

السُّلْطَةُ التَّقْدِيرِيَّةُ لِلْقَاضِي

فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

الدكتور محمد ناصر بن جلوي

إشراف
الأستاذ الدكتور / وهب بن الرخمي



دار الفائس

نشر وتوزيع الأردن

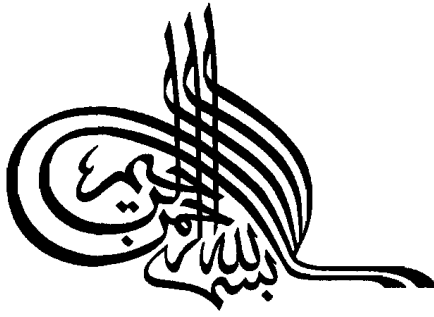
رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



السُّلْطَةُ التَّقْدِيرِيَّةُ لِلْقَاضِي
فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

جميع الحقوق محفوظة

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م

الطبعة الأولى



دار النفائس

للنشر والتوزيع - الأردن

العبدلي مقابل عمارة جوهرة القدس

ص.ب: ٩٢٧٥١١ عمّان ١١١٩٠ الأردن

هاتف: ٥٦٩٣٩٤٠ - فاكس: ٥٦٩٣٩٤١

بريد إلكتروني: ALNAFAES@HOTMAIL.COM

السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي

الدكتور محمود محمد ناصر بركات

إشراف
الأستاذ الدكتور / وهبي الزحيلي



دار النفائس

للنشر والتوزيع - الأردن

أصل هذا البحث رسالة دكتوراه نوقشت في كلية الشريعة بجامعة
دمشق بإشراف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي حفظه الله، ونال بها
الباحث درجة امتياز بإجماع لجنة الحكم على الرسالة.

ولله الحمد والمِنَّة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ . [النساء: ٥٨]

﴿ وَأَنْ أَحْكُمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرَهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾ . [المائدة: ٤٩]

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

قال رسول الله ﷺ :

«القضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق وجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار».

انظر تخرجه ص (٤٤)

وقال رسول الله ﷺ لسيدنا معاذ رضي الله عنه حين بعثه إلى اليمن :

«كيف تقضي إذا عرّض لك قضاء؟» قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟» قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟» قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله ﷺ».

انظر تخرجه ص (٨٦)

ومن الأثر:

ما جاء في رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري رحمه الله والمسماة بدستور القضاء، وسياسة القضاء، وتدبير الحكم...

[أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك... ولا يمنعنك قضاء قضيته راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل... الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك من الكتاب أو

السنة، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى، وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة؛ فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر، ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شأنه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً، فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته، والسلام عليك ورحمة الله].

انظر تخريجها ص (٩٠) وهذا النص مجموع من عدة روايات

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد الأولين
والآخرين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد:

فيعد القضاء في الإسلام من أهم الدلائل على تكامل الشريعة الإسلامية،
فهو الحصن الحصين لحفظ الحقوق، وأداة استردادها إن استلبت من أصحابها،
وهو المؤشر على صلاح المجتمع أو فساده.

وفي سبيل تحقيق القضاء للمقصود منه؛ نص الشارع الحكيم على حقوق
كل فرد من أفراد المجتمع، ونص على طرق إثبات الحق لصاحبه، كما نص على
طائفة من أنواع العقوبات تتناسب كل واحدة منها مع المخالفة التي تستوجبها.

ولتأكيد الشارع الحكيم صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، ورفع مرتبة
العقل إلى مستويات التكريم، ورفع الحرج عن الأمة الإسلامية؛ نص على
طائفة من العقوبات، وطائفة من المخالفات والجرائم، ثم نص على كثير من
قواعد أصول المحاكمات، وترك بعد ذلك للأمة الإسلامية - ممثلة بقضاتها
وعلمائها - أن تختار لنفسها ما يكون فيه صلاح أمرها وسعادتها، فالقاضي
مطالب بأن يبذل قصارى جهده في فهم الدعوى المرفوعة أمامه، ثم في تصنيفها
تمهيداً للحكم عليها بما هو منصوص عليه في الشرع، أو يقوم بالاجتهاد فيما لا

نص فيه إن كان أهلاً للاجتهاد، ثم يختار بعد ذلك الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم إن لم تكن الطريقة محددة من قبل الشرع.

وبما أن الشرع قد أوجب على القاضي الكثير من الأعمال، وفوضه في الكثير من الأمور بالاجتهاد لاستنباط حكم الشرع؛ فقد اشترط الشارع فيمن يتولى منصب القضاء شروطاً متعددة لضمان عدم وقوعه في الخيف والجور، ثم أعانه على عمله بأن شرع له منارات يستهدي بها خلال عمله وحكمه، ووضع له ضوابط حظر عليه تجاوزها أو تعديها أثناء استخدامه لتقديره الذهني في القضاء.

وهذا النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في تحديده لنوع الدعوى واختياره للحكم المناسب لها وتنفيذه للحكم هو ما يدعى بالسلطة التقديرية للقاضي. وهي ملازمة للسلطة القضائية، إذ حيثما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية؛ إذ لا يقام قضاء من دون قاض.

وعلى الرغم من أهمية الدراسة حول هذه السلطة فإنني لم أقف على دراسة خاصة عنها إلا عند رجال القانون، ولم أقف على مرجع فقهي قديم أو حديث أفرد لهذا الموضوع، وإنما يقف الباحث على صفحات أو مباحث متفرقة أو مسائل يشير فيها مؤلف الكتاب إلى أن حكمها مفوض لتقدير القاضي واجتهاده حسب ما يراه من المصلحة.

وأكثر ما يوقف عليه في الكتب الحديثة بعض الرسائل الجامعية التي تناولت جانباً أو أكثر من هذا الموضوع، مثل (حدود سلطة القاضي الجنائي في تفسير دليل الإدانة - رسالة ماجستير لأبي الوفاء إبراهيم)، و(سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة - رسالة دكتوراه لناصر إبراهيم محمد زكي)، و(ضوابط السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير لنذير أوهاب).

فمن أجل ذلك عقدت العزم على استقراء كثير من كتب القضاء لجمع ما تناثر من النصوص المتعلقة بهذا الموضوع ثم دراستها، في محاولة لاستنباط ما جعله الشارع نجوماً للقاضي يهتدي بها، ثم استنباط ضوابط استخدام القاضي لنشاطه الذهني في التقدير، ثم محاولة تطبيق ذلك على مختلف أنواع الدعاوي.

وأ مهد لهذا البحث بذكر الصفات التي اشترطها الشرع الحنيف فيمن يتولى هذا المنصب الخطير، ثم أذكر أثر كل صفة من هذه الصفات في السلطة التقديرية للقاضي، وأهمية اشتراط الشرع لها. على أن طريقي في هذا البحث تتلخص فيما يأتي:

- ١- استخرجت النصوص الفقهية المتعلقة بالرسالة من كتب كل مذهب على حدة، ولا آخذ المذهب من غير كتبه إلا عند الضرورة مع الإشارة لذلك إن فعلت.
- ٢- حاولت جاهداً استقراء كثير من المراجع القديمة والحديثة؛ لإثراء البحث من جهة، ولإرشاد من أراد التوسع إلى أسماء كثير من المراجع من جهة أخرى، مع استعاني بعبارات بعض الكتب للوصول إلى المراد بشكل أدق.
- ٣- حاولت تقصي كل ما في المذهب الواحد من أقوال - وإن كانت غير معتمدة-؛ لبيان ثراء الفقه الإسلامي وخصوبته، ولإطلاع القاضي على بعض الأقوال التي قد يضطر للأخذ بها في بعض الحالات المستثناة، وأبين - في الغالب - المعتمد والراجح في كل مذهب، مع محاولة الاختصار في البيان ما أمكن.
- ٤- نتج عن استقراء بعض المراجع العثور على مسائل متفرقة تتعلق بالبحث، حاولت أن أنظمها ضمن مسائل عامة، وجعلت لها عناوين بارزة، ورتبتها حسب ما رأته مناسباً.

- ٥- لا تخفى صعوبة الكتابة في مثل هذا البحث في بعض جوانبه، لذلك اضطررت في مسائل إلى أن أنسجها من أكثر من مذهب؛ لتعذر حصولي على حكمها في بعض المذاهب؛ والمذاهب يكمل بعضها بعضاً ولا يغني مذهب عن مذهب، ولأن ولي الأمر إذا أراد أن يقر قانوناً إسلامياً واجب التطبيق، فغالب الظن أنه سيأخذ من أكثر من مذهب؛ حتى يبدو هذا القانون متكاملًا، وبخاصة أنه لا يكاد يوجد مجتهد مطلق أو حتى مجتهد في المذهب.
- ٦- أوردت في الغالب عند الاستدلال للمذاهب: الأدلة من القرآن الكريم، والسنة، والآثار، والإجماع، والمعقول، وأحياناً أذكر أسماء السلف من الصحابة - رضي الله عنهم - ومن بعدهم القائلين بما يتفق مع كل مذهب.
- ٧- بينت الراجح من المذاهب الفقهية بعد عرضها ومناقشتها.
- ٨- دجت - مختصراً - رأي المذاهب في كل مسألة، ثم بينت الجانب الذي يظهر فيه دور القاضي وسلطته التقديرية، وأحياناً أفرد - باختصار - رأي كل مذهب على حدة؛ لإيراد عبارات كل مذهب، ولتعذر الجمع بين رأي المذاهب أحياناً؛ إذ تخص بعض المذاهب جزئيات من المسائل ببعض الشروط التي تجعلها قيوداً عليها، وبعد عرض المذاهب أذكر ملخصاً أبين فيه ما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه على وجه العموم.
- ٩- أفدت من الكتب القانونية في طريقة عرض المسائل وتنظيمها، ولم أشر إلى جميعها في الهوامش لأن إفادتي منها كانت على سبيل الإجمال والعموم، وسأورد أسماءها في آخر البحث.
- ١٠- خرجت الأحاديث والآثار من الكتب الستة، وكثيراً ما خرجتها من غيرها، وإذا لم يرد الحديث أو الأثر في أحد الصحيحين أورد قولاً أو أكثر لبعض العلماء في درجته.

- ١١- ترجمت للأعلام الواردة في متن صفحات البحث عند ورودها لأول مرة.
- ١٢- رقت المسائل ترقياً تفرعياً لأهميته الكبيرة في تنظيم المسائل وترتيبها، حيث سهل ضبط المسائل فيما بينها، وضبط كل مسألة بجزئياتها، ويسهل العزو إلى المسائل السابقة أو اللاحقة، ويظهر بعض المباحث على شكل قانون مقنن.
- ١٣- كتبت عناوين الفقرات وأسماء المذاهب بخط غامق في أوائل الفقرات لتسهيل معرفة موضوع الفقرات.
- ١٤- جعلت في آخر البحث ملحقاً يتضمن ملخصاً عن البحث وأهم النتائج والترجيحات.
- ١٥- أيضاً جعلت في آخر البحث فهارس للآيات الكريمة والأحاديث الشريفة والآثار والأعلام والمراجع والمصادر والموضوعات.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الفردوس
www.moswarat.com

الفصل التمهيدي القضاء ومعناه

ويتضمن المباحث الآتية:

- المبحث الأول: القضاء ومعناه
- المبحث الثاني: صفات القاضي

رَفَعُ
عبد الرحمن العجمي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول القضاء ومعناه

مقدمة:

١- أهمية وجود القاضي العدل: العدل اسم من أسماء الله تبارك وتعالى، وبه قامت السموات والأرض، وأقام تعالى ملكه وحكمه على العدل، وأمرنا إذ جعلنا خلفاء في الأرض أن تقوم أحكامنا على العدل، فالعدل أساس الملك، والقضاء هو حصن العدل وأداة تنفيذه، فبالقضاء العادل تصان الحقوق والأموال، وتعاد لأصحابها إن استلبت منهم، قال الإمام أحمد^(١): «لابد للناس من حاكم، أتذهب حقوق الناس؟»^(٢).

٢- القاضي خليفة عن المرسلين: ابتعث الله تعالى رسله صلوات الله وسلامه عليهم قضاة ليحكموا بين الناس^(٣)، قال تعالى: ﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ﴾ [البقرة: ٢١٣]^(٤) فالقاضي خليفة عن المرسلين الذين

(١) الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، أبو عبد الله الشيباني، إمام المذهب المنسوب إليه، ولد ببغداد سنة (١٦٤هـ)، إمام المحدثين، كان من أصحاب الشافعي أول أمره، من أشهر كتبه، (المسند)، توفي ببغداد سنة (٢٤١هـ). (سير أعلام النبلاء للذهبي ١٧٧/١١ وما بعدها).

(٢) المغني لابن قدامة ج ١٠/٨٩ مسألة (٨٢١٥).

(٣) انظر لهذه الفقرة وما قبلها: المسوط للسرخسي ٥٩/١٦ وما بعدها.

(٤) انظر: أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي: ٥٧-٥٨، إعلام الموقعين ١/٣٣٩.

أمروا بأن يتبعوا الكتاب الذي أنزل معهم بالحق ليحكم به في الخلافات والخصومات.

٣- مجال اجتهاد القاضي: بعد أن علمنا أن الله تعالى أمر بالعدل وكذلك رسوله ﷺ وأن الأمة قد أجمعت على وجوب الحكم بالعدل، رأينا أن الله تعالى شرع بعض الطرق الموصلة لذلك، ثم شرع بعض القواعد الأساسية في ذلك، ثم فوض للمسلمين - ممثلين بحكامهم - اختيار الطرق والإجراءات والأشكال المناسبة لكل زمان ومكان للوصول إلى تلك الغاية، وذلك فيما وراء المنصوص عليه^(١).

٤- الإنابة في القضاء: كانت مهمة القضاء مناصرة بشخص النبي ﷺ، ثم كانت للحكام من بعده، إذا اتسع الوقت وأمكن القيام بها، وإلا فقد وجب عليهم اتخاذ أعوان لذلك من القضاة ونحوهم، وقد ثبت أن النبي ﷺ ومن بعده قد استعان بغيره^(٢).

٥- القضاء ولاية مستقلة: الأرجح أن ولاية القضاء وأهليته لا تندرج تحت الولايات الخاصة (أي التي دون الخلافة العظمى) مثل وزارة الإمارة أو التفويض مثلاً إلا بإذن خاص بذلك، فلا تتعين أهلية القضاء إلا بإذن من الإمام أو نوابه^(٣)، والذين هم بدورهم اكتسبوا ولايتهم من الأمة الإسلامية.

-
- (١) فصول في القضاء الإسلامي لإسماعيل بدوي، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - كلية الشريعة - الكويت، عدد (٨) سنة (٤) صفحة (٥٥)، ومن أسباب صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان إمكان تغيير بعض الأحكام تبعاً للزمان والمكان.
- (٢) النظام القضائي في الإسلام لعبد العزيز عزام، ج ١/٦٤.
- (٣) النظام القضائي في الإسلام لعزام ج ١/٦٥ - ٦٦ ولعل من المفيد الإشارة إلى ما ذهب إليه الأستاذ ظافر القاسمي في كتابه نظام الحكم ٥٦/٢ وما بعدها إلى أن القضاء سلطة مساوية للإمامة، وأن هذه النظرية الدستورية أشار إليها الماوردي في كتابه أدب القاضي ١/١٤٣ =

٦- التحري على قدر الإمكان: وإذا كان يجب على كل ولي أمر أن يستعين في ولايته بأهل الصدق والعدل، والغالب أنه لا يوجد الكامل في ذلك؛ فيجب تحري خير الخيرين ودفع شر الشريرين^(١).

٧- جميع الولايات الإسلامية مقصودها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لكن من المتولين من يكون بمنزلة الشاهد المؤتمن، والمطلوب منه: الصدق، ومنهم من يكون بمنزلة الأمر المطاع، والمطلوب منه: العدل، مثل الأمير والحاكم.

فمدار الولايات كلها على: الصدق في الإخبار والعدل في الإنشاء، وهما قرينان في الكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا﴾ [الأنعام: ١١٥] ولما ذكر النبي ﷺ الأمراء الظلمة قال: «من صدقهم بكذبهم وأعانهم على ظلمهم، فليس مني ولست منه، ولا يرد عليّ الحوض، ومن لم يصدقهم بكذبهم ولم يُعنهم على ظلمهم فهو مني وأنا منه، وسيرد عليّ الحوض»^(٢)^(٣).

= عندما ذكر بأن بعض الشافعية شذ وقال بأن ولاية القضاء تتعقد لمن توافرت فيه الشروط ولم توجد في غيره، فتتبع عليه وتتعد له بغير عقد، كالإمامة. ويذكر القاسمي أن هذه النظرية وإن قال الماوردي بأنها شاذة إلا أنها تتفق مع روح الشريعة وأنها ممكنة الوقوع... إلخ وهذا الرأي له حظ من النظر، والله تعالى أعلم.

(١) الطرق الحكمية لابن القيم: صفحة ٢٠٠، والقاعدة «يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها»، القواعد الفقهية للندوي: ١٩٥، ٤٣٧ والقاعدة «يختار أهون الشرين»، شرح القواعد الفقهية للزرقا، ٢٠٣، قاعدة (٢٨).

(٢) رواه الترمذي من كتاب الفتن عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في النهي عن سب الرياح رقم (٢٢٥٩)، بلفظ قريب جداً وقال عنه: صحيح غريب، والنسائي كتاب البيعة، باب ذكر الوعيد لمن أعان أميراً على الظلم رقم (٤٢٠٧) عن كعب بن عجرة، باب من لم يعن أميراً على الظلم، ورقم (٤٢٠٨)، ومسند أحمد، أول مسند الكوفيين، من حديث كعب بن عجرة رقم (١٧٦٦٠) وكلهم رووه بلفظ «وليس بوارد عليّ الحوض.. وهو وارد عليّ الحوض».

(٣) الطرق الحكمية لابن القيم صفحة ١٩٩.

٨- القضاء بالعدل: وليس القاضي يحكم بالعدل دوماً، وإن كان يجب عليه أن يتحرى ذلك ويقصده، لأنه إنما يقضي بما يرى ويسمع وبما يطلع عليه من بينات وبما يوئد عنده القناعة بأنه قد استوفى التحقيق في القضية المعروضة أمامه^(١). وحديث النبي ﷺ في ذلك معروف مشهور^(٢)، والمراد بالعدل هنا العدل المطلق لا النسبي.

٩- وما يجدر التنبيه إليه: أن القضاء في الإسلام أمر متوقف على الإيمان بأن ما حكم به القاضي هو الحكم الذي أنزله الله تعالى، فليس في الإسلام ديني ومدني أو زمني، كما عند أصحاب الديانات الأخرى، وإنما يستند كل عمل ظاهره ديني، أو مدني إلى شعبة من شعب الإيمان. ولهذا يعد منصب القضاء منصباً دينياً^(٣).

١٠ - وأشير أيضاً إلى أن القضاء وإن كان أحد أبواب الفقه؛ فإنه يتميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفاً بفصل الخصام وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه^(٤).

وبعد هذه المقدمة التي لا بد منها ننتقل للحديث عن تعريف القضاء.

-
- (١) نظام الحكم في الشريعة والتاريخ لظافر القاسمي: ج ٢/ ٨١.
 - (٢) والذي أوله: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي...» وسيأتي ص ٨٥.
 - (٣) نظام الحكم في الشريعة والتاريخ للقاسمي، ج ٢/ ٥٢، وانظر: الفقه الإسلامي ومدارسه للأستاذ الكبير مصطفى الزرقا: ١٣-١٤. وقد ذكر ابن القيم أن جميع الولايات في الأصل ولايات دينية، ومناصب شرعية (الطرق الحكمية: ٢٠١) وقد سمي الماوردي كتابه بـ(الأحكام السلطانية والولايات الدينية) وجاء في الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٥٤: وولاية القضاء، رتبة دينية وئصبة شرعية. وقريباً منه نص أصحاب مالك كما في منح الجليل ٨/ ٢٥٨. وأشير إلى أن القاضي قد يقع في الخطأ فيصح حكمه.
 - (٤) رسالة القضاء، تحقيق أحمد سحنون: ٤١١، مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٨٧. وإذا قيل: إن القضاء نوع من أنواع الفقه فالمراد والله أعلم المعنى اللغوي، وهو أن الفقه معناه الفهم (مختار الصحاح، ف ق هـ).

القضاء لغة وقرآناً وحديثاً:

١/١١ - للقضاء في اللغة معان كثيرة تزيد على العشرين، وبعضها متقارب في المعنى، ولذلك أقتصر على أهمها وأشهرها.

القضاء مشتق من: قضى عليه يقضي قضاء وقضية، ومن معانيه:

الحكم، والقضايا: الأحكام وواحدتها قضية، والقطع، والفصل، وإحكام الشيء والفراغ منه؛ فيكون بمعنى الخلق، ومن معانيه: الحكم، والأمر، والإنفاذ، والبيان، والموت^(١).

٢/١١ - المعنى الذي ورد في القرآن الكريم: ينه بعض الأساتذة إلى أن لفظ

(القضاء) ومشتقاته في الكتاب العزيز وردت لإلزام المتقاضين بحكم القاضي، وبأنه تعالى يقضي بالحق، أما لفظ (حكم) ومشتقاته فقد جاء فيه الأمر بالعدل والحق في مواضع كثيرة، ثم يتابع: وبذلك يتبين أن ما ذهب إليه أصحاب المعاجم من أن القضاء يفيد (قطع الخصومة) وأن (الحكم) هو القضاء بالعدل ذهاب غير صحيح وليس له مستند من القرآن، وأن الحكم قد يكون بالعدل وبغيره؛ لأن مطلع الآية: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ﴾ ثم قال: ﴿بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨] فالتفريق بين القضاء والحكم في المعاجم تفريق يخالف القرآن^(٢).

٣/١١ - أما المعنى الذي ورد في الحديث فهو: إحكام العمل أو إتمامه أو

ختمه أو أداءه أو إيجابه أو إعلامه أو إنفاذه أو إمضاؤه^(٣) وجاء أن معنى الحكم

(١) لسان العرب لابن منظور (ق ض ي) ورجل قضى: سريع القضاء، وقال: القاضي لغة: القاطع للأمور الحكم لها.

(٢) نبه لذلك الأستاذ ظافر القاسمي في نظام الحكم في الشريعة والتاريخ: ٣٧/٢ وما بعدها.

(٣) لسان العرب (ق ض ي)، النهاية لابن الأثير (ق ض ا). ونقلنا عن الزهري بأن ما ختم فقد قضى. ولعله مأخوذ من أن الختم يكون آخر الفراغ من الأمر فيكون بمعنى إتمام العمل.

هو القضاء^(١)، وأن من معانيه: القضاء بالعدل^(٢)، وكذلك فإن معنى الفيصل والفصل هو: القضاء بين الحق والباطل^(٣).

وإن من معاني الحتم: القضاء، وإيجاب القضاء، وإحكام الأمر^(٤).

١٢- تعريف القضاء في الاصطلاح:

١/١٢- اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه تبعاً لاختلاف أنظارهم،

على النحو الآتي في خمسة أقوال:

١/١/١٢- الأول: عرفه بعضهم بالفعل الذي يقوم به القاضي وهو:

فصل الخصومات^(٥)، أو الحكم بالحق بين الناس^(٦)، ومنهم من قيد هذا الفعل

(١) مختار الصحاح للرازي (ح ك م)، وهذا من باب الترادف: فمعنى الحكم القضاء، ومعنى القضاء الحكم، وكذلك بالنسبة للفصل.

(٢) لسان العرب لابن منظور (ح ك م).

(٣) لسان العرب لابن منظور (ف ص ل)، قيل من معاني قوله تعالى ﴿وَفَصَلَ الْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠]: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٤) مختار الصحاح للرازي (ح ت م)، اللسان (ح ت م) والحاتم: القاضي، والغراب الأسود؛ لأنه يجتم الفراق، وبين (حكم) و(قضى) عموم وخصوص وجهي، ومما جاء في معنى القاضي غير ما سبق: الطيب، والطيب في الأصل: الخاذق بالأمور والعارف بها، وبه سمي الطيب الذي يعالج المرضى، وكُنِيَ به هاهنا عن القضاء والحكم بين الخصوم لأن منزلة القاضي من الخصوم بمنزلة الطيب من إصلاح البدن، وفي حديث سلمان وأبي الدرداء «بلغني أنك جُعِلت طبيياً»، اللسان (ط ب ب)، النهاية (ط ب ب) ومن معاني القاضي: الحاكم، المرجعين السابقين مادة (ح ك م) ولقد ورد فيهما أن القاضي هو من معاني بعض أسماء الله تبارك وتعالى، ومن معاني الحافي: القاضي، اللسان (ح ف ا)، والقاضي: الحاكم المُحَكَم، أي: المنفذ والمتقن، طلبة الطلبة، عمر النسفي، ٢٦٩، أول كتاب أدب القاضي، وانظر ما سيأتي في تعريف القضاء في الاصطلاح.

(٥) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق للنسفي ١٧٥/٤، مجمع الأنهر لداماد أفندي ج ١٥٠/٢، أدب القضاء للسروجي: صفحة ٩٧، حاشية ابن عابدين ٣٥٢/٥ وزاد «وقطع المنازعات على وجه

مخصوص»، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ج ١٠/١٠١، كشاف القناع، البهوتي ٢٨٥/٦.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣/٧، حاشيتنا قليوبي وعميرة ج ٤/٢٩٥، بلغة السالك للصابري ج ٢/٣٢٩.

بالمحكوم به وهو ما أنزله الله عز وجل، أو الحق^(١).

١٢ / ١ / ٢ - الثاني: نفوذ هذا الفعل والإلزام بهذا الحكم^(٢).

١٢ / ١ / ٣ - الثالث: تبيين الحكم الشرعي والإلزام به^(٣).

١٢ / ١ / ٤ - الرابع: تعريفه بذكر حقيقته، وهي: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام^(٤). وهو قريب من المعنى السابق.

١٢ / ١ / ٥ - الخامس: معنى حكمي يوجب نفوذ هذا الفعل، وهذا عند من نظر إلى القضاء باعتباره صفة حكمية في القاضي^(٥).

ومن اعتبر القضاء صفة حكمية (القول الخامس الأنف الذكر) فإنه نظر إليه على أنه معنى يظل متصلاً بموصوفه، سواء أقام هذا الموصوف بالفصل في الخصومات أم لم يقم، فيعتبر قاضياً وإن لم يُعرض عليه أي نزاع، أما القضاء باعتباره فعلاً يقوم به القاضي فهو فعل واقع يعطي لفاعله صفة القضاء بعد وقوعه، بينما لا تكون له هذه الصفة قبل القيام به.

-
- (١) البدائع ج ٧/٢ - ٣، الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند ج ٣/٣٠٦، مجمع الأنهر لداماد ج ٢/١٥٠، تحفة المحتاج للهيتمي ج ١٠/١٠١.
 - (٢) غرر الأحكام بهامش الدرر الحكام ج ٢/٤٠٤، الإنصاف للمرداوي، ج ١١/١٥٤، كشاف القناع، للبهوتي، ج ٦/٢٨٥.
 - (٣) قلوبوي وعميرة ج ٤/٢٩٥، مطالب أولي النهى للرحبياني ج ٩/٢٣١.
 - (٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١/١١، مواهب الجليل للحطاب ج ٦/٨٦.
 - (٥) شرح حدود ابن عرفة: صفحة ٤٣٣ وقال: وهذا يشبه تفريقهم بين الطهارة والتطهير، فإن المعنى الحكمي في الطهارة يوجب استباحة الصلاة كما يوجب المعنى الحكمي في القضاء نفوذ حكم القاضي، وهذه الصفة توجب إيجاباً شرعياً ما حكم به الموصوف، وهذه الصفة تثبت بعد ثبوت تقديمه للحكم والفصل إذا كان أهلاً. المرجع السابق ج ٤/٤٣٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج ٤/٦٨٢، شرح مادة (١٨٣٦)، مواهب الجليل للحطاب ج ٦/٨٦.

ومن نظر إلى القضاء على أنه صفة حكمية فهو على اعتبار أنه وظيفة من وظائف الخلافة التي تبقى ملاصقة لأصحابها ما دامت الشروط الشرعية متوافرة فيهم^(١).

١٢/٢- خلاصة: الملاحظ أن التعريفات السابقة لا تناقض بينها، بل كل واحد منها يحاول تبين معنى القضاء حسب اعتبار من الاعتبارات، وهي وثيقة الصلة فيما بينها، فالقضاء بمعنى فصل الخصومات وتبيين الحكم الشرعي والإخبار عنه على وجه الإلزام؛ لا يتحقق إلا إذا تحققت فيمن قامت به صفة القضاء، كما أن القضاء لا يتحقق مقتضاه والمقصود منه بدون الفصل في الخصومات، وهذا لأن الصفات معان مستمدة من أحوال موصوفاتها. جاء في درر الحكام: «القضاء يجيء بمعنى الحكم والحاكمة»^(٢). والقضاء مهما اختلف معناه فلا اعتبار له ما لم يكن مبنياً على ما أنزل الله تعالى.

١٢/٣- والمختار: هو ما ذهب إليه ابن خلدون^(٣) في مقدمته في تعريفه للقضاء بأنه: «منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة فكان لذلك من وظائف الخلافة»^(٤).

- (١) شرح حدود ابن عرفة: ٤٣٣ وما بعدها، نظرية الدعوى لمحمد نعيم ياسين: صفحة ٢٢، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر ج ٤/٦٨٢ شرح مادة «١٨٣٦».
- (٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لحيدر ج ٤/٦٨٢ شرح مادة «١٨٣٦».
- (٣) ابن خلدون: (٧٣٢ - ٨٠٨ هـ = ١٣٣٢ - ١٤٠٦ م) عبد الرحمن بن محمد بن خلدون أبو زيد، مولده ومنشؤه بتونس وتوفي فجأة في القاهرة، رفيع القدر متقدم في فنون عقلية ونقلية. من كتبه: العبر وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والعجم والبربر، أوله المقدمة وهي تعد من أصول علم الاجتماع، (الأعلام ٣/٣٣٠، وشذرات الذهب ٩/١١٤ - ١١٥).
- (٤) المقدمة لابن خلدون: ج ٧/٣٩٠. وذكر ابن عابدين في حاشيته ٥/٣٥٢ فوائد متعددة، منها تعريف العلامة قاسم للقضاء بأنه إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا.

وما يرجح اختيار هذا التعريف:

١٢/٣/١ - أن سيدنا عمر بن الخطاب^(١) رضي الله عنه تولى القضاء في خلافة سيدنا أبي بكر^(٢) رضي الله عنه سنة من الزمن ثم استقال حين لم يتخاصم إليه أحد^(٣)، ولم يقل أحد: إنه لم يكن قاضياً لأنه لم يفصل بين متخاصمين، بدليل أنه استقال من أبي بكر رضي الله عنه.

١٢/٣/٢ - أن هذا التعريف ينص على الهدف الذي شرع القضاء من أجله، وهو فصل الخصومات وقطع النزاعات على وجه مخصوص يتمتع بالإلزام، ويشمل مصادر الأحكام القضائية الشرعية، ويشمل أنواع القضاء: العادي، والمظالم، والحسبة؛ لأن قوله: (منصب الفصل) عام يشمل كل وظيفة قضائية يأتي من خلالها فصل في خصومة على الوجه الشرعي^(٤).

(١) عمر بن الخطاب: (٤٠ ق.هـ - ٢٣ هـ = ٥٤٨ - ٦٤٤م) عمر بن الخطاب بن نفيل، ثاني الخلفاء الراشدين وأول من لقب بأمير المؤمنين، يضرب بعذله المثل، لقبه النبي ﷺ بالفاروق وكناه أبا حفص، قتله أبو لؤلؤة المجوسي غيلة وهو في صلاة الفجر.

(أسد الغابة، ابن الأثير: ٤/١٣٧ وما بعدها رقم ٣٨٣٠، الإصابة، ابن حجر: ٤/٤٨٤ وما بعدها رقم ٥٧٥٢، صفة الصفوة، ابن الجوزي: ١/٢٦٨).

(٢) أبو بكر الصديق: (٥١ ق.هـ - ١٣ هـ = ٥٧٣ - ٦٣٤م) عبد الله بن عثمان (أبي قحافة) ابن عامر التيمي، أول الخلفاء الراشدين وأول رجل آمن بالنبي ﷺ، ولد بمكة، توفي في المدينة المنورة كمدأ على النبي ﷺ وعمره ثلاث وستون سنة. له (١٤٢) حديثاً.

(أسد الغابة، ابن الأثير ٣/٣١٠ وما بعدها رقم ٣٠٦٦، الإصابة، ابن حجر: ٤/١٤٤ وما بعدها، رقم ٤٨٣٥، الرياض النضرة، الطبري: ١/٧٣ وما بعدها).

(٣) تاريخ الطبري ٢/٣٥١.

(٤) الاختصاص القضائي لناصر الغامدي: صفحة ٤٠.

١٢/٣/٣- ما أكده ابن القيم^(١) وبعض المعاصرين من أن القضاء منصب ديني^(٢).

١٢/٣/٤- أن الأدق اعتبار القضاء مجرد فصل الخصومات أو نفوذ ذلك الحكم أو الإخبار عنه^(٣)؛ لأن هذه الأفعال وأشباهاها إنما هي مستفادة من منصب القضاء الذي يعتبر المصدر لها.

١٣- كلمة (حاكم) وكلمة (قاضي): يحسن التنبيه إلى أمر قد يورث التباساً عند مطالعة الكتب الفقهية، وهو أن كثيراً منها يذكر كلمة (حاكم) مع كلمة (قاضي)، فهل المقصود بكلمة حاكم عند الإطلاق القاضي أم غيره؟

١٣/١- سبق عند بيان المعنى اللغوي للقضاء أن من أهم معانيه الحكم، وأن الحكم معناه القضاء، مما يعني أن أحدهما يدل على الآخر، وهو ما ذهب إليه ابن القيم، حيث ذكر أن المتولي لفصل الخصومات وإثبات الحقوق والحكم في الفروج والأنكحة والطلاق والنفقات وصحة العقود وبطلانها: هو المخصوص باسم الحاكم والقاضي، وأن هذا الاسم يتناول كل حاكم بين اثنين وقاض بينهما^(٤).

وكذلك فإن مجلة الأحكام العدلية، بعد أن ذكرت أن القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمة عرّفت الحاكم بأنه هو من عينه ونصّب السلطان لفصل وحسم

(١) ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر، الحنبلي، المعروف بابن قيم الجوزية، فقيه، أصولي، مجتهد، مفسر، متكلم، نحوي، محدث، ولد بدمشق (٦٩١هـ = ١٢٩٢م) ارتقى منصب الإفتاء والإمامة، لازم ابن تيمية وسجن معه في قلعة دمشق، توفي سنة (٧٥١هـ = ١٣٥٠م) ومن تصانيفه الكثيرة: التفسير القيم، الطرق الحكيمة، مدارج السالكين في شرح منازل السائرين، (معجم المؤلفين، كحالة: ٣/١٦٤ - ١٦٥، رقم ١٢٤١٨).

(٢) الطرق الحكيمة: ٢٠١، والقاسمي في نظام الحكم: ٥٢/٢. وراجع فقرة (٩) مع هامشها حيث تقدم ذكر بعض من قال بمثل ما أكده ابن القيم.

(٣) نظرية الدعوى لياسين: ٢٢.

(٤) الطرق الحكيمة: ١٩٨.

الدعاوي والمخاصمات الواقعة بين الناس وفقاً لأحكامها المشروعة^(١)، وهو عين تعريف القاضي كما هو واضح.

أما تقي الدين السبكي^(٢) (الوالد) فقد ذكر أن لفظ (الحاكم) محتمل، ولكن يقيده العرف (والمراد العرف الصحيح)، فالعرف في مصر والشام أن المراد بالحاكم القاضي، بخلاف عُرف العراق^(٣)، والذي يُفهم من كلام النووي^(٤) أن المراد به حقيقة هو السلطان، ثم ذكر أنه عند أبي زرعة^(٥) يتناول السلطان والقاضي من حيث اللغة، ولا عبرة بالعرف لأنه فيه مضطرب، وللسلطان تفويض غير القاضي^(٦)، ومعلوم أن القاضي إنما يستمد ولايته من السلطان الذي أنابه عنه، فتحصل منه أن المراد به السلطان ومن ينبيه عنه من قاض ونحوه.

-
- (١) شرح المجلة لرستم باز، م: ١٧٨٤ - ١٧٨٥.
 - (٢) تقي الدين السبكي: (٦٨٣ - ٧٥٦ هـ = ١٢٨٤ - ١٣٥٥ م) علي بن عبد الكافي السبكي الأنصاري الخزرجي، شيخ الإسلام في عصره وأحد الحفاظ المفسرين المناظرين، من كتبه: مختصر طبقات الفقهاء، والابتهاج في شرح المنهاج، (الأعلام ٤/٣٠٢).
 - (٣) فتاوى السبكي لتقي الدين السبكي ٢/٢٥.
 - (٤) النووي: (٦٣١ - ٦٧٦ هـ = ١٢٣٣ - ١٢٧٧ م) يحيى بن شرف، محيي الدين، أبو زكريا، ولد وتوفي بنوى من قرى حوران بسورية، فقيه شافعي إمام حافظ، له مصنفات كثيرة منها: روضة الطالبين، شرح صحيح مسلم.
 - (٥) (طبقات الشافعية، السبكي: ٣٩٥/٨ وما بعدها، رقم ١٢٨٨، الأعلام، الزركلي: ٨/١٤٩).
 - (٥) أبو زرعة الدمشقي: عبد الرحمن بن عمرو بن عبد الله، أبو زرعة الدمشقي، من أئمة الحديث في زمانه من أهل دمشق ووفاته بها سنة (٢٨٠ هـ = ٨٩٣ م). من كتبه: التاريخ وعلل الرجال، مسائل (في الفقه والحديث).
 - (٦) (الأعلام، الزركلي: ٣/٣٢٠).
 - (٦) المنهاج بهامش تحفة المحتاج ج ٦/٢٨٧، ويبحث الفقهاء هذه المسألة عند تحديد من يكون له النظر على الأوقاف إذا أطلق الواقف لفظ (الحاكم) دون تقييده بالقاضي أو السلطان.

٢/١٣- والمختار: أن المراد به -لفظ الحاكم عند الإطلاق- السلطان على وجه الحقيقة، ولا يتناول غيره من قاض ونحوه إلا إذا حكم بذلك عرف مستقر معتبر، أو أناب السلطان القاضي أو غيره بما أسند إليه من ولاية وفعل، أو دلت القرائن كسياق النص على أن المراد به غير السلطان، والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني صفات القاضي

١/١٤- تعريف القاضي: هو مَنْ له وصف حكمي يختص به عن غيره
يوجب نفوذ حكمه فصل أو لم يفصل^(١) وقيل: هو كل من قضى بين اثنين
وحكم بينهما سواء كان خليفة أو سلطاناً أو نائباً أو كان منصوباً ليقضي بالشرع
أو قاضياً له^(٢).

٢/١٤- أركان القضاء: القاضي أحد أركان القضاء الستة^(٣)، بل هو أهم
عناصر القضاء ومحور الدائرة فيه، والأداة التي تظهر القضاء في صورته العملية.
ولخطورة عمل القاضي ومكانته اشترط الفقهاء تحقق صفات كثيرة
فيمن يترشح للقضاء، إذ كلما عظم شرف الشيء عظم خطره.

-
- (١) سبق عند بيان معنى القضاء في اللغة ذكر بعض التعريفات للقاضي، وهذا ما ذهب إليه ابن
عرفة، شرح حدود ابن عرفة: ص ٤٣٣.
- (٢) السياسة الشرعية ص ٢١-٢٢، وجاء في المبسوط ١٠٩/١٦: أن القاضي في الصدر الأول
كان يفتي وكان يسمى مفتياً.
- (٣) والباقي: المقضي به، والمقضي له، والمقتضي عليه، والمقضي فيه، وكيفية القضاء، الإلتقان
والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح مياره ج ١/١٦، وتبصرة الحكام ١/٢٥،
وهذا ما تذكره كثير من المراجع الفقهية إلا أن ابن عرفة في حدوده قال: هذه في الحقيقة
شروط للقضاء المحدود لا أركان له لأنها حسية (حدود ابن عرفة ٤٣٩) وورد بمعناه في
حاشية ابن عابدين ٣٥٢/٥.

يقول القرافي^(١): «ولأن الشرف يقتضي كثرة الشروط وتمييزه عن الخسيس كتمييز النكاح عن ملك اليمين بالشروط، كالولي والشهود والصدقات والإعلان، وكذلك الملوك لا تكثر الحراس إلا على الخزائن النفيسة، فكلما عظم شرف الشيء عظم خطره عقلاً وشرعاً وعادة»^(٢).

١٥- ومن يطالع الكتب الفقهية يلاحظ اختلاف الفقهاء في بيان صفات القاضي، من حيث التصنيف ومن حيث العدد، ولعل مرد ذلك هو أن بعضهم تناوّلها بإجمال، وبعضهم تناوّلها بتفصيل، وأنهم اختلفوا في وجوب بعض الشروط أو ندها.

١٦- أهمية صفات القاضي، وطريقة عرضي لها:

١/١٦- سوف أعرض لهذه الصفات^(٣) التي يجب أو يندب تحقيقها فيمن تولى منصب القضاء؛ لتصح بها توليته وتنفيذ أحكامه، إن كانت صفات واجبة، ويستوفى الكمال إن كانت مندوبة.

٢/١٦- وصفات القاضي هي التي تجعل من المرشح للقضاء شخصاً مؤهلاً لممارسة سلطاته وأعماله القضائية والتي منها السلطة التقديرية.

(١) القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الإمام العلامة الحافظ المؤلف، من مؤلفاته: الذخيرة، والفروق. توفي سنة (٦٨٤هـ). (شجرة النور الزكية لابن مخلوف ١٨٨، رقم ٦٢٧).

(٢) الفروق للقرافي ٢٦٢/٣، الفرق (١٩٠) الفرق بين قاعدة ما يدخله ربا الفضل وبين قاعدة ما لا يدخله ربا الفضل، وذكر معناه أيضاً ١٤٤/٣ من الفروق، الفرق (١٥٧) الفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح.

(٣) لعل تعبير صفات القاضي أصح من (شروط القاضي) كما في كثير من الكتب. وانظر شرح ميارة (١١/١) للفائدة.

٣/١٦- وهذه الصفات منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه؛ كما سوف أبين إن شاء الله تعالى، وأتوسع قليلاً حين أرى فائدة ذلك ولزومه، وأشير إلى المراجع لمن يرغب بالتوسع في ذلك.

أولاً - الإسلام:

١٧- اتفق الفقهاء على وجوب كون القاضي مسلماً، فلا يجوز أن يحكم كافر بين المسلمين، أو في دعوى أحد أطرافها من المسلمين^(١).
١/١٧- واستدلوا لذلك:

١/١/١٧- أولاً: بقوله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] ولا سبيل أعظم من القضاء^(٢).

١٧/١/٢- ثانياً: وبأن غير المسلم ليس من أهل الولايات، فلا تصح توليته القضاء بين المسلمين^(٣)، وقد تعددت الآثار عن سيدنا عمر رضي الله عنه في منع تولية أحد من أهل الذمة شيئاً من أمر القضاء حتى الكتابة فيه؛ لظهور الخيانة منهم في أمور الدين والسعي في إفساده على المسلمين^(٤).

(١) الأم للشافعي ٤٢/٧، معالم القربة لابن الأخوة: ٢٠٥، مغني المحتاج ٢٦٢/٦، المتقى للباقي ١٨٢/٥، أحكام القرآن لابن العربي ٤٠٧/٣، تبصرة الحكام لابن فرحون، ٢٦/١، المبسوط للسرخسي ١٠٩-١١٠، البدائع للكاساني: ج ٣/٧، العناية للباقرتي ٢٥٢/٧، الفروع لابن مفلح ٤٢١/٦-٤٤٣، الإنصاف للمرداوي ١٧٦/١١، المحلى لابن حزم ٤٢٨/٨ مسألة (١٧٧٩)، البحر الزخار للمرتضى ١١٩/٦.

(٢) مغني المحتاج للشريبي ٢٦٢/٦ وقال: وهذا الشرط (الإسلام) يدخل في اشتراط العدالة ولهذا لم يذكره في الروضة.

(٣) تفسير القرطبي ٤/١٧٩، أحكام أهل الذمة للزرعي أبو عبد الله ٤٥٤/١.

(٤) المبسوط للسرخسي ١١٠/١٦، نظرية الحكم القضائي لعبد الناصر أبو البصل: ص ١٢٧.

١٧/١/٣- ثالثاً: وبأن أقل ما يشترط في القضاء أن تتوافر فيمن يتولاه شروط الشهادة، لأن حكم القضاء يُستقى من حكم الشهادة، ولا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم^(١).

١٧/١/٤- رابعاً: وبأن إصدار الأحكام وفصلها يقتضي أن يكون مُصدر الحكم مؤمناً بالشرع أو القانون الذي يحكم بمقتضاه، وإلا كانت أحكامه صادرة عنه عن غير قناعة بها، فكيف يصح أن يحكم غير المسلم بالشريعة الإسلامية وهو لا يعتقدوها ولا يؤمن بها. وقد حذرنا ربنا سبحانه أنهم يسعون أيما سعي ليردونا عن ديننا وليضلونا عنه إن استطاعوا، ولئن جاز قضاء غير المؤمن بقانون يحكم به فلا يجوز ذلك بالنسبة للقانون الإسلامي؛ لأنه ليس وضعياً بشرياً بل هو دين إلهي^(٢).

١٧/١/٥- خامساً: وبأن الكفر يقتضي إذلال صاحبه، والقضاء يقتضي احترامه، وبينهما منافاة^(٣).

١٧/١/٦- سادساً: ويقول تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ تَلْفُوتَ إِلَيْهِمْ بِالْمُودَةِ﴾ [المتحنة: ١] والتولية قد تكون بمعنى التولي^(٤)، فتكون توليتهم

(١) العناية للبابرتي بهامش فتح القدير ٧/٢٥٢-٢٥٣، فتح القدير ج٧/٢٥٢. وهذا الاستدلال ليس على إطلاقه بل يستثنى من ذلك جواز شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر وغير ذلك.

(٢) نظرية الحكم القضائي لأبو البصل ١٢٨، نظام القضاء لزيدان: ٢٤.

(٣) مطالب أولي النهى للرحبياني ٦/٤٦٦.

(٤) قال أبو معاذ النحوي: قد تكون التولية بمعنى التولي، لسان العرب (ول ي)، ١٥/٤١٤. وجاء في بدائع الصنائع ٦/٢٦٧-٢٦٨: «ولأن الشهادة تجري مجرى الولايات والتعليكات، أما معنى الولاية فإن فيه تنفيذ القول على الغير وإنه من باب الولاء، وأما معنى التملك فإن الحاكم يملك الحكم بالشهادة، فكان الشاهد مَلِكُه الحكم...».

نوعاً من توليهم، وقد حكم الله تعالى بأن من تولاهم فإنه منهم، ولا يتم الإيمان إلا بالبراءة منهم، والولاية تنافي البراءة، فلا تجتمع الولاية والبراءة أبداً^(١).

١٨- هل تنعقد ولاية الكافر ابتداءً؟

١/١٨ - الكفر مانع من تولي القضاء ابتداءً كما صرح بذلك الشافعية والمالكية والحنفية في إحدى الروايتين، فالكافر لا تنعقد له ولاية القضاء بين المسلمين؛ لأنه ليس أهلاً لذلك^(٢)، وعللوا ما قد يقع من غير المسلمين على أنه تقليد رياسة وزعامة لا تقليد حكم وقضاء^(٣).

٢/١٨ - غير أن الحنفية أخذوا بالرواية الثانية وهي أنه يجوز تولي الكافر مطلقاً للقضاء لكنه لا يحكم ولا ينفذ حكمه إلا إذا أسلم^(٤).

٣/١٨ - ولعل الأخذ بهذه الرواية هو من باب الدراسة النظرية، أو من قبيل مجازاة السلطان أو ذي الشوكة في توليته لغير المسلم خشية وقوع الفتنة، إذ يقولون بعدم حصول فائدة من هذه التولية، وذلك لعدم إمكان غير المسلم الذي تولى أن يحكم إلا إذا أسلم. والله تعالى أعلم.

١٩ - قاضي الضرورة: وإذا ولى سلطان أو ذو شوكة من فقد منه بعض صفات القاضي صحت التولية (ويسمى قاضي الضرورة)، وذهب بعض

(١) الموسوعة الفقهية - الكويت - ج٧/١٤٦، مصطلح (أهل الكتاب).

(٢) معالم القربة لابن الأخوة: ٢٠٥، الفرر البهية لذكريا الأنصاري ١٠/١٦٠، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٤/٢٧٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢٦، مواهب الجليل للحطاب ٦/٩٠، التاج والإكليل للمواق ٦/٨٧، منح الجليل لعليش ٨/٢٥٨، الدرر الحكام لمنلا خسروج ٢/٤٠٩، رد المختار لابن عابدين ٥/٣٥٤ - ٣٥٥.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٦/٢٦٢، الفرر البهية لذكريا الأنصاري ٥/٢١٦، الفروع لابن مفلح ٦/٢٨٤.

(٤) رد المختار لابن عابدين ٥/٣٥٤ - ٣٥٥.

الفقهاء إلى انعزاله بزوال ذلك السلطان لأن الضرورة تقدر بقدرها، وذكر الشيخ زكريا الأنصاري^(١): أن الأمة مجمعة على تنفيذ أحكام الخلفاء الظلمة وأحكام من ولوه، وخالف الرملي^(٢) وآخرون في تولية الكافر حتى مع الضرورة^(٣)، وتنفيذ الأحكام فرع عن قبول توليتهم وحكمهم، ولكن دعوى الأنصاري منقوضة بالرملي ومن معه كما هو ظاهر.

٢٠- أما تولية غير المسلم على أمثاله فأجازها الحنفية خلافاً لغيرهم، لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة، وغير المسلم أهل للشهادة على أمثاله^(٤).

(١) زكريا الأنصاري: (٨٢٣ - ٩٢٦هـ = ١٤٢٠ - ١٥٢٠م) زكريا بن محمد بن أحمد المصري الشافعي أبو يحيى شيخ الإسلام قاض مفسر من حفاظ الحديث، له «فتح الرحمن» في الحديث، و«شرح شذور الذهب» في النحو، و«غاية الوصول» في أصول الفقه. (الأعلام ٤٦/٣ - ٤٧).

(٢) الرملي: (٩١٩ - ١٠٠٤هـ = ١٥١٣ - ١٥٩٦م) محمد بن أحمد، شمس الدين، فقيه الديار المصرية، يقال له الشافعي الصغير. ومولده ووفاته في القاهرة، ونسبته إلى الرملة (من قرى المنوفية بمصر)، صنف شروحاً وحواشٍ كثيرة، منها: (عمدة الرابح) شرح على هدية الناصح، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. (الأعلام للزركلي ٧/٦).

(٣) الغرر البهية في شرح البهجة المرضية لزكريا الأنصاري ١٠/١٦٢، ومن خالف بذلك فمنع تولية الكافر حتى من ذي شوكة: قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤/٢٩٨ وما بعدها، وذكر ابن حجر الهيثمي أن القول بجواز تولية قاضي الضرورة هو للبلقيني لكنه فيما عدا الكفر، فلا تصح تولية الكافر إذاً مجال من الأحوال (تحفة المحتاج ١٠/١١٤)، وهذا هو الذي يتفق مع أصول الشريعة وروحها، وانظر فتاوى الرملي ٤/١١٩ وأشير إلى أن من يقول بنفوذ تولية قاضي الضرورة يشترط عليه أن يبين مستنده في سائر أحكامه، حاشية الجمل ٥/٣٣٨ وليس له أن يحكم بعلمه، ومن خالف كذلك الأذرعى من الشافعية.

(٤) رد المختار لابن عابدين ٥/٣٥٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٢٧٨، حاشيتنا قليوبي وعميرة ٤/٢٩٦، معالم القرية لابن الأخوة ص ٢٠٥، المحلى لابن حزم ٨/٤٢٧ مسألة (١٧٧٩)، الفروع لابن مفلح ٦/٢٨٣.

٢١- حسرة وأسف: مما يؤسف له أن ما عليه العمل الآن في كثير من البلاد الإسلامية هو عدم اشتراط الإسلام، وهذا ما ورد في مجلة الأحكام العدلية (م: ١٧٩٢ - ١٧٩٣ - ١٧٩٤) حيث لم تذكر الإسلام مع الشروط المطلوبة في القاضي، وفسرت عدالة الشاهد في المادة (١٧٩٥) بأن تكون الحسنات أكثر من السيئات، ولم تشترط الإسلام لصحة الشهادة، ولكن هل تكون حسنات غير المسلم أكثر من سيئاته وهو في أعظم سيئة؛ وهي الكفر! ولئن كان واضعو المجلة قد أخذوا في ذلك بالرواية الثانية عند الحنفية لظروف معينة فأحرى بمن أتى بعدهم أن يسير مع جمهور الفقهاء في اشتراط الإسلام فيمن يرشح لمنصب القضاء.

٢٢- تعجب: الملاحظ أن بعض الباحثين المحدثين يحاولون تصحيح الأوضاع القضائية القائمة في بعض البلاد الإسلامية من عدم اشتراط الإسلام فيمن يتولى منصب القضاء، وذلك فيما عدا الأحوال الشخصية حيث لا تدخل تحت سلطة القاضي غير المسلم^(١).

ثانياً - العقل:

٢٣/١ - رأي الفقهاء فيه: العقل شرط يجمع عليه بين الفقهاء، لأنه مناط التكليف، ولأن القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات، وغير العاقل

(١) ذكر الدكتور عبد الناصر أبو البصل (نظرية الحكم القضائي ١٢٩ وما بعدها) أن أول من قال بذلك هو الأستاذ محمد سلام مذكور في كتابه (القضاء في الإسلام ٣٨ - ٤٠) واستعرض الدكتور أبو البصل الأدلة ورد عليها، وكذلك بسط الدكتور عبد العزيز عزام الرد على أدلة من يقول بجواز ذلك (النظام القضائي في الإسلام ٨٨/١ وما بعدها) وأذكر أن الحنفية وإن أخذوا بالرواية الثانية إلا أنهم منعوا من حكم غير المسلم وإن تولى؛ ما لم يُسلم بهذا الشرع الذي سيحكم به، وإن العمل بالضرورة مهما طال فإنه لا يحول الاستثناء إلى قاعدة يحكم بها، ولا يغير أصل الحكم الشرعي الذي عليه جماهير العلماء، وأن الضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها، والله تعالى أعلم.

ليس أهلاً لأدنى الولايات - وهي الشهادة - فلأن لا يكون له أهلية أعلاها أولى، ولأن غير العاقل لا ينفذ قوله في نفسه فلأن لا ينفذ على غيره أولى، ولأن غير العاقل يُحجر عليه، ومن سلطات القاضي الحجر على غير العاقل، وبين هذين منافاة ظاهرة. فلا يولى مختل النظر بكبر أو مرض أيضاً، أو أحمق خفيف العقل أو ناقصه^(١).

٢/٢٣ - المستوى المشترط من العقل: لا يكتفى بالعقل المشترط في التكليف، ولا بد أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغلط^(٢).
وستأتي مناقشة من يميز تولية المرأة للقضاء وبخاصة الحنفية لأنهم يصرحون باشتراط كمال العقل.

ثالثاً - البلوغ:

٢٤ - رأي الفقهاء فيه: إذا اجتمع هذا الشرط مع السابق كان الشخص مكلفاً، ولذلك استدل جماهير الفقهاء على اشتراط البلوغ بأن غير البالغ لا يجري عليه قلم، ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم، فكان أولى أن لا يتعلق على غيره حكم، وبأن ولاية الصبي لا تصح لنقصان تمييزه، وهو ليس أهلاً لأدنى الولايات - وهي الشهادة - فلأن لا تكون له أهلية على أعلى الولايات - القضاء - أولى^(٣).

(١) المبسوط للسرخسي ١٠٩/١٦، البدائع ج ٣/٧، مجمع الأنهر ج ١٥٣/٢، البحر الرائق ٦/٢٨٣، المغني لابن قدامة ٩٢/١٠ مسألة (٨٢٢١)، كشاف القناع ٦/٢٩٤، حاشيتنا قليوبي وعميرة ٤/٢٩٦، معالم القرية لابن الأخوة: ص ٢٠٤ - ٢٠٥، مواهب الجليل للحطاب ٦/٨٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٦/١.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٦/١، المغني لابن قدامة ٩٢/١٠ م (٨٢٢١)، الأحكام السلطانية للماوردي: ١٠٧.

(٣) نهاية المحتاج ج ٨/٢٣٨، مغني المحتاج ج ٦/٢٦٢، الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٣٠، التاج والإكليل للمواق ٦/٨٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢٦، المبسوط للسرخسي =

٢٥- تولية غير البالغ: وغير البالغ إذا ولاه سلطان أو ذو شوكة ينفذ قضاؤه للضرورة^(١)، لكنه إذا استقضى فقضى ثم رفع حكمه إلى قاض آخر لم يجز له إمضاؤه^(٢).

٢٦- بلوغ الصبي المولى: إذا بلغ الصبي المولى فتجب إعادة توليته ليكون له أن يحكم، لأنه لا ولاية له أصلاً^(٣).

٢٧- عدم اشتراط الطعن في السن: لا يشترط أن يكون المولى طاعناً في السن، بل المدار على اجتماع الشروط المعتبرة في ولايته بعد بلوغه، ولو كان حديث السن، لأن النبي ﷺ «بعث عتاب بن أسيد^(٤) رضي الله عنه إلى مكة

= ١٦/١١٠، البدائع ج ٣/٧، وسأين رأي الحنابلة قريباً جداً، وانظر: الإنصاف للمرداوي ١١٦/١٧٦.

(١) أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٤/٢٧٩-٢٨٠.

(٢) الفتاوى الهندية ٣/٣٦١ فالفقهاء يميزون توليته للضرورة لكنه ليس له أن يقضى وإن قضى ليس لقاضٍ آخر أن يميز أحكامه. ولعل الفقهاء قالوا بذلك لأن فتنة عدم قبول تولية السلطان أو ذي الشوكة أعظم من قبول تولية الصبي مع وجود الدليل أو شبهه على جواز ذلك.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٥٣، الفتاوى الهندية ٣/٣١٦.

(٤) عتاب بن أسيد بن أبي العيص بن أمية بن عبد شمس الأموي، أبو عبد الرحمن ويقال أبو محمد، كان شجاعاً عاقلاً، أسلم يوم الفتح واستعمله النبي ﷺ على مكة لما سار إلى حنين، وذكر العسقلاني أنه مات يوم موت أبي بكر ثم إن ابن حجر ذكر كلاماً يشعر أن عتاباً مات في آخر خلافة عمر. (الأعلام ٤/١٩٩-٢٠٠، الإصابة ٤/٣٥٦-٣٥٧ رقم ٥٤٠٧).

وجاء في تخریج أحاديث الإحياء للعراقي، كتاب أسرار الطهارة، النوع الثاني فيما يحدث في البدن من الأجزاء ١/١٤٤. حديث يحيى بن أكثم «ولي القضاء وهو ابن إحدى وعشرين سنة فقيل له: كم سن القاضي؟ فقال: مثل سن عتاب بن أسيد حين ولاه رسول الله ﷺ إمارة مكة وقضاءها يوم الفتح وأنا أكبر من معاذ بن جبل حين وجه به رسول الله ﷺ قاضياً على أهل اليمن» أخرجه الخطيب في التاريخ بإسناد فيه نظر، وما ذكره ابن أكثم صحيح بالنسبة إلى معاذ فإنما له ذلك على قول يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وابن أبي حاتم: إنه كان حين مات ابن ثمان وعشرين سنة والمرجح أنه مات ابن ثلاث وثلاثين سنة في الطاعون سنة ثمانية عشر، والله أعلم. اهـ.

قاضياً وأميراً وكان حديث السن» ولما رُوي [أن عمر رضي الله عنه أقر قاضياً حديث السن بالشام بعد أن اختبره]^(١) وغير ذلك من الآثار^(٢).

٢٨- رأي الخنابلة: أشار المرداوي^(٣) إلى أن اشتراط البلوغ هو ما عليه جماهير الأصحاب، إلا أن أبا الفرج الشيرازي^(٤) لم يذكره في كتبه، وظاهر هذا أنه لا يشترط البلوغ^(٥)، وهذا إن صح عنه فهو مردود بما عليه جماهير الفقهاء^(٦). ولعل قبول العلماء لتولية الصبي الذي ولاه ذو شوكة هو لخوف الفتنة لكنهم لا يجيزون لقاض آخر أن يمضي قضاءه، وهذه محاولة منهم لتكون هذه التولية غير مثمرة.

رابعاً - الذكورة:

٢٩- من المسائل الاجتهادية الخلافية: اشتراط كون من يتولى القضاء ذكراً، وذهب العلماء في ذلك إلى ثلاثة مذاهب رئيسة، من مجيز بإطلاق، إلى مجيز بقيود، إلى مانع بإطلاق.

٣٠- وأهم سبب أدى إلى اختلاف الفقهاء هو (القياس): فالذين قاسوا القضاء على الإمامة العظمى منعوا تولي المرأة القضاء، والذين قاسوا القضاء

(١) أورده السرخسي في المبسوط ٦٧/١٦ ولم أقف عليه عند غيره.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٧/١٦ - ٦٨، النظام القضائي في الإسلام لعزام ج ١/٩٤.

(٣) المرداوي (٨١٧ - ٨٨٥ هـ = ١٤١٤ - ١٤٨٠ م) علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقي فقيه حنبلي من كتبه: «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»، و«تحرير المنقول» في أصول الفقه. (الأعلام ٤/٢٩٢).

(٤) أبو الفرج الشيرازي (ت ٤٨٦ هـ = ١٠٩٣ م) عبد الواحد بن محمد بن علي بن الشيرازي ثم المقدسي ثم الدمشقي أبو الفرج الأنصاري السعدي العبادي الخزرجي شيخ الإسلام في وقته، حنبلي، من كتبه: «المنتخب» في الفقه، و«المبهبج» و«الإيضاح» و«التبصرة» في أصول الدين. (الأعلام ٤/١٧٧).

(٥) الإنصاف للمرداوي: ١٧٦/١١، وتقدمت بعض كتبه عند ترجمته في الهامش السابق.

(٦) ينظر للتوسع: نظرية الحكم القضائي لأبو البصل: ١٣٢ وما بعدها.

على الشهادة أجازوا قضاءها فيما أجازوا شهادتها فيه؛ أي في غير القصاص والحدود، والذين قاسوا القضاء على الفتيا أجازوا قضاءها في كل شيء^(١).

٣١- المذهب الأول: لا يجوز تولي المرأة مطلقاً للقضاء في أي نوع من أنواع القضايا، سواء أكانت في قضايا الأموال أم الحدود والقصاص أم غير ذلك.

ذهب إلى ذلك المالكية إلا رواية عن ابن القاسم^(٢)،^(٣) والشافعية، والحنابلة، فإذا وليت المرأة القضاء لم تصح توليتها ولا تنفذ أحكامها إن حكمت^(٤)، وكان على من يأتي بعدها أن ينقض أحكامها وإن كانت أصابت فيها^(٥)، والحنثي كالمرأة.

٣٢- استثناء: استثنى الشافعية والحنفية كما سيتبين حالة الضرورة: فإذا قلد المرأة سلطان أو ذو شوكة جازت توليتها في كل شيء، وتنفذ أحكامها لئلا

-
- (١) من أوسع من تناول هذه المسألة بالبحث من المحدثين فيما اطلعت عليه د. ناصر الغامدي (الاختصاص القضائي ٢٥٥ وما بعدها) وكذلك د. عارف عارف في بحث منشور في مجلة التجديد الماليزية (سنة ١، عدد ٢، صفحة ٨٣ وما بعدها، وعنوان بحثه: تولي المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر.
- (٢) ابن القاسم: عبد الرحمن بن القاسم بن خالد، العنقي المصري، أبو عبد الله، يعرف بابن القاسم، لم يرو أحد عن مالك الموطأ أثبت منه، ولد سنة (١٣٢هـ = ٧٥٠م) وقيل (١٢٨هـ) ومات بمصر سنة (١٩١هـ = ٨٦٠م). (شجرة النور الزكية، ابن مخلوف: ٥٨ رقم ٢٤).
- (٣) ذكرها عنه ابن عرفة في شرح حدوده ص ٤٤٠، ولكن اختلف الفقهاء في نسبه إلى المذهب الثاني أم الثالث، وسيأتي بيانه.
- (٤) الأحكام السلطانية للمواردي ١٠٧، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٤/٢٨٠، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠/١١٣-١١٤، المتقى للباجي ٥/١٨٢، تبصرة الحكام ١/٢٦١، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٣٩، المغني لابن قدامة ١٠/٩٢م (٨٢٢١)، الفروع لابن مفلح ٦/٤٢١.
- (٥) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢١٢، وقد أصدر علماء لجنة الأزهر للفتوى سنة (١٩٥٢) فتوى قرروا فيها أن الإجماع كان منعقداً على هذا المذهب فلا عبرة برأي من يميز تولية المرأة للقضاء بعد انقراض عصر الجمع من غير دليل معتبر. انظر: تولي المرأة القضاء، عارف علي عارف، بحث في مجلة التجديد (سنة ١ عدد ٢) صفحة ٩٨.

تتعطل مصالح الناس، لاضطرارهم إلى القاضي وشدة احتياجهم إليه؛ لتعطل مصالحهم بدونه، وقد تعين فيمن ولآه السلطان^(١).

وخالف الأذرعى وغيره بأن حكمها لا ينفذ ولو للضرورة^(٢)، وإن وليت لا يصح أن تقضى بعلمها، وعليها بيان مستندها في جميع أحكامها.

٣٣- المذهب الثاني: يجوز تولي المرأة للقضاء مطلقاً، فيجوز أن تكون قاضية حتى في الحدود والقصاص.

ذهب إلى ذلك ابن جرير الطبري^(٣) فيما ينسب إليه^(٤)، وابن حزم

-
- (١) أسنى المطالب للأنصاري ٤/٢٨٠، فتاوى الرملي ٤/١١٩، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢١٢، إلا أن الشافعية يشترطون على قاضي الضرورة أن يبين مستنده في جميع أحكامه، وانظر للحنفية الفقرة ٣٤.
- (٢) روض الطالب بهامش أسنى المطالب ٤/٢٨٠، وأسنى المطالب، نفس الوضع.
- (٣) ابن جرير (٢٢٤ - ٣١٠ هـ = ٨٣٩ - ٩٢٣ م) محمد بن جرير بن يزيد الطبري، أبو جعفر المؤرخ المفسر الإمام، له: «أخبار الرسل والملوك» يعرف بتاريخ الطبري، و«جامع البيان في تفسير القرآن» يعرف بتفسير الطبري. (الأعلام ٦/٦٩، شذرات الذهب ٤/٥٣ - ٥٤).
- (٤) نسبة إليه عدد من المراجع مثل: المتتقى للبايجي ٥/١٨٢، فتح الباري ٨/١٢٧، ولم يطعن فيه، وبداية المجتهد ٢/٥٩٥ ولم يعلق عليه، أما ابن العربي في أحكام القرآن ٣/٤٨٢ فقال بعدم صحة هذا النقل عن ابن جرير، وأنه إن صح فلعل المراد أنه كما يقول الحنفية أي فيما تجوز شهادتها عليه، أو التحكيم، والقرطبي في تفسيره قبل قوله تعالى في قصة بلقيس ﴿إِنِّي وَجَدْتُ أَمْرًا تَمَلِكُهُمْ﴾ [النمل: ٢٣] ذكر مثل ما ذكره ابن العربي وَوَجَّهَ الرواية كما وجهها (١٣/١٨٣)، وقال الماوردي في الأحكام السلطانية ١٠٧: «وشذ ابن جرير...» ونسبه ابن قدامة لابن جرير الطبري بصيغة التمريض، المغني ١٠/٩٢ م (٨٢٢١) قال: (وحكي) ولم أعر على قول ابن جرير هذا في تفسيره أو تاريخه عند مظان ذكر هذه الأمثلة، حيث لم يذكر ولاية المرأة للقضاء، لكن تبدو قوة النقل عنه لنقل أئمة كثيرين عنه، مثل الحافظ ابن حجر في الفتح، كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ، وذكر أنها رواية عن الإمام مالك أيضاً.

الظاهري^{(١)(٢)}، وابن القاسم في رواية عنه^(٣)، والحسن^{(٤)(٥)}، ومحمد بن الحسن^{(٦)(٧)}، وسبقت الإشارة إلى تجويز الشافعية ذلك في حالة الضرورة استثناء، كما أن مجلة الأحكام العدلية لم تشترط الذكورة^(٨).

- (١) ابن حزم: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، أبو محمد، ولد سنة (٣٨٤هـ) في قرطبة، فقيه مجتهد، من أئمة المذهب الظاهري، كان شافعي المذهب ثم انتقل إلى المذهب الظاهري وتبعه خلق كثير سُموا: (الظاهرية)، عوقب لجرأته على العلماء، أشهر كتبه (المحلى)، توفي سنة (٤٥٦هـ). (سير أعلام النبلاء، للذهبي ١٨/١٨٢، رقم ٩٩).
- (٢) المحلى لابن حزم ٨/٥٢٧ - ٥٢٨م (١٨٠٤) ونسبه إلى أبي حنيفة بإطلاق.
- (٣) ذكر الرواية عنه ابن عرفة في الحدود ص ٤٤٠، والخطاب في مواهب الجليل ٦/٨٧، وذكر أن ابن عبد السلام لم ير حاجة لتقييد الرواية عن ابن قاسم لاحتمال أن يكون قال بمثل قول الطبري، أي قبول توليها القضاء بإطلاق، وستأتي تنمة الكلام عليه أيضاً عند المذهب الثالث.
- (٤) الحسن البصري: (الحسن) عند الإطلاق في كل علم، ولد بالمدينة سنة (٢١هـ)، من سادات التابعين، فقيه حافظ للحديث، له حكم ماثورة، توفي بالبصرة سنة (١١٠هـ). (سير أعلام النبلاء، للذهبي: ٤/٥٦٣ وما بعدها).
- (٥) شرح حدود ابن عرفة (٤٤٠)، مواهب الجليل ٦/٨٧ والحسن عند إطلاقه يُراد به الحسن البصري.
- (٦) محمد بن الحسن: أبو عبد الله، من موالي بني شيبان، إمام بالفقه والأصول، أصله من قرية حرسية في غوطة دمشق، وولد بواسطة ونشأ بالكوفة فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه وعُرف به. من كتبه الكثيرة: المبسوط، السير. ولد سنة (١٣١هـ = ٧٤٨م) وتوفي (١٨٩هـ = ٨٠٤م) (الأعلام، الزركلي: ٦/٨٠).
- (٧) نسبه إليه الباجي في المنتقى ٥/١٨٢، ومن قال بذلك من المعاصرين الدكتور عبد الكريم زيدان في المفصل في أحكام المرأة، له ٤/٣٠٢ وما بعدها، حيث لم يذكر شرط الذكورة، ولم يذكره كذلك في شروط من يتولى القضاء في كتابه نظام القضاء صفحة ٢٧، وقال بذلك الدكتور يوسف القرضاوي فيما نقله عنه عبد الحليم أبو شقة في كتابه تحرير المرأة في عصر الرسالة ٢/٤٥٠، وانظر شرح المجلة لرستم صفحة ١١٦٤، المادة ١٧٩٤ وما قبلها، ومن قال بذلك من المعاصرين الدكتور عارف علي عارف في بحثه المقدم لمجلة التجديد (سنة ١ عدد ٢ عام ١٤١٨هـ) بعنوان (تولي المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر).
- (٨) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز، المواد (١٧٩٢ - ١٧٩٤) وصرح شارح المجلة بذلك.

٣٤- المذهب الثالث: وهو مذهب وسط بين الرأيين السابقين: وهو أنه تجوز ولاية المرأة للقضاء فيما عدا الحدود والقصاص.

ذهب إلى ذلك الحنفية^(١) فيما توهمه ظواهر عبارات كتبهم، وابن القاسم من المالكية على رأي من وجّه الرواية عنه هذا التوجيه^(٢)، والإمام مالك في رواية عنه^(٣)، وبعض المعاصرين^(٤). وتجوز تولية الخنثى من باب أولى^(٥)، إلا أن محققي مذهب الحنفية صرّحوا بتأييم من يولي المرأة^(٦)، وصرح الحنفية بأن المرأة إذا وليت فقضت في الحدود والقصاص فإن قضاءها ينفذ بشرط أن يمضيه قاض يرى جواز ذلك، وذلك بالإجماع عندهم، لأن الاختلاف هنا في نفس القضاء لا بالقضاء في فصل مجتهد فيه، ونفس القضاء إذا كان مختلفاً فيه فلا ينفذ إلا إذا أنفذه قاضٍ آخر، ومتى أمضاه لم يكن لغيره أن يبطله^(٧).

- (١) تبين الحقائق للزليعي (عثمان) ١٨٧/٤، العناية للبابرتي ٢٥٢/٧، ٢٩٧، مجمع الأنهر لداماد أفندي ١٦٨/٢، وسيأتي تحرير مذهب الحنفية.
- (٢) شرح حدود ابن عرفه: (٤٤٠) مواهب الجليل ٨٧/٦، قال ابن زرقون: أظنه فيما تجوز فيه شهادتها، وقوى بعض المالكية تقييد الرواية عن ابن القاسم بذلك، فما هو مناف للشهادة مناف للقضاء، ولا تجوز شهادتها في النكاح والطلاق والعتق والحدود فلا يصح قضاؤها فيها. وسبق عند بيان المذهب الثاني أن ابن عبد السلام يرى عدم تقييد الرواية عن ابن القاسم لاحتمال ذهابه لما ذهب إليه الطبري.
- (٣) نسب هذه الرواية للإمام مالك الحافظ ابن حجر في فتح الباري ١٢٨/٨ ولم أقف عليها.
- (٤) نسب د. عارف علي عارف إلى د. محمد سعيد رمضان البوطي أنه يقول بجواز تولي المرأة للقضاء مطلقاً في مقابلة شخصية معه في المعهد العالمي للفكر الإسلامي في ماليزيا ١٩٩٥، انظر مجلة التجديد - سنة ١ عدد ٢) صفحة ٩٢ في بحث (تولي المرأة منصب القضاء)، وفي مقابلة شخصية لي مع فضيلة الدكتور البوطي بتاريخ ٢٠٠٢/٩/١٦ أكد أنه يقول بما يقول به الحنفية وأنه يجوز توليها للقضاء فيما عدا الحدود لا مطلقاً، فتنبه.
- (٥) البحر الرائق لابن نجيم ج ٥/٧، مجمع الأنهر ١٦٨/٢.
- (٦) الدرر المختار بهامش رد المختار ٤٤٠/٥، مجمع الأنهر ١٦٨/٢، وفتح القدير ٢٩٨/٧ وقالوا: هذا التأييم من حديث «لن يفلح قوم...» كنز الدقائق، النسفي ج ٥/٧ بهامش البحر الرائق.
- (٧) رد المختار وبهامشه الدرر ٤٤١/٥.

وخلاصة مذهب الحنفية: أن بعض كتبهم تُجمل في نسبة هذا القول لمذهب الحنفية فتقول: ويجوز قضاؤها فيما تجوز فيه شهادتها، والواقع أن الحنفية يستعملون لفظ الجواز هنا بمعنى النفاذ للحكم إن حكمت لا بمعنى صحة توليتها فيما عدا الحدود والقصاص، لأن تصريح محققي المذهب بتأثير من يوليها يدل على ذلك، فالتأثير لا يكون إلا على أمر ممنوع منه، فلا ينبغي أن تولّى عندهم مطلقاً، وإن وليت القضاء نفذ قضاؤها إن كان فيما تجوز شهادتها فيه، وإن كان في الحدود والقصاص توقف على إمضاء قاضٍ آخر يرى جواز ذلك، وبذلك يتبين أن الحنفية مع الشافعية ومن معهم القائلين بجواز قضاء المرأة إذا كانت قاضي ضرورة. والله تعالى أعلم.

الأدلة:

أعرض لأهم الأدلة باختصار وأشير إلى أهم المراجع لمن يرغب بالتوسع.

٣٥- أدلة المذهب الأول: وهو عدم جواز تولي المرأة للقضاء مطلقاً.

١/٣٥ - أولاً- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ

بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٣٤] يعني في العقل والرأي، فلم يجوز أن يقمن على الرجال^(١).

٢/٣٥ - ثانياً - الإجماع على عدم جواز توليتها، فلا اعتبار بالقول المخالف

للإجماع^(٢).

٣/٣٥ - ثالثاً - عن أبي بكرة^(٣)، قال: لما بلغ رسول الله ﷺ أن أهل فارس

(١) الأحكام السلطانية للماوردي: ١٠٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أبو بكرة: نُفيع بن الحارث، ويقال ابن مسروح، وقيل اسمه مسروح، مشهور بكنيته، من

فضلاء الصحابة، وكان تدلى إلى النبي ﷺ من حصن الطائف ببكرة فاشتهر بأبي بكرة.

(الإصابة ٦/ ٣٦٩ رقم ٨٨١٦).

ملكو عليهم بنت كسرى قال «لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة»^(١) وفيه دليل على أن المرأة ليست من أهل الولايات، ولا يحل لقوم أن يولوها، لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب^(٢)، ويقاس القضاء على الإمامة العظمى بجامع كون كل منهما ولاية عامة^(٣).

٤/٣٥ - رابعاً - عن بريدة^(٤) عن النبي ﷺ قال: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»^(٥) وهو دليل على اشتراط كون القاضي رجلاً لأنه بقوله: (ورجل

(١) رواه البخاري في كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، رقم ٤١٦٣، كتاب الفتن باب الفتنة التي تموج كموج البحر، رقم ٦٦٨٦، والترمذي، كتاب الفتن عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في النهي عن سب الرياح، رقم الحديث ٢٢٦٢، والنسائي في كتاب آداب القضاة، باب النهي عن استعمال النساء في الحكم، رقم ٥٣٨٨، ومسند أحمد، بأول مسند البصريين، رقم ١٩٨٨٩، ١٩٩٦١، وكلاهما بلفظ: «لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة» ورقم ١٩٩٢٥ بلفظ «لا يفلح قوم تملكهم امرأة» وكلهم من حديث أبي بكر رضي الله عنه.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٣٠٣/٨ وما بعدها.

(٣) تولي المرأة منصب القضاء، د. عارف (بحث في مجلة التجديد سنة ١ عدد ٢ صفحة ٩٦).

(٤) بريدة بن الحصيب بن عبد الله بن الحارث الأسلمي، قال ابن السكن: أسلم حين مرّ النبي ﷺ مهاجراً بالعميم وأقام في موضعه حتى مضت بدر وأحد ثم قدم بعد ذلك، وقيل: أسلم بعد منصرف النبي ﷺ من بدر. قال ابن سعد: مات سنة ثلاث. (الإصابة ٤١٨/١ رقم ٦٣٢، الأعلام ٥٠/٢).

(٥) أبو داود في كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطو رقم ٣٥٧٣ واللفظ له، ورواه الترمذي في كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي رقم ١٣٢٢ بلفظ قريب، وابن ماجه بلفظ قريب جداً في كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق رقم ٢٣١٥، وقال أبو هاشم (أحد رواة الحديث): لولا هذا الحديث لقلنا إن القاضي إذا اجتهد فهو في الجنة. ومصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب في الحكم يكون هواه لأحد الخصمين، ورقم الباب ٤٤٤، ورقم الحديث (٥)، ٣٥٤/٥، لكن من قول =

ورجل) دل بمفهومه على خروج المرأة^(١).

٥/٣٥ - خامساً - لا نعلم منذ عهد النبي ﷺ ومن بعده أنه قُدمت امرأة للقضاء، بل على العكس، كما أنها لم تُقدم للإمامة^(٢)، ومع أن معظم من كان يتولى تعيين القضاة من الحنفية فلم يُنقل عن واحد منهم أنه ولى امرأة على القضاء.

٦/٣٥ - سادساً - لا يتأتى من المرأة أن تبرز إلى المجالس وتخالط الرجال وتفاوضهم مفاوضة النظير للنظير، لأنها إن كانت فتاة مخدرة حرم النظر إليها وإن كانت متجاللة بَرزوة لم يجمعها والرجال مجلس تزدحم فيه معهم وتكون منظره لهم، وربما كان كلامها أو صورتها فتنة، ولذلك لم يفلح قط من تصور هذا، ولا من اعتقده^(٣).

٧/٣٥ - سابعاً - نقص النساء عن رُتب الولايات وإن تعلق بقولهن أحكام^(٤)، والقضاء يحتاج إلى رأي، وهو ناقص عند المرأة وغير كامل، سيما في محافل الرجال^(٥)، ففصل القضاء أمر يتنافى مع الأنوثة، كالإمامة^(٦).

= علي، والحاكم في كتاب الأحكام، قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة ٩٠/٤، والسنن الكبرى للبيهقي ١١٦/١٠، والمعجم الأوسط للطبراني ٣٧٧/٤، رقم ٣٦٤١، قال الهيثمي في مجمع الزوائد كتاب الأحكام، باب اجتهاد الحاكم: رجاله رجال الصحيح، وصححه العراقي في تخرجه لأحاديث الإحياء ٦٤/١، كتاب العلم، باب آفات العلم.

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٣٠٣/٨.

(٢) المنتقى للبايجي ١٨٢/٥.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٤٨٣/٣، تبصرة الحكام ٢٦/١، والمخدرة: هي التي لا تبرز لقضاء حوائجها، والبرزة: هي التي تخرج لقضاء حوائجها (المغني ١٠/١٠٦، م ٨٢٤٣) وقيل: هي التي تخرج للعزايا والزيارات ولا تكثر (انظر لما سبق: الفروع ٦/٤٥٨-٤٥٩).

(٤) الأحكام السلطانية للماردي: ١٠٧.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني: ٣٠٤/٨.

(٦) المنتقى للبايجي ١٨٢/٥. ويمكن الاستدلال لهم بقوله تعالى: ﴿أَوْ مَنْ يُنَشَّؤُا فِي الْحَلِيَّةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾ [الزخرف: ١٨] والقضاء فصل الخصومات، ومن كان غير مبين في الخصام فأحرى أن لا يكون قادراً على الفصل في الخصومات بعد سماعها. والله أعلم.

٣٦- أدلة المذهب الثاني: وهو جواز تولي المرأة لمنصب القضاء مطلقاً، في الأموال والحدود وغيرها.

٣٦/١ - أولاً - ما روي عن عمر بن الخطاب [أنه ولى الشفاء، امرأة من قومه، السوق] ^(١)^(٢).

٣٦/٢ - ثانياً - إن المراد من حديث «لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة» ^(٣) هو الخلافة وليس ما دونها ^(٤).

٣٦/٣ - ثالثاً - قوله ﷺ: «المرأة راعية على مال زوجها وهي مسؤولة عن رعيتها» ^(٥) قال ابن حزم: «ولم يأت نصٌّ من منعها أن تلي بعض الأمور» ^(٦).

(١) الاستيعاب، ابن عبد البر ٤/٢٣٣ رقم (٣٤٣٢) وفيه: وهي الشفاء بنت عبد شمس القرشية العدوية من المبايعات وقيل اسمها ليلى وغلب عليها الشفاء وهي من المهاجرات الأول وكانت رضي الله عنها من عقلاء النساء وكان النبي ﷺ يأتيها ويصلي عندها وكان عمر يقدمها في الرأي ويرضاها ويفضلها وربما ولّاها شيئاً من أمر السوق، والإصابة لابن حجر ٨/٢٠١ رقم (١١٣٧٩) وهي صاحبة رقية النملة، وقد نفى القرطبي في تفسيره عند قوله تعالى: ﴿إِنِّي وَجَدْتُ امْرَأَةً تَمْلِكُهُمْ﴾ ج ١٣/١٨٣ ص ١٨٣ هذا الأثر عن عمر وقال: لم يصح فلا تلتفتوا إليه فإنما هو من دسائس المتدعة في الأحاديث.

(٢) وانظر المحلى لابن حزم: ٨/٥٢٧ مسألة (١٨٠٤).

(٣) سبق تخريجه صفحة (٤٤).

(٤) المحلى لابن حزم ٨/٥٢٨ مسألة (١٨٠٤) وانظر المسألة (١٨٠٥).

(٥) رواه البخاري بلفظ قريب في كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، رقم ٨٥٣، ومواضع أخرى، ومسلم في كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق رقم ١٨٢٩، والترمذي في كتاب الحداد عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في الإمام رقم ١٧٠٥، وأبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ما يلزم الإمام من حق الرعية، برقم ٢٩٢٨، ومسند أحمد، مسند المكثرين من الصحابة من مسند ابن عمر، رقم ٤٤٨١، ومواضع أخرى.

(٦) المحلى لابن حزم: ٨/٥٢٨ مسألة (١٨٠٤).

وهذا الحديث يؤكد على توجيه المنع الوارد في الحديث السابق إلى الأمر العام الذي هو الخلافة.

٤/٣٦ - رابعاً- [إن سَمْرَاء بنت نُهَيْك الأَسَدِيَّة رضي الله عنها أدركت رسول الله ﷺ، وعُمرت، وكانت تمر في الأسواق، وتأمُر بالمعروف وتنهى عن المنكر، وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها]^(١). فهذا يدل على جواز ولاية المرأة الحسبة، والحسبة من القضاء^(٢).

٥/٣٦ - خامساً - قياس القضاء على الفتيا، فالإجماع قائم على جواز كون المرأة مفتية فيقاس القضاء عليها باعتبار أن كلاً منهما مُظهر للحكم الشرعي^(٣).

٣٧- أما استثناء الشافعية نفاذ حكم المرأة إذا ولّاه سلطان أو ذو شوكة؛ فهو للضرورة، إذ يضطر الناس إلى القاضي وتشتد حاجتهم إليه لتعطل مصالحهم بدونه، وقد تعين فيمن ولّاه السلطان^(٤).

٣٨- أدلة المذهب الثالث: وهو جواز تولي المرأة للقضاء، فيما عدا الحدود والقصاص.

١/٣٨ - أولاً- القضاء من باب الولاية، كالشهادة، والمرأة من أهل الشهادات في الجملة فتكون من أهل ولاية القضاء، بل إن حكم القضاء مستقى

(١) المعجم الكبير للطبراني ج ٤/٢٤٤ رقم (٧٨٥)، الاستيعاب لابن عبد البر، ٤/٤١٩ رقم

(٢٠٤٢٠)، وفيه: وهي: سمراء بنت نهيك الأَسَدِيَّة أدركت رسول الله ﷺ وعمرت، وكانت تمر في الأسواق وتأمُر بالمعروف وتنهى عن المنكر وتضرب الناس على ذلك بسوط كان معها.

(٢) الاختصاص القضائي للغامدي: ٣٦٧.

(٣) المغني لابن قدامة ١٠/٩٢ مسألة (٨٢٢١)، تولي المرأة منصب القضاء، عارف عارف (مجلة التجديد سنة ١ عدد ٢ صفحة ١١٥).

(٤) فتاوى الرملي ٤/١١٩ وسبقت الإشارة لذلك فقرة (٣٢).

من حكم الشهادة^(١)، وأما أنها لا تقضي في الحدود والقصاص فلأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة^(٢).

٢/٣٨ - ثانياً - بالنسبة لآية: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ وحديث «لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة» فإن القول بأن الرجل خير من المرأة لا ينفي أن تكون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال، وللنقص الغريزي الذي فيهن نسب النبي ﷺ لمن يوليهن عدم الفلاح، فكان الحديث قد تعرض للمولّين ولهن بنقص الحال، فغاية ما يفيد الحديث منع أن تستقضى المرأة وعدم حل ذلك، ولكن إن ولّها من له ذلك، أو حكمها خصمان، فقضت قضاء موافقاً لدين الله تعالى؛ فلا دليل على نفيه بعد موافقته لما أنزل الله تعالى، إذ لم يثبت شرعاً سلب أهليتها بالكلية وإن كانت ناقصة عقل ودين، فهي تصلح شاهدة وناظرة على الأوقاف ووصية على اليتامى^(٣)، فالمهم هو القضاء بما أنزل الله، فإذا تحصّل ذلك ولو من امرأة نفذ حكمها مع إثم من ولّها، بل إذا حكمت المرأة في القصاص والحدود فرفع إلى قاض آخر فأمضاه نفذ^(٤) ولم يكن لغيره أن يبطله^(٥).

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣/٧، تبين الحقائق للزيلعي ١٨٧/٤، العناية ٢٩٨/٧، فتح

القدير لابن الهمام ج ٧/٢٥٢ - ٢٥٣ - ٢٩٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣/٧.

(٣) فتح القدير لابن الهمام: ٢٩٨/٧.

(٤) خالف فخر الإسلام البزودي فقال بعدم نفوذ حكمها، الفتاوى الهندية ٣/٣٦١ - ٣٦٢.

(٥) الفتاوى الهندية ٣/٣٦١ - ٣٦٢، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ج ٧/٥ - ٦، بل صرح

النسفي بجواز كون المرأة سلطانة واستدل بأن امرأة تدعى شجرة الدر ملكت مصر، وهي جارية للملك الصالح بن أيوب.

٣٩ / ١- أولاً: بالنسبة لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ فإن المراد: جنس الرجال قوام على جنس النساء بما فضل الله تعالى جنس الرجال على جنس النساء وبما أنفقوا من أموالهم، وهذا لا ينفي أن تكون بعض أفراد النساء خيراً من بعض أفراد الرجال^(٢). والآية ليست في موضوع النزاع، لأن المراد بها قوامة الرجل في بيته وداخل أسرته^(٣).

ومع أن العبرة للغالب؛ فإن الملاحظ أن بعض النساء قوامات على بعض الرجال بما فضلهن الله على أولئك البعض بعلم أو دين، وبما أنفقن من أموالهن، وكون الرجل قواماً على المرأة هو من باب توزيع الاختصاص وليس من باب عدم الصلاحية.

٣٩ / ٢- ثانياً: دعوى الإجماع ليست مسلمة تماماً، فهذا الطبري ومن معه، فيما يُنقل عنهم، ليسوا مع الإجماع، وعلى فرض تحققه فإنه لا يمكن لنا أن نجزم بجدوئه مع مخالفة بعض العلماء له^(٤).

٣٩ / ٣- ثالثاً: إن المراد من حديث: «لن يفلح قومٌ ولوا أمرهم امرأة» هو الأمر العام (الخلافة)^(٥) بدليل سبب ورود الحديث، ومما يؤكد ذلك اتفاق العلماء على جواز تولي المرأة بعض الولايات الخاصة كالولاية على الوقف^(٦).

(١) ينظر للتوسع: الاختصاص القضائي للغامدي: ٢٥٨ وما بعدها، النظام القضائي في الإسلام لعزام ٩٦/١ وما بعدها، تولي المرأة منصب القضاء بين تراثنا الفقهي والواقع المعاصر لعارف عارف (بحث في مجلة التجديد سنة ١ عدد ٢ صفحة ٩٣ وما بعدها).

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٩٨.

(٣) تولي المرأة لمنصب القضاء، لعارف (مجلة التجديد سنة ١ عدد ٢) صفحة ٩٣.

(٤) تولي المرأة لمنصب القضاء، لعارف (مجلة التجديد سنة ١ عدد ٢) صفحة ٩٨.

(٥) المحلى لابن حزم ٨/٥٢٨ مسألة (١٨٠٤).

(٦) فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٩٨.

٤/٣٩ - رابعاً: أما حديث «القضاء ثلاثة» فيمكن حمله على باب التغليب، إذ غالب من يتولى القضاء من الرجال.

٥/٣٩ - خامساً: وأما ما استدلوا به من أنه لم ينقل منذ عهد النبي ﷺ تولي امرأة للقضاء: فالترك ليس بحجة، فلا يصح الاستدلال (بترك) النبي ﷺ للفعل على تحريمه هكذا بإطلاق، بل لا بد من تقييد الترك بثبوت وجود المقتضي للفعل في زمنه قطعاً، وليس في تعريف السنة تركه ﷺ للشيء^(١).

٦/٣٩ - سادساً: وأما المنع لأنه لا يتأتى للمرأة أن تخالط الرجال وتفاوضهم مفاوضة النظير للنظير: فإن كانت المرأة ملتزمة بالحجاب الشرعي ومبتعدة عن تبرج الجاهلية فلها في أمهات المؤمنين ومن بعدهن من المعلمات للرجال والنساء؛ أسوة، ويمكن أن تستثنى المرأة الفاتنة ولو بصورتها من ذلك، وهي لا تزدهم مع الرجال بل يفسح لها طريق للمرور أو يخصص لها طريق خاص لمجلس القضاء.

٧/٣٩ - سابعاً: أما أن المرأة ناقصة العقل قليلة الرأي فإن الحديث قد بين معنى نقصان عقلها بمعنى نقصان الشهادة في أمور بينها الشارع^(٢).

٨/٣٩ - ثامناً: أما ما استدل به المجيزون لتولي المرأة للقضاء بإطلاق من أن سيدنا عمر رضي الله عنه ولى امرأة الحسبة؛ فقد قال ابن العربي^(٣): لم يصح

(١) تولي المرأة لمنصب القضاء لعارف عارف (مجلة الجديد سنة ١ عدد ٢) صفحة ١١٢.

(٢) تولي المرأة لمنصب القضاء، لعارف (مجلة التجديد سنة ١ عدد ٢) صفحة ١٠٣.

(٣) ابن العربي: (٤٦٨ - ٥٤٣ هـ = ١٠٧٦ - ١١٤٨ م) محمد بن عبد الله الإشبيلي المالكي أبو بكر ابن العربي، قاض من حفاظ الحديث، أديب بارع، صنف كتباً في الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب والتاريخ، منها «العواصم من القواصم» و«عارضه الأحوذ في شرح الترمذي» و«المحصول» في أصول الفقه. (الأعلام ٦/٢٣٠).

وهو من دسائس المبتدعة في الأحاديث، كما أن بعض العلماء شكك في نسبة هذا الرأي إلى ابن جرير الطبري، كابن العربي الذي نفى صحة النسبة إليه، وابن قدامة^(١) حيث قال (وحكي)^(٢) بصيغة التمریض.

٣٩/٩ - تاسعاً: لا يسلم قياس القضاء على الفتوى لوجود فروق متعددة بينهما^(٣).

٤٠ - رأي الباحث: يتبين مما سبق أنه لا يكاد يخلو دليل مما استدل به كل مذهب من المذاهب السابقة من رد عليه أو اعتراض، مع ظهور رجحان أدلة الجمهور المتضافرة، والباحث يميل إلى ما يأتي:

٤٠/١ - يجوز تولي المرأة للقضاء للضرورة وذلك فيما عدا الحدود والقصاص، ولأنها إذا وليت للضرورة وقلنا بعدم نفاذ أحكامها أوقعنا الناس في الإثم: إما لأخذهم ما لا يحق لهم في الحقيقة أو بدفعهم ما لا يجب عليهم، وفي ذلك تضييع للماهم وهو أمر منهي عنه.

٤٠/٢/١ - مما يقوي القول بجواز تولي المرأة للقضاء للضرورة فيما عدا الحدود والقصاص: توافر باقي الشروط المطلوبة في القاضي فيها وكون جميع أطراف الدعوى من النساء، ويجب حينها تخصيص يوم معين للنظر في هذه

(١) ابن قدامة المقدسي: (٥٤١ - ٦٢٠ هـ = ١١٤٦ - ١٢٢٣ م) عبد الله بن محمد بن قدامة، أبو محمد، موفق الدين، فقيه حنبلي إمام، من تأليفه الكثيرة: المغني وبه شرح مختصر الخرقى، روضة الناظر، ولد في جماعيل (من قرى نابلس بفلسطين) وتعلم في دمشق وتوفي بها.

(شذرات الذهب، ابن العماد: ٧/١٥٥ وما بعدها. الأعلام، الزركلي: ٤/٦٧).

(٢) تولي المرأة لمنصب القضاء لعارف (مجلة التجديد سنة ١ عدد (٢) صفحة (٩٩) الاختصاص القضائي للغامدي: ٢٦٣ وما بعدها حيث رجح عدم صحة نسبة هذا القول للطبري، وقد سبق بيان موقف ابن العربي عند ذكر من قال بالمذهب الثاني قبل صفحات قليلة.

(٣) انظر: الفروق للقرافي ٤/٥٣، الفرق ٢٢٤ في الفرق بين الحكم والفتوى.

الدعاوي أو تخصيص محكمة خاصة لذلك، ويقوى هذا القول لاعتبار الشرع شهادة المرأة فيما عدا الحدود والقصاص، ولأن المرأة يتعلق بقولها بعض الأحكام، ولأن القوامة للرجال عند وجود رجال ونساء، وليس ما يمنع من قوامة بعض النساء على بعض عند عدم وجود رجال.

٤٠/٢/٢- ويجوز كذلك تولي المرأة لولاية الحسبة ضمن الأسواق المخصصة للنساء ولو من غير ضرورة، لورود بعض الآثار التي تميز تولي المرأة للحسبة.

٤٠/٣- الضرورة المقصودة هنا: ١- أن يوليها سلطان أو ذو شوكة في أرض نائية يتحكم فيها.

٢- أو أن يكون ذلك في بلد تعذر فيه وجود ذكر تتوافر فيه شروط القاضي وتوافرت في امرأة، مع قلة وقوع ذلك، وكذلك في بعض الحالات الخاصة كالحروب.

٤٠/٤- وتعليل ذلك: أن الناس لا بد لهم من إقامة قاض يتحاكمون إليه، وهم مضطرون لذلك وإلا تعطلت مصالحهم لكثرة ما يقع من نزاعات، وقد تعين هذا فيمن ولاه السلطان، كما أن ترك منصب القضاء شاغراً يوقع المسلمين في الإثم بتركهم لفريضة محكمة وهي إقامة القضاء، فإذا أمكن إقامة العدل من غير أهله قبل، إذ ليس هناك دليل على وجوب رفضه.

٤٠/٥- الضرورة تقدر بقدرها، فإذا زالت شوكة السلطان الذي ولاها أو وجد من الرجال من توافرت فيه شروط القاضي؛ فلا يجوز إقرارها على القضاء بعد ذلك، ويمكن أن تكون مستشارة للقاضي مثلاً، أو تكون عضواً في هيئة قضائية.

٤٠/٦ - على الحاكم والمسلمين السعي لتهيئة من تتوافر فيه شروط القاضي من الرجال، وإن تقاعسوا كانوا آثمين، يقول الشيخ ابن تيمية^(١): «ومع أنه يجوز تولية غير الأهل للضرورة إذا كان أصلح الموجود، فيجب مع ذلك السعي في إصلاح الأحوال، حتى يكمل في الناس ما لا بد لهم منه من أمور الولايات والإمارات ونحوها»^(٢).

٤٠/٧ - يجب على المرأة المولاة للقضاء أن تبين مستندها في جميع أحكامها، وليس لها أن تحكم بعلمها.

٤٠/٨ - ينفذ من أحكامها ما وافق الشرع الحنيف فقط. والله تعالى أعلم.

خامساً - الحرية:

٤١ - رأي الجمهور: اشترط جماهير الفقهاء أن يكون من يتولى القضاء حراً، لأن العبد ليس أهلاً للشهادة، ولأن منافعه مستحقة لسيده فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين^(٣)، والأصل في الولايات ولاية المرء على نفسه ثم التعدي منه إلى غيره عند وجود شرط التعدي، ولا ولاية للعبد على نفسه فكيف تتعدى إلى غيره^(٤)، فلا يتولى العبد ولو كان بعضه رقيقاً أو مكاتباً بقي منه درهم.

(١) ابن تيمية: أحمد بن عبد الحلیم، شیخ الإسلام، ولد بجرّان سنة (٦١١هـ) سكن دمشق، حنبلي، سجن في مصر لبعض أقواله، ثم في دمشق لفتواه في الطلاق، من كتبه: الفتاوى، نظرية العقد، توفي في سجنه بدمشق سنة (٧٢٨هـ).

(٢) السياسة الشرعية: ٢٧.

(٣) المنتقى للبايجي ١٨٢/٥ - ١٨٣، مواهب الجليل للحطاب ٨٧/٦، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٦/١، المبسوط للسرخسي ١١٠/١٦، البدائع ج ٣/٧، الفتاوى الهندية ٣٠٧/٣، الفروع لابن مفلح ٤٢١/٦، الإنصاف للمرداوي ١٧٦/١١، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠٦/١٠، حاشيتنا قليوبي وعميرة ٢٩٦/٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري، ٢٨٠/٤، معالم القرية لابن الأخوة ٢٠٤ - ٢٠٥.

(٤) كشف الأسرار، ٣٠١/٤.

٤٢- رأي المخالف: خالف ابن حزم فأجاز تولي العبد للقضاء، وكذلك الخنابلة في وجه لهم خلافاً لجماهير مذهبهم، واشترط بعضهم إذن سيده لذلك، وأجاز الشافعية نفاذ حكم العبد للضرورة^(١).

٤٣- تولي المعتق: أجاز الحنفية تولي المعتق للقضاء، خلافاً لبعض المالكية دون أكثرهم^(٢).

٤٤- تحرير وتحقيق: ذهب الحنفية خلافاً لجماهير الفقهاء إلى أن الحرية شرط للقضاء، لا لتولي القضاء، وهذا ما ذهب إليه محققو مذهب الحنفية خلافاً لبعض مراجعهم التي ظاهرها الاتفاق مع جمهور العلماء^(٣)، فإذا تولى العبد وحكم فرفع حكمه إلى قاض آخر لم يجوز له أن يمضيه، خلافاً لما ذهب إليه الفتاوى الهندية^(٤).

سادساً - العدالة:

٤٥- معنى العدالة: حفظ المروءة والانكفاف عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر^(٥)، والعدل من كانت حسناته غالبية على سيئاته^(٦).

- (١) المحلى بالآثار ٥٢٨/٨ مسألة (١٨٠٥)، الفروع لابن مفلح ٤٢١/٦، الإنصاف للمرداوي ١٧٦/١١، أسنى المطالب للأنصاري ٢٨٠/٤.
- (٢) فتح القدير لابن الهمام: ٢٥٣/٧، مواهب الجليل للحطاب ٨٧/٦، منع سحنون ذلك خوفاً من استحقاقه، وجمهور المالكية لا يمنع ذلك.
- (٣) فتح القدير لابن الهمام ٢٥٣/٧، الفتاوى الهندية ٣٠٧/٣، رد المحتار لابن عابدين ٣٥٤/٥ - ٣٥٥، المسوط للسرخسي ١١٠/١٦.
- (٤) الفتاوى الهندية ٣٦١/٣، الهداية بهامش فتح القدير ٢٥٢/٧.
- (٥) هذا الضابط مستنبط من قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٤٤/٢ - ٤٥، وذهب الماوردي في الأحكام السلطانية ص ١٠٨ إلى أن العدالة «أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم متوقياً المآثم بعيداً من الريب مأموناً في الرضا والغضب مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودينه» وعدالة كل زمن بحسبه، كما يفيد كلام الماوردي وكما ذكر العز بقوله: لا تشتط مساواة عدالة شهودنا وحكامنا عدالة شهود وحكام الصحابة. وانظر للتوسع في معنى العدل والعدالة، فقرة (١/٢٦٩).
- (٦) العناية ٤٢١/٧، مجلة الأحكام العدلية: مادة «١٧٠٥»، وجاء في شرح الخرشبي على مختصر =

٤٦ - اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة فيمن يتولى القضاء:

١/٤٦ - المذهب الأول: ذهب إلى اشتراط ذلك جمهور العلماء: من الشافعية، والحنابلة، والمالكية في المشهور عندهم، وأئمة الحنفية الثلاثة كما في النوادر، وهو مذهب أبي حنيفة^(١)، كما حقق الجصاص^(٢)^(٣)، وهو مذهب الطحاوي^(٤) من الحنفية أيضاً^(٥)، فلا تصح توليه غير العدل (الفاسق) ولا تنفذ أحكامه، بل هي مردودة سواء وافقت الحق أم لا.

-
- = خليل ١٣٨/٧ - ١٣٩ «العدل وصف مركب من خمسة أوصاف: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وعدم الفسق».
- (١) الإمام أبو حنيفة: النعمان بن ثابت، إمام المذهب، ولد بالكوفة سنة (٨٠هـ)، قوي الحجة، شديد الذكاء، ضرب على القضاء وحبس واستمر على إباته، توفي في السجن سنة (١٥٠هـ) زمن الخليفة المنصور. (سير أعلام النبلاء، الذهبي: ٦/٣٩٠ وما بعدها).
- (٢) الجصاص: أبو بكر الجصاص، أحمد بن علي، والجصاص نسبة إلى العمل بالجص، الورع الزاهد العالم، انتهت إليه رئاسة مذهب الحنفية، ولد ببغداد سنة (٣٠٥هـ) وتوفي فيها سنة (٣٧٠هـ) من مصنفاته: أحكام القرآن، أدب القضاء. (الفوائد البهية، اللكنوي: ٢٧ - ٢٨).
- (٣) تحفة المحتاج للهيتمي ١٠/١١٣ - ١١٤، قليوبي وعميرة ٤/٢٩٦، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٤/٢٧٩، الفروع لابن مفلح ٦/٤٢١، الإنصاف للمرداوي ١١/١٧٧، المنتقى للبايجي، ٥/١٨٣ - ١٨٤، الفروق للقرافي ٤/٣٤، شرح حدود ابن عرفة ص ٤٤١، مواهب الجليل للحطاب ٦/٨٧، التاج والإكليل ٢/٦٣، رد المحتار ٥/٣٥٥، كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٤/١٧٥ - ١٧٦، العناية وبهامشها الهداية ٧/٢٥٤ - ٢٥٥، فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٥٣، أحكام القرآن للجصاص ١/٩٧ وما بعدها، وذكر أن شخصاً اسمه (زرقان) هو الذي نسب لمذهب أبي حنيفة جواز توليه الفاسق.
- (٤) الطحاوي: (٢٣٩ - ٣٢١هـ = ٨٥٣ - ٩٣٣م) أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، أبو محمد، ولد ونشأ في (طحا) من صعيد مصر، وتفقّه على مذهب الشافعي ثم تحول حنفيّاً توفي بالقاهرة. من تصانيفه الكثيرة: (شرح معاني الآثار)، (بيان السنة). (الأعلام، الزركلي: ٢٠٦/١).
- (٥) العناية للبايرتي ٧/٢٥٤، رد المحتار لابن عابدين ٥/٣٥٥.

٢/٤٦ - المذهب الثاني: ذهب الحنفية في ظاهر مذهبهم، وصححه ابن عابدين^(١) وعليه الفتوى عندهم، إلى أن العدالة شرط كمال؛ فتجوز تولية الفاسق وتنفيذ قضاياه إذا لم يتجاوز حد الشرع إلا أنه لا ينبغي أن يقلد^(٢)، ويأثم مقلده^(٣)، بل حقق ابن الهمام^(٤) أنه لا تجوز تولية غير العدل إذا كان في الناس عدل عالم ولكن لو ولي جاز ولا يحل له أن يقضي ولو قضى جاز ونفذ^(٥)، وذهب أصبغ من المالكية إلى عدم جواز تولية المسخوط (أي الفاسق أو غير العدل) ولكن إذا ولي نفذ من أحكامه ما وافق الحق وجانب الجور^(٦).

٤٧ - حالة الضرورة: ذهب عموم الفقهاء إلى انعقاد ولاية غير العدل في حال الضرورة: عند عدم وجود عدل، أو عند وجوده ولكن ولي الفاسق سلطان ذو شوكة، وإنما أجازوا ذلك للضرورة ولئلا تتعطل مصالح الناس^(٧).

-
- (١) ابن عابدين: (١١٩٨ - ١٢٥٢ هـ = ١٧٨٤ - ١٨٣٦ م) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته بدمشق، له رد المختار على الدر المختار ويعرف بحاشية ابن عابدين، ونسبته الأسحار، ومجموعة رسائل. (الأعلام، الزركلي: ٤٢/٦).
- (٢) رد المختار وبهامشه الدر ٣٥٥/٥ - ٣٥٦، المسوط للسرخسي ٨٠/٩، ١٠٩/١٦، البدائع، ج ٣/٧، تبيين الحقائق ١٧٥/٤، فتح القدير لابن الهمام ٢٥٤/٧.
- (٣) الدر المختار بهامش رد المختار وشرح الدر عليه: ٣٥٦/٥.
- (٤) ابن الهمام: (٧٩٠ - ٨٦١ هـ = ١٣٨٨ - ١٤٥٧ م) محمد، كمال الدين، المعروف بابن الهمام، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق. ولد بالإسكندرية وتوفي بالقاهرة. من كتبه: فتح القدير، والتحرير في أصول الفقه. (الأعلام، الزركلي: ٢٥٥/٦).
- (٥) فتح القدير ٢٥٤/٧ - ٢٥٥.
- (٦) مواهب الجليل للحطاب ٨٧/٦، شرح حدود ابن عرفة ص ٤٤١.
- (٧) مواهب الجليل للحطاب ٩٠/٦، شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٩/٧، مجمع الأنهر لداماد أفندي ١٥١/٢، ابن عابدين ٣٥٦/٥، أسنى الطالب ٢٨٠/٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٢٩٧، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١١٣/١٠ - ١١٤، الفروع ٤٢٤/٦، الإنصاف للمرداوي ١٨١/١١، مغني المحتاج ٢٦٥ - ٢٦٦.

وذهب الشافعية إلى اشتراط أن يبين مستنده في سائر أحكامه، وأن لا يحكم بعلمه، وأن يعرف طرفاً من الأحكام، وذهب بعضهم إلى انعزاله بزوال شوكة السلطان لأن الضرورة تقدر بقدرها^(١).

٤٨- يرى الباحث قريباً من مذهب الحنفية وهو أن تولية غير العدل لا تجوز ولا تنعقد مع وجود العدل في الناس، ويأثم مقلده وأحكامه مردودة، وتصح تولية غير العدل للضرورة أو الحاجة لثلاث تعطل مصالح الناس، وذلك إذا لم يوجد في الناس من تتوافر فيه شروط القاضي ويقدم الأمثل الأصلح.

وإذا كان في الناس العدول ولكن سلطاناً ذا شوكة وتولى غير العدل فيأثم من ولّاه، ولا يجوز للفاسق قبول هذه التولية، فإن قبلها وجب عليه بيان مستنده في جميع أحكامه، وليس له أن يحكم بعلمه، وينعزل بزوال الضرورة التي أقر من أجلها إذا كان غير عدل. أما أحكامه فتنفذ للضرورة، فإذا زالت الضرورة يُنقض منها ما خالف الشرع. يقول ابن عبد السلام^(٢): «بل لو تعذرت العدالة في جميع الناس لما جاز تعطيل المصالح المذكورة بل قدمنا أمثل الفسقة فأمثلهم، وأصلحهم للقيام بذلك فأصلحهم، بناء على أننا إذا أمرنا أتينا منه بما قدرنا عليه ويسقط عنا ما عجزنا عنه ولاشك أن حفظ البعض أولى من تضييع الكل... ولمثل هذا قلنا: إذا عم الحرام بحيث لا يوجد حلال فلا يجب على الناس الصبر

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٢٩٧، حاشية البجيرمي على الخطيب ٤/٣٢١-٣٢٢.

(٢) العز بن عبد السلام: (٥٧٧ - ٦٦٠ هـ = ١١٨١ - ١٢٦٢ م) عبد العزيز بن عبد السلام، الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد، ولد ونشأ في دمشق. وتوفي رحمه الله تعالى في القاهرة. من كتبه الكثيرة: التفسير الكبير، الإلمام في أدلة الأحكام، قواعد الشريعة.

(شذرات الذهب، ابن العماد: ٧/٥٢٤ وما بعدها، الأعلام، الزركلي: ٤/٢١).

إلى تحقق الضرورة لما يؤدي إليه من الضرر العام»^(١). والله تعالى أعلم.

سابعاً - العلم بالأحكام الشرعية (الاجتهاد)^(٢):

٤٩- المذهب الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنابلة والشافعية والمالكية في المشهور عندهم، والحنفية في غير الصحيح عندهم إلى اشتراط العلم فيمن يتولى القضاء^(٣)، وغالباً ما يعبرون عن هذا الشرط بالاجتهاد في القاضي،

(١) قواعد الأحكام لابن عبد السلام: ٤٤/٢ - ٤٥، وفي مواهب الجليل ٩٠/٦، قول قريب منه عن ابن أبي زيد، وإن شرط العدالة من أهم الشروط التي حرص الإسلام على اشتراطها في المرشح للقضاء وهي صفة ذاتية في شخص القاضي تكون من الضمانات القضائية التي تكفل اضطلاع القاضي بأعماله القضائية على أفضل وجه، وفيها ضمان لحقوق الإنسان، انظر لذلك: حقوق الإنسان والضمانات القضائية في الإسلام، د. صلاح الدين الناهي، بحث مقدم لمجلة الحقوق، جامعة الكويت (سنة ٧ عدد ٣) صفحة ١٢٢ وما بعدها، ١٢٥ وما بعدها، بل الملاحظ أن بعض العلماء يقولون بتقديم العدل غير العالم على العالم الفاسق، وجواز تولي غير العدل للقضاء عند عدم وجود العدل هي من تطبيقات قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)، انظر القواعد الفقهية للزرقا (قاعدة ٣٨ ص ٢٢٩).

(٢) القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم، ومن يشترط هذه الصفة يرى أن هذا العلم لا يؤدي إلى المقصود من القضاء إلا إذا كان في رتبة الاجتهاد إن أمكن تحصيل ذلك، وسيأتي بيان ذلك هنا. إن شاء الله. والاجتهاد بذل الجهود فيما يقصده المجتهد ويتحرّاه، إلا أنه قد خصّ في العرف بأحكام الحوادث التي ليس لله تعالى عليها دليل قائم يوصل إلى العلم بالمطلوبة منها (الفصول في الأصول ج ٤/١١)، أو هو: بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني (التقرير والتحجير ٣/٢٩١)، وانظر فقرة (٩٥).

(٣) الفروع لابن مفلح ٤٢١/٦، الإنصاف ١١/١٧٧، كشاف القناع ٦/٢٩٥، الأحكام السلطانية للماوردي: ١٠٩، ١١٠، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري: ٤/٢٧٨ - ٢٧٩، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٢٩٦ وما بعدها، تحفة المحتاج للهيتمي ١٠/١٠٧ وما بعدها، العناية للبابرتي ٧/٢٥٦، ٢٥٧، فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٥٣، تبين الحقائق للزيلعي ٤/١٧٦، ومن صرح بذلك الإمام محمد بن الحسن كما ذكر القدوري، وصرح ابن الهمام بالحرمة عند وجود المجتهد مع أن ولايته تنعقد، وجاء في فتح القدير ٧/٢٥٦ «ليس المراد بالعلم ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه».

ويصرح المالكية بأن شرط صحة التولية هو العلم أما الاجتهاد فهو واجب إن وجد أهله^(١)، والمراد هنا الاجتهاد المطلق.

٥٠- المذهب الثاني: الصحيح عند الحنفية أن الاجتهاد شرط كمال وأولوية^(٢)، ولكن إن ولى السلطان رجلاً غير مجتهد مع وجود المجتهد حرم عليه ذلك وحرم على المولى قبولها، وإن قبلها نفذ الحكم بها^(٣)، ووافق الحنفية بعض المالكية منهم ابن رشد.^{(٤)(٥)}

٥١- غير المجتهد:

١/٥١- أجاز جمهور العلماء تولي غير المجتهد للضرورة أو الحاجة: فتجوز تولية المقلد (مجتهد المذهب أو مجتهد الفتوى)^(٦) عند تعذر وجود المجتهد، والأفضل أن يقدم أمثل المقلدين فيقدم مجتهد المذهب على مجتهد الفتوى ولو ولّاه غير ذي شوكة.

-
- (١) مواهب الجليل للحطاب ٦/٨٨-٨٩، الدسوقي على الشرح الكبير، ٤/١٢٩ وما بعدها.
 - (٢) بدائع الصنائع للكاساني ج٣/٧، تبين الحقائق ٤/١٧٦، فتح القدير لابن الهمام: ٧/٢٥٣، ٢٥٦، ٢٥٧.
 - (٣) فتح القدير ٧/٢٥٣.
 - (٤) مواهب الجليل للحطاب ٦/٨٨-٨٩، الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٢٩.
 - (٥) ابن رشد الحفيد: محمد بن أحمد، أبو الوليد، يلقب بالحفيد ليميز عن جده، ولد بقرطبة سنة (٥٢٠هـ)، فقيه مالكي أصولي طيب فيلسوف، من كتبه تهافت التهافت، بداية المجتهد، توفي بمراكش سنة (٥٩٥هـ). (سير أعلام النبلاء، الذهبي: ٢١/٣٠٧).
 - (٦) مجتهد المذهب: هو الذي يقدر على إقامة الأدلة، ومجتهد الفتوى هو الذي يقدر على الترجيح (حاشية العدوي بهامش شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٣٩) والمقلد: هو من حفظ مذهب صاحبه لكنه غير عارف بغوامضه وقاصر عن تقرير أدلته وهو لا يصلح للفتوى فللقضاء أولى (مغني المحتاج ٦/٢٦٣).

ومن الضرورة أن يوجد المجتهد ويولي السلطان أو ذو الشوكة رجلاً غير مجتهد، فتنفذ أحكامه للضرورة^(١). وهذا موافق لحال العصر الحاضر حيث لا يوجد مجتهدون.

٢/٥١ - والمقصود بغير المجتهد هنا: من كان عالماً لكنه دون رتبة المجتهد المطلق، ويعبرون عنه أحياناً (بالمقلد)، وهذا ما عليه العمل منذ مدة طويلة وإلا كانت مصالح الناس متعطلة.

٣/٥١ - أما تولية الجاهل^(٢) فمع أنها يجب أن لا تكون ولكن لو ولى جاهل نفذت أحكامه عند الحنفية^(٣) وبعض المالكية في قول شاذ ولو من غير ضرورة^(٤) وقد يقال في تولية الجاهل ما قيل في النوعين السابقين من الضرورة^(٥)، ولكن إذا

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٦/١، التاج والإكليل للمواق ٦٦/٨، شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٩/٧، مغني المحتاج للشربيني ٢٦٥/٦ - ٢٦٦، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٩٧/٤، العناية للبابرتي ٢٥٦/٧ - ٢٥٧، الفروع لابن مفلح ٤٢١/٦ - ٤٢٢، الإنصاف للمرداوي ١٧٧/١١ - ١٧٨، كشاف القناع للبهوتي ٢٩٥/٦، حاشية ابن عابدين ٣٥٦/٥.

(٢) المراد بالجاهل: هو المقلد لأنه جاهل بالنسبة إلى المجتهد، وقد يتمل أن المراد هو من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء (العناية ٢٥٦/٧) وعلى المعنى الأول هو نفسه المقلد الذي سبق ذكره، وإنما نقصد المعنى الثاني، والأول كما يميل البابرتي إليه هو الذي يفهم من عبارات الفقهاء ولكنه يكون تكراراً، وليس المراد الذي لا يعلم شيئاً مطلقاً بل المتبادر للذهن هو من له إلمام بسيط بطرف الأحكام إذ لا يستقيم غير ذلك. والله تعالى أعلم.

(٣) العناية للبابرتي ٢٥٦/٧، بدائع الصنائع للكاساني ج ٣/٧ وقال: «ولكن مع هذا لا ينبغي أن يقلد الجاهل لأن الجاهل نفسه يفسد أكثر مما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر... فكان تقليده جائزاً في نفسه فاسداً لمعنى في غيره، والفاسد لمعنى في غيره يصلح للحكم عندنا، وهو كالبيع الفاسد» وفتح القدير ٢٥٣/٧.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٧/١ وفيها كلام مفيد عن تولية غير المجتهد، الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٩/٤ وما بعدها.

(٥) بل إن العلماء أكثر تضييقاً لقبول تولية الجاهل حتى مع الضرورة، فالذين ذهبوا إلى أن الاجتهاد شرط أولوية لا اعتراض عندهم، أما الفريق الثاني فمنهم من يرفض بشدة، فمثلاً =

تولى الجاهل وجب عليه أن يشاور العلماء، وإن لم يشاور تتعقب أحكامه: فما كان صواباً أمضي وما كان غير ذلك نُقض^(١). وذهب بعضهم إلى نقض أحكامه مطلقاً، وافقت الحق أو لم توافق^(٢) لأنه يقضي عن جهل.

٥٢- الاجتهاد المُشترط: ليس من شرط الاجتهاد أن يكون القاضي مجتهداً في كل المسائل بل يكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه، فمن عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها وإن جهل غيرها^(٣).

٥٣- الأدلة:

١/٥٣- أدلة الجمهور:

١/١/٥٣- أولاً - قوله تعالى: ﴿لَتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [النحل: ٤٤] فأعلم تعالى أن النبي ﷺ إذا بين للناس ما أنزل إليهم أمكنهم أن يتفكروا ويعتبروا فإذا لم يكن عندهم تبين النبي ﷺ لما أنزل الله من

= الخطاب في مواهب الجليل للخطاب ٨٨/٦ - ٨٩ لا يصح تولية الجاهل ويوجب عزله ورد أحكامه مطلقاً، وكذلك تبصرة الحكام ٢٦/١، أما العدوي في حاشيته بهامش شرح الخرشي لمختصر خليل ١٣٩/٧، ١٦٣ فيوجب على الجاهل إذا تولى أن يشاور العلماء... وهذا يفيد القول بانعقاد ولايته وبخاصة عند عدم وجود العالم، والدسوقي على الشرح الكبير، ١٢٩/٤ - ١٣٠ - ١٥٣، منح الجليل ٢٥٩/٨ - ٢٦٠ والشافعية يقولون بنفوذ تولية غير الأهل للضرورة؛ لكنهم لا يقولون بتولية الجاهل: مغني المحتاج ٢٦٣/٦ - ٢٦٥ - ٢٦٦ والمنهاج بهامشه بل ينفذ قضاء المقلد، قلوبوي وعميرة ٢٩٧/٤، وقال ابن الأخوة من معالم القرية ص ٢٠٥: «ولا يصح ولاية العامي وقول ضعيف عن بعض أصحاب أبي حنيفة بجواز ذلك إذا كان يراجع أهل العلم ويحكم بما يقولون».

(١) حاشية العدوي بهامش شرح مختصر خليل للخرشي ١٣٩/٧ - ١٦٣، الدسوقي على

الشرح الكبير ١٢٩/٤ وما بعدها، ١٥٢، منح الجليل للخطاب ٢٥٩/٨ - ٢٦٠.

(٢) مواهب الجليل ٨٨/٦ - ٨٩.

(٣) المغني ٩٤/١٠ م (٨٢٢١)، أسنى المطالب ٢٧٨/٤ - ٢٧٩.

الكتاب لم يتمكن لهم التفكير في أحكامه^(١).

٥٣ / ١ / ٢ - ثانياً - قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ

بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبْنَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥] ومن ليس من أهل الاجتهاد من القضاة فإنه لا يرى شيئاً، وليس له إلا أن يخبر عن فتوى غيره^(٢). فغير المجتهد لا يأتي بالعرض الذي أنزل الكتاب من أجله.

٥٣ / ١ / ٣ - ثالثاً - قوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولم

يقبل بالتقليد^(٣).

٥٣ / ١ / ٤ - رابعاً - قوله ﷺ: «القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة،

رجل علم الحق فقاضى فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار»^(٤) والعامي يقضي عن جهل.

٥٣ / ١ / ٥ - خامساً - المفتي يشترط فيه الاجتهاد، والحكم أكد من الفتيا،

لأنه فتيا وإلزام، فإذا اشترط في المفتي أن لا يكون عامياً؛ فالقاضي أولى^(٥).

٥٣ / ٢ - أدلة الحنفية:

٥٣ / ٢ / ١ - أولاً: عن علي^(٦) رضي الله عنه قال: [بعثني رسول الله ﷺ إلى

(١) المنتقى للباجي ١٨٣/٥.

(٢) المنتقى للباجي ١٨٣/٥.

(٣) المغني لابن قدامة ٩٣/١٠ (٨٢٢١).

(٤) سبق تخريجه ص (٤٤).

(٥) المغني لابن قدامة ٩٣/١٠ (٨٢٢١)، نظرية الحكم القضائي لأبو البصل: ١٤٧-١٤٨.

(٦) علي بن أبي طالب: (٢٣ ق. هـ-٤٠ هـ = ٦٠٠-٦٦١ م)، أبو الحسن، أمير المؤمنين، رابع

الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة، ابن عم النبي ﷺ وصهره، وأول الناس إسلاماً من بعد خديجة رضي الله عنها، ولد بمكة، ورُبي في حجر النبي ﷺ، قتله ابن ملجم =

اليمن وأنا حديث السن قال: قلت: تُنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ قال: «إن الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك» قال: فما شككت في قضاء بين اثنين بعد^(١).

والحديث يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط لجواز تولي القضاء، لأن علياً رضي الله عنه لم يكن حينئذ من أهل الاجتهاد^(٢)، وقد ناقش ابن الهمام هذا الاستدلال وأنه ليس بشيء، فإنه ﷺ دعا له أن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه، فإن كان بهذا الدعاء رُزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد، وهذا غير ثابت في غيره^(٣).

٥٣/٢/٢ - ثانياً - إن المقصود من القضاء هو إيصال الحق لمستحقه، وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره^(٤).

٥٣/٢/٣ - ثالثاً - إن العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام شرط ندب واستحباب في الحاكم الأعظم وكذلك القاضي؛ لأنه يمكن أن يقضي بعلم غيره ويرجع إلى فتوى غيره من العلماء^(٥).

= غيلة، واختلف في مكان قبره. (الرياض النضرة، ١٠٣/٢ إلى ٢٣٩ الأعلام، الزركلي: ٢٩٥/٤ - ٢٩٦).

(١) أحمد في مسنده، مسند العشرة المبشرين، من مسند علي رضي الله عنه، رقم ٦٣٧، وبلغظ «سيهدي قلبك ويثبت لسانك» في نفس الموضوع من المسند، أبو داود في كتاب الأفضية، باب كيف القضاء، ج ٣/٣٠١، رقم ٣٥٨٢، والحاكم في المستدرک بمعناه (٣/١٢٥) في كتاب معرفة الصحابة، وقال في آخره: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب آداب القاضي، ١٠/٨٦ - ٨٧.

(٢) العناية للبابرتي ٧/٢٥٨ - ٢٥٩، وسيأتي بحث مسألة تجزؤ الاجتهاد في أول المبحث الرابع من هذا الفصل.

(٣) فتح القدير ٧/٢٥٦.

(٤) العناية للبابرتي ٧/٢٥٧.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني: ج ٧/٣.

ويجاب عليه بأن المفتي الناقل للفتوى هو مخبر لا مفت، فيكون معمولاً بخبره لا فتياه، والجاهل لا يصير مفتياً عند سؤال العلماء عن مسألة حدثت عنده، لأنه سأل ليعمل بها في حق نفسه وهو مضطر لذلك، أما القاضي فالفرق بينه وبين ذلك أنه يسأل ليلزم غيره^(١).

٥٤- يرى الباحث بعد ظهور رجحان أدلة الجمهور ما يأتي:

١/٥٤- من شروط تولي منصب القضاء العلم بالأحكام الشرعية، والرتبة المطلوبة منه هي الاجتهاد المطلق، والاجتهاد صفة ذاتية في القاضي اشترطها الإسلام ضماناً لا اضطلاع المرشح بأعماله القضائية على أفضل وجه^(٢).

٢/٥٤- إذا وجد المجتهد فلا يجوز العدول عنه، لأنه هو المؤهل لاستعمال السلطة التقديرية على الوجه الأكمل، إذ كيف يصح تفويض بعض الأمور والأحكام لرأي القاضي وتقديره وليس له رأي معتبر في الشرع؛ إذ هو ليس بمجتهد.

٣/٥٤- عند عدم اجتماع الشروط في شخص مرشح للقضاء يمكن أن يولى مقلد بمرتبة مجتهد في المذهب أو مجتهد الفتوى مثلاً، ولكن ينبغي استعمال الأصلح والأقوى وتقديمه.

(١) المنتقى للباجي ١٨٣/٥، المغني لابن قدامة ٩٣/١٠م (٨٢٢١)، نظرية الحكم القضائي لأبو البصل: ١٤٩.

(٢) انظر لذلك: حقوق الإنسان والضمانات القضائية في الإسلام، د. صلاح الدين الناهي، بحث مقدم لمجلة الحقوق - جامعة الكويت (السنة ٧، العدد ٣) صفحة (١٢٢) وما بعدها، وجاء في أدب القضاء لابن الدم ص (٧٦٠-٨٧) أنه لا يوجد على البسيطة اليوم مجتهد مطلق بل ولا مجتهد في مذهب إمام واحد، وأيده بنقل عن أبي بكر المروزي القفال وأن مجتهد المذهب أعز من الكبريت الأحمر، وأشار إلى أن ابن أبي الدم توفي سنة (٦٤٢هـ)، ونقل مثله الأنصاري في أسنى المطالب ٢٧٨/٤، وجاء في حاشية ابن عابدين ٣٦٥/٥-٣٦٦: الكبريت الأحمر معدن عزيز الوجود.

والقول بمنع تولي المقلد للقضاء في هذا الزمان فيه تعطيل للأحكام وإيقاع الناس في الهرج والفتن والهرج^(١)، مع ملاحظة أثر ذلك في السلطة التقديرية الممنوحة لمن هو دون مرتبة الاجتهاد المطلق.

٤ / ٥٤ - إذا تولى المقلد لابد من أن يكون له مرجع علمي رفيع المستوى، من عالم أو لجنة استشارية علمية.

٥ / ٥٤ - إذا عدم وجود مجتهد مطلق أو مقيد؛ كان على الأمة السعي لإيجاد مثل هذه الكفاءات وإلا أئمت، وجاز حينذاك للضرورة أن يتولى القضاء رجل دون المجتهد المطلق، لكنه مُلم بطرف من الأحكام الشرعية، وتشرف عليه لجنة علمية يصدر رأيه عنها، ويجب عليه أن يشاورها، والضرورة تقدر بقدرها؛ فإذا وجد من يصلح للقضاء، عزل الجاهل، أما الجاهل تماماً فلا تنفذ توليته إلا إذا ولّاه سلطان أو ذو شوكة ولو مع وجود مجتهد أو مقلد^(٢).

٦ / ٥٤ - لا يشترط فيمن يؤهل للقضاء في العصر الحالي العلم بتعمق بجميع الأحكام الشرعية، بل يكفي العلم بما يتعلق بالاختصاص الذي يتولى الحكم فيه^(٣). فإذا كان يقضي في الجنايات مثلاً يدرس آيات وأحاديث الأحكام المتعلقة بذلك، وكذلك المسائل الأصولية والفقهية، والتدرّب على الأعمال القضائية، وأن يحصل شيئاً من فقه القضاء بعد علم القضاء، ويحصل ذلك بالانتساب إلى معاهد متخصصة للقضاء تسعى بالمنتسبين إليها لتحصيل الشروط المطلوبة لتولي منصب القضاء، وذلك في الشروط المكتسبة لا الوهية من الله تعالى، والله تعالى أعلم.

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ٨٠.

(٢) انظر: أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٢٧٩ / ٤.

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ١٠٠.

ثامناً - سلامة حاسة البصر والسمع والنطق:

٥٥- أولاً: سلامة حاسة البصر: لا تصح تولية الأعمى، ذهب إلى ذلك الحنفية، والشافعية على الصحيح عندهم، وجماهير الحنابلة وهو المذهب عندهم، والمالكية^(١)، وعند الحنابلة وجه بجواز تولية الأعمى للقضاء، وهو وجه عند الشافعية وقول قديم محكي عنهم، وهو غريب، ونسب الماوردي^(٢) ذلك إلى الإمام مالك^(٣) ونفى صحته المالكية^(٤).

(١) المبسوط للسرخسي ١٠٩/١٦ - ١١٠، البدائع ج ٧/٣، فتح القدير ٢٥٣/٧، البحر الرائق ٢٨٣/٦، وبهامشه كنز الدقائق ٢٨٣/٦، حاشية ابن عابدين ٦٠٠/٤ (باب خيار الرؤيا)، الفتاوى الهندية ٣٠٧/٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٩٦/٤، أدب القضاء لابن أبي الدم (٧٠)، روضة الطالبين للنووي ٨٤/٨، المغني لابن قدامة ٩٢/١٠ م (٨٢٢١)، الفروع لابن مفلح ٤٢١/٦، الإنصاف للمرداوي ١٧٧/١١، كشف القناع ٢٩٥/٦، المتقى للباي ١٨٣/٥، تبصرة الحكام ٢٦/١، وما بعدها، شرح مختصر خليل للخرشي ١٤٠/٧، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٣٠/٤، ويعبر الشافعية بقولهم: يشترط كونه كاف، انظر مثلاً تحفة المحتاج ١٠٧/٤، قليوبي وعميرة ٢٩٧/٤.

(٢) الماوردي: علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسين، ولد بالبصرة سنة (٣٦٤هـ)، فقيه شافعي أصولي مفسر أديب، كان حافظاً للمذهب، نُسب خطأ إلى الاعتزال، من كتبه: الأحكام السلطانية، الحاوي الكبير، توفي ببغداد سنة (٤٥٠هـ). (سير أعلام النبلاء، الذهبي: ٦٤/١٨ وما بعدها).

(٣) الإمام مالك: أبو عبد الله، مالك بن أنس بن مالك، إمام دار الهجرة النبوية، وصاحب المذهب المعروف الذي ينسب إليه، كان لا يركب في المدينة مع ضعفه وكبر سنّه لوجود جسد النبي ﷺ فيها، من تأليفه الكثيرة: الموطأ، ورسالة في القضاء، وهو أستاذ الإمام الشافعي، ولد على الأشهر سنة (٩٣هـ) وتوفي بالمدينة المنورة سنة (١٧٩هـ).

(شجرة النور الزكية، ابن مخلوف: ٢٧، ٥٢، رقم ١، سير أعلام النبلاء، الذهبي: ٤٨/٨ إلى ١٣٥).
(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن تيمية ٤/٦٢٧ - ٦٢٨ ط دار المعرفة، الفروع لابن مفلح ٤٢١/٦، الإنصاف للمرداوي ١٧٧/١١، روضة الطالبين للنووي ٨٤/١١، أدب القضاء لابن أبي الدم ٧٤، وقال: حكاه عبد الملك الجرجاني، وذكر الدكتور محمد الزحيلي في تحقيقه للكتاب المذكور أن ابن أبي عصرون قاضي قضاة الشام عمي في آخر عمره واستمر قاضياً وألف =

ولا يضر ضعف حاسة البصر أو العور أو الرمد أو من يرى في وقت دون وقت إذ يحكم وقت إبصاره فقط، فكل نقص لا يؤثر إذ كان يمكنه التمييز بين الصور ولو عن قرب، أما إذا لم يمكنه ذلك فينبغي ألاّ يولّى القضاء.

٥٦- ثانياً: أما سلامة حاسة السمع: فاشتراطها جمهور الحنابلة، والشافعية، والمالكية، والحنفية^(١)، وخالف بعض الشافعية وبعض الحنابلة فلم يشترطوا فيمن يتولى القضاء أن يكون سمياً^(٢)، ولا يؤثر النقص في حاسة السمع، فتصح تولية الذي يسمع الصوت العالي فقط، أو يسمع بتبليغ غيره له أو الأطرش، أما الأصم الذي لا يسمع البتة فلا تصح توليته^(٣).

٥٧- ثالثاً: سلامة حاسة النطق: يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون ناطقاً (متكلماً)، فلا تصح تولية الأخرس ولو فهمت إشارته، وهذا عند الحنفية،

= كتاباً في جواز قضاء الأعمى اسمه (رسالة في نفي قضاء الأعمى وجوازه) كما ذكره في كشف الظنون. اهـ. والماوردي في الأحكام السلطانية ١٠٨-١٠٩ نسب ذلك للإمام مالك ونفى صحة ذلك ابن فرحون، تبصرة الحكام: ٢٧/١. وللإطلاع على أدلة المجيزين والمائنين انظر: المنتقى ١٨٣/٥ وما بعدها، المغني ٩٢/١٠ م (٨٢٢١)، الأحكام السلطانية ١٠٨-١٠٩، ورجح البلقيني نفاذ تولية الأعمى للضرورة فيما إذا ولّاه ذو شوكة، وذلك فيما يضبطه الأعمى (الغرر البهية للأنصاري ٢١٧/٥، المنهاج بهامش تحفة المحتاج ١١٣/١٠-١١٤) وجاء في الفواكه الدواني ٢٣٩/٢ نقلٌ عن خليل يفيد نفاذ حكم الأعمى إذا ولي مع وجوب عزله.

(١) المغني لابن قدامة ٩٢/١٠ م (٨٢٢١)، الفروع ٤٢١/٦، الإنصاف ١٧٧/١١، كشف القناع ٢٩٥/٦، الأحكام السلطانية للماوردي (١٣١)، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٩٦/٤، معالم القرية لابن الأخوة (٢٠٥)، فتاوى الرملي ٤/١٢٧-١٢٨، المنتقى ١٨٤/٥، تبصرة الحكام ٢٦/١، وما بعدها، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٤٠، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤/١٣٠، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٦/٢٨٣، الفتاوى الهندية ٣/٣٠٧.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي: ١٠٨-١٠٩، الإنصاف: ١٧٧/١١.

(٣) البحر الرائق وبهامشه كنز الدقائق ٦/٢٨٣، الفتاوى الهندية ٣/٣٠٧، حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٩، معالم القرية (٢٠٥)، أسنى المطالب ٤/٢٧٩.

والحنابلة، والمالكية، وجمهور الشافعية^(١)، وذهب بعض الشافعية إلى جواز تولية الأخرس، وهو قول عندهم مقطوع بعدم صحته^(٢)، ولا يضر النقص في هذه الحاسة أيضاً كاللكنة ونحوها^(٣).

٥٨- تنبيه: يجب التنبيه إلى أن أكثر المالكية يشيرون إلى أن سلامة البصر والسمع والنطق أمور مطلوبة في القاضي، ولكنها لا تشترط لصحة التولية، وإذا وُلِّي من يفقدها يجب عزله، وتكون أحكامه إلى حين عزله نافذة، مما يفيد عدم اشتراطها ابتداءً، وتنعقد ولاية القضاء بدونها مع وجوب نقضها. ولكنهم ينيهون إلى أن المراد انعقاد ولاية ونفاذ حكم من فقد واحدة من الصفات الثلاثة (كونه سميعاً ومبصراً وناطقاً)، أما من فقد اثنتين أو ثلاثة كالسمع والبصر مثلاً فإن ولايته لا تنعقد ابتداءً، وهو قيد مهم خشية الوقوع في الالتباس^(٤).

٥٩- رأي: يرى الباحث رجحان ما عليه الجمهور في اشتراط سلامة حاسة السمع والبصر والنطق، فغير البصير لا يميز بين المدعي والمدعى عليه، ولا يميز

(١) البدائع ج ٧/٣، البحر الرائق ٦/٢٨٣، الفتاوى الهندية ٣/٣٠٧، حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٩، المغني لابن قدامة ١٠/٩٢ م (٨٢٢١)، تبصرة الحكام ١/٢٦ وما بعدها، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٤٠، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤/١٣٠، معالم القرية لابن الأخوة ٢٠٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣١٤، الإقناع بهامش حاشية البجيرمي ٤/٣٨٤، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٤/٢٧٩.

(٢) معالم القرية لابن الأخوة ص ٢٠٥، وذكر أن من قال بذلك هو أبو العباس بن شريح، ولكن ذكر الدكتور محمد الزحيلي في تحقيقه لكتاب أدب القضاء لابن أبي الدم صفحة (٧٥) أن الماوردي ذكر في (أدب القاضي ١/٦٢٤) أنه أبو العباس بن شريح ولعله الصحيح بدلاً من شريح.

(٣) حاشيتنا قليوبي وعميرة ٤/٢٩٦.

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٤/١٣٠.

بين الشهود، إذ ربما تختلط عليه الأصوات، وغير السميع لا يقدر على سماع دعوى الخصوم وحججهم، وغير المتكلم غالباً لا يفهم عنه ما يقصد على وجه الدقة، والقاضي محتاج لقول: حكمت أو قضيت.

فينبغي إجراء فحوصات طبية لمن يرشح لمنصب القضاء وكذلك فحوصات دورية للقضاة المعينين؛ إذ الحواس نوافذ الإدراك وقنوات الاتصال بين النفس الإنسانية والعالم الخارجي.

ومما يؤكد ضرورة سلامة السمع مثلاً حديث: «إنما أنا بشر» وما فيه من احتمال كون أحد الخصمين ألحن بجمته وأثر ذلك في حكم الحاكم، وهذا كله ما لم يولّ سلطان أو ذو شوكة فاقد أحد هذه الحواس، إذ للضرورة أحكامها. والله تعالى أعلم.

تاسعاً- الكتابة^(١):

والمقصود أن يكون من يتولى القضاء عارفاً للكتابة، فهل تصح تولية الأمي؟^(٢)

١/٦٠- المذهب الأول: المعتمد عند المالكية، والأصح عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة؛ أن معرفة الكتابة ليست بشرط لتولي القضاء، بل أكثرهم

(١) أضاف المالكية اشتراط كون القاضي واحداً لا متعدداً، المنتقى ١٨٢/٥، تبصرة الحكام

٢٦/١، أما ابن العربي في أحكام القرآن ١٨٥/٢ فقد ذهب إلى عدم اشتراط ذلك..

(٢) كلمة (الأمي) يستعملها الفقهاء استعمالين: فيما يقابل المجتهد ولو كان مقلداً (انظر مثلاً

كشف القناع ٢٩٥/٦) لكنه يستعمل كلمة العامي بدلاً منها، ويستعملونها فيما يقابل من يعرف الكتابة ويمسها (انظر مثلاً المنتقى للباجي ١٨٤/٥، وتحرير ألفاظ التنبيه للنووي

٣٣٢/١) وهو المراد هنا، ومن معاني الكتابة الحساب (البجيرمي على الخطيب ٣٢١/٤).

على أنها سنة فيه^(١).

٦٠ / ٢ - المذهب الثاني: ذهب المالكية في قول محتمل، والحنابلة في وجه، والشافعية فيما يقابل الأصح^(٢)، إلى اشتراط معرفة من يتولى القضاء للكتابة^(٣).

٦٠ / ٣ - محل الخلاف: ومحل الخلاف عند الشافعية إذا كان يتولى في محل فيه من يقوم بذلك ممن يثق هو به من أهل العدالة^(٤)، ولم يتعرض الحنفية لذكر هذا الشرط في الشروط الواجبة أو المندوبة.

عاشراً - صفات أخرى:

٦١ - بعد أن ذكر الفقهاء الصفات السابقة ذكروا صفات أخرى ينبغي أن تتوافر فيمن يتولى منصب القضاء، والذي يظهر أن هذه الصفات مستحبة، وشروط كمال، وإن كانت عبارات بعضهم تفيد أنها واجبة لا مستحبة، مثل ما جاء في المبسوط (ينبغي)، وأشير إلى هذه الصفات بشكل مختصر مع الإشارة إلى بعض المراجع لمن يرغب بالتوسع.

٦٢ - وهذه الصفات يمكن جعلها على قسمين: سلبية وإيجابية

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٣٠، المنتقى ٥/١٨٥، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٤٠، معالم القربة لابن الأخوة (٢٠٥)، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٢٩٦، حاشية البجيرمي على الخطيب وبهامشه الإقناع: ٤/٣٢١، حاشية الجمل: ٥/٣٣٧، المغني لابن قدامة ١٠/٩٤ م (٨٢٢٢)، الإنصاف للمرداوي ١١/١٧٩، كشاف القناع للبهوتي ٦/٢٩٦.

(٢) الأصح يقابله الصحيح، ووجه الشافعية هذا اختاره الأذرعى والزركشي، الإقناع بهامش حاشية البجيرمي ٤/٣٢١.

(٣) المنتقى ٥/١٨٤، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٤٠، معالم القربة ٢٠٥، روض الطالب بهامش أسنى الطالب ٤/٢٧٩، الإقناع بهامش حاشية البجيرمي عليه ٤/٣٢١، المغني: ١٠/٩٤ م (٨٢٢٢)، الفروع ٦/٤٢٣، الإنصاف ١١/١٧٩.

(٤) روض الطالب بهامش أسنى الطالب: ٤/٢٧٩.

١/٦٢ - القسم الأول: الصفات السلبية وهي: أن يكون القاضي غير محدود^(١)، وأن يكون غير مطعون عليه في نسبه^(٢)، وأن يكون غير فقير^(٣)، وغير مستضعف^(٤)، وغير فظ ولا جبار ولا غليظ ولا عنيد^(٥).

٢/٦٢ - القسم الثاني: الصفات الإيجابية، وهي: أن يكون فطناً^(٦)، نزيهاً، ورعاً^(٧)،

- (١) المبسوط ١٠٩/١٦، البدائع ج ٣/٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢٨/١، التاج والإكليل ١٠٣/٦، المنتقى ١٨٢/٥، ونقل عن أصبغ جواز تولية وحكم المحدود. والمحدود: المنوع من البخت وغيره، وبمعنى من أقيم عليه الحد، وهو المراد هنا. (مختار الصحاح (ح د د).
- (٢) المنتقى للباجي ١٨٤/٥، تبصرة الحكام ٢٨/١، التاج والإكليل ١٠٣/٦، بدائع الصنائع ج ٣/٧، حاشيتنا قليوبي وعميرة ٢٩٦/٤، حاشية الجمل ٣٣٧/٥. وطعن عليه في نسبه: شكك فيه وفي صحته. وفي مختار الصحاح (ط ع ن): طعن فيه أي قدح.
- (٣) المنتقى للباجي ١٨٤/٥، تبصرة الحكام ٢٨/١، الفتاوى الهندية ٣٠٨/٣.
- (٤) المبسوط للسرخسي ١٦/٧١، ١٠٨، فتح القدير ٢٧٦/٧، المغني لابن قدامة ٩٥/١٠ م (٨٢٢٣)، الإنصاف للمرداوي ٤٤٢/٦، تبصرة الأحكام ٢٨/١، منح الجليل ٢٧٢/٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠٧/١٠. واستضعفه: عدّه ضعيفاً. (مختار الصحاح، ض ع ف).
- (٥) الفتاوى الهندية ٣/٣٢٨. والفظّ من الرجال الغليظ (مختار الصحاح، ف ظ ظ)، والجبار: الذي يقتل على الغضب، وتجبر الرجل: تكبر (مختار الصحاح، ج ب ر)، والغليظ من الغلاظة بكسر الغين: الفظاظة بالفتح (مختار الصحاح، غ ل ظ)، والعنيد: الذي يخالف الحق ويرده وهو يعرفه (مختار الصحاح، ع ن د).
- (٦) المغني لابن قدامة ٩٥/١٠ م (٨٢٢٣)، الإنصاف للمرداوي ٢٠٠/١١، قليوبي وعميرة ٢٩٧/٤، حاشية الجمل ٣٣٧/٥، الفروق للقرافي ١٥٧/٢، الفرق ٩٦، تبصرة الحكام ٢٨/١، البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٧/٦، درر الحكام لعلي حيدر ٥٨١/٤ م (١٧٩٢). والفظنة: كالفهم، ورجل فظن بكسر الطاء وضمها (مختار الصحاح، ف ط ن).
- (٧) المبسوط ١٠٨/١٦ - ١٠٩، بدائع الصنائع ج ٣/٧، الغرر البهية لذكريا الأنصاري ١٦١/٥، مواهب الجليل للحطاب ١٠٣/٦، تبصرة الحكام ٣٥/١، المغني لابن قدامة ٩٥/١٠ م (٨٢٢٣)، الإنصاف للمرداوي ١٥٥/١١، ١٨٠، ٢٠٠. والنزاهة: البعد عن الشر، والنزیه: الكريم إذا كان بعيداً من اللؤم (مختار الصحاح، ن ز ه). والورع: التقى (مختار الصحاح، و ر ع).

مهيباً^(١)، حليماً^(٢)، شديداً من غير عنف^(٣)، ذا مشورة^(٤)، وأن يكون سليم البطانة^(٥).

٦٣- وبما لاشك فيه أن هذه الصفات مرغوب فيها وفي غيرها من الصفات الحميدة، وعلى الجهة التي تشرف على تعيين القضاة واختيارهم أن تلاحظ هذه الصفات فيمن يرشح لمنصب القضاء، وأن يجعلوا هذه الصفات إذا عرفوها مرجحات في الاختيار عند تعدد المرشحين والتساوي في الشروط الأولى التي ذكرناها أولاً^(٦)، وسيأتي بيان أثر كل صفة من هذه الصفات في السلطة التقديرية وذلك في المبحث الرابع من الفصل التالي.

-
- (١) المبسوط ٧٩/١٦، حاشية الشرنبلالي بهامش الدرر الحكام لمنلا خسرو ٤/٤٠٥، المغني ٩٥/١٠ م (٨٢٢٣)، ومعناه في شرح منتهى الإرادات ٣/٤٩٦، تبصرة الحكام ١/٢٨، منح الجليل ٨/٣٠٠، الغرر البهية للأنصاري ١٠/١٦١-١٦٢، حاشية البجيرمي على الخطيب ٤/٣٢١، والإقناع بهامشه ٤/٣٢٦. والهية: المهابة وهي الإجلال والمخافة، والمهيب: الذي يهابه الناس (مختار الصحاح، هـ ي ب).
- (٢) المبسوط ١٦/٦٥، المغني ٩٥/١٠ م (٨٢٢٣)، الإنصاف ١١/٢٠٠، تبصرة الحكام ١/٢٩، الفواكه الدواني ٢/٢٣٩، أسنى المطالب ٤/٢٧٩، حاشية الجمل ٥/٣٣٧. والحليم من الحليم وهو: الأناة (مختار الصحاح، ح ل م).
- (٣) الفتاوى الهندية ٣/٣٢٨.
- (٤) المدونة ٤/٤٨٦، التاج والإكليل للمواق ٦/١١٧، الأم للشافعي ٦/٢١٩، أسنى المطالب للأنصاري ٤/٢٩٩، المغني ١٠/٩٥ م (٨٢٢٣)، الفروع لابن مفلح ٦/٤٤٥، المبسوط ٩/١٠٣، ١٦/١١٠، البدائع للكاساني ج ٧/٥، وذو المشورة: من يشارو غيره. وفي (مختار الصحاح ش و ر): أشار إليه باليد وبالرأي.
- (٥) تبصرة الحكام ١/٢٩، حاشية الدسوقي ٤/١٣٢، أسنى المطالب ٤/٢٧٩، الفتاوى الهندية ٣/٣٢٧. وبطانة الرجل: وليجته (مختار الصحاح، ب ط ن)، فيستحب للقاضي أن يكون خاصة جلسائه ومن يركن إليهم صلحاء علماء، وأن يصرف عنه بطانة السوء التي تأمره بالشر وتحثه عليه.
- (٦) انظر: نظام القضاء لزيدان (٢٨).

٦٤- تأكيد: من يستعرض جميع الصفات التي سبق ذكرها يتأكد له مرة أخرى خطورة وشرف منصب القضاء وأنه ليس منصباً عادياً ووظيفة إدارية يُقبل فيها أي مرشح ولو لم تتوافر فيه الصفات السابقة، فالقضاء من أخطر المناصب أثراً في الدين والدنيا، وذلك لما يتمتع به القاضي من سلطات، ولما يترتب عليه من مسؤوليات.

* * *

رَفَعُ
عبد الرحمن المحمدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

مقدمات عن السلطة التقديرية

ويتضمن المباحث الآتية :

- المبحث الأول : معنى السلطة التقديرية وماهيتها
- المبحث الثاني : مشروعية منح السلطة التقديرية
- المبحث الثالث : مصادر النشاط التقديري للقاضي
- المبحث الرابع : الشروط المطلوبة لاستخدام القاضي للسلطة التقديرية

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

معنى السلطة التقديرية وماهيتها

٦٥- السلطة لغة: من سَلَطَ يَسْلُطُ سِلَاطَةً، وَسَلَطَ سِلَاطَةً، والسلطة: القهر والحدة، والتسليط: إطلاق السلطان، وقد سلطه الله عليه فتسلط والاسم سلْطَةٌ^(١)، والسلطة: التسلط، والسيطرة، والتحكم^(٢) والسلْطَةُ: السهم الطويل، والجمع سِلَاط، والسلطان الحجة، والبرهان، وقدرة الملك، وقدرة من جُعِلَ له ذلك وإن لم يكن ملكاً، والولي. وسلطان كل شيء: شدته وحدته وسطوته، وسُمي السلطان سلطاناً إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله في أرضه، ويقال للأمرء سلاطين لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق^(٣).

فالمادة إذا تدل على القوة والقهر والتمكن وإن كان التمكن لازماً للقوة والقهر^(٤)، وتدل على التسليط وعلى إطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة^(٥).

٦٦- والسلطة في الاصطلاح: لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام^(٦)، كما يشهد بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى:

(١) لسان العرب (س ل ط).

(٢) المعجم الوسيط (س ل ط)، الرائد ١/ ٣٨٢-٣٨٣.

(٣) لسان العرب (س ل ط).

(٤) السلطة القضائية لشوكت عليان: ٨٦.

(٥) التوقيف على مهمات التعاريف، للمناوي ٤١٢.

(٦) السلطة القضائية لعليان: ٨٦.

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي
 أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥]، فالقول بمنح القاضي
 سلطة ينبغي أن يعني منح القاضي ما تفيده مادة كلمة السلطة من القوة
 والصلاحية، وأن يُمكن من استعمالها على الشكل الصحيح، وأن ينفذ ثمراتها
 ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفاد
 ما يجعلها مفيدة ومستقلة.

٦٧- الغاية من منح السلطة: فالله سبحانه إنما سلط السلاطين والأمراء
 ونوابهم وجعلهم من حججه في أرضه ليقوموا الحقوق وليقدموا الحجة على
 ذلك من عملهم، ولن يصلوا لتلك الغاية إلا باتباع نظام مانح تلك السلطة.

٦٨- معنى الولاية والسلطة: ذهب بعض الباحثين^(١) إلى أن الشرع يستخدم
 مصطلح الولاية بديلاً عن مصطلح (السلطة) لأنه يتفق مع مقاصد الإسلام
 الذي حث على اللطف بالخلق والرحمة لهم لا الاستبداد والتسلط الذي حاربه
 الإسلام، بل رأى أن مصطلح الولاية أقوى في الدلالة على المراد منه من
 مصطلح السلطة.

٦٩- ويحسن أن أبين معنى الولاية قبل الإجابة عن رأي الباحث السابق.
 ١/٦٩- الولاية لغة: النصر والمحبة، والدنو، والخِطَّة، وتطلق على ما يتولاه
 الشخص ويقوم به من الأعمال^(٢).

٢/٦٩- والولاية اصطلاحاً: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى^(٣)، وقيل:
 هي قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره^(٤).

(١) هو الباحث ناصر الغامدي في كتابه الاختصاص القضائي ص ٨٠.

(٢) تاج العروس ٥/ ١٦٠، أنيس الفقهاء للقونوي ص ١٤٨ - ٢٢٩ - ٢٦٣، لسان العرب (ول ي).

(٣) التقرير والتحجير لمحمد بن سليمان بن عمر ٢/ ١٨٥ - ٢٤٥، أنيس الفقهاء للقونوي ١٤٨.

(٤) السلطة القضائية، لعليان ٩٧.

٧٠- نقاش: لعل الباحث المذكور ذهب إلى ذلك لواحد من الاحتمالات الآتية: لأن المراجع الفقهية تستخدم مصطلح (الولاية) بدلاً من مصطلح (السلطة) الذي يعتبر حديثاً، أو لأنه نظر فقط إلى الجانب التنفيذي للقضاء، أو لاعتقاده أن مصطلح (السلطة) يعدُّ مقابلاً (للولاية) وليس من لوازمها، أو أنه نظر إلى أن الحقوق لا يمكن حفظها بالمودة واللطف فقط دون الاستعانة بالقوة والبأس اللذين يكون الحق بدونهما مهيض الجانب عُرضة للانتهاك من كل مبغض للحق وأهله.

والصواب أن السلطة من أخص لوازم الولاية، وإن كانت غير مستخدمة كثيراً في كتب الفقهاء عند الحديث عن ولاية القضاء فإنها تدرج تحت ما يبحثه الفقهاء من الأحكام السلطانية، ومعناها وارد في آيات متعددة منها قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٩٠].

٧١- معنى التقدير:

١/٧١- والتقدير لغة: من قدر يقدر، وبابه نصر وضرب، والقدر والقدره والمقدار: القوة، والقدر: الغنى واليسار، وهو من ذلك لأن كله قوة، وقدر كل شيء ومقداره: مقياسه، وقدر الشيء بالشيء وقدره: قاسه^(١)، والتقدير على وجوه من المعاني:

١/١/٧١- أولها: التروي والتفكير في تسوية أمر وتهيته.

٢/١/٧١- الثاني: تقديره بعلامات يقطعه عليها.

٣/١/٧١- الثالث: أن تنوي أمراً بعقدك، تقول: قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه، ويقال: قدرتُ لأمر كذا أقدر له وأقدرُ قدرأ: إذا نظرت فيه

(١) لسان العرب (ق در)، مختار الصحاح (ق در).

ودبرته وقايسته، وقَدَرَت: أي هيات وأطقت وملكت ووقَّت، وقَدَر عليه الشيء أي ضيَّقه^(١).

٧١/٢- والتقدير اصطلاحاً: تبين كمية الشيء، وهو من المعاني اللغوية، والتقدير تحديد كل مخلوق بجده الذي يوجد من حُسن وقبح ونفع وضرر وغيرهما^(٢). وتقدير الله وجهان: الأول: بالحثم فيه أن يكون كذا إما وجوباً أو إمكاناً، الثاني: بإعطائه القدرة عليه.

والتقدير من الإنسان له وجهان: الأول: التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء العقل عليه، وذلك محمود، الثاني: أن يكون بحسب التمني والشهوة، وذلك مذموم^(٣). ويقال للتسوية بين أمرين: تقدير^(٤). والتقدير أيضاً: إعطاء المعدوم حكم الموجود أو الموجود حكم المعدوم^(٥).

٧٢- الخلاصة: يُستنتج مما سبق أن (السلطة التقديرية) تدل على القوة^(٦)، والصلاحيية التي تُمنح لمعيّن للقيام بتقدير أمرٍ ما؛ بالتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى.

٧٣- القائم بأعباء منصب القضاء: من المفيد أن نذكر أن القيام بأمور ولاية القضاء مطلوب من خليفة المسلمين الذي اختارته الأمة وسلَّطه الله على العباد لإقامة الحقوق والحجج، فإذا أناب الخليفة شخصاً للقيام بأعمال ولاية القضاء

(١) لسان العرب لابن منظور (ق در).

(٢) قواعد الفقه للبركتي ٤٢٤.

(٣) قواعد الفقه للبركتي ٤٢٤، التوقيف على مهمات التعاريف ١٩٧.

(٤) التقرير والتحجير لابن أمير حاج ٣/١١٧.

(٥) قواعد الإحكام في مصالح الأنام ١١٢/٢، القواعد الصغرى ١٣٤، وكلاهما للعزيز بن

عبد السلام، شرح الكوكب المنير للفتوحى ٥٦٤.

(٦) نذكر أن من معاني القدرة والمقدار: القوة.

كان هذا النائب مُختاراً من الأمة ومُسلطاً من الله تعالى لإقامة الحقوق وفق شرع الله ضمن حدود ولايته ونيابته.

٧٤- وإذا أُضيف مصطلح (السلطة التقديرية) للقاضي: سواء كان الخليفة^(١) أم نائبه، فإن معنى (السلطة التقديرية للقاضي) يكون:

صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها؛ ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم^(٢)، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي .

٧٥- توضيح التعريف:

صلاحية: أي السلطان الذي منح الله تعالى^(٣)، إذ لا قوام للولاية من غير سلطة.

القاضي: الخليفة أو نائبه على القضاء.

بالتفكر: أي أعمال الذهن بذلك، فالسلطة التقديرية أساسها العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه.

(١) ينحصر البحث أكثر حول الشخص الذي أقامه الخليفة للقضاء إذ الخليفة يتمتع في القضاء وغيره بسلطات ممنوحة له، فيتوجه البحث عليه فيما يصدر عنه بوصفه قاضياً، أي ما يصدر عنه من أمور تتعلق بالقضاء لا بجياته الخاصة، وذلك كالتفريق بين ما صدر عن النبي ﷺ باعتباره قاضياً أو حاكماً.

(٢) ومن أسماء الكتاب الذي بعثه سيدنا عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما (كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم) المبسوط للسرخسي ٦٠ / ١٦

(٣) سبق بيان معنى السلطان قريباً، سيأتي بحث مشروعية هذه السلطة قريباً إن شاء الله تعالى.

الأمور المعروضة: ما يترافع به الخصوم فيما يتوقف النظر فيه على دعوى،
بخلاف ما لا يحتاج لدعوى إذ ينظر فيها القاضي من غير خصومة.

قبول سماعها: استيفاؤها لشروط قبول الدعوى من عدمه.

تهيئتها لإثبات صحتها: وذلك أن يقوم القاضي باختيار أصل الدعوى
للتأكد من صحتها بوسائل الإثبات ويلغي ما لا يتعلق بالدعوى من الأمور التي
يذكرها الخصمان.

الحكم عليها: أي تقرير حكم الله تعالى إذا كان منصوباً عليه بعد التأكد
من مطابقة الدعوى لشروط الحكم عليها بذلك المنصوص، والبحث عن الحكم
الشرعي في تلك الدعوى إذا كان غير منصوص عليه، بالاجتهاد إن كان من
أهله، أو بالتقليد إن كان مقلداً^(١).

اختيار الطريقة المناسبة: وذلك بالحكم بتطبيق الطريقة المنصوص عليها
والاجتهاد فيما وراءه فيما فُوض أمره للقاضي^(٢).

مع مراعاة أحوال المتقاضين: أكثر ما يظهر أثر ذلك واضحاً في تقدير
القاضي للعقوبة الخاضعة لتقديره، فمن الخصوم من ينزجر بكلمة أو بعقوبة
خفيفة ومنهم من لا ينزجر إلا بالضرب، فيراعي القاضي هذه الأحوال ونحوها
في إصدار الحكم القضائي.

٧٦- خلاصة: يتضح مما سبق أن السلطة التقديرية ملازمة للسلطة
القضائية، فحيثما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية، وأن قوام
السلطة التقديرية النشاط الذهني والنظر العقلي، الله تعالى أعلم.

(١) سيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

(٢) سيأتي بحث مفرد للسلطة التقديرية في اختيار طريقة تنفيذ الحكم، انظر فقرة (٤١٨) وما بعدها.

المبحث الثاني مشروعية منح السلطة التقديرية

٧٧- البحث عن مشروعية منح السلطة التقديرية من أهم الأسس التي يقوم عليها هذا البحث، إذ من خلاله تتبين مشروعية تمتع القاضي بهذه السلطة من عدمها.

ولبيان صحة القول بمشروعية منح السلطة التقديرية من عدمها أسوق الأدلة الآتية:

٧٨ / ١ - أولاً: من القرآن الكريم: نذكر بعض الآيات:

٧٨ / ١ / ١ - قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا ءَاتَيْنَاهَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٨-٧٩].

دلت الآية على أنهما عليهما السلام اجتهدا وكان كل واحد منهما على حكم وعلم، وثبت الحكمان بموجب اجتهداهما ثم نسخ حكم داود بعد ثبوته ونزل النص بتقرير حكم سليمان^(١)، والله سبحانه أثنى على داود باجتهاده وأثنى على سليمان بإصابته وجه الحكم^(٢).

(١) الاجتهاد للجويني: ٤٤ وما بعدها.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٤، وقال الإمام الشافعي في (الأم ٧/٩٨ - ٩٩) قال الحسن ابن أبي الحسن: لولا هذه الآية لرأيت أن الحكام قد هلكوا ولكن الله حمد لهذا صوابه وأثنى =

٧٨ / ١ / ٢ - قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [العنكبوت: ٦٩] تدل الآية على أن من دخل في خطة القضاء عليه أن يبذل الجهد في القيام بالحق والعدل^(١)؛ لأن الله وعد من يفعل ذلك بأن يهديه سبيله ويكون معه إن كان من المحسنين.

٧٨ / ١ / ٣ - قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَأَيُّهَا الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَهْوٍ﴾ [الحشر: ٢].

والأبصار العقول، والآية وإن نزلت للاعتبار بما حل ببني النضير فإنها تدعو أهل الأبصار للاتعاظ والتدبر والنظر في الأمور للاعتبار؛ أي للعبور بها إلى أمور أخرى من جنسها لا حكم فيها، فيوقعون عليها نفس الحكم السابق، فالاعتبار رد الشيء إلى نظيره^(٢). والمقايسة والقياس من أوجه الاجتهاد، وإذا لم يكتب الله لأمة أن يكون قضاتها من أهل الأبصار فقد تعرضت لهوانها عند الله لتقصيرها في تهيئة أمثال هؤلاء القضاة.

٧٨ / ١ / ٤ - قوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] والمراد بأولي الأمر: الأمراء، والعلماء (أهل الفتيا والاجتهاد)، وقيل غير ذلك^(٣). والقضاة من الأمراء أو نوابهم ويشترط فيهم أن يكونوا من العلماء، ونحن مأمورون باتباع القاضي لإمارته وعلمه أو لإحداهما، فدل ذلك على

= على هذا باجتهاده. اهـ. وانظر كذلك (أحكام القرآن للشافعي ٤٦٦)، وبمعناه في أحكام القرآن للجصاص ٥٥ / ٤.

(١) تبصرة الحكام ١٤ / ١، المبسوط ٧٦ / ١٦.

(٢) زاد المسير لابن الجوزي ٢٠٦ / ٨، فتح القدير للشوكاني ٢٤١ / ٥، إرشاد الفحول للشوكاني ٣٤١، المبسوط ١٦ / ٨٤.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١٧٧ / ٣ وما بعدها، أحكام القرآن للشافعي ص ٣٨ وما بعدها، تفسير الماوردي (النكت والعيون) ٤٩٩ / ١ وما بعدها، ٥١٠ وما بعدها.

مشروعية عمله الذي يقوم أساساً على السلطة التقديرية، إذ لا يجوز الأمر باتباع ثمرة عمل غير مشروع، مع إمكان وقوع الخطأ من القاضي غير المعصوم، ولا يتبع القاضي فيما تبين خطؤه فيه.

٧٨ / ١ / ٥ - قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ أَلْسِنِهِمْ قَدْرَهُ وَعَلَىٰ الْمَقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وإثبات المقدار على اعتبار حاله في الإعسار واليسار طريقه الاجتهاد وغالب الظن، ويختلف ذلك في الأزمان، وما يجب اعتباره في تقديرها هو يسار الزوج وإعساره واعتبار العرف في ذلك، والعادات قد تختلف وتتغير، وطريقة تقديرها بالاجتهاد، أيضاً.

فهذه الآية أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث^(١)، والنشاط الذي يقوم به القاضي للوصول إلى الحكم في هذه الحوادث هو جزء مما يسمى بالسلطة التقديرية، والله سبحانه قد أمر به مما يدل على مشروعية منحه للقضاة.

٧٨ / ٢ - ثانياً: من السنة المطهرة:

٧٨ / ٢ / ١ - قوله ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»^(٢)، يستفاد من هذا

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٤١ / ٢ وما بعدها

(٢) البخاري في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم ٦٧٤٨ واللفظ له، ومواضع أخرى، ومسلم في الأفضية، باب الحكم بالظاهر والللحن بالحجة، رقم ١٧١٣، ومواضع أخرى، والترمذي في كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ باب ما جاء في التشديد على من يقضى له بشيء ليس له، رقم ١٣٣٩، والنسائي في كتاب آداب القضاة باب الحكم بالظاهر، رقم ٥٤٠١، وأبو داود في كتاب الأفضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، رقم ٣٥٨٣، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً، رقم ٢٣١٨، =

الحديث أن النبي ﷺ كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء^(١) وذلك بوصفه قاضياً، يدل على هذا أنه ذكر ذلك في مقام إدلاء الخصوم بالحجج وقوله: «تختصمون، فأقضي، قضيت».

٧٨ / ٢ / ٢ - حديث معاذ^(٢) رضي الله عنه عندما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن، قال: «كيف تقضي إذا عَرَضَ لك قضاء؟» قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟» قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟» قال: أجتهد رأيي ولا أكو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله ﷺ»^(٣).

- = ومسند أحمد، باقي مسند المكثرين، نفس الباب، رقم ٨١٩٣، ومالك في الموطأ في كتاب الأفضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، رقم ١٤٢٤، ومصنف ابن أبي شيبة، كتاب أفضية رسول الله ﷺ، رقم ٣٥، ج ٩ / ٧.
- (١) نيل الأوطار للشوكاني ٣٢٠ / ٨ وما بعدها.
- (٢) معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس، يكنى أبا عبد الرحمن شهد العقبة وبدراً والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وكان زاهداً ورعاً متعبداً جواداً، مات بطاعون عمواس هو وابناه وامراتاه سنة ثمانين عشرة هجرية. (صفة الصفوة ١ / ٤٨٩ وما بعدها (ط) ٤ / ١٩٨٦ / ١٤٠٦).
- (٣) أبو داود في كتاب الأفضية باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم ٣٥٩٢ واللفظ له، والترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم ١٣٢٧ وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بم متصل. اهـ، ومسند أحمد، مسند الأنصار، حديث معاذ، رقم ٢١٥٥٦، ومصنف ابن أبي شيبة، الحديث رقم (١) كتاب البيوع والأفضية، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه ورقم الباب ٤٤٧، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠ / ١١٤، باب ما يقضي به القاضي، والمعجم الكبير للطبراني ٢٠ / ١٧٠، رقم ٣٦٢، وقد ذكر ابن حجر في التلخيص الحبير كتاب القضاء ٤ / ١٨٢ - ١٨٣، رقم (٢٠٧٦) ٤ / ٣٣٧ قول البخاري في تاريخه أنه لا يصح، وقال الدارقطني: والمرسل أصح، وقال ابن حزم عنه: لا يصح، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: لا يصح وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم ويعتمدون عليه وإن كان معناه صحيحاً. اهـ.
- وجاء في المستصفي ٢ / ٢٥٤ أن هذا الحديث تلقته الأمة بالقبول، وكذلك ذكر ابن أمير حاج في التقرير والتحجير ١ / ٢٨٩ وأن شهرته وتلقي العلماء له بالقبول لا تقعه إن شاء الله تعالى =

والحديث صريح أن النبي ﷺ أقر أن إذا لم يجد في الكتاب والسنة حُكْمَ ما عُرض عليه فإنه يجتهد رأيه فيهما ولا يقصر في ذلك، واجتهاد القاضي فيما لا نص فيه^(١).

وبحثه في النصوص وقضاؤه بها إن وجد فيها الحكم هو من أهم أعمال السلطة التقديرية للقاضي، وهذا الحديث من أشهر ما يستدل به لذلك.

٧٨ / ٢ / ٣ - قوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر» وفي بعض الروايات أن للمصيب «عشرة أجور»^(٢).

= عن درجة الحجية ومن ثم أطلق جماعة من الفقهاء كالباقلائي، وأبي الطيب الطبري، وإمام الحرمين الجويني عليه الصحة. اهـ. وكذلك ذكر الجصاص في الفصول في الأصول ٤٤-٤٥. وواضح أن دعوى عدم الطعن عليه من أحد غير مسلمة لأن المحدثين طعنوا فيه، وصححه بعض الفقهاء، ولكن أكثر ما طعن فيه لإرساله، لكن الإمام الشافعي وغيره عدّوا تلقي الأمة بالقبول مما يجعل المرسل مقبولاً (كشف الأسرار ٢/٣) وقال الباجي في المنتقى ٢٠٣/١: «والحديث إذا تلقته الأمة بالقبول والعمل به لم يحتج إلى إسناد صحيح، لأن عمل الأمة به يقتضي العلم بصحته بتقرير الشرع، وتصحيح إسناده لا يقتضي ذلك، فكان العمل به على هذا الوجه أقوى». اهـ. والله تعالى أعلم.

ونقل ابن القيم في إعلام الموقعين ١/١٧٥ قول أبي بكر الخطيب: «وقد قيل إن عبادة بن نسي رواه عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ وهذا إسناد متصل ورجاله معروفون بالثقة. اهـ. بتصرف يسير، وذكر مثل قول الباجي في المنتقى. وقد جاء في عارضة الأحوذى ٥٧/٦، رقم ١٣٢٧، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي؛ كلام طويل ومفيد جداً عن هذا الحديث أيضاً، وقد توسعت في تخريج هذا الحديث لأهميته للبحث.

(١) الاجتهاد للجويني ٧٤، رسالة القضاء لسحنون ٥١، الاختصاص القضائي للغامدي ٦٦.

(٢) الرواية الأولى عند البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم ٦٩١٩ بلفظ قريب، ومسلم كذلك، كتاب الأفضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم ١٧١٦، والترمذي في كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في القاضي يصيب ويخطئ، رقم ١٣٢٦، والنسائي في كتاب أدب القضاة، باب الإصابة في الحكم، رقم ٥٣٨١، وأبو داود في الأفضية، باب في القاضي يخطئ، رقم ٣٥٧٤، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق رقم ٢٣١٤، =

والحديث صريح في دعوة الحاكم إلى الاجتهاد وأن له أجراً حتى ولو أخطأ^(١)، وليس معنى الخطأ هنا أنه أخطأ ما كلف ولكن أنه أخطأ النص فلم يصبه بعد بذل كبير مجهوده^(٢)، والاجتهاد لا يكون إلا من العالم أهل الاجتهاد، وإلا فالجاهل ليس له أن يجتهد ابتداء ولا انتهاء.

٧٨/٣- ثالثاً: من الآثار: الآثار في ذلك متعددة، أقصر على بعضها:

٧٨/٣/١- ما روي عن شريح^(٣) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه [إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به، ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر سنة رسوله ﷺ فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله ﷺ فانظر ما اجتمع الناس عليه فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس فيه سنة من رسول الله ﷺ ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت: إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيراً لك]^(٤).

= ومسند أحمد، مسند الشاميين حديث عمرو بن العاص رقم ٧٣٢٠ ومواضع أخرى، ولم أعر على نفس اللفظ، وإنما روته الكتب السابقة بمعناه. ورواية «عشرة أجور» أخرجها أحمد بمسند الكثيرين من الصحابة رقم ٦٧١٦ بلفظ: «إذا قضى القاضي فاجتهد فأصاب فله عشرة أجور، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجر أو أجران». ورواه في مسند الشاميين من حديث عمرو بن العاص برقم (١٧٢٣) عن النبي ﷺ وفي آخره «فله أجر»، وقد ضعف ابن حجر في التلخيص الحبير ٣٣٣/٤ رواية «عشرة أجور»، لأن فيها فرج بن المطلب وهو ضعيف وتابعه ابن لهيعة.

(١) الأم ٩٣/٧، تبصرة الحكام ١٤/١.

(٢) الاجتهاد للجويني ٤٥-٤٦.

(٣) شريح القاضي: شريح بن الحارث، الكوفي، ولد سنة (٤٢ق.هـ)، من كبار التابعين، مغمضرم، ولي قضاء الكوفة زمن عمر ومن جاء بعده ستين سنة ثم استعفى من الحجاج سنة (٧٧هـ) فأعفاه، توفي بالكوفة سنة (٧٨هـ) وهو ابن (١٢٠ سنة). (سير أعلام النبلاء، الذهبي: ١٠٠/٤ وما بعدها).

(٤) النسائي بلفظ قريب، كتاب آداب القضاة، باب الحكم باتفاق أهل العلم، رقم ٥٣٩٩، =

٧٨ / ٣ / ٢ - عن عبد الرحمن بن يزيد^(١) قال: أكثروا على عبد الله (يعني ابن مسعود^(٢)) ذات يوم فقال [يا أيها الناس، قد أتى علينا زمان لسنا نقضي، ولسنا هناك، ثم إن الله قدر علينا أن من الأمر ما ترون، فمن عَرَضَ له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه ﷺ، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه فليقض بما قضى به الصالحون، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به رسول الله ﷺ ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه ولا يقول: إني أرى وإني أخاف، فإن الحلال بين والحرام بين، وبين ذلك أمور متشابهات فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك] (٣).

- = ومصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، الحديث رقم ٣ من كتاب البيوع، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه ٣٥٨/٥ - ٣٥٩، ومعناه في السنن الكبرى للبيهقي ١١٥/١٠ باب ما يقضي به القاضي من كتاب آداب القاضي، وسنن الدارمي، المقدمة، باب الفتيا وما فيه من الشدة ٤٢/١، رقم ١٦٥ والاستذكار لابن عبد البر، كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، ج ٢٢/٢٢، رقم ٣١٦٣٥.
- (١) عبد الرحمن بن يزيد: (ت ٩٨هـ = ٧١٦م) عبد الرحمن بن يزيد بن جارية الأنصاري المدني أبو محمد، تابعي من رجال الحديث الثقات ولد في حياة رسول الله ﷺ وولي القضاء لعمر بن عبد العزيز. مات بالمدينة. (الأعلام ٣/٣٤٢).
- (٢) عبد الله بن مسعود: عبد الله بن مسعود بن غافل، أبو عبد الرحمن، حدث عن النبي ﷺ بالكثير، وهو سادس من أسلم، توفي قبل مقتل عمر، وقيل مات بالمدينة سنة (٣٢هـ) وقيل (٣٣هـ) وقيل مات بالكوفة. والأول أثبت. (الإصابة، ابن حجر: ٤/١٩٨ وما بعدها رقم ٤٩٧٠).
- (٣) النسائي، كتاب آداب القضاة، باب الحكم باتفاق أهل العلم، رقم ٥٣٩٧ عن عبد الرحمن ابن يزيد، وبعده مباشرة رقم ٥٣٩٨ بلفظ قريب جداً عن حُرَيْث بن ظَهْرٍ عن ابن مسعود. وقال أبو عبد الرحمن النسائي في آخر الرواية الأولى: هذا الحديث جيد جيد.
- وقال السندي معلقاً عليه: (أكثروا على عبد الله) أي ابن مسعود في السؤال وعرض الوقائع المحتاجة إلى الحكم ليحكم فيها (إنه قد أتى) أي مضى.... (فليجتهد رأيه) أي إن كان أهلاً. وهذا الأثر دليل على جواز الاجتهاد، نعم إنه موقوف لكنه في حكم الرفع على مقتضى القواعد، بقي أنه يدل على تقديم التقليد للسلف الصالحين كالخلفاء الأربعة على الرأي =

٧٨ / ٣ / ٣ - [كان ابن عباس رضي الله عنهما إذا سئل عن الأمر وكان في القرآن أخبر به، وإن لم يكن في القرآن فكان عن رسول الله ﷺ أخبر به، فإن لم يكن فعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فإن لم يكن قال فيه برأيه] (١).

٧٨ / ٣ / ٤ - ورسالة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري (٢) معروفة مشهورة، بل تسمى (بدستور القضاء وسياسة القضاء وتدبير الحكم) ومما ورد فيها:

[فافهم إذا أدلي إليك... لا يمنّئك قضاء قضيته راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم... الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه....] (٣).

= والقياس فليتأمل. وكأنه لهذا حمل الحديث المصنف على صورة الاتفاق ليكون إجماعاً. والله تعالى أعلم. اهـ.

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأفضية، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه ورقم الباب ٤٤٧، ٥ / ٣٥٩ رقم ٤، والسنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١١٥ باب ما يقضي به القاضي من كتاب آداب القاضي، والمعجم الكبير للطبراني ٩ / ١٨٧، رقم ٨٩٢٠. (١)

مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأفضية، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه ٥ / ٣٥٩ والسنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١١٥ باب ما يقضي به القاضي، من كتاب أدب القاضي، والمعجم الكبير للطبراني ٩ / ١٨٧، رقم ٨٩٢٠. (٢)

أبو موسى الأشعري: (٢١ ق. هـ - ٤٤ هـ = ٦٠٢ - ٦٦٥ م) عبد الله بن قيس بن سليم، أبو موسى، من بني الأشعر من قحطان، وأحد الحكمين يوم صفين، واعتزل يوم الجمل، توفي بالكوفة، وقيل بمكة، له (٣٥٥) حديثاً. (الإصابة، ابن حجر: ٤ / ١٨١ - ١٨٢ رقم ٤٩١٦، الأعلام، الزركلي: ٤ / ١١٤).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١٥٠ باب لا يحيل حكم القاضي على القاضي له والمقضي عليه...، من كتاب الشهادات عن أبي العوام البصري، ورواها قبله الدارقطني في سننه =

فعلى القاضي أن يسمع كلام كل واحد من الخصمين ويفهم مراده ثم يبذل مجهوده للوصول إلى الحكم الحق في المسألة المعروضة، ثم أكد على الفهم فيما يختلج في صدره ليكون مُقَدِّماً على القضاء على بصيرة، وعليه أن يعرف الحوادث ليرد الحكم في غير المنصوص عليه إلى المنصوص عليه بالمعنى، ومما يقوم به أن المدعي إذا استمهل القاضي ليحضر بيته ليأخذ حقه فإنه يمهله مدة يراها مناسبة، وكذلك المدعى عليه إذا أراد أن يُحضر الدَّفْع إذا أقام المدعي بيته^(١)... وهذه الأعمال كلها من السلطة التقديرية، والفهم هو الركن الأساسي للقضاء تعقلاً واستنباطاً^(٢).

= ٢٠٦/٤ - ٢٠٧ رقم ١٥-١٦ في كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، وقد حمل ابن حزم حملة شديدة على هذه الرسالة وأنها موضوعة مكذوبة من حيث السند والمتن، ثم تابعه بعض المتأخرين، وهذه عاداته في أنه يرد الروايات الصحيحة بحجاسة عجبية ثم يبين أنها صحيحة، وإليك بعض ردود العلماء عليه في رده لهذه الرواية، والملاحظ أن الطعون من حيث السند تدور على أنها مروية عن عبد الملك بن الوليد بن معدان عن أبيه وأنهما ساقطان (المحلى ١/ ٨١، م (١٠٠))، وقد أعد الدكتور أحمد سحنون رسالة دكتوراه في دراسة سند هذه الرسالة القيمة ومنتها وذكر الردود على من طعن فيها وأقوال المؤيدين لها، وأورد مواطن ورودها في أكثر من أربعين مصدراً حديثياً وقضائياً وفقهياً وتاريخياً، وأورد طريقتين آخرين للرسالة أحدهما رواه ثقات، وهما غير الطريق الذي طعن فيه ابن حزم ومن تبعه، وكيفية أن الدارقطني رواها من طريق الإمام أحمد عن سفيان بن عيينة (رسالة القضاء ٤٤٠) وأن ابن حزم نفسه رواها من طريقتين آخرين تضمنتا عدداً من أئمة الحفاظ ممن خرج لهم أصحاب الكتب الستة (رسالة القضاء ٤٣٩) وأن عبد الملك غير مسلم الطعن فيه بل مختلف فيه. وختم بحثه في الخلاصة (صفحة ٤٧١) وأنه جمع للرسالة خمسة وعشرين سنداً من عشر طرق، لست روايات... وذكر قول ابن عبد البر في الاستذكار كتاب الأقضية، باب ما جاء في الشهادات ٢٢/٣١ - ٣٢، رقم ٣١٦٦٥. «وهذا الخبر روي عن عمر من وجوه: رواه أهل الحجاز وأهل العراق وأهل الشام وأهل مصر والحمد لله». اهـ مما يعني استفاضتها وتلقي الأمة لها بالقبول والعمل. (راجع: رسالة القضاء، دراسة وتحقيق د. أحمد سحنون، مثلاً: ١٥٣، ٣٢١ إلى ٤٣٢، ٤٣٧ وما بعدها، ٤٧٠ وما بعدها).

(١) المبسوط للسرخسي ١٦/٦٠، ٦٢، ٦٣، رسالة القضاء تحقيق أحمد سحنون: ١٩، ٣٣٧،

٤١٦، ٣٥٨

(٢) المسؤولية القضائية للشواريبي: ١٦.

٧٨ / ٤ - رابعاً: من المعقول:

٧٨ / ٤ / ١ - يجوز الاجتهاد في باب القبلة عند الاشتباه وانقطاع الأدلة، وفي المعاملات من الحروب وغير ذلك، فكذلك يجوز الاجتهاد بالرأي في القضاء^(١) بل إن من أمر أن يجتهد على مُغَيَّب فقد كُلف الاجتهاد.

٧٨ / ٤ / ٢ - إن ترك الاجتهاد في موضعه بمنزلة الاجتهاد في غير موضعه، فكما لا ينبغي له أن يشتغل بالاجتهاد^(٢) مع النص لا ينبغي له أن يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه^(٣).

٧٨ / ٤ / ٣ - إن الوقائع والحوادث غير متناهية، ونصوص الكتاب والسنة محصورة مقصورة، ومواضع الإجماع معدودة ماثورة، وهي على الجملة متناهية، ونحن نعلم قطعاً أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى فيها متلقى من قاعدة الشرع، فلا بد من الأخذ بالقياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال؛ لأنه الأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع، وهو مناط الاجتهاد وأصل الرأي، ومنه يتشعب الفقه وأساليب الشريعة، وهو المفضي إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع مع انتفاء الغاية والنهاية^(٤)، والقاضي من أهم من يقوم بذلك عند استيفاء شروطه.

(١) المبسوط ١٦ / ٦٨.

(٢) الأم ٧ / ٩٣.

(٣) المبسوط ١٦ / ٦٩.

(٤) معنى هذا القول نقله الزركشي عن الجويني (البحر المحيط ٥ / ٥)، ونقله عن الشاشي (البحر المحيط ١ / ١٣) إلا أن الغزالي في المستصفى ٢ / ٢٣٩ - ٢٤٠، وانظر ٢٣٠ وما بعدها، حقق في معنى هذا القول بشكل مفصل ومهم جداً، حيث بين أن الحكم في الأشخاص التي ليست متناهيه إنما يتم بمقدمتين كلية وجزئية، أما الكلية فتشتمل على مناط الحكم وروابطه وذلك يمكن التنصيص عليه بالروابط الكلية إلا أن هذا لا يجري في جميع الجزئيات، وأما المقدمة الجزئية فهي التي لا تنهاى مجاريها فيضطر فيها إلى الاجتهاد لا محالة وهو اجتهاد في تحقيق مناط الحكم وليس ذلك بقياس، فالاجتهاد في تحقيق مناط الحكم ضرورة أما في تخريج المناط =

٧٨ / ٤ / ٤ - إن الشريعة الإسلامية نظراً لكونها خاتمة الشرائع السماوية فإنها حققت الوفاء بحاجات الناس وملاءمة مقتضيات الحياة البشرية في كل عصر وزمان إلى يوم الدين، فنص القرآن الكريم على القواعد العامة التي ترسم النظام العام لأسلوب التقاضي وترك التفاصيل للسنة المطهرة وعمل المجتهدين في الأمة في كل زمان ومكان^(١) وهذا من أبرز الدلائل على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، ولا يصلح الزمان والمكان إلا بالشريعة.

٧٨ / ٥ - خامساً: من القواعد الفقهية^(٢):

٧٨ / ٥ / ١ - (القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لأنه نُصِب لدفع الظلم وإيصال الحقوق إلى أربابها)^(٣). ومن المراد هنا أن القاضي يحتاط عند حكمه لا أنه يحكم بالاحتياط بل بالتحقيق.

٧٨ / ٥ / ٢ - (تقدير القاضي كالشارع)^(٤).

= وتنقيح المناط فلا. والغزالي يسمي الخروج بحكم لمسألة لا حكم فيها من مسألة محكوم فيها؛ استثماراً، فقد جعل القطب الثالث من المستصفي لكيفية استثمار الأحكام من مُثمرات الأصول، وبالتالي يمكن تسمية المجتهد والقائس بالمستثمر لكنه في التجارة التي تنجي من العذاب الأليم، والله تعالى أعلم، وانظر التقرير والتحجير لابن أمير حاج ١/١٩، المبسوط ٦٢/١٦ - ٦٣.

(١) النظام القضائي في الإسلام لعزام ١٩/١ وما بعدها.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن بعض هذه العبارات لم تشتهر على أنها قاعدة فقهية بل هي أقوال للفقهاء، لكنها في معنى القاعدة الفقهية إذ العبرة لما تحمله من معنى.

(٣) وهي جزء من استهلال صاحب التحرير في شرح الجامع الكبير لكتاب الإقرار في البيع في فساد وغير فساد (انظر القواعد الفقهية للندوي ١٤٩ وأشار الندوي ص ١٤٨ إلى أنها قاعدة وأن الحصري يستعمل لفظ (أصل) باعتبار ما يتفرع عليه من فروع وجزئيات)، والعامل في الروضة البهية ٣/٨٨ يرى أن الحكم مبني على الاحتياط التام، ونفس المعنى للقاعدة ورد في المبسوط ١٥/١٧.

(٤) الدر المختار بهامش رد المحتار ٥/٦٣٤، المبسوط ١٦/٦٢.

٧٨ / ٥ / ٣ - (القضاء أمر يُحتاج فيه إلى الرأي والتدبير)^(١).

٧٨ / ٥ / ٤ - (رأي المجتهد حجة من حجج الشرع)^(٢).

٧٨ / ٥ / ٥ - (الثابت بالقياس ثابت بمعنى النص)^(٣).

٧٨ / ٥ / ٦ - (كل ما دعت الحاجة إليه في الشريعة مما فيه منفعة ولم يعارضه

محذور؛ فإنه جائز وواجب بحسب حاله، وهذا أصل بديع)^(٤)، والسلطة التقديرية منفعة عظيمة للأمة.

٧٨ / ٥ / ٧ - (كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب)^(٥)، ولا

يتوصل إلى الغاية من القضاء إلا بالسلطة التقديرية.

٧٨ / ٥ / ٨ - (منزلة الوالي من الرعية منزلة الولي من اليتيم)^(٦)، وهو نص في

كل وال^(٧)، والمطلوب من ولي اليتيم الاجتهاد لما فيه مصلحة المولى عليه ولتحقيق الغاية من هذه الولاية، وكذلك القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية.

٧٩ - ملحوظة: لوحظ مما سبق أن أدلة مشروعية القياس والاجتهاد تصلح

لأن تكون أدلة لمشروعية استعمال السلطة التقديرية للوصول إلى الغاية من

(١) معين الحكام للطرابلسي ٢٥-٢٦.

(٢) هي جزء من استهلال صاحب التحرير في شرح الجامع الكبير لأول باب صلاة العيدين (انظر القواعد الفقهية للندوي ١٤٩).

(٣) شرح التلويح على التوضيح.

(٤) القواعد الفقهية للندوي ٦٠ حيث نسبه للونشريسي في المعيار العرب والجامع المغرب ٨٧ / ١ نقلاً عن القاضي ابن العربي.

(٥) المرجع السابق حيث نسبه للمقري المالكي في القواعد ٢ / ٢٩٣ برقم ١٤٤.

(٦) هي جزء من كلام الشافعي: الأم ٤ / ١٦٤، القواعد الفقهية للندوي ١٥٧، ثم اشتهرت عند الفقهاء بقاعدة صاغوها وهي: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة.

(٧) صرح بذلك الزركشي في المنتور في القواعد ١ / ٣٠٩.

منصب القضاء الذي أباح النبي ﷺ حسد من أخذ هذا المنصب بحقه^(١)، وحذر من قصر في ذلك.

٨٠- الخلاصة: اتضح بجلاء مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي وأن القاضي يجب عليه استعمالها^(٢) عند تحقق شروطها، وأن الفقهاء وإن لم يستخدموا مصطلح (السلطة التقديرية) قديماً، الذي انتشر كثيراً في كتب القانونيين^(٣)، فإنهم قالوا بها تحت مصطلحات تبين أوجهها وآثاراً من هذه السلطة، ومما استخدموه (رأي القاضي) (نظر القاضي) (سلطة القاضي) (تقدير القاضي) (اجتهاد القاضي) (حكم القاضي)، وهذه المصطلحات بما بينها من تداخلات كبيرة فإنها تعدّ أوجهاً لشيء واحد نسميه حالياً (بالسلطة التقديرية) ولا مشاحة في الاصطلاح.

٨١- اتحاد الغاية: والقاضي في استعماله للسلطة التقديرية إنما يسعى لتحقيق الغاية التي ولي منصب القضاء من أجلها، وإن قصر كان خائناً لله

(١) قال ﷺ: «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا فسلطه علىهلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها»، رواه البخاري في كتاب العلم، باب الاغتباط في العلم والحكمة، رقم ٧٣، ومواضع أخرى، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضل من يقوم بالقرآن ويعلمه وفضل من تكلم بحكمة، رقم ٢٨١٦، وهو بلفظ «حكمة»، وابن ماجه في كتاب الزهد، باب الحسد، رقم ٤٢٠٨، مسند أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند ابن مسعود، رقم ٤٠٩٨.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٤، ٦٤، العناية للبايرتي ١٠/٢٨٨، مجلة أضواء الشريعة (عدد ٨ سنة ١٣٩٧هـ) بحث الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز السعيد، صفحة ٣٦-٣٧.

(٣) مثلاً: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، أحمد محمود سعد، وهو كتاب ظاهر الغاية من عنوانه، وسلطة القاضي التقديرية، نبيل إسماعيل عمر، ولعله أول من أفرد بحثاً مستقلاً بهذا العنوان من القانونيين، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، فاضل زيدان محمد، وقد اطلعت على كتب قانونية كثيرة قبل الشروع في كتابة البحث لإثرائه.

ولرسوله وللمسلمين ومضياً للأمانة^(١).

٨٢- حقيقة: بعد أن تبينت مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي يتأكد بشكل قاطع سبق الإسلام في العديد من ميادين العلوم القضائية وغيرها. وإن كان ماثراً الشبهة في أذهان من يعتقد خلاف ذلك هو تقصير المسلمين في دراستهم للعلوم التنظيمية والإدارية، وبالتالي قصور قدراتهم عن طرح ما لديهم من ذخائر علمية بأساليب تناسب كل عصر وزمان وتقصيرهم في محادثة كل أمة من العلماء بما يعرفون.



(١) جاء في الفروق للقرافي ٣٩/٤، الفرق (٢٢٣) «اعلم أن كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بطلب مصلحة أو درء مفسده لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] ولقوله ﷺ: «من ولي من أمور أمي شيئاً ثم لم يجتهد لهم، ولم ينصح فالجنة عليه حرام» فيكون الأئمة والولاة معزولين عما ليس فيه بذل الجهد، والمرجوح أبدأ ليس بالأحسن بل الأحسن ضده، وليس الأخذ به بذلاً للاجتهاد بل الأخذ بضده، ومقتضى هذه النصوص أن يكون الجميع معزولين عن المفسدة الراجحة والمصلحة المرجوحة والمساوية، وما لا مفسدة فيه ولا مصلحة؛ لأن هذه الأقسام الأربعة ليست من باب ما هو أحسن، وتكون الولاية إنما تتناول جلب المصلحة الخالصة أو الراجحة، ودرء المفسدة الخالصة أو الراجحة، فأربعة معتبرة، وأربعة ساقطة» اهـ.

المبحث الثالث مصادر السلطة التقديرية للقاضي

المطلب الأول: معنى مصادر السلطة التقديرية للقاضي

٨٣- السلطة التقديرية هي جوهر العمل القضائي للقاضي، لذا تلقي بظلالها على جميع المساحة التي يمتد إليها العمل القضائي، ومصادر أحكامها نفس مصادر الأحكام القضائية الشرعية^(١)، وهذا ما سألينه في هذا المبحث إن شاء الله تعالى.

٨٤- أهمية عناصر النزاع بالنسبة للدعوى: وما يتصل بمصادر الصلاحية التقديرية للقاضي معرفته عناصر النزاع المطروحة أمامه من حيث قبول سماعها، واختيار الصالح منها والتقيدها بها دون الخروج عنها أو إضافة عناصر لم يطرحها الخصوم في الدعوى، وتعد عناصر النزاع المادة الأساسية التي توجه العمل القضائي لجهة ما يُعمل القاضي فيها ذهنه للتثبت من صحتها والحكم عليها، فعناصر النزاع هي المصدر الأول للمعلومات عن الدعوى، وأيضاً تتدخل في الحكم على صحة النشاط التقديري للقاضي، وسيأتي بيان ذلك قريباً^(٢).

(١) ومعلوم أن القضاء جزء من الفقه وباب من أبوابه، لذلك فإن مصدر الأحكام القضائية هو نفس مصدر التشريع الإسلامي، نظرية الحكم القضائي لأبو البصل: ٢٦٦.

(٢) سيأتي بحقه عند بيان شروط الدعوى المقبولة في الفصل الثاني.

٨٥- أهمية أدلة الإثبات: مما يتصل بمصادر السلطة التقديرية أيضاً أدلة الإثبات، وتُستعمل للتأكد من صحة عناصر النزاع المعروضة التي رأى القاضي أنها منتجة في الدعوى ليسعى بعد ذلك لإنهاء الخصومة بالحكم عليها، فأدلة الإثبات مصدر مهم للسلطة التقديرية يبين للقاضي صدق الدعوى من عدم صدقها، وينعكس أثر ذلك على الحكم عليها^(١).

٨٦- يتبين مما سبق أن مصدر التقدير للقاضي:

هو ما يُعين القاضي بصفة نظرية أو عملية، رئيسة أو تابعة، في أي مرحلة من مراحل الدعوى للوصول إلى الغاية من منصب القضاء.

٨٧- توضيح التعريف:

ما يعين القاضي: أي يقوده لذلك من تقدير ظروف الدعوى بما فيها عناصر النزاع التي هي أول ما يدفع القاضي ويوجهه نحو القيام بعمل ما.

نظرية أو عملية: كالبحث التجريدي أو المعلومات النظرية التي يحصل عليها القاضي، وكذلك الأعمال الميدانية التي يقوم بها القاضي بنفسه أو بالاستعانة بغيره، مثل معاينة مكان الجريمة.

رئيسة أو تابعة: مباشرة أو غير مباشرة، وكذلك أدلة الإثبات الأصلية كالشهادة أو المساعدة كالقرائن.

في أي مرحلة من مراحل الدعوى: من ابتداء رفع الدعوى أمام القاضي إلى الحكم عليها.

الغاية من منصب القضاء: وهي فصل الخصومات وقطع النزاع على وفق الشريعة الغراء.

(١) سيأتي بحثه عند بيان طرق الإثبات في أول الفصل الثالث.

٨٨- والملاحظ أن التعريف شمل مواضع البحث وأدواته ومصادر المعلومات وأدلة الأحكام وغير ذلك.

٨٩- توضيح: أما مصادر أحكام السلطة التقديرية التي يستند إليها القاضي في حكمه والتي هي مصادر الأحكام القضائية الشرعية، فهي نفسها مصادر التشريع الإسلامي، وقد ميّز الفقهاء بين نوعين من القضاة بحسب القدرة على الاجتهاد:

الأول: هو المجتهد، والثاني: غير المجتهد (المقلد)

المطلب الثاني: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي المجتهد أو مصادر القانون الإسلامي

٩٠- تمهيد: إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد وجب عليه أن يستقي أحكامه من مصادر التشريع الأصلية مباشرة ولا يقلد إذ لا يجوز له ذلك^(١).

(١) التقرير والتحجير لابن أمير حاج ١/١٩، المبسوط ١٦/٨٣-٨٤، البدائع ج ٧/٤-٥، العناية للباقرتي ٧/٢٥٦، روضة الطالبين ٨/٨٨، السياسة الشرعية لابن تيمية ١٣٦، تبصرة الحكام ١/٦٤، والملاحظ أن هذا هو ما عليه جمهور العلماء، وقد ذهب الشافعية وأبو حنيفة وصاحبه في روايات متعارضة والمالكية في قول والحنابلة في قول إلى القول بذلك على إطلاقه ولو كان للمجتهد عذر، فليس له التقليد (روضة الطالبين ٨/٨٨، البدائع ج ٧/٤، تبصرة الحكام، ١/٦٤، السياسة الشرعية ١٣٦) وذهب ابن سريج من الشافعية وبعض الحنفية والمالكية في قول والحنابلة في أقوى الأقوال عندهم إلى جواز ترك المجتهد للاجتهاد وتقليده لمجتهد آخر لعذر، كضيق الوقت أو عجز الطالب أو تكافؤ الأدلة (روضة الطالبين ٨/٨٨، العناية ٧/٢٥٦-٢٥٧، السياسة الشرعية ١٣٦، تبصرة الحكام ١/٦٤)، أما ترك المجتهد للاجتهاد وتقليده لغيره من غير عذر فأجازاه أبو حنيفة وصاحبه في روايات متعارضة والحنابلة في قول والمالكية في قول (البدائع ج ٧/٤، السياسة الشرعية ١٣٦، تبصرة الحكام ١/٦٤).

يقول الإمام الشافعي^(١): «فيكون فرضاً على المجتهد أن يجتهد برأي نفسه لا برأي غيره، ويَبين أنه ليس لأحد أن يقلد أحداً من أهل زمانه»^(٢)، وقال النووي: «ليس لمجتهد أن يقلد مجتهداً، لا ليعمل به، ولا ليفتي به، سواء خاف الفوت لضيق الوقت أم لا»^(٣).

٩١- في المذهب الحنفي:

ذهب الحنفية إلى ترتيب مصادر الأحكام الشرعية على النحو الآتي^(٤):

٩١/١ - أولاً - الأحكام الواردة في كتاب الله تعالى ولم تُنسخ.

٩١/٢ - ثانياً - السنة النبوية: إن لم يجد القاضي المجتهد الحكم في كتاب الله تعالى بحث في السنة النبوية بعد معرفة النسخ والمنسوخ ودرجة ثبوت الحديث، من المتواتر والمشهور وغيرهما، فإن اختلفت الأخبار أخذ بما هو الأشبه الذي مال إليه اجتهاده.

٩١/٣ - ثالثاً - ما ورد عن صحابة رسول الله ﷺ وهذا المصدر له حالتان:

٩١/٣/١ - الأولى: أن يتفق الصحابة على قول واحد في المسألة، فيكون إجماعاً منهم لا تجوز مخالفته من القاضي المجتهد أو غيره.

(١) الإمام الشافعي: محمد بن إدريس، أبو عبد الله، ولد بغزة سنة (١٥٠هـ)، إمام المذهب المعروف باسمه، أفتى في مكة وهو ابن خمس عشرة سنة، من مصنفاته: الأم، الرسالة، توفي بالقاهرة سنة (٢٠٤هـ). (سير أعلام النبلاء للذهبي: ٥/١٠).

(٢) الأم ٧/٩٣، الإنصاف ١١/٨٤.

(٣) روضة الطالبين ٨/٨٨، ومعناه مختصراً في المجموع ٣/٧٨.

(٤) هذه المصادر مجموعة من: أدب القضاء للسروجي ١٢٥-١٢٦، الفتاوى الهندية ٣/٣١١، وما بعدها، المبسوط للسرخسي ١٦/٦٧ وما بعدها، ١٦/٦٩، ٨٣ وما بعدها، التقرير والتحجير لابن أمير حاج ١/١٧، وما بعدها، ٢/٢١٢، كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ١٩/١.

٩١/٣/٢ - الثانية: أن يختلف الصحابة في حكم مسألة من المسائل على أقوال محصورة، فلا يسع أي مجتهد أن يخرج عن أقوالهم لقول جديد، ويقوم المجتهد بترجيح أحد أقوالهم الذي يرى أنه أشبهها بالحق وأقربها للصواب وأحسنها عنده^(١)، ولا ينعقد إجماع الصحابة إذا خالفهم تابعي ممن كان يزامهم في الفتوى وسوّغ له الصحابة الاجتهاد، كشريح، والشعبي^(٢)، ومسروق^(٣)^(٤).

٩١/٤ - رابعاً - ما ورد عن التابعين: إن لم يكن للصحابة قول في الحكم نظر فيما ورد عن التابعين، في حالتين أيضاً:

٩١/٤/١ - الأولى: أن يجمع التابعون على قول في حكم في مسألة من المسائل فيكون اتباعهم واجباً، لأن إجماع كل عصر حجة لا يمكن مخالفته.

٩١/٤/٢ - الثانية: فإن كان التابعون قد اختلفوا في حكم المسألة على أقوال رجح قول البعض وقضى به.

٩١/٥ - خامساً - القياس: إن لم يجد المجتهد (القاضي أو غيره) شيئاً من ذلك وكان من أهل الاجتهاد اجتهد وقاس المسألة على ما يشبهها من الأحكام

(١) خالف في ذلك الخصاص فأجاز للمجتهد أن يخرج عن أقوالهم لقول جديد، وهو خلاف الصحيح من المذهب. الفتاوى الهندية ٣/٣١٢.

(٢) الشعبي: (١٩-١٠٣هـ = ٦٤٠-٧٢١م) عامر بن شراحيل، الشعبي، أبو عمرو، راوية من التابعين، ثقة، ولد ونشأ ومات فجأة بالكوفة، استقضاه عمر بن عبد العزيز، واختلف في اسم أبيه فقيل: شراحيل وقيل عبد الله. ونسبته إلى شغب وهو بطن من همدان. (الأعلام للزركلي: ٣/٢٥١).

(٣) مسروق: مسروق بن الأجدع، الهمداني، التابعي الكبير، من أهل اليمن، قدم المدينة أيام خلافة أبي بكر، شهد القادسية، توفي سنة (٦٢هـ). (سير أعلام النبلاء للذهبي: ٤/٦٣).

(٤) وقال السرخسي في موضع آخر (المبسوط ١٦/٦٧ وما بعدها) إن لم يجد في الكتاب والسنة فيما قضى به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فإن لم يجد اجتهد رأيه، دون أن يذكر السرخسي أقوال الصحابة كما ذكر في مواضع أخرى (مثلاً ١٦/٨٣).

ثم قضى فيها برأيه، ولا يدع الاجتهاد في موضعه لخوف الخطأ، فإنه لم يأل جهداً في البحث عن حكم الله تعالى في المسألة المعروضة^(١).

٦/٩١ - ترتيب المصادر: من أهم ما استدل به الحنفية على ترتيب المصادر: حديث معاذ حين بعثه النبي ﷺ قاضياً إلى اليمن.
٧/٩١ - تنبيهات^(٢):

ينبه الحنفية على بعض الأمور بالنسبة لمصادر الأحكام الشرعية:

١/٧/٩١ - الأول: إذا اتفق أئمة الحنفية الثلاثة (أبو حنيفة وصاحبه^(٣)) على قول فلا ينبغي للقاضي أن يخالفهم برأيه.

٢/٧/٩١ - الثاني: إذا اختلفوا فيما بينهم فقال عبد الله بن المبارك^(٤):

(١) ويشير ابن أمير حاج إلى أن هذه المصادر الكلية هي (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) وهي مبنى الفقه ومرجعه، أما قول الصحابي فمردود إلى السنة، وأما شرع من قبلنا فمردود إلى الكتاب أو السنة إذا لم ينكره الشرع، والتعامل مردود إلى الإجماع.. إلخ (التقرير والتحجير ١٧/١ وما بعدها، ٢/٢١٢) وأشار الشيخ أحمد الزرقا في قواعده ص ١٥٢-١٥٣ القاعدة ١٤ إلى أن الحنفية يقدمون القياس على خبر الواحد إذا كان المقيس عليه ثبت حكمه بدليل قطعي أو مشهور، فإن كان ثبت بخبر آحاد قدموا خبر الواحد على القياس. اهـ، لكن هذا غير مطرد في العمل، مثل حديث خيار المجلس وحديث المصرة وغيرهما، فقد قدموا القياس على خبر الواحد.

(٢) الفتاوى الهندية ٢/٣١٢، أدب القضاء للسروجي ٥٣٤-٥٣٥.

(٣) الإمام أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم، ولي قضاء بغداد حتى وفاته سنة (١٨٣هـ) وهو أول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة وأملى المسائل ونشرها وبث علم أبي حنيفة في الأقطار. له كتاب الأمالي والنوادر والخراج. (الفوائد البهية للكنوي: ٢٢٥). وتقدمت ترجمة الإمام محمد.

(٤) ابن المبارك: (١١٨-١٨١هـ = ٧٣٦-٧٩٧م) عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي بالولاء، التميمي المروزي، أبو عبد الرحمن الحافظ شيخ الإسلام المجاهد التاجر، جمع الحديث والفقه والعربية وأيام الناس والشجاعة والسخاء، له كتاب «الجهاد»، و«الرقائق». (شذرات الذهب ٢/٣٦١ وما بعدها، الأعلام ٤/١١٥).

يؤخذ برأي أبي حنيفة لأنه كان تابعياً وزاحمهم في الفتوى، فإن لم توجد رواية عن أبي حنيفة وأصحابه ووجدت عن المتأخرين يجتهد فيه برأيه إذا كان يعرف وجوه الفقه ويشاور أهل الفقه فيه.

٣/٧/٩١ - الثالث: إذا اختلف المتقدمون على قولين ثم أجمع مَنْ بعدهم على أحد هذين القولين فليس للمجتهد أن يخرج عنهم، لأن إجماعهم يرفع الخلاف المتقدم، وقيل: بل له ذلك.

٤/٧/٩١ - الرابع: إذا اتفق أهل عصر على قول وانقرضوا ليس للقاضي أن يخرج عن قولهم إذا لم يسبق اتفاقهم هذا اختلافاً، وإن كان اتفاقهم سبقه اختلاف فقيل: له الخروج عن قولهم، وقيل: ليس له ذلك.

٨/٩١ - ملحوظة: الملاحظ أن فقهاء الحنفية بعد أن يتركوا للمجتهد حرية الاجتهاد والبحث بشكل عام يضعون قيوداً عملية تحد من حرите ضمن أقوال أئمة المذهب إن وجدت، فيبدو وكأنه مجتهد في المذهب، مع أن كلمة المجتهد عند إطلاقها يراد منها المجتهد المطلق، والله تعالى أعلم.

٩٢ - في المذهب المالكي:

مصادر الأحكام الشرعية مرتبة على النحو الآتي:

١/٩٢ - أولاً: كتاب الله تبارك وتعالى.

٢/٩٢ - ثانياً: السنة المطهرة، وهي على مرتبتين:

١/٢/٩٢ - الأولى: السنة التي صاحبها عمل أهل المدينة، وهي مقدمة على خبر الآحاد لأن العمل مقدم.

٢/٢/٩٢ - الثانية: السنة عموماً (الأخبار التي لم يصاحبها العمل) ويُفهم أنهم يعنون بها أخبار الآحاد.

٣/٩٢ - ثالثاً - القياس: وهو مقدم على خبر الأحاد (أي الذي لم يصاحبه عمل) في مذهب مالك كما ذكر أبو بكر الأبهري^(١)، وأشار إليه القرافي.

٤/٩٢ - رابعاً - الإجماع، وأولى الإجماع إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

٥/٩٢ - خامساً - أقوال الصحابة رضي الله عنهم وقضاؤهم، فإن كانوا متفقين على رأي واحد فهو ما سبق من الإجماع، وإن كانت أقوالهم مختلفة فهي على مرتبتين:

١/٥/٩٢ - الأولى - الأقوال التي صاحبها عمل أهل المدينة، وهي مقدمة على غيرها.

٢/٥/٩٢ - الثانية - أقوال الصحابة التي لم يصاحبها العمل، فالقاضي يتخير من أقوالهم هذه، ولا يخرج عنها إلى قول جديد، وقيل: بل له ذلك إذا أداه إليه اجتهاده.

٦/٩٢ - سادساً - أقوال التابعين ومن بعدهم: إن لم يجد القاضي للصحابة إجماعاً أو قولاً مؤيداً بالعمل أو أقوالاً مختلفاً فيها؛ بحث في أقوال التابعين ومن بعدهم، ويقدم الإجماع المنعقد في أي عصر من العصور إلى يوم القيامة.

٧/٩٢ - سابعاً - القياس والاجتهاد: إن لم يجد القاضي حكماً للمسألة فيما سبق من المصادر نظر واجتهد في القياس على الأصول بعد مشورة أهل العلم، فإن اجتمع رأيه ورأيهم على قول واحد أخذ به، وإن اختلفوا قضى بأحسن الأقوال حسب اجتهاده، وإن أداه اجتهاده إلى رأي يخالف آرائهم فله أن يأخذ به

(١) أبو بكر الأبهري (٢٨٩-٣٧٥هـ = ٩٠٢-٩٨٦م) محمد بن عبد الله أبو بكر التميمي الأبهري شيخ المالكية في العراق، وله تصانيف في شرح مذهب مالك والرد على مخالفيه منها «الرد على المزني» ومن كتبه: «الأصول». (الأعلام ٦/٢٢٥).

إذا كان من أهل الاجتهاد، وقيل ليس له أن يخرج عن آرائهم إذا كانوا أعلم منه وإن كان مجتهداً.

٨/٩٢ - ثامناً- التقليد: إن لم يؤده اجتهاده إلى حكم في المسألة الواقعة فله أن يقلد عند من يرى جواز تقليد المجتهد لغيره.

٩/٩٢ - تاسعاً- ترك الاجتهاد: ذهب المالكية إلى ثلاثة أقوال في جواز ترك المجتهد للاجتهاد وتقليده لمجتهد آخر: الجواز، وعدمه، والجواز إذا خاف فوات النازلة^(١).

٩٣- المصادر في المذهب الشافعي:

١/٩٣ - أولاً - القرآن الكريم.

٢/٩٣ - ثانياً- السنة النبوية.

٣/٩٣ - ثالثاً - الإجماع.

٤/٩٣ - رابعاً - القياس عند عدم وجود الحكم في الكتاب والسنة ولم يكن أمراً مجمعاً عليه، يقول الإمام الشافعي: «ومعنى الاجتهاد من الحاكم إنما يكون

(١) انظر لما سبق: تبصرة الحكام لابن فرحون ٦٤/١، شرح ميارة ١٦/١، الفروق للقرافي ١/١٢٨ وما بعدها، الفرق السادس عشر بين قاعدة أدلة مشروعية الأحكام وبين قاعدة أدلة وقوع الأحكام، ونص ما جاء في الفروق عن أدلة مشروعية الأحكام: «فأدلة مشروعيتها: الكتاب، والسنة، والقياس، والإجماع، والبراءة الأصلية، وإجماع المدينة، وإجماع أهل الكوفة على رأي، والاستحسان، والاستصحاب، والعصمة، والأخذ بالأخف، وفعل الصحابي، وفعل أبي بكر وعمر، وفعل الخلفاء الأربعة، وإجماعهم، والإجماع السكوتي، وإجماع لا قائل بالفرق فيه، وقياس لا فارق، ونحو ذلك مما قرّر في أصول الفقه وهي نحو العشرين يتوقف كل واحد منها على مُدرك شرعي يدل على أن ذلك الدليل نصبه صاحب الشرع لاستنباط الأحكام» اهـ. فالقرافي عدد الأدلة الأصلية والفرعية المتفق عليها والمختلف فيها بينما ذكر الآخرون الأدلة المباشرة للأحكام.

بعد أن لا يكون فيما يرد القضاء في كتاب ولا سنة ولا أمر مُجتمع عليه، فأما وشيء من ذلك موجود فلا»^(١)، ثم أكد الشافعي أن الله لم يُبح الاجتهاد إلا على الأصول، وأن من اجتهد على غير الكتاب والسنة كان مخطئاً.

٩٣ / ٥ - خامساً - أما قول الصحابي فله عدة حالات:

٩٣ / ٥ / ١ - الأولى: إذا انتشر بين الصحابة فوافقوه أصبح إجماعاً لا تجوز مخالفته حتى من صاحب القول نفسه.

٩٣ / ٥ / ٢ - الثانية: إذا كان قول الصحابي لا مجال للرأي فيه فهو حجة كذلك، لأنه يدل على أن الصحابي قاله عن توقيف، لا اجتهاد.

٩٣ / ٥ / ٣ - الثالثة: إذا انتشر قول الصحابي بين الصحابة فخالقوه، لم يكن قوله حجة يجب العمل بها، ولم يكن أكثر من رأي مجتهد يجوز للآخرين مخالفته، لكن قول الصحابي في هذه الحالة يمكن أن يرجح أحد القياسين على الآخر.

٩٣ / ٥ / ٤ - الرابعة: إذا انتشر قول الصحابي بين الصحابة فلم يصرحوا بموافقة ولا مخالفة، أو لم يُنقل سكوت ولا قولٌ حتى انقضىوا، كان قوله حجة، لأنهم لو خالفوه لاعترضوا عليه، ولأنهم إذا كانوا أحياء فرموا خالفوه لأمر يبدو لهم.

٩٣ / ٦ - سادساً - قول التابعي ومن بعده: حكمه مثل حكم قول الصحابي إذا انتشر قوله من غير مخالفة^(٢).

(١) ذكر الشافعي لفظ (الاجتهاد) بدلاً من القياس، ومن المعلوم أن القياس من أهم أوجه الاجتهاد، انظر (الأم) ٦/٢٠٠ - ٢٠١، وذكر الزركشي في البحر المحيط ٨/٢٦٧ نقولاً عن الشافعي مهمة وفيه استخدام لفظ القياس.

(٢) ينظر لمجمل ما سبق: أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٤/٣٠٣ وقد تناول هذه المسألة بتفصيل واف، تحفة المحتاج ١٠/١٤٤، التلويح على التوضيح للفتازاني ١/٣٢، قواعد الأحكام للعز ٢/٤٨ - ٤٩، الإبهاج للسبكي ١/٣٨، الأم ٦/٢٠٠، البحر المحيط للزركشي =

٩٤- المذهب الحنبلي: وجاء في (إعلام الموقعين) الأصول التي كان الإمام أحمد يبني عليها فتاويه وهي:

٩٤/١- الأول: النص: سواء كان من الكتاب أو السنة، فإذا كان نص من القرآن أو السنة ولو كان حديثاً صحيحاً فإنه يأخذ به ولا يقدم عليه أي دليل آخر مهما كان.

٩٤/٢- الثاني: فتوى الصحابي: إذا لم يُعرف له مخالف من الصحابة، ولم يكن يُسم ذلك بالإجماع بل يقول: لا أعلم شيئاً يدفعه أو نحو هذا، ولا يقدم عليه عملاً ولا رأياً ولا قياساً.

٩٤/٣- الثالث: فتاوى الصحابة التي اختلفوا فيها: إذا اختلفت أقوال الصحابة في مسألة واحدة اختار منها أقربها إلى الكتاب والسنة، ولم يخرج عن أقوالهم إلى قول جديد.

٩٤/٤- الرابع: الحديث المرسل والحديث الضعيف^(١): إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه من أثر أو قول صاحب أو إجماع، ويُقدم عندها على القياس.

= ٥٤/١، وذكر الاستدلال بدلاً من لفظ القياس، المستصفي للغزالي ١/١٠٠، وقال: «ما يظن أنه من أصول الأدلة وليس منها وهو أيضاً أربعة: شرع من قبلنا، وقول الصحابي، والاستحسان، والاستصلاح» المستصفي ١/٢٤٥، وقد ذكر الزركشي في البحر المحيط ٦/٥ إلى ١٩٤ الأدلة المختلف فيها وهي: الاستدلال على عدم الحكم بعدم الدليل، والاستقراء، واستصحاب الحال، والأخذ بأقل ما قيل، وشرع من قبلنا، وإطباق الناس من غير تكير، ودلالة السياق، وقول الصحابي، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والاستحسان، ودلالة الاقتران، ودلالة الإلهام. وبَحَثَ ترتيب الأدلة عند تعارضها ص ١١٩ وما بعدها.

(١) وأشار ابن القيم إلى أنه ليس المراد بالضعيف عنده الباطل ولا المنكر ولا ما في روايته متهم بحيث لا يسوغ الذهاب إليه، وأن الإمام أحمد يقسم الحديث إلى قسمين: صحيح وضعيف فقط دون الحسن، والضعيف عنده قسم الصحيح وقسم من أقسام الحسن، والضعيف عنده على مراتب، وللأخذ به ما سبق من شروط (إعلام الموقعين ١/٢٥).

٥/٩٤ - الخامس: القياس وذلك عند عدم وجود حكم المسألة فيما سبق من المصادر فيلجأ إلى القياس للضرورة.

٦/٩٤ - وربما كان يتوقف الإمام أحمد في فتاويه إذا تعارضت الأدلة عنده، أو اختلف الصحابة فيها، أو لم يطلع فيها على أثر أو قول لصحابي أو تابعي، فقد كان شديد الكراهة والمنع للإفتاء بمسألة ليس فيها أثر عن السلف، وقد قال لبعض أصحابه: «إياك أن تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام»^(١).

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٢٦/١ وما بعدها. وإن لم يجتهد القاضي لم يجز له تقليد غيره أيضاً مطلقاً على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب، وفي قول عن أحمد رضي الله عنه واختاره الشيرازي وغيره: يجوز، وقيد بعضهم بالعدر كضيق الوقت أو خوف فوت رفقة في السفر (الإنصاف ١١/١٨٤). روضة الناظر لابن قدامة ٣/١٠٢٨ - ١٠٢٩، شرح الكوكب المنير لابن النجار: ٦٣٢-٦٣٣، والملاحظ وجود اضطراب في كتب الحنابلة في ذكرهم للمصادر المعتمدة، مع أن أكثرهم يتفق على أنها الكتاب والسنة والإجماع (روضة الناظر ١/٢٦٤، شرح الكوكب المنير ١٦٢، السياسة الشرعية لابن تيمية ١٣٥-١٣٦، المدخل لابن بدران: ١٩٥) ويضيف بعضهم القياس (المراجع الأنفة الذكر عدا السياسة الشرعية) وبعضهم يذكر الاجتهاد (السياسة الشرعية ١٣٦) أو دليل العقل المبقى على النفي الأصلي (روضة الناظر: ١/٢٦٤) وبعض المراجع تضيف أدلة أخرى ذكر الآخرون أنها تختلف فيها في المذهب، وبعض المراجع تذكر حين بحث ترتيب الأدلة أدلة لم توردها عند ذكرها لأدلة الأحكام، أو العكس (مثلاً: شرح الكوكب المنير ١٦٢، ٦٣٢-٦٣٣-٥٨٨ إلى ٥٩٦، روضة الناظر: ١/٢٦٤، ٣/١٠٢٨-١٠٢٩) ومجموع الأدلة المختلف فيها في المذهب سبعة: الاستصحاب، وشرع من قبلنا، والاستقراء، ومذهب الصحابي، الاستحسان، والاستدلال، وسد الذريعة (انظر روضة الناظر ١/٢٦٤، ٢/٥٢٥-٥٣١، ٣/٩٦٠-١٠٢٨-١٠٢٩)، شرح الكوكب المنير ١٦٢-٥٨٨ إلى ٥٩٦-٦٣٢-٦٣٣، المدخل لابن بدران ١٩٦، أما ابن قدامة في المغني ١٠/١٠١ مسألة (٨٢٣٦) فقد ذهب إلى أن الحاكم إذا عرضت عليه مسألة نظر في الكتاب الكريم فإن لم يجدها نظر في السنة النبوية فإن لم يجدها نظر في القياس فالحقها بأشبه الأصول بها واستدل على ذلك بمحدث معاذ وبأثرين عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما بنفس المعنى، وكذلك فعل البهوتي في كشف القناع ٦/٣٤٩، لكن ابن قدامة سبق له ١٠/٩٩ مسألة (٨٢٣١) أن ذكر الإجماع، =

٩٥- ملخص: ويمكن تلخيص عمل القاضي المجتهد (سلطته التقديرية) بالنسبة للمصادر السابقة فيما إذا عرضت له مسألة بما يأتي:

١/٩٥ - بالنسبة للقرآن الكريم: القرآن جميعه متواتر الثبوت قطعيه، فيتوجه عمل القاضي إلى فهم ودراسة نصه دون سنده، والباحث عن حكم مسألة في القرآن الكريم عليه أن يكون: عارفاً بأصول الاعتقاد، عالماً بالناسخ والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام ولا يشترط في غيرها، وعالماً بالخاص والعام، والمطلق والمقيد، والمستثنى والمستثنى منه، والحقيقة والمجاز، والأمر والنهي، والمبين والمجمل، والمحكم والمتشابه، والنص والظاهر، إلى غير ذلك^(١) مما هو مذكور في أصول الفقه مما يتعلق بخصائص القرآن ونظمه ومعناه ودلالاته وأوجه البيان ومعرفة اللغة العربية وغير ذلك، وذلك بحسب الإمكان، إذ الإحاطة التامة في هذا الشأن مستحيلة على كسب العبد.

= وذكر ابن الهمام في فتح القدير ٧/٢٥٦ أن معاذاً رضي الله عنه إنما لم يذكر الإجماع في حديثه لأن الإجماع لم يكن حجة في زمنه رضي الله عنه، إعلام الموقعين ١/٢٣ وما بعدها. وانظر فقرة (٤٩٦) وذكر المرادوي في الإنصاف (١٢/٢٣٨ وما بعدها) قاعدة نافعة جامعة لصفة الروايات المنقولة عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى والأوجه والاحتمالات الواردة عن أصحابه رحمهم الله تعالى.

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٩٤ م (٨٢٢١)، الفروع لابن مفلح ٦/٤٢٥، الإنصاف للمرادوي ١١/١٨٢، المبسوط للسرخسي ١٦/٦٢، الأحكام السلطانية للماوردي ١٠٩، أسنى المطالب لذكريا الأنصاري وبهامشه روض الطالب ٤/٢٧٨ - ٢٧٩، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢٧، وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية يقسمون اللفظ باعتبار الوضوح في الدلالة على المعنى إلى أربعة هي: الظاهر، النص، المفسر، المحكم، وبالنسبة للخفاء في الدلالة إلى أربعة هي: الخفي، المشكل، المجمل، المتشابه، وكل واحد منها يقابل واحداً من الأربعة الأولى على نفس نسق الترتيب، أما المتكلمون فقد قسموا اللفظ باعتبار وضوح الدلالة إلى قسمين: الظاهر، النص، ومن حيث الخفاء إلى قسمين أيضاً: المجمل، المشكل، (للتوسع: تفسير النصوص، محمد أديب صالح، ١/١٤٠ - ١٤١ وكتب الأصول المعروفة).

٢/٩٥ - بالنسبة للسنة المطهرة:

يحتاج إلى معرفة ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار من الرقائق وغيرها، ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب، ويزيد معرفة المتواتر والآحاد والمرسل والمتصل والمسند والمنقطع والصحيح والضعيف، وما إذا كان للحديث سبب ورود أم لا^(١)، والحديث الضعيف إنما يستأنس به عند عدم وجود قرآن أو سنة ثابتة صحيحة، ويقدم من السنة الأقوى ثبوتاً فالأقوى.

٣/٩٥ - وبالنسبة للإجماع: يبحث القاضي المجتهد عن وجود إجماع سابق،

منذ عصر الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم، فإذا وجد إجماعاً صحيحاً متوافر الشروط لم يتحول عنه، وإذا وجد إجماعاً سابقاً وإجماعاً لاحقاً أخذ بالسابق لتبين فساد الإجماع اللاحق، فعلى القاضي أن يعرف ما هو متفق عليه وما هو مختلف فيه^(٢).

٤/٩٥ - وبالنسبة لأقوال الصحابة غير المجمع عليها: فيتبعها، وإذا كانت

محصورة في قولين مثلاً لا يخرج عنها إلى قول جديد، خلافاً لبعض العلماء، ويبحث عن مرجحات لقول من الأقوال على غيرها، كعمل أهل المدينة أو غير ذلك، فيقدم أحسن الأقوال وأرجحها لديه^(٣).

٥/٩٥ - وأقوال التابعين مثل أقوال الصحابة وإن كان عملهم دون عمل

أهل المدينة.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ٨٥، أسنى المطالب للأنصاري ٢٧٨/٤ وما بعدها، المبسوط للسرخسي ٦٢/١٦، الفتاوى الهندية ٣/٣١٤، المغني ١٠/٩٤، الفروع لابن مفلح ٦/٤٢٥، الإنصاف للمرداوي ١١/١٨٢.

(٢) تبصرة الأحكام ١/٦٤، أسنى المطالب للأنصاري ٢٧٨/٤، الأحكام السلطانية للماوردي ١٠٩، المغني ١٠/٩٤ م (٨٢٢١)، الفروع ٦/٤٢٥، الإنصاف ١١/١٨٢.

(٣) سبق بيان ذلك قريباً عند الحديث عن مصادر الأحكام القضائية في المذاهب الأربعة.

٦/٩٥ - أحكام القضاة السابقين واجتهاداتهم: من المفيد جداً أن يطلع القاضي على أحكام القضاة والمجتهدين ويتبعها ويفتش عن مستندها وعن مدارك الأحكام، فرب مسألة استغلقت على أمة وأدركها فرد^(١)، وأن يعرف عادات الناس لأن من الأحكام ما يُبنى عليها^(٢).

٧/٩٥ - مشاورة العلماء: ومن المفيد كذلك مشاورة العلماء فيما لا نص فيه، وهذه المشورة وإن أوجبها بعض الفقهاء فهي غير ملزمة، بل يستعين بها القاضي للوصول إلى الحكم في المسألة المبحوث عنها^(٣)، إذ لا يجوز للمجتهد ترك الاجتهاد وتقليد غيره عند بعض الفقهاء ولو لعذر، كخوف فوات النازلة أو ضيق الوقت فإن لم يتوصل إلى معرفة الحكم؛ له أن يتوقف^(٤)، وقد نص بعض الفقهاء على سنية إحضار القاضي الفقهاء مجلسه ليشاورهم فيما يُشكل عليه، قال الإمام أحمد: «ما أحسنه لو فعله الحكام، يشاورون وينتظرون»^(٥).

٨/٩٥ - معرفة القواعد الفقهية وإدراك المقاصد العامة للشريعة: ومن المصلحة أن يكون مُلمّاً بالقواعد الفقهية قادراً عليها حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية والقضائية، والقاعدة الفقهية وإن لم تصلح أن تكون

(١) جاء في الفتاوى الهندية ٣/٣١٤: «فالواحد قد يوفق للصواب ما لا توفق له الجماعة».

(٢) الهداية بهامش فتح القدير ٧/٢٦٠ وجاء في (بريقة محمودية للخادمي ٣/١٢٦): «وكما قيل من لم يعرف عُرف زمانه فهو جاهل فإن الأحكام قد تتغير بتغير الأزمان والأشخاص كما فهم من الزيلعي».

(٣) المبسوط ٧١/١٦، ٨٤، الفتاوى الهندية ٣/٣١٤، شرح البهجة لتركيا الأنصاري ٥/٢٢٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٣٢.

(٤) الفروع ٦/٤٢٥، الإنصاف ١١/١٨٤، المبسوط ١٦/٦٩، تبصرة الحكام ١/٦٤-٦٥، وأجازه ابن سريج من الشافعية (أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١١٠ وقال: الصحيح غير الجواز).

(٥) الفروع ٦/٤٤٥.

دليلاً يعتمد عليه لاستنباط حكم والإلزام به إذا وجد نص فقهي يمكن الاعتماد عليه؛ فإن القاضي يمكن أن يعتمد عليها عند عدم وجود نص فقهي أصلاً، أو يعتمد عليها لدعم رأي من الآراء الفقهية أو القضائية عند استنباطه والحكم به^(١)، ولإدراك مقاصد الشريعة أهمية كبيرة وبخاصة عند الاجتهاد والقياس.

٩/٩٥ - معرفة دلائل الحال والقرائن: وينبغي أن يكون القاضي فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهاء في جزئيات وكمليات الأحكام، يقول ابن القيم: «فها هنا نوعان من الفقه لا بد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به الصادق من الكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع»^(٢).

١٠/٩٥ - اقتراح: ولعل من المفيد تنظيم عملية استشارة العلماء عن طريق إنشاء شعبة خاصة للفتوى وإبداء الرأي في المسائل غير المنصوص عليها، وتضم هذه الشعبة جماعة من العلماء المعروفين بالورع والعلم، وتكون هذه اللجنة تابعة للقاضي الأول (قاضي القضاة) أو من يقوم مقامه، مع ملاحظة أن رأي هذه اللجنة غير ملزم للقاضي، وبخاصة المجتهد إذ لا يجوز له التقليد^(٣).

(١) القواعد الفقهية للدوي ٢٢٩ إلى ٣٣٣.

(٢) الطرق الحكمية ص ٤.

(٣) أشار الأستاذ علي حيدر في درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام ٤/٦١٩ - ٦٢٠ أنه لم تُشكل دار للفتوى قبل ظهور الدولة العثمانية، ومن بحث في مصادر الأحكام القضائية بتوسع نظرية الحكم القضائي أبو البصل ٢٦٦ وما بعدها. وذهب الدكتور عبد العزيز عزام في (النظام القضائي له ٥٨/٢ وما بعدها) إلى اقتراح تخصيص الدولة وظيفة للإفتاء يعين فيها أحد رجال الشريعة الذين اشتغلوا بالقضاء ويخصص ديوان لذلك، أو استشارة لجان الفتوى كلجنة الأزهر وغيرها، أو المجامع الفقهية كذلك، وذكر أن القضاة منذ عهد النبوة فما بعده، كانوا يعينون غالباً من أهل الاجتهاد فلا يلتزمون برأي معين حتى كان العصر العباسي =

٩٦- ملحوظة: الملاحظ أن كثيراً من العلماء لا يتعرضون لذكر المصادر الفرعية عند ذكر أدلة الأحكام التي يستقي منها القاضي أحكامه، إلا قليلاً، مع أنهم يذكرونها بتفصيل في كتب الأصول تحت عنوان الأدلة المختلف فيها، ولعل سبب ذلك يعود لأمر:

٩٦/١- أن بعضها مذكور في نصوص الكتاب والسنة كشرع من قبلنا.

٩٦/٢- أن كل واحد من المصادر الفرعية يتوقف على مُدرك شرعي يدل على أن هذا الدليل نصبه الشارع لاستنباط الأحكام.

٩٦/٣- أن بعضها ينطوي تحت اسم الاجتهاد أو النظر أو المعقول، لذلك يكتفون بذكر المصادر الرئيسية، والأخذ بشيء أخذ بما يتضمنه ويتبعه، وذلك مثل القياس.

٩٦/٤- أن القاضي المجتهد إذا عرضت له مسألة بحث عنها في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، ثم في المسائل المجمع عليها، فإن لم يجد فيها لجأ إلى الاجتهاد، ولا بد له من مستند، والقياس وإن كان من أبرز وجوه الاجتهاد فهو محتاج إلى نص أو إجماع يتضمن حكم المسألة المقيس عليها.. والإجماع كذلك محتاج إلى مستند من كتاب أو سنة لأنه اتفاق مجتهدي عصر. فالمصادر التابعة بعضها مذكور ضمناً في النصوص، أو راجع إليها.

٩٦/٥- أن بعض هذه الأدلة الفرعية إنما هي طرق للاستفادة من المصادر الأصلية، كالاستحسان والقياس، كما أن بعضها لا يعدو كونه رأي مجتهد لا يلزم المجتهدين الآخرين اتباعه. والله تعالى أعلم.

= وكان التقليد للمذاهب الأربعة وكان له أثره على أحكام القضاء، (النظام القضائي ١٦/١، ١٧، ٤٧، ٤٩) وذكر السبكي في فتاويه (٢/٢٣) أن القضاة الأربعة حدثت سنة ٦٦٤هـ.

المطلب الثالث: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي غير المجتهد

٩٧- تمهيد: الواجب على القاضي أن يحكم بما أنزل الله فيما يعرض له من قضايا، وتبين أن القاضي المجتهد (المطلق) لا يجوز له أن يقلد غيره عند كثير من الفقهاء، بل يحكم بما أداه إليه اجتهاده وترجح لديه من حكم، ولا يُولى غير المجتهد عند وجود المجتهد^(١).

٩٨- تذكير: وإذا تولى القضاء غير المجتهد لضرورة، بأن ولاء سلطان ذو شوكة أو لم يوجد من تتوافر فيه شروط الاجتهاد، جازت التولية لثلاث تتعطل مصالح الناس، ولأن مراعاة شروط القاضي تكون حسب الإمكان، فيولى الأمثل فالأمثل^(٢).

٩٩- آراء المذاهب الفقهية: لا يجوز الحكم بالهوى والتشهي بالإجماع^(٣)، وإنما يحكم القاضي المقلد بالراجح أو المشهور من مذهبه على النحو الآتي:

١/٩٩- عند الحنفية: يحكم المقلد بفتوى غيره، ويفتي بما اختاره المشايخ من المذهب الحنفي، والأصل أن العمل على قول الإمام أبي حنيفة، ولذا يرجح المشايخ دليله في الأغلب على دليل من خالفه من أصحابه، فلا يُعدل عن قوله إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره. وإذا حُكيت أقوال بلا ترجيح فيعتد القاضي في ترجيحه لأحدها بتغير العرف وأحوال الناس وما ظهر عليه التعامل وما قوي وجهه، ولا يجوز له الإفتاء بالقول المهجور لجر منفعة ولا لتحصيل دنيا عليه.

(١) راجع فقرة (٩٠) مع هامشها.

(٢) سبق بيان ذلك مستوفى عند بحث صفات القاضي، الصفة السابعة: العلم بالأحكام الشرعية (الاجتهاد)، وانظر السياسة الشرعية لابن تيمية ٢٠ وما بعدها.

(٣) الإنصاف للمرداوي ١١/١٨٥، مطالب أولي النهى ٩/٢٣٢.

ويحصل المقلد على الفتوى إما بسنده إليها أو من كتاب معروف مشهور تتداوله الأيدي، وكذلك كتب المعروفين من المجتهدين؛ لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور، وإذا أشكل عليه أمرٌ كتب إلى الفقهاء يستشيرهم ولو كانوا في بلد آخر، فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية^(١).

٢/٩٩ - عند المالكية: إذا لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد فلا يخرج عن المشهور في مذهبه^(٢) إذا وجد، وإذا كان في المذهب أكثر من قول، وكان القاضي له فقه كامل بضبط المسائل المنقولة عن المذهب، وله إمام بقواعد المذهب، ويعلم ما يجري على أصل إمامه مما ليس كذلك: فيرجح بين الأقوال المنقولة، ولأنه لما كان غير مجتهد فقد نزل الشرعُ ظن المجتهد في حقه كظنه لو كان مجتهداً، لضرورة العمل.

وإذا عَلِمَ المتأخر من الأقوال المنقولة عن الإمام مالك أو غيره؛ عمل بالتأخر، وإن لم يَعْلَم عمل بما غلب على ظنه أنه المتأخر، وقال بعضهم: بل يرجح قول ابن القاسم ويرى أنه المتأخر إلا فيما شذ، لأن ظننا به أنه يعلم المتقدم من المتأخر من أقوال الإمام إلا إذا نقل القول المتقدم عن الإمام ونص على ذلك. ومن مرجحات قول على آخر: زيادة علم صاحب القول أو ورعه، وقيل: بل كثرة عدد القائلين به^(٣)، وقيل: بل كلهم سواء، ويختار القاضي ما يشاء من الأقوال إذا كان عن غير هوى وتشبه.

(١) ينظر لما سبق: البحر الرائق ٦/٢٨٨، ٢٩٢، حاشية ابن عابدين ٥/٣٦٥، وما بعدها، العناية بهامش فتح القدير ٧/٢٥٦ - ٢٥٧ مع فتح القدير، المبسوط ١٦/٧٢، ٨٣ وما بعدها، الفتاوى الهندية ٣/٣١٤، وراجع فقرة (٧/٩١).

(٢) نص ابن فرحون في التبصرة على أن فرض المقلد: المشورة والتقليد، وله أن يكتفي بمشورة عالم واحد، وله أن يشاور المفضل مع وجود الفاضل إذا كانا من أهل الاجتهاد (تبصرة الحكام ١/٦٥ - ٧٢).

(٣) صرح ابن فرحون في (التبصرة ١/٦٦) أن الصحيح أن المشهور هو ما قوي دليله، وقيل: ما كثر عدد قائله.

أما إذا لم يكن القاضي من أهل النظر والترجيح في المذهب فيأخذ بقول مجتهد في المذهب، فإن لم يجد مَنْ هذه صفته انتقل إلى مذهب آخر ويقلد عالماً به مجتهداً، فإن شغل الزمان من المجتهدين والمفتين فيقلد مَنْ هذه صفته؛ لضرورة العمل^(١).

ومن كان يفتي على مذهب إمامه فليس له الاعتماد إلا على الكتب الموثوق بها، أما غير الموثوق بها فإن كان من أهل الاجتهاد في المذهب ووجد القول فيها متفقاً مع أصول المذهب فله ذلك، وإلا لم يكن له ذلك، وتحرم الفتيا من الكتب الغريبة غير المشهورة إلا إذا علمنا صحة ما فيها ووثقنا بعدالة مصنفها^(٢).

٣/٩٩ - عند الشافعية: إذا وقف المقلد على أصول إمامه في الأبواب وكانت له مُكنة القياس على أقوال إمامه إذا لم يكن نصٌ لإمامه في المسألة الواقعة؛ فعليه بالنسبة لأقوال إمامه مراعاة ما يراعيه المجتهد المطلق في قوانين الشرع، لأنه مع المجتهد كالمجتهد مع نصوص الشرع، فليس له العدول عن نص إمامه كما لا يجوز له الاجتهاد مع النص.

وهذا إذا لم يكن هناك قول معتمد في المذهب، وإلا فعليه إن لم يكن من أهل الاجتهاد في المذهب أن يتقيد به ولا يخرج عنه، وإن كان من أهل الاجتهاد فيه فعليه أن يقضي بما يرى أنه المعتمد في المذهب، وإذا كان في المذهب أكثر من قول ولا ترجيح ولم يكن من أهله فإنه يتوقف^(٣)، ويمتنع في حق القاضي المقلد تقليد غير الأئمة الأربعة إجماعاً^(٤).

(١) تبصرة الحكام ١/٦٥ وما بعدها، مواهب الجليل للخطاب ٦/٩١ وما بعدها، منح الجليل ٨/٢٦٠ - ٢٦١، الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٢٩.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٦٦.

(٣) انظر للتوسع تحفة المحتاج ١٠/١٠٩ وما بعدها، قليوبي وعميرة ٤/٢٩٧، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٤/٣٠٤ وما بعدها، أسنى المطالب وبهامشه روض الطالب للأنصاري ٤/٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨١، فتاوى السبكي ٢/١٢ وما بعدها.

(٤) صرح السبكي بأن ما خالف الأربعة كمخالف الإجماع (المنهاج بهامش تحفة المحتاج =

٩٩/٤ - عند الحنابلة: يأخذ القاضي بالتأخر من قول إمامه ويقلد كبار أئمة المذهب في ذلك وإن كان يعتقد خلافه، لأنه مقلد ولا يخرج عن الظاهر عنه، ويحرم عليه أن يحكم بقول من غير نظر في الترجيح، وإذا كان من أهل النظر في المذهب وكان أكثر من قول فيأخذ بما ترجح دليله عنده من غير أن يدعي الاجتهاد^(١).

٩٩/٥ - الخلاصة: يقضي القاضي غير المجتهد بالراجع من مذهبه، وإن كان لإمامه أقوال أخذ بالتأخر منها، وإن كان في المذهب أكثر من قول وكان من أهل النظر والترجيح أخذ بالراجع منها، وإن لم يكن من العارفين بقواعد مذهبه أخذ بقول مرجح في مذهبه وإن لم يوجد مرجح في مذهبه استشار العلماء واختار قولاً من الأقوال وجانب اتباع الهوى في ذلك.

١٠٠ - ومما يتصل بهذا المبحث: مدى جواز إلزام القاضي بمذهب معين:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

١/١٠٠ - القول الأول: لا يجوز إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين، فإذا اشترط السلطان على القاضي التزام مذهب معين في حكمه أو الامتناع من الحكم بمذهب معين: فالشرط باطل وغير ملزم.

ذهب إلى ذلك الحنابلة، والمالكية في قول، والشافعية في الراجح عندهم^(٢)،

= ١٠٩/١٠ وما بعدها). وقال الزركشي في البحر المحيط ٢٠٩/٦: «وقد وقع الاتفاق بين المسلمين على أن الحق منحصر في هذه المذاهب يعني الأربعة، وحيث فلا يجوز العمل بغيرها، فلا يجوز أن يقع الاجتهاد إلا فيها».

(١) كشف القناع ٦/٢٩٥-٢٩٦، الفروع ٦/٤٢٥-٤٢٧، مطالب أولي النهى ٩/٢٣٤ وما بعدها، الإنصاف للمرداوي ١١/١٨٧، ١٩٢ وما بعدها.

(٢) الإنصاف ١١/١٦٩-١٧٠، كشف القناع ٦/٢٩٢-٢٩٣، إعلام الموقعين ٤/١٦١، مواهب الجليل ٦/٩٨-٩٩، الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٣٠، تبصرة الحكام ١/٢٤-٢٥، =

وذهب كثير منهم إلى بطلان عقد التولية إذا تضمن شرط الحكم بمذهب معين^(١)،
وقيد غير الحنابلة المنع بالنسبة للقاضي المجتهد فقط^(٢)، أما القاضي المقلد فممنوع
كثير من الشافعية إلزامه الحكم بغير مذهب مقلده واتباع غير مذهب إمامه^(٣).

١٠٠/٢ - القول الثاني: يجوز اشتراط الحاكم على القاضي أن يحكم
بمذهب معين ويلتزم به.

ذهب إلى ذلك الحنفية، والمالكية في قول، وبعض الشافعية، وهذا سواء كان
القاضي مجتهداً أم مقلداً^(٤)، ووجه كثير من الشافعية والمالكية جواز ذلك
الاشتراط إذا كان القاضي مقلداً لا مجتهداً مطلقاً^(٥).

= فتح العلي المالك لعليش ٣٧٢/١، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢١٢ -
٢١٣، تحفة المحتاج ١٠/١١٦ وما بعدها، وبهامشه المنهاج للنووي، أدب القضاء لأبن أبي
الدم ٩٦ وما بعدها.

(١) إعلام الموقعين ٤/١٦١، وهناك قول ثان عند الحنابلة تذكره الكتب المعتمدة عندهم، وهو
عدم بطلان التولية (كشاف القناع ٦/٢٩٢ - ٢٩٣)، أدب القضاء لابن أبي الدم ٩٦ وما
بعدها، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠/١١٦ وما بعدها، وهو قول عند المالكية ونقله
ابن فرحون في تبصرته عن الطرطوشي لكن الشيخ عليش نبه إلى أن الصواب عن
الطرطوشي، أن العقد لا يبطل، مواهب الجليل ٦/٩٨ - ٩٩، الدسوقي على الشرح الكبير
٤/١٣٠، فتح العلي المالك للشيخ عليش ١/٣٧٢ - ٣٧٣.

(٢) مواهب الجليل ٦/٩٨ - ٩٩، تبصرة الحكام ١/٢٤ - ٢٥، تحفة المحتاج ١٠/١١٦ وما بعدها.
(٣) تحفة المحتاج ١٠/١١٦ وما بعدها.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٧/٣٠٦، رد المختار وبهامشه الدرر ١/٧٥ وما بعدها، ٣/٦٩٣،
مواهب الجليل ٦/٩٨ - ٩٩ حيث أجاز المازري ذلك سياسة، وأشار أن مقتضى أصول
المذهب خلافه، الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٣٠ وذكر أن هذا القول مقيد بالمصلحة،
فتاوى السبكي ٢/١٢ وما بعدها حيث يفهم من كلامه جواز ذلك مطلقاً، ونقله ابن أبي
الدم عن بعض الشافعية (أدب القضاء ٩٧ - ٩٨).

(٥) تحفة المحتاج وبهامشه المنهاج ١٠/١١٦ وما بعدها، فتاوى السبكي ٢/١٢ وما بعدها،
مواهب الجليل ٦/٩٨ - ٩٩.

١٠١- وواضح أن هذا الخلاف نظري لأنه لا يكاد يُرى في زماننا مجتهد في المذهب ناهيك عن وجود مجتهد مطلق، ولذلك فإن ما عليه العمل هو جواز تقييد الحاكم بمذهب معين أو باتباع إمام معين، ولأن أكثر القائلين بمنع ذلك قيده بالنسبة للمجتهد لا المقلد^(١).

(١) جاء في فتاوى السبكي ١٢/٢ وما بعدها: «والقول بالصحة وفساد الشرط إنما هو في المجتهد أما المقلد فلا، والناس اليوم مقلدون فلا يأتي هذا القول فيهم» اهـ. وعن تناول البحث في مصادر القاضي بتوسع: نظرية الحكم القضائي لأبو البصل ٢٧٣ وما بعدها، وجاء في البحر الرائق ج٧/١٠: «أما إذا قيده بمذهب كما إذا قال له أو كتب في منشوره: وليتك لتحكم بين الناس بما صح أو بالصحيح من مذهب أبي حنيفة مثلاً، فلا ينفذ قضاؤه بغيره لما تقرر أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والأشخاص والحوادث».

المبحث الرابع الشروط المطلوبة لاستخدام القاضي للسلطة التقديرية

١٠٢- سبق في أول البحث بيان صفات القاضي العامة، الواجبة والمستحبة، وسيُفرد هذا المبحث للإشارة إلى هذه الصفات التي ينبغي أن تتوافر في القاضي الذي يتمتع بالسلطة التقديرية وأثر كل صفة في السلطة التقديرية للقاضي، فهذا المبحث متمم لبُحث الصفات العامة للقاضي.

١٠٣- وإنما يتركز أكثر البحث حول صفات القاضي لأنه أداة القضاء الموصلة للمقصود منه، ولأن القاضي يدخل بين الخالق والمخلوق لتحقيق مراد الخالق في خلقه، وهو وحده الذي يتمتع بالسلطة التقديرية دون باقي أركان القضاء.

ويمسّن ابتداء التعرض باختصار لمسألتين تتصلان بالبحث:

١٠٤- المسألة الأولى: تجزؤ الاجتهاد^(١): بعد فراغ كثير من العلماء من بحث الشروط المطلوبة في القاضي ليكون من أهل الاجتهاد؛ يشيرون إلى أن هذه الشروط هي في المجتهد المطلق، فهل تكفي القاضي ليجتهد في حكم دون حكم معرفة ما يتعلق بذلك الحكم؛ أم لابد من أن تتوافر فيه شروط المجتهد المطلق، أي أن يكون مجتهداً في جميع المسائل؟ اختلفت آراء العلماء على قولين:

(١) تجزؤ الاجتهاد: هو أن يتحصل لبعض الناس قوة الاجتهاد في بعض الأبواب، كالفرائض (حاشية العطار على شرح الجلال المحلي ٢/٤٢٥).

١٠٤ / ١ - القول الأول: ذهب أكثر العلماء إلى جواز تجزؤ الاجتهاد، بمعنى «أن تحصل لبعض الناس قوة الاجتهاد في بعض الأبواب»، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه ولا يشترط علمه بجميع العلوم، فمن علم أدلة علم الفرائض مثلاً باستقراءٍ منه أو من مجتهد كامل ونظر فيها فهو مجتهد فيها، وليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع أو الأنكحة مثلاً.

والقول بعدم جواز تجزؤ أهلية الاجتهاد يلزم منه كون المجتهد عالماً بجميع الجزئيات، وهو محال، إذ جميعها لا يحيط به بشر، ولا يلزم من العلم بجميع المآخذ العلم بجميع الأحكام^(١).

١٠٤ / ٢ - القول الثاني: منع بعض العلماء تجزؤ أهلية الاجتهاد، لأن المسألة في نوع من الفقه ربما كان أصلها نوعاً آخر منه، أو كان فيما لم يعلمه من الأدلة معارض لما علمه؛ بخلاف ما إذا أحاط بالعلوم كلها ونظر فيها^(٢).

-
- (١) البحر المحيط للزركشي ٢٠٩/٦، شرح الجلال المحلي بهامش حاشية العطار عليه ٢/٤٢٤ - ٤٢٥، شرح التلويح على التوضيح للفتازاني ٢/٢٣٦، تحفة المحتاج ١٠/١٠٩، مغني المحتاج ٦/٢٦٥، الفصول في الأصول للرازي (الخصاص) ٢/٢٧٤ وما بعدها، التقرير والتحبير لمحمد بن سليمان بن عمر ٣/٣٤٢، رد المحتار وبهامشه الدر ٥/٣٦٥ - ٣٦٦، شرح الكوكب المنير للفتوحى ٦٠٦، المغني، ١٠/٩٤ مسألة (٨٢٢١)، مطالب أولي النهى للرحيبياني ٩/٢٦١، كشاف القناع للبهوتي ٦/٢٩٦، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٦٨، وذهب بعض العلماء إلى أن الاجتهاد يتجزأ بالنسبة لباب من أبواب العلم دون باب، وذهب بعض العلماء إلى أنه يتجزأ حتى بالنسبة لمسألة دون مسألة، فمن عرف مسألة لم يشترط علمه بجميع أدلة ومسائل الباب الذي تدخل تحته، وقوى الزركشي الرأي الأخير وكذلك الإبياري واشترط كون المسألة مضبوطة المآخذ، والناظر محيطاً بالنظر في تلك المآخذ (البحر المحيط ٦/٢١٠، شرح الكوكب المنير ٦٠٦) وذكر الفتوحى رأياً آخر لبعض العلماء، وهو: أن الاجتهاد يصح أن يتجزأ بالنسبة لعلم الفرائض دون غيره (شرح الكوكب المنير ٦٠٦).
- (٢) البحر المحيط للزركشي ٢٠٩/٦، شرح الجلال المحلي بهامش حاشية العطار عليه، ٢/٤٢٥، شرح الكوكب المنير للفتوحى ٦٠٦.

١٠٤/٣- والراجع هو ما عليه جماهير العلماء من جواز تجزؤ الاجتهاد، فمن كانت له معرفة بطرفٍ من كل علم من العلوم؛ وألم بما يتعلق بأدلة وقواعد علم من العلوم قلماً خفي عليه أصل أو دليل من أدلة الفقه العامة التي تنطبق على جميع أبواب الفقه، كما أن تحصيل أهلية الاجتهاد في علم من العلوم مطلب عزيز المنال، فانتظار تحصيل رتبة الاجتهاد المطلق يعني تأخير بيان حكم الشرع في كثير من المسائل المستجدة، أو تعطيل تطبيق حكم الشرع فيها لعدم معرفته.

١٠٤/٤- تجزؤ الاجتهاد في حق القاضي: إذا تقرر ما سبق؛ فإذا ولى الحاكم قاضياً نوعاً من أنواع الدعاوي، وكان هذا القاضي على علم بأدلة وأصول هذا العلم كان له الاجتهاد فيه، وما من إمام من الصحابة فمن بعدهم إلا وقد توقف في مسائل، ولم يكن ذلك مانعاً لهم من الاجتهاد فيما أحاطوا به. والله أعلم.

١٠٥- المسألة الثانية: الاختصاص القضائي النوعي: يجوز لولي الأمر أن يعين القضاة المتعددين، وأن يخصص كل واحد منهم بالقضاء في مكان معين فقط (الاختصاص المكاني)، أو في زمن معين (الاختصاص الزماني)، أو في قضية معينة فقط، أو بين أشخاص معينين، أو في نوع معين من الموضوعات، كالأنكحة أو الحدود أو الأمور المالية^(١) ويسمى (الاختصاص الموضوعي)، أو

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج٧/١٠، الفتاوى الهندية ٣/٣١٥، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ج٢/٦ وما بعدها، الفروق للكرائسي ٢/١٦٣ وما بعدها، التاج والإكليل للمواق ٦/١١٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٣٤، شرح روض الطالب بهامش أسنى الطالب للأنصاري ٤/٢٨٦ وما بعدها، نهاية المحتاج للرملي ٨/٢٤٣، المغني ١٠/١٣٥ مسألة (٨٢٩٢)، مطالب أولي النهى ٩/٢٣٣، كشاف القناع ٦/٢٩١-٢٩٢.

غير ذلك من أنواع الاختصاصات القضائية^(١)، فيجوز أن يولي الحاكم قاضياً النظر في نوع واحد من الخصومات، كالدماء أو الأحوال الشخصية مثلاً.

١٠٦- متى يكون الاختصاص القضائي: ولا يمكن أن يتصور الاختصاص القضائي إلا عند وجود أكثر من قاض، إذ لا يصح من ولي الأمر أن يولي قاضياً واحداً ويوليه النظر في نوع واحد من القضايا ويترك باقي القضايا من دون قاض ينظر فيها ويحكم فيها، إلا إذا كان هو نفسه يتولى النظر فيها.

١٠٧- وبعد بيان المسألتين السابقتين أستعرض صفات القاضي العامة التي سبق بحثها لبيان ما يتأكد وجوده في القاضي بحسب كل نوع من أنواع الدعاوى، وأثر ذلك في السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الأول: أثر صفات القاضي في السلطة التقديرية

للقاضي المدني

١٠٨- الإسلام: تتجلى أهمية أثر اشتراط هذه الصفة فيما يأتي:

١/١٠٨- أولاً: اشترط الفقهاء كون القاضي مسلماً إذا كان جميع أو بعض أطراف الدعوى من المسلمين؛ إذ لا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا يصح أن يتحاكم المسلمون إلا إلى الشرع الحنيف، والقاضي غير المسلم لا يستقيم أن نطالبه ببذل نشاط ذهني للحكم بقانون لا يؤمن به ويفتقد تجاهه الدافع الإيماني الصادق للسعي لتطبيقه، إذ لا يتأتى ذلك إلا للمسلم الذي يعرف روح التشريع

(١) عقد الباحث ناصر الغامدي بحثاً عنوانه (الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية) ونال به درجة الماجستير من جامعة أم القرى بمكة المكرمة - كلية الشريعة، وهو بحث قيم، وللأستاذ عبد الهادي عباس كتاب قيم عنوانه (الاختصاص القضائي وإشكالاته).

ويدرك مرامي الشارع ومقاصده التي يسعى لها ويتشوف لتطبيقها، ويكون لذلك الأثر الواضح في النشاط التقديري للقاضي؛ فلا يبدو وكأنه مجرد آلة تسير وفق برنامج أصم لا تفقه منه إلا تطبيقه بصورة ظاهرية أصابت في واقع الأمر مراد واضعه أم لم تصبه.

١٠٨/٢- ثانياً: والقاضي المدني إذا لم يكن مسلماً لم يكن عارفاً بمقاصد الشرع من العقود والمعاملات والأمور المالية، ولما يترتب عليها من خصومات ونزاعات، وقد لا يعرف منزلة المال عند الإنسان المسلم، وموقعه بالنسبة للوحدة المتكاملة للنسيج الإسلامي.

١٠٨/٣- ثالثاً: فعدم معرفة القاضي غير المسلم بما سبق؛ وإن كان على علم بالقانون الإسلامي الذي سيحكم به؛ لها أثر كبير في النشاط الذهني للقاضي المدني من حيث إقراره بوجود الضرر مثلاً في عقد من العقود، وتقديره التعويض والضمان على من رأى أنه المسؤول عن ذلك.

١٠٨/٤- رابعاً: واشتراط الإسلام في القاضي المدني أو غير المدني له أثره في بعض الصفات الأخرى؛ كالعدالة؛ إذ الكفر أعظم سيئة، وكالاجتهاد؛ إذ لا يقبل من غير المسلم بحثه عن حكم الله في مسألة غير منصوص عليها.

١٠٨/٥- خامساً: والحديث عن أثر اشتراط الإسلام على من يتولى القضاء: مبني على أنه لا يُحكم بين المسلمين إلا بالإسلام، وعلى القول بذلك على غير المسلمين داخل الدولة الإسلامية.

١٠٩- العقل:

١٠٩/١- أولاً: العقل هو الأداة الرئيسة للسلطة التقديرية، إذ ليس الحديث عن القاضي ودوره في القضاء إلا حديثاً عن عقله وما يخزن فيه من

علم واطلاع على الأحداث ووعي لمجرياتها، ثم ما يصدر عنه من قرارات، والسلطة التقديرية في جوهرها نشاط ذهني يقوم به القاضي، وأثر من آثار نبوغ هذا العقل وفطنته وسلامته إدراكه وتفكيره.

١٠٩/٢ - ثانياً: أما غير العاقل فلا ولاية له على نفسه أصلاً ومن ثم لا ولاية له على غيره من باب أولى، فضلاً عن أن يوكل إليه الحكم بشرع الله تعالى الذي جعل العقل مناط التكليف، وأمر بإعماله للإيمان بالله تعالى وفهم شرعه، ثم كرمه بأن لم ينص على بعض الأحكام ليصل إليها الإنسان باستفراغ جهده العقلي بحثاً عن حكم الله تعالى فيها.

١٠٩/٣ - ثالثاً: ومن دون العقل لا يمكن أن تتوافر بعض الصفات الأخرى في القاضي، فالعدالة إنما هي وصف للإنسان العاقل الذي يمنع نفسه من ارتكاب الكبائر والإصرار على الصغائر إن وقعت منه، ولا يوصف بالعدالة إلا العاقل، لأن غير العاقل غير مكلف، وإن حصل منه انكفاف عن المعاصي لم يُنسب إليه فضل؛ إما لعدم مقدرته على فعلها، وإما لعدم معرفته لها والانكفاف عنها؛ لفقدان عقله، وكذلك فإن العقل هو أداة العلم بالأحكام الشرعية الخاصة بالأمور المدنية وغيرها، ومعرفة صفة المدعي والمدعى عليه وسماع الحجج والقضاء بالحكم الشرعي المناسب للخصومة. وكذلك فإن سلامة حاسة البصر والسمع والنطق لا تتحقق لغير العاقل، وإن سلمت الجارحة الظاهرة للبصر أو السمع أو النطق لأنها مجرد أدوات ومنافذ للإدراك وليست مدركة بذاتها، ففقد العقل يعني فقد بعض الصفات الضروري توافرها فيمن يتولى القضاء، فضلاً عن السلطة التقديرية التي سيتمتع بها.

١٠٩/٤ - رابعاً: ويصرح الفقهاء - لما له من أثر في السلطة التقديرية - بأنه لا يُكتفى بالعقل المشترط في التكليف؛ بل لابد أن يكون القاضي جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغلط، موثقاً في عقله وفهمه يتوصل بذكائه إلى

إيضاح ما أشكل وفصل ما أعضل^(١). يقول القرافي: «اعلم أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها على من هو دونه... ويقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية وأشد تفتناً لحجاج الخصوم وخذعهم، وهو معنى قوله ﷺ: «أفضاكم علي»^(٢) أي هو أشد تفتناً لحجاج الخصوم وخذع المتحاكمين، وبه يظهر الجمع بينه وبين قوله ﷺ: «أعلمكم بالحلال والحرام معاذ»^(٣)، وإذا كان معاذ عُرف بالحلال والحرام كان أفضى، غير أن القضاء لما كان يرجع إلى معرفة الحجاج والتفتن لها؛ كان أمراً زائداً على معرفة الحلال والحرام، فقد يكون الإنسان شديد المعرفة بالحلال والحرام وهو يُخذع بأيسر الشبهات، فالقضاء عبارة عن هذا التفتن، ولهذا قال ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي...» الحديث، فدل ذلك على أن القضاء تَبِعُ الحجاج وأحوالها، فمن كان لها أشد تفتناً كان أفضى من غيره»^(٤).

(١) المبسوط ١٦/١٠٨ - ١٠٩، الفتاوى الهندية ٣/٣٢٨، تبصرة الحكام ١/٢٦، المغني لابن قدامة ١٠/٩٢ م (٨٢٢١)، الأحكام السلطانية للماوردي ١٣٠.

(٢) رواه ابن ماجه مرفوعاً بلفظ: «أرحم أمي أبو بكر... ثم قال: وأفضاهم علي» في المقدمة باب فضائل خباب، رقم ١٥٥، ورواه البخاري من قول عمر رضي الله عنه بلفظ: [أفضانا علي]، كتاب تفسير القرآن، باب قوله: ما ننسخ من آية، رقم ٤٢١١، وكذا أحمد في مسند الأنصار رقم ٢٠٥٨١، والحاكم عن ابن مسعود بلفظ: [كنا نتحدث أن أفضى أهل المدينة علي بن أبي طالب] المستدرک ٣/١٣٥ كتاب معرفة الصحابة، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وسكت عنه الذهبي، قال في كشف الخفاء: عند الحديث رقم ٤٨٩ عن قول ابن مسعود: ومثل هذه الصيغة لها حكم الرفع على الصحيح.

(٣) الترمذي، كتاب المناقب عن رسول الله ﷺ، باب مناقب معاذ بن جبل وزيد بن ثابت... رقم (٣٧٩٠) من حديث قتادة عن أنس بلفظ: «أعلمهم» وقال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه من حديث قتادة إلا من هذا الوجه، وقد رواه أبو قلابة عن أنس عن النبي ﷺ نحوه، والمشهور حديث أبي قلابة. اهـ. وأورد الترمذي حديث أبي قلابة عن أنس بنفس الكتاب والباب السابقين برقم (٣٧٩١) وقال عنه: حسن صحيح. وابن ماجه في المقدمة باب فضائل خباب رقم ١٥٥، وأحمد في باقي مسند المكثرين رقم (١٣٤٧٩).

(٤) الفروق ٢/١٥٧ الفرق ٩٦/٩٦ بين قاعدة من يتعين تقديمه ومن يتعين تأخيره في الولايات والمناصب.

١١٠- البلوغ:

١/١١٠- ذهب جمهور العلماء إلى عدم جواز تولية غير البالغ إلا للضرورة، وذلك لأنه غير مكلف ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم؛ فأولى أن لا يتعلق على غيره بقوله حكم، فأولى أن لا يوكل إليه أمر القضاء بـشرع الله تعالى وحمل الناس على رأيه.

٢/١١٠- والبلوغ أمانة على اكتمال العقل، وقد سبق آنفاً بيان أهمية العقل بالنسبة للسلطة التقديرية للقاضي.

٣/١١٠- والمعتاد أن غير البالغ لم تتح له الفرصة الزمنية الكافية للحصول على الخبرة القضائية الكافية التي تفيده كثيراً في السلطة التقديرية، وإن أتيحت له الفرصة لذلك فإن إدراكه للأمور مختلف عن مستوى إدراك البالغ، ولا عبرة للنادر وإن وجد.

٤/١١٠- وكذلك فمما ينبغي للقاضي أن يكون مهيباً غير مستضعف من الخصوم، وغير البالغ لا يرى له الناس مثل ذلك، ولهذا أثره في نفسية القاضي وقراراته الذهنية.

١١١- الحرية: اشترط جماهير الفقهاء الحرية فيمن يتولى القضاء، لأن العبد مشغول بخدمة سيده، وإرادته تابعة لإرادة سيده، فهو غالباً ما يفتقد إلى العلم الكافي أو الخبرة الكافية بالقضاء، كما أن رقبة المعتق قد تستحق، فلا تجوز تولية العبد القضاء، إذ ينبغي أن يكون القاضي مستقل التفكير حر الحركة والتنقل، مهيباً من الخصوم، وهذا ما لا يتوافر في الرقيق، واشتراط الحرية أمر نظري في هذه الأيام.

١١٢- العدالة: العدالة صفة ذاتية في الشخص وأثرها مهم للأمور

الآتية:

١/١١٢ - أولاً: هي من أهم الضمانات القضائية التي تكفل قيام القاضي بأعماله القضائية على أفضل وجه، وللعدالة أثر مباشر في السلطة التقديرية للقاضي، فمن كان مراقباً لله تعالى حافظاً لحقوقه كان لحقوق الناس أحفظ.

٢/١١٢ - ثانياً: والعدالة يظهر أثرها في سلوك الشخص ونفسيته، ومن أهم أنواع سلوك القاضي استعماله للسلطة التقديرية للوصول بالقضاء إلى غايته الصحيحة، كما أن السلطة التقديرية تتأثر كذلك بالسلوك العام للقاضي.

٣/١١٢ - ثالثاً: وقد حذر الله سبحانه من سلوك تصرف غير العدول في الحكم وغيره، وذلك باستغلال السلطة لظلم الآخرين وإن كانوا أعداء، فقال تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَيْكُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ [المائدة: ٨] فلا يجوز أن يستغل القاضي السلطة التقديرية لمصالح خاصة مادية أو معنوية ويظلم الآخرين لذلك، لأن هذا يؤدي إلى البعد عن التقوى والصلاح، وحذر تعالى من أن نعينهم على ذلك فقال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى الْحُكْمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ١٨٨].

٤/١١٢ - رابعاً: اشتراط العدالة في القاضي صمام أمان من أن يقصر في عمله فيضيع الحقوق أو يستغل سلطاته على نحو غير مشروع. لأن العدالة إذا كانت تعني اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، فإن من الذنوب الكبيرة: الحكم بغير علم - التقصير في ذلك - والحكم بالظلم، فاشتراط العدالة يبدد الخوف من سلبات منح القاضي سلطة تقديرية.

٥/١١٢ - خامساً: والعدالة لها أثر كبير في إلهام القاضي الصواب في حكمه بعد بذله النشاط الذهني التقديري المطلوب، قال الله تعالى: ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمٰنَ

وَكَلَّاءَ آئِنَا حُكْمًا وَعِلْمًا» [الأنبياء: ٧٩] وهما من الأنبياء الصالحين فحمد الله لداود اجتهاده ولسليمان صوابه^(١)، وقال تعالى ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وتقوى كل شيء بحسبه، وتقوى القاضي المدني توحي الحق والتنزه عما في أيدي الناس.

١١٣ - العلم بالأحكام الشرعية: العلم بالأحكام الشرعية من أهم الصفات التي ينبغي أن تتوافر في القاضي وتظهر أهميتها لما يأتي:

١/١١٣ - أولاً: بنور العلم يهتدي القاضي في عمله القضائي ويكون مؤهلاً للتمتع بالسلطة التقديرية، حيث يكون قادراً على فهم الخصومة بشكل صحيح وعلى الاستعانة بأدلة الإثبات لتبين صحة الدعوى من عدم ذلك، وليعرف الطرف المسؤول عن الخطأ في العقد مثلاً، ثم يبحث بعد ذلك عن الحكم الواجب التطبيق على الدعوى بالإلزام بالعقد أو بتعويض للمتضرر... إلخ.

فإن لم يجد الحكم وكان محصلاً للعلوم التي يكون بها أهلاً للاجتهاد: اجتهد ونظر، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد المطلق بل الجزئي اجتهد في المسألة أو الباب الذي يعلم أدلته ومدارك الأحكام فيه وضوابطه^(٢).

١١٣/٢ - ثانياً: أما إن لم يكن عالماً بالأحكام الشرعية فليس أهلاً للتمتع بالسلطة التقديرية على الوجه الصحيح، إذ قد يشتبه عليه الأمر فلا يميز بين المدعي والمدعى عليه، ويكون معرضاً للانخداع من الخصوم بسهولة، وبخاصة في المعاملات المالية المعقدة، ولا علم له بالحكم الواجب التطبيق على الدعوى،

(١) الأم للشافعي ٩٨/٧ فالله سبحانه حمد لهما اجتهادهما وأخبر أنه خص سليمان بتفهمه للقضية ومن فهمه المسألة فهمه الحكم الصحيح وهداه إليه. وانظر تبصرة الحكام ج ١/٢.

(٢) سبق بحث مسألة تجزؤ الاجتهاد قريباً، والقول بتجزؤ الاجتهاد هو الأقرب للواقع، فيطلب من القاضي المدني أن يتقن ما يتعلق بالأمور المدنية. (راجع فقرة ١٠٤).

وإن كان مقيداً باتباع إمام معين أو مذهب معين^(١) فإنه يكون ناقص التمتع بالسلطة التقديرية، بل ربما يحكم بمذهب مقلده من دون إدراك قواعد إمامه وضوابط مذهبه.

١١٣/٣- ثالثاً: وسبق أن الأحكام الشرعية من أهم المصادر للنشاط الذهني للقاضي، والعلماء يؤكدون على أنه ينبغي أن لا يولى من لم يكن له علم بالقضاء، أي أن يكون عالماً بمعاشرة الناس، ومعاملتهم، ولسانهم من استعمال الحقيقة والحجاز، وعاداتهم، لأن القاضي لا يستغني عن ذلك، ويتعذر عليه تنفيذ القضاء إن جهل ذلك^(٢).

١١٣/٤- رابعاً: وينبغي كذلك أن يكون على اطلاع بموضوع القضايا التي يحكم فيها ومقاصد الشريعة والقواعد الفقهية التي تحكمه، فإن كان قاضياً مدنياً يعلم معاملات التجار وما يديرونه فيما بينهم، ولا يشترط أن يحيط بجميعها إذ له أن يتخذ مستشارين متخصصين في هذا العلم.

١١٣/٥- خامساً: ومما ينبغي على القاضي كذلك في بحثه عن الحكم المناسب: أن لا يترك المشاورة، وقد كان النبي ﷺ فمن بعده لا يترك المشاورة، إذ هي أعمال لأكثر من عقل في قضية واحدة، وقد لا يدرك الحكم بنفسه ويدركه غيره، مع الإشارة إلى أن نتيجة الشورى غير ملزمة، بل هي لإطلاع القاضي على مختلف الآراء، ولا يحكم إلا بما يراه.

١١٤- سلامة حاسة البصر والسمع والنطق: الحواس منافذ العقل، فمن كانت بعض منافذ إدراكه مغلقة أو معطلة كان عرضة لنقص إدراكه من جهة تلك الحواس.

(١) سبق بحث تقييد القاضي بمذهب معين قريباً. (راجع فقرة ١٠٠).

(٢) المغني ١٠/٩٥ مسألة (٨٢٢٢)، المبسوط ١٦/١٠٩، البدائع ج ٧/٣.

١١٤/١- أما حاسة البصر فلها أثر مهم في السلطة التقديرية للقاضي، فمعاناة القاضي للخصوم لها أثر في معرفة المدعي من المدعى عليه، كما أن التفرس في وجوه الخصوم ومراقبة سلوكهم وأعراض الصدق والكذب على وجوههم لهما أثر في قناعة القاضي وقراره، وكذلك إذا نظر إلى الخصوم نظرة ريبة واختبار، وقد يضطر القاضي لمعينة الشيء المدعى أو مطالعة حجم الضرر المدعى، وهذا لا يتيسر إلا للمبصر، ومها استعان القاضي بالأعوان والخبراء؛ فإن الإدراك المباشر منه قد يكون له أثر مختلف في الحكم على الدعوى.

١١٤/٢- وكذلك بالنسبة لحاسة السمع، فإن سماع صوت الخصوم وادعاءهم وسماع شهادة الشهود من القاضي مباشرة له أثر في السلطة التقديرية للقاضي، ولو أمكن اطلاع القاضي على حجج الخصوم عن طريق الكتابة إذا كان لا يسمع، فإن ذلك لا يترك في نفسه نفس الأثر الذي تتركه حاسة السمع.

١١٤/٣- أما سلامة النطق فأمر مهم كذلك له أثره في السلطة التقديرية للقاضي، فالوعد والوعيد والزجر والتهديد الذي قد يلجأ إليه القاضي أثناء بحثه عن الحقيقة؛ له أثر في السلطة التقديرية للقاضي، فإذا كان القاضي غير ناطق لم يستطع أن يحصل على مراده من ذلك بغير النطق مهما استعمل من وسائل، كما أن الحكم أمر نفساني أصدق وسيلة للتعبير عنه هي النطق.

١١٤/٤- خلاصة: يتبين مما سبق أن كل حاسة من الحواس لها بصمة خاصة بها، وأثر خاص بها في إدراك العقل للأمور، وأن تعطيل بعض منافذ الإدراك قد يعنى التأثير في الإدراك من جهة الحاسة غير السليمة، كما أن تعطيل بعض الحواس سيؤدي إلى التأثير في القاضي عموماً، إذ مهما حصل عن طريق السمع مثلاً فإنه لا يوازي ما يحصله عن طريق البصر، كما أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وما ترسمه المخيلة من صورة إنما يبنى على ما تم تخزينه في الذهن من

صور حسية تمت معرفتها عن طريق البصر، وبالتالي قد يتعذر على القاضي غير المبصر تخيل الصورة الصحيحة الواقعية لشيء لم يسبق أن رأى له مثلاً.

١١٥- الكتابة: لا يبدو أن للكتابة أثراً كبيراً في السلطة التقديرية للقاضي عند من اشترطها، لأنهم يرون أن للقاضي أن يتخذ كاتباً يكفيه مؤنة ذلك، وقد ذكرت سابقاً أهمية اشتراط الكتابة وأثرها في علم القاضي.

١١٦- الذكورة: العقل مناط التكليف، والمرأة في التكليف كالرجل إلا ما استثنى من ذلك، وهذا دليل على أن الشرع يعد المرأة كالرجل من حيث العقل والإدراك، إلا ما استثنى من ذلك، مما يتفق مع طبيعة الرجل ولا يتفق مع طبيعة المرأة، فهو من باب توزيع الاختصاص لا الحط من مكانة المرأة، فهو تكريم الأثقل ما لا يتفق معها، وثمنع مما لا يتفق مع طبيعتها إن أرادت الخروج عن الطبيعة السليمة.

وسبق بيان اختلاف الفقهاء في جواز تولي المرأة للقضاء: بين جواز مطلق، ومنع مطلق، وجواز مقيد، وقد اعتمد كل فريق على أدلة رأى أنها الراجحة، فهل للذكورة والأنوثة أثر في النشاط الذهني التقديري للقاضي؟

١/١١٦- احتج المانعون بأن الرجل يرجح على المرأة في العقل والرأي، لذا جعل الله تعالى القوامة للرجل على المرأة، فينبغي عدم قصر ذلك على الأسرة فقط، وهذا ما تأكد طوال تاريخ القضاء الإسلامي من عدم تولي امرأة للقضاء في السابق، وذلك لعدم تولية المفضل (المرأة) في الرأي والتدبير مع وجود الفاضل فيهما (الرجل)، ولأن المرأة كثيراً ما يغلب عليها الجانب العاطفي على العقلي وتكون شديدة التأثر بذلك، سيما في محافل الرجال وساح القضاء حيث يتقارع الخصوم وتتصارع المصالح، ففصل القضاء أمر يتنافى مع الأنوثة، والأنوثة لها تأثير سلبي في السلطة التقديرية من هذه الجهة؛ لأن السلطة

التقديرية تعتمد على الرأي والعقل والتدبير ورباطة الجأش، كما أن العادة جرت أن أكثر من يتولى أعمال البيع والشراء هم الرجال، فيكون لديهم اطلاع ومعرفة بالأمور المالية أكثر من النساء، فأولى أن لا يتولى القضاء إلا الرجال.

١١٦/٢- وما استدل به المجيزون أنه كما جاز للمرأة أن تباشر المعاملات المالية بنفسها؛ فهذا يعني أنها معرضة لتحمل الشهادة فيما قد يحدث من عقود أو منازعات حولها، وشهادتها في ذلك جائزة، وحكم القضاء مستقى من حكم الشهادة، وهذا يدل على أن رأي المرأة وإدراكها في ذلك لا يقل عن الرجل، بل إن رجحان عموم الرجال على عموم النساء في الرأي لا يعني عدم رجحان بعض أفراد النساء في ذلك على بعض أفراد الرجال، وبخاصة في الأمور المالية، والغاية من القضاء إيصال الحقوق إلى أهلها بالحكم بما أنزل الله تعالى، فإذا حصلت هذه الغاية من المرأة فقد حصل مراد الشارع ونفذ حكمها.

١١٦/٣- ومن المعلوم أن أكثر المعاملات تدور بين الرجال، وأن النساء اللاتي يرغبن مباشرة ذلك غالباً ما يستعن بالرجال، ولذلك فإن أكثر الخصومات في ذلك تكون بين الرجال، ولا يظهر دور النساء في ذلك لأنه لا يتفق مع طبيعتهن، والعبرة للغالب والفترة السليمة.

ولعدم بروز دور النساء في الخصومات أثر في السلطة التقديرية للمرأة فيما إذا تولت فصل القضاء وإن بلغت رتبة في العلم تفوق رتبة الرجال فيه، فالسلطة التقديرية لا تعتمد على علم القاضي فقط، بل وشخصه كذلك.

١١٦/٤- لا ينكر تفوق بعض أفراد النساء على بعض أفراد الرجال، ورجحان الجانب العقلي فيهن على العاطفي، وإطلاعهن على ما يتعلق بالأمور المدنية والفصل فيها على صورة تفوق الرجال، فإذا وجد مثل هذا وولّى حاكم امرأة القضاء في الأمور المدنية؛ وبخاصة إذا كان جميع أطراف الدعوى نساء،

فتوخت الصواب في حكمها مع بيان مستندها في الحكم جاز ذلك مع إثم من ولآها، وكذلك فيما إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة للقضاء في رجل وتوافرت في امرأة جازت توليتها للضرورة؛ لأنها أحق أن تتمتع بالسلطة التقديرية التي تصل بها إلى المقصود من القضاء.

١١٧- صفات أخرى: يذكر الفقهاء صفات قد يكون لها أثر مباشر أو غير مباشر في السلطة التقديرية، وهي وإن كانت مستحبة فإن بعضها يتأكد بالنسبة لقضاة بعض الدعاوى، فالقاضي المدني يتأكد في حقه أن يكون:

١/١١٧- أولاً: غير فقير، كيلا يكون عرضة للافتتان بالمال أو قبول الرشوة مما يعطل تحري الصواب.

٢/١١٧- ثانياً: مهيباً غير مستضعف، كيلا يتجرأ الخصوم عليه وتذهب هيبة القضاء فلا ينفع وعيده وتهديده.

٣/١١٧- ثالثاً: أن يكون فطناً، وهذا سبق بيانه مع العقل.

٤/١١٧- رابعاً: أن يكون عفيفاً ورعاً، وسبقت الإشارة إليه مع العدالة، وأن يكون سليم الباطن كذلك، فإذا علم أن القضاء بالحق من أعظم القربات لم يأل جهداً في سبيل ذلك.

٥/١١٧- خامساً: أن يكون حليماً، إذ قد تستعصي عليه قضية فلا ينبغي له أن يتضجر، بل يقلب الفكر والرأي فيها، ولا تستفزه إساءة الخصوم إلا إذا انتهكت حرمة القضاء.

المطلب الثاني: أثر صفات القاضي في السلطة التقديرية

للقاضي الجنائي

١١٨- الإسلام: تظهر أهمية اشتراط الإسلام في القاضي الجنائي للأمر الآتية:

١١٨/١- أولاً: الأمور الجنائية من أخطر أنواع الدعاوى، وذلك لأنها تتعلق بمحدود الله تعالى التي شرعها للحفاظ على استقرار المجتمع الإسلامي وحمايته، وتعلق بدماء الناس وأرواحهم، وما يترتب عليها من قصاص أو دية، وكذلك التعازير على أكثر الجرائم التي لا حد فيها.

١١٨/٢- ثانياً: القضايا الجنائية هي أخصب مجال يظهر فيه أثر السلطة التقديرية للقاضي، ولذلك تتأكد خطورتها ويتأكد اشتراط الإسلام فيمن يتولى النظر فيها؛ لأن الشارع الحكيم نص على تجريم بعض الأفعال، ووضع القواعد العامة للحكام لاعتبار الفعل جريمة، وفوض تطبيق ذلك على ما يستجد من أفعال لولاية الأمور، ونص على الحدود والديات، وفوض تقدير عقوبة ما وراء المنصوص عليه للولاية ولمن ينوب عنهم في ذلك كالقضاة، كما أن القاضي له الاستعانة أثناء التحقيق في الدعوى بوسائل غير منصوص عليها مع التقيد بضوابط عامة بغية التوصل للدليل يعتمد عليه القاضي في حكمه الذي يجتهد فيه إن لم يكن منصوصاً عليه، والقاضي بعد ذلك له سلطة اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ العقوبة إذا كان غير منصوص على الطريقة.

ولذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي محفوفة بالمخاطر؛ إذ الخطأ فيها قد يؤدي لضياع نفس أو عضو من إنسان لا يمكن استرداده، أو ضياع حق المجتمع في عقوبة كان يجب تنفيذها، كما أن أخذها بحقها يؤدي إلى إحياء النفوس وسلامة المجتمع واستقراره.

١١٨/٣- ثالثاً: من أهم ما يميز القاضي الجنائي المسلم من غير المسلم أن المسلم يعتقد أن إقامة الحقوق عبادة وجهاد، وأن من أحيانا نفساً فكأنما أحيانا الناس جميعاً، ومن أذهبها بغير حق فكأنما جنى على الناس جميعاً، ولذلك فإنه يستخدم سلطته التقديرية لما فيه الصلاح والخير، بخلاف غير المسلم.

١١٨ / ٤ - رابعاً: تولية غير المسلم تؤدي لنقص بعض الشروط الأخرى في القاضي، كالعَدالة؛ فغير المسلم غير موثوق على أداء أمانة الشرع فيما تولاه، وكالاجتهاد؛ إذ ليس لغير المسلم الاجتهاد فيما لم ينص عليه الشرع.

١١٩ - العقل: سبق بيان فضل العقل وأهميته في منح السلطة التقديرية عموماً عند الحديث عن اشتراطه بالنسبة للقاضي المدني.

١١٩ / ١ - أولاً: أما تأكد اشتراط العقل في القاضي الجنائي فليماً له من أثر بالغ في السلطة التقديرية، لأن الأمور الجنائية أعظم خطراً وأوسع مجالاً للسلطة التقديرية، مما يعني اشتراط زيادة العقل والوعي^(١)، فتقدير القاضي لعناصر النزاع المطروح أمامه وما هو مفيد منها ومنتج في الدعوى؛ له أثره البالغ في سير الدعوى، وقد يتنبه القاضي الفطن الذكي لما لا يتفطن له غيره^(٢)، وقد يتحفظ عند معاينة مكان الجريمة أو عند عرض ما وجد فيه على أمارات ودلالات لا

(١) جاء في أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٢٤٠: «لأن الدماء والفروج والأموال والأنساب من الأمور التي قد عقد بها مصالح الدين والدنيا»، وجاء في الدر المختار ٥ / ٣٦٥ - ٣٦٦ حيث نقل عن البزازية: «فلا بد من كون الحاكم في الدماء والفروج عالماً ديناً كالكبريت الأحمر وأين الكبريت الأحمر وأين العلم»، وأضاف ابن عابدين: «وفي الأموال لكن خصهما - أي الدماء والفروج - بالذكر لأنه لا يمكن فيهما الاستباحة بوجه، بخلاف المال ولقصد التمويل، ثم قال عن الكبريت الأحمر: معدن عزيز الوجود»، وجاء في شرح النيل وشفاء الغليل لأطفيش ١٧ / ٤٨٩: «وقيل لأبي عبيدة: أهل عمان يفتون بالرأي، فقال: ما سلموا من الدماء والفروج» ثم ذكر قول أبي سعيد: لما يروي: «كادت العلماء أن تحيط بالعلم لولا الدماء والفروج لدقة أمرهما عندهم».

(٢) أشار القرافي في الفروق ٢ / ١٥٧ الفرق ٩٦ / إلى تقديم الفطن الذكي على غيره في تولي القضاء، وهذا أكد في القاضي الجنائي يقول القرافي: «ويقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية وأشد تفتناً لحجاج الخصوم وخدعهم، غير أن القضاء لما كان يرجع إلى معرفة الحجاج والتفطن لها كان أمراً زائداً على معرفة الحلال والحرام، فقد يكون الإنسان شديد المعرفة بالحلال والحرام وهو يُخدع بأيسر الشبهات فالقضاء عبارة عن هذا التفطن».

قيمة لها في العادة، ولكن القاضي يستطيع بناء على وافر عقله أن يربط بينها وبين الجريمة مثلاً ليصل من خلال القرائن المساعدة إلى إقرار الجاني بذنبه فيأخذه به، وكذلك استعانته بالفراسة وغير ذلك.

١١٩/٣- ثانياً: من أهم ما يقوم به القاضي الجنائي ويعتمد فيه على النظر والتدقيق التأكد من توافر الشروط المطلوبة لإقامة الحد، ففي الزنى مثلاً: يتحقق من توافر الشروط المطلوبة لإقامة الحد في الزاني، والمزني بها، وفعل الزنى، ووصفه...الخ، وفي السرقة: الشروط في السارق والمسروق والمسروق منه...الخ، ويتحقق من عدم وجود أي شبهة يندرج بها الحد، وكذلك بالنسبة للاعتداء على النفس البشرية، أو ما دونها، فيتحقق من الركن المعنوي، والمادي للجريمة، فيبحث عن قصد الجاني والأداة المستخدمة، ويدرس بدقة الظروف والملابسات المرافقة للجريمة، وكل ذلك بعد أن يكون على علم أن الفعل المدعى هو فعل مجرم، وفيما إذا أدى الفعل إلى نتيجته مباشرة أو بالتسبب، وغير ذلك، ثم يبحث عن الحكم الواجب التطبيق على مثل هذه الحالة.

١١٩/٤- ثالثاً: واشتراط العقل يظهر أثره في بعض الصفات الأخرى في القاضي الجنائي، كالعدالة والعلم بالأحكام الشرعية المتعلقة فيما ينظر فيه من قضايا؛ مما له أثر في السلطة التقديرية، وكذلك بالنسبة لسلامة حاسة السمع والبصر وسلامة النطق.

١٢٠- البلوغ: البلوغ دلالة على اكتمال العقل، والأمور الجنائية من أخطر الأمور التي تحتاج لذلك، والقاضي الجنائي يقابل متهمين ومجرمين، ويحتاج في ذلك أن يكون مهيباً مرهوب الجانب، عالماً بما يترتب على بعض جرائم الحد كالزنى، وهو لم تتح له الفرصة الكافية لتولي مثل هذا المنصب الخطير، فتأكيد العلماء على اشتراط البلوغ له أثر كبير في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.

١٢١- الحرية: سبق بيان أهمية الحرية وأثرها في السلطة التقديرية للقاضي المدني وغيره عند الحديث عن أثرها في القاضي المدني.

١٢٢- العدالة: وأهميتها لما يأتي:

١/١٢٢- أولاً: لا يمكن تحقق وجود صفة العدالة في القاضي دون توافر شروط الإسلام والعقل والعلم بالأحكام الشرعية، ويؤكد الفقهاء على وجود هذه الصفة فيمن يتولى القضاء في الدماء، فلا يولى إلا المؤمن على القضاء، الموثوق بدينه وورعه، العالم بالأحكام الشرعية المتعلقة بما يقضي فيه^(١)، إذ العلم قبل العمل.

٢/١٢٢- ثانياً: وبما أن القاضي الجنائي يتمتع بأوسع سلطة تقديرية؛ فتأكيد اشتراط وجود العدالة فيه أكثر، إذ اتساع مجال السلطة التقديرية يستلزم زيادة الحرص فيمن يتولى ذلك، فالقاضي الفاسق أو غير الموثوق بدينه سهل عليه إبعاد عناصر مفيدة من عناصر النزاع المعروضة في الدعوى بدعوى أنها غير منتجة، كما سهل عليه استخدام وسائل غير مشروعة أثناء التحقيق يُجبر بها المتهم على الإقرار بما لم يفعل؛ أو على اتهام أشخاص أبرياء، كما سهل على غير العدل تعطيل تنفيذ الحدود بدعوى الشبهات وعدم توافر الشروط المطلوبة، بل قد يضيع دماء أناس وأرواحهم، فمن كان مضيعاً لحقوق الله كان لحقوق الناس أضيع.

٣/١٢٢- ثالثاً: والعدالة صفة يظهر أثرها في سلوك الإنسان وتصرفاته، وأولى ما تظهر فيه بالنسبة للقاضي الجنائي أن تظهر في عمله القضائي وسلطته

(١) سبقت بعض النقول المهمة عند الحديث عن بيان أثر اشتراط العقل في القاضي المدني. (راجع فقرة ١٠٩/٤).

التقديرية المستعملة لتحقيق ذلك، ومن آثار وجود صفة العدالة والصلاح: استعانته بالله تعالى لإلهامه الصواب وبخاصة إذا استغلقت عليه الأمور بعد بذل كل جهد ممكن.

١٢٣- العلم بالأحكام الشرعية: ويظهر أثره فيما يأتي:

١/١٢٣- أولاً: العلم بالأحكام الشرعية مصدر مهم جداً وعظيم الأثر في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، فالقاضي وإن لم يستطع أن يحصل العلم في مختلف العلوم فينبغي أن يحصل ما يتعلق بما تولى النظر فيه، فيكون على علم بحدود الله تعالى وطرق إثباتها وشروط تنفيذها، وكذلك أنواع القتل والاعتداء على ما دون النفس، وإثبات ذلك، من وسائل أصلية أو تبعية مساعدة.

٢/١٢٣- ثانياً: ينبغي على القاضي الجنائي أن يطلع على أساليب الجناة وطرق تنفيذ جرائمهم ونفسياتهم، والأعمال المنصوص على حرمتها وتجريمها، وعلى عقوباتها، ليجتهد فيما وراء ذلك إن كان محصلاً لأهلية الاجتهاد ولو بنحو جزئي، أي في بعض المسائل فقط.

٣/١٢٣- ثالثاً: وما ينبغي على القاضي ألا يتركه: المشورة لأهل الرأي والعلماء، والاستعانة بالخبراء الفنين لمعاينة مواقع الجرائم أو للقرائن، كالبصمات وتحليل الدم وغيرها، مما يكون له أثر كبير في تكوين قناعة القاضي ورأيه، على أن نتيجة الشورى غير ملزمة له وكذلك رأي الخبراء، لأن القاضي الجنائي هو الخبير الأول في القضية المعروضة أمامه، وكلما كان على اطلاع بما يتعلق باختصاصه كان المرجو أن يكون حكمه أقرب للصواب.

٤/١٢٣- رابعاً: واجتهادات القضاة السابقين مفيدة جداً للاحقين لهم وإن لم تكن ملزمة، لكنها قد ترشد إلى دليل أو رأي جهله القاضي اللاحق، مما يجعل رأيه أقرب للصواب وتسهل عليه عمله.

١٢٤ - سلامة حاسة البصر والسمع والنطق: الحواس هي الأدوات التي تجعل القاضي على صلة مباشرة بالدعوى، فعدم سلامة هذه الحواس يعني انعزال القاضي عن الدعوى، وعدم سلامة بعضها قد يؤثر في صفة العقل المشترطة في القاضي، وآثارها تظهر فيما يأتي:

١/١/١٢٤ - فالبصر له أثره البالغ في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، فكثيراً ما يضطر القاضي لمعاينة مكان الجريمة وآثارها، وإن كان له اتخاذ الأعوان فإنهم لا يستطيعون رسم الصورة الكاملة التي تتحصل للقاضي من معاينته بنفسه، وما يترتب على ذلك من التنبه لبعض القرائن أو آثار الجريمة التي تعين كثيراً أثناء التحقيق. وقد سبق بيان بعض ذلك.

١/١/١٢٤ - ٢ - وتفرض القاضي في وجوه المتهمين له أثره الكبير، إذ لا تخفى أمارات الريبة في وجوه الجاني على القاضي المبصر الحصيف، وبخاصة بعد أخذه لهم بالوعد والوعيد.

١/١/١٢٤ - ٣ - ومما يتعلق بحاسة البصر معاينة القاضي لمقدار الضرر في الاعتداء على ما دون النفس للحكم بالقصاص أو الحكم بالدية أو الأرش عند تعذر القصاص.

١/١/١٢٤ - ٤ - ومما يتعلق بالحدود أيضاً: مباشرة القاضي تنفيذها وحضورها، وهذا لا يتيسر إلا للمبصر، وكل هذا له أثره في السلطة التقديرية للقاضي.

١/١/١٢٤ - ٥ - والبصر له دوره في التمييز بين المدعي والمدعى عليه، ولا يكفي السمع لذلك إذ قد تشبه الأصوات.

١/٢/١٢٤ - والسمع له أثره المباشر في سلطة القاضي الجنائي التقديرية، من حيث سماع أقوال الخصوم وما يدعونونه وما قد يستفيده القاضي من زلة

لسان من أحدهم استدرجه القاضي لذلك، فكثيراً ما تظهر خبايا النفوس على الألسنة التي هي دليل على ما في الأنفس.

وكذلك بالنسبة لسماع القاضي لأقوال الشهود وما قد يترتب على ذلك من أثر.

١٢٤/٢/٢- وقد أوضح النبي ﷺ أثر السمع في القاضي عموماً في الحديث الصحيح «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع..» الحديث^(١)، فسماع أقوال الخصوم وحججهم له أثر كبير في القاضي، وإن كان قد يؤدي إلى الحكم بغير الصحيح بسبب حذاقة بعض الخصوم في عرض دعواهم أو حججهم وتضليلهم للقضاة.

١٢٤/٣- أما النطق فله أثر في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، إذ به يعبر القاضي عما في نفسه من استفسار من الخصوم أو وعد ووعد لهم، أو استدراج لهم في التحقيق أو غير ذلك، وكذلك لمناقشة مستشاريه من العلماء والخبراء والأعوان للوصول إلى الحكم الصحيح.

فسلامة نطق القاضي الجنائي شرط مهم فيه، وقد قال لعلي رضي الله عنه حين أنفذه إلى اليمن وهو حديث السن: «تُنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال له النبي ﷺ: «إن الله سيهدي لسانك ويُثبِتُ قلبك»، يقول سيدنا علي رضي الله عنه: [فما شككت في قضاء بين اثنين]^(٢)، وهذا يؤكد دور النطق بالنسبة للقاضي الجنائي وغيره.

١٢٥- الكتابة: لم يشترط جمهور الفقهاء كون من يتولى القضاء عالماً بالكتابة، واشترطه بعضهم، وقد ذهب الجمهور لذلك لعدم وجود دليل على

(١) سبق تخريجه ص (٨٥) هامش (٢).

(٢) سبق تخريجه ص (٦٣) هامش (١).

اشتراطه، ولعدم بُدو أثر لذلك في عمل القاضي إلا من حيث الإشراف على كتابة المحاضر والسجلات، ويمكن الاستغناء عن ذلك باتخاذ كاتب أمين مجرب لذلك، ويمكن اشتراط ذلك فيما إذا كان القاضي ينظر في الخطوط وتزويرها، وإن كان له الاستعانة بخبراء، لأنه يجب على القاضي أن يكون على اطلاع مباشر بما يتعلق بالقضايا التي ينظر فيها.

والواقع أن عدم اشتراط الكتابة على غير النبي عبث، لأن العلم يشمل القراءة والكتابة، ولا يتأتى العلم عادة من دون معرفة الكتابة، وللاطلاع على مضمون قرار الحكم الذي يصدره.

١٢٦- الذكورة: اتفق جمهور العلماء على عدم جواز تولي المرأة النظر في الأمور الجنائية، ولم يخالف في ذلك إلا بعض العلماء كابن حزم، وقد سبق بيان رجحان مذهب الجمهور.

والذكورة لها أثر واضح في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.

١/١٢٦ - أما بالنسبة للحدود:

١/١/١٢٦- من المعلوم أن العاطفة أغلب للعقل عند المرأة، والنظر في الحدود يحتاج إلى قوة العزيمة وصلابة الرأي وحصافة التدبير، بل إن الحدود لا تثبت بشهادة النساء، وحكم القضاء يستقى من حكم الشهادة^(١).

١٢٦/١/٢- والذكورة لها أثر كبير في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بالنسبة لحد الزنى مثلاً، إذ لا يحكم القاضي به إلا بعد توافر جميع الشروط المطلوبة له، فإن كان بإقرار الفاعل وجب على القاضي أن يسأله عن وصف الزنى وفعله ومكانه.. وذلك بعد أن يتأكد من توافر الشروط في الزاني والمزني بها، وكل ذلك

(١) الهداية بهامش فتح القدير ٧/٢٥٢-٢٥٣.

يتنافى مع طبيعة المرأة السليمة التي يمنعها الحياء من التحقق من ذلك أو ذكره، بل إن الحياء يمنعها من تحمل الشهادة على الزنى، وإن اتفق وشاهدت حادثة زنى فإنها لا تستدعي ثلاثة شهود آخرين ليتحملوا الشهادة ثم ليشهدوا معها ببيان فعل الزنى على تفاصيله، ولهذا لم تقبل شهادتها وحكمها في الزنى.

١٢٦/١/٣- وكذلك الأمر بالنسبة للسرقة، وللحرابة، فإن الناظر في دعاويها يقابل متهمين ومحترفين، وهذا مما يصعب على المرأة القيام به والتحقيق فيه، ولم تقبل شهادتها فيها؛ لأن الغالب أن المرأة إن شاهدت سارقاً فإنها تلوذ بالفرار قبل أن تدقق في صفاته وأفعاله، أو تحتمي بالرجال إن كان ثمة رجال، ولذلك لم يقبل كون الناظر في السرقة أو الحرابة أو باقي الحدود امرأة، على أنه لا يمنع أن يستأنس القاضي بشهادة المرأة في الحدود دون أن يحكم بها.

١٢٦/٢ - ثانياً: النفس وما دونها:

١٢٦/٢/١- الذكورة لها أيضاً أثر في السلطة التقديرية بالنسبة للاعتداء على النفس البشرية وما دونها، فالقاضي الجنائي قد يعاين المقتول، أو الشخص المعتدى عليه بجراحات وهذا ما لا يقوى عليه بعض الرجال بله النساء، وقد يضطر القاضي أثناء التحقيق إلى الاختلاء ببعض الخصوم أو الشهود لتقريرهم بالحقيقة، ولا يجوز للمرأة أن تختلي مع الرجال.

١٢٦/٢/٢- يذكر العلماء أن حكم القضاء مستقى (مستفاد) من الشهادة، وشهادة النساء في القصاص لا تقبل عند غالب الفقهاء، إذ النساء لا ظهورهن في مواطن الخصومة، فضلاً عن معاينة الخصومات وما ينتج عنها لتحمل الشهادة.

١٢٦/٢/٣- ومما يتعلق بالقاضي الجنائي تقديره لمقدار الجناية الواقعة على ما دون النفس لتقدير التعويض المناسب لها فيما إذا كان الجرح أو الكسر مثلاً لم

يبلغ حداً مقدّر الدية، أو حال تعذر القصاص، وغالب النساء لا تقدر على ذلك أو على معاينته.

١٢٧- أما الصفات الأخرى: التي سبق ذكرها بالنسبة للقاضي المدني فلها نفس الأثر في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، ويتأكد أثر الصفات التي تتعلق بما يقضي فيه، فإذا استُقصي ولد الزنى مثلاً فلا يحكم في الزنى^(١)، إذ كيف سيكون له أن يحكم بما عُرِف به، ولذلك عظيم الأثر في نفسيته.

المطلب الثالث: أثر صفات القاضي في السلطة التقديرية

لقاضي الأحوال الشخصية

١٢٨- إن صفات القاضي بمجموعها تؤثر في السلطة التقديرية، ويزداد أثر بعض الصفات أكثر بحسب موضوع الدعوى، من كونها تتعلق بالأحوال الشخصية أو غيرها.

وأثرها في قاضي الأحوال الشخصية على النحو الآتي:

١٢٩- الإسلام:

١/١٢٩- ينظر قاضي الأحوال الشخصية في أمور لا تقل أهمية عن الأموال أو الدماء، فهو ينظر في الأنكحة وما قد يتبعها؛ من لعان أو ظهار أو طلاق أو أنساب أو غير ذلك، فكما أن من المصالح الضرورية حفظ المال والنفس؛ فإن منها النسل والعرض، فتمكين قاض غير مسلم من تولي النظر في هذه الأمور غير مقبول مطلقاً، لأنه غير مؤتمن على أنساب الناس وأعراضهم، ولا يعلم مقاصد الشرع من النكاح وغيره من الأحوال الشخصية، فلا يسعى بالناس لتحقيق مقاصد الشرع فيهم.

(١) تبصرة الحكام ١/٢٨.

١٢٩/٢- وعدم اتصاف القاضي بالإسلام له أثره المباشر في صفات أخرى، كالعدالة والاجتهاد، وكل ذلك له أثره في السلطة التقديرية.

١٣٠ - العقل:

١٣٠/١- لا يتصور تولية قاض غير عاقل، حتى ولو كان ضعيف العقل فقط مختل النظر، ولذلك لا يرد الحديث عن السلطة التقديرية لغير العقلاء، سواء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أم في غيرها، إذ السلطة التقديرية في جوهرها نشاط ذهني.

١٣٠/٢- وعدم اتصاف القاضي بالعقل يعني أثر ذلك في باقي الصفات، كالعدالة، والحلم، والمهابة، والكفاية (القدرة على القيام بأعباء القضاء)، والعلم بالأحكام الشرعية.

١٣١- البلوغ: لا تجوز تولية غير العاقل عند جمهور الفقهاء لأنه غير مكلف، كما أن غير البالغ لا يكون على علم ببعض ما يتعلق بالأسر، ولم يحصل الخبرة الكافية، وكل ذلك له أثر سلبي في السلطة التقديرية، وفي نفسية القاضي.

١٣٢- الحرية: الرق له أثر في نفسية القاضي وحرية حركته، وقد سبق بيان ذلك عند الحديث عن أثرها في السلطة التقديرية للقاضي المدني.

١٣٣- العدالة: وهي من أهم الأوصاف المعتبرة فيمن يتولى القضاء، فالعدل الورع الموثوق بدينه يؤتمن على أعراض الناس وأموالهم ونفوسهم^(١)، لما يتوقع من أنه لا يقصر في بذل أي جهد أو نشاط ذهني لأداء عمله كاملاً، كما أنه لا يتعدى حدود سلطته أو يستغلها استغلالاً سيئاً.

(١) المبسوط ١٦/١٠٩، البدائع ج٣/٧.

١٣٤ - العلم بالأحكام الشرعية:

١/١٣٤ - علم قاضي الأحوال الشخصية بالأحكام الشرعية المتعلقة بما ينظر فيه ضروري؛ لبيان ما يحل وما يحرم من الأنكحة، وانتهاؤها، والعدة، وغير ذلك، وعليه أيضاً معرفة حياة الناس ومعاشهم لتقدير النفقات وغير ذلك، وما يستخدمونه في لغتهم في كنايات ومعارض ليحكم بما يترتب على ذلك من طلاق وغيره.

فعلم القاضي مصدر مهم للنشاط التقديري، بل هو أهم شرط، وتقصير القاضي في تعلمه ينعكس على السلطة التقديرية تقصيراً وبعداً عن الصواب.

٢/١٣٤ - وينبغي على القاضي أن لا يترك المشاورة لتحصيل الرأي والعلم، وهذا دأب القضاة منذ عهد النبوة الأول.

١٣٥ - سلامة حاسة السمع والبصر والنطق: أثر اشتراط سلامة الحواس في السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية هو نفس أثرها في القاضي المدني والجنائي تقريباً، وقد سبق بيان ذلك.

١٣٦ - الكتابة: ليس لها أثر ظاهر في السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية عند جمهور العلماء، فلم يشترطها إلا بعض الفقهاء، وعللوا ذلك باطلاع القاضي على عمل الكاتب، وهذا لا صلة له بالسلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية، وقد تقدم الحديث عن هذه الصفة عند الحديث عن أثرها في الأمور الجنائية^(١).

١٣٧ - الذكورة: أجاز بعض الفقهاء تولي المرأة للقضاء في الأحوال الشخصية، وخالفهم في ذلك كثير من الفقهاء، وكل فريق استدل بأدلة أكد فيها

(١) راجع فقرة (٦٠، ١١٥، ١٢٥).

أثر الذكورة والأنوثة في السلطة التقديرية للقاضي حسب رأيه وحسب ما وجه الأدلة إليه^(١).

١/١٣٧ - أولاً: فقد ذهب الفقهاء إلى أن المراد بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]: القوامة داخل الأسرة، ومنهم من قاس على ذلك الأمور المالية والجنائية، ومنهم من قصر الآية على ما دلت عليه مباشرة؛ فأجاز تولي المرأة للقضاء في الأحوال الشخصية والأمور المدنية، ولاشك أن الأحوال الشخصية تحتاج لزيادة الرأي والتدبر لدقتها وأهميتها، والغالب أن الرجال أقدر على القيام بذلك من النساء، والآية الكريمة قد جعلت القوامة لعموم الرجال على عموم النساء، وفي الأسرة وما يتعلق بها خصوصاً، فأولى أن يكون النظر بما يتعلق بالأسر للرجال، والنكاح والطلاق والخلع واللعان والظهار... كل ذلك مرتبط بالأسرة ومتفرع عنها، فالذكورة لها أثر فعال في السلطة التقديرية أكثر من الأنوثة.

٢/١٣٧ - ثانياً: ولا يخفى أن الحياء قد يؤثر في المرأة حين النظر في بعض القضايا المتعلقة بمخافة الحياة الزوجية؛ من العيوب التي قد توجد في الزوج أو الزوجة، أو من إثبات الدخول وعدمه لإثبات كامل المهر أو نصفه، أو من إيلاء الزوج على زوجته... وكل ذلك يؤثر في سلطة قاضي الأحوال الشخصية التقديرية إذا كانت أنثى وتنظر في قضية بعض أطرافها من الذكور.

٣/١٣٧ - رأي:

١/٣/١٣٧ - يرى الباحث اعتماداً على أدلة المجيزين: جواز تولي المرأة القضاء للنظر في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية إذا كانت المرأة مستكملة

(١) راجع فقرة (٣٣ إلى ٤٠).

باقي صفات القاضي، وكان جميع أطراف الدعوى من الإناث، ويخصص لهذا النوع من الدعاوي زمن معين أو محكمة خاصة للنظر فيها، وإذا استغلقت قضية أو عسر حلها أمكن استشارة قضاة ذكور أو إرسال الدعوى إليهم للنظر فيها.

١٣٧/٣/٢- وكذلك إذا كانت الدعوى مما تتعلق بالعيوب الخاصة بالنساء، لأن القاضي المرأة في مثل هذه الحالات يمكنها أن تتمتع بسلطة تقديرية كاملة لاستكمالها الشروط المطلوبة في القاضي، ولانتفاء العوامل المؤثرة في شخصيتها القضائية، وفي ذلك مزيد ستر على النساء.

١٣٧/٤- رابعاً: وإذا ثبت أن بعض النساء أقدر من بعض الرجال على القيام بأعباء القضاء من خلال السلطة التقديرية؛ فيمكن الاستفادة منهن فيما ذكّر آنفاً، أو بتعيين المرأة المستوفية لشروط القاضي مستشاراً للقاضي الرجل^(١).

١٣٨- صفات أخرى: سبق بيان أثرها في السلطة التقديرية للقاضي عموماً، ومما يختص به قاضي الأحوال الشخصية أن يكون غير مطعون عليه في نسبه بولادة اللعان أو الزنى^(٢)، لما لذلك من أثر في نفس القاضي والغمز واللمز عليه، وبخاصة إذا عرضت عليه قضية طعن في النسب، والسلطة التقديرية تتأثر كثيراً بنفسية القاضي.

(١) سبق تعليل ترجيح الباحث لهذا الرأي فقرة (٤٠) وهذا الرأي جمعه الباحث من مجموع أقوال المذاهب المذكورة هناك، والله تعالى أعلم بالصواب.

(٢) تبصرة الحكام ١/٢٨، وقال: «وشروط الكمال عشرة: خمسة أوصاف يتنفي عنها وخسة لا ينفك منها، فالأولى: أن يكون غير محدود، وغير مطعون عليه في نسبه بولادة اللعان أو الزنى، وأن يكون غير فقير، وغير أمي، والمنصوص للمتأخرين أنه لا نص في المذهب إذا كان لا يكتب، وقالوا: الظاهر أنه من شروط الكمال، واختلف في الأمي، وأن يكون غير مستضعف، والخمسة الثانية: أن يكون فطناً، نزهاً، مهيباً، حليماً، مستشيراً لأهل العلم والرأي، وزاد بعضهم: سليماً من بطانة السوء، لا يبالي في الله لومة لائم، ورعاً، بلدياً، غير زائد في الدهاء» انتهى باختصار، وقد سبق بيان أكثرها في فقرة (٦١) وما بعدها.

المبحث الخامس ضوابط السلطة التقديرية

تمهيد:

١٣٩- سبق بيان مشروعية منح السلطة التقديرية، وسعة مجالها، وأنها تدخل في جميع عمل القاضي، فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، والشرع الحنيف بما عُرف عنه من الانضباط والوسطية لم يشأ أن يترك هذه السلطة دون حدود أو ضوابط، فوضع ضوابط للسلطة التقديرية ينبغي على القاضي أن يلتزم بها، ويكون له بعد ذلك حرية استخدام السلطة التقديرية، فهو حر في نشاطه الذهني التقديري ضمن هذه القيود.

١٤٠- والشرع الحنيف اشترط ابتداءً وجود صفات معينة فيمن يتولى القضاء؛ لأنه هو مصدر نتائج السلطة التقديرية، ثم وضع على من يتولى القضاء قيوداً ينبغي أن لا يتعداها، وذلك خشية الوقوع في سلبيات إطلاق حرية استعمال السلطة التقديرية دون قيود.

١٤١- والضوابط التي وضعها الشرع للنشاط التقديري للقاضي هي نفسها الموضوعة لعمل القاضي عموماً، وهي كثيرة متعددة؛ لخطورة عمل القاضي من جهة، ولأن السلطة التقديرية مظنة التعسف والاستغلال السيئ ممن منحت له هذه السلطة، وكلما عظم قدر الشيء وخطره شدد فيه وكثرت شروطه^(١)، وتعد هذه الضوابط منارات يهتدي بها القاضي في عمله، وتعينه للوصول إلى مبتغاه.

(١) الفروق للقرافي ٣/ ١٤٤ الفرق (١٥٧)، ٣/ ٢٦٢ الفرق (١٩٠).

١٤٢- ومن خلال الرجوع إلى عدد من المراجع وإلى بعض كتب القواعد الفقهية^(١) رأيت أن إيراد هذه الضوابط بصيغة قاعدة فقهية أو أصولية أو ضابط فقهي يكون أدق في تعيين المراد من الكلام وأعون على ذلك، ويكون أقرب إلى المواد المقننة، على أن هذه القواعد في أصلها قد تكون أقوالاً لبعض الفقهاء أو الأصوليين، أو مستنبطة من أقوالهم، أو من أحاديث نبوية أو آثار وردت ثم استعملت على أنها قاعدة فقهية أو أصولية.

١٤٣- وقد قمت بعزو هذه الأقوال لمواضع ورودها، فما كان منها متفقاً لفظاً أو معنى جمعته تحت قول واحد، وإن وجدت مزيد فائدة في إيراد صيغة أخرى للقاعدة فعلت ذلك، وكذلك إذا وردت قاعدة بمعنى قريب ولكن بلفظ مختلف.

على أنني لم أذكر مستند كل قاعدة خشية الإطالة، وإنما أتبع كل قاعدة بما يستفاد منها بخصوص هذا البحث إذا كان المقصود منها غير واضح، وأدرجت بعض القواعد تحت قواعد أخرى رأيت أنها تصلح أن تكون قيماً لها أو متممة لمعناها أو مفسرة لها، وقد حاولت تخريج القواعد من مراجع أكثر من مذهب، ولم أتعرض لخلاف المذاهب حول الأخذ ببعض القواعد، وإنما اعتبرت أن المذاهب يكمل بعضها بعضاً، وأن ولي الأمر إذا أقر قانوناً إسلامياً واجب التطبيق على القضاة؛ فغالب الأمر أنه سيأخذ من أكثر من مذهب حتى يبدو هذا القانون متكاملًا، وبخاصة أنه تعذر وجود مجتهد مطلق أو حتى مجتهد في المذهب.

(١) بعض هذه القواعد أوردها د. علي أحمد الندوي في كتاب القواعد الفقهية فقامت بتتبع عزوه لها وتخريجها من مراجع إضافية في الغالب. ثم بحث عن قواعد أخرى من كتب متعددة.

١٤٤- والضوابط المذكورة لاستعمال السلطة التقديرية هي ضوابط عامة أو تدخل في أكثر من فصل من فصول البحث، وستراد بعض القواعد الخاصة بكل فصل أثناء دراسته.

١٤٥- وأشير ابتداء إلى أن لولي الأمر أن يضع ضوابط للسلطة التقديرية للقاضي يذكرها في عقد توليته، ويكون واجباً على القاضي الالتزام بها، ويكون ما وراء هذه القيود غير داخل تحت ولاية القاضي، ويمكن أن يُعد ذلك من باب تخصيص عمل القاضي بعمل محدد بضوابط.

وأشعر الآن بإيراد ضوابط السلطة التقديرية للقاضي وأضع نص القواعد ضمن قوسين:

١٤٦- الغاية من القضاء وسبب منح القاضي السلطة التقديرية:

١/١٤٦- (القاضي نُصب ناظراً للمسلمين، لا مبطلاً لحقوقهم)^(١).

٢/١٤٦- (القاضي مأمور بالنظر)^(٢): أي عليه أن يعمل ذهنه لتأدية عمله على النحو المطلوب منه، إذ ذلك جزء من عمله، وذلك في جميع مراحل الدعوى.

٣/١٤٦- (القاضي مأمور بالقضاء بالحق)^(٣): والحق اسم للكائن الثابت)^(٤) أي عليه أن يسعى لذلك ما استطاع، إذ التكليف بقدر الوسع.

(١) العناية للبابرتي ٣٩٢/٩.

(٢) كشف الأسرار ٢٥/٤، فتح القدير لابن الهمام ٣٤٦/٧، المبسوط ٤٦/١٧، ١٩٧/٥ بمعناه.

(٣) معين الحكام للطرابلسي: ١٤.

(٤) البدائع ٢٢٣/٦.

١٤٦ / ٤ - (القاضي مأمور بالعدل)^(١): إذ الغاية الأسمى للقضاء هي تحقيق العدل، فعلى القاضي أن لا يأل جهداً في سبيل ذلك.

١٤٧- المصلحة وتصرف القاضي:

١٤٧ / ١ / ١ - (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة)^(٢): وهذه القاعدة تفسرها القواعد الآتية، وتعد هذه القاعدة حاکمة على جميع نشاطات القاضي التقديرية، والمقصود بالمصلحة المصلحة العامة.

١٤٧ / ١ / ٢ - (الأحكام تتبع المصالح)^(٣): أي على القاضي أن يبني أحكامه على المصالح دون غيرها، فهي كالأسباب لها، والمقصود هنا المصالح المشروعة الثابتة الحقيقية المبنية على النصوص.

١٤٧ / ٢ - (الولاية إنما تتناول جلب المصلحة الخالصة أو الراجعة، ودرء المفسدة الخالصة أو الراجعة)^(٤).

١٤٧ / ٣ - (تصرف القاضي منوط بالعدل)^(٥).

(١) درر الحکام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤ / ٥٨٨، وهي جزء من المادة (١٧٩٩) من المجلة)، وبمعناه في السياسة الشرعية ١٣٤.

(٢) المادة ٥٨ من المجلة وجاء في بعض المراجع بزيادة (تصرف الإمام)، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢١، الأشباه والنظائر لابن نجيم بهامش غمز عيون البصائر عليه ١ / ٣٦٩، رد المختار ٦ / ٧٣٥، المنثور في القواعد للزركشي ١ / ٣٠٩، وقال: قال الشافعي: منزلة الوالي من الرعية منزلة الولي من اليتيم. اهـ، وهي في الأم ٨ / ٢٥٣: منزلة الوالي من رعيته منزلة والي اليتيم من ماله.

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢ / ٤٣٧.

(٤) الفروق للقرافي ٤ / ٣٩ وما بعدها الفرق (٢٢٣).

(٥) الدرر الحکام لمنلا خسرو ٢ / ٤٢٦، غمز عيون البصائر للحموي ١ / ٣٢٨، الدر المختار بهامش رد المختار ٦ / ٢٦٧.

١٤٧/٤ - قضاء القاضي يُنقض إذا خالف أحد أربعة أشياء: الإجماع أو النص أو القواعد أو القياس الجلي^(١) والمراد بالنص: النص القطعي الدلالة.

١٤٧/٥ - فعمل القاضي ينبغي أن يكون ساعياً لتحصيل المصالح وتطبيق العدل، إذ ولايته التي منها استفاد السلطة التقديرية موضوعاً لتحصيل المصالح ودفع المفسد، وأعظم مصلحة هي تطبيق الشرع الحنيف، والمفسدة عكسها، وتظهر المفسدة في مخالفة أحد الأدلة الشرعية وهي النص القطعي والإجماع والقواعد والقياس الجلي.

فنشاط القاضي الذهني التقديري إما أن يكون محققاً للمصلحة السابقة فيصحح، وإلا كان منقوضاً غير صحيح.

١٤٨ - الاحتياط في القضاء:

١٤٨/١ - (القاضي مأمور بالنظر والاحتياط)^(٢).

١٤٨/٢ - (التحرز عن مواطن التهم واجب)^(٣).

١٤٨/٣ - (التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة)^(٤).

(١) البحر الرائق ٣/٢٩٤ حيث نقلها عن العز بن عبد السلام، فتاوى السبكي ١/٣٦٩، الفروق، ١/٧٥، ٢/١٠١، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٠٥ (النص أو الإجماع أو القياس) وقال: «قال القرافي: أو القواعد الفقهية، قال الحنفية: أو كان حكماً لا دليل عليه، نقله السبكي في فتاويه». اهـ أشباه.

(٢) القواعد الفقهية للندوي ١٤٩، ونسبه لكتاب التحرير في شرح الجامع الكبير (مخطوط) برقم (٤٨٠٢ / ٤٤١٤٧)، المكتبة الأزهرية، شريط مصور منه في المركز، فقه حنفي، الرقم ٥٢، ج ١، صفحة ٣٤.

(٣) العناية ٢/٣٧٢.

(٤) الفروق للقرافي ٤/٤٣، الفرق / ٢٢٣ / بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة...

١٤٨/٤ - (إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والحرم: غلب جانب الحرام)^(١).

١٤٨/٥ - (يحتاط في الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة)^(٢).

١٤٨/٦ - وعلى هذا فإن على القاضي أثناء عمله القضائي أن يحتاط مما يلحق به التهمة أو الريبة، إذ الخيانة لا تتجزأ، وإذا ثبتت عليه التهمة ربما رُد كثير من أحكامه.

ومما ينبغي أن يحتاط فيه إطلاق الأحكام الشرعية فيما هو مفوض إليه، وبخاصة في مسائل الاجتهاد، فإذا كان فعل من الأفعال يجتهد القاضي للوصول إلى حكم الشرع فيه ليقرر تجريمه من عدمه فعليه الأخذ بالاحتياط.

ومما يجعل القاضي أبعد عن التهمة التزام القاضي بمذهب معين إذا لم يكن من أهل الاجتهاد المطلق أو الترجيح. فأحكام الشرع أمانة، وسمعة القاضي من أهم أسباب قبول أحكامه عند الخصوم والاطمئنان له.

١٤٩ - الهوى والتشهي:

(يجرم الحكم والفتوى بالهوى إجماعاً)^(٣).

١٥٠ - قناعة القاضي:

١٥٠/١ - (لا يحل للحاكم أن يحكم بخلاف ما يعتقد)^(٤).

(١) المشور في القواعد للزرکشي ١/١٢٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٠٥، المبسوط ١١/٢٢٤،

البحر الرائق ٣/٩٠، شرح الخرشي على مختصر خليل ٣/١٢.

(٢) الفروق ٣/١٤٥، الفرق ١/١٥٧، بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح.

(٣) مطالب أولي النهى ٦/٤٦٧، ٩/٢٣٢.

(٤) فتاوى السبكي ٢/٤٤٤ - ٤٤٥.

١٥٠/٢- (لا يقضي القاضي بخلافه علمه)^(١).

١٥٠/٣- والحكم لا يكون حتى يحصل اليقين للقاضي ولا تبقى لديه ريبية، وهذا في الصور المتنازع فيها، أما المجمع عليها فأحكامها متقررة شرعاً وعمله هو التنفيذ^(٢).

١٥٠/٤- ويترتب عليه أنه لا يصح أن يبنى الحكم إلا على قناعة القاضي الكاملة التي تتحصل لديه من خلال نشاطه التقديري، وكذلك إذا وصل إلى قناعة لم يجز له أن يحكم بخلافها.

١٥١- مجال الاجتهاد:

١٥١/١- (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)^(٣): فليس لأي قاض أن يجتهد في أمر ورد فيه نص شرعي.

١٥١/٢- (لا يسوغ الاجتهاد عند القدرة على النص)^(٤).

١٥١/٣- (الاجتهاد لا يعارض النص)^(٥): فلو افترضنا وقوع اجتهاد ثم ظهر نص^٦ أو كان موجوداً وعارضه الاجتهاد فلا اعتبار لذلك الاجتهاد لأنه غير صحيح من أساسه.

١٥١/٤- (النص لا ينقض بالاجتهاد)^(٦): أي لا تقوى الأحكام الصادرة عن اجتهاد على نقض نص، والمراد بالقواعد السابقة: النص القطعي لا الظني.

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ١٥٧، وله أن يتوقف.

(٢) تبصرة الحكام ١/١٣٠-١٣١ حيث نقله عن القرافي، معين الحكام للطرابلسي ص ٥١-٥٢.

(٣) غرر الحكام بهامش درر الحكام لمنلا خسرو ١٦٨/٢، وهي المادة الرابعة عشرة من المجلة وبمعناها في أحكام القرآن للجصاص ٦٥/٤.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٧٢/٢، روض الطالب بهامش أسنى المطالب للأنصاري ٣٤٥/٢، تحفة المحتاج للهيتمي ١٠٩/١٠، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي ٢١٢/٢.

(٥) بدائع الصنائع ٨١/١.

(٦) شرح منتهى الإرادات ٣٧٠/٢، كشف القناع ٢٠١/٤.

١٥٢ - المقدرات:

- ١/١٥٢ - (التحديد لا يثبت إلا من جهة التوقيف لا من جهة الرأي)^(١).
- ٢/١٥٢ - (التقدير لا يصار إليه إلا بدليل، والأصل عدمه)^(٢).
- ٣/١٥٢ - (الأثر في المقدرات كالخبر، إذ الرأي لا يهتدي إليه)^(٣).
- ٤/١٥٢ - (ما لم يرد فيه الشرع بتحديد يتعين تقريبه بقواعد الشرع، لأن التقريب خير من التعطيل فيما اعتبره الشرع)^(٤).
- ٥/١٥٢ - (المقدر لا تجوز الزيادة عليه، لأن تقدير الشرع فوق تقدير القاضي)^(٥).
- ٦/١٥٢ - للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بعقوبة أو ضمان أو جزاء باجتهاده عند عدم الدليل الشرعي على ذلك، أما عند وجود تقدير من الشرع فليس له تغييره أو مخالفته، ولكن القاضي إذا حكم بشيء مجتهد فيه لم يكن له أن يجعله في رتبة المقدرات التي يحكم بها في جميع الحالات المماثلة ولا تجوز مخالفته، بل كل مجتهد يجوز له أن يخالف المجتهدين الآخرين إذا كان لديه دليل، وليس لواحد منهم الإلزام برأيه، إذ الصادر عن الرأي دون الثابت بدليل شرعي.

١٥٣ - التكليف بحسب الوسع:

- ١/١٥٣ - (التكليف مقيد بالسوسع)^(٦).

-
- (١) التمهيد ٢٢/٢٤٣، وانظر ٢١، ١١٧ منه، المغني ١٠/١٩٤ مسألة (٨٤٠١).
- (٢) تهذيب الفروق لمحمد بن علي بن حسين بهامش الفروق ١/٢٠٢.
- (٣) الفروق للقرافي ١/١٢٠، الفرق الرابع عشر بين قاعدتي المشقة المسقطة للعبادة والمشقة التي لا تسقطها، وهي بلفظ «إن لم يرد الشرع...».
- (٤) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٥/٣٩.
- (٥) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ١/٢١١.
- (٦) كنز الرقائق بهامش تبين الحقائق ١/١٠٢.

١٥٣ / ٢ - (كل من فعل ما أمر به بحسب قدرته من غير تفريط ولا عدوان: فلا إعادة عليه)^(١).

١٥٣ / ٣ - فإذا رتب العقد مثلاً التزاماً معيناً على أطرافه فأدوه من غير تفريط أو تقصير لم يكن للقاضي أن يلزمهم بإعادة أداء الالتزام، إذ لا تقصير ولا عدوان، فلا مسوغ لذلك، إذ ليس من عمل القاضي إعنات الناس وظلمهم، وكذلك إذا فعل القاضي ما بمقدوره وبذله الجهد الممكن للقضاء بالحق لم يكن عليه إعادة النظر في الحكم، إلا إذا تبين له خطؤه على وجه اليقين.

١٥٤ - تغيير الأحكام:

١٥٤ / ١ - (تختلف الأحكام باختلاف الأسباب)^(٢).

١٥٤ / ٢ - (قد تتغير الأحكام بتغير الأزمان والأشخاص)^(٣)، وهذا عند جواز ذلك.

١٥٤ / ٣ - (الفعل يختلف باختلاف الأماكن)^(٤).

١٥٤ / ٤ - قد يتغير الحكم بناء على تغير ما سبق، لأن أسباب الحكم، وزمن حدوث الفعل، وفاعله ومكان الفعل؛ أمور لها تأثيرها في الحكم بحسب ما يؤدي إليه تقدير القاضي لها، فإذا كان سبب القتل العدوان والكرهية: فإنه يختلف عما إذا كان سبب القتل هو الدفاع عن العرض أو المال مثلاً، وإذا كان الفاعل بالغاً مكلفاً فإن حكمه يختلف عن غير المكلف في جناياته أو عقوده...

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١ / ٤٤٠ - ٤٤١.

(٢) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٧ / ١٩٥.

(٣) بريقة عمودية ٣ / ١٢٦، وجاء في مجلة الأحكام العدلية م: ٣٩: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، وجاء بمعناه في معين الحكام للطرابلسي ص ١٧٨.

(٤) شرح كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٣ / ١٨٩.

١٥٥ - مقدار الضرورة والإباحة:

١/١٥٥ - (الرخص لا يتعدى بها مواضعها)^(١).

٢/١٥٥ - (ما أبيع للضرورة يُقدّر بقدرها)^(٢).

٣/١٥٥ - (ما أحل لضرورة أو حاجة يقدر بقدرها ويزول بزوالها)^(٣).

٤/١٥٥ - (الضروري لا يتعدى عن محله)^(٤).

٥/١٥٥ - (الإباحة ضرورة فتقدر بقدر الضرورة)^(٥).

٦/١٥٥ - الأصل أن حرمت الناس وحياتهم الخاصة محظور على الإنسان

أن يتعرض لها، وكذلك تخويفهم أو حجز حرياتهم وغير ذلك من المحظورات، ولكن الضرورات تبيح المحظورات، فإذا أبيع للقاضي أن يعمل نشاطه الذهني في التفتيش عن أحوال بعض الناس كالشهود، أو بحجز حريتهم مؤقتاً للتحقيق أو تفتيش منازلهم أو غير ذلك فينبغي على القاضي ألا يتعدى حدود الضرورة أو الحاجة، وإلا كان متعدياً آثماً.

١٥٦ - الوسائل والغايات:

١/١٥٦ - (الوسائل لها حكم المقاصد)^(٦).

-
- (١) الأم ١/٨٠، التمهيد ٢/٣٢٦، تحفة المحتاج ٤/٤٧٢، أحكام القرآن لابن العربي ١/٨٢.
 - (٢) المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٢٠، التقرير والتحجير لابن أمير حاج ١/٢١٨، ٢٧١، رد المحتار ٣/٥٣٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤، تحفة المحتاج ٢/٢٦١، مواهب الجليل ٣/١٩٥، ومراجع أخرى.
 - (٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٤-٨٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم بهامش غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٧٦، مواهب الجليل للحطاب ٣/١٩٥.
 - (٤) العناية ٢/٣٩٩.
 - (٥) أحكام القرآن لابن العربي ١/٨٢.
 - (٦) فتاوى السبكي ٢/٣٤٢، فتاوى الرملي ٤/٣٩، المنهاج بهامش نهاية المحتاج ٦/٢٠٢، كشاف القناع ١/١٩٨، مطالب أولي النهى ١/٣٥٨، بريقة محمودية ٤/١٩٩، شرح مختصر =

- ١٥٦ / ٢ / ١ - (كل تصرف جرّ فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهي عنه)^(١).
- ١٥٦ / ٢ / ٢ - (كل فعل أفضى إلى المحرم كثيراً حرمة الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة، لأنه يكون سبباً للشر والفساد)^(٢).
- ١٥٦ / ٢ / ٣ - (كل ما كان سبباً للفتنة فإنه لا يجوز)^(٣).
- ١٥٦ / ٣ / ١ - (كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده: لا يشرع)^(٤).
- ١٥٦ / ٣ / ٢ - (الوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها)^(٥).
- ١٥٦ / ٤ - (درء المفاصد مشروط بأن لا يؤدي إلى مثلها أو أعظم)^(٦).
- ١٥٦ / ٥ - (الأمر بمقاصدها)^(٧).

١٥٦ / ٦ - هناك قيد مهم جداً، وهو أن الوسيلة تستقي حكمها من الغاية التي تسعى لها، فالغاية لا تسوغ الوسيلة، ولا يصح أن يستعمل القاضي للوصول إلى الغاية من القضاء - وهي القضاء بالحق - إلا وسيلة مشروعة يظن أن المقصود منها يترتب عليها، وأن لا تؤدي إلى فتنة أو محرم أو مفسدة.

-
- = خليل للخرشي ١ / ٣٣٧ - ٣٣٨، شرح النيل وشفاء الغليل لأطفيش ٩ / ٥٤١، وفي منح الجليل ٩ / ٣٦٠: الوسيلة تعطى حكم ما يترتب عليها، ومعناها في بدائع الصنائع ٧ / ١٠٦.
- (١) قواعد الأحكام للعز ٢ / ٨٩.
- (٢) الفروع ٤ / ٤٥٨ - ٤٥٩ حيث نقله عن ابن تيمية.
- (٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١ / ٢٥١.
- (٤) قواعد الأحكام للعز ٢ / ١٤٣، الفروق ٣ / ١٣٥، ٢٣٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٥.
- (٥) منح الجليل للشيخ عيش ٣ / ٥٤٥.
- (٦) القواعد الفقهية للندوي ص ٢٠٢ حيث نسبه (للقواعد) للمقري المالكي، مخطوط، مصور عن مكتبة شستر بيتي - إيرلنده، برقم ٤٧٤٨، اللوحة ١٨٠، وراجع الصفحة ١٩٦ من القواعد الفقهية للندوي.
- (٧) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢ / ٣٢٧.

١٥٧- فقد الدليل:

١/١٥٧- (التوقف عند عدم الدليل واجب)^(١).

٢/١٥٧- (لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به)^(٢). والمقصود العلم الذي يحصله القاضي من الدعوى وأدلة الإثبات، أو أن يقضي عن جهل بالأحكام الشرعية.

٣/١٥٧- إذا لم يحصل القاضي على دليل يقيم عليه حكمه، وجب عليه أن يتوقف، لأن الحكم من غير دليل هو قضاء بالجور، ولا يجوز القضاء بالجور أو بدون علم، ومن يفعل ذلك كان من قضاة النار.

١٥٨- عمل القاضي تجاه الضرر:

١/١٥٨- (الضرر يُزال)^(٣).

٢/١٥٨- (كل ما أضر بالمسلمين وجب أن يُنقى عنهم)^(٤).

وبمعنى القاعدة الأولى.

٣/١٥٨- (الضرر واجب الدفع ما أمكن)^(٥).

٤/١٥٨- (الضرر لا يُزال بالضرر)^(٦).

(١) البدائع ٣٢٨/٧.

(٢) البدائع ١١١/٤، حاشية الجمل ٢٤٩/٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧، مختصر خليل بهامش الخرشبي ٥٦/٦، غمز عيون البصائر للحموي ٣٧/١، مطالب أولي النهى ٧٢٩/٣، المجلة م: ٢٠.

(٤) المعلم بفوائد مسلم للمازري ٣٢٢/٢، القواعد الفقهية للندوي ص ٥٩.

(٥) البدائع ٢٨٧/٥.

(٦) المغني ٢٧٨/٤ م(٣٤٣٥)، المثور للزركشي ٣٢٢/٢، القواعد لابن رجب ٧٣، غمز عيون البصائر ٢٨٠/١-٢٨١، م: ٢٥ من المجلة: الضرر لا يُزال بمثله.

١٥٨ / ٥ - (دفع الضرر عن الإنسان بإضرار غيره متناقض)^(١).

١٥٨ / ٦ - إن من واجبات القاضي أن يستعمل سلطته التقديرية لإزالة الضرر عن الناس، بحفظ الحقوق لأصحابها ورفع الضرر عنهم بإعادة الحقوق إليهم إن سلبت منهم، كما أن عدم تطبيق الحدود فيه إضرار بحق المجتمع الإسلامي، والقاضي مكلف برفع الضرر بحسب استطاعته، لكن عليه أن لا يقابل الضرر بضرر، إذ لا ضرر ولا ضرار، والغاية لا تسوغ الوسيلة، كما أن رفع الظلم عن إنسان بإيقاعه على آخر غير صحيح، إذ ذلك إقرار للضرر من حيث النتيجة، ومس^١ لأكثر من شخص بظلم وقع على واحد ابتداءً، فواجب القاضي رفع الضرر عن عموم الناس وإزالته من المجتمع بوسائل مشروعة.

١٥٩ - الظن بالناس:

١٥٩ / ١ - (حمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن)^(٢).

١٥٩ / ٢ - (ظاهر أمور المسلمين محمول على الصحة)^(٣).

١٥٩ / ٣ - فالظاهر من معاملات الناس وأنكحتهم وأنسابهم وغير ذلك أنها صحيحة لا يتعرض لها أي قاض ما لم تكن دعوى بخلاف ذلك؛ فيسعى القاضي حينذاك للبحث عن الحق لإيصاله لأصحابه، فالأصل أن نظن بالمسلمين الصلاح والسداد، وأنهم غير متهمين، وأن نظن فيهم بأنهم يتحرون ما يوافق الشرع فيما يبدو منهم، ومتى كان العمل بالظاهر كان على هذا الظن، وكل ذلك ما لم يثبت عكس الظاهر؛ فيكون للقاضي أن يتخذ موقفاً مخالفاً له.

(١) البدائع ٥ / ٢٥٠.

(٢) البدائع ٣ / ٢١٢.

(٣) الفروق للكرابيسي ٢ / ١٠٧، المغني ٤ / ٣١٠ مسألة (٣٤٩٢)، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣ / ٤٠.

١٦٠- بناء الحكم على الحجج:

١/١٦٠- (الأصل أن البينة تقبل)^(١).

٢/١٦٠- (البينة حجة مطلقاً)^(٢).

٣/١٦٠- (إن البينة حجة يجب العمل بها ما أمكن)^(٣).

٤/١٦٠- (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)^(٤).

٥/١٦٠- (الإثبات مقدم على النفي)^(٥).

٦/١٦٠- (الحكم يُدار على الدليل)^(٦).

٧/١٦٠- يتبين من هذا أن قبول البينة والعمل بها واجب ما أمكن ذلك،

إذا كانت مستوفية الشروط، ولا يردها القاضي ما لم يكن ما يسوغ ذلك،

فالأصل أنها مقبولة في جميع الحقوق التي تثبت بها.

١٦١- العلم الذي يبنى عليه الحكم:

١/١٦١- اليقين والشك:

(١) مواهب الجليل للحطاب ٢٠٦/٥.

(٢) الهداية بهامش العناية ٨/٨٩، والبينة لها معنيان، خاص: وهو المراد عند الإطلاق ويراد به

شهادة الشهود، ومعنى عام: وهو أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. وسيأتي بيان ذلك عند معنى البينة وطرق الإثبات بين الإطلاق والتقييد، إن شاء الله تعالى.

(٣) القواعد الفقهية للندوي (ص ١٤٨) ونسبه لشرح الزيادات لقاضيخان، مخطوط، المكتبة

الأزهرية برقم (٢٩٢٠، ٤٤٢٦٥) شريط مصور منه في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، فقه حنفي، رقمه ١٦٨، ١/و: ٣/ الوجه الأول.

(٤) وهي من قول سيدنا عمر رضي الله عنه في رسالة القضاء (الأم ٨/٤١٦، إعلام الموقعين

١/٧٢) والمادة ٧٦ من المجلة، وهي أيضاً لفظ حديث سيأتي تحريجه.

(٥) المغني ٨/٣٢٥، م (٦٨٦١)، فتح القدير ١/١١٩.

(٦) العناية بهامش الهداية ٢/٥١١.

١٦١ / ١ / ١ - (البناء على اليقين)^(١).

١٦١ / ١ / ٢ - (الأصل واليقين لا يترك حكمه بالشك)^(٢).

١٦١ / ١ / ٣ - (لا يترك اليقين إلا بمثله)^(٣).

١٦١ / ١ / ٤ - (الثابت بيقين لا يُزال بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا

يثبت بالشك)^(٤).

١٦١ / ١ / ٥ - (الشك لا يعارض اليقين)^(٥).

١٦١ / ١ / ٦ - (الشك ولو مع الرجحان يوجب البناء على اليقين)^(٦).

١٦١ / ١ / ٧ - تبين أنه لا يصح من القاضي أن يترك العمل بيقين أو أصل

ثبت لديه لشك، أو أن يبني حكمه على شك وأن يُعمل فيه نشاطه التقديري،

فغير الثابت لا تبني عليه الأحكام، ولا يقوى على معارضة الثابت.

١٦١ / ٢ - (العصمة ثابتة بيقين فلا تزول مع الشك)^(٧).

١٦١ / ٣ - (القديم يترك على قدمه)^(٨).

(١) البجيرمي على المنهج ٣/٩٣، أسنى المطالب ٢/٢٩٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣،

وقال: قاعدة الشافعي في الإقرار: طرح الشك والبناء على اليقين وعدم النظر إلى الغلبة.

(٢) المجموع للنووي ١/٢٥٧، وبمعناه: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد ٧٨/١.

(٣) حاشية البجيرمي على الخطيب ١/٣٠٤.

(٤) المبسوط ١/٨٦، البدائع ٤/١٩٦.

(٥) حاشية ابن عابدين ٦/٧٩٩.

(٦) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤/٨٢.

(٧) مطالب أولي النهى ٧/٣٨١.

(٨) المادة السادسة من المجلة، رد المختار على الدر المختار ٦/٤٤٣ - ٤٤٤.

١٦١/٤ - الشك لا يصلح لإزالة الملك.

١٦١/٤/١ - (لا يزول الملك بالشك)^(١).

١٦١/٤/٢ - (لا تثبت الحقوق بالشك)^(٢).

١٦١/٤/٣ - (الشك والإمكان لا يستباح به المحرمات)^(٣).

١٦١/٤/٤ - (الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها)^(٤).

١٦١/٤/٥ - (الأموال محظورة إلا بنص)^(٥).

١٦١/٤/٦ - دل ما تقدم على أن أملاك الناس وأموالهم لا يجوز إخراجها

عن ملكهم بظن أو شك دون بينة ثابتة، لأن الأصل والمتيقن أنها مملوكة لأربابها، وهو قيد على النشاط التقديري للقاضي.

١٦١/٥ - براءة الذمم.

١٦١/٥/١ - (الأصل براءة الذمة)^(٦).

١٦١/٥/٢ - (الأصل العدم وبراءة الذمة)^(٧).

(١) فتح القدير لابن الهمام ج ٦/٦.

(٢) التقرير والتحجير ٢/٢٠٨.

(٣) التمهيد لابن عبد البر ٢٢/٣٠٠.

(٤) الفروق للقرافي ١/١٨٨ الفرق/٣٠.

(٥) المحلى لابن حزم ٦/٣١٥ المسألة (١١٤٨).

(٦) وردت هذه العبارة في أكثر من مائتي مرجع، منها أحكام القرآن للجصاص ١/٢٨٨، المتقى

لللباجي ٢/٧١، أحكام القرآن لابن العربي ٢/١٧٩، المغني لابن قدامة ٣/١٦٦، مسألة

(٢٤٠١)، القواعد للعز ٢/٥١، الفروق للقرافي ٣/٣٨، ووردت بلفظ (فراغ) بدلاً من (براءة)

في كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٥/٣٣، التقرير والتحجير لابن أمير حاج ٢/٦٥، حاشية

الشرنبلالي بهامش الدرر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو: ٢/٣٩٧، م: ٨ من المجلة.

(٧) المغني ٥/١٣٦ مسألة (٣٩٣٠)، الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٦، الروضة البهية للعالمي

٣/٥٣٦.

١٦١/٥/٣- (لا يُزال يقين البراءة بالشك)^(١).

١٦١/٥/٤- (الذمم بريئة إلا أن تقوم الحجة بشغلها)^(٢). وهي قيد على القاعدة الأولى.

١٦١/٥/٥- فالأصل الذي يبني عليه القاضي نشاطه الذهني أن ذمم الناس بريئة من أي التزام تجاه الآخرين، بعقد أو تعويض أو التزام أو غير ذلك، والعمل بالأصل كما سبق بيانه؛ ما لم يتم دليل عند القاضي على خلاف ذلك، ولا يكفي أن يفيد الدليل الشك فقط ليرفع به أصل البراءة، إذ الشك لا يقاوم الأصل وهو البراءة.

فلا يجوز أن يوصل النشاط التقديري للقاضي لإخراج أملاك الناس من ملك أصحابها أو أن يرتب عليهم التزامات وتصرفات؛ ما لم يتم دليل يقوى على معارضة الأصل الذي يفيد اليقين.

١٦١/٦- (لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعاً)^(٣).

١٦١/٧- الظن الغالب والظن المؤكد:

١٦١/٧/١- (العبرة بالظن الغالب)^(٤).

١٦١/٧/٢- (غلبة الظن بمنزلة اليقين)^(٥).

(١) المهذب بهامش المجموع ٧٤/٢.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٣٤٦/١.

(٣) البدائع ١١١/٤.

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي ٢١٧/١.

(٥) ابن عابدين ٩٤/٢، البحر الرائق ٨٠/٣، ومعناها في المبسوط ١٧٨/١٠، ١٩٢، شرح

السير الكبير للسرخسي ٤٧٩/٢ مسألة ٧١٩، البدائع ١٠٥/٢-١٠٦.

١٦١/٧/٣- (الظن الغالب حجة يُعمل بها)^(١).

وقريباً منها:

١٦١/٧/٣- (للظن المؤكد حكم اليقين)^(٢).

١٦١/٧/٤- (ما قارب الشيء أعطى حكمه)^(٣).

١٦١/٧/٥- (غلبة الظن إذا لم يكن لها ضابط لم يلتفت إليها في الشرع)^(٤).

١٦١/٧/٦- (الراجع ملحق بالمتيقن)^(٥).

١٦١/٧/٧- سبق أن الحكم يكون باليقين، ولكن اليقين عزيز المنال،

فيجوز بناء الأحكام على الظن الغالب أو المؤكد أو أكبر الرأي. فإذا استعمل

القاضي نشاطه الذهني فتحصل لديه دليل أو أدلة تفيد غلبة الظن جاز بناء

الحكم عليها، لأن غلبة الظن كالتحقق، فتعطى حكمه.

١٦١/٨- الظن:

١٦١/٨/١- (الظن كاليقين في الشرعيات)^(٦).

١٦١/٨/٢- (الظن كاليقين في العمليات)^(٧).

١٦١/٨/٣- (الدليل الظني إذا كثر يفيد القطع)^(٨).

(١) درر الحكماء لحيدر ٢/٧٣١، م (١٠٠٤).

(٢) المنهاج بهامش نهاية المحتاج ٧/٢٥.

(٣) كنز الرقائق بهامش البحر الرائق ٢/١٠٩، رد المختار ١/٥٠٥، منح الجليل ١/٣٣٧.

(٤) مطالب أولي النهى ١/١٠٥، كشاف القناع ١/١٣٢، وفي أسنى المطالب ٤/٤٩٥ «أكثر الشيء ما زاد على نصفه».

(٥) البدائع ٦/٢٣٢، وجاء في المبسوط ١٠/١٩٢ «أكبر الرأي كاليقين».

(٦) منح الجليل ١/١٤٨.

(٧) منح الجليل ١/٣٨٩.

(٨) بريقة محمودية للخادمي ٣/١٦٩.

- ١٦١ / ٨ / ٤ - (لا عبرة بالظن البين خطؤه)^(١).
- ١٦١ / ٨ / ٥ - (المصير إلى الدليل الظني وترك القطع مع إمكانه لا يجوز)^(٢).
- ١٦١ / ٨ / ٦ - (الظني يضمحل بالقطعي)^(٣).
- ١٦١ / ٨ / ٧ - (الظن الناشئ عن الاجتهاد ينزل منزلة اليقين)^(٤).
- ١٦١ / ٨ / ٨ - تبين أن الظن يصح الحكم به أيضاً ما لم يظهر خطؤه أو يعارض قطعياً فيسقط.
- ١٦١ / ٩ - الوهم والاحتمال:
- ١٦١ / ٩ / ١ - (لا عبرة للتوهم)^(٥).
- ١٦١ / ٩ / ٢ - (الحق اسم للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم)^(٦).
- ١٦١ / ٩ / ٣ - (لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل)^(٧).
- ١٦١ / ٩ / ٤ - (عند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن)^(٨).
- ١٦١ / ٩ / ٥ - (المُحتمل لا يكون حجة)^(٩).

-
- (١) المشور في القواعد للزرکشي ٣٥٣/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٥٧، غمز عيون البصائر ٤٥٨/١، شرح الخرشبي على مختصر خليل ٢١٤/١، المادة ٧٢ من المجلة.
- (٢) تبين الحقائق ١/١٠٠، فتح القدير ١/٢٧٠.
- (٣) شرح التلويح على التوضيح ١٦/٢.
- (٤) تحفة المحتاج ١/٩٩.
- (٥) م: ٧٤ من المجلة.
- (٦) البدائع ٦/٢٢٣.
- (٧) م: ٧٣ من المجلة.
- (٨) المبسوط ٦/٢٢٩.
- (٩) المبسوط ج ٢٥/١١٢.

١٦١/٩/٥-١ - دلت هذه القواعد على أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً إلى وهم، لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية لوهم طارئ^(١)، ولو كان ناشئاً عن نشاط تقديري.

وما دام الشك غير منظور إليه في الشرع، فالوهم أولى بأن يلغى ولا يكثرث به، لأنه أحط درجة من الأول^(٢).

١٦١/٩/٥-٢ - وإذا قام احتمال ناشئ عن دليل على أن الحجة القائمة ليست خالية من التهمة فإن هذه الحجة لا تعود مسموعة أو مقبولة. أما إذا كان هذا الاحتمال غير ناشئ عن دليل بل عن مجرد توهم وحدث، فلا يقاوم الحجة ولا يقوى على معارضتها والتسبب في إبطال الأخذ بها^(٣).

١٦١/١٠- المرجوح والضعيف:

١٦١/١٠/١- (القضاء بالمرجوح غير صحيح)^(٤).

١٦١/١٠/٢- (الضعيف ما لم يتأيد بمؤيد لا يجوز فصل الحكم به)^(٥).

١٦١/١٠/٣- كما لا يجوز الاعتماد على الوهم، لا يجوز الحكم بقول

مرجوح أو ضعيف ما لم يعتضد بمؤيد.

١٦١/١١- الفاسد:

١٦١/١١/١- (البناء على الفاسد فاسد)^(٦). وهذا من حيث العمل.

(١) درر الحكام لحيدر ١/٧٣.

(٢) القواعد الفقهية للندوي ٤١٦.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ٣٦١-٣٦٢.

(٤) رد المحتار ٤/٣٩٥، ٣٩٠.

(٥) المبسوط ٦/٤٨.

(٦) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ١/١٥٢، ١٨٥.

١٦١/١١/٢- (المبني على الفاسد فاسد)^(١). وهذا من حيث النتيجة.

١٦١/١١/٣- وهذا قيد آخر على النشاط التقديري أيضاً، وهو عدم

جواز الاعتماد على دليل فاسد، أو رأي فاسد أو إجراء فاسد غير صحيح أثناء التحقيق في الدعوى، وإذا خالف القاضي ذلك كان حكمه فاسداً.

١٦٢- ما يعتبر في الحكم:

١/١٦٢- النادر والأغلب:

١/١/١٦٢- (بالأغلب من الأمور يقضى، وعليه المدار، وهو الأصل)^(٢).

١/١/١٦٢-٢ (ما وقع نادراً فليس بأصل يبنى عليه في شيء)^(٣).

١/١/١٦٢-٣ (أكثر مدار الشرع على الأعم الأغلب)^(٤).

وقريباً منها:

١/١/١٦٢-٤ (على الغالب تبني الأحكام دون النادر)^(٥).

١/١/١٦٢-٥ (يلحق النادر بالغالب في الشريعة)^(٦).

١/١/١٦٢-٦ (النادر ملحق بالعدم)^(٧).

(١) حاشية الجمل ١٣٦/٤، البجيرمي على المنهج ٣/٣٣٤، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/٢٣١، درر الحكام لحيدر ١/٥٤.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٨/١٣٦.

(٣) التمهيد ٢/١٩٣.

(٤) بريقة محمودية للخادمي ٣/٢٠٨.

(٥) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٣/٢٩٦، رد المختار ٣/٤٣١.

(٦) الفروق للقرافي ٣/٩٩، ١٠٢، الفرق (١٣٩-١٤٠).

(٧) البدائع ١/٤٨، ٣/٦٢، ٥/٤٧، ٢٠٣.

- ١٦٢ / ١ / ٧ - (النادر إذا دام يُعطى حكم الغالب)^(١).
- ١٦٢ / ١ / ٨ - (أكثر الشيء ما زاد على نصفه)^(٢).
- ١٦٢ / ١ / ٩ - إن النشاط التقديري ينبغي أن لا يعتبر النادر إلا إذا دام، لأنه في هذه الحالة يصير كثيراً أو غالباً فيعطى حكمه، والعبرة للكثير لا للشاذ والقليل، والحكم المبني على النادر غير معتبر.
- ١٦٢ / ٢ - **الظاهر:**
- ١٦٢ / ٢ / ١ - (الأحكام تجري على الظواهر)^(٣).
- ١٦٢ / ٢ / ٢ - (الحكم يبني على الظاهر دون النادر)^(٤).
- ١٦٢ / ٢ / ٣ - (القاضي مأمور باتباع الظاهر)^(٥).
- ١٦٢ / ٢ / ٤ - (لا يجوز ترك العمل بالظاهر بما لم يظهر لنا)^(٦).
- ١٦٢ / ٢ / ٥ - (الظاهر لا تثبت به الحقوق، وإنما ترجح به الدعوى)^(٧).
- ١٦٢ / ٢ / ٦ - (الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق)^(٨).

-
- (١) المنشور في القواعد ٣ / ٢٤٤.
- (٢) أسنى الطالب ٤ / ٤٩٥.
- (٣) إعلام الموقعين ٣ / ٨٧ وما بعدها، التمهيد لابن عبد البر ٨ / ١٨٢، كشف الأسرار ٤ / ١٣٥، المبسوط ١٠ / ١٨٨.
- (٤) المبسوط ٦ / ٥٤، ومعناه في كشف الأسرار ٣ / ٦١.
- (٥) المبسوط ج ٩ / ٩، ١٨٧ / ٢٢.
- (٦) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٢٠٤، تبين الحقائق ٢ / ٢٣٧، درر الحكام لعلي حيدر ١ / ٢٩٧، نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٢٨، حاشية الجمل ٣ / ١٢٥، حاشية البجيرمي على المنهج ٢ / ٢٤٧.
- (٧) الفروع لابن مفلح ٦ / ٥١٧.
- (٨) تكملة البحر الرائق للطوارئ ٨ / ٤٥٣، والقواعد الفقهية للندوي ص ١٤٨، ونسبه لشرح الزيادات لقاضيخان (مخطوط) المكتبة الأزهرية برقم (٤٤٢٦٥ / ٢٩٢٠) شريط مصور منه في مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى، فقه حنفي رقمه ١٦٨، ١ / ٣ الوجه الأول.

١٦٢/٢/٧- (الظاهر لا يخرج عنه إلا ببيان)^(١).

١٦٢/٢/٨- القاضي مقيد بالظواهر، وعليه أن لا ينقّب عن السرائر فهي موكولة إلى الله تعالى، إلا إن ظهرت أو قام دليل عليها فإنها لا تبقى خفية مستورة. وهذا فيما لا يكون التفتيش والتنقيب عنه ضرورياً، للكشف عن جريمة أو للبحث عن حال الشهود مثلاً. فإذا قام القاضي بالكشف عنها فظهرت كان له الأخذ بها لظهورها له، أما النوايا فهي بين العبد وربّه تعالى.

١٦٢/٣- العرف والعادة:

١٦٢/٣/١- (اتفاق الناس على فعل شيء دالٌّ على وجوبه، لندرة اتفاقهم على السنن)^(٢).

١٦٢/٣/٢- (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)^(٣).

١٦٢/٣/٣- (الأحكام تبني على العرف)^(٤).

١٦٢/٣/٤- (ما لا حدّ له في الشرع يُرجع فيه إلى العرف)^(٥).

١٦٢/٣/٥- (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي)^(٦).

١٦٢/٣/٦- (العرف بمنزلة الشاهد)^(٧).

(١) التمهيد لابن عبد البر ١٣/٢٢٧.

(٢) تحفة المحتاج ٤/٧١، نهاية المحتاج ٣/٢٧٧، هكذا وردت وفيها نظر.

(٣) المادة ٣٧ من المجلة.

(٤) مجمع الأنهر ٢/٩١، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/١٨٩.

(٥) كشاف القناع ٣/٢٦٣، ٦/٢٩٠، تبين الحقائق ٤/٨٨.

(٦) المبسوط ج ٩/٤، ١٣/١٤، شرح السير الكبير للسرخسي ١/١٦٩ مسألة ١٧٥، ١/٢٩٠

مسألة ٣٨٥، تبين الحقائق ٢/١٥٤، وعبارته: الثابت بالعرف كالثابت بالنص، رد المحتار

١٤٢/٣.

(٧) شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/١٩٩.

- ١٦٢ / ٣ / ٧ - (العرف قاض على القياس)^(١).
- ١٦٢ / ٣ / ٨ - (العادة محكمة)^(٢).
- ١٦٢ / ٣ / ٩ - (العادة المستمرة مُحكِّمة)^(٣) وهذه القاعدة قيد على القاعدة السابقة.
- ١٦٢ / ٣ / ١٠ - (الثابت عادة كالثابت نصاً)^(٤).
- ١٦٢ / ٣ / ١١ - (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)^(٥).
- ١٦٢ / ٣ / ١٢ - (إنما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها)^(٦).
- ١٦٢ / ٣ / ١٣ - (العرف إنما يعتبر في إزالة الإبهام لا في تغيير مقتضي الصرائح)^(٧).
- ١٦٢ / ٣ / ١٤ - (العرف الشرعي مقدم على العرف العام)^(٨).
- ١٦٢ / ٣ / ١٥ - (العرف الطارئ يقدم على العرف القديم)^(٩).
- ١٦٢ / ٣ / ١٦ - (العرف الطارئ لا يُعمل به إذا خالف عرفاً سابقاً)^(١٠) أي في قضية سابقة للعرف مثلاً.

- (١) نصب الراجحة ٤ / ٤٦٩.
- (٢) المادة ٣٦ من المجلة، التقرير والتحرير لابن أمير حاج ٣ / ٨٤، غمز عيون البصائر ١ / ٣٧، البحر الرائق ٥ / ٢٤٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ٧، ٨٩، شرح الكوكب المنير للفتوحى ٥٩٩، الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ / ٢.
- (٣) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣ / ١٩٣. وجاء في بريقة محمودية للخادمي ٤ / ٥٦، «قول الفقهاء العادة محكمة مقيد بما لم يقع نص من الشارع».
- (٤) فتح القدير ٤ / ١٨٣، رد المحتار ٣ / ٤١٥ ونسبها للسروجي، الهداية بهامش العناية ١ / ٤٧، الجوهرة النيرة للعبادي ١ / ١٤.
- (٥) المادة ٤١ من المجلة.
- (٦) المبسوط ٢٥ / ٣٦.
- (٧) المنثور في القواعد للزركشي ١ / ١٨١.
- (٨) المنهاج بهامش تحفة المحتاج ١٠ / ٤٨.
- (٩) حاشية الجمل ٥ / ٣١٠، البجيرمي على المنهج ٤ / ٣٢٩.
- (١٠) حاشية الجمل ٣ / ٥٢٧، البجيرمي على المنهج ٣ / ١٦٠، تحفة المنهاج لابن حجر الهيتمي ٦ / ١١٧، نهاية المحتاج للرملي ٥ / ٢٥٧.

- ١٦٢ / ٣ / ١٧ - (العرف العام مقدم على العرف الخاص)^(١).
- ١٦٢ / ٣ / ١٨ - (العرف لا يعول عليه إلا فيما هو مبني على العرف)^(٢).
- ١٦٢ / ٣ / ١٩ - (العرف يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة)^(٣).
- ١٦٢ / ٣ / ٢٠ - (العرف يقدم على الحقائق المهجورة)^(٤).
- ١٦٢ / ٣ / ٢١ - (المطلق ينصرف إلى المتعارف)^(٥).
- ١٦٢ / ٣ / ٢٢ - (العرف إذا خالف النص يُردّ)^(٦).
- ١٦٢ / ٣ / ٢٣ - (العرف لا يغير ما عينه الشارع)^(٧).
- ١٦٢ / ٣ / ٢٤ - مما سبق تبين موقف السلطة التقديرية للقاضي من العرف، وما هو المقبول منه، وحدود ذلك، وإذا اجتمع أكثر من نوع منه فما هو المعمول به، وعلى القاضي مراعاة الضوابط السابقة عند أخذه بالعرف.

١٦٣ - تعارض الحجج:

- ١ / ١٦٣ - (إذا تعارض دليلان فالعمل بهما ولو من وجه أولى من إسقاط أحدهما بالكلية، لأن الأصل في كل واحد منهما هو الإعمال)^(٨).
- ٢ / ١٦٣ - (العمل بأقوى الدليلين واجب)^(٩).
- ٣ / ١٦٣ - (العمل بأرجح الظنين واجب)^(١٠).

-
- (١) حاشية الجمل ٣٠٤ / ٥.
- (٢) الفواكة الدواني ٤١٨ / ١.
- (٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ١٧ / ٧.
- (٤) كشف القناع ٣٠٤ / ٦.
- (٥) رد المحتار ٩٥ / ٣.
- (٦) المبسوط ٥١ / ١٦، ١٣٧، ١٣٥ / ٣٠.
- (٧) بريقة محمودية للخادمي ٢٥٦ / ٤.
- (٨) التمهيد ٥٦ / ١.
- (٩) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٢ / ٢٣٩، نيل الأوطار ٢ / ٣٠٨، التمهيد ج ٩ / ١٤.
- (١٠) البحر المحيط للزرکشي ٣ / ٣٧٣، ٣ / ٤٣٨ بلفظ (بأقوى).

١٦٣ / ٤ - (كل أمرين لا يجتمعان: يقدم الشرع أقواهما على أضعفهما)^(١).

١٦٣ / ٥ - (سبيل مسائل الاجتهاد: أن لا تقوى قوة مسائل التوقيف)^(٢).

١٦٣ / ٦ - (الترجيح لا يكون بكثرة العلل)^(٣).

١٦٤ - تعارض المصالح:

١٦٤ / ١ - (دفع الضرر عن العامة أولى من دفع الضرر عن الواحد)^(٤).

١٦٤ / ٢ - (المصالح العامة يُغتفر لأجلها المَصْرَات الخاصة)^(٥).

١٦٤ / ٣ - (إذا تعارضت المصالح بُدئ بأهمها)^(٦).

١٦٤ / ٤ - (تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما إذا تعارضتا)^(٧).

١٦٤ / ٥ - تبين أنه إذا عرض على القاضي أكثر من دعوى يتضمن بعضها

تحصيل مصلحة عامة وبعضها مصلحة خاصة، والوقت محدود، ولم يتمكن من تحقيق المصلحتين: فإنه يقدم المصلحة العامة لأن نفعها أعم؛ وإن ترتب ضرر خاص بهذا التأخير فإنه مغتفر، لأن النفع للكثير مقدم على النفع للقليل، وضرر تأخير النفع العام أعظم من تأخير النفع الخاص، والمصلحة العامة أعلى من المصلحة الخاصة. فعلى القاضي أن يوجه نشاطه التقديري نحو المصلحة الأعلى^(٨).

(١) الفروق للقرافي ٣ / ١٣٥، الفرق / ١٥٣ / بين قاعدة زواج الإماء في ملك غير الزوج.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٥ / ٣٢٩.

(٣) وذلك لأن الاعتبار في الترجيح بقوة العلة لا بكثرتها. انظر: القواعد الفقهية للندوي ١٧٨، ونسب هذه القاعدة لمجامع الحقائق للخادمي، حرف التاء رقم ٦.

(٤) الفتاوى الهندية ٥ / ٣٩٥.

(٥) شرح منهج الطلاب بهامش حاشية الجمل ٥ / ٨٣، المنهج بهامش حاشية البجيرمي ٤ / ١٧٨، وانظر: م ٢٦ من المجلة.

(٦) طرح التثريب للعراقي ٧ / ٢٠٤، نيل الأوطار ٣ / ٦٤.

(٧) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٥٣.

(٨) ينبغي التنبيه إلى أن القاضي وإن كان عليه تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة فإن صاحب المصلحة الدنيا أو الخاصة له المطالبة بتعويض يساوي ما لحقه من ضرر، ولا يضيع =

١٦٥- تعارض المفسد والأضرار:

١/١٦٥- (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)^(١).

٢/١٦٥- (أعظم المكروهين أولى بالترك)^(٢).

٣/١٦٥- (ارتكاب الضرر الجزئي للوصول إلى النفع الكلي)^(٣).

٤/١٦٥- (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)^(٤).

٥/١٦٥- إذا تعارضت المفسد والأضرار ولزم ارتكاب إحداها فإن

القاضي على العكس من تعارض المصالح فإنه يختار الأخف والأهون دفعاً للأعظم والأكبر.

١٦٦- تعارض المصالح والمفسد:

١/١٦٦- (الشرع مبني على المصالح ودرء المفسد)^(٥).

٢/١٦٦- (درء المفسد أولى من جلب المصالح)^(٦).

= حقه مطلقاً، واضطرار القاضي لتقديم المصلحة العامة على الخاصة لا يبطل حق المتضرر، فإن نص القاعدة: الاضطرار لا يبطل حق الغير (المادة ٣٣ من المجلة).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٧، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ١/١٦٥، قواعد الأحكام للعز ١/٧٤ - ٨٥، فتح القدير ٢/٤٢١، غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٨٦، بريقة محمودية ٤/٤٦٢، المبسوط ١١/١٤٢، المادة ١٩، ٢٨ من المجلة، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١/٣٧٣، إعلام الموقعين ١/٣٥٦، السياسة الشرعية ٥٣، الآداب الشرعية لابن مفلح ١/٣٦٢، شرح الكوكب المنير ٥٩٩.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٢٣/٢٧٩، منح الجليل ٩/٣٦٩.

(٣) بريقة محمودية للخادمي ٤/٢٣٣.

(٤) الدر المختار بهامش رد المحتار ٦/١٩٢، المجلة: المادة ٢٧.

(٥) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٣/٢٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨.

(٦) تبين الحقائق ١/١٨٣، حاشية الشرنبلالي بهامش الدرر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا =

١٦٦/٣- (الشرع لا يعتبر من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح محصل لمصلحة أو دارئ لمفسدة)^(١).

١٦٦/٤- (تغليب المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة)^(٢).

١٦٦/٥- ينبغي أن يلاحظ القاضي في استعماله لنشاطه التقديري ما بُني الشرع عليه، والقضاء جزء من الشرع فهو مشمول بما بُني عليه، ويسعى لنفس المقاصد.

١٦٧- خاتمة: بعد إيراد هذه القواعد التي تهدي القاضي أثناء نشاطه التقديري وينبغي أن يضبط عمله بها ولا يتجاوزها، تحسن الإشارة إلى أن بعض هذه القواعد قد يُظن بها أنها مما تختص بالمفتي لا بالقاضي، ولكن القاضي كالمفتي في هذا، والفرق هنا بين الفتوى والقضاء من حيث الإلزام^(٣).

* * *

-
- = خسرو ١/١٢٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٧، طرح الشريب للعراقي ٣/٩٩، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/٨١، مواهب الجليل ٢/٥٤٥، شرح ميارة ١/١١، شرح الكوكب المنير للفتوحى ٥٩٩، شرح النيل لأطفيش ١١/٣٥٢، وفي بعض المراجع لفظ (مقدم) بدلاً من (أولى). المجلة م ٣٠.
- (١) الفروق للقرافي ج ٤/٧، الفرق ٢٠٤/٢، بين قاعدة ما للمستاجر أخذه من ماله...
- (٢) المنشور في القواعد ١/١٢٨، أسنى المطالب ١/١٦.
- (٣) تهذيب الفروق ١/٤٧، الفرق الثاني، ومعناه في الدر المختار بهامش رد المختار ١/٧٤، إعلام الموقعين ١/٢٩.

الفصل الثاني السلطة التقديرية في سير الدعوى

- المبحث الأول : شروط الدعوى المقبولة .
- المبحث الثاني : التمييز بين المدعي والمدعى عليه .
- المبحث الثالث : أسباب عدم سماع الدعوى

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثاني السلطة التقديرية في سير الدعوى

١٦٨- الدعوى أول مراحل الخصومة، وهي أول مرحلة يظهر فيها أثر النشاط التقديرى الذهنى للقاضى، من خلال التحقق من توافر شروط الدعوى، وصفة الخصوم، والتميز بينهم، إلى انتهاء الدعوى أو سقوطها.

المبحث الأول

شروط الدعوى المقبولة^(١)

(١) الشرط لغة: بسكون الراء: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وبزغ الحجام بالمشروط، وجمعه شروط، والشرط بالتحريك: العلامة والجمع أشرط، لسان العرب (ش ر ط)، مختار الصحاح (ش ر ط).

والشرط اصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم (البحر المحيط للزركشي ٣/٣٢٧، الفروق للقرافي ٢/٩٥، الفرق الرابع والسبعون، وجاء في الفرق الثالث ١/٦٢ وفي شرح الكوكب المنير بزيادة (لذاته) في آخر التعريف السابق. وعرفه ابن أمير حاج في التقرير والتحبير ١/٢٤٩: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ولا دخل له في التأثير والإفضاء.

أما الدعوى لغة فهي: التمني، والطلب، وجمعها دعاوى بكسر الواو وفتحها (المصباح المنير للفيومى دع و) واصطلاحاً: عند الحنفية: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته (العناية ٨/١٥٢) وقيل: هي إضافة الشيء إلى نفسه مع مساس حاجته إليه (معين الحكام للطرابلسي ص ٥٣).

وعند الشافعية: هي إخبار بحق له على غيره عند حاكم (قليوبي وعميرة ٤/٣٣٤) وقيل: هي إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به (منهاج الطالبين بهامش تحفة المحتاج ١٠/٢٨٥).

وعند المالكية: هي خبر عن حق يتعلق بالمخبر على غيره (الفروق ١/١٧، الفرق الأول بين الشهادة والرواية) وعرفها في الفرق ٢٣١/ج ٤/٧٢: أنها طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما.

وعند الحنابلة: هي إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته (الإنصاف ١١/٣٦٩، كشاف القناع ٦/٣٨٤). وقد عقد الباحث الدكتور محمد نعيم ياسين بحثاً نال به درجة الدكتوراه بعنوان (نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات) وهو بحث قيم اختار فيه تعريف الدعوى بأنها: قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته، ص ٨٣ وقد أفدت من هذا البحث في هذه الرسالة.

١٦٩- تشترط جملة شروط لصحة الدعوى، وهذه الشروط بعضها في أطراف الدعوى (المدعي والمدعى عليه)، وبعضها في المدعى به، وبعضها في ركن الدعوى نفسه، وشروط آخر في مكان الدعوى^(١). وسأعرض لهذه الشروط محاولاً إبراز دور السلطة التقديرية للقاضي فيها.

المطلب الأول: الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى

١٧٠- يشترط في كل من المدعي والمدعى عليه شرطان: الأهلية، والصفة، بالاتفاق، وأن يكونا معينين، وأن يكون المدعى عليه حاضراً مجلس القضاء عند الدعوى والحكم، عند بعض الفقهاء.

(١) لا تصح الدعوى ولا تسمع في حق أو عقوبة الله تعالى وإن توقفت على الحاكم، وكذا التعزير لحق الله تعالى إلا إن تعلق به مصلحة عامة كطرح حجارة بطريق. فلا تسمع الدعوى في حد الله أو صدقة أو كفارة أو نذر؛ وذلك لأنها ليست حقاً للمدعي، ومن له الحق لم يأذن، بل أمر بالإعراض والدفع ما أمكن (قليوبي وعميرة ٤/٣٣٤، مغني المحتاج ٦/٤٠٠، الفروع لابن مفلح ٦/٥٢٤).

أما ما يتعلق بالحسبة، فبين الحسبة والقضاء العادي أوجه شبه وأوجه اختلاف، فمن أوجه الشبه جوز الاستدعاء (الادعاء الشخصي) إلى المحتسب والقاضي، وقبول كل منهما دعوى المدعي في حقوق الأدميين ضمن ثلاثة أنواع من الدعاوى، وهي المتعلقة بالبخس والتطفيف في الكيل والوزن، أو بالغش والتدليس في المبيع أو الثمن، أو بالمطل والتأخير في الحقوق والديون مع القدرة. ومن أوجه الاختلاف أنه ليس للمحتسب سماع الدعاوى الخارجة عن ظواهر المنكرات في العقود والمعاملات وسائر الحقوق والمطالبات، وهي من اختصاص القضاء. ومنها أن الدعاوى التي يسمعا المحتسب مقصورة على الحقوق المعترف بها، فأما ما يتداخله التجاحد والتناكر فلا يجوز له النظر فيه؛ إذ لا يجوز للمحتسب أن يسمع بينة على إثبات الحق أو أن يخلّف منكرًا على نفي الحق، ومنها أن للمحتسب النظر فيما يختص به دون حاجة إلى مدع متظلم، أما القاضي فلا يحق له النظر في نزاع من دون ادعاء أو شكوى. (انظر الأحكام السلطانية للماوردي ٣٠٠ وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٢٧١-٦٢٧٢).

فالبحت هنا يدور على ما يقبل من الدعاوى، وجاء في حاشية الجمل ٥/٤٠٧ وقيل: سميت دعوى لأن المدعي يدعو صاحبه إلى مجلس الحكم ليخرج من دعواه. وقال ابن عابدين في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٥: ومعلوم أن صحة الدعوى شرط لصحة القضاء.

الشرط الأول : الأهلية

١٧١- الدعوى والجواب عنها تصرف شرعي، فيشترط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه أهلاً لهذا التصرف، ومن لم يكن أهلاً لذلك قام من يمثله مقامه.

١٧٢- والأصل أن تشترط الأهلية الكاملة للتصرفات الشرعية فيمن يكون خصماً في الدعوى، إلا أن بعض الفقهاء اكتفى بالأهلية الناقصة في المدعي أو المدعى عليه أو كليهما. على التفصيل الآتي:

١٧٣ - أولاً: الحنفية:

١/١٧٣- اشترط الحنفية العقل في المدعي والمدعى عليه، فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل ولا تصح الدعوى عليهما، أما الصبي المميز فيصح أن يكون مدعياً ومدعى عليه إذا كان مأذوناً له^(١). أما الصغير أو المحجور عليه فيقوم وليه مقامه^(٢)، إذ لا تصح الدعوى منهما أو عليهما.

٢/١٧٣- وإذا أقر المراهق أو المراهقة بالبلوغ فيتحقق القاضي من ذلك، ويشترط لتصديقه ثلاثة أمور:

١- كون المدعي للبلوغ مراهقاً، أي أن تكون البنت قد أكملت السنة التاسعة، أما الغلام فالثانية عشرة، ومن كان دون ذلك لا عبرة لادعائه ولو كانت جثته تتحمل ادعائه.

٢- كون الجثة تتحمل البلوغ، وذلك بمنزلة ظاهر الحال لدعواه، ولا تقبل دعوى من لم يكن كذلك.

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٢٢، الدرر الحكام لملا خسرو ٢/٣٣٠ وبهامشه حاشية الشرنبلالي

عليه، الفتاوى الهندية ج ٤/٢.

(٢) معين الحكام للطرابلسي ص ٦٣.

٣- تفسير البلوغ، يعني بأي شيء علم البلوغ، فيجب أن يفسر بالاحتلام أو الإحبال.

أما إذا ادعى البلوغ بالسن طولها بالبيئة لإمكانها ما لم يكونا من البدو لعدم التأريخ بينهم^(١).

١٧٤- ثانياً: المالكية: ذهب المالكية إلى التفريق بين المدعي والمدعى عليه.

١٧٤/١- المدعي: لا يشترط في المدعي البلوغ أو الحرية أو الرشد، فتصح من العبد والسفيه، لكن الصبي لا يحلف هو أو وليه إذا أقام شاهداً على دعواه؛ لأن الصبي لا تتوجه عليه يمين، إلا إذا تولى وليه المعاملة فإنه يحلف، وكذلك السفيه. وللمحجور أن يدعي على غيره في كل الحقوق سواء بحضور وصيه أم بغير حضوره^(٢). وكذلك لليتيم الذي لا ولي له.

١٧٤/٢- المدعى عليه: اشترط المالكية أن يكون المدعى عليه كامل الأهلية للتصرفات الشرعية، أي مكلفاً، فلا يصح سماع الدعوى على من لا يصح إقراره، فلا تسمع على السفيه، وهذا في الديون والمعاملات، أما إذا كانت مما يلزمها في أموالهما مثل ما يكون منهم تعدياً كغصب الشيء، وكذلك الاعتداء على النفس أو ما دونهما، عمداً أو خطأ؛ فإن القاضي يسمع البيعة من المدعي ويكلفه إثبات صحة دعواه، ويقضي بذلك في أموالهما إن كان لهما مال أو يتبعان بذلك^(٣).

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧٠٧/٢ وما بعدها، م: ٩٨٩.

(٢) الشرح الصغير بهامش حاشية الصاوي عليه ٣٦٦/٢ وما بعدها، مواهب الجليل ١٢٧/٦.

(٣) تبصرة الحكام ١٥٢/١ وما بعدها، وانفرد ابن القاسم في عدم لحوق الدين للسفيه في المال الذي دفع له ليُختبر به.

ولكن الذي ينبغي للقاضي: أن يوكل عليه وكيلاً مفوضاً إليه جميع أموره، فتكون هذه الخصومة من أموره التي ينظر له فيها وفيما شابهها، لأن حقاً على القضاة أن لا يهملوا الأيتام، أما توكيل القاضي وكيلاً عليه لهذه الخصومة ثم يعزله عنها فمكروه^(١).

١٧٥ - ثالثاً: الشافعية: اشترط الشافعية من حيث الأصل أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه مكلفاً، معيناً، ملتزماً للأحكام، فتصح من الرقيق والمحجور عليه لسفه أو فلس، وتقبل من السكران إذا كان متعدياً بسكره، ولا تقبل من غير المكلف أو عليه، وتقبل الدعوى ممن كان ملتزماً لبعض الأحكام، فتقبل من الذمي والمستامن، أما الحربي والمعاهد فتقبل دعواهما في الجملة، وقيل لا تسمع منهما^(٢).

١٧٦ - رابعاً: الحنابلة: ذهب الحنابلة إلى أن الدعوى والإنكار لا يكونان إلا من جائز التصرف: حراً رشيداً، ولكن تصح الدعوى على السفیه فيما يؤخذ به حال سفهه وبعد فك حجره، كالتقاصر والطلاق والحد، ويحلف إذا أنكر^(٣).

١٧٧ - ويظهر أثر السلطة التقديرية للقاضي بالنسبة لهذا الشرط في تحققة من توافر ما اشترطه كل مذهب من أهلية كاملة أو ناقصة، حتى يسمح له بأن يكون خصماً في الدعوى التي يوجهها على غيره أو تتوجه عليه.

(١) قال بذلك أصبغ وابن الماجشون (تبصرة الحكام ١/١٥٤).

(٢) تحفة المحتاج وبهامشه المنهاج ٤٨/٩ وما بعدها، ٢٩٣/١٠، حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى الطالب للأنصاري ٣٩١/٤، البيهجة الوردية بهامش الفرر البهية عليها ١٩٤/١٠، حاشية الجمل ٤٠٨/٥.

(٣) الفروع ٤٦٠/٦، الإنصاف ٢٤٠/١١، ٣٧١، كشاف القناع ٣٣٠/٦، مطالب أولي النهى ٣٦٠/٩.

الشرط الثاني : أن يكون معيناً

١٧٨ - اشترط الشافعية دون غيرهم أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه معيناً، إذ لا يمكن فصل الدعوى بغير هذا، فلو قال رجل: ندعي على جماعة أو واحد منهم أنه ضرب أحدنا أو قتله لم يقبل منه، وكذلك بالنسبة للمدعي إذا لم يكن معيناً^(١)، لأنه لا يمكن مع جهالة المدعي أو المدعى عليه أن يصدر حكم على مجهول أو لمجهول أو أن تُنهي خصومة^(٢)، ولذلك فإن على القاضي أن لا يقبل مثل هذه الدعوى ما لم يمكن تعيين المدعي أو تعيين المدعى عليه، والقاضي يقوم بتقدير إمكان ذلك من عدمه.

الشرط الثالث : حضور الخصم

١٧٩ - الدعوى تصرف يرتبط بإرادة المدعي، والأصل أنه متى أراد أن يتقدم بهذه الدعوى، فله ذلك إذا توافرت الشروط المصححة للدعوى^(٣).

١٨٠ - غير أن الحنفية، والحنابلة في قول، اشترطوا لسماع الدعوى حضور المدعى عليه الذي توجه إليه الدعوى، أو أن يقيم وكيلاً عنه لسماع الدعوى، سواء كان المدعى عليه كبيراً أم صغيراً^(٤).

(١) تحفة المحتاج للهيتمي ٤٨/٩ وما بعدها، ٢٩٣/١٠، حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى الطالب للأنصاري ٤/٣٩١، حاشية الجمل ٥/٤٠٨ - ٤٠٩، قليوبي وعميرة ٤/١٦٣.

(٢) نظرية الدعوى، ياسين ٢٩٩.

(٣) نظرية الدعوى ياسين ٢٩٩ - ٣٠٠.

(٤) العناية ٧/٣٠٨ وما بعدها، البدائع ٦/٢٢٢ - ٢٢٣، معين الحكام للطرابلسي ٥٩ - ٦٠ وفيه: أنه ليس للقاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب ولو قضى عليه، ففي نفاذ حكمه روايتان: الفتوى على نفاذه كما في الفتاوى الصغرى، وقال خواهر زاده: إذا نصب مسخراً وقضى عليه جاز وعليه الفتوى وإلا لم يكن له ذلك. اهـ، الإنصاف للمرداوي ١١/٢٩٨ - ٢٩٩.

١٨١- وذهب المالكية، والحنابلة في المذهب عندهم، والشافعية، إلى جواز القضاء على الغائب في الحقوق المدنية لا في الحقوق الخالصة لله تعالى^(١)، واستحب الشافعية نصب مُسَحَّرٍ ينكر عن الغائب لتكون البينة على إنكار منكر^(٢)، بل وأجاز الشافعية الدعوى لغائب إذا أقام القاضي من يدعي له، وليس لأحد غير القاضي نصب من يدعي للغائب في الحقوق المدنية لا في الحقوق الخالصة لله تعالى^(٣). غير أن الدعوى والبينة لإسقاط حق للغائب لا تسمع^(٤).

١٨٢- تنبيه: والواقع أن من يتتبع أحكام الحنفية في هذا الشأن لا يمكن أن يفهم منهم أنهم اشترطوا حضور الخصم من أجل صحة الدعوى في حد ذاتها، وإنما اشترطوا ذلك لصحة القضاء والنظر في الدعوى والحكم في موضوعها. كما يفهم من أحكامهم في هذا الشرط: أنهم يعتبرون حضور المدعى عليه أثراً من آثار دعوى المدعي، يترتب عليها، وليس شرطاً من شروطها^(٥).

(١) فتاوى السبكي ٢/٤٩٤-٤٩٥، تحفة المحتاج ١٠/٣١٠، مغني المحتاج ٦/٣٠٨، ٣٢٠-٣٢١ وفيه أن شروط سماع الدعوى على الغائب: وجود بينة، وأن يبين المدعي المدعى به، وأن يدعي جحود المدعى عليه، وزاد روض الطالب (٤/٣١٦): والمطالبة، وذكر أن البلقيني ذهب إلى أن سماع البينة شرط للقضاء لا لسماع الدعوى، بل تسمع وهي صحيحة بدون بينة، مواهب الجليل ٦/١٤٤، وتسمع الدعوى ولو بغير مسخر، شرح الخرشبي على مختصر خليل ٧/١٧٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٦٢ وما بعدها، ٤/٢٢٧، الشرح الصغير بهامش حاشية الصاوي ٢/٣٤٦، وذكر أن سماع البينة عند غيبة المدعى عليه هو مذهب ابن القاسم، وذكر أن البينة تسمع على الغائب لكن لا يقضى عليه في غيبته، الإنصاف للمرداوي ١١/٢٩٨-٢٩٩، كشف القناع ٦/٣٢٨، ٣٥٤، مطالب أولي النهى ٩/٢٨٩-٣٢١. وقيد بعض الحنابلة سماع الدعوى بغير حقوق الله تعالى، وذكر أن البينة تسمع على الغائب لكن لا نقضي عليه في غيبته، وراجع الهامش (١) صفحة (١٨١).

(٢) روض الطالب بهامش أسنى الطالب ٤/٣١٦.

(٣) فتاوى السبكي ٢/٤٩٤-٤٩٥، وانظر فقرة (٣٥٥).

(٤) روض الطالب بهامش أسنى الطالب ٤/٣١٦.

(٥) نظرية الدعوى لياسين ٣٠١-٣٠٢.

١٨٣- الخلاصة: يلاحظ من حيث النتيجة التقارب الكبير بين مواقف الفقهاء من حضور الخصم، وأنه شرط لصحة النظر في الدعوى لا لسماعها، أو أنه أثر من آثار الدعوى. والله تعالى أعلم.

الشرط الرابع: الصفة

١٨٤- المقصود بهذا الشرط أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى، والمراد بالشأن هنا الشأن الذي يعترف به المشرع ويراه كافياً لتحويل المدعى حق الادعاء وتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة، ولا عبرة لأي شأن لم يكن بهذه المرتبة، إذ المسلمون كالبنيان يشد بعضه بعضاً وكالجسد يشتكي جميعه إذا اشتكى بعضه ويهتم بعضهم بشؤون بعض.

وهذا الشرط متفق عليه بين المذاهب الأربعة في الجملة^(١).

المطلب الثاني: شروط المدعى به

١٨٥- المدعى: هو الشيء الذي ادعاه المدعي، ويقال له المدعى به أيضاً^(٢).

(١) معين الحكام للطرابلسي ١٣٣، فتح القدير ٤٤٨/٧ وما قبلها وما بعدها، الفتاوى الهندية ٣٧/٦ وما بعدها، تبصرة الحكام ١٥٧/١ وما بعدها، ١٦٤ وما بعدها، منح الجليل ٨/٢٨١ وعندهم أقوال وتفصيل أخرى لبعض الحالات فلتراجع، الأم ١٩/٤، فتاوى السبكي ٤٩٣/٤ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٠٦ - ٥٠٧ - ٥٠٨، أسنى المطالب ٣٩١/٤، نهاية المحتاج ٣٤٩/٨ وما بعدها، حاشية الجمل ٤٣٠/٥، كشاف القناع ٣٣٠ - ٣٣١ وما بعدها، الإنصاف ٢٤٥/١١ وما بعدها، ٣٦٩. نظرية الدعوى لياسين ٢٧٨ وما بعدها. وسيأتي في المطلب الرابع القادم الحديث عن التمييز بين المدعي والمدعى عليه. وانظر أيضاً لصفة المدعى عليه (أسنى المطالب ٣٩١/٤، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١٤/٢ وما بعدها) وقال النووي كما في تحفة المحتاج ١٠/٣١٨: «لأنها إنما تسمع غالباً على من لو أقر بالمدعى به قبل» وجاء في حاشية الجمل ٥/٤٢٠: «من يدعي حقاً لغيره ولم يكن وكيلاً ولا ولياً لا تسمع دعواه ومحله إن كان يدعي حقاً لغيره غير منتقل إليه».

(٢) م: ١٦١٤ من المجلة، درر الحكام ١٧٦/٤، وقد استعمل الصنعاني في التاج المذهب ج ٤/٤، =

١٨٦- وقد اشترط كل مذهب من المذاهب عدداً من الشروط في المدعى به، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: الحنفية

اشترط الحنفية في المدعى به ما يأتي:

١ / ١٨٧- أن يكون معلوماً: وفيه تفصيل:

١ / ١ / ١٨٧- إذا كان المدعى به منقولاً: فإنه يُحضر إلى مجلس القضاء، فإن تعذر عاينه القاضي بنفسه أو أرسل أميناً لذلك، فإن كان حاضراً مجلس الحكم فتكفي الإشارة إليه، وإن كان غائباً ذكر وصفه وقيمه وعرّف به^(١).

١ / ١ / ١٨٧- ٢- أما إذا كان المدعى به عقاراً: فينبغي ذكر بلده وقريته أو محلته وزقاقه وحدوده وأسماء أصحاب حدوده إن كان لها أصحاب، ويستغنى عن ذلك إذا كان العقار مشهوراً، وكذلك إذا كان حاضراً فتكفي الإشارة إليه^(٢).

١ / ١ / ١٨٧- ٣- أما إذا كان المدعى به دينياً: فيلزم المدعي أن يبين جنسه ونوعه ووصفه ومقداره، وأن يذكر سببه على قول، وطلب أخذه على قول^(٣).

-
- = وزيدان في نظام القضاء ص ٩١ كلمة (حق) بدلاً من (الشيء)، وجاء في الدر بهامش رد المختار ٥/٥٤٣: ولا يقال مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار، وتعليقاً على ذلك نقل ابن عابدين عن بعض الحنفية أنه لا يقال مدعى فيه وبه وإن كان يتكلم به المتفقه إلا أنه خطأ مشهور فهو خير من صواب مهجور. وأسير في بحثي على استعمال لفظ (مدعى به).
- (١) معين الحكام ص ٥٤ وما بعدها، فتح القدير ٨/١٥٣ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٥/٥٤٤ وما بعدها والمادة /١٦١٩، ١٦٢٠ من المجلة.
- (٢) معين الحكام للطرابلسي ص ٥٤ وما بعدها، فتح القدير ٨/١٥٣ وما بعدها ٨/١٥٧ وما بعدها المادة /١٦١٩، ١٦٢٣ من المجلة، البدائع ٦/٢٢٢.
- (٣) معين الحكام ص ٥٤ وما بعدها، فتح القدير ٨/١٥٣ وما بعدها، المادة ١٦٢٦ من المجلة، وسيأتي أن بعض الفقهاء يفضل استخدام لفظ (معيناً) بدلاً من (أن تكون الدعوى معلومة) ويتحدث عن المدعى به.

١٨٧/٢- فإذا كان المدعى به مجهولاً: فسدت الدعوى، إلا إذا كانت هناك فائدة. فتسمع الدعوى، مثل توجه اليمين^(١).

١٨٨- واشترط الحنفية أيضاً في المدعى به أن لا يكذبه ظاهر الحال، مثل ادعاء البنت دون التاسعة الحيض، ويمكن التعبير عنه: بإمكان إثبات المدعى به واحتمال ذلك^(٢).

ثانياً: المالكية

اشترط المالكية ما يأتي:

١٨٩- أولاً: أن يكون المدعى به معيناً، وذلك على التفصيل الآتي^(٣):

١٨٩/١- إذا كان المدعى به ديناً من الأثمان فيبين جنسه ونوعه وصفته^(٤).

١٨٩/٢- وإذا كان المدعى به من غير الأثمان ذكر فيه الصفات المعتمدة في السلم، وذكر القيمة مع الصفات أحوط، وما لا ينضبط بذكر الصفة كالجواهر؛ فلا بد من ذكر القيمة من غالب نقد البلد^(٥).

(١) فتح القدير وبهامشه الهداية ٥٣/٨ وما بعدها، ١٥٧/٨ وما بعدها ١٦٠/٨ - ١٦١.

(٢) درر الحكام لحيدر ٧٠٧/٢، م: ٩٨٨، وبعض الفقهاء يذكرون هذا من شروط المدعى عند ذكر شروط الدعوى (كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٩٢/٧، ٢٢٧)، وذكر الأستاذ الزرقا في شرح القواعد الفقهية صفحة ٢٢٦ القاعدة ٣٧/ أن الممتنع حقيقة أو ما يكذبه الظاهر إذا ادعاه شخص فإن القاضي يستقل برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها، (الفتاوى الهندية ج ٤/٣). فمن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت، بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة، لأن مثل هذه الدعوى ظاهرة الكذب (الكنز بهامش البحر ٢٢٧/٧).

(٣) يرى القرافي في الفروق ٧٢/٤ وما بعدها أن استعمال لفظ (أن تكون الدعوى معلومة) فيه نظر، ويورد بعض الأمثلة على ما ذهب إليه، ولكن صاحب تهذيب الفروق ١١٦/٤ يروي عن بعض المالكية استعمالهم للفظ المعلومية، وانظر شرح ميارة ١٧/١، واستعمل كلمة (معلوماً) وعرض لما يتعلق بذلك بتوسع فليراجع.

(٤) الفروق ٧٢/٤ الفرق (٢٣١)، وتهذيب الفروق بهامشه ١٤/٤ وما بعدها.

(٥) الفروق، الموضوع السابق، تهذيب الفروق بهامشه ١١٦/٤، الفرق (٢٣١).

١٨٩/٣- وإذا كان المدعى به عقاراً كالأرض، والدار؛ ذكر اسم الصُّقع والبلد وحدود العقار حتى يتميز عن غيره^(١).

١٨٩/٤- وإذا ادعى المدعي مجهول العين أو الجنس مثلاً لم يُقبل منه، أو ادعى أرضاً لا يدري حدودها، فدعواه ساقطة، ويستثنى من ذلك الإقرار والوصية فتصح الدعوى فيهما ويقبلها القاضي^(٢). وذهب بعض المالكية إلى سماع القاضي الدعوى بالمجهول وأمره بالتفسير وله أن يسجنه لذلك^(٣).

١٩٠- ثانياً: واشترط المالكية أيضاً في المدعى به أن يترتب عليه نفع شرعي، فإذا كان حقيراً أو لا تتبعه الهمة، كقمحة أو شعيرة: لم يقبل القاضي ذلك^(٤).

١٩١- ثالثاً: واشترطوا كذلك أن يكون المدعى به مما إذا أقر به المطلوب (المدعى عليه) لزمه وقضي عليه به، فلو ادعى شخص على آخر محجور عليه في المعاملات لم يُقبل منه^(٥).

١٩٢- رابعاً: واشترط المالكية كذلك أن يكون المدعى به محتمل الثبوت، فلو كانت العادة والعرف تكذبه لا يقبل، وذلك كمن يدعي ملك دار بيد رجل

(١) الفروق للقرافي ٧٢/٤، الفروق (٢٣١) بين قاعدة الدعوى الصحيحة وقاعدة الدعوى الباطلة، والصُّقع بالضم: الناحية. (مختار الصحاح ص ق ع).

(٢) تهذيب الفروق بهامش الفروق ١١٥/٤.

(٣) المرجع السابق ١١٦/٤، الفرق (٢٣١).

(٤) الفروق ٧٢/٤، تهذيب الفروق ١١٧/٤، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٤٥، واشترط المالكية كذلك أن يكون سبب ترتب المدعى في ذمة المدعى عليه: مشروعاً، أي يكون المدعى به أمراً شرعياً، فمن ادعى شيئاً ترتب من قمار ونحوه لم يقبل منه. (شرح ميارة ١/١٨)، ومثل هذا اشترطه الشافعية كما سيأتي.

(٥) تهذيب الفروق ١١٧/٤، تبصرة الحكام ١/١٤٥، ويضيف بعض الفقهاء مثلاً آخر، وهو ما إذا ادعى على شخص بوصية لمساكين. وقد سبق آنفاً ذكر الدعوى بوصية أو إقرار.

وهو يراه يهدم ويؤاجر مع طول الزمان من غير مانع يمنعه من المطالبة بحقه ولم يطالبه^(١).

ثالثاً: الشافعية

اشترط الشافعية ما يأتي:

١٩٣- أولاً: أن يكون المدعى به معلوماً تتفي عنه الجهالة، وذلك ببيان المدعي لقدره ونوعه ووصفه على التفصيل الآتي، وهذا إذا لم يكن المدعى به حاضراً، وإلا كانت الإشارة إليه كافية^(٢).

١/١٩٣- الأعيان: يصفها المدعي بصفة السلم، متقومة كانت أم مثلية، وإن لم تنضبط بالصفات ذكر قيمتها وجوباً.

٢/١٩٣- العقار: يبين المدينة والمحلة والسكة وحدوده الأربعة^(٣).

٣/١٩٣- النقد أو الدين: يشترط أن يذكر المدعي جنسه ونوعه وقدره والصفة المؤثرة^(٤).

٤/١٩٣- العقود: إذا ادعى عقداً مالياً، كالبيع والهبة؛ فيجب وصفه بالصحة، ولا يحتاج إلى تفصيل، أما لو ادعى النكاح فيجب وصفه بالصحة، ويحتاج إلى تفصيل، لأنه أخطر من البيع والهبة^(٥). ويشترط كذلك التفصيل في

(١) تبصرة الحكام ١/١٤٨.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٩٠.

(٣) انظر لما سبق: تحفة المحتاج ١٠/١٧٩ وما بعدها، نهاية المحتاج ٨/٢٧٥ وما بعدها، منهج الطلاب بهامش حاشية الجمل ٥/٣٦٤ وما بعدها، ٥/٤١٤-٤١٥. ويشترط في دعوى الدم والقسامة أن يفصل مدعي القتل ما يدعيه من عمد وخطأ وشبه عمد، وانفراد وشركة (قليوبي وعميرة ٤/١٦٣).

(٤) منهج الطلاب بهامش حاشية الجمل ٥/٤١٤-٤١٥.

(٥) منهج الطلاب بهامش حاشية الجمل ٥/٤١٤-٤١٥ وذكر قليوبي (٤/٣٣٧-٣٣٨) أن هذا =

دعوى الدم^(١).

١٩٤ - ثانياً: أن يكون المدعى به أمراً يجوز طلبه شرعاً، فإذا كان قيمة خمر لذي مثلاً لم يسمع الحاكم الدعوى^(٢).

١٩٥ - ثالثاً: أن يكون المدعى به لازماً، فلا تسمع دعوى بدين حتى يقول: وهو ممتنع عن أدائه^(٣).

١٩٦ - فلا تسمع الدعوى بمجهول إلا استثناء للضرورة، كوصية وإقرار ومتمعة وكسوة^(٤).

١٩٧ - رابعاً: واشترط الشافعية أن يكون المدعى به محتمل الثبوت في العقل^(٥)، وأما دعوى ما هو مستحيل في العرف والعادة فهي مقبولة عند الإمام الشافعي، وخالفه بعض أصحابه في ذلك^(٦).

-
- = هو الأصح، والقول الثاني: يكفي الإطلاق منه، كالمال، وذكر عميرة (٣٣٧/٤) أن بعض الشافعية ذهبوا إلى أنه إذا ادعى الزوجة (لا العقد) من امرأة فإنه لا يحتاج إلى تفصيل.
- (١) روض الطالب ٢٩٣/٤.
- (٢) قليوبي وعميرة ٣١٣/٤.
- (٣) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٩٦/١٠، حاشية الجمل ٤٠٨/٥، ٤١٦، وجاء في نهاية المحتاج ٣٤١/٨ - ٣٤٢: والدعوى المطلوب فيها تحصيل الحق هي التي يشترط فيها الإلزام أما الدعوى المقصود منها دفع النزاع فلا يشترط فيها الإلزام كما صرحوا به.
- (٤) حاشية عميرة بهامش قليوبي ٣٣٦/٤، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٠١ إلى ٢٠٦، وذلك فيما يتوقف تعيينه على القاضي (المنهاج بهامش النهاية للرملي ٣٤١/٨)، وقد ذكر السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ٥٠٠ وما بعدها) أن مسائل الدعوى بالمجهول هي خمس وثلاثون مسألة جمعها قاضي القضاة جلال الدين البلقيني ونقلها من خطة قاضي القضاة علم الدين عنه. وانظر أيضاً: الأشباه للسيوطي (ص ٥٠٤).
- (٥) الأم ٢٥٣/٦، أسنى المطالب ٣٩٢/٤.
- (٦) ومن وافق الشافعي في قبولها صاحب تحفة المحتاج ٢٩٩/١٠ ولم أعثر على أحد من أصحابه، والعبارة المذكورة مأخوذة من قواعد الأحكام للغز (١٢٥/٢)، ثم يضيف:

رابعاً : الحنابلة

اشترط الحنابلة ما يأتي:

١٩٨- أولاً: يجب أن يكون المدعى به معيناً معلوماً على النحو الآتي:

١/١٩٨- إن كان المدعى به عيناً حاضرة في المجلس عينها المدعي بالإشارة.

٢/١٩٨- وإن كان المدعى به عيناً حاضرة في البلد لكن لم تحضر مجلس

الحكم اعتبر إحضارها لتعيين وإزالة اللبس، ويجب على المدعى عليه إحضارها إن أقر أن بيده مثلها.

٣/١٩٨- وإن كان المدعى به عيناً غائبة أو تالفة وهي من المثليات، أو كان

المدعى به عيناً في الذمة ذكر من صفتها ما يكفي في السلم من الأوصاف التي تنضبط بها غالباً، والأولى ذكر قيمتها، وإن لم تنضبط إلا بذكر القيمة وجب ذكر القيمة. ولا يشترط ذكر السبب سواء كان المدعى به عيناً أم ديناً^(١).

١٩٩- ثانياً: كون المدعى به متعلقاً بالحال، فلا تقبل الدعوى بمؤجل،

وقيل: تسمع الدعوى بدين مؤجل لإثباته^(٢).

٢٠٠- ثالثاً: أن لا يشهد الظاهر بكذب المدعى به فلا تسمع الدعوى

بمدعى به يكذبه العرف والعادة^(٣).

= «والقاعدة في الأخبار من الدعاوى والشهادات والأقارير وغيرها أن ما كذبه العقل أو جوزه وأحالته العادة فهو مردود، وأما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة». اهـ. أقول: وتقدير ذلك يعود إلى القاضي، والله تعالى أعلم.

(١) انظر لما سبق: كشاف القناع للبهوتي ٦/٣٤٤-٣٤٥، مطالب أولي النهى للرحيبي ٢٩٦/٩ وما بعدها.

(٢) الإنصاف ١١/٢٧٤-٢٧٥، فالدعوى تسمع لتوثيق الحق المدعى به لا للحكم به، المغني ١٠/٢٦٢ مسألة (٨٥٣٦).

(٣) الطرق الحكمية ٩٩، ١٠٠، القواعد لابن رجب، ص ٣٢٢-٣٢٤، القاعدة ٥١/.

٢٠١- تبيينه: لم يشترط الحنابلة أن لا يكون المدعى به حقيراً أو لا تتبعه
الهمة، فتسمع الدعوى بالقليل والكثير، وقيل: لا تسمع الدعوى إذا كان المدعى
به لا تتبعه الهمة^(١).

٢٠٢ - الخلاصة:

١/٢٠٢- يتبين مما سبق عرضه من المذاهب أن دور القاضي بالنسبة
للمدعى به ونشاطه يبرز في استعلامه من المتداعين عن المدعى به، وفي تقدير ما
إذا كان ما ذكر من تفاصيل عن المدعى به تكفي لجعله معلوماً، وكون المدعى
به معلوماً متصوراً في ذهن القاضي والمتداعين أمر ضروري^(٢)، إذ كيف يمكن
أن يكون حكم القاضي دقيقاً على مدعى به مجهول، واستعلام القاضي عن
تفاصيل المدعى به قد يساعد في الوصول إلى الحقيقة.

٢/٢٠٢- والإعلام بكل نوع من أنواع المدعى به بحسبه، فالأعيان تختلف
عن الأثمان، والمنقول يختلف عن غير المنقول.

٣/٢٠٢- واستثنى بعض الفقهاء قبول سماع القاضي للدعوى إذا كان
المدعى به مجهولاً، وذلك للضرورة في بعض المسائل، كالوصية والإقرار والمُتعة
والكسوة للزوجة^(٣).

٤/٢٠٢- ويبرز دور القاضي أيضاً بتقديره ما إذا كان المدعى به يترتب
عليه نفع شرعي أم لا، بأن يكون حقيراً أو لا تتبعه الهمة، كشعيرة وسمسمة،
وقد يستعين بالعرف لتقدير ذلك.

(١) الإنصاف للمرداوي ١١/٢٤٠-٢٤١، الفروع لابن مفلح ٦/٤٦٠ وما بعدها.

(٢) شرح ميارة ١٨/١.

(٣) قال السيوطي في الأشباه والنظائر ٥٠٤: قال الغزي في أدب القضاء: الدعوى بالمجهول تصح
في مسائل منها: كل ما كان المطلوب فيه موقوفاً على تقدير القاضي فإن الدعوى بالمجهول
تسمع فيه، كالمفوضة تطلب الفرض، اهـ.

٢٠٢ / ٥ - واستعلام القاضي عن المدعى به إذا كان غائباً عن مجلس الحكم،
أما لو كان حاضراً فتكفي الإشارة إليه، ولا يحتاج إلى ذكر أوصافه، لأن القاعدة
الفقهية: «الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر»^(١).

المطلب الثالث: شروط ركن الدعوى^(٢)

- (١) المادة ٦٥ من المجلة، الهداية بهامش فتح القدير ٩٨/٥، درر الحكم لمنلا خسرو ٤٥/٢.
- (٢) الركن لغة: ركن الشيء: جانبه الأقوى (مختار الصحاح ر ك ن).
واصطلاحاً: عند الحنفية: ما لا وجود لذلك الشيء إلا به ويطلق على جزء الماهية وعلى
جميعها (كشف الأسرار للبزودي ٧٦/٣، ابن عابدين ٣٣٦/١) والملاحظ أن الحنفية
يركزون على أن القول (الصيغة) هو الركن في عدد من أبواب الفقه، مثل الدعوى، القذف،
الطلاق (البدائع ٢٢٢/٦، الكنز بهامش البحر الرائق ١٩١/٧).
وعند المالكية: الركن ما يتوقف عليه وجود الشيء (حاشية العدوي ١/٤٦٥، ٢/٢٠٢،
شرح ميارة ١/١٥) ومنهم من يرى أنه ما تحقق به الماهية ولو لم يكن جزءاً منها (الشرح
الصغير بهامشه حاشية الصاوي عليه ٢/٥٤٢) ومنهم من يحدد الماهية هنا بالماهية الشرعية
(منح الجليل ٣/٢٦٦)
وعند الشافعية: الأركان جمع ركن، وأركان الشيء أجزاءه في الوجود التي لا يحصل إلا
بمصولها داخلة في حقيقته محققة لهويته (أسنى المطالب للأنصاري ١/١٤١، وبمعناه: شرح
التلويح على التوضيح للفتازاني ٢/٢٦١ - ٢٦٢).
وعند الحنابلة: ركن الشيء جزء ماهيته، وهي لا تتم بدون جزئها فكذلك الشيء لا يتم
بدون ركنه (شرح منتهى الإرادات ٦٣١).
وأسير في بحثي هنا على مذهب الحنفية وبعض الفقهاء من المذاهب الأخرى الذين صرحوا
بأن ركن الدعوى هو (القول) لأنه جزء الماهية، فلا تقوم الدعوى إن لم يكن مستوفياً لشرائطه،
وتتوقف عليه، ولأن الدعوى من التصرفات القولية فالقول أو ما يقوم مقامه عند تعذره هو
الركن الأساس فيها، وهو أداة التواصل بين أطراف الدعوى، وآيات وأحاديث متعددة
أشارت إلى القول في الدعوى مثل حديث «ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض...»،
والمدعي مثلاً وإن كان من أطراف الدعوى إلا أنه ليس جزءاً من ماهيتها (إلا على رأي بعض
المالكية الذين ذهبوا إلى اعتبار الركن ما تحقق به الماهية ولو لم يكن جزءاً منها). (وانظر نظرية
الدعوى لياسين ١٦٩ وما بعدها، ٣٨٢) وأذكر أن المالكية يعدون المدعى والمدعى عليه.. من
أركان القضاء، وقد سبق بيان ذلك عند أول الحديث عن صفات القاضي.

٢٠٣- اشترط الفقهاء عدة شروط في الدعوى نفسها^(١)، وهذه الشروط بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه، وذلك على النحو التالي:

٢٠٤- أولاً: أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر صدر سابقاً من المدعي، فإذا ادعى المدعي دعوى ثم ادعى دعوى ثانية مناقضة للسابقة فلا تسمع الثانية ولو أقر المدعى عليه الثاني، وذلك لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه. فلا يجتمع الصدق والكذب في وصف دعوى واحدة.

وهذا ما عليه معظم الفقهاء^(٢) واشترط بعضهم أن لا يكون تناقض في الدعوى الواحدة نفسها^(٣)، وذهب الحنابلة في الأظهر إلى قبول الدعوى إذا ادعى الغلط أو الكذب^(٤).

(١) بما أنني أسير في بحثي على أن ركن الدعوى هو (القول) فأني أذكر هنا الشروط المتعلقة به والمتعلقة بالدعوى عموماً مما لم يسبق ذكره من الشروط، وذلك على اعتبار أن الركن يطلق على جزء الماهية وعلى جميعها. فبينهما عموم وخصوص.

(٢) البدائع ٢٢٣/٦، الفتاوى الهندية ج ٤/٢، واستثنى دعوى النسب والحرية فتقبل وإن سبق ما يناقضها، فتح القدير ١٥٣/٨، مغني المحتاج ٣٨٠/٥، نهاية المحتاج ٣٨٧/٧ وما بعدها، حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى المطالب ٣٩١/٤، الفروع ٤٦٠/٦، مطالب أولي النهى ٢٩٦/٩ وما بعدها، وتعبير الحنابلة: أن تنفك الدعوى عما يكذبها، والمالكية يشيرون لهذا المعنى من اشتراط عدم التناقض عند حديثهم عن الإقرار، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٠٧/٣.

(٣) درر الحكام لحيدر ١٧٨/٤ مادة (١٦١٦) ويعفو الحنفية عن التناقض في الدعوى فيما كان سببه خفياً، كالتناقض في النسب والطلاق والحرية. كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٩٩/٤، شرح القواعد للزرقا ١٢١-١٢٢/ وجاء في صفحة (٤١٠) منه: ويجب إضافة سبب آخر وهو الاضطرار، واستشهد بما ورد في حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر (٤٥١/٥).

أقول: وللقاضي إضافة سبب آخر حسب رأيه وتقديره وما يقتضيه تغير الزمان أو المكان أو استحداث معاملات جديدة تحفى تفاصيلها عن كثير من الناس. والله تعالى أعلم.

(٤) الفروع لابن مفلح ٤٦٠/٦ وما بعدها، مطالب أولي النهى ٢٩٦/٩ وما بعدها، وانظر فقرة (٢٢٣).

٢٠٥- ثانياً- أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة: فإذا كان فيها تردد مثل: أشك أو أظن أن لي عليه كذا، أو أنه غصب مني كذا؛ فلا يقبل منه^(١)، ولعل ذلك لأن التردد والشك لا يرقى إلى مرتبة يصح معها إشغال القضاء في دعاوى لم يتحقق من يدعيها أنها الحق، من وجهة نظره على الأقل، وفي ذلك فتح لباب عظيم من الدعاوي بمجرد الشك أو الوهم، فالقاضي لا يقبل مثل هذه الدعاوى التي ليس فيها إلزام، على أن الظن القوي أو الغالب يكفي لقبول الدعوى واعتبارها محققة لأنه يقوم مقام القطع^(٢). وتقبل الدعوى المرددة للحاجة، مثل قول المدعي: أطالبه بثوب غصبنه قيمته عشرة دنانير، فيرده إن كان باقياً، وإلا فقيمته^(٣).

٢٠٦- ثالثاً: المطالبة: اشترط كثير من الفقهاء، أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه، ولا يكفي أن يدعي أمراً ما على آخر دون أن يذكر في دعواه مطالبته بالمدعى به، وذلك لأن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه لا بدونه^(٤).

- (١) حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى المطالب ٤/٣٩١، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢١٦، الفروق ٤/٧٢ الفرق ٢٣١، وتهذيب الفروق بهامشه ٤/١١٦ وما بعدها، شرح ميارة ١/١٧ وما بعدها، منح الجليل ٨/٣٠٩ وما بعدها، تبصرة الحكام ١/١٤٥ وما بعدها، وانظر نظرية الدعوى لياسين صفحة ٤١٥ - ٤١٦.
- (٢) تهذيب الفروق ٤/١١٤ وما بعدها، تبصرة الحكام ١/١٤٨.
- (٣) الفروع ٦/٤٦٠، مطالب أولي النهى ٩/٢٩٧، وعند الشافعية قول أن الدعوى لا تسمع عند التردد، والقاضي إنما يسمعها حيث اقتضت الإلزام على كل وجه، فلو أتى ببقية الاحتمالات لم يسمعها، فإن فيها ما لا إلزام فيه. مغني المحتاج ٦/٣١٩-٣٢٠، حاشية الجمل ٥/٣٦٦.
- (٤) البدائع ٦/٢٢٢، أدب القضاء للسروجي ١٢٧، درر الحكام لحيدر من المادة ١٦٢٦ ج ٤/٢٠١، شرح منتهى الإرادات ٣/٥١٤، الفروع ٦/٤٦٠ وما بعدها، مطالب أولي النهى ٩/٢٩٤، أسنى المطالب ٤/٣١٥ وما بعدها، ٣٩١، وانظر نهاية المحتاج ٨/٣٤١- وما بعدها، =

بينما ذهب الحنفية في قول آخر إلى عدم اشتراط ذلك لقبول الدعوى^(١).

٢٠٧- رابعاً: كون الدعوى بلسان المدعي ذاته: اشترط الإمام أبو حنيفة أن تكون الدعوى بلسان المدعي إذا لم يكن به عذر، إلا إذا رضي المدعى عليه بلسان غيره وإن كان المدعي عاجزاً عن الدعوى عن ظهر قلب؛ فيكتب دعواه في صحيفة ويدعي منها فتسمع. ولم يشترط الصحابان وباقي الفقهاء هذا الشرط^(٢).

٢٠٨- خامساً: أن يذكر المدعي في دعوى العين أن المدعى به في يد الخصم:

اشترط الفقهاء على المدعي إذا ادعى عيناً من العقارات أو المنقولات أن يذكر أنه في يد المدعي عليه، لأنه إنما ينتصب خصماً إذا كان في يده^(٣).

= الفروق ٧٢/٤، الفرق ٢٣١ حيث ذكر القرافي أن ضابط الدعوى الصحيحة: طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة.

(١) أدب القضاء للسروجي ص ١٢٧، درر الحكام لحيدر من المادة ١٦٢٦، ج ٤/٢٠١، أما عن اشتراط طلب المدعي من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب: فقد ذكر د. نعيم ياسين (ص ٤٢٤) أن بعض الحنفية يشترطون مطالبة المدعي للمدعى عليه بالجواب عن الدعوى، فإنه وإن كانت هناك إشارات غير صريحة في عبارات بعض الفقهاء من الحنفية والحنابلة، لكن الذي يذكره العلماء أنه لا يشترط لصحة الدعوى ذلك، لأن شاهد الحال يدل عليه لأن إحضاره الدعوى إنما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقد أغنى ذلك عن سؤاله، وللتوسع انظر (تبصرة الحكام ٣٨/١، المغنى لابن قدامة ١٠/١٢٣ مسألة ٨٢٧٧). وذكر السرخسي في المبسوط ج ١٧/٣٠ أن المطالبة بالجواب هي من آثار الدعوى الصحيحة.

(٢) البدائع ٢٢٢/٦، الفتاوى الهندية ج ٤/٢، فتح القدير ٨/١٥٣ وما بعدها، ولعل الإمام استدلل بحديث: «ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض...» ولأن الدعوى إذا كانت بلسان المدعي ذاته فرمما طلب أموراً معينة وتنازل عما سواها فلم يدع غيرها أو ربما كان المدعى عليه أفقه منه فأراد أن يجيب عن دعوى المدعي بوجه يدفع الدعوى عنه. والله تعالى أعلم. وانظر كنز الدقائق بهامش البحر ٧/١٩١.

(٣) نصب الرأية ١٤١/٥، العناية ٨/١٦١، فتح القدير ٨/١٦٣. ويشترط عند الحنفية في دعوى العقارات قيام البينة أو علم القاضي بذلك نفياً لتهمة المواضع بخلاف المنقول. وفي حاشية الجمل ٥/١٠٤، أنه لا يشترط ذلك ويكفي أن يقول: هو بمنعني داري أو كلي الذي يجوز اقتناؤه. مواهب الجليل ٦/١٢٥، تبصرة الحكام ١/١٤٩ (وهذا إذا لم يكن المدعى به ديناً).

٢٠٩ - سادساً: أن يذكر المدعي في دعوى المنقول أن المدعى عليه يضع يده على المدعى به بغير حق^(١)؛ لأنه قد يكون واضعاً يده على المدعى به بحق، كأن يكون ذلك بإذن الشارع أو بإذن المالك نفسه، ويحتمل أن يكون المدين مانعاً الدين عن صاحبه لحق له، كما لو كان احتبسه ليقترض لدين له على الخصم الآخر (المدعي).

٢١٠ - سابعاً: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء: اشترط بعض الفقهاء أن تكون الدعوى في مجلس الحكم، أي مجلس القاضي أو المحكم^(٢). والدعوى لا تصح خارج مجلس القضاء بل حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي^(٣).

(١) اشترط ذلك في فتح القدير ١٦٤/٨ - ١٦٥، درر الحكام لمنلا خسرو ٣٣٠/٢ وبهامشه حاشية الشرنبلالي عليه، ويستدل بما جاء في حاشية الرملي الكبير في أسنى المطالب للأنصاري ٣٩٠/٤ حيث ذكر عن الهروي أنه يقول في دعوى الدين: وهو ممتنع عن الأداء الواجب عليه، وانظر المغني لابن قدامة ١٠/١٢٣. مسألة (٨٢٧٦) ذكر ذلك في دعوى العقار.

(٢) الحق الشافعية بصريح عباراتهم مجلس المحكم بمجلس القاضي.

(٣) فتح القدير ١٥٣/٨ وما بعدها، البدائع ٦/٢٢٢، كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٤/٢٩٠ - ٢٩١، واشترط بعض الفقهاء شروطاً أخرى لعلها متممة أو جزئية لم أتعرض لها بالشرح خشية الإطالة، ومنها: أن تكون تلزم الخصم أمراً من الأمور (معين الحكام ص ٥٤) وأن تكون مما يتعلق بها حكم أو أمر من الأمور (المرجع السابق صفحة ٥٥)، وأن تكون الدعوى محتملة الثبوت، وأن لا يتخذ الإقرار سبباً للملك، وإمكان الحكم على المدعى عليه بشيء فيما إذا ثبتت الدعوى (درر الحكام لحيدر ٤/١٧٩/المادة ١٦١٦) وأن تكون صادرة في محل عمل الحاكم، وأن تكون في غير أبواب الزكاة ومواضع الحاجات والضرورات، وأن تكون في غير حدود الله تعالى، وأن تكون إقامتها لغرض المدعي الغرض المعتبر أو لفائدة محصلة كالتسجيل بسبب الأملاك، وأن تنشأ فيما هو ملك المدعي ومضاف إليه في الحال، وأن لا يسبق فيها حكم حاكم ولا محكم صالح للقضاء، وأن يذكر في دعواه وجوب التسليم إذا ادعى ما الغرض منه تحصيل الحق كالهبة والبيع والدين (انظر لما سبق: حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى المطالب لذكريا الأنصاري ٣٩١/٤) ولعل بعض هذه الشروط سبق ذكره في أثناء الصفحات السابقة أو متفرع عنها.

٢١١- الخلاصة: يتبين مما سبق أنه يشترط لكون الدعوى صحيحة مقبولة شروط عدة، منها في المدعي ومنها في المدعى عليه، ومنها في المدعى به، ومنها في ركن الدعوى نفسه، أي القول الذي تكون به الدعوى. وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه.

وإنما يبرز دور القاضي التقديري في تحققه من قيام كل شرط بذاته ثم في تحقق توافر الشروط المطلوبة لقبوله للدعوى، على النحو الآتي:

١/٢١١- بالنسبة للمتداعين: يتحقق من أهليتهما، وما إذا كانا غير معينين، فإنه يقدر إمكان تعيينهما من عدمه مما يترتب عليه قبول الدعوى أو رفضها، وذلك عند من يشترط أن يكون المتداعيان معينين، وإذا كان المدعى عليه غائباً فإنه ينصب مسخراً لئُنكر عنه، وأجاز بعض الفقهاء للقاضي أن ينصب من يدعي للغائب.

أما التمييز بين المدعي والمدعى عليه فهو ما يأتي بحثه بعد هذه الخاتمة إن شاء الله تعالى.

٢/٢١١- وبالنسبة للمدعى به: يظهر دور القاضي واضحاً في استعلامه عن المدعى به بأقصى ما يمكن، لأن المدعى به إذا لم يكن متصوفاً بوضوح في ذهن كل من الخصمين وفي ذهن القاضي لم يمكن السير في الدعوى في الاتجاه الصحيح نحو الوصول إلى حكم الله تعالى.

وهناك فرق بين المنقول وغيره، وبين العين والدين، وبين الجنائيات والمعاملات والأحوال الشخصية. وأجاز بعض المالكية للقاضي أن يسمع الدعوى بالجهول ويأمر المدعي بالتفسير والتفصيل، فإن لم يبين المدعى به كان للقاضي أن يسجنه حتى يفعل ذلك.

ثم يتحقق القاضي من كون المدعى به لا تكذبه العادة وظاهر الحال، وما إذا كان المدعى به حقيراً لا تتبعه الهمة عند من اشترط ذلك في المدعى به، وللقاضي أن يستعين بالعرف لمعرفة ذلك.

٢١١/٣- وبالنسبة لركن الدعوى فإن مهمة القاضي تظهر بأن لا يقبل القاضي الدعوى المتناقضة في ذاتها أو المناقضة لدعوى سابقة من المدعي نفسه إلا إذا ادعى الغلط أو الكذب عند من أجاز ذلك. ولا تقبل الدعوى كذلك إلا إذا كانت بعبارات جازمة وقاطعة لا تردد فيها ولا شك، إذ لا يصح شغل منصب القاضي على خطورته بالأوهام والظنون، أو استدعاء الأفراد إلى مجالس القضاء بمجرد الشك والتخمين.

وإذا لم يطالب المدعي في دعواه بالمدعى به لم يحكم له به القاضي، لأن الإنسان لا يوفى حقه إلا بطلبه.

٢١١/٤- ويظهر دور القاضي التقديرى أيضاً بالنسبة للشروط السابقة: أن الشروط المتفق عليها ينبغي أن يتحقق من توافرها، فلا يقبل دعوى نقص منه شرط متفق عليه، أما الشروط المختلف فيها: فإن كان القاضي مجتهداً فإنه يختار ما يراه راجحاً حسب نظره، وإن كان غير مجتهد فإن يتبع المجتهد الذي يقلده، وفي أيامنا هذه يتقيد بالمذهب الذي عينه الإمام للعمل به. والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني التمييز بين المدعي والمدعى عليه

٢١٢- أهمية التمييز بينهما: إن أصل معرفة المدعي من المدعى عليه من أهم ما يتبني عليه مسائل الدعوى^(١) بل إن علم القضاء يدور على التمييز بينهما^(٢)، وذلك أن الماهية إذا عرفت أركانها على التفصيل عرفت حقيقتها، والمدعي والمدعى عليه من أركان القضاء، فإذا تميز للقاضي كل منهما مع معرفته بالدعوى فقد عرف الطالب من المطلوب، ومن يطالبه بالبينة أو باليمين، والدعوى التي يُطالب المدعى عليه بمجوابها وغيرها^(٣).

٢١٣- وإذا أدركنا أهمية معرفة المدعي من المدعى عليه، أدركنا معنى قول سعيد بن المسيب^(٤) رحمه الله تعالى: [من عرف الفرق بين المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء]^(٥).

٢١٤- العبرة للمعاني دون الصور: حاول الفقهاء النفاذ إلى المعاني دون الوقوف عند الألفاظ فقط في التفريق بين المدعي والمدعى عليه، إذ العبرة

(١) المبسوط للسرخسي ج١٧/٣١، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٩٣/٧.

(٢) تهذيب الفروق لمحمد مفتي ١١٨/٤.

(٣) شروح ميارة ١/١٥، ثم قال: «قالوا وذلك كالطبيب والمريض فإن الطبيب إذا عرف علة المريض سهل عليه معرفة الدواء الموافق لذلك المرض وإذا جهل العلة لا يهتدي إلى دواء».

(٤) سعيد بن المسيب المخزومي القرشي، ولد سنة (١٥هـ)، سيد التابعين وإمامهم، صهر أبي هريرة رضي الله عنهم على ابنته، أحد فقهاء المدينة السبعة، توفي بالمدينة سنة (٩٤هـ).

(سيرة أعلام النبلاء للذهبي ٢١٧/٤ وما بعدها).

(٥) الفواكه الدواني ٢/٢٢٠، ٢٣٩-٢٤٠، تهذيب الفروق لمحمد مفتي ١١٨/٤، شرح ميارة ١/١٥.

للمعاني دون الصور،^(١) فقد يكون القول قول المدعي إذا كان في معنى المدعى عليه، ويكون على المدعى عليه إقامة البينة إذا كان في معنى المدعى، لأن القول إنما كان قول المدعى عليه مع يمينه لأن جانبه جانب قوة، فكانت اليمين وهي الحجة الضعيفة مطلوبة منه لتكمل قوة جانبه وتنفي عنه احتمال الكذب الضعيف الذي قد يكون منه، وأيضاً كانت البينة التي هي الحجة القوية في جانب المدعى لضعف جانبه، فلا بد له من أن يدعم قوله بما يقطع الظن ويفيد العلم واليقين.

٢١٥- صعوبة التمييز بينهما: ولا يخفي أن التفريق بين المدعى والمدعى عليه من أشد الأمور تعقيداً وصعوبة في غالب الأحيان، كما أن التمييز التام بينهما صعب جداً من الناحية العملية، ولعل هذا ما يوضح لنا سبب اختلاف الفقهاء وأذاذ القضاة في تقرير ضابط متفق عليه للتمييز بين طرفي الدعوى.

وقد ذكر عن شريح القاضي أنه قال: [وليت القضاء وعندني أنني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إليّ فيه، فأول ما ارتفع إليّ خصمان أشكل عليّ من أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه]^(٢).

٢١٦- ثم إن كلاً من الخصمين قد يكون مدعياً ومدعى عليه معاً، كما أن المدعى في مسألة قد يتحول إلى مدعى عليه في نفس المسألة والدعوى، بحسب ما يتمسك كل طرف بسبب من الأسباب التي تقوي جانبه، وهذا ما نلاحظه في الدعوى؛ وإثباتها على المدعى، ثم بالجواب عنها؛ وإثباته على المدعى عليه، ثم دفع الدفع (أو دفع الجواب)؛ وإثباته على المدعى الأول... هكذا ينتقل وصف المدعى والمدعى عليه من واحد إلى آخر.

(١) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٩٣/٧.

(٢) تبصرة الحكام ١/١٤٢.

٢١٧- والتفريق بين طرفي الدعوى يرجع ابتداء وانتهاء: إلى فطنة القاضي وصحة تقديره وثاقب نظره في البحث الصحيح في موضوع الخصومة المعروضة أمامه واستعانتة بالمعايير والضوابط التي ذكرها الفقهاء حسبما يتفق وطبيعة كل دعوى^(١) واستعانتة بالقرائن التي لها أثر في الوصول إلى مراده^(٢).

٢١٨- وقد اجتهد الفقهاء في وضع الضوابط التي تعين القضاة على معرفة المدعي والمدعى عليه في أية خصومة، واختلفوا في ذلك، ويمكن حصر أقوالهم في هذه المسألة في اتجاهين رئيسين واتجاهين غير رئيسيين.

١/٢١٨- الاتجاه الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية^(٣)، وهو الأظهر عند الشافعية^(٤)، وهو قول عند الحنفية^(٥)، وقول عند الحنابلة^(٦).

واعتمد أصحاب هذا الاتجاه في الجملة على النظر إلى جنبه كل من الطرفين المتخاصمين: فمن كانت جنبته قوية بشهادة أي أمر مصدق لقوله كان هو المدعى عليه، والآخر مدعياً.

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٢٥، المغني لابن قدامة ١٠/٢٤١.

(٢) القضاء بالقرائن، ديرشوي ٥٣، ٦١.

(٣) الفروق للقرافي ٤/٧٤-٧٥، الفرق (٢٣٣)، تبصرة الحكام ١/١٤٠، وينظر لما سيأتي: الموسوعة الفقهية الكويتية، مصطلح (دعوى: فقرة ٧ وما بعدها).

(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠/٢٩٣، قليوبي وعميرة ٤/٣٣٦، وقال الشافعي في الأم ٦/٢٤٤-٢٤٥: « أصل معرفة المدعي والمدعى عليه أن ينظر إلى الشيء في يده يدعيه هو وغيره، فيجعل المدعي الذي تكلفه البينة، والمدعى عليه الذي الشيء في يده يدعيه هو وغيره، ولا يحتاج إلى سبب يدل على صدقه بدعواه إلا قوله... ».

(٥) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٧/١٩٣، وجاء في الجوهرة النيرة للعبادي الحنفي الأصولي ٢/٢١٠: المدعي: هو كل من ادعى باطناً ليزيل به ظاهراً، والمدعى عليه هو من ادعى ظاهراً وقرر على ما هو عليه، ويسمى المنكر. اهـ.

(٦) الإنصاف للمرداوي ١١/٣٦٩، الفروع لابن مفلح ٦/٤٦٠.

ومع اتفاق أصحاب هذا الاتجاه على هذا الأصل، إلا أنهم اختلفوا في تفسير الأمر المصدق الذي إذا تجرد عنه قول أحد المتخاصمين كان هو المدعي، وتباينت - بناءً على ذلك - تعريفات أصحاب هذا الاتجاه للمدعي والمدعى عليه على النحو الآتي:

٢١٨ / ١ / ١ - أولاً: ذهب معظم فقهاء المالكية إلى أن المدعي هو: من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، وأضاف: بعضهم أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق، أو اقترن بها ما يوهنها عادة^(١)، وفسر بعضهم هذا الأمر المصدق بأنه: المعهود أو الأصل^(٢).

والمعهود: هو العرف والعادة والغالب، والأصل هو: استصحاب الحال^(٣)، فمن تجرد قوله من مصدق فهو مدع، والمدعى عليه عكسه.

٢١٨ / ١ / ٢ - ثانياً: الأظهر عند الشافعية^(٤)، وهو قول عند الحنابلة^(٥)، وقول عند الحنفية^(٦)، وقول عند المالكية^(٧) أن المدعي هو من يخالف قوله الظاهر، أو من يدعي أمراً خفياً باطناً يخالف الظاهر، والمدعى عليه: من يوافق قوله الظاهر، أو من تمسك بالظاهر. ويلاحظ التقارب والتشابه بين المالكية والشافعية.

(١) الفروق للقرافي ٤/٧٤ - ٧٥، الفرق (٢٣٣)، تبصرة الحكام ١/١٤٠.

(٢) تبصرة الحكام ١/١٤٠.

(٣) جاء في الخرشي على مختصر خليل ١/١٥٤ - ١٥٥، وقال ابن عبدالسلام: والمعهود هنا شهادة العرف، والأصل استصحاب الحال، وقال الخرشي: وإن شئت قلت: المدعي من ادعى خلاف الظاهر، والمدعى عليه من ادعى الظاهر. اهـ. وقول الخرشي هذا قريب من الأظهر من مذهب الشافعية.

(٤) تحفة المحتاج ١٠/٢٩٣، روض الطالب مع أسنى الطالب ٤/٣٨٩.

(٥) الإنصاف للمرداوي ١١/٣٦٩، الفروع ٦/٤٦٠.

(٦) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٧/١٩٣.

(٧) تبصرة الحكام ١/١٤١، الخرشي على مختصر خليل ١/١٥٤ - ١٥٥.

٢١٨/٢ - الاتجاه الثاني: وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء الحنفية وصححوه^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة وعليه جماهير الأصحاب^(٢)، وهو القول الثاني عند الشافعية^(٣)، وإليه ذهب المالكية^(٤)، وقد عرفوا المدعي بأنه: من إذا سكت ترك وسكوته، أي إذا ترك الخصومة لم يُجبر عليها. والمدعى عليه: من إذا ترك الخصومة يجبر عليها^(٥).

٢١٨/٣ - الاتجاه الثالث: وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية^(٦)، وبعض الشافعية^(٧)، وسعيد بن المسيب^(٨) وهو أن المدعي:

من يشتمل كلامه على الإثبات ويقول قد كان، ويقول: هو لي، ولا يصير خصماً بالتكلم بالنفي. والمدعى عليه: من يشتمل كلامه على النفي ويقول لم يكن.

٢١٨/٤ - الاتجاه الرابع: وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية^(٩)، وهو أن المدعي: من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه: من يُخبر عما في يد نفسه لنفسه.

فمدار هذا الاتجاه على الإخبار والمطالبة بالمدعى به، فمن كان يطالب بما عند الآخرين فهو مدع، ومن كان يدعي عما في يد نفسه لنفسه فهو يطلب

(١) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٧/١٩٣، الدر بهامش رد المحتار ٥/٥٤٢، البدائع ٦/٢٢٤.

(٢) الإنصاف للمرداوي ١١/٣٦٩، الفروع ٦/٤٦٠، المغني ١٠/٢٤١.

(٣) تحفة المحتاج ١٠/٢٩٣، فليوبي وعميرة ٤/٣٣٦.

(٤) تبصرة الحكام ١/١٤١.

(٥) ينظر لجمع ما سبق: الموسوعة الفقهية الكويتية، مصطلح (دعوى. فقرة ٧ وما بعدها).

(٦) المبسوط ج ٧/٣١.

(٧) أدب القضاء لابن أبي الدم ١٨٤، وعبارته عن بعض الشافعية: المدعي من يثبت شيئاً، والمدعى عليه من ينفي شيئاً.

(٨) نسبه إليه محمد مفتي في تهذيب الفروق ٤/١١٨ وما بعدها.

(٩) بدائع الصنائع ٦/٢٢٤.

الحكم بتملكه للمدعى به وإقراره على ذلك، ولا يطالب غيره بشيء إلا أن ينكف عن مطالبته.

٢١٩- الترجيح: بعد عرض أهم الضوابط للتمييز بين المدعي والمدعى عليه فإن الباحث يميل لترجيح أن المدعي هو من يخالف قوله الظاهر، أو من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه هو من يوافق قوله الظاهر أو من يتمسك بالظاهر، لأن المدعي بهذا المعنى يكون أبعد المتداعيين سبباً لتجرد قوله عما يعضده ويقويه، والمدعى عليه يتقوى قوله بمرجح من الظاهر أو العرف أو غير ذلك، ولأن بعض أعلام الفقهاء استخلصوا هذا التعريف من تعريفات مذهبهم، كالخرشي، الذي قال: «وإن شئت قلت: المدعي من ادعى خلاف الظاهر، والمدعى عليه من ادعى الظاهر»^(١).

٢٢٠- الخلاصة: من خلال استعراض الأقوال السابقة تتأكد صعوبة إيجاد ضابط موحد للتفريق بين المدعي والمدعى عليه، وإن بدا رجحان بعضها، ولعل سبب اختلاف العلماء في ذلك هو اختلاف الاعتبار الذي ينظرون من خلاله إلى الخصمين، والذي يظهر أن هذه الضوابط تتكامل مع بعضها البعض وتكون بمثابة أمارات يستهدي بها القاضي في سعيه للتمييز بين الخصمين، وبخاصة إذا لم يتوصل إلى النتيجة المرجوة من الضابط الراجح، وقد تجتمع هذه الأمارات كلها أو بعضها في شخص واحد، وقد لا يوجد إلا بعضها، والمدار الأساس في هذه كله على القاضي الذي ينبغي أن تتوافر فيه الصفات التي عرضتها في أوائل هذه الرسالة كي يكون له نشاطه التقديري الذي ينتظر منه.

(١) الخرشي على مختصر خليل ١/١٥٤ - ١٥٥، وقريباً منه: الجوهرة النيرة للعبادي ٢/٢١٠.

ولابد من الإشارة أخيراً إلى أن هذه الضوابط أغلبية لا كلية، إذ لا يسلم واحد منها من اعتراض أو نقد، ولم أورد الاعتراضات والردود عليها خشية الإطالة^(١).

(١) ينظر للتوسع والفائدة : الفقه الإسلامي وأدلته، ص ٦٠٧٦، وسائل الإثبات، زحيلي ٦٥٤/٢ وما قبلها، نظرية الدعوى لياسين ١٧٥ وما بعدها، اليمين القضائية في الإثبات، للباحث، مبحث التمييز بين المدعي والمدعى عليه في أول الفصل الثاني عن أداء اليمين حيث أوردت بعض هذه الاعتراضات والردود عليها.

المبحث الثالث أسباب عدم سماع الدعوى

المطلب الأول: تخلف شروط صحة الدعوى

٢٢١- تقدم في المبحث الأول بيان شروط الدعوى الصحيحة، سواء كانت في أطراف الدعوى، أم في المدعى به، أم في ركن الدعوى، فإذا تخلف شرط من الشروط كان ذلك مانعاً من سماع الدعوى وقبولها عند القاضي، فيردها القاضي ولا يسمعها ما لم يصحح المدعي دعواه باستكمال الشروط المتخلفة.

وقد ذكر الفقهاء موجبات رد الدعوى على النحو الآتي:

٢٢٢- أولاً- دعوى الفرع بما يكذب أصله: ذهب الحنفية والشافعية إلى أن من كان فرعاً لغيره لم تسمع دعواه بما يكذب أصله^(١)، فترد دعوى الابن للنسب لغيره من أبيه. وذهب الحنفية إلى أن دعوى النسب من شخص ثابت النسب من الغير ترد كذلك.^(٢)

٢٢٣- ثانياً- التناقض: ذهب الفقهاء إلى أن الشخص إذا تناقض في دعواه فلا تسمع منه الدعوى الثانية^(٣)، وكذلك إذا كانت الدعوى مكذبة لدعوى

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٧، شرح معاني الآثار ٣/ ١١٤.

(٢) البدائع ٤/ ١٢٨، العناية وبهامشها الهداية ٥/ ٤١.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٥/ ٦٣ وما بعدها، تبين الحقائق ٥/ ٢٧٣، المادة ٢٤ من المجلة: شرح

درر الحكام ١/ ٣٩، شرح البهجة للأنصاري ١٠/ ٢١١-٢١٢، وراجع فقرة (٢٠٤) مع هوامشها.

سابقة عليها^(١)، وسواء مضى الحكم في الأولى أم لا^(٢)، ولا تسمع الدعوى الثانية إلا إذا زال التناقض، بأن صدق الخصم أو كذب الحاكم دعوى المدعي الأولى فتسمع الثانية لزوال المانع^(٣)، أو ادعى الغلط أو الكذب فالأظهر قبول الثانية^(٤).

٢٢٤- ثالثاً- كون الخصمين ملتزمين بأحكام الإسلام: لا يسمع القاضي المسلم الخصومة إذا جرت في دار الحرب بين مسلم ومستأمن، أما لو كانت في دار الإسلام سمعها. وتسمع الخصومة في الحالة الأولى إذا أسلم المستأمن أو صار ذمياً، فحينئذ يسمع خصومة كل واحد منهما على صاحبه لأنه صار من أهل دارنا، ملتزماً لأحكامنا^(٥).

٢٢٥- رابعاً- ظهور كذب المدعي: إذا ظهر كذب المدعي بيقين فلا تسمع دعواه ولا يصدق، فإذا ادعى رجل فقال: هو ابني وهو غلام، فإذا هو جارية؛ لم يصدق^(٦).

٢٢٦- خامساً- حقوق الله تعالى: لا تصح دعوى في حق الله تعالى أو عقوبة له وإن توقفت على الحاكم^(٧). وكذا التعزير إذا كان لحق الله تعالى إلا إن تعلق به مصلحة عامة، إلا أن القاذف الذي يُراد حده له أن يدعي على المقذوف ويستحلفه على أنه لم يزن، وإن نكل سقط عنه الحد^(٨).

-
- (١) شرح البهجة ١٠/٢١١-٢١٢، مواهب الجليل ٥/٢٢٣، وفي الإنصاف ١١/٢٧٥ «يشترط في الدعوى انفكاكها عما يكذبها».
- (٢) مغني المحتاج ٥/٣٨٠.
- (٣) المبسوط ١٥/٦٣ وما بعدها، المادة ٢٤ من المجلة، وانظر شرح درر الحكام للمجلة ١/٣٩.
- (٤) الإنصاف ١١/٢٧٥.
- (٥) شرح السير الكبير للسرخسي ١/٣٥٤، مسألة ٥٢٥.
- (٦) بدائع الصنائع ٦/٢٥٣.
- (٧) كشف القناع للبهوتي ٦/٣٣١.
- (٨) قليوبي وعميرة ٤/٣٣٤، المنهاج بهامش تحفة المحتاج ١٠/٢٨٦. وراجع للأهمية عما يتعلق بالحسبة صفحة (١٨١ هامش ١ التابع لفقرة ١٦٩).

٢٢٧- سادساً- كون الدعوى غير ملزمة في الحال: لا تسمع الدعوى إذا لم يتعلق بها الإلزام في الحال، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة، وقال الحنابلة: إلا ما يستثنى من ذلك، كدعوى التدبير والكتابة^(١) والشافعية مع الجمهور في الأصح، والثاني: تسمع لغرض الثبوت، والثالث: إن كان له بينة تسمع لغرض التسجيل وإلا فلا تسمع^(٢). ومثالها: ادعاء فقير على غني صدقة.

٢٢٨- سابعاً- الدعوى المقلوبة: لا تسمع الدعوى المقلوبة، وهي أن يدعي من عليه الحق على المستحق ليأخذ حقه أو ليستحلفه.^(٣)

٢٢٩- ثامناً- الدعوى بحق ماض: إذا ادعى الخصم حقاً في الماضي فلا تسمع دعواه، كما لو قال: قد كان لي عليه كذا؛ لأنه يحتمل أن الحق كان له في الماضي وانتقل إليه أو إلى غيره بعد ذلك^(٤).

٢٣٠- تاسعاً- الدعوى بغلط الشاهد: إذا ادعى المدعى عليه غلط الشاهد لا يسمع منه ولا تسمع بينته على ذلك، وكذلك لو ادعى إقرار المدعي بغلط الشاهد في شهادته^(٥).

٢٣١- عاشراً- التأخر بالمطالبة بالحق: لأنه يدل على المكر والخديعة، ولأن غالب عادة الناس أنهم لا يتأخرون بالمطالبة بحقوقهم؛ إلا لعذر، قال الإمام مالك: «كل مال بيع أو تصدق به وصاحبه ينظر حتى بيع أو تصدق به ثم أراد

(١) الدر بهامش رد المحتار ٥/٥٤٣ - ٥٤٤، تكملة فتح القدير ٨/١٥٧ وما بعدها، تبصرة الأحكام ١/١٤٦، كشاف القناع ٦/٣٤٤.

(٢) قليوبي وعميرة ٤/٣٣٧-٣٣٨، مغني المحتاج ٦/٤١٠.

(٣) مطالب أولي النهى ٩/٢٩٣، وجاء فيه: «سميت مقلوبة لأن المدعي فيها يطلب أن يعطي المدعى عليه، والمدعي في غيرها يطلب أن يأخذ من المدعى عليه فانقلب القصد المعتاد». اهـ.

(٤) مطالب أولي النهى ٩/٤٧٠، كشاف القناع ٦/٤٦٨.

(٥) الفتاوى الهندية ٣/٤٨٥.

الدعوى فيه بعد ذلك؛ فليس ذلك له لأن ذلك مكر وخديعة إذا كان في بلد غير مقهور بالطاقة»^(١).

٢٣٢- حادي عشر- العقد الفاسد إجماعاً: ليس للقاضي أن يسمع الدعوى بعقد مجمع على فساده إلا لنحو رد الثمن، وللقاضي سماع الدعوى بعقد مختلف فيه فيحكم فيه بما يراه، بخلاف الشفعة فلا تسمع إلا فيما يراه لأنها مجرد دعوى فتبطل برده لها، بخلاف العقد الفاسد لا بد من الحكم بإبطاله^(٢).

٢٣٣- ثاني عشر- الدعوى بعد الإقرار: من أقر لغيره بشيء ثم ادعاه لا تسمع دعواه إن لم يذكر انتقالاً ممكناً من المقرّ له إليه^(٣).

٢٣٤- ثالث عشر- تكذيب الخصم لبيته: إذا أكذب الخصم بيته لم تسمع دعواه فيما بعد، كما لو أنكر المدعى عليه الحق ثم ثبت عليه بالبينة فادعى القضاء فلا تسمع دعواه ولو أتى بالبينة؛ لأنه أكذبها بدعواه الأولى^(٤).

٢٣٥- رابع عشر- تكذيب العقل أو العادة للدعوى: اختلفت عبارات الفقهاء في اشتراطهم لكون الدعوى لا يكذبها العقل أو العادة والعرف، وجاءت عباراتهم كما يأتي:

١/٢٣٥- لا تسمع الدعوى التي يقضي العرف بكذبها، وهو مذهب أهل المدينة، وصوبه ابن القيم^(٥).

(١) التاج والإكليل ٦/٢٢١ وما بعدها، للتوسع في هذه المسألة وتفصيلها، وسيأتي تفصيلها فقرة ٢٤٨ وما بعدها.

(٢) المنهاج بهامش التحفة ١٠/٣١٨.

(٣) المنهاج بهامش التحفة ١٠/٣١٧.

(٤) معين الحكام ٦١-٦٢، تبصرة الحكام ١/١٦٢، ١٨٨، وقال: «قاله ابن القاسم وبه العمل»، ومواهب الجليل ٥/٣٥٢ نقله عن سحنون بمعناه.

(٥) الطرق الحكمية ٧٨ وما بعدها.

٢/٢٣٥- لا تسمع الدعوى غير الممكنة عادة أو عقلاً، فلو ادعى غير المراهق البلوغ، أي كان دون الثانية عشرة في الغلام، والتاسعة في البنت، لم تسمع دعواه ولا بيئته على ذلك، ولا عبرة لتحمل الجثة لذلك من عدمه. أما لو أقر من يحتمل البلوغ وكانت جثته تحتل ذلك ثم ادعى عدم بلوغه لا تقبل الدعوى الثانية لمناقضة دعواه الأولى الممكنة الثبوت^(١).

وقد سبق آنفاً بيان رد الدعوى بسبب التناقض.

٣/٢٣٥- لا تسمع الدعوى التي يكذبها العقل، أو لا يكذبها وتكون مستحيلة عادة. والإمام الشافعي يقبلها، وذهب ابن عبد السلام إلى كون ذلك غاية في البعد ومخالفة الظاهر، كما لو ادعى رجل من عامة الناس على الخليفة أو عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره أو سياسة دوابه مثلاً.

أما ما أبعدته العادة من غير إحالة فله رتب في البعد والقرب قد يختلف فيها، فما كان أبعد وقوعاً فهو أولى بالرد، وما كان أقرب وقوعاً فهو أولى بالقبول، وبينهما رتب متفاوتة^(٢).

وبهذا القول الذي ذهب إليه ابن عبد السلام يتبين أن هذه الرتب وتفاوتها في القرب والبعد من إمكان الوقوع يعود تقديرها للقاضي.

٢٣٦- الخاتمة: يظهر دور القاضي في الشروط السابقة من خلال نظره في كل دعوى مقدمة إليه: هل اكتملت شروط صحتها أم لا، ومن خلال تحقق كل شرط بذاته كأن يقرر وجود التناقض بين دعوى المدعي الأولى والثانية من

(١) درر الحكام ٧٠٨/٢ المادة ٩٨٩، وجاء في درر الحكام لخسرو ٣٦٢/٢ قاعدة: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢٥/٢، وجاء في التقارير بهامش حاشية العطار على شرح الحلبي ٢٨٦/٢ قاعدة: الممتنع عقلاً ممتنع شرعاً.

عدمه، أو يقرر كذب المدعي في دعواه ابتداءً؛ فلا تسمع دعواه، وكذلك ينظر في الدعوى بعقد فاسد، هل هو فاسد إجماعاً أو لا، فإذا كان فاسداً بالإجماع لم يسمع الدعوى؛ وإلا نظر فيه برأيه، وكذلك يقوم بتقدير ما إذا كانت الدعوى ممكنة عقلاً وعادة أو لا، ولا بأس أن يستشير بذلك ذوي الخبرة عند الحاجة لذلك، وقد قرر كثير من الفقهاء استحباب مشاوررة القاضي لأهل العلم في عموم قضائه^(١).

المطلب الثاني: تقادم الدعوى

٢٣٧- لولي الأمر منع القضاة من سماع الدعوى في أحوال بشروط مخصوصة، ومن ذلك منع سماع الدعوى في بعض الحالات بعد مدة معلومة محددة. وعدم سماع الدعوى بعد المدة المحددة ليس مبنياً على سقوط الحق في ذاته؛ لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمن؛ وإنما لتلافي التزوير والتحايل، لأن ترك الدعوى زماناً مع التمكن من إقامتها يدل على عدم الحق ظاهراً. ومما يترتب على عدم سقوط الحق بالتقادم أن الخصم لو أقر بالحق لخصمه يلزمه، ولو كان التقادم مسقطاً للحق لم يلزمه^(٢).

٢٣٨- هذا إذا منع ولي الأمر من سماع الدعوى بعد مرور مدة معينة، لكن الفقهاء اختلفوا في المدة التي تعتبر تقادماً فلا تسمع الدعوى بعد مرورها ولو أقامها صاحبها لم تقبل منه. واختلفوا كذلك في اعتبار التقادم مانعاً لقبول الدعوى. وهذا ما لم يمنع الحاكم القضاة من سماع الدعوى بعد تقادمها.

(١) أشرت إلى ذلك سابقاً أو آخر الحديث عن صفات القاضي، مثلاً فقرة (٣/١٢٣).

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣/١١٨ وما بعدها، مصطلح (تقادم)، وراجع للأهمية: الفقه الإسلامي وأدلته صفحة (٣٢٦٨) وما بعدها حيث ذكر أ.د. وهبة الزحيلي أنه يمكن تسويغ ذلك بنظرية المصالح المرسله، وانظر المدخل الفقهي للزرقا ١/١١٦ فقرة (١١/٥).

وأكثر من فصل القول في ذلك: الحنفية والمالكية، وآراء المذاهب على النحو الآتي:

٢٣٩- أولاً: الحنفية: اختلفت أقوالهم في ذلك.

١/٢٣٩- ذهب المتأخرون من أهل الفتوى إلى أن الدعوى لا تسمع بعد ست وثلاثين سنة.

٢/٢٣٩- وذهب البعض إلى أنها لا تسمع بعد ثلاث وثلاثين سنة، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً.

٣/٢٣٩- وفي قول مهجور: أن الدعوى لا تسمع بعد ثلاث سنين.

٤/٢٣٩- وقيل: ثلاث سنين بالنسبة للأراضي الموقوفة والمسبلة وما يحتاج في بقائه إلى نفقة.

٥/٢٣٩- وذكر بعض الحنفية أن المتأخرين أفتوا بثلاثين سنة في كلها لأنها أوسط الروايات.

٦/٢٣٩- وقيل: لا تسمع بعد موت المدعى عليه إذا لم يدع عليه في حياته.

٧/٢٣٩- وقال ابن عابدين: لا تسمع بعد مضي ثلاثين أو ثلاث وثلاثين إذا لم يكن عذر، وإذا لم يدع حتى مات المدعى عليه وهو مطلع على تصرفه، لا تسمع على ورثته، وكذا لو مات المدعي لا تسمع دعوى ورثته.

ثم قال:

وهذا ليس مبنياً على المنع السلطاني بل هو حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء^(١).

(١) انظر لما سبق: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ج ٢/٣ - ٤. وجاء في درر الحكام لحيدر ٤/٢٩٥ في مقدمة الباب الثاني من الفصل الرابع قبل م (١٦٦٠): «إن =

٢٤٠- وذهب الحنفية إلى أن التقادم يكون في الحدود عدا القذف، على التفصيل الآتي:

١/٢٤٠- أولاً:

١/١/٢٤٠- التقادم في حد الزنى والسرقة: شهر، فلا تسمع دعوى الزنى أو السرقة بعد ذلك.

وهذا مروى عن الإمام أبي حنيفة ومروى عن صاحبيه، وقيل: بل التقادم ستة أشهر، والشهر أصح.

٢/١/٢٤٠- والمذكور أن أبا حنيفة لم يقدر بشيء وفوضه إلى رأي القاضي على ما هو دأبه في المقدرات المترددة بين القليل والكثير.

٢/٢٤٠- ثانياً: والتقادم في حد شرب الخمر أو السكر يكون بانقطاع الرائحة عند الشيخين خلافاً لمحمد حيث جعله كغيره من الحدود.

٣/٢٤٠- ثالثاً: أما حد القذف فلا تقادم فيه عند الحنفية، فيسمع مهما طال عليه الزمن^(١).

= مرور الزمن على نوعين: النوع الأول: مرور الزمن الذي حكمه اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة، ولذلك فالدعوى التي تترك ستاً وثلاثين سنة بلا عذر لا تسمع مطلقاً، حيث إن ترك الدعوى تلك المدة مع الاقتدار عليها وفقدان العذر يدل على عدم الحق... النوع الثاني: مرور الزمن المعين من قبل السلطان: إن عدم استماع الدعوى في مرور الزمن الذي هو من هذا النوع مبني على المادة (١٨٠١) من المجلة، فلذلك إذا تحقق في دعوى مرور زمن هذا النوع وأمر من السلطان باستماع تلك الدعوى فتسمع... إن هذا النهي هو في حق القاضي وليس في حق الحكم... اهـ. بتصرف واختصار، ومما جاء في المادة (١٨٠١) «القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان... كذلك لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة...».

(١) البدائع ٤٦/٧، تبين الحقائق وبهامشه كنز الدقائق ٣/١٨٧-١٨٨، وجاء فيه قول أبي يوسف: «جهدنا بأبي حنيفة أن يقدر لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر، =

٢٤١- استثناء: ويستثنى من التقادم الوقف والإرث ووجود عذر شرعي، وقيل: بل الوقف ومال اليتيم والغائب^(١).

٢٤٢- تنبيه: وتجدر الإشارة إلى أن عدم سماع الدعوى بحق قديم إنما هو عند إنكار الخصم، فلو اعترف سمعت الدعوى^(٢).

٢٤٣- تنبيه آخر: وكذلك فإن ترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت طلبها، فلو لم يثبت لا يعتبر صاحب الحق متأخراً في المطالبة به^(٣).

٢٤٤- وما سبق هو فيما لم يأمر السلطان أو يحدد مدة للتقادم، وقد نهى بعض السلاطين في السابق من سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة وتابعه مَنْ بعده على ذلك^(٤).

-
- = فما رآه بعد مجانبة الهوى تفريطاً فهو تقادم، ما لا يعد تفريطاً غير متقادم. وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك فإنما يوقف عليه في كل نظر في كل واقعة فيها تأخير، فنصب المقادير بالرأي متعذر، اهـ. وانظر للأهمية (فقرة ٢/٢٨٥).
- (١) حاشية ابن عابدين ٤/٤١٩ - ٤٢٠.
- (٢) المرجع السابق، نفس الموضوع.
- (٣) حاشية ابن عابدين ٤/٤٢١.
- (٤) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٥/٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤١٩ - ٤٢٠، وقد أفرد ابن عابدين مطلباً في حاشيته لبحث أن تحديد السلطان لمدة التقادم ينتهي بموت السلطان، فيحتاج إلى تجديده بعد موته، كما في الخيرية، وذكر الأستاذ مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي ١/٢٣١ فقرة (٨/١٦) أن من الصلاحيات الزمنية لولاية الأمور العامة تعيين مدة للتقادم، ولهم أن يزيدوا فيها أو ينقصوا منها حسب المصلحة دون أن تتغير أو تتبدل المبادئ والنظريات التي تحكم في أصل الحق. اهـ، ذكره ابن عابدين في تنقيح الفتاوى الحامدية (٦/٢) وما استفاد من كلام المرحوم الزرقا فإن القاضي التالي له أن يوافق على المدة التي حددها القاضي السابق له، وله أن يغيرها، وكذلك بالنسبة للسلطان، أما إذا كان السلطان قد ذكر للقاضي في منشور توليته أو كان قد أصدر قانوناً ملزماً لمن يتولى من القضاة فإن القضاة ينبغي عليهم أن يتقيدوا به ما دام أنه ساري المفعول ولو بعد موت الحاكم. والله تعالى أعلم.

٢٤٥- القول بتقادم الدعوى: ومنع الحاكم من سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة بدون عذر هو من قبيل جواز تخصيص القضاء وتقييده بالزمان واستثناء بعض الخصومات^(١).

٢٤٦- جزاء من يخالف مدة تقادم الدعوى من القضاة: ولذلك ذهب بعض الحنفية إلى عزل القاضي وعدم نفاذ حكمه إذا سمع دعوى بعد مضي مدة التقادم^(٢).

٢٤٧- تنبيه: وسقوط الحد بالتقادم لا يعني إعفاء الجاني تماماً من جنائته، ففي حد السرقة مثلاً لا يعني سقوط الحد بالتقادم عدم ضمان السارق للمسروق إذا ثبت ذلك، كما أن سقوط حد الزنى بالتقادم لا يعني عدم تعزير الجاني.

٢٤٨- ثانياً- الملكية: اختلفت عبارات المالكية عن غيرهم في بحثهم للتقادم، فقالوا: إذا كانت العادة تكذب الدعوى فإنها لا تسمع، لكنهم اختلفوا في طول الزمان الذي تكذب به العادة الدعوى، ويبحثونها تحت اسم الحيازة في بعض الأحيان.

١/٢٤٨- لم يحدد الإمام مالك في ذلك شيئاً، وإنما قال: سنين^(٣)، وعنه: أنه يجد باجتهاد الحاكم ولا تحد بسنين معينة^(٤).

٢/٢٤٨- وذهب ابن القاسم إلى أن الحيازة من الثمانية إلى العشرة^(٥)، وما قارب العشرة كسبع فله حكمها^(٦).

(١) شرح المجلة لرستم ١١٦٨ / ١٨٠١م.

(٢) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ج ٣/٢.

(٣) تهذيب الفروق ١١٧/٤ وما بعدها، الفرق ٢٣٢.

(٤) منح الجليل ٥٧٤/٨ - ٥٧٥.

(٥) تهذيب الفروق ١١٧/٤، وما بعدها.

(٦) منح الجليل ٥٧٤/٨ - ٥٧٥.

٢٤٨/٣- وقيل: هي عشرة أعوام، وهو قول ابن القاسم، وأشهب^(١)،
ونافع^(٢)، وبه الحكم والقضاء^(٣).

٢٤٨/٤- وقيل: عشرين سنة^(٤). وقيل: بل لا تسقط بالعشرين سنة^(٥)،
وخص بعضهم العشرين بالديون الثابتة في الذم^(٦).

٢٤٨/٥- وقيل: الديون الثابتة في الذم تسقط بمضي ثلاثين سنة، وقيل:
لا تسقط أصلاً، وقيل: تسقط بستين، وهو بعيد جداً^(٧).

٢٤٨/٦- وقيل: يسقط الحق المشهود فيه بنحو ثلاثين أو أربعين سنة^(٨).

٢٤٨/٧- وذهب مالك إلى أن الحيازة المكذبة للدعوى في العقار بين
الأقارب نحو خمسين سنة لأنهم يتساحمون لبرّ القرابة أكثر من الأجانب^(٩).

-
- (١) أشهب: أبو عمر، أشهب بن عبد العزيز بن داود، المصري، الشيخ الفقيه الثبت العالم، ولد سنة (١٤٠هـ) وتوفي بمصر سنة (٢٠٤هـ) بعد موت الشافعي بثمانية عشر يوماً.
(شجرة النور الزكية، ابن مخلوف: ٥٩، رقم ٢٦).
- (٢) نافع مولى ابن عمر: هو أبو عبد الله العدوي المدني، من أئمة التابعين بالمدينة، كثير الرواية للحديث الشريف، ثقة، لا يعرف له خطأ فيما رواه جميعه، وأرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن، توفي سنة (١١٧هـ - ٧٣٥م).
(تذكرة الحفاظ، الذهبي: ٩٩/١ - ١٠٠، الأعلام، الزركلي: ٥/٨).
- (٣) شرح ميارة ٢/٢٥٢، التاج والإكليل ٦/٢٢١، منح الجليل ٨/٥٧٢، وقيل: العشر سنين خاص بالعقار.
- (٤) شرح ميارة ٢/٢٥٢.
- (٥) تبصرة الحكام ٢/٩٢.
- (٦) الشرح الكبير بهامش الدسوقي عليه ٤/٢٣٧، وهو قول مطرف.
- (٧) الشرح الكبير بهامش الدسوقي عليه ٤/٢٣٧.
- (٨) تبصرة الحكام ٢/٩٢.
- (٩) تهذيب الفروق ٤/١١٨ وما بعدها، وحيازة الضرر على الأقارب والأجانب سواء عند ابن زرب (شرح ميارة ٢/٢٥٢).

٢٤٨ / ٨ - قيد مهم: على أن الحيازة تعتبر مانعة من سماع الدعوى إذا جهل كيفية استيلاء الحائز على الشيء المحوز وادعى ملكيته، ولم يكن للمحوز عليه عذر مقبول شرعاً، أما لو كانت كيفية الاستيلاء معلومة فتسمع الدعوى والبينة ولو بعد خمسين سنة^(١).

٢٤٨ / ٩ - أما دعوى الحق بالميراث بين الأقارب فتسقط بمضي أربعين سنة للذكور إذا كانوا عالمين بتصرف المدعى عليه بالميراث، أما إذا لم يعلموا ذلك أو لم يتصرف المدعي عليه بالميراث فتسمع دعواهم. والنساء تسمع دعواهن مطلقاً دون تحديد مدة^(٢).

٢٤٨ / ١٠ - قال الدردير^(٣): الأظهر في ذلك الاجتهاد بالنظر في حال الزمن وحال الناس وحال الدين، فنحو عشر سنين أو أقل بالنسبة لبعض الناس تقتضي الإعفاء والترك، ونحو الخمسة عشرة سنة قد لا تقتضي ذلك، والله أعلم بالصواب^(٤).

٢٤٨ / ١١ - وهذا الرأي يتفق مع تفويض الإمام ذلك لاجتهاد القاضي، فإذا حدد الإمام مدة التقادم التزم القضاة به، وإن لم يحدد فللقاضي ذلك، لأنه نائب للإمام.

٢٤٩ - ثالثاً - الشافعية: ذهب الشافعية إلى ما يأتي:

(١) فتح العلي المالك لعليش ٢ / ٣١٨ - ٣١٩، والحوز لا ينقل الملك إجماعاً (منح الجليل ٥٧٢ / ٨).

(٢) فتح العلي المالك لعليش ٢ / ٣١٨ - ٣١٩.

(٣) الدردير: (١١٢٧ - ١٢٠١ هـ = ١٧١٥ - ١٧٨٦ م) أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات من فقهاء المالكية من كتبه: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ومنح القدير في شرح مختصر خليل. (الأعلام: ١ / ٢٤٤).

(٤) الشرح الكبير بهامش الدسوقي عليه ٤ / ٢٣٧.

٢٤٩ / ١ - يجوز أن يمنع ولي الأمر القضاة من سماع دعوى بعد مضي مدة محددة من قبله^(١).

وقد منع ولي الأمر من سماع دعوى بحق مضي عليه خمس عشرة سنة، فيكون القاضي معزولاً عما لم يأذن الحاكم بسماعه، إلا أنه يصح من الخصم أن يحكم القاضي في تلك المسألة على أنه محكم لا قاض^(٢).

٢٤٩ / ٢ - أما حدود الله تعالى فتقام مهما تقادمت متى قدر عليها^(٣).

٢٤٩ / ٣ - وتقبل الشهادة على الأملاك السابقة وإن تطاول الزمان^(٤).

٢٥٠ - رابعاً- الحنبلية: ذهب الحنبلية قريباً مما ذهب إليه الشافعية فقالوا:

٢٥٠ / ١ - يجوز أن يخصص القاضي بزمان أو مكان أو نوع من الحكم^(٥)،

وهذا الرأي يعني أن للإمام أن يمنع القضاة من سماع الدعوى بحق مضي عليه زمن معين، كما ذهبت لذلك المذاهب السابقة.

٢٥٠ / ٢ - والحدود لا تسقط بالتقادم^(٦) مهما طال. فتقبل الشهادة بحد

قديم على الصحيح من المذهب؛ لأنها شهادة بحق فتجوز مع التقادم كالشهادة بالقصاص، ولأنه قد يعرض للشاهد ما يمنع الشهادة حينها ويتمكن منها بعد ذلك^(٧).

(١) حاشية الجمل ١٠٣/٥.

(٢) حاشية الجمل ٣٣٩/٥، مغني المحتاج ٢٦٩/٦.

(٣) مغني المحتاج ٤٥٣/٥، أسنى المطالب ١٣٢/٤.

(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٣٥/١٠، ومغني المحتاج ٤٣١-٤٣٢/٦.

(٥) الفروع لابن مفلح ٤٢٠/٦، كشف القناع ٤٠٦/٦، مطالب أولي النهى ٢٥٥/٩.

(٦) المغني لابن قدامة ٧٠/٩ م (٧١٩٥).

(٧) الفروع ٤٢٠/٦، كشف القناع ٤٠٦/٦، مطالب أولي النهى ٣٨٨/٩، وجاء في المغني عند

بحثه لاتصال صفوف الصلاة وجواز الاتمام بذلك ج ٢/٢٠، م (١١٥٥): «والتحديدات

بابها التوقيف، والمرجع فيها إلى النصوص والإجماع، ولا نعلم في هذا نصاً نرجع إليه ولا

إجماعاً نعتمد عليه، فوجب الرجوع إلى العرف، كالتفرق والإحراز، والله أعلم».

٢٥١- الخلاصة: يلاحظ مما سبق عرضه أن الحنفية والمالكية فصلوا القول في التقادم أكثر من غيرهم، ويلاحظ كذلك تعدد الأقوال واضطرابها أحياناً في المذهب الواحد، لكن المتفق عليه بين جميع المذاهب: أن ولي الأمر إذا منع القضاة من سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة على الحق المدعى ولم يطالب به صاحبه ولم يكن له عذر في التأخر؛ فإن على القضاة أن يلتزموا بذلك. فإذا لم يحدد ولي الأمر مدة معينة للتقادم فإن القاضي يقوم بتقدير ذلك حسبما يرى من المصلحة، ويراعي في ذلك اختلاف الزمان والأشخاص، والدين والحقوق، وذلك لأن القاضي نائب عن ولي الأمر فله تحديد ما لم يحدده ولي الأمر، وهذا إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد المطلق أو الجزئي، أما غيرهما فيستعين بالعلماء وأهل الرأي والحل والعقد.

وتبين من خلال تعدد الأقوال أن تحديد مدة التقادم أمر اجتهادي ينص عليه الفقهاء إذا لم يحدد القاضي، وانظر لذلك قول ابن عابدين^(١). وقد سبق النقل عن الإمام أبي حنيفة والإمام مالك والشيخ الدردير بتفويض تحديد مدة التقادم لاجتهاد الحاكم ورأيه. والله أعلم بالصواب.

المطلب الثالث: سقوط الدعوى قبل الحكم

٢٥٢- إن النهاية المتوقعة للدعوى والتي من أجلها رفعت أن يصدر حكم في موضوعها ينهي الخصومة بحيث لا يبقى مجال للنزاع بعد ذلك. ولكن قد يطرأ طارئ يضع حداً للخصومة قبل وصولها إلى النتيجة المنتظرة منها، وهذا إذا كانت الدعوى متوافرة الشروط المطلوبة لصحتها ابتداءً، وإلا لم تقبل وتسمى

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج ٣/٢ - ٤ حيث قال بعد أن ذكر ثلاثين سنة أو ثلاثاً وثلاثين: «وهذا ليس مبنياً على المنع السلطاني بل هو حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء».

حينها (مشروع دعوى) لم تكتمل شرائط قيامه على أصوله، وقد بينت في المطلبين السابقين موانع قبول الدعوى، وأبين هنا العوارض التي تؤدي إلى إنهاء الدعوى، وسقوطها قبل صدور الحكم فيها^(١).

٢٥٣ - أولاً: التنازل عن الدعوى والخصومة:

١/٢٥٣- الدعوى حق للمدعي، وإذا ترك الخصومة لم يجبر عليها، ويترتب على ذلك: أن المدعي إذا تنازل عن دعواه قبل صدور الحكم فإن ذلك يعتبر إنهاء للدعوى قبل وصولها إلى مرحلة صدور الحكم.

٢/٢٥٣- غير أن المدعي الأصلي للدعوى قد يصبح في مركز المدعى عليه إذا تقدم المدعى عليه الأصلي بدفع صحيح للدعوى الأصلية، وبناء على ما تقدم: فإنه لا يسمح للمدعي الأصلي أن يترك دعواه إذا كان المدعى عليه قد أبدى دفعاً لهذه الدعوى إلا إذا سمح بذلك، ولأن المدعى عليه إذا ترك الخصومة لم يترك بخلاف المدعي.

٣/٢٥٣- وقد ذهب المالكية إلى أن الدعوى إذا رفعت وأجاب المدعى عليه بالإنكار فلا يقبل من المدعي الإعراض عن الدعوى بإرادته المنفردة، بل لا بد من موافقة خصمه الذي له إجباره على إتمام الخصومة إلى نهايتها بصدور الحكم فيها، ويكون إجباره عن طريق القاضي، فإن أبى المدعي الأصلي متابعة الخصومة حكم القاضي بأن لا حق له^(٢).

(١) نظرية الدعوى، ياسين ٦٩٥.

(٢) نظرية الدعوى، ياسين ٦٩٧، ونسبه للطريقة المرصية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية لمحمد العزيز جعيط، ولم أعثر على هذا الكتاب، ومؤلفه كان وزير العدالة وشيخ الإسلام المالكي بتونس في القرن الرابع عشر، وذكر د. ياسين أنه من مطبوعات مطبعة الإدارة بتونس، الطبعة الثانية.

٢٥٤ - ثانياً: طروء تخلف بعض شروط الدعوى التي كانت متوافرة عند

رفعها:

١/٢٥٤ - إذا تعرضت الدعوى لأمر طارئ أدى لفقدان أحد الشروط التي كانت متوافرة عند رفع الدعوى؛ فإن الدعوى تنتهي وإن لم يكن قد صدر حكم فيها بعد، ومن هذه الحالات:

١/٢/٢٥٤ - انتهاء مصلحة المدعي من متابعة السير في الدعوى، مثل أن يتوفى الزوج الذي تطلب الزوجة الحكم لها بتطليقها منه، أو أن يتوفى الصغير المتنازع على حضانته، فعند ذلك لا فائدة من الاستمرار في الدعوى، بل يصبح هدراً للوقت والجهد والمال؛ لانعدام مصلحة المدعي من الدعوى.

٢/٢/٢٥٤ - انتهاء الخصام بشأن الحق المتنازع عليه قبل صدور الحكم، مثل أن يصطالح الخصوم على الحق المدعى؛ فيكون على القاضي أن يتجنب أي إجراء فيه إثارة للنزاع ما لم يثر النزاع من له مصلحة في ذلك، وإذا تركه أو صالح عليه فتكون الدعوى قد انتهت ولو لم يصدر فيها حكم.

وكذلك إذا أقر المدعى عليه بالمدعى فإن الخصومة تنتهي وإن لم يصدر حكم مبني على هذا الإقرار، لأن الحق يجب به إذا حصل في مجلس القضاء.

٣/٢/٢٥٤ - ويقاس على الأمثلة السابقة كل حالة ينتهي فيها النزاع قبل الحكم بأي سبب من الأسباب^(١)

٢٥٥ - يستنتج من المبحث السابق عن شروط الدعوى أن على القاضي الذي ترفع إليه الدعوى أن ينظر في شروط صحتها، فإن وجد فيها نقصاً أو عيباً

(١) وانظر لما سبق: نظرية الدعوى ٦٩٨ وما بعدها.

وجب عليه أن يردها إلا إذا كان الفساد يمكن تداركه وتصحيحه^(١) فيطلب ذلك من المدعي، فإن فعل صحت دعواه، وقد اعتبر الفقهاء من واجبات القاضي أن يفعل ذلك.^(٢)

وكذلك فإنه إذا اكتملت شروط صحة الدعوى ثم حدث أمر طارئ أدى لفقدان شرط من شروط صحة الدعوى فإن الدعوى تعتبر منتهية وإن لم يكن قد صدر فيها الحكم من القاضي لأنها تكون قد انتهت بنفسها.

* * *

(١) أدب القضاء للسروجي ص ٣٠١ - فقرة ٥١٩.

(٢) وانظر نظرية الدعوى لياسين ٦٢٥.

رَفَعُ
عبد الرحمن البغدادي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثالث السلطة التقديرية في الإثبات

ويتضمن المباحث الآتية :

- المبحث الأول : طرق الإثبات بين الإطلاق والتقييد
- المبحث الثاني : الشهادة
- المبحث الثالث : اليمين
- المبحث الرابع : الإقرار
- المبحث الخامس : الإثبات بعلم القاضي
- المبحث السادس : الإثبات بالقرائن

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول طرق الإثبات بين الإطلاق والتقييد

٢٥٦- إن البيّنات ووسائل الإثبات هي معين القاضي في بحثه عن الحقيقة، وهي سلاح الخصوم لترجيح أقوالهم على أقوال خصومهم، وهي الدرع الواقى لحماية الحقوق، والعون القوي لاستعادتها إن سُلّبت من أصحابها.

وقد وردت أدلة عديدة من القرآن والسنة تبين أن الناس لا يقبل منهم أي قول أو دعوى بغير دليل، وإلا لاختلّ نظام الحياة وعمت الفوضى، وقد قال الإمام القرافى: «ولا يضر الحاكم ضياع حق لا بيّنة عليه»^(١).

٢٥٧- وإذا كانت أدلة الإثبات بهذه الأهمية؛ فهل هي محصورة في العدد الذي ورد به نص شرعي، أم ليست محصورة بعدد معين، فيكون للقاضي الأخذ بأي وسيلة يرى أنها توصل للحكم بالعدل في ظنه وبالحقوق لأصحابها، وإن لم تكن هذه الوسيلة قد ورد بها نص شرعي صريح أو ضمني؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

١/٢٥٧- أولاً: إن القاضي مقيد بطرق الإثبات التي ورد بها نص شرعي صراحة أو استنباطاً، فلا يقبل من القاضي الخروج عنها، ولا يقبل القاضي ذلك من الخصوم، بل يلزمهم بالتقييد بها.

(١) الفروق للقرافى ٤/١١٠ الفرق الحادى والأربعون والمائتان.

ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء، منهم القرافي، وابن تيمية كما يُفهم من عبارته.
 ٢/٢٥٧ - ثانياً: إن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين، بل تشمل كل ما يمكن أن يثبت به الحق ويكون قناعة القاضي ويطمئن إليه ويلزم الحكم بموجبه، فليس القاضي مقيداً بالطرق الثابتة.

ذهب إلى ذلك ابن القيم، وابن فرحون^(١)، والشوكاني^(٢)، وغيرهم^(٣).

ويجب التنبيه على عدة أمور:

٢٥٨ - شدد الإمام الشافعي والإمام الشاطبي^(٤) على عدم جواز الحكم إلا بما ورد في الكتاب الكريم، ثم في السنة المطهرة، أو ما قال أهل العلم مما لم يختلفوا فيه، أو قياس على بعض هذا، كما لا يمكن قياس الاجتهاد الصادر عن القاضي على اجتهاد النبي ﷺ، لأنه ﷺ معصوم بلا خلاف؛ إما لأنه لا يُخطئ البتة، وإما لأنه لا يُقرّ على خطأ إن فرض^(٥).

-
- (١) ابن فرحون: إبراهيم بن علي، ابن فرحون، برهان الدين، الفقيه المالكي القاضي، ولد ونشأ ومات بالمدينة المنورة، ولد سنة (٧٢٩هـ-١٣٢٩م)، واشتهر بعدله في القضاء، توفي سنة (٧٩٩هـ-١٣٩٧م)، ومؤلفاته كثيرة منها: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. (شجرة النور الزكية، ابن مخلوف: ٢٢٢ رقم ٧٨٨، الأعلام، الزركلي: ١/٥٢).
- (٢) الشوكاني: (١١٧٣ - ١٢٥٠هـ = ١٧٦٠ - ١٨٣٤م) هو محمد بن علي الشوكاني، فقيه مجتهد من كبار علماء صنعاء، ولد بهجر في شوكان في اليمن وولي قضاء صنعاء ومات حاكماً بها، له (١١٤) مؤلفاً، منها: نيل الأوطار، فتح القدير، إرشاد الفحول. (الأعلام، الزركلي: ٦/٢٩٨).
- (٣) علم القضاء للحصري ١/١١، ١٩ وما بعدها، وسائل الإثبات للزحيلي ٢/٦٠٥، ٦٠٨، ٦٠٩ هامش (٢)، وانظر مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٥/٣٩٤ وما بعدها، والطرق الحكمية ١١، ٢٤، ٦٤، والفروق للقرافي ١/١٢٩، الفرق السابع عشر، وتبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢٤٠.
- (٤) الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد الشهير بالشاطبي، أصولي حافظ لغوي، من أئمة المالكية، له مؤلفات كثيرة منها: الاعتصام، والموافقات في أصول الفقه، توفي سنة (٧٩٠هـ - ١٣٨٨م). (شجرة النور الزكية، ابن مخلوف: ٢٣١ رقم ٨٢٨، الأعلام، الزركلي: ١/٧٥)
- (٥) الأم ٧/٢٩٨ وما بعدها، الموافقات ٤/٦١-٦٢.

٢٥٩- إن اختلاف العلماء في المراد من معنى البيعة كان من آثاره ذهاب بعض العلماء إلى أن طرق الإثبات ليست محصورة بعدد معين بل بكل ما يبين الحق ويظهره، كما سبق ذكره آنفاً.

ويمكن تلخيص اختلافهم في معنى البيعة بما يأتي^(١):

١/٢٥٩ - أولاً:

البيعة تطلق على الشهود، وهذا ما ذهب إليه الجمهور، وابن حزم، أما طرق الإثبات الأخرى فيتم بحثها في أبواب مستقلة. وقد سمي الشهود بيعة؛ لأن بهم يتبين الحق ويرتفع الإشكال بشهادتهم.

٢/٢٥٩ - ثانياً: إن البيعة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، فأى دليل أو وسيلة لإثبات الحقوق أمام القاضي هي بيعة. ذهب إلى هذا القول ابن تيمية، وابن القيم، والشوكاني، وابن فرحون، وألح إليه البهوتي^(٢) الحنبلي، ونقل معناه في تكملة فتح القدير عن الكافي، ورجحه عدد من المعاصرين^(٣).

(١) انظر للتوسع (اليمين القضائية في الإثبات) للباحث: ١٩ وما بعدها.

(٢) البهوتي: منصور بن يونس، ولد سنة (١٠٠٠هـ)، فقيه مصري حنبلي، منسوب إلى بهوت في مصر، شيخ الحنابلة في عصره وفقههم في مصر، من كتبه: (الروض المربع شرح زاد المستقنع) توفي سنة (١٠٥١هـ). (الأعلام، الزركلي: ٣٠٧/٧).

(٣) ورد تحليل تسمية الشهود بالبيعة في كتب عدة، مثلاً، تبصرة الحكام ١/٢٤٠ ونسبه لأحمد بن نصر النحوي في كتاب الحسبة في تعريفه بحقيقة البيعة وموضعها شرعاً، نهاية المحتاج ٨/٣٣٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٣٣٤ وغير ذلك، وانظر لما سبق: مغني المحتاج ٦/٣٩٩ وما بعدها، تكملة فتح القدير مع الهداية ٨/١٦٨ وما بعدها، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٥١٧ وما بعدها ٣/٥٥٥، وتبعه ابن ضويان في منار السبيل ٢/٤٨٠. مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٥/٣٩٢ وما بعدها، الطرق الحكمية في مواضع عدة منها: ١١، ٢٤، ٦٤، القاموس الفقهي أبو جيب: ٤٧ طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم ٣٢ (حيث حسن الرأي الثاني من الناحية العملية، والرأي الأول من الناحية النظرية) وسائل الإثبات للزحيلي ١/٢٦، =

٢٥٩ / ٣ - والملاحظ أن هذا الخلاف ينبغي أن لا يتعدى مجرد كونه اختلافاً في الاصطلاحات، ولا مشاحة في ذلك، وبخاصة إذا علمنا أن عامة الفقهاء يطلقون لفظ البينة ويريدون بها الحجة مطلقاً في كثير من كتبهم، وأفردوا مباحث لتعارض البينات، ويقصدون بها الشهادة وغيرها، وكذلك فإن الفقهاء يعرفون البينة في باب الدعوى والبيّنات بأنها الشهادة ثم يبحثون في هذا الباب (باب الدعوى والبيّنات) وسائل كثيرة غير الشهادة، وقد لا يتعرضون فيه للشهادة؛ لأنهم يفردون لها باباً خاصاً بعنوان الشهادة^(١).

وكذلك فإن ابن القيم ومن معه يستخدمون لفظ البينة أيضاً ويريدون به الشهادة دون غيرها، فقد جاء في الطرق الحكمية: «فصل: إذا ردت اليمين على المدعي، فهل تكون كالبينة، أم كإقرار المدعي عليه»^(٢).

وهذا تفريق منه بين البينة - بمعنى الشهادة - وبين الإقرار، والمشبه به غير المشبه.

٢٥٩ / ٤ - وبناء على ما سبق بيانه؛ فإن بين وسائل الإثبات وبين البيّنات بمعنى الشهادة فقط عموماً وخصوصاً مطلقاً، فكل بينة وسيلة إثبات، وليست كل وسيلة إثبات بينة^(٣).

= وقد ذكر الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي أن ابن حزم انفرد بمذهب ثالث وهو أن البينة هي الشهود وعلم القاضي، وتبعه على ذلك بعض الباحثين (مثلاً: القضاء بقرائن الأحوال ديرشوي ٢٢) وعلم القاضي إنما هو وسيلة أخرى للإثبات غير البينة، وإن عدّ ابن حزم علم القاضي من أبين البيّنات فذلك ليس على الحقيقة، وإنما لإفادة قوة الإثبات.

(١) انظر مثلاً: شرح منتهى الإرادات ٣/٥١٧ وما بعدها، ٣/٥٥٥، ٣/٥٦٨ وما بعدها، البجيرمي على المنهج ٤/٣٧٤، ٣٩٣ وما بعدها.

(٢) الطرق الحكمية ١٠٧.

(٣) راجع للتوسع: القضاء بقرائن الأحوال: د. ديرشوي: ٢٤.

٢٦٠- وما يجب التنبيه عليه: أنه يجب التفريق بين البيئات الخاصة والقرائن، لأن البيئات منها ما هو عام ويُقضى به في جميع الأقضية والخصومات، وهي الإقرار واليمين والشهادة، أما علم القاضي فقد جرى الاختلاف فيه، ومنها ما يُقضى به في مواضع مخصوصة من الشارع لا تتجاوزها إلى غيرها، كالحكم بالوصف في اللقطة، والشبه في القيافة، وتعتبر بيئة لورود النص بها، لكننا لا نتجاوز موضع القضاء بها إلى غيره.

أما القرائن فإنها تغلب على الظن أن فلاناً هو الجاني، ولكن لا يصح الحكم بناء على الظن الذي تثيره هذه القرائن، لكون الشارع لم ينص على الحكم عليه بها، غير أننا نستفيد من هذه القرائن في التحقيق لجرّ المتهم إلى الإقرار ليحكم عليه به، لأنه حجة شرعية بالاتفاق^(١).

٢٦١- والبيئات الخاصة لا تندرج تحت اسم القرائن، لأن القرينة «كل ما يرجح ثبوت واقعة ما على سبيل الترجيح والظن لا اليقين مما لم يتبعدها به الشرع» أي مما لم يرد به نص شرعي يلزمنا الحكم به، كدلالة البصمات وتحليل الدم، والحامض النووي، وغير ذلك. أما الوصف في اللقطة واللوث في القسامة والشبه في القيافة فقد ورد بها الشرع، فهي بيئات مقررة شرعاً في مواضع مخصوصة.

٢٦٢- الخلاصة: يُلاحظ مما سبق أن الفقهاء لم يختلفوا في أهمية البيئة بالنسبة للدعوى، ولكنهم اختلفوا في البيئة المقبولة في الدعوى فيما وراء المنصوص عليه، وكان المفترض أن ينحصر الخلاف في اختلاف الاصطلاحات فقط، وأن البيئة هل تطلق على الشهود فقط أم عليها وعلى غيرها من طرق

(١) عقد الأخ الدكتور محمد جنيد الديرشوي بجته للماجستير بعنوان (القضاء بقرائن الأحوال) ونال به الدرجة بتقدير امتياز، فليراجع للتوسع بالحكم بالقرائن لأهمية هذا الموضوع. (انظر منه مثلاً: ٣٦، ٩٢)، وتعريف القرينة الوارد في الفقرة التالية هو ما ذهب إليه الأستاذ ديرشوي.

الإثبات المقررة شرعاً صراحة أو ضمناً واستنباطاً، لكن بعض العلماء الذين قالوا بأن لفظ البينة يشمل عند الإطلاق الشهود وغيرهم وسعوا مدلول لفظ البينة ليشمل كل ما يبين الحق ويظهره ولو لم يكن منصوصاً عليه. والتسليم بما ذهبوا إليه قد يؤدي إلى نتائج خطيرة؛ لأنه يجعل للطرق غير المقررة شرعاً نفس المشروعية والأثر الذي تتميز به طرق الإثبات الشرعية، كما أن التسليم بما ذهبوا إليه يفسح المجال لأصحاب الأهواء من القضاة أن يستغلوا ذلك ويضيعوا حرمت الأموال والأنفس للمسلمين وغيرهم من غير ما ضابط أو حساب.

وإنما ينبغي أن ينحصر النشاط التقديري للقاضي في التحقق من صحة الوسائل المقدمة للإثبات، وإمكان قبولها في مورد النزاع، ووزن أدلة كل خصم من الخصوم. وما وراء ذلك؛ فإن كان القاضي من أهل الاجتهاد لم يكن له أن يقرر وسيلة إثبات جديدة غير مقررة شرعاً مما لم يرد به نص؛ لأنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص، وإن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد فعليه أن يقلد غيره من المجتهدين.

ويكون للقاضي أيضاً - مجتهداً كان أم غير مجتهد - أن يبحث عن كل طريق يؤدي لوصوله إلى وسيلة إثبات مقبولة شرعاً ليحكم بها، وله أن يستعين بالقرائن وهي مجال خصب جداً لنشاطه، وواسع لذلك، وبخاصة في دعاوي التهم والجنايات مما يساعد في تكوين قناعته الشخصية أو ترجيح دليل على دليل أو غير ذلك بشرط أن لا يخرج عن الضوابط الشرعية، من حرمة الظلم أو الإكراه وغير ذلك.

وقد جمع بعض العلماء؛ كابن القيم في كتابه (الطرق الحكمية) أمثلة كثيرة لاستعانة القاضي بالقرائن وإن كان يورد القرائن أحياناً على أنها بينات، اعتماداً على القول بأن البينة كل ما يبين الحق، ولو بالقريضة.

المبحث الثاني الشهادة

إن هذا المبحث والمباحث الآتية من هذا الفصل مخصصة لإظهار جوانب السلطة التقديرية للقاضي في وسائل الإثبات، لذلك سأعرض لأهم المسائل التي يبرز فيها النشاط التقديري دون ما سواها، مع المسائل المتعلقة بها.

المطلب الأول: معنى الشهادة وحكمها

- ٢٦٣- إن أغلب الخصومات في الحقوق المالية والجرائم يثبت - في الواقع - بالشهادة، والعلماء متفقون على جواز الاعتماد على الشهادة في الإثبات^(١).
- ١/٢٦٣ - والشهادة لغة: إخبار قاطع^(٢)، وأصل الشهادة الإخبار بما شاهده، والشهادة تأتي بمعنى اليمين أيضاً، والشهادة والمشهد: المجمع من الناس^(٣).
- ٢/٢٦٣ - واصطلاحاً: تعددت عبارات الفقهاء فيها:
- ١/٢/٢٦٣ - فالحنفية عرفوها بأنها: الإخبار عن كون ما في يد الغير للغير^(٤).
- وعرفها بعضهم بأنها: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.^(٥)

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي صفحة ٥٧٩٩.

(٢) مختار الصحاح (ش هـ د).

(٣) لسان العرب (ش هـ د).

(٤) البدائع ٦/٢٦٦.

(٥) فتح القدير ٧/٣٦٤.

٢٦٣ / ٢ / ٢ - والمالكية عرفوها بأنها: إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به^(١).

وعرفها بعضهم بأنها: إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه^(٢).

٢٦٣ / ٢ / ٣ - والشافعية عرفوها بأنها: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد^(٣).

٢٦٣ / ٢ / ٤ - والحنابلة عرفوها بأنها: الإخبار عما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت أو شهد^(٤).

٢٦٣ / ٢ / ٥ - يمكن استخلاص تعريف مأخوذ من التعاريف السابقة، وهو أن الشهادة هي:

إخبار الشاهد الحاكم عما علمه بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.

٢٦٤ - ويلاحظ من التعاريف السابقة أن الشهادة ينبغي أن تكون في مجلس القضاء أمام القاضي ليحكم بها إن وجد أن شروطها متوافرة وأنها صحيحة.

٢٦٥ - أما حكم الشهادة؛ والمقصود به الأثر المترتب على إقامة الشاهد للشهادة الصحيحة، فهو وجوب أخذ القاضي بمقتضى هذه الشهادة والحكم بها.^(٥)

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ٢ / ٣٤٣.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ١٦٤.

(٣) قليوبي وعميرة ٤ / ٣١٨.

(٤) شرح منهي الإرادات للبهوتي ٣ / ٥٧٤ - ٥٧٥.

(٥) مواهب الجليل ٦ / ١٥١، كشاف القناع ٦ / ٣٣٤، الفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي

المطلب الثاني: موقف القاضي من الشهود

٢٦٦- إن من واجبات القاضي بعد توليه لمنصب القضاء أن يرتب عدول بلده على درجاتهم بعد أن يسأل عنهم، ويتخذ للتركيز عدولاً خبراء بالتركيز وشروطها. وليس للقاضي أن يعين شهوداً محددين لا يسمع شهادة غيرهم، بل يسمع من كل من شهد بحق شرعي وكان عدلاً ويحكم بشهادته إذا وجد شرطها.

٢٦٧- والشاهد وسيط بين ما عينه وبين القاضي، وليس له أن يرتب الحكم على ما شهد من وقائع وأحداث؛ لأن هذا من صلاحيات القاضي الذي نصبه الشرع لإقامة حكم الله تعالى.

وقد ذكر ابن أبي الدم^(١) وظيفة كل من الشاهد والقاضي فقال:

«وظيفة الشاهد نقل ما رآه أو سمعه، ووظيفة الحاكم ترتيب المسببات على أسبابها متى ساغ ذلك شرعاً. والسبب في ذلك أن الأسباب الملزمة متنوعة متكررة مختلف فيها، فقد يظن الشاهد شيئاً سبباً وهو ليس عند أحد من الأئمة أو عند الحاكم فقط، فكلف الشاهد نقل ما سمعه أو رآه لينظر الحاكم فيه، وسُدَّ عليه باب الاجتهاد وترتيب الأحكام على أسبابها، والحاكم بعد ذلك يرى رأيه باجتهاده، فهو أهل لذلك»^(٢). ثم ذكر (ص ٣٩٦) أن الشاهد وإن كان من

(١) ابن أبي الدم: إبراهيم بن عبد الله، شهاب الدين، أبو إسحاق، المعروف بابن أبي الدم، ولد بحماة سنة (٥٨٣هـ - ١١٨٧م) وقيل ٥٩٦هـ، قاض، فقيه شافعي إمام، صوفي، مؤرخ، من مؤلفاته الكثيرة: شرح مشكل الوسيط للغزالي، أدب القضاء، التاريخ الكبير. توفي في حماة (٦٤٢هـ - ١٢٤٤م) وقيل (٦٧٥هـ).

(شذرات الذهب، ابن العماد: ٣٧٠/٧، طبقات السبكي: ١١٥/٨، رقم ١١٠٧)

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٥٩.

أهل الاجتهاد فليس له على الأصح أن يجتهد في الشهادة التي ينقلها وأن يؤدي الشهادة عند الحاكم على ما يصح في اجتهاده، لأن الشاهد ناقل، والاجتهاد إلى الحاكم، وهكذا القول في كل شهادة طريقها الاجتهاد.

وأهم المسائل التي تتعلق بهذا المطلب هي:

٢٦٨ - المسألة الأولى: عدالة الشهود

اتفق الفقهاء - في الجملة - على اشتراط العدالة في الشهود، لقوله تعالى:

﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾

[الطلاق: ٢].

١/٢٦٩ - والعدالة لغة: من عدل يعدل، ورجل عدل: رضا ومقنع في الشهادة. وقيل: العدل: الذي لم تظهر منه ريبة، وعدل الرجل: زكاه^(١)، والعدل: ضد الجور وما قام في النفوس أنه مستقيم، والعدل: الاستقامة^(٢)، والاعتدال: توسط بين حالين في كم أو كيف^(٣).

٢/٢٦٩ - والعدالة اصطلاحاً: ذكر بعض الفقهاء معنى العدالة، وبعضهم ذكر معنى العدل، ومنه يؤخذ معنى العدالة.

١/٢/٢٦٩ - ذهب بعض الحنفية إلى أن العدل: هو من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج؛ لأن أكثر أنواع الفساد والشر يرجع إلى هذين العضوين^(٤).

(١) لسان العرب (ع د ل).

(٢) القاموس المحيط (ع د ل).

(٣) لسان العرب (ع د ل)، القاموس المحيط (ع د ل)، ولعل من قال من الفقهاء بأن العدالة هي التوسط قد اعتمد على هذا المعنى الأخير. انظر (مغني المحتاج، كتاب الشهادات، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ص ٦٠٣٨).

(٤) البدائع ٦/٢٦٨، الجوهرة النيرة ٢/٢٢٦، الدر بهامش رد المحتار ٥/٤٦٥.

وقال بعضهم: العدل هو من اجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسناته على سيئاته^(١).

وقال بعضهم: العدل هو من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وكان صلاحه أكثر من فسادته وصوابه أكثر من خطئه^(٢).

٢٦٩/٢/٢ - أما المالكية فقد تقاربت عباراتهم فقالوا: العدالة اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر.

وقال بعضهم: العدالة هيئة راسخة في النفس تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر وتوقي الصغائر والتحاشي عن الرذائل المباحة^(٣).

وقال بعضهم: المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة^(٤).

٢٦٩/٢/٣ - والشافعية لم تبعد عباراتهم كثيراً عن عبارات المذاهب الأخرى، فقالوا:

العدالة هيئة راسخة في النفس تمنع من اقتراف كبيرة أو صغيرة دالة على الخسة أو مباح يخجل بالمروءة^(٥).

وقيل: من غلبت طاعاته معاصيه كان عدلاً، وعكسه فاسق^(٦)، والرجوع في الغلبة إلى العرف.

(١) البدائع ٦/٢٦٨، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٩٦، ثم ذكر (ص ٣٩٧) أن ما سبق هو كلام الماوردي وهو يرجح ذلك سداً لباب الاحتمال ونفياً للريب، فإن الشهادة مما ينبغي أن يحتاط لها.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٤٦٥، الجوهرة النيرة ٢/٢٢٦.

(٣) تبصرة الحكام ١/٢٥٩، ونسب القول الثاني لابن راشد، واستحسن ابن فرحون الأول.

(٤) التاج والإكليل ٦/١٥٠-١٥١، مواهب الجليل ٦/١٥ ونسبه لابن الحاجب.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٨٤.

(٦) المرجع السابق ص ٣٨٥.

وقيل: العدل: من لم يأت كبيرة ولم يصر على صغيرة أو أصر عليها وغلبت طاعته فلا تنتفي العدالة عنه^(١).

وقيل: العدالة عبارة عن استقامة السيرة والدين، ويرجع حاصلها إلى هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه^(٢).

٢٦٩ / ٢ / ٤ - أما الخنايلة فقالوا:

العدالة استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله، ويعتبر لها شيئان: الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض برواتبها واجتناب المحرم بأن لا يأتي كبيرة ولا يدمن على صغيرة، واستعمال المروءة بفعل ما يجمله وترك ما يدنس ويشينه عادة^(٣).

وقيل: العدل من رجع خيره ولم يأت كبيرة، لأن الصغائر تقع مكفرة أولاً فأولاً فلا تجتمع^(٤).

(١) المنهج بهامش حاشية الجمل ٥ / ٣٧٨ - ٣٧٩.

(٢) المستصفي (١ / ١٥٧) ثم قال الغزالي: «لا خلاف في أنه يشترط العصمة من جميع المعاصي، ولا يكفي أيضاً اجتناب الكبائر بل من الصغائر ما يُرد به كسرقة بصلة وتطفيف في حبة قصداً. وبالجملة: كل ما يدل على ركافة دينه إلى حد يستجري على الكذب بالأعراض الدنيوية، كيف وقد شرط في العدالة التوقي عن بعض المباحات القادحة في المروءة نحو الأكل في الطريق والبول في الشارع وصحبة الأراذل وإفراط المزاح. والضابط في ذلك فيما جاوز محل الإجماع أن يرد إلى اجتهاد الحاكم، فما دل عنده على جرائته على الكذب رد الشهادة به، وما لا فلا، وهذا يختلف بالاجتهاد إلى المجتهدين». أقول: العصمة التي ذكرها ابتداء لا تكون إلا للأنبياء ولمن عصمهم الله تعالى، إلا إذا اعتبرنا أن جميع المعاصي الصغيرة والكبيرة كبائر بالنظر إلى المعصي، وهو الله تعالى.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥٨٩.

(٤) المرجع السابق، الفروع ٦ / ٥٦٣.

والعدالة ملكة في النفس تمنعها من ارتكاب المعاصي والرذائل المباحة^(١).

٢٧٠- والملاحظ مما سبق أن كثيراً من التعريفات المتقدمة إما يؤكد بعضها بعضاً أو يكمل بعضها بعضاً.

وترجع في مجملها إلى: اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والبعد عما يُخل بالمروءة، ومن كانت حاله كذلك كانت حسناته أكثر من سيئاته وكان خيره غالباً على شره، وللعرف دور مهم في تحديد خوارم المرءة واعتبار الغالب من الخير أو الشر^(٢).

٢٧١- وثبت عدالة الشاهد عند القاضي إما بالبينة أو بعلم القاضي^(٣)، فإذا كان القاضي لا يعرف حال الشاهد فإنه يسأل عنه من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره وصحبه صحبة طويلة وعامله بالأخذ والإعطاء في الحضر والسفر.

٢٧٢- ولا تؤثر مقارفة بعض الذنب كبعض الأمور الخفيفة من الزلة والفلتة، لأنه يتعذر عصمة الناس عن ذلك إلا من عصمه الله تعالى، قال الإمام مالك: «ولا يعصم أحد من أهل الصلاح، وتقبل شهادة لاعب الشطرنج، ولو لم تقبل الشهادة إلا ممن لا يقارف شيئاً من العيوب ما قبلت شهادة أحد»^(٤) ولأن تحري القاضي عن الشهود وعدم قبول شهادة إلا من لم يرتكب صغيرة ولا كبيرة فيه إمانة للشهادة وإعنات للشهود، وإضاعة لكثير من الحقوق والأموال، وهو خلاف مراد الشارع، ويعتبر عرف كل شخص وما يعتاده^(٥).

(١) مطالب أولي النهى ٦/٦١١-٦١٢.

(٢) وانظر الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ص ٦٠٣٨.

(٣) مواهب الجليل ٦/١٥١.

(٤) انظر لما سبق: المنتقى شرح الموطأ ٥/١٩٥.

(٥) المصباح المنير للفيومي (ع د ل)، وراجع فقرة (٤٥) وهامشها.

٢٧٣- والعدالة في الشهود حق لله تعالى على الحاكم، فلا يجوز أن يحكم بغير العدول، وإن لم يشترط الخصم العدالة، بل لو رضي الخصمان بشهادة الكافر أو غير العدل لم يجز للقاضي أن يحكم بذلك^(١).

٢٧٤- ويجب على القاضي عند الحنفية أن يسأل عن حال الشهود ولا يكتفي بظاهر العدالة في الحدود والقصاص، سواء طعن الخصم في الشهود أم لا؛ لأن الحدود يحتال فيها للدرء.

أما فيما وراء الحدود والقصاص: فعند الإمام أبي حنيفة يكتفى بالعدالة الظاهرة، أما العدالة الحقيقية، وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية، فليست بشرط إلا إذا طعن الخصم في الشهود فلا يكتفى حينها بالعدالة الظاهرة. وعند الصحابين: لا يكتفى بالعدالة الظاهرة وإن لم يطعن الشهود، بل لا بد من العدالة الحقيقية. وقيل: إن هذا اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة، لأن زمن الإمام كان زمن التابعين المشهود لهم بالخيرية فوَقعت الغنية عن السؤال عن حالهم في السر، ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوَقعت الحاجة إلى السؤال عن العدالة في جميع الأحوال^(٢).

٢٧٥- وتجدر الإشارة إلى أن العدالة لا تتبع للقاعدة «ذكر بعض ما لا يتجرأ كذكر كله»^(٣)، وأن من كان عدلاً في درهم فهو عدل في ألف، وأن من اختل فيه شرط من شروط العدالة في الشهود فلا يقبل قوله أصلاً^(٤).

(١) الفواكه الدواني ٢/٢٣٩-٢٤٥.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٧٠ وفيه زيادة توسع.

(٣) البحر الرائق ٣/٩٠.

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم الشافعي ص ١٤٦، وأشار إلى أن هذا هو المشهور في المذهب.

٢٧٦- وقد استدلل العلماء على أن أمر تعديل الشهود موكول إلى الاجتهاد وإلى ما يغلب في الظن، بقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فعلى القاضي أن يسأل عن الشهود في السر والعلانية ولا يقبل شهادة الشاهد حتى يغلب على ظنه عدالته.

وما يظهر من صلاح الشاهد وصدق لهجته وأمانته، فإنه وإن كان مبنياً على أكثر الظن فهو ضرب من العلم، كما قال تعالى في المهاجرات: ﴿إِن عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ [المتحنة: ١٠] وهذا هو علم الظاهر دون الحقيقة، فذلك الحكم بعدالة الشاهد طريقه العلم الظاهر دون المغيب الذي لا يعلمه إلا الله ولا يمكن الوصول إليه حتى مع التحري من القضاة^(١).

٢٧٧- المسألة الثانية: قبول شهادة الفاسق

٢٧٧/١- تقدم أن العدالة شرط في الشهود، فلا تقبل شهادة الفاسق عند العلماء في الجملة.

إلا أن بعض كتب الحنفية ذكرت أن العدالة هي شرط وجوب العمل بالشهادة، لا شرط أهلية الشهادة، فلا يجب على القاضي قبول شهادة غير العدل، وله ذلك إذا تحرى فغلب على ظنه الصدق في شهادته^(٢)، لأن الفاسق

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٢ إلى ٢٣٩، وقد أورد صوراً متعددة لبحث القضاة عن أحوال الشهود وفراسطهم في ذلك، ثم بعد أن ذكر أن العلم بعدالة الشهود هو من أنواع العلم قال: «وهذا أصل كبير في الدلالة على صحة القول باجتهاد الرأي في أحكام الحوادث؛ إذ كانت الشهادات من معالم أمور الدين والدنيا، وقد عقد بها مصالح الخلق في وثائقتهم وإثبات حقوقهم وأملاكهم وإثبات الأنساب والدماء والفروج، وهي مبنية على غالب الظن وأكثر الرأي، إذ لا يمكن أحداً من الناس إمضاء حكم بشهادة شهود من طريق حقيقة العلم بصحة المشهود به».

(٢) البدائع ٦/٢٧٠، الجوهرية النيرة للعبادي ٢/٢٢٦ وما بعدها.

أهل للقضاء والشهادة، إلا إن كان ولي الأمر يمنع من القضاء بشهادته فحينئذ لا ينفذ القضاء، لأن القضاء يتقيد بزمان ومكان وحادثة وقول معتمد، حتى لا ينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة^(١).

٢/٢٧٧- وللقاضي قبول شهادة العدل من غير تحرر، وإذا شهد وجب عليه القبول^(٢).

٣/٢٧٧- ويروى أن الإمام أبا يوسف ذهب إلى قبول شهادة الفاسق إذا كان ذا مروءة، والأصح عدم قبول شهادته، إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح^(٣).

٤/٢٧٧- وقال المالكية: الأصل في الناس الجرحة، فلا تقبل شهادة أحد حتى يثبت عدم فسقه، أو أن يكون غير ثابت الفسق، فلا تقبل شهادة مجهول الحال^(٤).

٥/٢٧٧- وذهب بعض الشافعية إلى أن الشاهد إذا كان فاسقاً فسقاً مجتهداً فيه وتعين عليه أداء الشهادة؛ لزمه الحضور إلى مجلس القضاء؛ لأنه ربما أدى اجتهاد القاضي إلى قبول شهادته^(٥).

٢٧٨- المسألة الثالثة: عدم وجود العدول

سبق القول عند أول الحديث عن موقف القاضي من الشهود أن من واجبات القاضي أن يرتب عدول البلد الذي ولي القضاء فيه بعد أن يسأل

(١) مجمع الأنهر ٢/١٨٨-١٨٩، الدرر بهامش رد المحتار ٥/٤٦٥-٤٦٦.

(٢) البدائع ٦/٢٧٠.

(٣) أي وكان القاضي عاصياً بذلك، مجمع الأنهر ٢/١٨٨، الدرر للحكام لمنلا خسرو ٢/٣٧٢. وقد عللوا ذلك بأن الوجيه وإن كان فاسقاً فإنه لا يُستأجر لشهادة الزور لوجهته، ويمتنع عن الكذب لمروءته (كتر الدقائق بهامش البحر ٧/٦٣).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٦٥.

(٥) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٥٩.

عنهم، ويتخذ مزكين عارفين بأحوال الشهود، ويقبل شهادة كل عدل يشهد عنده.

ولكن إذا لم يوجد في جهته إلا غير العدول:

٢٧٨ / ١ - فقد ذهب بعض المالكية إلى أنه يختار أصلحهم وأقلهم فجوراً، كما يفعل ولي الأمر في اختياره للقضاة وغيرهم، لثلاث تضيع مصالح العباد، لأن إلزام القاضي أن لا يقبل إلا العدول مقيد بإمكانه.

٢٧٨ / ٢ - وقال بعض المالكية: يفعل ذلك ويستكثر بحسب خطر الحقوق^(١).

٢٧٨ / ٣ - وقد عدّ بعض المالكية عدم وجود العدول ضرورة تميز قبول غير العدول، بعد اختيار أصلحهم، وأن لهذه الحالة أمثلة مقبولة، منها قبول الشهادة على السارق ممن لقيه من الناس السيارة على الطريق من المسافرين والنساء والصبيان والرعاء إذا عرفوا السارق وشهدوا بسرقة.

٢٧٨ / ٤ - وقد رد بعض المالكية بأن قبول شهادة غير العدول خلاف المذهب، وأنه غير ثابت، ولا يجوز الاعتماد عليه في الفتوى، إذ لو كان ثابتاً لما كان يخفى على بعض حفاظ المذهب، ولذكرة الأئمة في كتبهم^(٢).

٢٧٨ / ٥ - ويميل الباحث إلى الأخذ بجواز قبول شهادة غير العدول عند تعذر وجود العدول، ويستكثر القاضي لكل حق حسب خطره، فالفروج والدماء أخطر من الأموال، فيستكثر القاضي ويستعين بالقرائن وغيرها، فإن غلب على ظنه صدق دعوى المدعي وبينته أخذ بها، وذلك لضرورة حفظ

(١) نسبه في منح الجليل ٣٨٨ / ٨ - ٣٨٩ لابن عبد الغفور. وظاهر الرأي الأول أنه لا يزداد فيه على النصاب، وهذا الرأي في النوادر (المرجع السابق).

(٢) منح الجليل ٣٨٨ / ٨ - ٣٨٩.

حقوق الناس، ولأن القاضي إذا كان يعتبر عدول كل زمن بحسبه فكذلك المكان. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «يعتبر العدل في كل زمن بحسبه لثلاث تضيع الحقوق»^(١) على أن تعذر وجود عدل في بلد ما نذير سوء على المسلمين، لأن كثيراً من المناصب كالقضاء وغيره تشترط له العدالة^(٢).

٢٧٩- المسألة الرابعة: التفريق بين الشهود

١/٢٧٩- الشهود من أهم الأسباب التي تقيم الحقوق لأصحابها، ولذلك استحب للقاضي أن يكرمهم وأن لا يعنتهم أو يتهرهم أو يتعتهم: والتعتة: أن يجوج القاضي الشاهد بانتهاره أو صياحه إلى أن يتعت أي يتلجلج في كلامه.

٢/٢٧٩- وقد اعتبر الفقهاء من إعنات القاضي للشهود أن يفرق بينهم، أو يطالبهم في سؤاله بما لا يلزمهم ذكره، أو يزيد في الاستقصاء بما يشق عليهم، فإن ذلك يمنعهم من تحمل الشهادة وأدائها مما يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق.

٣/٢٧٩- وقيد بعض الفقهاء ذلك إذا كان الشهود وافري العقل وشديدي الذكاء، أما إذا كانوا أغبياء أو يظن بهم قلة حفظ أو ضبط أو تهافت على الشهادة، لا سيما إذا انضاف إلى ذلك أخذ الأجرة عليها؛ فإنه يستحب للقاضي حينها أن يفرق بين مثل هؤلاء الشهود، ويسأل كل واحد منهم منفرداً، فإن اتفقت شهادتهم قبلها وإلا أسقطها، وإن اتفقوا على كلمة واحدة وظهرت عنده دلائل الصدق سمعها بشروطها. والرأي في ذلك مفوض إلى القاضي حسب تقديره^(٣).

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٥٨٩.

(٢) سبق بعض الحديث عن العدالة ومعناها عند بحث صفات القاضي أوائل هذه الرسالة، فلترجع.

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ١٣٦ وما بعدها بتوسع، غمز عيون البصائر وبأعلاه الأشباه =

٢٨٠- المسألة الخامسة: تحليف الشهود:

اختلف الفقهاء في جواز تحليف القاضي للشهود، فكانوا على مذهبين بين مجيز ومانع.

١/٢٨٠- المذهب الأول: ذهب كثير من العلماء إلى عدم جواز تحليف القاضي للشهود، وذهب إلى ذلك الحنفية، وبعض المالكية^(١)، ويروى عن ابن عباس رضي الله أيضاً^(٢).

٢/٢٨٠- المذهب الثاني: يجوز تحليف القاضي للشهود، وإليه ذهب ابن أبي ليلى^(٣)^(٤)، وبعض المالكية، وبعض المتأخرين من الحنفية^(٥).

الأدلة:

- = والنظائر لابن نجيم ٣٧٢/٢ باختصار، وقد ذكر ابن القيم في (الطرق الحكمية ص ٥٤-٥٥) قصة عن سيدنا علي وأنه أول من فرق بين الشهود.
- (١) الدرر الحكام لمنلا خسرو ٣٣٥/٢، الكنز بهامش البحر الرائق ٢٠٤/٧، ٢١٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم بهامش غمز عيون البصائر ٣٩٠/٢ وما بعدها، تبصرة الحكام ٥٦/١، ٢١٦/٢، أحكام القرآن لابن العربي ٢٤٤/٢ - ٢٥١ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٠٩، نهاية المحتاج للرملي ٣٥٦/٨.
- (٢) أحكام القرآن لابن العربي ٢٥١/٢.
- (٣) ابن أبي ليلى: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار (وقيل: داود)، قاض، فقيه، من أصحاب الرأي، له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره. ولد سنة (٧٤هـ=٦٩٣م) وتوفي بالكوفة سنة (١٤٨هـ=٧٦٥م). (ميزان الاعتدال للذهبي ٢٢١/٦ وما بعدها رقم ٧٨٣١ «٤٦٥٢»، الأعلام للزركلي ١٨٩/٦).
- (٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم بهامش غمز عيون البصائر ٣٩٠/٢.
- (٥) تبصرة الحكام ٢١٦/٢، ونسب جواز ذلك لابن وضاح والقاضي محمد بشير، ولم تذكر بعض كتب المالكية خلاف المالكية في ذلك، انظر: حاشية العدوي بهامش الخرشبي على خليل ١٨٧/٧، الشرح الكبير بهامش الدسوقي عليه ١٧٤/٤، فتح العلي المالك ٣١١/٢، غمز عيون البصائر وبأعلاه الأشباه والنظائر ٣٩٠/٢.

٢٨١/١ - استدلل الفريق الأول بقوله تعالى ﴿فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦] وأن المقصود به الوصيان^(١) إذا ارتيب بقولهما، وبأن حكم الآية منسوخ، وبأن الله تعالى يقول: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢]^(٢) وهذا أمر بإكرام الشهود، وليس من إكرامهم استحلافهم، بل إن بعض الشهود يمتنع عن الشهادة إذا علم أن القاضي يستحلفه، فإذا شهد واستحلفه القاضي كان له الامتناع.

وقالوا أيضاً: إن الشاهد لا يحلف، لأنه إن كان عدلاً جازت شهادته لعدالته، وإن كان غير عدل فيمينه لا تجيز شهادته^(٣)، فمنصب الشاهد أرفع من أن يُستحلف^(٤).

وإذا أمر السلطان القضاة بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه بالرجوع عن ذلك، لأنه كلفهم بأمر إن أطاعوه لزم منه سخط الخالق، وإن عصوه لزم سخطه عليهم^(٥).

٢٨١/٢ - أما الفريق الثاني فقد ذهب إلى أن المراد بالآية: ﴿فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ الشاهدان إذا ارتاب الحاكم بهما ولم يكونا عدلين فيحلفهما^(٦)، لأن ما ورد في الكتب المعتمدة من أنه لا يمين على الشاهد فهو عند ظهور عدالته، والخلاف

(١) وعلى فرض كون المراد به الشاهدان إذا لم يكونا عدلين وارتاب الحاكم بهما فيكون المراد: إذا ارتاب الحاكم بالقبض للحق فيحلف: إنه لباق (أحكام القرآن لابن العربي ٢/٢٤٤).

(٢) البقرة (٢٨٢).

(٣) تبصرة الحكام ١/٥٦، أحكام القرآن لابن العربي ٢/٢٤٤، وما بعدها، الجوهرة النيرة ٢/٢١٧، درر الحكام ٢/٣٣٥، الكنز بهامش البحر الرائق ٧/٢٠٤، ٢١٣.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٨/٣٥٦.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم بهامش غمز عيون البصائر ٢/٣٩١، الدر بهامش رد المحتار ٥/٤٢٢.

(٦) أحكام القرآن لابن العربي ٢/٢٤٤، ٢٥١ وما بعدها.

عند خفتائها، وخصوصاً في زماننا، فيجب تقويتها باليمين، إذ يكون الشاهد مجهول الحال، وقد يكون المزكي مجهولاً مثله، ولا يجوز أن يزكي المجهول المجهول، فبسبب زيادة الفسق اختيار تحليف الشهود لتحصيل غلبة الظن، وقد لا يكون امتناعهم من الحلف مانعاً من قبول شهادتهم، فللقاضي قبولها أيضاً.

٢٨٢- والظاهر أن تحليف الشهود لا يغني عن التزكية السرية والعلنية، فإذا حلف القاضي الشهود بعد التعديل والتزكية جاز ذلك، وفي هذه الحالة لا يكون تحليف الشهود بدلاً عن التزكية^(١).

٢٨٣- وتجدر الإشارة إلى أن المالكية ذهبوا إلى أن للقاضي أن يحلف الشاهد ولو بالطلاق إذا اتهمه، لأن القاعدة أنه «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»^(٢).

٢٨٤- المسألة السادسة: تقدير استمرار عدالة الشهود

إذا ثبتت عدالة شاهد عند القاضي في خصومة شهد بها، ثم شهد نفس الشاهد مرة أخرى في حادثة أخرى، فهل يجب على القاضي أن يشتغل بتعديله مرة ثانية؟

١/٢٨٤- ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان الزمن قريباً بين الخصومتين، فإن القاضي غير مطالب بأن يشتغل بتعديله مرة أخرى. أما إذا كان العهد بعيداً يشتغل به.

(١) الكنز بهامش البحر الرائق ٦٣/٧ ثم قال: وفي الملتقط عن غسان بن محمد المروزي قال: قدمت الكوفة قاضياً عليها فوجدت فيها مائة وعشرين عدلاً فطلبت أسرارهم فرددتهم إلى ستة ثم أسقطت أربعة، فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت. وانظر: درر الحكام لعلي حيدر ٤٥٦/٤ وما بعدها، المادة ١٧٢٦، ١٧٣٧.

(٢) سيأتي تخريجها ص (٢٧١) هامش (٢).

واختلفوا في ضابط العهد القريب والبعيد بينهما، والصحيح فيه قولان: أحدهما: أنه مقدر بستة أشهر، والثاني: أنه مفوض إلى رأي القاضي، والصحيح أن يفوض ذلك إلى رأي القاضي^(١).

٢٨٤/٢- أما المالكية فقالوا: تقبل شهادته بالتزكية الأولى، وليس الناس كلهم سواء، فمنهم المشهور في العدالة ومنهم دون ذلك، فمن كان مشهوراً بالعدالة فالتعديل الأول يجوز فيه حتى يُجرح فيه أو يرتاب منه، ولا يزيده طول ذلك إلا خيراً. أما من كان ليس بمعروف فلا بد له من تعديل ثان.

وعلى القول باستثناف تعديل جديد، فإذا كانت المدة بين الشهادتين خمس سنين أو نحوها فليسأل عنه المعدل الأول للشاهد إن كان حياً، وإن كان ميتاً عدّل الشاهد مرة أخرى.

وقال ابن القاسم: إن كانت الشهادة الثانية قريبة من الأشهر ونحوها ولم يطل العهد جداً لم يحتج لتزكية، بخلاف ما إذا كان العهد قد طال فيبحث القاضي عن حاله مرة أخرى^(٢).

٢٨٤/٣- أما الشافعية فقالوا: إذا لم يكن القاضي خبيراً بسيرة الشاهد فيما بين الخصومتين فوجهان، وجمهور الأصحاب على أنه لا بد من استزكاء جديد، والمرجع في طول الزمان وقصره إلى العادة وإلى ما يغلب على ظن القاضي من استمرار صلاحه وعدالته من عدمه^(٣).

(١) الفتاوى الهندية ٣/٥٣١ وذكر أن التصحيح الأخير في فتاوى قاضي خان.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٥/١٩٦

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٥٦.

المطلب الثالث: موقف القاضي من الشهادة

تتعلق بهذا المطلب المسائل الآتية:

٢٨٥- المسألة الأولى: تقادم^(١) الشهادة.

١/٢٨٥- ذهب بعض الفقهاء إلى أن تقدير ما إذا كانت الشهادة متقدمة فلا يؤخذ بها مفوض إلى القاضي في بعض الحالات، ومن ذلك الحكم بتقادم شهادة من يدعي تواري المدعى عليه في داره وعدم حضوره للقاضي. فإن ادعى رجل أن المدعى عليه قد توارى في داره، وأقام شاهدين على ذلك، نظر القاضي؛ فإن ادعى الشاهدان أنهما شاهداه دخل بيته قبل أقل من ثلاثة أيام قبيل القاضي منهما، وسمّر على المدعى عليه بابه وجعل بيته عليه سجنًا حتى يضيق عليه الأمر فيخرج، أما إذا كانت رؤية الشاهدين قد تقادمت لم يقبل شهادتهما بذلك، والمتقادم هو ما زاد على ثلاثة أيام. قال شمس الأئمة الحلواني^(٢): الصحيح أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي.^(٣)

٢/٢٨٥- ولعل التقدير بثلاثة أيام مأخوذ من العادة والعرف، إذا يندر في الواقع قرار رجل في بيته لثلاثة أيام وعدم خروجه منه، وإذا صح ذلك؛ فإن تفويض تقدير مدة تواري المدعى عليه في بيته وعدم خروجه عائد إلى القاضي، لينظر القاضي في المعتاد من مكوث الناس في بيوتها بشكل متواصل، ويراعى في ذلك تغير الزمن وحال كل إنسان وطبيعته. والله تعالى أعلم.

(١) التقادم: هو مرور الزمن على وقوع الحادثة (وسائل الإثبات للزحيلي ٧٧٦/٢).

(٢) الحلواني: عبد العزيز بن أحمد، شمس الأئمة الحلواني، أبو محمد، الفقيه الحنفي، وهو من أهل بخارى، ونسبته إلى الحلواء، وكان والده فقيراً يبيع الحلواء، توفي في كش ودفن ببخارى سنة (٤٤٨هـ) وحدد الذهبي وفاته سنة (٤٥٦هـ) وقيل غير ذلك، من كتبه: النوادر والمبسوط. (الفوائد البهية، اللكنوي: ٩٥ وما بعدها).

(٣) الفتاوى الهندية ٣/٣٣٦، درر الحكام ٤/٦٧٨ وما بعدها.

٢٨٥/٣- تقادم الشهادة في الحدود: اختلف الفقهاء في تأثير تقادم الشهادة في الحدود، وهل يورث فيها شبهة أو تهمة فلا يؤخذ بها، أم لا يؤثر التقادم؟ للعلماء رأيان في ذلك:

٢٨٥/٢/١- الأول: لا تسقط الحدود بالتقادم مهما طال، ولا يبطل الحد في شيء وإن طال زمانه أو تاب السارق مثلاً، وسواء رفع الأمر إلى الإمام فوراً أو بعد حين، وتعليل ذلك أن الشهادة في الحدود شهادة بحق فتجوز مع تقادم الزمان، كالشهادة بالقصاص، ولأنه قد يعرض للشاهد ما يمنع من الشهادة حينها ويتمكن منها بعد ذلك. وأصحاب هذا الرأي هم الشافعية والمالكية، والحنابلة على الصحيح من مذهبهم^(١).

٢٨٥/٣/٢- الثاني: يشترط عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها إلا حد القذف، لتعلق حق العبد فيه، قال بذلك الحنفية والحنابلة في وجه.

وأساس التقادم عندهم أن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو نخير بين حسبتين: الشهادة حسبة؛ رفعاً للفساد، والستر إقالة للعترة وإغضاء عن الزلة، فعلى الشاهد أن يوازن بين الأمرين ويقدم أولاهما، فإذا كان الجاني ممن لا يرعون الله حقاً ولا للناس حرمة فيختار الشاهد جانب الأداء، وقد يكون الجاني ذا فضل ومروءة صدر منه الذنب فلتة فيختار الشاهد جانب الستر.

وعلى الشاهد أن يستقر رأيه على أحد الأمرين دون إبطاء، فإذا أمسك الشاهد عن الشهادة مدة ثم تقدم لأدائها كانت غير مقبولة، لأن الشاهد إذا كان

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ٢٨٠، أسنى المطالب ١٣٢/٤، مغني المحتاج ٤٥٣/٥، المدونة ٥٤٢/٤، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣٤٧/٤، شرح منتهى الإرادات ٥٧٧/٣، مطالب أولي النهى ٥٩٤/٦.

اختار جانب الأداء ثم أحر الشهادة كان فاسقاً، وإذا كان قد اختار جانب الستر ثم شهد لحقته العداوة وكلا الوصفين موجب لردّ شهادته.

وجرح الشهادة في الحدود للتقادم هو في حد الزنى والسرقه وشرب الخمر، لأن هذه الحدود حقوق خالصة لله تعالى، أما القذف ففيه حق للعبد، لذلك اشترط له الدعوى بخلاف الحدود الثلاثة السابقة، ولا يؤدي الشاهد شهادته في حد القذف إلا بعد أن يطالب المقذوف بمحذّ قاذفه، فلم يكن تأخير الشهادة في حد القذف مورثاً للتهمة، ولذلك لم يكن للتقادم فيه محل^(١)، وإنما يؤثر التقادم في الشهادة إذا لم يكن للشهود عذر يمنعهم من أداء الشهادة.

٢٨٦- المسألة الثانية: إمهال المدعى عليه لتقديم الدفع.

٢٨٦/١- إذا أقام المدعي دعواه، وأقام عليها البينة، فادعى المدعى عليه أن له دفعاً بينة حاضرة؛ فإن القاضي يمهل مدة معينة لتقديمه، صوتاً للقضاء عن النقض لاحقاً، وللقاضي أن يتخير المدة التي يراها مناسبة، فإن شاء أمهله إلى آخر المجلس، وإن شاء أمهله إلى الغد، وإن شاء أمهله إلى بعد الغد ولا يزيد عليه، لأنه لا يسعه التأخير أكثر من ذلك بعد توجه الحق عليه.

٢٨٦/٢- وإنما يمهل القاضي المدعى عليه لتقديم الدفع إذا ادعى أن له بينة حاضرة، أما إن ادعى بينة غائبة لم يؤخره القاضي ويقضي للمدعي^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٤٦/٧ - ٨١ - ٨٢، المبسوط ١٧١/٩، تبين الحقائق مع كثر الدقائق بهامشه ١٨٧/٣ - ١٨٨، فتح القدير لابن الهمام ٢٧٨/٥، شرح منتهى الإرادات ٥٧٧/٣، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٣٧٤ - ٥٣٧٥، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي لعوض عوض ٣١٥ وما بعدها، وسائل الإثبات أ.د. محمد الزحيلي ٧٧٦/٢ وما بعدها. وبما أن الحنفية قالوا بتقادم الشهادة في الحدود دون غيرهم فإنهم بحثوا في مدة التقادم التي ترد بها الشهادة في الحدود، وقد سبق ذكر اختلافهم في ذلك فقرة (٢٤٠).

(٢) بدائع الصنائع ج ١٣/٧.

٢٨٦/٣- والملاحظ هنا أن سلطة القاضي في تقدير مدة الإمهال لتقديم
الدفء مقيدة وليست على إطلاقها.

٢٨٧- المسألة الثالثة: الاستفسار عن الإعسار.

٢٨٧/١- إذا شهد شاهد عند القاضي بإعسار رجل؛ فإن الاستفسار عن
معرفة بباطن حال المشهود عليه راجع إلى القاضي، فإن غلب على ظنه أنه لم
يشهد إلا بعد تقدم خبرة باطنة به فله أن يستفسره عن ذلك، وله أن يسكت،
اعتماداً على غلبة ظنه بعلمه، أما إن استجهله الحاكم أو ارتاب منه فلا بد من
سؤاله واستفصاله عن خبرته بباطن حال المشهود عليه.

٢٨٧/٢- وإذا استفصل القاضي من الشاهد وجب عليه التفصيل، فإن
رأى أنه خبير بباطنه أمضى شهادته، وإن أجابه بالنفي لم يأخذ بشهادته. وإذا
سكت الشاهد ولم يُجب وفرَضَ القاضي أنه عالم بباطن المشهود عليه أمضى
شهادته، وإن فرَضَ كونه جاهلاً لم يمض شهادته^(١).

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٣٩.

المبحث الثالث

اليمين

اليمين من وسائل الإثبات المتفق عليها بين الفقهاء كالشهادة، ولها أثر ديني وديني لما يترتب عليها من الثواب أو العقاب في الآخرة، ومن فصل الخصومات وحفظ الحقوق لأهلها في الدنيا.

المطلب الأول: معنى اليمين

٢٨٨ / ١ - اليمين لغة: القوة، والقسم، واليد والجارحة^(١).

٢٨٨ / ٢ - اليمين اصطلاحاً:

٢٨٨ / ٢ / ١ - هي عقد قوي به عزم الخالف على الفعل أو الترك^(٢) وهذا

عند الحنفية.

٢٨٨ / ٢ / ٢ - وعند المالكية: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته^(٣).

٢٨٨ / ٢ / ٣ - وعند الشافعية: تحقيق أمر غير ثابت، ماضياً كان أو مستقبلاً،

نفيّاً أو إثباتاً، ممكناً أو ممتنعاً، صادقة كانت اليمين أو كاذبة، مع العلم بالحال أو مع الجهل به^(٤).

(١) مختار الصحاح (ي م ن).

(٢) الجوهرة النيرة للعبادي ١/١٩١، الفتاوى الهندية ٢/٥١.

(٣) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/١٩.

(٤) روض الطالب بهامش أسنى المطالب ٤/٢٤٠.

٢٨٨/٢/٤ - وعرفها الحنابلة بأنها: توكيد حكم بذكر معظم على وجه الخصوص^(١).

٢٨٨/٣ - وتعريفات اليمين متعددة، ويذهب الباحث إلى أنها: تأكيد ثبوت أو نفي حق أو واقعة باستشهاد الله تعالى أمام القاضي^(٢).

والمسائل التي يظهر فيها النشاط التقديري للقاضي في اليمين أمجها في المطالب الآتية:

المطلب الثاني: التحليف على السبب والتحليف على الحاصل^(٣)

٢٨٩ - يجب أن تكون صيغة اليمين على حسب الجواب في الدعوى، فإذا كانت الدعوى بملك أو حق مطلق فالتحليف يكون على الحاصل، بأن يحلف من توجهت عليه اليمين: بالله ماله قبلي كذا ولا شيء منه.

واختلف الفقهاء فيما ينبغي أن يكون عليه جواب الدعوى إذا ذكر المدعي في دعواه سبب الملك وعينه، وتكون اليمين على حسب الجواب في الدعوى^(٤)، والفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

- (١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٣٧/٣.
- (٢) اليمين القضائية في الإثبات، رسالة الماجستير للباحث ص ٣٩.
- (٣) السبب لغة: الحبل، وما يتوصل به إلى غيره، مختار الصحاح (س ب ب)، والحاصل لغة: ما بقي وثبت وذهب ما سواه، لسان العرب (ح ص ل، س ب ب) مختار الصحاح (ح ص ل، س ب ب)، والحاصل اصطلاحاً: صورة إنكار المنكر، الدر المختار بهامش رد المختار ٥٥٦/٥، وجاء في المادة (١٧٤٩) من المجلة: «يكون اليمين إما على السبب أو على الحاصل، وهو أن اليمين بوقوع خصوص أو عدم وقوعه يمين على السبب، أما اليمين على بقاء خصوص إلى الآن أو عدم بقاءه؛ فيمين على الحاصل. مثلاً: اليمين، في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع أصلاً هي يمين على السبب، أما اليمين ببقاء العقد إلى الآن، أو بعدم بقاءه فهي يمين على الحاصل» وقد تناولت كتب الحنفية هذه المسألة بتوسع أكثر من كتب المذاهب الأخرى.
- (٤) ابن عابدين ٥٥٦/٢، مغني المحتاج ٤١٢/٦.

٢٨٩/١ - القول الأول: يكون التحليف على الحاصل لأنه أحوط، فإذا ذكر المدعي في دعواه سبب الحق المدعى به كالبيع فأجابه المدعى عليه بنفي الحاصل كقوله: مالك عليّ حق، كان جواباً صحيحاً ويحلف عليه.

أجاز ذلك الشافعية في قول عندهم، والحنابلة، وأبو حنيفة، ومحمد، وهو ظاهر الرواية، فيما إذا كان سبب الحق مما يمكن ارتفاعه، كالبيع، إذ يمكن ارتفاعه بالإقالة مثلاً، وكان لا يلحق بالمدعي ضرر. وقال به أبو يوسف فيما إذا عرض المدعى عليه في جوابه عن الدعوى بإمكان رفع السبب^(١).

٢٨٩/٢ - القول الثاني: يكون التحليف على السبب، أجاز ذلك الشافعية في قول عندهم من غير إلزام المدعى عليه بذلك، وأجاز ذلك الحنابلة في بعض الحالات كما يفهم من مذهبهم، وهو مفهوم مذهب المالكية، وإليه ذهب أئمة الحنفية الثلاثة إذا كان السبب مما لا يمكن ارتفاعه، وكذا إن أمكن ارتفاعه عند أبي يوسف، إلا إن عرض المدعى عليه برفع السبب فيحلف على الحاصل عنده^(٢).

٢٨٩/٣ - القول الثالث: إن التحليف يكون على وفق الإنكار، فإن أنكر المدعى عليه الحاصل حلف على الحاصل، وإن أنكر السبب، وهو موضوع الدعوى؛ حلف على السبب. وهذه رواية أخرى عن أبي يوسف، واستحسنه شمس الأئمة الحلواني وقال: عليه أكثر القضاة، وأجاز الشافعية أيضاً الحلف على نفي السبب إذا أجاب المدعى عليه بجواب مطلق^(٣).

(١) مغني المحتاج ٤١١/٦ وما بعدها، ابن عابدين ٥٥٦/٥، تكملة فتح القدير ١٩٨/٨، وما بعدها كشف القناع ٣٣٣/٦ - ٣٣٤.

(٢) كشف القناع ٤٥٨/٦ - ٤٥٩، مغني المحتاج ٤١١/٦، الدسوقي على الشرح الكبير ٢٣٠/٤، تبصرة الحكام ٣٦٥/١ - ٣٦٦، وكيفية التعريض أن يقول المدعى عليه مثلاً للقاضي: إن الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقبل فيه.

(٣) مغني المحتاج ٤١١/٦ - ٤١٢، تكملة فتح القدير ١٩٨/٧ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٥٥٦/٥.

يتبين مما سبق أن الحنفية متفقون على حالات ثلاث:

- ١- إذا كان السبب لا يمكن ارتفاعه فإن التحليف يكون على السبب.
 - ٢- إذا لحق ضرر بالمدعي من الحلف على الحاصل فإن التحليف يكون على السبب.
 - ٣- إذا كان السبب مما يرتفع ولم يلحق ضرر المدعي وعرض المدعى عليه برفع السبب فإن التحليف يكون على الحاصل.
 - ٤- القول الرابع: إن كون التحليف على السبب أو الحاصل يعود تقديره للقاضي حسبما يراه محققاً للمصلحة أكثر، وهذا ما ذهب إليه فخر الإسلام البزدوي^(١).
- وهو ما يميل إليه الباحث.

المطلب الثالث: البداءة بالتحالف

٢٩٠- التحالف: هو توجيه اليمين على كلا الخصمين^(٢).

٢٩١- اختلف الفقهاء على أربعة أقوال فيمن يملّفه القاضي أولاً، وكثيراً ما يُمثل الفقهاء للتحالف بمسألة البائع والمشتري.

(١) تكملة فتح القدير ١٨٢/٨، ١٩٨ وما بعدها، البحر الرائق ٢١٥/٧، درر الحكام لحيدر ٥٠٤/٤ م (١٧٤٩) وانظر لما سبق: الموسوعة الفقهية الكويتية (إثبات - طرق إثبات الدعوى)، وسائل الإثبات للزحيلي ٣٤٧/١ وما بعدها، اليمين القضائية، للباحث ٧٢ وما بعدها.

(٢) المادة (١٦٨٢) من المجلة، وعرفه الكاساني بأنه: «الحلف من الجانبين بنص خاص» والنص هو حديث: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا» البدائع ٢٥٩/٦، وجاء في بعض شروح المجلة أن نص المادة: «هو تحليف الخصمين كليهما» انظر شرح المجلة للمحاسني. ويكون التحالف في الدعوى التي يرفض فيها كل خصم قول خصمه ويعجز عن إثبات موقفه، فيحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات قوله، ويقسم المدعى به بينهما نصفين، وكذلك إذا أقاما بينتين وتساقطتا، على تفصيل موجود في كتب الفقه.

٢٩١/١ - القول الأول:

يحلّف البائع أولاً، والمشتري بعد ذلك له أن يأخذ بما قال البائع، وله أن يحلّف على قوله. ذهب إلى ذلك الحنابلة، والشافعية، والمالكية، وأبو حنيفة في رواية عنه، وأبو يوسف في أحد قوليه، وزفر^(١).

وقيد الحنفية هذا بما إذا كان البيع بيع عين بثمان، أما إذا كان مقايضة أو صرفاً فيختار القاضي ويبدأ بأيهما يشاء، لاستواء الخصمين في الإنكار وفي فائدة النكول.

٢٩١/٢ - القول الثاني:

يحلّف المشتري أولاً، فيحلّف على إثبات قوله ونفي قول خصمه.

ذهب إلى ذلك الحنفية في الصحيح عندهم، وهو ظاهر الرواية، والشافعية في قول، والمالكية في قول^(٢).

وخص الحنفية ذلك بما إذا كان البيع بيع عين بثمان، وإلا اختار القاضي من يشاء فيحلّفه أولاً.

٢٩١/٣ - القول الثالث:

يقرع الحاكم بين المتنازعين، فيحلّف أولاً من تخرج قرعته. ذهب إلى ذلك المالكية في قول عندهم، والشافعية في قول، والحنابلة فيما ذكره بعضهم^(٣).

(١) البدائع ٢٥٩/٦، تكملة فتح القدير ٢٠٨/٨، وما بعدها، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٤٨، تبصرة الحكام ٢٤٥/١، المغني لابن قدامة ١٣٧/٤ م (٣٠٦٦).

(٢) البدائع ٢٥٩/٦، تكملة فتح القدير ٢٠٨/٨، وما بعدها، تبصرة الحكام ٣٧٥/١، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٤٨.

(٣) مثلاً: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٦١/٣، ٥٦٦، تبصرة الحكام ٣٧٥/١، أدب القضاء لابن أبي الدم الشافعي ٢٤٨.

٢٩١/٤ - القول الرابع: يختار القاضي من يشاء للبدء بالحلف أولاً. وهو قول عند الشافعية، وذهب إليه الحنفية فيما إذا كان البيعُ بيعَ ثمن بثمان^(١).

٢٩٢ - ويلاحظ من الأقوال الثلاثة الأولى دور القاضي فيمن يحلف أولاً من المتخاصمين، أما القول الرابع فيذهب إلى تفويض القاضي فيمن يقدمه للحلف أولاً. ومن المعلوم أن تصرفات الإمام ونوابه على من هم تحت سلطتهم مقيدة بالمصلحة^(٢).

المطلب الرابع: تغليظ اليمين

٢٩٣ - يقصد بتغليظ اليمين تشديدها وتأكيدتها وتقويتها^(٣)، وذلك بأن يُطلب من يحلفها أن يحلفها بلفظ خاص، أو في مكان خاص، أو زمان خاص، أو على هيئة معينة. والمراد من التغليظ الخروج باليمين عن المعتاد من هيئتها وصيغتها كي تكون أبلغ في الزجر وأقرب لتحقيق المقصود من الغاية المشروعة لها.

ويتعلق بتغليظ اليمين فروع عدة:

٢٩٤ - الفرع الأول: تغليظ اليمين باللفظ:

ويكون ذلك بزيادة بعض أسماء الله تعالى أو صفاته التي تقتضي تعظيمه على صيغة اليمين المعتادة.

وقد ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة إلى جواز تغليظ اليمين باللفظ، في حق المسلم وغيره^(٤).

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٤٨، تكملة فتح القدير ١٩٥/٧.

(٢) وانظر للتوسع: المغني ١٣٧/٤، البدائع ٢٥٩/٦، تكملة فتح القدير ٢٠٨/٨، وما بعدها.

(٣) المصباح المنير (غ ل ظ).

(٤) كشف القناع ٤٥٠/٦، تكملة فتح القدير ١٩٥/٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي =

٢٩٥- واختلف المجيزون للتغليظ في حكمه على ثلاثة أقوال، بين مُسْتَجِب وموجب ومُبِيح^(١).

١/٢٩٥- القول الأول:

التغليظ باللفظ مباح، وتقديره عائد للقاضي حسبما يرى من حال الخالف، فإن كان يرى منه اجترأ على اليمين الكاذبة غلظ عليه، وحسبما تكون قيمة المدعى به، فإن كان خطيراً كأحكام الأبدان والجناية التي لا توجب قوداً؛ غلظ اليمين.

وإذا غلظ القاضي اليمين وجب عليه أن يتجنب العطف بين أسماء الله تعالى وصفاته كي لا تتكرر اليمين.
قال بذلك الحنفية، والحنابلة^(٢).

٢/٢٩٥- القول الثاني:

ذهب الشافعية، والحنابلة في قول، إلى استحباب تغليظ اليمين باللفظ، سواء طلبه الخصم أم لا، بل حتى لو أسقط الخصم حقه في ذلك. وتغلظ اليمين في

= ١٠/٣١١-٣١٢، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ٢/٣٤١، تبصرة الحكام ١/٢١٧، وما بعدها. ولم يمنع من التغليظ باللفظ إلا الخرقى كما في ظاهر كلامه وذلك بالنسبة للمسلم فقط (المغني ١٠/٢١١م: ٨٤٣٢) والحنابلة في رواية ذكرها صاحب الفروع ٦/٥٣٢. وقد مال ابن العربي المالكي إلى تركه لأن الله تعالى ما غلظ من كتابه يمينا قط (أحكام القرآن، له ٢/٢٤٤-٢٤٥) والحلف عند المالكية في جميع الحقوق (بالله الذي لا إله إلا هو) ولا يزداد على ذلك، والتغليظ عندهم زيادة (الذي لا إله إلا هو) على لفظ الجلالة (تبصرة الحكام ١/٢١٧، التاج والإكليل ٦/٢١٦-٢١٧).

(١) هذه هي أشهر الأقوال، وجاء في الفروع لابن مفلح ٦/٥٣٢: «وقيل يكره، وفي التبصرة رواية: لا يجوز، اختاره أبو بكر والحلواني، ونصر القاضي وجماعة: لا تغلظ، لأنها حجة أحدهما، فوجبت موضع الدعوى كالبينة، وعنه: يستحب، وذكره الخرقى في أهل الذمة». اهـ.

(٢) البدائع ٦/٢٢٧، وما بعدها، الكنز بهامش تبين الحقائق ٤/٣٠١، وما بعدها، الفروع لابن مفلح ٦/٥٣٢.

القليل والكثير إذا كان المدعى به ليس مالا ولا يقصد منه المال ولا يثبت إلا بشاهدين، كالحدود، ولا تغلظ إلا في الكثير فيما يثبت بشاهد وامرأتين من الأموال، والكثير هو نصاب الزكاة لأن ما دونه تافه^(١). إلا إذا كان في الحالف جراءة على الكذب فللقاضي التغليظ عليه ولو كان المدعى به دون النصاب^(٢).

٢٩٥/٣ - القول الثالث:

ذهب المالكية إلى أن التغليظ باللفظ واجب إذا طلبه الخصم، لأن التشديد في اليمين وتغليظها حقه، وإذا امتنع الحالف من التغليظ كان ناكلاً، ويكون التغليظ في ربع دينار فأكثر، وهو نصاب السرقة^(٣).

٢٩٦ - ويلاحظ مما سبق أن الأقوال الثلاثة متقاربة، إذ من قال بالإباحة لم يمنع من التغليظ في الأمور المهمة الخطيرة التي تعظم إضاعتها إن حلف من توجهت عليه اليمين دون تغليظ وكان القاضي يلاحظ منه اجترأ على الكذب، وكذلك فإن أصحاب الأقوال الثلاثة جعلوا التغليظ باللفظ أمراً يعود تقديره للقاضي حسبما يرى من المصلحة؛ ما لم يطلب صاحب اليمين من القاضي أن يغلظها على خصمه، فيكون التغليظ واجباً عند المالكية. وإذا رأى القاضي تغليظ اليمين فالأولى ألا يتوقف ذلك على طلب صاحب اليمين، وإنما يلاحظ القاضي قيمة المحلوف عليه، وحال الحالف، ويغليظ بما يراه أضر وأردع^(٤).

(١) الأم ٣٤-٣٦، قلوبوي وعميرة ٤/٣٤٠، الفروع ٦/٥٣٢.

(٢) مغني المحتاج ٦/٤١٦، ٤١٧.

(٣) الخرشي ٧/٢٣٧، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/٣٤١، حاشيته الدسوقي ٤/٢٢٨.

(٤) قال في كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٤/٣٠١-٣٠٢: «... لأن أحوال الناس شتى، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغليظ عليه لعله يمتنع بذلك، وله أن يزيد على هذا إن شاء وله أن ينقص عنه... ولو لم يغليظ جاز، وقيل: لا يغليظ على =

٢٩٧- والزيادة التي يغلظ بها القاضي اليمين يحددها القاضي أيضاً، وقد ذكر الفقهاء نماذج ماثورة لذلك.

٢٩٧/١- فالمسلم يحلف مثلاً: بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضار النافع، أو الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، أو الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ونحو ذلك.

٢٩٧/٢- والكتابي: يزداد عليه بذكر المنزل على نبيه، فيزداد على اليهودي: والله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني: والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، وقد يُزداد عليهما بذكر بعض نعم الله عليهم، فيزداد على اليهودي: وفلق له البحر وأنجاه من فرعون وملئه، والنصراني: وأحيا له الموتى بإذن الله وأبرأ له الأكمه والأبرص، ونحو ذلك.

٢٩٧/٣- أما المجوسي فيزداد عليه: بالله الذي خلق النار، أو رزقني وصورني وخلقني، وقال المالكية: يحلف المجوسي على لفظ الجلالة (الله) ولا يزداد على ذلك.

٢٩٧/٤- والوثني والصابيء يحلف بالله وحده، وقيل: بل يزداد عليهما كالمجوسي عند غير المالكية، وهذا عند الشافعية والحنابلة.

٢٩٧/٥- أما الجاحد الذي لا يعتقد إلهاً ولا معبوداً، كالدهرية، فعند الشافعية يحلف بالله الخالق الرزاق^(١).

= المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره، وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير». اهـ. وفي أسنى المطالب (٤/٣٩٩) أن البلقيني والقاضي حسين ذهباً إلى أن للقاضي أن يغلظ باللفظ وإن كان المدعى دون النصاب.

(١) ينظر لما سبق: المبسوط ٦/١١٨، وما بعدها، البدائع ٦/٢٢٧-٢٢٨، تكملة فتح القدير ٨/١٩٥ وما بعدها، ابن عابدين وبهامشه الدر ٥/٥٥٦، وما بعدها، مغني المحتاج ٤/٤١٧، =

٢٩٨- الفرع الثاني: التغليظ بالزمان والمكان

اختلف الفقهاء في جواز تغليظ اليمين بالزمان والمكان على مذهبين:

١/٢٩٨- المذهب الأول:

يجوز تغليظ اليمين بالمكان أو الزمان، على اختلاف بين أصحاب هذا المذهب. ذهب إلى ذلك الشافعية وقالوا باستحبابه، وإن لم يطلبه الخصم إذا كان المدعى به أكثر من نصاب الزكاة، وفي قول عندهم: يجب التغليظ بالمكان، وقال الحنفية بجوازه مع عدم استحبابه، واتفق الحنابلة على جوازه للذمي وقال به أكثرهم بالنسبة للمسلم، وإن تركه الحاكم كان مصيباً، وقال به المالكية في قول، والمعتمد عندهم جوازه في المكان دون الزمان، وإذا طلبه الخصم وكان المدعى به أكثر من ربع دينار كان التغليظ واجباً^(١).

٢/٢٩٨- المذهب الثاني:

لا يجوز التغليظ بالزمان والمكان، على اختلاف بين أصحاب هذا المذهب أيضاً. ذهب إلى ذلك الحنابلة في رواية بالنسبة للمسلم، والمعتمد عند المالكية: عدم جواز التغليظ بالزمان إلا في اللعان والقسامة، وذهب بعض الحنفية إلى عدم جواز التغليظ بالمكان^(٢).

= أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٦٩-٢٧٠ الخرشني على مختصر خليل ٧/٢٣٧-٢٣٨، تبصرة الحكام ١/٢١٧-٢١٨، المغني ١٠/٢١١ وما بعدها م(٨٤٣٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٦١٤-٦١٥، كشاف القناع ٦/٤٥٠-٤٥١.

(١) المبسوط ١٦/١١٨، وما بعدها، البدائع ٦/٢٢٧-٢٢٨، تكملة فتح القدير ٨/١٩٨، ابن عابدين ٥/٥٥٦، مغني المحتاج ٦/٤١٧، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٦٩-٢٧٠، الخرشني ٧/٢٣٧، وما بعدها، تبصرة الحكام ١/٢١٧ وما بعدها، المغني ١٠/٢١١-٢١٢ م(٨٤٣٢)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٦١٤-٦١٥.

(٢) المغني ١٠/٢١٢ م(٨٤٣٢)، الخرشني ٧/٢٣٧ وما بعدها، البدائع ٦/٢٢٧-٢٢٨، تكملة =

٢٩٩- خلاصة: يلاحظ مما سبق أن أكثر الفقهاء في الجملة يميزون تغليظ اليمين بالزمان والمكان أو بأحدهما، وإن ذهب بعضهم إلى عدم استحبابه أو عدم جوازها في بعض الحالات. ولعل الأفضل تفويض ذلك للقاضي حسبما يرى من المصلحة، ويتأكد عند خطورة المحلوف عليه أو ظهور ريبة من الخالف. والله أعلم.

٣٠٠- ويكون التغليظ بالمكان بأن يحلف من توجهت عليه اليمين في أشرف مكان في بلده الذي هو فيها، سواء كان مسلماً أم غير مسلم.

٣٠٠/١- أما المسلم فيحلف عند منبر النبي ﷺ إن كان من أهل المدينة، وحدده بعض الفقهاء بأن يكون عند المنبر مما يلي القبر الشريف، وبعض الفقهاء بأن الحلف على منبره ﷺ، وأهل مكة يحلفون بين الركن والمقام إن توجهت عليهم يمين مغلظة.

وأهل المقدس يحلفون عند الصخرة المشرفة. أما من لم يكن من أهل هذه المواضع فيحلف في المسجد الجامع في أشرف مكان فيه، وهو المنبر، أو المحراب، وقيل: في أي مكان من المسجد.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الخالف إذا لم يكن في بلدته مسجد جامع فيحضر إلى البلد الآخر الذي فيه مسجد جامع إذا كانت المسافة بينهما أقل من مسافة القصر، وقيل: بل مسافة الجمعة. أما إذا كان أكثر من ذلك فينبى الحاكم

= فتح القدير ١٩٨/٨، وما بعدها، ابن عابدين ٥٥٦/٥، ومن يستعرض كثيراً من كتب الحنفية يلاحظ اضطرابهم في هذه المسألة، ولعل السبب ما توهمه ظواهر متون كتبهم المعتمدة من عدم الوجوب أو عدم المشروعية، ولكن أكثرهم على أنه مشروع وليس بحسن لأن فيه إشراكاً لغير الله تعالى في التعظيم، والملاحظ أيضاً أنهم لا يبينون كيفية تغليظ اليمين بالزمان والمكان، بل ينصون على عدم الحلف في المساجد أو البيع أو في أي وقت معين، مما جعل كثيراً من الفقهاء ينسبون إلى الحنفية القول بتحريم التغليظ بالزمان والمكان. والله تعالى أعلم.

عنه من يستحلف الخصم من أهل بلده ويغلف عليه، إذا كان هذا البلد من توابع بلد القاضي.

وفي القسامة: يُجلب الخالف إلى مسجد مكة أو المدينة أو بيت المقدس إذا كان بلده تابعاً لها.

ولم يجز الشافعية ذلك إلا إذا كان من باب السياسة الشرعية.

٣٠٠/٢- وغير المسلم يحلف في أشرف البقاع في معتقده، عدا الوثني:

فاليهودي والنصراني يحلفان في بيوت عبادتهم وحيث يعظمون، كالمذبح، ويحضر القاضي بيوت عبادتهم لتحليفهم.

٣٠٠/٣- أما المجوسي فيحلف في بيت النار لأنه مكان معظم عنده، ويحضر القاضي إلى بيت النار لتحليفه.

٣٠٠/٤- والوثني: يعظم بيت الأصنام فيسقط التغليظ بالمكان عنه، وكذلك بالنسبة للجاحد للإله، كالدهري.

٣٠١- ويكون التغليظ بالزمان بإحلاف الخصم في وقت معظم تهاب فيه النفوس الإقدام على الكذب.

٣٠١/١- فالمسلم يتحرى الأوقات المعظمة، كالساعات التي يحضرها الناس في المساجد ويجتمعون للصلاة، أو بعد صلاة العصر، وإن لم يكن ضرر بتأخير اليمين إلى ما بعد صلاة عصر يوم الجمعة كان أفضل، وكذلك الأوقات الفاضلة كشهري رجب ورمضان.

٣٠١/٢- وكذلك غير المسلم: يحلفه القاضي في الأوقات التي يعظمونها، كأن يحلف النصراني بعد الصلاة التي يراها أعظم صلواته.

وأجاز المالكية للطالب (أي المدعي) تحليف اليهودي يوم السبت والنصراني يوم الأحد لأنهم يرهبون من ذلك، وإذا طلبه الخصم أجبرهم القاضي عليه.

والجوسي والوثني يسقط عنه التغليظ بالزمان لأنه ليس لهم صلاة مؤقتة إلا إن كان لهم زمن يقدسونه. والجاحد الدهري يسقط عنه التغليظ بالزمان^(١).

٣٠٢- وما سبق ذكره من التغليظ بالزمان والمكان هو عند غير الحنفية؛ لأنهم يرون كراهة التغليظ بالزمان والمكان، بل نصوا في كتبهم على أن القاضي لا يحلف في المسجد أو في زمن معين، وكذلك لا يُبعث بغير المسلم إلى بيت عبادته لكراهة دخولها، لما في ذلك من التعظيم لها. واستثنى بعض الحنفية اليهودي والنصراني وأنه يُبعث به إلى بيت عبادته إذا طلب الخصم المدعي ذلك ورأى القاضي ريبة من الخالف^(٢).

٣٠٣- الفرع الثالث: التحليف بالمصحف: الأصل أن اليمين المشروعة هي اليمين (بالله) تعالى، لكن إذا رأى القاضي تحليف الخصوم بالمصحف تغليظاً لليمين فهل يجوز ذلك؟

للعلماء مذهبان في ذلك:

٣٠٣/١- المذهب الأول: ذهب المالكية، والشافعي، وبعض الشافعية، إلى جواز تحليف القاضي بالمصحف، لأن القاضي إذا رأى أن الخصوم متهاونين في

(١) نهاية المحتاج للرملي ٣٥١/٨ - ٣٥٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٥٤، ٢٥٦، ٢٦٩، ٢٧١، الخرخشي ٢٣٧/٧، ٢٣٨، ويرى الخرخشي عدم التغليظ بالزمان، تبصرة الحكام ٢١٩/١ - ٢٢٥ - ٣٩٣، المغني لابن قدامة ٢١١/١٠ - ٢١٢ م (٨٤٣٢)، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦١٤/٣ وما بعدها.

(٢) المبسوط ١١٩/١٦ - ١٢٠، البدائع ٢٢٧/٦ - ٢٢٨، تكملة فتح القدير ١٩٨/٨ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٥٥٦/٥.

حلف اليمين ولا ينكفون عن الباطل إلا بذلك؛ كان له تحليفهم على المصحف، إذ يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور^(١).

٣٠٣/٢ - المذهب الثاني: وذهب الحنابلة، وبعض الشافعية، إلى عدم جواز إحلاف القاضي للخصوم بالمصحف؛ لأنه حلف بغير الله تعالى، ولأنه زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ، ولم يفعله الخلفاء الراشدون ولا قضاتهم، ولا دليل يميز التحليف به^(٢).

وقال بعض الشافعية: إن المراد بالتحليف على المصحف أن يوضع المصحف في حجر الحالف لا أن يحلف عليه، لأن المقصود تخويله بمحضرة المصحف^(٣).

وما سبق من التحليف بالمصحف هو في حق المسلم، لأن غير المسلم لا يقدس المصحف ولا يؤمن به.

أما غير المسلم فقد ذهب كعب بن سور قريباً مما ذهب إليه الشافعية بالنسبة للحالف المسلم بأن المراد أن يوضع المصحف في حجره، فقد قال كعب بن سور

(١) حاشية العدوي بهامش الخرشى على مختصر خليل ٢٣٧/٧، الدسوقي وبهامشه الشرح الكبير ٢٢٨/٤، بلغة السالك ٣٧٧/٢، مغني المحتاج ٤١٧/٦ وفيه: وقال القاضي حسين باستحبابه، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٥٦، ٢٥٧، وفيه أن بعض الشافعية قالوا: إنما يحلفه بمن أنزل القرآن أو بما في المصحف من القرآن أو بما هو مكتوب في المصحف أو بالقرآن، ولا يحلفه بحق المصحف لأنه تحليف بغير الله. وذكر ابن أبي الدم أن الماوردي ممن يقول بجواز التحليف على المصحف.

(٢) المغني ٢١٣/١٠ م (٨٤٣٣)، مطالب أولي النهى ٤٤٨/٩، نهاية المحتاج وبهامشه المنهاج ٣٥١/٨.

(٣) الرملي في نهاية المحتاج ٣٥٢/٨، ابن أبي الدم في أدب القضاء ٢٥٧، البجيرمي على المنهج ٤١٠/٤.

في نصراني: [اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل في حجره والتورة على رأسه] ^(١).

٣٠٤- الترجيح: يميل الباحث إلى القول بجواز التحليف بالمصحف أو القرآن تغليظاً على الخالف إذا رأى القاضي جدوى ذلك وكثرة تهاون الناس في حلف اليمين، وتقدير ذلك عائد للقاضي.

وترجيح القول بجواز التحليف بالمصحف أقرب لتحقيق المقصود من اليمين من حيث المهابة منها وعدم الإقدام على حلفها إلا عن صدق، وأقرب لحفظ الحقوق من الضياع، وبخاصة عند تجاسر الناس على حلف أيمان غير صادقة. قال الإمام الشافعي: «أخبرني مطرف بن مازن أن ابن الزبير أمر بأن يحلف على المصحف... ورأيت مطرفاً بصنعاء يحلف على المصحف... وقد كان من حكام الآفاق من يستحلف على المصحف، وذلك عندي حسن» ^(٢).

والملاحظ من قول الشافعي هذا أن التحليف بالمصحف أمر اجتهادي يفعله الحاكم إن رأى مصلحة في ذلك. ولا مانع من أن يجمع القاضي في تغليظ اليمين على الخالف بين أن يحلفه على المصحف وأن يجعل المصحف في حجره، أو أن يضع يده على المصحف حال حلفه. والله تعالى أعلم وأحكم.

(١) المغني ١٠/٢١٣، م(٨٤٣٢)، وفي السنن الكبرى للبيهقي ١٠/١٨٠، باب ما جاء في الافتداء عن اليمين: [أن كعب بن سور أدخل يهودياً الكنيسة ووضع التورة على رأسه واستحلفه بالله]، ومعناه في مصنف عبد الرزاق ٦/١٣٠، رقم ١٠٢٣٥، في شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض، وأيضاً ٨/٣٦١ باب كيف يستحلف أهل الكتاب، ومصنف عبد الرزاق، كتاب أهل الكتاب، باب كيف يستحلف أهل الكتاب، وكذلك ٨/٣٦١ رقم ١٥٥٤٣، من كتاب الشهادات باب كيف يستحلف أهل الكتاب.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الشهادات، باب تأكيد اليمين بالزمان والحلف على المصحف ١٠/١٧٨، وورد بعضه في الأم ٦/٢٧٨، ومغني المحتاج ٦/٤١٧، وأدب القضاء لابن أبي الدم ٢٥٦.

٣٠٥ - الفرع الرابع: التحليف بالطلاق: اختلف الفقهاء على مذهبين في جواز تحليف القاضي بالطلاق إذا أراد أن يغلظ اليمين على الخصوم.

٣٠٥ / ١ - المذهب الأول: لا يجوز التحليف بالطلاق مطلقاً لأنه حلف بغير الله تعالى، وإن ألح الخصم بطلب ذلك لم يجبه القاضي لما يطلب. ذهب إلى ذلك الشافعية، والحنابلة، وهو ظاهر الرواية عند الحنفية وهو ما عليه معظمهم والمفتى به عندهم.

واستدلوا بأدلة النهي عن الحلف بغير الله تعالى، منها حديث:

«فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»^(١)، وقوله ﷺ: «من حلف بغير الله فقد أشرك»، وفي رواية: «فقد كفر»^{(٢)(٣)}.

(١) رواه البخاري في كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف، رقم ٢٥٣٣، ومسلم في كتاب الأيمان باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى رقم ١٦٤٦، ١٢٦٦/٣، وأبو داود في كتاب الأيمان والنذور، باب في كراهية الحلف بالأبء، رقم ٣٢٤٩، والموطأ كتاب النذور والأيمان، باب جامع الأيمان رقم ١٠٣٧، وأحمد في مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو، رقم ٤٥٠٩.

(٢) رواه الترمذي في كتاب النذور والأيمان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية الأيمان في الحلف رقم (١٥٣٥) بلفظ «فقد كفر أو أشرك»، وقال حديث حسن، وأبو داود في كتاب الأيمان والنذور، باب في كراهية الحلف بالأبء، رقم ٣٢٥١، وأحمد في المسند، مسند المكثرين من الصحابة، باقي المسند السابق، رقم ٦٠٣٦ بلفظ «فقد كفر أو أشرك»، وفي مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو، رقم ٥٣٥٢، بلفظ «فقد أشرك» وفي مواطن أخرى، والحاكم ١/١٨ في كتاب الإيمان وقال صحيح على شرط الشيخين فقد احتجا بمثل هذا الإسناد، وخرجاه في الكتاب وليس له علة، وأقره الذهبي. وأورده كذلك في كتاب الإيمان ١/٥٢. وقال المناوي في فيض القدير ٦/١٥٥، رقم ٨٦٤٢: «قال في الكبائر: إسناده على شرط مسلم، وقال الزين العراقي في أماليه: رجاله ثقات». وقال الترمذي: (في الموضوع السابق) وفسر هذا الحديث عند بعض أهل العلم: أن قوله فقد كفر أو أشرك على التغليظ. (٣) مغني المحتاج ٦/٤١٧، نهاية المحتاج للرملي ٨/٣٥٢، كشف القناع ٦/٤٥١، مطالب أولي =

٣٠٥/٢ - المذهب الثاني: إذا مست الضرورة وألح الخصم في طلب تحليف خصمه بالطلاق كان أمر ذلك عائداً للقاضي في التحليف به. ذهب لذلك بعض متأخري الحنفية، وذكر بعضهم أنه يفتى به^(١).

واستدلوا بأن القاضي إذا رأى قلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى كان له أن يفعل ذلك ليكون أزر لهم وأرهب، لأن من يتجرأ على اليمين الكاذبة فإنه لا يتجرأ على الحلف بالطلاق، لأنه قد يؤدي إلى فرقة زوجه، فيكون التحليف بالطلاق موصلًا للمقصد الذي شرعت اليمين من أجله.

٣٠٥/٣ - المذهب الثالث: يجوز التحليف بالطلاق تغليظاً.

ذهب إلى ذلك المالكية. وهذا المذهب قريب من المذهب الثاني. واستدل أصحاب هذا المذهب إضافة لما استدل به أصحاب المذهب الثاني من المنقول بما روي عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال: [تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور]^(٢) وبأن الحاجة ماسة لحفظ الحقوق

= النهي ٤٤٩/٩، كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٣٠١/٤، ابن عابدين ٥٥٥/٥، تكملة فتح القدير ١٩٥/٨.

(١) تكملة فتح القدير ١٩٥/٨، الكنز بهامش البحر الرائق ٢١٢/٧ - ٢١٣، ابن عابدين ٥/٥٥٥.

(٢) لم أقف عليه في كتب الحديث، وأكثر من يورده كتب المالكية، وتعددت الأقوال في نسبة هذا القول، فمنهم من ينسبه للإمام مالك (المنتقى للباجي بلفظ قريب ٤٦/٦، الطرق الحكيمة ١٧٦) ومنهم من ينسبه لسيدنا عمر بن عبد العزيز (الفروق للقرافي ١٧٩/٤ الفرق ٢٤٦، وأيضاً ٢٥١/٤، الفرق ٢٦٩)، وقال: أي: يحدثوا أسباباً يقتضي الشرع فيها أموراً لم تكن قبل ذلك لأجل عدم سببها قبل ذلك، العدوي على كفاية الطالب الرباني ٣٤٠/٢، وقال: «يعني أن المجتهد يجوز أن يحدد أحكاماً لم تكن معهودة في زمن النبي ﷺ مثلاً بقدر ما يحدثه الناس من الأمور الخارجة عن الشرع، ولكن لو وقعت في زمن من الأزمنة لحكموا فيها بذلك، نحو الحلف على المصحف أو مقام ولي أو التحليف بالطلاق فيمن لم يقف على =

والأموال، وإن ذلك لم يكن مشروعاً في زمن النبي ﷺ وأصحابه لعدم وجود سببه في زمنهم، ولو وقعت في زمانهم لحكموا فيها بذلك، كما أن تركه يترتب عليه ضرر من إضاعة الحقوق والأموال، والقاضي مأمور بحفظها واتخاذ ما يوصل لذلك^(١).

٣٠٦- الترجيح: يبدو للباحث رجحان المذهب الأول وهو المنع من التحليف بالطلاق، لأمر عدة:

- ١/٣٠٦- قوة وصراحة أدلة المذهب الأول، وهي نص في موضع النزاع.
- ٢/٣٠٦- استدلال المذهبين الآخرين بالمعقول، وهو لا يقوى على معارضة النصوص القوية الواضحة.
- ٣/٣٠٦- الضرر العظيم المترتب على التحليف بالطلاق، من فرقة الأزواج وتفكيك الأسر، والأبضاع أعظم حرمةً من الأموال، وفيه تعدي الضرر من الحالف إلى غيره، وهو ممنوع.

= اليمين بالله... اهـ. تبصرة الحكام ١٥٣/٢، ٢١٧، البحر المحيط للزركشي ١/١٦٦، بلغة السالك ٣٣٧/٢ بزيادة (البدع)، وقال الدردير في الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي عليه ١٧٤/٤: «وهو من كلام عمر بن عبد العزيز استحسنته مالك، لأن من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة» وهذا القول يبين سبب الاضطراب في نسبة هذا القول، ونسب ابن فرحون هذا القول في موضع واحد لربيعة بلفظ: «تحدث للناس أفضية لما يجذون» ٢/٢٠٩، ونسبه الطرابلسي في معين الحكام ١٧٧ لعمر بن عبد العزيز بلفظ: «سيحدث للناس أفضية». وتذكر بعض الكتب هذا القول دوغماً نسبة على أنه قاعدة معروفة، ويراجع الفواكه الدواني ٢/٢٤٠-٢٤١ لقائدة شرحه لهذا القول.

(١) حاشية العدوي بهامش الخرشي على مختصر خليل ٧/٢٣٧، وذكر أن للقاضي أن يحلفه بالطلاق الثلاث ولحو ذلك إذا كان لا ينكف عن الباطل إلا بذلك، تبصرة الحكام ١/٢١٩، ٢/١٥٣، ٢١٧، وذكر أن ابن عاصم وغيره كان يفعل، التاج والإكليل ٦/٢١٧، الفواكه الدواني ٢/٢٤٠-٢٤١، وأجاز المالكية تحليف الشاهد ولو بالطلاق إذا اتهم (شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/١٨٧).

٣٠٦ / ٤ - إن معالجة تهاون الناس في حلف اليمين بالله تعالى لا تكون بما يؤدي إلى ارتكاب محرم أو ضرر أشد.

٣٠٦ / ٥ - قدرة القاضي على تغليظ اليمين بالمكان أو الزمان أو غيرهما مما فيه غنية عن التغليظ بالتحليف بالطلاق.

٣٠٦ / ٦ - قال الإمام الشافعي: «ومتى بلغ الإمام أن قاضياً يستحلف الناس بطلاق أو عتق أو نذر عزله عن الحكم لأنه جاهل»^(١) وإنما يعزله إذا كان يعتقد^(٢).

٣٠٦ / ٧ - ذكر ابن عبد البر أنه لا يعلم أحداً من أهل العلم يرى جواز ذلك^(٣)، بل نقل عنه الإجماع على ذلك^(٤).

٣٠٦ / ٨ - إن ظاهر القول بجواز التحليف بالطلاق لا يعني مشروعيته، بل يقصد منه أن يُعرض اليمين بالطلاق على الحالف لعله يمتنع^(٥).

المطلب الخامس: القضاء بالنكول واليمين المردودة

وبشاهد ويمين المدعي

٣٠٦ مكرر - إذا قدم المدعي شاهدين على دعواه، وقبلت شهادتهما، حكم بما ادعى، وإذا عجز عن البينة وطلب تحليف المدعى عليه فحلف رفضت دعوى المدعي، وهذا بالاتفاق.

(١) مغني المحتاج ٤١٧/٦.

(٢) نهاية المحتاج ٣٥٢/٨.

(٣) مغني المحتاج ٤١٧/٦.

(٤) كشف القناع ٤٥١/٦.

(٥) حاشية ابن عابدين ٥٥٥/٥.

لكن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك فيما إذا لم يقدم المدعي البينة على دعواه ونكل المدعى عليه عن اليمين، فهل يقضى على المدعى عليه بنكوله عن اليمين، أم لا يقضى بالنكول وحده بل ترد اليمين إلى المدعي؟

- أذكر بداية معنى النكول، وبم يكون.

٣٠٦م/١ - معنى النكول:

٣٠٦م/١/١ - النكول لغة: مصدر من نكل عن الأمر، بكسر الكاف وفتحها،

أي جبن ونكص، ونكل عن اليمين: جبن وامتنع منها وترك الإقدام عليها^(١).

٣٠٦م/١/٢ - واصطلاحاً: يتفق مع المعنى اللغوي بأنه: الامتناع عن

حلف اليمين التي طلبها القاضي^(٢).

وقال ابن عرفة: النكول: امتناع من وجبت عليه أو له اليمين منها^(٣).

٣٠٦م/٢ - بم يكون النكول: إذا عرض القاضي اليمين على الخصم فغالب

الأمر أن يكون جوابه واحداً مما يأتي:

٣٠٦م/٢/١ - أن يقول: لا أحلف، أو أنا ناكل، أو يقول لخصمه: احلف

أنت، ونحو ذلك، فيكون ناكلاً صراحة أو حقيقة^(٤).

٣٠٦م/٢/٢ - أن ينكل دلالة أو حكماً، كأن يسكت لغير عذر، ويصر

على سكوته وامتناعه، فيعدّ ناكلاً، ويحكم عليه بالنكول عند المالكية إذا أصر

(١) لسان العرب (ن ك ل)، مختار الصحاح (ن ك ل).

(٢) المنتقى للباجي ٢١٣/٥، البدائع ٢٣١/٦، المغني ٣٩١/٨ م (٧٠٢٦).

(٣) شرح حدود ابن عرفة ٤٧٢.

(٤) الكنز بهامش تبين الحقائق ٢٩٥/٤، المغني ٢١٦/١٠ م (٨٤٤١)، تبصرة الحكام ١/٢٢٥،

نهاية المحتاج ٣٥٧/٨.

على الامتناع، ويسوي الحنفية بين النكول الحقيقي والنكول الحكمي^(١).

٣٠٦ م / ٢ / ٣ - إذا غير لفظ الجلالة أو اسم الله تعالى الذي حلفه به القاضي إلى اسم آخر مع علمه بوجوب طاعة القاضي في أمره ذلك، عد ناكلاً صراحة، أما إذا غير حرف القسم لم يكن ناكلاً على الأرجح^(٢).

٣٠٦ م / ٢ / ٤ - إذا امتنع الخصم من حلف اليمين المغلظة التي توجهت عليه كان ناكلاً عند الشافعية، وخالف الحنابلة والبلقيني من الشافعية، وعد الملكية الامتناع من التغليظ بالمكان نكولاً^(٣).

٣٠٦ م / ٢ / ٥ - وقال الفقهاء: إذا عرض القاضي اليمين على الخصم فامتنع لسكوت ونحوه فينبغي للقاضي أن يطلب منه أن يجيب بحلف اليمين، وذلك خشية أن يكون سكوته لنحو دهشة وخوف من هيبة القضاء، وصرح الشافعية والمالكية باستحباب ذلك، أما إذا كان للخصم عذر بسكوته وجب على القاضي حينها أن يعرض عليه ذلك ويكرره عند الشافعية، وعند الحنفية: التكرار ثلاثاً ليس شرطاً للقضاء بالنكول، فلو حكم عليه القاضي بالنكول بعد عرضه اليمين عليه مرة واحدة جاز حكمه وأثم بذلك^(٤)، وعند الشافعية: إذا حكم بنكوله ولم يعرض عليه ذلك نفذ مع إثم القاضي^(٥).

(١) تبصرة الحكام ١/٢٢٥، نهاية المحتاج ٨/٣٤٧، ٣٥٨، تبين الحقائق مع الكنز ٤/٢٩٥، العناية ٨/١٧٩ - ١٨٠.

(٢) المنهاج بهامش نهاية المحتاج ٨/٥٨.

(٣) المنهاج بهامش نهاية المحتاج ٨/٣٥٨، تبصرة الحكام ١/٣٦٧، شرح منتهى الإرادات ٣/٦١٥.

(٤) المبسوط ١٧/٣٤، العناية ٨/١٧٩ - ١٨٠، المنهاج بهامش نهاية المحتاج ٨/٣٤٧، تبصرة الحكام ١/٢٢٥.

(٥) نهاية المحتاج ٨/٣٥٨.

٣٠٦م/٣- رد اليمين: إذا تبين نكول المدعى عليه عن اليمين فهل ترد اليمين إلى المدعي؟

للعلماء في ذلك خمسة أقوال:

٣٠٦م/٣/١- القول الأول: لا يحكم بالنكول وحده، بل ترد اليمين إلى المدعي، فإن حلف قضي له، وإن نكل سقطت الدعوى، ذهب إلى ذلك الشافعية، والمالكية فيما يثبت بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين، في غير أيمان التهمة، والحنابلة في قول صوّبه الإمام أحمد واختاره أبو الخطاب من الحنابلة^(١).

٣٠٦م/٣/٢- القول الثاني: يعد النكول طريقاً من طرق الحكم، فإذا نكل المدعى عليه قضي عليه بنكوله ولا ترد اليمين إلى المدعي.

وهذا هو قول الحنفية ومحمد بن الحكم من المالكية فيما إذا كانت الدعوى غير مشبهة عرفاً، والحنابلة في المشهور وهو المنصوص عن الإمام أحمد^(٢).

٣٠٦م/٣/٣- القول الثالث: إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين أجبر بالضرب والحبس ونحوه على أن يقرّ أو يحلف على نفي الحق، ولا ترد اليمين إلى المدعي.

ذهب لذلك الإمام أحمد في قول، وبعض الشافعية في قول إذا تعذر رد اليمين، والإمام أبو حنيفة فيما إذا كانت الدعوى في القصاص في النفس، والمالكية في بعض الصور^(٣).

(١) روضة الطالبين ٤٣/١٢، نهاية المحتاج ٣٤٧/٨ وما بعدها، الطرق الحكيمة لابن القيم ١٠١ - ١٠٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٦١/٧، ٢٤، تبصرة الحكام ٢٢٥/١، والمالكية لا يجيزون رد أيمان التهم والظنون في المشهور عندهم (شرح الخرشي ١٦١/٧، تبصرة الحكام ٤٠٣/١ - ٤٠٤ وما بعدها).

(٢) البدائع ٢٢٥/٦، فتح القدير ١٧٦/٨ وما بعدها، المغني ٢١٦/١٠ وما بعدها م(٨٤٤١)، شرح منتهى الإرادات ٦١٢/٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٢١٧/١٠ وما بعدها م(٨٤٤١)، الطرق الحكيمة ١٠٣ - ١٠٤، روضة =

٣٠٦م / ٣ / ٤ - القول الرابع: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، نظر الحاكم: إن كان المدعي مما يمكن أن يعلم المدعى جزماً ويعرف ما توجهت في شأنه اليمين على المدعى عليه، أي أن يشارك المدعى عليه في معرفة ذلك، لم يحكم عليه القاضي بمجرد نكوله، بل يرد إليه اليمين فيحلف، أما إذا كان المدعي مما لا يمكن أن يعلم المدعى جزماً: حكم القاضي للمدعي بنكول المدعى عليه ولم يرد إليه اليمين، ذهب إلى ذلك ابن تيمية وأيده ابن القيم رحمهما الله تعالى^(١).

٣٠٦م / ٣ / ٥ - القول الخامس: إذا نكل المدعى عليه نظر القاضي في ذلك: فإن كان المدعي متهماً بريئة أو تواطؤ لم يحكم له القاضي حتى يحلف اليمين المردودة عليه، وإن كان غير متهم قضى له بمجرد نكول خصمه. وذلك مروى عن ابن أبي ليلى^(٢).

٣٠٦م / ٤ - القضاء بشاهد ويمين المدعي أو بامرأتين ويمين المدعي: إذا شهد عند القاضي شاهد واحد على دعوى يشترط لقبولها شاهدان، وتعذر على المدعي إقامة شاهد ثانٍ، فهل يجوز للقاضي أن يحلف المدعي مع شاهده ويقضي له؟ وهل يقبل أن يقضي بشهادة امرأتين ويمين المدعي؟

٣٠٦م / ٤ / ١ - اختلف الفقهاء على أربعة أقوال في جواز القضاء بشاهد ويمين المدعي، على النحو الآتي:

٣٠٦م / ٤ / ١ / ١ - القول الأول: يجوز القضاء بشاهد ويمين المدعي.

= الطالبين ٤٧ / ١٢ - ٤٨، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٣٢ وما بعدها، فتح القدير ١٧٦ / ٨ وما بعدها، البدائع ٢٣٠ / ٦، الكنز بهامش البحر الرائق ٢١٠ / ٧، تبصرة الحكام ٣٦٨ / ١، مختصر خليل بهامش شرح الخرشبي ١٦١ / ٧.

(١) الطرق الحكمية ١٠٦ - ١٠٧، وانظر ٧٦ وما بعدها.

(٢) الطرق الحكمية ١٠٧، وتنقل بعض المراجع قولاً لابن أبي ليلى يوافق المذهب الأول، وقولاً ثالثاً يوافق المذهب الثالث.

وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء، من الشافعية، والحنابلة، والمالكية^(١).

٣٠٦م/٤/١/٢- القول الثاني: لا يجوز القضاء بشاهد ويمين.

ذهب إلى ذلك الحنفية وبعض المالكية ومن تابعهم من شيوخ الأندلس^(٢).

٣٠٦م/٤/١/٣- القول الثالث: التخير إلى القاضي إن كان المدعى بما لا

يوصل إليه بكثرة الشهود، أو هو مشهور بين الناس، أو مات شهود المدعى إلا واحداً، وهو قول عبيد الله بن يحيى الليثي^(٣).

٣٠٦م/٤/١/٤- القول الرابع: التوقف، وإليه ذهب ابن لبابة من المالكية،

وقال: قضاتنا لا يرون الحكم باليمين والشاهد^(٤).

٣٠٦م/٤/٢- المرأتان واليمين: اختلف الفقهاء كذلك في جواز القضاء

بامرأتين ويمين المدعي، على قولين:

٣٠٦م/٤/٢/١- القول الأول: يجوز القضاء بامرأتين مع يمين المدعي.

ذهب لذلك المالكية، والحنابلة في أحد الوجهين واختاره ابن تيمية^(٥).

٣٠٦م/٤/٢/٢- القول الثاني: لا يجوز القضاء بالمرأتين واليمين.

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة^(٦).

-
- (١) نهاية المحتاج ٢٩٧/٨، الخرشي ٢٠١/٧، تبصرة الحكام ٣٢٥/١، كشاف القناع ١٦١/٤، مطالب أولي النهى ٧٦٤/٤، قليوبي وعميرة ٣٢٥/٤.
 - (٢) البدائع ٢٢٥/٦، معين الحكام ٩٦، تبصرة الحكام ٣٢٦/١.
 - (٣) تبصرة الحكام ٣٢٦/١.
 - (٤) تبصرة الحكام ٣٢٦/١.
 - (٥) الفروق للقرافي ٩١/٤ ونسبه لأبي حنيفة ولم أجده فيما رجعت إليه من كتب الحنفية، الطرق الحكمية ١٣٥، وقال عنه في إعلام الموقعين ٨٠/١ هو أصح الوجهين.
 - (٦) المغني ١٥٩/١٠م (٨٣٤١)، روضة الطالبين ٢٧٨/١١، نهاية المحتاج ٢٩٧/٨.

٣٠٦م/٥ - خلاصة: يتبين مما سبق أن الحكم بالنكول والقول بوقوعه عائد للقاضي حسبما يرى من حال الممتنع عن اليمين، فإن كان امتناعه صريحاً لم يحتج إلى مزيد بحث عنه، وإن كان دلالة أو تعريضاً بحث عن القرائن التي تدل على نكوله أو عدمه، وعرض عليه اليمين أكثر من مرة خشية أن يكون جاهلاً بما يترتب على النكول.

ثم تبين اختلاف أقوال العلماء في القضاء بشاهد ويمين، وبشهادة امرأتين ويمين، ويلاحظ الدور الظاهر للقاضي في معرفة ما يتعلق بحال الحالف، وبما يتعلق بالمدعى به.

المبحث الرابع الإقرار

- ١/٣٠٧ - الإقرار لغة: من أقر بالحق: اعترف به^(١)، فالإقرار: الاعتراف.
- ٢/٣٠٧ - والإقرار شرعاً: تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه مع تقاربها في المعنى.
- ١/٢/٣٠٧ - عند الحنفية: إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه^(٢)، أو: الإخبار بما عليه من الحقوق، وهو ضد الجحود^(٣)، وهو الراجع لأنه المانع الجامع.
- ٢/٢/٣٠٧ - وعند المالكية: الاعتراف بما يوجب حقاً على قائله بشرطه^(٤)، أو: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه^(٥).
- ٣/٢/٣٠٧ - وعند الشافعية: إخبار خاص عن حق سابق على المخبر^(٦).
- ٤/٢/٣٠٧ - وعند الحنابلة: إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابةً أو إشارةً من أحرص أو على موكله أو موليه أو موروثه بما يمكن صدقه^(٧).

(١) مختار الصحاح (ق رر)، المصباح المنير(ق رر).

(٢) تكملة فتح القدير ٣١٧/٨.

(٣) الكنز بهامش تبين الحقائق ج ٢/٥.

(٤) الشرح الصغير بهامش حاشية الصاوي ٣/٥٢٤ - ٥٢٥.

(٥) شرح حدود ابن عرفة ص ٣٣٢، شرح الخرشني على مختصر خليل ٦/٨٦.

(٦) المنهاج بهامش تحفة المحتاج ٥/٣٥٤، البهجة الوردية بهامش الغرر البهية ٥/٥٥٣.

(٧) كشف القناع ٦/٤٥٢ - ٤٥٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦/٦٥٦ - ٦٥٧.

٣٠٨- ويلاحظ أن المعنى الشرعي لا يخرج عن المعنى اللغوي من حيث المبدأ، وتتعلق بالإقرار بعض المسائل التي ترتبط بالنشاط الذهني للقاضي يمكن تصنيفها في مطلبين.

المطلب الأول: موقف القاضي من المقر

يتعلق بهذا المطلب المسائل الآتية:

٣٠٩- المسألة الأولى: الإكراه على الإقرار: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن إقرار المكره لا يصح في الجملة، وإذا أقر مكرهاً فإن إقراره لا يسري عليه حتى يقر بعد ذلك آمناً على نفسه مختاراً^(١).

٣٠٩ / ١- وإذا ادعى المقر أنه أقر مكرهاً فإن القاضي يتحرى في دعواه عن صدقه، وما إذا كان الإكراه كاملاً كان بالقتل أو القطع، أو كان الإكراه قاصراً، كأن كان بالحبس أو القيد بالنسبة للأموال التي تحمل الفسخ وتتوقف على الرضا، لأن الإكراه مؤثر بكلا نوعيه، ولأن قصور القاصر يعدم الرضا، وعدمه يمنع النفاذ ويدل على عدم رضا المخبر به.

٣٠٩ / ٢- الحد في الحبس الذي هو الإكراه: ما يجيء منه الاغتصاب البيّن به، وفي الضرب الذي هو إكراه: ما يجيد منه الألم الشديد، وليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينقص، لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون، ولكن ذلك قدر ما يرى الحاكم إذا رفع إليه، فما رأى أنه إكراه أفسد العقد وأبطل الإقرار به، لأن ذلك يختلف باختلاف الناس، فتأثير الحبس في حق الوجيه الذي يضع الحبس من

(١) مجمع الأنهر ١/٦١٤-٦١٥، شرح مختصر خليل للخرشي ٨/١٠٢ وبهامشه مختصر خليل، الفواكه الدواني ٢/٢٣٥، الإنصاف ١٠/١٨٩، وسيأتي أن الحكم كذلك بالنسبة للقاضي فلا يقبل إقرار المكره من القاضي عند الحنابلة ومتقدمي الحنفية والمشهور عند المالكية.

جاهه أعظم من عامة الناس، والقيد يوماً في حقه فوق تأثير حبس شهر في حق غيره، فلهذا لم يقدر فيه بشيء وجعل موكولاً إلى رأي القاضي ليبنى ذلك على حال من أبتلي به^(١).

٣/٣٠٩ - وما سبق ذكره من الإكراه هو ما إذا كان الإكراه من غير الحاكم أو القاضي، أما القاضي فهل يجوز له أن يكره شخصاً على الإقرار بشيء ثم يؤاخذ به بإقراره؟

جمهور الفقهاء على عدم جواز ذلك، وذهب بعض المتأخرين من الحنفية إلى جواز ضرب القاضي لشخص كي يقر، وإذا كان الشخص متهماً بالفجور المناسب للتهمة التي تنسب إليه، فقد ذهب بعضهم إلى أن للوالي أو القاضي أن يكرهه بالضرب على الإقرار بما يدعى عليه، وقال بعضهم: بل للوالي ذلك دون القاضي، وقال بعضهم: لا يضربه الوالي ولا القاضي^(٢).

وذهب بعض المالكية إلى العمل بإقرار المكره بحبس إذا كان متهماً معروفاً بمثل ما ينسب إليه، وزاد بعضهم بأنه يؤاخذ بإقراره؛ سواء كان مكرهاً بحبس أو ضرب^(٣).

٤/٣٠٩ - ويظهر دور القاضي في الحالة الأولى بالتحقق من دعوى الإكراه في الإقرار، ويترتب عليها إبطال أثر الإقرار على صاحبه، ويكون دور القاضي في الحالة الثانية عند من يميز الإكراه من القاضي في الإقرار: بأن يستدرج

(١) كشف الأسرار للبخاري شرح أصول البزدوي ٤/٣٨٩ وما بعدها، العناية بهامش الهداية ٩/٢٣٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لحيذر ٢/٦٦٠ وما بعدها. م (٩٤٨-٩٤٩).

(٢) مجمع الأنهر ١/٦١٤-٦١٥.

(٣) الفواكه الدواني ٢/٢٣٥، حاشية العدوي بهامش شرح مختصر خليل للخرشي ٨/١٠٢، وينسب القول الأول بجواز الإكراه بالسجن لسحنون وقال: وبه الحكم.

القاضي المتهم للاعتراف بجريمته بالطرق الممكنة، فإن تعذر الوصول لذلك كان له أن يكرهه بضرب أو سجن حسبما يراه موصلاً لذلك، فإن أقر أخذه بإقراره، وهذا ما لم تكن ثمة بينة، فإن كانت قضى بها أقر أو لم يقر.

٣١٠- المسألة الثانية: دعوى الهزل والكذب في الإقرار: ذهب الحنفية إلى أن الشخص إذا أقر عند القاضي ثم ادعى أنه كان هازلاً في إقراره، أو أنه كذب في إقراره على نفسه؛ فإن أمر تحليفه على ادعائه للأخذ به: راجع إلى رأي القاضي وعائد إليه^(١).

٣١١- المسألة الثالثة: إقرار الزوجة بدين لآخر: إذا أراد الزوج الخروج من بلد إقامته إلى بلد آخر ينتقل إليه، فأقرت زوجته بدين لآخر لتحبس في ذلك الدين؛ فإن القاضي ينظر في ذلك: فإن تبين أن الزوجة أقرت لأب أو لأحد ممن يتهم، أو أنها أرادت بذلك إعاقة الزوج عن الخروج؛ فلا يجوز لها ذلك، وينظر القاضي في ذلك على قدر ما يرى حين يحدث، أو يشاور في ذلك^(٢).

المطلب الثاني: موقف القاضي من الإقرار بنفسه

٣١٢- ذهب الفقهاء إلى أن الإقرار إذا استوفى شروط صحته فإن القاضي لا يأخذ به حتى يفصل المقر ما يقر به، فإذا أقر بفعل كان عليه أن يذكر حقيقة الفعل لتزول الشبهة^(٣).

١/٣١٢- فمن أقر بالسرقة مثلاً فإن القاضي يسأله عن ماهية السرقة، فإن بين ذلك سأله القاضي عن المسروق إذا لم يكن مالا لا يجب القطع بسرقة، فإن

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢/٣٧٢.

(٢) مواهب الجليل ٥/٥٠.

(٣) المغنى لابن قدامة ٩/٦١، م(٧١٧٤).

يَبَيِّنُ جنس المال يسأله القاضي عن مقدار المال، وهذا إذا كان المسروق غائباً عن مجلس القضاء، فإن كان حاضراً في مجلس القضاء ويدعيه المسروق منه فأقر السارق: فإن القاضي لا يحتاج إلى السؤال عن المسروق وعن مقداره، ولكن ينظر القاضي إلى المسروق، فإن أمكن إيجاب القطع بسرقة أوجهه، ثم يسأله كيف سرق، ثم يسأله عن المكان، لأنه ربما سرق من غير حرز، ويسأله القاضي ممن سرق منه، ولا يسأله القاضي عن الوقت وإن احتمل تقادم العهد، وقيل: لا يسأله عن المكان أيضاً عند بعض الحنفية، فإذا بين السارق المعترف جميع ذلك قضى عليه القاضي بالقطع^(١).

٢/٣١٢ - ومن أقر بالزنى مثلاً لا بد عليه من التفصيل بقوله: أدخلت حشفتي في فرج فلانة على سبيل الزنى، ولا بد أن يذكر الإحصان أو عدمه....

وأخذ العلماء ذلك من حديث النبي ﷺ الذي فيه: «أن رجلاً من أسلم جاء إلى رسول الله ﷺ فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً، أربع مرات، كل ذلك يُعرض عنه رسول الله ﷺ، فأقبل عليه في الخامسة، فقال: أنكتها؟ قال: نعم، قال: حتى غاب ذلك منك فيها؟ قال: نعم، قال: كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء^(٢) في البثر؟ قال: نعم، قال: هل تدري ما الزنى؟ قال: نعم، قال: أثبتَ منها حراماً مثل ما يأتي الرجل من أهله حلالاً؟ قال: نعم، قال: فما

(١) الفتاوى الهندية ٢/١٧١، الدر بهامش ابن عابدين ٤/٨٥ وما بعدها، مجمع الأنهر ١/٦١٤ - ٦١٥، الأم ٦/١٦٦، روض الطالب بهامش أسنى الطالب ٤/١٥٠، قليوبي وعميرة ٤/١٩٦، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٩/١٥٠، وبمعناه: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٣٧٨، الفروع ٦/١٢٢.

(٢) والمكحلة: هي التي فيها الكحل، وهو أحد ما جاء على الضم من الأدوات (مختار الصحاح ك ح ل)، والرشاء: الحبل (مختار الصحاح ر ش ا).

تريد مني بهذا القول؟ قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم»^{(١)(٢)}.

- (١) الحديث بلفظه عند أبي داود، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، رقم ٤٤٢٨. أما أمر النبي ﷺ برجم من اعترف عنده بالزنى أربع مرات فمذكور في روايات متعددة مختصرة، منها: عند الترمذي، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد عن المقترب إذا رجع، رقم ١٤٢٩، النسائي، كتاب الجنائز، باب ترك الصلاة على المرجوم، رقم ١٩٥٦، وأبو داود، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، رقم ٤٤٣٠، وأحمد في باقي مسند المكثرين، مسند جابر بن عبد الله، رقم ١٤٠٥٣، وأصل الحديث في الصحيحين، البخاري، كتاب الحدود، باب لا يرجم المجنون والمجنونة رقم ٦٣١٧، ومواضع أخرى، ومسلم في كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى رقم ٣٢٠٢.
- (٢) مغني المحتاج ٤٥١/٥ وما بعدها، حاشية الجمل ١٣٤/٥، الكنز بهامش تبين الحقائق ١٦٦/٣، والعناية بهامش فتح القدير ٢٢٢/٥، المغني ٦١/٩، م(٧١٧٤).

المبحث الخامس الإثبات بعلم القاضي

٣١٣- يكتسب القاضي علمه بحقيقة الواقعة وتفاصيل الخصومة من أحد طريقين: الأول: ما يكون بنفسه، برؤية القضية المتنازع فيها أو سماع الأقوال خارج مجلس القضاء أو داخله أو معاينة المدعى به والكشف عليه، وذلك كأن يرى الإلتلاف أو القتل، أو يسمع ألفاظ الطلاق في البيت والشارع، أو يحضر إجراء عقد بين طرفين مثلاً ويرى ما يدور بينهما من تعاقد وتشارط.

والطريق الثاني لعلم القاضي هو: الغير، كالشهود والإقرار من المدعى عليه والقرائن المحيطة به؛ لأنه يتعذر عليه معاينة وشهود جميع ما يدور بين الناس من معاملات وخصومات، والعلم الحاصل عن طريق الغير علم ظني، بخلاف العلم الحاصل بالنفس فهو قطعي يقيني، فإذا علم القاضي بحقيقة الحادثة، بأن اطلع عليها بنفسه ثم رفعت إليه هذه الحادثة ليفصل فيها، فهل يجوز له أن يعتمد على علمه السابق، أم لا بد من الشهادة وغيرها من طرق الإثبات الأخرى ليعتمد عليها في القضاء؟^(١)

٣١٤- اتفق الفقهاء على جواز العمل بعلم القاضي في الجرح والتعديل، فيعمل القاضي بعلمه في حال الشهود عدالة أو فسقاً، فيقبل شهادة العدل دون أن يستزكيه، ويرد كل طعن أو تجريح فيه إلا إذا أخبر المجرّح بشيء جديد لم

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٥٦٣/٢، ومكان بحث الإثبات بعلم القاضي هو أبحاث طرق الإثبات الموسعة، وإنما أتعرض لبحثه ضمن أبحاث السلطة التقديرية لكونه يتعلق بشخص القاضي مما قد يكون له أثر في نشاطه الذهني وفي تكوين قناعته في الخصومة التي ينظر فيها.

يطلع عليه القاضي فيقدم الجرح، وإذا علم القاضي بفسق الشاهد فلا يسمع شهادته ولا يسأل عنه ولا يسمع تعديله ولو طلب الخصم ذلك.

وإنما يقبل علم القاضي في الجرح والتعديل لئلا يؤدي إلى التسلسل فيه^(١).

٣١٥- واتفق الفقهاء أيضاً على أن القاضي لا يجوز له أن يقضي بخلاف علمه ولو قامت البيينة عليه، فإذا علم القاضي بطلاق أو بدين أو بقتل ثم قامت البيينة على ما يخالف علمه فلا يجوز له القضاء بالبيينة قطعاً^(٢)، وذكر بعض الفقهاء الإجماع على ذلك^(٣)، حتى ولو كان القاضي قاضي ضرورة^(٤)؛ وذلك لأن حكمه بخلاف علمه قطع منه ببطلان حكمه، والحكم بالباطل محرم^(٥)، وفي هذه الحال يعتزل القاضي النظر في هذه الخصومة أو يفوض النظر فيها لغيره

(١) التاج والإكليل ٦/١٤٠، شرح ميارة ١/٣٠، الفروق ٤/٤٤ وما بعدها، الفرق (٢٢٣) بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة وما لا ينفذ من ذلك، وادعى القرافي اتفاق الفقهاء على ذلك، ولم أعثر في كتب الحنفية على ما يدل على جواز ذلك صراحة إلا من حيث العموم عند من قال: يقضي بعلمه فيما سوى الحدود الخالصة لله، فهو مقتضى قولهم، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠/١٤٩، نهاية المحتاج ٨/٢٦٤، حاشية الجمل وبهامشها منهج الطلاب ٥/٣٤٩-٣٥٥، المغني ١٠/١٠٣م (٨٢٣٧)، الإنصاف ١١/٢٨٥، وحكى ابن القيم وجهاً ضعيفاً عند الحنابلة بعدم جواز العمل بعلم القاضي في الجرح والتعديل خشية التهمة عليه (الطرق الحكمية ١٦٣-١٦٤). وانظر الهوامش التالية لكتب الحنفية.

(٢) أسنى المطالب ٤/٣٠٧، تحفة المحتاج ١٠/١٤٧ وما بعدها، المبسوط ١٦/٣٦ - ٣٧، كما يفهم من عبارته، شرح منتهى الإرادات ٣/٥١٨، كشاف القناع ٦/٣٣٥، التاج والإكليل ٦/١٤٠، شرح ميارة ١/٣٠، تبصرة الحكام ١/٣٠٠.

(٣) قليوبي وعميرة ٤/٣٠٤، المنهاج بهامش مغني المحتاج ٦/٢٩٧.

(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠/١٤٧ أو ما بعدها. وقاضي الضرورة: من يوليه سلطان أو ذو شوكة القضاء مع كونه غير أهل للقضاء: وسبق الحديث تفصيلاً عن ذلك أوائل الرسالة عند بحث القاضي. راجع فقرة (٤٠).

(٥) منهج الطلاب بهامش حاشية الجمل ٥/٣٤٩.

ويكون فيها شاهداً لا حاكماً^(١).

٣١٦- واتفق الفقهاء كذلك على أنه يجوز للقاضي الحكم بعلمه فيما يحدث في مجلس حكمه، فإذا رأى القاضي أو سمع إساءة من أحد أطراف النزاع مثلاً، نهره القاضي، وإذا تناول أحدهم على هيئة القضاء أو شخص القاضي منعه وأدبه، وإذا حدثت مشاجرة أو خصومة في مجلس القضاء حكم القاضي على المعتدي بعلمه بما جرى في مجلسه، ولا يحتاج لبينة أخرى لذلك^(٢).

٣١٧- وذكر بعض الفقهاء أن للقاضي أن يحكم بعلمه في حق الله تعالى حسبة، كأن يسمع القاضي الطلاق من رجل؛ فيمنعه من الاتصال بزوجته، ويكون عمله هذا على وجه الحسبة لا الطلاق^(٣).

٣١٨- واختلف الفقهاء بعد ذلك في جواز القضاء بعلم القاضي خارج مجلس القضاء، سواء أكان موضوع النزاع حداً أم قصاصاً أم حقاً مالياً أم غير مالي، وسواء علمه القاضي بعد توليه للقضاء أم قبله، والفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

١/٣١٨- المذهب الأول: لا يجوز الحكم بعلم القاضي مطلقاً، مهما كان نوع الحق موضوع النزاع، وكيفما حصل علم القاضي بموضوع الدعوى.

(١) خالف ابن المواز جمهور الفقهاء فقال بأن القاضي إذا شهد عنده العدول بشيء يعلم أنه باطل فلا يجوز له أن يرد شهادته بل ينفذها بعد الانتظار اليسير، واستحسن أن يخلو بهم فيخبرهم بعلمه وشهادتهم فلعلة ينكشف لهم بقوله ما وراء ذلك (تبصرة الأحكام ١/٣٠٠).

(٢) المغني ١٠/١٠٣م (٨٢٣٨)، مطالب أولي النهى ٩/٣٠٣، التاج والإكليل ٦/١٢٦، شرح ميارة ١/٢٩ وما بعدها، المنهاج بهامش التحفة ١٠/١٤٩، حاشية الجمل ٥/٣٤٩، ٣٥٥، الفتاوى الهندية ٣/٣٣٨، ٣٣٩، وذكر أن المراد بمجلس القضاء هنا المصر الذي يحكم القاضي لا المكان الذي يقضي فيه فقط، المبسوط ٩/١٢٤، وأشار إليه المبسوط ١٦/١٠٥.

(٣) ابن عابدين ٥/٥٣٩.

ذهب إلى ذلك الحنابلة والمالكية، وهو المعتمد عند المتأخرين من الحنفية، وهو قول ثابت عند الشافعية مقابل للأظهر عندهم^(١).

٣١٨/٢ - المذهب الثاني: يجوز القضاء بعلم القاضي مطلقاً، سواء علمه قبل توليه للقضاء أم بعده.

ذهب إلى ذلك الشافعية في الأظهر عندهم، والصاحبان من الحنفية، والإمام أحمد في رواية، وبعض المالكية^(٢).

٣١٨/٣ - المذهب الثالث: التفصيل في ذلك: يجوز القضاء بعلم القاضي إذا علمه بعد توليه للقضاء، وفي مكانه وكان القاضي مستمراً في الحكم منذ حصول

(١) المبسوط ١٠٥/١٦-١٠٦، الفتاوى الهندية ٣/٣٣٩، حاشية ابن عابدين ٥٣٨/٥-٥٣٩، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ١/٣٨٦-٣٨٧، وبعد أن ذكر ابن نجيم جواز القضاء بعلمه في القصاص دون الحدود قال الحموي: إن الفتوى في زماننا عدم جواز القضاء بعلمه مطلقاً لفساد قضاة الزمان، ولم تعد المجلة علم القاضي من أسباب الحكم أخذاً بما عليه الفتوى، درر الحكام لحيدر ٤/٤٨٣-٤٨٤ م (١٧٤٠)، المغني ٩/٧٢ م (٧٢٠٠)، ١٠/١٠١ م (٨٢٣٧) وذكر أنه المذهب، الإنصاف ١١/٢٥٠ وما بعدها، كشف القناع ٦/٣٣٥، التاج والإكليل ٦/١٣٦، المنتقى شرح الموطأ ٥/١٨٥ وما بعدها، وقال هو المشهور وعليه مالك وابن القاسم وأشهب، الفروق ٤/٤٤ وما بعدها الفرق (٢٢٣)، الأحكام السلطانية للماوردي ١١٥، قليوبي وعميرة ٤/٣٠٤، مغني المحتاج ٦/٢٩٦.

(٢) الأم ٧/٤٨، أسنى الطالب ٤/٣٦، قليوبي وعميرة ٤/٣٠٤، مغني المحتاج ٦/٢٩٦، البدائع ج ٧/٧، البحر الرائق ٦/٢٣٤، وقال: المتقدمون على جواز القضاء بعلمه، حاشية ابن عابدين ٤/٦٧ وقال: هو المرجوح، المغني لابن قدامة ١٠/١٠١ م (٨٢٣٧)، الطرق الحكمية ١٦٣، المنتقى للبايجي ٥/١٨٥ وما بعدها، وجوز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون أن يحكم الحاكم بعلمه، وشرط بعض الشافعية لذلك كون القاضي مجتهداً ظاهر الورع والتقوى، (مغني المحتاج ٦/٢٩٦، تحفة المحتاج ١٠/١٤٨) وشرط الماوردي والرويانى لنفوذ قضاء القاضي بعلمه أن يبين مستنده في الحكم، وأن مستنده علمه فيقول: قد علمت أن له عليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمي، فإن اقتصر على أحدهما لم ينفذ الحكم (روض الطالب ٤/٣٠٦).

علمه حتى عرض الواقعة عليه دون أن يفصل بينهما عزل، أما لو علم القاضي بالواقعة في غير زمان ولايته أو غير مكان ولايته، أو علم بالواقعة ثم عزل ثم أعيد توليه للقضاء، لم يكن له أن يقضي بعلمه، ذهب إلى ذلك أبو حنيفة، والمتقدمون من الحنفية، وقيل: إن الإمام محمد رجع لقول الإمام أبي حنيفة^(١).

(١) البدائع ٧/٧، المبسوط ١٠٥/١٦. وقال: هو مروى عن شريح والشعبي، الفتاوى الهندية ٣/٣٣٩، البحر الرائق ٦/٢٣٤، وانظر للتوسع في الاستدلالات والمناقشات: وسائل الإثبات، زحيلي ٢/٥٦٣، وما بعدها، البدائع ٦/٢٣٢، المغني لابن قدامة ١٠/١٠١ م (٨٢٣٧)، الطرق الحكمية ص ١٦٣، كشاف القناع ٦/٣٣٥، المنتقى للبايجي ٥/١٨٥ وما بعدها، الفروق ٤/٤٤ وقد اختلف القائلون بمجواز القضاء بعلم القاضي في الحقوق التي تجوز فيها، انظر: حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى المطالب للأنصاري ٤/٣٠٦، وأسنى المطالب، البهجة الوردية بهامش الفرر البهية ١٠/٢٢٩-٢٣٠، المبسوط ٩/١٢٤، وجاء فيه التفريق بين الحدود الخالصة لله تعالى وحقوق العباد، وما إذا علمه القاضي قبل توليه القضاء أو أثناءه، فليراجع للأهمية، البدائع ج ٦/٧، الطرق الحكمية ص ١٦٣.

المبحث السادس الإثبات بالقرائن

٣١٩/١ - القرينة لغة: على وزن فعيلة، وهي مأخوذة من قرن الشيء بالشيء إذا شده إليه بجبل، والقرينة: الناقة التي تشد إلى أخرى، والنفس، واسم موضع^(١)، وجمعها قرائن.

٣١٩/٢ - واصطلاحاً: أمر يشير إلى المطلوب^(٢). وهي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه^(٣).

وفي مجلة الأحكام العدلية: «القرينة القاطعة: هي الأمانة البالغة حد اليقين»^(٤).

٣١٩/٣ - لم يعرف الفقهاء القرينة تعريفاً كاملاً، واكتفوا بعطف التفسير أو المراد، فيقولون: (القرينة والأمانة والعلامة) ولعل سبب عدم إفرادهم لها في البحث هو كونها واضحة غير خافية، ويفهم من كلام الفقهاء ومن كلام أهل العربية أن القرينة أمانة معلومة تدل على أمر مجهول تقترن إليه وتشد إليه بخيط أو خيوط من المعنى^(٥).

(١) لسان العرب (ق ر ن).

(٢) التعريفات للجرجاني ١٧٤.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٦١٢٧) وينظر فيه للأهمية ولما ذهب الفقهاء وللحقوق التي تثبت بالقرينة (٥٨٠٣، ٦١٢٧ وما بعدها).

(٤) المادة (١٧٤١).

(٥) وسائل الإثبات للزحيلي ٢/٤٨٨-٤٨٩، ويظهر دور القاضي في البحث عن هذه الخيوط والتأكد من دلالتها على الأمر المجهول وعلى صحة ما تشير إليه.

٣٢٠- والبيئنة: اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وأهم البيئات الشهادة والإقرار واليمين، ويمكن البحث عن وسيلة أخرى غير مباشرة عند عدم وجود واحدة من البيئات المباشرة، فيلجأ القاضي أو الفقيه إلى استنباط وسيلة غير مباشرة إذا لم يجد قرينة منصوصاً عليها، وقيمتها مقام وسائل الإثبات الأخرى إذا كانت القرينة قوية أو ظاهرة بحيث تدل على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع، أو توصل إلى وسيلة مباشرة كأن تؤدي إلى إقرار الخصم فيؤاخذ به^(١).

٣٢١- إجماع: الناظر في كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء، وأن أوسع المذاهب في الأخذ بها مذهب المالكية والحنابلة، ثم الشافعية، ثم الحنفية^(٢).

٣٢٢- أخذ المذاهب بالقرينة: ليس يخلو مذهب فقهي من المذاهب الإسلامية من الاعتماد على القرائن في استنباط الأحكام الفرعية، كما أن كثيراً

(١) تبصرة الحكام ١١٨/٢-١٤٧ وما بعدها، درر الحكام لحيدر ٤/٤٨٤ المادة (١٧٤١)، وسائل الإثبات للزحيلي ٢/٤٩٩، وقال القرافي في الفروق ٤/٥٥ الفرق /٢٢٦: «مدارك العالم أربعة: العقل، وأحد الحواس الخمس، والنقل المتواتر، والاستدلال، فتجوز الشهادة بما علم بأحد هذه الوجوه، وشهادة خزيمة كانت بالنظر والاستدلال، ومثله شهادة أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً قاء خمرأ، فقال عمر: تشهد أنه شربها؟ قال: أشهد أنه قاءها، فقال له عمر رضي الله عنه: فلا وربك ما قاءها حتى شربها...» وانظر تبصرة الحكام ١/٢٤٤.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة لثلاثون ص ٥٤٠-٥٤١، وأكد أن الأخذ بالقرائن في الأحكام ليس من مبتكرات القوانين الحديثة وإنما هو شريعة إسلامية جاء بها كتاب الله وقررت السنة ودرج عليه حكام المسلمين وقضاتهم في جميع العصور، وإنما كان من المحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع مع أن كل ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته في كتب الفقه الإسلامي لا ينقصه إلا الأسماء الجديدة، والذهب هو الذهب وإن علاه الصدا، وقال الكاساني في البدائع ٦/٢٥٣ «لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة».

من الأحكام الأساسية أقامتها الشريعة على أساس القرائن، فقريئة الفراش مثلاً جعلت دليلاً على كون من تلده المرأة ابناً للزوج^(١).

٣٢٣- اعتماد وسائل الإثبات على القرائن: ووسائل الإثبات نفسها تعتمد على القرائن، فالشهادة مثلاً خبر يحتمل الصدق والكذب، وترجح احتمال الصدق لقريئة ظاهرة هي أن الشاهد لا يجلب لنفسه مباشرة نفعاً بشهادته، وإنما طلباً للشواب بأداء الشهادة الصحيحة، والإقرار خبر أيضاً ترجح لكونه إخباراً من نفس المقر على نفسه بحق لغيره، مع أن النفس مطبوعة على حب المال والاستزادة منه لا على التخلي عنه^(٢).

٣٢٤- محاذير: الأخذ بالقريئة يحتاج لصفاء الذهن، وحدة الفكر، ورجحان العقل، وزيادة الورع والتقوى والإخلاص لله تعالى، وإلا لانحرف بها صاحبها وتحولت إلى أداة للظلم والتعسف بدل كونها وسيلة لحفظ الحقوق، ولعل هذه المحاذير هي مما جعل كثيراً من الفقهاء لا يصرحون في كون القريئة والأمانة دليلاً يعتمد عليه في الحكم بشروطه^(٣).

٣٢٥- ومن النظر في تعريف القريئة يلاحظ أنه يشترط لجواز الاعتماد عليها ما يأتي^(٤):

١/٣٢٥- أولاً: أن يوجد أمر ظاهر معروف وثابت ليكون أساساً لاعتماد

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، عودة ٣٣٩/٢ وما بعدها، وقد أوردت كثير من الكتب أمثلة متفقاً عليها عند المذاهب الأربعة وأمثلة مختلفاً فيها، وقد أورد ابن فرحون في تبصرة الحكام خمسين مثلاً (٩٣/٢) وما بعدها.

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ٤٩٩/٢.

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٥٠٠/٢.

(٤) سيأتي قريباً خلاصة الشروط المطلوبة للأخذ بالقريئة.

الاستدلال منه لوجود صفات وعلامات فيه، والوقائع المادية تتألف من أمور ظاهرة ثابتة، وتنطوي على أمور باطنة يستدل عليها بالأمارات المصاحبة لها.

٣٢٥/٢ - ثانياً: أن توجد الصلة بين الأمر الظاهر الثابت والقرينة التي أخذت منه في عملية الاستنباط والاستنتاج، وذلك باستخراج المعاني من النصوص والوقائع بالتأمل والتفكير الناشئ عن صفاء الذهن وقوته وقوة القرينة، وهذه الصلة التي تكون بين القرينة وبين الأمر المصاحب لها تختلف من حالة إلى أخرى، لكن يشترط أن تكون العلاقة بينهما واضحة قوية وتقوم على أساس منطقي سليم، لا على مجرد الوهم والتخيلات أو الصلات الواهية^(١).

٣٢٦ - القرينة القوية والضعيفة، والقطعية والظنية:

٣٢٦/١ - وبناء على قوة الرابطة أو ضعفها بين الأمر الثابت الظاهر والقرينة التي استنبطت منها تكون القرينة منقسمة إلى قسمين: قوية، وضعيفة، فقد تصل في القوة إلى درجة القطع وتكون القرينة قاطعة، وقد تضعف حتى تتدنى دلالتها إلى مجرد الاحتمال فقط. وإذا كانت القرينة متوسطة توقف فيها وكشف عنها وسلك طريق الاحتياط، وهذا كله ما لم يعارض معارض، فإن عارض ذلك شيء نظر فيه^(٢).

٣٢٦/٢ - وإذا كانت القرينة قطعية تبلغ درجة اليقين فإنها تعد وحدها بينة نهائية كافية للقضاء^(٣)، ومثالها القرائن التي ورد بها نص صريح ثابت، مثل قرينة شق الثوب ودلالته على المباشرة^(٤)، وتكون هذه القرينة قرينة قوية قطعية.

-
- (١) وسائل الإثبات للزحيلي ٢/٤٨٩ - ٤٩٠.
(٢) تبصرة الحكام ٢/١٣١، الطرق الحكمية ١٧٨، وسائل الإثبات للزحيلي ٢/٤٩٠، النظام القضائي لعزام ٢/١١٢ - ١١٣.
(٣) الفقه الإسلامي وأدلته (٦١٢٨)، وسائل الإثبات د. محمد الزحيلي ٢/٤٩٣.
(٤) جاء في المادة (١٧٤١) من المجلة ما جاء في كثير من الكتب الفقهية: أن مثال القرينة القاطعة =

أما إذا كانت القرينة غير قطعية؛ فإن كانت تفيد احتمالاً وظناً مرجوحاً فهي القرينة الضعيفة، ولا يؤخذ بها، أما إن أفادت ظناً غالباً، كالقرائن العرفية، أو المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الأطراف والخصوم؛ فإنها تعد دليلاً مرجوحاً لجانب أحد الخصوم، متى اقتنع القاضي بها، ولم يعثر على دليل سواها، أو لم يعارض معارض أقوى منها^(١)، وللقاضي أن يستعين باليمين فيحلف من كانت هذه القرينة في جهته، تقوية لجانب ذلك الخصم، وإلقاء لجزء من عبء الإثبات على ذمته.

وتجب الإشارة إلى أن هذه القرائن لا يحكم بها في الحدود، لأنها تدرأ بالشبهات، ولا في القصاص إلا في القسامة، لخطر الدماء واحتياطاً في النفوس، ويحكم بهذه القرائن في الأمور المالية والأحوال الشخصية عند تعذر وجود بينة في إثبات الحقوق الناشئة عن الأموال والأحوال الشخصية^(٢).

= خروج شخص بيده سكين أو خنجر ملطخ بالدم ووجد بعد خروجه مباشرة شخص قتيل يتخبط في دمه في ذلك المنزل فلا يشك أحد بأن هذا الهارب قد قتل ذلك القتيل، ولم أستشهد به لهذا النوع من القرائن مع كونه قرينة قوية وأن الظاهر منها أنها تفيد الظن الغالب، لأن صيغة المادة السابقة والتي أولها: القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين، توحى باشتراط كون العلم الذي تفيدته العلم القطعي واليقين الذي لا شك فيه (اليقين: العلم وزوال الشك، مختار الصحاح ي ق ن).

والذي يظهر - والله تعالى أعلم - أن الفقهاء يستعملون لفظ (اليقين) ويريدون به الظن (جاء في مختار الصحاح ي ق ن: وربما عبروا عن الظن باليقين وعن اليقين بالظن. اهـ) أو أقاموا الظن الغالب مقام القطع واليقين، لكنهم يقسمون القرائن إلى قطعية وظنية تفيد غالب الظن، فأثرت أن لا أذكرها مثلاً للقرينة القطعية خروجاً من الخلاف، وبخاصة أن الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي في (وسائل الإثبات ٢/٤٩٤) أشار إلى أن الذين أخذوا بها بعض الفقهاء، والله تعالى أعلم. ينظر: شرح المادة (١٧٤١) لعلي حيدر، الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي ص (٦١٢٨)، وسائل الإثبات أ.د محمد الزحيلي ٢/٤٩٣-٤٩٤.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ص ٢٦١٨، وسائل الإثبات د. محمد الزحيلي ٢/٤٩٤.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ص ٢٦١٨.

٣/٣٢٦- ويحسن في هذا المقام بحث قرينتين اختلف الفقهاء في الأخذ بهما، وهما:

١/٣/٣٢٦- القرينة الأولى: قيء الخمر: إذا قامت البيئة على شخص أنه قاء خمرأ، وعلموا كونه خمرأ من رائحته أو لونه أو تصرفات ذلك الشخص الذي تقيأ، فهل يكون ذلك القيء قرينة كافية على أنه شرب الخمر فوجب عليه الحد؟

اختلف العلماء في إقامة حد شرب الخمر بقرينة قيئه فكانوا على قولين:

١/١/٣/٣٢٦- القول الأول: لا يقام حد شرب الخمر بهذه القرينة، لأنه ربما شربه مضطراً لإساعة طعام كاد يهلكه ولم يجد ما يسيغه غير الخمر، أو شربه مكرهاً، أو خطأ جاهلاً به.

وقال الحنفية: أو لاحتمال أنه شربه بماء كثير ممزوج معه بحيث زال عنه اسم الخمرية، وهذا كله ما لم يثبت شربه للخمر بيينة، فيقام الحد حينها، سواء قاء الخمر أم لا.

وقالوا أيضاً: إن الحدود تدرأ بالشبهات، وبما أن الدليل قد ورد عليه واحد من الاحتمالات السابقة فلا يصح الأخذ به في الحدود، إذ يشترط في الحدود التثبت الكامل فيها لخطورتها وشدتها.

ذهب إلى هذا القول: الحنفية، والشافعية، والإمام أحمد رواية، وهو المذهب عند الحنابلة^(١).

(١) البدائع ٤٠/٧، كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٣/١٩٦، العناية ٣٠٧/٥ وما بعدها، قليوبي وعميرة ٢٠٤/٤، المنهاج بهامش تحفة المحتاج ١٧٢/٩ - ١٧٣، مغني المحتاج ٥٢٠/٥، المغني ١٣٩/٩، م(٧٣٤٦)، الفروع ٨٢/٦، الإنصاف ٢٣٤/١٠.

٣٢٦/٣/١/٢ - القول الثاني: يقام حد شرب الخمر بقريئة قيئه، لأنه لا يقيئها حتى يشربها.

وهو مأثور عن عدد من الصحابة رضي الله عنهم، منهم عمر وعثمان رضي الله عنهما^(١).

وذهب إلى هذا القول: المالكية، والحنابلة في قول^(٢).

٣٢٦/٣/١/٣ - والذي يبدو - والله تعالى أعلم - رجحان مذهب الجمهور، لأن الحدود يحتاط فيها لدرئها ما أمكن، ولأن القريئة ليست بقوة البينة أو الإقرار، وإذا وردت عليها احتمالات الخطأ أو هنتها، والدليل إذا طرقة الاحتمال سقط به الاستدلال.

٣٢٦/٣/٢ - القريئة الثانية: ثبوت الزنى بظهور الحمل: إذا ظهر الحمل في امرأة في الوقت الغالب ظهوره فيه^(٣) ولم تكن متزوجة أو كانت أمة ليس لها سيد، فهل يعد ذلك قريئة على زناها تستلزم إقامة الحد عليها، أم إن ظهور الحمل مجرد قريئة لا تقوى على إثبات زناها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

٣٢٦/٣/٢/١ - القول الأول: إذا ظهر الحمل في المرأة ولا زوج لها لا تحدد بمجرد، لجواز أن يكون من وطء شبهة أو إكراه، فإن سئلت فاعترفت بالزنى أقيم عليها الحد باعترافها، وقال الحنابلة: لا يجب سؤالها عن سبب الحمل لما فيه

(١) المنهاج بهامش تحفة المحتاج ١٧٢/٩ - ١٧٣، المنتقى للباي ١٤٤/٣.

(٢) المنتقى للباي ١٤٤/٣، تبصرة الحكام ٩٤/١، الدسوقي على الشرح الكبير ٣٥٣/٤،

المغني ١٣٩/٩ م (٧٣٤٦)، الفروع ٨٢/٦، الإنصاف ٢٣٤/١٠.

(٣) تبصرة الحكام ٩٧/٢.

من إشاعة الفاحشة، وهو منهي عنه، فإن ادعت إكراهاً أو وطئاً بشبهة أو لم تقر بالزنى لم تحد.

ذهب لذلك جمهور العلماء من الشافعية وهو المذهب عند الحنابلة، واختاره الباجي من المالكية لاحتمال أنه وطئها في غير الفرج ودخل من مائه في قبلها ونحو ذلك^(١).

٣٢٦ / ٣ / ٢ / ٢ - القول الثاني: إذا ظهر الحمل في المرأة غير المتزوجة أو لم تقم بينة على زواجها ممن تدعي ذلك منه، فإنها تحد، ولا يقبل ادعاؤها للاستكراه إلا أن تظهر أمارة تصدقها، بأن تأتي بأمر تبلغ به فضيحة نفسها، كأن يرى منها أثر الدم أو صياح أو استغائة، وهذا إذا كانت من أهل البلد، أما إذا كانت غريبة طارئة على البلد فتقبل دعواها الاستكراه لكونها غريبة، وصدقها محتمل.

هذا إذا ادعت الغصب والإكراه، أما إذا ادعت الوطء بشبهة أو الغلط أو النوم؛ فتقبل دعواها، لأن هذا يقع كثيراً، وهذا التقييد عند المالكية.

وذهب لهذا القول المالكية، والحنابلة في رواية إن لم تدع شبهة، واختارها ابن تيمية، وفي رواية ثالثة عند الحنابلة: تحد ولو ادعت شبهة^(٢).

(١) الأم ٤٧/٧، أسنى المطالب ١٣٠/٤، تحفة المحتاج ١٠٧/٩، المغني لابن قدامة ٧٢/٩ وما بعدها، م(٧٢٠١)، ونسبه لأبي حنيفة أيضاً ولم أفد عليه في كتبهم، الفروع ٨١/٦ - ٨٢، الإنصاف ١٩٩/١٠، المنتقى للباجي ١٣٨/٧، الأم ٤٧/٧ وقال الشافعي عن مذهب سيدنا عمر برجم من ظهر منها الحمل وهي غير ذات زوج: «فإن مذهب عمر فيه بالبيان عنه بالخبر أنه يبرجم بالحبل إذا كان مع الحبل إقرار بالزنى، أو غير ادعاء نكاح، أو شبهة يدرأ بها الحد»، اهـ. فعند الشافعي رحمه الله: وإنما تكون قرينة الحمل لاستمرار الحامل غير المزوجة إلى الاعتراف. فتؤاخذ به، وإن لم تعترف لم تحد. وذكر ابن قدامة في المغني (الموضع السابق) أن الروايات عن الصحابة رضي الله عنهم قد اختلفت ثم ذكر أن سيدنا عمر رضي الله عنه منع من إقامة الحد بهذه القرينة.

(٢) المنتقى للباجي ١٤٦/٧، ولم يذكر الباجي هنا ما أورده ص ١٣٨/٧، وإنما ذكر مذهب المالكية دون تعليق، تبصرة الحكام ٩٧/٢، الخرشني على مختصر خليل ٨١/٨.

٣٢٦/٣/٢-٣ ويمكن أن يقال في الأخذ بهذه القرينة ما قيل في قرينة قيء الخمر من أن الحدود تدرأ بالشبهات، وقد ذكر الباجي وغيره بعض الشبهات التي تحيط بهذه القرينة، واعتماد أصحاب القول الثاني على بعض الآثار غير مسلم تماماً لما ذكره ابن قدامة من اختلاف الروايات عن الصحابة رضي الله عنهم^(١)، كما أنهم استثنوا من مذهبهم كل شبهة يمكن أن تحيط بإقامة الحد بهذه القرينة، مثل كون التي ظهر الحمل منها غريبة ليست من أهل البلد، أو ادعت الوطء بشبهة، أو الغلط، أو النوم، وعللوا ذلك بكثرة وقوعه، وتبين أن موضع النزاع محصور فيما إذا ادعت الإكراه أو الغضب على الزنى، فهم يأخذون بأصل درء حد الزنى، فينبغي أن يطبق على الصورة المتنازع فيها، وهذا كله ما لم تدع المرأة زواجها من رجل وأقامت بينة مقبولة على ذلك. والله تعالى أعلم.

٣٢٧- وتنقسم القرائن بحسب مصدرها نوعين:

١/٣٢٧- النوع الأول: قرائن نصية: وردت في نص شرعي من قرآن أو سنة وجعلها الشارع أمانة على شيء معين، مثل الدم: قرينة على القتل في قصة سيدنا يوسف عليه السلام ﴿وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾ [يوسف: ١٨] ومثل شق الثوب: قرينة على المباشرة ﴿إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [٢٦] وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [يوسف: ٢٦-٢٧] ومثل الشبه في القيافة، واللوث في القسامة، وهذا النوع من القرائن لا يسع القاضي إلا الحكم بموجبها ولا يخرج عنها، وهذه وإن كانت قرائن لكن الشارع لما نص على اعتبارها أصبحت وسائل إثبات خاصة يحكم بها ولا يتعدى بها عن مواضعها.

(١) راجع الهامش (١) من الصفحة السابقة.

ومما يمكن إلحاقه بهذا النوع ما يسمى بالقرائن الفقهية، وهي التي استخرجها الفقهاء واستدلوا بها على أمور أخرى ونصوا عليها في كتب الفقه والمؤلفات الخاصة، وإنما تُلحق بهذا النوع لأنها في حق القاضي غير المجتهد (المطلق) كالقرائن النصية من حيث وجوب الأخذ بها، أما المجتهد المطلق فغير ملزم باتباع اجتهاد غيره، على أن له الاستئناس بها، ومن أمثلتها اعتبار ما يصلح للرجال من متاع البيت عند اختلاف الزوجين في ملكيته وهو للرجل، كالعمامة والسيف، وما يصلح للنساء فقط كالحلي للمرأة اعتماداً على شهادة الظاهر، وملاحظة العرف والعادة.

وهذه القرائن تعفي أصحابها من الإثبات، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس إما بطرق خاصة، أو بطرق الإثبات الشرعية، فيكفي إثبات اللوث لتجب القسامة؛ ما لم تظهر بينة أقوى تعارض ذلك.

٢/٣٢٧ - النوع الثاني: قرائن قضائية: وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء ومعرفة الأحكام الشرعية التي تكون لديهم ملكة وصفة راسخة في النفس تمكنهم من الاستدلال وإقامة القرائن في الخصومات ومواضع النزاع، ويلاحظون العلامات والأمارات من ملابس وظروف كل دعوى عن طريق التفرس والتفطن والذكاء ومعرفة الأعراف والعادات مما يكون عوناً للوصول إلى الحقيقة، لكن يجب أخذ الحيطة والحذر وإمعان النظر، فلا يعول على القرائن إلا ضمن القواعد والضوابط المقبولة، ولا يركن إليها إلا بعد تقليب الأمور على الوجوه المحتملة والوصول إلى القناعة والتثبت، فكثيراً ما تظهر قرينة في بادئ الرأي ويظن أنها كافية ثم يظهر أنها غير مقنعة وبعيدة عن طريق الجزم بما هو حق. ومن أمثلة القرينة القضائية: الحكم بالشيء لمن كان في يده، باعتبار أن وضع اليد قرينة على الملك بحسب الظاهر^(١).

(١) الفقه الإسلامي وأدلته (٦١٢٨) وانظر للأهمية فقرة (٣٣٧).

٣٢٨- تنبيه: مع أن القرينة والأمانة قد يكون لها أثر في القلب يغلب في الظن صدقه لكن القاضي لا يعتمد عليه وحده في الحكم للفصل بين الخصومات ؛ وإنما يؤخذ به على وجه الاستدلال والاستهداء، فيقرر بعد ذلك المبطل من الحق، وقد يستعان به لاستجرار الخصوم للإقرار بالحق عند القاضي إذا ظهرت عنده دلائل الصدق من عدمه فيأخذ القاضي بالإقرار ويحكم به^(١).

٣٢٩- تحليف الخصم مع القرينة: وقد يستعين القاضي في الإثبات إضافة لما أورثته القرينة في نفسه من قناعة بتحليف الخصم لليمين لتتأكد قناعته وليُحمّل الخصم جزءاً من عبء الإثبات.

٣٣٠- قيد مهم: وحيث جاز الاعتماد على القرينة في الإثبات فيراد بها القرينة القطعية، أما الضعيفة فلا تقبل في القضاء، والمتوسطة يتوقف فيها ويُحتاط حتى ترجح بمرجح، وقوة القرينة وضعفها أمر نسبي يختلف باختلاف الأنظار^(٢).

٣٣١- قناعة القاضي في الأخذ بالقرائن: ويتوقف الأخذ بالقرائن على مدى قناعة القاضي بها في دلالتها على الحق الذي يريد الوصول إليه، أو في ترجيحها على قرائن ودلالات أخرى.

٣٣٢- القرائن الحديثة: للقاضي أن يستعين بالقرائن الحديثة، كتحليل الدم والبول، الصفات الوراثية، والبصمات، والتقاط الصور وتسجيل الصوت، وغير ذلك مما يستعان به للوصول إلى الحقيقة، لكن مع التحرز والتثبت من

(١) أحكام القرآن للجصاص ٣٨٦/٤ - ٣٧٨، وسائل الإثبات للزحيلي ٤٩٤/٢ - ٤٩٥، ٥١٦/٢ وما بعدها، النظام القضائي لعزام ١١٤/٢، ومثال القرينة القضائية الفقرة (٣٣٧).

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ٤٩٠/٢ - ٤٩١، وانظر أسنى المطالب ٢٢٩/٢.

المشرفين على استخراج هذه القرائن، فإنها بقدر ما تُعد تقدماً علمياً مباركاً بقدر ما يمكن التلاعب بها وتزويرها بطرق فنية وعلمية مبتكرة^(١).

٣٣٣- تنازع القرائن: إذا تنازع عند القاضي قريبتان؛ فإنه يأخذ بالأقوى ويدع الأضعف، وذلك كأن يتنازع رجلان دابة أحدهما راكبها، والآخر أخذ بزمامها، فالراكب أولى؛ لأن تصرفه فيها أقوى، ويده أكد، وهو المستوفي لمنفعتها^(٢).

٣٣٤- الترجيح بين البيئات بالقرائن: إذا تعارضت بيتان عند الحاكم وأمكن ترجيح إحداهما بالقرائن عُمل بالراجح منهما، كأن ادعت أختان أنه تزوجهما جميعاً، وكل واحدة منهما تقيم البيئة أنه تزوجها أولاً، كان ذلك إلى الزوج، فأيهما قال: هي الأولى فهي الأولى، وهي امرأته، وإن كان دخل بإحدهما كان لها المهر وهي امرأته لترجح جانبها بالدخول؛ لأن الغالب أنه تزوجها أولاً^(٣).

٣٣٥- الدعوى التي تكذبها القرائن: إذا قضت القرائن بكذب الدعوى لم تسمع، ذكر المالكية أنه لا تسمع الدعوى التي تشهد العادة بكذبها، مثل دعوى الغصب والفساد على رجل صالح لا ينسب إليه ذلك ولا يليق به^(٤).

وذكر الشافعية أنه لا تسمع الدعوى التي قطعت قرائن الحال بكذبها؛ كأن ادعى المالكُ التناجَ بعد الحول أو نحوه، كالبيع، أو غير ذلك من مسقطات الزكاة وخالفه الساعي وكانت القرائن تقطع بكذب المالك فلا تسمع دعواه^(٥).

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٥١٢/٢، النظام القضائي لعزام ١١٩/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٧٤/١٠، م (٨٥٦١) المبسوط ٨٧/١٨ - ٨٨، الكنز بهامش تبين الحقائق ٣٢٥/٤، قواعد الأحكام للعز ١٤١/٢.

(٣) المبسوط ١٥٤/٥ وما بعدها، البدائع ٦/٢٥٢ - ٢٥٣، المغني ٢٦٨/١٠، م (٨٥٤٩).

(٤) تبصرة الحكام ١/١٤٨.

(٥) تحفة المحتاج ٣/٢٣٤.

٣٣٦- رد وسائل الإثبات لقريظة: قد تكون القريظة سبباً لعدم الأخذ بالبينة أو الإقرار إذا كان مخالفاً لها، فقد ذكر الحنفية أنه لا يسمع إقرار المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه إن كان ظاهر الحال مكذباً له، بخلاف ما إذا كان ظاهر الحال غير مكذب له ؛ بأن كان مراهقاً محتملاً لمدعاه أي قد أكمل التاسعة في البنت والثانية عشرة في الذكر وكانت الجثة تتحمل البلوغ^(١).

٣٣٧- مثال القريظة القضائية: عند الإمام أبي يوسف: لو ادعى رجل عيناً في يد رجل، فقال الذي هو في يده: هي عندي وديعة لفلان أو عارية له أو وكلني بحفظها، فإن كان ذو اليد رجلاً معروفاً بالحيل لم تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة: وإن كان صالحاً تندفع الخصومة عنه. وقد رجع أبو يوسف إلى هذا حين أبتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس، فقال: قد يحتال المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراءً ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه إنسان يقيم البينة على أنه مودعٌ ليدفع الخصومة عن نفسه، ومقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة، فلا تندفع عنه الخصومة إذا كان متهماً بمثل هذه الحيلة^(٢).

٣٣٨- دلالة القرائن على الباعث على الفعل: للقاضي أن يستعين بالقرائن للتعرف على الباعث على الفعل، مما قد يترتب عليه من حد أو غيره، فمن أخرج نصاباً من حرزه على مرات عدة ؛ فإن قصد أخذه جميعاً ابتداءً وتعذر عليه إخراجه مرة واحدة من الحرز فأخرجه على مراحل؛ فإنه يقطع، بخلاف ما إذا تعدد قصده، كأن أخرج ما لم يبلغ النصاب ثم قصد السرقة ثانية فدخل الحرز وأخرج ما لم يبلغ نصاباً ؛ فإنه لا يقطع وإن كان مجموع ما أخرجه من حرزه يبلغ النصاب، وإنما يعرف قصده من إقراره أو من قرائن الأحوال^(٣).

(١) درر الحكام لحيدر ٢/٧٠٧، م(٩٨٩).

(٢) المبسوط للسرخسي ١٧/٣٧-٣٨.

(٣) حاشية الدسوقي والشرح الكبير بهامشها ٤/٣٣٥.

٣٣٩-٣- مما سبق يلاحظ أن شروط الأخذ بالقرينة في الحكم ما يأتي:

٣٣٩/١- الأول: القرينة وسيلة احتياطية يلجأ إليها عند عدم وجود وسائل الإثبات والحجج.

٣٣٩/٢- الثاني: القرائن دليل غير مباشر في الإثبات، لأن الحق يثبت بالاستنتاج والاستنباط من غيرها، فلا يتوسع في القرائن أكثر من المطلوب، وإن توسع فلا يعتمد عليها في الحكم إلا بالقدر المسموح به، جاء في الطرق الحكمية: «وإن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد»^(١).

٣٣٩/٣- الثالث: أن يوجد أمر ظاهر معروف وثابت يعتمد أساساً للاستدلال منه على وجود صفات وعلامات فيه.

٣٣٩/٤- الرابع: أن توجد الصلة بين الأمر الظاهر والقرينة التي أخذت منه استنباطاً واستنتاجاً.

٣٣٩/٥- الخامس: أن تكون الصلة بينهما قوية، أما إذا كانت ضعيفة فلا يؤخذ بها في الإثبات، والمتوسطة يتوقف فيها وينظر فيها، وقوة الصلة وضعفها يترتب عليها كون القرينة قوية أو ضعيفة.

٣٣٩/٦- السادس: أن تكون القرينة نصية أو فقهية.

٣٣٩/٧- السابع: القرينة القضائية يؤخذ بها ضمن القواعد والضوابط المطلوبة، ويتوقف الأخذ بها على مدى اقتناع القاضي بها في دلالتها على الحق الذي يريد الوصول إليه أو في ترجيحها على قرائن ودلالات أخرى، وتقدم القرينة الأقوى.

(١) الطرق الحكمية ص ٣.

٣٣٩/٨ - الثامن: أن لا تعارض القرينة بينة، فإذا عارضتها بينة لم يعمل بها^(١).

٣٤٠ - خلاصة: إن القرائن متى توافرت شروطها كان للقاضي أن يأخذ بها كيلاً يُضيق الحقوق التي نُصب لحفظها، مع ضرورة عدم الخلط بين القرائن والبيّنات الخاصة، والأخذ بالقرائن قد يصل إلى درجة الوجوب في حق القاضي الذي عليه أن يستنبط الأمور الخفية من الأمور الظاهرة بما أودعه الله تعالى من ثاقب النظر وصفاء القرينة، ومقابلة الأمور مع بعضها البعض دون الوقوف عند ظواهر الأمور فقط.

قال ابن القيم رحمه الله مبيناً أهمية القرائن ودور القاضي فيها:

«فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهِه في جزئيات وكمالات الأحكام: أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكّون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله. فها هنا نوعان من الفقه لا بد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع...»^(٢)، وقال في موضع آخر: «والمقصود أن الشريعة لا ترد حقاً وتكذب دليلاً، ولا تبطل أمانة صحيحة... فلا يجوز لحاكم ولا لوال رد الحق ما بعد تبين وظهور أماراته لقول أحد من الناس، والمقصود أن البينة في الشرع

(١) انظر لهذا الشرط: البهجة الوردية بهامش الغرر البهية ٣/١٤٢.

(٢) الطرق الحكمية ص ٤.

اسم لما يبين الحق ويظهره... ولم يزل حذاق الحكام والولاية يستخرجون الحقوق
بالفراصة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً»^(١).

(١) الطرق الحكمية ص ٢٣-٢٤، وواضح أن هذا القول لا يؤخذ به على إطلاقه، ومن أراد
الاطلاع على أمثلة كثيرة من قضاء القضاة والحكام بذلك فليُنظر مثلاً: كنز الدقائق بهامش
البحر الرائق ٢٢٧/٧، الطرق الحكمية في مواضع كثيرة منها ص ٢٠-٢١، تبصرة الحكام
١١٧/٢ وما بعدها، وقد تقدم الأخ الدكتور محمد جنيد دير شوي يبحث نال به درجة
الماجستير بتقدير امتياز من كلية الشريعة بجامعة دمشق، وعنوانه: القضاء بقرائن الأحوال،
فليُنظر لفائدته.

الفصل الرابع

السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى

ويتضمن المباحث التالية :

- المبحث الأول : السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الأمور المدنية
- المبحث الثاني : السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الجنايات
- المبحث الثالث: السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الأحوال الشخصية
- المبحث الرابع: السلطة التقديرية في اختيار طريقة تنفيذ القصاص في النفس
- المبحث الخامس: الأسباب المشددة والأسباب المخففة للعقوبة
- المبحث السادس: سقوط العقوبة واستبدالها

رَفَعُ
عبد الرحمن المحمدي
أسكنه الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الرابع السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى

٣٤١- تمهيد: إن أعظم غاية من منصب القضاء هي إيصال الحقوق لأصحابها، وإنهاء المنازعات بين الناس بالفصل بينهم على وفق الشريعة الإسلامية، لذا كان الحكم القضائي الذي يفصل في النزاع هو خاتمة المطاف في التداعي أمام القضاء.

وجميع مراحل الدعوى تساهم في تكوين الحكم القضائي وتؤثر فيه، منذ عرض القضية على القاضي ونظره فيها، بدءاً من الادعاء وإلى استيفاء جميع متطلبات الحكم والوصول إلى مرحلة إصداره.

وحين يصل القاضي إلى المرحلة الأخيرة هذه يكون قد كوّن رأياً في نفسه يحلّ به النزاع، وينهي به الخصومة، وهذا الحل الذي تكوّن لدى القاضي ولم يصدره بعد هو ما يقال له: الحكم في مرحلته الأولى قبل ظهوره وإعلانه للخصوم والناس.

والأصل في هذا الحكم أنه أمر نفسي لا يعلم عنه إلا بالتعبير عنه بالقول، أو الكتابة، أو الإشارة، أو الفعل، والتعبير عن هذا الحل وإظهاره هو ما يعبر عنه بإصدار الحكم.

والقاضي إذا تكونت لديه قناعة معينة، وانقدح في ذهنه رأي محدد بخصوص إنهاء النزاع المعروض أمامه؛ فإنه لا يصح منه ابتداءً أن يصدره

إلا بعد التدقيق والتأني والتحقق من استيفاء جميع الشروط التي سبق ذكرها في جميع مراحل الدعوى ومن جميع الأسس الشرعية التي تؤهل الدعوى لأن يصدر فيها حكمه الذي ينهي الخصومة ويرفع يد المحكمة عن نظر الدعوى المفصول فيها^(١).

(١) نظرية الحكم القضائي، أبو البصل: ٦٣، ٣٢٧، نظرية الدعوى ، ياسين: ٦٤٣.

المبحث الأول السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الأمور المدنية

المطلب الأول: ما يترتب على إثبات الدعوى

٣٤٢- إذا وصلت الدعوى المعروضة أمام القاضي إلى مرحلة إصدار الحكم القضائي بأن كانت قد استكملت جميع الشروط والإجراءات المطلوبة؛ فهل يحق للقاضي أن يؤخر إصدار الحكم أم يجب عليه إصدار حكمه على الفور دون انتظار؟

الأصل عند عامة الفقهاء أن القاضي يجب عليه إصدار الحكم فور توافر شروطه وانتفاء موانعه، وإن تأخر كان آثماً. قال القرافي: «تعجيل الحكم واجب على الفور عند وجود الحجة، لأن أحد الخصمين على منكر غالباً، وإزالة المنكر واجب على الفور، والواجب لا يؤخر إلا الواجب...»^(١) مع التنبيه إلى أن قيام البينة لا يعني حجيتها بمفردها، لأن القاعدة أن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي^(٢).

(١) تهذيب الفروق ٤/١٤١، الفرق ٢٣٨، بين قاعدة ما هو حجة عند الحكام وقاعدة ما ليس بحجة عندهم.

(٢) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٥١/٦.

إلا أن بعض الفقهاء أجازوا تأخير إصدار الحكم إذا كان هناك سبب مبرر على النحو الذي سيرد تفصيله فيما يأتي.

وقد عنيت بما يترتب على إثبات الدعوى ووصولها إلى هذه المرحلة، سواء كانت تتعلق بالأمر المدنية أم الجنائية أم الأحوال الشخصية.

٣٤٣- تفصيل المذاهب في الإسراع في الحكم القضائي:

١/٣٤٣- أولاً: مذهب الحنفية: ذهب الحنفية^(١) إلى وجوب إصدار القاضي لحكمه على القضية المعروضة أمامه متى استوفى الحكم شروطه، ولا يجوز له التأخر، وإذا تأخر دون سبب مبرر أثم واستحق العزل والتعزير، لأنه خالف أعظم هدف شرع من أجله منصب القضاء.

وذهب بعض الحنفية إلى التشدد أكثر فقالوا بكفر القاضي إذا أخر الحكم عمداً، ولم يره واجباً عليه^(٢).

وقد استثنى الحنفية من وجوب الإسراع في الحكم حالات أجازوا تأخير الحكم فيها، وهي:

١/١/٣٤٣- الأولى: رجاء الصلح بين الخصوم الأقارب، لأن فصل القضاء يورث الضغائن^(٣).

(١) الدر بهامش رد المحتار ٤/٤٢٣، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٦/٢٨١، غمز عيون البصائر للحموي ٢/٣٥٣ - ٣٥٤، درر الحكام لحيدر ٤/٦٦٣ - ٦٦٤، م (١٨٢٨).

(٢) نقل ذلك الحموي في غمز عيون البصائر ٢/٣٥٣ - ٣٥٤ وقال: وفي سيف القضاة على البغاة يجب على القاضي.... ثم قال الحموي: أقول: ولا يتم ما ذكره من الإكفار إلا إذا أريد بالواجب الفرض إذ منكر الواجب لا يكفر، وجاء في كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٦/٢٨١ أنه يفسق وإن أنكره يكفر كما في شرح باكير.

(٣) لم يقيد الصلح في درر الحكام لحيدر بما إذا كان الخصوم أقارب، بل يشملهم والأجانب =

٣٤٣ / ١ / ٢ - الثانية: إذا استمهل المدعي أو المدعى عليه، واستمهال المدعي يكون لإثبات دفع الدفع الذي دفع به المدعى عليه دعوى خصمه، أما استمهال المدعى عليه فيكون لإثبات دفعه فيما إذا أثبت المدعي دعواه.

٣٤٣ / ١ / ٣ - الثالثة: إذا اشتبه الأمر على القاضي أو وقع في نفسه ارتياب فيما أبداه أحد الخصوم من الحجج المقدمة في الدعوى ، ومثاله أن يثبت المدعي مدعاه بالشهود وجرت تزكيتهم سرأً وعلناً حسب الأصول فاشتبه القاضي بسبب مشروع في أن الشهود شهود زور، فيتجسس أحوالهم ويرسل أحد أمنائه إلى الأشخاص الموثوق بهم ممن لهم اختلاط بالشهود ويتفحص أحوالهم جيداً.

ولو شهد ثلاثة شهود في دعوى فسمع القاضي أحدهم قبل الحكم يقول: أستغفر الله قد شهدت كذباً، ولم يميز القاضي القائل منهم فسألهم عن شهادتهم فأجابوا أنهم باقون على شهادتهم، فلا يحكم القاضي بتلك الشهادات، ويخرج أولئك الشهود من مجلس الحكم ويدقق ويبحث عن حالهم، فإذا ظهر له أنهم أناس سوء رد شهادتهم^(١).

٣٤٣ / ١ / ٤ - الرابعة: إذا استفتى القاضي علماء بلدته في مسألة ولم يعتمد على الفتوى التي أفتوها، واستفتى علماء بلدة أخرى فله تأخير الحكم حتى ترد إليه الفتوى^(٢).

= كذلك، انظر ٤ / ٦٦٣ - ٦٤٤، م (١٨٢٨)، وللتوسع: نظرية الحكم القضائي ٣٤٤، ٣٩٦، نظرية الدعوى لياسين ٤٧٣ وما بعدها.

(١) ورد هذا التفصيل في درر الأحكام لحيدر ٤ / ٦٦٤ م (١٨٢٨) ثم قال: ويجب في هذا الزمن الاعتناء الزائد في ذلك إذ إن الشهود يُزكُون من أناس لا تقبل شهادتهم! اهـ. ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

(٢) درر الأحكام لحيدر ٤ / ٦٦٤، م (١٨٢٨).

وفي غير هذه الحالات لا يجوز للقاضي تأخير إصدار الحكم عند الحنفية.

٢/٣٤٣ - ثانياً: مذهب المالكية: استثنى المالكية من أصل وجوب الإسراع

بالحكم الحالات التالية:

١/٢/٣٤٣ - الأولى : إذا كانت القضية مشكلة فيكشف عن حقيقتها في

الباطن، ويستعين بمن يشاء في سبيل الوصول إلى الحق^(١).

٢/٢/٣٤٣ - الثانية: وبمعناها إذا كانت في نفس القاضي شبهة من أحد

الخصوم، فإذا توسم القاضي في أحد الخصمين أنه أبطن شبهة أو اتهمه بدعوى الباطل إلا أن حجته في الظاهر متجهة وكتاب الحق الذي بيده موافق لظاهر دعواه، فيستحب للقاضي التلطف في الفحص والبحث عن حقيقة ما توهم فيه، وله أن يعظ الخصم ويحذره من أكل أموال الناس بالباطل، فإن أناب وإلا أمضى الحكم على ظاهره.

أما إن تزايدت قوة الشبهة عنده بسبب الفحص فيتوقف ويوالي الكشف ويردد الخصم الأيام ونحوها ولا يعجل في الحكم مع قوة الشبهة، وليجتهد في ذلك بحسب قدرته حتى تتبين له حقيقة الأمر في تلك الدعوى أو تنتفي عنه الشبهة^(٢). وله رد الخصوم إذا أعضلوا إلى وساطة الأمناء ليفصلوا بينهم صلحاً إذا تراضوا على ذلك^(٣).

(١) التاج والإكليل ١٣٣/٦، تبصرة الحكام ٤١/١.

(٢) تبصرة الحكام ٥٣/١. التاج والإكليل ١٣٣/٦.

(٣) تبصرة الحكام ١٤٧/٢، وفي منح الجليل ٣٣٥/٨، والتاج والإكليل ١٣٤/٦ أن سحنوناً قال: إذا كانت شبهة وأشكل الأمر فلا بأس أن يأمرهما بالصلح، وفي منح الجليل أن ابن بقي كان يطول في الحكم الملبس رجاء أن يصطلح أهله ويقول: إذا طوّل على صاحب الباطل ترك طلبه ورضي باليسير.

٣٤٣ / ٢ / ٣ - الثالثة: إذا شك القاضي في كونه قد فهم الخصومة أو وجد حيرة في نفسه من ذلك، فلا يقضي حتى لا يشك أنه قد فهم، فأما أن يظن أنه قد فهم ويخاف أن لا يكون قد فهم فلا يحكم لما يجد من الحيرة^(١).

٣٤٣ / ٢ / ٤ - الرابعة: إذا رأى القاضي أن إصدار الحكم يؤدي إلى تفاقم الأمر بين المتنازعين وإلى وقوع مفسدة كبيرة، فله تأخير الحكم ويحث الخصوم على الصلح ويأمرهم بذلك، وبخاصة إذا كانوا من أهل الفضل أو من ذوي الأرحام؛ لأن فصل الخصومات يورث الضغائن^(٢).

ولا يدعو القاضي لصلح إلا فيما يتأتى فيه ذلك، فلا يصح من الخصمين في نحو طلاق، وللقاضي أن يأمر بالصلح فيما سبق بيانه ولو ظهر له وجه الحكم^(٣).

٣٤٣ / ٣ - ثالثاً: مذهب الشافعية: ذهب الشافعية كذلك إلى وجوب إيقاع القضاء بين المتنازعين إذا ارتفعا إلى القاضي، ولا يحل له الدفع إذا كان فيه

(١) كذا في تبصرة الحكام ١ / ٤١.

(٢) التاج والإكليل ٦ / ١٣٣ - ١٣٤، منح الجليل ٨ / ٣٣٥، وفيهما أن اللخمي خص دعوة القاضي للصلح فيما إذا لم يتبين الحق لأحدهما إلا أن يرى لذلك وجهاً، وقال عن الصلح: وهذا بين الأقارب حسن وإن تبين الحق لأحدهما أو لهما، قال الإمام مالك: لو اصطلحا لكان أحمد، قال ابن سحنون: كان أبي ربما رد الخصمين إلى من عرف بالصحة والأمانة فيقول لهما: اذهبا إلى فلان يصلح بينكما فإن اصطلحتما وإلا رجعتما إلي، وترافع إليه رجلان من أهل العلم فأبى أن يسمع منهما وقال لهما: استرا على أنفسكما ولا تطلعاني من أمركما على ما قد ستره الله عليكما، وقال عمر رضي الله عنه: ردوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن. اهـ . أقول: حث الله تعالى

على الصلح بأدق عبارة وأوجزها فقال: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.

(٣) الشرح الكبير بهامش الدسوقي ٤ / ١٥٢.

تعطيل وتطويل نزاع^(١)، ولا يؤخر إصدار الحكم إذا تقدم المدعي بدعواه وقدم بيته إلا في الحالات الآتية^(٢):

٣٤٣/٣/١ - إذا قدم المدعي شهوده فيبحث القاضي عنهم عن طريق المزكين ليعلم عدالة الشهود من جرحهم.

٣٤٣/٣/٢ - إذا ارتاب القاضي في الشهود أو توهم غلطهم لخفة عقل وجدها فيهم فيستحب له قبل التزكية لا بعدها أن يفرق بين الشهود ويسأل كل واحد عن شهادته باستفصال، فإن اتفقت كلمتهم وإلا فيتوقف عن الحكم، ولا يترك مَنْ يستفصل منه أن يجتمع مع الشهود الآخرين لئلا يخبرهم بجوابه، وإن امتنعوا من التفصيل كان له أن يعظهم ويحذرهم عقوبة شاهد الزور؛ فإن أصروا على شهادتهم ولم يفصلوا وجب عليه القضاء إذا وجدت شرائطه، ولا عبرة بما بقي عنده من ريبة^(٣)، وليس له أن يؤخر فصل القضاء أكثر من ذلك.

٣٤٣/٣/٣ - الأصح أن القاضي لا يحكم حتى يطلب منه المدعي ذلك، فإذا سألته وجب عليه، وإذا كان المحكوم له لا يعبر عن نفسه لصغر أو جنون وكان الحاكم وكيله لم يتوقف الحكم على سؤال أحد^(٤).

٣٤٣/٤ - رابعا: مذهب الحنابلة: الأصل عند الحنابلة أن البينة إذا شهدت شهادة صحيحة واتضح الحكم لم يجز له ترديد البينة أو التأخر في الحكم^(٥)، وإنما يؤخر الحكم فيما يأتي:

-
- (١) حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى المطالب ٤/٢٧٧.
 - (٢) أسنى المطالب ٤/٣١٣، الأم ٦/٢٠٤ وما بعدها.
 - (٣) أسنى المطالب ٤/٣١٥.
 - (٤) مغني المحتاج ٦/٢٩٠.
 - (٥) المغني لابن قدامة ١٠/١٠١، م (٨٢٣٥)، كشاف القناع ٦/٣٣٤.

٣٤٣ / ٤ / ١ - إذا أشكل الأمر على القاضي وكان في الحجة تلبس لم يحكم حتى يتضح له الحكم، وفي هذه الحالة يأمر الخصوم بالصلح، وبعض الحنابلة استحَب ذلك من القاضي في هذه الحالة، وإذا أبى الخصوم الصلح آخر فصل القضاء حتى يتبين له الأمر^(١).

٣٤٣ / ٤ / ٢ - إذا ظن القاضي الصلح بين الخصوم كان له تأخير الحكم، فإذا رفضوا حكم بينهم^(٢).

٣٤٣ / ٤ / ٣ - وذهب الحنابلة في قول: إلى أن القاضي له أن يحكم متى توافرت شروط الحكم وإن بقي عنده ريبة؛ لأنه يستحب للقاضي أن يقول لمن قامت البينة عليه: قد شهدا عليك، فإن كان قادح فبينه عندي.

٣٤٣ / ٤ / ٤ - لا يحكم القاضي إلا بعد سؤال صاحب الحق، لأن الحكم حق له فلا يستوفى إلا بمسأله، أما إذا كان الحكم لغير معين كالوقف على الفقراء أو لله تعالى كالحدود، فيحكم متى اتضح له الحكم وإن لم يسأله أحد ذلك^(٣).

المطلب الثاني: ما يترتب على إثبات وقوع الضرر

٣٤٤ - إزالة القاضي للضرر: إذا ثبت عند القاضي وجود ضرر أو وقوعه على أحد الخصوم وجب عليه السعي لإزالته، لأن الضرر يزال؛ وإن كان قديماً؛ لأن الضرر لا يكون قديماً.

وإزالة الضرر الواقع على الأموال يتحقق بالتعويض الذي يتأتى فيه جبر الضرر، وترميم آثاره، ورد مالية المعتدى عليه كما كانت قبل الاعتداء تماماً. ولا

(١) المغني لابن قدامة ١٠ / ١٠١، م (٨٢٣٥)، الفروع ٦ / ٤٦٩.

(٢) الفروع ٦ / ٤٦٩.

(٣) كشف القناع ٦ / ٣٣٤، ٣٣٥.

خير في الإلتلاف المماثل، لأنه تكرر الضرر، ومضاعفة المفسدة، وتوسيع رقاع الشر^(١).

جاء في مجلة الأحكام العدلية: «ليس للمظلوم أن يظلم غيره لأنه ظلم، مثلاً لو أتلّف زيد مال عمرو مقابلة لأنه أتلّف ماله كانا كلاهما ضامين... كما أنه لو خدع واحد فأخذ نقوداً زائفة من آخر فليس له أن يصرفها إلى غيره»^(٢).

٣٤٥- من صور الضرر: الضرر قد يقع في صور متعددة، فقد يكون بتأخير تسليم المدعى به لصاحبه، وقد يكون بمنع الشريك من الانتفاع بنصيبه من قبل شريكه الآخر، وقد يكون بغصب أموال الآخرين، أو بتأخير سداد الديون الحالّة مع المقدرة على ذلك، وقد يكون في غير ذلك^(٣).

٣٤٦- ومباحث الضرر وإزالته واسعة متشعبة، حتى أفردت لها كتب خاصة بها، وإنما أقتصر هنا على إيراد بعض المسائل التي يظهر فيها دور القاضي واضحاً في إزالة الضرر عن وقع عليه، ويتجلى أثر النشاط الذهني للقاضي في المسائل التي فوض الشارع إلى القاضي تقدير وقوع الضرر فيها والطريقة المناسبة لإزالة هذا الضرر^(٤).

(١) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، لمحمد فوزي فيض الله ١٥٩، وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي ٣٢٣٠. ومما يعتبر في حكم الضرر الواقع على الأموال الضرر الواقع على الأبدان خطأ، وسأبحثها لاحقاً إن شاء الله تعالى في بحث الحكم في الجناية على النفس الإنسانية وما دونها.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية، رستم، م [٩١٢].

(٣) سيتبين أن أوضح من تناول هذا البحث الحنفية.

(٤) انظر للتوسع في أسباب الضمان وأنواعه وما يتعلق به الكتب المفردة لهذا الموضوع، مثلاً: مجمع الضمانات للبغدادي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام لمحمد فوزي فيض الله، =

جاء في كنز الدقائق: «لا يجوز للقاضي منع حق المستحق إلى معنى آخر بعد ظهوره يقيناً شرعاً لأجل موهم غير ثابت»^(١).

من المسائل التي يبرز فيها دور القاضي:

٣٤٧- المسألة الأولى: الغصب: إذا ثبت غصب شخص مال آخر وادعى الغاصب هلاك المصوب؛ حبسه القاضي حتى يعلم أنه لو كان المصوب باقياً لأظهره الغاصب، ثم قضى عليه ببدله؛ لأن حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قول الغاصب بالهلاك حتى يغلب على الظن صدقه، ويقضى بالقيمة إذا رضي المصوب منه بذلك، أما إذا لم يرض فلا يجعل القاضي بالحكم بها بل يحبس الغاصب مدة يُقدّر أن الغاصب سيأتي بالمصوب لو كان غير هالك، ومقدار مدة الحبس والتلوم (الانتظار) راجع لرأي القاضي وتقديره، حسب حال كل شخص وما يناسبه وليس له حد مقدر^(٢).

٣٤٨- المسألة الثانية: الغريم، ومن المسائل المتعلقة به:

١/٣٤٨- الأولى: حبس الغريم: إذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل القاضي بالحبس بل يأمره بدفع ما عليه، لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها، فإن امتنع المدين من الوفاء حبسه القاضي في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده، كئتمن مبيع، أو التزمه بعقد كالمهر، ولا يحبس إذا ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه،

= الضرر لمصطفى الزرقا، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لمحمد أحمد سراج، نظرية الضمان لوهبة الزحيلي، وغير ذلك.

(١) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٢٠١/٤.

(٢) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٢٥/٨ - ١٢٦، رد المحتار وبهامشه الدرر ١٨٥/٦.

وقيل: يحبس شهرين أو ثلاثة أشهر أو أربعة إلى ستة أشهر، والصحيح: أن تقدير مدة الحبس مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه. فيحبسه القاضي مدة ثم يسأل عنه، ويمكن أن يسأل عن حاله قبل انقضاء المدة.

والغرض من حبس الغريم أن يضجر قلبه إن كان له مال فيقضي ما عليه، وهذا يختلف باختلاف الناس، فمن الناس من يحتمل ويصبر شهراً ثم يضجر، ومنهم من يحتمل أكثر أو أقل، فالتقدير بمقدار معين في هذا غير معتبر، وإنما هو مفوض لرأي القاضي حسبما يرى من حال الشخص وزيه وما يغلب على ظنه من التحمل، ثم يسأل عنه الجيران وغيرهم حتى يتبين له حاله.

وسؤال القاضي عن حال الغريم بعد مضي مدة الحبس للاحتياط، وإلا فبعد مضي المدة، التي قدرها القاضي لحبسه وأنه لو كان له مال لأظهره، ويجب إطلاقه إن لم يقم المدعي بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال كي يطلقه القاضي^(١).

٢/٣٤٨ - الثانية: وذهب المالكية إلى أن من أخذ أموال الناس بدين أو تجارة ثم زعم أنه لا شيء معه يحبس لتبين حاله، وإذا تبين عدم الغريم وانقضى أمد سجنه لا يطلقه القاضي حتى يحلفه أنه ما له مال ظاهر ولا باطن، ولئن وجدَ مالاً ليؤدين إليه حقه.

وإذا كان على رجل دين حالاً وللغريم سلعة يمكن بيعها بسرعة فطلب صاحب الدين أن تباع وطلب المديان أن لا تفوت عليه وأن يضع السلعة رهناً ويؤخر أياماً حتى ينظر فيها في الدين؛ أجله القاضي في إحضار الدين بقدر كثرته وقتته، وبما لا يكون فيه ضرر على واحد منهما، وكل ذلك يقدره القاضي، وبهذا جرى القضاء، وعليه العمل.

(١) فتح القدير مع الهداية ٧/٢٧٧ إلى ٢٨٤، البحر الرائق مع كثر الدقائق ٦/٣٠٨ إلى ٣١٣.

وإذا كان الغريم لا يملك غير أصول بعض الأموال، وادعى الدائن أنه يملك غيرها وعجز عن إثبات ذلك حلف الغريم أنه ما يملك غير تلك الأصول وجعل له القاضي أجلاً بحسب ما يرى أنه يباع فيه ذلك المتاع في مثله.

وإذا سأل الغريمُ القاضي أن يؤخره يوماً ونحوه، أخذ منه كفيلاً بالمال وأخره حسب اجتهاده حسبما يظهر من حال الغريم من لدِّ وغيره.

وذهب بعض المالكية إلى أن القاضي لا يؤخره وإنما يؤخره الدائن إذا رضي، ويحث القاضي الدائن على الفرق بغريمه^(١).

٣/٣٤٨ - الثالثة: إذا ثبت على الغريم المحبوس لدينٍ دينٌ جديد: زاد القاضي في مقدار حبسه بحسب اجتهاده لأجل هذا الطلب الثاني^(٢).

٤/٣٤٨ - الرابعة: إذا دفع رجل مالاً لآخر مقارضة فذكر في نهاية عمله أنه ربح مبلغاً معيناً ثم ذكر غيره أقل منه؛ فالعبرة لرأي القاضي في إلزامه بإقامة حساب يبين فيه مصاريفه وأرباحه^(٣).

٥/٣٤٨ - الخامسة: الصبي الغريم: لا يجبس صبي على دين الاستهلاك ولو كان له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب أو وصي، والرأي فيه للقاضي، فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء، وإذا كان له أب أو وصي وامتنع من قضاء دينه من ماله حُبس الأب أو الوصي، ولا يجبس الصبي إلا بطريق التأديب لا العقوبة؛ لئلا يتجاسر إلى مثله إذا باشر شيئاً من أسباب التعدي قصداً، أما لو باشرها خطأ فلا يجبس، وهذا يشمل الصبي المأذون له، والمحجور^(٤).

(١) تبصرة الحكام ٢/٣١٥ إلى ٣١٨.

(٢) مواهب الجليل ٥/٤٩.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣/١١١.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥/٤٢٦.

٦/٣٤٨ - السادسة: إذا حبس القاضي الغريم المديون، فخيّف فراره؛ فالرأي للقاضي في اختيار الطريقة المانعة له من ذلك، فله تقييده، أو نقله إلى حبس أشد رقابة من الحبس العادي^(١).

٣٤٩ - المسألة الثالثة: ناقص الأهلية، ومن مسائله:

١/٣٤٩ - الأولى: بيع مال الصغير: إذا باع الوصي أو الولي عقار الصغير، فالرأي للقاضي في نقض البيع، فإذا قدر أن نقض البيع أصلح للصغير نقض بيع الوصي أو الولي^(٢).

٢/٣٤٩ - الثانية: الوصي على اليتيم: إذا باع الوصي على يتيمين نصيب أحدهما كان له أن يأخذ بالشفعة لليتيم الآخر أو لنفسه وإن كان شريكاً، لكن إن أخذه لنفسه خضع ذلك لرأي القاضي ونظره؛ لأنه يتهم أن يبيع نصيب يتيمه بثمان بخس ليأخذه بالشفعة، وكذلك إذا باع نصيب نفسه وأراد أخذه لیتيمه فلا بد من نظر القاضي^(٣).

٣٥٠ - المسألة الرابعة: المجنون: إذا عقد المجنون عقداً حين جنونه، نظر السلطان فيه بالأصلح في إتمامه وفسخه، إن كان مع من يلزمه عقده^(٤).

٣٥١ - المسألة الخامسة: دعوى الملكية: إذا باع شخص عقاراً لغيره، وكان البيع بحضرة بعض أقارب البائع، وسكت القريب حالة البيع، ثم ادعى ملكية العقار لم تسمع دعواه؛ وهذا عند مشايخ سمرقند، وقال

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم بهامش غمز عيون البصائر ٢/٣٧٤، أدب القضاء للسروجي ١٦٩.

(٢) الأشباه والنظائر بهامش غمز عيون البصائر ٢/٣٧٢، رد المحتار مع الدر المختار ٥/٤٢٦.

(٣) مواهب الجليل ٥/٣٢٤.

(٤) منح الجليل ٤/٤٣٧ ونسبه لابن عرفة.

مشايخ بلخ: بل تسمع، والرأي فيه للقاضي^(١)، وذلك لأن كثيراً من الأقارب قد يمنعهم مانع أدبي من المطالبة بالحق حال البيع أو نحو ذلك.

٣٥٢- المسألة السادسة: الوقف، وما يتعلق به:

١/٣٥٢- أولاً: ذهب بعض الفقهاء إلى أن مرجع العمل ببعض شروط الواقفين عائد إلى رأي القاضي لا إلى ما شرطه الواقف^(٢)، فإذا شرط الواقف أن لا يُستبدل وقفه ولو أشرف على الهلاك والتلف، كان للقاضي أن لا يأخذ بشرط الواقف، وله أن يستبدل بما هو أنفع لحاجة الوقف ومستحقه، ولا عبرة بالشرط المذكور؛ لأن العبرة في الوقف على نظر الحاكم في الأزمان والأحوال المتجددة؛ لأنه الولي الحاضر.

٢/٣٥٢- ثانياً: وكذلك الحال في المقبرة والمسجد ونحوهما، فالمرجع رأي القاضي حسبما يرى من مصلحة الوقف، فلو انقطع شجر المقبرة مثلاً كان للقاضي بيعها وصرف ثمنها في مصالح المقبرة، كوضع تراب لمنع نبش القبور أو مرور الدواب ونحوهما إذا أضر القبور، وإذا كان للشجر ثمر باعه القاضي وصرف الثمن في مصالح المقبرة أو المسجد المأخوذ منه الثمر، وإذا لم يوجد للمقبرة مصالح تصرف فيها هذه الأثمان حفظ القاضي هذه الأموال إلى ظهور مصالح لها، ولا تصرف لغيرها. ومناطق ذلك كله نظر القاضي العدل الأمين^(٣).

٣/٣٥٢- ثالثاً: للقاضي أن يصرف المال الموقوف على الفقراء إلى الأغنياء إذا رأى ذلك، وله أن يقضي بصرفه إلى الأغنياء بدل الفقراء الموقوف عليهم؛

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم بهامش غمز عيون البصائر ٢/٣٧٢.

(٢) قال الحموي في غمز عيون البصائر ٢/٣٧٣: كما أفاده العلامة عبد البر بن الشحنة في جواب حادثة هي... ثم ذكر المثال الوارد هنا في اشتراط الواقف عدم استبدال وقفه.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٣/٢٥٦ وذهب الهيتمي إلى جواز قلع شجر الوقف إذا اضطر القاضي لذلك لاحتياج مصالح المقبرة وتعين فيها قطعها، وإلا فلا.

لأنه قضاء في موضع الاجتهاد^(١). ومثاله ما إذا وقف على فقراء بني فلان فصرفه القاضي إلى أغنيائهم.

٣٥٣- المسألة السابعة: رفع الضرر عن مال الوقف ومال الصغير: إذا احتاج العقار المشترك بين صغيرين أو بين وقفين إلى التعمير وكان إبقاؤه على حاله مضرراً، وكان أحد الوصيين أو أحد المتولين يطلب التعمير وامتنع الآخر، أجب على التعمير، فيرسل القاضي أميناً ينظر: فإذا علم أن في ترك هذا الحائط أو العقار على حاله ضرراً في حق الصغيرين أجب الوصي الآخر من مال الصغير^(٢).

٣٥٤- المسألة الثامنة: الوديعة المحتاجة للنفقة: إذا كانت الوديعة حيواناً، وصاحبها غائب، وأقام المودع البينة أنها وديعة عنده لفلان، أمره القاضي أن ينفق عليها من ماله على قدر ما يرى، لأن الحيوان لا يبقى بدون النفقة، فإذا جاء أجبره على رد نفقته عليه، وإن رأى القاضي أن يأمره ببيعها فعل ذلك، وإذا باعها جاز بيعه، لأن في الأمر بالإنفاق تلف بعض المال على المالك، وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع المالية^(٣).

٣٥٥- المسألة التاسعة: الدعوى على غائب: إذا ادعى رجل على رجل غائب في ماله، وغيبته بعيدة منقطعة؛ فلا يوكل الحاكم وكيلاً يقوم عنه بشيء، ولكن إن تبين للقاضي حق على الغائب ورأى وجه حكم حكّم عليه، وذكر في كتاب الحكم غيبته، أي بين في قرار حكمه أنه غائب

(١) أدب القضاء للسروجي ٥٣٣.

(٢) درر الحكام ٣/٣٢٦ - ٣٢٧، م [١٣١٩]، أدب القضاء للسروجي ١٨٤.

(٣) المبسوط ١١/١٢٦.

وأنه قد أبقى له حجته، فإذا جاء الغائب وتكلم في ذلك وجاء بحجته نظر القاضي له فيها، فإن رأى ما يدفع به حجة هذا المستحق دفعها وردَّ الحق لصاحبه، وإن لم ير ذلك أنفذه^(١).

٣٥٦- المسألة العاشرة: التلوم ببيع العبد مقابل دين: إذا تعلق دين برقة المملوك، حيث لا كسب له؛ فلا يعجل القاضي بيعه، بل يتلوم مدة لاحتمال أن يكون له مال يُقدّم أو دين يقبضه، والمدة مفوض تقديرها للقاضي، وقيل: ثلاثة أيام، ولا يبيعه القاضي إلا بحضرة مولاه أو نائبه^(٢).

٣٥٧- المسألة الحادية عشرة: المفلس: يبادر القاضي استحباباً بعد الحجر على المفلس إلى بيع ماله وقسم ثمنه بين الغرماء لثلا يطول زمن الحجر، ولا يفرط في الاستعجال لثلا يُطمع فيه بضمن بخس، ويقدم في البيع ما يخاف فساده ثم الحيوان ثم المنقول ثم العقار، ويبيع بحضرة المفلس أو وكيله وغرمائه، وذهب بعض الشافعية إلى أن التقديم في هذه المذكورات منوط برأي القاضي فيما يراه من المصلحة^(٣).

٣٥٨- وإذا كان سبب إفلاس المفلس الاستدانة للفساد، ورأى القاضي عقابه؛ كان له ذلك، وإذا كانت عادته أن يأخذ أموال الناس ويتفالس بها؛ فللقاضي أن يعاقبه ويجبسه إذا رأى ذلك^(٤).

٣٥٩- المسألة الثانية عشرة: قسمة الدور: الدور عند أبي حنيفة أجناس مختلفة، وعند الصاحبين جنس واحد، فعند أبي حنيفة رحمه الله تقسم كل دار

(١) تبصرة الحكام ١/١٥٥، المدونة ٤/٣٣٩، ويراجع لغير المالكية فقرة (١٨١).

(٢) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٨/١٠٧، الفتاوى الهندية ٥/٧٦.

(٣) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٢/٣٥٨.

(٤) أدب القضاء للسروجي ١٧٢.

مشتركة على حدة، وعند الصاحبين تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم، والقسمة مفوضة إلى القاضي؛ لأن المعترف في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية، والمقصود دفع الضرر عن الشركاء، والقاضي نصب ناظراً لأمر المسلمين، فكان الرأي له لتحقيق هذا الأمر المعترف والمقصود من القسمة^(١).

٣٦٠- المسألة الثالثة عشرة: مدة المهايأة: الصحيح عند الشافعية أن المهايأة

لا تلزم بالرضا، ولا يجب الوفاء بها، ولا إجبار عليها للممتنع عنها، فإذا كان بين شريكين أو شركاء دار مثلاً، فليس لأحدهم السكنى ولا الانتفاع إلا بإذن شريكه، وعند بعض الشافعية يجبر الممتنع عن المهايأة عليها، للضرورة الماسة إليها عند التنازع، وبناء على القول الصحيح: إذا استمر الشركاء على التمانع فأصح الوجهين: أن العين لا تباع عليهم، وهل تؤجر؟ أصح الوجهين نقلاً أن لا تؤجر، بل تترك المنافع تعطل إلى أن يتراضوا، والعمل في بعض البلاد على الإجبار على الإجارة.

والمهم هنا أن تقدير مدة المهايأة مفوض إلى رأي الحاكم المتنازع لديه، وليس فيها تحديد معين في الشرع، ومن يرى الإجبار على الإجارة يفوض تقدير مدة المهايأة إلى رأي الحاكم^(٢).

٣٦١- المسألة الرابعة عشرة: المحتكر: إذا امتنع المحتكر عن بيع ما فضل عن

قوته وقوت عياله على قدر السعة عليهم، فإن للقاضي بيع الفضل رفعاً للظلم

(١) تبين الحقائق ٥/ ٢٧٠، وللتوسع: المبسوط للسرخسي ١٥/ ١٧، درر الحكام لحيدر ٣/ ١٣٦ وما بعدها، م [١١٣٨].

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ٦٠٩ - ٦١٠، ثم قال: ولعل الأقرب فيه إيجار العين سنة فإن منافع الأعيان تتكامل في سنة في الغالب.

وإزالة للضرر^(١).

٣٦٢- المسألة الخامسة عشرة: التسعير: الأصل عند الفقهاء عدم التسعير على التجار، إلا أن الحنفية والمالكية ذهبوا إلى أن التجار إذا تعدوا تعدياً فاحشاً فلا بأس حينئذ بالتسعير بمشورة أهل الرأي والخبرة، رعاية لمصالح الناس، ودفعاً للضرر عن العوام وإزالة له، والتزم الشافعية والحنابلة والإمام مالك في قول؛ بالأصل، فذهبوا إلى حرمة تسعير القاضي أو الإمام على التجار، إلا أن القاضي أو الإمام إذا سَعَرَ فخالف شخص فباع بأكثر مما حدده القاضي صح البيع وعزر لمخالفته لأمر القاضي، وهذا عند الشافعية، وعند الحنابلة إذا سَعَرَ القاضي وهدد من يخالفه حرم البيع وبطل^(٢).

٣٦٣- خاتمة: يتبين مما سبق أن القاضي إذا ثبت عنده وقوع ضرر سعى لإزالته، سواء كان المتضرر شخصاً أم جهة خاصة أم عامة للمسلمين.

المطلب الثالث: تقدير التعويض والضمان

٣٦٤- تمهيد: الشائع في الفقه الإسلامي التعبير عن التعويض بالضمان، مع أن بعض الفقهاء يستعملون كلمة التعويض^(٣).

٣٦٥- ويمكن تعريف الضمان أو التعويض بأنه: رد مثل الهالك أو قيمته^(٤). وكثيراً ما يمثل الفقهاء عند دراستهم لأحكام الضمان: بالمغصوب.

(١) أدب القضاء للسروجي ٥٧٧، وذكر في البدائع ١٢٩/٥ أن الإمام محمد هو من يقول بالإجبار على بيع الفضل.

(٢) أدب القضاء للسروجي ٥٧٧، ونفس الصفحة هامش (٤)، تكملة فتح القدير ٥٩/١٠، المتقى للباقي ١٧/٥ - ١٨ - ١٩، نهاية المحتاج مع حاشية الشبرا ملسي عليه ٤٧٣/٣، مغني المحتاج ٣٩٢/٢، الفروع ٥١/٤، شرح منتهى الإرادات ٦٢/٢.

(٣) نظرية الضمان، أ. د. فوزي فيض الله ١٥٨.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي ج ٦/٤، نظرية الضمان، لفيض الله ١٦٠.

٣٦٦- إذا كان المعتدى عليه قائماً موجوداً: الواجب أن يُرد الشيء المالي المعتدى عليه نفسه، كما في الغصب، ما دام قائماً موجوداً، لأنه تسليم عين الواجب، وهو الأصل، لحديث النبي «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١).

٣٦٧- تعذر رد الأصل: وإذا بطل الأصل بأن صار متعذراً رده بعينه هلاكه أو استهلاكه فيصار إلى البدل، أما ما دام رد الأصل ممكناً فلا يصار إلى البدل؛ لأن رد الشيء نفسه ردُّ صورة ومعنى، وتسليم البدل رد معنى فقط، والقاعدة «إذا بطل الأصل يصار إلى البدل»^(٢).

فيرد المثل إن كان الهالك المغصوب مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً^(٣).

٣٦٨- مفهوم التعويض: يعني الحكم بالضمان على شخص ما لتعديه؛ الحكم بمسؤوليته عن الضرر الواقع على غيره، ويترتب على قيام مسؤوليته عن هذا الضرر وجوب العمل بوجه عام على منع الاستمرار فيه، وجبره بالتعويض عنه، أو بغير ذلك من الجوابر التي ذكرها الفقهاء في مواطن متفرقة من كتب الفقه.

٣٦٩- وإجمال هذه الجوابر بالنظر إلى الأضرار في نوعين:

٣٦٩/١- الأول: الجوابر لما فات من النفس والأطراف والمنافع الراجعة إليها، ويشمل هذا النوع من الجوابر ما اصطلاح عليه عند الفقهاء المسلمين بعنوان: الدية والأروش المقدرة والأروش غير المقدرة (حكومة عدل).

(١) الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم ١٢٦٦، وقال: حسن صحيح، وأبو داود في كتاب البيوع، باب في تضمين العور، رقم ٣٥٦١، وأحمد في أول مسند البصريين، مسند سمرة بن جندب رقم ١٩٥٨٢، وكلهم بلفظ «حتى تؤدي». وفي لفظ آخر «حتى تؤديه» أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام، باب العارية، رقم (٢٤٠٠)، وأحمد بنفس الموضوع السابق رقم ١٩٦٤٣، والدارمي في كتاب البيوع، باب في العارية مؤداة رقم ٢٥٩٦، والحاكم ٤٧/٢ كتاب البيوع وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه، وقال ابن دقيق العيد في الإلام ص ٣٥٠: وليس كما قال، وإنما هو على شرط الترمذي.

(٢) المادة [٥٣] من المجلة.

(٣) رد المحتار مع الدرر ١٨٢/٦ وما بعدها، شرح القواعد الفقهية للزرقا ٢٨٧، نظرية الضمان، لفيض الله، ١٦٠ - ١٦١، القواعد الفقهية للندوي ٣٨٧.

٣٦٩/٢ - الثاني: الجواب لما فات من الأموال بالغصب أو الإلتلاف أو إلتلاف منافعها.

وهذه الجواب الأخيرة تشمل هذين النوعين:

٣٦٩/٢/١ - الجواب النقدية: كوجوب القيمة.

٣٦٩/٢/٢ - الجواب العينية: كوجوب رد عين الشيء أو مثله في الغصب والاستيلاء على أموال الغير بغير حق^(١).

٣٧٠ - وتشمل طرق تقدير التعويض الأنواع التالية:

٣٧٠/١ - الأول: التقدير الاتفاقي: ويكون بين المخطئ أو الضامن وبين

المتضرر.

٣٧٠/٢ - الثاني: التقدير القضائي: وهو ما يكون مستنداً إلى اجتهاد

القاضي ورأيه.

٣٧٠/٣ - الثالث: التقدير الشرعي: وهو الذي سنه الشرع ولم يترك أمر

تقديره لأحد^(٢).

٣٧١ - وجوب الضمان: تقدم أن الواجب على الغاصب أو المعتدي رد

عين المغصوب إن كانت قائمة وكان ذلك ممكناً، فإن تعذر رد عين المغصوب لتلفها مثلاً وجب أن يصار إلى البديل^(٣).

٣٧٢ - وقاعدة الضمان عند جمهور الفقهاء: وجوب المثل إن كان

المغصوب أو التالف مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، فلا يعدل عن المثل في المثلي إلا

(١) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لمحمد سراج ٤٢٨.

(٢) ضمان العدوان، لسراج ٤٢٨، ٤٢٩، المنشور في القواعد للزركشي ٣/١٨٢، ١٩٣، ١٩٤،

درر الحكام لحيدر ١/٥٥، م (٥٣).

(٣) رد المختار ٦/١٨٢.

لتعذر المثل (للضرورة)^(١). لأن المثل أقرب إليه من القيمة لمماثلته له من طريق الصورة والمشاهدة والمعين، بخلاف القيمة، فإنها مماثلة من طريق الظن والاجتهاد^(٢).

قال الإمام الشافعي: «كل ماله مثل يرد بمثله فإن فات يرد قيمته»^(٣).

وقال الإمام العز بن عبد السلام: «الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله، والمتقوم بقيمته، فإن تعذر المثل رجع إلى القيمة جبراً للمالية»^(٤).

وسئل الإمام مالك عن رجل اغتصب من رجل طعاماً أو إداماً فاستهلكه ماذا عليه؟ فقال: «عليه مثله في موضعه الذي أخذه منه»^(٥) ولا يبعد أن يأخذ المثلي حكم القيمي إذا ندر وجوده وارتفع ثمنه ارتفاعاً فاحشاً. وكذلك أن يوجد في الأسواق البعيدة التي لا يذهب إليها أهل المحلة التي وقع فيها التعدي، ويكون كالانقطاع^(٦).

٣٧٣- المثلي والقيمي: يقسم الفقهاء المال عدة تقسيمات تترتب عليها أحكام مختلفة بحسب كل قسم، وهذه التقسيمات تختلف باختلاف الاعتبار الذي بُني التقسيم عليه: فباختبار إباحة الانتفاع وحرمته إلى: متقوم وغير متقوم.

(١) الدر بهامش رد المحتار ١٨٢/٦ - ١٨٣، المغني لابن قدامة ١٦٢/٥، م (٣٩٨٢)، وذكر السرخسي في المبسوط ٥٠/١١ أن نفاة القياس يوجبون القيمة مطلقاً سواء كان الهالك قيمياً أم مثلياً، وذهب ابن حزم في المحلى ٤٣٦/٦ - ٤٣٧، مسألة (١٢٦٠) إلى ما نقله السرخسي عن بعض الفقهاء ممن أسماهم (نفاة القياس) لكن ابن حزم ذكر أن مذهب أصحابه هو المثل، فإن عُد المثل فيخير المضمون له بين الانتظار حتى يوجد المثل وبين القيمة، ثم قال ابن حزم: وهذا هو الحق الذي لا يجوز خلافه اهـ. فالظاهرة مع الجمهور في هذه المسألة..

(٢) مطالب أولي النهى ٥٣/٤، تبين الحقائق ١١٤/٤.

(٣) الأم ٢٤١/٣.

(٤) قواعد الأحكام ٦٦/٢.

(٥) المدونة ١٧٨/٤.

(٦) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، لسراج ٥٢٨.

وباعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى: عقار ومنقول.

وباعتبار تماثل آحاده أو أجزائه وعدم تماثله إلى: مثلي وقيمي.

وباعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدمه إلى: استهلاكي واستعمالي^(١).

والذي يعيننا هنا التعريف بالمثلي والقيمي، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية المثلي بأنه «ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يُعتدُّ به»^(٢) وجاء في موضع آخر «المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض؛ كلها مثليات. لكن الموزونات المختلفة باختلاف الصنعة كالآنية المشغولة باليد؛ قيمة. وكذلك كل مثلي خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز كحنطة خلطت بشعير؛ قيمي. والذريعات أيضاً قيمة. أما المذروعات التي تباع كل ذراع بكذا ولا تفاوت بين أفرادها كالجوخ من جنس واحد والأقمشة من مصنوعات المعامل؛ فمثلية. والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين أفرادها تفاوت بالقيمة؛ كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر؛ قيمة، وكتب الخط قيمة، وكتب الطبع مثلية»^(٣).

(١) ذكر ذلك الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي في موسوعته: الفقه الإسلامي وأدلته صفحة (٢٨٧٨) وما بعدها، فليراجع للأهمية.

(٢) المادة [١٤٥].

(٣) المادة [١١١٩]، وانظر شرح المجلة لرستم هذه المادة صفحة ٦٢٠ حيث ذكر أمثلة أخرى مخرجة على هذه المادة، وانظر المبسوط للسرخسي ٥٠/١١، ٥١، البدائع ٧/١٥٠-١٥١ ونبه أن الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل عند الإمام زفر، مطالب أولي النهى ٤/٥٢-٥٣، وذكر ابن أبي الدم في أدب القضاء صفحة (٦٤٠) وما بعدها) عدة تعاريف وصحح أن المثلي هو كل مقدر بالوزن والكيل يجوز السلم فيه ويجوز بيع بعضه ببعض، وانظر الخرشي مع مختصر خليل ٦/١٣٥، الإنصاف ٦/١٩٢-١٩٣، نظرية الضمان لفيض الله ١٦١، وللتوسع: ضمان العقد لسراج ٥٢٦ وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته (٢٨٨٥).

٣٧٤- ضوابط تقدير الضمان: إن القاضي في سعيه لجبر الضرر بتضمين المعتدي مقيد ببعض الضوابط التي تحد تقديره وتوجهه، وهذه الضوابط التي تضبط جميع أنواع التقديرات هي:

١/٣٧٤- أولاً: لا يقصد من جبر الضرر إثراء المتضرر ولا إعانته على ظروف الحياة أو التبرع له، وإنما يقصد به على وجه العموم إعادة الأمر إلى حالته التي كان عليها قبل حدوث الضرر، كلما كان ذلك ممكناً^(١).

٢/٣٧٤- ثانياً: يكون التعويض عن الضرر المباشر الذي ينسب إلى فعل الضامن، أما الأضرار غير المباشرة التي لا تنسب إلى فعل المعتدي أو الغاصب فلا يكلف بجبرها^(٢).

٣/٣٧٤- ثالثاً: القاعدة العامة في تضمين الماليات هي: مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض كلما أمكن، فيقدر التعويض بقدر هذا الضرر بلا زيادة أو نقصان^(٣)، وعدم التقيد بذلك يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، إلا إذا كان يسوغ تغليظ التعويض في بعض الحالات للتشديد على المعتدي وزجره عن عدوانه، وأصل هذه الفكرة مأخوذ من إيجاب الدية المغلظة أو المخففة حسب حالة الاعتداء من الجاني^(٤).

ونصوص الشريعة التي توجب مراعاة مبدأ المثلية بين الضرر وبين ما يجبره متعددة، منها قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءٌ سِنَّةٌ سِنَّةً مِّثْلَهَا﴾ [الشورى: ٤٠] وإنما سميت

(١) ضمان العقد لسراج ٤٢٩.

(٢) ضمان العقد لسراج ٤٢٩، تبين الحقائق مع الكنز ٥/٢٢٢.

(٣) نظرية الضمان لفيض الله ١٦٠-١٦١، والقاعدة الشرعية: «لا ضرر ولا ضرار» المادة ١٩ من المجلة.

(٤) ضمان العقد لسراج ٤٢٩.

العقوبة أو الجزاء سيئة على سبيل المشاكلة وتذكيراً للمعتدي بوجوب الكف عن العدوان، فإن الواجب بعدوانه سيسوء هذا المعتدي ويؤذيه كذلك.

وكذلك ما ورد في قوله تعالى: «فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» [البقرة: ١٩٤].

وجاء في تبيين الحقائق أن ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص، وسمي الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة، لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيئة ولا يكون تعدياً كذلك^(١)، وجاء في المبسوط «ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص»^(٢).

٣٧٥- وذهب بعض المعاصرين إلى جواز احتساب كلفة البحث عن سلعة ماثلة وكلفة السمسرة (الدلالة)، أو احتساب ذلك من القيمة في القيميات، فإراعي القاضي في حساب القيمة قيمة السلعة مضافاً إليها احتساب الجهد وأجرة التوسط للحصول على السلعة مع أجرة نقلها إلى الموقع الذي وقع فيه العدوان على العين المعتدى عليها^(٣).

ويظهر أن هذا الرأي غير بعيد عن روح الشريعة، لأننا نلاحظ أن بعض الفقهاء مع بحثهم عن تحقيق المماثلة بين التعويض والضرر الواقع يبحثون عن تعويض المعتدى عليه بعوضٍ في نفس المحلة التي وقع فيها الاعتداء أو الضرر، ويبحثون عما إذا كان البدل يحتاج لنفقة ومؤنة لنقله للمحل الذي وقع فيه الاعتداء، ويبحثون في وقت تقدير التعويض وأنه يوم الاعتداء أم يوم التقاضي

(١) تبيين الحقائق مع الكنز ٥/٢٢٣، المبسوط ١١/٥٠، ضمان العقد لسراج ٤٣٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/٧٩.

(٣) منهم الأستاذ محمد سراج في كتابه ضمان العقد ٥٢٩ إلى ٥٣١، وسبق قول الإمام مالك فقرة (٣٧٢).

أم غير ذلك، ويبحثون عن ضمان منافع المصوب وغير ذلك، والواضح من تحققهم هذا حرصهم الشديد وسعيهم لتحقيق المماثلة التامة ما أمكن، والأقرب لتحقيق المماثلة أن يعوض المتضرر بمثل (أو قيمة) المتلف منقولاً إلى مكان وقوع الضرر ومجلباً من الأسواق مع ما قد يتطلب ذلك من جهد وكلفة وخبرة^(١)، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والله تعالى أعلم.

٣٧٦- ومع أن الفقهاء نصوا على أنه «لا واجب على متلف الشيء أكثر من مثله»^(٢) فإنهم بينوا أن القاضي وأعوانه من الخبراء أو المقومين قد يتعذر عليهم عند التطبيق العملي الوصول إلى المماثلة التامة لسبب ما، وحينذاك فإن ما يكون من تفاضل فإنه معفو عنه، جاء في التمهيد «ما جهلت حقيقة المماثلة فيه لم يؤمن فيه التفاضل»^(٣).

وذكر الفقهاء كذلك بعض القواعد التي تعين القاضي للوصول إلى الغاية من عمله، فقد جاء في الأشباه والنظائر «الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن»^(٤).

٣٧٧ - وقت تقدير التعويض^(٥):

(١) مما ذكره الفقهاء مثلاً ما جاء في المنهج بهامش حاشية الجمل ٣/ ٤٨٠ - ٤٨١، «ولو نقل المصوب ولو متقوماً لمكان آخر طوّل برده إلى مكانه وبأقصى قيمة من الغصب إلى المطالبة للحيلولة بينه وبين مالكه إن كان بمسافة بعيدة، وإلا فلا يطالب إلا بالرد، قاله الماوردي... ولو تلف المثلي فله مطالبته بمثله في غير المكان الذي حل به المثلي إن لم يكن لنقله مؤنة كنفد يسير وأمن الطريق وإلا فأقصى قيم المكان الذي حل به المثلي...» اهـ. بتصرف يسير.

(٢) معالم السنن للخطابي ٢/ ٢٧٠.

(٣) التمهيد لابن عبد البر ١٣/ ٣٠٩، ٢/ ٢٤٣، ٣١٤.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٩.

(٥) انظر لما يأتي: نظرية الضمان لفيض الله ١٦٢ - ١٦٣، ضمان العدوان لسراج ٥٢٨ وما =

لتحديد وقت تقدير التعويض أهمية عند المذاهب الفقهية، لأن قيمة السلع قد تختلف من وقت لآخر، ويتجلى هذا في المغصوب إذا كان مثلياً وانقطع من السوق (أي فُقد)؛ فما هي القيمة التي تكون عوضاً عنه؟ اختلفت آراء الفقهاء على النحو الآتي:

القيمي:

٣٧٧/١ - أولاً: تعتبر قيمة المثلي يوم الغصب؛ لأنه يوم انعقاد السبب، وهو الغصب، ولأنه لما انقطع من السوق التحق المثلي بما لا مثل له، كما أن القيمي تعتبر قيمته يوم الغصب أيضاً. ذهب لذلك أبو يوسف من الحنفية^(١).

٣٧٧/٢ - ثانياً: تعتبر قيمة المثلي يوم الانقطاع، لأن الواجب هو المثل في الذمة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع. ذهب إلى ذلك الإمام محمد من الحنفية، وهو المذهب عند الحنابلة، وهو وجه عند الشافعية^(٢).

٣٧٧/٣ - ثالثاً: تعتبر قيمة المثلي يوم القضاء، لأن الواجب هو المثل، ولا ينتقل إلى القيمة بمجرد الانقطاع، لأن من حق المغصوب منه أن ينتظر حتى يوجد المثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء؛ فتعتبر القيمة يوم القضاء. ذهب إلى

= بعدها، وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته (٤٧٩٩) وما بعدها، وذكر في صفحة (٤٨٠٣) أن التعذر إما: حسي حقيقي، كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه، وإن وجد في البيوت، أو حكومي: كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل، أو شرعي: بالنسبة للضامن كالخمر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي...

(١) انظر لهذه الفقرة تبين الحقائق ٥/٢٢٣، تكملة فتح القدير ٩/٣١٩ - ٣٢٠.

(٢) انظر لهذه الفقرة تبين الحقائق ٥/٢٢٣، تكملة فتح القدير ٩/٣١٩ - ٣٢٠، الإنصاف

٦/١٩١، أدب القضاء لابن أبي الدم ٦٣٨.

ذلك الإمام أبو حنيفة، والحنابلة في قول، وهو وجه عند الشافعية^(١)، وقول أبي حنيفة هو الذي عليه المتون، وصححه بعضهم، وأفتى كثير من مشايخ الحنفية بقول محمد السابق، واختار بعضهم قول أبي يوسف^(٢).

٣٧٧ / ٤ - رابعاً: وذهب المالكية إلى أن المثلي إذا انقطع يصبر المعتدي عليه حتى يوجد المثل أو يصطلح مع المعتدي على أمر جائز^(٣).

٣٧٧ / ٥ - خامساً: وذهب الشافعية في أصح الأقوال عندهم إلى أن المعتبر أقصى قيمة وصل إليها المثلي؛ من وقت الغضب إلى أن تعذر المثل^(٤).

٣٧٧ / ٦ - سادساً: تعتبر القيمة يوم تلف المغصوب، وذهب إلى ذلك الحنابلة في قول، والشافعية في أحد الوجوه^(٥).

٣٧٧ / ٧ - سابعاً: تعتبر القيمة يوم قبض البدل، ذهب إلى ذلك الحنابلة في قول^(٦).

المثلي:

- (١) تبين الحقائق ٥ / ٢٢٣، تكملة فتح القدير ٩ / ٣١٩ - ٣٢٠، الإنصاف ٦ / ١٩١، أدب القضاء لابن أبي الدم ٦٣٧.
- (٢) رد المختار مع الدرر ٦ / ١٨٣.
- (٣) منح الجليل ٧ / ٩٠.
- (٤) حاشية الجمل مع المنهج ٣ / ٤٧٩ - ٤٨٠، أدب القضاء لابن أبي الدم ٦٣٧، ٦٣٩، وذكر عدة وجوه أخرى عند الشافعية صفحة ٦٣٧ وما بعدها، منها: اعتبار الأكثر من يوم الغضب إلى يوم التلف، ومنها الأكثر من يوم الانقطاع إلى يوم الطلب، ومنها اعتبار أقصى قيمة من وقت التلف إلى الوقت الذي تعذر التغريم فيه، ومنها أقصى قيمة من يوم الغضب إلى يوم التغريم، ومنها اعتبار الأقصى من يوم الغضب إلى يوم تلف العين.
- (٥) الإنصاف ٦ / ١٩١، أدب القضاء لابن أبي الدم ٦٣٩.
- (٦) الإنصاف ٦ / ١٩١، وعند الحنابلة قول آخر هو اعتبار أكثر القيمتين من يوم البدل ومن يوم التلف.

٣٧٨ / ١ - وما سبق هو حكم المثلي إذا فقد من السوق، أما حكم القيمي
- بوجه عام - إذا تلف، أو غضب مثلاً وتعذر رد عينه فهو كما يأتي:

٣٧٨ / ٢ - تعتبر القيمة يوم الغضب؛ لأنه وقت انعقاد السبب الموجب
للضمان، وهذا عند الحنفية بلا خلاف عندهم، وهو المشهور عند المالكية^(١).

٣٨٧ / ٣ - تعتبر أقصى قيمة وصل إليها القيمي من وقت الغضب إلى
وقت التلف، وهذا هو مذهب الشافعية، وهو رواية عند الحنابلة، وقول لبعض
المالكية^(٢).

٣٧٨ / ٤ - تعتبر أقصى القيمتين من يوم التلف ويوم الغضب، وهو قول
عند الحنابلة، والصحيح المشهور عند الحنابلة أن المعتدى عليه القيمي يضمن
بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده^(٣).

٣٧٩ - خلاصة: يتضح من عرض الآراء السابقة اختلاف اجتهادات
الفقهاء حول ما سبق من المسائل، مما يدل على خصوبة الفقه الإسلامي واتساع
المجال أمام القاضي أن يختار الرأي الذي يراه ملائماً للمصلحة أكثر ومحققاً
لمقاصد الشريعة، من جبر الضرر الواقع مع عدم ظلم المعتدي بتغريمه أكثر من
الواجب عليه، وتقدير كل حادثة وما يحيط بها من ملابسات وقرائن، كما أن
تغير الزمان والمكان وطباع الناس قد يكون له دور في ترجيح القاضي للأخذ
برأي من الآراء السابقة ما لم يكن مقيداً بمذهب معين أو رأي معين. ويعني كون

(١) تبين الحقائق ٢٢٣/٥، تكملة فتح القدير ٣٢٠/٩، المنتقى للبايجي ٢٧٤/٥، مواهب
الجليل ٢٨١/٥، منح الجليل ٩٨/٧.

(٢) حاشية الجمل مع المنهج ٤٨١/٣، مواهب الجليل ٢٨١/٥، الإنصاف ١٩٤/٦ - ١٩٥.

(٣) الإنصاف ١٩٤/٦ - ١٩٥.

المسألة اجتهادية إمكان توصل القاضي إلى رأي جديد إذا كان من أهل الاجتهاد
وكان اجتهاده صحيحاً معتبراً. والله تعالى أعلم^(١).

(١) لا يعني الحكم بالضمآن على المعتدي أو الغاصب أنه لا يكون آثماً، بل نصت كثير من
المراجع على تأييمه للآيات والأحاديث الواردة في ذلك، وجاء في مواهب الجليل ٥/٢٧٤-
٢٧٥ «وقال في المقدمات: ويجمع في الغصب حق الله وحق المغصوب منه، فيجب على
الغاصب لحق الله تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الحاكم ليتناهى الناس عن
حرمات الله، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه...» ثم ذكر أن الميطي خالفه فقال:
«لا يؤدب إن عفا عنه المغصوب منه» انتهى فتأمل، والله أعلم.

المبحث الثاني

السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الجنايات

تقدم الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي في الحكم على الدعوى فيما يتعلق بالأمور المالية، وأذكر هنا ما يتعلق بالسلطة التقديرية في الحكم على الجنايات، سواء كانت حدوداً، أم ما يتعلق بالاعتداء على النفس الإنسانية أو ما دونها، أم جرائم تعزير.

المطلب الأول: جرائم الحدود

٣٨٠- تعريفات:

٣٨٠/١- الجرائم: محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير^(١).

٣٨٠/٢/١- الحدود جمع حد، والحد لغة: الحاجز بين الشئين، والمنع، ومنه قيل للبواب حداد وللسجان أيضاً؛ إما لأنه يمنع عن الخروج، أو لأنه يُعالج الحديد من القيود^(٢)، ومنه أخذت الحدود المقدره في الشرع لأنها تمنع من الإقدام^(٣)، أي على اقتراف موجبها، أو معاودته.

٣٨٠/٢/٢- والحد اصطلاحاً:

(١) الأحكام السلطانية للمواردي ٢٨٥.

(٢) مختار الصحاح (ح د د).

(٣) المصباح المنير (ح د د)، طلبة الطلبة، أول كتاب الحدود، نهاية المحتاج ٤٣٥/٧.

عند الحنفية: الحد اسم لعقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى^(١).

وعند المالكية: ما وُضع لمنع الجاني من عودته لمثل فعله، وزجر غيره^(٢).

وعند الشافعية: زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به^(٣).

وعند الحنابلة: عقوبة مقدرة شرعاً في معصية لتمنع من الوقوع في مثلها^(٤).

٣٨١- تنبيه: ويطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود، وعلى عقوباتها، فيقال: ارتكب الجاني حداً، ويقال عقوبته حد. وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة فإنما يقصد تعريف الجريمة بعقوبتها، أي بأنها جريمة ذات عقوبة مقدرة شرعاً، فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية^(٥).

٣٨٢- الغاية من العقوبات: العقوبات في الإسلام قسم من شريعته، منها ما يتجه إلى رعاية غايات الشريعة ومقاصدها؛ وهي حماية المصلحة العامة

(١) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٣/١٦٣، المبسوط ٩/٣٦، البدائع ٧/٣٣.

(٢) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/٢٨٨.

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ٢٨٨.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٣/٣٣٥، الإنصاف ١٠/١٥٠، وعرف الشيخ محمد أبو زهرة الحدود بأنها: العقوبات الثابتة بنص قرآني أو حديث نبوي في جرائم كان فيها اعتداء على حق الله تعالى (العقوبة ٧٥)، ولعل الشيخ أبا زهرة ينظر فقط إلى حق الله تعالى في حد القذف، مع أن الغالب فيه حق العبد، وكذلك القصاص هو حق للعبد، وبعض العلماء يدخلون القصاص تحت اسم الحدود.

(٥) التشريع الجنائي لعودة ٢/٣٤٣، وانظر ١/٧٩ منه، وذكر ابن تيمية في السياسة الشرعية (١٠٤) أن تسمية العقوبة المقدرة حداً عرف حادث، وذكر ابن تيمية قبل هذا مباشرة أن طائفة من أهل العلم ذهبوا إلى أن المراد بحدود الله تعالى ما حرم لحق الله، فإن الحدود في لفظ الكتاب والسنة يراد بها الفصل بين الحلال والحرام، مثل آخر الحلال وأول الحرام، فيقال في الأول «تلك حدود الله فلا تعتدوها» ويقال في الثاني: «تلك حدود الله فلا تقربوها». اهـ.

والمحافظة على الضرورات الخمس، والجريمة بلا شك هي اعتداء على واحد من هذه الأمور أو أكثر، ولذلك نجد أن كل عقوبة مقررة في الإسلام، شديدة كانت أم غير شديدة؛ إنما هي لحماية الجماعة من أن تتعرض للفساد، ومن العقوبات ما يتجه إلى إصلاح مرتكب موجب العقوبة وتقويمه^(١).

٣٨٣- ما يكون حقاً لله تعالى: وتعد العقوبة حقاً لله تعالى في الشريعة كلما استوجبها المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم؛ تعد العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى، تأكيداً لتحصيل المنفعة، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة، إذ اعتبار العقوبة حقاً لله تعالى يؤدي إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها، والحدود من هذا القبيل.

وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد، وهي في رأي جماعة غير الحنفية سبع جرائم: الزنى، القذف، والشرب، والسرقه، والحراة، والردة، والبغي^(٢).

(١) الجريمة، لأبي زهرة ١٨.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ٧٩/١، الجريمة ٤٣-٤٤، وذكر البجيرمي في حاشيته على المنهج ١٦٧/٤ أن الحدود سميت بذلك لأن لها نهايات مضبوطة، وكانت في صدر الإسلام بالغرامات ثم نسخت بهذه العقوبات. اهـ. وكذلك نقل صاحب الدر عن المجتبى أنه كان في صدر الإسلام ثم نسخ (ابن عابدين ٦١/٤-٦٢) ثم بين ابن عابدين معنى الأخذ هنا بمعنى الحبس مدة. وذكر الشيخ محمود شلتوت في كتاب (الإسلام عقيدة وشريعة ٣١٧-٣١٨) أن الحدود لم يشرع فيها التعويض المالي كالقصاص لأن الحدود في النظر الواقعي اعتداء على الجماعة، وهي عنوان على تأصل الشر في نفس الجاني وتمكن خلق الخيانة منه... وكان على الإمام تنفيذ عقوبتها متى اتضح فيها من غير شبهة، وآية حد الزاني والسارق تؤكد عدم الأخذ بالعتو أو الشفاعة فيهما. وسيأتي أن الخلاف قائم بين الفقهاء في اعتبار بعض الحدود من حقوق العباد أم من حقوق الله تعالى كالقذف، وما سبق ذكره على سبيل العموم. وقد ذكر الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته (٥٢٧٤ وما بعدها) أن =

أهم المسائل المتعلقة بالجرائم والعقوبات بوجه عام:

٣٨٤- المسألة الأولى: شرعية الجرائم والعقوبات، وتفصيل المسألة كما يأتي:

٣٨٤/١- أولاً: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص: لا يجوز اعتبار الفعل جرمًا

يُعاقب عليه الناس إلا بعد بيانه لهم، وتحذيرهم منه، والتنبيه عليه، ولا تفرض عقوبة على الفعل إلا بعد إقرارها شرعاً، ومعرفتها مسبقاً بنص من الشريعة.

وهذا المبدأ عام واجب التطبيق في الجرائم جميعها، سواء كانت جرائم حدود أم غيرها^(١).

٣٨٤/٢- ثانياً: والأصل في تقرير هذا المبدأ: أدلة كثيرة، منها قوله تعالى

﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥] وقوله تعالى ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ

وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ [النساء:

[١٦٥]^(٢).

= من الحدود ما هو حق خالص لله تعالى ، أي حق للمجتمع، ومنها ما هو مشتمل على حق لله تعالى وحق للعبد، ومن النوع الأول: الزنى وشرب الخمر والردة والحراية (قطع الطريق)، ومن الثاني: القذف والسرقه، وذكر الدكتور الزحيلي أن الحدود أنواع، فهي عند الحنفية كل عقوبة مقدرة مقررة حقاً لله تعالى فيشمل خمسة أنواع: حيث يدخل حد الحراية في حد السرقه ويفرقون بين حد الخمر وحد السكر للأشربة من غير العنب [أما القذف فهو حق العبد]، وعند غير الحنفية (الجمهور) يطلق لفظ الحد على كل عقوبة مقدرة سواء كانت حقاً لله أم للأفراد، وهي سبعة منها: حد القصاص وحد الردة. وخلص الدكتور الزحيلي إلى أن جرائم الحدود ثمانية: الزنى، والقذف، وشرب المسكر، والسرقه، والحراية، والبغي، والردة، والقتل العمد الموجب للقصاص، على أساس أنها عقوبات مقدرة شرعاً (وانظر: بدائع الصنائع ٣٣/٧، كشاف القناع ٧٨/٦، الجريمة ٥٠-٥١، العقوبة ٥٩-٦٠).

(١) في أساسيات التشريع الجنائي، لبركة ٢٣، ٢٤.

(٢) انظر للتوسع: حقوق الإنسان في الإسلام، لمحمد الزحيلي ٣٥٠، في أساسيات التشريع

الجنائي الإسلامي، لعبد المنعم بركة ٢٣-٢٤، الجريمة والقانون، لعبود السراج، بحث في مجلة =

٣٨٤/٣ - ثالثاً: مشروعية العقوبات المقدرة: والعقوبات المقدرة في

الشريعة (الحدود والقصاص) قد ثبتت بالنص القرآني، أو بالحديث النبوي، وانعقد إجماع المسلمين عليها، وهي بذلك مجرمة بنص شرعي ومعلن عنها سلفاً، فلا يكون الجهل بها عذراً لمن يكون في إمكانه العلم بها، فلا يسوغ لمسلم أو غير مسلم مقيم في الديار الإسلامية أن يجهل مثلاً أن الزنى حرام، لإمكان علمه بذلك^(١).

٣٨٤/٤ - رابعاً: مقدار عقوبة الحدود: عينت الشريعة العقوبات في جرائم

الحدود تعييناً دقيقاً، ولم تترك للقاضي أو غيره أن يقوم باختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها؛ لأنها في أصلها بتقدير الشارع، والتقدير فيها بمقدار ما نزل بالمجتمع والفضيلة من أذى، وهذا ما لا يعلم إلا من جهة الشرع، فحُفظت بذلك عقوبة الجرائم التي تمس المجتمع من أن تكون خاضعة لهوى الحكام أو القضاة^(٢)، بل لم تسمح الشريعة للقاضي أن ينقض هذه العقوبات أو يستبدل بها غيرها أو يوقف تنفيذها أو أن يعفو عنها، ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أي أثر في

= الحقوق والشريعة جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية صفحة ٢٣٩، التشريع الجنائي لعودة ١١٨/١ وما بعدها. وقد أورد دليل تجريم كل فعل من موجبات الحدود ودليل العقاب عليه، الفقه الإسلامي وأدلته لوحة الزحيلي ٥٣٣٠ وما بعدها.

(١) العقوبة لأبي زهرة ١٨٨-١٨٩، في أساسيات التشريع الجنائي ٢٤، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٣٣٢.

(٢) العقوبة ٦٠، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٣٣٢-٥٣٣٣، وما قد يبدو في بعض جزئيات الحدود من أنه موكل إلى رأي القاضي وتقديره كاختياره لعقوبة المحاربين من بين عقوبات محدودة شرعاً إنما هو تحيير ضمن حدود معينة، وليس على إطلاقه، فالشارع قد نص على العقوبات وترك للإمام اختيار عقوبة من بين عقوبات محددة حسب الشروط المتوافرة، وكذلك تحيير بعض الفقهاء للقضاة في أن يوقعوا عقوبة التغريب مع الجلد للزاني البكر غير المحصن من عدم ذلك فسيب اختلاف الفقهاء في اعتبار التغريب جزءاً من الحد أم عقوبة موكولة للإمام وليست من الحد، وغير ذلك..

عقوبات جرائم الحدود، ولم تجعل كذلك لأحد حق العفو عن هذه العقوبات، ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقاً لله تعالى إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها^(١)، فإذا ثبتت جرائم الحدود عند القاضي كانت سلطته قاصرة على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة^(٢)، والحكم في الحدود إمضاؤها.

٣٨٥- المسألة الثانية: القياس في الجرائم والعقوبات: تنبني على هذه المسألة أمور مهمة توضح سبب اختلاف بعض الفقهاء في اعتبار بعض الأفعال المحرمة من الحدود، وبالتالي تترتب عليها عقوباتها، أم أنها ليست ملحقة بالحدود، وأن العقاب عليها لم يثبت عن طريق القياس بل عن طريق النصوص.

١/٣٨٥- المذهب الأول: لا يجوز القياس في الحدود والجرائم، ذهب إلى ذلك الحنفية، واستدلوا بما يأتي:

١/١/٣٨٥- أولاً: إن القياس لا مدخل له في الحدود والكفارات كما هو الشأن في العقوبات المقدرة، لأنه لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها، والقياس أساسه تعقل حكمة علة حكم الأصل، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر.

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/٨١، ١٢١، ٦١٢، ٦٢٠، ٦٢٩، في أساسيات التشريع الجنائي الإسلامي ص ٨، العقوبة ٥٩، وذكر صفحة ٦٠ أن ولي الأمر يتولى تقدير العقاب لما يكون وسيلة، مثل غمز الحصنات بالقول في الطرقات فهو فوق أنه وسيلة للإغراء هو من نوع القذف وإن لم يصل إلى مقداره، وتكون عقوبة الوسيلة دون الجريمة المحددة. جاء في حاشية الجمل ١٢٨/٥ «الحد مقدر ولا يجوز الزيادة عليه لأن الله قدره» .

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١/٨٢، والمقصود إذا استوفى الحد شروط إقامته كاملاً مع ثبوته، أما إذا سقط الحد لشبهة أو لعدم تمام شروط إقامته كان التعزير قائماً مقامه، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٣٣٣.

٣٨٥ / ١ / ٢ - ثانياً: إن الحدود عقوبات، وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ، واحتمال الخطأ شبهة، والحدود تندرج بالشبهات.

٣٨٥ / ١ / ٣ - وقالوا: إن الشارع أوجب الكفارة بالظهار لكونه منكراً من الأمر وزوراً، ولم يوجبها في الردة مع أنها أشد في المنكر وقول الزور، فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى ؛ فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه.

٣٨٥ / ٢ - المذهب الثاني: يجري القياس في الحدود والعقوبات، ذهب لذلك الشافعية والحنابلة ومن معهم وقالوا:

٣٨٥ / ٢ / ١ - أولاً: إن النبي ﷺ أقر القياس حين سأل معاذاً عما يقضي به، وأقره النبي ﷺ على قوله: أجتهد رأيي، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه، وهذا دليل على جواز القياس في الجرائم والعقوبات.

٣٨٥ / ٢ / ٢ - ثانياً: إن الصحابة رضي الله عنهم تشاوروا في حد شارب الخمر وأشار عليهم سيدنا علي بحد الفرية، قياساً لحد الشارب على حد المفتري، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير، فكان إجماعاً^(١).

(١) مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للشنقيطي ٤٨٥، ٤٨٦، الفصول في الأصول للرازي الجصاص ١٠٥/٤ وما بعدها، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي للبخاري ٢/٢٢١، البحر المحيط للزركشي ٥١/٥-٥٢، شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع بهامش حاشية العطار عليه ٤٤٣-٤٤٤ وذكر أن القياس غير الجلي منعه داود الظاهري، بخلاف الجلي الصادق بقياس الأولى والمساوي، وقال ابن أمير حاج في التقرير والتحبير ١/١٠٩-١١٠ وعندني فيه نظر بالنسبة إلى ما عليه مشايخنا من أنه لا يصح إثبات الحدود والكفارات بالقياس، التشريع الجنائي لعودة ١/٨٣ وما بعدها، العقوبة ١٦٨-١٦٩، الجريمة ١٦٦ وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٣٣٠ وما بعدها. وراجع صفحة (٢٢١)، هامش (٧).

٣٨٥/٣ - قيد: القياس في الجرائم والحدود مصدر تفسيري لا تشريعي: من الواجب أن نعرف أن القياس في العقوبات يقتضي قبله القياس في الجرائم، وينبغي أن يفهم قول المجيزين للقياس في العقوبات على أنه لا يؤدي إلى استحداث أحكام جديدة، وإنما يؤدي قولهم إلى توسيع الدائرة التي تنطبق فيها النصوص، فالقياس هنا ليس مصدراً تشريعياً، وإنما هو مصدر تفسيري يساعد على تعيين الأفعال التي تدخل تحت النص، فما حرمه النص لعله معينة يلحق به قياساً كل الصور المماثلة التي تتوافر فيها علة التحريم، كإلحاق اللواط بالزنى، وإلحاق القتل بالمثل بالقتل بالحدد، وإلحاق المسكر بالخمير^(١).

٣٨٥/٤ - تحرير وتنبیه: ذكر الشيخ محمد أبو زهرة أن كتب الحنفية تنسب إلى الشافعية القول بجواز القياس على الحدود، وأن النقل غير دقيق، وأن المسائل التي تذكر في الخلاف ككفارة القتل العمد مثلاً وكفعل قوم لوط لا يبنى الكلام فيها على القياس وإنما على النصوص، فكفارة القتل العمد مثلاً كانت في المذهب الشافعي بدلالة الأولى أو بدلالة النص^(٢).

لكن بعض كتب الشافعية صرحت بجواز القياس على الحدود، وإنما يكون مرادهم على ما جاء في المستصفي، حيث قال صاحبه: «نقل عن قوم أن القياس

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/١٨٤ - ١٨٥، الجريمة ١٦٧ - ١٦٨، العقوبة ١٦٩، والجمهور يرون أن الخمر شاملة لكل ما يسكر سواء أكان من العنب أم من غيره، والحنفية يرون أنها مخصوصة بالمصنوع من العنب، أما ما صنع من غيره فلا حد فيه إلا إذا أسكر، ولذا فرقوا بين حد خمر العنب وحد المسكر من غيره، التشريع الجنائي لعودة ١/٥٨١ - ٥٨٢.

(٢) العقوبة ١٦٩، وجاء في تكملة فتح القدير ٩/١١٤ «الثابت بالدلالة كالثابت بالعبرة» ومثلها في مجمع الأنهر ٢/٣٤٣ بلفظ «بالنص»، ودلالة النص هي: فهم غير المنطوق من المنطوق بسياق الكلام ومقصوده... ويسميتها عامة الأصوليين فحوى الخطاب... ويسميتها بعض أصحاب الشافعي مفهوم الموافقة (انظر: كشف الأسرار ١/٧٣).

لا يجري في الكفارات والحدود، وما قدمناه يبين فساد هذا الكلام، فإن إلحاق الأكل بالجماع قياس، وإلحاق النباش بالسارق قياس، فإن زعموا أن ذلك تنقيح لمناط الحكم لا استنباط للمناط؛ فما ذكروه حق، والإنصاف يقتضي مساعدتهم إذا فسروا كلامهم بهذا. فيجب الاعتراف بأن الجاري في الكفارات والحدود، بل وفي سائر أسباب الأحكام؛ المنهج الأول في الإلحاق دون المنهج الثاني، وأن المنهج الثاني يرجع إلى تنقيح مناط الحكم، وهو المنهج الأول...»^(١).

٣٨٦- وتظهر ثمرة هذا الخلاف: في بعض الحدود، وفيما إذا أحدث الناس أنواعاً من المعاصي فيبحث القاضي في دخولها تحت أدلة الحدود من عدمه وفي توسيع الدائرة التي تنطبق عليها هذه النصوص، ولا يعد ذلك مخالفة للنصوص أو استحداثاً وإنشاء لأحكام جديدة بالمنع أو العقاب فيما لم يأذن به الشرع، وسيوضح هذا الخلاف سبب اختلاف الفقهاء في اعتبار بعض الأفعال داخلة تحت مسمى الحدود وتعاقب بنفس عقوبتها، كاللواط وشرب المسكر، أم أنها غير داخلة تحتها ولها عقاب مستقل.

٣٨٧- من يقيم الحدود^(٢):

١/٣٨٧- لا يقيم الحدود إلا الإمام أو نائبه (القاضي ونحوه)، لأن الحدود تفتقر إلى الاجتهاد، ولا يؤمن فيها الخيف، فوجب تفويضه إلى نائب الله تعالى في خلقه، ولأنه ﷺ كان يقيم الحدود في حياته، وكذا خلفاؤه من بعده، ويقوم نائب الإمام فيه مقامه لقوله ﷺ: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت

(١) المستصفي للغزالي ٣٣٤، وانظر ما قبلها، ومن الكتب التي صرحت بالقياس في الحدود شرح المحلي على جمع الجوامع بهامش حاشية العطار عليه ٢/٤٤٣-٤٤٤.

(٢) يُنظر: شرح منتهى الإرادات ٣/٣٣٥-٣٣٦، كشف القناع ٦/٧٨، البدائع ٧/٥٧، المبسوط ٩/١٢٤.

فارجعها»^(١)، «وأمر برجم ماعز^(٢) ولم يحضره»^(٣).

وقال ﷺ في سارق أتى به: «أذهبوا به فاقطعوه»^(٤).

٢/٣٨٧ - وقد عدَّ صاحب تبصرة الحكام ما يفتقر إلى حكم الحاكم وما لا يفتقر إليه، وذكر أن كل ما يحتاج إلى نظر وتحرير وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار سببه؛ لا بد فيه من حكم الحاكم، ثم عدَّ من جزئيات ذلك: الحدود، فقال «ويلحق بذلك الحدود، فإنها تفتقر إلى حكم الحاكم وإن كانت مقاديرها معلومة؛ لأن تفويضها لجميع الناس يؤدي إلى الفتن والشحناء والقتل وفساد الأنفس والأموال»^(٥).

٣٨٨ - مبادئ أساسية في القضاء الجنائي في الحدود: إن القاضي الجنائي

ليس له أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات، وعليه أن يراعي في كل الأحوال هذه المبادئ فيما يتعلق بالحدود خاصة:

- (١) البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحمل في الحدود، رقم ٢٥٧٥، ومسلم في كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى رقم ١٦٩٨.
- (٢) ماعز: هو ماعز بن مالك الأسلمي رضي الله عنه، وهو الذي أتى النبي ﷺ فاعترف بالزنى فرُجم، وقال فيه ﷺ: «لقد تاب توبة لو تابها طائفة من أمي لأجزأت عنهم» ويقال: إن اسمه غريب، وماعز لقب، (الإصابة لابن حجر ٥/٥٢١ - ٥٢٢، رقم ٧٦٠٣، أسد الغابة لابن الأثير ج ٦/٥، رقم ٤٥٥٦).
- (٣) أخرجه البخاري في كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، رقم ٦٤٣٨، ومسلم في كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى رقم (١٦٩٣).
- (٤) النسائي في كتاب قطع السارق، باب تلقين السارق، رقم ٤٨٧٧، وأحمد في باقي مسند الأنصار، من مسند السيدة عائشة رضي الله عنها، رقم ٢٣٦١٨، وذكره بمجمع الزوائد ٦/٢٤٨ كتاب الحدود والديات باب التلقين في الحد، وذكر تمة له، ثم قال: رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح. وذكره بموضع آخر ٦/٢٧٦ (الكتاب السابق) باب ما جاء في السرقة وما لا قطع فيه، وقال: رواه البزار عن شيخه أحمد بن أبان القرشي: وثقه ابن حبان، وبقية رجاله رجال الصحيح.
- (٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/١٠٩ إلى ١١٢، الإسلام عقيدة وشريعة ٣٦٠.

٣٨٨ / ١ - المبدأ الأول: التفصي في إثبات الحدود: ينبغي على القاضي أن يتشدد في إثبات الحدود، لأنها أمور خطيرة تترتب عليها عقوبات شديدة، فلا مجال للشك أو الاحتمال في إثباتها^(١)، جاء في المبسوط «والأصل في الحدود اعتبار نهاية الكمال في سببها، كحد الزنى، والسرقه، لا يجب إلا بعد كمال الفعل اسماً، وصورة، ومعنى، من كل وجه لما في النقصان من شبهة العدم، والحدود تندري بالشبهات»^(٢). وجاء في بدائع الصنائع «والمحتمل لا يكون حجة»^(٣).

٣٨٨ / ٢ - المبدأ الثاني: درء الحدود بالشبهات:

٣٨٨ / ٢ / ١ - القاعدة العامة في الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات^(٤)، فالشبهات العديدة بأنواعها، سواء أكانت شبهة في الفعل أم شبهة في الفاعل أم شبهة في المحل أم شبهة في العقد أم غير ذلك؛ تدرأ الحدود وتسقطها. والشبهة تصلح للدفع لا للإثبات^(٥).

الشبهة في الفعل: هي الحال التي يعتقد الفاعل فيها حل ما فعل ولم يكن ثمة دليل سمعي يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلاً، كمن يظاً زوجته المطلقة ثلاثاً في عدتها، ويسمونها أيضاً شبهة اشتباه وشبهة مشابهة، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون غيره.

-
- (١) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٥ / ٤٠، العقوبة ١٩٦، وقال: ينبغي أن تكون الأدلة في الإثبات قاطعة فائمة مستمرة على معنى القطع من وقت التقدم إلى وقت الحكم، والأكثر من الفقهاء على أنه من الضروري أن يستمر معنى القطعية إلى وقت التنفيذ.
- (٢) المبسوط للسرخسي ج ٢٤ / ١٣.
- (٣) بدائع الصنائع ٧ / ٣٤، ومثله في العناية للبابرتي ٩ / ٢٨٤.
- (٤) جاء في المبسوط ٦ / ٣٧ أن الحدود مبنية على الدرء والإسقاط.
- (٥) حاشية ابن عابدين ٢ / ٣٤٦.

والشبهة في الفاعل: هي الحال التي يفعل فيها محرماً وهو يعتقد أنه يأتي حلالاً، كمن يظن امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده.

والشبهة في المحل:- ويسمى الحنفية أيضاً الشبهة الحكمية أو شبهة الملك - : هي الحال التي يفعل فيها شيئاً غير محرم لذاته بل طراً التحريم على محل الفعل، وذلك كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة، وهذا عند الشافعية، أما عند الحنفية فالشبهة في المحل هي التي تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة فيُشك فيها لقيام دليل الحل، كسرقة الوالد من مال ولده، فالسرقة محرمة بنص القرآن: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ ، والرسول ﷺ يقول: «أنت ومالك لأبيك»، فالنص الثاني يقوم شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذي يجرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع.

والشبهة في العقد: - ويسمى الشافعية الشبهة في الجهة أو الطريق - : هي الحال التي يفعل فيها شيئاً يعتقد حله لكن بعض الأئمة يرى حرمة ووجوب الحد فيه، فيدراً عنه الحد لشبهة الاختلاف في وجوبه عليه، كمن ينكح بلا ولي، فلا حدّ عليه عند من يشترطون الولي في النكاح، لإجازة الحنفية النكاح بلا ولي^(١).

٣٨٨/٢/٢- الأصل في هذه القاعدة قول النبي ﷺ: «ادرؤوا الحدود

(١) والأستاذ عبد القادر عودة بعد بيانه هذه الشبه ذكر أن المالكية والحنابلة اختلفوا بإيراد ما يعتبر شبهة وعلّة اعتباره شبهة، على أن الشبهات عند الجميع لا يمكن حصرها لأن أساسها في الغالب الوقائع، وهي لا تحصر. (انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٤٩/٥ - ٢٥٠، شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٧/٨ وما بعدها، التشريع الجنائي لعودة ٢١٢/١ فما بعد، ٢/٣٦٠ فما بعد، وللتوسع انظر: العقوبة ١٧٩ وما بعدها).

بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم»^(١) وحديث عائشة رضي الله عنها: «ادرووا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»^(٢). والآثار الكثيرة

(١) عزاه في التلخيص الحبير ٥٦/٦ إلى مسند أبي حنيفة للحارثي من طريق مقسم عن ابن عباس، وفي ابن أبي شيبة، وسيأتي، من طريق إبراهيم النخعي عن عمر: [لأن أخطئ في الحدود بالشبهات أحب إليّ من أن أقيمها بالشبهات] اهـ. وقال في كشف الخفاء ٧١/١ رقم ١٦٦: قال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديث مسند الفردوس: اشتهر على الألسنة، والمعروف في كتب الحديث أنه من قول عمر بن الخطاب بغير لفظه. اهـ. وقال المناوي في فيض القدير عند إيراد هذا الحديث برقم ٣١٤ بعد أن ذكر أن السيوطي عزاه لمسدّد في مسنده عن ابن مسعود موقوفاً، قال المناوي: قال ابن حجر في شرح المختصر: وهو موقوف حسن الإسناد. اهـ. ابن حجر، وبه يُرد قول السخاوي: طرّفه كلها ضعيفة، نعم أطلق الذهبي على الحديث الضعيف، ولعل مراده المرفوع اهـ. المناوي، وابن ماجه في كتاب الحدود باب السترة على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات رقم ٢٥٤٥ عن أبي هريرة بلفظ: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً» قال العجلوني في كشف الخفاء ٧٢/١ رقم ١٦٦: في سنده ضعيف. اهـ. أقول:

والحديث مروى أيضاً عن سيدنا علي أيضاً بلفظ: «ادرووا الحدود» ولفظ: «ادرووا الحدود ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود»، وهذه الزيادة قيد مهم، رواها البيهقي في سننه في كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، وهما ضعيفان كما بين البيهقي، واللفظ الأول عند الدارقطني أيضاً ٨٤/٣، كتاب الحدود والديات، رقم ٨.

(٢) رواه الترمذي في كتاب الحدود عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في درء الحدود رقم ١٤٢٤ وقال: وفي الباب عن أبي هريرة وابن عمرو، وحديث عائشة لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عائشة عن النبي ﷺ، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه، ورواية وكيع أصح، وقد روي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي ﷺ أنهم قالوا مثل ذلك. ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث اهـ. ترمذي، وسنن البيهقي عن عائشة مرفوعاً ١٢٣/٩ - ١٢٤ في كتاب السير باب الرجل من المسلمين قد شهد الحرب يقع على الجارية، وقال البيهقي ٢٣٨/٨: وروي عن عمر أيضاً منقطعاً وموقوفاً، قال: وروي عن عقبه بن عامر ومعاذ منقطعاً وموقوفاً بلفظ: «إذا اشتبه الحد فادرووه» اهـ. قلت: ورواه الدارقطني بنفس اللفظ ٨٤/٣، وقال البيهقي ١٢٣/٩ - ١٢٤: وأصح الروايات فيه عن الصحابة رواية عاصم عن أبي وائل =

المروية عن الرسول ﷺ وصحابته تؤيد صحة هذه القاعدة، وليس بين الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهرية؛ فإنهم يرون عدم الأخذ بهذه القاعدة وأن الحد لا يندرى بالشبهة، ولا يسلمون بصحة ما ورد من الأحاديث والآثار في ذلك^(١). مع أن ابن المنذر قال: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهة»^(٢).

وجاء في المبسوط: «ينبغي للإمام أن يحتال لإسقاط الحد بشبهة يظهرها، كما قال عليه الصلاة والسلام: «ادروا الحدود بالشبهات» وقد كانوا يفعلون ذلك في الحدود كلها»^(٣).

= عن عبد الله بن مسعود، قال: «ادروا القتل والجلد عن المسلمين ما استطعتم» اهـ. ييهقي، انظر السنن له ٢٣٨/٨، لكن في التلخيص الحبير ٥٦/٦ بعد أن ذكر في سند كل رواية موصولة راوياً ضعيفاً، قال ابن حجر: ورواه أبو محمد ابن حزم في كتاب الإيصال من حديث عمر موقوفاً عليه بإسناد صحيح. اهـ، وقال القاري في مرقاة المصابيح: الموقوف في هذا له حكم المرفوع... وهذا الحديث تلقته الأمة بالقبول (انظر ٧٧/٤ منه فيه كلام مفصل). وتلخص من تخريج لفظ الحديث هذا واللفظ السابق عليه، أن اللفظ الثاني أقوى من الأول لكونه مرفوعاً ورد من طرق لم تخل من ضعف، وثبت موقوفاً على عمر وعائشة وابن مسعود. وأشير إلى أن النووي في المنهاج بهامش تحفة المحتاج ١٠٢/٩، ١٠٤، ١٣٠ أورد لفظي الحديثين وصححهما. والله تعالى أعلم. وقد توسعت في تخريج هذين الحديثين لأهميتهما للبحث.

(١) فتح القدير ٢٤٨/٥ وما بعدها، المبسوط للسرخسي ١٧٢/١٨، التشريع الجنائي لعودة ٢٠٧/١ وما بعدها، العقوبة ١٧٨ وما بعدها، الفقه الإسلامي وأدلته لوحة الزحيلي ٥٢٨٠، ٥٣٠٦، ٥٣٠٧، ٥٣٥٢ وما بعدها وفيها أن حديث «ادروا الحدود بالشبهات» إنه وإن كان موقوفاً فله حكم المرفوع، وهو مأخوذ من فتح القدير ٢٤٨/٥ - ٢٤٩، المحلى لابن حزم الظاهري ٥٧/١١ وما بعدها، م (٢١٨٣)، ومن تناول بحث هذا المبدأ بتوسع شديد عبد الخالق أحمدون في بحث (قاعدة درء الحدود بالشبهات وأثرها في الفقه الجنائي الإسلامي) وهو مقدم لمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السابعة، العدد السابع والعشرون، صفحة (٧ وما بعدها).

(٢) المغني لابن قدامة ٥٥/٩، م (٧١٦٠).

(٣) المبسوط ج ١١/٢٤ حيث ذكر ذلك بعد إيراد حادثة عن سيدنا عمر رضي الله عنه في محاولته لدرء الحد عن شارب لمسكر، وانظر فتح القدير ٢٤١/٥.

وروي أن سيدنا عمر رضي الله عنه قال: [لأن أعطل الحدود بالشبهات أحبُّ إلي من أن أقيمها بالشبهات] (١).

٣٨٨/٢/٣ - تعريف الشبهة: والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت (٢).

ولها أمثلة كثيرة، منها: شبهة الملك في سرقة الملك المشترك، فمن سرق مالا يشترك في ملكه مع شخص آخر يُدْرأ عنه الحد؛ لأن السرقة أخذ مال الغير خفية؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصاً للغير وإنما أخذه متلبساً بغيره فلا يقام عليه الحد (٣).

٣٨٨/٢/٤ - تنبيه: يجب التنبيه إلى أن الفقهاء وإن كانوا متفقين على درء الحدود بالشبهات؛ إلا أنهم لا يتفقون على أن كل الشبهات تصلح لدرء الحدود، فما يراه البعض شبهة دائرة قد لا يراه البعض الآخر شبهة (٤). وتنقسم الشبهات المعتبرة من حيث آثارها إلى قسمين: شبهات قوية تمحو وصف الجريمة، ويترتب على محو وصف الجريمة سقوط العقوبة حتماً، وإلى شبهات ضعيفة لا تمحو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد (٥). وقد يكون التعزير عند سقوط الحد. وإذا كانت الشبهة قوية فإنها تمحو وصف الجريمة أي ترفع عن الفعل وصف الجريمة، فلا يعد فعلاً مجرماً، بخلاف الشبهة الضعيفة.

-
- (١) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الحدود، درء الحدود بالشبهات، رقم (١)، ٥١٤/٦.
 - (٢) فتح القدير ٢٤٩/٥، والشبهة تتحقق بمجرد ادعائها ممن ارتكب موجب الحد لاحتمال صدقه، وذلك كأن يدعي السارق أن المسروق ملكه، العناية مع الهداية ٢٤٨/٥، أسنى المطالب ١٣٩/٤.
 - (٣) التشريع الجنائي لعودة ٢٠٩/١.
 - (٤) التشريع الجنائي لعودة ٢٠٩/١ - ٢١٠، فتح القدير ٢٤٩/٥.
 - (٥) العقوبة لأبي زهرة ٢١٣.

٣٨٨/٢/٥- ما يترتب على درء الحدود بالشبهات: يترتب على أخذ القاضي بمبدأ درء الحدود بالشبهات التضييق في تطبيق الحدود، وهو أمر محبب في الإسلام، والأخذ بهذا المبدأ يقصد منه أن تكون شريعة الحد قائمة والتنفيذ القليل منها صالح لإنزال النكال بالمذنبين ولإخافة من تسوّّل له نفسه الوقوع في الجريمة، وقد يكون التلوّيح بالعقاب أوقع في النفس من العقاب نفسه.

ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ أن المنسوب إليه الجريمة يدرأ عنه الحد ويبرأ من الجريمة المنسوبة إليه وذلك في حالات ثلاث: إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة، أو كانت قائمة في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب إليه، أو كانت الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة. وفيما عدا هذه الحالات فإن تطبيق هذه القاعدة (درء الحدود بالشبهات) إذا أدى إلى درء الحد فإنه يؤدي في الوقت ذاته إلى استبدال الحد بتعزير آتياً كان مصدر الشبهة^(١).

٣٨٨/٣- المبدأ الثالث: تفضيل الخطأ في العفو: أصل هذا المبدأ المقرر في الشريعة هو قوله ﷺ: «إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»^(٢) ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت الكامل من نسبة الجريمة للمتهم، وأن النص المحرّم منطبق على الجريمة، فإذا كان ثمة شك فيما سبق، أو لم يترجح للقاضي أحد أمرين ويتضح له وجه الحق؛ كان عليه أن يرجح جانب العفو عن الجاني، فيحكم ببراءته؛ لأن براءة المجرم في حال الشك خير للجماعة وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك، ويكفي ذلك زجراً للمتهم ولغيره من أن يهيم بمثل هذه الجريمة التي لم تثبت عليه، ويكون ذلك إعلاناً بتجريم هذا الفعل الذي لم يعاقب عليه من لم يثبت عليه.

(١) للتوسع: التشريع الجنائي لعودة ١/٢١٤ - ٢١٥، العقوبة ٢١٣ وما بعدها.

(٢) سبق تحريجه صفحة (٣٥١) وكذلك قول سيدنا عمر صفحة (٣٥٣).

ومبدأ الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم، جرائم الحدود والقصاص والدية والتعزير. ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يعد بمنزلة التطبيق لمبدأ الخطأ في العفو، على الأقل في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد لتبرئة الجاني^(١).

ومع ذلك ينبغي أن لا يتحول مبدأ درء الحدود بالشبهات إلى مرقى ووسيلة للتحلل من شريعة الحدود، إقامة الحدود عبادة وجهاد^(٢)، وذلك عند توافر الشروط المطلوبة لذلك. لأن إقامة الحدود عند عدم وجوبها كتأخير إقامتها عند وجوب ذلك.

المطلب الثاني: الجرائم الموجبة للقصاص

والجرائم الموجبة للدية

٣٨٩ / ١ - القصاص لغة: من قصّ الأثر أي تتبعه، والقصاص: القود، وقصّ الخبر: حدّث به على وجهه، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل وجرح الجرح وقطع القاطع^(٣).

٣٨٩ / ٢ - والقصاص اصطلاحاً: القتل بإزاء القتل، وإتلاف الطرف بإزاء إتلاف الطرف، والقود: القصاص^(٤). فالقصاص اصطلاحاً لا يخرج عن أن يُفعل بالجاني مثل ما فَعَلَ^(٥).

-
- (١) التشريع الجنائي لعبد القادر عودة ٢١٧/١.
 - (٢) العقوبة ٦١، وقال ابن تيمية في السياسة الشرعية ص ٩٠ « فإن إقامة الحد من العبادات كالجهاد في سبيل الله ».
 - (٣) مختار الصحاح (ق ص ص)، المصباح المنير (ق ص ص).
 - (٤) طلبه الطلبة، للنسفي، أول كتاب الديات.
 - (٥) الموسوعة الفقهية الكويتية / مصطلح (تعزير) ١٢ / ٢٥٤.

٣٩٠ / ١ - والدية لغة: من وديت القتل: أعطيت ديته^(١).

٣٩٠ / ٢ - والدية اصطلاحاً: اسم المال الذي هو بدل النفس، وهو مصدر، وسمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر^(٢).

٣٩١ - وأكثر الفقهاء يتكلمون عن القتل والجرح والضرب تحت عنوان الجنايات، وبعضهم يتحدث عنها تحت عنوان الجراح، وبعضهم يؤثر استعمال لفظ الدماء^(٣).

أهم المسائل المتعلقة بموجبات القصاص وموجبات الدية:

٣٩٢ - المسألة الأولى لا جريمة ولا عقوبة بلا نص بالجرائم الموجبة للقصاص والجرائم الموجبة للدية:

- (١) مختار الصحاح (و د ي).
- (٢) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ١٢٦/٦، طلبة الطلبة، أول كتاب الديات، ويرجع الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي تعريف الشافعية للدية؛ وهو: المال الواجب بالجناية على الحر في نفس أو فيما دونها (نهاية المحتاج ٣١٥/٧) وقال: أطلق الحنفية الدية على بدل النفس، والأرش على الواجب فيما دون النفس، والأدق إطلاق الدية على المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها كما فعل الشافعية، لأن الدية كاملة تجب في أحيان كثيرة بالاعتداء على ما دون النفس، كتعطيل منفعة عضو أو قطع عضوين أو أربعة أو عشرة. (الفقه الإسلامي وأدلته ٥٧٠٢ هامش ٢) وهو تحرير دقيق.
- (٣) للتوسع ومعرفة أسباب اختلاف الفقهاء في ذلك، انظر (التشريع الجنائي لعودة ٤/٢ - ٥، الجريمة ٤٥ - ٤٦، العقوبة ٦٦). وتجدر الإشارة إلى أن بعض العلماء يُدخلون القصاص في جرائم الحدود لاشتراكهما بتقدير الشارع لعقوبيتهما، وأكثر الفقهاء لا يرون ذلك، لأن القصاص حق العبد فيه الغالب ويجوز العفو عنه بخلاف الحدود، وعلى هذا درجت في بحثي. (راجع التعليق على ذلك صفحة (٣٤٠) هامش (٤)). والجنايات: جمع جنابة، وهي اسم لفعل محرم شرعاً سواء تعلق بمال أو نفس، وفي اصطلاح الفقهاء خصت بما تعلق بالنفوس والأطراف، وخص الغصب والسرقة بما تعلق بالأموال. (الدرر الحكام لحسرو ٨٨/٢).

١/٣٩٢ - طبقت الشريعة هذه القاعدة تطبيقاً دقيقاً في الجرائم الموجبة للقصاص والجرائم الموجبة للدية، ومن يستعرض النصوص الواردة في هذه الجرائم يتبين له ذلك واضحاً جلياً.

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي: القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمداً، والجرح العمد، أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية، فهي جرائم القصاص إذا عُفي عن القصاص، أو امتنع القصاص لسبب شرعي، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وإتلاف الأطراف خطأ، والجرح خطأ^(١).

وجرائم القصاص والديات أحصيت عقوبتهم إما من القرآن الكريم، وإما من السنة النبوية، وإما من عمل الصحابة رضي الله عنهم، وعملهم في هذه الأمور سنة متبعة على رأي جمهور الفقهاء^(٢).

٢/٣٩٢ - ولما كانت الجرائم الموجبة للقصاص والجرائم الموجبة للدية منصوصاً عليها، وعينت الشريعة عقوباتها تعييناً دقيقاً؛ لم يكن للقاضي حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها، وكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت عنده أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة، بغض النظر عن ظروف الجريمة، وظروف الجاني^(٣).

٣٩٣ - المسألة الثانية: سلطة القاضي فيها: ومن الملاحظ أن سلطة القاضي في الجرائم المعاقب عليها بالقصاص والجرائم المعاقب عليها بالدية تماثل سلطته

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/١٢١ وما بعدها، وقد أورد النصوص الشرعية كاملة لكل حالة من حالات القصاص والدية فلتراجع للتوسع، في أساسيات التشريع الجنائي الإسلامي لبركة ٢٣-٢٤.

(٢) الجريمة ١٣٩، العقوبة ٢٩٨، التشريع الجنائي لعودة ١/١٢٢ وما بعدها.

(٣) التشريع الجنائي لعودة ١/١٢٤، في أساسيات التشريع الجنائي ٢٠.

في جرائم الحدود، ولا فرق إلا في أن القاضي ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها المجني عليه أو وليه، وأن يطبق العقوبة التي توجبها الشريعة أو يوجبها ولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية^(١)، لأن القصاص إذا سقط وكذلك الدية حكم القاضي بعقوبة تعزيرية مناسبة^(٢).

٣٩٤- المسألة الثالثة: من حيث العفو: إن عقوبة القصاص والدية عقوبات مقدرة محددة النوع والمقدار؛ لكنها مقدرة حقاً للأفراد، ولهذا كان للمجني عليه أو وليه العفو عن العقوبة؛ لأنها حقه، فله استيفاؤه وتركه، أما ولي الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص والدية أو أن يعفو عن أحدهما، كما في الحدود؛ لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله تعالى ولا حقوق الأفراد؛ وإن كان عليه أن يستوفيها؛ لأن استيفاءها من الواجبات التي يرتبها منصبه عليه^(٣).

٣٩٥- المسألة الرابعة: القياس في الجراحات: تجب الإشارة إلى أن ما سبق هو على سبيل الإجمال، أما ما لم يذكر من الدماء من جنايات: فيصح أن يقاس ما ليس بمقدر على ما هو مقدر، وهذا في الجراحات في الاعتداء على ما دون النفس الإنسانية^(٤)، وذلك لأن الدماء جنايات بينة لا تختلف، ويمكن تقديرها وتقدير عقوبة فيها، والشرع في بيان أحكام الدماء بينها إما بالنص عليها عيناً، وإما ببيان حكم ما يمكن معرفة علته ليقاس غيره عليه ويتعرف منه حكم غيره، ولذلك قال الإمام الشافعي: «الشرع إما نص على عين قائمة، أو حمل على عين قائمة»^(٥). ولما كانت جرائم الجراحات واضحة التعليل بينة؛ وضع الشارع

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/١٢٤.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١/٨٢، ٢٤٥، ٢/٢١٢، الجريمة ٨٨.

(٣) التشريع الجنائي لعودة ١/٨١، ١٢٤، ١٢٥، الجريمة ١٣٩.

(٤) نهاية المحتاج ٥/١٥٩، ضمان العدوان لسراج ٤٣٩، ٤٦٢.

(٥) ذكره الشيخ أبو زهرة في الجريمة ٨٠، ولم أعر عليه عند غيره فيما رجعت إليه من مصادر.

عقوبتها ليعرف الناس عن طريقها عقوبة غيرها، أو على الأقل ما يمكن أن يهتدوا به في معرفة عقوبة غيرها، فلم يترك الشارع الأمر لولي الأمر فرطاً من غير ضابط يضبطه ولا حكمة تحكمه^(١).

والقاعدة أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول ﷺ دية أو أرشاً ولم يمكن إلحاقه بقياس، كالشجاج؛ ففيه حكومة، وهي ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى الدية أو الأرش الذي عينه الرسول ﷺ للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة^(٢).

(١) الجريمة ٨٠، العقوبة ٥٢٥.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١٢٣/١ - ١٢٤، العقوبة ٥٢٦، ضمان العدوان لسراج ٤٥٨ وما بعدها، ٤٦٢ وما بعدها، نهاية المحتاج ١٥٩/٥، قليوبي وعميرة ١٤٤٤/٤ - ١٤٥٠ وذكر أن سبب تسميتها بالحكومة لتوقفها على حاكم أو محكم، حتى لو وقعت باجتهاد غيرهما لم تعتبر، ثم ناقش هذا القول، والمنهاج بهامش التحفة ٤٧٦/٨ وما بعدها، حيث ذكر أمثلة للاستعانة بالخبراء وكيفية تفحص الضرر الواقع بالجني عليه، الجريمة ٨٧-٨٨، ويذكر الشيخ أبو زهرة في قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ فِصَاصٌ﴾ أن القصاص إذا أطلق أريد به الكامل منه وهو القصاص معنى وصورة، فإذا أمكن لم ينتقل عنه، وإن كان غير ممكن انتقل إلى المعنى وهو التعويض المالي، والآية المذكورة هي في الجروح المتعمدة المقصودة، فإذا تعذر القصاص وكانت الدية والتعزير للجاني من القاضي فإن الجاني يكون قد نزل به من الألام ما يقارب ما أنزله بغيره، ويرى الشيخ محمد أبو زهرة أنه يصح لولي الأمر أن يسن عقوبات تعزيرية إضافية على دية ما دون النفس عند تعذر القصاص الكامل، لأن القاضي الذي يترك له التقدير هو القاضي المجتهد المطلق فقط، ولأنه لا يقبل أن تترك الأمور لكل قاض يحكم حسب رأيه، وما سبق هو في حال الاعتداء العمد، أما في حال الخطأ وما يجري مجراه فإنه في الحقيقة لا يوجد مجرم يعالج إجرامه بعقوبة ولكن توجد واقعة أذى يجب تعويض الجني عليه بما يتناسب مع ما وقع عليه من أذى، اهـ. ولكن ما ذكره الأستاذ أبو زهرة يقتضي أن يكون ولي الأمر الذي يسن للقضاة قوانين التعازير مجتهداً مطلقاً، وذلك عزيز ونادر، (الجريمة ٨٧ وما بعدها)، وذكر الشيخ أبو زهرة في (العقوبة ٣٠٩) أن الإجماع منعقد منذ عهد الصحابة إلى الأئمة المجتهدين على أن القصاص مكتوب فيما دون النفس إذا أمكن، اهـ. وهذا واضح للنصوص والأدلة الواردة في هذا الخصوص. وانظر العقوبة (٣٦٠).

٣٩٦- المسألة الخامسة: سلطة القاضي في إثبات القصد: سلطة القاضي في القصاص والديات لا تقتصر على ما تقدم، بل يجب على القاضي ابتداءً: أن يثبت لديه ثبوتاً لا شك فيه قصد القتل والقطع من عدمه، ويُستدل لذلك من الآلة التي استعملها الجاني في جانيته، لأن القصد والباعث أمر باطن، ولا يمكن الحكم على الباطن، فأقيم دليل ظاهر عليه، وهو الآلة، ليدل عليه ويؤاخذ الجاني بناء عليه، وللجاني مع ذلك أن ينفي عن نفسه قصد القتل وأن يثبت أن استعماله للآلة القاتلة غالباً لم يكن بقصد القتل، فإن ثبت هذا كان قتلاً شبه عمد^(١)، كما أن على القاضي أن يثبت قبل الحكم بالقصاص من عدم وجود أي مانع من موانع القصاص؛ كالملك والأبوة وغير ذلك^(٢).

المطلب الثالث: جرائم التعزير

٣٩٧/١- التعزير لغة: التوقير والتعظيم، وهو أيضاً التأديب، ومنه التعزير الذي هو الضرب دون الحد^(٣).

٣٩٧/٢- والتعزير اصطلاحاً:

٣٩٧/٢/١- أولاً: عند الحنفية: تأديب دون الحد، وهو غير مقدر، ويجب في جناية ليست موجبة للحد^(٤).

٣٩٧/٢/٢- ثانياً: عند المالكية: التعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارة^(٥).

(١) التشريع الجنائي لعودة ٩٢/٢، وللتوسع راجع: نفس المرجع ٣٢/٢ وما بعدها.

(٢) للتوسع: التشريع الجنائي لعودة ١١٥/٢ وما بعدها.

(٣) مختار الصحاح (ع ز ر).

(٤) هذا تعريف مركب من تعريفين وردا في: الفتاوى الهندية ١٦٧/٢ وما بعدها، الكثر بهامش

تبيين الحقائق ٢٠٧/٣.

(٥) تبصرة الحكام ٢٨٨/١.

أو: هو عقوبة ليس فيها شيء مقدر من الشارع، تختلف باختلاف الناس وأقوالهم وأفعالهم وذواتهم وأقدارهم، على معصية لله أو لحق آدمي^(١).

٣٩٧/٢/٣- ثالثاً: عند الشافعية: تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله^(٢).

أو: هو تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة غالباً^(٣).

٣٩٧/٢/٤- رابعاً: عند الحنابلة: العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها^(٤).

أو: هو التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة^(٥).

٣٩٧/٣- التعريف المختار: يلاحظ أن التعاريف السابقة متقاربة في المعنى يكمل بعضها بعضاً أو يؤكد.

ويمكن اختيار تعريف للتعزير بأنه: عقوبة غير مقدره من الشرع ومفوض تقديرها لولي الأمر ومن يقوم مقامه على جناية لا حد فيها ولا كفارة^(٦).

ويمكن وضع ضابط عام للتعزير بمثابة تعريف عام آخر له وهو: كل ما فيه اعتداء على النفس أو المال أو العرض أو العقل أو الدين مما لا حد فيه^(٧).

(١) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٣٥٤/٤.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ٣٥٧.

(٣) قليوبي وعميرة ٢٠٦/٤.

(٤) المغني ١٤٨/٩، م (٧٣٧٤).

(٥) كشاف القناع ١٢١/٦.

(٦) المقصود أنه لم يرد فيها نص قرآني أو حديث نبوي، وقد تقدم أن تقدير القاضي لما فوضه الشرع فيه هو في مقام تقدير الشارع (راجع فقرة ٧٨/٥/٢) وقد نبه قليوبي وعميرة في حاشيتهما (٢٠٦/٤) إلى أن هذا الضابط أغلبي لا كلي، لأن التعزير قد يشرع ولا معصية، كتأديب طفل وكافر، وانظر مغني المحتاج ٥٢٤/٥.

(٧) هذا ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته ص ٥٣٣٤ =

٣٩٨- أقسام التعزير: ينقسم التعزير إلى قسمين رئيسين بحسب اختلاف الاعتبار المنظور من خلاله:

٣٩٨ / ١ - القسم الأول: وينقسم التعزير فيه إلى ثلاثة أقسام:

٣٩٨ / ١ / ١ - تعزير على المعاصي، ويكون الفعل محرماً دائماً ويعد الفعل معصية.

٣٩٨ / ١ / ٢ - تعزير للمصلحة العامة، ولا يكون الفعل محرماً إلا إذا توافر فيه وصف معين.

٣٩٨ / ١ / ٣ - تعزير على المخالفات، ويكون الفعل مأموراً به أو منهيّاً عنه، ولكن إتيانه أو تركه يعد مخالفة لا معصية^(١).

٣٩٨ / ٢ - وينقسم التعزير في الجملة إلى قسمين أيضاً:

٣٩٨ / ٢ / ١ - الأول: تعزيرات لحقوق الله تعالى، وتكون في حال الاعتداء على حقوق الله تعالى، من غير أن يكون هناك حد في موضوع الاعتداء، أو يكون هناك حد؛ ولكن سقط بالشبهة، ويكون مقدار التعزير تابعاً لمقدار الشبهة؛ فإن كانت الشبهة قوية كان التعزير غير شديد، وإن كانت ضعيفة كان التعزير شديداً.

والتعزيرات منها ما يكون عقوبة على ترك واجب، كترك الزكاة، والعقوبة في هذه الحال ليست على الماضي الذي سبق وقوعه وإنما هي للحمل على الأداء.

= ومباحث التعازير متشعبة واسعة، وانظر: الجريمة ١٤٣، وأقتصر في بحثي هنا على أبرز المسائل المتعلقة بالسلطة التقديرية وأحيل لبعض المراجع لمن يرغب بالتوسع.
(١) التشريع الجنائي لعودة ١/١٢٨، وانظر: الطرق الحكمية ٩٤، والفروق للقرافي ٤/١٨٠، الفرق / ٢٤٦.

٣٩٨/٢/٢ - الثاني: تعزيرات لحقوق العباد: وتكون في حال الاعتداء

على الغير ولو بطريق الامتناع، كالاعتداء على الآخر بالسب والشتم، ومن الجرائم التي يعد الإيذاء فيها بالامتناع عن واجب ديني: أن يحتاج شخص للماء وبصحته من معه ماء، فيمتنع عن إعطائه حتى تعرض جسمه للتلف؛ فإن الممتنع يعاقب تعزيراً لإيذائه صاحبه بالامتناع عن عونه في وقت الحاجة إليه^(١).

٣٩٩ - القائم بالتعزير:

٣٩٩/١ - تنبيه: يجب التنبيه إلى أن من يقيم التعازير: هو القاضي الذي

توافرت فيه الصفات التي اشترطها الفقهاء فيمن يتولى منصب القضاء^(٢)، ويؤكد الفقهاء على وجود بعض الصفات المهمة التي يظهر أثرها في التعزير، كالإسلام الذي اشترطه جمهور الفقهاء والحنفية في إحدى الروايتين عنهم^(٣)، لأن غير المسلم لا يتأتى له الحكم بعقوبة تعزيرية تتفق مع قواعد الشرع ومقاصده ومراميه ولا تخالف أصول الدين، وكالاجتهاد الذي اشترطه جمهور الفقهاء أيضاً

(١) الجريمة ٢٢٩، العقوبة ٧٣-٧٤، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٥٧٣، ومختصراً في: كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٤٩/٥، الشرح الصغير بهامش حاشية الصاوي عليه ٥٠٣/٤ وما بعدها، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي عليه ٣٥٤/٤، مغني المحتاج ٥٢٢/٥-٥٢٣. وهذه تسمى (الجريمة السلبية)، مع الإشارة إلى أن التعزير على ترك أداء الزكاة بأخذ شطر المال مع الزكاة هو من العقوبات المالية، والبحث هنا عن التعزير بغير ذلك كحبس الممتنع أو زجره مثلاً.

(٢) سبق الحديث عن صفات القاضي أوائل هذه الرسالة، راجع من فقرة (١٧ إلى ٦٤) وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٢٨١، والبحث مخصص للحديث عن القاضي لا غيره ممن لهم إقامة التعزير كالأب والمعلم والسيد فتنه. وجاء في مغني المحتاج ٥٢٥/٥: «وقيل إنما يسمى ما عدا ضرب الإمام ونائبه تأديباً لا تعزيراً» وهذا يُخرج ما يضره غير الإمام عن بحثنا للتعزير.

(٣) راجع فقرة (١٧).

والحنفية في قول، والصحيح عندهم أنه شرط كمال وأولوية^(١)، وككون القاضي على غاية من الورع والنزاهة وسلامة البطانة^(٢).

٢/٣٩٩- والأصل تفويض التقدير في التعازير: لولي الأمر (رئيس الدولة) إذا كان مجتهداً وتصدى للقضاء، فإذا أناب غيره من القضاة وغيرهم؛ استمدوا سلطتهم منه وتقيدوا بما يقيدهم به من أنظمة وقواعد^(٣).

٤٠٠- ما يجب توافره في التعازير: مهما كان حال ولي الأمر أو القاضي فإن التعزيرات الإسلامية يجب أن تتوافر فيها أمور هي:

١/٤٠٠- أولاً: أن يكون الباعث عليها حماية المصالح الإسلامية المقررة، لا حماية الأهواء والأغراض الشخصية، لأن الهوى والمصلحة نقيضان لا يجتمعان، والضابط للتفرقة بين ما هو هوى 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 هوى. وقال تعالى مخاطباً سيدنا داود عليه السلام ﴿بَدَاؤُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [ص: ٢٦] على أن القاضي لا يمنع المباحات المقررة إلا إذا ترتب عليها ضرر مؤكد للجماعة، ولا يتدخل كذلك في الحقوق المكتسبة الثابتة إلا إذا كان الضرر مؤكداً، وكان الضرر الناتج من استعمالها أكبر من ضرر الحرمان منها^(٤).

(١) راجع فقرة (٤٩) وما بعدها.

(٢) راجع فقرة (٦١) وما بعدها.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٢٨٢.

(٤) العقوبة ٧٠، التشريع الجنائي ١/٢٥٢، وانظر: الظروف المخففة والمشددة ٢٥٩ وما بعدها، الجريمة ٢١٩ وما بعدها، ٢٢٧.

والقاضي في سعيه بالتعازير لجلب المصالح أو دفع المفسد له أن يعمل بالظن ولا يشترط له القطع، قال ابن عبد السلام: «الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين ودرء المفسد على ما يظهر في الظنون، وللدارين مصالح إذا فاتت فسد أمرهما، ومفسد إذا تحققت هلك أهلها، وتحصيل معظم هذه المصالح بتعاطي أسبابها مظنون غير مقطوع به ... وإنما اعتمد عليها لأن الغالب صدقها عند قيام أسبابها ... وكذلك الناظرون في الأدلة والمجتهدون في تعرف الأحكام يعتمدون في الأكثر على ظن أنهم يظفرون بما يطلبون ...»^(١).

٢/٤٠٠ - ثانياً: أن لا يخرج القاضي في استعماله لسلطته التقديرية في التعزير على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية تحت طائلة إبطال ما خرج به عن ذلك، ويكون ما لم يخرج به عن الشريعة ومبادئها صحيحاً معمولاً به^(٢).

٣/٤٠٠ - ثالثاً: أن تكون العقوبات التي يقررها ناجعة حاسمة لمادة الشر، أو مخففة له، وألا يترتب على العقوبة ضرر مؤكد أو فساد أشد فتكاً بالجماعات، وأن لا يكون في العقوبات إهانة للكرامة الإنسانية أو ضياع لمعاني الآدمية، فإن التهذيب بالعقاب لا يصح أن يكون بالإهانة الإنسانية، لأن من هانت كرامته داخلت روح الجريمة نفسه وتغلغلت فيها^(٣)، على أن التعزير إذا خلا عن إيلام لم يكن حاسماً لمادة الشر ولم يكن محققاً لمقصد الشارع من العقاب. ولا حد لأقله فقد يكون بالزجر أو الإعلام^(٤).

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ١/٤، وانظر: الجريمة ١٤٤.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١/٢٥٢، الجريمة ٢٢٣.

(٣) العقوبة لأبي زهرة ٧٠-٧١، تهذيب الفروق لمفتي ٤/١٧٨، تبصرة الحكام ٢/٣٠٠.

(٤) السياسة الشرعية لابن تيمية ١٠١.

٤٠٠ / ٤ - رابعاً: المناسبة بين العقوبة والجريمة، فلا يسرف في العقاب، ولا يستهين بجريمة، وإذا كانت العقوبة مناسبة للجريمة أحس المجرم بعدالتها، ويلاحظ القاضي التناسب بين ذات الفعل والعقوبة، وبين الفعل والعقوبة، وبين أثر الفعل والعقوبة، ويختار القاضي ما يراه مناسباً للحالات التي تعرض عليه، ويلاحظ كذلك التناسب بين العقوبة وبين ظروف المتهم وشخصيته وسوابقه ودرجة تأثيره بالعقوبة ودرجة ظروف الجريمة وأثرها في المجتمع^(١).

٤٠٠ / ٥ - خامساً: المساواة والعدالة بين الناس جميعاً، لأن هذه المساواة مفروضة في كل قانون عادل، فلا يستقيم تطبيق حكم على طائفة من الناس، وتطبيق حكم آخر على آخرين قاموا بنفس فعل السابقين^(٢).

٤٠١ - ما يراعى عند تقدير التعزير: ينبغي على القاضي عند تقديره للتعزير أن يراعى ما يلي:

٤٠١ / ١ - أولاً: أن ينظر إلى حال الجاني: لأن هذا له أثره في التعزير، فينظر في كون الجاني من أهل السوابق في الشرور من عدمه، وإلى كونه من أشرف الناس وأصحاب المكان الرفيع من عدمه^(٣)، وينظر إلى حاله من احتمال له للعقاب وصبره على يسيره أو ضعفه عن ذلك، وانزجاره إذا عوقب بأقل العقوبات، وينظر إلى كون الجناية قد صدرت منه فلتة أم أنه من ذوي السيرة السيئة، وغير ذلك من الاعتبارات، فإن كان من أهل الرفعة انزجر بوعظ وإعلام ونظرة وغير ذلك مما قد يكون له في نفسه أثر أعظم من جلد السياط

(١) العقوبة ٧١، الفقه الإسلامي وأدلته، أ. د. وهبة الزحيلي ٥٢٨١.

(٢) العقوبة ٧١.

(٣) نبه ابن فرحون في تبصرته ٣٠٠ / ٢ إلى أن المراد بالرفيع من كان من أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية لا المال والجاه، والمعتبر في الجهل والجهلاء والحمافة.

غيره، ومن الناس من لا ينفع معه إلا الإغلاظ في الضرب وإطالة الحبس وغير ذلك^(١) لأن المقصود بالتعزير الزجر عن العودة، وزجر كل شخص يختلف بحسب حاله، فقد لا يحتاج معه ضرب وحبس ونفي وغير ذلك، وتقدير القاضي لذلك هو الذي يحدد نوع التعزير ومقداره.

٤٠١/٢ - ثانياً: أن يراعي القاضي كذلك حال المفعول معه الجنائية من كونه من أهل الأدب والشرف وغير ذلك^(٢)، فإن كان القول عظيماً من ذي الشر مخاطباً به لرفيع القدر بولغ في تأديبه، وإن كان العكس فالعكس^(٣)، وذلك لأن العقاب ينبغي أن يماثل الجنائية في القدر، والأذى الذي يلحق بشخص من كلمة شتم قيلت له قد يكون أعظم من الأذى الذي يقع على غيره من الناس لو قيلت له.

٤٠١/٣ - ثالثاً: أن ينظر القاضي عند تقديره للتعزير إلى الجنائية ذاتها، فينظر إلى مقدارها، وإلى خطورتها، وإلى ما تركته من أثر في المجني عليه وعلى نفسيته؛ فيقدر عقوبة ملائمة للجريمة، بحيث يكون ألم العقاب ملائماً للألم الذي أحدثته الجنائية وما فوتته من مصالح أو جلبته من مفسد^(٤).

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٣٥٤، الفروق للقرافي ٤/١٨٢، الفرق (٢٤٦)، تهذيب الفروق ٤/١٩٢، تبصرة الحكام ٢/٢٨٩، ٢٩٩، الأحكام السلطانية ٣٥٧، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٢٨١، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير، للخليفة ٢٦١ وما بعدها، وانظر منه ٢٣١ وما بعدها للأهمية.

(٢) الفروق للقرافي ٤/١٨٢، الفرق (٢٤٦)، تهذيب الفروق ٤/١٩٢، تبصرة الحكام ٢/٢٨٩، ٢٩٩، ٣٠٠، الأحكام السلطانية ٣٥٧، الظروف المشددة والمخففة ٢٤٣، ٢٤٤، ومن ذلك كون النساء إليه من الأنبياء صلى الله عليهم وسلم أو من الصحابة رضي الله عنهم فيشدد العقاب على الجاني لعلو مكانة المجني عليه.

(٣) تبصرة الحكام ٢/٢٩٩ - ٣٠٠.

(٤) الفروق للقرافي ٤/١٨٢، الفرق (٢٤٦)، تهذيب الفروق لمفتي ٤/١٩٢، تبصرة الحكام ٢/٢٨٩، ٢٩٩، الأحكام السلطانية ٣٥٧، الظروف المخففة والمشددة ٢٦٦ وما بعدها.

٤٠١/٤ - رابعاً: أن ينظر القاضي أيضاً إلى الزمان والمكان في تقديره للتعزير، فما قد يكون عقوبة في مكان معين أو زمن معين؛ قد يكون مكرمة في مكان آخر وزمان آخر، وذلك خشية أن يسعى القاضي لتهذيب الجاني بما يقرره من تعزير فإذا هو يكرمه ويحسن إليه^(١).

٤٠١/٥ - خامساً: على القاضي كذلك أن يراعي عند تقديره للتعزير مبدأ التدرج في العقوبة، وهذا المبدأ له صلة بضابط الملائمة بين الجريمة والعقوبة، فإذا أراد القاضي معاقبة من جنى ما يستوجب التعزير فإنه يتدرج في ذلك كالتردد في دفع الصائل، فإذا تبين أن الجاني يندفع بعقوبة فلا يجوز له معاقبته بما هو أشد، فإذا لم ينفذ ذلك العقاب تدرج في الشدة^(٢).

جاء في مغني المحتاج: «وعلى الإمام مراعاة الترتيب والتدرج اللائق بالحال في القدر والنوع كما يراعيه في دفع الصائل، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها كافياً ومؤثراً»^(٣).

٤٠٢ - ظنون مردودة: يظن البعض خطأ أن الشريعة لم تعين جرائم التعازير، وفوضت ذلك للقاضي، وترتب على ظنهم هذا أن اعتقدوا أن سلطة القاضي في التعزير تحكيمية، وأن جرائم التعازير وعقوباتها متروكة فرطاً غير منصوص عليها، وأن للقاضي أن يفعل ما يشاء؛ فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يُحرّم من قبل، أو لم يسبق العقاب عليه، فظنهم أن للقاضي تجريم ما يشاء من الأفعال أو السماح بها، وكذلك له اختيار ما يشاء لها من العقاب أو العفو عنه.

(١) الفروق للقرافي ٤/١٨٢، الفرق ٢٤٦.

(٢) أسنى المطالب ٤/١٦١، مغني المحتاج ٥/٤٢٤، الظروف المشددة والمخففة للخلفي ٢٧٨.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٥/٥٢٥.

١/٤٠٢ - سبب ظنونهم: وقع أصحاب هذه الظنون فيها نتيجة لسوء فهمهم وقلة اطلاعهم على الشريعة الإسلامية، فكتب الشريعة الإسلامية مركزة العبارة، يصوغ أصحابها عباراتها بدقة بالغة أكثر مما تصاغ به نصوص القوانين الوضعية، وللفقهاء بعد ذلك اصطلاحات وعبارات خاصة ينبغي على كل من يأخذ من كتبهم أن يطلع عليها قبل دراستها ليفهم عنها مرادها بشكل صحيح ودقيق، كما هو الشأن في كل علم، فالشريعة الإسلامية حددت الأفعال التي تعد معاصراً، وأوجبت على القاضي قبل كل شيء أن يبحث عن كون الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا، فإن كان كذلك وثبتت التهمة على الجاني؛ عاقبه بإحدى العقوبات التي وضعتها الشريعة للتعزير، بشرط مراعاة توافر العناصر والضوابط التي سبق بيانها في الفقرات السابقة، فيراعي القاضي ملاءمة العقوبة للجريمة والمجرم كماً ونوعاً، أما إذا وجد القاضي أن الفعل ليس معصية فلا جريمة ولا عقوبة، ولم يكن له ولا لغيره أن يعد فعلاً ما معصية ما لم تعتبره الشريعة كذلك، إلا فيما فوضته الشريعة فيما يعتبر من قبيل السياسة الشرعية؛ من منع بعض الأفعال ومعاقبة من يقترفها، ويعد الفعل ممنوعاً، لأمر النصوص التي فوضت القاضي وأمرت بطاعة ولي الأمر فيما أمر به مما لا معصية فيه.

٢/٤٠٢ - خلاصة الرد على هذه الظنون: أن سلطة القاضي في التعزير ليست تحكيمية، وهي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه، فإن انطبق أوقع على الجاني العقوبة، ولكن الشريعة أعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة إلى اعتبارات متعددة مثل شخصية الجاني وسوابقه، ودرجة تأثره بالعقوبة، وينظر إلى الجريمة وأثرها في الجماعة، فيعاقب بعقوبة

واحدة أو أكثر منها، وله أن يصل بالعقوبة إلى حدها الأعلى وله أن ينزل بها إلى حدها الأدنى، وله أن يمضي العقوبة بعد إقرارها أو يوقفها إذا رأى أن المقصود قد تحقق منها بمجرد إعلانها^(١).

فسلطة القاضي ممنوحة له ليتمكن من علاج المجرم والجريمة، وهي سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء، وإنها لسلطة أهل لأن تحقق العدل، وترفع الحرج وتضع الأمور في نصابها الصحيح، وتعاقب كل مستحق للعقوبة بما يستحقه^(٢).

جاء في فتح القدير: «... وبما ذكرنا من تقدير أكثره - أي التعزير - بتسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من أنه ليس في التعزير شيء مقدر، بل هو مفوض إلى رأي الإمام: أي من أنواعه، فإنه يكون بالضرب وغيره...»^(٣).

٤٠٣ - لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير: طبقت الشريعة هذه القاعدة في التعازير، وقد تقدم بيان بعض ذلك، لكن الشريعة لم تطبق هذه القاعدة بنفس الطريقة التي طبقتها على جرائم الحدود والقصاص والدية، ولم تتقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق قاعدة النص على الجريمة والعقاب على جرائم التعازير إلى حد ما^(٤). مع ملاحظة ما يأتي:

-
- (١) البحر الرائق مع كنز الدقائق ٤٤/٥ - ٤٥.
 - (٢) ممن توسع في الرد على هذه الظنون: التشريع الجنائي لعودة ١/١٤٢-١٤٣-١٤٨-١٤٩.
 - ١٥٢، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٣٢٨، ٥٣٣٨، الجريمة ٢٢٨، وسيأتي في الفقرات التالية تمام بيان بعض هذه المعاني.
 - (٣) فتح القدير لابن الهمام ٣٤٩/٥.
 - (٤) التشريع الجنائي لعودة ١/١٢٦، في أساسيات التشريع الجنائي لبركة ٢٣-٢٤، الجريمة ١٤٠ وما بعدها.

٤٠٣ / ١ - أولاً: جاء هذا التوسع على حساب العقوبة؛ لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة من جرائم التعازير عقوبة معينة محددة، ليس للقاضي إلا أن يتقيد بها؛ بل للقاضي أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم عقوبة ملائمة من مجموعة من العقوبات المشروعة لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وله أن يخفف العقوبة أو يغلظها؛ لأن من المجرمين وظروفهم ما يجعل عقوبة ما تنفع وتصلح مجزماً ولا تصلح غيره، وتحديد الشرع وفرضه لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة محددة وتقييد القاضي بذلك قد يوقع القاضي والرعية في حرج شديد، وقد لا تؤدي وظيفتها المرجوة منها^(١).

٤٠٣ / ٢ - ثانياً: كان التوسع في تطبيق هذه القاعدة على حساب الجريمة أيضاً، فلم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ولم تحددتها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان؛ كما هو الشأن في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية؛ وإنما نصت على الجرائم الضارة بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام، وتركت لأولي الأمر أن يمنعوا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بمصالح الجماعة والنظام العام، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها، ويعاقبوا على مخالفتها، مع ملاحظة أن القسم الذي تركته الشريعة لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه وحددته، واشترطت عليهم أن يكون ذلك متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة ومقاصدها ومراميها^(٢).

(١) التشريع الجنائي لعودة ١٢٦/١ - ١٢٧ - ٦٨٥، وذكر صفحة ١٤٥/١ نماذج من النصوص التي ذكرت عقوبات تعزيرية.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ٨٠/١، ١٢٧، ١٢٨، وانظر ١/١٣٠، ١٣٨، ويمكن أن يقال فيها ما قيل في الحكمة من مشروعية السلطة التقديرية، راجع فقرة (٣/٤/٧٨) ومن أن الشريعة شرعت التعزيرات لمكافحة كل أنواع وفنون الجرائم التي يمكن أن يتفطن بها المجرمون على مدى الزمان، وانظر: الجريمة ص ٩١.

٤٠٣ / ٣ - ثالثاً: لا خطر من منح الشريعة القاضي هذا السلطان الواسع في جرائم التعزير؛ لأنها ليست في الغالب جرائم خطيرة، ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده، أما الجرائم الخطيرة وهي الحدود والقصاص فقد بينت الشريعة عقوباتها وقدرتها، ولم تترك للقاضي من سلطة إلا تطبيق العقوبة المقررة كلما ثبتت الجريمة على الجاني^(١).

٤٠٣ / ٤ - رابعاً: تجب الإشارة إلى أن ثمة فرقاً بين ما نصت الشريعة على تحريمه من أعمال وما يحرمه أولو الأمر؛ فما نصت الشريعة على تحريمه فإنه يكون محرماً دائماً ولا تصح إباحته، أما ما حرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح في وقت آخر إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة^(٢).

٤٠٤ - القياس في التعازير: تقدم بيان حكم القياس في الحدود^(٣)، وفي القصاص والدية^(٤)، ومدى تطبيق قاعدة التجريم والعقاب في التعازير، فهل يجوز القياس في التعازير؟

ينبغي معرفة ما يأتي:

٤٠٤ / ١ - أولاً: جرائم الحدود لا يقاس عليها^(٥)، أما عقوبات غير الحدود فيصح أن تكون الحدود ميزاناً ضابطاً للعقوبات التي تكون في جريمة تشابهها؛ بمعنى أن العقوبة لا تزيد على عقوبة الحد أو تساويها لأن ذلك يكون حداً في غير جريمة حد، ولكن بعقوبة من جنس عقوبة الحد، فالغصب يعاقب عليه ولكن بعقوبة لا تكون كعقوبة السرقة ولكن لا تماثلها تماماً من كل الوجوه.

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/٦٨٦.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١/٨١.

(٣) راجع فقرة (٣٨٥).

(٤) راجع فقرة (٣٩٥).

(٥) هذا هو رأي الحنفية وما ينبغي أن نفهم عليه قول المجيزين، راجع فقرة (٣٨٥).

وليس هذا في الواقع من القياس في شيء، وإن كان منه فليس فيه قياس جريمة على جريمة، ولا عقوبة على عقوبة وإعطاء المقيس حكم المقيس عليه؛ ولكنه استرشاد من غير اجترأ على فرض حد من حدود الله في غير موضع هذا الحد^(١).

٤٠٤/٢ - ثانياً: عدّ من حكم الله تعالى من مشروعية بعض العقوبات مقدرة وبعضها غير مقدر أن يشير إلى المنهج الذي يتبع بشكل عام في علم العقاب، وهو الاسترشاد بالمقدر لمعرفة عقوبة غير المقدر، والبيان قد يكون صريحاً، وقد يكون بالإشارة إلى المعنى، فيمكن الحمل عليه والقياس^(٢).

٤٠٤/٣ - ثالثاً: قد يكون التعزير مفوضاً إلى القاضي المجتهد، أو إلى جماعة من القضاة المجتهدين، وهؤلاء عليهم القياس ما أمكنهم الاجتهاد أن يقيسوا، وتقدمت عدة آثار عن الصحابة رضي الله عنهم يأمرهم فيها القضاة بالقياس في مجاله المسموح، ومن ذلك رسالة القضاء لسيدنا عمر رضي الله عنه وفيها [قس الأشباه والأمثال]^(٣) فإذا فوّض ولي الأمر القاضي بالقياس من غير أن يحدد له العقوبات، فيقيس الجرائم بعضها على بعض، وقيس العقوبات بعضها على بعض، وهو بذلك لا يجرم فعلاً لم يرد الشرع بتجريمه، وإنما يضع العقاب المناسب على فعل اعتبره الشرع معصية وفوضه باستنباط العقاب المناسب، فهو

(١) الجريمة ٢١٧-٢١٨، وقد ذكر ابن فرحون في تبصرته ٣٠٠/٢ أن بعض أصحاب الشافعية قال: «تعزير كل ذنب مستنبط من حده لا يتجاوز به حده» ونسبه بمعناه في الأحكام السلطانية لأبي عبد الله الزبيري من أصحاب الشافعية ص ٣٥٨، ومعناه في الفتاوى الهندية ١٦٧/٢-١٦٨، والمبسوط للسرخسي ٧١/٩، ومعناه مروى عن أبي يوسف أيضاً (المرجع الأخير).

(٢) الجريمة ٩٠-٩١.

(٣) سبق في الفقرة (٣/٧٨) ذكر رسالة القضاء وآثار أخرى، فلترجع.

لا يخترع معصية لم يرد بأصلها الشرع، ولكنه يلحق عقوبة جريمة بجريمة أخرى في عقوبتها مسترشداً بهدي الشرع وما يراه مناسباً لزمانه ومكانه^(١).

٤٠٥- درء عقوبة التعزير بالشبهات: الأصل في هذه القاعدة أنها موضوعة لجرائم الحدود، لكن ليس ما يمنع من تطبيقها على جرائم التعازير أيضاً، فالقاعدة موضوعة لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وللقاضي تطبيق هذه القاعدة على جرائم التعازير ما عدا حالات استبدال الحد بعقوبة تعزيرية، لأن جرائم الحدود محددة العقوبة، وعقوباتها شديدة رادعة، وليس للقاضي أن يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا في حالة درء الحدود للشبهة^(٢)، فإن سقط الحد لشبهة وكان التعزير لم يسقط التعزير بالشبهة.

٤٠٦- الفروق بين التعازير والحدود: يوافق التعزير الحدود من وجه أنه تأديب استصلاح وزجر بحسب اختلاف الذنب^(٣)، ويخالفه من وجوه عدة:

٤٠٦/١- الأول: الحدود مقدره ولا عبرة فيها لشخصية المجرم وظروف الجريمة، والتعزير مفوض لرأي الإمام يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه الجنائية والجنائية واختلاف الزمان والمكان^(٤).

٤٠٦/٢- الثاني: الحد لا يجب على الصبي، والتعزير شرع عليه^(٥).

(١) الجريمة لأبي زهرة ٢١٨.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١/٢١٦، ٢١٧، وذكر ابن عابدين في حاشيته ٤/٦١ أن من الفروق بين التعزير والحد أن الحد يدرأ بالشبهات، والتعزير يجب معها، اهـ، ولعل المراد من درء التعزير بالشبهة هو عدم إيقاع عقوبة التعزير لعدم التحقق من ثبوت التهمة، وانطباق العقوبة على نفس التهمة.

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ٣٥٧.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤/٦١، الفروق للقرافي ٤/١٧٧-١٨٢-١٨٣، الفرق (٢٤٦)، الأحكام السلطانية للماوردي ٣٥٧.

(٥) حاشية ابن عابدين ٤/٦٠-٦١، الفروق للقرافي ٤/١٨١، الفرق (٢٤٦).

- ٤٠٦/٣- الثالث: الحد يدرأ بالشبهات، والتعزير يجب معها^(١)، كترك الحد والانتقال للتعزير لشبهة في الحد، والشبهة هنا درأت الحد ولم تدرأ التعزير.
- ٤٠٦/٤- الرابع: الحد يطلق على الذمي، والتعزير يسمى عقوبة له؛ لأن التعزير شرع للتطهير^(٢).
- ٤٠٦/٥- الخامس: والحد مختص بالإمام لا يقيمه غيره، والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحداً يباشر المعصية^(٣).
- ٤٠٦/٦- السادس: الرجوع يعمل في الحد، لا في التعزير. كالرجوع في الإقرار^(٤).
- ٤٠٦/٧- السابع: يجبس المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود في الحد، لا في التعزير^(٥).
- ٤٠٦/٨- الثامن: لا تجوز الشفاعة والعفو في الحدود بخلاف التعزير، إلا إذا تعلق بحق آدمي^(٦).
- ٤٠٦/٩- التاسع: لا يجوز للإمام ترك الحدود، بخلاف التعزير^(٧).
- ٤٠٦/١٠- العاشر: لا يسقط الحد بالتقادم أو التوبة إلا في الحراة، بخلاف التعازير^(٨).

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٦٠-٦١.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٦٠-٦١، والتطهير يكون للمؤمن.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٦٠-٦١.

(٤) المرجع السابق.

(٥) ابن عابدين ٤/٦١.

(٦) ابن عابدين ٤/٦١، الأحكام السلطانية للماوردي ٣٥٩، تبصرة الحكام ٢/٢٩٨.

(٧) الفروق للقرافي ٤/١٧٩، الفرق (٢٤٦).

(٨) حاشية ابن عابدين ٤/٦١، الفروق للقرافي ٤/١٨١، الفرق (٢٤٦).

١١/٤٠٦ - الحادي عشر: التلف الحادث بسبب التعزير يوجب الضمان، بخلاف ما يحدث بسبب الحدود^(١).

والأصل في العقاب اختلافه باختلاف الجنايات، وهو متبع في التعزير، وخوِّلفَ في الحدود دون التعازير، فسوّى الشرع بين سرقة دينار وألف دينار^(٢).

١٢/٤٠٦ - الثاني عشر: التعزير تأديب يتبع المفسد وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصور، كصدور الفعل من غير مكلف، أما الحدود المقدرة فلم توجد في الشرع إلا في معصية، عملاً بالاستقراء^(٣).

٤٠٧ - أقل التعازير: تبين أن سلطة القاضي في التعازير ليست مطلقة تماماً، وإنما هي منضبطة ببعض الضوابط، فهل يتقيد القاضي في اختياره لعقوبة الجلد أو غيره بمحد أدنى ليس له أن يعاقب بأدنى منه؟

أدرس مثال التعزير بالجلد لبيان أن سلطة القاضي في التعزير ليست مطلقة تماماً من غير قيود. والفقهاء على مذهبين في أقل التعزير:

١/٤٠٧ - المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التعزير بالجلد يقع ولو بجلدة، فلا يشترط قدر محدد لا يجوز أن ينقص عنه، وهذا ما عليه الجمهور ومشايخ الحنفية^(٤).

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ٣٦٠، غمز عيون البصائر ١٠٦/٢، تبصرة الحكام ٢/٢٩٦.

(٢) الفروق للقرافي ٤/١٧٩ - ١٨٠، الفرق (٢٤٦).

(٣) الفروق للقرافي ٤/١٨٠، الفرق (٢٤٦)، وأضاف القرافي ٤/١٨٣ فرقاً أخيراً، وهو: أن التعزير يتنوع لحق الله تعالى الصرف كالجناية على الصحابة أو الكتاب العزيز، وإلى حق العبد الصرف كشتم زيد، والحدود كلها حق لله تعالى إلا القذف على خلاف فيه.

(٤) المبسوط ٧١/٩، تبين الحقائق مع الكنز ٣/٢١٠، الفتاوى الهندية ٢/١٦٧، مغني المحتاج ٥/٥٢٥، المنشور في القواعد للزرکشي ٣/١٩٣ - ١٩٤. - كشاف القناع ٦/١٢٤، السياسة الشرعية لابن تيمية ١٠١ وفيه توسع مفيد، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٢٨٢، ٥٣٣٧.

٤٠٧/٢ - المذهب الثاني: وذهب الحنفية في قول إلى أن أقله ثلاث جلدات؛ لأن ما دونها لا يقع به الزجر^(١).

لكن مشايخ الحنفية ردوا هذا القول: بأن التعزير بالجلد يختلف باختلاف الأشخاص، فمن الناس من يزجره سوط واحد، فلا داعي للزيادة^(٢)، ويقدم قول المشايخ عند الحنفية، لأنهم غالباً ما يرجحون دليل الإمام أبي حنيفة على دليل من خالفه، فلا يعدل عن قوله إلا إن صرح أحد المشايخ بغير ذلك^(٣).

قال القرافي: «اتفقوا على عدم تحديد أقله»^(٤) وجاء في المغني: «وإذا ثبت تقدير أكثره، فليس أقله مقدراً؛ لأنه لو تقدر لكان حداً، ولأن النبي ﷺ قدر أكثره ولم يقدر أقله، فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص»^(٥).

٤٠٨ - أكثر التعزير: أدرس كذلك مثال التعزير بالجلد لبيان حدود سلطة القاضي فيه، ويجب التنبيه ابتداءً إلى أمرين كان لهما أثر كبير في اختلاف الفقهاء في تقديرهم لأكثر التعزير بالضرب:

٤٠٨/١/١ - الأول: اختلف العلماء في مقدار أدنى الحدود وهو حد شرب الخمر، هل هو ثمانون أم أربعون بالنسبة للحر، ويترتب عليه اختلافهم في مقدار أدنى الحدود بالنسبة للعبد أيضاً، لأنه على النصف من حد الحر، وهل هو أربعون أم عشرون.

(١) تبين الحقائق مع الكنز ٣/٢١٠، حاشية ابن عابدين ٤/٦٠ ونسبوا ذلك للقُدوري في مختصره.

(٢) تبين الحقائق مع الكنز ٣/٢١٠، حاشية ابن عابدين ٤/٦٠.

(٣) يُراعى ما ذكرته سابقاً فقرة (١/٩٩).

(٤) الفروق للقرافي ٤/١٧٧، الفرق ٢٤٦.

(٥) المغني لابن قدامة ٩/١٤٨، م (٧٣٧٤) وانظر بحث: زيادة الجلد في التعزير على المقدر في جرائم الحدود لمحمد المنيعي، بحث مقدم لمجلة البحوث الإسلامية، عدد ٥٧، صفحة ٣٤٦.

٤٠٨ / ١ / ٢ - الثاني: هل المعتبر هو حد العبد ويلحق به الحر، ويكون أدنى الحدود المشروعة المقدرة أربعون أو عشرون، أم المعتبر في ذلك هو حد الحر والعبد ملحق به، ويكون أدنى الحدود المقدرة ثمانون أو أربعون، مع اتفاق الجميع عدا المالكية على عدم الزيادة في تعزير العبد على أربعين لأن حده على النصف من حد الحر، وأدنى حدود الحر ثمانون عند الجمهور، وعند البعض لا يزداد عليه على عشرين لأن أدنى حدود الحر أربعون.

٤٠٨ / ٢ - وأقوال الفقهاء في أكثر التعزير على النحو الآتي:

٤٠٨ / ٢ / ١ - القول الأول: لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود، وهو أربعون، بل ينقص عنه ولو سوط واحد، للحر والعبد، وهو ظاهر المذهب عند الحنفية وعليه متون المذهب، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد، وأبي يوسف في قول، وبعض الحنابلة^(١)، لأنه أدنى حدود العبد، والحر ملحق به لدخوله تحت المنع من الزيادة على الحد، وهو ظاهر مذهب الشافعية وبعض الحنابلة، إلا أنهم قالوا: العبد لا يزداد على تسعة عشر سوطاً لأنه حده^(٢)، وذهب بعض الحنابلة، والشافعية في قول: إلى أنه لا يبلغ بالعبد ولا بالحر أدنى حدود العبد، وهو عشرون^(٣).

٤٠٨ / ٢ / ٢ - القول الثاني: لا يبلغ بالتعزير ثمانين لأنه أدنى حدود الأحرار، بل ينقص عنه، فقليل: ينقص عنه بسوط واحد فلا يتجاوز التعزير تسعة وسبعين سوطاً، وهو قول لبعض الحنابلة، وقول ثان لأبي يوسف من

(١) مشكل الآثار للطحاوي ٣/٢٣٤، المبسوط ٩/٧١، ابن عابدين ٤/٦٠، السياسة الشرعية ١٠٢، الفروع ٦/١٠٧.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ٣٥٨، مغني المحتاج ٥/٥٢٥، المنشور للزرکشي ٣/١٩٤، السياسة الشرعية ١٠٢.

(٣) الفروع لابن مفلح ٦/١٠٧، السياسة الشرعية ١٠٢، مغني المحتاج ٥/٥٢٥، المنشور في القواعد ٣/١٩٤.

الحنفية^(١)، وقيل: بل يُنقص عنه بخمسة أسواط، فلا يزداد على خمسة وسبعين سوطاً، وهو قول ثالث لأبي يوسف من الحنفية، وقول لابن أبي ليلى، وهو قول لبعض الشافعية، ورواية عن الإمام مالك^(٢).

٤٠٨ / ٢ / ٣ - القول الثالث: لا يزداد في التعزير على عشرة أسواط، وهو المذهب عند الحنابلة، وهو اختيار بعض الشافعية^(٣).

٤٠٨ / ٢ / ٤ - القول الرابع: يقرب كل جنس إلى جنسه، فيقرب اللمس والقبلة من الزنى، ونحو ذلك، ولا يبلغ بكل ذنب حد جنسه وإن زاد على حد جنس آخر، وهو قول رابع لأبي يوسف، وقول عند الحنابلة^(٤).

٤٠٨ / ٢ / ٥ - القول الخامس: يعتبر عظم الجرم وصغره، لأن العقوبة تختلف باختلاف الجرم، فيقرب الجرم الكبير من أكثر الحد، وهو مائة، ويقرب الصغير من الأقل، وهو ثمانون سوطاً. وهو قول خامس لأبي يوسف^(٥).

-
- (١) السياسة الشرعية ١٠٢، الفروع ١٠٧/٦، مشكل الآثار ٢٣٤/٣، حاشية ابن عابدين ٦٠/٤.
- (٢) مشكل الآثار ٢٣٤/٣، المبسوط ٧١/٩، حاشية ابن عابدين ٦٠/٤، وذكر أن بعض الحنفية اعتبر هذا القول أصح أقوال الإمام أبي يوسف، والأحكام السلطانية للماوردي ٣٥٨ حيث نسب هذا القول لأبي عبد الله الزبيري لكنه اعتمد على حد القذف وهو ثمانون لا على أن حد الخمر ثمانين، تبصرة الحكام ١٨٣/٢.
- (٣) الفروع ١٠٧/٦، مطالب أولي النهى ٢٢٣/٦، وهذا فيما لم يكن سببه وطناً وإلا فيبلغ به مائة، وقيل: بل ينقص سوط منها، والعبد خمسون إلا سوطاً، السياسة الشرعية ١٠٢، واختاره الأذرعى والبلقيني وقال: إنه على أصل الشافعي في اتباع الخبر (معني المحتاج ٥/٥٢٥)، وقال به الليث بن سعد، وتركه مرة، وقال: تغلظ الأسواط العشرة وتخفف حسب غلظ الجرم (مشكل الآثار ٢٣٤/٣)، وقال بعض الحنابلة: بل لا يزداد على تسع جلدات (الفروع ١٠٧/٦).
- (٤) الفروع ١٠٧/٦، القواعد لابن رجب ٣١١، السياسة الشرعية ١٠٢، حاشية ابن عابدين ٦٠/٤، المبسوط ٧١/٩، وقال عنه ابن القيم في الطرق الحكيمة ٩٤: إنه أحسن الأقوال.
- (٥) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٢١٠/٣، حاشية ابن عابدين ٦٠/٤.

٤٠٨/٢/٦- القول السادس: التعزير لا حد لأكثره، بل يُقدر نظراً
للجناية والجاني والجني عليه، ولو زاد على الحد، وهذا مشهور مذهب المالكية،
وهو قول سادس لأبي يوسف^(١).

٤٠٨/٣- اقتراح: وفي ختام الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي يقترح
بعض العلماء^(٢) أن يسن ولي الأمر قانوناً تعزيراً لحماية الأموال والأخلاق
والنظام، ويذكر فيه الجرائم التي فيها اعتداء على الجماعة أو النظام العام، ويرتب
العقوبات على حسب مقدار الاعتداء على المصالح المعتبرة في الإسلام، وذلك
لأن الهمم قد تقاصرت عن الاجتهاد، وتعذر وجود مجتهد مطلق أو حتى مجتهد
في المذهب إلا نادراً، ويمكن الأخذ بمبدأ الاجتهاد الجماعي المنضبط؛ إن تيسر.

والأصل أن التعزير مفوض لولي الأمر (رئيس الدولة) إذا كان مجتهداً،
وتصدى للقضاء، فإذا ناب عنه قضاة متخصصون كان له أن يقيدهم بأنظمة
وقوانين في أعمالهم، وله أن يكلف أهل الحل والعقد بإنشاء مثل هذا القانون
(للتعازير)، ولا مانع شرعاً من تقنين العقوبات التعزيرية بجانب الحدود
والقصاص على النحو المعروف الآن.

(١) مشكل الآثار ٣/٢٣٤، الفروق للقرافي ٤/١٧٧ وما بعدها، الفرق (٢٤٦)، تبصرة الحكام
٢/٢٩٤، ٢/٢٩٥، وعند المالكية أقوال أخرى منها: أنه لا يزداد على الثمانين، وقيل: على
الثلاثمائة (تبصرة الحكام ٢/٢٩٥) وقيل: بل لا يزداد على المائتين (تبصرة الحكام ٢/١٨٣).
وللتوسع في أدلة كل قول والاعتراضات عليه انظر: تهذيب الفروق لمفتي ٤/٢٠٥، تبصرة
الحكام ٢/٢٩٥، السياسة الشرعية ١٠٤، الفروع ٦/١٠٧، ١٠٨، الأحكام السلطانية
للماوردي ٣٥٨، مغني المحتاج ٥/٥٢٥، مشكل الآثار للطحاوي ٣/٢٣١ وما بعدها،
حاشية ابن عابدين ٤/٦٠، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٢٨٢، ٥٣٣٦، ٥٣٣٧،
٥٦٠٠، ٥٦٠١، التشريع الجنائي لعودة ١/٦٩٠ وما بعدها. وتنوع هذه الأقوال وتعددتها
يدلان على قيام كثير منها على الاجتهاد.

(٢) مثلاً: الأستاذ عبدالقادر عودة ١/١٣٣، والأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي
وأدلته ٥٣٢٨.

ويعد التعزير قاعدة مرنة صالحة للتطبيق في كل عصر ومكان بحسب ما يناسبه وبما يحقق المصلحة أو المقصود من العقوبة، ويمكن وضع حدين أعلى وأدنى للعقوبة يختار القاضي بينهما ما يراه أقرب للمصلحة، وله الحكم مع وقف التنفيذ، وغير ذلك من الصور والتنظيمات التي تعتبر سمة من سمات التطور والتقدم مع ملاحظة عدم إلغاء سلطة القاضي في التعازير، بل تكون هذه التقنيات مرشداً ودليلاً له في عمله، كإفادته من الاطلاع على قضاء السابقين من القضاة، وكاطلاعه على كتب الشريعة الإسلامية بمختلف علومها، ففيها بيان واضح لكل أنواع المعاصي والمخالفات والكبائر والصغائر وعقوباتها الدنيوية والأخروية، والاطلاع عليها يغنينا عن استيراد النظريات والأفكار المتعددة من المجتمعات غير المسلمة وما يتبع ذلك من آثار في حياة المسلمين.

وإن اطلاع الناس على مثل هذا القانون مفيد لمعرفة أنواعاً من المعاصي لم يكونوا يعلمون بها، ويعلمون عقوباتها المقررة لها مما يدفعهم للامتناع عن اقتراف موجبات التعزير، ويكون هذا القانون بمثابة الإعلان عن هذه الأفعال المحرمة والمعاقب عليها فلا يعذر بعده من يقارف شيئاً من هذه الذنوب مدعياً أنه لا جريمة إلا بنص ولا عقوبة إلا بنص.

وإن المسلم ليتلهف أن يهيئ الله قضاء بلغوا رتبة الاجتهاد ليقودوا المجتمع نحو الشريعة والدين القويم^(١).

(١) يُنظر لما سبق: الفقه الإسلامي وأدلته ٥٢٨١، ٥٢٨٢، ٥٣٢٨، ٥٣٣٧، التشريع الجنائي لعودة ١/١٣٣، ١٣٤، في أساسيات التشريع الجنائي لبركة ١٧، العقوبة لأبي زهرة ٦٩-٧٠، وقال: «ولقد هم عمر بن عبد العزيز أن يفعل ذلك ويأخذ قانونه الذي يسنه من فتاوى أهل المدينة من الصحابة والتابعين، فينشر تلك الفتاوى على أنها قانون متبع لا يخرج عنه قاض من القضاة ولكنه مات قبل أن يتم ما هم به، وقد حاول هذه المحاولة من بعده أبو جعفر المنصور ثاني ملوك بني العباس، فقد حاول أن يتخذ من فتاوى الصحابة والتابعين =

المبحث الثالث السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الأحوال الشخصية

تقدم في الفصول السابقة البحث في بعض المسائل المتعلقة بالسلطة التقديرية فيها، من حيث الدعوى، ومن حيث الإثبات، وغير ذلك، وأذكر هنا بعض المسائل التي يبرز فيها النشاط التقديري للقاضي مما يعتمد الحكم فيها على السلطة التقديرية للقاضي.

٤٠٩ - المسألة الأولى: الولاية في التزويج: (سلطة إنشاء عقد الزواج):

مما يستفاده القاضي من ولايته لمنصب القضاء ولاية تزويج من لا ولي لها، وكذلك تزويج من لها ولي إذا عضل أو غاب^(١)، وولاية القاضي لعقد النكاح بمنزلة ولاية الولي الأبعد. ومن المسائل المترتبة على ذلك:

= قانوناً، وطلب إلى إمام دار الهجرة مالك أن يجمع السنن لتكون قانوناً، فجمعها إمام السنة، ونهاه هو ومن جاء بعده من الحكام عن أن تُتخذ قانوناً، لأن أهل كل إقليم قد سبقت إليهم سنن عن الصحابة والتابعين، وألفوا السير على منهاجها والخضوع لأحكامها». اهـ. قلت: كان ذلك لعدم استقرار المذاهب حينها وانتشار العلوم وتدوين السنن بالشكل الموسع، أما وقد تم ذلك فلا مانع من هذا مع مراعاة هذا القانون لما هو متغير بتغير المكان والزمان لأنه يضمن له استمرار التطبيق وهو دليل على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان. والله تعالى أعلم. وانظر: الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، لناصر الخليفة، ٢٧٩ وما بعدها.

(١) أسنى المطالب ٤/٢٨٩.

٤٠٩ / ١ - غيبة الأب القريبة: إذا غاب الأب غيبة قريبة، نحو العشرة أيام، فلا تزوج ابنته في مغيبه، وإن زُوجت فسخ العقد؛ ولو كان السلطان هو الذي زوجها، وقيده بعضهم بأن لا يتبين ضرر الأب، فإن تبين زُوجت^(١)، لأن الولي الأبعد لا يتقدم على الولي الأقرب.

٤٠٩ / ٢ - غيبة الأب البعيدة: إذا غاب الأب غيبة طويلة وكانت المسافة بعيدة كالشهرين ونحوهما، فيزوجها القاضي إذا دعت البنت إلى ذلك، وكانت نفقته غير جارية على ابنته أو خيف عليها، أما إذا كانت نفقة الأب جارية عليها، ولم يُخف عليها، ولم يستوطن الأب في البلد الذي سافر إليه فلا يزوجه القاضي، ولا يزوجه كذلك إذا خرج الأب لنحو تجارة لا لإقامة حتى يؤسس من رجعته.

٤٠٩ / ٣ - غيبة الانقطاع: من غاب عن ابنته غيبة انقطاع بمعنى أنه لا يرتجى قدومه بسرعة غالباً؛ كمن خرج إلى المغازي إلى بلاد بعيدة فأقام بها فرفعت أمرها إلى القاضي؛ نظر القاضي في حالها وزوجها، وينظر في حالها بمثل ما ينظر فيمن غاب عنها وليها غيبة طويلة^(٢)، لأن السلطان ونائبه ولي من لا ولي له، والغائب كالمعدوم إذا كان لا يرجى قدومه أو كانت غيبته بعيدة.

٤٠٩ / ٤ - عضل الأب: أما إذا كان الأب قد عضل ابنته: فإن القاضي يأمره أن يزوجه، فإن رفض زوج عليه^(٣).

٤٠٩ / ٥ - المرأة التي لا ولي لها: إذا لم يكن للمرأة ولي، وتقدمت للحاكم وادعت أنها لا ولي لها، وأنها ثيب مالكة لأمر نفسها، وأنها خالية من زوج وفي

(١) مواهب الجليل للحطاب ٣/ ٤٣٥ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل ٣/ ٤٢٨، ٤٣٥ وما بعدها.

(٣) مواهب الجليل ٣/ ٤٣٥ وما بعدها، وعضل أيمّة: منعها من التزويج (مختار الصحاح ع ض ل).

غير عدة منه؛ كلفها الحاكم إثبات ذلك، وقيل: يكلفها إثبات أنها حرة، فإذا ثبت ما تقدم وحضرت مع الخاطب عند القاضي واتفقا على النكاح والصداق، وأقرت عند القاضي بالرضا والتفويض؛ عقد نكاحها، أو قدّم من يباشر عقده^(١).

٦/٤٠٩- إذن المرأة: عند بعض المالكية: لا يزوج غير الأب من الأولياء إلا بإذن، ومن لا إذن لها؛ كالمجنونة، والسفينة؛ لا يزوجها إلا من له ولاية الإيجاب، والحاكم^(٢).

٧/٤٠٩- تقدم الولي الأبعد على الولي الأقرب: إذا عقد النكاح الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب فالنكاح صحيح إذا لم يكن الولي القريب هو الولي المجر (الوصي والأب)، ولو كان الولي الأبعد هو الحاكم. وإذا لم يكن للمرأة ولي فزوجها القاضي من نفسه أو ابنه برضاها جاز ذلك، لأن القاضي ولي من لا ولي له، أما إن كان لها ولي ففعل القاضي ما سبق وأصاب وجه النكاح، ولم يكن جور؛ فليس لوليها أن يفسخ ذلك^(٣).

وإذا كان للبننت وصي ومشرف، فالولاية في النكاح للوصي، والمشاور ليس بولي، وليس له من ولاية العقد شيء؛ وإنما له المشاورة، فإن أنكح الولي دون إذنه فالعقد صحيح، إلا أنه موقوف على إجازته، فإن مات المشرف وقف عقد النكاح على نظر القاضي^(٤).

(١) مواهب الجليل ٤٢٩/٣، وذكر صفحة ٤٣٠/٣ صوراً ومسائل أخرى لتزويج القاضي للبكر اليتيمة البلدية، وللثيب البلدية، وللأب غير المعروف الذي يحضر للحاكم ليزوج ابنته، وللرأة القادمة من بلد بعيد بحيث لا يمكن أن تكلف البينة، وغير ذلك.

(٢) مواهب الجليل ٤٢٧/٣.

(٣) مواهب الجليل ٤٣٢/٣، وراجع فقرة (١/٤٠٩).

(٤) مواهب الجليل ٤٣٢/٣.

٤٠٩/٨ - تزويج اليتيمة: إذا زُوجت اليتيمة لا لخوف الفساد عليها، أو لم تبلغ عشر سنين، أو لم يشاور القاضي؛ فإن عقد النكاح يفسخ، سواء أكان الزوج قد بنى بها أم لا ما لم يطل الزمن بعد الدخول، وهو المشهور على قول، وقيل: المشهور أن يفسخ أبداً^(١).

٤٠٩/٩ - اجتماع أولياء متساوون: مما يدخل فيه تقدير القاضي أن المرأة إذا كان لها أولياء متساوون في الزواج بأن قدّم كل واحد منهم خاطباً كفوّاً ولم تعين واحداً منهم، وفوضت للأولياء قدم القاضي أحدهم بنظره وتقديره، ولو تنازع الأولياء فيمن يعقد؛ فأقوال: أولها: أن القاضي ينظر ويعين أحدهم، وقيل: تعين المرأة أحدهم، وقيل: يُختار أفضلهم، فإن استوا فأسنهم، فإن استوا وليه كلهم إن تشاحوا وتنازعوا، وليس للمرأة أن تفوض لأحدهم دون سائرهم، لأنه حق الولي^(٢).

٤٠٩/١٠ - تزوج ذمي من مسلمة: إذا تزوج ذمي مسلمةً فرق القاضي بينهما، وعزرها؛ لأنه معصية، وعزّر المزوج لهما. ولو أسلم الذمي لم يترك على النكاح لأنه وقع فاسداً^(٣).

٤١٠ - المسألة الثانية: تقدير نفقة الزوجة والأولاد والأقارب.

٤١٠/١ - نفقة الزوجة من الخبز والأدم: يقدر القاضي نفقة الزوجة من الخبز والأدم بحسب اجتهاده أو اجتهاد نائبه عند الاختلاف وعدم التراضي بين الزوجين، ولا تقدير للنفقة من جهة الشرع، فينظر القاضي في جنس الطعام ويقدر منه ما يحتاج إليه المد، فيفرضه للإعسار، ويضاعفه لليسار، ويوسطه

(١) مواهب الجليل ٣/٤٢٨ - ٤٢٩.

(٢) مواهب الجليل ٣/٤٣٩ - ٤٤٠.

(٣) أدب القضاء للسروجي ٢٣٥.

بينهما للتوسط، ويراعي حال الزوجين في ذلك، فيفرض لها ما يناسب مثلها عرفاً إذا كانت تحت أمثاله.

والنفقة المطلقة في الشرع تُرد إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم، في حق الموسر والمعسر والمتوسط، وبحسب اختلاف الأسعار، وبحسب اختلاف الزمان والمكان^(١).

وإذا كانت النفقة تقدر بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له في قدرها؛ فإن الكفاية لا تختلف باليسار والإعسار، وإنما اعتبرهما الشرع في الجنس لا القدر^(٢).

١٠/٢- فرض لها نفقة إعسار ثم أيسر زوجها: إذا قضى القاضي للزوجة بنفقة الإعسار ثم أيسر زوجها فخاصمته تم لها القاضي نفقة الموسر، لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار^(٣).

١٠/٣- اختبار حال الزوج من اليسار وغيره: إذا طالبت المرأة النفقة من زوجها إلى القاضي، وكان القاضي لا يعلم إعساره لم يجبسه في أول مرة، ويأمره بالنفقة ويهدده بالحبس إن لم يفعل، فإن عادت المرأة وأدعت مرتين أو ثلاث حبسه القاضي، كما في الديون غير النفقة، ويجبسه شهرين أو ثلاثة أو

(١) المغني لابن قدامة ١٥٨/٨، م (٦٤٥٨)، شرح منتهى الإرادات ٢٢٨/٣، أسنى المطالب ٤٢٧/٣، وقال: وما ذكره الشافعي رضي الله عنه من مكيلة زيت أو سمن أي أوقية فتقريب كما قال الأصحاب... وما ذكره الشافعي من مقادير اللحم وغيره محمول عند الأكثرين على ما كان في أيامه بمصر من قلة اللحم. اهـ. فهذه الأمور اجتهادية تتغير بتغير الزمان والمكان، مغني المحتاج ١٥٦/٥، حاشية الجمل مع المنهج ٤/٤٩٠، أدب القضاء للحموي ٥٨٥-٥٨٦، وانظر للتوسع: المبسوط ١٨٢/٥ وما بعدها، شرح حدود ابن عرفة ٢٢٩.

(٢) كشف القناع ٥/٤٦٠، المبسوط ٥/١٨٢، الكنز بهامش البحر الرائق ٤/١٩٠.

(٣) العناية مع الهداية ٤/٣٩٢ - ٣٩٣.

أربعة، والصحيح: أنه ليس فيه تقدير ووقت محدد، بل مدة حبسه مفوضة لرأي القاضي، فيحبسه مدة يقدر فيها أنه لو كان عنده مال لضجر وأدى الدين الذي عليه ليخلي سبيله^(١).

٤١٠/٤ - نفقة الناشز إذا أطاعت وكان زوجها غائباً: إذا نشزت المرأة، ثم غاب عنها زوجها فوق مسافة القصر، ثم عادت إلى طاعته فلا تعود طاعتها بعودها هذا، بل لا بد من رفع أمرها إلى القاضي ليقضي بطاعتها، ثم يرسل يخبر الزوج بذلك، فإذا رجع هو أو وكيله وتسلمها عادت النفقة، وإن علم ولم يرجع هو ولا وكيله عادت كذلك إذا مضى زمن إمكان عوده، فإن جهل موضعه كتب الحاكم إلى حاكم البلاد التي تردها القوافل من تلك البلاد في العادة ليطلب وينادي باسمه، أي يستعمل وسائل الإعلان والأعلام والبحث الممكنة، فإن لم يظهر فرض القاضي نفقتها في ماله الحاضر وأخذ منها كفيلاً بما يصرف إليها لاحتمال موته أو طلاقها، وكذلك إن كان بمحل لا يمكن وصول الخبر إليه من الحاكم لخوف طريق ونحوه، فإن لم يكن له مال حاضر، فإن شاء القاضي اقترض عليه، أو أذن لها في القرض، أو فرض نفقتها عليه ليوفيهها إذا حضر^(٢).

٤١٠/٥ - تقدير نفقة الأقارب: يقدر الحاكم كذلك نفقة الأقارب، كالطفل ونحوه بالمعروف، حسبما يؤديه إليه اجتهاده، وكذلك ما لو كان للطفل مال^(٣)، أي فيقدر من ماله مقدار نفقته الكافية له.

(١) الفتاوى الهندية ١/٥٥١، ٥٥٢.

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٤/٢١٠، وانظر: المنهج مع حاشية الجمل ٤/٤٩٩، ٥٠٠، أدب القضاء للحموي ٦٨١.

(٣) أدب القضاء للحموي ٥٨٥-٥٨٦.

٦/٤١٠ - فرض النفقة على الولد لوالده: إذا وجبت النفقة على الولد للوالد والولد ممتنع فرض الحاكم عليه النفقة وما لا بد منه، على قدر كفاية الوالد، وحسبما أداه إليه اجتهاده^(١).

٤١١ - المسألة الثالثة: تقدير كسوة الزوجة والأولاد والأقارب.

١/٤١١ - تقدير الكسوة: الكسوة لا بد منها على الدوام، كالنفقة، وهي معتبرة بكفايتها، وليست مقدرة بالشرع أو محددة، كما هو الشأن في النفقة، ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم، فيفرض لها على قدر كفايتها وعلى قدر يسرها وعسرهما وما جرت عادة أمثالهما به من الكسوة، فيجتهد الحاكم في ذلك عند رفع الأمر إليه^(٢).

٢/٤١١ - دور العرف في تقدير الكسوة: يقدر الحاكم كذلك كسوة الأقارب، كالطفل ونحوه بالمعروف، حسبما يؤديه إليه اجتهاده، كما في النفقة^(٣).

٣/٤١١ - فرض الكسوة على الولد الممتنع: إذا وجبت الكسوة على الولد للوالد والولد ممتنع؛ فرض القاضي عليه الكسوة حسبما يؤديه إليه اجتهاده^(٤).

٤/٤١١ - اعتبار الكفاية في تقدير الكسوة: تقدير القاضي للكسوة مما يختلف باختلاف الأماكن والعادات، فيجب على القاضي اعتبار الكفاية في كل وقت ومكان^(٥).

(١) أدب القضاء للحموي ٥٨٩.

(٢) المغني ١٥٨/٨، م (٦٤٥٨)، ١٥٩/٨، م (٦٤٦١)، وانظر: المبسوط للسرخسي ١٨٣/٥ وما بعدها، حيث ذكر فرقاً بين كسوة الزوجة وكسوة الأقارب.

(٣) أدب القضاء للحموي ٥٨٥ - ٥٨٦.

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم ٥٨٩.

(٥) حاشية ابن عابدين ٥٨٠/٣.

٤١١/٥ - تراضى الزوجان على الكسوة ثم رجعا: إذا تراضى الزوجان أن يقرر لهما القاضي دراهم عن الكسوة مثلاً؛ جاز، فإذا حكم بشيء لزم ما دام رضاهما بذلك، حتى إذا مضى زمن استقر ما أوجبه بمقتضى التقرير، فيلزم دفعه، فإذا رجع الزوجان أو أحدهما عن التقرير ارتفع حكمه من حين الرجوع لا قبله^(١).

٤١٢ - المسألة الرابعة: تقدير مهر المثل:

٤١٢/١ - تعريف مهر المثل: مهر المثل: هو ما يرغب به مثل الزوج في الزوجة باعتباره أمور عدة^(٢)، ومنهم من فصل فقال: هو القدر الذي يرضى بدفعه مثل الزوج في تزوجه مثلها^(٣)، وهذا بالنسبة للحررة. أما الأمة: فمهر المثل على قدر الرغبة فيها، وقيل: ثلث قيمتها^(٤).

٤١٢/٢ - ما يعتبر في تقدير مهر المثل: يعتبر في النظر لتقدير مهر المثل من يماثل المرأة من أقارب أبيها أو أبيها وأمها كالأخت الشقيقة، لأن الإنسان من جنس قوم أبيه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه^(٥).

والأمور التي ينبغي مراعاتها عند تقدير مهر المثل: الدين، الجمال، والسن، والمال، والبكارة، والثيوبية، والعفة، والشرف، وأن لا يكون لها ولد، والعقل، والعلم، والأدب وحسن الخلق، والنسب، والبلد، والزمن، لأن المهور تختلف

(١) نهاية المحتاج ٢٠٣/٧.

(٢) تحفة المحتاج ٣٩٧/٧، مختصر خليل بهامش منح الجليل ٤٦٧/٣.

(٣) منح الجليل ٤٦٧/٣.

(٤) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٨٦/٣.

(٥) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٨٥/٣، منح الجليل ٤٦٧/٣ وما بعدها، وانظر رأي

الحنابلة في الهامش التالي.

باختلاف وجود هذه الأمور أو بعضها^(١).

وقال الشافعية: إنما لم يعتبر الجمال وكذا المال في الكفاءة لأن مدارها على دفع العار، ومدار المهر على الرغبات^(٢)، وقد تقدم أن مهر المثل هو ما يرغب مثل الزوج في الزوجة، فالمدار على الرغبات المطلوبة في الزوجة، فوجود صفة أو أكثر أو أمر مُرغَّب في المرأة، مما يزيد في المهر، ونقصانها ينقص من المهر، وجميع ما سبق هو في المسلمة الحرة.

وقال المالكية: يعتبر في غير المسلمة المال والجمال، لا الحسب والتدين، حيث كان أصولها كفاراً، وكذا الأمة المسلمة^(٣).

ويعتبر حال الزوج أيضاً، بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نساها في المال والحسب والعلم والعفة ونحوها^(٤).

جاء في المبسوط: «وفي الحاصل: مهر المثل قيمة البضع، وقيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته»^(٥).

(١) عبارات الفقهاء في ذلك متقاربة في المعنى وإن تعددت واختلفت في الألفاظ، ولعل سبب اختلاف تعبيراتهم اختلاف زمانهم واصطلاحات كل مذهب.

والصفات السابقة معظمها مذكور عند أكثر من مذهب، وبعضها موجود في مذهب دون مذهب، لكنها جميعاً تدور حول ما يرغب فيه الزوج في الزوجة. والله تعالى أعلم.

انظر منح الجليل ٤٦٧/٣ وما بعدها، تحفة المحتاج ٣٩٧/٧، مغني المحتاج ٣٨٥/٤، المبسوط للسرخسي ٦٤/٥، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٨٥/٣ - ١٨٦، واعتبار من يساوي المرأة من عشيرتها هو أحد الروايتين عند الحنابلة، والثانية: أنه يعتبر جميع أقاربها كأهلها وخالتها، وهذا هو المذهب، وعليه جمهور الأصحاب واختيار الأكثر، الإنصاف ٣٠٣/٨، ٣٠٤، كشف القناع ١٥٩/٥، شرح منتهى الإرادات ٢٨/٣.

(٢) مغني المحتاج ٣٨٥/٤.

(٣) منح الجليل ٤٦٧/٣ وما بعدها.

(٤) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٨٥/٥ - ١٨٦، مغني المحتاج ٣٨٥/٤.

(٥) المبسوط للسرخسي ٦٤/٥.

فتقدير وجود صفات من الصفات السابقة من عدمه، أو الزيادة في مرتبة صفة من الصفات السابقة أو النقصان فيها منوط بالقاضي حسب رأيه، مما يكون له أثر في تقدير مهر المثل، فيقدره القاضي باجتهاده صعوداً وهبوطاً^(١)، فاعتبار مهر المرأة بمهر عشيرتها في بلدة أخرى غير بلدتها غير معتبر؛ لأن المهور تختلف باختلاف البلدان عادة، وكذلك الزمن، وغير ذلك^(٢).

١٢/٣ - فرضُ القاضي لمهر المثل: ذهب بعض الحنفية إلى أن القضاء بمهر المثل لا ينحصر في النظر إلى من يماثل المرأة من النساء، بل لو فرض لها القاضي شيئاً من غير ذلك صح^(٣).

٤١٣ - المسألة الخامسة: تقدير المتعة للمفوضة^(٤):

- (١) مغني المحتاج ٣٨٦/٤.
 - (٢) مغني المحتاج ٣٨٦/٤، المبسوط ٦٤/٥.
 - (٣) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ١٨٧/٣، وقال: كما في المحيط، لكن ابن نجيم علق في البحر ١٨٧/٣ بأن صاحب النهر قال: وأنت قد علمت بأن ما في المحيط لا يمكن إجراؤه على ظاهره فلم يتم الاستشهاد به، اهـ.
 - (٤) المتاع في اللغة: كل ما يتنفع به، كالطعام واللبز وأثاث البيت (المصباح المنير م ت ع)، والمتعة: هو ما يتمتع به من الحوائج، وأن يتزوج امرأة يتمتع بها زمناً ثم يتركها، وأن يضم لحجة عمرة. (حاشية الجمل ٢٦٤/٤) وظاهر أن المراد المعنى الأول، فهو لا يخرج عن المعنى اللغوي، قال ابن العربي في أحكام القرآن ١/٢٩١ المتاع هو كل ما يتنفع به، فمن كان لها مهر فمتاعها مهرها، ومن لم يكن لها مهر فمتاعها ما تقدم.
- والمفوضة: من التفويض، وهو نوعان: تفويض بضع وهو الذي ينصرف إليه عند الإطلاق، وتفويض مهر، وتفويض المهر: أن تفوض المرأة غيرها أن يزوجه بما شاء من المهر أو للزوج ليفرض لها ما يشاء، والثاني: أن تفوض المرأة أمر بضعها إلى وليها أو زوجها، وهو تفويض البضع.
- انظر: المنهج بهامش حاشية الجمل ٢٤٧/٤، المغني ٧/١٨٣، م (٥٥٩٩). وعند الحنفية: المفوضة بالكسر هي التي لم يسم لها مهر وفوضت نفسها لوليها للزوج، ويفتح الواو: أي فوضها وليها للزوج، وهي التي زوجت بلا مهر مسمى. اهـ. كمال (تبيين الحقائق مع الكنز ١٤٤/٢).

٤١٣/١ - تقدير القاضي للمتعة: تقدير المتعة إلى القاضي في أي نوع، والمطلوب إذا كان فيه أحد غرضين على الإبهام؛ لا يمكن تخصيص أحدهما بالطلب، والمتعة لما كانت إلى تقدير القاضي لم يكن للزوجة طلبها إلا مبهمة^(١).

٤١٣/٢ - المقدار المستحب للمتعة: المستحب أن لا تنقص المتعة عن ثلاثين درهماً أو ما يساويها^(٢)، وأن لا تبلغ نصف مهر المثل إذا كان أكثر من ثلاثين، فإن تنازع الزوجان في مقدار المتعة قدرها القاضي باجتهاده، وإن زاد على مهر المثل، على الأوجه^(٣). فتقدير مهر المثل، وكذلك المتعة: للقاضي، عند التنازع بين الزوجين.

٤١٣/٣ - المزوجة من غير تسمية مهر: إذا تزوجت المرأة من غير تسمية مهر، فإن فرض لها الزوج بعد العقد مهرأ فرضيت به، أو رافعته إلى القاضي ففرض لها مهرأ؛ فالأمر سواء، ولها ذلك إن دخل بها الزوج أو مات عنها. وفرض المهر بعد العقد يقدر بمهر المثل، ومهر المثل لا ينتصف بالطلاق قبل الدخول^(٤).

٤١٤ - المسألة السادسة: تقدير حياة المفقود^(٥):

إن تقدير حياة المفقود مهمة للحكم بموته من عدمه، لأن انقطاع حياة الإنسان تترتب عليها أحكام متعددة، منها اعتداد الزوجة، وحلها للأزواج، وانتهاء وجوب إنفاق الزوج عليها، وتنفيذ وصية الزوج، وغير ذلك.

(١) المنشور في القواعد للزركشي ٣/١٨٢.

(٢) والدرهم يساوي (٩٧٥، غ) (الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ص ٣٤٤١ هامش ٢).

(٣) المنهاج بهامش تحفة المحتاج ٧/٤١٦ - ٤١٧.

(٤) المبسوط ٥/٦٤ - ٦٥.

(٥) المفقود: هو الغائب الذي جهلت حياته وموته، وقيل: وجهل مكانه معتبر لمعرفة حياته.

(حاشية ابن عابدين ٤/٢٩٢).

وقد تعددت أقوال الفقهاء في كل مذهب، مع التقاء معظمها على قيام التقدير على الاجتهاد والبحث.

٤١٤/١ - أولاً: الحنفية: يحكم بموته بموت أقرانه في بلده، على المذهب، وقيل: بموت جميع أقرانه في جميع البلاد، وقيل: بل ببلوغه من يوم ولادته ستين، وقيل: سبعين، وقيل: ثمانين، وقيل: تسعين، وقيل: مائة، وقيل: مائة وعشرين سنة، ولكل قول مناصرون ومرجحون.

وسبب اختلافهم هو: تفسيرهم لموت الأقران؛ فمنهم من اعتبر أطول ما يعيش إليه الأقران غالباً، ومنهم من اعتبر أن غالب أعمار المسلمين بسبعين لحديث: «أعمار أمي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجوز ذلك»^(١)، والاختلاف لم يكن إلا بسبب اختلاف الرأي في الغالب هذا في الطول، أو مطلقاً. والأرفق بالناس وعليه الفتوى: القول بتسعين سنة.

وقال بعض الحنفية: يفوض ذلك إلى رأي القاضي، وهو رواية عن الإمام، وهذا القول غير خارج عن ظاهر الرواية، بل هو أقرب إليه من القول بتقدير سن محدد، لأن القاضي عليه أن ينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه، ولا يقول بالتقدير بسنوات معينة؛ لأنه لم يرد به الشرع، بل ينظر القاضي في الأقران، والزمان، والمكان، ويجتهد ويحكم القرائن الظاهرة الدالة على موته.

(١) الترمذي في كتاب الدعوات عن رسول الله ﷺ، باب في دعاء النبي ﷺ، رقم ٣٥٥٠، وقال في فتح الباري كتاب الرقاق، باب من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر ٢٨٨/١١ - ٢٨٩، قال عنه الترمذي: سنه حسن. وأخرجه ابن ماجه في كتاب الزهد باب الأمل والأجل رقم ٤٢٣٦، والبيهقي في السنن الكبرى ٣/٣٧٠ كتاب الجنائز، باب من بلغ ستين فقد أعذر الله إليه في العمر، والحاكم في كتاب التفسير ٢/٤٢٧ وقال: على شرط مسلم ولم يخرجاه، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٠/٢٠٦ كتاب العقوبة باب في أعمار هذه الأمة: رواه أبو يعلى وفيه شيخ هشيم لم يسم ببقية رجاله رجال الصحيح.

وظاهر أنه لا بد من مضي مدة طويلة حتى يغلب على الظن موته، لا بمجرد فقدته بملاقاة عدو أو سفره في البحر ونحوه^(١).

٢/٤١٤ - ثانياً: المالكية: المفقود على ثلاثة أوجه^(٢):

١/٢/٤١٤ - الأول: المفقود الذي لا يدري موضعه: هذا يكشف الإمام عن أمره، ثم يحدد له أجلاً أربع سنوات، فيسأل الإمام أهله عن وجه مغيبه وجهة سفره، وعن وقت انقطاع خبره، ثم يسأل ويبحث عن خبره. وفي رواية عن الإمام مالك: يكتب إلى ذلك الموضع في الكشف عن أمره، فإن لم يقف له على خبر استأنف لزوجته تحديد أجل أربع سنين، فإن لم يعلم عنه شيئاً اعتدت زوجته لوفاته وحلت للأزواج بعد انقضاء العدة إذا لم يحضر زوجها أو يعلم خبر عن حياته.

٢/٢/٤١٤ - الثاني: المفقود في صف المسلمين في قتال العدو، هذا النوع لا تتزوج زوجته أبداً وتوقف هي وماله حتى يأتي عليه من العمر مالا يحيا إلى مثله. قال الإمام مالك: من فقد بين الصفيين في أرض العدو وأرض الإسلام تربصت امرأته سنة من يوم نظر السلطان في أمره، ثم تعتد.

وعلى القول بالتعمير: ففي رواية عن الإمام مالك: سبعين سنة، وقيل عنه: مائتي سنة، وقيل: من السبعين إلى المائة.

وقال المالكية: إذا قلنا بتعمير السبعين فإن ذلك لمن فارق قبل السبعين، أما إذا غاب وهو ابن سبعين فيعمر ثمانين، وإذا كان ابن ثمانين فيعمر تسعين، وهكذا، ويعمل في كل سن بقدر ما يرى بالاجتهاد.

(١) حاشية ابن عابدين ٢٩٦/٤ - ٢٩٧.

(٢) وهذه الأوجه مروية عن ابن القاسم.

٤١٤ / ٢ / ٣ - الثالث: المفقود في قتال المسلمين فيما بينهم: هذا لا يحدد له القاضي من الأيام أجلاً، بل يتلوم لزوجته بقدر انصراف من انصرف وانهزم، ثم تعتد زوجته، إلا إن كان البلد بعيداً عن بلده؛ فتتظر سنة ونحوها. وقيل: العدة داخلة في السنة^(١). ولعل تقدير السنة ونحوها هو تقدير للمسافة بين بلده وبلد القتال.

٤١٤ / ٣ - ثالثاً: الشافعية: من أسير أو فُقدَ وانقطع خبره ترك ماله حتى تقوم بينة بموته، أو بمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، والمدة غير مقدرة بحد على المعتمد، بل يجتهد القاضي بها ويحكم بموته ثم يقسم تركته وقت الحكم بموته، لا قبله^(٢).

أما زوجة المفقود فيوقف أمرها حتى يتيقن موته أو طلاقه، وفي القديم: تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتنكح غيره إذا أرادت، وتحسب المدة من وقت انقطاع الخبر، لكنها تفتقر إلى تحديد القاضي لها في الأصح، فلا يحسب ما مضى قبله، وإذا حددها بعد ظهور الحال عنده فمضت فلا بد من الحكم بوفاته وحصول الفرقة في الأصح^(٣).

٤١٤ / ٤ - رابعاً: الحنابلة: المفقود: من لا تُعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، وله حالان:

٤١٤ / ٤ / ١ - الأول: من انقطع خبره ولو كان عبداً، لغيبة ظاهرها السلامة، كأسر وسياحة وتجارة؛ فينتظر لقسمة ميراثه تمة تسعين سنة منذ ولادته، لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، وهذا هو المذهب، وقيل: يُنتظر

(١) المنتقى شرح الموطأ، للباجي ٩٠/٤ إلى ٩٣.

(٢) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٣/١٥٠.

(٣) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤/٥٢.

به حتى يتيقن موته، أو تمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، وذلك مردود لاجتهاد الحاكم، فإن فقد ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره.

٤١٤/٤/٢- الثاني: من انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد في أرض يكثر فيها الهلاك، أو بين الصّفين حال الحرب، أو كالذي غرقت سفينته وغرق قوم ونجا قوم؛ فينتظر به تمام أربع سنوات منذ فقد ثم يقسم ماله؛ لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يُغلب ظن الهلاك، إذ لو كان باقياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية، ولاتفاق الصحابة رضي الله عنهم على اعتداد امرأته بعد تربصها هذه المدة وحلها للأزواج بعد ذلك^(١).

٤١٤/٥- يلاحظ مما سبق بيانه من أقوال الفقهاء في تقدير حياة المفقود اتفاقهم على اعتماد ذلك على اجتهاد الحاكم وتقديره وبجته حسب القرائن الدالة على حياة المفقود أو موته، كما يلاحظ أن أكثرهم متفق من حيث النتيجة على بعض الضوابط المعتمدة عند تقدير حياة المفقود، من النظر إلى غالب أعمار أمثاله، أو تقدير المدة التي لا يعيش لمثلها مثله، وغير ذلك، لكنهم اختلفوا في تحديد العمر الغالب الذي يحيا الإنسان لمثله، ولذلك كان المرجع الأخير في ذلك إلى القاضي حسب اجتهاده، بعد استهدائه بالضوابط التي ذكرها الفقهاء، وثبتني الحالة التي ثبتت بأربع سنوات باتفاق الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن الاجتهاد لا يقوى على معارضة الإجماع، ولا يساغ مع وجوده. والله تعالى أعلم.

٤١٥- المسألة السابعة: الوصية:

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٦٣، م (٤٩٧٣)، كشاف القناع ٤/٥٦٤-٥٦٥، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٤٢.

كما يستفيد القاضي بولايته لمنصب القضاء النظر في الوصايا إن لم يكن لها ولي^(١)، وكذلك ينظر فيما يتعلق بالوصايا من مسائل، وإن كان للوصية ولي. ومما يترتب على ذلك:

١/٤١٥ - أولاً: إذا أوصى شخص لآخر ثم فقد الوصي، فلا يحكم باستحقاق الموصى له بالوصية حتى يظهر حال الموصي، فيوقف أمر الموصى له حتى يتبين أمر الموصي^(٢)، كما سبق بيان ذلك.

٢/٤١٥ - ثانياً: إذا كان للميت وصيان وادعى شخص قبل هذا الميت بدعوى، سواء قدر على أحد الوصيين لمخاصمته أم لا، فيسمع القاضي دعوى المدعي على الميت ويقبل بينته ويثبت حقه، ويقضي له على الميت، فإذا جاء الوصي الغائب بعد قضائه على الوصي الحاضر، وكانت للغائب حجة على الميت جهلها الوصي الذي خصم؛ فإن القاضي ينظر في ذلك؛ فإن رأى ما يدفع به حجة هذا المستحق دفعها ورد الحق إلى ورثة الميت، وإن لم ير ذلك أنفذه^(٣).

٣/٤١٥ - ثالثاً: إذا ظهر من الوصي خيانة عزله القاضي، ونصب غيره؛ لأن الأمانة في الوصية أصل^(٤).

٤/٤١٥ - رابعاً: إذا أوصى شخص لقوم؛ كإيتام بني فلان، أو مرضاهم، أو أراملهم؛ فإن كانوا يُخصَّون؛ دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم، ذكورهم وإناثهم؛ لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم، والوصية تمليك، وإن كانوا لا يُخصَّون؛ فالوصية في الفقراء منهم؛ لأن المقصود من الوصية القرية، وهي من سد الخلة ورد الجوع.

(١) أسنى المطالب ٤/٢٨٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٢٩٦ - ٢٩٧.

(٣) المدونة ٤/٣٣٨ - ٣٣٩.

(٤) أدب القضاء للسروجي ٤٩٩.

واختلفوا في المقدار الذي يعتبر فيه القوم مما يمكن إحصاؤه، فعند أبي يوسف: أن لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب وحساب، فإن احتيج فإنهم لا يحصون، وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة فإنهم لا يحصون، وهو الأيسر، وقال بعضهم: هو مفوض إلى رأي القاضي^(١).

٥/٤١٥ - خامساً: إذا أوصى شخص بوصية ثم جن، فإن كان جنونه مطبقاً فإجازة الوصية وإبطالها عائد لرأي القاضي، وإن مست الحاجة إلى تعيين مدة للجنون المطبق في التصرفات فيقدر بسنة^(٢).

٤١٦ - المسألة الثامنة: الحضانة:

١/٤١٦ - أولاً: المعتبر في الحكم على كون الصبي مميزاً حتى يُخَيَّرَ فيمن يرغب أن تكون حضانته عنده؛ كونُ الصبي عالماً بأسباب الاختيار، وذلك موكول إلى نظر الحاكم^(٣)، فيختبره ويقدر ذلك برأيه.

٢/٤١٦ - ثانياً: إذا أرادت حاضنة الولد الانتقال به، ولا عصابة له في البلد الذي سيتقل إليه؛ فإن كانت الحاضنة أمّاً أو جدة، ولا مال للولد، ولا من تلزمه نفقته من الأقارب؛ فالسماح لها بالانتقال به من عدمه راجع لنظر القاضي.

وإذا كانت غيرها من نساء القرابة ونقلته إلى بلد له فيه عصابة، أو لا عصابة له، ولا مال؛ فأصح الوجهين: أن النظر للوصي ثم للقاضي في تمكينها أو نزعها وتسليمه إلى من يليها من المقيمات، والوجه الثاني: لها نقله وتربيته^(٤).

(١) العناية مع الهداية ١٠/٤٧٩ - ٤٨٠، درر الحكام لحيدر ٢/٣١٩ وما بعدها، م (٧٩٩)، البدائع ٧/٣٤٣.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/١٠٩، وقال: كذا في خزنة المفتين.

(٣) أسنى المطالب ٣/٤٥٠.

(٤) أسنى المطالب ٣/٤٥١.

٤١٧ - المسألة التاسعة: التلوم لاحتمال ظهور وارث:

إذا شهد الشهود بأن فلاناً هو وارث لفلان فعليهم أن يقولوا: ولا وارث له غير هذا، أو غير فلان وفلان، أو لا نعلم له وارثاً غيرهم، فإن شهدوا بأنه وارث لفلان ولم يزيدوا ما سبق؛ فإن القاضي ينتظر مدة لاحتمال ظهور وارث آخر، ثم بعد انتظاره يسلم المال للمدعي.

واختلف الحنفية في مقدار المدة التي ينتظرها القاضي تلوماً: فقيل: شهر، وقيل: سنة، وقيل: هي مفوضة لرأي القاضي^(١).

(١) درر الحكام لحيدر ٤/٣٨١ - ٣٨٢، م (١٦٩٣)، حاشية ابن عابدين ٥/٤٥٥ - ٤٥٦.

المبحث الرابع السلطة التقديرية في اختيار طريقة تنفيذ القصاص في النفس

٤١٨- يعد هذا المبحث من متمات مباحث جرائم القصاص، وأحببت أن أفرده بمبحث مستقل لاحق لمحاولة تناوله بشيء من التوسع لمسألة نوقشت كثيراً، وهي آلة استيفاء القصاص، وإمكان الاختيار فيها أو استبدالها مع تطور الآلات وتقدم العلم.

وأقدم بين يدي البحث أقوال المذاهب في كيفية استيفاء القصاص في النفس.

٤١٩/١- الأول: الحنفية: اتفق الفقهاء على أن الجاني إذا قتل المجني عليه بالسيف فالقصاص بالسيف لا بغيره. وفصل الحنفية مذهبهم على النحو الآتي:
٤١٩/١/١- أولاً: متى وجب القصاص فإنه لا يستوفى إلا بالسيف، لأنه أقرب إلى المساواة، ولا يقتصر من القاتل بما قتل به؛ لأن المماثلة ليست بشرط^(١).

٤١٩/١/٢- ثانياً: الإحراق بالنار فيه القصاص أيضاً، لكن يقاد من القاتل بالسيف، لا بالنار^(٢).

(١) تبين الحقائق ٩٩/٦.

(٢) المبسوط ١٢٢/٢٦، ١٢٥، ١٢٦، البدائع ٢٤٥/٧ وما بعدها، كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ١٠٦/٦ وما بعدها.

٤١٩/١/٣- ثالثاً: إذا فعل ولي القتل مثل ما فعل القاتل فإنه يعزر، ولا ضمان عليه، ويصير مستوفياً لحقه؛ بأي طريق فعل ذلك، ويكون آثماً، لأن القتل حقه لكنه يآثم لاستيفائه بغير طريقه المشروع لمجاوزته حد الشرع^(١).

٤١٩/١/٤- رابعاً: إذا قطع الجاني عضواً من المجني عليه، كاليد، ثم تركه ليموت بالسراية فيقتص منه بالسيف؛ لأن فعل مثل ذلك يكون مثلة، وهي منهي عنها^(٢).

٤١٩/٢- الثاني: المالكية: فصل المالكية مذهبهم على النحو الآتي:

٤١٩/٢/١- أولاً: المشهور في مذهب المالكية: أن من قتل حراً بآلة فإنه يقتل بمثلها، سواء شدخه بججر أو ضربه بعصا أو غير ذلك، فكل ما يعتبر قتلاً عمداً من ضربة أو وكزة أو لكمة أو غير ذلك فإنه يقتص من الجاني بمثل فعله^(٣). ولكن لا يشترط في القصاص بما سبق المماثلة في الصفة، كما عند الحنفية^(٤).

٤١٩/٢/٢- ثانياً: قيد المالكية ما سبق فيما إذا ثبت القتل بينة أو اعتراف، أما إن ثبت بقسامة فالقصاص بالسيف^(٥).

٤١٩/٢/٣- ثالثاً: ما سبق هو أصل المذهب، واستثنيت صور جرى فيها الخلاف:

(١) بدائع الصنائع ٧/٢٤٦.

(٢) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٦/١٠٦.

(٣) المتقى للباي ٧/١١٨-١١٩، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٢٦٥، وذكر كذلك ما لو منعت الأم ولدها الرضاع فاصدة موته فمات، فيقاد منها. (المرجع السابق ٤/٢٤٢، ٢٤٣).

(٤) الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٢٦٥.

(٥) الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٢٦٥.

٤١٩ / ٢ / ٣ / ١ - الصورة الأولى: الإحراق بالنار: قيل: يقتص بمثله، وقيل: بل هو مستثنى للنهي عن التعذيب بالنار، فيقاد بالسيف^(١).

٤١٩ / ٢ / ٣ / ٢ - الصورة الثانية: من قتل غيره بالرمي بالحجارة فإنه يقتل بمثله، وقيل: لا يقتل بذلك^(٢).

٤١٩ / ٢ / ٣ / ٣ - الصورة الثالثة: قيد أشهب الرواية عن الإمام مالك بالعود بالعصا لمن قتل بها؛ بأن كان ضربه ضربة واحدة يجهز عليه فيها، أما إن كانت ضربات؛ فقال أشهب: يُنظر: فإن خيف أن لا يموت من مثل ما ضرب قُتل بالسيف، فإن فُعل بالجاني مثل ما فُعل كالضرب مرتين بالعصا فلم يموت ورأى أنه إن زاد عليه مثل الضربة والضربتين (أي العدد اليسير) فإن الجاني يموت؛ فيزيد عليه حتى يموت، وقال ابن القاسم وغيره: يزداد عليه حتى يموت ضرباً بالعصا، لكنه يؤمر بالاجتهاد في قتله، ولا يترك له التطويل لتعذيبه، وهو رواية عن الإمام مالك وعن ابن نافع، وهذه الرواية تخالف قول أشهب^(٣).

٤١٩ / ٢ / ٣ / ٤ - الصورة الرابعة: في القتل بالسم تأويلان، وعلى القول بقتل القاتل بنفس السم فيجتهد في القدر الذي يموت به من السم^(٤).

٤١٩ / ٢ / ٤ - رابعاً: إذا كان الجاني قطع يد المقتول مثلاً ثم قتله فلا يفعل به ذلك (قطع اليد) قبل القتل، إلا إذا كان القاتل فعل ذلك بالمجني للتعذيب أو العبث، لأن القتل يأتي على ذلك كله، والقصاص بدل النفس، فدخلت الأعضاء فيه تبعاً للنفس، كالدية^(٥).

(١) المنتقى للبايجي ١١٩/٩، وعن منعه ابن الماجشون (الدرر الكبير ٤/٢٦٥).

(٢) المنتقى شرح الموطأ للبايجي ١١٩/٧، وذهب لذلك ابن الماجشون.

(٣) المنتقى للبايجي ١١٩/٧.

(٤) حاشية الدرر الكبير ٤/٢٦٥، ٢٦٦.

(٥) المنتقى ١١٩/٧، ١٢٠، مواهب الجليل ٦/٢٥٦.

٤١٩/٢/٥ - خامساً: وأوجب المالكية القصاص بالسيف دون غيره في الأمور الآتية: (إذا قتله بمعصية).

٤١٩/٢/٥/١ - الأول: إذا أكرهه على الإكثار من شرب الخمر حتى مات، وثبت ذلك بالبينة.

٤١٩/٢/٥/٢ - الثاني: إذا لاط به وثبت ذلك بإقراره، أما لو ثبت فعله فعل قوم لوط بأربعة شهود؛ فيرجم.

٤١٩/٢/٥/٣ - الثالث: إذا قتله بسحر وثبت ذلك ببينة أو إقرار، فيقتص منه بالسيف، ولا يؤمر ذلك الساحر أن يفعل السحر لنفسه بحيث يموت به، لأن الأمر بالمعصية معصية. وقال بعض المالكية: إذا أقر بسحره أمر أن يفعل بنفسه ما فعله بالمقتول بسحر، فإن مات وإلا فالسيف.

٤١٩/٢/٥/٤ - الرابع: إذا قتله بما يطول، كمنعه الطعام أو الماء حتى مات، فيتعين السيف أيضاً^(١).

٤١٩/٢/٦ - سادساً: إذا فُعل بالجاني مثل ما فعل كالخنق، أو الضرب بالحجر؛ فيضرب في محل خطر بحيث يموت بسرعة؛ لا أنه يُرمى بالحجر حتى يموت.

٤١٩/٢/٧ - سابعاً: ذهب المالكية إلى أن المستحق للقصاص يُمكن أن يستوفي حقه بالسيف مطلقاً، سواء رضي الجاني به أم بغيره، وسواء قتل به أم بأخف منه.

وقال ابن عبد السلام: إذا قتله بأخف من السيف فلا يُمكن من السيف، بل يفعل بالجاني مثل ما فعل^(٢).

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٢٦٥.

(٢) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٢٦٥-٢٦٦.

٤١٩/٣ - الثالث: الشافعية: تفصيل مذهبهم على النحو الآتي:

٤١٩/٣/١ - أولاً: ذهب الشافعية إلى ما ذهب إليه المالكية في المشهور من مذهبهم، وهو أن الجاني يقتل بمثل ما قتل به من آلة^(١).

٤١٩/٣/٢ - ثانياً: واختلف الشافعية في بعض الحالات، وأكثرها فيما إذا قتله بفعل محرم، وهذه الحالات هي:

٤١٩/٣/٢/١ - الأولى: إذا أوجره خراً أو بولاً أو ماءً متنجساً فمات فيقتص منه بالسيف على الأصح، لأنه عمل حرام فلا يُفعل به مثله، ولأنه لا ينضبط.

٤١٩/٣/٢/٢ - الثانية: إذا قتله بسحر فلقصاص بالسيف دون غيره.

٤١٩/٣/٢/٣ - الثالثة: إذا قتله بفعل قوم لوط، وكان مثله يقتل غالباً؛ فعلى الأصح يقتص منه بالسيف، وعلى القول الثاني: يُدس في دبره خشبة قريبة من آتته ويقتل بها^(٢).

٤١٩/٣/٢/٤ - الرابعة: إذا أنهشه أفعى فمات، اقتص منه بالسيف، لأن المماثلة غير مضبوطة وكذلك إذا حبسه مع سَبْعٍ في مَضِيْقٍ فقتله، وقيل: الأرجح نهشه بنفس الأفعى، فإن فقدت فبمثلها^(٣).

٤١٩/٣/٣ - ثالثاً: وإذا فُعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه فلم يمت، كان الحكم ما يأتي:

(١) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤/١٢٤، تحفة المحتاج مع المنهاج ٨/٤٤٠، ٤٤١.

(٢) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤/١٢٤، تحفة المحتاج مع المنهاج ٨/٤٤٠ وما بعدها، وذكر صفحة (٤٤١/٨) توجيهاً بأن من قتل غيره بالتفريق بالخمر قد يتوجه أن يُفعل به مثله، لا بشرب الخمر، ويفارق غمسه بالخمر شربها أو اللواط بأن إتلاف النفس مستحق، والتنجيس جائز للحاجة كالتوصل إلى استيفاء الحق، كما هو الحال هنا. اهـ.

(٣) فتاوى الرملي ج ٤/٦، تحفة المحتاج ٨/٤٤٠.

٤١٩/٣/٣-١ - الحالة الأولى: إذا قتل المجني عليه بتجويعه: فيجوع مثله، فإن لم يمّت زَيْدٌ في تجويعه حتى يموت، وقيل: يقتل بالسيف ولا يزداد في تجويعه، وقيل: يُفعل به الأهون من الزيادة ومن السيف^(١).

٤١٩/٣/٣-٢ - الحالة الثانية: وإذا أماته بجائفة أو كسر عضو: فللولي حَزٌّ رقبته، وفي قول: له أن يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه، فإن لم يمّت الجاني بالجائفة: لم تزد الجوائف في الأظهر، بل تحز رقبته بالسيف، والثاني: تزد الجوائف حتى يموت، واستظهره بعض الشافعية^(٢).

٤١٩/٣/٤-٤ - رابعاً: يلاحظ أن الشافعية في اشتراطهم للقصاص بالمثل يقررون ما يأتي:

٤١٩/٣/٤-١ - يتعين السيف فيما لا مثل له، كما لو جامع صغيرة في قبلها فقتلها^(٣).

٤١٩/٣/٤-٢ - إذا عُلِمَ عدم تأثير المثل في الجاني لقوته؛ فالقصاص بالسيف^(٤).

(١) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤/١٢٤، تحفة المحتاج مع المنهاج ٨/٤٤٠ وما بعدها.

(٢) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤/١٢٤-١٢٥، تحفة المحتاج مع المنهاج ٨/٤٤٠ وما بعدها. والجائفة: الطعنة التي تبلغ الجوف، والتي تنفذ أيضاً (مختار الصحاح ج و ف) والجائفة شرعاً لا تخرج عن المعنى اللغوي، فهي التي تصل إلى الجوف (بدائع الصنائع ٧/٢٩٦) وعند المالكية: ما دخلت الجوف ولو مدخل إبرة (الخرشي علي خليل ٨/٣٤)، وذكر الشافعية قيداً آخر فقالوا: الجائفة: جرح ينفذ لجوف باطن محيل للغذاء أو الدواء أو طريق للمحيل (المنهج بهامشة حاشية الجمل ٥/٦٤) وعند الحنابلة: هي جرح واصل إلى باطن الجوف (مطالب أولي النهي ٦/٦٣-٦٤).

(٣) المنهاج مع تحفة المحتاج ٨/٤٤٠.

(٤) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤/١٢٤، تحفة المحتاج مع المنهاج ٨/٤٤١.

٤١٩/٣/٤-٣ لولي المجني عليه الاقتصاص من الجاني بمثل فعله مقداراً
أو محلاً وكيفية إن كان قصده إزهاق نفس الجاني إذا لم يمت بمثل فعله، أما إذا
كان قصده أن يعفو عنه إذا لم يمت من مثل ما فعله بالمجني عليه، فلا يقتص
بالمثل^(١). ومتى منع القصاص بالمثل فالقصاص بالسيف.

٤١٩/٣/٥- خامساً: وذهب الشافعية كالمالكية إلى أن ولي القتل يُمكن
من استيفاء القصاص بالسيف، ولو لم يرضَ الجاني، لأنه أسهل^(٢)، فالانتقال من
غير السيف إلى السيف جائز ومرغوب فيه.

٤١٩/٤- الرابع: الخنابلة: تفصيل مذهب الخنابلة كما يأتي:

٤١٩/٤/١- أولاً: روي عن الإمام أحمد روايتان في كيفية استيفاء القصاص.

٤١٩/٤/١- الرواية الأولى: لا يكون القصاص إلا بالسيف، لا
بسكين أو غيره، كما عند الحنفية، وهو المذهب عندهم، واختيار الأكثرين،
وشهره بعضهم، لأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل وإتلاف
الجملة، وقد أمكن هذا بضرب العنق^(٣).

٤١٩/٤/٢- والثانية: يقتل القاتل بمثل ما قتل، فيمكن الولي من
ذلك، قال الإمام أحمد في قتل القاتل بما قتل: «إنه لأهل لأن يفعل به كما فعل»،
واختاره ابن تيمية وقال: هو أشبه بالكتاب والسنة والعدل، ما لم يكن الفعل
محرمًا في نفسه كتجريب الخمر^(٤).

(١) تحفة المحتاج مع المنهاج ٤٤٠/٨.

(٢) قليوبي وعميرة في حاشيتهما ٤٤٠/٨-٤٤١.

(٣) وهو مذهب عطاء والثوري، المغني ٢٤٠/٨، م (٦٦٤٩)، ٢٤٢/٨، م (٦٦٥٤)، الإنصاف
٤٩٠/٩، الفروع ٦٦٣/٥، السياسة الشرعية لابن تيمية ٧٨ وما بعدها، ١٣١ وما بعدها.

(٤) وهو مذهب سيدنا عمر بن عبد العزيز وأبي ثور، المغني ٢٤٠/٨، م (٦٦٤٩).

١٩٤٤/٤/٢- ثانياً: إذا جرح الجاني المجني عليه جرحاً لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به، كالجائفة، فمات منها؛ فالصحيح من المذهب: أنه لا يقتص منه إلا بالسيف في العنق، وفي رواية أخرى: بل له أن يقتص منه بمثل ما فعله^(١).

١٩٤٤/٤/٣- ثالثاً: إذا فعل مستحق القصاص بالجاني مثل ما فعل فلم تمت؛ ضربت عنق الجاني بالسيف، وفي الانتصار احتمال بأن يقتله بالسيف أو تكون عليه الدية بغير رضاه^(٢).

١٩٤٤/٤/٤- رابعاً: وإذا كان الجاني قد قتله بفعل محرم في نفسه، كالسحر وفعل قوم لوط؛ فالقصاص بالسيف، كما عند الشافعية والمالكية في الجملة، وفي رواية عند الحنابلة أن لمستحق القصاص أن يفعل بالجاني مثل ما فعل، كما عند بعض الفقهاء^(٣)، أو يقتله بالسيف^(٤). وكذلك إذا أحرقه أو غرقه فروايتان^(٥).

١٩٤٤/٤/٥- خامساً: على القول بأن القصاص لا يكون إلا بالسيف؛ إذا استوفى ولي القاتل القصاص بمثل ما فعل الجاني كان مسيئاً، ولا شيء عليه سوى الإثم^(٦).

٤٢٠- خلاصة:

١/٤٢٠ - يلاحظ من جميع ما سبق أن العلماء متفقون على أن القتل إذا كان بالسيف فالقصاص بالسيف، وعلى أن مستحق القصاص له أن يستوفى حقه

(١) المغني ٨/٢٤١، م (٦٦٥٢)، الإنصاف ٩/٤٩١-٤٩٢.

(٢) المغني ٨/٢٤٢، م (٦٦٥٤)، الفروع ٥/٦٦٣-٦٦٤.

(٣) للمقارنة مع باقي المذاهب في هذه المسألة، راجع مثلاً فقرة (١٩٤٤/٢/٣، ١٩٤٤/٢/٣)، ٤، ١٩٤٤/٢/٥، ٣، ١٩٤٤/٣/١، والمسائل الثلاثة التالية لها).

(٤) المغني ٨/٢٤٢، م (٦٦٥٤) (٦٦٥٥)، الفروع ٥/٦٦٣.

(٥) المغني ٨/٢٤٢، م (٦٦٥٥).

(٦) المغني ٨/٢٤١، م (٦٦٥٠).

بالسيف مهما كانت طريقة القتل التي قتل بها المجني عليه لأن السيف أسهل وأسرع، إلا ما استثناه ابن عبد السلام فيما إذا كان القتل بآلة أخف من السيف فيفعل به مثل ما فعل، وكذلك اتفق الفقهاء على أن ولي الدم إذا استوفى حقه: بأن فعل بالجاني مثل ما فعل، وكان قد حُكم له أن يقتص بالسيف: أنه لا قصاص عليه، ويكون آثماً، ومن الفقهاء من قال بتعزيره لا أكثر، واتفق أكثر الفقهاء أن فعل القتل إذا كان محرماً بنفسه ومعصية كشرب الخمر فالقصاص بالسيف^(١).

٢/٤٢١- ويلاحظ كذلك أن الفقهاء متفقون على أن القصاص لا يكون إلا بجزء الرقبة بالسيف، أو بالفعل المماثل لفعل الجناية، إلا ما ورد عن الشافعية في قول بالنسبة لعقوبة القتل باللواط، وهي تعود انتهاء إلى القصاص من الفاعل بمثل ما فعل، ولم يقل واحد من الفقهاء القدامى باستعمال آلة ثالثة غير السيف أو مثل آلة الجاني^(٢).

٣/٤٢١- وسبب ذهاب الفقهاء إلى فريقين في ذلك: أن منهم من نظر في القصاص إلى معناه الأصلي ولم يعتبر الآلة جزءاً من موضوع القصاص، فالمماثلة عندهم تكون بإزهاق النفس الإنسانية مقابل نفس زهقت بغير حق، وقد تقدم أن بعض الفقهاء كالحنفية والمالكية صرحوا بعدم اشتراط المماثلة التامة في القصاص وبأن السيف أسهل طريق للقتل كما كان معروفاً في عصر التنزيل، أما الفريق الثاني من الفقهاء فقد اعتبر الآلة التي ارتكبت بها الجريمة لتحقق المماثلة التامة، ومع ذلك قالوا: الأفضل بالسيف، لأنه خير للولي أن لا يسرف في القتل، وأسرع لإزهاق الروح^(٣).

(١) راجع فقرة (٤/٤/٤١٩).

(٢) ما ورد في الفقرة (٢/٥/٢/٤١٩) من الرجم هو انتقال لعقوبة اللواط لثبوت موجبه، واللائط حكمه الرجم مطلقاً عند المالكية (مواهب الجليل ٦/٢٩٦).

(٣) العقوبة ٤٥٦-٤٥٧. وانظر ما سيأتي صفحة ٤١٧ وما بعدها.

٤٢٢ - الأدلة والمناقشة^(١):

٤٢٢ / ١ - أدلة الفريق الأول القائلين بالمائلة في الآلة: استدلوا بالقرآن

والسنة والمعقول:

٤٢٢ / ١ / ١ - من القرآن الكريم

٤٢٢ / ١ / ١ / ١ - أولاً: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ

بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

٤٢٢ / ١ / ١ / ٢ - ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَالْحُرْمَتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ

فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

٤٢٢ / ١ / ١ / ٣ - ثالثاً: قوله تعالى ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠].

فالله تعالى يبين أن جزاء الجناية فعل مثلها وعقوبة مماثلة، فمن اعتدى على

حرمات النفوس لم تُصن حرمة نفسه، بل تهدر مقابل ما أهدر من حرمات

ونفوس، وبمثل فعله كي تتحقق المماثلة التامة^(٢).

٤٢٢ / ١ / ٢ - من الحديث الشريف:

٤٢٢ / ١ / ٢ / ١ - أولاً: قوله ﷺ: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه»^(٣).

(١) للتوسع في عرض آراء العلماء وأدلتهم انظر: المراجع السابقة في المذاهب، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ص ٥٦٨٥ وما بعدها، الظروف المشددة والمخففة ٣٤٣ وما بعدها، العقوبة ٤٥٥ وما بعدها، التشريع الجنائي لعودة ٧٥٨ / ١ وما بعدها، ١٥٠ / ٢ وما بعدها، الإسلام عقيدة وشريعة ٣٦٢ وما بعدها.

(٢) راجع فقرة (٣ / ٣٧٤) مع هوامشها.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، ٤٣ / ٨، عن بشر بن حازم عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من عرض عرضنا له ومن حرق...» وقال ابن حجر في التلخيص =

٤٢٢ / ١ / ٢ / ٢ - ثانياً: بما روي: «أن رسول الله ﷺ رَضَ رأسَ يهودي بين حجرين، كان قد قتل بهما جارية من الأنصار»^(١).

٤٢٢ / ١ / ٢ / ٣ - ثالثاً: حديث: «إنما سمل رسول الله ﷺ أعين العرنيين لأنهم سملوا أعين الرعاة»^(٢).

٤٢٢ / ١ / ٣ - ومن المعقول

٤٢٢ / ١ / ٣ / ١ - أولاً: إن الجاني قد قَتَلَ ظملاً من يكافئه، فوجب عليه القصاص بمثل فعله^(٣).

= الحبير ٣٨/٤، رقم ١٨٨٣ كتاب الجرح «رواه البيهقي في المعرفة من حديث عمران بن نوفل ابن يزيد... وقال [البيهقي]: في الإسناد بعض من يجهل، وإنما قاله زياد في خطبته» اهـ. وقال الزيلعي في نصب الراية ٦/٣٤٤ باب ما يوجب القصاص ومالا يوجبه: «قال صاحب التنقيح: في هذا الإسناد من يجهل حاله كبشر وغيره» اهـ.

(١) البخاري في كتاب الخصومات، باب ما يذكر في الإشخاص والخصومة بين المسلم واليهود رقم ٢٢٨٢ وفي رواية أخرى: «فلم يزل حتى اعترف فأمر النبي ﷺ...». البخاري، كتاب الوصايا، باب إذا أوما المريض برأسه إشارة بنية جازت رقم ٢٥٩٥ وبمعناه: مسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحددات رقم ١٦٧٢، والترمذي في كتاب الديات عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن رضخ رأسه بصخرة، رقم ١٣٩٤، وقال حسن صحيح والعمل على هذا عند بعض أهل العلم. والنسائي في كتاب القسامة باب القود من الرجل والمرأة، رقم ٤٧٤٢، وأبو داود في كتاب الديات باب يقاد من القاتل، رقم ٤٥٢٩، وابن ماجه في الديات، باب يقناد من القاتل كما قتل، رقم ٢٦٦٦، ومسند أحمد في باقي مسند المكثرين، باقي المسند السابق، رقم ١٢٥٩٤.

(٢) مسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب حكم المحاربين والمرتدين رقم ١٦٧١، وبمعناه في البخاري، كتاب الحدود، باب المحاربين من أهل الكفر والردة، رقم ٦٤١٧، والنسائي في كتاب تحريم الدم، باب ذكر اختلاف طلحة بن مصرف ومعاوية بن صالح، رقم ٤٠٤٣، والترمذي في كتاب الطهارة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في بول ما يؤكل لحمه رقم ٧٣، وأبو داود في كتاب الحدود باب ما جاء في المحاربة، رقم ٤٣٧٠، وابن ماجه في كتاب الحدود باب من حارب وسعى في الأرض فساداً، رقم ٢٥٧٩، ومسند أحمد في باقي مسند المكثرين، مسند أنس بن مالك رضي الله عنه رقم ١٢٤٠٨.

(٣) المنتقى للباجي ١١٨/٧.

٤٢٢/١/٣/٢ - ثانياً: إن الاستيفاء على وجه القصاص يبنى على المماثلة، فيجب أن تتحقق المماثلة في الأصل والوصف متى أمكن ذلك ولم يكن الفعل محرماً بنفسه، وحديث النهي عن المثلة محمول على من وجب قتله، لا على وجه المكافأة^(١).

٤٢٢/٢ - أدلة الفريق الثاني: القائلين بالقصاص بالسيف وحده: استدلوا بالحديث والمعقول.

٤٢٢/٢/١ - من السنة المطهرة: قوله ﷺ «لا قود إلا بالسيف»^(٢) والحديث نص على نفي استيفاء القصاص بغير السيف، والمعنى فيه: أن القتل المستحق شرعاً يستوفى بالسيف، لأن استيفاء المستحق يكون بالطريق الذي يتيقن أنه طريق له، وحز الرقبة يتيقن بأنه طريق استيفاء القتل^(٣).

٤٢٢/٢/٢ - من المعقول:

٤٢٢/٢/٢/١ - أولاً: إن استيفاء القصاص بغير السيف لا يؤمن معه الزيادة على ما فعله الجاني بالجني عليه، فلا يجب القصاص بمثل آلة الجاني، لأن الزيادة تعدد، وهو ممنوع منه، فترك ما فيه الزيادة أولى، والاقتصاص بالسيف فيه سلامة ومجانبة للزيادة، كما أن المرتد لا يقتل إلا بالسيف، فلا يقتص بغيره^(٤).

(١) المغني ٨/٢٤٠، م (٦٦٤٩)، تحفة المحتاج مع المنهاج ٨/٤٤٠، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦٨٦، الإسلام عقيدة وشريعة ٣٦٢.

(٢) ابن ماجه عن النعمان بن بشير، كتاب الديات، لا قود إلا بالسيف، رقم ٢٦٦٧، ثم رواه برقم ٢٦٦٨ عن أبي بكر. ومصنف ابن أبي شيبة، كتاب الديات، باب من قال لا قود إلا بالسيف، رقم (١)، ٦/٣٩٦. وستاتي أقوال العلماء فيه في هامش فقرة (٤٢٣/١)، صفحة (٤١٤)، هامش (٤).

(٣) المبسوط ٢٦/١٢٦.

(٤) المبسوط ٢٦/١٢٥-١٢٦، المغني ٨/٢٤٢، م (٦٦٥٤).

٤٢٢/٢/٢ - ثانياً: إن المعتبر في القصاص المساواة، والقتل بالسيف أقرب إلى المساواة، لما فيه من اعتبار المساواة في الفعل، والمقصود بالفعل يجب اعتباره إلا إذا تعذر، وتعذره أن تكون صورة الفعل بخلاف المشروع بأن يكون حراماً، أو أن لا يحصل القتل به، والقود بالسيف ليس محرماً ويوصل إلى المقصود حتماً^(١).

٤٢٢/٢/٢ - ثالثاً: إن المقصود من القصاص إزهاق الروح عرفاً لمعنى الانتقام وشفاء غليل ولي الدم واستحقاق القتل شرعاً، فتجب مراعاة ذلك، وكله يتحقق بالقصاص بالسيف، وقتل الجاني بمثل ما قتل فيه مثله، وهي منهي عنها^(٢).

واستدلالات الحنفية ومن معهم تكاد تدور حول الغاية من القصاص من جهة إزهاق نفس القاتل ورؤية ولي القتيل للجاني قد أصبح في عداد الأموات^(٣)، وأن السيف أوحى للقتل وأسرع للوصول إلى الغاية من القصاص.

٤٢٢/٣ - المناقشة والردود:

قال الحنفية ومن معهم:

٤٢٢/٣/١ - أولاً: إن ما أورده من آيات المراد منها نفي الزيادة، والزيادة قد تكون من جهة قتل الجاني بمثل ما قتل، أما القود بالسيف فلا زيادة فيه، وإن ثبت استدلالهم بالآيات بجواز قتل الجاني بما قتل فالأخذ به مثله، وقد نسخت^(٤).

(١) المبسوط ٢٦/١٢٦، البدائع ٧/٢٤٥-٢٤٦.

(٢) المبسوط ٢٦/١٢٥ - ١٢٦.

(٣) العقوبة ٤٥٦-٤٥٧.

(٤) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٦/١٠٦.

٤٢٢/٣/٢ - ثانياً: أما الاستدلال بأن النبي ﷺ قد رضخ رأس اليهودي
بججرين؛ فالحديث له عدة تأويلات:

٤٢٢/٣/٢/١ - الأول: أن يكون مشروعاً ثم نُسخ كما نسخت المثلثة.

٤٢٢/٣/٢/٢ - الثاني: أن القول بالقضاء بالقصاص اعتماداً عليه شاذ لا
يعتمد عليه، أو قاله الراوي بناء على ما وقع عنده أنه كان بطريق القصاص.

٤٢٢/٣/٢/٣ - الثالث: الظاهر أن اليهودي كان ساعياً في الأرض
بالفساد، فلإمام أن يقتله بما يراه من باب السياسة ليكون أردع، ولأن قصد
اليهودي كان أخذ المال، لأنه قتل الجارية لأوضح^(١) كانت عليها، وهذا شأن
قطاع الطرق، وهناك بعض الأحاديث تؤيد هذا المعنى.

وأيضاً فإن النبي ﷺ ما قتله بقول الجارية إنه قتلني، لأن بمثل قولها لا يجب
القصاص، فظهر أنه كان مشهوراً بالسعي في الأرض بالفساد^(٢).

وقالوا: يؤكد ذلك أنه ورد في رواية أن اليهودي أخذ فأقر فأمر رسول الله
ﷺ فرُض رأسه بالحجارة^(٣).

وقد أجاب الشافعية عن دعوى نسخ الحديث، فقال البيهقي: «ولا
يعارض هذا بحديث أنس «أنه ﷺ أمر به أن يُرجم فرجم حتى مات» رواه
الشيخان^(٤)، لأن الرجم، والرض، والرضخ، كله عبارة عن الضرب بالحجارة،

(١) الأوضح: حلي من الدراهم الصحاح (مختار الصحاح و ض ح).

(٢) المبسوط ١٢٦/٢٦، كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ١٠٦/٦.

(٣) نصب الراية للزيلعي ٣٤١/٦.

(٤) مسلم في كتاب القسامة والمخربين والقصاص والدية، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر
وغيره... رقم ١٦٧٢، وأبو داود في كتاب الديات، باب يقاد من القاتل، رقم ٤٥٢٨، وأحمد
في باقي مسند المكثرين، مسند أنس بن مالك، رقم ١٢٢٥٦، أما البخاري فقد رواه بمعناه،
وهو حديث رضخ رأس اليهودي، وقد تقدم صفحة (٤١٠) هامش (١).

ولا يجوز فيه أيضاً دعوى النسخ لحديث النهي عن المثلة، إذ ليس فيه تاريخ، ولا سبب يدل على النسخ، ويمكن الجمع بأنه إنما نهى عن المثلة بمن وجب عليه القتل ابتداءً، لا على طريق المكافأة» اهـ^(١).

بل إن دعوى النسخ لا تسلم للحنفية، لأنهم أنفسهم يستشهدون بحديث رضى رأس اليهودي لترجيح قول الصحابيين على قول الإمام أبي حنيفة بالقصاص من القتل بالمثل وغيره مما يقتل غالباً، ولأن القتل العمد لا يقتصر على ما يكون بألة جارحة لأن قَصَرَ ذلك عليها زيادة على النص «لا قود إلا بالسيف»، ولفعل النبي ﷺ باليهودي^(٢).

٤٢٣- الترجيح: بعد عرض أدلة الفقهاء السابقة، يبدو للباحث رجحان مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة في رواية من كون القصاص بنفس الآلة ولو بغير السيف لما يأتي:

١/٤٢٣- أولاً: إن أقوى ما استدل به الحنفية ومن معهم حديث: «لا قود^(٣) إلا بالسيف»، وهذا الحديث نص في موضع النزاع، لكنه لم يسلم لهم لضعف جميع طرقه المتعددة، وقد ضعفه كثير من أئمة الحديث^(٤).

-
- (١) نسبه إليه الزيلعي في نصب الراية ٦/٣٤١، وقال: قال البيهقي في المعرفة... .
- (٢) هذا ما استدل به السرخسي في المبسوط ٢٦/١٢٢، ثم ذكر ٢٦/١٢٦ أن القول بالقصاص اعتماداً عليه شاذ، ودعوى النسخ ذكرها النسفي في كنز الدقائق كما تقدم قريباً.
- (٣) القود بفتحتين: القصاص (مختار الصحاح ق و د)، وسبقت الإشارة لذلك أول المطلب الثاني من المبحث الثاني السابق، فقرة (١/٣٨٩).
- (٤) ذكر أسانيد الزيلعي في نصب الراية ٦/٣٣٨ - ٣٣٩ في كتاب الجنائيات، باب ما يوجب القصاص وما لا يوجهه، مسألة لا يستوفى القصاص إلا بالسيف، وذكر أن أحسن أسانيد هو ما رواه البزار في مسنده ثم ذكر علة فيه. وأورده ابن حجر في التلخيص الحبير، في كتاب الجراح، باب ما يجب به القصاص ٤/٣٨ - ٣٩ ثم أورد طرقه والعلل فيها ثم قال: قال عبد الحق: طرقها كلها ضعيفة، وكذا قال ابن الجوزي، وقال البيهقي: لم يثبت له إسناد، اهـ . =

٢/٤٢٣ - ثانياً: أما استدلالهم بالمعقول فلا يقوى على معارضة الأدلة القوية التي اعتمد عليها الجمهور، وإن كان بعضها غير صريح، إلا أن حديث رضخ النبي ﷺ لرأس اليهودي بالحجر دليل صريح وصحيح في موضع النزاع، ولم تسلم لهم دعوى نسخه لما أجاب به البيهقي كما في نصب الراية، ولأنهم يستشهدون به لبعض المسائل، كما تقدم.

٣/٤٢٣ - ثالثاً: إن الآيات التي استدلت بها الجمهور نص على اعتبار تمام المماثلة في القصاص، وكما يوحي بذلك معنى الكلمة نفسها، والإسلام لا ينظر إلى الغاية وحدها، بل ينظر إلى الوسيلة كذلك، وتتمام المماثلة في القصاص إنما تكون بأن يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمقتول؛ كيفاً ومقداراً وصفة، عند إمكان ذلك وعدم تحريمه، فإذا اقتضى منه بنفس أداة جريمته أو مثلها وفي نفس موضع جريمته إن أمكن كان ذلك أزجر له وأردع لغيره ممن تسول لهم أنفسهم الاعتداء على حرمان النفوس المعصومة بغير حق، والجزاء من جنس العمل. أما القصاص بالسيف ممن قتل بغيره هو قصاص من حيث المعنى فقط.

٤/٤٢٣ - رابعاً: إن استدلال الحنفية بأن السيف أسهل وأسرع في القتل لا خلاف فيه، والخروج من الخلاف مستحب، إلا أن الذهاب للقصاص به إحساناً للقاتل ورحمة به: استعمال للرحمة في غير موضعها ولغير من يستحقها، لأن البحث هو عن القصاص المترتب عن قتل عمد يقصد به فاعله إزهاق روح خصمه عمداً وعدواناً أو قصداً لتعذيبه قبل موته، واستعمال الرحمة إنما يكون لمن وجب عليه القتل ابتداءً، لا على وجه المكافأة والمماثلة، والقاتل هنا قصد القتل بطريقة قد يكون فيها الكثير من العذاب للمجني عليه، فيجب أن يذوق

= وقال عنه الإمام أحمد كما في المغني ٨/٢٤٠، م (٦٦٥٠) ليس إسناده مجيد، اهـ. وقد سبق جزء من تخريج هذا الحديث صفحة (٤١١) هامش (٢).

نفس الألم الذي أذاقه لغيره من غير زيادة عليه، لأنه تعدد، ومن غير نقصان، فلا إفراط ولا تفريط.

٤٢٣/٥ - خامساً: إن كثيراً من الناس لا يرهبون من الموت لذاته، وإنما يرهبون من الآلام التي تصاحبه وتكون عنده^(١)، فإذا سولت للجاني نفسه أن يقتل شخصاً آخر وعلم مسبقاً أنه سيعاقب بنفس الطريقة فإن ذلك يكون أضر له، ويكون قد تحقق فيه قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وإن لم ترتدع نفسه عن تسويل القتل له؛ فإنه لن يستعمل طريقة وحشية في قتل خصمه، لأنه يعلم أنه سيكافأ بنفس عمله إن أمكن الحاكم منه، واعتبار هذا الأمر من مقاصد الشريعة.

٤٢٣/٦ - سادساً: إن القصاص واستيفاءه من حق ولي القتل (حق العباد)، ومن حقه أن يطلب المماثلة التامة في القود، وحقوق العباد لا يصح من القاضي أو السلطان أن يسقطها إلى غيرها إلا برضا صاحبها، فإذا رضي ولي المقتول بغير السيف أن يقتل بالسيف كان أفضل، وإلا فيجب أن يقتصر من الجاني بمثل فعله، كما أن شفاء غليل ولي الدم من مقاصد القصاص، وكثير من الناس لا يشفى غليلهم إلا أن يُفعل بالجاني مثل ما فعل، والواقع يشهد بذلك، إذ إن بعض أولياء الدم إذا علموا أن الجاني سيقتصر منه بالسيف دون الآلة التي قُتل بها فإنهم يسعون لقتل الجاني بمثل الآلة التي قتل بها أو أشد، وكتب الفقه تشهد بذلك أيضاً، إذ تذكر حكم مسألة قتل ولي الدم للجاني بغير السيف بمثل الآلة التي قتل بها أو غيرها، حتى ولو حكم له القاضي بالقصاص بالسيف.

٤٢٣/٧ - سابعاً: إن الله تعالى ذكر أن العقوبة عذاب، ووجهنا تعالى أن لا تأخذنا رافة في دين الله تعالى حين تطبيق العقوبات، قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/٦٤٣ - ٦٤٤.

فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ
وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ [النور: ٢]. والجاني إذ لم يراف
بنفسه ولا بغيره فأولى أن لا يراف به المؤمنون.

٨/٤٢٣ - ثامناً: تنبيه: يقيد ما سبق بما إذا قتل الجاني - (القتل بغير
السيف) - بما يؤدي إلى القتل غالباً، فإذا فعل به مثله أدى لموته غالباً، أما إذا كان
لا يفضي إلى الموت بمفرده في الغالب؛ فالقصاص بالسيف دون غيره، لأن
القائلين باستيفاء القصاص بنفس الآلة التي قتل بها قالوا: إذا لم يميت من فعل
ذلك به فإنه يقتل بالسيف، وهذا من التعذيب والتطويل في الاعتداء، وهو ممنوع
بالنص، لأنه وإن كان يشفي غليل ولي الدم بمعاقبته بنفس الطريقة إلا أنه لا
تزهق نفس الجاني بها وحدها، ومما يدخل في تقدير ذلك: تقدير القاضي لحال
الجاني وكون الفعل مما يقتل غالباً بالنسبة له، ولتحمله، وغير ذلك.

٩/٤٢٣ - تاسعاً: توجيه: على أن للقاضي أن يمكن ولي الدم من القود
بالسيف وإن كان القتل جرى بغيره، وللقاضي أن يحثه كذلك على القصاص
بالسيف خروجاً من الخلاف، وإحساناً إلى القاتل وترغيباً في العفو، وبخاصة إذا
كان القاتل مسلماً، فمن أحياناً نفساً وإن كانت مستحقة للهلاك فكأنما أحياناً
الناس جميعاً.

٤٢٤ - استبدال وسيلة القصاص بوسيلة أخرى حديثة: قدمت بين يدي
هذه المسألة ذكر مذاهب الفقهاء وأدلتهم ونقاشاتهم للتمهيد لهذه المسألة، فهل
يجوز لولي الأمر ونائبه (القاضي) أن يستبدل آلة القصاص بألة أخرى؟

١/٤٢٤ - رأي واجتهاد: ذهب بعض العلماء المعاصرين^(١) إلى جواز

(١) انظر: الإسلام عقيدة وشريعة للشيخ محمود شلتوت رحمه الله تعالى وهو أكثر من انتصر =

استبدال آلة الاستيفاء بآلة أسرع من السيف وأقل إيلاًماً للجاني، كالمفصلة، والكرسي الكهربائي، وغير ذلك مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة لعذابه، واستندوا في قولهم هذا: إلى أن القرآن الكريم لم يعرض إلى تحديد آلة مخصوصة يكون بها الاستيفاء، وهذا هو سبب اختلاف العلماء السابق في آلة استيفاء القصاص، فإذا وجدت آلة تحقق المقصود من القصاص وهو إزهاق النفس الإنسانية من غير مثلة أو إسالة دم كان لولي الأمر أو نائبه (القاضي) أن يختارها لتنفيذ القود^(١).

وقالوا: إن الاستدلال بأن القصاص يقتضي المائلة في الأصل والذات تحميل للفظ القصاص أكثر مما يحتمل، لأن الله تعالى يقول ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] والحياة التي تترتب على القصاص ليس من وسائلها أن يكون القود بآلة مخصوصة أو طريقة معينة، بل إن القرآن ترك تحديدها للعرف، وينبغي أن يحكم فيه معنى الإحسان^(٢)، والأدوات الحديثة فيها إحسان وإسراع أكثر.

٢/٤٢٤ - ما يظهر للباحث: يقتضي الأدب عدم التقدم على العلماء الفاضلين، إلا أن منهج البحث في أن يبدي الباحث رأيه في المسائل الخلافية يُرجى معه أن يقبل إبداء مثل هذا الرأي، فأقول مستهدياً بالله تعالى وراجياً

= لذلك، والتشريع الجنائي للمرحوم عبد القادر عودة ١٥٤/٢ ونقل فتوى لجنة الأزهر بجواز ذلك، وذكره الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله على أنه من استدلالات مذهب الحنفية ومن معهم، العقوبة ٤٥٦، وذهب إليه أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته ص ٥٦٨٧ - ٥٦٨٨.

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ٣٦٢، التشريع الجنائي لعودة ١٥٤/٢.

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة ٣٦٢ - ٣٦٣.

الإرشاد من العلماء: تقدم في النقاش السابق لآراء الفقهاء في تحديد آلة استيفاء القصاص، أن العلماء اتفقوا على أن القتل إذا كان بالسيف فالقصاص بالسيف لا غير، أما إذا كان القتل بغير السيف فالراجح أن يكون القصاص بمثل آلة الجناية متى كان ذلك جائزاً وإلا فالقصاص بالسيف لا غير، إذ لم ينقل قول ثالث عن العلماء السابقين، وإن الحنفية والحنابلة في رواية تمسكوا بشدة بأن يكون القصاص بالسيف.

والذي يبدو للباحث والله تعالى أعلم أن اعتماد العلماء المعاصرين على العرف لتحديد آلة القصاص مأخوذ من كتب الحنفية، فقد جاء في المبسوط عند حديثه عن الآلة التي يعد معها القتل عمداً ما نصه « بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا قود إلا بالسيف» وهذا تنصيب على نفي وجوب القود واستيفاء القود بغير السيف، والمراد بالسيف السلاح، هكذا فهم الصحابة رضي الله عنهم من هذا اللفظ حتى قال علي رضي الله عنه: [العمد السلاح]، وقال أصحاب ابن مسعود رضي الله عنه: [لا قود إلا بسلاح]، وإنما كنى بالسيف عن السلاح، لأن المَعْدَ للقتال على الخصوص بين الأسلحة هو السيف، فإنه لا يراد به شيء سوى القتال، وقد يُراد بسائر الأسلحة منفعة أخرى سوى القتال، وهو معنى قوله ﷺ: «بعثت بالسيف بين يدي الساعة» يعني السلاح الذي هو آلة القتال ... والوجه الأخير أن آلة القتل الحديد قال الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥] والمراد القتل ... والحديد هو المستعمل في القتال ...»^(١).

وإذا دققنا في النص السابق وجدنا أن الحنفية يقولون بتفسير السيف بالسلاح، لاعتمادهم على نص في موضع النزاع وهو حديث: «لا قود إلا

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٢/٢٦ وما بعدها.

بالسيف» وهو وإن لم يثبت أمام أدلة الجمهور الصحيحة؛ لضعفه، لكنه يقدم على الرأي وعلى العرف الحاضر؛ وبخاصة إذا تأيد بتفسير الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم لهذا الحديث، وقد نفى تفسيرهم صحة القول باستيفاء القود بغير السيف، على أنهم حين فسروا السيف بأن المراد به السلاح فإن واحداً منهم لم يقل بالاختصاص بغير السلاح، كالكرسي الكهربائي والمشنقة وغير ذلك، وإن كان محددًا كالمقصلة.

على أن بعض الوسائل كالمشنقة ليست بأسرع أو أهون على الجاني من السيف، فقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لا يزهق الروح في بعض الأحوال، وأنه لا يزهقها بالسرعة اللازمة في كثير من الأحوال، كما دلت التجارب على أن ضربة الفأس الواحدة قد لا تكفي لقطع الرقبة، وكذلك فإن التسميم بالغاز والصعق بالكهرباء يبطئ بالموت أحياناً أكثر مما يبطئ به الشنق والرصاص^(١).

وأخيراً فإن من طبيعة العقاب أن لا يخلو عن عذاب وألم، وبخاصة إذا اختاره الجاني لنفسه؛ وإلا كان من أتفه العقوبات ولما رهب منه أحد^(٢)، وإن التجارب أثبتت أن الدول التي تطبق القصاص بالسيف قد انخفض فيها معدل الجريمة أكثر من معظم الدول التي تطبق نظام العقوبات الأخرى في آلات استيفاء القصاص الحديثة.

فالراجع ما ذهب إليه الجمهور، وإذا تحتم أن توحد العقوبة لجميع الجرائم المستوجبة للقصاص فينبغي أن يكون القصاص بالسيف. والله تعالى أعلم.

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/٦٤٣. وعلى سبيل المثال نفذ حكم الإعدام شنقاً في الكويت بتاريخ ٢٩/١١/١٤٢٤هـ/٢١/١/٢٠٠٤م، ومات المشنوق بعد مرور (١٩,٥٦) دقيقة حسبما ذكرت صحيفة الرأي العام الكويتية في عددها ١٣٣٦٣ الصادر بنفس التاريخ. ويعد هذا من أفظع أنواع التعذيب وأطولها.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١/٦٤٣-٦٤٤.

المبحث الخامس الأسباب المشددة والأسباب المخففة للعقوبة

تمهيد:

٤٢٥- الأصل أن الحدود والقصاص لا مجال للتشديد أو التخفيف فيها، لأنها في أصلها مصاحبة للتشديد أو التخفيف بنص الشارع، ولأنها عقوبات مقدرة ليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد في مقدارها، ولأن العقوبة في الحدود تتجه لمعالجة الجريمة دون النظر إلى ظروف المجرم الشخصية أو غيرها، إذ الاعتبار الأساس فيها: للجريمة، فمتى وجبت لم يكن للظروف المخففة للمجرم تأثير في العقوبة أو تحديدها^(١)، إلا إذا عفا المجني عليه أو وليه في القصاص.

فالعقوبة الزاني المحسن هي الرجم، وهي عقوبة مشددة بالنظر إلى عقوبة زنى غير المحسن، لكن الشرع هو الذي جعل في صفة الإحصان ظرفاً مشدداً للعقوبة دون أن يكون للقاضي سلطة في اعتبار هذه الصفة ظرفاً مخففاً في أي حال من الأحوال^(٢).

٤٢٦- وفي الجملة: إن ما تقدم ليس على إطلاقه، فالشريعة قد اعتبرت بعض الأمور أسباباً مخففة أو مشددة للعقوبة في جرائم الحدود والقصاص

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/٨٢، ٦١٣، ٦١٤، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٢٨٥، العقوبة ٢٥٠.

(٢) الظروف المشددة والمخففة لخليفة ٢٢٥ وما بعدها.

والدية، إلا أن كثيراً منها لم يكن سبباً مخففاً أو مشدداً لاعتبار القاضي له بذلك، بل تنحصر سلطة القاضي التقديرية فيها غالباً في التحقق من وجودها وثبوتها ليحكم باختلاف العقوبة وزيادتها أو النقص منها بناء على ما ثبت لديه.

ففي جرائم القصاص مثلاً: النية لها أثر كبير في تشديد العقاب أو تخفيفه، واعتبار القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ، ويترتب على ذلك الحكم بالقود أو الدية، والدية قد تكون حالةً في مال الجاني وقد تكون مؤجلة مخففة وتكون في العاقلة، والنية أمر باطن أقيم أمر ظاهر للدلالة عليه، وهو آلة القتل، لأن الأمور الباطنة خفية لا تنضب.

وفي جرائم الحدود: إن سلطة القاضي تنصبُّ على توافر شروط إقامة الحد، وانتفاء الشبهات الدارئة للحد، ككون السارق مضطراً، أو سرق من غير حرز، فإذا توافرت شروط إقامة الحد كاملة وثبتت لدى القاضي لم يكن له أن يزيد أو ينقص منه، بل عليه النطق بالعقوبة وتنفيذها.

وما قد يصاحب الحدود من ظروف مخففة أو مشددة لا دخل للقاضي فيها من جهة تشريعها؛ لأنها موضوعة من قبل الشارع لا من اجتهادات القضاة، وإن كان بعض الفقهاء يختلفون في فهم نصوص هذه الظروف الواردة من قبل الشارع^(١).

(١) للتوسع: الظروف المشددة والمخففة ٢٢٥ وما بعدها، وما يمكن اعتباره من الظروف المخففة البنية، فإذا كان القاتل أباً للمقتول فلا قصاص عليه (أدب القضاء للسروجي ٤٠٥) وكذلك ما إذا اشترك اثنان في قتل شخص فعفا الولي عن أحد القاتلين فلا قصاص على الآخر (المرجع السابق)، التشريع الجنائي لعودة ٨٢/١، ٣٦٣ وما بعدها، ٣٧٥ وما بعدها، ٤٠٤ وما بعدها، ٤٠٩، العقوبة للشيخ أبو زهرة ٢٥٠ وقال: « للحدود عقوبات مادية محدودة لا مجال للزيادة فيها أو النقص فيها فإذا زاد القاضي الحد فقد أخطأ وتجاوز حد الله إلا أن تكون الزيادة عقوبة على جريمة أخرى، فالتخفيف والتشديد فيها لا يكون بنقص أو =

٤٢٧- والمجال الواسع للتشديد والتخفيف هو العقوبات التعزيرية، لأن الشارع منح القاضي فيها سلطة واسعة ضمن الضوابط الموضوعية لذلك، وتقدم عند مبحث التعزير أن عقوبته يتدخل في اختيارها كما نوعاً عدة أمور، منها حال الجاني، والجناية، ومن ارتكبت الجريمة في حقه، وغير ذلك. وسأبحث الأسباب المشددة ثم المخففة للعقوبة التعزيرية.

المطلب الأول: الأسباب المشددة للعقوبة التعزيرية

٤٢٨- قد يشدد القاضي عقوبة التعزير نظراً لعدة أسباب، منها:

٤٢٨ / ١ - السبب الأول: التشديد بالنظر إلى الجاني: وله عدة صور:

٤٢٨ / ١ / ١ - الأولى: خطورة المجرم: إن من مقاصد العقوبة زجر المعاقب بها، فتكون العقوبة أشد كلما كان خطر المجرم أشد.

جاء في تبصرة الحكام: «فيمن شهد عليه بأنه من أهل الأذى للناس والشر والردى والفساد والتعدي على الناس أنه يجب على من شهد عليه بذلك الأدب الموجع، والحبس الطويل، فإن الإغلاظ على أهل الشر والقمع لهم والأخذ على أيديهم مما يصلح الله به العباد والبلاد، ويقال: من لم يمنع الناس من الباطل لم يحملهم على الحق»^(١).

ونقل كذلك عن الإمام مالك بأن ينكل المعروف بالفساد والإجرام ويحبس ويثقل بالحديد، ولا يخرجون منه أبداً حتى تظهر توبة أحدهم وتثبت عند

= زيادة ولكن تكون بقوة العقاب، كأن يضرب بسوط عنيف الوقع، إن تكررت منه جريمة معينة، على أن ذلك يكون للقضاء في حدود طاقة الجاني، والقاضي له أن يخفف في أداة الضرب، ويغلظ فيها على حسب ما يرى من مصلحة». اهـ.

(١) تبصرة الحكام ١٥٢/٢ ونسبه بطوله لابن سهل، ونسبه ١٦٥/٢ لابن سهل ولخالد بن وهب.

السلطان، فإذا ظهرت وثبتت عنده أطلقهم، وذلك خير لهم ولأهلهم
وللمسلمين^(١).

٤٢٨ / ١ / ٢ - الثانية: كون المجرم قدوة: إذا كان من ارتكب ما يوجب
التعزير من أهل الفضل والصلاح ممن يعدون قدوة في الناس ولم يكن ذلك منه
من قبيل الزلة أو الفلته؛ فينبغي أن يشدد في عقابه، لأنه ارتكب ما لا يفعله
أمثاله من المخالفات، أما إذا كان من أصحاب الهيئات والمروءات وصدر منه
الخطأ لأول مرة أو عن غير عمد؛ فإن للقاضي أن يخفف في تعزيره^(٢).

٤٢٨ / ١ / ٣ - الثالثة: الدعوة إلى الجريمة: إذا كان المجرم بجريمته يؤثر في
الناس بجريمته ويدعوهم ويحملهم على اقترافها فإن عقابه ينبغي أن يكون أشد،
وذلك كالمبتدع الذي يدعو الناس إلى بدعته، بخلاف المبتدع غير الداع لبدعته،
لاختلاف أثر الأمرين في الناس^(٣).

٤٢٨ / ١ / ٤ - الرابعة: المجاهرة بالجريمة: إن جهر المجرم بجريمته من أعظم
الأسباب التي توجب تشديد العقوبة عليه، لأن المجاهر بجريمته يرتكب أكثر من
جريمة: جريمة الارتكاب، وجريمة الإعلان، وجريمة الاستخفاف بالسلطة
الشرعية القائمة على حراسة الشريعة وحماية المتمسكين بها، وجريمة الدعوة
لارتكاب الجريمة حيث تستسيغها النفوس. وارتكاب المعصية جهاراً فيه اعتداء
على المشاعر العامة للمسلمين وتلوّث لجوّ الطهر الذي ينبغي أن يكون عليه

(١) تبصرة الحكام ١٦٥/٢، ١٨٢ - ١٨٣، مواهب الجليل ٣١٧/٦، الطرق الحكيمة ٢٢٣،
السياسة الشرعية ١٠١، الإنصاف ٢٤٨/١٠، ٢٤٩، البحر الرائق ٤٤/٥، ٤٥، العقوبة
٢٥١، الظروف المشددة والمخففة ٢٣١ - ٢٣٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٢/٤، البحر الرائق ٤٥/٥، الظروف المشددة ٢٣٢ وما بعدها.

(٣) الإنصاف ٢٤٩/١٠ وذكر قتله، وكذلك ابن فرحون ٢٩٧/٢ إذا لم يتب الداع لبدعته يقتل،
الطرق الحكيمة ٢٢٣، السياسة الشرعية ١٠٣، الظروف المشددة ٣٣٤.

المجتمع الإسلامي، وقد جعل الله تعالى عقوبة بعض الجرائم على إعلانها، وما كان ينبغي أن تُعلن إذا حدثت، بل على فاعلها أن يستتر بستر الله تعالى إذ ستره، قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ ءَامَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ [النور: ١٩] (١).

٤٢٨ / ١ / ٥ - الخامسة: الإصرار على الجريمة والعودة إليها (التكرار أو

العود):

إن تكرار الجريمة من أشد أسباب تشديد العقوبة على الجاني، لأنه يدل على تأصل نزعة الشر في نفس الجاني، وكذلك ما إذا عزره القاضي فلم يرتدع بالتعزير كان له أن يزيد في تعزيره بما يراه محققاً للغاية من التعزير لاستهانتة بالعقوبة السابقة.

قال ابن تيمية: «فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته، بخلاف المقلِّ من ذلك» (٢).

وإن تكرار الجريمة من المجرم يجعله داخلاً تحت تشديد العقوبة لخطورة المجرم، فمن ارتكب ما يوجب الحد واشتد شره كان للإمام أن يقيم عليه تعزيراً منفصلاً عن الحد، ولا يكون مع إقامة الحد حتى لا تكون زيادة عليه، وله أن يشدد في العقاب بغلظ الآلة التي تكون بها إقامة الحد، وذلك عقوبة للاستمرار في العصيان وليس زيادة في الحد (٣).

(١) انظر: الجريمة ١٥، الظروف المشددة والمخففة ٢٣٤-٢٣٥.

(٢) السياسة الشرعية ١٠١.

(٣) الظروف المشددة والمخففة ٢٣٣، ٢٣٥ وما بعدها، العقوبة ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٦، التشريع الجنائي لعودة ١/ ٣٧٦-٣٧٨.

وقد أجاز بعض الفقهاء الوصول بعقوبة التعزير إلى القتل إذا لم يرتدع الجاني بالتعزير لوحده أو بالحدود، وقيده بعضهم بما إذا كان القتل مشروعاً في جنس هذه الجرائم^(١).

٤٢٨/٢- السبب الثاني: التشديد بالنظر إلى الجريمة:

عند تقدير القاضي للعقوبة بناء على الجريمة ينبغي عليه أن ينظر إلى الجريمة من عدة نواح، من أهمها:

٤٢٨/٢/١- الأولى: التشديد بالنظر إلى كثرة الجريمة وقتلها: إذا كان الذنب في الناس كثيراً منتشراً زاد في العقوبة، بخلاف ما إذا كان الذنب قليلاً فإنه لا يحتاج معه إلى زيادة الردع عنه، لأن الناس لم يكثر تدينهم بهذا الذنب^(٢). ولعل من هذا القبيل إمضاء سيدنا عمر الطلاق الثلاث ثلاثاً لما انتشر في زمانه وكان يعد واحداً إذا كان في مجلس واحد، وكذلك استشارته لحد الخمر لما كثر شربه في زمنه وجعله ثمانين.

٤٢٨/٢/٢- الثانية: التشديد بالنظر إلى كبر الذنب وصغره: إن عقاب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم مثلاً أشد ممن لم يتعرض إلا لامرأة واحدة أو صبي واحد^(٣)، ومن أصاب من امرأة أجنبية كل محرم سوى الجماع ليس كمن قبل أجنبية أو لمسها، وكذلك إذا جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجها، وعلى

(١) للتوسع: تبصرة الحكام: ١٥٢/١، حاشية ابن عابدين ٦٣/٤، الإنصاف ٢٤٨/١٠، السياسة الشرعية لابن تيمية ١٠٣.

(٢) السياسة الشرعية ١٠١، وانظر: الظروف المشددة والمخففة ٢٣٨، ٢٣٩، وكذلك تغلظ الدية إذا حدث الخطأ في الأشهر الحرم أو في البلد الحرام أو كان المقتول رحماً للقاتل، الفقه الإسلامي وأدلته (٥٧١٠)، المغني ٨/٢٩٨ م (٦٧٩١)، الأحكام السلطانية ٣٥٣.

(٣) السياسة الشرعية ١٠١، الطرق الحكمية ٢٢٣، البحر الرائق ٤٤/٤-٤٥.

القاضي أن يراعي المماثلة، فعَظُمُ الجزاءُ مُرتَّباً على عِظَمِ الجريمة، والعكس بالعكس.

٤٢٨ / ٢ / ٣ - الثالثة: التشديد بالنظر إلى زمان ومكان الجريمة: الجريمة يجد ذاتها انتهاكاً لحرمة الله تعالى فيستحق التقويم والإصلاح لمن ارتكبها، فإذا ارتكبها فاعلها في زمان أو مكان عظيم الحُرمة، كالمسجد، أو شهر رمضان المبارك؛ توجه على القاضي أن يزيد في عقابه للجاني، لاجترأه المعصية، ولانتهاكه حرمة الوقت أو المكان المعظم.

جاء في مواهب الجليل: «الأدب يتغلظ بالزمان والمكان، فمن عصى الله في الكعبة أخصّ ممن عصاه في الحرم، ومن عصاه في الحرم أخصّ ممن عصاه في مكة، ومن عصاه في مكة أخصّ ممن عصاه خارجها»^(١).

ومن سَكِرَ في نهار رمضان مثلاً عقابه بعد الحد أشدّ ممن سكر في غير رمضان^(٢).

٤٢٨ / ٢ / ٤ - الرابعة: التشديد بالنظر إلى أثر الجريمة: إن النظر في أثر جرائم التعزير لا يقل أهمية عن النظر في الجريمة ذاتها من حيث مقدارها وانتشارها، وكلما عظم أثر الجريمة كلما كان عقابها أشدّ، فعقاب شاهد الزور الذي شوّه سمعة رجل تقي ليس كعقاب القاضي إذا تعمد الجور أو الظلم، لأن جور القاضي يعظم بعظم المنصب الذي يتولاه، فهو مسلّط على أموال الناس ودمائهم وأعراضهم، ولا يُسمح لأحد أن يشوّه سمعته بأنه حكم بالجور والحيف إلا إذا أقر القاضي بذلك أو ثبت ذلك بالبينة التي لا تقبل الشك. فإذا

(١) مواهب الجليل ٦ / ٣٢٠ ونسبه لابن ناجي.

(٢) الظروف المشددة ٢٣٨-٢٣٩، وانظر: تبصرة الحكام ٢ / ١٨٢، الإنصاف ١٠ / ٢٣٩.

أقر القاضي بذلك أو ثبت عليه بالبينة فإنه يعزل ويشهر ويفضح ويعاقب العقوبة الموجعة، ولا تجوز ولايته أبداً وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما اقترف في حق الله تعالى الذي جعله أميناً على العباد، وتكتب خيانتة هذه كيلاً تُنسى مع مرور الزمن فتقبل معها شهادته أو يولّى ثانية، والقاضي الجائر عمداً أقبح من شاهد الزور حالاً ومن كل ظالم^(١).

٤٢٨/٣ - السبب الثالث: التشديد بالنظر إلى من ارتكبت الجريمة في حقه:

كما أن الجريمة تعظم بحسب فاعلها فقد يعظم عقابها ويُشدد بالنظر إلى الجاني عليه، فمن يشتم عالماً صالحاً ليس كمن يشتم رجلاً عادياً، لأن التطاول هنا ليس مقصوراً على شخص العالم بل يكون تطاولاً على مقام العلم والصلاح، وتلحق المشتوم المعرفة بقدر مرتبته^(٢)، ومن يصفع رجلاً من عليه القوم فإنه يؤثر فيه أكثر مما يجده واحد من الناس.

وتعزير من يشتم الصحابة رضي الله عنهم ليس كتعزير من يشتم أحداً آخر، وكذلك من يسب النبي ﷺ^(٣) يلحق أيضاً بتشديد التعزير لعظم الجناية.

(١) المبسوط ٨٠/٩، تبصرة الحكام ٨٨/١، ٣٠٨/٢، الظروف المشددة والمخففة ٢٣٩ وما بعدها.

(٢) الإنصاف ٢٤٠/١٠.

(٣) ذكر في تبصرة الحكام ٢٨٢/١ أن من سب أحداً من الصحابة أو أزواج النبي ﷺ واتهمهم بأنهم كانوا على ضلال: كفر وقتل، وإن شتمهم بغير ذلك نكل نكالاً شديداً إن كان من مشاتمة الناس، ونقل عن ابن حبيب أن من غلا من الشيعة إلى بغض عثمان رضي الله عنه والبراءة منه أدب أدباً شديداً، ومن زاد إلى بغض أبي بكر وعمر فالعقوبة عليه أشد، ويكرر ضربه ويطال سجنه حتى يموت، فلا يبلغ في القتل إلا في سب النبي ﷺ، ثم ذكر أقوالاً أخرى في قتل من قال بضلال الصحابة أو أحد من أزواج النبي ﷺ وغير ذلك، وذكر ابن عابدين في حاشيته ٦٢/٤ - ٦٣ أن ابن تيمية في الصارم المسلول نقل أن من أصول الحنفية أن مالا قتل فيه عندهم فلإمام أن يعزر فاعله بالقتل، وله أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى ذلك لمصلحة، ولهذا أفنى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي ﷺ من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه، وقالوا: يقتل سياسة. وانظر: الظروف المشددة والمخففة ٢٤٣ وما بعدها.

٤٢٨/٤ - السبب الرابع: التشديد بالنظر إلى عدم توافر شروط إقامة الحدود: إذا ارتكب شخص ما يوجب الحد إلا أن الحد سقط عنه لشبهة مثلاً، أو ارتكب معصية وبلغ فيها أعلاها ولم يصل إلى ما يوجب الحد^(١)؛ كمن أتى من امرأة حراماً كل شيء دون الجماع^(٢)؛ فإن على القاضي أن يبالح في تعزيره ويشدد في ذلك، وكلما كانت الشبهة الدائرة للحد ضعيفة كلما كان التعزير أشد، لأن ضعف الشبهة لا يبعد المعصية كثيراً عن وجوب الحد، وتدل على جرأة العاصي على ارتكاب ما يجب في جنسه الحد، لكن الحد لا يجب إلا بكمال أسبابه واستيفاء شروطه كاملاً، وكلما كانت الشبهة قوية كلما خفف التعزير، لأن قوة الشبهة تخفف من عظم المعصية وتبعدها عن العقاب الشديد^(٣).

المطلب الثاني: الأسباب المخففة للعقوبة التعزيرية

٤٢٩ - تبين فيما سبق بحثه من أسباب التشديد في العقوبة كثير من أسباب التخفيف، ومنها:

٤٢٩/١ - أولاً: أن الجاني إذا لم يكن معروفاً بالشرور والفساد وصدرت منه معصية تستوجب العقوبة، فإنه لا يعاقب كأصحاب السوابق في الجرائم، إذا كان ما صدر منه من باب الزلة والفلتة.

جاء في البحر الرائق: «قال في الخانية وغيرها: لو كان ذا مروءة أول ما فعل يوعظ استحساناً ولا يعزر، وقال الناطفي: إذا تكرر منه يضرب التعزير»^(٤)،

(١) كشف القناع ١٢١/٦، حاشية ابن عابدين ٤/٦٠، كثر الدقائق بهامش البحر الرائق ٤٦/٥، البحر الرائق ٤٤/٥.

(٢) البحر الرائق ٤٤/٥.

(٣) العقوبة ٢١٣، وما بعدها، الظروف المشددة والمخففة ٢٤٥ - ٢٤٦.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٤٥، ومثله إلى قوله (ولا يعزر) في فتح القدير ٣٤٦/٥.

ونقل قريباً منه في تبصرة الحكام عما إذا كان الجاني رفيع القدر و صدر الذنب منه على وجه الفلته، لأن القصد بالتعزير الزجرُ عن العودة، ومن صدر ذلك منه فلته يظن به أنه لا يعود إلى مثلها^(١).

ثم قال ابن فرحون: «تنبيه: والمراد بالرفيع من كان من أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية لا المال والجاه، والمعتبر في الدنيا الجهل والجفاء والحماقة»^(٢).

وجاء في فتح القدير: «وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس: إذا كان له مروءة وُعْظٌ، وإن كان دون ذلك حُبسٌ، وإن كان سبباً ضُربٌ وحبسٌ: يعني الذي دون ذلك، والمروءة عندي في الدين والصلاح»^(٣).

فينظر في حال العاصي وما يكفيه من الزجر: فمن الناس من يكفيه النظر بوجه عبوس، ومنهم من لا ينفع معه إلا الأدب الشديد والسجن الطويل.

ثم إن للقاضي أن يراعي كذلك في التعزير ما إذا كان الجاني قدوة وصاحب مركز في قومه يقتدي الناس به من عدم ذلك، فالتخفيف لا يصار إليه إلا إذا لم تصاحبه ظروف أخرى مشددة^(٤).

(١) تبصرة الحكام ٢/٢٩٩، ٣٠٠.

(٢) تبصرة الحكام ٢/٣٠٠.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٥/٣٤٦.

(٤) الظروف المشددة والمخففة ٢٥٢ وما بعدها، البحر الرائق ٥/٤٤ - ٤٥، والشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (العقوبة ٣٦٧-٣٦٨) يرد بشدة على ما وصفه بأنه فكرة أعجمية نبتت بين الكثير من متأخري الفقهاء، وهي أن الناس متفاوتون في المنازل، لأن المسلمين تتكافأ دماؤهم، وأن القول بذلك هو من منطق الجاهلية، وقد كان النبي ﷺ يقيد من نفسه من رأى أنه أساء إليه، فَمَنْ دونه من الناس أولى بهذا المنطق ثم نقل قول سعد زغلول: «إننا نتفاضل فيما بيننا، ولكننا أمام القانون سواء» وأن القول بالمنطق السابق يؤدي بنا إلى أن تكون العقوبات متفاوتة بالفقر والغنى وأن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: [رأيت ذا المال عند الناس مهيباً وذا الفقر عند الناس مهيناً]. وذلك ظلم الناس في تقديرهم، وعدل =

٤٢٩ / ٢ - ثانياً: التخفيف بالنظر إلى الجناية: إن من دواعي تخفيف العقوبة صغر الذنب أو عدم انتشاره بين الناس، وهذا يتعلق بشخصية المذنب أيضاً، لأن التعازير ينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً^(١).

٤٣٠ - خلاصة: يتبين مما سبق أن القاضي في تقديره لعقوبة من العقوبات عليه أن يراعي عدة أمور في ذلك، ولا يصح منه أن يُصدر أحكامه بناء على الهوى والتشهي أو العداوات الشخصية فيما بينه وبين الجاني مثلاً، وسيأتي أن القاضي إذا كان بينه وبين أحد الخصمين عداوة لم يكن له أن ينظر في قضيته خشية من الحيف، ومن الميل إن كان بينه وبين أحد الخصوم قرابة مانعة من قبول الشهادة^(٢).

٤٣١ - وقد تقدم في مباحث التعزير الضوابط التي ينبغي على القاضي أن يضبط عمله بها أثناء تقديره للتعازير، وأن يراعي العناصر التي ينبغي أن تتوافر في عقوبة التعزير^(٣). والله تعالى أعلم.

-
- = الله التسوية، أما العقاب فالناس فيه سواء. اهـ. بتصريف.
- أقول: ينبغي أن لا يؤخذ كلام الشيخ أبو زهرة على إطلاقه، فالفقهاء نهوا على أن المراد بأشراف الناس العلماء وأصحاب الدين لا أصحاب المال والسلطة، كما أن النبي ﷺ كان ينزل الناس منازلهم، وإن كان في العقاب لا يفاضل بين أحد حتى ولو كانت ابنته فاطمة الزهراء رضي الله عنها وحاشا مقامها العالي.
- وما روي من «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود» رواه أبو داود في كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، رقم ٤٣٧٥، وأحمد في باقي مسند الأنصار، رقم ٢٤٩٤٦. فيه إشارة إلى التخفيف على من صدر منه الذنب من غير قصد أو عن غير تكرار وعود، إذا لم يكن في ذلك إهدار لحق أحد من العباد، أما إذا كان التعزير لحق الله تعالى فإنه لا يهدر أيضاً، لأن مجرد إحضار الخصم لمجلس القضاء وإخباره بذنبه المنسوب إليه يعد تعزيراً. والله تعالى أعلم.
- (١) تقدمت المراجع عند الحديث عن عظم الجناية وصغرها، راجع الفقرة (١/٢/٣٢٨)
- (٢) انظر فقرة (٥١٠).
- (٣) راجع فقرة (٤٠١ إلى ٥/٤٠١).

المبحث السادس سقوط العقوبة واستبدالها

٤٣٢- أسباب سقوط العقوبة متعددة ومتنوعة، وقد تسقط العقوبة مطلقاً ولا تستبدل بعقوبة أخرى، وقد تسقط وتستبدل بعقوبة أخرى مكانها. وسأقتصر في بحثي على ما يتعلق بالسلطة التقديرية ويبرز النشاط التقديري للقاضي دون التعرض لما وراء ذلك إلا بما يتطلبه البحث من توسع.

المطلب الأول: سقوط القصاص والعفو عنه

٤٣٣- العقوبة الأصلية للقتل العمد: اختلف الفقهاء على مذهبين في موجب القتل العمد، هل هو القصاص عيناً، أو أن القتل العمد يجب به أحد شيئين ابتداءً: القود أو الدية.

٤٣٣/١- المذهب الأول: إن القتل العمد العدوان يوجب القصاص عيناً، فليس للولي إلا أن يستوفي القصاص من الجاني، أو يعفو عنه، ولا يجب على الجاني شيء من المال إلا إذا بذله برضاه.

ذهب لذلك الحنفية، والمالكية، والشافعية في ظاهر المذهب، وأحمد في رواية، وعبارة الشافعية: موجب العمد القود عيناً، والدية بدل عند سقوطه، وفي قول: موجب العمد أحدهما (القصاص والدية) مبهماً، وعلى القولين: للولي العفو على الدية بغير رضا الجاني، وعلى الأول: لو أطلق العفو فالمذهب: لا دية^(١).

(١) بدائع الصنائع ٧/٢٤١، المبسوط ٢٦/٦٠-٦٢، الإنصاف ج ١٠/٣، القواعد لابن رجب =

٤٣٣/٢ - المذهب الثاني: يجب بالقتل العمد العدوان أحد شيئين: إما القصاص، وإما الدية، فللولي أن يستوفي القصاص وله أن يعفو عنه ويطالبه بالدية فتجب عليه وتلزمه وإن لم يرض، وللولي أن يعفو مجاناً، وتكون الدية هنا بدلاً عن النفس لا بدلاً عن القصاص.

واختيار الأولياء للدية يعتبر إسقاطاً للقصاص فليس لهم بعد اختيار الدية الرجوع للمطالبة بالقصاص.

وهذا هو المذهب عند الحنابلة والمشهور عندهم وعليه أكثر الأصحاب، وهو قول عند الشافعية، ورواية أشهب عن الإمام مالك^(١).

٤٣٣/٣ - خلاصة: تبين مما تقدم أن لأولياء المقتول العفو عن القصاص، وهذا العفو يسقط القصاص عن الجاني إذا كان العفو مجاناً، واختلفوا في العفو على المال، فإن صح فهو صلح، وهل يشترط له رضا الجاني أم أن لأولياء القتل أن يجبروه عليه إذا اختاروه بدلاً عن القصاص.

٤٣٤ - عفو الإمام عند عدم وجود ولي:

إذا كان لولي القتل^(٢) أن يعفو عن القصاص مطلقاً أو مقابل مال؛ فهل

= ٣٠٣ وما بعدها، تحفة المحتاج مع المنهاج ٤٤٥/٨ وما بعدها وقالوا: وقد يتعين القود ولا دية، كقتل المرتد لمرتين، وقد تتعين الدية كما في قتل الوالد لولده، وقد لا يجب إلا التعزير والكفارة كما في قتل عبده، حاشية الجمل ٥٣/٥، ٥٤، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٣٩/٤، منح الجليل مع مختصر خليل ج ٩/٩-١٠، أسباب سقوط العقوبة في الفقه الإسلامي لعبد الله الغامدي ١٠٧، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦٧٧، التشريع الجنائي لعودة ٧٧٥-٧٧٦، ١٥٧/٢ وما بعدها.

(١) منح الجليل ج ٩/٩-١٠، الإنصاف ٣/١٠، القواعد لابن رجب ٣٠٣ وما بعدها، تحفة المحتاج مع المنهاج ٤٤٥/٨ وما بعدها، حاشية الجمل ٥٣/٥، ٥٤، أسباب سقوط العقوبة للغامدي ١٠٨-١٠٩، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦٧٨.

(٢) لمعرفة خلاف الفقهاء في تحديد الولي الذي له العفو، انظر: حاشية ابن عابدين ٥٣٨/٦، =

يجوز للسلطان أو القاضي أن يعفو عن القصاص أو يصلح في حالة انعدام
الولي للمقتول^(١)؟ العلماء على قولين:

٤٣٤ / ١ - القول الأول: للسلطان أن يفعل ما يرى فيه مصلحة المولى عليه
ومصلحة الأمة، فهو مكان الولي، فلا يفعل إلا ما فيه مصلحة من تحت ولايته،
وهو ولي من لا ولي له، ولكن ليس له إلا أن يقتص أو يعفو إلى الدية، وليس
له أن يعفو إلى غير مال، لأن ذلك لا مصلحة فيه للمولى عليه، والقاضي بمنزلة
السلطان لأنه نائبه.

ذهب إلى ذلك الحنفية، والشافعية، والحنابلة في الراجح عندهم، وبعض
المالكية^(٢).

٤٣٤ / ٢ - القول الثاني: ليس للسلطان أن يعفو لا إلى مال ولا إلى غيره،
ويتعين على السلطان القصاص من الجاني.

= الفتاوى الهندية ٧/٦ وما بعدها، المغني ٨/٢٨٥ م (٦٧٦٤)، الأحكام السلطانية ٣٥١،
مواهب الجليل ٦/٢٥٠، سقوط العقوبات، لفضيلات ١/١١٢ وما بعدها.
(١) يرى محمد الفضيلات في سقوط العقوبات (١/٩٦ وما بعدها) أن للسلطان حقاً في العفو
حتى مع وجود ولي، لكنه مردود لأن الولاية الخاصة أقوى من العامة ويقدم الولي الأقرب
على الأبعد.

وفي مغني المحتاج ٥/٢٧٥ إشارة تشهد له.
(٢) مواهب الجليل ٦/٢٥٠، الأم ٦/٢٢، المغني ٨/٢٨٦ م (٦٧٦٦)، شرح منتهى الإرادات
٣/٢٧٣-٢٧٤، الإنصاف ٩/٤٨٣، وفيه «ومن لا وارث له وليه الإمام إن شاء اقتص»،
الفتاوى الهندية ٦/٨، الهداية بهامش فتح القدير ١٠/٣٢٥ وما بعدها، وفيه «إذا قتل ولي
المعتوه فلا يبيح أن يقتل لأنه من الولاية على النفس، شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي
الصدور فليح كالإتكاح، وله أن يصلح لأنه أنظر في حق المعتوه، وليس له أن يعفو؛ لأن فيه
إبطال حقه...»

والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح، الا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان،
والقاضي بمنزلة فيه». اهـ.

ذهب إلى ذلك بعض المالكية، وبعض الحنابلة^(١).

٤٣٥- آثار العفو عن القصاص: أول آثار العفو عن القصاص سقوط القصاص، وإذا سقط القصاص بالعفو لم يكن لولي الدم عند الحنفية ومن معهم من المالكية شيء من الدية؛ إلا إذا اتفق ولي الدم مع الجاني ورضي الجاني وبذها، لأن المتعين بالقتل العمد القصاص وقد سقط، وعند الشافعية في قول: يجب بالقتل العمد: القصاص أو الدية على التخيير، فإذا عفا ولي الدم فقد وجبت الدية، لأن الخيار له، وقد اختار الدية، وإن لم يرض الجاني أو يوافق على بذل المال.

على أن القصاص إذا سقط من غير مقابل من المال، أو سقطت الدية للعفو عنها؛ فإنه لا يجب شيء على القاتل إلا تعزير يقوم به ولي الأمر زجراً للجنة؛ وتنفيذاً لحق الله تعالى الموجود في القصاص، إذ لا يخلو حق للعباد من حق لله تعالى فيه^(٢).

وسلطة القاضي في التعزير واسعة، فقد يتشدد فيه لخطورة المجرم أو الجريمة وقد ينزل به إلى أدنى درجاته، وقد ينفذه وقد يعفو عنه وقد يكتفي بمجرد الحكم به ثم يوقف تنفيذه فيجعله بمرتبة المانع الذي يتهدد الجاني من أن يكرر جريمته أو يعاودها.

المطلب الثاني: سقوط الحدود والعفو عنها

٤٣٦- موقف ولي الأمر من الحدود: الحدود عقوبات مقدرة من الشرع، وليس لولي الأمر أن يسقط حداً قد تحقق وجوبه، واستوفيت شروطه، وثبت

(١) الإنصاف ٩/٤٨٤، مواهب الجليل ٦/٢٥٠.

(٢) العقوبة ٤٨١، ٤٨٢، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥٦٧٨، في أساسيات التشريع الجنائي لبركة ١١٣.

لدى القضاء وقوع جريمته؛ وإلا كان ولي الأمر أو القاضي معطلاً لحدود الله تبارك وتعالى، ويكون ذلك ذريعة لتعطيل شريعة الحدود التي هي جزء من الشريعة الإسلامية، وإقامة الحدود عبادة وجهاد، ومنذ أن تعطلت إقامة الحدود شاع الفساد وعمت الرذيلة^(١).

٤٣٧- أسباب سقوط الحدود: ومع أن الحدود عقوبات مقدرة مشددة؛ فإن أسباب سقوطها متعددة، منها ما يتعلق بها قبل أن تثبت، ومنها ما يكون بعد ثبوتها، ومنها ما يتعلق بها من جهة مستحقيها^(٢).

والذي يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي في إسقاط الحدود بعد ثبوتها من غير ما شبهة: العفو عنها، والقاضي لا يملك حق العفو عن الحدود لأن العفو يكون ممن يملكه، وما كان منها حقاً للعبد لم يكن له أن يسقطه من غير رضاه وإلا كان متعدياً^(٣).

٤٣٨- أثر سقوط الحدود: إذا سقط الحد لأي سبب من الأسباب الشرعية كان للقاضي أن ينتقل إلى التعزير الذي قد يصل به إلى درجة شديدة في العقاب أو يخفف فيه أو يعفو عنه مطلقاً حسبما يرى من مصلحة تقويم الجاني ومصلحة الجماعة الإسلامية^(٤)، وإن كان الحد سقط للشبهة فالتعزير فيه حق لله تعالى^(٥).

(١) العقوبة ٢٨١، التشريع الجنائي لعودة ١/ ٧٧٤، وقد تقدم بحث ذلك فقرة (٣٨٤/٣ وما بعدها).

(٢) راجع فقرة (٣٨٨) وما بعدها، فقد تقدم في أثنائها معظم أسباب سقوط الحد.

(٣) الفروق ١/ ١٤١، الفرق (٢٢) وفيه كلام نفيس عما هو حق لله تعالى وما هو حق للعبد وعن التمييز بينهما، والبدايع ٧/ ٥٦، قاعدة درء الحدود بالشبهات، عبد الخالق أحمدون، بحث مقدم مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السابعة، العدد السابع والعشرون، ١٤١٦هـ صفحة ١٣.

(٤) راجع فقرة (٤٢٥) وما بعدها، وانظر حاشية ابن عابدين ٨/ ٨٠.

(٥) العقوبة ٧٢.

المطلب الثالث: سقوط التعزير والعفو عنه

٤٣٩- التعزير إما أن يكون حقاً لله تعالى، وإما أن يكون حقاً للعبد.

١/٤٣٩- حق العبد: هو ما يكون للعبد إسقاطه، كالسب، والضرب، والإيذاء بوجه ما، ولا يخلو حق للعبد من حق لله تعالى فيه، لأن الواجب على الإنسان عدم إيذاء الآخرين.

٢/٤٣٩- حق الله تعالى: هو ما ليس لأحد إسقاطه، كالأكل في نهار رمضان، وتأخير الصلاة، وطرح ما يؤذي الناس في طرقاتهم العامة^(١).

٤٤٠- وتفصيل حكم العفو عن التعزير الذي وجب لحق الله تعالى أو لحق العباد على النحو الآتي:

١/٤٤٠- حق العفو عن التعزير الذي وجب لحق الله تعالى: العلماء فيه على أقوال ثلاثة:

١/١/٤٤٠- القول الأول: إن المنصوص عليه من التعزيرات، كوطء الرجل جارية امرأته، أو الجارية المشتركة؛ يجب على ولي الأمر امتثال الأمر فيها، وما لم يكن منصوصاً عليه من التعزيرات فلولي الأمر العفو أو المعاقبة حسبما يرى من المصلحة العامة ومن مصلحة تقويم الجاني وانزجاره بالعقوبة أو استغنائه عنها. وهو مذهب الحنفية، وهو قول عند الحنابلة^(٢).

٢/١/٤٤٠- القول الثاني: إن التعزير إذا وجب لحق الله تعالى لم يجوز

(١) الفروق للقرافي ١/١٤١، الفرق (٢٢)، مختصر خليل بهامش الخرشى ٨/١١٠، تفهيم العقوبة التعزيرية في الفقه، طارق الخويطر، بحث مقدم مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٦١، السنة ١٤٢١هـ - صفحة ٣١٠ وما بعدها.

(٢) البحر الرائق ٥/٤٩، فتح القدير ٥/٣٤٦، الإنصاف ١٠/٢٤١.

العفو عنه، وهذا هو مذهب الحنابلة، والمالكية أيضاً^(١). جاء في الشرح الكبير «وعزر الإمام أو نائبه ممن له ذلك لمعصية الله... إلا أن يجيء تائباً»^(٢).

٤٤٠ / ١ / ٣ - القول الثالث: إن التعزير لحق الله تعالى يجوز للولي فيه أن يعفو أو يعزر حسبما يرى من المصلحة، وهذا القول يلتقي مع القول الأول فيما إذا لم يكن التعزير منصوصاً عليه، وهو مذهب المالكية، ومذهب الشافعية^(٣).

جاء في الأحكام السلطانية: «الوجه الثاني: أن الحدود وإن لم يجز العفو عنه [لعلها عنها] ولا الشفاعة فيه [لعلها فيها] فيجوز في التعزير العفو عنه [أي حق السلطنة]، وتسوغ الشفاعة فيه، فإذا تفرد التعزير بحق السلطنة وحكم التقويم، ولم يتعلق به حق لآدمي؛ جاز لولي الأمر أن يراعي الأصلح في العفو، وجاز أن يُشفعَ فيه من سأل العفو عن الذنب...»^(٤).

والنبي ﷺ رغب في الشفاعة عند السلطان فقال: «اشفعوا إليّ تؤجروا ويقضي الله على لسان نبيه ما يشاء»^(٥).

٤٤٠ / ٢ - حق العفو عن التعزير الذي وجب لحقوق العباد:

- (١) الإنصاف ١٠ / ٢٤١، الفروق للقرافي ٤ / ١٧٩، الفرق (٢٤٦).
- (٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤ / ٣٥٤.
- (٣) مواهب الجليل ٦ / ٣٢٠، الأحكام السلطانية ٣٥٩، مغني المحتاج ٥ / ٥٢٤، وانظر لما سبق: التشريع الجنائي لعودة ١ / ٧٧٦ وما بعدها، العقوبة ٧٢ وما بعدها.
- (٤) الأحكام السلطانية للماوردي ٣٥٩.
- (٥) البخاري في كتاب الزكاة، باب التحريض على الصدقة والشفاعة فيها، رقم ١٣٦٥، ومسلم في كتاب البر والصلة، باب استحباب الشفاعة فيما ليس بجرام، رقم ٢٦٢٧، والترمذي في كتاب العلم عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء الدال على الخير كفاعله رقم ٢٦٧٢، والنسائي في كتاب الزكاة باب الشفاعة في الصدقة رقم ٢٥٥٦، وسنن أبي داود في كتاب الأدب باب في الشفاعة رقم ٥١٣١، ومسند أحمد في أول مسند الكوفيين، من حديث أبي موسى الأشعري رقم ١٩٠٨٧.

٤٤٠ / ٢ / ١ - العفو من صاحب الحق: ذهب الفقهاء إلى أن التعزير إذا
وجب لحق العبد جاز لهذا العبد أن يعفو عنه بل يستحب له ذلك^(١).

جاء في بدائع الصنائع: «وأما صفته - أي التعزير: فله صفات، منها: أنه
يحتمل العفو والصفح والإبراء»^(٢).

٤٤٠ / ٢ / ٢ - العفو من ولي الأمر: ويجوز لولي الأمر أن يعفو عن التعزير
وإن كان لحق العبد أيضاً، ذهب إلى ذلك المالكية وغيرهم^(٣).

٤٤١ - أثر العفو عن التعزير:

٤٤١ / ١ - عفو القاضي لا يبطل حق العبد: ينبه الفقهاء إلى أن الإمام أو
القاضي إذا عفا عن حق الله الموجود مع التعزير لحق الأدمي فإن هذا العفو لا
يبطل حق الأدمي أو يهدره، فإذا لم يسامح المعتدى عليه كان على القاضي أن
يستوفي له حقه^(٤).

٤٤١ / ٢ - متى يُبطل عفو المجني عليه التعزير لحق السلطنة ومتى لا يبطله:
إذا عفا المعتدى عليه في جريمة التعزير، فهل يُبطل عفوهُ حق الإمام في التأديب
والتعزير؟

جاء في الأحكام السلطانية: «ولو تعلق بالتعزير حق لأدمي، كالتعزير في
الشتم والمواثبة، ففيه حق المشتوم والمضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهديب،
فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم والمضروب، وعليه أن يستوفي

(١) مغني المحتاج ٥/٥٢٢، الأحكام السلطانية ٣٥٩، مواهب الجليل ٦/٣٢٠، فتح القدير ٥/٣٤٦.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٦٤ - ٦٥.

(٣) مواهب الجليل ٦/٣٢٠.

(٤) الأحكام السلطانية ٣٥٩، فتح القدير ٥/٣٤٦.

له حقه من تعزير الشاتم والضارب، فإن عفا المضروب والمشتوم كان ولي الأمر بعد عفوهما على خياره في فعل الأصلح من التعزير تقويماً والصفح عنه عفواً، فإن تعافوا عن الشتم والضرب قبل الترافع إليه سقط التعزير الآدمي [لعلها لآدمي]، واختلف في سقوط حق السلطنة عنه والتقويم على الوجهين: أحدهما وهو قول أبي عبد الله الزبيري: أنه يسقط وليس لولي الأمر أن يعزر فيه، لأن حد القذف أغلظ ويسقط حكمه بالعفو، فكان حكم التعزير بالسلطنة أسقط. والوجه الثاني: وهو الأظهر، أن لولي الأمر أن يعزر فيه مع العفو قبل الترافع إليه، كما يجوز أن يعزر فيه مع العفو بعد الترافع إليه مخالفة للعفو عن حد القذف في الموضوعين، لأن التقويم من حقوق المصلحة العامة، ولو تشاتم وتوائب والد مع ولد سقط تعزير الوالد في حق الولد، ولم يسقط تعزير الولد في حق الوالد، كما لا يقتل الوالد بولده، ويقتل الولد بوالده، وكان تعزير الأب مختصاً بحق السلطنة والتقويم لا حق فيه للولد. ويجوز لولي الأمر أن ينفرد بالعفو عنه؛ وكان تعزير الولد مشتركاً بين حق الوالد وحقوق السلطنة، فلا يجوز لولي الأمر أن ينفرد بالعفو عنه مع مطالبة الوالد به حتى يستوفيه له، وهذا الكلام في الوجه الثاني الذي يختلف فيه الحد والتعزير»^(١) اهـ .

٣/٤٤١ - فينبغي ألا يطغى عفو ولي الأمر أو المعتدى عليه على حق العباد، ولا العكس، وإذا رأى ولي الأمر مصلحة في عفو عن تعزير وجب لآدمي؛ كان عليه أن يوفيه حقه دون نقصان.

٤/٤٤١ - وإذا كان التعزير قد وجب لحق الله تعالى وعفا عنه القاضي أو السلطان سقط، وقد يعفو عنه لتعزير أخف، وقد يعفو عنه مطلقاً حسبما يرى من المصلحة^(٢). والله تعالى أعلم.

(١) الأحكام السلطانية ٣٥٩ - ٣٦٠.

(٢) التشريع الجنائي لعودة ١/٧٧٧.

الفصل الخامس

آثار استخدام النشاط التقديري للقاضي

ويتضمن المباحث الآتية :

- المبحث الأول: حجية الحكم القضائي (قوة الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية)
- المبحث الثاني: الرقابة على الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية
- المبحث الثالث: نقض الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية
- المبحث الرابع: المسؤولية عن الخطأ المترتب عن استخدام السلطة التقديرية
- المبحث الخامس: العلاقة بين السلطة التقديرية واستقلال القاضي

المبحث الأول

حجية الحكم القضائي

(قوة الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية) (١)

٤٤٢- تمهيد: أشرت سابقاً إلى أن القضاء من أخطر المناصب، وهو وظيفة الأنبياء المرسلين^(٢)، وأساس خطورته الغاية التي شرع من أجلها، وهي الفصل بالحق والعدل بين الخصوم، بتطبيق الشرع الحكيم المكنون في كتاب الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ، وإعادة ما أصابه الخلل من الأوضاع والعلاقات بين الأشخاص إلى نصابه، وإلزام الأطراف كلهم بالوضع الذي يُرضي الله تبارك القائل ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [ص: ٢٦].

٤٤٣- أهمية المؤيدات: وأي وظيفة لا يمكن أن تثمر ثمارها وتحقق غاياتها المنشودة ما لم يكن لها من الدعم والتأييد ما يضع منجزاتها موضع الاحترام والتنفيذ في الواقع، والقضاء من أهم الوظائف التي ينبغي أن تؤيد بذلك، لأنه يؤدي إلى قطع المنازعات وفصل الخصومات ووضع حد للمنازعات التي قد تنشأ عن احتكاك الناس بعضهم ببعض وتعامل بعضهم مع بعض.

(١) من تناول هذا الموضوع بتوسع د. محمد نعيم ياسين في بحثه حجية الحكم القضائي، وهو بحث مقدم لمجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الثالث، والعدد الرابع، وقد أفدت منه كثيراً.

(٢) للتوسع انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ١٢/١ وما بعدها.

٤٤٤- استنتاجات من تعريف القضاء: الناظر في تعريف القضاء عند الفقهاء يلحظ أنهم تنبهوا لهذا الأمر، وأن القضاء يقوم على الإلزام واستحقاق التنفيذ، والحفظ من التبديل والتغيير إلا في أمور مستثناة محددة، ومن معنى القضاء في اللغة: الحكم، والقطع، والحتم، والإنفاذ^(١)، وكذلك فإن من الفروق بين الفتوى والقضاء أن القضاء يختص بالإلزام، بخلاف الفتوى.

٤٤٥- أهمية مشروعية الحكم القضائي: لا بد من الإشارة إلى أن الحكم القضائي إنما يتمتع بتلك القوة والحصانة إذا كان ملتزماً بالغاية المحددة والمشروعة له، فإن حاد عنها فإنه يفقد تلك الحجية الشرعية، وهذا الأمر معقد جداً عند التطبيق في الواقع، لأن معرفة الحق تبنى على معرفة حكم الشرع في القضية المعروضة، وكثيراً ما تكون الأحكام مبنية على الاجتهاد الذي قد يستلزم اختلاف وجهات النظر بين المجتهدين، وكذلك فإن معرفة صاحب الحق في الدعوى مبنية على دراسة الوقائع المعروضة أمام القاضي والمستخلصة من الدعوى، وعلى حجاج الخصوم التي يثبت كل واحد منهم موقفه بها وعلى قوة كل دليل.

وإن تعدد العناصر المؤثرة التي يتكون منها الحكم القضائي يعني تعدد الاحتمالات، ووقوع القاضي عُرضةً لكثير من المؤثرات، وبخاصة إذا كان أحد أطراف الدعوى ممن لهم دُربة وقدرة على تزوير الحقائق والمماحكة واللحن في القول والمهارة في الجدل، وهذا مما يؤدي لمفسدة عامة هي: فقدان الثقة في القضاء، وعدم اطمئنان النفس إلى سلامة الأحكام التي تصدر عنه وتكون عُرضةً للنقض والتبديل، مما يعني عدم استقرار التعامل بين الناس ووقوعهم في القلق والحرج.

(١) سبق بيان معنى القضاء في اللغة والاصطلاح بتوسع في التمهيد من هذا البحث راجع فقرة (١١) وما بعدها.

٤٤٦- من خصائص الإسلام: من أهم خصائص الإسلام البارزة: أنه يقيم توازناً بين مصلحة الفرد الممتثلة في حقه في الحصول على العدالة مهما كلف الوصول إليها، وبين مصلحة الجماعة الممتثلة في استقرار التعامل بين أفرادها.

٤٤٧- التلازم بين السلطة التقديرية والسلطة القضائية: البحث في قوة الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية هو بحث في قوة الأحكام الصادرة عن السلطة القضائية عموماً، للتلازم بينهما، إذ حيثما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية^(١).

٤٤٨- تعبير معاصر: ويعبر بعض المعاصرين عن قوة الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية: بحجية الحكم القضائي^(٢).

كما أن البحث في حجية الحكم القضائي يتممه البحث عن نقض الحكم القضائي وأسباب النقض، وهو ما سيأتي بحثه قريباً إن شاء الله تعالى.

المطلب الأول: مفهوم حجية الحكم القضائي

٤٤٩ - معنى الحكم:

١/٤٤٩- الحكم بضم الحاء: لغة: القضاء، والعرب تقول: حكمت وأحكمت وحكمت بمعنى منعت ورددت^(٣)، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم^(٤).

(١) راجع فقرة (٧٤) وما بعدها من هذا البحث.

(٢) مثلاً د. محمد نعيم ياسين في بحث حجية الحكم القضائي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة ٦، عدد ٣، والدكتور عبد الناصر أبو البصل في نظرية الحكم القضائي ص ٤١٨، وهو لفظ قانوني.

(٣) مختار الصحاح (ح ك م).

(٤) لسان العرب (ح ك م).

٤٤٩/٢- واصطلاحاً: فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه على سبيل الإلزام^(١).

٤٥٠- ما يبنى عليه الحكم القضائي: والحل الذي يعلنه القاضي في الشريعة الإسلامية للخصومة التي عرضت عليه إنما يبنى على ما يأتي:
٤٥٠/١- أولاً: الوقائع التي يدعيها أطراف الدعوى، ويكشف عنها الشهود وطرق الإثبات الأخرى.

٤٥٠/٢- ثانياً: الحكم الشرعي للواقعة المعروضة والمأخوذ من المصادر الشرعية للأحكام القضائية من كتاب وسنة أو اجتهاد.

٤٥١- مداخل الخطأ على الحكم القضائي: الحكم القضائي عمل بشري معرض لدخول الخطأ عليه من جهتين:

٤٥١/١- أولاً: جهة البحث والكشف عن الحكم الشرعي من مصادره الشرعية.

٤٥١/٢- ثانياً: جهة تقدير الوقائع التي يدعيها أطراف الدعوى ويكشف عنها التحقيق والنظر في أدلة الإثبات الشرعية.

٤٥٢- محل النشاط التقديري: وإنما يكون النشاط التقديري للقاضي في استخلاص الوقائع المنتجة (أي التي لها صلة بالدعوى وتكون مثمرة يمكن بناء نتائج عليها) من عناصر النزاع المطروحة أمامه، وتكييفها وجعلها على صورة مسألة شرعية، ثم في البحث عن حكمها الشرعي، وقد يأخذه بصورة مباشرة من دليل شرعي تفصيلي نصي، وقد يستنبطه باجتهاده المبني على القياس أو غيره من الأدلة الشرعية العقلية^(٢).

(١) نظرية الدعوى، لياسين ص ٦٤٣، وهو ما اختاره من تعريفات فقهية أوردتها.

(٢) انظر قريباً من ذلك: التقدير القضائي المستقبلي، لنبل عمر ص ٢٢.

فالحكم الشرعي هو محصلة تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع التي يدعيها الخصوم وتكشف عنها البيّنات.

٤٥٣- استدراك: الاحتمالان السابقان للخطأ قد يردان على كل حكم قضائي، مهما كانت قدرة القاضي ونباهته وعلمه، ولو أخذ بعين الاعتبار هذان الاحتمالان في كل حكم قضائي لما استقر أي حكم صادر عن قاض، ولتعطل القضاء واضطربت مصالح العباد، ولهذا كان من الضرورة بمكان حمل الأحكام القضائية على الصحة، وعلى عدم النظر إلى مقتضى هذين الاحتمالين، وما يدعم سلامة القول بهذا الرأي كثرة الشروط المطلوبة فيمن يتولى منصب القضاء، وتعدد الإجراءات التي وضعها الفقهاء في سبيل إصدار الحكم القضائي^(١).

وسأبين في المطلب الثاني مدى حجية الحكم القضائي، إن شاء الله تعالى.

المطلب الثاني: مدى حجية الحكم القضائي

٤٥٤- تبين من مفهوم الحكم القضائي أن الحكم القضائي من حيث الأصل: إذا صدر عن أهله مستوفياً لشروطه المطلوبة وسعى لتحقيق العدالة؛ فإنه ينبغي أن يترتب على ذلك استحقاق التنفيذ لثمرة النشاط التقديري للقاضي، ولا يعاد النظر في القضية، ولا يؤجل تنفيذ الحكم أو ينقض إلا لعذر مقبول.

٤٥٥- قوة الحكم القضائي: وإذا صدر الحكم القضائي مبنياً على نص قطعي الدلالة والثبوت من قرآن أو سنة^(٢)، فلا يجوز لأحد أن يطعن فيه أو يخالفه^(٣)، وكذلك إذا صدر عن إجماع ثابت.

(١) انظر لما سبق: حجية الحكم القضائي لياسين، ١٣٢ وما بعدها، وهو بحث مقدم لمجلة الحقوق - جامعة الكويت - السنة السادسة، العدد الثالث.

(٢) يقصد السنة المتواترة أو المشهورة عند الحنفية، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٠.

(٣) لأن مخالفة المتواتر من كتاب وسنة إذا كان قطعي الدلالة كفر، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٠ وقال: كذا في التلويح. اهـ. قلت: المراد مخالفة جحود وإنكار لا مخالفة كسل وعصيان.

أما إذا كان النص غير قطعي الدلالة وإن كان قطعي الثبوت؛ فإنه يكون مجالاً خصباً لاجتهادات المجتهدين واستنباط المستنبطين لحكم الشرع من المسائل المعروضة، وفي كلا الحالين يجب إنفاذ الحكم القضائي الصادر عن أهله لما يأتي:

١/٤٥٥ - أولاً: إن حكم القاضي إن صدر عن اجتهاد منه فإنه يجب العمل به وتقديمه على الاجتهادات الأخرى؛ لأن اتصال القضاء باجتهاد القاضي يرجحه، والأخذ بالراجح متعين، أما إذا لم يكن الخصوم مجتهدين، أو لم يكن في الأمة مجتهد غير القاضي؛ فإنهم يتبعون رأي القاضي، سواء قضى لهم أم قضى عليهم^(١).

٢/٤٥٥ - ثانياً: القضاء أقوى من الفتوى، فإذا قضى القاضي برأي مخالف للفتوى في مسألة مجتهد فيها فإن الخصوم يلتزمون القضاء، وإن كان المفتي أعلم عند العامة في تلك الحادثة^(٢).

٣/٤٥٥ - ثالثاً: المنصوص عليه كالدية يعتبر مقدراً، والمقدر لا تجوز الزيادة عليه؛ لأن تقدير الشرع فوق تقدير القاضي^(٣)، لئلا يلزم تغيير الثابت^(٤)، لكن إن لم يكن فيه نص وفوض الشارع فيه القاضي بتبيين الحكم الشرعي فإن تقدير القاضي كالشارع^(٥).

(١) البحر الرائق ١٥/٧-١٦، البدائع ١٤/٧-١٥.

(٢) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ج ١٦/٧، البدائع ج ٦/٧، الفتاوى الهندية ٣/٣٥٤-٣٥٥ مع بعض التفصيل.

(٣) كنز الدقائق بهامش تبين الحقائق ٣٩/٥ بتقديم وتأخير.

(٤) تبين الحقائق ٣٩/٥.

(٥) حاشية ابن عابدين ٣٩٤/٥، وجاء في الفروق للقرافي ٢/١٠٤-١٠٥، الفرق ٧٧/ «أن الله تعالى جعل للحاكم أن ينشئ الحكم في مواضع الاجتهاد بحسب ما يقتضيه الدليل عنده أو عند إمامه الذي قلده، فهو منشئ لحكم الإلزام فيما يلزم والإباحة فيما يباح.. وإذا كان =

٤/٤٥٥ - رابعاً: حكم القاضي في المجتهدات وإن كان معتمداً على القياس؛ فإن القياس ليس عملاً بالظن العادي، بل هو عمل بغالب الظن وأكبر الرأي، والعمل بغالب الظن واجب، وإن بقي معه ضرب احتمال. والمماثلة بين المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه غير واجبة لصحة القياس، بل الواجب المماثلة في علة الحكم فقط^(١).

٥/٤٥٥ - خامساً: أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع^(٢)، وأحكام الإمام لا ترد إلا إذا خالفت أو فعلت ما يوجب نقضها، كمخالفة النص، والإجماع^(٣)، والحكم القضائي أمر صادر عن تولى منصب القضاء فيجب إنفاذه وتنفيذه ما كان مستوفياً لشرائطه^(٤) ولم يتضمن ما يوجب نقضه، وقد سبق أن القضاء هو «منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة فكان لذلك من وظائف الخلافة»^(٥)، والقاضي إن لم يكن الخليفة فهو نائب عنه.

٦/٤٥٥ - سادساً: قوة الحكم القضائي قوة الحكم الصادر عن اجتهاد ومبحث مضافاً إليها سلطة منصب القضاء الذي ينسب الحكم إليه فيقال (الحكم القضائي)، والضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد، وأنه لا

= معنى حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد إنشاء الحكم فهو مخبر عن الله تعالى بذلك الحكم، والله تعالى قد جعل له أن ما حكم به فهو حكمه، وهو كالنص الوارد من قبل الله تعالى في خصوص تلك الواقعة» .

(١) القواعد الفقهية للزرقا ص/١٥١ / القاعدة/١٤/ وقد سبق القول في العمل بغالب الظن وأكبر الرأي، راجع فقرة (٧/١٥٣) وما بعدها.

(٢) الدر بهامش رد المختار ٤٢٢/٥.

(٣) الغرر البهية ١٠/١٦٨، فتاوى السبكي ١/٣٦٩، ومعناه في البحر الرائق ٣/٢٩٤.

(٤) انظر لشروط الحكم القضائي: نظرية الدعوى، لياسين ٦٤٦ وما بعدها.

(٥) سبق بيان ذلك وأنه تعريف ابن خلدون، راجع فقرة (٣/١٢).

يجوز نقضه؛ لأنه لو جاز نقضه فإنه سيرفع إلى قاضٍ آخر يرى خلاف رأي الأول فينقضه، ثم يرفعه المدعي إلى قاضٍ آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني فينقض نقضه ويقضي كما قضى الأول مثلاً، فيؤدي هذا إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً، والمنازعة سبب الفساد، وما أدى إلى الفساد فساداً^(١).

وإن إشغال القضاء بقضية واحدة يؤدي إلى تعطيل الفصل بين الخصومات في المستقبل، ويؤدي إلى هدر الجهود وإذهاؤها عبثاً من غير ما فائدة، كما أن نقض الحكم فيه قدح في القضاة، فلا ينقض الحكم ولو من القاضي نفسه من غير ما سبب^(٢)، وفيه إفقاد لثقة الناس بالأحكام الصادرة من القضاء، وقد يؤدي ذلك إلى اللجوء إلى وسائل أخرى غير التقاضي لتحصيل الحقوق، فيكون ذلك سبباً في الفوضى والفساد والاحتكام إلى الهوى^(٣).

جاء في تبصرة الحكام «ويحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور، وفي التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن للقضاء، فإن القاضي لا يخلو من أعداء يرمونه بالجور، فإذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه، فلا ينبغي للسلطان أن يمكنهم من ذلك»^(٤).

٧/٤٥٥ - سابعاً: حمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن^(٥)، والقاضي قد اختاره ولي الأمر لتوليته ولاية عامة يشترط لها شروط

(١) البدائع ١٤/٧، تبصرة الحكام ١/٨٠-٨١، الغرر البهية ١٠/١٩١-١٩٢، كشف القناع ٦/٣٢٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٨.

(٢) وهذا في الجملة، وسيأتي بعض التفصيل عند الحديث عن مظاهر حجية الحكم القضائي. وانظر حجية الحكم القضائي، لياسين، ص ١٦٨، وهو بحث مقدم لمجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الرابع.

(٣) المرجع السابق ص ١٦٨ وما بعدها.

(٤) تبصرة الحكام ١/٨٣، ونسبه للقاضي إسماعيل.

(٥) البدائع ٣/٢١٢.

كثيرة، فهو أولى من عامة المسلمين بأن تحمل أحكامه على الصحة والسداد، فالظاهر من كل حكم صدر وفق شروطه الشرعية أنه مستحق للتنفيذ وواجب العمل به، ولا يستجاب لأي طلب بإعادة النظر في القضية ولا بنقض الحكم من غير سبب داع لإعادة البحث فيه، ويعتبر الحكم القضائي حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه^(١).

٤٥٦ - تبيينه: ومن جهة أخرى، فإن حمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر يقتضي أن لا يعتبر ذلك الحكم على درجة من القداسة لا يمكن معها نقضه أو بيان بطلانه إذا تبين بناؤه على أساس باطل، بل هو معرض للنقض والتغيير إذا قامت أدلة قوية على بعده عن الصواب، وقواعد الشرع تأبى أن تعترف بأي وضع يتبين بدليل كاف أنه باطل، لأن الباطل منكر، والمنكر واجب التغيير. وستأتي أسباب نقض الحكم القضائي، سواء كان الناقض له القاضي نفسه أم قاض آخر^(٢).

المطلب الثالث: مظاهر حجية الحكم القضائي^(٣)

٤٥٧ - إن حمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر يستوجب منح تلك الأحكام حصانة واحتراماً وترتيباً للنتائج على أسبابها.

-
- (١) مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الثالث ص ١٣٤-١٣٥، بحث حجية الحكم القضائي، لياسين - وانظر درر الحكام لحيدر ٤/٦٨٦ م ١٨٣٨، وسبق ما جاء في تبصرة الحكام آنفاً.
 - (٢) بحث حجية الحكم القضائي، لياسين، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، عدد ٣/ السنة ٦/ صفحة ١٣٥.
 - (٣) للتوسع: المرجع السابق، نظرية الحكم القضائي ٤١٤ وما بعدها، وهذه المظاهر منها ما هو غير متفق عليها كما سيتضح خلال البحث.

وقد ذكر العلماء مظاهر وآثاراً مرتبة على القول بحجية الحكم القضائي،
ومن أهم هذه المظاهر:

٤٥٨- المظهر الأول: عدم تعقب القاضي لأحكام القضاة السابقين:
والتعقب إنما يكون في حال انتهاء ولاية القاضي الذي أصدر الحكم ثم أتى
بعده قاضٍ آخر، وعدم التعقب هذا إنما يَرِدُ إذا كان أولئك القضاة السابقون قد
تحققت فيهم جميع شروط التولية، من عدالة وعلم وغير ذلك، وللفقهاء في هذه
المسألة ثلاثة آراء:

١/٤٥٨- الأول: ذهب المالكية، والشافعية في أحد الوجهين، وهو المرجح
عند بعض الشافعية، وهو المنقول عن الإمام الشافعي، والحنابلة في قول؛ إلى أن
أحكام القاضي العدل لا يجوز تعقبها، وكلها نافذة ولازمة ما دامت مستكملة
لشروط اللزوم والصحة^(١)، إلا أنه إن عثر على خطأ العدل العالم من غير
تفحص وجب نقضه على من عثر عليه، سواء كان هو أم غيره^(٢).

(١) المدونة ١٧/٤، تبصرة الحكام ٨٢/١، مختصر خليل بهامش الخرشني ١٦٢/٧، الدسوقي
على الشرح الكبير ١٥٢/٤، الأم: مختصر المزني ٢٩٩، روض الطالب بهامش أسنى
المطالب ٢٩٢/٤، البهجة الوردية بهامش الغرر البهية ١٠/١٩١-١٩٢، المغني ١٠/١٠٤-
١٠٥م (٨٢٤١)، الإنصاف ١١/٢٢٣، ٣٣١.

أما عند الحنفية فمن آداب القاضي أن ينظر في أمر المحبوسين وغير ذلك، وعباراتهم تفيد
جواز نظر القاضي في حكم من قبله من القضاة، لكن ليس له نقض الحكم في المجتهدات إلا
في حالات معينة، ونذكر أن القاضي لا ينظر في حكم قاضٍ آخر إلا بعد دعوى صحيحة
وخصومة، كما أن بعض الأحكام في المجتهدات لا تنفذ عند الحنفية حتى يرضيها قاضٍ آخر
(انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٤٦-٣٦٠-٣٦١، حاشية ابن عابدين ٥/٣٧٠، كنز الدقائق
بهامش البحر الرائق ج ٧/١٠ وفيه أن للقاضي إذا ارتاب في حكم القاضي الأول أن يطلب
شهود الأصل)، وجاء في مختصر خليل بهامش الخرشني ١٦٣/٧ «والمراد بعدم التعقب عدم
التتبع، وليس المراد أن إذا رأينا حكماً فاسداً لا نقضه، بل نقضه».

(٢) منح الجليل ٨/٤٣٩، الخرشني على خليل ٧/١٦٣-١٦٤.

قال الإمام الشافعي: «وليس على القاضي أن يتعقب حكم من قبله، وإن تظلم محكوم عليه ممن قبله نظر فيه فردّه أو أنفذه على ما وصفت»^(١)

وقال صاحب المغني: «وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله لأن الظاهر صحتها وصوابها وأنه لا يولى القضاء إلا من هو أهل الولاية»^(٢).

وقال صاحب تبصرة الحكام: «فأما العالم العدل فلا يتعرض لأحكامه بوجه إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة، فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا وإن سأله الخصم ذلك إلا أن يظهر له خطأ...»^(٣)

٤٥٨/٢ - الثاني: ذهب الحنابلة في القول الثاني عندهم، وهو المصحح عندهم، والشافعية في قول ثان، إلى جواز تعقب القاضي لأحكام القضاة السابقين، فما كان موافقاً للشريعة نفذ، وما كان مخالفاً لها نقضه^(٤).

٤٥٨/٣ - الثالث: وذهب الحنابلة في قول ثالث عندهم إلى وجوب تعقب القاضي لأحكام القاضي السابق عليه ويتبعها^(٥)، وقد سبق أن الراجح هو الجواز لا الوجوب، وأن المذهب الأول هو ما عليه المالكية، وهو الراجح عند الشافعية، وأن المذهب الثاني هو المصحح عند الحنابلة، أما المذهب الثالث فليس بالراجح عند أحد.

٤٥٩ - المظهر الثاني: عدم جواز رجوع القاضي عن قضاائه بعد صدوره

صحيحاً:

(١) الأم: مختصر المزني ٢٩٩.

(٢) المغني ١٠/٨٠٤ م (٨٢٤١).

(٣) تبصرة الحكام ١/٨٢.

(٤) الفروع ٦/٤٥٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٨، روض الطالب بهامش أسنى المطالب ٤/٢٩٢، الغرر البهية ١٠/١٩١-١٩٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ١٢٤-١٢٥.

(٥) الفروع لابن مفلح ٦/٤٥٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٨، وذكر أنه ليس بواجب بل جائز.

٤٥٩ / ١ - إذا صدر حكم القاضي في حادثة معينة وكان صحيحاً مستوفياً لشروطه، ثم تغير اجتهاد القاضي في حكم الحادثة لم يكن له أن ينقض حكمه السابق، وسواء كان داعي النقص تغيّر اجتهاده أم تغير تقديره للوقائع وتركيزه الشهود ونحو ذلك، وهو ما ذهب إليه الشافعية، وبعض المالكية، والحنفية، والحنابلة^(١). أما إذا كان رأيه قد استقر على حكم للحادثة لكنه لم يتصل بالقضاء ولم يعزم على رأيه ثم تغير اجتهاده؛ كان له أن يأخذ برأيه الثاني لا بالأول، أما إذا كان حكم بالأول ثم تغير اجتهاده فإنه يحكم به فيما يستقبل من حوادث مماثلة، لا فيما مضى الحكم فيه^(٢).

٤٥٩ / ٢ - والمذهب عند المالكية: أنه يجوز للقاضي أن يرجع عن حكمه ما دامت ولايته التي صدر فيها حكمه الأول مستمرة، ويجوز عند بعضهم رجوعه إذا حكم سهواً برأي يخالف رأيه، ويجوز للقاضي عند بعض المالكية أن يرجع عن حكم حكم به إلى حكم أحسن منه وأصوب^(٣).

(١) المبحوث هنا تغير اجتهاد القاضي في مسألة اجتهادية، وهذه المظاهر تأكيد لمبدأ حجية الحكم القضائي، وسيأتي بحث نقض الحاكم لحكم نفسه إذا تبين له أن حكمه كان خطأ بيناً لمخالفته لنص قرآني أو سنة متواترة، وانظر لهذا المظهر: الأم ٦ / ٢٠٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٠٢، فتاوى السبكي ١ / ٣٦٩، روض الطالب بهامش أسنى المطالب ٤ / ٣٠٣ وما بعدها، قليوبي وعميرة ٤ / ٣٠٥، وذهب إلى ذلك ابن راشد وابن عبد الحكم وسحنون، انظر: تبصرة الحكام ١ / ٨٠-٨١، المبسوط ١٠ / ١٨٧-١٨٩-١٩٣ بتوسع، ج ١٧ / ٩، الفتاوى الهندية ٣ / ٣٣٢-٣٣٣-٣٤١، ٦ / ٤٤٣، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر ٥ / ٤٢٣، واستثنى ثلاث مسائل فقط هي: ما لو قضى بعلمه، أو ظهر خطؤه، أو بخلاف مذهبه، وكذلك ٦ / ٧٤٠، الإنصاف ١١ / ٢٢٠، كشاف القناع ٦ / ٣٦٠.

(٢) مختصر خليل بهامش الخرخشي ٧ / ١٩٢، الأم ٦ / ٢٠٤، الفتاوى الهندية ٣ / ٣٤١، البدائع ج ٦ / ٧، شرح منتهى الإرادات ج ٣ / ٥٠٨-٥٠٩.

(٣) تبصرة الحكام ١ / ٨٠-٨١، وذكر اختلافات أئمة المالكية في ذلك واختلافهم في الأصوب والمشهور، وبعض كتب المالكية المعتمدة لم تذكر خلافاً كثيرة بل اعتمدت جواز رجوع =

٤٥٩/٣- وإذا كان القاضي مقلداً فقضى في دعوى برأي مجتهد فيه لم يكن له الرجوع فيها وتقليد مجتهد آخر، أما إذا رفعت لقاض آخر كان له أن يقلد مجتهداً آخر^(١).

٤٦٠- المظهر الثالث: نفاذ القضاء في المجتهدين وعدم تأثيره باختلاف الاجتهاد:

٤٦٠/١- إذا صدر حكم قضائي في حادثة معينة، ورفع هذا الحكم إلى قاضٍ آخر؛ فإن على القاضي الثاني احترام الحكم الصادر وعدم التعرض له بالنقض، وهذا فيما إذا كان موضوع الحكم مجتهداً فيه، ولم يكن الحكم الصادر من القاضي الأول مستحقاً للنقض، كأن يكون مخالفاً لحكم قطعي أو إجماع معتبر، أو كان متضمناً لجور وظلم واضح صريح، فإن كان سليماً من ذلك كان على القاضي الثاني إنفاذه وإن كان لا يرى رأي القاضي الأول في المسألة المحكوم فيها^(٢).

٤٦٠/٢- وهذا المظهر من مظاهر قوة الأحكام الصادرة عن القضاء متفرع من قاعدة فقهية هي: أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، لأن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الأول، بل يحتمل أن يكون الأول مصيباً دون الثاني، وعكسه^(٣)، ولأن ذلك يؤدي إلى نقض الحكم بمثله، وإلى أن لا يثبت حكم أصلاً^(٤).

-
- = القاضي عن حكمه إلى ما يرى أنه أصوب منه، وله وحده أن ينقض هذا الحكم لا غيره، التاج والإكليل ١٣٨/٦، مواهب الجليل ١٣٨/٦، الشرح الكبير بهامش الدسوقي ١٥٤/٤.
- (١) حاشية ابن عابدين ٣٤٤/٤.
- (٢) تبصرة الحكام ٨٢/١، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٦٣/٧-١٦٤، الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٢/٤، الأم ٢٢٠/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ وما بعدها، فتاوى السبكي ٣٦٩/١.
- (٣) منح الجليل ٣٣٤/١، البجيرمي على الخطيب ٢٥٦/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٠١ وما بعدها، روض الطالب بهامش أسنى المطالب ٣٠٣/٤، درر الحكام لحيدر ٣٤/١-٣٥ م(١٦)، حاشية ابن عابدين ٣٩٤/٥.
- (٤) شرح منتهى الإرادات ٥٠٨/٣، بل إن القاضي إذا حكم في مسألة مختلف فيها فإن حكمه يرفع الخلاف الواقع بين العلماء إذا كان القاضي عدلاً عالماً أو غير عدل عالم إن كان حكم =

٣/٤٦٠ - وإذا كان على القاضي الثاني أن لا ينقض حكم من سبقه إذا كان صحيحاً؛ فإن عليه أيضاً أن ينفذه ويعمل به، وأن يأخذه بعين الاعتبار عند إصدار أحكام جديدة^(١)، وإن كان يرى خلاف رأي القاضي في المسألة المعروضة.

٤/٤٦٠ - وذهب بعض الفقهاء إلى أن كل قاض ترفع إليه قضية قد قضي فيها مرتين بحكمين مختلفين؛ فإنه ينفذ قضاء القاضي الأول، ويبطل قضاء القاضي الثاني المخالف لحكم الأول، لأن قضاء الأول صحيح، وقضاء الثاني بالرد لحكم القاضي الأول باطل، وهذا إذا كان الحكم صادراً في مسألة مجتهد فيها^(٢).

٤٦١ - المظهر الرابع: عدم تأثير الشبهات التي قد تظهر في البيئات التي اعتمد عليها الحكم القضائي:

١/٤٦١ - إذا صدر الحكم القضائي صحيحاً مستوفياً لشروطه وكان مبنياً على شهادة شهود عدول حسب الظاهر، ثم حدثت بعد ذلك شبهة حول شهادة الشهود؛ فإن هذا لا يؤثر في الحكم القضائي ولا ينقض، وينفذ، إذ ليس

= صواباً، وكذا المحكم، الشرح الصغير بهامش حاشية الصاوي ٢٢١/٤ وقيد خليل بما إذا قوي دليله، مختصر خليل بهامش الخرشني ١٦٤/٧، ومعناه في البحر الرائق ٢٢٢/٥، وشرح منتهى الإرادات ٥٠٣/٣-٥٠٤.

(١) منح الجليل ٣٣٨/٨، الأم: مختصر المزني ٢٩٩، أدب القضاء لابن أبي الدم ١٢٥، الدر المختار بهامش رد المحتار ٣٤٤/٤، ٣٩٣/٥ وما بعدها، البحر الرائق ٢٨١/٦، وبهامشه كنز الدقائق ج٨/٧، وجاء في البدائع ج٦/٧ « لأن القضاء في محل الاجتهاد بما يؤدي إليه اجتهاد القاضي؛ قضاء مجمع على صحته على ما مر، ولا معنى للصحة إلا النفاذ على المقضي عليه ».

(٢) الفروق للقرافي ٤١/٤، الفرق (٢٢٣).

هو مما يسقط بالشبهة حتى يتأثر بمثل رجوع الشهود أو بعضهم، وسواء كان رجوعهم قبل استيفاء الحق أم بعده، لكنهم إن رجعوا قبل الاستيفاء وبعد الحكم في العقوبات كالحدود والقصاص لم يجز استيفاؤه؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ورجوعهم من أعظم الشبهات، أما إذا كان المحكوم به مالا فإنه يمكن جبره بتضمين الشهود، والحد أو القصاص لا يجبر بإيجاب مثله على الشاهدين، لأن ذلك ليس بجبر.

وعدم تأثر الحكم القضائي بما يحدث بعد صدوره من الشبهات في البيئات التي استند إليها هو مذهب جمهور الفقهاء^(١).

٢/٤٦١ - وذهب الأوزاعي، وأبو حنيفة في رأيه الأول ثم رجع عنه، وسعيد بن المسيب؛ إلى أن الحكم ينقض برجوع الشهود عن شهادتهم؛ لأن الشهادة سبب الحكم، فإذا بطلت الشهادة بطل الحكم ضرورة بطلان المسبب لبطلان السبب، كما لو تبين أن الشهود كانوا كفاراً أو عبيداً^(٢).

٤٦٢ - المظهر الخامس: عدم تأثر الحكم القضائي بما يظهر بعد صدوره من بيئات لا تدل على خطأ فيه: إذا صدر الحكم من القاضي ثم ظهرت بيئات

(١) روض الطالب بهامش أسنى المطالب ٤/٣٨١، المغني ١٠/٢٢٣، ٢٢٤م (٨٤٥٤)، الفروع ٦/٤٥٨، ٤٩٤ وما بعدها، التاج والإكليل ٦/١٣٥، مجمع الأنهر ٢/٧٣٨، غمز عيون البصائر ٢/٣٩١ وما بعدها، تبيين الحقائق ٤/٢٤٤-٢٤٥، البحر الرائق ٧/١٢٧ وما بعدها.

(٢) المغني ١٠/٢٢٣-٢٢٤م (٨٤٥٤)، تبيين الحقائق ٤/٢٤٤ - ٢٤٥، البحر الرائق ٧/١٢٧ وما بعدها، وسائل الإثبات للزحيلي ٢/٧٨٠ وما بعدها، حجية الحاكم القضائي لياسين، بحث مقدم في مجلة الحقوق - جامعة الكويت العدد ٣/ السنة ٦/، صفحة ١٤٦ - ١٤٧، ورجوع الشاهد عن شهادته التي بني الحكم القضائي عليها مجرد مثال للشبهة التي قد تطرأ، وهناك شبهات أخرى مثل: رجوع المقر عن إقراره وغير ذلك، وهي مبثوثة في مظانها من كتب الفقه، وأشير هنا إلى أن القاضي إذا تبين له بعد الحكم أنه خالف نصاً قطعياً أو إجماعاً ثابتاً فإنه يتبين أن حكمه واجب النقض.

جديدة لم يطلع عليها القاضي عند إصدار حكمه وكانت هذه البيئات تدل على خطأ القاضي في حكمه بشكل قاطع لا احتمال فيه؛ فإن الحكم يكون واجب النقض، لأنه تبين بناؤه على خطأ، أما إذا لم تدل هذه البيئات الجديدة على وقوع الخطأ من القاضي، أو دلت على ذلك احتمالاً، أو دلت على ذلك وكان للقاضي وجه يصح حمل حكمه عليه واعتماده على الأسباب التي بنى الحكم عليها، فإن ظهور هذه البيئات في هذه الحال لا يؤثر في الحكم القضائي^(١).

وعند سحنون: إن المحكوم عليه إذا أتى بيينة لم يعلم بها فإن القاضي لا يسمعها منه^(٢).

٤٦٣- المظهر السادس: تبعية اعتقادات الخصوم الخاصة في المجتهديات لحكم القاضي:

١/٤٦٣- إذا صدر الحكم القضائي فإن على الخصوم الالتزام به وإن كان حكم القاضي مبنياً على اجتهاد مخالف لمذهب أحد الخصمين أو كليهما، وسواء كان الخصم مجتهداً أم عامياً أم فقيهاً، وسواء حكم القاضي للخصم أم عليه، لأن الخصم إن كان عامياً فيلزمه تقليد المفتي، فتقليد القاضي أولى، وكذا إن كان مجتهداً؛ لأن القضاء في محل الاجتهاد بما يؤدي إليه اجتهاد القاضي قضاء مجمع على صحته، ولا معنى للصحة إلا النفاذ على المقضي عليه، ولأن القضاء رأي نفسه وهو يقضي به ورأي القاضي ملزم للكافة، أما رأي المجتهد فلا يعدوه إلى غيره.

(١) هذا ما ذكره السيوطي في الأشباه والنظائر ص ١٠٥، وذكر أنه لم ير نقلاً في هذه المسألة وأنه يرجح عدم النقض لعدم تبين الخطأ.

(٢) تبصرة الحكام ١/٩٠، وذكر قولين آخرين هما: قول ابن القاسم في المدونة، وهو: أنه يسمع بيئته فإن شهدت بما يوجب الفسخ فسخه، وعند ابن المواز: إن قام بها عند ذلك القاضي الحاكم نقضه، وإن قام عند غيره لم ينقضه. ثم ذكر أن المحكوم عليه إذا كان قد أغفل الحجة ثم أتى بها لم يقبل منه ولم ينقض الحكم.

وما سبق هو فيما إذا كان رأي المجتهد مخالفاً لما يراه القاضي، أما إذا كان موافقاً لرأيه فلا إشكال حينئذ^(١).

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء لذلك: لو أن رجلاً قال لامرأته أنت طالق البتة وهو يراها واحدة رجعية فراجعها ورافعته إلى قاض يراها ثلاثاً فجعلها ثلاثاً وفرق بينهما، أو كان الزوج يراها واحدةً بائنة فتزوجها ورافعته إلى قاض يراها ثلاثاً وفرق بينهما؛ نفذ هذا القضاء ظاهراً وباطناً، حتى لا يحل له المقام معها ولا يسعها أن تمكنه من نفسها، وإن كان الزوج يراها ثلاثاً فرافعته إلى قاض يراها واحدةً بائنة أو واحدة رجعية فجعلها واحدةً بائنة أو واحدة رجعية نفذ هذا القضاء باطناً، حتى يسعه أن يراجعها وأن يتزوجها^(٢).

ومن الفروع التي بناها الشافعية على هذه القاعدة: أن رجلاً إذا خالغ زوجته ثلاثاً ثم تزوجها الرابعة بلا محلل لاعتقاده أن الخلع فسخ ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح: قال الغزالي: إن حكم الحاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها وإن تغير اجتهاده، لما يلزم من فراقها من تغير حكم الحاكم في المجتهادات^(٣)، وكذلك ما لو خلل حنفي خماً، فآتلفها شفيعي، فترافعا إلى

(١) المبسوط ١٨٣/١٠ وما بعدها، البدائع ج٧/٥ - ٦، الفتاوى الهندية ٣/٣٥٣ وما بعدها، الفروع لابن مفلح ٦/٤٩٠ - ٤٩١، وهذا ما عليه الحنابلة والأئمة الثلاثة من الحنفية، وخالفهم أبو يوسف في صورة واحدة: وهي ما إذا كان الخصم مجتهداً وقضى القاضي له فإن عليه أن يأخذ بمعتقده لا بما قضى القاضي له من الحل والحرمة، أما لو قضى عليه فإنه يكون كباقي الحالات يتبع رأي القاضي. وذكر ابن مفلح قولاً عند الحنابلة أن الخصم إذا كان مجتهداً فحكم القاضي له أو عليه فإن عليه أن يأخذ باجتهاده لا برأي القاضي في الباطن. والشافعية مع الجمهور. (انظر روض الطالب ٤/٤٠٢).

(٢) هذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا ينفذ هذا القضاء باطناً (الفتاوى الهندية ٣/٣٥٣-٣٥٤، المبسوط ١٨٣/١٠ وما بعدها، البدائع ج٧/٥ وما بعدها).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢، وتتمه المسألة أنه قال: وإن لم يحكم حاكم ففيه تردد، =

حاكم حنفي، وأثبت المدعي بالبينة إتلافه لها بعد تحللها، ف قضى بوجوب الضمان عليه لزمه ذلك قولاً واحداً بحكم الحاكم، حتى لو لم يكن للمدعي بينة، فحلف المدعى عليه أنه لا يلزمه شيء كان كاذباً في يمينه حائناً ؛ لأن الاعتبار باعتقاد القاضي دون اعتقاده^(١).

٢/٤٦٣- وإذا كان من حدث له حادثة لا علم عنده فاستفتى فيها الفقهاء فأفتوه فيها بجلال أو حرام، وقضى عليه القاضي بخلاف ذلك، فعليه أن يأخذ القضاء ويدع قول المفتي وإن كان أعلم من القاضي في تلك الحادثة عند العامة^(٢).

٤٦٤- المظهر السابع: انتفاء مسؤولية القاضي عما يصدره من الأحكام إذا لم يتعمد الجور فيها:

١/٤٦٤- إذا لم يتبين أي خطأ في الحكم الصادر عن القاضي فإنه لا ينقض، ولا يُسأل القاضي مدنياً أو جنائياً عنه، اعتماداً على مبدأ الحجية ومظاهرها التي تقدم ذكرها.

٢/٤٦٤- ولزيادة تمكن القضاة من أداء عملهم دون أدنى ضغط أو تأثير؛ قرر معظم الفقهاء عدم تحميل القاضي أية مسؤولية جنائية أو مدنية فيما أخطأ فيه من الأحكام القضائية مما يستحق النقص، ما دام أنه لم يتعمد الخطأ أو يقصده.

= والمختار وجوب المفارقة لما يلزم في إمساكها من الوطء الحرام على معتقده... وما ذكره في حكم الحاكم مبني على أن حكمه ينفذ باطناً وإلا فلا يلزم مع فراقه إياها نقض حكم الحاكم.

(١) أدب القضاء، ابن أبي الدم ١٧٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢.

(٢) الفتاوى الهندية ٣/٣٥٥، المبسوط ١٠/١٨٤ - ١٨٥، البدائع ج ٧/٦.

ولا فرق عند الفقهاء في ذلك بين أن يكون الخلل قد وقع في حق من حقوق الله تعالى، أو في حق من حقوق العباد، على أن الشريعة لم تُضَيِّعْ حق من وقع عليه خطأ القاضي، فإن كان المقضي فيه من حقوق الله تعالى كحد الزنى أو شرب الخمر ثم ظهر خطأ القاضي؛ كأن تبين أن الشهود الذين اعتمد عليهم بانوا كفاراً أو غير ذلك، ففي هذه الحال يُعَوِّضُ المتضرر من بيت مال المسلمين. أما إذا كان خطأ القاضي في حق العبد وكان يمكن تداركه؛ كأن قضى بمال لآخر وكان المال باقياً؛ فإن المحكوم له يرده أو يضمه إن كان أتلفه، وإن كان لا يمكن تداركه وتصحيحه، كأن قضى بالقصاص واستوفى، ففي هذه الحال لا يقتل المقضي له وإن تيقن أنه قتل بغير حق، وتجب الدية في مال المحكوم له^(١).

٤٦٥- المظهر الثامن: نفاذ الحكم في الظاهر والباطن إذا كان موضوعه أمراً للقاضي ولاية الإنشاء فيه^(٢):

(١) الفتاوى الهندية ٣/٣٤١-٣٤٢، المدونة ٤/٥٠٧-٥١٩، تبصرة الحكام ١/٨٥، المغني ١٠/٢٣٠، ٢٣١، م(٨٤٧٠)، الإنصاف ١١/١٧٤، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٣٦، مطالب أولى النهى ٦/٥٣٦-٥٣٧، أسنى المطالب ٤/٣٨٢ وما بعدها، روض الطالب بهامش أسنى المطالب ٤/٣٨٦، حاشية الجمل ٥/١٧٢، وسيأتي مزيد بحث عن خطأ القاضي قريباً إن شاء الله تعالى. وأشير إلى أن الشافعية والحنابلة يذهبون إلى تضمين القاضي في بعض الحالات كالحكم خطأ بالقصاص، وتكون الدية في بيت المال أو في عاقلة القاضي على اختلاف بينهم، والكفارة في مال القاضي قطعاً.

(٢) ممن بحث هذا الموضوع بتوسع: نظرية الحكم القضائي، لأبي البصل ٤٢٩ وما بعدها، نظرية الدعوى، لياسين، ص ٦٧٧ وما بعدها، حجية الحكم القضائي، لياسين، بحث في مجلة الحقوق-جامعة الكويت، العدد ٣/ السنة ٦/ صفحة ١٥٦ وما بعدها، والدكتور أبو البصل والدكتور ياسين ذهبا إلى ترجيح مذهب الجمهور على مذهب الإمام أبي حنيفة. قال ابن العربي في أحكام القرآن ١/١٣٩: مدار حكم الحاكم هو في الظاهر على كلام الخصمين، لاحظ له في الباطن، لأنه لا يبلغه علمه فلا ينفذ فيه حكمه، وإنما يحكم في الظاهر والباطن الظاهر الباطن سبحانه، وهذا رسول الله ﷺ المصطفى للاطلاع على الغيب يتبرأ من الباطن ويتصل من تعدي حكمه إليه، فكيف بغيره من الخلق؟!.

١/٤٦٥ - إن المحكوم فيه نوعان:

١/١/٤٦٥ - الأول: ما يكون للقاضي فيه ولاية الإنشاء، أي إن إنشاء مثل هذا الأمر داخل في اختصاصه بشروط معينة، وذلك كالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق، فللقاضي أن يبيع مال الشخص حال هلاكه للحفظ، ويملك الفرقة على العتین.

٢/١/٤٦٥ - والنوع الثاني: ما لا يكون للقاضي ولاية إنشائه في الأصل، كما في الأملاك المرسلّة، والميراث، وغير ذلك^(١).

١/٢/٤٦٥ - ولا خلاف بين الفقهاء في أن الحكم في هذا النوع (الثاني) من المحكوم به لا ينفذ إلا في الظاهر ولا يتعداه إلى باطن الأمر، فحكم الحاكم في هذه الأمور لا يغير الشيء عن صفته، فإذا حكم القاضي بجل شيء للمحكوم له وهو يعلم أنه ليس من حقه فإنه يباح له أخذه في الظاهر، ولا يجوز حكم القاضي المحكوم به من حرام إلى حلال في حق المحكوم له، وكذلك لا يجرم حكم القاضي ما هو حلال في حقيقة الأمر.

٢/٢/٤٦٥ - أما النوع الأول من المحكوم به فقد جرى الخلاف فيه بين الفقهاء في كون حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً أم ظاهراً فقط، والفقهاء على قولين:

١/٢/٢/٤٦٥ - الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة، وأبو يوسف في القول الأول له، والحنابلة في رواية، إلى أن حكم القاضي في هذا النوع من المحكوم به ينفذ في الظاهر والباطن وإن كان في الباطن بخلاف ما استند إليه القاضي في الظاهر^(٢)، فهذا المظهر من مظاهر حجية الحكم القضائي يقول به أصحاب هذا

(١) المسوط للسرخسي ١٦/١٨٠ إلى ١٨٦.

(٢) والأصح عند الشافعية أن الحكم إذا وقع في مسألة اجتهادية فإن حكم الباطن يتغير بحكم =

المذهب دون غيرهم. على أن الإمام أبا حنيفة يقيد نفاذ الحكم على هذا النحو بشرطين:

أن لا يعلم كون الشهود زوراً، وأن يكون من الأمور التي للقاضي صلاحية الإنشاء فيها.

٤٦٥/٢/٢ - الثاني: وذهب الجمهور ومنهم المذاهب الثلاثة، وأبو يوسف في قوله الآخر، ومحمد من الحنفية، إلى أن حكم الحاكم في هذا النوع لا يجل الحرام ولا يجرم الحلال ولا يغير الشيء عن حقيقته^(١).

٤٦٦ - المظهر التاسع: بطلان الأحكام القضائية المخالفة لمبدأ الحجية: من

= الحاكم، وقيل: لا ينفذ في حق المجتهد دون العامي، لأن اجتهاد الحاكم ليس بأولى من اجتهاد المحكوم عليه، فإذا كان المحكوم عليه مجتهداً يعتقد حرمة شيء فإن حكم الحاكم بحله لا يغيره عن صفته (انظر: قواعد الأحكام للعز ٤٦/٢، المنشور في القواعد للزرکشي ٦٨/٢ - ٦٩) وقريباً من مذهب الشافعية ذهب الحنابلة (الفروع ٤٩٠/٦).

(١) انظر لما سبق: قواعد الأحكام للعز ٤٦/٢، أسنى المطالب وبهامشه روض الطالب ٣٠٤/٤ - ٣٠٥، تحفة المحتاج وبهامشها المنهاج ١٤٥/١ وما بعدها، حاشية الجمل ٣٥١/٥ وما بعدها، المنتقى شرح الموطأ ١٨٦/٥، ١٨٧، أحكام القرآن لابن العربي ١٣٩/١، تبصرة الحكام ٨٤/١ وما بعدها، وحكى ابن فرحون الإجماع بين أهل العلم على عدم نفاذ حكم القاضي في الباطن على الأموال لحديث أم سلمة، وأن الإمام مالكا والشافعي وجمهور أهل العلم ذهبوا إلى أن الأموال والفروج سواء في ذلك، أما أبو يوسف وأبو حنيفة وكثير من المالكية فقد ذهبوا إلى قصر ذلك على الأموال دون الفروج، انظر: التاج والإكليل ١٤٢/٨ وما بعدها، مواهب الجليل ١٣٨/٦، البدائع ج ١٥/٧، تبين الحقائق وبهامشه الكنز ١٩٠/٤ وما بعدها، درر الحكام لحيدر ٤٠٩/٢، حاشية ابن عابدين ٤٠٥/٥ وما بعدها، المغني ١٠٥/١٠ وما بعدها م (٨٢٤٢) وذكر أنه مذهب الجمهور: مالك والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن الحسن، الفروع ٤٩٠/٦، الإنصاف ٣١٢/١١ وهو الذي ذكر الرواية التي عندهم والتي هي كمذهب أبي حنيفة، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦٢٤٩.

مقتضى صدور الحكم القضائي صحيحاً سليماً أنه لا يجوز نقضه، فإذا قام أحد القضاة بنقضه أو حكم بخلافه فرغ الحكم الثاني إلى قاض ثالث وجب على القاضي الثالث أن ينقض الحكم الثاني ويمضي الحكم الأول، وذلك لأن للقاضي في مواضع الاجتهاد أن يقضي بما مال إليه اجتهاده، والإجماع على هذا، وبالتالي قضاؤه مجمع على صحته، فإذا نقضه القاضي الثاني فينقضه بما فيه اختلاف بين الناس، ولا يجوز نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف في صحته^(١).

٤٦٧- خلاصة: تبين مما سبق حجية الحكم القضائي ومعنى حجيته وأهم مظاهره، ومواقف العلماء من ذلك، والبحث السابق هو نفسه بيان لحجية الحكم الصادر عن السلطة التقديرية، إذ لا يصدر حكم قضائي إلا مبنياً على النشاط الذهني للقاضي، وقد بينت سابقاً العلاقة بين السلطة القضائية والسلطة التقديرية للقاضي^(٢).

(١) للتوسع: البدائع ١٤/٧، تبصرة الحكام ١/٨٩.

(٢) راجع فقرة (٤٤٧).

المبحث الثاني

الرقابة على الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية

تمهيد:

٤٦٨- الأصل أن الأحكام الصادرة عن القاضي أحكام صادرة عن أهلها مستوفية لشرائطها، يلتزم الخصوم بها وتصبح جاهزة لتنفيذ مضمونها، والأصل أن لا رقابة على القاضي في عمله ونشاطه وأحكامه إلا من الرقيب تبارك وتعالى، لأن القاضي شخص اختير بعناية ودقة، وموثوق به من جهة من ولآه ومن جهة من هم تحت ولايته.

ويمكن القول: إن الأصل عدم الرقابة على القاضي من جهة البشر بالنسبة لأحكامه الصادرة عنه، إذ يعد ذلك غمراً فيه وطعناً، ولا تتعقب أحكامه الصادرة عنه إلا لعذر، أو من غير ما قصد^(١).

٤٦٩- إلا أن القاضي لما كان بشراً؛ جاز أن يقع منه الخطأ في عمله وفي تقديره للوقائع، أو في استنتاجه للأحكام الشرعية للقضايا المعروضة أمامه، أو في أي مرحلة من مراحل التقاضي.

٤٧٠- وبما أن احتمال وقوع الخطأ من القاضي قائم، جاز الخروج عن أصل عدم جواز تعقب الأحكام الصادرة عن القضاة؛ بالرقابة عليها والتفتيش عنها وتفقدتها، سواء كانت الرقابة من جهة القاضي المصدر للحكم، أم من جهة الغير^(٢).

(١) سبق بيان ذلك آنفاً عند الحديث عن مظاهر حجية الحكم القضائي، وانظر: العقود الدرية لابن عابدين ٣٥/٢.

(٢) ويعد هذا من الضمانات القضائية في الإسلام، راجع بحث: الضمانات القضائية للنهائي، بحث مقدم لمجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد/٣/ السنة /٧/ صفحة /١٣١/، النظام =

وسأعرض فيما يأتي للجهات التي يكون لها الرقابة على الأحكام الصادرة عن القاضي.

المطلب الأول: رقابة القاضي على أحكامه

٤٧١- كيف يراقب القاضي أحكامه

٤٧١/١- إن رقابة القاضي على نفسه تبدأ من أولى مراحل التقاضي وقبل إصدار الحكم، وذلك بأن يتأكد القاضي من نفسه أنه يتوخى الصحة والعدالة في نظره في جميع مراحل سير الخصومة، فإذا تفهم المنازعة بشكل صحيح ووصل إلى قناعة فيها وعرف حكم الشرع فيها أصدر حكمه القضائي فيها، ولم يكن عليه أن يراجع أحكامه ويتعقبها وجوباً، وإنما له فعل ذلك اختياراً، فإذا فعل ذلك وتأكد من سلامة حكمه ازداد اطمئناناً و يقيناً، وإذا عثر على خطأ صدر عنه؛ بأن نبهه إليه آخرون، أو عثر عليه من غير قصد منه، أو رفعت إليه قضية مماثلة للسابقة فاكشف خلال بحثه عن الحكم للقضية الثانية خطأ صدر عنه في القضية الأولى؛ فإنه في هذه الحالات يقوم بتصحيح خطئه الصادر عنه إن استطاع ذلك^(١).

= القضائي لعزام ١٥٣/١-١٥٤، والقضاء الإداري بين الشريعة والقانون لعبد الحميد الرفاعي: /٦١/.

(١) تختلف طريقة تصحيح الخطأ الموجود في الحكم القضائي، فقد يكون تصحيحه بنقضه، أو بإلغاء أثره ووقف تنفيذه إن كان لم ينفذ بعد، أو يجبر ما فات إن كان المحكوم به مما يمكن تداركه، على أن الفقهاء ذهبوا إلى أن الحكم إن كان صادراً في مسألة مجتهد فيها وكان له وجه يمكن تصحيحه وحمله عليه فإنه لا يجوز نقضه؛ لأنه لا يصح نقض الاجتهاد باجتهاد مثله، ويختلف حكم الخطأ الموجود في الحكم باختلاف سببه، فما كان سببه الخطأ في المحكوم به كأن حكم بخلاف نص قطعي فإن حكمه يختلف عما كان سببه البيّنات التي قام عليها الحكم، ويختلف عما كان سببه أطراف النزاع والخصومة.

قال الإمام الشافعي: «وإذا حكم القاضي بحكم ثم رأى الحق في غيره؛ فإن رأى الحق في الحادث بأنه كان خالف في الأول كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أصح المعنيين فيما احتمل الكتاب أو السنة: نقض قضاءه الأول على نفسه، وكل ما نقض على نفسه نقضه على من قضى به إذا رفع إليه، ولم يقبله ممن كتب به إليه، وإن كان إنما رأى قياساً محتملاً أحسن عنده من شيء قضى به من قبل والذي قضى به يحتمل القياس ليس الآخر بآبين حتى يكون الأول خطأ في القياس يستأنف الحكم في القضاء الآخر بالذي رأى آخراً ولم ينقض الأول، وما لم ينقضه على نفسه لم ينقضه على أحد حكم به قبله...»^(١).

٤٧١/٢ - مشروعية رقابة القاضي على أحكام نفسه: استدلل الفقهاء

للقول بمشروعية رقابة القاضي على أحكام نفسه ونقضه لها بأمر عدة، منها:

٤٧١/٢/١ - أولاً: قوله تعالى ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ

نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ فَفَهَمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا

= وتفصيل ذلك موجود في مظانها من الكتب الفقهية، وقد سبق بيان بعضه، وسيأتي بيان بعضه في أثناء المباحث الآتية. انظر: الأم ٢٠٤/٦، ٥٥/٧، الأم: مختصر المزني ٣١٣، فتاوى السبكي ٣٦٩/١ وما بعدها، روض الطالب بهامش أسنى الطالب ٣٠٣/٤-٣٠٤-٣٥٩، قلوبوي وعميرة ٣٠٤/٤، ٣٢٤، المغني ١٠٣/١٠، م(٨٢٣٩)، الإنصاف ٤٩٤/٦، كشاف القناع ٦/٣٦٠، ابن عابدين وبهامشه الدر ٤٢٣/٥، ٧٤٠-٧٤١/٧، المبسوط ٦٢/١٦، ج ١٧/١٠، تبين الحقائق وبهامشه الكنز ٢٢٢/٦، البحر الرائق ٢٨٠/٦ وما بعدها، المدونة ٥١٩/٤، المتقى للباجي ١٤٠/٧، تبصرة الحكام ٨٠/١ وما بعدها، وقد عقد ابن فرحون فصلاً بعنوان: فصل في نقض القاضي أحكام نفسه، حاشية الدسوقي ١٥٣/٤ وما بعدها، وقد ذكر بعض الفقهاء حالات لا ينقضها إلا القاضي بنفسه دون غيره، انظر: الأشباه لابن مجيم بهامش غمز عيون البصائر ٣٩٢/٢، وأوصل المالكية هذه الحالات إلى ثلاث، شرح مختصر خليل للخرشي ١٦٦/٧ وما بعدها. وسيأتي بحث مسألة نقض الاجتهاد عند الأصوليين في فقرة (٤٧٤).

(١) الأم ٢٠٤/٦.

ءَايِنَّا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ﴿٧٨-٧٩﴾
 [الأنبياء: ٧٨-٧٩] ففي هاتين الآيتين دليل على رجوع القاضي عما حكم به إذا تبين له أن الحق في غيره^(١).

ولا شك أن سيدنا داود عليه السلام قد بذل جهده في الحكم الأول ولم يقصر.

٤٧١/٢/٢ - ثانياً: [أتي عثمان بن عفان رضي الله عنه بامرأة قد ولدت في ستة أشهر، فأمر بها أن ترجم بها أن ترجم فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه: ليس ذلك عليها، إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ﴿وَحَمَلُهُمْ وَفِصْلُهُمْ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فالحمل يكون ستة أشهر فلا رجم عليها، فبعث عثمان بن عفان في أثرها فوجدها قد رُجمت^(٢). وهذا يدل على أن سيدنا عثمان رضي الله عنه قد أراد الرجوع عما أمر به من رجمها لما ظهر له من الحق فوجدها قد نُفِذَ فيها ما كان أمر به من رجمها، وهذا يقتضي أن للحاكم أن يرجع عن حكم حَكَمَ به إلى ما هو عنده أصوب^(٣).

٤٧١/٢/٣ - ثالثاً: ما جاء في رسالة سيدنا عمر لسيدنا أبي موسى رضي الله عنهما: [ولا يمنعك قضاء قضيت بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التماذي في

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٦/٣.

(٢) الموطأ، كتاب الحدود، باب أن عثمان بن عفان أتي بامرأة قد ولدت في سنة.

(٣) المنتقى للباجي ١٤٠/٧-١٤١ وقال: وبه قال ابن القاسم، هذا إذا كان رأى أن للحكم وجهاً سائغاً من الاجتهاد، ويحتمل أيضاً أن يكون عثمان رأى أنه كان خطأ فعاد إلى الصواب، ولعله قد أدى ديتها، والله أعلم وأحكم. اهـ.

الباطل] ^(١) وفيه دليل أنه إذا تبين للقاضي الخطأ في القضاء الصادر عنه فعليه أن ينقضه، ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك، فإن مراقبة الله تعالى في ذلك خير له، وهذا ليس في حق القاضي خاصة بل هو في كل من يبين لغيره شيئاً من أمور الدين؛ الواعظ والمفتي والقاضي في ذلك سواء، إذا تبين له أنه زل فليُظهر رجوعه عن ذلك، فزلة العالم سبب لفتنة الناس، ولكن هذا في حق القاضي أوجب؛ لأن القضاء ملزم، والحق قديم أي هو الأصل المطلوب، ولا محالة من إظهار زلة من زل، فإذا كان هو الذي يظهره على نفسه كان أحسن حالاً عند العقلاء من أن تظهر ذلك عليه مع إصراره على الباطل ^(٢).

٤٧٢- وما سبق متفرع عن مبحث أصولي هو: نقض الاجتهاد، ويمهد العلماء عادة له ببحث جواز تعدد قول المجتهد، ثم بتغير الاجتهاد، لأن نقض الاجتهاد مبني على جواز أن يكون للمجتهد قولان من عدم جوازه.

٤٧٢/١- المسألة الأولى: تعدد قول المجتهد: ذهب العلماء إلى عدم جواز أن يكون للمجتهد في مسألة قولان متناقضان في وقت واحد بالنسبة إلى شخص واحد، لأنه يؤدي إلى التناقض، ولأن اعتقاد ذلك في الواحد محال، ولأنه لا يخلو: إما أن يكون القولان فاسدين وعلم ذلك فيحرم عليه القول بهما فلا قول أصلاً، أو يكون أحدهما فاسداً، فلا وجود للقولين في واقع الأمر، أو يكونا صحيحين.

أما إذا لم يعلم المجتهد الفاسد من قوليه: فليس عالماً بحكم المسألة، فلا قول له فيها، فعليه أن يتوقف أو يتخير بين القولين، وهو قول واحد في المؤدى .

(١) سبق تخريج رسالة القضاء، صفحة (٩٠).

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٢/١٦.

وما نقل عن الإمام الشافعي رحمه الله من أنه قال في سبع عشرة مسألة بقولين مختلفين فأجيب عنه بعدة إجابات، منها: أنه دليل على علو شأنه، وفائدة ذكر القولين من غير ترجيح التنبية على أن ما سواهما لا يؤخذ به، وأن الجواب منحصر فيما ذكر، فينبغي أن يكون الترجيح فيهما، أو أن الإمام الشافعي ذكر القولين بطريق الحكاية لأقوال العلماء الذين تقدموا عليه للدلالة على عدم وجود الإجماع في تلك المسألة، وحيث فلا تكون أقوالاً له، واستبعد بعض العلماء هذا الاحتمال.

وإذا لم يقبل الاحتمالان السابقان فينبغي أن يصار إلى التصحيح والتوضيح، بأن يحمل قول الشافعي (في مسألة قولان) على أنه قد وُجد فيها دليلان متعارضان، ولا يوجد غيرهما، ولا مجال للترجيح بينهما لوجود نصين أو أصليين متعارضين، والمسألة مشابهة لكل واحد من الأصليين على السوية، فإذا أخذ شخص بكل واحد منهما لم يكن مخطئاً، ويكون معنى قول الشافعي (في المسألة قولان): أي احتمالان.

أما إذا كان للمجتهد قولان في وقتين فلا إشكال، فإن علم تاريخ القولين فالقول الثاني ناسخ للأول ويعد مذهب المجتهد، لا القول الأول، لكونه مرجوحاً، وإن لم يكن تاريخ القولين معلوماً فينبغي أن ينسب أحد القولين إلى المجتهد، وأن يعد الثاني مرجوحاً عنه، وفي هذه الحال: لا يصح العمل بأحد القولين قبل تبين الأمر، لاحتمال أن ما عمل به هو المرجوع عنه^(١).

٤٧٢/٢ - المسألة الثانية: تغير الاجتهاد: مناط الاجتهاد هو الدليل، فمتى ظفر به المجتهد كان عليه أن يأخذ بموجبه، وبناء على ما تقدم: يجوز للمجتهد تغيير اجتهاده عن قول قاله سابقاً لرجحان أمر لاحق عنده، ولأنه أقرب للصواب في اعتقاده^(٢). وعليه أن يأخذ باجتهاده الثاني للقاعدة (العمل بآخر قول المجتهد)^(٣).

(١) شرح الكوكب المنير للفتوحى ٦٠٩-٦١٠، المستصفى ٣٧٨ إلى ٣٨٢، إرشاد الفحول ٤٤٠ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي ١١١٢/٢ وما بعدها.

(٢) شرح البدخشي ومعه شرح الأسنوي على منهاج الوصول ٢٠٩/٣، البحر المحيط ٢٦٦/٦ وما بعدها، المستصفى ٣٨٢، أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ١١١٣/٢-١١١٤.

(٣) نهاية المحتاج ٣٧٣/٨.

وقد تقدم قريباً قول سيدنا عمر لأبي موسى [ولا يمنعك قضاء قضيته راجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل].

٤٧٢/٣- المسألة الثالثة: نقض الاجتهاد: ما سبق من القول بجواز تغير الاجتهاد قد يختلف عند التطبيق العملي وفصل الخصومات، والعلماء يفرقون بين المجتهد والحاكم. فالمجتهد إذا تغير اجتهاده لزمه أن ينقض اجتهاده السابق وما ترتب عليه، ومثاله: إذا كان رأي مجتهد أن الخلع فسخ، فنكح امرأة كان قد خالعهام ثلاثاً، ثم رأى بعدئذ أن الخلع طلاق، لزمه أن يفارق المرأة، ولا يجوز له إمساكها، عملاً بمقتضى اجتهاده الثاني، لتبين أن اجتهاده الأول خطأ، والثاني صواب، والعمل بالظن واجب، وهذا ما لم يكن الحاكم قد حكم بصحة النكاح في هذه المسألة، ولأن حكم الحاكم لا ينقض كما سيأتي، ولأن حكمه في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم.

أما إذا كان المجتهد حاكماً، فتغير اجتهاده فقضى في واقعة بخلاف ما قضى في حادثة سابقة مماثلة: فإن كان حكمه السابق مخالفاً للدليل قطعي، من نص، أو إجماع، أو قياس جلي^(١) فينقض بالاتفاق بين العلماء، سواء نقضه الحاكم على نفسه أو نقضه غيره عليه.

أما إذا كان حكم الحاكم في مجال الاجتهادات، أو الأدلة الظنية، لم ينقض الحاكم حكمه السابق، لأن نقض الاجتهاد باجتهاد آخر يؤدي إلى نقض النقض والتسلسل، فتضطرب الأحكام ولا تستقر، ولا يثق الناس بحكم الحاكم، وفي ذلك مفسدة عظيمة، ولاستمرت الخصومات بين الناس إلى غير نهاية.

ومما يؤيد القول بعدم نقض حكم الحاكم في المجتهادات: ما روي عن سيدنا

(١) ستأتي حالات نقض الحكم القضائي لسبب المحكوم به (فقرة ٤٩٠ وما بعدها).

عمر رضي الله عنه في قضائه في المسألة الحجرية^(١) مجرمان الإخوة الأشقاء من الميراث لأن الفروض أتت على جميع التركة - كما إذا مات شخص وترك زوجاً وأماً وإخوة لأم وإخوة أشقاء - ثم قضى بالمقاسمة في الثلث بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، فلما سئل عن سبب اختلاف حكميه قال: [تلك على ما قضيناه وهذه على ما قضينا]^(٢). وما سبق من رسالة سيدنا عمر لسيدنا أبي موسى الأشعري ينبغي أن تفهم على هذا التفسير، وهو عدم جواز النقص في الأحكام الاجتهادية، لأن عبارة رسالة القضاء هذه لما يستقبل من الحوادث القادمة، لا ما مضى منها^(٣).

المطلب الثاني: رقابة القاضي على أحكام غيره من القضاة^(٤)

٤٧٣ - وقت تتبع القضاة لأحكام غيرهم: تقدم أن كثيراً من الفقهاء لا

(١) سميت بالحجرية نسبة لقول أحد الإخوة الأشقاء لسيدنا عمر «هب أبانا حجراً في اليم، أليست أمنا واحدة؟». انظر: أصول الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي ٢/ ١١١٤ وما بعدها مع هوامشها.

(٢) سنن الدارمي، المقدمة، باب الرجل يفتي بالشيء ثم يرى غيره، رقم ٦٤٥ ج ١/ ١٠٢.

(٣) ينظر لما سبق: البحر المحيط للزركشي ٦/ ٢٦٦ وما بعدها، المستصفى ٣٨٢ وما بعدها، شرح الكوكب المنير ٦١٢ وما بعدها، شرح البدخشي مع شرح الأسنوي على منهاج الوصول ٣/ ٢٠٩ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي د. وهبة الزحيلي ٢/ ١١١٤ وما بعدها وقد أفدت منه كثيراً.

(٤) الرقابة من القاضي على أحكام الغير أساسها إباحة الطعن في الأحكام، وإباحة الطعن في الأحكام هي الأساس في تدرج القضاء، وأكثر الفقهاء يرون أن القضاء في الإسلام من درجة واحدة، مع وجود أصل فكرة الطعن في الأحكام عند قاض أعلى وعند السلطان، والبعض يرى أن نقض الحكم لا يعد استثناءً أو نقضاً، والتعبير بالنقض فيه مسامحة لأنه تبين أن الحكم لم يصح أصلاً، وقد وردت بعض الأحاديث والآثار تشير إلى وجود فكرة رفع الحكم إلى جهة أعلى للنظر في الحكم فيما إذا كان صحيحاً أو غير صحيح، للتوسع انظر: الفتاوى الكبرى للهيتمي ٢/ ٢١١ وما بعدها، فتاوى السبكي ١/ ٣٦٩، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦٢٤٨، ٦٢٤٩، النظام القضائي لعزام ١/ ١٨، ١٩، ١٥٣، ١٥٤، الضمانات القضائية في الإسلام للناهي، بحث مقدم في مجلة الحقوق جامعة الكويت صفحة ١٣١، ١٣٥، ١٣٦، القضاء الإداري للرفاعي ٦٣، دور القاضي في تعديل العقد لفؤاد معوض ٤٧ وما بعدها.

يميزون للقاضي تعقب أحكام غيره من القضاة، وقيل: يجوز ذلك، وقيل: بل يجب^(١)، وغالباً ما يكون هذا التتبع بعد انتهاء ولاية القاضي السابق أو موته، وقد يكون ذلك مع استمرار قيام القاضي على منصب القضاء، فيرفع حكمه إلى قاضٍ آخر.

٤٧٤ - كيفية الرقابة على أحكام القضاة الآخرين: أكثر الفقهاء على أن رقابة القاضي على أحكام القضاة الآخرين لا تكون عن قصد وتعمد، وإنما تكون في حال اكتشاف القاضي خطأ في حكم القاضي الآخر من غير قصد أو تصفح لأحكامه، أو بأن يرفع المحكوم عليه الحكم إلى قاضٍ آخر لاعتقاده بعدم صحة الحكم الصادر ضده وأنه قد أصابه ظلم بسببه، أو بأن قام القاضي المتولي لمنصبه حديثاً بتتبع أحكام من كان قبله أثناء استعداده لبدء عمله الجديد أو في افتتاح أول أعماله بالنظر في أمر المحبوسين والأوقاف وغير ذلك على ما تذكره الكتب الفقهية في آداب عمل القاضي^(٢).

٤٧٥ - حكم نقض القاضي لحكم غيره: وما قيل في نقض القاضي أحكام نفسه يقال في نقض القاضي لأحكام غيره من القضاة، قال الإمام الشافعي: « وكل ما نقض على نفسه نقضه على من قضى إذا رفع إليه، ولم يقبله ممن كتب به إليه... وما لم ينقضه على نفسه لم ينقضه على أحد حكم به قبلاً... وليس

(١) راجع فقرة (٤٥٨) والبحث عن الحكم الصادر عن العدل العالم، أما إن لم يكن من أهل الاجتهاد فهو مقلد، وإذا كان جائراً أو جاهلاً فللفقهاء مواقف متغايرة فيما بينها.

(٢) المدونة ٥١٩/٤ وما بعدها، أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٦/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٣/٤، الأم ٢٢٠/٦، ٥٨/٧، روض الطالب ٣٠٣/٤-٣٠٤، أدب القضاء لابن أبي الدم ١٢٤-١٢٥، حاشية ابن عابدين ٣٧٠/٥، ٣٩٤، ٤٠٣، الفتاوى الهندية ٣/٣٤٦، ٣٦٠، ٣٦١، معين الحكام ٣٠، المغني ١٠٤/١٠-١٠٥، م (٨٢٤١)، الفروع ٦/٤٥٦، الإنصاف ١١/٢٢٣ وما بعدها، نظرية الحكم القضائي ٤٢٦، ٤٢٧.

على القاضي أن يتعقب حكم من كان قبله، فإن تظلم محكوم عليه قبله نظر فيما تظلم فيه»^(١).

٤٧٦- شرط مهم: ولا بد في الحكم المرفوع لقاض آخر أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة، فلو رفع إلى حنفي قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت إليه، ويحكم بمقتضى مذهبه، ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الأول من الدعوى أيضاً، ولا يشترط إحضار شهود الأصل، بل يكفي على قضاء القاضي^(٢)، على أن القاضي إذا ارتاب كان له أن يطلب شهود الأصل^(٣).

٤٧٧- نتيجة: والملاحظ هنا أن القاضي الثاني إنما ينظر في دعوى جديدة وخصومة جديدة كأنها تقدم لأول مرة للقضاء، ثم إذا تبين له بعد البحث والنشاط المطلوب أن القاضي السابق قد وافق حكمه الصواب أقره وأمضاه، وإن رأى أن الحكم الأول غير صحيح نقضه وحكم بالحكم الصحيح، ويبيّن سبب النقض خشية أن يتهم باتباع الهوى والتشهي^(٤).

٤٧٨- استثناء: على أنه يستثنى من رقابة القاضي على الأحكام الصادرة عن القضاة الآخرين المسائل المجتهد فيها إذا كان يصح حملها على أي وجه من وجوه الصحة، فلا يجوز لقاض آخر أن ينقضها^(٥).

(١) الأم ٢٠٤/٦.

(٢) كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ج٧/١٠، الدرر بهامش رد المحتار ٣٩٦/٥، وهو ما يفهم من تبصرة الحكام ١/١٠٤، ومعين الحكام ص ٣٨، وأدب القضاء لابن أبي الدم ١٢٤-١٢٥.

(٣) كنز الدقائق بهامش البحر ج٧/١٠.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٥٣، التاج والإكليل ٦/١٣٥.

(٥) الفتاوى الهندية: ٣/٣٦٠-٣٦١، درر الحكام لحيدر ١/٣٤-٣٥ م (١٦)، البدائع ٧/١٤-

١٥، حاشية ابن عابدين ٥/٣٩٤، أدب القضاء لابن أبي الدم ١٢٤-١٢٥، ١٦٤، ١٦٥، فتاوى السبكي ١/٣٦٩ حيث ذكر الإجماع عن الصحابة في عدم نقض قضاء القاضي في =

٤٧٩- رأي الحنفية: وذهب الحنفية في القول الصحيح إلى أن بعض الأحكام لا تنفذ إلا إذا أمضاها قاض آخر ويكون القضاء الثاني هو النافذ، وهذه الأحكام هي التي وقع الخلاف فيها في نفس الحكم بعد وقوعه لا بعد سببه، فإذا قضى به القاضي الثاني وأمضاه لم يكن لقاض ثالث أن ينقضه بل ينفذه وإن لم يكن مذهبه، وإذا أبطله الثاني بطل ولم يكن لأحد أن يبيزه^(١).

المطلب الثالث: الرقابة من قاضي القضاة ومن الإمام

٤٨٠- واجب الإمام وقاضي القضاة: ينبغي على الإمام أن يتفقد أحوال قضاة، فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه، لأن العدل أساس الملك وأكثر ما تكون حراسة العدل من جهة القضاء، وكذلك ينبغي لقاضي القضاة أن يتفقد قضاة ونوابه، فيتصفح أحكامهم وأقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس، وإن كان وجد ضدهم شكاية في سيرتهم أو في عدم التزامهم بضوابط العمل القضائي فإنه يكشف عنهم، فإن صح عنده ما قيل فيهم من الشكاية عزلهم ونظر في أقضيتهم؛ فما خالف الحق فسخه، وما وجد موافقاً للصواب أقره، وإن لم تصح الشكاية؛ تصفح أحكامهم أيضاً وأقر ما صح منها، وما وجد غير موافق للصواب حمله على الخطأ منهم وعلى غير التعمد منهم للجور والظلم^(٢).

= المجتهدات، المدونة ٥١٩/٤، المنتقى ١٤٠/٧-١٤١، المغني ١٠٤/١٠-١٠٥، م (٨٢٤١) الإنصاف ٢٢٤/١١-٢٢٥، وقال الكاساني في البدائع ١٥/٧: إن من مشايخ الحنفية من فصل في المجتهدات تفصيلاً آخر وهو أن الاجتهاد إذا كان شنيعاً مستكراً جاز للقاضي الثاني أن ينقض قضاء الأول، ثم بين أنه ينبغي عدم التفريق، فلا يجوز نقض الحكم في المسائل المجتهد فيها.

(١) حاشية ابن عابدين ٢٩٤/٤، ٣٩٤/٥، ٤٠٣.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٨٧/١ وما بعدها، معين الحكام للطرابلسي ص ٣٢-٣٣، مع ملاحظة تطابق كثير من العبارات، مما يؤكد نقل الطرابلسي عن ابن فرحون دون العزو إليه.

٤٨١- الشكوى على حكم قاض من القضاة: وذهب بعض الفقهاء إلى أن للأمير أن يجمع الفقهاء للنظر في حكم قاض اشتكى عليه للأمير، ويكون موقف الأمير من الشكوى ما يأتي:

٤٨١/١- إذا كان القاضي مأموناً في أحكامه عدلاً في أحواله بصيراً بقضائه لم يتعرض له الأمير في ذلك، ولا يقبل شكوى من شكاه ولا يجلس الفقهاء للنظر في قضائه، ويعد ذلك خطأ إن فعله.

٤٨١/٢- وإن كان القاضي متهماً عنده في أحكامه أو غير عدل في حاله أو جاهلاً بقضائه عزله وولّى غيره.

٤٨١/٣- أما إذا جهل الأمير حال القاضي فأجلس فقهاء بلده للنظر في تلك الحكومة المشتكى بها للأمير، وجهل الفقهاء أيضاً حاله، أو أكرهوا على النظر فنظروا فيها، فرأوا فسخ ذلك الحكم ففسخه الأمير أو رد قضيته إلى ما ذهب إليه الفقهاء؛ فقد ذهب الفقهاء القائلون بجمع الأمير للعلماء إلى أن من نظر في حكم الأمير والفقهاء لاحقاً فإنه ينظر في الحكم الأول؛ فإن كان صواباً أو كان مبنياً على قول أحد الأئمة فإنه يمضيه، ويكون الفسخ الذي تكلفه الأمير والفقهاء باطلاً، وإن كان الحكم الأول خطأ بيناً أمضى فسخه وأجاز ما فعله الأمير والفقهاء. فالقاضي الأخير هنا رقيب على حكم الأمير والفقهاء.

٤٨١/٤- وإذا كان الحكم الأول خطأ بيناً، أو عرف الأمير من القاضي الأول ما لا ينبغي من القضاة ولم يعزله، وأراد النظر في تصحيح ذلك الحكم بعينه؛ فحينئذ يجوز للفقهاء النظر فيه، فإذا تبين لهم أن حكمه خطأ بين رده.

٤٨١/٥- وإذا اختلف الفقهاء على الأمير؛ فرأى بعضهم رأياً ورأى بعضهم رأياً آخر، لم يذهب مع رأي الأكثرية، بل ينظر فيما اختلفوا فيه ويقضي

ويتفد ما يراه صواباً، وهكذا الحال فيما إذا اختلف المشيرون من الفقهاء على القاضي الذي أحضرهم لمشورته^(١).

٤٨٢- خلاصة: يتبين مما سبق أن قاضي القضاة أو الأمير إذا أراد مراقبة نشاط القاضي وقضائه فعليه أن يطلع على أحواله وسيرته، ويفتش عن ذلك إذا رفعت إليه شكاية أو قالة تطعن في القاضي، ويستعين بفقهاء بلد القاضي لعلمهم وأمانتهم، أو لعدم علم الأمير في الأحكام الشرعية.

وكذلك ينبغي على كل من يستشير القاضي أو الأمير ألا يقفوا ما ليس له به علم من حالة القضاة المطعون فيهم وألا يسيروا في ذلك على غير بصيرة.

٤٨٣- ويتأكد من المطالب السابقة حرص الشارع على سلامة عمل القاضي ونشاطه، وأحكامه، وحماية له بالرقابة عليه من طعن الطاعنين في أحكامه وسيرته إذا كان مستقيماً عادلاً، وحماية لمن تحت ولايته من تحول القاضي إلى أداة لهدر العدالة والإنصاف إذا كان القاضي على العكس من ذلك. وقد وضع الفقه الإسلامي ضوابط متعددة لنشاط القاضي التقديري لتحقيق الغاية المأمولة منه^(٢).

(١) تبصرة الحكام ١/٨٩-٩٠ ونسب ذلك لمطرف وابن القاسم، مواهب الجليل ٦/١٣٨، معين

الحكام للطرابلسي ٣٣-٣٤، وانظر للتوسع: فتاوى السبكي ١/٣٦٩ وما بعدها.

(٢) راجع فقرة (١٣٩) وما بعدها.

المبحث الثالث

نقض الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية

تمهيد:

٤٨٤- تقدم في المبحث السابق بحث الرقابة على الأحكام الصادرة عن القاضي، ولا يصدر الحكم إلا عن مزاولة القاضي لسلطته التقديرية، وقد تكون الرقابة من القاضي المصدر للحكم نفسه، وقد تكون من الغير، فإذا ما وجد سبب يوجب نقض الحكم، نقضه القاضي نفسه أو نقضه غيره ممن اطلع على ما يوجب نقضه، لأنه تبين أن القاضي قد استعمل سلطته التقديرية خارجاً عن الضوابط التي وضعت له لينضبط بها عمله التقديري^(١).

٤٨٥- على أن الفقهاء ذهبوا إلى أن قضاء القاضي في المسائل المجتهد فيها لا ينقض إذا ساغ حمله على وجه من الوجوه، وما يسوغ الاجتهاد فيه هو: ما ليس فيه إجماع أو نص غير محتمل للتأويل بلا معارضة نص آخر في نظر المجتهد، وإن كانت المعارضة ثابتة في الواقع، وهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه^(٢).

٤٨٦- والمقصود بالبطلان والنقض والفسخ عند الفقهاء: أن هذا الحكم قد ظهر بطلانه أو فسخه، فهو بمنزلة إعلان لبطلان الحكم، وليس المراد أن ذلك

(١) راجع الفقرة (١٣٩) وما بعدها من هذا البحث.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/٤٦٦، البحر الرائق ج ٧/١١.

الحكم قد انعقد ثم تم نقضه أو فسخه، فالحكم منقوض في أصله وغير معتبر ولم ينعقد ابتداءً، وقد نبه العز ابن عبد السلام إلى أن التعبير بالنقض فيه تسامح^(١).

٤٨٧- وحالات بطلان الأحكام القضائية ترجع في مجملها: إلى خلل في

الإجراءات الموصلة إلى الحكم، أو إلى خلل في الحكم ذاته، أو إلى خلل في أسباب الحكم والبيّنات. قال تقي الدين السبكي: «ولاشك أن الحكم إنما ينقض لتبين خطئه، ولاشك أن الحاكم منصوب لأن يحكم بحكم الشرع، وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي، فالخطأ لا يعدو هذه المواطن الثلاثة، (أحدها) أن يكون في الحكم الشرعي، بأن يكون بخلاف النص أو الإجماع أو القياس الجلي، فينقض لتبين الخلل في الحكم، وليس معنى النقض الحل بعد العقد؛ بل الحكم يبطل ببطلان الحكم المتقدم، وبيان أنه لم يقع صحيحاً لأنه ليس بحكم الشرع، والحاكم نائب الشرع فلا يصح منه الحكم بغير حكمه، ولفظة نقض الحكم ممكنة؛ لأن المقصود إبطال ذات الحكم الذي وقع، ويقرب منه إذا حكم بغير علم فإنه ينقض وإن صادف الحق، والخلل هنا في الحاكم لا في الحكم لكنه قريب منه، ولفظة النقض هنا أيضاً ممكنة؛ لأن المقصود إبطال فعل الحاكم، ويبقى الأمر على ما كان عليه حتى يصدر ذلك الحكم من أهله، كما يبطل تصرف من ليس بوكيل.

(الموطن الثاني): أن يحصل الحكم على سبب غير موجود ويظن القاضي

وجوده ببينة زور ونحوها، فإذا انكشف ذلك ينقض في بعض المواضع بالإجماع،

(١) مغني المحتاج ٦/٢٩٤، فتاوى السبكي ٢/٤٣٦، ونسب الأستاذ علي الندوي في القواعد الفقهية صفحة ١٩١ للإمام الخشني قوله في كتابه أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، صفحة ٣٢٤: «كل ما حكم به القاضي العدل من مذهب من رآه صواباً بما اختلف الناس فيه؛ فهو نافذ» .

وفي بعضها بخلاف فيه. والخلاف هنا في السبب ووضع الحكم في غير محله، والنقض هنا معناه إبطال تعلق الحكم بذلك المحل، ولفظة النقض فيه غير ممكنة لأننا ننقض الحكم في ذاته لخطئه، وإنما نقضناه عن ذلك المحل وأخرجنا المحل عنه، فالخطأ في السبب لا في الحكم، والمخطئ هو الشاهد لا الحاكم؛ نعم الحاكم بفرع من الخطأ، وهو ظنه وجود السبب الحاصل بالبينة.

(الموطن الثالث): أن يكون الخلل في الطريق، كما إذا حكم بشهادة كافرين، فإذا تبين ذلك ينقض؛ سواء أكان المشهود به صحيحاً أم لا؛ لأن المعبر من الحكم ما كان بطريقه الشرعي، فإذا كان بغير طريقه الشرعي فقط [لعلها فقد] حصل الخطأ في الطريق فننقضه لوقوعه على غير الوجه الشرعي. والخطأ هنا من القاضي في اعتقاده عدالة الشهود، وقد يكون ذلك مرتباً على بينة التزكية، وقد يكون على ظنه إذا عدّ لهم بعلمه، ولفظة النقض هنا كهي في الذي قبله، وإن كان الفقهاء أطلقوا النقض على الجميع وهو صحيح»^(١).

٤٨٨- وقد نقلت كلام السبكي بطوله لأهميته، فهو يبين مدى صحة استعمال لفظة النقض من عدم صحته، ويبين السبب المستوجب لنقض الحكم القضائي الصادر عن السلطة التقديرية، كما أنه يبين مواضع الخطأ وأسبابه وما إذا كان صادراً عن القاضي في اجتهاده وتقديره وما إذا كان صادراً عن غيره كالشهود، وبين كلام السبكي السابق كثيراً من خفايا ومشتبهات مسائل نقض الحكم القضائي، وبيان هذه الأمور يعطي صورة واضحة متكاملة عن موقف الشرع من كل موضع من المواضع السابقة، ويوضح أن نقض الحكم القضائي لا يكون عن عبث أو تخبط أو هوى وتشبه.

(١) فتاوى السبكي ٢/٤٣٥-٤٣٦، ومعناه ٢/٥٣٠.

٤٨٩- تبيين مما سبق من كلام السبكي أن الخلل سواء كان في الحكم ذاته، أم في الإجراءات الموصله إليه، أم في القاضي وتقديره؛ فإن هذا الخلل يعتبر مخالفاً للشرع الذي أوجب نظاماً معيناً تسير فيه الدعوى لتصل إلى مرحلة إصدار الحكم الصحيح، فإذا لم يتبع ذلك النظام كان البطلان جزاء تلك المخالفة. وإذا كان الخلل أو المخالفة في نفس الحكم مستلزماً للنقض؛ فإن الخلل الحاصل في شرط أو إجراء قضائي سابق على إصدار الحكم يعتبر سبباً لإبطال الحكم أيضاً، لأن ما بُني على باطل فهو باطل، وعلى القاضي أن يبدأ إجراءاته من النقطة التي نقض الحكم من أجلها، ولا يعيد الإجراءات الصحيحة السابقة على البطلان والنقض، سواء كان الناقض للحكم: القاضي المصدر للحكم نفسه، أم غيره، وذلك لحفظ العدالة وسهولة التقاضي واختصار إجراءاته^(١).

المطلب الأول: نقض الحكم لسبب المحكوم به^(٢)

٤٩٠- تقدم في الفصل الأول من هذا البحث^(٣) مصادر النشاط التقديري التي ينبغي على القاضي ألا يخرج عنها، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وما يستنبط منها، والقاضي ملزم بأن يحكم بما أنزل الله تعالى مما دلت عليه الأدلة الشرعية المذكورة؛ لأنها موارد استخراج الأحكام الشرعية.

(١) نظرية الحكم القضائي لأبو البصل ٥٠٧، وانظر للتوسع في المطالب الآتية (٥٢٢) وما بعدها من هذا المرجع.

(٢) أسير في بحثي على تقسيم أسباب نقض الحكم القضائي إلى أربعة مطالب: لسبب المحكوم به، ولسبب يتعلق بطرفي الخصومة (طرفي الحكم)، وللخلل في أصول التقاضي وإجراءاته، وللخلل في أسباب الحكم (طرق الإثبات). ولم أتعرض لما يتعلق بالأسباب الذاتية المتعلقة بشخص الحاكم أو المتعلقة بصحة ولايته لأن البحث يدور عن قاض ولايته صحيحة ومستوفٍ للصفات المطلوبة فيمن يتولى منصب القضاء، ومن كان غير ذلك لم يأت منه أصلاً التمتع بسلطة تقديرية معتبرة شرعاً. (راجع لصفات القاضي فقرة (١٤) من هذا البحث).

(٣) راجع المطلب الثاني والثالث من البحث الثالث من الفصل الأول، فقرة (٩٠ إلى ١٠١) للمجتهد وغير المجتهد.

٤٩١- أسباب بطلان الحكم القضائي: والفقهاء جميعاً متفقون على أن الحكم المخالف لشرع الله تعالى باطل، ويجب على كل من اطلع عليه أن ينقضه، ولكن الفقهاء اختلفوا قليلاً في تحديد ما يعتبر مبطلاً من المخالفة، وفي تحديد المحكوم به الذي وقعت المخالفة لما جاء به.

وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

٤٩٢- أولاً: بطلان الحكم لمخالفته للقرآن الكريم^(١): إذا صدر الحكم القضائي مخالفاً لنص القرآن الكريم فإنه يعتبر باطلاً باتفاق الفقهاء، وهذا فيما إذا كان النص قطعي الدلالة لا يقبل التأويل، ولا خلاف بين المسلمين أن القرآن قطعي الثبوت متواتره، فإذا قضى القاضي بمقتضى نص ثم تبين أنه منسوخ، أو بعمومه ثم بان أن تلك الصورة قد خُصت بدليل تبين بطلان حكمه^(٢).

٤٩٣- ومن الأمثلة على بطلان الحكم لمخالفته نص القرآن الكريم:

١/٤٩٣- الحكم بشهادة الكافر، ومساواة البنت لأخيها في الميراث، وذلك عند المالكية^(٣)، والمثال الأول مخالف لقوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، والثاني مخالف لقوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

(١) المبسوط ١٦/٦٢، البدائع ج ٧/٤ وبين أن مخالفة القطعي من القرآن، إن كان نصاً مفسراً أو ظاهراً يوجب غالب الرأي وأكثر الظن، تستوجب نقض الحكم، الفروق للقرافي، الفرق/ ٧٦، ج ٢/١٠١، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٦٣، الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٥٣، الأم ٦/٢٢٠، فتاوى السبكي ٢/٤٣٥، الفروع ٦/٤٩٦، الإنصاف ١١/٢٢٣، وجاء في العناية ٧/٣٠٥: المراد مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله.

(٢) حاشية الرملي الكبير بهامش أسنى المطالب ٤/٣٠٣.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٥٣، مختصر خليل بهامش الخرخشي عليه ٧/١٦٤-١٦٥.

٢/٤٩٣- ويمثل الحنفية لذلك: بالحكم محل متروك التسمية عمداً، لأنها عند الحنفية تعتبر ميتة لقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرِ آسَرُ اللَّهُ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]، لأن الواو عندهم في ﴿وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ للعطف، والضمير في (إنه) يعود للأكل المأخوذ من (لا تأكلوا)^(١).

٤٩٤- ثانياً: مخالفة الحكم للسنة النبوية^(٢): اتفق الفقهاء أيضاً على أن الحكم إذا كان مخالفاً للسنة الشريفة وما جاء فيها من أحكام؛ فإنه يعتبر باطلاً منقوضاً، لكنهم اختلفوا في نوع الحديث الذي يعتبر الحكم باطلاً لمخالفته على النحو الآتي:

١/٤٩٤- ذهب الحنفية^(٣)، والحنابلة في رواية مرجوحة^(٤)، والشافعية في قول^(٥)، إلى أن الحكم يكون باطلاً إذا خالف السنة المتواترة أو المشهورة، أما الأحاد فلا يبطل الحكم بمخالفتها.

٢/٤٩٤- وذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة في الرواية الراجحة والتي عليها جماهير الأصحاب، إلى بطلان الحكم القضائي إذا خالف السنة المتواترة أو المشهورة، أو الأحاد، ولكن بشرط أن تكون مقبولة السند يحتاج بها، لا ضعيفة.

(١) العناية ٣٠١/٧، وللتوسع: ابن عابدين ٤٠٠/٥.

(٢) حاشية الدسوقي وبهامشها الشرح الكبير ١٥٣/٤ وما بعدها، شرح مختصر خليل للخرشي ١٦٣/٧ وما بعدها، مغني المحتاج ٢٩٣/٦-٢٩٤، أسنى المطالب ٣٠٣/٤، حاشية ابن عابدين ٤٠٠/٥، البدائع ج ٤/٧، الإنصاف ٢٢٣/١١-٢٢٤، شرح منتهى الإرادات ٥٠٨/٣.

(٣) ولكن في بدائع الصنائع ج ٤/٧ ما يشعر أن الحكم ينقض حتى لو كان مخالفاً لأحاديث الأحاد.

(٤) الإنصاف ٢٢٣/١١-٢٢٤ وذكر أن الرواية تفيد أن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف السنة المتواترة.

(٥) أدب القضاء لابن أبي الدم: ٦٤ حيث ذكر قولاً بعدم نقض الحكم المخالف لخبر الواحد.

٤٩٥ - ومن الأمثلة على الأحكام الباطلة لمخالفتها للسنة:

١/٤٩٥ - مثاله عند الحنفية: الحكم بالقسامة بالقصاص^(١) لمخالفته حديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢) ومثاله الحكم بتحليل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد المحلل عليها بلا دخول أو وطء وهذا مخالف لحديث العسيلة المشهور^(٣).

(١) القسامة عند الحنفية: أن يحلف المدعي خمسين يمينا إذا وجد قتيل في محلة، وكان ثمة عداوة ظاهرة (تبيين الحقائق ٤/١٨٩) ومخالفة القسامة لحديث البينة من كون الأيمان شرعت في جانب المدعى عليه لا المدعي، وفي القسامة يحلف المدعي الأيمان ابتداء عند الجمهور، وعند الحنفية يحلف المدعى عليهم ابتداء، وللتوسع راجع: اليمين القضائية في الإثبات، للباحث، وهو بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، صفحة ٢٤٣ وما بعدها.

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/٢٥٢، كتاب الدعوى والبيئات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، والدارقطني في سننه بإسنادين، كتاب الأقضية والأحكام ٤/٢١٧، وفي آخره «إلا في القسامة»، وقد حسن ابن حجر إسناد حديث البينة هذا في فتح الباري ٥/٣٥٤ في كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود.

والحديث بهذا اللفظ هو كذلك جزء من رسالة سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، والمعروفة بدستور القضاء، وقد سبق تخرجها.

أما لفظ: «... واليمين على المدعى عليه» فأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه رقم ١٣٤١، وقال: وفي إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره، لكن له رواية برقم ١٣٤٢ «أن رسول الله ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه»، وقال: حسن صحيح، وقال: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. اهـ.

ومعلوم أن الشطر الثاني من الحديث «اليمين على المدعى عليه» هو في الصحيحين وغيرهما، مسلم في كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه، رقم (١٧١١) والبخاري في كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة...، رقم (٢٣٣٩) ومواطن أخرى.

وقال عنه السرخسي في المبسوط ١٧/٢٨: وهذا وإن كان من اختيار [لعلها من أخبار] الأحاد فقد تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل فصار في حيز التواتر، وعُدَّ هذا من جوامع الكلم... اهـ.

(٣) حديث العسيلة هو قوله ﷺ «لا، حتى تذوقي عسيلته كما ذاق الأول» البخاري في كتاب =

٤٩٥ / ٢ - ومثاله عند الحنابلة الحكم بقتل المسلم بالكافر، وهو يعتبر باطلاً لمخالفته لحديث «ألا لا يقتل مؤمن بكافر» وفي رواية «مسلم بكافر»^(١).

٤٩٦ - ثالثاً: مخالفة الإجماع: اتفق الفقهاء أيضاً على أن الحكم القضائي إذا كان مخالفاً للإجماع فهو باطل منقوض، لأن الإجماع قطعي^(٢) ومخالفة القاطع باطل، والشرع لا يقرر ما كان باطلاً.

= الطلاق، باب من أجاز الطلاق الثلاث، رقم ٤٩٦١، ومسلم في كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره برقم ١٤٣٣. السنن الكبرى ٣٣٤/٧ وانظر: حاشية ابن عابدين ٤٠٠/٥.

(١) حديث «ألا لا يقتل مؤمن بكافر» رواه أبو داود في كتاب الديات باب إيقاد المسلم من الكافر برقم ٤٥٣٠، والترمذي في كتاب «الديات عن رسول الله ﷺ»، باب لا يقتل مسلم بكافر رقم ١٤١٢ وقال: حسن صحيح، والنسائي في كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والماليك في النفس برقم ٤٧٣٤، وابن ماجه في كتاب الديات، باب لا يقتل مسلم بكافر رقم ٢٦٦٠، وأحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة، مسند علي بن أبي طالب، وابن حجر في الفتح، في كتاب الديات باب لا يقتل المسلم بالكافر ٣٢٣/١٢ أورد طريقين لأبي داود وذكر رواية ابن ماجه والبيهقي ثم قال: وطرقه كلها ضعيفة إلا الطريق الأولى والثانية فإن سند كل منهما حسن، وقال الزيلعي في نصب الراية ٦/٣٢٩-٣٣٠ كتاب الجنائيات، باب ما يوجب القصاص: وأخرج أبو داود والنسائي عن قيس بن عباد، قال: انطلقت، أنا والأشتر إلى علي رضي الله عنه فأخرج لهم كتاباً من قراب سيفه عهد به إليه رسول الله ﷺ، وفيه: ألا لا يقتل مؤمن بكافر، انتهى. قال في (التنقيح): سنده صحيح، وأخرج أبو داود أيضاً وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، قال: «لا يقتل مؤمن بكافر» انتهى، قال في التنقيح: إسناده حسن، انتهى من نصب الراية باختصار. أما لفظ: «لا يقتل مسلم بكافر».

فالبخاري أخرجه في كتاب الديات، باب لا يقتل المسلم بالكافر رقم ٦٥١٧، ومواضع أخرى، والبيهقي في السنن الكبرى ٨/٢٩ من كتاب الجنائيات، باب فيمن لا قصاص بينه باختلاف الدينين.

(٢) البدائع ج ٤/٧، فتح القدير ٧/٣٠١، العناية ٧/٣٠٥، الفروق للقرافي، الفرق ٧٦، ج ١٠١/٢، الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي ٤/١٥٣، الأم ٦/٢٠٤، فتاوى السبكي ٢/٤٣٥، أسنى المطالب ٤/٣٠٣، مغني المحتاج ٦/٢٩٣ وقال: الإجماع يصدر عن الكتاب أو السنة، وحكى الإجماع على نقض ما خالف الإجماع. الفروع ٦/٤٥٦، الإنصاف ١١/٢٢٤.

ويبين الحنفية أن المراد بالجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور، أي: جُلُّ الناس وأكثرهم، ولا عبرة لمخالفة الواحد أو البعض؛ لأن ذلك خلاف لا اختلاف، ويقيد بما إذا كان المخالف لم يسوغ اجتهاده، فأما إذا سوغ له ذلك فلم ينعقد الإجماع بدونه^(١).

والإجماع عند الحنابلة قطعي وظني، والحكم المخالف للقطعي منقوض بلا خلاف، أما المخالف للإجماع الظني، كالإجماع السكوتي؛ فالصحيح من المذهب أنه لا ينقض، وقيل: بل ينقض^(٢).

٤٩٧- ومن أمثلة الأحكام التي تنقض لمخالفتها للإجماع:

١/٤٩٧- الحكم بالميراث كله للأخ دون الجد؛ لأن الأمة مجمعة على قولين: المال كله للجد، أو يقاسم الجد الأخ، أما حرمان الجد فلم يقل به أحد^(٣).

٢/٤٩٧- وذكر المالكية مثلاً آخر هو: الحكم بشهادة الكافر على المسلم، فإنها مخالفة لنص القرآن الكريم، ومخالفة للإجماع، فلا تقبل^(٤).

(١) فتح القدير ٣٠١/٧، العناية ٣٠٥/٧، وضربوا مثلاً للأول قول ابن عباس في جواز ربا الفضل، فإنه لم يسوغ له أحد ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه، والإجماع منعقد على حرمة بدونه، وذكر ابن الهمام رواية في رجوع ابن عباس عن قوله هذا، أما إذا سوغ للمخالف اجتهاده فلم ينعقد الإجماع بدونه، كقول ابن عباس رضي الله عنهما في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الإخوة، وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين، فإذا حكم بها حاكم لم يكن مخالفاً للإجماع، وهذا مثال الحالة الثانية.

(٢) الفروع ٤٥٦/٦، الإنصاف ٢٢٤/١١، وجاء في شرح منتهى الإرادات ٥٠٨/٣ «أو خالف

إجماعاً قطعياً فينقض، لأن المجمع عليه ليس محلاً للاجتهاد بخلاف الإجماع السكوتي» اهـ.

(٣) مختصر خليل بهامش الخرشني ١٦٣/٧.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٤/٤.

٤٩٧/٣- وذكر الحنفية مثلاً لذلك الحكم بنكاح المتعة^(١)، فهو حكم باطل للإجماع على فساد.

٤٩٨- رابعاً: بطلان الحكم لمخالفته القياس: والعلماء على مذهبين:

٤٩٨/١- الأول: ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة في قول: إلى بطلان الحكم الصادر على خلاف القياس الجلي، وهو ما يعمّ قياس الأولى والمساوي^(٢)، أما القياس الخفي فلا ينقض الحكم إذا خالفه^(٣)، وذهب الحنابلة في قول: إلى أنه ينقض في حقوق الله دون حق العباد، إلا إذا طلبه صاحبه^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ٤٠١/٥.

(٢) القياس الجلي: هو ما قُطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الفرع والأصل، أو ضعف تأثيره، وبعده، ومثاله قياس الأمة على العبد في التقويم على من أعتق نصيبه منه من أحد الشريكين وهو موسر، ومثاله إلحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَمْرًا﴾ بل هذا من باب الأولى (انظر: شرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه مختصر خليل ١٦٤/٧-١٦٥، أسنى المطالب ٣٠٣/٤-٣٠٤) ومثال القياس المساوي: قياس الأمة على العبد في السراية، والرافعي يسمي القياس المساوي بالواضح (مغني المحتاج ٢٩٣/٦ وما بعدها) ومن القياس الجلي: ما ورد النص فيه على العلة، مثل حديث «إنما نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي من أجل الدافّة» رواه مسلم في كتاب الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي...، رقم ١٩٧١، والنسائي في كتاب الضحايا، باب الادخار من الأضاحي رقم ٤٤٣١، وأبو داود في الضحايا، باب في حبس لحوم الأضاحي رقم ٢٨١٢، ومسند أحمد، باقي مسند الأنصار، حديث السيدة عائشة، رقم ٢٣٧٢٨، وهو كالمخصوص في أنه لا يحتمل إلا معنى واحداً، وغير القياس الجلي ما لا يقطع فيه بنفي الفارق بين الفرع والأصل (أسنى المطالب ٣٠٣/٤-٣٠٤).

(٣) انظر لمذهب الجمهور هذا: الفروق للقرافي، الفرق ٧٦، ج ١٠١/٢، شرح مختصر خليل للخرشي ١٦٤/٧-١٦٥ الشرح الكبير بهامش الدسوقي ١٥٣/٤، أسنى المطالب ٣٠٣/٤-٣٠٤، فتاوى السبكي ٤٣٥/٢، مغني المحتاج ٢٩٣/٦ وما بعدها، الفروع ٤٥٦/٦، الإنصاف ٢٢٣/١١، ولم أقف على نص في كتب الحنفية حول هذه المسألة إلا أن الحنفية يذكرون القياس الشرعي مع مصادر الحكم القضائي الشرعي، مثلاً: البدائع ج ٧/٤.

(٤) الإنصاف ٢٢٣/١١.

٢/٤٩٨- الثاني: وذهب الخنابلة في الصحيح عندهم، وعليه المذهب
وجماهير الأصحاب: إلى عدم بطلان الحكم القضائي المخالف للقياس، لأن من
أحكام الشريعة ما ثبت على خلاف القياس^(١).

٤٩٩- ومن أمثلة نقض الحكم لمخالفته للقياس:

١/٤٩٩- الحكم بشهادة الكافر؛ لأن الحكم بشهادة الفاسق لا تجوز،
فالكافر أشد فسوقاً وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس^(٢).

٢/٤٩٩- ومثاله عند الشافعية الحكم بنفي القصاص في القتل بمثقل،
فينقض لأن القصاص لعصمة النفس الإنسانية^(٣)، ولا فرق بين أن يتعدى عليها
بالقتل بمحدد أو مثقل، فقياس القصاص للقتل بمثقل على القصاص للقتل
بمحدد قياس جلي.

٣/٤٩٩- وذكر الشافعية مثلاً ثانياً هو الحكم بصحة نكاح امرأة المفقود
بعد أربع سنين ومدة العدة، فينقض لمخالفته بجعل المفقود ميتاً مطلقاً أو حياً
كذلك، وهنا جعلوه فيها ميتاً في النكاح دون المال^(٤).

٥٠٠- خامساً: بطلان الحكم لمخالفته للقواعد الكلية:

ذهب المالكية، وبعض الشافعية، إلى أن الحكم الذي يخالف القواعد الكلية
للشريعة الإسلامية يعد باطلاً^(٥).

(١) الفروع ٤٥٦/٦، الإنصاف ٢٢٣/١١، شرح منتهى الإرادات ٥٠٨/٣.

(٢) مختصر خليل وشرح الخرشي عليه ١٦٤-١٦٥.

(٣) البهجة الوردية بهامش الغرر البهية ١٩٢/١٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الفروق للقرافي الفرق ٧٦، ج ١٠١/٢، حاشية الدسوقي ومعه الشرح الكبير ١٥٣/٤ وما
بعدها، منح الجليل ٣٤٠/٨، فتاوى السبكي ٣٦٩/١، وبعض كتب الشافعية تذكر مذهب

ومن الأمثلة لذلك:

١/٥٠٠ - أولاً: المسألة السريجية، وملخص هذه المسألة: أن رجلاً قال لزوجته: إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثاً، فطلقها ثلاثاً أو أقل ثم مات، فالصحيح عند المالكية لزوم الثلاث وعدم جريان التوارث بينهما، لأن من قواعد الشرع: صحة اجتماع الشرط مع المشروط « وقوع الطلقة الأخيرة مع الطلقات الثلاث المعلقة »، وأفتى ابن سريج الشافعي بعدم لزوم الطلقات الثلاث، وبأن المرأة تترث منه، وقول ابن سريج منقوض هنا لمخالفته للقاعدة الشرعية السابقة^(١).

٢/٥٠٠ - ثانياً: ومثاله أيضاً أن يحكم بينة نافية دون المثبتة، فإن القواعد الشرعية على تقديم المثبتة على النافية^(٢).

٥٠١ - سادساً: بطلان الحكم لعدم الدليل عليه: إذا صدر الحكم القضائي ولم يكن له دليل يستند إليه من البيّنات؛ فإن الحنفية والمالكية ذكروا أن هذا الحكم يعتبر باطلاً؛ لأنه لا يجوز الحكم من غير دليل^(٣).

٥٠٢ - سابعاً: بطلان الحكم لمخالفته عمل أهل المدينة: ذهب المالكية^(٤) إلى العقد وأن الحكم إذا صدر مخالفاً لعمل أهل المدينة المنورة أو إجماعهم، فإنه

= المالكية هذا، أما السبكي فذكر نقض الحكم لمخالفته للقواعد ضمن أسباب نقض الحكم عند الشافعية ولم يعزه لغيرهم فدل على أنه مذهبهم، ولعل لإبطال الحكم المخالف للقواعد الكلية هو بالنظر إلى مستند القاعدة.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٥٣، نهاية المحتاج ٦/٢٦٤.

(٢) الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ٤/١٥٣.

(٣) كنز الدقائق الذي بهامش تبين الحقائق ٦/٢٨٠، حاشية ابن عابدين ٦/٧٤١، الشرح

الكبير بهامش الدسوقي ٤/١٥٤.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٥٣، الخرشبي على مختصر خليل ٧/١٦٣.

يعتبر منقوضاً، ويمثلون لذلك بثبوت خيار المجلس في العقد، فمذهب أهل المدينة لزوم العقد وإن لم يتفرقا، وذلك لأن البيع كلام، فإذا أوجب المتبايعان البيع بالكلام وجب البيع، ولم يكن لأحدهما أن يمتنع عما قد لزمه^(١).

٥٠٣- ثامناً: بطلان الحكم لمخالفته لأقوال الفقهاء^(٢): ذهب الفقهاء إلى أن النشاط التقديري للقاضي إذا أدى به لأن يصدر حكماً مخالفاً لأقوال الفقهاء كلها خارجاً عنها فإنه يعتبر باطلاً، وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء، وعللوا ذلك بأن الحق لا يعدو أقاويلهم، فالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاءً باطلاً قطعاً. وذكر المالكية أن القاضي إذا فعل ذلك فوافق حكمه قول عالم من غير قصد منه فإن الحكم ينقض أيضاً^(٣) وقيد بعض الشافعية ذلك بأن لا يخرج عن الأقوال الواردة في المذاهب الأربعة، وإلا نقض حكمه^(٤).

٥٠٤- تاسعاً: بطلان الحكم لصدوره مخالفاً لاجتهاد القاضي: إذا كان القاضي مجتهداً وحكم في قضية بخلاف رأيه واجتهاده؛ فإنه ينقض ولا ينفذ، سواء قلد غيره أم لا، لأنه يكون قد قضى بما هو خطأ عنده^(٥)، وخالف الإمام أبا حنيفة صاحبه في قوله: إذا قضى القاضي مخالفاً لرأيه ناسياً نفذ قضاؤه وإن

-
- (١) المدونة ٣/٢٢٢، والحنفية مع المالكية، البدائع ٥/٢٢٨، وخالفهم الشافعية والحنابلة فقالوا بثبوت خيار المجلس، مغني المحتاج ٢/٤٠٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٥.
 - (٢) البدائع ج ٧/٤، الدر بهامش حاشية ابن عابدين ٥/٣٦١-٣٦٢، تهذيب الفروق ٢/١١٦، الفرق ٧٧/، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢١٢.
 - (٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٥٦.
 - (٤) الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢١١-٢١٢، وذكر قول السبكي بأن ما خالف المذاهب الأربعة كمخالف الإجماع.
 - (٥) تهذيب الفروق ٢/١١٦، الفرق ٧٧، مختصر خليل بهامش الخرشبي ٧/١٦٦، منح الجليل ٨/٣٤٧، بدائع الصنائع ج ٧/٤-٥، المغني ١٠/١٠٠، م (٨٢٣٢) الإنصاف ١١/١٨٤-٢٠٨.

فعله عمداً فروايتان، وعند الصاحبين لا ينفذ قضاؤه مطلقاً فيما سبق، والفتوى على قولهما^(١)، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم مع الجمهور، وعندهم قول بجواز أن يترك المجتهد رأيه ويقلد غيره، وفي قول آخر عندهم: يقيد ذلك بما إذا كان يقلد من هو أعلم منه^(٢).

٥٠٥ - عاشرأ: بطلان الحكم لمخالفته المذهب: وله حالان:

١/٥٠٥ - أولاً: مخالفة الحكم للمذهب الرسمي الملزم للقاضي: ذهب الحنفية، والمالكية في قول، وبعض الشافعية: إلى جواز إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين^(٣)، فإذا وُلِّي قاض على أن يحكم بمذهب معين، أو قانون مستمد من الشريعة الإسلامية؛ كان عليه ألا يخرج عنه، فإن خالف كان حكمه منقوضاً؛ لأنه يكون كالمعزول عما حكم به، ولم يكن ما حكم به داخلاً ضمن ولايته^(٤).

٢/٥٠٥ - ثانياً: بطلان حكم المقلد بخلاف مذهبه: إذا حكم القاضي المقلد في حادثة ما بما يخالف نص مقلده؛ فإن حكمه يكون باطلاً، لأن نص إمامه في حقه كالدليل في حق المجتهد، فعليه أن يلتزمه ويشاور العلماء^(٥).

٥٠٦ - حادي عشر: بطلان الحكم المبني على خلاف شاذ أو قول ضعيف: إذا صدر الحكم القضائي معتمداً على فتوى مستندة على خلاف شاذ قد بني

(١) العناية مع الهداية ٧/٣٠٤ - ٣٠٥.

(٢) الإنصاف ١١/١٨٤، ٢٠٨.

(٣) راجع الفقرة (١٠٠) من هذا البحث.

(٤) حاشية الدسوقي ٤/١٥٦، الخرخشي على مختصر خليل ٧/١٦٦، أسنى المطالب ٤/٣٠٤، وهو قول ابن الصلاح، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢١٢، فتح القدير ٧/٣٠٥، درر الحكام لحيدر ٤/٦٠٢م (١٨٠١)، نظرية الحكم القضائي ٥٢٩-٥٣٠.

(٥) التاج والإكليل ٨/١٤٢، الشرح الكبير بهامش الدسوقي ٤/١٥٦، مغني المحتاج ٦/٢٩٤، معين الحكام للطرابلسي ٢٩، فتح القدير ٧/٣٠٦، كشاف القناع ٦/٣٦٠.

على مدرك ضعيف، أو كان الحكم حكماً بقول ضعيف؛ فإنه ينقض، ولا يعترض بأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، لأن حكمه يرفع الخلاف إذا كان مبنياً على دليل قوي^(١).

٥٠٧- ثاني عشر: بطلان الحكم لتبين كونه خطأ أو جوراً: إذا ظهر بعد صدور الحكم القضائي أن سلطة القاضي التقديرية أدت به لحكم ظهر أنه خطأ بين أو جور بين أو أنه كان قد أخطأ في تقديره للأمر؛ فإن القاضي ينقض الحكم على نفسه، وينقضه كل من ولي بعده، ويرده إذا كان مما لا اختلاف للناس في كونه خطأ أو جوراً^(٢).

المطلب الثاني: حالات بطلان الحكم لسبب يتعلق بطريق الحكم

يبطل الحكم القضائي لسبب من الأسباب الآتية:

٥٠٨- أولاً: بطلان الحكم الغيابي: ذهب كثير من الحنفية وهو المرجح عندهم، والحنابلة في قول، إلى أن القاضي لا يقضي على الغائب ولا له^(٣)، وإن حكم القاضي بطل حكمه، والقول الثاني عند الحنفية هو: وقوع الحكم القضائي موقوفاً على تنفيذ قاض آخر، فإن أمضاه نفذ^(٤)، ولعل اشتراط الحنفية حضور الدعوى لما له من أثر في سير الدعوى؛ من إقرار أو إنكار أو غير ذلك مما يكون له أثره في قناعة القاضي في إصداره للحكم القضائي، ونائب المدعي أو المدعى عليه يقوم مقامه في الحضور.

(١) الفروق ٥١/٤، الفرق/٢٢٤، التاج والإكليل ١٤١/٨، مختصر خليل بهامش الخرشبي/٧

١٦٤، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢١٢، درر الحكام لحيدر ٤/٦٠٥، م(١٨٠١).

(٢) المدونة ٥١٩/٤، المبسوط ٦٢/١٦، تبيين الحقائق ٦/٢٢٢، وقريب منه: الفروع ٦/٤٩٤.

(٣) راجع الفقرة (١٧٩) وما بعدها.

(٤) العناية مع الهداية ٧/٣٠٨، البدائع ٦/٢٢٢-٢٢٣، البحر الرائق مع الكنز ٧/٣، ١٧،

الإنصاف ١١/٢٩٨-٢٩٩.

٥٠٩- ثانياً: بطلان الحكم لجهالة المحكوم له أو المحكوم عليه^(١): إذا أصدر القاضي حكمه على شخص مجهول أو غير معين أو على جماعة أو واحد من جماعة؛ فإن الحكم يكون باطلاً غير صحيح، سواء كانت الجهالة في المدعي أم المدعى عليه^(٢).

٥١٠- ثالثاً: بطلان الحكم لوجود عداوة بين المحكوم عليه والقاضي: إذا حكم القاضي على شخص بينه وبين القاضي عداوة دنيوية لا دينية، فإن الحكم ينقض ويكون باطلاً، ولا يحكم لعدوه كذلك عند الشافعية^(٣). ولعل سبب ذلك أن النفس الإنسانية قلما تستطيع أن تحكم بتجرد على عدوها، وهذا مما يؤثر في نشاط القاضي الذهني وفي قناعته، فمنع الشرع حكم القاضي على عدوه حفظاً لحق المحكوم عليه وبعداً بالقاضي عن التهمة.

٥١١- رابعاً: بطلان الحكم لكون القاضي لا تجوز شهادته للمحكوم له أو عليه: إذا حكم القاضي لمن لا تجوز شهادته له، أو حكم لمن لا تجوز شهادته عليه؛ فإن حكمه غير جائز، وذلك كحكم القاضي لأصوله كالأب، أو فروعه كالابن^(٤).

(١) راجع الفقرة (١٧٨).

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٨٦، حاشية الجمل ٤٠٨/٥-٤٠٩.

(٣) التاج والإكليل ١٣٤/٦، ١٣٥، ١٣٦، مواهب الجليل ١٣٨/٦ وبين أنه حتى لو كانت العداوة بين أبوي القاضي والمحكوم عليه، أو بين الحاكم وأبي المحكوم عليه، الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي ١٥٤/٤، الدر بهامش رد المحتار ٣٥٦/٥-٣٥٧، الإنصاف ٢١٧/١١، حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب ٣٠٢/٤ وفي قول آخر: يجوز.

(٤) هذا هو المختار المشهور عند المالكية، والقول الثاني لأصيح وهو جواز الحكم بذلك إذا لم يكن القاضي من أهل التهمة، وذكر صاحب التاج والإكليل أن ابن عرفة ذكر أن في المذهب قولين آخرين، التاج والإكليل ١٣٦/٦ وما بعدها شرح مختصر خليل للخرشي ١٦٢/٧، الإنصاف ٢١٦/١١-٢١٧، الفتاوى الهندية ٣٦٦/٣-٣٦٧، والممنوع عند الشافعية الحكم لمن لا تجوز شهادته له أما الحكم عليه فيجوز وينفذ (حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب ٣٠٢/٤).

٥١٢- خامساً: بطلان الحكم لصدور ما يبطله عن المحكوم له بعد صدور الحكم: إذا اعترف المحكوم له بعد صدور الحكم أن ما حكم له به حرام لا يستحقه، وأمر شخصاً آخر مثلاً بأن يشتري ذلك المحكوم به له فإن الحكم يبطل، وكذلك إذا أقر بأن دعواه كانت كاذبة^(١)، أو أكذب شهوده في بعض ما شهدوا به^(٢)، أو إذا تبين للقاضي فسق الشهود بعد إصداره للحكم ووافقه المحكوم له بذلك^(٣)، على أن الحكم بعد صدوره بالقضاء بالحرية لا ينقض إذا أقر مدعي الحرية أنه كان كاذباً^(٤).

المطلب الثالث: حالات بطلان الحكم لخلل

في أصول وإجراءات التقاضي

ومما يبطل الحكم القضائي:

٥١٣- أولاً: بطلان الحكم لعدم وجود دعوى: الدعوى أول مراحل الخصومة، والحكم إنما يعتبر إذا تقدمته دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة^(٥).

٥١٤- ثانياً: بطلان الحكم لعدم توافر الخصومة الحقيقية: لا بد من

(١) الفتاوى الهندية ٣/٣٣٣.

(٢) معين الأحكام ص ٦٢.

(٣) الإنصاف ١٢/١٠٥-١٠٦ وهذا بناء على الرواية التي تجيز للقاضي أن يحكم بالشهود بناء على علمه بعد التهما أو بظاهر الإسلام ثم تبين غير ذلك ووافقه المحكوم له.

(٤) الفتاوى الهندية ٣/٣٣٣.

(٥) البحر الرائق ٦/٢٨١، الفتاوى الهندية ٣/٣٣٣، قليوبي وعميرة ٤/٣٣٥، وذلك في عقوبات الأدميين كالقصاص، وعند المالكية ما يشعر بعدم اشتراط تقدم الدعوى لصدور حكم الحاكم، الخرشي على مختصر خليل ٧/١٦٦، وانظر نظرية الدعوى، لياسين ١٠٨ وما بعدها لما يشترط له تقدم الدعوى باتفاق، وما لا يشترط له ذلك باتفاق، وما اختلف الفقهاء في اشتراط تقدم الدعوى عليه من الأحكام.

الخصومة الحقيقية، فلو علم القاضي أن الخصومة صورية ولا خصومة في الحقيقة، وأنه لا تخاصم ولا تنازع في نفس الأمر بين المتداعين؛ فليس له أن يسمع هذه الدعوى، ولا يعتبر القضاء المترتب عليها، ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك، أما إذا لم يعلم القاضي ذلك عُذر ونفذ قضاؤه^(١).

٥١٥- ثالثاً: بطلان الحكم لصدوره قبل طلب المدعي: إذا حكم القاضي بعد سماع البينة من غير أن يطلب المدعي القضاء له بما يدعيه؛ فحكم القاضي يكون غير صحيح لعدم الطلب^(٢).

٥١٦- رابعاً: بطلان الحكم لعدم الإعدار: إذا أصدر القاضي حكمه قبل أن يُعذر؛ فإن المالكية يعدون هذا الحكم غير نافذ وغير صحيح، ولكن المالكية قيدوا بطلان هذا الحكم ببطلان مرحلة ما بعد الإعدار، ولا ينقض ما قبل مرحلة الإعدار من الإجراءات كسماع البينات، وعلى القاضي الذي أصدر الحكم أو غيره أن يعذر ثم يتم المراحل التالية للإعدار في إصدار الحكم^(٣).

٥١٧- خامساً: بطلان الحكم لعدم حلف يمين الاستظهار (اليمين المتممة للحكم)^(٤): إذا أصدر القاضي حكمه في حالات يجب فيها حلف يمين

(١) حاشية ابن عابدين ٣٥٤/٥.

(٢) نهاية المحتاج ٣/٣٤٥-٣٤٦، الإنصاف ١١/٢٤٤-٢٤٥ وهو الصحيح من المذهب، والقول الآخر جواز أن يحكم القاضي قبل طلب المدعي، وراجع فقرة (٢٠٦).

(٣) مواهب الجليل ٦/١٣١-١٣٢، منح الجليل ٨/٣٢٤-٣٢٥، ومعنى الإعدار: سؤال الحاكم من توجه عليه موجب الحكم هل له ما يسقطه، وهذا منقول في منح الجليل عن ابن عرفة، شرح ميارة ١/٣٩-٤٠، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١٩٥، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٣٠٢.

(٤) الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/١٦٢، حاشية ابن عابدين مع الدر ٥/٥٤٨، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٦١ وما بعدها، ٢٦١ وما بعدها.

الاستظهار دون أن يحلف الخصم هذه اليمين؛ فإن هذا الحكم يكون غير معتبر لأنه حكم لم يستكمل شروطه ولم تتم البيئة التي بُني عليها^(١).

٥١٨- سادساً: بطلان الحكم لعدم التعديل والتزكية: الأصل ألا يحكم القضاة إلا بعد تعديل البيئة وتزكيتهما، فإذا أوجب السلطان على القضاة ألا يصدرُوا أحكامهم إلا بعد التعديل والتزكية، فحَكَمَ القاضي مخالفاً لهذا القيد؛ فإن حكمه يعتبر باطلاً، لأن القضاة ليسوا مولين أن يحكموا مثل هذه الأحكام فيكونوا كالمعزولين عنها^(٢).

٥١٩- سابعاً: بطلان الحكم لعدم الاختصاص: إذا كان الحكم مخالفاً لقواعد الاختصاص الزمني أو المكاني أو القيمي أو النوعي أو غير ذلك؛ فإنه يكون غير معتبر؛ لأنه صدر في غير ولايته وخارج نطاق الولاية التي ولاه إياها السلطان^(٣).

٥٢٠- ثامناً: بطلان الحكم للتقادم: قد يمنع ولي الأمر من سماع الدعوى بعد مرور زمن معين، فإذا سمع قاضٍ دعوى مَنَعَ ولي الأمر من سماعها، ثم حكم بها؛ فإن هذا الحكم يكون باطلاً لمخالفة أمر السلطان، والقاضي يعتبر معزولاً عن الحكم بالنسبة لتلك الدعوى التي منع ولي الأمر من سماعها^(٤).

(١) انظر إن شئت: اليمين القضائية في الإثبات، للباحث، المطلب الأول من المبحث الرابع من الفصل الثاني، صفحة ١٦٦ وما بعدها.

(٢) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ١/٢٩٨، ٣١٦، وانظر: المدونة ١٣/٤، المتقى للبايجي ١٩٤/٥.

(٣) راجع فقرة (١٠٥) وانظر: درر الحكام لحيدر ٤/٥٩٧ وما بعدها، م (١٨٠١)، الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/٢١٢ وما بعدها.

(٤) راجع فقرة (٢٣٧) وما بعدها، وفقرة (٢٤٥) وما بعدها.

٥٢١- تاسعاً: بطلان الحكم لصدوره عن حدس وتخمين لا عن اجتهاد

ونظر: الأصل أن الشرع منح القاضي سلطة تقديرية كيلا يصدر أحكامه إلا عن اجتهاد وبجث وتحير، فإذا أصدر الحاكم حكمه عن ظن وتخمين وتليبس واشتباه من غير قصد إلى الاجتهاد في الأدلة؛ فحكمه باطل، لأن الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف الحق، وإن وافق الحق عن غير قصد^(١).

٥٢٢- عاشراً: بطلان الحكم لصدوره والقاضي مشوش الفكر: للفقهاء في

هذه المسألة رأيان:

١/٥٢٢- الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء، من الحنفية، والشافعية،

والمالكية، وبعض الحنابلة، إلى نفاذ الحكم القضائي إذا صدر والقاضي مشوش الفكر لسبب عارض؛ كالغضب أو الجوع الشديد أو الضجر أو غلبة النعاس أو غير ذلك من المشوشات، وحكم القاضي في هذه الحال مكروه على الرغم من صحته ونفاذه إن وافق الحق والصواب^(٢)، وصرح المالكية، وأكثر الحنابلة بالتحريم مع نفاذ الحكم إن وافق الصواب^(٣).

٢/٥٢٢- الرأي الثاني: ذهب كثير من الحنابلة كما يفهم من عباراتهم،

وكما ذهب بعضهم صراحة إلى الحكم القضائي وعدم نفاذه إن صدر عن قاضٍ

(١) التاج والإكليل ٦/١٣٥، المبسوط ج١٧/٩ وهو ظاهر المذهب، وفي رواية عن الإمام أبي حنيفة رحمه الله أن القضاء في المجتهادات ينفذ وإن لم يكن عن اجتهاد ما لم يتبين خطؤه بيقين، شرح منتهى الإرادات ٣/٤٩٩، المغني ١٠/١٠٠، م(٨٢٣٢).

(٢) مختصر خليل بهامش الخرشبي ٧/١٥١، فتح القدير ٧/٢٧١، مجمع الأنهر ٢/٦٠، الإنصاف ١١/٢٠٩ وما بعدها، المغني ١٠/٩٩، م(٨٢٣٠)، نهاية المحتاج ٨/٢٥٤ وجاء فيه أنه لا كراهة فيما لا مجال للاجتهاد فيه، وأن الكراهة تنتفي إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال، وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة، ولو قضى حال غضبه ونحوه نفذ قضاؤه.

(٣) حاشية الصاوي مع الشرح الصغير ٤/٢٠٥، الإنصاف ١١/٢٠٩ وما بعدها، المغني ١٠/٩٩، م(٨٢٣٠).

مشوش الفكر، وذلك لأن الحكم حال انشغال الفكر بما يشوشه منهبي عنه، والنهي يقتضي الفساد، فالحكم حال الغضب منهبي عنه، فهو فاسد إذن، ولأنه إذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفكره، لأن استيفاء الفكر هو الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب^(١).

٢٢٥/٣- ترجيح: والذي يترجح أن المقصود بالغضب أو العارض الذي يشوش الفكر هو الشديد الكثير، الذي يخرج صاحبه عن التكليف، لأن العقل هو وعاء العلم والمعارف، وصاحبه هو الذي يصح أن يُحمد أو يُذم بوجود كثير من صفات من يتولى منصب القضاء أو بفقدانها، والعقل هو أداة النشاط التقديري للقاضي وأداة اجتهاده، فإذا عرض عليه ما يعطل قدراته ويمنع ملكاته من أن تؤتي ثمارها فإن القاضي يكون حينها قريباً ممن فقد عقله لصريح أو نحوه، وفاقد العقل لا تصح توليته للقضاء، ويكون القاضي حينها فاقداً للسلطة التقديرية التي هي جوهر العمل القضائي.

أما إذا كان العارض يذهب بتمام الفكر لا بجميعة، فإن الحكم يكون نافذاً مع الكراهة، بدرجة تتناسب مع درجة تشويش العارض لعقل القاضي وفكره^(٢).

(١) المغني ٩٩/١٠، م (٨٢٣٠)، الإنصاف ٢٠٩/١١، وما بعدها، كشاف القناع ٣١٦/٦، وعند المالكية قول بأن الغضب يمنع الحاكم إذا كان قبل أن يتضح له الحكم في المسألة، فإما إن اتضح له الحكم ثم عرض الغضب لم يمنعه، لأن الحق قد استبان قبل الغضب، فلا يؤثر الغضب فيه، وينبهون أيضاً إلى أن النبي ﷺ كان له دون غيره ﷺ أن يقضي حال الغضب.

(٢) راجع فقرة (٢٣)، نظرية الحكم القضائي لأبو البصل ٥٣٦-٥٣٧، وقد صرح المالكية بتحريم قضاء القاضي حال ذهاب أصل الفكر والنظر أو طروء ما يدهش عن أصل الفكر، أما طروء ما يدهش عن تمام الفكر فهو الذي اختلف في كراهته أو تحريمه (مختصر خليل بهامش الخرشي ١٥١/٧، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ١٤١/٤).

٥٢٣- حادي عشر: بطلان الحكم لعدم تحديد المحكوم به: إذا رفع المدعي دعواه وكان المدعى به شيئاً معيناً كالمنقولات وكان حاضراً في مجلس الحكم؛ كان عليه أن يشير إلى المحكوم عليه، وإن كان غائباً عن مجلس الحكم كان على المدعي أن يذكر أوصافه بما يميزه عن غيره، فإذا حكم القاضي وكان المحكوم به غير معين فإن حكمه يكون غير نافذ للجهالة في المحكوم به^(١).

المطلب الرابع: حالات بطلان الحكم لخلل في أسباب الحكم (طرق الإثبات)

٥٢٤- يصدر الحكم القضائي مستنداً إلى سبب من الأسباب المعتبرة شرعاً، فإذا حصل خلل في السبب الذي بُني عليه الحكم، أو تبين لاحقاً أن سبب الحكم الذي كان ظاهره السلامة قد تبين خلافه؛ فإن الحكم الذي بني عليه يعد باطلاً غير صحيح، لأن ما بني على الباطل باطل.

ومن الحالات التي نص الفقهاء على اعتبار الحكم فيها باطلاً لبطلان البيّنات التي اعتمد عليها:

٥٢٥- الأول: بطلان الحكم لسبب يتعلق بشهادة الشهود: ويشمل الأمور الآتية:

١/٥٢٥- أولاً: ثبوت بطلان الشهادة لظهور فسق الشاهد، أو رقه، أو كفره، أو كونه صيباً: إذا ثبت ذلك بيينة فإن الحكم يجب نقضه ويكون باطلاً^(٢)،

(١) راجع فقرة (١٨٥) وما بعدها لمواقف الفقهاء من ذلك.

(٢) هذا ما عليه جمهور المسلمين مع تفصيل، فشهادة الكافر مردودة باتفاق، وكذلك الصبي، التاج والإكليل ١٣٦/٦، مختصر خليل بهامش الخرشبي ١٦٤/٧، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ١٥٤/٤، الأم ٥٨/٧، أسنى المطالب ٣٥٩/٤، المبسوط ج ٩/١٧، الفروع ٦/ =

وكذلك إن ثبت كذب الشهود في شهادتهم كما إذا شهدوا أن فلاناً قتل فلاناً
فاقتص منه ثم قدم المشهود بقتله حياً^(١).

٢/٥٢٥ - الثاني: بطلان الشهادة لثبوت مانع من موانعها: وذلك
كالعداوة بين الشاهد والمشهود عليه، أو ثبوت القرابة المانعة من الشهادة بين
الشاهد والمشهود، كأن يكون الشاهد والد المشهود له أو ولده^(٢).

٣/٥٢٥ - الثالث: رجوع الشاهد عن شهادته وأثره في بطلان الحكم: إذا
رجع الشاهد عن شهادته بعد إصدار الحكم؛ فقد اختلف الفقهاء في أثر رجوعه
في الحكم على ثلاثة أقوال:

= ٤٩٤-٤٩٥، الإنصاف ١٠٥/١٢ وما بعدها، أما الفاسق فينقض عند المالكية في المذهب
والشافعية في الأصح، والحنابلة في المشهور وهو ظاهر كلام الأصحاب، التاج والإكليل ٦/
١٣٦، فتاوى السبكي ٤٣٣/٢-٤٣٤، قلوبى وعميرة ٣٢٣/٤، الفروع ٦/٤٩٤-٤٩٥،
الإنصاف ١٠٥/١٢ وما بعدها، والقول الثاني عند الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة: لا
ينقض، وقال عنه ابن رزين: إنه الأظهر، والعبد شهادته مردودة عند المالكية والشافعية
والحنفية، وكذلك ما يبنى عليها، وفي وجه عند المالكية يجوز إمضاء الحكم بها لأن بعض
السلف أجازها، مثل علي وأنس وشريح رضي الله عنهم. (التاج والإكليل ٦/١٣٦، أسنى
المطالب ٤/٣٥٩، المبسوط ج ٩/١٧، كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٧/١٢٨) والمذهب
عند الحنابلة: أن القاضي إذا تبين له رق الشهود بعد الحكم وكان يرى الحكم بها لم ينقض
حكمه وينفذ ما قضى به، وإن كان لا يرى ذلك نقضه ولم ينفذ (الإنصاف ١٠٧/١٢)،
ويذكر المالكية والشافعية: أنه لو تبين كفر أحد الشاهدين أو فسقه جاز أن يحلف المحكوم له
مع شاهده الباقي إذا كان المحكوم به مالاً ولا يرد الحكم (التاج والإكليل ٦/١٣٦، الأم ٧/
٥٥) ويمكن إلحاق هذه المسائل بالمطلب الأول من هذا البحث وهو مخالفة الكتاب أو السنة
أو الإجماع... والله تعالى أعلم.

(١) حاشية الخرشى على مختصر خليل ٧/٢٢٠.

(٢) مواهب الجليل ٦/١٣٨، مختصر خليل بهامش الخرشى ٧/١٦٤، أسنى المطالب ٤/٣٥٩،
الفروع ٦/٤٩٦، الإنصاف ١٠٧/١٢، والحنابلة قيدوا ذلك بما إذا كان القاضي يرى ذلك،
أما إذا كان لا يرى القرابة مثلاً مانعاً من الحكم بهذه الشهادة فلا ينقض الحكم.

٥٢٥/٣/١ - القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة^(١)

إلى أن رجوع الشاهد عن شهادته لا يؤثر في الحكم في حجيته في الجملة، والحكم بحسب المحكوم به نوعان: إما حكم بالمال فلا ينقض سواء نفذ أم لا، فإن لم ينفذ فللمحكوم له استيفاء المال المحكوم به، ويضمن الشاهد ما تلف للمحكوم عليه.

وإما حكم بعقوبة كقصاص وحدّ، ورجوع الشاهد لا يبطل الحكم لكنه يعتبر شبهة يسقط بها الحد والعقوبة، فلا تنفذ العقوبة ويعاقب الشاهد تعزيراً، هذا إذا كان قبل تنفيذ الحكم وبعد صدوره، أما إذا كان بعد استيفاء القصاص أو الحد فإن الشاهد الذي رجع يضمن ما أصاب المحكوم عليه.

٥٢٥/٣/٢ - القول الثاني: ذهب سعيد بن المسيب والإمام الأوزاعي فيما

يحكى عنهما، إلى أن رجوع الشاهد عن شهادته يبطل الحكم القضائي، لأن الحكم ثبت بشهادته، فإذا زال ما ثبت الحكم به نقض كما لو تبين أن الشهود كانوا كافرين^(٢).

٥٢٥/٣/٣ - القول الثالث: وذهب حماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة في

قوله القديم ورجع عنه لقول الجمهور، إلى التمييز بين حالتين:

٥٢٥/٣/٣/١ - الأولى: إذا كان حال الشاهدين يوم رجوعهم أحسن من

يوم شهادتهم: صدّقهما القاضي وأبطل حكمه المستند إلى شهادتهما.

٥٢٥/٣/٣/٢ - الثانية: وإن كان حالهما يوم رجعا كيوم شهدا أو دون

(١) المنهاج بهامش نهاية المحتاج ٣٢٨/٨، فتاوى السبكي ٤٣٢/٢، وما بعدها، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٠٦/٤-٢٠٧، تبين الحقائق وبهامشه الكثر ٢٤٤/٤، بدائع الصنائع ٢٨٣/٦، الفروع ٥٩٩/٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٢٣/١٠-٢٢٤، م (٨٤٥٤).

ذلك في الاستقامة: لم يصدقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما ولم يضمّنهما شيئاً، وكان القضاء الأول ماضياً^(١).

٥٢٦- ثانياً: بطلان الحكم لاستناد القاضي في إصداره إلى علمه الشخصي: ذهب كثير من الفقهاء إلى بطلان حكم القاضي إذا كان قد صدر مستنداً إلى علمه الشخصي المكتسب خارج مجلس الحكم، وأجاز بعض الفقهاء هذا الحكم، وفصل بعضهم في ذلك^(٢).

ولعل سبب المنع هو أن الأصل في القاضي أن تكون قناعته مجردة عن أي علم سابق على القضية المعروضة أمامه، وأن القاضي يستقي معلوماته عن الحادثة المعروضة أمامه، من عناصر الدعوى التي يقدمها الخصوم ومن طرق الإثبات التي يحتجون بها، وذلك حفظاً للعدالة وبعداً عن التهمة واستقلالاً بالسلطة التقديرية عن أي مؤثر من خارج نطاقها.

٥٢٧- ثالثاً: بطلان الحكم لكونه بخلاف علم الحاكم: يحرم ولا يصح من القاضي أن يحكم بضد ما يعلم^(٣)، فلو حكم القاضي ببينة تقدمت إليه بخلاف ما يعلم فإن حكمه يكون باطلاً، وذلك كمن شهدت البينة عنده بنكاح من يعلم بينونها فحكم بالبينة هذه؛ فإن حكمه يكون باطلاً، لأنه يعلم أنه قد حكم بغير الحق^(٤).

(١) المبسوط للسرخسي ١٦/١٧٨، وانظرنا سبق: نظرية الحكم القضائي لأبو البصل ٥٣٨ وما بعدها.

(٢) راجع فقرة (٣١٣) وما بعدها، وفقرة (٣١٨).

(٣) شرح منتهى الإرادات ٣/٥١٨.

(٤) فتح القدير ٧/٣٠٤، نظرية الحكم القضائي ٥٤٢.

المبحث الرابع المسؤولية عن الخطأ المترتب على استخدام السلطة التقديرية

تمهيد:

٥٢٨- مسؤولية من يتولى سلطة عامة: تضع الشريعة الإسلامية على عاتق من يتولى السلطات العامة، كالقاضي، واجبات يؤديها لصالح الجماعة، فإذا ما أداها صاحبها ضمن الضوابط والشروط الموضوعية له لم تترتب عليه أية تبعات أو مسؤوليات مطلقاً، جنائياً أو مدنياً؛ وإن كان الفعل الذي قام به مما تحرمه الشريعة الإسلامية بصفة عامة، فالقتل مثلاً محرم على الكافة لكنه مباح إذا كان عقوبة؛ لأن العقوبة ليست عدواناً، ولأن من واجب القاضي أن يحكم بها، ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها، ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه^(١).

٥٢٩- احتمال الخطأ: مع أن القاضي موضع ثقة ولي الأمر للمسلمين فقد لا يسلم من الوقوع في الخطأ، لأن الخطأ لا يكاد يسلم منه بشر، وقد نبه النبي ﷺ على ذلك بحديثه ﷺ عن نفسه مع أنه يزيد على البشر بمزايا اختصه الله تعالى بها دون غيره، قال ﷺ «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيء فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»^(٢).

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/٥٥٧ - ٥٥٨.

(٢) سبق تخريجه صفحة (٨٥) هامش (٢).

٥٣٠- مداخل الخطأ على القاضي وحالاته: خطأ القاضي في الحكم إما

أن يكون بسبب يرجع إليه، وإما أن يكون بسبب يرجع إلى غيره، وإما أن يكون الخطأ عن عمد، أو يكون عن غير عمد، وغير العمد إما أن يكون عن تقصير منه، وإما أن يكون عن اجتهاد صحيح، ولا يخرج الخطأ في الحكم عما سبق^(١)، وأبين ذلك في المطالب الآتية إن شاء الله، وأبين ما قد يترتب على القاضي من مسؤولية مدنية أو جنائية جراء وقوعه في الخطأ، وقد سبق بيان نقض الحكم القضائي لسبب من الأسباب التي سبق ذكرها.

٥٣١- تنبيه: تجدر الإشارة إلى أن الخطأ إذا كان بعد اجتهاد صحيح من

القاضي، ولم يأل جهداً لذلك؛ كان حكمه صحيحاً، وكان خطؤه هذا لا شيء فيه ولا يؤثر في عدالته ونزاهته، بل هو مثاب عليه لحديث: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر»^(٢)، لأنه أفرغ وسعه في سبيل الوصول إلى الحكم الثابت عند الله تعالى، وحكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية إلا لسبب مسوغ، ولكن يجوز أن تستأنف الدعوى ويعاد النظر فيها من جديد ويحكم فيها على أساس ما جدّ من أمور تستدعي ذلك^(٣).

٥٣٢- تنبيه آخر: وإذا كان خطأ القاضي في الحكم لسبب يرجع إليه؛ بأن

قصر في البحث والاجتهاد، أو قصر في اتباع الإجراءات القضائية الواجب عليه اتباعها قبل الحكم في القضية المعروضة أمامه، وكان ذلك سهواً أو ذهولاً، بأن ظن أنه فعل ذلك ولم يكن قد فعله، أو قصر في التفتيش عن طرق الإثبات ومدى قبولها؛ فإن الخطأ في الحكم القضائي في هذه الحالات إذا أدى إلى جور فإنه ينقض من القاضي نفسه أو غيره.

(١) النظام القضائي لعزام ١/١٥٧-١٥٨.

(٢) سبق تخريجه صفحة (٨٧) هامش (٢).

(٣) النظام القضائي، لعزام ١/١٥٨، وراجع فقرة (٤٨٥).

٥٣٣- تنبيه ثالث: لا بد من التنبيه إلى أن هذا البحث يقصد به الخطأ المترتب عن استعمال السلطة التقديرية إذا أدى هذا الخطأ إلى جور أو ظلم، وإذا ثبت الخطأ والجور في الحكم سواء كان عمداً أم غير عمد؛ اعتبر كأن لم يكن إذا كان قبل صدور الحكم أو قبل تنفيذه^(١)، أما إذا كان بعد تنفيذه فهو ما سيأتي بحثه إن شاء الله تعالى. والحديث عن ضمان القاضي هو عن أحكامه؛ لأنه في غير أحكامه كباقي الناس في عمدته وخطئه، يجب في ماله أو على عاقلته.

المطلب الأول: آثار الخطأ العمد من القاضي

٥٣٤- إذا حكم القاضي في العقوبات البدنية المضمونة مما فيه قطع أو إتلاف وكان متعمداً للجور في حكمه؛ فإنه يقتصر منه حيث يسوغ القصاص، كأن يعلم كذب الشهود أو كونهم ليسوا من أهل الشهادة ومع ذلك يحكم بشهادتهم في إراقة دم، أو رجم، أو قطع فيما دون النفس، سواء باشر بالإتلاف أو القطع بنفسه أم أمر به من تلزمه طاعته، قال بذلك المالكية، والشافعية^(٢) وما يلحق بذلك:

٥٣٤/١- حكم بشهادة زور عمداً، أو رجع عن حكمه: قال الشافعية: إذا رجع القاضي عن حكمه وأقر أنه تعمد الحكم بشهادة الزور لزمه القصاص إن توافرت شروطه أو الدية المغلظة، وإن رجع الشهود والقاضي معاً فالقصاص على الجميع إذا أقروا بتعمدهم للخطأ، لأنهم مشتركون في الظلم^(٣)، وقال بعض الشافعية، والمالكية: بل القصاص عليه دونهم، لأنه قد يستقل بالمباشرة كالولي^(٤).

(١) النظام القضائي، لعزام ١/١٥٨-١٥٩.

(٢) التاج والإكليل ٦/٢٠٢، مختصر خليل مع الخرشي عليه ٧/٢٢٢، منح الجليل ٨/٥١٢، مغني

المحتاج ٦/٣٩٣-٣٩٤، قلوبوي وعميرة ٤/٣٣٢-٣٣٣، أسنى المطالب ٤/٣٨١-٣٨٢.

(٣) قلوبوي وعميرة ٤/٣٣٢-٣٣٣، مغني المحتاج ٦/٣٩٣-٣٩٤، أسنى المطالب ٤/٣٨١-٣٨٢.

(٤) صححه في أسنى المطالب ٤/٣٨١-٣٨٢، مختصر خليل مع الخرشي عليه ٧/٢٢٢.

٥٣٤/٢- اشتراك القاضي مع غيره في الجور: إن رجع الولي المدعي لقتل وليه وأقر أنه اشترك مع القاضي والشهود بالعدوان على المحكوم عليه بالقصاص فإن القصاص عليه دونهم؛ لأنه المباشر^(١). وذهب المالكية إلى أن القصاص يكون من القاضي والولي كذلك إن علم كذب الشهود أو أي قاذح بشهادتهم وتعمد الجور، ولا يقتص من الشهود وإن تعمدوا لأنه إنما مات بحكم القاضي لا بشهادتهم، ولا بمن باشر القتل لأنه مأمور بالشرع^(٢).

٥٣٥- وذهب الحنفية وبعض المالكية إلى أن القاضي إذا أراق دماً ظلماً، أو أتلّف عضواً: فعليه الضمان في ماله بالجناية والإتلاف، وظاهر عباراتهم أنه لا يقتص منه^(٣).

٥٣٦- تقصير القاضي في البحث عن حال الشهود: وإذا حكم القاضي بقتل أو قطع أو حد ثم تبين أن الشهود ليسوا من أهل الشهادة وكان قد قصر في البحث عن حالهم وسيرتهم فيقتص منه إن كان المحكوم عليه ظلماً مكافئاً له، وإن لم يكن مكافئاً له أو عفا ولي الدم عن القصاص وجبت الدية في مال القاضي؛ لأن الهجوم على القتل ممنوع منه بالإجماع، وهو قد قصر في بذل جهده للفتيش عن حال البينة قبل الحكم بها^(٤).

(١) أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي ٣٨١/٤-٣٨٢.

(٢) مختصر خليل مع الخرشي ٧/٢٢٢.

(٣) الفتاوى الهندية ٣/٣٤٢، درر الحكام لحيدر ٤/٥٧٣، م (١٧٨٥)، حاشية ابن عابدين ٤١٨/٥-٤١٩، منح الجليل ٨/٥١٢ ونسبه لابن شاس وابن الحاجب.

(٤) حاشية الجمل مع المنهج ٥/١٧٢، قليوبي وعميرة ٤/٢١٠، أسنى المطالب ٤/١٦٥-١٦٦، وذكر ٤/٣٨٦ أن عاقلة القاضي تضمن، وفي القواعد لابن رجب ٢١٧-٢١٨، أن الإمام أحمد في رواية عنه ذهب إلى تضمين حاكم رجم رجلاً بشهادة أربعة بالزنى ثم تبين أنه مجبوب، ولعل تضمينه هنا لتفريطه، إذ المجبوب لا يخفى أمره غالباً، فتركه الفحص عن حاله تفريط.

٥٣٧- وما يلحق بذلك أن القاضي إذا أجبر شخصاً على أمر واجب ممتنع منه فمات فلا ضمان عليه لأنه مات من واجب، أما لو أجبره القاضي عليه في غير الوقت الملائم لذلك الواجب فهلك المَجْبَر: وجب على القاضي وحده نصف الضمان للميت، لأن أصل الفعل الذي أجبره عليه واجب، والهلاك قد حصل من مستحق وغيره^(١).

٥٣٨- إذا فعل به القاضي ما يتلف بفعله مثله: وإذا سجن القاضي رجلاً فمنعه الطعام أو الشراب مدة يمكن أن يموت فيها، أو جرّده من الساتر (كالملابس) في برد أو حر وكان البرد أو الحر مما يقتل مثله فمات المحبوس ضمنه القاضي.

وكذلك إذا أكره القاضي على ما قد يتلف بفعله مثله، كنزول بثر، ففعل فمات؛ ضمنه السلطان وعقلته عاقلته، وكذلك كل أمر ليس من صلاح المسلمين إذا أكره السلطان عليه رجلاً فمات منه في ذلك الأمر، أما لو استعان به في أمر يسير يستعين السلطان في مثله فمات لم يضمن، لأن الأغلب أن هذا لا يُمات من مثله إلا أن يقر السلطان بأنه مات منه أو كان معلوماً أنه إذا فعل مثل ما كلفه به كان الأغلب أن ذلك يتلفه^(٢).

٥٣٩- ضمان الجلاد: والضمان في التلف باستيفاء الجلاد في الحد والتعزير

= وقريب منه كثيراً قول القاضي من الخنابلة، المغني ١٠/٢٣١ م (٨٤٧١): وهذا حتى لو زكّي الشهود اثنان، وعند أبي الخطاب الضمان على الشهود، ورجح ابن قدامة أن الضمان على المزكين، والضمان على الحاكم إذا تبين فسق المزكين لتفريطه وعدم بحثه عنهم وهو المذهب. الإنصاف ١٢/١٠٦-١٠٧.

(١) أسنى المطالب ٤/١٦٥ وما بعدها.

(٢) الأم ٦/٨٧-٨٨.

على القاضي إذا كان بأمره، لا على الجلاد، لأنه آتته ولا بد منه في السياسة، ولو ضَمَّته لم يتول الجلاد أحد، لكن استحب الشافعي له أن يُكفِّر لمباشرته القتل، فإن علم ظلمَ الإمام أو خطاه ولم يكرهه على ما أمره به فالضمان على الجلاد لا غيره، وإن أكرهه عليه فالضمان عليهما. وإن اعتقد القاضي والجلاد تحريم قتل المسلم بالذمي مثلاً أو نحو ذلك مما هو في محل الاجتهاد، أو اعتقده الجلاد وحده فقتله الجلاد امثالاً لأمر القاضي بلا إكراه لزمه القصاص، أو بالعكس؛ بأن اعتقده الإمام وحده فقتله الجلاد عملاً باعتقاده فالقصاص على القاضي دون الجلاد^(١).

٥٤٠- إذا حكم بالقتل مكرهاً: إذا أكره القاضي على الحكم ظلماً بقتل إنسان فحكم به كان آثماً، لأنه ليس له أن يفدي نفسه المظلومة بنفس معصومة^(٢).

٥٤١- المالك من ضرب الحد ظلماً: إذا أقام القاضي على شخص الحد ظلماً فمات من الجلد ضمنه كما سبق، وكذلك يضمن حكومة في جلده أو أثر إن بقي به وعاش^(٣).

٥٤٢- الحكم جوراً فيما يتعلق بالأموال: أما إذا كان القاضي قد تعمد الحكم ظلماً فيما يتعلق بالأموال فيضمن في ماله ويعزل ويعزر^(٤).

(١) أسنى المطالب ١٦٦/٤.

(٢) قواعد الأحكام للعز ١٥٥/٢-١٥٦.

(٣) الأم ٨٧/٦.

(٤) الفتاوى الهندية ٣/٣٤٢، درر الحكام لحيدر ٤/٥٧٢ م (١٧٨٥)، ابن عابدين ٥/٤١٨-٤١٩، وتضمنين القاضي للمال مبني على أن الحكم القضائي هنا لا ينقض، وإذا قلنا بأنه ينقض فينبغي أن يرجع بالمال على المحكوم له، ويعزر القاضي على جنائته. والله تعالى أعلم.

٥٤٣- عقوبة القاضي الجائر عمداً: وإذا ثبت أن القاضي تعمد الجور في الحكم بإقراره أو بالبينه فيعاقب العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح ولا تجوز ولايته أبداً ولا شهادته وإن صلحت حاله وأحدث توبة؛ لما اجترم في حكم الله تعالى، ويكتب أمره في كتاب لثلاثين يوماً مع الزمن فتقبل شهادته، والقاضي أقبح من شاهد الزور حالاً^(١).

المطلب الثاني: آثار الخطأ غير العمد من القاضي

٥٤٤- الأصل أن الخطأ الذي يصدر عن القاضي في عمله يكون غير متعمد منه، وقد كانت مواقف الفقهاء من الخطأ غير العمد من القاضي على النحو الآتي:

٥٤٥- أولاً: الحنفية: الأصل عندهم أن القاضي لا يؤاخذ بالضمان إذا أخطأ عن غير قصد، كأن حكم بينة ثم تبين أن الشهود أو بعضهم لا تصح شهادتهم؛ لأن القاضي بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره.

وآثار الخطأ يختلف بحسب المقضي به:

١/٥٤٥- أولاً: إذا كان المقضي به مالياً: فله إحدى حالتين:

١/١/٥٤٥- الأولى: إذا كان قائماً رده القاضي على المقضي عليه واسترده من المقضي له، لأن قضاءه وقع باطلاً، ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده، لحديث: «على اليد ما أخذت حتى ترده»^(٢) ولأنه عين مال المدعى

(١) تبصرة الحكام ١/٨٨، ونقله عن مختصر الواضحة، وقريب منه عند الحنفية، الفتاوى الهندية ٣/٣٤٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤١٨-٤١٩، والصحيح عند الحنفية أن القاضي لا ينعزل بمجرد الفسق بل يستحق العزل، وفي رواية أنه ينعزل إذا تعمد الجور، المبسوط ٩/٨٠.

(٢) سبق خريجه صفحة (٣٢٨) هامش (١).

عليه، ومن وجد عين ماله فهو أحق به^(١)، وإنما يرد القضاء السابق إذا لم يكن رأي القاضي الذي حكم به إمضاءه في مثل هذه الحالة التي قضى بها وهي الحكم بشهادة محدود في قذف أو أعمى مثلاً، لأن قضاء القاضي في المجتهديات إنما ينفذ إذا صدر عن اجتهاد، لا عن تلبس واشتباه، وقيل: بل ينفذ القضاء ولا ينقض^(٢).

٥٤٥ / ١ / ٢ - الثانية: أما إذا كان المقضي به هالكاً؛ فالضمان على المقضي له به؛ لأن القاضي عمل له فكان خطؤه عليه، ليكون الخراج بالضمان، ولأنه إذا عمل له فكأنه هو الذي فعل بنفسه^(٣).

٥٤٥ / ٢ - ثانياً: إذا كان المدعى به حقاً ليس بمال؛ كالطلاق والعتاق بطل؛ لأنه تبين أن قضاءه كان باطلاً، وأنه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد، بخلاف الحدود والمال الهالك لأنه لا يحتمل الرد بنفسه، فيرد بالضمان^(٤).

٥٤٥ / ٣ - ثالثاً: وقال الحنفية: أما إذا كان قضاء القاضي في حقوق العباد مما لا يمكن تداركه ورده كالقصاص المستوفى ثم تبين خطأ القاضي، لا يقتل من قُضي له به، وإن تيقن (أي لاحقاً) أنه قد قُتلَ بغير حق، وتصير صورة القضاء شبهة مانعة من القصاص، ولكن تجب الدية في مال المقضي له^(٥).

(١) بدائع الصنائع ١٦/٧.

(٢) المبسوط ٩/١٧.

(٣) بدائع الصنائع ١٦/٧.

(٤) بدائع الصنائع ١٦/٧، الفتاوى الهندية ٣/٣٤١-٣٤٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤١٨-٤١٩، والحنفية يقسمون المقضي إلى ما يمكن تداركه كالمال والطلاق والعتاق، وإلى ما لا يمكن تداركه كالقصاص.

(٥) الفتاوى الهندية ٣/٣٤١-٣٤٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤١٨-٤١٩، وسيأتي بيان مواقف المذاهب الأخرى في الصفحات الأخرى تبعاً إن شاء الله تعالى.

٥٤٥ / ٤ - رابعاً: إذا كان خطأ القاضي في حق من حقوق الله تعالى؛ بأن قضى بجد الزنى أو السرقة أو شرب الخمر واستوفي الحد، ثم ظهر أن الشهود ممن لا تصح شهادتهم؛ فضمن ذلك في بيت المال؛ لأن القاضي عمل فيها لعامة المسلمين لعودة منفعتها إليهم، وهو الزجر، فكان خطؤه عليهم فلا يضمن القاضي، ولا الجلاد، لأنه عمل بأمر القاضي^(١).

وذكر بعض الحنفية تفصيلاً آخر، وهو أن القاضي إذا حد المحكوم عليه جلدًا بشهادة شهود، فجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله إياه، ثم ظهر أن بعض الشهود ممن ليس من أهل الشهادة فيحد بالاتفاق، وعند الصاحبين: أرش الجراحة إن لم يميت، ودية النفس إن مات في بيت المال، وعند أبي حنيفة: لا شيء على بيت المال ولا على الشهود، أما إذا كان الحد رجماً فتبين ما سبق فديته على بيت المال اتفاقاً؛ لأنه مضاف إلى قضاء القاضي؛ لأنه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه، ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم في ما لهم، لأن الغرم بالغنم.

وفي الجلد لا ضمان على الجلاد في الصحيح؛ لأنه لم يتعمده، فلو ضمنه لامتنع الناس من الإقامة مخافة الغرامة، وإذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي لتثبت في بيت المال لم تجب أصلاً، وهو المطلوب^(٢).

٥٤٥ / ٥ - خامساً: تنبيه: ينه الحنفية إلى أن جميع ما سبق من آثار خطأ القاضي مقيد بما إذا ثبت خطؤه بالبينه أو بإقرار المقضي له، أما إذا ظهر بإقرار القاضي فلا يبطل قضاء القاضي في حق المقضي له^(٣).

(١) الفتاوى الهندية ٣/٣٤٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤١٩، بدائع الصنائع ٧/١٦.

(٢) فتح القدير مع الهداية ٥/٢٩٠-٢٩١، وذكر فخر الإسلام وجهاً محتملاً يقابل القول الصحيح وهو: تضمين الجلاد.

(٣) الفتاوى الهندية ٣/٣٤١-٣٤٢، حاشية ابن عابدين ٥/٤١٨-٤١٩.

٥٤٥/٦ - سادساً: أقام عليه التعزير فهلك: إذا شهد شهود على شخص بما يوجب التعزير فعزره القاضي فمات من ذلك فلا شيء على القاضي ولا في بيت المال، وهو مذهب سيدنا عمر وعلي رضي الله عنهما، لأن القاضي محق فيما أقام، وهو مستوف حقاً لله تعالى فيصير كأن من له الحق أقامه، والتعزير مستحق على الإمام شرعاً إذا علم أنه لا ينزجر إلا به، وما يكون مستحقاً على المرء لا يتقيد بشرط ليس في وسعه التحرز عنه^(١).

٥٤٦ - ثانياً: المالكية: يختلف حكم الخطأ باختلاف نوع المقضي به:

٥٤٦/١ - إذا كان المحكوم به مالاً: يكون سبب الخطأ فيه أحد الأمور الآتية:

٥٤٦/١/١ - إذا كان المحكوم به مالاً وأخطأ القاضي فخطؤه في الأموال على الاجتهاد هدر، فلو باع مثلاً منزلاً موقوفاً على المساكين ثم نقضه قاض آخر يرى أن حكم الأول خطأ؛ فإنه يرد الثمن على المشتري ويسترد المنزل وقفاً كما كان، ولا شيء على القاضي الأول^(٢).

٥٤٦/١/٢ - أما إذا كان سبب خطأ القاضي تعمد البينة الكذب في

الشهادة وثبت ذلك فإن الحكم ينقض ويغرم الشهود ما أتلّفوه من مال أو غيره^(٣)، وإذا رجع الشاهدان ومن زكاهما فالغرم على الشاهدين لأن بهما قام الحق^(٤)، ولا غرم على القاضي فيما سبق، وحتى لو رجع الشهود بعد الحكم وقبل الاستيفاء فيغرمان المال ولا ينقض الحكم، وحتى لو بعد الاستيفاء وادعوا الغلط أو العمد؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء^(٥).

(١) المبسوط ٩/٦٤-٦٥.

(٢) تبصرة الحكام ١/٨٥.

(٣) التاج والإكليل ٦/١٩٩-٢٠٠.

(٤) التاج والإكليل ٦/٢٠٠-٢٠١.

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٢٠٧.

٥٤٦/١/٣- أما إذا فرط القاضي في استيفاء الحقوق لأصحابها أو حفظها لأصحابها وتلف المال أو هلك من يستوفى منه؛ فالضمان على القاضي^(١).

٥٤٦/١/٤- إذا حكم القاضي بينة على رجل بمائة مثلاً، ثم أنكرت البينة وقالت: إنما شهدنا بالمائة للآخر المحكوم عليه، والقاضي على يقين أن الشهادة كانت على ما حكم؛ غرم القاضي المائة للمحكوم عليه ولا يرجع على المشهود له؛ لأنه يعتقد صحة حكم القاضي، وهذا خلاف قول ابن القاسم، وينبغي على أصل ابن القاسم أن ينتزع المال من المحكوم له ويرد للمحكوم عليه إذا كان القاضي فقيراً ورفع الحكم لقاض ثان غير القاضي الأول.

أما إذا كان القاضي شاكاً في صحة حكمه أو متوهماً لا موقناً؛ نقض الحكم ويرجع الأمر إلى ما قالت البينة، ويغرم المحكوم له مائتين: المائة التي قبض، والمائة التي شهدت بها البينة عليه^(٢).

٥٤٦/٢- ثانياً: وإذا كان المحكوم به قصاصاً وتبين خطأ القاضي؛ بأن حكم بينة ثم ظهر أن الشهود أو بعضهم ممن لا تقبل شهادته؛ فالغرم على من علم برد شهادتهم، فإذا علم الشهود الباقون برد شهادة من شهد معهم من عبد أو ذمي مثلاً، وكتموا، فالدية على من علم بذلك، وإن لم يعلموا ففي مال عاقلة القاضي على المشهور، ومقابله أنه هدر لا على القاضي^(٣)؛ لأنه لم يخطئ في نفس الحكم وقد فعل الذي عليه، ولا تبعة أيضاً على الشاهد ولا على المحكوم له^(٤).

(١) مواهب الجليل ٧٣/٥.

(٢) مواهب الجليل ١٤١/٦-١٤٢.

(٣) الخرشي مع مختصر خليل ١٦٥/٧، منح الجليل ٣٤٩/٨.

(٤) التاج والإكليل ١٣٦/٦، وذكر هذه الأقوال على أنها لبعض المالكية ولم يشر للمشهور منها.

أما إذا علم القاضي برد شهادة بعض الشهود وقضى بها فالدية في ماله، والظاهر أنه لا قصاص وإن علم بكذبهم؛ لأن علمه هنا بأن من شهد غير مقبول الشهادة، وهو لا يستلزم العلم بكذبهم.

ولا شيء فيما سبق على من كان النقص من جهته؛ لأن الإنسان مجبول على أن يرى نفسه كاملاً^(١).

وإذا تبين أن سبب خطأ القاضي هو شهادة شهود تعمدوا الكذب، فالدية عليهم في ما لهم دون غيرهم^(٢).

٥٤٦/٣- ثالثاً: والحكم في قطع ما دون النفس كما هو في قتل النفس^(٣).

٥٤٦/٤- رابعاً: إذا قضى القاضي بالرجم على مشهود عليه بالزنى واستوفى الحد ثم رجع الشهود بعد ذلك عن شهادتهم فالدية عليهم في ما لهم^(٤)، وإن رجع بعضهم فعليه نصيبه من الدية، ومثل رجوعهم تبين كون أحدهم عبداً أو مسخوطاً. والغرم على الشهود الآخرين إذا علموا كون أحدهم عبداً أو مسخوطاً، وإن لم يعلم الباقيون فذلك على عاقلة الإمام^(٥).

٥٤٦/٥- خامساً: إذا شهدوا أن رجلاً قذف آخر فحده القاضي للقذف وأدبه ثم رجع الشهود وأقروا بالزور، فلا شيء عليهم عند فقهاء المالكية جميعهم إلا الأدب من القاضي بما يراه^(٦).

-
- (١) الخرخشي مع مختصر خليل ١٦٥/٧، وقد سبق بيان حكم ما إذا تعمد القاضي الجور في الحكم.
(٢) التاج والإكليل ٢٠٠/٦. وانظر فيه القصاص منهم بنفس الصفحة من الكتاب وبالصفحة التي قبلها.
(٣) منح الجليل ٣٤٩/٨.
(٤) التاج والإكليل ٢٠٠/٦.
(٥) التاج والإكليل ٢٠١/٦، مواهب الجليل ٢٠١/٦-٢٠٢.
(٦) التاج والإكليل ٢٠١/٦.

٥٤٦/٦ - سادساً: إضافة لما سبق، فيما إذا قضى القاضي برجم أو جلدٍ لـقذف ثم تبين أن أحد الشهود ممن لا تصح شهادته فيحد جميع الشهود إذا كان أحدهم عبداً، أما إذا كان سبب رد الحكم كون أحدهم مسخوطاً لا تقبل شهادته فلا يحد واحد منهم، لأن شهادة المسخوط ثبتت باجتهاد القاضي على ظاهر العدالة، والعبد لم تكن شهادته تثبت، وذلك من خطأ الإمام^(١).

٥٤٧ - ثالثاً: الشافعية: رتبوا الحكم بناء على نوع المحكوم به كما يأتي:

٥٤٧/١ - أولاً: إذا أخطأ القاضي في حكمه وكان المحكوم به مالاً؛ فضمّانه على عاقلة القاضي إن لم يكن منه تقصير، فإن قصر في البحث عن حال الشهود مثلاً فالضمان عليه، وفي قول: ضمان خطأ القاضي في بيت المال إن لم يظهر منه تقصير؛ لأن خطأه يكثر بكثرة الوقائع، بخلاف غيره^(٢).

ولا ترجع العاقلة أو بيت المال بشيء في الأصح على مَنْ كان النقص بسببه، كأن تبين رقه أو ذمّيته، والقول الثاني: بل لها الرجوع عليهم لأنهم غرّو القاضي، والقول الثالث: للعاقلة الرجوع عليهم دون بيت المال^(٣).

٥٤٧/٢ - ثانياً: إذا كان خطأ القاضي بنحو طلاق مثلاً وتبين كذب الشهود؛ فيرد الحكم وينقض، وترجع المطلقة بشهادتهم زوجة^(٤).

(١) التاج والإكليل ٢٠١/٦، مواهب الجليل ٢٠١/٦-٢٠٢.

(٢) حاشية الجمل على المنهج ١٧٢/٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢١١/٤.

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة ٢١٠/٤، وجاء في مغني المحتاج ٣٩٦/٦، وأسنى المطالب ٣٨٦/٤

أن الضمان على المحكوم له لأنه حصل بيده بغير حق وإن لم يوجد منه تعدد، فإن كان معسراً أو غائباً غرم القاضي للمحكوم عليه ورجع به على المحكوم له إذا أيسر أو حضر، ولا غرم على الشهود ولا على المزكي، والضمان على المحكوم له حتى ولو كان المال تالفاً أو هلك بأفة سماوية.

(٤) أسنى المطالب ٣٨٦/٤.

٥٤٧/٣- ثالثاً: الخطأ العمد في الحكم بالقصاص: ويكون سببه واحداً مما

يأتي:

٥٤٧/٣/١- السبب الأول: إذا كان خطأ القاضي غير المتعمد في القصاص ورجع عن خطئه فتجب دية مخففة على عاقلته: إن صدّفته في خطئه ولم يقصر في بحثه عن الحكم الصحيح قبل إصداره، وإن لم تُصدّقه العاقلة فالدية في ماله^(١)، وتضمن عاقلته لأنه ضمان نفس واجب بالخطأ أو نحوه فيكون على العاقلة كخطأ غيره^(٢)، وفي قول: تكون الدية في بيت المال إن لم يظهر منه تقصير؛ لأن خطاه أكثر بكثرة الوقائع بخلاف غيره، وتكون الكفارة في ماله قطعاً^(٣).

٥٤٧/٣/٢- السبب الثاني: إذا تبين خطأ القاضي في القصاص برجوع الشهود وادعائهم الخطأ في شهادتهم فتجب الدية المخففة في مالهم وتكون موزعة على عدد رؤوسهم، ولا تجب على عاقلتهم إن لم تصدقهم في ادعائهم؛ لأن إقرارهم بالخطأ لا يلزم العاقلة ما لم تصدقهم، ويجوز للقاضي أن يعزّزهم إذا ادعوا الخطأ لتركهم الحفظ^(٤).

٥٤٧/٣/٣- السبب الثالث: إذا رجع الشهود ورجع القاضي معهم وادعى الخطأ فالدية بينهم مناصفة، على الشهود النصف وعلى القاضي النصف منها، توزيعاً على المباشرة والتسبب^(٥).

(١) حاشية الجمل مع المنهج ٥/١٧٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٢١٠، ٤/٣٣٢-٣٣٣.

(٢) أسنى المطالب ٤/١٦٥ وما بعدها، ٤/٣٨١-٣٨٢.

(٣) حاشية الجمل مع المنهج ٥/١٧٢، قليوبي وعميرة ٤/٢١١.

(٤) أسنى المطالب ٤/٣٨١-٣٨٢.

(٥) مغني المحتاج ٦/٣٩٣-٣٩٤.

٤٤٧/٤ - رابعاً: إذا كان خطأ القاضي في قطع، بأن حكم بشهود ثم تبين عدم قبول شهادتهم، فالحكم كما في القصاص^(١).

٤٤٧/٥ - خامساً: إذا كان خطأ القاضي في حدّ قد استوفى ففيه تفصيل:

٤٤٧/٥/١ - إن كان رجماً قد استوفى، أو جُلد حداً من غير الزيادة فيه فمات منه؛ فالحكم كما سبق في القتل والقطع^(٢).

ويجد شهود القذف إذا رجعوا عن شهادتهم وإن ادعوا الغلط لتركهم الثبت^(٣).

وليس للعاقلة أو بيت المال أن يرجع على الشهود بشيء إذا كان الخطأ بسببهم؛ لأنهم يزعمون أنهم صادقون، إلا إن كانوا مجاهرين بفسق؛ فترجع عليهم العاقلة لأن الحكم بشهادتهم يُشعر بتدليس منهم وتغريب^(٤).

وكذلك تضمن العاقلة الغرّة^(٥) إن جلدَ القاضي حاملاً فأجهضت جنيناً ميتاً، وإن علم حملها، وتضمن دية الجنين إن خرج من أمه حياً ومات من ألم الجلد، وتضمن دية المرأة المجلودة إن ماتت من الإجهاض، وإذا ماتت المرأة من الإجهاض ومن الجلد فتضمن عاقلة القاضي نصف الدية؛ لأنها ماتت من مضمون وغيره وتكون الكفارة في مال القاضي^(٦).

(١) أسنى المطالب ٤/٣٨٦.

(٢) حاشية الجمل مع المنهج ٥/١٧٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٢١٠، أسنى المطالب ٤/٣٨١-٣٨٢، الأم ٦/٨٧.

(٣) أسنى المطالب ٤/٣٨١.

(٤) حاشية الجمل مع المنهج ٥/١٧٢.

(٥) الغرّة: بالضم: بياض في جبهة الفرس فوق الدرهم، والعبد والأمة (مختار الصحاح غ ر ر) والمعنى الثاني هو المراد هنا.

(٦) أسنى المطالب ٤/١٦٥ وما بعدها.

٥٤٧/٥/٢- إذا كان الحد جلدأ استوفي ثم تبين خطأ القاضي ولم يمت
المجلود من الحد؛ فتضمن عاقلة القاضي حكومة، قال الشافعي رحمه الله تعالى:
«ومن قُلتُ يضمنه إن مات ضمن الحكومة في جلده أو أثر إن بقي به وعاش،
وكذلك يضمن دية يده إن قطعه، وكل ما قلت يضمنه من خطئه فالدية فيه على
عاقلته»^(١)، وفي قول: يكون الضمان في بيت المال^(٢).

٥٤٧/٥/٣- أما إذا كان خطأ القاضي في مقدار الحد فهو على النحو
الآتي:

٥٤٧/٥/٣/١- إذا أمر القاضي الجالد بمجلد رجل ولم يحدد له عدداً
فضربه الجالد أكثر من الحد ضمن القاضي دون الجالد، فإذا كان حده ثمانين
فحده واحداً وثمانين سوطاً فمات ففيها أحد قولين:

الأول: أن يضمن الإمام نصف ديته كما لو جنى رجلان على رجل
واحد، والنصف الآخر يضمنه الجالد.

الثاني: أو يضمن سهماً من واحد وثمانين من ديته، ويكون كواحد
وثمانين قتلوه فيغرم حصته.

أما إذا أمر القاضي الجالد بالحد لا زيادة فزاده واحدة خطأ ضمن الجالد
وحده^(٣).

٥٤٧/٥/٣/٢- تقدم أن الإمام الشافعي وأتباع مذهبه يرون أن القاضي إذا
جلد المشهود عليه حداً فمات منه، ثم تبين خطأ القاضي: بأن حكم بشهادة من لا

(١) الأم ٨٧/٦.

(٢) حاشية الجمل مع المنهج ١٧٢/٥.

(٣) الأم ٨٧/٦، وقد سبق قريباً أن الخطأ إنما تضمنه عاقلة الشخص إذا صدقته في ادعائه الخطأ.

تصح شهادته، فإن عاقلة القاضي تضمن الدية مخففة عليها، إلا أن الإمام الشافعي في موضع آخر تبع مذهب سيدنا علي رضي الله عنه في حد الخمر أو شرب المسكر^(١)، وهو أن حد الخمر أو شرب المسكر إذا استوفى أربعين بالنعال أو طرف ثوب وشبهه فمات المحدود من ذلك فلا ضمان على أحد، لأن الحق قتله، وإن ضرب أكثر منها فمات فديته على عاقلة الإمام دون بيت المال؛ [لأن عمر رضي الله عنه أرسل إلى امرأة ففرغت فأجهضت ذا بطنها فاستشار علياً فأشار عليه أن يديه، فأمر عمر علياً، فقال عمر: عزمت عليك لتقسمنها على قومك]^(٢).

وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: [ليس أحد نقيم عليه حداً فيموت فأجد في نفسي شيئاً، الحق قتله؛ إلا حد الخمر فإنه شيء رأيناه بعد النبي ﷺ، فمن مات منه فديته، إما قال في بيت المال، وإما على عاقلة الإمام]^(٣).

ولعل سبب ذلك أن الإمام علياً ذكر أن الزيادة على الأربعين إنما كانت بالرأي منهم والاجتهاد، والاجتهاد يحتمل الخطأ والصواب، أما الأربعون فحد

(١) سيظهر من قول سيدنا علي الآتي أنه يعمم ذلك على جميع الحدود إذا استوفيت من غير زيادة ولا يقصر ذلك على حد الخمر فقط.

(٢) الأم: مختصر المزني ص ٢٦٦، وعلق المزني بأن هذا غلط فيما إذا ضرب زيادة على أربعين؛ لأنه لم يميت من الزيادة وحدها، وإنما مات من الأربعين وغيرها فكيف تكون الدية على الإمام كلها، وإنما مات المضروب من مباح وغير مباح، وأورد القولين الواردين عن الإمام الشافعي السابق ذكرهما في الفقرة السابقة على هذه الفقرة مباشرة.

وأخرج هذا الأثر أيضاً البيهقي في السنن الكبرى ٣٢٢ / ٨، باب الشارب يضرب زيادة على الأربعين فيموت، من كتاب الأشربة والحد فيها.

(٣) الأم ٣٧٣ / ٨، وجاء فيه «الشك من الشافعي» أي في كون الدية في بيت المال أو في عاقلة القاضي، وذكر قبل هذا مباشرة ٣٧٢ / ٨ - ٣٧٣ أن النبي ﷺ ضرب أربعين وأبو بكر كذلك في حياته، ثم عمر، ثم تتابع الناس في الخمر فاستشار فضرب ثمانين، وروي أن عمر رضي الله عنه استشار فقال علي: نرى أن يجلد ثمانين لأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري أو كما قال؛ فجلد عمر ثمانين في الخمر.

ثابت عن النبي ﷺ، ومن مات بسبب الزيادة بالاجتهاد على ما هو ثابت قطعاً فلا يذهب هدرأ؛ بل تتحملة عاقلة القاضي؛ لأنه يعتقد صحة الحد بما فوق الأربعين.

٦/٥٤٧ - سادساً: إذا كان خطأ القاضي في تعزير مرتكب مستوجب التعزير؛ بأن تبين خطأ القاضي بعد التعزير أو كذب مستنده أو موت المضروب تعزيراً أو تلف عضو منه؛ فالضمان على عاقلة القاضي^(١)، وفي قول: على بيت المال إن لم يظهر تقصير من القاضي في التحري عن الشهود وغيرهم وفي التثبت من أسباب الحكم^(٢).

٧/٥٤٧ - سابعاً: وإذا تسبب القاضي بضرر فالضمان على عاقلته، وإذا حدث الضرر بسبب زيادة المأمور في سبب الضرر وتجاوزه لأمر القاضي فالضمان على عاقلته دون القاضي، وضمان القاضي لما سبق مقيد بما إذا كان فعله يؤدي غالباً للضرر الذي وقع، فإذا بعث إلى امرأة أو رجل عند امرأة ففزعت لدخول رسل القاضي أو غلبتهم أو انتهارهم أو الذعر من السلطان فأجهضت فعلى عاقلة القاضي دية جنيها إذا كان ما أحدثه الرسل بأمره، أما إن أحدثوا شيئاً بغير أمره فذلك على عواقلهم دون عاقلة القاضي، والغالب المعروف أن المرأة تسقط من الفزع. وذلك بخلاف ما لو أرسل القاضي إلى رجل أو امرأة فمات فزعا، ولا ضمان على عاقلة القاضي؛ لأن الأغلب أن أحداً لا يموت من الفزع من رسول القاضي أو السلطان^(٣).

٥٤٨ - رابعاً: الحنابلة: ويختلف أثر الخطأ بحسب المحكوم به:

(١) الأم ٦/٨٧-٨٨، حاشيتنا قليوبي وعميرة ٢١٠/٤.

(٢) حاشيتنا قليوبي وعميرة ٢١٠/٤.

(٣) الأم ٦/٨٧-٨٨.

٥٤٨ / ١ - أولاً: إذا كان المحكوم به مالاً وتبين أن القاضي حكم بينه غير صحيحة، فإن الحكم ينقض ويرد المال إن كان قائماً ويؤخذ من المحكوم له، وإن كان تالفاً غرم المحكوم له عوضه^(١)، فإن تعذر لإعساره أو نحوه ضمنه القاضي ثم رجع على المشهود له، وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد: أن الحكم لا ينقض إذا تبين فسق الشهود، ويغرم الشهود المال^(٢).

وللمحكوم عليه خطأ بالمال: مطالبة القاضي تثبيت الضمان على المحكوم له خطأ^(٣) ليتمكن من متابعته بالضمان، ولا ضمان على القاضي إذا كان خطؤه فيما يقبل الاجتهاد ولم يكن في قطع عضو ونحوه^(٤).

٥٤٨ / ٢ - ثانياً: أما إذا كان المحكوم به قتلاً أو قطعاً أو لسراية القطع أو الجلد والموت منها^(٥): فله حالات:

٥٤٨ / ٢ / ١ - الأولى: فإن كان الخطأ من القاضي ولا دخل لغيره فيه؛ بأن خالف دليلاً لا يحتمل التأويل؛ فالضمان على القاضي بسبب ما أتلفه، كما لو باشره، وذلك كقتل في شيء ظنه ردة أو قطع في سرقة لا قطع فيها أو جلد بشرب حيث لم يجب الجلد فمات من الجلد، أما لو كان خطؤه فيما ليس بقطع مما يقبل الاجتهاد فلا ضمان عليه^(٦).

(١) كشف القناع ٦ / ٣٦٠، الإنصاف ١٢ / ١٠٦.

(٢) المغني لابن قدامة ١٠ / ٢٣١، م (٨٤٧٠، ٨٤٧٣).

(٣) القواعد لابن رجب: ٢١٨.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥٣٦ وما بعدها.

(٥) معظم ما يأتي من تقسيم الفقرات وترتيبها في تنمة هذا المطلب هو شيء استنبطته من مراجعة عدد من كتب الخنابلة، على أن ابن قدامة في المغني لم يفرق بينهما إذا كان الحكم لحق العباد أو لحق الله تعالى، بل عباراته مطلقة.

(٦) شرح منتهى الإرادات ٣ / ٥٣٦ وما بعدها.

وكذلك يكون الضمان على القاضي إذا قصر فيما لا يخفى أمره غالباً، لأن ترك الفحص عنه يدل على التفريط من القاضي، فقد روي عن الإمام أحمد أنه ذهب إلى تضمين حاكم رجم رجلاً بشهادة أربعة بالزنى ثم تبين أن المرجوم محبوب^(١)، إذ لا يخفى أمر المحبوب في الغالب وقد فرط القاضي في البحث عن حال المتهم.

٥٤٨/٢/٢- الثانية: إذا كان المحكوم به من القتل أو القطع لحق العباد وقد استوفى وكان خطأ القاضي بسبب غيره؛ بأن تبين كفر الشهود أو فسقهم؛ فينقض الحكم ويرجع بالدية على المحكوم له بدلاً عن القود المستوفى^(٢)، لأن المحكوم له هو المستوفى، والقاضي ممكّن لا غير^(٣).

٥٤٨/٢/٣- الثالثة: إذا كان الحكم لله تعالى بإتلاف حسي من قتل أو قطع أو بما سرى إليه الإتلاف أو رجم للزنى وتبين أن حكم القاضي بني على شهود فسقة أو مردودي الشهادة؛ ففيه تفصيل:

٥٤٨/٢/٣/١- أولاً: إذا تبين أن القاضي حكم بشهادة من لا تصح شهادته، لتزكية مزكين للشهود؛ فالضمان على المزكين، وهو المذهب عند الحنابلة، لأنهم شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى حكم الحاكم فعليهما الضمان لا القاضي؛ لأنه أمكن إحالة الضمان على شهود التعديل فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة^(٤) فالمزكون مفرطون متسبيون.

(١) القواعد لابن رجب ص ٢١٧-٢١٨.

(٢) الإنصاف ١٢/١٠٦، كشاف القناع ٦/٣٦٠.

(٣) القواعد لابن رجب ٢١٧-٢١٨، وذكر قولاً آخر بأن الضمان على الإمام لأن المحكوم له لم يقبض شيئاً فنسب الفعل إلى القاضي.

(٤) المغني ١٠/٢٣١، م (٨٤٧١)، الإنصاف ١٢/١٠٦-١٠٧.

وقال بعض الحنابلة: بل الضمان على القاضي لا غيره لأنه حكم بالقتل من غير تحقق شرطه، وقال بعضهم: بل الضمان على الشهود^(١) لأن الحكم إنما قام على شهادتهم.

٥٤٨ / ٢ / ٣ / ٢ - ثانياً: إذا حكم القاضي بشهود دون تزكية من مزكين، ثم تبين عدم صحة شهادتهم؛ فالضمان على القاضي، وهو المذهب، وقال بعضهم: الضمان على القاضي ولو كان ثمّ مزكون^(٢)، وقيل: للقاضي أن يضمن الشهود أو المزكين^(٣). وفي رواية: إذا ظهر فسق الشهود فالضمان على الشهود، وهو ضعيف جداً^(٤).

٥٤٨ / ٢ / ٣ / ٣ - ثالثاً: إذا تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم أيضاً على المذهب؛ لأنه قد فرط بقبول شهادة فاسق من غير تزكية وببحث^(٥)، إذ الأصل أن القاضي لا يتخذ مزكين إلا بعد البحث عن حالهم، وتكون شهادة المزكي الفاسق كالمعدومة، ويكون القاضي قد حكم من غير تزكية كما في المسألة السابقة. وقيل: للقاضي الخيار بتضمين الشهود أو المزكين^(٦).

٥٤٨ / ٢ / ٣ / ٤ - رابعاً: على أن نقض الحكم في الحالات السابقة مقيد بما إذا ظهر من حال الشهود ما لا يعتقد القاضي جواز الحكم به، فإذا تبين رِقُّ الشهود مثلاً وكان الحاكم الذي حكم به لا يرى الحكم به نقضه ولم ينفذه، وإن كان يرى الحكم به لم ينقض حكمه لموافقته اعتقاده^(٧).

(١) المغني ٢٣١/١٠، م (٨٤٧١) ونسب القول بتضمين القاضي للقاضي من الحنابلة، ونسب القول الأخير لأبي الخطاب.

(٢) الإنصاف ١٠٦/١٢، كشف القناع ٣٦٠/٦.

(٣) الإنصاف ١٠٦/١٢-١٠٧.

(٤) القواعد لابن رجب ص ٢١٧-٢١٨.

(٥) المغني ٢٣١/١٠، م (٨٤٧١).

(٦) الإنصاف ١٠٦/١٢-١٠٧.

(٧) كشف القناع ٣٦٠/٦.

٥٤٨ / ٢ / ٤ - الحالة الرابعة: وإذا جلد إنساناً بيينة ثم تبين عدم صحتها ضمن القاضي ما حصل من أثر الضرب؛ لأنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فتكون مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله^(١).

٥٤٨ / ٢ / ٥ - الحالة الخامسة: إذا وجب الضمان على الحاكم لحكمه في القتل أو القطع بشهادة تبين عدم صحتها فلا قصاص عليه لأنه مخطئ، وتجب الدية، وفي محلها روايتان:

٥٤٨ / ٢ / ١ - الرواية الأولى: في بيت المال؛ لأن القاضي نائب للمسلمين ووكيلهم، وخطأ الوكيل في حق موكله عليه، ولأن خطأ القاضي يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته، فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف به، فاقضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال، ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل.

٥٤٨ / ٢ / ٢ - الرواية الثانية: على عاقلة القاضي مؤجلة مخففة، لما روي [أن امرأة ذُكرت عند عمر رضي الله عنه بسوء، فأرسل إليها فأجهضت ذا بطنها، فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة فقال بعضهم: لا شيء عليك إنما أنت مؤدب، وقال علي رضي الله عنه: عليك الدية، فقال عمر: عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك] يعني قريشاً؛ لأنهم عاقلة سيدنا عمر رضي الله عنه، ولو كانت الدية في بيت المال لم يقسمها على قومه، ولأنه من خطئه، فتحمله عاقلته، كخطئه في غير الحكومة^(٢).

(١) المغني ١٠ / ٢٣١، م (٨٤٧٢).

(٢) المغني ١٠ / ٢٣٠ - ٢٣١، م (٨٤٧٠)، الإنصاف ١١ / ١٧٣ - ١٧٤، وذكر ابن رجب في القواعد (٢١٧ - ٢١٨) قولاً بأن الدية على المحكوم له، كالمال، لأنه هو المستوفي له، والإمام مُمكن لا غير، وقد تقدم ذكر الأثر في كتاب الأم: مختصر المزني ص (٥١٨) قبل خمس صفحات.

٥٤٨ / ٢ / ٥ / ٣ - نتائج على ما سبق: بناء على الرواية الأولى بتحمل العاقلة للدية: لا تحمل العاقلة إلا الثلث فصاعداً، ولا تحمل الكفارة، بل تكون في مال القاضي.

وبناء على الرواية الثانية ينبغي أن يتحمل بيت المال القليل والكثير؛ لأن جعل الضمان في بيت المال لعلّة أن القاضي نائب عنهم، وخطأ النائب على مستنبيه، وهذا يدخل فيما يكثر خطؤه؛ فجعل الضمان في ماله إجحاف به وإن قلّ مقداره، لكثرة تكرار الخطأ، وسواء استوفى الحاكم الحكم بنفسه أو أمر من يستوفى، وكذلك ما لو استوفاه الولي^(١).

٥٤٩ - يتضح مما سبق عناية الشريعة الإسلامية بالنشاط التقديري للقاضي حتى بما قد يؤدي إليه من خطأ متعمد أو غير متعمد من القاضي، فتمتع القاضي بسلطة تقديرية مشروعة لا يعني ضياع الحقوق أو إهدار أموال الناس ودمائهم، فلا يطل دم في الإسلام، وكذلك مال، وإن تعذر تضمين مسبب الضرر فالضمان في بيت المال.

(١) المغني ١٠ / ٢٣٠ - ٢٣١، م (٨٤٧٠).

المبحث الخامس

العلاقة بين السلطة التقديرية واستقلال القاضي

٥٥٠- تمهيد: القضاء منصب ديني، وهو إخبار عن حكم الشرع على وجه الإلزام، وفصل للخصومات على وفق منهج الشرع القويم، والقاضي مأمور بالحكم بالعدل؛ فلا يجوز لأي واحد مهما كان أن يتدخل ليحرف القاضي عن عمله في الإخبار عن حكم الشرع أو في سعيه للحكم بالعدل؛ لأن ذلك يعد تمرداً ومضادة للشرع الحنيف^(١).

٥٥١- أهمية استقلال القضاء: شرعت الشريعة الغراء قواعد وسبلاً للوصول إلى الغاية التي من أجلها شرع القضاء، ومنحت القاضي سلطة تقديرية في سبيل ذلك، وتطبيق هذه القواعد الأصيلة يحتاج لقضاء مستقل يبعث فيها الفعالية، ويضفي عليها طابع الإلزام، ويقف في وجه كل معترض عليها أو متمرد عن تطبيقها، ولذلك أقرت الشريعة مبدأ استقلال القضاء، إذ لا عدل دون قضاء، ولا قضاء دون حيده، ولا حيده دون استقلال^(٢).

(١) نظام القضاء، لزيدان ٧١.

(٢) معالم استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية، عمار بوضياف صفحة (١٢٠-١٢١)، بحث مقدم لمجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد / ٣٠ / السنة الثامنة، نظام الحكم للقاسمي ١٨٥ / ٢، واستقلال القضاء من أسس تحقيق القضاء لأهدافه، فصول في القضاء الإسلامي لإسماعيل بدوي، صفحة (٧٢)، بحث في مجلة الشريعة جامعة الكويت - السنة الرابعة، العدد الثامن.

٥٥٢- علاقة ولي الأمر بالقاضي: الحكم بالعدل من واجبات الخليفة، وقد أناب القاضي في أداء هذا الواجب في حدود ولايته؛ فلا يجوز للخليفة أن يتدخل في أعمال القاضي ليحرفه عن أداء هذا الواجب، وإلا كان مضاداً للشرع الحنيف^(١).

٥٥٣- مشروعية استقلال القضاء: إن من حق القاضي أن يرفض كل تدخل في شؤون عمله حتى لا يحرفه هذا التدخل عن عمله الصحيح، فيكون بذلك مشمولاً بسخط الله تعالى داخلاً مع القضاة الذين عرفوا الحق فلم يحكموا به فكانوا من أهل النار.

وهذا الحق الممنوح للقاضي ليس هبة من أحد، بل هو ممنوح له من الشرع، لا يملك أحد أن يسلبه عنه أو يبطئه. وهذا الحق في الاستقلال في جذوره وأصوله واجب شرعي على القاضي لا يستطيع التنازل عنه، فالقاضي يجب عليه أن يصدر أحكامه على وفق الشرع حسب اجتهاده في طلب الحكم من النصوص، والاجتهاد فيما وراء ذلك إن كان من أهل الاجتهاد، حتى إنه لا يجوز له أن يتخلى عن رأيه واجتهاده ليقلد غيره^(٢)، فكيف يسوغ له السماح بالتدخل في عمله القضائي أو التنازل عن استقلاله وحرية في إصدار الحكم حسب اجتهاده^{(٣)؟!.}

٥٥٤- مَنْ الحاكم على القاضي: قد قدم حديث سيدنا معاذ رضي الله^(٤) عنه، حين أرسله النبي ﷺ إلى اليمن قاضياً، أسمى معاني الاستقلال والتمتع

(١) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، لزيدان ٧١.

(٢) راجع فقرة (٩٠).

(٣) انظر لما سبق: نظام القضاء، لزيدان، ٧٢.

(٤) سبق صفحة (٨٦).

بالنشاط التقديري، إذ لم يلزم الحديث القاضي بالخضوع إلا للنص الأعلى مرتبة والأكثر إلزاماً، فإن فقد النص القرآني لجأ إلى السنة المطهرة، وإن لم يجد فيها اجتهد برأيه لقطع النزاع، فلا سلطان لأحد على القضاء إلا سلطان الشرع، لا غير^(١).

ولقد أكد ذلك سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتابه الذي أرسله لقاضيه شريح عندما عينه، فقال له: [ما جاء في كتاب الله وقضاء النبي ﷺ فاقض به، فإذا أتاك ما ليس في كتاب الله، ولم يقض به النبي ﷺ، فما قضى به أئمة العدل، فأنت بالخيار: إن شئت أن تجتهد رأيك، وإن شئت تؤامرني، ولا أرى في مؤامرتك إياي إلا أسلم لك]^(٢).

ولا ينقص من استقلال القاضي ترجيح سيدنا عمر رضي الله عنه المشاورة فيما بينهما، لأن المشاورة لا تعني أكثر من المذاكرة، وليس فيها شيء من الإلزام، والقاضي بعد ذلك مخير فيما يجتهد ويحكم^(٣) وتكون المشاورة بمثابة جسر يصل بين السلطة القضائية وغيرها من السلطات المنفصلة عنها^(٤).

- (١) معالم استقلال القضاء، بوضياف، صفحة ١٢٧، بحث مقدم مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الثامنة، العدد / ٣٠، نظام الحكم للقاسمي ٥٢ / ٢ وما بعدها.
- (٢) أخبار القضاة لوكيع ١٨٩ / ٢. والأثر أخرجه أيضاً بلفظ قريب ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع، باب في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه، رقم الباب ٤٤٧، ج ٣٥٨ / ٥ - ٣٥٩ رقم ٣، وما جاء فيه قوله رضي الله عنه: «فانظر ما اجتمع الناس عليه فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله ﷺ ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين شئت، إن شئت أن تجتهد برأيك وتقدم فتقدم وإن شئت أن تتأخر فتأخر ولا أرى التأخر إلا خيراً لك». وأخرجه البيهقي بلفظين قريبين في سننه ١١٠ / ١ من كتاب آداب القاضي باب موضع المشاورة، وأودره ابن القيم في إعلام الموقعين ٧٠ - ٧١ في الرأي المحمود، النوع الثالث من الرأي المحمود الذي توأطت عليه الأمة. وراجع ص ٨٨ وما بعدها.
- (٣) نظام الحكم للقاسمي ١٨٧ / ٢، معالم استقلال القضاء، بوضياف، صفحة ١٣٧، بحث مقدم مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الثامنة، العدد / ٣٠.
- (٤) معالم استقلال القضاء، بوضياف، صفحة ١٤١، بحث مقدم مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الثامنة، العدد / ٣٠.

٥٥٥- التوجيه والإرشاد من السلطان: إن استقلال القاضي لا يمنع إرشاده من قبل السلطان، لأن الاستقلال لا يستلزم منع الإرشاد واستبعاذه، وإذا كان من واجب السلطان تفقد أحوال القضاة فله في ضوء ذلك أن يقدم الإرشادات والنصائح والتعليمات المفيدة لهم في عملهم القضائي، وقد تعد هذه الإرشادات بمنزلة القواعد والتعليمات للقضاة.

ومن الأمثلة الشهيرة لذلك كتاب سيدنا عمر الذي سبق أنفاً، ورسالته الشهيرة إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وما تضمنته من فوائد وإرشادات عظيمة^(١).

٥٥٦- من تاريخ استقلال القضاة: انطلاقاً من مبدأ استقلال القضاء دأب الخلفاء المسلمون؛ منذ عهد الخلافة الراشدة وما بعده على رفع أيديهم عن التدخل في شؤون القضاء أو أعمال القضاة، بل كان كثير منهم يمثلون أمام قضائهم كغيرهم من الخصوم، ويسوي القاضي بين الخليفة وخصمه دون أي تمييز^(٢)، وإذا أصر السلطان أو الخليفة على التدخل في شؤون القضاء فإن كثيراً من القضاة كانوا يستقيلون لفقد استقلالهم الذي ما كان ينبغي أن يفك عن عملهم وحكمهم^(٣).

٥٥٧- تنبيه: إن القول بتقرير مبدأ استقلال القضاء لا يعني انعدام الرقابة على القاضي في أعماله وأحكامه، لأن القاضي نائب ووكيل عن الخليفة، فللخليفة ولقاضي القضاة تصفح أحكام القاضي ومراقبته للاطمئنان على سير

(١) نظام القضاء، لزيدان، ٧٥.

(٢) معالم استقلال القضاء، بوضياف، صفحة ١٢٨، بحث مقدم مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الثامنة، العدد / ٣٠ / .

(٣) نظام القضاء، لزيدان، ٧٣، وكتب التاريخ زاخرة بالقصص الدالة على ما سبق، مثلاً: تاريخ قضاء الأندلس للبناهي.

عملهم وفق القواعد والضوابط المشروعة، ولا تعارض بين استقلال القاضي والرقابة عليه؛ لأن الاستقلال حق للقاضي وواجب عليه، والرقابة على القاضي واجب الخليفة، والقاضي لا سلطان عليه إلا من جهة الشرع، فتكون رقابة الخليفة على القاضي بالتأكد من سير القاضي على وفق أحكام الشريعة واتباعه للقواعد والإجراءات المقررة في العمل القضائي^(١).

٥٥٨- يستتج مما تقدم: أن مبدأ استقلال القاضي مبدأ مقرر شرعاً، والقضاء من غير استقلال منصب مجرد من كل حيوية، وجامد لا يوصل لما شرع له، وتابع منفذ لأوامر غيره.

٥٥٩- ما يترتب على عدم استقلال القضاء: وإذا كانت السلطة التقديرية هي جوهر العمل القضائي؛ فإن فقدان القضاء لاستقلاله تفرغ للسلطة التقديرية من مضمونها وطعن في الأحكام الصادرة عن النشاط التقديري للقاضي، وكل إخلال بمبدأ استقلال القضاء يؤدي حتماً للمساس بجلال القضاء وهيبته، وأي تدخل غير مبرر من أية جهة وبأي شأن من شؤون القضاء سيؤدي للإخلال بميزان العدل والإنصاف^(٢). والله تعالى أعلم.

(١) نظام القضاء لزيدان، ٧٧، وتقدم في المبحث الثاني والثالث من هذا الفصل بحث الرقابة على الأحكام الصادرة عن القاضي، وبحث نقض الحكم القضائي وأسبابه.

(٢) من المفيد الإشارة إلى أن الشريعة أحاطت مبدأ استقلال القضاء بضمانات متعددة لحفظه وحمايته، من ذلك: الضمانات الإدارية: في تعيين القاضي، وفي عزله، والمدنية، والحصانة الجنائية وغير ذلك. انظر للتوسع: معالم استقلال القضاء، بوضياف، صفحة ١٣١ وما بعدها، بحث مقدم لمجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد / ٣٠ / السنة الثامنة، ونظام القضاء لزيدان، ٨٣ وما بعدها، ٨٩ وما بعدها، وسبق بحث مسؤولية القاضي عن الخطأ الصادر عنه في المبحث السابق لهذا المبحث مباشرة.

خلاصة البحث وأهم نتائجه

٥٦٠- العدل قوام السماوات والأرض، والقضاء حصنه وأداة تنفيذه،
فبالقضاء العادل تصان الحقوق والأموال لأصحابها.

٥٦١- القضاء مهمة الأنبياء والمرسلين، والقاضي خليفة عن النبي صلى
الله عليه وسلم، فيجب عليه تحري الحكم بما أنزله الله تعالى بالحق.

٥٦٢- القضاء باب من أبواب الفقه وهو منصب ديني ومتوقف على
الإيمان بأن ما حكم به القاضي هو حكم بما أنزله الله تعالى، فليس هناك ديني
ومدني، مع الإقرار بإمكان وقوع الخطأ من القاضي فيصحح.

٥٦٣- التعريف المختار للقضاء بأنه منصب الفصل بين الناس في
الخصومات منعاً للتداعي وقطعاً للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من
الكتاب والسنة.

٥٦٤- المراد بلفظ الحاكم عند الإطلاق السلطان على وجه الحقيقة، ولا
يتناول غيره من قاض ونحوه إلا إذا حكم بذلك عرف مستقر معتبر أو أناب
السلطان غيره من القضاة ونحوهم من ولاية وفعل أو دلت القرائن على أن
المراد به غير السلطان.

٥٦٥- القاضي أهم أركان القضاء الستة وهو المطبق للقضاء في صورته
العملية، لذا ينبغي أن يتوافر فمّن يتولى منصب القضاء صفات بعضها على
وجه الوجوب وبعضها على الاستحباب.

٥٦٦- صفات القاضي : يتلخص اشتراطها فيما يأتي :

١/٥٦٦- الإسلام : فيما إذا كانت الدعوى بين مسلمين أو كان أحد أطرافها من المسلمين أما غير المسلم على أمثاله فجائز عند الحنفية دون غيرهم.

٢/٥٦٦- العقل: بإجماع الفقهاء، ولا يكفي العقل المشترط في التكليف بل لابد أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والخطأ.

٣/٥٦٦- البلوغ: لا يولى غير البالغ وإذا ولاه سلطان أو ذو شوكة صحت توليته للضرورة لكن على القضاة الآخرين أن يجعلوا توليته غير مثمرة بأن لا يمضوا أحكامه إذا رفعت إليهم.

٤/٥٦٦- الذكورة: لا تصح تولية المرأة القضاء إلا للضرورة وبقيود:

١/٤/٥٦٦- أن تكون فيما عدا الحدود والقصاص.

٢/٤/٥٦٦- أن يوليها سلطان أو ذو شوكة في أرض نائية يتحكم فيها.

٣/٤/٥٦٦- تُولى ضرورة إذا ندر اجتماع صفات القاضي في شخص ذكر واجتمعت في أنثى، وكذا في بعض الحالات الخاصة، كالحروب.

٤/٤/٥٦٦- الضرورة تقدر بقدرها، فمتى زالت شوكة من ولاها أو اجتمعت الشروط في رجل ذكر عزلت المرأة ولم تول.

٥/٤/٥٦٦- على الحاكم والرعية السعي لتهيئة من تتوافر فيه شروط القاضي من الرجال، وهم آثمون إن قصرُوا في ذلك.

٥/٥٦٦- الحرية : فلا يولى العبد إلا لضرورة ويكون ذلك أخذاً برأي الحنفية.

٦/٥٦٦- العدالة: حفظ المروءة والانكفاف عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، والعدل من كانت حسناته غالبية على سيئاته.

- ٥٦٦/٦-٢- لا تصح تولية غير العدل إلا لضرورة، كعدم وجود عدل، أو تولية الفاسق من سلطان ذي شوكة وينبغي أن لا يحكم بعلمه وأن يبين مستنده في جميع أحكامه، وينعزل بزوال الضرورة التي أقر من أجلها إذا كان غير عدل.
- ٥٦٦/٧-٧- العلم بالأحكام الشرعية (الاجتهاد) : لا تجوز تولية غير المجتهد إلا لضرورة ويقدم، أمثل المقلدين على غيره.
- ٥٦٦/٧/١- المراد بغير المجتهد من كان عالماً لكنه دون رتبة المجتهد المطلق، ويسمونه (المقلد).
- ٥٦٦/٧/٢- يكفي في العصر الحالي في المجتهد كونه عالماً بالمسائل المتعلقة بالباب الذي يجتهد فيه، وإذا كان مجتهداً في جميع الأبواب فهو أفضل، لكنه نادر، وإذا أمكن وجوده اشترط فيمن يتولى منصب القضاء.
- ٥٦٦/٧/٣- إذا ولي القضاء جاهل لضرورة وجب أن يكون له مرجع علمي رفيع المستوى من عالم أو لجنة استشارية علمية.
- ٥٦٦/٧/٤- إذا لم يوجد مجتهد في الأمة وجب عليها السعي لإيجاده وإن قصرت كانت آثمة.
- ٥٦٦/٨- سلامة حاسة البصر والسمع والنطق، ولا يشترط منهم السلامة التامة، بل يكفي سلامتهم بمرتبة مقبولة.
- ٥٦٦/٩- لا يشترط فيمن يرشح لمنصب القضاء أن يكون عارفاً بالكتابة، مع أن وجودها مستحب ويكون من مرجحات تقديم صاحبها على غيره عند تساويها في الصفات الأخرى.
- ٥٦٦/١٠-١- صفات مستحبة أخرى :
- ٥٦٦/١٠/١- صفات سلبية : أن يكون غير محدود، وغير مطعون عليه في نسبه، وغير فقير وغير مستضعف، وغير فظ ولا غليظ ولا جبار ولا عنيد.

٥٦٦/١٠/٢- صفات إيجابية: أن يكون فطناً، ذكياً، ورعاً، مهيباً، حليماً، شديداً في غير عنف، ذا مشورة وأن يكون سليم البطانة.

٥٦٦/١١- ولكل صفة من الصفات السابقة أثر على نشاط القاضي التقديري، وتفصيلها في الفقرات (١٠٨ إلى ١٣٨).

٥٦٧- السلطة التقديرية هي : صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداءً من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم إن كانت غير منصوص عليها.

٥٦٨- مشروعية منح السلطة التقديرية للقاضي ثابتة بأدلة مشروعية القياس والاجتهاد، ويجب على القاضي استعمال سلطته التقديرية متى توافرت شروطها للوصول إلى الغاية من منصب القضاء، وإن قصر كان خائناً لله ورسوله وللمسلمين، ومضيقاً للأمانة.

٥٦٩- السلطة التقديرية معروفة عند الفقهاء المسلمين منذ القديم لكنهم كانوا يستعملون لها أسماء أخرى تبين أوجهها منها أو آثاراً منها، ومن التسميات القديمة للفقهاء لبعض أوجه السلطة التقديرية (رأي القاضي) (نظر القاضي) (سلطة القاضي) (اجتهاد القاضي) وغير ذلك.

٥٧٠- مصدر النشاط التقديري للقاضي هو ما يعينه بصفة نظرية أو عملية، رئيسة أو تابعة، في أي مرحلة من مراحل الدعوى على الوصول إلى الغاية من منصب القضاء.

٥٧١- إذا كان القاضي مجتهداً وجب عليه أن يستقي أحكامه من مصادر التشريع الأصلية مباشرة، ولا يجوز له التقليد إلا لعذر.

٥٧٢- يتلخص عمل القاضي المجتهد (نشاطه التقديري) بالنسبة للمصادر التشريعية فيما إذا عرضت له مسألة فيما يأتي :

٥٧٢/١- بالنسبة للقرآن الكريم : يتركز نشاطه حول النص دون السند، لأن جميع القرآن متواتر، وينبغي أن يكون القاضي مُلمّاً بما هو مذكور في أصول الفقه مما يتعلق بخصائص القرآن ونظمه ومعناه ودلالاته وأوجه البيان ومعرفة اللغة العربية وغير ذلك، بحسب الإمكان، وأن يكون عالماً بأصول الاعتقاد، والناسخ والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام دون المتعلقة بالرقائق وغيرها.

٥٧٢/٢- بالنسبة للسنة المطهرة: ينبغي أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب الكريم، ويزيد معرفة ما يتعلق بالسند، من حيث اتصاله وتواتره أو انقطاعه أو صحته وضعفه مما يتعلق بمصطلح الحديث، والحديث الضعيف يستأنس به عند عدم وجود قرآن أو سنة ثابتة صحيحة، ويقدم من السنة الأقوى ثبوتاً فالأقوى.

٥٧٢/٣- وبالنسبة للإجماع : يبحث القاضي المجتهد عن وجود إجماع سابق في المسألة المبحوث عنها، فإن وجده لم يتحول عنه، وإن وجد إجماعاً سابقاً ولاحقاً أخذ بالسابق لتبين فساد الإجماع اللاحق، فعليه أن يعرف ما هو متفق عليه وما هو مختلف فيه.

٥٧٢/٤- بالنسبة لأقوال الصحابة : إن كانت غير مجمع عليها يتبناها، وإن كانت محصورة في قولين مثلاً لم يخرج عنها لقول جديد، ويبحث عن مرجحات لقول من الأقوال على غيرها، فيقدم أحسن الأقوال وأرجحها لديه.

٥٧٢/٥- وبالنسبة لأقوال التابعين : فهي مثل أقوال الصحابة، وإن كان عملهم دون عمل أهل المدينة.

٥٧٣- من المفيد للقاضي مشاوره العلماء فيما لا نص فيه، والمشورة غير ملزمة.

٥٧٤- من المفيد أن يكون القاضي المجتهد مُلمّاً بالقواعد الفقهية قادراً عليها، والقاعدة تصلح لدعم رأي فقهي على آخر عند التعارض، وتصلح أن تكون دليلاً يعتمد عليه لاستنباط حكم عند عدم وجود نص فقهي أصلاً.

٥٧٥- ينبغي أن يكون القاضي فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهاء في جزئيات الأحكام وكلياتها.

٥٧٦- لا مانع، بل من المفيد تنظيم عملية استشارة العلماء عن طريق إنشاء شعبة خاصة للفتوى وإبداء الرأي في المسائل غير المنصوص عليها، وتكون لجنة العلماء هذه تابعة للقاضي الأول (قاضي القضاة) أو من يقوم مقامه، مع ملاحظة أن رأي هذه اللجنة غير ملزم، وبخاصة للقاضي المجتهد.

٥٧٧- أما القاضي غير المجتهد فعمله بالنسبة للأحكام : أن يتبع الراجح والمشهور في مذهب إمامه حسبما رجحه أئمة المذهب، وإن كان القاضي مجتهداً في المذهب أخذ بما ترجح لديه من مذهب إمامه.

٥٧٨- يجوز للإمام أن يلزم القاضي غير المجتهد بالتزام مذهب معين أو باتباع عالم معين.

٥٧٩- الراجح جواز تجزؤ الاجتهاد، فإذا ولى الحاكم قاضياً نوعاً من أنواع الدعاوي وكان القاضي على علم بأدلة وأصول هذا العلم كان له الاجتهاد فيه.

٥٨٠- يجوز لولي الأمر أن يعين قضاة متعددين، وأن يخص كلاً منهم بالقضاء في مكان معين (الاختصاص المكاني) أو زمان معين (الاختصاص

الزماني) أو قضية معينة (الاختصاص النوعي)، أو في قضية معينة فقط، أو بين أشخاص معينين.

٥٨١- للسلطة التقديرية ضوابط عامة، منها ما يدخل في أكثر من باب، ومنها ما يدخل في باب واحد، وهي مذكورة تحت أرقام الفقرات (١٤٦ إلى ١٦٦)، ومن أهم هذه الضوابط بشكل مجمل :

١/٥٨١- القاضي نصب ناظراً للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم، وهو مأمور بالنظر والعدل والقضاء بالحق.

٢/٥٨١- لا مساغ للاجتهاد في مورد النص أو عند القدرة عليه، والاجتهاد لا يعارض النص.

٣/٥٨١- تصرف القاضي منوط بالمصلحة والعدل، وتظهر المفسدة المضادة للمصلحة بمخالفة أحد الأدلة الشرعية الأصلية.

٤/٥٨١- تحمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن، وظاهرها الصحة.

٥/٥٨١- كل من فعل ما أمر به بحسب قدرته من غير تفريط ولا عدوان فلا إعادة عليه.

٦/٥٨١- كل ما أضر بالمسلمين وجب أن يُنفي عنهم ما أمكن.

٧/٥٨١- إن البينة حجة يجب العمل بها ما أمكن.

٨/٥٨١- لا يصح من القاضي أن يترك العمل بيقين أو أصل لديه ثابت لشك، أو أن يبني حكمه على الشك، وذلك بالنسبة لأموال الناس وعصمتهم وغير ذلك.

٩/٥٨١- الظن لا يقاوم اليقين، والظن كاليقين في الشرعيات والعمليات، ما لم يتبين خطؤه.

- ٥٨١/١٠ - لا عبءة للتوهم، والقضاء بالمرجوح أو الضعيف غير صحيح ما لم يتأيد بمؤيد، أما البناء على الفاسد ففاسد.
- ٥٨١/١١ - الأحكام تبنى على الغالب، والنادر ملحق بالغالب.
- ٥٨١/١٢ - القاضي مأمور باتباع الظاهر، فيبنى أحكامه عليه دون النادر، ولا يخرج عن الظاهر إلا ببيان.
- ٥٨١/١٣ - الثابت بالعادة ثابت بدليل شرعي فتبنى الأحكام عليه، والعرف الشرعي مقدم على العرف العام.
- ٥٨١/١٤ - ينبغي على القاضي أن يحتاط مما يلحق به التهمة أو الريبة.
- ٥٨١/١٥ - إذا تعارض دليلان كان على القاضي أن يعمل بهما ما أمكن، فإن تعذر الجمع بينهما قدم أقواهما على أضعفهما.
- ٥٨١/١٦ - يحرم الحكم والفتوى بالهوى إجماعاً.
- ٥٨١/١٧ - لا يحل للقاضي أن يحكم بخلاف ما يعتقد.
- ٥٨١/١٨ - الوسائل لها حكم المقاصد، وعلى القاضي أن يتجنب كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده.
- ٥٨١/١٩ - تقدير الشرع فوق تقدير القاضي، إلا أن الشرع إذا فوّض القاضي كان تقديره كتقدير الشارع.
- ٥٨١/٢٠ - تقدم المصالح العامة على الخاصة، وتفويت الخاصة لأجل العامة مغتفر.
- ٥٨١/٢١ - إذا تعارضت المفسد والأضرار ولزم ارتكاب إحداها فإن القاضي على العكس من تعارض المصالح، فإنه يختار الأخف والأهون دفعاً للأعظم والأكبر.

٥٨٢- شروط الدعوى المقبولة

٥٨٢/١- يتجلى نشاط القاضي التقديري بالنسبة لأطراف الدعوى في أن يتحقق من توافر الشروط فيهم، من حيث أهليتهم، ومن حيث تعيينهم، واشتراط حضورهم، وكونهم ذوو صفة معتبرة في القضية المعروضة أمامه.

٥٨٢/٢- يتجلى دوره بالنسبة للمدعى به في استعلامه من المتداعين عن المدعى به، وفي تقدير ما إذا كان ما ذكر من تفاصيل عن المدعى به تكفي لجعله معلوماً، ومن كون المدعى به قد أصبح متصوراً في ذهن القاضي كي يستطيع أن يحكم بشكل دقيق وإلا كان حكمه على شيء مجهول بالنسبة إليه، إلا في المسائل المستثناة كالوصية والإقرار، فتصح الدعوى بها وإن كان المدعى به مجهولاً. ويبرز دور القاضي أيضاً بتقديره ما إذا كان المدعى به يترتب عليه نفع شرعي أم لا.

٥٨٢/٣- يتجلى دور القاضي بالنسبة لركن الدعوى بأن يتحقق من توافر شروطه، فلا يقبل الدعوى المتناقضة في ذاتها أو المناقضة لدعوى سابقة من المدعي نفسه، ولا تقبل الدعوى إلا إذا كانت بتعبيرات جازمة وقاطعة، وبأن يطالب بدعواه.

والشروط المتفق عليها ينبغي أن تتوافر وإلا لم يقبل القاضي الدعوى، أما الشروط المختلف فيها، فإن كان القاضي مجتهداً اختار ما ترجح لديه منها، وإن كان غير مجتهد تبع إمامه أو المذهب الذي ألزمه ولي الأمر به.

٥٨٣- تمييز القاضي بين المدعي والمدعى عليه أمر مهم للقضاء، والمدعي من يخالف قوله الظاهر أو من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر أو من يتمسك بالظاهر.

٥٨٤- لرد الدعوى أسباب عدة، ويتجلى دور القاضي تجاهها بأن ينظر في الدعوى المقدمة إليه وما إذا كان هناك سبب يستوجب ردها، فيردها ولا

يسمعا، كأن يدعي الشخص بما يكذب أصله، أو يظهر له كذب المدعي ابتداءً، وكذلك ينظر في الدعوى بقصد فاسد، هل هو فاسد إجماعاً أم لا، فإن كان مجتمعاً على فساده رد الدعوى، وإلا نظر فيه برأيه، وكذلك يقوم بتقدير ما إذا كانت الدعوى ممكنة عقلاً وعادة أم لا، ولا بأس أن يستشير بذلك ذوي الخبرة عند الحاجة لذلك.

٥٨٥- تقادم الدعوى : إذا منع ولي الأمر من سماع الدعوى بعد مضي مدة كان على القضاء أن يلتزموا بذلك، فإذا لم يحدد ولي الأمر مدة معينة للتقادم فإن القاضي يقوم بتقدير ذلك حسبما يراه من المصلحة، ويراعي في ذلك اختلاف الزمان والأشخاص، والدين والحقوق، وذلك لأن القاضي نائب عن ولي الأمر فله تحديد ما لم يحدده ولي الأمر إذا كان القاضي مجتهداً، أما غير المجتهد فيستعين بالعلماء وأهل الرأي والحل والعقد.

طرق الإثبات :

٥٨٦- القاضي مقيد بطرق الإثبات التي ورد بها نص شرعي صراحة أو استنباطاً، ولا يقبل منه الخروج عنها، ولا يقبل القاضي ذلك من الخصوم، ولا يقبل من القاضي إذا كان مجتهداً الاعتماد على طريقة إثبات غير مشروعة، ولا يسوغ اجتهاده هنا لأنه اجتهاد في مورد النص.

٥٨٧- بين وسائل الإثبات وبين البيئات بمعنى الشهادة فقط عموم وخصوص مطلق، فكل بيئة وسيلة إثبات، وليست كل وسيلة إثبات بيئة.

٥٨٨- يجب التفريق بين القرائن وبين البيئات الخاصة، فالبيئات الخاصة لا تندرج تحت اسم القرائن، على أن الأخذ بالقرائن الخاصة ينبغي أن لا يتجاوز به إلى غير المواضع المنصوص عليها، أما القرائن فلا يصح بناء الحكم عليها

وعلى ما تثيره من الظن، لكننا نستفيد منها للتوصل إلى بيئة معتمدة شرعاً، أو لجرّ المتهم في التحقيق للاعتراف بذنبه فيؤاخذ بإقراره.

٥٨٩- ينحصر نشاط القاضي التقديري بالنسبة لوسائل الإثبات في البحث عنها، وفي التحقق من صحة الوسائل المقدمة إليه من الخصوم، وفي وزن أدلة كل خصم، وله أن يبحث عن كل طريق يوصله لطريقة إثبات مقبولة شرعاً ليحكم بها، وله أن يستعين بالقرائن، وهي مجال خصب جداً لنشاطه، وبخاصة في دعاوى التهم والجنايات مما يساعد في تكوين قناعته الشخصية أو ترجيح دليل على دليل أو غير ذلك، بشرط أن لا يخرج عن الضوابط الشرعية، من حرمة الظلم أو الإكراه وغير ذلك، وله أن يطلع على الكتب التي أوردت نماذج من القرائن التي استعان بها القضاة السابقون، وأن يطلع على اجتهادات القضاة السابقين في توصلهم للحقائق.

٥٩٠- ينبغي أن تكون الشهادة في مجلس القضاء أمام القاضي ليحكم بها إن وجد أن شروطها متوافرة وأنها صحيحة، ومتى كانت كذلك وجب عليه الأخذ بمقتضاها.

٥٩١- من واجبات القاضي بعد توليه لمنصب القضاء أن يرتب عدول بلده على طبقاتهم بعد أن يسأل عنهم ويتخذ للتزكية عدولاً خبراء بالتزكية وشروطها، وليس له أن يعين شهوداً محددين لا يسمع شهادة غيرهم، بل يسمعها من كل من شهد بحق شرعي وكان أهلاً للشهادة، ويحكم بها.

٥٩٢- الشاهد وسيط بين ما عاينه وبين القاضي، وليس له أن يرتب الحكم على ما شهد من وقائع وأحداث، لأن هذا من صلاحيات القاضي، ومن ثمار سلطته التقديرية، وإذا كان القاضي لا يعلم حال الشاهد فإنه يسأل من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره، وصحبه صحبة طويلة وعاملة بالأخذ والإعطاء في الحضر والسفر.

٥٩٣- العدالة في الشهود حق لله تعالى على الحاكم، فلا يجوز أن يحكم بغير العدول وإن لم يشترط الخصم العدالة، وحتى لو رضي الخصمان بشهادة من لم تتوافر فيه أهلية الشهادة لم يجوز للقاضي أن يحكم بشهادته.

٥٩٤- تعديل الشهود أمر موكول إلى الاجتهاد وإلى ما يغلب في ظن القاضي بعد تحريه وسؤاله عن حال الشاهد.

٥٩٥- للقاضي أن يقبل شهادة العدل من غير تحرر، وإذا شهد وجب عليه القبول.

٥٩٦- يجوز قبول شهادة غير العدول عند تعذر وجود العدول ويستكثر القاضي لكل حق حسب خطره، فالفروج والدماء أخطر من الأموال، ويستعين القاضي بالقرائن وغيرها، فإن غلب على ظنه صدق دعوى المدعي وبيته أخذ بها، وذلك لضرورة حفظ حقوق الناس، ولأنه يعتبر عدول كل زمان بحسبه، وكذلك المكان.

٥٩٧- ينبغي على القاضي أن يكرم الشهود ولا يعنفهم ولا يعنتهم ولا يفرق بينهم إلا إذا وجد عذراً، ككونهم قليلي الضبط أو الحفظ، أو رأى منهم تهافتاً على الشهادة، فإنه يكون له أن يفرق بينهم إذا رأى مصلحة في ذلك.

٥٩٨- لا يغني تحليف الشهود عن التزكية السرية والعلنية، وإذا حلف القاضي الشهود بعد تزكيتهم إذا لم تتبين عدالتهم بشكل واضح، جاز ذلك، ولم يكن تحليفهم بديلاً عن تزكيتهم.

٥٩٩- المرجع إلى العادة وإلى رأي القاضي في تقدير طول الزمن وقصره لاكتفاء القاضي بتزكية الشاهد في المرة السابقة وتقديره لاستمرار عدالته.

٦٠٠- تقدير كون الشهادة متقدمة فلا يؤخذ بها عائد لرأي القاضي، وتحديد مدة لذلك عائد لرأيه أيضاً.

٦٠١- تحديد المدة التي يُمهّلها المدعي لرفع دعوى خصمه عائد تقديرها للقاضي، على أن لا تزيد على يومين، وسلطة القاضي هنا ليست مطلقة، بل مقيدة بزمن لا يتجاوزه.

٦٠٢- إن كون التحليف على السبب أو الحاصل يعود تقديره للقاضي حسبما يراه محققاً للمصلحة أكثر.

٦٠٣- دور القاضي فيمن يقدمه للحلف أولاً في التحالف واضح وظاهر، وتصرفه على من تحت ولايته مقيد بالمصلحة.

٦٠٤- للقاضي حسبما يراه من المصلحة - أن يغلظ اليمين باللفظ - ولا يتوقف ذلك على طلب الخصم، وإذ طلبه الخصم أصبح واجباً، ويلاحظ القاضي قيمة المحلوف عليه، وحال الحالف، ويغليظ بما يراه أضر وأردع، وله أن يستعين بالنماذج الماثورة الواردة في تغليظ اليمين باللفظ.

٦٠٥- للقاضي كذلك أن يغليظ اليمين بالزمان أو المكان حسبما يرى من خطورة المحلوف عليه أو من ظهور ريبة من الحالف.

٦٠٦- للقاضي أن يحلّف على المصحف وأن يضعه في حجر الحالف أو يأمره أن يضع يده عليه عند الحلف، وذلك حسبما يظهر له من المصلحة.

٦٠٧- ليس للقاضي أن يستحلف بالطلاق ولو ألح الخصم بطلب ذلك.

٦٠٨- يظهر دور القاضي فيمن يدعي أنه أقر مكرهاً بأن يتحقق من دعواه ويرتب على ذلك إبطال أثر الإقرار على صاحبه من عدم ذلك، وإذا ادعى المكره أنه أكرهه بحبس فتقدير كون هذا الحبس إكراهاً يعود لرأي القاضي، وما سبق هو فيما إذا كان الإكراه من غير القاضي.

٦٠٩- جمهور الفقهاء لا يجيزون إكراه القاضي شخصاً على الإقرار، وأجاز بعضهم ذلك إذا كان الشخص متهماً بالفجور وكان معروفاً بمثل ما ينسب إليه. وللقاضي أن يستدرج المتهم ليعترف فيأخذه بإقراره.

٦١٠- إذا ادعى المقر أنه كان هازلاً أو كاذباً في إقراره كان للقاضي أن يحلفه على ادعائه.

٦١١- إذا استوفى الإقرار شروط صحته فإن القاضي لا يعتبره حتى يستفصل من المقر عما أقر به.

٦١٢- يقضي القاضي بعلمه في الجرح والتعديل بالنسبة للشهود باتفاق الفقهاء.

٦١٣- لا يجوز للقاضي أن يحكم بخلاف علمه ولو قامت البينة عليه، ويعتزل النظر في هذه القضية أو يفوض لغيره النظر فيها، وله أن يكون شاهداً فيها لا قاضياً.

٦١٤- للقاضي أن يحكم بعلمه فيما يحدث في مجلس حكمه.

٦١٥- إذا كانت القرائن نصية لم يسع القاضي إلا الحكم بموجبها ولا يخرج عنها، وهي وإن كانت قرائن لكنها تعد وسائل إثبات خاصة يحكم بها ولا يتعدى بها مواضعها للنص عليها.

٦١٦- القرائن الفقهية التي استنبطها الفقهاء وبعض القضاة المجتهدين هي في حكم القرائن النصية، وهذا إذا كان القاضي من غير أهل الاجتهاد المطلق، لأن غير المجتهد عليه اتباع نص إمامه، أما المجتهد المطلق فله الأخذ بها إذا ترجحت لديه.

٦١٧- أما القرائن القضائية التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء، مما يتكون معه ملكة عندهم وصفة راسخة في نفوسهم تمكنهم من الاستدلال

وإقامة القرائن ويلاحظون ظروف كل دعوى بالتفرس في الخصوم؛ فلا يعول عليها إلا ضمن القواعد والضوابط المقبولة، ولا يركن إليها إلا بعد تقليب الأمور على الوجوه المحتملة والوصول إلى القناعة والتثبت.

٦١٨- مع أن القرينة والأمانة قد يكون لها أثر في قلب القاضي يغلب على الظن صدقه إلا أنه لا يعتمد عليه للفصل في الخصومات، وإنما يأخذ بها على وجه الاستدلال والاستهداء لبينة معتمدة، أو لترجيح بين بينتين مثلاً أو غير ذلك، وقد يستعين القاضي في الإثبات إضافة لما أورثته القرينة في نفسه بتحليل الخصم لليمين لتأكد قناعته وليحمل الخصم جزءاً من عبء الإثبات.

٦١٩- يجب التنبيه إلى أن المقصود بالقرينة التي يصح الاعتماد عليها: القرينة القاطعة، أما الضعيفة فلا تقبل في القضاء، والمتوسطة يتوقف القاضي فيها ويحتاط حتى ترجح عنده بمرجح.

٦٢٠- للقاضي أن يستعين بالقرائن الحديثة كتحليل الدم وتسجيل الأصوات، مع التحرز.

٦٢١- للقاضي أن يرد دعوى كذبتها القرائن، وكذلك له أن لا يأخذ بالبينة أو الإقرار إذا كان مخالفاً للقرائن، وللقاضي أن يستعين بالقرائن للتعرف على الباعث على الفعل مما قد يترتب عليه من حد أو غيره.

٦٢٢- إذا استوفت الدعوى شروطها وثبتت وجب على القاضي الفصل فيها، ولا يجوز له التأخير إلا لسبب مبرر مما يأتي:

أ- رجاء الصلح بين الخصوم، وبخاصة إذا كانوا من الأقارب.

ب- استمهال الخصوم لسبب مبرر كتقديم بينات جديدة.

ج- إذا اشتبه الأمر على القاضي أو ارتاب فيما أبداه أحد الخصوم، أو اشتبه أنه لم يفهم القضية بشكل تام، أو كانت القضية مشككة تحتاج لمزيد تفكير.

هـ- إذا رأى أن إصدار الحكم سيؤدي إلى تفاقم الأمر بين الخصوم وسيوقع مفسدة كبيرة أو سيورث ضغائن وأحقاداً، فللقاضي حينها أن يؤخر الحكم في الدعوى ويحث الخصوم على الصلح فيما يصح الصلح فيه.

و- إذا تأخر القاضي ليتحرى عن حال الشهود إذا ارتاب فيهم أو في حفظهم.

أما إذا تأخر القاضي عن الفصل في الدعوى بعد ما أداه نشاطه التقديري لحل يعتقده ويقتنع به، من غير عذر؛ كان آثماً.

٦٢٣- إذا ثبت عند القاضي وجود ضرر أو وقوعه على أحد الخصوم وجب عليه السعي لإزالته، لأن الضرر يُزال، وإن كان قديماً؛ لأن الضرر لا يكون قديماً. وإزالة الضرر الواقع على الأموال يتحقق بالتعويض الذي يتأتى فيه جبر الضرر وترميم آثاره، ورد مالية المعتدى عليه كما كانت قبل الاعتداء تماماً، ولا خير في الإلتلاف المماثل؛ لأنه تكرار للضرر ومضاعفة للمفسدة.

٦٢٤- فإذا ثبت غصب شخص مال آخر فإن حق المالك يتعلق بالعين المغصوبة، فإذا ادعى الغاصب هلاك العين ولم يرض المغصوب منه بالبدل فإن القاضي لا يتعجل في الحكم بالبدل، بل يجبس الغاصب مدة يقدر فيها أن العين لو كانت غير تالفة لأحضرها الغاصب، ويعود تقدير هذه المدة لرأي القاضي حسب حال كل شخص وما يناسبه، ثم يحكم القاضي بالبدل إن لم يحضر الغاصب العين المغصوبة، لأنه يغلب على ظن القاضي أنها هالكة.

٦٢٥- وإذا ثبت الحق عند القاضي فإنه بدايةً يأمر المدين بدفع ما عليه، فإن امتنع وماطل حبسه، وتقدير مدة الحبس مفوض لرأي القاضي، فيحبسه مدة يقدر أن قلبه يضجر إن كان له مال، فإذا مضت المدة أو قبلها فإن القاضي يسأل عن حاله ليتأكد من إعساره.

٦٢٦- لا يجبس صبي على دين الاستهلاك ولو كان له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب أو وصي، والرأي فيه للقاضي، فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء، ويجبس الأب والوصي إن امتنعا من قضاء دين الصبي أو المحجور عليه، ويجوز للقاضي أن يجبس المأذون له والمحجور عليه تأديباً لا عقاباً.

٦٢٧- للقاضي نقض تصرف الوصي أو الولي إذا رأى أنه لا مصلحة للموصى عليه فيه، فإذا باع الولي أو الوصي عقار الصغير ورأى القاضي أن نقض البيع أصلح للصغير نقض القاضي ذلك البيع.

٦٢٨- مرجع العمل ببعض شروط الواقفين عائد إلى رأي القاضي، لا إلى ما شرطه الواقف، فإذا شرط الواقف أن لا يستبدل وقفه ولو أشرف على الهلاك والتلف؛ كان للقاضي أن لا يأخذ بشرط الواقف، وله أن يستبدل بما هو أنفع لحاجة الوقف ومستحقه، لأن العبرة في الوقف على نظر الحاكم في الزمان والأحوال المتجددة، لأنه الولي الحاضر، وما سبق هو رأي بعض الفقهاء.

٦٢٩- إذا حجر القاضي على المفلس وأراد بيع ماله كان له أن يقدم في البيع ما يراه أنفع للمصلحة، فله أن يقدم ما يخاف فساده ثم الحيوان ثم المنقول ثم العقار.

٦٣٠- الأصل أن التسعير على التجار حرام، وأجاز بعض الفقهاء التسعير من القاضي على التجار إذا تعدوا تعدياً فاحشاً، بعد مشورة أهل الرأي والخبرة، ومن يخالف أمر القاضي عزره لمخالفته.

٦٣١- ضوابط تقدير القاضي للضمان :

أ- أن يقصد على وجه العموم إعادة الأمر إلى حالته التي كان عليها قبل حدوث الضرر بقدر الإمكان، ولا يقصد من جبر الضرر إثراء المتضرر ولا التصديق عليه.

ب- يكون التعويض عن الضرر المباشر فقط المنسوب إلى فعل الضامن.
ج- مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض كلما أمكن، بلا زيادة ولا نقصان، إلا إذا ساغ تغليظ التعويض في بعض الحالات للتشديد على المعتدي وزجره عن عدوانه.

٦٣٢- يجوز أن يحسب القاضي كلفة البحث عن سلعة مماثلة للمتلف، وكذلك أجره السمسرة لذلك، ويضيف ذلك لقيمة المتلف، ويضيف كذلك أجره نقلها إلى الموقع الذي وقع فيه العدوان على العين المعتدى عليها.

٦٣٣- للقاضي أن يختار من آراء الفقهاء المتعددة في وقت تقدير التعويض ما يراه ملائماً للمصلحة أكثر ومحققاً لمقاصد الشريعة من جبر الضرر الواقع مع عدم ظلم المعتدي، وتدقيق كل حادثة وما يحيط بها من ملاسبات وقرائن.

٦٣٤- عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً، ولم تترك للقاضي أو غيره أن يقوم باختيار نوع العقوبة أو تقدير مقدارها، ولا يسمح للقاضي أو لغيره أن ينقض هذه العقوبات أو يستبدل بها غيرها أو يوقف تنفيذها أو يعفو عنها، فمتى ثبتت جرائم الحدود وتوافرت شروطها كان دور القاضي مقتصرأ على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة، والحكم في الحدود إمضاؤها.

٦٣٥- تنمة لما سبق؛ فإن القياس يجري في العقوبات والجرائم، لكن لا بمعنى استحداث حكم جديد ولكن بمعنى توسيع الدائرة التي تنطبق فيها النصوص، فقياس القاضي هنا ليس مصدراً تشريعياً، بل هو مصدر تفسيرية يساعد على تعيين الأفعال التي تدخل تحت النص، فما حرمه النص لعله معينة يلحق به قياساً كل الصور المماثلة التي تتوافر فيها علة التحريم، كإلحاق اللواط بالزنى، وصرح بعض الشافعية بأن القياس يجري في العقوبات والحدود بمعنى تنقيح لمناط الحكم لا استنباط للمناط.

فإذا أحدث الناس أنواعاً من المعاصي بحث القاضي عن دخولها تحت أدلة الحدود من عدمه، وبحث في توسيع الدائرة التي تنطبق عليها النصوص، ولا يعد ذلك مخالفة للنصوص أو استحداثاً لأحكام جديدة بالمنع أو العقاب فيما لم يأذن به الشرع.

٦٣٦- الإمام هو الذي يقيم الحدود لا غيره، وإذا أناب القاضي أو غيره كان له ذلك؛ لأن الحدود تفتقر إلى الاجتهاد، ولا يؤمن فيها الخيف، فوجب أن تناط إقامتها بالحاكم أو من ينيبه عنه.

٦٣٧- ليس للقاضي الجنائي أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات، وعليه أن يراعي في كل الأحوال هذه المبادئ فيما يتعلق بالحدود خاصة :

أ- التقصي والتشدد في إثبات الحدود، لأنها أمور خطيرة تترتب عليها عقوبات شديدة، فلا مجال للشك أو الاحتمال في إثباتها.

ب- درء الحدود بالشبهات، سواء أكانت الشبهة في الفعل أم الفاعل أم العقد، أم غير ذلك، وإذا كانت الشبهة قوية فإنها تمحو وصف الجريمة مع إسقاطها للحد، ومتى كانت الشبهة تسقط الحد دون أن تمحو وصف الجريمة فإن القاضي ينتقل إلى التعزير، ولا يعني سقوط الحد سقوط العقاب مطلقاً، وذلك متى بقي وصف الجريمة مستقراً على الجاني.

ج- تفضيل الخطأ في العفو : إذا كان ثمة شك عند القاضي في إثبات الحد أو في النص المحرم للجريمة أو لم يترجح للقاضي أحد أمرين ولم يتضح له وجه الحق؛ فإن جانب العفو عن الجاني هو المطبق، فيحكم ببراءته، ومبدأ الخطأ في العفو ينطبق على جميع أنواع الجرائم، جرائم الحدود والقصاص والدية

والتعزير، فكما لا يجوز للقاضي تأخير إقامة الحدود عند توافر شروطها وثبوتها؛ لا يجوز له كذلك إقامتها عند عدم التثبت الكامل فيها.

٦٣٨- سلطة القاضي في موجبات القصاص والدية تماثل سلطته في جرائم الحدود، ولا فرق إلا في أن القاضي ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها المجني عليه أو وليه، وأن يطبق العقوبة التي توجبها الشريعة أو يوجبها ولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية، لأن القصاص إذا سقط والدية؛ حكم القاضي بعقوبة تعزيرية مناسبة.

٦٣٩- العفو عن القصاص أو الدية مقصور على المجني عليه أو وليه دون غيرهما، حتى القاضي.

٦٤٠- القياس يجري فيما لم ينص عليه من الدماء من جنایات، فيصح للقاضي أن يقيس ما ليس بمقدر على ما هو مقدر، وهذا في الجراحات في الاعتداء على ما دون النفس الإنسانية، وكل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول صلى الله عليه وسلم دية أو أرشاً ولم يمكن إلحاقه بقياس؛ ففيه حكومة يحكم بها القاضي بناءً على تقدير أهل الخبرة، وينبغي أن لا تصل الحكومة إلى الدية أو الأرش الذي عينه رسول الله صلى الله عليه وسلم للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة. وعقوبات جرائم الحدود المنصوص عليها منارات يُهتدى بها لمعرفة غير المنصوص، وتكون بمثابة الضوابط لها أيضاً، والشرع لم يترك الأمر للحاكم أو نائبه [القاضي] فرطاً من غير ضابط يضبطه ولا حكمة تحكمه.

٦٤١- سلطة القاضي في القصاص والديات تشمل إضافة لما سبق: إثبات الجريمة الموجبة القصاص أو الدية، ويستدل القاضي كذلك بالآلة التي استعملها الجاني في جنائته، لأنها أمر ظاهر يقوم مقام القصد والباعث وهو أمر خفي، ولا

يمكن الحكم على الباطن، وعلى القاضي كذلك أن يثبت قبل الحكم بالقصاص من عدم وجود أي مانع من موانع القصاص؛ كالملك والأبوة وغيرها.

٦٤٢- القاضي هو الذي يقيم التعازير، والأصل تفويض التقدير في التعزير لولي الأمر [رئيس الدولة] إذا كان مجتهداً وتصدى للقضاء، فإذا أناب غيره من القضاة وغيرهم، استمدوا سلطتهم منه وتقيدوا بما يقيدهم به من أنظمة وقواعد.

٦٤٣- يجب أن يراعي ولي الأمر أو القاضي في كل تعزير ما يأتي :

١- أن يكون الباعث عليه حماية المصلحة الإسلامية المقررة، لا حماية الأهواء والأغراض الشخصية، وأن يسعى بالتعزير لجلب مصلحة أو دفع مفسدة.

٢- أن لا يخرج في استعماله لسلطته التقديرية في التعزير عن نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية.

٣- أن تكون العقوبات التي يقررها ناجعة حاسمة لمادة الشرع أو مخففة له، وألا يترتب على العقوبة ضرر مؤكد أو أشد فتكاً بالجماعات.

٤- المناسبة بين العقوبة والجريمة، فلا يسرف في العقاب، ولا يستهين بجريمة.

٥- المساواة والعدالة بين الناس جميعاً.

فسلطة القاضي في التعزير ليست تحكيمية أو مطلقة من غير ضابط.

٦٤٤- وعلى القاضي أن ينظر عند تقدير كل تعزير إلى ما يأتي:

١- حال الجاني.

٢- حال المفعول معه الجنائية.

٣- الجنائية ذاتها.

٤- زمان ومكان وقوع التعزير وموجبه.

٥- مراعاة مبدأ التدرج في العقوبة.

٦٤٥- لا خطر من منح الشريعة للقاضي سلطاناً واسعاً في جرائم التعازير، لأنها ليست في الغالب جرائم خطيرة [كالحودود]، ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده، أما بالنسبة للحودود فتتخصص سلطة القاضي بالنسبة للعقوبة في تنفيذها متى ثبت موجبها واستوفت شروطها.

٦٤٦- ثمة فرق بين ما نصت الشريعة على تحريمه وبين ما يحرمه ولي الأمر أو القاضي، فما نصت الشريعة على تحريمه فإنه لا يباح ويكون محرماً دائماً، وما حرمه أولو الأمر يجوز أن يباح في وقت آخر حسب مقتضيات المصلحة العامة.

٦٤٧- يجوز القياس في التعازير، ويمكن أن يفوض القياس فيها لقاض مجتهد أو لجماعة من القضاة المجتهدين.

٦٤٨- ليس ما يمنع من تطبيق قاعدة الدرء بالشبهات على التعزير، كما تطبق على الحدود.

٦٤٩- يقترح بعض العلماء أن يسن ولي الأمر قانوناً تعزيرياً لحماية الأموال والأخلاق والنظام، ويذكر فيه الجرائم التي فيها اعتداء على الجماعة أو النظام العام، ويرتب العقوبات على حسب مقدار الاعتداء على المصالح المعتمدة في الإسلام.

٦٥٠- يقدر القاضي نفقة الزوجة من الخبز والأدم بحسب اجتهاده أو اجتهاد نائبه عند عدم تراضي الزوجين على النفقة، إذ لا تقدير للنفقة من جهة الشرع، وكذلك يقدر النفقة للأولاد والأقارب بالمعروف، وكذلك تقدير الكسوة، ويراعي القاضي في جميع ذلك العرف والزمان والمكان.

٦٥١- يتم تقدير مهر المثل بناءً على وجود صفات معينة، لكن تقدير وجود هذه الصفات من عدمه، أو الزيادة في مرتبة صفة من الصفات السابقة أو النقصان فيها، منوط برأي القاضي.

٦٥٢- تقدير حياة المفقود معتمد على اجتهاد الحاكم وتقديره عند عموم الفقهاء، والاختلاف بين بعض الفقهاء هو في تحديد العمر الغالب الذي يحيا الإنسان لمثله، مع اتفاقهم من حيث النتيجة على بعض الضوابط المعتمدة عند تقدير حياة المفقود، مثل النظر إلى غالب عمر أمثاله، أو تقدير المدة التي لا يعيش لمثلها مثله.

٦٥٣- اتفق الفقهاء على أن القتل إذا كان بالسيف فإن القصاص يكون بالسيف، وعلى أن لمستحق القصاص أن يستوفي حقه بالسيف مهما كانت طريقة القتل التي قتل بها المجني عليه، [وخالف العز بن عبدالسلام اتفاق الفقهاء فيما إذا كان القتل بألة أخف من السيف فيكون القصاص بمثلها لا بالسيف]. واتفق الفقهاء في الجملة على أن فعل القتل إذا كان محرماً بنفسه ومعصية كشرب الخمر فالقصاص بالسيف.

٦٥٤- واتفق الفقهاء على أنه إذا حكم لولي القتل أن يستوفي حقه بالسيف، فقتل الجاني بمثل الطريقة التي قتل به وليه، فلا قصاص على ولي القتل، ويأثم، ويعزر عند بعض الفقهاء.

٦٥٥- من الملاحظ أن الفقهاء متفقون على أن القصاص لا يكون إلا بمجرؤ الرقبة بالسيف، أو بالفعل المماثل لفعل الجناية؛ إلا ما ورد عن الشافعية في قول بالنسبة لعقوبة القتل باللواط، وهي تعود انتهاء إلى القصاص من الفاعل بمثل ما فعل، ولم يقل واحد من الفقهاء القدامى باستعمال آلة ثلاثة غير السيف أو غير مثل آلة الجاني.

٦٥٦- يميل الباحث إلى أن القتل إذا كان بالسيف فالقصاص بالسيف لا غير، أما إذا كان القتل بغير السيف فالقتل بمثل الآلة التي قتل بها الجاني متى كان ذلك جائزاً، وإلا فالقصاص بالسيف أيضاً.

٦٥٧- المجال الواسع للتشديد والتخفيف في العقوبات هو العقوبات التعزيرية.

٦٥٨- قد يشدد القاضي عقوبة التعزير أو يخففها نظراً لعدة أمور، منها ما يتعلق بالجاني، ومنها ما يتعلق بالجريمة، ومنها ما يتعلق بمن ارتكبت الجريمة في حقه، ولا يجوز منه أن يُصدر أحكامه بناءً على الهوى والتشهي أو العداوة الشخصية.

٦٥٩- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المقتول إذا لم يكن له ولي فالسلطان [أو نائبه القاضي] وليه، فلا يفعل إلا ما فيه مصلحة من تحت ولايته، لكن ليس له إلا أن يقتصر أو يعفو إلى الدية، وليس له أن يعفو إلى غير مال إذ لا مصلحة فيه للمولى عليه، وإذا سقط القصاص من غير مقابل من المال، أو سقطت الدية للعفو عنها، فلا يجب شيء على القاتل إلا تعزير يقوم به ولي الأمر أو القاضي زجراً للجنة وتنفيذاً لحق الله تعالى في القصاص.

٦٦٠- ليس للقاضي إسقاط حد قد وجب، وليس له أن يعفو عنه، وإذا سقط الحد لسبب شرعي كان للقاضي أن ينتقل إلى التعزير الذي قد يصل إلى درجة شديدة في العقاب، أو يخفف فيه أو يعفو عنه حسبما يرى من مصلحة تقويم الجاني ومصلحة الجماعة الإسلامية، وإن كان الحد قد سقط لشبهة فالتعزير فيه حق لله تعالى.

٦٦١- إذا كان التعزير لحق الله تعالى ولم يكن منصوصاً عليه، فجمهور الفقهاء على أن للقاضي أن يعفو عنه أو يعزر حسبما يرى من المصلحة.

٦٦٢- وإذا كان التعزير لحق العبد فللعبد أن يعفو عنه، وللقاضي أن يعفو عنه عند بعض الفقهاء كالمالكية، على أن عفو القاضي هنا لا يبطل حق العبد أو يهدره، فإذا لم يسامح المعتدى عليه كان على القاضي أن يستوفي له حقه.

٦٦٣- إذا صدر الحكم القضائي مبنياً على نص قطعي الدلالة والثبوت أو إجماع ثابت لم يجوز لأحد أن يطعن فيه أو يخالفه، أما إذا كان النص غير قطعي الدلالة وإن كان قطعي الثبوت فإنه يكون مجالاً خصباً لاجتهادات المجتهدين.

٦٦٤- إذا صدر حكم القاضي عن اجتهاد منه فإنه يجب العمل به وتقديمه على الاجتهادات الأخرى، لأن اتصال القضاء باجتهاد القاضي يرجحه، وحكم القاضي في المجتهادات وإن كان معتمداً على القياس فهو عمل بغالب الظن، والعمل بغالب الظن واجب.

٦٦٥- لحجية الحكم القضائي مظاهر متعددة، منها: نفاذ القضاء في المجتهادات، وعدم تأثره باختلاف الاجتهاد، وانتفاء مسؤولية القاضي عما يصدره من الأحكام إذا لم يتعمد الجور فيها.

٦٦٦- تبدأ رقابة القاضي على أحكام نفسه من أولى مراحل التقاضي وتشمل جميع مراحل النظر في الدعوى، والقاضي غير ملزم بأن يراجع أحكامه، وإن عثر على خطأ صدر عنه لسبب ما صحح خطأه إذا استطاع ذلك.

٦٦٧- لا بد للحكم المرفوع لقاض آخر لينظر فيه أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة، فالقاضي الثاني إنما ينظر في دعوى جديدة وخصومة جديدة كأنها ترفع لأول مرة للقضاء.

٦٦٨- تستثنى من رقابة القاضي على الأحكام الصادرة عن القضاة الآخرين: المسائل المجتهد فيها إذا كان يصح حملها على أي وجه من وجوه الصحة، فلا يجوز لقاض آخر أن ينقضها.

٦٦٩- إذا أراد قاضي القضاة أو الأمير مراقبة نشاط القاضي وقضائه فعليه أن يطلع على أحواله وسيرته، ويفتش عن ذلك إذا رفعت إليه شكاية على القاضي، ويستعين بفقهاء بلد القاضي لعلمهم وأمانتهم.

٦٧٠- حالات بطلان الأحكام القضائية ترجع في مجملها إلى خلل في الإجراءات الموصلة إلى الحكم، أو إلى خلل في الحكم ذاته، أو إلى خلل في أسباب الحكم والبيانات.

٦٧١- الراجح أن القاضي إذا حكم وهو مشوش الفكر لنحو جوع أو غضب فلا يصح حكمه إذا كان العارض أو المشوش شديداً كثيراً يعطل قدرات القاضي ويعطل ملكاته، لأنه حينها يكون قريباً من حالة فاقد العقل لصرع ونحوه، أما إذا كان العارض يذهب بتمام الفكر لا بجميعة فإن الحكم يكون نافذاً مع الكراهة، بدرجة تتناسب مع درجة تشويش العارض لعقل القاضي وفكره.

٦٧٢- إذا ثبت أن القاضي قد تعمد الجور في الحكم، بإقراره أو بالبينه، فيعاقب العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح ولا تجوز ولايته أبداً ولا شهادته وإن صلحت حاله، إضافة لما يترتب عليه من ضمان أو قصاص بحسب الحق الذي حكم بضياعه أو النفس التي أهدرها.

٦٧٣- القضاء منصب ديني، فلا يصح من أي واحد أن يتدخل ليحرف القاضي عن عمله، لأنه يعد تمرداً ومضادة للشرع الحنيف، فاستقلال القضاء مهم وضروري لتمتع القاضي بالسلطة التقديرية وللوصول إلى الحكم الصحيح، وهذا الحق الممنوح للقاضي في استقلاله ممنوح له من الشرع، وليس هبة من أحد، ولا يملك أحد أن يسلبه إياه أو يعتدي على استقلال القضاء.

٦٧٤- لا ينقص من استقلال القاضي المشاورة، لأن المشاورة لا تعني أكثر من المذاكرة غير الملزمة، والمشورة جسر يصل بين السلطة القضائية وغيرها من السلطات الأخرى.

٦٧٥- واستقلال القضاء لا يعني انعدام الرقابة على القاضي في أعماله وأحكامه، فللخليفة [رئيس الدولة] وقاضي القضاة [القاضي الأول أو وزير العدل] تصفح أحكام القاضي ومراقبته للاطمئنان على سير عمله.

٦٧٦- والقاضي لا سلطان عليه إلا من جهة الشرع، فتكون رقابة رئيس الدولة مثلاً للتأكد من سير القاضي على وفق أحكام الشريعة واتباعه للقواعد والإجراءات المقررة في العمل القضائي.

والله تعالى أعلم

* * *

فهرس الفهارس

- فهرس الآيات الكريمة
- فهرس الأحاديث
- فهرس الآثار
- فهرس الأعلام
- فهرس المراجع والمصادر
- فهرس الموضوعات

رَفْعُ
عبد الرحمن الحمدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

فهرس الآيات الكريمة

- ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ ﴾ [البقرة: ١٧٩] ٤١٨، ٤١٦
- ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَىٰ الْحُكَّامِ... ﴾ [البقرة: ١٨٨] ١٢٨
- ﴿ وَالْحُرْمَتُ قِصَاصٌ... ﴾ [البقرة: ١٧٩] ٤٠٩
- ﴿ فَمَنۢ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمۢ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٤] ٣٣٣
- ﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً... ﴾ [البقرة: ٢١٣] ١٧
- ﴿ ۞ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ... ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ٤٦٧
- ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ... ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ٨٥
- ﴿ مِمَّنۢ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ٢٤٣، ٢٣٨
- ﴿ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ٢٤٨
- ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ١٢٩
- ﴿ يُؤْصِيكُمُ اللَّهُ فِيٓ أَوْلَادِكُمْ... ﴾ [النساء: ١١] ٤٨١
- ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾ [النساء: ٣٤] ٤٤٣، ٤٤٨، ٤٤٩
- ﴿ ۞ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ ﴾ [النساء: ٥٨] ١٤٧
- ٢١
- ٨٤ [النساء: ٥٩]
- ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ﴾ [النساء: ٦٥] ٧٨
- ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ... ﴾ [النساء: ٦٥]

- ﴿ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَطَهُمْ عَلَيْكُمْ ﴾ [النساء: ٩٠] ٧٩
- ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ [النساء: ١٠٥] ٦٢
- ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٤١] ٣١
- ﴿ رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ... ﴾ [النساء: ١٦٥] ٣٤٢
- ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَايُنَا قَوْمٍ عَلَىٰ إِلَّا تَعَدَّلُوا... ﴾ [المائدة: ٨] ١٢٨
- ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ يَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ [المائدة: ٤٩] ٦٢
- ﴿ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ ﴾ [المائدة: ١٠٦] ٢٤٨
- ﴿ وَقَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا ﴾ [الأنعام: ١١٥] ١٩
- ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ... ﴾ [الأنعام: ١٢١] ٤٨٢
- ﴿ وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾ [يوسف: ١٨] ٢٩٩
- ﴿ إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قَدْ مِّنْ قَبْلِ ﴾ [يوسف: ٢٦-٢٧] ٢٩٩
- ﴿ لِتَبَيَّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ... ﴾ [النحل: ٤٤] ٦١
- ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [الإسراء: ١٥] ٣٤٢
- ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ... ﴾ [النحل: ١٢٦] ٤٠٩
- ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ... ﴾ [الأنبياء: ٧٨-٧٩] ٤٦٦، ٨٣
- ﴿ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا... ﴾ [الأنبياء: ٧٩] ١٢٨-١٢٩
- ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا... ﴾ [النور: ٢] ٤١٧-٤١٦
- ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ ﴾ [النور: ١٩] ٤٢٥
- ﴿ وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا... ﴾ [المنكحوت: ٦٩] ٨٤
- ﴿ يَنْدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ... ﴾ [ص: ٢٦] ٤٤٢، ٣٦٤
- ﴿ وَجَزَاؤُهُ سِتْرَةٌ سِتْرَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ [الشورى: ٤٠] ٤٠٩، ٣٣٢

٤٦٧	[الأحqاف: ١٥]	﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾
٤١٩	[الحديد: ٢٥]	﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ... ﴾
٨٤	[الحشر: ٢]	﴿ فَأَعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ ﴾
٣٢	[المنحة: ١]	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَاءَ... ﴾
٢٤٣	[المنحة: ١٠]	﴿ فَإِنِ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ ﴾
٤٨١، ٢٣٨	[الطلاق: ٢]	﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾

* * *

فهرس الأحاديث الشريفة

- (ادرؤوا الحدود بالشبهات) : ٣٥٢، ٣٥١
- (ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...) : ٣٥١
- (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران...) : ٨٧، ٥٠٣
- (أذهبوا به فاقطعوه) : ٣٤٨
- (اشفعوا إلي تؤجروا...) : ٤٣٨
- (أعلمكم بالحلل والحرام معاذ) : ١٢٩
- (أقضاكم علي) : ١٢٦
- (ألا لا يقتل مؤمن بكافر) : ٤٨٤
- (إن الله تعالى سيهدي لسانك...) : ٦٣، ١٤١
- (أن رجلاً من أسلم جاء إلى رسول الله ﷺ فشهد على نفسه...) : ٢٨٤
- (أن رسول الله ﷺ رض رأس يهودي...) : ٤١٠
- (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي) : ٦٩، ٨٥، ١٢٦، ١٤١، ٥٠٢
- (إنما سمل رسول الله ﷺ أعين العرنيين...) : ٤١٠
- (أنه ﷺ أمر أن يرحم) : ٤١٣
- (بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قاضياً وأميراً...) : ٣٧
- (البينة على المدعي...) : ٤٨٣
- (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) : ٣٢٨، ٥٠٨
- (فمن كان حالفاً فلحلف بالله...) : ٢٧٠
- (القضاة ثلاثة...) : ٤٤، ٥٠، ٦٢
- (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء...؟) : ٨٦، ١٠٢
- (لا قود إلا بالسيف) : ٤١١، ٤١٤، ٤١٩
- (لن يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة) : ٤٤، ٤٦، ٤٨، ٤٩
- (المرأة راعية على مال زوجها...) : ٤٦
- (من حرق حرقناه...) : ٤٠٩
- (من حلف بغير الله فقد أشرك وفي رواية: فقد كفر) : ٢٧٠
- (من صدقهم بكذبهم وأعانهم على ظلمهم فليس مني...) : ١٩
- (واغد يا أنيس...) : ٣٤٧-٣٤٨

فهرس الآثار

- [اذهبوا به إلى المذبح...]: ٢٦٩
[أرسل عمر إلى امرأة ففزعت...]: ٥٢٣، ٥١٨
[أكثرنا على عبد الله ذات يوم...]: ٨٩
[أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء...]: ٥٢٣، ٥١٨
[إن سمراء بنت نهيك كانت تمر في الأسواق وتأمر بالمعروف...]: ٤٧
[تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور]: ٢٧١، ٢٤٩
[رسالة عمر إلى أبي موسى الأشعري]: ٩٠
[روى عن شريح أن عمر كتب إليه: إذا جاءك شيء...]: ٨٨
[روى عن عمر أنه ولّى الشفاء السوق]: ٤٦، ٥٠
[كان ابن عباس إذا سئل عن الأمر...]: ٩٠
[لأن أعطل الحدود بالشبهات...]: ٣٥٣
[ليس أحد نقيم عليه حداً فيموت]: ٥١٨

* * *

فهرس الأعلام

- أحمد بن حنبل: ١٧
ابن خلدون: ٢٤
عمر بن الخطاب: ٢٥
أبو بكر الصديق: ٢٥
ابن قيم الجوزية: ٢٦
تقي الدين السبكي: ٢٧
النوي: ٢٧
أبو زرعة الدمشقي: ٢٧
القرافي: ٣٠
زكريا الأنصاري: ٣٤
عتاب بن أسيد: ٣٧
أبو الفرج الشيرازي: ٣٨
ابن القاسم: ٣٩
ابن جرير: ٤٠
ابن حزم: ٤١
الحسن البصري: ٤١
محمد بن الحسن: ٤١
أبو بكر: ٤٣
بريدة بن الحصيب: ٤٤
الشفاء: ٤٦
سمراء بنت نهيك الأسدية: ٤٧
ابن العربي: ٥٠
ابن قدامة المقدسي: ٥١
ابن تيمية: ٥٣
أبو حنيفة: ٥٥
الجصاص: ٥٥

- ابن عابدين: ٥٦
ابن الهمام: ٥٦
العز بن عبد السلام: ٥٧
ابن رشد الحفيد: ٥٩
علي بن أبي طالب: ٦٢
الماوردي: ٦٦
مالك: ٦٦
معاذ بن جبل: ٨٦
شريح القاضي: ٨٨
عبد الرحمن بن يزيد: ٨٩
عبد الله بن مسعود: ٨٩
أبو موسى الأشعري: ٩٠
الشافعي: ١٠٠
الشعبي: ١٠١
مسروق: ١٠١
أبو يوسف: ١٠٢
ابن المبارك: ١٠٢
أبو بكر الأبهري: ١٠٤
سعيد بن المسيب: ٢٠٢
أشهب: ٢١٩
نافع: ٢١٩
ابن فرحون: ٢٣٠
الشاطبي: ٢٣٠
الشوكاني: ٢٣٠
البهوتي: ٢٣١
ابن أبي الدم: ٢٣٧
ابن أبي ليلى: ٢٤٧
حماد بن أبي سليمان: ٥٠٠

فهرس المراجع والمصادر

- ١- التفسير وعلوم القرآن
 - ١- أحكام القرآن للجصاص، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، طبعة ٢، الناشر دار المصحف، شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد، القاهرة.
 - ٢- أحكام القرآن، للشافعي، جمعه الإمام البيهقي، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، راجعه محمد شريف سكر - دار إحياء العلوم - بيروت، طبعة ١، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م).
 - ٣- أحكام القرآن لابن العربي تعليق محمد عبد القادر عطا، (١٤١٦هـ-١٩٩٦م) دار الكتب العلمية.
 - ٤- تفسير القرطبي (٢٠) جزءاً مصورة عن طبعة دار الكتب، الناشر دار الكاتب العربي بالقاهرة (١٣٩٧هـ-١٩٦٧م) تحقيق أحمد عبد العليم البردوني.
 - ٥- تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، محمد أديب صالح - المكتب الإسلامي (دمشق- بيروت- عمان) طبعة ٤ (١٤١٣هـ-١٩٩٣م).
 - ٦- زاد المسير: لابن الجوزي - المكتب الإسلامي - بيروت طبعة ٣ (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م).
 - ٧- فتح القدير للشوكاني: اعتنى به يوسف الفوش طبعة ١ (١٣١٥هـ-١٩٩٥م) دار المعرفة - بيروت لبنان - توزيع المؤيد بالرياض.
 - ٨- النكت والعيون (تفسير الماوردي) دار الكتب العلمية: بيروت - مؤسسه الكتب الثقافية تعليق السيد بن عبد المقصود.
- ٢- كتب الحديث وعلومه
 - ١- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، دار الكتب العلمية - بيروت.
 - ٢- الاستذكار، وثق أصوله وفهرسه: الدكتور عبد المعطي قلعجي طبعة ١ (١٤١٤هـ-١٩٩٣م) دار قتيبة - دمشق - بيروت - دار الوعي - حلب - القاهرة.
 - ٣- الإمام لابن دقيق العيد راجعه محمد سعيد المولوي طبعة ٢ (١٣٠٦هـ-١٩٨٥م) دار ابن القيم - الدمام السعودية.
 - ٤- التلخيص الحبير، تصحيح وتعليق عبد الله يماني بالمدنية المنورة (١٣٨٤هـ-١٩٦٤م).
 - ٥- التمهيد لابن عبد البر دار البيان العربي مع ملاحظة اختلاف سنوات الطبع بين الأجزاء وكذلك اختلاف المحققين.
 - ٦- سنن الدارمي: خرج آياته وأحاديثه محمد عبد العزيز الخالدي طبعة ١ (١٤١٧هـ-١٩٩٦م) الكتب العلمية.

- ٧- سنن الدراقطني وبذيله التعليق المغني على الدراقطني لأبي الطيب آبادي، عني بتصحيحه عبدالله هاشم يماني المدينة المنورة (١٣٨٦هـ-١٩٦٦م) هكذا عبارة الغلاف الداخلي - دار المحاسن للطباعة - القاهرة.
- ٨- السنن الكبرى للبيهقي وفي ذيله الجوهر النقي لابن التركماني - دار الفكر.
- ٩- شرح معاني الآثار، للطحاوي، تحقيق محمد زهري النجار، طبعة ٢ (١٤٠٧ هـ-١٩٨٧م) دار الكتب العلمية.
- ١٠- طرح الثريب في شرح التقريب، للحافظ العراقي - دار الفكر العربي.
- ١١- عارضة الأحوزي لابن العربي المالكي، وضع حواشيه جمال مرعشلي طبعة ١ (١٤١٨ هـ-١٩٩٧م) الكتب العلمية - بيروت.
- ١٢- فتح الباري جديدة منقحة - عن الطبعة التي حقق أصلها عبد العزيز بن باز، ورقم كتبها وأبوابها وأحاديث محمد فؤاد عبد الباقي طبعة ١ (١٤١٠ هـ-١٩٨٩م) الكتب العلمية - بيروت.
- ١٣- فيض القدير للمناوي ضبط وتصحيح أحمد عبد السلام، طبعة ١ (١٤١٥ هـ-١٩٩٤م) الكتب العلمية بيروت.
- ١٤- كشف الخفاء للعجلوني - دار الكتب العلمية - بيروت - طبعة ٣ (١٩٨٨-١٤٠٨ هـ).
- ١٥- مجمع الزوائد (١٤٠٨ هـ-١٩٨٨م) الكتب العلمية - بيروت.
- ١٦- مرقاة المصابيح شرح مشكاة المصابيح للملا علي القاري - دار إحياء التراث العربي.
- ١٧- المستدرک للحاكم وبذيله التلخيص للذهبي - الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت.
- ١٨- مسند أبي يعلى: تحقيق حسين سليم أسد - دار المأمون للتراث دمشق - بيروت.
- ١٩- مصنف ابن أبي شيبة، ضبطه وعلق عليه سعيد اللحام - دار الفكر - بيروت - (١٤١٤ هـ-١٩٩٤م).
- ٢٠- مصنف عبد الرزاق تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي طبعة ٢ (١٤٠٣ هـ-١٩٨٣م) توزيع المكتب الإسلامي بيروت.
- ٢١- المعجم الأوسط للطبراني، تحقيق الدكتور محمود طحان طبعة ١ (١٤١٥ هـ - ١٩٩٥م) مكتبة المعارف - الرياض.
- ٢٢- المعجم الكبير للطبراني تحقيق حمدي السلفي - الناشر مكتبة ابن تيمية - القاهرة.
- ٢٣- المعلم لفوائد المسلم للمازري تحقيق محمد الشاذلي النيفر بنشر المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات، بيت الحكمة، تونس طبعة ١٩٨٨ المؤسسة الوطنية (الوطنية) للكتاب، الجزائر.
- ٢٤- نصب الراية للزيلعي، بعناية أمين صالح شعبان طبعة ١ (١٤١٥ هـ-١٩٩٥م) دار الحديث القاهرة.
- ٢٥- نيل الأوطار للشوكاني - دار الحديث القاهرة طبعة ٤ (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧م) علق عليه عصام الدين الصباطي.
- ٣- كتب الفقه الحنفي
- ١- البحر الرائق: شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية بالأوفست.

- ٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني - دار الكتب العلمية طبعة ٢ (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م).
- ٣- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي طبعة ٢ بالأوفست.
- ٤- الجوهرة النيرة لأبي بكر بن علم الحدادي العبادي، المطبعة الخيرية.
- ٥- رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، المعروف بحاشية ابن عابدين، طبعة ٢ (١٣٨٦ هـ-١٩٦٦م). شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- ٦- شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، إملاء محمد بن أحمد السرخسي، تحقيق صلاح الدين.
- ٧- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لابن عابدين، صححه مصطفى الغمراوي، طبع مطبعة الشيخ محمد شاهين، سنة ١٢٧٨هـ.
- ٨- العناية على الهداية، البابرّي، مطبوع مع فتح القدير والهداية - دار الفكر.
- ٩- الفتاوى الهندية، جماعة من علماء الهند - دار الفكر.
- ١٠- فتح القدير (شرح الهداية) لابن الهمام - دار الفكر.
- ١١- المبسوط، للسرخسي - دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م
- ١٢- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي، وبهامشه بدر المتقى في شرح المنتقى دار إحياء التراث العربي.
- ٤- كتب الفقه المالكي
 - ١- بداية المجتهد لابن رشد، راجعه عبد الحلّيم محمد عبد الحلّيم وعبد الرحمن حسن محمود طبعة ١ (١٤١٢هـ-١٩٩٢م) دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ - بيروت - لبنان.
 - ٢- بلغة السالك لأقرب المسالك، للصاوي، طبع مصطفى البابي الحلبي (١٣٧٢هـ-١٩٥٢م) الطبعة الأخير.
 - ٣- التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، مطبوع بهامش مواهب الجليل، طبعة ٣ (١٣١٢هـ-١٩٩٢م) دار الفكر.
 - ٤- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.
 - ٥- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، لعلي الصعيدي العدوي - دار الفكر.
 - ٦- شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرخشي، وبهامشه حاشية على العدوي دار صادر - بيروت.
 - ٧- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، للشيخ عlish، وبهامشه تبصرة الحكام دار المعرفة.
 - ٨- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني المالكي، دار الفكر - بيروت - لبنان.
 - ٩- المدونة للإمام مالك بن أنس، ويلها مقدمات ابن رشد، ضبط وتصحيح أحمد عبد السلام طبعة ١ (١٤١٥هـ-١٩٩٤م) دار الكتب العلمية.
 - ١٠- المنتقى شرح الموطأ، للباجي، مطبعة السعادة بمصر والطبعة الأولى كانت (١٣٣٢هـ).

- ١١- منح الجليل شرح مختصر خليل، للشيخ عlish، مع تعليقات من تسهيل فتح الجليل للمؤلف، تاريخ الطبع (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م).
- ١٢- مواهب الجليل، شرح مختصر خليل للحطاب، وبهامشه التاج والإكليل، طبعة ٣ (١٤١٢هـ-١٩٩٢م) دار الفكر.
- ٥- كتب الفقه الشافعي
 - ١- الأم، للشافعي، دار المعرفة.
 - ٢- أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زكريا الأنصاري، وبهامشه حاشيته أبي العباس ابن أحمد الرملي الكبير الأنصاري، تجريد الشيخ محمد بن أحمد الشويري نشر دار الكتاب الإسلامي - القاهرة.
 - ٣- التجريد لنفع العبيد، للبجيرمي الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأخيرة (١٣٦٩هـ-١٩٥٠م) المعروف بحاشية البجيرمي على منهج الطلاب.
 - ٤- تحفة الحبيب على شرح الخطيب، للبجيرمي المصري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، المعروفه بحاشية البجيرمي على الخطيب الطبعة الأخيرة (١٣٧٠هـ-١٩٥١م).
 - ٥- تحفة المحتاج بشرح المنهاج للهيتمي المالكي - دار الفكر.
 - ٦- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهج، للشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة دار الفكر.
 - ٧- روضة الطالبين للنووي ومعه متقى البينوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض- دار الكتب العلمية طبعة ١ (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).
 - ٨- الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، للشيخ زكريا الأنصاري، ومعه حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني وحاشية ابن قاسم العبادي مع تقرير الشيخ عبد الرحمن الشربيني عليها، دار الكتب العلمية - بيروت طبعة ١ (١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
 - ٩- فتاوى الرملي، لشهاب الدين بن حمزة الأنصاري الرملي، بهامش فتاوى الهيتمي-المكتبة الإسلامية.
 - ١٠- فتاوى السبكي - لتقي الدين علي السبكي - دار المعرفة - بيروت.
 - ١١- الفتاوى الفقهية الكبرى (فتاوى ابن حجر) للهيتمي المكي، وبهامشه فتاوى شمس الدين الرملي دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
 - ١٢- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب، لسليمان الجمل - دار الفكر - المعروف بحاشية الجمل.
 - ١٣- المجموع شرح المهذب، للنووي حققه وأكماله محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد جدة - السعودية.
 - ١٤- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشربيني الخطيب، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) دار الكتب العلمية.

- ١٥- نهاية المحتاج إلى شرح الفاظ المنهاج للرملّي، ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي الرشيدّي - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الأخيرة (١٣٨٦هـ-١٩٦٧م).
- ٦- كتب الفقه الحنبلي
- ١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي - دار إحياء التراث العربي طبعة ١ (١٣٧٧هـ-١٩٥٨م).
- ٢- دقائق أولي النهي لشرح المنتهى، للبهوتي - عالم الكتب، طبعة ١ (١٤١٤هـ-١٩٩٣م).
- ٣- فتاوى ابن تيمية - تقديم حسين محمد مخلوف - دار المعرفة - بيروت - ٥ ج.
- ٤- الفروع لابن مفلح المقدسي، عالم، طبعة ٤ (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).
- ٥- كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال دار الفكر (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م)
- ٦- مجموع فتاوى ابن تيمية - مؤسسة قرطبة - الهرم، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم دانية محمد.
- ٧- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للرحياني، وتجريد زوائد الغاية والشرح طبعة ٣ (١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) على نفقة الشيخ علي آل ثاني.
- ٨- المغني لابن قدامة، دار الفكر - بيروت، طبعة ١ (١٤٠٥هـ-١٩٨٤م).
- ٧- كتب أصول الفقه
- ١- الإبهاج للسبكيين (الأب والولد) - دار الكتب العلمية - بيروت - طبعة ١ - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، صححه جماعة من العلماء.
- ٢- إرشاد الفحول، الشوكاني - دار المعرفة - بيروت - (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م).
- ٣- أصول الفقه الإسلامي دكتور وهبة الزحيلي دار الفكر، دمشق (١٤١٦هـ-١٩٩٦م).
- ٤- البحر المحييط للزركشي، حققه مجموعة من العلماء طبعة ٢ (١٤١٣هـ-١٩٧٩م) وزارة الأوقاف الكويت أعادت طباعة دار الصفوة - الغردقة.
- ٥- التقرير والتحرير في شرح التحرير، لابن أمير الحاج، وبهامشه نهاية السؤل، دار الكتب العلمية طبعة ٢، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م).
- ٦- التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، للتفتازاني، وبالهامش شرح التوضيح للتنقيح، مكتبة صبيح بمصر.
- ٧- حاشية العطار على شرح الحلبي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد العطار، وبهامشه تقرير لعبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع وبأسفل الصلب والهامش تقارير لمحمد علي بن حسين المالكي دار الكتب العلمية.
- ٨- روضة الناظر لابن قدامة نشر جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض ١٣٩٩هـ طبعة ٢ تحقيق الدكتور عبد العزيز السعيد.
- ٩- شرح البدخشي ومعه شرح الأسنوي [نهاية السؤل] مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح وأولاده القاهرة.

- ١٠- شرح الكوكب المنير محمود أحمد الفتوح الحنبلي تحقيق محمد حامد الفقي طبع لأول مرة [١٣٧٢هـ-١٩٥٣م] مطبعة السنة المحمدية القاهرة.
- ١١- الفصول في الأصول، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، طبعة ٢، وزارة الأوقاف الكويتية.
- ١٢- كتاب الاجتهاد من كتاب التلخيص لأبي المعاني الجويني تحقيق الدكتور عبد الحميد أبو زيند/ طبعة ١ (١٤٠٨هـ-١٩٨٧م). دار القلم بدمشق - دار العلوم والثقافة.
- ١٣- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، للبخاري، دار الكتاب الإسلامي، طبعة جديدة بالأوفست.
- ١٤- المدخل لابن بدران مؤسسة الرسالة بيروت، طبعة ٢-١٤٠١هـ تحقيق الدكتور عبد الله التركي.
- ١٥- مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر لمحمد الأمين الشنقيطي تحقيق وتعليق أبي حفص سالم العربي - دار اليقين للنشر والتوزيع المنصورة مصر طبعة (١) (١٤١٩هـ-١٩٩٩م).
- ١٦- المستصفي في علم الأصول، للغزالي، الطبعة ١ بالمطبعة الأميرية ببولاق بمصر سنة ١٣٢٢ والطبعة الثانية بدار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م).
- ١٧- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي شرحه عبد الله دراز، وضع تراجمه محمد عبد الله دراز فهرس موضوعاته: عبد السلام عبد الشافي محمد طبعة ١ (١٤١١هـ-١٩٩١م) دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٨- كتب القواعد الفقهية
- ١- الأشباه والنظائر: للسيوطي، طبعة ١ (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) - دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٢- أنوار البروق في أنواع الفروق، المعروف (بالفروق)، لأحمد بن إدريس القرافي، وبأسفله حاشية الشاط و بهامشهما تهذيب الفروق لمحمد مفتي، عالم الكتب.
- ٣- شرح القواعد الفقهية، مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف) دار القلم - دمشق الطبعة الرابعة (١٤١٧هـ-١٩٩٦م) راجع ونسق الطبعة الأولى عبد الستار أبو غدة.
- ٤- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، للحفني الحموي، دار الكتب العلمية ومعه الأشباه والنظائر لابن نجيم.
- ٥- الفروق للكرائسي، لأسعد النيسابوري، تحقيق محمد طوموم ومراجعة عبد الستار أبو غدة طبعة ١ (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م) وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٦- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعبد العزيز بن عبد السلام، علق عليه طه عبد الرؤوف سعد طبعة ٢ (١٤٠٠هـ-١٩٨٠م) دار الجيل بيروت.
- ٧- قواعد الفقه/ لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، نشر دار الصدف ببلشرز كراتشي طبعة ١ (١٤٠٧هـ-١٩٨٦م) جزء ١.
- ٨- القواعد الصغرى أو (الفوائد في اختصار المقاصد) للإمام العز بن عبد السلام تحقيق إياد خالد الطباع-دار الفكر المعاصر بيروت- دار الفكر - دمشق إعادة الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).

- ٩- القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، تقديم مصطفى الزرقا - دار القلم - دمشق، الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ-١٩٩٤م) طبعة منقحة ومزودة.
- ١٠- القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي، دار المعرفة.
- ١١- المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا - دار القلم - دمشق طبعة ١ (١٤١٨هـ-١٩٩٨م).
- ١٢- المنثور في القواعد، للزركشي، طبعة ٢، تحقيق تيسير محمود ومراجعة عبد الستار أبو غدة طبع وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٩- كتب السياسة الشرعية
- ١- أحكام أهل الذمة للزرعي - لمحمد بن أبي بكر الزرعي - ٣ج - دار رمادي للنشر ودار ابن حزم - الدمام بيروت (١٤١٨هـ-١٩٩٧م) طبعة ١ تحقيق يوسف البكري وشاكر البارودي.
- ٢- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، للماوردي، تحقيق عصام فارس الحارستاني وعمد إبراهيم الدغلي، طبعة ١ (١٤١٦هـ-١٩٩٦م) المكتب الإسلامي.
- ٣- الدولة الإسلامية المعاصرة: الفكرة والتطبيق دكتور جمال الدين محمود - دار الكتاب المصري القاهرة - دار الكتاب اللبناني/ بيروت طبعة ١ (١٤١٣هـ-١٩٩٢م).
- ٤- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لابن تيمية، دار الكتب العلمية - بيروت - خرج أحاديثه أبو يعلى القويسني.
- ٥- الطرق الحكمية، لابن قيم الجوزية، مكتبة دار البيان، دمشق، ومكتبة المؤيد - الطائف تحقيق بشير عيون، وتقديم محمد الزحيلي، طبعة ١ (١٤١٠هـ-١٩٨٩م).
- ٦- نظام الحكم في الشريعة والتاريخ/ ظافر القاسمي جزء ٢ - دار النفائس بيروت طبعة ٤ (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).
- ١٠- كتب قضائية قديمة
- ١- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون اليعمري المالكي، راجعه وقدم له طه عبد الرؤوف سعد، طبعة ١ (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) القاهرة الحديثة للطباعة، الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.
- ٢- الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو، وبهامشه حاشية حسن بن عماد بن الوفاي الشرنبلالي الموسم بغنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام، طبع سنة (١٣٢٩هـ) بمطبعة أحمد كامل الكائنة في دار السعادة.
- ٣- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، دار الجيل، طبعة ١ (١٤١١هـ-١١٩١م) تعريب المحامي فهمي الحسيني.
- ٤- رسالة القضاء لأمر المؤمنين، توثيق وتحقيق ودراسة (دكتوراه) أحمد سحنون- المملكة المغربية وزارة الأوقاف (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).
- ٥- شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني- دار إحياء التراث العربي- بيروت- طبعة ٣ (١٤٠٦-١٩٨٦).

- ٦- شرح ميارة (الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام) لمحمد ميارة الفاسي وغيره.
- ٧- كتاب أدب القضاء للسروجي الحنفي تحقيق شمس العارفين ماجستر صديقي دار البشائر الإسلامية طبعة ١ (١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
- ٨- كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي تحقيق الدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر دمشق - دار الفكر المعاصرة بيروت طبعة ٢ (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م).
- ٩- معالم القرية في أحكام الحسبة، لابن الأخوة، عني بنقله وتصحيحه روين ليوي، مكتبة المتني القاهرة.
- ١٠- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي، ويليه لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة.
- ١١- كتب قضائية حديثة
- ١- الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي والمملكة السعودية/ ناصر الغامدي ماجستير مكتبة الرشد الرياض طبعة ١ (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م).
- ٢- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي/ عبد القادر عودة - مؤسسة الرسالة بيروت طبعة ٤ (١٤١٤هـ-١٩٩٨م).
- ٣- الجريمة / محمد أبو زهرة / - دار الفكر العربي، ١٩٩٨م، مطبعة المدني بمصر.
- ٤- دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي دكتور عوض محمد عوض - دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع الكويت طبعة ٢ (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م).
- ٥- سقوط العقوبات في الفقه الإسلامي/ جبر محمود الفضيلات (دكتوراه) دار عمار - عمان طبعة ١ (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م).
- ٦- السلطة التقديرية للإدارة، نذير أبو هاب (رسالة ماجستير) إشراف عبد الحكيم أحمد شرف مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المعهد العالي للقضاء بالرياض [١٤٢١] وموجود جزء من البحث أوراقاً مصورة.
- ٧- سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دكتور فاضل زيدان محمد (دكتوراه) مكتبة الثقافة عمان طبعة ١، (١٩٩٩م).
- ٨- سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، حاتم حسن بكار (دكتوراه) الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع سرت، ليبيا، طبعة ١ (التمور ١٤٢٥هـ - ميلادية ...).
- ٩- السلطة القضائية في الإسلام/ شوكت عليان - (دكتوراه ١٣٩٢هـ) كلية الشريعة جامعة الأزهر طبعة ١ (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م) طبع دار الرشيد/ الرياض.
- ١٠- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي/ الدكتور محمد أحمد سراج- دار الثقافة القاهرة (١٤١٠هـ-١٩٩٠م).
- ١١- الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي دكتور ناصر الخليفي (رسالة جامعية) مطبعة المدني بمصر طبعة ١ (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).

- ١٢- العقوبة لأبي زهرة، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي.
- ١٣- في أساسيات التشريع الجنائي الإسلامي/المستشار دكتور عبد المنعم بركة - مركز الإسكندرية للكتاب - الإسكندرية.
- ١٤- القضاء الإداري بين الشريعة والقانون/ دكتور عبد الحميد الرفاعي - دار الفكر المعاصرة بيروت - دار الفكر سورية دمشق طبعة ١ (١٤٠٩هـ-١٩٨٩م).
- ١٥- القضاء بقرائن الأحوال، محمد جنيد ديرشوي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بجامعة دمشق (١٤١٨هـ-١٩٩٧م).
- ١٦- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية/ عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة بيروت طبعة ٣ (١٤١٩هـ-١٩٩٨م).
- ١٧- النظام القضائي في الإسلام/ عبد العزيز عزام سلسلة (مكتبة المسلم المعاصرة - إسلاميات) رقم ٥٨ نشر المؤسسة العربية الحديثة القاهرة (الجزء الأول من النظام القضائي).
- ١٨- المرجع السابق (رقمه التسلسل ٩٠)، (الجزء الثاني من النظام القضائي).
- ١٩- نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون دكتور عبد الناصر أبو البصل دار النفائس الأردن طبعة ١ (١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م).
- ٢٠- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافقات المدنية والتجارية دكتور محمد نعيم ياسين (دكتوراه) دار النفائس الأردن طبعة ١ (١٤١٩هـ-١٩٩٩م).
- ٢١- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام/ محمد فوزي فيض الله مكتبة دار التراث الكويت طبعة ٢ (١٣٠٦هـ).
- ٢٢- وسائل الإثبات، الدكتور محمد الزحيلي، اطروحة دكتوراه، مكتبة المؤيد الرياض مكتبة دار البيان، دمشق طبعة ٢ (١٤١٤هـ-١٩٩٩م).
- ٢٣- اليمين القضائية في الإثبات رسالة الماجستير للباحث مقدمة لكلية الشريعة، جامعة دمشق، (١٩٩٨م).
- ١٢- كتب قانونية
- ١- التقدير القضائي المستقبلي في قانون المرافعات المدنية والتجارية/ نبيل إسماعيل عمر - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية طبعة ١.
- ٢- الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة/ أكرم نشأت إبراهيم - مكتبة دار الثقافة عمان، (١٩٩٨م).
- ٣- دور القاضي في تعديل العقد/ في الفقه الإسلامي والقانون/ دكتور فؤاد محمود معوض (دكتوراه) طبعة ١ (١٩٩٩م) - مطابع حلي.
- ٤- رد مخاصمة أعضاء الهيئات القضائية/ على عوض حسن - دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة ٢ (١٩٩٩م).

- ٥- رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام الجنائية/ محمد علي الكيك - مطبعة الإشعاع - العمورة البلد - مصر - يطاب من مكتب المؤل.
- ٦- شرط قبول الدعوى في المواد المدنية والتجارية/ رمضان جمال كامل، توزيع مكتبة الألفي القانونية المينا - مصر - طبعة (١٩٩٨م).
- ٧- المسؤولية التأديبية للقضاء وأعضاء النيابة/ عبد الفتاح مراد [بدون دار طباعة] عنوان المؤلف: الإسكندرية دكتوراه.
- ٨- المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء/ عبد الحميد الشواربي - منشأة المعارف - الإسكندرية.
- ٩- نطاق سلطة القاضي في إصدار الأمر القضائي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية/ محمود السيد عمر التحيوي - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية مصر - (١٩٩٩م).
- ١٠- نظرية الشروع في الجريمة / دراسة مقارنة - مبارك عبد العزيز النوسبيت - إصدار مجلة الحقوق والشريعة كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت (ملحق) السنة ٢ عدد ٢ طبعة ٢ (١٩٩٤م).
- ١٣- كتب التراجم والرجال
- ١- الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر القريني تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود تقديم دكتور محمد عبد المنعم البري وجمعه دكتور طاهر النجار طبعة ١ (١٤١٥هـ-١٩٩٥م).
- ٢- أسد الغابة في معرفة الصحابة، علي بن محمد (ابن الأثير الجوزي ت ٦٣٠هـ) تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت طبعة ١ (١٤١٥هـ-١٩٩٤م).
- ٣- الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض تقديم الدكتور محمد عبد المنعم البري ودكتور عبد الفتاح أبو غدة طبعة ١ (١٤١٥هـ-١٩٩٥م) دار الكتب العلمية بيروت.
- ٤- الأعلام، خير الدين الزركلي- دار العلم للملايين- بيروت، طبعة كل جزء تختلف عن الآخر.
- ٥- تذكرة الحفاظ، شمس الدين محمد الذهبي، دار إحياء التراث العربي.
- ٦- الرياض النضرة في مناقب العشرة، أبو جعفر أحمد الشهير بالحلب الطبري، دار الكتب العلمية بيروت طبعة ١ (١٤٠٥هـ-١٩٨٤م).
- ٧- سير أعلام النبلاء، محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة ١ (١٤٠٥هـ-١٩٨٤م).
- ٨- شجرة النور الزكية، محمد بن مخلوف، دار الكتاب العربي - بيروت (١٣٤٩هـ).
- ٩- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، شهاب الدين عبد الحي بن محمد الحنبلي المشهور (بابن العماد) خرج أحاديثه عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير - دمشق بيروت طبعة ١ (١٤١٢هـ-١٩٩٢م).
- ١٠- صفوة الصفوة، جمال الدين أبو الفرج الجوزي، تحقيق محمود فاخوري، خرج أحاديثه محمد رواس قلعه جي، دار المعرفة - بيروت طبعة ٢ (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م).

- ١١- طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق محمود الطناجي، عبد الفتاح الحلو دار هجر، مصر، طبعة ٢ (١٤١٣-١٩٩٢م).
- ١٢- الفوائد البهية في تراجم الحنفية، محمد بن عبد الحي اللكنوي، تعليق محمد بدر الدين النعساني دار المعرفة، بيروت.
- ١٣- معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، بعناية مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت طبعة أولى (١٤١٣هـ-١٩٩٣م).
- ١٤- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، شمس الدين محمد الذهبي، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة أولى (١٤١٦هـ-١٩٩٥م).

١٤- كتب اللغة العربية

- ١- تاج العروس للزبيدي - دار صادر.
- ٢- الرائد/ جبران مسعود (قاموس لغوي معاصر) - دار العلم للملايين بيروت طبعة ٤/١٩٨١م.
- ٣- لسان العرب - لابن منظور.
- ٤- مختار الصحاح للرازي، ترتيب محمود خاطر، تحقيق وضبط حمزة فتح الله - مؤسسة الرسالة - بيروت (١٤١٣هـ-١٩٩٢م).
- ٥- المصباح المنير، الفيومي - المكتبة العلمية.
- ٦- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - طبعة ٣ - (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) طبع شركة الإعلانات الشرقية.

١٥- كتب متنوعة

- ١- الآداب الشرعية والمنح المرعية لشمس الدين محمد بن مفلح الحنبلي، نشر مكتبة ابن تيمية.
- ٢- إحياء علوم الدين للغزالي وبذيله المغني عن حمل الأسفار للعراقي - دار المعرفة - بيروت.
- ٣- أخبار القضاة لوكيع - عالم الكتب - بيروت.
- ٤- الإسلام عقيدة وشريعة - للشيخ محمود شلتوت - دار الشروق (القاهرة - بيروت) طبعة ١٧ سنة (١٤١٧هـ-١٩٩٧م).
- ٥- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، عنيت بطبعه إدارة الطباعة المنيرية دار الحديث - القاهرة.
- ٦- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم القونوي تحقيق دكتور أحمد بن عبد الرزاق الكبسي طبعة ١ (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) الناشر دار الوفاء - جدة.
- ٧- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للمرئضي، وبهامشه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار لمحمد بن يحيى بهران الصعيدي، وألحق به تعليقات لعبد الله ابن عبد الكريم أشرف عليها وراجعها عبد الله محمد الصديق وعبد الحفيظ عطية - دار الكتاب الإسلامي.

- ٨- بحوث وفتاوى شرعية، أحمد الحججي الكردي، دار البشائر الإسلامية - بيروت - طبعة ١ (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
- ٩- بريقة محمودية في شرح طريقة محمديّة، لأبي سعيد الخادمي، وبهامشه الوسيلة الأحمدية والذريعة السمرديّة في شرح الطريقة المحمديّة لرجب بن أحمد، طبع عام (١٣٤٨هـ) مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- ١٠- التاج المذهب لأحكام المذهب للقاضي أحمد بن قاسم اليماني الصفاني، فقه زيدي، مكتبة اليمن الكبرى.
- ١١- تاريخ الطبري طبعة ٢ (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م) دار الكتب العلمية - بيروت لبنان.
- ١٢- تحرير المرأة في عصر الرسالة/ عبد الحكيم أبو شقة - دار القلم - الكويت ١٩٩٠ طبعة ١.
- ١٣- التعريفات للجرجاني، دار الكتب العلمية - بيروت طبعة ٣ (١٤٨٠هـ-١٩٩٨م).
- ١٤- التوفيق على مهمات التعاريف، محمد المناوي - دار الفكر المعاصر بيروت، دار الفكر دمشق (١٤١٠هـ-١٩٩٠م) رضوان الداية جزء ١.
- ١٥- حقوق الإنسان في الإسلام - د. محمد الزحيلي - دار الكلم الطيب - دمشق - بيروت - دار ابن كثير - دمشق - بيروت - طبعة ٢، (١٤١٨هـ-١٩٩٨م).
- ١٦- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، لزين الدين العاملّي، أشرف على تصحيحه والتعليق عليه محمد كلانتر، طبعة ٢ - دار إحياء التراث العربي - بيروت، مؤسسة التاريخ العربي.
- ١٧- شرح حدود ابن عرفة المشهور بالرصاع التونسي، المسمى بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، طبعة ١ (١٣٥٠هـ) المطبعة التونسية بنهج سوق البلاط عدد ٥٧ بتونس.
- ١٨- شرح النيل وشفاء العليل، لأطفيش، محمد بن يوسف أظفيش - مكتبة الإرشاد - جدة طبعة ٣ (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م).
- ١٩- طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لنجم الدين، ضبط وتعليق خالد عبد الرحمن العك - دار النفائس بيروت - طبعة ٢ (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
- ٢٠- الفقه الإسلامي وأدلته. الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق
- ٢١- المحلى بالآثار، لابن حزم الظاهري، تحقيق عبد الغفار البغدادي- دار الكتب العلمية- بيروت.
- ٢٢- المفصل في أحكام المرأة لعبد الكريم زيدان - مؤسسة الرسالة - بيروت طبعة ٢/١٩٩٤م.
- ٢٣- مقاصد الشريعة الإسلامية محمد الطاهر بن عاشور - نشر الشركة التونسية للتوزيع ١٩٧٨م.
- ٢٤- مقدمة ابن خلدون دار الكتاب المصري - دار الكتاب اللبناني (١٤٢٠هـ-١٩٩٩م).
- ٢٥- الموسوعة الفقهية، جماعة من العلماء، تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٢٦- نظرية الضرورة الشرعية دكتور وهبة الزحيلي - دار الفكر المعاصر - بيروت - دار الفكر دمشق، طبعة ٤ - (١٤١٨هـ-١٩٩٧م).

١٦- المجلات والدوريات

- ١- مجلة الحقوق والشرعية - كلية الحقوق والشرعية جامعة الكويت السنة (٢) عدد (٢) (١٣٩٨هـ-١٩٧٨م) بحث: الجريمة والقانون/ عبود السراج.
- ٢- مجلة الحقوق جامعة الكويت كلية الحقوق عدد (٣) سنة (٦) ذو القعدة (١٤٠٢هـ-١٩٨٢م) بحث حجبية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوصفية - ١- محمد نعيم ياسين.
- ٣- مجلة الحقوق جامعة الكويت كلية الحقوق عدد (٤) سنة (٦) صفر ١٤٠٣هـ-١٩٨٢م بحث حجبية الحكم القضائي الشريعة الإسلامية والقوانين الوصفية - ٢- محمد نعيم ياسين.
- ٤- مجلة الحقوق - جامعة الكويت عدد (١) سنة (٧) (جمادى الأولى ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) بحث (التدابير الاحترازية والوقائية في التشريع الإسلامي وأسلوب تطبيقها) دكتور عبد المجيد.
- ٥- مجلة الحقوق - جامعة الكويت - كلية الحقوق عدد (٣) سنة (٧) (ذو الحجة ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م) بحث (حقوق الإنسان والضمانات القضائية في الإسلام) دكتور صلاح الدين الناهي + بحث (السلامة الشخصية وحقوق الدفاع ودور المحاماة في الإسلام، وإحسان الكيالي) ص ١٧٥.
- ٦- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة (٤) عدد (٨) ذو القعدة (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) بحث فصول في القضاء الإسلامي إسماعيل البدوي)+(اجتماع العقوبات المقدره بالفقه الإسلامي).
- ٧- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - السنة (٥) بحث أركان ضمانات الحكم الإسلامي محمد مفتي + بحث (حكم شهادة النساء فيما يطلعن عليه غالباً) محمد أبو يحيى - العدد (١٢) (ربيع ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م / جامعة الكويت كلية الشريعة).
- ٨- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة (٦) العدد (١٤) محرم ١٤١٠هـ-١٩٨٩م بحث حكم شهادة النساء في العقوبات / محمد حسن أبو يحيى.
- ٩- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة (٧) العدد (١٧) (ذو القعدة ١٤١٠هـ-١٩٩٠م / بحث حكم شهادة النساء فيما سوى العقوبات مما يطلع عليه الرجال غالباً في الشريعة الإسلامية/ محمد أبو يحيى.
- ١٧- مراجع حاسوبية مساعدة
 - ١- برنامج المحدث، تحت تصميم وإدارة طلبة دار الحديث النبوي الشريف سابقاً، مؤسسة (مدرسة)، واشنطن - أمريكا، الإصدار ٦٥، ٨.
 - ٢- جامع الفقه الإسلامي، إعداد شركة حرف لتقنية المعلومات، القاهرة، الإصدار ٠٣، ١، ١٩٩٨ - ٢٠٠٠، البنك الإسلامي للتنمية - جدة - السعودية، الأمانة العامة للأوقاف - الكويت.
 - ٣- الفقه الإسلامي وأصوله [وأدلته] للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق - مادة البرنامج مأخوذة عن الطبعة الرابعة لعام ١٩٩٧م - ١٤١٨هـ.
 - ٤- مؤلفات شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم، الإصدار الأول، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، إعداد الخطيب للتسويق والبرامج، الإشراف العلمي لمركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي - عمان - الأردن.

- ٥- المكتبة الألفية للسنة النبوية، الإصدار (١,٥)، مركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي، عمان - الأردن. ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ٦- مكتبة التاريخ والحضارة الإسلامية، الإصدار (١,٥)، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، إعداد الخطيب للتسويق والبرامج، الإشراف العلمي لمركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي - عمان - الأردن.
- ٧- مكتبة التفسير وعلوم القرآن، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، إعداد الخطيب للتسويق والبرامج، الإشراف العلمي لمركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي - عمان - الأردن.
- ٨- مكتبة العقائد والملل، الإصدار (١,٥)، إعداد الخطيب للتسويق والبرامج، الإشراف العلمي لمركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي - عمان - الأردن.
- ٩- مكتبة الفقه وأصوله، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، إعداد الخطيب للتسويق والبرامج، الإشراف العلمي لمركز التراث لأبحاث الحاسب الآلي - عمان - الأردن.
- ١٠- موسوعة الحديث الشريف - الإصدار الثاني - (٢,٠٠)، شركة البرامج الإسلامية الدولية، (١٩٩١-١٩٩٧م).



رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

فَهْرَسُ الْمَوْضُوعَاتِ

المقدمة ٩

الفصل التمهيدي: القضاء ومعناه

٢١	القضاء لغة
٢١	القضاء في القرآن والحديث
٢٢	القضاء في الاصطلاح
٢٨	التعريف المختار
٢٩	صفات القاضي
٣١	أولاً: الإسلام
٣٥	ثانياً: العقل
٣٦	ثالثاً: البلوغ
٣٨	رابعاً: الذكورة
٥٣	خامساً: الحرية
٥٤	سادساً: العدالة
٥٨	سابعاً: العلم بالأحكام الشرعية
٦٦	ثامناً: سلامة حاسة البصر والسمع والنطق
٦٩	تاسعاً: الكتابة
٧٠	عاشراً: صفات أخرى

الفصل الأول: مقدمات عن السلطة التقديرية

٧٧	المبحث الأول: معنى السلطة التقديرية وماهيتها
٧٧	السلطة لغة
٧٧	السلطة في الاصطلاح
٧٨	الولاية لغة واصطلاحاً
٧٩	الولاية لغة وشرعاً

٧٩	التقدير لغة
٨٠	التقدير اصطلاحاً
٨١	معنى السلطة التقديرية
٨١	توضيح التعريف
٨٣	المبحث الثاني: مشروعية منح السلطة التقديرية
٨٣	أولاً: من القرآن الكريم
٨٥	ثانياً: من السنة المطهرة
٨٨	ثالثاً: من الأثر
٩٢	رابعاً: من المعقول
٩٣	خامساً: من القواعد الفقهية
٩٧	المبحث الثالث: مصادر السلطة التقديرية للقاضي
٩٧	المطلب الأول: معنى مصادر السلطة التقديرية للقاضي
٩٩	المطلب الثاني: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي المجتهد أو (مصادر القانون الإسلامي)
١٠٠	أولاً: في المذهب الحنفي
١٠٣	ثانياً: في المذهب المالكي
١٠٥	ثالثاً: في المذهب الشافعي
١٠٧	رابعاً: في المذهب الحنبلي
١٠٩	ملخص لعمل القاضي المجتهد بالنسبة لمصادر السلطة التقديرية
١١٣	سبب عدم ذكر المصادر الفرعية
١١٤	المطلب الثالث: مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي غير المجتهد
١١٤	أولاً: عند الحنفية
١١٥	ثانياً: عند المالكية
١١٦	ثالثاً: عند الشافعية
١١٧	رابعاً: عند الحنابلة
١١٧	مدى جواز إلزام القاضي بمذهب معين
١٢٠	المبحث الرابع: الشروط المطلوبة لاستخدام القاضي للسلطة التقديرية
١٢٠	المسألة الأولى: تجزؤ الاجتهاد
١٢٢	المسألة الثانية: الاختصاص القضائي النوعي
١٢٣	المطلب الأول: أثر صفات القاضي في السلطة التقديرية للقاضي المدني
١٢٣	أولاً: الإسلام
١٢٤	ثانياً: العقل

١٢٧	ثالثاً: البلوغ
١٢٧	رابعاً: الحرية
١٢٧	خامساً: العدالة
١٢٩	سادساً: العلم بالأحكام الشرعية
١٣٠	سابعاً: سلامة حاسة البصر والسمع والنطق
١٣٢	ثامناً: الكتابة
١٣٢	تاسعاً: الذكورة
١٣٤	عاشراً: صفات أخرى
١٣٤	المطلب الثاني: أثر صفات القاضي في السلطة التقديرية للقاضي الجنائي
١٣٤	أولاً: الإسلام
١٣٦	ثانياً: العقل
١٣٧	ثالثاً: البلوغ
١٣٨	رابعاً: الحرية
١٣٨	خامساً: العدالة
١٣٩	سادساً: العلم بالأحكام الشرعية
١٤٠	سابعاً: سلامة حاسة البصر والسمع والنطق
١٤١	ثامناً: الكتابة
١٤٢	تاسعاً: الذكورة
١٤٤	عاشراً: صفات أخرى
١٤٤	المطلب الثالث: أثر صفات القاضي في السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية
١٤٤	أولاً: الإسلام
١٤٥	ثانياً: العقل
١٤٥	ثالثاً: البلوغ
١٤٥	رابعاً: الحرية
١٤٥	خامساً: العدالة
١٤٦	سادساً: العلم بالأحكام الشرعية
١٤٦	سابعاً: سلامة حاسة البصر والسمع والنطق
١٤٦	ثامناً: الكتابة
١٤٦	تاسعاً: الذكورة
١٤٨	عاشراً: صفات أخرى
١٤٩	المبحث الخامس: ضوابط السلطة التقديرية

١٥١	الغاية من منصب القضاء وسبب منح القاضي السلطة التقديرية
١٥٢	المصلحة وتصرف القاضي
١٥٢	الاحتياط في القضاء
١٥٣	الهوى والتشهي
١٥٤	قناعة القاضي
١٥٥	مجال الاجتهاد
١٥٦	المقدرات
١٥٦	التكليف بحسب الوسع
١٥٧	تغيير الأحكام
١٥٨	مقدار الضرورة والإباحة
١٥٨	الوسائل والغايات
١٦٠	فقد الدليل
١٦٠	عمل القاضي تجاه الضرر
١٦١	الظن بالناس
١٦٢	بناء الحكم على الحجج
١٦٢	العلم الذي يبنى عليه الحكم
١٦٩	ما يعتبر في الحكم
١٧٣	تعارض الحجج
١٧٤	تعارض المصالح
١٧٥	تعارض المفسد والأضرار
١٧٥	تعارض المصالح والمفسد

الفصل الثاني: السلطة التقديرية في سير الدعوى

١٨٠	المبحث الأول: شروط الدعوى المقبولة
١٨١	المطلب الأول: الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى
١٨٢	الشرط الأول: الأهلية
١٨٥	الشرط الثاني: أن يكون معيناً
١٨٥	الشرط الثالث: حضور الخصم
١٨٧	الشرط الرابع: الصفة
١٨٧	المطلب الثاني: شروط المدعى به
١٨٨	أولاً: الحنفية

١٨٩ ثانياً: المالكية
١٩١ ثالثاً: الشافعية
١٩٣ رابعاً: الحنابلة
١٩٥ المطلب الثالث: شروط ركن الدعوى
٢٠٠ خلاصة الشروط ودور القاضي التقديري تجاهها
٢٠٢ المبحث الثاني: التمييز بين المدعي والمدعى عليه
٢٠٤ الاتجاه الأول
٢٠٦ الاتجاه الثاني
٢٠٦ الاتجاه الثالث
٢٠٦ الاتجاه الرابع
٢٠٩ المبحث الثالث: أسباب عدم سماع الدعوى
٢٠٩ المطلب الأول: تخلف شروط صحة الدعوى
٢١٤ المطلب الثاني: تقادم الدعوى
٢٢٢ المطلب الثالث: سقوط الدعوى قبل الحكم

الفصل الثالث: السلطة التقديرية في الإثبات

٢٢٩ المبحث الأول طرق الإثبات بين الإطلاق والتقييد
٢٢٩ مذهب الفقهاء في ذلك
٢٣١ معنى البيّنة
٢٣٥ المبحث الثاني: الشهادة
٢٣٥ المطلب الأول: معنى الشهادة وحكمها
٢٣٧ المطلب الثاني: موقف القاضي من الشهود
٢٣٨ المسألة الأولى: عدالة الشهود
٢٤٣ المسألة الثانية: قبول شهادة الفاسق
٢٤٤ المسألة الثالثة: عدم وجود العدول
٢٤٦ المسألة الرابعة: التفريق بين الشهود
٢٤٧ المسألة الخامسة: تحليف الشهود
٢٤٩ المسألة السادسة: تقدير استمرار عدالة الشهود
٢٥١ المطلب الثالث: موقف القاضي من الشهادة
٢٥١ المسألة الأولى: تقادم الشهادة
٢٥٣ المسألة الثانية: إمهال المدعى عليه لتقديم الدفع

٢٥٤	المسألة الثالثة: الاستفسار عن الإعسار
٢٥٥	المبحث الثالث: اليمين
٢٥٥	المطلب الأول: معنى اليمين
٢٥٥	المطلب الثاني: التحليف على السبب والتحليف على الحاصل
٢٥٦	المطلب الثالث: البداءة بالتحالف
٢٥٨	المطلب الرابع: تغليظ اليمين
٢٦٠	الفرع الأول: تغليظ اليمين باللفظ
٢٦٠	الفرع الثاني: التغليظ بالزمان والمكان
٢٦٤	الفرع الثالث: التحليف بالمصحف
٢٦٧	الفرع الرابع: التحليف بالطلاق
٢٧٠	المطلب الخامس القضاء بالنكول واليمين المرذود وبشاهد ويمين المدعي
٢٧٣	معنى النكول لغة وشرعاً
٢٧٤	بم يكون النكول
٢٧٤	القضاء بشاهد ويمين المدعي بامرأتين ويمين المدعي
٢٧٧	المبحث الرابع: الإقرار
٢٨٠	المطلب الأول: موقف القاضي من المقر
٢٨١	المطلب الثاني: موقف القاضي من الإقرار نفسه
٢٨٣	المبحث الخامس: الإثبات بعلم القاضي
٢٨٦	قضاء القاضي بعلمه خارج مجلس القضاء
٢٨٦	المبحث السادس: الإثبات بالقرائن
٢٩١	القرينة لغة واصطلاحاً
٢٩١	شروط جواز الاعتماد على القرينة
٢٩٣	قرينة قبيء الخمر
٢٩٦	ثبوت الزنى بظهور الحمل
٢٩٧	أقسام القرائن بحسب مصدرها
٢٩٩	شروط الأخذ بالقرينة في الحكم

الفصل الرابع: السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى

٣٠٩	تمهيد
٣١١	المبحث الأول: السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الأمور المدنية
٣١١	المطلب الأول: ما يترتب على إثبات الدعوى

٣١٢	تفصيل المذاهب في الإسراع في الحكم القضائي
٣١٧	المطلب الثاني: ما يترتب على إثبات وقوع الضرر
٣١٩	المسألة الأولى: الغضب
٣١٩	المسألة الثانية: الغريم
٣٢٢	المسألة الثالثة: ناقص الأهلية
٣٢٢	المسألة الرابعة: المجنون
٣٢٢	المسألة الخامسة: دعوى الملكية
٣٢٣	المسألة السادسة: الوقف
٣٢٤	المسألة السابعة: رفع الضرر عن مال الوقف ومال اليتيم
٣٢٤	المسألة الثامنة: الوديعة المحتاجة للنفقة
٣٢٤	المسألة التاسعة: الدعوى على غائب
٣٢٥	المسألة العاشرة: التلوم ببيع العبد مقابل دين
٣٢٥	المسألة الحادية عشرة: المفلس
٣٢٥	المسألة الثانية عشرة: قسمة الدور
٣٢٦	المسألة الثالثة عشرة: مدة المهياة
٣٢٦	المسألة الرابعة عشرة: المحتكر
٣٢٧	المسألة الخامسة عشرة: التسعير
٣٢٧	المطلب الثالث: تقدير التعويض والضمان
٣٢٨	مفهوم الضمان والتعويض
٣٢٩	قاعدة الضمان عند جمهور الفقهاء
٣٣٠	المثلي والقيمي
٣٣٢	ضوابط تقدير الضمان
٣٣٤	وقت تقدير التعويض
٣٣٩	المبحث الثاني: السلطة التقديرية في الحكم على الجنایات
٣٣٩	المطلب الأول: جرائم الحدود
٣٣٩	الحد لغة
٣٣٩	الحد اصطلاحاً
٣٤٢	أهم المسائل المتعلقة بالجرائم والعقوبات
٣٤٢	الأولى: شرعية الجرائم والعقوبات
٣٤٤	الثانية: القياس في الجرائم والعقوبات
٣٤٧	الثالثة: من يقيم الحدود

٣٤٨ مبادئ أساسية في القضاء الجنائي في الحدود
٣٤٩ الأول: التقصي في إثبات الحدود
٣٤٩ الثاني: درء الحدود بالشبهات
٣٥٤ الثالث: تفضيل الخطأ في العفو
٣٥٥ المطلب الثاني: الجرائم الموجبة للقصاص والجرائم الموجبة للدية
٣٥٦ أهم المسائل المتعلقة بموجبات القصاص وموجبات الدية
٣٥٦ الأولى: لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في الجرائم
٣٥٧ الثانية: سلطة القاضي فيها
٣٥٨ الثالثة: من حيث العفو
٣٥٨ الرابعة: القياس في الجراحات
٣٦٠ الخامسة: سلطة القاضي في إثبات القصد
٣٦٠ المطلب الثالث: جرائم التعزير
٣٦٠ التعزير لغة واصطلاحاً
٣٦٢ أقسام التعزير
٣٦٣ القائم بالتعزير
٣٦٤ ما يجب توافره بالتعازير
٣٦٦ ما يراعى عند تقدير التعازير
٣٦٨ ظنون مردودة
٣٧٠ لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعزير
٣٧٢ القياس في التعازير
٣٧٤ درء عقوبة التعزير بالشبهات
٣٧٤ الفروق بين التعازير والحدود
٣٧٦ أقل التعزير
٣٧٧ أكثر التعزير
٣٨٠ اقتراح
٣٨٢ المبحث الثالث: السلطة التقديرية في الحكم على الدعوى في الأحوال الشخصية
٣٨٢ المسألة الأولى: الولاية في التزويج
٣٨٥ المسألة الثانية: تقدير نفقة الزوجة والأولاد والأقارب
٣٨٨ المسألة الثالثة: تقدير كسوة نفقة الزوجة والأولاد والأقارب
٣٨٩ المسألة الرابعة: تقدير مهر المثل
٣٩١ المسألة الخامسة: تقدير المتعة للمفوضة

٣٩٢ المسألة السادسة: تقدير حياة المفقود
٣٩٦ المسألة السابعة: الوصية
٣٩٨ المسألة الثامنة: الحضانة
٣٩٩ المسألة التاسعة: التلوم لاحتمال ظهور وارث
٤٠٠ المبحث الرابع: السلطة التقديرية في اختيار طريقة تنفيذ القصاص في النفس
٤٠٠ أولاً: مذهب الحنفية
٤٠١ ثانياً: مذهب المالكية
٤٠٤ ثالثاً: مذهب الشافعية
٤٠٦ رابعاً: مذهب الحنابلة
٤١٢ الأدلة والمناقشة
٤١٤ الترجيح
٤١٧ استبدال وسيلة القصاص بوسيلة أخرى حديثة
٤٢١ المبحث الخامس: الأسباب المشددة والأسباب المخففة للعقوبة
٤٢١ تمهيد
٤٢٣ المطلب الأول: الأسباب المشددة للعقوبة التعزيرية
٤٢٣ أولاً: التشديد بالنظر إلى الجاني
٤٢٦ ثانياً: التشديد بالنظر إلى الجريمة
٤٢٨ ثالثاً: التشديد بالنظر إلى من ارتكبت الجريمة في حقه
٤٢٩ رابعاً: التشديد بالنظر إلى عدم توافر شروط إقامة الحدود
٤٢٩ المطلب الثاني: الأسباب المخففة للعقوبة التعزيرية
٤٢٩ أولاً: أن يكون الجاني غير معروف بالشر والفساد
٤٣١ ثانياً: التخفيف بالنظر إلى الجناية
٤٣٢ المبحث السادس: سقوط العقوبة واستبدالها
٤٣٢ المطلب الأول: سقوط القصاص والعفو عنه
٤٣٥ المطلب الثاني: سقوط الحدود والعفو عنها
٤٣٧ المطلب الثالث: سقوط التعزير والعفو عنه

الفصل الخامس: آثار استخدام النشاط التقديري للقاضي

٤٤٢ المبحث الأول: حجية الحكم القضائي (قوة الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية)
٤٤٢ تمهيد
٤٤٤ المطلب الأول: مفهوم حجية الحكم القضائي

- المطلب الثاني: مدى حجية الحكم القضائي ٤٤٦
- المطلب الثالث: مظاهر حجية الحكم القضائي ٤٥٠
- الأول: عدم تعقب القاضي لأحكام القضاة السابقين ٤٥١
- الثاني: عدم جواز رجوع القاضي عن قضاائه بعد صدوره صحيحاً ٤٥٢
- الثالث: نفاذ القضاء في المجتهديات وعدم تأثره باختلاف الاجتهاد ٤٥٤
- الرابع: عدم تأثير الشبهات التي قد تظهر في البيانات التي اعتمد عليها الحكم القضائي ٤٥٥
- الخامس: عدم تأثر الحكم القضائي بما يظهر بعد صدوره من بيانات لا تدل على خطأ فيه ٤٥٦
- السادس: تبعية اعتقادات الخصوم الخاصة في المجتهديات لحكم القاضي ٤٥٧
- السابع: انتفاء مسؤولية القاضي عما يصدره من الأحكام إذا لم يعتمد الجور فيها ٤٥٩
- الثامن: نفاذ الحكم في الظاهر والباطن إذا كان موضوعه أمراً للقاضي ولاية الإنشاء فيه ٤٦٠
- التاسع: بطلان الأحكام القضائية المخالف لمبدأ الحجية ٤٦٢
- المبحث الثاني: المراقبة على الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية ٤٦٤
- المطلب الأول: رقابة القاضي على أحكامه ٤٦٥
- المسألة الأولى: تعدد قول المجتهد ٤٦٨
- المسألة الثانية: تغير الاجتهاد ٤٦٩
- المسألة الثالثة: نقض الاجتهاد ٤٧٠
- المطلب الثاني: رقابة القاضي على أحكام غيره من القضاة ٤٧١
- المطلب الثالث: الرقابة من قاضي القضاة ومن الإمام ٤٧٤
- المبحث الثالث: نقض الأحكام الصادرة عن السلطة التقديرية ٤٧٧
- تمهيد ٤٧٧
- المقصود بالبطلان والنقض والفسخ عند الفقهاء ٤٧٧
- المطلب الأول: نقض الحكم لسبب المحكوم به ٤٨٠
- أولاً: بطلان الحكم لمخالفته للقرآن الكريم ٤٨١
- ثانياً: مخالفة الحكم لمخالفته للسنة النبوية ٤٨٢
- ثالثاً: مخالفة الإجماع ٤٨٤
- رابعاً: بطلان الحكم لمخالفة القياس ٤٨٦
- خامساً: بطلان الحكم لمخالفة القواعد الكلية ٤٨٧
- سادساً: بطلان الحكم لعدم الدليل عليه ٤٨٨
- سابعاً: بطلان الحكم لمخالفته لعمل أهل المدينة ٤٨٨

- ٤٨٩ ثامناً: بطلان الحكم لمخالفته لأقوال الفقهاء
- ٤٨٩ تاسعاً: بطلان الحكم لمخالفته لاجتهاد القاضي
- ٤٩٠ عاشرأ: بطلان الحكم لمخالفته المذهب
- ٤٩٠ حادي عشر: بطلان الحكم المبني على خلاف شاذ أو قول ضعيف
- ٤٩١ ثاني عشر: بطلان الحكم لتبني كونه خطأ أو جوراً بيناً
- ٤٩١ المطلب الثاني: حالات بطلان الحكم لسبب يتعلق بطرفي الحكم
- ٤٩١ أولاً: بطلان الحكم الغيابي
- ٤٩٢ ثانياً: بطلان الحكم لجهالة المحكوم له أو المحكوم عليه
- ٤٩٢ ثالثاً: بطلان الحكم لوجود عداوة بين المحكوم عليه والقاضي
- ٤٩٢ رابعاً: بطلان الحكم لكون القاضي لا تجوز شهادته للمحكوم له أو عليه ...
- ٤٩٣ خامساً: بطلان الحكم لصدور ما يبطله عن المحكوم له بعد صدور الحكم ...
- ٤٩٣ المطلب الثالث: حالات بطلان الحكم لخلل في أصول وإجراءات القاضي
- ٤٩٣ أولاً: بطلان الحكم لعدم وجود دعوى
- ٤٩٣ ثانياً: بطلان الحكم لعدم وجود الخصومة الحقيقية
- ٤٩٤ ثالثاً: بطلان الحكم لصدوره قبل طلب المدعي
- ٤٩٤ رابعاً: بطلان الحكم لعدم الإعدار
- ٤٩٤ خامساً: بطلان الحكم لعدم حلف يمين الاستظهار
- ٤٩٥ سادساً: بطلان الحكم لعدم التعديل والتزكية
- ٤٩٥ سابعاً: بطلان الحكم لعدم الاختصاص
- ٤٩٥ ثامناً: بطلان الحكم للتقادم
- ٤٩٦ تاسعاً: بطلان الحكم لصدوره عن حدس وتحمين لاعن اجتهاد ونظر
- ٤٩٦ عاشرأ: بطلان الحكم لصدوره والقاضي مشوش الفكر
- ٤٩٨ حادي عشر: بطلان الحكم لعدم تحديد المحكوم به
- ٤٩٨ المطلب الرابع: حالات بطلان الحكم لخلل في أسباب الحكم (طرق الإثبات)
- ٤٩٨ أولاً: بطلان الحكم لسبب يتعلق بالشهود
- ٥٠١ ثانياً: بطلان الحكم لاستناد القاضي في إصداره إلى علمه الشخصي
- ٥٠١ ثالثاً: بطلان الحكم لكونه بخلاف علم الحاكم
- ٥٠٢ المبحث الرابع: المسؤولية عن الخطأ المترتب على استخدام السلطة التقديرية
- ٥٠٤ المطلب الأول: آثار الخطأ العمد من القاضي
- ٥٠٨ المطلب الثاني: آثار الخطأ غير العمد من القاضي
- ٥٠٨ أولاً: الحنفية

٥١١ ثانياً: المالكية
٥١٤ ثالثاً: الشافعية
٥١٩ رابعاً: الحنابلة
٥٢٥ المبحث الخامس: العلاقة بين السلطة التقديرية واستقلال القاضي
٥٣٠ خلاصة البحث وأهم نتائجه
٥٥٧ فهرس الفهارس ويتضمن
٥٥٩ فهرس الآيات الكريمة
٥٦٢ فهرس الأحاديث الشريفة
٥٦٣ فهرس الآثار
٥٦٤ فهرس الأعلام
٥٦٦ فهرس المراجع والمصادر
٥٨١ فهرس الموضوعات

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com