتضي الضرورة - .

ب/ سلطة القاضي التقديرية في قبول وتقويم صور المستندات :-

من مقتضيات أحكام الضرورة التي عني المشرع بتقنينها ، ما نصت عليه المادة (٤٢) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ، والتي تجيز قبول (صورة المستند الرسمية) ونصها :-

((- (١) تكون صورة المستند الرسمية ، التي يعتمد عليها الموظف المختص ، عند وجود الأصل ، حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل .

(٢) يفترض مطابقة الصورة للأصل ، فإذا نازع في ذلك الخصم ، تضاهي الصورة مع الأصل - .

(٣) إذا لم يوجد الأصل ، تكون للصورة نفس حجية الأصل ، متي كان مظهرها لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل -) .

إن عبارة (صورة المستند) تعدّ من قبيل العام بالإضافة ، والمعلوم أن العام يستغرق كل جنسه ، غير أن الصورة هنا منعوتة بصفة (الرسمية) ومشروحة بعبارة (التي يعتمدها الموظف المختص) ، فدل ذلك علي أن الصورة المقصودة هنا هي صورة المستند التي تصدر مذيلة بالصيغة المعهودة التي تفيد قيام الموظف المختص باعتمادها ، بعد مطابقتها للأصل ومع تدوين ما يفيد تلك المطابقة في ذيل صورة المستند ، لا فرق بين أن تكون تلك الصورة مكتوبة بخط الموظف المختص، أو بخط كاتب آخر ، أو كانت صورة شمسية أو صورة من ماكينات التصوير الالكتروني ، أو مستخرجة من جهاز الحاسوب ، فالمهم هو اعتماد الصورة بالنحو المعهود كما ذكرنا آنفاً . ورغم أن النص لم يفرّق بين صور المستندات الرسمية وبين صور المستندات العرفية ، إلا أن العرف القضائي المستقر ، قد تواتر علي أن (اعتماد الموظف المختص) ، لا يكون إلا في المستندات الرسمية - .

وينبغي التنبه إلي أن صدور الصورة بالكيفية الآنفه الذكر ، معتمدة من الموظف المختص ، يدخلها في معني المستند الرسمي ، لصدورها من الموظف المختص المكلف بخدمة عامة والذي يثبت مطابقتها للأصل ويعتمدها وفقاً للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه ، غير أن كونها تدخل في معني (المستند الرسمي) لا يدخلها في معني (أصل المستند) بحالٍ من الأحوال ، بل ولا تأخذ تلك الصورة الرسمية حجية الأصل ، لأنها تصدر غير موقعة من أصحاب الشأن والشهود ، ومن ثمّ فهي لا تنفك عنها صفة كونها (صورة) ، الأمر الذي لا تكتسب معها الحجية ، إلا وفقاً لمقتضيات المادة الآنفه الذكر ، فهي تكون حجة عند وجود أصلها ، بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ، وتعتبر مطابقة للأصل ما لم ينازع الخصم في ذلك . ويقدر القاضي مدي جدية منازعة الخصم في صورة

المستند ، فإن تبين له خلو تلك الصورة من عيوب المحررات ، من كشطٍ أو حشرٍ أو محوٍ أو تعديلٍ ونحوها من صنوف التصنيع ، فيجوز له رفض المنازعة ، وإلا جاز له الأمر بإحضار الأصل ، لإجراء مضاهاة تلك الصورة معه . فإن تعذر وجود الأصل ، فيعتد القاضي بصورة المستند ويسبغ عليها ذات حجية الأصل ، متي كان مظهرها سليماً خالياً من العيوب - .

أما إذا كان المظهر الخارجي لصورة المستند ، يبعث الشك في صحة مطابقتها للأصل ، لوجود شيءٍ مما ذكر من العيوب ، فإن الصورة تفقد حجيتها . وفي كل الأحوال فإن تقدير مدي حجية صورة المستند الرسمي مما يستقل به قاضي الموضوع ، ويمارس سلطته في تقويم دلالتها علي ضوء ملابسات الحال - .

وبشأن صورة الصورة المستخرجة من الصورة الأصلية للمستند الرسمي ، فلم يسبغ عليها الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) سوي حجية أدني من حجية صورة الورقة العرفية ذاتها ؛ إذ جاء في (الوسيط) ما نصه : ((... فالصورة التي يحتج بها ليست إلا صورة لصورة مأخوذة من الصورة الأصلية ، فهي بالنسبة إلي الأصل صورة صورة الصورة ، أي الصورة الثالثة . فإن كانت الصورة الأصلية موجودة وجب استحضارها ، وهي التي تثبت لها حجية الأصل ، علي التفصيل الذي قدمناه ، بل إن الصورة الثالثة لا تتمتع بقرينة مطابقتها للصورة الأصلية ، بخلاف الصورة الثانية ، فإنها تتمتع بقرينة هذه المطابقة ، وبخلاف الصورة الأصلية ، فإنها تتمتع بقرينة مطابقتها للأصل ، وقد تقدم ذكر ذلك . وسواء كانت الصورة الثالثة مطابقة للصورة الثانية ، في حالة وجود هذه ، أو غير مطابقة ، فهذا لا أهمية له ، بل لا فائدة من تحقيق هذه المطابقة . والمهم هو مطابقة الصورة الثالثة للصورة الأصلية إن وجدت هذه . فإن كانت الصورة الأصلية هي أيضاً مفقودة كالأصل ، فإن الصورة الثالثة طبقت الصورة الثانية أو لم تطابق ، لا تكون لها حجية ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف ، باعتبارها مجرد قرينة، فهي إذن لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة))¹ - .

¹ - الوسيط - للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني ص ١٧٠/١٧١ - .

وينبغي هنا أن نشير إلى مسألة ذات أهمية بالغة ، مفادها أنه لا ينبغي الأخذ بما ذكره الدكتور السنهوري باطلاق ، فالتمييز بين حجية الصورتين الأولى والثانية من جهة ، وبينهما وبين الثالثة من جهة أخرى ، لم يعد ذي بال في ظل ما استحدثته (ثورة المعلوماتية) من نظام المعاملات الألكترونية ، التي يتم فيها التصرف القانوني بين الطرفين إلكترونياً من خلال شبكة المعلومات العالمية – الإنترنت - ، رغم تنائي الدار بينهما ، كما يتم التوثيق وتوقيع الأطراف والشهود علي المستند آلياً من خلال الحاسوب والانترنت ، ثم بعدئذ يتم استخراج نسخ عديدة من ذلك المستند بواسطة طابعة حديثة – الليزر مثلاً – التي تفرز نسخاً متطابقة من حيث كل شيء ... بما فيها ألوان الحبر المستخدم في الكلمات مهما تنوعت ... وفي ظل ذلك التطابق المطلق فلا فرق بين النسخة الأولى وبين الثالثة أو الثلاثمائة وأضعافها ، ولا نغالي إن قلنا بإمكان تسميتها جميعها (أصول) – أو نسخاً متطابقة تطابقاً كلياً – بحيث لا مناص من إسباغ ذات حجية الأصل عليها جميعاً ، لا فرق بين أولها الذي تم التوثيق والتوقيع عليه والذي تم حفظه وتأمينه ، - إما في القرص الصلب ، أو في الأقراص المضغوطة أو في كليهما - ، وبين النسخ المستخرجة بطابعة الليزر، مهما تكاثرت - .

أما صور المحررات العرفية ، فقد أغفل المشرع بيان أحكام قبولها ومدى حجيتها ؛ إذ جاء قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م خلواً عنها ، كما تم إغفالها في قانون الإثبات المصري ، والقوانين العربية – بلا خلاف نعلمه - ، غير أن أحكام محكمة النقض المصرية قد تواترت علي عدم قبول صور المحررات العرفية، إلا إذا كان أصلها موجوداً^١ . وفي (الوسيط) للسنهوري :- ((أما صورة الورقة العرفية ، فليست لها في الأصل أية قيمة في الإثبات ، ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة ، فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة ، وهي في الوقت ذاته ليست ورقة رسمية ، حتى تضفي عليها رسميتها شيئاً من الثقة ، ولا قيمة لصورة

^١ - راجع نقض مصري جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨م الطعن رقم ١٤٧ س ٤٠ ق - نقلاً عن (التعليق علي نصوص قانون الإثبات د . أحمد أبو الوفا ص ١٣٥ وراجع نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩ الطعن رقم ٦٦٨ س ٤٦ ق - نقلاً عن (مجموعة المبادئ القانونية – للمستشار أنور طلبية جـ ١ ص ٤٢٦) - .

الورقة العرفية إلا بمقدار ما تهدي إلي الأصل إن كان موجوداً أما إذا كان الأصل غير موجود ، فلا سبيل للاحتجاج بالصورة ، لما قدمناه من أنها لا تحمل التوقيع ، ومن أنها ليست ورقة رسمية ، ولجواز أن تكون الصورة محرّفة ، أو يكون الأصل مزوراً ، فلا يتيسر الاهتداء إلي التزوير بالاختصار علي الصورة ، وهذا صحيح حتى لو كانت الصورة المأخوذة من الأصل صورة فوتوغرافية))¹ .-

ولا نسلم بما ذكره الدكتور السنهوري بشأن حجية الصورة الفوتوغرافية للورقة العرفية ، فالصورة الفوتوغرافية يكون فيها التوقيع ثابتاً علي ذات النحو الذي بأصل الورقة العرفية ، علماً بأن التوقيع هو شرط صحة الورقة العرفية ، ثم إن الصورة الفوتوغرافية للورقة العرفية ، وإن لم تكن ورقة رسمية معتمدة من موظف مختص ، إلا أن التصوير الإلكتروني يعتبر أكثر دقة من موظف ينسخ الصورة بخط يده ، ثم يدوّن عليها بأنها (طبق الأصل) – رغم ما يمكن أن يعترى نسخه من عيوب - ، وبناءً عليه فإننا نري بدلالة الفحوى إمكان قبول الصورة الفوتوغرافية وغيرها من الصور الألكترونية للمحرر العرفي ، وينبغي إسباغ ذات حجية الأصل عليها ، وإن لم يكن الأصل موجوداً ، متي كانت تلك الصورة مأخوذة بنظم التصوير الألكترونية التي تتسم بالدقة المتناهية ، وكانت خالية من التصنيع (الفبركة) . وبلا مرأء فإن تلك الصورة الألكترونية للمحرر العرفي ، أفضل حجية وأكثر بعثاً للثقة وأبعد عن شبهة العمل والتصنيع ، من صورة المحرر العرفي المنسوخة بخط المدين والتي أسبغ عليها الدكتور عبد الرزاق السنهوري – بعض القيمة الإثباتية – استثناءً - ، بحيث أعتبرها بمثابة (مبدأ ثبوت بالكتابة) ؛ لأنها صادرة من المدين وبخطه ، وشريطة أن تستكمل بالبينة أو بالقرائن² .-

والخلاصة أن تشريعاتنا قد جاءت خلواً عن بيان أحكام قبول صور المحررات العرفية وحجيتها – وحسناً فعلت – فذلك يتيح مرونة للقاضي يمارس من خلالها سلطته التقديرية علي ضوء معطيات العصر، وبالنظر إلي ما يحتف

¹ - الوسيط – للدكتور عبد الرزاق السنهوري – المجلد الثاني – ص ٢٤٧/٢٤٦ - .
² - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري – المجلد الثاني – ص ٢٥١/٢٥٠ - .

بالصور مما يبعث فيها الثقة فيعتد بها ، أو ما ينطوي عنها من العيوب التي تبعث الشك في سلامتها فيطرحها - .

الفصل الخامس

سلطة القاضي التقديرية في توجيه الأيمان وتقويمها

نقسم هذا الفصل إلي مباحث ، نوجز في أولها : تعريف اليمين ومشروعيتها ، صيغتها ، شرائطها العامة وتغليظها ، ثم نبين في المباحث التالية أنواعها ومدى سلطة القاضي في تقدير توجيه كل نوع ، وفي تقدير حجيته ، ومدى جواز قبول البينة بعد حلف يمين الإنكار ، وحكم التحليف مع البينة الكاملة - .

المبحث الأول

تعريف اليمين ومشروعيتها وصيغتها وشرائطها العامة وتغليظها

في مطلبين متتالين نبين : تعريف اليمين ومشروعيتها في أولهما ، وصيغتها وشرائطها العامة وتغليظها في ثانيهما ، مشفوعاً بالرأي المختار الذي نري ملاءمته لعملنا القضائي - .

المطلب الأول : تعريف اليمين ومشروعيتها :

اليمين في اللغة : هي القوة ، وأسميت إحدى اليدين يمينا لما فيها من زيادة قوة . قال تعالى : ((□ □ □))¹ - قال ابن عطية في تفسيره (المحرر الوجيز) :- ((وعلي كل وجه فاليمين هنا ... عن القدرة والقوة))² - وقال تعالى : ((رُك ك))³ - قال ابن عطية : ((... اختلف في معناه ، فقال ابن عباس رضي الله عنه : [باليمين] : بالقوة ، ومعناه : لنلنا عقابه بقوة منا ، أو يكون المعني : لنزعا منه قوته -))⁴ - .

¹ - سورة الزمر من الآية ٦٧ - .

² - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز - ابن عطية - ج١٢ ص ٥٦٦ - .

³ - سورة الحاقة الآية ٤٥ - .

⁴ - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز - ابن عطية - ج١٥ ص ٨١ - .

وأسمى العربُ القسم الذي يقوي به الحالف جانبه : (يميناً) ؛ لأن الناس كانوا إذا تحالفوا ، تماسحوا بأيمانهم^١ . فكانت اليمين بهذا الوجه ، من مقاطع الحق ، قال زهير ابن أبي سلمى :-

فإن الحق مقطعه ثلاث * * * يمين أو نفار أو جلاء^٢ .

وفي الإصطلاح فإن اليمين هي : تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى^٣ . ومنها : (اليمين الجلاء ، أو الحلفة الجلاء) ، وهي التي ينجلي بها الحق ، ومنها : (اليمين اللغو) وفيها قوله تعالى : ((أ ب ب ب ب ب))^٤ . وهناك (اليمين الغموس) ، وهي التي تغمس صاحبها في الإثم – وقيل : في النار ؛ لحفه علي أمر ماض – متيقن – متعمداً الكذب ، وهي يمين فاجرة ، وقيل هي تدع الأرض بلاقع ، أي قفراً بلا نبات ولا ماء^٥ .

وتتنوع الأيمان التي توجه في الأقضية ، فهناك (يمين الإنكار) – أي اليمين الرافعة - ، (ويمين القضاء) – أي يمين الاستظهار وهي ذاتها يمين الاستبراء - ، وهناك (يمين التهمة) (واليمين المنقلبة) (واليمين المتممة) (واليمين مع البينة الكاملة) (وأيمان اللعان) (وأيمان القسامة) ، وسوف يلي بيان ما يتصل بدراستنا من هذه الأنواع ، في مواضعها من هذا الفصل – بإذن الله-

مشروعية اليمين وأدلتها :

تدل آيات القرآن الكريم ونصوص السنة النبوية والإجماع علي مشروعية اليمين . ففي القرآن الكريم ، قال تعالى : ((كذَّوْ وُ وُ وُ وُ وُ وُ))^٦ . وقال تعالى : ((أ ب ب ب ب ب ب ب ب ب))^٧ . وقال تعالى : ((أ ب ب ب ب ب))^٨ .

١- القاموس المحيط – للفيروز آبادي – باب النون فصل الياء - .
٢- النفار هو التحاكم – أو التحكيم – راجع القاموس المحيط باب الراء فصل النون . والجلاء هو ما ينجلي به الحق من البيئات .
٣- راجع التعريفات للجرجاني ص ٣٣١ والتعريفات الفقهية / محمد عميم الإحسان ص ٢٤٤ .
٤- سورة البقرة من الآية ٢٢٥ - .
٥- راجع طلبية الطلبة للإمام النسفي ص ١٦٨ والتعريفات الفقهية / محمد عميم الإحسان ص ٢٤٥ وطرق الإثبات للشيخ أحمد إبراهيم ص ٥٧٨ - .
٦- سورة المائدة من الآية ٨٩ - .
٧- سورة البقرة من الآية ٢٢٥ - .
٨- سورة النحل من الآية ٩٤ - .

وصفات الذات مثل (رب العالمين) (عظمة الله - وعزته - وكبريائه) ، أما صفات الفعل فمنها كلام الله سبحانه وتعالى ، فكل ذلك يجوز الحلف - أو التحليف به - لدي جمهور فقهاء المسلمين ، ففي (الهداية) للمرغيناني :- ((اليمين بالله تعالى ، أو باسم آخر من أسماء الله تعالى ، كالرحمن والرحيم ، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً ، كعزة الله وجلاله وكبريائه ؛ لأن الحلف بها متعارف))^١ . ويقول (ابن نجيم) : ((قال عامة مشايخنا : من حلف بصفة من صفات الله تعالى ، صفة ذات أو صفة فعل ، ينظر إن تعارف الناس الحلف به ، يكون يميناً ، وإلا فلا ؛ لأن صفات الله في الحرمة كذاته تعالى ، فإنها ليست بأغيار الله ، بل صفات الله تعالى))^٢ .

ومناطق اختلاف الفقهاء في مدي مشروعية الحلف بصفات الله وأفعاله ، هو ورود الحديث الأنف ذكره بصيغة أمره (فليحلف بالله أو ليصمت) ، وقد ردّ (ابن رشد) زعم قصر الحديث علي الحلف باسم الله دون صفاته قائلاً : ((وأما من منع الحلف بصفات الله وأفعاله فضعيف ، وسبب اختلافهم هو : هل يقتصر بالحديث علي ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط ، أو يعدّي إلي الصفات والأفعال - لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جمود كثير ، وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر ، وإن كان مروياً في المذهب . حكاه اللخمي عن محمد بن المواز -))^٣ .

ب/ في الشرائط العامة لليمين :-

نعني هنا بالشرائط العامة لليمين التي تقطع بها الحقوق ، وتأتي دراسة الشرائط الخاصة بكل نوع من أنواعها في موضعه ، عند عرض سلطة القاضي التقديرية في تلك الأنواع - ، ويشترط في اليمين القاطعة للحقوق عامة ما يلي :-

أولاً : وجوب توفر التكليف والقصد في الحالف ؛ إذ لا تنعقد اليمين من الصغير أو المجنون أو فاقد الإدراك عامة ، لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال :

^١ - الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ج٢ ص ٧٣ وراجع المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١٨ .
^٢ - البحر الرائق لابن نجيم ج٤ ص ٣٠٦ وراجع الحاوي الكبير للماوردي ج١٥ ص ٢٥٦/٢٥٧/٢٦٠/٢٦١ ، والمغني لابن قدامة ج١ ص ٤٥٤ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣٢ .
^٣ - بداية المجتهد - لابن رشد - ج١ ص ٤٠٨ .

((رفع القلم عن ثلاث : عن المجنون المغلوب علي أمره حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم -))^١ - .

ثانياً : يجب في الحالف توفر القصد – بعنصريه : الإرادة والعلم - ؛ إذ لا تتعقد اليمين مع انتفائهما ، أو انتفاء أحدهما ، فأما الإرادة فلما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم : ((إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))^٢ - ، ولما روي عنه صلي الله عليه وسلم : ((ليس علي مقهور يمين))^٣ - . وأما العلم ، فلأن القصد لا يلتزم من غير تحققه - .

ثالثاً : أن يكون الحالف أصيلاً ، فالنيابة تجري في الاستحلاف لا في الحلف . وقد نصت المادة (١٧٤٥) من (مجلة الأحكام العدلية) علي أنه :- ((تجري النيابة في التحليف ، ولكن لا تجري في اليمين ، فلوكلاء الدعاوي أن يحلفوا الخصم)) ، وذلك إذا فوضهم الموكلون بذلك ، وإلا فلا ، ولا يجوز للوكيل أن ينوب عن موكله في الحلف^٤ - .

رابعاً : أن يكون الحلف علي البتات في فعل النفس وبعدم العلم في فعل الغير^٥ - . خامساً : أن يكون الحلف بطلب الخصم وبحضرتة . فأما الطلب فلما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم : ((لك يمينه))^٦ - . وأما وجوب حضور طالب اليمين ، فالحكمة فيها مراعاة الجانب النفسي من وجوده ، وتحقيقاً لحق الخصم في ردّ اليمين- ؛ واشتراط طلب الخصم وحضوره يختصان بيمين الإنكار^٧ - .

سادساً : أن يكون التصرف محل التحليف متعلقاً بالدعوى منتجاً فيها ، بأن تكون اليمين منصبه علي السبب أو علي الحاصل – أي في مقطع النزاع - ، فالسبب من قبيل حدوث التصرف أو عدمه ، والحاصل من قبيل بقائه أو انقضائه . وقد نصت

¹ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا ورواه ابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق باب طلاق الصغير والنائم وراجع نصب الراية للزيلعي ج٤ ص ١٦١ - .

² - سبق تخريجه في صفحة ٣٠٨ من هذه الدراسة - .

³ - رواه الدار قطني في سننه في كتاب النذور وقال أحد رجاله ضعيف (أي عنيسة) وراجع نصب الراية ج٣ ص ٢٩٤ - .

⁴ - راجع المغني لابن قدامه ج٤ ص ٢٣٣ - .

⁵ - راجع المغني لابن قدامه ج٤ ص ١٤٤ و٢٢٨ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣٤ - .

⁶ - صحيح مسلم في كتاب الأيمان باب (وعيد من أقنطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبيانات باب (الرجلين يتنازعان المال وما يتنازعان في يد أحدهما) والدار قطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام - .

⁷ - راجع الميسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٦١ والحاوي الكبير للموردي ج١٦ ص ٣١٤ والمغني لابن قدامه ج٤ ص ١٤٤ و٢٢١ وشرح مجلة الأحكام العدلية – سليم رستم ص ١٠٩٩ – وما بعدها - .

المادة (٣/٥٦) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤ م علي وجوب منع توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت غير متعلقة بالنزاع أو غير منتجة فيه .

سابعاً : أن تكون اليمين أمام القضاء ، فلا تجزئ اليمين أو النكول خارج مجلس القضاء.

ثامناً : أن يكون التحليف في دعوى صحيحة ، متعلقة بحقوق العباد ؛ إذ لا يجوز التحليف في دعوى غير صحيحة ، كالدعوى بالمجهول فهي غير جائزة في الأصل، ولا تحتل الثبوت . وكذا الدعوى بالمستحيل عقلاً أو عادة ، كما لا يجوز التحليف في حقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة ، كحد الزنا والخمر والقطع . وقد اختلف الفقهاء في حكم التحليف في القصاص وحدّ القذف والنكاح والطلاق والرجعة والنسب والولاء ، فذهب أبو حنيفة ومالك والإمام أحمد في قول إلي منع التحليف فيها ؛ لأنها مما لا يجوز فيها القضاء بالنكول ولا تحتل البذل . وذهب الصحابان أبو يوسف ومحمد إلي جواز التحليف فيها ، لجواز القضاء فيها بالإقرار ، فالنكول عندهما قائم مقام الإقرار^١ ، غير أنهما يوجبان بها الدية في النفس ، أو الأرش في الجراح ، ولا يوجبان بها القصاص ؛ لأنه يدرأ بالشبهات . وقد أخذ القضاء السوداني برأي الصحابين ، وبأن دلالة اليمين لا ترقى إلي مستوي البينة التي توجب الحد - أو القصاص - ولكنها تكفي لإيجاب التعويض المالي ، بحيث يعوض من وقع عليه الضرر علي ماله من المتهم الذي يأبى أداء اليمين^٢ .

تاسعاً : ألا يكون طالب اليمين متعسفاً في طلبه . ويتحقق التعسف بوجوه منها تجزئة مفردات الدعوى وطلب يمين الخصم علي كل مفردة منها ، ففي (الحاوي الكبير) للماوردي :- ((فلو كانت الدعوى تشتمل علي أنواع فأراد المدعي أن يحلفه علي أحدها ويتوقف عن إحلافه فيما عداه جاز ، وإن أراد أن يحلفه علي كل نوع منها يميناً ، نظر : فإن فرقها في الدعوى ، جاز أن تفرّق في الأيمان ، وإن

^١ - راجع المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١٧ وبدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص ٣٩٣٦ والبنية في شرح الهداية للعيني ج٧ ص ٤١٣ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٣٦ ٢٣٧ - .

^٢ - راجع قضية (حكومة السودان / ضد / علي محمد عمسيب وآخرين) (١٩٨٣ م) مجلة الأحكام القضائية ص ١٤٦ - ، وقد نصت المادة (٤/د) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((لا توجه اليمين إلا في الجرائم غير الحديدية التي يتعلق بها حق خاص للغير)) .

جمعها في الدعوى ، لم يجز أن تفرق في الأيمان))^١ . وقد نصت المادة (٣/٥٦) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي منع توجيه اليمين ، إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها .

ج/ سلطة القاضي التقديرية في تغليظ اليمين :-

جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الصحيح والإمامية وفقهاء الزيدية في الراجح من مذهبهم ، يجيزون تغليظ اليمين باللفظ^٢ . وليست ثمة صيغة معينة للتغليظ ؛ إذ يتحقق التغليظ بزيادة ألفاظ من أسماء الله سبحانه وتعالى وصفاته ، ففي (المبسوط) للسرخسي : ((وإن شاء غلظ بذكر الصفات ، والأصل فيه حديث أبي هريرة رضي الله عنه : أن الذي حلف بين يدي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال : (والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب) ... ولم ينكر عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فعرفنا أن تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن))^٣ .

ويذهب بعض الحنابلة – فيما رجحه بعض محققي المذهب – والظاهرية إلي عدم جواز تغليظ اليمين باللفظ^٤ - ، مستدلين بحديث النبي صلي الله عليه وسلم : ((من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت))^٥ ، واقتصاراً بما ورد به القرآن الكريم . قال (ابن قدامه) : ((... ولنا قول الله تعالى : (فأخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان ، فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) ، ولم يذكر مكاناً ولا زماناً ولا زيادةً في اللفظ . واستحلف النبي صلي الله عليه وسلم ، ركناً في الطلاق ، فقال : ((الله ما أردت إلا واحدة) ؟ قال : (الله ما أردت إلا واحدة) . ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ ...))^٦ .

^١ - الحاوي الكبير للماردي ج١٦ ص ٣١٦ وأضاف : (ولو اشترك في الدعوى اثنان فأنكرهما وجب أن يحلف لكل واحد منهما يميناً ، ولا يجمع بينهما في اليمين الواحدة ؛ لأن كل واحد منهما مستحق ليمين في حقه ، فلم يجز أن تتبعض يمينه في حقهما) وراجع منهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقضي ج٩ ص ٣٦ .

^٢ - راجع المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١٨ وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٧ ص ١٨٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٥٧ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٥٣ والمغني لابن قدامه ج٤ ص ١٤٤/٢٢٢ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ٨٧ والنهائية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٤٧ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٥ ص ٦٢٩ .

^٣ - المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١٨ .

^٤ - راجع المغني لابن قدامه ج٤ ص ١٤٤ والمطلي لابن حزم ج٩ ص ٣٩١ .

^٥ - سبق تخريجه في ص ٤٣٩ من هذه الدراسة .

^٦ - المغني لابن قدامه ج٤ ص ٢٢٦ .

أما التغليظ بالمكان أو الزمان فقد اختلف فيهما الفقهاء ، فذهب المالكية والشافعية والإمام أحمد في قول وبعض فقهاء الحنابلة – كأبي الخطاب والخرقي – والزيدية في الراجح إلي جوازهما^١ . ويستدلون علي جواز التغليظ بالزمان بقوله تعالى : ((كُنْ تَنْتَظِرًا لِمَا يَكُونُ لَكَ))^٢ .

ووجه الدلالة في الآية الكريمة : صراحة النص علي تحري زمان معلوم لأداء اليمين ، فجاز التغليظ بالزمان ، وقيل هذا يختص بحق غير المسلم^٣ . وتستدل هذه الطائفة علي جواز التغليظ بالمكان ، بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم ، أنه قال : ((لا يحلف أحد عند منبري هذا ، علي يمين آثمة ، ولو علي سواك أخضر ، إلا تنبأ مقعده من النار ، أو وجبت له النار))^٤ ، ومما تستدل به هذه الطائفة علي الجواز ما ساقه (الحافظ ابن حجر العسقلاني) ، في معرض شرحه لحديث الحضرمي والكندي قائلًا : ((ووجه الدلالة أنه صلي الله عليه وسلم قال للطالب : (ألك بينة) ؟ ولم يقل له : (قرب بينتك) ، وفيه إشارة إلي أن لليمين مكانًا يختص به ، لقوله في بعض طرقه : (فانطلق ليحلف) ، وقد عهد في عهده صلي الله عليه وسلم الحلف عند منبره ، وبذلك احتج الخطابي فقال : (كانت المحاكمة والنبي صلي الله عليه وسلم في المسجد ، فانطلق المطلوب ليحلف) ، فلم يكن انطلاقه إلا إلي المنبر ؛ لأنه كان في المسجد ، فلا بدّ أن يكون انطلاقه إلي موضع أخص منه))^٥ .

ويتحقق التغليظ بالمكان بالتحليف في أشرف البقاع ، بين الركن والمقام بمكة ، وعند منبره صلي الله عليه وسلم بالمدينة ، وفي الجوامع عند المنبر في سائر البلدان^٦ . كما يتحقق التغليظ بالزمان ، بالتحليف بعد العصر ، للآية التي سبق لنا التذليل بها ؛ إذ قيل الصلاة فيها هي صلاة العصر . قال الحافظ (ابن كثير) في

^١ - راجع البيهجة في شرح التحفة للتسولي ج١ ص ١٥٠ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٥٨ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٥٤ - ٢٥٦ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٤ والبحر الزخار ج٥ ص ٦٣١ .

^٢ - سورة المائدة من الآية ١٠٦ .

^٣ - راجع المغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٢٦ .

^٤ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الأيمان باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبر النبي صلي الله عليه وسلم .

^٥ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - للحافظ ابن حجر العسقلاني ج١١ ص ٦٣٧ .

^٦ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج٦ ص ١٥٨ والبيهجة في شرح التحفة للتسولي ج١ ص ١٥٠ وأدب القضاء للحموي ص ٢٥٤ .

قوله تعالى (كُرْسِيٌّ) ((... يعني صلاة العصر ... وقال الزهري : يعني صلاة المسلمين ، وقال السدي عن ابن عباس : يعني صلاة أهل دينهما-))^١ . وقال جمهور العلماء : أن الصلاة هنا هي صلاة العصر^٢ .

وذهب فقهاء الحنفية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية والظاهرية إلي منع تغليظ اليمين بالمكان أو الزمان^٣ ، مستدلين علي المنع بأن التغليظ بالمكان أو الزمان ، زيادة علي النص ، وتعديل النسخ ، وفيه حرج علي القاضي ، حيث يكلف حضورها مدفوعاً ، ولا وجه للاستدلال بأية المائدة الأنف ذكرها ، لمجيئها في حق غير المسلمين ، في الوصية في السفر ، كما لا يستقيم الاستدلال في هذا المقام بحديث الحلف بيمين آثمة علي منبره صلي الله عليه وسلم ، إذ ليس فيه دليل علي مشروعية تغليظ اليمين بالمكان ، وإنما فيه تغليظ الإثم علي الحالف عند منبره صلي الله عليه وسلم – حال حلفه آثماً – ، ولا يلزم منه الجواز^٤ .

نصاب المال الذي يكون فيه التغليظ :-

يذهب مجيزو تغليظ اليمين إلي أن التغليظ يصار إليه فيما عظم شأنه ، ففي المال يصار إلي التغليظ ، فيما يبلغ نصاب الزكاة ، قال التاودي :- في (عشرين مثقالاً أو قيمتها من الورق)^٥ ، وفي (أدب القضاء) لابن أبي الدم الحموي :- ((... إذا كان المال أقل من نصاب الزكاة فلا تغليظ في اليمين عندنا ، وإذا بلغت نصاباً فما زاد غلظت اليمين ...))^٦ . غير أن هناك تفاوت بين مذاهب المجيزين،

١- تفسير القرآن العظيم – للحافظ ابن كثير ج٢ ص ١٠٥ - .
٢- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز – لابن عطية – ج٥ ص ٨٥ - .
٣- راجع المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١٩ وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٧ ص ١٨٥ والمغني لابن قدامة ج١٤ ص ٢٢٢ / ٢٢٣ و البحر الزخار لابن المرتضى ج٥ ص ٦٣٠ والمطلي لابن حزم ج٩ ص ٣٩١ - .
٤- راجع المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١١٩ والمغني لابن قدامة ج١٤ ص ٢٢٦ / ٢٢٧ - .
٥- حلي المعاصم – للتاودي – مطبوع مع البهجة للتسولي – ج١ ص ١٥٠ - .
٦- أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٥٢ - .

في مقدار نصاب التغليظ ، والجامع بينها عدم المصير إلي التغليظ فيما كان شأنه حقيراً^١ ، ونقل عن ابن جرير أنه تغلظ في القليل والكثير^٢ .

الرأي المختار ، وتقويم بعض الممارسات القضائية المعاصرة :-

نرجح أن يترك للقاضي تقدير المصير إلي تغليظ اليمين – أو عدم تغليظها – علي ضوء حال الحالف والمحلوف عليه ، فإن كان من وجهة إليه اليمين من أهل الثقة والعدالة والورع – والهيئة – ، فلا يصار إلي التغليظ ، وإن كان المحلوف عليه غير ذي شأن أو كان مالاً تافهاً فليس ثمة مدعاة إلي التغليظ . قال (ابن المرتضي) : ((الأقرب أنه [أي التغليظ] موضع اجتهاد ، يوكل إلي نظر الحاكم [القاضي] ، واستحسانه جنساً وقدرًا))^٣ . وعلي القاضي ممارسة سلطته التقديرية في المصير إلي التغليظ ، ملتزماً ضابط المشروعية ، فالمقام مما تزل فيه الأقدام عن صحيح العقيدة .

ولتمام الفائدة نعني هنا بعرض وتأصيل وتقويم بعض صور الممارسة القضائية – بالسودان – والمتصلة بمحل الدراسة في هذا البند .

أولاً : تأصيل وتقويم الممارسة القضائية بالتغليظ بالتحليف علي المصحف الشريف :

تواتر العمل القضائي بالسودان علي التحليف بالمصحف الشريف ، وذلك وإن منعه فقهاء المالكية والحنابلة بدعوى أنه بدعة ، وأنه لم يرد به أمر من الرسول صلي الله عليه وسلم ولا عن أحدٍ من أصحابه^٤ ، إلا أنه قد أجازهُ فقهاء الشافعية والإباضية ، ففي (أدب القضاء) : ((ومما تغلظ به اليمين ، التحليف بالمصحف ،

^١ - راجع البهجة في شرح التحفة للتسولي ج١ ص ١٥٠ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٥٣ والمجموع شرح المهذب للنووي ج١٨ ص ٤٥٢ وتهذيب الأحكام للطوسي ج٨ ص ٢٥٧ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٥ ص ٣٦٠ / ٣٦١ .

^٢ - نقله عنه (ابن قدامه) في المغني ج٤ ص ٢٢٥ .

^٣ - البحر الزخار لابن المرتضي ج٥ ص ٦٣٠ .

^٤ - راجع تنصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٦٠ والمغني لابن قدامه ج٤ ص ٢٢٨ .

قال الشافعي رضي الله عنه : كان ((ابن الزبير)) يستحلف به ، ورأيت مطرفاً قاضي صنعاء يستحلف به ، وهو حسن ، وقال الماوردي : هو جائز وليس بمستحب -))^١ ، فيتبين أن التغليظ بالتحليف علي المصحف دائر بين الإباحة والندب لدي فقهاء الشافعية . أما فقهاء الإباضية فقد أباحوه ، ففي (الإيضاح في الأحكام) : ((... قلت فيمن طلب إلي الحاكم أن يحلف له خصمه بالمصحف ... يحلفه الحاكم وهو واضع يده (اليمنى) عليها حتى يفرغ من اليمين ...))^٢ .

وسواء كان التحليف بالله - واضعاً يده علي المصحف ، أو برب المصحف، أو بذات المصحف - وهو كلام الله المشمول بين دفتيه - ففي كل ذلك فلا نري حرجاً ، ونحسب أن حجج المانعين لا تروج في عروض المناقشة ؛ إذ أن عدم ورود ذلك عن أحدٍ من الصحابة ، يدفعه المأثور عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه ، فضلاً عن أنه يدخل في باب التحليف بصفات أفعاله سبحانه وتعالى ، ومن قال بأن ما أحدثه الناس في زماننا يقتضيه ، فما جانب الصواب قيد أنملة - .

ثانياً: صيغة تحليف أهل الكتاب - وغير المسلمين عامة- وتقويم الممارسة القضائية:-
الأصل في تحليف أهل الكتاب ، أن يحلف النصراني (بالله الذي أنزل الإنجيل علي عيسي) ويحلف اليهودي (بالله الذي أنزل التوراة علي موسي) ، والمجوسي (بالله الذي خلق النار - أو - بالله خالق كل شيء) ، والوثني اللاديني يحلف (بالله) وإن حلف (بالله الذي خلق معبودهم) جاز ؛ لأن أهل الأوثان يعتقدون أنهم يتقربون بها إلي الله زلفى ، غير أنه لا يصار في حقهم إلي التغليظ بالمكان ، سداً لذريعة تعظيمها ، وقيل : يغلظ عليهم بتحليفهم حيث يعظمونها من الأمكنة والأيام^٣ - . ومما لا نحمده في عمل محاكمنا ، أنها تشير إلي أهل الكتاب ليحلفوا بكتبهم المقدسة وعليها ، وقد يتجاوز بعض القضاة ذلك ، إلي التحليف بالله الذي أنزل (هذا الإنجيل) ، مشيراً إلي الكتاب المقدس الموضوع علي منصة القاضي ، ولعمري فذاك له خطره ؛ لعلمنا أن تلك الكتب قد حرّفت ، فضلاً عن أنها

^١ - أدب القضاء لابن ابي الدم الحموي ص ٢٥٦ وراجع الأم للشافعي ج٦ ص ٢٧٩ وروضة الطالبين للنووي ج١٢ ص ٣١ والمجموع شرح المهذب ج١٨ ص ٤٥٣ - .

^٢ - الإيضاح في الأحكام - لأبي زكريا يحيى بن سعيد ج٢ ص ٨٢ - .

^٣ - راجع حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٥٥٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٥٨ / ١٥٩ - .

لأنه حكم مبني علي نكول عن يمين غير واجبة^١ - . وكأني بهم أرادوا التخفيف من وطأة الشعور بالحرج ، جراء ما أجازوه من (التحليف بالطلاق) في مقطع الحق . والراجح عندي : أن ينأى القضاة بأنفسهم عن التحليف بالطلاق – فهو يصادم النص الصريح - ، والمستحب أن ينأى الخصوم أيضاً عن الولوج إلي هذا النوع من التحليف ، أو الحلف ، وأن يعدّ النكول عنه من قبيل الاستعصام عن الإثم ، والنفور من البدعة المحرّمة ، ويلزم عدم ترتيب أي أثر قضائي علي النكول ؛ إذ لا تسليم لإباحة محرّم من غير دليل ناسخ ، بل بمجرد افتراضات عامة وهمية - .

رابعاً : تقويم الممارسة القضائية في تغليظ اليمين بالتحليف علي الأضرحة :-

إن من لوازم الاعتقاد بوحدانية الله سبحانه وتعالى ، ذاتاً وصفةً وفعلاً ، ومن لوازم إفراده سبحانه وتعالى بالعبادة والتعظيم ، عدم الإشراك به ، فلا تقرب لغيره بعبادةٍ أو بتعظيمٍ من صنو ما يجب إفراده لله سبحانه وتعالى ، ولو كان عنوان ذلك التقرب – أو التعظيم – تحت مسمى التقرب به (إلي الله زلفى) ؛ إذ لا قبول إلا للدين الخالص (ذُذُّذُّذُّ)^٢ - ، بلا شريك مع الله ولا نِدِّ ولا عديل . لقد كان أول مدارج الانحراف العقدي الذي أفضي إلي عبادة الوثن تحت شعار (ككك كك كك كك)^٣ - ، ومن بعد كان تردّيهم في مهاوي الضلال والشرك والكفر وعبادة الطاغوت ... فوجب سدّ ذرائع فساد العقيدة بإحكامٍ خالص ، لا يذر خرقاً يستعصي علي الراتق ، وتتكاثر صنوف فساد العقيدة وذرائعها الواجب سدّها ، ونعني منها بما يتصل بدراستنا ؛ إذ يدخل في إطارها تلك الممارسة القضائية ، المتمثلة في (السعي إلي الأضرحة) التماساً لتغليظ اليمين علي قبور الأولياء والصالحين ، فذاك لعمرى منزلق عن صحيح العقيدة بلا مرأى ، وقد أحسن فضيلة قاضي قضاة السودان حين أصدر (المذكرة القضائية رقم ٢ بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٠٣ م) ، حيث إنترزم مبدأ مشروعية ما يتم به تغليظ اليمين ، فمنع التحليف علي أضرحة الأولياء ، رغم التماس بعض النفر إجازة ذلك للمحاكم ، بدعوى الضرورة وفساد الزمان . ولفضيلة

^١ - راجع نتائج الأفكار لقاضي زادة - مطبوع مع فتح القدير - ج٧ ص ١٨٤ والأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢٤٩ - .

^٢ - سورة الزمر من الآية ٣ - .

^٣ - سورة الزمر من الآية ٣ - .

قاضي القضاة - بإذن الله - أجر ثباته علي تلك الشعبة من شعب التوحيد ، وأجر من عمل بمذكرته القضائية إلي يوم القيامة ؛ إذ لا مرأ أنها سدّت ذريعة من ذرائع فساد العقيدة ، غير أنه مما يبعث الحسرة في النفس ، أن صدر بعدنذ (المنشور القضائي رقم ٣ لسنة ١٩٦١م في ٢٣ / ٤ / ١٩٦١م) ، بما نصه : ((... وصلت استفسارات كثيرة من بعض القضاة عن الحلف علي الأضرحة الأولياء التي تطالب بعض المحاكم المحلية بتطبيقه في بعض القضايا ، حينما يطلب أحد طرفي الخصومة ذلك . ولما كان العمل في المحاكم الشرعية طبقاً للمذكرة الشرعية نمرة ٢ الصادرة بتاريخ ١٤ / ١١ / ١٩٠٣م ، وحيث إن الحلف علي الأضرحة ممنوع بمقتضى هذه المذكرة ، ولما كنا حريصين علي أن لا تخرج المحاكم المحلية عن القاعدة المعمول بها في بقية المحاكم ، فقد استشرت حضرة صاحب الفضيلة قاضي قضاة السودان ، الذي ردّ علي استشارتي بأن مذهب مالك يجيز تغليظ اليمين (بالله) علي الأضرحة . وقد رأي حضرة صاحب السعادة رئيس القضاء بعد ذلك أنه لا يجوز لأي محكمة أهلية أن تحلف اليمين علي الأضرحة ، وإذا عرضت عليها قضية ، ورأت أن ذلك ضروري فعليها أن تكتب بذلك للقاضي المقيم الذي بدوره إذا اقتنع من إجراء الحلف بالضريح ، يكتب لقاضي الدائرة طالباً تصديقه علي ذلك ، ومتي صدق قاضي الدائرة علي إجراء الحلف ، فيجب أن تفهم المحكمة الشاكي بأن تكون صيغته شرعية ، بأن يحلف في داخل الضريح (بالله العظيم) ، ولا مانع من وضع يده علي الكتاب حسب المعتاد ، ولكن الحلف يجب أن يكون بالله ، لا بالولي أو الشيخ الذي ينام في ضريحه-)) - أه - .

ونعيب علي هذا المنشور القضائي تفريطه - بدعوى الضرورة - في عقيدة (التوحيد الخالص) الذي يجب ألا يخالطها مثقال ذرة من الشرك ، ونحسب أنه لو تبع فقهاء هذه الأمة المسلمة دعاوى الضرورة وفساد الزمان وأهواء العامة ، فترخصوا لها العزائم ، بدلاً من إصلاح القوم بالعزائم ، فيومئذ يجترئ إبليس وجنده في إغواء الأمة ، حتى يغدو مصيرها صنو أولئك الذين زين لهم الشيطان أعمالهم ،

فأصلهم عن السبيل . إننا لا ننكر إعمال مبدأ الضرورة - وفقاً لمقتضياتها وقواعدها - وإنما ننكر جعلها مطية تنقض بها عري الإسلام عروة عروة - .

وبعد صدور المنشور المذكور ، جاءت محكمة استئناف الإقليم الشمالي ، لتصدر حكمها بناءً عليه في قضية (حكومة السودان /ضد/ علي محمد عمسيب (وآخرين)¹ ، حيث كان الطعن منصباً علي إجراء من إجراءات الإثبات ، وهو (طلب الشاكي يمين المتهمين شريطة أن يتم تحليفهم في ضريح الشيخ حسن ود حسونة) فاستجابت محكمة الموضوع لطلب الشاكي وأصدرت قرارها بأن يؤدي المتهمون اليمين في ٢٢/٧/١٩٨٣م في ضريح الشيخ حسن ود حسونة . فطعن المتهم المذكور (علي محمد عمسيب) علي قرار محكمة الموضوع لدى القاضي المقيم بشندي فأصدر حكمه في ٢٧/٧/١٩٨٣م بإلغاء قرار محكمة الموضوع القاضي بالتحليف علي الضريح ، مسبباً حكمه بما نصه : (حيث إن الحلف شرعاً وقانوناً بالله الأحد الفرد الصمد ، وأن الحديث واضح أن من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت ، فلا شرع بعد شرع الله)^٢ ، عندئذ تقدم الشاكي (عبد الله أبو زيد) طاعناً لدي محكمة استئناف الإقليم الشمالي ، ناعياً علي الحكم المطعون فيه عدم إعماله للمنشور القضائي رقم ٧٠ الصادر من السيد / رئيس القضاء والذي يجيز أداء القسم علي أضرحة الأولياء ، فأصدرت محكمة استئناف الإقليم الشمالي حكمها في ١٢/٩/١٩٨٣م بما يلي :-

١- إلغاء الحكم الاستئنافي الصادر من محكمة القاضي المقيم بشندي تحت نمرة أس ج /٧٥/١٩٨٣م - .

٢- تأييد الحكم الابتدائي الصادر من محكمة مجلس قضاة ود حامد تحت رقم /إيجازي / ٢٢/١٩٨٣م والقاضي بإلزام المتهمين بأداء اليمين بالله علي المصحف ولكن في ضريح الشيخ حسن ود حسونة - .

٣- توجيه محكمة مجلس القضاة بإرسال أحد أعضائها مع المتهمين لحضور أداء اليمين علي الوجه الشرعي المذكور - .

¹ - (١٩٨٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية - ص ١٤٣ - .
² - حيثيات حكم القاضي المقيم مأخوذة من ثنايا أسباب حكم محكمة استئناف الإقليم الشمالي - المذكور - .

، ولئن كان شد الرحال لغير ثلاثة مساجد قد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم ، فإنه بقياس الأولي يكون شدّ الرحال إلي القبور للتبرك أو التعظيم أو لتحليف اليمين عليها منهيّاً عنه - ، ولو كان ذلك إلى قبور الأولياء والصالحين - .

وقد افتقد الحكم المذكور قويم النظر في أحكام الفروع الفقهية ، حين خالف قواعد المذهب المالكي ؛ إذ أشار الحكم إلي ما ساقه (التسولي في مصنفه - البيهجة في شرح التحفة) ؛ إذ جاء فيه ما نصه :- ((قلت وقولهم : إن طلب رب الحق أن يحلفه بمسجد غير الجامع ، لكونهم يعظمونه ، أو أن يحلفه علي المصحف أو سورة براءة ، أو (قد سمع) أو أضرحة المشايخ : أجيب ، وكذا بالطلاق ، حيث كان لا يرجع عن الباطل إلا بذلك))¹ . ويتمثل افتقاد قويم النظر ، في أعمال هذا النص في أنه أعمال يخالف قواعد المذهب المالكي فيما يقضي به من فروع المذهب ، ففي مواطن الخلاف يقضي بما قوي دليله ، لا بما كثر قائله ، فإن لم يكن القاضي عارفاً بالراجح بدليله ، فيلزم أن يفزعَ - أي يلجأ إلي سؤال أهل الذكر - ، وليس له التشهي والحكم بما شاء من القولين من غير نظر في الترجيح ، ثم إن العمل بالمرجوح في مقابلة الراجح كالعدم - وهو خلاف الإجماع². كذا المذهب المالكي-. ونأسى علي حال القضاة الذين لا يميزون بين الراجح والمرجوح ، ولا يتزودون بقواعد المذاهب وأصولها - .

أما افتقاد الحكم الاستنفاي محل المناقشة - ومن قبله حكم القاضي المقيم - لأصول التقاضي ، فيتمثل في أن القرار موضوع الطعن ، لم يكن حكماً قابلاً للاستئناف أصلاً ، فهو لا يعدو عن كونه قراراً في إجراءات الإثبات ، ويدخل في معنى الأحكام التمهيدية التي لا تقبل الطعن إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع ، فهو ليس حكماً منهيّاً للخصومة ، ولا أمراً قابلاً للتنفيذ الفوري - الجبري - ولا كان أمراً مقيداً للحرية ، أو شأناً يتعلق بالاختصاص ، أو بوقف الدعوى أو تعليقها ، ولا نص القانون علي استئنائه، وإنما كان مجرد إجراء من إجراءات الإثبات الصادرة أثناء السير في الدعوى لاستقصاء حقيقتها ، وكان من الممكن أن ينكل

¹ - البيهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ١٥٠ - .

² - راجع تنصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٩/٥٨ - .

المتهمون عن الحلف بذلك الوجه المعيب، فتصدر محكمة الموضوع حكمها بناءً علي النكول ، ثم بعدئذ يكون الطعن فيه سائغاً . علماً بأن النكول عن مثل تلك اليمين لا يرتب أثراً علي الناكل ، حتى في ظل المنشور المتوكأ عليه ؛ إذ ليس من شأن المنشور تقويم أدلة الإثبات ، فضلاً عن أنه (لا طاعة لمنشور في معصية الخالق) - .

وعوداً إلي مبتدأ (الرأي المختار) ، فإن تغليظ اليمين - أو عدمه - مما يقدره القاضي ، ملتزماً مبدأ المشروعية ، وعلي ضوء حال الحالف والمحلوف عليه، بل وعلي ضوء الزمان وأحوال الناس وأعرافهم - . ولئن رأي القاضي أن التغليظ ادعي للإرهاب وبعث الخشية وفقاً لظروف دعوى معينة ولحال أطرافها ، فقد يري أن الاقتصار علي التحليف (بالله) ، ادعي للإهلاك والاقتصاص في دعوى أخري ، من منطلق أن اليمين إنما جعلت للإرهاب أو الإهلاك ، ولكل عدته وأدواته ، فإن أعدّ عدتهما ، فالرغبة تبعث إلي النكول وثبوت حق الخصم ، فإن حلف المطلوب أثماً كان إهلاك النفس أقرب - ولعله كان أوجب - . ومن قبيل نوازل الإهلاك ما روي عن الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهما ، أنه ردّ يميناً علي رجل كان ادعي عليه دعوى كاذبة ، فلما قام الرجل يحلف قال له: (اقتصر علي قولك - والله -) ، ففعل الرجل ، فما استتم يمينه حتى سقط ميتاً ، فقيل له في ذلك . فقال : خشيت أن يمجّد الله تعالى ، فيحلم عنه ¹ - . وبحق فإن الحلف بالله ، تعظيم له ، وإضافة بعض صفاته إليه ، أمعن في التعظيم ، وقد يفضي ذلك إلي نيل عطفه سبحانه وتعالى وحلمه علي الحالف - المعظم له - فلا يكون التعظيم موجباً للإهلاك ، ومن قبيله ما روي أن رجلاً حلف علي شيء فقال : (والله الذي لا إله إلا هو ما فعلت كذا) ، فقال النبي صلي الله عليه وسلم : ((أما إنه كذب ولكن عُفِرَ له بتوحيده)) ² - .

سقنا هاتين النازلتين تبياناً لاتساع سلطة القاضي التقديرية في مسائل صيغة اليمين وتغليظها ، لتكونا عوناً له في التراوح بنظره ، وفقاً لمقتضيات الحال

¹ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٥٧ - .
² - رواه الإمام أحمد في مسنده في ج ٢ ص ٦٨ و ج ٤ ص ٣ - .

وملابسات كل دعوى وظروف وقائعها وأحوال أطرافها النفسية والاجتماعية
والمعرفية والعقدية وخلاف ذلك مما يتصل بهم وبيئاتهم - .

وقد أحسن قانون الإثبات السوداني حين ترك تحديد صيغة اليمين تقديرياً
للقاضي ؛ إذ نصت المادة (٥٦) منه علي أنه :- (((١) يجوز للمحكمة أن تحدد
صيغة اليمين الحاسمة ، كما يجوز لها أن تقبل الصيغة التي يعرضها الخصم أو
تعديلها - (٢) يجوز تغليظ اليمين الحاسمة بصيغة الحلف أو بالزمان أو المكان)) .
ونحسب أنه لم يعد ثمة موجب للمصير إلي التغليظ بالزمان أو المكان ، في
ظل ما تتمتع به محاكمنا من هيبة واحترام بالغين في أنفس المتخاصمين ، وفي ظل
تكاثر الأفضية التي يكون معها المصير إلي التغليظ بالزمان أو المكان مدعاةً لتأخير
الفصل في الأفضية ، واللدد في الخصومة ، والتعسف في طلب التغليظ ، بتعنيث
الخصوم بعضهم بعضاً ، بطلب التغليظ بأمكنة نائية أو بأزمنة متباعدة - ، وصفوة
القول : فإن قدر القاضي أفضلية المصير إلي التغليظ ، فيلزم تقيده بمبدأ
المشروعية ، وينبغي عليه سدّ ذرائع التعنت والتعسف كافة - .

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية في توجيه الأيمان بأنواعها وفي كيفية تقويمها

نعني في هذا المبحث ببيان ما لدي القاضي من سلطة تقديرية في توجيه
الأيمان بأنواعها وفي كيفية تقويمه لكل نوع وذلك في المطالب التالية :-

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في اليمين الحاسمة وتقويمها

اليمين الحاسمة : هي اليمين التي يوجهها الخصم الذي يقع عليه عبء
الإثبات ، إلي خصمه المائل في الدعوى ، سواء كان الخصم الذي يوجه اليمين هو
المدعي أو المدعي عليه الذي يدفع الدعوى ، فيقع عليه عبء إثبات دفعه . وقد
شرعت هذه اليمين مراعاةً لمقتضيات الضرورة التماساً للدليل عند تعذر إقامته ممن
هو مكلف به ، وتمكيناً له من التماس الحجة لدي خصمه ، بالاحتكام إلي ضميره ،
عسي أن يخشى عاقبة التجاسر والمجازفة بيمينه من غير حق ، فيمنعه ورعه أو

خلقه من أدائها ، فينكل عنها ، فيعدّ نكوله إقراراً ضمناً . أما لو حلفها فإن طالب اليمين الحاسمة يخسر دعواه ، ومن أجل ذلك أسمى بمصطلح (اليمين الحاسمة) ، ويجوز توجيهها في أي حالةٍ أو مرحلةٍ كانت عليها الدعوى ، بما فيها مرحلة الاستئناف أما في مرحلة الطعن بالنقض فلا . -

وقد نصت المادة (٥٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أن : ((اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم الذي يقع عليه عبء إثبات أي واقعة محل نزاع ، إلي خصمه في أي حال تكون عليها الدعوى ، ليحسم بها النزاع -)) . ويجوز لمن وجهت إليه اليمين الحاسمة أن يردّها إلي خصمه ، شريطة أن تكون الواقعة محل اليمين مما يشترك فيها الخصمان ، فإن كانت مما يستقل بها من وجهت إليه اليمين الحاسمة ، فلا يجوز له ردّها إلي خصمه ، لعدم جواز التحليف علي صحة أو نفي واقعةٍ لا تتعلق بفعل من وجهت إليه اليمين أو بفعل من ردّت إليه . -

وجوه التلاقي والتفارق بين يمين الإنكار واليمين الحاسمة :

شرعت يمين الإنكار في الشريعة الإسلامية لذات الحكمة التي أبنائها أنفاً في حكمة مشروعية اليمين الحاسمة ، ولا تكاد تجد فارقاً يذكر بينهما ، فيمين الإنكار هي المقصودة في الحديث النبوي الشريف : ((البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه -))^١ . وفي المأثور عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه - في رسالته إلي أبي موسى الأشعري : ((البينة علي من أدعي واليمين علي من أنكر))^٢ . -

وتتفق يمين الإنكار مع اليمين الحاسمة فيما يلي :-

أ/ أنها توجه ممن يتحمل عبء الإثبات ، إلي خصمه المنكر عند عدم توفر البينة ، بدلالة ما رواه أبو حنيفة عن حماد عن الشعبي عن ابن عباس رضي الله عنه قال ،

^١ - رواه الترمذي في سننه في كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبيانات باب البينة علي المدعي واليمين علي المدعي عليه . قال العيني في (البناية شرح الهداية) : (شطر الحديث في الكتب الستة من حديث ابن عباس رضي الله عنه) ولكنه مفرقٌ ففي لفظ مسلم : (ولكن اليمين علي المدعي عليه) وفي لفظ الباقرين : ((أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن اليمين علي المدعي عليه)) وبهذا يقوي حديث الترمذي رحمه الله - راجع البناية في شرح الهداية جـ ١٠ ص ٣٣٣ ونصب الرابطة للزبلي - .

^٢ - السنن الكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبيانات باب البينة علي من أدعي واليمين علي من أنكر ٢٥٣/١٠ ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام جـ ٤ ص ٢٠٦ . -

قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : ((المدعي عليه أولى باليمين إذا لم تكن بينة))^١ - .

ولا ينبغي أن يفهم أن المدعي عليه الذي يستحلف هو صاحب اليد ، الذي يشهد له الظاهر ، فقد يستحلف الخارج الذي يدعي خلاف الظاهر ، فعلي سبيل المثال يقال : (علي الدائن إثبات الالتزام وعلي المدين إثبات التخلص منه)^٢ - ، فالدائن حين يدعي وجود الالتزام في ذمة خصمه ، فهو إنما يدعي خلاف الأصل ، فالأصل براءة الذمة ، وعندئذ يقع عبء الإثبات عليه ، فإن قدّم سند الدين ، أو أثبت الالتزام بأي وجه شرعي ، فذلك يعني أن الدين قد ثبت عرضاً - لا بدلالة الأصل- ، والثابت عرضاً في حكم الثابت بدلالة الأصل ، وهنا يدفع المدين بالوفاء ، فينتقل عبء إثبات خلاف الثابت عرضاً إلي المدين - المدعي عليه الأصلي - فعليه إثبات التخلص من الدين بالوفاء ، وهكذا ينتقل عبء الإثبات ، وفي كل مرة ينتقل حق تحليف اليمين الحاسمة إلي الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات ، فاليمين - سواء كانت يمين الإنكار أو اليمين الحاسمة ، هي حق الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات في مواجهة خصمه الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات ، أو قل هي حق الطرف الآخر الذي ضعفت جنبته لإخفاقه عن إثبات دعواه - أو دفعه - فتجردت دعواه عن الدليل ، فلا يبقى أمامه سوي أن يطلب ممن قويت جنبته بدلالة الظاهر ، وبقرينة إخفاق طالب اليمين ، أن يؤدي اليمين الرافعة للدعوى - الحاسمة - ، ويتبدى هذا المعنى الذي يبلور أن اليمين الرافعة - الحاسمة - حق من يقع عليه عبء الإثبات ، يوجهها إلي خصمه الذي له حق المطالبة بالإثبات ، فيما روي عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : (جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلي النبي صلي الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي : يا رسول الله ، إن هذا قد غلبني علي أرض لي كانت لأبي . فقال الكندي : هي أرضي في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق . فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم للحضرمي : (ألك بينة ؟) ، قال : لا . قال : (فلك يمينه) ، قال : يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي علي ما حلف

¹ - عقود الجواهر المنيفة في مذهب الإمام أبي حنيفة ج٢ ص ٥٧ - .
² - نص المادة (١) من قانون الإثبات المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م - .

عليه ، وليس يتورع من شيء . فقال : (ليس لك منه إلا ذلك) ، فانطلق ليحلف ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر : (أما لئن حلف علي ماله ليأكله ظلماً ، ليلقين الله وهو معرض))¹ .

ووجه الدلالة في الحديث الشريف : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، سأل المدعي - الخارج الذي يدعي خلاف الظاهر - عما إذا كانت لديه البينة علي دعواه، وذلك عندما أنكر الداخل - ذو اليد - ، فلما عجز الخارج عن الإثبات ، قال صلى الله عليه وسلم مخاطباً الخارج العاجز عن الإثبات بقوله : (فلك يمينه) ، في إشارة منه صلى الله عليه وسلم إلي الاحتكام إلي ذمة المنكر ؛ ولم يرض الخارج الاحتكام إلي ذمة الداخل لاعتقاده أن (الرجل فاجر لا يبالي علي ما حلف عليه وليس يتورع من شيء) ، غير أنه لا خيار له في ظل عجزه عن الإثبات ، سوي التماس الدليل لدي خصمه المنكر (ليس لك منه إلا ذلك) ، وحيثما ورد لفظ (لك) في هذا الحديث الشريف ، فإنه يفيد حق الخارج العاجز عن الإثبات في تحليف خصمه الذي له حق المطالبة بالإثبات ، لأن الظاهر مع هذا الداخل ، وإن شاء الخارج استحلف خصمه الداخل ، أو أعرض عن طلب يمينه - ، صارفاً النظر عن الاحتكام إلي ذمته - .

ب/ وتتفق يمين الإنكار مع اليمين الحاسمة في أنهما يجوز المصير إليهما في أي حالة كانت عليها الدعوى ، بما فيها مرحلة الاستئناف ، لأنها محكمة موضوع ، غير أنه لا يجوز المصير إليهما في مرحلة النقض .

ج/ وتتفق يمين الإنكار مع اليمين الحاسمة في عدم جواز الرجوع عنهما ، بعد قبول من وجهت إليه اليمين علي حلفها كما طلب منه ، فإن وجه الخصم المكلف بالإثبات اليمين إلي خصمه المطالب بالإثبات ، فرضي بالحلف من وجهت إليه اليمين ، أو ردّها إلي خصمه ، فرضي بالحلف من ردّت إليه اليمين ، ففي أيهما فلا يجوز للمطالب - ابتداءً أو رداً - أن يرجع عن الاستحلاف بعد رضاء المطلوب يمينه علي الحلف . ففي (تبصرة الحكام) : ((... عن ابن القاسم في المدعي يقول للمدعي

¹ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الأيمان باب (وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار) ، وفي السنن الكبرى للبيهقي كتاب الدعوى والبيانات باب (الرجلين يتنازعان المال وما يتنازعان في يد أحدهما) وفي سنن الدارقطني في كتاب الأفضية والأحكام - .

عليه (أحلف وأبرأ) ، فيقول له الآخر : (بل أحلف أنت وخذ ما ادعيت) ، فإذا همّ باليمين بدأ للمدعي عليه ، وقال : (لم أظنك تجترئ علي اليمين) . قال : (ليس له أن يرجع ، وإحلف المدعي ويأخذ حقه قد لزمه ذلك))^١ - . . وفيه : ((... من وجبت عليه يمين فردّها علي من وجبت له ورضي بأن يحلف صاحبه ويغرم ، فلما جاء مقطع الحق ، نزع عن الرضاء ، وندم علي ذلك ، فقد لزمه الرضاء ... وهذا متفق عليه -))^٢ .

وذات هذا الحكم هو ما في التشريعات المعاصرة وشروحها ؛ إذ نصت المادة (١١٦) من قانون الإثبات المصري علي أنه : ((لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردّها ، أن يرجع في ذلك متي قبل خصمه أن يحلف)) . ويقول الدكتور (أحمد أبو الوفا) : ((إذا احتكم شخص إلي ذمة خصمه ، فليس له أن يعدل في موقفه ، إذا استجاب الآخر لهذا الاحتكام ، بالإعراب عن استعداده لأداء اليمين أو ردّها ، لأن النزاع في هذه الحالة ينتقل من نطاق القانون إلي نطاق العدالة -))^٣ .

والخلاصة : أن الأصل هو : جواز الرجوع عن تحليف الخصم لليمين الرافعة أو الحاسمة ، فإن أعلن من وجهت إليه اليمين قبوله بالحلف ، فعندئذ يسقط حق الرجوع عن التحليف ، سواء كانت اليمين موجهة ابتداءً أو رداً . وينبغي التنبيه إلي أن حق توجيه اليمين الرافعة أو الحاسمة ، يعدّ من قواعد الإثبات الموضوعية ، ولا يتعلق بالنظام العام ، ومن هنا جاز ردّها ، بل وتبادل مراكز الخصوم بشأن من يمارس الحق ابتداءً بشأنهما ، وقد يتبدى لأول وهلة من القول بأن (اليمين الحاسمة هي التي يجوز لكل من الخصمين أن يوجهها إلي الخصم الآخر في أي حالة كانت عليها الدعوى) ، أن ذلك الحق مكفول لأي من الخصمين بإطلاق من غير قيد ، وذلك فهم غير سديد ؛ إذ لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأن وقائع ثابتة في الدعوى ، فإن أثبت من يقع عليه عبء الإثبات ، الوقائع محل النزاع ، وطلب بعدئذ الخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات تحليف خصمه اليمين الحاسمة ، فلا

^١ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٦٤ - .

^٢ - المرجع السابق ج١ ص ١٦٥ - .

^٣ - التعليق علي نصوص قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٥٨ وراجع رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ج٢ ص ٩١ - .

يجاب إلي طلبه ، لأنه يكون متعسفاً فيه ، أما إذا كانت هناك بينة للمدعي ولم يشأ تقديمها مؤثراً توجيه اليمين الحاسمة إلي خصمه المدعي عليه ، فيجوز له ذلك ، لأنه يكون متنازلاً عن دليله ، مكتفياً بالاحتكام إلي ذمة خصمه^١ - ، ولا يجوز أيضاً توجيه اليمين الحاسمة بشأن واقعة ثابتة بالإقرار^٢ - .

حدود سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين الحاسمة :-

تقرير الفقه الإسلامي والتشريعات المعاصرة ، حق الخصمين في توجيه اليمين الرافعة - الحاسمة - ، وتقرير حقهما في صيغتها ، وتكييفها باعتبارها من قبيل (الاحتكام إلي الذمة) ، يلزم منه ضيق سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين الحاسمة وتقرير صيغتها ، بل وفي تقويم دلالتها - ، غير أن الضيق لا يلزم منه الانعدام ، فللقاضي سلطة مراقبة التزام الخصمين بضوابط اليمين الحاسمة ، والتزامهما بالصيغة التي يجب أن تنصب علي وقائع النزاع الجوهرية التي من شأنها حسم الدعوى ، علي نحو ما نبينه فيما يلي :

أ/ مراقبة القاضي لضوابط اليمين الحاسمة :-

للقاضي سلطة التدخل في تحديد الوقائع محل التحليف ؛ إذ لا تترك تلك الوقائع لرؤى وأهواء الخصوم ، بل يلزم علي الخصم طالب التحليف أن يحدّد الوقائع المراد التحليف عليها ، فإن اكتفتها الجهالة ، أو الزيادة أو النقص ، تدخل القاضي بتحديدتها ، بل برفضها إن كانت تنطوي عن مخالفة للنظام العام ، كالتحليف علي محرم شرعاً أو قانوناً ، أو التحليف علي مسألة من مسائل القانون ، إذ يلزم أن يكون محل التحليف واقعة قانونية متنازلاً فيها ، سواء كانت تصرفاً قانونياً ، أو تصرفاً مادياً ، وقد نصت المادة (١/٥٥) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((يجب علي من يوجه إلي خصمه اليمين الحاسمة ، أن يبيّن بدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها)) - .

ويراعي القاضي أن يكون توجيه اليمين الحاسمة إلي خصم حقيقي ، مائل في الدعوى ، فلا يقبل إدخال الغير لتحليفه اليمين الحاسمة ، لمجرد أنه كان ذا صفة،

¹ - راجع الوسيط للسنيهوري المجلد الثاني ص ٥٢٨/٥٢٧ والتعليق علي نصوص قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٤٣ - .
² - نقض /مصري/ جلسة ١٢/٤/١٩٦٢م - نقلا عن التعليق علي قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٤٣ - .

فما دام قد انتفتت صفته ، ولم يعد خصماً حقيقياً ، فلا يصدق فيه القول بأن يمينه (حاسمة) .

ويلزم أن يراعي القاضي ، تعلق الوقائع محل التحليف بشخص الحالف ؛ إذ لا يجوز التحليف علي فعل الغير ، وقد نصت المادة (٢/٥٥) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((يجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين الحاسمة متعلقةً بشخص من توجه إليه ، أو من تردّ عليه ، فإن كانت غير متعلقةً بشخصه ، فتنصب علي مجرد علمه بها)) - .

ب/ سلطة القاضي في تعديل الصيغة المُستَحْلَفُ بها :

للقاضي سلطة مراقبة الصيغة التي يطلب الخصم تحليف خصمه عليها ، فإن صورّ المستحلف صيغة اليمين الحاسمة بعبارات مبهمّة أو بعبارات تتسم بالغموض أو العموم أو الإطلاق ، بحيث تحتمل صرفها إلي غير الوقائع محل الإثبات ، فيجوز للقاضي تعديل الصيغة ، بما يجعلها تنصب علي الوقائع محل الإثبات بصورةٍ جامعةٍ مانعةٍ ، تجعلها منتجة وحاسمة للدعوى . غير أنه يشترط أن يعرض القاضي الصيغة المعدّلة علي المُستَحْلَفِ لأخذ موافقته عليها ؛ لأنه قد يري أن التعديل قد أحدث تبديلاً جوهرياً في المعني الذي يرمي إليه ، أو أنه قاصر المعني ، أو جاء بما لا يحقق غاية الاحتكام إلي ذمة خصمه ، وقد يكون محقاً ، وإلا فليس للمستحلف أن يستبد بفرض الصيغة بهواه ، فالعبرة بملاءمة صيغة اليمين مع الوقائع محل الإثبات وورودها بما يحسم النزاع ، وقد نصت المادة (١/٥٦) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((يجوز للمحكمة أن تحدد صيغة اليمين الحاسمة ، كما يجوز لها أن تقبل الصيغة التي يعرضها الخصم أو تعدّلها)) - . وفي ظلّ غلبة الأمية وضعف المعارف القانونية في أوساط المتخاصمين ، فيحسن أن يتولى القضاة تصوير صيغة اليمين الحاسمة ، ثم عرضها علي المستحلف ، لإبداء رأيه بالموافقة أو التعديل - دون تعسف - ، وذلك قبل استحلاف الخصم عليها ، قطعاً لدابر المنازعة حول الصيغة ، وتجنباً لعواقب عيوب الصيغة - .

حدود سلطة القاضي التقديرية في تقويم يمين الإنكار واليمين الحاسمة :

يمين الإنكار (بمصطلح الفقه الإسلامي) واليمين الحاسمة (بالمصطلح القانوني المعاصر) ، ترفعان الدعوى وتقطعان الخصومة ، فإذا استحلّف من يقع عليه عبء الإثبات ، خصمه الذي له حق المطالبة بالإثبات فقام المستحلّف بأداء اليمين بالوجه المطلوب ، فإن يمينه تحسم الدعوى . هذا حدٌ متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة وشروحها - .

ففي الفقه الإسلامي لما روي : ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أتاه رجلان يختصمان في أرض ، فقال صلى الله عليه وسلم للطالب : (بينتك) ؟ قال : ليس لي بينة . قال : (يمينه) ، قال إذن يذهب بها ، = يعني بأرضي = ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ليس لك إلا ذلك) ^١ - .

ووجه الدلالة : أن قول الطالب (إذن يذهب بها) يعني أنه يحلف ، فيقضي له بموجب يمينه ، فيذهب بالمال المدعي به ، وقد أقره النبي صلى الله عليه وسلم علي ذلك الاستقراء ، فقال له صلى الله عليه وسلم : (ليس لك إلا ذلك) - أي ليس سوي البينة أو يمين الخصم - ، فإن حلف ، حسمت الدعوى بمقتضى يمينه - .

وفي رواية أخرى أشار صلى الله عليه وسلم بأن اليمين حاسمة للدعوى ، حيث قال : ((أما لئن حلف علي ماله ، ليأكله ظملاً ، ليلقين الله وهو عنه معرض)) ^٢ . وفيما رواه الشيخان - البخاري ومسلم - في صحيحيهما من حديث الأشعث بن قيس ، قال : ((كان بيني وبين رجلٍ من اليهود أرض ، فجحدني فقدمته إلي النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ألك بينة ؟) قلت : لا . قال : (فقال لليهودي : أحلف) . قلت يا رسول الله : إذن يحلف ويذهب بمالي . فأنزل الله تعالى : (...) إلي آخر الآية ^٣ - . وهذا لفظ البخاري ، وفي صحيح مسلم بروايتين ، إحداهما كلفظ البخاري مع زيادة يسيرة ، والأخرى فيها : (فقال : شاهدك أو يمينه)) ^٤ - .

^١ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الأيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار - .

^٢ - سبق تخريجه في ص ٤٥٧ من هذه الدراسة - .

^٣ - سورة آل عمران - الآية ٧٧ - .

^٤ - سبق تخريجه في ص ١٦٢ من هذه الدراسة - .

ومن صريح الأدلة النقلية الدالة علي أن يمين الإنكار تحسم الدعوى ، ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((من حلف بالله علي حق فصدقوه ذهب اليمين بدعوى المدعي ، ولا دعوى له -))¹ .

أما اليمين الحاسمة - في التشريعات المعاصرة - ، فقد جاءت نصوصها صريحة مؤكدة أن حلفها يحسم النزاع ، فيقضي بدلائلها للحالف ؛ إذ نصت المادة (٢/٥٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((إذا حلف من وجهت إليه اليمين الحاسمة ، انتهت الخصومة في مواجهته)) ، أما بالنسبة للخصم الذي وجه اليمين ، محتكماً إلي ذمة خصمه ، فإن حجية اليمين المحلوفة تكون قاصرة عليه وعلي خلفه العام - ورثته - دون سواهم . يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري :- ((اليمين الحاسمة كالإقرار ، حجيتها قاصرة ... سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول ، أما من حيث الحلف ، فمن وجه اليمين واحتكم بذلك إلي ذمة خصمه ، كان أثر هذا الاحتكام قاصراً عليه ، هو ورثته ، بصفتهم خلفاً عاماً له . ولا يتعدى هذا الأثر إلي غير الخصم وورثته ، فلا يتعدى إلي الشريك أو الورثة فيما بينهم أو المدين المتضامن . فلو وجه أحد الشركاء في الشروع ، اليمين إلي مدعي استحقاق الملك الشائع ، وحلف هذا ، كانت اليمين حجة علي الشريك الذي وجه اليمين دون غيره من الشركاء ، ولو وجه أحد الورثة اليمين إلي دائن التركة وحلف ، كانت اليمين حجة علي الوارث الذي وجه اليمين دون غيره من الورثة . ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلي الدائن وحلف ، كانت اليمين حجة علي المدين الذي وجه اليمين ، دون غيره من المدينين))² .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن حجية اليمين قاصرة علي من وجهها ، ومن وجهت إليه ، ولا يتعدى أثرها إلي غيرهما من الخصوم ، وينبني علي ذلك أنه إذا شاب اليمين الموجهة إلي أحد الخصوم بطلان ، فلا يمتد أثر هذا البطلان إلي غيره ممن وجهت إليه اليمين صحيحة ، كما أنه ليس لغير من وجهت اليمين

¹ - من لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج٣ ص ٣٧ - .
² - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني - ص ٥٧٠/٥٧١ - .

الحاسمة إليه ، أن ينازع فيها ، أو يعترض علي توجيهها ، وكل ما للغير هو ألاّ يحاجّ بأثر هذه اليمين ¹ .

إن اليمين الحاسمة تكتسب حجية قاطعة باتصالها بالقضاء ، فلا يجوز بعد أداء اليمين الحاسمة أن يدفع الطالب بكذب الحالف كما لا يجوز له أن يدحض دلالة اليمين بأي وجه من الوجوه ² - . وقد نصت المادة (١١٧) من قانون الإثبات المصري علي أنه : ((لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين ، بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه ، أو ردّت عليه ، علي أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن علي الحكم الذي صدر ضده)) - .

لقد اقتضت قواعد العدالة – والمنطق – أن تسبغ تلك الحجية علي القيمة الاستدلالية لليمين الحاسمة ، وإلا فلا جدوى من مبدأ الاحتكام إلي ذمة الخصم ، غير أن إسباغ الحجية لليمين الحاسمة بالنحو الأنف ذكره ، يقارب التشريعات المعاصرة من نظام الإثبات المقيد ، الذي يضيق من سلطة القاضي التقديرية ، ويحدّ من حرية القاضي في استمداد اقتناعه القضائي . وبحقّ فلا تكاد تلك السلطة التقديرية تجد لنفسها موضعاً عند تقويم دلالة اليمين الحاسمة ، إلا في مراقبة مدي اتصال محل الحلف ، بالوقائع محل النزاع ، وكون ذلك المحل منتجاً في حسم النزاع ، وأن اليمين موجهة ممن يملكها ، أي ممن تتوفر فيه شرائط أهلية التصرف في المال أو الحق المستحلف عليه ، من حيث الصفة والرشد وخلو إرادته من العيوب ، وذات الحال بالنسبة لمن توجه إليه اليمين ؛ إذ يلزم فيه توفر أهلية التصرف فيما يستحلف عليه ، بما فيها أهلية الإقرار والبذل ، كما يلزم فيه أن يكون ذا صفة أصيلة في الدعوى ، وفي الوقائع المستحلف عليها . ويدخل في إطار سلطته التقديرية ، تقويم الكيفية التي مارس بها طالب اليمين حقه ، والكيفية التي

¹ - نقض مصري / جلسة ١٩٦٢/٤/١٢م مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ق ٦٨ ص ٤٥٥ - .
² - راجع الوسيط للسنيهوري – المجلد الثاني – ص ٥٥٦/٥٥٥ - .

أدي بها الحالف يمينه ، ومدي توافق ذلك كله مع الضوابط المقررة التي تحكم توجيه اليمين الحاسمة ، والتي سبق ذكرها ^١ - .

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في تقويم النكول عن

اليمين الحاسمة واليمين المرودة

النكول هو النكوص ، ويقال نكص عن لقاء العدو ، إذا تأخر عنه ، وفي الاصطلاح : هو النكوص عن أداء اليمين ، أو الإعراض عنه - صراحةً أو دلالةً- .
وحكم النكول عن اليمين مختلف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، إذ ذهب جمهور فقهاء الحنفية والحنابلة في المشهور والإمامية والزيدية إلي جواز الحكم بالنكول في دعاوى المال وما يؤول إلي المال ، مستدلين بما روي عن سيدنا عثمان رضي الله عنه : أنه قضي بالنكول حين رفض عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن يحلف ^٢ - . وروي أن شريحاً قضي علي رجل بنكوله ، فأراد الرجل أن يحلف ، فقال له شريح : ((قد مضي قضائي)) - ، وقد علق الكاساني علي قضاء شريح فقال : ((وكان لا تخفي قضاياه علي أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم ، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ، فيكون إجماعاً منهم علي جواز القضاء بالنكول ؛ ولأنه ظهر صدق المدعي في دعواه ، عند نكول المدعي عليه فيقضي له ، كما لو أقام البينة)) ^٣ - .

أما فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في رواية والظاهرية ، فلا يعتدون بالنكول، حيث لا يجيزون القضاء به ، بل يرون ردّ اليمين إلي المدعي عند نكول المدعي عليه ، فالنكول بمجردة لا يصلح لتأسيس الحكم عليه ، لأنه حجة ضعيفة^٤ - .

^١ - راجع رسالة الإثبات - للمستشار أحمد نشأت ج٢ ص ٩٨ - ١٠٣ والوسيط د. عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني ص ٥٥٥ / ٥٥٦ ، والتعليق علي نصوص قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٥٩ - .

^٢ - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ٩٦ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٣٤ - .

^٣ - بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص ٣٩٣٥ وراجع نصب الرأية للزبيعي ج٤ ص ١٠١ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج٣ ص ٣٩ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٥ ص ٦٣٣ - .

^٤ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٦٢ ومختصر المزني بهامش الأم للشافعي ج٥ ص ٢٥٥ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٨٥ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٣٣ والمحلي لابن حزم ج٩ ص ٣٧٣ - .

ففي (تبصرة الحكام) : ((ولا يثبت الحق علي المدعي عليه بمجرد نكوله ... بل لا بد مع نكوله من يمين المدعي))^١ - .

ويستدل فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في رواية ، علي عدم الجواز ولوجوب ردّ اليمين ، بدلالة المنقول والمعقول . فأما المنقول فيتمثل فيما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم ردّ اليمين علي طالب الحق)^٢ - . ومن دلالة المنقول ما في آية اللعان ، وأحاديث القسامة من ردّ الأيمان - .

وأما دلالة المعقول ، فلأن النكول يحتمل (التورع عن اليمين الكاذبة) ويحتمل (الترفع عن اليمين الصادقة) - ، وللاحتمالين من الآثار شواهد^٣ - ، والقاعدة أن (الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال) ، فتعيّن ردّ اليمين علي المدعي عند نكول المدعي عليه - .

وينتمي فقهاء الظاهرية إلي طائفة المانعين للحكم بالنكول ، غير أنهم ينفردون بمنع ردّ اليمين في ذات الوقت ، بدعوى عدم ورود نص من القرآن أو السنة - أو الإجماع - علي جواز الحكم بالنكول ولا علي جواز ردّ اليمين ، ففي (المحلي) لابن حزم : ((فإن لم يكن للطالب بينة وأبي المطلوب من اليمين ، أُجبر عليها ، أحب أم كره بالأدب ، ولا يقضي عليه بنكوله في شيء من الأشياء أصلاً ، ولا تردّ اليمين علي الطالب البتة ، ولا تردّ يمين أصلاً إلا في ثلاثة مواضع فقط ، وهي القسامة ... والموضع الثاني : الوصية في السفر ... والموضع الثالث : من قام له بدعواه شاهد واحد عدل أو امرأتان عدلتان فيحلف ويقضي له ، فإن نكل حلف المدعي عليه وبرئ ، فإن نكل أُجبر علي اليمين أبداً ، فهذا مكان يحلف فيه الطالب ، فإن نكل ردّ علي المطلوب ...))^٤ - .

^١ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٦٢ - .

^٢ - رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات باب النكول وردّ اليمين - .

^٣ - ومنها ما روي أن سيدنا عثمان رضي الله وصحابي آخر تحاكما إلي سيدنا عمر رضي الله عنه في مال استقرضه الصحابي من سيدنا عثمان ، فجعل سيدنا عمر اليمين علي الصحابي ، فردّها إلي سيدنا عثمان رضي الله عنه فقال سيدنا عمر (لقد أنصفتك) ، فأخذ سيدنا عثمان ما أعطاه الصحابي ولم يحلف علي الزائد المدعي به ، تورعاً من الحلف ، وخشياً أن يوافق قدر بلاء فيقال (بيمين عثمان رضي الله عنه) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات باب النكول ورد اليمين وباب تأكيد اليمين بالمكان - .

^٤ - المحلي لابن حزم ج٩ ص ٣٧٣ - .

ولا تسليم بنكير ابن حزم ، ولا بشيء مما ذهب إليه فالآثار النبوية وأقضية الصحابة قد وردت بالقضاء بالنكول وبالقضاء بردّ اليمين ، بل إن الإجماع قد نقل بجواز القضاء بالنكول^١ .

تكييف النكول عن اليمين وتقويم دلالاته :-

القائلون بجواز القضاء بالنكول ، يختلفون في تكييفه وتقويمه ، فيذهب بعضهم إلي اعتباره إقراراً ضمناً ، أو أنه صنو الإقرار ، بينما يعدّه آخرون من قبيل (البذل) . فالصاحبان - أبو يوسف ومحمد - وزفر والشافعية في الأصح من المذهب والزيدية في الراجح ، يعتبرون النكول كالإقرار ، ويقومونه بذات القيمة التدليلية للإقرار ، فيما يجوز فيه القضاء به . وللزيدية قول غير راجح أنه كالبيئة عندما يكون نكولاً عن اليمين المردودة ، لصدوره من المدعي . وذهب أبو حنيفة والإمام أحمد إلي اعتباره من قبيل البذل^٢ .

ويستدل القائلون بأن النكول كالإقرار بالمعقول ، باعتبار أنه دليل من جانب المدعي عليه وهو حاسمٌ للنزاع ، فقام مقام الإقرار في قطع الخصومة - بدليل من جانب المدعي عليه - ، ثم انه دليل علي كذب المدعي عليه في إنكاره ، فلو كان صادقاً لما نكل عن اليمين ، فكان إقراراً ضمناً - .

أما القائلون بأن النكول كالبذل ، فيرون بأن اعتباره بذلاً أولي من اعتباره إقراراً؛ لأن اعتباره إقراراً فيه تكذيب نفسه في إنكاره الأول ، والتكذيب تفسيق ، فكان أولي اعتباره بذلاً قاطعاً للخصومة ، من غير حاجة إلي التكذيب والتفسيق - .

وفائدة الاختلاف : تتمثل في أن الذين جعلوا النكول كالإقرار الضمني ، قد أسبغوا عليه حجية تفوق حجية النكول عند القائلين بأنه كالبذل ؛ إذ ذهب الإمامية والزيدية في الراجح - وزفر من الحنفية إلي الاعتراف بالنكول في دعاوى المال والقصاص ، وذهب أبو يوسف ومحمد إلي الاعتراف به فيما سوي الحدود من سائر الدعاوى بما فيها القصاص - ، غير أنه تلزم به الدية في النفس والأرث فيما دونها،

^١ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص ٣٩٣٥ ونصب الرابطة للزليعي ج٤ ص ١٠١ - .
^٢ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص ٣٩٢٩ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٣٠ والمغني لابن قدامه ج٤ ص ٢٣٥ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٥ ص ٦٣٤ - .

وهذا قول لأبي حنيفة أيضاً ، خلافاً لأصله ؛ لأن ما دون النفس يحتمل البذل ، ونقل مثله عن الإمام أحمد في قولٍ غير راجح في المذهب ، فالراجح في المذهب هو عدم الاعتداد بالنكول في القصاص ، سواء في ذلك النفس وما دونها – والراجح عند أبي حنيفة والإمام أحمد هو الاعتداد بالنكول في دعاوى المال وما يقصد به المال ، وفيما يحتمل البذل من القصاص في الطرف – لا النفس - ، فالنفس لا تحتمل البذل¹ . ومن فوائد الاختلاف أن الذين يجعلون النكول كالإقرار ضمناً ، يعتدون به في دعاوى الأفضاع ، لجواز إثباتها بالأدلة ذات الدلالة الظنية الراجحة ، أما الذين يجعلونه كالبذل فلا يعتدون به في دعاوى الأفضاع ، لعدم احتمال الأفضاع للبذل² .

وذهب ابن قيم الجوزية مذهباً أقرب إلي رأي الزيدية في غير الراجح ، حيث اعتبر النكول كالشهادة ، ففي (الطرق الحكيمة) :- ((والصحيح أن النكول يقوم مقام الشهادة والبينة ، لا مقام الإقرار والبذل ، لأن الناكل قد صرح بالإنكار وأنه لا يستحق المدعي به ، وهو مصر علي ذلك ، متورع عن اليمين ، فكيف يقال: إنه مقرر مع إصراره علي الإنكار ، ويجعل مكذباً لنفسه ؟ وأيضاً فإن الإقرار إخبار ، وشهادة المرء علي نفسه ، فكيف يجعل مقرأً شاهداً علي نفسه بسكوته . والبذل إباحة وتبرع وهو لم يقصد ذلك ، ولم يخطر علي قلبه ، فتبين أنه لا إقرار ولا إباحة ، وإنما هو جاري مجري الشاهد والبينة ، فإن البينة اسم لما يبين الحق ، ونكوله مع تمكنه من اليمين الصادقة التي يبرأ بها من المدعي عليه ، ويتخلص بها من خصمه ، دليل ظاهر علي صحة دعوى خصمه ، وبيان أنه حق ، فقام مقام شاهد القرائن))³ .

سلطة القاضي في تقدير ما يعدّ نكولاً :-

¹ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٨ ص ٣٩٣٦ والمغني لابن قدامه ج ١٤ ص ٢٣٥ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ٣٩ والبحر الزخار لابن المرتضي ج ٥ ص ٦٣٤ .
² - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٨ ص ٣٩٢٩ والمغني لابن قدامه ج ١ ص ٢٣٥ والبحر الزخار لابن المرتضي ج ٥ ص ٦٣٤ .
³ - الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ١٢٥/١٢٦ .

يدور النكول بين الصريح والدلالة ، فإذا عرضت اليمين على الخصم – ابتداءً أو رداً – فنكل عنها صراحةً بلفظ صريح كقوله (لا أحلف) أو (أنا ناكل عن اليمين) ، أو قال لخصمه (أردّ عليك اليمين فأحلف أنت) ونحو ذلك من ألفاظ الصريح ، فلا يعدل بكلامه عن الحقيقة ، ولا يجاب إن أراد نقض دلالة الصريح ، متي كان عالماً بمؤداه - .

أما إذا عرضت اليمين – ابتداءً أو رداً – فامتنع عنها من غير بيان سبب لامتناعه ، أو أبان سبباً كنحو رغبته في التثبت من الحساب أو سؤال الوكيل الذي باشر التصرف محل اليمين ، ليقول كلمته بعدها عن يقين ، أو كان قد سكت ولم يقل شيئاً ، أو ضرب له القاضي أجلاً لأداء اليمين ، بعد تصوير صيغتها فغاب عن الجلسة المحددة لأداء اليمين ، ففي هذه الأحوال ومثيلاتها ، يقدر القاضي ما يعد نكولاً ، علي ضوء ملابسات الحال . ففي امتناعه عن اليمين من غير بيان سبب ، ينظر إلي ما اقترن بالامتناع من قول أو فعل ، فقد يكون تفكراً في عاقبة الحلف ورغبة في العود إلي الرشاد – بالإقرار - ، أو تفكراً في الافتداء - ، فإن لم يكن ثمة وجه للاقتناع ، أو لم يقترن أو يقارن شيء إعراضه عن الحلف ، ولم يتبدّ سوي لزومه للسكوت ، فينظر فقد يكون سكوتاً لدهشة أو جهل ، فيقول له – احتياطاً – (إما أن تحلف أو جعلتك ناكلاً) ، مبيناً معني النكول وأثره ، فإن ظل ساكناً ، مضي بالدعوى باعتباره ناكلاً ، قياساً علي السكوت عن الجواب عن الدعوى فيعدّ هناك إنكاراً - . وإن ذكر سبباً كطلب مهلة للتدقيق في الحساب أو سؤال الوكيل المتصرف ونحو ذلك من الأعذار السائغة ، فلا يعجل القاضي باعتباره ناكلاً ، بل ينظر فإن كان طالب الإمهال هو المدعي عليه ، فيسأل المدعي ، فإن رضي بالإمهال أجيب الطلب ، وإن رفض ، فيقدر القاضي سبب الرفض ، فإن وجد تعسفاً في الرفض فلا يلتفت إلي رفضه ، وإن كان الرفض أصون للمال ، لاحتمال المسارعة في التلف ، أو نحوه لم يمهل ، فإما أن يحلف أو يعتبر ناكلاً - . وكلما كان ثمة إمهال للمدعي عليه ، فيصار إلي ما قل من الزمان وكان مؤدياً غايته . أما إن كان طالب الإمهال هو المدعي – عند ردّ اليمين إليه - ، فيسأله القاضي عن

سبب طلبه ، فالمدعي مفترض فيه علمه بدعواه وتدقيقه لها ، وحضور بياناتها في خاطره ، فإن ذكر نسياناً ، وحاجة تثبت ، أمهله القاضي ، من غير تضيق عليه في الأجل ، فذاك حقه وهو إذا ترك ترك ، فأولي أن يمهل بقدر ما يستمهل من أجل - وينبغي ملاحظة الفرق بين المدعي والمدعي عليه فيما ذكر¹ .

ويلزم الاستقصاء والتحري عند امتناع الخصم عن حضور الجلسة المحددة لليمين ، فالعبرة في اعتبار الغياب نكولاً بمعرفة سبب الغياب ، فإن كان ثمة عذر مقبول أمهل لجلسة تالية ولم يعدّ غيابه نكولاً ، فإن غاب أخري تمرداً أو مطلاً اعتبره القاضي ناكلاً - ، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧) من الجدول الثالث من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م ، ففيها : ((إذا كلف من وجهت إليه اليمين بالحضور لحلفها ولم يحضر ، وتكرر منه ذلك بعد إعلانه بالحضور مرتين ، ولم يبد عذراً مقبولاً اعتبر ناكلاً)) .

ومن قبيل النكول دلالة في التشريعات المعاصرة ، ما نصت عليه المادة (١/٥٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ؛ إذ جاء فيها بأن عدم أداء اليمين ، دون المنازعة في جوازها ، أو في تعلقها بالدعوى ، أو عدم الحلف أو الردّ بعد رفض منازعته يعتبر نكولاً - .

والخلاصة أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير ما يعدّ نكولاً دلالةً ، إذ أن النكول دلالةً موقف سلبي ينفذ القاضي إلي حقيقته من خلال استقصاء ملابسات الحال والظروف التي تكتنف ما يتبدى نكولاً أو إعراضاً عن الحلف ، ونأسى أن هذا النوع من الاستقصاء قد أهمله القضاة - في الأغلب - ، رغم جوهرية أثره في تجنب إصدار أحكام تنتشر حقائقها القضائية عن الحقائق الواقعية ، وحسبي هنا أن أشير إلي حكم حدّي صدر بالإعدام رجماً بالحجارة ، في دعوى (زنا محصن) ، وعرضت الدعوى أمامي للرأي الأول - بالمحكمة العليا - ، خلصت فيه إلي نقض الحكم - والحكم بالبراءة - لأسباب منها عدم علم المتهمه بمعني النكول عن أيمن

¹ - راجع شرح مجلة الأحكام العدلية - سليم رستم ص ١١٠٦ والمادة (١٧٥١) من ذات المجلة وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٦٢ والمجموع شرح المذهب للنووي = تكملة الأستاذ محمد حسين العقبى ج١٨ ص ٣٩٤ وروضة الطالبين للنووي ج٢ ص ٤٣ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢١٨ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٣ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ٢٨ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٥ ص ٦٣٤ - .

اللعان ، وبإذن الله سوف نورد الحكم بتفصيلٍ عند بيان (سلطة القاضي التقديرية في توجيه أيمان اللعان وتقويمها) بهذا الفصل - ، فيحسن والحال هذا أن يُعلم القاضي الخصم أثر النكول ، وأنه يقضي عليه بنكوله ، وإن كرر له ذلك فهو أحوط، وإعلام الخصم بأثر النكول أدعي كلما كان محل الحلف عظيماً - .

الرأي المختار في تكييف النكول وتقويمه :-

الراجح عندي هو أن النكول نتاج دليل فرضته الضرورة ، فاليمين - يمين الإنكار أو اليمين الحاسمة - توجه عند عجز الخصم المكلف بالإثبات عن إثبات ما يدعيه ، فالخصم الذي له حق الإثبات منكر للدعوى ، وفي ظل الإنكار والعجز عن الإثبات ، شرع مبدأ الاحتكام إلي ذمة الخصم المنكر بتحليفه اليمين . فالنكول بهذا الوجه لا يدخل في معني الشهادة ، ولا يأخذ حكمها ؛ كما لا يدخل في معني الإقرار ولا يأخذ حكمه ، فالإقرار يعفي الخصم من الإثبات .

صحيح أن في النكول شبه البذل ، غير أنه لا يلزم منه البذل ، ويتفق النكول مع الإقرار في أنه دليل من قبل المدعي عليه وذو حجية قاصرة علي الناكل ، غير أنه لا يلزم من ذلك القول بأنه (إقرار) خاصة ويدخل في معني النكول مجرد السكوت عن الحلف أو الردّ ، بل قد يعدّ نكولاً ، غياب المطلوب يمينه عن جلسة اليمين متي كان قد أعلم بها وغاب دون إبداء عذر شرعي ، بناءً عليه يتعذر اعتبار النكول إقراراً .

إن النكول حجة ضعيفة ، فهو أقل حجية من الإقرار ، فلا يقضي به في الحدود الشرعية ، وفي القضاء به في الأبدضاع خلاف بين الفقهاء علي نحو ما سبق الإلماع إليه ، أما الإقرار والشهادة فيقضي بهما في الحدود والأبدضاع كافة ، فيبين قصور ما ذهب إليه سلف فقهاننا في تكييف النكول ، ولم يسلم المعاصرون من اقتفاء أثرهم إذ نحي ذات المسلك شراح الإثبات - وعلي رأسهم الدكتور عبدالرزاق السنهوري والمستشار أحمد نشأت - ، ففي (الوسيط) يقول السنهوري:- ((والنكول بمثابة إقرار ... وتكييفه هو تكييف الإقرار ...))¹ ، وفي (رسالة

¹ - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ٥٦٩ - .

الإثبات) يقول المستشار أحمد نشأت : ((من وجهت اليه اليمين ورفض أن يحلفها فوراً ، ... ولم يردّها ، او من ردّت عليه اليمين ورفض أن يحلفها ، عدّ ناكلاً عنها ، وثبت بذلك عليه الحق موضوع النزاع نهائياً للطرف الآخر موجه اليمين أو رادها ، ووجب علي القاضي أن يقضي له ... لأن النكول عن اليمين يعدّ اعترافاً ...))¹ . ولا مرأ في أن النكول بدل وخلف عن وسيلة إثبات مقررة للضرورة ، أما الشهادة والإقرار فأصليتان ، وحجية النكول في ذاته ضعيفة ، بل أضعف من شاهد المدعي ، وكما قال (ابن قيم الجوزية) : ((فهو - أي النكول - أولي أن يقوي بيمين الطالب))² .

يبقى لنا أن نبين وجه الفقه الإسلامي وما عليه العمل ثم رأينا المختار في أمرين هامين ، أولهما : مدي جواز إقامة البينة بعد حلف اليمين الحاسمة ، أو النكول عنها ، وثانيهما : تحليف اليمين الحاسمة للمتهم - نطاقه وتقويمه . وفيما يلي نفصل كل مسألة علي حدة :-

أولاً : مدي جواز إقامة البينة بعد حلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها :-

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن إقامة البينة بعد الحلف أو النكول ، إلي فريقين ؛ إذ منع ذلك فقهاء الظاهرية والإمامية والإباضية ، والمتأخرون من الحنفية وبعض الزيدية ، بينما أجازهم فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية في الراجح - وللمالكية في الإجازة تفصيل - ، ونبين كل رأي بأدلته فيما يلي :-

أ/ المانعون لإقامة البينة بعد الحلف أو النكول :

منع فقهاء الظاهرية والإمامية والإباضية والمتأخرون من الحنفية وبعض الزيدية إقامة البينة بعد حلف يمين الإنكار أو بعد النكول عنها ، ففي (المحلي) لابن حزم : ((وكل من ادعي علي أحدٍ ، وأنكر المدعي عليه فكأن المدعي البينة ، فقال : لي بينة غائبة ، أو قال : لا أعرف لنفسي بينة ، أو قال لا بينة لي ، قيل له : إن شئت فدع تحليفه حتى تحضر بينتك ، أو لعلك تجد بينة ، وإن شئت حلفته ، وقد سقط حكم بينتك الغائبة جملةً ، فلا يقضي لك بها أبداً ، وسقط حكم بينة تأتي بها بعد

¹ - رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ص ١٠٧/١٠٦ - .
² - الطرق الحكمية - لابن القيم الجوزية - ص ١١٦ - .

هذا عليه ، ليس لك إلا هذا فقط . فأَيُّ الأمرين اختار قضي له به ، ولم يلتفت له إلي بينة في تلك الدعوى بعدها ، إلا أن يكون تواتراً يوجب صحة العلم ويقينه ، أنه حلف كاذباً ، فيقضي عليه بالحق ، أو يقرّ بعد أن يكون حلف ، فيلزمه ما أقرّ به))^١ .

وينبغي التنبيه إلي أن (ابن حزم الظاهري) يقصر رأيه في عدم جواز إقامة البينة بعد حلف اليمين ، علي حالة حلف اليمين الموجهة للمدعي عليه ، فلا يتعدى بالأمر إلي حكم النكول ولا إلي حلف اليمين المردودة أو النكول عنها ؛ لأنه أصلاً لا يجيز الحكم بالنكول ولا ردّ اليمين - ، علي نحو أشرنا إليه آنفاً .

ويذهب فقهاء الإمامية والإباضية إلي رأي أوفق ؛ إذ يمنعون إقامة البينة بعد اليمين أو النكول ، سواءً فيه يمين المدعي عليه أو المردودة إلي المدعي ، ففي (من لا يحضره الفقيه) : ((... عن أبي عبد الله عليه السلام^٢ ، قال : إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه ، فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ، ذهبت اليمين بحق المدعي ولا دعوى له . قلت [أي الراوي عن أبي عبد الله] : وإن كان له بينه عادلة ؟ قال : وإن أقام بعدما استحلفه بالله خمسين قسامة ، ما كان له حق ، فإن اليمين قد أبطلت كل ما أدعاه قبله مما استحلفه عليه . قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (من حلف لكم بالله علي حق فصدقوه ، ومن سألكم بالله فأعطوه ، ذهبت اليمين بدعوى المدعي ولا دعوى له))^٣ .

وفي (منهج الطالبين وبلاغ الراغبين) : ((... اتفق أصحابنا - أي الإباضية - أن الحاكم إذا أستحلف المدعي علي دعواه ، فقد قطع الخصومة بينه وبين خصمه ، وذلك بعد أن يحتج علي المدعي ، إن كانت له بينة فأحضرها ، فإن أدعي بينة قال له الحاكم : أقمها ، فإن طلب الأجل أجله ... فإن قال : أهدرها

¹ - المحلي لابن حزم ج٩ ص ٣٧١ .

² - أبي عبد الله : هو الإمام جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم - الإمام جعفر الصادق - كنيته : أبو عبد الله ، ولد بالمدينة المنورة سنة ثلاث وثمانين من الهجرة ، وتوفي بها سنة ثمان وأربعين ومائة ، ينسب إليه المذهب الجعفري - الإمامي - ، أي الشيعة الإمامية - الجعفرية = راجع تهذيب الأحكام للطوسي ج٦ ص ٦٣ .

³ - من لا يحضره الفقيه - لابن بابويه ج٣ ص ٣٧ .

وأرضي بيمين خصمي بدلاً من إقامة البينة ، لم يسمع منه الحاكم البينة بعد اليمين))^١ . وقال بعض الإباضية بالجواز ، أهدرها أو لم يهدرها .

وصنو ما أوردناه من نقول مصنفات الإمامية والإباضية ، نجده مبسوطاً في آراء بعض الزيدية - في غير الراجح من المذهب - ولدي المتأخرين من الحنفية^٢ .

وتستدل هذه الطائفة علي المنع بالمنقول والمعقول ، فأما المنقول فيتمثل فيما سبق إيراده رواية عن (أبي عبد الله) - الإمام جعفر الصادق - رضي الله عنه - ، وقد روي أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال :- ((من كانت له طلبة عند أحد ، فعليه البينة ، والمطلوب أولي باليمين ، فإن نكل حلف الطالب وأخذ))^٣ . ووجه الدلالة فيه أن حلف اليمين المردودة تحسم الدعوى ، بدلالة ما في لفظ (أخذ) من معني النفاذ المعجل . وقد روي ابن أبي شيبة - بإسناده - قال : ((نكل رجل عند شريح عن اليمين ، فقضي عليه ، فقال : أنا أحلف . فقال له : (قد قضي قضاؤك) - وفي رواية : (قد مضي قضائي))^٤ .

ووجه الدلالة أن الحكم قد أكسب الدليل حجية ، يحول دون نقضه بعدئذٍ بدليل ظني ، فالبينة تفيد الظن ، ولئن جاز القضاء بها ابتداءً - رغم إفادته للظن الراجح - إلا أنه لا يجوز نقض القضاء بها ؛ لأن القضاء لا ينقض بالشك .

واختيار هذه الطائفة هو ما استقرت عليه التشريعات المعاصرة وشروحها ؛ إذ نصت المادة (٣/٥٧) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((يخسر دعواه كل من وجهت إليه اليمين الحاسمة ، فنكل عنها دون أن يردّها علي خصمه ، وكل من ردّت عليه اليمين الحاسمة فنكل عنها)) - ، وتقابلها المادة (١١٨) من قانون الإثبات المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - ونصها : ((كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها ، دون أن يردّها علي خصمه ، وكل من

^١ - منهج الطالبين وبلاغ الراغبين - للشقسي ج٠ ١٠ ص ٥١ وراجع شرح النيل وشفاء العليل /أطفيش / ج٣ ص ٨٠ - .
^٢ - راجع الروض النضير للصنعاني ج٣ ص ٤٥٦ وقرة عيون الأخبار لمحمد علاء الدين ج١ ص ٢٠ وجواهر الروايات ودرر الدرايات للبيضاوي ص ٤٢ - .
^٣ - قال ابن القيم الجوزية : (هذا حديث مرسل) - راجع الطرق الحكمية ص ١١٩ - .
^٤ - راجع نصب الراية للزيلعي ج٤ ص ١٠١ والطرق الحكمية ص ١١٨ والبحر الزخار ص ٦٢٣/٦٢٤ - .

ردّت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه)) - . ويلزم من تقرير (خسران الدعوى) أن من وجهت إليه اليمين الحاسمة أو المردودة ، فنكل عنها ، دون إبداء اعتراض علي الوقائع المطلوب الحلف عليها ، لعدم تعلقها بالوقائع محل النزاع ، أو لما تنطوي عنها من عسفٍ أو تعنيت ، أو عدم مشروعية ، أو اعتراض آخر مشروع ، فلا سبيل له بعدئذٍ في نقض دلالة نكوله ، كما لا سبيل بعد حلف اليمين الحاسمة أو المردودة ، إلي نقض دلالة الحلف ، ولا يجوز له إقامة بينة عكس الحلف أو النكول ، كما لا يجوز له العدول عن النكول إلي الحلف حتى في مرحلة الاستئناف^١ .

ب/ المجيزون لإقامة البينة بعد الحلف أو النكول :

أجاز فقهاء الحنفية - في الراجح - والشافعية والحنابلة والزيدية في الراجح - والمالكية بتفصيل وقيود - ، إقامة البينة بعد الحلف أو النكول ، مستدلين بحديث النبي صلي الله عليه وسلم : ((البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة))^٢ . والنص صريح في الدلالة علي أن (البينة العادلة) أولي من اليمين الفاجرة ، سواء كان قد حكم باليمين ، أو كان ذلك قبل الحكم ؛ ولأن البينة يثبت بها الحق كالإقرار ، ولو أقر المنكر بعد اليمين كان إقراره مقبولاً ، فكذا إذا أقام البينة^٣ .

وقد قيد المالكية الجواز ، بتوفر موجبٍ له ، فقالوا بجواز إقامة البينة بعد حلف اليمين - أو النكول - عند توفر عذر مقبول للمدعي ، كغيبته بعيدة لبينته ، أو عدم علمه بها ، وإلا فلا - ، بمعنى أنه لو استحلفه مع علمه ببينته ، تاركاً لها تصريحاً أو إعراضاً عنها وهي حاضرة أو غائبة فلا يجوز له بعدئذٍ إقامة البينة بعد الحلف ، هذا هو المعتمد في المذهب ، خلافاً لمطرف وابن الماجشون ، فهما يذهبان إلي جواز إقامة البينة بعد اليمين ، ولو كان عالماً بها وكانت حاضرة معه - وهي رواية عن مالك أيضاً - ، وقد ذهب إلي الأحوط بعض فقهاء المذهب إذ قالوا :

¹ - راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري المجلد الثاني ص ٥٦٩/٥٥٦/٥٥٥ ورسالة الإثبات لأحمد نشأت ج٢ صفحات ١٠٧/٩٩/٩٢ .

² - الحديث ذكره البخاري بهذا اللفظ - في كتاب الشهادات باب من أقام البينة بعد اليمين ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات باب (البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة) - .

³ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص ٣٩٣٤ ومعين الحكام للطرابلسي ص ٩٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٤٢ ومختصر المزني - بهامش الأم للشافعي - ج٥ ص ٢٥٥ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٢٠ والروض النضير للصنعاني ج٣ ص ٤٥٦ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ٢٩ .

((من الحزم للمدعي عليه ، إذا طلب المدعي يمينه ، أن يلزم المدعي أنه قد أسقط بينته ، ما علم منها وما لم يعلم ، فإن عقد علي نفسه مثل هذا ، لم يكن له أن يقوم عليه بعد يمينه بالبينة))¹ - .

لقد شدّد ابن حزم الظاهري النكير علي المجيزين الذين أجازوا إقامة البينة بعد اليمين ، متناولاً مستندهم المتمثل في الحديث الأنف ذكره فقال : ((... وأما قول أبي حنيفة والشافعي ومالك وأحمد ، في قضائهم بالبينة بعد يمين المنكر ، فإن قولهم (البينة العادلة خير من اليمين الفاجرة) فقول صحيح ، لو أيقنا أن البينة عادلة عند الله عز وجل ، وأن يمين الحالف فاجرة بلا شك . وأما إذا لم يوقن أن البينة صادقة ولا أن اليمين فاجرة ، فليست الشهادة أولى من اليمين = إذ الصدق في كليهما ممكن، والكذب في كليهما ممكن = إلا بنص قرآن أو سنة تأمرنا بإنفاذ البينة، وأن حلف المنكر لا يعتد به . ولا يوجد في ذلك نص أصلاً ، فسقط هذا القول بيقين ...))² - .

والراجح عندي هو أن اليمين الحاسمة ، إنما يصار إليها عند الضرورة ، احتكاماً إلى ذمة الخصم المنكر ، في ظل انتفاء الدليل أو تعذر إقامته ، ومقتضي الاحتكام إلي الذمة هو لزوم الإذعان لما يتمخض عنه ذلك الاحتكام ، بحيث لا يسوغ بعدئذٍ نقض دلالة الحلف أو النكول . وما اختاره المانعون من فقهاء الشريعة الإسلامية ، هو ما استقر في التشريع والقضاء المعاصرين ، وهو أصون للحقوق وأقطع للنزاع وأنفي لتطاول الخصومات واللدد فيها - .

ثانياً :- تحليف اليمين الحاسمة للمتهم - نطاقه وتقويمه :

ألمعنا آنفاً بأن الإمامية والزيدية في الراجح وزفر من الحنفية ، يعتدون بتحليف المتهم يمين الإنكار ، ويجيزون القضاء بدلالة نكوله ، في دعاوى المال والقصاص كافة . وذهب أبو حنيفة إلي الاعتداد به في الأموال ، وفيما دون النفس من القصاص ، بينما أختار الصحابان أبو يوسف ومحمد الاعتداد بتحليف المتهم فيما سوي الحدود ، في سائر الدعاوى بما فيها القصاص ، غير أنهما في أفضية

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٤٢ - .
² - المحلي لابن حزم ج ٩ ص ٣٧٢ - .

القصاص يلزمان به الدية في النفس والأرث فيما دونها - ، ويتفق أحد قوليهما مع رأي زفر . وذهب سائر الفقهاء الذين قالوا بأن النكول كالإقرار ، إلي الاعتداد به في السرقة ، لغرم المال – لا للقطع - . وللشافعية قولٌ بأنه إذا ادعى عليه سرقة ، توجب القطع فنكل ، وردت اليمين علي المدعي ، فإن حلف وجب المال والقطع . قال النووي في (روضة الطالبين) : ((تثبت [أي السرقة] بثلاث حجج ، إحداها: اليمين المردودة ، فإذا ادعى عليه سرقة توجب القطع ، فأنكر وحلف ، فلا شيء عليه ، وإن نكل ردت اليمين علي المدعي ، فإذا حلف وجب المال والقطع . هكذا نقله الإمام عن الأصحاب لأن اليمين المردودة كالإقرار وكالبينة وكلاهما يوجب القطع . والذي ذكره صاحبنا (الشامل) و (البيان) وغيرهما : أنه لا يثبت بها القطع ؛ لأنه حق لله تعالى... .. قلت: صحح الرافعي في (المحرر الأول))^١ - . ولا خلاف لدي الشافعية في جواز تحليف المتهم اليمين في التعازير ، فإن نكل عنها وردت اليمين إلي المدعي وحلفها ، فيقضي عليه بدلالة نكوله مع حلف خصمه لليمين المردودة ، أما الحنفية فيذهبون إلي جواز القضاء بالنكول – بمجردة – في التعازير ، يقول (ابن نجيم الحنفي) : ((التعزير [الذي هو] حق العبد ، كسائر حقوقه ، يجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة علي الشهادة ، ويجري فيه اليمين، يعني إذا أنكر أنه سبّه ، يحلف ويقضي بالنكول ، ولا يخفي علي أحد أنه ينقسم إلي ما هو حق العبد و [ما هو] حق لله تعالى ، فحق العبد لا شك أنه يجري فيه ما ذكر))^٢ - .

ويتبدى لنا أن تساهل الفقهاء في إثبات المعاصي الموجبة للتعزير وتسامحهم فيه ، كان من منطلق وجهين ، أولهما : اشتراطهم العدالة في المخبر ، - أو قل في مقدم البلاغ - الذي يخبر القاضي بمرتكب المعصية . وثانيهما : أن التعزير في حقوق الله تعالى يكفي لإيجابه توفر التهمة ، ولا يتوقف علي الثبوت^٣ - .

^١ - روضة الطالبين للنووي جـ ١٠ ص ١٤٣ وراجع لبقية الآراء المذهبية الأنفة الذكر : بدائع الصنائع للكاساني جـ ٨ ص ٣٩٣٦ والمغني لابن قدامه جـ ١٤ ص ٢٣٧/٢٣٥ والبحر الزخار لابن المرتضي جـ ٥ ص ٦٣٤ - .

^٢ - رسائل ابن نجيم - لابن نجيم الحنفي - ص ١٢١ - .

^٣ - المرجع السابق ص ١٢٤/١٢٥/١٢٦ - .

ولعل المشرع السوداني ، قد وقف علي شطّ هذه الآراء ، واستنقل الغوص في أعماقها ، حين قنن تحليف المتهم اليمين وأجاز الحكم بإدانته ومعاقبته بموجب نكوله ، وذلك في المادتين (ج/٣) و (٢٠٠) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م ؛ إذ نصت المادة (ج/٣) منه علي أنه : ((يراعي في تطبيق هذا القانون ... أن البينة علي من أدعي ، وان اليمين علي من أنكر)) ، كما نصت المادة (٢٠٠) منه علي أن : (((١) يمنح المتهم الفرصة الكاملة لتقديم دفاعه ، ويوجه إليه اليمين ، ما لم ينكل عنها ، غير أنه لا يجوز للخصم استجوابه . (٢) إذا نكل المتهم عن اليمين يجوز الحكم عليه بناءً علي نكوله)) - .

نغض الطرف عن عيب الصياغة التشريعية المتمثلة في الجمع بين ثلاثة أمور متباينة ، في الفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة ، وهي : (١) حق المتهم في الدفاع (٢) حق المشتكي في توجيه اليمين للمتهم (٣) عدم جواز استجواب المتهم بواسطة المشتكي - أو الاتهام - ، ولا مراة في ضرورة الوحدة الموضوعية للفقرة القانونية - بل وللمادة كلها - .

والذي يلزم التوقف عنده هو : أن هاتين المادتين قد وردتا بصيغ عموم وإطلاق وبلا بيان لمرجعيتهما بمذكرة تفسيرية ، فأحدثنا اضطراباً بالغاً في ممارسة القضاة لسلطاتهم التقديرية ، فيما توجه فيها اليمين من الدعاوى الجنائية وفي تقويم دلالة اليمين والنكول ، وذلك بدرجةٍ أفضت إلي الإخلال بأصول المحاكمات الجنائية. ففي قضية : (حكومة السودان / ضد/ محمود علي سنوسي وآخر) ، قضت محكمة استئناف الإقليم الشرقي بأنه : ((في حالة انعدام الدليل في جرائم الحدود والقصاص ، إذا طلب المدعي أن يحلف المتهم (المدعي عليه) اليمين ، فإنه يجوز للمحكمة أن تأمر المتهم بحلف اليمين ، اعتباراً إلي أن اليمين هي البديل عن الدليل ، ولكن يتعيّن علي المحكمة لدي توقيع العقوبة عند إدانة المتهم ، بناءً علي حلف اليمين ، أن تقضي بالعقوبة التعزيرية لا العقوبة الحدية))^١ - . وكانت الدعوى مرفوعة بتهمة (الجراح العمد) ، حيث أدين المتهمون بموجب المادة (٢٧٩) من

^١ - (١٩٨٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٢١ - .

قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م - الجراح العمد - وقالت محكمة الاستئناف في أسباب حكمها - تعليقاً علي حكم محكمة أول درجة - ما نصه : ((... والغريب في الأمر أنها - أي المحكمة الابتدائية - رغم تقديمها للبيئة وتوصلها إلي أن الجريمة المرتكبة تقع تحت طائلة المادة (٢٧٩) من قانون العقوبات ، إلا أنها ذكرت بأنها ترفض تحليف المتهمين ؛ لأنه لا يجوز توجيه اليمين في جرائم الحدود ، في حين أن الجريمة تحت المادة (٢٧٩) من جرائم القصاص ، وكان يجب عليها أن تبين لنا أسبابها التي اعتمدت عليها ، في عدم توجيه اليمين ، حتى يتسنى لنا أن نتعرف علي هذه الأسباب ، وعلي الرأي الفقهي الذي استندت إليه في رأيها هذا ، طالما أنها رأت أن تخالف ذلك النص الصريح ، (نص المادة - ٢٠٠ - من قانون الإجراءات الجنائية) . وبعد عرض بعض الآراء الفقهية استرسلت المحكمة الاستئنافية وقالت : ... (يقيني أنه يمكن للمدعي استحلاف المدعي عليه ، إذا انعدم دليله وقصرت بينته علي أقواله فقط ، وذلك حتى في جرائم الحدود والقصاص ، إلا أنه في هاتين الحالتين ، يمكن أن تكون اليمين مظهرة للحق المالي ومجوزة للتعزير فقط دون توقيع الحدّ أو القصاص ، ففي حالة قطع الطريق أو السرقة مثلاً ، تكون اليمين لردّ المسروق مع التعزير أو بدونه ... وفي حالة تسبب الإذى تكون اليمين للتعزير ...) - .

إن أول ما يلاحظ على مقولة محكمة الاستئناف التي نصها : ((عند إدانة المتهم بناءً علي حلف اليمين)) - أه - ، أنها عبارة غير سديدة - وردت بالصريح وبغير الصريح لأكثر من مرة في السابقة القضائية الآنفة - ، ويتمثل عدم سدادها في أنه عند توجيه اليمين إلي المتهم ، فإن الإدانة تكون بناءً علي نكوله ، وليس علي حلفه اليمين ؛ لأنه إن حلف اليمين فقد تعززت قرينة البراءة الأصلية بما تنتفي معه المسؤولية - .

أما بشأن الأهم : فإن محكمة الاستئناف قد أفرطت في الاعتداد باليمين لدرجة لم يسبقه أحد إليها حين أجازت اليمين في الحدود ، ولا يشفع لها أنها عادت لتخفف من جنوحها ، لتقول بأن اليمين في حالتها والحدود والقصاص ، تكون مظهرة

للق المالى ومجوزة للتعزير ، وكأني بها لم تظن إلى طبيعة الحدود الخالصة لله تعالى التي لا يتعلق بها حق مالى ، كالردة والزنا وشرب الخمر . كما أنها أغفلت مبادئ أصول المحاكمات الجنائية ، التي تستمد من قرينة البراءة الأصلية ، ومنها (من يكلف بعبء إثبات الاتهام) ثم (مدي حجية دليل إثبات الاتهام) ثم (عدم إجبار المتهم لتقديم دليل ضد نفسه) ، ويدخل في معنى الإيجاب تحليفه اليمين . وهذا ما فطن له المشرع السودانى - مؤخراً - في قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م ، وحيث نصت المادة (٣/٥٥) منه على أنه : ((لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة تشمل إقراراً بجريمة)) ، وكان قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م خلواً من نص مماثل ، ولعل ذلك مما ساعد على جنوح المحاكم على نحو ما سلف بيانه ، فضلاً عن أنها لم تظن للقيمة الاستدلالية للنكول في المصدر التاريخي الذي استمدت منه المادة (٢٠٠) المجيزة لتحليف المتهم اليمين - .

إن النكول حجة ضعيفة - على نحو ما بيناه من قبل - ولا يفيد جزءاً ولا قطعاً ، ويعتد به في دعاوى الأموال وما يقصد به المال للضرورة ، وليس ثمة ضرورة تجعل المحاكم تعند به في دعاوى الحدود والقصاص والتعازير ، التي يجب إثباتها بأدلة جازمة قاطعة - . وفي قضية : ((حكومة السودان /ضد/ عبد العزيز إسماعيل جمعة)) ، أجهدت المحكمة العليا أنفاسها لتتجو من الضبابية التي أحدثتها المادة (٢٠٠) الأنفة الذكر ، ومن منعرجاتها ، فما أغني عنها جهد الوسع شيئاً ، فتعثرت فيما قضت به ؛ إذ قالت : ((إن النكول وحده لا يعتد به كبينة لإقرار حق للمدعي ، أو لإثبات شكوى الشاكي [في الدعوى الجنائية] ، بل يجب أن تكون هناك بعض من البيانات من جانب الشاكي في مواجهة المتهم ، ولعدم كفايتها توجه اليمين للمتهم ، وعند نكوله يجرّم بما اتهم به))^١ - .

والواضح أن المحكمة العليا في هذه القضية ، قد خلطت بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، حيث إنها قد ذكرت الحالة التي توجه فيها اليمين للمتهم وبينتها بأنها تكون عند ((وجود بعض من البيانات من جانب الشاكي في مواجهة المتهم ،

^١ - (١٩٨٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٣٧ - .

ولعدم كفايتها توجه اليمين للمتهم)) - ، ولا مراعاة في أن هذه الحالة تختص باليمين المتممة - فهي شرط توجيه اليمين المتممة ، ولا صلة لها باليمين الحاسمة ، ولا بيمين الإنكار .

ولعل المحكمة العليا وهي تقرر وجوب توفر (بعض البينات غير الكافية) كشرط لتوجيه اليمين ، إنما أرادت التنصل من تأييد إدانة المتهم المبنية علي مجرد النكول ، ونكاد نري رأي العين ما استشعرته من حرج بالغ^١ ، في تأييد مثل تلك الإدانة ، يتبدى ذلك فيما قالته :- ((وإذا نظرنا إلي الوقائع التي أمامنا نجد أن أقوال الشاكي حمدان محمد سالم ، لم تشمل بيينة واحدة تشير إلي أن المتهمين عبد العزيز إسماعيل وأم عزة هما اللذان قاما بطعن حصانه ، ورغم هذا قامت محكمة الموضوع بتوجيه اليمين لهما ، وعليه أري أنها خالفت الشرع السائد من رأي الفقهاء ، وبالتالي خالفت ما قبل كمبدأ شرعي))^٢ .

في الواقع : توجه يمين الإنكار عند تعذر البيينة ، وليس عند عدم كفايتها .
لقد كان ميسوراً للسادة قضاة المحكمة العليا الخروج من مأزق تطبيق المادة (٢٠٠) بإنعام النظر في قواعد التفسير القضائي ، بقراءة المادة علي ضوء مصدرها التاريخي ، لاستمداد تفسيرها أو تأويل المبهم منها أو تفصيل مجملها وفقاً لأحكام ذلك المصدر التاريخي ؛ إذ لا يسوغ أن تكون المادة مستقاة من مذهب معين، ويصار في تفسيرها أو تأويلها أو تفصيلها إلي قواعد وأحكام مذهب آخر ، تغاير أحكامه ما في المذهب الذي صدرت عنه المادة ، (علي نحو صنيع المحكمة العليا) ، ومن قبل ذلك كله ، كان ينبغي استبانة المصدر التاريخي الذي استقي منه تعريف لفظ (البيينة) في قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م ، للمصير لمرجعياته الفقهية فيما لا نص فيه . لقد نصت المادة (٢) من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م في تفسير كلمة (البيينة) بأنها : ((أي وسيلة يتم بها إثبات أو نفي أي واقعة متعلقة بدعوى أمام المحكمة)) ، والمصدر التاريخي لكلمة البيينة بمعناها

^١ - تبدي الحرج فيما كتبه صاحب الرأي الثاني (مولانا يوسف دفع الله - رحمه الله - بأنه لولا وجود نص المادة (٢٠٠) في قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م لوجب تفسير (يمين المدعي عليه) بقصرها في الأموال وليس في الجرائم) - .
^٢ - (١٩٨٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٤٠ - .

المذكور ، هو منهج الإمام ابن قيم الجوزية من فقهاء الحنابلة ، وابن فرحون من فقهاء المالكية وعلاء الدين الطرابلسي من فقهاء الحنفية^١ - . فأبي المذاهب الثلاثة هو الذي يناسب مقام الدعوى محل المناقشة ، والتي أضاعت فيها المحكمة العليا سبيلها ؟ .

منذ أول وهلة يتبين خروج المجتهد المالكي - مع مذهبه - ، لعدم اعتداد المالكية بالحكم بالنكول بمجردة ، ثم يخرج المذهب الحنفي ؛ لأن الراجح فيه هو اعتبار النكول كالإقرار ، وهو قول الصحابين وزفر ، فيبقى المقام للمذهب الحنبلي؛ لأن الراجح فيه هو اعتبار النكول من قبيل البذل . فينظر بعدئذٍ إلي نطاق التحليف فيه ، أي ما يجوز فيه التحليف من الدعاوى . وليس خافياً أن الراجح في المذهب الحنبلي هو جواز تحليف اليمين في دعاوى المال وما يقصد به المال ، قال (ابن قدامة) : ((فأما غير المال وما لا يقصد به المال ، فلا يقضي فيه بالنكول ، نص عليه أحمد في القصاص . ونقل عنه في رجل ادعى علي رجل أنه قذفه ، فقال : استخلفوه فإن قال : لا أحلف ، أقيم عليه [أي حدّ القذف] . قال أبو بكر : هذا قول قديم ، والمذهب أنه لا يقضي في شيء من هذا بالنكول ، ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الطرف ... وقال أبو حنيفة : يقضي بالنكول في القصاص فيما دون النفس ، وعن أحمد مثله ، والأول هو المذهب))^٢ . ولئن استباننا المحكمة العليا المذهب الواجب إتباعه ، ثم استباننا الراجح فيه ؛ وهو ما يلزم إعماله باعتبار أن المصير إلي المرجوح مع وجود الراجح كالعدم ، وقيل : هو باطل ، فعندئذٍ كان لها من أمرها يسرا ، ولما قضت بالمصير إلي تحليف المتهم في الدعوى محل المناقشة ، والتي وجهت فيها التهمة تحت المادة (٣٦٦) من قانون العقوبات لسنة ١٩٨٣م ، وهي مادة عقوبتها إلزامية بالجلد والغرامة والسجن ، وموضوعها لا يدخل (فيما يقصد به المال) فحسب ، علماً بأن عقوبتي الجلد والسجن قد شرعتا للزجر المحض . وهذا النظر هو ما يتلاءم مع (أصول

^١ - راجع أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص ٩١/٩٠ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ١٧٢ ومعين الحكام للطرابلسي ص ٦٨ .
^٢ - المغني لابن قدامة ج١ ص ٢٣٥ - .

المحاكمات الجنائية) ، التي تعني بتقرير مبدأ : (إيجاب إثبات التهمة المرفوعة بها الدعوى علي كاهل الاتهام ، بما يفيد القطع والجزم ، أو دون مرحلة الشك المعقول) ، وكذا مبدأ (عدم إجبار الخصم علي تقديم دليل ضد نفسه) ولا مرأء في أن تحليف المتهم ينطوي عن شيء من الإكراه ، والإجبار علي تقديم دليل ضد النفس . ونحسب دوماً أن من مقتضيات إحسان العدل : تفسير الخلافات والمشتركات والمبهمات بالوجه الأصلح للمتهم ، فذاك أحوط ، ولئن يخطئ الإمام في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة - .

لقد أحسن المشرع السوداني صنعاً حين أقال عثرته بإصدار قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م وقانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م ؛ إذ جاء قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م خلواً من صنو المادة (٢٠٠) - إجراءات جنائية لسنة ١٩٨٣م - . وقد نصت المادة (٤/د) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((... لا يجبر المتهم علي تقديم دليل ضد نفسه ، ولا توجه إليه اليمين إلا في الجرائم غير الحدية التي يتعلق بها حق خاص للغير)) ، ثم صدر بعدئذٍ قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م مخصصاً عموم المادة (٤/د) الأنفة الذكر، بحيث يقتصر تفسير (حق خاص للغير) ، علي الحق المالي ؛ إذ نصت المادة (٣/٥٥) منه علي أنه : ((لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة تشمل إقراراً بجريمة)) ، ومن ثم خرجت اليمين المنصوص عليها في المادة المذكورة من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م ، من دائرة إثبات التجريم وإيجاب العقاب ، إلي دائرة المنازعة في الحق المدني ، المنظورة ضمن الدعوى الجنائية ، - استثناءً - عندما يكون الحق المدني المدعي به ناشئاً عن ضررٍ حالٍ بمدعيه جراء الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية - . وهنا تتقيد المحكمة الجنائية بشأن الحق المدني ، بقواعد الإثبات في الدعوى المدنية ، بينما يجب عليها ألا تتصرف قيد أنملة ، عن قواعد الإثبات الجنائي (وليس من بينها النكول عن اليمين) عند إثبات الجريمة المرفوعة بها الدعوى - .

وينبغي التنبيه إلى أنه ليس ثمة تلازم مضطرد بين تبرئة المتهم وبين رفض دعوى الحق المدني – أو قل ليس ثمة تناقض مضطرد بين تبرئة المتهم وبين الحكم عليه بالحق المدني المدعى به في ذات الدعوى الجنائية ، إذ من الممكن أن يصدر الحكم بالبراءة من الجريمة المنسوبة للمتهم ، لعدم ثبوت الأركان القانونية للجريمة أو بعضها ، أو لتخلف شروط المساءلة الجنائية ، رغم ثبوت الواقعة المادية محل المحاكمة - ، ورغم تلك البراءة ، فإن للمحكمة الجنائية أن تقضي بالحق المدني ، عند ثبوته بالوسائل المقررة للإثبات المدني ، بما فيها النكول عن اليمين ، وهذه هي المساحة التي يجب أن تنزوي إليها اليمين خلال نظر الدعوى الجنائية ، بحيث لا يكون ثمة اعتداد بالنكول ودلالته الضعيفة فيما عداها¹ .

المطلب الثالث

سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين المتممة وتقويمها

اليمين المتممة هي : اليمين التي يوجهها القاضي لأي من الخصمين ، من تلقاء نفسه ، ووفقاً لتقديره لظروف الدعوى وملابساتها ، لاستكمال أدلة الدعوى . ويشترط في توجيه اليمين المتممة : ألا يكون هناك دليل كامل في الدعوى ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل .

ورغم أن (اليمين المتممة) لم يتبلور بهذا المصطلح إلا في ظل التشريعات المعاصرة ، إلا أنه لم يخل معناها ولا مبناها عن أي من مذاهب الفقه الإسلامي . فالمذهب الذي لم يعتدّ بها في صورة ، قال بجوازها في صورة أخرى ، بل هناك من مصنّفات الفقه الإسلامي ، ما يشير إلى صدور هذا المصطلح بعينه من معين الفقه الإسلامي ، ففي (أدب القضاء) ما نصه : ((أما إذا ثبت الحق بشهادة شاهدٍ واحدٍ ويمين المدعي ... فهل يحتاج مع يمينه التي كملت بها بينته ، إلى يمينٍ أخرى للحكم ...))² . فعبارة (اليمين التي كملت بها البينة) ، لا تفيد سوي (اليمين المتممة) – أو المكملة – بحدّ تعبير ابن أبي الدم الحموي - ، وقد أسماها (ابن قيم

¹ - هنالك اعتداد بالنكول في بعض الأقضية الجنائية – مثل النكول عن أيمان اللعان في إثبات الزنا أو القذف ، والنكول عن أيمان القسامة وسوف نعرض أحكام الفقه والقانون بشأنهما ، وبيان سلطة القاضي التقديرية فيهما – بالمطلبين الخامس والسادس من هذا الفصل – بإذن الله.

² - أدب القضاء – لابن أبي الدم الحموي – ص ٢٦٤ - .

الجوزية) باليمين المقوية¹ - ، أما صاحب (التاج المذهب لأحكام المذهب) فقد أسماها بمسماها المعاصر (اليمين المتممة)² - ، وكيفما أُسميت في مصنفات الفقه، فلا مشاحة في المصطلحات ، فالعبرة بحقائق المعاني - .

وفيما يلي نعرض بالبيان (سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين المتممة وتقويمها في الفقه الإسلامي ثم في التشريعات المعاصرة وتطبيقاتها القضائية) في بندين متتالين :

البند الأول : سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين المتممة وتقويمها في الفقه الإسلامي :

أمعنا آنفاً إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتدون باليمين المتممة وفقاً لرؤى وصور متغايرة ؛ إذ أن بعضهم يجيز اليمين المتممة ، أو قل استكمال الدليل الناقص باليمين ، عندما يكون ذلك الدليل الناقص هو الشهادة غير المكتملة النصاب، كشهادة الرجل الواحد ، أو شهادة المرأتين - علي اختلاف بين الفقهاء في ذلك - ، فيصار في تلك الأحوال إلى استكمال تلك البيئة الناقصة نصابها بدلالة اليمين ، وهناك من يعتد باليمين المتممة فيذهب إلى استكمال بعض القرائن البسيطة باليمين، ومن قبيل تلك القرائن البسيطة (قرينة عرف الصلاحية وقرينة المحرر الخطي غير المهيأ للإثبات الذي يكون أدنى حجية من المحرر العرفي) ، فتلك أدلة ناقصة، ذات حجية ضعيفة ويسوغ استكمال دلالتها باليمين (المتممة) ، ويدخل يمين الاستظهار - أي يمين القضاء - في معنى اليمين المتممة - فقهاً وقانوناً - ، وفيما يلي تفصيل ما أجملناه آنفاً :

أولاً : اليمين المتممة للشهادة ناقصة النصاب : (المتممة لشهادة الرجل الواحد أو المرأتين)

ذهب أكثر أهل العلم كالخلفاء الأربعة وأبي بن كعب وجابر بن عبد الله وزيد بن ثابت وأبي هريرة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن البصري وابن سيرين وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبي

¹ - راجع الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية - ص ٧٦ - .

² - راجع التاج المذهب لأحكام المذهب - للصنعاني - ج٤ - ص ٣١ - .

الزناد والشافعي وأحمد بن حنبل وفقهاء الإمامية والظاهرية والزيدية ، إلي جواز استكمال شهادة الشاهد الواحد بيمين المدعي^١ .

ويستدلون علي جواز (اليمين المتممة) – أو المكملة كما أسماها (ابن أبي الدم الحموي) بدلالة المنقول وبالإجماع . فأما المنقول فيتمثل فيما رواه الإمام مسلم في صحيحه – وأبو داؤد في سننه وغيرهما - ، بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنه : ((أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد))^٢ . وفي رواية لأبي داؤد : (في الحقوق) – أي كان ذلك في الحقوق - ، وفي رواية للإمام أحمد بن حنبل : (إنما كان ذلك في الأموال) ، وفي رواية أنه صلي الله عليه وسلم : ((قضى باليمين مع الشاهد الواحد في الحقوق))^٣ . وفي رواية أن النبي صلي الله عليه وسلم : ((قضى بشهادة رجلٍ مع يمين الطالب))^٤ .

إن أحاديث جواز القضاء بشهادة الشاهد الواحد مع يمين الطالب مروية بطرق مختلفة عن أكثر من عشرين صحابياً ، وتصب كلها في معني أن اليمين فيها متممة للشهادة الناقصة نصابها ، صرح بذلك الماوردي فيما نقله عن الشافعي ، ففي (الحاوي الكبير) : ((قال الشافعي رحمه الله : فإذا قضى رسول الله صلي الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد ... في الأموال ... دلّ ذلك علي أنه لا يقضي بها في غير ما قضى به رسول الله صلي الله عليه وسلم ... والبينة في دلالة سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم بينتان : بينة كاملة هي بعدد شهودٍ لا يحلف مقيمها ، وبينة ناقصة العدد في المال يحلف مقيمها معها -))^٥ .

وهكذا يتبين أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يعتقدون بدلالة اليمين المتممة التي توجه إلي صاحب البينة الناقصة النصاب ، لاستكمال نقصها ، وذلك في دعاوى المال وما يقصد به المال . ويستدلون للجواز أيضاً بالإجماع ، نقله

^١ - راجع المنتقى شرح الموطأ للبخاري ج٥ ص ٢٠٨/٢٠٩/٢١٤/٢٢٠/٢٢١ وحاشية الرهوني ج٧ ص ٤١٨ وروضة الطالبين للنووي ج١١ ص ٢٧٨ والحواوي الكبير للماوردي ج١٧ ص ٦٨ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٣٠ وشرائع الإسلام للمحقق الحلي ج٤ ص ٩٢ والمحلي لابن حزم ج٩ ص ٤٠٥ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٥ ص ٦٢٢ .

^٢ - صحيح مسلم – كتاب الأفضية باب القضاء بالشاهد واليمين ، وسنن أبي داؤد كتاب الأفضية باب القضاء بالشاهد واليمين وابن ماجه في سننه في كتاب الشهادات باب القضاء بالشاهد واليمين . وقال ابن عبد البر : هذا حديث صحيح لا مطعن لأحدٍ في إسناده ، ولا خلاف بين أهل العلم في صحته / نصب الرأية ج٤ ص ٩٧ .

^٣ - فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر ، كتاب الأحكام باب قضى باليمين مع الشاهد ج١١ ص ٣٥٧ .

^٤ - المرجع السابق ج١١ ص ٣٥٩ .

^٥ - الحاوي الكبير للماوردي ج١٧ ص ٧٣ .

الماوردي فقال : ((ويدل عليه انعقاد الإجماع به ، فقد قضي علي بن أبي طالب بالكوفة باليمين مع الشاهد علي المنبر . ومعناه أنه أحلف المدعي قائماً ؛ لأنه حكم وهو علي المنبر ، وروي أبو الزناد عن عبد الله بن عامر قال : (شهدت النبي صلي الله عليه وسلم وأبابكر وعمر وعثمان يقضون باليمين مع الشاهد) ، وأخبر يحيي أنه قضي بها أبي بن كعب وزيد بن ثابت ، وقضي بها عمر بن عبد العزيز ، وكتب بها إلي خلفائه في جميع الأمصار ، ومثل هذا العمل المشهور إذا لم يعارض بالخلاف ، كان إجماعاً منتشرأ وحجاجاً قاطعاً))^١ .

وذهب الإمام زيد والزهري والنخعي والشعبي وابن شبرمة والثوري والإمام يحيي وأبو حنيفة وأصحابه وفقهاء الإباضية إلي عدم جواز القضاء باليمين مع الشاهد^٢ - ، مستدلين بقوله تعالى : ((ذُرُّهُ رُكُّهُ كَرُّهُ كَرُّهُ))^٣ . وقالوا بأن الآية قد قصرت القضاء علي هذين الوجهين ، وبأن القضاء باليمين مع الشاهد زيادة علي النص ، والزيادة علي النص نسخ ، ولا يجوز نسخ أي القرآن بأخبار الآحاد. كما استدلوا بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم: ((البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر))^٤ - ، وشاهدهم فيه أن النبي قد جعل كل جنس اليمين حجةً للمدعي عليه ، بدلالة العام المستغرق لكل جنسه ، في قوله صلي الله عليه وسلم (اليمين) ، ولو جعلت اليمين حجةً للمدعي لما صدق معه أن يكون كل جنسها حجةً للمدعي عليه - .

ولا مرأ في أن حجج المانعين للقضاء باليمين المتممة للشهادة الناقصة ، لا تسعفهم في المنع ، فالقول بأن الزيادة علي النص يعتبر نسخاً ، غير سديد ؛ لأن النسخ هو رفع حكم النص وإزالته ، أما الزيادة فتعتبر تقريراً للنص وإضافةً له ، فلا يصدق القول فيها بأنها (إزالة للحكم) ، بدليل أن إجازة القضاء باليمين مع الشاهد ، لم يرفع حكم القضاء بالشاهدين ، ثم إن (الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد

^١ - المرجع السابق ج١٧ ص ٧١ / ٧٢ - .

^٢ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٨ ص ٣٩٢٤ وعقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الإمام أبي حنيفة ج٢ ص ٥٩ وما بعدها ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج٩ ص ٢٦٧ ونيل الأوطار للشوكاني ج٩ ص ١٩٣ والحاوي للماوردي ج١٧ ص ٦٨ - .

^٣ - سورة البقرة من الآية ٢٨٢ - .

^٤ - سبق تخريجه في ص ٤٥٦ من هذه الدراسة - .

عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً ، فكذاك إذا انفصلت عنه ، ولأن الآية واردة في التحمل لا في الأداء ... والنزاع في الأداء)^١ . ولا وجه للاستدلال في المنع بحديث (البينة علي من أدعي واليمين علي من أنكر) فذلك لا يجعل كل جنس البينة في جنبة المدعي وكل جنس اليمين في جنبة المدعي عليه ، وإلا فما كان سائغاً الحديث عن بينة العكس ، رغم أنها أصل جوهرية لعدل القضاء ، فضلاً عن أن النصوص قد وردت بمشروعية اليمين في حق المدعي في الملاعنة وفي القسامة، علي نحو ما سنري بإذن الله عند دراسة سلطة القاضي التقديرية في أيمن اللعان وفي أيمن القسامة ، كما وردت النصوص بتحالف المتبايعين عند اختلافهما في الثمن والسلعة قائمة ؛ إذ يروي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفاً وتراداً))^٢ . ونص الحديث صريح في جواز تحالف المتداعيين ، وقد أخذ بجواز التحالف والتراد في أفضية المعاوضات ، جمهور الفقهاء ولم يخالفهم فيه سوي ابن حزم الظاهري بحجة أن حديث التحالف لا وجود له في مرسل ولا في مسند ولا في قوي ولا في ضعيف وأنه قد وضع للوقت^٣ - ، ولا عبرة لمخالفته لإغراقها في ظاهريته .

إن اليمين المتممة للشهادة الناقصة قد شرعت وفاءً لمقتضى الضرورة ، ووردت النصوص بها تترى ؛ ومن وجهة المعقول فإن الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات ، بعد أن يقدم دليله الناقص - الشاهد الواحد - جاعلاً بذلك دعواه قريبة الاحتمال ، فليس للخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات أن يظل متدنثراً بقريضة أصل البراءة التي اهتزت الثقة فيها ، فكان من العدالة عندئذ أن يمنح القاضي سلطة

^١ - المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤١ والحواوي الكبير للموردي ج١٧ ص ٧٢ - .
^٢ - نصب الرأية للزبيعي ج٤ ص ١٠٥ . قال العيني : هذا الحديث روي عن عبد الله بن مسعود من طرق ، وقال المنذري : روي هذا الحديث عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من طرق وكلها لا تثبت ... وقال بعض شراح الهداية بأنه صحيح مشهور - راجع البناية في شرح الهداية ج٧ ص ٤٣٧ - .
^٣ - راجع المبسوط للسرخسي ج١٣ ص ٢٩ والبناية في شرح الهداية ج٧ ص ٤٣٧ والبحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢١٩ والفروق للقرافي ج١ ص ١٢٩ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٦١ وروضة الطالبين للنووي ج٣ ص ٥٧٦ وحاشية الشرواني علي تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٧٦ ونهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ج٤ ص ١٥٩ والشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ج٤ ص ٤٠٩ والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ج٤ ص ١١٠ والروضة البهية شرح اللعة الدمشقية للعالملي ج١ ص ٣٣٩ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٤ ص ٦٥٣/٦٥٠ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج١٠ ص ٢٦٨/٢٦٥ - وراجع للرأي المخالف : المحلي لابن حزم ج٨ ص ٣٦٩ - .

استكمال تلك البينة الناقصة - جوازيًا علي ضوء ملابسات الدعوى وحال الخصوم - ، وذلك بتوجيه اليمين المتممة للمدعي - .

ولا ينبغي أن يفهم أن الفقه الإسلامي ، قد قصرَ اليمين المتممة التي تستكمل بها البينة الناقصة - شهادة الواحد - علي المدعي ، وفقاً للأحاديث الواردة بالقضاء باليمين والشاهد ، والتي في بعضها (يمين الطالب) وفي بعضها (يمين المدعي) وفي بعضها (يمين صاحب الحق)¹ - ، فتلك اليمين ليست متعينة علي المدعي وقاصرة عليه ؛ إذ يمكن أن توجه شرعاً إلي المدعي عليه ، إذا كان قد أقام بدوره شاهداً واحداً لإثبات الوفاء بالالتزام ، أو بالحق المدعي به ، فعندئذٍ يكون دليل كل من الخصمين ناقصاً مفتقراً للاستكمال ، وللقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلي أي منهما علي ضوء ظروف الدعوى ومع مراعاة شخصية كل منهما ، فيوجه اليمين المتممة إلي أكثرهما جدارةً بالثقة ، بعد استقصاء حالهما بالتحري ، ووما يتبدى له من ملاحظتهما خلال جلسة التقاضي - .

وبفرض اقتصار التحليف علي المدعي استكمالاً لبينته الناقصة ، في حالة عدم إقامة المدعي عليه شاهداً لإثبات دفعه ، فلا تخرج تلك اليمين عن كونها (يمين متممة)، ونجد صنوها في التشريعات المعاصرة ، حيث يقتصر التحليف علي المدعي في حالة (يمين التقويم) ، عند استحالة ردّ المتاع بعينه - لهلاكه - ، فيصار إلي قيمته ، فإن استحال تقدير القيمة علي ضوء الوصف ، فيصار إلي تحديدها بعد تحليف المدعي لليمين المتممة - ولا يحلف هنا إلا المدعي - ، وهذا ما تقضي به المادة (١٢١) من قانون الإثبات المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م ؛ إذ نصت علي أنه : ((لا يجوز للقاضي أن يوجه إلي المدعي ، اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعي به ، إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى ، ويحدّد القاضي حتى في هذه الحالة ، حدّاً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه)) . وفي شرح هذه المادة يقول الدكتور (أحمد أبو الوفا) :- ((ويجوز توجيه اليمين المتممة في صدد قيمة ما يحكم به ، ولا يجوز توجيه هذه اليمين إلي المدعي إلا إذا

¹ - راجع الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٣٤ - .

استحال تقدير قيمة الشيء الواجب الردّ والذي تعذر ردّه ، فيقضي بقيمته . وتشتترط استحالة تقدير قيمة الشيء ولو بطريقة الخبرة علي أساس تعيينه بالوصف ، ويشترط هلاك الشيء موضوع العارية أو الوديعة ، فيحكم بردّ قيمته ، وعندئذٍ وعند تحديد هذه القيمة بواسطة المدعي ، يكون للقاضي تحديد حدّ أقصى القيمة التي يصدق عليها المدعي بيمينه . فهذه اليمين لا توجه إلا إلي المدعي ولا يتقيد بها القاضي ، فله الحكم بأقل من المبلغ الذي حلف عليه المدعي ، أو بأكثر منه...¹ .

لقد سقنا هذين النصين المعاصرين - نص المادة وشرحها - هنا في غير موضعهما - للتدليل علي أنه - بفرض قصر تحليف اليمين المتممة المكملّة للشهادة الناقصة ، علي المدعي - فقهاً وفقاً لتلك النصوص ، فإن ذلك لا يتنافى مع كون تلك اليمين من قبيل اليمين المتممة - ؛ كما أن قصرها علي المدعي في حالة لا يمنع القاضي من ممارسة سلطته التقديرية في توجيهها لأي من الخصمين في غيرها من الحالات ، علماً بأن نص الحديث الشريف في أوثق رواياته ، وهو حديث ابن عباس، لم يحصر توجيه اليمين علي المدعي ، وإنما ورد بصيغةٍ تحتمل توجيه تلك اليمين إلي أي من الخصمين متي أقام شاهداً واحداً .

إن اليمين مع الشاهد الواحد تفيد ظناً راجحاً علي صدق الحالف فيما استحلف فيه ، فاليمين والشهادة تعززان دلالة بعضهما بما يبعث الطمأنينة في نفس القاضي ، خاصة إذا كان القاضي قد أحسن التوسم فأدرك أجدر الخصمين بالثقة وجعل اليمين في جنبته (في حالة إقامتهما للبيئة الناقصة) .

واليمين المتممة لشهادة المرأتين لها ذات حجية اليمين المكملّة لشهادة الشاهد - الذكر - ، وذلك لدي فقهاء المالكية وبعض الحنابلة والإمامية والظاهرية² ، وذهب فقهاء الشافعية والحنابلة في المعتمد والزيدية إلي منع القضاء باليمين المتممة لشهادة المرأتين³ ، مستدلين بأن البيئة علي المال وما يقصد به المال ، لا تقبل إذا

¹ - التعليق علي نصوص قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٦٣ . -

² - راجع المنتقى شرح الموطأ للباي ج٥ ص ٢١٤ والفروق للقرافي ج١ ص ١٢٩ والطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٥٩ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج٣ ص ٣٣ والمطلي لابن حزم ج٩ ص ٤٠٥ . -

³ - راجع روضة الطالبين للنووي ج١١ ص ٢٧٨ ونهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ج٨ ص ٣١٣ والمغني لابن قدامه ج٤ ص ١٢٢ والبحر الزخار لابن المرتضى ج٥ ص ٦٢٣ . -

خلت من رجل ، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة ودلالة اليمين ضعيفة ، فيكون ضم ضعيفٍ إلي ضعيفٍ فلا تقبل^١ . والراجح عندي هو جواز القضاء باليمين المتممة لشهادة المرأتين . وذلك بدلالة ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ ...))^٢ - ، ومنطوق الحديث يدل علي أن شهادة المرأة الواحدة علي النصف من شهادة الرجل ، ومفهومه يدل علي أن شهادة المرأتين مثل شهادة الرجل ، فلما جاز القضاء باليمين المتممة لشهادة الرجل الواحد ، كان القضاء باليمين المتممة لشهادة المرأتين جائزاً قياساً ، وليس ثمة وجه للمنع - . ولئن كان القضاء بمجرد النكول عن اليمين المردودة إلي المدعي جائزاً رغم ضعف دلالة النكول ، فأولي أن يقضي باليمين المتممة لشهادة المرأتين، لرجحان الظن المستفاد من دلالتهما .

ثانياً : اليمين المتممة لقرينة عرف الصلاحية :

قرينة عرف الصلاحية الشاهدة لأحد الخصمين باختصاص استعمال المتاع ، أو غلبة استعماله عرفاً ، تجعل دعوى ذلك الخصم قريبة الاحتمال ، وجنبته أقوى بدلالة تلك القرينة ، غير أن دلالتها تظل مفترقةً إلي استكمالها باليمين ، وقد ذهب جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية في المشهور والزيدية والإباضية، إلي جواز استكمال دلالة قرينة عرف الصلاحية باليمين ، وذلك لضعف حجية ذلك العرف ، فإذا تداعي الزوجان في متاع البيت واستويا باليد والبينة ، فينظر في المتاع المتنازع فيه ، فإن كان مما يصلح للرجال عرفاً حكم به للزوج بيمينه ، وإن كان مما يصلح للنساء عرفاً حكم به للزوجة بيمينها^٣ - . وكذا إذا تداعي شريكان عطار ونساج ، أو خزّاف وبقال - أو غيرهم من ذوي الحرف أو المهن ، فادعي كل منهما المتاع الذي بمحلها ، واستويا باليد والبينة ، فيصار إلي عرف الصلاحية ، ويقضي لكل منهما بما يصلح له عرفاً بيمينه . فتلك من صور

^١ - راجع المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٣٢ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٥ ص ٦٢٣ - .

^٢ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات باب شهادة النساء - .

^٣ - راجع المبسوط للسرخسي ج٥ ص ٢١٣ والبنية في شرح الهداية للعيني ج٧ ص ٤٦٤ وجواهر الروايات ودرر الدراريات ص ٥٥ ومواهب الجليل للحطاب ج٣ ص ٥٣٩ والبهجة في شرح التحفة للتسولي ج١ ص ٣٠٠ وتبصرة القضاة والإخوان ص ٢٠٦/١٥٦ والإنصاف للمرداوي ج١١ ص ٣٧٨ والفروع لابن مفلح ج٦ ص ٥١٩ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ١١٩ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٥ ص ٦١٨ وشرح النيل وشفاء العليل / أطفيش / ج٦ ص ٦٨٤ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج٩ ص ٢٠٢ - .

اليمين المتممة التي تكمل دلالة قرينة عرف الصلاحية ؛ لأن عرف الصلاحية بمجردة لا يصلح للقضاء به لضعف حجيته ، فإن اقترنت به اليمين ، وتضافرت دلالتها مع دلالة العرف ، كملت البينة ، وقويت حجيتها - .

ثالثاً : اليمين المتممة للأدلة الكتابية غير المهيأة للإثبات :

رغم أن مصنفات الفقه الإسلامي لم تول تناول الأدلة الكتابية بترتيب موضوعي يتسق مع منهج البحث العلمي في التبويب والتفريع ؛ فذا (تبصرة الحكام لابن فرحون) نسوقه أنموذجاً ؛ إذ يورد (القضاء بالشهادة علي الخط) في الباب الرابع والثلاثين من الجزء الأول ، ويورد (القضاء بكتاب القاضي) في الباب السابع والأربعين والثامن والأربعين من الجزء الثاني ، ثم يورد (القضاء بشهادة الوثيقة) في الباب الثاني والستين من الجزء الثاني . وتناثرت بين تلك الأبواب صور عديدة من صور الأدلة الكتابية ، ففي الباب السبعين من الجزء الثاني وعنوانه (القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والإمارات) أورد ما نعني هنا بدراسته من صور (الأدلة الكتابية غير المهيأة للإثبات) والتي تفتقر إلي استكمالها باليمين المتممة ؛ إذ جاء فيه : ((وإذا وجدت وثيقة الدين بيد المطلوب (المدين) محووة ، وهو يدعي أنه دفع ما فيها ، وسلمها ربُّ الدين إليه ، وربُّ الدين منكر لذلك ويدعي سقوطها ، فاختلف أصحابنا في ذلك فيكون القول قوله مع يمينه))¹ - .

وذاًت العبارة أوردتها في بابٍ سابق ، مضيفاً إليها ما يجليها من البيان فقال : ((... وهي شهادة للمدين بالقضاء [يعني الوثيقة المحووة التي بيد المدين] ؛ لأن رب الدين لم يأت بما يشبهه في الأغلب ، لأن الأغلب دفع الوثيقة إلي من هي عليه إذا أدي الدين ، فتكون اليمين علي المطلوب - ... [واسترسل ذاكراً حالة بقاء الوثيقة بيد ربِّ الدين فقال] ولا يجبر ربها علي إعطائها ، ويجبر أن يكتب له براءة في الموضع الذي فيه الشهود عليه أو غيره ... لأنه سبب لوجوب اليمين عليه ، إن ادعي عليه بعد ذلك دعوى كاذبة))² - .

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٠٦ - .
² - المرجع السابق ج ٢ ص ٨٤/٨٣ - .

إن وجود وثيقة الدين (المحووة) بيد المدين ، يقلل من حجية (المحو) (التأشير) في إثبات براءة ذمة المدين ، هذا ما نجده في كثير من التشريعات المعاصرة = ونأسي علي فواته عن قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م = ، أما في قانون الإثبات المصري ، فقد نصت المادة (١٩) علي أن : ((التأشير علي سندٍ بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، حجة علي الدائن إلي أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته ...)) ، وذات النص في عديد من التشريعات المعاصرة^١ - ، وتكاد تتفق مضمونها مع نص (ابن فرحون المالكي) ، وفي الحالتين - أي نصوص التبصرة والتشريعات المعاصرة - ، فإن هذه الوثيقة التي بيد المدين والمذيلة بالتأشير بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، لا تعدّ دليلاً كاملاً ، بل تفتقر إلي دليلٍ آخر يكملها ، عبّر عنه شراح الإثبات المعاصرون بأنه يستكمل بالبيينة أو القرائن^٢ ، بينما عبّر عنه (ابن فرحون المالكي) بأنه استكمال يمين (المطلوب) أي يمين المدين - ولا تعارض بينهما - ، وتعدّ تلك اليمين من قبيل (اليمين المتممة) ، أو المكملة لدلالة تلك الوثيقة التي تعتبر (دليلاً خطياً ناقص الحجية) ، لخروجها عن يد الدائن، ولمظنة التعمّل فيها ، يقول الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) :- ((ويجب حتى تقوم قرينة الوفاء ، أن يكون سند الدين الذي يحمل التأشير ، باقياً في يد الدائن، لم يخرج قط من حيازته ، فإذا كان قد خرج من حيازته ولو لحظة واحدة ، منع ذلك من قرينة الوفاء ، إذ يحتمل أن التأشير = وقد رأينا أنه لا يشترط فيه أن يكون بخط الدائن = قد كتب بخط أجنبي أو بخط المدين نفسه ، في هذه اللحظة بالذات التي خرج فيها السند من حيازة الدائن -^٣)) .

لقد تبين لنا أن الذي يبعث الثقة في دلالة التأشير علي سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين هما شرطان ، أولهما : وجود التأشير علي السند بما يفيد تلك البراءة - بأية عبارة أو وسيلة تفيد تلك البراءة وهي التي أسماها ابن فرحون

^١ - راجع الوسيط د. عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني - هوامش صفحات ٢٩١/٢٩٢/٢٩٣ - .

^٢ - المرجع السابق ص ٣٠١ - .

^٣ - المرجع السابق ص ٢٩٨ - .

بالمحو - وثانيهما : بقاء ذلك السند في حيازة الدائن - ، غير أن تخلف هذين الشرطين أو أحدهما لا يجعل السند عديم القيمة الاستدلالية ، بل يكتسب قيمته التدلالية الكاملة باستكمال وجه تناقص الحجية بالبينة أو بما عبّر عنه ابن فرحون المالكي بعبارة (يمين المطلوب) - أي باليمين المتممة ، وللقاضي بعد حلف تلك اليمين ، ألا يقضي بدلائلها ؛ إذ قد يستبين تحايل المدين وتعمّله ، أو يجد فيما قدمه خصمه - الدائن - ما كان يغني عن توجيه تلك اليمين - أو ما يدحض دلالتها - .
ومن صور اليمين المتممة - أو المكملة - للأدلة الخطية غير المهياة للإثبات ، ما ساقه ابن قدامة الحنبلي في (المغني) ؛ إذ جاء فيه :- ((يجوز أن يُحلفَ علي ما لا تسوغ الشهادة عليه ، مثل إن يجد ديناً له علي إنسان ، وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ، ولم يذكره ، أو يجد في رزمانج أبيه [أي دفتره] بخطه ديناً له علي إنسان ، ويعرف من أبيه الأمانة ، وأنه لا يكتب إلا حقاً ، فله أن يحلف عليه-))¹ .

ويلاحظ أن الحلف قد ورد بصيغة الجواز في هاتين الحالتين ، وينبغي عند قراءة نص ابن قدامه ، مراعاة اختلاف المعايير التشريعية المعاصرة عن معايير عصر الفقهاء ، وهي في الأغلب اختلافات بسبب اختلاف الزمان ومعطياته ، غير أنه ورغم اختلافات المعايير ، فإن ثمة توافق بين ما ساقه ابن قدامه وبين ما نجده في التشريعات المعاصرة وشروحها ؛ إذ يصدق في نص ابن قدامه أنه بشأن ما نسميه في مصطلحنا المعاصر بالأوراق المنزلية ، وهي أدلة كتابية غير مهياة للإثبات وذات حجة ناقصة وقاصرة - غير متعدية - ؛ إذ لا يسوغ أن تكون تلك الأوراق المنزلية حجة متعدية في حق الغير ، لعدم جواز اصطناع الدليل للنفس ، إلا أن ذلك ليس مضطرباً ، فيجوز اعتبار الأوراق المنزلية حجة في حق الغير ، ولكنها حجة ناقصة ، وذلك عندما تكون صادرة بصورة منظمة ، تبعث الثقة فيها ، ففي هذه الحالة تأخذ حكم القرينة البسيطة التي تستكمل باليمين المتممة ، يقول الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) :- ((علي أنه قد يقع أن يكون ما دون في

¹ - المغني لابن قدامه ج ١ ص ١٣٢ وراجع مثله في الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٠٧ - .

الأوراق المنزلية قرينة قضائية علي صحة ادعاء الدين ، كما لو كان طبيياً واعتاد أن يدون في مذكراته الخاصة علي نحو منظم ما يقوم به من زياراتٍ للمرضي ... ولا تعدو القرينة هنا أن تكون قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي علي كل حالٍ قابلة لإثبات العكس ، ثم إنه يجوز أن يقبل الخصم الاحتكام برضاه إلي ما دون في مذكرات خصمه وأوراقه المنزلية ، فإذا كانت هذه المذكرات والأوراق قد دونت بقدرٍ كافٍ من العناية والدقة ، جاز أن تكون دليلاً لصاحبها))¹ - .

وبتأمل نص (ابن قدامه الحنبلي) نجده قد أقام جواز اليمين المتممة لدلالة الأوراق المنزلية ، علي ضابطين أولهما : أمانة كاتب الوثيقة أو المحرر الخطي - وهو ربّ الدين - ، وثانيهما : العلم بأنه لا يكتب إلا حقاً ، أي أن يبعث المكتوب (الثقة) في صدق مدلوله ، ونحسب أن هذين الضابطين بمنظور زمان ابن قدامه الحنبلي ، - الأقرب لخير القرون - ، يضيفان علي مثل ذلك المحرر الخطي من الثقة ، ما تضارع الثقة التي تبعثها المحررات العرفية في عصرنا ، بل وربما ما تضارع الثقة التي تبعثها المحررات الرسمية ذاتها ، الأمر الذي لا يبقى معه ثمة حرج ، لما ذهب إليه ابن قدامه الحنبلي من الاعتداد بحجية ذلك المحرر الخطي - الخاص - ، في حق الغير بعد استكمال دلالاته باليمين المتممة - .

ولا ينبغي أن يفهم من عبارتي (يجوز أن يحلف) (فله أن يحلف) الواردتين في نص ابن قدامه الحنبلي ، أن تلك اليمين الجائزة هي غير اليمين المتممة ؛ لدلالة ظاهر اللفظ ، فمن المعلوم أن اليمين المتممة يجوز تحليفها بطلب الخصم الذي يقيم بينة ناقصة ويتطع إلي استكمالها ، ولا يقدر ذلك بشيء في سلطة القاضي التقديرية في تحليفها من تلقاء نفسه ، إذ يجوز للقاضي تحليفها بطلب الخصم متي ما أطمأن إلي الطالب ومدى جدارته بالثقة ، فإن علم فيه خلاف ذلك لم يجبه إلي طلب الحلف - .

¹ - الوسيط د. عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني - ص ٢٨٧/٢٨٦ - .

البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين المتممة وتقويمها في التشريعات المعاصرة :-

لا تكاد تجد تشريعاً معاصراً من تشريعات الإثبات ، خلواً عن أحكام اليمين المتممة . ففي قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م نصت المادة (١/٥٨) علي أنه :- ((يجوز للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها إلي أي من الخصمين للترجيح بها عند الحكم في موضوع الدعوى -)) ، وقد نصت المادة (١١٩) من قانون الإثبات المصري علي أن : ((للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلي أي من الخصمين ، ليبيني علي ذلك حكمه في موضوع الدعوى ، أو قيمة ما يحكم به ...)) - .

ويشترط لتوجيه اليمين المتممة ، ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون خلواً من أي دليل ، وهذا هو ما نصت عليه المادة (٢/٥٨) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ، والفقرة الثانية من المادة (١١٩) من قانون الإثبات المصري ، فاليمين إنما شرعت للضرورة لاستكمال دليل ناقص ، وحيث ينتفي وجود دليل كامل ، فعندئذ يكون القاضي إزاء حالة بالغة الحرج ، فلا الدليل الناقص يسهل إهماله ، ولا هو يكفي لإعماله ، ومن جهة أخرى فلا الخصم الذي قدم الدليل الناقص أكمله ، ولا القاضي من وظيفته إضافة دليل لأحد الخصمين ، فاقترضت الضرورة أن يباح للقاضي تحليف اليمين المتممة - استثناءً من الأصل - ، استكمالاً للدليل الناقص ، وليس للترجيح بين دليلين ، وقد جانب الصواب قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م حين علل تشريع اليمين المتممة بأنه ((للترجيح بها عند الحكم في موضوع الدعوى)) - وذلك كما أوردناه آنفاً بالمادة (١/٥٨) منه ، ويتمثل وجه مجانية الصواب في أن الترجيح في اللغة : هو التفضيل ، وفي

الاصطلاح : هو ((إثبات مرتبة لأحد الدليلين علي الآخر))^١ - وفي (تهذيب شرح الأسنوي) : الترجيح هو: (تقوية إحدى الأمارتين علي الأخرى ليعمل بها)^٢ - والمختار عندي : أن الترجيح هو : تفضيل أحد الدليلين المتعارضين لزيادة وصف تابع ، بما يوجب العمل به دون الآخر - . ومن هذا الوجه يختلف الترجيح عن الاستكمال ، فاليمين المتممة ليست للترجيح ؛ لأنها ليست وصفاً تابعاً لأي من الدليلين ، ولا هي جزءاً من أيهما ، بل هي دليل منفصل اقتضته الضرورة وقواعد العدالة - خلافاً للأصل - ، فضلاً عن أن الترجيح إنما يكون بين دليلين كاملين ، ولا يتأتى بين دليلين ناقصين لعدم الفائدة ؛ إذ لا يسوغ الحكم بالدليل الناقص وإن رجح ، فاليمين المتممة إنما توجه عند وجود دليل ناقص - أو أكثر - لأحد الخصمين - أولهما - ، فتوجه إلي صاحب الدليل الراجح من الدليلين الناقصين ، متي كان الخصم صاحب الدليل الراجح جديراً بالثقة ، ولا توجه اليمين المتممة بحال عند وجود دليل كامل في الدعوى ، ولعل المشرع السوداني قد وهم فلم يستبين أنني تستخدم كلمة الترجيح في المسألة - ، وأحرى به العود الأحمد لالتزام الدقة في الصياغة التشريعية - .

لقد قصد المشرع من تشريع اليمين المتممة ، كفالة حياد إيجابي للقاضي بلوغاً إلي فصل القضاء ، علي سند من الذمة ، وليس لأن اليمين المتممة ذات دلالة علي (عين الحقيقة) ، ولم يرتض بنظام اليمين المتممة وغايتها التي شرعت لأجلها ، أنصار (حياد القاضي المطلق - أو الحياد السلبي) الذين يجردون القاضي من كثير من وجوه سلطته التقديرية ، فشددوا النكير علي تشريع نظام اليمين المتممة ؛ إذ أنهم يعتبرونه إخلالاً بوظيفة القاضي وحيده . ويتبدى جانب من ذلك الصراع بين الطائفتين ، فيما أوردته (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري) - . ولما لدينا من مآرب أخري في بعض بنود تلك المذكرة ، تتمثل فيما تضمنته من حسن بيان لكيفية أعمال اليمين المتممة ، نورد ما نراه محققاً لتلك الفوائد ، حيث جاء فيها ما نصه : ((أشار بعض الفقهاء إلي وجوب

¹ - التعريفات - للرجاني - ص ٤٩ - .
² - تهذيب شرح الأسنوي ج ٣ ص ٣١٢ - .

حذف اليمين المتممة ؛ لأن المروءة متي ما توفرت ، فلا حاجة لليمين لصدّ الخصم عن المطالبة بغير المستحق ، وهي إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجاً من الحنث فيها . ثم إن القاضي لا يحتاج إلي اليمين لتمكين الاطمئنان من نفسه ؛ لأن من يخفق في إثبات دعواه يبوء بالخسارة ، ولا يستشعر القاضي حرجاً في القضاء لخصمه عليه ؛ لأنه ينزل في ذلك علي حكم القانون . بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقاً للإثبات ، وطبيعة هذه اليمين والغاية منها ؛ لأن اليمين طريق اضطرارية ، فمن المعقول أن يمكن القاضي من الالتجاء إليها في ظل الضمانات التي يقررها القانون ، أي حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجرداً من كل دليل ، وحيث يكون هذا الدليل غير كافٍ في ذاته . ويراعي أن اليمين نظام تقتضيه العدالة فهي والحالة هذه عامل يعين علي حسن سير العدالة ، فضلاً عن أن القانون يترك للقاضي حرية التقدير ، بشأن ضرورة توجيهها ، وتعيين من توجه إليه من الخصوم. وغني عن البيان أن هذا التقدير ينبغي أن يناط بوجه خاص بما يتوفر في الخصم من بواعث الثقة ، ولهذا لم ير وجه للتتويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة، إذا كان من توجه إليه غير أهل للثقة ويلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوئ نظام تقييد الدليل ، ونظام حيده القاضي إزاء دعاوى الخصوم ، فيجب والحالة هذه أن تؤدي وظيفتها كاملة . هذا ويلاحظ من الناحية العملية ، أن القاضي لا يلجأ إلي اليمين المتممة إلا في كثير من الحيلة والاعتدال ، بعد تقدير جدوى هذه اليمين تقديراً يعتد فيه بشخصية الخصم ...))¹ .

إن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في توجيه اليمين المتممة ، فهو يوجهها بحسب اقتناعه إلي من يطمئن إليه من الخصمين ، إذا استويا بالدليل الناقص ، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو كان ذلك بعد قفل باب المرافعة ، ولا يحق لمن وجهت إليه اليمين المتممة أن يردها علي خصمه ، فإما أن يحلف أو ينكل ، لأنها مقررة من المحكمة استكمالاً للدليل الناقص ، يتبدى ذلك في المادة (٣/٥٨)

¹ - رسالة الإثبات - للمستشار أحمد نشأت - ج٢ ص ١٦٢ والوسيط السنهوري / المجلد الثاني هامش صفحات ٥٧٣/٥٧٤ .

من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ونصها : ((لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة اليمين المتممة أن يردّها علي الخصم الآخر)) .

وتحليف اليمين المتممة لا يقتضي بالضرورة ، لزوم إعمالها ؛ إذ يجوز للقاضي الرجوع عنها بعد تقرير تحليفها ، وبعد تمام حلفها ، متي وجد أدلة أخرى مستقلة تكمل الدليل الناقص الذي استحلف الخصم لاستكمالها ، وقد يتبدى للقاضي بعد الاستحلاف أو الحلف أن الدليل غير ناقص فيلتفت عن اليمين المتممة ، غير أن الأمثل هو عدم توجيه اليمين المتممة إلا بعد تقويم الأدلة بصورة دقيقة ، لئلا تهتز صورة القاضي في أعين الخصوم بسبب الرجوع بعد الاستحلاف أو الحلف - .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : ((اليمين المتممة إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه استكمالاً لدليل ناقص ، ويجوز الحكم علي أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى ، وللقاضي السلطة التامة في تقدير حلف اليمين المتممة))^١ .

وأفضل ما اطلعت عليه في بيان سلطة القاضي التقديرية الواسعة في تقويم اليمين المتممة ، وتجليه مدي حجيتها هو ما ساقه الدكتور عبد الرزاق السنهوري؛ إذ قال : ((علي أنه ليس حتماً علي القاضي ، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة ، أن يقضي لصالحه ، فقد [يقف القاضي بعد الحلف] علي أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم علي غير أساس ، فيحكم ضده ، بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر ... في القضية بعد الحلف وقبل الحكم فيقتنع بغير ما كان مقتنعاً به عند توجيه اليمين المتممة ، فيقضي ضد من حلف ، بل إن القاضي ليقضي لمصلحة من حلف ، ثم يستأنف الحكم ، فتري محكمة الاستئناف رأياً آخر ؛ إذ هي لا تنتقيد بتوجيه اليمين ولا بحلفها في المحكمة الابتدائية ، فقد تري ألا محل لتوجيه اليمين المتممة ؛ لأن الأدلة قد أصبحت كافية ، أو كانت كافية من قبل ، أو أن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين . وحتى إذا رأت أن توجيه اليمين المتممة كان مستساغاً ، فقد تري أن الخصم الذي

^١ - نقض مصري ١٩٧٣/٣/٢٧م سنة ٢٤ - نقلا عن (التعليق علي نصوص قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٦٤) - .

كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر ، فتوجهها له لأول مرة في الاستئناف ، وتغفل اليمين الأخرى التي كانت المحكمة الابتدائية قد وجهتها . بل قد لا تعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلي الخصم الذي وجهتها إليه المحكمة الابتدائية ، ولكنها لا تنقيد بموجبها ، ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية ، فلا تقضي لمصلحة من حلف اليمين . أما إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة ، فإن الأدلة الناقصة التي كان قد قدمها لإثبات ادعائه تبقى ناقصة ، بل إن الريبة لتزداد في صحة ادعائه ، بعد أن نكل ، من أجل ذلك يغلب أن يقضي ضده . ولكن ليس من المحتم هنا أيضاً أن يقضي ضده ، فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة ، فيقضي لصالحه بالرغم من النكول ، بل قد لا تظهر أدلة جديدة ولكن القاضي يعيد النظر في الأدلة التي كان يحسبها ناقصة ، فيرجع عن رأيه ويقدر أنها كافية ، فيقضي هنا لصالحه وتري من ذلك أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها ، لا يقيد القاضي فليست اليمين المتممة تحكيمياً [للذمة] كاليمين الحاسمة ، بل هي إجراء من إجراءات التحقيق ، ودليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة))¹ .-

المطلب الثالث

سلطة القاضي التقديرية في تحليف وتقويم اليمين لحق الغائب :

(يمين الاستظهار / يمين القضاء / يمين الاستبراء)

شرعت اليمين لحق الغائب احتياطاً ، بعد إقامة البينة الكاملة ، بإثبات الدين أو الحق المدعي به ، فلا يقضي لمقيم البينة بما شهدت به في الظاهر ، إلا بعد الاستظهار بيمينه علي باطن الأمر . ويدور حكم اليمين لحق الغائب ، لدي الفقهاء بين الوجوب والندب والإباحة .

ويطلق علي اليمين لحق الغائب في بعض أحوالها ، مصطلح (يمين الاستظهار) وفي أحوال أخرى (يمين القضاء) وفي غيرها (يمين الاستبراء) ، ولا نجد فارقاً يذكر بينها ، فهي يمين القضاء عندما تكون متوجهة علي من يدعي

¹ - الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثاني - صفحات ٥٨٤/٥٨٥/٥٨٦ - .

حقاً علي الميت أو الغائب أو المحجور عليه لجنون أو صغر ، وهي يمين استبراء في دعوى النفقة علي الزوج الغائب ، أو دعوى التطلق للغيبة ، فتحلف الزوجة بعد إقامة البينة علي الزوجية وبقائها والغيبة واتصالها وعلي صحة موجبات النفقة أو التطلق ، وكل بينة شهدت بالظاهر علي الغائب أو الميت أو المفقود - ومن في حكمه - فإنه يستظهر بيمين الطالب علي باطن الأمر ، ومن هذا الوجه فهي يمين استظهار^١ - ، فيبين أنه ليس ثمة فارق بين أحوالها ، فالجامع بينها أنها يمين لحق الغائب - حقيقة أو حكماً - .

ويتسع ويضيق أحوال تحليف اليمين لحق الغائب في مذاهب الفقه الإسلامي ، وفقاً لأرائهم في مدي جواز الحكم علي الغائب - ، وثمة حدّ جامع بينها ويتمثل في جواز الحكم بالدين أو الحق علي ذمة الميت والمفقود - لا نعلم خلافاً فيه - ، أما الغائب ففيه خلاف ؛ إذ يذهب الإمام أبو حنيفة إلي منع القضاء علي الغائب ، حتى ولو كان حاضراً في البلدة ومستتراً ، أو كان ممتنعاً عن الحضور تمرداً . ويذهب أبو يوسف - في الراجح من المذهب الحنفي - إلي جواز القضاء علي الغائب المستتر والممتنع عن الحضور ، بعد المبالغة في طلبه وإعذاره ونصب مسخّر ينوب عنه^٢ - .

ويستدل فقهاء الحنفية لرأيهم المانع (وهو رأي الإمام) ، والمضيق في الجواز (وهو قول أبي يوسف والراجح في المذهب) ، بالمنقول والمعقول . فأما المنقول فيتمثل فيما روي عن سيدنا علي كرم الله وجهه قال : ((بعثني رسول الله صلي الله عليه وسلم إلي اليمن قاضياً ، فقلت : يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ، ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال صلي الله عليه وسلم : (إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء) فما زلت قاضياً ، أو ما شككت في قضاء بعد))^٣ - .

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٣٣/٢٣٥ - .
^٢ - راجع المبسوط للسرخسي ج١٧ ص ٤٠/٣٩ وجامع الفصولين لابن قاضي سماونة ج١ ص ٦٠/٥٩ والأصول القضائية للشيخ علي فزاعة ص ٢٩١/٢٩٢ - .
^٣ - رواه أبو داؤد في سننه في أول كتاب القضاء باب كيف القضاء وراجع نصب الرأية للزيلي ج٤ ص ٦٢/٦١ - .

ويتمثل وجه الدلالة في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، منع الحكم لأحد الخصمين الحاضرين ، ما لم يتم الاستماع إليهما ، كفالة لحق الدفاع لكل منهما ، فأولي منع القضاء علي الغائب ، الذي يضيع حقه في الدفاع بالحكم عليه حال غيبته. وضياع حق الدفاع مظنة جور القضاء وبعض ذريعتيه - .

وأما المعقول فيتمثل في أن الحكم علي الغائب ، يتنافى مع حكمة مشروعية القضاء ، وهي قطع دابر المنازعات ، ولا تتحقق تلك الحكمة بالحكم علي الغائب - .
ويذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية والزيدية والإباضية ، إلي جواز القضاء علي الغائب ^١ - .

ويستدل الجمهور علي جواز القضاء علي الغائب ، بصيغة العموم الواردة في قوله تعالى : ((وَوُؤُؤُؤُؤُ)) ^٢ - . كما يستدلون بما روي أن هند بنت عتبة - زوجة أبي سفيان - جاءت إلي النبي صلى الله عليه وسلم ، وقالت : ((يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) -)) ^٣ .

ووجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، قضى لهند ولم يكن أبو سفيان حاضراً ، فدّل ذلك علي جواز الحكم علي الغائب - .

إن الأصل هو عدم تحليف اليمين لمقيم البينة الكاملة بإثبات حقه المدعي به ، غير أن القضاء علي الغائب بدلالة البينة الشاهدة بالظاهر ، يتطلب استظهار باطن الأمر بيمين المدعي ، للتيقن من بقاء الحق المدعي به في ذمة الغائب ، وعدم زواله بأداء أو إبراء . وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه اليمين ؛ فذهب الحنفية والمالكية في المشهور والشافعية في الراجح إلي وجوب تحليف يمين الاستظهار ، وقال بعض

¹ - راجع تبصرة الحكام جـ ١ ص ٧٧/٧٦ وشرح منتهي الإرادات للبهوتي جـ ٣ ص ٤٩٧ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٧٨ والمجلي لابن حزم جـ ٩ ص ٣٦٦ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه جـ ٣ ص ٣٨ والبحر الزخار لابن المرتضي جـ ٦ ص ١٩٥ والسيل الجرار للشوكاني جـ ٤ ص ٢٩٢ - ويختلف فقهاء هذه المذاهب فيمن يعدّ غائباً ، فالمالكية يقسمون الغيبة إلي قريبة فيكتب فيها للغائب ويعذر إليه ، فأما وكل وإما حضر ، وغيبته بعيدة ، فيقضي فيها - فيما عدا الدور - وغيبته منقطعة فيحكم فيها علي الغائب في كل شيء ، ويتفق الشافعية والحنابلة فيمن يعدّ غائباً فهو من كان في مسافة القصر فصاعداً وللشافعية قول آخر بأنه من كان في أبعد من مسافة العدوى - أي مسافة الذهاب والإياب في اليوم - ، ويذهب ابن حزم الظاهري إلي أن الغيبة تتحقق بالتخلف عن مجلس الحكم - ولو من مكان قريب . وقال الشوكاني : ينبغي تفويض ذلك إلي نظر القاضي وفقاً لاختلاف أحوال الناس - راجع تفصيل هذه الأقوال في المراجع المذهبية الأنفة الذكر .

² - سورة المائدة من الآية ٤٩ - .
³ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الأفضية باب قضية هند ورواه أبو داود في سننه في كتاب البيوع باب في الرجل يأخذ حقه ممن تحت يده - ورواه النسائي في سننه في كتاب القضاء باب قضاء الحاكم علي الغائب إذا عرفه - .

المالكية وبعض الشافعية بالندب - لا الوجوب^١ - ، احتياطاً وحفظاً لمال الغائب ، وللشك في بقاء الدين أو الحق المدعي به في ذمة الغائب أو المفقود أو الميت - .
 وذهب الحنابلة إلي الجواز لضرورة فساد أحوال غالب الناس ، ولاحتمال أن المدعي قد استوفي ما شهدت به البيئة له ، بأداء أو إهلاك أو إبراء . أما الزيدية فلا يرون تحليف اليمين لحق الغائب ولا يرون ثمة حاجة ولا ضرورة تقتضيها^٢ .
 وقد استقر التشريع والقضاء في السودان علي ما هو أرفق بالناس وأصون للحقوق ، مراعيًا ما يحقق مصالح العباد ، ويبعث الطمأنينة في أحكام القضاء ، من آراء الفقه الاجتهادي ، وذلك بالأخذ بجواز الحكم علي الغائب ، بعد إقامة البيئة الكاملة وأداء يمين الاستظهار - اليمين لحق الغائب - وجوباً - ، لا فرق أن يكون الغياب بسبب فقدان أو الحبس أو غيرهما ، بعذر أو بدون عذر ، وقد جاءت نصوص خاصة - بجانب القواعد العامة في أصول التقاضي - مبيّنة تلك الأحكام .
 ففي قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م أجازت المادة (١٨٥) منه للزوجة طلب التطلق لغيبه زوجها ؛ إذا كانت الغيبة سنة فأكثر ، وتضررت من بعده ، سواء كان للزوج مال تستوفي منه نفقتها أم لا . وجاءت المادة (١٨٦) من ذات القانون ، بجواز تطلق زوجة الغائب معروف الجهة بعد الإثبات والتأجيل والإعذار بأن يطلقها إن لم يحضر للإقامة معها أو نقلها إليه ، فيطلقها القاضي عند انقضاء الأجل دون إنفاذ شيء من الإعذار ، بعد أدائها اليمين لحق الغائب . كما أبانت المادة (١٨٧) من ذات القانون ، جواز تطلق زوجة الغائب مجهول الجهة ، إن أثبتت دعواها ، فيطلقها القاضي بغير تأجيل ولا إعذار ، بعد أدائها اليمين لحق الغائب ، ثم جاءت المادة (١٨٩) من ذات القانون بجواز تطلق زوجة المفقود بعد سنة من تاريخ الغياب ، وقياساً علي المفقود أجاز تطلق زوجة المحبوس ، للعلة الجامعة بينهما ، وهي تضرر زوجة كل منهما بسبب الغياب ، إذ نصت المادة

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٣٤ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٦١ - .
^٢ - راجع البحر الرائق لابن نجيم ج٧ ص ٢٠/١٧ وجامع الفصولين لابن قاضي سماونة ج١ ص ٥٩ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٣٦/٢٣٤ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٢٦١ وشرح منتهي الإرادات للبهوتي ج٣ ص ٤٩٨ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ١٩٦ - .

(١٩٠) من ذات القانون علي جواز تطليق زوجة المحبوس بحكم نهائي لمدة سنتين فأكثر ، بعد أن يمضي منها في السجن سنة من تاريخ الحبس - .

وفي كل هذه الأحوال ، يجب علي القاضي تحليف الزوجة اليمين لحق الغائب ، وتحلف علي تضررها من غيبته ، لا فرق في الغيبة أن تكون بعذر أو بغير عذر ، أخذاً بالمذهب المالكي ، خلافاً للمذهب الحنبلي الذي يقيد جواز تطليق زوجة الغائب بأن يكون غيابه بدون عذر^١ - .

وبذات النحو فقد ورد تحليف اليمين لحق الغائب بصيغة تدل علي الوجوب في دعاوى التطليق لعدم الانفاق ، عندما يكون الزوج غائباً معلوم الجهة ، أو غائباً مجهول الجهة ، كما تقضي بذلك المادتان (١٧٩) (١٨٠) - علي التوالي - ؛ فيحلف القاضي الزوجة اليمين لحق الغائب بأن زوجها لم يترك لها نفقة ولا منفقاً ولا وكيلاً بالنفقة ، وبأنه لم يصلها منه شيء من نفقتها ولا عاد إليها سرّاً ولا جهراً ولم ترض بالمقام معه من غير نفقة ، وأنها تستحق عليه نفقتها ، ولا تعلم له مالا تعدي فيه نفقتها ، ولا تعلم أن عصمة النكاح بينهما قد انفصمت بوجه من الوجوه - .

تلك نصوص خاصة في اليمين لحق الغائب ، وهناك نص عام بإيجاب التحليف - بقيده - وتدخل فيه اليمين لحق الغائب ، إذ نصت المادة (٨٨) من الجدول الثالث من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م بأنه : ((علي القاضي أن يحلف الخصم فيما يكون فيه التحليف شرعياً بلا طلب)) ، فيتبين أن التشريع قد أجاز الحكم علي الغائب وأوجب اليمين فيما ثبت في حقه بظاهر البينة ، استظهاراً به علي باطن الأمر ، صوتاً للحقوق ، وبعثاً للاقتناع القضائي - .

والراجح عندي هو ما استقر تشريعاً وقضائياً ، من جواز الحكم علي الغائب ، علي ضوء الضمانات المقررة قانوناً ، بلا تفريق بين غيبة بعذر وأخري بدون عذر، مع إيجاب اليمين لحق الغائب في حق مقيم البينة ، بما ينتفي به الشك علي بقاء المدعي به في ذمة الغائب ، وللضرورة التي اقتضاها فساد الزمان واستنشاء الإثارة ، هذا رغم أن إيجاب التحليف يضيق من سلطة القاضي في تقدير أحوال

^١ - راجع للملكية منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عليش ج٢ ص ٣١٣ وللحنابلة المغني لابن قدامة ج١٠ ص ٢٤١/٢٤٠ - .

الناس ، بما يتسنى به إعفاء ذوي الهيئة والمروءة من الحلف ، رفقا بهم ، غير أن المساواة أمام القانون ، يقتضي توحيد الإجراءات القضائية - .

المطلب الرابع

سلطة القاضي التقديرية في تحليف يمين الترجيح

(اليمين مع البيئة الكاملة)

يمين الترجيح : هي اليمين التي توجه إلي الخصمين الحاضرين = أو لأحدهما = بعد إقامتهما - أو إقامته - البيئة الكاملة ، لترجيح بيئة أحدهما ، عند الاستواء باليد والسبب . وقد أثر لفظ (يمين الترجيح) أو (اليمين المرجحة) عن شمس الأئمة السرخسي في (المبسوط)¹ - . = فيما أحسبه من حدود إطلاعي = ، ويمكن الاصطلاح عليه تمييزاً عن (اليمين لحق الغائب) ، فكلتاها مع البيئة الكاملة ، غير أن يمين الترجيح ترد لحق الخصم الحاضر عند توفر موجباتها ، خلافاً لليمين لحق الغائب - .

وتتأني يمين الترجيح في حالتين ، أولاهما : عند إقامة المدعي بيئة كاملة بدعواه في مواجهة المدعي عليه ، فيعتري شيء من الريبة نفس القاضي لأمر حقيقي غير متوهم ، بحيث لا يسعه إعمال الدليل ولا إهماله ، فيوجه هذه اليمين لتعزيز الدليل ، ولبعث طمأنينة القلب وبلوغ الاقتناع القضائي . وثانيهما : عندما يكون المدعي به في يد الخصمين ، فيتداعيان ، ويقيم كل منهما البيئة الكاملة بإثبات دعواه ، ويستويان باليد والسبب والبيئة ، فيحلفهما القاضي ويقضي برجحان بيئة الحالف وي طرح بيئة الناكل منهما ، أو يحلف من تبين أنه جدير بالثقة منهما - .
وقد ذهب إلي جواز التحليف مع البيئة الكاملة ، فقهاء المالكية في الراجح والشافعية في قول والحنابلة في غير المعتمد والإباضية في قول² - .

¹ - راجع المبسوط للسرخسي ج ٢٠ ص ١٣٨ - .

² - راجع للمالكية : المدونة الكبرى - المجلد الخامس ص ١٩٠/١٨٧ وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٢٣/٢٢٠ . وللشافعية : روضة الطالبين للنووي ج ١٢ ص ٦٠ والوجيز للغزالي ج ٢ ص ٢٦٨ وللحنابلة : الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية

ويستدل المجيزون لمشروعية الحالة الأولى ، بما رواه البيهقي عن شريح :
أنه اختصم إليه رجلان ، ادعى أحدهما قبل الآخر دابة أنتجها ، فسأله شريح البينة ،
فجاءه بثمانية رهط فشهدوا له ، فاستحلفه شريح . فقال : أثبت عندك بثمانية من
الشهود . فقال شريح : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ، ما قضيت لك حتى تحلف^١ .
ووجه الدلالة : أن شريحاً أرتاب في صدق الشهود رغم تجاوزهم النصاب ،
لأمر حقيقي توسمه ، فوجه اليمين إلي مقيم البينة ، إزالة للريبة ، وبعثاً لطمأنينة
القلب . فدل ذلك علي جواز التحليف مع البينة الكاملة عند التهمة . وفي (الطرق
الحكمية) : ((قال أبو عبيد إنما نري شريحاً أوجب اليمين علي الطالب مع بينته ،
حين رأي الناس مدخولين في معاملتهم ، واحتاط لذلك قيل لشريح : ما هذا
الذي أحدثت في القضاء ؟ قال : رأيت الناس أحدثوا فأحدثت وروي أن علياً
استحلف عبد الله بن الحسن مع بينته ، وأنه استحلف رجلاً مع بينته ، فأبي أن
يحلف . فقال : (لا أقضي لك بما لا تحلف عليه) ، وهذا القول ليس ببعيد من قواعد
الشرع ، ولا سيما مع احتمال التهمة))^٢ .

وقد استدل المجيزون لمشروعية الحالة الثانية ، بما روي عن سيدنا علي
رضي الله عنه أنه كان يري الحلف مع البينة الكاملة ، ترجيحاً لإحدى البينتين
المتعارضتين ؛ إذ يروي أنه أتاه رجلان يختصمان في بغل ، فجاء أحدهما بخمس
رجال فشهدوا أنه أنتجه ، وجاء الآخر بشاهدين شهدا أنه أنتجه . فقال علي كرم الله
وجهه : ما ترون ؟ فقالوا : أقض لأكثرهما شهوداً . فقال علي كرم الله وجهه : لعل
الشاهدين خيرٌ من الخمسة ثم قال : فيها قضاءٌ وصلحٌ ، وسأنبئكم بذلك ، أما الصلح
فإنه يقسم بينهما علي عدد الشهود . وأما القضاء فيحلف أحدهما ويأخذ البغل^٣ .

ص ١٤٦ ، وللإمامية : الروضة البهية ج١ ص ٢٤ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج٣ ص ٣٩ وللإباضية : شرح النيل وشفاء
العليل ج٦ ص ٧٠٥ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج١٠ ص ٢٤١ .

^١ - رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبيئات باب من رأي الحلف مع البينة .

^٢ - الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٤٦ .

^٣ - ما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه من الجواز أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الدعوى والبيئات باب من رأي
الحلف مع البينة . وتفصيل وقائع تداعي هذين الخصمين في المبسوط للسرخسي ج٢٠ ص ١٣٨ .

قال البيهقي : إن سيدنا علي رضي الله عنه ، إنما رأي التحليف ، عند تعارض البينتين ¹ - . يعني عند تعارضهما من كل وجه ، وتعذر الترجيح بينهما بمزية زائدة في إحداهما ، فعندئذ يصار إلي يمين الترجيح - .

وينبغي ألا يفهم من قول سيدنا علي كرم الله وجهه : ((فيحلف أحدهما ويأخذ البغل)) ، أن الخيار للخصمين ، أيهما يحلف ، بل الأمر مفوض إلي القاضي، يقدر من هو أجدر بالثقة من الخصمين ، فيوجه إليه يمين الترجيح - .

أما فقهاء الحنفية والمالكية في قول والشافعية في الصحيح والحنابلة في المعتمد والإمامية في قول والزيدية والإباضية في المشهور ، فقد ذهبوا إلي عدم جواز تحليف اليمين مع البينة الكاملة ² - .

ويستدل جمهور الفقهاء علي عدم الجواز بالمنقول وبالإجماع . ويتمثل المنقول في حديث النبي صلي الله عليه وسلم : (البينة علي المدعي واليمين علي من أنكر) ³ - .

ووجه الدلالة : أن النبي صلي الله عليه وسلم ، قد جعل البينة حجة المدعي ، واليمين حجة المدعي عليه ، فلا تكونان حجة سوية في جنبه أحدهما . قال السرخسي : ((ولا يستحلف الرجل مع شهادة شاهدين لقوله صلي الله عليه وسلم : (واليمين علي من أنكر) ، والألف واللام للجنس ، فقد جعل النبي جنس اليمين في جانب المدعي عليه ، فلم يبق يمين في جانب المدعي ، ولأن شرع اليمين في جانب المنكر ، لمعني الإهلاك كما بيّنا ، ولا يتحقق ذلك في جانب المدعي ، ولأنها مشروعة للحاجة إلي قطع المنازعة ، ولا حاجة إلي ذلك بعد إقامة المدعي البينة ؛ ولأنها مشروعة في جانب المنكر للنفي ، والمدعي محتاج إلي الإثبات . والي هذا أشار في الأصل ، فقال : لا نردّ اليمين ولا نحولها عن موضعها وكان علي رضي الله عنه يري استحلاف المدعي مع شهادة شاهدين ، ويرى استحلاف

¹ - رواه البيهقي في السنن الكبرى - في كتاب الدعوى والبيانات باب من رأي الحلف مع البينة - .
² - راجع للحنفية : المبسوط للسرخسي جـ ١٦ ص ١٣٨/١١٨ وللمالكية حاشية الخرشي جـ ٧ ص ٢٣٠ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ ٦ ص ٣٥٥ في تفسير سورة المائدة - الآية ١٠٦ - وللشافعية روضة الطالبين للنووي جـ ١٢ ص ٦٠ والمجموع شرح المهذب للنووي - تكملة - جـ ١٨ ص ٤٢٥ وللحنابلة : المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٨٦/٢٨١ والطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ١٤٦ وللإمامية : شرائع الإسلام للمحقق الحلبي جـ ٤ ص ١١١ ، وللزيدية : البحر الزخار لابن المرتضي جـ ٦ ص ١٩٦ وللإباضية : شرح النيل وشفاء العليل جـ ٦ ص ٧٠٥ وكتاب المدونة الكبرى لأبي غانم الخراساني جـ ٢ ص ٢٢٢ - .
³ - سبق تخريجه في ص ٤٥٦ من هذه الدراسة - .

الشاهد واستحلاف الراوي ؛ إذا روي حديثاً ، كما روي عنه أنه قال : (ما روي لي أحد حديثاً عن رسول الله صلي الله عليه وسلم ، إلا حلفته غير أبي بكر رضي الله عنه ، فإنه حدثني أبو بكر رضي الله عنه ولم أحلفه . ولم نأخذ بقوله في هذا ، [أي لم يأخذ فقهاء الأحناف بقول علي رضي الله عنه في تحليف المدعي مع البينة] لما فيه من الزيادة علي النص ، ففي النصوص أمر الحكام بالتماس شاهدين من المدعي، فاليمين بعد ذلك زيادة علي النص ، وذلك بمنزلة النسخ ثم الحق قد ثبت بما أقام من الحجة ، فالبينة سميت بينة ؛ لأن البيان يحصل بها ، ولو ثبت حقه بإقرار الخصم لم يجز استحلافه مع ذلك ، فإذا ثبت بالبينة فهو مثل ذلك أو أقوى))^١ - .

أما الإجماع علي عدم جواز تحليف المدعي مع البينة الكاملة ، فقد نقله السرخسي قائلاً : بأن استحلاف المدعي مع الحجة ، قد اجتمعت الأمة علي خلافه^٢ . والراجح عندي عدم المنع ، وتفويض الأمر إلي القاضي ، فإن توسم أمانة الخصم الذي أقام البينة ، وعدالة شهوده وصدقهم من خلال الاستجواب والمراقبة ، فاطمأن قلبه إليهم ، ولم يكن ثمة جرحه في الشهود ، لم يحلفه . أما إذا أرتاب في أمانة الخصم أو في عدالة شهوده ، وقدّر أن الخصم - رغم ربيته - يتورع عن اليمين ، فعندئذ يوجه إليه اليمين مع بينته ، وذات الحال عند إقامتهما البينة وتساويهما باليد والسبب والأوصاف التابعة ، بحيث لا تكون مزية لإحدى البينتين علي الأخرى - .

ولئن كان أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه يستحلف مع البينة الكاملة ، وهو أفضي الصحابة ، وأكثر أهل الإسلام فراسةً وتوسماً ثم كان ذات الأمر من شريح ، فإن الاستحلاف أولي في زماننا الذي فشا فيه شهادة الزور ، فامتهن قومٌ أكل أموال الناس بالباطل ، وآخرون بيع الذمم ، جلسوا علي عتبات بعض المحاكم (□ □ □ □ □ □)^٣ - .

^١ - المبسوط للسرخسي ج٦ ص ١١٨ وراجع تعليلاً شبيهاً في المغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٨٢/٢٨١ - .

^٢ - المبسوط للسرخسي ج٢٠ ص ١٣٩ - .

^٣ - سورة آل عمران من الآية ٧٧ - .

ونأسى أن بلادنا - السودان - قد عجزت عن تحصين نفسها ، فانتقلت إليها عدوى الإثرة وشهادة الزور ، من بعض جاراتها ، وكنا قبلُ نقرأ عنها - مدهوشين - في مؤلفات بعض الثقة في دولٍ غربية وأخرى عربية ، وما كان في حسابنا أن نري تلك الآفات رأي العين في بلادنا - . وتعزيزاً لوجه اختيار الرأي بالتحليف ، نورد هنا بعض ما ساقه الشيخ أحمد إبراهيم بك في كتابه (طرق الإثبات الشرعية)؛ إذ قال : ((غير أن التلاعب والتزوير كثر من هذه الناحية أيضاً ، ولا سبيل إلي تدارك الأمر فيه ، لقيام حقوق الله تعالى ، ووجوب المحافظة عليها ، وإذن لا مرجع في ذلك إلا إلي يقظة القاضي وفطنته . وقد أخبرني بعض أفاضل القضاة ، أن امرأة ادعت الطلاق علي زوجها ، وأتت ببينة علي دعواها ثلاثاً وعشرين مرة ، وبينتها ترفض في كل مرة ، وقد استغرقت دعواها عدة سنين . وكان ذلك القاضي محامياً في ذلك الوقت ، فاخترته أخيراً وكياً عنها في المخاصمة مع زوجها ، وأتت إليه بشاهدين ، وقالت له : علمهما كيف يشهدان . فدهش واستعاذ بالله منها وترك توكله عنها))¹ - .

إن صنو هذه الآفة التي انتقلت إلي بلادنا تتطلب حذراً واحتياطاً بالغين ، وفي ظل إلغاء نظام تركية الشهود ، والاستعاضة عنه بنظام تحليف الشهود - وكثير منهم لا يتورع عن الحلف بالأيمان المغلظة - ، فيلزم كفالة سلطة تقديرية أوسع للقاضي ، للتحري والاستقصاء عن حال الخصوم والشهود ، بما يحقق له طمأنينة القلب ، فإن اعترافه شيء من الريبة فيهم وفي صدقهم وعدالتهم ، ولم يكن ثمة مرجح ، لم يبق سوي المصير إلي تحليف من يتوسم جدارته بالثقة وتورعه عن اليمين الغموس . ذلك أن نظام استجواب الشهود الذي كان عوناً علي كشف صدق الشاهد ، لم يعد يحذقه أغلب القضاة - أو أهمل إحسانه سوادهم - لتكاثر الأفضية

¹ - طرق الإثبات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٣٧٦ - وقد كان كلامه في معرض شرح المادة (١٩١) من اللائحة الشرعية المصرية - لسنة ١٩١٠م وكانت تنص علي أنه : ((إذا قال الشاهد : لا شهادة لي ، لا تقبل شهادته بعد ذلك . وكذا إذا قال المدعي : ليس لي شهود ، ثم أحضر شهوداً ، أو حضر شهوده وقال : ليس لي سواهم ، ثم أراد الاستشهاد بشهود آخرين ، لا يقبل منه ، إلا فيما تسمع فيه الشهادة حسبة ،)) . وكان تعليق الشيخ أحمد إبراهيم عن هذا الاستثناء الأخير ؛ لأن ما كان متعلقاً بحقوق الله تعالى تسمع الشهادة فيها بعد الأحوال المذكورة بالمادة ، ويدخل فيها الطلاق ، لتعلقه بحق الله تعالى - .

أمامهم ، ولعدم كفاية عددهم ، ولعجلتهم في النظر والفصل في الأفضية ، رهباً من شبح الإحصائيات التي أهتمهم أكثر من إحسان العدل - .

المطلب الخامس

سلطة القاضي التقديرية في أيمان اللعان وتقويمها

اللعان في اللغة : مصدر لَاعَنَ ، واللعن الإبعاد والطرْد ، والتلاعن : التشتاتم ، وتلاعنا والتعنا : لعن بعضُ بعضاً^١ - .

وفي الاصطلاح : فقد انقسم الفقهاء في تعريف اللعان إلي فريقين ، وفقاً لتكييفهم له ، وهل هو : شهادات أم أيمان ، وجاءت تعريفات فقهاء كل فريق منهما متقاربة ؛ إذ ذهب الحنفية والحنابلة إلي أنه : شهادات ، وعرفوه بأنه : (شهادات بألفاظ معلومة مؤكدة بالأيمان ، مقرونة باللعن من جانب الزوجة ، وبالغضب من جانب الزوج ، وقائمة مقام حدِّ القذف في حقه ، ومقام حدِّ الزنا في حقها)^٢ - .

أما جمهور فقهاء المالكية والشافعية والإمامية والزيدية فقد ذهبوا إلي أن اللعان : أيمان وليس شهادات . والحد الجامع بين تعريفاتهم أن اللعان : (أيمان مخصوصة يحلفها الزوج علي زنا زوجته ، أو علي نفي حملها اللازم له ، مؤكداً باللعن في خاتمتها ، ثم تحلف الزوجة بنقيضه بأيمان مخصوصة مؤكدة بالغضب في خاتمتها)^٣ - .

مشروعية اللعان وأدلتها :

¹ - القاموس المحيط للفيروز آبادي - باب النون فصل اللام - .
² - راجع للحنفية شرح العناية علي الهداية للبايرتي - مطبوع مع شرح فتح القدير - ج٤ ص ١١١ وراجع للحنابلة : شرح منتهي الإرادات - للبهوتي ج٣ ص ٢٠٦ - .
³ - راجع للمالكية : حاشية الخرشي ج٥ ص ٧١ وللشافعية : الحاوي الكبير للموردي ج١١ ص ٤ وللإمامية : من لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج٣ ص ٣٤٧ وللزيدية : البحر الزخار لابن المرتضى ج٤ ص ٤١١ - .

حتى كَبُرَ علي عاصم ما سمع من رسول الله صلي الله عليه وسلم . فلما رجع عاصم إلي أهله ، جاء عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلي الله عليه وسلم ؟ فقال عاصم لعويمر : لم تأتني بخير ، قد كره رسول الله صلي الله عليه وسلم : المسألة التي سألته عنها . فقال عويمر : والله لا أنتهي حتى أسأله عنها . فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلي الله عليه وسلم وسط الناس . فقال : يا رسول الله ، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً ، أيقته فتقتلونه ؟ أم كيف يفعل ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (لقد نزلَ فيك وفي صاحبك ، فإذهب قانت بها) . قال سهلٌ : فتلاعنا ، وأنا مع الناس ، عند رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فلما قرعًا قال عويمر: (كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها . فطلقها ثلاثاً ، قبل إن يأمره رسول الله صلي الله عليه وسلم . قال ابن شهاب : (فكانت سنة المتلاعنين)¹ .

وروي عن ابن عباس : ((أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلي الله عليه وسلم ، بشريك بن سحماء . فقال النبي صلي الله عليه وسلم : (البينة أو حدٌ في ظهرك) ، فقال يا رسول الله : إذا رأي أحدنا علي امرأته رجلاً ، ينطلق يلتمس البينة ؟ ! فجعل النبي صلي الله عليه وسلم يقول : (البينة وإلا حدٌ في ظهرك) ، فقال هلال : والذي بعثك بالحق إني لصادق ، ولينزلن الله ما يبيري ظهري من الحدِّ . فنزل جبريل وأنزل عليه (والذين يرمون أزواجهم) ، فقرأ حتى بلغ (إن كان من الصادقين) ، فانصرف النبي صلي الله عليه وسلم ، فأرسل إليهما ، فجاء هلالٌ فشهد ، والنبي صلي الله عليه وسلم يقول : (الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب ؟) ، ثم قامت فشهدت ، فلما كانت عند الخامسة ، وقفوها فقالوا : إنها موجبةٌ ، فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ، ثم قالت : (لا أفصح قومي سائر اليوم) فمضت . فقال النبي صلي الله عليه وسلم : (أنظروها فإن جاءت به أكحل العينين

¹ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق باب من أجاز طلاق الثلاث ... الخ وفي كتاب الحدود باب من أظهر الفاحشة ورواه مسلم في صحيحه في كتاب اللعان وأبو داود في سننه في كتاب الطلاق باب في اللعان والنسائي في سننه في كتاب الطلاق باب بدء اللعان والدارمي في سننه في كتاب النكاح باب اللعان والإمام مالك في الموطأ في كتاب الطلاق باب ما جاء في اللعان والإمام أحمد ابن حنبل مسنده جـ ص ٣٣١ / ٣٣٧ - .

سابع الإليتين ، خَدَلَج الساقين ، فهو لشريك بن سحماء) ، فجاءت به كذلك ، فقال النبي صلي الله عليه وسلم : (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن)¹ .

وقد اختلف المفسرون وفقهاء المذاهب الإسلامية ، فيمن نزلت بشأنه آية اللعان ، هو هلال بن أمية أم عويمر العجلاني . قال الإمام النووي : نزلت في قصة عويمر العجلاني بدلالة قوله صلي الله عليه وسلم لعويمر : (قد أنزل الله فيك وفي صاحبك قرآناً) ، وقال الجمهور : نزلت في قصة هلال بن أمية ، لما روي عن أنس : (أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، وكان أخا البراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لاعن في الإسلام ... الحديث)² . ونحسب أن الدلائل علي أسبقية قصة هلال بن أمية ، ونزول الآية بشأنها أكثر ، ففيها قول النبي صلي الله عليه وسلم (البينة وإلا فحدّ في ظهرك) ، وفيه إشارة الأسبقية ، وهناك قول هلال : (والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله ما يبئري ظهري من الحد ، فنزل جبريل وأنزل عليه (والذين يرمون أزواجهم) ...) . وقد ساق الشوكاني في (نيل الأوطار) ، عن ابن الصباغ ، توفيقاً نحسبه أولي ، حيث ذكر : ((وقال ابن الصباغ في الشامل : قصة هلال بن أمية نزلت فيها الآية ، وأما قوله صلي الله عليه وسلم لعويمر : ((إن الله قد أنزل فيك وفي صاحبك)) ، فمعناه ما نزل في قصة هلال ، لأن ذلك حكم عام لجميع الناس))³ . أما الحافظ ابن حجر العسقلاني ، فقد عدل عن توفيق كان يراه إلي آخر ؛ إذ قال : ((وقد قدمت اختلاف أهل العلم في الراجح من ذلك ، وبيّنت كيفية الجمع بينهما في تفسير سورة النور ، بأن يكون هلال سأل أولاً ، ثم سأل عويمر ، فنزلت في شأنهما معاً ، وظهر لي الآن احتمال أن يكون عاصم سأل قبل النزول ، ثم جاء هلال بعده ، فنزلت عند سؤاله ، فجاء عويمر في المرة الثانية التي قال فيها : (إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به) ،

¹ - حديث هلال بن أمية روي بطرق مختلفة ففي صحيح البخاري في كتاب الشهادات باب إذا ادعى أو قذف يلتمس البينة وفي كتاب التفسير باب يبدأ الرجل بالتلاعن وفي كتاب الطلاق باب قول الإمام اللهم بين ، وفي صحيح مسلم في كتاب الطلاق باب اللعان ، وفي سنن أبي داؤد في كتاب الطلاق باب اللعان ورواه النسائي وابن ماجه في سننهما في كتب الطلاق أبواب اللعان - .

² - رواه النسائي في سننه في كتاب الطلاق باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه - .

³ - نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٦٦٠ - .

فوجد الآية نزلت في شأن هلال ، فأعلمه صلي الله عليه وسلم بأنها نزلت فيه ،
يعني أنها نزلت في كل من وقع له ذلك ؛ لأن ذلك لا يختص بهلال...))^١ - .

وصفوة القول أن الحديثين يدلان علي المشروعية ، وعلي سبب نزول آيات
اللعان ، ونسلم بصحتها وبصحة السببين والله تعالي أعلم بالصواب - .

صيغة اللعان وتكييفه :-

يكاد يتفق الفقهاء في صيغة اللعان ، لورودها في القرآن العظيم ، فهي أربع
شهادات بالله إنه - أي الزوج - من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد
- ويشير إلي الزوجة ، أو إلي حملها حسب الحال - وفي الخامسة أن لعنة الله عليه
إن كان من الكاذبين فيما رمي به زوجته - ويشير إليها - من الزنا ، أو نفي الولد ،
ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي
الحمل ، والخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من
الزنا أو نفي الولد - .

ويختلف الحال لدي فقهاء المالكية ؛ إذ يوجبون التصريح بالرؤية^٢ - ، عند
القذف بالزنا ، بأن يقول الزوج : (أشهد بالله إنني رأيتها تزني وإنني من الصادقين
فيما رميتها به من رؤية زناها وفي الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين
فيما رماها به من رؤية زناها) ثم تلاعن الزوجة بنقيض ملاعنة الزوج بالنحو
الآنف - . ورغم إنني لم أجد - في حدود ما اطلعت عليه - دليلاً للمالكية فيما
اشتراطوه من التصريح بالرؤية ، إلا أنني لا أخفي الميل إليه ؛ لما فيه من التشديد
بزيادة شرط أدعي إلي نفي التكاثر بالتلاعن ، وأصون للعرض ؛ لأنه يحجب إلي
الستر وهو أولي ، والفراق مع الستر أحب - . وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية
للمسلمين لسنة ١٩٩١م - ، برأي المالكية في اشتراط التصريح بالرؤية ؛ إذ نصت
المادة (٢٠٠/هـ) علي أنه : ((يشترط لصحة اللعان أن يكون الزوج
القاذف بصيراً مدعياً مشاهدة زناها ، علي أنه يجوز للأعمى اللعان بنفي الولد)) - .

^١ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر العسقلاني ج٩ ص ٥١٥ - .
^٢ - راجع حاشية (الدسوقي ج٢ ص ٤٥٧ والشرح الكبير للشيخ الدردير - مع حاشية الدسوقي - بنفس الصفحة) - .

وينبغي التنبه دائماً إلى مثل دقائق هذه الشرائط ومرجعياتها الفقهية ، والى الفوارق بين اللعان بسبب الرمي بالزنا وبين اللعان لنفي الحمل أو الولد ، بل وبين الفوارق بين دعاوى التطليق بسبب اللعان وبين دعاوى الحدود ، من حيث كيفيات الإجراء في كل نوع ، ومن حيث أثر خصائص الإثبات ، وفوارقه بين المسائل المدنية والمسائل الجنائية ، فتلك وغيرها أبواب مشرعة ، تتسع فيها سلطة القاضي التقديرية علي نحو ما سنراه بإذن الله - .

أما بشأن تكييف اللعان ، فإن الذين قالوا بأنه (شهادات) ، قد التزموا بحقيقة اللفظ ، ولمجيئه بعدد نصاب الشهادة في الزنا ، والذين قالوا بأنه (أيمان) : فقد صرفوا اللفظ عن حقيقة ظاهره ، لوجود قرائن صارفة عنها ، فالعرب يطلقون لفظ الشهادة ويريدون اليمين ، ومنه لفظ (أشهد) عند أداء الشهادة أمام القضاء ، وكذا فهو عادتهم في سائر كلامهم وأشعارهم ، ثم إنه قد ورد نص خاص ، في معني اللعان يصرفه إلي الأيمان ؛ إذ روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال في زوجة هلال بن أمية ، حين جاءت بولدها علي النعت المكروه - شبيهاً بشريك بن سحماء : ((لو لا ما مضي من الأيمان لكان لي ولها شأن))¹ - ، فسمي صلي الله عليه وسلم اللعان يميناً . بل لا يتسق حمل اللفظ علي الحقيقة - أي الشهادة - ؛ لأن من أصول الإثبات بالشهادة في الشريعة الإسلامية عدم جواز الشهادة للنفس ، فهي مردودة غير مقبولة ، بينما اليمين للنفس مقبولة - .

إن تكييف اللعان جلياً ، وتبيّن مرجعيته الفقهية في تشريعاتنا ، ينطويان عن أهمية بالغة ، في ممارسة القاضي لسلطته التقديرية ، خلال إجراءاته ، وعند لزوم استقصاء دقائق تفصيلاته ، التي أغفلها القانون ، أو نص عليها بإجمال أو إبهام ، وعند تقويم حجيته - .

تلك الأهمية هي التي تحتم عليّ تبيان الراجح عندي بأدلته مع تناول نصوص التشريعات السودانية ذات الصلة باللعان ، مع العناية بتحرير مرجعياتها ، وبيان ما اكتنفها من اضطرابٍ تآذي منه الأداء القضائي ، حيث وجد القضاة أنفسهم

¹ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الطلاق باب اللعان - .

لقد اختار قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة ١٩٩١م ، رأي فقهاء الحنفية – والحنابلة – جرياً علي عاداته في الأغلب ، في الأخذ بالراجح من المذهب الحنفي ؛ إذ نصت المادة (١٩٩) منه علي أن : ((اللعان شهادات مخصوصة مؤكدة بالإيمان ، تجري بين الزوجين ، أمام القاضي مختومة باللعن من جهة الزوج ، وبالغضب من جهة الزوجة)) - .

مرجعية هذه المادة هو المذهب الحنفي – ولا ضير أن يري المشرع المصلحة في اختيار هذا التكييف - ، غير أنه ليس من الحكمة عدم اتساق بقية مواد اللعان مع هذا الاختيار ، فالضرورة تقتضي (وحدة المرجعية الفقهية) بما لا يحدث تضارباً في أحكام القضاء وتنافراً بينها . ونأسي أن جاءت بعدها المادة (٢٠٠هـ) من ذات القانون ، ونصت علي أنه : ((يشترط لصحة اللعان أن هـ/ يكون الزوج القاذف بصيراً مدعياً مشاهدة زناها ، علي أنه يجوز للأعمى اللعان بنفي الولد)) . وهذه الفقرة مأخوذة من المذهب المالكي ، فالمالكية وحدهم يشترطون (رؤية الزنا) لصحة اللعان – كما بيّنا من قبل - ، وهذا الإخلال بوحدة المرجعية الفقهية من شأنه الإضرار بالأداء القضائي ، فالفارق بعيد بين القائلين بأن اللعان (شهادات) وبين القائلين بأن اللعان (إيمان) ، ويمتد الفارق من الإجراءات المندوبة إلي التقويم ثم الأثر - ، وكان الأولى (وحدة المرجعية الفقهية) ، فمن غير التوحيد ، قد يضل القاضي ويشقي ، فتتضارب الأحكام ، فذا يتبع في التفسير وسدّ النقص والتقويم مذهب الحنفية ، وذاك يتبع مذهب المالكية ، وكلاهما يحسب أنه يحسن صنعاً ، رغم أنهما علي طرفي نقيض في أغلب جوانب المسألة الاجتهادية - . وهناك القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، وقد جاءت المادة ١٤٦/أ - منه - بعقوبة جريمة الزنا ، ونصها : ((من يرتكب جريمة الزنا يعاقب : أ/ بالإعدام رجماً إذا كان محصناً - . ب/ بالجلد مائة جلدة إذا كان غير محصن -)) . وهذه المادة مأخوذة من المذهب المالكي الذي يوجب الحد عند النكول عن إيمان اللعان ، وكان الأولى استمداد حكمها من مذهب الحنفية الذي يعتبر اللعان (شهادات) ، فالحدود لا تثبت بالإيمان أو بالنكول عنها ، ونعجب لما قررته المادة ٦٢د من

قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ونصها : ((تثبت جريمة الزنا بأي من الطرق الآتية وهي : د/ نكول الزوجة من اللعان ، بعد حلف زوجها يمين اللعان)) - . فهذه المادة خرجت بتكليف اللعان من كونها شهادات - وهو التكليف المأخوذ به في المادة (١٩٩) الأنفة الذكر ، إلي تكليف اللعان بأنه (أيمن) ، وفي ذلك تناقض في المرجعية ، ثم إن هذه المادة (٦٢/د) قد اعتدت بالنكول وأوجبت به الحدّ ، والمالكية لا يعتدون بالنكول في أقضية الأموال ، فأولي عدم الاعتداد به في الحدود - وبالأخص في حدّ الرجم - ، ولنا خير غناء فيما قاله فخر الأندلس (ابن رشد) مرجحاً رأي الحنفية في إيجاب الحبس - تعزيراً - عند النكول عن أيمن اللعان ، وقد خالف ابن رشد في ذلك رأي أشياخه المالكية الذين يوجبون حد الزنا بالنكول عن أيمن اللعان ، فقال : ((والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص . وقد نص علي المرأة أن اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام في : ما هو العذاب الذي يندرى عنها باليمين ؟ وللاشتراك في اسم العذاب اختلفوا أيضاً في الواجب عليها إذا نكلت . فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور : إنها تحدّ وحدّها الرجم إن كان دخل بها ، ووجدت فيها شروط الإحصان ، وإن لم يكن دخل بها فالجلد . وقال أبو حنيفة : إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن . وحثه قوله عليه الصلاة والسلام : ((لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : زني بعد إحصان ، أو كفر بعد إيمان ، أو قتل نفس بغير نفس)) وأيضاً فإن سفك الدم بالنكول حكم تردّه الأصول ، فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول ، فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء - وبالجملّة : فقاعدة الدماء مبناها في الشرع علي أنها لا تراق إلا بالبينّة العادلة أو بالاعتراف ، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك ، فأبو حنيفة في هذه المسألة أولي بالصواب إن شاء الله ، وقد اعترف أبو المعالي في كتابه (البرهان) بقوة أبي حنيفة في هذه المسألة وهو شافعي))^١ - .

^١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لابن رشد ج٢ ص ١٢٠ - .

ألم يكن جديراً بالمشرع السوداني التزام (وحدة المرجعية) التي تتسق مع اختياره في المادة (١٩٩) - الآنف الذكر - في كل ما يتعلق باللعان ؟ وإذا ألقينا من يتصدى لنا قائلاً بأن ما اختاره المشرع من التلفيق من شأنه إثراء التشريع ، قلنا له: ألم يكن جديراً بالمشرع - في ظل التلفيق الذي اختاره - أن يلتزم باصول المحاكمات الجنائية في الشريعة الإسلامية وفي التشريعات الوضعية المعاصرة ، وذلك باختيار ما يدرأ الحدود - أو تفسير الشك لصالح المتهم - بصياغة تشريع لا يوجب الحدود بالنكول الذي لا تنفك عنه الشبهة ، وهو أضعف أدلة الإثبات ؟ يا تري : من يكتب تشريعات بلادي ؟ أمي فنعذرهم ؟ أم قانوني لا يمت إلي الشريعة بصلة ، فنعتب علي من ولاه ؟ أم شرعي لا يدرك من علوم الشريعة سوي قشورها ، فنستعيز بالله مما نحن فيه من البلاء ؟

لقد بذلت الوسع في تبيان بعض السبل التي ينبغي للقاضي إتباعها ، وهي مواضع سلطات تقديرية ، نتلمسها علي ضوء التكييف والمرجعية الملائمين ، من بين ثنايا الاضطراب التشريعي الذي ألمعنا إليه ، حيث قدمت إلي إحدى الأفضية المحكوم فيها بأحكام نهائية ، بالإعدام رجماً بالحجارة (حدّ زنا المحصن) ، وكان الحكم مؤسساً علي النكول عن أيمان اللعان - ونورد فيما يلي بعض أسباب ما قضينا به في : (محاكمة / خميسة بنت ...) (قضية رقم م ع / غ / إ / إعدام / ٦٠ / ٢٠٠٦)^١ - : كانت وقائع الدعوى تتمثل في تقدم المشتكي / عمر ... بما مفاده أن زوجته المتهمة / خميسة ... قد حملت سفاحاً ، بعد أن تركها لدي أهلها وسافر إلي الخرطوم ، في مأمورية في شهر يناير سنة ٢٠٠٥م ، وعند عودته منها في ١٦ / ٥ / ٢٠٠٥م وجدها حامل في شهرها السادس ، وبأنه لم يتصل بها جنسياً منذ ١٠ / ٩ / ٢٠٠٤م ، وبأن هذا الحمل من رجل أجنبي عنها ، وبأخذ أقوال المتهمة ذكرت بأن الشاكي زوجها وقد اتصل بها جنسياً في ديسمبر ٢٠٠٥م ، وبأنها ولدت منه في ٢١ / ١٠ / ٢٠٠٥م وبأن الحمل من زوجها المشتكي الذي تقدم بتلك الشكوى للمكايدة إثر خلافات زوجية ، وبأنه من قبل قد اتهمها بمثل هذا الاتهام عند ولادة

^١ - (٢٠٠٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٠٨ - .

طفلها الأول الذي استقر في بطنها تسعة أشهر وخمسة عشر يوماً . وبعد إجراء التحقيقات التي رأتها وجهت محكمة الموضوع أيمن اللعان إلي طرفي الدعوى ، فحلفها الزوج كما استحلف ، ونكلت عنها الزوجة ، معللة نكولها بأن زوجها المشتكي يرميها بنفي الحمل في كل مرة ، فأصدرت محكمة الموضوع حكمها بإدانة المتهمه المذكورة بجريمة زنا المحصن الحدية بموجب المادة (١٤٦/أ) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م ، وقضت بمعاقبتها بالإعدام رجماً حتى الموت حداً . فتقدمت المحكوم عليها طاعنة لدي محكمة استئناف فأصدرت حكمها في ٢ / ٣ / ٢٠٠٦م بتأييد الحكم الصادر من محكمة الموضوع ، ويرفع الأوراق إلي المحكمة العليا - دائرة التأييد الجنائية - للنظر وفقاً لأحكام المادة (١٨١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م - ، ومن ثم أصدرت المحكمة العليا حكمها ، وجاء في أسباب الحكم ما نصه :-

((... الثابت بإقرار الطرفين - الزوج المشتكي والزوجة المتهمه - ، أن هناك حمل قد حدث للمتهمه في ظل فراش زوجية صحيحة ، وبأن تاريخ افتراقهما عن بعضهما بسبب سفر الزوج المشتكي كان في ٢٨/١٢/٢٠٠٤م حسب قوله ، وفي ٢/١/٢٠٠٥م حسب قولها ، وليس ثمة دليل لأي من القولين بأية بينة يعتد بها ، وكان آخر اتصال جنسي بينهما في ١٠/٩/٢٠٠٤م حسب أحد قوليه ، وفي شهر أكتوبر ٢٠٠٤م حسب قوله الثاني ، حيث تضاربت أقواله في هذا الشأن ، ووفقاً لقولها فإن آخر اتصال جنسي بينهما كان في ٢٨/١٢/٢٠٠٤م والثابت أن التقرير الطبي - (مستند اتهام رقم (١)) ، قد أثبت وجود الحمل ، غير أنه ذكر عدم إمكانية تحديد عمر الجنين ، إلا عن طريق الموجات فوق الصوتية ، والثابت أن الزوج المشتكي قد سافر إلي الخرطوم في تاريخ افتراقهما ، وعاد منها في ١٦/٥/٢٠٠٥م وفقاً لإقراراته ، وقد تقدم بشكواه في ١٦/٧/٢٠٠٥م ، وفي ظل هذه الوقائع الثابتة طرح السؤال الجوهرى : هل صادفت محكمة الموضوع الصواب - ومن بعدها محكمة الاستئناف - فيما خلصتا إليه من تقرير توجيه أيمن اللعان إلي

طرفي هذه الدعوى الجنائية – المشتكي والمتهمة - ؟ وهل توجه أيمان اللعان عند نفي الحمل من غير قيود ؟ أم إن توجيه تلك الأيمان مشروط بشرائط يلزم توفرها؟ ونجيب بأن إيجاب أيمان اللعان عند نفي الحمل ليس أمراً خلوياً من كل قيد – علي نحو ما حسبته محكمة الموضوع وبعدها محكمة الاستئناف – بل هناك قيود عديدة تحثف بالملاعنة ، بحيث لا وجه للمصير إليها من غير توفرها ، وتتصل بعض تلك القيود بالوقت وبعضها بحال الزوجين من جهة الأهلية ثم من جهة الوطاء، وبعضها بالصيغة ، وبعضها بدور القاضي خلال إجراءات الملاعنة أمام المحكمة ، وبعضها شرائط عامة تفتقر إليها الملاعنة - .

وقد أثار منا الدهشة أن محكمة الموضوع – ومن بعدها محكمة الاستئناف – قد اختزلتا كل تلك القيود ، بما أخلّ بمعني الاستقصاء القضائي أيّما إخلال ، حيث إنهما قد تسورتا من فوق تلك القيود إلي تقرير الملاعنة بعجلة لا تتناسب مع حكم قضائي بالغ الخطورة ، توصلتا فيه إلي تقرير عقوبة الإعدام رجماً بالحجارة حدّاً - . وفي ظل وقائع هذه الدعوى الجنائية وإجراءاتها التي أتبعها المحاكم الأدنى ، نناقش القيود الأنفة الذكر ، التي يلزم توفرها لتقرير الملاعنة ، عند نفي الحمل ، حتى نستبين مدي إخلال المحاكم الأدنى بمعني الاستقصاء القضائي - .

فبشأن القيد المتعلق بالوقت والذي تسوغ فيه الملاعنة بسبب نفي الحمل ، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلي عدم جواز نفي الحمل الذي هو موجب ولازم الملاعنة في هذه الدعوى وأمثالها ، إذا كان الزوج قد سكت بعد ظهور حمل زوجته وعلمه به ؛ لأن علم الزوج بالحمل وسكوته ، يعدّ إقراراً ضمناً به ، فلا يجوز له نفيه بعدئذٍ . ويلزم من عدم جواز نفي الحمل عدم جواز المصير إلي الملاعنة ، جاء في (الجامع لأحكام القرآن) ما نصه : ((إذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه ، لم يكن له نفيه بعد سكوته ... لأن سكوته بعد العلم به ، يعد رضاءً به ، كما لو أقر به ثم ينفيه فإنه لا يقبل منه)) - . (راجع الجامع لأحكام القرآن – للقرطبي

– المجلد السادس – صفحة ١٩٠ في تفسير آيات الملاعنة من سورة النور (١) - ،
وبشأن بيان المدة التي لا يقبل بعدها النفي ، بعد سكوته فيها ، جاء بذات المرجع ما
نصه : ((وإذا أخر ذلك إلي أن وضعت ، وقال : رجوت أن يكون ريحاً ينفش أو
تسقط فاستريح من القذف ، فهل لنفيه بعد وضعه مدة ما ، فإذا تجاوزها لم يكن له
ذلك ؟ فقد اختلف في ذلك ، فنحن نقول إذا لم يكن له عذر في سكوته حتى مضت
ثلاثة أيام ، فهو راض به ، ليس له نفيه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أيضاً : متي
أمكنه نفيه علي ما جرت به العادة من تمكنه من الحاكم فلم يفعل ، لم يكن له نفيه
من بعد ذلك . وقال أبو حنيفة : لا أعتبر مدةً . وقال أبو يوسف ومحمد : يعتبر فيه
أربعون يوماً مدة النفاس وإنما جعلنا الحد ثلاثة [أيام] ؛ لأنه أول حدّ
الكثرة ، وآخر حدّ القلة ...)) (نفس المرجع ص ١٩٠) - . والخاصة : أنه ما
يدخل من السكوت بعد العلم بالحمل ، في معني الرضا ضمناً – أو قل الإقرار
الضمني - ، لا يجوز بعده نفي الحمل ، ومن ثمّ يلزم من ذلك عدم جواز المصير
إلي الملاعنة ، ومدة الثلاثة الأيام – أو المدة التي يمكن فيها المثول أمام جهات
التداعي المختصة ، هي المدة التي يصار إليها ، في حالتي نفي الحمل أو نفي الولد ،
سواء كان النفي قبل الوضع أو كان عند التأخير لما بعد الوضع ، للعلة التي تسوغ
التأخير علي النحو المشروح آنفاً - . وفي ظل الثابت في هذه الدعوى ، من أن
عودة الزوج المشتكي إلي زوجته من سفره كان في ٢٠٠٥/٥/١٦م وأنه وجدها
حامل في شهرها السادس ، وأنه رغم علمه بذلك سكت عن التداعي ، فلم يقدم
شكواه إلا في ٢٠٠٥ / ٧ / ١٦م ، فإنه والحال هذا يكون حقه قد سقط في نفي الحمل؛
إذ يعتبر سكوته لشهرين كاملين رضاءً ضمناً وقرينة بأن الحمل منه ، ولا يقبل منه
نفيه بعدئذٍ - .

ونشير هنا إلي ضرورة التنبيه إلي بعض الدقائق الفقهية ، بشأن قول القائلين
بتخصيص تحديد مدة السكوت بحالة النفي بعد وضع الحمل – لا حال بقاء
الحمل – (راجع المغني لابن قدامه ج ١١ ص ١٦٣ طبعة هجر سنة ١٩٩٢م) ،

¹ - أثرتنا عدم تنزيل هذا المرجع إلي الهامش ، التزاماً بحرفية نص حكم المحكمة العليا – وكذا الحال فيما ورد بعدئذٍ من مراجع خلال
نص الحكم - .

فذلك القول : مختص بحكم نفي النسب وليس بحكم إيجاب حد الزنا . بمعنى أن أولئك الفقهاء يشترطون أن يكون النفي بعد الولادة ، عندما يكون الأمر متعلقاً بالنسب ؛ لأن بالولادة – لا بمجرد الحمل – يتحقق الضرر الذي يلزم بنسبة الولد غير الشرعي ، فقد لا تتم الولادة، ولا ضرر عندئذٍ . أما في حالة جعل النفي سبباً للملاعنة لإثبات الزنا وإيجاب الحدّ ، فلا فرق بين النفي حال الحمل ، والنفي بعد وضع الحمل ؛ إذ يأخذان ذات الحكم بشأن الاعتداد بمدة السكوت التي تكون قرينة علي الرضاء ، وسبباً مسقطاً لحق النفي ودارتاً للعقاب - .

وأما القيد الذي يتعلق بحال الزوجين من جهة الوطء واستبراء الرحم ، فيشترط لإيجاب اللعان عند نفي الحمل ، بأن يكون ادعاء الزوج منصباً علي حدوث الحمل رغم عدم الوطء والاستبراء بعده ، فإن أغفل الزوج ذلك لم يحق له النفي ولا التلاعن . قال القرطبي : ((إذا نفي الحمل فإنه يلتعن ؛ لأنه أقوى من الرؤية ، ولا بد من ذكر عدم الوطء والاستبراء بعده . واختلف علماءنا في الاستبراء ، فقال المغيرة ومالك في أحد قوليهما : يجزئ من ذلك حيضة . وقال مالك أيضاً : لا ينفية إلا بثلاث حيض ، والصحيح الأول)) - . (راجع الجامع لأحكام القرآن – للقرطبي – المجلد السادس ص ١٨٥/١٨٦ تفسير آيات اللعان من سورة النور) .

وبمراجعة أوراق هذه الدعوى الجنائية يتبين لنا خلو دعوى الزوج المشتكي من هذا القيد ، فهو وإن ادعى أنه بعد سفره لم يوطأ زوجته المتهمه ، إلا أنه لم يذكر من قريبٍ أو بعيد ، أنه تركها وسافر عنها من غير وطء بعد الاستبراء ، بل إن الزوجة المتهمه قد أصرت بأنه تركها بعد آخر وطأة في ديسمبر سنة ٢٠٠٤م وتحديدًا في ٢٨/١٢/٢٠٠٤م وقد ذكرت صراحةً بأنها بعد تلك الوطأة ، لم تر دورتها الشهرية – بمعنى أنها حملت من تلك الوطأة - . وفي ظل ما ذكر تكون محكمة الموضوع ومن بعدها محكمة الاستئناف ، قد أغفلتا أمراً جوهرياً ، تنهدم معه الدعوى الجنائية محل النظر - .

وهنالك القصور الذي صاحب إجراءات محكمة الموضوع بشأن الصيغة التي تتم بها الملاعنة بسبب نفي الحمل ؛ إذ يلزم علي القاضي أن يقول للملاعن أن

يدلي بالصيغة التالية ((أشهد بالله لقد استبرأتها وما وطئتها بعد ذلك وما هذا الحمل مني)) ويشير إليه، فيحلف بذلك أربع مرات ، ويقول في كل يمين منها : (وإني لمن الصادقين في قولي هذا عليها) ، ثم يقول في الخامسة : (عليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين) ، وإن شاء قال : (إن كنت كاذباً فيما ذكرت عنها) وقد جانبت محكمة الموضوع الصواب حين صاغت أيمان اللعان بنفي الحمل بما نصه : (والله العظيم أقول الحق ولا شيء غير الحق ، أني صادق فيما رميت به زوجتي خميسة من أن حملها ليس مني) ، حيث ذكر الشاكي ذلك أربع مرات ، وفي الخامسة : (أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين) ... وبالطبع فقد جاءت تلك الصيغة بغير ما يجب بها الحلف ؛ إذ أغفلت محكمة الموضوع (عدم الوطاء بعد الاستبراء) والبقاء من غير وطء بعد ذلك الاستبراء إلي حين حدوث الحمل المدعي به - سفاهاً - ، وحيث إنه جاء التحليف خلواً من ذلك القيد الجوهري ، فلا عبرة بشيء مما حلف به المشتكي ، خاصة وأنه قد مكث مع زوجته المتهمة شهرين كاملين بعد عودته من سفره ، قبل أن يتقدم بشكواه بنفي الحمل ، وقد يكون وطأها خلال تلك المدة ، وتلك أيضاً قرينة علي الرضاء ، لم تستبن منها محكمة الموضوع، ومن ثمّ فلا مجال لأيمان اللعان في دعوى أغفلت كل تلك القيود الجوهرية . وحيث انتفت موجبات التلاعن ، وانتفي كل دليل آخر يثبت ادعاء المشتكي ، فلا يبقى سوي استصحاب قرينة البراءة الأصلية الثابتة في حق المتهمة المذكورة - .

لقد اختزلت محكمة الموضوع إجراءات التحقيق في هذه الدعوى ذات الخطورة البالغة ، فبجانب ما ذكر ، فإنها [أغفلت وعظ المتلاعنين قبل اللعان] - ، وأغفلت تحذير الزوج بعد تحليفه أربعاً ؛ إذ يقال له في ذلك المقام : ((نخاف إن لم تكن صدقت أن تبوء بلعنة الله)) ، فإن لم يبال وأراد أن يمضي لاستكمال الصيغة ، يأمر القاضي من يضع يده علي فمه ، ويقول له : ((إن قولك : (وعليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين) موجباً - أي سيكون موجباً - فإن أبي ، تركه يقولها - . كذا فيما رواه أبو داؤد عن ابن عباس عن رسول الله صلي الله عليه وسلم - . (راجع

الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ص ١٩٢ من ذات المجلد السابق) . ويتسق هذا الإجراء مع روح الشرع الحنيف ، المتمثل في استحباب الستر في أبواب الحدود ، وفي صون الأعراض من الابتذال .

لقد شاب إجراءات محكمة الموضوع في تحليف أيمن اللعان ، قصور في جوانب أخري عديدة ، تتصل ببعض مستحبات الزمان والمكان ، وبحضور جمع من الناس – أربعة فصاعداً – تحقيقاً لإيجابيات البعد النفسي ، وبدلاً من العناية بتلك التفاصيل ، فقد عجلت محكمة الموضوع – بخلاف ما يقتضيه المقام – حيث إنها قد استحلقت الزوج المشتكي ، ثم وجهت الأيمان للمتهمة ، دون أن تبين لها معني أيمن اللعان وما يترتب عليها وعلي النكول عنها ، علماً بأن آثار النكول عن أيمن اللعان ، مما تخفي علي الخاصة من أهل العلم ، فما بالك بمثل المتهمة التي لا إمام لها بمجرد القراءة والكتابة – كما هو ثابت بالمحضر - ، وطبيعي أنه لا يعتد بدلالة النكول في حقها – خاصة لإثبات الحد ، لما روي عن سيدنا عمر – وعن سيدنا علي – رضي الله عنهما أنه : ((لا حدّ إلا علي من علمه)) (راجع المغني لابن قدامه ج١٢ ص ٣٤٥ طبعة هجر ١٩٩٢ م) - ، ويدخل في معني العلم هنا : العلم بالحرمة ، والعلم بموجبات الحد ، ومن نافلة القول : نشير بأن (العلم) هو العنصر الأساس للركن المعنوي للجريمة فهو قرين عنصر (الإرادة) - .

ورغم كثرة ملاحظاتنا في إجراءات محكمة الموضوع ، إلا أننا نقتصر هنا علي ذكر اثنتين أخريتين ، أولاهما : تهاتر كلام الشاكي – الزوج – بشأن تاريخ آخر اتصال جنسي بزوجه ؛ إذ ذكر ابتداءً بأنه كان في أكتوبر سنة ٢٠٠٤م ، ثم ذكر بأنه كان في ١٠/٩/٢٠٠٤م فتهاترا - . وثانيتها : أن محكمة الموضوع قد قلبت عبء الإثبات ، حين كلفت المتهمة بإثبات أن الشاكي اختلي بها لآخر مرة في ديسمبر سنة ٢٠٠٤م ؛ ففي ظل المساكنة الثابتة بإقرارهما ، فالظاهر هو حدوث الخلوة – بل والاتصال الجنسي – إلي حين افتراقهما ، في ٢٨/١٢/٢٠٠٤م – وهو التاريخ الجامع بين قوليهما بشأن الافتراق – ويقع عبء الإثبات علي من يدعي خلاف الظاهر ، وهو هنا الزوج المشتكي الذي يدعي عدم الخلوة وعدم الاتصال

الجنسي منذ ٢٠٠٤/٩/١٠ م ، هذا فضلاً عن أن منهج محكمة الموضوع هنا ، قد تنافي مع منهج الإثبات الجنائي - .

وختاماً فإن لنا مقال إلي القائمين بأمر التشريع في بلادنا : لقد آن الأوان لتقنين أحكام الحدود الشرعية ، وفقاً لما يتسق مع روح الشرع الحنيف ، في العفو وفي الستر ، ووفقاً لمنهج الشريعة الإسلامية في تضيق دائرة الحدود الشرعية ، فالشريعة الإسلامية حين أكثرت من قيود إيجاب الحدود ، ثم شددت في إثباتها ، وأكثرت من الشبهات الدارئة لها ومن مسقطاتها ، فإنها قصدت تضيق دائرتها ، وكما قال (الكمال بن الهمام) في مثل هذا المقام : ((الشيء كلما كثرت شروطه قلَّ وجوده)) (راجع شرح فتح القدير ج٥ ص ٥) ، وصدوراً عن هذا المنهج ، فالمأمول هو إعادة صياغة مواد أحكام الحدود الشرعية بما يتسق مع ما ذكر . ومن بعض مقتضيات المنهج المأمول : النأي بالتشريع عن تقرير إثبات الحدود الشرعية بالقرائن ، علي نحو ما في المادة (٦٢/ج) والمادة (٦٤) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م ، وكذا عدم المصير إلي إيجاب حدّ زنا المحصن بنكول الزوجة عن أيمان اللعان - بعد حلف زوجها أيمان اللعان - ، علي نحو ما هو مقرر وفقاً للمادة (٦٢/د) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م - ، ونحسب ملاءمة الأخذ برأي الحسن والأوزاعي وأصحاب الرأي والحنبلة ؛ إذ لا يحصل التحقق من زنا الزوجة بالنكول عن أيمان اللعان . قال ابن قدامه في (المغني) : ((... ولنا : أنه لم يتحقق من زناها - باللعان - فلا يجب عليها الحد ، كما لو لم يلاعن . ودليل ذلك أن تحقق زناها ، لا يخلو إما أن يكون بلعان الزوج ، أو بنكولها ، أو بهما ، ولا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده ؛ لأنه إذا ثبت زناها به ، لما سمع لعانها ، ولا وجب الحد علي قاذفها ؛ ولأنه إما يمين وإما شهادة ، وكلاهما لا يثبت له الحق علي غيره ، ولا يجوز أن يثبت بنكولها ؛ لأن الحدّ لا يثبت بالنكول ، فإنه يدرأ بالشبهات ، فلا يثبت بها . وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خَفَرها ، أو لعقلية علي لسانها ، أو غير ذلك . فلا يجوز إثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود ، واعتبر في حقهم أن يصفوا صورة الفعل ، وأن يصرحوا بلفظه

وغير ذلك ، مبالغة في نفي الشبهات عنه ، وتوسلاً إلى إسقاطه ، ولا يجوز أن يقضي فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة ، ولا يقضي به في شيء من الحدود ولا العقوبات وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه : (إن الحد علي من زني وقد أحسن إذا كانت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف) ، فذكر موجبات الحدّ ، ولم يذكر اللعان ...)) (راجع المغني لابن قدامه ج ١١ ص ١٨٨/١٨٩) ، وإلي حين أن يأتي الفتح علي القائمين بشأن التشريع - بأمرٍ من عنده سبحانه وتعالى - فليس في وسع القضاة سوي العمل بالتشريع الساري - .

وخلاصة الأمر : فإن هذه الدعوى الجنائية قد قامت علي غير أساس ، ولا وجه فيها للملاعنة ، وهي عارية عن كل سببٍ للتداعي ومن أي دليل وبناءً عليه أري إلغاء الحكم الصادر بإدانة المتهمه خميسة بجريمة زنا المحصن الحدية بموجب المادة (١٤٦/١/أ) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م وإلغاء العقوبة المحكوم بها في حقها والتي قضت بالإعدام رجماً حتى الموت حدّاً ، ونري إصدار حكمنا بتبرئتها من تهمة زنا المحصن المنسوبة إليها ، والأمر بالإفراج عنها فوراً ، ما لم تكن محبوسة في ذمة قضية أخرى -)) - ، وقد صدر حكم المحكمة العليا - البات - في ٢٢/٥/٢٠٠٧م بإلغاء إدانة المتهمه المذكورة بجريمة زنا المحصن الحدية ، وبإلغاء العقوبة الصادرة في حقها بالإعدام رجماً بالحجارة حتى الموت ، والحكم من جديد بتبرئتها من تهمة زنا المحصن المنسوبة إليها ، وبالإفراج عنها فوراً ما لم تكن محكومة - أو محبوسة احتياطياً في قضية أخرى - .

لقد عُيِّتُ بإيراد هذا المقتطف من حكمنا الأنف ذكره - رغم طوله - ؛ لاشتماله علي إضاعةٍ لبعض منعطفات الطريق ، وعلي إقالة بعض العثرات ، التي تكشفت عند المصير إلي اللعان ، فضلاً عما أشتمل عليه الحكم من بيان الكيفية التي يمارس بها القاضي سلطته التقديرية بشأن قواعد اللعان الإجرائية . وتحقيقاً لمزيد من تلك الغايات ، نعني بالحديث البسط في ضابطين ، ينبغي أن يتنبه إليهما القاضي وهما :-

الضابط الأول : عدم إجراء اللعان من غير طلب ذي الشأن الأصيل :-

يتفق فقهاء المذاهب الإسلامية - سوي ابن حزم الظاهري - علي عدم إجراء اللعان إلا بطلب من ذي الشأن الأصيل ، يستوي في ذلك القائلون بأن اللعان: شهادات ، والقائلون بأنه : أيمن ، فكلاهما - أي الشهادة واليمين - لا يقعان إلا عن مطالبة بحق يتقدمهما ، ولا يجبر أحد عليهما . وينبغي التنبه إلي أن اللعان لا يحتمل الطلب بالوكالة أو بطريق القوامة ، بل يلزم في الطالب أن يكون أصيلاً ، أي الزوجة أو الزوج - حسب الحال - ، وذلك لأن اللعان مما لا يقوم فيه الغير مقام الأصيل . قال ابن قدامه في (المغني) : ((ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته ، يعني لا يتعرض له بإقامة الحدّ عليه ، ولا طلب اللعان منه ، حتى تطالب زوجته بذلك ، فإن ذلك حق لها ، فلا يقام من غير طلبها ، كسائر حقوقها ، وليس لوليّها المطالبة عنها إن كانت مجنونة أو محجوراً عليها ، ولا لولي الصغيرة وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلهما ، لأن هذا حقّ ثبت للتشفي ، فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص ، فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة ، نظرنا : فإن لم يكن هناك نسبٌ يريد نفيه ، لم يكن له أن يلاعن ، وكذلك كل موضع سقط فيه الحدّ ، مثل : إن أقام البيّنة بزناها ، أو أبرأته من قذفها ، أو حدّ ثم أراد لعانها ، ولا نسب هناك ينفي ، فإنه لا يشرع اللعان . وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، إلا بعض أصحاب الشافعي ، قالوا : له الملاعنة لإزالة الفراش . والصحيح عندهم مثل قول الجماعة ؛ لأن إزالة الفراش ممكنة بالطلاق ، والتحرير المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان من أجله ، وإنما حصل ذلك ضمناً))¹ .

وهناك مفهوم خاطئ لدي بعض القضاة الذين يحسبون أن الملاعنة دعوى مستقلة قائمة بذاتها وأنها ترفع أمام دوائر الأحوال الشخصية فقط ، فهي وحدها المختصة بها ، حتى إذا كانت الغاية من رفعها هي الدعوى الجنائية بتهمة الزنا² .

¹ - المغني لابن قدامه ج ١١ ص ١٣٨ وراجع شرح فتح القدير / الكمال بن الهمام وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١١٦ والحاوي للماوردى ج ١١ ص ٨ والبحر الزخار لابن المرتضى ج ٤ ص ٤١٠ - ويذهب ابن حزم الظاهري إلي وجوب إجراء اللعان وإن لم يطلبه ذوو الشأن - راجع المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٦٤٣ .
² - راجع (حكومة السودان / ضد / م ج . و . أ - م ع / مراجعة جنائية / ١٧٣ / ٢٠٠٤ م) - غير منشورة .

ويتبدى خطأ هذا الرأي من وجهين ، أولهما : أن الملاعنة وسيلة إثبات ، وليست موضوع حق يستلزم التداعي . وقد أسلفنا أن الفقهاء يترأفون في تكليف الملاعنة ، ما بين الشهادة أو اليمين ، ولا شيء سواهما . وثانيهما : أن الفقهاء يتفقون في توجيه أيمان اللعان خلال دعوى القذف بالزنا ، أو خلال دعوى نفي الحمل¹ - ، ولا مرأ في أن آيات اللعان تنزلت خلال دعوى - جنائية - ، حين قذف زوجته بالزنا - هلال بن أمية أو عويمر العجلاني - وفقاً لما سبق الإلماع إليه من خلافٍ فيمن كان سبباً لنزولها - .

الضابط الثاني : مراعاة التشدد في إجراءات اللعان :-

جاء تشريع اللعان متنسقاً مع مقاصد الشريعة الإسلامية في الحفاظ علي الضرورات ، بما يلزم منه حماية الأعراض والأنساب من الابتذال ، وذلك بالتشديد في إجراءات الملاعنة وفي التخليط فيها ، فالملاعنة تقوم مقام أربعة شهداء ، دفعاً لحدّ القذف عن الزوج الذي يرمي زوجته بالزنا ، والبدل وإن جاء مخففاً عن الأربعة الشهداء ، إلا أنه يتسم بجوانب تخليط عديدة ، تحتف بقواعدها الإجرائية ، يتبدى ذلك في كثرة شرائط الملاعنة وفي صيغتها المغلظة ، وفيما كفلته الشريعة الإسلامية للقاضي من سلطة تقديرية تدور في محور التشديد والتخليط . ففي الشرائط نجد أن الفقهاء القائلين باعتبار اللعان من قبيل الشهادة ، يتوسعون في شرائطه ؛ إذ يوجبون لصحته كل شرائط صحة الشهادة ، ويتبدى تخليط الصيغة في تكررها أربعاً ، مقرونة في الخامسة باللعن أو بالغضب - حسب الحال - ، وهناك ما يندب للقاضي اتخاذه في إجراءات اللعان ، مما يدخل في معني التخليط والتشديد علي نحو ما نبينه فيما يلي :-

¹ - راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ١١٦ - .

أ/ تغليظ أيمان اللعان بالزمان والمكان :

ذهب المالكية والشافعية والإمامية إلى استحباب تغليظ أيمان اللعان بالزمان والمكان ، وقالوا بأدائها بعد الصلوات المكتوبات ، خاصة صلاة العصر^١ - ، وفي أشرف مواضع بلد اللعان ، لما في ذلك من الزجر عن اليمين الكاذبة . أما فقهاء الحنفية والحنابلة فقد ذهبوا إلى عدم استحباب تغليظ أيمان اللعان بالزمان والمكان ، ففي (المغني) :- ((ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ، ولم يقيد بزمان ولا مكان ، فلا يجوز تقييده إلا بدليل وقال أبو الخطاب : يستحب أن يتلاعنا في الأزمان والأماكن التي تعظم ، وهذا مذهب الشافعي -))^٢ .

ب/ التغليظ بحضور الجماعة :

المالكية والشافعية والحنابلة يستحبون إجراء اللعان بحضور جماعة من الناس ، أقلها أربعة ، لما فيه من الزجر ، قال الماوردي : ((وأما تغليظه بالجماعة ، فهو أن يشهده جماعة أقلهم أربعة ، لقوله تعالى :- ((ج ج ج ج))^٣ ، والعذاب هو : الحدّ ، فكذلك اللعان ، لتعلقه به ؛ ولأن اللعان رواه أحداث الصحابة ، كابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد الساعدي ، ولا يحضر الأحداث في مجلس الحكم والقضاء ، إلا مع أضعافهم من ذوي الأسنان ؛ وليكون اجتماع الناس فيه أزر وأردع ، وليكونوا حجة إن تناكر المتلاعنان))^٤ .

ج/ استقصاء القاضي - من تلقاء نفسه - عن حدوث وطء الزوج لزوجته - أو عدمه - بعد رؤيته زناها - أو بعد وضع الحمل :

يستقصي القاضي من تلقاء نفسه ، عن حدوث - أو عدم حدوث وطء الزوج لزوجته ، بعد رؤيته زناها ، أو بعد وضع الحمل ، فإن أقر بأنه قد وطأها بعد تلك

¹ - في قوله تعالى ((تحبسونها من بعد الصلاة)) قال ابن عباس رضي الله عنه : (هي صلاة العصر) وقيل هي صلاة المسلمين وقيل هي صلاة أهل دينهما - راجع تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج ٢ ص ١٠٥ ، وفي آية (حافظوا علي الصلوات والصلاة الوسطي) قيل : هي صلاة العصر ويروي أنه صلى الله عليه وسلم قال يوم الأحزاب : (شغلونا عن الصلاة الوسطي ، صلاة العصر ...) راجع تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج ١ ص ٢٥٥ .

² - المغني لابن قدامة ج ١١ ص ١٧٥ وراجع حاشية الخرشني ج ٥ ص ٨٦ والحاوي الكبير للماوردي ج ١١ ص ٤٤ والروضة البهية - ج ٢ ص ١٨٦ .

³ - سورة النور من الآية ٢ - .

⁴ - الحاوي الكبير للماوردي ج ١١ ص ٥٨/٤٥ وراجع حاشية الخرشني ج ٥ ص ٨٧ والمغني لابن قدامة ج ١١ ص ١٧٤ .

الرؤية المدعي بها - أو بعد وضع الحمل ، أو أنكر الوطء وادعته ، وأثبتته بدليل مباشر أو غير مباشر ، من مثل مقدمات وطءٍ أو انبساطٍ في المساكنة وخلافهما ، فيمتنع اللعان ؛ لأن دلالة الوطء تكذب دعواه^١ .

د/ عدم التأخير في التداعي بعد رؤية زنا الزوجة أو العلم بحملها أو بعد وضع الحمل :-
وسبق بيان ما يعدّ تأخيراً ، ضمن حكمنا القضائي الآنف ، ويعتبر التأخير في التداعي رضاءً منه ، وقرينة علي كذب دعواه الزنا ، كما يعتبر إقراراً ضمناً علي نسبة الحمل أو الولد إليه . ولا يجوز له بعدئذٍ التداعي بالزنا أو بنفي الحمل أو بنفي نسب الولد^٢ .

هـ/ استقصاء الاستبراء وعدم الوطء بعده في دعوى نفي الحمل أو الولد :-

يستقصي القاضي من تلقاء نفسه ، الوجوه التي يلزم توفرها لصحة التداعي بنفي الحمل أو الولد ، لتعلق حق الله سبحانه وتعالى بدعوى النسب . فإذا تداعي الزوج بأيّهما ؛ فعلي القاضي التبيّن من أن الزوج المدعي ، قد استبرأ رحم الزوجة - بما يبرأ به الرحم - ، وأنه لم يطأها بعد الاستبراء ، حتى حملت ، أو وضعت الحمل . وإذا كان التداعي بنفي الولد ، فيشترط أن يكون الوضع بعد مضي أقصى مدة الحمل بعد الاستبراء ، وإلا فلا لعان ولا نفي للولد . وهذا هو ما يتسق مع روح الشرع الإسلامي الحنيف في تشديد ما يهتك العرض ، أو يثلم النسب ، وفي الاحتياط لما يثبت النسب - بل والتحایل لإثباته - ، وقال الشافعية : له أن يلاعن لدلالة العموم في الآية الكريمة^٣ .

و/ وعظ المتلاعنين وتحذيرهما :

يستحب للقاضي أن يعظ الزوجين قبل التلاعن ، فيسأل عما إذا كان منهما تائب ، بدلالة ما في حديث (هلال بن أمية) أن النبي صلي الله عليه وسلم قال لهما: (هل من تائب ؟) ، فإن أقدم علي اللعان ، وشهد الزوج أربع مرات بالوجه المطلوب ، وفقه القاضي وقال له : ((اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون

¹ - راجع حاشية الخرخشي ج٥ ص ٨٣ - .

² - راجع حاشية الخرخشي ج٥ ص ٨٣ والحاوي الكبير للماوردي ج١١ ص ٨١ وحكم المحكمة العليا السابق - .

³ - راجع الحاوي الكبير للماوردي ج١١ ص ١٢٢ - .

من عذاب الآخرة ، وكل شيءٍ أهون من لعنة الله)) ، ويأمر رجلاً فيضع يده علي فمه ، حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعدة^١ - ، ثم يتركه فإن أراد أن يمضي إلي الخامسة قال له : (اتق الله فإنها الموجبة) أي الموجبة لعنة الله ، فإن أصر علي الخامسة فختم بها ملاعنته ، بدأت ملاعنة الزوجة ، بذات نسق الوعظ والتحذير ، فإن أكملت أربعاً ، أمر القاضي امرأة فتضع يدها علي فمها ، ثم يعظها ويخوفها من غضب الله ، علي نحو ما كان تخويف الزوج من اللعنة ، فإن أرادت أن تمضي إلي الخامسة ، قال لها : (اتق الله فإنها الموجبة) - أي لغضب الله - فإن مضت أمضاها إليها^٢ .

تلك وجوه ينبغي للقاضي الحرص علي إعمالها ، من تلقاء نفسه ، ولئن استنتها النبي صلي الله عليه وسلم ، فيما قضي به بين صحابته وهم النجوم المتألئة وهداة الأمة ، فإن التزام قضاة عصرنا بتلك الوجوه والسنن أولي ، حيث استشري الجهل بأحكام الشرع الحنيف في أوساط العامة والخاصة ، وقد تبين لنا من خلال الحكم القضائي الأنف ذكره ، مدي جهل العامة والخاصة بأحكام الملاعنة . فلزم مراعاة أحوال الناس ومعارفهم خلال إجراءات اللعان ، بياناً لتلك الأحكام وبآثارها وعواقبها - حسب ما يقتضيه حال المتداعيين - ، لئلا يجترئ الكاذب منهما علي اليمين الفاجرة ، وصوناً للأعراض والأبشار والأنساب من الانتهاك بغير وجه شرعي - .

¹ - راجع المغني لابن قدامه جـ ١١ ص ١٧٧ والحاوي الكبير للماوردى جـ ١١ ص ٥٩ وحاشية الخرشى جـ ٥ ص ٨٧ والروضة البهية جـ ٢ ص ١٨٦ - .
² - راجع نفس المراجع السابقة في ذات المواضع المذكورة - .

المطلب السادس

سلطة القاضي التقديرية في أيمان القسامة وفي تقويمها

القسامة مصدر أقسم : وهي الحلف ، وفي الاصطلاح : فهي الأيمان المكررة في دعوى القتل . فإذا وجد قتيل في محلة قوم ، وتحقق اللوث ، أي البينة غير التامة المثبتة لوقوع الجريمة وإسنادها ، فعندئذ توجه أيمان القسامة ، يحلف خمسون من أهل المحلة : ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً ، وقيل : يحلف أولياء المقتول^١ - .

مشروعية القسامة :

ذهب جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية إلي مشروعية القسامة ، مستدلين علي المشروعية بما يلي :-

(١) ما روي عن سهل بن أبي حثمة أنه : ((خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحبيصة بن مسعود بن زيد ، حتى إذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك ، ثم إذا محبيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلاً فدفنه ، ثم أقبل إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، هو وحوبيصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل ، وكان أصغر القوم . فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه . فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم : (كبر) ، فصمت فتكلم صاحباه ، وتكلم معهما ، فذكروا لرسول الله صلي الله عليه وسلم مقتل عبد الله بن سهل . فقال لهم : ((أتحلفون خمسين يميناً فتستحقون صاحبكم ؟)) ، قالوا : وكيف نحلف ولم نشهد . قال : ((فتبرئكم يهود بخمسين يميناً))^٢ - .

ووجه الدلالة : أن الحديث صريح في مشروعية تحليف أيمان القسامة - وفي ردّها - عند حدوث القتل وتوفر اللوث ، أي البينة الناقصة التي لا تكفي لتقرير إسناد الإدانة إلي شخص بعينه . وقد تمثل اللوث في القرينة المستخلصة من

^١ - راجع المبسوط للسرخسي ج٢٦ ص ١١٢ وبدائع الصنائع للكاساني ج١٠ ص ٤٧٣٦ والبنائية في شرح الهداية للعيني ج١٠ ص ٣٣١ وحاشية الخرشني ج٨ ص ٥٤ والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٨ ومختصر المزني - بهامش الأم - ج٥ ص ١٤٧ والمغني لابن قدامه ج١٢ ص ١٨٩ والمبدع شرح المقنع ج٩ ص ٣٣ والمحلي لابن حزم ج١١ ص ٦٥ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣٤٦ وشرح النيل وشفاء العليل / أطفيش ج٥ ص ١٦٢ والمدونة الكبرى لأبي غانم الخرساني ج٢ ص ٢٧٢ - .

^٢ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الديات باب القسامة ، ورواه مسلم في صحيحه في كتاب القسامة والمحاربين - باب القسامة - ، وهذا لفظ مسلم - .

وجود القتل في بعض مناحي خيبر ، وهي يومئذٍ محلة يحوزها اليهود ، وتضافرت معه تلك العداوة الظاهرة التي يضمرها اليهود للمسلمين ، فتوفر اللوث في حق اليهود ، دون أحدهم بعينه ، ومن ثمّ جازت القسامة في تلك النازلة - .

(٢) ما روي من أن نفرأ من الأنصار دخلوا علي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فتحدثوا عنده فخرج رجل منهم بين أيديهم فقتل ، فخرجوا بعده فإذا هم بصاحبهم يتشطح في الدم ، فرجعوا إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فقالوا : يا رسول الله ، صاحبنا كان تحدث معنا ، فخرج بين أيدينا ، فإذا نحن به يتشطح في الدم ، فخرج رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال : (بمن تظنون - أو ترون - قتله ؟) قالوا : نري أن اليهود قتلته . فأرسل إلي اليهود فدعاهم فقال : (أنتم قتلتهم هذا ؟) ، قالوا : لا . قال : (أترضون نفل خمسين من اليهود ما قتلوه ؟) ، فقالوا : ما يبالون أن يقتلونا جميعاً ثم ينتفلون . قال : (أفنتسحقون الدية بأيمان خمسين منكم ؟) ، قالوا : ما كنا لنحلف . (فوداه من عنده) ^١ - .

والحديث يدل صراحة علي مشروعية القسامة ، عند توفر اللوث ، وقد تمثل

في هذه النازلة في العداوة الظاهرة التي يكنها اليهود للمسلمين يومئذٍ - .

ما يجب بدلالة أيمان القسامة :

عند تساند أيمان القسامة مع دلالة اللوث ، يكتمل الدليل الذي يسوغ تأسيس الحكم بموجبه ، ويذهب المالكية والحنابلة والظاهرية إلي إيجاب القود في العمد والدية في الخطأ ، وقال ابن قيم الجوزية : (إن القسامة مع اللوث أقوى البيئات) ^٢ - . وقال الحنفية والشافعية والإمامية والزيدية والإباضية بإيجاب الدية فقط ^٣ - .

أما إذا انتفي التساند ، وكان التناقض بين اللوث والأيمان ، بأن كان الحلف من المدعي عليهم ، سواء كان ذلك ابتداءً أو ردأً ، فقد ذهب جمهور فقهاء الحنفية والإمام أحمد في قول والإمامية والزيدية والإباضية إلي إيجاب الدية علي المدعي

^١ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الديات باب القسامة - .
^٢ - إعلام الموقعين لابن القيم ج٢ ص ٢٣١ وراجع لأراء من يوجبون القود : (تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٧٣ والمغني لابن قدامة ج١٢ ص ١٩٣ والمطلي لابن حزم ج١١ ص ٧٧) - .
^٣ - راجع شرح فتح القدير لابن الهمام ج٩ ص ٣٠٨ والحاوي الكبير للماوردي ج١٣ ص ١٤ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ٢٢٧ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣٤٦ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج١٠ ص ٢٦١ - .

عليهم مع أيمانهم^١ - . وذلك لدلالة ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال لليهود - وبدأ بهم - : ((يحلف منكم خمسون رجلاً)) ، فأبوا . فقال للأنصار : (استحقوا) ، قالوا : نحلف علي الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلي الله عليه وسلم دية علي يهود ؛ لأنه وجد بين أظهرهم -))^٢ - .

ويدل صراحة علي الجمع بين أيمان المدعي عليهم وبين تحميلهم دية القتل ، ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال : ((وجد رجلاً من الأنصار قتيلاً في دالية ناس من اليهود ، فذكر ذلك للنبي صلي الله عليه وسلم ، فبعث إليهم ، فأخذ منهم خمسين رجلاً من خيارهم ، فاستحلف كل واحد منهم : (بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلاً) ثم جعل عليهم الدية . فقالوا : فقد قضي بما في ناموس موسى))^٣ - .

وذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلي أنه إذا ردت أيمان القسامة إلي المدعي عليهم وحلفوها ، فقد برئت ذمتهم ، وقد استدلوا بقول النبي صلي الله عليه وسلم : ((فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم)) ، وقد ثبت أن النبي صلي الله عليه وسلم ودَي الأنصاري من عنده - كما في الحديث الذي أوردنا من قبل^٤ - .

سلطة القاضي التقديرية فيمن توجه إليه أيمان القسامة :

تعيين من توجه إليه أيمان القسامة مما يترك لتقدير القاضي ، فهو الذي يختار من توجه إليهم اليمين ، وكذا فهو الذي يعين الجنبه التي تكلف بالحلف ، ففي حديث سهلٍ وجهت أيمان القسامة ابتداءً إلي المدعين ، بينما وجهت إلي المدعي عليهم - ابتداءً - في حديث الأنصاري - ، والمسألة خلافية ؛ إذ أنقسم الفقهاء فيها إلي فريقين ، ويسع القاضي أن ينحو بأي من الطريقتين ، وفقاً لما يتلاءم مع ظروف النزلة وملابسات المكان وقيمة اللوث التدليلية ، فالأمر اجتهادي ، وما تكاثرت فيه الأدلة المتغايرة إلا لمقتضي تنزيل الأحكام علي النوازل علي ضوء ملابساتها ، فإن

^١ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج١٠ ص ٤٧٣٦ وتهذيب الأحكام للطوسي ج١٠ ص ١٦٦/١٦٧ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ٤٥١ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج١٠ ص ٢٦١ - .

^٢ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الديات باب ترك القود بالقسامة - .

^٣ - نصب الرأية للزيلعي ج٤ ص ٣٩٤ - .

^٤ - راجع تنصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٧٥ والحاوي للموردي ج١٣ ص ٢٥ والمغني لابن قدامه ج١٢ ص ٢٠٢ - .

لم يكن ثمة مرجعيةً فقهيةً مقررة بنص تشريعي بشأن الأخذ بأي من الرأيين ،
فيسوغ للقاضي الأخذ بما يري مناسبتة علي ضوء ما ذكر .

ويتمثل الرأيان فيما ذهب إليه جمهور الفقهاء من توجيه أيمان القسامة
للمدعين - ابتداءً - ، وجواز ردها إلي المدعي عليهم - وقد خالفهم ابن حزم في
الردّ ، من منطلق أصل مذهبه الذي لا يجيز ردّ اليمين مطلقاً . أما فقهاء الحنفية
والزيدية والإباضية فقد ذهبوا إلي توجيه أيمان القسامة إلي المدعي عليهم ابتداءً
والي المدعين ردّاً¹ .

ويستدل الجمهور - القائلون بتوجيه أيمان القسامة إلي المدعين ابتداءً مع
جواز ردها إلي المدعي عليهم - بدلالة حديث سهل بن سعد المذكور ، ففيه صريح
النص علي أن النبي صلي الله عليه وسلم وجه أيمان القسامة إلي المدعين - أولياء
القتيل - ابتداءً ، فلما استعصموا عن الحلف علي ما لم يشهدوا ، ردها إلي المدعي
عليهم - أهل المحلة ، فدّل ذلك علي أن أيمان القسامة توجه إلي المدعين وترد إلي
المدعي عليهم عند النكول .

ويستدل فقهاء الحنفية والزيدية والإباضية ، بحديث الأنصاري ، ففيه أنه
صلي الله عليه وسلم أرسل إلي اليهود ، فدعاهم فقال لهم (أنتم قتلتم هذا ؟) قالوا :
لا ، فقال صلي الله عليه وسلم : ((أترضون نفل خمسين من اليهود ما قتلوه)) ،
فدّل ذلك علي توجيه الأيمان إلي المدعي عليهم ابتداءً ، كما دلّ تمام الحديث علي
جواز ردها إلي المدعين - . كما يستدلون بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم
أنه قال : ((قنبرئكم يهود بخمسين يميناً ، يحلفون أنهم لم يقتلوه)) ، قالوا : وكيف
نرضي بأيمانهم وهم مشركون ؟ قال : ((فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه))² .

¹ - راجع للحنفية : المبسوط للسرخسي جـ٦ ص ٢٦٧ وبدائع الصنائع للكاساني جـ١٠ ص ٤٧٣٦ ، وللمالكية : نيسرة الحكام لابن
فرحون جـ١ ص ٢٧٠ ، وللشافعية : مختصر المزني - بهامش الأم للشافعي جـ٥ ص ١٥٠ والحاوي الكبير للماوردي جـ١٣ ص ٤ ،
وللحنابلة : المغني لابن قدامة جـ١٢ ص ١٨٩ ، وللظاهرية : المحلي لابن حزم جـ١١ ص ٨٩ وللإمامية : شرائع الإسلام للمحقق
الحلي جـ٤ ص ٢٢٥ وللزيدية : البحر الزخار لابن المرتضي جـ٦ ص ٤٤٩ وللإباضية : منهج الطالبين وبلاغ الراغبين جـ١٠
ص ٢٦١ والعقد الثمين لابن حميد السالمي جـ٤ ص ٤١٤ .
² - نصب الرأية للزيلعي جـ٤ ص ٣٩٠ . قال الزيلعي : رواه أبو يعلى في مسنده وفيه تقديم اليهود - .

وهناك حديث ابن المسيّب أنه صلى الله عليه وسلم : بدأ باليهود في القسامة ، وجعل الدية عليهم ، لوجود القتل بين أظهرهم ^١ . -

سلطة القاضي في تقدير ما يكون لوثاً توجه بموجبه أيمان القسامة :

تتسع سلطة القاضي في تقدير ما يعتبر لوثاً موجباً لأيمان القسامة ، ولعل أكثر مذاهب الفقه الإسلامي اتساعاً فيما يعدّ لوثاً هو المذهب المالكي ، ففيه حالات متفق عليها بين فقهاء المذهب باعتبارها لوثاً ، وأخري مختلف فيها بينهم . فأما الحالات المتفق عليها ، فأولها : حالة التدمية ، ويقصد بها (أقوال المحتضر) بمصطلحنا المعاصر ، كأن يقول المجروح – حال احتضاره - : ((دمي عند فلان)) ، ويشهد علي قوله شاهدان عدلان فصاعداً . وثانيتها : أن يشهد عدلان بمعابنتهما الضرب ، ولكن لا يتصل الموت بذلك الضرب ، بل يتراخي لأيام بعده . وثالثتها : أن يشهد عدل بإقرار رجلٍ بقتل آخر عمداً . والرابعة : أن يشهد شاهد واحد عدل علي معين بالقتل والإجهاز . والخامسة : أن يوجد بالقرب من القتل شخص ثيابه ملطخة بالدم وبيده سيف أو سكين أو غيرهما ، من آلات القتل ، ويوجد فيها أثر الدم – أو الاستخدام حديثاً - . فتلك الحالات تعدّ لوثاً موجباً لأيمان القسامة باتفاق فقهاء المذهب - .

أما الحالات التي اختلفوا فيها فهي : شهادة العدل الواحد بمعابنة الضرب وتراخي الموت بعدئذٍ لأيام ، أو شهادة غير العدل بالقتل ، أو أقوال المحتضر الذي ليس به جرح ظاهر ، ويدخل فيما اختلف فيه بين فقهاء المذهب : شهادة النساء ، فقيل باعتبار هذه الحالات لوثاً ، وقيل هي ليست بلوث ^٢ . -

ورغم محاولة بعض فقهاء المذهب ، حصر حالات اللوث – من مثل ابن سلمون في (العقد المنظم للحكام) ، إلا أن العبرة بالقاعدة التي تقضي بضرورة الاحتياط في الدماء ، فلا يعدّ لوثاً من الدليل الناقص ، إلا ما احتف به قرائن تقوي

¹ - نصب الرابطة للزبلي ج٤ ص ٣٩١ . -

² - راجع هذا الرأي الموسع لدي المالكية في (العقد المنظم للحكام لابن سلمون = بهامش تبصرة الحكام = ج٢ ص ٢٥٥) وفي (تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٧٠/٢٧١) وفي (القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٩) - .

دلالتها ، فالأدلة الناقصة قد تتساند مع بعضها ، فترقي دلالتها إلي اللوث ، فإن تنافرت وتناقضت دلالة بعضها مع بعض تهافتت جميعها ^١ - .

ويجوز إقامة بينة العكس بما يناهض دلالة اللوث ، بل وبما يناهض أيمان القسامة بعد حلفها ^٢ - ، ويقدر القاضي القيمة التدليلية لأيمان القسامة ، والقيمة التدليلية لبينة العكس ، علي ضوء ما يطمئن إليه من أحوال الناس ومدى صدقهم ، دون إغفال لمعايير أصول المحاكمات الجنائية ، بشأن خصائص بينة الإثبات وبينة النفي - .

ولا تخلو سلطة القاضي التقديرية فيما يعدّ لوثاً ، حتى في أضيق الوجوه المحصورة لمعني اللوث ، وهو ما يكاد يتفق عليه الفقهاء من الاعتداد بقريضة العداوة الظاهرة بين القتل وبين أهل المحلة التي وجد فيها القتل ، فما يدخل في معني العداوة الظاهرة أمر تقديري للقاضي ، بل إن المحلة التي وجد فيها القتل ذاتها ، لا يدخل فيها كل محلة ؛ إذ ذهب فقهاء الحنفية في الراجح والحنابلة في قول والشافعية والزيدية والإباضية إلي القول بأن تكون المحلة مختصة بقوم محصورين ، لا يشاركون فيها أحد غيرهم ، فإن كان بها أخلاط وشركاء يساكنونهم ، فلا قسامة ، قال بذلك الشافعية والحنابلة في قول والزيدية والإباضية في الراجح ^٣ - . وقال أبو حنيفة ومحمد : تجب القسامة علي كل أهل المحلة ، لا علي المشتريين ، وقال أبو يوسف : تجب علي أهل المحلة والمشتريين جميعاً . أما الحنابلة في المعتمد فقد ذهبوا إلي إيجاب القسامة علي من توفرت فيه العداوة الظاهرة من أهل المحلة ، ولا عبرة في المحل أن يكون فيه غير العدو ^٤ - . وذهب ابن حزم إلي عدم الاعتداد باختصاص المحلة بقوم والي عدم الاعتداد بالعداوة الظاهرة ، إذ تجب القسامة عنده حيثما وجد القتل وكيفما كان القوم ^٥ - .

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٢٧٢ - بتصرف - .
^٢ - راجع تبصرة الحكام ج١ ص ٢٧٣ والأم للشافعي ج٦ ص ٧٨ والمغني لابن قدامة ج١٢ ص ٢٠١ - .
^٣ - راجع الأم للشافعي ج٦ ص ٧٨ والمغني لابن قدامة ج١٢ ص ١٩٣ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣٤٧ - .
^٤ - راجع تحفة الفقهاء للسمرقندي ج٣ ص ٢٠٥ والميسوط للسرخسي ج٢٦ ص ١١٢ والمغني لابن قدامة ج١٢ ص ١٩٤ - .
^٥ - المحلي لابن حزم ج١١ ص ٨٤ - .

الرأي المختار :

يتبدى مما سبق مدي اختلاف الفقهاء في أحكام القسامة ، ولا مرأ أن تلك الآراء مؤداها اختلافهم في الحجة والبرهان أحياناً ، كما بان من الأدلة التي اعتمد عليها كل فريق . وفي أحيان أخرى كان مؤدي اختلافهم نابعاً من اختلاف الزمان والمكان ، بدلالة ما علل به السرخسي رأي أبي حنيفة في حكمة مشروعية القسامة المتمثلة في (النصرة)، الواجبة علي أهل الخطة وتقصيرهم في القيام بتدبيرها ؛ إذ قال : ((وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناءً علي ما شاهده من عادة أهل الكوفة في زمانه ، أن أصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ، ولا يشاركونهم المشترئون في ذلك))¹ .

وفي ظل ما ذكر نطرح السؤال التالي : هل تصلح القسامة باعتبارها وسيلة إثبات لجرائم القتل في عصرنا الحاضر ؟

يعين علي الجواب عن هذا السؤال أمران ، أولهما : التأمل في حكمة مشروعية القسامة وإلي مدي إمكان توفرها في عصرنا الحاضر ، وثانيهما : التأمل في حجج المانعين للعمل بأحكام القسامة ، دون إغفال لاضطراب الأحكام القضائية الصادرة من القضاء السوداني فيها - ، توطئة إلي الخلوص لرأينا المختار ، كما يلي :-

أولاً : مدي توفر الحكمة من مشروعية القسامة في عصرنا الحاضر :

جمهور الفقهاء علي أن الحكمة من مشروعية القسامة هي (النصره) ، بأن يختص كل قوم محصورين بتدبير أمن ونصرة محلثهم ، بحماية من بها ومن يدخل إليها ، فإن قصروا في النصره ، فأزهقت نفس في حمي دارهم - محلثهم - كانت القسامة . ويشترط في أهل المحلة أن يكونوا خلصاء في اختصاصهم بها ، كاختصاص يهود خيبر بمحلثهم ، لا يشاركونهم فيها أحد من الطارئين عليها² .

¹ - المبسوط للسرخسي ج٢٦ ص ١١٢ - .
² - راجع المبسوط للسرخسي ج٢٦ ص ١١٢ والأم للشافعي ج٦ ص ٨٦ وروضة الطالبين للنووي ج١٠ ص ١٠ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣٤٧ والمدونة الكبرى لأبي غانم الخراساني ج٢ ص ٢٧٢ والفتح الجليل لابن خلفان ص ٧١٢ وشرح النيل وشفاء العليل ج٥ ص ١٦٤ - .

وبالنظر إلى اشتراط اختصاص الخطة (المحلة) بقوم لا يشاركون فيها ولا يسكنهم أحد غيرهم ، نجد أن المدن والقرى في هذا العصر قد اختلط فيها أهلها الأصليون ، بالطارئين إليها ، المؤقتة إقامتهم بها والدائمة ، بل لا يكاد الناس يعرفون في عصرنا ، أهل الخطة الأصليين ، ولا يميزونهم عن الطارئين إليها ، وإن وجدت قرية أو محلة نائية يختص بها الأصليون ، ولا يشركهم فيها غيرهم ، فذلك من قبيل النادر الذي لا حكم له - .

ثانياً : النظر في أدلة المانع للعمل بالقسامة وتقويمها :

ذهب إلى منع العمل بالقسامة ، سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عُلَيَّة . وقد استدلوا علي المنع بأدلة تستحق النظر - بل والترجيح - ، ففي (بداية المجتهد) يقول الفقيه ابن رشد المالكي :- ((وقالت طائفة من العلماء : سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عُلَيَّة ، لا يجوز الحكم بها وعمدة الفريق النافي لوجوب الحكم بها ، أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع علي صحتها ، فمنها : أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد إلا علي ما علم قطعاً ، أو شاهد حساً ، وإذا كان كذلك ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل ، بل قد يكونون في بلدٍ والقتل في بلدٍ آخر ، ولذلك روي البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للناس ، ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون في القسامة ؟ فأضب القوم وقالوا : نقول إن القسامة القود بها أحق، قد أقاد بها الخلفاء . فقال : ما تقول يا أبا قلابة، ونصبني للناس . فقلت : يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد ، رأيت لو أن خمسين رجلاً شهدوا علي رجلٍ أنه زني بدمشق ولم يروه ، أكنت ترجمه ؟ قال : لا . قلت : رأيت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك علي رجلٍ أنه سرق بحمص ، ولم يروه ، أكنت تقطعه ؟ قال : لا قلت : فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدي عدلٍ أن فلاناً قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا . قالوا : ومنها : أن من الأصول ، أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء .

ومنها: أن من الأصول (أن البيئنة علي من ادعي واليمين علي من أنكر) ، ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الأحاديث أن رسول الله صلي الله عليه وسلم حكم بالقسامة ، وإنما كانت حكماً جاهلياً ، فتلطف لهم رسول الله صلي الله عليه وسلم ، ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها علي أصول الإسلام ، ولذلك قال لهم : أتخلفون خمسين يمينا : أعني لولاة الدم وهم الأنصار ؟ قالوا : كيف نحلف ولم نشاهد ؟ قال : فيحلف لكم اليهود . قالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قالوا : فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا ، لقال لهم رسول الله صلي الله عليه وسلم : هي السنة

... وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة ، والتأويل يتطرق إليها ، فصرفها بالتأويل إلي الأصول أولي))¹ - .

وبتأمل ما اعتمده المانعون من أدلة ، وفي ظل عدم قطعية الأدلة النقلية التي استدل بها مجيزو العمل بالقسامة ، واحتمالها للتأويل ، خاصة في ظل تكاثرها واختلافها عن بعضها ، فإننا لا نجد حرجاً في ترجيح رأي المانعين ، لتوافقه مع أصول الشرع الحنيف ، ولمناسبته مع عصرنا ذي المعطيات الحديثة ، حيث أختلط فيه أهل المدن والقرى بغيرهم ، بل وحيث أصبحت الدنيا كلها متشابكة بوسائل النقل والاتصال ، بما أمكن معه اقتراف الجرم من علي البعد ، كما أن (النصر) لم تعدّ مسؤولية أهل المحلة ؛ فهي قد أنيطت بالأجهزة الأمنية المختصة بها .

وبتساند كل هذه المعطيات يتجلي قوام اختيارنا لرأي المانعين للعمل بالقسامة ، فضلاً عن أن أعمال أحكام القسامة في السودان ، في ظل قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م ، قد تمخض عن اضطراب وتنافر بين الأحكام القضائية ، وذلك بدوره يدعونا إلي الزهد عن أعمال أحكامها - علماً بأن من العسير تجنب ذلك النوع من الاضطراب في ظل تكاثر الأدلة وتنوعها - . ولا نغالي إن قلنا بأن ذلك النوع من اضطراب أحكام القضاء وتنافرها - في المتماثلات - ، قد أضر بالثقة في أحكام القضاء ، بل أتاح للقادحين ولذوي الأهواء فرصة للمحاولة - عبثاً - من ذم

¹ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢ ص ٤٢٧/٤٢٨ - .

أحكام شرعنا الحنيف . ولئلا يكون الحديث عن اضطراب أحكام القضاء جزافاً ،
نعرض بعض القضايا التي اضطرت فيها أحكام القضاء وتنافرت مع بعضها :-
ففي قضية : ((حكومة السودان /ضد/ إبراهيم آدم عثمان وآخر))¹ - .
قضت المحكمة العليا بوجوب إعمال أحكام القسامة ، وبأن قانون الإثبات لسنة
١٩٨٣م لا يمنع الأخذ بها ، كما قضت بأن توجه أيمن القسامة إلي المدعين ابتداءً ،
ثم إلي المدعي عليهم - المتهمين - رداً ، عند نكول المدعين - أولياء الدم - ،
وقضت بإيجاب القود بحلف المدعين لأيمان القسامة ، ومما جاء في حكمها ما
نصه: ((وفي هذه الحالة علي محكمة الموضوع أن تعمل بتشريع القسامة ، وعليها
أن توجه يمين القسامة إلي المدعين (أولياء الدم) ، إن وجدوا أو طلبوا اليمين ،
وتحلفهم خمسين يميناً ، فإذا حلفوا أن المتهمين قتلوا المرحوم ، استحقوا دمه ، ولهم
الحق في القصاص إذا طلبوه أو الدية أو العفو ، وذلك مصداقاً لقوله صلي الله عليه
وسلم للأنصار : (أتلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم - أو قاتلكم -) ،
وأما إذا لم يحلف المدعون ، يحلف في هذه الحالة المدعي عليهم - أو المتهمون -
وهما الشخصان اللذان أشار إليهما المرحوم ، فعليهما أن يحلفا خمسين يميناً ، أي
يحلف كل واحدٍ منهما خمساً وعشرين يميناً أنه لم يقتل ولا يعرف القاتل ، حسب
قول بعض فقهاء المسلمين ، وهم الحنفية بأن اليمين تقسم علي المتهمين ، إذا كان
عددهم أقل من خمسين . فإذا حلفوا أنهم لم يقتلوا ولا يعرفون القاتل ، وجبت عليهم
الدية المغلظة ووجوب الدية عليهم بعد حلفهم هو قول الحنفية والحنابلة وهو
قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ، وقد قضي بها ، وهو قول سليمان بن
يسار)).

يتبين مما سبق أن المحكمة العليا التي أصدرت حكمها بوساطة قاضي فرد ،
قد أوجبت القود - الإعدام - عند حلف المدعين - أولياء الدم - ، والسؤال
المشروع هو : ما هو الوجه الذي رجحت به هذا الرأي ، رغم أنها ذكرت الآراء
الأخرى - أو جانباً منها - ، ثم إنها قد اختارت تحليف المدعين وليس المدعي

¹ - (١٩٨٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١١٨ - .

عليهم ، والسؤال المشروع أيضاً : ما هي أسباب ترجيح ذلك الرأي ؟ وكيف ساغ للقاضي الأخذ برأي فقهي من بين بحر من الآراء ، دون مناقشته وترجيحه ؟ .

لعل الإجابة تتمثل في اتجاه العمل القضائي وقتئذٍ ، حيث كان أولئك القضاة يميلون إلي التشدد ، حتى سارت الركبان بسيرتهم ، ونسأل الله لنا ولهم المغفرة - .
لقد سارت المحكمة العليا علي ذات النسق في قضية :

((حكومة السودان /ضد/ أوهاج محمود وآخرين))^١ - . بل إنها لخصت الحكم السابق بكل نواقصه وعيوبه ، ولا يثير ذلك منا الدهشة ، فقد أصبحت السمة : إيثار السلامة ، بإبقاء ما كان علي ما كان ، فلم نرث من سلفنا شيئاً من خصائص عصورها الزاهيات ، التي تميزت بحركة الإبداع العقلي ، وإنما ورثنا خصائص عصر قفل باب الاجتهاد ، عصر الجمود علي النقول واجترارها ، شرحاً للمتون وتحشية^٢ للشروح ، واختصاراً للمشروح ، في حلقة أفرغت منا إرادة الغوص إلي حيث الدر والفتح الرباني المشرع للتفكر والتدبر - ، ولعل ذلك من مواطن (الداء) الذي يعاني منه جسد الأداء القضائي ، ولعل مما يؤكد هذا المنحي التحليلي ، صنيع محكمة استئناف الإقليم الشرقي في قضية : ((حكومة السودان /ضد/ عثمان الزبير))^٢ ؛ إذ لم تكن لديها إرادة الإنفكاك عن رؤى سابقتها ، رغم وضوح رؤيتها، فجاء واهياً تعليلها في إبقاء ما كان علي ما كان - بل ومضطرباً أيضاً - ، حيث إنها قد ذكرت بأن القسامة نوعان : قسامة إثبات وقسامة نفي ، ثم عرجت إلي قسامة الإثبات الموجبة للقود بعد حلف أولياء القتيل ، معللة اختيارها لقسامة الإثبات بوجود اللوث ؛ إذ جاء في حكمها ما نصه: ((وما يهمنا هو قسامة الإثبات، لوجود اللوث في هذه القضية ، وهو أول شرطٍ من الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من القسامة))^٣ - .

^١ - (١٩٨٥ م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٣٢ - .

^٢ - (١٩٨٥ م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٩٦ - .

^٣ - راجع نفس المجلة السابقة ص ١٩٩ - .

لقد كانت محكمة الاستئناف أسيرة الماضي ، فلم تجد تعليلاً سوي ذلك الذي جانب الصواب ، فاللوث لازم في كل جنس القسامة – لا نعمم خلافاً في ذلك - ، ثم خلصت محكمة الاستئناف – مضطربة – بعد أن أبانت ما يههما – علي حدّ تعبيرها – إلي ترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع ، حيث قالت ما نصه : ((وعلي ذلك فإنني ألغي حكم محكمة الموضوع القاضي ببراءة المتهمين ، وأعيد إليها الأوراق لتطبيق أحكام القسامة ، وعلي قاضي الموضوع أن يطبق من المذاهب ما يراه مناسباً ومتفقاً مع ظروف القضية ، مع التسبب اللازم ، إذ ليس عليه قيد فيما يتبعه من مذاهب))¹ - .

والسؤال المشروع بحق : لماذا أصبحت قسامة الإثبات هي التي تهم محكمة الاستئناف في هذه القضية ؟ ثم كيف تكون محكمة الاستئناف قد أبانت أن ((قسامة الإثبات الموجبة للقود بحلف أولياء الدم هي ما يههما في هذه القضية)) ثم تقول لمحكمة الموضوع أن تطبق من المذاهب ما تراه مناسباً ؟ لقد أصبحت المرجعية واضحة بقرار محكمة الاستئناف . ثم كم من التنافر يمكن أن يحدث من وراء : (تطبق ما تراه مناسباً وأنه لا قيد عليها فيما تتبعه من مذاهب) ؟ - .

إن إعمال أحكام القسامة لا يمكن أن تخلو من تضارب في الأحكام القضائية ، حتى ولو كانت المرجعية الفقهية مقررة قانوناً ، وذلك لكثرة الآراء المختلفة مع بعضها في المذاهب الإسلامية – بل في المذهب الواحد - .

لقد تجاوز تضارب الأحكام القضائية صنو ما ذكرناه ، ففي قضية : ((حكومة السودان /ضد/ بدر الدين عباس أبو نوره))² - ، قضت المحكمة العليا السودانية بعدم جواز إعمال أحكام القسامة ، لمجئ قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م خلواً من النص علي القسامة ، وجاء في أسباب الحكم أنه : ((لما كان نص المادة ١٨ من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م قد أورد علي سبيل الحصر ، طرق الإثبات الجائزة قانوناً ، وهي : الإقرار وشهادة الشهود والمستندات وحجية الأحكام والقرائن واليمين والمعينة والخبرة ، وجاء خلواً من النص علي القسامة كطريق من طرق

¹ - نفس المجلة السابقة ص ٢٠٠ - .

² - (١٩٨٨م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٣ - .

الإثبات ، فإنه لا يجوز اعتبار القسامة طريقاً من طرق الإثبات في المسائل الجنائية في القانون السوداني ، إذ لا اجتهاد مع النص)) . وذكرت المحكمة العليا في حكمها المذكور ، بأن المشرع بعد النص علي المادة ١٨ الأنفة الذكر ، قد شرع في تعريف طرق الإثبات المنصوص عليها بتلك المادة مع بيان كيفية تطبيقها وشروطها وهذا يدل علي أن المشرع قد ترك القسامة جملةً وتفصيلاً عمداً ، ورغم أن القسامة يدخل في معني اليمين ، وهي نفس استعمالها شرعاً ... إلا أن من العسير إدخالها في معني اليمين المنصوص عليها في المادة ١٨ / د من قانون الإثبات ، لأن اليمين المعني بها هنا يقصد بها ما جاء في الفصل التاسع من نفس القانون ، وهو يختلف تعريفاً وإجراءً وشروطاً عن القسامة – عليه فالرأي عندنا أن الشارع قد تغاضي عن القسامة ، وبالتالي حذفها من طرق الإثبات الجائزة قانوناً)) - .

وهذا النظر هو ما استقر قضاءً ، فبالرغم من عدم وجود نصٍ مانع لإعمال أحكام القسامة في قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤ م ، إلا أن العمل القضائي قد استقر علي عدم إعمال أحكام القسامة في أفضية القتل ، ولعل المشرع قد حاول حسم ما تمخض عن تطبيقات قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣ م ، عندما أدرج أحكام القسامة في مشروع قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤ م ، ولكن بفضل بعض الرؤى الثاقبة تمّ حذف نصوصها من طرق الإثبات الجائزة قانوناً - .

نخلص من كل ما سبق إلي ترجيح عدم إعمال القسامة في أفضية القتل بكل أنواعها ، لانتفاء حكمة مشروعيتها في عصرنا ، وإعمالاً لأصول الشرع الحنيف السابق ذكرها ، ونأياً بالأحكام القضائية عن التضارب والتنافر فيما بينها – في متماتلات الوقائع ، فذلك النوع من التضارب والتنافر يفضي إلي زعزعة الثقة في أحكام القضاء ، ومن العسير تجنب مثل ذلك التضارب عند إعمال أحكام القسامة ، والواقع الذي سقنا بعض صحائفه خير شاهد - .

الفصل السادس

سلطة القاضي التقديرية في بيعة الخبرة ندبها , ومناقشتها وتقويمها

نقسم هذا الفصل إلي ثلاثة مباحث علي النحو التالي :

- المبحث الأول : في تعريف الخبرة ومشروعيتها - .
 - المبحث الثاني : في سلطة القاضي التقديرية في ندب الخبراء ومناقشتهم .
 - المبحث الثالث : في سلطة القاضي التقديرية في تقويم بيعة الخبرة - .
- وفيما يلي تفصيل كل مبحث علي حدة - .

المبحث الأول

تعريف الخبرة وبيان مشروعيتها

وينقسم هذا المبحث إلي مطالب :

المطلب الأول

تعريف الخبرة في اللغة

الخبرة هي العلم بالشيء , فيقال : رجل خَابرٌ وخبيرٌ وخبرٌ , أي عالم بما أنبأ به -¹ والخبير من أسماء صفاته سبحانه وتعالى , وقد ورد في القرآن الكريم في خمس وأربعين آية , مقرونة بصفة (الحليم) مرات , مثل قوله تعالى : ((□ □ □ □))² , ويدل علي شمول مجامع العلم بلا تناهي -³ , ومقروناً بصفة (اللطيف) مرات - , مثل قوله تعالى : ((□□□□))⁴ , ويدل علي أنه المتلطف في خلقه واختراعه وإتقانه , وبخلقه وعباده , المختبر لباطن أمورهم وظاهرها -⁵ .
ورود مقروناً بصفة (عليم) , في مثل قوله تعالى : ((□ □ □ □ □ □))⁶ , ومقروناً

¹ - القاموس المحيط - للفيروز أبادي - باب الرء فصل الخاء - .

² - سورة الأنعام - من الآية ١٨ ومن الآية ٧٣- وسورة سبأ من الآية - ١ - .

³ - راجع تفسير ابن عطية ج ٥ ص ١٤٩ - بتصرف - .

⁴ - سورة الأنعام - من الآية ١٠٣ - .

⁵ - تفسير ابن عطية - ج ٥ ص ٣٠٨ - .

⁶ - سورة لقمان من الآية ٣٤ - .

يخلق الله سبحانه وتعالى لها إدراكاً ، فتنبي عن نفسها (ن ث ث ث) ، قال المفسرون – قتاده وغيره - : الخبير أراد به الله سبحانه وتعالى نفسه ، فهو الخبير الصادق الخبر ، نبأ بهذا فلا شك في وقوعه ، ويحتمل أن يكون قوله تعالى : (ن ث ث ث) من تمام ذكر الأصنام ، كأنه قال : (ولا يخبرك مثل من يخبر عن نفسه ، وهي أخبرت عن أنفسها بالكفر بهؤلاء) - ¹ .

وقد استخدمت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها - ، وهي من حازت معرفة نصف الدين الإسلامي - ، كلمة (الخبير) بمعنى العارف بحقيقة الأمر المسئول عنه – خفية وجلية - ، الحاذق في معارفه ، إذ يروي عن أبي موسى قال : ((اختلف رهط من المهاجرين والأنصار ، فيما يوجب الغسل ، فقال الأنصاريون : (لا يجب الغسل إلا من الدفق) ، - أو من الماء - ، وقال المهاجرون : (بل إذا خالط فقد وجب الغسل) . قال قال أبو موسى : (فأنا أشفيكم من ذلك ، فقمت فاستأذنت علي عائشة رضي الله عنها ، فأذن لي ، فقلت لها : (يا أمه – أو يا أم المؤمنين - ، إني أريد أن أسألك عن شيء ، وإني استحيت) فقالت : (لا تستحي أن تسألني عما كنت سائلاً عنه أمك التي ولدتك ، فإنما أنا أمك) ، فقلت : (فما يوجب الغسل ؟) ، قالت : (علي الخبير سقطت ، قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (إذا جلس بين شعبها الأربع ومسّ الختان الختان فقد وجب الغسل) -)) - ² . ووجه الدلالة في عبارة (علي الخبير سقطت) ، إذ ساققتها الحميراء رضي الله عنها – بمعنى الحاذق في الأمر المسئول عنه ، لمكانها من نبي الإسلام صلي الله عليه وسلم ولحيازتها لمعارف نصف ديننا – رضي الله عنها - .

المطلب الثاني

تعريف الخبرة في الاصطلاح

¹ - راجع تفسير ابن عطية – ج ١٢ ص ٢٣١- ٢٣٢ - .
² - صحيح مسلم كتاب الحيض باب نسخ الماء ووجوب الغسل بالتقاء الختانين ، وفي صحيح البخاري عن أبي هريرة بلفظ : ((إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها ، فقد وجب الغسل)) صحيح البخاري – كتاب الغسل إذا التقى الختانان ، ورواه أبو داود في سننه في كتاب الطهارة باب الإكسال - .

لا تتباين الخبرة في الاصطلاح عن مضمونها اللغوي ولا تفارقه , فهي هنا أيضاً , بمعنى : العلم بالشيء والمعرفة ببواطنه - ^١ , ورغم ذلك فقد اختلف المعاصرون في تكييف الطبيعة القانونية للخبرة , فذهب بعضهم إلى أنها وسيلة إثبات , باعتبارها وسيلة تنقل إلى حيز الدعوى دليلاً لإثبات واقعة من وقائع الدعوى أو نفيها , فيما يتطلب دراية خاصة , تخرج من معارف القاضي , - أو المحقق - , وذهب آخرون : إلى أنها ليست وسيلة إثبات , وإنما هي وسيلة لتقدير دليل قائم في الدعوى , باعتبار أنها لا تنشئ حالة إثبات واقعة - أو نفيها- , وإنما تنصب علي تجلية واقعة كائنة في الدعوى , يتعذر علي القاضي الإحاطة بها , لتعلقها بمسألة فنية , تخرج عن تخصصه ومعارفه , فيستعين فيها بالخبير الفني , للاستفادة من معرفته في استجلاء تلك المسألة القائمة في الدعوى , ومن هذا الوجه فلا تدخل الخبرة في معني وسائل الإثبات , وقيل بأن الخبرة عنصر لمساعدة القاضي في الوصول إلى تقدير فني لحالة ماثلة أمامه , تتطلب معرفة خاصة , لا تتوفر عنده , وذهب آخرون إلى أن الخبرة من قبيل الشهادة الفنية - ^٢ . ورغم اختلافات شراح القانون في تكييف الطبيعة القانونية للخبرة , علي هذا النحو , فقد استقر التشريع والقضاء المعاصرين علي اعتبار الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات , بدلالة نصوص تشريعات الإثبات التي توردها بتلك الصفة , ففي قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م , نصت المادة ٣٠ علي أنه : ((إذا اقتضي الفصل في الدعوى , استيعاب مسائل فنية , كالطب والهندسة والمحاسبة والخطوط والأثر , وغيرها من المسائل الفنية , فيجوز للمحكمة الاستعانة برأي الخبراء فيها , وتندب لذلك خبيراً أو أكثر , ما لم يتفق الخصوم علي اختيارهم -)) , ونصت المادة ٣٢ من ذات القانون علي أنه :- ((مع مراعاة بيينة إثبات الحدود , يجوز للمحكمة تأسيس حكمها علي شهادة الخبير , ولها إذا قضت بخلاف رأيه , أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت

^١ - راجع التعريفات الفقهية - للسيد محمد المجدي ص ٨٥ - .
^٢ - راجع آراء فقهاء القانون بشأن تكييف (الخبرة) في كتاب : (الخبرة في المسائل الجنائية - د. أمال عبد الرحيم عثمان صفحات من ١٤ حتى ٢٤ - .

عدم الأخذ برأي الخبير كله أو بعضه ((- , ومفاد هاتين المادتين صريح في اعتبار الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات , وكانت المادة (١٨) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م , صريحة , حيث ساقته (الخبرة) ضمن الوسائل التي يجوز الإثبات بها قانوناً , وهي مادة واردة بحصر وسائل الإثبات - بمنهج الإثبات المقيّد - . وذات الأمر في التشريع المصري , حيث تعتبر الخبرة من وسائل الإثبات - ^١ , وقد ذهب اتجاه حديث في إيطاليا , إلي اعتبار الخبرة وسيلة فنية تساعد القاضي في تقدير دليل قائم في الدعوى , وبأنها ليست وسيلة إثبات في الدعوى - ^٢ . وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية علي أن : ((تقرير الخبير إنما هو نوع من الأدلة التي تقدّم في الدعوى لمصلحة أحد طرفي الخصومة , ومتي ناقشه الخصوم , وأدلي كل منهم برأيه فيه , كان للمحكمة أن تأخذ به , لمصلحة هذا الفريق أو ذاك , أو أن تطرحه ولا تقيم له وزناً-)) - ^٣ .

والخبير في الاصطلاح : هو كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل التي تستلزم كفاية علمية فنية , ومنه سميت المزارعة : مخابرة ... مشتقة من الخبير , وهو الأكار . والخبر بالضم : العلم , قال تعالى : ((رُتُّ رُتُّ رُتُّ رُتُّ)) - ^٤ . قال النسفي : ((فيجوز أن يكون سمي الأكار خبيراً , لكونه عالماً بنوع علم ... كالطبيب والفقير , معني كل اسم من ذلك العلم , واختص كل واحدٍ باسم ...)) - ^٥ .

وقد أحسن التشريع السوداني حين اعتبر الخبرة , إحدى وسائل الإثبات , واعتبرها في ذات الوقت وسيلة مساعدة للقاضي لتقدير قيمة دليل قائم - أو قل لبلوغ اقتناعه الشخصي - , وذلك ظاهر من فحوي المادتين (٣٠) , (٣١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - اللتين أوردنا نصوصهما آنفاً - , غير

^١ - راجع المواد من ١٣٥ - حتى ١٦٢ من قانون الإثبات المصري = في المواد المدنية والتجارية - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م .
^٢ - راجع (الشهادة) د. إبراهيم الغماز ص ٤٤ والوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي د. حسن محمود إبراهيم ص ٢٧٣ .
^٣ - نقض مدني /مصري/جلسة ١٦/١٢/١٩٣٢م وراجع الطعن رقم ٢٥٧١ س ٦٦ ق جلسة ٢٧/٢/١٩٩٧م ونقض مدني /مصري/ جلسة ٣٠/٤/١٩٨٤م س ٣٥ ق ص ١١٥٦ العدد الأول - .
^٤ - سورة الكهف - الآية ٦٨ - .
^٥ - طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي ص ٣٠٥

أن ثمة خلطٍ قد اعترى التشريع السوداني , في تكييف الطبيعة القانونية للخبرة – من جهة أخرى - , وذلك حين اعتبرها من قبيل الشهادة ؛ إذ نصت المادة (١٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م – في فقرتها الأولى - , علي أنه : ((يجوز للمحكمة تكليف أي طبيب , أو خبير علمي أو فني بالحضور أمامها شاهداً متي رأت ذلك مناسباً)) - . ولا وجه لاعتبار الخبير شاهداً , لتباينهما عن بعضهما , فالشاهد إنما يشهد بما دخل إلي علمه , من خلال معاينة وقائع الدعوى محل الشهادة , وتعتبر (المعاينة) شرطاً لصحة تحمل الشهادة , لحديث النبي صلي الله عليه وسلم : ((إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فذع)) - ^١ , ولما رواه ابن عباس رضي الله عنه أنه : ((سئل رسول الله صلي الله عليه وسلم عن الشهادة , فقال : (هل تري الشمس ؟) قال : نعم . قال صلي الله عليه وسلم : (علي مثلها فاشهد أو ذع) -))^٢ .

وأما الخبير فلا يشترط فيه حضور ومعاينة الواقعة محل الإثبات وقت حدوثها , بل إن تلك الواقعة لا تدخل إلي علمه بالمعاينة وقت حدوثها , وإنما تعرض عليه بعد تمام حدوثها , للاستعانة برأيه في استيعاب المسائل الفنية البحتة , التي يتعذر علي القاضي الخوض فيها , واستقصاء كنهها بنفسه , ومن هذا الوجه جاز للخبير تحقيق الواقعة القائمة في الدعوى , وإبداء الرأي فيها , ولا يقبل الرأي من الشاهد , وعلي الشاهد أن يقتصر علي نقل ما عاينه أو سمعه من الوقائع , فتباينت الخبرة عن الشهادة , فلم يكن سديداً أن يطلق القانون المذكور , وصف الشاهد , علي الخبير , لمجرد حضوره للاستماع إليه أمام المحكمة , فالخبير وإن نوقش في تقريره أمام المحكمة – أو أدلي شفاهاً بالبينة , يظل خبيراً , ثم إن الاستعاضة عنه ممكنة , لعدم تعيّن بيّنة الخبرة , علي خبير بعينه , ولا يصدق مثل هذا في الشاهد , لتعيّن الشهادة علي من تحملها بالمعاينة – دون غيره - .

^١ - رواه الحاكم في المستدرک في کتاب الأحكام ج ٤ ص ٩٨ والبيهقي في السنن الكبرى في کتاب الشهادات باب التحفظ في الشهادة والعلم بها ج ١٠ ص ١٥٦ - .

^٢ - رواه الحاكم في المستدرک في کتاب الأحكام باب لا تشهد إلا ما يرضى لك كضياء الشمس , ورواه البيهقي في السنن الكبرى في کتاب الشهادات باب التحفظ في الشهادة والعلم بها ج ١٠ ص ١٥٦ - .

ولا تدخل الترجمة في معني (الخبرة) ؛ لأنها ليست وسيلة إثبات ، وهي وإن كانت من المعارف الفنية التي تساعد القاضي علي إدراك وقائع الدعوى ؛ إلا أنها من باب الرواية المجردة ، ولا تضيف عنصراً جديداً في الوقائع ، ومن ثم فهي ليست وسيلة لإثبات أو نفي واقعة في الدعوى ، كما أنها ليست وسيلة لتعزيز دليل قائم في الدعوى . ورغم أن بعض الفقه المعاصر قد اعتبرها من قبيل الخبرة - ١ ، إلا أن الأوفق عندي هو اعتبارها من قبيل (شهادة الاستكشاف) ، فهي تطابقها في أغلب عناصرها ، بدءاً من عنصر الإخبار ممن تتوفر فيه الثقة ، ثم عدم اشتراط لفظ (أشهد) فيهما ، ثم عدم تمكين الخصم من تقديم بينة النفي فيهما - ٢ .

المطلب الثالث

في مشروعية الخبرة

تجوز استعانة القاضي بأهل الخبرة ، في المسائل الفنية البحتة ، لقوله تعالى : ((هههههه))^٣ . ووجه الدلالة في الآية الكريمة ، يتمثل في ورود لفظ السؤال ، بصيغة الأمر ، وهو للوجوب ما لم يصرفه صارف إلي النذب . وعبارة (أهل الذكر) ، من قبيل العام المعرف بالإضافة ، ويستغرق كل جنس أهل المعرفة من الخبراء . وقد حددت الآية الكريمة مواضع الاستعانة بهم بقوله تعالى : ((إن كنتم لا تعلمون)) ، أي فيما لا يختص بمعرفته سوي أهل المعرفة و الخبرة .

وقد سجل القضاء الإسلامي سبقاً محموداً ، في الاستعانة بالخبرة ، بالمصير إلي استقصاء حقائق الوقائع ، بالاستعانة بالوسائل العلمية المختبرية ،

¹ - راجع (الشهادة) د. إبراهيم الغماز ص ٥٩٧ / ٥٩٨ - .
² راجع عناصر شهادة الاستكشاف في : (شرح لائحة الإجراءات الشرعية) للأستاذ أحمد قمحة بك والدكتور عبد الفتاح السيد صفحات ٤٠٦/٤٠٧ و راجع حكم محكمة ضواحي مصر الصادر في ٢٩ جمادي الآخرة ١٣٤٩هـ - مجلة المحاماة الشرعية - السنة الثالثة - العدد التاسع والعاشر / يونيو ويوليو ١٩٣٢م - القاعدة ٢٧٦ ص ٨٨٦ - .
³ - سورة الأنبياء من الآية ٧ - .

إذ يروي أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه , قد أتى بأمرأةٍ قد تعلقت بشابٍ من الأنصار , كانت تهواه وراودته فاستعصم , فعظم ذلك عليها , فدبرت له مكيدةً للانتقام منه , فأخذت بيضةً فألقت صفرتها , وصبت بياضها علي ثوبها وبين فخذيهما , ثم جاءت إلي سيدنا عمر رضي الله عنه صارخةً , وقالت له : (هذا الرجل غلبني علي نفسي , وفضحني في أهلي , وهذا أثر فعالة) , فسأل سيدنا عمر رضي الله عنه النساء , فقلن له : (إن ببدنها وثوبها أثر المنى) , فهم سيدنا عمر بعقوبة الرجل , فجعل هذا يستغيث ويقول : (يا أمير المؤمنين : تثبت في أمري , فوالله ما أتيت فاحشةً , وما هممت بها , فلقد راودتني عن نفسي فاستعصمت) , فقال سيدنا عمر لسيدنا علي رضي الله عنهما : (يا أبا الحسن : ما تري في أمرهما ؟) فنظر سيدنا علي رضي الله عنه , إلي ما علي الثوب , ثم طلب ماءً حاراً شديد الغليان , فصبها علي الثوب , فجمد ذلك البياض , ثم أخذه واشتمه وذاقه , فعرف طعم البياض وزجر المرأة , فاعترفت بمكيدتها - ¹ , وكتبت البراءة من التهمة للرجل بفضل خبرة الخبير الحاذق , الذي استخدم وسيلة (الفحص المختبرى) , في استقصاء وتجلية حقيقة الواقعة المدعى بها .

ويروي أن رجلاً قدم إلي سيدنا عمر رضي الله عنه , وقد ضربَ علي أم رأسه , فذكر وليه أن فلاناً ضربه , فنزل الماء الأسود من عينيه , وذهب بصره وشمّه وسمعته وخرس لسانه وانقطع ماء صلبه , فقال عمار : (يا أمير المؤمنين : أنفذ به إلي علي , فإنه قد أوتي الحكمة وعرف دقائق الأحكام . فقال عمر : فقم يا عمار فإن العلم يؤتي ولا يأتي . فسار بالرجل حتى أتى به علياً , فقصّ عليه علته , فقال سيدنا علي رضي الله عنه : إن كان صادقاً فله بكل واحدةٍ من ذلك دية تامة . فقال له عمار : أما تراه قائم العينين , فمن أين تعلم أنه ذهب ضوءهما ؟ فقال علي : أقمه في عين الشمس , فإن هو لم يطرف , فإن الضوء قد ذهب . قال له : فمن أين تعلم ذهاب شمّه ؟ قال : أحرقوا تحت أنفه خرقةً فإن

¹ - الطرق الحكمة لابن قيم الجوزية ص ٤٨ - .

دمعت عيناه فالشمّ باق , وإن لم تدمعا فإن الشمّ قد ذهب . قال : ومن أين تعلم خرس لسانه ؟ قال : أضربوه بإبرة فإن خرج منه دم أسود فلسانه ذاهب , وإن خرج منه دم أحمر فإن لسانه باق قال : فمن أين تعلم ذهاب ماء صلبه ؟ قال : أعوده في الماء , فإن تقلص إحليله فهو باق , وإن بقي بحاله فمأؤه ذاهب -)¹ .

ومصنفات الفقه الإسلامي زاخرة بمثل هذا السبق المحمود , في باب (استعانة القضاة) بمعارف أهل الخبرة في المسائل العلمية الفنية , بلوغاً إلي الاقتناع الشخصي بيقين العلم -)² .

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية في ندب الخبراء

واستدعائهم للمناقشة

نعرض في هذا المبحث إلي ثلاث مسائل – أولها : بشأن سلطة القاضي التقديرية في ندب الخبراء فقهاً وقانوناً وقضاءً , وثانيها : بشأن سلطته في استدعائهم – أو إعادة استدعائهم – لمناقشتهم في تقاريرهم , وثالثها بشأن سلطته التقديرية في إعادة ندب الخبراء . وفيما يلي نفرد مطلباً لكل واحدة من هذه المسائل الثلاث :

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في ندب الخبراء

فقهاً وقانوناً وقضاءً

تتراوح سلطة القاضي في ندب الخبراء , بين الندب والوجوب , في الفقه الإسلامي وفي التشريع والقضاء المعاصرين , فقله تعالى : ((فاسألوا أهل

¹ - شرح النيل وشفاء العليل - أطفيش - ج ١٣ ص ٢٩ / ٣٠ وراجع منهج الطالبين وبلاغ الراغبين - للشقسي ج ٩ ص ١٧ / ١٨ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ١١ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى - للطوسي ص ٧٦٧ - .

² - راجع معين الحكام للطرابلسي ص ٩٤ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٧٥ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٤٥٥ والمغني لابن قدامة ج ٩ ص ٢٧٠ والمصنف لأبي بكر أحمد الكندي ج ١٣ ص ٩٤ - .

الذكر إن كنتم لا تعلمون)) , قد ورد بصيغة الأمر , والأصل أن الأمر للوجوب , ما لم يوجد صارف إلي النذب , ويتفق الفقه الإسلامي والتشريع والقضاء المعاصرين , في دوران حكم الاستعانة بالخبرة بين النذب والوجوب , فإن كانت في الدعوى ثمة أدلة أخرى , غير بينة الخبرة , وأمكن الاستغناء بها عن الخبرة , فإن نذب الخبراء عندئذٍ , يكون جوازياً , يقدره القاضي , ويقرر الاستعانة بها , بنذب الخبير متى كان ذلك منتجاً , ومتى تكون الاستعانة بالخبير جائزة , في كل حالةٍ يري فيها القاضي حاجته إلي استجلاء حقيقتها بوساطة الخبرة الفنية , ولكن لا يتوقف الحكم فيها علي بينة الخبرة - . وقد ذهب بعض فقهاء المذاهب الإسلامية إلي وجوب الاستعانة بأهل الخبرة والمعرفة ؛ إذ ذهب علاء الدين الطرابلسي إلي القول بوجوب الاستعانة بالخبرة الفنية في معرفة عيوب الإنسان أو الحيوان , فقال : ((يجب الرجوع إلي قول أهل البصر والمعرفة في معرفة [عيوب الإنسان أو الحيوان] -))¹ . وفي (تبصرة الحكام لابن فرحون) : ((ويرجع - أي القاضي - إلي أهل الطب والمعرفة بالجراح , في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه , وهم الذين يتولون القصاص , فيشقون في رأس الجاني , أو في بدنه مثل ذلك , ولا يتولى ذلك المجني عليه , وكذلك يرجع إلي أهل المعرفة من النساء في قياس الجرح وقدره , إذا كان مما تجوز فيه شهادة النساء , ويرجع إلي أهل المعرفة من الأكرياء في معرفة عيوب الدواب , وكذلك يرجع إلي أهل المعرفة في معرفة الدور وما فيها من الصدوع والشقوق وسائر العيوب , ويرجع إلي أهل المعرفة من التجار في معرفة المتلفات وعيوب الثياب , و يرجع إلي أهل المعرفة من النساء في عيوب الفرج وفي عيوب الجسد مما لا يطلع عليه الرجال , ويرجع إلي أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار , وكذلك يرجع إلي أهل المعرفة

¹ - معين الحكام للطرابلسي ص ١٣٠ - .

بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان علي جاره , أو في الطرقات وأنواع ذلك -))¹ .-

ولا نري ثمة تناقض بين القائلين بالندب – من أهل الفقه – وبين القائلين بالوجوب منهم , لإمكان الجمع بين القولين . فالاستعانة بالخبرة الفنية قد تكون منتجة في الدعوى , وقد لا تكون منتجة فيها , بل وأن كانت منتجة , فقد يمكن الاستغناء عنها لتوفر أدلة أخرى تغني عنها , فتكون الاستعانة بها جائزة , يقدر القاضي جدواها , فهي من الرخص المخولة له , أما إذا كان الفصل في الدعوى – فصلاً عادلاً – متعيناً علي الاستعانة بالخبرة الفنية , بأن كانت هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الدعوى , أو لتحقيق دفاع الخصم , فتكون الاستعانة بالخبرة واجبة عندئذٍ , ولا يجوز للقاضي رفض الاستعانة بالخبرة في هذه الحالة , بغير سبب مقبول , لما فيه من مصادرة الحق في الإثبات أو النفي .

وقد وردت نصوص التشريع أيضاً دائرة بين الجواز و الوجوب في الاستعانة بالخبرة لاستجلاء المسائل الفنية البحتة ؛ إذ وردت بعض مواد القوانين بصيغة أمر , بينما وردت بعضها بصيغة مقرر , بعضها صراحة في حكم الجواز أو الوجوب , وبعضها ضمناً - , وكل تلك المعاني مستفادة من نصوص المواد ٣٢/٣١/٣٠ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م , ومن نصوص فقرات المادة ١٦٢ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م – تعديل لسنة ٢٠٠٢م – ونصوص القانون الجنائي في مواده (٢٩) (١٧٢/ح) والجدولين الأول والثاني الملحقين به , ومن نصوص المواد (٦/ن) (١٥٢) (١٥٥) (١/١٥٧) (١٥٨) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م , والمواد ٦/٥/٤ من الأمر الثاني – التفويض بالجدول الأول من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م - .

وذات منهج التراوح بين الوجوب والندب , هو ما أستقر قضاءً , ففي قضية:
(حكومة السودان /ضد/ بشير فضل السيد)¹ , قضت المحكمة العليا السودانية

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٧٥ وراجع معين الحكام للطرابلسي ص ٩٤ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٤٥٥ .

بأنه : ((... في ظل الثابت من انتفاء توفر عنصر الاتفاق الجنائي وفقاً لمقتضى المادة ٢١ من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م , وفي ظل وجوب إعمال أحكام المادة ٢٢ من ذات القانون - [الاشتراك في ارتكاب الجريمة من غير اتفاق جنائي] , فيلزم التبين من حقيقة ما أتاه كل واحد من المتهمين والتبين من أثره في أحداث الوفاة , ولا سبيل إلي ذلك سوي البيئة الفنية التي تكشف مدي قوة الضربة - أو الضربتين - التي - أو اللتين - سددهما كل متهم من المتهمين , علي حدة -)) . فالاستعانة بالخبرة الفنية - الطبية - هنا واجبة , وقد ذهبت محكمة النقض المصرية , إلي ذات المعاني الدائرة بين وجوب الاستعانة بالخبرة الفنية وجوازها , إذ قالت : ((لما كان الدفاع الذي أبداه الطاعن حول قدرة المجني عليه , علي الجري والنطق عقب إصابته بالمقدوف الناري الذي خرق القلب , يعدّ دفاعاً جوهرياً , في صورة الدعوى , ومؤثراً في مصيرها إذ قد يترتب علي تحقيقه تغيير وجه الرأي فيها , وهو يعدّ من المسائل الفنية البحتة , التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها إليها بنفسها , لإبداء الرأي فيها , فقد كان يتعيّن عليها أن تتخذ ما تراه من وسائل لتحقيقها , بلوغاً إلي غاية الأمر فيها , وذلك عن طريق المختص , وهو الطبيب الشرعي , أما وهي لم تفعل فإنها تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني في مسألة فنية . ولما كان الحكم المطعون فيه إذ رفض إجابة الطاعن إلي طلبه تحقيق هذا الدفاع الجوهري عن طريق الخبير الفني , واستند في الوقت نفسه إلي أقوال شاهدي الإثبات التي يعارضها الطاعن , ويطلب تحقيق دفاعه في شأنها للقطع بحقيقة الأمر فيها , فإن الحكم المطعون فيه يكون قد انطوي عن إخلال بحق الدفاع , فضلاً عما شابهه من قصور , مما يعيبه ويوجب نقضه -))^٢ . كما قضت

1 - قضية رقم م ع/ غ أ / إعدام / ١٦٨ / ٢٠٠٥م بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٧م - (غير منشورة) .
2 - نقض / مصري / جلسة ١٩٧٦/١٢/٢٦م مع س ٢٧ ص ٩٩١ وراجع نقض مصري / جلسة ١٩٧٥/١١/١٧م مع س ٢٦ ص ٧١٢ .

محكمة النقض المصرية بأن : ((لمحكمة الموضوع عدم الاستعانة بأهل الخبرة، متي وجدت في الأوراق ما يكفي لتكوين عقيدتها ...))¹ .

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في استدعاء = أو إعادة استدعاء =

الخبراء لمناقشتهم - فقهاً وقانوناً وقضاءً - .

الشفوية هي سمة الاستقصاء القضائي في النظام القضائي الإسلامي , سواء كان ذلك في التداعي والمرافعة , أو في الإثبات بالدليل النفسي, أو بالدليل الفني, ومرد ذلك أمران , أولهما : طبيعة المرحلة التاريخية لسلف قضاة الدولة الإسلامية , حيث لم تأخذ الكتابة وقتئذٍ دورها المرموق , في الإثبات القضائي من حيث الواقع , رغم عناية القرآن الكريم بها في آية الدين من سورة البقرة . وثانيها : دوران الأدلة الفنية بين شبه الشهادة , وشبه الرواية , وشبه الحكم , وسمات ثلاثتها هي الشفوية - .

وفي التشريعات المعاصرة : فإن الأصل في بيئة الخبرة هو الاكتفاء بالتقرير الفني المكتوب , غير أنه يجوز استدعاء - أو إعادة استدعاء - الخبير لمناقشته في تقريره , عند اقتضاء الحاجة , وكانت المادة ٢٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني ١٩٧٤م تنص علي أن : ((كل مستند يبدو في ظاهره , أنه تقرير صادر من أي خبير في خدمة حكومة السودان , في علم الجراثيم (باكتريولوجيا) أو في علم وظائف الأعضاء (فسيولوجيا) , أو علم الأحياء (البايولوجيا) , أو علم الأمراض (الباثولوجيا) أو الكيمياء , أو غير ذلك من فروع العلوم , في شأن أي مسألة أو شيء عرض عليه بطريقة رسمية , للفحص أو التحليل , وقدّم هذا التقرير أثناء أي إجراء طبقاً لهذا القانون, يجوز الأخذ به كبينة في أي تحقيق أو محاكمة أو أي إجراء آخر يتخذ بمقتضي هذا القانون -)) . وهذا النص قد جعل الأصل هو قبول مستند الدليل

¹ - الطعن رقم ٧٩٦٤ السنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٢م ونقض مصري جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠م س ٢٨ ص ٨٥٠ - العدد الأول - ونقض جلسة ١٩٧٨/١١/١م س ٢٩ ص ١٦٤٦ العدد الثاني , ونقض جلسة ١٩٨٠/١١/١٢م س ٣١ ص ١٩٠٤ - العدد الثاني - ونقض جلسة ١٩٨٣/١/١٣م س ٣٤ ص ٢٠٢ - العدد الأول - ونقض جلسة ١٩٧٨/٥/٦م س ٣٨ ص ٦٧٣ - العدد الأول - ونقض جلسة ١٩٨٩/٤/٢٦م س ٤٠ ص ١٨٥ - العدد الثاني - .

الفني - أي تقرير الخبرة الفنية - باعتباره بينه للإثبات أو النفي , متي ما توفرت فيه أربعة شرائط , أولها : أن يكون صادراً من خبير في خدمة حكومة السودان , وثانيها : أن يكون في مسألة من مسائل العلوم الفنية البحتة , وثالثها : أن يكون المستند قد صدر بناءً علي طلب رسمي للفحص أو التحليل , ورابعها : أن يكون مقدماً أثناء إجراء قضائي طبقاً للقانون المذكور .

أما المادة (٣/٢٢٨) من ذات القانون , فقد قررت استثناءً من هذا الأصل , الحالة التي يجوز فيها للقاضي استدعاء الخبير الطبي , أمام المحكمة لمناقشته في تقريره , وللقاضي تقدير مسوغات الاستدعاء , فإن رأي أن مقتضيات تحقيق العدل تقتضي استدعاءه للمناقشة , فيكون واجباً تكليفه بالحضور أمام المحكمة للاستماع إليه ومناقشته بشأن تقريره , إذ نصت المادة المذكورة (٣/٢٢٨) علي أنه : يجوز بحسب تقدير قاضي الجنايات , أو المحكمة الأخذ بتقرير كتابي يحرره أي طبيب من أطباء حكومة السودان , كبيينة لإثبات طبيعة أي إصابات لحقت بأي شخص , والسبب الجسماني لوفاته بعد فحصه , علي أنه إذا أخذ بهذا التقرير , فتجب تلاوته^١ علي المتهم وسؤاله عما إذا كان له اعتراض علي أي شيء مما تضمنه التقرير , وأي اعتراض كهذا , يجب أن يدون بوساطة المحكمة , وإذا تبين أنه بسبب هذا الاعتراض , أو بغير ذلك من الأسباب , يبدو من المرغوب فيه تحقيقاً للعدالة , استدعاء ذلك الطبيب لسماع شهادته شخصياً , فيجب علي القاضي أو المحكمة تكليفه بالحضور أمامها كشاهد . وقد صدر منشور المحاكم الجنائية رقم ٦٣ مؤكداً أن الأصل هو قبول التقرير الطبي باعتباره بينة مقبولة ... بدون اللجوء إلي إحضار الطبيب أمام المحكمة للإدلاء بشهادته , متي كان التقرير شاملاً ومستوفياً وواضحاً , حسب متطلبات الطب الشرعي , فإن كان ثمة حاجة للمحكمة أو للاتهام أو للدفاع , إلي استجلاء أو استيفاء أي نقطة مما ورد بالتقرير الطبي , فيجوز إعلان الطبيب بالحضور للإدلاء بشهادته - , وبذات المعني صدر المنشور الجنائي رقم ٦٥

^١ - وجوب تلاوة التقرير قائم علي مبدأ عدم جواز الإخلال بالحق في الدفاع وعدم جواز مفاجأة المتهم بإدائته بدليل لم يحط به علماً ولعدم جواز الحكم بدليل لم يطرح أمام الخصوم بالجلسة - .

لسنة ١٩٧٣م بتاريخ ١٩٧٣/٨/٢١م وقد ورد فيه ما نصه : ((إذا كان التقرير الطبي واضحاً وامتكاملاً , ليس هناك ضرورة إلي سماع أقوال الطبيب الذي أعدّه , وهذا يعمل به عادةً -)) .

وبشأن سلطة القاضي التقديرية في استدعاء - أو إعادة استدعاء - الخبير لمناقشته , في ظل التشريعات السارية , فقد نصت المادة (١٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((- ١ - يجوز للمحكمة تكليف أي طبيب أو خبير علمي أو فني , بالحضور أمامها شاهداً , متي رأت ذلك مناسباً . - ٢ - يجوز للمحكمة في أي إجراء أو دعوى جنائية , أن تأخذ بينةً , أي تقرير أو مستند صادر من طبيب أو خبير , وعليها أن تتلو تلك البينة أمام الادعاء والدفاع , وأن تدون أي اعتراض عليها , ويجوز لها وفق تقديرها الاستغناء عن حضور الطبيب أو الخبير أمامها , ما لم يطلب الادعاء أو الدفاع استدعاءه لأسباب تراها عادلة)) - .

لقد جعلت فقرتنا هذه المادة أمر استدعاء الخبير الفني أمام المحكمة لمناقشته في تقريره أمراً جوازياً , يمارسه القاضي وفقاً لسلطته التقديرية المخولة له , ففي الفقرة الأولى : فإنه يمارس سلطته التقديرية من تلقاء نفسه , متي قدر مناسبة الاستدعاء والمناقشة , بينما يمارس سلطته التقديرية , وفقاً للفقرة الثانية , بناءً علي طلب الادعاء أو الدفاع , متي كان ذلك الطلب قائماً علي أسباب يراها عادلة - وفقاً لتقديره - . وينبغي التنبه إلي أن سلطته في تقدير , مدي مناسبة الاستدعاء , أو مدي قيام طلب الادعاء أو الدفاع علي أسباب عادلة , ليست سلطة تحكمية , وإنما تقيدها قيود عديدة , أولها : مدي قيام أمر الاستدعاء - أو طلب الاستدعاء - للمناقشة علي سبب من شأنه تحقيق إضافة منتجة للتقرير الفني المقدم من الخبير , سواء كان ذلك بالإضافة أو الشرح أو بغيرهما - , وثانيها : مدي تضمن أوراق الدعوى - أو عدم تضمنها - لأدلة أخرى تكفي لتكوين عقيدة القاضي - .

ويلاحظ أن المادة (١٦٢) الأنفة الذكر , قد وسعت من سلطة القاضي التقديرية في استدعاء الخبير لمناقشته في تقريره , حيث إنها قد أدخلت في دائرة السلطة التقديرية , ما كان وجوبياً سابقاً , إذ كانت المادة (٣/٢٢٨) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م , توجب استدعاء الطبيب لسماع شهادته , ولمناقشته , إذا اعترض المتهم علي تقريره عقب تلاوته عليه , وعملاً بذلك قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان /ضد/ آدم محمدين بخيت) بأن : ((المادة ٢٢٨ إجراءات جنائية , تستوجب قراءة التقرير الطبي , علي المتهم , وأخذ رده عليه , فإن كان قبولاً قضي الأمر , وإن كان نفياً فيتحتم استدعاء الطبيب , وعدم إتباع هذا الإجراء يؤدي إلي استبعاد التقرير -))^١ . ثم جاءت المادة (٢١١) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م علي ذات نسق سابقتها - بل مطابقة لها - موجبة استدعاء الطبيب للمناقشة عند الاعتراض علي نحو ما ذكر.

ولعل هذا الموروث هو الذي حدا ببعض القضاة إلي القول بأن التشريع الساري اليوم - , يتفق في مفاده مع مقتضي المادتين (٢٢٨) (٢١١) - السابقتين - واللتين كانتا توجبان استدعاء الطبيب للمناقشة عند توفر ما ذكر فيهما من أسباب , ويستدل هذا الفريق لرأيه , بما جاء في المادة (٣١) من قانون الإثبات السوداني ١٩٩٤م - ونصها : ((يجوز للمحكمة متي رأت ذلك مناسباً ,الاكتفاء بتقرير الخبير, ما لم يطلب أحد الخصوم استدعاءه لمناقشته))-, ومن خلال هذا النص , يذهب هذا الفريق إلي القول بأن الاكتفاء بتقرير الخبير أمر جوازي , فإن طلب أحد الخصوم استدعاء الخبير للمناقشة , فيتعين الاستدعاء وتصير مناقشته أمام المحكمة وجوبية , لمجرد الطلب - , وذلك يتسق - في نظرهم - مع ما كان عليه العمل في التشريعات السابقة الأنفة الذكر- , ويحسب هذا الفريق بأن ثمة تناقض بين مقتضي المادة (٣١) من قانون الإثبات لسنة

^١ - (١٩٧٤) - مجلة الأحكام القضائية السودانية - ص ٣١٦ - .

١٩٩٤م ، وبين مقتضى المادة (١٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م - .

وفي واقع الأمر : فلا مجرد طلب الادعاء أو الدفاع , يجعل استدعاء الخبير للمناقشة وجوبياً , وليس ثمة تناقض بين المادة (٣١) وبين المادة (١٦٢) - المذكورتين - . فأما عدم وجوبية استدعاء الخبير للمناقشة , لمجرد الطلب وفقاً لمقتضى المادة (٣١) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م , فلأن هذه المادة تنتمي إلي القانون المذكور , الذي عني بتشريع قواعد الإثبات الموضوعية - ^١ , دون العناية بإجراءات الإثبات - أو قل قواعد الإثبات الشكلية - ^٢ , أما قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م فقد عني بتنظيم إجراءات الإثبات , ومنها المادة (١٦٢) منه . هذا هو المنهج التشريعي الذي أختره المشرع السوداني في هذين القانونين , ومن منطلق تخصيصه قانون الإثبات , لقواعد الإثبات الموضوعية , كان اقتصار المادة (٣١) منه , علي تقرير (قاعدة إثبات موضوعية) , إذ جاءت مقررَةً اعتباراً تقرير الخبرة الفنية , كأحدي وسائل الإثبات - أو قل بينة خبرة كافية وحدها للإثبات , بغير مناقشة للخبير أمام المحكمة , أو مع مناقشته عند توفر مسوغات ذلك . وقد تركت هذه المادة تنظيم الجوانب المتعلقة بإجراءات الإثبات - الشكلية - ومنها الاستدعاء والمناقشة وكيفياتها للقانون الذي يعني بقواعد إجراءات الإثبات , أي لقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م , هذا فضلاً عن أن قواعد الإثبات الموضوعية , لا تتعلق بالنظام العام - كقاعدة عامة - , والأصل فيها جواز الاتفاق علي ما يخالفها , إلا ما جاء فيه النص التشريعي بصيغة أمره تدرجه في قواعد النظام العام . أما قواعد الإثبات الشكلية - أو إجراءات الإثبات , فالقاعدة فيها تعلقها بالنظام

^١ - قواعد الإثبات الموضوعية : هي التي تعني بتحديد : (١) طرق الإثبات (٢) الأحوال التي يجوز فيها سلوك كل طريق من تلك الطرق مثل المواد القانونية التي تحدد الوقائع القانونية التي يلزم إثباتها بالشهادة - أو بالكتابة , أو بالشهداء الأربعة , أو بنوع معين من الفرائض , مثل قرينة الرائحة - ... (٣) الشروط اللازمة لقبول الإثبات بكل وسيلة من وسائله - أي شروط صحة وسيلة الإثبات المعنية - (٤) قوة الدليل ومدى حجبيته (٥) الخصم المكلف بالإثبات - أي تحديد من يقع عليه عبء الإثبات - . (راجع التعليق علي قانون الإثبات للدكتور أحمد أبو الوفا - ص ١١) - .

^٢ - إجراءات الإثبات : أو قواعد الإثبات الشكلية - , هي تلك القواعد التي تُعني بالأوضاع التي تلزم مراعاتها عند سلوك سبل الإثبات المختلفة , من تقديم الدليل أو الاستدلال به , أو الحصول عليه , أو تجريحه أو هدمه بالمناقشة أو غيرها من الوسائل - . (راجع المرجع السابق - نفس الصفحة) - .

العام , لدخولها في معني إجراءات التقاضي - ¹ , ومن هذا الوجه كان المصير إلي أحكام المادة (١٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م أوجب , علماً بأنها تضمنت زيادةً سكتت عنها المادة (٣١) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م , فيصار إلي التي تضمنت الزيادة - , فلا تناقض - .

لقد استقر التشريع والقضاء المعاصرين علي هذا المنهج الجوازي في استدعاء الخبير لمناقشته فيما ورد بتقريره , فهو منهج أكثر مرونة وأكثر وفاءً لمقتضيات العدل الناجز , وقد نصت المادة (١٥٣) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية (قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - مصري -) علي أنه: ((للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحدها لمناقشته في تقريره , إن رأت حاجةً إلي ذلك , ويبيدي الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه , وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها , أو بناءً علي طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيداً في الدعوى)) , وقد كان استدعاء الخبراء أمام المحكمة , لمناقشتهم في تقاريرهم أمراً وجوبياً , في مصر , في ظل القانون السابق , وفي هذا الشأن , وفي سياق تبرير تبدل المنهج التشريعي في مصر , يقول الدكتور أحمد أبو الوفا : ((علي أن القانون الجديد قد خالف القانون السابق , في مسألة حضور الخبير للمناقشة في اليوم المحدد للجلسة , فإن هذا الحضور حتمي في القانون السابق ولا يعفي منه الخبير إلا باتفاق الخصوم , وهو ليس كذلك في القانون الجديد , ورائده في هذا : أن الخبير يغلب أن تكون له عدة تقارير في قضايا مختلفة بمحاكم مختلفة , وكثيراً ما يتفق أن تتلاقى جلسات قضايا عدة للخبير في يوم واحد , فيكون تنفيذ مراد الشارع من حضوره متعذراً , ثم إنه لا موجب لشغل الخبير لحضور الجلسات إلا إذا كان حضوره لازماً لاستيضاح نقطه مبهمه في تقريره , أو كان الخصوم قد طلبوا حضوره لمناقشته في نقطةٍ منه , كل هذا لا يتأتى إلا بعد دراسة التقرير , وإذن كان هذا هو الجاري عليه العمل , رغم نص القانون القديم , فقد نصت المادة (٢٤٣) من القانون الجديد علي أن للمحكمة أن تأمر باستدعاء

¹ - راجع التعليق علي قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ١٠ - .

الخبير , (في جلسة تحدها لمناقشته) في تقريره , إن رأت حاجة لذلك , ويبيد الخبر رأيه مؤيداً بأسبابه , وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها , أو بناءً علي طلب الخصوم , ما تراه مفيداً لتتويرها في الدعوى -))^١ .

وقضت محكمة النقض المصرية علي أنه : ((لا تلتزم المحكمة بإجابة طلب استدعاء الخبير لمناقشته , ما دامت الواقعة قد وضحت لديها , ولم تر هي من جانبها اتخاذ هذا الإجراء -))^٢ . كما قضت بأنه : ((لما كان البين من الحكم أنه عرض لطلب استدعاء الطبيب الشرعي لمناقشته في وصف إصابات المجني عليه , وما إذا كانت طولية أو عرضية , وهل حدثت من فأس أو بلطة - وردّ عليه - بصدد تدليله علي صدق أقواله في قوله : (وقد تأيدت هذه الأقوال أيضاً بما جاء بالتقرير الطبي الذي أثبت أن الاعتداء علي المجني عليه , وقع بألة ثقيلة نوعاً , كسنبلة أو في حكم ذلك , ولا شك أن الفأس مما يدخل تحت لفظ (ما في حكم ذلك) , ولا تجدي منازعة الدفاع من أن الضربة بالفأس تحدث إصابة مستعرضة , وأن الإصابة بالبلطة تحدث لإصابة طولية , ذلك أن إصابة الفأس كما تحدث إصابة مستعرضة , يمكنها أيضاً أن تحدث إصابة طولية , وحدثت الإصابة علي هذا النحو أو ذلك يختلف باختلاف وضع كل من المجني عليه والضارب , ولا شك في أن الاثنين كانا في وضع غير ثابت , وهذا القول من البديهيات التي تطمئن إليها المحكمة , دون حاجة في ذلك إلي سماع الطبيب الشرعي , إجابة إلي طلب الدفاع) , وإذا كان هذا ما ردّ به الحكم علي طلب استدعاء الطبيب الشرعي , فيكون ردّه سائغاً في رفض هذا الطلب , لما هو مقرر من أن محكمة الموضوع لا تلتزم بإجابة طلب استدعاء الطبيب الشرعي لمناقشته , ما دامت الواقعة قد وضحت لديها , ولم تر هي من جانبها حاجة إلي اتخاذ هذا الإجراء , ولأن البلطة لا تعدو - في حقيقتها - إلا

١ - التعليق علي قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا - ص ٤٠٣/٤٠٤ - .

٢ - نقض / مصري / جلسة ١٩٧٦/١١/١٤ م مج س ٢٧ ص ٨٩٢ وراجع نقض ١٥ / فبراير ١٩٤٠ م مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٦٨ وراجع نقض ١٩٤٥/٤/٢٦ م مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ٦٥٠ - .

أن تكون فأساً يقطع بها الخشب ونحوه , ومن ثم فإن ما يعيبه الطاعن علي الحكم في هذا الصدد يكون غير سديد -))^١ .

المطلب الثالث

سلطة القاضي التقديرية في إعادة ندب الخبراء

نعني بإعادة ندب الخبراء : إعادة المأمورية لذات الخبير أو ندب خبير أو خبراء آخرين , ويجوز للقاضي إعادة المأمورية إلي ذات الخبير , لتدارك وجوه الخطأ , أو الغموض الذي يعترى تقريره , أو لاستكمال نقص فيه . وهذا الإجراء مشروع من غير توقف علي نص تشريعي , وقد قضت المحكمة العليا السودانية بإعادة المأمورية إلي الطبيب الذي أعدّ التقرير الطبي , موجهة محكمة الموضوع إلي استيضاح ما اعترى التقرير الطبي من إبهام , لعدم إفصاحه عن الضربة التي سببت النزيف الداخلي بالرأس مؤدية إلي الوفاة , حيث إن محكمة الموضوع لم تقف علي ذلك , فجاء حكمها معيباً وتعين الاستماع إلي الطبيب الذي أعدّ التقرير ومناقشته بشأنه بواسطة الاتهام والدفاع , للتبيّن من الجرح الذي أحدث النزيف , وعما إذا كانت الجروح التي أحدثها المتهمان - الثاني والثالث - قد نشأ عنها النزيف الداخلي بذات القدر - أم خلاف ذلك - , وذلك وصولاً إلي القرار السديد -^٢ .

وقد نصت المادة (١٥٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية - المصري - (قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م) علي أن : ((للمحكمة أن تعيد المأمورية إلي الخبير , ليتدارك ما تُبَيِّنُه له من وجوه الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه , ولها أن تعهد بذلك إلي خبير آخر , أو إلي ثلاثة خبراء آخرين , ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق -)) .

١ - نقض مصري جلسة ١٩٧٧/١١/٢٧م - مج س ٢٨ ص ٩٧٦ - .
٢ - قضية (حكومة السودان / ضد / بشير فضل السيد أحمد) - غير منشورة - م ع / غ أ / إعدام / ١٦٨ / ٢٠٠٥م صدر فيها حكم المحكمة العليا في ٢٠٠٦/٨/٧م - .

وقد تتطلب إعادة المأمورية إلي الخبير , قيام الخبير بمعاينة ما يراد فحصه - من الأشياء أو الحيوان أو الإنسان - , وقد تكتفي المحكمة بإعادة المأمورية , بالاكتفاء باستدعائه لاستجلاء الإبهام أو لاستكمال النقص , شفاهة بالجلسة , وفي كل الأحوال , فتلك سلطة تقديرية مخولة للمحكمة , يقدر قاضيها ما يراه مناسباً علي ضوء ملابسات الحال , وهو غير ملزم بإجابة الطلب بشأن إعادة المأمورية إلي الخبير , متي ما كان ذلك غير منتج , أو رأي أن في التقرير المقدم وفي عناصر الدعوى الأخرى وأدلتها ما يكفي لتكوين عقيدته للفصل فيها - , وينبغي التنبه إلي أن طلبات إعادة ندب الخبراء قد لا يراد منها سوى تعويق الفصل في الدعوى - أو تعطيله - , فوجب الحذر من حيل الخصوم وحبائل المكائيدات ولدد الخصومات - .

وقد يري القاضي ندب خبير آخر , أو خبراء آخرين , لتقويم الرأي في المسألة الفنية التي سبق تقديم تقرير فيها , أو التي قامت فيها المحكمة بأخذ رأي الخبير مشافهة بالجلسة - بدون تكليفه بتقديم تقرير مكتوب , اكتفاءً بما يثبته في المحضر - ¹ . وقد يكون ندب الخبير الآخر , لترجيح أحد التقارير المقدمة في الدعوى , وهذا المعني مما سجل فيه سلف فقهاء الشريعة الإسلامية سبقاً ؛ إذ صرح ابن رشد فيما نقله عن ابن فرحون في التبصرة , بأنه إذا تعارضت شهادة أهل المعرفة مع بعضها , فينبغي الاستعانة بمن سواهم من أهل الخبرة والمعرفة , حتى يتبين السداد , ويزول التعارض والغموض - ² .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((إذا كان الأمر - أي المسألة الفنية البحتة - محل خلاف كبير بين الأطباء , فإن استعانة المحكمة بكبير الأطباء الشرعيين , للاستئارة برأيه , لا يعدّ تنحياً منها عن وظيفتها , بل هو من إطلاقاتها , وهذا الرأي وغيره يخضع في النهاية لتقديرها -)) ³ . وقد يندب القاضي خبيراً استشارياً , أو خبيراً مرجحاً , أو كبير الأطباء الشرعيين , متي

¹ - تنص المادة ١٥٥ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م - علي أن للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه مشافهةً بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه في المحضر - .

² - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٧٤ - .

³ - نقض - مصري - جلسة ١٩٦٠/٦/٢٣م مجموعة المكتب الفني - السنة ١١ ص ٤٣٢ - .

كان في تقديره أن ثمة سبب يقتضي ذلك النذب , وله في حدود سلطته التقديرية أن يأخذ بتقرير الخبير المرجح , أو الخبير الاستشاري , أو كبير الأطباء الشرعيين , كما أن له أن يطرح أيا منها , أو بعضها , آخذاً من أي تقرير من تلك التقارير ما يطمئن إليه في قضائه - ¹ .

وفي كل الأحوال فعند تعدد التقارير وتعارضها مع بعضها بسبب إعادة نذب الخبراء , أو بسبب تقرير الخبير الاستشاري أو الخبير المرجح , فإن للقاضي أن يأخذ بما يطمئن إليه في حكمه , شريطة بيان أسباب ترجيح تقرير علي آخر , أو طرحه لتقرير من تلك التقارير . وقد قضت المحكمة العليا السودانية , بما يصار إليه عند تعدد التقارير وتعارضها وقالت بأن : ((التسوية والتفاضل بين الخبراء , لا يعتد فيها بالخبرة العملية , وإنما بالإحاطة العلمية والقدرة علي التعليل بإبراز الحقائق العلمية ومطابقتها للحقائق الواقعية , ويلاحظ أن الخبير الأعلى هو (المحكمة) فهي التي تقرر الأخذ برأي أحد الخبراء – دون غيره – , ولكن يجب أن يكون ذلك دائماً مع بيان الأسباب -)) ² .

المبحث الثالث

سلطة القاضي التقديرية في تقويم بينة الخبرة

لقد استقر فقهاً وقانوناً وقضاءً أن لقاضي الموضوع , كامل السلطة في تقويم بينة الخبرة , فهو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع درك وزنه بنفسه , وله أن يأخذ ببعض ما ورد في بينة الخبرة وأن يطرح بعضه , بحيث يصدر حكمه في النهاية مؤسساً علي الأدلة التي يطمئن إليها . وهذا يتسق مع ما أرساه سلف فقهاءنا , وقد أفرد ابن فرحون المالكي في (تبصرة الحكام) باباً : (في القضاء بقول أهل المعرفة) , ساق فيه – بمنهج يتلاءم مع عصرنا – بيان كيفية أداء

¹ - نقض - مصري - جلسة ١٩٧٠/١/٢٢م مجموعة المكتب الفني السنة ٢١ ص ١٥٩ -
² - (١٩٩٤) مجلة الأحكام القضائية السودانية - حكم المحكمة العليا رقم م ع / ف ج / ٧٢٩ / ١٩٩٤م ص ٨٥ - وراجع حكم نقض مصري في = الطعن رقم ٨٢٠ - السنة ١٩ ف جلسة ١٨ / أكتوبر / ١٩٤٩م - .

الخبير لمهمته , وضرورة اقتصاره علي إبداء ملاحظاته علي ضوء معاينته وفحصه , دون أن يدرج رأياً لا ينبني علي المعاينة والفحص لمحل البينة الفنية, فهو ليس قاضياً يصدر حكماً , ولا مفتياً يبدي رأياً مجرداً بعيداً عن المسألة محل النذب , وإنما هو خبير يرتكز قوام عمله علي وصف الإجراءات التي اتخذها , وفقاً للمطلوب منه في أمر النذب , وذلك بذكر بيانات الفحص وكيفية, وبيان ما دخل إلي علمه من معلوماتٍ مستقاةٍ نتاجاً للفحص – الظاهري – والباطني إن وجد – وبذكر ما طرأ علي محل الفحص من متغيرات عن طبيعتها , خلوصاً إلي نتائجه وفقاً لمعطيات المنهج العلمي الفني - . وقد استعرض ابن فرحون المالكي صنوفاً من مسائل الخبرة الفنية , أوردها علي سبيل المثال – لا الحصر -¹ . وصفوة القول : فإن الخبرة الفنية تضبطها ضوابط , هي مناط قبولها أو رفضها بوساطة القاضي , وهي مناط تقويمها والتبيّن من قيمتها التدليلية . فلا الخبرة وسيلة تحكيمية عند الأداء , ولا تقويمها تحكيمي عند وزن البينات - . ونبيّن الضوابط التي يلتزمها القاضي عند تقويمه لدلالة بينة الخبرة فيما يلي :

المطلب الأول

استيفاء الدليل للمقومات الخاصة بمشروعية بينة الخبرة

ومقومات المشروعية الخاصة هنا , تعني تلك التي تختص بها بينة الخبرة – دون غيرها من وسائل الإثبات - , فهي بجانب لزوم استيفاء شرائط قبول الدليل المنصوص عليها بالمادة (٦) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م , وهي شرائط عامة تتمثل في : (وجوب تعلق الدليل بالدعوى ووجوب أن يكون منتجاً وجائزاً قبوله) , فإن لبينة الخبرة – بجانب ذلك – مقوماتها الخاصة وتتمثل فيما يلي :-

أولاً : أن يكون محلها مسألة علمية فنية بحتة - .

¹ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٨١/٨٠/٧٩/٧٨ وراجع معين الحكام للطرابلسي ص ١٣٠ والمغني لابن قدامه ج ٩ ص ٢٧٠ - .

ويدخل فيها كل مسألة علمية لا تدخل في تخصص القاضي ومعارفه , ولا يستطيع فيها أن يشق طريقه بنفسه . وهذا محل اتفاق – فقهاً وقانوناً وقضاءً - .

ففي (تبصرة الحكام لابن فرحون) :- ((... إنما هو علم يأخذه الحاكم [القاضي] عن يبصره ويعرفه , مرضياً كان أو مسخوطاً , واحداً كان أو اثنين ... ومن ذلك شهادة القاييس للجراح إذا كان الحاكم يأمره أن ينظر في الشجات والجراح ما هي , وما أغوارها , وما اسمها وقياسها , كالذي ذكرناه من أمر الطبيب وما أشبهه ... وإن لم ينصب لذلك أحداً بعينه , اكتفي بأن يرسل المجروح إلي من ارتضاه ووثق برأيه وبصره ... وإذا تنازع المتبايعان في العيب الخفي , أو في قدم العيب , وكان العيب لا يعرفه إلا أهل العلم به , كالأمراض التي تحدث بالناس , فلا يقبل فيه , إلا أهل العلم به... - ((¹ . والنص صريح في أن يكون محل بينة الخبرة , من المسائل العلمية والفنية البحتة , التي يختص بمعرفتها أهل الخبرة والمعرفة بذلك العلم - . وضابط دخول المسألة في معني (المسألة الفنية البحتة) , هو ما أشار إليه ابن فرحون من أنه : ((لا يعرفه إلا أهل العلم به)) , فكل ما لا يستطيع فيه القاضي أن يشق طريقه بنفسه , لخروج محله عن تخصصه وكان علمياً فنياً , يدخل في ذلك المعني , ولا يجوز فيه للقاضي أن يحلّ محلّ الخبير الفني . ولا مجال لحصر المسائل الفنية . وقد أحسنت المادة (٣٠) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م حين وسّعت من دائرة المسائل الفنية , فأوردت فيها ما لم يكن يشملها التشريع السابق , بل وما كانت تخرجه التطبيقات القضائية منها , وبعدئذٍ تركت المادة المذكورة , الباب مشرعاً ليتسع لإدخال كل ما يصدق فيه معني المسألة الفنية البحتة ؛ إذ نصت علي أنه : ((إذا أقتضي الفصل في الدعوى استيعاب مسائل فنية كالطب والهندسة والمحاسبة والخطوط والأثر , وغيرها من المسائل الفنية , فيجوز للمحكمة الاستعانة برأي الخبراء فيها , وتندب لذلك خبيراً أو أكثر , ما لم يتفق الخصوم علي اختيارهم)) . وقد كانت المادة ٢٢٩

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٢٩ وراجع معين الحكام للطرابلسي ص ١٣٠ - .

من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤م -^١ , تنص علي بعض ما أوردته المادة (٣٠) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م إذ كان نصها : ((كل مستند يبدو في ظاهره أنه تقرير من أي خبير في خدمة حكومة السودان في علم الجرائم ... أو علم وظائف الأعضاء ... أو علم الأحياء ... أو علم الأمراض أو الكيمياء أو غير ذلك من فروع العلوم , في شأن أية مسألة أو شيء عرض عليه بطريقة رسمية للفحص أو التحليل يجوز الأخذ به كبينة)) . ورغم أن عبارة : (أو غير ذلك من فروع العلوم) الواردة في ذيل صنف العلوم المذكورة , تقتضي المثال , لا الحصر , إلا أن التطبيقات القضائية السودانية , قد ذهبت - بلا سند - إلي إخراج بعض العلوم من معني (المسائل الفنية البحتة) , ففي قضية : (حكومة السودان /ضد/ آمال حسين بيومي) قالت المحكمة العليا ما نصه :- ((خبير الخطوط الذي يعدّ تقريراً , لتقديمه الي المحكمة يجب أن يحضر أمامها ويوضح ما تضمنه تقريره ؛ إذ لا يقبل التقرير دون حضوره , علي أساس أن خبير الخطوط لا تشمله المادة ٢٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية))^٢ . وكان إخراج تقرير خبير الخطوط من معني بيعة الخبرة قائماً علي أن مسألة الخطوط (تربة خصبة للأخطاء) وأنها (بيعة ضعيفة) - علي حدّ تعبير محكمة استئناف ولاية الخرطوم - , إذ قضت بأن : ((بيعة خبراء الخطوط تربة خصبة للأخطاء ؛ إذ أن مضاهاة الخطوط ما هي إلا بيعة رأي , ولا يمكن جعل بيعة الخطوط أساساً لإدانة المتهم ما لم تكن هناك بيانات أخرى تعضدها , فمرور الزمن والإصابة بأي مرض قد يؤثر في طريقة الكتابة , وهناك احتمال آخر ؛ إذ قد يتشابه خط شخصين تشابهاً يصعب معه التأكد من الكاتب الأصلي - ... [وأضافت] مما ورد في كتب الفقه وما أستقر عليه القضاء من أحكام , أن بيعة خبير الخطوط ضعيفة , ورغم أنها بيعة رأي , إلا أنها تستقر في أدنى الهرم من حيث ترتيب الآراء الأخرى كالتقارير الطبية وبيانات خبراء المعامل والبصمات , فلا يجوز الركون إلي بيعة خبير

¹ - تقابلها المادة ٢١٢ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣م - .
² - (١٩٧٩م) - مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١١٦ - .

الخطوط إلا إذا كان هناك أي بينة أخرى - ولو كانت ظرفية - تشير إلى صحة المستند -))^١ .

ولا يمكننا التسليم بحال بهذه النتيجة التي قررتها محكمة الاستئناف - وأيدتها المحكمة العليا - بشأن بينة خبير الخطوط , لاستنادها علي رؤى تجاوزها العصر تماماً , فهي أقوال مأخوذة من المصنفات الفقهية القديمة ومن بعض السوابق القضائية القديمة -^٢ , وقد فات علي تلك التطبيقات القضائية أمران , أولهما : أن المشرع قد أدرج تقرير خبير الخطوط ضمن أحكام المادة (٣٠) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م , فتعين قبوله باعتباره (بينة خبرة) , ويصار في تقويمها إلي ضوابط تقويم بينة الخبرة . وثانيهما : أن المشرع لم يضع بينة خبير الخطوط في ذيل بينات الخبرة - كما زعم الحكم القضائي السابق - فذلك قول لا أساس له , وليس من منهج قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م , تحديد القيمة الاستدلالية لكل وسيلة من وسائل الإثبات , وترتيب درجات حجيتها , وبالأحرى درجاتها من حيث الحجية , فذلك منهج (مذهب الإثبات المقيد) , الذي عفي عليه الدهر , لما يتسم به من مصادرة كاملة لسلطة القاضي التقديرية في توجيه عبء الإثبات وتحديد وسائله وتقويم أدلته . وفوق ما ذكر فلا أساس لما ذكر في الحكم القضائي الأنف ذكره . وذلك لأن تقرير خبير الخطوط , لم يعد علي حال الماضي , بل دخل (الخط) في معني (بصمة الخط) , لقوة دلالاته , ففي كتاب (الطب الشرعي) ما نصه : ((... وكثيراً ما يقال : إن الكتابة لا تخضع لقانون محدد , لأن أسلوبها يمكن أن يعتريه التغير والتحوير . وليس أبعد عن الصواب من هذا القول , لأن الأخذ به والقياس عليه ينتهي بنا إلي إنكار قانون الجاذبية , بحجة أن الطيور تحلق في السماء ولا تقع علي الأرض . ومن الاعتراضات الساذجة التي أثيرت حول (علم دراسة الخطوط) , أن حالات المرض والحزن والغضب تترك طابعها علي الكتابة , كما أن تحوير الإنسان لخط يده كثيراً ما يحدث عن قصد , لسبب أو آخر . فأما عن تأثير

¹ - (١٩٩٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٣ وقد تأيد هذا الحكم من المحكمة العليا - م ع / ط ج / ١٩٠ / ١٩٩٥ .

² - راجع قضية : (حكومة السودان / ضد / تاج السر بابكر ١٩٧١م مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٧) .

الانفعالات المختلفة من فرح أو غضب أو حزن أو غير ذلك في أسلوب الكتابة , فإن هذا التأثير يجري علي نمط متميز ومألوف , لا يستعصي كشفه علي خبير الخطوط . وأما عن تحويل أسلوب الكتابة وتغييره عمداً , فذلك أمر يسهل علي الإنسان العادي أن يدركه لأول وهلة , ناهيك بخبير الخطوط المتمرس . وإذا كان لمعظم الناس عادةً أسلوبان للكتابة , وهو أمر شائع , فإن خبير الخطوط يستطيع تمييز أوجه الشبه بين الأسلوبين علي نحو قاطع لا يدع مجالاً للشك ... إن حركة أي عضلة تخضع لتأثير عصبي مزدوج , هو محصلة الأمر الصادر عن النخاع الشوكي من جهة , والأمر الصادر عن الجهاز العصبي اللا إرادي من جهة أخرى , وهذا التأثير المزدوج هو المنبع الذي يزود العضلة بالحركة والمرونة والانكماش والقدرة علي الانقباض والارتداد إلي مكانها الأول . وفضلاً عن ذلك فإن حركة كل عضلة تحدد ... وتقتيد وتوجه من طريق الجهاز العصبي , وهذا التحرك المضبوط , يتطلب توازناً دقيقاً بين الأوامر الصادرة عن العقل أو الفكر , وبين الأوامر الصادرة عن جهاز الحركة ... ومن جهة أخرى فإن الدراسة الدقيقة للمراكز العصبية في جسم الإنسان , تؤكد أن لهذه المراكز تأثيراً متميزاً علي كل حركة من حركات العضلات , وبالتالي علي الكتابة ... وغني عن القول بعد ذلك : أن العقل هو العضو المتحكم في جميع هذه العمليات من طريق التعليم والتدريب من جهة , ومن طريق التعود من جهة أخرى ... [ولا تتوقف مهمة خبير الخطوط عن عملية المضاهاة وتحقيق مادة الكتابة علي ضوء هذه المعطيات , وإنما هو يستقرئ شخصية الكاتب وصفاته وخصائصه المميزة وطباعه من خلال فحص الكتابة ومادتها ...] ... [وقد استرسل مؤلفا الكتاب , فعرضاً وقائع كشف اللثام عن متهم أرسل إلي آخر رسالة تهديد , مكتوبة بحروف مطبوعة , ورغم ذلك نجح خبير الخطوط في كشف حقيقة مرسل الرسالة , بعد فحصه للرسالة واستخلاصه

سمات الكاتب المميزة من مادتها , فيبين مما تقدم أن دراسة علم الخطوط ودراسة علم الإنسان تهديان إلي شخصية كاتب الخط - [١] .
ولعله يكون مفيداً أن نشير هنا , إلي أن مصنفات الفقه الإسلامي القديمة – ذاتها - , لم تنكر الاعتداد ببينة خبير الخطوط جملة واحدة , بل ذهب الفقهاء – في الصحيح المعمول به – إلي القول بالاعتداد بالشهادة علي الخط , وذهب بعضهم إلي المنع خوف التشابه - ٢ . فكان الأحرى بالأحكام القضائية الأنفة الذكر , بذل مزيد من التمحيص بلوغاً إلي وجه السداد - .

وكذلك فقد ذهبت التطبيقات القضائية إلي ذات المنحي فلم تعد بتقارير الطب النفسي , بل اشترطت حضور طبيب الأمراض النفسية أمام المحكمة , للإدلاء بشهادته عن مدي إدراك المتهم لما يصدر منه من أفعال , ومدي سيطرته عليها , ففي قضية : (حكومة السودان /ضد/ عبد الله الحسن عمارة) , ما نصه :

((... a psychiatrist s report is inadmissible at trial under Code of Criminal Procedure , ss . 228 and 229 unless given orally by the psychiatrist himself .The psychiatrist should give expert evidence on the ability of accused to appreciate the nature of his acts and his ability to control them , as well as on the nature of the mental disease))³ .

وقد عللت المحكمة حكمها بشأن عدم اعتدادها بتقارير الطب النفسي , وقولها بعدم دخول تلك التقارير في معني المادة ٢٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٢٥م – وهي تطابق المادة بذات الرقم في قانون ١٩٧٤م - , بأن تلك التقارير الصادرة من خبراء الطب النفسي , يتعذر إدخالها في معني عبارة (أو غير ذلك من فروع العلوم) الواردة بالمادة المذكورة ؛ لأن الشخص الذي أجري عليه الكشف , ليس

١ - الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية / المستشار معوض عبد التواب ود. سينوت حليم دوسي ص ١٢١٩ – ١٢٢٤ .
٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٨٤ / ٢٨٥ .
٣ - (١٩٦٢ م مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٩٩) - .

من قبيل (مسألة أو شيء) التي قيدت المادة بهما تلك الفروع الأخرى , وقد أوضحت المحكمة ذلك بقولها :-

((The second section (229) , on the other hand deals with reports of scientific experts in bacteriology physiology , biology , pathology , chemistry or other branch of scientific knowledge . But the ambit of this section is very narrow , that it relates only to : (any matter or thing duly submitted to him for examination or analysis and report) . So assuming that psychiatry can be included under the *ejusdem generis* under the general words(other branches of scientific knowledge) , it would still be impossible to admit the report of psychiatrist on the mental condition of a person examined by him , for a person is not a (matter or thing) within the meaning of this section)).

ولا نسلم بتعليل الحكم آنف الذكر ؛ إذ أن تقرير خبير الطب النفسي , إنما يصب في (حالة الشخص) ومدى إدراكه كنهه أفعاله , وذلك يدخل بلا مرأى في معنى (any matter) , وقد أحسنت المادة (٣٠) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م حين جاءت بما فيه غناءً عن هذا النوع من التفسير الضيق ؛ إذ أطلقت المسائل الفنية (كالتب والهندسة والمحاسبة والخطوط والأثر وغيرها من المسائل الفنية) , ومن ثمّ فلا وجه بعدنّ للمصير إلى التفاسير الضيقة لمعنى المسائل الفنية - .

وغني عن القول : أن المسائل القانونية تخرج عن معنى (المسائل الفنية) التي لا تشملها معارف القاضي , حيث إن المفروض في القاضي , كفايته العلمية في المسائل القانونية , وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : ((تكييف الرابطة بين الخصوم مسألة قانونية , لا يجوز للخبير التطرق إليها , ولا للمحكمة النزول عنها ووصف الخبير للعلاقة بين الخصوم بأنها تأجير من الباطن , وليست مشاركة في الاستغلال ,

واعتماد المحكمة بالتقرير , دون أن تعرض بأسبابٍ مستقلةٍ , لتكييف العلاقة يعدّ قصوراً
وخطأً من شأنه نقض الحكم - (١) - .

ويخرج من معني المسائل الفنية البحتة , كل واقعةٍ مادية غير علمية , ولا
تتطلب خبرةً فنية . وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان
/ضد/ آمال حسين بيومي) بأن : ((واقعة قيد شخص ما في أي سجلات , إنما هي واقعة
مادية وليست علمية , والوقائع المادية يجب إثباتها بالطرق المعروفة , وليست عن طريق
تقارير الخبراء ؛ لأن هذا لا يدخل في نطاق الخبرة عملية كانت أو غير علمية -))
- ٢ .

وهناك مسائل موضوعية - , دائرة بين حكّامين , ومنها حالة المتهم العقلية ,
فالأصل فيها : اختصاص القاضي بتقديرها والفصل فيها , لإمكان التبين من حقيقة الحال
فيها , عن طريق الملاحظة خلال المحاكمة , فإن اعترى القاضي ثمة ريباً في التبين
منها , فيتعين ندب خبير لاستقصاء حقيقة الحال , بلوغاً إلي سداد الحكم - ٣ . وتأخذ حالة
السكر , ذات حكم (حالة المتهم العقلية) , من حيث الالتجاء فيها إلي الخبرة الفنية , بل
إن حالة السكر أكثر افتقاراً إلي الخبرة الفنية , ورغم ذلك أخرجتها التطبيقات القضائية
السودانية من معني المسائل الفنية التي يصار فيها إلي الخبرة الفنية , فلم تعدد فيها
بالتقارير الطبية التي تكتب عن حالة سكر المتهم , إلا بعد استدعاء الطبيب كشاهد أمام
المحكمة - ٤ .

لقد تجاوز قانون الإثبات السوداني , ذلك الفهم المقرر بالحكم القضائي الأنف ذكره ,
إذ نصت المادة (٦٤) منه علي أنه : ((بالرغم من أحكام المادة (٦٣) تكفي الرائحة
لإثبات جريمة شرب الخمر , إذا ثبتت للمحكمة بشهادة عدلين , أو بتقرير خبير مختص
أنها رائحة خمر)) - . وبصريح النص فقد أصبحت تقارير الخبراء بوجود الرائحة ,
كافية وحدها لإثبات حالة السكر - أو قل لإثبات شرب الخمر - من غير توقفٍ علي قيد

١ - نقض/مصري/ جلسة ١٩٨٠/٢/١٣م رقم ٦٩ سنة ٥٠ ق ونقض ١٩٦٩/٤/٢٢م - ٢٠ ص ٦٥٦ وراجع التعليق علي قانون

الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٨٢ - .

٢ (١٩٧٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١١٦ - .

٣ - نقض/مصري/ جلسة ١٩٧٧/٥/٢٢م مجموعة أحكام النقض س ٢٨ رقم ١٣٥ ص ٦٤٢ - .

٤ - راجع قضية (حكومة السودان / ضد/ المبارك إبراهيم النور وآخرين , (١٩٧٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨٦ - .

استدعاء الخبير أمام المحكمة لمناقشته - , بل ارتقت تقارير الخبراء التي تفيد بوجود رائحة الخمر , إلي درجة إفادة اليقين التي تثبت جريمة السكر الحديّة - . ورغم اتفافي مع المادة المذكورة فيما قررته من مبدأ الاعتداد بتقارير الخبراء بشأن إثبات جريمة شرب الخمر , إلا أنني أري عدم سداد إيجاب الحدّ بدلالة تقرير خبير مختص بالرائحة - أي بأنها رائحة خمر - , لوجهين :- أولهما : عدم اشتراط المادة للنصاب في الخبرة التي تقدم تقريراً بالرائحة , - علماً بأن مسائل الحدود لا تثبت إلا بتوفر النصاب - وثانيهما : ارتقاء المادة المذكورة بدلالة تقرير الخبير - بأنها رائحة خمر - إلي درجة اليقين الذي يوجب الحدّ , رغم أن تقرير الخبرة بالرائحة تكتنفها الشبهة الدارئة للحد , علي نحو ما ساقه البهوتي , حيث قال : ((... ويعزر من وجدت منه رائحتها - أي الخمر - , ولا يحدّ لاحتمال أنه تمضمض بها أو ظلّها ماءً فلما صارت إلي فيه - فمه - مجّها ونحوه ...))^١ .

ثانياً: ضرورة خلو بيئة الخبرة الفنية من العيوب الجوهرية

المفضية إلي عدم صحتها :

يلزم ورود بيئة الخبرة الفنية , خالية من العيوب الجوهرية المفضية إلي عدم صحتها , وإلا فلا يعتد بها في الإثبات , فإذا كانت المسألة محل الإثبات , مما يشترط فيها العدد - أي النصاب - في دليلها , فيجب ورود بيئة الخبرة مستوفية ذلك الشرط . ففي تقويم المال المسروق , للتبيين من مدي بلوغه لنصاب السرقة الحدية , فإن جمهور الفقهاء يوجب المصير إلي اثنين من أهل العدل والمعرفة والخبرة , فإن شهدا ببلوغ المال المسروق للنصاب , فيثبت بذلك شرط نصاب السرقة الحديّة , وإلا فلا يعتد بيئتهما^٢ . ويجب ورود تقويمها بإفادة القطع , فإن قوماً بالمقاربة - أو الاحتمال - فلا يعتد بها , وكذا إن اختلفا , فقطع أحدهما وقارب الآخر - . ويلزم ورود بيئتهما بالتقويم بسعر المسروق وقت إخراجة من الحرز , وبسعر المكان الذي وقعت فيه جريمة السرقة -^٣ .

^١ - شرح منتهي الإرادات - للبهوتي - ج ٣ ص ٣٥٨ - .

^٢ - راجع المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١٧٩ وحاشية أبي السعود ج ٢ ص ٣٩٣ وحاشية الخرشبي ج ٨ ص ٩٤ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٣٢ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٤٢٩ والأشباه والنظائر للسيوطي ٣٥٣ والمغني لابن قدامه ج ٩ ص ١٥٤ طبعة الكليات الأزهرية - .

^٣ - هذا هو رأي جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والأمامية والإباضية ومحمد وزفر من الحنفية وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وفقهاء الزيدية يقوم المسروق بسعر وقت الحكم وقال الحنفية وبسعر بلد الحكم (راجع شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ٤٠٧)

فإن اختل شرط من هذه الشروط , فلا قيمة لبينة الخبرة في إثبات موجب الحدّ . وإذا كانت بينة الخبرة الفنية , مما تتطلب شهادة عدلين يثبتان رائحة الخمر , وفقاً لمقتضيات المادة (٦٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م , فشهد بذلك عدل واحد , أو شهد بها عدل وخالفه آخر , فلا يعتد بها في محل الإثبات , وفي كل مسألة تعين لإثباتها عدد معين , فيلزم فيها ذلك العدد , وإلا فلا يعتد بها , وقد قضت محكمة النقض المصرية علي أنه : ((إذا نذبت المحكمة ثلاثة خبراء بالاسم وجب علي هؤلاء الثلاثة أن يشتركوا جميعاً , لا في الأعمال التي تقتضيها المأمورية المعهود إليهم بها فحسب , بل أن يشتركوا أيضاً في المداولة , وتكوين الرأي , بحيث إذا ثبت أن أحدهم لم يشترك مع زميليه في عمل من تلك الأعمال , أو لم يشترك في المداولة وتكوين الرأي , فإن التقرير يكون باطلاً , ذلك لأن نذب ثلاثة خبراء يفيد بذاته أن المسألة التي رأت المحكمة أنها في حاجة إلي الاستعانة فيها بأهل الخبرة , لا يكفي فيها خبير واحد ... -))^١ . وفي الأفضية المدنية : فالبطلان نسبي مقرر لمصلحة الخصوم الذين طرأ الإخلال بحقهم في الدفاع – أيأ كان الوجه الذي طرأ به ذلك الإخلال - , فإن ردّ أولئك الخصوم علي التقرير – رغم ما شابهه - , أو ناقشوا الخبراء في الموضوع أمام المحكمة , دون التمسك بالبطلان , فقد سقط حقهم في النعي بالبطلان -^٢ . أما في المسائل الجنائية الحدية , فإن البطلان يكون مطلقاً عند انتقاص نصاب أهل الخبرة - .

وإذا كان القاضي قد فوّض خبيراً حسابياً لإنفاذ تعليمات معينة , وفقاً لأحكام المادة (٥) من الأمر الثاني من الجدول الأول , الملحق بقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م , فقام الخبير المحاسبي المفوّض بتقديم تقريره بخلاف المطلوب منه , بشأن تدوين الإجراءات التي باشرها , أو بشأن بيان رأيه في المسألة محل الفحص , فإن تقريره الفني يكون عديم القيمة الاستدلالية - , وقد قضت محكمة النقض المصرية , بأن علي الخبير أداء المأمورية المناطة به , علي ذات الأساس الذي نص عليه الحكم – أي الحكم التمهيدي الصادر بنديه - , وألا يقوم بعمل آخر , ويكون التقرير باطلاً إذا خرج

وتبين الحقائق للزيعلي جـ ٣ ص ٢٣٠ والنخيرة للقرافي وبداية المجتهد ٣٧٥/٢ ونهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ٤٤٠/٧ وكشاف القناع ١٣٢/٦ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ١٧٩/٤ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ٢٢٨/٨ -) .

^١ - نقض مدني ١٩٤٦/١٠/٣١م - نقلاً عن : (التعليق علي قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٩٩) - .

^٢ - التعليق علي قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٤٠٠/٣٩٩ - .

الخبير عن المأمورية التي رسمتها له المحكمة - ^١ . ومن صنوف بطلان تقرير الخبرة الفنية , ما نصت عليه المادة (١٤٦) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية - المصري - قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م - إذ أوجبت دعوة الخبير للخصوم أمامه في الميعاد المحدد للشروع في مباشرة مأموريته - لتقديم مستنداتهم - فإن أغفل دعوتهم مطلقاً بطل عمله , لما يتمخض عن الإغفال المطلق من الإخلال بحقوق الخصوم في الدفاع - .

وقد يكون التقرير الفني , عديم القيمة الاستدلالية في الإثبات , بسبب خلل جوهري يتعلق بذات الخبير وأهليته , فالمساعد الطبي - أو الممرض - الذي يعدّ تقريراً في مسألة جنائية , لا يدخل في معني (الخبير) , ولا يعتد بتقريره في الإثبات , فإن حضر أمام المحكمة وأدى شهادته بشأن تلك المسألة , فإن تلك البيئة لا تعدو عن كونها شهادة عادية - ^٢ . غير أن التقرير الفني وإن كان ينطوي على عيب جوهري , بحيث لا يكون مقبولاً في إثبات الاتهام , في المسائل الجنائية , إلا أن ذلك لا يحول دون استفادة المتهم منه , وسواء كان مقدماً منه أو من الادعاء , وذلك لأن بيئة الدفاع يتسامح فيها , بما لا يتسامح به في بيئة الإثبات - في المسائل الجنائية - , لما تقتضيه ضرورة استصحاب قرينة أصل البراءة - ^٣ .

المطلب الثاني

العناية بإعداد تقرير الخبرة الفنية وفقاً لضوابطه

ومقوماته

ونعني بضوابط الإعداد ومقوماته : ضرورة التزام الخبير بضوابط الشكل في إعداد تقرير الخبرة الفنية , وضرورة تناسق نتائجه مع أسبابه . فالتقرير يتكون من ثلاثة أجزاء , أولها : الديباجة , وثانيها : شرح معطيات الفحص الفني , وثالثها : نتائج الفحص.

^١ - نقض مدني ١٩٣٦/١/٣٠م الطعن رقم ٥٥ السنة ٥ ق - نقلاً علي التعليق علي قانون الإثبات د. أحمد أبو الوفا ص ٣٩٨ - .
^٢ - راجع قضية : (حكومة السودان / ضد/ ديبق مودينق وآخرين - (١٩٧١م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٧٢ وراجع قضية حكومة السودان /ضد/ يوسف محمد جفون وآخرين (١٩٧٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٢٦ -) .
^٣ - راجع قضية : (حكومة السودان / ضد/ يوسف محمد جفون وآخرين (١٩٧٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٢٦ , وراجع نقض مصري / جلسة ١٩٦٧/١/٢١م مج س ١٨ ص ١٢٨ -) .

وفيما يلي بيان كل واحد من هذه الأجزاء , مع ذكر مدي تعلقه بتقدير القاضي لدلالة التقرير الفني - .

أ- الديباجة :

وفيها بيان المعلومات الأساسية بشأن الخبير , من حيث الاسم والوظيفة والخبرة, وزمان تسلّم قرارات النذب , ووقت إجراء الفحص , وذكر الحضور وصفاتهم وتفصيلات الأمر المنتدب إليه , وحدود مأموريته , فإن كانت المأمورية مما يتعيّن فيها الانتقال للمعاينة , فيذكر الوقت الذي انتقل فيه , وأسماء الحضور عند تنفيذه - ¹ .

وتتبدى أهمية المعلومات التي تتضمنها الديباجة , فيما يتمخض عنها من معاونة حيوية , في درك قيمة الدليل الفني , في مرحلة وزن البينة , سواء كان ذلك من خلال مقدار الطمأنينة التي تستقر في وجدان القاضي عند تبين مدي تأهيل الخبير , وسنوات خبرته وممارسته , أو عند تبين مدي إحاطته بالمهمة الموكلة إليه , أو من بيانات وقت الفحص وخلاف ذلك , ففي تقارير الطب الشرعي المتعلقة بالمصاب فإن لتقارب زمن الفحص مع وقت النازلة أهميته , حيث تكتسب الملاحظات الأولى التي يدونها الطبيب الشرعي , وزناً أكبر من تلك التي يبديها بعد تطاول الزمن- ² , وكذلك فإن للملاحظات التي يدونها حال حياة المصاب , وزن أكبر من تلك التي يبديها بعد وفاته , خاصة إذا كان هناك تدخل جراحي , أحدث تغييراً في بعض ملامح الجراح أو الإصابات , فإن كان تقرير الخبرة الطبية قد تتبع مدونات الملف الطبي , الموثقة بوساطة الطبيب المعالج , بشأن الإصابات الداخلية التي تبديت أثناء الجراحات , أو التي صورتها أجهزة الإشعاعات أو الموجات , فذلك مما يضيفي للتقرير الطبي قيمة استدلالية ينبغي وضعها في الاعتبار , ضمن ما تفيد دلالة بقية البيانات الفنية وغير الفنية , تسانداً أو تعارضاً- .

ب/ الشرح :

ويتضمن بيانات الإجراءات والفحوص المعمولة بوساطة الخبير , فإن كان الأمر متعلقاً بالكشف علي جثة أحد المجني عليهم , أو علي إصاباته - , أو كان متعلقاً بتقرير الصفة التشريحية , فيلزم تدوين وصف كامل لمعطيات الكشف الظاهري

¹ - راجع كتاب الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية للمستشار محمد عبد التواب ود. سينوت حليم دوس ص ١٢٢/١٢٣ .
² - راجع منشور المحاكم الجنائية رقم ٢٥ الصادر في ١٥/٦/١٩٥٢ م .

ولمعطيات الكشف الباطني , دون إغفال تدوين شيء من مشاهداته من الجراح أو الكسور أو الخدوش أو السحجات - مهما صغرت - مع العناية ببيان أنواعها وأوصافها ومقاييسها , وتتبدى أهمية هذا الجزء في أمرين , أولهما : الإعانة في التكييف القانوني لطبيعة النازلة محل الإثبات , وثانيهما : ارتكاز تقدير القاضي وتقويمه لبينة الخبرة علي ما يرد فيه , إذ أن المعلومات التي ترد في هذا الجزء , هي التي تنبئ عن مدى تناسق نتائج تقرير الخبرة مع أسبابه . وقد قضت المحكمة العليا السودانية , في قضية : (حكومة السودان/ضد/ عبد المنعم عثمان علي حامد) , بأن المحاكم الأدنى قد أخطأت في إعطاء مستند اتهام رقم (٢) وزناً قانونياً في الإثبات , بالرغم من قبوله شكلاً , لصدوره من طبيب من أطباء السودان , ولكنه معيب من حيث إنه لم يتضمن وصفاً للإصابات , وإنما تضمن النتائج , وهي الشلل في حين أن مدخل قبوله هو الوصف , ثم ترتيب النتائج علي الوصف , وعليه في هذه المرحلة - أي مرحلة الطعن بالنقض - نقرر عدم قبول مستند الاتهام رقم (٢) لإثبات وصف الإصابات , ويبقى لدينا فقط مستند الاتهام رقم (١) , ومن ثم فقد طرحت المحكمة العليا دلالة التقرير الفني , لخلوه عن بيانات الشرح , واعتبره عديم القيمة الاستدلالية -^١ .

وقضت المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان / ضد/ بشير فضل السيد محمد , موضحة أهمية الجزء المتعلق بالشرح , في تقويم تقرير الخبرة الفنية فقالت : ((... الجزء المتعلق بالشرح , وفيه تفاصيل نتائج الكشف الظاهري والباطني لجثة المتوفى - أو لجرح المصاب - , ويشترط أن يكون الكشف شاملاً لكل أجزاء الجسم مع العناية بالأجزاء المصابة , وجهات الإصابة ومعالمها الظاهرة والباطنة , ومن غير ذلك فلا يمكن التعرف علي صاحب ضربة بعينها , إن تعددت الضربات وتعدد المتهمون , علي نحو ما في هذه الدعوى الجنائية , بل ولا يمكن التعرف علي قدر الضربة وأثرها من غير بيان معالم الإصابة الظاهرة والباطنة , علماً بأن التقرير الطبي هنا = مستند اتهام رقم (٢) = قد جاء خلواً عن كل ما ذكر ... والأهم من ذلك أنه جاء دون ذكر اتجاهات ومواضع الإصابات في رأس المجني عليه ,

^١ - (١٩٨١م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨٧ - .

فتعذر الإسناد والتعيين , بإسناد ضربةٍ بعينها من تلك الضربات المشروحة في التقرير الطبي , إلي متهم بعينه منهما , ومن ثمّ تعذر تمييز الآثار التي أحدثها كل واحد من المتهمين , أو التي أحدثتها ضرباته , وفوق كل ذلك , فقد جاء مبهماً بالتقرير الطبي , بيان الضربة التي أحدثت النزيف الداخلي مؤديةً إلي الوفاة الأمر الذي يبقى معه باب الاحتمالات مشرعاً , ففعل الجرح الذي نتج عن ضربة المتهم الثاني هو الذي سبب النزيف الداخلي , وأفضي إلي الوفاة , ولعل الجراح التي نتجت عن ضربتي المتهم الثالث , هي التي سببت النزيف الذي أفضي إلي الوفاة , ولعل النزيف الذي أفضي إلي الوفاة كان بسبب مغاير عن تلك الضربات الثلاث , وكل تلك الاحتمالات التي أثارها قصور تقرير الطبيب , قد ظللت الواقعة محل المحاكمة بظلالٍ كثيفةٍ من الشك)) - 1 .

ومن الأهمية بمكان تدوين الخبير لمعلومات الشرح , فور إجراء الفحص , إذ قد تتعذر عليه إعادة معاينة المحل , شيئاً كان ذلك أو إنساناً أو حيواناً , وقد يحدث شيءٌ من التبدل في المحل , بسبب الزمان , أو بغيره من العوامل , وقد لا تسعفه الذاكرة لاحقاً , وإن أسعفته فلا تعطي لملاحظاته اللاحقة ذات الوزن الاستدلالي الذي يعطي لملاحظاته المدونة فور الفحص الأول - . وفي ذات الدعوى الجنائية الأنفة الذكر , قدّم الطبيب تقريراً مبهماً , خلواً عن كل البيانات المشار إليها آنفاً , وعند مناقشته أمام المحكمة - بعد تطاول الزمان - لم تقدر مناقشته ولا بقدر نقير - 2 , فقالت المحكمة العليا السودانية ما نصه : ((... وقد عجز الطبيب المذكور عن تذكر ملابس تلك الحالة ؛ إذ جاء في المحضر المأخوذ معه - علي اليمين - بوساطة قاضي المحكمة الجنائية العامة بالأبيض في ٢٤/٣/٢٠٠٤م قوله : (لا إنكر تحديداً حالة المرحوم , لكثرة الحالات التي عرضت عليّ بالنسبة للجروح في الرأس . يبدو لي أنهما جرحان كبيران , رجع وقال ثلاثة جروح كبيرة , وهي المذكورة بالتقرير , وهي موجودة بالرأس . وجود النزيف الداخلي ليس بالضرورة بسبب جرح من الجروح المذكورة , ولا أستطيع الجزم بأن أحد الجروح الثلاثة التي أشار إليها التقرير , هو سبب النزيف الداخلي , ولا أنكر مواقع الجروح الثلاثة من رأس المرحوم . الاحتمال الأكبر طبياً

1 - حكم المحكمة العليا رقم م ع / غ / / إعدام / ١٦٨ / ٢٠٠٥م الصادر في ٢٠٠٦/٨/٧م - غير منشور - .
2 - النقير هو : النكتة في ظهر النواة - راجع (القاموس المحيط للفيروز آبادي باب الرء فصل النون) .

تسبب النزيف الداخلي المؤدي للوفاة نتيجة للضربة الخلفية بالرأس ؛ لأن العظم القاعدي بخلفية الرأس به شريان عرضه للانفجار جراء الضرب علي هذا العظم , وبالتالي يتسبب النزيف الداخلي . الضربتان الخلفية والأمامية بالرأس المؤديتان للجرحين الخلفي والأمامي , من المحتمل أن تسببا النزيف الداخلي بالرأس , لكن الاحتمال في حالة الجرح الخلفي أكبر منه في الجرح الأمامي (... ..) والثابت أن هذا التقرير , عند مناقشته , لم يرفع شيئاً من الإبهام ... بل أعرب الطبيب عن عدم تذكره للواقعة محل المحاكمة , وعن عدم قدرته علي الجزم بتحديد الضربة التي سببت النزيف الداخلي برأس المجني عليه المرحوم , وذكر بأن وجود النزيف الداخلي ليس بالضرورة بسبب جرح من الجروح المذكورة , ثم ذكر احتمالات من واقع معارفه الطبية - (١) . ومن ثم كان تقريره عديم القيمة الاستدلالية – ونتج ذلك كله – بسبب عدم العناية بتدوين تفاصيل الكشف الظاهري والباطني , فور إجراء الفحص الفني , حيث كان تاريخ إجراء الكشف وتدوين تلك المعلومات المبتسرة في التقرير , بذات تاريخ حدوث النازلة محل المحاكمة , في يوم ٢٠٠١/٤/٣٠م , بينما كان استدعاء الطبيب أمام المحكمة لمناقشته – لرفع الإبهام عنه – في يوم ٢٠٠٤/٣/٢٤م , فكانت نتيجة تباعد وقت التدوين عن وقت المناقشة , مضاعفة الطبيب من إبهامات تقريره , بأن كالم عليه ذلك السيل من ظلمات الإبهامات التي تراكمت بعضها فوق بعض , فصارت بينة الخبرة الفنية عديمة القيمة التدلالية , وأصبح متعذراً إثبات جلّ عناصر ركني الجريمة محل المحاكمة - , فأندثرت بذلك الحقيقة الواقعية - ٢ .

ج/ نتائج التقرير الفني :

ويقتصر هذا الجزء , علي الخلاصات التي يمكن استنتاجها من بيانات الشرح , ومما شوهد بالمحل – أي الجسم محل الفحص - ٣ . ويجب أن تتسق استنتاجات الخبير , مع بيانات أبحاثه الشخصية ومعطيات فحوصه المدونة بالشرح , فإن كان ثمة تنافر بين

١ - راجع (قضية حكومة السودان /ضد/ بشير فضل السيد – بالرقم والتاريخ المذكورين آنفاً -) .
٢ - عدم العناية بتدوين التقارير الطبية – بالأخص – أمر متكرر موروث في تاريخ الطب الشرعي في السودان , وتجأر المحاكم بالشكوى من ذلك منذ عقود . ففي ١٩٦٩/٩/٢٩م كتب مولانا عثمان الطيب – رئيس القضاء – رحمه الله – إلي مورييس سدره – وزير الصحة وقتئذٍ , كتاباً ذكر فيه أن من أسباب تأخير الفصل في الدعاوى الجنائية – وخاصة قضايا القتل – تلك التقارير الطبية التي تقتصر إلي الدقة والوضوح , إذ قد يأتي التقرير عن سبب الوفاة في ذيل الأورنيك الجنائي رقم (٨) بطريقة غير مقروءة ولا يفهم فيها شيء وألفت سعادته النظر لتلافي التقصير الذي يحدث من جانب الأطباء - .
٣ - راجع (كتاب الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية – معوض عبد التواب وسينوت حليم ص ١٢٤) - .

المعلومات المتحصل عليها من واقع الفحص , وبين النتائج التي خلص إليها , بأن كانت تلك النتائج مبنية علي معلومات علمية عامة , أو كان الخبير قد أخطأ فهم الواقع, بحيث جاء تقريره بنتائج مجانية لحقائق الوقائع , أو متنافرة معها , فإن التقرير الفني عندئذ يكون عديم القيمة الاستدلالية . والقاضي وحده هو الذي يناط به تقويم مدي التناسق بين الأسباب والنتائج , غير أنه متي ما طرح القاضي دلالة بينة الخبرة , فإنه عليه تأسيس قراره الصادر بالطرح , علي أدلة سائغة , تؤدي إلي النتيجة التي خلص إليها , شريطة استمداده لأدلته من خلال الثابت بأوراق الدعوى - ¹ .

المطلب الثالث

وضوح مفردات التقرير الفني وخلوها من

الغموض والإبهام

يلزم صياغة تقارير الخبرة الفنية بمفردات وعبارات واضحة , فإن شابها شيء من شوائب الغموض أو الإبهام أو التناقض , فيتعين علي القاضي انتهاج أحد سبيلين , إعادة ندب الخبير لإزالة التناقض أو الإبهام أو الغموض أو استدعاء الخبير للمناقشة تويلاً لمبهم أو استبانة واستيثاقاً عما يقصر عنه فهمه , أو إزالة لتناقض , أو ترجيحاً لرأي فني . وقد نص منشور المحاكم الجنائية رقم ٢٥ الصادر في ١٥/٦/١٩٥٢م علي أنه : ((لا بدّ من استعمال لغة بسيطة وسهلة ؛ لأن القضاة ورجال الشرطة عادةً يلمون بقدر يسير من المعرفة الفنية الطبية , أو لا يلمون بأي شيء منها علي الإطلاق , وفي حالة عدم استيعابهم للتقرير , فإنه سيعاد للشرح والتوضيح , أو استدعاء الطبيب للشهادة -)) , وجاء في ذات المنشور الجنائي , بأن علي الطبيب عند مناقشته أمام المحكمة : ((أن يستعمل لغة مبسطة وسهلة يستوعبها الرجل العادي غير المتخصص , وكذلك المحكمة والمتهم)) . والغاية من ذلك هو تمكين الخصوم من مناقشة الخبير , وتمكين المحكمة من مراقبة وتقويم بينة الخبرة , وقد جاء في حكم المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان /ضد/ محمد أبو شما عمر) ما نصه :- ((وينبغي استجواب الأطباء بأخذ شهادتهم علي اليمين , عند تقديمهم لمثل تلك الإفادات

¹ - راجع نقض / مصري / الطعن رقم ٢٥٧١ السنة ٦٦ ق جلسة ٢٧/٢/١٩٩٧م - .

المقتضبة التي تفتقر إلى كل مكونات التقرير الطبي , وذلك استجلاءً للتفاصيل وما يتمخض عنها من استخلاصات , ورفعاً لأي غموض يكتنف مثل تلك الإفادات , بما يكفل تحقيق الاقتناع الشخصي الجازم للقاضي . وبناءً عليه فأنتني أرى ضرورة استدعاء الطبيب الذي حرر تلك الإفادة , بذيل الاورنيك الجنائي رقم (٨) , - مستند اتهام رقم (١) - , لاستبانة ما فيه , برفع غموضه المتمثل في السبب الاحتمالي للوفاة علي حدّ تعبيره , ولمعرفة مدى وجود أو عدم وجود احتمالات أخرى للوفاة , وبيانها , وسؤاله عن حالة الصرع التي دفع , بأن المجني عليه كان مصاباً بها ومدى احتمال تسببها للوفاة)) - ١ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : الأصل أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تقدير القوة التدليلية , لعناصر الدعوى علي بساط البحث , وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيها بنفسها , إلا أنه من المقرر أنه متى ما تعرضت المحكمة لرأي الخبير الفني في مسألة فنية بحته , فإنه يتعين عليها أن تستند في تفنيده إلى أسباب تحمله . وهي لا تستطيع في ذلك أن تحل محل الخبير فيها . لما كان ذلك وكان ما أورده الحكم , تبريراً لإطراحه تقرير التحليل المقدم في الدعوى , من إرجاع اختلاف نسبة الكحول إلى احتمال عدم دقة أجهزة القياس , أو افتراض حدوث تفاعل في السوائل الكحولية بفعل الزمن , مجرداً عن سنده في ذلك , لا يكفي بذاته لإهدار تقرير التحليل وما حواه من أسانيد فنية , وكان خليقاً بالمحكمة وقد دخلها الشك في صحة النتيجة التي انتهى إليها ذلك التقرير , أن تستجلي الأمر عن طريق المختص فنياً . أما وهي لم تفعل , فإن حكمها يكون معيباً بالقصور بما يستوجب نقضه-٢ . وهكذا ففي كل مسألة فنية تنطوي عن غموض أو إبهام أو تناقض , فيتعين علي القاضي عدم الاستناد علي معلوماته الشخصية في إزالة الغموض أو التناقض أو التوفيق أو الترجيح , أو رفع الشك بالقطع في المسألة , بل عليه أن يستجلي الأمر من أهل الخبرة , فإن أغفل ذلك , أو شقّ طريقه في غمار المسألة الفنية بنفسه , فإن البيئة لا يصدق فيها معنى البيئة الفنية - . وفي هذا المعني قضت المحكمة العليا السودانية , في إحدى

1 - حكم المحكمة العليا رقم م/ع/غ/إ/إعدام / ٢٠٠٥/١٦٩ الصادر في ٢٠٠٦/٦/١٧م - غير منشور .
2 - نقض / مصري/ جلسة ١/٢٧ / ١٩٧٤م - مج س ٢٥ ص ٧٤ .

المسائل الفنية , ينطوي أيضاً عن نوع من الحكم بعلمه الشخصي , ولا يجوز ذلك فقهاً – لدي فقهاء المالكية والحنابلة في المعتمد والشافعية في قول غير راجح ومتأخري الحنفية والإباضية - ^١ . وهو من قبيل البيئة المردودة قانوناً , كما تقضي به المادة ٩/ب من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م-.

المطلب الرابع

الترجيح والتوفيق عند تعارض بيئة الخبرة

مع الدليل القولي

عرضنا آنفاً الضوابط المقررة لأداء بيئة الخبرة الفنية , المتمثلة في كيفية إعداد التقرير الفني , من حيث الضوابط التي تحكم الأبحاث التي يجريها الخبير – في محل الندب - , ومن حيث كيفية تدوينه لأجزاء تقريره الفني , ومشمولات كل جزء , بدءاً من الديباجة وبياناتها , ثم تفصيلات الشرح ومشمولاته المتمثلة في معطيات الأبحاث والفحوصات التي يجريها الخبير , علي المحل أو الشيء المنتدب لإبداء الرأي الفني عنه , ثم خلاصة جهده المتمثلة في استنتاجاته المتناسقة , مع البيانات التي تمخضت عن أبحاثه وفحوصه - . وبأستيفاء بيئة الخبرة لتلك الضوابط , المتصلة بذات الخبير ومعارفه , وبقواعد عمله وكيفياته , بحيث تجئ مدوناته مطابقة للواقع – أو بأشد

منشور – وراجع نقض مصري جلسة ١٩٧١/١/٣١م مجموعة المكتب الفني س ٢٢ ص ١١٩ - .
^١ - راجع حاشية الخرشي ج ٧ ص ١٦٨ والمغني لابن قدامه ج ٩ ص ٥٤ طبعة الكليات الأزهرية والمهذب جزء ٢ ص ٣٨٧ وفترة عيون الأخبار ج ١ ص ١٥٩ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ٩ ص ٧٣ , وقد ذهبت هذه الطائفة إلي استثناء مسائل أجازوا فيها القضاء بعلم القاضي وهي ١/ التجريح والتعديل ٢/ ما يحدث في مجلس القضاء ٣/ إقرار الخصم بعدالة من شهد عليه , ٤/ الموازنة والترجيح بين البيئات العادية غير الفنية البحتة (راجع تفصيل ذلك في كتاب تعارض البيئات القضائية في الفقه الاسلامي – عبد الرحمن شرفي ص ٢٢٠ وما بعدها -) . وذهب المتقدمون من الحنفية والشافعية في الصحيح من المذهب والحنابلة في قول والظاهرية والأمامية والزيدية إلي القول بجواز القضاء بعلم القاضي – (راجع أدلتهم ومناقشتها في كتاب : تعارض البيئات القضائية – المرجع السابق – صفحات ٢٢٣ وما بعدها) - .

المقاربة معه - , فإن محصلة ذلك هو إضفاء قيمةٍ تدليليةٍ عاليةٍ علي بيئة الخبرة الفنية , سواء كانت تلك البيئة مقدمة بتقرير فني أو بشهادة مباشرة أو كانت نتاجاً لمناقشة الخبير أمام المحكمة , وإذا تعارضت بيئة الخبرة مع الأدلة القولية , فإن تقويمها يدور بين ثلاثة حالات هي :-

أ/ الحالة الأولى : ترجيح بيئة الخبرة علي الدليل القولي :

عند تعارض بيئة الخبرة الفنية مع الدليل القولي , سواء كان ذلك الدليل القولي , شهادةً عادية أم كان إقراراً , وكان ذلك التعارض مستحكماً – يستعصي علي الملائمة والتوفيق – فلا يجوز دحض بيئة الخبرة الفنية , بدلالة تلك الشهادة , أو ذلك الإقرار ؛ لرجحان سداد رأي الخبير , لتمخضه عن معرفةٍ ودرايةٍ وخبرةٍ في المسألة الفنية , ولصدور رأيه عن معين دقيق النظر , وفاحص المعاينة , وتمحيص البحث وفقاً لمعايير علمية , تفوق ما لدي الشخص العادي من ملكات إدراك الوقائع وضبطها , وحفظها , وتذكرها واسترجاعها . يقول الدكتور محمد محي الدين عوض , في بيان ترجيح بيئة الخبرة وعدم جواز دحضها بالدليل القولي ما نصه : ((... ولكن الاستعانة بأهل الخبرة واجبة بالنسبة للأمور الفنية , ولا يجوز دحض أقوال أهل الخبرة الفنية بأقوال الشهود العاديين , أو بناءً علي معلومات شخصية - (1) .

وقد تواترت أحكام القضاء المعاصر , في عدم جواز تفنيد أقوال الخبير الفني – في المسائل الفنية – بأقوال الشهود العاديين , أو بدلالة الإقرار , وفي ترجيح بيئة الخبرة الفنية , وطرح الدليل القولي المتعارض معها , قالت المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان /ضد/ هاشم عوض النور) ما نصه : ((... أما تناقض شهادة هذا الشاهد مع غيرها من البيئات , فيتمثل فيما شهد به من أن المتهم الأول كان واضعاً الطبنجة – المسدس- في رقبة المرحوم , ... عند إطلاق الرصاص , أي أن الطبنجة كانت ملتصقة برقبة المرحوم ؛ إذ جاء في شهادته في صفحة ٢٥٥ من محضر المحاكمة , ما نصه : (الزول الذي أرجعني كان واضعاً الطبنجة في رقبة المرحوم ... وسمعت صوت الطلقة في أقل من نصف دقيقة) . وهذه الجزئية من شهادته مكدوبة

¹ - الإثبات بين الازدواج والوحدة د. محمد محي الدين عوض – ص ١٠٧ - .

بدلالة التقرير الطبي - تقرير التشريح - مستند اتهام رقم ٧ - , حيث جاء فيه بأن الطلق الناري كان من مسافة قريبة جداً , وفرق بين القرب والالتصاق , وحتى يتسنى لنا تبين معني القرب الوارد في التقرير الطبي , نورد ما جاء في التقرير الطبي بنصه ؛ إذ ورد فيه بأن مدخل الطلق الناري : (خلف الإذن اليسرى مباشرة في أسفلها , طولها حوالي ٣ سنتمترات وعرضها واحد سنتمتر , محاطة بهالة كربونية سوداء , وطوق سحجي عبارة عن مدخل طلق ناري) , وهذا يعني أن الإصابة لم تكن بوساطة سلاح ملتصق بالجسم , وأنها جاءت من مسافة متر إلي متر ونصف المتر . ففي كتاب (الطب الشرعي والتحقيق الجنائي والأدلة الجنائية - الطبعة الثانية ١٩٩٩م صفحة ٦٤١ ما نصه : (... فالإصابات التي تحدث من انطلاق عيار عن قرب , علي مسافة لا تتعدى ١٥ سنتيمتر , تكون فيها الأنسجة متهتكة وممزقة وصليبية الشكل . أما الإصابات التي تحدث من إطلاق سلاح ناري , علي مسافة متر فتحدث احتراقاً بالملابس وحول الجرح , بسبب اللهب الذي يخرج من فوهة الماسورة , والذي لا يتعدى تأثيره المتر ونصف , كما أنها تحدث هالة سوداء حول فتحة الدخول بفعل الدخان) - أه - , وواضح من مضاهاة ما في التقرير الطبي - مستند اتهام رقم ٧ - بما في كتاب (الطب الشرعي) , أن المسافة بين فوهة المسدس وبين موضع الإصابة , قد تراوحت ما بين المتر (١٠٠سم) , والمتر ونصف المتر (١٥٠سم) , ومن ثم تنهاتر شهادة الشاهد المذكور , بما يتعين معه طرح ما شهد به في هذا الشأن -))^١ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((إذا كانت المحكمة قد طرحت رأي مدير مستشفى الأمراض العقلية في الحالة العقلية لشخص , واستندت في تقرير سلامة عقله علي أقوال شهود , فإنها تكون قد أخلت بحق الدفاع , وأسست حكمها علي أسباب لا تحمله -))^٢ .

ب/ الحالة الثانية : التوفيق بين بينة الخبرة وبين الدليل القولي - عند التعارض - :

^١ - قضية : (حكومة السودان /ضد/ هاشم عوض النور - م ع / غ / إ / إعدام / ١٦٣ / ٢٠٠٥ / وقد صدر حكم المحكمة العليا في ٢٠٠٦/٥/٣٠م - حكم غير منشور - .

^٢ - نقض /مصري/ جلسة ١٩٥١/٤/٢م مجموعة أحكام النقض س ٢ ق ٣٣٣ - صفحة ٩٠٢ وراجع نقض ١٩٥١/١/٨م مجموعة أحكام النقض س ٢ ق ١٧٥ - ص ٤٦٥ ونقض جلسة ١٩٧١/٢/٢١م مجموعة أحكام النقض س ٢٢ - ٣٨ - ص ١٦٠ - .

قد يكون التعارض ظاهرياً - لفظياً - أو جزئياً وغير جوهري , فأما الظاهري اللفظي فهو ما ينطوي عن تغاير في التعبيرات , دونما تبدل في المعنى , وأما التعارض الجزئي غير الجوهري , فهو من قبيل تناول الدليل القولي لبعض وقائع المسألة محل الإثبات , دون بعضها الآخر , في الوقت الذي يستقصي فيه الدليل الفني , جوانب المسألة الفنية , فيتبدى الأمر تناقضاً بينهما . وفي أي من الحالتين , فمتى أمكن التوفيق , فيصار إليه , وقد قضت محكمة النقض المصرية - بأحكام متواترة - بأنه ليس بلازم أن تتطابق أقوال الشاهد , أو اعترافات المتهم ومضمون الدليل الفني , علي الحقيقة التي وصلت إليها المحكمة , بجميع تفاصيلها علي وجه دقيق , بل يكفي أن يكون جماع الدليل القولي , غير متناقض مع جوهر الدليل الفني , تناقضاً يستعصي علي الملاءمة - ¹ .

ولا يعني هذا : أن كل حالة من حالات التعارض بين الدليل الفني والدليل القولي , يصار فيها إلي التوفيق , فقد يستعصي التوفيق عند استحكام التعارض , وعندئذ فلا ينقض الدليل الفني بدلالة الدليل القولي , بل يصار إلي طرح الدليل القولي , إن كان الدليل الفني صحيحاً منضبطاً بالقواعد الإجرائية والموضوعية التي تصون قيمته , وإلا فلا قيد علي تقدير القاضي لأي منهما , أن يتهاترا , أو يتهاتر أحدهما ويصار إلي الآخر , أو إلي آخر , نحو استجلاء الأمر بدليل فني آخر - .

أما إذا كان هناك تعارض بين بينة الخبرة وبين دلالة الشهادة العادية - أو الإقرار - , ولم تُعَنَّ المحكمة بنظر ذلك التعارض ومناقشته , وأغفلت التوفيق , أو دحض ما يلزم دحضه , فعجلت أمرها , بالحكم في الدعوى , فإن حكمها يكون معيباً يستوجب النقض , وقد قضت محكمة النقض المصرية , بنقض حكم قضائي تضمن تناقضاً واضحاً بين بينة الخبرة وبين دلالة الشهادة العادية , حيث كان شاهد الرؤية الوحيد , قد شهد بأن الطاعن الثاني كان ممسكاً بعصا , ضرب بها المجني عليه تحت إذنه اليسري , فسقط علي الأرض , بينما جاء التقرير الطبي خلواً من وجود إصابة

¹ - الطعن رقم ٥٨٠ سنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١١ م س ٢٩ - ص ٩١٦ , والطعن رقم ٨٧٧ السنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٧ م س ٣١ - ص ٢٠٠ , والطعن رقم ٢١١٤ السنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١٧ م س ٣١ - ص ٤٠٧ , والطعن رقم ١٦٠١ السنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ م س ٣١ - ص ٥٢٧ .

تحت الإذن اليسري , ورغم أن الطاعنين قد أثاروا في دفاعهم , هذا التعارض , إلا أن محكمة الموضوع قد أغفلت مناقشة ذلك , سواء كان بالتوفيق أو بالترجيح , مما جعل حكمها قاصراً بحيث تعين نقضه - ¹ .

ج/ الحالة الثالثة : تهاثر بيئة الخبرة في مقابلة الدليل القولي :

قد تتهافت بيئة الخبرة الفنية رغم قيمتها الاستدلالية العالية - تهاثراً ذاتياً - دون أن تتعارض مع الدليل القولي , وذلك علي نحو ما رأينا آنفاً في قضية : (حكومة السودان /ضد/ عبد المنعم عثمان علي حامد) ² , حيث جاء التقرير الطبي معيماً لعدم تضمنه وصفاً للإصابات التي لحقت بالمجني عليه , ولاقتصاره علي النتيجة المتمثلة في إصابته بالشلل , فقررت المحكمة العليا السودانية عدم قبول ذلك التقرير الطبي , فتهافتت بذلك بيئة الخبرة الفنية تهاثراً ذاتياً . وقد ينبني تهاثرها الذاتي علي معني في ذات الخبير ومعارفه , وكفاءته العلمية والمهنية ومهاراته , أو علي كيفية أدائه لمهمته , وكيفية إعداده لتقريره , أو استخلاصه لنتائجه . وغني عن القول : أن علي المحكمة مراقبة كل ذلك عند تقويمها لبيئة الخبرة , كما أن عليها مراقبة العبارات التي صاغ بها تقريره ومدى دقتها , بل ومراقبة سلوكه حال مناقشته أمامها , بدءاً من مظهره , وبلوغاً إلي مهاراته , وانطباق آرائه علي خصوصية الدعوى , دون الإيغال في عموميات تتصل بمعارفه العلمية العامة .

أما تهاثر بيئة الخبرة الفنية , في مقابلة الدليل القولي , فلا ينبني في الأساس علي ترجح القيمة التدلالية للدليل القولي , وإنما لورود بيئة الخبرة متمسمة بالتجريد قائمة علي المعارف العامة للخبير , بمنأى عن وقائع المسألة الفنية محل الإثبات , أو لإهمال الخبير سبر أغوار تلك المسألة , بحيث جاءت نتيجة تقريره متنافرة مع أسبابه , أو غير ملائمة لها من الناحية المنطقية والواقعية , وعندئذٍ فإن بيئة الخبرة الفنية لا تكتسب الحجية القوية التي تترجح بها علي الدليل القولي , بل قد يكون الدليل القولي راجحاً , مادام متفقاً مع حقائق الوقائع , وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : إذا قرر الطبيب أن بيد المتهم إصابة , واستخلص من ذلك أن تلك الإصابة تمنعه من مباشرة أي

¹ - نقض / جلسة ١٩٧٠/١/٢٦م مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق - ٤٣ - ص ١٧٩ .
² - (١٩٨١م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨٧ .

عمل , ثم شهد الشهود بأنهم شاهدوا ذلك المتهم المصاب يطلق العيار الناري بيده , فأخذت المحكمة بشهادتهم , دون تقرير الخبير , فلا حرج عليها في ذلك , لدخوله في سلطة محكمة الموضوع -¹ . ونحسب أنه قد ينجم خطر ما حق عن مثل هذا النوع من ترجيح الدليل القولي , الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية , أو قل عن مثل ما ذهبت إليه من تهاتر الدليل الفني في مقابلة الدليل القولي , لإمكان تواطؤ الشهود , بل قد يفتح ذلك بالفعل باباً للتواطؤ , فأحرى أن يكون هذا النوع من التعارض , سبباً لمزيد الاستقصاء , بلوغاً إلى حقائق الوقائع . -

وخلاصة الأمر أن بيئة الخبرة , خاضعة لمراقبة القاضي , فهو وحده الذي يناط به تقدير قيمتها الاستدلالية , وفقاً لمعايير التقويم المقررة , فلا يقال بأن بيئة الخبرة دوماً راجحة في مقابلة الدليل القولي , ولا يقال ما دون ذلك من القيود الجازمة التي تفضي إلي مصادرة حرية القاضي في تقدير الأدلة وتقويمها علي ضوء ملابساتها المحققة بها , ثم تفضي إلي إجهاض مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه الشخصي من خلال الأدلة المطروحة أمامه بالجلسة , فذلك بلا مرأى , غير سائغ في ظل النظم التشريعية والقضائية المعاصرة التي أعتقت رقابها من أغلال المذهب المقيد في الإثبات- .

المطلب الخامس

بيئة الخبرة الفنية المتساندة والمؤيدة

للأدلة الأخرى

تتفاوت بيئات الخبرة الفنية , من حيث حجيتها , بمقدار اتصالها بالوقائع محل الإثبات , فكلما كانت وثيقة التعلق بالوقائع الجوهرية منتجة في إثباتها , تضاعفت قيمتها الاستدلالية , بحيث يمكن أن ترقى إلي درجة بعث طمأنينة القاضي واقتناعه الشخصي , ومن ثم صلاحيتها لتأسيس الحكم القضائي بموجبها , وقد تضعف قيمتها الاستدلالية , بضعف تعلقها بالوقائع محل الإثبات , ولكنها لا تكون عديمة القيمة الاستدلالية , حال صحة إجراءاتها , إلا حيث تنبت عن التعلق بالوقائع محل الإثبات .

¹ - نقض جلسة ١٩٣٠/١١/٢٧م مجموعة القواعد القانونية ج ٢ - ق - ١١٣ - ص ١٣٢ نقلاً عن كتاب (التقرير الطبي بإصابة المجني عليه للمستشار حسين عبد السلام جابر ص ٢٠٣) - .

وليس من الميسور – بل ولا من المستحب – إحصاء وتعيين ما كانت حجيتها قاطعة من بينات الخبرة , وما كانت حجيتها ضعيفة منها , فتقدير ذلك متروك للقاضي الموضوع , علي ضوء ظروف كل دعوى ووقائعها , وفقاً لجملة معايير تقويم البينات – العامة من تلك المعايير , والتي تراعي عند تقويم سائر البينات , والخاصة منها والتي تراعي عند تقويم بيينة الخبرة - .

وحيث لا تكون بيينة الخبرة الفنية كافية لتأسيس الحكم عليها , ولم تكن عديمة القيمة الاستدلالية – فإنها – بالأخص في المسائل الجنائية – تتساند مع غيرها من الأدلة التقليدية وتعزدها , وتعزز من قيمتها بما يحقق – بمجموعها – الاقتناع الشخصي للقاضي , ونسوق هنا في تبيان ما ذكرناه – أو بعضه – ما جاء في كتاب : (الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات , بنصه : ((... وقد يكون الدليل المادي التقليدي قوياً , ولا يحتمل أي طعن أو اعتراض , كضبط المسروقات في حيازة شخص . يفيد هذا الدليل – علي القدر المتيقن – أن هذا الشخص مرتكب لجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة , ولكن هذا الدليل لا يفيد في إثبات أن هذا الشخص هو السارق . والفارق كبير بين الإخفاء والسرقه وهنا يأتي دور الأدلة العلمية , فقد يكون حذاء هذا الشخص ملوثاً بالطين , ويظهر من مقارنته بطين حديقة المنزل محل السرقه , أنه يماثله , بما يحمل فيه من شوائب شاذة , كوجود ذرات معينة من ترابٍ أو رملٍ أو روث ... الخ , أو قد ينتج من فحص ملابس هذا الشخص , وجود قطع دقيقة من الزجاج عالقة بها , من نفس نوع الزجاج الذي تهشم نتيجة للسرقه . حقيقة وإن كانت بعض هذه المقارنات , لا ترقى كل منها علي حدة , إلي مرتبة الدليل القاطع , إلا أنها تعتبر قرينة قد يقتنع بها القاضي وبمدلولها . حتى إذا تعددت تلك القرائن , وأجمعت علي مدلول واحد , فإنها ترقى إلي مرتبة الإقناع . ومن أمثلة ذلك : وجود الطين العالق بالحذاء , ويضاهي بما يماثله من طين محل الجريمة , أو وجود قطع زجاج عالقة بملابس المتهم وتضاهي بالزجاج المهشم في محل الجريمة , أو وجود جرح بيد المتهم يتفق وقت حدوثه مع وقت الحادث , ويتفق موضعه مع ما استبان من المعاينة , ووجود آثار دم بزجاج النافذة التي حطمها الجاني , ليفتح لنفسه طريقاً للدخول إلي مكان

جريمته , وبمقارنة دم المتهم بذلك الدم الذي وجد علي الزجاج , يظهر أنهما من فصيلة واحدة . إن كل واحدة من هذه الدلالات لا تنهض بمفردها , لتكون دليلاً مقنعاً أو قاطعاً , ولكنها مجتمعة معاً , تكون سلسلة متصلة الحلقات , في الإسناد المادي للجريمة إلي هذا المتهم -))¹ .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية باعتبار دلالة الخبرة الفنية المتمثلة في فصائل الدم , من قبيل البيئة المؤيدة القوية , في إثبات إسناد التهمة إلي المتهمين ؛ إذ قالت في قضية : (حكومة السودان /ضد/ عبيد مقدم وآخر) ما نصه : ((... إن تلك الإقرارات غير القضائية والقضائية المرجوع عنها , والتي وصف فيها المتهمان كيفية القبض علي المجني عليه , وكيفية ارتكابهما للجرم محل المحاكمة , لم تفقد قيمتها الاستدلالية ولم تصبح عديمة القيمة - أو الحجية - بسبب الرجوع عنها ؛ إذ يجوز تأسيس الإدانة بموجبها متي ما وجدت تأييداً من أدلة أخرى مستقلة . وقد وجدت تلك الإقرارات المرجوع عنها تأييداً من أدلة أخرى تمثلت في ومن الأدلة القوية [المؤيدة] التي تثبت الإسناد , وترفع من القيمة الاستدلالية لبيانات الإثبات إلي درجة القطع , - بتساندها في مجموعها - , قرينة نتائج تحليل دماء المتهمين من جهة , ودماء المجني عليه من جهة أخرى , ومضاهاتها مع بقع الدماء التي وجدت بملابس المتهمين المذكورين . فالمتهم الأول من ذوي الفصيلة (A+ve) , والمتهم الثاني من ذوي الفصيلة (B + ve) , بينما المجني عليه من ذوي فصيلة الدم (O) , وقد ثبت وجود بقع دماء من الفصيلة (O) في ملابس المتهمين , فالثابت بالإقرار القضائي الذي أدلي به المتهمان , خلال استجوابهما بواسطة المحكمة , هو أن المتهم الأول كان يرتدي الفانلة (معروض اتهام رقم ٤) , بينما كان يرتدي المتهم الثاني القميص (معروض اتهام رقم ٥) وقد ثبت بتقرير أخصائي الأحياء الجنائية رقم أم ج / أر / ٣٧٠٥ / ٢٠٠٤ المؤرخ في ٢٧/١١/٢٠٠٤م , بأن ملابس المتهمين (معروض اتهام رقم ٤ ومعروض اتهام رقم ٥) , يوجد بهما دماء بشرية من الفصيلة (O) , كما أفاد ذات التقرير بأن موجودات مسرح الجريمة [وهو مكان سكنى المتهمين]

¹ - الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي - د. حسين محمود إبراهيم - ص ٣٩١/٣٩٢ - .

أيضاً بها آثار دماء بشرية من الفصيلة (O) , وهي عبارة عن اسطوانة ورق مقوي ... وفرع شجرة ناشف ... وملاية بلون بيج وسكين مكسورة المقبض وكلها تحتوي علي دماء بشرية من الفصيلة (O) . بينما أفاد تقرير أخصائي الأحياء الجنائية رقم أم ج/أد/٣٧٥٦/ المؤرخ في ٢٠٠٤/١٢/٢م بما يفيد فصائل دم المتهمين , الأول وفصيلة دمه (A + ve) , والثاني وفصيلة دمه (B +ve) , والمجني عليه وفصيلة دمه (O) وحيث إن المتهمين والمجني عليه – القتل – تتنافر فصائلهم , وقد تزامن وجود بقع دموية من ذات فصيلة دماء المجني عليه في ملابس المتهمين المذكورين , وثبت أنفاً أن المجني عليه كان في قبضتهما , وثبت حدوث تلك الإصابات التي أودت بحياته في ذات ذلك الوقت , وحيث وجدت في مسرح الجريمة أداة القتل , وبعض المتعلقات الأخرى , الخاصة بالمتهمين , وكلها بها آثار دماء بشرية من فصيلة دم المجني عليه , فيمكننا والحال هذا أن نستخلص من كل تلك الوقائع الثابتة , استخلاصاً سائغاً , مؤداه أن المتهمين الأول والثاني وحدهما هما اللذان ارتكبا الجرائم محل المحاكمة في حق المجني عليه وقد تسانددت كل تلك الأدلة مع بعضها , لتؤدي بمجموعها إلي حجية قاطعة تثبت اشتراك المتهمين المذكورين , تنفيذاً لاتفاق جنائي بينهما , في ارتكاب الجرائم محل المحاكمة في حق المجني عليه المذكور -)^١ .

ويبين بجلاء مدى قوة القيمة الاستدلالية لبينة الخبرة في الدعوى الأنفة الذكر , ورغم ذلك فما كان من السائغ الإفادة منها في الإسناد , إلا بتساندها مع الأدلة التقليدية الأخرى . وفي ذات المنحي قضت المحكمة العليا السودانية , في قضية : (حكومة السودان / ضد / محمد مختار بدوي) , حيث جاءت بينة الخبرة الطبية , مؤيدةً لدلالة الإقرار المرجوع عنه , ولم يكن من الممكن تأسيس إدانة جنائية عليها وحدها , وقد عززت دلالتها القيمة الاستدلالية للإقرار المرجوع عنه ؛ إذ جاء التقرير الطبي مبيناً مواضع الضربات والإصابات في جسم المجني عليها , وقد تطابقت مع المواضع التي شرحها المتهم في إقراراته , فقالت المحكمة العليا : ((ليس من المتصور أن يصدق

^١ - قضية (حكومة السودان /ضد/ محمد عبيد مقدم وآخر - م ع /غ /إعدام/١٣/٢٠٠٦م صدر فيها حكم المحكمة العليا في ٢٧/٩/٢٠٠٦م - غير منشورة - وموضوعها جرائم الإغتصاب وتمزيق دبر المجني عليه بالسكين , بإحداث جروح مزقت حتي المثانة , ثم طعنه بالسكين في تسع مواضع في العنق , إحداها نافذة داخل البلعوم - فهل تشبع الذئاب شهوتها هكذا ؟

المتهم بشأن مواضع تلك الإصابات عن طريق الصدفة المجردة)) , وكذلك كان ضمن إقرارات المتهم المرجوع عنها : أن ثمة تعارك وتدافع قد حدث بينه وبين المجني عليه , وقد أثبت التقرير الطبي وجود إصابات لحقت الأصبع الوسطي , وسحجات باليد اليسري , وسحجات بالركبة اليسري من نوع تلك التي تحدث خلال التعارك , فكان التقرير الطبي صالحاً للتأييد هنا أيضاً , حيث أنه قد عزز من القيمة الاستدلالية للإقرار المرجوع عنه - ¹ .

إن بيئة الخبرة الفنية وإن كانت غير كافية وحدها لإثبات إسناد التهمة محل المحاكمة , إلا أنه من السائع تساندها مع دليل آخر , ليس كافياً بدوره لتأسيس الحكم عليه وحده , فيتعاضان ويقويان بعضهما , بحيث يفيد مجموعهما الاقتناع الجازم , ففي إحدى الأقضية – بدولة قطر – كانت وقائع الدعوى الجنائية تتلخص في ادعاء الزوجة اعتداء زوجها عليها , وقيامه بضربها وشدّ شعرها وعضها وإدخال شيء لا تعلمه في دبرها , وفي ظل إنكار المتهم ... شهد الشهود بأن المتهم كان يومئذٍ في حالة غضبٍ وانفعال , وبأنه كان يسب زوجته المجني عليها ويشتمها , وثبت بالشهادة أنها رؤيت بحالة غير طبيعية , بثياب غير مرتبة وعليها آثار عنفٍ وشجار , وذلك فور خروجها من منزل الزوجية , وثبت بالشهادة أيضاً أنها استغاثت بأحد الشهود , فقامت محكمة الاستئناف بتعزيز دلالة ذلك القدر الثابت من الوقائع بدلالة بيئة الخبرة الطبية , التي أثبتت وجود كدم بالجهة الخلفية من الكتف الأيمن أبعاده حوالي ٤ سم x ١ سم وسحج وكدم علي هيئة قوس بالجزء العلوي الأيمن من الظهر , يمكن حدوثه من عضه آدمية , وسحجات بالخد الأيسر والجانب الأيمن من العنق وبقاقي أجزاء الجسم – ذكرها التقرير الطبي – كما أثبت التقرير وجود جرحين شرخيين أحدهما بالجهة اليسري من فتحة الشرج , والأخرى بالجهة الخلفية من فتحة الشرج , مع تقدم حولها ... يمكن حدوثهما من إيلاج قضيب منتصب ... وإزاء ما ثبت بالتقرير الطبي – وشهادة الطبيب الشرعي – من وجود جراح في بعض أجزاء الجسم – مثل الظهر والشرج , بحيث لا يمكن حدوثها بفعل النفس , وبما أن تلك الجراح متزامنة مع أحداث ذلك اليوم

¹ - قضية (حكومة السودان / ضد / محمد مختار بدوي / م ع / غ / إ / إعدام / ١٧٢ / ٢٠٠٥ م) صدر فيها حكم المحكمة العليا في ٢٧ / ٦ / ٢٠٠٦ م – غير منشورة - .

المشحون بالشجار والسباب المقذع , فيكون سائغاً والحال هذا استخلاص إسناد الأفعال التي نتجت عنها تلك الجراح إلي المتهم المستأنف , علماً بأن حلقات هذه القرينة المستخلصة مترابطة بحيث لا تنصرف إلي متهم آخر مطلقاً , ولا يلتفت إلي الأوهام الصرفة مثل افتراض أمور متوهمة – كقول محامي الدفاع : بحدوث تلك الجراح من فعل النفس , أو من فعل شخص آخر غير المتهم المستأنف , ربما من مجنون في قارعة الطريق – علي حدّ تعبيره في مذكرته الختامية - ¹ .

لقد تساندت بينة الخبرة الفنية , مع القرائن المستخلصة من الشهادة العادية , ورغم أن أيّاً منهما لم يكن كافياً بمفرده , لإثبات الإسناد , إلا أن تعاضدهما وتساندهما وأخذ كل منهما بناصية الأخرى , قد جعل مجموعهما مفيداً للجزم واليقين في إثبات وقوع الجريمة وإسنادها , دونما ريبيةٍ تعتري المحكمة - .

وخلافاً للدعاوى المدنية التي يجوز بناء أحكامها , علي الترجيح بين الأدلة , بلوغاً إلي غلبة الظن , فإن مبدأ تساند الأدلة وتعاضدها هو ما تقتضيه طبيعة الدعوى الجنائية , التي تنبني علي حرية الاستقصاء القضائي , استجلاءً للحقيقة الواقعية , وبلوغاً إلي الاقتناع الشخصي للقاضي , بحيث لا يعتريه أي شك معقول . غير أن هذا النوع من التساند والتعاضد , لا يسود في كل جنس الدعاوى الجنائية – باستغراق - , فهناك دعاوى الحدود الشرعية التي لا تفتقر بحالٍ إلي مبدأ تساند الأدلة وتعاضدها , بل يلزم فيها قيام الدليل الموجب للحد – دونما افتقار لتأييد من دليل آخر , وإلا فيصار إلي اعتبار الدليل منطوياً عن شبهةٍ دائرةٍ للحد - .

الفصل السابع

سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة

ضوابطها وتقويم دلالتها

¹ - الحكم الاستئنافي الصادر من محكمة الاستئناف الشرعية – دولة قطر – برقم ١٨٣ / استئناف حدود / ١٤١٧/٢٣ في ١٢/٩/١٤١٧هـ الموافق ١٩٩٧/١/٢١م - .

المعاينة هي : قيام القاضي - أو من يُناط به التحقيق في الدعوى ، بفحص المكان محل الواقعة أو النازلة المتخاصم فيها - أو أي مكان متعلق بها - أو الأشخاص أو الأشياء المتعلقة بالخصومة ، لإثبات حالتها الراهنة وقت الواقعة محل التحقيق ، فهي من إجراءات التحقيق التي يجوز للقاضي - أو لمن يناط به التحقيق - اتخاذها من تلقاء نفسه ، في المسائل المدنية والجنائية علي السواء ، ويجوز ندب عضو من أعضاء المحكمة لإجرائها وفقاً لضوابطها - .

ولا يعدّ قيام القاضي باتخاذ إجراءات المعاينة من تلقاء نفسه ، في المسائل المدنية ، خروجاً عن صفة الحياد الذي يلزم عليه الاتصاف به ، وذلك لأنه ملزم بالحكم في الأقضية التي تعرض عليه ، ولا يسعه إصدار حكمه فيها إلا بناءً علي اقتناعه القضائي الذي يبعث اليقين في نفسه بصدق دلالة ما اتخذته من الإجراءات - إثباتاً أو نفيًا - ، فكان لزاماً أن تكفل له سلطة تقديرية في اتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات - ومنها المعاينة - ، ما دامت تلك الإجراءات مشروعة وغير محرمة قانوناً. ونعني فيما يلي ببيان سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة في الفقه الإسلامي ، ثم في التشريعات المعاصرة في مبحثين متتالين ، ونعرض بعدئذٍ (ضوابط إجراء المعاينة) في مبحث ثالث ، ثم نبين (سلطة القاضي التقديرية في تقويم الدليل الذي يتمخض عن المعاينة) في مبحث رابع - .

المبحث الأول

سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة

في الفقه الإسلامي

يعتدّ نظام القضاء في الفقه الإسلامي أيّما اعتداد ، بالمعاينة بوصفها دليلاً للإثبات ، ورغم أن الفقهاء لم يفرّدوا لها باباً أو فصلاً في مصنفاتهم ، ولم يوردوه ضمن أدلة الإثبات الشرعية ، إلا أن المتأمل في آي القرآن الكريم ، وفي أقضية الصحابة رضوان الله عليهم ، يجد الممارسة العملية للمعاينة القضائية - والمعاينة

النساء ، فقلن له : (إن ببدنها وثوبها أثر المني) ، فهم بعقوبة الشاب ، فجعل يستغيث ويقول : (يا أمير المؤمنين تثبت في أمري ، فوالله ما أتيت فاحشة وما هممت بها ، فلقد راودتني عن نفسي فاعتصمت) . فقال سيدنا عمر رضي الله عنه ، لسيدنا علي كرم الله وجهه : (يا أبا الحسن : ما تري في أمرهما ؟) ، فنظر سيدنا علي رضي الله عنه ، إلي ما في الثوب ، ثم دعا بماءٍ حار شديد الغليان ، فصب علي الثوب ، فجمد ذلك البياض ، ثم أخذه وأشتمه وذاقه ، فعرف طعم البيض وزجر المرأة فاعترفت ¹ .

وهذا الأثر يبيّن أن سيدنا عمر رضي الله عنه ، قد ندب سيدنا علياً كرم الله وجهه للمعاينة – أو فوضه للفصل فقام سيدنا علي كرم الله وجهه ، بإجراء المعاينة وإحراز الأثر المادي – البياض – وبإخضاعه للتحليل المختبرى ، بما كشف عن حقيقة ذلك الأثر وهويته ، فذل ذلك على حسن ممارسة القضاء الإسلامي للمعاينة القضائية والفنية علي السواء - .

ويروى أنه جاء إلي إياس بن معاوية رجلاً ، يختصمان في قطيفتين إحداهما حمراء والأخرى خضراء ، فقال أحدهما : (دخلت الحوض لاغتسل ووضعت قطيفتي ، ثم جاء هذا فوضع قطيفته تحت قطيفتي ، ثم دخل فاغتسل فخرج قبلي وأخذ قطيفتي فمضي بها ، ثم خرجت فتبعته ، فزعم أنها قطيفته) ، فقال : ألك بينة ؟ قال : لا . قال : أتوني بمشطٍ . فأتي بمشطٍ ، فسرح رأس هذا ورأس هذا ، فخرج من رأس أحدهما صوف أحمر ، ومن رأس الآخر صوف أخضر ، ففضى بالحمراء للذي خرج من رأسه الصوف الأحمر ، وبالخضراء للذي خرج من رأسه الصوف الأخضر ² . وهذا الأثر أيضاً فيه ما يدل على سلطة القاضي في إجراء المعاينة ، والحكم بموجب دلالتها - . وقد أفاض جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية في أحكام معاينة القاضي للمدعي به وإحضاره إلي مجلس

¹ - الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٤٨ - .

² - المرجع السابق ص ٣٢ - .

القضاء ، إن لم يكن لحمله كلفة ، فإن كان لحمله مؤونة ، انتقل القاضي لمعاينته ، أو ندب للمعاينة أمينه مع الخصوم وشهودهم¹ .

ومن صريح ما ورد في سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة القضائية ، ما في (معين الحكام للطرابلسي الحنفي) ؛ إذ جاء فيه : ((لا بأس للقاضي أن يركب لينظر إلي شيء مع غيره من الناس ، فيما قد تشوجر فيه عنده ، واختلط فيه الأمر ، وطالت فيه الخصومة ، ولا يجد سبيلاً إلي معرفته إلا بمعاينته . وقد يكثر هذا في باب دعوى الضرر . وقد ركب عثمان بن عفان رضي الله عنه في أمر لينظر فيه ، فذكر له في الطريق أن عمر بن الخطاب وقف عليه وحكم فيه ، فانصرف ولم ينظر فيه -))² . وفي النص إشارة إلي أن المعاينة تكثر في أفضية التعدي الجنائي علي العقار وفي الأفضية المدنية عند المنازعة في حدود الأراضي وصنو ذلك مما أسماه (دعوى الضرر) .

وقد عُنِيَ فقهاء الشريعة الإسلامية بدلالة المعاينة في استخلاص قرينة قضائية لإثبات القصد الجنائي في جرائم القتل والجراح ؛ إذ لا تكاد تجد مصنفاً من مصنفاتهم خلواً عن دور أداة الجريمة ونوعها ووصفها والموضع الذي أصابه الجاني من جسم المجني عليه بتلك الأداة ، والكيفية التي أستخدم بها الأداة ، ومن خلال المعاينة الشاملة بهذا النحو ، يمكن استخلاص مدي توفر القصد الجنائي بعنصريه الإرادة والعلم ، أو توفر أحدهما ، بما يتحدد معه مدي توفر القصد الجنائي³ . والمعاينة هنا قد تكون قضائية أو فنية يندب إليها أهل المعرفة والخبرة، بلوغاً إلي كشف الحقيقة من دلالة الآثار المادية ومعطياتها .

المبحث الثاني

¹ - راجع للحنفية شرح فتح القدير لابن الهمام ج٧ ص ١٤٩ ونتائج الأفكار لقاضي زادة - مع فتح القدير - ج٧ ص ١٤٩ وللمالكية حاشية الخرشي ج٧ ص ٥٤٠ وللشافعية الحاوي الكبير للماوردي ج٦ ص ٣٠٧ وللحنابلة شرح منتهي الإرادات للبهوتي ج٣ ص ٤٨٣ وللزيدية البحر الزخار لابن المرتضى ج٥ ص ٦٠٨ - وراجع الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢٢ .

² - معين الحكام للطرابلسي ص ١٨ وراجع قوانين الأحكام الشرعية لابن جزري ص ٢٠١ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٧٨ وادب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٤٥٨ .

³ - راجع ما أورده بهذا المعنى بدقة ابن قدامه الحنبلي في (المغني ج١١ ص ٤٤٦/٤٤٧) وراجع الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ج٢ ص ١٠٧ وشرح فتح القدير لابن الهمام ج٩ ص ١٦٣ وحاشية الخرشي ج٨ ص ١٤٣ وحاشية الدسوقي ج٤ ص ٢٤٣ والبهجة في شرح التحفة للتسولي ج٢ ص ٢٦٤ والحاوي الكبير للماوردي ج١٢ ص ٣٤ وما بعدها .

سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة

في النظم التشريعية المعاصرة

عنيت التشريعات المعاصرة بتنظيم أحكام المعاينة وضوابطها ، وتكاد تجمع علي تخويل سلطة المعاينة للقاضي ، بمرونةٍ وحريةٍ تعينانه علي حسن الاستقصاء وفي تحصيل الاقتناع القضائي ، وقد اقتضي ذلك المنهج ، ضرورة كفالة ما من شأنه كشف خفايا تسارع تطور الوقائع المادية ، وتنوع وسائل الحيل والخداع والمكائد ، وغيرها مما تجترحها الأنفس التي رانت عليها الإثرة . يتجلي ذلك من المرونة الفائقة التي وردت بها النصوص التشريعية ؛ إذ نصت المادة (٣٠١) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ م علي أنه :- ((يجوز للمحكمة في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، معاينة أي مال أو شيء تتعلق به أية مسألة معروضة أمامها)) ، كما نصت المادة (١/٦١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤ م علي أنه :- ((يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناءً علي طلب أحد الخصوم ، أن تقرر الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع فيه ، ويجوز لها أن تستعين بمن تري لزوماً لسماعه من الخبراء والشهود ...)) ، فضلاً عن هذه السلطة التقديرية والتلقائية الواسعة التي حولها القانون للقاضي ، لإجراء المعاينة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، فإنه يجوز له أيضاً اتخاذ إجراءات المعاينة قبل رفع الدعوى المدنية ، عند طلب شخص بما يفيد خشيته من ضياع معالم واقعة معينة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء ؛ إذ يسوغ للقاضي إجراء المعاينة بنفسه – أو بندب من يراه من الخبراء لإثبات حالة ذلك الأمر ، متي رأي أن ثمة ما يدعو لإجراء المعاينة ، من مثل دواعي الاستعجال أو دواعي دفع ضرر يتعذر تلافيه مستقبلاً^١ . وفي المسائل الجنائية فإن المعاينة تقود إلي كشف الجريمة وإلي إسنادها ، فهي إحدى أهم مصادر الأدلة المادية ، ذلك أن المتهم – بلا ريب – يخلف أثراً مادياً وراءه في مسرح الجريمة ، سواء كان ذلك الأثر المادي انطباعياً أو بايولوجياً ؛ إذ أن ثمة قاعدة لا تكاد تتخلف ، يسميها فقهاء (العلوم الجنائية) بمصطلح (قاعدة

^١ - راجع التعليق علي نصوص قانون الإثبات - المصري - د. أحمد أبو الوفا ص ٣٧٢ - .

المبادلة) (*Exchange Principle*) ، وفحواها أن المتهم عند ارتكابه للجريمة يلامس محلها بإحدى أعضائه أو بأداة من الأدوات ، فينشأ عن ذلك تبادل مادي بينه وبين المحل - . (*Any one who enters a crime scene , takes something of the scene with him when he depart , and leaves something of himself behind*)

وتصدق هذه القاعدة حتى عند ارتكاب الجرائم الناعمة بوساطة الحاسوب (جرائم الحاسوب والإنترنت) ، ففي كتاب (الهاكرز وطرق الحماية) ما نصه :- ((عندما تتجول في عالم الإنترنت ، تترك أثار أقدامك في كل مكان تزوره ، فالموقع الذي تمرّ به يفتح سجلاً خاصاً بك ، يتضمن الكثير من المعلومات عنك ، وعن جهازك ، علي الرغم من أن هذا العمل غير قانوني ...¹ - . ويظن بعض الواهمين بأن في مقدوره الدخول إلي شبكة الإنترنت باسم مستعار ، وعنوان بريد زائف ، بحسبان أنه يخفي هويته عن العالم بأجمعه ، وذلك اعتقاد لا أساس له من الصحة ، فالخادم الذي يقم لك خدمة الإنترنت لا ينام ويسجل كل حركاتك وسكناتك بل ((يمكن لمزوّد خدمة الإنترنت – من الناحية النظرية – أن يكتشف كل أفعالك عندما تتصل بالشبكة ، ويشمل ذلك عناوين المواقع التي زرتها ، ومتي كان ذلك والصفحات التي أطلعت عليها ، والملفات التي جلبتها ، والكلمات التي بحثت عنها ، والحوارات التي شاركت فيها ، والبريد الإلكتروني الذي أرسلته واستقبلته ، وفواتير الشراء التي ملأتها ، والخدمات التي اشتركت بها . لكن من الناحية الفعلية، كمية المعلومات التي يجمعها مزود خدمة الإنترنت عنك ، تختلف باختلاف التقنيات والبرمجيات التي يستخدمها ، فإذا لم يكن مزود الخدمة يستخدم مزودات (بروكسي) التي تتسلم وتفلتر كل طلباتك وبرمجيات تحسس الحزم ، التي تحلل حركة المرور بتفصيل كبير ، فقد لا يسجل عنك سوي بياناتك الشخصية ورقم (الآي بي) ((*I P*)) الخاص بالكمبيوتر المتصل ، وتاريخ وزمن اتصالك بالشبكة وانفصالك عنها . أما إذا كان اتصالك عبر (بروكسي) فترتبط مستوي التفصيلات

¹ - الهاكرز وطرق الحماية – تأليف عبد المحسن بن عبد الله – ص ١٣٥ - .

بالبرمجيات التي يستخدمها مزود الخدمة ، والتي يمكن أن تصل في حدّها الأقصى إلى المستوي النظري الذي أشرنا إليه سابقاً ، وينطبق ما ذكرناه في حال كان اتصالك يتم عبر خط خاص مؤجر للمؤسسة التي تعمل فيها -¹ . وبذات هذا النحو قضت محكمة الاستئناف الشرعية - بدولة قطر - ، بأنه في جرائم القذف أو الأفعال المخلة بالحياء أو الآداب - أو خلافها - التي ترتكب باختراق البريد الإلكتروني ، فيمكن تحديد جهاز الحاسوب الذي صدر منه ذلك الفعل بواسطة (IP Address) وتحديد رقم الهاتف المستخدم ووقت حدوث الجرم ، فلا يبقى شيء من ذلك في غياهب المجهول² . ونشير هنا بأننا قد أوردنا النص الأنف بطوله ، مع الإشارة للحكم الاستئنافي ، دحضاً لوهم السرية الذي يخامر بعض الأذهان ، وتأكيداً لمعني (قاعدة المبادلة) ، التي لا تكاد تتخلف عن مسرح أية جريمة ، مهما أنعمها مرتكبها وأمعن في إخفاء معالمها - .

وحيث تبدت أهمية مسرح الجريمة ، بمختلف صنوفها ، فينبغي العناية بالاستقصاء التحقيقي ، بإجراء المعاينة بالشمولية والدقة المتناهيتين ، بنذب الخبراء لجمع الآثار المادية التي يخلفها الجاني بمسرح الجريمة ، وإحرازها وتأمينها بالكيفية العلمية والقانونية التي تناسب كل نوع من تلك الآثار المادية ، ثم العناية بتحليلها وإجراء الفحوص عليها ، بلوغاً إلى كشف حقائق الوقائع - .

المبحث الثالث

ضوابط سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة

سبق لنا الإلماع إلى ما يتمتع به القاضي من مركز إيجابي عند نظره للدعوى ، بحيث يسوغ له اتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات المقبولة قانوناً ، بما في ذلك سلطته الواسعة في إجراء المعاينة القضائية ، أو ندب الخبراء للمعاينة الفنية ، بما يكفل الكشف عن حقائق الوقائع ، وفي حالتي المعاينة القضائية أو الفنية ، فعليه الالتزام بالضوابط التي تفضي إلى ممارسة الخصوم لحقوقهم في الدفاع ،

¹ - المرجع السابق صفحات ١٤٧/١٤٨ - .

² - الحكم الاستئنافي رقم ٧٥٤ / تعازير / استئناف / ٢٠٠٢ الصادر في ٢٢/١/٢٠٠٣ م - .

بلوغاً إلي مراقبي إحسان العدل ، ونعرض فيما يلي الضوابط التي يلزم مراعاتها خلال إجراء المعاينة - .

الضابط الأول : مراعاة مبدأ العلنية وحضور الخصوم عند إجراء المعاينة :

الأصل هو علنية إجراء المعاينة ، فهي من إجراءات التحقيق أو المحاكمة ، فيلزم فيها مراعاة مبدأ العلنية ، كفالة للخصوم في إبداء دفوعهم ودفاعهم بشأن المعاينة وإجراءاتها وحصيلتها ، وقد نصت المادة (٢/١٥٨) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م صراحة ، علي وجوب إجراء المعاينة في حضور المتهم والشهود الذين يري القاضي حضورهم ، وبأن تؤخذ أي أقوال أو إيضاحات يدلي بها المتهم أو الشهود في المكان المعين ، كما نصت علي جواز حضور ممثلي الادعاء والدفاع عند إجراء المعاينة . وتكاد المادة الآنفة الذكر تطابق في أحكامها ، ما نصت عليه المادة (٢٢٤) من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٢٥م -الملغي- ؛ إذ كانت تنص علي أنه : ((كلما رأي القاضي أو المحكمة خلال أية إجراءات قضائية متخذة طبقاً لأحكام هذا القانون ، أن من الأصوب القيام بمعاينة المكان المدعى ارتكاب الجريمة فيه ، أو أي مكان آخر ، فيجوز لأيهما أن يقوم بمعاينته مصطحباً المتهم ، كما يجوز لأيهما الأمر بإحضار أي شاهد إلي هذا المكان وتلقي أي بيعة ، أو سماع أية أقوال أو إيضاحات يدلي بها المتهم فيه ، ولممثل الاتهام والمدافع عن المتهم حضور المعاينة -)) .

وقد علق الدكتور محمد محي الدين عوض / علي / هذه المادة قائلاً بأنه : ((إذا اطلع القاضي - أو اطلعت المحكمة - بأية إجراءات قضائية ، كتحقيق قضائي أو محاكمة ، فإن لأيهما في أية مرحلة قطعها التحقيق أو قطعها المحاكمة ، بحسب تقديره معاينة المكان المدعى ارتكاب الجريمة فيه ، أو أي مكان آخر حصل فيه أي فعل متصل بالجريمة موضوع التحقيق أو المحاكمة ، وذلك لفحص المكان والأشياء ، وسماع من لديهم معلومات عن الواقعة ، من الموجودين فيه ، وصولاً إلي الكشف عن الحقيقة ، وقد يؤدي العثور علي أشياء أو آثار أو علامات إلي ندب الخبراء . ولما كانت المعاينة إجراءً من إجراءات التحقيق أو المحاكمة ، لذا كان من

الطبيعي أن يصطحب القاضي أو تصطحب المحكمة ، المتهم عند القيام بها ، كما يحق لوكيل المتهم – وهو المحامي – حضورها وللطرف الآخر في الدعوى وهو ممثل الاتهام حق الحضور أيضاً . ويتلقى القاضي أية بيينة كما يسمع أية أقوال أو إيضاحات يدلي بها المتهم في المكان ، ويضبط أو يتحفظ علي أية أشياء أو علامات يجدها فيه ، وتفيد في كشف الحقيقة ، وقد يقود إلي المكان بعض الشهود ليمثلوا عملياً كيفية وقوع الحادث أو وضع الأشياء في المكان وقت حدوثه . وتحصل المعاينة في علانية ، ويحق للمحكمة أو القاضي عند الضرورة استبعاد بعض الأشخاص من المكان لضمان سير الإجراءات سيراً سليماً -))^١ .

ويتسق مع حتمية الالتزام بمبدأ علنية إجراء المعاينة القضائية ، ما استقر قضاءً من بطلان المعاينة التي تجري دون أن يعلن بها أطراف الدعوى ، وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((المعاينة التي تتم دون أن يعلن بها أحد أطراف الخصومة ، لا تكون معاينة قانونية ولا يصح الاحتجاج بها -))^٢ .

وفي حالة نذب المحكمة خبيراً لإجراء المعاينة لإثبات الحالة الراهنة للشيء محل المعاينة ، فعليها أن تحدّد جلسة لسماع ملاحظات الخصوم علي تقرير الخبير وأعماله ، كفالة لحقوق الخصوم في إبداء دفوعهم ودفاعهم حول المعاينة وإجراءاتها ونتائجها^٣ - ، غير أن ثمة استثناء يطرأ علي مبدأ علنية المعاينة ، وذلك عندما يتعلق الأمر بالمعاينة خلال مرحلة ما قبل المحاكمة في المسائل الجنائية ، حيث تتسم إجراءات تلك المرحلة بطابع السرية – بما فيها المعاينة - ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((من المقرر أن المعاينة التي تجريها النيابة لمحله الحادث ، لا يلحقها البطلان بسبب غياب المتهم ؛ إذ أن تلك المعاينة ليس إلا إجراءً من إجراءات التحقيق ، يجوز للنيابة أن تقوم به في غيبة المتهم ، وإذ هي رأت لذلك موجباً ، فكل ما يكون للمتهم هو أن يتمسك لدي محكمة

¹ - قانون الإجراءات الجنائية السوداني – معلقاً عليه – د. محمد محي الدين عوض ص ٦٩٧ . -

² - (١٩٧٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٣ . -

³ - راجع المادة ١٣٤ من قانون الإثبات المصري – قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م – وراجع (التعليق علي نصوص قانون الإثبات المصري د. أحمد أبو الوفا ص ٣٧٤) - .

الموضوع بما قد يكون في المعاينة من نقص أو عيبٍ ، حتى تقدرها المحكمة وهي علي بينةٍ من أمرها ، كما هو الشأن في سائر الأدلة الأخرى))¹ . -

الضابط الثاني : التزام الدقة في تدوين محضر المعاينة بإثبات واقع الحالة الراهنة - دون إبداء الرأي الشخصي :

يجب علي القاضي - أو من يناط به إجراء المعاينة - تدوين محضر يبيّن جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة ، وذلك ببيان كافة ملاحظاته فيها ، ويتمثل وجه الوجوب في أمرين : أولهما : أن المعاينة إجراء من إجراءات التحقيق ، فيلزم فيها تدوين المحضر ، وثانيهما : أن المعاينة تفضي إلي أدلة مادية أو إلي إثبات حالةٍ ، يستخلص منها أدلة للإثبات أو النفي ، فكان تدوينها بدقة ببيان جميع الملاحظات المنظورة والآثار المختلفة والأحوال الكائنة بالمحل ، أمراً لازماً ، ليسوغ بعدئذٍ للخصوم إبداء دفاعهم ودفوعهم بشأنها ، وليتسنى للقاضي تحصيل اقتناعه الشخصي من خلال الدليل المستمد من المعاينة ، بعد مجابهة الخصوم به . وقد نصت المادة (٢/٦١) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أن : ((تحرر المحكمة محضراً تبين فيه جميع ملاحظاتها ، دون أن تثبت انطباعاتها عن المعاينة أو رأيها الخاص)) . -

والحكمة من عدم جواز ذكر انطباعات القاضي ، أو رأيه الخاص ، هو أن محضر المعاينة يعدّ جزءاً من البينة التي تؤسس المحكمة عليها حكمها ، علي نحو ما نصت به الفقرة (٣) من ذات المادة الآنفة الذكر ، وحيث إن محضر المعاينة يعدّ جزءاً من البينة التي تؤسس المحكمة حكمها عليها ، فلا يجوز إتيان شيء مما يدخل في معني تقويم الدليل قبل استكمال إجراءاته ، ويدخل إبداء الرأي الشخصي فيما يشفّ أو يبيّن اتجاه رأي القاضي في الموضوع ، وهو مؤثر عن اتجاه المحكمة لما تصدره من حكمٍ في أصل الدعوى بعدئذٍ ، ويترتب علي ذلك صعوبة العدول عن جوهر ذلك الرأي الشخصي ، ولو ثبت خطئه بعد مناقشة الخصوم لدلالة المعاينة لاحقاً ، وبجانب ما ذكر فإن ذلك الرأي الشخصي يحدث أثراً ضاراً في نفس أحد

¹ - الطعن رقم ٤١٩٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٨م - .

الخصمين ؛ إذ تهتز الثقة بعدل القضاء وحيدته في نفسه ، بحيث يصعب عليه - أو يتعذر معه - تقديم دفاعه بصفاء ذهن ، فتعيّن إثبات الحالة الراهنة ، بتدوين معطيات المعاينة في المحضر ، بتجردٍ ودقةٍ متناهيتين ، وفاءً بمقتضيات الحكمة التي شرعت من أجلها المعاينة ، وضماناً لبعث الطمأنينة في أنفس الخصوم ، وكفالةً لإحسان العدل - .

ويجب أن يكون محضر المعاينة خلواً من عيوب المحضر التي تقلل من قيمته الاستدلالية ، فإن اضطر القاضي إلي الكشط أو الحشر أو الإضافة أو التغيير ، فيجب أن يتم ذلك خلال المعاينة بحضور الخصوم مع ضرورة التوقيع والتأمين عليه من الخصوم وممثلهم - .

وبلوغاً إلي غاية الدقة المنشودة ، فينبغي تجنب إجراء المعاينة ليلاً ، إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك ، فالمعاينة التي تجري في ضوء النهار تعدّ أكثر دقةً في استبانة الأشياء وألوانها وأبعادها وحدودها وغيرها مما يتعيّن تبيينها من الآثار وعناصرها ، وقد أحسن المشرع المصري حين عني بهذا القيد واستثناءاته في معرض بيانه لأحكام ندب الخبرة الطبية لإجراء الفحص أو الصفة التشريحية ؛ إذ نصت المادة (٤٤٨) من تعليمات النيابة العامة علي أنه : ((لا يجوز بحالٍ من الأحوال تكليف الأطباء بإجراء الصفة التشريحية في الليل ، كما لا يسوغ تكليفهم بتوقيع الكشف الطبي في ذلك الوقت علي جثة شخص ، إلا إذا كانت الوفاة غير مؤكدة ، أو أقتضي التحقيق معرفة ساعة حصول الوفاة ، نظراً لما تكشف عنه درجة حرارة الجثة ، وبداية التيبس الرمي ومدى انتشاره ، وبداية التعفن من علامات ، قد تعين الطبيب علي معرفة ساعة الوفاة ، أو ماهية الإصابة التي نشأت عنها ، علي أن تبين النيابة في الانتداب ، الظروف التي دعت إلي ضرورة توقيع الكشف ليلاً)) - .

وقد نصت المادة (٤٤٩) من ذات التعليمات ، علي أنه : ((لا محل لتكليف الطبيب بالانتقال ليلاً لمعاينة محل الحادث ، إنما يجب أن تتخذ النيابة كافة الوسائل

التي تلزم للمحافظة علي الحالة وإبقائها علي ما هي عليه حتى الصباح ، نظراً لما تحققه المعاينة التي تجري في ضوء النهار من الغرض المقصود منها -)) - .

الضابط الثالث : عمل مخططات الخرائط بالرسوم والصور وغيرها من توثيق الآثار في ذات وقت إجراء المعاينة - .

يجب علي الخبير المنتدب لإجراء المعاينة ، عمل المخططات الأولية للخرائط والرسوم والصور الخاصة بالمسألة محل المعاينة - وغيرها من توثيق آثارها المادية - في ذات وقت إجراء المعاينة . فإن كانت المعاينة بشأن نزاع مدني حول حدود عقار معين ، أو حول طبيعته ، فيلزم رسم المخطط الهندسي وأخذ المقاييس والمسافات أو الصور التي تبين طبيعة ذلك العقار في ذات وقت المعاينة-.

وذات الأمر بالنسبة للمعاينة في دعوى جنائية فيلزم فيها أيضاً أخذ أوصاف المحل - بصفة عامة ابتداءً - ثم بتفصيلاته بعدئذٍ في ذات وقت إجراء المعاينة ، كما يجب أخذ البصمات وتصوير غيرها من الآثار الانطباعية أو البايولوجية - أو إحرازها - بحسب الحال ، في ذات وقت المعاينة ، صوتاً من ضياع معالم تلك الآثار أو اختلاطها بغيرها ، ونأياً عن إغفال أمر قد يكون جوهرياً في كشف واقعة من الوقائع محل الإثبات ، فضلاً عن جوهريّة تزامن الآثار مع النازلة في استخلاص القرائن القضائية وبلورة الاقتناع القضائي - .

الضابط الرابع : إحراز العناصر المادية المتعلقة بالدعوى بالشمول والكيفية الملائمتين - .

إحراز العناصر المادية المتعلقة بالدعوى والكائنة بمحل المعاينة ، يتطلب دقة نظر وشمول ملاحظة للمحل ، كما يتطلب كيفية تتغاير بحسب نوع العنصر المادي ، فبشأن الدقة وشمول النظر ، فينبغي عدم إهمال أي عنصر من شأنه الكشف عن الحقيقة ، ففي الدعاوى الجنائية قد يخلف الجاني عناصر مادية ، دون أن يلقي لها بالأ ، وقد ينسي عناصر مادية جراء اضطرابه أثناء نفاذه من مسرح الجريمة ، أو بحسبان أن تلك العناصر المادية عديمة القيمة الاستدلالية ، فيخلفها من ورائه دون أن يعبأ بها ، كأن يرمي أعقاب سيجارة ممتزجة باللعباب أو غير ذلك

من الآثار الانطباعية أو البايولوجية ، وقد تكون تلك العناصر في واقع الحال ، ذات دلالة قوية في الإثبات ، ومن ثمّ فينبغي العناية بإحراز العناصر المادية ، مهما تبدي لأول وهلة عدم جدواها ، ففي قضية : (حكومة السودان /ضد/ زكري سيدهم بولس) كانت العناية الفائقة بدقائق الآثار المادية ، هي التي حسمت هوية الجثة المتحللة التي تمّ انتشارها من النيل ، فلم يكن لجهود التشكيك فيها ثمة غناء عن الحق ، ونسوق منها ما يشير إلي مدي العناية بدقائق المعاينة وتفصيلاتها وأهميتها ؛ إذ جاء فيها ما نصه : ((... شهادة شاهد الاتهام الرابع عشر وهو حاكم عبد الرحمن – رئيس وحدة المعامل الجنائية – قسم المباحث المركزية وهو خبير في البحث الفني الجنائي ، وليس هناك مطعن في مؤهلاته وخبرته الفنية ، وقرر هذا الشاهد أن الجثة التي انتشلت من النيل للفتاة ربط حجرٌ كبيرٌ حول بطنها ، بحبل طوله أربعة أمتار (مستند اتهام) وشعرها طويل (صور رقم ٤/٣/٢/١ – مستند اتهام ٤) ... ووجد الشاهد آثار وشم في اليد اليمنى من الداخل ، وأزيلت القشرة الخارجية للجلد ووضع الوشم . وكان الوشم صورة صليب مكتوب ١٩٧١ ووجد الصليب في نفس الموضع من يد شاهدة الاتهام الثامنة [زوجة المتهم الأول ووالدة المجني عليها] – صور بالأرقام ٦/٨/٧/٩ - ، وأخذت مقاسات القدم اليمنى ، ووجد في منزل عائلة المرحومة ، شبط مقاساته مماثلة لمقاسات القدم ، ثم أخذت عينة من شعر الجثة وعينة من الشعر الذي وجد في حجرتها وعلي سريرها وكذلك اللباسات وقورنت كل هذه الأشياء ببعض ، وخلص الفحص إلي أن الجثة يمكن أن تكون جثة المفقودة جورفين زكري سيدهم . ثم أجري بحث أشرف عليه الشاهد علي الحجر الذي كانت مربوطة به الجثة ، ووجدت حجارة أمام منزل أسرة المفقودة جورفين وأخذت عينات من هذه الحجارة ، وقدم بعضها للمعمل ، وقورنت بالحجر الذي وجد مربوطاً علي بطن الجثة ، وخلص البحث إلي أن هناك تطابقاً تاماً بين أحد الحجارة والحجر الذي وجد علي الجثة ، أي أن الأخير مكسور من الحجر الذي وجد أمام منزل أسرة المفقودة جورفين (أرجع للصور رقم ١٧/١٨/١٩ من مستند اتهام رقم ٤) [وفي العربة التي نقلت بها الجثة] وجدت شعيرات دقيقة بيضاء اللون

ووجدت ذرات تراب وحجارة دقيقة ، أثبت الفحص أن ذرات التراب التي أخذت من العربة تشابه ذرات التراب المأخوذة من الحجر الذي وجد علي بطن جوزفين ، وقد عرض هذا الشاهد الوشم علي والدة المفقودة شاهدة الاتهام الثامنة ، فقالت إنه يخص بنتها ، لأنها عملته في يوم واحد مع بنتها ، وأضاف أنه بحسب خبرته والفحوصات العلمية التي أجريت فإن الجثة هي جثة جوزفين المفقودة وأيد شاهد الاتهام الخامس عشر - عمر سليمان - وهو أخصائي الأحياء في وحدة المعامل الجنائية في جزء من التقرير الفني - مستند اتهام ٣ - ما ورد في شهادة الشاهد السابق ، وتوصل إلي النتائج التالية شعيرات الحبل الذي ربطت به الجثة مصنوعة من السيسال، وكذلك الشعيرات البيضاء التي جمعت من داخل العربة ... مصنوعة من مادة السيسال ، وأثبت الفحص المورفولوجي أن الشعيرات المصنوع منها الحبل الذي ربط به الحجر علي الجثة تشابه الشعيرات البيضاء التي جمعت من العربة - الصور في مستند اتهام ٤ - ، ويجدر بنا أن نقرر أن البيئة الفنية التي قدمتها وحدة المعامل الجنائية ، تستند إلي المنهج العلمي ، وأجريت الفحوصات معملياً ، ولهذا يمكن الاطمئنان إليها))¹ - .

لقد كانت لتلك العناية الفائقة بدقائق العناصر المادية في مسرح الجريمة - علي امتدادها - دوراً حيوياً في الكشف عن هوية تلك الجثة المتحللة ، وفي ربط المتهم بالجرم محل المحاكمة ربطاً محكماً بحيث ثبت يقيناً ، أن المتهم وحده - دون سواه - هو الذي ارتكب تلك الجريمة ، وقد أحسن الخبير الفني صنفاً حين عني بدقائق التفاصيل ، فلم يدع أثراً مادياً دون إحرازه وفحصه ، بل أنه قد أحرز وقام بتصوير ذرات التراب وقطع الحجارة وشعيرات الحبل وشعر المجني عليها ، وما دون ذلك ، ثم قام بتحليلها مختبرياً ، وكان لكل عنصر مادي أثره في الإثبات ، ويتساند الأدلة مع بعضها ، تستحكم حلقات الإثبات بخناق المتهم وتتجلي الحقيقة كالشمس في رابعة النهار - .

¹ - (١٩٧٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٦٠/٤٦١ - .

ومن نافلة القول : أن إحراز كل عنصر مادي يتم بالكيفية التي تناسبها ، فليس إحراز السلاح الأبيض ، وما به من آثار الدماء ، يماثل إحراز السلاح الناري؛ إذ يتم إحراز كل منهما بما يناسبه من الوسائل ، وليس إحراز الآثار البايولوجية المتخلفة علي الملابس ، مثل إحراز ما اختلط منها بالتراب أو ما التصقت منها بالجدران ، أو ما كان منها بداخل عضو ذكوري أو أنثوي¹ .

ورغم أن إحراز الأثر المادي ، وكيفيته وطريقة تأمينه ، إلي حين فحصه وتدوين التقرير الفني بشأنه من عمل الخبراء ، إلا أن علي القاضي مراعاة تلك الكيفيات عند تقويم تلك الأدلة الفنية ، حيث إن قيمتها الاستدلالية تعتمد علي مدي الالتزام بضوابط الإحراز والتأمين المقررة من الناحيتين القانونية والعلمية ، وكلما طرأ عيب في كيفيات الإحراز والتأمين والحفظ ، بل والفحص وتدوين التقرير الفني بشأن المحرزات ، فإن ذلك يعني وجوب تبيين مدي الأثر الذي أحدثه ذلك العيب الطارئ ، حتى يتسنى للقاضي تقويم ذلك الدليل الفني ، علماً بأن تبيين ذلك الأثر ، قد يكون مما يدخل في معارف القاضي وقد يلزم ندب خبرة فنية أخرى أو استجواب خبير فني لاستنابته .

المبحث الرابع

سلطة القاضي التقديرية في تقويم دليل المعاينة

يراعي القاضي في الدليل المستمد من المعاينة القضائية أو الفنية ، ثلاثة أمور: **أولها** : أن يكون دليلاً مادياً مباشراً في إثبات الواقعة محل النزاع ، من مثل طبيعة العقار أو حدوده أو عمارته أو إحداث تغيير عليه ونحو ذلك ، وثانيهما : أن تكون حصيلة المعاينة عنصراً مادياً يتم إحرازه وتأمينه وإجراء الفحص الفني عليه، بلوغاً إلي استخلاص سائغ لإثبات أو نفي الواقعة محل النزاع بموجبه . ويلزم علي القاضي – ليتسنى له تقويم ذلك الدليل – أن يثبت من أمور ، **أولها** : الثبوت القاطع

¹ - راجع في كيفية إحراز العناصر المادية المختلفة وتأمينها المادة ٤٥٧ وما بعدها من تعليمات النيابة العامة المصرية .

بالمعاينة لواقعة مادية ، بوجود أثر مادي ، أو عنصر مادي ملموس في مسرح
المعاينة سواء كان ذلك الأثر انطباعياً أو بايولوجياً - .

وثانيها : التبيّن من حقيقة ذلك الأثر المادي ، بالوسائل اللازمة - سواء كانت
بالمضاهاة أو بالتحليل المختبرى أو غيرها من الوسائل التي تلائم الكشف عن ذلك
الأثر ، بما يثبت حقيقته وهويته وخصائصه العامة والذاتية - .

وثالثها : ثبوت الصلة التي تربط - أو تنفي صلة - الأثر المادي بالواقعة محل
الإثبات - بصفة قاطعة ، وإلا فلا يكون الدليل المستمد من المعاينة منتجاً في
الإثبات - أو النفي - .

تلك هي العناصر المادية التي يقوم عليها الدليل المستمد من المعاينة ، ويلزم
أن يتضافر معها العنصر المعنوي ، ويتمثل في سلامة استخلاص الإثبات أو النفي
من دلالة الثابت يقيناً - ، وبمراعاة العناصر الأنفة الذكر يستبين القاضي من القيمة
الاستدلالية للدليل المستمد من المعاينة - .

وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر - برئاسة الباحث - بما
يفيد حجية المعاينة القضائية وترجحها علي الأدلة القولية ؛ إذ قالت ما نصه : ((...
... وقد أفلحت المستأنف ضدها في تقديم إيضاحات من شأنها أن تدحض الأدلة
القائمة ضدها ، والمتعلقة بشهادة الشاهدة (... ..) الخادمة في منزل جار المشتكي،
والشاهد (... ..) السائق لدي جار المشتكي ، والشاهد (... ..) التريزي - ،
حيث إنها قد أثارت عند استجوابها - أمامنا - ، ما يؤكد عدم صحة تلك الشهادات
من الناحية الواقعية ، المتمثلة في طبيعة الأمكنة المشهود بها ، الأمر الذي جعل
الهيئة الاستئنافية الشرعية تقرر نذب الشيخين / عبد الله بن عبد العزيز آل محمود
وخالد أحمد الدرهم ، عضوي الدائرة ، لمعاينة الأمكنة المدعى وقوع الجرم محل
المحاكمة فيها [ممارسة فاحشة الزنا وإقامة علاقة غير مشروعة] - ، وبالفعل
أجريت المعاينة بحضور وكيل النيابة وكاتب الجلسة ، وجميع الأطراف ، وورد
تقرير المعاينة في ٢٠٠٣/١٢/٣١م ، مفيداً بأن معاينة منزل المشتكي ومنزل جاره
المدعو (... ..) قد أسفرت عن ثبوت وجود ممر في منزل المشتكي ، يبدأ من

البوابة الرئيسية علي الشارع العام ، وينتهي بمنزل جاره المذكور ، بعرض ثلاثة أمتار تقريباً ، وهو ممر مسقوف بالأسبست والخشب والبليوت ، وبأنه يوجد في نهايته من الداخل نافذة تطل عليه من منزل الجار المذكور ، بعرض أربعين سنتماً وطول ستين سنتماً تقريباً ، وهي نافذة مرتفعة عن الأرض بطول مترين ، وبأنه لا يستطيع الشخص العادي طولاً أن يري من داخل المطبخ من بداخل الممر ، كما تبين عند دخول المطبخ المذكور الكائن بمنزل الجار (...) والوقوف علي النافذة المذكورة بأن ارتفاع تلك النافذة حوالي مترين تقريباً ، وأفاد تقرير المعاينة أيضاً بأن سور منزل المشتكي بارتفاع أربعة أمتار تقريباً ، وتوجد في آخره فتحة علي ارتفاع ثلاثة أمتار ، وطول الفتحة حوالي متر ونصف وارتفاعها حوالي أربعين سنتماً ولا يمكن دخول أي شخص من خلالها إلا بالمرور علي بيت أحد الجارين عن طريق السور الفاصل بينهما - . وبناءً علي تقرير المعاينة فقد ثبت صدق المتهمة المستأنف ضدها (...) فيما دفعت به من أن السور مسقوف ، كما ثبت عدم صحة شهادة الشاهدين (...) (...) فيما شهدا به من أنهما كانا يريان المتهمين (...) (...) من خلال نافذة مطبخ منزل كفيلهما (...) جار المشتكي ، أثناء اختلائهما مع بعضهما ، بداخل حوش منزل المشتكي ، ويتمثل عدم صحة شهادتهما في أن نافذة المطبخ بارتفاع مترين ، ومن غير الممكن في الأحوال العادية تحقق الرؤية المشهود بها ، ما لم يكن ثمة تلمص أو صعود علي مرتفع أو كليهما [يلاحظ أن الشهود ينتمون إلي الجنسيات الآسيوية ومن قصيري القامة] ، كما ثبت عدم صحة شهادة الشاهد (...) الذي شهد بأنه رأي المتهم المذكور مراراً يتسلق حائط سور منزل المشتكي ، وبالمعاينة تبين أن الجدار بارتفاع أربعة أمتار وذلك عصي علي التسلق ، ولا إمكان في الولوج إلي منزل المشتكي من خلال الفتحة الكائنة علي ارتفاع ثلاثة أمتار بطول متر ونصف المتر وبعرض أربعين سنتماً ، فضلاً عن حواجز منازل الجيران وغير ذلك من العوائق ، ومن ثم تبين عدم صحة ما شهد به الشهود ، ومن خلال وقائع الدعوى يترجح أن الشهود كانوا تحت تأثير المشتكي وكفيلهم جار المشتكي الذي ضرب

بسهم في نسج خيوط الاتهام الأمر الذي يتعين معه تأييد الحكم الابتدائي فيما قضي به من تبرئة المتهم - المستأنف ضدها - (... ..) مما نسب إليها ، وفي ذات الوقت تقرير براءة المتهم (... ..) مما نسب إليه - ^١ - .

وهكذا فإن قيمة الدليل المستمد من المعاينة تكون بمقدار العناية التي تتم بها تدوين دقائق تفاصيل المعاينة ، وكذلك بمقدار العناية التي ينالها الأثر المادي في مرحلة تحقيقه وإحرازه وتأمينه ، ثم في مرحلة فحصه والتحقق من هويته وخصائصه ، وبمقدار اتصاله بالواقعة محل الإثبات ، وترابط حلقاته التي تحكم صلة ذلك الأثر المادي بتلك الواقعة وبإسنادها ، فمقدار العناية في تلك المراحل هي التي تبلور القيمة الاستدلالية للدليل المستمد من المعاينة ، ويراعي القاضي عند تقويمه للدليل ، كل تلك العناصر والمراحل وضوابطها ، ويلزم عليه عند استمداه لاقتناعه القضائي من الدليل المستمد من المعاينة أن يذكر الوجوه التي أنبني عليها الاقتناع القضائي ، فإن أجمل الأمر إجمالاً ، كان ذلك قصوراً في التدليل ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((لما كان البين من الحكم المطعون فيه أنه اعتمد من بين الأدلة التي عول عليها في إدانة الطاعن علي المعاينة ، بيد أنه اكتفي بالإشارة إليها ، دون أن يورد فحواها ، أو يبين وجه الاستدلال بها ، لما كان ذلك وكان من المقدر أنه يجب إيراد الأدلة التي تستند إليها المحكمة ، وبيان مؤداها في الحكم بياناً كافياً ، فلا تكفي مجرد الإشارة إليها ، بل ينبغي سرد مضمون الدليل ، وذكر مؤداه بطريقة وافية ، يبين منها مدي تأييده للواقعة ، كما اقتنعت بها المحكمة ، ومبلغ اتفاقه مع باقي الأدلة التي أقرها الحكم ، حتى يتضح وجه استدلاله بها ؛ وإذ فات الحكم المطعون فيه ، بيان مؤدي ما اشتملت عليه المعاينة ، ووجه استناده إليها ، فإنه يكون مشوباً بالقصور الذي يعيبه بما يوجب نقضه -)) ^٢ - .

تلك هي الوسائل التي تكفل للقاضي درك الوزن السليم للدليل المستمد من المعاينة ، وكلما زادت العناية بتدوين دقائق تفصيلات الآثار المادية - الانطباعية

^١ - الحكم الاستئنافي رقم ٣٤٢ / حدود/ استئناف / ٢٠٠٣م الصادر في ١٨/١٠/٢٠٠٤م - .
^٢ - الطعن رقم ٥٠٠١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٩٤م - نقلاً عن مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي - إبراهيم سيد أحمد - ص ١٥ - .

والبابيلوجية - ، وأحسن الخبير الفني إحرازها وتأمينها ، وجاء فحصها وتقديم التقرير الفني عنها وفقاً للقواعد القانونية والعلمية ، ثم أحسن القاضي التدقيق والتحقق من توفر العناصر المادية والمعنوية للدليل ، فإن نتاج ذلك يتبلور في درك وزن الدليل بالقسط - .

الفصل الثامن

سلطة القاضي التقديرية فيما يجوز فيه القضاء

بعلمه الشخصي لحقيقة وقائع النزاع

الأصل المستقر عليه في التشريع والقضاء المعاصرين هو عدم مشروعية الحكم في الدعوى بعلم القاضي الشخصي لحقائق وقائع النزاع - ، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في المسألة فذهب بعضهم إلى الجواز ، بينما ذهب آخرون إلى المنع ، ونوجز عرض الرأيين وأدلتهما ، مع الترجيح وبيان حكم المسألة في التشريع والقضاء المعاصرين ، في مبحثٍ أول ، ثم نبين سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي لوقائع النزاع في مبحثٍ ثانٍ ، كما نبين القيمة التدليلية لعلم القاضي الشخصي بالوقائع في مبحثٍ ثالثٍ - .

المبحث الأول

القضاء بعلم القاضي الشخصي للوقائع في الفقه الإسلامي

وفي التشريع والقضاء المعاصرين

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم القضاء بعلم القاضي الشخصي لحقيقة وقائع الدعوى ، فذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية في الصحيح من المذهب ، والحنابلة في قول والظاهرية والإمامية والزيدية إلي القول بجواز الحكم بعلم القاضي لحقيقة الوقائع محل التداعي¹ . -
وقد استدل هذا الفريق علي الجواز بما يلي :-
أولاً : بقوله تعالى : ((□□ □ □ □ □ □ □ □ □))² . -

ووجه الدلالة في الآية الكريمة يتمثل في ورودها بمنطوقها ، بمنع العمل بما لا يُعلم ، فدلّ ذلك بمفهومها علي جواز العمل بما يُعلم ، ويدخل في ذلك علم القاضي الشخصي بحقيقة الوقائع محل التداعي ، فكان الحكم به جائزاً . -
 ثانياً : ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ((دخلت هند بنت عتبة – امرأة أبي سفيان – علي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقالت : (يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ ، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل عليّ في ذلك من جناح ؟) فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك) -)³ . -
 والحديث يدل علي أن النبي صلي الله عليه وسلم ، قد قضي – غيابياً – علي أبي سفيان ، بأن تأخذ زوجته من ماله ما يكفيها ويكفي بنيها بالمعروف ، وكان مستند القضاء هو علم النبي صلي الله عليه وسلم بصدق دعوى المدعية ، فدل ذلك علي جواز القضاء بالعلم الشخصي لوقائع النازلة محل التداعي . -

¹ - المبسوط للسرخسي ج٦ ص ١٠٥ وروضة الطالبين للنووي ج١١ ص ١٥٦ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤١ والمحلي لابن حزم ج٩ ص ٤٢٦ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ٧٥ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ١٩٣ والسيل الجرار للشوكاني ج٤ ص ٢٩١/٢٩٠ . -

² - سورة الإسراء الآية ٣٦ . -
³ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الأفضية باب قضية هند وفي صحيح البخاري في كتاب النفقات باب نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها ونفقة الولد ، وللبخاري في كتاب الأحكام باب القضاء علي الغائب بلفظ : (خذي ما يكفيك ولدك بالمعروف) ورواه أبو داود في سننه في كتاب الإجارة باب في الرجل يأخذ ممن تحت يده ، وراجع نصب الرابة للزيلعي ج٣ ص ٢٧١ . -

أما المانعون للحكم بعلم القاضي الشخصي لوقائع المسألة محل التداعي ، فهم فقهاء المالكية والحنابلة في المعتمد ، والشافعية في غير الراجح من المذهب ومتأخرو الحنفية وجمهور فقهاء الإباضية^١ .

وقد استدل المانعون بما يلي :

أولاً : بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((إنكم تختصمون إليّ ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضي له علي نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له بها قطعة من النار))^٢ .

ووجه الدلالة في الحديث الشريف يتمثل في أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال بأنه يقضي للخصم علي نحو ما يسمع منه ، ولم يقل علي ما يعلم به ، فكان ذلك دليلاً علي أن الحكم إنما يكون بناءً علي سماع الخصمين ، وبعد مجابهة كل منهما بحجة صاحبه ، ويلزم من ذلك عدم جواز الحكم بعلم القاضي الشخصي بوقائع النازلة محل التداعي - .

ثانياً : ما رواه مسلم في صحيحه عن علقمة بن وائل بن حجر ، قال : ((كنت عند رسول الله صلي الله عليه وسلم ، فأتاه رجلان يختصمان في أرض ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم للطالب : (بيّنتك ؟) ، قال : (ليس لي بينه) قال: (يمينه)، قال : (إذن يحلف ويذهب بها - يعني بمالي - فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم: (ليس لك إلا ذلك) -))^٣ .

ووجه الدلالة في الحديث يتمثل في وروده ببيان طرق القضاء ، فالبينة هنا مقصود بها معناها الواسع ، ولم يذكر النبي صلي الله عليه وسلم (علم القاضي) فلم يكن جائزاً الحكم به - .

^١ - راجع حاشية الخرشي ج٧ ص ٥٣٠ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٠ و٣٠ والحاوي الكبير للماوردي ج١٦ ص ٣٢٢ ومعين الحكام للطرابلسي ص ١٢١ وشرح النيل وشفاء العليل - أطفيش - ج١٣ ص ١٠١ - .

^٢ - رواه مسلم في صحيحه بهذا اللفظ ، في كتاب الأفضية باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، ورواه البخاري في صحيحه في كتاب المظالم باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه - .

^٣ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الأيمان باب وعيد من أقطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ، وهو ذات حديث الحضرمي والكندي وقد رواه البخاري بلفظ آخر في صحيحه في كتاب الخصومات باب كلام الخصوم بعضهم في بعض - .

ثالثاً : ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه تداعي عنده رجلا ، فقال له أحدهما : (أنت شاهدي) فقال : (إذا شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد)^١ - .

ووجه الدلالة يتمثل في أن سيدنا عمر رضي الله عنه ، قد أقر ضمناً بعلمه بوقائع الدعوى ، وخيّر الخصمين بين أمرين ، أولهما : أن يتنحى عن الفصل في الدعوى ويدلي بشهادته أمام قاضٍ ينصب للفصل ، وثانيهما : أن يكون هو من يفصل في الدعوى علي ضوء ما يقدمه الخصمان من البيّنات ، شريطة ألا يكون هو شاهداً وقاضياً في آن واحد ، فدل ذلك علي عدم جواز الحكم بعلم القاضي الشخصي بوقائع النزاع - ، وقد ساق ابن قدامه في (المغني) تعليلاً لمنع الحكم بعلم القاضي الشخصي ، وذلك في معرض مناقشة أدلة المجيزين قائلاً : ((ولأن تجويز القضاء بعلمه يفضي إلي تهمة ، والحكم بما اشتهي ، ويحيله إلي علمه ، فأما حديث أبي سفيان فلا حجة فيه ؛ لأنه فتيا لا حكم فيه ، بدليل أن النبي صلي الله عليه وسلم ، أفتي في حق أبي سفيان من غير حضوره ، ولو كان حكماً عليه ، لم يحكم عليه في غيبته -))^٢ - .

وهذا التعليل الذي ساقه ابن قدامه الحنبلي هو الذي استقر عليه التشريع والقضاء المعاصرين ؛ سداً لذرائع تهمة القضاة ، وصوناً من اتخاذ العلم الشخصي وسيلة للتحكم أو لإبطال الغاية التي شرعت لأجلها البيّنات ، وقد نصت المادة (٩/ب) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م علي أنه : ((مع مراعاة شروط البيينة الواردة في هذا القانون ، تعتبر البيينة مردودة ، في أي من الحالات الآتية وهي (ب) : البيينة التي تبني علي علم القاضي الشخصي)) ، ويقول الدكتور أحمد أبو الوفا : ((من المبادئ الأساسية في التشريع أن القاضي لا يحكم بناءً علي معلوماته الشخصية ، وإذا أدرك القاضي أن معلوماته الشخصية سوف تؤثر في تقديره لوقائع الدعوى ، واستشعر الحرج من نظرها ، وجب عليه أن يتنحى عن نظر الدعوى ، والمقصود بالمعلومات الشخصية ، تلك التي تصل إلي علم القاضي ،

^١ - أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه في كتاب البيوع باب الرجل يدعي شهادة القاضي أو الوالي - .
^٢ - المغني لابن قدامه ج٤ ص ٣٣ - .

بصدد وقائع الدعوى ، وبصدد مدي ثبوتها وصحتها ، عن غير الطريق المقرر والمرسوم لنظر القضايا ، كما إذا شهد حادثة معينة ، ترتبت عليها إقامة دعوى ، بطلب تعويض الضرر الذي لحق الخصم نتيجة خطأ خصمه - ١ .

إن التشريعات المعاصرة تتفق مع رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، في منع الحكم بعلم القاضي الشخصي لوقائع النزاع ، وفي الحكمة التي اقتضت ذلك المنع - علي نحو ما ألمعنا إليه آنفاً - ، ويستثني من المنع حالات أجمع الفقهاء والمعاصرون ، علي جواز القضاء فيها بعلم القاضي الشخصي ، وتتمثل تلك الحالات في الوقائع التي تحدث في مجلس القضاء ، وفي مسائل التجريح والتعديل في أحكام الشهادات ، وفي حالة الموازنة والترجيح بين البينات ، وفيما يدخل في علم القاضي الشخصي بإقرار الخصم بعدالة من شهد عليه ، وفي الاستدلال بعلم القاضي فيما يدخل في علم الكافة - ، ونبيّن فيما يلي سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي للوقائع محل النزاع ، فيما يجوز فيه القضاء بعلمه ، في المبحث التالي :-

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي

للقائع محل الإثبات

نقسم هذا المبحث إلي خمسة مطالب ، نبيّن في كل مطلب سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي ، فيما يجوز فيه القضاء بعلمه ، أي في الحالات المستثناة من المنع اتفاقاً - .

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي للوقائع

فيما يحدث بمجلس القضاء

¹ - التعليق علي قانون الإثبات المصري د. أحمد أبو الوفا ص ٣٠/٢٩ - .

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية - بلا خلاف نعلمه - مع التشريع والقضاء المعاصرين ، في جواز القضاء بعلم القاضي الشخصي للوقائع التي تحدث في مجلس قضائه من أحد الخصوم أو شهودهم أو غيرهم ممن يحضر مجلس القضاء . قال الخرشي في حاشيته : (((وعزر شاهداً بزور ومن أساء علي خصمه أو مفتاً أو شاهد) ، يعني أن القاضي يجب عليه أن يؤدي من أساء علي من ذكر ، ثم إن وقعت الإساءة بين يديه من أحد الخصمين علي الآخر [بقوله] يا ظالم ، يا فاجر ، أو علي المفتي أو الشهود فإنه يعزره ؛ لأن وظيفة القاضي أنه مرصد لخلاص الأعراض ، كما أنه مرصد لخلاص الأموال ، ولا يحتاج فيما ذكر لبينة ، بل يستند إلي علمه ، لتوقير مجلس الشرع ، والحق حينئذٍ لله ، لا يحل للقاضي تركه))¹ .

ومن التشريعات المعاصرة فقد نصت المادة ١/٧١ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م علي أن : ((ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها ، ومع مراعاة أحكام قانون المحاماة لسنة ١٩٨٣م ، يجوز له أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها ، فإن لم يمتثل كان للمحكمة أن تحكم علي الفور بحبسه ثلاثة أيام أو تغريمه ثلاثين جنيهاً ، ويكون حكمها بذلك نهائياً -)) . وهذه المادة تقابل المادة (١٠٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، وفيها دلالة علي جواز القضاء بعلم القاضي الشخصي فيما يحدث بمجلس القضاء - .

ولا يقتصر جواز القضاء بعلم القاضي الشخصي للوقائع التي تحدث بالجلسة ، علي المسائل المتعلقة بضبط الجلسة وإدارتها ، بل يمتد إلي أكثر من ذلك ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((لا مانع من أن يدون القاضي في حكمه معلومات حصلها وهو في مجلس قضائه ، وأثناء نظر الدعوى التي فصل فيها بذلك الحكم ، فإن مثل هذه المعلومات لا تعتبر من التحصيل الشخصي الذي لا يجوز له أن يستند إليه في قضائه ، وإذن فلا تثريب عليه إذا قال في حكمه ، أن الفريقين من النوع المعروف بالفتوات ، وقد ارتكبا مع بعضهم جناية قتل في المحكمة ، أثناء

¹ - حاشية الخرشي علي مختصر خليل ج٧ ص ٥٠٠ وراجع المغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٤ وشرح النيل وشفاء العليل / أطفيش ج١٣ ص ١٠١ - .

نظر هذه الدعوى في جلسة سابقة ، وقد ضبط للجناية واقعة مستقلة ، وتري المحكمة استعمال الشدة مع الطرفين -))^١ .

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي

في تجريح الشاهد أو تعديله

التعديل والتجريح في أصول التقاضي ، لا يعدو عن كونه منهجاً لاستبانة القيمة التدلالية للشهادة ، بتبين مدي عدالتها ، أو مدي توفر - أو انتفاء - التهمة فيها ، بلوغاً إلي الاقتناع القضائي الذي تفيده الشهادة ، إثباتاً أو نفياً . ورغم أن الحكم بعلم القاضي الشخصي للوقائع محل الإثبات ، يعدّ أمراً مختلفاً فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، إلا أنه جائز في التعديل والتجريح - بلا خلاف نعلمه - ؛ إذ يتفق في جوازه المتشددون في منع القضاء بعلم القاضي الشخصي لوقائع النزاع مع المجيزين علي اختلاف مراتب إجازتهم^٢ .

ومناطق اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية علي القول بجواز الاستدلال بعلم القاضي الشخصي في تجريح الشاهد أو تعديله ، هو سدّ ذريعة التسلسل ، قال ابن قدامة في (المغني) : ((وأما الجرح والتعديل ، فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف ، لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل ، فإن المزيكين يحتاج إلي معرفة عدالتهما وجرحهما ، فإذا لم يعمل بعلمه ، احتاج كل واحدٍ منهما إلي مزيكين ، ثم كل واحدٍ منهما يحتاج إلي مزيكين فيتسلسل ...))^٣ .

وبذات النحو فقد أتاحت التشريعات والنظم القضائية المعاصرة سلطةً تقديريةً واسعة للقاضي في الاستدلال بعلمه الشخصي في تعديل الشاهد أو تجريحه ، بما كفلته له من حرية في تقويم دلالة الشهادة ، بملاحظة الشاهد أثناء أدائه للشهادة ،

^١ - نقض / مصري / جلسة ١٩٤٠/١/١ م نقلاً عن مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي / إبراهيم سيد أحمد ص ٣٢٣/٣٢٤ - .

^٢ - راجع خاشية الخرشبي ج-٧ ص ٥٣٠ وراجع من مصنفات المتشددين في المنع : المغني لابن قدامة ج-١٤ ص ٣٣ والحاوي الكبير للماوردي ج-١٦ ص ٣٢٣ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٥٧ وشرح النيل وشفاء العليل / أطفيش ج-١٣ ص ١٠١ .

^٣ - المغني لابن قدامة ج-١٤ ص ٣٣ - .

بلوغاً إلى تبين عدالته ومدى صدقه ، وقد فصلنا بيان ذلك في المطلب الأول بالمبحث الثالث في الفصل الأول من هذا الباب - .

المطلب الثالث

سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي

في الموازنة والترجيح بين البيئات

الموازنة والترجيح بين البيئات ، لتبين قيمتها التدليلية ، وتحصيلاً للاقتناع القضائي من دلالتها ، تعد سلطة تقديرية يختص بها القاضي الذي استمع إلى البيئات - أي قاضي الموضوع - ، وقد تواترت التطبيقات القضائية المعاصرة في التعبير عن تلك السلطة بأنها من إطلاقات قاضي الموضوع ولا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه - .

ومسيس الحاجة يدعونا إلى التحذير من الأخذ بهذه القاعدة بصفة مطلقة ، بحيث تنتفي أية رقابة من المحاكم الأعلى ، علي القاضي الذي استمع إلى البيئات فيما ذهب إليه من الموازنة والترجيح ، ففي واقع الأمر فإن قاضي الموضوع ، لا يتمتع بسلطة مطلقة ، لا رقابة فيها عليه ، بل أن سلطته في الموازنة والترجيح تحتف بها ضوابط معينة ، يلزم عليه مراعاتها ، فإن أخل بشيء منها ، أمكن ذلك التدخل في وزنه للدليل ، وقد يفضي ذلك إلى نقض حكمه - .

وتتمثل تلك الضوابط فيما يلي :-

الضابط الأول : عدم مخالفة القواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات :

فالقاضي ملزم بمراعاة ما نصت عليه القواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات ، فلا يملك إغفال إقرار قضائي ، ولا إغفال الحجية التي أسبغها القانون عليه ، من حيث كونه دليلاً قاصراً علي المقر ، وقاطعاً في الدلالة علي صحة المقر به ، متي كان خالياً من مؤثرات الإغراء أو الإكراه أو التناقض مع ظاهر الحال ، أو شبهة الإضرار بالخلف أو التستر علي الغير بسبب ولاء أو مصلحة . وكذلك فالقاضي ملزم بمراعاة مقتضيات قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية المتعلقة

بالمحررات الخطية – الرسمية والعرفية - ، وغير ذلك من القواعد المقررة قانوناً بشأن وسائل الإثبات كافة - .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية ، بأن : ((استقلال محكمة الموضوع بتقدير الدليل لا ينبغي أن يفهم منه استبدال تلك المحكمة بذلك الأمر ، لأنه وإن كان قد استقر فقهاً وقضاءً أنه لا سلطان لمحكمة الطعن علي قاضي الموضوع في استخلاص الدليل ، ثم في تقديره ، إلا أن قاضي الموضوع مقيد في ذلك الاستخلاص بالقواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات ، فإن خالفها أو أخطأ في تطبيقها أو تأويلها ، فسد رأيه في فهم واقع الدعوى من ناحية ، واعتبر مخطئاً في تطبيق القانون من ناحية أخرى ، ويسري الفساد بالتالي إلي تكييف الوقائع وإلي الحكم برفضه))¹ - .

غير أنه ينبغي التنبيه إلي أن هذه الرقابة لا يلزم منها نقض حكم محكمة الموضوع دوماً وذلك لأن مخالفة القانون قد يكون جزئياً غير جوهري وغير مؤثر في مركز أي من الخصمين ؛ إذ نصت المادة ٢٠٦ من قانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((لا يكون الخطأ في قبول البينة أو وجود عيب شكلي في الإجراءات سبباً في إلغاء أي تدبير قضائي ، إذا كان في جوهره سليماً ، ولم يترتب عليه ضرر مقدر بأي من الخصمين)) - . وقد يكون هناك ثمة دليل آخر يكفي لحمل الحكم عليه - بغض النظر عن الدليل الذي أنطوي عن الخطأ - أو المخالفة-، فإن كان الحكم الصادر من محكمة الموضوع تسنده أدلة كافية أخرى ، بحيث لا يتغير وجه الحكم حتى لو استبعدت البينة المقبولة خطأ - أو المرفوضة خطأ ، فلا وجه لنقض الحكم عندئذٍ - وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٢ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م هذا فضلاً عن أن المادة ١/١٠ قد نصت علي أنه لا ترد البينة لمجرد أنه تم الحصول عليها بإجراء غير صحيح متي ما اطمأنت المحكمة إلي كونها مستقلة ومقبولة - . والخلاصة أن علي محكمة الموضوع مراعاة القواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات - والمحاكم الأعلى لها حق رقابتها في تقويم

¹ - قضية : عبد الرحيم محمد دين / ضد/ أحمد عبد الله محمد وآخر (١٩٧٥م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٥٠ - .

الدليل ، فلا هي مستقلة بالتقويم استقلالاً تحكيمياً ، ولا المحاكم الأعلى لها سلطة إلغاء تدابيرها المخالفة للقانون – بصفة مطلقة مضطردة – فالمسألة تحكمها قواعد أصول المحاكمة العادلة - .

الضابط الثاني : عدم إخلال الموازنة بدفاع جوهرى :

يجب ألا تخل الموازنة والترجيح بين الأدلة بدفاع جوهرى للخصم ، فإن كان الخصم قد أثار دفاعاً بعدم وقوع الحادث في المكان الذي وجدت فيه جثة المجنى عليه ، مستدلاً على ذلك بدلالة تقرير المعاينة الفنية ، فإن ذلك يعدّ دفاعاً جوهرياً مؤثراً في وجه الحكم ، ويعتبر إغفاله وعدم التبين من حقيقة الدفع إخلالاً يصم الحكم بالفساد في الاستدلال¹ - .

ويتبدي إخلال الموازنة بدفاع الخصم من وجهين ، أولهما : إغفال القاضي التحقق من ذلك الدفاع ومدى صحته ، رغم كونه جوهرياً ومؤثراً فيما يقضى به ، وثانيهما : ويتمثل في قيام القاضي بترجيح دليل قولى للإدانة على دليل فنى يدحض الدليل القولى ، كما لو شهدت البيئة القولية بأن إطلاق النار كان من سلاح واحد ، فعارضتها البيئة الفنية مؤكدةً بأن إطلاق النار قد تم من سلاحين مغايرين ، أو كانت البيئة القولية قد شهدت بأن السلاح المستخدم في الإصابة من نوع السلاح المشخشن، وبأن إطلاق النار قد حدث حال جلوس المجنى عليه فأصابه الطلق الناري من أعلى إلى أسفل ، فعارضها التقريران الفنى الصادر من خبير المختبر الجنائى والطبى الصادر من الطبيب الشرعى ، وقررا بأن السلاح من نوع السلاح العادى – غير المشخشن - ، وبأن اتجاه الإصابة من أسفل إلى أعلى ، أو بأن اتجاهها كان أفقياً مستقيماً ، فإن أغفل القاضي مناقشة هذا التناقض أو قام بترجيح الدليل القولى ، فإن ذلك يكون من قبيل الخطأ في الموازنة ، مما يجعلها معيبة قابلة للنقض - .

الضابط الثالث : بيان وجه الأخذ بالدليل :

¹ - راجع نقض / مصرى / جلسة ١٩٧١/١/٢٩م مجموعة المكتب الفنى س ٣٠ ص ١٨٦ نقلا عن مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائى – إبراهيم سيد أحمد – ص ٢٠٥ - .

يلزم علي القاضي أن يبيّن وجه الأخذ بالدليل الذي أستمّد منه اقتناعه القضائي ؛ إذ ليس كافياً أن يرجح دليلاً علي آخر دون بيان وجه الترجيح الذي أفضي إلي طمأنينته ، وليس كافياً أن يورد في أسباب حكمه أنه قد أعتدّ بدلالة المعاينة ، دون بيان تفاصيلها ودقائقها التي أفضت إلي اقتناعه القضائي . ومناطق هذا الضابط هو لزوم سدّ ذريعة الهوى ، وضرورة النأي عن نوازع التحكّمية عند تقويم الأدلة - .

الضابط الرابع : لزوم إجراء الموازنة والترجيح بين الأدلة المطروحة أمام القضاء بالجلسة :

من القواعد الأساسية في أصول التقاضي عدم بناء الأحكام علي أدلة لم تطرح أمام القضاء بالجلسات ، في مواجهة الخصوم ، يلزم ذلك تحقيقاً لمبدأ المجابهة بالدليل ، وكفالة لحق الدفاع ، بحيث يتسنى للخصم مناقشة الدليل وتقديم بينة العكس ، وقد أفضنا بيان هذا الضابط في المبحث الثالث من الفصل الثاني بالباب الأول من هذه الدراسة - .

الضابط الخامس : وجوب تناسق مقدمات الموازنة مع نتائجها :

يجب تناسق مقدمات الموازنة مع نتائجها ، سواء كان الأمر متعلقاً بالموازنة والترجيح بين الأدلة ، أو بمجرد تقويم دليل بعينه ، أو بتقويم أدلة متساندة مع بعضها ، فيما يجوز فيه التساند ، إذ يجب أن تكون المقدمات التي يسوقها القاضي للدليل الذي يبعث اقتناعه القضائي ، مما تقود إلي تلك النتيجة التي خلص إليها ، باستخلاص سائغ يتفق مع العقل والمنطق ، فإذا كان قاضي الموضوع قد أبان في أسباب حكمه ثبوت تهمة عداً في حق شاهد بعينه ، فلا يسوغ له بعدئذٍ ، بناء حكمه علي تلك الشهادة ، بل ولا يسوغ له بعدئذٍ القول بتساند تلك الشهادة مع أدلة أخرى ؛ لأنها بثبوت تهمة العداً - أو ثبوت خلافها من التهم المفضية إلي ردّ الشهادة -

تصبح عديمة القيمة الاستدلالية ، فإن بني حكمه عليها رغم ذلك ، فتكون مقدماته غير متسقة مع النتيجة التي خلص إليها ، مما يجعل حكمه معيباً قابلاً للنقض^١ - .

المطلب الرابع

سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي

فيما أقرّ به الخصم من عدالة الشاهد عليه

يجوز للقاضي أن يحكم بما دخل إلي علمه الشخصي ، بإقرار الخصم بعدالة من شهد عليه ، ولو لم يكن القاضي عارفاً بحقيقة الأمر المشهود به ولا بحال الشاهد . قال الخرشي : ((أو إقرار الخصم بالعدالة ، يعني أن المشهود إذا أقر بعدالة من شهد عليه فإن القاضي يستند في حكمه إلي عدالة الشاهد ويحكم بذلك ، ولا يطلب منه تزكية ، وسواء كان القاضي يعرف المشهود أم لا ، وسواء كان إقرار المحكوم عليه بالعدالة قبل أداء الشهادة أو بعد أدائها ، ولا يقضي بهم علي غير هذا المشهود عليه))^٢ - .

ولا يجوز للمشهد عليه الذي دخل إلي علم القاضي الشخصي إقراره بعدالة من شهد عليه ، أن يدفع بعدم عدالة ذلك الشاهد ، ويستتبط منع الدفع - أو منع التجريح - من عدم افتقار ذلك الشاهد إلي التزكية ، ومنعاً له من نقض ما تمّ من جهته ، وهو إقراره بعدالة الشاهد ، ولا فرق أن يكون إقراره بعدالته قبل أداء الشهادة عليه أم بعده ، فالقاعدة أن : (من سعي في نقض ما تمّ من جهته ، فسعيه مردود عليه -)^٣ - .

المطلب الخامس

سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه

فيما يدخل في علم الكافة

^١ - راجع نقض مصري / الطعن رقم ٥٥٣ السنة ٤٧ ق جلسة ١٠/١٠/١٩٧٧م ص ٨٢٥ والسنة ١٠ ص ٢٨٦ نقلاً عن مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي - إبراهيم سيد أحمد - ص ٦١ - بتصرف - .
^٢ - حاشية الخرشي ج٧ ص ١٦٩ - .
^٣ - راجع المادة ١٠٠ من مجلة الأحكام العدلية وشرح المجلة - سليم رستم ص ٦٣ - .

يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه ، في الوقائع المتعلقة بالشئون العامة ، التي تدخل في علم الكافة ؛ إذ أن مقتضى دخول تلك الوقائع في علم الكافة ، هو خروجها عن كونها من قبيل العلم الشخصي للقاضي . ويلزم من ذلك عدم الحاجة إلي إثباتها - أو توجيه عبء الإثبات بشأنها ، صوناً للعدل الناجز وسداً لذرائع التأخير وإهدار الوقت ، والمطل ، باعتبار أن العلم بها مفترض في التقاضي - .

وقد أبانت المادة ١٤ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ، ما يجوز فيه الحكم بعلم القاضي عامة ، ثم فصلت ذلك العموم ؛ إذ نصت علي أنه : ((١) - لا حاجة إلي إثبات الوقائع التي تأخذ بها المحكمة علماً قضائياً . (٢) تأخذ المحكمة علماً قضائياً بالشئون المحلية والعامة التي يفترض علم الكافة بها . (٣) مع عدم الإخلال بعموم أحكام البند (٢) تأخذ المحكمة علماً قضائياً بالمسائل الآتية وهي - .

أ// الدستور والتشريع وسائر الأحكام والتدابير التي لها قوة القانون - .

ب// المسير العام لنظم الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية وأجهزتها - .

ج// تولي المناصب العامة وأسماء شاغليها وألقابهم ومهامهم وتوقيعاتهم ، إذا كان تعيينهم قد أعلن رسمياً - .

د// كل دولة تعترف بها حكومة السودان ، وبصفة عامة كل الشئون الدولية والسياسية المتصلة بعلاقات السودان الخارجية - .

ه// التقاسيم الزمنية والجغرافية والمكاييل والموازين والمقاييس وسائر المعايير الشائعة في السودان - .

و// العطلات العامة والقومية - .

ز// الأعراف السودانية العامة التي أقرتها المحاكم - .

ح// المعاني العامة للكلمات - .

ط// قوانين الطبيعة ومسيرها العادي - .

((٤)) يجوز للمحكمة في جميع المسائل التي تأخذ بها علماً قضائياً ، التحري في المسألة والاستعانة بأي جهة رسمية ، أو أي مرجع مناسب ، كما يجوز لها أن

تتشرط علي من يطلب منها أن تأخذ علماً قضائياً بأي أمر ، أن يمدها بما تراه لازماً من المراجع والوثائق لأخذ العلم القضائي -)) .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : ((صالح خضر محي الدين /ضد/ علي الطيب محمد))¹ - ، بأن الوسائل الواردة بالفقرة ٣ من المادة ١٧ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م ، قد وردت علي سبيل الحصر. والرأي عندي أن ذلك ليس سديداً ، فالمادة ١٧ المذكورة والتي تطابق المادة ١٤ من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م ، جاءت صياغة فقرتها (٢) بصيغة العموم التي تدخل كل جنس الشئون المحلية والعامّة التي يفترض علم الكافة بها ، ولا يمكن حصرها بنص قانوني ، لتباينها وتفاوتها وفقاً لاختلاف الزمان وأحوال الناس وعوائدهم ، فضلاً عن أن مستهل الفقرة (٣) ، المبدوء بعبارة : ((مع عدم الإخلال بعموم أحكام البند ٢ -)) صريح في عدم المساس بصيغة العموم ، ويلزم منه عدم الحصر - .

المبحث الثالث

القيمة التدليلية لعلم القاضي الشخصي بالوقائع محل الإثبات

القيمة التدليلية لعلم القاضي الشخصي للوقائع محل التداعي ، تتراوح إلي ثلاث مراتب ، أولها : مرتبة قصوى ترقى بالقيمة التدليلية لعلم القاضي إلي درجة الحجية المطلقة والقاطعة ، وثانيها : مرتبة وسيطة تعتد بعلم القاضي اعتداداً مقيداً ، يضيق دائرة إعماله ، ولا يقلل من حجيته القاطعة متي توفرت شروطه ، وثالثتها :

¹ - (١٩٨٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٧٢ - .

مرتبة لا تعدد بالقيمة التدليلية لعلم القاضي ، إلا في حالات الاستثناءات المتفق فيها علي جواز القضاء بعلم القاضي ، ولا يعني ذلك الجواز بحال قطعية حجيته بصفة مطلقة ؛ إذ لا يحول ذلك العلم عن المحاجة بالدليل ، وهذا هو رأينا المختار ، وفيما يلي بيان تلك المراتب بتفصيل - .

١/ المرتبة الأولى : الحجية المطلقة والقاطعة :

يذهب فقهاء الظاهرية والإمامية في الصحيح من المذهب ، والشافعية في قول غير راجح - هو اختيار أبي العباس^١ وأبي هريرة^٢ - ، إلي إضفاء الحجية المطلقة والقاطعة لعلم القاضي الشخصي لوقائع المنازعة محل الإثبات^٣ - ، بمعنى أنهم يوجبون القضاء بعلم القاضي في سائر الوقائع ، لا فرق عندهم أن تكون تلك الوقائع متعلقة بمسائل الحدود الشرعية الخالصة لله سبحانه وتعالى ، أو متعلقة بحقوق العباد ، ولا فرق أيضاً أن يكون علم القاضي بها قبل توليه للقضاء أم بعده ، ويفيد علم القاضي الشخصي بوقائع النزاع عندهم دليلاً قاطعاً ، لإفادته يقين العلم ، وهو أقوى من الإقرار والشهادة وسائر البيّنات . قال ابن حزم الظاهري :- ((وفرض علي الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود ، وسواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته ، وأقوي ما حكم بعلمه ، لأنه يقين الحق ، ثم الإقرار ثم البيّنة -))^٤ .

ويتفق الإمامية في الصحيح من المذهب مع رأي ابن حزم الظاهري في إسباغ الحجية المطلقة والقاطعة علي علم القاضي بوقائع النازلة محل الإثبات ، ففي (الروضة الندية) : ((وليس بعد العلم ببيان ، بل هو أعلي أنواع البيان ، فإنه لا يحصل من سائر المستندات للحكم إلا مجرد الظن ، بأن المقرّ صادق في إقراره ،

^١ - هو أحمد بن عمر بن سريج - أبو العباس بن سريج - أحد عظماء الشافعية ، بلغت مصنفاته أربعمئة - عدّه السبكي في الطبقات مجدداً علي رأس مائة - توفي في سنة ٣٠٦ هـ - راجع وفيات الأعيان ج١ ص ٤٨ - .

^٢ - هو الحسن بن الحسين أبو علي بن أبي هريرة - الأمام الجليل القاضي من عظماء وشيوخ فقهاء الشافعية ، له (شرح مختصر المزني) توفي ببغداد سنة ٣٤٥ هـ - راجع طبقات الشافعية الكبرى ج٢ ص ٢٥٦ والبداية والنهاية ج١١ ص ٣٠٤ ووفيات الأعيان ج١ ص ٣٥٨ - .

^٣ - راجع المحلي لابن حزم ج٩ ص ٤٢٦ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ٧٥ والمجموع شرح المهذب - التكملة ج١٨ ص ٨ - .

^٤ - المحلي لابن حزم ج٩ ص ٤٢٦ - .

والحالف باراً في يمينه ، والشاهد صادقٌ في شهادته ، وإذا جاز الحكم بمستند لا يفيد إلا الظن ، فكيف لا يجوز بالعلم واليقين))^١ - .

٢ / المرتبة الثانية : الوسيطة المقيدة :

فهي وسيطة لأنها تقيد الاعتداد بعلم القاضي ، بما يضيق دائرة إعماله بقدر ، دون المرتبة الأولى ، غير أنها تتفق مع سابقتها في الحجية القاطعة لعلم القاضي متى توفرت شروطه ، ويمثل هذه المرتبة ، طائفة المتقدمين من فقهاء الحنفية في الراجح من المذهب ، والشافعية في الصحيح من أقوالهم ، وبعض الحنابلة في غير المعتمد من المذهب ، وفقهاء الزيدية - . ويقيد فقهاء هذه المرتبة - بلا خلاف بينهم - اعتدادهم بعلم القاضي ، بالألا يكون في واقعة متعلقة بحدٍ من الحدود الشرعية الخالصة لله سبحانه وتعالى ؛ لأن حدود الله تعالى تبني علي المساهلة والمسامحة والدرء ، فلا يسوغ إثباتها بعلم القاضي الشخصي ؛ ولأن إثباتها يستوجب توفر أدلة شرعية واردة علي سبيل الحصر ، بشرائط خاصة ، ولا يدخل فيها علم القاضي . قال الكاساني : ((... إلا أنه لا يقضي به - أي بعلمه - في الحدود الخالصة ، لأن الحدود يحتاط في درئها ، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ؛ لأن الحجة في وضع الشيء هي البينة التي تتكلم بها ، ومعني البينة وإن وجد ، فقد فانت صورتها ، وفوات الصورة يورث شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ...))^٢ - .

وذهب الإمام أبو حنيفة - خلافاً لصاحبيه - إلي تقيد اعتداده بعلم القاضي بقيد آخر ، باشتراط أن يكون علمه بالواقعة بعد توليته للقضاء وفي عصره ، فإن كان علمه بها قبل ذلك ، أو كان بعده في غير عصره ، فلا يعتد به ، ففي (المبسوط) :- ((... فكذلك له أن يلزمه بمعابنته سبب ذلك ؛ لأن معابنته السبب أقوى في إفادة العلم من إقرار المقر به ، وهذا إن رأي في عصره الذي هو قاض فيه ، بعدما قلد القضاء ، فأما إذا كان رأي ذلك قبل أن يتقلد القضاء ، ثم استقضي ،

^١ - الروضة الندية شرح الدرر البهية ج٢ ص ٢٦٠ - وراجع شرائع الإسلام للمحقق الطلي ج٤ ص ٧٥ - .
^٢ - بدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤٠٨٨ وراجع المجموع شرح المهذب / التكملة / ج١٨ ص ٣٩٨ والمعني لابن قدامه ج٤ ص ٣١ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ١٩٣ والسيل الجرار للشوكاني ج٤ ص ٢٩١ - .

فليس له أن يقضي بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : له أن يقضي بعلمه في ذلك ؛ لأن علمه بمعينة السبب ، لا يختلف بما بعد أن يستقضي وقبله ، وهو أقوى من العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود ، فإن معينة السبب تفيد علم اليقين ، وشهادة الشهود لا تفيد ذلك ، فإذا جاز له أن يقضي بشهادة الشهود عنده ، فلأن يجوز له أن يقضي بعلم نفسه أولي))^١ - .

ووجه تفريق أبي حنيفة بين الحالين المذكورين ، هو أن القاضي يقوم بمقام الشاهد فحسب ، فيما دخل إلي علمه قبل توليه القضاء ، وفيما دخل إلي علمه بعد ولاية القضاء في غير عصره الذي هو قاضٍ فيه ، غير أن ما دخل إلي علمه بعد تولي القضاء في عصره ، يكون بمثابة ما دخل إلي علمه في مجلس قضائه - .

أما الشافعية - في الصحيح من المذهب - فقد أضافوا قيدين إلي القيد المتفق عليه الذي يخرج مسائل الحدود مما يقضي فيه بعلم القاضي ، وأول القيدين هو : أن يبين القاضي للمنكر من الخصمين ما يعلمه من وقائع المسألة محل التداعي ، فذاك ادعي للمثوبة إلي الرشد والرجوع من حال الإنكار إلي الحق ، وثانيهما : أن يذكر القاضي في مستند حكمه أنه صادر بناءً علي علمه الشخصي ، فإن اقتصر علي أحد الشرطين ، وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه^٢ - .

وتقييد الشافعية للقضاء بعلم القاضي بهذا النحو ، وإن تبدي متعلقاً بالقواعد الإجرائية ، إلا أن مقتضاه ، عدم حجية علم القاضي ، عند انتفاء القيدين أو أحدهما . وفقهاء هذه الطائفة المقيدة للأخذ بعلم القاضي ، يرتقون بدورهم بقيمته التدليلية إلي درجة إفادة القطع ، لاستمداده من يقين العلم ، فهو أقوى عندهم من سائر الأدلة الأخرى التي لا تفيد سوي الظن ، بل هو أقوى عندهم من الإقرار أيضاً ، يبين ذلك مما نسوقه هنا من نص للشوكاني - مع الإحالة إلي غيره - ففي (السيل الجرار) : ((أعلم أن غاية ما يحصل للحاكم بشهادة الشهود ، أو يمين المنكر ، أو إقرار المقرّ ، هو مجرد الظن المختلف قوةً وضعفاً ، لأن الصدوق قد

¹ - المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١٠٥ - .
² - راجع الحاوي الكبير للموردي ج١٦ ص ٣٢٤ - .

يكذب ، والمقر علي نفسه قد يقرّ بالباطل لغرض ، ولكن هذه لما كانت أسباباً شرعية ، وردت في الكتاب والسنة ، وأجمع عليها أهل الإسلام ، كان القضاء بها حقاً في ظاهر الشرع ، وجاز للقاضي الاستناد في حكمه إلي الظن ومعلوم لكل عاقل أنه إذا كان الحاكم يعلم بالقضاء ، ويدري بالشيء علي جليته وحقيقته ، فهذا مستند فوق ما يحصل له من تلك الأسباب ؛ لأنه علمٌ والحاصل بتلك الأسباب ظن ، ولا خلاف في أن العلم أقوى من الظن ، وأن الاستناد إليه مقدّم علي الاستناد إلي الظن ، بل لا يبقى للظن تأثير مع وجود العلم أصلاً . فالحاكم الذي حكم بما يعلمه ، قد حكم بالعدل والحق والقسط ، بلا شك ولا شبهة ، ولم يكن مع علمه مجوّزاً لكون حكمه باطلاً ، وليس ذكر تلك الأسباب إلا لبيان ما هو ممكن في الواقع من التوصل إلي معرفة الحق ، مع عدم القطع والبت بمطابقة الحكم للواقع فلا شك ولا ريب أن قضاء الحاكم بعلمه أسكن لخاطره ، وأقوي لقلبه ، وأقرّ لعينه من الحكم بالظن ، والعمل بما هو أولي هو مقبول ، لا يخالف فيه إلا من لا يتعقل الحقائق كما ينبغي ، كما تقرر في الأصول ، في الكلام علي فحوي الخطاب فالحاصل أن الحاكم بعلمه ، حاكم بالعدل والحق ، والتعليل بالتهمة لا وجه له ، ولا التفات إليه ، فإن التهمة عن الحكام العادلين العارفين بما شرعه الله ، المتعقلين لحجج الله سبحانه منتفية وهو أبعد عن الريب ، وأنزه من أن يُزَنَّ [يتهم] بعيب -))¹ .

الرأي المختار :-

نتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية ومع التشريعات المعاصرة في مشروعية وحجية القضاء بعلم القاضي في حالات الاستثناءات الخمس التي سبق بيانها ، أما فيما سواها فلا نري وجهاً للاستدلال فيها بعلم القاضي الشخصي للوقائع محل التداعي ، سداً لذرائع الميل ، وصوناً للقضاء من التهمة ، ولا يجوز في حقه إلا أن يقضي بما يطرح أمامه من أدلة ، شريطة ألا يقضي بخلاف علمه ، فإن أُقيمت

¹ - السيل الجرار للشوكاني ج٤ ص ٢٩٠/٢٩١ وراجع مثله بشأن تقويم دلالة علم القاضي في المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١٠٥ وفي المجموع شرح المهذب للنووي / التكملة / ج١٨ ص ٣٨٩ - .

البينة بخلاف علمه - أو طلب الخصم شهادته - فيلزمه التنحي عن الدعوى لأداء شهادته أمام قاضٍ آخر ، قال التسولي : ((... (إنهاء ما علمه) ، أي رفع شهادته (لمن سواه) من القضاة ... حال كون القاضي (شاهداً بحكمه) أي في مرتبة الشاهد ، فينزل عن رتبة القاضي وحكمه إلي رتبة الشاهد وحكمه ... وإذا شهد عند القاضي شهود عدول ، بما يعلم خلافه ، فلا يحلّ له أن يقضي بشهادتهم ، ويدفع الخصمين عن نفسه ، ويكون شاهداً عند من يتحاكمان إليه ، وعن سحنون : أنه لا ينفذها ، - أي الشهادة بخلاف علمه - لأنه قال : لا يجوز لي أن أحكم بشهادتهما ، ... ولكن أرفع ذلك لمن فوقني ، وأشهد بما علمت وغيري بما علم...))¹ - ومن إحسان العدل ما روي عن سحنون من إحالة الدعوى إلي القاضي الأعلى لأداء الشهادة أمامه ؛ لأن الإحالة إلي الأدنى فيها مظنة التأثير² - .

إن ما ساقه الشوكاني من انتفاء التهمة في حق القاضي (العادل) غير مسلم ، ولا سيما في حق قضاة زماننا ، ويروي عن الربيع³ أن الشافعي كان يري القضاء بالعلم ولكنه لا يفتي به خوفاً من قضاة السوء⁴ ، ولا مراة في أن التهمة في قضاة زماننا أمكن ، وأن سدّ ذريعتها في عصرنا أوجب - . قال ابن قيم الجوزية : ((... وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلي رجلٍ مستور بين الناس ، غير مشهور بفاحشة ، وليس عليه شاهد واحد فيرجمه ، ويقول : رأيتُه يزني ، أو يقتله ويقول : سمعته يسبّ النبي ، أو يفرّق بين الزوجين ويقول : سمعته يطلق ؟ وهل هذا إلا محض التهمة ؟ ولو فتح هذا الباب ولا سيما لقضاة الزمان ، لوجد كل قاضٍ له عدو السبيل إلي قتل عدوّه ورجمه وتفسيقه والتفريق بينه وبين امرأته ، ولا سيما إذا كانت العداوة خفية ، لا يمكن عدوه إثباتها ، وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه لوجب منع قضاة الزمان من ذلك ...))⁵ - .

¹ - البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٤٤ - .

² - راجع أقوال الفقهاء وما في بعض التشريعات المعاصرة في أحكام الإحالة في كتاب (تعارض البينات القضائية) ص ٢٣٩ - .

³ - هو الربيع بن سليمان المرادي صاحب الإمام الشافعي وراوي أكثر كتبه - توفي في سنة ٢٧٠ هـ راجع طبقات الشافعية الكبرى ج ٢ ص ١٣٢ - .

⁴ - راجع كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١٥٨ - .

⁵ - الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ٢٩١ - .

وتتضاءل القيمة التدليلية لعلم القاضي ، عندما يتعلق بواقعة من وقائع الحدود الشرعية ، أو بعنصر من عناصر الجريمة الحدية ، أو بشرط من شرائط إيجابها ، بحيث لا يسوغ فيها الحكم بعلم القاضي ، بل ولا يسوغ إعمال علمه ولو اتصل الأمر الحدي - بوجه من الوجوه - بالاستثناء المقرر قانوناً وفقاً لمقتضى المادة (٢/١٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م - بمعنى أن علم القاضي عندئذ يكون عديم القيمة التدليلية ، ولو كان فيما يدخل في علم الكافة ، وبهذا النحو قضت محكمة الاستئناف - الجنائية - برفض مبدأ الاستناد إلى العلم القضائي بشأن شرط نصاب السرقة الحدية ، وذلك رغم بدهاة - تجاوز قيمة ثماني أبقار إناث وعجل ، لقيمة نصاب السرقة الحدية ، ورغم دخول ذلك في علم الكافة ، إذ قضت محكمة الاستئناف بأنه : ((عند الإدانة بجريمة السرقة الحدية ، لا تحكم المحكمة بعلمها العام ، ولا بدّ من أن تستدعي خبيراً (مئماً) ، ليُدلي بأقواله عن قيمة المسروق طبقاً للمادة ١٧ من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م - ... [واستطردت قائلة] : ... الأبقار التي أُدين المتهم بسرقتها ثماني إناث وعجل صغير ، وقد جاء في أقوال المتحري أن قيمتها قدرت بحوالي خمسمائة ألف جنيه ، ولم يذكر المتحري من الذي قام بهذا التقدير ، ولم تستجوبه المحكمة عن هذه النقطة ، وبالرغم من اقتناعي بأن قيمة الأبقار ، بل قيمة الواحدة منها ، تفوق النصاب بكثير ، إلا أن ذلك ناتج عن معلوماتي العامة ولكن لا يجوز لي ولا للمحكمة الأدنى أن تقضي بعلمها ، وعليه فلا بدّ من أن تستدعي المحكمة خبيراً ليُدلي بأقواله عن قيمة الأبقار المسروقة ، حسب تقديره ، وأنا أذن لها بذلك عملاً بسلطتي تحت المادة (١/٢٣٨ د) من قانون الإجراءات الجنائية))^١ .

ولا مرأ في أن محكمة الاستئناف قد أحسنت فيما قضت به من عدم جواز الحكم بالعلم القضائي العام ، عند الإدانة بجريمة السرقة الحدية ، إلا أنها قد جانبت الصواب فيما أشارت به من ضرورة استدعاء خبير (مئمن) ليُدلي بأقواله عن قيمة الأبقار المسروقة ، حسب تقديره وفقاً لمقتضيات المادة (١٧) من قانون الإثبات

^١ - قضية : (حكومة السودان / ضد / العوض مركز معالي) (١٩٨٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٥٠ - .

لسنة ١٩٨٣م [المطابقة للمادة (١٤) من قانون الإثبات لسنة ١٩٩٤م] ، ويتمثل وجه جانبتها للصواب فيما أشارت به من ضرورة استدعاء (خبير - مثنى) ليبدلي بأقواله ؛ إذ أن قيمة الأبقار لا تثبت -لأغراض إثبات نصاب السرقة الحدية - إلا بشاهدين خبيرين عارفين بالتقويم ، ولا يعتد بأقوال خبير واحد في إثبات النصاب - . وهذا هو المستقر فقهاً وقضاً ، وقد قضت المحكمة العليا السودانية في قضية : (حكومة السودان / ضد/ انطونيو شريك كونج وآخر) بأنه : ((لا يثبت نصاب السرقة الحدية بالفواتير والمستندات ، وإنما بالبينة الشرعية ، وهي شهادة رجلين عدلين خبيرين (مثنى) - [وقالت] ... ولكن يثور السؤال : ما إذا كان في وسع المحكمة أن تحكم بأن قيمة المسروقات فاقت النصاب الشرعي للسرقة، وذلك استناداً إلي علمها العام ؛ لأن هذه المسروقات وإن كانت قديمة ، إلا أنها كثيرة ، ولا يستقيم عقلاً أن تكون قيمتها في تاريخ شرائها في الماضي البعيد أقل من ... النصاب الشرعي الذي حدده المنشور الجنائي لسنة ١٩٩١م ، لجريمة السرقة الحدية . إن الإجابة أيضاً علي هذا السؤال بالنفي ، ذلك لأنه ينبغي علي القاضي ألا يقضي في جرائم الحدود بما علم من خلال انطباعاته واستنتاجاته واستنباطه وتصوراته واستخلاصاته الخاصة ... فالمادة (١٦) من قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م تنص علي أنه : لا يحكم القاضي بعلمه الشخصي ، ونجد أن علم القاضي ليس من البينة الشرعية المثبتة لجرائم الحدود ، حسب نص المادة ٧٨ من القانون المذكور -))^١ .

والخلاصة : أن التهمة تستحكم بالقضاء بعلم القاضي في مسائل المعاملات وفيما يتعلق بحقوق العباد ، وبدلالة الفحوى في مسائل الحدود الخالصة لله تعالى ، وفي عناصر الجرائم الحدية وشرائط إيجابها ، فلزم عدم الاعتداد به إلا في أضيق حالات الاستثناءات التي سبق الإلماع إليها ، سداً لذرائع التهم والميل ، وصوناً من إبطال وسائل الإثبات أو إهمالها ، أو إفراغها من غاياتها التي شرعت لأجلها - .

^١ - (١٩٩٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية - صفحتي ٩٤/٨٨ - .

الباب الثالث

:

:

:

:

الفصل الأول

الضوابط العامة لسلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار الأحكام

فقهاً وقانوناً وقضاءً

لما كانت مواضع الاجتهاد القضائي هي محور سلطة القاضي التقديرية , وهي مواضع تتراوح بين حالة انتفاء النص الحاكم , أو وجود نص قابل للتأويل , أو حالة واقعة تحتمل المقاربة بأخرى , فقد لزم استقراء واستخلاص الضوابط التي يجب أن يتقيد بها القاضي , حال ممارسته لسلطته التقديرية , وهي بالطبع ضوابط وضعت لتصون عن التحكم , وعن فصل القضاء بالتشهي , وفي أقل النتائج فهي تنأي بأحكام القضاة عن التنافر والتضارب مع بعضها , ومن ثم تبعث طمأنينة المحكومين لعدل القضاء .

الأشعري: ((فافهم إذا أدلي إليك ...)) - وفيها : ((... ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن ولا سنة , ثم قايس الأمور عند ذلك ...))^١ .

والخلاصة : فان الفهم عماد القضاء , وليس هو خاصاً بمجالات السلطة التقديرية , وإنما هو ركن جملة القضاء وعماده , غير أن ضرورة العناية به , تتضاعف فيما لا نص فيه من النوازل , وفي غيرها من المواضع التي يلزم فيها علي القاضي الاجتهاد , بالاستنباط أو التفسير . قال السر خسي : ((... ينبغي للقاضي أن يصرف العناية إلي ذلك (أي إلي الفهم) , خصوصاً إذا تمكن الاستيفاء في قلبه , فانه عند ذلك مأمور بالتثبت , ممنوع عن المجازفة , خصوصاً فيما لا نص فيه من الحوادث ... فالنصوص معدودة , والحوادث ممدودة , فعند ذلك لا يجد بدأً من التأمل ...))^٢ .

والمنشود هو استفراغ الوسع , بلوغاً إلي غاية الفهم , ففي معين الحكام للطرابلسي - وتبصرة الحكام لابن فرحون - : ((... لا يقضي القاضي حتى لا يشك أن قد فهم , لما يجد من الحيرة , فلا ينبغي أن يقضي بينهما , وهو يجد ذلك^٣)) .

والفهم اللازم للقاضي نوعان هما : فهم الواقع وفهم الواجب , وبالمصطلح المعاصر فهما : تكييف الوقائع وتكييف القانون , بمعنى أنهما فهم الواقعة محل النزاع - أو محل الإثبات - وفهم الحكم الواجب تنزيله عليها . وما لم يدركهما القاضي إدراكاً دقيقاً , فانه يخطئ إصابة الحق في قضائه . قال ابن قيم الجوزية : ((... ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق , إلا بنوعين من الفهم , أحدهما : فهم الواقع والفقهاء فيه , واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات , حتى يحيط به علماً . والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع , وهو فهم

^١ - رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات باب لا يحيل حكم القاضي علي المقضي له والمقضي عليه , ولا يجعل الحلال علي واحد منهما حراماً ولا الحرام علي واحد منهما حلالاً - ج ١٠ ص ١٥٠ وأول من أورد هذه الرسالة هو ابن قتيبة في عيون الأخبار ج ١ ص ٦٦ وقد توفي ابن قتيبة في النصف الثاني من القرن الثالث الهجري , ثم أورده من بعده خلق كثير منهم المبرد في الكامل , والماوردي في الأحكام السلطانية ص ٦٨ والسرخسي في المبسوط ج ١٦ ص ٦٠ وابن قيم الجوزية في اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٢ وغيرهم . وقد اختلفت الروايات عن بعضها يسيراً , وقد تلقت الأمة هذه الرسالة العمرية بالقبول - .

^٢ - المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٦٢ وراجع معين الحكام للطرابلسي ص ١٤ - .
^٣ - معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي ص ١٩ وراجع ذات النص في تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٣ وراجع المبسوط للسرخسي وفيه أن الفهم : إصابة الحق , فمعناه عليك ببذل المجهود في إصابة الحق , إذا أدلي إليك .

حكم الله الذي حكم به في كتابه , أو علي لسان رسوله في هذا الواقع , ثم يطبق أحدهما علي الآخر فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه , إلي معرفة حكم الله ورسوله))¹ .

ومسألة التكييف القانوني للوقائع تكييفاً سديداً , مما يناط بالقاضي , فالقاضي ليس ملزماً بالتكييف الذي يقدمه الخصوم , سواء كان الخصم صاحب حق خاص , أو ممثلاً للحق العام . ولا يتأتى للقاضي تكييف الوقائع تكييفاً قانونياً سديداً , إلا بعد الإحاطة بعناصر الوقائع ومدى توفرها في الدعوى محل النظر . ثم بعد الفراغ من نشاطه الذهني المتعلق بعملية تكييف الوقائع ومعرفة مدى توفر عناصرها , وبعد الوقوف علي الظروف المحيطة بها , فإنه – أي القاضي – يبدأ مرحلة نشاط ذهني مكمل لعملية التكييف الأنف ذكرها , ألا وهي مرحلة التكييف القانوني لتلك الوقائع , وفيها يجول ببصر نافذ في ثنايا المواد القانونية الواجب تنزيلها علي الواقعة محل النزاع , حتى ينتهي به نظره إلي القاعدة , أو المادة القانونية الواجبة التطبيق , وعندئذ يجري القاضي عملية (تحقيق المناط) , أي النظر في مدى تحقق القاعدة القانونية بمختلف عناصرها في الواقعة محل النظر , فان وجد تطابقاً بينهما , قضي بما توجبه تلك القاعدة القانونية , وإلا نظر في سواها , فان لم يكن ثمة نص , أجري القياس القضائي اللازم , وقضي بأحب الوجوه إلي الله وأشبهها بالحق . وهذا المنهج المعاصر في التكييف نابع من معين الفقه الإسلامي , ففي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلي أبي موسى الأشعري ما نصه : ((... ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ليس في قرآن ولا سنة , ثم قايس الأمور عند ذلك , وأعرف الأمثال والأشباه , ثم أعمد إلي أحبها إلي الله فيما تري , وأشبهها بالحق))² . ولا شك أن مفاد ما في تلك الرسالة , يتطابق تماماً مع منهج التكييف المعاصر علي النحو الذي أوردناه- .

وسائل تحصيل فهم الوقائع وعناصرها :

¹ - اعلام الموقعين - لابن القيم - ج ١ ص ٩٤ - .

² - سبق تخريجه في هذا المطلب (في ص ٦٣٨) مع بيان بعض من تكلم عنه من أهل العلم - .

يتم تحصيل فهم الوقائع محل النظر وعناصرها , من خلال اتباع مجموعة من أصول التقاضي وإجراءاتها , بواسطة القاضي الذي يناط به نظر الدعوى والفصل فيها , وتتمثل تلك الأصول والإجراءات فيما يلي :-

أولاً : التزام مبدأ الشفوية :

علي القاضي الذي يناط به سماع الدعوى والفصل فيها , أن يستمع إلي الدعوى والدفوع والبيانات وسائر المرافعات التي يدلي بها الخصمان و في مجلس القضاء شفاهة , ((ضماناً للوصول بالقاضي إلي أكبر قدر ممكن من الإحساس بالقضية ولبها ومقاطع الفصل فيها))^١ .

وقد عبر الكاساني في البدائع عن الغاية التي من أجلها شرعت الشفوية قائلاً بأن ذلك ليكون القاضي ((فهماً عند الخصومة , فيجعل فهمه وسمعه وقلبه إلي كلام الخصمين , فإذا لم يفهم القاضي كلامهما , يضيع الحق))^٢ . وفي (معين الحكام) للطرابلسي : ((قد يشكل علي القاضي كلام الخصمين , وهذا مانع له من التصور , فيأمرهما بالإعادة حتى يفهم منهما))^٣ . فالتخادم الشفوي مقرر لتمكين القاضي من حسن فهم الوقائع , فيجب ألا يسارهما – أو أحدهما - , قال ابن فرحون : ((... لأن الحكم لا يكون إلا بالإعلان , وذلك – أي المسارة – مما يوهن الحكم , ويضعف نفس الآخر , ويوهنه , ويوقع الظنة بالقاضي))^٤ .

ولا ريب أن أهم فوائد الشفوية هي إتاحة الفرصة للخصم الآخر لمناقشة ما يطرحه خصمه من أقوال وأدلة ؛ إذ لا يجوز بناء الأحكام علي أدلة لم تطرح للمناقشة في مجلس القضاء , وبالأولي فلا يجوز بناء الأحكام علي ما لم يعلم به الخصوم - .

وتنص المادة ٨٩ من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي أنه : ((تسمع أقوال الشهود والخصوم شفاهة , تحت إشراف القاضي , في محكمة علنية , ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك -)) , ولا تكاد تجد تشريعاً معاصراً ,

^١ - راجع كتاب الاجراءات الجنائية - تأصيلاً وتحليلاً - د. رمسيس بهنام ص ٦٥٥ - .

^٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للكاساني - ج ٩ ص ٤٠٩٤ وراجع المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٦٠ - .

^٣ - معين الحكام للطرابلسي - ص ١٩ - .

^٤ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٧ وراجع معين الحكام للطرابلسي ص ٢٠ - .

لا يقرر مبدأ شفوية سماع الأقوال والبيانات , سواء كان في مجال أصول التقاضي في المحاكمات الجنائية , أو المدنية .

وفي السابقة القضائية (حكومة السودان /ضد/ ترك ولدای مارودي وآخر): قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((القاعدة الأصولية هي أن التحقيق الشفوي الذي تجريه المحكمة بنفسها , هو الذي تعتمد عليه المحكمة في الأساس في وزن الأدلة وترجيحها -))^١ .

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن : ((الأصل في الأحكام الجنائية , أنها تبني علي التحقيق الشفوي الذي تجريه المحكمة في الجلسة , وتسمع فيه الشهود, ما دام سماعهم ممكناً , ولا يجوز الافتئات علي هذا الأصل الذي أفترضه الشارع في قواعد المحاكمة , لأية علة مهما كانت , إلا بتنازل الخصوم صراحة أو ضمناً -))^٢ .

ثانياً : تأسيس تكييف الوقائع علي محصلة الثابت بأدلة مشروعة :

الأصل أن يؤسس القاضي نشاطه الذهني الذي يمارسه من أجل تكييف الوقائع تكييفاً سديداً , علي محصلة الوقائع الثابتة بأدلة مشروعة إذ لا يجوز له بناء تكييفه علي ما ثبت بأدلة غير مشروعة , كالأدلة المصادمة لمبدأ المشروعية , أو تلك المقررة في منهج الإثبات الروحي , أو غيرها من الأدلة التي لم يرد بها حكم شرعي , ومن قبيلها دلالة الفراسة – ونسوقها هنا للمثال – , ففي (معين الحكام) للطرابلسي – نقلاً عن القاضي أبي بكر ابن العربي – أنه قال : ((... الفراسة لا يترتب عليها حكم ... فان مدارك الأحكام معلومة شرعاً , مدركة قطعاً , وليست الفراسة منها , فالحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن والحزر والتخمين , وذلك فسق

¹ - (١٩٧٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢٣٧ - .

² - نقض مصري ١٩٧٧/٢/١٤م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية – مجموعة المكتب الفني – س ٤٦ ق الطعن ١١٩٨ ص ٢٦٥ - .

وجور من الحاكم ...))^١ . وقد عزي ابن فرحون المالكي النهي عن الحكم بالفراسة إلي أنه تعطيل للطرق الشرعية , من البيئة والأيمان -^٢ , فضلاً عن أن التزام مبدأ مشروعية الدليل , فيه حماية للقاضي , وصون له من فصل القضاء بالتشهي , وفي ذات الوقت فإن فيه حماية للمتخاصمين , وصون لحقوقهم , ومن ثم يجب علي القاضي الحرص عليه , وعدم التفريط فيه .

ولا فرق أن تكون المشروعية مقررة بمقتضي حكم شرعي , أو بمقتضي قاعدة قانونية , إذ الأصل فيها استمداها من مصدر تشريعي أصلي , أو تبعي , ثم توفر ركنيها , وهما : وجوب ورود نص بالجواز بمقتضي مصدر تشريعي أصلي أو تبعي , وسبق ورود نص الإجازة لحدوث النازلة محل الإثبات , بحيث لا يكون إعمال الدليل بأثر رجعي . وهذا الركن الأخير ليس خاصاً بالدليل , وإنما هو مبدأ تشريعي عام , ولا يكاد يخلو عنه دستور معاصر -^٣ .

ثالثاً : التوازن النفسي للقاضي والخصمين والشهود :-

يعتبر صفاء ذهن القاضي وتوازنه النفسي أحد أهم عناصر تحصيل فهم الواقع والواجب , لذلك نهى رسولنا الكريم صلي الله عليه وسلم عن فصل القضاء حال الاضطراب النفسي , إذ قال : ((لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان))-^٤ . ووجه الدلالة أن النبي صلي الله عليه وسلم قد نهى عن القضاء حال عدم التوازن النفسي , والنهي يقتضي فساد المنهي عنه . وقال الإمام الشافعي رحمه الله: ((... فأمر الله من يمضي أمره علي أحد من عباده , أن يكون مستبيناً قبل أن يمضيه , ثم أمر رسول الله صلي الله عليه وسلم في الحكم خاصة أن لا يحكم الحاكم وهو غضبان , لأن الغضبان مخوف علي أمرين : أحدهما : قلة التثبت , والآخر أن

١ - معين الحكام - لعلاء الدين الطرابلسي ص ١٦٨ - .

٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٤ - .

٣ - راجع مبدأ عدم الرجعية في المادة ١٣ من الدستور التونسي والمادة ٣٢ من دستور الكويت والمادة ٢١ من دستور العراق , والمادة ٤١ من دستور اليمن , والمادة ٦٦ من الدستور المصري , والمادة ٣٧ من دستور الامارات العربية المتحدة (المؤقت) والمادة ١٠ من دستور دولة قطر (النظام الاساسي المؤقت) , والمادة ٣٢ من دستور السودان لسنة ١٩٩٨ م , وتولي التشريعات الجنائية عناية فائقة لمبدأ عدم الرجعية , الا أن بعض قوانين الإثبات والمرافعات تستثني بعض الأحوال من مبدأ عدم الرجعية , وهي في الأغلب حالات تتعلق بالقواعد الاجرائية الشكلية البحتة , وينبغي التنبه إلي أن مبدأ عدم رجعية الدليل يسري علي قواعد الإثبات الموضوعية - .

٤ - رواه الدارقطني في سننه في كتاب الأفضية والأحكام ج ٤ ص ٢٠٦/٢٠٥ .

الغضب قد يتغير معه العقل , ويتقدم به صاحبه علي ما لم يكن يتقدم عليه لو لم يكن غضب فأى حال أنت عليه تغير خلقه أو عقله , انبغي له أن لا يقضي حتى تذهب , وأي حال صيرت إليه سكون الطبيعة واجتماع العقل , انبغي له أن يتعاهدها , فيكون حاكماً عندها ...)) - ١ .

ومقالة الإمام الشافعي صريحة علي أن حديث النبي صلي الله عليه وسلم – الأنف ذكره – لا يقتصر علي حالة الغضب , وإنما يتعداه إلي غيرها من حالات الاضطراب النفسي , وهذا ما نص صراحة أيضاً في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلي أبي موسى الأشعري , إذ جاء فيها : ((... وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة ...)) - ٢ .

وحالات الاضطراب النفسي مانعة من صفاء الذهن , وحاجبة عن الفهم السديد , المؤدي إلي تطابق الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية , ولذلك أورد الفاروق عمر رضي الله عنه في رسالته الأنفة الذكر تحذيره عن القضاء في حالة الاضطراب النفسي , عقب تأكيده علي الفهم لما أدلي به الخصمان , مما ليس في قرآن ولا سنة أي فيما لا نص فيه وحيث يتطلب الفهم نشاطاً ذهنياً أكبر , وكذلك الحال فيما كان فيه النص مبهماً قابلاً للتأويل والتفسير , ففيهما يكون درك حقيقة القضاء , أو وجه الحكم الشرعي الواجب , أشق من غيرهما , قال الزقاق في لاميته:-

إذا لم يكن محتاجاً إن كان مشبهاً * * * ودعواه صحت إن كان مجملاً
كلام يبين كالتمام لنا قص * * * وتفسير إبهام وان لفظ أشكلا
فيوضح ولتأمره بتقييد غامض * * * لتسأل عنه أو لأن تتأملا
وفكرك فرغ وأطلب النقص وأفهمن * * * فبعد حصول الفهم قطعاً لتفصلا^٣

١ - الأم للشافعي ج ٧ ص ٨٦ - .
٢ - سبق تخريج الرسالة في ص ٦٣٨ من هذه الدراسة .
٣ - متن لامية الزقاق – الفصل المبدوء (ألا أيها القاضي ...) - .

ثم إن الفاروق عمر رضي الله عنه ، بعد التأكيد علي الفهم ، استرسل متبعاً ذلك بالأمر بتحصيل الحقيقة القضائية عن طريق القياس القضائي ، معيناً ضوابطه ، فكانت تلك الرسالة العمرية بحق أساساً مكيناً متيناً في أصول التقاضي - .

وقد توج رضي الله عنه رسالته بإرساء مبدأ آخر بالغ السمو ، وهو مبدأ التسوية بين الناس أمام القضاء (أس بين الناس في وجهك وعدلك) وقضائك) ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك -)-. فالقاضي ديدنه (الحقيقة القضائية) ، فلا مجال عنده لشهوات الكبراء من الأمرء والوزراء ، وكل ذلك ادعي لتوفير الطمأنينة وشفاء الذهن والتوازن النفسي ، وكانت غاية السبق للزمان في تقريره رضي الله عنه لمبدأ (استقلال القضاء) وهو أكثر العناصر أهمية في تحصيل التوازن النفسي ، وهو مبدأ صادر عن معين نظام التقاضي الإسلامي ، وكان تقريره رضي الله عنه لهذا المبدأ السامي تشريعاً وتطبيقاً ، فأما تشريع المبدأ ففي فصله لولاية القضاء عن ولاية الأمانة ، وأما تطبيقه للمبدأ ، فقد روي أن معاوية بن أبي سفيان والي الشام كان قد خالف عبادة بن الصامت قاضيها في أمر ، وأغلظ معاوية لعبادة في القول ، فيما اعتبره القاضي عبادة بن الصامت تأثيراً علي القضاء ، فقال عبادة لمعاوية : ((لا أساكنك بأرض واحدة أبداً)) ... وترك الشام وعاد إلي المدينة ، فلما قابله أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه ، قال له : ((ما أقدمك ؟)) ، فأخبره عبادة بما حدث . فقال له أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه : ((أرجع إلي مكانك ، ففبح الله أرضاً لست فيها ولا أمثالك .)) وكتب إلي معاوية : ((... يا معاوية : لا إمرة لك علي عبادة))¹ ، هكذا لا سلطان للأمير - أو الوالي - علي القاضي - فالقاضي مستقل في قضائه في شرعنا الحنيف ، ولا سلطان عليه إلا حكم الشرع - أو القانون - ولا يجوز لأي سلطة التدخل - أو التأثير - في شأن العدالة ، وليس هناك نظام قضائي مارس هذا المبدأ عملياً أكثر من نظام القضاء الإسلامي ، ومصنفات تراثنا الفقهي زاخرة بما يقطع بأن هذا المبدأ نابع من معين تراث شرعنا الحنيف ، ولا أدل علي ذلك من

¹ - راجع أسد الغابة لابن الأثير ج ٣ ص ١٦٠ - .

مقالة سيدنا رسول الله صلي الله عليه وسلم , فيما روي عنه من استنكار التدخل والشفاعة لدي القضاة , وأمره بالتسوية بين الشريف والضعيف في إقامة الحد الشرعي ؛ إذ قال لأسامة بن زيد : (أتشفع في حد من حدود الله ؟) ثم قام صلي الله عليه وسلم خطيباً فقال : ((إنما هلك من كان قبلكم , أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه , و إذا سرق فيهم الضعيف قطعوه , والذي نفسي بيده , لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها -))^١ .

وبجانب روح الاستقلال والتسوية الذين أرساهما النبي صلي الله عليه وسلم بهذا النحو الرفيع , فقد روي في سيرة الخلفاء الراشدين ممارستهم الفعلية لمبدأ استقلال القضاء , إذ روي أنه تخاصم سيدنا عمر مع رجل لدي شريح , وتخاصم سيدنا علي مع يهودي لدي شريح أيضاً , وفيها رد شريح شهادة سيدنا الحسن بن علي لأبيه رضي الله عنهما , فقال سيدنا علي كرم الله وجهه لشريح : ((أما سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين , هما سيذا شباب أهل الجنة؟)) فقال شريح : ((قد سمعت ولكن أنت بشاهد آخر ...)) , قال السرخسي : ((فدل ذلك أنه كان ظاهراً فيما بينهم - أي بين الصحابة - أن شهادة الولد لوالده لا تقبل , إلا انه وقع لعلي رضي الله عنه , في الابتداء أن للحسن خصوصية في ذلك , لما خصه به رسول الله صلي الله عليه وسلم من السيادة , ووقع عند شريح رحمه الله أن السبب المانع , وهو الولادة قائم في حقه ...))^٢ .

ولا أظهر دلالة علي بيان استقلال القضاء في النظام الإسلامي , وعدم خضوع القاضي المسلم إلا لحكم الشرع , مما يستفاد من هذه القصة بين أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه وقاضيه شريح .

ولم يقف نظام القضاء الإسلامي عند حد إرساء مبدأ استقلال القضاء , بل عني بصيانتته بوضع ضمانات تحول دون التغول عليه , أو إهداره , وذلك بإقرار

^١ - أخرجه البخاري في صحيحة في كتاب الحدود باب إقامة الحدود علي الشريف والوضيع ومسلم في صحيحة في كتاب الحدود باب قطع السارق الشريف وغيره وأبو داؤد في سننه في كتاب الحدود في الحد يشفع فيه , والنسائي في سننه في كتاب قطع السارق باب ذكر اختلاف الناقلين ... في المخزومية التي سرقت , وابن ماجة والدارمي في سننهما في كتاب الحدود باب الشفاعة في الحدود والامام أحمد في مسنده ١٦٢/٦ .

^٢ - المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ١٢١ وراجع تخريج أحاديث شهادات الوالد والولد لبعضهما في نصب الراية للزيلعي ج ٤ ص ٨٢ .

مبدأ (عدم عزل القاضي)^١ , ما دام صالحاً لأداء وظيفته , بأن كان عدلاً في أحواله , بصيراً بقضائه , وهو عنصر مؤثر في تحصيل صفاء الذهن , وتحقيق طمأنينة النفس , وفي الوقاية من مزالق الرغب والرهب , ثم إن القضاء الإسلامي قد قرر أيضاً ضماناً لاستقلال القضاء , مبدأ كفاية الراتب , لا كفايه , وهو بدوره مؤثر في تحصيل طمأنينة النفس وراحة البال , وكما هو صائن عن تأثيرات الحاجة والعسرة , وفي رسالة سيدنا علي كرم الله وجهه إلي الأشر النخعي : ((... وأفسح له - أي للقاضي - في البذل , ما يزيل علقته , وتقل معه حاجته إلي الناس ...))^٢ .

وتقدير راتب القاضي بقدر الكفاية , يراد به كفاية النظر الصائب في أقوال الخصوم وأدلتهم , ولئلا يهون في الحق , لأن ما دون راتب الكفاية يجعله في حاجة إلي الناس , والحاجة تزري بصاحبها , وفي المغني لابن قدامه أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه , قد كتب إلي معاذ بن جبل وأبي عبيدة رضي الله عنهما , حين بعثهما إلي الشام : ((أن انظرا رجالاً من صالحي من قبلكم , فاستعلموهم علي القضاء , وأوسعوا عليهم , وأرزقوهم وأكفوهم من مال الله -))^٣ . ويحكي أن (يحيي بن حمزة) قاضي دمشق , كتب كتاباً إلي الأمير (اسحق بن عيسى) في زمن الرشيد , قائلاً : ((... أما بعد : فلا ينبغي لقاض أن يكون غارماً , لأن الغارم يعد فيخلف , ويقول الكذب . ولا ينبغي أن تكون به حاجة إلي أحد , فيهن في الحق , لأن طلب الحاجات فقر ظاهر , وهم شاغل , ولا ينبغي أن يعارض هم الحكم هم غيره , فيزري بصاحبه ويشغله عنه))^٤ .

تلك نصوص تؤكد أن مبدأ (استقلال القضاء) قد شرع أصلاً لحسن أداء الرسالة القضائية , كفاية للنظر المجرد والفهم الخالص النافذ لحقائق الوقائع والأحكام , وتؤكد تلك النصوص أن هذا المبدأ صادر عن معين تراثنا الإسلامي , ومن الخطأ الانسياق إلي مزاعم أهل المدنية الغربية المعاصرة في قولهم أن مبدأ

^١ - راجع كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٩٤ وفيه أنه يجوز عزل القاضي إذا ثبت فيه ريبة ويكفي لثبوتها عليه الظن - , فالجواز مشروط - .

^٢ - راجع الرسالة بتمامها في نهج البلاغة للإمام علي كرم الله وجهه ص ٣٧٣ .

^٣ - المغني لابن قدامه ج ٤ ص ٩ - وراجع ذات حكم كفاية الراتب روضة القضاة للسمناني ج ١ ص ٨٥ - .

^٤ - القضاء والقضاة - محمد شهير أرسلان ص ٢٣١ - .

(استقلال القضاء) متفرع عن نظرية (فصل السلطات) التي أرساها (مونتسكيو)
- بزعمهم - وأنه من بعد أخذت به الدساتير المعاصرة - ^١ .

ويجب أن يعني القاضي بالتوازن النفسي للخصوم والشهود , ليتسنى لهم الإعراب عن أنفسهم , فلا ينتهر خصماً , لأن ذلك يكسره , ويمنعه من استيفاء حجته , ولا يزجر شاهداً , ولا يتعنثه , لأن ذلك يمنعه من أداء الشهادة علي وجهها-
^٢ . قال الطرابسي في (معين الحكام) وابن فرحون في التبصرة : ((...

ويحضهما - أي الخصمين - عند ابتداء المحاكمة , علي التودد والوقار , ويسكن جأش المضطرب منهما , ويؤمن روع الخائف والحصر في الكلام حتى يذهب عنه (ذلك - ^٣) . وأول ما يبدأ به القاضي لبعث الطمأنينة في نفوس المتخاصمين , هو أن يسوى بينهما في المجلس , إذ روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((وليسو بينهم بالنظر والمجلس والإشارة , ولا يرفع صوته علي أحد الخصمين , فوق (الآخر)) ^٤ , وهذا النوع من حسن المعاملة , يسكن روع الخائف , ويقوي قلب الضعيف , ويبسط لسان الحصر , وكل ذلك له أكبر الأثر في حسن القضاء ^٥ , وخلاصة الأمر أن للتوازن النفسي للقاضي والخصوم والشهود أبلغ الأثر في تحصيل فهم الوقائع وفهم الحكم الشرعي الواجب تنزيله علي تلك الوقائع - .

رابعاً : الاستعانة بأهل المعرفة والخبرة :-

^١ - الثابت أن مبدأ (فصل السلطات) قد أرساه سيدنا عمر عندما فصل ولاية القضاء عن ولاية الأمانة وحدد اختصاصات كل منهما وعين علياً قاضياً , وولي أبي الدرداء قاضياً في المدينة - حضرة الدولة - وشريحا قاضياً في البصرة , وأبا موسى قاضياً في الكوفة , وعبادة بن الصامت قاضياً في الشام , فكانوا يفصلون في الأقضية دون تدخل من الولاة , فأرسي مبدأ (استقلال القضاء) ببعديه (فصل السلطة وحرية القاضي واستقلاله في اتخاذ قراراته دون تأثير - وبغير سلطان عليه إلا لحكم الشرع والقانون , ثم جاءت الدساتير المعاصرة فأخذت عن نظام القضاء الإسلامي , البعد الثاني في الأغلب - راجع المادة ٩ من دستور السودان المؤقت المعدل في سنة ١٩٦٤م والمادة ١٨٧ منه , والمادتين ١٢١ و ١٢٢ من دستور السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م والمادة ١٠١ من دستور السودان لسنة ١٩٩٨م وراجع ١٦٦/١٦٥ من الدستور المصري والمادة ٧٦ من الدستور المغربي والمادة ١٣١ من الدستور السوري والمادة ٦٠ من الدستور العراقي و١٦٣ كويتي و٩٧ أردني و٥٣ تونسي) - .

^٢ - راجع المجموع شرح المهذب للنووي ج ١٨ ص ٣٨٩ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ١٦١ - .

^٣ - معين الحكام للطرابسي ص ٢٠ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٧ - .

^٤ - رواه أبو يعلى والطبراني في الكبير وكذا في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي في كتاب الأحكام باب التسوية بين الخصمين ج ٤ ص ١٩٧ - .

^٥ - راجع المبسوط للرخسي ج ١٦ ص ٦٦ والبنية في شرح الهداية ج ٧ ص ٢٨ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٧ وروضة الطالبين للنووي ج ١١ ص ١٦١ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ١٧ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٣٣٨ ومن لايحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ٧ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج ٤ ص ١٨٧ وشرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ٦٦ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج ٩ ص ٣٣ - .

يلزم علي القاضي أن يسأل أهل المعرفة والخبرة , فيما يشكل عليه , وفي كل أمر فني بحت . قال تعالي : ((هههههههه))^١ - . ولا يجوز للقاضي الخوض بنفسه في المسائل الفنية البحت , دون الاستعانة بأهل المعرفة والخبرة فيها , بل عليه - بناءً علي طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسه - أخذ رأي أهل التخصص والخبرة في المسائل العلمية والفنية التي لا تدخل في تخصصه , حتى يتبين له الأمر , ويضحى الشأن محل المشورة معلوماً بجلاء - .

وقد حفظت لنا مصنفات الفقه الإسلامي أحوالاً عديدة , استعان فيها القضاة والحكام بخبرة أهل المعرفة , للتبين من حقيقة الواقعة محل النزاع , ومنها ما روي عن سيدنا علي كرم الله وجهه في شأن المرأة التي اتهمت شاباً من الأنصار , باغتصابه لها , واحتالت فأخذت بيضة فألقت صفرتها , وصبت البياض علي ثوبها وبين فخذها , ثم جاءت صارخة إلي سيدنا عمر رضي الله عنه , متهمه الأنصاري , فاستعان سيدنا عمر رضي الله عنه بأبي الحسن كرم الله وجهه وما أوتيته من الحكمة , فدعا سيدنا علي رضي الله عنه بماء حار شديد الغليان فصبه علي الثوب , فجمد البياض , ثم أخذ قطعه منه وأشتمه وذاقه , فعرف طعم البياض , وانتهر المرأة فاعترفت بالحقيقة وهكذا كان هذا التحليل المختبري سبيلاً إلي تبين الحقيقة^٢ .

وقد روي أيضاً أن سيدنا عمر رضي الله عنه قد استعان بسيدنا علي كرم الله وجهه , فيمن أدعي علي آخر أنه ضربه علي أم رأسه , فأنزل الماء الأسود من عينيه , وإذهب بصره وشمه وسمع وأخرس لسانه , فكشف سيدنا علي كرم الله وجهه عن حقيقة كل ادعاء من ذلك بمنهج الخبير -^٣ - .

ولا ينبغي للقاضي أن يحكم في شيء من المسائل العلمية أو الفنية التي لا تدخل في تخصصه دون الرجوع إلي أهل المعرفة والخبرة , وكما قال الكاساني

^١ - سورة الانبياء - من الآية ٧ - .

^٢ - راجع القصة بكاملها في الطرق الحكمية لابن القيم ص ٤٨ - .

^٣ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٠٩ وشرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ٣٠/٢٩ ومن لا يحضره الفقيه لابن بابويه ج ٣ ص ١١ والنهائية في مجرد الفقه والفتاوى ص ٧٦٧ - . وكان قد أمر سيدنا علي كرم الله وجهه أن يضرب لسان المدعي بابرة فان خرج دم أسود كان صادقا في ادعاء الخرس وان خرج دم أحمر كان كاذباً وهكذا في بقية دعاوى الرجل استخدم كرم الله وجهه سبيلاً معملياً دقيقاً للفحص فترجع القصة بكاملها في شرح النيل - .

فان : ((المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله عز وجل , فيكون سبباً للوصول إلي سبيل الرشاد - ')) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : ((إذا تمسك الدفاع عن المتهمين بالقتل , بعدم التعويل علي شهادة الشاهد , قولاً منه بأنه ضعيف الإبصار إلي حد اعتباره في حكم الضرير , فلا يستطيع أن يري في الظلام , من يطلق مقذوفاً نارياً علي آخر , فان هذا يعتبر دفاعاً هاماً , من شأنه لو صح أن يؤثر في مسئولية المتهمين . وإذن فإذا كان الحكم قد رد علي ذلك بقوله أنه : (لا سند له في الأوراق , فلم يلحظ واحد من المحققين ولا المحكمة شيئاً علي هذا الشاهد , ولا قال المتهمون في جميع أوراق التحقيق شيئاً بهذا الخصوص) , فان ما قاله الحكم , لا يصلح رداً علي ما دفع به المتهمون , إذ أن مجرد عدم ملاحظة المحكمة أو المحققين لهذا العجز , أو سكوت المتهمين عن الإشارة إليه في التحقيق , ليس من شأنه أن يؤدي إلي نفي دفاعهما , وكان من المتعين علي المحكمة إما تحقيق هذا الدفاع باختبار حالة الشاهد , للوقوف علي مدي قوة إبصاره , (بسؤال أهل المعرفة والخبرة) , أو تطرحه استناداً إلي أدلة سائغة مقنعه تبرر رفضه , أما وهي لم تفعل , وفي الوقت ذاته اعتمدت علي شهادة هذا الشاهد في قضائها بالإدانة , فان حكمها يكون قاصراً قصوراً مستوجباً للنقض))^٢ - .

ويبين من نصوص مصنفات الفقه الإسلامي ومن التطبيقات القضائية – الأنفة الذكر وغيرها – أهمية الاستعانة بأهل العلم والخبرة في المسائل العلمية أو الفنية البحت , وصولاً إلي حقائق الوقائع , وبلوغاً إلي الفهم السديد المؤدي إلي تألف الواقع والواجب وتطابقهما - .

المبحث الثاني – الضابط الثاني –

لزوم إقامة تقدير القاضي واجتهاده علي

¹ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤١٠٠ وراجع ادب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١١٠ , والمغني لابن قدامه ج ١٤ ص ٢٦ وشرائع الإسلام للحلي ج ٤ ص ٧٤ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج ٩ ص ٣٤ , وشرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ٥٤ .

² - نقض مصري ١٩٥٦/٢/٣م – مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – السنة السابعة ١٩٥٦م – العدد الأول – القاعدة ٤٣ س ٢٥ ق ص ١٢٩ - .

أفضل الوجوه وأشبه الخيارات بالحق

قد يكون تقدير القاضي واجتهاده - أو ممارسته لسلطته التقديرية - متعلقاً بإجراء من إجراءات الإثبات , أو بإجراء من إجراءات التقاضي , عادياً كان ذلك الإجراء أو احتياطياً , كما قد يكون متعلقاً بحكم تمهيدي أو تحضيري , أو بحكم مؤقت أو بآخر قطعي¹ , سواء كان تقديره أو اجتهاده استنباطياً أو تفسيريّاً . فما دام المقام مما لا نص فيه , أو مما كان قابلاً للتأويل , ويتراوح فيه أهل العلم , من وجه إلى آخر , بمقدار المعرفة والنظر والتحرير وبذل الجهد , فيلزم أن يكون التقدير , أو الاجتهاد القضائي مؤسساً علي أفضل الوجوه , وأشبه الخيارات بالحق .

أما الأصوب فيتحقق مع مثلية العلة بين حكم الواقعة المحمول عليها , المنصوص علي حكمها , وبين حكم الواقعة التي لا نص فيها , فيصار فيها إلي حكم الأصل - بلا خلاف - . وأما أشبه الخيارات بالحق , فينتأى بمشابهة العلة بين حكم الواقعتين , أو في حالة تفاوت الواقعتين في الأثر , مع كونهما من جنس واحد , أو تفاوت العلة من حيث المقدار مع اتحاد الجنس , فيصار فيها إلي أفضل الخيارات , وأكثرها شبيهاً بالحق . وفي رسالة سيدنا عمر بن الخطاب إلي أبي موسى الأشعري : ((... ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك , مما ليس في قران ولا سنة , ثم قايس الأمور عند ذلك , وأعرف الأمثال والأشباه , ثم أعمد إلي أحبها إلي الله - فيما تري - وأشبهها بالحق -))² . ونص الرسالة العمرية صريح في بيان إمكان تعدد الأحكام الاجتهادية القائمة علي الأقيسة , وفقاً لمدي انضباط مناط الحكم , أو علة الواقعة الأصلية , ومدي مناسبتها مع الواقعة الفرعية التي لا نص فيها , ولا تكاد تدخل تحت الحصر , تلك الأحكام الاجتهادية التي يتراوح فيها الحكم إلي وجهين -

¹ - الحكم التمهيدي أو التحضيري , هو القرار القضائي الصادر قبل الفصل في الدعوى , ويكون متعلقاً بتحقيق الدعوى , أو بتنظيم إجراءات السير فيها , بما في ذلك تنظيم تقديم الأدلة . وأما الحكم الوقتي - أو المؤقت - فهو الذي يصدر في طلب وقتي كأجراء احتياطي , أو بإجراء تحديد مراكز الخصوم تحديداً مؤقتاً , ومن قبيل الحكم الوقتي - أو المؤقت - الذي يصدر مؤقتاً إلي أن يتم الفصل النهائي في الخصومة , ما في المادة ٢٠٦ من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م بشأن الأمر بمتاركة الزوجين لبعضهما في دعوى الفسخ لحين صدور الحكم الفاصل في موضوع الدعوى , وكذلك ما في المادة ٤/٩٠ من ذات القانون بشأن الأمر بالنفقة المؤقتة أثناء نظر دعوى النفقة الزوجية , وكذلك ما في المادة ٤/٩٠ من ذات القانون بشأن الأمر بالنفقة المؤقتة أثناء نظر دعوى نفقة الأقارب . وأما الحكم القطعي فقد يكون قطعياً فرعياً , مثل الأحكام التي تصدر في دفع أو مسألة فرعية (شكلية) , كالحكم في الدفع بعدم الاختصاص , وقد يكون الحكم القطعي موضوعياً , وهو الذي يصدر في موضوع الدعوى , أو في شق منه . (راجع لمزيد البيان كتاب نظرية الأحكام في قانون المرافعات د. أحمد أبو الوفا , صفحات ٤٠٢ وما بعدها .)

² - سبق تخريج الرسالة في المطلب الأول من المبحث الأول بهذا الباب (ص ٦٣٨) - .

مقتضى الحديث في ناقة البراء بن عازب^١ , وهذا مذهب مالك وجمهور الأمة , ووقع في كتاب ابن سحنون , أن الحديث إنما جاء في أمثال المدينة , التي هي حيطان محدقة^٢ , وأما البلاد التي هي زروع متصلة غير محظرة وبساتين كذلك , فيضمن أرباب النعم ما أفسدت من ليل أو نهار . قال القاضي أبو محمد رحمه الله : كأنه ذهب إلي أن ترك تثقيف الحيوان في مثل هذه البلاد تعد , لأنها ولا بد تفسد . وقال أبو حنيفة في ذلك : لا ضمان , وأدخله في عموم قول النبي صلي الله عليه وسلم : ((جرح العجماء جُبَارُ^٣)) , فقاس جميع أفعالها علي جروحها -^٤ .

فتبين أن حكم (داؤد وسليمان عليهما السلام) كان بضمان المتلف , لتعدي صاحب الغنم , بعدم تثقيفه لها ولتسببه في إفساد الحرث , وكان تفاوت حكمهما - عليهما السلام - في تقرير قدر الضمان , ليكون موازياً للمتلف من الحرث , بالنظر إلي تفاوت كل منهما في تحقيق مناط الحكم , فجاء قضاء كل منهما بوجه دون وجه قضاء الآخر , وكان الوجهان بنظر متوجه , فأثني رب العزة علي وجه القضاء الذي جاء بأفضل الوجهين , وقال فيهما سويًا: ((وكلاً آتينا حكماً وعلماً)) , لما في الحكمين من نظر واجتهاد . قال الشافعي : ((... لولا هذه الآية لرأيت أن الحكام قد هلكوا , ولكن الله حمّدَ هذا لصوابه وأثني علي هذا باجتهاده)) -^٥ .

وباستقراء مصنفات الفقه الإسلامي , نجد أن ثمة وسائل لبلوغ أفضل وجوه القضاء الاجتهادي , وأصوبها , وأكثرها شبهاً بالحق , وتتمثل فيما يلي :

أولاً : قيام الاجتهاد القضائي علي أصول الشريعة وتوافقه مع روحها وقواعدها الفقهية :

قلنا قبل بأن الاجتهاد القضائي ليس تحكيمياً , بل تضبطه ضوابط مستمدة من أصول الشريعة , ولا يجوز التواطؤ علي مخالفتها - من فردٍ أو جماعة - , وذلك

¹ - حديث ناقة البراء بن عازب , رواه مالك مرسلًا , وأصله (أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه , فقضى رسول الله صلي الله عليه وسلم أن أهل الحوائط حفظها بالليل , وأن ما أفسدت المواشي بالليل هنا من - أي ضامن - علي أهلها) . - وأخذ به جمهور الفقهاء - .

² محدقة : من أهدقت الأرض , إذا صارت حديقة ذات شجر وثمر (راجع القاموس المحيط - للفيروز ابادي - باب القاف - فصل الحاء -) - .

³ - أخرج البخاري في صحيحه في كتاب الدييات باب العجماء جبار ومسلم في صحيحه في كتاب الحدود باب والإمام أحمد في مسنده في جزء ٢/ صفحات ٢٥٤/٢٣٩/٢٢٨/٢٠٦/٤١١/٤١٤/٤٥٢/٤٧٥/٥٠١/ وفي جزء ٥/ ص ٣٢٧ .

⁴ - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز - تفسير ابن عطية - ج ١٠ ص ١٨٢/١٨٣ .

⁵ - الأم للشافعي ج ٧ ص ٥٨ - .

سداً لذريعة الهوى ونوازعها , ومنعاً من تقنين سبل الجور وأكل أموال الناس بالباطل .

ومن وسائل بلوغ أفضل وجوه الاجتهاد القضائي , دقة الالتزام بضوابط أصول الشريعة , والتلاؤم مع روحها وقواعدها الفقهية , فان جاء اجتهاده علي هذا النحو , مبذولاً فيه أقصى درجات النظر في تخريج مناط الحكم المحمول عليه , حيث لا مناط ظاهر , أو بالتزام دقة التنقيح والتحقيق بالوجه الشرعي , فيما توفر فيه المناط الظاهر للحكم المحمول عليه , أو المقيس عليه , كان ذلك أدعي إلي بلوغ أفضل وجوه الاجتهاد القضائي .

ولا حاجة به إلي ترك حالة مناط ظاهر , والعدول عنه إلي بحث حكمة المحمول عليه - أو المقيس عليه - , بل ولا وجه لذلك , لأنه ينافي قواعد أصول الشريعة , ويفتح ذريعة إلي المفساد , وجور القضاء , وكثيراً ما يلج أصحاب الأهواء من هذا الباب , بدعوى الرغبة في (تحقيق العدل) أو بدعوى (النفاذ إلي حكمة التشريع).

ويلزم أن يأتي الاجتهاد القضائي , متفقاً مع روح الشريعة , فيما لا مناط ظاهر للحكم المحمول عليه , أو سبب ظاهر له , وذلك بإتيانه محققاً لمصلحة الأمة, منضبطاً بضوابط المصلحة الشرعية , المتمثلة في كونها حقيقية وعامة وغير مصادمة لنص تشريعي أو لإجماع , كما يلزم إتيانه وفقاً لمذهب القاضي , أو لمذهب تشريعه , أخذاً بأصول إمامه , وبقواعد التخريج والترجيح في مذهبه - .

ومتي ما أقام القاضي اجتهاده القضائي وفقاً لما قدمنا من أصول , رامياً إلي تحقيق مصالح العباد , منزهاً نظره عن الغرض , وعن مزالقي الهوى , وعن الرغبة بحيث يكون زاهداً عما في أيدي الناس كافة , وعن الرهب بحيث لا يخشى في الله لومة لائم , كان عمله عندئذٍ مصوناً عما يضلّه عن سبيل الرشاد . قال تعالى: ((يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّبِعُوا هَوَىٰٓ ذٰلِكَ زُجْرًا مِّنْ دُونِ اللَّهِ هُوَ يَتَّبِعُ الْهَوَىٰٓ ذٰلِكَ يَسْتَكْبِرُ))^١ . فالنهى عن اتباع الهوى عام , لكل من يتولي أمر الحكم بين الناس , ولا ريب أن اتباع الهوى , يحول دون

^١ - سورة ص من الآية ٢٦ - .

تصويب النظر بتجردٍ , ولئن ضل أهل الأهواء من قبل , فبلغ بهم الأمر , أن جعلوا باطناً لدلالات النصوص , خدمةً لأهوائهم , فان ضلالهم , وضلال من امتثل طريقتهم , أرجح فيما لا نص فيه - .

ومن وسائل تحصيل أفضل وجوه الاجتهاد القضائي , معرفة القاضي بطرق استخراج الأحكام من مصادرها الشرعية , ومعرفة بأصول المحاكمات , وبمعاني العبارات وبضوابط تفسيرها , وبأحوال الناس وأعرافهم . قال ابن قيم الجوزية :- ((بل ينبغي أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم , وعوائدهم وعرفياتهم , فان الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال ')) . وكل ذلك وغيره - من كمال الشروط وشروط الكمال - أمور لازمة للقاضي , وتدخل في نشاطه الذهني عند استفراغه الوسع لتحصيل الحكم القضائي الاجتهادي ... ومن أوتي تلك الأصول والخصال ((يقضي بالحق , فلا يتبع هوى يضلّه , ولا رغبة تغيره , ولا رهبة تصده , - عن سبيل الرشاد - , وإنما يؤتي الحكمة وفصل الخطاب -))^٢ - .

ثانياً : إناطة إصدار الأحكام الاجتهادية بالمصلحة الشرعية :

لقد كانت المصلحة إحدى مدارات الأحكام الاجتهادية التي صدرت من الخلفاء الراشدين - رضوان الله عليهم - ومن سلف قضاة أمتنا الإسلامية , إذ قضى سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه , بقتل سبعة من أهل صنعاء , - قصاصاً - , لقتلهم رجلاً واحداً , وقال : ((لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً))^٣ - . فالمصلحة هي التي اقتضت إصدار حكمه بهذا الوجه , لأنه لو حكم بسقوط القصاص , لاشتراك العدد في قتل الواحد , لأدي ذلك إلي التسارع في القتل بالاشتراك , مما يضيع معه قصد المشرع من العقوبة , ولا يبقى شيء من حكمة الردع والزجر -^٤ وقد رجح سيدنا عمر رضي الله عنه جانب المصلحة في حكمه , رغم أن لرأي المخالفين من أدلة المعقول ما لا يمكن تجاهلها , قال ابن قدامه في

١ - إعلام الموقعين - لابن القيم - ج ٤ ص ٢٦١ - .
٢ - راجع شرح مجلة الأحكام العدلية - سليم رستم - ص ١١٦٤ - بتصرف - وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٤ - .
٣ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب الديات باب إذا أصاب قوم من رجل , وراجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٣ - .
٤ - المغني لابن قدامه ج ١١ ص ٤٩١ - .

المغني : ((... وحكي عن أحمد رواية أخرى , لا يقتلون به , وتجب عليهم الدية . وهذا قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعه وداؤد وابن المنذر , وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس . وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين والزهري , أنه يقتل منهم واحد , ويؤخذ من الباقيين حصصهم من الدية ؛ لأن كل واحد مكافئ له , فلا تستوفي أبدال بمبدل واحد , كما لا تجب ديات لمقتول واحد ؛ ولأن الله تعالى قال : (ك گ)-^١ , وقال : (ع ع ع ك ك) -^٢ , فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ؛ ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع , بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد , والتفاوت في العدد أولي -^٣)) .

تلك هي أدلة المانعين لقتل الجماعة بالواحد , وهي أدلة لا يمكن تجاهلها , غير أن المصلحة العامة , المتمثلة في سد ذريعة التسارع إلي القتل بالاشتراك , وصيانة حكمة التشريع في العقوبة , وعدم إضاعة غاية الردع والزجر , قد اقتضت ما قضي به سيدنا عمر رضي الله عنه , بقتل الجماعة بالواحد , وصار ذلك إجماعاً للصحابة -^٤ .

وقد أوقع سيدنا عمر رضي الله عنه , الطلاق الثلاث بلفظ واحد , ثلاثاً , رعاية للمصلحة أيضاً . قال ابن قيم الجوزية : ((رأي أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق , وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة , فرأي من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانته منه المرأة , وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره , نكاح رغبة يراد للدوام , لا نكاح تحليل ... فإذا علموا ذلك كفوا عن الطلاق , فرأي عمر أن هذا مصلحة لهم في زمانه , ورأي أن ما كان عليه في عهد النبي صلي الله عليه وسلم , وعهد الصديق ,

^١ - سورة البقرة من الآية ١٧٨ - .

^٢ - سورة المائدة من الآية ٤٥ - .

^٣ - المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٤٩٠ - .

^٤ - حكي الإجماع ابن قدامة في المغني ج ١١ ص ٤٩٠ - .

وصدراً من خلافته , كان الأليق بهم ؛ لأنهم لم يتتابعوا فيه , وكانوا يتقون الله في
الطلاق ... ' (...)).

ولعل بعض الباحثين قد وهم , إذ حسبوا أن سيدنا عمر رضي الله عنه , قد
أسقط الحدود في عام الرمادة , وأنه عطل النصوص مراعاةً للمصلحة^٢ , ولا
نماري أن ذلك مجازفة بالقول , فلا المصلحة تبيح تعطيل النصوص , ولا جاءت
النصوص من أصلها مصادمة لمصالح العباد , ولا عطل سيدنا عمر بن الخطاب
رضي الله عنه شيئاً من الحدود أو النصوص , وإنما جاءت أحكام الشريعة لتحقيق
مصالح العباد , وأما ما كان من سيدنا عمر رضي الله عنه في عام الرمادة , فلم
يكن تعطيلاً للحد , ولا معارضاً لقوله تعالى : ((ث ذئث))^٣ , وإنما وجدت شبهات
دارئة لحد السرقة في النوازل التي عرضت عليه – رضي الله عنه - , وقد كان
رضي الله عنه أميناً علي دين الله وشرعه , قوياً في الحق , حريصاً علي إقامة الحد
الثابت من غير شبهة , وفاقاً عن إقامة الحدّ بشبهة ؛ إذ روي عنه رضي الله عنه ,
أنه قال : ((لأن أعطل الحدود بالشبهات , أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات -))^٤ .
وقد تناول الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي مناقشة زعم القائلين بأن
سيدنا عمر رضي الله عنه , قد عطل حد السرقة في عام الرمادة , وأنه عطل النص
القرآني , قائلاً :- ((... والحقيقة أن آية (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ,
ليست نصاً بالمعني المقابل للظاهر , بل هي عام قابل للتخصيص ... ولدي
البحث نجد في السنة مخصصات , أو مبيّنات كثيرة لهذه الآية , من فعل الرسول
صلي الله عليه وسلم , أو قوله , منها ما يتعلق بالقدر الذي ينبغي أن لا يقل عنه
المسروق , ومنها ما يتعلق بنوع المكان الذي ينبغي أن يسرق منه , ومنها ما يشرط
أن لا يكون في المال شبهة حق للسارق . وإذن فان التمسك بظاهر الآية وحدها ,

^١ - اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ٤٦/٤٥ - .

^٢ - كثير من المعاصرين يقع في هذا الوهم , وقد أفاض في الرد عليهم أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي حسن في كتابه (منهج سيدنا
عمر بن الخطاب في التشريع) , كما عني بالرد عليهم الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في كتابه (ضوابط المصلحة في
الشريعة الإسلامية ص ١٤٥ وما بعدها - .) .

^٣ - سورة المائدة من الآية ٣٨ - .

^٤ - رواه ابن أبي شيبه في مصنفه في كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ج ٩ ص ٥٦٦ - , حديث رقم ٨٥٤٢ - ,
وقد أورده ابن حزم الظاهري في المحلى ج ١١ ص ١٥٤ , بلفظ اخر بأن روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال :
((ادروا الحدود ما استطعتم)) - .

دون النظر إلي ما يتعلق بها من مخصصات ومبيّنات في السنة الصحيحة , إنما هو تنكب عن جملة الدليل ... ولم يخالف أحد من الأئمة والمجتهدين في كل عصر , أن حد السرقة يسقط بوجود شبهة حق للشارق , فيما سرق , ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في تحقيق معني الشبهة , وضبط صورتها وجزئياتها , فالبحت هنا إنما هو في تحقيق المناط , أي تحقيق السبب الذي علق عليه الشارع سقوط الحد , وهو كما تري متعلق بالحديث الذي جاء مخصصاً للآية وليس فيه أي معارضة لها - (١) .

ولعل من أسباب مجانية أولئك القوم لوجه الصواب , في زعمهم بأن سيدنا عمر رضي الله عنه قد عطل حد السرقة وأنه عطل النصوص , هو أنهم عجلوا أمرهم فلم يكلفوا أنفسهم عناء الاستقصاء , أو أنهم فعلوا ذلك لحاجة في أنفسهم , ولعلمهم وهموا لما رأوا أن كثيراً من أحكامه رضي الله عنه , مناطها المصلحة , فذهبوا إلي زعمهم دونما تبين لحقيقة أحكامه ومصادرها الشرعية , والصواب هو أن سيدنا عمر رضي الله عنه لم يعطل النصوص الشرعية , بل أعملها , وعمل بأصل المصلحة , - حيث لا نص تشريعي - , وكانت الحالات التي لم ينفذ فيها حد السرقة في عام الرمادة - ذاتها - قائمة علي إعمال النصوص - لا تعطيلها - , درءاً للحد بالشبهة - كما سبق أن بينا - وإعمالاً لفته الضرورة في حق أولئك السارقين الذين مثلوا أمامه , وهي حالات معلومة , منها ما كان من صنيعه رضي الله عنه مع غلمان حاطب , الذين سرقوا ناقة المزني , إذ لم يقطعهم رضي الله عنه , لأن حاطباً كان يجيعهم , وما كانت سرقتهم إلا للاضطرار , ولعدم إيقاع النفس في التهلكة , فكانت حالة الضرورة دارئة للحد عنهم . قال السرخسي : ((ولا يقطع في عام السنة للضرورة والمخصصة))^٢ , وفي المغني لابن قدامه : ((قال أحمد : لا قطع في المجاعة , يعني أن المحتاج إذا سرق ما يأكله , فلا قطع عليه , لأنه كالمضطر ...))^٣ , وقال ابن حزم - في المحلي - : ((من سرق من جهد

^١ - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية د. محمد سعيد رمضان البوطي ص ١٤٦/١٤٥ , والحديث الذي أشار إليه بأنه جاء مخصصاً للآية , هو حديث : (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم) , وقد رواه الترمذي في سننه في كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود , ورواه ابن ماجه في سننه في كتاب الحدود باب الستر علي المؤمن , بلفظ : (أدفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً) .

^٢ - المبسوط للسرخسي ج ١٩ ص ١٤٠ - .

^٣ - المغني لابن قدامه ج ١٢ ص ٤٦٢ - .

أصابه , فان أخذ مقدار ما يغيث به نفسه , فلا شيء عليه , وإنما أخذ حقه ... و إن فرضاً علي الإنسان أخذ ما اضطر إليه في معاشه , فان لم يفعل فهو قاتل نفسه , وهو عاص لله تعالى , قال تعالى : ((ج ج چ چ))^١ , وهو عموم لكل ما اقتضاه لفظه ...^٢)). تلك بعض أوجه صنيع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عام الرمادة , ولا يصدق فيها الزعم بأنه عطل حد السرقة , أو أنه عطل النصوص الشرعية , بداعي المصلحة - . وإنما يشهد الواقع أنه رضي الله عنه كان أشد الناس تمسكاً بالنصوص , وقد أظهر براعةً في أعمالها , دون إهمال شيء منها , لدقة معرفته بألفاظها وطرق دلالتها ومخصصاتها وغير ذلك من ملبساتها-^٣ . ولولا خشية الإطالة والبعد عن جوهر الموضوع , لزدنا بياناً , ولا مزيد عما قاله النبي صلي الله عليه وسلم : ((إن الله جعل الحق علي لسان عمر وقلبه))^٤ , فأني يقال لمثله أنه عطل الحدود والنصوص لأجل المصلحة - ؟

إن أعمال المصلحة باعتبارها أصلاً تشريعياً , لا مناص عنه , شريطة أن لا يكون أعمالها سبباً في تعطيل النصوص الشرعية , كما نتج - عن غير قصد - من صنيع الذين رجحوا علي النص من فقهاء أمتنا الإسلامية^٥ وغيرهم من المعاصرين الذين يتطلعون إلي التسور علي النصوص وتعطيلها , وإنما يجب أعمالها وفقاً لضوابطها الشرعية , المتمثلة في كونها حقيقية - لا وهمية - , وعامة , وليست خاصة بفرد أو أفراد معينين , وكونها غير معارضة لنص تشريعي أو

١ - سورة النساء من الآية ٢٩ - .

٢ - المحلي لابن حزم ج ١١ ص ٣٤٣ - .

٣ - راجع كتاب (ضوابط المصلحة د. محمد سعيد رمضان البوطي ص ١٤٥ وما بعدها وقد تناول بمناقشة جيدة المسائل التي يزعم الواهمون بأن سيدنا عمر رضي الله عنه قد خالف فيها النصوص الشرعية ترجيحاً للمصلحة - .) .

٤ - رواه الترمذي في سننه في المناقب وابن ماجه في سننه في المقدمة والإمام أحمد في مسنده ج ٢ ص ٤٠١ / ٩٥ / ٥٣ و ج ٥ ص ١٤٥ / ١٦٥ / ١٧٧ وفي رواية : ((وضع الحق)) وفي رواية : ((ضرب بالحق)) - .

٥ - ممن توسع في أعمال (المصلحة) الفقيه نجم الدين الطوفي , الذي رجح المصلحة علي النص , وقد كتب الدكتور مصطفى زيد عنه كتاب (المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي) , ولا يمكن بحال أن تتعارض المصلحة المعتمدة شرعاً مع النص التشريعي القطعي الدلالة , لأن نصوص الشريعة وأحكامها إنما جاءت تحقيقاً لمصالح العباد , فان ادعي أحد أن ثمة (مصلحة) تتعارض نصاً شرعياً قطعي الدلالة فأعلم بأنها مصلحة مظنونة أو وهمية , ومثلها لا تقوي علي معارضة النص الشرعي قطعي الدلالة , وهي غير معتبرة , فان كانت تلك المصلحة في مقابلة نص تشريعي ظني الدلالة , فيجب أيضاً أن تكون متوافقة مع أحدي دلالات النص الظني , فان خالفت كل مدلولاته فهي غير معتبرة أيضاً , مثل تعارض مصلحة ما مع مدلولي (القراء) أي مع (الطهر) (والحيض) , فان جاءت المصلحة موافقة لأحدي المعنيين فهي معتبرة و إن خالفتهما سوياً فلا اعتبار لتلك المصلحة أيضاً ... وهكذا .

لإجماع , فان تحققت تلك الضوابط فقد لزم اعتبارها , لما سبق ذكرها من أسباب ؛
ولأن القاعدة الفقهية تقضي بأن : (التصرف علي الرعية منوط بالمصلحة)^١ - .
وتفريقاً بين ما هو (مصلحة) , وبين ما هو (هوي) , يقول الشيخ محمد
أبو زهرة : ((... القياس الضابط للفرقة بين ما هو هوي للحاكم , أو أتباعه - أو
غيرهم - , وبين ما هو مصلحة , هو مقدار النفع والضرر , فما يدفع أكبر ضرر ,
وما يجلب أكبر نفع للناس , يكون الحكم به تابعاً للمصلحة , وما ليس كذلك يعد
هوي -))^٢ .

المبحث الثالث - الضابط الثالث -

الالتزام بأولويات المرجعية الفقهية والتشريعية

وبقواعد الترجيح بين الأحكام الفقهية

يتعين عند إيقاع الاجتهاد القضائي , الالتزام بضابط أولوية المرجعية الفقهية
والتشريعية . ونعني بأولوية المرجعية الفقهية , المذهب المختار للقاضي سواء كان
مذهبه , أو المذهب الذي حدده له إمامه للقضاء به , أما أولوية المرجعية التشريعية,
فنعني بها , ما يخطه التشريع للقاضي من سبل لاتباعها , فيما لا نص فيه , وسوف
نعرض بيان كيفية الالتزام بمرجعية الفقه والتشريع في مطلبين متتاليين فيما يلي :-

المطلب الأول

- الالتزام بالمرجعية الفقهية وبقواعد الترجيح والتخريج في المذهب -

¹ - راجع المادة ٥٨ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم ص ٤٣ وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٣ .
² - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي للشيخ محمد أبو زهرة ص ٧٧ - .

قد يحدد التشريع مذهباً معيناً , باعتباره مرجعية فقهية للعمل القضائي , فعندئذٍ فإن القاضي ليس مخيراً في العمل بما شاء من آراء المذهب المختار , أو المعين له , وإنما يجب عليه المصير إلي الراجح من آراء ذلك المذهب , ولا يجوز له العدول عنه إلا لمقتض , من تشريع , أو ضرورة مصلحة يعينها في أسباب حكمه . قال ابن فرحون المالكي مبيناً المرجعية الفقهية التي يلتزم بها القضاة بأن يكون : ((... الحكم من كتاب الله , فإن لم يجد فسنة نبيه محمد رسول الله صلي الله عليه وسلم التي صاحبها العمل , فإذا كان خيراً صحبت غيره الأعمال , قضي بما صحبته الأعمال , وهذا معلوم من أصل مالك رضي الله تعالى عنه ؛ إذ العمل مقدم علي أخبار الأحاد , وكذلك القياس عنده مقدم علي أخبار الأحاد فإن لم يجد في السنة شيئاً , نظر في أقوال الصحابة , فقضي بما اتفقوا عليه , فإن اختلفوا قضي بما صحبتها الأعمال من ذلك , فإن لم يصح عنده أيضاً أن العمل اتصل بقول بعضهم , تخير من أقوالهم , ولم يخالفهم جميعاً . وقد قيل : له أن يجتهد و إن خالفهم جميعاً . وكذلك الحكم في إجماع التابعين بعد الصحابة رضي الله تعالى عنهم , وفي كل إجماع ينعقد في كل عصر من الأعصار إلي يوم القيامة فإن لم يجد في النازلة إجماعاً , قضي بما يؤدي إليه النظر والاجتهاد , في القياس علي الأصول , بعد مشورة أهل العلم , فإن اجتمعوا علي شيء أخذ به , وإن اختلفوا , نظر إلي أحسن أقوالهم عنده , و إن رأي خلاف رأيهم , قضي بما رأي , إذا كان نظيراً لهم , وإن لم يكن من نظرائهم فليس له ذلك . قاله ابن حبيب , وهو قول فيه اعتراض . والصحيح أنه إذا كان من أهل الاجتهاد , فله أن يقضي بما رأي , و إن كانوا أعلم منه , لأن التقليد لا يصح للمجتهد , فيما يري خلافه بإجماع . وإنما يصح له التقليد , ما لم يتبين له في النازلة حكم . وهذا علي مذهب من يري التقليد ويقول به و إذا لم يوجد مجتهد , وولي الإمام مقلداً , فقال ابن الحاجب : يلزمه المصير إلي قول مقلده , وقيل : لا يلزمه . وقيل : لا يجوز إلا باجتهاده , فالقول الأول هو الصحيح , والقول الثاني , يريد به إذا المقلد ممن له فقه نفس , وقدرة

علي الترجيح من أقاويل أهل مذهبه , ويعلم ما هو أجري علي أصل إمامه , مما ليس كذلك , و إن لم يكن بهذه المرتبة فيلزمه المصير إلي المشهور ... (') .

ذلك بشأن تفصيل مرجعية القاضي المجتهد , ومن هو دونه , نزولاً إلي أهل الترجيح من القضاة , أما في عصرنا الحاضر , فإن علي (قضاة الضرورة) - وهم سواد قضائنا - الذين عين لهم الإمام - أو التشريع - مذهباً بعينه , فيلزمهم اتباع القول الذي رجحه علماء ذلك المذهب المعين للعمل ؛ إذ لا يجوز العمل , أو الإفتاء بالمرجوح , قال ابن عابدين في رسائله : ((إن الواجب علي من أراد أن يعمل لنفسه , أو يفتي غيره , أن يتبع القول الذي رجحه علماء مذهبه , فلا يجوز له العمل أو الإفتاء بالمرجوح إلا في بعض المواضع ... وقد نقلوا الإجماع علي ذلك , ففي (الفتاوى الكبرى) للمحقق ابن حجر المكي قال في (زوائد الروضة) أنه لا يجوز للمفتي والعامل أن يفتي أو يعمل بما شاء من القولين أو الوجهين من غير نظر , وهذا لا خلاف فيه . وسبقه إلي حكاية الإجماع فيهما , ابن الصلاح والباقي من المالكية ... وكلام القرافي دال علي أن المجتهد والمقلد لا يحلّ لهما الحكم والإفتاء بغير الراجح ؛ لأنه اتباع للهوي , وهو حرام إجماعاً ... والمرجوح في مقابلة الراجح بمنزلة العدم , والترجيح بغير مرجح في المتقابلات ممنوع ... (والذي) يكتفي بأن يكون فتواه أو عمله موافقاً لقول , أو وجه في المسألة , ويعمل بما شاء من الأقوال والوجوه , من غير نظر في الترجيح , فقد

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٥٢ / ٥٣ , وقد صنف ابن عابدين الحنفي طبقات الفقهاء إلي سبع وفقاً لأولوية المرجعية الفقهية , (فالطبقة الأولى) : طبقة المجتهدين في الشرع كالأئمة الأربعة , ومن سلك مسلكهم في تأسيس قواعد الأصول واستنباط أحكام الفروع عن الأدلة من غير تقليد لأحد لا في الفروع ولا في الأصول , (والثانية) : طبقة المجتهدين في المذهب , كأبي يوسف ومحمد , ومثلهما من القادرين علي استخراج الأحكام من الأدلة وفقاً للقواعد التي قررها إمامهم , (والثالثة) : طبقة المجتهدين في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب (كالخصافي ٢٦١ هـ) وأبي جعفر الطحاوي (ت ٣٢١ هـ) وأبي الحسن الكرخي (ت ٣٤٠ هـ) , وشمس الأئمة الحلواني (ت ٤٥٦ هـ) وشمس الأئمة السرخسي (ت ٥٠٠ هـ) وفخر الإسلام البزدوي (ت ٤٨٢ هـ) وفخر الدين قاضي خان (٥٩٣ هـ) فهم لا يقدرّون علي مخالفة الإمام لا في الأصول ولا في الفروع , ولكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها عنه , وفقاً لأصول إمامهم وبمقتضى قواعده (والرابعة) : طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين كالرازي - أي الجصاص (ت ٣٧٠ هـ) وإضرابه فهم لا يقدرّون علي الاجتهاد أصلاً , ولكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمأخذ , يقدرّون علي تفصيل قول مجمل ذي وجهين , وحكم محتمل لأمرين منقول عن صاحب المذهب , أو عن أحد أصحابه المجتهدين ... وما وقع في بعض المواضع من الهداية من قوله : (كذا في تخريج الكرخي) (وتخريج الرازي) من هذا القبيل . (والخامسة) طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين كالفقهاء , وصاحب الهداية وأمثالهما , وشأنهم تفضيل بعض الروايات علي بعض ... بقولهم : (هذا أولي) و (هذا أصح) و (هذا أوضح) و (هذا أوفق للقياس) و (هذا أرفق للناس) . (السادسة) : طبقة المقلدين القادرين علي التمييز بين الأقوى والقوي والضعيف وظاهر الرواية وظاهر المذهب والرواية النادرة , كأصحاب التوبة المعترية كصاحب الكنز , وصاحب المختار وصاحب الوقاية , وشأنهم ألا ينقلوا في كتبهم الأقوال المرودة والروايات الضعيفة . (والسابعة) : طبقة المقلدين الذين لا يقدرّون علي ما ذكر , ولا يفرقون بين الغث والسمين ولا يميزون بين الشمال من اليمين , بل يجمعون ما يجدون كحاطب ليل ... (راجع رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ١٢ / ١١) .

جهل وخرق الإجماع ولا فرق بين المفتي والحاكم , الا أن المفتي مخبر بالحاكم , والقاضي ملزم به ...))¹ .

ونتناول فيما يلي مناهج الترجيح وضوابطه في كل مذهب علي حدة :

البند الأول : منهج الترجيح بين الآراء الفقهية عند فقهاء الحنفية :

الأصل أن يرد عن المجتهد قول واحد , في المسألة الواحدة ؛ إذ لا يصح تناقضه في اجتهاده , ورغم ذلك فإننا في الواقع نجد قولين للإمام , في المسألة الواحدة , ومن جهة أخرى فقد يختلف الإمام مع صاحبيه , أو يختلف معه المتأخرون من مجتهدي المذهب , كما قد نجد غير ذلك من صنوف الاختلاف بين آراء فقهاء المذهب في مسألة واحدة .

وبعد أن يمسخ القاضي عرق نشاطه الذهني , الناجم عن عملية تكيف الوقائع , فإنه قد يجد نفسه أمام مرحلة أخرى , لا تقل أهمية عن تلك المرحلة ولا تنقص عنها دقة , وهي مرحلة تكيف الحكم الشرعي ؛ إذ قد يجد في حكم النازلة محل المحاكمة , قولين متناقضين , أو مختلفين , أو أقوالاً مختلفة في المذهب , فيحار في النظر , وقد لا يكون من أهل الترجيح , بل قد لا يكون عارفاً بمناهج الترجيح وضوابطه , فيلتبس عليه الحكم في النازلة .

وسدأً لذريعة التحكيمية في ممارسة القاضي لسلطته التقديرية , وضبطاً لتقديره , فيلزمه إتباع ضوابط الترجيح المقررة في المذهب , علي النحو الذي نبينه فيما يلي :

أولاً : ضوابط الترجيح بين قولي الإمام :

قد يكون للإمام أبي حنيفة قولان في المسألة الواحدة , فعندئذٍ فعلي القاضي أن ينظر إلي سبب الاختلاف بين قولييه , فقد يجد مناطه راجعاً إلي مفاد الدليل , أو إلي الرواية , أو قد يكون التناقض بين القولين ظاهرياً , وفي واقع الأمر لا يكون ثمة تناقض , لأنه قد يجد الإمام وقد رجع عن الرأي الأول عند تبينه لوجه الدليل , كما قد يكون التناقض ظاهرياً بأن يكون أحد القولين علي وجه القياس , والآخر

¹ - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ ص ١١/١٠ - .

علي وجه الاستحسان , فيسمع بعض الرواة قوله بوجه القياس , ويسمع آخرون قوله علي وجه الاستحسان , ويروي كل ما سمعه , فيبدو الأمر تناقضاً , رغم أنهما في واقع الأمر قولان متجانسان .

وفي كل الأحوال فيلزم النظر وتحري القولين ودليلهما , فان عُلِمَ المتأخر من قولي الإمام , فيتعين المصير إليه ؛ لأن ذلك يعني رجوع الإمام عن قوله الأول . و إذا لم يعرف المتأخر منهما , فان وُجِدَ عن الإمام ما يقوي أحد القولين , من صريح أو دلالة فهو الصحيح عنده , ويلزم المصير إليه . فان لم يوجد ما يقوي أحد القولين ووجد ترجيح لأحدهما من أهل الطبقة الأولى من تلامذته , أو من أهل التخريج أو الترجيح , فيصار إلي ما رجوه . أما إذا لم يوجد ترجيح بهذا النحو أيضاً فيصار إلي الدليل , فيرجح أقوى القولين دليلاً , أو إلي أيهما شاء , وفي هذه الحالة – أي عند المصير إلى أيهما شاء – فيلزم النظر والاختيار علي ضوء الزمان وتغيره , مراعيًا أحوال الناس وأعرافهم , وما يحقق المصلحة , ويدفع المفسدة . -

هذا إذا كان القاضي – أو غيره – مجتهداً أو كان من أهل التخريج أو الترجيح , فان كان عامياً أخذ بفتوى الأئمة والأورع , و إن كان متفقهاً – لا عامياً – أخذ في المسألة برأي المتأخرين , وعمل بما هو أصوب وأحوط عنده -^١ .

أما إذا كان التناقض ظاهرياً , بسبب الرواية , أو كان اختلاف أقوال الإمام بسبب التراوح في نقل وجه القياس ووجه الاستحسان , فحسب الناظر – أو القاضي – كتب ظاهر الرواية , فيأخذ بما في آخرها , وهو (السير الكبير) , فان لم يكن عالماً بما في كتب ظاهر الرواية , ولا بما في (الكافي) للإمام الحاكم الشهيد , فحسبه (المبسوط) لشمس الأئمة السرخسي . قال ابن عابدين في (عقود رسم المفتي) :

أعلم بأن الواجب إتباع ما * * * ترجيحه عن أهله قد علما
أو كان ظاهر الرواية^٢ ولم * * * يرجحوا خلاف ذلك فاعلم

^١ - راجع مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٢١ وتحفة الفقهاء للسمر قندي ج ٢ ص ٦٣٧ - .
^٢ - ظاهر الرواية : يطلق علي ما روي عن الإمام وصاحبيه وزفر والحسن , ويغلب إطلاقه علي ما روي عن الإمام وصاحبيه , وسميت كتب محمد بن الحسن – المذكورة في الأبيات – بكتب ظاهر الرواية لروايتها عنه بواسطة الثقات , ولذلك قال ابن عابدين : (تواترت بالسند المضبوط) - .

وكتب ظاهر الرواية أنت ستاً * * * وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * * * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * * * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * * * تواترت بالسند المضبوط
كذا له مسائل النوادر^١ * * * إسنادها في الكتب غير ظاهر
وبعدها مسائل النوازل * * * خرجها الأشياخ بالدلائل
واشتهر المبسوط بالأصل * * * وذا لسبقه الستة تصنيفاً كذا
الجامع الصغير بعده فما * * * فيه عن الأصل لذا تقدما
وآخر الستة تصنيفاً ورد * * * السير الكبير فهو المعتمد
ويجمع الست كتاب الكافي * * * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * * * مبسوط شمس الأئمة السرخسي
معتمد النقول ليس يعمل * * * بخلفه وليس عنه يعدل - .

ثانياً : ضوابط الترجيح عند اختلاف فقهاء المذهب مع بعضهم :

أرسي الإمام لمذهبه أصلاً راسخاً يتمثل في قوله : ((إذا صح الحديث فهو
مذهبي)) , مقررأ بذلك المصير إلي (قوة الدليل) باعتباره أصلاً من أصول
المذهب , ومن ثم فيصير المجتهد , أو الناظر من أهل الترجيح , إلي الدليل ,
مرجحاً بين الأقوال , بمدى صحته , فان اختلف الصحابان مع الإمام , فقبل يرجح
قول أبي حنيفة , لأنه كان من التابعين وزاحمهم في الفتوى , وقال المتأخرون : إذا
أجمع أثنان منهم علي شيء وفيهما أبو حنيفة , يؤخذ بقولهما , و إن كان أبو حنيفة
في جانب , وهما في جانب , فان كان القاضي من أهل النظر والاجتهاد يتخير في
ذلك , و إن لم يكن من أهل الاجتهاد , يستفت غيره , فيأخذ بقوله بمنزلة العامي^٢ .

^١ - مسائل النوادر : هي مسائل مروية عن الإمام وصاحبيه وزفر والحسن , غير أنها ليست مذكورة في كتب ظاهر الرواية , وإنما
ذكرت في كتب أخرى لم ترو بروايات ظاهرة الثبوت , فهي ليست علي درجة روايات ظاهر الرواية , ومن قبيل كتب مسائل النوادر:
(الكيسانيات لمحمد بن الحسن) و (المجرد للحسن بن زياد) و (الأمالي لأبي يوسف) , (راجع مجموعة رسائل ابن عابدين ج
١ ص ١٧) , وتأتي كتب النوادر عقب كتب ظاهر الرواية من حيث قيمتها في المذهب , ثم تأتي في المرتبة الثالثة كتب الفتاوى
والواقعات وغيرها من كتب أهل التخريج من فقهاء المذهب من مثل (النوازل للسمرقندي) و (الواقعات للصدر الشهيد) .
^٢ - راجع معين الحكام - للطرابلسي - ص ٢٧ - .

وقال ابن عابدين : يكون الترجيح بالنظر إلي قوة الدليل , وقيل : يأخذ بأيهما شاء .
والأصح هو ترجيح المجتهد , بالنظر إلي قوة الدليل - , ففي (عقود رسم المفتي) :
وقيل بالتخيير في فتواه * * * إن خالف الإمام صاحبا
وقيل من دليله أقوى رجح * * * وذا لمفتٍ ذي اجتهاد الأصح
وفي هذه الحالة , فقد يكون الأرجح هو ما اجتمع عليه الصحابان , لمقتضي
اختلاف العصر , ولتغير أحوال الناس . وقال محققو المذهب : يرجح القول الذي
بجنبته أبو يوسف في مسائل القضاء , لما يتمتع به من دربه وتجربة ومعرفة
بالوقائع وأحوال الناس , جاء في (حاشية رد المحتار) : ((... الفتوى علي قول
أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء , ... لحصول زيادة العلم له بالتجربة)) - ١ ,
ويرجح قوله أيضاً وان لم تكن المسألة متعلقة بالقضاء , إذا لم يكن للإمام قول في
المسألة , ولم يكن القاضي - أو غيره - مجتهداً , فان لم يكن لأبي يوسف قول في
المسألة , فيرجح قول محمد بن الحسن , و إن لم يكن لمحمد قول فيرجح قول زفر
والحسن , وهما في مرتبة واحدة . قال ابن عابدين في منظومة (عقود رسم
المفتي) :-

وحيث لم يوجد له اختيار * * * فقول يعقوب هو المختار

ثم محمد فقول الحسن * * * ثم زفر وابن زياد الحسن

فالعبرة في الترجيح لدي المجتهد بقوة الدليل , أما غير المجتهد فيلزمه ما
سبق من ترتيب , وعليه الأخذ بالمتأخر تصنيفاً من كتب ظاهر الرواية , وهو (
السير الكبير) لمحمد بن الحسن الشيباني , إلا إذا كان المتأخرون من أصحاب
الإمام من مثل زفر والحسن بن زياد - وغيرهما ممن أخذ الفقه عن الإمام - قد
قالوا بخلاف ما في كتب ظاهر الرواية , فيلزم عندئذ الأخذ بقول المتأخرين - ٢ .
ويعدل أيضاً عما في كتب ظاهر الرواية , عند تصحيح أهل التخريج والترجيح

١ - رد المحتار إلي الدر المختار - لابن عابدين - ج ١ ص ٧١ وراجع مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٨ - .
٢ - راجع مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٢٥/٢٠ - .

لرواية أخرى , من غير المرويات في كتب ظاهر الرواية , إذ يصار عندئذٍ إلي ما صحوه - ١ .

ثالثاً : العمل بالمرجوح للضرورة :

نفقنا أنفاً حكم العمل بالمرجوح , في مقابلة الراجح , وأنه كالعدم وباطل , غير أنه يستثني من ذلك حالات الضرورة , فيجوز فيها العمل بالمرجوح , بل يجوز العمل بالضعيف للضرورة . قال ابن عابدين :- ((... القول الضعيف يجوز العمل به عند الضرورة فإذا خالف العرف ما هو ظاهر الرواية , (فان كثيراً من المسائل الاجتهادية يؤسسها) المجتهد علي ما كان في عرف زمانه , بحيث لو كان في زمان العرف الحادث , لقال بخلاف ما قاله أولاً ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد : أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس , فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان , لتغير عرف أهله , أو لحدوث ضرورة , أو فساد أهل الزمان , بحيث لو بقي الحكم علي ما كان عليه أولاً , للزم منه المشقة والضرر بالناس , ولخالف قواعد الشريعة المبنية علي التخفيف والتيسير , ودفع الضرر والفساد , لبقاء العالم علي أتم نظام وأحسن أحكام . ولهذا تري مشايخ المذاهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة , بناها علي ما كان في زمنه , لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به , أخذاً من قواعد مذهبه , فمن ذلك افتاؤهم بجواز الاستئجار علي تعليم القران ونحوه , لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول , ولو اشتغل المعلمون بالتعليم , بلا أجره , لزم من ذلك ضياعهم , وضياع عيالهم . ولو اشتغلوا بالاكْتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القران والدين , فأفتوا بأخذ الأجره علي التعليم , وكذا علي الإمامة والإذان , مع أن ذلك مخالف لما أنفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد , من عدم جواز الاستئجار , وأخذ الأجره عليه , كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والزكاة وقراءة القران ونحو ذلك

... , ومن ذلك تحقق الإكراه من غير السلطان , مع مخالفته لقول الإمام , بناءً علي ما كان في زمنه , من أن غير السلطان لا يمكنه الإكراه , ثم كثر الفساد , فصار

¹ - راجع المرجع السابق ص ١٦ - .

يتحقق الإكراه من غيره , فقال محمد رحمه الله باعتباره , وأفتي به المتأخرون لذلك
... .. ومن ذلك : عدم قبول قوله : انه استثنى بعد الحلف بطلاقها , إلا بيينة ,
لفساد الزمان , مع أن ظاهر الرواية خلافه , وعدم تصديقها بعد الدخول , بأنها لم
تقبض المشروط تعجيله من المهر , مع أنها منكرة للقبض, وقاعدة المذهب: أن
القول للمنكر , لكنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه ونحو ذلك من
المسائل التي اختلف حكمها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم التي لا بد
للمجتهد من معرفتها ^١ .

فلاستثناء من أصل القاعدة , يقضي بجواز العمل بالمرجوح , في مقابلة
الراجح لضرورة , ولو كان الراجح باتفاق الإمام وصاحبيه في المسألة , فيجوز
مخالفتهم والعمل بالقول الضعيف , فيما مست إليه ضرورة من مثل تبدل الزمان ,
أو أحوال الناس , أو أعرافهم وعاداتهم , وغير ذلك من أنواع الضرورات
الشرعية. وهذا قدر يتفق فيه جمهور فقهاء المسلمين ^٢ .

أما إذا لم تكن ثمة ضرورة شرعية – توفرت بشرائطها - , فلا يجوز
القضاء بالمرجوح ؛ لأنه سبيل لإتباع الهوى , وهو حرام إجماعاً , فان قيل بانتفاء
إتباع الهوى في الحكم بالمرجوح , لغير ضرورة , في واقعة بعينها في حقيقة الأمر,
فيجاب عن ذلك , بأنه مخالف للإجماع ^٣ , وأن ذريعة الفساد يلزم سدها , وهي
تظل قائمة ومحتملة في كل حال .

رابعاً : التخريج وفق قواعد المذهب فيما لا نص فيه :

التخريج أصل اقتضته ضرورة بقاء المذهب كائناً حياً , ينمو ويتطور ويسد
الحاجة للأحكام الشرعية في النوازل والمستجدات , فالأصل أن الأحكام متناهية ,
والوقائع غير متناهية , والمتناهي لا يحيط بغير المتناهي , ومن هنا كانت
الضرورة إلي إرساء مبدأ التخريج علي أصول المذهب وقواعده , فيما لا نص فيه .
وقد جاءت مصنفات المذهب زاخرةً بتخريجات الفقهاء لأحكام الفروع من أصول

^١ - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٣/١٢٤/١٢٥ - .
^٢ - راجع إعلام الموقعين – لابن قيم الجوزية – ج ٣ ص ٣٨ – ٦٤ وراجع تبصرة الحكام – لابن فرحون ج ٢ ص ٦٨ وما بعدها,
وراجع كتاب أصول مذهب الإمام أحمد ص ٧٣٦ - .
^٣ - راجع العناية علي الهداية للبايرتي – مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام – جزء ٥ ص ٤٩٢ - .

المذهب وقواعده , ونسوق للمثال لا الحصر قاعدة ((العادة محكمة)) , إذ خرجوا بناءً عليها أحكام لا تحصي , نمثل لها : إجازتهم للبيع بالشرط المرعي في عرف البلدة , فيصح البيع والشرط , وأيضاً أن كل ما جري عرف البلدة علي أنه من مشتملات المبيع , فانه يدخل في البيع من غير ذكر ...¹ ورغم أن شرط العمل بالتخريج هو انتفاء وجود الحكم , الا أنهم خرجوا في مقابلة الأحكام الفقهية أيضاً أحكاماً جديدة , لأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان والأمكنة , وإعمالاً لهذه القاعدة , كان تخريج أحكام بلغت إلي مخالفة الراجح , بل إلي مخالفة الإمام وصاحبيه , علي نحو ما سبق لنا بيانه من إجازة المتأخرين لأخذ الأجرة علي تعليم القرآن والإمامة والإذان , لعزوف الناس عن تعليم القرآن والإمامة والأذان , بلا أجر , فاقتضت الضرورة إعمال قاعدة المذهب , وتخريج حكم يتناسب مع حال الناس , جلباً للمصلحة ودفعاً للمفسدة - , وعلي هذا النحو يجب أن تدور عجلة التخريج - بضوابطه - مع دوران الزمان - .

البند الثاني : منهج الترجيح في المذهب المالكي :

منهج الترجيح في المذهب المالكي أيسر نيلاً من منهج الترجيح في سلفه المذهب الحنفي , وفيما يلي نوجز رأي فقهاء المالكية في بيان مناهج الترجيح , عند اختلاف الأقوال في المذهب :

أولاً : في الترجيح بين قولي الإمام مالك : (أو غيره من مجتهدي المذهب) :

قد يكون للإمام مالك رضي الله عنه - أو لغيره من مجتهدي المذهب -² قولان أو أكثر , في مسألة واحدة , فعندئذ يصار إلي الترجيح ابتداءً , بالنظر إلي المتأخر , فيكون ناسخاً للمتقدم . فإذا التبس التاريخ وكان القاضي من أهل الاجتهاد في المذهب , فيكون الترجيح لما يغلب علي الظن أنه المتأخر , علي ضوء ما يتوفر للمجتهد من معرفة بأصول المذهب ومأخذه وما بني عليه .

¹ - راجع قاعدة (العادة محكمة) في المادة ٣٦ من مجلة الأحكام العدلية وراجع شرحها في شرح المجلة لسليم رستم ص ٣٤ وراجع أيضاً المواد ٣٧ و ٣٩ و ٤٠ و ٤١ و ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ وهي تفريعات عن القاعدة الكلية المضمنة بالمادة ٣٦ وتدور تلك المواد حول حجية العرف والعادة - .

² - مجتهدوا المذهب هم من بلغوا رتبة (محمد بن المواز) و (القاضي إسماعيل) و (أبي محمد بن أبي زيد) ونظرانهم - (راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٤/٥٣) .

وقد يكون الراجح هو قول ابن القاسم - رواية عن مالك - إلا فيما شذ - كما نقله ابن فرحون عن أبي الحسن الأنباري - , وذلك لأن ابن القاسم قد لزم مالكا أزيد من عشرين سنة , لم يفارقه فيها حتى توفى , فكان عالماً بالمتقدم والمتأخر , وقد نقل مذهبه للناس ليعملوا به , فيكون ناقلاً للمتأخر - الناسخ - للعمل به .

وقد يكون معرفة المتقدم من المتأخر , بما نقل بأخبار الآحاد , إذ يكفي به في التعيين ؛ لأن المطلوب هنا هو غلبة الظن بتعيين الناسخ - أي المتأخر - .

أما إذا لم يكن القاضي بالغاً رتبة الاجتهاد في المذهب , والتبس عليه المتقدم من المتأخر من قولي الإمام مالك رضي الله عنه , فيرجح قول ابن القاسم رواية عن مالك ؛ لأن ابن القاسم أعلم بالمتقدم والمتأخر , لطول صحبته للإمام - كما ذكرنا - , وفي (تبصرة الحكام لابن فرحون) : ((... إذا اختلف الناس عن مالك رضي الله عنه , فالقول ما قاله ابن القاسم , وعلي ذلك اعتمد شيوخ الأندلس وأفريقية , إذ ترجح ذلك عندهم . قال أبو عمر بن عبد البر : كان أصبغ بن خليل صاحب رئاسة الأندلس خمسين سنة , وكان فقيراً لم يكتسب شيئاً ولا ترك مالاً , بلغت تركته كلها مائة دينار . قال وسمعت أحمد بن خالد يقول : دخلت يوماً علي أصبغ بن خليل فقال لي : يا أحمد , فقلت : نعم , فقال : انظر إلي هذه الكوة - لكوة علي رأسه في حائط بيته - فقلت له : نعم . فقال : والله الذي لا اله إلا هو , لقد رددت منها ثلثمائة دينار صحاحاً , علي أن أفتي في مسألة بغير رأي ابن القاسم , مما قاله غيره من أصحاب مالك , فما رأيت نفسي في سعة من ذلك))¹ , فالفتوى إذن والترجيح بقول ابن القاسم - رواية عن مالك - , ((إلا أن ينقل المتقدم وينص عليه , و يري من حيث النظر أن مأخذه أرجح في ظنه , من مأخذ المتأخر , فيحكي القولين فيقول وبأول قوليه أقول , لا علي معني التقليد لمالك رضي الله عنه , بل لما أداه إليه اجتهاده -² . ((

ثانياً : الترجيح بقوة الدليل عند اختلاف الأقوال الأخرى في المذهب :

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٦/٥٥ .
² - المرجع السابق ج ١ ص ٥٤ .

عند اختلاف الأقوال الأخرى في المذهب - أي أقوال غير مالك من فقهاء مذهبه - , فعلي القاضي أن يرجح بالنظر إلي قوة الدليل - ابتداءً - , ويكون ذلك لمن حصل طرفاً من النظر في طرق الاجتهاد وكان عارفاً بمأخذ صاحب المذهب , ماهراً في الأصول , عالماً بما تقدم وما تأخر , عالماً بالترجيح . ومن لم يكن بتلك الصفة , فيجوز له الرجوع إلي قول من كان مجتهداً في المذهب .

ويدخل في معني (قوة الدليل) , الإسناد , وصحة الرواية والدراية , لما روي من أن قول مالك في المدونة أولي من قول ابن القاسم فيها , لأنه الإمام الأعظم , وأن قول ابن القاسم في المدونة أولي من قول غيره فيها ؛ لأنه أعلم بمذهب مالك رضي الله عنه , وقول غيره في المدونة أولي من قول ابن القاسم في غيرها , وذلك لصحة المدونة - ¹ .

وقد يشار إلي الراجح في مصنفات المالكية بأنه : (المشهور في المذهب) , كما قد يعلم المشهور بدلائله ولو من غير إشارة . قال ابن فرحون في التبصرة : ((... قول ابن القاسم هو المشهور في المذهب , إذا كان في المدونة . والمشهور في اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب المدونة . والعراقيون كثيراً ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور , ويشهرون بعض الروايات . والذي جري به عمل المتأخرين , اعتبار تشهير ما شهره المصريون والمغاربة . قال ابن راشد : وسمعت بعض الفضلاء ينكر لفظة (مشهور) , فانه قد يشتهر عند الناس شيء , وليس له أصل . قال : وإنما يعول علي ما يعضده الدليل . وقال ابن بشير : اختلف في المشهور علي قولين . أحدهما : ما قوي دليله , والآخر ما كثر قائله , والصحيح أنه ما قوي دليله , قال ابن خويز منداد : ومسائل المذهب تدل علي أن المشهور ما قوي دليله , وأن مالك رضي الله عنه كان يراعي من الخلاف , ما قوي دليله , لا ما كثر قائله , وقد أجاز رضي الله تعالى عنه , الصلاة علي جلود السباع

¹ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٦ - , وراجع البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٢١ - .

إذا نكيت , وأكثرهم علي خلفه , وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب , ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور ...)^١ .

ثالثاً : الترجيح بدلالة العرف عند اختلاف الأقوال الأخرى في المذهب :

يجوز الترجيح بدلالة العرف , عند اختلاف الأقوال الأخرى , في المذهب , أي عند اختلاف أقوال غير مالك من بقية فقهاء مذهبه . ومما يعتبر راجحاً بدلالة قرينة العرف , ما يشار إليه في مصنفات المحققين بأنه : (الذي جري به العمل) , غير أن الراجح وفقاً لما (جري به العمل) , لا يكون ترجيحاً سارياً بإطلاق , في سائر الأزمان والبلدان . قال ابن فرحون في التبصرة : (... ونصوص المتأخرين من أهل المذهب , متواطئة علي أن هذا – أي العرف – مما يرجح به , إلا أن يختلف العرف في بلدين , فلا يكون ذلك حينئذٍ مرجحاً , ... قرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال , ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر أنه للنساء , ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلي قوم , ومن متاع الرجال بالنسبة إلي قوم آخرين , ... فلو قال عالم : (الذي جري به العمل , في هذه المسألة كذا) , لم يعم ذلك سائر البلاد , بل يختص به ذلك الموضع الذي جري فيه ذلك . ومثل هذا لا تجدهم يقولون فيه (الذي جري به العمل واستقرت عليه الأحكام كذا) , بل يقولون : (الذي جري به العمل في هذه المسألة في بلد كذا , وفي عرفهم كذا و كذا) . وأما غير ذلك من المسائل التي يذكرون ما جري به العمل فيها للعرف الذي اقتضته المصلحة في حق العامة , وتغير العوائد – وذلك أمر عام – فانه مما يرجح به ذلك القول المعمول به ... -)^٢ .

ومفاد النص أن العرف معتبر في الترجيح , شريطة أن يكون عرفاً عاماً , فان كان خاصاً بمكان أو بفتة من الناس دون آخرين , فلا يعم حكمه سائر البلدان , وإنما يختص به الموضع أو القوم الذين جري العرف عندهم , ويراعي دائماً إمكان تبدل العرف , فان تبدل العرف , فيجب الرجوع للمشهور -^٣ , وهذا يفارق –

¹ - المرجع السابق ج ١ ص ٥٧/٥٦ - .

² - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٥ - .

³ - راجع البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٢٢ - .

بالطبع - حالة (ما لا نص فقهي فيه) وابتناء الحكم علي العرف , إذ يدور فيه الحكم مع العرف , ولا ينكر تبدل الحكم بتبدل العرف - .

رابعاً : الترجيح بالنظر إلي الصفات الموجبة لزيادة الثقة :

إذا لم يكن القاضي - أو الناظر - من أهل التخريج , ولا من أهل الترجيح بقوة الدليل , ولا كان عالماً بالمتأخر من المتقدم , ولا قادراً علي تمييز شاهد مرجح, فانه عندئذٍ يغدو إلي صفات الفقهاء , فيعمل بقول الأكثر والأورع والأعلم . قال التسولي في البهجة : ((فان فقد ذلك - أي لم يكن من أهل التخريج أو الترجيح - , فليفرع في الترجيح إلي صفاتهم , فيعمل بقول الأكثر والأورع والأعلم , فإذا اختصّ واحد منهم بصفة أخرى , قدم الذي هو أخرى منهما بالإصابة , فالأعلم الورع مقدم علي الأورع العالم , وكذا لو وجد قولين , أو وجهين لم يبلغه عن أحد بيان الأصح منهما , اعتبر أوصاف ناقليهما , والترجيح بالصفة جارٍ في المذاهب الأربعة ... -¹)) .

والنظر في الترجيح إلي صفات الفقهاء , وترجيح قول من كانت صفاته موجبة لزيادة الثقة , معتبر قياساً علي الأخبار , وعلى ما يصار فيها من النظر إلي صفات رواتها عند تعارضها - .

البند الثالث : منهج الترجيح في المذهب الشافعي :

لا يتشعب الأمر بالقاضي كثيراً , إذا حدد له الإمام , أو التشريع , مرجعية القضاء بالمذهب الشافعي . فإذا كان أمر الترجيح دائراً بين قولي الإمام الشافعي , فان الراجح هو ما اعتمده الشافعي في الجديد من المذهب , الذي قاله بمصر , وصنف فيه كتاب (الأم) وغيره , وقد نقل الإمام النووي في (المجموع) بأن الأصل هو أن قول الشافعي (القديم) مرجوع عنه , لكون غالبه كذلك -² . وقد يكون الصحيح من المذهب هو (القديم) , أي الذي قال به الشافعي في العراق , وذلك إذا اقترنت قرينة دالة علي صحة (القديم) , مثل القول فيه بأنه :

¹ - البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٢١ وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٨ - .
² - راجع المجموع شرح المذهب للنووي ج ١ ص ٦٨ - .

(الذي جري به العمل) , فذلك يدل علي أنه (القديم) الذي جري به العمل هو الراجح , المفتي به - ^١ .

وأشهر رواية القديم هو الإمام أحمد بن حنبل , والزعفراني - الحسن بن محمد الزعفراني - ^٢ وهو أثبت رواية (القديم) من أصحاب الشافعي .

أما رواية (الجديد) فهم أصحاب الشافعي بمصر من أمثال (البويطي) - ^٣ - يوسف بن يحيى البويطي صاحب الامام الشافعي , وكذلك (المزني) ^٤ صاحب الشافعي وصاحب المختصر , والربيع بن سليمان ^٥ , صاحب الامام الشافعي وراوي كتبه , ويونس بن عبد الأعلى ^٦ , فهؤلاء هم أشهر وأثبت رواية (الجديد) . والمسائل التي رجح فيها (القديم) قليلة , حصرها الأصحاب , فقال بعضهم هي ثلاث مسائل وقال آخرون : هي أربع عشرة مسألة , وقال بعضهم : بل هي سبع عشرة , وقيل هي نحو نيف وثلاثين مسألة , وقد ذكرها الامام النووي في كتابه (المجموع) ^٧ .

أما إذا كان الترجيح دائراً بين أقوال فقهاء المذهب , فيصدق فيه القول بأن الترجيح يكون بالنظر إلي (قوة الدليل) , وقد نقلت مصنفات الشافعية كثيراً من الترجمات بالنظر إلي (قوة الدليل) , عند اختلاف فقهاء المذهب في المسألة الواحدة - ^٨ . ومن مصنفاتهم المعتمدة في هذا الباب (المهذب) للشيرازي - وشروحه - , وكتاب (الوسيط في المذهب) , لأبي حامد الغزالي - .

^١ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٥ .
^٢ - الزعفراني - الحسن بن محمد الصباح نسبه إلي الزعفرانية بلدة قرب بغداد كان فقيهاً جليلاً , صاحب الشافعي في العراق وتوفي في سنة ٢٦٠ هـ راجع طبقات الشافعية ج ٢ ص ١١٤ .
^٣ - البويطي - يوسف بن يحيى - صاحب الشافعي بمصر , وتوفي ببغداد سنة ٢٣١ هـ راجع طبقات الشافعي الكبرى ج ٢ ص ١٦٢ - ١٧٠ .
^٤ - المزني : أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى - صاحب المختصر , وتوفي سنة ٢٦٤ هجرية راجع طبقات الشافعية ج ١ ص ٢٣٨ - وما بعدها .
^٥ - الربيع بن سليمان المرادي صاحب الشافعي توفي في سنة ٢٧٠ هجرية - راجع طبقات الشافعية ج ١ ص ٢٥٩ .
^٦ - يونس بن عبد الأعلى بن موسى صاحب رئاسة العلم بمصر توفي في سنة ٢٦٤ هجرية راجع طبقات الشافعية الكبرى ١٧٠/٢ .
^٧ - راجع المجموع شرح المهذب للنووي ج ١ ص ٦٧/٦٦ .
^٨ - هنالك المزني صاحب المختصر - صاحب الشافعي بمصر - وهو من أهل الطبقة الأولى من المجتهدين في المذهب الشافعي , وقد تفرد باجتهادات علي أصول المذهب , وكذا الحال بالنسبة لمجتهدي الطبقات الأخرى , مثل القفال المرزوي وابن الصلاح والغزالي والإسفراييني الذين نقلت عنهم ترجيحات لأقوال في المذهب مما اختلف فيه سابقهم من أهل الاجتهاد المطلق - وكما قال الحموي (ابن أبي الدم) في كتاب (أدب القضاء ص ٧٩) فانه يموت أهل هذه الطبقة - أي طبقة الإسفراييني وتلامذته - فقد انقطع الاجتهاد وتخريج الوجوه في مذهب الشافعي وأما من جاء بعدهم , فإنما هم نقلة وحفظة لمذاهب المشايخ وكتبهم - .

وقد يكون الناظر - أو القاضي - من غير أهل الترجيح , أي مقلداً , غير عارف للدليل وقوته , أو غير عارف بمصطلحات أهل المذهب التي تشير إلي الراجح^١ , فلا يتسنى له معرفة الراجح , وعندئذ فيصار إلي الترجيح بالنظر إلي صفات الفقيه الموجبة لزيادة الثقة -^٢ .

البند الرابع : منهج الترجيح في المذهب الحنبلي :

نبين ابتداءً منهج الترجيح بين قولي الإمام أحمد بن حنبل , ثم منهج الترجيح بين أقوال فقهاء المذهب , علي النحو التالي :

أولاً : الترجيح بين قولي الإمام أحمد :

حظيت الروايات والأقوال الفقهية المنقولة عن الإمام أحمد بن حنبل , بالتحقيق والترجيح من قبل فقهاء المذهب المحققين , فهناك (مختصر الخرقى) , لأبي القاسم عمر بن الحسن - المتوفى في سنة ٣٣٤ هجرية - , الذي جاء محتويًا علي ترجيح الروايات المنقولة عن الإمام أحمد , وقد شرحه فقهاء كثيرون منهم القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء - المتوفى سنة ٤٥٨ هجرية - وابن قدامه - عبد الله بن أحمد المتوفى في ٦٢٠ هجرية - وقد عني هؤلاء وغيرهم بترجيح الروايات الفقهية المنقولة عن الإمام أحمد , عناية بالغة , بحيث تبدي الراجح من قولي الإمام ظاهراً في مصنفاتهم .

وعملاً بأصل المذهب , عني المحققون بمبدأ الجمع بين القولين بالتوفيق بينهما , فان تعذر الجمع يصار إلي الترجيح , والمتأخر هو الأرجح , وقيل المتقدم , وقيل كلاهما مذهب له , لأن الاجتهاد لا ينقض بلاجتهاد -^٣ .

فان جهل التاريخ , ولم يعلم المتقدم من المتأخر , فيصار إلي الأدلة الشرعية , فيرجح أقرب الأقوال إلي الأدلة الشرعية , وأكثرها اتفاقاً مع أصول المذهب

^١ - يشير أهل الاجتهاد والترجيح في المذهب إلي الراجح من أقوال فقهاء المذهب الشافعي , بأنه (الأصح) أو (الصحيح) أو (الأظهر) أو (الظاهر) , وقد خصص النووي عبارة (الأصح) للدلالة علي الوجه الراجح , وعبارة (الأظهر) للدلالة علي القول المختار , أما البيضاوي فقد خصص عبارة (الأصح) للدلالة علي القول المختار , وعبارة (الأظهر) للدلالة علي الوجه الراجح , ولم يفرق الغزالي بين مدلول العبارتين علي نحوهما بل أطلقهما علي الترادف - راجع ص ٢٨٥ من الدراسة القيمة التي أجراها الدكتور علي محي الدين القرعة داغي لكتاب (الوسيط في المذهب) لأبي حامد الغزالي - .

^٢ - راجع البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٢١ .

^٣ - راجع أصول مذهب الإمام أحمد ص ٨٠٩/٨٠٨ - .

وقواعده - . وقد رجح فقهاء المذهب ما عضده نقل صريح - أو ضمنى - من الإمام أحمد رحمه الله , بأنه المختار عنده - ¹ .

ثانياً : الترجيح بين أقوال فقهاء المذهب :

تنبنى قاعدة الترجيح بين المختلف فيه من أقوال فقهاء المذهب الحنبلي , علي قوة الدليل النقلى أو العقلى . وتزخر الترجيحات بهذا الوجه في مصنفاتهم . وقد تجد حرية في اجتهاد الرأي , وترجيح قول علي آخر , في هذا المذهب , بما لا يتوفر في غيره , ولعل ذلك بفضل فقهاء المذهب المجددين , من أمثال (ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية) اللذين أضفيا علي المذهب صبغة من النماء والحيوية ومعاصرة وقائع الزمان , وذلك لما رجحوه أو خرّجوه من أحكام , علي أصول المذهب , بما يتلاءم مع تطور العصر , ولا تكاد تلك الأحكام تحصى , وحسبنا ما أفتيا به , من أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد , يقع طلقة واحدة , نظراً لتغير الزمان ؛ ولأن ما أفتي به سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه , لا يمكن حمل الناس عليه , في عصرهما - , قال ابن قيم الجوزية : (رأي أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه , أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق , وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة , فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم واختار الأغظ , فهذا ما غيرت به الفتوى , لتغير الزمان ثم صار في هذه الأزمنة التحليل كثيراً مشهوراً وعلي هذا فيمتنع في هذه الأزمنة معاقبة الناس بما عاقبهم به عمر (رضي الله عنه) من وجهين :

أحدهما : أن أكثرهم لا يعلم أن جمع الثلاث حرام الثاني : أن عقوبتهم بذلك تفتح عليهم باب التحليل ²) . وهذا ما أفتي به ابن تيمية ومن بعده تلميذه ابن القيم في المسألة , مخالفين المذهب - بل والراجح من المذاهب الأربعة , ومثل ذلك منهما كثير - , و إن كانا يجريان في ترجيحهما , أو تخريجهما , علي أصول مذهب الإمام أحمد رحمه الله - .

¹ - المرجع السابق ص ٨٠٩ - .

² - اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ٣ ص ٤٥ - ٦٤ - .

البند الخامس : منهج الترجيح في مذهب الإمامية الإثني عشرية :

لا مناص من الإقرار بأن مذهب الشيعة الجعفرية – أو الامامية الأثني عشرية – قد أثاره بدرجة متفردة , أن باب الاجتهاد ظل مفتوحاً فيه علي مر العصور , إلي يومنا هذا , وذلك بخلاف مذاهب السنة الأربعة الكبرى . غير أنه في ذات الوقت , فان مذهب الشيعة الاثني عشرية قد تفرد بفقهاء تراوحوا بين الإمعان في الغلو , وبين التوسط والاعتدال , وظهرت مؤخراً فرقة تكاد تفرط في بعض أصول المذهب . فتلك مفارقات لا تكاد تجد شيئاً منها في مذاهب السنة الأربعة الكبرى .

ويعيننا هنا أن نبين بأن كافة طوائف الاثني عشرية , المتراوحة بين الإفراط في الغلو , وبين التقريط في بعض الأصول , ومن هم بينهما من أهل الاعتدال , يتفقون في الأصول الاعتقادية التي هي عمدة المذهب , وتتمثل في الإمامة , وعصمة الأئمة , والرجعة والتقية . وتلك أصول تتعلق بالعقيدة ولا شأن لدراستنا بها , إلا بقدر ما تؤثر تلك الأصول الاعتقادية , في أحكام الفروع الفقهية - .

ولا مناص من الإقرار أيضاً بأنه يبدو عسيراً علي الباحث , استجماع رؤية شمولية في بعض مسائل المذهب , جراء التباين في مناهج التصنيف في المذهب الجعفري -¹ , ولا تزول عسرة الباحث إلا إذا أدرك بأن للمذهب أربعة كتب معتمدة, يتفق بشأنها أهل المذهب كافة , وهي : (الكافي) لأبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني , - المتوفى سنة ٣٢٩ هـ - وكتاب (من لا يحضره الفقيه) لمحمد بن بابويه القمي – المتوفى سنة ٣٨١ هـ - وكتابا (التهذيب) و (الاستبصار فيما اختلف من الأخبار) للشيخ محمد بن الحسن الطوسي – المتوفى سنة ٤٦٠ هـ - .

وتأسيساً علي ما ورد بكتابي (الكافي) و (من لا يحضره الفقيه) , نبين منهج الترجيح بين الآراء و عند اختلاف فقهاء المذهب الجعفري مع بعضهم من

¹ - من أمثلة التباين ما نجده في مصنفات الفروع والتفسير والحديث النبوي , ففي التفسير نجد من يذهب إلي إن القرآن الكريم الذي بين دفتي المصحف الشريف قد لامسه التحريف , بينما نجد المعتدلين منه مثل شيخ الطريقة الطوسي (أبو جعفر محمد بن الحسن ت سنة ٤٦٠ هـ) , في (التبيان في تفسير القرآن) ينكر أشد النكير , علي أولئك الغلاة , مؤكداً أن الصحيح من مذهبهم هو عدم حدوث شيء من التحريف في كتاب الله الوارد بين دفتي المصحف الشريف , ومن الطائفة المعتدلة محمد بن بابويه القمي صاحب كتاب (من لا يحضره الفقيه) وكذلك السيد الشريف المرتضي والطبرسي شيخ مفسري المذهب صاحب (مجمع البيان في تفسير القرآن) , و أما في مصنفات الحديث فنجد (الكافي) للكليني , الذي غذي حركة الغلاة بكثير من الأخبار التي لا سند لها , بينما نجد الاعتدال في مصنفات شيخ الطريقة الطوسي من مثل (الأستبصار) .

جهة , ثم نبين منهج الترجيح عند اختلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى و
من جهة ثانية , فيما يلي :

أولاً : منهج الترجيح عند اختلاف فقهاء المذهب الجعفري مع بعضهم البعض
ونبينه علي النحو التالي :-

أ- الترجيح بالأعدلية والصفات الموجبة لزيادة الثقة :

أرجح الأقوال لدي الجعفرية – الإمامية الإثني عشرية – هو قول الأعدل ,
ذي الصفة الموجبة لزيادة الثقة , في القائل , ففي كتاب (من لا يحضره الفقيه)
أنه :- ((روي داؤد بن الحصين عن عمر بن حنظله , عن أبي عبد الله عليه السلام,
قال : قلت في رجلين اختار كل واحد منهما رجلاً , فرضيا أن يكونا الناظرين في
حقهما , فاختلفا فيما حكما , وكلاهما اختلف في حديثنا . قال : (الحكم ما حكم به
أعدلهما وأفقههما , وأصدقهما في الحديث , وأورعهما , ولا يلتفت إلي ما يحكم به
الآخر) - ((¹ .

ب- ترجيح المشهور :

إذا اختلف فقهاء المذهب الجعفري مع بعضهم , وكانوا متساوين في العدالة
وصدق الحديث والورع , ولم يتفاضل أحدهم علي صاحبه بصفة موجبة لزيادة الثقة
فيه , فيصار عندئذٍ إلي ترجيح القول المشهور , المجمع عليه و المنقول عن الأئمة
بطريق الثقات . قال ابن بابويه : ((روي داؤد بن الحصين , عن عمر بن حنظله ,
عن أبي عبد الله عليه السلام (بشأن الفقيهين الناظرين في أمر الرجلين
الآنف ذكرهما) قال : قلت : فانهما عدلان مرضيان عند أصحابنا , ليس يتفاضل
واحد منهما علي صاحبه ؟ قال : فقال : (ينظر إلي ما كان من روايتهما عنا في
ذلك الذي حكما به , المجمع عليه أصحابك , فيؤخذ به من حكما , ويترك الشاذ

¹ - من لا يحضره الفقيه – لابن بابويه – ج ٣ ص ٦ - .

الذي ليس بمشهور عند أصحابك , فان المجمع عليه , حكمنا لا ريب فيه .^١ - .
وهذه الرواية أوردها (الكليني) في (الكافي) -^٢ . ومفادها المصير إلي ترجيح
القول - أو الخبر - المجمع عليه , المروي بطريقة الثقات عن الأئمة - أي أئمة
المذهب - وذلك عند تعذر الترجيح بالأعدلية وبالصفات الموجبة لزيادة الثقة .

-ج- ترجيح القول الموافق لحكم الكتاب والسنة :-

المرتبة الثالثة من ضوابط الترجيح , أو من مدركات الترجيح لدي الإمامية
الإثني عشرية , عند اختلافهم مع بعضهم, هي (موافقة القول لحكم الكتاب والسنة),
ففي ذات الخبر المروي عن عمر بن حنظله عن أبي عبد الله أنه قال : ((قلت : فان
كان الخبران عنكما مشهورين , قد رواهما الثقات عنكم ؟ قال : ينظر فما وافق
حكمه حكم الكتاب والسنة , وخالف العامة فيؤخذ به , ويترك ما خالف حكمه حكم
الكتاب والسنة ووافق العامة)) -^٣ .

ورغم وضوح العبارة الأنفة الذكر , إلا أن موافقة الحكم لحكم الكتاب والسنة
من جهة , ومخالفته للعامة في ذات الوقت , غير متصورة عندنا , إلا إذا كان
القصـد من (حكم الكتاب والسنة) هو الحكم المستمد من التأويلات الباطنية , التي
هي من خصائص كثير من تفاسير الاثني عشرية - .

**ثانياً : منهج الترجيح عند اختلاف فقهاء الإمامية الاثني عشرية مع غيرهم من
فقهاء المذاهب الأخرى :**

يرجح الإمامية الإثني عشرية , المخالف لما عليه غيرهم , من عامة
المسلمين وحكامهم وقضاتهم , ففي ذات ما رواه داؤد بن الحصين , عن عمر بن
حنظله , عن أبي عبد الله قال : ((... .. قلت : جعلت فداك . رأيت إن كان
الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب والسنة, ووجدنا أحد الخبرين موافقاً للعامة , والآخر

¹ - من لا يحضره الفقيه - لابن بابويه - ج ٣ ص ٦ - .

² - راجع الكافي - للكليني - ج ١ ص ٦٨ - .

³ - الكافي - للكليني - ج ١ ص ٦٨ - , والمقصود بالعامة هنا هم (عامة المسلمين وحكامهم وقضاتهم) - .

مخالفاً لهم , بأي الخبرين يؤخذ ؟ قال : ما خالف العامة ففيه الرشاد . فقلت : جعلت فداك , فان وافقهما الخبران جميعاً ؟ قال : ينظر إلي ما هم إليه أميل , حكاهم وقضاتهم , فيترك ويؤخذ بالآخر . قلت فان وافق حكاهم الخبران جميعاً ؟ قال : إذا كان ذلك فأرجه , حتى تلقي إمامك , فان الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكات - (١) .

هذا الخبر الذي لا مطعن فيه لدي أحد من الإمامية - الاثني عشرية - , يرسى منهج الترجيح , عند الاختلاف مع فقهاء المذاهب الأخرى , ويجعل ما خالفهم راجحاً , ولا حاجة بنا إلي الإفاضة في بيان ما ينطوي عنه الخبر من غلو , وعدم موضوعية في منهج الترجيح - .

البند السادس : منهج الترجيح في المذهب الإباضي - .

يرجح فقهاء الإباضية ما كان دليلاً أقوى , فإذا كان القاضي من أهل الترجيح , فيتعين عليه المصير إلي الترجيح , أما إذا لم يكن من أهل الترجيح , فعليه اللجوء إلي غيره من أهل الترجيح , ففي (شرح النيل) : ((...) وليلتزم قولاً واحداً) , يرجحه إن كان من أهل الترجيح , أو يرجح له إن كان ممن لا يرجح , أو يراه رأياً له إن كان مجتهداً ... (إلا أن يري غيره) من الأقوال (أليق) , فليرجع إلي الأليق فيلتزمه , وإن كان رأي أيضاً غيره أليق رجع , وهكذا بلا قصور ولا تقصير ... (وليجتهد في الإصابة) أي إصابة الحق , وليجتهد (في الأقوال) , يرجح راجحها ويقضي به , إن كان غير مجتهد - (٢) .

وفي (الفتح الجليل) : ((فالحاكم يجتهد ويأخذ من أقوال العلماء ما يراه الأقرب إلي الحق)) - ٣ .

وهكذا يترك الإباضية الباب مشرعاً أمام القاضي (للنظر في النوازل , والبحث عن الدلائل , والترجيح عند وقوع الخلاف , والاختيار عند تعارض الأقوال) - ٤ .

١ - الكافي للكليني ج ١ ص ٦٨ وراجع (من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٦) - .

٢ - شرح النيل وشفاء العليل ج ١٢ ص ٧٧ - .

٣ - الفتح الجليل لابن خلفان ص ٦٨١ - .

٤ - راجع شرح النيل وشفاء العليل ج ١٣ ص ٢٠ وراجع الإيضاح في الأحكام لأبي زكريا يحيى بن سعيد ج ٢ ص ٢٣٧ - .

ورغم وضوح منهج الإباضية في الترجيح ، فإن ثمة مفارقة بين منهج إباضية المشرق وبين منهج إباضية المغرب ، ولعلنا لا نجانب الصواب إن قلنا بأن من العسير وضع منهج موحد بينهما ، إذ أن الناظر إلي مصنفات إباضية المشرق ، يجدها أقرب إلي الفقه الحنفي ، بينما تكاد تتطابق مصنفات إباضية المغرب مع مصنفات الفقه المالكي – وبالأخص ما في كتابي (النيل وشفاء العليل) وشرحه (شرح النيل وشفاء العليل) ؛ إذ يغلب فيهما إيراد نصوص متن العاصمة (تحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي) وشروحه ، استدلالاً بنصوص المتن ، واقتباساً من الشروح - .

البند السابع : منهج الترجيح في المذهب الزيدي :

يعتمد منهج التصنيف في المذهب الزيدي علي تقسيم الفقهاء إلي أربع طبقات ، تأتي طبقة فقهاء أهل البيت عقب طبقة فقهاء الصحابة ، وطبقة فقهاء التابعين ، ويأتي سائر الفقهاء في الطبقة الرابعة . ورغم أن أصل التصنيف في المذهب ، يقوم علي فقه الإمامة¹ واجتهادات فقهاء أهل البيت² ، إلا أن الذي يلزم تقريره والإقرار به ، هو عناية المذهب الزيدي بأراء سائر الفقهاء³ - ، واجتهاداتهم من

¹ - يشترط في الإمام عند الزيدية أن يكون فاطمياً ، فصحة إمامته مجمع عليه - عندهم - ولا دليل علي صحة إمامة غيره ، وأن يكون فقهياً مجتهداً ، عدلاً ، ذا دراية بالتدبير في شئون الحرب والسلام والسياسة ، قوياً زاهداً . ويعرف بالنص أو بتكامل الشروط ؛ إذ ثبت إمامة سيدنا علي كرم الله وجهه بالنص ، بخبر الغدير وخبر المنزلة ، كما ثبتت إمامة الحسن والحسين (رضي الله عنهما) بالنص أيضاً لقوله صلي الله عليه وسلم : ((الحسن والحسين إمامان)) وتام النص : ((الحسن والحسين إمامان قاما أو قعدا وأبوهما خير منهما)) [جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار جزء ٥ ص ٣٧٦ ، وأورد الخبر تخريجاً من الشفاء] ، والإمامة في أولادهما غير محصورة لدي الزيدية ، وقيل محصورة في أئني عشر . وقيل الإمام بعدهما (علي بن الحسين) والباقر والصادق وإسماعيل بن جعفر - وقيل محمد بن الحنفية وهو قول الكيسانية ، وقيل في ولد علي مطلقاً ، فأدخل ولد العباس بن علي . ولا خلاف بين من قصرها في البطنين ومن لم يحصرها ، أن طريقها الدعوة ومباينة الظلمة مع كمال الشروط وأولهم (زيد بن علي) وقيل بل الحسن بن الحسين . راجع البحر الزخار لابن المرتضي جزء ٥ ص ٣٧٦ - .

² - فقهاء أهل البيت - أو آل البيت - وهم العترة ويرمز إليهم مصنف البحر الزخار بحرف (ة) وهم القاسمية ورمزهم (بة) والناصرية . والقاسمية هم أتباع الإمام القاسم بن إبراهيم الحسني ولد سنة ١٧٠ هـ وتوفي بالرس في سنة ٢٤٤ هـ - راجع جواهر الأخبار والآثار - مطبوع مع البحر الزخار ج١ ص ١٢ ، وأما الناصرية فهم أتباع الإمام محمد بن الحسن بن علي بن الحسن بن علي بن عمر بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، ولد في سنة ٢٢٠ هـ وكان عالماً شجاعاً ورعاً زاهداً وتوفي في سنة ٣٠٤ هـ - راجع جواهر الأخبار نفس المرجع ص ١٣ ومن فقهاء آل البيت : الإمام الشهيد زيد بن علي بن الحسن بن علي بن أبي طالب - أمام المذهب الزيدي ، استشهد في صفر سنة ١٢٠ هـ ، والإمام الباقر - محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب - سيد بني هاشم في زمانه . لقب بالباقر ؛ لأنه بقر العلم ، يعني شقفه فعلم أصله وخفيته ، ولد في سنة ٥٦ هـ وتوفي في سنة ١١٤ هـ . عده النسائي من فقهاء التابعين بالمدينة . والإمام الصادق - أبو عبد الله جعفر الصادق بن محمد الباقر ، روي عنه مالك والثوري وقال عنه أبو حنيفة : (ما رأيت أفقه منه) ، والإمام أحمد بن عيسى بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب - فقيه آل البيت توفي سنة ٢٤٧ هـ ، والإمام محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسين بن علي بن أبي طالب الملقب بالنفس الزكية وتوفي سنة ١٤٤ هـ وغيرهم من أمثال الهادي يحيى بن الحسين ، والمؤيد بالله ، وأبي طالب ، وأبي العباس ، والمرتضي ، وأحمد بن يحيى ، والمنصور بالله ، والإمام يحيى ، والقاضي زيد بن محمد ويراجع رموزهم في البحر الزخار لابن المرتضي وفي جواهر الأخبار لبيهران الصعدي ج١ ص ١٤/١٣ .

³ - عني مصنفو المذهب الزيدي بالمقارنة بين آراء المذاهب الفقهية فجاءت مصنفاتهم متسمة بدقة المقارنة وموضوعية الترجيح والتدليل ويرمز في البحر الزخار إلي الفقهاء ، بالحروف الموضحة قرين كل : الشافعي (ش) ، مالك (ك) ، أبو حنيفة (ح) ، أحمد بن

الزبيدي ، ساعدهم عليه اعتقادهم بعدم خلو الزمان عن مجتهد^١ - ، وما في أصولهم من الإيمان بأنه لا يجوز من الله سبحانه وتعالى ، إخلاء الزمان عن يصلح للإمامة^٢ ، فتعيّن أن في كل زمان إمام مجتهد جامع لعلوم الأئمة^٣ - ، ويصار إليه فيما شجر بين الناس من أمور دينهم ودنياهم - .

وتأتي في المرتبة التي تلي اجتهادات الإمام ، تخريجات فقهاء أهل البيت من أصول المذهب ، وهي مجموعة ومدونة في مصنفاتهم ، وقد عُني بجمعها ابن المرتضي في (البحر الزخار) ، رامزاً إلي التخرّيج بحرف (ج) مضافاً إلي رمز الفقيه ، فمثلاً يرمز إلي تخريجات (أبي طالب) بحرفي (جط) وهكذا ...^٤ - . وبالجملة فقد عُني محققو المذهب الزبيدي ببيان الأقوال الفقهية ، وبيان رأي المذهب منها برمز (هب) ، كما أولوا الترجيح بين الآراء بدلالة المنقول والمعقول عناية فائقة ، بحيث لا يجد الباحث عناءً معه - .

المطلب الثاني

الالتزام بالمرجعية التشريعية

المقصود بالمرجعية التشريعية هو ما يخطه المشرع للقاضي من سبل لاتباعها ، فيما لا نص فيه ، أو فيما كان قابلاً للتأويل من النصوص . وقد يخصص المشرع مذهباً بعينه ، أو يترك الخيار للقاضي من بين مذاهب بعينها ، كما قد يخط له سبلاً بعينها للإتباع . ويلزم علي القاضي عدم تجاوز ما يخطّه له المشرع ، لأن ولاية القضاء يجوز فيها التقييد ، فإن قُيدت ، فلا يختص القاضي بما كان خارجاً عما أُلزم به - .

ومن قبيل تقييد اختصاص القاضي بمذهب معين ما كان عليه العمل في المحاكم الشرعية بالسودان ، بموجب المادة ٥٣ من لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية لسنة ١٩١٥م ونصّها : ((يكون العمل في جميع المحاكم الشرعية علي

^١ - البحر الزخار لابن المرتضي ج٥ ص ١٢٠ - .

^٢ - المرجع السابق ج٥ ص ٣٨٠ - .

^٣ - راجع البحر الزخار ج٥ ص ٣٨٠ وعلوم الأئمة عندهم ثمانية هي الأصولان والتفسير ويجزئ منه معرفة تفسير آيات الأحكام وأحاديث الأحكام وعلم العربية واللغة ومعرفة النسخ والمنسوخ - راجع تفصيل ذلك في البحر الزخار ج٥ ص ٣٨٠ - .

^٤ - راجع البحر الزخار ج١ ص ١٤ - .

المرجح من آراء فقهاء الحنفية ، إلا في المسائل التي يصدر فيها قاضي القضاة منشورات أو مذكرات قضائية ، فإنه يعمل فيها بما ينص قاضي القضاة علي العمل به ، من آراء فقهاء الحنفية أو غيرهم من أئمة المسلمين)) - .

وقد أصدر قاضي القضاة اللائحة الأنفة الذكر ، عملاً بالسلطة الممنوحة له ، وفقاً للمادة ٨ من قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٠٢م ، بعد مصادقة الحاكم العام البريطاني ، وأصبحت سارية منذ سنة ١٩١٥م ، إلي أن صدر قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م - قانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٤م - متضمناً الجدول الثاني الملحق به ، الذي جاء مطابقاً لللائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية ، ومن ثم ألغيت اللائحة بموجبه ، واستعيض فيه عن المادة ٥٣ من اللائحة الملغاة بالمادة ١٦ من الجدول الثاني الملحق به - أي بقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٧٤م - ، ثم ألغيت هذه المادة الأخيرة بصدر قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م متضمناً الجدول الثالث ، بشأن إجراءات قضايا الأحوال الشخصية ، ومتضمناً إلغاء المادة ١٦ - الأنفة الذكر - التي كانت امتداداً لتقييد العمل في المحاكم الشرعية ، بالراجح من المذهب الحنفي ، فأسدل بذلك الستار علي مرجعية تشريعية ظلت تحكم عمل المحاكم لما يقارب قرناً من الزمان ^١ - . غير أن الراجح من المذهب الحنفي كان قد استقر قضاءً ، وقد خلف من ورائه إرثاً زاخراً بالمبادئ القضائية ، فلم تنفك أحكام القضاء الشرعي - في مسائل الأحوال الشخصية - عن محور الراجح من المذهب الحنفي ، حتى استهل أول قانون للأحوال الشخصية للمسلمين بالسودان في سنة ١٩٩١م ^٢ ، معيداً المرجعية التشريعية إلي الراجح من المذهب الحنفي ، فيما لا نص فيه ، وذلك وفقاً لمقتضي المادة ٥ منه ، التي تنص علي أنه : ((يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا نص فيه بهذا القانون ، ويصار في حالة المسائل التي يوجد لأصلها حكم ، أو تحتاج إلي تفسير أو تأويل ، إلي المصدر التاريخي

^١ - كان العمل في المحاكم الشرعية السودانية قبل سنة ١٩١٥م أيضاً وفقاً للراجح من المذهب الحنفي ، منذ صدور قانون المحاكم الشرعية سنة ١٩٠٢م وذلك ما تشهد به الأحكام القضائية لتلك الفترة - .

^٢ - كان الباحث عضواً ومقرراً في لجنة إعداد مشروع قانون الأحوال الشخصية شكلت برئاسة فضيلة الشيخ الصديق أحمد عبد الحي قاضي المحكمة العليا وعضوية أصحاب الفضيلة / مصطفى أحمد عبد الله وإبراهيم أحمد عثمان ود. أحمد علي عبد الله ورباب محمد مصطفى والمحامين عوض عبد الله أبو بكر وسارة أبو والأستاذة شريفة علي أحمد وزارة العدل - .

الذي أخذ منه القانون)) . وجاء قانون الأحوال الشخصية المذكور مقنناً لما استقر قضاءً بالسودان ، ووفقاً للأحكام والمبادئ التي كانت تنص عليها المنشورات الشرعية ، والتعليمات والمذكرات القضائية ، مما يعني أن المصدر التاريخي لأغلب نصوصه ، هو الراجح من المذهب الحنفي ، فضلاً عن أن هذا الراجح هو ما يصار إليه ، فيما لا نص فيه من الوقائع والنوازل - .

وفي دولة قطر نجد منهجاً تشريعياً مماثلاً لما عليه الحال في السودان ، إذ نصت المادة ٣ من مشروع قانون الأحوال الشخصية^١ - المعمول به وفقاً للتعميم الشرعي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م الصادر في ١٢/١١/٢٠٠١م - علي أنه : ((يعمل بالرأي الراجح من المذهب الحنبلي ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص ، ما لم تر المحكمة الأخذ بغيره ، لأسباب تبيّننها في حكمها - . وإذا لم يوجد قول راجح في المذهب الحنبلي ، لواقعة لم يرد بشأنها نص خاص في هذا القانون ، طبق القاضي ما يراه ملائماً من آراء المذاهب الأربعة ، وإذا تعذر ذلك ، طبق القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية)) . كما تنص المادة ١٠٥ من نظام الإجراءات الشرعية بدولة قطر - وهو نظام الإجراءات المعمول به في المحاكم الشرعية - علي أنه : (((١) تطبق المحاكم الشرعية الراجح من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ولها أن تأخذ بمذاهب أهل السنة ، إذا رأت في ذلك مصلحة شرعية ، أو درءاً لمفسدة - . (٢) تنقيد المحاكم بالمبادئ الفقهية التي يصدر بها قرار من رئيس المحاكم الشرعية ، وبالاجتهادات المستقرة لمحكمة التمييز))^٢ - .

ويلاحظ أن النظم المعمول بها في دولة قطر ، تعطي للقاضي سلطة تقديرية أوسع في المرجعية التشريعية فيما لا نص فيه ، بدلالة جواز العمل بغير الراجح من المذهب الحنبلي ، لأسباب تبيّننها المحكمة في حكمها ، كما أن المرجعية أكثر اتساعاً فيما لا يوجد فيه قول راجح في المذهب الحنبلي - .

^١ - بدأ العمل به وهو ما زال مشروعاً بموجب القرار رقم ٨ لسنة ٢٠٠٠م ثم التعميم الشرعي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م ، وقد كانت لجنة إعداد المشروع برئاسة الباحث وعضوية أصحاب الفضيلة القضاة بدولة قطر // عبد القادر العماري ومحمد بو شعيب الرافي وأحمد ابن علي حجر ود. أنور البدرى وعبد الرحمن بيس المبارك - .

^٢ - لم تنشأ محكمة تمييز بدولة قطر حتى كتابة هذه السطور في الثالث الأخير لسنة ٢٠٠٢م ، والمادة ١٠٥ المشار إليها غير مضمنة في قرار سريان النظام المذكور ، وإن كان العمل في المحاكم الشرعية بدولة قطر يجري علي نحو ما ذكر بالمادة في واقع الأمر - .

تأصيل مسألة تقييد المرجعية التشريعية بمذهب معين :-

الأصل أنه ليس للإمام أن يولي قاضياً ، ويشترط عليه أن يحكم بمذهب معين من المذاهب الفقهية ، أو أن ينهيه عن الحكم بمذهب معين ، فذلك شرط باطل؛ لأن القاضي يُلزم بالحكم بالحق ، سواء كان في هذا المذهب أو ذاك غير أنه لما عدم القضاة المجتهدون ، فقد أجاز بعض فقهاء المالكية مثل هذا القيد – أو الشرط – للضرورة . ولئن كانت الضرورة قد جوّزت الاستثناء من حكم الأصل في عصر الفقهاء المحققين ، فإن رقعة الضرورة قد اتسعت وملأت الآفاق في عصرنا ؛ إذ لم يعد المجتهد معدوماً فحسب ، بل عدم المحققون أيضاً وأهل التخريج والترجيح ، فوّلي القضاء جهلاء بأصول التخريج والترجيح ، مما تعيّن معه تقييد المرجعية الفقهية بنصوص تشريعية ضيقة النطاق ، درءاً لمفسدة رمي القضاة المقلدين في غمرة بحر الاجتهادات الفقهية ، والأقوال المتراوحة بين التماثل والتقابل .

وقد ساق ابن فرحون المالكي حكم الأصل والاستثناء منه ، مبيناً وجه الاستثناء قائلاً : ((قال أبو بكر الطرطوشي رضي الله تعالى عنه في مقدمة كتابه المسمي (تعليقة الخلاف) : في القاضي يوليه الإمام القضاء ، ويشترط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب إمام معين ، مثل أن يكون مالكيّاً أو شافعيّاً أو حنفيّاً أو حنبليّاً ، فيقول له : قد وليتُك القضاء علي أن لا تحكم إلا بمذهب مالك مثلاً ، وسواء وافق مذهب السلطان الذي ولاه أو لا ، فهذا علي ضربين أحدهما : أن يشترط ذلك عموماً في جميع الأحكام ، فالعقد باطل والشرط باطل ، سواء قارن الشرط عقد الولاية أو تقدّمه ثم وقع العقد . وقال أهل العراق : تصحّ الولاية ويبطل الشرط . دليلنا أن هذا شرط ينافي مقتضى العقد ، فإن العقد يقتضي أن يحكم بالحق عنده ، وهذا الشرط قد حجره عليه ، واقتضي أن يحكم بمذهب إمامه، وإن بان له الحق في سواه...))¹ .

وفي الضرب الثاني تناول ابن فرحون بيان حكم الشرط الوارد علي صيغة النهي ، ولا حاجة لنا بإيراده بنصه لتعلقه بالاختصاص النوعي للقاضي ، ثم استرسل قائلاً : ((فأما لو أخرج مخرج الأمر والنهي ، فقال : قد وليتُك القضاء

¹ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٠ - .

فاحكم بمذهب مالك ، ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة ، فالولاية صحيحة والشرط باطل .
سواء تضمن أمراً أو نهياً ، ويجب الحكم بما أداه إليه اجتهاده ، سواء وافق شرطه
أو خالفه . فأما لو ذكره بالأمر ، فقال : قد وليتك لتحكم بمذهب مالك مثلاً ، فحكي
الماوردي من الشافعية أن الولاية صحيحة والشرط باطل . وأعلم أن جميع ما
ذكرناه من التقليدات ، لا يجوز للإمام اشتراطها عليه ، وتكون قاذحة في الولاية ؛
لأنه اشتراط ما لا يجوز . قال ابن أبي حمزة في (إقليد التقليد) : ومن كان لا
يقضي إلا بما أمره به من ولاءه ، فليس بقاضٍ علي الحقيقة ...))^١ .

هذا عن حكم تقييد المرجعية الفقهية بمذهب معين ، سواء كان التقييد في
جميع الأحكام أو في بعضها ، وسواء كان القيد مقارناً لعقد الولاية ، أو مفارقاً له ،
أو كان بالأمر أو النهي أو بهما معاً ، ففي كل ذلك فإن الشرط باطل ، وقد تكون
الولاية أيضاً باطلة علي نحو ما قدمنا من تفصيل . وفي المذهب الشافعي أوجز
الشيرازي رأي المذهب قائلاً : ((ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء ، علي أن يحكم
بمذهبٍ بعينه ، لقوله عز وجل : (ي ي ي □)^٢ - ، والحق ما دلّ عليه الدليل ، وذلك
لا يتعين في مذهبٍ بعينه ، فإن قلّد علي هذا الشرط بطلت التولية ؛ لأنه علّقها علي
شرط ، وقد بطل الشرط ، فبطلت التولية))^٣ .

وخلاصة الأمر هو أنه إذا جاء تقليد القضاء مشروطاً بالحكم بمذهبٍ معين ،
فإن ذلك يبطل الشرط والتولية ، سواء كان الشرط مقارناً للتولية أو مفارقاً لها . وإذا
جاء الشرط بصيغة الأمر أو النهي أو بهما معاً ، فهو باطل أيضاً ، وفي بطلان
التولية خلافٌ ، ذكرنا منه قول المالكية آنفاً ، ولدي أهل العراق والشافعية ، تصح
التولية ، ويبطل الشرط لعدم جوازه^٤ .

وقد استثنى المتأخرون من فقهاء الحنفية والمالكية و الشافعية من حكم بطلان
اشتراط الحكم بمذهبٍ معين ، فأجازوا الشرط للضرورة ، ويبين ذلك من صنيع أحد

¹ - المرجع السابق - نفس الموضوع - .

² - سورة ص الآية ٢٦ - .

³ - المذهب للشيرازي ج٢ ص ٢٩٢ - .

⁴ - راجع كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي صفحات ٩٧/٩٦ - .

مجتهدي الحنفية ، وهو قاضي القضاة (أبو حازم)^١ - ؛ إذ وُلِّي قضاء بغداد لأحد مجتهدي الشافعية وهو (أبو العباس بن سريج)^٢ ، وشرط عليه ألا يقضي إلا بمذهب أبي حنيفة فالتزمه^٣ - . وقد نقل صاحب (أدب القضاء) ذلك مع صريح العبارة بجواز الشرط - نقلاً عن قاضي القضاة الدامغاني^٤ - ، وهو فقيه حنفي ممن انتهت إليهم الرياسة في الفقه الحنفي^٥ - .

ويقول (ابن فرحون) في التبصرة : ((... وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي : أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي ، أن الولاة كانوا بقرطبة إذا وُلِّوا رجلاً القضاء ، شرطوا عليه في سجله ، أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده . قال الشيخ أبو بكر وهذا جهل عظيم منهم ، يريد لأن الحق ليس في شئ معين . وإنما قال الشيخ أبوبكر هذا لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان ، فتكلم عن أهل زمانه ، وكان معاصراً للإمام أبي عمر بن عبد البر ، والقاضي أبي الوليد الباجي ، والقاضي أبي الوليد بن رشد ، والقاضي أبي بكر بن العربي ، والقاضي أبي الفضل عياض ، والقاضي أبي محمد بن عطية صاحب التفسير ، وغير هؤلاء من نظرائهم ، وقد عُدِمَ هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب . وهذا الذي ذكره الباجي عن ولاة قرطبة . ورد نحوه عن سحنون ، وذلك أنه وُلِّي رجلاً القضاء ، وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق ، فشرط عليه سحنون ألا يقضي إلا بقول أهل المدينة ، ولا يتعدي ذلك ...))^٦ - . فإذا تبين علي نحو ما سبق أن الضرورة قد قضت بجواز تقييد القاضي بمذهب معين ؛ لانعدام أهل النظر والاجتهاد ، من نظراء من ذكروا آنفاً ، فإن الضرورة اليوم أظهر . بل نحسب أن الأفضل هو تقييد المرجعية الفقهية بمذهب معين ، في عصرنا الذي يكاد يخلو من قضاة بالغين مرتبة أهل التخريج والترجيح ، وبالأولي فالعصر يخلو عن رتبة من يعلو ذلك - .

١ - هو عبد الحميد بن عبد العزيز - أبو حازم - من أهل البصرة ، ولي قضاء الشام والكوفة والكرخ ، فقيه حنفي - ت سنة ٢٩٢ هـ - راجع البداية والنهاية ج١١ ص ٩٩ - .
٢ - هو أحمد بن عمر بن سريج - القاضي أبو عباس - أحد أئمة الشافعية - توفي سنة ٣٠٦ هـ - راجع طبقات الشافعية الكبرى ج٣ ص ٢١ - .
٣ - راجع كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٩٨ - .
٤ - هو محمد بن علي بن محمد أبو عبد الله الدامغاني - فقيه حنفي - توفي سنة ٤٧٨ هـ راجع البداية والنهاية ج١٢ ص ١٢٩ - .
٥ - راجع كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٩٨ - .
٦ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٥٢ - .

تقويم منهج قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣ م :

توسع قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣م في تقرير المرجعية الفقهية التي اختطها للقاضي ، فانتسعت في ظلها سلطة القاضي التقديرية ؛ إذ كانت تنص المادة (٣) منه عند صدوره بأنه : ((علي الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر ، في حالات غياب النص الذي يحكم الواقعة :

(أ) يطبق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة-

(ب) فإن لم يجد القاضي نصاً ، يجتهد رأيه، ويهتدي في سبيل ذلك بالمبادئ التالية، بحيث يأخذها علي وجه التكامل ، ويراعي ترتيبها في أولوية النظر والترجيح .
أولاً : مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة ، وما تهدي إليه توجيهاتها من تفصيل في المسألة - .

ثانياً : القياس علي أحكام الشريعة ، تحقيقاً لعلها ، أو تمثيلاً لأشباهاها ، أو مضاهاة لمنهجها في نظام الأحكام - .

ثالثاً : اعتبار ما يجلب المصالح ويدرأ المفسد ، وتقدير ذلك بما يتوخي مقاصد الشريعة ، وأغراض الحياة الشرعية المتكاملة ، في ظروف الواقع الحاضر ، وبما لا تلغيه نصوص الشريعة الفرعية - .

رابعاً : استصحاب البراءة في الأحوال ، والإباحة في الأعمال ، واليسر في التكليف - .

خامساً : الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان ، فيما لا يتعارض مع الشريعة ، وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية ، وما قرروه من قواعد فقهية - .

سادساً : مراعاة العرف القائم في المعاملات ، فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، أو مبادئ العدالة الفطرية - .

سابعاً : توخي معاني العدالة التي تقرّها الشرائع الإنسانية الكريمة ، وحكم القسط الذي ينقذ في الوجدان السليم - ((- .

هذا التوسع في سلطة القاضي التقديرية بشأن المرجعية الفقهية ، لم يثمر الغاية المبتغاة منه ، وهي إثراء الفقه القضائي الاجتهادي ، بل انطوي عن أثرين سلبيين ، أولهما : أن إجازة الاجتهاد – فيما لا نص فيه – من المسائل الجنائية ، جاء متنافياً مع مبدأ : ((لا تجريم ولا عقاب إلا بنص)) ومتنافياً مع المبدأ القرآني : ((□ □ □ □ □ □))¹ ، فضلاً عن أنه قد ترتب عنه اضطراب وتنافر بين كثير من الأحكام القضائية في تماثلات الوقائع² . وثانيهما: أن عدم تحديد مرجعية فقهية للعمل القضائي ، قد ترتب عليه فتح باب النظر أمام القضاة للقياس والأخذ من المذاهب الإسلامية كافة ، فتمخض عنه أثر سلبي ، حيث أدين بجريمة السرقة الحدية من أخذ المال خفية من الخزانة العامة³ ، وذلك خلافاً لرأي جمهور الفقهاء ، علماً بأن قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٨٣م ، كان خلواً عن حكم السرقة من المال العام ، وقد أثار ذلك الحكم القضائي جدلاً واسعاً .

إن ترك أبواب المرجعية الفقهية مشرعةً علي المذاهب الفقهية الإسلامية كافة – وبلا قيد سوي قيود الأصول التشريعية العامة ، قد انطوي عنه ما أشرنا إليه من أثر سلبي ، فاضطر المشرع السوداني إلي تعديل قانون أصول الأحكام القضائية، بإصدار القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٦م – حيث عدلت المادة (٣) منه ، بحذف صدرها ، والاستعاضه عنه بما نصه : ((علي الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر ، وفيما عدا الدعاوى الجنائية ، إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة ... الخ المادة)) فالتعديل المذكور قد أخرج الدعاوى الجنائية من دائرة الاجتهاد فيما لا نص فيه ، ليبقي الحال علي أصل المبدأ الدستوري : (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) - ، وفيما سوي ذلك فقد ظلت المادة المذكورة مشرعةً أبواب الاجتهاد القضائي ، فيما لا نص فيه ، دون تقييد بمرجعية فقهية معينة ، سوي ما ذكر فيها

1 - سورة الإسراء الآية ١٥ - .

2 - راجع بحوث سمنار قضاة المحكمة العليا المنعقد في سنة ١٩٩١م بالخرطوم تحت شعار (نحو توحيد الرؤى) - .

3 - قضية محاسب مدرسة وادي سيدنا الثانوية – غير منشورة ولم نعثر علي أوراقها - .

من أصول عامة ، الأمر الذي جعل تنافر الأحكام القضائية وتعارضها مع بعضها في تماثلات الوقائع ، يطل علينا من حين لآخر¹ .

إننا لا ننكر فوائد إطلاق سلطة القاضي بشأن المرجعية الفقهية فهو يثري الفقه الاجتهادي القضائي بلا مرء ، بل هو الأصل ، غير أنه (أصل للقاضي المجتهد) ، أو علي أقل تقدير : للعارفين بأصول التخريج والترجيح ، فإن عدموا ، فلا مناص من تقييد المرجعية الفقهية ، فذلك أحوط ، وتقتضيه ضرورة إحسان العدل والنأي بالأحكام عن التضارب .

المبحث الرابع

التأني والمشاورة والنأي بالتقدير عن الحكم بالتشهي

نعني في هذا المبحث بتبيان دور خصلتي التأني والمشاورة في تقدير القاضي لمسائل الدعوى ، في بند أول ، ثم بيان ما ينبغي أن يكون عليه من النأي بتقديره عن التشهي في بند ثانٍ علي النحو التالي :-

البند الأول : التأني والمشاورة عند تقدير مسائل الدعوى والحكم فيها :

يستحب للقاضي في مرحلة سماع الأقوال والأدلة وتكييفها ، وعند تنزيل الأحكام علي الوقائع ، أن يلتزم التأني بحيث يستجمع في قلبه أقوال الخصوم مستبيناً

¹ - هنالك التناقض بين أحكام المحكمة العليا بشأن (الإقرار القضائي) - راجع قضية : حكومة السودان /ضد/ محمد فضل الله وآخر (١٩٨٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٦٧ ولا يعتبر الإقرار المأخوذ في مرحلة التحري بواسطة القاضي إقراراً قضائياً وجاء بخلاف ذلك حكم المحكمة العليا في قضية (حكومة السودان /ضد/ بابكر مرحوم علي سنة ١٩٨٨م مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٢١١/٢١٠ ، وهنالك التناقض بين الأحكام القضائية في مسألة (القسامة) ففي قضية (حكومة السودان /ضد/ إبراهيم آدم عثمان) (١٩٨٤م) مجلة الأحكام القضائية ص ١٢٤ صدر الحكم بالاعتداد بالقسامة ، بينما في قضية : (حكومة السودان /ضد/ بدر الدين عباس أبو نوره) سنة ١٩٨٨م مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٣ لم يؤخذ بالقسامة وتقرر عدم جوازها كوسيلة للإثبات في ظل قانون الإثبات لسنة ١٩٨٣م - وجدت نفس التناقض في الحكم بالشاهد واليمين في قضية أخرى ، ثم في إثبات الفصااص ونصاب الشهادة فيه - وغير ذلك كثير) - .

معانيها ، مدركاً لأعباء الإثبات وترتيبها ودلالاتها ، وأحكام الواجب فيها وفي الثابت من الوقائع بها ، فالتأني والروية من شرائط الكمال التي يجب ألا تنفك عن القاضي^١ .

لقد أصبحت العجلة في إصدار الأحكام القضائية سمة ملازمة وغالبة في عمل القضاء في بلادنا ، وبدأت تطل علينا جراء تلك العجلة ، أحكام تفتقر إلي مقومات الصنعة القضائية ، لورودها خلواً عن بيان الوقائع والأسباب ومناقشة الدفوع وتبيان مدارك أوزان الأدلة وغيرها من موجبات الحكم وحسن تسيبيه . ولعل سيف الإحصائيات السنوية والرباعية المسلط علي رقاب القضاة هو صاحب الحظ الأوفر والقدح المعلي في حلول العجلة بديلاً مقبلاً ، في محل التأني والروية وحسن الاستقصاء والفهم الممتدح قرأناً . ولعل من أسباب العجلة ما يعتقد بعض القضاة بأن الإسراع في إصدار الأحكام ينبئ عن البراعة ، وبأن التأني والروية منقصة تدل علي العجز ، ولعمري فذلك محض الخطأ ، بل عبّر عن صنوه ابن فرحون المالكي بأن : ((ذلك جهل ، فلئن يبطن ولا يخطئ أجمل به من أن يعجل فيضل ويضل))^٢ .

وفي معرض تبيان ضرورة التأني والمشاورة يقول السرخسي : ((فإن أشكل عليه شاوور رهطاً من أهل الفقه فيه ، وكذلك إن لم يكن من أهل الاجتهاد ، فعليه أن يشاور الفقهاء ؛ لأنه يحتاج إلي معرفة الحكم ليقضي به ، وقد عجز عن إدراكه بنفسه فليرجع إلي من يعرف ذلك ، كما إذا أحتاج معرفة قيمة شيء وإن لم يكن من أهل اجتهاد الرأي ليختار بعض الأقاويل ، نظر إلي أفتهم عنده

^١ - راجع تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج١ ص ٢٤/٢٣ بتصريف .
^٢ - تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج١ ص ٥٩ ونشير للتدليل علي صنو العجلة التي تتمحض عن أخطاء فادحة إلي حكم قضائي بات حيث أصدرت المحكمة العليا // الدائرة المدنية // حكمها في مرحلة المراجعة بإلغاء حكم دائرة النقض رقم ١٩٩٦/٧١٩ م وأحكام المحاكم الأدنى - وإصدار حكم جديد قضى بشطب الدعوى ، وبعدئذ قدمت مراجعة ثانية لحكم دائرة المراجعة برقم م ط / ٦٧٨ / ٧١٩ / ١٩٩٦ م وفيها قالت دائرة المراجعة بالمحكمة العليا بأنها قد أخطأت في المراجعة الأولى لأنها حكمت دون أن تفتن إلي مستند - شهادة البحث - وأنها لو فطنت إليه لما أصدرت حكمها بإلغاء حكم النقض وأحكام المحاكم الأدنى ، وقالت بأن حكمها في دائرة المراجعة بالإلغاء قد صدر مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولقواعد العدالة ، ورغم ذلك خلصت إلي أنها لا سبيل أمامها لمراجعة المراجعة لإصلاح الخطأ ، فلم يرض الشاكي وتقدم بالتماس لإعادة النظر في قرار مراجعة المراجعة بالنمرة ١٩٩٧/١٠٧ م فقالت دائرة المراجعة الذي أسمى (التماس نظر قرار المراجعة) ما نصه : (ليس من حقنا الخوض في الموضوع ... رغم أن مقدم الطلب قد حاق به الظلم من جراء قرار المراجعة المتعجل وفي ذلك ظلم تأباه أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة) - ثم شطب الطلب - فظل (المظلوم) يتجرع مرارة ظلم ناجم عن العجلة وعدم التأني فلم يدع باباً إلا طرقه (ديوان المظالم) رئاسة الجمهورية - ثم من جديد رئيس القضاء - ، وشكلت لجنة بقرار رئيس القضاء رقم ٨٠٨ لسنة ٢٠٠٦ م في ٢٠٠٦/١٠/٧ م لنظر شكوي ذلك المواطن وقدمت تقريرها وتوصياتها في ٢٠٠٧/٦/١١ م - وظلمات الظلم ما زالت باقية في انتظار الفرج ، ونسأل الله العصمة من صنو تلك العجلة والمغفرة للذين أصدروا ذلك الحكم وللذين عجزوا عن الإصلاح .

وأورعهم فقضي بفتواه فهذا اجتهاد مثله . ولا يعجل بالحكم إذا لم يبين له الأمر ، حتى يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه ؛ لأنه مأمور بالقضاء بالحق ، ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة . وقال صلي الله عليه وسلم : (التائي من الله) ... والأصل في الباب حديث الشعبي رضي الله عنه قال : (كانت القضية ترفع إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وربما يتأمل في ذلك شهراً ويستشير أصحابه) ، واليوم يفصل في المجلس بأية قضية وحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المفوضة معروف ، فإنه ردهم شهراً ، ثم قال : (أقول فيه برأيي فإن يك صواباً فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمني ومن الشيطان - الحديث - ، فعرفنا أنه ينبغي للقاضي أن يتأني ويشاور عند اشتباه الأمر)^١ .

وينبغي أن تكون مشاوره القاضي للعلماء في غير مجلس القضاء ؛ لأن المشاورة في المجلس أمام الخصوم ، يذهب بمهابة المجلس ، وقد تكون سبباً في ازدراء الناس للقاضي ، فيحسن أن يخرج الخصوم من المجلس ويشاور كفاحاً أو بأجهزة الاتصال ، أو بالكتابة إليهم^٢ . وقيل يشاور أصحاب المذاهب المختلفة ، ليذكر كل واحد منهم دليله فيتأمله ليأخذ بأكثرها رجحاناً عنده ، وقيل يحضر علماء من جهة الخصمين في مجلس القضاء لمشاورتهم ومناظرتهم في المشكلات ، ليكون اختياره بعدئذ أقرب إلي صواب الاجتهاد^٣ .

ونحسب أفضلية المشاورة بطريق الكتابة ، لوجهين أولهما : صيانة هيئة مجلس القضاء ، وثانيهما : ليكون كتاب المشورة مستنداً في أوراق الدعوى ، مبدولاً للخصمين للإطلاع وإبداء النظر ، ثم متاحاً للمراقبة بوساطة المحاكم الأعلى . ويمكن الاستغناء عن نظام المشاورة ، بنظام المداولة المعلومة في التشريعات المعاصرة . ففي حالة نظر الأفضلية بنظام التعدد ، فينبغي المصير إلي

^١ - المبسوط للسرخسي ج٦ ص ٨٣ - .

^٢ - راجع المبسوط للسرخسي ج٦ ص ٧١ وبدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤١٠٠ وروضة القضاء وطريق النجاة للسمناني ج١ ص ١١١ والبنائية في شرح الهداية للعيني ج٧ ص ٢٤ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٥٢ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١١٠ - .

^٣ - راجع روضة الطالبين للنووي ج١١ ص ١٤٢ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ١١٠ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ٢٩ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ٧٤ وجواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام للنجفي ج٤ ص ٧٧ وشرح النيل وشفاء العليل / أطفيش - ج١٣ ص ٢٢ - .

المدابرة قبل إصدار الحكم - أو عند إصدار أي قرار قضائي - ، فذلك أءعي إلي إصابة الحق - .

ومن وجهة الفقه الإسلامي ، فقد ذهب إلي جواز نظر الأقضية بنظام التعدد - أو الهيئة المشكلة من عددٍ من القضاة - جمهور فقهاء الحنفية والمالكية بقيد الاقتصار علي قضية أو قضية معينة - لا أن يكون أصلاً - والشافعية بإطلاق في قول وبقيد كونهم تابعين لمذهب واحد ومقلدين غير مجتهدين - أو أحدهم^١ - . وقد نصت المادة (١٨٠٢) من مجلة الأحكام العءلية علي أنه ((ليس لأحد الحاكمين المنصوبين لاستماع الدعوى ، أن يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها ، وإذا فعل لا ينفذ حكمه)) - .

ويستدل هذا الفريق علي الجواز بأن ولاية القضاء مستمدة من الإمامة - الولاية العظمي - ، ويجوز للإمام إنابة العدد كالوكالة ، وكذا يقاس الجواز علي حكم التحكيم بجامع توفر علة التولية - أي الفصل في الخصومات - في الأمرين معاً - . ولا يكاد يخلو تشريع بلد معاصر من نظام التعدد ، فإن لم يكن في المرحلة الابتدائية ، ففي مراحل الاستئناف والنقض - .

وينبغي التنبه إلي أن الحكم الوارد بالمادة المذكورة من مجلة الأحكام العءلية، هو ذات ما تقضي به التشريعات المعاصرة ، ففي نظام التعدد ، لا يكتمل التشكيل إلا بتمام العدد ، ونأسى علي من يفرغون نظام التعدد من حكمته بصنيعهم بإجراء المءابرة دون اكتمال الهيئة - . والأسى أبلغ ، لما صار إليه الحال من إغفال بعض قضاة زماننا للمءابرة كلية ، رغم فوائدها العميمة ، فبعضهم يستتكف عنها ، وبعضهم يحسبها نقصاً فيمن يلجأ إليها ، فيزهء فيها. ولئن كان عن المشاورة غناء^٢ ، لكان أغني الناس عنها من يتنزل عليه الوحي ، رسولنا صلي الله عليه وسلم ، ولكنه

^١ - راجع روضة القضاة للسمناني ج١ ص ٧٥ - ٨١ والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص ٢٨١/٢٨٢ والمجموع شرح المهذب للنوي - تكملة ج٢ ص ١٢٥/١٢٨ وقد ذهب إلي أن الأصل : استقضاء قاض فرد - فقهاء المالكية في المشهور والحنابلة - راجع حاشية الدسوقي ج٤ ص ١٣٤/١٣٥ ومواهب الجليل للحطاب ج٦ ص ٩٠ والشرح الكبير - لابن قءامه - عبد الرحمن ج٤ ص ٢٩٠/٢٩١ والفروع لابن مفلح ج٦ ص ٤٢٠ ويستدلون بأن نظر الأقضية بنظام التعدد يفضي إلي إعاقه فصل الأقضية لاختلاف النظر والاجتهاد.

ما زهد عنها قط ، فعن أبي هريرة أنه : (ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم)¹ - . وقد شاور سيدنا أبو بكر رضي الله عنه في ميراث الجدة ؛ إذ روي أنه : ((جاءت الجدة أبي بكر رضي الله عنه تطلب ميراثها فقال : (ما لك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً . ولكن أرجعي حتى أسأل الناس) . فقال المغيرة بن شعبه : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس . فقال : هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة . فأمضاه لها أبو بكر رضي الله عنه فلما كان عمر ، جاءت الجدة الأخرى ، فقال : (ما لك في كتاب الله شيء ، وما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك . وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذاك السدس ، فإن اجتمعتما فهو لكما ، وأيتكما خلت به فهو لها) -))² .

وقد شاور سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه الصحابة في حد الخمر ، فقال سيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في المشورة : ((إذا سكر هذي ، وإذا هذي افتري ، فحدّوه حدّ المفترى))³ - . فكان حد الخمر قدره ثمانون ، قياساً علي حدّ الفرية التي يجترحها السكران حال سكره في الأغلب ، وأقيم حكم الأغلب مقام الحد المقدر - .

ويحكي أن كعب بن سُور كان جالساً لدي سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فجاءته امرأة فقالت : (يا أمير المؤمنين : ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي . والله إنه ليبيت ليله قائماً ويظل نهاره صائماً في اليوم الحار ما يفطر) . فاستغفر لها سيدنا عمر وأثني عليها ، وقال : مثلك أثني الخير وقيل أنثي الخير - . قال : واستحيت المرأة فقامت راجعة . فقال كعب : يا أمير المؤمنين : هلا أعديت المرأة علي زوجها ؟ قال : وما شكت ؟ قال : شكت زوجها أشد الشكاية . قال : أوذاك أرادت ؟ قال : نعم . قال : ردّوا علي المرأة . فقال : لا بأس بالحق أن تقوليه ،

¹ - رواه الترمذي في سننه في كتاب الجهاد باب ما جاء في المشورة ، والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب آداب القاضي باب مشورة الوالي والقاضي في الأمر - .

² - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الفرائض باب في الجدة ، والترمذي في سننه في أبواب الفرائض باب ما جاء في ميراث الجدة والإمام مالك في الموطأ في كتاب الفرائض باب ميراث الجدة - .

³ - رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الأشربة باب الحد في الخمر ، والدارقطني في سننه في كتاب الحدود والديات والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الأشربة والحد فيها باب ما جاء في عدد حدّ الخمر - .

إن هذا زعم أنك جنئت تشتكين زوجك أنه يجتنب فراشك . قالت : أجل ، إني امرأة شابة ، وإني لأبتغي ما تبتغي النساء . فأرسل إلي زوجها فجاء . فقال لكعب : أقض بينهما . قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضي بينهما . قال : عزمت عليك لتقضين بينهما ، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم . قال : فإنني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن ، فأقضي لها بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ، ولها يوم وليلة فقال عمر رضي الله عنه : والله ما رأيك الأول أعجب إليّ من الآخر ، إذهب فأنت قاضٍ علي البصرة -))^١ .

ذاك طرف من مشاورة النبي صلي الله عليه وسلم لصحابته ، ومن مشاورة الخليفتين من بعده للصحابة ، في أفضية رفعت أمامهم ، ولسنا في معرض إحصاء حالات المشاورة ، وإنما سقنا طرفاً مشهوراً ، تبيناً لحكم استحبابها للقاضي ، لما فيها من تذليل سبل الاجتهاد ، وإعانة القاضي في إصابة الحق في الحكم - .

البند الثاني : تنقية تقدير القاضي من شائبة الفصل في الدعوى بالتشهي :

الفصل في الأفضية بالتشهي مقيت ، وصوره عديدة ، تتكاثر تلك الصور في مجالات السلطة التقديرية المخولة للقاضي ، بمنأى عن قطعيات النصوص الأمرة . ولا مرأى في استئراء المحاباة والرشوة وغيرهما من صنوف الميل والهوى في كثير من أنظمة القضاء في عالمنا المعاصر ، ونحمد الله علي معافاة نظامنا القضائي وعلي طهارته من دنس ذلك الداء الوبيل - .

إن الحكم بالتشهي - أيّاً كان باعته - يعدّ من الكبائر ، إذ روي أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : ((ما من أحد أقرب إلي الله يوم القيامة من ملكٍ مصطفي أو نبي مرسلٍ ، من إمام عادل . ولا أبعد من الله من إمام جائر يأخذ بحبه - [أي يحكم بهواه] -))^٢ .

ومن شاكلة الحكم بالتشهي التزام الحكم بقول من الأقوال الاجتهادية تارةً وبآخر تارةً - من غير موجب - رغم تماثل الوقائع ، فذلك من الجور والتخليط

^١ - رواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب الطلاق باب حق المرأة علي زوجها وفي كم تشناق وراجع المغني لابن قدامة ج٤ - ص ٢٨ .
^٢ - شرح النيل وشفاء العليل ج١٣ ص ٥٤ - ولم أهتد إلي مصدر رئيس لتخريج الحديث منه رغم عناء البحث - .

علي الناس ، إلا أن يكون قد رجع إلي القول الآخر حين رآه أليق ، أو أرجح ، مسبباً رجوعه ، مستفرغاً جهده في النظر والترجيح^١ - . قال ابن فرحون في التبصرة : ((فإن لم يقف علي المشهور من الروايتين أو القولين ، فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما ، من غير نظر في الترجيح . فقد قال أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى في كتاب (أدب المفتي والمستفتي) : أعلم بأن من يكتفي بأن يكون فتياه أو عمله موافقاً لقول أو وجه في المسألة ، ويعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح ، فقد جهل وخرق الإجماع ، وسبيله سبيل الذي حكي عنه أبو الوليد الباجي المالكي من فقهاء أصحابه ، أنه كان يقول : إن الذي لصديقي عليّ ، إذا وقعت له حكومة ، أن أفنتيه بالرواية التي توافقه . وحكي الباجي عن يثق به ، أنه وقعت له واقعة ، فأفتي فيها وهو غائب ، جماعة من فقهاءهم ، يعني فقهاء المالكية من أهل الصلاح بما يضره . فلما عاد سألهم : فقالوا : ما علمنا أنها لك وأفتوه بالرواية الأخرى التي توافق قصده . قال الباجي : وهذا مما لا اختلاف بين المسلمين ، ممن يعتد به في الإجماع : أنه لا يجوز))^٢ - .

ثم إنه أدعي وأقرب إلي التشهي ، الخروج عن أقوال الفقهاء كافة ، قال الكاساني : ((وكذا لو قضي في موضع الخلاف بما كان خارجاً عن أقاويل الفقهاء كلهم ، لم يجز ؛ لأن الحق لا يعدو أقاويلهم ، فالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاءً باطلاً قطعاً))^٣ - . ولا يعني هذا حظر نظر القاضي واجتهاده فيما لا نص فيه ، فالبيان هنا بشأن ما اختلف فيه ؛ إذ يتعين فيه النظر والترجيح بالبحث في الأدلة من حيث الإسناد والدلالة ، والبحث والاستقصاء في قواعد الترجيح ومداركه ، وفقاً للضوابط التي بينها في المبحث الثالث من هذا الفصل - .

ونحسب أن ما ذكرناه آنفاً من الاقتصار علي أقوال الفقهاء ، والترجيح بينها - فيما اختلف فيه - ، لا ينبغي أن يفضي إلي جمود القاضي علي المنقولات ، دون مراعاة لتبدل الأزمان والأمكنة والأعراف ، فذلك يجافي قواعد الفقه وينأي بنا عن

^١ - راجع شرح النيل وشفاء العليل ج١٣ ص ٧٧ - .
^٢ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ ص ٥٧ وراجع الغاية علي الهداية للبايرتي - مع فتح القدير - ج٥ ص ٤٩٢ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ٢٠٤ والأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٣٠٠ - .
^٣ بدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤٠٨٢ - .

تقام أمامه ، بالجلسة القضائية ، إذ لا يجوز له أن يحكم بعلمه الشخصي ، أو بدليل لم يطرح أمامه بين يدي الخصوم بالجلسة القضائية .

¹ - راجع شرح الخرشي ج٧ ص ١٦٨ والمغني لابن قدامة ج٤ - ١ ص ٣٢/٣٢/٢١ - والمهذب ج٢ - ص ٣٨٧ - وقررة عيون الأخبار ج١ - ص ١٥٩ - ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين ج٩ ص ٧٣ - . وقد ذهب المتقدمون من الحنفية والشافعية في الصحيح من المذهب ، والحنابلة في قول ، والظاهرية والإمامية والزيدية إلى جواز بناء الأحكام القضائية على علم القاضي ، ومن ثم جواز بنائها على أدلة لم تطرح أمام القاضي بين يدي الخصوم للمناقشة ، مستدلين لرأيهم بقوله تعالى : " ولا تقف ما ليس لك به علم " - الإسراء من الآية ٣٦ - ووجه الدلالة - في نظرهم - أن الآية الكريمة قد منعت بمنطوقها العمل بما لا يعلم ، فدل مفهومها على جواز العمل بما يُعلم ، ومن قبيله علم القاضي ، فكان جائزاً الحكم به ، واستدلوا من الأحاديث النبوية الشريفة بما في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت : (دخلت هند بنت عتبة ، امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بئى ، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل على في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)) رواه مسلم في كتاب الأفضية باب قضية هند والبخاري في كتاب النفقات باب نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها ونفقة الولد ، ولفظ البخاري : (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) وراجع نصب الرأية ج٣ ص ٢٧١ . ووجه الدلالة - في نظرهم - أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكلفها بإقامة البينة على دعواها ، وإنما حكم في الدعوى بما يعلمه من شأن أبي سفيان ، فدل على جواز القضاء . بما لم يطرح أمام القضاء من أدلة - . راجع لهذه الطائفة من الفقهاء : المسوط للسرخسي ج١٦ ص ١٠٥ - والمهذب ج٢ - ص ٣٨٧ - والمغني ج٤ - ص ٣١ - والمحلى لابن حزم ج٩ - ص ٤٨٦ / ٤٢٨ - والروضة البهية ج١٢ ص ٢٤٢ والنور الساطع في الفقه النافع ج١ - ص ٥٨٠ والبحر الزخار ج٦ - ص ١٣١ - .

ويستدل فقهاء هذه الطائفة ، لمذهبهم القاضي بوجوب بناء الأحكام على الأدلة المطروحة أمام القاضي بالجلسة . بأدلة من المنقول والمعقول ، ومن أدلة المنقول ، ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : " إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو مما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً ، فلا يأخذه ، فإنما أقطع له به قطعة من النار-"¹ .
ووجه الدلالة في الحديث الشريف ، يتمثل في قوله صلى الله عليه وسلم ، بأنه : (يقضي على نحو مما يسمع) . وليس عليّ نحو ما يعلم ، فدلّ ذلك على أن الأحكام القضائية ، إنما تبنى على ما يطرح في مجلس القضاء ، من ادعاء ، وإقرار أو دفع ودفاع وبيانات ، شريطة أن ينال الطرفان حقهما في إبداء الرأي في أقوال وبيانات بعضهما بالوجه الشرعي² .
أما أدلة المعقول فمنها :-

١- أن إجازة بناء الأحكام على أدلة لم تطرح أمام القاضي في الجلسة القضائية ، تقضي إلى جعل سلطة القاضي (تحكيمية) ، قال ابن قدامة : " ولأن تجويز القضاء بعلمه يفضي إلى تهمته ، والحكم بما أشتهى ، ويحيله على علمه " ³ ، وقد يكون ذلك ذريعة فساد وظلم للخصوم فوجب منع ما يفضي إلى ذلك ، سدّاً للذريعة . قال ابن قيم الجوزية : " وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين الناس ، غير مشهور بفاحشة ، وليس عليه شاهد واحد بها ، فيرجمه ويقول : (رأيتك يزني) ، أو يقتله ويقول : (سمعته يسب (النبي صلى الله عليه وسلم)) ، أو يفرق بين الزوجين ويقول (سمعته يطلق) ؟ وهل هذا إلا محض تهمة ؟ ولو فتح هذا الباب ، ولا سيما لقضاء الزمان ، لوجد كل قاض له عدو ، السبيل إلى قتل عدوّه ، ورجمه وتفسيقه ، والتفريق بينه وبين امرأته ، وقد ثبت عن أبي بكر وعمر وعبد الرحمن بن

¹ - روي مسلم في صحيحة بهذا اللفظ في كتاب الأفضية باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ، ورواه البخاري في كتاب المظالم باب إثم من خصم في باطل بعلمه .
² - راجع تعارض البيانات القضائية في الفقه الإسلامي - عبد الرحمن شرفي - ص ١٨٥ .
³ المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٣٣ .

أنه سمع قول المتظلم من الخصمين ، ولم يخبر عنه أنه سأل الآخر ، وإنما حكى أنه ظلمه ، فكان ظاهر ذلك إنه رأى في المتكلم مخائل الضعف والهزيمة ، فحمل أمره على أنه مظلوم ، كما يقول ، ودعاه إلى ألا يسأل الخصم ، فقال مستعجلاً : (لقد ظلمك)¹ " . وهذا يعني أن سيدنا داؤد عيبه السلام قد بنى حكمه للخصم – المدعى – تأسيساً على ملاحظته لحاله وما استقر في وجدانه ، جراء (مخائل الضعف والهزيمة) التي ظهر بها الخصم المدعى ، ولم يؤسس حكمه على ما يتمخض عن حرية المحاكمة ، بسماع الأقوال والأدلة من الخصمين سواء بسواء ، الأمر الذي جعله من بعد يظن أنه قد أصابته فتنة (فاستغفر ربّه وخرّ راعياً وأناً) ، فدلّ ذلك على وجوب بناء الأحكام القضائية ، على الأقوال والأدلة التي تطرح أمام القاضي ، بواسطة الخصمين ، لمناقشتها بالجلسة القضائية .

المطلب الثاني

بناء الأحكام على الأدلة المطروحة بمجلس القضاء بين يدي الخصوم

في النظم التشريعية والقضائية المعاصرة

لا تكاد تجد خلافاً في النظم التشريعية المعاصرة ، بشأن وجوب بناء الأحكام القضائية على الأدلة التي تطرح بمجلس القضاء ، بين يدي الخصوم للمناقشة ، ونسوق للمثال المادة ٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصري – قانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠م – ونصها : " يحكم القاضي في الدعوى ، حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أيّ دليل لم يطرح أمامه في الجلسة - " - وهذه المادة تطابق المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م – وتقابل المادة ١٧٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري - .

ويقول فقيه القانون الجنائي المعاصر الأستاذ الدكتور محمود محمود

مصطفى بان :-

¹ - الجامع لأحكام القرآن – للقرطبي – المجلد الثامن ص ١٧٨ - وقد وّد ابن العربي هذه الرواية قائلاً : بأن الحكم لأحد الخصمين ، قيل أن يسمع من الآخر ، لا يمكن تصوره (لا يجوز) في حق الأنبياء . ولا نسلم بما ذهب إليه ابن العربي ، وإمكان ذلك ؛ لغرض تعليم الناس ، ومن قبيله ما كان من النبي صلى الله عليه وسلم ، مع الخباب بن المنذر يوم بدر ، وكذلك ما في حكاية تأبير النخل - .

" من القواعد الأساسية للمحاكمة ، قاعدة شفوية المرافعات ، فالقاضي يكون عقيدته بصفة أصلية ، من التحقيقات التي يجريها في الجلسة ، فعلى القاضي أن يطرح للمناقشة كل دليل مقدّم في الدعوى ، حتى يكون الخصوم على بينة مما يقدّم ضدّهم من الأدلة، وهذا لا يمنع المحكمة في سبيل تأييد الأدلة المستمدة من التحقيق الذي تجريه هي في الجلسة ، من أن تتزود لحكمها بأي عنصر من عناصر الإثبات المستمدة من أوراق الدعوى ، ولو كان ذلك هو أقوال شهود في محاضر تحريات أجرها البوليس ، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون تلك العناصر ، مما كان مطروحاً للبحث أثناء المحاكمة -¹ " . فالمهم أن تكون الأدلة التي يبني عليها الحكم ، مطروحة في مجلس القضاء ، بين يدي الخصوم ، بحيث يتسنى لهم مناقشتها بحرية، وإقامة دليل العكس ، إذ لا يجوز مفاجأة خصم بدليل لم يعرض عليه ، فإن عرض عليه الدليل بمجلس القضاء ، فلا يهم بعدئذٍ ما كان منه ، من مناقشة أو عدمها -² .

ويشترط أن يكون طرح الدليل أمام القضاء ، بين يدي الخصوم ، قبل قفل باب المرافعة ، حتى يتسنى للخصم الآخر ، مناقشته وإثبات عكس دلالاته - .
وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : " من القواعد الأساسية في القانون، أن إجراءات المحاكمة في الجنايات ، يجب أن تكون في مواجهة المتهم ومحاميه ، مادام قدمثل أمام المحكمة ، كما أنه من المقرر ألا تبني المحكمة حكمها إلا على العناصر والأدلة المستمدة من أوراق الدعوى المطروحة على بساط البحث، تحت نظر الخصوم . ولما كان ما تضمنته إشارة إدارة شرطة ميناء الإسكندرية ، وخطاب مصلحة أمن المواني ، من بين ما أسست المحكمة عليه قضاءها ، برفض الدفع الذي أبدته الطاعنة ببطلان الضبط ، وكان ضم هاتين الورقتين إلى أوراق الدعوى ، قد تمّ بعد إقفال باب المرافعة ، وبعد أن خلت المحكمة للمداولة ، دون أن يكون ذلك في مواجهة الطاعنة ومحاميه ، فإن المحكمة

¹ - الإثبات في المواد الجنائية د . محمود محمود مصطفى ج ١ ص ١٠٦ - .
² - النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن / محمد عطية راغب المحامي - ص ١٥٨ - .

تكون قد بنت حكمها على أحد العناصر التي لم تكن مطروحة على بساط البحث بالجلسة ، مما يعيب الحكم المطعون فيه ، ويستوجب نقضه - " ١ .

وكما ذكرنا آنفاً ، فلا ضير في بناء الأحكام القضائية ، على أدلة مستمدة من أوراق التحريات التي أجراها رجال الشرطة . وقد أرست السوابق القضائية السودانية ، إمكان بناء الأحكام على أقوال الشهود المأخوذة في يومية التحري ، بعد إعادة طرحها على بساط البحث بين يدي الخصوم ، خلال المحاكمة ، بل ذهبت بعض السوابق إلى تفضيلها على أقوالهم المأخوذة لاحقاً ، ففي قضية :

(حكومة السودان / ضد / صديق عبد الله سيد أحمد) ٢

جاء ما نصه :

(The first statement in the case diary is always preferable than statements made later , when the witness hears other people discussing the case , and becomes influenced by their opinion -).

وفي قضية :

(حكومة السودان / ضد / زكريا أتير نيبوج)

أبانت المحكمة العليا السودانية ، مخاطر تأسيس الإدانة على أقوال الشهود المدونة في يومية التحري - وحدها - ، لعدم أخذها بحضور المتهم ، وعدم خضوعها في تلك المرحلة للمناقشة - ٢ ، وذلك يعني قبولها باعتبارها بيّنة ، وأن تلك المخاطر تنتفي عند إعادة طرحها بين يدي الخصوم للمناقشة خلال المحاكمة . كما قضت محكمة النقض المصرية بقبول مثل تلك الأدلة ، بل وبقبول الأدلة المستمدة من تحقيقات إدارية ، شريطة أن تكون تلك الأدلة قد طرحت خلال

١ - نقض مصري ١٤/١٠/١٩٧٣م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني س ٢٤ ص ٨٣٣ -

٢ - (١٩٦٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٠٩ -

٣ - ١٩٧٥م مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ص ٥٣١ .

المحاكمة ، بين يدي الخصوم للمناقشة -¹ ، فالقاضي في المسائل الجنائية - بالأخصّ تتسع سلطته في الإثبات ، بحيث يجوز له استمداد اقتناعه الشخصي ، من أي دليل مشروع ، له أصل في أوراق الدعوى ، ولو كان ذلك الدليل مستمداً من قضية أخرى مضمومة إلى الدعوى محل النظر والفصل ، فإن لم تضم تلك القضية، إلى الدعوى محل النظر والفصل ، ولم تخضع أدلتها للمناقشة ، كان الحكم بناءً على تلك الأدلة باطلاً . إذ قضت محكمة النقض المصرية بأنه :- " من المقرر أنه يجب ألا تبني المحكمة حكمها ، إلا على العناصر والأدلة المستمدة من أوراق الدعوى المطروحة أمامها ، فإن اعتمدت على دليل استتقت من أوراق قضية أخرى، لم تكن مضمومة إلى الدعوى التي تنتظرها للفصل فيها ، ولا كانت مطروحة على بساط البحث في الجلسة القضائية وتحت نظر الخصوم فإن حكمها يكون باطلاً " . أما إذا كانت أوراق تلك الدعوى قد ضمت إلى الدعوى محل المحاكمة وطرحت الأدلة التي اشتملت عليها على بساط البحث فيها ، فيجوز للقاضي عندئذٍ أن يستمد اقتناعه الشخصي من تلك الأدلة ولو كانت تلك الدعوى المضمومة ، غير جنائية، بأن كانت دعوى مدنية مثلاً ، غير أنه ينبغي التنبيه إلى أن الدليل المأخوذ في الدعوى المدنية ، لا يكتسب حجياً في الدعوى الجنائية ؛ لأن حجية الأمر المقضي به ، إنما تكون لمنطوق الحكم ، لا لدليله ، ولاختلاف الدعويين ، موضوعاً وسبباً ، ولتفاوت قدر الإثبات المطلوب فيهما . ومن ثمّ فلا يتسنى تأسيس الإدانة بموجب الدليل المأخوذ في الدعوى المدنية، إلا بعد إعادة طرحه بين يدي الخصوم ، للمناقشة من جديد في الدعوى الجنائية -² .

ونخلص إلي أن التشريعات والتطبيقات القضائية المعاصرة ، - من غير خلاف نعلمه - تمنع بناء الأحكام القضائية ، على أدلة لم تطرح علي بساط البحث ، بين يدي الخصوم ، للمناقشة خلال المحاكمة ، فإذا دخل دليل إلي ملف الدعوى ،

¹ - نقض مصري ١٩٥٠/٥/٢م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني - س ٢ ص ١٥٠ - رقم ٦٠ راجع الإثبات في المواد الجنائية للمستشار مصطفى مجدى هرجة ص ٥٩ - .

² - نقض مصري ١٩٧٨/٤/٢٤م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية - مجموعة المكتب الفني س ٢٩ ص ٤٥٧ - وراجع نقض مصري ١٩٧٩/٣/١١م - ذات المجموعة - س ٣٠ ص ٣٣٢ - .

بأي وسيلة من الوسائل , من غير طرحه في مجلس القضاء , بين يدي الخصوم للمناقشة , أو انتهى إلي علم القاضي دليل نفسي , - شفوي - أو مادي أو فني , من خلال عمل خارج عن نطاق المحاكمة , كأن يسأل القاضي خبيراً طبياً أو محاسبياً , أو شاهداً عادياً - أو غيرهم - في مجلس خاص , عن مسائل تدور حولها منازعة ما , فلا يجوز تأسيس حكم قضائي بناءً عليه - ¹ , إذ لا يجوز مفاجأة خصمٍ بدليل لم يعرض عليه , فضلاً عن أن الحكم بمثل ذلك الدليل ينتهك حق الخصوم في حرية المحاجة , وقد يفضي إلي تهمة القضاء , وبعث الريبة في حيدته ونزاهته , كما تتعذر معه مراقبة أحكام القضاء من قبل الجهات القضائية المختصة للتبين من صدورها بالوجه الشرعي , فتضيع بذلك جملة من أصول التقاضي وضمانات عدل القضاء - .

استثناءات من القاعدة :

من المجالات التي تتسع فيها سلطة القاضي التقديرية , مستثنيات قاعدة (بناء الأحكام علي الأدلة المطروحة بين يدي الخصوم في مجلس القضاء) , إذ أن هنالك حالات يجوز فيها للقاضي أن يحكم بناءً علي حصيلة علمه الشخصي , أو علي نتائج عملية ذهنية ذاتية , قد لا يطلع عليها الخصوم , كما أنه قد لا يطرح شيئاً منه , علي بساط البحث , بين أيدي الخصوم في مجلس القضاء , وتتمثل تلك الحالات فيما يلي :-

أولاً : وقائع الشنون العامة وعناصرها التي لا تحتاج إلي إثبات :

وهي تلك الوقائع والعناصر التي تدخل في علم الناس كافة , ولهذا الوجه , فلا حاجة إلي إثباتها , أو طرحها للمناقشة بين يدي الخصوم , فهي مما يلم بها

¹ - يقول اللورد ديننج - وهو أحد أبرز معالم القضاء الانجليزي المعاصر :- ((يبني القاضي قراره علي ما ورد أمامه من بيانات وحجج تقدم بطريقة قانونية , ولا يغني عن ذلك علمه , أو معرفته التي توصل اليها بطريقته الخاصة , وهذا مرتبط ارتباطاً وثيقاً بحق الشخص في أن تستمع المحكمة إلي دفاعه أو ادعائه إذ أنه من الظلم أن يعتمد القاضي علي معلومات توصل اليها عن طريق اخر , غير الأدلة التي عرضت عليه , لأن المتهم في هذه الحالة سيجرم من فرصة تقديم أدلة أو بيانات للرد عليها ... وبهذه المناسبة سنتعرض للأسلوب الذي أتبعه القاضي الكبير بولر وهو يحاكم قضية هامة ... عام ١٧٩٠م ... (إذ استدعي الشاهد الوحيد في القضية - الأم -) ... واستمع اليها في مكتبه قبل المحاكمة , حتي تكون شهادتها مرتبة ومحضرة , وتم ذلك فعلاً وصدر الأمر بإدانة المتهم , وحكم عليه بالإعدام ... ان المتهم لم يعط الفرصة المعقولة لنقض التهمة - .)) (راجع طريق نحو العدالة - اللورد ديننج ص ٣٥ وما بعدها -) .

الجميع , وتأخذ المحكمة بها علماً قضائياً , كما في المادة (١٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م ونصها :-

((١- لا حاجة إلي إثبات الوقائع , التي تأخذ بها المحكمة علماً قضائياً - .

٢- تأخذ المحكمة علماً قضائياً , بالشئون المحلية والعامّة التي يفترض علم الكافة بها - .

٣- مع عدم الإخلال بأحكام البند (٢) تأخذ المحكمة علماً قضائياً بالمسائل الآتية وهي :-

- أ- الدستور والتشريع وسائر الأحكام والتدابير التي لها قوة القوانين - .
- ب- المسير العام لنظم الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية وأجهزتها - .
- ج- تولي المناصب العامة وأسماء شاغليها وألقابهم ومهامهم وتوقيعاتهم , إذا كان تعيينهم قد أعلن رسمياً - .
- د- كل دولة تعترف بها حكومة السودان , وبصفة عامة كل الشئون الدولية والسياسية المتصلة بعلاقات السودان الخارجية - .
- هـ- التقاسيم الزمنية والجغرافية , والمكاييل والموازن والمقاييس وسائر المعايير الشائعة في السودان - .
- و- العطلات العامة والقومية - .
- ز- الأعراف السودانية العامة التي أقرتها المحاكم - ^١.
- ح- المعاني العامة للكلمات - .
- ط- قوانين الطبيعة ومسيرها العادي - .

٤- يجوز للمحكمة في جميع الأمور التي تأخذ بها علماً قضائياً التحري والاستعانة بأي جهة رسمية , أو أي مرجع مناسب , كما يجوز لها أن تشتترط علي من يطلب منها أن تأخذ علماً قضائياً بأي أمر , أن يمدّها بما تراه لازماً من المراجع والوثائق لأخذ العلم القضائي - ((.

^١ - هذه الفقرة تقابل الفقرة (و) من المادة ١٧ من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٨٣م وحذفت هنا قيد عدم تعارض العرف مع أحكام الشريعة الإسلامية , ولا ندري موجياً للحذف خاصة في بلد مثل السودان , تكثر فيه الأعراف الفاسدة , ولا يقال بأن في المادة ٢ من قانون أصول الأحكام القضائية غناء - .

وفي مجالٍ من مجالات الشؤون العامة التي تدخل في علم الناس كافة , ولا تحتاج إلي إثبات , وتحديدًا بفرض اعمال دلالة العرف السائد في البلاد , قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر بأن :- ((قرينة عرف الصلاحية يصار إليها , عند استواء المتداعيين بالدعوى واليد والبينة , فان ادعيا الملك وكانت يدهما علي المتاع المدعي به , وأقاما البينة , أو عجزاً عن اقامتها , فقد استويا من كل وجه , وتعين المصير إلي عرف الصلاحية , فيقضي للرجل بما يصلح للرجال وللمرأة بما يصلح للنساء , فان استويا بعرف الصلاحية أيضاً فيلزم عندئذٍ المصير إلي قسمة المدعي به بينهما , لاستوائهما في سبب الاستحقاق من كل وجه , وهذا هو رأي جمهور الفقهاء - وتعتبر قرنية عرف الصلاحية , ذات دلالة ضعيفة , ومن ثم فهي تفتقر إلي التأييد باليمين , ومن نافلة القول , أنه لا حاجة بنا إلي إثبات العرف بوسائل الإثبات العادية , لدخوله في علم الكافة , فهو مما تأخذ به المحاكم علماً قضائياً) وقالت محكمة الاستئناف في ذات الدعوى (كما قامت الهيئة الاستئنافية الشرعية , بتحري العرف السائد في البلاد , بشأن الأمتعة المنزلية , ووجهت اليمين تأييداً لدلالة العرف , لأحدهما فيما شهد العرف بصلاحيته لأحدهما , ولكليهما فيما شهد العرف بصلاحيته لهما ...)¹ .

ثانياً : الجرح والتعديل :

يستثني الجرح والتعديل من القاعدة محل الحديث , فيجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي فيهما اتفاقاً , فإذا علم القاضي حال الشاهد من عدالة أو فسقٍ جاز له أن يقضي بعلمه , بقبول شهادة العدل , أو برد شهادة الفاسق , ففي (معين الحكام) لابن عبد الرافع :- ((... وللقاضي أن يعدل ويجرح بعلمه , سواء علم ذلك قبل الولاية أو بعدها -²)) . وقال التاودي :- ((... وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم منهم) من تجريح أو تعديل , (باتفاق العلماء) -³ ...) (ولأنه)

1 - الحكم الاستئنافي رقم ٣٧٨ /شئون زوجية /استئناف /١٤١٨هـ الصادر في ١٤/١١/١٤١٩هـ الموافق ١٩٩٩/٣/٢م - .

2 - معين الحكام علي القضايا والأحكام - لابن عبد الرافع - ج ٢ ص ٦٤٣ - .

3 - يعني : (العلماء) ووضعت هكذا في الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم لأغراض النظم .

لو لم يستند لعلمه فيهم , لا تسند لعلمه في الذين عدلوههم أو جرحوههم , فلم يكن بد من الرجوع لعلمه ...^١)) .

ان اباحة الحكم بعلم القاضي في الجرح والتعديل , قائمة علي مقتضي الضرورة , لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه , لتسلسل . قال ابن قدامه :- ((وأما الجرح والتعديل فان يحكم فيه بعلمه – بغير خلاف - , لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه , لتسلسل , فان المزكبين يحتاج إلي معرفة عدالتهما وجرحهما , فإذا لم يعمل بعلمه , احتاج كل واحداً منهما إلي مزكبين , ثم كل واحداً منهما يحتاج إلي مزكبين , فيتسلسل , وما نحن فيه بخلافه))^٢ .

ثالثاً : الموازنة والترجيح بين الأدلة :

الموازنة والترجيح بين الأدلة , مما تستقل به محكمة الموضوع , ولها أن تأخذ ببعض أقوال الشاهد , دون بعض آخر , وبأقوال واحد أو أكثر من الشهود , دون غيرهم , حسبما تطمئن إليه , من غير أن تكون ملزمة , ببيان أسباب ترجيحها , لما أخذت به , وطرحها لغيره -^٣ , وهذ بالطبع في دعاوى المعاملات المدنية – بما فيها الأحوال الشخصية – فهي وحدها التي تؤسس فيها الأحكام علي ترجيح البيئات , أما المسائل الجنائية , فتبني فيها الأحكام علي أدلة قطعية , تفيد الجزم واليقين , ولا مجال فيها لترجيح البيئات , فإن لم تخلص المحكمة الجنائية من الأدلة المتساندة – أو غيرها – التي أسست عليها حكمها بإدانة المتهم , إلي الجزم بوقوع الجريمة وإسنادها إلي المتهم , بل رجحت وقوعها منه , فإن حكمها يكون خاطئاً واجباً نقضه -^٤ .

رابعاً : ما يحدث في مجلس القضاء :

^١ - حلي المعاصم للتاودي بهامش البهجة في شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ٤٠ - .
^٢ - المغني لابن قدامه ج ١٤ ص ٣٣ - .
^٣ - نقض مصري ١٩٥٧/٦/٢٠م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة المدنية – مجموعة المكتب الفني – السنة الثانية لسنة ١٩٥٧م العدد الأول س ٢٣ ص ٦٠١ .
^٤ - نقض مصري ١٩٧٧/٢/٦م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية – مجموعة المكتب الفني – س ٢٨ ص ١٨٠ - .

ومن مستثنيات القاعدة , التي تتسع فيها سلطة القاضي , بحيث لا يلزم ببناء حكمه علي أدلة تطرح علي بساط البحث , ما يحدث في مجلس القضاء ؛ إذ يجوز فيها أن يقضي بعلمه , سواء في ذلك ما يحدث من أحد الخصوم , أو شهودهم , أو غيرهم ممن حضر مجلس القضاء , ففي (تحفة الحكام) لابن عاصم :

ومن جفا القاضي فالتأديب * أولي وذا لشاهد مطلوب

وقال الشيخ الدردير :- ((وندب إليه تأديب من أساء عليه – أي علي القاضي في مجلسه – و إن لزم منه الحكم لنفسه , خشية إنتهاك مجلس الشرع , وحرمة الحاكم , ولو بغير بيّنة ؛ لأن هذا مما يستند فيه لعلمه , والتأديب بما يراه أولي من العفو ... ')) . وهذا قدر متفق عليه بين جمهور فقهاء المسلمين , والنظم التشريعية المعاصرة ^٢ .

المبحث السادس: (الضابط السادس)

إصدار الأحكام القضائية بواسطة القاضي الذي أدليت

أمامه البيانات

للقاضي سلطة استئناف السير في الدعوى المبتدأة المحالة إليه من قاضي آخر , يكون قد استمع إلي الدعوى والجواب عنها , والي البيانات – الشهود أو بعضهم بصفة أخص - ^٣ , فتحال إليه من ذلك القاضي بسبب عزل أو موت أو تقاعد أو استقالة أو نقل أو استخلاف أو نيابة أو إحالة , فعندئذٍ فسلطة القاضي الخلف في استئناف نظر مثل هذه الدعوى , ليست سلطة تقديرية مطلقة , بحيث يقرر ابتداء النظر أو استئنافه من حيث انتهى إليه سلفه , وإنما هي سلطة مقيدة , يفرق فيها بين الإجراءات الجوهرية وغير الجوهرية , ويلزمه التوقف لتقدير أثر

¹ - الشرح الكبير للشيخ الدردير بهامش حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ١٣٣ وراجع مثل ذلك في البهجة في شرح التحفة وبهامشه حلي المعاصم للتاودي جـ ١ ص ٤٦ وتبصرة الحكام لابن فرحون جـ ١ ص ٣٩ والمغني لابن قدامة جـ ١٤ ص ١٨ وقد أقتصرنا هنا علي ايراد مراجع المالكية وهم أكثر المتشددين في منع القضاء بالعلم وكذلك الحنابلة لاتفاقهم مع المالكية في المعتمد من المذهب أما الحنفية في الراجح والشافعية في الصحيح والظاهرية والإمامية والزيدية فهم في الأصل لا يمنعون القضاء بالعلم عموماً - .

² - تنص المادة ١/٧١ من قانون الاجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م علي معاقبة من يخل بنظام الجلسة علي الفور بالحبس ثلاثة أيام أو بالغرامة ... ويكون الحكم نهائياً , وهذه المادة – مع اختلاف في العقوبة – تقابل المادة ١٠٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري , والمادة ٢٤٣ من قانون الاجراءات الجنائية المصري , والمادة ٦٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري والمادة ٣٠ من نظام الاجراءات الشرعية للمحاكم الشرعية بدولة قطر .

³ - اخترنا لفظ (البيانات) في عنوان هذا المبحث جرياً علي منهج الأحناف , رغم أننا لا نتفق معهم في التعميم , كما سنوضحه بعد قليل باذن الله - .

ابتداء النظر أو استئنافه . فان كانت الإجراءات المتخذة بواسطة سلفه جوهرية , وتتصل بتكوين الاقتناع الشخصي , كشهادة شهود الإثبات أو النفي , فيلزمه إعادة استجوابهم بحضرة طرفي الخصومة , ولا يبني علي الشهادات التي سبق لسلفه الاستماع إليها , فان أصدر حكمه بناءً عليها , من غير إعادة الاستماع إليها , كان قضاؤه باطلاً , لأن الشهادة إجراء جوهرية , ويتبلور تقدير قيمتها الاستدلالية , في نفس القاضي , من خلال عملية ذهنية وجدانية , تتمثل فيما يستقر في ضمير القاضي , من المعلومات التي يجمعها حول الشاهد , بالتركية , والعلم الشخصي , ومراقبة الشاهد وهو يؤدي الشهادة , ومراقبة سلوكه خلال الاستجواب والمناقشة , ومما يتبدى له من الحالة التي يكون عليها الشاهد , عند أداء الشهادة , من ثبات أو اضطراب أو تناسق في الأقوال , أو تناقض فيها , أو تلقين من الخصم , أو غير ذلك مما يبعث في وجدان القاضي طمأنينة , أو ريباً , بشأن الشهادة , فيستمد اقتناعه الشخصي , في وزن الدليل , من جملة ما يستقر في وجدانه . ومن نافلة القول أن هذه العملية الذهنية , ذاتية بحيث لا تدخل فيها الإنابة , أو البدلية , ولا يتسنى نقل حصيلتها بأية وسيلة من القاضي السلف , إلي خلفه الذي يناط به استئناف النظر والفصل في الدعوى , الأمر الذي جعل جمهور فقهاء المسلمين يمنعون البناء واستئناف النظر , في دعوى مبتدأه , أدي فيها الشهود شهادتهم أمام قاضٍ آخر .

وفي بيان حكم البناء علي شهادات أخذت بواسطة خليفة القاضي , -

المستخلف بالوجه الشرعي - يقول علاء الدين الطرابلسي :-

((... فإذا رفع إلي القاضي , لا يقضي بتلك البينة , حتى يعيدوا الشهادة بحضرة المدعي والمدعي عليه . هكذا نص الخصاص . فان صحت الشهادة عنده قضي بتلك الشهادة وان كان الشهود شهدوا عند خليفته بالحق للمدعي , ثم ماتوا أو غابوا فاعلمه خليفته أنهم شهدوا عنده علي كذا , لم يقبل ذلك ولم يحكم به . وكذلك لو أقر المدعي عليه بشيء عند خليفته ثم جحد , فأخبره خليفته أنه أقر لهذا

بكذا وكذا , لم يقبل القاضي ذلك , لأن من سمع البينة والإقرار لم يستنفد ولاية الحكم بذلك , فمن لم يسمع كان أولي - (١) .

وفي (الأصول القضائية) أنه :- (لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة أو إقرار , صدرا عند قاضٍ آخر , ولو كان ذلك القاضي خليفته , وكان مأذوناً بالاستخلاف , بل لا بد أن تعاد الشهادة والإقرار أمامه , ويقضي بما يثبت لديه هو , لا بما ثبت لغيره . وإذا كان الخليفة لم يؤذن له في القضاء , بل إذن له في سماع الشهادة والسؤال عن الشهود , وفي سماع الإقرار , وإنهاء جميع ذلك , للقاضي فقط , لم يجز له أن يقضي بل يجب عليه أن يقتصر علي ما أذن فيه . وإذا رفع الأمر إلي القاضي لم يجز للقاضي أن يقضي بتلك الشهادة , ولا بذلك الإقرار , بل يجمع المدعي والمدعي عليه , ويأمر بإعادة البينة , فإذا شهدوا بذلك بحضرة الخصمين , قضي القاضي بتلك الشهادة - (٢) .

ويبين أن فقهاء الحنفية , يمنعون الحكم بالإقرار المأخوذ بواسطة قاضٍ آخر أيضاً . ولا نسلم أن الإقرار يأخذ حكم الشهادة في المسألة - بإطلاق - , لأن المقر يمثل أمام القاضي الخلف , عند إحالة الدعوى إليه , ويجوز له الرجوع عن إقراره , إن كان المقر به مما يجوز فيه الرجوع فإن لم يكن مما يجوز فيه الرجوع , فقد استحق المقر له , الحق المقر به , منذ وقوع الإقرار ابتداءً . هذا إن كان إقراره قضائياً مستوفياً لشرائط صحته , واقعاً في ذات الدعوى أو في إجراء من إجراءاتها فعندئذٍ يكون قطعي الحجية , وليست الشهادة كذلك فاختلفاً . أما إذا حصل الإقرار في مجلس القضاء في دعوى , فهو بالنسبة لغير تلك الدعوى المقر فيها , يعتبر غير قضائي , ويأخذ حكم الشهادة الأنف ذكره . والفارق الجوهرى بين الإقرار والشهادة في المسألة , يتمثل في جواز العمل والحكم بموجب الإقرار القضائي , المأخوذ بواسطة قاضٍ آخر , في ذات الدعوى , ولو كان ذلك الإقرار خلال إجراءات التحقيق الفرعية - أو خلال تحقيق أمام قاضٍ منتدب للتحقيق , أو أمام

1 - معين الحكام - لعلاء الدين الطرابلسي - ص ٢٤ - .
2 - الأصول القضائية في المرافعات الشرعية - للشيخ علي قراة - ص ٣١٧ - .

قاض التحقيق المكلف بأخذ إقرارات المتهمين في مرحلة التحري أو التحقيق الابتدائي - .

وقد ذكر ابن فرحون المالكي في التبصرة , صراحة مايفيد بأن القاضي الذي سمع الشهادة , هو الذي يفصل في الدعوى , فإن صارت الدعوى إلي قاض آخر , قبل الفصل فيها , فيلزم علي الأخير ابتداء النظر في الخصومة .- علي حد تعبير ابن فرحون - ومن مقتضي ابتداء النظر , سماع الدعوى والجواب عنها من جديد , وسماع الشهود الذين سبق أخذ شهادتهم من جديد , ليتسنى للقاضي الأخير الفصل في الدعوى بالوجه الشرعي - , بل إن نص ابن فرحون فيه صريح المنع من رفع القاضي الأول للشهادة التي قيدت عنده , إلي القاضي الأخير , وهذا أبلغ في إيجاب سماع تلك الشهادة من جديد -¹ .

ولا يختلف فقهاء الشافعية في المسألة , ففي الأم : ((وإذا تناقد الخصمان بينهما وحجتها عند القاضي , ثم مات أو عزل أو ولي غيره , لم يحكم حتى يعيدا عليه حجتها وبينتها ثم يحكم , وينبغي أن يخفف في المسألة عن بينهما , إن كانوا ممن يسأل عنه , وهكذا شهوده , يعيد تعديلهم , ويخفف في المسألة , ويوجزها لئلا تطول -²)).

والحكمة من إيجاب صدور الحكم من القاضي الذي سمع الشهادة , يتمثل في أن الشهادة بينة شفوية ذات أبعاد وإجراءات عديدة , ويدرك القاضي قيمتها الاستدلالية , من تراكم نتائج الإجراءات , إذ يستقر من محصلتها في وجدان القاضي صدق الشاهد أو كذبه , فالقاضي الذي يدلي الشاهد أمامه بشهادته , يجمع المعلومات حول الشاهد بالتركيب , ويفيد من علمه الشخصي في تجريح الشاهد أو تعديله (اتفاقاً) , وفوق ذلك فهو يقوم بمراقبة الشاهد أثناء أدائه للشهادة , ومن خلال مراقبته ومراقبة سلوكه وحالته عند الاستجواب والمناقشة , يتسنى له الوقوف علي مدي طمأنينة الشاهد , أو اضطرابه , أو ظهور نبرة الصدق في كلامه , أو العكس , فيستقر في ضمير القاضي وزن تلك الشهادة , ومدي إثباتها للواقعة محل

¹ تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٧ -
² - الأم للشافعي ج ٦ ص ٢٠٨ - .

النزاع أو نفيها لها وهذا التكوين الوجداني التراكمي هو الذي يجعله قادراً على الحكم في الدعوى ولهذا الوجه جاءت المادة ١٦٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بنص جازم وصارم إذ نصت على أنه : " لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة و إلا كان الحكم باطلاً " .

ولا يدخل في أصل المنع , عدم المشاركة في إجراءات التقاضي غير الجوهرية , كما يستثني من المنع ما تقضي الضرورة به , كالاتجاه إلي القضاء للمحافظة علي الدليل , قبل رفع الدعوى إلي المحكمة المختصة , فيجوز في هذه الحالة أن يصدر الحكم من غير القاضي الذي سمع الشهادة .

ومراعاهً لحالة الضرورة , فقد أجازت المادة ١٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م , أخذ الشهادة في غيبة المتهم المختفي , إذ نصت علي أنه :- ((إذا ثبت للمحكمة أن المتهم قد أختفي , وأن القبض عليه متعذر , فيجوز لها أن تستجوب في غيابه أي شهود اتهام , وأن تدون شهاداتهم في المحضر , ويجوز تقديم تلك الشهادة بينةً ضد المتهم عند القبض عليه , إذا توفي الشاهد , أو عجز عن أداء الشهادة , أو تعذر حضوره للمحكمة -)) .

وعلي ذلك النسق جاءت المادة ١٦٤ من ذات القانون السوداني , ونصها :- ((إذا كان المتهم بارتكاب جريمة مجهولاً , فيجوز للقاضي أن يستجوب أي شاهد يدلي ببينة عنها , ويجوز قبول تلك الشهادة بينةً ضد أي شخص يتهم فيما بعد , بارتكاب الجريمة , إذا توفي الشاهد , أو عجز عن أداء الشهادة , أو تعذر حضوره للمحكمة)) . ومعنى القبول هنا ينصرف إلى جواز تأسيس الحكم عليها .-

وهكذا تتفق النظم التشريعية المعاصرة , مع رأي جمهور الفقهاء -^١ , في استثناء حالات الضرورة , التي تقضي بسماع الشهادة بواسطة غير القاضي الذي يناط به إصدار الحكم - .

^١ - عرضنا رأي الجمهور انفاً وراجع في المسألة شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٦ ص ٣٨٤ وحلي المعاصم للتاوري بهامش البهجة للتسولي ج ١ ص ٧٣ والمغني لابن قدامة ج ١٤ ص ٧٥ وادب القضاء للحموي ص ٤٦٥ - .

في التطبيقات القضائية :

استقر العمل القضائي بالسودان , علي أن الأصل هو إناطة إصدار الحكم في الدعوى , بالقاضي الذي أدليت الشهادات بمجلس القضاء أمامه , ليتسنى له تقويم كل شهادة , من خلال ملاحظته لسلوك الشاهد , وتبينه من عدالته لأداء الشهادة ,
ففي قضية :

(حكومة السودان / ضد / دينج بتول ديو - م ع / م ك / ١٠٤ / ١٩٧٨ م)
قالت المحكمة العليا :- ((... هذه الحقائق التي ركنت المحكمة الكبرى إلي تصديقها , والاعتماد عليها في أدانة المتهمين , مأخوذة من شهادة شاهد الاتهام كوال دينج . هذا الشاهد لم يمثل أمام المحكمة الكبرى للإدلاء بإفاداته , كما أنه لم يمثل أمام محكمة الإحالة , بل أن أقواله هذه سبق أن قام بتدوينها قاضي في يومية التحري , في حضور المتهمين , وبعد حلف اليمين . وقد قبلت المحكمة الكبرى أقوال هذا الشاهد كبينة , استناداً علي ما جري عليه العمل , ثم ووفق عليه في السابقة القضائية (حكومة السودان ضد ابو عاقلة زين العابدين) المنشورة في نشرة الأحكام الشهرية - ديسمبر ١٩٧٧ م - .

إن عدم مثول الشاهد أمام المحكمة التي تحاكم المتهم , بناءً علي إفادة ذلك الشاهد , دون شك تنتقص من إفادته , لأن عدم مثوله أمامها , يحرم المحكمة من إتاحة الفرصة لها للحكم علي سلوكه , عند أداء الشهادة , وهذا له ارتباط عند تقويم إفادته , إذ أن تقويم البينة , يعتمد ضمن ما يعتمد , علي الوثوق في عدالة الشاهد لأداء البينة - وان المنطق يقتضي أن تتاح للمحكمة التي تحاكم المتهم , الفرصة للاستماع إلي الشاهد , للتحقق من عدالته في أداء الشهادة . وإذا كانت بينة هذا الشاهد , هي البينة الوحيدة ضد المتهم , فان ضرورة مثوله أمام المحكمة تعتبر (أوجب - ') .

¹ - (١٩٧٨ م) مجلة الأحكام القضائية السودانية صفحات ٣٤١ و ٣٤٢ و ٣٤٤ - .

وتتفق التطبيقات القضائية المصرية مع ما أستقر عليه العمل القضائي بالسودان , إذ قضت محكمة النقض المصرية بأن :- ((الأصل أن الأحكام الجنائية إنما تبني علي التحقيقات التي تجريها المحكمة في الجلسة , وتسمع فيها الشهود , متي كان سماعهم ممكناً , وان كان لها عملاً بحكم المادة ٢٨٩ من قانون الإجراءات الجنائية , أن تقرر تلاوة شهادة الشاهد إذا تعذر سماع شهادته , أو إذا قبل المدافع عن المتهم ذلك , إلا أنه لا يجوز الافتئات علي هذا الأصل لأية علة , إلا بنزول الخصوم صراحة أو ضمناً عنه - ')).

ويلاحظ أن هذه السابقة القضائية المصرية , قد قررت ذات المبدأ العام الذي استقر قضاء بالسودان , وعنيت أكثر بصيانة حق المتهم في الدفاع . وفي ذات إطار المبدأ العام القاضي بلزوم إصدار الحكم في الدعوى بواسطة القاضي الذي باشر إجراءات الإثبات , قضت محكمة النقض المصرية , بوجود بناء الحكم الجنائي علي المرافعة التي تحصل أمام القاضي نفسه , الذي يصدر الحكم , علي ضوء التحقيق الشفوي الذي يجريه بنفسه , إذ أن التعويل علي أقوال الشهود الذين سمعتهم هيئة أخري , دون الاستجابة لطلب سماعهم أمام الهيئة التي أصدرت الحكم, وبغير بيان سبب رفض سماعهم , يعتبر إخلالاً بحق الدفاع - ٢ .

ونقضت محكمة النقض المصرية , الحكم الابتدائي المؤسس علي شهادة الشهود في تحقيقات النيابة , وفي الجلسة القضائية , وذلك لأن المحكمة الابتدائية قد مزجت بين تلك الأقوال وأضافت إلي الأقوال المأخوذة بالجلسة القضائية , جزءاً من أقوالهم المأخوذة في تحقيقات النيابة , وأسست الإدانة علي ذلك , ومن ثم اعتبرت محكمة النقض المصرية ذلك قضاءً بما لا أصل له في أوراق الدعوى – المحاكمة

١ - نقض مصري ١٩٧٧/١١٣ م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – السنة ٤٦ ق الطعن ٨٢٩ ص ٢٥ القاعدة ٤ - .

٢ - نقض مصري ١٩٧٢/٢١٤ م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – س ٤١ ق الطعن ١٣٧٠ لسنة ١٩٧٢ ص ١٥٦ القاعدة ١٤٣٩ وراجع نقض مصري ١٩٧٢/٣١٥ مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية – مصري – المكتب الفني السنة ٤٢ ق الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٢ ص ٢٩١ القاعدة ١٦٨ ع - .

– وأنه لا يغير من الأمر أن يكون الحكم قد أخذ بأقوال الشهود من أوراق تحقيقات النيابة - ^١.

بقي أن نشير إلي أنه تتكاثر انتهاكات هذا الضابط في نظام المحاكم المشكلة من عدد من القضاة , بينما نقل الانتهاكات في نظام القاضي الفرد , فان كانت المحكمة مكونة من عدة قضاة , وانتهت ولاية أحدهم بسبب عزل أو وفاة أو تقاعد – أو بغير ذلك - , بعد اشتراكه في الإجراءات القضائية , واستماعه إلي البيّنات , فعندئذٍ يلزم ابتداء النظر , وإعادة الاستماع إلي الشهود بواسطة التشكيل الجديد لهيئة المحكمة , حتى ولو كانت الهيئة القديمة قد أقرت باب المرافعة , إذ لا مجال للتسامح الذي يمارسه بعض القضاة في مثل هذه الحالة , باعتبار أن أغلبية القضاة قد شاركوا في جميع الإجراءات , ويكون باطلاً الحكم الذي يوقع عليه ذلك القاضي الذي لم يكن قد حضر إجراءات التقاضي السابقة علي إصدار الحكم - ^٢. كما يكون باطلاً الحكم الذي يصدر بواسطة التشكيل القديم , بعد انتهاء ولاية أحد قضاة , إذ يلزم صدور الأحكام القضائية من قضاة ذوي ولاية قضائية , وقت النطق بالحكم -.

ونسوق في هذا المقام نص المادة (٢٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م , مع بيان التكييف الذي يتلاءم في تفسير المادة , مع أصول التقاضي المستقرة فقهاً وقضاءً , وذلك سداً لذريعة التأويلات الخاطئة , فالمادة (٢٠٣) من القانون (المذكور) , تنص علي أنه : (((١) يبدأ القاضي الذي يخلف قاضياً كان يباشر إجراءات المحاكمة , من حيث انتهى سلفه , ولا يجوز له بدء الإجراءات من أولها , إلا لأسباب ضرورية يدونها في المحضر -)) .

(((٢) إذا كانت المحكمة التي تباشر الإجراءات مكونة من أكثر من عضو , فان تبديل أي من أعضائها , لا يبطل الإجراءات السابقة)) – أه - .

^١ - نقض مصري ١٩٧٧/٢١٦ م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية – بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – س ٤٦ ق الطعن ١١٣٤ لسنة ١٩٧٧ م ص ١٩٨ القاعدة ٤٤ - .

^٢ - نقض مصري ١٩٥٦/١١١٢ م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة – النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – س ٧ رقم ١٤ ص ٣٦ وراجع نقض مصري ١٩٥٥/٣١٢٨ م مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية – مجموعة المكتب الفني – س ٦ رقم ٢٠ ص ٧٠٩ - .

وبشأن الفقرة (١) من المادة الآنفة الذكر , فلا ينبغي أن يفهم بأنها قد أوجبت خلافة وألزمت القاضي الخلف باستئناف الدعوى , من حيث انتهى إليه سلفه , بما في ذلك إجراءات الإثبات الجوهرية , ذلك أن الفقرة المذكورة , وإن جعلت الأصل عدم جواز بدء القاضي الخلف للإجراءات من أولها , إلا أنها قد استثنت من ذلك الأصل , حالات يجوز فيها بدء الإجراءات من أولها , لأسباب ضرورية , وتركت الفقرة المذكورة تقدير تلك الحالات – وتعيينها – وتقدير الأسباب الضرورية , للقاضي الخلف , بتدوين الأسباب التي جعلته يبدأ الإجراءات من جديد . -

أما الفقرة (٢) من المادة المذكورة فقد نصت – بحق – علي أنه إذا كانت المحكمة التي تباشر إجراءات الدعوى , مكونة من أكثر من عضو , فإن تبديل أي من أعضائها , لا يبطل الإجراءات السابقة . وبالفعل قد ذكرنا آنفاً بأنه يجوز للقاضي الخلف استئناف السير في حالات , أو ابتداء النظر , كما ذكرنا بأنه يمكنه البناء علي الإجراءات غير الجوهرية – قولاً واحداً - , والبناء علي إجراءات الإثبات , بمختلف صورها , مع المحافظة علي حقوق المتخاصمين وبما يحقق عدل القضاء . - ومن ثم فلا نري وجهاً للاتكاء الكسول علي التأويلات الخاطئة للمادة المذكورة , أيأ كانت غاية وتبريرات الاتكاءة . -

الفصل الثاني

الضوابط الخاصة لسلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار الأحكام فقهاً وقانوناً وقضاءً

ونعني بالضوابط الخاصة تلك المقررة في الأفضية بالنظر إلي نوعها , في مرحلة إصدار الأحكام , فلا يدخل فيها شى من ضوابط إجراءات التحقيق ولا من ضوابط قبول الأدلة ووزنها. و نتناول بالبيان سلطة القاضي التقديرية وضوابطها الخاصة في أفضية المعاملات المدنية في مبحث أول , وسلطته التقديرية وضوابطها الخاصة في أفضية الأحوال الشخصية في مبحث ثان , ثم سلطته التقديرية وضوابطها الخاصة في الأفضية الجنائية في مبحث ثالث علي النحو التالي :

المبحث الأول

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها الخاصة بأفضية المعاملات

المدنية في مرحلة إصدار الأحكام

تتسع سلطة القاضي التقديرية في دعاوى المعاملات المدنية في الشريعة الإسلامية أيما اتساع ، يتبدى ذلك في قلة النصوص الآمرة في أحكام المعاملات المدنية ، وفيما تقتضيه المرونة التي تتوخاها الشريعة الإسلامية ، تحقيقاً لمصالح العباد ، فأحكام المعاملات المدنية إنما هي في الأصل قواعد لتنظيم العلاقات الخاصة بين أفراد المجتمع ، ومعلوم أن ذلك يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والأعراف ، ومن ثم كانت تلك المرونة ، وفاءً بحاجات المجتمعات وبيئاتها المتغايرة .

وينبغي إدراك حقيقة أبعاد تلك المرونة ، فهي لا تعني الحرية المطلقة للأشخاص في التصرف ، فهناك ضوابط يلزم علي الأفراد الالتزام بها ، درءاً للأضرار عن الغير ، وصوناً للمصلحة العليا للهيئة الاجتماعية ، فإن أخل الفرد بشيء منها كان عليه تبعه ذلك الإخلال . وقد وضع الفقهاء ضوابط هي بمثابة قواعد كلية – وأخرى فرعية – يراعيها القاضي عند إصدار حكمه جبراً للضرر ،

أو إزالة لآثاره ، فالقاعدة الكلية أنه : (لا ضرر ولا ضرار) ؛ إذ روي أنه صلي الله عليه وسلم قال : ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)) ، وفي رواية أنه صلي الله عليه وسلم قضي أن : ((لا ضرر ولا ضرار)) وفي رواية : ((لا ضرر في الإسلام ولا ضرار))^١ . وهذه قاعدة كلية تضع قيماً يمنع إضرار الغير ابتداءً ؛ لأن الضرر ظلم ، والظلم محرم . كما تضع قيماً علي حرية التصرف في الملك بعدم ترتيب ضرر تستقبه الطباع والنفوس عليه . وقد تناول الفقهاء بالبيان مختلف صنوف الضرر ، مادياً كان أو غير مادي ، كان ناشئاً عن إخلال بعقد أو عن إتلاف بفعل مادي مباشر ، أو بالتسبب فيه ، سواء كان التسبب بفعل إيجابي ، صنوه سوء استعمال الحق ، أو بفعل سلبي صنوه التقصير عن أداء واجب^٢ .

وقد تفرعت عن تلك القاعدة الكلية ، قواعد فرعية تمثلت في (الضرر يزال)^٣ ، (الضرر لا يزال بمثله)^٤ ، وقاعدة : (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)^٥ ، ونحو ذلك . ويراعي القاضي تلك القواعد وهو يمارس سلطته التقديرية عند إصدار الأحكام في دعاوى المعاملات المدنية ؛ إذ جاءت المادة (٥) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م بتقرير مراعاة تلك القواعد ، وقواعد أخرى علي ذات النسق ، كما جاءت المادة (٢٨) منه بتحديد نطاق استعمال الحق ، مكررةً الضوابط التي يجب مراعاتها عند استخدام الحق .

ومن خلال تأمل القواعد الكلية والفرعية ، وتفرعات أحكام المعاملات وتبويبها ، نحسب ملاءمة دراسة موضوع هذا المبحث ، في مطلبين ، أولهما : بشأن سلطة القاضي التقديرية في حالة الإخلال بالتزام تعاقدي ، وثانيهما : عن سلطة القاضي التقديرية في حالة الإخلال بواجب شرعي - أو قانوني - غير تعاقدي موجه إلي الكافة . وقد فرقنا بينهما ليتلاءم مع نمط التبويب التشريعي في المعاملات المدنية ، وبخاصة في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م ،

^١ الروايات كلها في نصب الرأية للزيلي ج٤ ص ٣٨٥/٣٨٤ .
^٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢٤١ وما بعدها ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام / علي حيدر ج١ ص ٣٧/٣٦ .
^٣ - المادة (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية .
^٤ - المادة (٢٥) من مجلة الأحكام العدلية .
^٥ - المادة (٢٧) من مجلة الأحكام العدلية .

ولما بينهما من المغايرة ، وحيث يدخل في نطاقهما غيرهما من الفروع فلا حاجة إلي أفراد كل صنف من صنوف العقود والمعاملات بعرض مستقل . وعليه ندلف إلي بيان كل مطلبٍ منهما علي حدة فيما يلي :-

المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في الحكم بشأن الإخلال بالتزام تعاقدي :

نصت المادة (٢٦٢) من (مرشد الحيران) بأن العقد هو : ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر علي وجه يظهر أثره في المعقود عليه)) - وهذا هو ذات تعريف المادة (١/٣٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ م . ويتكاثر ما يكون به العقد صحيحاً نافذاً لازماً ، كما تتكاثر وسائل التعبير عن الإرادة ، من اللفظ الصريح إلي الكناية ثم الكتابة بمختلف صورها ، ثم الإشارة والمعاطاة والسكوت ، وكل ما يدل علي التعبير عن الإرادة عرفاً ، ثم يتكاثر ما يعيب تلك الإرادة ، وفي كل ذلك تتضاءل القواعد الآمرة ، وتوسع سلطة القاضي في تقدير ما يحكم به ، فالعقد شريعة المتعاقدين ، وقد قضت محكمة الاستئناف السودانية بأن : ((علي المحكمة أن تنفذ إرادة المتعاقدين إذا كانت واضحة ، وإلا فإن تفسير مضمون العقد يجب أن يتجه إلي توضيح نية المتعاقدين المشتركة ، وذلك من طبيعة التعامل بينهما وظروفه والعرف الذي يحكمه))^١ .

ثم إن دخول مسائل النظام العام يتضاءل في مسائل المعاملات المدنية عامة، بالمقارنة إلي المجالات الأخرى ، وتجتهد المحاكم فيما تكتنفه شبهة مخالفة النظام العام ، وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((الأخذ في الاعتبار لانخفاض القيمة الشرائية للعملة في تاريخ الحكم ، لا يعدّ ضرباً من ضروب الربا ، بل ذلك لا يعدو أن يكون تعويضاً للمضروور عما سببت له من خسارة ، وعما فاتته من كسب ، فجزر الضرر يختلف عن الربا المحرّم بنص القرآن والسنة ، والذي هو عبارة عن زيادة غير شرعية يأخذها الدائن لقاء تأجيل السداد لأجل معلوم))^٢ .

^١ - (١٩٧٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٩٧ قضية : (علي دنقلا /ضد/ حكومة السودان وزارة الأشغال) -
^٢ - (١٩٩٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٩٦ قضية : (أعمال مبارك الهندسية /ضد/ جامعة الخرطوم) -

ومن قبل كل ذلك فإن العقود وصنوفها غير محصورة ، ولا تكاد تنتهي سبلها إلي حدّ حتى تتبدى فيها أخريات وطرائق جديدة للتواثق العقدي ، وتلك مساحات حرة تتسع فيها سلطة القاضي التقديرية بقدر اتساع حرية التعاقد ، واتساع مساحات المرونة التي ألمعنا إليها ، فإن تداعي طرفان بشأن فسخ عقد ، واستنفاذ دفعهما ودفاعهما ، فإن القاضي ينزل الأثر القانوني الذي يتناسب مع الحقائق الواقعية ، وهو إذ يفعل ذلك ، فإنما ينتهج مرونة متناهية مناطها ومدارها ، ومبدؤها ومنتهائها ، رفع الضرر وبلوغ غاية العدل ، وذاك ما أراده المشرع منه ، فيما خوّله من سلطة وفقاً للمادة (١٢٨) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م ، ونصها : ((١) في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضي . (٢) يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلي الالتزام في جملته)) . وما ذكر في هذه المادة من جواز تأجيل المدين إنما يكون بتقدير القاضي ، وما خوّله له المادة من سلطة رفض الفسخ يكون بتقديره أيضاً ، علماً بأن رفض طلب الفسخ – وطلب التنفيذ – هنا يعدّ خروجاً عن طلبات الخصم ، فيتبدى أن القيد الذي يلزم القاضي بطلبات الخصوم لا يعني بحال مصادرة سلطته في التقدير ولا مصادرة سلطته في تنزيل الأثر القانوني الذي يوائم بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية علي ذات هذا النحو إذ قالت :- ((في العقود الملزمة للجانبين إذا أخل أحد الطرفين المتعاقدين بالعقد ولم يوف بالتزامه كاملاً ، جاز للمتعاقد الآخر وبعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين ، إن كان له مقتض . كما يجوز للقاضي أن يخرج في معالجته للمسألة عن الخيارين المتاحين ، وأن يقرر حسب الظروف ، إن كانت الحالة تقتضي ظروفها أن يمهل الطرف المدين مهلة يقوم فيها بتسديد المتبقي من

التمن ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته))^١ - .

يتبدى من الحكم الأنف مدي اتساع الأطر التي يمارس خلالها القاضي سلطته التقديرية في حالات الإخلال بالالتزام التعاقدية ، وقد تتعدى تلك السلطة إلي استكمال الشرائط غير الجوهرية للعقد ، علي ضوء مقتضيات العرف أيضاً . بل قد تتعدى إلي التدخل في جوهر العقد تخفيفاً للعنت والرهق اللذين يصيبان أحد العاقدين بسبب الظروف الطارئة التي تقع نتيجة حادث استثنائي تعم آثاره الكافة ؛ إذ نصت المادة (١١٧) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م علي أنه : (((١) إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية ، وإن لم يصبح مستحيلأ صار مرهقأ للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة تبعأ للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن ترد الالتزام المرهق إلي الحدّ المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك (٢)- لا يعتبر الالتزام مرهقأ إلا إذا زادت الخسارة علي ثلث الالتزام)). وهناك فرق بين نظرية الظروف الطارئة التي تحدثت عنها المادة الآنفة ، وبين نظرية استحالة التنفيذ المنصوص عنها بالمادة (١٣٠) من ذات القانون . ففي نظرية الظروف الطارئة ، يمارس القاضي سلطة تقديرية واسعة ، بحيث يقدر فيها الظرف الطارئ ، ومدي دخوله في معني (الحادث الاستثنائي الذي يعم الكافة) ، كما يقدر مدي دخوله في معني (لم يكن في الوسع توقعها) ، بل ومدي كون التنفيذ يصبح مرهقأ للمدين ، بحيث يسبب له خسارة فادحة ، وفوق كل ذلك فإن من سلطته التقديرية إجراء موازنة بين مصلحة الطرفين بالمعايير الشخصية والموضوعية ، وأخيراً فإن من سلطته التقديرية أن يحكم بردّ الالتزام المرهق إلي الحدّ المعقول وفقاً لما يراه مناسباً . أما في نظرية استحالة التنفيذ فإن الاستحالة سببها هي القوة القاهرة وينقضي بسببها الالتزام بالفسخ التلقائي^٢ - . ويأتي دور سلطة القاضي

^١ - (١٩٩٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٥٣ قضية : (مصطفى محمد صالح الضبعواوي / ضد/ شمس الدين فرح محمد صالح وفرح محمد صالح الضبعواوي) .

^٢ - نصت المادة (١٣٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م علي أنه : ((في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء ذاته)) .

التقديرية في نظرية استحالة التنفيذ ، بعد الفسخ التلقائي ، خلال إعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ؛ إذ يقضي بالتعويض - وفقاً لما يراه مناسباً ، متي استحالتم إعادةتهما إلي حالة ما قبل العقد .

وقد تواترت الأحكام القضائية بشأن هاتين النظريتين ، وبشأن المدي الذي يمارس خلالهما القاضي لسلطته التقديرية ، واعتبرت محكمة الاستئناف السودانية بأن :- ((الحادث الاستثنائي يجب أن يكون حادثاً عاماً يتأثر به عامة الناس ، ولو طائفة منهم ، فإذا كان ظرفاً خاصاً بشخص المدين ، فلا مجال لانطباق نظرية الظروف الطارئة والارتفاع المتوقع في أسعار اللحوم لا يعتبر حادثاً استثنائياً عاماً غير متوقع ، ومن ثمّ فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة))^١ .

والمحل الذي يصدق فيه تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، هو العقود المتراخية التنفيذ والتي يتم فيها الوفاء بالالتزامات المتقابلة علي مراحل . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : ((يتطلب تدخل المحكمة أن يكون العقد متراخياً في التنفيذ ، وأن يطراً قبل تنفيذ العقد حادث استثنائي عام غير متوقع ، يصبح بموجبه تنفيذ الالتزام أمراً مرهقاً . وعند قياس الحدّ المعقول الذي يردّ إليه الالتزام تستعمل المحكمة المعيار الموضوعي البحث ، دون اعتبار لظروف المدين الشخصية))^٢ .

إن بسط العدل هي الغاية التي نصب من أجلها القضاء والقضاة ، ومن مظاهره حماية الضعفاء من استغلال الأقوياء - سواء تمثل الأقوياء في الدولة أم في الشركات والهيئات التي تحتكر الخدمات العامة الضرورية ، ثم تجبر الناس علي تحمل التزامات مرهقة ، تستغل فيها حاجة الناس إلي قضاء ضروراتهم التي لا يجدون بداً من قضائها ، ثم لا يجدون بعدها بداً من الرضوخ إلي عقود إذعان ذات شرائط تعسفية . ولوضع الأمور في نصابها فقد حوّل التشريع سلطة تقديرية للقاضي في تعديل تلك الشروط ، أو بإعفاء الطرف المذعن منها وفقاً لمقتضيات العدالة ، إذ نصت المادة (١١٨) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م علي

^١ - (١٩٧٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٧٧ قضية : (جمهورية السودان الديمقراطية = مصلحة المساحة /ضد/ عثمان مكي عوضه) - .
^٢ - (١٩٧٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٤ قضية : (الخضر محمد عبد الله /ضد/ بانقا حسن جبارة) - .

أنه :- ((إذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية ، جاز للمحكمة أن تعدّل هذه الشروط ، أو أن تعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك)) .

ونحسب أن المواطن السوداني يكتوي بلهيب عقود إذعان ذوات شروط تعسفية لا تحصي ، في سبيل الوفاء بضرورات الحياة ، فإما أن يقسط المتعسفون أو ترغم أنوفهم إلي القسط - .

المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في الحكم عند التداعي بالإخلال بواجب شرعي عام أو قانوني = غير تعاقدية = :

نعني بالواجب الشرعي العام – أو القانوني – ما هو مقرر في الأصل صوتاً للحقوق والحريات المكفولة للإنسان بحكم الشرع أو القانون أو بما هو متعارف عليه ومقبول لدي الكافة . فالحرية الفردية في التصرف في الحقوق أو في ممارسة ما تقتضيه تلك الحرية ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بضوابط تضمن عدم تعديها لانتهاك حريات وحقوق الآخرين . وقد يكون الاعتداء بعمل إيجابي كما قد يكون بالتقصير عن القيام بعمل لازم ، فإن توفر عنصر التقصير – إرادياً كان أو غير إرادي – وترتب عليه الضرر ، وكان ذلك الضرر بسبب ذلك الفعل الإيجابي أو السلبي ، فعندئذ تترتب مسؤولية الإخلال بالواجب العام – الثابت بحكم الشرع أو القانون – أو المتعارف عليه والمقبول لدي الكافة ، وتعد تلك المسؤولية من قبيل المسؤولية المدنية التي يصطلح عليها بمسمى (المسؤولية التقصيرية) ، لترتب الضرر فيها عن فعل لم تراع فيه مقتضيات العناية أو الحيطة والحذر اللازمين . وتوفر عناصر المسؤولية التقصيرية ، يترتب الأثر القانوني المتمثل في جبر الضرر بالتعويض .

وتتسع سلطة القاضي التقديرية فيما يدخل في معني المسؤولية التقصيرية – في مرحلة إصدار الأحكام - ، حيث إن المقدمات التي يضيف عليها الأثر القانوني تعدّ أموراً تقديرية ، بل إن الأثر القانوني الذي يتمثل في التعويض ذاته أمر تقديري، يتفاوت وفق المعطيات التي تحتف بنوع الضرر ومداه ؛ إذ تتراوح تلك السلطة التقديرية بدءاً من تكييف عناصر المسؤولية التقصيرية المتمثلة في الخطأ

سليمان عليه السلام تشكي صاحب الغنم ، ف جاء سليمان إلي داؤد فقال : يا نبي الله ، إنك حكمت بكذا ، وإني رأيت ما هو أرفق بالجميع . فقال : ما هو ؟ قال أن يأخذ صاحب الغنم الحرث فيقوم عليه ويصلحه حتى يعود كما كان ، ويأخذ صاحب الحرث الغنم في تلك المدة ، ينتفع بمرافقتها من لبن وصوف ونسل وغير ذلك ، فإذا كمل الحرث وعاد إلي حاله صرف كل واحد مال صاحبه ، فرجعت الغنم إلي ربها والحرث إلي ربه . فقال داؤد عليه السلام : وفقت يا بني ، وقضي بينهما بذلك . قال القاضي أبو محمد رحمه الله { يعني ابن عطية } : ولا شك أن سليمان عليه السلام رأي أن ما يتحملة صاحب الغنم من فقد مرافق غنمه تلك المدة ، ومن مؤونة إصلاح الحرث ، يوازي ما فسد في الحرث . وفضل حكمه حكم أبيه في أنه أحرز أن يبقي ملك كل واحد منهما في متاعه ، وتبقي نفسه بذلك طيبة وذهبت فرقة إلي أن هذه النازلة لم يكن الحكم فيها باجتهاد ... وقال جمهور الأمة : أن حكمها كان باجتهاد ...)^١ .

وقد روي عن البراء بن عازب قال : كانت له ناقة ضارية ، فدخلت حائطاً فأفسدت فيه ، فكلم رسول الله صلي الله عليه وسلم فيها ، فقضي : ((أن حفظ الحوائط بالنهار علي أهلها ، وأن حفظ الماشية بالليل علي أهلها ، وأن علي أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل))^٢ .

قال الإمام النووي : ((إذا أتلفت البهيمة ، فإما أن لا يكون معها أحد من مالك وغيره وإما أن يكون . الحال الأول : أن لا يكون أحد وأتلفت زرعاً أو غيره ، نظر إن أتلفته بالنهار ، فلا ضمان علي صاحبها ، وإن أتلفته بالليل ، لزم صاحبها الضمان ، للحديث الصحيح في ذلك ؛ ولأن العادة أن أصحاب الزروع والبساتين يحفظونها نهاراً ، ولا بدّ من إرسال المواشي للمرعي . ثم العادة أنها لا تترك منتشرة ليلاً ، فإذا تركها ليلاً ، فقد قصرّ فضمن . ولو جرت العادة في ناحية بالعكس فكانوا يرسلون المواشي ليلاً للمرعي ويحفظونها نهاراً ، وكانوا يحفظون

^١ - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز = تفسير ابن عطية = للقاضي أبي محمد بن عطية الأندلسي ج١٠ ص ١٧٥ - ١٧٨ .
^٢ - راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج١١ ص ٣٠٧ - ٣٠٩ .
^٢ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب البيوع باب المواشي تفسد زرع قوم - .

الزروع ليلاً فوجهان ، أصحهما : ينعكس الحكم ، فيضمن ما أتلفته بالنهار دون الليل ، إتباعاً لمعني الخبر والعادة))^١ .

هذا عن تأصيل المسؤولية الناشئة عن الحيوان وما يحدثه من الفعل الضار ، أما المسؤولية الناشئة عن الأفعال الشخصية ، فقد تكاثرت فيها الآثار وأقوال الفقهاء ، ومنها ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن))^٢ . وروي أنه صلي الله عليه وسلم قال : ((أيما طبيب تطبب علي قوم ولا يعرف له تطبب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن))^٣ . قال راوي الحديث : (فأعنت : يعني قطع العروق ونحوها) ، وينبغي التنبيه إلي أن في هذا صفة زائدة فيما يدخل في معني خطأ الطبيب ، وهي جسامه الخطأ ، فهو المعني المقصود من لفظ (فأعنت) ، وهو ذات المعني الوارد بالمادة (١٦٢/٢/أ) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م ، حيث نعتت إهمال الطبيب بالجسامه (إجراء عمليات جراحية بإهمال جسيم) ، وفي الفقرة الرابعة من ذات المادة ، تعميم بافتراض الإضرار الشخصي الوظيفي ، بمختلف صنوفه ، إذا كان الضرر من الجسامه بحيث لا يعقل وقوعه دون إهمال جسيم أو سوء قصد . فيكون الحديث الشريف – بمنطوقه ، هو الذي أرسى مبدأ إسباغ الفعل الضار الذي يأتيه الطبيب – بالوصف الزائد المتمثل في الجسامه الناجمة عن إهمال جسيم ، وبفحواه يدل علي انطباق ذات المعني علي غيره من ذوي المهن والوظائف التي تتطلب قدراً من واجب العناية والحيطه - ، حيث يكونون أيضاً ضامنين فيما يقصرون فيه من أعمال بسبب إهمال جسيم منهم^٤ .

ويتسع إطار المسؤولية التقصيرية ، وتنزيل الأثر القانوني عليها ، لتشمل المسؤولية عن عمل الغير ، صنوها مسؤولية متولي الرقابة علي القاصرين وفاقدي الأهلية أو ناقصيها ، ومسئولية المتبوع عن الفعل الضار الذي يحدثه تابعه من

^١ - روضة الطالبين للنووي ج١٠ ص ١٩٥/١٩٦ - .

^٢ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الديات باب فيمن تطبب ولا يعلم منه طب فأعنت - .

^٣ - نفس المصدر السابق في نفس الموضع - .

^٤ - راجع تحفة الفقهاء للسمرقندي ج٢ ص ١٩١ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢٤٢ ومنتخب الأحكام لابن أبي زمنين ج٢ ص ٣٤٦/٣٤٥ وأدب القضاء لابن أبي الدم الحموي ص ٦٣٧ وما بعدها والمحلي لابن حزم ج١٠ ص ٥٢٦/٥٢٥ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٥ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣١٢ - .

ضرر ، شريطة أن يكون قد وقع ذلك الفعل الضار حال تأدية الوظيفة أو بسببها ، وذلك وفقاً لما تقضي به المادة (١٤٦) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م . وفي كل تلك الحالات يتبين جلياً مدى اتساع السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي وهو يقوم بتكييف عناصرها ، بلوغاً إلي تنزيل الأثر القانوني الذي يتلاءم مع كل حالة .

ويتجلى اتساع سلطة القاضي التقديرية أكثر فيما يتصل بتقدير التعويض ، حيث يراعي فيه ما يتلاءم مع الضرر ، مادياً كان الضرر أم أدبياً أحدث ثلماً في العرض أو الشرف أو السمعة أو المركز الاجتماعي أو المالي ، كما يراعي ما فات من كسب مراعيًا الظروف المحققة بالمضروب ؛ لأن الضرر المراد جبره إنما لحق به ، ويتفاوت قدر الضرر بتفاوت أحوال الناس وما يمتنونونه من مهن ، ومدى تأثير ذلك الضرر عليهم ، وعلي ممارستهم لتلك المهنة ، وقد قالت محكمة الاستئناف المشكلة من كل من (محمد أحمد أبو رنات ومحمد إبراهيم النور ومحمد يوسف مضوي – الذي كتب حكماً ربيعاً – في قضية : ((المجلس البلدي بالخرطوم /ضد/ ميشيل قطران)) في معرض تقدير الضرر الذي أصاب المضروب – ميشيل قطران ، وكان يعمل قاضياً وقتذاك ، وأصيب بكسور في قدميه جراء وقوعه في حفرة عميقة للمجاري المائية ، كانت قد حفرتها بلدية الخرطوم قرب السفارة العراقية ، في اليوم الثاني من شهر مايو عام ١٩٥٧م ، حيث جاء في معرض تقدير الأضرار بلوغاً إلي تقدير التعويض ما نصه :

"The court below found as a fact inferred from the evidence that though the plaintiff would be affected in performing his duties as a judge now and will be affected later, he should not be more greatly affected after the operation , but if he were to practise as a lawyer he would be more affected in his duties than if he were to continue as a judge . The court criticised Dr.Bayoumi`s statement

that the plaintiff will have "a useful painless stiff foot". The plaintiff will have to undergo the arthrodesis operation and as a result he will be on the sick list for 4 to 6 months . Out of this period " Plaintiff will have to be in a hospital and for a nursing home for a period of from two to three weeks – not more than three weeks".

"The court below gave judgment for the plaintiff and orderd that he be paid Ls 7,332.852 m/ms. Ls 2,332.850m/ms out of this sum were given as special damages and 5,000.000m/ms as general damages for the shock of the injury, for physical pain at the time of the accident and afterwards , for pain present during and subsequent to the operation (which is a major operation involving the patient's foot being in plaster for four to six months) , for his inability to be as useful to himself and to others as before , to remain always some what dependent in many ways though small , and for the loss of the joys of life .

"The plaintiff was born in 1905 and he is only 53 years old now .He has , let us hope , plenty of years of usefulness before him . His contract of service with the judiciary expires in less than two years time. He will then have to fend for himself . He may have to practise at the Bar as a lawyer , in such case his considerable permanent disability will be a handicap.

"His social life has no doubt been affected . he can not dance . He can not easily go out – as was said in an English case – for A stroll with his favorite dog. He can not join in many social functions easily" ¹.

وقد روعي في تقدير الأضرار التي لحقت بالمضروب في هذا الحكم ، عشرة عناصر تتلخص فيما يلي :-

أ // المعاناة التي تنتظر المضروب في عمله بالمحامة بعد انتهاء خدمته بالقضاء - .

ب // ما أمضاه وما تبقي له في كشف المرض وتحت الرعاية الطبية - .

ج // ما أصابه جراء الصدمة النفسية لسبب الحادث - .

د // الآلام الجسدية التي عاني منها عقب الحادث - ، أو بسبب العمليات الجراحية التي استلزمت وضع القدم في الجبس للمدة المذكورة - .

هـ // عجزه عن خدمة نفسه – وغيره – كالمعتاد ، واعتماده علي الغير في قضاء حاجياته البسيطة - .

و // فقدانه الاستمتاع بمباهج الحياة - .

ز // المعاناة المستقبلية بسبب العاهة المستديمة - .

ح // أثر الإصابة في حياته الاجتماعية (فهو لم يعد قادراً علي الرقص) - .

ط // لم يعد قادراً علي التنزه – مع كلبه المفضل – كما قيل في إحدى السوابق القضائية الإنجليزية - .

ي // لم يعد قادراً على المشاركة في كثير من المناشط الاجتماعية بيسر - .

ولا مرأه في أنه حكم قضائي ينبئ عن الأداء الرفيع الذي كان يتميز به القضاء السوداني . وقد أمعن هذا الحكم في الاعتداد بالمعيار الشخصي للمضروب ، حيث تتبدى من خلاله معالم البيئة والحياة البرجوازية التي كان ينعم بها المضروب – ورفقاؤه – وقتئذٍ ، ولعل القاضي العالم لم يغفل سوي ما فات علي المضروب من بهجة الرقص ليلتئذٍ في ذلكم الحفل الذي كان يعبق بعطر (الرصافة والجسر) .

¹ - (1958) S . L . J . R pp (90 – 91) - . (Khartoum Municipal council /vs/ Michel cotran) – (Ac – Appeal – 13 – 1958 -) .

ولا نغالي إن قلنا بأنه حكم قضائي يعبر بصدق ، عن مدي اتساع سلطة القاضي التقديرية في تقويم الضرر بلوغاً إلي تقدير التعويض الملائم . ولقد أبان تماماً – بفحواه – أن الأضرار تتفاوت بالنظر إلي المضرور وحاله ، من حيث مهنته ومركزه الاجتماعي وغير ذلك من الملابسات التي يقدرها القاضي - .

لقد فرق قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م بين حالة التعويض عن الضرر الذي يحدث في الظروف العادية الناتجة عن الأخطاء ، وبين التعويض عن الضرر الذي يحدثه الشخص في حالة الضرورة . فالأصل أن الضرورة التي تلجئ إلي اختيار أهون الشرين ، كالإضرار بالغير في حالة الدفاع عن النفس ، لا تترتب عليها أية مسئولية ، غير أن الضرورات تقدر بقدرها ، فإن تجاوز الشخص قدر الضرورة اللازمة للدفاع عن النفس أو العرض أو المال أو اللازمة للدفاع عن نفس الغير أو عرضه أو ماله ، فعندئذٍ يصبح متعدياً ملزماً بالتعويض ، علي نحو ما قضت به المادة (١٤٢) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م . ويقدر التعويض الذي يترتب عن الضرر الذي يقع في مثل هذه الحالة – أي حالة اختيار أهون الشرين ، بدفع المفسدة الكبرى بالصغرى – وفقاً لما يراه القاضي مناسباً ، ولا تدخل في تقديره في مثل هذه الحالة ، تلك المعايير الشخصية والظروف المحتفة بالمضرور والتي أسلفنا بيانها آنفاً . وقد نصت المادة (١٤٣) من القانون المذكور علي أنه : (((١) يختار أهون الشرين ، فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ، ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ، ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً (٢) من اضطر أن يلحق ضرراً بالغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً وعادلاً)) . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((التعويض عن الضرر الذي يسبب في حالة الضرورة ، لا يقدر وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بجبر الضرر ، وإنما يترك لتقدير القاضي بما يراه مناسباً وعادلاً))^١ - .

^١ - (١٩٩٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤١٠ قضية : (أحمد محمد أحمد يحيى / ضد/ شركة السودان للحبوب الزيتية وآخرين) - .

وبالجملة فإن سلطة القاضي في تقدير التعويض مما يستقل به قاضي الموضوع ، ولا تتدخل المحاكم الأعلى – الاستئنافية والعليا – فيما يحكم به قاضي الموضوع ، إلا إذا كان تقديره مبالغاً فيه من حيث الكثرة أو القلة . وينبغي أن يراعي القاضي في تقدير التعويض قيمة النقود ، وما يطرأ عليها من تغيير ، هبوطاً أو صعوداً من حيث قيمتها الشرائية ، أو بالنظر إلى قيمتها قياساً بالعملات المستقرة^١ .

المبحث الثاني

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها الخاصة بأقضية

الأحوال الشخصية في مرحلة إصدار الأحكام

(الأحوال الشخصية) مصطلح غير أصيل في الفقه الإسلامي ، فهو مركب لفظي مستعرب ، جاءت مصنفات الفقه الإسلامي خلواً عنه ، وقد ابتدعه الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر ، بقصد التفريق بين نظامين كانا سائدين وقتئذٍ في إيطاليا ، هما القانون الروماني والنظم المحلية التي كانت سائدة في الإقطاعات ، وتميزاً بينهما أطلقت كلمة (القانون) علي القانون الروماني ، بينما أطلقت كلمة (أحوال) علي النظام المحلي ، ومنه استعار الفقه الوضعي تقسيم القانون المدني إلي طائفتين ، أولاهما تتعلق بتنظيم العلائق والروابط الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم وجنسيتهم ، وأطلق عليها لفظ (الأحوال الشخصية) ، وثانيتها تتعلق بالروابط المالية وأطلق عليها (الأحوال العينية)^٢ .

وكان لمحكمة النقض المصرية دورها الجوهرية في ترسيخ هذا المصطلح

في عالمنا العربي^٣ .

^١ - راجع قضية : (محمد أحمد السر وحكومة السودان – وزارة الداخلية - /ضد/ أم سلمي قسم السيد) بمجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٧م ص ٤٤٢ ، وراجع قضية : (الشركة العامة لتأمينات العربات /ضد/ سعيد حسن) بمجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧٧م ص ٣٤٤ .

^٢ - راجع كتاب دراسات في أحكام الأسرة – مقارنة بين الشريعة الإسلامية وغيرها د. محمد بلتاجي حسن ص ٥٧ .

^٣ - قضت محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها القديمة الصادرة في سنة ١٩٣٤م بأن المقصود بالأحوال الشخصية : هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي ترتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أبناً شرعياً ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو العنفة أو الجنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من (الأحوال العينية) . - راجع حكم النقض – ٢٦ / ١٩٣٤م نقلاً عن المرجع السابق ص ٥٨ . وراجع نقض – طعن (١٦٩٤) السنة ٤٩ ق مجموعة المكتب الفني – ص ٦٦٨ وراجع بحثنا المنشور في مجلة (المنتديات القضائية للمحاكم الشرعية – بدولة قطر – ١٩٩٨م – ٢٠٠٣م ص ٣٤٢ .

إن سلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار الأحكام ، في دعاوى الأحوال الشخصية تضيق كثيراً ، بالنظر إلي أنواع الأفضية الأخرى ، بل وتقل القواعد التشريعية التكميلية – غير الأمرة – في مسائل الأحوال الشخصية ، حيث إن الشارع قد استكثر من الصيغ الأمرة فيها لتعلق أحكامها بالنظام العام ، فهي مسائل تتصل في كثير من الأحيان بالحلال والحرام ، وتحثف بها شرائط محددة بصيغ إلزامية . وإذا نظرنا إلي قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م وارتضيناه معياراً – وهو بحق يصح أن يكون معياراً لشدة تشابه قوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي - ، فإننا نجد أنه في المواد التي نظمت أحكام الخطبة والزواج والمهر والنفقات والطاعة والنسب والحضانة ، وهي ست وعشرون ومائة مادة ، قد ورد فيها ثمان وعشرون ومائة نص بصيغة أمر ، في الوقت الذي لا تتعدى فيها الصيغ التكميلية – المقررة – عن إحدى وعشرين نصاً . وهذا بلا مرأه يضي بأثره علي هذا المبحث الذي يعني بالصيغ التكميلية – المقررة – التي تخول للقاضي سلطة تقديرية ، ومن دلائل ما أشرنا إليه بشأن التعلق بالنظام العام وأثره ، ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه : ((تعتبر المسائل المتعلقة بالنظام العام مطروحة علي المحكمة دائماً بغير حاجة إلي الإدلاء بها من جانب الخصوم ، وأن تكيف الدعوى بكيفها الصحيح أمر يتعيّن علي القاضي أن يقوم به من تلقاء نفسه))^١ . غير أن تقييد سلطة القاضي – عند إصدار الأحكام – في مسائل الأحوال الشخصية، لا يعني بحال استغناء الشارع عن تقدير القاضي ، بل هناك من الأحوال ما لا يمكن فيها إقامة الموازين القسط ، إلا من خلال سلطة القاضي التقديرية ، مرةً لأن المسألة اجتهادية ، فالنصوص متناهية والنوازل ممتدة ، وأخري لمراعاة الأعراف وتغير الأزمنة والأمكنة ، ونحو ذلك مما لا قوام فيه للحكم بغير تقدير القاضي - ، ونعرض منها المطالب التالية :-

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في إصدار أحكام النفقة المؤقتة

^١ - نقض / جلسة ١٩٦٥/٦/٣م مجموعة المكتب الفني السنة ١٦ ص ٦٧٨ نقلاً عن أصول المرافعات الشرعية للمستشار أنور العمروسي ص ٨٧٦ .

الحكم المؤقت بالنفقة محلة (النفقة الزوجية أو نفقة البنوة) ففيهما يجوز للقاضي إصدار حكم مؤقت بالنفقة – بعد ثبوت موجباتها – دفعاً للحاجة ومنعاً من الأضرار التي تمحض عن تطاول إجراءات الفصل النهائي في موضوع الدعوى . وهما نفقتان واجبتان – بذات الأدلة – لقوله تعالى : ((وَوَدُّواْ وَوَدُّواْ))^١ ، ولحديث النبي صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف))^٢ .

وقد استحدثت تشريعات الأحوال الشخصية في البلاد العربية نظام النفقة المؤقتة ؛ إذ نصت المادة (٧١) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((يجوز للقاضي أثناء نظر دعوى النفقة أن يقرر بناءً علي طلب من الزوجة نفقة مؤقتة لها ، بعد ثبوت موجباتها ، ويكون قراره مشمولاً بالنفذ المعجل بقوة القانون))^٣ ، كما نصت المادة (٤/٩٠) من ذات القانون علي أنه : ((يجوز للقاضي أن يصدر أمراً مؤقتاً بنفقة الأولاد من تاريخ ثبوت موجباتها، علي أن يكون مشمولاً بالنفذ المعجل)) . وموجبات نفقة البنوة التي تسوّغ إصدار الأمر المؤقت بالنفقة هي البعضية ، وحاجة المنفق عليه بحيث يكون لا مال له . أما موجبات نفقة الزوجية التي تسوّغ إصدار القرار المؤقت بالنفقة فهي:

أ// ثبوت الزوجية الصحيحة – حقيقة أو حكماً .

فإذا كان النكاح فاسداً فلا تلزم الزوجة بالقرار في منزل الزوجية ، ولا تكون محتسبة لحق الزوج ، ولا مقصورة علي بيت الزوجية ، بل التفريق هو الذي يصار إليه مع فساد الزوجية ، ويتنافى الجمع بين إيجاب التفريق وإيجاب النفقة في آن واحد^٤ .

١ - سورة البقرة - من الآية ٢٣٣ - .
٢ - سبق تخريج الحديث في ص ٥٠١ من هذه الدراسة - .
٣ - المادة المذكورة تقابل المادة (٥٤) من مشروع القانون العربي الموحد لأحوال الشخصية وتقابل المادة (٧٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي - .
٤ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ٢٢١١ - .

ب// طاعة زوجها سواء انتقلت إلى بيت زوجها أو لم تنتقل بسبب منه ، إذا لم ينقلها إلى بيته ، وهي بحيث لا تمنع نفسها ، وطلبت النفقة ، فقد توفر سبب الوجوب من طرفها^١ .

ج// انتفاء موانع استحقاق النفقة الزوجية وهي :

١- امتناع الزوجة عن الانتقال إلى بيت الزوجية بدون عذر ، فإن كان امتناعها

بعذر كأن لم يوفها معجل مهرها ، أو لعدم شرعية المسكن المعد لها ، فإن

امتناعها عندئذ يكون شرعياً تستحق معه نفقتها .

٢- تركها بيت الزوجية دون عذر شرعي ، فإن كان تركها بسبب ضربه لها أو

بسبب الطرد أو لسوء معاملتها ، أو للمعاشرة بخلاف الطبيعة أو بسبب

الجوع ونحو ذلك ، فتستحق نفقتها .

٣- منع زوجها من دخول دارها بدون عذر شرعي ، فإذا كان المنع بسبب

تهديده لها أو نحو ذلك ، فتستحق نفقتها .

٤- عملها خارج بيت الزوجية بدون موافقة زوجها ما لم يكن متعسفاً في منعها

عن العمل، علماً بأن عمل الزوجة ليس أصلاً، وإنما هو استثناء للضرورة^٢ .

ومن قبيل تعسف الزوج في منعها عن العمل أن يكونا قد اتفقا على عملها في

عقد الزواج ثم يتصل الزوج بعدئذ من الشرط ، أو أن تكون طبيبة ويمنعها

عما يتعين عليها من أداء واجب بالخروج لإسعاف مريض أو لتوليد امرأة

ونحو ذلك .

٥- امتناعها من السفر مع زوجها دون عذر شرعي ، فإن كان الامتناع بعذر ،

كأن يكون غير مأمون عليها ، أو أن يكون سفره بها إلى مكان تتضرر من

الإقامة فيه – فتستحق نفقتها . والقاضي هو الذي يقدر الأمن وعدمه

والتضرر وعدمه^٣ .

^١ - راجع المرجع السابق ص ٢٢٠٤ وراجع الحاوي الكبير للماوردي ج١١ ص ٤٣٨ والمغني لابن قدامة ج١١ ص ٣٤٨ .

^٢ - لا نماري في مشروعية عمل المرأة ودورها الأصيل في عمارة الأرض وفقاً لما يتناسب مع تكوينها البايولوجي ويحكي لنا القرآن الكريم أن ابنتي شعيب عليه السلام كانتا ترعيان (لا نسقي حتى يصدر الرعاء وأبونا شيخ كبير) سورة القصص من الآية ٢٤ –

والضرورة واضحة في بيانهن (شيخوخة أبيهن) وهناك أسماء بنت أبي بكر الصديق – حيث كانت تنقل النوى من أرض زوجها الزبير بن العوام (رضي الله عنهما) وهناك الشفاء وتولت الحسبة في عهد سيدنا عمر رضي الله عنه .

^٣ - راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ١٤٨ .

وخلص الأمر فإن المسألة اجتهادية بدءاً من تقرير الموجبات وانتفاء
الموانع ، وانتهاءً بتقرير الحكم بالنفقة المؤقتة ، وينبغي دوماً اعتبار ضرورة الوفاء
بحاجة الزوجة إلى الإنفاق ، فهي حاجة لا تحتمل الانتظار لحين إصدار الحكم
النهائي ، فالانتظار مظنة الحرج والمشقة . ويراعي القاضي عند إصداره لحكم النفقة
المؤقتة ، أن تكون بما يفي بضرورات الزوجة ، فإن صدر الحكم النهائي بأقل منها
فتجري المقاصة ، ومن ثم فإن الزوج لا يتضرر بحال مما يصدره القاضي ابتداءً
بالحكم المؤقت - بعد ثبوت موجبات النفقة - .

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير النفقات

الأصل أن تقدير النفقات من قبيل السلطة التقديرية للقاضي ، ويختلف تقدير
النفقة بحسب حال المنفق عليه . فالنفقة الزوجية تقدر بمقدار الكفاية ، أما نفقة
الأقارب فتقدر بمقدار الكفاف - ، ونبيّن فيما يلي كلاً علي حدة في بندٍ منفصل :
البند الأول : تقدير النفقة الزوجية :

جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية والزيدية علي أن النفقة
الزوجية تقدر بالنظر إلي حال الزوج ، بمقدار نفقة الكفاية ، وذلك لما روي من أن
هند بنت عتبة - امرأة أبي سفيان - قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل
شحيح ، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي . فقال صلي الله عليه وسلم : ((خذي من
مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف))¹ - .

قال الكاساني : ((فدلّ أن نفقة الزوجية مقدرة بالكفاية ، ولأنها وجبت بكونها
محبوسة بحق الزوج ، ممنوعة عن الكسب ، فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة
القاضي والمضارب))² - .

¹ - سبق تخريج الحديث في ص ٥٠٢ من هذه الدراسة - .
² - بدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص ٢٢١٤ وراجع حاشية الدسوقي ج٢ ص ٥٠٩ والمغني لابن قدامه ج١١ ص ٣٤٩ وشرائع
الإسلام للمحقق الحلبي ج٢ ص ٣٤٩ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٤ ص ٤٣١ - .

وذهب الشافعية والظاهرية إلى تقدير النفقة الزوجية بالنظر إلى حال الزوج يساراً أو إعساراً ، لقوله تعالى : ((ج ج ج ج ج ج ج ج ج ج ج ج ج ج ج ج))^١ - فالآية الكريمة قد فرقت بين الموسر والمعسر وأوجبت نفقة الموسرين علي الموسر ، ونفقة المعسرين علي المعسر ، كل بحسب حاله^٢ - .

ونصت المادة (٦٦) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أن : ((يراعي في تقدير النفقة سعة المنفق والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً)) . كما نصت المادة (٦٥) منه علي مشتملاتها ، إذ جاء فيها : ((النفقة تشمل الطعام والكسوة والمسكن والتطبيب وكل ما به مقومات حياة الإنسان حسب العرف)) . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن ((تقدير النفقة الزوجية شان اجتهادي للقاضي ، ولا تلزمه شهادة الاستكشاف ، لأن الشاهد لا يملك القاضي الحكم ، بل للقاضي أن يأخذ بتقدير الشاهد ، كما له عدم الأخذ به ، ويجوز للقاضي عند اقتضاء الحال أن يستغني عن شهود التقدير اكتفاءً بالتحريات الإدارية -))^٣ - . كما قضت بأن التحري الإداري عن دخل المدعي عليه لغرض تقدير النفقة مما تستعين به المحكمة فقط . ويمكنها الاستغناء عنه عند الضرورة والاكتفاء بقول الخبيرين^٤ - .

ويتبدى من هذين الحكمين مدي اتساع سلطة القاضي التقديرية عند إصداره للأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة الزوجية ؛ إذ يسوغ له تأسيس حكمه علي شهادة الاستكشاف أو علي التحري الإداري ، علماً بأنه يسترشد بهما في تقدير النفقة المناسبة ، وليس ثمة ما يلزمه منهما - .

البند الثاني : تقدير نفقة الأقارب - .

يقضي بنفقة الأقارب لسدّ الخلة . والخلة هي الحاجة والفقر والخصاصة ... ورجلٌ مخلٌ : مُعَدِّمٌ فقيرٌ ° . وفي تقدير نفقة البنوة يراعي القاضي حاجة الولد من

١ - سورة الطلاق من الآية ٧ - .

٢ - راجع مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج٣ ص ٤٢٦ وما بعدها والمطلي لابن حزم ج١٠ ص ٨٩ - .

٣ - (١٩٩٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣ قرار النقض رقم ١٩٩٢/٥٢م - .

٤ - (١٩٩٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٠ قرار النقض رقم ١٩٩١/١٤٣م - .

٥ - راجع القاموس المحيط للفيروز آبادي باب اللام فصل الخاء - .

نفقات زائدة علي نفقات الطعام والكسوة ، لمجابهة نفقات التعليم – إن كان الولد مستحقاً لها وفقاً لما تقضي به أحكام المادتين (٨٢/٨١) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م^١ . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((تقدير نفقة الأبناء في مراحل التعليم المختلفة يستلزم فرض مصاريف فوق مقدار نفقة الأكل والكسوة ، مع مراعاة ارتفاع الأسعار للضروريات))^٢ - . وعامة فإن للقاضي أن يقدر نفقة البنوة بالنظر إلي (سعة المنفق والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً) ؛ إذ أن من العدل أن يكون التقدير متناسباً مع حال المنفق – الأب - ، وقد عبرت المحكمة العليا السودانية عن ذلك قائلة : ((ليعيش الابن في مستوي والده ، وهذا ما توجبه الشريعة))^٣ - .

ويختلف الحال في التقدير بين نفقات البنوة ونفقة سائر الأقارب ، ففي هذه الأخيرة فإن النفقة (معونة) ، فتقدم عليها نفقة البنوة ؛ لأن نفقة البنوة واجبة وتنال الأولوية في التقدير . وقد نصت المادة (٨٥) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي إيجاب فرض نفقة الأبوين علي الابن الذي له فضل من كسبه – ذكراً أو أنثي – كبيراً أو صغيراً ، متي كان لا مال للوالدين ، فإن كان لهما مال ولا يفي بحاجتهما فيكملها الولد الذي له فضل من كسبه - . فيبين أن القاضي إنما يقدر نفقة الأبوة علي الابن بالنظر إلي (فضل الكسب) . وقد قضت المادة (٨٧) من القانون المذكور ، بضم الوالدين المستحقين للنفقة إلي الابن ، إذا كان كسب الولد لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده ، وتتلاءم هذه المادة مع طبائع أهل السودان وفطرتهم ، فلا تكاد تجد فيهم من يأنف عن ضم أبيه وأمه إلي مائدته . وإذا تعدد الأبناء فيراعي القاضي توزيع نفقة الأبوة والأمومة عليهم ، حسب يسارهم علي ضوء حصصهم الميراثية - .

المطلب الثالث

سلطة القاضي التقديرية في الحكم بشرعية المسكن

^١ - المادة (٨١) بشأن موجبات نفقة البنوة – وسبق بيانها - . والمادة (٨٢) بشأن استحقاق نفقة التعليم ، فالولد الذي لا مال له يستحق نفقة تعليم أمثاله عرفاً ما دام يواصل دراسته بنجاح معتاد - .

^٢ - (١٩٨٢م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٧ قرار النقض رقم ١٩٨٢/٨٠م - .

^٣ - (١٩٨٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٨ قرار النقض رقم ١٩٨٣/٤٣م - .

من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((لا يجوز للزوج أن يسكن مع زوجته ضرراً لها في دارٍ واحدة ، إلا إذا رضيت بذلك ، ويكون لها الحق في العدول متى شاءت)) .

// أن يكون بالمسكن ضرورات الحياة من فرشٍ وأمتعةٍ وأواني منزلية لازمة ومرافق ضرورية مستقلة ، فإن كان ثمة اشتراك في المرافق الضرورية مع سكان آخرين ، فلا يعدّ المسكن شرعياً ، إلا إذا كان أمثال ذلك الزوج يسكنون في دورٍ مشتركة المرافق ، وكان ذلك لا يعد ضرراً أو إخلالاً براحة الزوجة وطمأنينتها عرفاً^١ .

تلك هي مقومات المسكن الشرعي ، ويتبدى واضحاً أن الحكم به تقديري للقاضي ، ويكون القاضي أقرب لإصابة الحق دوماً ، عندما يبتني حكمه وتقديره علي معاينة المسكن وفقاً لقواعد وضوابط المعاينة التي بينها في الباب الثاني من هذه الدراسة - .

المطلب الرابع

سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالقيمة المعادلة في

أقضية المهر والجهاز والأمتعة المنزلية

للقاضي أن يحكم بأداء الحقوق عيناً ، أو بقيمتها وقت الحكم إن هلكت أو استهلكت . يصدق ذلك في المهر والجهاز إن كانا أعياناً . ويستعين في تقدير القيمة برأي الخبراء المقومين – إن لم تكن القيمة مصادقاً عليها - .

لقد بات معلوماً أن النقود تتفاوت قيمتها من حين لآخر ، وتتضائل قوتها الشرائية يوماً بعد يوم ، حتى بلغ تضائلها إلي نسبة مائة إلي واحد ، علي ما كان عليه الحال قبل أربعين سنة – ونحن علي ذلك شهود - ، حيث كان المهر وقتئذٍ لا يتجاوز قدر أصابع اليد الواحدة من الجنيهات ، منجمة بين حالٍ وأجلٍ إلي أقرب الأجلين . فإذا تداعي من ذاك الجيل ، خصمان بشأن مؤخر الصداق أو الجهاز أو

^١ - راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ٦٠٠ - .

الأمّعة ، أمام قضاة الضرورة في عصرنا ، ولم يكن ممكناً الحكم بالأعيان بسبب هلاك أو استهلاك وهما راجحان ، فهل من العدل أن يحكم بجنيهاً ثلاثة - أو أربعة - لمؤخر الصداق ، أو بجنيهاً عشرة لأمّعة منزلية ، دخلت في ذمة خصم بجنيهاً ذهبية أو (مجبديّة) ، كانت تعادل قيمتها أثاث بيت بأكمله ؟

إن المفارقة التي محضها التضخم الاقتصادي ، بإحداث تلك الهوة المريعة للقوة الشرائية للنقود ، مما ينبغي عدم إغفالها عند إصدار الأحكام القضائية ، بشأن مسائل الحقوق المؤجلة عامّة ، وديون الحقوق الزوجية المترتبة في الذمم خاصّة . وينبغي للقاضي إصدار حكمه بالنظر إلى النقود وقوتها الشرائية وقت نشوء الالتزامات ، وتقدير ما يطراً عليها من تغيير في قوتها الشرائية وقت الحكم ¹ .

إن الأصل هو أن تضع الدولة سياستها المالية بما يكفل الاستقرار لعمليتها الوطنية ؛ وهذا أصل راسخ في الشريعة الإسلامية ؛ إذ روي أنه : ((نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تكسر سكة المسلمين الجائزة بينهم إلا من بأس)) ² - ، وسواء كان (كسر الدراهم أو السكة) بفعل إرادي من الدولة ، أو بحتف أنفها ، فهو غير محمود العاقبة ؛ لأن فيه إضراراً بأصحاب الحقوق . ومن بدائع رأي ابن قيم الجوزية قوله : ((فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات . والثلث هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال ، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض ؛ إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسكك لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات ، بل الجميع سلع . وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات ، حاجة ضرورية عامّة . وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة ، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوّم به الأشياء ويستمر على حالة واحدة ، ولا يقوّم هو بغيره ؛ إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض ، فتفسد معاملات الناس ويقع الخلف ويشتد الضرر فالأثمان لا تقصد لأعيانها ، بل يقصد التوصل بها إلى السلع ، فإذا صارت في أنفسها سلعاً

¹ - راجع قضية : (أعمال مبارك الهندسية / ضد / جامعة الخرطوم - في مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٩٧م ص ٩٦) - .
² - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب البيوع باب في كسر الدراهم - .

تقصد لأعيانها ، فسد أمر الناس . وهذا معني معقول يختص بالنقود لا يتعدى إلي سائر الموزونات))^١ - .

هذا هو الأصل الذي بني عليه فقهاؤنا رؤاهم ، وفي ظل ما يطرأ من تبدل فإن إقامة الموازين القسط أمانة علي أعناق القضاة – ومن قبلهم المشرعين - ، فلا مجال للترخص في الثوابت ، وفي ذات الوقت فلا ينبغي أن يبوء ذوو الحقوق بالخسران المبين - .

سلطة القاضي التقديرية في ضم ما يتعذر قسمته :

إذا كانت الدعوى بشأن أمتعة منزلية ، وتعيّن الحكم فيها بقسمة الأمتعة بين الطرفين لاستوائهما بالدعوى واليد والبينة وعرف الصلاحية والأيمان المعززة للعرف ، وتبيّن تعذر قسمة المتاع بين الخصمين ، فعندئذٍ يجوز للقاضي أن يحكم بضم المتاع إلي أحدهما بالقيمة^٢ - . وقد قضت محكمة الاستئناف الشرعية بدولة قطر بأنه : ((بشأن المتاع محل النزاع فقد استوي الطرفان بالدعوى واليد والبينة ، فيصار في أمر الملك إلي عرف الصلاحية . وقد شهد عرف الصلاحية للمتداعيين بأيمانهما ، فيقسم المتاع بينهما ، فإن تعذرت القسمة مناصفة ، كان لقاضي التنفيذ أن يقدر قيمة ما تعذرت قسمته – بعد الاستعانة بمقوم – ثم يقرر ضم ذلك المتاع إلي أيهما بالقيمة))^٣ - . ويأخذ ذات حكم الضم الحصص العقارية الصغرى التي يتعذر تسجيلها بأسماء الورثة ، فتضم بالقيمة بعد مشاوررة الورثة – إلي أحدهم – متي تعذرت إجراءات التسوية الرضائية بينهم ، عند تصفية التركة - .

المطلب الخامس

سلطة القاضي التقديرية فيما يكون فيه القضاء بالعرف

^١ - إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج٢ ص ١٣٢ - .
^٢ - راجع البناية في شرح الهداية للعيني ج٧ ص ٤٦٤ ومواهب الجليل للحطاب ج٣ ص ٥٣٩ وتبصرة القضاة والإخوان للحمزاوي ص ٢٠٦/١٥٦ والمغني لابن قدامة ج٤ ص ١٤٣ وما بعدها والمحلي لابن حزم ج٩ ص ٤٢٤ والاستبصار للطوسي ج٣ ص ٤٧ ومنهج الطالبين وبلاغ الراغبين للشقصي ج٩ ص ٢٠٣ - .
^٣ - الحكم الاستئنافي رقم ٣٧٨ /شئون زوجية / استئناف / ١٤١٨ هـ الصادر في ١٩٩٩/٣/٢ م - .

قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ)) ، وفي رواية زاد : ((وما رآه سيئاً فهو عند الله سيئٌ))^١ - . وما رآه بمعني : ما جرت به عاداتهم وأعرافهم . قال ابن عابدين في (رسالة نشر العرف في بناء الأحكام علي العرف) :

والعرف في الشرع له اعتبار * * * لذا عليه الحكم قد يدار^٢

والعرف هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . والعادة هي الأمر المتكرر ... مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها ومعاودتها مرةً بعد أخرى صارت معروفة ومستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية . وتطلق العادة والعرف بمعني واحد لدي فقهاء الشريعة الإسلامية^٣ - .

وفي اصطلاح القانون فإن العرف هو : اعتياد الناس علي سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية ، بحيث تنشأ منها قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة^٤ - .

وقد نصت المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أن : ((يستصحب القاضي وهو يطبق أحكام هذا القانون ، المبادئ الفقهية الآتية ... د // العادة محكمة)) . ومن القواعد الفقهية التي أوردتها (مجلة الأحكام العدلية) ما يلي : (المادة ٣٦ : العادة محكمة) (المادة ٣٧ : استعمال الناس حجة يجب العمل بها) (المادة ٣٨ : الممتنع عادةً كالممتنع حقيقة) (المادة ٤٠ : الحقيقة تترك بدلالة العادة) (المادة ٤١ : إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) (المادة ٤٣ : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (المادة ٤٥ : التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) .

يتبدى من تلك القواعد الفقهية مدي العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للعرف ، ومدي ما يضيفه العرف علي سلطة القاضي التقديرية عند إصداره

^١ - نصب الرأية للزليعي ج٤ ص ١٣٣ - .

^٢ - مجموعة رسائل ابن عابدين ج٢ ص ١١٢ - .

^٣ - راجع المرجع السابق - نفس الموضوع - .

^٤ - راجع مبادئ القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٨٨ - .

للأحكام ، خاصة وأنه لا يصار إلي العرف إلا فيما لا نص فيه . وقد أوردته المادة الثالثة من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م في المرتبة السادسة ؛ ووفقاً لها فعند غياب نص قانوني يحكم الواقعة ، فيصار إلي نصوص الكتاب والسنة ، فإن لم يكن ثمة نص فيهما ، فيصار إلي الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة ، ثم إلي القياس ، ثم المصالح المرسله وسدّ الذرائع ، ثم الاستصحاب ، ثم الاسترشاد بالسوابق القضائية ثم العرف .

والعرف العام يصار إليه عند إصدار الحكم القضائي من غير حاجةٍ إلي إثبات ، فهو مما تأخذ به المحكمة علماً قضائياً ، وفقاً لما تقضي به المادة (١٤) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م^١ . وهذا هو ذات ما ذهب إليه الفقهاء ، فعلم القاضي بالعرف مفترض كشأن سائر نصوص الأحكام الشرعية^٢ .

وما يكون فيه الحكم بالعرف غير محصور ، ويعوّل علي معرفة القاضي بأحوال الناس وأعرافهم وعادياتهم . قال ابن عابدين : ((... ونحو ذلك من المسائل التي اختلف حكمها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم التي لا بدّ للمجتهد من معرفتها ، وهي كثيرة جداً لا يمكن استقصاؤها))^٣ . وتجليّة سلطة القاضي التقديرية فيما يقضي فيه بالعرف ، نعرض حالتين :

أولهما : تعيين مهر المثل بالعرف :

ففي كل موضع وجب فيه مهر المثل من نحو مفوضة لم يسم مهرها ، أو فساد تسميةٍ لحرمة المسمي ، أو لاشتراط عدم المهر ، أو لجهالةٍ ، أو لعجز عن تسليم المسمي ، أو للتداعي في قدر المهر بعد العقد ولا بينة لأحدهما فيحلف مدعي مهر المثل علي دعواه ، أو كان تداعيها بادعائه أقل من مهر المثل وادعائها أكثر منه وتحالفاً ، أو نحو ذلك مما يصار فيه إلي مهر المثل ، فعندئذٍ يصار في تعيين مهر المثل إلي العرف ، وذلك بتقدير المهر بالنظر إلي العرف السائد في مهر أمثالها من أسرة أبيها ، من مثل أختها و بنت عمها مع مراعاة التماثل بينهن في

^١ - يتبع في شأن العرف الخاص : التحقق منه بوسائل الإثبات العادية .

^٢ - راجع مجموعة رسائل ابن عابدين ج٢ ص ١٢٧/١١٣ .

^٣ - المرجع السابق ج٢ ص ١٢٥ .

البكارة والثوبية والجمال والخلق والدين والتعليم وغير ذلك مما هو مرغوب في الزوجة عرفاً . وهذا هو مذهب الأئمة أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، وذهب مالك إلي مراعاة التماثل في الصفات دون اشتراط القرابة . ففي (المغني) : ((... وكان لها مهر نسائها ... ويعني مهر مثلها من أقاربها . وقال مالك : تعتبر بمن هي في مثل جمالها ومالها وشرفها ، ولا يختص بأقربائها ؛ لأن الأعراس إنما تختلف بذلك دون الأقارب . ولنا : قوله في حديث ابن مسعود : (لها مهر نسائها)^١ - ، ونسائها : أقاربها . وما ذكره فنحن نشترطه [أي ما ذكره مالك] ، ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها ؛ لأنها أقرب إليهن . وقوله : لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب ، لا يصح فإن المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الأثر . وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك ويقول وقد روي في قضية بروع أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قضي في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها^٢ فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها ، وإن لم يوجد إلا خير منها ، نقصت بقدر نقصها))^٣ - .

والحكم بمهر المثل تقديري قوامه العرف ، ونحسب أن ما يقتضيه هذا المهر من المماثلة أمر متعذر ، فلا يبقى سوي المقاربة . فإن لم يكن في أسرة قومها من يقاربها ، فيصار إلي من يقاربها من أسرة أخرى تماثل أو تقارب أسرة قومها . ويحكم القاضي بتقديره بشأن المقاربة وبشأن انطباق العرف ، ويزيد وينقص وفقاً لما يراه عادلاً - .

وثانيهما : تقدير الضرر الذي يبيح التطلق عرفاً :

المذهب المالكي هو الأصل الذي تفرعت عنه أحكام التطلق للضرر ، جاء في (البهجة في شرح التحفة) : ((إن ضرر أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد

^١ - يشير إلي ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه : قضي لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات . فقال ابن مسعود : (لها صداق نسائها ، لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث) راجع المغني لابن قدامة ج١٠ ص ١٤٩ - .

^٢ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب النكاح باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ، ورواه الترمذي في سننه في أبواب النكاح باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ورواه النسائي في سننه في كتاب الطلاق باب عدة المتوفى عنها زوجها - .

^٣ - المغني لابن قدامة ج١٠ ص ١٥١/١٥٠ - .

أمريين، إما بشهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياه ، لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهن
منهما ونحو ذلك ، وإما بالسماع الفاشي المستفيض علي السنة الجيران من النساء
والخدم وغيرهما بأن فلاناً يضر بزوجه فلانة بضربٍ أو شتم في غير حق ، أو
تجويح أو عدم كلامٍ أو تحويل وجهه عنها في فراشه قال مالك : وليس عندنا
في قلة الضرر وكثرته شيء معروف))^١ - .

وقد نصت المادة (١/١٦٢) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة
١٩٩١م ، علي أنه : ((يجوز للزوجة طلب التظليق للضرر الذي يتعذر معه لمثلها
دوام العشرة ولا يجيزه الشرع))^٢ - .

وصنوف الإضرار غير محصورة ، حيث رأينا فيما نقل عن مالك رضي الله
عنه أنه ليس في قتلها وكثرتها شيء معروف ، فهناك الضرر الفاحش ومن قبيله
اتهام الزوج زوجته بالزنا ، وقد تواترت الأحكام القضائية باعتباره مما لا يستطيع
معه دوام العشرة^٣ ، وهناك الضرر البسيط الذي عبّر عن مثله المالكية بما أسمى
(تحويل الوجه عنها في الفراش)^٤ ، وفي ظل ذلك التفاوت يغدو وضع معيار
منطقي للضرر الموجب للتظليق أمراً جوهرياً . وقد وضعت المادة المذكورة
معياريين لمعرفة الضرر الذي يبيح التظليق ، أحدهما موضوعي : ويتمثل في عدم
مشروعية الفعل الصادر عن الزوج في حق زوجته ، وثانيهما : شخصي يتعلق
بحال الزوجة ، بأن يبلغ عليها تأثير الضرر إلي الدرجة التي يتعذر معها دوام
العشرة لمثلها . ويتفاوت ذلك بتفاوت أحوال الناس وبيئاتهم وأعرافهم . وقد قضت
المحكمة العليا السودانية بأن : ((الضرر الذي يوجب الطلاق والتفريق بين
الزوجين أمر موضوعي ، يعتمد أساساً علي تقدير محكمة الموضوع وضابطه
استحالة دوام العشرة بين الزوجين . والأصل الذي يرجع إليه في تقدير الضرر هو

^١ - البهجة في شرح التحفة للتسولي ج١ ص ٣٠٢ - .

^٢ - وقد نصت المادة (٦) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م في مصر علي أنه : ((إذا أدعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا
يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ...)) وهذا هو ذات نص المادة (١/٩٦) من
قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (٥٦) - الفصل السادس والخمسون من قانون الأحوال الشخصية المغربي والمادة (١٢٦)
من قانون الأحوال الشخصية الكويتي - .

^٣ - راجع قرار التمييز رقم ٧١/٤٩٧ بمجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٧١م ص ٧٧ وقرار النقض رقم ١٤٠٥/٥٠ هـ بمجلة
الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٥م ص ٥٠ وقرار النقض رقم ١٩٧٣/٥ بمجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨ وراجع
كتاب مدي حرية الزوجين في الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابوني ج٢ ص ٧٨٢/٧٨٥ - .

^٤ - راجع حاشية الخرشى ج٤ ص ٤١٢ - .

العرف والبيئة بالنسبة للزوجين ، سواء وقع الضرر مرةً واحدة أو كان لا يقبل التكرار بطبيعته أو لبشاعته))^١ - .

إن ثبوت وقوع الضرر ليس كافياً بمجرد إباحة التطليق ، بل يجب علي القاضي تقويم ذلك الضرر وأثره علي الزوجة ، وتقويم مدي دخول الضرر في معني (استحالة العشرة لأمثالها) ، وذلك علي ضوء بيئتها وأعرافها ، فهناك من يعيش في بيئة لا تأبه للشوائم المقذعة مهما بلغت من الفجور ، ومن الناس من يكون قليل الضرر إيذاءً فاحشاً في حقه ، بحيث يتعذر بعده دوام العشرة لمثله ، الأمر الذي يجعل لمعيار العرف الخاص القدر المعلي في تقويم القاضي للضرر ومدي فداحته في حق مدعية الضرر ، وعمّا إذا كان مما يتعذر معه دوام العشرة لمثلها .
علماً بأن القاضي إنما يمارس سلطته في تقويم ذلك الضرر بنحو ما بيناه ، وفي تنزيل ما يقتضيه العرف عليه ، وبعد التحقق من دلالة العرف بسبيل الاستقصاء العادية - .

المطلب السادس

سلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار

الحكم في دعاوى الحضانة

الحضانة مأخوذة من الحضان . يقال : حضان الطائر بيضه ، إذا ضمّه لنفسه تحت جناحيه ، وحضنت المرأة صبيها ، إذا ضمته إلي صدرها^٢ - . وفي الاصطلاح : فهي إمساك الولد وحفظه في مبيته وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه بإطعامه وتنظيفه وتنظيف هندامه وتربيته وتقويمه بوساطة من له الحضانة ، إلي حين استغنائه عن رعاية النساء ، ببلوغه سن انتهاء الحضانة شرعاً^٣ - .

^١ - (١٩٧٣م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨ قرار النقض رقم ١٩٧٣/٥م وراجع قرار الاستئناف رقم ١٤٠٦/٩٠ هـ الصادر في ١٩٨٥/١٢/١٥م بمجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة ١٩٨٥م ص ٧٦ - .

^٢ - راجع لسان العرب باب النون فصل الحاء - .

^٣ - راجع حاشية الدسوقي ج٢ ص ٥٢٦ وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ٥٥٥ ونصت المادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أن : ((الحضانة هي حفظ الولد وتربيته وتعليمه ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي ومصلحة الصغير)) - .

ونعني في هذا المطلب ببيان ما يدخل في سلطة القاضي التقديرية ، في مرحلة إصدار أحكام الحضانة ، في أربعة بنود كما يلي :-

البند الأول : سلطة القاضي التقديرية في ضم المحضون إلي الأصلح :

الأصل أن الأم أولى الناس بحضانة الصغير ، لحديث النبي صلي الله عليه وسلم ، لامرأة تخاصمت إليه : ((أنتِ أحق به ما لم تتكحي))^١ ، ولأن الأم أشفق وأقدر علي الحضانة ، فكان دفع المحضون إليها هو الأصلح ، فلا ينتزع القاضي المحضون منها لضمه إلي غيرها إلا لموجب . وقد قضي سيدنا أبو بكر الصديق رضي الله عنه /علي/ سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، حين أسند حضانة (عاصم) إلي أم عاصم قائلاً : ((ريحها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر)) ، وفي رواية : ((ريحها وشمها ولطفها خير له منك))^٢ . وقال ابن قدامة: ((ولأنها أقرب إليه وأشفق عليه ، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه وإنما يدفعه إلي امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه))^٣ . ويلحق المعتوه بالصغير ، بل لا ينزع المعتوه من الأم ولا يخير ، وبهما يلحق المريض . ويستوي فيما ذكر الحاضنة المسلمة والكافرة ؛ لأن الحضانة مناطها الشفقة ولا تختلف باختلاف الدين^٤ .

وإذا تداعي الأب مع الحاضنة مطالباً بضم المحضون عند انتهاء سن حضانة النساء ، ولم ترض الحاضنة بالضم ، بدعوى أنها أصلح للحضانة ، فيجوز للقاضي علي ضوء معيار الأصلحية أن يحكم باستمرار حضانتها للصغير إلي البلوغ ، وللصغيرة إلي الزواج المقرون بالدخول ، فإن عقد عليها ولم يتم الدخول فيظل حكم الاستمرار باقياً ، وهذا هو دلالة نص وفحوى المادة (١١٥) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م المأخوذة من المذهب المالكي^٥ . وحيث سكتت المادة المذكورة عما يصار إليه بعد بلوغ الفتى ، فيصار في ذلك إلي المصدر

^١ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الطلاق باب من أحق بالولد .

^٢ - الموطأ لمالك بن أنس في كتاب الوصية باب من أحق بالولد ، ومصنف ابن أبي شيبة كتاب الطلاق باب الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير .

^٣ - المغني لابن قدامة ج١١ ص ٤١٤ .

^٤ - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج٤ ص ١٨٨ .

^٥ - راجع حاشية الدسوقي ج٥ ص ٢٣٥ .

التاريخي الذي صدرت المادة من معينه ، وهو المذهب المالكي ، والأصل عندئذٍ هو تخيير الغلام ، فإن أختار أيهما جاز إقرار اختياره والحكم به ، إلا أن يكون اختياره يفوت عليه مصلحة ظاهرة ، فيحكم به لمن يري فيه القاضي مصلحة الغلام علي ضوء ظروف الدعوى - .

إن المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في الحكم ببقاء المحضون إلي الحاضنة بعد انتهاء سن حضانة النساء هو (ثبوت أصلحتها) ، وذلك بتحقق صفة زائدة فيها ، بحيث تتميز بها عن العاصب ، وتحقق مصلحة للمحضون ، فتجعل الحاضنة أصلح من هذا الوجه ، ومن قبيل الصفة الزائدة أفضلية البيئة الاجتماعية مع تميز التعليم والثقافة والرعاية الصحية ونحو ذلك . وقد نصت المادة (٢/١١٦) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((يقتضي بيان وجه الأصلحية أن للحاضنة من الصفات ما تزيد علي صفات العاصب ، ويجوز للمحكمة أن تتولي التحري بنفسها عن وجه الأصلحية)) .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((الأصلحية التي يترتب علي ثبوتها استمرار حق الحضانة ، بالرغم من انقضائه بالمدة المحددة شرعاً ، تعني أمراً يتوفر لدي الحاضنة ، يحقق مصلحة للمحضون ولا يوجد عند الأب))^١ . كما قضت بأن الشارع قد أحاط حضانة الصغير بسياج واقية ، حتى لا يتعرض مستقبله للضياع ، الأمر الذي يدعو المحكمة إلي أن تزن مصلحته بدقة واستقصاء متناهيتين^٢ - .

أما إذا سقطت حضانة الأم بموجب ، وتعدد المستحقون ، مع تساويهم في الدرجة ، فيجوز للقاضي ضم المحضون إلي أصلحهم . وتقدير الأصلح متروك للقاضي علي ضوء ما ذكر آنفاً ، فإن لم يوجد مستحق للحضانة ، أو لم يقبل

^١ - (١٩٨٤م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٧ قرار النقض رقم ١٩٨٤/٢٥ وراجع قرار النقض رقم ١٩٨٧/٣٥م بمجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣٤ - .
^٢ - (١٩٨٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٨ قرار النقض رقم ١٩٧٦/٧٩م - .

بالحضانة أحد ممن يستحقها ، فيقدر القاضي ما هو أصلح للمحضون بوضع المحضون لدي من يصلحه ، - من دور - أو ممن يثق فيهم من الرجال أو النساء ، مراعيًا أولوية الأقارب علي الأبعد .

البند الثاني : سلطة القاضي في تقدير أثر زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون :

الأصل أن زواج الحاضنة بزواج أجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة - لما سبق إيراده من حديث النبي صلي الله عليه وسلم : ((أنت أحق به ما لم تتكحي)) . قال الكمال بن الهمام : ((... ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيًا يعطيه نزرًا وينظر إليه شزرًا))¹ ، أما إذا تزوجت الحاضنة بذوي رحم محرر للصغير فلا يسقط حقها في الحضانة ، لتوفر الشفقة عنده علي الصغير . قال البابرتي : ((... [ولا تسقط حضانة] الجدة إذا كان زوجها الجد ؛ لأنه قائم مقام أبيه ، فينظر له ، وكذا كل زوج هو ذو رحم محرر من الولد ، كالعالم إذا تزوج بأب الولد ، لقيام الشفقة نظرًا إلي القرابة القريبة))² - .

واستثناءً من الأصل المذكور آنفًا ، فللقاضي سلطة تقديرية ، يسوغ له بها الحكم بعدم إسقاط الحضانة عند زواج الحاضنة برجل أجنبي عن المحضون . قال ابن عابدين : ((إن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق ، لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ، ولا علي ولدها ، بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي ، أو كانت زوجة له . وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك دفع الضرر عن الصغير ، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ، ليراعي الأصلح للولد فإنه قد يكون له قريبٌ مبغضٌ له يتمني موته ، ويكون زوج أمه مشفقًا عليه ، يعزّ عليه فراقه ، فيريد قريبٌ أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها ، أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك . وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما تؤذيه زوج أمه الأجنبي ، وقد يكون له أولاد يخشى علي البنات منهم الفتنة لسكناها معهم . فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك ، لا يحل له نزع من أمه ؛ لأن مدار أمر الحضانة علي نفع الولد))³ - . وما

¹ - شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج٤ - ص ١٨٦ : والنزر هو القليل ، أما الشزر فهو نظر البغض .
² - شرح العناية علي الهداية للبابرتي - بهامش شرح فتح القدير لابن الهمام - ج٤ - ص ١٨٦ وراجع المغني لابن قدامة ج١١ ص ٤٢١ - .
³ - حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ٥٦٥ - .

ساقه ابن عابدين في الأغلب أمثلة لتبيان الأصلح ، والأمثلة مهما تكاثرت تظل محدودة ، أما المناط الذي ينبغي أن يدور معه الحكم فهو قوله . (فينبغي أن يكون القاضي ذا بصيرةٍ ليراعي الأصلح للولد) .

وقد استمدت المادة (١١٣/أ/ثانياً) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م حكمها من رأي ابن عابدين الحنفي ؛ إذ قضت بأنه يشترط في الحاضنة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون ، دخل بها ، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون .

ويتبين من النص الفقهي وسليله القانوني أن المسألة تقديرية للقاضي ، يصدر حكمه فيها بما يراه محققاً لمصلحة المحضون فحسب .

وقضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((زواج الحاضنة ليس سبباً لإسقاط الحضانة علي إطلاقه - وكذا عملها - إذ قد يكون زوج الأم مشفقاً علي المحضون ، بسبب قرابةٍ أو دين ، فلا يقضي بإسقاط الحضانة ما لم يترتب علي زواجها ضياع المحضون . والمدار في أقضية الحضانة يدور مع مصلحة المحضون دون غيره . والقاضي يقرر الأصلح للولد ببصره النافذ))^١ - .

البند الثالث : سلطة القاضي في تقدير الإهمال المسقط للحضانة :

الحضانة أمانةٌ ، ومن يهمل في صون الأمانة ، ويفرط فيما ائتمن عليه لا يستأمن ، ويدخل في معنى الإهمال كل ما يمكن أن يفضي إلي ضياع المحضون ، وإن كان ذلك كثرة صوم وصلاة يشغلان الحاضنة أو الحاضن عن واجب الحضانة ، وكذا كثرة الخروج وإن كان في طاعةٍ ، قال ابن عابدين : ((وعلي هذا لو كانت صالحة كثيرة الصلاة قد استولي عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلها عن الولد ، انتزع منها ... أو بأن تخرج كل وقت ... والمراد كثرة الخروج ؛

^١ - (١٩٨٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٣ قرار النقض رقم ١٦/١٤٠٧هـ - .

لأن المدار علي ترك الولد ضائعاً ، والولد في حكم الأمانة عندها ، ومضيّع الأمانة لا يستأن ، ولا يلزم أن يكون خروجها لمعصية))^١ . أما الخروج الذي لا ينتفي منه المقصود من الحضانة ، فلا ينبغي أن يقضي فيه بالإسقاط ، والإهمال الذي يعتد به غير منضبط ، ويقدره القاضي وفقاً للظروف والبيئات وأحوال الناس . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((الإهمال الذي يؤدي إلي إسقاط الحضانة هو ما يؤدي إلي ضياع المحضون ، فلا يعتبر مجرد خروجها [أي الحاضنة] لكسب عيشها الشريف إهمالاً . ووجود المحضونين بالشارع مع رصفائهم في اللعب ، لا يقوم دليلاً علي الإهمال المعتبر في إسقاط الحضانة ، إلا أن يكون وجودهم في الشوارع هو الغالب طيلة النهار ، [وإن] اتساح ملابس الأطفال أو بعثرة شعورهم لا تصلح وحدها دليلاً علي الإهمال ، خاصة في عمرٍ يشارك فيه الأطفال من هم في سنهم اللعب))^٢ .

ولا نتفق مع المحكمة العليا ، فيما جعلته في حكمها ، معياراً موضوعياً ثابتاً لكل جنس الأطفال ، فالبيئات تختلف عن بعضها ، وطرائق لعب الأطفال في البوادي والأرياف ، غير طرائقه في المدن ، والمدن ذاتها درجات وكذا سكانها ، فالأجدر تقويم كل حالة بما يتلاءم مع ظروفها وأشخاصها والبيئة التي ينتمون إليها. وقد أحسنت المحكمة العليا السودانية – في حكم آخر – حين أعطت لبيئة المتداعيين عناية خاصة ؛ إذ قضت بأن : ((عدم إدخال المحضون الذي يبلغ السادسة من عمره في أية مؤسسة تعليمية في مثل بيئته يعد إهمالاً بحق وحقيقة))^٣ .

وفي معيار الخروج الذي يدخل في معني الإهمال ، قالت (محكمة أسيوط الشرعية) بمصر بأن مجرد كون الحاضنة تقوم بالتدريس لا يسقط أهليتها في حضانة الصغير . فالمناطق في سقوط الحضانة ليس هو الاحتراف في ذاته ، وإنما هو ضياع الولد وإهماله ، فإن كانت ظروف العمل لدي الحاضنة التي تقوم

١ - حاشية رد المختار لابن عابدين ج٣ ص ٥٥٧/٥٥٦ -

٢ - (١٩٧٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ١٩ قرار النقض رقم ١٠٣/١٩٧٦م -

٣ - (٢٠٠٠م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٣ قرار النقض رقم ٣٣٢/١٩٩٩م -

بالتدريس تسمح برضاة ولدها في الأوقات الواجبة ، وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع ، اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة علي صيانة الرضيع وحفظه ^١ - .
وخالصة الأمر : أن يصدر القاضي حكمه في تقويم الإهمال بتقديره ،
مراعياً أحوال الناس وتفاوتها وأوضاعهم الاجتماعية وبيئاتهم التي ينتمون إليها ،
ومدي إمكان افشاء وقائع الإهمال محل الدعوى إلي ضياع المحضون - .

البند الرابع : سلطة القاضي في تقدير الفسق المسقط للحضانة :

الفسق المانع من الحضانة ، والمسقط لها ، هو الذي يؤدي إلي انحراف المحضون وضياعه ، قال ابن عابدين : ((والحاصل أن الحضانة إن كانت فاسقة فسقاً يلزم منه ضياع الولد عندها ، سقط حقها ، وإلا فهي أحق به إلي أن يعقل فينزع منه كالكتابية)) ^٢ .

وما يفضي إلي انحراف الولد وضياعه من الفسق ، أمر غير منضبط بمعيار موضوعي ، فقد يكون الفسق ضارباً في الفحش ولا يلزم منه انحراف الولد وضياعه ، لأن الحضانة قد تداري فسقها عن المحضون أشد المداراة ، فلا ينتهي إلي سمع المحضون ولا إلي بصره شيء من فسقها ، والناس وإن بلغوا من الفسوق مبالغ ، فهم يحرصون علي تنشئة أبنائهم علي الخلق القويم .

وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((الحضانة إذا كانت زانية ، ولم يمنعها ذلك من القيام بأمر الصغير فإنها تكون أهلاً للحضانة ، إلا إذا ثبت أن في ذلك خطراً علي أخلاق المحضون)) ^٣ - . فإذا كان المحضون في سن لا يعقل فيها ما يدور حوله ، فلا يترتب ضياعه بسبب فسق الحضانة ، فالعبرة بإدراكه ، وانطباع ما يدور حوله في موضع الحفظ من عقله ، وتقدير درك المحضون لتلك المرحلة متروك للقاضي . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأن : ((مجرد حمل ووضع الحضانة سفاهاً ليس سبباً كافياً لإسقاط حضانتها ، بل يجب أن يثبت سوء

¹ - راجع حكم محكمة أسبوط الشرعية / جلسة ١٥/١٠/١٩٤٧م مجلة المحاماة الشرعية السنة ٢٠ العدد ٣/٢/١ ص ٨٩ - .

² - حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص ٥٥٧ - .

³ - (١٩٧٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٥٣ قرار النقض ١٩٧٦/٢١٥م وراجع مجلتي ١٩٨٠م ص ٣٩ قرار النقض ١٩٨٠/١٩٤م وسنة ١٩٨٣م ص ٧١ قرار النقض ١٩٨٣/٨٢م - .

سلوكها بأن تفعل الفاحشة في منزل الحضانة ، ويجب أن يكون المحضونون في سن يدركون فيه أفعال الأم والتأثر بها))¹ - .

ويراعي في حق العاصب الفاسق ما ذكرناه في حق الحضانة الفاسقة ، سواء كان بإسقاط الحضانة عنه ، أو بمنعه عنها ، ونقل الحق إلي من يليه في الاستحقاق إن كان ثبوت فسقه قبل ضم المحضون إليه .

ويتفق حكم الكتابية مع حكم الفاسقة ، فهي وإن جازت حضانتها لصغارها المسلمين ، وفقاً للمذهب الحنفي والمشهور من المذهب المالكي ، إلا أن الحذر والحيطه يقتضيان نزع المحضون عنها عندما يبلغ السن التي يعقل فيها الأديان ، أو إذا خشي أن يألف الكفر . قال البابرتي : ((والذمية أحق بولدها المسلم بأن كان لها زوجاً مسلماً ، ما لم يعقل الأديان ، أو يُخاف أن يألف الكفر ، لأن الدفع إليها قبل ذلك أنظر للصبى ، وبعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه))² ، وكذا إن خيف أن تغذيه الخمر والخنزير ، فيضم المحضون إلي العاصب ، وقد نصت المادة (٢/١١٤) من قانون الأحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((إذا كانت الحضانة علي غير دين أب المحضون المسلم ، فتسقط حضانتها بإكمال المحضون السنة الخامسة من عمره ، أو عند خشية استغلالها للحضانة ، لتتنشئة المحضون علي غير دين أبيه)) .

والحكم بتقرير خشية إلف الكفر ، أو خشية استغلال الحضانة للحضانة لتتنشئة المحضون علي غير دين أبيه ، أو الخوف من إطعام المحضون بالخمر أو الخنزير ونحو ذلك ، أمور تقديرية ، يقضي فيها القاضي بالنظر إلي المعايير الشخصية التي تحتف بالمتداعيين وظروف بيئاتهما ، ومبلغ خصومتها - وكيدهما لبعضهما - ، وسواء كانت خصومتها دينية أو دنيوية ، فلا فرق إن كانا يكيدان لبعضهما بحيث لا يؤمن من أحدهما التماس الانتقام من الآخر ، ففي كل ذلك وفي غيرها مما يخشى معه الأثر الضار علي دين المحضون ، فإن القاضي وفقاً لتقديره

¹ - (١٩٩٦م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦ قرار النقض ١٣١/١٩٩٦م - .

² - شرح العناية علي الهداية للبابرتي - مطبوع بهامش شرح فتح القدير - لابن الهمام = ج٤ ص ١٨٨ - .

يسند الحضانة لمن يؤمن معه علي دين المحضون ، ولو كان من غير الأبوين – أو المتداعيين - .

المبحث الثالث

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها الخاصة بالأقضية الجنائية في مرحلة إصدار الأحكام

من المسلم أن العقوبات الشرعية المقدرة بلسان الشارع الحكيم لاتخضع لتقدير القاضي فيما يتعلق بمبدأ تقريرها – أو قل تفريدها – فهي محددة لاتقبل النقص ولا الزيادة عليها.

وتلك العقوبات المقدرة – سواء كانت حدوداً شرعية أو قصاصية ، ذات أثر في سلطة القاضي التقديرية فقهاً ؛ إذ أن عقوباتها المقدرة – المحددة – المغلظة أشبه بالحد الأعلى الذي استقرت عليه التشريعات المعاصرة ، أو قل فيها بعض خصائصها . ومن هذا الوجه فان تلك العقوبات المقدرة ذات اثر في ممارسة القاضي لسلطته التقديرية عند تفريده لعقوبات التعازير المتكاثرة ، التي تتسع فيها مساحات تقدير القاضي.

وفيما يلي نعرض ضوابط سلطة القاضي التقديرية في إصدار الأحكام الجنائية وتفريدها في مطالب متتالية:

المطلب الأول

عدم تجاوز الحد الشرعي بالعقوبة التعزيرية من جنسه

ضابط عدم تجاوز الحد الشرعي بالتعزير من جنسه يُعني به التزام الحد الأعلى الذي يحدُّ سلطة القاضي التقديرية ، عند تقرير العقوبة .

وقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في القدر الذي يجوز بلوغه بالعقوبة التعزيرية ، فذهب بعضهم إلي القول بعدم جواز بلوغ مقدار الحد الشرعي بالتعزير ، بينما ذهب آخرون إلي أن التعزير عقوبة غير مقدّرة ، فيجوز فيه بلوغ مقدار الحد ، كما يجوز تجاوزه ، بالزيادة عن مقدار الحد ، إلي العقاب بالقتل – أي الإعدام - ،

وذلك بالنظر إلى قدر الجريمة وشخصية المجرم , ومقدار ما ترتب علي الجريمة من ضرر .

ولتفصيل ذلك نعرض رأي هذين الفريقين , مع بيان أدلتهم , ومناقشتها والترجيح بينها فيما يلي :-

الفريق الأول : المانعون لبلوغ الحد الشرعي بالعقوبة التعزيرية من جنسه :

ذهب فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية والزيدية , إلى عدم جواز بلوغ الحد بالتعزير , بمعنى إبقاء الحد الأعلى للتعزير دون قدر العقوبة الحدية - .

ورغم أن ذلك قدر مشترك متفق عليه , بين هؤلاء الفقهاء , إلا أنهم اختلفوا في تفصيل ذلك إلى رأيين .

وفيما يلي عرض كل رأي علي حدة , مع بيان أدلته , ثم الترجيح بينهما - :

الرأي الأول : مراعاة حد أعلى مقدر :-

تحقيقاً لضابط عدم بلوغ الحد بالتعزير , يحدُّ أصحاب هذا الرأي العقوبات التعزيرية , بحدود يلزم عدم تجاوزها , غير أنها ليست حدوداً متفقاً عليها بينهم , إذ اختلف أصحاب هذا الرأي في تفصيلاته , علي النحو الذي نوردته فيما يلي :-
١- في المذهب الحنفي :

ذهب الحنفية في الراجح - الذي عليه متون المذهب - إلى أن أكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطاً , قياساً علي أدنى الحد الشرعي - وهو عندهم أربعون - , فَيُنْقَصُ منه سوط احترازاً عن بلوغ قدر الحد الشرعي , وهذا هو رأي الطرفين ورواية عن أبي يوسف . وفي رواية أخرى عنه : أنه يُعْتَبَرُ أقل حدود الأحرار , فَيُنْقَصُ منه سوط - وهو قول زفر - . قال الكاساني :- ((وهو الأقيس ؛ لأن الاحتراز عن بلوغ الحد يحصل بسوط واحد -))^١ .

^١ - بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٩ ص ٤٢٠ - . وقال المرغيناني هو القياس - راجع الهداية ج ٢ ص ١١٧ - .

ووجه رأي أبي يوسف الأخير , هو أن الأصل في الإنسان الحرية , فيقاس عليه وينقص عن أدنى حد الأحرار سوط , وظاهر الرواية عنه : أن تنقص خمسة أسواط^١ .

ويستدل الحنفية لما ذهبوا إليه , بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال :- ((من بلغ حداً في غير حدٍ فهو من المعتدين))^٢ . يعني : من بلغ أدنى حد مشروع , وهو حد القذف والشرب .-

وسبب الخلاف بين أبي يوسف والطرفين , هو أن أبا يوسف قد اعتبر أقل حد الأحرار ؛ لأن الأصل في الإنسان هو الحرية , بينما صرف الطرفان المراد من كلمة : (حدٍ) في الحديث الشريف , إلي حدّ الرقيق لدلالة العموم ؛ إذ أن عبارة : (غير حدٍ) الواردة بالحديث الشريف , من ألفاظ العموم , فهي من قبيل النكرة الواقعة في سياق النفي , وجمهور فقهاء الأحناف علي أن دلالة العام علي الشمول : قطعية , بمعنى أن العام يشمل جميع أفرادها قطعاً , فهو حقيقة في الاستغراق , فاقتضي الحال الاعتبار هنا بأدنى حد الرقيق ؛ لأنه من جنس الحدود المشمولة بلفظ العام الوارد بالحديث , فضلاً عن أن المحل موضع احتياط . - وقد علق الكاساني مرجحاً اختيار الطرفين , إذ قال :- " لأن في الحمل علي هذا الحد أخذاً بالثقة والاحتياط ؛ لأن اسم الحد يقع علي النوعين , فلو حملناه علي ما قاله أبو حنيفة يقع الأمن من وعيد التبليغ ؛ لأنه لا يبلغ , [يعني : يؤمن الوعيد الذي بالحديث الشريف بحمل عبارة : (حدٍ) علي أدنى حد الرقيق ؛ لأنه يصح عليه اسم الحد , فلا يبلغ به التعزير] , ولو حملناه علي ما قاله أبو يوسف لا يقع الأمن عنه ؛ لاحتمال أنه أراد به حد المماليك , فيصير مبلغاً غير الحد , فيلحقه الوعيد , فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله " ^٣ .

٢- في المذهبين الحنبلي والظاهري – ورأي بعض الشافعية وأشهب من المالكية :-

^١ - راجع بدائع الصنائع – للكاساني – ج ٩ ص ٤٢٢٠ وحاشية رد المحتار – لأبن عابدين – ج ٤ ص ٦٠ ومعين الحكام – للطرابلسي – ص ١٩٥ . -

^٢ - السنن الكبرى للبيهقي – كتاب الأشربة والحد فيها , باب ما جاء في التعزير ج ٨ ص ٣٢٧ وقال البيهقي : (... هذا حديث مرسل .) -

^٣ - بدائع الصنائع للكاساني ج ٩ ص ٤٢٢١ وراجع فتح القدير – لأبن الهمام – ج ٤ ص ٢١٤ . -

ذهب الإمام أحمد بن حنبل في المشهور عنه , والظاهرية وأشهب من المالكية , والأذرعي والبلقيني من الشافعية والليث بن سعد وإسحق بن راهويه , إلي أنه لا يزداد علي عشرة جلدات في التعزير - . ويستدلون علي ذلك بما رواه الشيخان عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال :- ((لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى))^١ - .

والحديث صريح في الدلالة علي منع تجاوز عشرة أسواط في التعزير بالجلد^٢. وصحة الحديث هو ما دفع البلقيني إلي نسبه هذا الرأي إلي الشافعي , لأنه علي أصل الشافعي في إتباع الخبر , عملاً بما قاله الشافعي : (إذا صح الحديث فهو مذهبي) . وقال صاحب التقريب : لو بلغ الشافعي لقال به^٣ .

ولم يعتد الحنفية و المالكية في المشهور , وبعض الشافعية , بهذا الدليل . فالحنفية وبعض الشافعية قالوا : أن الحديث منسوخ . بدليل عمل الصحابة بخلافه , من غير إنكار أحد منهم , إذ ثبت أن سيدنا عمر رضي الله عنه , قد كتب إلي أبي موسى رضي الله عنه أن لا يبلغ بنكال – أي في تعزير – أكثر من عشرين سوطاً , ويروي ثلاثين إلي أربعين^٤ - .

أما المالكية فقد تأولوا الحديث , علي أنه مقصور علي زمن النبي صلي الله عليه وسلم , لأنه كان يكفي الجاني منهم هذا القدر , كما أن المالكية قد تأولوا قوله صلي الله عليه وسلم : (في حد) , علي أنه يعني في حق من حقوق الله تعالى , وإن لم يكن من المعاصي المقدرة حدودها ؛ لأن المعاصي كلها من حدود الله^٥ .

وقال ابن تيمية : أن مراد الحديث هو أن من ضرب لحق نفسه , كضرب الرجل امرأته في النشوز , لا يزيد علي عشر جلدات -^٦ .

١ - رواه البخاري في صحيحه - كتاب الحدود - باب كم التعزير والأدب ومسلم في صحيحه - كتاب الحدود باب قدر اسواط التعزير - .

٢ - راجع المغني لأبن قدامة ج ٨ ص ٣٢٤ والمحلي لأبن حزم ج ١١ ص ٤٠٣ والعقد المنظم للحكام لابن سلمون - بهامش تبصرة الحكام - ج ٢ ص ٢٦٦ ومغني المحتاج للشربيني ج ٤ ص ١٩٣ .

٣ - راجع مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٤ ص ١٩٣ - .

٤ - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج ٤ ص ٢١٥ ومغني المحتاج للشربيني ج ٤ ص ١٩٣ .

٥ - راجع تبصرة الحكام - لأبن فرحون - ج ٢ ص ٢٠٤ - .

٦ - راجع السياسة الشرعية - لأبن تيمية - ص ١٠١ - .

٣- في مذهب الشافعية وبعض الإباضية – ورواية عن محمد بن مسلمة من المالكية:

بعض الشافعية – كما وضح آنفاً – يتفقون مع الحنابلة والظاهرية علي منع تجاوز عشرة جلدات في التعزير , أما الشافعي وبعض فقهاء المذهب فقد ذهبوا إلي جواز تجاوز عشر جلدات , مع مراعاة ضابط عدم بلوغ أدني الحدود . وهذا هو المشهور في المذهب الشافعي , وهو اختيار بعض فقهاء الإباضية - .

جاء في المجموع شرح المهذب :- ((ولا يبلغ بالتعزير أدني الحدود , فان كان علي حر , لم يبلغ به أربعين , وان كان علي عبد لم يبلغ به عشرين - . لما روي أن النبي صلي الله عليه وسلم قال : (من بلغ بما ليس بحد حداً فهو من المعتدين) , وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلي أبي موسى :- (لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطاً . وروي عنه ثلاثين سوطاً , وروي عنه ما بين الثلاثين إلي الأربعين سوطاً) ؛ ولأن هذه المعاصي دون ما يجب فيها الحد , فلا تلحق بما يجب فيها الحد من العقوبة وذهب إلي أنه لا يحد فوق العشرة أسواط , إلا في حدٍ : الليث وأحمد في المشهور عنه , وإسحق وبعض الشافعية , وذهب أبو حنيفة والشافعي ... إلي جواز الزيادة علي عشرة أسواط , ولكن لا يبلغ إلي أدني الحدود ... ')) .

لقد علل هذا النص : (عدم بلوغ الحد بالتعزير) بأن الجرائم التعزيرية (دون ما يجب فيها الحد) , إذ قد تكون من جنس الجرائم الحدية , ولكنها لا ترقى إلي درجتها , كالخلوة بالأجنبية , أو مقدمات الزنا , فهي من جنس جريمة الزنا , إلا أنها لا تماثلها , لفقدان ركن مادي أو معنوي – أو نقصان شرط , أو وجود شبهة دارئة , فلا يعاقب عليها بذات العقوبة الحدية . والجرائم من هذا النوع تسمى في المصطلح المعاصر : (الجرائم الناقصة) , ويجب التفريق بين الجريمة التامة والجريمة الناقصة , عند تفريد العقوبة - .

¹ - المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٣٥٧ وص ٣٦٠ وراجع المصنف لأبي بكر الكندي ج ١٢ ص ٨٣ - .

ويتفق محمد بن مسلمة - من فقهاء المالكية - في غير المشهور عنه - مع مذهب الشافعية - في المشهور - , علي جواز تجاوز عشرة جلدات , مع عدم بلوغ أدنى الحدود , إلا أنه يقول بجواز بلوغ الجلد التعزيري إلي خمس وسبعين جلدة , بنقص خمسة أسواط عن أدنى حدود الأحرار , وهو القذف^١ . وينبغي ملاحظة سبب الخلاف , المتمثل في اختلاف المذهبين علي مقدار أدنى الحدود - .

الرأي الثاني : قياس التعزير علي الحد :-

يذهب أبو يوسف من الحنفية , والإمام أحمد في رواية , وبعض الشافعية , وفقهاء الإمامية والزيدية والأوزاعي , إلي قياس الجرائم علي بعضها , ومن ثم تقرب العقوبة التعزيرية من العقوبة الحدية التي من بابها - أي من جنسها - , فما ماثلت القذف جعلت عقوبتها التعزيرية دون الثمانين , وما ماثلت الزنا - في الجنس لا في القدر - جعلت عقوبتها دون المائة - للبكر , ودون الرجم للمحصن . وفي الحالة الأخيرة , قد يزداد عند تعزير الزاني , عن حد القذف , لاختلاف جنس هاتين الجريمتين , ولكن لا يزداد عن حد الزنا , لأن الجريمة المعاقب عليها من جنس الزنا , إلا أنها دونها - .

قال الكمال بن الهمام :- ((وعن أبي يوسف أنه ... يقرب كل نوع من أسباب التعزير من بابه , فيقرب بالمس والقبلة للأجنبية , والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا , والرمي بغير الزنا من المعاصي , من حد القذف , وكذا السكر من غير الخمر من (حد) شرب الخمر . ويعزر في قوله نحو : يا كافر , ويا خبيث , أقل جلدات التعزير . لكن في فتاوى قاضيخان : أن أسباب التعزير , أن كانت من جنس ما يجب به حد القذف , يبلغ أقصى التعزير وإن كانت من جنس ما لا يجب به حد القذف , لا يجب أقصاه , فيكون مفوضاً إلي رأي الإمام))^٢ .

ورغم إشارتنا - فيما سبق - إلي الرواية المشهورة عن الإمام أحمد , إلا أن ابن قدامة قد ذكر أنه :- ((يحتمل كلام أحمد والخرقي : أنه لا يبلغ بكل جنائية , حداً مشروعاً في جنسها , ويجوز أن يزيد علي غير جنسها , وروي عن أحمد ما يدل

¹ - راجع العقد المنظم للحكام - بهامش تبصرة الحكام - ج ٢ ص ٢٦٦ - .
² - شرح فتح القدير - لأبن الهمام - ج ٤ ص ٢١٦ وراجع بدائع الصنائع - للكاساني - ج ٩ ص ٤٢٠ - .

علي هذا - فعلي هذا ما كان سببه الوطء , جاز أن يجلد مائة إلا سوطاً , لينقص عن حد الزنا , وما كان سببه غير الوطء , لم يبلغ به أدنى الحدود , لما روي عن النعمان بن بشير , في الذي وطئ امرأته بإذنها : يجلد مائة . وهذا تعزير , لأنه في حق المحصن , وحده إنما هو الرجم))¹ .

ويلاحظ في نص (المغني) : أن الذي جلد مائة إلا سوطاً , كان بكرأ وجاء عقابه التعزيرى , دون حد الزاني البكر , أما الذي وطئ امرأته , فقد كان بالطبع محصناً وقد وقع علي الجارية بإذن زوجه - أي امرأته كما أفاد النص - فلم يرجم لان الحد قد درئ بشبهة الملك , ومن ثم تبدلت العقوبة من حدية , إلي تعزيرية , فكان جلد المائة كاملاً , وإن زاد لجاز , لأنه مهما بلغ , يبقى دون الرجم - .

ويذهب إلي هذا الرأي الأنف الذكر , بعض فقهاء الشافعية وفقهاء الإمامية والزيدية , إذ يقولون بقياس كل جريمة , بما يناسبها من الجناية الموجبة للحد - من جنسها - , ثم ينقص منها بقدر ما يري مناسبته , في العدد لا في الإيجاع - . وللإمامية رأي آخر : وهو إيجاب ذات عقوبة الجريمة الحدية , علي مرتكب الجريمة التعزيرية من جنسها² .

أدلة هذا الرأي :-

يستدل القائلون بقياس كل جريمة , بما يناسبها من الحدية من جنسها , فلا يزداد بالتعزير عن حد جنسه , وقد يزداد به عن حد جنس آخر - بما يلي :-

١- ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال :- ((من بلغ حداً في غير حدٍ فهو من المعتدين -)) .

والحديث قد ورد بالوعيد لمن بلغ مقدار الحد في عقوبة تعزيرية , علي جريمة من جنس حدٍ مشروع . فان تعذر إيجاب الحد لتخلف شرط , أو وجود شبهة دارئة ,

¹ - المغني لأبن قدامة - ج ٨ ص ٣٢٤ - .

² - راجع روضة الطالبين - للنووي - ج ١٠ ص ١٧٤ وشرائع الاسلام للحلي ج ٤ ص ١٥٢ ونيل الاوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٥٩ والتاج المذهب - للصنعاني - ج ٤ ص ٢٥٨ - .

كسرقة ما دون النصاب , أو السرقة من غير حرز , فلا يبلغ بالتعزير عليها حد القطع^١ .

ووجه الدلالة يتمثل في مبالغة سيدنا عمر رضي الله عنه في الضرب , - ثلاثمائة جلدة - , وهي أعلي من كل حدود الجلد , غير أن الجريمة قد قيست هنا علي السرقة الحديدية , فعوقب الجاني بما هو دون حد القطع . ولعل سيدنا عمر رضي الله عنه لم يبالغ في الجلد , إلا لتقديره مدي خطورة الجريمة , وجدتها علي مجتمع صدر الإسلام , ومدي الضرر الناجم عنها , في ذلك الزمان والمكان . -

وبالجملة – فالواقعة – قد دلت علي جواز قياس الجرائم التعزيرية بما دون الحديدية-
٣- ما روي عن الخلفاء الراشدين , في رجل وامرأة , وجدا في لحافٍ واحدٍ : " يضربان مائة ... " ^٢ .

ووجه الدلالة : أن الفعل هنا من جنس جريمة الزنا – ولكنه دون موجب الحد - , وبقياسها عليها – أي علي الزنا – تقدر إيجاب (مائة جلدة) , وهي دون حد الزاني المحصن , فجاز إيجابها - .

الترجيح بين الآراء :-

لا نجد ثمة عناء في الترجيح بين هذه الآراء , إذ أن الأراجح هو الرأي الذي ذهب إلي قياس كل جريمة تعزيرية علي فصيلتها من الجرائم الحديدية , وإلحاق كل نوع ببابه , مع مراعاة شخصية الجاني ومدي فداحة الجريمة , والضرر الناجم عنها , بحيث تراعي صفة التناسب بين العقوبة التعزيرية والجريمة المعاقب عليها- . ويتمثل وجه الترجيح فيما يلي :-

أولاً :-

ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من وضع حد أعلي موحد للعقوبات التعزيرية – مهما اختلفت أنواع الجرائم - , وذلك بتقرير حد أعلي للتعزير , قياساً

^١ - راجع شرح فتح القدير – لابن الهمام – ج ٤ ص ٢١٦ – وروضة الطالبين للنووي ج ١٠ ص ١٧٤ والمغني لابن قدامة ج ٨ ص ٣٢٤ – والبحر الزخار ج ٦ ص ٢١٢ .
^٢ - راجع السياسة الشرعية – لابن تيمية – ص ٩٨ والمحلي – لابن حزم – ج ١١ ص ٤٠٣ . -

علي أقل حد الرقيق – أو أقل حد الأحرار , أو عشرة أسواط - , أمر غير مسلم , لأن فيه تقييد لسلطة القاضي في تقدير العقوبة الملائمة للجريمة التعزيرية , وفق ما يقتضيه النظر إلي الضرر الناجم عن الجريمة . فضلاً عن أن هذا التقييد يهدر التزام شرط التناسب بين الجرائم وعقوباتها . والتقييد علي هذا النحو الضار هو ما نلمسه فيما نصت عليه بعض مصنفات الشافعية , بالتسوية بين الجرائم , إذ وضعت حداً أعلى موحداً للعقوبات التعزيرية . ففي (منهاج الطالبين) :- " فان جلد وجب أن ينقص في عبدٍ عن عشرين جلدة , وحرٍ عن أربعين , وقيل عشرين , ويستوي في هذا جميع المعاصي في الأصح - (١) .

ولا يخفى مدى ضرر التسوية بين الجرائم التعزيرية , علي نحو ما في هذا النص , إذ أن فيها إهداراً للأهداف الرئيسية من تشريع العقوبة , فقد لا يتسنى – إزاء هذه التسوية – إيجاب عقاب رادع علي مستحق الردع , كما أن التسوية بين الجرائم , رغم تباينها , قد تؤدي إلي إيجاب حكم مماثل لغير المتماثلين - .

ثانياً :-

منع الجريمة هو أكثر ما يطمح المشرعون إلي تحقيقه من أهداف العقاب , في الفكر القانوني المعاصر . وعقوبات الحدود قد شرعت مشددة وناجعة , لتحقيق هدف المنع . وقاعدة : إلحاق كل جريمة تعزيرية بجنسها من جرائم الحدود , وإيجاب العقاب عليها بالنظر إلي العقوبة الحدية , مع مراعاة الضوابط اللازمة , من اعتبار حال الجاني والجنائية وأثرها , يتمخض عنه تفريد عقوبة تعزيرية ملائمة , تكفل هدف المنع – العام والخاص - . علماً بأن أولي أهداف تشريع العقاب في السياسة الجنائية الإسلامية هو الزجر , وهذا المنهج الذي رجحناه , في تقرير العقوبات التعزيرية , هو السبيل الأمثل لتحقيق هذا الهدف - .

ثالثاً :-

¹ - منهاج الطالبين – للنووي – مطبوع مع مغني المحتاج – ج ٤ ص ١٩٣ - .

إن مراعاة التناسب بين الجريمة الحدية – التي تتسم عقوبتها بالشدة - ,
والتعزيرية من جنسها , التي تقاس عليها , فيه تقريب بين المتشابهات , غير
المتماثلات , وتقريب المتشابهات من بعضها , أقرب للقسط والعدل . فضلاً عن أن
تقدير الحد الأعلى للتعزير , بهذا المعيار , من شأنه توسيع سلطة القاضي التقديرية,
وهو في المواد الجنائية – بالأخص – من لوازم عدل القضاء - .

الفريق الثاني : المجيزون لبلوغ الحد بالتعزير : (وتجاوزه) :-

ذهب المالكية – في المشهور – وبعض الإباضية , إلي جواز بلوغ الحد
بالتعزير , لأن العقوبة التعزيرية ليست مقدرة , ومرجعها إلي نظر الإمام – أو
قاضيهِ المفوض - , وله الزيادة عن مقدار العقوبة الحدية , بإيجاب العقوبة التي
تتناسب مع مقدار الأذى بالمجني عليه , أو الضرر الناجم عن الجريمة , مع مراعاة
حال الجاني - .

قال ابن فرحون في التبصرة :- ((... قال المازري في بعض الفتاوى : وأما
تحديد العقوبة فلا سبيل إليه عند أحد من أهل المذهب ... وبالجمله فإنها تختلف
بحسب اختلاف الذنوب , وما يعلم من حال المعاقب بالجلد وصبره ...
وانزجاره . قال المازري ... : ومذهب مالك رحمه الله تعالى , أنه يجيز في
العقوبات فوق الحد , لما تقدم من فعل عمر رضي الله عنه , في ضرب الذي نقش
خاتمه مائة . ونقل ابن قيم الجوزية ما تقدم أنها : ثلاثمائة في ثلاثة أيام - . وذكر
القرافي أن صاحب القصة : (معن بن زياد) زور كتاباً علي عمر , ونقش خاتمه
فجلده مائة , فشفع فيه قوم , فقال : إذكرتموني الطعن وكنت ناسياً ؟ فجلده مائة
أخري , ثم جلده بعد ذلك مائة أخري , ولم يخالفه أحد وكان إجماعاً ...
ومشهور المذهب : أنه يزداد علي الحدود ...))¹ .

ورغم صراحة النص السابق , في الدلالة علي جواز زيادة مقدار التعزير
عن قدر الحد , إلا أنه يعاب عليه إطلاق دعوى الإجماع علي ذلك . وان جاز حمل
دعوى الإجماع هنا , علي إجماع الصحابة السكوتى , فلا وجه لدعوى الإجماع

¹ تبصرة الحكام – لأبن فرحون – ج ٢ ص ٢٠٤ / ٢٠٥ وبهامشه راجع العقد المنظم للحكام – لابن سلمون – ج ٢ ص ٢٦٦ - .

الذي يدعيه بعض فقهاء الإباضية – الإمام المهنا – إذ يروى أنه قد جلد رجلاً تسعين سوطاً – تعزيراً- , ولم يعب عليه أحد من المسلمين – المخالفين في الرأي-. قال صاحب (العقد الثمين) : ((قولهم : لا يجاوز التعزير الحد , ليس بمجمع عليه , بل هو قول لبعضهم , أو أكثرهم , وقيل بجواز ذلك , وهو نظر الأمام المهنا , والله دره في شدته , وتصلبه , بقول وجب علي الرعية الإنقياد له , لوجوب طاعته , وصار القول الذي أخذ به الإمام في منزلة المجمع عليه , وذلك لإجماعهم علي دخول طاعته , ولولا ذلك , لقامت عليه الخصوم من كل جانب ... وفي ذلك فساد العالم))^١ .

أدلة مجيزي بلوغ الحد بالتعزير (وتجاوزه) :-

يستدل مجيزو بلوغ الحد بالتعزير – (وتجاوزه) – إن اقتضي الحال بما

يلي :-

١- ما رواه البخاري – بإسناده – عن السائب بن يزيد قال :- ((كنا نؤتي بالشارب علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم , وإمرة أبي بكر وصدراً من خلافة عمر , فنقوم بأيدينا ونعالنا وأرديتنا , حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين , حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين)) . وفي صحيح مسلم : ((عن أنس بن مالك أن النبي صلي الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال , ثم جلد أبو بكر أربعين , فلما كان عمر , ودنا الناس من الريف والقرى , قال : ما ترون في جلد الخمر ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف أري أن تجعله كأخف الحدود . قال فجلد عمر ثمانين-)) , وفي رواية أخرى أوردها الإمام مالك في الموطأ أن الذي أشار علي سيدنا عمر رضي الله عنه بالثمانين هو سيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه , إذ قال : ((أري أن نجلده ثمانين , فإذا شرب سكر , وإذا سكر هذي , وإذا هذي أفترى , وعلي المفترى ثمانون , فاجعله حد الفرية , فجلد عمر في الخمر ثمانين -))^٢ .

^١ - العقد الثمين – لابن حميد- ج ٤ ص ٤١١ وراجع المصنف – لأبي بكر الكندي ج ١٢ ص ٨٣ - .
^٢ - رواية البخاري – في الصحيح – في كتاب الحدود باب الضرب بالجريد والنعال وعند مسلم في كتاب الحدود باب حد الخمر وفي الموطأ في كتاب الأشربة باب ما جاء في حد الخمر - .

ووجه الدلالة في الروايات المذكورة - وغيرها - يتمثل في زيادة سيدنا عمر عن الحد . فالنبي صلى الله عليه وسلم قد جلد أربعين , وجلد ابو بكر أربعين , وعمر ثمانين - كذا فيما رواه مسلم في صحيحه عن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنهم , حين جلد الوليد ^١ . وما كانت زيادة سيدنا عمر عن الأربعين الا تعزيراً , فدل ذلك علي جواز بلوغ مقدار الحد بالعقوبة التعزيرية - ^٢ .

٢- ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه :- ((أتى برجل - (معن بن زياد) - عمل خاتماً علي نقش خاتم بيت المال , فأخذ منه مالاً , فبلغ عمر ذلك فضربه مائة ضربة وحبسه , فشفع فيه قوم في اليوم الثاني فقال أذكرتموني الطعن وكنت ناسياً ؟ فضربه مائة أخرى , ثم ضربه في اليوم الثالث مائة ضربة ونفاه - . ولم يخالفه أحد)) ^٣ .

ووجه الدلالة هو : أن سيدنا عمر رضي الله عنه , جلد ثلاثمائة جلدة , متجاوزاً بذلك أقصى حدود الجلد , ولو لم يكن تجاوز مقدار الحد بالتعزير جائزاً , لما فعل ذلك سيدنا عمر رضي الله عنه , كما أن عدم مخالفة الصحابة له تعد قرينة علي المشروعية , وتعد لدي بعض الفقهاء : إجماعاً سكوتياً - .

٣- ما روي أن سيدنا علي كرم الله وجهه أتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمراً , في رمضان , فضربه سيدنا علي ثمانين للشرب وعشرين سوطاً لفطره في رمضان ^٤ .

ووجه الدلالة : أن العقوبة هنا قد تجاوزت حد الخمر , ولو لم تكن زيادة العقوبة عن حد الجنس جائزة , لما فعلها سيدنا علي رضي الله عنه - .

مناقشة المانعين لأدلة مجيزي بلوغ الحد بالتعزير :-

المانعون بلوغ الحد بالتعزير , ناقشوا أدلة المجيزين علي النحو التالي :-

^١ - راجع صحيح مسلم - كتاب الحدود باب حد الخمر - .
^٢ - راجع تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٠٥ - .
^٣ - السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٩٨ وراجع التاج والاكليل - للمواق - ج ٦ ص ٢١٩ و تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٠٤ - .
^٤ - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج ٤ ص ٢١٥ ولم نجد ذكراً لهذه الحادثة فيما اطلعنا عليه من مصادر السنة - .

١- فيما يتعلق بحديث الصحيحين أن حد الخمر كان أربعين في عهد النبي صلي الله عليه وسلم وعهد أبي بكر وصدرأ من خلافة سيدنا عمر , حتي إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين . فقد رد المازري قائلاً : أن الجلد في الخمر كان من قبيل التعزير أصلاً, إذ لو كان من قبيل الحد , لما تجاوز سيدنا عمر ما فعله النبي صلي الله عليه وسلم , ومن ثم فليس هنالك حد في الخمر أصلاً , حتي يقال أن سيدنا عمر قد بلغه بالتعزير أو تجاوزه - . ((قال المازري :- لو فهمت الصحابة عن النبي صلي الله عليه وسلم حداً محدوداً في الخمر , لما عملت فيه رأيها , ولا خالفته , كما فعلت ذلك في سائر الحدود , فدل هذا علي أنه لم يكن فيه أمر ثابت تجاوزوا به ما فعله النبي صلي الله عليه وسلم))^١ .

٢- أما الدليل الثاني الخاص بضرب (معن بن زياد) ثلاثمائة جلدة , تعزيراً , علي أخذ المال من بيت المال , بتزوير نقش خاتم بيت المال , فقد ناقشه الكمال بن الهمام قائلاً : ((حديث معن يحتمل أن له ذنباً كثيرة , أو كأن ذنبه يشتمل كثرة , منها لتزويره , وأخذ مال بيت المال بغير حق , وفتح باب هذه الحيلة لمن كانت نفسه عارية عن استشرافها))^٢ .

وهذا يعني أن سيدنا عمر رضي الله عنه , إنما جلده ثلاثمائة , عقاباً علي مجموعة جرائم ارتكبها , منها التزوير , ومنها أخذ المال بغير حق , ومنها فتح باب هذه الحيلة ... فلا يصدق فيها القول : انها عقوبة تعزيرية لعقوبة أخذ مال - عام - فقط .

٣- وأخيراً فأن علياً رضي الله عنه , لما ضرب النجاشي الشاعر مائة جلدة , لسكره في رمضان , إنما ضربه حد شرب الخمر ثمانين , ثم ضربه عشرين تعزيراً , لانتهاك حرمة شهر رمضان , وهذه جريمة بذاتها يجوز فيها التعزير - .

قال الكمال بن الهمام :- ((وحديث النجاشي ظاهر أن لا احتجاج فيه , فانه نص علي أن ضربه العشرين فوق الثمانين , لفطره في رمضان . وقد نصت علي أنه لهذا المعني أيضا : الرواية الأخرى القائلة أن علياً أتى بالنجاشي الشاعر , وقد

¹ - تبصرة الحكام - لابن فرحون - ج ٢ ص ٢٠٥ - .
² - شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج ٤ ص ٢١٥ - .

شرب الخمر في رمضان , فضربه ثمانين , ثم ضربه من الغد عشرين , وقال :
ضربناك العشرين بجرأتك علي الله تعالي , وإفطارك في رمضان - . فأين الزيادة
في التعزير علي الحد في هذا الحديث -؟))¹ .

الرأي المختار :-

ما ذهب اليه المالكية , وبعض فقهاء الإباضية , من إجازة التعزير – وإن
زائداً عن الحد – باجتهاد الإمام – أو قاضيه المفوض - , هو ما نراه أكثر سداداً ,
وأجدر بالاتباع . فالقاضي عند ممارسته لسلطته , في تقدير العقوبة , من غير هوي
نفس , مع مراعاة حال الجاني , وعظم الجرم , ومدى الضرر الناجم عنه , يكون
أقدر علي تفريد العقوبة , وأعدل في إيجاب الجزاء الأكثر تناسباً مع الواقعة
الإجرامية - .

إن الأدلة التي استند عليها المالكية والإباضية , ليست قاصرة فيما ذكرناه
أنفاً , بل هي كثيرة وصريحة في الدلالة علي جواز بلوغ مقدار الحد بالعقوبة
التعزيرية , ومنها ما ثبت عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه ضرب ضبيماً أكثر من
الحد -² . ومن أكثر الأدلة حجية علي جواز تجاوز مقدار الحد بالتعزير , ما روي
عن سيدنا أبو هريرة , أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال :- ((إذا شربوا
الخمر فأجلدوهم , ثم إن شربوا فأجلدوهم , ثم إن شربوا فأجلدوهم , ثم إن شربوا
فأقتلوهم -))³ .

والحديث صريح في جواز بلوغ القتل بالعقوبة التعزيرية , وذلك أقصي ما
يمكن بلوغ بالأجزية .

مما سبق عرضه يتضح جواز بلوغ الحد بالتعزير , وتجاوزه عند اقتضاء
الحال . ورغم أن ذلك لم يعتد به سوي فقهاء المالكية والإباضية , إلا أن جمهور
الفقهاء قد أجازوا إيجاب عقوبة القتل – أي الإعدام – تعزيراً . فبعضهم أجازها

¹ - المرجع السابق : نفس الموضع - .

² - راجع تبصرة الحكام – لابن فرحون – ج ٢ ص ٢٠٤ - .

³ - سنن أبي داود كتاب الحدود باب اذا تتابع في شرب الخمر والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الاشربة والحد فيها باب من اقيم عليه الحد
أربع مرات ثم عاد ص ٨ و ص ٣١٣ - .

بسبب العود , وبعضهم أجازها سياسةً , - أو مصلحةً . ونفصل فيما يلي أحكام القتل تعزيراً علي النحو التالي :-

المطلب الثاني

القتل - الإعدام - تعزيراً بسبب العود - (أقصى التعزير بسبب العود)

ذهب بعض الفقهاء إلي جواز إيجاب القتل تعزيراً , بسبب العود في الجريمة , بينما منعه آخرون - , علي النحو المفصل في البندين التاليين :-

البند الأول : المجيزون لإيجاب القتل تعزيراً بسبب العود :

ذهب المتأخرون من علماء الحنفية , وأبو مصعب من المالكية وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة , وفقهاء الإمامية والإباضية , إلي جواز إيجاب عقوبة القتل , علي المجرم الذي لا تزجره الحدود الشرعية , والعقوبات الزاجرة . فان عاد إلي الجرائم الحدية - أو الخطيرة - , بعد العقوبة الحدية , المرة تلو الأخرى , كالسارق وشارب الخمر , يحدان , ثم يعودان , ويحدان - ثلاثاً أو أربعاً فعندئذ يجوز إيجاب عقوبة الإعدام عليهما - . وليس ذلك من قبيل الحد , وإنما من قبيل التعزير - ¹ .

قال ابن عابدين : ((...) للإمام قتل السارق سياسة ... إن عاد) , ظاهره ولو في المرة الثانية . ولكن قيد بعضهم بما إذا سرق بعد القطع مرتين . وفي حاشية السيد أبي السعود ... إذا سرق ثالثاً ورابعاً , للإمام أن يقتله سياسة , لسعيه في الأرض بالفساد . قال الحموي : فما يقع من حكام زماننا من قتله أول مرة , زاعمين أن ذلك سياسة , جور وظلم وجهل , والسياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلظ ...)) ² .

لقد سوق هذا الفريق من الفقهاء , جواز إيجاب القتل , بسبب العود , في الجرائم الخطيرة , باعتباره من قبيل السياسة ودفع الفساد , وقد زاد ابن تيمية

¹ - راجع حاشية رد المحتار - لابن عابدين - ج ٤ ص ٦٣ و ص ١٠٣ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٦ ص ١٧٢ والفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٤ ص ٦٠١ والطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٥٧ وإعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ٤٨ والنهاية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٦٩٤ و ص ٧٠٦ و ص ٧١٣ وشرائع الإسلام للحلي ج ٤ صفحات ١٩٠ , ١٦١ , ١٧٠ , ١٧٦ , والعقد الثمين لابن حميد ج ٤ ص ٢٩٥ .

² - حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٣ .

اعتباراً آخراً هو قياسه علي حكم دفع الصائل , إذ جاء في الفتاوى الكبرى :- ((من تكرر منه فعل الفساد , ولم يرتدع بالحدود المقدرة , بل استمر علي ذلك الفساد , فهو كالصائل الذي لا يندفع إلا بالقتل , فيقتل . قيل : ويمكن أن يخرج شارب الخمر في الرابعة علي هذا))¹ .

أما ابن قيم الجوزية فقد اتفق مع بقية الفقهاء في التعليل , وقال بجواز إيجاب القتل بسبب العود في شرب الخمر - في الرابعة - دفعاً للفساد , والمرجع في ذلك هو اجتهاد الامام في المصلحة -² .

أدلة مجيزي إيجاب عقوبة القتل تعزيراً بسبب العود :

يستدل مجيزو عقوبة الإعدام , بسبب العود علي الجواز بما يلي :

١- بما روي عن جابر بن عبد الله قال :- ((جئ بسارق إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال : (اقتلوه) , فقالوا : يا رسول الله إنما سرق فقال : (اقطعه) . قال : فقطع . ثم جئ به الثانية فقال : (اقتلوه) فقالوا : يا رسول الله : إنما سرق . قال : (اقطعه) ... ثم أتى به الرابعة فقال : (اقتلوه) . فقالوا يا رسول الله : إنما سرق قال (اقطعه) . ثم أتى به الخامسة فقال : (اقتلوه) . قال جابر : فانطلقنا به فقتلناه (...))³ .
والحديث صريح في الدلالة علي قتل السارق العائد , بعد إيجاب وتنفيذ الحد عليه , إلا أنه قد قيد عدد مرات العود بخمس , وخالفه المتأخرون من فقهاء الحنفية , إذ قيدوا عدد المرات بثلاث أو أربع - كما وضح من نص حاشية رد المحتار الأنف ذكره - . ووجه قولهم هو : أن الحديث الشريف إنما قد دل علي جواز إيجاب عقوبة القتل سياسة , دفعاً للفساد الذي لا يندفع إلا بالقتل , وهذا القدر يختلف باختلاف الناس وأحوالهم , وتقدير ذلك للقاضي وفق القرائن والملابسات - .

٢- ما روي عن معاوية بن أبي سفيان قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : ((إذا شربوا الخمر فاجلدوهم , ثم إن شربوا فاجلدوهم , ثم إن شربوا فاجلدوهم , ثم إن شربوا فاجلدوهم , ثم إن شربوا فاجلدوهم)) . وفي رواية أبي هريرة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم

¹ - الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٤ ص ٦٠١ - .

² - راجع اعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ٨٤ - .

³ - رواه أبو داود في سننه في كتاب الحدود باب في السارق يسرق مراراً - .

قال : ((إذا سكر فاجلدوه , ثم إن سكر فاجلدوه , ثم أن سكر فاجلدوه , فان عاد الرابعة فاضربوا عنقه - وفي رواية فاقتلوه -))¹ .

والحديث صريح الدلالة علي جواز إيجاب قتل شارب الخمر تعزيراً بسبب العود , لأنه كالصائل الذي لا يندفع الا بالقتل . قال ابن القيم : ((فأمر بقتله إذا أكثر منه , ولو كان ذلك حداً , لأمر به النبي صلي الله عليه وسلم في المرة الأولى -))² . يعني : لو كان الأمر بالقتل حداً , لأمر به النبي صلي الله عليه وسلم في المرة الأولى , فإيجاب عقوبة القتل , بسبب العود في شرب الخمر , يكون بعد تكرار الشرب ثلاثاً أو أربعاً , - كما جاء في إحدى روايات الحديث -³ . والمتأخرون من الحنفية تركوا تحديد عدد مرات العود لتقدير الإمام - أو القاضي - واختار ابن القيم القتل في الرابعة , والإمامية في الثالثة -⁴ . ويبدو أن سبب الخلاف , هو : اضطرابات الروايات في عدد المرات , أو اختلافهم في تعليل الحكم - .

ضوابط إيجاب عقوبة الإعدام تعزيراً بسبب العود :-

مما عرض من رأي المجيزين وأدلته ونصوصهم , يمكن استنتاج قيود جواز إيجاب عقوبة الإعدام , تعزيراً بسبب العود , علي النحو التالي :-
أولاً: حدوث العدوان علي الأصول الخمسة , بمعنى أن تكون الجرائم المتكررة , من الجرائم الحدية , أو غيرها من الجرائم الخطيرة المماثلة لها - وليس فيها حد مقدر - كتكرر القتل بالمتقل لدي الحنفية - .

ثانياً : تكرر الجرائم الحدية أو ما يماثلها في الخطورة , من جنس واحد , لثلاث أو أربع مرات , كما تؤكد الأدة والنصوص , إذ وردت الأدلة بالقتل عند تكرر السرقة , وبلوغ مراتها خمساً , والقتل بالعود في الشرب ثلاثاً أو أربعاً . وقد أشارت النصوص الفقهية - والأدلة - إلي شرط وحدة جنس الجرائم المتكررة , حتي يتسنى إيجاب عقوبة القتل . وهذا النوع من التقييد بوحدة جنس الجرائم

¹ - سنن أبي داود - كتاب الحدود باب اذا تتابع في شرب الخمر والسنن الكبرى للبيهقي كتاب الاشربة والحد فيها باب من اقيم عليه الحد أربع مرات ثم عاد ج ٨ ص ٣١٣ قال بن حزم : هذان طريقان في نهاية الصحة - .

² - الطرق الحكمية - لابن القيم - ص ١٥٧ - .

³ - راجع سنن أبي داود كتاب الحدود باب اذا تتابع في شرب الخمر ج ٢ ص ٥١٧ ونصب الرأية ج ٣ ص ٣٤٧ - .

⁴ - راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٣ واعلام الموقعين ج ٢ ص ٨٤ والنهاية للطوسي ص ٧١٣ - .

المتكررة , هو ما يطلق عليه في الفكر القانوني المعاصر , (العود الخاص) . ولا يعني هذا أن (العود العام) لا يعتد به في الفقه الاسلامي , إذ أنه يعد ظرفاً مشدداً , غير أن التشديد بناءً عليه لا يرقى إلى إيجاب عقوبة القتل تعزيراً

ثالثاً : أن تكون الجرائم المتكررة قد عوقب عليها بعقوباتها المقدره شرعاً , فان لم يعاقب الجاني علي جرائمه – أو لم تنفذ عليه - , ثم أخذ , أو أخذ بعد تكرار الجرائم الحدية , فعندئذٍ يقضي عليه بإيجاب حد واحد , لأن الحدود هنا تتداخل -^١ .

ولعل الحكمة من إيجاب عقوبة الإعدام علي المجرم العائد , الذي تتوافر فيه الشروط الأنفة , هي التيقن من أن فسادة لا يندفع إلا بالقتل , وأن ليست ثمة فائدة من تكرار إيجاب ذات العقوبة السابقة - .

رأي ابن حزم الظاهري في إيجاب القتل بسبب العود :-

يعتد ابن حزم الظاهري , بإيجاب عقوبة القتل بسبب العود , في حالة واحدة , هي العود في شرب الخمر , غير أنه لا يراه من قبيل السلطة التقديرية – أو القتل تعزيراً , أو سياسة أو للمصلحة - , إذ أن إيجاب القتل علي شارب الخمر في الرابعة , يعد عنده من قبيل الحد , لوروده في الحديث الشريف بصيغة الأمر : (فاقتلوه) وفي رواية (فاقتلوه) وفي أخرى (فاضربوا عنقه) , والأمر للوجوب . قال ابن حزم :- ((الذي يفهم من الأمر , أن الأمر أراد أن يكون ما أمر به , وألزم المأمور ذلك -))^٢ .

أما العود في السرقة فلا قتل به عند ابن حزم , مهما بلغ عدد السرقات الموجبة للحد , بل لا يري سوي قطع اليد اليمني في السرقة الأولى , واليسري في الثانية , ثم بعدئذٍ يعزر السارق بالعود , لأن القران الكريم لم ينص إلا علي قطع الأيدي , إذ قال تعالي :- ((ث دُتْ -))^٣ .

قال ابن حزم :- ((فإنما جاء القرآن والسنة بقطع يد السارق , لا بقطع رجله , فلا يجوز قطع رجله أصلاً . وهذا ما لا إشكال فيه والحمد لله - , فوجب من هذا :

¹ - راجع روضة الطالبين للنووي ج ١٠ ص ١٦٦ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٦٩٤ - .

² - الاحكام في اصول الاحكام - لابن حزم - ج ٣ ص ٢٥٩ و ص ٢٦٣ - .

³ - سورة المائدة - من الآية ٣٨ - .

إذا سرق الرجل أو المرأة , أن يقطع من كل واحد منهما يداً واحدة , فان سرق أحدهما ثانية , قطعت يده الثانية , بالنص من القران والسنة , فان سرق الثالثة عزر وثقف , ومنع الناس ضرره , حتي يصلح حاله - ((^١ .

والنص يعني أن السرقة الحدية , بعد الثانية , تنقلب إلي سرقة عادية - تعزيرية - , ويعاقب عليها وفق ما يري الإمام أو القاضي ملائماً لتحقيق أهداف العقوبة , غير أنه لا يعاقب عليها بالإعدام - .

البند الثاني : المانعون لإيجاب القتل تعزيراً بسبب العود :-

ذهب المتقدمون من الحنفية , وفقهاء المالكية - سوي أبي مصعب - وفقهاء الشافعية والحنابلة - سوي ابن تيمية وابن القيم - والزيدية , إلي منع إيجاب القتل - أي الإعدام - تعزيراً بسبب العود -^٢ . وذلك لأن العود لا يضيف وصفاً زائداً علي ذات الفعل , أو علي أثره , فلا يسوغ تشديد العقوبة بناء عليه -^٣ .

أدلة مانعي إيجاب عقوبة القتل تعزيراً بسبب العود :-

أستدل المانعون علي عدم جواز إيجاب عقوبة القتل تعزيراً بسبب العود بما يلي :-
١- ما روي عن قبيصة بن ذؤيب قال : قال رسول الله صلي الله عليه وسلم :-
(إذا شرب الخمر فاجلدوه , وإن عاد فاجلدوه , فإن عاد فاجلدوه , فإن عاد فاقتلوه -)) . فأتى رسول الله صلي الله عليه وسلم برجل من الأنصار يقال له : (نعيمان) , فضربه أربع مرات , فرأي المسلمون أن القتل قد أحر , وأن الضرب قد وجب ((^٤ .

ووجه الدلالة في الحديث الشريف هو أنه قد أثبت جواز إيجاب القتل بالسنة القولية , - بالعود في الرابعة - , ثم أتى بالعائد في الشرب (نعيمان) , فأقام عليه حد الشرب , المرة تلو الأخرى , إلي أن بلغت المرات أربعاً : (فضربه أربعة مرات),

^١ - المحلي - لابن حزم - ج ١١ ص ٣٥٧ - .

^٢ - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج ٤ ص ٢٤٨ والعقد المنظم للحكام - لابن سلمون بهامش تبصرة الحكام - ج ٢ ص ٢٦٦ والجامع لأحكام القران للقرطبي ج ٦ ص ١٧٢ ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٤ ص ١٧٨ والمغني لابن قدامة ج ٨ ص ٢٦٤ والتاج المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٢١٢ و ص ٢٤٩ - .

^٣ - راجع التاج المذهب - للصنعاني - ج ٤ ص ٣٣٣ - .

^٤ - سنن أبي داود - كتاب الحدود باب اذا تتابع في شرب الخمر والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب الاشربة والحد فيها باب من اقيم عليه الحد أربع مرات ثم عاد ج ٨ ص ٣١٣ - .

فدل ذلك , بالسنة الفعلية – أن إيجاب القتل في الرابعة قد نسخ , أو لعله يؤول أن إيجاب القتل إنما باستحلاله الخمر وعدم قبول التحريم - ١ .

وبجانب ما في الرواية الأنفة من إشارة للنسخ , فقد ورد نسخ إيجاب القتل بسبب العود في الشرب صراحةً في رواية جاء فيها : ((فأتي بالنعيمان قد شرب في الرابعة فجلده ولم يقتله , فكان ذلك ناسخاً للقتل -)) ٢ .

وفي رواية البزار في (مسنده) : ((أتي بالنعيمان قد شرب الخمر ثلاثاً فأمر بضربه فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخاً -)) ٣ .

٢- ما روي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال :- ((إذا سرق السارق قطعت يده اليمني , فان عاد قطعت رجله اليسرى , فإن عاد ضمته السجن حتي يحدث خيراً . إني استحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها , ويستجي بها , ورجل يمشي عليها -)) ٤ .

ووجه الدلالة في الأثر هو : أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يتعد السجن تعزيراً , عند السرقة الثالثة , فلا قطع في الثالثة ولا الرابعة , وبدلالة الفحوى : فلا قتل بسبب العود في السرقة مطلقاً - .

وقد استنكر سيدنا علي رضي الله عنه , إيجاب القتل بسبب العود في السرقة , ولم يخالفه أحد , إذ روي أنه : ((أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق . فقال علي لأصحابه : ما ترون في هذا ؟ قالوا أقطعه يا أمير المؤمنين . قال : قتلته إذن وما عليه القتل . بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته ؟ بأي شيء يقوم علي حاجته ؟ فرده إلي السجن أياماً , ثم أخرجه فاستشار أصحابه , فقالوا مثل قولهم الأول . وقال لهم مثل ما قال أول مرة , فجلده جلدًا شديدًا ثم أرسله-)) ٥ .

١ - راجع نصب الراية للزيلعي ج ٣ ص ٣٤٦ - .
٢ - مجمع الزوائد للهيتمي - كتاب الحدود باب ما جاء في حد الخمر ج ٦ ص ٢٧٨ - .
٣ - نصب الراية - للزيلعي - ج ٣ ص ٢٤٧ - .
٤ - سنن الدارقطني - كتاب الحدود حديث رقم ٢٨٧ ج ٣ ص ١٨٠ وراجع نصب الراية ج ٣ ص ٣٧٤ - .
٥ - سنن الدارقطني - كتاب الحدود حديث رقم ٢٨٧ و ٢٨٨ ج ٣ ص ١٨٠ وراجع نصب الراية ج ٣ ص ٣٧٥ - .

والنص صريح في الدلالة علي عدم جواز إيجاب حد القطع , أكثر من مرتين علي السارق . كما يدل النص علي تبدل العقوبة الحدية إلي تعزيرية , من السرقة الثالثة فصاعداً . وهذا هو المقرر لدي جمهور فقهاء الحنفية والحنابلة والظاهرية والزيدية , وهو رأي الحسن والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري -^١ . خلافاً للمالكية , والشافعية , إذ يرون القطع أربعاً , ثم التعزير من السرقة الخامسة فصاعداً .

وسبب الخلاف بين فقهاء فريق المانعين إيجاب القتل تعزيراً بسبب العود – أي خلاف بعضهم مع بعض - , هو اختلاف الروايات في عدد مرات القطع . فالقائلون بإيجاب العقوبة التعزيرية من السرقة الثالثة فصاعداً , يستدلون بما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه , - وقد أوردناه آنفاً – أما القائلون بإيجاب العقوبة التعزيرية من السرقة الخامسة فيستدلون بحديث أبي هريرة رضي الله عنه , وفيه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال :- ((إذا سرق السارق , فاقطعوا يده , فإن عاد فاقطعوا رجله , فإن عاد فاقطعوا يده , فإن عاد فاقطعوا رجله))^٢ .

وهذا الحديث المفسر كيفية القطع , صريح الدلالة علي إيجاب حد القطع أربعاً , فلا يصار إلي التعزير إلا من الخامسة فصاعداً .

مناقشة المانعين لأدلة المجيزين :-

القائلون بعدم جواز إيجاب القتل تعزيراً بسبب العود , ردوا أدلة المجيزين فقالوا :-
١- أن حديث إيجاب القتل في السرقة الخامسة منسوخ . جاء في (شرح فتح القدير – لابن الهمام -) :- ((... ولئن سلم , يحمل علي الانتساح , لأنه كان في الابتداء تغليظ الحدود . ألا تري أن النبي صلي الله لي وسلم قطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسلم أعينهم , ثم انتسخ ذلك ...))^٣ .

^١ - راجع شرح فتح القدير – لابن الهمام – ج٤ ص ٢٤٨ والمغني لابن قدامة ج٨ ص ٢٦٤ والمحلي – لابن حزم – ص ١١ و ص ٣٥٥ والتاج المذهب للصنعاني ج٤ ص ٢٤٩ .-

^٢ - سنن الدرقي – كتاب الحدود حديث رقم ٢٩٢ ج٣ ص ١٨١ وراجع نصب الرأية للزيلعي ج٣ ص ٣٧٢ وراجع استدلال الشافعية بالحديث في : (مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج٤ ص ١٧٨) - .

^٣ - شرح فتح القدير – لابن الهمام – ج٤ ص ٢٤٨ .

وفي مغني المحتاج :- ((وما استدل به من أن النبي صلي الله عليه وسلم قتله (أي السارق العائد) , أوجب عنه بأنه منسوخ , أو محمول علي أنه بزنا أو استحلال , كما قاله الأئمة -))^١ .

أما حديث إيجاب القتل بسبب العود في شرب الخمر فقد رده المانعون , مرة بدعوى النسخ , وأخري بتأويله بالاستحلال , أي استحلال شرب الخمر وعدم قبول تحريمه -^٢ .

٢- روايات أحاديث إيجاب القتل بسبب العود في السرقة - كلها ضعيفة الإسناد . فالحديث المستدل به , ضعفه الدارقطني , وقال ابن عبد الله والنسائي : إنه حديث منكر . وقال الطحاوي : تتبعنا هذه الآثار , فلم نجد لشيء منها أصلاً -^٣ .

٣- حديث جابر رضي الله عنه , الذي أمر فيه النبي صلي الله عليه وسلم قتل السارق من أول مرة ثم قال : (اقطعه) , وتكرر ذلك خمساً , فقتل في الخامسة , كان في شخص استحق القتل من أول مرة , بدليل أن النبي صلي الله عليه وسلم , أمر بقتله من المرة الأولى , وفي كل مرة , تكرر الأمر بالقتل , فكان الصحابة رضوان الله عليهم , يراجعونه بقولهم : (إنما سرق) . ويعني ذلك : أن قتله في الخامسة لم يكن بسبب العود , وإنما كان أمراً بالقتل سياسةً , لعلم النبي صلي الله عليه وسلم , استحقاؤه القتل , بدلالة ما في رواية أخري : أنه عندما سرق الخامسة , قال سيدنا أبو بكر : كان رسول الله صلي الله عليه وسلم أعلم بهذا حين أمر بقتله قائلاً : (إذهبوا به فاقتلوه) -^٤ .

٤- ثم أن المانعين قد ردوا أدلة المجيزين , بدليل عقلي يتمثل في أن كل معصية أوجبت حداً , لم يوجب تكرارها القتل , فضلاً عن أن تغليظ العقوبة لا يكون إلا بحدوث صفة زائدة علي ذات الجناية , أو علي أثرها , كذهاب عنصر جمالي , أو

^١ - مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٤ ص ١٧٨ - .
^٢ - راجع نصب الراية للزيلعي ج ٣ ص ٣٤٦ وعون المعبود - للعظيم ابادي ج ١٢ ص ١٨٤ - .
^٣ - راجع التعليق المغني علي الدارقطني - للعظيم ابادي - بذييل سنن الدارقطني ج ٣ ص ١٨١ ونصب الراية للزيلعي ج ٣ ص ٣٧٢ وشرح فتح القدير لابن الهمام ج ٤ ص ٢٤٨ ومغني المحتاج ج ٤ ص ١٧٨ - .
^٤ - هذه الرواية أوردها الحاكم في المستدرک - في كتاب الحدود في حكاية سارق قتل في الخامسة ج ٤ ص ٣٨٢ , وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه - وراجع شرح القدير - لابن الهمام - ج ٤ ص ٢٤٨ .

ذهاب بعض النفع , وهذا لا يصدق في صفة التكرار في جرائم الحدود , فلا يجوز تشديد العقوبة فيها بسبب العود - ١ .

٥- وأخيراً فقد رد المانعون أدلة المجيزين بدلالة استقراء الواقع , إذ لا يتصور أن يكون الرسول صلي الله عليه وسلم قد أمر بإيجاب عقوبة القتل , في السرقة الخامسة , أو عاقب بذلك فعلاً , ولا يكون لدي الصحابة علم بذلك , يصدعون به , ويخبرون به علياً رضي الله عنه , وأقل ما تقضي به العادة , أن ينقل الخبر لغائبهم. أما أن لا يحدث شيء من ذلك , فمستبعد - ٢ .

الرأي المختار :-

مما سبق عرضه , تبين وثاقفة وحجية أدلة مجيزي إيجاب القتل تعزيراً بسبب العود . وبالأخص تلكم الأدلة المحتج بها في حكم العود بالشرب , وقد رأينا تعليق ابن حزم عليها , إذ قال : ((فهذان طريقان في نهاية الصحة)) - ولم يطعن المانعون في إسناد هذه الأحاديث - أعني أحاديث القتل بالعود في شرب الخمر - , وإنما ادعوا نسخها , بدلالة أن النبي صلي الله عليه وسلم لم يقتل (النعيمان) .
ورغم تسليمتنا بما خلص إليه ابن حزم الظاهري من وجوب الاعتداد بأحاديث إيجاب القتل بسبب العود في شرب الخمر , إلا أننا لا نسلم أن إيجاب القتل بسبب العود في الشرب , كان من قبيل الحد - كما قرره ابن حزم - , إذ أنه كان من قبيل التعزير - أو من قبيل السياسة - كما اصطلح عليه المتأخرون من فقهاء الحنفية , أو قل من قبيل المصلحة - كما في اختيار ابن قيم الجوزية , أو دفعاً للفساد , وقياساً علي حكم الصائل كما يري ابن تيمية , - ولا فارق يذكر بين هذه العبارات , ولا مشاحة في المصطلحات , علماً بأنها جميعاً تتضمن معني : (المصلحة) - .

إن من الدلائل علي أن إيجاب عقوبة القتل بسبب العود في شرب الخمر , يعد من قبيل التعزير , حديث قبيصة بن ذؤيب الذي استدل به المانعون , إذ أن فيه الضرب في الرابعة , بدلاً من إيجاب القتل , وأنه صلي الله عليه وسلم أتى برجل قد

1 - راجع مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٤ ص ١٧٨ والتاج المذهب للصنعاني ج ٤ ص ٣٣٣ - .
2 - راجع شرح فتح القدير - لابن الهمام - ج ٤ ص ٢٤٩ - .

شرب الخمر في الرابعة , فجلده ولم يقتله . - ويحمل ذلك - في تقديرنا والله أعلم - علي أنه كان نوعاً من ممارسة السلطة التقديرية , المفوضة له عند نظر أقضية التعازير . ولعله رأي من الجاني عدم استحكام الفساد فيه , فلم يبالغ في عقوبته , أو لعله اعتبر بعض ظروف الحال - . وينبغي ملاحظة أن حمل الحديث علي هذا الوجه , فيه إعمال للنصين , أي نص إيجاب القتل بالعود , ونص التعزير بالضرب في الرابعة , وإعمال النصين علي نحو ما سلف , أولي من إهمال أحدهما .

ويعضد هذا الاتجاه في التأويل , ما ذكره (العظيم آبادي) , إذ قال عن حديث قبيصة : أنه واقعة عين لا عموم لها , وأن أحاديث القتل بسبب العود في شرب الخمر - في الرابعة - أحاديث قول , وحديث قبيصة حديث فعل , والقول مقدم علي الفعل , لأنه تشريع عام , والفعل قد يكون خاصاً - ^١ . وهذا التقرير الذي خلص إليه : (العظيم آبادي) , يعضد التأويل الذي نميل إليه , من أن إيجاب القتل بسبب العود في شرب الخمر - في الرابعة - , إنما هي عقوبة تعزيرية , لأنه لا يتصور التعارض بين أقواله صلي الله عليه وسلم وأفعاله , فيما يكون فيه الحكم حديثاً - .

أما دعوى النسخ الذي دفع به المانعون , فهي غير سديدة , ولا يعضدها دليل - ^٢ . فالنسخ لا يكون إلا بنص صريح , في مرتبة الدليل المرفوع , ولا نسخ بتأويل , أو ترك أمر , فضلاً عن أن ادعاء النسخ , لعموم رفع التخليط , واعتبار التخليط سياسة جنائية مرحلية , بدلالة عقاب النبي صلي الله عليه وسلم , العرنيين بعقوبة مغلظة , وادعاء نسخ ما عوقبوا به , يعد ادعاء من غير دليل , لأن النبي صلي الله عليه وسلم إنما عاقب العرنيين , بالقطع من خلاف والسمل قصاصاً ومعاملة لهم بالمثل , امثالاً لقوله تعالى:- ((وؤي ي بـ -))^٣ . فلا يصح القول : أن آية المحاربة من سورة المائدة قد نسخت تلكم العقوبة المغلظة - ^٤ . وإذا تقرر هذا : كان دعوى النسخ الذي دفع به المانعون ادعاءً بغير دليل - .

^١ - راجع عون المعبود - للعظيم آبادي - ج ١٢ ص ١٨٥ - .

^٢ - راجع المرجع السابق ج ١٢ ص ١٨٤ - .

^٣ - سورة النحل - من الآية ١٢٦ - .

^٤ - راجع جامع البيان عن تأويل أي القران - للطبري - ج ١٠ ص ٢٤٥ - .

إنه رغم رد المانعين , أحاديث إيجاب القتل بسبب العود في السرقة , إلا أن المتقدمين من الحنفية , قد حملوا عدول سيدنا علي رضي الله عنه , عما استدل به المجيزون (أي عن حديث جابر رضي الله عنه) , بأنه كان – فيما يبدو - : ((لعلمه أن ذلك ليس حداً مستمراً , بل من رأي الإمام قتله , لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الأرض , وبعد الطباع عن الرجوع , فله قتله سياسة ...))¹ . وهذا القدر الذي سلموا به , يكفي لإقامة الحجة عليهم , للتدليل علي جواز إيجاب القتل بسبب العود في السرقة تعزيراً - .

أما النعي بالضعف علي أدلة جواز إيجاب القتل بسبب العود في السرقة , فلا يسعف المانعين , إذ أن في أحاديث جواز إيجاب القتل بسبب العود في شرب الخمر , كفاية لتقرير مبدأ : (جواز إيجاب القتل تعزيراً بسبب العود في جرائم الحدود) , متي ما رأي الإمام , أو القاضي المفوض , بلوغ الجناة درجة الفساد الذي لا يندفع إلا بالقتل - , وهذا هو ذات ما سلم به المتقدمون من الحنفية آنفاً - . أما عدد مرات العود التي يجوز بعدها إيجاب القتل تعزيراً , فإن في اختلاف الروايات – علي نحو ما سبق عرضه - , سعة لمزيد من استخدام السلطة التقديرية , وفقاً لمقتضيات ظروف الحال والمقال والمآل , والزمان والمكان - .

المطلب الثالث

القتل تعزيراً للمصلحة ودفع الفساد

القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي أن العقوبات للزجر والجبر والإصلاح , فلا يعاقب الجناة بعقوبة الإعدام , إلا عند اقتضاء الضرورة . ومن هنا جاءت الحدود الشرعية بالقاضية بإيجاب القتل في أضيق نطاق .

أما فيما يتعلق بإيجاب القتل – الإعدام – تعزيراً للمصلحة , فقد ذهب بعض الفقهاء إلي جواز ذلك , عند اقتضاء المصلحة , أو عند اقتضاء ضرورة دفع

¹ - شرح فتح القدير – لابن الهمام – ج ٤ ص ٢٤٩ - .

الفساد , بينما ذهب آخرون إلي المنع , وفيما يلي عرض هذين الرأيين في بندين متتالين :-

البند الأول

رأي مجيزي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة

ذهب فقهاء الحنفية و المالكية وبعض الحنابلة , كابن عقيل وابن تيمية وابن القيم , وفقهاء الإمامية , وبعض الإباضية , إلي جواز إيجاب القتل تعزيراً , إذا اقتضت المصلحة ذلك , أو إذا كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله , كقتل الجاسوس , ودعاة الفتنة من أهل البدع والأهواء , كالداعي إلي الإلحاد , والساعي إلي تفريق الجماعة والزنادقة .

جاء في (حاشية رد المحتار) : ((... (ويكون التعزير بالقتل) ... من أصول الحنفية أن مالا قتل فيه عندهم , مثل القتل بالمثل .. فلإمام أن يقتل فاعله , إذا رأي المصلحة في ذلك ... ويسمونه القتل سياسة ... ومن تكرر منه الخنق في مصر , قتل به سياسة , لسعيه بالفساد , وكل من كان كذلك , يدفع شره بالقتل -))¹

لقد عدد فقهاء الحنفية أنواعاً من الجرائم التي يجوز فيها إيجاب القتل – عقوبة الإعدام – تعزيراً عندهم , مثل السحر والزندقة والكهانة , فهذه الجرائم – علي سبيل المثال – توجب عقوبة الإعدام سياسة , كما يوجبونها علي الداعي إلي الإلحاد , والإباحي الذي يعتقد إباحة المحرمات .

قال ابن عابدين :- ((... قوله : الداعي إلي الإلحاد ... والإباحي , أي الذي يعتقد المحرمات , وهو معتقد الزنادقة ... ومن جنس ذلك , ما يدعيه من يدعي التصوف , أنه بلغ حالة بينه وبين الله تعالي , أسقطت عنه الصلاة , وحل له شرب المسكر والمعاصي , وأكل مال السلطان وهذا مما لا أشك في وجوب قتله , إذ ضرره في الدين أعظم , وينفتح به باب من الإباحة لا ينسد ... والمبتدع لو له دلالة , ودعوة الناس إلي بدعته , ويتوهم منه أن ينشر البدعة , وإن لم يحكم بكفره , جاز

¹ - حاشية رد المحتار – لابن عابدين – ج ٤ ص ٦٣ - .

للسلطان قتله , سياسة زجراً , لأن فساده أعلي وأعم , حيث يؤثر في الدين .
والبدعة لو كانت كفراً , يباح قتل أصحابها عاماً , ولو لم تكن كفراً يقتل معلمهم
ورئيسهم , زجراً وامتناعاً ...))^١ .

ويتفق فقهاء المالكية , مع فقهاء الحنفية , في إيجاب قتل الجاسوس والساحر
والزنديق ودعاة الفتنة من أهل البدع والأهواء , إذا رأي الإمام مصلحة في إيجاب
القتل -^٢ . وهذا هو اختيار ابن عقيل وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة -^٣ . كما
أختره فقهاء الإمامية , وأبو المؤثر من فقهاء الإباضية -^٤ .

ويلاحظ أن إجازة هؤلاء الفقهاء , إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة , لا يعني
أن للقاضي - في النظام الإسلامي - أو المشرع في عصرنا الحاضر - , مطلق
الحرية في تقدير وجه المصلحة التي تبرر إجازة إيجاب القتل . إذ أن المصلحة
المعتد بها , هي التي تعد مقصداً أساسياً من تشريع العقوبات , صيانة للأصول
الخمسة (الدين , النفس , العقل , النسل والمال) , فكل ما يؤدي إلي حفظ هذه
الأصول , يعد مصلحة في نظر الشرع الحنيف , كما أن كل ما يؤدي إلي تقويتها
يعد مفسدة , واجبة الدفع , ولا يخفي أن دفع مثل هذه المفسدة ذاته فيه تحقيق لمقصد
الشارع في صيانة هذه الأصول , ومن ثم كان دفع المفسدة من هذا النوع , من قبيل
المصلحة -^٥ .

إن المصلحة التي تسوغ تقدير إيجاب عقوبة الإعدام - بالمعني السابق
ذكره - , تتسم بمرونة فائقة , بحيث ينجم عن ترك تقديرها لمجرد العقل , مخاطر
جمة , تجعلها هي ذاتها من ذرائع المفساد , إذ لا يؤمن من تحكم الهوى , كما لا
يؤمن تضارب الأحكام , لتفاوت الأنظار والعقول - . وسداً لذريعة هذه المفساد ,
التي يحتمل دخولها من باب المصلحة , فقد روى عدم ترك هذا الباب مشرعاً علي
مصراعيه , وذلك بأحكام منافذه , بضوابط من شأنها أن تكبح جماح العقول , وتسد

¹ - حاشية رد المحتار - لابن عابدين - ج ٤ ص ٢٤٣ - .

² - راجع تبصرة الحكام - ج ٢ ص ١٩٧ - .

³ - راجع السياسة الشرعية - لابن تيمية - ص ٩٩ والفتاوي الكبرى - لابن تيمية - ج ٤ ص ٦٠ وزاد المعاد لابن القيم ج ٢ ص ٦٨ - .

⁴ - راجع النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ص ٧١٣ والمصنف لأبي بكر الكندي ج ١٢ ص ٤٣ - .

⁵ - راجع المستصفي - للغزالي - ج ١ ص ١٤٠ - بتصرف - .

مداخل هوى النفوس , عند تقدير المصلحة ذاتها , أو إيجاب الأحكام بناءً عليها - .
وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي :-

- ١- وجوب اندراج المسألة المعنية في مقاصد الشارع , من حماية الفضيلة , وصيانة المجتمع من المفساد والمهلكات , وتحصيل المنفعة العامة - .
 - ٢- عدم تقويتها مصلحة أهم منها , مع وجوب تلاؤمها مع أصول الشرع النقلية والعقلية , وعدم معارضتها لحكم أو مبدأ شرعي - .
 - ٣- وجوب أن تكون عامة , مقطوعاً بها , غير شخصية ولا متوهمة . وينظر في تقرير عمومها , إلي عموم الناس وليس إلي بعضهم - ^١ .
- تلكم بإيجاز هي الضوابط التي يجب مراعاتها , عند تقدير المصلحة , وإيجاب الاحكام بناءً عليها . ويلزم التقيد بها درءاً لمخاطر الهوى , وتفاوت الأنظار والعقول .

يقول الشيخ محمد أبو زهرة :- ((وبذلك تكون القوانين لحماية المصالح المعتبرة في المجتمع , من غير أن يكون للهوى الشخصي أثر في تقدير العقوبة . إنما كون تقديرها بمقدار ما فوت علي المجتمع من خير , وما أنزل بالمجني عليه من ضرر , وبمقدار ما يتحمل الجاني من تبعه . وأن هذا بلا ريب أساس سليم , لأن قوانين العقوبات سواء كانت تستمد في أصلها من السماء , أم كانت من وضع أهل الأرض , يجب أن يكون المقصود بها , تنظيم مصالح الناس وحمايتهم من الفساد -)) ^٢ .

أدلة جواز إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة :-

يستدل لجواز إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة , فيما لا يندفع فيه فساد الجاني , إلا بإعدامه - , بما يلي :-

- ١- ما رواه الشيخان – بإسنادهما – عن أبي سعيد الخدري قال : ((بعث علي رضي الله عنه , وهو باليمن بذهبة في تربتها إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم , فقسمها رسول الله صلي الله عليه وسلم ... فقال رجل ... اتق الله يا محمد , فقال

¹ - راجع ضوابط المصلحة د. البوطي ص ١١٩ وما بعدها والوسيط في أصول الفقه الاسلامي د. وهبة الزحيلي ص ٥١٣ - .
² - العقوبة – لأبي زهرة – ص ٤٢ - .

رسول الله صلى الله عليه وسلم : فمن يطع الله إن عصيته , ايأمنى علي أهل الأرض , ولا تأمنوني . قال : ثم أدبر الرجل , فاستاذنه رجل من القوم في قتله ... فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن من ضئضى هذا قوماً يقرأون القرآن , لا يجاوز حناجرهم ... يمرقون من الإسلام كما يمرق السهم من الرمية , لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد -))^١ .

ووجه الدلالة في الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم , قد ذكر اولئك القوم - الخوارج - , وحكم باستحقاقهم القتل , لما هم فيه من فساد , فدل ذلك علي جواز إيجاب القتل تعزيراً , علي من لا يندفع فساده إلا بالقتل . ويدل علي أن الخوارج هم المذكورون : ما روي عن يسير بن عمر : قال ((سألت سهل بن حنيف : هل سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يذكر الخوارج ؟ فقال : سمعته ... قوم يقرأون القرآن بألسنتهم , لا تعدو تراقيهم ... (وذكر الحديث) -))^٢ . وبذلك استيقن أن الخوارج هم الذين أجاز دفع فسادهم بإيجاب القتل عليهم - كما في النص - , وهو قتل تعزيري , ويمكن تعدية هذا الحكم , إلي كل حالة تماثلها , وتشاركها في علتها -^٣ .

٢- ما روي أن لبيداً بن الأعصم , سحر النبي صلى الله عليه وسلم , فلم يقتله -^٤ . بينما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه - قبل وفاته بسنة - , كتب إلي جزي بن معاوية - عم الأحنف بن قيس - قائلاً :- ((اقتلوا كل ساحر وساحرة . قال بجالة : فقتلنا في يوم , ثلاث سواحر -))^٥ .

ووجه الدلالة من جملة الأثرين , يتمثل في أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل الساحر , بينما أمر سيدنا عمر رضي الله عنه بقتله , قبل وفاته بسنة , ثم قتل الصحابة الساحر من بعده , ولو أن قتل الساحر كان حداً , لفعله النبي صلى الله عليه وسلم , وما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بخلاف ما قضي به النبي صلى الله

^١ - متفق عليه . وهذا من لفظ مسلم في صحيحه في كتاب الزكاة باب ذكر الخوارج وصفاتهم ج ١ ص ٤٢٦ وفي البخاري في كتاب استنابة المرتدين والمعاندين باب قتل الخوارج والملحدين ج ٤ ص ١٣٩ .
^٢ - روه مسلم في صحيحه في كتاب الزكاة باب الخوارج شر الخلق والخليقة ج ١ ص ٤٣١ .
^٣ - راجع عون المعبود للعظيم ابادي ج ١٣ ص ١٠٦ .
^٤ - راجع صحيح البخاري كتاب الطب باب السحر ج ٤ ص ١٥ .
^٥ - مسند أحمد بن حنبل - روه في مسند سعيد بن زيد رضي الله عنه ج ١ ص ١٩٠ ١٩١ , وسنن أبي داؤد في كتاب الأمانة باب أخذ الجزية من المجوس .

عليه وسلم في شأن الساحر - وإقرار الصحابة له - إلا دليل علي أن الحكم بإيجاب قتل الساحر , إنما هو تعزير , وإلا فما سكت الصحابة علي تجاوز حد شرعي . وإذا تقرر هذا : فقد أمكن القول بجواز إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة ودفع الفساد , في كل حالة يري استحالة دفع فسادها بغير القتل - .

٣- ما روي عن سيدنا علي رضي الله عن قال :- ((بعثني رسول الله صلي الله عليه وسلم أنا والزبير والمقداد , فقال : (انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ , فإن بها طعينة معها كتاب , فخذوه منها) . فانطلقنا تتعادي بنا خيلنا , حتى أتينا الروضة , فإذا نحن بالطعينة , فقلنا : هلمى الكتاب . فقالت : ما عندي من كتاب . فقلت : لتخرجن الكتاب , أو لنلقين الثياب . فأخرجته من عقاصها . فأتينا به النبي صلي الله عليه وسلم , فإذا هو من حاطب بن أبي بلتعة , إلي ناس من المشركين , يخبرهم ببعض أمر رسول الله صلي الله عليه وسلم . فقال : (ما هذا يا حاطب ؟) , فقال : يا رسول الله : لا تعجل علي , فإنني كنت إمرأً ملصقاً في قرش , ولم أكن من أنفسها , وإن قريشاً لهم قرابات , يحمون بها أهليهم بمكة . فأحبيت إذ فاتني ذلك , أن أتخذ فيهم يداً يحمون قرابتي بها . والله يا رسول الله , ما كان لي من كفر ولا ارتداد . فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (صدقكم) . فقال عمر : دعني أضرب عنق هذا المنافق . فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : قد شهد بدراً . وما يدريك لعل الله اطلع علي أهل بدر فقال : أعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم -))^١ .

ففي هذا الحديث , لم يقتل النبي صلي الله عليه وسلم , الجاسوس الذي يعمل لصالح العدو , بينما يروي أنه أمر بقتل جاسوس آخر , يسمى : (فرات بن حيان) , وكان عيناً لأبي سفيان -^٢ .

ووجه الدلالة في جملة الحديثين : أن النبي صلي الله عليه وسلم , قد أمر بقتل الجاسوس مرةً , وتركه في أخرى , ودل ذلك على أن القتل في حق الجاسوس عقوبة تعزيرية , خاضعة لمدي الضرر الناجم عن الجس , وغير ذلك من ملابسات الحال - .

^١ - سنن أبي داود كتاب الجهاد باب في حكم الجاسوس إذا كان مسلماً - .
^٢ - سنن أبي داود - كتاب الجهاد باب في الجاسوس الذمي - .

٤- وقد استدل مجيزو إيجاب القتل تعزيراً بالقياس , إذ أجازوا قتل من لا يندفع فسادَه إلا باستئصاله , قياساً علي الصائل , الذي لا يندفع شره إلا بالقتل فيقتل - ^١ .
فالدليل النقلى قد ورد بجواز قتل الصائل , إذ روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال :- ((من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد -)) ^٢ . قال العلقمي :- ((أي من قاتل الصائل علي ماله ... فقتل في المدافعة ... -)) ^٣ . فالعلة المبيحة لقتل الصائل , هي عدم إمكان دفع فسادَه إلا بالقتل , وحيثما وجدت هذه العلة جاز التفريع علي حكم الأصل - .
وان جاز في حكم الأصل , لكل أحد دفع فساد الصائل , وإن بالقتل عند اقتضاء الضرورة , فأولي أن يجاز ذلك لمن يناط به حراسة وصيانة النفوس والأعراض والأموال - .

البند الثاني

رأي مانعي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة

ينقسم مانعو إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة إلي طائفتين :

الطائفة الأولى : وهي المخففة في المنع .

والطائفة الثانية : وهي المشددة في المنع .

وفيما يلي عرض رأي كل طائفة علي حدة - .

الطائفة الأولى : المخففة في المنع :

يذهب جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة - سوي ابن عقيل وابن تيمية وابن القيم - وفقهاء الزيدية , إلي عدم جواز إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة إلا أنهم - رغم هذا المنع - يتوسعون في القياس , ويجيزون القتل حداً في الجرائم الخطيرة التي تكون من جنس الجرائم الحدية , متي كان للمقيس ذات علة المقيس عليه - .

¹ - الفتاوى الكبرى - لابن تيمية - ج ٤ ص ٦٠١ - .

² - سنن أبي داود - كتاب السنة باب في قتال اللصوص - .

³ - عون المعبود - للعظيم ابادي - ج ١٣ ص ١٢١ - .

ويتمخض عن اختلاف المنهج بين المجيزين والمانعين , اتساع دائرة جواز إيجاب القتل حداً لدي المانعين من هذه الطائفة , وضيقها لدي المجيزين . وفي ذات الوقت تتسع دائرة الجرائم التي يجوز معاقبتها بإيجاب القتل تعزيراً , لدي المجيزين, عنها لدي المانعين . ومن ثم فإن سلطة القاضي التقديرية – في الفقه الإسلامي – , تتسع حيث اتساع دائرة جواز إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة – أي لدي المجيزين - , وتضيق حيث اتساع دائرة الحدود – علي النحو المفصل آنفاً – أي لدي المانعين - .

الطائفة الثانية : المشددة في المنع :

يمثل هذه الطائفة , بعض فقهاء الشافعية , وفقهاء الظاهرية والإباضية في الأشهر . وهم أكثر الفقهاء تشديداً في منع إيجاب القتل , إذ انهم بجانب منع إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة , لا يعتدون بمنهج الطائفة الأولى من المانعين , بل لا يعتدون أصلاً بإيجاب القتل إلا حيث ورد به النص , فلا قتل , تعزيري , للمصلحة, ولا قتل حدي بقياس - . ويستعاض عنهما باطالة الحبس أحياناً , والجمع بين الحبس والمبالغة في النكاية أحياناً أخرى . الأمر الذي جعل عقاب كثير من الجرائم الخطيرة , لا يبلغ إلي إيجاب القتل عندهم , ويكتفي فيها بالتعزير , مع مراعاة ضوابط الحد الأعلى للتعزير . فلا يوجب القتل – لدي هذه الطائفة – علي من يفتري علي الله ورسوله صلي الله عليه وسلم , من أهل البدع و الأهواء , ولا يوجب القتل عندهم علي من يرتكب جريمة اللواط , ولا علي من تتكرر منه العودة إلي السرقة – بعد الحد - , ولا علي خلاف ذلك من الجرائم الخطيرة التي لا نص – ولا إجماع – بإيجاب القتل فيها - ¹ .

ويلاحظ أن ابن حزم الظاهري قد أتفق مع فقهاء الطائفة الأولى من المانعين إيجاب قتل الساحر حداً للردة , غير أنه لا يعتبر ذلك من قبيل القياس علي حكم

¹ - راجع مغني المحتاج للخطيب الشربيني ج ٤ ص ١٢٤ وص ١٩٣ والأحكام السلطانية للما وردى ص ٥٨ والمحلي لابن حزم ج ١١ ص ٢٨٧ وص ٣٨٥ والمصنف لأبي بكر الكندي ج ١٢ ص ٣٤ وص ٤٣ و ٤٤ .

الردة وانما يعتبره حكماً حدياً أصلياً , إذ الساحر عنده يستوجب القتل حداً , لثبوت كفره , لا لمجرد سحره , أو ما يفضي إليه سحره - ١ .

أدلة مانعي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة (ومناقشتها) :

يستدل مانعو إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة بما يلي :-

١- ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال :- ((حد الساحر ضربة بالسيف -)) ٢ .

والحديث صريح في : أن الساحر إنما يقتل حداً وليس تعزيراً للمصلحة , أو دفعاً للفساد , لأنه بسحره يكون مرتدأً , فيجب عليه حد الردة - . وقد سمي القران الكريم السحر كفرةً , إذ قال تعالى : ((ولكن الشياطين كفروا , يعلمون الناس السحر)) , فيعلمون بدل من كفروا , فتعليم السحر كفر - ٣ . ويؤكد كون عقوبة الساحر بالقتل , تعد من قبيل حد الردة - لدي هذه الطائفة - منعهم إيجاب قتل الساحر من أهل الكتاب , لأنه كافر أصلاً , أو لأن ما هو عليه من الكفر أعظم - ٤ . فإن لم يجب عليه القتل بالأعلى لم يجب عليه بالأدنى - , بيد أن السحر لم يستوجب الحد بمجردة , وإنما لتعديه حد الكفر - بعد الإيمان - , فيحد عندئذٍ للردة . ويكون تأويل الحديث : أن الساحر المسلم الذي يتعدى بسحره إلي الكفر , يقتل حداً للردة - . وعليه فإن ما ذهب إليه المجيزون من قتل الساحر تعزيراً للمصلحة , يعد اجتهاداً في موضع النص - .

١ - راجع المحلي لابن حزم - ج ١١ ص ٣٩٤ - .

٢ - رواه الترمذي في أبواب الحدود - باب ما جاء في حد الساحر . وقال لا نعرفه مرفوعاً الا من هذا الوجه . وقال المباركفوري : ضعيف - .

٣ - راجع المحلي - لابن حزم - ج ١١ ص ٣٩٦ - .

٤ - راجع المغني - لابن قدامة - ج ٨ ص ١٥٥ - والمحلي لابن حزم ج ١١ ص ٣٩٥ - .

وقد رد مجيزو إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة فقالوا :- إن الحديث ضعيف لا يحتج به , ولم يعمل الصحابة به , بدليل أن سيدنا عمر رضي الله عنه أمر بقتل الساحر , قبل وفاته بسنة. فدل ذلك علي أنه إنما رأي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة, إذ لو كان حداً لما خفي علي أبي بكر وعمر وبقية الصحابة رضوان الله عليهم - . ثم إنه لا يسلم التفريق بين المسلم والكافر هنا , لأن العبرة من إيجاب القتل هي دفع فساد الساحر – وهو قدر مشترك بينهما - , ولأن السحر جنائية أوجبت عقوبة القتل علي المسلم , فكذلك الذمي , فيستويان هنا كما استويا في القصاص جزاءً عن عمد القتل - ¹ . هذا فضلاً عن أن سيدنا عثمان رضي الله عنه , قد أنكر علي أم المؤمنين حفصة قتل الساحرة , ولو كان حداً لما أنكره - ² .

٢- واستدل المانعون أيضاً : بما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال :- ((لا يحل دم أمريء مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأن محمد رسول الله , إلا بإحدي ثلاث , الثيب الزاني , والنفس بالنفس , والتارك لدينه المفارق للجماعة -)) ³ .

ويتمثل وجه الدلالة في : أن الحديث قد حصر ما يجوز فيه إيجاب القتل – وهي إحدي ثلاث - , ذكرت في الحديث علي سبيل الحصر , وهي حالة الزاني المحصن , وعليه الرجم حداً , والنفس بالنفس قصاصاً , والتارك لدينه وعليه القتل حداً للردة - . فدل ذلك علي أن الحديث قد حصر أحوالاً بعينها , قدرت عقوباتها بالقتل حداً , فلا يتعدى بزيادة موجبات القتل إلي خلاف ما ذكر - .

وما استدل به المجيزون من قتل الساحر , ليس مما حصر بالحديث , لأن السحر بمجردة , لا يوجب القتل , أما إذا بلغ حد الكفر – بعد الإيمان - , فعندئذٍ يقتل الساحر حداً للردة , فلا يصح استدلال المجيزين , علي أن القتل إنما يوجب – تعزيراً – للمصلحة ودفع الفساد – علي نحو ما ذكر في موضعه - ⁴ .

¹ - راجع المغني – لابن قدامة – ج ٨ ص ١٥٥ - .

² - راجع المحلي – لابن حزم – ج ١١ ص ٣٩٥ - .

³ - رواه البخاري في صحيحه – كتاب الديات باب النفس بالنفس ج ٤ ص ١٣٢ ومسلم في كتاب القسامة باب ما يباح به دم المسلم ج ٢ ص ٤٠ وأبو داود في سننه – كتاب الحدود باب الحكم فيمن ارتد ج ٢ ص ٤٨٠ واحمد بن حنبل في مسنده – مسند عثمان بن عفان رضي الله عنه ج ١ ص ٦١ / ٦٣ / ٦٥ - .

⁴ - راجع المغني – لابن قدامة – ج ٨ ص ١٥٣ - .

ويرد علي ذلك بصنيع سيدنا عمر رضي الله عنه , إذ كتب أن : (أقتلوا كل ساحر وساحرة) , من غير إشارة إلي ما يبلغه الساحر بعمله , فضلاً عن أن لفظ (كل) , قطعي الدلالة في شمول إيجاب القتل واستغراقه كل جنس السحرة - . ويتعذر ادعاء : أن كل ساحر كافر – بعد إيمان - , فدل ذلك علي أن إيجاب القتل , إنما من قبيل التعزير دفعاً للفساد - .

الرأي المختار :-

لقد أبان العرض السابق لأقوال المجيزين والمانعين , مدي رجحان أدلة مجيزي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة , وبالمقابل فقد اعتمد المانعون علي حديث : (حد السحر) , وهو ضعيف . كما اعتمدوا علي حديث : (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدي ثلاث) , ولا يصح القول : أن هذا الحديث أورد موجبات القتل , علي سبيل الحصر . وبرهان عدم صحة هذا القول , يتمثل فيما أوردته أحداث صحيحة , من موجبات أخري للقتل , كحديث القتل للعود في شرب الخمر , وحديث (حد السحر) , الذي احتج به المانعون – رغم ضعفه - , فجاز الاحتجاج به عليهم . فكلمة : (الساحر) – في الحديث – جاءت مستغرقة كل الجنس , فاقضي ذلك عدم صحة ادعاء ورود الحديث بالحصر . ويلزم والحال هذا أن نصرف معني حديث : (لا يحل دم إمريِّ مسلم ...) , إلي أنه : لا يحل دم إمريِّ مسلم إلا بحق موجب له , والموجبات ليست محصورة , فتدخل فيها كل الجرائم الخطيرة , التي تقتضي المصلحة العامة , إيجاب عقوبة الإعدام عليها , أو تقتضي ضرورة دفع الفساد إيجابها . ولا شك أن النوازل والوقائع متجددة , فإن اعتبر في عصر الأئمة قتل الجاسوس , قتلاً بحق , لأنه يجسّ للعدو , فوجب دفع فساده – أو فساد مثله - , بإيجاب القتل عليه , وان اعتبر قتل الزنادقة والملحدين , وأهل الأهواء , الداعين إلي الفتنة , قتلاً بحق , فإن المصلحة تقتضي اعتبار كل قتل يوجب الإمام تحقيقاً

لمصلحة عامة محققة , أو دفعاً لمفسدة متيقنة , قتلاً بحق ما دام قد جانب هوي النفس عند إيجابه , والتزم ضوابط المصلحة , وعني بضوابط الشارع الحكيم - . أن الأدلة التي استدل بها المجيزون , لاباحة إيجاب عقوبة الإعدام تعزيراً للمصلحة , ليست قاصرة علي الأوجه المستدل لها , وإنما هي متعدية , ومتي وجدت علة حكم من أحكامها , في نازلة أو حادثة , فقد أمكن تعدية حكم الأصل إليها . وعلي هذا لا نري بأساً علي من ذهبوا - في عصرنا الحاضر - إلي إيجاب عقوبة الإعدام , علي الجرائم الخطيرة , التي لا يندفع فساد جناتها , إلا باستئصالهم , مثل إيجاب عقوبة الإعدام علي جرائم الاغتصاب والزنا , باستخدام القوة , قياساً علي حد الحرابة . ومثل إيجاب عقوبة الإعدام علي جرائم المخدرات في السودان ومصر - وغيرهما - , قياساً علي البغي , أو قياساً علي حكم الصائل , إذ أن المخدرات تصيب الدولة في عناصر نهضتها , وتقت في عضد الأمة , فهي حرب ضارية , تدمر فتوة شبابها , وتزلزلها من القواعد , ولا يندفع فساد العاملين عليها إلا باستئصالهم .

ففي السودان : نصت المادة ٤ (١) من قانون الحشيش والأفيون لسنة ١٩٢٤م - تعديل رقم (١) لسنة ١٩٨٩ علي أنه : (يحظر الاتجار في - أو زراعة - أو صناعة , أو حيازة الحشيش والأفيون بغرض الاتجار فيها , كما يحظر استيرادهما إلي السودان أو تصديرهما منه , وكذلك نقلهما داخل السودان , سواء كانا في طريقهما إلي قطر آخر أو غير ذلك) . وتنص المادة ٤ (أ) علي أنه : ((كل شخص يخالف البند (١) من هذه المادة , يعاقب بالإعدام أو السجن الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات ولا تزيد عن عشرين سنة)) .

ورغم أن تعديل عقوبة جرائم المخدرات , علي النحو الآنف ذكره , بلوغاً بها إلي إيجاب القتل - أي الإعدام - , أمر يحمد للمشرع السوداني , إلا أن القانون السوداني : (أي قانون الحشيش والأفيون لسنة ١٩٢٤ - تعديل لسنة ١٩٨٩) ينطوي علي جوانب قصور , - نأمل معالجتها قريباً - . , وأهمها : قصر العقوبة علي هذين النوعين من المخدرات , علي عكس القانون المصري , الذي جاء جامعاً

لأنواع المخدرات , الطبيعية والمخلقة وعقوباتها , إذ نصت المادة ٣٣ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ م (مكافحة المخدرات والاتجار فيها) , المعدل بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ علي أنه :-

((يعاقب بالاعدام وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه , ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه)) :

أ- كل من صدر أو جلب جوهرًا مخدرًا قبل الحصول علي الترخيص المنصوص عليه في المادة ٣ - .

ب- من أنتج أو أستخرج أو فصل أو صنع جوهرًا مخدرًا وكان ذلك بقصد الاتجار - .

ج- كل من زرع نباتًا من النباتات الواردة في الجدول رقم ٥ , أو صدره أو جلبه أو حازه , أو أحرزه أو أشتراه أو باعه أو سلمه أو نقله , أيًا كان طور نموه . وكذلك بذوره وكان ذلك بقصد الاتجار , أو اتجر فيه بأي صورة , وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانونًا - .

د- كل من قام وهو في الخارج بتأليف عصابة أو إدارتها أو التداخل في إدارتها , أو في تنظيمها , أو الانضمام إليها , أو الاشتراك فيها , وكان من أغراضها الاتجار في الجواهر المخدرة , أو تقديمها للتعاطي , أو ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة داخل البلاد - .

وقد ذهب القانون المصري المذكور إلي أبلغ من ذلك , إذ نصت المادة ٣٤ (١) علي إيجاب عقوبة الإعدام علي الوسطاء والعملاء في المواد المخدرة , بل إن المادة ٣٤ مكرر (١) قد قضت باعدام من يستدرج آخر لتعاطي المخدرات بالغش أو الإكراه - .

وهناك إيجاب عقوبة الإعدام علي الجرائم الاقتصادية الخطيرة , قياساً علي المحاربة أيضاً , فالالاقتصاد ذريعة قوة السلطان - . ولعل أهم أهداف الشرع الحنيف من تنظيم المعاملات الاقتصادية , ((دفع الناس إلي العمل , وبذل الجهد للكسب , وتنمية المال , بدلاً من الالتجاء إلي وسائل الاستغلال الوضيعة , للحصول علي

المال , بدون جهد أو عناء - . وكذلك من أهدافه إغلاق المنافذ التي تؤدي إلي تضخم الثروات , لدي بعض الأفراد , نتيجة لاتباعهم طرقاً ملتوية للكسب غير المشروع -))^١ .

وتحقيقاً لهذه الأهداف , يجوز للحاكم فرض قيود اقتصادية , - لإعادة التوازن الاقتصادي - , فإن تمادي ذوو النفوس الضعيفة في الخروج عن النظام , والعمل بما يخل بالتوازن المنشود , جازت معاقبتهم بأشد العقوبات . فإن رؤي أن فسادهم قد يحق بكيان الدولة , أو يعصف بذرائع هيبة السلطان - أو بعضها - , وأنه لا مدفع لفسادهم إلا باستئصالهم , جاز عقابهم بالإعدام , قياساً علي المحارب , أو قياساً علي الباغي , الذي يسعى إلي تفتيت وحدة الأمة , وهدم كيانها - . ولا يقال : أن مثل هذا القياس , أو إجازة إيجاب عقوبة الإعدام تعزيراً للمصلحة - علي هذا النحو - , من شأنها توسيع دائرة موجبات عقوبة الإعدام , إذ يؤمن من التوسع في موجبات العقوبة , بتحري الدقة في أعمال ضوابط المصلحة التي تسوغ إيجابها , مع التزام مجانية هوي النفس - . علماً بأن عقوبة الإعدام ليست شراً محضاً , حتي تلتصق لها المعاذير , وان كانت واهية , فهي رغم ما فيها من مظاهر القسوة , إلا أن قيمتها النفعية تضاهي جسامتها ومظاهر القسوة فيها , إذ أنها أكثر العقوبات ردعاً , وأوقعها في نفوس غلاظ المجرمين , وأعظمها أثراً في مكافحة الجرائم الخطيرة . والمجتمع أحوج ما يكون إلي عقوبة تلك خصائصها . ولا نحسب أن هذا تقويماً نظرياً , فالاحصاءات قد دلت علي أن جنس الجرائم الخطيرة الموجبة عقوبة الإعدام , تنخفض نسبتها وترتفع مع إيجاب عقوبة الإعدام وجوداً وعدمياً . وفي السويد زادت هذه الجرائم بنسبة ٢٠% عقب إلغاء عقوبة الإعدام في سنة ١٩٢١ م -^٢ .

مما سبق نخلص إلي : أن رأي مجيزي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة - بجانب رجحان أدلته - , يتسم بموضوعية يشهد لها الفكر القانوني المعاصر , إذ

^١ - راجع أهداف ومجالات السلطة - د. فوزي طابيل - ص ١٠٦ - .
^٢ - راجع الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية د. علي الشرفي ص ١٥١ والتشريع الجنائي الاسلامي - عبد القادر عودة ج ١ ص ١٨٩ - .

نري - في عصرنا الحاضر - أكثر بلدان العالم تتجه إلي إيجاب عقوبة الإعدام علي الجرائم الخطيرة مثل جرائم المخدرات والسموم - وغيرها - .

ويعضد هذا الاتجاه - من مصنفات الفقه الإسلامي - ما في : (النهاية في مجرد الفقه والفتاوى) , إذ ورد فيه أن : ((التجارة في السموم القاتلة محظورة , ووجب علي من أتجر في شيء منها , العقاب والتأديب , فإن استمر علي ذلك ولم ينته , وجب عليه القتل- ١)) .

هذا النص - في تقديرنا - يسع إيجاب عقوبة الإعدام , علي كافة صنوف المخدرات الطبيعية والمخلقة التي عرفها العصر الحاضر .

ومما يمكن الاستدلال به في ذات المسألة , ما روي عن أم حبيبة بنت أبي سفيان , أن أناساً من أهل اليمن , قدموا علي رسول الله صلي الله عليه وسلم , فعلمهم الصلاة والسنن والفرائض . ثم قالوا : يا رسول الله : أن لنا شراباً نصنعه من القمح والشعير . قال : (الغبيراء ؟) قالوا : نعم . قال : (لا تطعموه) - . ثم لما كان بعد ذلك بيومين , ذكروه له أيضاً فقال : (الغبيراء ؟) قالوا : نعم . فقال (لا تطعموه) . ثم لما أرادوا أن ينطلقوا , سألوه عنه . فقال : (الغبيراء ؟) قالوا : نعم . فقال :- (لا تطعموه) . قالوا : فإنهم لا يدعونهم . قال :- (من لم يتركه فاضربوا عنقه) - ٢ .

أن القتل الذي قرره نص الفقه - الأنف ذكره - ونص الحديث الشريف , الذي أوردناه من بعده , قد وجب تعزيراً , لضرورة دفع الشرور , وقطع دابر الفساد . والقاضي - بماله من تفويض من الإمام في النظام الإسلامي , (أو المشرع في عصرنا الحاضر) يقرر ذلك باجتهاده , فبلوغ الفساد حد الخطورة أمر تقديري , وتقرير عدم إمكان دفعه إلا بإيجاب القتل أمر تقديري أيضاً . فإن روى ضرورة دفع الفساد بتقرير أرداد العقوبات ورؤى استحالة الدفع إلا بإيجاب القتل - مع التزام ضوابط المصلحة التي سبق ذكرها - , جاز عندئذٍ إيجاب القتل , تعزيراً

١ - النهاية في مجرد الفقه والفتاوى - للطوسي - ص ٧١٣ - .
٢ - مسند الإمام أحمد بن حنبل - في مسند القبائل ج ٦ ص ٢٧٤ وفي مجمع الزوائد للهيتمي - كتاب الحدود باب ما جاء في حد الخمر ج ٦ ص ٢٧٨ - .

للمصلحة , وللضرورة , الواجب تقديرها بقدرها . (وكل شيء عنده بمقدار) والله يهدي إلي الحق - .

المطلب الرابع

مراعاة مبدأ شخصية العقوبة

مبدأ شخصية العقوبة هو أحد مرتكزات فلسفة العقاب في الشريعة الإسلامية. قال تعالى : ((ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخري ثم إلي ربكم مرجعكم))^١ . وقال تعالى : ((ومن ضلّ فإنما يضلّ عليها ولا تزر وازرة وزر أخري وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا))^٢ - .

هذه الآيات الكريمة صريحة في تقرير مبدأ شخصية العقوبة وعدم تعديتها إلي غير الجاني ، وهي صريحة في تقرير شخصية المسؤولية الجنائية عما يعقب ارتكاب الوزر - الإثم - من محاسبة (ثم إلي ربكم مرجعكم) ، وقد تكررت آيات (□ □ □ □ عى) في سور القرآن الكريم مراراً^٣ - ، ترسيخاً لمعاني هذا المبدأ وأثره في تحقيق مناط العقاب وغاياته في الزجر والإصلاح والوقاية - .

وقال صلي الله عليه وسلم : ((لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه))^٤ - . قال القرطبي : ((...) ولا تزر وازرة وزر أخري) أي لا تؤخذ نفس بذنب غيرها ، بل كل نفس مأخوذة بجرمها ومعاقبة بإثمها))^١ - .

^١ - سورة الأنعام من الآية ١٦٤ - .

^٢ - سورة الإسراء من الآية ١٥ - .

^٣ - تكررت هذه الآية في سور القرآن الكريم ؛ إذ وردت في الآية ١٦٤ من سورة الأنعام وفي الآية ١٥ من سورة الإسراء وفي الآية ١٨ من سورة فاطر وفي الآية ٧ من سورة الزمر وفي الآية ٣٨ من سورة النجم - .

^٤ - رواه النسائي في سننه في كتاب المحاربة باب التغليب فيمن قاتل تحت راية عملية وفي مجمع الزوائد للهيثمى ج٦ ص ٢٨٣ - .

كان يؤخذ الرجل بجريرة أخيه وابنه وأبيه ، في الأعصر ما بين نوح وإبراهيم عليهما السلام ، فبلغهم سيدنا إبراهيم عليه السلام ، بأنه (لا تزر وازرة وزر أخري)^١ . ويتضح هذا المعنى بجلاء بتمام الآيات (وأن ليس للإنسان إلا ما سعي ، وأن سعيه سوف يري ، ثم يجزاه الجزاء الأوفى) .

هذا المعنى الذي أبانه القرآن الكريم ، قد اعتراه كثير من التراوح بين طرفي الإفراط والتفريط ، منذ عصور فلاسفة اليونان القدماء ، حتى إبان عصور الفرق الإسلامية ، بدءاً من فكرة العقاب الانتقامي إلي إلغاء المسؤولية والجزاء ، ثم التأثيم والتجريم من جهة مع اعتبار ذلك الآثم مريضاً غير مخاطبٍ عقابياً عن فعله من جهة أخرى ، وتكاد لا تختلف عصور الفرق الإسلامية عن ذلك ؛ إذ ذهب الجبرية إلي إن الإنسان مجبر علي أفعاله ، يأتيها بلا إرادةٍ حرةٍ منه ، ولا قدرة له علي خلق أفعاله ، بينما يذهب المعتزلة إلي الإرادة الحرة للإنسان وأنه يختار بملء إرادته بين الحسن والقبيح ، فيثاب علي اختياره للحسن ويعاقب علي اختياره للقبيح ، وهناك طائفة التوسط من أهل السنة الذين يذهبون إلي أن الإنسان مكلف مريد مختار ، ومناطق تكليفه العقل ، وإرادته كسب منه ، وتأتي تلك الإرادة في أصلها في إطار إرادة الله سبحانه وتعالى الخالق للفعل . فالفعل الإرادي الذي يختاره المكلف بإرادته إنما هو مخلوق موجود بقدرة الله تعالى ، لا بقدرة المكلف ، ولا يمنع ذلك أنه فعل للعبد من جهة الكسب والاختيار^٢ .

وذلك التمييز الجلي لخصائص إرادة المكلف هو الذي رسخ مبدأ شخصية العقوبة ، فكان ما رأيناه من التمييز في المسؤولية والعقاب بين النفس المذنبة والأخرى البريئة المستكنة في رحمها . ولئن كان ثمة استثناء من هذا المبدأ ، فليس سوي ما يتبدى من تحميل العاقلة لدية الخطأ وشبه العمد ، بنحو ما قضت به المادة (٢/٤٥) من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م ونصها : ((تجب الدية علي الجاني والعاقلة في جرائم شبه العمد أو الخطأ من القتل أو الجراح)) ، ومناطق هذا

^١ - راجع الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي ج٧ ص ١١٣ في تفسير سورة النجم - الآيات ٣٦ - ٣٨ - .
^٢ - راجع الاقتصاد في الاعتقاد لحجة الإسلام أبي حامد الغزالي ص ٧٩ وما بعدها وراجع دراسات في العقيدة - مسألة القضاء والقدر للأستاذين عبد الحلیم محمد قنيس وخالد عبد الرحمن العك ص ١٣٣/١٣٢/٣٧/٣٦ - .

الاستثناء هو تغليب المصلحة التي تتمثل في التكافل الاجتماعي والمعونة . يقول الشيخ (محمود شلتوت) : ((أما نظرية العاقلة واشتراكها في تحمل دية الخطأ ، فليست من باب تحميل غير الجاني مسؤولية الجاني ، وإنما هي من باب المواساة والمعونة ، في جناية صدرت من غير قصد ، يدل علي هذا أنها لا تشترك في دية العمد الذي يسقط فيه القصاص وكان ذلك إقراراً لنظام عربي اقتضاه ما كان بين القبائل من التناصر والتعاون ، فلما انتقل التناصر من العشيرة والأسرة إلي أهل الديوان ، وجماعة العمل ، جعل عمر رضي الله عنه الدية علي أهل الديوان))¹ .

والخلاصة أن مبدأ (شخصية العقوبة) راسخ في الشريعة الإسلامية ، يتبدى ذلك في عقوباتها التي تعني بعدم تعدية ألم العقاب وأثره إلي غير الجاني ، وكان من قبيل الإمعان في أعمال هذا المبدأ ، تضيق الشريعة في عقوبات الحبس وعدم الإطالة فيها ، وذلك لما ينطوي عنه الحبس من تعدية العقوبة إلي ذوي المحبوس من الزوج أو الوالد أو الولد ، فضلاً عما في الحبس الطويل الذي أصبح سمة التشريعات المعاصرة ، من إهدار الكرامة الأدمية .

المطلب الخامس

مراعاة حال الجاني عند تفريد العقوبة التعزيرية

تخفيفاً أو تشديداً

تدور غاية العقوبة في الشريعة الإسلامية بين مرتكزي الزجر والإصلاح ، وهما متعلقان في المقام الأول بالجاني - ثم بالهيئة الاجتماعية والمجني عليه وأوليائه - ، وتحقيقاً لأغراض العقوبة ، فقد عني الفقهاء بمبدأ (مراعاة حال الجاني عند تفريد العقوبة) ؛ لاختلاف أحوال الجناة وتكوينهم وميلهم نحو الإجرام ، ونزعاتهم الإجرامية وخطورتهم . ويمارس القاضي سلطة تقديرية واسعة في

¹ - الإسلام عقيدة وشريعة - للشيخ محمود شلتوت - ص ٣٣٦/٣٣٥ ، وقد ساق الأستاذ (عبد القادر عودة) في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي مبررات عديدة اقتضت تحميل الدية علي العاقلة في شبه العمد والخطأ من القتل والجراح ، خلاصتها تحقيق العدالة والمساواة وضمان الحصول علي الحقوق التي يحكم بها وتحميل من يتصل بتربية الجاني بعضاً من آثار قصوره - راجع التشريع الجنائي الإسلامي ج١ ص ٦٧٤/٦٧٥ - .

الاستقصاء ، استجلاءً لحال الجناة ، بلوغاً إلي تفريد العقوبة التعزيرية التي تتلاءم مع كل علي حدة ، تخفيفاً أو تشديداً^١ - ؛ إذ لا يتسنى للقاضي استبانة العقوبة الملائمة التي تحقق أغراض العقاب ، إلا بالعناية بحقيقة ذلك الجاني ، والنفاز إلي شخصيته بنظر شمولي . وليس ثمة ضابط موضوعي محدد في المسألة ، فقد يكون الشخص من ذوي الهيئة في المجتمع ، فيكون ذلك سبباً مخففاً للعقوبة ، ومنه حديث النبي صلي الله عليه وسلم : ((أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود)) - وفي رواية : (إلا حداً من حدود الله)^٢ - . وقد روي أنه صلي الله عليه وسلم قال : ((تجافوا عن عقوبة ذي المروءة ، إلا في حدٍّ من حدود الله)) - . وفي رواية : ((اهتبلوا العفو عن عثرات ذوي المروءات)) - . وفي حديث آخر : ((ادروا الحدود بالشبهات وأقبلوا الكرام عثراتهم إلا في حدٍّ من حدود الله))^٣ - . وقد وردت أحاديث أخرى ذكرت فيها أوصاف من يتجافى عن عقوبته مرةً بأنه : (السخي) ومرةً بأنه : (السري) وهما بذات المعني .

ويتبين من جملة تلك الأحاديث أنها جمعت بين أمرين أولهما : كون المتهم من ذوي المروءة ، وثانيهما كون جريته من قبيل العثرة ، وليس من قبيل الحد ولا من جنس الجرائم الكبرى ، فعندئذٍ ينبغي علي القاضي تخفيف عقوبته ، بدءاً بأقل التعزير متدرجاً للأعلى حسب مقتضي الحال ، فقد يكون مجرد استحضار بعضهم أمام القاضي لسؤالهم كافياً لتعزيرهم ، وقد يتطلب الحال إغلاظ القول لهم ، وقد يتصاعد إلي ما فوقه . قال الكاساني : ((... ومن مشايخنا من رتب التعزير علي مراتب الناس ، فقال : التعازير علي أربعة مراتب : تعزير الأشراف : الدهاقون والقواد ، وتعزير أشراف الأشراف ، وهم العلوية والفقهاء ، وتعزير الأوساط ، وهم السوقة ، وتعزير الأخساء وهم السفلة . فتعزير أشراف الأشراف بالإعلام المجرد ، وهو أن يبعث القاضي أمينه إليه ليقول له : بلغني أنك تفعل كذا وكذا .

^١ - لا يدخل في سلطة القاضي التقديرية ما ألمعنا إليه آنفاً من تأجيل العقوبة الحدية رجاء البرء ، لأن مجرد التأجيل لا يدخل في معني تلك السلطة ، بقدر ما يدخل في القواعد الأمرة عند تحقق موجباته - .

^٢ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الحدود باب في الحد يشفع فيه ، ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الحدود والديات حديث رقم ٣٧٠ وفي كنز العمال للمتقي الهندي في كتاب الحدود - المجلد الخامس ص ٣١٢ حديث رقم ١٢٩٨٨ - .

^٣ - الأحاديث الثلاثة في العمال للمتقي الهندي - المجلد الخامس ص ٣١٠ و الأحاديث بالأرقام علي التوالي ١٢٩٧٨ / ١٢٩٧٩ - ١٢٩٧٢ - .

وتعزيز الأشراف بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخطاب بالمواجهة . وتعزيز الأوساط بالإعلام والجر والحبس . وتعزيز السفلة بالإعلام والجر والضرب والحبس ؛ لأن المقصود من التعزيز هو الزجر وأحوال الناس في الانزجار علي هذه المراتب ((١ - .

غير أن ما ذكر ليس علي إطلاقه ، فقد يكون الجاني من أشراف الأشراف وضرب غيره فأدماه ، فلا يكفي عندئذ تعزيره بالإعلام المجرد ، وإنما يعاقب بالعقوبة المناسبة لحال الجرم ٢ - . ويتفق جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية والإباضية في الرأي مع الحنفية في مراعاة حال الجاني عند تفريد العقوبة تخفيفاً أو تغليظاً ٣ - .

وقد يكون المركز الاجتماعي سبباً للتشديد ، بخلاف ما ذكر آنفاً إذا كان قد اجتمع مع رفعة الهيئة والشرف ، أو المكانة الأدبية ، جرم فادح شنيع الانتهاك للفضيلة ، صنو ما خاطب به القرآن الكريم نساء النبي صلي الله عليه وسلم بقوله تعالي : ((□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □)) ٤ - . قال القرطبي : ((يضاعف لها العذاب ضعفين لشرف منزلتهن وفضل درجاتهن وتقدمهن علي سائر النساء أجمع . وكذلك بينت الشريعة في غير موضع حسبما تقدم بيانه غير مرة ، أنه كلما تضاعفت الحرمات فهتكت تضاعفت العقوبات)) ٥ - .

وذهب ابن حزم الظاهري إلي عدم اعتبار الهيئة والمركز الاجتماعي سبباً للتخفيف عند تفريد العقوبة ، منادياً بالتسوية بين المذنبين في عقوبات الجرائم المتماثلة من الحدود والتعازير علي حدّ سواء ، إلا ما كان من إساءة لا تبلغ منكرأ ، ففي مثلها يمكن التفريق بين المذنبين بالنظر إلي الهيئة ، قال ابن حزم : ((لا يصح شيء من روايات حديث ((أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم)) بل قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : (المؤمنون تتكافأ دماؤهم) . وقال الله تعالي : (إنما المؤمنون

١ - بدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤٢١٩ - .

٢ - راجع البحر الرائق لابن نجيم ج٥ ص ٤٥ وحاشية ابن عابدين ج٤ ص ٦١ - .

٣ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢١٩ والأم للشافعي ج٦ ص ١٣٢ والأحكام السلطانية للفراء ص ٢٧٩ والمغني لابن قدامة ج١٢ ص ٥٢٧ والاستبصار فيما اختلف فيه من الأخبار لشيخ الطريقة الطوسي ج٤ ص ٢١١ والبحر الزخار لابن المرتضي ج٦ ص ٣٢٤ والمدونة الكبرى لأبي غانم ج٢ ص ٢٤٦ - .

٤ - سورة الأحزاب - من الآية ٣٠ - .

٥ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٤ ص ١٧٤ - .

إخوة) ، فإذا كانوا إخوة فهم نظراء في الحكم كله))^١ - . وقد خلص ابن حزم إلي تحسين إحدى روايات الحديث المذكور قائلاً بأنه : ((جيد والحجة به قائمة))^٢ - . ولذلك صرف الحديث إلي ما كان ضئيلاً من الإساءة بحيث لا تبلغ إلي درجة المنكر ، فعندئذ يقال ذو الهيئة الذي له علم وشرف ، فإن بلغ حدّاً أو منكراً فيجب إقامة الحد أو معاقبته تعزيراً بحسب الحال^٣ - .

وقد عنيت التشريعات المعاصرة بتقرير مبدأ مراعاة حال الجاني عند تفريد العقوبة ؛ إذ نصت المادة (٣٩) من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م علي أن: ((تراعي المحكمة عند تعيين العقوبة التعزيرية المناسبة وتقديرها ، جميع الظروف المخففة أو المشددة ، وبوجه خاص درجة المسؤولية والبواعث علي الجريمة وخطورة الفعل وجسامة الضرر وخطورة شخصية الجاني ومركزه وسوابقه الجنائية وسائر الظروف التي اكتنفت الواقعة)) . أما في قانون العقوبات المصري فقد قصر المشرع سلطة التخفيف المخولة للقاضي علي مواد الجنايات ، دون الجناح والمخالفات ؛ إذ نصت المادة (١٧) منه علي أنه : ((يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاة ، تبديل العقوبة علي الوجه الآتي : عقوبة الإعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن . عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور . عقوبة السجن بعقوبة الحبس التي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور)) . ولا نماري في أن صنو هذا القيد علي سلطة القاضي التقديرية في تفريد العقوبة التعزيرية ، يؤثر سلباً في إحسان العدل ، بل لا يتناسب مطلقاً مع السياسة العقابية المتوازنة ، حيث إن تلك القيود تكبل ضمير القاضي ، وتجعل منه آلة حسابية صماء ، تحاكم الجريمة دونما اعتبار إلي شخصية الجاني وما يحتف به من ظروف ، ونعجب من قصر ما أسمى بالرأفة علي مواد الجنايات ، رغم أن مرتكب

١ - المحلي لابن حزم ج١٠ ص ٥٢٤ - .
٢ - نفس المرجع السابق ج١١ ص ٤٠٥ - .
٣ - المرجع السابق ج١١ ص ٤٠٦ - .

الجنحة قد يكون أولي بتلك الرأفة المزعومة ، بل إن مرتكب الجنحة بحق أولي برأفة حقيقية تتاح فيها للقاضي تقدير العقوبة – أو التدبير القضائي – الملائم لحال المدان من غير أنقال صنو تلك القيود .

إنه لم يعد محل جدل أن مسألة تخفيف العقوبة أو تشديدها بالنظر إلي حال الجاني ، أمر تقديري ، ينظر فيه القاضي إلي حال الجاني من مختلف جوانبه الاجتماعية والوظيفية والاقتصادية والتعليمية والنفسية ، دون أن يغفل المؤثرات الأخرى من مثل البيئة الأسرية التي يعيش فيها الجاني ، وسلوك أفرادها وأوضاعهم المختلفة ، ثم التأثيرات الوراثية التي تشكل شخصيته ، وباستقصاء تلك الأبعاد يمكن للقاضي تفريد العقوبة الملائمة لكل حالة علي حدة . ولا نحسب أنه يحقق عدل القضاء في حق الجاني سوي ذلك النظر الشمولي الذي يحيط بأبعاد شخصية الجاني ، بدرك خصائص صفاته المكتسبة والوراثية ، وفي ظل معارف البصمة الوراثية فقد تفتحت آفاق جعلت من الميسور التأكد من الخصائص الوراثية التي تؤثر في السلوك الإنساني ، وقد أن لنا الاستغناء عن القوالب الجامدة المفترضة التي ظل يتداولها القدماء والمعاصرون¹ ، بتقسيمات أو قيود تباعدنا عن النفاذ إلي حال الجاني محل المحاكمة – دون سواه - ، ذلك أن درك حقيقته وخصائص تكوينه الشخصي البايولوجي والنفسي ، والمكتسب الوراثي ، بما تتبدى به نزعاته الإجرامية ، ومدى تأصلها ، وخطورتها من عدمها ، لا يتأتى من خلال القوالب المفترضة وإنما علي ضوء الحقائق الواقعية ، التي تتبدى بالاستقصاء الشمولي .

¹ - رأينا أنفاً تقسيم الفقهاء لمراتب الناس من حيث التعزير ، ولا يختلف المعاصرون عن مثل ذلك النظر ، حيث ذهب أحد أعمدة المدرسة الإيطالية الوضعية (سيزار لومبروزو) الطبيب الشرعي والعالم النفسي والأستاذ بالجامعات الإيطالية (١٨٣٦م - ١٩٠٩م) إلي تقسيم المجرمين إلي خمس فئات هي : (المجرم بالفطرة ، والمجرم المجنون ، والمجرم بالعاطفة ، والمجرم بالصدفة ، والمجرم بالعادة) - راجع أصول علمي الإجرام والعقاب للدكتور رعوف عبيد ص ٨١/٧٩ - ، ومن المعاصرين من عكس تقسيم مراتب الناس من حيث التعزير ، فذهب إلي التشديد علي الأشراف والأغنياء وإلي التخفيف علي الفقراء الذين يمتنون أعمالاً يستحقها الناس ، ولا يقبل عليها ذوو المكانات الرفيعة . بدعوى أن الجريمة تكبر بكبر المجرم وتهون بهوانه ، والعقوبة تبع للجريمة لأنها جزاؤها - . (راجع العقوبة في الفقه الإسلامي للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٣٢) . ونحسب أن هذه الأنظار التجريدية لا تتفق مع مقتضيات مبدأ تفريد العقوبة - بنحو ما بيناه أنفاً .

المطلب السادس

مراعاة حال الجريمة وخطرها

من مقومات حسن تفريد القاضي للعقوبة التعزيرية ، استبانته لحال الجريمة وقدرها وخطرها ، ومن العناصر التي ينبغي التحقق منها والتعويل عليها بلوغاً إلي حسن التفريد ما يلي :

أولاً : مدي انتهاك الجريمة للفضيلة ومدي خطرها :

وقد ألمعنا آنفاً بأن القرآن الكريم قد خاطب (نساء النبي) صلي الله عليه وسلم ، مع أن الله عز وجل عاصم رسوله الكريم من إتيان أهله بشيءٍ من الفواحش ، ورغم ذلك خاطبهن القرآن الكريم – بياناً أو تعليماً ، تحذيراً أو تهديداً – لحكمة في علمه تعالى ، بأنه من يأت منهن بفاحشةٍ مبيّنةٍ يضاعف لها العذاب ضعفين ، وكان الإخبار عن مضاعفة العذاب ؛ لأن الله سبحانه وتعالى أكرمهن وأنعم عليهن أكثر من غيرهن ، بكونهن أزواجاً للنبي صلي الله عليه وسلم ، ولنزول الوحي في بيوتهن وتشريفهن بذلك ، فيكون كفران تلك النعم مما يعظم الجناية ، ويعظم الضرر ، ويوغل في انتهاك الفضيلة ، لشدة إيدائه للنبي صلي الله عليه وسلم ، ويستتبع تعاطم الجريمة ، تعاطم العقوبة ^١ - .

وقد تتعاطم الجريمة بالمجاهرة بالمعصية ، لما فيها من الدعوة إلي إشاعة الفاحشة في الذين آمنوا ، ولابتعاد المجاهر عن التوبة واستباحته للمعصية واستخفافه بها . وقد روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((إن من شرار أمتي المجاهرين)) ^٢ . وفي حديثٍ آخر : ((إن من الجهار أن يعمل الرجل سراً ثم يخبر به)) ، وفي روايةٍ : ((إن من الجهار أن يعمل العبد بالليل عملاً ، ثم يصبح

^١ - راجع أحكام القرآن للجصاص ج٣ ص ٣٥٩ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٤ ص ١٧٤ وراجع بدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤١٦٢ - .

^٢ - حلية الأولياء لأبي نعيم طبعه مطبعة الخانجي ج٢ ص ١٩٧ نقلاً عن موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف لأبي هاجر محمد السعيد بن بسبوني ج٣ ص ٤٣٦ - .

فضربه عشرين وقال : هذه العشرون لجراعتك علي الله تعالي وفطرك في رمضان))^١ - .

وقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية بظرف (الليل) باعتباره عنصراً للتغليظ^٢ - ، وتتفق التشريعات المعاصرة مع وجهة الفقه الإسلامي ، حيث إنها تجعل ارتكاب جريمة السرقة ليلاً من عناصر تشديد العقوبة ، بنحو ما تقضي به المادة (٣١٧) من قانون العقوبات المصري في فقرتها (رابعاً) ، كما قضت المادة (٢/١٨٣) من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م باعتبار ظرف الليل عنصراً مشدداً للعقوبة في جريمة التعدي الجنائي ، إذ نصت علي أن : ((من يرتكب جريمة التعدي الجنائي يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز ستة أشهر أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً ، فإذا حدث التعدي بقصد ارتكاب جريمة أو باستعمال القوة الجنائية يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز ثلاث سنوات كما تجوز معاقبته بالغرامة ، فإذا كان ذلك ليلاً أو باستعمال سلاح أو أداة صالحة للإيذاء يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز خمس سنوات كما تجوز معاقبته بالغرامة)) .

أما التغليظ بسبب مكان ارتكاب الجريمة ، فأساسه أن بعض الأمكنة أفضل من غيرها ، وانتهاك الحرمات فيها يجعل الجريمة أشد هتكاً للفضيلة ، ومن قبيلها ارتكاب الجريمة في الحرم ، فتكون الجريمة أغلظ من مثيلاتها في غيره من الأمكنة؛ إذ يروي أنه صلي الله عليه وسلم قال : ((إن من أعتي الناس علي الله رجل قتل في الحرم))^٣ ، ويدخل في معني التغليظ بسبب المكان ، ارتكاب الجريمة في المساجد وأماكن العبادة ودور العلم^٤ - . ويأخذ القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م بمبدأ التشديد بالنظر إلي المكان ، ففي المادة (٢/٧٨) منه ، يعتبر شرب الخمر في مكان عام ، أو الإتيان إلي مكان عام في حالة سكر ، مما يجوز معه تشديد العقوبة ،

^١ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١٤٦/١٤٥ وراجع المجموع شرح المهذب للنووي ج٨ ص ١٨٠ والمغني لابن قدامه ج١٢ ص ٥٢٥ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى - للطوسي ص ٧٣١ - .

^٢ - راجع البحر الزخار لابن نجيم ج٥ ص ٧٢ وبدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤٢٨٨ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢٠٤ .

^٣ - رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الديات باب تغليظ الدية في الخطأ في الشهر الحرام والبلد الحرام - .

^٤ - راجع مواهب الجليل للحطاب ج٦ ص ٣٢٠ والنهية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٦٩٨ - .

بإضافة السجن لمدة لا تتجاوز شهراً إلي عقوبة حدّ السكر مع جواز معاقبته بالغرامة أيضاً - .

ثانياً : التخليط بالنظر إلي كيفية ارتكاب الجريمة :

الوسيلة التي ارتكبت بها الجريمة قد تكون سبباً للتخليط إن ضاعفت في شناعة الجريمة ، كجراح بسيفٍ (كَالٍ) لا يقطع ، بقصد التعذيب وشدة الإيذاء ، - أو نحوهما من الوسائل والمقاصد - . غير أنه ينبغي التنبيه إلي أنه لا يقتص من الجاني بما يفضي إلي التعذيب والمثلة ^١ - .

وإذا استخدم السكران في الأمكنة العامة سيفاً شهره أو حجارةً ، تسلط بها وآذى الناس وروّعهم ، فذلك مما تغلظ به عقوبته وإن لم يضرب أحداً ، فيضرب حدّ السكر ويزاد عليه بقدر جرمه ، بجلده زيادةً علي الحد - أو بحبسه - بما يقدره القاضي ^٢ - .

وكيفية ارتكاب الجريمة قد تكون سبباً للتخليط ، صنوها ما ذهب إليه فقهاء المالكية من اعتبار (قتل الغيلة) من قبيل الحرابة ، تخليطاً في العقوبة ، لتوفر وصفٍ زائدٍ يتمثل في المخادعة ، ففي (حاشية الدسوقي) : ((وقاتل الغيلة من الحرابة ... وهي أن يغتال رجلاً أو صبيّاً فيخدعه حتى يدخله موضعه فيأخذ ما معه)) ^٣ ، ومن التخليط بالنظر إلي كيفية ارتكاب الجريمة ، ما لدي فقهاء المالكية من اعتبار إخافة الناس بارتكاب المحاربة والاعتداء علي العرض ، فهو أشد من المحاربة وأخذ المال - بل نحسبه أشد من المحاربة المقرونة بالقتل - . قال ابن العربي : ((ولقد كنت أيام تولية القضاء قد رفع إلي قوم خرجوا محاربين إلي رفقة ، فأخذوا منهم امرأةً مغالبةً علي نفسها من زوجها ومن جملة المسلمين معه فيها فاحتملوها ، ثم جدّ فيهم الطلب فأخذوا وجئ بهم . فسألت من كان ابتلاني الله به من

^١ - إذا كان الجاني قد مثل بالمجني عليه بقطع أطرافه ثم قتله ، فيستوفي القود منه بالسيف أو بالشنق ونحو ذلك من وسائل القود المعلومة والمتبعة - راجع المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٥٠٩ - .

^٢ - راجع تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٤٦ - بتصرف - .

^٣ - حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٩ - .

المفتين . فقالوا : ليسوا محاربين ؛ لأن الحراية إنما تكون في الأموال لا في الفروج .
فقلت لهم : إنا لله وإنا إليه راجعون . ألم تعلموا أن الحراية في الفروج أفحش منها
في الأموال ، وأن الناس كلهم ليرضون أن تذهب أموالهم وتُحْرَبُ من بين أيديهم ،
ولا يحرب المرء من زوجته وبنته ، ولو كان فوق ما قال الله عقوبة لكانت لمن
يسلب الفروج . وحسبكم من بلاء صحبة الجهال ، وخصوصاً في الفتيا
والقضاء))^١ - .

والخلاصة : فإن الكيفية التي ترتكب بها الجريمة ، بجانب أنها قد ترقى إلي
إثبات القصد الجنائي ، فإنها قد تنبئ عن النزعة الإجرامية ومدى تجذرها ، وعن
أبعاد الخطورة الإجرامية التي تنطوي عنها نفس الجاني - .

ثالثاً : الباعث علي ارتكاب الجريمة - .

الباعث هو الدافع النفسي الذي يكون سبباً لإتيان فعل معين ، ويقال الباعث
علي ارتكاب الجريمة ويقصد به ، الدافع النفسي الذي أدي إلي ارتكاب الجريمة .
وقد يكون الباعث دنيئاً ، وهو عندئذٍ يكون سبباً لتغليظ العقوبة ، كما قد يكون
شريفاً ، وعندئذٍ فينبغي اعتباره من أسباب تخفيف العقوبة مع مراعاة أثر غيره مما
يحتف بالنازلة - .

وليس هناك معيار موضوعي ضابط لتمييز دناءة الباعث أو سموه ومداهما ،
ومن ثم تتسع سلطة القاضي التقديرية في تقويم الباعث ومدى إمعانه في السفالة أو
في السمو . ومن قبيل الباعث الدنيء ، الإمعان في الشح والإثرة وحب الذات ،
ومنه ما يردي بالإنسان إلي قتل ابنه لئلا يطعم معه ، قال تعالى : ((چ چ چ چ چ چ
چید ت ت ت ت ت ت))^٢ - ، وقال تعالى : ((و و ي ي ب ب ب ب ب ب))^٣ - .

ووجه الدلالة في الآية الأولى أن ذلك الفعل جاء موصوفاً بأنه كان (خطأ
كبيراً) ، وفي الآية الثانية : جاء عقب النهي عن الشرك ((و و و و و و)) وأعقبه النهي
عن الفواحش ((ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي

١ - أحكام القرآن لابن العربي ج٢ ص ٩٥ - في تفسير آية المحاربة من سورة المائدة - .

٢ - سورة الإسراء - الآية ٣١ - .

٣ - سورة الأنعام - من الآية ١٥١ - .

حرم الله إلا بالحق)) ، فما كان عطف تلك الأفعال الشنيعة بعضها علي بعض إلا لاشتراكها في الإمعان في الذنب ، ولجامع أن بواعثها الدافعة إليها تنطوي عن عدم الثقة في الله ، وذلك ما جعل الذنب يتعاضم فيها ، بدلالة ما روي أن رجلاً سأل النبي صلي الله عليه وسلم : ((أي الذنب أكبر عند الله ؟ قال : (أن تدعو الله ندأً وهو خلقك) قال : ثم أي ؟ قال : (أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك) قال : ثم أي ؟ قال : (أن تزني حليلة جارك) -))¹ .

والتعنت أو المراء في مسائل الاعتقاد التي يلزم فيها التسليم يدخل في معني الباعث غير الشريف ، سواء كان ذلك بعثاً للشكوك أو للمراءة أو غيرها ، بغض النظر عما خالطه ذلك الباعث ، ومنه ما روي عن سعيد ابن المسيب قال : ((جاء أصبغ التميمي إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : يا أمير المؤمنين ، أخبرني عن (الذاريات ذرواً) فقال : هي الرياح ولو لا أنني سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقوله ما قلته . قال : فأخبرني عن (الحاملات وقرأ) ، قال هي السحاب ولو لا أنني سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقوله ما قلته . قال فأخبرني عن (المقسمات أمراً) ، قال : هي الملائكة ، ولو لا أنني سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقوله ما قلته . قال : فأخبرني عن (الجاريات يسراً) ، قال : هي السفن ولو لا أنني سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقوله ما قلته . ثم أمر فضرب مائة ، وجعل في بيت فلما برأ دعاه فضربه مائة أخرى وحمله علي قتب وكتب إلي أبي موسى الأشعري أن (أمنع الناس من مجالسته) ، فلم يزل كذلك حتى أتى أبا موسى فحلف له بالأيمان المغلظة ما يجد في نفسه مما كان يجد شيئاً ، فكتب بذلك إلي عمر ، فكتب عمر : ما أخاله إلا قد صدق فخلي ما بينه وبين مجالسة الناس))² . قال الحافظ ابن كثير : ((إنما ضربه لأنه ظهر له من أمره فيما سأل تعنتاً وعناداً والله أعلم))³ . والتعنت والعناد يدخلان في معني الباعث غير الشريف ، ومن نحوهما يتدنى في السفالة حتى هاويتها ، من صنو (قتل الولد

¹ - رواه مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان باب بيان كون الشرك أقيح الذنوب وبيان أعظمها بعده .

² - مجمع الزوائد للهيتمي ج ٧ ص ١١٢ وراجع تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج ٤ ص ٢٣١ .

³ - تفسير القرآن العظيم للحافظ ابن كثير ج ٤ ص ٢٣٢ .

من إملاق) ، وهذا يكاد يوازي (الزنا بحليلة الجار) ، وعظم هذا الأخير مبعثه ما لحق الجار من قداسة ، فكان جبريل عليه السلام يوصي النبي صلى الله عليه وسلم بالجار حتى ظن أنه سيورثه ، لذا كان إيذاؤه في عرضه مبعثه غاية في الدناءة ، ومن ثم كان باعثاً مما تغلظ به العقوبة - .

والباعث الشريف أيضاً غير منضبط ولا محصور ، ويتفاوت في السمو والشرف ، وينبغي مراعاة تخفيف العقوبة التعزيرية علي ضوء ذلك ، بل إنه قد يكون سبباً للإباحة أو لتعديل وصف التهمة . ويقدره القاضي علي ضوء الوقائع الثابتة وما يحتف بها ، وبالنظر إلي أعراف الناس وعاداتهم . فالضرورة التي تقتضي الدفاع عن النفس تدخل في معني الباعث المبيح ، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد))¹ . وروي أن سيدنا عمر رضي الله عنه أتى بامرأة جهدها العطش ، مرت علي راع فاستقت فأبي أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت . فشاور سيدنا عمر رضي الله عنه الناس في رجمها . فقال سيدنا علي رضي الله عنه : ((هذه مضطرة أري أن تخلي سبيلها . ففعل))² .

فالباعث في القتل دفعاً للصائل - كما في الحديث الآنف - هو الضرورة المبيحة للفعل ، وكذا الحال في الباعث في زنا تلك المرأة ، أما الباعث لزنا ذلك الراعي فكان دنيئاً ، لانسياقه لرغبة حيوانية جامحة جردته من قيم الشهامة والفضيلة ، فاستغل في المرأة لحظة ضعفٍ متناهية في الشدة - .

وقد يكون الباعث سبباً لتعديل وصف التهمة من الحدية إلي العادية ، - أو قل إلي التعزيرية - كحال غلمة حاطب بن أبي بلتعة الذين انتحروا ناقه للرجل المزني ، فأمر سيدنا عمر رضي الله عنه بقطعهم ، ثم قال لحاطب : إني أراك تجيعهم ، فدرأ عنهم حدّ القطع³ ، وكذا في كل ذي حاجة يسرق ما يأكله

1 - رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب قتال أهل البغي باب من أريد ماله أو أهله ... فقاتل فقتل فهو شهيد - .

2 - السنن الكبرى للبيهقي في كتاب الحدود باب من زني بامرأة مستكرهة - .

3 - راجع المغني لابن قدامة ج ٢ ص ٤٦٣ - .

اضطراباً ، فيدراً عنه الحد ، ويعزر متي ثبت أنه حملته الحاجة إلي سرقة ما يدفع به جوعته اضطراباً¹ .

وقد يشكل الفعل جريمة عمدية ، فيكون الباعث النبيل مخففاً للعقوبة ، كنحو قيام المعلم بضرب تلميذه بدافع (التأديب) ، فتفضي الضربة إلي إحداث الجراح ، أو يضرب الزوج زوجته بما يفضي إلي إيذائها ، بدافع التأديب لنشوزها أو لخوف نشوزها ، فالباعث في هاتين الحالتين يعدّ شريفاً ، قد يسهم في تخفيف العقوبة – علي ضوء تقويمه مع بقية الظروف المحتفة بالنازلة - .

وقد قضت محكمة الاستئناف السودانية بأن : ((جلد المعلم للطالب بضع جلدات لا يعتبر ضرراً موجباً للشكوى من الشخص العادي ، ومن ثمّ لا يسأل المعلم مسؤولية جنائية وفقاً لأحكام المادة (٥٤) من قانون العقوبات))² . وكان جلد المعلم للطالب بدافع التقويم والتهديب والإصلاح عملاً مشروعاً ، ومن هذا الوجه لم يكن ثمة مسؤولية جنائية فيما يمارسه المعلمون من جلد تلاميذهم في حدود السلامة ، فلما تبدل الحال إلي تحريم جلد المعلم للتلميذ ، فلا أقل من اعتبار ذلك النوع من الجلد بقصد التأديب – مع توخي السلامة – عنصراً مخففاً للعقوبة .

وفي خلاصة الأمر ، فإن الباعث شريفاً كان أو دنيئاً ، أمر غير محصور وغير منضبط بمعيار موضوعي ، ويتدرج من باعثٍ يرقى إلي الإعفاء من المسؤولية إلي باعث يعدل وصف الجريمة ، كتجاوز الموظف العام سلطته بحسن نية معتقداً أن فعله الذي سبب الوفاة ضروري لتأدية واجبه ، كما تقضي بذلك المادة (١٣١/٢/أ) من القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ م ، وكذا حالة إتيان فعل القتل بدافع من الاستفزاز الشديد المفاجئ ، وفيها يعدل الباعث وصف الجريمة من العمدية إلي شبه العمد . والأغلب هو ما لم تتناوله سلطة المشرع بالتقنين ، ويتعلق بالباعث غير المحصور الذي يؤثر في تفريد العقوبة تشديداً أو تخفيفاً ، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في استقصائه ؛ إذ لا قيمة للباعث الذي لا يستند إلا علي ادعاء مجرد . ونحسب أن التطبيقات القضائية المعاصرة تميل كثيراً إلي إهمال استقصاء

¹ - المرجع السابق – نفس الموضع - .

² - (١٩٨٧م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٤٥٥ – قضية : (حكومة السودان / ضد/ يوسف دفع الله) - .

الباعث لارتكاب الجريمة ، رغم أن المادة (٣٩) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م قد عنيت بضرورة استجلاء البواعث علي ارتكاب الجريمة بوجه خاص وصولاً إلي التقدير الملائم للعقوبة التعزيرية .

رابعاً : التخليط بالنظر إلي العود - .

العود إلي الجريمة بعد سبق إنفاذ العقوبة في مثلتها ، يترتب عليه تخليط العقوبة . وقد سبق لنا عرض أقوال الفقهاء في مشروعية القتل تعزيراً بسبب العود^١ - ، تناولنا خلاله أثر العود في جرائم الحدود الشرعية ؛ إذ لا خلاف في مشروعية التخليط بزيادة عقوبة تعزيرية أخرى من جنسها أو من غير جنسها ، أو بالتشديد في وسيلة الإنفاذ وكيفيته ، لا نعلم في ذلك خلافاً إلا فيما يتعلق بكيفية التخليط^٢ - ، وهي مسألة تقديرية تتسع فيها سلطة القاضي في اختيار العقوبة اللازمة التي تتلاءم مع الحال ، حيث إن الحكمة من التخليط بسبب العود إنما تتمثل في ظهور عدم جدوي العقوبة التي أنفذت في حق الجاني من حيث الردع الخاص ، فتعين المصير إلي غيرها ابتغاءً للردع وأملاً في الإصلاح .

ولا يشترط الفقهاء في التخليط بسبب العود أن تكون الجريمة محل العود متماثلة مع سابقتها التي أنفذت عقوبتها علي الجاني ؛ لأنهم يعدون بالعود العام أيضاً ، لما بيناه آنفاً في (مراعاة حال الجاني عند تفريد العقوبة التعزيرية) .

وقد أفاضت التشريعات المعاصرة في بيان ما يكون فيه التخليط بسبب العود الخاص والعود العام ؛ إذ نصت المادة (٤١) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م علي أنه : ((١) إذا أدين شخص في أية جريمة تجوز المعاقبة عليها بالسجن ، وكان قد سبق إدانته في مثلها مرتين ، تحكم عليه المحكمة بالسجن . (٢) إذا أدين شخص في أية جريمة تجوز المعاقبة عليها بالسجن ، وكان قد سبق عليه بالسجن مرتين ، تحكم عليه المحكمة بالسجن مع وجوب إنذاره . فإذا عاد بعد الإنذار وأدين في أية جريمة ، تجوز المعاقبة عليها بالسجن ، ارتكبها أثناء سجنه أو خلال سنة من

^١ - راجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني بهذا الباب - .

^٢ - راجع حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٤ ص ٦٢ والعقد المنظم للحكام لابن سلمون - بهامش تبصرة الحكام ص ٢٦٧ طبعة سنة ١٣٠١هـ ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ج٤ ص ١٧٨ والفتاوى الكبرى لابن تيمية ج٤ ص ٦٠ وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي ج٤ ص ١٦١ والتاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ج٤ ص ٣٣٤ - .

الإفراج عنه ، تحكم عليه المحكمة بالسجن مدةً لا تقل عن أقصى عقوبة السجن المقررة لتلك الجريمة)) - .

وفي ذات القانون ، وردت حالات عديدة بشأن تشديد العقوبة بسبب العود ؛ إذ تشدد العقوبة في حالات العود للمرة الثالثة لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها بالمواد : (٧٨ شرب الخمر مع تسبب الإزعاج أو استنزاف مشاعر الغير أو مضايقتهم) (٧٩ التعامل في الخمر) (٨٠ لعب الميسر أو إدارة أماكن للعب الميسر) ، ففي العود لأيٍ منها تشدد العقوبة إلي السجن لمدة لا تتجاوز الثلاث سنوات أو الجلد بما لا يتجاوز ثمانين جلدة أو بالعقوبتين معا مع مصادرة وسائل النقل والأدوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة إذا كان أياً منها ملكاً للجاني. أو تم استخدامها بعلم المالك .

وفي جرائم اللواط فإذا ارتكب الجاني الجريمة للمرة الثانية يعاقب بالجلد مائة جلدة ، وبالسجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات ، فإذا أدين للمرة الثالثة يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد وفقا لأحكام الفقرتين (ب.ج) من المادة (١٤٨) من ذات القانون . وكذلك تشدد العقوبة بسبب العود وفقا للمادة (٢/١٥٥) منه عند إدانة الجاني للمرة الثانية بجريمة إدارة محل للدعارة ويعاقب بالجلد بما لا يتجاوز مائة جلدة وبالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنين مع مصادرة المحل ، ويلاحظ وجوبية الجمع بين الجلد والسجن في هذه المادة ، وقد نصت فقرتها الثالثة على أنه إذا كانت الإدانة للمرة الثالثة فتكون العقوبة بالإعدام أو بالسجن المؤبد مع مصادرة المحل . وقد شدد القانون عقوبات جرائم العود في إعطاء ، أو تظهير صك مردود للمرة الثالثة ، وفي العود في تسلّم المال المسروق للمرة الثالثة ، وفقاً لأحكام المادتين (٤/١٧٩) و(٣/١٨١) على التوالي - .

ويمارس القاضي سلطته التقديرية في التشديد بسبب العود في الجرائم الآنفة الذكر بين الحدين الأعلى والأدنى المنصوص عليهما وفقا لما يراه ملائماً للتفريد ، مع مراعاة الضوابط التي وضعها المشرع لكل حالة من تلك الحالات . ولا يعني ما سبقناه هنا أنه ليس ثمة أحوال أخري للتشديد بسبب العود ، فالقاعدة في الأصل أن

العود الخاص بضوابطه ، أو العود العام بصفة عامة ، يتطلبان التشديد علي ضوء أحكام المادة (٤١) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م - وسبق لنا إيراد نصها - . وقد تواترت التطبيقات القضائية علي مراعاة نوعي العود عند تفريد العقوبات التعزيرية - .

المطلب السابع

مراعاة ما يحقق أغراض العقوبة

تدور فلسفات السياسة العقابية ، بين فلسفة الفكر العقابي الزاجر ، الذي تكاد تنزوي فيها سلطة القاضي التقديرية في تفريد العقوبة ، باعتبار أن المشرع يعني فيها بتحديد العقوبات الزاجرة بالنظر إلي الجريمة ومدى جسامتها ثم يبلورها في قواعد قانونية يتقيد القاضي بتنزيلها علي الوقائع ، وبين فلسفة الفكر الإصلاحية ، الذي يعني في المقام الأول بالجاني وبإصلاحه دونما تقييد يذكر بجسامة الجريمة ، وتتسع سلطة القاضي التقديرية في تفريد العقوبة لدي هذه الطائفة ، باعتبار خلو فلسفتها من القيود التي تحدّ من تلك السلطة عند البحث عن حال المجرم لاستكشاف حقيقته من حيث التكوين والخصائص الذاتية المكتسبة والوراثية والعوامل المؤثرة التي تحتف به ، التي أفضت إلي نزوعه إلي الجريمة . وقد تعالت أصوات هذه الطائفة الأخيرة في عصرنا ؛ إذ بدأت المواثيق والاتفاقيات الدولية تعتنق فلسفتها ، بدءاً من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، حيث جاءت مادته الخامسة بما نصه : ((لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو المحطة بالكرامة)) ، وبناءً عليه تتنادي الكثيرون - دولاً وأفراداً - بضرورة إلغاء

عقوبة الإعدام وعقوبات الحدود الشرعية في الدول التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية¹ - .

غير أنه ينبغي النظر بعين الاعتزاز إلى الوسطية التي انتهجتها الشريعة الإسلامية فيما قررتها لسياستها العقابية المتوازنة ، والتي أتاحت للقاضي سلطة تقديرية منضبطة ، تضيق في مساحة محدودة هي عقوبات الحدود الشرعية ، وحيث غاياتها الزجر والمنع ، ثم تتسع أيّما اتساع في عقوبات التعازير الشرعية ، التي تخدم أغراض الزجر والإصلاح والوقاية - ، وتتوسطها عقوبات القصاص والديات والأروش ، المتفردة التي تجمع بين خصائص الزجر والإصلاح وجبر الضرر . وقد بلورت الشريعة الإسلامية سياستها العقابية المتوازنة ، بالمواعمة بين الجريمة وأثرها والعقوبة وأغراضها ؛ إذ ينبغي علي القاضي عند تفريده للعقوبة التعزيرية أن يعني بالنظر الشمولي لما ذكر ، نفذاً إلي إحسان عدل القضاء ، الذي لا يهمل الواقعة الإجرامية وآثارها ولا العقوبة الملائمة التي تحقق أغراضها في إصلاح الجاني محل المحاكمة ، وبلوغاً إلي ذلك ، فينبغي أن يعني القاضي بعمد تلك السياسة العقابية المتوازنة بنحو ما نوجزها بقدر ما يتصل بموضوع سلطة القاضي التقديرية فيما يلي :-

أولاً : المزوجة بين العدل والرحمة :

العدل والرحمة شقيقتان – لا نقيضان - ، ومن إحسان عدل القضاء ، قيام القاضي بالمزوجة بينهما ، وذلك بالمواعمة بين الجريمة وآثارها وما يحتف بها

¹ - في يناير سنة ١٩٩٥م أصدرت منظمة العفو الدولية كتاباً عن السودان أسمته (دموع اليتامى – لا مستقبل بدون حقوق الإنسان) وجاء في الصفحة الثالثة منه ما نصه : ((وأصدرت الحكومة في عام ١٩٩١م قانوناً للعقوبات ينص علي عقوبات قاسية وغير إنسانية ومهينة مثل الجلد وبتتر الأطراف والرجم حتى الموت)) ، ثم جاء في الصفحة الأربعين منه إعراب المنظمة الدولية عن قلقها بشأن تطبيق أحكام الحدود الشرعية ، قائلة بأنها تعتبر تلك العقوبات الحدية قاسية وغير إنسانية ومهينة وفقاً للمعايير الدولية . وفي الصفحة الثانية والأربعين قالت بأن عقوبات الحدود الشرعية تنتهك الالتزامات التي تعهد بها السودان بمقتضى (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية) وبأنها لا تتفق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان وتشمل هذه العقوبات الجلد والبتتر والأحكام التي تبيح التشويه والقتل فصافاً . وقالت في الصفحة الثالثة والأربعين ما نصه : ((إن الجلد عقوبة قاسية وغير إنسانية ومهينة ومن ثم فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان يجرمه بصورة محددة ...)) ، وأخيراً قالت المنظمة في توصياتها في الصفحة الثامنة والعشرين بعد المائة ما نصه : ((علي الحكومة { السودانية } أن تلغي القوانين التي تنص علي العقوبات القاسية والملا إنسانية والمهينة . يجب إزالة عقوبات الرجم حتى الموت والصلب والتشويه والجلد من القانون الجنائي لعام ١٩٩١م كما ينبغي تخفيف كل الأحكام القضائية الصادرة بقطع الأطراف والإعدام ويجب إلغاء عقوبة الإعدام)) وبتسائل : هل تريد المنظمة الدولية إلغاء الديانة الإسلامية أو بعضها ، أم لا تدري أن الأحكام الحدية تنزلت بالوحي الإلهي ؟ وهل تحسب المنظمة الدولية أن الله سبحانه وتعالى حين قضى بتلك الحدود لم يكن عالماً بما يصلح الإنسان ؟ وهل أصبحت مبادئ حقوق الإنسان هي خاتمة الديانات ؟ وبتسائل : هل الذين يكتبون للمنظمة الدولية مثل تلك السفاسف لا يدينون بدين سماوي ولا بمنطق عقلي ... وهل الجلد عقوبة مهينة والسجن لثلاثمائة سنة لا يحط بالكرامة الإنسانية ؟ وأيها أخف الجلد مائة جلدة أم السجن في (أبو غريب أو غوانتنامو) لسنة – بل قل بضع ساعة ؟ - .

وبالجاني من ظروف ، وبين تناسب العقوبة مع تلك الاعتبارات ، مع العناية بقيمة الرحمة وعدم إغفال دخولها في تفريد العقاب ، بل وفي تحقيق أغراض العقوبة . وتتبدى قيمة الرحمة فيما قضت به الشريعة من نذب الحض علي العفو في الجرائم الموجبة للقصاص ، وفيما دونها بقياس الأولي ، قال تعالي : ((كَسْرُ نَفْسٍ تَنْتَهَى عَنْهَا))^١ . ومن قبيل عدم الإسراف والرحمة أوجبت الشريعة الإسلامية القود أو الدية أو العفو ؛ إذ روي عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال : ((من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما يُؤدِّيَ وإما يُقَاد))^٢ . وقد نذب النبي صلي الله عليه وسلم إلي العفو ، لما رواه وائل بن حجر أنه قال : ((كنت عند النبي صلي الله عليه وسلم ، إذ جئ برجلٍ قاتل في عنقه النسعة . قال فدعا ولي المقتول ، فقال : (أتعفو ؟) قال : لا ، قال : (أفتأخذ الدية ؟) قال : لا ، قال : نعم . قال : (أذهب به) . فلما ولي ، قال : (أتعفو؟) قال : لا ، : (أفتأخذ الدية ؟) قال : لا ، قال : (أفتقتل ؟) قال : نعم ، قال : (أذهب به) . فلما كان في الرابعة ، قال : (أمّا إنك إن عفوت عنه ، يبيوء بأثمه وإثم صاحبه) ، قال : فعفا عنه . قال : فأنا رأيته يجر النسعة))^٣ .

والحديث صريح في استحباب عرض القاضي للعفو عن القاتل ، ويحمل بين طياته معاني الرحمة ، وهو نظام تنفرد به سياسة العقاب في الشريعة الإسلامية ، فإن عفا ولي المقتول ، تنزلت رحمة العفو علي الجاني ، وتنزلت رحمة الغفران وذهاب الإثم عن المجني عليه ، وتنزلت رحمة شفاء الصدور علي أنفس أولياء الدم ، بل إن رحمة العفو أشفي للصدور من القود ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء - لا نعلم لهم مخالفاً - ، وقد أخذ به القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م ؛ إذ نصت المادة (٣١/ب) منه علي أنه : ((يسقط القصاص في أي من الحالات الآتية : ... إذا عفا المجني عليه أو بعض أوليائه بمقابل أو بدون مقابل)) - ، ويأخذ حدّ

^١ - سورة الإسراء - من الآية ٣٣ - .

^٢ - رواه البخاري في صحيحه في كتاب اللقطة باب كيف تعرف لقطه أهل مكة ورواه أيضاً في كتاب الديات باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين - وهذا لفظه - ، وفي صحيح مسلم في كتاب الحج باب تحريم مكة ورواه أبو داؤد في سننه في كتاب الديات باب ولي العمد يرضي بالدية - .

^٣ - رواه أبو داؤد في سننه في كتاب الديات باب الإمام يأمر بالعفو في الدم - حديث ٤٤٩٩ - .

القذف ذات هذا الحكم من حيث سقوطه بالعفو ، وقد نصت علي ذلك المادة (١٥٨/ب) من ذات القانون - .

وتتبدى الرحمة في السياسة العقابية المتوازنة للشريعة الإسلامية ، في سقوط عقوبة الحرابة بالتوبة - قبل القدرة علي المحاربين - ؛ إذ أعقت آية المحاربة من سورة المائدة ، قوله تعالى : ((تَطُؤُوهٖ بِرِجْلَيْهِ هٖ هٖ هٖ))^١ - . وقد ذهب ابن قيم الجوزية إلي القول بسقوط كافة الحدود الشرعية بذلك النحو من التوبة ، قياساً علي سقوط الحرابة بالتوبة بطريق الأولي ، قائلاً : ((وأما اعتبار توبة المحارب قبل القدرة دون غيره ، فيقال : أين في نصوص الشارع هذا التفريق ، بل نصه علي اعتبار توبة المحارب قبل القدرة عليه ، إما من باب التنبيه علي اعتبار توبة غيره بطريق الأولي ، فإنه إذا دفعت توبته عن حدّ الحرابة مع شدّة ضررها وتعديه ، فلأن تدفع التوبة مادون حدّ الحرابة بطريق الأولي والأحرى))^٢ - .

يتبين مما سبق مدي المزاجية بين العدل والرحمة في سياسة الشريعة الإسلامية العقابية المتوازنة - والمتفردة - ، ولئن رأينا عدلها في الموازنة بين الجريمة وآثارها وبين العقوبة التي تناسب كل ما يحتف بها ، فالرحمة قد تبذرت فيما رأيناها أنفاً متزاوجة معه بأوثق العري .

ولا تكتفي الشريعة الإسلامية بالحدود التي عرضناها في إسباغ الرحمة في سياستها العقابية المتوازنة ، بل تذهب إلي أبعاد أخري فيما تتكاثر فيها الجنايات ، حيث إنها عند المصير إلي الدية في الخطأ وشبه العمد ، تتلمس مواساة المجتمع للجاني ، فتقضي بتضامن العاقلة مع الجاني في الأداء ، بل تذهب إلي أبعد في الرحمة ، بتقرير مشروعية تنجيم الدية وفقاً لما يراه القاضي ؛ إذ روي عن سيدنا عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بالدية علي العاقلة في ثلاث سنين ، ولم يكن لهما مخالف في عصرهما ، فكان إجماعاً ، كما حكاه ابن قدامه في

¹ - سورة المائدة الآية ٣٤ - .

² - إعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية - ج٢ ص ٦٤ - .

(المغني)^١ - ، ومن ثم فينبغي علي القاضي توخي روح المزاوجة بين العدل والرحمة ، ولا أقل من النأي عن جعلهما شتيتين - .

ثانياً : مراعاة غايات الزجر والإصلاح والمنع الوقائي - .

الزجر والإصلاح هما عماد السياسة العقابية المتوازنة في الشريعة الإسلامية ، فالعقوبات زواجر ، قصد بها الردع الخاص والردع العام ، وهي في ذات الوقت غايتها إصلاح الجاني وتأهيله للعودة راشداً إلي الهيئة الاجتماعية . والحدود الشرعية عقوباتها غليظة زاجرة ، لأن جرائمها تنتهك الضرورات ، وهي في ذات الوقت مانعة وقائية^٢ - ، يتبدى ذلك في آية حدّ السرقة بعبارة النص وفحواه اللذين يفيدان الزجر والمنع ؛ إذ قال تعالى : ((نذت نذرت نذرت نذرت نذرت))^٣ - . فعبارة النص صريحة في المنع الوقائي ؛ لأن النكال يعني : المنع ، أما الزجر فواضح في فحوي قوله تعالى (نذرت نذرت) - .

ومما يحقق الردع العام ، تشريع عقوبة (التشهير) التعزيرية ، بل هي عقوبة مكملة لحد الزنا أيضاً لقوله تعالى : ((ج ج ج ج ج))^٤ - . وفي (تبصرة الحكام) :- ((ويجوز تجريد المعزر من ثيابه ، إلا ما يستر عورته ، وإشهاره في الناس ، والنداء عليه عند تكرره منه وعدم إقلاعه عنه . ويجوز حلق شعره - لا لحيته - ، ويجوز تسويد وجهه عند الأكثرين))^٥ . ويعتبر التشهير عقوبة تكميلية ، يمكن للقاضي - فقهاً - تقريرها في الجرائم التي تخل بالثقة والتي تنطوي علي قدر من الوضاعة مثل شهادة الزور وإدمان السرقة بطريق النشل أو المخادعة ، أو في الجرائم التي تسبب خطراً علي حياة العامة وأموالهم من مثل تلويث موارد المياه أو البيئة ونحوها ، وقد روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يعاقب شاهد الزور بالجلد والتشهير بأن يطاف به^٦ - . قال السرخسي : ((ذكر عن شريح أنه إذا أخذ

^١ - راجع المغني لابن قدامه ج٢ ص ١٧ - .
^٢ - راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٩ ص ٤٢١ وحاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣ وتحفة الفقهاء للسمرقندي ج٣ ص ٢٢١ وتبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ١١٦ والنهائية في مجرد الفقه والفتاوى للطوسي ص ٧٠٤ - .
^٣ - سورة المائدة من الآية ٣٨ - .
^٤ - سورة النور من الآية ٢ - .
^٥ - تبصرة الحكام لابن فرحون ج٢ ص ٢٢٤ وراجع العقد المنظم للحكام لابن سلمون - بهامش تبصرة الحكام طبعة سنة ١٣٠١ هـ ج٢ ص ٢٦٧ - .
^٦ - راجع المبسوط للسرخسي ج١٦ ص ١٤٥ - .

شاهد الزور بعث إلي أهل سوقه ، إن كان سوقياً وإلي قومه إن كان غير سوقى ، بعد العصر ، أجمع ما كانوا ، فيقول : إن شريحاً رحمه الله يقرئكم السلام ، ويقول إننا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس))^١ . وقد أخذ أبو حنيفة برأي شريح بجعل عقوبة التشهير أصلية في تعزيز شاهد الزور ، بينما ذهب الصحابان أبو يوسف ومحمد إلي جعلها تكميلية – تكمل التعزيز بالحبس أو الجلد – أو بهما – بقدر بما يراه القاضي حتى تظهر توبته ، مستدلين بما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه ، وزاد أبو حنيفة وجهاً حيث قال بأن شاهد الزور لا يحصل له سوي ماء الوجه ، وبالتشهير وحده يذهب ماء الوجه - .

ونحسب أن الأوفق لزماننا هو قول الصحابين – وهو الراجح في المذهب – فضلاً عن أن قول أبي حنيفة بأن شاهد الزور لا يحصل له سوي ماء الوجه ، قد تبدل في عصرنا ، فأصبحت شهادة الزور تجارةً رائجة يمتنها كثيرون من ضعاف النفوس الذين يجلسون حول المحاكم السودانية ، لبيع بضاعتهم (شهادة الزور) للراغبين في أكل أموال الناس بالباطل^٢ - ، فهي لم تعد كما كان في عصر الإمام أبي حنيفة ، ولا ينكر تبدل الأحكام بتبدل الأزمان والأمكنة والأعراف ، ثم إن شهادة الزور خطرها عظيم ، فالأصوب في معاقبتها التعزيز وجعل التشهير عقوبة تكميلية لغرض الردع العام والمنع الوقائي . وقد أحسن المشرع السوداني حين شدد في عقوبات جرائم شهادة الزور واختلاق البينة الكاذبة ، بجعل العقاب الرادع علي شاهد الزور وعلي من يستخدم شهادة الزور أو البينة المختلقة ، إذ أوجبت المادة (١٠٤) من القانون الجنائي لسنة ١٩٩١م معاقبة من يشهد زوراً بالإدلاء بأقوال كاذبة عالماً بها – أو يكتمها أو يختلق بينة باطلة أو يقدمها مع علمه بطلانها قاصداً بذلك التأثير علي الحكم في الدعوى ، بالسجن لمدة لا تجاوز خمس سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً ، فإذا ترتب علي تلك البينة تنفيذ الحكم علي المشهود

^١ - المبسوط للرخسي ج١٦ ص ١٤٥ - .

^٢ - تواتر الحديث عن نقشي شهادة الزور وفي الصفحة السادسة من صحيفة (الرأي العام) الصادرة في يوم ٢٥ محرم ١٤٢٨هـ الموافق ٢ فبراير ٢٠٠٨م وتحت عنوان ((ظاهرة خطيرة تزلزل أركان العدالة – شهادة زور للبيع -)) جاء ما نصه : ((... يحملون بطاقتهم ويتسكعون حول المحاكم الشرعية والجنائية ، يبيعون بضاعتهم لمن يرغب مقابل حفنة من المال . إنهم سماسة شهادة الزور . هذه الظاهرة انتشرت بصورة واسعة ومزعجة ، وأصبح لها سماسة ومرجون حسب الطلب . يمكنهم الإدلاء بشهادة الزور حتى في القضايا الكبرى كالقتل والطلاق والأراضي ، غير مباليين بأن شهادة الزور يمكن أن تبرى مجرماً وتجرم بريئاً ...)) وجاء الاستطلاع الصحفي واسعاً دقيقاً معبراً عن خطر داهم كائن - .

ضده ، فيعاقب الجاني بالعقوبة المقررة للجريمة التي تم تنفيذ الحكم فيها - . (هذا بالطبع إن كانت هذه الأخيرة أشد من الأولى) - . كما نصت المادة (١٠٥) منه علي معاقبة من يستخدم بيئة مختلقة أو مؤسسة علي شهادة زور علي أنها بيئة صحيحة - مع علمه بحقيقتها - بذات عقوبة شاهد الزور أو اختلاق البيئة الباطلة - .

يتبين مما ذكر أن التشريع السوداني يعاقب شاهد الزور بالعقوبة الرادعة غير أنه لم يضمن تلك العقوبة ، ما يجعلها أكثر فائدة في تحقيق الردع العام ، بإضافة عقوبة التشهير التكميلية - ولا نماري في أن الخطر الداهم المتمثل في تفشي شهادة الزور يتطلب إضافة عقوبة التشهير التكميلية - إعمالاً لوجهة الفقه الإسلامي - ، فالردع العام يتحقق يقيناً برؤية ما يلحق بالمعزر بعقوبة التشهير من الخزي والفضيحة علي رءوس الأشهاد ، فالنفوس مجبولة علي حب السلامة والكرامة واحترام الناس وتوقيرهم لها ، فإذا رأت مصير المعزر بالتشهير ، نفرت من مصيره نجياً من الخزي ، فتكون العقوبة التكميلية أوفي لأغراض العقوبة في الردع الخاص والردع العام وفي المنع الوقائي في ذات الوقت . وقد أحسن المشرع السوداني حين أخذ بالتشهير بالإعلان في الصحف ، عند صدور الأحكام في جرائم الاعتداء علي حق المؤلف ، فهذه أيضاً من صنو الجرائم التي لا يرتكبها إلا أصحاب النفوس الوضيعة التي تؤثر أن تقتات بالتهام جهد المبدعين ، وقد نصت المادة (٢/٣٦/ج) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لسنة ١٩٩٦م - السوداني - علي نشر الأحكام الصادرة في جرائم الاعتداء علي حق المؤلف - بالإدانة والعقوبة - في واحدة أو أكثر من الصحف اليومية علي نفقة المحكوم ضده ^١ - ، وذلك بلا ريب أدعي إلي الردع - الخاص والعام- وإلي المنع الوقائي .

أما غاية إصلاح الجاني فهي وإن كانت تتضاءل سلطة القاضي التقديرية في أطرها - إلا أنها لا تنعدم - وإن كانت قد بدأت تتبدى منعدمة في التطبيقات القضائية في عصرنا الحاضر ، بحسبان أنها مما تناط بجهة التنفيذ التي تخول لها

^١ - النشر في هذه المادة (وجوبي) لا يدخل في السلطة التقديرية - وإنما سقناه لتعزيز رأينا بشأن ما تحققه هذه العقوبة التكميلية في غايات الردع والمنع - ولوقاية المجتمع - نأمل في توسعة دائرة هذه العقوبة التكميلية - .

التدابير الإصلاحية . أما في وجهة الفقه الإسلامي ، فتتبدى في عناية الشريعة الإسلامية بالزجر بأخف الزواجر الدافعة للمفاسد ، فإن ما يرتفع بالأخف ، لا يعدل فيه إلي ما فوقه ، ومن قبيل ذلك قوله صلي الله عليه وسلم : ((... ولقد هممت أن أمر بالصلاة فتقام ، ثم أمر رجلاً فيصلي بالناس ، ثم أنطلق معي برجال معهم حزم من حطب إلي قوم لا يشهدون الصلاة ، فأحرق عليهم بيوتهم بالنار))¹ .

ووجه الدلالة في قوله (هممت) فهو من قبيل الوعيد والتهديد بالعقوبة وقد رأي صلي الله عليه وسلم كفايته ، بدءاً بما يناسب المقام من أخف الزواجر ، وهكذا فإن كان الوعظ كافياً فيصير إليه ، وإلا فالتهديد ، وإلا فالتوبيخ والتبكي ، فكل حال ما يناسبه ، وذلك يعين علي أوبة العاصي إلي رشده وعودته راشداً إلي الهيئة الاجتماعية ، ويروي أنه صلي الله عليه وسلم جاءه رجل فقال : ((يا رسول الله إن لي جار يؤذيني . فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم : (انطلق فأخرج متاعك إلي الطريق) ، فإنطلق فأخرج متاعه . فاجتمع الناس إليه فقالوا : ما شأنك ؟ فقال : لي جار يؤذيني . فجعلوا يقولون : اللهم ألعه ، اللهم أخرجه . فبلغه ذلك ، فأتاه فقال : ((أرجع إلي منزلك ، فوالله لا آذيك))² . ثم إن الشريعة الإسلامية تعني عند تفريد العقوبة بصيانة القيم الإنسانية والكرامة الآدمية ، فلا تعزير بالصفع ؛ لأنه من الاستخفاف بالكرامة³ . ولا تعزير بضرب الوجه شرعاً ، لأنه محل تكريم ، والعقوبة ليست لانتهاك الكرامة ولا للحط من الآدمية ، وذلك القدر العالي من مراعاة القيم في حق الجاني ، يبعث في دواخله الطمأنينة النفسية ، فتحيا فيه عزائم العودة والصلاح .

ثالثاً : العناية بجبر الضرر .

جبر الضرر مبدأ أصيل في الشريعة الإسلامية . وتختلف وجوه الجبر وفقاً لاختلاف نوع الأفضية . ونعني هنا بجوابر الضرر عند إصدار الأحكام الجنائية ،

1 - كنز العمال للمتقي الهندي ج ٧ ص ٥٨٢ حديث ٢٠٣٥٨ - .

2 - تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٠٨ - .

3 - راجع البحر الرائق لابن نجيم ج ٥ ص ٤٤ - .

أروش غير مقدره - يترك تقديرها لاجتهاد القاضي ، بعد استبانة قدر الضرر ، بالاستعانة بأهل الخبرة الطبية . وقد قضت المحكمة العليا السودانية بأنه : ((... تجب حكومة العدل لجبر الضرر الواقع علي المجني عليه ... حكومة العدل في الفقه الإسلامي مبدأ عام للتعويض في الجنايات الجسمانية ، متروك لتقدير القاضي ، ولكن هذا لا يعني أن حكومة العدل تكون من غير ضابط أو وازع أو معيار محدد يتقيد به القاضي . لقد تناول الفقهاء معيار حكومة العدل ، وناقشوا الأساس الذي يحكم بمقتضاه بحكومة العدل ، ومحصلة الاجتهاد الفقهي في ذلك ، أن تحسب حكومة العدل بنسبة النقص الذي سببته الجناية علي الشخص منسوبة إلي الدية عن النفس وليس العضو الذي أصيب ، بحسبان أن النقص قد دخل علي سائر الجسد ، حيث تكمل أعضاء الجسد بعضها بعضاً . يري الإمام السرخسي بأن تحديد قضية النقص - أي العجز - يتم بأن يكلف القاضي طبيياً لتحديد مقدار نقص الجناية من الجسد ، ثم يحسب ذلك بنسبة العجز إلي الدية . إن مبدأ حكومة العدل وحسابها يقوم علي الاجتهاد الفقهي ، فليس فيها سنة قائمة أو دليل من الإجماع . فالمهم هو إزالة الضرر بتعويض المجني عليه عن الضرر الناتج عن الجناية))¹ .

ورغم أننا نقر بأن حكم المحكمة العليا الأنف قد صدر علي سندٍ من الفقه الإسلامي ، إلا أننا نحسب أن الأولي في جبر الضرر بالأروش غير المقدر - أي بحكومة العدل - هو حسابه بنسبة العجز الذي سببته الجناية منسوبة إلي دية العضو المضرور ، لا منسوبة إلي دية النفس ، وهذا قول في المذهب الشافعي ، ففي مغني المحتاج : ((... والوجه الثاني : أن ينسب إلي عضو الجناية ، لا إلي دية النفس ... فإن كانت الجناية علي أصبع وجب بعير أو علي أنملةٍ وجب ثلث بعير في غير الإبهام))² - . وقال الماوردي : ((... ما دون الموضحة في شجاج الرأس ، وما دون الجائفة في جراح الجسد ، ففيها حكومة تتقدر بالاجتهاد ، بحسب الألم والشين ، لا يبلغ بما في شجاج الرأس دية الموضحة ، ولا مما في جراح البدن دية الجائفة ، لأن الموضحة أغلظ مما تقدمها والجائفة أجوف مما دونها ، فلم يجز أن يبلغ بالأقل

¹ - (١٩٩٩م) مجلة الأحكام القضائية السودانية ص ٦٢ قضية : (حكومة السودان / ضد/ أداو محمد أداو) - .

² - مغني المحتاج للخطيب الشرييني ج٤ ص ٧٧ - .

دية الأكثر))¹ - ورغم ما ذكره (الماوردي) أنفأ ، فإنه قد رجح المشهور في المذهب ، بتقدير حكومة العدل منسوبة إلي دية النفس – لا إلي دية العضو² - ؛ لأنه قد قصر تقدير حكومة العدل منسوبة إلي دية العضو ، علي حالتني (دون الموضحة من شجاج الرأس ودون الجائفة من جراح البدن) ، ولا نري وجهاً لهذا الاقتصار ، حيث إن العمل بتقدير حكومة العدل منسوبة إلي دية النفس ، فيما سوي حالتني (الموضحة والجائفة) ، قد يفضي إلي زيادة حكومة العدل التي يحكم بها للعجز في العضو إلي أكثر من دية العضو ذاتها ، فيكون بذلك جبر المتلف الأقل أكثر من جبر المتلف الأكبر ، وذلك بلا مرأء مفارقة غير سائغة ؛ لأن أرش جزء العضو لا يمكن أن يكون زائداً عن أرش كله ، فإن حدث ذلك ، كان عسفاً في حق الجاني المحكوم عليه - .

إن جبر الضرر بحكومة العدل يقتضي استقصاء القاضي لأبعاد الضرر من كل جوانبه ، فوجوه الضرر متعددة ، تتجاوز متلفات الأعضاء ، وينبغي علي القاضي سؤال أهل الخبرة الفنية بمختلف صنوفهم ، بلوغاً إلي أقصى قدر من الإحاطة التي تكفل جبراً عادلاً ، وقد قضت المحكمة العليا السودانية – في ذات الحكم الأنف ذكره – وبذات الموضوع المذكور – بأن : ((الجنایات التي تتدخل فيها الجراح وتبرأ الشجاج والكسور علي وجه لا يبقي للجنایة أثر ، تجب فيها حكومة العدل ، وحكومة العدل لا تقف عند الشجّ وأثر الجنایة ، بل تشمل الحكم بثمن الدواء وأجرة الطبيب ونفقات العلاج الضرورية ، وتشمل تعويض المجني عليه ما فاته من كسب ونفقة)) - .

تلکم المطالب السبع التي عرضناها في هذا المبحث الثاني ، قد أبانت لنا أن الفلسفة العقابية في الشريعة الإسلامية ، جديرة بحق بما أسميناه (الفلسفة العقابية المتوازنة) ، وقد رأينا مدي عنايتها بأغراض العقوبة ، ومدي شمول نظرها ، وما تكفلها من سبل ، تحقيقاً لغايات الزجر والإصلاح والمنع الوقائي وجبر الضرر ، وعنايتها بشأن سلطة القاضي التقديرية المتوازنة التي تضيق فيما يغلب فيه معني

1 - الحاوي الكبير للماوردي ج ١٢ ص ٣٠٠ - .
2 - راجع المرجع السابق - ج ١٢ ص ٣٠٢ - .

الزجر ، وتتسع تناسبياً فيما يجمع بين خصائص الزجر والإصلاح والمنع الوقائي وجبر الضرر ، فإن كان المحل مما يكون فيه تفريد العقوبة تقديرياً وفقاً لضوابطه ، فدون سلطة القاضي أبواب الاتساع المشرعة التي لا تحدّها سوي الضوابط التي عنينا بإبانتها والتي تفضي إلي إحسان عدل القضاء . وليس بعد سوي الالتزام بالفلسفة المتوازنة إلي تختط الهدى الأقوم ، ونحسب أن تشريعاتنا العقابية يعوزها كثير من الإصلاح ، والأمل معقود في إعادة صياغتها علي بصيرة من الأمر - .

وما التوفيق إلا من عند الله ، وهو الهادي إلى سواء السبيل.

الخاتمة

لقد تراوحت الآراء في مشروعية (سلطة القاضي التقديرية) ومداهها - في الفقه الإسلامي- ، بين طرفي إفراطٍ وتفريطٍ ، في فقه السلف وفكر المعاصرين . وكان التفاوت والتباين بينهم ، مبعثه خلو الساحة الفقهية من دراسات تنعم النظر وتميط اللثام عن حجب المسألة . ثم استبان لنا أن بعض المعاصرين قد غالي في إثارة الشبهات حول (سلطة القاضي التقديرية) في الفقه الإسلامي ، فاعتزمت الإبحار في خضم لجة هذا الموضوع ، بأشرعة المثابرة والصبر وروح اليقين ،

حتى بلغت الدراسة مراسيها ، بعون الله العلي القدير ، الذي جعل مع كل جنس العسر يسراً ، فكانت نتائج هذه الدراسة وتوصياتها على النحو التالي :-

نتائج الدراسة :-

(١) إبراز معاني ومحل سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي ، بإبانة مشروعاتها والتدليل عليها مع مناقشة آراء المانعين من الأقدمين والمعاصرين وبيان رجحان رأي الجمهور القاضي بالمشروعية .

(٢) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، أساس عماده (الفهم) ، فهم الواقع وفهم الواجب ، وأعدل القضاء ما كان عن فهم الوقائع ، وتنزيل ما يتلاءم من أحكام التشريع عليها ، وقد استحق ذلك النوع من الفهم الثناء من رب العزة ، في الآية التاسعة والسبعين من سورة الأنبياء (هـ) - .

(٣) أبرزت الدراسة أن الشريعة الإسلامية هي التي أرست دعائم مبادئ (المساواة أمام القضاء) (وسيادة حكم القانون) وعلنية المحاكمات ومبادئ الشفوية واستجواب الشهود وخلافها من مبادئ أصول المحاكمات التي استقرت عليها النظم التشريعية المعاصرة - .

(٤) أبرزت الدراسة في مختلف أبوابها وفصولها ومباحثها ، أن سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي ، منضبطة بضوابط تصونها عن التحكيمية ، وتسد ذرائع الهوى ، وتفضي إلي عدل القضاء ، في كل أنواع الأفضية وإجراءات تحقيقاتها وإثباتها وتكييفها بتنزيل الأحكام علي وقائعها - .

(٥) الاقتناع القضائي الذي يتبلور في نفس القاضي ، ليس أمراً قائماً علي نوازع شخصية ، بل هو عقيدة تترسخ في وجدان القاضي ، نتاجاً لنشاط ذهني ، يصبّ فيه النظر إلي أدلة موضوعية ، بمعايير موضوعية محددة ، من شأنها تبين حقائق الوقائع بيقين ، وليس اليقين المقصود ، هو اليقين بمعناه الحقيقي الذي لا يخالطه أدنى شك من أي وجه ، بل يصدق معني اليقين القضائي ، ببلوغ العقيدة التي ينتقي معها الشك المعقول ، ويدرك

القاضي ذلك في المسائل الجنائية من دلالات تساند الأدلة وتعاضدها ، أما في المسائل المدنية ، فيتحقق ذلك ببلوغ الظن الراجح - .

(٦) للقاضي سلطة تقديرية واسعة ، عند استقصاء الوقائع المتصلة بأركان الجريمة الحدية وعناصرها وشرائطها المتكاثرة . وقد تكاثرت تلك العناصر والشرائط ؛ لأن منهج الشرع الإسلامي الحنيف هو تضيق دائرة التجريم بالحدود الشرعية ، فحقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة قائمة علي المسامحة واستحباب فضيلة الستر ، والتماس الدرء ، لا علي الجفاء والتجسس وكشف خفايا العورات - .

(٧) تتسع سلطة القاضي التقديرية في التشريع الجنائي في مسائله الإجرائية ، كفالة لحرية الاستقصاء للقاضي ، بينما تضيق في مسائله الموضوعية التزاماً بمبدأ المشروعية ، وتضييقاً لدائرة التجريم والعقاب ، وتأتي المسائل المدنية في المقابل ، فتتسع فيها سلطة القاضي التقديرية في مسائلها الموضوعية ، كفالة للمرونة التي تتلاءم مع انسياب مصالح العباد ومعاملاتهم ، بينما تضيق في مسائلها الإجرائية من منطلق حياد القاضي الذي يقارب فيها الحياد السلبي .

(٨) المرونة - غير المنضبطة - هي سمة التشريعات المعاصرة ، فيما يصار إليه عند غياب النص التشريعي ، من مثل عبارات المصير إلي (مبادئ القانون الطبيعي) (وقواعد العدالة) (والوجدان السليم) ونحو ذلك ، وكان أحرى بالمشروع إحالة القضاة إلي مصادر منضبطة ، يمكن درك معانيها وأبعادها ، ولا يخفي أن ثمة مخاطر تتمخض عن هلامية تلك المصادر الاحتياطية ، حيث تكاد تكون معها سلطة القاضي التقديرية هلامية بدورها . وأفضل ما في النصوص التشريعية المقررة لسد النقص ، والتي رسخت معالم سلطة تقديرية منضبطة ، هو ما قرره المادة الثالثة من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣م تعديل سنة ١٤٠٦هـ - .

(٩) اتجاهات الفكر القانوني الحر ، التي تقدر مبدأ الشرعية الشكلية الضيقة ، والتي تنكر سلطة القاضي التقديرية ، بدعوى سدّ ذرائع التحكيم ، وبدعوى مقتضيات المساواة أمام القضاء، ونحو ذلك ، قد تجاوزتها التشريعات المعاصرة - بلا خلاف نعلمة - حيث اذنت التشريعات المعاصرة إلي ضرورة سن (السلطة التقديرية للقاضي) حتى في محيط الشرعية المشددة - .

(١٠) أصول التقاضي في الشريعة الإسلامية ، تولي عناية بالغة لحرمة الحياة الخاصة ولصيانة الكرامة الإنسانية ، فلا يمارس القاضي سلطته التقديرية بانتقاص شيء منها ، إلا عند الضرورة الحقيقية غير المتوهمة ، فلا إجراء تحفظي - أو احتياطي - بدعوى مجردة ، بل يلزم توفر أدلة مقبولة ، تصون عن التجاوز ، وتسدّ ذراع العسف أو الكيد ، ويلزم المواءمة بين مقتضيات الكرامة الأدمية وموجبات استصحاب البراءة من جهة ، وبين ضرورات مصلحة التحقيق من جهة أخرى - .

(١١) أبرزت الدراسة صدور قواعد تفسير النصوص التشريعية في النظم القانونية المعاصرة، عن معين أصول الفقه الإسلامي ، مما صنّفه الأصوليون في أبواب (طرق الدلالات اللغوية) . وقد أحسنت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا السودانية حين أثبتت أن ما كتبه شراح القانون الإنجليزي من أمثال (العلامة ماكسويل) ، في هذا المجال قد استقي من القواعد التي صنّفها فقهاء أصول الفقه الإسلامي - .

(١٢) أبرزت الدراسة الضوابط التي يتقيد بها القاضي عند تقويمه للقرائن القضائية ، والمتمثلة في مراعاة توفر عناصر معينة عند استخلاص القرينة من مثل ثبوت الواقعة مصدر الاستنباط يقيناً ، واتصالها بالواقعة محل الإثبات ، وسلامة الاستخلاص واتساقه مع منطق الواقع وحكم العقل ، وكون الواقعة مصدر الاستنباط ثابتة بأوراق الدعوى وعدم احتمال الاستنباط لأكثر من نتيجة واحدة - هي إدانة المتهم وحده ، وتنافيه مع استنباط آخر معقول يتفق مع براءته ، أو من شأنه أن يؤدي إلي تجريم

شخص آخر . ويتبين مدى تأثير التقدير القضائي فيما ذكر ، بما يلزم معه تقرير عدم إفادة القرينة القضائية للجزم واليقين ، ومن ثم فلا ترقى حجية القرائن القضائية إلى درجة إثبات الحدود الشرعية ، كإيجاب حدّ الشرب بقرينة الرائحة ، لاحتمال أن تكون الرائحة لغير المسكر ، ولاحتمال عدم نفاذها من الفم إلي الجوف ، وكذا إيجاب حد الزنا بقرينة الحمل – لغير ذات الزوج - ، فالحمل بمجردة لا يقطع بحدوث الإيلاج كالمروود في المكحلة والرشاء في البئر ، فتظل الشبهة قائمة فيهما – وكذا في إيجاب حد السرقة بقرينة وجود المال المسروق مع المتهم ، فقد لا يكون هو الذي هتك الحرز وأخرجه ... - .

(١٣) أبرزت الدراسة أن الفقه الإسلامي هو الذي وضع أساس الإثبات بالكتابة من خلال عناية القرآن الكريم بضرورة التوثيق في آية الدين من سورة البقرة ، ومن خلال ما في مصنفات الفقه الإسلامي . وقد أحدثت ثورة المعلوماتية تبديلاً هائلاً في مجال الإثبات بالكتابة، بما بلغت نظم التوثيق الإلكتروني ، والتي لم يعد معها ثمة قيمة تذكر لما كان عليه الحال بالنسبة لأحكام حجية صور المحررات – مثلاً – حيث لم يعد ثمة فرق في المحررات الموقعة إلكترونياً بين النسخة الأولى أو الثالثة أو الثلاثمائة – ما دام استخرجت بالطابعات من الحاسوب ، من نسختها التي تم التوقيع عليها وحفظها وتأمينها ، فيمكن اعتبارها جميعاً في حكم (الأصول) - . وبذات القدر فقد أحدثت ثورة المعلوماتية تبديلاً هائلاً في كيفية ارتكاب الجريمة وفي مسرحها وفي إثباتها بحيث أصبح المنهج التقليدي في النظر والفصل عديم الجدوى ، وأصبحت الاستعانة بالخبرة الفنية أوجب - .

(١٤) تغليظ اليمين – أو عدمه – مما يقدره القاضي ، ملتزماً مبدأ المشروعية ، وعلي ضوء حال الحالف والمحلوف عليه ، بل وعلي ضوء الزمان وأحوال الناس وأعرافهم . فإن تجاوز القاضي بالتغليظ قدره المشروع ، بالسعي إلي الأضرحة ، التماساً للتغليظ ، فذاك منزلق عن

صحيح العقيدة , وليس ثمة ضرورة حقيقية , ولا فساد زمان , يبيحان صنوه , فليحذر القضاة أن تحبط أعمالهم - .

(١٥) للقاضي سلطة واسعة في تقدير ما يدخل في معنى النكول عن اليمين دلالة , والنكول عن اليمين دلالة موقف سلبي , يتطلب من القاضي استقصاء حقيقة الحال , على ضوء الملابسات و الظروف المحتقة , وإهمال ذلك الاستقصاء _ حتى في الأفضية ذات الخطر العظيم _ قد تمخضت عنه آثار فادحة الضرر . والحيلة تقتضى أن يعلم القاضي من توجهت إليه اليمين , بأثر النكول في القضاء .

(١٦) تتسع سلطة القاضي التقديرية - أيما إتساع - في دعاوى المعاملات المدنية , يتبدى ذلك في قلة النصوص الأمرة في أحكامها , ومناطق ذلك يتمثل فيما تقتضيه المرونة التي تتوخاها الشريعة الإسلامية - والنظم التشريعية الأخرى - تحقيقاً لمصالح العباد , ورعاية لمقتضيات اختلاف الأحكام باختلاف الأمكنة والأزمنة والأعراف , ووفاءً بحاجات المجتمعات وبيئاتها المتغيرة - .

(١٧) خصلتنا التائي والمشاورة , تعززان أقدار إصابة تقدير القاضي لوجه الصواب في الأفضية , حيث تفضيان إلى استجماع أقوال الخصوم في قلبه , مستبيناً معانيها , ومدركاً لأعباء الإثبات وتراتيبها ودلالاتها , وأحكام الواجب في وقائعها . فهما من شرائط كمال النظر والتقدير . ونأسى أن زاحمتها العجلة وتبوات مكانهما , فبدأت تطل علينا جراءها أحكاماً قضائية , تفنقر إلى مقومات الصنعة القضائية , لورودها خلواً عن بيان الوقائع والأسباب المتضمنة لعناصر نوازل الأفضية , وخلواً عن مناقشة الدفوع وعن تبيان مدارك أوزان الأدلة وغيرها من مقتضيات حسن التسبيب . ولعل حلول العجلة محل الروية , مردّها إلى ثلاثة أسباب , أولها : التباهي بالإحصائيات أو التلويح بسيوفها , وثانيها : تسطيح مبدأ (العدالة الناجزة) , وجعله شعاراً بغير مضمون , وثالثها : حسابان بعضهم أن التائي منقصة

وأن الإسراع براءة . ولعمري : فلئن يبطن فلا يخطئ , أجمل به من أن يعجل فيفضل ويضل - .

توصيات الدراسة :

(١) المناداة بإعادة صياغة تشريعي (الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م وقانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م) . بما يتلاءم مع روح الشرع الإسلامي الحنيف , في أفضية الحدود الشرعية خاصة , بالنص على ما يفضى إلى تضييق دائرة التجريم بها , بإعمال فضيلتي المسامحة وإيثار الستر حيث يكونان مندوبين , وبالنص على ما يفضى إلى التماس الدرع , ويتحقق قدر من ذلك بتقنين استحباب إبداء الكراهة عند الإقرار بالحدود الشرعية , وعدم المسارعة في تدوينه وعدم الكشف عن مجمله , حيث اعتبره الفقهاء من قبيل التجسس المنهي عنه , ثم النص على استحباب تلقين المتهم حخته - الدفاعية - في الحدود الشرعية , تعريضا ثم تصريحا - ونحو ذلك . وكذا في الشهادة بالحدود الشرعية , فينص على استحباب إبداء الكراهة عند الإدلاء بها , ترغيباً للزهد عن أدائها , ثم النص على عدم الكشف عن تفصيل مجملها , ونحو ذلك مما يفضى إلى ملاءمة التطبيق القضائي مع روح الشرع الإسلامي الحنيف - .

(٢) المناداة بتعديل التشريعات الإجرائية - الجنائية لسنة ١٩٩١م والمدنية لسنة ١٩٨٣م . لإدخال المزيد من النصوص التي تصون الخصوصية والكرامة الإنسانية - . للمثال : عند اتخاذ الأوامر بالإجراءات التحفظية والاحتياطية , فينظر إلى ضرورة ملاءمتها مع روح الشرع الحنيف , ففي التفتيش - بنوعيه - فيصار إلى نظام قاضي التحقيق ليكون له وحده سلطة الإطلاع على الرسائل ومراقبة المحادثات ونحوها , حماية للحريات الفردية والخصوصيات . وفي حجز التحفظي فينص على ضرورة المواءمة بين صيانة حق الطالب الذي يقوي دعواه بدليل , وبين حق ذي اليد في الانتفاع بما في يده - دون أن يتصرف فيه بما يفوت حق الطالب - مع مراعاة الضوابط التي أوردناها في موضعه - وفي الحبس الاحتياطي ,

فينص على التقليل منه - لأنه استثناء - وبالمسارعة بإجراء التحقيقات ، سدّاً لذرائع العسف.

(٣) ضرورة إتباع (مرجعية موحدة) تشريعاً , لكل وحدة موضوعية , نأياً بالتشريع عن التضارب. وقد بينا في أحكام اللعان خطورة الأثر الذي نجم عن التفتيق بين المذاهب (في الموضوع الواحد) ، نحو اعتبار اللعان (شهادات أم أيمن) في المادتين (١٩٩) و (٢٠٠هـ) من قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٩١م من جهة ، وبينهما وبين المادة (٦٢/د) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م من جهة أخرى . (يراجع لمزيد من التوضيح والبيان ما في المطلب الخامس من الفصل الخامس من الباب الثاني من هذه الدراسة) - .

(٤) عنى المشرع السوداني بسد ذرائع الدعاوى الكيدية ، وبما يفضى إلى التقليل من الطلبات التي يتقدم بها الخصوم بغية المماطلة والتسويف وعرقلة الإجراءات ، بقصد إلحاق الضرر بسير العدالة حيث جاء تشريع المادة (١١١/٣) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م بتحويل القاضي سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالتعويض المناسب ، كجزء من منطوق الحكم أو قبل صدور الحكم النهائي، وقد أغفل القضاة أعمال تلك المادة ، مما كان له أثره السلبي في أداء الرسالة العدلية ، وذلك بتكاثر الدعاوى الكيدية واللدد في الخصومات ، وابتداع صنوف الحيل التي تطيل المنازعات . ونحسب أهمية إصدار منشور قضائي من سعادة رئيس القضاء ، بتوجيه المحاكم إلى أعمال أحكام تلك المادة ، وصولاً إلى غايات تشريعها - .

(٥) نوصى بتعديل المادة (٦٢) من قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م في فقرتها (ج / د) بإلغائهما - أي إلغاء قرينة الحمل لغير الزوجة - إذا خلا من شبهة، وإلغاء قرينة نكول الزوجة عن اللعان ، بعد حلف زوجها أيمن اللعان - ، فهما قرينتان قضائيتان غير قاطعتين ، ولا ينفك عنهما الظن ، وتكتنفهما الشبهة ولا حاجة إلى إقامة حد شرعي بدليل تكتنفه الشبهة - . ويسرى ذات الأمر بالنسبة للمادة (٦٤) من ذات القانون إذ نوصى بإلغاء إثبات حد شرب الخمر ، بقرينة الرائحة ؛ لأن قرينة الرائحة تكتنفها الشبهة كذلك . وقد آن الأوان لصياغة تشريع الإثبات بما

يتلاءم مع روح الشرع الإسلامي الحنيف ، بما يفضى إلى تضيق دائرة التجريم بالحدود الشرعية - .

(٦) إطلاق سلطة القاضي التقديرية بشأن المرجعية الفقهية , من كل قيد , يثري الفقه القضائي الاجتهادي , وذلك الإطلاق هو الأصل عند وجود القاضي المجتهد - أو على الأقل عند توفر العارفين من القضاة بأصول التخريج وبقواعد الترجيح , فإن عدموا فلا مناص من تقييد المرجعية الفقهية , فذلك أحوط وأنفى لتضارب الأحكام وتنافرها . ونوصي بتقييد المرجعية الفقهية في السلطة التقديرية الواسعة المخولة للقاضي بالمادة الثالثة من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣م - .

(٧) الزجر والإصلاح هما عماد السياسة العقابية المتوازنة في الشريعة الإسلامية , ويدخل النكال - أي المنع - في معني الزجر . وتحقيقاً لأغراض العقوبة في الردع الخاص والردع العام , فقد شرعت أحكام الشريعة الإسلامية عقوبة (التشهير) باعتبارها عقوبة تكميلية , في الجرائم ذات الخطر على الحياة العامة , من مثل تلوين البيئة وشهادة الزور ونحوهما .

ونوصي بإضافة (عقوبة التشهير) باعتبارها عقوبة تكميلية إلى جانب العقوبة الأصلية لتلك الجرائم , بما يمكن القاضي من ممارسة سلطته التقديرية في إيجابها بمختلف الوسائل التقنية الحديثة , حيث إن لها أثراً فاعلاً في المنع الوقائي , الذي يتمخض عن رؤية مايلحق بالمعزر تشهيراً من الخزي والفضيحة على رءوس الأشهاد . (مع ضرورة تجنب إخفاقات التجارب غير الراشدة التي صاحبت تطبيقات تشريعات سنة ١٩٨٣م , بشأن التشهير في وسائل الإعلام من غير تمييز).
(٨) في ظل معارف البصمة الوراثية التي اخترقت حجب الخصائص الوراثية المؤثرة في السلوك الإنساني , فقد آن لتشريعاتنا الجنائية أن تقنن للإفادة من تلك المعارف , للنفاز إلى شخصية الجناة بجانب المدارك الأخرى الاجتماعية والوظيفية والاقتصادية والتعليمية والنفسية وصولاً إلى تفريد العقوبة في حق المدانين - .

ے اٹ اٹ اٹ اٹ اٹ

۷

پ پ پ پ پ ن ن ن ن ت ت ت ت ت ٹ ٹ گ

۸۲۲
/۲۱۸/۲۰۲
۲۷۱ /۲۲۲

ب ب ب ب ب پ پ پ پ پ پ پ پ پ چ

۵۴۶

ق ق ق ج ج ج ج ج ج ج ج ج چ

۵۴۶

ٹ ٹ ٹ ف ف ف ف ف ف ف ف ف

سورة المائدة

پ پ پ پ پ گ

۱۸ /۱۷

ے اٹ اٹ اٹ اٹ اٹ و و و و و و و و و پ

۲۳۵ /۳۲

ن ن ن ٹ ٹ ٹ ہ ہ ہ ہ ہ ہ ہ ہ ہ ے

۸۱۷

ن ن ن ت ت ت ت ت ٹ ٹ ٹ ف ف ف ف ف

/۶۵۶ /۶۲۳

۸۱۸ /۷۷۳

۶۵۵

ے ے ے ے اٹ اٹ اٹ □

و و و و و و و و و ی

۵۰۱ /۱۷

اٹ اٹ اٹ اٹ اٹ و و و و و و و و و □

۴۳۷

□ ی □

۴۳۷

گ گ گ ن ن ن ٹ ٹ ٹ ہ ہ ہ ہ ہ ہ ہ ہ ہ

۴۴۲

د د د ت ت ت ڈ ڈ ڈ ژ ژ ہ

۴۵۱

ڑ ک ی ک ک گ گ گ گ گ گ گ گ گ ہ

۴۵۱

سورة الأنعام

□ □ □ □

۵۴۵

ی □ □ □ □ □ □ □

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الصفحة	الحديث
	{ أ }
٥٤٠ / ٥٣٢	{ أتلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم ... فتبرئكم يهود }
٦٤٥	{ أتشفع في حدٍ من حدود الله }
٨١٦	{ أتغفرو؟ قال : لا - . }
٢٩٣ / ٢٩٢	{ أتى بلصٍ قد اعترف (بسارق قد اعترف) - }
٢٩٢	{ أتى رجل من الأسلميين رسول الله صلي الله عليه وسلم ... }
٨٠٠	{ أدراوا الحدود بالشبهات وأقبلوا الكرام عثراتهم }
٣٧٠ / ١٢٨	{ أدراوا الحدود ما استطعتم }
٧٩٧	{ أحسن إليها فإذا وضعت فجئ بها ... }
٤٨٧	{ إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا }
٥٤٨	{ إذا جلس بين شعبها الأربع ... }
١٣	{ إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ... }
٤٣٧	{ إذا حلفت علي يمين فرأيت غيرها خيراً منها ... }
٧٧٦	{ إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد ... }
٧٧٤	{ إذا شرب الخمر فاجلدوه... فأتي رسول الله صلي الله عليه وسلم برجل ... }
٧٧١ / ٧٦٩ / ٧٦٤	{ إذا شربوا الخمر فاجلدوهم ، ثم إن شربوا فاجلدوهم ... }
٥٥٠ / ٢٦٦	{ إذا علمت مثل الشمس فاشهد ... }
٥٦	{ فأشار إلي أن ضع من دينك الشطر ... }
٨٠١ / ٨٠٠	{ أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم }
١٩٢	{ أكرموا الشهداء ... }
٨	{ فأكملوا العدة }
١٦١	{ ألا أخبركم بخير الشهداء ... }
٨٢٢	{ ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا ... }
٢١	{ ألحقوا الفرائض بأهلها ... }
٤٤٢	{ الله ما أردت إلا واحدة ؟ ... }
٤٥٦ / ٤٤٢ / ٣٥١ / ١٦٢	{ ألك بينة ؟ }
٤٩٠	{ أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ }
١١٥	{ أليس قد صليت معنا ؟ }
٤٥٣	{ أما إنه كذب ولكن غفر له بتوحيده }
٢٧٤ / ١١٦	{ فأمر صلي الله عليه وسلم بطرده حتى لم يُرَ }
٢٨٥ / ٢٧٢	{ إن ابني كان عسيفاً ... }
٧٢	{ إن الأمير إذا ابتغي الريبة في الناس أفسدهم }
٦٥٩	{ إن الله جعل الحق علي لسان عمر وقلبه }
٥٠٠	{ إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك }

١١٥	{ فإن الله قد غفر لك ذنبك }
٤٣٩ / ٣٠٩	{ إن الله وضع عن أمتي الخطأ ... }
٥١١	{ إن الله يعلم أن أحدكما كاذب }
١٠٦	{ أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة }
٧٥٠ / ٧٤٨	{ أنت أحق به ما لم تتكحي }
٨٠٩	{ أن تدعوا لله ندّاً وهو خلقك }
٧٢٦	{ أن حفظ الحوائط بالنهار علي أهلها }
٧٢٦	{ وأن حفظ الماشية بالليل علي أهلها }
٢٨٦	{ أن رجل جاء إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ... فبعث }
٤٨٥	{ أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قضي بيمين وشاهد }
٨٢١	{ انطلق فأخرج متاعك إلي الطريق }
٧٨٤	{ انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ }
١٠٧	{ إن علي صاحبكم ديناً }
٣٣١ / ٢٨٨	{ أن الغامدية جاءت إلي النبي صلي الله عليه وسلم ... }
٣٣٠ / ٣١١ / ٢٨٧ / ٢٧٦	{ أن ماعزاً بن مالك جاء إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم ... }
٧٢	{ إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم }
١٤	{ إنما أقضي بينكم برأيي فيما لم ينزل علي فيه }
٦٩٩ / ٦١٦ / ٢٥٢ / ١٤	{ إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ... }
٨٠٦	{ إن من أعتى الناس علي الله رجل قتل في الحرم }
٨٠٤	{ إن من الجهار أن يعمل الرجل سرّاً ثم يخبر به }
٨٠٤	{ إن من الجهار أن يعمل العبد بالليل عملاً ثم يصبح وقد ... }
٨٠٤	{ إن من شرار أمتي المجاهرين }
٨٠٠	{ اهتبلوا العفو عن عثرات ذوي المروءات }
١٧	{ إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث }
٣٥٨	{ أيكما قتله ؟ }
٧٢٧	{ أيما طبيب تطيب علي قوم ولا يعرف له تطيب }
٣٠٣	{ أين كنز حيي ؟ }
	{ ب }
٣٤٩	{ البكر تستأذن - وفي رواية تستأمر - }
٥٣٤	{ بالله ما قتلت وما علمت له قاتلاً }
٤٧٤	{ البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة }
٤٨٦ / ٤٥٥ / ٣٠	{ البينة علي المدعي }
٥٠٦	{ البينة وإلا حدّ في ظهرك }
	{ ت }
٨٠٠	{ تجافوا عن عقوبة ذي المروءة }

{ تعافوا الحدود فيما بينكم ... }

١١٤ / ٣٠

{ ج }

{ جرح العجماء جبار }

٦٥٢

{ جيئ بسارق إلي النبي صلي الله عليه وسلم فقال : اقتلوه ... }

٧٧٠

{ ح }

{ حبس صلي الله عليه وسلم رجلاً في تهمة ثم خلي سبيله }

٩١

{ حبس ناساً في تهمة (يوماً وليلة) - }

٩١

{ حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟ }

١٣٥

{ خ }

{ خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف }

٧٣٧/٧٣٤/٦١٢/٥٠١

{ ر }

{ ردّ شهادة الخائن والخائنة ... }

٢٢٦ / ٢٢٠

{ رفع القلم عن ثلاث ... }

٤٣٩/٣٣٠/٣٠٨

{ ش }

{ شاهداك أو يمينه }

٤٦١ / ٣٥١ / ١٦٢

{ ص }

{ صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته }

٨

{ ع }

{ العارية مؤداة والدين مقضي والزعيم غارم }

١٠٧

{ عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله }

٢٤٥

{ العينان ترنيان }

٣٨٩

{ ق }

{ قال : الغبراء ؟ }

٧٩٥

{ قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم }

٢١٤

{ فقم فأقضه }

٥٦

{ قوم يقرأون القرآن لا تعدو تراقيهم }

٧٨٤

{ ك }

{ كان الطلاق علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين }

٢٢

{ من خلافة عمر }

٣٤٦

{ كانت امرأتان معهما ابناهما }

٤٠٥

{ كتب إلي رسول الله صلي الله عليه وسلم أن أورث ... }

٣٨٩

{ كل مسكر خمر }

١٤

{ كيف تقضي إذا عرض لك قضاء }

{ ل }

{ لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ... ولا شهادة القانع ... }

٢٤٠/٢٣٥/٢٢٦

٢٤٥ / ٢٤٢	{ لا تحاسدوا ... }
٢٦٢	{ لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا شهادة الوالد لولده ... }
٢٢٠ / ٢١٦	{ لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه }
٧٩٦	{ لا يؤمن الرجل الرجل في بيته }
٢٤١	{ لا ضرر ولا ضرار ... }
٧١٩	{ لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حدٍ }
٧٥٨	{ لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان }
٦٤٣	{ لا يحلف أحد علي منبري هذا علي يمين أئمة ... }
٤٤٢	{ لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث ... }
٥١٧	{ لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله ... }
٧٩١ / ٧٩٠	{ لا يقدر الله أمة لا يقضي فيها بالحق }
١٠٣	{ لعلك قبلت ... }
٣١١/٢٩٠./٢٠٠/١٣٥	{ لقد نزل فيك وفي صاحبك ... }
٥١٢ / ٥١١	{ ولقد هممت أن أمر بالصلاة فتقام ثم أمر ... }
٨٢١	{ لك يمينه }
٤٤٠	{ ليس علي مقهور يمين }
٤٣٩	{ ليس لك إلا ذلك }
٦١٧/٤٦١/٣٥١	{ ولو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد صلي الله عليه وسلم يدها }
٣٠	{ لولا ما مضى من الأيمان لكان لي ولها شأن ... }
٥١٥ / ٥١٤ / ٥١٢	{ لو كنت راجماً أحداً بغير بينة ... }
٣٤٧	{ م }
٧٤٣	{ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن }
٦٩٦	{ ما من أحد أقرب إلي الله يوم القيامة ... من إمام عادل }
٤٥٥	{ المدعي عليه أولي باليمين إذا لم تكن بينة }
٢١٤	{ مضت السنة في الإسلام ... }
٢٢٣	{ مضت السنة ... أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود }
٢٩	{ من ابتلي بالقضاء بين الناس فلا يرفعن صوته علي ... }
٦١ / ٢٩	{ من ابتلي بالقضاء بين الناس فليعدل في لحظه وأشارته ... }
٧٨٥	{ من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد }
٧٦٢ / ٧٥٧	{ من بلغ حداً في غير حدٍ فهو من المعتدين }
٧٢٧	{ من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن }
٥٣٣	{ بمن تظنون - أو ترون - قتله }
٤٦١	{ من حلف بالله علي حق فصدقوه }
٣٠	{ من رأي عورة فسترها }
١١٥	{ من ستر علي مؤمن عورة }
٨١٠	{ من قتل دون ماله فهو شهيد }

٨١٦	{ من قتل له قتيل فهو بخير النظرين }
٤٤٢/٤٣٨	{ من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت }
٧٨٣	{ فمن يطع الله إن عصيته }
	{ ن }
٧٤١	{ نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تكسر سكة المسلمين ... }
	{ ه }
٩٠	{ هذا حكم الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم }
١٤٩	{ فهل تدري ما الزنا ؟ }
٥٥٠	{ هل تري الشمس ؟ }
٥٣٠	{ هل من تائب ؟ }
٦٤٥ / ٢١٦	{ هما سيذا شباب أهل الجنة }
	{ و }
٣٤٩	{ الولد للفراس ... }
	{ ي }
٦٤٧	{ وليسو بينهم بالنظر والمجلس والإشارة }
٢٤٨	{ يعجب ربك من راعي الغنم ... }

فهرس المصادر والمراجع

أولاً : التفاسير القرآنية :

(١) أحكام القرآن : للإمام أحمد بن على الرازي الجصاص الحنفي

(ت سنة ٣٧٠هـ) دار الكتاب العربي بيروت - .

(٢) **أحكام القرآن** : للإمام أبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي

(٤٦٧-٥٤٣هـ) : راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه : محمد عبد

القادر عطا: الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨م دار الكتب العلمية بيروت / لبنان- .

(٣) **تفسير القرآن العظيم** : للإمام الحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير

المتوفى سنة ٧٧٤هـ - طبعة / المكتبة العصرية /بيروت ٢٠٠٣م.

(٤) **تفسير القرآن الحكيم - المشهور بتفسير المنار** - تأليف محمد رشيد

رضا - الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ مطبعة المنار .

(٥) **تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل** :

لأبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (٤٦٧-٥٣٨هـ)

طبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

(١٩٧٢م).

(٦) **الجامع لأحكام القرآن** : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي

- الناشر دار الكاتب العربي للطباعة والنشر/القاهرة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م -

مصورة عن طبعة دار الكتب .

(٧) **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** :أبي جعفر محمد بن جرير الطبري

المتوفى سنة ٣١٠هـ (٢٢٤-٣١٠هـ) طبعة دار المعارف.

(٨) **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز** : المعروف بتفسير ابن عطية

الأندلسي ت ٥٤١هـ تحقيق وتعليق الرحالي فاروق وعبد الله بن إبراهيم

الأنصاري والسيد عبد العال السيد إبراهيم ومحمد الشافعي صادق - الطبعة

الأولى ١٩٧٧م.

ثانياً : الأحاديث النبوية الشريفة (مصادرها

وشروحها وتخرجها) :

(٩) **الجامع الصحيح** : وهو سنن الترمذي ، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن

سورة (٢٠٩-٢٩٧هـ)-. الطبعة الأولى ١٩٦٢م شركة مكتبة البابي الحلبي/

مصر.

(١٠) السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج للعلامة

أبي الطيب صديق بن حسن خان الحسيني البخاري . - وهو شرح على
ملخص صحيح مسلم للحافظ المنذري - طبعة مطابع الدوحة الحديثة . -

(١١) سنن الدار قطني : للإمام علي بن عمر الدار قطني (٣٠٦هـ -

٣٨٥هـ) . - وبذيله التعليق المغني علي الدار قطني لأبي الطيب العظيم
آبادي . - دار المحاسبة للطباعة - القاهرة - سنة ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م . -

(١٢) سنن الدارمي : لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن

بهرام الدارمي (ت ٢٥٥هـ) دار إحياء السنة النبوية . -

(١٣) سنن أبي داود : للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث

السجستاني (٢٠٢هـ - ٢٧٥هـ) الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م . -
مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر . -

(١٤) سنن ابن ماجة : للحافظ أبي عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني

(ابن ماجة - ٢٠٧هـ - ٢٧٥هـ) تحقيق وترقيم : محمد فؤاد عبد الباقي .
دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(١٥) سنن الدارمي : للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن بهرام

الدارمي (ت ٢٥٥هـ) دار الكتب العلمية / بيروت .

(١٦) سنن النسائي : لإمام الحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب

النسائي (٢١٥هـ - ٣٠٣هـ) بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي - الطبعة
الأولى سنة ١٣٤٨هـ = ١٩٣٠م دار الفكر / بيروت . -

(١٧) السنن الكبرى : للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي

(ت سنة ٤٥٨هـ) دار الفكر / بيروت / لبنان . -

(١٨) شرح صحيح البخاري : لابن بطلال - للعلامة أبي الحسن علي بن

خلف بن عبد الملك (ت سنة ٤٤٩هـ) . - الطبعة الأولى سنة ١٤٢٠هـ =

٢٠٠٠م - مكتبة الرشيد للنشر والتوزيع / الرياض / المملكة العربية السعودية - .

(١٩) **صحيح البخاري** : الجامع الصحيح المسند المختصر من أمور رسول الله صلي الله عليه وسلم وسننه وأيامه - للإمام الحافظ أمير المؤمنين في الحديث محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة الجعفي البخاري (١٩٤هـ - ٢٥٦هـ) وبهامشه حاشية أبي الحسن نور الدين محمد بن عبد الهادي السندي - طبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده / مصر سنة ١٩٥٣م - .

(٢٠) **صحيح مسلم - الجامع الصحيح** - للإمام الحافظ أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (٢٠٤هـ - ٢٦١هـ) مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه / مصر - .

(٢١) **صحيح مسلم بشرح الإمام النووي** : للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي (٦٣١هـ - ٦٧٦هـ) مؤسسة مناهل العرفان / بيروت - .

(٢٢) **عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الإمام أبي حنيفة مما وافق فيه الأئمة الستة أو أحدهم** : للعلامة محمد بن محمد بن عبد الرازق الشهير بمرتضى الحسيني الزبيدي الحنفي (١١٤٥هـ - ١٢٠٥هـ) الطبعة الأولى ١٢٩٢هـ المطبعة الوطنية بالإسكندرية - محفوظ بدار الكتب المصرية برمز ب رقم ٣٥٢٦٣ - .

(٢٣) **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** : للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣هـ - ٨٥٢هـ) عن الطبعة التي حقق أصلها الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز - ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي - دار الحديث / القاهرة - .

(٢٤) **فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر** ومعه فتح المجيد في اختصار تخريج أحاديث التمهيد رتبه واختصر تخريجه الشيخ محمد بن

عبد الرحمن المغراوي الطبعة الأولى سنة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م . (تمهيد ابن عبد البر شرح للموطأ)) وضع في أعلي الصفحة متن الموطأ مرقماً ويليه (التمهيد) للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر الأندلسي القرطبي المالكي (٣٦٨ هـ - ٤٦٣ هـ) .

(٢٥) **كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال للعلامة علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي** (ت سنة ٩٧٥ هـ) نشر وتوزيع مكتبة التراث الإسلامي / مطبعة البلاغة / حلب الطبعة الأولى سنة ١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠ م .

(٢٦) **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** : للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت سنة ٨٠٧ هـ) مكتبة القدس / القاهرة سنة ١٣٥٢ هـ .

(٢٧) **المستدرک علي الصحيحين في الحديث** : للحافظ أبي عبد الله محمد المعروف بالحاكم النيسابوري (ت سنة ٤٠٥ هـ) وبذيله تلخيص المستدرک للحافظ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (ت سنة ٨٤٨ هـ) مكتبة ومطابع النصر الحديثة / الرياض .

(٢٨) **المسند** : للإمام أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد الشيباني المروزي البغدادي (١٦٤ هـ - ٢٤١ هـ) تصوير عن الطبعة الأولى سنة ١٣١٣ هـ والثانية سنة ١٣٨٩ هـ والثالثة سنة ١٣٩٨ هـ المكتب الإسلامي / بيروت .

(٢٩) **مسند الإمام الشافعي** : بحاشية الأم للشافعي - للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠ هـ - ٢٠٤ هـ) مطابع دار الشعب / القاهرة .

(٣٠) **المصنف** : للإمام عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان أبي بكر العبسي - المعروف بابن أبي شيبه (ت سنة ٢٣٥ هـ) الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي المكتبة الإمدادية / مكة المكرمة .

(٣١) **المصنف** : للإمام عبد الرازق بن همام الصنعاني . تحقيق وتخريج : حبيب الرحمن الأعظمي . المكتب الإسلامي / بيروت سنة ١٤٠٣ هـ -

١٩٨٣م - .

(٣٢) **المنتقى شرح موطأ مالك** : للحافظ القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي (٤٠٣هـ - ٤٩٤هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ مطبعة السعادة / مصر - .

(٣٣) **الموطأ** : لإمام دار الهجرة النبوية مالك بن أنس (٩٣هـ - ١٧٩هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي / طبعة / عيسى البابي الحلبي بمصر سنة ١٩٥٦م - .

(٣٤) **نصب الراية لأحاديث الهداية** : للإمام الحافظ جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي - (ت سنة ٧٦٢هـ) مع حاشيته النفيسة (بغية الألمعي في تخريج الزيلعي) - دار الحديث / المركز الإسلامي للطباعة والنشر - .

(٣٥) **نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥هـ) - . دار الحديث / القاهرة / سنة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م - .

ثالثاً : مراجع التراث الفقهي الإسلامي

أ : المذهب الحنفي - :

(٣٦) **أدب القاضي** : لأبي بكر أحمد بن عمرو المعروف بالخصاف (ت سنة ٢٦١هـ) وشرحه لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص (ت سنة ٣٧٠هـ) قسم النشر - بالجامعة الأمريكية بالقاهرة - .

(٣٧) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** : للعلامة زين الدين بن نجيم الحنفي (ت سنة ٧٩٠هـ) وبهامشه الحواشي المسماة بمنحة الخالق علي البحر الرائق لخاتمة المحققين السيد / محمد أمين الشهير بابن عابدين (١١٩٨هـ - ١٢٥٢هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر / بيروت / لبنان - الطبعة الثانية - .

- (٣٨) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (المتوفى عام ٥٨٧هـ) الناشر زكريا علي يوسف مطبعة الإمام - القاهرة - .
- (٣٩) **البناية في شرح الهداية** : لأبي محمد محمود بن أحمد العيني تصحيح المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري - دار الفكر للطباعة والنشر الطبعة الأولى سنة ١٤٠١هـ = ١٩٨١م - .
- (٤٠) **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** : للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي - دار المعرفة للطباعة والنشر /بيروت/لبنان - الطبعة الثانية - أعيد طبعه بالافتتاح من الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية مئ ١٣١٥هـ.
- (٤١) **تحفة الفقهاء** : تأليف علاء الدين محمد السمر قندي (٥٣٩هـ) حققه وعلق عليه الدكتور محمد زكي عبد البر. الطبعة الأولى ١٣٧٩هـ = ١٩٥٩م مطبعة جامعة دمشق.
- (٤٢) **جامع الفصولين** - للإمام محمود بن إسرائيل - الشهير بابن قاضي سماونه (ت ٨٢٣هـ) وبهامشه الحواشي الدقيقة والتعليق الأنيفة للمحقق خير الدين الرملي - الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠هـ بالمطبعة الكبرى الميرية ببولاق / مصر .
- (٤٣) **حاشية رد المحتار لخاتمة المحققين** محمد أمين الشهير بابن عابدين على الدر المختار / شرح تنوير الأبصار - في فقه الأمام أبي حنيفة النعمان (لخاتمة المحققين محمد أمين بن عابدين (١١٩٨هـ-١٢٥٢هـ) الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي / القاهرة / مصر .
- (٤٤) **حاشية سعدي جلبي على شرح العناية** : تأليف سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي المتوفى سنة ٩٤٥هـ - مع شرح فتح القدير لآين الهمام - الطبعة الأولى - المطبعة الكبرى الأميرية / مصر سنة ١٣١٦هـ .
- (٤٥) **حاشية قرّة عيون الأخيار** : تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه الأمام أبي حنيفة النعمان : لسيد محمد علاء الدين

أفندي بن محمد أمين بن عابدين - الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م . شركة
مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي / القاهرة/مصر .

(٤٦) **خزانة الفقه** : تأليف : الفقيه أبي الليث نصر بن محمد بن أحمد بن
إبراهيم السمرقندي (المتوفي سنة ٣٨٣هـ) حققها وقدم لها وترجم لمصنفها
الدكتور صلاح الدين الناهي - شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد ١٣٨٥هـ =
١٩٦٥م .

(٤٧) **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** : تأليف على حيدر - تعريب المحامي
الحسيني - دار الجيل / بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٩١م .

(٤٨) **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** : للإمام محمد على الدين الحصكفي
(ت ١٠٨٨هـ) مطبعة محمد على صبيح وأولاده / القاهرة / مصر .

(٤٩) **رسائل ابن نجيم** : تأليف الإمام زين العابدين إبراهيم - الشهير بابن نجيم
المصري الحنفي (المنوفي سنة ٩٧٠هـ) حقق أصوله وقدم وعلق عليه الشيخ
خليل الميس - دار الكتب العلمية / بيروت - لبنان الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠هـ
١٩٨٠م .

(٥٠) **روضة القضاة وطريق النجاة** : للعلامة أبي القاسم على بن محمد
السمناني الحنفي (ت سنة ٤٩٩هـ) تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي مطبعة
أسعد/بغداد سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م .

(٥١) **شرح فتح القدير** : للشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١م - طبعة
دار إحياء التراث العربي / بيروت / لبنان .

(٥٢) **شرح مجلة الأحكام العدلية** : للمحامي محمد سعيد المحاسني مطبعة
الترقي بدمشق سنة ١٩٢٧م - .

(٥٣) **شرح المجلة (شرح مجلة الأحكام العدلية)** للمرحوم سليم رستم باز
اللبناني - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م .

(٥٤) **العناية على الهداية** : للإمام محمد بن محمود البابرتي - المتوفى سنة

٧٨٦ هـ مطبوع مع شرح فتح القدير لإبن الهمام - طبعة دار أحياء التراث العربي بيروت / لبنان.

(٥٥) **عيون المسائل** : لإمام الهدي الفقيه أبي الليث بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السمرقندي المتوفى سنة ٣٨٣ هـ /حققتها وقدم لها وترجم لمصنفها : الدكتور صلاح الدين الناهي - مطبعة أسعد - بغداد سنة ١٣٨٦ هـ = ١٩٦٧ م .

(٥٦) **الفواكه البدرية في الإقضية الحكيمة** : تأليف شمس الدين محمد بن الغرس - مخطوط بدار الكتب المصرية (الهيئة القومية العامة للكتاب) الرمز- فقه حنفي رقم ٣٥٢ .

(٥٧) **الكفاية علي الهداية** : للعلامة جلال الدين الخوارزمي - مطبوع مع شرح فتح القدير لكمال الدين بن الهمام طبعة دار إحياء التراث العربي الطبعة السابعة ١٩٨٦ م - .

(٥٨) **لسان الحكام في معرفة الأحكام** = (مطبوع مع معين الحكام للطرابلسي الحنفي) - تأليف الإمام أبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة الحنفي رحمه الله - (ت ٨٨٢ هـ) وتكلمته لبرهان الدين إبراهيم الخالفي الحلبي العدوي الحنفي (من الفصل الثاني والعشرين إلى الثلاثين) الطبعة الثانية ١٣٩٣ هـ = ١٩٧٣ م - شركة مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - .

(٥٩) **المبسوط** : لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي (المتوفى سنة ٤٨٣ هـ) الطبعة الثانية للطباعة والنشر بيروت- لبنان.

(٦٠) **مجلة الأحكام العدلية** - صادرة عن ديوان الأحكام العدلية بدار الخلافة العثمانية الطبعة الخامسة ١٣٨٠ هـ = ١٩٦٨ م - .

(٦١) **مجموعة رسائل ابن عابدين** - للإمام العلامة خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين (١١٩٨ هـ - ١٢٥٢ هـ) دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان.

(٦٢) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام – تأليف الإمام علاء الدين أبي الحسن على بن خليل الطرابلسي الحنفي (ت ٨٤٤هـ) الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ = ١٩٧٣م شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - .

(٦٣) مرشد الحيران (علي مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان) (معاملات مدنية) : للعلامة قدرى باشا - .

(٦٤) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ٥٩٣هـ) تأليف شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى ٩٨٨هـ . مطبوع مع شرح فتح القدير لابن الهمام طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت/لبنان.

(٦٥) الهداية شرح بداية المبتدئ – تأليف شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن على بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني (المتوفى ٥٩٣هـ) طبعة دار إحياء التراث العربي / بيروت لبنان .

ب : المذهب المالكي

(٦٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد : للإمام محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٢٠هـ - ٥٩٥هـ) الطبعة العاشرة سنة ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م دار الكتب العلمية بيروت / لبنان.

(٦٧) البهجة في شرح التحفة "على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي لأبي الحسين على بن عبد السلام التسولي – طبعة دار الفكر – الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ - ١٩٥١م .

(٦٨) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة – لأبي الوليد بن رشد القرطبي (ت ٥٢٠هـ) وضمنه المستخرجة من الأسمعه المعروفة بالعنبية لمحمد العتبي القرطبي (ت ٢٥٥هـ) تحقيق الدكتور محمد حجي – دار الغرب الإسلامي/بيروت/لبنان ١٤٠٤هـ = ١٩٨٤م .

(٦٩) التاج والإكليل شرح مختصر خليل : للعلامة أبي عبد الله محمد بن

يوسف الشهير بالمواق (ت ٨٩٧هـ) مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب
طبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ - .

(٧٠) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام – تأليف الشيخ
العلامة برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي
(ت ٧٩٩) طبعة دار الكتب العلمية بيروت/لبنان الطبعة الأولى ١٩٩٥ م .

(٧١) تبصرة القضاة والإخوان في وضع اليد وما يشهد له من البرهان –
للشيخ حسن العدوي الحمزاوي – دار الطباعة الأميرية المصرية ١٢٧٦هـ
محفوظ بدار الكتب المصرية – رمز فقه مالكي رقم ١٨ .

(٧٢) حاشية الخرشي للإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي –
على مختصر سيدي خليل (للعلامة خليل بن إسحق المالكي المتوفى سنة
٧٦٧هـ) الطبعة الأولى ١٩٩٧م لدار الكتب العلمية / بيروت/ لبنان.

(٧٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن عرفة
الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ) طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .

(٧٤) حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة بن أبي زيد للشيخ على
الصعيدي العدوي – دار الفكر للطباعة والنشر .

(٧٥) حلى المعاصم لبنت فكر ابن عاصم – لأبي عبد الله محمد التاودي –
بهامش البجعة في شرح التحفة للتسولي – طبعة دار الفكر – الطبعة الثانية
١٣٧٠هـ = ١٩٥١م .

(٧٦) ديوان الأحكام الكبرى (النوازل والأعلام لابن سهل أو) الإعلام بنوازل
الأحكام وقطر من سير الحكام) للإمام القاضي / أبي الأصبغ عيسى بن سهل بن
عبد الله الأسدي الجباني الأندلسي المالكي ت سنة ٤٨٦هـ تحقيق المحامي رشيد
النعيمي – الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ = ١٩٩٧م .

(٧٧) شرح الزرقاني على مختصر خليل للعلامة عبد الباقي الزرقاني – طبعة
المطبعة المصرية .

(٧٨) الشرح الكبير على مختصر خليل - لأبي البركات الشيخ أحمد بن محمد العدوى الدردير (ت ١٢٠١هـ) مطبوع بهامش حاشية الدسوقي - طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

(٧٩) العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام - تأليف الشيخ الفقيه أبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني (ت سنة) مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون الطبعة الأولى ١٣٠١هـ - بالمطبعة العامرة الشرفية / بمصر - الناشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

(٨٠) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية - للعلامة محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت ٧٤١هـ) طبعة دار العلم للملايين/بيروت/لبنان ١٩٧٩م.

(٨١) متن لامية الزقاق - الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - الناشر مكتبة ابن تيمية / القاهرة ، توزيع مكتبة العلم / جده.

(٨٢) معين الحكام على القضايا والأحكام - للشيخ العلامة قاضي الجماعة بتونس - أبي إسحق إبراهيم بن حسن بن عبد الرافع (٧٣٣هـ=١٣٣٢م) تحقيق الدكتور محمد بن قاسم بن عياد - دار الغرب الإسلامي/بيروت ١٩٨٩م.

(٨٣) منتخب الأحكام - للإمام أبي عبد الله محمد بن إبراهيم (ابن أبي زنين) (٣٢٤هـ - ٣٩٩هـ) تحقيق الدكتور عبد الله بن عطية الرداد الغامدي المكتبة الملكية /مؤسسة الريان الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

(٨٤) منح الجليل شرح مختصر خليل - للشيخ محمد عlish ت ١٢٩٩هـ - طبعة دار الفكر / بيروت.

(٨٥) مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل - للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (المعروف بالخطاب) ٩٠٢هـ - ٩٥٤هـ وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف - الشهير بالمواق ت ٨٩٧هـ الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ مطبعة السعادة / مصر .

(٨٦) مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق للشيخ أبي الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي - الطبعة الثانية ١٣٧٥هـ - ١٩٥٥م الرباط المغرب .

(٨٧) وثائق في أحكام القضاء الجنائي في الأندلس - مستخرجة من مخطوط الأحكام الكبرى للقاضي أبي الأصبع عيسى بن سهل الأندلسي دراسة وتحقيق دكتور محمد عبد الوهاب خلاف - المركز العربي الدولي للإعلام - القاهرة - طباعة المطبعة العربية الحديثة - القاهرة - الطبعة الأولى .

ج : المذهب الشافعي :

(٨٨) الأحكام السلطانية في الولايات الدينية : للعلامة أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي (ت ٤٥٠هـ) الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٣م .

(٨٩) أدب القضاء (وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات) للقاضي شهاب الدين أبي إسحق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي المتوفى سنة ٦٤٢هـ تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي - الطبعة الثانية - دار الفكر/ دمشق سنة ١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م .

(٩٠) أسني المطالب في شرح روضة الطالب - لشيخ الإسلام زكريا بن محمد الأنصاري الشافعي (٩٢٦هـ) المطبعة اليمنية/ القاهرة ١٩٨٩م .

(٩١) الإشراف على مذاهب أهل العلم - للإمام الحافظ المجتهد محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (٢٤١هـ - ٣١٨هـ) تحقيق محمد نجيب سراج الدين (إصدار وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر) الطبعة الثانية ١٤١٤هـ = ١٩٩٣م .

(٩٢) الأم - تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي - طبعة دار الشعب / القاهرة .

(٩٣) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه (وهو شرح مختصر المزني). للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري (٣٦٤هـ - ٤٥٠هـ) تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد

عبد الموجود دار الكتب العلمية / بيروت الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ = ١٩٩٤ م .
(٩٤) **روضة الطالبين - للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي -** ولد سنة
٦٣١ هـ = وتوفي سنة ٦٧٦ هـ . المكتب الإسلامي / بيروت سنة ١٣٩٥ هـ =
١٩٧٥ م - .

(٩٥) **كفاية الأختار في حل غاية الإختصار :** للعلامة تقي الدين أبي بكر بن
محمد الحسيني الدمشقي الشافعي الطبعة الرابعة / إدارة إحياء التراث الإسلامي /
قطر - .

(٩٦) **مختصر المزني :** تأليف الإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني
الشافعي (المتوفى سنة ٢٦٤ هـ) مطبوع مع الأم للشافعي - طبعة دار الشعب - .
(٩٧) **المجموع شرح المذهب :** للإمام يحيى بن شرف النووي (٦٣١ هـ -
٦٧٦ هـ) - . الأجزاء التسعة الأولى للنووي - والأجزاء ١٠ ، ١١ ، ١٢ للشيخ
علي بن عبد الكافي السبكي والأجزاء ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ للشيخ محمد
نجيب المطيعي والجزء الثامن عشر (الأخير) للشيخ محمد حسين العقبي - .
مطبعة الإمام - القاهرة - مصر الناشر: زكريا علي يوسف .

(٩٨) **مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج** للشيخ محمد الخطيب
الشربيني (ت ٩٧٧ هـ) علي متن (منهاج الطالبين) للإمام أبي زكريا يحيى
بن شرف النووي طبعة دار الفكر .

(٩٩) **المذهب في فقه الإمام الشافعي -** لأبي إسحق إبراهيم بن يوسف
الفيروزآبادي الشيرازي (ت سنة ٤٧٦ هـ) الطبعة الثانية سنة ١٩٥٩ م مطبعة
مصطفى البابي الحلبي / القاهرة .

(١٠٠) **نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج :** للعلامة شمس الدين محمد بن أحمد
الرملي (ت ١٠٠٤ هـ) المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٠٤ هـ - .

(١٠١) **الوجيز في مذهب الإمام الشافعي :** للإمام حجة الإسلام محمد بن محمد
أبي حامد الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) مطبعة الأدب ١٣١٧ هـ - .

(١٠٢) الوسيط في المذهب : للإمام - حجة الإسلام - محمد بن محمد بن محمد أبي حامد الغزالي - ت ٥٠٥هـ - دراسة وتحقيق وتعليق الدكتور علي محي الدين القره داغي - إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية // بدولة قطر // سنة ١٩٩٣م - .

د : المذهب الحنبلي :

(١٠٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين : للإمام الجليل (ابن قيم الجوزية) محمد ابن أبي بكر بن سعد - المكني بأبي عبد الله والملقب بشمس الدين والمعروف بإبن قيم الجوزية (سنة ٦٩١هـ - ٧٥١هـ) تحقيق وضبط : عبد الرحمن الوكيل - الناشر : دار الكتب الحديثة / القاهرة طبعة مطبعة المدني / مطبعة السعادة / مصر - .

(١٠٤) الأحكام السلطانية : للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي - دار الكتب العلمية/ بيروت (١٩٨٣م) - .
(١٠٥) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل : لشيخ الإسلام المحقق أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي (ت ٩٦٨هـ = المطبعة الأزهرية سنة ١٣٥١هـ) .

(١٠٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل : للعلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ) تحقيق محمد حامد الفقي الطبعة الأولى (١٣٧٧هـ = ١٩٥٨م) مطبعة السنة المحمدية / القاهرة - .

(١٠٧) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية : لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم المعروف ابن تيمية (٦٦١هـ - ٧٢٨هـ) - .

(١٠٨) الشرح الكبير علي متن المقنع : للعلامة شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢هـ) دار

الكتاب العربي للنشر والتوزيع (١٩٨٣ م) - .

(١٠٩) شرح منتهي الإرادات // المسمي : دقائق أولي النهي لشرح المنتهي //
للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٠٠ هـ - ١٠٥١ هـ) طبعة
دار الفكر - .

(١١٠) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : للإمام أبي عبد الله محمد بن
أبي بكر بن قيم الجوزية (٦٩١ هـ - ٧٥١ هـ) دار الكتب العلمية / بيروت
(١١١) الفروع : للعلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح (ت ٧٦٣ هـ)
دار مصر للطباعة / الطبعة الثانية ١٩٦٧ م - .

(١١٢) الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل : للإمام أبي محمد موفق
الدين عبد الله ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ المكتب الإسلامي للطباعة
والنشر - الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٨ م - .

(١١٣) المبدع في شرح المقنع : لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد
بن مفلح الحنبلي (٨١٦ هـ - ٨٨٤ هـ) المكتب الإسلامي / دمشق سنة ١٣٩٤ هـ
= ١٩٧٤ م - .

(١١٤) المغني " علي مختصر الخرقى " لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة
المقدسي ت سنة ٦٢٠ هـ تحقيق ١ - د. عبد الله بن عبد المحسن التركي . ٢ - د.
عبد الفتاح محمد الطلو - .

طبعة هجر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الثانية ١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م - .
(١١٥) المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل رضي الله عنه : للإمام موفق
الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدس المتوفى سنة ٦٢٠ هـ . الطبعة الثالثة
(١٣٩٣ هـ) علي نفقة أمير دولة قطر - .

هـ : المذهب الظاهري :

(١١٦) المحلي للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (المتوفى
سنة ٤٥٦ هـ) منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع طبعة دار
الفكر / بيروت - .

(١١٧) ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل : للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم : تحقيق : سعيد الأفغاني - طبعة ثانية منقحة - دار الفكر / بيروت سنة ١٩٦٩م - .

و : المذهب الإمامي (الجعفري)

(١١٨) الاستبصار فيما اختلف من الأخبار : لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي (المتوفى سنة ٤٦٠هـ) حققه وعلق عليه السيد: حسن الخرسان دار الأضواء/ بيروت/ لبنان الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٦هـ = ١٩٨٥م - .

(١١٩) تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد : لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي دار التعارف للمطبوعات /بيروت/ لبنان / ١٩٩٢م - .

(١٢٠) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام : تأليف شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي المتوفى سنة ١٢٦٦هـ " الجزء الأربعون " تحقيق محمد القوجاني . دار إحياء التراث العربي / بيروت / لبنان الطبعة السابعة سنة ١٩٨١م - .

(١٢١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية : لزين الدين بن علي بن أحمد العاملي (ت ٩٦٥هـ) مطبعة الآداب / النجف / ١٩٦٧م - .

(١٢٢) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام تأليف المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن (٦٠٢هـ - ٦٧٦هـ) تحقيق وإخراج وتعليق عبد الحسين محمد علي منشورات دار الأضواء/ بيروت - لبنان الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣م = ١٤٠٣هـ - .

(١٢٣) الكافي لأبي جعفر محمد يعقوب بن إسحق الكليني صححه وعلق عليه : علي أكبر الغفاري الطبعة الثالثة دار الكتب الإسلامية - طهران / إيران - .

(١٢٤) من لا يحضره الفقيه : تأليف محمد بن علي بن الحسين - ابن بابوية القمي - . (المتوفى سنة ٣٨١هـ) حققه وعلق عليه السيد / حسن الخرسان دار الأضواء / بيروت - لبنان - . الطبعة السادسة سنة ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م - .

(١٢٥) **النور الساطع في الفقه النافع** : للشيخ علي بن محمد رضا بن الهادي -
من آل كاشف الغطاء - مطبعة الآداب النجف الأشرف ١٩٦٣م - .

(١٢٦) **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى** : لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن
الحسن بن علي الطوسي (٣٨٥ - ٤٦٠ هـ) الناشر : دار الكتاب العربي /
بيروت / لبنان الطبعة الأولى سنة ١٣٩٠ هـ = ١٩٧٠م - .

ز : المذهب الزيدي :

(١٢٧) **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** : للإمام أحمد بن
يحيى بن المرتضى (ت سنة ٨٤٠ هـ) وبهامشه كتاب (جواهر الأخبار والآثار
المستخرجة من لجة البحر الزخار) للعلامة محمد بن يحيى بهران الصعدي
المتوفى سنة ٩٥٧ هـ دار الكتب العلمية / بيروت / الطبعة الأولى سنة ٢٠٠١م .

(١٢٨) **التاج المذهب لأحكام المذهب** - شرح متن الأزهار في فقه الأئمة
الأطهار تأليف : القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني
الطبعة الأولى سنة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧م طبعة دار إحياء الكتب العربية / عيسى
البابي الحلبي القاهرة / مصر - .

(١٢٩) **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير** : للعلامة شرف الدين
الحسن بن أحمد السياغي اليماني الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١ هـ مطبعة السعادة
بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٤٨ هـ - .

(١٣٠) **السيل الجرار المتدفق علي حدائق الأزهار** : للإمام محمد بن علي
الشوكاني (١١٧٣ هـ - ١٢٥٠ هـ) تحقيق محمود إبراهيم زايد . دار الكتب
العلمية / بيروت / لبنان الطبعة الأولى الكاملة - .

ح : المذهب الإباضي :

(١٣١) **الإيضاح في الأحكام تأليف** : الشيخ أبي زكريا يحيى بن سعيد مطابع
سجل العرب سنة ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٤م - .

(١٣٢) **شرح الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب بن عمرو**

الفراهيدي : لمؤلفه العلامة نور الدين أبي محمد عبد الله بن حميد السالمي المتوفي سنة ١٣٣٢هـ صححه وعلق عليه عز الدين التنوخي طبع علي نفقة سليمان وأحمد ابني محمد السالمي سنة ١٣٨٣هـ = ١٩٦٣م المطبعة العمومية / دمشق - سوريا - .

(١٣٣) شرح النيل وشفاء العليل : للعلامة يوسف أطفيش الناشر : مكتبة الإرشاد / جدة / دار التراث العربي / ليبيا . دار الفتح / بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ = ١٩٧٢م - .

(١٣٤) العقد الثمين ، نماذج من فتاوى نور الدين فخر المتأخرين وسابق المتقدمين أبي محمد عبد الله بن حميد بن سلوم السالمي ١٢٨٦هـ - ١٣٣٢هـ تحقيق : سالم بن حمد بن سليمان بن حميد بن عبد الله الحارثي المضيري دار الشعب / القاهرة ١٣٩٤هـ = ١٩٧٤م - .

(١٣٥) الفتح الجليل من أجوبة الإمام أبي خليل تأليف : محمد بن عبد الله بن سعيد بن خلفان الخليلي طبع بإشراف / عز الدين التنوخي المطبعة العمومية / دمشق - سوريا ١٣٨٥هـ = ١٩٦٥م طبع علي نفقة سالم بن حمد الحارثي - .

(١٣٦) المدونة الكبرى تأليف : العلامة أبي غانم الخراساني الأباضي - . رتبه وحققه وشرحه الشيخ العالم محمد بن يوسف أطفيش الأباضي الجزائري . المولود سنة ١٢٣٦هـ والمتوفى سنة ١٣٣٢هـ - . دار اليقظة العربية للتأليف والترجمة والنشر / سوريا / لبنان ١٩٧٤م - ١٣٩٤هـ - .

(١٣٧) المصنف : تأليف أبو بكر بن عبد الله بن موسى الكندي السمدي الغزوي (٥٥٧هـ = ١١٦٢م) تحقيق : سالم بن حمد بن سليمان الحارثي مطبوعات وزارة التراث القومي والثقافة / سلطنة عمان - آمون للطباعة والتجليد ١٤٠٤هـ = ١٩٨٤م - .

(١٣٨) منهج الطالبين وبلاغ الراغبين : تأليف خميس بن سعيد بن علي بن مسعود الشقصي الرستاقى تحقيق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه / القاهرة ١٤٠١هـ = ١٩٨١م - .

(١٣٩) النيل وشفاء العليل (مطبوع مع شرح النيل) تأليف : الشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني (المتوفى سنة ١٢٢٣هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢هـ = ١٩٧٢م الناشر : دار التراث العربي / ليبيا - مكتبة الإرشاد جدة - .

رابعاً : مراجع أصول الفقه وقواعده :

(١٤٠) الأشباه والنظائر علي مذهب أبي حنيفة النعمان : تأليف الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (ت سنة ٩٧٠هـ) دار الكتب العلمية / بيروت - لبنان - .

(١٤١) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية : تأليف الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ ، الطبعة (الأخيرة) سنة ١٣٧٨هـ = ١٩٥٩م . شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر - .

(١٤٢) أصول السرخسي : للإمام الفقيه أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت سنة ٤٨٣هـ) تحقيق : أبو الوفا الأفغاني - مطابع : دار الكتاب العربي ١٣٧٢هـ - .

(١٤٣) أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي : للدكتور محمد رياض الطبعة الثالثة (١٤٢٣هـ = ٢٠٠٢م) - .

(١٤٤) أصول الفقه : للشيخ عبد الوهاب خلاف دار الفكر العربي (١٤١٦هـ = ١٩٩٥م) - .

(١٤٥) أصول مذهب الإمام أحمد ، دراسة أصولية مقارنة : د . عبد الله بن عبد المحسن التركي الطبعة الثالثة ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م - .

(١٤٦) التبصرة في أصول الفقه : للشيخ الإمام أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي (ت سنة ٤٧٦هـ) شرحه وحققه الدكتور محمد حسن هيتو - دار الفكر / دمشق ١٩٨٣م - .

- (١٤٧) **تخريج الفروع علي الأصول** : للإمام شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني الشافعي المتوفى سنة ٦٥٦هـ تحقيق الدكتور محمد أديب صالح - مؤسسة الرسالة / بيروت - الطبعة الثانية ١٩٧٨م - .
- (١٤٨) **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة** : للدكتور محمد أديب صالح - الطبعة الثانية منشورات المكتب الإسلامي - بيروت .
- (١٤٩) **تهذيب شرح الأسنوي علي منهاج الوصول إلي علم الأصول** : للقاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ) تأليف الدكتور شعبان محمد إسماعيل / مكتبة جمهورية مصر / القاهرة . (١٥٠) **القواعد في الفقه الإسلامي** : للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (ت سنة ٧٩٥هـ) الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت/ لبنان-.
- (١٥١) **القوانين الفقهية (قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية)** : لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي (٦٩٣هـ - ٧٤١هـ) دار القلم / بيروت / لبنان.
- (١٥٢) **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** : للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (سلطان العلماء) مؤسسة الريان بيروت الطبعة الثانية سنة ١٩٩٨م - .
- (١٥٣) **الموافقات في أصول الشريعة** : لأبي إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبي الغرناطي المالكي (ت ٧٩٠هـ) دار المعرفة للطباعة والنشر / بيروت - .
- خامساً : كتب الدراسات الفقهية والقانونية المعاصرة
- ٣
- (١٥٤) **الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض** : للمستشار مصطفى مجدي هرجة دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية/ مصر ١٩٩٢م-.
- (١٥٥) **الإثبات في المواد المدنية والتجارية** : للمستشار محمد عبد اللطيف - .
- (١٥٦) **إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية** : دكتور أحمد أبو الوفا منشأة المعارف بالإسكندرية - .

(١٥٧) الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني في السودان ،
دراسة مقارنة: للدكتور / محمد محي الدين عوض دار الاتحاد العربي للطباعة/
القاهرة / ١٩٧٤م - .

(١٥٨) الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن تأليف : الدكتور محمود
محمود مصطفى الطبعة الأولى ١٩٧٧م مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٧م - .

(١٥٩) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقاً عليها
بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض : للشيخ أحمد إبراهيم بك -
والمستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم الطبعة الخامسة ١٤٢٤هـ =
٢٠٠٣م - .

(١٦٠) استجواب الشهود في المسائل الجنائية دراسة مقارنة في القانون
الوضعي والفقہ الإسلامي : للدكتور محمود صالح العادلي دار الفكر الجامعي
الإسكندرية ٢٠٠٤م شركة الجلال للطباعة الإسكندرية - .

(١٦١) استجواب المتهم - فقهاً وقضاءً - تأليف : المستشار عدلي خليل
الطبعة الأولى ١٩٨٦م توزيع المكتبة القانونية - القاهرة - .

(١٦٢) الإسلام عقيدة وشريعة : للإمام الأكبر محمود شلتوت الطبعة الثانية
الناشر : دار القلم / القاهرة - .

(١٦٣) أصول علم النفس الجنائي والقضائي : تأليف دكتور أحمد خليفة دار
الفكر العربي الطبعة الثانية ١٩٤٩م - .

(١٦٤) الأصول القضائية في المرافعات الشرعية : تأليف الشيخ علي قراعة
الطبعة الثانية ١٣٤٤هـ = ١٩٢٥م مطبعة النهضة / مصر / القاهرة - .

(١٦٥) أصول المحاكمات الحقوقية دروس نظرية وعملية : للأستاذ فارس
الخوري الطبعة الثانية ١٩٣٦م مطبعة الجامعة السورية - .

(١٦٦) أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة السادسة :
دكتور رزق الله الأنطاكي مطبعة المفيد الجديدة ١٩٦٤م - ١٩٦٥م - .

- (١٦٧) أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، تأليف :
أنور العمروسي الطبعة الثالثة – المنقحة والمزيدة - . شركة الإسكندرية
للطباعة والنشر/ مصر-.
- (١٦٨) اعتراف المتهم : للدكتور سامي صادق الملا الطبعة الثانية ١٩٧٥م - .
- (١٦٩) الاقتصاد في الاعتقاد : لحجة الإسلام محمد بن أحمد أبي حامد الغزالي
(ت ٥٠٥هـ) شرح وتحقيق وتعليق د . إنصاف رمضان دار قتيبة للطباعة
والنشر والتوزيع الطبعة الأولى ٢٠٠٣م - .
- (١٧٠) بحوث في التشريع الإسلامي وأسانيد قانون الزواج والطلاق رقم ٢٥
لسنة ١٩٢٩م ، تأليف : محمد مصطفى المراغي طبعة ١٣٤٦هـ = ١٩٢٧م - .
- (١٧١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، تأليف : عبد
القادر عودة طبعة مكتبة دار التراث / القاهرة - .
- (١٧٢) تعارض البيئات القضائية في الفقه الإسلامي : للقاضي عبد الرحمن
محمد عبد الرحمن شرفي ، الناشر/ مكتبة الكاملاني/ القاهرة – الطبعة الأولى-.
- (١٧٣) التعزيز في الشريعة الإسلامية ، تأليف : الدكتور عبد العزيز عامر
الطبعة الرابعة (مزيدة) ١٣٨٩هـ = ١٩٦٩م ، دار الفكر العربي - .
- (١٧٤) التعليق علي قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية : للمستشار
عز الدين الديناصوري والأستاذ حامد عكاز الطبعة الثالثة ١٩٨٣م - .
- (١٧٥) التعليق علي نصوص قانون الإثبات : للدكتور أحمد أبو الوفا منشأة
المعارف بالإسكندرية - .
- (١٧٦) التعليق علي نصوص قانون المرافعات : للدكتور أحمد أبو الوفا -
منشأة المعارف بالإسكندرية - .
- (١٧٧) تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة
وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي) : دكتور محمد صبري السعدي ،
الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م الناشر : دار النهضة العربية = القاهرة =-.
- (١٧٨) التقرير الطبي بإصابة المجني عليه وأثره في الإثبات في الدعويين

- الجنايئة والمدنيئة : للمستشار حسين عبد السلام جابر
دار الكتب القانونية / مصر ٢٠٠٣م - .
- (١٧٩) تقنين الفقه الإسلامي : للدكتور محمد زكي عبد البر الطبعة الثانية
١٩٨٦م - .
- (١٨٠) التنظيم القضائي الإسلامي : دكتور حامد محمد أبو طالب ، الطبعة
الأولي - ١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م مطبعة السعادة / مصر - .
- (١٨١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي : للإمام محمد أبو زهرة ملتزم
الطبع والنشر دار الفكر العربي / القاهرة - ١٩٧٦م - .
- (١٨٢) الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي : للدكتور عبد الحميد
الشواربي منشأة المعارف بالإسكندرية - .
- (١٨٣) الخبرة في المسائل الجنائية - دراسة قانونية مقارنة - للدكتورة أمال
عبد الرحيم عثمان - دار مطابع الشعب / القاهرة ١٩٦٤م - .
- (١٨٤) الخبرة في المواد المدنية والجنائية : للدكتور علي عوض حسن - دار
الفكر الجامعي / الإسكندرية ٢٠٠٢م - .
- (١٨٥) حجية الإقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية دراسة
فقهية موازنة ومقارنة تأليف: مجيد حميد السُّمَّاكية طبعة جامعة بغداد ١٩٧٦م .
- (١٨٦) حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون : دكتور مأمون محمد
سلامة الناشر : دار الفكر العربي - القاهرة - .
- (١٨٧) دراسات في أحكام الأسرة - مقارنة بين الشريعة الإسلامية وغيرها :
للدكتور محمد بلتاجي حسن مكتبة الشباب / المنيرة / القاهرة - .
- (١٨٨) دراسات في العقيدة مسألة القضاء والقدر : تأليف - عبد الحلیم محمد
قنيس وخالد عبد الرحمن العك دار الكتاب العربي للطباعة والنشر / دمشق - .
- (١٨٩) دروس في قانون الإثبات : للدكتور عبد الودود يحيي - .
- (١٩٠) رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت الطبعة السابعة - منقحة

ومزينة - .

(١٩١) رسالة القضاء (لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه) :

توثيق وتحقيق ودراسة الأستاذ أحمد سحنون مطبعة فضالة/ المغرب ١٤١٢هـ =

١٩٩٢م - .

(١٩٢) (شرح) نهج البلاغة للإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه : شرح

الشيخ محمد عبده المكتبة المصرية / بيروت ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٢م - .

(١٩٣) شرح لائحة الإجراءات الشرعية : الشيخ أحمد بك قمحة وعبد الفتاح

السيد - .

(١٩٤) سقوط العقوبات في الفقه الإسلامي : للدكتور جبر محمود الفضيلات

دار عمار - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ = ١٩٨٧م - .

(١٩٥) سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية : للدكتور / نبيل

إسماعيل عمر منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الأولى ١٩٨٤م - .

(١٩٦) سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية : الدكتور

حاتم حسن موسي بكار ، الناشر : منشأة المعارف بالإسكندرية (٢٠٠٢م)

طباعة شركة الجلال للطباعة .

(١٩٧) الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية دراسة قانونية نفسية :

الدكتور إبراهيم إبراهيم الغماز ، الناشر : عالم الكتب / القاهرة ١٤٠٠هـ =

١٩٨٠م مطبعة أطلس / التوفيقية / القاهرة - .

(١٩٨) ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقق :

د. رءوف عبيد الطبعة الثانية ١٩٧٧م مطبعة الاستقلال الكبرى / القاهرة - .

(١٩٩) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، تأليف : محمد سعيد رمضان

البوطي، نشر وتوزيع : المكتبة الأموية بدمشق مطبعة " العلم " دمشق ١٣٨٦هـ

- ١٣٨٧هـ ١٩٦٦م = ١٩٦٧م الطبعة الأولى - ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م - .

(٢٠٠) الطب الشرعي والتحقق الجنائي والأدلة الجنائية : المستشار معوض

- عبد التواب / والدكتور سينوت حليم الطبعة الثالثة ١٩٩٩ م - .
- (٢٠١) طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية : للشيخ أحمد إبراهيم بك تعليق المستشار : واصل علاء الدين أحمد إبراهيم طبعة ١٤٠٥ هـ = ١٩٨٥ م - .
- (٢٠٢) الطريقة الواضحة إلى البيئة الراجحة : للشيخ محمود حمزة مفتي الشام مطبوع مع (ترجيح البيئات) للشيخ عبد الرحمن الخصالي مطبعة دار السلام / بغداد ١٣٤٤ هـ - .
- (٢٠٣) عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة – دراسة مقارنة:- دكتور سليمان محمد الطماوي الطبعة الثانية ١٩٧٦ م ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي - .
- (٢٠٤) فلسفة التشريع في الإسلام ، تأليف المحامي (دكتور) صبحي رجب محمصاني . الطبعة الثالثة ١٣٨٠ هـ = ١٩٦١ م دار العلم للملايين – بيروت - .
- (٢٠٥) في أصول النظام الجنائي الإسلامي : دكتور محمد سليم العوا الطبعة الثانية – ١٩٨٣ م دار المعارف - .
- (٢٠٦) قانون الإجراءات الجنائية السوداني : معلقاً عليه د . محمد محي الدين عوض طبعة ١٩٦٤ م - .
- (٢٠٧) قانون الإجراءات الجنائية (المصري) مع تعليق فقهي تحليلي للنصوص وقضاء النقض : د. حسن علام الطبعة الثانية توزيع منشأة دار المعارف بالإسكندرية - .
- (٢٠٨) القضاء في الإسلام وحماية الحقوق : الدكتور عبد العزيز خليل بديوي، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي / القاهرة ١٩٧٩ م – ١٩٨٠ م - .
- (٢٠٩) قانون الإجراءات المدنية السوداني : د . محمد الشيخ عمر دار المهنا للطباعة ١٩٨٠ م - .
- (٢١٠) القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بقانون الإثبات

- اليمني ، المؤلف : عبد الفتاح محمد أبو العينين ، مطبعة الأمانة - ٣ شارع جزيرة بردان ، شبرا مصر ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م - .
- (٢١١) القضاء والقضاة : محمد شهير أرسلان طبعة ١٩٦٩م - .
- (٢١٢) القواعد العلمية لفحص وتحليل شهادة الشهود في علم النفس والقانون المقارن ، تأليف : تادريس ميخائيل تادريس (المحامي) مكتبة الأنجلو المصرية ١٩٤٨م - .
- (٢١٣) مبادئ القانون ، تأليف : الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ١٩٧٢م (مطبعة المثني / بيروت) - .
- (٢١٤) المداينات أو التعهدات والالتزامات الجزء الأول في الأدلة أو نظرية الإثبات ، تأليف : الدكتور عبد السلام ذهني مطبعة المعارف بشارع الفجالة بمصر ١٣٤٠هـ = ١٩٢٢م - .
- (٢١٥) المدخل للعلوم القانونية - الدكتور توفيق حسن فرج الطبعة الثانية ١٩٧٥م = ١٩٧٦م .
- (٢١٦) مدي حرية الزوجه في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية - للدكتور عبد الرحمن الصابوني . دار الفكر - الطبعة الثانية - .
- (٢١٧) معالم الشريعة الإسلامية - الدكتور صبحي الصالح - دار العلم / بيروت / لبنان الطبعة الرابعة ١٩٨٢- .
- (٢١٨) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - للدكتور يوسف حامد العالم - نشر وتوزيع الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م - .
- (٢١٩) نظام التجريم والعقاب في الإسلام مقارناً بالقوانين الوضعية - الحدود القصاص - الديه / المستشار على على منصور - مؤسسة الزهراء للإيمان والخير - المدينة المنور الطبعة الأولى (١٣٩٦هـ = ١٩٧٦م) - .
- (٢٢٠) النظام العقابي الإسلامي - دراسة مقارنة - : للدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر - ١٩٧٦م - .

- (٢٢١) نظرية الإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين مدنياً وجنائياً وشرعاً وقانوناً تأليف : المحامي حسين المؤمن طبع بدار الكتاب العربي / بمصر ١٩٤٨م - .
- (٢٢٢) نظرية الأحكام في قانون المرافعات : للدكتور أحمد أبو الوفا منشأة المعارف بالإسكندرية - .
- (٢٢٣) نظرية الحدود في الفقه الجنائي الإسلامي : دكتور سعيد عبد اللطيف حسن ، الناشر : دار النهضة العربية القاهرة / مصر ٢٠٠٤م - .
- (٢٢٤) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية : للدكتور محمد نعيم ياسين دار النفائس الطبعة الأولى ١٤١٩هـ = ١٩٩٩م - .
- (٢٢٥) نظرية الدفوع في قانون المرافعات : للدكتور أحمد أبو الوفا منشأة المعارف بالإسكندرية - .
- (٢٢٦) النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي والعربي المقارن، تأليف : محمد عطية راغب - المحامي - دار المعرفة / القاهرة ١٥ شارع صبري أبو علم (١٩٦٠م) - .
- (٢٢٧) النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية - دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والجرمانية والاشتراكية والانجلو سكسونية والشريعة الإسلامية ، تأليف : الدكتور هلالى عبد اللاه أحمد الطبعة الأولى ١٩٨٧م الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة - .
- (٢٢٨) النظرية العامة للقانون : دكتور سمير عبد السيد تناغو ، الناشر : منشأة المعارف بالإسكندرية / مطبعة أطلس / القاهرة / مصر ١٩٧٣م - .
- (٢٢٩) نظم الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - مقارنات بين الشريعة والقانونين الدستوري والإداري تأليف : المستشار علي علي منصور الطبعة الأولى ١٣٨٤هـ - ١٩٦٥م مطبعة مخيمر / القاهرة - .

- (٢٣٠) الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي : لواء دكتور حسين محمود إبراهيم ، الناشر : دار النهضة العربية / القاهرة ١٩٨١م - .
- (٢٣١) الوسيط في شرح القانون المدني : دكتور / عبد الرزاق أحمد السنهوري الطبعة الثانية / دار النهضة العربية / القاهرة ١٩٨٢م - .
- سادساً : الدساتير والقوانين :
- (٢٣٢) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة (١٩٧١م) .
- (٢٣٣) دستور الجمهورية التونسية (١٩٧٥م) .
- (٢٣٤) دستور جمهورية السودان المؤقت المعدل لسنة ١٩٦٤م .
- (٢٣٥) دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة ١٩٨٥م .
- (٢٣٦) دستور جمهورية السودان لسنة ١٩٩٨م .
- (٢٣٧) دستور الجمهورية العراقية (١٩٧٣م) .
- (٢٣٨) دستور دولة قطر - .
- (٢٣٩) دستور دولة الكويت (١٩٦٢م) .
- (٢٤٠) دستور جمهورية مصر العربية (١٩٧١م) .
- (٢٤١) دستور المملكة المغربية (١٩٧٠م) .
- (٢٤٢) دستور الجمهورية العربية اليمنية (١٩٧٤م) .
- (٢٤٣) قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م .
- (٢٤٤) قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية (المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م) .
- (٢٤٥) قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٩١م (معدلاً في ٢٠٠٢م) .
- (٢٤٦) قانون الإجراءات الجنائية القطري (قانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م) .
- (٢٤٧) قانون الإجراءات الجنائية القطري – قانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧١م – الملغى .
- (٢٤٨) قانون الإجراءات الجنائية المصري (وفقاً لأحدث التعديلات) (حتى ٢٠٠٣م) .

- (٢٤٩) قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣ م .
- (٢٥٠) قانون الأحوال الشخصية الأردني .
- (٢٥١) قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان – مرسوم سلطاني رقم ١٩٩٧/٣٢ م .
- (٢٥٢) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين – السوداني – لسنة ١٩٩١ م .
- (٢٥٣) قانون الأحوال الشخصية الكويتي (قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ م) .
- (٢٥٤) قانون الأحوال الشخصية المصري (القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م) .
- (٢٥٥) قانون الأحوال الشخصية المصري (القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ م) .
- (٢٥٦) قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣ م .
- (٢٥٧) قانون البيئات السوري .
- (٢٥٨) قانون تفسير القوانين والنصوص العامة السوداني لسنة ١٩٧٤ م .
- (٢٥٩) قانون تنظيم التعامل بالنقد الأجنبي لسنة ١٩٨١م تعديل رقم ٢ لسنة ١٩٨٩ م .
- (٢٦٠) القانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١ م .
- (٢٦١) قانون الحشيش والأفيون لسنة ١٩٢٤م تعديل رقم ١ لسنة ١٩٨٩م (سوداني) .
- (٢٦٢) قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة السوداني لسنة ١٩٩٦ م .
- (٢٦٣) قانون العقوبات المصري (وفقاً لآخر التعديلات حتى سنة ٢٠٠٣ م) .
- (٢٦٤) قانون العقود السوداني لسنة ١٩٧٤م – ملغي - .
- (٢٦٥) القانون المدني – لدولة قطر – قانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م - .
- (٢٦٦) القانون المدني العراقي .
- (٢٦٧) قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري .
- (٢٦٨) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري (قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ م) .

- (٢٦٩) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ م .
- (٢٧٠) لائحة ترتيب ونظام المحاكم الشرعية بالسودان لسنة ١٩١٥ م .
- (٢٧١) مدونة الأحوال الشخصية المغربي .
- (٢٧٢) مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية .
- سابعاً : موسوعات ومجموعات ومجلات الأحكام القضائية :
- (٢٧٣) **أشهر المحاكمات السياسية في السودان :** ((صادرة عن المحكمة العليا السودانية)) إعداد وترتيب : هنري رياض – دار الجيل / بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ = ١٩٨٧ م .
- (٢٧٤) **مبادئ القضاء الشرعي :** أحمد نصر الجندي .
- (٢٧٥) **مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي :** المستشار إبراهيم سيد أحمد دار الكتب القانونية / مصر / ٢٠٠٣ م .
- (٢٧٦) **مجلات الأحكام القضائية السودانية :** يصدرها المكتب الفني للمحكمة العليا – من ١٩٥٦ م حتى ٢٠٠٧ م - .
- (٢٧٧) **مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية :** مجموعة المكتب الفني .
- (٢٧٨) **مجموعة الأحكام :** الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية (صادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية) .
- (٢٧٩) **مجموعة المبادئ القانونية :** التي قررتها محكمة النقض (المصرية) في خمسين عاماً (١٩٣١ م – حتى – ٣١/ديسمبر ١٩٨١ م) للمستشار أنور طلبة – دار نشر الثقافة بالإسكندرية / مصر ١٩٨٢ م .
- (٢٨٠) **مجموعة القواعد القانونية :** التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسة وعشرين عاماً (من ١٩٣١ م حتى ١٩٥٥ م) .
- (٢٨١) **مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية –** تجميع : الأستاذ محمود عمر .

(٢٨٢) الموسوعة الجنائية : تأليف جندي عبد الملك دار إحياء التراث العربي
/ بيروت / لبنان

(٢٨٣) مجلة المحاماة الشرعية - نقابة المحامين الشرعيين القاهرة / مصر .

ثامناً : كتب المعاجم :-

(٢٨٤) تاج العروس من جواهر القاموس - للعلامة محمد مرتضي الحسيني
الزبيدي (١١٤٥هـ - ١٢٠٥هـ) تحقيق الدكتور حسين نصار مطبعة حكومة
الكويت ١٣٦٩هـ = ١٩٦٩م .

(٢٨٥) التعريفات الفقهية - معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء
والأصوليين وغيرهم من علماء الدين: للمفتي السيد محمد عميم الاحسان
المجددي البركتي . دار الكتب العلمية / بيروت الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ =
٢٠٠٣م - .

(٢٨٦) التعريفات : للعلامة السيد الشريف علي بن محمد أبي الحسن الجرجاني
الحنفي (٧٤٠هـ - ٨١٦هـ) شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي
وأولاده / مصر .

(٢٨٧) تهذيب اللغة - لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (٢٨٢هـ -
٣٧٠هـ) تحقيق الأستاذ محمد عبد المنعم جفاجي والأستاذ محمود فرج العقدة
مراجعة علي محمد البجاوي - مطابع سجل العرب / القاهرة - .

(٢٨٨) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية : تأليف العلامة الشيخ محمد بن
مخلف دار الكتاب العربي / بيروت طبعة مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٤٩ .

(٢٨٩) شرح قطر الندي وبلّ الصدي : للعلامة أبي محمد عبد الله جمال الدين
بن هشام الأنصاري (ت ٧٦١هـ) ومعه كتاب سبيل الهدى بتحقيق شرح قطر
الندي تأليف محمد محي الدين عبد الحميد - المكتبة العصرية / بيروت

١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م .

(٢٩٠) **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية** : للإمام نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي (ت ٥٣٧هـ) ضبط وتعليق وتخريج الشيخ خالد عبد الرحمن العك دار النفائس / الطبعة الثانية ١٩٩٩م .

(٢٩١) **عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ** : للشيخ أحمد بن يوسف بن عبد الدائم الحلبي (المعروف بالسمين) (ت ٧٥٦هـ) تحقيق الدكتور عبد السلام أحمد التونجي الحلبي الطبعة الأولى ١٩٩٠م .

(٢٩٢) **القاموس المحيط** : للإمام مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي الشافعي (ت ٨١٧هـ) دار الكتب العلمية / بيروت / لبنان الطبعة الأولى ١٤١٥هـ = ١٩٩٥م .

(٢٩٣) **لسان العرب** : لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري (٦٣٠هـ - ٧١١هـ) مصورة عن الطبعة البولاقية المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر / دار المصرية للتأليف والترجمة

(٢٩٤) **المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي الشريف عن الكتب الستة وعن مسند الدارمي وموطأ مالك ومسند أحمد بن حنبل** : رتبه ونظمه ليف من المستشرقين ونشره الدكتور أ . ي ونسك مكتبة بريل / لندن ١٩٢٦م .

(٢٩٥) **المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم** : وصفه : محمود فؤاد عبد الباقي دار المعرفة / بيروت ١٩٩٤م .

(٢٩٦) **موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف** : إعداد خادم السنة أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول عالم التراث / بيروت الطبعة الأولى ١٤١٠هـ = ١٩٨٩م .

تاسعاً : كتب التراجم :-

(٢٩٧) **أسد الغابة في معرفة الصحابة** : للعلامة (ابن الأثير) عز الدين أبو الحسن علي بن محمد (ت ٦٣٠هـ) مطبعة دار الشعب / مصر ١٩٧٠م .

(٢٩٨) **الأعلام - قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب**

والمستعربين والمستشرقين : تأليف خير الدين الزركلي الطبعة الرابعة
١٩٧٩م دار العلم للملايين - بيروت .

(٢٩٩) البداية والنهاية : لأبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)
دار الكتب العلمية / بيروت الطبعة الثالثة ١٩٨٧م .

(٣٠٠) تاريخ علماء الأندلس : لأبي الوليد عبد الله بن محمد الأزدي
(المعروف بابن الفَرَضِي) تحقيق الدكتور صلاح الدين الهواري المكتبة
العصرية / بيروت / الطبعة الأولى ٢٠٠٦م .

(٣٠١) الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب - لقاضي القضاة برهان
الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي (ت ٧٩٩هـ)
الطبعة الأولى ١٣٥١هـ وبهامشه كتاب نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأبي
العباس أحمد بن أحمد - .

(٣٠٢) شجرة النور الزكية : للعلامة محمد بن محمد مخلوف دار الكتاب
العربي / بيروت مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٤٩هـ .

(٣٠٣) طبقات الشافعية الكبرى : للعلامة تاج الدين عبد الوهاب بن علي
السبكي (ت ٧٧١هـ) المطبعة الحسينية الطبعة الأولى ١٣٢٤هـ .

(٣٠٤) الطبقات الصغرى : للإمام عبد الوهاب الشعراني تحقيق عبد القادر
أحمد عطا مكتبة القاهرة - الطبعة الأولى ١٩٧٠م .

(٣٠٥) الطبقات الكبرى للشعراني : للعلامة عبد الوهاب الشعراوي مكتبة
ومطبعة محمد صبيح وأولاده بمصر .

(٣٠٦) وفيات الأعيان وأنبياء أبناء الزمان : لأبي العباس شمس الدين أحمد
بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (٦٠٨هـ - ٦٨١هـ) تحقيق محمد محي الدين
عبد الحميد - مطبعة السعادة بمصر - نشر مكتبة النهضة المصرية / القاهرة .

عاشراً : دوريات وإصدارات متنوعة :-

(٣٠٧) أحكام محكمة الاستئناف الشرعية : بدولة قطر للفترة من (١٩٩٦م
حتى ٢٠٠٤م) - .

- (٣٠٨) بحوث سمنار قضاة المحكمة العليا السودانية ١٩٩١م : تحت شعار
(نحو توحيد الرؤي) في الأحكام القضائية (برئاسة السلطة القضائية –
المكتب الفني للمحكمة العليا) - .
- (٣٠٩) تعليمات النيابة العامة : بجمهورية مصر العربية - .
- (٣١٠) طريق نحو العدالة – تأليف اللورد دينج – ترجمة : محمد عبد الله
مشاوى ومأمون كنون – دار الجيل / بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٢م .
- (٣١١) صحيفة (الرأي العام) – يومية – الصادرة في ٢٥ محرم ١٤٢٨هـ
الموافق ٢ / فبراير / ٢٠٠٨م .
- (٣١٢) المنتديات القضائية : للمحاكم الشرعية بدولة قطر خلال الفترة من
(١٩٩٨م – ٢٠٠٨م) دراسات فقهية قانونية تطبيقية (مجلد) .
- (٣١٣) منشورات ومذكرات المحاكم الشرعية – صادرة من قاضي قضاة
السودان ١٩٤٩م (تصوير دار الوثائق المركزية ١٩٧٧م) .
- (٣١٤) نشرات وتعليمات المحاكم الشرعية (١٩٤٩م) : تصوير دار الوثائق
لسنة ١٩٧٧م (عن الأصل) - .
- (٣١٥) الهاكرز وطرق الحماية – تأليف عبد المحسن بن عبد الله بن عبد
العزیز الجليل – الطبعة الأولى ٢٠٠١م - .

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
ج	الخلاصة
و	الخلاصة باللغة الانجليزية
١	شكر وتقدير
٥ - ٢	المقدمة

الباب التمهيدي

٥٤ - ٦	تعريفات (سلطة القاضي التقديرية) ومدى مشروعيتها
--------	--

الفصل الأول

٧	تعريف (سلطة القاضي التقديرية) لغة واصطلاحاً
٧	المبحث الأول : التعريف اللغوي لمفردات (سلطة القاضي التقديرية)
٩	المبحث الثاني :- التعريف الاصطلاحي لسلطة القاضي التقديرية
	الفصل الثاني
١١	مشروعية سلطة القاضي التقديرية بين المجيزين والمانعين
١١	المبحث الأول :- رأي القائلين بمشروعية سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي وأدلتهم
١٢	أ - أدلة المشروعية من المنقول
١٥	ب- أدلة المشروعية من المعقول
	المبحث الثاني :- رأي القائلين بعدم مشروعية سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي وأدلتهم

- ١٧ (رأي ابن حزم الظاهري وأدلته)
- ١٨ **المبحث الثالث :-** مناقشة وتقويم رأي ابن حزم الظاهري وترجيح رأي الجمهور
- ٢٣ **المبحث الرابع :-** آراء المعاصرين وأدلتهم في مشروعية سلطة القاضي التقديرية
- ٢٤ **المطلب الأول :-** المعاصرون المنكرون لسلطة القاضي التقديرية مطلقاً
- المطلب الثاني :-** المعاصرون المنكرون لسلطة القاضي التقديرية في نظام الإثبات في
- ٢٦ الفقه الإسلامي
- ٢٦ (أ) رأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري
- ٢٧ (ب) رأي الدكتور رزق الله الأنطاكي
- ٢٧ (ج) رأي المستشرق مارسيل موراند
- المطلب الثالث :-** التوسع في الاعتراف بسلطة القاضي التقديرية في نظام القضاء الجنائي
- ٣٣ الإسلامي
- المطلب الرابع :-** مشروعية سلطة القاضي التقديرية في التشريعات ومدى أعمالها في
- ٣٥ تطبيقاتها القضائية المعاصرة
- ٣٥ **البند الأول :-** مشروعية سلطة القاضي التقديرية في التشريعات المعاصرة
- ٣٥ **المحور الأول :-** سلطة القاضي التقديرية عند غياب النص التشريعي
- المحور الثاني :-** سلطة القاضي التقديرية المقررة بمنطوق النصوص
- ٤١ التشريعية ومفهومها
- المرتكز الأول :-** سلطة القاضي التقديرية المخولة له بعبارة النص التشريعي
- ٤٢ - صراحة أو دلالة
- المرتكز الثاني :-** سلطة القاضي التقديرية فيما يقتضيه تفسير النصوص
- ٤٤ التشريعية
- ٤٦ أولاً : وجوب إجراء التفسير وفقاً لمقاصد المشرع وبما يحقق غاية التشريع
- ٤٧ ثانياً : مراعاة تجانس التفسير القضائي مع روح التشريع
- ٤٨ ثالثاً : تجانس التفسير القضائي مع دلالات الألفاظ على المعاني
- ٤٩ رابعاً : التفسير القضائي في حالة التعارض بين النصوص التشريعية
- البند الثاني :-** مدى أعمال مشروعية سلطة القاضي التقديرية في التطبيقات
- ٥٠ القضائية المعاصرة
- ٥٠ **الأمر الأول :** تطبيقات سلطة القاضي التقديرية في حالات المشروعية المشددة

الأمر الثاني : مدي حرية قاضي الموضوع في استمداد اقتناعه من الأدلة

٥٣

المطروحة بالجلسة

الباب الأول

٥٥ - ١٥٧

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في مرحلة إجراءات المحاكمة

الفصل الأول

٥٦

سلطة القاضي التقديرية في نظام الجلسات

٥٦

المبحث الأول : سلطة القاضي التقديرية في التدخل في مبدأ علنية الجلسات

٥٨

أولاً : حالات ضرورة المحافظة علي النظام العام والآداب

٥٩

ثانياً : مراعاة حرمة الأسرة وأسرارها

٦٠

- أثر جنوح تقدير القاضي في العدول عن العلنية في نظر الدعوى وفي النطق بالحكم

المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في ضبط الجلسة وفي معاقبة من يخل بنظامها أو

٦١

يعرقل سير الإجراءات

المبحث الثالث :- سلطة القاضي التقديرية في الإعلان بالحضور وفي ترتيب أسبقية النظر في

٦٣

الأفضية

٦٤

المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في الإعلان بالحضور

٦٦

- حالة تنفيذ الإعلان ما بين غروب الشمس وشروقها

٦٥

- الطرق البديلة للإعلان الشخصي

٦٧

المطلب الثاني :- سلطة القاضي التقديرية في ترتيب أسبقية النظر في الأفضية

٦٨

المبحث الرابع : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في التفتيش فقهاً وقانوناً

٧١

الضابط الأول : سبق وقوع الجريمة وكفاية مبررات إسنادها

٧٣

الضابط الثاني : صدور أمر التفتيش كتابة متضمناً تسببياً محدداً

٧٤

الضابط الثالث : مراعاة السلامة والكرامة الأدمية

٧٥

الضابط الرابع : توثيق إجراءات وحصيلة التفتيش

٧٦

الضابط الخامس : تفتيش الأنثى بوساطة النساء

الضابط السادس : في تفتيش الرسائل والمطبوعات الشخصية والمحادثات الهاتفية

٧٨

وما في حكمها

٨٠

المبحث الخامس : سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الدعوى

المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الخصومة في الفقه

٨٠

الإسلامي

- ٨٢ **المطلب الثاني** : سلطة القاضي التقديرية في الإدخال في الخصومة تشريعاً وقضاءً
- ٨٣ أولاً : أن يكون للمتدخل مصلحة في الدعوى
- ٨٤ ثانياً : توفر الصلة بين طلب الأصيل وبين طلب المتدخل
- ٨٤ ثالثاً : أن يكون التدخل بطلب يقدم إلي القاضي يعلن به الخصوم
- ٨٤ رابعاً : أن يكون طلب التدخل قبل قفل باب المرافعة في الدعوى
- ٨٦ خامساً : مراعاة اعتبار المتدخل اختصاصياً طرفاً أصيلاً في الدعوى
- المبحث السادس** : سلطة القاضي التقديرية في اتخاذ الإجراءات التحفظية والاحتياطية
- ٨٩ وضوابطها فقهاً وقانوناً
- ٨٩ **المطلب الأول** : سلطة القاضي التقديرية في الحبس الاحتياطي وضوابطها فقهاً وقانوناً
- البند الأول : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحبس الاحتياطي في المسائل
- ٩٠ الجنائية فقهاً وقانوناً
- البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحبس الاحتياطي في المسائل
- ٩٥ المدنية فقهاً وقانوناً
- المطلب الثاني** : سلطة القاضي التقديرية في الحجز التحفظي والحجز التنفيذي
- ٩٨ وضوابطها – فقهاً وقانوناً
- ٩٨ البند الأول : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحجز التحفظي فقهاً وقانوناً
- ٩٨ - ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الحجز التحفظي فقهاً وقانوناً
- ١٠٢ البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الحجز التنفيذي – فقهاً وقانوناً
- ١٠٣ - ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الحجز التنفيذي
- ١٠٦ **المطلب الثالث** : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في الكفالة
- ١٠٧ - مشروعية الكفالة
- ١٠٨ البند الأول : سلطة القاضي التقديرية في الكفالة بالنفس أو بالدين
- البند الثاني : ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الكفالة (بالنفس أو بالدين) فقهاً
- ١٠٩ وقانوناً

الفصل الثاني

- ١١٣ **سلطة القاضي التقديرية في مرحلة التحقيقات في دعاوى الحدود الشرعية**
- ١١٤ **المبحث الأول** :- سلطة القاضي التقديرية في ممارسة فضيلة الستر في دعاوى الحدود الشرعية
- ١١٧ **المبحث الثاني** :- سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في استجواب المتهم

- ١٢٠ - ضوابط سلطة القاضي التقديرية في استجواب المتهم
- المبحث الثالث :- سلطة التقديرية في استقصاء الوقائع المتصلة بأركان الجريمة و عناصرها
- ١٢٣ وشرائطها
- ١٢٧ المبحث الرابع :- سلطة القاضي التقديرية في استقصاء شبهات الحدود الشرعية ومسقطاتها
- ١٢٧ المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في استقصاء الشبهات الدارئة للحدود
- ١٢٩ المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في استقصاء مسقطات العقوبات الحدية

الفصل الثالث

سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في صياغة التهمة وتعديلها

- ١٣٣ المبحث الأول : صياغة التهمة وضوابطها
- ١٣٥ - حكم صياغة التهمة قضائياً
- ١٣٦ - ضوابط صياغة التهمة قضائياً
- ١٣٩ المبحث الثاني : سلطة القاضي في تعديل التهمة – أو تعديل وصفها
- ١٤١ - ضوابط تعديل التهمة ، أو تعديل وصفها
- الضابط الأول : أن يكون تعديل التهمة أو تعديل وصفها تنزيلاً للحكم الشرعي أو القانوني
- ١٤١ الصحيح الذي ينطبق علي الواقعة محل المحاكمة
- الضابط الثاني : أن يتم تعديل التهمة أو تعديل وصفها في إطار الوقائع الأساسية المرفوعة
- ١٤٤ بها الدعوى
- الضابط الثالث : أن يكون تعديل التهمة بعد تقديم أدلة كاشفة لأركان وعناصر وظروف
- ١٤٧ النازلة محل المحاكمة
- المبحث الثالث : الضوابط الخاصة بتعديل التهمة – أو تعديل وصفها – في حالتها التعديل إلي
- ١٤٨ الأشد والتعديل إلي الأخف
- ١٤٨ الضوابط الخاصة بتعديل التهمة أو وصفها إلي الأشد
- ١٤٨ الضابط الأول : وجوب مخاطبة المتهم بالتهمة أو الوصف المعدول إليه وأخذ رده ودفاعه
- الضابط الثاني : ألا يكون تعديل التهمة ، أو تعديل وصفها إلي الأشد في مرحلة
- ١٥٠ الاستئناف، إذا كان المتهم وحده هو المستأنف
- ١٥١ الضابط الثالث : وجوب إجابة طلب المتهم التأجيل

الفصل الأول

سلطة القاضي التقديرية في قبول الشهادة وتقويمها

المبحث الأول : تعريف الشهادة وبيان مشروعيتها

البند الأول : الشهادة في اللغة والاصطلاح

البند الثاني : مشروعية الشهادة

المبحث الثاني سلطة القاضي التقديرية في قبول الشهادة

المطلب الأول : ألا تنطوي الشهادة عن سببٍ مانع لقبولها شرعاً أو قانوناً

البند الأول : موانع قبول الشهادة لأمرٍ متعلق بالواقعة محل الإثبات

البند الثاني : موانع قبول الاستماع إلي الشهادة لأمرٍ متعلق بذات الشهادة

- منع سماع الشهادة لإثبات واقعةٍ متفق عليها أو مقر بها

- منع سماع الشهادة لإثبات ما يجاوز مشتملات المحررات الخطية

- منع سماع الشهادة بإفشاء بعض الأسرار المحددة تشريعاً

المطلب الثاني : قبول سماع الشهادة المنتجة في الإثبات أو النفي

المبحث الثالث : سلطة القاضي التقديرية في تقويم الشهادة

المطلب الأول : الاقتناع القضائي ووسائل بلوغه من دليل الشهادة

الوسيلة الأولى : شفوية أداء الشهادة ومناقشتها

الوسيلة الثانية : أداء الشهادة في مواجهة الخصوم

الوسيلة الثالثة : استجواب الشاهد ومناقشته

الطريقة الأولى : نظام السرد التلقائي

الطريقة الثانية : نظام الاستجواب المباشر

ضوابط استجواب الشاهد ومناقشته

الضابط الأول : التفريق بين الشهود

الضابط الثاني : إكرام الشهود

الضابط الثالث : عدم إرهاق الشاهد

الضابط الرابع : تعلق أسئلة الاستجواب بالواقعة محل الإثبات

الضابط الخامس : عدم سؤال الشاهد عن مسائل تتعلق برأيه - أو بحكم

- ١٩٣ شرعي أو بالقانون
- ١٩٤ الضابط السادس : أن تكون أسئلة الاستجواب منتجاً لا تعنت فيها ولا عسف
- ١٩٨ الضابط السابع : عدم جواز تلقين الشاهد أو توجيه الأسئلة الإيحائية
- ٢٠١ سلطة القاضي في تقدير أسئلة الاستجواب والمناقشة
- ٢٠٣ سلطة القاضي التقديرية في التدخل بسؤال الشاهد
- ٢٠٤ دور نظام الاستجواب والمناقشة في بلورة الاقتناع القضائي (إثباتاً أو نفيًا)
- ٢٠٦ الوسيلة الرابعة : ملاحظة الشهود أثناء أداء الشهادة
- ٢١٠ الوسيلة الخامسة : تطابق الشهادة مع بعضها
- ٢١٣ الوسيلة السادسة: تناسق الشهادات مع الدعوى ومع ملابس الحال والمقال
- ٢١٤ الوسيلة السابعة : مدي انتفاء التهمة في الشهادة
- ٢١٥ النوع الأول : في شهادات الأقرباء
- ٢١٦ الفريق الأول : المانعون لشهادة الأصول والفروع لبعضهم
- ٢١٧ الفريق الثاني : المجيزون لشهادة الأصول والفروع لبعضهم
- ٢١٨ الترجيح بين آراء المانعين والمجيزين
- ٢١٨ شهادة الأصول والفروع علي بعضهم
- ٢١٩ شهادة الأصول والفروع في القانون
- ٢٢٠ شهادة الأزواج في الفقه الإسلامي
- ٢٢٠ شهادة الأزواج لبعضهم
- ٢٢٠ الفريق الأول : المانعون لشهادة الأزواج لبعضهم
- ٢٢١ الفريق الثاني : المجيزون لشهادة الأزواج لبعضهم
- ٢٢٢ الفريق الثالث : المتراحون بين الإجازة والمنع
- ٢٢٢ شهادة الأزواج علي بعضهم
- ٢٢٤ شهادات سائر الأقرباء (غير الأصول والفروع والأزواج)
- ٢٢٦ النوع الثاني : في شهادات الأبعد (المنظوية عن تهمة)
- ٢٢٦ شهادة الأجير
- ٢٢٩ شهادة الشريك في الحق والشريك في الجريمة – ومن في حكمه
- ٢٢٩ **البند الأول :** شهادة الشريك لشريكه في الحق
- ٢٣٠ **البند الثاني :** شهادة الشريك في الجريمة – ومن في حكمه

٢٣٤	شهادة الصديق لصديقه
٢٣٤	شهادة العدو
٢٣٨	شهادة المجلود في حد القذف (قبل التوبة وبعدها)
٢٣٩	القول الأول : عدم جواز شهادة المجلود في حد القذف وإن تاب
٢٤١	القول الثاني : جواز شهادة المجلود في حد القذف بعد توبته
٢٤٣	شهادة الفاسق
٢٤٥	شهادة المدان بشهادة الزور – أو المقر بها
٢٤٧	شهادة غير ذوي المروءة
٢٤٩	شهادة ذوي الغفلة والسهو
٢٥١	المطلب الثاني : وجوب تناسق تقويم الشهادة مع مقتضيات النقل
	البند الأول : ضرورة توافق وزن الشهادة مع الثابت من أقوال الشاهد بأوراق
٢٥٢	الدعوى محل النظر
٢٥٥	البند الثاني : عدم الخروج عما تحتمله أقوال الشاهد
٢٥٨	البند الثالث : الاعتداد بالقدر الذي يحقق مناط الحكم بالشهادة
٢٦٠	البند الرابع : توافق تقويم الشهادة مع مقتضيات أحوال الناس وأعرافهم
٢٦٦	البند الخامس: دور مقتضيات شرائط الشهادة في بعث الطمأنينة بصدق المشهود به
	الفصل الثاني
٢٧٠	سلطة القاضي التقديرية في قبول الإقرار وتقويمه
	المبحث الأول : الإقرار – تعريفه – مشروعيته – تكييفه وبيان مكانته في الشريعة
٢٧٠	الإسلامية والتشريعات المعاصرة
٢٧٠	تعريف الإقرار وتكييفه
٢٧١	مشروعية الإقرار وأدلتها
٢٧٢	مكانة الإقرار في الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة
٢٧٤	المبحث الثاني : سلطة القاضي في قبول الإقرار
٢٧٧	المبحث الثالث : سلطة القاضي في تقويم الإقرار في المسائل الجنائية
٢٧٧	المطلب الأول : سلطة القاضي في تقويم الإقرار الصحيح في المسائل الجنائية
٢٧٨	البند الأول : الفرق بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي
	البند الثاني : تقويم الإقرار غير القضائي في المسائل الجنائية ((حجية الإقرار غير

- ٢٨٣ ((القضائي))
- ٢٨٤ **البند الثالث : تقويم الإقرار القضائي في المسائل الجنائية ((حجية الإقرار القضائي))**
- ٢٨٥ **المرتکز الأول : حجية الإقرار القاصرة علي المقر**
- ٢٨٦ **المرتکز الثاني : قطعية دلالة الإقرار القضائي**
- ٢٨٦ أولاً : أن يكون الإقرار بالحد في مجلس القضاء
- ٢٩٠ ثانياً : أن يكون الإقرار صريحاً مفصلاً
- ٢٩١ ثالثاً : تعدد الإقرار بالحدود
- ٢٩٤ سلطة القاضي التقديرية في تجزئة الإقرار وموجباتها
- ٢٩٦ **المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقويم الإقرار غير الصحيح في المسائل الجنائية**
- ((مدي حجية الإقرارات المعيبة))
- ٢٩٧ **البند الأول : أحوال الحجية المنعدمة للإقرار**
- ٢٩٧ إقرار المكره ومدي حجيته
- ٢٩٧ عبء إثبات الدفع بالإكراه في الإقرار
- ٢٩٩ مدي الإثبات المطلوب للدفع بالإكراه في الإقرار
- ٣٠٠ العنف الذي يتحقق به الإكراه
- ٣٠٢ مدي حجية إقرار المكره
- ٣٠٥ الإقرار تحت تأثير الإغراء
- ٣٠٤ الإقرار الصوري ومدي حجيته
- ٣٠٦ إقرار بقية فاقدية الأهلية وحجيته
- ٣٠٩ عبء إثبات الدفع بفقدان الأهلية حال الإقرار
- ٣١٠ **البند الثاني : أحوال الحجية الناقصة للإقرار ((الإقرار المرجوع عنه))**
- ٣١٠ مشروعية الرجوع عن الإقرار
- ٣١٠ أولاً : رأي القائلين بجواز الرجوع عن الإقرار وأدلتهم
- ٣١٣ ثانياً : رأي القائلين بمنع الرجوع عن الإقرار وأدلتهم
- ٣١٤ ثالثاً : الرجوع عن الإقرار في بعض النظم التشريعية المعاصرة
- ٣١٧ ما يتم به الرجوع عن الإقرار
- ٣١٨ وقت الرجوع عن الإقرار بالحدود
- تقويم الإقرار المرجوع عنه في المسائل الجنائية ((حجية الإقرار

٣١٩	المرجوع عنه ((
٣٢٣	البينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه
٣٢٣	بيان صورتها وشروطها
٣٢٣	صورة البينة المؤيدة
	أولاً : الشروط العامة :-
٣٢٣	(أ) مشروعية البينة
٣٢٤	(ب) ارتباط الدليل بالواقعة محل الإثبات
٣٢٤	(ج) أن يكون الدليل منتجاً
٣٢٤	ثانياً : الشروط الخاصة بالبينة المؤيدة للإقرار المرجوع عنه
٣٢٤	(أ) أن تكون البينة المؤيدة مستقلة
٣٢٥	(ب) أن تكون البينة المؤيدة مثبتة لجزء من الواقعة محل الاتهام
	(ج) أن تكون البينة المؤيدة متساندة مع دلالة الإقرار المرجوع عنه , بما يبعث
٣٢٦	طمأنينة القاضي واقتناعه الشخصي الجازم
٣٢٨	المبحث الرابع :- سلطة القاضي التقديرية في تقويم الإقرار في مسائل المعاملات المدنية
٣٢٩	البند الأول : مدي حجية الإقرار في مسائل المعاملات المدنية
٣٣٥	الوجه الثاني : الإقرار حجة قاصرة
٣٣٧	البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية في تجزئة الإقرار في مسائل المعاملات
	البند الثالث : سلطة القاضي في تقدير موجبات المصير إلي استثناء الرجوع عن
٣٣٨	الإقرار في مسائل لمعاملات المدنية
	الفصل الثالث
٣٤٢	سلطة القاضي التقديرية في استخلاص القرائن القضائية وفي تقويمها
٣٤٣	المبحث الأول :- تعريف القرائن وبيان مشروعيتها في الإثبات
٣٤٣	المطلب الأول : تعريف القرائن في اللغة والاصطلاح
٣٤٤	المطلب الثاني : مشروعية القضاء بالقرائن
٣٤٤	- أدلة الكتاب
٣٤٦	- أدلة السنة النبوية علي مشروعية القضاء بالقرائن
٣٤٧	- أدلة القائلين بعدم مشروعية القضاء بالقرائن
٣٤٩	المبحث الثاني :- أنواع القرائن

- ٣٤٩ **المطلب الأول : القرينة القانونية (الشرعية)**
- ٣٥١ - أثر القرينة القانونية في الإثبات
- ٣٥٢ - حجية القرائن القانونية
- ٣٥٤ **المطلب الثاني : القرائن القضائية**
- ٣٥٦ **المبحث الثالث :-** ضوابط سلطة القاضي في استخلاص القرائن القضائية
- ٣٥٧ **المطلب الأول :** ثبوت الواقعة مصدر الاستنباط يقيناً
- ٣٦٠ **المطلب الثاني :** اتصال الواقعة مصدر الاستنباط بالواقعة محل الإثبات
- ٣٦٢ **المطلب الثالث :** سلامة الاستنباط وعدم تجافيه لمنطق الواقع
- ٣٦٨ **المطلب الرابع :** ثبوت الواقعة مصدر الاستنباط في أوراق الدعوى
- ٣٧٠ **المطلب الخامس:** عدم احتمال الاستنباط لأكثر من نتيجة واحدة عند الإدانة الجنائية
- ٣٧٣ **المبحث الرابع :-** في تقويم القرائن القضائية
- ٣٧٤ **المطلب الأول :** القرينة القضائية القاطعة
- ٣٧٦ القرينة القضائية القاطعة في النظم التشريعية والقضائية المعاصرة
- ٣٧٩ **المطلب الثاني :** القرينة القضائية غير القاطعة
- ٣٨١ **المطلب الثالث :** القرائن القضائية الضعيفة
- ٣٨٦ **المبحث الخامس :-** أثر القرائن القضائية في إثبات جرائم الحدود
- ٣٨٧ **المطلب الأول :** أثر القرائن القضائية في إثبات جريمة شرب الخمر
- ٣٨٧ **الرأي الأول :** إيجاب الحدّ بقرينة الرائحة
- ٣٨٨ **الشرط الأول :** التبيّن من الرائحة بيقين
- ٣٨٨ **الشرط الثاني :** أن تبلغ الشهادة بالرائحة النصاب
- ٣٨٨ **الشرط الثالث :** مخالطة المسكر للجهاز العصبي
- ٣٨٩ **الرأي الثاني :** إيجاب التعزير بقرينة الرائحة
- ٣٩٠ **الرأي الثالث :** الرائحة قرينة تكميلية لإيجاب الحد في المذهب الحنفي
- ٣٩٢ - أثر قرينة ظاهر الحال في إثبات شرب الخمر
- ٣٩٤ - أثر قرينة نتائج التحليل المختبرى في إثبات جرائم المسكرات والمخدرات
- ٣٩٥ - قرينة رفض إعطاء العينة للتحليل المختبرى
- ٣٩٦ **المطلب الثاني :** أثر القرائن القضائية في إثبات جريمة السرقة الحدية
- ٣٩٨ **المطلب الثالث :** أثر القرائن القضائية في إثبات جريمة الزنا

- ٣٩٩ الشرط الأول : أن تكون المرأة الحبلية غير ذات زوج
- ٤٠٠ الشرط الثاني : أن تكون المرأة مقيمة غير غريبة
- ٤٠٠ الشرط الثالث : أن يثبت الحمل يقيناً
- ٤٠٠ الشرط الرابع : خلو الحمل من الشبهة
- ٤٠١ رأي الطائفة الثانية : عدم وجوب حدّ الزنا بقريئة الحمل
- ٤٠١ - قريئة الحمل في بعض النظم التشريعية والقضائية المعاصرة

الفصل الرابع

- ٤٠٣ سلطة القاضي التقديرية في قبول المحررات الخطية وتقويمها
- المبحث الأول :- المحررات الخطية في الفقه الإسلامي - مشروعيتها ومدى سلطة القاضي في قبولها وتقويمها
- ٤٠٣ المطلب الأول : مدى مشروعية العمل بالمحررات الخطية في الفقه الإسلامي
- ٤٠٦ المطلب الثاني : تقويم المحررات الخطية في الفقه الإسلامي
- المبحث الثاني :- المحررات الخطية في النظم التشريعية المعاصرة ومدى سلطة القاضي في قبولها وتقويمها
- ٤١٠ المطلب الأول : أنواع المحررات الخطية وخصائصها في التشريعات المعاصرة
- ٤١١ - المحررات الرسمية وخصائصها
- ٤١٤ - المحررات العرفية وخصائصها
- ٤١٤ أولاً : المحررات العرفية المهيأة للإثبات وخصائصها
- ٤١٥ ثانياً : المحررات العرفية غير المهيأة للإثبات وخصائصها
- ٤١٦ المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في تقويم المحررات الخطية
- ٤١٧ البند الأول : سلطة القاضي في تقدير المحررات الرسمية وتقويمها
- ٤٢٤ البند الثاني : سلطة القاضي في قبول المحررات العادية وفي تقويمها
- البند الثالث : سلطة القاضي التقديرية في قبول المحررات وتقويمها في حالتها الاستثناءات والضرورات
- ٤٢٧ الحالة الأولى : استثناءات قاعدة منع دحض الدليل الكتابي بالبينة
- ٤٢٧ الحالة الثانية : سلطة القاضي التقديرية في الإثبات بكل الوسائل عند الضرورة فيما يجب إثباته بالكتابة
- ٤٣٠

- ٤٣٠ - سلطة القاضي التقديرية عند فقدان المستند
- ٤٣١ - سلطة القاضي التقديرية في قبول تقويم صور المستندات
- الفصل الخامس**
- سلطة القاضي التقديرية في توجيه الأيمان وتقويمها**
- ٤٣٥ **المبحث الأول : تعريف اليمين ومشروعيتها وصيغتها وشرائطها العامة وتغليظها**
- ٤٣٥ **المطلب الأول : تعريف اليمين ومشروعيتها**
- ٤٣٧ - مشروعية اليمين وأدلتها
- المطلب الثاني : في صيغة اليمين وشرائطها العامة وسلطة القاضي التقديرية في تغليظها**
- ٤٣٨
- ٤٣٨ (أ) في صيغة اليمين
- ٤٣٩ (ب) في الشرائط العامة لليمين
- ٤٤١ (ج) سلطة القاضي التقديرية في تغليظ اليمين
- ٤٤٤ - نصاب المال الذي يكون فيه التغليظ
- ٤٤٤ **الرأي المختار : وتقويم بعض الممارسات القضائية المعاصرة**
- ٤٤٥ أولاً : تأصيل وتقويم الممارسة القضائية بالتغليظ بالتحليف علي المصحف الشريف
- ٤٤٥ ثانياً:صيغة تحليف أهل الكتاب – وغير المسلمين عامة – وتقويم الممارسة القضائية
- ٤٤٧ ثالثاً : عدم مشروعية الحلف بالطلاق
- ٤٤٧ رابعاً : تقويم الممارسة القضائية في تغليظ اليمين بالتحليف علي الأضرحة
- ٤٥٤ **المبحث الثاني :- سلطة القاضي التقديرية في توجيه الأيمان بأنواعها وفي كيفية تقويمها**
- ٤٥٤ **المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في اليمين الحاسمة وتقويمها**
- ٤٥٥ - وجوه التلاقي والتفارق بين يمين الإنكار واليمين الحاسمة
- ٤٥٨ - حدود سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين الحاسمة
- ٤٥٩ (أ) مراقبة القاضي لضوابط اليمين الحاسمة
- ٤٥٩ (ب) سلطة القاضي في تعديل الصيغة المستحلف بها
- ٤٦٠ - حدود سلطة القاضي التقديرية في تقويم يمين الإنكار واليمين الحاسمة
- المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في تقويم النكول عن اليمين الحاسمة واليمين**
- ٤٦٣ المردودة
- ٤٦٥ - تكييف النكول عن اليمين وتقويم دلالاته

- ٤٦٧ - سلطة القاضي في تقدير ما يعدّ نكولاً
- ٤٦٩ - الرأي المختار في تكييف النكول وتقويمه
- ٤٧١ - أولاً : مدى جواز إقامة البينة بعد حلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها
- ٤٧١ (أ) المانعون لإقامة البينة بعد الحلف أو النكول
- ٤٧٣ (ب) المجيزون لإقامة البينة بعد الحلف أو النكول
- ٤٧٥ - ثانياً : تحليف اليمين الحاسمة للمتهم - نطاقه وتقويمه
- ٤٨٣ **المطلب الثالث : سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين المتممة وتقويمها**
- البند الأول : سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين المتممة وتقويمها في الفقه الإسلامي**
- ٤٨٤ أولاً : اليمين المتممة للشهادة ناقصة النصاب
- ٤٨٤ (المتممة لشهادة الرجل الواحد أو المرأتين)
- ٤٩٠ ثانياً : اليمين المتممة لقرينة عرف الصلاحية
- ٤٩١ ثالثاً : اليمين المتممة للأدلة الكتابية غير المهيأة للإثبات
- البند الثاني : سلطة القاضي التقديرية في توجيه اليمين المتممة وتقويمها في التشريعات المعاصرة**
- ٤٩٥ **المطلب الثالث : سلطة القاضي التقديرية في تحليف وتقويم اليمين لحق الغائب**
- ٤٩٩ (يمين الاستظهار) (يمين القضاء) (يمين الاستبراء)
- المطلب الرابع : سلطة القاضي التقديرية في تحليف يمين الترجيح (اليمين مع البينة الكاملة)**
- ٥٠٤ **المطلب الخامس : سلطة القاضي التقديرية في إيمان اللعان وتقويمها**
- ٥٠٩ - مشروعية اللعان وأدلتها
- ٥١٣ - صيغة اللعان وتكييفه
- ٥٢٧ الضابط الأول : عدم إجراء اللعان من غير طلب ذي الشأن الأصيل
- ٥٢٨ الضابط الثاني : مراعاة التشدد في إجراءات اللعان
- ٥٢٩ (أ) تغليظ إيمان اللعان بالزمان والمكان
- ٥٢٩ (ب) التغليظ بحضور الجماعة
- (ج) استقصاء القاضي من تلقاء نفسه عن حدوث وطء الزوج لزوجته -

- ٥٢٩ أو عدمه بعد رؤيته زناها أو بعد وضع الحمل
- (د) عدم التأخير في التداعي بعد رؤية زنا الزوجة أو العلم بحملها أو بعد
- ٥٣٠ وضع الحمل
- ٥٣٠ (هـ) استقصاء الاستبراء وعدم الوطء بعده في دعوى نفي الحمل أو الولد
- ٥٣٠ (و) وعظ المتلاعنين وتحذيرهما
- ٥٣٢ **المطلب السادس : سلطة القاضي التقديرية في أيمان القسامة وفي تقويمها**
- ٥٣٢ - مشروعية القسامة
- ٥٣٣ - مايجب بدلالة أيمان القسامة
- ٥٣٤ - سلطة القاضي التقديرية فيمن توجه إليه أيمان القسامة
- ٥٣٦ - سلطة القاضي في تقدير ما يكون لوثاً توجه بموجبه أيمان القسامة
- ٥٣٨ - الرأى المختار
- ٥٣٨ أولاً : مدى توفر الحكمة من مشروعية القسامة في عصرنا الحاضر
- ٥٣٩ ثانياً : النظر في أدلة المانعين للعمل بالقسامة وتقويمها
- الفصل السادس**

- ٥٤٥ **سلطة القاضي التقديرية في بينة الخبرة .. ندبها , ومناقشتها وتقويمها**
- ٥٤٥ **المبحث الأول : تعريف الخبرة وبيان مشروعيتها**
- ٥٤٥ **المطلب الأول : تعريف الخبرة في اللغة**
- ٥٤٨ **المطلب الثاني : تعريف الخبرة في الاصطلاح**
- ٥٥٢ **المطلب الثالث : في مشروعية الخبرة**
- ٥٥٤ **المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في ندب الخبراء واستدعائهم للمناقشة**
- ٥٥٤ **المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في ندب الخبراء فقهاً وقانوناً وقضاءً**
- ٥٥٧ **المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في إعادة استدعاء الخبراء لمناقشتهم فقهاً وقانوناً وقضاءً**
- ٥٦٤ **المطلب الثالث : سلطة القاضي التقديرية في إعادة ندب الخبراء**
- ٥٦٧ **المبحث الثالث : سلطة القاضي التقديرية في تقويم بينة الخبرة**
- ٥٦٨ **المطلب الأول : استيفاء الدليل للمقومات الخاصة بمشروعية بينة الخبرة**
- ٥٦٨ أولاً : أن يكون محلها مسألة علمية فنية بحتة
- ٥٧٥ ثانياً : ضرورة خلو بينة الخبرة الفنية من العيوب الجوهرية المفضية إلى عدم صحتها

- المطلب الثاني : العناية بإعداد تقرير الخبرة الفنية وفقا لضوابطه ومقوماته ٥٧٨
- المطلب الثالث : وضوح مفردات التقرير الفني وخلوها من الغموض والإبهام ٥٨٢
- المطلب الرابع : الترجيح والتوفيق عند تعارض بينة الخبرة مع الدليل القولي ٥٨٦
- (أ) الحالة الأولى : ترجيح بينة الخبرة على الدليل القولي ٥٨٦
- (ب) الحالة الثانية : التوفيق بين بينة الخبرة وبين الدليل القولي - عند التعارض ٥٨٨
- (ج) الحالة الثالثة : تهاثر بينة الخبرة في مقابلة الدليل القولي ٥٨٩
- المطلب الخامس : بينة الخبرة الفنية المتساندة والمؤيدة للأدلة الأخرى ٥٩١
- الفصل السابع**
- سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة - ضوابطها وتقويم دلالتها ٥٩٦
- المبحث الأول : سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة في الفقه الإسلامي ٥٩٧
- المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة في النظم التشريعية المعاصرة ٦٠٠
- المبحث الثالث : ضوابط سلطة القاضي التقديرية في إجراء المعاينة ٦٠٣
- الضابط الأول : مراعاة مبدأ العلنية وحضور الخصوم عند إجراء المعاينة ٦٠٣
- الضابط الثاني : التزام الدقة في تدوين محضر المعاينة بإثبات واقع الحالة الراهنة دون إبداء الرأي الشخصي ٦٠٥
- الضابط الثالث : عمل مخططات الخرائط بالرسوم والصور وغيرها من توثيق الآثار في ذات وقت إجراء المعاينة ٦٠٧
- الضابط الرابع : احراز العناصر المادية المتعلقة بالدعوى بالشمول والكيفية الملانمتين ٦٠٨
- المبحث الرابع : سلطة القاضي التقديرية في تقويم دليل المعاينة ٦١١
- الفصل الثامن**
- سلطة القاضي التقديرية فيما يجوز فيه القضاء بعلمه الشخصي لحقيقة وقائع النزاع
- المبحث الأول :- القضاء بعلم القاضي الشخصي للوقائع في الفقه الإسلامي وفي التشريع والقضاء المعاصرين ٦١٥
- المبحث الثاني :- سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي للوقائع محل الإثبات ٦١٩
- المطلب الأول :- سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي للوقائع فيما يحدث بمجلس القضاء ٦١٩
- المطلب الثاني : سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي في تجريح

- ٦٢٠ الشاهد أو تعديله
- المطلب الثالث :** سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي في الموازنة
- ٦٢١ والترجيح بين البيّنات
- ٦٢٢ الضابط الأول : عدم مخالفة القواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات
- ٦٢٣ الضابط الثاني : عدم إخلال الموازنة بدفاع جوهرى
- ٦٢٤ الضابط الثالث : بيان وجه الأخذ بالدليل

الضابط الرابع : لزوم إجراء الموازنة والترجيح بين الأدلة المطروحة

- ٦٢٤ أمام القضاء بالجلسة
- ٦٢٥ الضابط الخامس : وجوب تناسق مقدمات الموازنة مع نتائجها
- المطلب الرابع :** سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه الشخصي فيما أقر به
- ٦٢٥ الخصم من عدالة الشاهد عليه
- ٦٢٦ **المطلب الخامس :** سلطة القاضي التقديرية في الاستدلال بعلمه فيما يدخل في علم الكافة
- ٦٢٨ **المبحث الثالث :-** القيمة التدليلية لعلم القاضي الشخصي بالوقائع محل الإثبات
- ٦٢٨ /١ المرتبة الأولى : الحجية المطلقة والقاطعة
- ٦٢٩ /٢ المرتبة الثانية : الوسيطة المقيدة
- ٦٣٢ /٣ الرأي المختار

الباب الثالث

٦٣٦ - ٨٢٥ سلطة القاضي التقديرية وضوابطها في مرحلة إصدار الأحكام فقهاً وقانوناً وقضاءً

الفصل الأول

- ٦٣٧ **الضوابط العامة لسلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار الأحكام فقهاً وقانوناً وقضاءً**
- ٦٣٧ **المبحث الأول :** الضابط الأول : لزوم النفاذ بالتقدير إلي حقيقة الواقعة وحكمها الشرعي الواجب
- ٦٣٨ **المطلب الأول :** استفراغ الوسع في فهم الواقع والواجب
- ٦٤٠ - وسائل تحصيل فهم الوقائع وعناصرها
- ٦٤٠ أولاً : التزام مبدأ الشفعية
- ٦٤٢ ثانياً : تأسيس تكييف الوقائع علي محصلة الثابت بأدلة مشروعة
- ٦٤٣ ثالثاً : التوازن النفسي للقاضي والخصمين والشهود
- ٦٤٨ رابعاً : الاستعانة بأهل المعرفة والخبرة

المبحث الثاني :- الضابط الثاني : لزوم إقامة تقدير القاضي واجتهاده علي أفضل الوجوه وأشبه

٦٥٠

الخيارات بالحق

أولاً : قيام الاجتهاد القضائي علي أصول الشريعة وتوافقه مع روحها

٦٥٣

وقواعدها الفقهية

٦٥٥

ثانياً : إناطة إصدار الأحكام الاجتهادية بالمصلحة الشرعية

المبحث الثالث :- الضابط الثالث : الالتزام بأولويات المرجعية الفقهية والتشريعية وقواعد

٦٦٠

الترجيح بين الأحكام الفقهية

٦٦٠

المطلب الأول : الالتزام بالمرجعية الفقهية وقواعد الترجيح في المذهب

٦٦٢

البند الأول : منهج الترجيح بين الآراء الفقهية عند فقهاء الحنفية

٦٦٣

أولاً : ضوابط الترجيح بين قولي الإمام

٦٦٥

ثانياً : ضوابط الترجيح عند اختلاف فقهاء المذهب مع بعضهم

٦٦٦

ثالثاً : العمل بالمرجوح للضرورة

٦٦٨

رابعاً : التخريج وفق قواعد المذهب فيما لا نص فيه

٦٦٩

البند الثاني : منهج الترجيح في المذهب المالكي

٦٦٩

أولاً : في الترجيح بين قولي الإمام مالك : (أو غير مجتهدى المذهب)

٦٧٠

ثانياً : الترجيح بقوة الدليل عند اختلاف الأقوال الأخرى في المذهب

٦٧١

ثالثاً : الترجيح بدلالة العرف عند اختلاف الأقوال الأخرى في المذهب

٦٧٢

رابعاً الترجيح بالنظر إلي الصفات الموجبة لزيادة الثقة

٦٧٣

البند الثالث : منهج الترجيح في المذهب الشافعي

٦٧٤

البند الرابع : منهج الترجيح في المذهب الحنبلي

٦٧٤

أولاً : الترجيح بين قولي الإمام أحمد

٦٧٥

ثانياً : الترجيح بين أقوال فقهاء المذهب

٦٧٦

البند الخامس : منهج الترجيح في مذهب الإمامية الأثنى عشرية

٦٧٧

(أ) الترجيح بالأعدلية والصفات الموجبة لزيادة الثقة

٦٧٨

(ب) ترجيح المشهور

٦٧٨

(ج) ترجيح القول الموافق لحكم الكتاب والسنة

٦٧٩

البند السادس : منهج الترجيح في المذهب الإباضي

٦٨٠

البند السابع : منهج الترجيح في المذهب الزيدي

- ٦٨٣ **المطلب الثاني : الالتزام بالمرجعية التشريعية**
- ٦٨٥ - تأصيل مسألة تقييد المرجعية التشريعية بمذهب معين
- ٦٨٨ - تقويم منهج قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة ١٩٨٣ م
- ٦٩١ **المبحث الرابع :-** التآني والمشاورة والنأي بالتقدير عن الحكم بالتشهي
- ٦٩١ **البند الأول :** التآني والمشاورة عند تقدير مسائل الدعوى والحكم فيها
- ٦٩٦ **البند الثاني :** تنقية تقدير القاضي من شائبة الفصل في الدعوى بالتشهي
- المبحث الخامس :-** (الضابط الخامس) وجوب بناء الأحكام علي الأدلة المطروحة أمام
- ٦٩٨ القاضي بالجلسة القضائية
- المطلب الأول :** بناء الأحكام علي الأدلة المطروحة أمام القاضي بالجلسة في
- ٦٩٨ الفقه الإسلامي
- المطلب الثاني :** بناء الأحكام علي الأدلة المطروحة بمجلس القضاء بين يدي الخصوم في النظم
- ٧٠١ التشريعية والقضائية المعاصرة
- ٧٠٥ - استثناءات من القاعدة
- ٧٠٦ أولاً : وقائع الشئون العامة وعناصرها التي لا تحتاج إلي إثبات
- ٧٠٧ ثانياً : الجرح والتعديل
- ٧٠٨ ثالثاً : الموازنة والترجيح بين الأدلة
- ٧٠٩ رابعاً : ما يحدث في مجلس القضاء
- المبحث السادس :-** (الضابط السادس) : إصدار الأحكام القضائية بواسطة القاضي الذي أدليت
- ٧٠٩ أمامه البيانات
- ٧١٤ - في التطبيقات القضائية
- الفصل الثاني**
- الضوابط الخاصة لسلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار الأحكام فقهاً وقانوناً وقضاءً**
- المبحث الأول :-** سلطة القاضي التقديرية وضوابطها الخاصة بأفضية المعاملات المدنية
- ٧١٨ في مرحلة إصدار الأحكام
- ٧٢٠ **المطلب الأول :** سلطة القاضي التقديرية في الحكم بشأن الإخلال بالالتزام تعاقدي
- المطلب الثاني :** سلطة القاضي التقديرية في الحكم عند التداعي بالإخلال بواجب
- ٧٢٤ شرعي عام أو قانوني غير تعاقدي

المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية وضوابطها الخاصة بأقضية الأحوال الشخصية

- ٧٣٢ في مرحلة إصدار الأحكام
- ٧٣٤ **المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في إصدار أحكام النفقة المؤقتة**
- ٧٣٦ **المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير النفقات**
- ٧٣٦ **البند الأول : تقدير النفقة الزوجية**
- ٧٣٨ **البند الثاني : تقدير نفقة الأقارب**
- ٧٣٩ **المطلب الثالث : سلطة القاضي التقديرية في الحكم بشرعية المسكن**
- المطلب الرابع : سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالقيمة المعادلة في أقضية المهر**
- ٧٤١ والجهاز والأمتعة المنزلية
- ٧٤٢ - سلطة القاضي التقديرية في ضم ما يتعذر قسمته
- ٧٤٣ **المطلب الخامس : سلطة القاضي التقديرية فيما يكون فيه القضاء بالعرف**
- ٧٤٥ **أولاً : تعيين مهر المثل بالعرف**
- ٧٤٦ **ثانياً : تقدير الضرر الذي يبيح التطلق عرفاً**
- المطلب السادس : سلطة القاضي التقديرية في مرحلة إصدار الحكم في دعاوى**
- ٧٤٨ **الحضانة**
- ٧٤٨ **البند الأول : سلطة القاضي التقديرية في ضم المحضون إلي الأصلح**
- البند الثاني : سلطة القاضي في تقدير أثر زواج الحاضنة بأجنبي عن**
- ٧٥٠ **المحضون**
- ٧٥٢ **البند الثالث : سلطة القاضي في تقدير الإهمال المسقط للحضانة**
- ٧٥٣ **البند الرابع : سلطة القاضي في تقدير الفسق المسقط للحضانة**
- المبحث الثالث :- سلطة القاضي التقديرية وضوابطها الخاصة بالأقضية الجنائية في مرحلة**
- ٧٥٥ **إصدار الأحكام**
- ٧٥٦ **المطلب الأول : عدم تجاوز الحد الشرعي بالعقوبة التعزيرية من جنسه**
- ٧٥٦ **الفريق الأول : المانعون لبلوغ الحد الشرعي بالعقوبة التعزيرية من جنسه**
- ٧٥٧ **الرأي الأول : مراعاة حد أعلى مقدر**
- ٧٦٠ **الرأي الثاني : قياس التعزير علي الحد**
- ٧٦٢ **أدلة هذا الرأي**
- ٧٦٣ **- الترجيح بين الآراء**

- ٧٦٤ **الفريق الثاني :** المجيزون لبلوغ الحد بالتعزير (وتجاوزه)
- ٧٦٥ - أدلة مجيزي بلوغ الحد بالتعزير (وتجاوزه)
- ٧٦٧ - مناقشة المانعين لأدلة مجيزي بلوغ الحد بالتعزير
- ٧٦٨ - الرأي المختار
- ٧٦٩ **المطلب الثاني:** القتل - الإعدام - تعزيراً بسبب العود - (أقصى التعزير بسبب العود)
- ٧٦٩ **البند الأول :** المجيزون لإيجاب القتل تعزيراً بسبب العود
- ٧٧٠ أدلة مجيزي إيجاب عقوبة القتل تعزيراً بسبب العود
- ٧٧٢ ضوابط إيجاب عقوبة الإعدام تعزيراً بسبب العود
- ٧٧٢ رأي ابن حزم الظاهري في إيجاب القتل بسبب العود
- ٧٧٣ **البند الثاني :** المانعون لإيجاب القتل تعزيراً بسبب العود
- ٧٧٤ أدلة مانعي إيجاب عقوبة القتل تعزيراً بسبب العود
- ٧٧٦ مناقشة المانعين لأدلة المجيزين
- ٧٧٧ الرأي المختار :
- ٧٨٠ **المطلب الثالث:** القتل تعزيراً للمصلحة ودفع الفساد (أقصى التعزير في الجرائم الخطيرة)
- ٧٨٠ **البند الأول :** رأي مجيزي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة
- ٧٨٣ أدلة جواز إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة
- ٧٨٦ **البند الثاني :** رأي مانعي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة
- ٧٨٦ **الطائفة الأولى :** المخففة في المنع
- ٧٨٨ **الطائفة الثانية :** المشددة في المنع
- ٧٨٩ أدلة مانعي إيجاب القتل تعزيراً للمصلحة (ومناقشتها)
- ٧٩١ الرأي المختار
- ٧٩٦ **المطلب الرابع :** مراعاة مبدأ شخصية العقوبة
- المطلب الخامس :** مراعاة حال الجاني عند تفريد العقوبة التعزيرية تخفيفاً أو
- ٧٩٩ تشديداً
- ٨٠٤ **المطلب السادس :** مراعاة حال الجريمة وخطرها
- ٨٠٤ أولاً : مدي إنتهاك الجريمة للفضيلة ومدي خطرها
- ٨٠٧ ثانياً : التعليل بالنظر إلي كيفية ارتكاب الجريمة
- ٨٠٨ ثالثاً : الباعث علي ارتكاب الجريمة

٨١٢	رابعاً : التعليل بالنظر إلى العود
	المطلب السابع : مراعاة ما يحقق أغراض العقوبة في الزجر والإصلاح والوقاية
٨١٤	والجبر
٨١٥	أولاً : المزاجية بين العدل والرحمة
٨١٨	ثانياً : مراعاة غايات الزجر والإصلاح والمنع الوقائي
٨٢٢	ثالثاً : العناية بجبر الضرر
٨٢٦	الخاتمة
٨٣١	توصيات الدراسة
٨٣٥	فهرس الآيات القرآنية وسورها وأرقامها
٨٤٤	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
٨٤٩	فهرس المصادر والمراجع
٨٨٤	فهرس الموضوعات

ΛΚΚΚΚϑ