# نظرية
# الحكم القضائي
# في الشريعة والقانون

تأليف
د. عبد الناصر موسى أبو البصل

تقديم
أ. د. محمد نعيم ياسين

دار النفائس
للنشر والتوزيع - الأردن

بسم الله الرحمن الرحيم

## شكر وتقدير

بعد حمد الله على نعمائه وشكره على آلائه، أتقدّمُ بالشكرِ الجزيلِ والثناءِ الجميلِ إلى أستاذي الدكتور محمّد الشريف الرحموني الذي تفضلَ بالإشرافِ على هذه الرسالةِ ولِما حباني بِه من اهتمامٍ وتوجيهٍ وإرشاد، أشكُرهُ على ما قدمَ وبذل وأسألُ الله العلي القدير أن يجزيه عنّي وعن طلبةِ العلمِ الشرعي خيرَ الجزاءِ وأنْ يمدَّ في عُمُره لنفع الإسلامِ والمسلمين.

كما أتقدمُ بعظيمِ الشكرِ والامتنانِ إلى جامعةِ الزيتونةِ العتيدةِ أساتذةً وإداريينَ وعلى رأسهم معالي الأستاذ رئيس الجامعة، وأسأل الله تعالى أن يجعلَ هذه الجامعةَ منارَ هدى، ونبراسَ حقٍّ، لتخريج الدعاةِ والعلماءِ العاملين.

كما أشكر كلَّ من قدمَّ لي يدَ العونِ والمساعدةِ والنصحِ والإرشادِ وأخص بالذكر أستاذنا العلامة مصطفى الزرقا، وأستاذنا الدكتور محمد أبو الأجفان، والأستاذ الدكتور الطاهر الرزقي ، والأستاذ الدكتور عثمان بطيخ، والأستاذ رشيد الصباغ، والأستاذ الدكتور مختار التليلي، والشيخ العلامة محمد الشاذلي النيفر رحمه الله، و صلى الله على سيدنا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## تقديم

## الدكتور محمد نعيم ياسين

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين

وبعد:

فإنّ علم القضاء نوع من العلوم الإسلامية ، متميز بموضوعه ومجاله وقواعده وأصوله وأهدافه؛ فهو العلم بكيفية الفصل في المنازعات وتطبيق الأحكام الشرعية على الواقعات التي يتعرض فيها للأذية حق من حقوق الجماعة أو حقوق الأفراد؛ فهدفه الدلالة على طرق الحماية الناجعة للحقوق وللأوضاع الشرعية من هجمات أهل الأهواء والأخطاء وردّ الأمور إلى الأحوال التي تحوز على رضا الرب جل وعلا.

وعلم هذا موضوعه وهذا هدفه يعتبر بلا شك من أخطر العلوم وأجلها وأشرفها وأولاها بالبحث وإنفاق الجهد؛ لأن القضاء من أجلّ وظائف الحكومة الإسلامية، حيث يقع بينها موقع القلعة المؤهلة بمختلف القدرات للدفاع عن الحقوق المستقرة ومحميات الشرع الحنيف؛ ولقد أحسن ابن فرحون في وصفه لمقام هذا العلم الرفيع حيث قال: ( ولما كان علم القضاء من أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها ذكراً، لأن القضاء مقام عليٌّ ومنصب نبوي به الدماء تُعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح والأموال يثبت ملكها ويسلب .

وكانت طرق العلم به خفية المسارب مخوفة العواقب، والحجاج التي يفصل بها الأحكام مهامه يحار فيها القطا، وتقصر فيها الخطا، كان الاعتناء بتقرير أصوله وتحرير فصوله من أجلِّ ما صرفت له العناية وحمدت عقباه في البداية والنهاية).

وهذه الوظيفة الخطيرة، أعني القضاء ، إنما اقتضى نشوءها، وإعطاءها القدر الأوفى من الجلال والاحترام معنى الحق نفسه ، مهما كان مصدره؛ وسواء أكان عامّاً أم خاصاً ؛ لأن جوهره اختصاص صاحبه بالمصلحة التي ينطوي عليها، ومنع الآخرين من التعدي عليها، وهذا معناه أن الحق في ذاته يحمل في طياته ولاية لا بد من اعتراف الناس بها والتزامهم بموجَبها ، وهذه الولاية التي للحق هي نفوذه ، يقول ابن القيم في شرح قول الملهم الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه: « فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له» : ولاية الحق نفوذه، فإذا لم ينفذ كان ذلك عزلاً له عن ولايته ؛ فهو بمنزله الوالي العدل الذي في توليته مصالح العباد في معاشهم ومعادهم ، فإذا عزل عن ولايته لم ينفع . انتهى.

فكانت وظيفة القضاء لتفصيل ولاية الحق في النفوذ وتحقيق مصداقيتها في العمل والواقع، كما هي في النظر ؛ وهذا هو معنى أمر الله عز وجل أنبياءه وأولياءه بالحكم بالحق الذي أراهم إياه ؛ فإنه أمرٌ لهم بجعله نافذاً أو مطبقاً في عباده.

وعلم القضاء وإن تميز موضوعه ومجاله ، له شعب وفصول وفروع ، بعضها يتعلق بالقاضي وبعضها يتعلق بالتقاضي، وبعضها يتعلق بطرق القضاء، وبعضها يتعلق بالحكم القضائي . وقد اعتنى فقهاء الإسلام بتجلية معظم جوانب هذا العلم بدرجات متفاوتة ، واجتمع لكثير منهم فقه نظري وممارسة عملية في تلك المجالات، فجاءت مصنفاتهم جامعة بين ثمرات النظر العلمي والخبرة العملية. ومع ذلك فإن أكثر تلك المصنفات التزمت بالمنهج المذهبي في تقرير أصول ذلك العلم وفروعه، كما أنّ الخبرة العملية التي أسهمت في بناء ذلك العلم وتوضيح مسائله كانت بنت عصرها وظروفها، ولا بد من إعادة النظر في جوانب من ذلك العلم أكثر تأثراً من غيرها بمعطيات الواقع ، ليس بقصد تغيير قواعده وأصوله المستقرة ، ولكن بقصد بسط

مقتضياتها على الجوانب المستجدة أو المتغيرة .

هذا وإن من أولى جوانب ذلك العلم بالبحث المعاصر ذلك الجانب الذي يبحث في الحكم القضائي لسببين :

**الأول**: أن هذا الجانب لم يحظ من الفقهاء القدامى بالبحث والعناية التي حفّت بها الجوانب الأخرى من علم القضاء .

**والثاني**: أن فقهاء هذا العصر لم يتناولوه أيضاً بالمنهج التنظيري المقارن كما فعلوا في الجوانب الأخرى ، كالدعوى القضائية وطرق الإثبات ونظام القضاء . يضاف إلى هذين السببين خطورة موضوع الحكم القضائي باعتباره المرحلة الأخيرة في عملية القضاء، فيها تقطف ثمرة الجهد القضائي كلّه ، والخلل فيها ينعكس على ذلك الجهد بأكمله .

ومما تقدم تتكشف الحاجة إلى التأليف في الحكم القضائي تكملة لجهود مباركة للسلف والخلف في بناء علم خطير ، وتحقيقاً لمصلحة مرفق عظيم من مرافق الأمة .

وقد جاءت هذه الدراسة للأخ الفاضل الدكتور عبدالناصر موسى في هذا الموضوع ملبية لتلك الحاجة بصورة شاملة وشافية.

إذ لم يترك صاحبها شاردة ولا واردة لها علاقة مؤثرة بموضوع الحكم القضائي إلا بيَّنها ابتداء من تجلية المفاهيم وانتهاء بتحديد الآثار ومروراً بالعناصر كلها تفصيلاً وتحليلاً وتأصيلاً ، واضعاً كل مسألة في مكانها المناسب مبيناً آراء الفقهاء وأدلتهم وموضحاً موقف القوانين ، ومرجحاً ما رآه راجحاً بتوجيهات مقبولة في النظر مفيدة في المآل وذلك بروح علمية منجذبة نحو الحق بأسلوب موضوعي هادئ بعيد عن الانفعال، وترتيب منطقي للمعلومات ، وتسلسل في الأفكار ولغة ملتزمة واضحة.

مما جعل هذه الدراسة المتكاملة معبرة تمام التعبير عن العنوان المختار لها وهو (نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون) بدقة وشمول وموضوعية .

كما يلمس القارئ في هذه الدراسة أسباب تميزها من خصال علمية في صاحبها تُعدُّ بحق مؤهلات لكل باحث جادٍّ ومبدع ، كالاستقلالية والفهم العميق للنصوص، وإدراك مراميها، والقدرة على وزنها، وعلى الترجيح والاستدلال المؤثر، وتوجيه الاختيارات بصورة مقنعة ، وكالنظامية والبعد عن الفوضوية وتشتيت الأفكار، والروح العملية المثمرة للاقتراحات المفيدة، والهدوء والموضوعية وسعة الاطلاع، وشمول المعرفة للمصادر ذات العلاقة، بالإضافة إلى المهارة في اللغة والعرض والإخراج وغير ذلك.

ولذلك أرجو أن يكون في هذا العمل فائدة معتبرة لذوي العلاقة من طلبة العلم والباحثين والقضاة والمحامين وواضعي القوانين وغيرهم ، وأن يأخذ مكانه اللائق في مكتبة العلوم القضائية، وأدعو الله عز وجل أن يبارك فيه وفي صاحبه وأن يثقل به موازينه يوم لا يكون حكمٌ إلا لله الواحد القهار ،﴿ والوزن يومئذ الحق، فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون ﴾[الأعراف: ٨].

**أ.د محمد نعيم ياسين**

## المقدمـــــة

الحمد لله الذي لا معقّب لحكمهِ، ولا رادَّ لقضائهِ، أمرَنا بالحكم بما أنزلَ في قولـهِ جلّ شأنه مخاطباً[1] رسولَه المصطفى ﷺ: ﴿**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ**﴾ [المائدة:٤٩]. كما جعَل سبحانَه وتعالى الرضا بحُكْم الشرعِ شرطاً للإيمـانِ وأقسمَ بذاتهِ العليةِ على ذلك بقوله: ﴿**فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً**﴾ [النساء:٥٦]. والصلاة والسلام على سيدنا محمّد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبعه وسار على نهجه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإنّ علم القضاء من أجلّ العلوم قدراً، وأرفعها ذكراً، وأولاها بصرف الهمـم إليـه والبحث في معانيه، وذلك لأنه متعلقٌ بمنصب الفصل في الخصومات، وردّ الظلامـات، وإحقاق الحقوق، وإنصاف المظلومين، ولِعِظَمِ خطرِ هذا المنصـبِ جعلَـه الله تعـالى مـن وظائفِ الأنبياء، ولأجلهِ استخلف الخلفـاءَ في الأرضِ ليقيمـوا العـدلَ بـين العبـادِ قـال تعالى: ﴿**يَادَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدُ بِمَا نَسُواْ يَوْمَ الْحِسَابِ**﴾ [ص:٢٦]. وقال لِخاتمِ الأنبياء: ﴿**إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلاَ تَكُنْ لِّلْخَائِنِينَ خَصِيماً**﴾ [النساء:١٠٥].

وأهمية القضاء في حياة الدول والمجتمعاتِ لا تخفى على أحد، إذ لا وجود لمجتمـعٍ على وجهِ الأرضِ يخلو من المنازعاتِ والخصوماتِ مهما بلغَ من التقدّمِ والرّقي، وهـذه

(١) والخطاب للرسول خطاب لأمته من بعده

نتيجةٌ طبيعيةٌ لاحتكاك الناسِ بعضهم مع بعض، وتعاملهم فيما بينهم بشتى المعاملات، ولما جُبلوا عليه من اختلافٍ وتباينٍ في الطّباع والأمزجةِ، فلا بدَّ من وجودِ سلطةٍ تأخذُ على يد الظالمِ، وتنصفُ المظلوم، وتفصلُ في النزاعات، لأنَّ القليلَ من الناسِ من ينصفُ من نفسه، ويلتزمُ حدوده كما قال الشاعر[1]:

لو أنصف الناسُ استراحَ القاضي وباتَ كلٌّ عنْ أخيهِ راضي

وفي مرفق القضاء تمارس العملية القضائية، والتي يهدف المتظلمُ من خوضهِ لها الحصول على حقهِ أو حماية ذلك الحقّ، هذه العمليةُ تبدأُ بعرضِ النزاعِ على القاضي، وهو ما يعرف برفع الدعوى، ثم ينظرُ القاضي في هذه الدعوى، فيسمعُ أقوالَ الخصومِ وحُجَجَهُم ودُفوعَهُم، حتى يصلَ إلى قناعةٍ معيَّنةٍ يحددُّ من خِلالها المحقَّ من المبطل، فيصدر قراره الفاصل في الخصومةِ والمنهيَ للنزاعِ الماثلِ أمامه بعد استكمالِ إجراءاتِ التقاضي كلِّها وبذلك تنتهي العمليةُ القضائية.

ومن هذا التلخيص البسيط للعملية القضائيّة يتضح أنَّ أهمَّ ما فيها هو ذلك القرارُ الحاسمُ الذي ينهيها، وهو ما يترقّبُه الخصومُ لحظةً بلحظة، وبه ترفَعُ المحكمةُ يدها عن الدعوى لانتهاء دورها، هذا القرارُ يطلق عليه مصطلح: الحكم القضائي.

ومع هذه الأهمية التي يحتلها الحكم في العملية القضائية خصوصاً، وفي نظام القضاء عموماً، إلا أنه لم يحظَ بدراسةٍ شاملةٍ مفصلةٍ، واهتمام مركز، كما هو الحالُ بالنسبةِ لبقيةِ عناصرِ العمليةِ القضائيةِ، فالغالبيةُ العظمى من المؤلفاتِ التي تتحدثُ عن القضاء في القديم والحديث تتخذ طابعاً واحداً تقريباً، وتبحث الموضوعات نفسَها بمنهجيةٍ واحدةٍ في الغالب.

وقد كنت ألاحظ قلةَ الحديث عن الحكم القضائي منذ دراستي الأولى في كلية الشريعة والقانون، ثم قسم القضاء الشرعي في الجامعة الأردنية، وكذلك أثناء عملي

(١) لم أهتد إلى إسم الشاعر ولا إلى مصدر البيت.

في المحاكم الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية، وأكثر ما نعثر عليه إنما هو إشارات متناثرة في بطون الكتب.

أضف إلى ذلك ما كنّا نجد من الحرج أثناء دراسةِ القانونِ ومناقشةِ أساتذةِ الحقوقِ المتخصصين في المرافعات والنظم القضائيةِ، حينما يتحدثونَ عن نظامِ القضاءِ الإسلامي بأنه لم يعرفْ نظريةً عامةً في الحكم القضائي، كتلك التي توجد في النظم الغربية الحديثة، والتي نقلت عنها معظم الدول العربية، وقد ساعَدهم على ذلك الادعاء مسلكُ كثيرٍ من الفقهاءِ المحدثينَ في مؤلفاتِهم عن القضاء الإسلامي، حينما يتحدثون عن الحكم القضائي يقتبسون ما يتعلقُ بأكثر مسائله من القانون دون ذكر أصلها الشرعي، أو منْ قال بها من الفقهاء، فتظهرُ وكأنَّ القانونَ هو الأساسُ فيها وهو الواضعُ لها، ولو أنهم دققوا النظرَ لوجدوا في الفقهِ الإسلامي وفي كتاباتِ الفقهاءِ ما يَعجزُ عنه كتّابُ القانون في التفريع والتأصيل والتنظيم.

فلأهميةِ الموضوعِ وعدمِ وجودِ دراسةٍ متخصصةٍ كما سبقَ أن ذكرتُ، وخدمةً لنظامِ القضاءِ الإسلامي أحببت أنْ أكتبَ في هذا الموضوع، وأقومَ بدراسةٍ علميةٍ شاملةٍ هدفُها محاولةُ إرساءِ نظريةٍ عامةٍ للحكمِ القضائي في الشريعة الإسلاميةِ **يكونُ عنوان هذه الدراسة:**

**"نظريةُ الحكمِ القضائي في الشريعةِ والقانونِ"**

أمّا عن خطةِ البحثِ فقد رأيت -بعد التشاورِ مع الأستاذِ المشرفِ- أنْ أجعلها في مقدِّمةٍ وأربعةِ أبوابٍ **على النحو المثبت في فهرست الموضوعات.**

أمّا أهم الصعوبات التي واجهتني في البحث فتتمثل في شح المادة العلمية في بعض المسائل، ومردّ ذلك الأمر أنّ بعض المذاهب كانت تهتم بمسألة ما في حين تغفلها تماماً مذاهبُ أخرى، وكذلك الحالُ بالنسبة للمحدثين الذين بحثوا بعض مسائلِ الحكم القضائي مما نصت عليه الكتب الفقهية صراحة كمسألة نقض الحكم إذا خالف الأدلة وعدم التطرق لِما لَمْ يُنَص عليه.

هذه الصعوبة دفعتني إلى اتخاذ المنهج الاستقرائي التتبعي في جمع المادة من مظانّها، ثم تحليل هذه المادة ودراستها وتبويبها، فما كانَ واضحَ الدلالة على مسائل الحكم أخذت به، وما أُغفل زدت في البحث عنه متخذاً منهج الاستنتاج في معالجته ومعرفة أحكامه، لذلك اتخذ البحث طابع الفقه المقارن بين المذاهب والقانون من ناحية، وبين المذاهب نفسها من ناحية أخرى، وهذا في المسائل التي تحتمل ذلك، أمّا المسائل المستجدّة والتي لم تنل عناية الفقهاء السابقين واللاحقين كمثيلتها أخذت طابع التأصيل والنص على شرعيتها، وأخذِ نظامِ القضاءِ الإسلامي بها ما أمكن ذلك.

وبعدُ، فهذا ما قدّرني الله عليه ويسّره لي، فإنْ أحسنتُ فبفضلِ الله وكرمِهِ وإنْ أسأت فمني ومن الشيطان، والله ورسولُه منهُ براء، كما لا أدعي العصمةَ والكمالَ فالكمالُ للهِ وحدهُ، وحسبي أنني أخلصتُ النيةَ وبذلتُ كل ما أستطيعُ من جهد، ولا حولَ ولا قوّةَ إلا بالله العلي العظيم.

تونس في: ٤جمادى الثاني ١٤١٢هـ/١٠ كانون الثاني (ديسمبر)١٩٩١م.

# الباب الأول

## التعريف بالحكم القضائي وماهيته

وفيه تمهيد وفصلان:

الفصل الأول: التعريف بالحكم القضائي

الفصل الثاني: ماهية الحكم القضائي

# الفصل الأول

## التعريف بالحكم القضائي

المبحث الأول: التعريف بالحكم في اللغة

المبحث الثاني: التعريف بالحكم في الاصطلاح

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالحكم عند المناطقة والمتكلمين

المطلب الثاني: التعريف بالحكم عند الأصوليين

المطلب الثالث: التعريف بالحكم عند الفقهاء

المطلب الرابع: التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي

ويتضمّن فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي في القانون.

## تمهيـــد

إن معرفة المصطلحات التي تتداول في علم من العلوم، أمر ذو أهميّة كبرى في منهج البحث العلمي، وذلك أن فهم مراد المتكلّم في علم من العلوم متوقّف على فهم المصطلحات التّي تستخدم في ذلك العلم.

وبدون ذلك يقع الاضطراب في الفهم، والإخلال بالمقصود، ممّا يستتبع ويستلزم الحصول على تطبيق خاطئ، ونتائج مغلوطة كان من الممكن تلافيها وعدم حدوثها باتّباع المنهج الصحيح.

وموضوعنا في هذا البحث له تعلّق بما قيل آنفاً، فإن إطلاق كلمة "حكم" مجرّدة هكذا دون ورود ما يقيّدها ويدلّنا على المقصود منها، يثير إشكالات متعدّدة تدور حول المقصود من هذه الكلمة، حيث تتزاحم مجموعة من المعاني في ذهن السامع حين يسمع أو يقرأ هذا اللفظ، ففي اللغة له عدَّة معان، وكذلك في الاصطلاح، فاللفظ إذن من قبيل المشترك[1] كما يقول الأصوليون.

والمعاني المرادة من هذه الكلمة تختلف بحسب العلم الذي يستخدم هذا المصطلح، فالأصوليون يريدون بالحكم غير ما يريده الفقهاء، وكذلك أصحاب المنطق والفلسفة، وهذا كلّه يختلف عمّا نريده من اصطلاح الحكم بالمعنى القضائي ثم القانوني.

وعلى ذلك سنبحث فيما يلي معنى الحكم في اللغة لأنها الأصل، ثم في

---

(١) المشترك: "لفظ وضع لمعان متعدّدة بأوضاع متعدّدة" كلفظ السَّنة وضعت للميلادية والهجرية، وكذلك الألفاظ المنقولة من اصطلاح لآخر والموضوعة لمعنى في اصطلاح ولها معنى مختلف في اصطلاح آخر، انظر: التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ٣٢/١، عبدالوهاب خلاف:علم أصول الفقه ص١٧٧.

الاصطلاح على اختلاف أنواعه، إلى أن نصل إلى تعريف الحكم القضائي في علم القضاء الإسلامي، ثم في علم القضاء القانوني الوضعي.

## المبحث الأول

## التعريف بالحكم في اللغة

وردت كلمة "الحُكْم" بضمِّ الحاء وسكون الكاف في اللغة العربية لمعان متعدّدة منها:

١- **القضاء**: سواء ألزم أو لم يلزم، فالحكم مصدر قولك: حكم بينهم يحكم، أي: قضى، وحكم له وحكم عليه بالأمر حكماً وحكومة، وحكمت بينهم فأنا حاكم وحَكَم والجمع حكّام، وفي أسماء الله تعالى الحكم والحكيم وهما بمعنى الحاكم، وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه في طلب الحكم، وحكّمته: فوّضت الحكم إليه، وجمع حُكْم أحكام[1].

وخصّص بعض اللغويين الحكم بالقضاء بالعدل، لا القضاء مطلقاً[2] وبذلك فسّر قول النابغة الذبياني[3]: (البسيط).

---

(١) الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن ص١٢٦، الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ١٩٠٢/٥، ابن منظور: لسان العرب ١٤٠/١٢-١٤١، الفيروزآبادي: بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز ٤٨٧/٢، الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ١٤٥/١، الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس ٢٥٢/٨، القونوي: أنيس الفقهاء ص٢٣٢، الزاوي: ترتيب القاموس المحيط ٦٨٥/١.

(٢) الأزهري: تهذيب اللغة ١١١/٤.

(٣) هو زياد بن معاوية بن ضباب من بني ذبيان ويكنّى أبا أمَيّة، من فحول شعراء الطبقة الأولى في زمانه ومن أصحاب المعلقات. ت١٨ق، هـ، انظر: محمّد بن سلام الجمحي: طبقات الشعراء ص١٥، وكذلك الزركلي: الأعلام ٥٤/٣-٥٥.

واحكم كحكم فتاة الحي إذ نظرت إلى حمـام سـراع وارد الثمـد[1]

٢- **العلم والفقه**، ومنه قوله تعالى في شأن يحيى بن زكريا عليه السلام: ﴿**وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا**﴾[مريم:١٢]. أي: آتيناه علماً وفقهاً وفهماً للأحكام[2].

٣- **الرجوع**، يقال: "حكم فلان عن الشيء، أي: رجع، وأحكمته أنا، أي رجعته»[3].

٤- **الحكمة**، والحكمة من العلم، والحكيم العالم والمتقن للأمور والحكمة "إتقان الفعل والقول[4] ومن هذه الوجهة فسّر البيت الذي قاله النابغة الذبياني سابقاً وهو قوله:

واحكم كحكم فتاة الحي إذ نظرت إلى حمـام سـراع وارد الثمـد[5]

أي كن حكيماً كفتاة الحي التي نظرت إلى الحمام فأحصتها و لم تخطىء عددها[6].

---

(١) ديوان النابغة الذبياني ص٣٠، الأزهري: تهذيب اللغة ١١١/٤، ابن منظور: لسان العرب، ١٤١/١٢، الزبيدي: تاج العروس ٢٥٢/٨.

(٢) انظر: الأزهري: تهذيب اللغة ١١١/٤، الفيروزآبادي: ٤٩٠/٢، ابن منظور: لسان العرب ١٤١/١٢.

(٣) ابن منظور: لسان العرب ١٤٤/١٢، الأزهري: تهذيب اللغة ١١١/٤.

(٤) التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ٣٧٠/٢.

(٥) وتكملة هذه الأبيات ليتضح المراد هي:

قالت ألا ليتما هذا الحمام لنا إلى حمامتنا أو نصفه فقد
فحسبوه فألفوه كما زعمت تسعاً وتسعين لم تنقص و لم تزد
فكملت مائة فيها حَمامتُها وأسرعت حسبة في ذلك العدد

انظر: ديوان النابغة الذبياني، ص٣٠.

(٦) انظر: الجوهري: الصحاح تاج اللغة ١٩٠١/٥-١٩٠٢، ابن منظور: لسان العرب ١٤٢/١٢، الزبيدي: تاج العروس ٢٥٤/٨، الأزهري: تهذيب اللغة ١١٣/٤، الزمخشري: أساس البلاغة ص١٣٧.

وقال الراغب الأصفهاني[1]: "والحكم أعمّ من الحكمة، فكل حكمة حكم وليس كل حكم حكمة" [2]، فالحكم قد يخطىء وقد يصيب، أمّا الحكمة فهي أصابة الحق بالعلم والعقل.

٥- **بلوغ النهاية في المعنى**، يقال: حكم الرجل يحكم حكماً إذا بلغ النهاية في معناه مدحاً لازماً[3].

٦- **ويقال أيضاً**: استحكم الرجل إذا تناهى عمّا يضرّه في دينه ودنياه ومنه قول ذي الرمّة[4] (الطويل):

لمستحكم جزل المروءة مؤمن  من القوم لا يهوى الكلام اللواغيا[5]

٧- **وقد ذكر الفقهاء**[6] في كتبهم معان أخرى للحكم منها: الإبرام، الإتقان، والإحاطة.

فالإبرام: هو الإحكام، وأصله: إبرام الفتل إذا كان ذا طاقين[7].

أمّا الإحاطة: فيقال لمن أحرز شيئاً كلّه، وبلغ علمه أقصاه: قد أحاط به[8].

وهذه المعاني للإبرام والإحاطة قريبة ممّا ذكر من معان سابقة[9].

---

(١) هو الحسين بن محمّد بن المفضل المعروف بالراغب الأصفهاني، أديب، لغوي، مفسّر، من مصنفاته: الذريعة إلى مكارم الشريعة، المفردات في غريب القرآن، تفصيل النشأتين وتحصيل السعادتين، ت ٥٠٢ هـ، انظر: السيوطي: بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ٢٩٧/٢.

(٢) المفردات ١٢٧.

(٣) الأزهري: تهذيب اللغة ١١٥/٤، ابن منظور: لسان العرب١٤٢/١٢.

(٤) هو غيلان بن عقبة من بني عدي، شاعر من فحول الطبقة الثانية في عصره، ت ١١٧ هـ، انظر: ابن سلام: طبقات الشعراء، الزركلي: الأعلام ١٤٢/٥.

(٥) ابن منظور: لسان العرب ١٤٣/١٢، الزبيدي: تاج العروس ٢٥٥/٨.

(٦) انظر ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الكبرى ١٩٨/٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٨٨/١.

(٧) ابن منظور: لسان العرب ٤٣/١٢، مادة (برم)

(٨) ابن منظور: لسان العرب ٢٨٠/٧، مادة (حوط).

(٩) انظر: ما سبق في المتن الأرقام ٤-٥-٦.

**٨- أمّا عن أصل استعمال كلمة "حكم"** فموضوع لمنع يقصد به إصلاح وللمنع من الفساد، ومنه سمّيت حَكَمَة اللجام[١] لأنها ترد الدابّة، والعرب تقول: حكمت وأحكمت وحكمت بمعنى منعت ورددت، فيقال: حكمت السفيه تحكيماً وأحكمته، إذا أخذت على يده، أو بصرته ما هو عليه، قال جرير[٢]: (الكامل):

أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم إني أخاف عليكم أن أغضبا

أي: كفّوهم وامنعوهم من التعرض لي[٣]، وكذلك قولهم: حكّم اليتيم كما تحكّم ولدك يقصد بذلك: امنعه من الفساد وأصلحه كما تصلح ولدك وكما تمنعه من الفساد، ومن هذا المعنى قيل للحاكم حاكم لأنّه يمنع الظالم من الظلم[٤].

---

(١) حَكَمَة اللجام -بفتح الحاء والكاف والميم- هي ما أحاط بالحنك، يقال حكمت الفرس وأحكمته بالحَكَمةِ، وسميت بذلك لأنها تمنع الدابّة من الجري الشديد والجمع حَكَم، انظر: ابن منظور: لسان العرب ١٢/١٤٤.

(٢) هو جرير بن عطية الخطفي: يعدّ أشهر أهل زمانه، له مساجلات مع الشعراء منها نقائض جرير والفرزدق، له ديوان شعر، ت١١٠هـ، انظر: ابن العماد شذرات الذهب ١/١٤٠، ابن سلام: طبقات الشعراء ٨٦-١٠٨.

(٣) انظر: الأزهري: تهذيب اللغة ٤/١١٢، ابن منظور: لسان العرب ١٢/١٤٣، ١٤٤، الزمخشري: أساس البلاغة ١٣٧، الجوهري: الصحاح تاج اللغة ٥/١٩٠٢، الفيروزآبادي: بصائر ذوي التمييز ٢/٤٩١، الراغب الأصفهاني المفردات في غريب القرآن١٢٦، الزبيدي: تاج العروس ٨/٢٥٣.

(٤) انظر: الأزهري: تهذيب اللغة ٤/١١٤، الزمخشري: الفائق في غريب الحديث ١/٣٠٣، ابن منظور: لسان العرب ١٢/١٤١،١٤٣.

## المبحث الثاني

## التعريف بالحكم في الاصطـــلاح

### المطلب الأول

### التعريف بالحكم عند المناطقة والمتكلمين

**أولاً: تعريف الحكم عند المناطقة:**

أما تعريف الحكم في الاصطلاح المنطقي فهو "إدراك أن النسبة واقعة أو ليست بواقعة"[1] ويسمى ذلك تصديقاً في اصطلاح المنطقيين والحكماء، والنسبة هي الحاصل بين المسند والمسند إليه كالواقعة بين "القيام" و"زيد" في قولنا قام زيد أو لم يقم زيد، فيكون إدراك وقوع النسبة متحققاً في المثال الأول وهو قام زيد فيسمّى حينئذ الحكم حكماً إيجابياً، أمّا عدم وقوع النسبة فيتحقّق في قولنا: لم يقم زيد ويسمّى حينئذ حكماً سلبياً[2].

**ثانياً: تعريف الحكم عند المتكلميـــن:**

يطلق الحكم في العرف ويراد به "نسبة أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً" قال

---

(١) الجرجاني: حاشية السيد على التصورات ص١١، الجرجاني: شرح المواقف للإيجي ص٢١، وانظر أيضاً: التفتازاني: التلويح على التوضيح ١٢/١، التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ٣٧٣/٢، الكفوي: الكليات ٢٨٠.

(٢) انظر: الجرجاني: حاشية السيد على التصورات ص٩، التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ٣٧٣/٢، ٣٧٤.

التفتازاني[1]: "الحكم يطلق في العرف على إسناد أمر إلى آخر، أي نسبته إليه بالإيجاب أو السلب". وبعبارة أخرى هو "إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه"[2].

ومثال ذلك قولنا: قام زيد، فالإسناد هو القيام وهو أمر إيجابي، أمّا إسناد الأمر السلبي كقولنا: لم يقم زيد، فالإسناد في المثالين هو الحكم[3].

ومثال الإثبات قولنا: العالم حادث، ومثال النفي قولنا: مولانا تعالى ليس بحادث[4].

**ثالثاً: أقسام الحكم عند علماء الكلام :**

قسّم علماء الكلام الحكم إلى ثلاثة أقسام[5]: عقلي وعادي وشرعي، هذا وسنبحث فيما يلي الحكم العقلي والعادي ونرجيء بحث الحكم الشرعي إلى أن نصل لمعنى الحكم عند الأصوليين.

**أ- الحكم العقلي:**

وهو "إثبات أمر لآخر أو نفيه عنه من غير توقّف على تكرار، ولا وضع واضع"[6]، مثال ذلك: الله موجود، والأربعة زوج، والضدّان لا يجتمعان[7].

وينقسم الحكم العقلي إلى ثلاثة أقسام: واجب، ومستحيل، وجائز، على النحو

---

(١) هو: مسعود بن عمر بن عبدالله التفتازاني، سعد الدين، عالم متبحر في الفقه والأصول، والمنطق، والكلام، والنحو والتصريف، والتفسير، من مصنفاته: حاشية على الكشاف للزمخشري، المقاصد في علم الكلام، التلويح على التوضيح لصدر الشريعة وغيرها، ت٧٩١هـ، انظر: ابن العماد: شذرات الذهب ٦/٣١٩-٣٢٠.

(٢) انظر: محمّد بن أحمد ميّارة: الدر الثمين والمورد المعين ص١٤.

(٣) انظر: محمّد صالح الرشيدي: المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ص٥،٦.

(٤) انظر: محمّد ميّارة: شرح المرشد المعين المسمى بميارة الصغرى ص٧.

(٥) كما هو صنيع صاحب متن السنوسية وغيره، وتبعه على ذلك شرّاحها، انظر: البيجوري: حاشية البيجوري على متن السنوسيّة ص١٠.

(٦) البيجوري: المرجع السابق ص١٠، الكفوي: الكليات ٢٨١.

(٧) انظر: هذه الأمثلة: عبدالعزيز الربيعة: السبب عند الأصوليين ١/٥٥.

التالي[1]:

**الأول: الواجب:** وهو مالا يتصور في العقل عدمه، أو هو عدم قبول الانتفاء كوجود الله، والعدد (١٠) أكبر من العدد (٢) وهكذا.

**الثاني: المستحيل:** وهو مالا يتصوّر في العقل وجوده، أي عكس الواجب، فالاستحالة إذن هي عدم قبول الثّبوت، مثال ذلك: اجتماع الضدّين، ووجود نفس الجسم في مكانين في وقت واحد، أو إنكار الخالق جلّ وعلا.

**الثالث: الجائز:** أو الممكن: وهو ما يصح في العقل وجوده وعدمه أو هو ما يقبل الثبوت والعدم كالمخلوقات، الأرض والجبال... إلخ فإنها كانت معدومة فقبلت الثبوت (أو الوجود) ، ثم بعد ذلك تقبل العدم[2].

**ب- الحكم العادي:**

"وهو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه بواسطة التكرار"[3]، وقال الكفوي[4]: الحكم العادي: إثبات ربط بين أمر وآخر وجوداً أو عدماً بواسطة تكرار القران بينهما على

---

(١) الجرجاني: شرح المواقف للإيجي ص١٢٨، البيجوري على متن السنوسية ص١٢، ميّارة: الدر الثمين ص١٠.

(٢) البيجوري: حاشية البيجوري على السنوسية ص١٢،١٥، الجرجاني: شرح المواقف ص١٢٨، محمّد ميارة: الدر الثمين١٥،١٨، وقد نظم العلامة ابن عاشر أقسام الحكم العقلي في منظومته الشهيرة بمتن ابن عاشر فقال:

أقسام مقتضاة بالحصر تمّاز ... وهي الوجوب الاستحالة الجواز
فواجب لا يقبل النفي بحال ... وما أبى الثبوت عقلاً المحال
وجائزاً ما قبل الأمرين سم ... للضروري والنظري كل قسم

انظر: الدر الثمين ص١٥.

(٣) البيجوري على السنوسية ص١١.

(٤) هو أيوب بن موسى الحسيني: الكوفي، الحنفي، أبو البقاء، فقيه، وقاض، من مصنفاته: الكليات، ت١٠٩٤هـ، انظر الزركلي: الأعلام٢/٣٨.

الحس مع صحّة التخلف وعدم تأثير أحدهما في الآخر البتة[1] مثال ذلك: الإنسان لا يطير في الهواء ولا يمشي على الماء[2]، أو السمك لا يعيش على اليابسة مثلاً.. وهكذا.

**وينقسم الحكم العادي إلى أربعة أقسام:**

١- ربط وجود بوجود، كربط وجود الشبع بوجود الأكل، ووجود اشتعال الوقود بوجود النار.

٢- ربط عدم بعدم، كربط عدم الشبع بعدم الأكل، وعدم سير السيّارة لعدم الوقود.

٣- ربط وجود بعدم، كربط وجود البرد بعدم الستر والغطاء، ووجود المرض لعدم النظافة.

٤- ربط عدم بوجود، كربط عدم الإحراق بوجود الماء[3].

## المطلب الثاني

## التعريف بالحكم عند الأصوليين

إن إلقاء نظرة فاحصة على الفكر الأصولي وما كتبه الأصوليين في موضوع الحكم الشرعي، يتبيّن أن تعريف الحكم الشرعي قد تدرج من تعريف بسيط - لم يسلم من الطعن والنقد- إلى تعريفات أكثر دقّة حتى يصل إلى تعريف جامع مانع ارتضاه جمهور الأصوليين حتى يومنا هذا[4].

---

(١) الكليات ٣٨١.

(٢) الربيعة: السبب عند الأصوليين ١/٦٠.

(٣) البيجوري على السنوسية ص١١.

(٤) انظر: في تعريف الحكم الشرعي: الغزالي: المستصفى ١/٥٥، الرازي: المحصول في أصول الفقه ١/١/١٠٧-١١٢، الآمدي: الإحكام ١/٩٥. صدر الشريعة: التوضيح ١/١٢، الأصفهاني: بيان المختصر ١/٣٢٥، الإسنوي: نهاية السول ١/٤٧، التفتازاني: التلويح على التوضيح ١/١٢، وما بعدها، ابن النجار: شرح الكوكب المنير ١/٣٣٣، ابن عبد الشكور البهاري: فواتح الرحموت ١/٥، المطيعي: سلم الوصول لشرح نهاية السول ١/٤٧.

وفيما يلي بعض هذه التعريفات، وما وجه إليها من نقد -باختصار- ثم الخروج بتعريف يسلم من تلك الانتقادات:

**التعريف الأول:**

**الحكم هو**: "خطاب الشرع إذا تعلّق بأفعال المكلّفين"[1] أو "خطاب الله تعالى المتعلّق بأفعال المكلّفين".

وهذا التعريف غير مانع لدخول أفراد من غير المعرّف في التعريف وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصافات:٩٦].

وكذلك سائر القصص المبينة لأحوال المكلفين وأفعالهم، والأخبار المتعلقة بأعمالهم[2]، فهذه أولاً: خطاب من الله تعالى، وثانياً: لها تعلّق بأفعال المكلّفين، وهي ليست أحكاماً كما هو معلوم.

لذا يلزم إضافة قيد إلى التعريف يخرج ما دخل فيه من غير أفراده وهو ما ذكر في التعريف الثاني.

**التعريف الثاني:**

**الحكم**: "خطاب الله تعالى المتعلّق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير"[3].

ويختلف هذا التعريف عن سابقه بزيادة قولهم: "بالاقتضاء أوالتخيير" ليخرج الخطاب المتعلق بالقصص والأخبار عن الأعمال.

وهذا التعريف لم يسلم من النقد أيضاً، فقد اعترض عليه بأنّه غيرجامع فهناك

---

(١) الغزالي: المستصفى ١/٥٥، صدر الشريعة: التوضيح ١/١٣، التفتازاني: التلويح ١/١٣، الأصفهاني: بيان المختصر ١/٣٢٥.

(٢) التفتازاني: صدر الشريعة: التلويح مع التوضيح ١/١٤.

(٣) هذا التعريف اختاره الإمام ابن الحاجب المالكي في المختصر، ومن بعده الإمام البيضاوي الشافعي في كتابه الشهير "المنهاج"، انظر: الأصفهاني بيان المختصر ١/٣٢٥، الإسنوي: نهاية السول ١/٤٧، الطوفي: البلبل في أصول الفقه ص١٨، الكفوي: الكليات ص٢٨١.

أحكام شرعيّة لكنّها لم تدخل في التعريف مثال ذلك سببيّة دلوك الشمس لوجوب الصلاة وشرطيّة الطهارة لها، ومانعيّة النجاسة عنها[1] وهي التي يقال لها الأحكام الوضعية.

فيجب إضافة قيد آخر إلى التعريف لتدخل مثل هذه الأحكام وهو ما ذكر في التعريف الثالث.

**التعريف الثالث:**

**الحكم**: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلّفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"[2].

وهذا التعريف قد اختاره المحقّقون من الأصوليين[3]، وهو تعريف جامع مانع، وفي ذلك الوقت يسلم من المطاعن التي وجهت لسابقيه.

**والخطاب**: ما يقصد به إفهام من هو مهيىء للفهم، هذا أحد قولي العلماء ومنهم من قال: إن خطاب الله تعالى هنا المقصود به الكلام النفسي الأزلي[4].

وخرج بقوله "خطاب الله" خطاب غيره، وليس المقصود بالخطاب هنا ما أضيف إلى الله تعالى في القرآن فقط، لأن الحكم هو خطاب الله تعالى مطلقاً، والحكم الشرعي

---

(١) التفتازاني: التلويح على التوضيح ١/١٤.

(٢) انظر: الأصفهاني: بيان المختصر ١/٣٢٧، صدر الشريعة: التوضيح لمتن التنقيح ١/١٤، التفتازاني: التلويح على التوضيح ١/١٤، الطوفي: البلبل ١٨، التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ٢/٣٧٧، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٦، وقد اختار هذا التعريف معظم المحدثين إن لم نقل جميعهم، انظر في ذلك: عبدالوهاب خلاف: علم أصول الفقه ص١٠٠، محمّد معروف الدواليبي: المدخل إلى أصول الفقه ص٤١٤-٤١٥، محمّد زكي عبد البر: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية ص١١، محمّد الحفناوي: نظرات في أصول الفقه ص٧٥.

(٣) غير أن الآمدي قد اختار تعريفاً آخر للحكم لا يخرج عن معنى التعريف المذكور فقال "الحكم: خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية.. وهو إما متعلق بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"، الآمدي: الإحكام ١/٩٦.

(٤) انظر الأصفهاني: بيان المختصر ١/٣٢٦، الإسنوي: نهاية السول ١/٤٨ ، التفتازاني: التلويح على التوضيح ١/١٣، المطيعي: سلم الوصول ١/٤٨.

يثبت بالأدلة كلّها سواء أكانت قرآناً أم سنّة أم إجماعاً أم قياساً، أم غيرها، لأن هذه الأدلة معرفات للحكم لا مثبتات[1].

وخرج بقوله "المتعلّق بأفعال المكلّفين" ما ليس له تعلّق بأفعالهم كالخطاب المتعلق بذات الله سبحانه وتعالى كقوله: ﴿اللَّهُ لاَ إِلَـهَ إِلاَّ هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ﴾ [البقرة:٢٥٥].

والخطاب المتعلّق بذوات المكلّفين كقوله: ﴿وَاللَّـهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصافات:٩٦]، والخطاب المتعلق بالحيوان كقوله: ﴿يُجِبَالُ أَوِّبِي مَعَهُ وَالطَّيْرَ﴾ [سبأ:١٠]، والخطاب المتعلق بالجماد كقوله: ﴿وَيَوْمَ نُسَيِّرُ الْجِبَالَ﴾ [الكهف:٤٧]. فهذه وإن كانت خطابات لله تعالى ولكن لا تعتبر أحكاماً شرعيّة لأنّها لا تتعلّق بأفعال المكلفين[2]. وقوله "بالإقتضاء" يقصد به الطلب، وهو نوعان: طلب الفعل وطلب الترك.

طلب الفعل إن كان جازماً فهوالإيجاب، وإن كان غير جازم فهو الندب.

وطلب الترك إن كان جازماً فهو التحريم، وإن كان غير جازم فهو الكراهة.

أما التخيير فيقصد به الإباحة، لأن معنى التخيير إباحة الفعل والترك للمكلّف[3].

أمّا "الوضع" فهو وضع الشارع وجعله الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً، أو فاسداً.

وعلى ذلك يشمل الحكم الشرعي: الواجب، والمندوب، والمحرم، والمكروه، والمباح، والسبب، والشرط، والمانع، والصحة، والفساد، والعزيمة، والرخصة. وقد

---

(١) الإسنوي: نهاية السول ٤٨/١، المطيعي: سلم الوصول ٤٨/١، الحفناوي نظرات في أصول الفقه ص٧٥، محمّد الشريف الرحموني: الرخص الفقهية ٣٦/١ وهي رسالة دكتوراه دولة من جامعة الزيتونة.

(٢) انظر: صدر الشريعة: التوضيح ١٣/١، الأصفهاني: بيان المختصر ٣٢٦/١ ، الإسنوي: نهاية السول ٥٢/١.

(٣) انظر: صدر الشريعة: التوضيح ١٣/١ وكذلك معه التلويح للتفتازاني ١٣/١ ، الإسنوي: نهاية السول ٥٧/١.

قسم الأصوليون الحكم الشرعي إلى قسمين: تكليفي، ووضعي:

فالحكم التكليفي[1]: خطاب الله تعالى المتعلّق بأفعال المكلّفين بالاقتضاء أو التخيير[2].

وبناء على ذلك يشمل الحكم التكليفي: الواجب والمندوب، والمحرم، والمكروه، والمباح[3].

أما الحكم الوضعي: فهو "ربط الشارع بين أمرين ممّا يتعلق بالمكلّفين بأن جعل أحدهما للآخر سبباً أو شرطاً أو مانعاً منه"[4] ويدخل في الحكم الوضعي أيضاً الصحة، والفساد، والعزيمة، والرخصة لارتباطهما بأفعال المكلفين.

---

(١) يقصد بالتكليفي: ما فيه كلفة ومشقّة.

(٢) صدر الشريعة: التوضيح ١/١٤، الطوفي: البلبل ص١٨-١٩.

(٣) ينبغي التنبية إلى أن تقسيم الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع: إنّما هو جار على أصول المتكلمين وهم الجمهور، ويقابلهم الحنفية بمنهجهم الخاص في الأصول والذين قسّموا الحكم التكليفي إلى سبعة أنواع: الفرض، والواجب، والمندوب، والمحرم، والمكروه تحريماً، والمكروه تنزيهاً، والمباح.
وأساس ذلك التقسيم هو قوة ثبوت دليل الحكم، فما طلب الشارع فعله طلباً جازماً وثبت بدليل قطعي فهو الفرض، وإذا كان الدليل ظنّياً فهو الواجب، وما طلب الكفّ عنه طلباً جازماً وثبت بدليل قطعي فهو المحرم، وإن كان الدليل ظنياً فهو المكروه تحريماً، أما المندوب والمباح فلا خلاف بين الحنفية والجمهور فيهما، انظر في ذلك: عبدالعزيز البخاري: كشف الأسرار ٢/٣٠٢، التفتازاني: التلويح٢/١٢٣،١٢٥، ابن نجيم: فتح الغفار ٢/٦٢، وانظر أيضاً: عبدالوهاب خلاف: علم أصول الفقه ص ١١٥-١١٦، محمّد زكي عبدالبر:الحكم الشرعي ص١٤-١٥.

(٤) انظر: التفتازاني: التلويح ١/١٤، محمّد زكي عبدالبر: ص ١٢، عبدالوهاب خلاف: علم أصول الفقه ص١٠٠ وما بعدها.

## المطلب الثالث

## تعريف الحكم عند الفقهاء

اتضح لنا فيما تقدّم أن المقصود بالحكم عند الأصوليين هو نفس خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلّفين...، إلا أن الفقهاء يختلفون عن الأصوليين في معنى الحكم عندهم، فهم يقصدون بالحكم: الأثر الثابت بالخطاب كالوجوب والحرمة وغيرهما[1].

وتوضيح ذلك أن قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى﴾ [الإسراء:٣٢] حكم عند الأصوليين فهو طلب ترك جازم، أمّا أثر هذا الحكم (الخطاب) وهو حرمة الزنا، فعند الفقهاء هو الحكم.

وقوله تعالى: ﴿أَقِيمُواْ الصَّلاَةَ﴾ [البقرة:٤٣] حكم عند الأصوليين، فالخطاب نفسه هنا هو الحكم -ويتضمن طلب الفعل وهو إيجاب- «فالإيجاب هو نفس قوله افعل وليس للفعل منه صفة حقيقية..... وهو إذا نسب إلى الحاكم يسمى إيجاباً، وإذا نسب إلى ما فيه الحكم وهو الفعل يسمّى وجوباً»[2] وعند الفقهاء الحكم هو وجوب إقامة الصلاة أو إقامة الصلاة واجبه.... وهكذا في جميع الأحكام الشرعية.

وخلاصة القول أنّ الحكم عند الأصوليين هو نفس خطاب الله تعالى بالاقتضاء من طلب فعل، أو ترك، أو التخيير، أو الوضع من جعل الشيء سبباً، أو مانعاً، أو شرطاً، أما عند السادة الفقهاء فالحكم هو أثر ذلك الخطاب، وهو ما ثبت بطلب الفعل أو الترك أو التخيير أو الوضع، والمسألة كما هو واضح مسألة اصطلاح، ولا مشاحة في

(١) صدر الشريعة: التوضيح ١/١٤-١٥، التهانوني: كشاف اصطلاحات الفنون ٢/٣٧٨ وإطلاق الفقهاء الحكم بهذا المعنى هو مجاز لغوي من باب إطلاق المصدر -وهو الحكم- على المفعول وهو المحكوم به، كإطلاق الخلق على المخلوق، انظر المراجع السابقة.

(٢) التفتازاني: التلويح ١/١٥.

الاصطلاح بالإضافة لانعدام الأثر المترتّب على هذا الاختلاف من الناحية العملية[1].

ويطلق الفقهاء أيضاً الحكم على الأثر المترتّب على العقود والفسوخ، كملك الرقبة أو المنفعة المرتّبة على فعل المكلّف وهو الشراء، وقيل إنّ ذلك من طريق الاشتراك اللفظي[2]، وهو أمر صحيح حيث إن لفظَ الحكم يطلق ويراد به معان كثيرة مختلفة كما مرّ معنا.

## المطلب الرابع

## التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي

### الفرع الأول

### التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي في الفقه الإسلامي

**تمهيـــــــــد:**

لم يحظ تعريف "الحكم القضائي" باهتمام غالبية الفقهاء -بوجه عام- كاهتمامهم بتعريف القضاء نفسه، ويرجع ذلك في نظري إلى أنهم اقتصروا على تعريف القضاء للدلالة على الحكم، لأن القضاء في حقيقته، يدور على معنى الفصل بين المتخاصمين، إضافة إلى أنّ اللغويين يطلقون الحكم على القضاء والقضاء على الحكم[3].

---

(١) انظر: الربيعة: السبب ٦٢/١-٦٥-٦٦، وكذلك عبدالوهاب خلاف: علم أصول الفقه ١٠٠.

(٢) التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون ٣٧٨/٢.

(٣) انظر في تعريف القضاء في اللغة: ابن منظور: لسان العرب ١٨٦/١٥ (قضى)، الفيروآبادي: القاموس المحيط ص١٧٠٨، الفيومي: المصباح المنير ٥٠٧/٢، الرازي: مختار الصحاح ص٥٤٠-٥٤١، النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٩٥/٢.

- أمّا تعريف القضاء في الاصطلاح فانظره في : الموصلي: الاختيار ٨٢/٢، الكاساني: بدائع الصنائع ٤٠٧٨/٩، طبعة زكريا يوسف، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٢/٥، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٨/١، ابن حجر الهيتمي تحفة المحتاج ٢٩٢/٤، الشربيني: الإقناع ٢٩٦/٢، الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٤/٨، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٣/١٠، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣.

إلا أن بعض الفقهاء قد وضعوا تعريفات خاصّة بالحكم القضائي بالإضافة لتعريف القضاء نفسه، ومن هؤلاء الفقهاء الإمام ابن الغرس[1] من الحنفية، والإمام القرافي من المالكيّة[2]، والإمام ابن حجر الهيتمي[3] من الشافعية، والإمام البهوتي[4] من الحنابلة.

وفيما يلي نتعرّض لتعريفات الحكم عند من وضع له تعريفاً خاصّاً بحسب ترتيب المذاهب الفقهيّة الأربعة، ثم نتبع ذلك بتعريفات الفقهاء المحدثين، ثم نختار تعريفاً يكون معتمداً في البحث.

**أولاً: تعريف الحنفية للحكم القضائي:**

**١ – تعريف ابن الغرس الحنفي:**

انفرد العلامة ابن الغرس بتعريف الحكم عند الحنفية فقال: هو "الإلزام في الظاهر

---

(١) هو العلامة محمّد بن محمّد بن محمّد بن خليل، بدر الدين ابن الغرس، المصري فقيه حنفي، تولّى عدة وظائف وناب في القضاء، وتولّى مشيخة تربة برسباي إلى أن توفي سنة ٩٣٢هـ، من مصنفاته: شرح على شرح السعد على العقائد النسفية، كتابه المشهور الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية، انظر: السخاوي: الضوء اللامع ٩/٢٢٠ محمّد صالح الرشيدي: المجاني الزهرية شرح الفواكه البدريّة ص٢-٣.

(٢) هو الإمام شهاب الدين: أبو العباس، أحمد بن إدريس القرافي، إمام، مجتهد أحد أعلام المالكيّة، برع في الفقه، والأصول، والعلوم العقلية وغيرها من علوم الشريعة، من شيوخه الإمام العز بن عبد السلام سلطان العلماء، ومن مؤلفات القرافي، الفروق، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تنقيح الفصول، الأمنية في إدراك النية... ت رحمه الله سنة ٦٨٤هـ، انظر: ابن فرحون: الديباج المذهب ١/٢٣٦-٢٣٧.

(٣) هو أحمد بن محمّد بن محمّد بن علي بن حجر الهيتمي، السعدي المكي، فقيه شافعي كبير، من مصنفاته: تحفة المحتاج لشرح المنهاج، الصواعق المحرقة على أهل البدع والزندقة، الفتاوى الكبرى الفقهية، ت٩٧٣هـ، انظر: ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب ٨/٣٧٠-٣٧١.

(٤) هو العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المصري، فقيه، أصولي، مفسّر شيخ الحنابلة في عصره، له تصانيف عدّة منها: كشاف القناع عن متن الإقناع، شرح منتهى الإرادات، الروض المربع شرح زاد المستقنع وغيرها، ت رحمه الله سنة ١٠٥١هـ في القاهرة، انظر: مقدمة كتاب الروض المربع ص٥-٦، وكذلك: المحبي: خلاصة الأثر ٤/٤٢٦.

على صيغة[1] مختصة بأمر ظنّ لزومه في الواقع شرعاً"[2].

**والمراد بالإلزام:** "التقرير التام سواء كان إلجاءً إلى فعل أو ترك أو إظهار ثبوت معنى في محل"[3] ويفهم من كلام ابن الغرس هنا أنّه يحلّل المقصود من الإلزام الذي يتضمنه حكم القاضي وهو عين ما يعبّر عنه الآن "بالالتزام أو الحق الشخصي"[4] في القانون المدني، فحكم القاضي **يتضمّن أحد ثلاثة أشياء:**

**الأول:** أمر المحكوم عليه (الملتزم) بفعل، والفعل إمّا أن يكون أداءَ مبلغ من المال، أو تسليم الشيء المتنازع عليه، أو القيام بالعمل المطلوب إن كان عملاً، والأمر في جميع الحالات، يكون بالإلجاء، وقابلاً للتنفيذ قهراً عن طريق السلطة المختصة.

**الثاني:** أمر المحكوم عليه بترك، أي الامتناع عن فعل، كحكم القاضي بمنع المحكوم عليه من بناء بيته في ملك الغير، أو بفتح نافذة تطل على بيت جاره وتكشف ما بداخله فتؤذيه.

**الثالث:** الحكم بثبوت شيء، كالحكم بثبوت الحرية أو العتق مثلاً، وذلك في الحالات التي يكون فيها المحل قابلاً لهذا الثبوت[5].

وقوله في "الظاهر" احتراز عمّا ألزم به الشرع في نفس الأمر، كوجوب الصلاة

---

(١) الوارد في كتاب الفواكه البدرية المطبوع قوله "صفة" وكذلك ذكرها التمرتاشي في مسعفة الحكام (مخطوط٩٨ب) والذي يترجح لي أن الصواب "صيغة" بدلاً من صفة، وذلك لِما سيذكر في شرح التعريف أن المقصود هو الصيغة الشرعية كقول القاضي حكمت... إلخ وهذا هو ما اختاره العلامة ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار، فذكر "الصيغة لا الصفة" انظر: الفواكه البدرية ص٧-٨، رد المحتار على الدر المختار ٣٥٢/٥.

(٢) الفواكه البدرية ص٧

(٣) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٧-٨، التمرتاشي: مسعفة الحكام ٩٨ب.

(٤) الالتزام أو الحق الشخصي كما يسميه القانون الأردني هو "رابطة قانونية بين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"، المادة ٦٨ من القانون المدني الأردني.

(٥) محمّد صالح الرشيدي: المجاني الزهرية على الفواكه البدرية ص٧.

والحج وغيره، فهذه الأمور ثابتة بخطاب الله تعالى دون حاجة لحكم[1].

والمقصود بـ(الصيغة المختصة) الاحتراز عن مطلق الإلزام، فلا تعتبر إلا الصيغة الشرعية المقصودة في باب الحكم، كقول القاضي حكمت وقضيت وألزمت[2]... إلخ ممّا يدل على حكم القاضي.

وقوله "بأمر ظنّ لزومه في الواقع شرعاً" احتراز عن الجور والتّشهي، فالحكم المعتبر هو الذي "يظن الحاكم لزومه شرعاً لا تشهياً أو ظلماً"

ثم ذكر ابن الغرس ما يقصد بمعنى قوله في "الظاهر" أن حكم القاضي ليس منشئاً أو مثبتاً للحق بل هو مظهر فقط[3].

يتجه على تعريف ابن الغرس أنّه لم يتعرّض لحقيقة الحكم القضائي، والتي هي فصل الخصومة في الأصل، وعدم تعرّضه للحكم الذي لا يتضمن إلزاماً كالإطلاق والإباحة فيما يدخل تحت حكم القاضي.

**٢- تعريف مجلة الأحكام العدلية للحكم:**

عرّفت المجلة الحكم القضائي في المادّة (١٧٨٦) التي تقول: "الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها"[4].

وهذا التعريف مرتبط بتعريف القاضي الذي أوردته المجلة نفسها في المادّة (١٧٨٥) والتي تقول: "القاضي هو الذات الذي نُصِّب وعُيِّن من قبل السلطان لأجل

---

(١) انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٢/٥، الرشيدي: المجاني الزهرية ص٨ ، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٨، التمرتاشي: مسعفة الحكام ٩٨ب.

(٢) المراجع السابقة نفسها.

(٣) ابن الغرس: الفواكه البدرية٨-٩، ابن عابدين: رد المحتار٥/٣٥٢، التمرتاشي: مسعفة الحكام٩٩ أ وسيأتي مزيد بحث بهذه المسألة في فصل "أثر الحكم القضائي" .

(٤) انظر: علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥١٨/٤-٥١٩، سليم باز: شرح المجلة ص١١٧١، مع الملاحظ أن في شرح علي حيدر استُخدِمَ لفظ "قاضي" ولعله من المعرب لأن الأصل باللغة التركية، وفي شرح سليم باز استخدم لفظ "الحاكم" في التعريفين، والاصطلاحان صحيحان ومستخدمان في كثير من الدول إلى الآن.

فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة".

**وبالنظر إلى تعريف الحكم في المجلة نجد أنّه يتضمّن مسألتين:**

**الأولى:** تحديد ركن الحكم وهو حسم النزاع وفصل الخصومة.

**الثاني:** صدور الحكم عن القاضي: أي مباشر الحكم.

ويدخل في تعريف المجلّة للحكم الحكم عن طريق الصلح بين الخصمين، لذا نجد شارح المجلة العلامة علي حيدر[1] يضع تعريفاً آخر للحكم مستمدّاً من تعريف المجلة ولكنّه أضاف قيداً واحداً له، إذ قال: "الحكم في اصطلاح الفقهاء هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إيّاها على الوجه المخصوص"[2].

وذكر قيد "على الوجه المخصوص" وضع لإخراج الصلح الذي يجري بين الخصمين، والوجه المخصوص هو الصيغة الشرعية التي ذكرها ابن الغرس وابن عابدين من قبل، وهي قول القاضي ألزمت، أو حكمت، أو أنفذت عليك القضاء[3].

قد يقال إن تعريف المجلة لم يذكر "الإلزام" ليفترق الحكم عن الفتوى، وقد يجاب على ذلك بأن القاضي قراره ملزم، أو أن إيراد العلامة علي حيدر لقيد "على وجه مخصوص" قد يشمله، ولكن العلامة حيدر نفسه صرح بما يريده من هذا القيد وهو إخراج الصلح[4] من التعريف إلا أنّنا نرجح دخول الإلزام في قيد "على وجه

---

(١) هو علي حيدر أفندي، من علماء الدولة العثمانيّة، تقلد فيها عدّة مناصب منها: وزير العدليّة، أمين الفتيا، أستاذ في مدرسة الحقوق بالآستانة، من مصنّفاته: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، وهو من أوسع شروح المجلة العدلية، أصول استماع الدعوى، (الباحث).

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤/٥٢٠.

(٣) انظر: علي حيدر: درر الحكام ٤/٥٢٠، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٨، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢.

(٤) ذكر العلامة حيدر في شرحه على المجلة سبب عدم وضع المجلة لقيد "على وجه مخصوص" لإخراج الصلح؛ وهو أن واضعي المجلة يعتبرون الصلح الذي يحدث في مجلس القضاء حكماً بالمعنى القضائي، ذلك لأن قطع الطرفين المنازعة بينهما صلحاً يخرج بعبارة القاضي كما أنها تخرج بعبارة المحاكمة، انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤/٥٢٠.

مخصوص" لسبب واحد هو إيراده لعبارة ابن الغرس وابن عابدين وفيها الإلزام والحكم والنفاذ وهي تدل على الإلزام.

بقي أن نقول إن تعريف المجلة لا يشمل الحكم الصادر من المحكَّم والذي يعتبر حكماً بالمعنى الصحيح.

**ثانيا: تعريف المالكية للحكم القضائي:**

**١- تعريف الإمام القرافي[١]:**

عرّف الإمام القرافي الحكم بأنّه "إنشاء إطلاق و إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النّزاع لمصالح الدنيا" [٢].

ويقصد بقوله "إنشاء إطلاق" الاحتراز عن القول بأن الحكم إلزام فقط، فمن الأحكام ما يكون مضمونها إطلاقاً لا إلزام فيه، ومثال ذلك: حكم القاضي بزوال ملك أرض زال عنها الإحياء[٣]. وكذلك حكمه بزوال الملك عن الصيد والنحل والحمام البرّي.... إذا خرج من يد حائزه وأصبح غير مقدور عليه، فهذه الأشياء كلها في الأصل كانت مباحة لجميع النّاس (مطلقة)، وغير مقيدة بملكٍ[٤] أحدٍ، وإنّما أصبحت مملوكة لمن حصل له سبب تملكها، وهو إحياء الأرض الموات، والحيازة في الصيد والحيوان البري، فحينما يزول هذا السبب تعود إلى حالتها الأصلية وهي الإباحة والإطلاق، فحكم الحاكم هنا بزوال الملك عن هذه الأشياء هو في حقيقته

---

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ص٢، وقد تبنى هذا التعريف أيضاً العلامة قاسم من الحنفية في كتابه موجبات الأحكام ص١٩٠-١٩١ ولم ينسبه للقرافي مع أنه نقل عنه، إذ الحنفي متأخر عن القرافي بقرون عدّة.

(٣) يقصد بالإحياء: إحياء الأرض الموات وهو سبب من أسباب الملكية في الشريعة الإسلامية لقوله ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» انظر: الترمذي: السنن، كتاب الأحكام باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ٦٦٢/٣.

(٤) الملك: يعني الاختصاص.

"إطلاق" فيحق لأي واحد من الناس تملك هذه الأشياء بأسبابها الشرعية استناداً إلى هذا الحكم المتضمن لإباحتها وإطلاقها[1].

أما الإلزام فقد جعله الإمام القرافي مقابلاً للإطلاق، فيكون التقدير حينئذ "إنشاءُ إطلاق، أو إنشاءُ إلزام" وإنشاء الإلزام يكون إذا تضمّن الحكم طلباً من المحكوم عليه بفعل شيء أو أداء أمر معيّن، أو الكفّ عن شيء، ومثاله: الحكم على الشخص بالإنفاق على زوجته، أو ولده، أو قريبه، أو الحكم بلزوم الصداق في ذمّة الزوج ووجوب دفعه للزوجة، أو الحكم بالشفعة، أو بهدم البناء الذي تعدّى به مالكه على أرض الجار.... إلخ.

وقوله في "مسائل الاجتهاد" احتراز من الحكم على خلاف الإجماع، فمثل هذا الحكم يعتبر باطلاً لا يعتد به، بل لا يعدّ حكماً في نظر القرافي.

وقوله "المتقارب" أي الاجتهاد المتقارب احتراز عن الحكم الذي يستند إلى رأي مخالف لآراء العلماء دون سند معتبر، فمثل ذلك الحكم غير معتبر، وليس حجة في نظر القرافي الذي يقول عن قيد المتقارب الآنف الذكر "احتراز من الخلاف الذي ضعف مدركه جداً، فإن الحاكم إذا حكم به لا عبرةَ بحكمه وينقض، فلا بدّ حينئذ من تقارب المدارك في اعتبار الحكم"[2].

وقوله "فيما يقع فيه التنازع لمصالح الدنيا" بيان لمجال الأحكام القضائية ونطاقها واحتراز عن "مسائل الاجتهاد في العبادة ونحوها، فإن التنازع فيها ليس لمصالح الدنيا، بل لمصالح الآخرة، فلا جرم لا يدخلها حكم الحاكم أصلاً"[3].

ويتجه على تعريف الإمام القرافي للحكم في قوله: "إنشاء إطلاق" وجعله الإطلاق في مقابل الإلزام، في حين يكون الإطلاق متضمّناً للإلزام، وبالتالي يكون الاقتصار على الإلزام كافياً في التعريف، ومن الأمثلة على ذلك الحكم بزوال الملك عن الأرض التي زال

(١) انظر: القرافي: الإحكام ٢-٣، الشيخ جعيط: الطريقة المرضية في الإجراءات ص١٥.
(٢) القرافي : الإحكام ص٣.
(٣) القرافي: الإحكام ص٣.

عنها الإحياء، فهناك جانبان للحكم: **الجانب الأول**: إلزام الشخص الذي كان مالكاً للأرض بالإحياء -بزوال اختصاصه عن تلك الأرض، ومضمون الحكم بإلزامه أن يمتنع عن التعرض لأي شخص يريد إحياء تلك الأرض التي أصبحت مواتاً مطلقة.

**والجانب الثاني**: الإطلاق أو الحكم بالإباحة والإذن لجميع الناس بإحياء تلك الأرض، ويدخل في الناس المالك نفسه الذي حكم عليه بزوال ملكيته للأرض.

وقد أجاب الإمام القرافي عن هذا الاعتراض بعد أن سلم بوجوده فقال ما ملخصه: "إن إفادة" الإطلاق "للإلزام إنما هي بطريق اللزوم وليست بالمقصود الأول من الكلام وإنما بالمقصود الثاني، والكلام في الحقائق دائماً يقع في الرتبة الأولى والمقصود الأول لا فيما بعدها"[1].

ولكن هذه الإجابة من الإمام القرافي لا نسلم بها له؛ لأن المقصود الأول للحكم بزوال الإحياء هو إلزام المالك بعدم الاختصاص، ومن ثمَّ يكون الحكمُ بالإباحة هو المقصودُ الثاني، وكيف يكون المحكوم عليه في الحكم القضائي متعلّقاً بالمقصود الثاني وفي الرتبة الثانية وهو طرف في النزاع؟ هذا غير ممكن، ولذلك نقول إن الإطلاق المذكور في الحكم هو متضمّن للإلزام.

ويتجه على تعريف القرافي أيضاً أنه لا يشمل إلا الحكم الذي لا ينقض، أي ما كان في مسائل الاجتهاد، وهو بذلك يتحدّث عن الحكم الذي يجوز الحجيّة المطلقة لا مطلق الحكم، فالحكم من حيث الماهيّة قد يوجد ولكنّه يعتبر باطلاً غير معتد به.

فالحكم المخالف للإجماع مثلاً لا يدخل في تعريف القرافي؛ لأنّه باطل كما صرح بذلك القرافي نفسه[2]، ولكن هذا الحكم الباطل يعد حكماً من حيثُ صورته الخارجيّة، إضافة إلى أنَّ بطلان الحكم المتصوّر مخالفته للإجماع لا يكون إلا بعد صدوره وظهوره إلى حيّز الوجود، ثم يبحث في مخالفته للإجماع فإن ثبتت هذه

---

(١) القرافي: الإحكام ص٣

(٢) القرافي: الإحكام ص٣.

المخالفة يحكم ببطلان الحكم وينقض.

**٢- تعريف الإمام ابن عرفة[١]:**

عرّف الإمام ابن عرفة الحكم بأنّه: "جزم القاضي بحكم شرعي على وجه الأمر به"[٢].

وهذا التعريف يتضمّن عنصر الإلزام من عناصر الحكم القضائي، وهو ما يستفاد من قوله في التعريف "على وجه الأمر به" والأمر للوجوب، كما أنه جعل الأمر مقابل الإعلام، والإعلام للفتوى غير ملزم، فبقي الأمر في الحكم هو الملزم. ويتجه على تعريف ابن عرفة أنه وسع من نطاق الحكم بحيث يدخل فيه كل الأحكام الشرعيّة في حين أن الحكم القضائي مقتصر على فصل ما يقع فيه النزاع والخصومة، فالحكم أخصّ من الفتوى، بينما نجد ابن عرفة قد جعل نطاق الحكم والفتوى واحداً ولكن يختلفان في الإلزام فقط.

كما يتجّه على تعريف ابن عرفة أنّه قصر الحكم على ما يصدره القاضي فقط مع العلم أنَّ المحكَّم قد يصدر حكماً وكذلك السلطان.

وبذلك نخلص إلى القول بأن تعريف ابن عرفة غير مانع، وتنقصه بعض القيود المهمّة التي تميّز الحكم القضائي عن غيره كالفصل في الخصومات.

**٣- تعريف العلامة ميّارة[٣]:**

وقد عرّف العلامة ميّارة المالكي الحكم بأنّه: "الإلزام بالحكم الشرعي"[٤] قال هذا

---

(١) هو محمّد بن محمّد بن عرفة الورغمي التونسي، إمام، مقرىء، فقيه مالكي، أصولي محدث له مصنّفات كثيرة منها: المختصر الفقهي، الحدود الفقهية، التفسير، المختصر الشامل في أصول الدين، ت٨٠٣هـ، انظر: ابن فرحون: الديباج المذهب ٢/٢٣١،٢٣٣.

(٢) البناني: حاشية البناني على شرح الزرقاني ٧/١٤٩، الشيخ جعيط: الطريقة المرضية ص٢٤٥.

(٣) هو العلامة محمّد بن أحمد بن محمّد الفاسي، فقيه مالكي، من مصنّفاته: الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام لابن عاصم، الدر الثمين والمورد المعين في شرح المرشد المعين على الضروري من علوم الدين، شرح مختصر خليل، ت١٠٧٢هـ، انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص٣٠٩.

(٤) شرح ميّارة على تحفة الحكام ١/٨.

التعريف شارحاً لمعنى "الحكم" الوارد في قول ابن عاصم[1] في التحفة:

سمّيتـــــه بتحفـــــة الحكّـــــام  في نكـــت العقـــود والأحكـــام

وهـذا التعريـف غـير سـديد، لأنّـه عـام يشـمل كـل تصرّفـات القضـاة والـولاة والسلاطين التي تتضمّن إلزاماً بحكم شرعي، ولذا نجد العلامة ميّارة يورد صيغة أخرى لتعريف الحكم فيقول: "وهـو مـا يـلزم بـه القـاضي المتخـاصمين أو أحدهمـا موافقـاً للشرع"[2].

فقوله: "ما يلزم به" يتضّمن شرط الإلزام في الحكم، والتعبير بلفظ "ما" في طريقـة الدلالة على الحكم أفضل من التعبير بالقول، وبالتالي يشمل القول والفعل معاً.

وقوله: "القاضي" أي مُصْدِر الحكم.

وقوله: "المتخاصمين أو أحدهما" يدل على المحكوم له والمحكوم عليه.

وقوله: "موافقاً للشرع" يقصد به أن يكـون مـا يصـدره القـاضي مـن محكـوم بـه يوافق الشريعة وإلا لا يعتبر حكماً.

ويتّجه على تعريف ميّارة على وجاهته أنّه لا يشمل حكم المحكَّم، إذ قيـد الحكـم بما يصدر عن القاضي، كما أن إيراد قيد موافقة الحكـم للشـرع لا يدخـل في ماهيتـه، صحيح أن كل الأحكـام والأعمـال يجـب أن تكـون موافقـة للشـريعة ولكـن الموافقـة والمخالفة لا تدخل في حقيقة الحكم.

---

(١) هو العلامة أبو بكر محمّد بن محمّد بن عاصم الغرناطي، أصولي، فقيه، محدّث تتلمـذ علـى يـد الإمـام الشاطبي وابن الحاج والتلمساني وغيرهم، من تصانيفـه: تحفـة الحكـام في نكـت العقـود والأحكـام، اختصار الموافقات، أرجوزة في النحو وفي الفرائض والقراءات، ت٨٢٩هـ، انظر: ابن مخلوف:شجرة النور الزكية ص٢٤٧.

(٢) شرح ميّارة على التحفة ٨/١.

### ٤- تعريف العلامة الدردير[١]:

عرّف العلامة الدردير الحكم بأنّه: "الإعلام على وجه الإلـزام"[٢] وهـذا التعريـف راجع إلى تعريف الدردير نفسه للقضاء في الاصطلاح الشرعي وبعبارة أوضـح نقـول: إن هذا التعريف إنما هو شرح وبيان لكلمة "حكم" الواردة في تعريف القضـاء[٣] كمـا سيظهر جليّاً فيما يلي:

عرّف الدردير القضاء بقوله: "هو حكم حاكم أو محكّم بـأمر ثبـت عنـده كدين وحبس، وقتل،... إلى أن قال: "ليرتب على ما ثبـت عنـده مقتضـاه أو حكمـه بذلـك المقتضى"[٤].

وعلى ذلك فالقضاء هو "حكم حاكم أو محكّم بأمر ثبـت عنـده.... أمّـا الحكـم فهو "الإعلام على وجه الإلزام يصدر من حاكم أو محكّم بأمر ثبت عنده"[٥]؟.

وحتى يكتمل التعريف يضاف إليه قوله: "ليرتّب على مـا ثبـت عنـده مقتضـاه أو حكمه بذلك المقتضى"[٦].

**وبتحليل التعريف نجد أنّه يتضمّن العناصر التالية:**

**أولاً**: الإلزام.

**ثانياً**: مصدر الحكم من حاكم أو محكّم.

**ثالثاً**: ارتباط الإلزام بما ثبت لدى الحاكم من وقائع كالدين والقتل وغيرها...

---

(١) هو العلامة أحمد بن محمّد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهري فقيه، صوفي، من تصانيفه: أقرب المسالك، وشرحه له الصغير والكبير، ت ١٢٠١هـ، انظر: ابن مخلوف: شـجرة النـور الزكيـة ص٣٥٩.

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ١٨٧/٤.

(٣) انظر: الصاوي: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مطبوع بهامش الشرح الصغير ١٨٧/٤.

(٤) الشرح الصغير ٢٨٦/٤.

(٥) هذا التعريف بهذا الشكل إنما هو تجميع لما قيل سابقاً من تعريف للقضاء والحكم.

(٦) الدردير: الشرح الصغير ١٨٦/٤.

وينقص هذا التعريف عدم إيراده لفصل الخصومة وهي أساس الأحكام القضائيّة، فالإعلام الملزم المتعلق بالثبوت إنما هو متحصل عن فصل الخصومة التي عُرضت أمام القضاء.

**ثالثاً: تعريف الشافعية للحكم القضائي:**

## ١- تعريف شيخ الإسلام زكريا الأنصاري[١]:

عرّف شيخ الإسلام الأنصاري الحكم بقوله: "أمّا الحكم ويعبّر عنه بالقضاء والمراد به الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية" وهو "إلزام من له الإلزام بحكم الشرع"[٢].

وهذا التعريف ذكره كثير من الشافعية باعتباره تعريفاً للقضاء، فالحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية -كما قال ابن عبدالسلام-[٣] : هو "إظهار حكم الشرع في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه"[٤].

ويتّجه على تعريف الأنصاري وكذلك ما في معناه كقول ابن عبدالسلام المذكور عدم إيرادهما لخصوصية الحكم القضائي وماهيته، صحيح أن الحكم فيه إلزام وهو يصدر من صاحب ولاية عامّة، ولكن الحكم أيضاً يصدر من المحكَّم وولايته ليست عامّة بل خاصّة وجزئية، كما أن فصل الخصومة الذي يعتبر أساس الحكم القضائي -

---

(١) هو الإمام زكريا بن محمّد بن أحمد الأنصاري، الشافعي، عالم، فقيه، شافعي، له مشاركة في الفرائض والتفسير والقراءات والتجويد والحديث والتصوّف والنحو والمنطق، تولّى القضاء في القاهرة، من تصانيفه: حاشية على تفسير البيضاوي، شرح منهاج الوصول في الأصول، شرح صحيح مسلم، اختصار منهاج النووي وشرحه للمختصر وغيرها، ت٩٢٥هـ، انظر: الشوكاني: البدر الطالع ٢/٢٥٢-٢٥٣.

(٢) عماد الرضا ببيان أدب القضا لشيخ الإسلام الأنصاري (مخطوط، ورقة ١٤أ).

(٣) هو الإمام عز الدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي الدمشقي، الملقّب بسلطان العلماء وبائع السلاطين، من أكابر فقهاء الشافعية، من تصانيفه: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مختصر نهاية المطلب للجويني، ت٦٦٠هـ، انظر: ابن هداية الله الحسيني: طبقات الشافعية ص٢٢٢.

(٤) المناوي: شرح عماد الرضا ١/٢٢٨.

كما قلنا سابقاً- ليس وارداً في التعريف.

**٢- تعريف الإمام ابن حجر الهيتمي[١]:**

الحكم القضائي عند الإمام ابن حجر هو "ما يصدر من متول عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص"[٢] فقوله: "ما يصدر" يقصد به وسائل التعبير عن الحكم القضائي من قول أو فعل كالكتابة مثلاً.

وقوله: "من متول عموماً وخصوصاً" يقصد بذلك الشخص الذي يصدر الحكم وصفته من قاض أو حاكم، أو محكّم، وبذلك تندرج الولايات جميعها سواء أكانت ولاية عامّة أم خاصّة.

وقوله: "راجعاً إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء" يقصد به أن يكون الحكم متعلّقاً بقضيّة رفعت للقاضي ليحكم فيها، ويكون حكمه كاشفاً للحق وليس منشئاً، فهو متعلّق بواقعة سابقة على القضاء، والإلزام الذي يتضمنه الحكم هو إلزام بشيء وقع قبل الحكم كالعقد ونحوه، **ويرجع وضع هذا القيد في التعريف لسببين:**

**الأول:** لبيان أن الحكم كاشف عن الحق وليس منشئاً، وأن الإلزام فيه سابق عليه.

**الثاني:** لإخراج ما يفعله القاضي من عقود وغيرها من دائرة الأحكام، فهذه العقود تنشأ عنها إلزامات مباشرة وجديدة وليست سابقة على الحكم، والله أعلم.

وقوله: "على وجه مخصوص" لعل المراد به أصول التقاضي والإجراءات من دعوى وبينات ونحوها.

ويتّجه على تعريف الإمام ابن حجر أنه يصدق على معظم أعمال القضاء وإن لم تتضمّن أحكاماً، إضافة إلى خلوّه من القيود التّي تميّز الحكم القضائي عن غيره

---

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) الفتاوى الكبرى الفقهية ١٩٨/٢.

كالفصل في الخصومات، مع ملاحظة أن ألفاظ التعريف لا يعرفُ المقصود منها إلا بالشرح والتفصيل ممّا يجعل الغموض يكتنف بعض فقراته.

**رابعاً: تعريف الحنابلة للحكم القضائي:**

**-تعريف البهوتي[1] للحكم:**

ذكر العلامة البهوتي تعريف الحكم في كتابين من كتبه، الأول: شرح منتهى الإرادات والثاني: كشاف القناع[2] **على النحو التالي:**

**أولاً**: قال في شرح المنتهى معرّفاً الحكم بأنّه: "فصل الخصومات" أو "الإلزام بحكم شرعي" وكان هذا التعريف منه شرحاً وتعقيباً على كلام صاحب المنتهى الذي قال عن الحكم بأنّه "الفصل"[3] فقط.

**ثانياً**: قوله في كشاف القناع عن متن الإقناع عند قول صاحب الإقناع عن الحكم بأنه "الإلزام بالحكم الشرعي" فأضاف البهوتي "وفصل الخصومات" ثم قال: "والحكم إنشاء لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام، أو للإباحة والإطلاق إن كان الحكم في الإباحة"[4] وقد مثل للأخير بحكم الحاكم ببطلان إحياء الأرض الموات وصيرورتها مباحةً لجميع الناس، وعزا هذا الكلام لابن قندس[5] من الحنابلة[6].

---

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) الكتاب الأول هو شرح منتهى الإرادات ويسمّى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، والمنتهى من تأليف العلامة ابن النجار الحنبلي، أما الكتاب الثاني فهو كشاف القناع عن متن الإقناع، ومتن الإقناع كتاب في الفقه الحنبلي من تأليف العلامة شرف الدين موسى الحجاوي، وكلا الكتابين من الكتب المعتدة المعمول بها عند الحنابلة.

(٣) انظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٨١/٣.

(٤) انظر: البهوتي: كشاف القناع ٢٨٠/٦

(٥) هو العلامة أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلي، الدمشقي، الحنبلي، عالم مشارك في الفقه والأصول والتفسير والعربية والمنطق، من تصانيفه: حاشية على المحرر، وحاشية على الفروع لابن مفلح، ت٨٦١هـ، انظر: السخاوي: الضوء اللامع ١٤/١١-١٥.

(٦) انظر: البهوتي: كشاف القناع ٢٨٠/٦.

وبالنظر فيما سبق من نقل عن العلامة البهوتي **يتّضح أن للحكم تعريفين عنده:**

**الأول:** "فصل الخصومات" وهذا التعريف يورد أساس وماهيّة الحكم، إلا أنه بهذه الصيغة يحتاج إلى ما يقيّده ويوضّحه أكثر، فلم يذكر من يصدر الحكم، ولا ما يكون به الحكم صادراً من قول أو فعل.

**الثاني:** "الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومة" ويقصد البهوتي أن الحكم القضائي قد يكون فصلاً في خصومة بقرار ملزم يتضمّن حكماً شرعياً، وقد يكون أيضاً إلزاماً بالحكم الشرعي من غير خصومة، ومثّل لهذه الحالة بقوله: "كعقد رفع إليه -أي إلى القاضي- فحكم به بلا خصومة"[1].

ويتّجه على هذا التعريف أيضاً احتياجه لبعض القيود كسابقه، بالإضافة إلى أن الحكم بلا خصومة غير مسلّم من الناحيّة الواقعية، فإذا رفع إليه عقد مثلاً وحكم ببطلانه، فلا بدّ أن يكون هذا الحكم صادراً لصالح شخص وضد مصلحة شخص آخر، وهم أطراف العقد، وإلا أصبح الحكم شبيهاً بالفتوى. أمّا ما ذكره البهوتي من أن الحكم إنشاء للإلزام أو للإباحة، فهذا -والله أعلم- منقول عن الإمام القرافي من المالكيّة وقد مرّ ذكره في تعريف القرافي للحكم سابقاً[2].

**خامساً: تعريفات الفقهاء المحدثين للحكم القضائي:**

**١- تعريف الشيخ محمّد زيد الإبْياني[3]:**

عرّف الشيخ الإبياني الحكم بقوله: "الحكم هو الإلزام"[4].

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/٤٨١.

(٢) القرافي: الإحكام ص٣.

(٣) هو الشيخ محمّد زيد الإبياني، أزهري، درّس في كلية الحقوق المصرية، من تصانيفه شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (٣ أجزاء)، مباحث الوقف، مباحث المرافعات وصور التوثيقات الشرعية، شرح مرشد الحيران بالاشتراك مع أستاذ آخر، ت١٣٥٤هـ/١٩٣٦م، انظر: كحالة: معجم المؤلفين ١٠/١٢، الزركلي: الأعلام ٦/١٢٢.

(٤) مختصر مباحث المرافعات الشرعية ص١٠٢.

ولا يخص ما في هذا التعريف من قصور وإبهام، حيث إنه قد ذكر صفة واحدة من صفات الحكم القضائي، وهي الإلزام، وبذلك لا يتميّز الحكم عن غيره ممّا يشترك معه بهذه الصفة، فالحكم الشرعي ملزم، وحكم الحاكم العام (السلطان) ملزم، والقرار الإداري ملزم أيضاً، فالتعريف غير جامع ولا مانع.

## ٢- تعريف الشيخ علي محمود قراعة[١]:

وقد عرّف رحمه الله الحكم بأنّه "ما يصدر من القاضي لإفادة لزوم الحق وثبوته"[٢].

فقوله: "ما يصدر عن القاضي" يقصد به القول والفعل اللذين يصدرهما القاضي للدلالة على الحل الذي وقع في نفسه للنزاع القائم أو للدلالة على ثبوت الحق حيث إن "ما" من صيغ العموم كما هو مقرّر عند الأصوليين[٣].

و"القاضي" هو المباشر لإصدار الحكم، أمّا قوله: "لإفادة لزوم الحق وثبوته" فيتضمّن صفة الإلزام في الحكم القضائي، كما يتضمّن مسألة الثبوت أيضاً، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها خصومة كالإقرارات التي تحدث بين يدي القاضي.

يتجه على تعريف الشيخ قراعة أنّه لم يذكر صفة الحكم الأصليّة وهي فصل الخصومة، والإقرارات التي تحدث بين يدي القاضي لا تعتبر أحكاماً وإن اكتسبت قوة الحكم، لأن الحكم لا بدَّ له من خصومة ودعوى.

كما يتّجه على التعريف أنّه لا يشمل حكم المحكَّم، وهو حكم بالمعنى الصحيح إذا وجد بشروطه.

---

(١) الشيخ علي قراعة، عالم مصري، تخرج من مدرسة القضاء الشرعي، تولّى رئاسة المحكمة الشرعية العليا، من مؤلفاته: الأصول القضائية، مذكرة التوثيقات الشرعية، ت١٩٦٩م (الباحث).

(٢) محمود قراعة: ملخص الأصول القضائية ص٢٣٤.

(٣) انظر في صيغ العموم: فتحي الدريني: المناهج الأصوليّة ص٥١٢.

**٣- تعريف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي[١]:**

وقد عرّف أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي الحكم القضائي بقوله: "هو فصل الخصومة وحسم النزاع بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام"[٢].

وهذا التعريف جيّد، وفيه من محددات الحكم ما يجعله مختلفاً عن التعريفات التي سبقته، كفصل الخصومة، والإلزام، وذكر مباشر إصدار الحكم وهو القاضي، ثم فيه ما يكون به الحكم صادراً من القول والفعل.

إلا أن هذا التعريف لا يدخل فيه حكم المحكَّم، كما لايشمل الحكم الضمني[٣]، وهو من الأحكام القضائية التي اعتدّ بها عدد من الفقهاء.

**٤- تعريف الدكتور عبدالرحمن القاسم[٤]:**

**للدكتور القاسم تعريفان للحكم القضائي:**

**التعريف الأول**: وقال فيه: إن الحكم القضائي هو "ما يصدر من القاضي قولاً أو فعلاً، أو ضمناً، يلزم بإعطاء شيء، أو بالامتناع عن شيء، أو بتقرير واقعة معينة"[٥].

وهذا التعريف جيّد عموماً ويختلف عمّا سبقه من تعريفات **ولكن يلاحظ عليه ما يلي:**

أ- أنّه عبّر عمن يصدر الحكم بالقاضي فقط، في حين أن المحكَّم قد يصدر الحكم القضائي كالقاضي وبالتالي التعريف لا يشمل المحكَّم.

ب- لم يتضمّن التعريف أساس الأحكام القضائية ألا وهو فصل الخصومة،

---

(١) هو د. وهبة مصطفى الزحيلي (معاصر) أستاذ في الفقه والأصول، حاز على درجة الدكتوراه من الأزهر عام ١٩٦٢، من مصنفاته: آثار الحرب في الفقه الإسلامي، الفقه الإسلامي وأدلته (٨مجلدات)، أصول الفقه الإسلامي (٢م)، نظرية الضرورة الشرعية (١م) وغيرها (الباحث).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٧٨٥.

(٣) انظر: أحكام الحكم الضمني في هذه الرسالة.

(٤) هو الدكتورعبدالرحمن عبدالعزيز القاسم (معاصر) من مصنفاته: النظام القضائي في الإسلام، الإسلام وتقنين الأحكام الشرعية (الباحث).

(٥) النظام القضائي الإسلامي ص٦٤.

فالقول أو الفعل اللذين يصدرهما القاضي لا بدّ وأن يكونا متعلقين بخصومة رفعت للقضاء استلزمت ذلك القول أو الفعل.

جـ- تضمن التعريف المحكوم به وهو "إمّا إعطاء شيء أو الامتناع عن شيء..... هذان الأمران هما من عناصر الإلزام في قانون المعاملات، وبالتالي الأحكام الجنائية التي تتضمن إيقاع العقوبة على المحكوم عليه غيرُ داخلة في التعريف.

د- بقي أن نشير إلى أن هذا التعريف هو الذي تفرد بذكر الحكم الضمني وهو ما يتعلق بقوله "ضمناً" و "بتقرير واقعة معيّنة" وتقرير الواقعة يشمل الثبوت كثبوت النسب، ويشمل الأحكام الضمنية غير الصريحة.

**التعريف الثاني**: وقال فيه: إن الحكم القضائي هو: كلُّ قرار تتخذه هيئة قضائية تدخلت في منازعة بين خصمين فأكثر رفعت إليها بموجب نظام الدولة القضائي"[1].

وهذا التعريف وإن كان فيه بعض العناصر المهمّة لتمييز الحكم عن غيره، إلا أنّه يوسع من فكرة الحكم القضائي ليشمل كل ما يصدر من قرارات أثناء نظر الدعوى ممّا لا يعتبر حكماً قضائياً بالمعنى الدقيق.

إضافة إلى ذلك أن التعريف ذكر قيداً لا يدخل في ماهيّة الحكم في شيء وهو: المنازعة للقضاء بموجب نظام الدولة القضائي.

### ٥- تعريف الأستاذ الدكتور محمّد نعيم ياسين[2]:

وقد عرّف الحكم القضائي بأنّه "فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام"[3].

---

(١) عبدالرحمن القاسم: النظام القضائي الإسلامي ص٣٤٣.

(٢) هو الدكتور محمّد نعيم عبدالسلام ياسين (معاصر)، أستاذ، وباحث حصل على الدكتوراه من جامعة الأزهر عام ١٩٧١، درس في الجامعة الأردنية وجامعة الكويت، من مصنفاته: نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات، الجهاد ميادينه وأساليبه، الإيمان (الباحث).

(٣) محمّد نعيم ياسين:نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات ٢٠٣/٢.

ويعتبر هذا التعريف من أهمّ ما كتب من تعريفات للحكم القضائي ففيه العناصر التي تحدّد ماهيّة الحكم كفصل الخصومة، ثمّ فيه مباشر الحكم كالقاضي ومن في حكمه، بالإضافة إلى صفة الإلزام في الأحكام القضائية التي تميّزها عن الفتاوى، غير أن الحكم الضمني لا يدخل ضمن هذا التعريف على وجاهته.

وبالنظر والتدقيق في التعريفات المتقدمة نجد أن بعضها قد اتفق في عنصر معيّن من عناصر الحكم وركّز على إظهاره، وبعضها الآخر قد اتّفق في أكثر من عنصر، فالنص على عنصر الإلزام في الحكم القضائي اتفق على إيراده والتركيز عليه في التعريف كل من: ابن الغرس، القرافي، ابن عرفة، ميّارة، الدردير، زكريا الأنصاري، البهوتي، ومن المحدثين: الإبياني، علي قراعة، الزحيلي، القاسم، محمّد نعيم.

أمّا النصّ على عنصر فصل الخصومة فقد أورده كل من: مجلة الأحكام العدلية، البهوتي، ثم الزحيلي والقاسم ومحمد نعيم من المحدثين.

أمّا النّص على الشخص الذي يَصْدُرُ الحكمُ عنه وصفته فقد أوردته تعريفات كلٌّ من: ابن حجر الهيتمي، زكريا الأنصاري، الدردير، ابن عرفة، مجلة الأحكام العدلية ثم علي قراعة، والزحيلي والقاسم في تعريفيه، ومحمد نعيم من المحدثين.

ويتبيّن لنا من اتّفاق التعريفات أو بعضها في إيراد عنصر معيّن، أنه عنصر مهم يجب عدم إغفاله في تعريف الحكم القضائي وبيان معناه.

**سادساً: التعريف المختار للحكم القضائي:**

بناء على ما تقدّم عرضه من تعريفات السادة الفقهاء المتقدّمين والمتأخرين، وما وجّه إليها من نقد واعتراض، وتمشياً مع حقيقة الحكم القضائي **فإنّي أضع التعريف التالي:**

"الحكمُ هو ما يصدرُ عن القاضي ومَنْ في حُكمِهِ، فاصلاً في الخصومةِ، متضمناً إلزامَ المحكوم عليه بفعلٍ، أو بالامتناع عن فعلٍ، أو إيقاعَ عقوبة على مستحقّها أو

تقريرَ معنى في محلّ قابلٍ له".

وقد وقع الاختيار على هذا التعريف بالاستمداد ممّا ذكر من تعريفات سابقة، ولأنّه بهذه الصيغة يتجنّب الانتقادات الموجّهة لسابقيه.

**شرح مفردات التعريف:**

أ- "ما يصدر" يشمل القول والفعل ممّا يعبر بهما عن صدور الحكم القضائي وظهوره إلى حيّز الوجود.

ب- قوله "عن القاضي ومَنْ في حكمه" يشملُ كلَّ شخص تتوافر فيه صفة إصدار الحكم القضائي كالسلطان والقاضي والمحكَّم.

جـ- قوله: "فاصلاً في الخصومة" يتضمن ماهيّة الحكم القضائي وحقيقته، فالقضاء وجِدَ أساساً لفصل الخصومات وهو ما يتم بالحكم القضائي.

د- قوله: "متضمناً إلزامَ" فيه نصّ على صفة الإلزام في الحكم القضائي الذي يميزه عن الفتوى والاستشارة.

هـ- قوله: "إلزام المحكوم عليه بفعل أو بالامتناع عن فعل" يشملُ كلَّ الأحكام المدنيّة التي تتضمّن إجبار المحكوم عليه بالقيام بعمل معيّن، كأداءِ مبلغِ الدينِ أو القيامِ بتنفيذِ العقدِ المبرم بين طرفي الحكم، أما الامتناع عن فعل فهو يتضمن صور الالتزامات السلبيّة الواجبة على المحكوم عليه، سواء كانت ناتجة عن عقد، أو عن القانون والتشريع مباشرة، وذلك مثل عدم فتح النوافذ المطلّة على الجار، أو عدم قطع مجرى المياه ومنعها من الوصول إلى أرض المجاورين وهكذا.

و- قوله: "إيقاع عقوبة" يتضمّن الأحكام الجنائيّة كلّها، سواء أكانت قصاصاً أم حدّاً أم تعزيراً.

ز- قوله: "تقرير معنى في محل قابل له" يتضمّن مسائل الثبوت والإنشاءات التي تجري في مجلس القاضي، وتشمل ثبوتَ الصفاتِ والنسب وما شابهه، وكذلك يدخل

فيها الحكم الضمني؛ لأنه بتمثابة التقرير يستفاد من نص الحكم الصريح.

**موازنة بين التعريفات السابقة:**

وقبل أن ننتهي من الحديث على تعريف الحكم ينبغي الإشارة إلى علاقة التعريفات المتقدمة للحكم بعضها مع بعض إن كانت هناك علاقة، فبالنسبة لتعريف المناطقة والمتكلّمين للحكم وعلاقته بالتعريف اللغوي للحكم نجد أنه لاعلاقة بينهما، وأنَّ المناطقة قد أخذوا لفظ "الحُكم" ووضعوا له معنى اصطلاحياً مغايراً لمعناه في اللغة، بل لا يمّت إليه بصلة، وليس شرطاً أن يكون بين المعنى اللغوي والاصطلاحي أو المعنى الجديد علاقة، وإن كان الغالب وجودها.

أمّا الحكم عند الأصوليين والفقهاء فهو يرتبط شيئاً ما ببعض معاني الحكم في اللغة، ففي الحكم الشرعي يحصل العلم والفقه، وهما أحد معاني الحكم في اللغة، وكذلك يحصل بالحكم الشرعي-المتضمّن تكليفاً ملزماً- منعاً للمكلّف يقصد به إصلاحه بل صلاح دنياه وآخرته، وهذا مرتبط بأصل كلمة حكم في اللغة، والتّي وضعت لمنع يقصد به إصلاح كما مرّ، كما أن في الحكم الشرعي قضاءً عادلاً حيث تتضمّن الأحكام الشرعيّة أعدلَ قضاءٍ يحل به النزاعات والمشكلات.

وكذلك للحكم بمعناه الاصطلاحي عند الفقهاء والأصوليين ارتباط مع معنى الحكم عند المناطقة والمتكلمين، فقولنا مثلاً: "الصلاة واجبة" يتضمّن إسناد أمر إلى أمر وهكذا. مع العلم أن الأصوليين كثيراً ما يدرجون المنطق في مباحثهم، ويبنون عليه مسائل أصوليّة. أمّا الحكم بمعناه الاصطلاحي والقضائي فقد أخذ من معاني الحكم في اللغة معنى القضاء مطلقاً ثم المنع، وذلك أنّ القضاء في حقيقته هو الحكم، وهو الوظيفة الأصلية للقضاء، أمّا المنع فقد مرّ أن اللغويين قالوا: "يقال للحاكم حاكم، لأنّه يمنع الظالم من الظلم، ولأنه ينصف المظلوم، ويأخذ على يد الظالم، ويعيد الحقوق لأصحابها، ولا يتم ذلك إلا بالحكم. أمّا ارتباط الحكم في الاصطلاح القضائي بالحكم في اصطلاح المناطقة والمتكلمين فلأن الحكم القضائي قد يتضمّن إثبات أمر لأمر أو

نفيه عنه، وهذا من الحكم المنطقي، فالحكم باستحقاق المدعي للحق المتنازع عليه إثبات أمر لأمر إيجابياً، أمّا إذا حكم بردّ الدعوى أو تركها فيكون الحكم تجاه المدعي سلبياً وهو نفي استحقاقه للشيء.

والحكم القضائي في ذاته إنّما يستند إلى الحكم الشرعي فالقاضي يلزم الخصومَ بالحكم الشرعي، وكثير من الفقهاء قالوا بأن الحكم هو الإلزام بالحكم الشرعي.

كما أن الحكم أيضاً بالإضافة إلى استناد القاضي فيه إلى الحكم الشرعي يتضمّن أحياناً حكماً وضعيّاً أو تكليفيّاً، كالوجوب والحرمة أو السببيّة والمانعيّة، وكذلك قد يتضمّن الإلزام بآثار عقد أو تصرف معيّن، وسيأتي مزيد بحث لهذه المسألة في فصل أنواع الأحكام القضائية.

## الفرع الثاني

## تعريف الحكم في الاصطلاح القضائي في القانون

لم يتعرّض قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني[1] ولا قانون أصول المحاكمات الشرعية[2] لتعريف الحكم القضائي، وكذلك الأمر في تشريعات الدول العربية[3] أيضاً، وذلك لأن القوانين تهتمّ بالتنظيم وتحديد المراكز القانونيّة أكثر من الاهتمام

---

(١) قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ منشور في الجريدة الرسميّة في العدد ٣٥٤٥ بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢ على الصفحة ٧٣٥-٨١٦، وقد حل هذا القانون محل قانون أصول المحاكمات الحقوقية الملغى رقم (٤٢) لسنة ١٩٥٢ وما طرأ عليه من تعديلات.

(٢) قانون أصول المحاكمات الشرعية هو القانون الذي تطبقه المحاكم الشرعيّة في إجراءات التقاضي لديها، وهو القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٥٩ منشور بالعدد ١٤٤٩ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٩/١١/١.

(٣) ومن ذلك مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية فهي لم تتعرض لتعريف الحكم كغيرها من تشريعات الدول العربية.

بتحديد التعريفات، وإنّما ترك أمر التعريفات للفقه والقضاء، وهو بالتالي يتيح لكتّاب وشرّاح القانون والقضاة والمحامين مجالاً واسعاً للاجتهاد في وضع التعريفات.

إلا أنّ التشريعات الإجرائيّة قد تتّخذ مسلكاً في الحديث عن الأحكام يتّضح من خلال دراسته مراد تلك التشريعات من إطلاقها لفظ الحكم، أو استخدامها لمصطلحات معيّنة؛ لتعبّر عن الحكم القضائي، أو عمّا يصدر عن القضاء من قرارات.

**الاصطلاحات المستخدمة في القانون للدلالة على الحكم:**

بالنظر في نصوص قانون أصول المحاكمات المدنيّة الأردني يتّضح لنا أن المشرّع لم يلتزم منهجاً واحداً في إطلاقه للمصطلحات الدالة على الحكم.

ففي المادة (١٢) مثلاً يطلق مصطلح "القرار" على ما تتخذه المحكمة لإجراء التبليغ بطريق الإلصاق على لوحة الإعلانات، ونشر الإعلان في الصحف المحليّة بعد تعذّر إجراء التبليغ وفق المواد السابقة للمادة (١٢)[1].

استخدم المشرّع لفظ "الحكم" في قرار المحكمة في الطلبات المستعجلة كما في الفقرة (٣) من المادة (٣٠) ولكن في الفقرة ( ٣ ) من المادة (٢٣) عاد وأطلق مصطلح القرار.

اعتبر المشرّع إسقاط المحكمة للدعوى بناء على طلب الخصم قراراً (م٤، فقرةأ، م١٢٤).

واعتبر المشرّع تقرير المحكمة إجراء الكشف والخبرة "قراراً" ولم يتحدّث القانون عن هذا العمل إلا وفق هذا المصطلح (م٨٣، فقرة ١، فقرة ٣، م٨٦، فقرة ١).

ويضاف إلى ذلك أن المشرّع أطلق القرار على معظم ما تصدره المحكمة أثناء سير القضيّة[2] ولم يطلق عليه مصطلح الحكم، وهذا اتجاه جيد ومستحسن، وذلك للتمييز

(١) تقول الفقرة (٢) من المادة ١٢ "إذا أصدرت المحكمة "قراراً" باتباع طريقة التبليغ هذه، فعلى الرغم ممّا ورد في هذا القانون يجب أن يعين في "القرار" المذكور موعداً لحضور المطلوب تبليغه.... إلخ.

(٢) انظر المواد ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧.

بين "الحكم" بالمعنى الدقيق، وبين غيره ممّا تصدره المحكمة، وهو في حقيقته مختلف عن الحكم، وإن كان يصدر تمهيداً لإصدار الحكم القضائي.

إلا أنَّ المشرّع الأردني قد جاء في المادة ١٧٠ معطياً توجيهاً وضّح فيه مراده بالحكم بالمعنى القضائي الدقيق، وإن كان قد أطلق مصطلح الحكم في المادة نفسها على كل ما تصدره المحكمة من قرارات وأحكام فيقول: "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلّها، وذلك فيما عدا الأحكام المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى" (م ١٧٠).

وكما هو واضح من نص المادة ١٧٠ نجد أن المشرّع **قد ميّز بين نوعين من الأحكام**.

**الأول**: ما يصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي به الخصومة.

**الثاني**: ما يصدر منهياً للخصومة كلّها.

وهذا التمييز له فوائد مهمّة تستلزم إعادة النظر في إطلاق مصطلح واحد على أشياء متغايرة.

وقد بيّن القضاء الأردني مراده بالحكم في قرار لمحكمة التمييز الأردنيّة صادر في ظل القانون الملغى جاء فيه "إنّ قانون أصول المحاكمات الحقوقيّة قد قصد بالحكم ذلك الحكم الذي يفصل بالنزاع"[1].

ويتبيّن من ذلك أن القضاء قد قصر معنى الحكم على القرار الذي تفصل به الخصومة فقط.

أمّا في ظل القانون الجديد فلا يسوغ هذا الاجتهاد في تفسير الحكم، **ويكون**

---

(١) انظر: تمييز الحقوق ٨٤/٧٣٠ صفحة رقم٨٣٤، المبادىء القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ٥٤، القسم الأول ص٦٤٧.

**الحكم نوعين:**

**الأول**: أحكام منهية للخصومة، أي فاصلة في موضوع الدعوى، وبها تخرج الدعوى من عهدة المحكمة.

**الثاني**: أحكام لا تنهي الخصومة، وتكون عادة صادرة أثناء سير الدعوى.

وبالنسبة للقانون التونسي فهو يطلق مصطلح "حكم" على قرارات المحاكم الابتدائية والاستئنافيّة، سواء كانت تلك القرارات منهية للخصومة أو صادرة أثناء سير الدعوى، ويطلق مصطلح "قرار" على ما تصدره محكمة التعقيب، وقد التزم المشرّع التونسي هذا المسلك في جميع مواد مجلّة المرافعات.

أمّا القانون الفرنسي فهو يطلق مصطلح "jugement = حكم" على أحكام محاكم الدرجة الأولى الابتدائية مدنيّة أو تجاريّة، ومصطلح "arrete = قرار" على أحكام محاكم الاستئناف والتمييز (التعقيب)، أي المحاكم العليا بوجه عام، ومصطلح "ordannance = أمر" على الأحكام الاستعجالية والعمل الولائي، ومصطلح "sentence" على أحكام المحكّمين[1]، والقانون الفرنسي بذلك يكون قد اتّخذ منهجاً محدّداً وواضحاً في استخدامه للمصطلحات الدالة على القرارات الصادرة عن المحاكم على اختلاف أنواعها، بخلاف الوضع الذي عليه القانون الأردني.

أمّا تعريف الحكم وتحديد مدلوله عند القانونيين فقد اختلفوا وذهبوا في ذلك إلى **عدّة آراء نجملها بما يلي:**

**الرأي الأول**: ويذهب إلى أن الحكم هو "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختّصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان

---

(١) انظر في ذلك: Erzog, Peter: Procedure in France. p413. 677

فتحي والي: قانون القضاء المدني الكويتي، هامش ص ٣٥٨، أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات ص ٣٢ هامش ، ضياء شيت خطاب: فن القضاء ص ٨٤، محمد عنبر: الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية ٥/٧٤.

صادراً في موضوع الخصومة، أو في شقّ منه، أو في مسألة متفرّعة عنه[1].

**ووفق هذا الرأي يتميّز الحكم بشيئين:**

**الأول**: أنه صادر من هيئة قضائيّة، وبالتالي ما يصدر عن هيئة غير قضائيّة لا يعتبر حكماً.

**الثاني**: أنّه صادر في خصومة، أي باستناد الهيئة القضائية إلى سلطتها القضائيّة، فيكون ما تصدره الهيئة مستندة فيه إلى سلطتها الولائيّة ليس حكماً[2].

والقرار يعتبر حكماً طبقاً لهذا الرأي، سواء كان صادراً في موضوع الخصومة، أو في شقّ منه، أو في مسألة متفرّعة عنه.

**الرأي الثاني**: ويرى أن الحكم يراد به كل ما يصدر عن القضاء، سواء كان متعلقاً بخصومة أم لا، وهذا الرأي يوسع من نطاق الأحكام القضائيّة إلى حد كبير[3] بحيث تدخل الأعمال الولائية ضمن نطاق الحكم القضائي، وهذا ما ترفضه قواعد قوانين الإجراءات.

**الرأي الثالث**: وعنده الحكم هو القرار الصادر عن جهة قضائيّة للفصل في المنازعات وفق قواعد المرافعات[4]، وهذ الرأي يضيق من نطاق الحكم ويقصره على الفصل في الخصومة، وهو اتجاه جيّد ينحو بالحكم إلى العمل الأساسي للقضاء وهو

---

(١) أبو الوفا: نظرية الأحكام، ص٣٢.

(٢) الأعمال الولائية هي التي يستند فيها القاضي إلى ولايته كموظف عام، أما الأعمال القضائية فهي التي يستند فيها إلى ولايته كقاضي، انظر: محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات، ص١٠، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، سنة ١٩٨٢-١٩٨٣.

(٣) يقول محمّد حامد فهمي في كتابه المرافعات: "يشمل الحكم بمعناه الواسع كل القرارات التي تصدرها المحاكم في خصومة أو غير خصومة، ولو لم تكن فاصلة في نزاع كالحكم بالتصديق على الصلح أو إثبات تنازل خصم عن دعواه، أو إقراره بدعوى خصمه، وكالحكم بمرسى مزاد العقار على مشتريه، وكالأوامر على العرائض. المرافعات ص٦٠٨.

(٤) انظر: عبدالباسط جميعي ومحمد محمود إبراهيم: مبادىء المرافعات في قانون المرافعات الجديد والقوانين المعدّلة له ص٦٠١، محمّد حامد فهمي: المرافعات ص٦٠٨.

الفصل في الخصومات.

**الرأي الرابع:** ويعرّف الحكم بأنّه: "كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيّاً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وأياً كان مضمونه"[1].

ووفق هذا التعريف تخرج الأعمال الولائيّة من نطاق الأحكام.

**التعريف المختار للحكم في القانون:**

بالنظر إلى التعريفات السابق ذكرها أرى أن أفضل تعريف يصدق على الحكم القضائي هو الذي يعرّفه بأنه: "القرار الصادر من هيئة قضائية الفاصل في النزاع أو المقرّر لواقعة معيّنة وفق إجراءات معيّنة".

وبذلك يقترب تعريف الحكم في القانون مع تعريفه في الشريعة، والذي يؤيد اختيار هذه التعريف أنه ينص على الوظيفة الأساسيّة للسلطة القضائيّة، وهي فصل الخصومات وإنهاء المنازعات، أمّا ما يصدر عن المحكمة أثناء سير الدعوى ولا تفصل به الخصومة، فإن إطلاق مصطلح حكم عليه يكون من قبيل التجاوز لا الحقيقة. أمّا المحكَّم فحكمه داخل في التعريف؛ لأنّه يصدر بعد تصديق المحكمة له واعتمادها إيّاه، فهو بمثابة الحكم الصادر من هيئة قضائية.

---

(١) انظر: فتحي والي: قانون القضاء المدني الكويتي ص٣٥٨، وعزمي عبدالفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ص٨٥.

# الفصل الثاني

## ماهيـــة الحكم القضـــائي

المبحث الأول: ماهية الحكم القضائي وركنه.

المطلب الأول: ماهية الحكم

المطلب الثاني: ركن الحكم القضائي

المبحث الثاني: التصرّفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً:

المطلب الأول: في رأي فقهاء الشريعة

المطلب الثاني: في رأي القانون الوضعي

المبحث الثالث: تمييز الحكم القضائي عن الفتوى وحكم المحكّم والقرار الإداري.

## المبحث الأول

## ماهية الحكم القضائي وركنه

### المطلب الأول

### ماهيــة الحكم القضـــــائي

بعد أن تعرض القضيّة على القاضي وينظر فيها بدءاً مـن الادعـاء وحتـى اسـتيفاء جميع متطلبات الحكم، من تصحيح للدعوى إذا كانت غير صحيحة، ومن عرض أدلـة الإثبات، وطلب المدعي الحكم، وغير ذلك من الإجراءات، إلى أن تصـل الدعـوى إلى مرحلة إصدار الحكم فيها، ففي هذه الحالة يكون القاضي قد كوّن رأياً في نفسـه يحـلّ به النزاع، ويفصل به الخصومة، هذا الرأي الذي كوّنه، أو لنقل هذا الحل الذي تكوّن لدى القاضي و لم يفصح عنه بعد هو ما يقال له الحكم في مرحلته الأولى، قبل ظهـوره وإعلانه للخصوم وللنّاس.

وتطبيقاً لذلك قال الفقهاء عن الحكم إنّه إلزام نفساني، أي أنّه أمـر قـائم بـالنفس لا باللسان، وأول من قال بذلك الإمام العزّ بن عبدالسلام[1] الذي عرّف الحكـم بأنّـه "الإلزام النفساني المستفاد من جهة الولاية"[2]، وتبعه في ذلـك الإمـام القـرافي المـالكي الذي يقول مستدلاً علـى أنّ حكـم الحـاكم نفسـاني لا لسـاني: "إنّـه إذا حكـم -أي القاضي- فتارة يخبر عنه -أي عن حكمه- بلسانه فيقـول: أشـهد علـى أنّـي حكمـت بكذا، وتارة يُسأل عن ذلك فيشيرُ برأسه، وغير ذلك ممّا يفهم عنـه أنّـه حكـم، وتـارة

---

(١) تقدمت ترجمته .

(٢) انظر: شهاب الدين الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٥/٨، سليمان الجمل: حاشية الجمل على شـرح المنهـج ٣٥٠/٥.

يكتب به إلى حاكم آخر، أو مكتوباً للشهود، فيقول: اشهدوا على مضمونه، أو يبعث بمكتوب الحاكم إلى الإقليم الآخر من غير عبارة ولا إشارة، ويكون ذلك دليلاً على أن حكمه غير لفظه وكتابته وإشارته، وما ذلك إلا الكلام النفساني، وما عداه دليل عليه، كسائر ما قام بالنفس من الأحكام والأخبار وغيرهما، فظهر أن حكم الحاكم نفساني لا لساني"[1].

وقد أولى الفقهاء مسألة الأمر النفساني عناية كبيرة حتّى إن بعضهم قد اعتبر إصدار القاضي للحكم في نفسه مكتسباً للحجيّة المطلقة للحكم. وممن قال بذلك الإمام ابن عبدالسلام الذي يقول: "إذا حكم - أي القاضي- في نفسه في مختلف فيه لم يتأثر بنقض مخالف له"، وكلامه هذا خطيرٌ لم يقرّه عليه فقهاء الشافعيّة، كابن حجر الهيتمي مثلاً الذي عقب على قول ابن عبدالسلام بقوله: "وظاهر كلامه أنّه بعد حكم المخالف يقبل ادعاؤه ذلك الحكم؛ لأنّه لا يعرف إلا من جهته وفيه نظر، والذي يتجه أنّه إن كان أشهد به قبل حكم المخالف لم يعتدَّ بحكم المخالف وإلا اعتدّ به"[2].

وهذا يدّل أيضاً على أن الحكم أمر قائم بالنفس لا باللسان، وأنه قد يصدره ويشهد عليه فوراً فيعتبر صدوره والإشهاد عليه مقترنين[3]، وقد يصدره ويتأخر في الإشهاد عليه مدّة زمنيّة طويلة، ولا يؤثر ذلك على صدوره، المهم إثبات صدوره وإعلانه إلى حيّز الواقع الملموس.

---

(١) انظر: القرافي: الإحكام ص٨.

(٢) انظر: ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٩/٤، الرشيدي: حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج ٢٤٥/٨، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٥/٨، الجمل: حاشية الجمل على شرح المنهج ٣٥٠/٥، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٠/١.

(٣) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام ٩٤/١.

## المطلب الثاني

## ركن الحكم القضائي

ركن الشيءِ، جانبه الأقوى، وجمعه أركان وأركُن، والركن: الناحية القويّة، ومدار الركن في اللغة على الجانب القوي من الشيء الذي به قوامه وعليه استناده[1].

أمّا في الاصطلاح الفقهي، فالركن: ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته[2].

وركن الحكم القضائي هو مايدّل عليه من قول أو فعل[3]، فيقال للقاضي إنّه حكم بكذا، بأي فعل يصدر عنه يفيد إلزام المحكوم عليه بالحقّ للمحكوم له، وهذا عند من يقول بأن الفعل قد يدل على الحكم، أمّا من يقول باشتراط الصيغة القوليّة يكون الحكم صادراً بقول القاضي: حكمتُ أو ما يقوم مقامها[4].

وهذا كله جار على اصطلاح الحنفيّة في الركن، وهو هنا الصيغة فقط، أمّا القاضي والدعوى وغيرهما فمستلزمات تابعة للصيغة سيأتي الحديث عنها عند الحديث عن مقوّمات الحكم القضائي.

---

(١) الجوهري: الصحاح تاج اللغة ٢١٢٦/٥، ابن منظور: لسان العرب ١٨٠/١٣.

(٢) وهذا التعريف جار على مصطلح الحنفيّة في الركن، وعند الجمهور فالركن هو ما يتوقف عليه أساساً وجود الشيء وإن كان خارجاً عن ماهيته، انظر: الجرجاني: التعريفات١١٧، الفيومي: المصباح المنير ٢٣٧/١، ٢٣٨، الزرقا: المدخل الفقهي العام ٣٢١/١، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٥٤/١.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٧/٦.

(٤) الطحطاوي: حاشية الطحطاوي على الدر المختار ١٧٢/٣، علي قراعة: الأصول القضائية ص٢٩٦.

## المبحث الثاني

## التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً

### المطلب الأول

### التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً في رأي فقهاء الشريعة

تعرض على القضاء أمور كثيرة، ومسائل متنوعة فيصدر بشأنها أحكاماً أو قرارات، وقد يعهد إلى القضاء القيام بتصرّف أو عمل معيّن لاعتبارات خاصّة في القضاء. وبالتالي نجد أن من تصرفات القضاء ما اتفق الفقهاء على اعتباره حكماً، ومنها ما اختلفوا فيه، وفيما يلي أحكام هذه المسائل:

**أولاً: فصل الخصومات:**

أو ما يسمّى بالأعمال القضائية، وذلك لأن الوظيفة الأساسية للقضاء هي فصل الخصومات، يقول العلامة ابن خلدون[1] عن القضاء إنه "منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع..."[2]، ويتضّح العمل القضائي وإظهار الوظيفية الأصليّة للقضاء من استعراض تعريفات الفقهاء للقضاء، فالحنفية يعرفونه بأنه

---

(١) هو عبدالرحمن بن محمّد بن محمّد المعروف بابن خلدون، عالم عصره، أديب، مؤرخ، يعتبر مؤسس علم الاجتماع، تقلّد القضاء، من مصنفاته: كتابه التاريخ المسمى بالعبر وديوان المبتدأ والخبر...، وقدم له بمقدمة تعرف بمقدمة ابن خلدون، ت٨٠٨هـ، انظر: السخاوي: الضوء اللامع ١٤٥/٤-١٤٩.

(٢) ابن خلدون: المقدمة ص٢٢٠.

"فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص"[1]، والحنابلة يعرّفونه بأنّه "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات"[2]، والذي يصدره القضاء فاصلاً في الخصومة يعتبر حكماً بالإجماع، دونما خلاف يذكر، والخصومات المذكورة هنا ليس المقصود بها خصومات المعاملات أوالأحوال الشخصية فحسب، بل كل أنواع الخصومات من جنايات وحدود ومعاملات وغيرها.

**ثانياً: الأعمال الولائية التي تدخل في اختصاص القضاء:**

الأعمال الولائية هي أعمال لا تدخل حسب طبيعتها في ولاية القضاء الأصلية، أي أنها أعمال لا تتعلق بنزاع معيّن، وبالتالي فهي أعمال من الممكن أن يقوم بها القضاء أو رجال الإدارة، ويستند القاضي في عمله الولائي إلى ولايته كموظف عام، أمّا في العمل القضائي فهو يستند إلى سلطة القضاء[3].

وقد لاحظ ابن خلدون هذه الأعمال الولائيّة، وأنّها في الأصل ليست من وظيفة القضاء، فقال: "إلا أن القاضي إنّما كان له في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط، ثم دفع لهم بعد ذلك أمور أخرى على التدريج بحسب اشتغال الخلفاء والملوك بالسياسة الكبرى، واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامّة للمسلمين، بالنظر في أموال المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفلسين وأهل السفه، وفي وصايا المسلمين وأوقافهم، وتزويج الأيامى عند فقد الأولياء.... إلخ"[4].

وقد اختلف الفقهاء وكذلك القانونيون في هذه الأعمال هل تعتبر أحكاماً وأعمالاً قضائية لها ما للأحكام من حجيّة، أم هي أعمال إدارية ليست لها صفة الأحكام ولا تجوز حجيّتها؟ ذلك ما سنبحثه في النقاط التالية:

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار ٣٥٢/٥.

(٢) البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣.

(٣) محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات المدنيّة ص١٠.

(٤) ابن خلدون: المقدمة ص٢٢١.

**الأعمال الولائية ورأى فقهاء الشريعة فيها:**

للقضاء تصرفات كثيرة -غير فصل الخصومات- اختلف الفقهاء في بعضها، واتفقوا في بعضها الآخر أنّه ليس بحكم، مثل تأمير الأمراء على الجيوش، وعقد الجزية والصلح مع غير المسلمين، وغيرها من التخصصّات التي لا تضاف إلى القضاء إلا عند الضرورة القصوى، ولأسباب غير عادية، أما الأعمال التي يقوم بها القضاء عادة، واستقرّ العمل على أنّها من اختصاصاته، فهذه أضيفت إلى القضاء باعتبار أنّه أقدر على حمايتها، والقيام بشأنها، وأحرص من غيره، **وأجمل هذه الأعمال والاختصاصات بما يلي:**

**١- عقد العقود:** كالبيع والشراء في أموال اليتامى، والغائبين والمدينين، وتزويج من لا ولي لها من النساء، وما شابه ذلك، فهذه التصرفات اختلف فيها الفقهاء، فالحنفية والحنابلة[١] يرون أنّها أحكام قضائية، ولها ما للأحكام من حجية، وأيدهم المالكية في حالة واحدة، وهي إذا كانت هذه العقود والتصرفات تتوقّف على إبطال أو اعتماد تصرّف سابقٍ عليها، كأن يعقد على امرأة بعقد يستحق الفسخ، فيقوم القاضي بتزويجها من آخر، ففي هذه الحالة يعتبر المالكية التزويج الثاني الذي قام به القاضي حكماً بإبطال العقد الأول ضمناً[٢]، أمّا الشافعية والمالكية [٣] في غير الحالة المستثناة، فلم يعتبروا لقيام القضاء بهذه العقود أي حجيّة غير ما تكتسبه تلك العقود من قوة ملزمة في ذاتها، وهي ليست أحكاماً قضائيّة، فيجوز عرضها على غير مُصْدِرِها ونقضها، كما لو صدرت من مُصْدِر آخر ليست له أي صفة قضائية.

**٢- إثبات الصفات عند الحاكم:** كثبوت العدالة، والجرح، وأهليّة الأم للحضانة،

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٤٢٤/٥، الرملي: حاشية الرملي على جامع الفصولين ١٥/١-١٦، حاشية الطحطاوي على الدر المختار ١٧٣/٣-٢٠٤ -٢٠٦ ، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٧٤/٣، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩١.

(٢) القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام ص٥٠، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٧٣/١.

(٣) القرافي: الإحكام ص٥٠، الخطاب: مواهب الجليل ١٣٩/٦، الشيخ جعيط: الطريقة المرضية ص٢٤٦، تبصرة الحكام ٧٣/١، ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الكبرى١٩٩/٢.

أو أهليّة الوصيّة ونحو ذلك، **فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي.**

أ- باعتبار إثبات الصفات من قبيل الثبوت، فالحنفية والحنابلة يعتبرونها أحكاماً[1].

ب- أمّا الشافعية فقالوا: إن ثبوت الحقّ يعتبر حكماً بقبول البيِّنة[2] وتعديلاً لها، أي أن إثبات العدالة يعتبر حكماً يمنع القاضي الآخر من إعادة البيِّنة أمامه.

جـ- أمّا المالكيّة فقد ذهب القرافي وابن فرحون إلى عدم اعتبار إثبات الصفات أحكاماً[3].

إلا أن الراجح في المذهب اعتبارها أحكاماً فقد جاء في تعريف القضاء عند الإمام ابن عرفة أنه "صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح في عموم مصالح المسلمين"[4]، فقوله "ولو بتعديل أو تجريح" أي أن حكم القاضي يشمل التعديل والتجريح، وإذا لم يرض الخصم بالشاهدين إذا عدلا فقال القاضي: حكمتُ بتعديلهما، فإن شهادتهما تنفذ، وكذلك يقال في التجريح، وقد جاء في التعريف بالمبالغة لدفع ما يتوهّم من أن القاضي لا يحكم إلا في الأموال ونحوها لا بالتعديل والتجريح[5].

والذي يظهر أنّ إثبات الصفات يعتبر من قبيل الأحكام، وذلك لأن إثبات الصفة أو عدم إثباتها ينهي النزاع، والصفات تثبت لمدعيها عند توافر الشروط المستلزمة لإثباتها، ولا يمنع الحكم بإثباتها الآن من الحكم بعدم ثبوتها مستقبلاً إذا وجد مانع من إثباتها، والعكس صحيح، ولا يعتبر هذا نقضاً للحكم الأول، كما لا يعتبر مانعاً من تسجيل ثبوت الصفة إمكان تغيّرها في المستقبل، وذلك لضمان استقرار معاملات الناس في المجتمع.

---

(١) انظر: أحكام الثبوت في هذه الرسالة، وانظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٧٤/٣، القاري: مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ص٥٩٢ المادة رقم (٢٠١٨).

(٢) المناوي: شرح الرضا ٣٢٣/١، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٥/٨.

(٣) القرافي: الإحكام ص٥٠، ابن فرحون: التبصرة ٧٣/١-٧٤.

(٤) ابن الرصاع: شرح حدود ابن عرفة ص٤٣٣، الخرشي على خليل ١٣٨/٧.

(٥) الشيخ علي العدوي:حاشية العدوي على الخرشي ١٣٨/٧.

فعلى سبيل المثال إثبات صفة أهليّة الأم للحضانة في زمن، ثم تزوّج هذه الأم بغير محرم من الصغير، فأثبت القاضي عدم أهليتها للحضانة، وترتّب على ذلك نزع الصغير من أمّه وإعطائه لأبيه مثلاً، فإذا طلّقت هذه المرأة فإن حقّ الحضانة يعود إليها، ويجوز حينئذ إثبات صفة أهليتها للحضانة، ولا يعدّ ذلك نقضاً للحكم الأول، أو أنّه من قبيل "سقوط الحق والساقط لا يعود"، بل إن هذه المسائل وأشباهها تعدّ من قبيل وجود المانع وزواله[1].

وقد ذهب بعض الشافعية إلى منع القاضي من تسجيل الثبوت بالفسق[2]، كما هو رأي الإمام الجرجاني[3] الذي علّل رأيه بأن الفاسق يقدر على إسقاط ذلك الثبوت بالتوبة متى شاء، ولذلك لا فائدة من تسجيل ثبوت الفسق، إلا أن فقهاء المذهب لم يرتضوا هذا الرأي، وذهبوا إلى جواز التسجيل، بل إلى وجوب تسجيل ثبوت الفسق عند الحاجة إليه، ومثّلوا لذلك بالشاهد والحاكم. فثبوت الفسق له أثر كبير بالنسبة للماضي، أمّا المستقبل فبإمكانه أن يتوب ويصبح عدلاً، فإذا ثبت الفسق بالنسبة للماضي، فإن حكم القاضي الذي بني على أساس شهادة ذلك الشاهد يعتبر باطلاً، وكذلك حكم القاضي الفاسق يمكن نقضه.

**٣- ثبوت أسباب المطالبات**: كثبوت قيمة المتلفات، وثبوت الدين، والنفقة للزوجة والأقارب، وأجرة المثل، أو مهر المثل وغيرها، ففي هذه المسائل اختلف الفقهاء، فعند جمهور الحنفيّة الثبوت حكم، وكذلك الأمر عند الحنابلة الذين نصّوا على أن ثبوت المسائل المذكورة آنفاً حكم قضائي، أمّا المالكية والشافعيّة فلا يعدون مثل تلك الأمور أحكاماً[4].

---

(١) انظر: زوال المانع وعود الممنوع إذا زال المانع: الزرقا: شرح القواعد الفقهية ص١٩١-١٩٤.

(٢) المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٢٣.

(٣) هو أبو العباس أحمد بن محمّد الجرجاني، شيخ الشافعية في البصرة، من مصنفاته: التحرير والمعاملة، البلغة، الشافي، ت٤٨٢هـ، انظر: الإسنوي:طبقات الشافعية١/١٦٧.

(٤) البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٧٤، القاري : مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ص٥٩٢. القرافي: الإحكام ص٥٠، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٢٠، ابن عابدين: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٣٠٢.

**٤- إثبات أسباب الأحكام الشرعيّة**: نحو الزوال ورؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجّة، وغيرها، ممّا يترتّب عليه ثبوت أحكام شرعيّة[١].

والأصل في هذه المسائل أنّها لا تحتاج إلى حكم حاكم، فلو جاء عدلان وأخبرا أنهما شاهدا هلال رمضان، فيجب على من سمع شهادتهما أن يصوم، وكذلك لو شهد واحد يلزمهم الصوم على مذهب الشافعيّة والحنفيّة والحنابلة في إثباته بشهادة عدل واحد[٢].

ولكن الفقهاء نصّوا على أن يأتي الشاهد الذي يرى الهلال إلى مجلس القضاء؛ ليؤدي الشهادة حسبة لله تعالى، لأن بثبوت الهلال تثبت أحكام شرعيّة مهمّة، فيجب إبلاغ الناس حتّى يلتزموا تلك الأحكام، فإذا جاء شاهدا عدل إلى القاضي، وشهدا برؤية الهلال، وحكم بثبوت دخول شهر رمضان، أو برؤية هلال رمضان أو شوال أو غيرهما من الشهور، فهل يكون حكمه ملزماً للناس ومكتسباً للحجيّة القضائيّة كباقي الأحكام.

هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء، و لم ينصّ أكثرهم عليها صراحة بل تستنتج من خلال كلامهم على أحكام ثبوت هلال رمضان، **وللفقهاء رأيان في هذه المسألة نبينهما فيما يلي:**

**الرأي الأول**: للجمهور وهم الحنفيّة والشافعيّة وبعض الحنابلة[٣]، ويرون أن إثبات القاضي له يعتبر بمثابة الحكم، فيكون ملزماً للناس وللقضاة الآخرين، ومكتسباً للحجيّة القضائيّة، **ومن نصوصهم التي يستفاد منها في هذا الحكم ما يلي:**

أ- قال الكمال بن الهمام من الحنفية: "ولو شهدوا أن قاضي بلد كذا شهد عنده اثنان برؤية الهلال في ليلة كذا، وقضى بشهادتهما، جاز لهذا القاضي -أي الثاني- أن

---

(١) القرافي: الإحكام ص٥١.

(٢) انظر: الطحطاوي: حاشيته على مراقي الفلاح ص٤٣٤، ابن حجر الهيتمي: المنهاج القويم ص٣٦٧. البهوتي: كشاف القناع ٣٥٤/٢.

(٣) انظر: المرداوي: الإنصاف ٣١٥/١١، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٤٩٢/٦.

يحكم بشهادتهما، لأن قضاء القاضي حجّة وقد شهدوا به..."[1].

ب- قال الإمام النووي في معرض ردّه على رأي أبي حنيفة[2] في عدد الشهود الذين يثبت بهم دخول شهر رمضان ما نصّه: "لو شهد برؤيته اثنان أو واحد وحكم به حكم لم ينقض بالإجماع، ووجب الصوم بالإجماع، ولو كان مستحيلاً لم ينفذ حكمه ووجب نقضه"[3].

جـ- قال البهوتي من الحنابلة: "لو حكم حاكم بشهادة واحد عمل بها وجوباً"[4]، قال ذلك في معرض حديثه على قبول عدل واحد في إثبات رمضان.

**الرأي الثاني**: وهو للمالكيّة والحنابلة، ويرون أنّ إثبات رؤية الهلال ليس حكماً، وإنّما إثبات سبب فقط، ولهذا لايكتسب حجيّة الأحكام، فإذا حكم شافعي أو حنفي وحنبلي بثبوت هلال رمضان بشهادة عدل واحد فإن حكمه وثبوته لا يعدُّ حكماً، وللمالكي أن لا يصوم بناء على ذلك الثبوت، لأنّه لايعدّ عنده سبباً لثبوت الشهر، فلا يترتب عليه حكم[5].

والذي يظهر أن أصحاب الرأي الأول قد ذهبوا إلى الإلزام في إثبات القاضي لرؤية الهلال، وذلك لتستقر أوضاع الناس بعدم تهاونهم في اتّباع قرارات الحكّام، وبخاصة في مثل هذه المسألة، ولايقدح في اعتبار قرار القاضي بثبوت هلال رمضان أو غيره من الشهور عدم اشتراط الدعوى، لأن الشهادة هنا هي شهادة حسبية، والدعوى أصلاً حسبية، وهذه لم يشترط الفقهاء فيها الدعوى ظاهراً، والحقيقة أن

---

(١) الكمال بن الهمام: فتح القدير ٢/٢٤٣.

(٢) يرى الإمام أبو حنيفة أن رمضان فقط يثبت بشهادة واحد إن كانت السماء مغيمة، أمّا إذا كانت مصحيّة لم يثبت رمضان بواحد ولا باثنين إلا بعدد الاستفاضة، واحتجّ بأنه إذا نظرت الجماعة الكبيرة إلى السماء فيبعد أن يراه واحد أو اثنان فقط ، انظر: المسألة في المجموع شرح المهذب للنووي ٦/٢٨٢.

(٣) النووي: المجموع شرح المهذب ٦/٢٨٣.

(٤) البهوتي: كشاف القناع ٢/٣٥٤.

(٥) انظر: القرافي: الإحكام ص٥١، ابن فرحون: التبصرة ١/٧٤، المرداوي: الإنصاف ١١/٣١٤، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٦/٤٩٢.

الدعوى موجودة وسببها موجود، فحينما يرى المسلم هلال رمضان فهذا يعني لديه أنّ صوم رمضان وجب على المسلمين، وبالتالي يجب إعلامهم بثبوت الشهر، وإذا لم يعلموا فإنّهم سيفطرون ويكونون مرتكبين لجريمة الإفطار في وقت الصيام، فالشرع هنا أوجب عليه الإبلاغ وأداء الشهادة عند الحاكم، حتّى يعلم الناس ويتثبت من الخبر، فإذا رأى الحاكم أن الشاهد عدل فإنّه يثبت شهادته ويحكم بموجبها، فالدعوى هنا مفترضة من قبل الشرع وتسمّى الدعوى الحسبية.

أمّا المالكية والحنابلة الذين لم يعتبروا إثبات القاضي حكماً فالذي يغلب على الظنّ **أنهم ذهبوا إلى هذا الرأي لسببين:**

**الأول**: عدم اعتبار المالكيّة الثبوت حكماً.

**الثاني**: مراعاة لرأي مذهبهم في عدم جواز إثبات هلال رمضان بشاهد واحد، فقد يكون عدد كبير من المالكية في منطقة يحكم بها قاض شافعي أو غيره ممن يرون إثباته بشاهد، فلا يتحرجون من عدم الصيام إذا أثبته القضاة الآخرون.

أما الحنابلة فعللوا رأيهم بأن أمور الدين والعبادات المشتركة، بين المسلمين لا يحكم فيها إلا الله ورسوله إجماعاً، وبالتالي لا مدخل لحكم القاضي فيها[1].

**٥- تنفيذ القاضي حكم غيره[2] من القضاة** إذا قُدِّم للقاضي حكم صادر عن قاض آخر فقال القاضي: ثبت عندي أنّه ثبت عند فلان من الحكّام كذا وكذا، ثم قام بتنفيذ الحكم[3] **فهذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على مذهبين:**

**المذهب الأول**: مذهب جمهور الفقهاء، الحنفية والمالكية والراجح عند الشافعية

---

(١) انظر: المرداوي: الإنصاف ٣١٤/١١، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٤٩٢/٦.

(٢) يلاحظ هنا أنّ من صيغ وألفاظ الحكم القضائي قول القاضي أنفذت عليك القضاء وهذا غير ما نحن بصدده، وكذلك قيام القاضي بتنفيذ حكم أصدره بنفسه، مسألة غير التي نحن بصددها.

(٣) ويسمى الحنفية ذلك العمل اتصالاً، أي إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول، انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٣/٥.

والحنابلة، وذهبوا إلى أن تنفيذ الحكم ليس حكماً من المنّفذ[1].

**المذهب الثاني**: وهو لبعض الشافعيّة وبعض الحنابلة، وابن الشاط[2] من المالكية، فالشافعية والحنابلة يرون أن تنفيذ الحكم يتضمّن الحكم بصحّة الحكم المنفذ[3]، فهو في هذه الحالة حكم ضمني وليس حكماً صريحاً.

أمّا ابن الشاط المالكي فيرى أن التنفيذ هو عين الحكم، ولا معنى للحكم إلا التنفيذ[4].

وحجّة أصحاب الرأي الأول أنّهم يرون التنفيذ المجرّد للحكم غير مستوف للشروط الموضوعة للحكم كالدعوى والخصومة، إضافة إلى ذلك أن الحكم بالمحكوم به تحصيل للحاصل وهو أمر محال[5].

أمّا الذين يرون أن تنفيذ الحكم يتضمّن الحكم بالصحة، فهؤلاء نظروا لحجيّة الحكم الأصلي ولحجيّة فعل القاضي المنفذ، فإذا رفع للقاضي حكم مختلف فيه كما لو رفع إليه حكم مبني على علم القاضي فقام بتنفيذه، فهذا يتضمّن إجازة للحكم الأول وحكماً بصحّة ذلك الحكم، لأنه إذا كان القاضي المنفذ لا يرى صحّة الحكم فلا يلزمه الحكم بصحته وجاز له نقضه[6].

---

(١) انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٣، ابن الشحنة: لسان الحكام ص ٢٢٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٣/١٧٣، ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ٤٤٦-٤٤٧، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٢٣-٢٤، الرملي: الفتاوى الخيرية ٢/٨، القرافي: الإحكام٥١، ابن فرحون: التبصرة ١/٨٤، ٩٣، الشيخ جعيط: الطريقة المرضية ٢٢٤، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٢٥، الرشيدي: حاشيته على نهاية المحتاج ٨/٢٤٥، شمس الدين ابن مفلح: الفروع ٦/٤٩٣، المرداوي: الإنصاف ١١/٣١٦، ٣١٧، المرداوي: تصحيح الفروع ٦/٤٩٣، البهوتي: شرح منتهى الإرادات٣/٤٧٤.

(٢) هو العلامة قاسم بن عبدالله بن الشاط الأنصاري، السبتي، فقيه مالكي، أصولي، من مؤلفاته: إدرار الشروق على أنواء البروق، ت٧٢٣هـ، انظر: مخلوف: شجرة النور الزكية ص٢١٧.

(٣) المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٢٥، الرملي:نهاية المحتاج ٨/٢٤٥، الرشيدي: حاشية على نهاية المحتاج ٨/٢٤٥، المرداوي:الإنصاف:١١/٣١٦، تصحيح الفروع ٦/٤٩٣.

(٤) ابن الشاط: إدرار الشروق ٤/٥٠.

(٥) البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤/٤٧٤.

(٦) المرداوي: الإنصاف ١١/٣١٥-٣١٦.

أمّا حجّة ابن الشاط المالكي فيوضحّها بقوله: "إنّه لو أن حاكماً ثبت عنده بوجه الثبوت أن لزيد عند عمرو مائة دينار فأمره أن يعطيه إيّاها، إن ذلك الأمر لا يصح بوجه أن يكون إخباراً، وهذا الموضع وما أشبهه من مواضع الإجماع"[1].

والحكم عند المالكيّة إنشاء إطلاق أو إلزام وليس إخباراً، فظهر أنّ التنفيذ إنشاء، والإنشاء حكم في مثل تلك الحالة.

إلا أن أصحاب الرأي الأول لم يجرّدوا تنفيذ الحكم من كل حجيّة بل قالوا: إنه يعتبر إثباتاً للحكم الأول وله حجيّة بالنسبة لقبول البيِّنة فقط عند الشافعيّة[2].

كما أنّه يعتبر عملاً بالحكم المنفذ وإجازة له وإمضاء، كتنفيذ الوارث للوصيّة عند الحنابلة[3].

وقد يصبح تنفيذ الحكم حكماً بالمحكوم به عند الحنفيّة والمالكيّة والشافعية إذا توافرت فيه الشروط التاليّة:

١- من حيث الصيغة، أن يقول القاضي المنفذ: "حكمتُ بما حكمَ به الأول وألزمت بموجبه ومقتضاه"

٢- أن تصدر الصيغة المذكورة بعد أن تجرى بين يدي القاضي الثاني دعوى صحيحة وخصومة صحيحة[4].

ويتبيّن من اشتراط الفقهاء لذلك أنّهم يريدون إعادة طرح الدعوى والخصومة من جديد أمام القاضي المنفذ، وبالتالي يثور تساؤل عن فائدة الحكم الأول إذا لم يكن

---

(١) ابن الشاط: إدرار الشروق ٤/٥٠.

(٢) المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٢٥، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٥.

(٣) المرداوي: الإنصاف ١١/٣١٥-٣١٧، البهوتي:شرح المنتهى ٤/٤٧٤.

(٤) انظر: ابن نجيم: رسالة الحكم بعد تقدّم دعوى وخصومة، ضمن مجموعة رسائل ابن نجيم ص٢٩٥، الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٣/١٧٣، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٣، القرافي: الإحكام ص٥١، ابن فرحون: التبصرة ١/٨٤-٩٣، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٢٠، الرملي: نهاية المحتاج مع حاشية الرشيدي ٨/٢٤٥.

واجب النفاذ بمجرد إثباته لدى الثاني، والجواب عن ذلك أنّه إذا قبلت البيِّنة التي قدمت في الحكم الأول و لم يكن هناك حاجة إلى إعادتها، فهنا ثبتت له نوع حجية، وإن استلزم الثاني إعادة طرح الدعوى والخصومة كاملة من جديد، ويتضح أن الحكم الأول لا فائدة منه إذن لأنّنا سنعتمد على الحكم الثاني في التنفيذ.

## المطلب الثاني

## التصرُّفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً في القانون

### تمهيد

باستقراء الأعمال التي يقوم بها القضاء في عصرنا الحاضر نجد أنّها ليست من طبيعة واحدة، فالعمل الأساسي الذي يقوم به الحاكم هو الفصل في الخصومات، ثم هناك أعمال أضيفت للقضاء وأصبحت من اختصاصاته، ولكنّها ليست فصلاً في خصومة قائمة كأعمال التوثيق وبعض الإجراءات الاحترازية أو الوقتية التي تتخذها المحاكم بناء على طلب طرف واحد، وهناك أعمال إداريّة بحتة هدفها تنظيم العمل في القضاء لذا يمكننا **القول بأن هناك ثلاثة أنواع من الأعمال التي يقوم بها القضاء:**

**النوع الأول:** الأعمال التي تدخل في وظيفة القضاء أساساً، وقد أطلق عليها العمل القضائي، والقرار الذي يصدر بشأنها يسمّى "حكماً".

**النوع الثاني:** أعمال من الممكن أن يقوم بها غير القضاء كرجال الإدارة مثلاً، ولكنّها أضيفت للقضاء لأسباب معينة، وقد أطلق عليها الأعمال الولائية، وما يصدر بشأنها يسمى قراراً ولائياً، أو أمراً كما يسمى في القانون المصري.

**النوع الثالث:** أعمال إدارية بحتة هدفها تنظيم العمل في القضاء، يطلق عليها اسم

القرارات الإدارية.

ومسألة التمييز بين هذه الأنواع الثلاثة أمر مهم من حيث الآثار المترتبة على كل منها، ثم ضرورة البحث في معيار التفرقة بين هذه الأنواع، أو معيار معرفة كل نوع منها لتعرف كيفية التعامل معها من حيث الإجراءات والطعن والآثار.

## الفرع الأول

## العمل القضائي وضوابطه

لما كان الراجح لدى فقهاء القانون في مسألة العمل القضائي وعلاقة الحكم به أن الحكم هو الشكل العام في التعبير عن العمل القضائي[1]، وأنّنا إذا أوضحنا معالم الحكم القضائي فإنّنا نكون بذلك قد بينا العمل القضائي في إطاره وشكله العام، ولما كان موضوع هذه الرسالة يبحث في الحكم القضائي فإنه من الواجب أن نُبَيِّن ضوابط الحكم القضائي أو العمل القضائي.

**ضوابط العمل القضائي:**

### أولاً: وجود منازعة معيّنة أو مركز خلافي يستلزم تدخل القضاء:

وقد عرّفت المنازعة: بأنها الخلاف في وجهات النظر بمناسبة الإخلال بقاعدة قانونيّة، أو الاعتداء على حق أو مصلحة مشروعة، ومسألة المنازعة تؤخذ بمعناها الواسع، فتدخل فيها الخصومة وإن لم تكن هناك مواجهة حقيقية بين شخصين كالأحكام الغيابيّة. واشتراط الخصومة أو المنازعة لتمييز الحكم أو العمل القضائي أمر مهم، وذلك لأن حلّ المنازعات وفصل الخصومات هو الوظيفة الأساسية للقضاء، وهو

(١) انظر: وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ص٦٨٤، عبدالباسط جميعي ومحمد محمود إبراهيم: مبادىء المرافعات ص٦٠٢، أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص١٢.

الذي يميّز العمل القضائي عن العمل التشريعي الذي يصدر من جهة واحدة وهي السلطة التشريعية، ويكون متصفاً بالعموميّة وبالتجريد، في حين الحكم القضائي يكون في مواجهة خصم ضدّ خصم آخر، وليست له صفة العموم والتجريد[1].

**ثانياً: أن يصدر من هيئة قضائية معتمدة:**

ويجب أن تكون الهيئة هذه من غير المتخاصمين، وأن لايكون لها مصلحة في النزاع المعروض، وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز أن يكون الشخص خصماً[2] وحَكَماً في آن واحد، وهذا الاشتراط في نظري ليس مجاله هنا وإنّما يكون في شروط المحكوم له، وعليه، والحاكم.

وإنّما الواجب أن تكون هذه الهيئة القضائية مشكلة حسب القانون الخاص بتشكيلها الذي تصدره الدولة، ولذلك ليس القضاء وحده الذي يصدر الأحكام، فهناك لجان إدارية لها صفة الحكم، المهم أن يكون تشكيل الهيئة موافقاً للقانون بحيث يكتسب القرار الذي تصدره الهيئة صفة الحكم وأثره.

**ثالثاً: أن يكون هذا العمل صادراً وفق إجراءات وشكل معين فرضه القانون[3]:**

فالحكم القضائي كما بيّن قانون أصول المحاكمات والقوانين الإجرائية، يصدر بعد إجراءات معيّنة، ووفق شكل معيّن، وبشروط معيّنة، بخلاف الأعمال الولائية أو الإدارية التي تقوم بها المحاكم، وتتمتع في إصدارها وعدمه بسلطة تقديرية واسعة.

والإجراءات التي فرضها القانون لإصدار العمل القضائي هدفها تحقيق أكبر ضمانة وحماية للأفراد، لاقتضاء حقوقهم أو عدم ضياعها أو للدفاع عنها، ولضمان تطبيق

---

(١) انظر: إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص ٨٢/١، عبدالباسط جميعي ورفيقه مبادئ المرافعات ص٦٠١، أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٣٤، محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص٥.

(٢) عبدالباسط جميعي ورفيقه: مبادىء المرافعات ص ٦٠٢، إبراهيم سعد: القانون القضائي الخاص ٨٢/١.

(٣) عبدالباسط جميعي ورفيقه: مبادي المرافعات ص٦٠٢، إبراهيم سعد: القانون القضائي الخاص٨٢/١.

القواعد التشريعية على النزاع المعروض تطبيقاً سليماً.

وبالنظر لهذه الضوابط الثلاثة نجد أنّها تميّز العمل القضائي عن غيره، فإذا انخرم واحد من هذه الضوابط، فإنّنا سنكون أمام قرار إداري أو عمل ولائي أو عمل قضائي باطل بسبب انخرام الضابط[1].

## الفرع الثاني

## العمل الولائي وطبيعته ونطاقه

قلنا سابقاً: إن وظيفة القضاء الأساسيّة هي فصل الخصومات وحلّ النزاعات، ولكن أضيفت لهذه الوظيفة اختصاصات أخرى ليست فصلاً في الخصومات، اقتضت الحاجة أن تضاف كالإذن للقاصرين، أو التصديق على الإقرارات وغيرها، أطلق على هذه الأعمال اسم الأعمال الولائية كما في مصر، أو الأعمال التفضلية كما في فرنسا، لأن القضاء يقوم بها تفضّلا منه، أو إراديّة لأن الأفراد يطلبون من القضاء القيام بها بمحض إرادتهم غالباً إلى غير ذلك من التسميات.

**وقد اختلف فقهاء القانون الوضعي في طبيعتها وفي نطاقها:**

**أولاً: طبيعة الأعمال الولائيّة:**

أ- ذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الأعمال الولائية هي أعمال إدارية بحتة من الممكن أن يقوم بها رجال الإدارة، وأنّ قيام القضاء بهذه الأعمال لا يُغَيِّر من صفتها شيئاً.

وقد انتقد هذا المذهب بأنّ النشاط الإداري يهدف إلى تحقيق مصلحة عامّة

---

(١) هذه الأمور التي ذكرت هي ضوابط عامة وسيأتي مزيد بحث لها في الفصول والأبواب القادمة إن شاء الله..

للإدارة، في حين أن العمل الولائي يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصّة أو حمايتها في أغلب الأحوال[1].

ب- ذهب فريق آخر إلى أن الأعمال الولائيّة هي أعمال قضائيّة؛ لأنها تتعلّق بحقوق ومصالح الأفراد، وهي صورة من صور الحماية القضائية، ولا يوجد مانع من إخضاعها لنظام الأعمال القضائية[2].

وقد انتقد هذا الاتجاه بأن القضاء يفترض وجود رابطة قانونية سابقة[3] يحدث الإخلال بها أو الاعتداء عليها حتّى يطلب من القضاء حلّها، وهذا ليس متوافراً في العمل الولائي.

جـ- وذهب رأي ثالث إلى أن العمل الولائي له طبيعة إداريّة وطبيعة قضائية، أي أنه ذو طبيعة مختلطة، وهذا الرأي يعتبر صيغة مبتكرة للرأيين السابقين[4]، يمكن أن يوجّه له النقد السابق أيضاً.

والرأي الراجح أنّ العمل الولائي ليس عملاً إدارياً[5] بحتاً بدليل إناطته بالقضاء، الأمر الذي يجعل له خصوصيّة معيّنة، وبالتالي هو عمل قضائي من نوع خاص، إضافة إلى أنه باستقراء الأعمال الولائية نجد أنها ليست على شاكلة واحدة، بل لكل عمل طبيعته الغالبة عليه، فقرار النفقة المستعجلة، وقرار المنع من السفر، وقرار بيع الأموال... ليس كقرار إثبات حجّة حصر إرث، أو توثيق العقود ونحوها، ولكن لا نستطيع القول بأن الأعمال الولائية هي أحكام قضائية بالمعنى الدقيق، بل نسميها قرارات ولائية يصدرها القضاء بصفته القضائية وباستناده إلى ولاية القضاء.

---

(١) فتحي والي: مبادىء قانون القضاء المدني ص٣١-٣٢، إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص ٩١/١.

(٢) محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات المدنية والتجارية ص١١.

(٣) فتحي والي: مبادىء قانون القضاة المدني ص٣٢.

(٤) محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص١٢.

(٥) إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص ٩٣/١.

**ثانياً: نطاق الأعمال الولائية: «التطبيق على القضاء الشرعي»:**

الأعمال الولائيّة التي تقوم بها المحاكم كثيرة، ولكن يمكن تقسيمها إلى مجموعات رئيسية **تتدرج تحت كل مجموعة منها حالات متعددة:**

**أ- أعمال التوثيق والتصديق:**

ويقصد بها أن يثبت القاضي ما تمّ أمامه من تصرفات أو إجراءات، أو تصديقه على تصرّف تمّ خارج مجلس القضاء وعرض عليه؛ لفحصه والتأكد من مطابقته للقانون[1].

**ومن أمثلة التوثيق لما يتمُّ في مجلس القضاء، ما تجرية المحاكم الشرعية من:**

١- تسجيل حجج التخارج التي تجري بين الورثة، فالتخارج كما هو معلوم بيع وارث حصته أو جزءاً منها لوارث آخر، ويشترط القانون أن يتمَّ ذلك البيع في المحكمة أمام القاضي[2].

٢- عقد الزواج الذي يتم داخل المحكمة ويباشره القاضي.

٣- حجج الطلاق البائن مقابل الإبراء العام قبل أو بعد الدخول.

٤- حجج الطلاق الذي يتم في المحكمة ابتداء.

٥- حجج الرجعة التي تتم داخل المحكمة.

٦- حجج الوصايا التي تتم داخل المحكمة.

٧- حجج الوكالات العامّة والخاصة.

---

(١) عبدالباسط جميعي: نظرية الاختصاص، ص ١٦٠، جميعي ومحمد إبراهيم: مبادىء المرافعات ص٣٤٧، محمود هاشم: قانون القضاء المدني ١/١٣٨.

(٢) انظر: فقرة ١٢ من المادة ٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني والمواد ٥٣٩-٥٤٢ من القانون المدني الأردني.

**أمّا التصديق على الإقرارات وتسجيلها فمن أمثلتها:**

١- تسجيل حجج الإقرار بالطلاق إذا أتّم خارج المحكمة.

٢- تسجيل حجج التصادق على الزواج وإنقاص المهر وغيرها.

٣- تسجيل حجج العزوبة وخلو الموانع.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الحجج تعتبر أعمالاً ولائية وليست أحكاماً، وذلك لأن الضوابط العامّه للحكم ليست متوافرة فيها، إضافة إلى أن القاضي في إصداره لتلك الحجج يكون عمله مقتصراً على إثبات ما أقرّ به صاحب الشأن، أو ما اتفقا عليه دون تدخل منه، إلا في عقد الزواج حيث أوجب القانون أن يجري تحقيقاً هدفه التأكد من توافر الشروط والأركان ومطابقته للقانون.

ونظراً لهذه الخصوصية لإجراء العقود في المحكمة، فقد اختلف فقهاء الشريعة في مدى اعتبارها أحكاماً تصدر من القاضي إلى مذهبين: الأول: ويرى أنها تعتبر أحكاماً إذا صدرت وفق شروط معينة. والثاني: لا يراها كذلك، وإجراء القاضي لها لا يزيد في الأمر شيئاً، وهذه المسألة بحثها الفقهاء تحت اسم الحكم الفعلي للقاضي، وستمر مفصّلة في مبحث الحكم الفعلي[1].

**أما الفقه الوضعي وبخاصة الفرنسي فيفرق بين حالتين:**

**الأولى:** أن تقتصر المحكمة على إثبات العقد كما قدّمه المتعاقدان، ولا تبحث في شروطه ولا أركانه، ودورها هنا إداريٌ حيث يسجل القاضي التصرف كما هو، وفي هذه الحالة لا يوجد حكم البتّة بل هو عمل ولائي صرف.

**الثانية:** أن يكون دور المحكمة إيجابياً، فتقوم بالبحث في تحقيق شروط العقد وأركانه، وأن تصل إلى إثبات صحته ومضمونه وموافقته للقانون.

وفي هذه الحالة يعتبر عمل المحكمة قراراً قضائياً بالمعنى الصحيح وليس قراراً

---

(١) انظر: الحكم الفعلي في مبحث أنواع الأحكام القضائية في هذه الرسالة.

ولائياً[1].

وهذه التفرقة عرفها الفقه الإسلامي قبل القوانين الوضعيَّة، وهي مسألة تسمّى في فقهنا الإسلامي بالحكم بالصحة والحكم بالموجب، فإذا رفع عقد لقاض ما وحكم بصحته، فإن هذا الحكم يعتبر أقوى أنواع الأحكام، ويدل على توافر الشروط والأركان ووجوب النفاذ واكتساب الحجيّة، أمّا الحكم بالثبوت أو بالموجب فإنّه لا يكتسب ذلك كالحكم بالصحة؛ لأن القاضي كما يقول الفقهاء قد يثبت أمامه عقداً ولا ينظر في صحته، فإذا رفع إلى قاض آخر نظر فيه وأبطله إن كان يستحق الإبطال[2].

**ب- ولاية القضاء في إعطاء الإذن وإصدار الأوامر:**

فالإذن يتحقق حين يكون عمل القاضي إزالة عائق يمنع صاحب الشأن من اتخاذ إجراء معيّن أو إبرام تصرّف ما[3]، وذلك كإعطاء الإذن للقاصر في التجارة، أو الإذن للبكر بتزويج نفسها عند غياب الولي في القوانين التي تجيز ذلك، وغيرها.

أمّا سلطة القضاء في الأمر فتتحقق بما يقوم به القضاء من الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية دون المساس بأصل الحق المتنازع عليه[4]، وذلك كوضع اليد على التركات لحين إتمام تصفيتها، وقرارات الحجز التحفظي (الاحتياطي) على أموال المدعى عليه[5]، وقرار المنع من السفر[6] وما شابهها.

---

(١) انظر: محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص١٦-١٧.

(٢) انظر: مبحث الحكم بالصحة والحكم بالموجب في هذه الرسالة، وانظر: مسألة الثبوت في هذه الرسالة.

(٣) عبدالباسط جميعي ومحمد إبراهيم: مبادئ المرافعات ص٣٤٧، عبدالباسط جميعي: نظرية الاختصاص ص١٦٠-١٦١، محمود هاشم: قانون القضاء المدني ١٤٩/١.

(٤) أبوالوفا: نظرية الأحكام ص ٤٨، جميعي: نظرية الاختصاص ص١٦١.

(٥) انظر: المواد ١٢١-١٢٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي تتحدث عن الحجز الاحتياطي.

(٦) أجازت المادة ٥٤ من الأصول الشرعية للمحكمة أن تقرر منع المدعى عليه من السفر إذا كان على وشك مغادرة البلاد، أو ينوي التصرف بأمواله، أو تهريبها إلى الخارج وذلك رغبة منه في تأخير دعوى الخصم أو عرقلة التنفيذ.

### جـ- ولاية القضاء في الرقابة والضبط[1]:

وفي هذه المجموعة يكون عمل القاضي في اتّخاذ الإجراءات التي تكفل المحافظة على أموال القصر، والمحجور عليهم والغائبين، ويدخل في ذلك تعيين الأوصياء وعزلهم ومراقبتهم ومحاسبتهم، وكذلك الوليّ والقيم وكذلك الأمور المتعلقة بالأوقاف في حدود القوانين المنظمة لكل مسألة[2].

**مسائل مختلف فيها بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية:**

هناك بعض التصرفات الصادرة عن القضاء ثار حولها خلاف في اعتبارها أحكاماً قضائية أو قرارات ولائيّة وأهم هذه التصرفات ما يلي:

### ١- الحكم المستعجل:

ومثاله في القضاء الشرعي الأردني قرار النفقة المعجلة التنفيذ.

**فهذه المسألة اختلف فيها الرأي إلى مذهبين:**

**الأول**: ويرى أن الحكم المستعجل أمر ولائي وليس حكماً قضائياً، وذلك لأنه يستند إلى سلطة القاضي الولائية، ولسلطته في الأمر لا في الحكم.

ولا يغير من طبيعة القرار المستعجل في رأي هذا الفريق -أن يصدر في منازعة حقيقية بين خصمين[3].

**الثاني**: ويرى أنه عمل قضائي ويعتبر حكماً قضائياً وقتياً، وهذا ما نرجحه، وذلك لأنّ قرار النفقة المعجل يصدر أولاً في منازعة حقيقية، وثانياً: يصدره القاضي بعد طلب يقدم من المدعي، وثالثاً: يصدره القاضي بعد تحقيق في الطلب، فإذا اقتنع به

---

(١) انظر: جميعي: نظرية الاختصاص، ص ٣٤٨، أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٤٨.

(٢) انظر المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي حدّدت اختصاص المحاكم الشرعية في الأردن.

(٣) محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص١٧.

أصدر القرار، ورابعاً: يقدر النفقة بناء على إخبار الخبراء[1].

ولذلك نجد أن قرار النفقة المعجلة التنفيذ يصدر وفق إجراءات مخالفةٍ لإجراءات الأوامر الولائية، وهي تشابه بل تماثل إجراءات الأحكام من حيث الإصدار والشكل، فيجب أن تصدر بإعلام حكم كما هو الحال في الحكم العادي، ولذلك نرى أنها أحكام قضائية مؤقتة بانتهاء الفصل في الدعوى الأصلية.

**٢- إلقاء الحَجْر على السفيه والمجنون ومن في حكمهما:**

اختلف الرأي حول هذه المسألة، فيرى بعضهم أن الحَجْر مادة ولائية وليس عملاً قضائياً، ومن ذلك ما ذهبت إليه دائرة قاضي القضاة في الأردن في تعميم لها يقضي بأن يتم إلقاء الحَجْر بحجة تسجلها المحكمة لديها بناء على طلب ذي الشأن، وليس بناء على الدعوى واتباع الإجراءات القضائية.

والرأي الآخر وهو الراجح لدى غالبية فقهاء قانون المرافعات، ويذهب إلى أنّ إلقاء الحَجْر على ناقص الأهليّة أو عديمها هو حكم قضائي بالمعنى الدقيق، ويجب أن يصدر وفق إجراءات الأحكام وشكلها، وذلك لتوفر أكبر ضمانة للأفراد وحماية حريتهم، لأن حرمان الشخص المطلوب إلقاء الحَجْر عليه، ومنعه من سلطة التصرف في أمواله، وشؤون نفسه، وإلغاء قدرته على إنشاء العقود والتصرفات، أمر له خطورته الكبيرة[2]، إضافة إلى أنّ الأصل في الإنسان الرشد، وعلى من (يدّعي) العكس إثبات ذلك بدعوى، ثم يصدر الحكم وفق ما يثبت.

---

(١) انظر: المادة ٩٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني.

(٢) انظر: محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص١٨.

## الفرع الثالث

## فائدة التمييز بين الحكم والأمر الولائي

## (بين العمل القضائي والعمل الولائي)

تظهر أهمية التفرقة بين الحكم والأمر في الآثار التي يرتبها كل منهما وفي الخصائص التي يضفيها القانون على كل منهما: **ويمكن إجمال هذه الأهمية بما يلي:**

١- أنّ العمل القضائي وفصل المنازعات -بحسب الأصل- تدخل في وظيفة القضاء، وما يخرج عن هذا الاختصاص يعد استثناء، أمّا العمل الولائي فالأصل أن يكون اختصاص القضاء به على سبيل الحصر وبنص خاص[١].

٢- أن الحكم القضائي يحوز حجيّة الشيء المحكوم به، أمّا الأمر الولائي فلا يكتسب تلك الحجيّة التي هي من صفات الأحكام[٢].

٣- الطعن في الحكم القضائي يكون وفق طرق الطعن المقرّرة في القانون، كالاستئناف والنقض (التمييز والتعقيب) أو الاعتراض عليه إذا كان غيابياً، أما الأمر الولائي فيجوز رفع دعوى مبتدأة لإلغائه[٣] أو إبطاله، أضف إلى ذلك أن الطعن في الحكم محدّد بمواعيد إذا جاوزها طالب الطعن ردّ طلبه، أمّا الأمر فلا يخضع لذلك النظام.

٤- يجب أن يصدر الحكم وفق إجراءات وشكل معين منها ما يلي:

أ- من حيث الطلب أوجب القانون أن يصدر طلب الحكم وفق شكل وشروط معينة وهي الدعوى، وإذا اختلّ شرط يترتب الفساد أو البطلان، أمّا الأمر

---

(١) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٤٨.

(٢) محمود هاشم: قانون المرافعات المدني ١/١٠٠، أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٤٩.

(٣) محمود هاشم: قانون المرافعات المدني ١/١٠٠، أبو الوفا: نظرية الأحكام ص٤٩ .

الولائي فلا يشترط ذلك، وبعضها يصدر بعد طلب شفاهي.

ب- يجب أن يكون الحكم مسبباً تسبيباً كافياً، وإلا كان مصيره البطلان، أما القرار الولائي فلا يشترط فيه التسبيب[1].

جـ- يجب أن يتبع صدور الحكم في محضر القضيّة إعلام حكم يتضمّن بيانات معينة من اسم القاضي، والفرقاء، وموضوع الدعوى، والأسباب الثبوتية، والتاريخ، والتوقيع، والخاتم الرسمي و....[2]، أما الأمر الولائي فلا يصدر وفق تلك الإجراءات، ولا يشترط فيه ذلك.

٥- الحكم لا يكون واجب النفاذ إلا بعد مرور مدّة معينة يصبح بعدها الحكم حائزاً لقوّته التنفيذية إلا ما استثني بنص خاص، أمّا الأمر الولائي فلا ينتظر أي مدّة، وإنّما تكون الحجج معتمدة، وحجّة لما ظهرت من أجله بمجرد صدورها من المحكمة وفق القانون.

٦- القاضي عند مباشرته للعمل الولائي يأمر، وعندما يباشر عملاً قضائياً يحكم[3]، وفي حالة الأمر يكون إصداره الأمر وفق ما طلبه صاحب الشأن إما بقبول الطلب أو برفضه. أمّا الحكم فله إجراءات معيّنة فهو يحكم بناء على الدعوى ، أي على طلب الخصم، أما رفضه فيكون إما بعدم الاختصاص أو بردّ الدعوى لبطلانها، أو لعدم الخصومة... إلخ.

أضف إلى ذلك أن إصدار الحكم يكون في معظم حالاته بألفاظ وصيغ معيّنة بخلاف الأمر الولائي.

---

(١) محمد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص٢١.

(٢) المادتان ١٠٣، ١٠٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني.

(٣) أبو الوفا: نظرية الأحكام ص٤٩-٥٠.

## المبحث الثالث

## تمييز الحكم القضائي عن الفتوى

## والعمل التشريعي والقرار الإداري وحكم المحكّم

### المطلب الأول

### الفرق بين الحكم والفتوى

**تعريف الفتوى:**

الفتوى في اللغة الإبانة، يقال: أفتاه في الأمر: أبانه له، قال ابن منظور: الفتيا: تبيين المشكل من الأحكام[1] ومنه قوله تعالى: ﴿**وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ**﴾ [النساء:١٢٧].

**أمّا في الاصطلاح فهي**: "إخبار عن حكم الله في الواقعة"، فالمفتي بناء على ذلك: "هو المخبر بحكم الله تعالى لمعرفته بدليله"[2]، فالعادة تجري بأن يرفع للمفتي استفتاء على شكل سؤال أو واقعة يطلب منه بيان حكم الشرع فيها، فيقوم هو بدوره بالنظر فيها وإعطاء حكم الشرع في تلك الواقعة.

ويتفق الحكم القضائي مع الفتوى في أن كليهما فيه إخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة المعروضة، إلا أنهما يختلفان في عدّة أمور نجملها فيما يلي:

---

(١) ابن منظور: لسان العرب ١٥/١٤٨، ١٤٧، الفيومي: المصباح المنير ١/٤٦٢.

(٢) انظر: الإمام أحمد بن حمدان الحنبلي: صفة الفتوى والمفتي والمستفتي ص٤.

**الفرق بين الحكم والفتوى:**

١- أن الحكم القضائي يتصف بصفة الإلزام، بخلاف الفتوى التي ليست لها هذه الصفة، وهذه الصفة من أهمّ خصائص الحكم القضائي، وقد نبّه عليها معظم الفقهاء في كتبهم، لدرجة أنّها تدخل في تعريف القضاء بوجه عام، وفي تعريف الحكم القضائي بوجه خاص، قال ابن راشد[١]: "حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"[٢] والإفتاء إخبار عن حكم شرعي دون إلزام، فالمستفتي مخيّر بين الالتزام بمضمون الفتوى وعدمه؛ لعدم وجود سلطة تجبره على تنفيذ ذلك الإخبار كما في الحكم القضائي.

يقول الإمام القرافي رحمه الله: "إن الفتوى والحكم كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى، ويجب على السامع اعتقادهما، وكلاهما يلزم المكلّف من حيث الجملة، لكن الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة، والحكم إخبار معناه الإنشاء والإلزام من قبل الله تعالى[٣]، **ولكن العلامة ابن الشاط قد اعترض على القرافي في هذه المسألة باعتراضين:**

**الأول:** أن القرافي نفسه فرّق بين الخبر والإنشاء في أوّل كتابه الفروق[٤]، فكيف يصح أن يقول: إن الحكم إخبار معناه الإنشاء.

**الثاني:** كيف يكون الحكم إلزاماً من قبل الله تعالى وهو ممكن الخطأ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»[٥].

---

(١) هو محمّد بن عبدالله بن راشد البكري: أبوعبدالله، فقيه مالكي، أديب من مصنفاته:لباب اللباب (في الفقه)، الذهب في ضبط قواعد المذهب، النظم البديع في اختصار التفريع ت٧٣٦هـ تقريباً، انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص٢٠٧-٢٠٨.

(٢) ابن راشد: لباب اللباب ص٢٥٣، ابن فرحون: التبصرة ١/٨.

(٣) القرافي: الفروق ٤/٥٣.

(٤) القرافي: الفروق ١/١٨ وما بعدها.

(٥) حديث صحيح رواه البخاري ومسلم انظر: الإمام البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الاعتصام، باب =

٢- إنّ مجال الفتوى أوسع من مجال الحكم القضائي **من عدّة جوانب:**

**الجانب الأول:** أن الفتوى تدخل كافة جوانب الحياة دون تخصيص، فالمفتي يجوز له أن يفتي في العبادات والمعاملات، ونظام الأسرة من زواج وطلاق وإرث ونسب وغيره، والجنايات والحدود والعقائد وغيرها.

أمّا الحكم القضائي فمسائله محدودة وليست عامّة، وهناك مسائل لا يدخلها الحكم القضائي في نظر عامّة الفقهاء كالعبادات مثلاً، يقول الإمام القرافي: "اعلم أن العبادات كلّها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتّة، بل الفتيا فقط، فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة، ولا أنّ هذا الماء دون القلتين فيكون نجساً فيحرم على المالكي بعد ذلك استعماله، بل ما يقال في ذلك إنّما هو فتيا إن كانت مذهب السامع عمل بها، وإلا فله تركها والعمل بمذهبه"[(١)].

ونستطيع القول: إن كل ما يجوز فيه الحكم تدخله الفتوى ولا عكس[(٢)].

**الجانب الثاني:** أنّ الحكم القضائي يختص بما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، أمّا الفتوى فتختص أيضاً فيما يقع فيه الخلاف لمصالح الآخرة[(٣)]، ولهذا السبب كانت الفتوى غير ملزمة للمستفتي؛ لأنّها متروكة لتقواه ومخافته من ربّه.

**الجانب الثالث:** الحكم القضائي أكثر تقييداً -من جهة المحكوم له- من الفتوى من جهة المستفتي، وبيان ذلك أن المفتي يجوز له الإفتاء لنفسه ولغيره مهما كانت درجة قرابته كأبيه وولده وزوجه، أمّا الحكم القضائي فلا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، ولا

---

= أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، البخاري مع الفتح ٣١٨/١٣ (٧٣٥٢)، الإمام مسلم: الصحيح، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، صحيح مسلم٢/١٣٤٢(١٧١٦)، الإمام أحمد: المسند ١٨٧/٢، ١٩٨/٤، ٢٠٤، ٢٠٥.

(١) القرافي: الفروق ٤٨/٤.

(٢) الشيخ محمّد علي بن حسين: تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ٨٩/٤.

(٣) المرجع السابق نفسه ٩١/٤، الشيخ جعيط: الطريقة المرضية ص٢١٥.

لمن لا تقبل شهادته له، ولا على عدوه[1] وذلك للتغاير بين علّة منع الحكم للقريب، وهي التهمة التي تعتبر متخلفة في مسألة الفتوى لعموم الحكم فيها.

**الجانب الرابع**: الحكم القضائي يعتمد على أدلة الإثبات التي يقدّمها الخصوم[2]، وهي محدّدة ومقيدة إلى جانب الأدلة الشرعيّة، بخلاف الفتوى التي تعتمد الأدلة الشرعيّة من كتاب وسنة، فالقاضي مثلاً لا يجوز أن يستند في إصداره الحكم القضائي إلى علمه الشخصي[3] في إثبات مسألة معيّنة -على رأي جمع من الفقهاء- بخلاف المفتي إذ يجوز له ذلك[4].

فالفتوى بناء على ذلك إخبار عن الله تعالى بما يجده المفتي في الأدلة الشرعيّة من حكم الله في المسألة، أما الحكم فيعتمد الحجاج ولو كان الحاكم رسول الله ﷺ.

قال الإمام القرافي: "إن الحكم إنشاء وإلزام من قبله ﷺ بحسب ما نتج من الأسباب والحجاج، ولذلك قال ﷺ: «إنّكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم أن يكون ألحنَ بحجته من بعض»[5].

فيدل ذلك على أن القضاء يتبع الحجاج وقوة اللحن بها، فهو صلى الله عليه

---

(١) الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي: القواعد والأصول الجامعة ص١٤٦.

(٢) سعود آل دريب: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية ص٧٠

(٣) يقصد بعلم القاضي: ما علمه القاضي شخصياً من وقائع النزاع وعناصر الادعاء خارج مجلس الحكم، وكذلك علمه بحال الشهود...، وهذه المسألة من مسائل الخلاف بين الفقهاء، انظر في ذلك: د.محمود أبو ليل: القضاء بعلم القاضي في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، م١٣، عدد١ ص١ وما بعدها، تاريخ ١٤٠٦/١٩٨٦ جمادى الأولى.

(٤) السعدي: القواعد والأصول الجامعة ص١٤٦.

(٥) حديث صحيح رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والإمام أحمد، انظر: الإمام أحمد بن حنبل: المسند ٣٢٠/٦، البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الحيل، باب (بغير ترجمة) البخاري مع الفتح٣٣٩/١٢ (٦٩٦٧)، ورواه أيضاً في كتاب الأحكام، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، البخاري مع الفتح ١٧٢/١٣ (٧١٨١)، الإمام مسلم: الصحيح، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، الصحيح ١٣٣٧/٢ (١٧١٣)، ابن ماجه: السنن، كتاب الأحكام باب قضية الحاكم لا تحل حراماً ولا تحرم حلالاً، السنن ٧٧٧/٢ (٢٣١٧).

وسلم، في هذا المقام، وفي الفتيا والرسالة متبع مبلغ"[1].

**الجانب الخامس:** أن أثر الفتوى عام يشمل المستفتي وغيره، أمّا الحكم فأثره خاص بأطراف النزاع الصادر فيه ذلك الحكم فلا يتعدّاهما.

٣- أن الحكم القضائي يرفع الخلاف، أمّا الفتوى فلا، وبيان ذلك أن القاضي إذا أصدر حكمه على أشخاص يعتقدون مذهباً آخر ويرجّحون رأياً خلاف رأي القاضي من الناحيّة الفقهيّة، فإن حكم القاضي في ذلك النزاع ملزم لهم، بخلاف الفتوى حيث يجوز لمن صدرت في مواجهتهم وكانت تخالف مذهبهم أن يعملوا بقول آخر، ويفتوا بخلاف ما صدر من المفتي[2].

٤- ينبني على كون الفتيا إخباراً عن الله تعالى في حكم المسألة أنّها تقبل النسخ في عهد الرسول ﷺ، لأنها شريعة عامّة بخلاف الحكم[3]

## المطلب الثاني

## الفرق بين الحكم القضائي والعمل التشريعي والقرار الإداري

يتميز الحكم القضائي بأنّه يصدر في منازعة بين خصمين، ولا تتعدّاهما آثاره غالباً.

**أمّا العمل التشريعي فيفترق عن الحكم في الأمور التالية:**

١- العمل التشريعي سابق على المنازعة، فالمنازعة أو الواقعة حينما تعرض على القضاء، ينظر في التشريع (القانون) للبحث عن القاعدة القانونيّة التي تنطبق على النزاع فتطبق عليه، ويحكم بمضمونها بعد التأكد من كونها شاملة للنزاع المنظور فيه، وبالتالي يكون العمل التشريعي سابقاً على المنازعة وعلى الحكم.

---

(١) الإحكام ص٢٣.

(٢) القرافي: الفروق ١٠٣/٢، الشيخ محمّد علي بن حسين: تهذيب الفروق١١٤/٢.

(٣) القرافي: الإحكام ص٢٣.

٢- العمل التشريعي لا يصدر في منازعة وخصومة، وإنما هو عمل من طرف واحد.

٣- العمل التشريعي يتصف بالعموم والتجريد، فقواعد القانون كما نعلم ينبغي أن تكون عامّة ومجرّدة، بحيث تنطبق على كل الحالات التي تحدث في المجتمع ممّا يتعلق بتلك القاعدة، وليست خاصة بشخص بعينه أو بحالة بعينها، كما هو الحال في الحكم القضائي مثلاً.

ويفترق الحكم عن القرار الإداري أيضاً، فالحكم لا يصدر إلا بناء على طلب من صاحب الحقّ الذي وقع الاعتداء عليه، فيطلب من القضاء تحصيل حقّه أو حمايته، ولا يجوز للقضاء أن يتدخل من تلقاء نفسه، فيصدر الأحكام دونما طلب من أصحاب الحقوق.

أما الإدارة فتتدخل من تلقاء نفسها -وهذا من واجباتها- فتسيّر المرافق وتحافظ على المصالح وتحفظ النظام، فتصدر قراراتها الإدارية التي تحقّق أهدافها المرجوة منها، ولو لم يطلب منها ذلك، كما لا يشترط لإصدار القرار الإداري أن يكون في منازعة[1] بخلاف الحكم يشترط له ذلك.

يضاف إلى ما سبق أن الحكم القضائي لا بد لإصداره من شروط وشكليات خاصّة بالأحكام، وإجراءات معينة، ليست مطلوبة من الإدارة حال إصدارها القرارات الإدارية.

## المطلب الثالث

## الفرق بين الحكم القضائي وحكم المحكَّم

يتفق الحكم الذي يصدر عن القاضي مع الحكم الذي يصدره المحكَّم في أن كل واحد منهما يعتبر قراراً فاصلاً في خصومة، **ولكن هناك فروق بين الحكمين من عدة جوانب أجملها بما يلي:**

**أولاً:** الحكم القضائي يصدر عن شخص ذي ولاية عامّة، فهو بالتالي عمل من

(١) انظر: عبدالباسط جميعي ومحمد إبراهيم: مبادىء المرافعات ص٦٠١.

أعمال مرفق القضاء الذي ترعاه وتشرف عليه الدولة، أمّا حكم المحكَّم فهو صادر عن شخص له ولاية خاصّة بذلك النزاع فقط، كما أن ولايته مستمدة من إرادة الخصوم وليست من الدولة.

**ثانياً**: الحكم القضائي نطاقه أوسع وأعمّ من نطاق أحكام المحكَّم الذي لا يتجاوز المسائل الماليّة، وبعض مسائل الأحوال الشخصيّة فقط، ولذلك اعتبر حكم المحكَّم في مسائل العقوبات والحدود باطلاً لأنها من حقوق الشرع ولا يقوم بها إلا المختص[1].

**ثالثاً**: الحكم القضائي لازم للخصوم، سواء قبل إصداره أو بعده، فلا يستطيع أحد أطراف النزاع أن يرجع أو يستنكف عن مثوله أمام القضاء، إلا إذا كان مدعيّاً فيُتْرَكُ إذا تَرَكَ الدعوى، تطبيقاً للقاعدة التي تقول: المدعي مَن إذا تَرَكَ تُرِك، أمّا المدعى عليه فيلزم بالحضور، وإذا رفض ذلك يجبر أو يحكم عليه غيابيّاً، في حين أن أطراف النزاع في التحكيم ليسوا ملزمين بالاستمرار في عملية التحكيم، لأنه ليس بلازم، وإنّما يلزم بعد صدوره أما قبله فلا[2].

**رابعا**: يقتصر أثر حكم المحكَّم على الأطراف الذين اتّفقوا على التّحكيم فقط ولا يتعدّاهم، في حين يلزم الحكم القضائي ويحتج به على الجميع.

ومثال ذلك عند الحنفية: إذا حكم المحكَّم في قضيّة قتل خطأ بالديّة على العاقلة، فإن العاقلة في هذه الحالة غير ملزمة بهذا الحكم، سواء رضيت أو لم ترض، وعند بعض المذاهب كالشافعية تلزم إذا رضيت فقط[3].

**خامساً**: حكم المحكَّم تابع لحكم القاضي، فلو حكم المحكَّم في فصل مجتهد فيه، ثم رفع هذا الحكم إلى القاضي وكان رأي القاضي يخالف رأي المحكَّم فله أن ينقضه، بخلاف حكم القاضي في المسائل المجتهد فيها يلزم ولا ينقض من قبل القضاة

---

(١) السرخسي: المبسوط ١١١/١٦، الكاساني: بدائع الصنائع ٣/٧.

(٢) المراجع السابقة نفسها، وانظر أيضاً: محمود أبو ليل: التحكيم وأثره في حل الخصومات في ضوء الشريعة ص٢٦ من مجلة دراسات الجامعة الأردنية، المجلد الثاني عشر العدد الثامن، ١٩٨٥.

(٣) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق ١٩٣/٤، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٧٩.

الآخرين[1].

**سادساً**: حكم القاضي يرفع الخلاف الفقهي بالاتفاق، أمّا حكم المحكَّم فلا يرفع الخلاف عند الحنفية ويرفعه عند المالكية[2].

**سابعاً**: يعتبر الحكم القضائي باطلاً إذا كان المحكوم له من أصول أو فروع القاضي أمّا في حكم المحكَّم فقد أجاز الشافعية للمحكَّم أن يحكم لوالده وولده[3].

**ثامناً**: الأصل في الحكم القضائي العلنية في حين لا يشترط ذلك في حكم المحكَّم[4].

---

(١) الكاساني: البدائع ٣/٧.

(٢) الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٢٠٨/٣، الدردير: الشرح الكبير ١٣٦/٤.

(٣) ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الكبرى ٢٩٠/٤.

(٤) أبو ليل: التحكيم ص٢٩.

# الباب الثاني

## مقومات الحكم القضائي

وفيه تمهيد وستة مقومات:

المقوم الأول: الحاكم

المقوم الثاني: المحكوم له

المقوم الثالث: المحكوم عليه

المقوم الرابع: المحكوم فيه

المقوم الخامس: المحكوم به

المقوم السادس: أسباب الحكم (مستنداته)

## تمهيد

يقصد بمقومات الحكم أطرافه ومستلزماته، وهي الأشياء التي لا يقوم الحكم إلا بتوافرها فيه، وبانعدام واحد منها أو اختلال شرط من شروطه ينعدم الحكم، أو يبطل، أو يكون معرضاً للنقض والإبطال.

**وقد بحث الفقهاء السابقون هذا الموضوع تحت عنوانين:**

**الأول**: أركان الحكم أو أركان القضاء. وممن اتبعوا هذا المنهج الحصكفي[1] والطحطاوي[2] وعلي حيدر من الحنفية[3] وابن راشد البكري وابن فرحون[4] والحسن بن رحال المعداني[5] وغيره من المالكية[6] والبهوتي

---

(١) الحصكفي هو محمّد بن علي بن محمد، علاء الدين، فقيه من أكابر متأخري الحنفية، من مصنفاته: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، شرح المنار في الأصول، له تعليقة على صحيح البخاري، وعلى تفسير البيضاوي، ت١٠٨٨هـ. انظر: المحبي:خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر ٤/٦٣-٦٥.

(٢) هو العلامة أحمد بن محمّد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، من فقهاء الحنفية المتأخرين، من مصنفاته: حاشية على الدر المختار، وحاشية على مراقي الفلاح للشرنبلالي، وغيرها، ت١٢٣١هـ.، انظر: الزركلي: الأعلام ١/٢٤٥

(٣) انظر: الحصكفي: الدر المختار بهامش رد المحتار ٥/٣٥٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار، علي حيدر: درر الحكام ٤/٥١٧، ويجدر بالتنبيه إلى أن ابن عابدين قد رد على الطحطاوي تسميته لها بالأركان، انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢.

(٤) برهان الدين، أبو إسحاق إبراهيم بن أبي الحسن بن فرحون المدني، ولي قضاء المدينة المنورة، عالم، فقيه، مؤرخ، من مصنفاته: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، درة الغواص في محاضرة الخواص، وغيرها ، ت٧٩٩هـ. انظر: ابن مخلوف:شجرة النور الزكية ص٢٢٢.

(٥) الحسن بن رحال المعداني، أبو علي، إمام، فقيه مالكي محقق، من مصنفاته شرح على مختصر خليل، حاشية على شرح ميارة على التحفة، رفع الالتباس على الخماس، الإرفاق في مسائل الاستحقاق، ت١١٤٠هـ، انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية، ص٣٣٤.

(٦) انظر: ابن راشد البكري: لباب اللباب ص٢٥٣، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/١٧، ميارة: شرح تحفة ابن عاصم مع حاشية الحسن بن رحال ١/١٦.

من الحنابلة[1].

**الثاني**: أطراف الحكم أو أطراف القضاء، وذلك كابن الغرس وابن عابدين وبعض المحدثين[2] من الحنفية[3].

وقد ترجح لديَّ عدم اعتماد مصطلح أركان الحكم في هذا الباب، وذلك لأن الركن عند الأصوليين هو ماكان داخلاً في ماهية الشيء، ولذلك كان ركن الحكم هو ما يدل عليه من قول أو فعل كما هو عند الحنفية[4] وهو الأسلم من الناحية المنهجية، فالحكم أو الشرع الواجب التطبيق في الحكم ليسا ركنين فيه، بل هما من مقوماته، والحكم هو عبارة عن قول القاضي حكمتُ بهذا أو ما قام مقام هذا اللفظ مما يدل على الماهية.

**ومقومات الحكم التي سنبحثها في هذا الباب هي:**

أولاً: الحاكم

ثانياً: المحكوم له

ثالثاً: المحكوم عليه

رابعاً: المحكوم فيه

خامساً: المحكوم به

سادساً: أسباب الحكم (مستنداته).

---

(١) انظر: البهوتي: كشاف القناع ٦/٢٨٠، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩٠، مادة رقم ٢٠١١.

(٢) كالشيخ علي قراعة في كتابه الأصول القضائية ص٢٨٠، والشيخ محيي الدين الملاح في كتابه عمدة الحاكم ص١٠.

(٣) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٤-٥، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢.

(٤) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٧ الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٣/١٧٣، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢.

## المقوم الأول

## الحـــــــــاكم

ويحتوي على تمهيد وثلاثة مباحث:

### المبحث الأول: السلطان

المطلب الأول: مدى جواز إصدار السلطان للأحكام في الشريعة.

المطلب الثاني: مدى جواز إصدار السلطان للأحكام في القانون:

مسألة الفصل بين السلطات

### المبحث الثاني: اصحاب الولايات التي لها سلطة الفصل في الخصومات

المطلب الأول: القضاة

المطلب الثاني: أصحاب الولايات التي لمتوليها إصدار الأحكام عدا القضاة.

### المبحث الثالث: شروط الحاكم

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: الإسلام

المطلب الثاني: التكليف

المطلب الثالث: الحرية

المطلب الرابع: سلامة الحواس

المطلب الخامس: العدالة

المطلب السادس: الذكورة

المطلب السابع: العلم بالأحكام الشرعية.

## تمهيد

الحاكم هو الشخص الذي يباشر إصدار الحكم القضائي، وينبغي لاعتبار الشخص حاكماً أن تتوافر فيه صفات تخوله النظر في الخصومات وإصدار القرارات الفاصلة فيها، وهي ما يطلق عليه "ولاية القضاء" أو "ولاية إنشاء الأحكام". فالشخص الذي يصدر حكماً وليست له هذه الولاية أحكامه غير معتبرة.

**والحاكم لا يعدو أن يكون واحداً من فئتين:**

**الفئة الأولى:** أن يكون صاحب ولاية مستمدة من الدولة، سواء أكانت هذه الولاية عامة مطلقة، أم مقيدة، فيدخل في هذه الفئة السلطان، والقضاة، والولاة، وفق تفصيل كما سيمر بعد قليل.

**الفئة الثانية:** أن يكتسب الحاكم صفته بناء على تراضي طرفي النزاع، وهو ما يعرف بالتحكيم.

## المبحث الأول

## السلطان (رئيس الدولة)

### المطلب الأول

### مدى جواز إصدار السلطان للأحكام في الشريعة

الأصل في الشريعة الإسلامية أنّ للسلطان الأعظم (رئيس الدولة، الخليفة، الإمام...) سلطة الفصل في الخصومات وإصدار الأحكام، بل إن الفقهاء نصوا على أنّ إيقاع القضاء بين المتخاصمين فرض عين على الإمام أو نائبه[1]، لأنه هو المسؤول الأول عن أمور المسلمين.

ومسألة جواز قضاء السلطان وإصداره للأحكام، سواء أكان له قضاة معينون أم لا، متفق عليها عند الفقهاء[2]، إلا ما روي عن بعض الحنفية من القول بعدم نفاذ حكم السلطان بين الخصوم[3]، قال العلامة ابن رشد الحفيد[4]: لا خلاف في حكم

---

(١) الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٤/٨، سليمان الجمل: حاشيته على شرح المنهج ٣٣٦/٥.

(٢) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع ٢/٧، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٥٦/٦، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٦٩، ابن عابدين: رد المحتار ٣٦٧/٥-٣٦٨، علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥١٩/٤، ابن رشد: بداية المجتهد ٤٦١/٢، القرافي: الأحكام ص٤٤، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١٤/١، البيضاوي الغاية القصوى: في دراية الفتوى١٠٠٦/٢، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٢/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٤/٨، الرشيدي المغربي: حاشيته على نهاية المحتاج ٢٢٤/٨، الكوهجي: زاد المحتاج ٥١٢/٤، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ١٠/١٠، الشبيباني: نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٤٤٣/٢-٤٤٤، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣، محمّد بن قاسم النجدي: حاشية على الروض المربع ٥٠٩/٧.

(٣) انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٣٦٨/٥.

(٤) هو أبو الوليد محمّد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد، فقيه، أديب، متكلم، منطقي، أصولي، من مصنفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الكليات في الطب، مختصر المستصفى في الأصول، وغيرها. ت٥٩٥هـ، انظر: ابن مخلوف شجرة النور الزكية ص١٤٦-١٤٧.

الإمام الأعظم...[1].

**الأدلة على جواز حكم السلطان:**

يستدل على جواز قيام الإمام الأعظم بفصل الخصومات وإصدار الأحكام بشأنها بالكتاب والسنة وفعل الصحابة والمعقول:

**أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:**

١- قوله تعالى: ﴿**فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً**﴾ [النساء:٦٥].

ووجه الدلالة في هذه الآية يتضح من النظر في سبب نزولها، فقد أخرج البخاري بسنده عن الزهري عن عروة: "أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرِّح الماء يمر، فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير: اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك. فغضب الأنصاري فقال: أن كان ابن عمتك. فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر. فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾"[2] فالرسول ﷺ في الرواية هذه تجده قاضياً يصدر حكماً في الخصومة التي تكونت بين الزبير بن العوام والرجل الأنصاري، والرسول ﷺ -كما نعلم- كان قائداً

---

(١) ابن رشد: بداية المجتهد ٤٦١/٢.

(٢) حديث صحيح رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه وأحمد بن حنبل وغيرهم انظر: البخاري: الجامع الصحيح، كتاب المساقاة، باب تسكر الأنهار، البخاري مع الفتح ٣٤/٥، وسكر الأنهار سدها وغلقها، ورواه أيضاً في كتاب التفسير باب ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ البخاري مع الفتح ٢٥٤/٨، الإمام أحمد بن حنبل: المسند ٥/٤، وانظر أيضاً: ابن حجر العسقلاني: التلخيص الحبير ٦٦/٣، الشوكاني: نيل الأوطار ١٧٨/٩، الواحدي: أسباب النزول ص ٩٣-٩٤ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن٢٦٦/٥، الوادعي: الصحيح المسند من أسباب النزول ص ٤٩.

للأمة، أي يمسك بزمام الأمور كلها، ويعتبر لذلك الإمام الأعظم، أي رئيس الدولة، وهذا يدل على جواز إصدار السلطان للأحكام.

٢- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ﴾ [النور:٤٨] وهذه الآية نزلت في رجل من المنافقين كانت بينه وبين رجل من اليهود خصومة، وكان اليهودي يدعوه إلى التحاكم عند النبي ﷺ، وكان المنافق يدعوه إلى كعب بن الأشرف، وقال: إن محمداً يحيف علينا، ... فنزلت الآية فيه[١].

ووجه الدلالة واضح من الآية، وسبب نزولها أن اليهودي دعا المنافق إلى الرسول ﷺ؛ ليتولى فصل الخصومة وإصدار الحكم في النزاع الدائر بينهما، فرفض المنافق.

**ثانياً: الأدلة من السُّنة:**

لقد ورد في السُّنة النبوية أمثلة عديدة تدل على أن الرسول ﷺ قد تولى القضاء بنفسه، وأصدر أحكاماً كثيرة في خصومات رفعت إليه. ومن ذلك ما ذكرناه قبل قليل في قضية الزبير بن العوام والأنصاري، ونضيف إليها دليلاً آخر كمثال فقط، وذلك لأن جمع أقضية النبي يحتاج إلى كتاب ضخم لا يتسع له المقام[٢].

فقد روى البخاري عن أم سلمة رضي الله عنها: أنّ رسول الله ﷺ سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم فقال: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صادق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذْها أو ليتركها»[٣]. والقصة هذه واضحة في

---

(١) انظر: ابن العربي: أحكام القرآن ٣/١٣٩٠، الواحدي: أسباب النزول ص١٨٨.

(٢) وقد قام بعض الفقهاء بجمع أقضية النبي ﷺ أو أحكامه وفتاواه التي أصدرها كما صنع الإمام المحدث أبو عبدالله محمّد بن فرج المالكي القرطبي في كتابه أقضية رسول الله ﷺ وقد طبع عدة مرات منها طبعة دار الوعي حلب عام ١٩٨٢، ونشر أيضاً بتحقيق د.محمد الأعظمي الذي قدمه كرسالة دكتوراه في الأزهر.

(٣) حديث صحيح رواه الجماعة، انظر: البخاري: الصحيح مع الفتح ١٣/١٧٢، الشوكاني: نيل الأوطار ٩/١٨٥، ابن حجر: التلخيص الحبير ٤/١٩٢، وانظر تمام تخريج الحديث فيما تقدم من هذه الرسالة .

مباشرة الرسول للحكم، فالخصوم أتوا للنبي ﷺ ليحكم بينهم في النزاع الحادث بينهم، وقد ورد أنها مواريث درست بينهم. وقد قال الإمام القرافي مبيناً ما لرسول الله ﷺ من وظيفة القضاء والسلطان فقال: "اعلم أنّ رسول الله ﷺ هو الإمام الأعظم، والقاضي الأحكم، والمفتي الأعلم، فهو ﷺ إمام الإئمة، وقاضي القضاة، وعالم العلماء، فجميع المناصب الدينية فوضها الله تعالى إليه في رسالته، وهو أعظم من كل من تولى منصباً في ذلك إلى يوم القيامة..."[1]

**ثالثاً: الأدلة من فعل الصحابة:**

منذ وفاة النبي ﷺ وابتداء عهد أبي بكر -وهو مايسمى بالخلافة الراشدة- أصبح الخليفة هو سلطان المسلمين.

وبالنظر في تاريخ تلك الفترة نجد أن الخلفاء الراشدين -رضي الله عنهم- كانوا يتولون القضاء بأنفسهم ويصدرون الأحكام القضائية، وبخاصة في عاصمة الخلافة، إضافة إلى أنهم قد عينوا قضاة في الأقاليم وفي المدينة نفسها أحياناً[2].

- فمن قضاء أبي بكر ما رواه البيهقي عن القاسم بن محمّد أنه قال: "أتت الجدتان إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم، فقال له رجل من الأنصار: أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث. فجعل أبو بكر السدس بينهما"[3].

- ومن ذلك أيضاً: أن أبا بكر ﷺ كان إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله في

---

(١) انظر: القرافي: الفروق ١/٢٠٦.

(٢) انظر: عبدالوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام ص٤٦-٤٧، المؤلف نفسه: السياسة الشرعية ص ٤٩، سعود آل دريب: التنظيم القضائي ص١٨٥.

(٣) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الفرائض، باب فرض الجدة والجدتين ٦/٢٣٥، الصنعاني: المصنف، كتاب الفرائض، باب فرض الجد، ١٠/٢٧٥.

ذلك الأمر سنة قضى بها...[1].

أما بالنسبة لسيدنا عمر بن الخطاب فقد ورد أنه كان يقضي بنفسه إلى أن كثرت مشاغله، فعين من يساعده من القضاة في المسائل المدنية البسيطة[2]، وترك القضايا المهمة من اختصاصه، حتى إنه قصر فصل الدماء على نفسه مبالغة في الاحتياط[3]. فعمر كان يحكم بنفسه وهو خليفة المسلمين.

وقد روي أيضاً عن الشعبي[4] أنه قال: "رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضي بين الناس"[5] وهذا الأثر يدل على أن سيدنا عمركان يباشر القضاء بنفسه، وقد اتخذ المسجد مكاناً له. وقد روي عن عثمان أيضاً أنه كان يقضي في المسجد[6].

أضف إلى ذلك أنّ الخلفاء المسلمين في جميع العصور الإسلامية كانوا يخصصون أياماً معينة للنظر في خصومات الناس، وبخاصة التي لا يقوى عليها القاضي، نظراً لاعتبارات معينة، كأن تكون القضية مقامة ضد الأمراء والوجهاء ممن لا تطولهم يد القاضي أحياناً، وقد فعل ذلك الخلفاء الأمويون والعباسيون. وهذا كله كان تطبيقاً لمبدأ جواز قيام الخليفة بفصل الخصومات والقضاء.

**رابعاً: المعقول:**

من المعلوم أن السلطان هو الذي يمدّ القضاة بسلطة القضاء[7]، وأن القاضي خليفة

---

(١) البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي ١١٤/١٠.

(٢) وكيع: أخبار القضاة ١٠٤/١-١٠٥.

(٣) انظر: رويعي الرحيلي: فقه عمر بن الخطاب ٤٤٥/١.

(٤) هو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي، ولد سنة (٢١) فيعتبر من فقهاء التابعين، وقد أدرك مائة وخمسين صحابياً، ت١٠٥هـ. انظر: ابن حبان البستي: مشاهير علماء الأمصار ص١٠١-١٠٢.

(٥) انظر: ابن قدامة: المغني ٣٨٨/١١-٣٨٩، المقدسي: الشرح الكبير ٣٩٧/١١.

(٦) انظر: البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من يشاور ١١٢/١٠ وكيع: أخبار القضاة: ١١٠/١.

(٧) انظر: علي قراعة: الأصول القضائية ص٣١٩.

عن السلطان، وولايته مستمدة منه[1]، وأن السلطان يستطيع تقييد اختصاص القاضي، والحد من ولايته، ومنحها لقاض آخر في المكان نفسه، أو إبقائها لنفسه، كما فعل عمر في الدماء والقصاص، فهل يعقل أن يمنح السلطان غيره سلطة هو لا يملكها، أو يكون للوكيل ما لايكون للموكِّل، أو أن يملك المأذون له التصرف، ويمنع منه صاحب الإذن، لذلك كله كان حكم السلطان بين الخصوم جائزاً ونافذاً؛ لأنه صاحب ولاية عامة في الأصل.

## المطلب الثاني

## مدى جواز إصدار السلطان (رئيس الدولة) للأحكام القضائية في القانون

قلنا: إن الأصل في الشريعة الإسلامية جواز قيام رئيس الدولة بإصدار الأحكام القضائية، وفصل الخصومات بين رعيته.

أما حكم هذه المسألة في القانون الوضعي فإنه على العكس تماماً عما هو عليه في الشريعة، والمبدأ السائد هناك عدم جواز قيام السلطان بإصدار الأحكام القضائية، وهذا أمر متفق عليه في القانون وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن قانون تشكيل المحاكم ينص على وجوب تفرغ القاضي للقضاء فقط، وينص كذلك على عدم جواز الجمع بين القضاء وغيره من الوظائف، كالمادة ٨ من قانون تشكيل المحاكم الشرعية[2] فقرة ٩ تقول: "لا يجوز الجمع بين وظيفة القضاء ومزاولة التجارة أو أية وظيفة أو مهنة أخرى" وكذلك قانون استقلال القضاء[3] نص على الحكم نفسه في المادة ١٦ منه.

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٣٦٧/٥.

(٢) قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لسنة ١٩٧٢، نشر في العدد ٢٣٥٧ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٢/٥/٦م.

(٣) قانون استقلال القضاء رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ نشر في العدد ٢٣٨٣ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٢/١٠/١م.

**مسألة الفصل بين السلطات:**

يعتبر أرسطو[1] أول من تكلم في مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك في كتابه السياسة عندما تحدث عن الحكومة واحتوائها على السلطات الثلاث، والتي عرفت فيما بعد بالسلطة التشريعية والتنفيذية ثم القضائية.

إلاّ أنّ هذا المبدأ نسب إلى مونتسكيو[2] واشتهر به، وذلك من خلال كتابه روح القوانين الذي صاغ به هذا المبدأ صياغة واضحة أبرزت معالمه وأسسه ومسوغاته[3].

أما خلاصة مبدأ الفصل بين السلطات كما نادى به مونتسكيو فهي كما يلي[4]:

يتبين من خلال النظر لنظام الحكم الذي يمارس في الدولة أن هناك ثلاث وظائف للسلطة بوجه **عام تتمثل فيما يلي:**

**أولاً: الوظيفة التشريعية** وهي التي تتمثل بوضع القوانين والتشريعات، وأطلق عليها اسم السلطة التشريعية.

**ثانياً: الوظيفة التنفيذية:** وهي التي تتمثل بتنفيذ القوانين والتشريعات وحماية الأمن الداخلي والخارجي، وأطلق عليها اسم السلطة التنفيذية.

**ثالثاً: الوظيفة القضائية:** وهي التي تختص بفصل المنازعات وحل الخصومات، وأطلق عليها اسم السلطة القضائية.

---

(١) هو فيلسوف يوناني من كبار الفلاسفة على الإطلاق، من مصنفاته: السياسة، ما بعد الطبيعة وغيرها، ولد سنة ٣٨٤ق.م وتوفي ٣٢٢ق.م. انظر: الموسوعة الفلسفية المختصرة ص٣٨ وما بعدها، ترجمة فؤاد كامل وآخرين.

(٢) هو كاتب فرنسي ولد سنة ١٦٨٩م وتوفي ١٧٥٥م، له مؤلفات اجتماعية سياسية أهمها: روح القوانين الذي كان له تأثير كبير في تطور الدستور الفرنسي إبان الثورة، انظر: المنجد في اللغة والأعلام ص٦٩٦.

(٣) انظر: أنور الخطيب: المجموعة الدستورية القسم الأول ٣٢٤/١، محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية ص٥٥٣.

(٤) المراجع السابقة نفسها، وانظر كذلك: يحيى الجمل: الأنظمة السياسية المعاصرة ص١٢٩-١٣٠.

ويقتضي هذا الفصل والتفريق بين السلطات أن لا تجتمع هذه السلطات في يد شخص واحد، أو هيئة حاكمة واحدة، وكما يقول مونتسكيو: "لا تكون حرية إذا لم تفصل سلطة القضاء عن السلطة الاشتراعية والسلطة التنفيذية. فإذا كانت سلطة القضاء متحدة بالسلطة الاشتراعية كان السلطان على الحياة وحرية الأهلين أمراً إرادياً، لأن القاضي إذ ذاك يصبح مشترعاً» [1].

أما عن مسوغات وجود هذا المبدأ فتتمثل في كونه سلاحاً من أسلحة الكفاح ضد الحكومات المطلقة، ووسيلة من وسائل التخلص من السلطة المطلقة للملوك، ولذلك نجد أن القائمين على الثورة الفرنسية قد تمسكوا بهذا المبدأ. إضافة إلى ذلك كان مونتسكيو نفسه يسيء الظن بالطبيعة البشرية حيث يقول: "لقد أثبتت التجارب المستمرة أنّ كل شخص يتمتع بسلطة يسيء استعمالها حتى يجد حدوداً توقفه، وليس غريباً أن نقول إنّ الفضيلة نفسها في حاجة إلى قيود[2].

وعلى ذلك لا يجوز للحاكم أن يصبح قاضياً، أو يصدر الأحكام القضائية، لأنه يكون بذلك قد تعدى حدود اختصاصه، وأصبحت في يده أكثر من سلطة، الأمر الذي تمنعه الدساتير العالمية.

وقد أخذ هذا المبدأ أوج ظهوره والمناداة به في إعلان حقوق الإنسان لسنة ١٧٨٩م الذي جاء بعد الثورة الفرنسية، وقد نص عليه في دساتير فرنسا، والولايات المتحدة، ومعظم الدساتير العالمية، وقد سرى هذا المبدأ إلى الدساتير العربية التي تنص على تقسيم السلطات إلى ثلاث، وتعهد بوظائف كل سلطة إلى جهة مستقلة عن الأخرى، فالدستور الأردني مثلاً ينص في المادة ٢٤ فقرة ١- الأمة مصدر السلطات. ٢- تمارس الأمة سلطاتها على الوجه المبين في هذا الدستور. ثم بين الدستور سلطات الدولة الثلاث[3] وبمن تناط كل سلطة.

---

(١) انظر: أنور الخطيب: المجموعة الدستورية ٣٢٩/١.

(٢) محسن خليل: القانون الدستوري ص٥٥٤، يحيى الجمل: الأنظمة السياسية ص١٢٨ بتصرف يسير.

(٣) انظر: الفصل الثالث من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢م.

فالمادة ٢٥ تقول: "تناط السلطة التشريعية بمجلس الأمة والملك، ويتألف مجلس الأمة من مجلس الأعيان والنواب".

والمادة ٢٦ تقول: "تناط السلطة التنفيذية بالملك، ويتولاها بواسطة وزرائه، وفق أحكام هذا الدستور".

والمادة ٢٧ تقول: "السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر الأحكام وفق القانون باسم الملك".

وبذلك يتبين لنا مسألة تقسيم السلطات وفصلها عن بعضها، كما هي الحال في الدساتير الغربية.

وقد يثور تساؤل عن حكم الشريعة في مثل هذا المبدأ، أو بعبارة أخرى ألا يمكن توجيه نقد لنهج الشريعة التي تجيز للحاكم العام أو رئيس السلطة أن يكون قاضياً يصدر الأحكام القضائية، ويفصل في الخصومات، فيكون بذلك قد جمع أكثر من سلطة في يده؟ وجواب هذا التساؤل نبينه فيما يلي:

**موقف الشريعة من مبدأ الفصل بين السلطات[1]:**

بادىء ذي بدىء، نقول: إن مبدأ الفصل بين السلطات لم يأت من فراغ وإنما كان وليد ظروف صعبة مرت بها أوروبا، هذه الظروف تتمثل في تعسف الحكام واستبدادهم بالسلطة، مع عدم وجود رقابة عليهم، سواء من القانون، أو من أنفسهم، الأمر الذي جعل الثوار يصرون على تفريق السلطة وعدم تجمعها في يد واحد خشية إساءة استعمالها.

---

(١) مبدأ الفصل بين السلطات ليس مبدأ متفقاً عليه في الفكر الغربي الوضعي، بل هناك من انتقده وطالب بإلغائه أو الحد منه، لأنه كان وليد ظروف معينة زالت الآن، أضف إلى ذلك أن تقسيم السلطات إلى ثلاث أيضاً ليس متفقاً عليه، وليس هنا مجال بحثه، انظر في ذلك: أنور الخطيب: المجموعة الدستورية ٣٣١/١، يحيى الجمل: الأنظمة السياسية ١٣٠-١٣١، مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري في الإسلام ص٩٨.

وهذه الظروف لم تكن في الشريعة الإسلامية؛ لأن السلطان في النظام الإسلامي لا يتصرف على هواه، بل هو محكوم بقواعد الشريعة، ولا يجوز له مخالفتها، وإلا تعرض للمساءلة، بعكس الحكام في النظام الغربي الذي كان يعطيهم السلطة المطلقة.

ومع التسليم بالتقسيم التقليدي للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإنه لا يجوز لنا بحال أن نستخدم مصطلحات وضعية إلاّ بعد تفهم معناها وعرضها على الشريعة، حتى نعتمد ذلك المصطلح، وعلى ذلك يكون مفهوم السلطة التشريعية في النظام الغربي على خلاف ماهو عليه في النظام الإسلامي.

فالسلطة التشريعية في النظام الغربي عماد منهجها تقرير الواقع بإصدار تشريعات وقوانين دون التقيد بحدود معينة، فما كان ممنوعاً اليوم قد يصبح مشروعاً غداً، أما في الشريعة الإسلامية فإنّ إطلاق مصطلح السلطة التشريعية فيه تسامح كبير، والأفضل إطلاق مصطلح السلطة التقنينية أو الاجتهادية، وذلك لأن التشريع الحقيقي هو لله عز وجل، وهذا أمر متفق عليه كما قرره الأصوليون[1]، وحتى في زمن الرسول ﷺ كان الوحي هو مصدر التشريع في ذلك الوقت.

ولذلك فإن الفصل بين السلطة التشريعية والسلطتين التنفيذية والقضائية واقع فعلاً، وهو فصل حقيقي[2]. ولذلك فإن فصل السلطات الثلاث في الإسلام يقوم على أساس فصل الوظيفة التشريعية -أي الاجتهاد- عن سائر الوظائف الأخرى، لا على أساس الفصل العضوي بمعنى الشخص القائم بكل سلطة[3].

ولم تكن السلطات التنفيذية والقضائية منفصلتين في بداية العهد الاسلامي، فقد كان الرسول ﷺ ومن بعده الخلفاء يجمعون بيدهم السلطتين معاً، وذلك لصغر حجم الدولة، وقلة السكان، وقلة الخصومات. ويعتبر سيدنا عمر بن الخطاب أول من فصل

---

(١) انظر: محمّد أبو زهرة: أصول الفقه ص٦٩، محمّد حسين هيتو: الوجيز في أصول التشريع الإسلامي ص٨١، شاكر الحنبلي: أصول الفقه الإسلامي ص٣٥٥.

(٢) مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري الإسلامي ص٩٨.

(٣) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٦٥٥.

بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، وذلك لما وجد أن الظروف والمصلحة الشرعية تقتضي أن تفصل السلطتان عن بعضهما[1]، فالدولة قد اتسعت، والسكان قد ازدادوا، والخصومات أصبحت كثيرة تحتاج إلى تفرغ كامل لها.

ولا ضير في إباحة الشريعة للإمام أن يفصل في الخصومات، ويجمع في يده سلطتي القضاء والتنفيذ؛ لأن هذا الجمع لم يكن يؤثر في استقلال القضاء، و لم تقع المحاذير التي يَخشى وقوعَها مؤيدو فكرة الفصل بين السلطات، وذلك لالتزام الجميع بمبدأ المشروعية، أي وجوب الالتزام بالتشريع الإسلامي.

وبذلك ينتفي الخطر من عدم وجود الفصل الشخصي بين السلطات، لأن الوازع الديني هو أساس عمل المسلم، سواء كان حاكماً أو قاضياً أو فرداً عادياً[2].

وختاماً لهذه المسألة نؤكد أنّ المهم في عمل الدولة ككل أن يكون ملتزماً بمبدأ المشروعية، وأن تكون هي الحاكمة على تصرفات الدولة والأفراد، ولا مانع شرعاً من اتباع مبدأ الفصل بين السلطات لاعلى الأسس الغربية، من اعتبار الفصل العام، وإنما على أساس فيه مصلحة مشروعة للأمة تقتضيها الظروف، وبخاصة في هذا الزمان الذي ازداد فيه تسلط الحكام على شعوبهم، وكثرة تدخلهم في القضاء، وقلة الوازع الديني، وانتشار الظلم[3] الأمر الذي يستدعي تقييد الحكام وأصحاب السلطات، سواء أكانوا حكاماً أم قضاة أم إداريين، وضمان عدم تدخلهم وتحكيم أهوائهم في الحكم.

---

(١) انظر: سعود آل دريب: التنظيم القضائي ص١٨٧، مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري الإسلامي ص٩٩

(٢) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٦٥٦.

(٣) المرجع السابق نفسه ٦/٦٥٦.

## المبحث الثاني

## أصحاب الولايات التي لها سلطة الفصل في الخصومات وإصدار الأحكام

### المطلب الأول

### القضـــــــــــاة

لقد أوردت مجلة الأحكام العدلية تعريفاً للقاضي في المادة ١٧٨٥ التي تقول: "القاضي هو الذات الذي نُصِّبَ وعُيِّنَ مِن قِبَلِ السلطان؛ لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة"[1] وليس هدفنا من هذه العجالة أن نتحدث عن تعريف القاضي، بل نبتغي تمييز القاضي عن غيره من الموظفين وأصحاب الولايات الأخرى، ويتضح من التعريف السابق أن القاضي يتميز بميزتين:

**الأولى**: أنه معين من قبل السلطان (أو لنقل الدولة)

**الثانية**: أنه مخصص للفصل في الخصومات الواقعة بين الناس.

وبالتالي يظهر لنا أن القضاة هم الذين يختصون بفصل الخصومات وإصدار الأحكام القضائية بحسب الأصل العام.

ومسألة تخصيص أشخاص معينين لفصل الخصومات بين الناس أمر تقتضية مصلحة الناس، وقد فعله الرسول ﷺ وأصحابه رضوان الله عليهم، وتؤيده العقول السليمة.

---

(١) انظر: علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥١٨/٤.

**ومن الأدلة على هذه المسألة مايلي:**

**١- من السنة:**

فقد روي أن الرسول ﷺ قد عين قضاة للفصل في الخصومات في المدينة وفي الأقاليم البعيدة عنها، كما أمر بعض الصحابة بالقيام بوظيفة القضاء وإصدار الأحكام بحضرته ﷺ، **ومن ذلك:**

أ- أنه بعث علياً إلى اليمن قاضياً.[١]

ب- واستخلف النبي ﷺ عَتَّابَ بن أَسِيد على مكة والياً وقاضياً، حينما خرج ﷺ إلى حنين، ومكث عتاب على ولاية مكة إلى وفاة أبي بكر ﷺ سنة ١٣هـ.[٢]

جـ- قلد النبي ﷺ معاذ بن جبل قضاء اليمن[٣].

د- ومن أمثلة أمره لبعض الصحابة في القضاء بحضرته ما رواه الحاكم عن عبدالله ابن عمرو: أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ، فقال لعمرو: «اقض بينهما»، فقال: أقضي بينهما وأنت حاضر يا رسول الله؟ قال: «نعم، إنك إن أصبت فلك عشرة أجور، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر»[٤].

---

(١) انظر في ذلك: أبو داود السجستاني: السنن، كتاب الأقضية، باب كيف يكون القضاء ٤/١١، ابن ماجه: السنن، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة ٢/٧٧٤، البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي ١٠/٨٦، وكيع: أخبار القضاة، ذكر قضاة رسول الله ﷺ ١/٨٤-٨٥.

(٢) انظر: في استخلاف النبي لعَتَّاب بن أَسِيد المصادر التالية: ابن سعد: الطبقات الكبرى ٢/١٤٥، ٥/٤٤٦، الطبري: تاريخ الرسل والملوك ٣/٤٢٧، تقي الدين الحسني الفاسي: العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين ٦/٣-٧، ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة ٢/٤٥١، ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب ١/٢٦.

(٣) انظر: أبو داود السجستاني: السنن، كتاب الأقضية باب اجتهاد الرأي في القضاء، ٤/١٨، البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي ١٠/١١٤.

(٤) انظر: الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين، كتاب الأحكام ٤/٨٨، الساعاتي: ترتيب مسند الإمام أحمد، كتاب القضاء والشهادات باب ماجاء في القاضي يصيب ويخطىء ١٥/٢٠٧.

**٢- أما فعل الصحابة:**

فقد ثبت عنهم رضوان الله عليهم أنهم فوضوا أمر القضاء في الولايات الإسلامية البعيدة لغيرهم من القضاة، وعين بعضهم قضاة بحضرتهم أيضاً فقد روي أن سيدنا أبا بكر ولى القضاء في زمانه لعمر بن الخطاب[١].

وأن سيدنا عمر في خلافته قد ولى القضاء ليزيد بن أخت النَّمِر[٢] معه في المدينة وقال له: اكفني صغار الأمور "فكان يقضي في الدرهم ونحوه"[٣].

وولى سيدنا عمر قضاء الكوفة لشريح[٤].[٥]

وولى سيدنا عثمان أيضاً القضاء لزيد بن ثابت[٦] كما أنه قد أقر أكثر الولايات التي عينها عمر بن الخطاب قبله.

وتولية القضاء أمر معروف في التاريخ الإسلامي منذ عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا.

**٣- المعقول:**

لما كان الأصل أن يقوم السلطان برعاية مصالح الأمة الإسلامية ومن بين هذه المصالح أن يقوم بفصل الخصومات وحل المنازعات ويكون ذلك بأن يتولى القضاء بنفسه، وكانت هذه المهمة ميسورة وممكنة نوعاً ما في بداية نشأة الدولة الإسلامية في

---

(١) انظر: البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي ٨٧/١٠، وكيع: أخبار القضاة، ذكر القضاة بعد رسول الله ﷺ ١٠٤/١.

(٢) هو يزيد بن سعيد بن ثُمامة أبو السائب بن يزيد حليف بني عبد شمس، أسلم في الفتح، وله روايات عن النبي ﷺ. انظر: ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة ٦٥٦/٣، وكيع: أخبار القضاة ١٠٩/١.

(٣) انظر: وكيع: أخبار القضاة، قضاة عمر ١٠٥/١، ١٠٩.

(٤) أبو أمية، شريح بن الحارث بن قيس الكوفي النخعي القاضي ولي القضاء لعمر، وعثمان وعلي ومعاوية رضي الله عنهم أجمعين، ت رحمه الله في حدود ٨٠هـ. انظر: النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٢٤٣/١، ابن حجر العسقلاني: تقريب التهذيب ٣٤٩/١.

(٥) انظر: الطبري: تاريخ الرسل والملوك ٢٤١/٤، البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي ٨٧/١٠.

(٦) انظر: عبدالرزاق الصنعاني: المصنف، كتاب البيوع باب قضاء أصحاب محمّد ﷺ...٣٠٣/٨.

المدينة المنورة، زمن الرسول ﷺ الذي كان يتولى القضاء بنفسه في أول الأمر، وبخاصة في المدينة، ولكن عندماتسعت الدولة وترامت أطرافها كان من غير الممكن أن يقوم السلطان (الخليفة) بفصل الخصومات لكل المنازعات الحادثة في الدولة، **وذلك للأسباب التالية:**

أ- انشغال رئيس الدولة بالمهام السياسية الداخلية والخارجية، بحيث لا يتسع وقته للمهم منها، فكيف إذا أضيفت إليها أعمال أخرى.

ب- عدم تمكنه من النظر في كل المنازعات الحادثة في دولته، وإن كان من الممكن أن ينظر جزئياً بعض القضايا المهمة في العاصمة.

جـ- وجود المشقة وارتفاع تكاليف الحصول على العدالة[1]، وذلك لاضطرار رعايا الدولة للسفر إلى العاصمة لحل منازعاتهم عند السلطان، فلهذا كله، وخوفاً من ضياع الحقوق، وتسهيلاً على الناس في الحصول على حقوقهم بأسهل طريق وأقل تكلفة، كان من الضرورة بمكان أن ينيب السلطان عنه أشخاصاً عرفوا بالقضاة، سواء في الأماكن البعيدة عنه، أو في العاصمة التي يقيم فيها، ليقوموا بفصل الخصومات وحل المنازعات[2].

والأصل في ولاية القاضي أنه نائب أو خليفة أو وكيل عن السلطان في القضاء وفي إصدار الأحكام، وولايته مستمدة من ولاية السلطان.

---

(١) الأصل في العدالة أن تكون مجانية، وهي من واجبات الدولة، ولذلك لم تكن المحاكم الإسلامية تستوفي رسوماً على القضايا.

(٢) انظر في ذلك: الكاساني: بدائع الصنائع ٢/٧، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٢/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٤٢٤/٨، الكوهجي: زاد المحتاج ٥١٢/٤، الشيباني: نيل المآرب لشرح دليل الطالب ٤٤٣/٢-٤٤٤، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣، البهوتي: الروض المربع مع حاشية محمّد ابن قاسم النجدي عليه ٥٠٩/٧.

## المطلب الثاني

## أصحاب الولايات التي لمتوليها إصدار الأحكام عدا القضاة

القاعدة العامة في مسألة أهلية إصدار الأحكام في الشريعة أن للسلطان أن يفوض من يشاء لإصدار الأحكام القضائية، إلا أن هذا الحق الممنوح للسلطان مقيد بوجوب توافر الشروط الشرعية فيمن يختار لتولي ذلك المنصب.

وعلى ذلك يستطيع الإمام (السلطان) أن يفوض الأمير أو الوزير أو قائد الجيش أو غيره مهمة فصل الخصومات بالإضافة لعمله الأصلي، وبالتالي نجد أن هناك بعض الولايات والمناصب في الدولة قد منح متوليها صفة إصدار الأحكام ولو جزئياً في الأمور التي تدخل تحت اختصاص تلك الولاية **وفيما يلي أهم هذه الولايات:**

**اولاً: الوزارة:**[1]

الوزارة في الفقه السياسي الإسلامي ثلاثة أنواع[2]: وزارة تفويض ووزارة تنفيذ،

---

(١) الوزارة بفتح الواو وكسرها -في اللغة مأخوذة من الوزر، والوزر تعني الملجأ، ولذلك يقال للجبل المنيع الذي يعتصم به لينجى من الهلاك وزر، فوزير الخليفة سمي بهذا الاسم؛ لأن الخليفة يعتمد على رأيه في أموره ويلتجىء إليه ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**وَاجْعَل لِّي وَزِيراً مِّنْ أَهْلِي * هَارُونَ أَخِي**﴾ [طه:٢٩]. وفي قول آخر مفاده أن الوزارة مأخوذة من الوِزْر -بكسر الواو وسكون الزاي- أي الحمل الثقيل، وبناء على ذلك قيل لوزير السلطان وزير، لأنه يزر عنه أثقال ما أسند إليه من تدبير المملكة أي يحمل عنه ذلك أو بعضه، انظر: ابن منظور: لسان العرب ٥/٢٨٢-٢٨٣، وكذلك ابن جماعة: تحرير الكلام في تدبير أهل الإسلام ص٧٥.

(٢) قسم الأئمة الماوردي وأبو يعلى الفراء وتبعهم ابن جماعة الوزارة إلى نوعين: تفويض وتنفيذ، إلا أن الإمام القرافي قد أضاف نوعاً ثالثاً سماه وزارة الاستشارة فصارت الأنواع ثلاثة والذي يظهر أن هذه التقسيمات اجتهادية لا نص فيها، وتخضع للظروف والمستحدثات وتتبع فيها ما يحقق المصلحة العامة والله أعلم. انظر: الماوردي: الأحكام السلطانية: ص ٢٢، الفراء: الأحكام السلطانية ص٢٩، القرافي: الإحكام ص ٤٥،بدر الدين بن جماعة: تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام: ص٧٧.

ووزارة استشارة **على النحو التالي:**

**النوع الأول: وزارة التفويض:**

ومعناها أن يفوض السلطان الوزير في جميع الأمور المتعلقة باختصاص الإمام، يدبرها برأيه واجتهاده، وهذه الوزارة تعد أهم منصب بعد الإمامة. وللوزير المفوض من الصلاحيات ما للإمام الأعظم **باستثناء ثلاثة أمور هي:**

١- ولاية العهد.

٢- الاستعفاء من المنصب.

٣- عزل من قلده الإمام، فهذه الثلاثة أمور دون وزير التفويض[١].

ومما سبق ذكره يتبين لنا أنّ اختصاص الوزير المفوض اختصاص عام وشامل لأمور كثيرة، ويهمنا في هذا المقام أن نذكر أن الوزير المفوض له صلاحية إصدار الأحكام القضائية وفصل الخصومات، لأنه صاحب ولاية عامة يندرج ضمنها القضاء، بل له تعيين القضاة والنظر في المظالم أيضاً[٢]، قال الإمام الفراء[٣]: ويجوز لهذا الوزير أن يحكم بنفسه، وأن يقلد الحكم،كما يجوز ذلك للإمام، لأنّ شروط الحكم فيه معتبرة، ويجوز أن ينظر في المظالم ويستنيب فيها"[٤].

وجواز إصدار الحكم من قبل وزير التفويض منوط بتوافر شروط أهلية القضاء[٥]،

---

(١) انظر: الماوردي: الأحكام السلطانية ص ٢٥، الفراء: الأحكام السلطانية ص ٣٠، القرافي: الإحكام ص ٤٥، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/١٤.

(٢) انظر الماوردي: الأحكام السلطانية ص ٢٤، القرافي: الإحكام ص ٤٥، ابن جماعة: تحرير الأحكام ص٧٧.

(٣) هو محمّد بن الحسين بن محمد، أبو يعلى القاضي البغدادي الحنبلي، فقيه أصولي، مفسر، متكلم، من مصنفاته الأحكام السلطانية، التبصرة، العدة في أصول الفقه، أحكام القرآن، المسائل الفقهية ت٤٥٨هـ. انظر: الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد٢/٢٥٦ ابن العماد: شذرات الذهب ٣/٣٠٦.

(٤) الأحكام السلطانية ص٣٠

(٥) ابن فرحون: التبصرة ١/١٥.

فإذا انخرمت هذه الشروط فلا يجوز له تبوُّؤُ هذا المنصب، وإذا أصدر أحكاماً فأحكامه غير نافذة للخلل الحادث في صفة الحاكم.

**النوع الثاني: وزارة التنفيذ:**

وهذه الوزارة تعني أنّ وزير التنفيذ هو الذي يقوم بتنفيذ ما يصدر عن الخليفة (السلطان) من أوامر وأحكام، ولذلك يعتبر واسطة بين الإمام والرعية[1].

وولاية وزير التنفيذ لا تؤهله لإصدار الأحكام القضائية وفصل الخصومات[2]، ولهذا السبب تعتبر الأحكام التي يصدرها وزير التنفيذ غير نافذة وباطلة، إذا لم يفوض إليه السلطانُ سلطةَ الفصل في الخصومات، بالإضافة لوظيفته في وزارة التنفيذ.

**النوع الثالث: وزارة الاستشارة:**

وهذا النوع من أنواع الوزارة يعرف من تسميته بوزير الاستشارة أنه مخصص لإبداء الرأي والمشورة في الأمور التي تستجد، وفي المسائل التي تعرض للسلطان، ولذلك ليس لوزير الاستشارة سلطة إصدار الأحكام القضائية[3]، لعدم اختصاصه بذلك.

**ثانياً: الإمارة:**

والإمارة هي منصب إداري يفوض فيه السلطانُ الأمراءَ والولاةَ لإدارة بعض المناطق في الدولة الإسلامية.

وقد تكون الولاية مقتصرة على الناحية الإدارية فقط، بحيث يعين السلطان شخصاً آخر للفصل في الخصومات، وأحياناً أخرى يجمع الوالي سلطتي الإدارة والقضاء، وهذا يتضح من قرار التعيين.

---

(١) الماوردي: الأحكام السلطانية ص ٢٥، ابن جماعة: تحرير الأحكام ص٧٧

(٢) المراجع السابقة نفسها، وانظر القرافي: الإحكام ص ٤٥.

(٣) انظر: القرافي الإحكام ص ٤٥.

وإذا أذن الإمام للوالي وفوضه بتعيين القضاة وتوليتهم، فقد اعتبر فقهاء الحنفية هذا الإذن والتفويض إذناً بالقضاء من باب أولى، ولذلك أجازوا حكم الأمير والوالي حتى مع وجود قاضي البلد[1] إلا إذا كان القاضي معيناً من قبل السلطان مباشرة (مولى من الخليفة)، فلا يجوز له إصدار الأحكام، ولا تنفذ أحكامه لتعديه على اختصاص القاضي. قال ابن نجيم: "إن تولية باشا مصر قاضياً ليحكم في أقضية مصر مع وجود قاضيها المولى من السلطان باطلة، لأنه لم يفوض إليه ذلك.."[2]

وعند المالكية تعتبر ولاية الإمارة صريحة في إفادة أهلية القضاء إذا صادفت أهلها، فتشمل حينئذ القضاء وغيره من السياسات.[3]

**ثالثا: هناك ولايات في الدولة لأصحابها الفصل في الأحكام بعضها جزئي وبعضها عام:**

قال ابن سهل[4]: "اعلم أنّ للحكام الذين تجري على أيديهم الأحكام ست خطط أولها القضاء، وأجلها قضاء الجماعة، والشرطة الكبرى، والشرطة الوسطى، والشرطة الصغرى، وصاحب مظالم، وصاحب رد."[5]

فالولايات التي يخول أصحابها إصدار الأحكام متعددة، **نذكر منها بناء على ما قاله ابن سهل وغيره[6] مايلي:**

١- ولاية المظالم: وهذه ولاية قضائية في الأصل إلا أنها أقوى منها في تنفيذ الأحكام وأكثر حرية في استخدام وسائل الإثبات.

---

(١) انظر: الحموى: غمز عيون البصائر ٢/٣٦٥، ٢/٤٣٠.

(٢) الأشباه والنظائر ٢/٤٣٠-٤٣١ بهامش غمز عيون البصائر..

(٣) القرافي: الإحكام ص٤٥، ابن فرحون: التبصرة ١/١٤.

(٤) هو أبو الأصبغ عيسى بن سهل الجياني الأندلسي، إمام، فقيه، موثق، حافظ، من مصنفاته الإعلام بنوازل الأحكام. ت ٤٨٦هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص ١٢٢..

(٥) الإعلام بنوازل الأحكام ٢/١٩٦، أطروحة مرحلة ثالثة تقدم بها أنس العلاني للكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين عام ١٩٨٢، بإشراف الشيخ الشاذلي النيفر.

(٦) انظر: القرافي: الإحكام ص٤٦-٤٧، ابن سهل: الإعلام بنوازل الأحكام ٢/١٩٦، النباهي: المرقبة العليا ص٤، ابن فرحون: التبصرة ١/١٤.

٢- ولاية الحسبة: وهذه الولاية متخصصة في إصدار الأحكام التي تدخل في نطاق الولاية الموضوعي كمسائل الأبنية والبلديات في عصرنا، إضافة إلى عملها كنيابة عامة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر.

٣- ولاية الشرطة: وهذه أجيز لها إصدار الأحكام في بعض مسائل العقوبات.

٤- ولاية الرد: قال ابن سهل عنها: "وصاحب رد وهو كصاحب شرطه يسمي صاحب ردٍّ لما ردَّ إليه من الأحكام ... وإنما كان يحكم صاحب الرد فيما استرابه القضاة وردوه عن أنفسهم...."[١] وهذه الولاية تشبه في عصرنا محكمة النقض والتعقيب[٢].

٥- ولاية السعاة وجباة الصدقة: لهم إنشاء الأحكام فيما يدخل في اختصاصهم من جباية الأموال الزكوية فقط.

**رابعاً: الولاية المستفادة من إرادة الخصوم:**

وهي ولاية التحكيم، فالمحكَّم له ولاية إنشاء الأحكام في الأموال دون العقوبات.[٣]

---

(١) الإعلام بنوازل الأحكام ١٩٦/٢.

(٢) انظر في ذلك بحث أستاذنا الدكتور محمّد الشريف الرحموني عن ولاية الرد المنشور في النشرة العلمية للكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين العدد السادس ١٩٨٢، ١٩٨٣، ص٢٧٧ وما بعدها.
- مع ملاحظة أن وجود مثل تلك الولاية (الرد) يرد على مزاعم كثير من كتاب القانون وبعض علماء هذا العصر الذين يشيعون عن الفقه الإسلامي أنه لم يعرف نظام المحكمة العليا أو درجات التقاضي.

(٣) انظر: القرافي: الإحكام ص٤٧، ابن فرحون ١٤/١-١٥، وانظر الفرق بين الحكم القضائي وحكم المحكَّم في هذه الرسالة.

## المبحث الثالث

## شروط الحـــاكـــــم

## (القاضي)

### تمهيد

وصف الحاكم لا يستحقه إلا من توافرت فيه شروط معينة بيَّنها الفقهاء في كتبهم، إلا أنهم حينما تحدثوا عن هذه الشروط لم يلتزموا منهجاً واحداً محدداً، فبعضهم عدد الشروط تعداداً كما هو عند أكثر الشافعية والحنابلة، يقول النووي[1] - مثلاً- في صفات القاضي: " وله ثمانية شروط أحدها..."[2] ويقول مجد الدين بن تيمية[3] في الموضوع ذاته: ويشترط في القاضي عشر صفات...[4]

وفريق آخر من الفقهاء لم ينص على شروط القاضي في مكانه في باب القضاء

---

(١) محيي الدين، يحيى بن شرف النووي، محرر المذهب الشافعي ومنقحه ومرتبه، وإذا أطلق مصطلح الشيخان في المذهب فالنووي والرافعي هما المقصودان به. برع النووي في الفقه والتفسير والحديث واللغة، من مصنفاته: المجموع، شرح المهذب، المنهاج، شرح صحيح مسلم، المناسك وغيرها ت٦٧٦هـ (وعمره ٤٥ سنة) انظر: الإسنوى: طبقات الشافعية ٤٧٦/٢-٤٧٧.

(٢) روضة الطالبين ٩٤/١١.

(٣) هو مجد الدين عبدالسلام بن تيمية الحراني "الجد" من كبار فقهاء المذهب الحنبلي، فقيه أصولي له مشاركة في كثير من العلوم، من مصنفاته: المحرر في الفقه، منتقى الأخبار في أحاديث الأحكام وغيرها ت٦٥٢هـ.. انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء ٢٩١/٢٣-٢٩٢.

(٤) المحرر في الفقه ٢٠٣/٢، وانظر أيضاً: المقدسي: الشرح الكبير ٣٨٦/١١، ابن مفلح: المبدع ١٩/١٠.

وإنما أحال القارىء إلى مكان آخر، بحث فيه شروطاً تنطبق على ما هو مطلوب في القاضي، ووفق هذا المنهج سار أكثر الحنفية وبعض الشافعية، ومن ذلك قول النسفي[1] في متنه المسمى بكنز الدقائق[2]: " أهله (أي القضاء) أهل الشهادة..."[3] وكذلك قال أيضاً زكريا الأنصاري الشافعي: "وشرط القاضي كونه أهلاً للشهادات"[4]، وفي مثل تلك الحالات على من يريد استقصاء شروط القاضي وقراءتها أن يعود لكتاب الشهادات ويقرأ فيه شروط الشاهد، ليعلم شروط القاضي منها.

وذهب فريق ثالث إلى تقسيم هذه الشروط إلى مجموعات وأقسام وفق منهاج معين، والذين برعوا في هذه التقسيمات هم فقهاء المالكية، فالحطاب[5] -مثلاً- في شرحه على مختصر خليل[6] قسم الشروط إلى ثلاثة أقسام "واجبة شرطاً، وواجبة غير شرط، ومستحبة"[7] وكذلك نص على هذا التقسيم أيضاً الزرقاني في شرحه على

---

(١) هو عبدالله بن أحمد بن محمود أبو البركات حافظ الدين النسفي، كان إماماً عالماً عديم النظير في زمانه، برع في الفقه والأصول والحديث والتفسير، من مصنفاته، كنز الدقائق في الفقه، المنار في الأصول وشرحه كشف الأسرار وغيرها ت٧١٠هـ. انظر: اللكنوى: الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص١٠١-١٠٢.

(٢) كتاب الكنز هو أحد المتون الأربعة المعتمدة في المذهب الحنفي وعليه شروح كثيرة منها شرح ابن نجيم المسمى بالبحر الرائق، وشرح الزيلعي المسمى بتبيين الحقائق وغيرها.

(٣) انظر: الكنز مع البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٣/٦، الزيلعي: تبيين الحقائق ١٧٥/٤، منلاخسرو: درر الحكام ٤٠٤/٢.

(٤) شرح المنهج مع حاشية الجمل ٣٣٧/٥.

(٥) هو: أبو عبدالله محمّد بن محمّد بن عبدالرحمن الرعيني المعروف بالحطاب، فقيه مالكي محقق، من مصنفاته: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، شرح الورقات لإمام الحرمين، وغيرها كثير ت٩٥٤هـ، انظر: القرافي: توشيح الديباج ص ٢٢٩-١٣١، ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص ٢٦٩.

(٦) هو خليل بن إسحاق الجندي، شيخ الإسلام، إمام فقيه حافظ من كبار علماء المالكية من مصنفاته مختصره المشهور بمختصر خليل، التوضيح، وغيرها مات ٧٧٦هـ وقيل سنة ٧٦٩. انظر ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص ٢٢٣.

(٧) مواهب الجليل ٨٧/٦.

المتن المذكور[1]. وينبغي التنبيه إلى أنّ هذا التقسيم الذي نص عليه الحطاب والزرقاني وغيرهم من شراح متن خليل، إنما هو بيان وشرح لترتيب الشيخ خليل لشروط القاضي في مختصره، حيث جعل الشروط الواجبة شرطاً أولاً، ثم الواجبة غير شرط، ثم المستحبة، ولكن الشيخ خليل بن إسحٰق لم يذكر تلك التسميات، وذهب فريق آخر من المالكية إلى تقسيم الشروط إلى شروط صحة، وشروط كمال، ومن الذين اتجهوا هذا الاتجاه ابن المناصف والنباهي[2] وميارة[3].

أما المحدثون، فقد اتبعوا منهجين: الأول: أن تذكر الصفات والشروط تعداداً كما فعل بعض المتقدمين، والثاني : أن تذكر الصفات التي اتفق الفقهاء على اشتراطها في مجموعة، والصفات المختلف فيها في قسم آخر[4]. وسنسير في هذا البحث وفق طريقة تعداد الشروط فنذكر كل شرط على حدة، ونتبعه برأي القانون في آخر الحديث، وقد ترجح لديَّ اعتماد هذا المنهج؛ لكونه يفسح مجالاً للبحث المركز أكثر من غيره، إضافة إلى أنّ تقسيم الشروط إلى واجبة وغيرها إنما هو لبيان أثرها إذا تخلفت، وسيأتي ذكر ذلك في فصل بطلان الحكم القضائي، بالإضافة إلى أنّ هذه التقاسيم اجتهادية غير متفق عليها.

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٢٣/٧.

(٢) هو علي بن عبدالله بن محمّد المالقي، قاضي الجماعة بغرناطة، عالم فقيه من أكابر فقهاء غرناطة، له مشاركة في عدد من العلوم، من مصنفاته: المرقبة العليا أو تاريخ قضاء الأندلس، شرح المقامة النخلية، كان حياً في ٧٩٣هـ. انظر: أحمد بابا التنبكتي: نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص١٩٥.

(٣) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٣، النباهي: المرقبة العليا (تاريخ قضاة الأندلس) ص٤-٥، ميارة: شرح تحفة ابن عاصم ١١/١.

(٤) انظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤٨١/٦ وما بعدها.

## المطلب الأول

## شرط الإسلام

اتفق الفقهاء على وجوب كون القاضي مسلماً، فلم يجيزوا تولية الكافر للحكم بين المسلمين[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١]. ولا سبيل أعظم من القضاء[2] والولاية سبيل بل من أعظم السبل.

٢- غير المسلم ليس من أهل الولايات ولذلك لا يجوز تنصيبه حاكماً بين المسلمين، وقد منع عمر بن الخطاب ﷺ أبا موسى الأشعري من استعمال كاتب غير مسلم، وكان مما قال له: "لا تدنوهم وقد أقصاهم الله، ولا تأمنوهم وقد خونهم الله، وقد نهيتكم عن استعمال أهل الكتاب..."[3]. وإذا كان النهي قد ورد في استعمال كاتب، فقاض وحاكم من باب أولى أن ينهى عنه.

٣- الكفر يقتضي إذلال صاحبه، وتولية الحكم يقتضي احترامه، فالأمران متضادان،

---

(١) انظر: السمناني: روضة القضاة ٥٢/١، الكاساني، البدائع ٣/٧، ابن الهمام شرح فتح القدير ٣٥٧/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٠/٦، الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ١٧٤/٣، ابن عابدين: رد المحتار: ٣٥٤/٥، ابن المناصف تنبيه الحكام ص ٣٣، ابن جزي: القوانين الفقهية ١٩٥، النباهي: المرقبة العليا ص٤ ، الحطاب: مواهب الجليل ٨٧/٦، ميارة: شرح تحفة ابن عاصم ١١/١ الزرقاني : شرح مختصر خليل ١٢٣/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٣٨/٧، البيضاوي: الغاية القصوى في دراية الفتوى ١٠٠٦/٢، زكريا الأنصاري: شرح المنهج ٣٣٧/٥، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٣٦٣/٤، ابن حجر الهيتمي: فتح الجواد ٣١٤/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٥١٥/٤، مجد الدين بن تيمية: المحرر في الفقه ٢٠٣/٢، المقدسي: الشرح الكبير ٣٨٦/١١، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٤٢١/٦، برهان الدين بن مفلح: المبدع ١٩/١٠، البهوتي: شرح المنتهى ٤٦٤/٣، الشوكاني: نيل الأوطار ٤٤٧/٢.

(٢) الشربيني: مغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٣) انظر: ابن القيم: أحكام أهل الذمة ٢١٠/١-٢١١.

فلا ينبغي وضعه في هذه الولاية.

٤- أقل ما يشترط في القاضي شروط الشهادة، ومنها العدالة، وغير المسلم لا تجوز شهادته على المسلم، ومن باب أولى لا يجوز قضاؤه على المسلم[١].

٥- كما أن إصدار الأحكام وفصلها في الشريعة الإسلامية يقتضي أن يكون مُصْدِرُ الحكمِ مؤمناً[٢] بالشرع أو القانون الذي يحكم بمقتضاه، وإلا كانت صادرة عنه عن غير قناعة بها، والمسلم الذي يؤمن بالشرع الشريف يجب أن يطبق هذا الشرع في أحكامه، أما غير المسلم الذي لا يعتقد هذه الشريعة، فكيف يصح أن يقوم بالحكم بما لايعتقد وبما لايؤمن؟ فهذه المسألة حساسة وينبغي التنبيه لها، وبخاصة أن الديانات الأخرى تنظر إلى الإسلام نظرة تقوم على العداء، وإلا فلماذا لا يعتنق غير المسلم الدين الإسلامي إذا كان سيقضي وفق تعاليمه، وتظهر هذا الحساسية عندما تعرض مسائل ذات أهمية تتعلق بالدين، ولذلك لم يجز أن يعين غير المسلم في منصب الحكم بين الناس في الإسلام ضماناً للعدالة.

**موقف القانون من اشتراط الإسلام في القاضي:**

يجدر التنبية عن هذا الشرط أن نذكر أن معظم قوانين الدول العربية قد أغفلت اشتراط الإسلام فيمن يتقدم لشغل منصب القضاء بإستثناء قانون السلطة القضائية

---

(١) برهان الدين بن مفلح: المبدع ١٠/١٩.

(٢) يحسن بنا أن نذكر ما قاله الأستاذ محمّد أسد في كتابه منهاج الإسلام في الحكم عند الحديث على شرط الإسلام في رئيس الدولة حيث يقول: "إننا يجب أن لا نتعامى عن الحقائق، فنحن لا نتوقع من شخص غير مسلم، مهما كان نزيهاً مخلصاً ووفياً محباً لبلاده متفانياً في خدمة مواطنية أن يعمل من صميم فؤاده لتحقيق الأهداف الأيديولوجية للإسلام، وذلك بسبب عوامل نفسية محضة لا نستطيع أن نتجاهلها.. ثم يقول: ليس هناك في الوجود نظام أيديولوجي، سواء قام على أساس الدين، أو على غير ذلك من الأسس الفكرية من نوع يمكن أن يرضى بأن يضع مقاليد أموره في يد شخص لا يعتنق الفكرة التي يقوم عليها هذا النظام. هل يقع في خيال أحد على سبيل المثال أن يسند في الاتحاد السوفيتي منصب سياسي هام إلى شخص لا يؤمن بالشيوعية عقيدة ونظاماً؟ بالطبع لا، وهذا أمر منطقي... انظر: منهاج الإسلام في الحكم ص٨٣-٨٤.

لدولة الإمارات العربية المتحدة[1] الذي نص في المادة ١٨ على مايلي: يشترط فيمن يولى القضاء في المحاكم الاتحادية: (١) أن يكون ذكراً مسلماً كامل الأهلية.

ولذلك نجد كثيراً من الدول العربية تُجيز أن يكون القاضي غير مسلم، وهذا أمر واقع فعلاً، ولكن في غير مسائل الأحوال الشخصية، أما الجنايات والمعاملات المدنية والتجارية والإدارية فيتولى الحكم بها المسلم وغير المسلم.

وقد حاول بعض الفقهاء المحدثين[2] إيجاد رأي شرعي يسوّغ لغير المسلم تولي منصب الحكم بين المسلمين، وبالتالي القول بأن الأحكام التي يصدرونها صحيحة، وبخاصة في غير مسائل الأحوال الشخصية، واعتمد صاحب هذا القول في استنباط هذا الرأي على القياس، باعتبار أن أهلية القضاء تابعة لأهلية الشهادة، وشهادة غير المسلم تجوز على المسلم في بعض الحالات الاستثنائية للضرورة، فكذلك الأمر يجوز قضاء غير المسلم على المسلم للضرورة، **ومما قال في ذلك:**

أ- أجاز الحنابلة وشُريح والنَّخعي والأوزاعي، وابن مسعود وأبو موسى والظاهرية والإمامية قبول شهادة غير المسلم في وصية المسلم حال السفر، ولعلهم في هذا لاحظوا الضرورة واستنبطوا حكمهم هذا من قول الله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ**﴾ [المائدة:١٠٦]. وقال ابن عباس ﴿**مِنْ غَيْرِكُمْ**﴾ أي: من أهل الكتاب عند الضرورة.

---

(١) قانون اتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٣م نشر في الجريدة الرسمية الاتحادية، العدد ١٢٦ السنة ١٣ شعبان ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م وانظر مجلة العدالة الظبيانية العدد ٣٨ السنة ١١ كانون أول ١٩٨٤ص١٦٩.
أما المملكة العربية السعودية فلم ينص نظام القضاء الجديد على شرط الإسلام صراحة، وإنما نص وجوب كون القاضي يحمل الجنسية السعودية، ويرى شراح النظام أن هذا الشرط يتضمن الإسلام في ثناياه، وذلك لأن المملكة دينها الإسلام وتطبق أحكامه، وشعبها مسلم ١٠٠٪، انظر: د.سعود آل دريب: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية ص٣٧٢

(٢) وأول من قال بذلك: الأستاذ محمّد سلام مدكور في كتابه "القضاء في الإسلام" ص٣٨-٤٠.

ب- روي عن عبدالله بن أحمد بن حنبل أنه تجوز شهادة غير المسلم على المسلم في الميراث قياساً على ما أجازوه في السفر.

جـ- روي عن مالك أنه أجاز شهادة طبيبين كافرين على المسلم حيث لا يوجد مسلم.

د- ونقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية "وقول الإمام أحمد في قبول شهادة غير المسلم في هذا الموضع هو ضرورة، يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً أو سفراً، ولو قيل: تقبل شهادتهم مع أيمانهم في كل شيء عدم فيه المسلمون لكان له وجه، ويكون بدلاً مطلقاً، وهذا يفيد أن جواز الإشهاد المذكور بالوصية لا يختص بها؛ لدلالة النص على ما يساوي الوصية من الحوادث."(١)

ثم وصل إلى النتيجة التي قال فيها: "وبناء على هذا يمكن تصحيح الوضع الحاضر في القضاء من ناحية السياسة الشرعية مادام أساسه الشهادة، فلا يصح قضاء غير المسلم على المسلم في مسائل الأحوال الشخصية، وإن أمكن التمحل والقول بجوازه في المسائل المدنية ونحوها.

وماعليه العمل الآن عندنا هو ما اتجهت إليه اللجنة العلمية الإسلامية التي وضعت قانون مجلة الأحكام العدلية، فإن المادة (١٧٩٤) الخاصة بالشهادة، فسرت العدالة المشترطة في الشهود بأن تكون الحسنات أكثر من السيئات، ولم تشترط الإسلام لصحة الشهادة، وإذا لاحظنا أن مجلة الأحكام العدلية عالجت المسائل المدنية، تاركة مسائل الأُسرة لقانون العائلات، نجد أن ماعليه العمل عندنا يتفق مع قانون المجلة المستنبط من أحكام الفقه الإسلامي والذي أشرف على وضعه جمع من كبار العلماء المسلمين..."(٢)

والحقيقة أن هذا الرأي مخالف لإجماع الأمة على عدم جواز تولي غير المسلم

---

(١) القضاء في الإسلام ص٣٩.

(٢) القضاء في الإسلام ص٤٠-٤١. وانظر أيضاً: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٧٤٤/٦

الحكم على المسلمين. أما ما استدل به فهو قياس مع الفارق، وكيف يقاس أمر خطير كالحكم بين المسلمين على استثناء في قبول شهادة غير المسلم عند الضرورة، وفي حالة معينة في الوصية، إضافة إلى أن النقول عن المذاهب التي ذكرها عن مذهب الحنابلة هي الرأي المرجوح بالنسبة للوصية، أما الراجح فخلاف ذلك، والإمام ابن تيمية[1] نفسه والحنابلة أيضاً لا يجيزون تولي غير المسلم القضاء مطلقاً، سواء بين المسلمين أو بين غير المسلمين.

أما الاستدلال بفعل واضعي مجلة الأحكام العدلية فهو ليس حجة، إضافة إلى أن المادة ١٧٠ من المجلة تقول: (يشترط أن يكون الشاهد عدلاً، والعدل من كانت حسناته غالبة على سيئاته...) فهل غير المسلم حسناته غالبة على سيئاته، وهو لم يعرف طريق الهداية بعد[2].

أضف إلى ذلك أن صاحب هذا الرأي يريد تصحيح الوضع الحاضر بأي طريقة كانت، وهذا أمر فيه خطورة من ناحية محاولة كثير من المحدثين إخضاع أحكام الشريعة للواقع، والتمحل باستخراج آراء ولو تلفيقاً سطحياً للقول بأن الواقع الذي نعيشه لا يخالف الإسلام، والواجب علينا أن نبين حقائق الأُمور، وأن نبين الحكم الشرعي واضحاً جلياً، وأن يكون دورنا إخضاع الواقع لأحكام الإسلام، لا تطويع الشريعة لمسايرة الواقع، وإن كان خطأً ، ومما ينبغي التنبيه عليه أن واضعي القوانين الوضعية في الدول العربية لا يهتمون لموافقة أحكام الشريعة أو مخالفتها، و لم يطلبوا من العلماء الفتوى في ذلك، ورضي الله عن سيدنا عمر بن الخطاب الذي لم يقبل غير المسلمين كتّاباً لدى بعض الولاة، فكيف يقبل بهم حكاماً على رقاب المسلمين.

---

(١) هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام، شيخ الإسلام، إمام مجتهد، مجاهد، برع في كثير من العلوم كالفقه والتفسير والتوحيد والمنطق والحديث وغيرها. من مصنفاته: الرد على المنطقيين، الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح، درء تعارض العقل والنقل، الفتاوى، ت٧٢٨هـ، انظر: الشوكاني: البدر الطالع ٦٣/١ وما بعدها.

(٢) انظر في الرد على هذا الرأي أيضاً: د. فاروق عبدالعليم: القضاء في الشريعة ص ١٣٠-١٣١، د. سعود الدريب: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية ص ٣٨٩-٣٩٠

## المطلب الثاني

## شرط التكليف (كمال الأهلية)

وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء[1]، وهو يتضمن اشتراط البلوغ والعقل في القاضي، وبالتالي لا تصح ولاية الصبي، فلا يجوز له إصدار الأحكام وفصل الخصومات، وكذلك المجنون والمعتوه، ومن باب أولى لا تصح تولية غير المكلف الإمامة العظمى[2].

**والدليل على اشتراط التكليف في الحاكم مايلي:**

١- قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الغلام حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستقيظ، وعن المعتوه حتى يبرأ». وفي رواية أخرى: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يعقل وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يكشف عنه»[3].

ووجه الدلالة أن القلم مرفوع عن هؤلاء الثلاثة ومنهم غير البالغ وغير العاقل

---

(١) انظر: السمناني: روضة القضاة ٥٢/١، الكاساني: البدائع ٣/٧، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٥٧/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٠/٦، داماد أفندي: مجمع الأنهر ١٥١/٢، الشلبي: حاشيته على تبيين الحقائق ١٧٥/٤، الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٧٤/٣، ابن عابدين: رد المختار ٣٥٤/٥، النباهي: المرقبة العليا ص٤، الرصاع: شرح حدود ابن عرفة ص٤٤٠، المواق: التاج والإكليل ٨٧/٦، الخرشي: شرح مختصر خليل ١٣٨/٧-١٣٩، العدوى: حاشيته على شرح الخرشي ١٣٨/٧-١٣٩، الدردير: الشرح الكبير ١٢٩/٤، الماوردي: أدب القاضي ٦١٩/١ البيضاوي: الغاية القصوى في دراية الفتوى ١٠٠٦/٢، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٣/٤، المؤلف نفسه: فتح الجواد ٢١٤/٢، ابن النقيب: عمدة السالك ص٢٤٥، الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٦/٨. مجد الدين بن تيمية: المحرر في الفقه ٢٠٣/٢، المقدسي: الشرح الكبير ٣٨٦/١١، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٤٢٠/٦ ، برهان الدين بن مفلح: المبدع في شرح المقنع ١٩/١٠، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٦٣/٣، الشوكاني: السيل الجرار ٢٧٤/٤.

(٢) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٥٧/٦.

(٣) انظر: الترمذي: السنن، كتاب الحدود باب ماجاء فيمن يجب عليه الحد. ٣٢/٤ ، ابن حنبل: المسند ١٠٠/٤، البيهقي: السنن الكبرى، كتاب السرقة باب المجنون يصيب حداً ٢٦٤/٨-٢٦٥.

ومعنى رفع القلم رفع التكليف.

٢- قوله ﷺ: « تعوذوا من رأس السبعين وإمارة الصبيان»[١].

٣- أن مما تعوذ منه رسول الله ﷺ "إمارة السفهاء"[٢]، والصبي سفيه، كما ثبت أن النبي ﷺ جعل من علامات القيامة: "إذا وُسِّدَ الأمر إلى غير أهله"[٣]. والصبي ليس من أهله [٤].

٤- الصبي والمجنون ومن في حكمهما لاينعقد قولهما في أنفسهما، فكيف ينفذ قولهما على غيرهما؟، وهما أيضاً لا يطلب منهما تكليف بما تقتضيه الشريعة، فكيف يصلح لتكليف العباد من لم يصلح لتكليف نفسه؟ كما أنهما أيضاً يستحقان الحَجْر، والحاكم يستحقه على غيره، وبين الحالين منافاة. وإذا كان غير البالغ والعاقل تحت ولاية غيره، فلا يكون ولياً على غيره[٥].

هذا و لم يشترط جمهور الفقهاء في القاضي زيادة ذكاء، ولكن مجرد العقل التكليفي يكفي، خلافاً لبعض الشافعية والمالكية[٦] حيث اشترطوا في القاضي أن يكون فطناً وغير مغفل، "بحيث لا يستنزل في رأيه، ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم"[٧].

---

(١) انظر: ابن حنبل: المسند ٤٤٥/٢، ٤٤٨..

(٢) انظر ابن حنبل: المسند ٢٢/٦، وفيه "ولكني أخاف ستاً: إمارة السفهاء، وبيع الحكم...إلخ".

(٣) انظر البخاري: الجامع الصحيح: كتاب الرقاق باب رفع الأمانة، البخاري مع الفتح ٣٣٣/١١، ونص الحديث: «إذا وسد الأمر إلى غير أهله فانتظر الساعة».

(٤) الشوكاني : السيل الجرار ٢٧٤/٤.

(٥) انظر: ابن مفلح: المبدع ١٩/١٠، الشوكاني: السيل الجرار ٢٧٤/٤، الشيباني نيل المآرب ٤٤٧/٢، السمناني: روضة القضاة ٥٢/١.

(٦) انظر: الحطاب: مواهب الجليل ٨٧/٦، الزرقاني: شرح المختصر ١٢٤/٧، الدسوقي: حاشية على الشرح الكبير ١٢٩/٤، الماوردي: الأحكام السلطانية ص٦٥ أدب القاضي ٦٢٠/١، الرشيدي: حاشيته على نهاية المحتاج ٢٢٦/٨.

(٧) البناني: حاشيته على شرح الرزقاني ١٢٤/٧.

قال الإمام الماوردي[1] «ولا نكتفي فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية حتى يكون صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيداً من السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل، وفصل ما أعضل»[2].

**رأي القانون في هذا الشرط:**

يتفق القانون مع الشريعة في شرط التكليف ولكن بصيغة أخرى، حيث يشترط في القاضي علاوة على التمتع بالأهلية الكاملة أن يكون في سن معينة، بحيث لا يقبل من كان عمره يقل عن تلك السن.

فمثلاً قانون تشكيل المحاكم الشرعية يشترط فيمن يتولى القضاء "أن يكون متمتعاً بالأهلية الشرعية والمدنية الكاملة، وأن يكون قد أكمل السنة الثانية والعشرين من عمره على الأقل"[3].

وكذلك قانون استقلال القضاء بالنسبة للمحاكم النظامية، يشترط أن لا يقل سن القاضي عن الخامسة والعشرين، وأن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة[4].

---

(١) هو أبو الحسن علي بن محمّد بن حبيب الماوردي، من كبار فقهاء الشافعية، فقيه مفسر، أديب، من مصنفاته الأحكام السلطانية، الوزارة، الحاوي في الفقه، دلائل النبوة، وغيرها، ت٤٥٠هـ. انظر: الإسنوى: طبقات الشافعية ٢/٣٨٨.

(٢) الأحكام السلطانية ص ٦٥، أدب القاضي ١/٦٢٠.

(٣) المادة ٣ من قانون تشكيل المحاكم الشرعية لسنة ١٩٧٢

(٤) المادة ١٠ من قانون استقلال القضاء رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢.

## المطلب الثالث

## شرط الحـــــــرية

وقال بهـذا الشـرط جمهـور الفقهـاء[1]، وذلـك لأن العبـد مملـوك المنـافع لسـيده، وبالتالي لا يملك العبد التصرف في نفسه، فكيف يتصرف في غـيره[2]، قـال المـاوردي: "لأن نقص العبد عن ولاية نفسه يمنع من انعقاد ولايته على غيره، ولأن الـرق لمـا منـع من قبول الشهادة، كان أولى أن يمنع من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية"[3].

وذهب بعض الحنابلة إلى جواز توليه القضاء بإذن سيده[4]، وذهـب الظاهريـة إلى جواز ولايته القضاء مطلقاً[5] استدل هؤلاء بعموم الآيات الآمرة بالحكم بالعدل، وهي لم تفرق بين العبد والحر، ولكن هذا الرأي غير سديد كما قلنا؛ لانشغال العبد بسـيده أولاً، ولأنه ناقص الولاية على نفسه، فكيف على غيره، ثم إن مسألة الرق لم يعـد لهـا وجود الآن -بحمدالله-، ولذلك لا مجال للخوض فيها أكثر مما ذكر.

---

(١) انظر: الكاساني: البدائع ٣/٧، ابـن الهمـام: شـرح فتـح القدير ٣٥٧/٦، ابـن نجيـم: البحـر الرائـق: ٢٨٠/٦، داماد أفندي: مجمع الأنهر ١٥١/٢، الطحطاوي حاشـيته علـى الـدر ١٧٤/٣. الحطـاب: مواهـب الجليـل ٨٧/٦، الزرقـاني: شـرحه علـى المختصـر ١٢٣/٧، الخرشـي: شـرح المختصـر ٧/ ١٣٨-١٣٩، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير١٢٩/٤، البيضاوي: الغاية القصوى ١٠٠٦/٢، ابن حجر الهيتمي تحفة المحتاج ٢٦٣/٤، الرملـي: نهايـة المحتـاج ٢٢٦/٨، المقدسـي: الشـرح الكبـير ٣٨٧/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٦٥/٣، الشيباني: نيل المآرب ٤٤٧/٢، القاري: مجلة الأحكـام الشرعية الحنبلية: ص ٦٠١

(٢) السمناني: روضة القضاة ٥٢/١

(٣) الماوردي: الأحكام السلطانية: ص ٦٥.

(٤) برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٩/١٠، المرداوي: الإنصاف ١٧٦/١١.

(٥) ابن حزم الظاهري: المحلى ٦٣٣/١٠

## المطلب الرابع

## شرط سلامة الحواس

ويقصد بذلك سلامة السمع والكلام والبصر.

وبذلك قال الحنفيه[١] والمالكية[٢] وجمهور الشافعية[٣] وجمهور الحنابلة[٤]، فالأصم لا يسمع كلام الخصوم، والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه، والآخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته، قال الشوكاني[٥] فولاية الأعمى أو الأخرس بلاء مصبوب على الخصوم، وتعذيب لهم، مع عدم الركون على ما يفعلانه لهذا النقص الظاهر الواضح، فهما مانعان من هذه الحيثية، مع أنهما فاقدان لأعظم ما لايتم المقتضى إلا به[٦].

اما النقص في هذه الصفات فلا يضر. ولذلك أجاز الفقهاء ولاية الأعور والأعمش الذي يرى نهاراً، أو من يرى عن قرب لا عن بعد، وكذلك الأطرش الذي يسمع الصوت العالي فقط، وكذلك من به لثغ أو فأفأة أو ماشابه ذلك، وإن كانت السلامة منها أولى.

---

(١) انظر: الكاساني: البدائع ٣/٧، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٠/٦، ابن عابدين: رد المحتار ص ٣٥٩-٣٦٠.

(٢) ويرى المالكية أن هذه الشروط لا تمنع انعقاد الولاية وإن أوجبت العزل.انظر: ابن جزي: القوانين الفقهية ص ١٩٥، التباهي: المرقبة العليا: ص ٤، ابن فرحون التبصرة: ١٩/١، الحطاب: مواهب الجليل ٩٩/٦، الزرقاني: شرح المختصر ١٢٤/٧.

(٣) انظر: الماوردي: أدب القاضي ٦٢١/١، الشربيني: مغني المحتاج ٣٧٥/٤ الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٦/٨.

(٤) المقدسي: الشرح الكبير: ٣٨٧/١١، برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٩/١٠-٢٠ ، الشيباني: نيل المآرب ٤٤٧/٢.

(٥) محمد بن علي الشوكاني الصنعاني، فقيه، مجتهد كان زيدياً ثم مال إلى أهل الحديث والاجتهاد، برع في الحديث والتفسير والتاريخ والتوحيد، من مصنفاته: نيل الأوطار، فتح القدير، السيل الجرار، وغيرها. ت١٢٥٠هـ. انظر: الشوكاني البدر الطالع ٢١٤/٢-٢٢٥، مقدمة نيل الأوطار ١/ك.

(٦) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٢٧٤/٤.

وذهب بعض الشافعية[1] وبعض الحنابلة[2] إلى جواز ولاية الأعمى، واستدلوا على ذلك بتولية الرسول ﷺ ابن أم مكتوم على المدينة وهو أعمى[3]، وأجاب الجمهور على ذلك بأن النبي ﷺ استخلفه في إقامة الصلاة دون الحكم، وقد نقل ابن فرحون عن بعض العلماء الإجماع على اشتراط سلامة السمع والبصر[4]

## المطلب الخامس

## شرط العـــــــدالة

**العدالة في اللغة**: الاستقامة، وفي الاصطلاح عرفت بتعريفات كثيرة منها:

– **العدالة**: عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور ديناً[5].

– وعرفها القرطبي[6] بقوله: "العدالة هي الاعتدال في الأحوال الدينية، وذلك يتم بأن يكون مجتنباً للكبائر، محافظاً على مروءته وعلى ترك الصغائر، ظاهر الأمانة غير مغفل[7].

ومعظم تعريفات الفقهاء للعدالة تدور حول ما ورد في التعريفين السابق ذكرهما،

---

(١) النووي: الروضة ٩٦/١١.

(٢) انظر: المرداوي: الإنصاف ١٧٧/١١، ابن القاسم النجدي: حاشية الروض المربع ٥١٨/٧.

(٣) ولي ابن أم مكتوم وهو صحابي ضرير وكان مؤذناً للرسول ﷺ على المدينة عدة مرات، ذكرها ابن سعد في الطبقات منها: في غزوة بني سليم، وغزوة حمراء الأسد، وغزوة بني النضير، انظر ابن سعد: الطبقات الكبرى ٣٥/٢، ٤٩، ٥٨.

(٤) تبصرة الحكام ١٩/١.

(٥) انظر: الجرجاني: التعريفات: ص ١٥٢.

(٦) هو الإمام أبو عبدالله محمّد بن أحمد الأنصاري، فقيه مفسر، محدث، زاهد، من مصنفاته الجامع لأحكام القرآن، التذكرة في أحوال الموتى وأمور الآخرة، ت٦٧١هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص١٩٧.

(٧) الجامع لأحكام القرآن ٣٩٦/٣.

وبخاصة التركيز على اجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، والحقيقة أن العدالة في ذاتها وصف في النفس، فهي أمر قلبي يمنع المتصف بها من اقتراف المحرمات، وبخاصة الكبائر، وكذلك تحمل صاحبها على أداء الواجبات[1]. وقد ذهب جمهور الفقهاء[2] إلى اشتراط العدالة في القاضي، وذهب الحنفية ومعهم أبو بكر الأصم[3] إلى جواز تقليد الفاسق القضاء[4].

**الأدلة:**

استدل الجمهور على مذهبهم بقوله تعالى: ﴿**يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِن جَاءَكُمْ فَاسِقُ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُواْ**﴾ [الحجرات:٦]. ووجه الدلالة أن الفاسق لا يقبل قوله بنص الآية، فلا يجوز إذن قبول حكمه من باب أولى[5].

واستدلوا أيضاً بالقياس: قال الماوردي: "لأن الله تعالى جعل العدالة شرطاً في الشهادة، كان أولى أن تكون شرطاً في القضاء"[6].

---

(١) انظر: شويش الحاميد: عدالة الشاهد في القضاء الإسلامي ص٥٥، رسالة ماجستير مقدمة للجامعة الأردنية سنة١٩٨٩م.

(٢) انظر: ابن جزي: القوانين الفقهية ص ١٩٥، الحطاب: مواهب الجليل ٨٦/٦، الزرقاني: شرح المختصر ١٢٤/٧، الماوردي: أدب القاضي٦٣٣/١، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٣/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٣٧٥/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٦/٨، شمس الدين ابن مفلح: الفروع ٤٢١/٦، برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٩/١٠، البهوتي: شرح المنتهى ٤٦٤/٣.

(٣) هو عبدالرحمن بن كيسان، أبو بكر معتزلي من طبقة أبي الهذيل العلاف، من مؤلفاته كتاب في التفسير، مناظرات مع أبي الهذيل العلاف. ت نحو ٢٢٥هـ، القاضي عبدالجبار: طبقات المعتزلة ص٦٥، ابن حجر العسقلاني: لسان الميزان ٤٢٧/٣.

(٤) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق ١٧٥/٤، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٥/٥-٣٥٦ الماوردي: أدب القاضي ٦٣٤/١.

(٥) انظر: برهان الدين بن مفلح: المبدع في شرح المقنع ١٩/١٠، النجدي: حاشية الروض المربع ٥١٧/٧.

(٦) أدب القاضي ٦٣٥/١.

أما الحنفية[1] ومن ذهب مذهبهم **فاستدلو بما يلي:**

- أن ولاية الفاسق صحيحة لقوله ﷺ: «سيكون عليكم أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها، فصلوها لوقتها، واجعلوا صلاتكم معهم سبحة»[2] فإذا كانت صلاتنا خلفهم صحيحة، وإمامتهم أيضاً صحيحة -وهم فساق- ونحن مأمورون باتباعهم، فلذلك تكون أحكامهم صحيحة.

وقد رد الجمهور على هذا الاستدلال: بأن الحديث قد أخبر بوقوع ذلك الفعل - تأخير الصلاة- مع كونهم أمراء، وهذا لايدل على مشروعية ذلك الفعل منهم، فكان إخباراً بالواقع، والنزاع هنا في صحة التولية لا في وجودها[3].

- واستدل الحنفية بالقياس، قال في كنز الدقائق[4]: أهله -أي القضاء- أهل الشهادة، والفاسق أهل للقضاء، كما هو أهل للشهادة، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد.[5] فقضاء الفاسق صحيح قياساً على قبول شهادته، إلا أن الجمهور ردوا على هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق؛ لأن القضاء ولاية عامة، والشهادة خاصة، وهي قضية فردة.

واستدل متأخرو الحنفية أيضاً بالضرورة والحاجة، فقالوا: لو اعتبر شرط العدالة كما بينه جمهور الفقهاء لانسد باب القضاء، خصوصاً في هذا الزمان الذي فسدت أحواله، وقل من تجتمع فيه شرائط القضاء كافة، وبالتالي يتعطل مرفق العدالة،

---

(١) مذهب الحنفية في هذه المسألة والذي يعرف بظاهر الرواية والمفتى به هو ما ذكرنا قبل قليل من جواز تولي الفاسق للقضاء، وهناك في رواية مرجوحة في المذهب قال بها الأئمة الثلاثة والطحطاوي والسمناني والعيني مضمونها عدم جواز تقليد الفاسق للقضاء، لأن العدالة شرط في التولية.
انظر: السمناني: روضة القضاة ١/٥٣، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٦.

(٢) انظر: مسلم: الصحيح، كتاب المساجد، باب الندب إلى وضع الأيدي على الركب في الركوع، الصحيح ١/٣٧٩، ومعنى سبحة: أي نافلة.

(٣) انظر: المقدسي: الشرح الكبير ١١/٣٨٨.

(٤) صاحب الكنز الإمام النسفي الحنفي تقدمت ترجمته.

(٥) انظر: كنز الدقائق بهامش البحر الرائق ٦/٢٨٤.

فللضرورة أحكامها، وقال العلامة ابن الهمام[1]: "فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلاً فاسقاً..."

والحاصل أنه إن كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك[2]. والذي قاله ابن الهمام -رحمه الله- في غاية التحقيق، فالأصل تولية العدل العالم، ولكن إذا لم يوجد لا يجوز أن يتعطل القضاء، وتتعطل مصالح الناس.

**شرط العدالة في القانون:**

شرط العدالة في الشريعة يقابله شرط السلوك في القوانين الوضعية، حتى التي تنظم القضاء الشرعي منها، فقانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني، وقانون استقلال القضاء يشترطان في القاضي (أن لايكون قد حكم عليه بأي جناية عدا الجرائم السياسية، وأن لايكون محكوماً من محكمة أو مجلس تأديبي لأمر مخل بالشرف، ولو رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام).

- (أن يكون محمود السيرة حسن السمعة...)[3]

وهذا الشرط الذي تطلبه القانون في القاضي ليس كافياً[4]، في مضمونه ما يخالف الشريعة، وذلك لأن القانون لا يتفق مع الشريعة في تجريم بعض الأفعال التي تعتبرها كبائر تستلزم الحد والوعيد الشديد، فمثلاً شرب الخمر وارتكاب الزنا بين بالغين برضاهما لا يعد جريمة في نظر قانون العقوبات إلا في حالات محدودة جداً، وبالتالي لا

---

(١) هو كمال الدين محمّد بن الواحد الكندري السيواسي، إمام فقيه، محدث، يعتبر من أهل الترجيح والاجتهاد في المذهب الحنفي، من مصنفاته: شرح الهداية المسمى بفتح القدير، التحرير في الأصول، ت٨٦١هـ.

انظر: اللكنوى: الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص١٨٠-١٨١.

(٢) شرح فتح القدير ٦/٣٥٧-٣٥٨.

(٣) انظر المادة (٣ فقرة د،هـ) من قانون تشكيل المحاكم الشرعية والمادة ١٠ من قانون استقلال القضاء الأردني.

(٤) انظر: عبدالناصر أبو البصل: نظام القضاء الشرعي في المملكة الأردنية الهاشمية ص٨٩ رسالة ماجستير مقدمة للجامعة الأردنية عام ١٩٨٨م.

تقدح في أخلاق المتقدم للقضاء، ولا تمنعه من شغل الوظيفة القضائية، بينما مثل تلك الجرائم تحظر الشريعة على مرتكبيها تولي الولايات العامة ومنها القضاء، بل تمنع قبول شهادته في قضية جزئية فكيف يحكم في كل قضية ترد عليه.

- والحاصل أن العدالة شرط فيمن يتولى الحكم بين الناس، لأن من لا عدالة له لايوثق بحكمه، وفاقد العدالة لا يتورع عن شيء.

## المطلب السادس

## الذكـــــــــورة

١- ذهب إلى اشتراط الذكورة في الحاكم، وعدم جواز تولي المرأة منصب الفصل في الخصومات جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وزُفَر[١] من الحنفية[٢].

واستدلوا على مذهبهم بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء:٣٣] قال الماوردي: يعني في العقل والرأي، فلم يجز أن يقمن على الرجال[٣].

- قوله عليه الصلاة والسلام: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»[٤] فليس بعد نفي الفلاح شيء من الوعيد الشديد، ورأس الأمور هو القضاء بحكم الله عز وجل، فدخوله فيها

---

(١) هو الإمام زفر بن الهذيل البصري من أصحاب أبي حنيفة، إمام، مجتهد محدث، ت سنة ١٥٨هـ. انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص٧٥-٧٦.

(٢) انظر: القاضي عبدالوهاب: الإشراف ص٢٧٨، الزرقاني: شرح المختصر ١٢٣/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٢٩/٤، الماوردي: أدب القاضي ٦٢٥/١، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٣/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٦/٨، برهان الدين بن مفلح: المبدع ١٩/١٠، الشبراني: نيل المآرب ٤٤٧/٢، النجدي، حاشية الروض المربع ٥١٧/٧.

(٣) أدب القاضي ٦٢٧/١، الأحكام السلطانية ص٦٥.

(٤) انظر: البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الفتن، باب ١٨ (دون ترجمة)، البخاري مع الفتح ٥٣/١٣، ابن حنبل المسند ٥١،٤٣/٥.

دخولاً أولياً[1].

- أضف إلى ذلك أن مجلس القضاء والحكم يحضره الرجال، ويحصل فيه الاختلاط، وهي مأمورة بالتستر وعدم حضور مجالس الرجال، مع ما في عملية القضاء من تنازع ولجج وخصام وتدافع، مما هو معلوم في مجالس الحكم، الأمر الذي يتطلب قلباً قوياً صلباً ورأياً شجاعاً لا يتأثر بالعواطف، وهذا ما لا تستطيعه المرأة بطبعها وميلها إلى الرقة والضعف والحياء والتأثر الشديد بالعواطف والحوادث، لذا كان صونها عن مثل تلك الأعمال أولى.

-والمرأة أيضاً لا تصلح للإمامة العظمى، ولا لتولية البلدان، و لم يعهد عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه ولا من بعدهم ممن يحتج بهم أنهم قد ولوا القضاء لامرأة[2].

٢- وذهب الحنفية وابن القاسم[3] من المالكية[4] إلى جواز تولي المرأة منصب الفصل في الخصومات، وإصدار الأحكام في المسائل المدنية (الأموال) فقط، وبالتالي لا يجوز لها أن تحكم في الجنايات والحدود.

وحجة هذا الرأي هي قياس القضاء على الشهادة، فالمرأة من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص، لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة[5].

ويجاب عن هذا الاستدلال بأن هذا قياس مع الفارق، كما سبق القول، لأن القضاء أعم من الشهادة، ثم إن القضاء ولاية، والشهادة ليست كذلك، ومن لم ينفذ حكمه في الحدود

---

(١) انظر: الشوكاني: السيل الجرار ٤/٢٧٣.

(٢) المقدسي: الشرح الكبير ١١/٣٨٧

(٣) عبدالرحمن بن القاسم العتقي، إمام، حافظ، حجة، فقيه، يعتبر أثبت الناس في مالك، وأعلمهم بأقواله، حيث صحبه عشرين سنة، روى عنه البخاري في الصحيح. ت١٩١هـ، انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص٥٨.

(٤) انظر: السمناني: روضة القضاة: ١/٥٣، الكاساني: البدائع ٧/٣، الخطاب: مواهب الجليل ٦/٨٧-٨٨.

(٥) الكاساني: البدائع ٧/٣.

لاينفذ حكمه في غير الحدود كالأعمى[1]، إضافة إلى ما ورد من أحاديث تمنع تولي المرأة للولايات العامة، وكذلك الأمر لم ينقل أنه قد تولت امرأة القضاء في العصور السابقة، مع ملاحظة أن المذهب الحنفي كان هو السائد في الدولة العثمانية والدول السابقة لها، وكان باستطاعة قاضي القضاة أو علماء المذهب أن يعينوا النساء في القضاء و لم يفعلوا.

٣- وذهب ابن جرير الطبرى[2] وابن حزم الظاهرى[3] إلى عدم اشتراط الذكورية في الحاكم[4] وبناء على ذلك يجوز وفق هذا الرأي أن تكون المرأة قاضية في كل شيء حتى الحدود والقصاص.

**وحجة هذا الرأي تتلخص في الأمور التالية:**

القياس على الفتوى، فإذا جاز للمرأة، أن تكون مفتية، جاز لها أن تكون قاضية، ويجاب عن هذه الحجة بأن هناك فرقاً بين القضاء والإفتاء مع أن كليهما فيه إخبار عن حكم شرعي. إذ القضاء إخبار مع إلزام بالحكم الشرعي، في حين أن الإفتاء إخبار دون إلزام[5] فالقياس مع الفارق.

---

(١) انظر: الماوردي: أدب القاضي ٦٢٨/١، السمناني: روضة القضاة ٥٣/١.

(٢) الطبرى: هو محمّد بن جرير، أبو جعفر، إمام مشهور مستقل، فقيه، مفسر، لغوي مؤرخ من مصنفاته: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تاريخ الرسل والملوك، تهذيب الآثار ت. ٣١٠هـ. انظر: الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد ١٦٢/٢-١٦٩.

(٣) هو الإمام أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، إمام محدث فقيه أصولي، متكلم، يعد مدون مذهب الظاهرية، من مصنفاته: المحلى، مراتب الإجماع، الإحكام في أصول الأحكام، إبطال القياس وغيرها ت٤٥٦هـ انظر: ابن العماد: شذرات الذهب ٢٩٩/٣.

(٤) انظر ابن حزم: المحلى ٦٣١/١٠، القاضي عبدالوهاب: الإشراف، ص ٢٧٨، السمناني: روضة القضاة ٥٣/١، الماوردى: أدب القاضي ٦٢٦/١، المقدسي: الشرح الكبير ٣٨٦/١١، الحطاب: مواهب الجليل ٨٨/٦، الشربيني: مغني المحتاج ٣٧٥/٤، الشوكاني: نيل الأوطار ١٦٨/٩ مع ملاحظة أن النقل عن ابن جرير الطبرى قد اضطرب في هذه المسألة، فالمقدسي في الشرح الكبير يروي مذهب ابن جرير بصيغة التمريض دون الجزم فقال: وحكي عن ابن جرير... أما ابن حجر العسقلاني فقد نقل أن ابن جرير يرى جواز قضاء المرأة فيما تجوز فيه شهادتها موافقاً لمذهب الحنفية، أما ابن العربي المالكي فقد أنكر أن يكون ابن جرير قد قال بهذا الرأي فقال: إنه لم يصح أن ابن جرير الطبري قال بجواز تولية المرأة القضاء مطلقاً... انظر: الشرح الكبير ٣٨٦/١١، فتح الباري ٥٦/١٣، أحكام القرآن ١٤٥٧/٣

(٥) انظر: الفرق بين الفتوى والحكم في هذه الرسالة.

- استدل ابن حزم على رأيه بقوله ﷺ: «المرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن رعيتها»[1].

فهذا يدل على أنها قادرة على الإدارة والولاية، ويجاب عن هذا الاستدلال بأن الحديث أثبت للمرأة ولاية خاصة تتفق وطبيعتها الأنثوية، إضافة إلى أن قياس القضاء والحكم على بيت الزوجية أيضاً قياس مع الفارق، فالبيت ليس فيه ما يدور في مجالس الحكم، بل البيت الزوجي مبناه على السكن والمودة والرحمة والعطف على من فيه، وليس فيه إقامة للحدود وإصدار للأحكام، والمنازعات على الحقوق، وإذا حدث مثل ذلك الأمر في البيت، فإن مصيره إلى مجلس القضاء ليحل مشاكله، ويعيد الحقوق إلى أصحابها، مع الأخذ بعين الاعتبار الأحاديث التي وردت بمنع المرأة من الولاية العامة.

- واستدل ابن حزم أيضاً بما رواه عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه ولى أم الشفاء -امرأة من قومه- السوق[2].

ويجاب عن هذا الاستدلال بأن هذا الأثر لا تصح نسبته لسيدنا عمر ﷺ، فلا يلتفت إليه، وإنما هو من دسائس المبتدعة[3].

ثم إن نسبة هذا الفعل لسيدنا عمر لا يتناسب مع الفكرة المعهودة عنه -ﷺ- من حيث الغيرة والتشديد في أمور الحجاب، وصيانة النساء وعدم اختلاطهن بالرجال.

**رأي القانون بهذا الشرط:**

لم تتعرض قوانين الدول العربية لشرط الذكورة في القاضي باستثناء قانون السلطة القضائية الاتحادية لدولة الإمارات العربية المتحدة، حيث نص في المادة ١٨ الفقرة الأولى منه على ما يلي: "يشترط فيمن يولى القضاء في المحاكم الاتحادية: "أن يكون

---

(١) انظر: البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، الصحيح مع الفتح ٣٨٠/٢، ابن حنبل: المسند ٥٤/٢-٥٥.

(٢) المحلى: ٦٣١/١٠.

(٣) انظر في ذلك ابن العربي: أحكام القرآن ١٤٥٧/٣

ذكراً مسلماً كامل الأهلية". أما القانون السعودي فلم يتعرض صراحة لهذا الشرط، وإنما استنبط ذلك الشراح من خلال الألفاظ التي استخدمها النظام، حيث أتت بصيغة المذكر[1]. أما القانون الأردني فلم يتعرض لهذا الشرط كبقية القوانين العربية، ولكن لما كان المذهب الحنفي هو المطبق في الأردن المتمثل بمجلة الأحكام العدلية التي لم يلغ منها إلا ما يتعارض مع القانون المدني[2]، وبالتالي كتاب القضاء والبيانات ما تزال له قيمته من حيث الحجية فيما لم ينص عليه قانون خاص، فالمذهب والقانون يجيزان تولي المرأة فيما تقبل فيه شهادتها، ولكن الواقع العملي في الأردن يستبعد تعيين نساء في منصب الفصل في الخصومات.

## المطلب السابع

## العلم بالأحكام الشرعية

ذهب المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] ومحمد بن الحسن[6] من الحنفية[7] إلى

---

(١) انظر د.سعود الدريب: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية ص ٣٧٢.

(٢) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ٨١٣/٢.

(٣) الحطاب: مواهب الجليل ٨٨/٦، الزرقاني: شرح المختصر ١٢٤/٧، الدسوقي حاشيته على الشرح الكبير ١٢٩/٤، الخرشي: شرح المختصر ١٣٩/٧.

(٤) الماوردي: أدب القاضي ٦٣٦/١، ابن النقيب: عمدة السالك ص ٢٤٥، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٤/٤، فتح الجواد ٣١٤/٢، الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٦/٨.

(٥) ابن قدامة: المغني ٣٨٢/١١، المقدسي: الشرح الكبير ٣٨٨/١١، شمس الدين ابن مفلح: الفروع ٤٢١/٦، برهان الدين بن مفلح: المبدع ٢٠/١٠، الشوكاني: نيل الأوطار ٤٤٧/٢، ابن القاسم النجدي حاشية الروض المربع ٥١٨/٧.

(٦) هو محمّد بن الحسن بن واقد الشيباني، إمام مجتهد، محدث لغوي، سمع الحديث من مالك والأوزاعي والثوري وروى الموطأ، وصحب أبا حنيفة، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة وأظهره بما صنف له، الجامع الصغير والكبير والزيادات والسير الكبير والصغير والمبسوط وغيرها كثير. ت١٨٩هـ، انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص ١٦٣.

(٧) انظر: السمناني: روضة القضاة ٥٩/١.

اشتراط العلم فيمن يتولى القضاء. وقد عبروا عن هذا الشرط باشتراطهم الاجتهاد في القاضي. إلا أنهم أجازوا -عند عدم وجود المجتهد- تولية المقلد لمذهب من المذاهب الفقهية بعد أن حددوا شروط أهلية الاجتهاد[1].

وذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى عدم اشتراط العلم بالأحكام الشرعية فيمن يتولى منصب الحكم بين الناس، وأن الاجتهاد في مذهب شرط الأولوية، وبالتالي يجوز في مذهبهم تقليد العامي والجاهل[2].

**الأدلة:**

استدل الجمهور على مذهبهم بالكتاب والسنة والمعقول:

**فمن الكتاب:**

- قوله تعالى: ﴿**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ**﴾ [المائدة:٤٩] ولم يقل بالتقليد[3].

- قوله تعالى: ﴿**إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّه**﴾ [النساء:١٠٥].

---

(١) الاجتهاد هو بذل الطاقة في تحصيل حكم شرعي ظني، وقد تحدث الفقهاء والأصوليون في شروط الاجتهاد، وكانوا ما بين موسع ومضيق، وأهم شروط الاجتهاد باختصار هي: أن يعرف ما يتعلق بالأحكام من القرآن والسنة، وكذلك الناسخ والمنسوخ، والعام والخاص، والمجمل والمبين، والمتواتر وغيره، والمتصل والمرسل وحال الرواة قوة وضعفاً، ولسان العرب لغة ونحواً، وأقوال العلماء والصحابة فمن بعدهم إجماعاً واختلافاً، والقياس...، انظر تفصيلاً لهذه المسألة:
السمناني: روضة القضاة ١/٥٤-٥٥، الماوردي: أدب القاضي ١/٦٣٦، ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٣، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٧٦، النووي: الروضة ١١/٩٥، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٢٧.

(٢) انظر: الكاساني: البدائع ٧/٣، المرغيناني: الهداية ٦/٣٥٩ مع فتح القدير، البابرتي: العناية ٦/٣٥٩، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٨٨، الزيلعي: تبيين الحقائق ٤/١٦٧، الحصكفي: الدر المختار مع رد المحتار لابن عابدين ٥/٣٦٥.

(٣) ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٢.

- وقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ....﴾ [النساء:٥٩].

ففي هذه الآيات وغيرها أمر الحاكم أن يحكم بالعدل وبالحق وبما أنزل الله، وبما أراه الله عز وجل، وبرد المسألة إلى الله وإلى الرسول، أي: إلى الكتاب والسنة، والمقلد والجاهل لا يقدران على تعقل حجج الله، ولا النظر في الكتاب والسنة لاستنباط الأحكام، وإنما يستطيع ذلك المجتهد. والمقلد لن يبلغ الجهد والطاقة في البحث عن حكم الله في الحادثة؛ لأنه أقر على نفسه بالتقليد، وهو يأخذ من إمامه ما وجده عنده[1].

- استدل الماوردي أيضاً بقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لاَ يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر:٩].

**والدليل في هذه الآية من وجهين:**

**أحدهما:** أنه منع من المساواة فكان على عمومه في الحكم وغيره.

**والثاني:** أنه قال زجراً فصار أمراً، أي في معنى الأمر بالعلم، والنهي عن الجهل[2].

**أما السُّنة:**

-فقوله ﷺ: «القضاة ثلاثة، اثنان في النار، وواحد في الجنة: رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار»[3].

---

(١) انظر: ابن قدامة: المغني ٣٨٢/١١، الشوكاني: السيل الجرار ٢٧٥/٤.

(٢) أدب القاضي ٦٣٨/١.

(٣) انظر: الترمذي: السنن ،كتاب الأحكام باب ما جاء في القاضي، ٦١٣/٣ ، أبو داود السنن، كتاب الأقضية، باب في القاضي يخطىء، ٥/٤، ابن ماجه: السنن ،كتاب الأحكام باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، ٧٧٦/٢.

فالعامي يقضي على جهل، وبالتالي يدخل ضمن الوعيد في الحديث، فلو قدرنا أنه طابق الحق في حكمه لكان قد حكم بالحق وهو لايعلم به، فهو أحد قاضيي النار، وإن حكم بغير الحق فهو القاضي الآخر من قضاة النار[1]

- قوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن اجتهد فأصاب فله أجران»[2] وهذا صريح في اجتهاد الحاكم.

**أما المعقول:**

فإن المفتي يشترط فيه الاجتهاد، والقضاء أولى بهذا الشرط من الإفتاء، لأن الإفتاء إخبار عن الحكم الشرعي فقط، أما القضاء فبالإضافة للإخبار الإلزام صفة فيه، فإذا اشترط في المفتي أن لا يكون عامياً فالقاضي أولى[3].

**أدلة الحنفية:**

استدل الحنفية على مذهبهم بالسنة وبالقياس:

**فمن السُّنة:**

عن علي ﷺ قال: أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن فقلت: تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: «إن الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك» فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك[4].

ووجه الدلالة أن هذا الحديث يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز، لأن علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد[5].

---

(١) الشوكاني: السيل الجرار ٤/٢٧٥.

(٢) هذا الحديث رواه الأئمة البخاري ومسلم وأحمد بن حنبل وغيرهم، سبق تخريجه.

(٣) ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٢.

(٤) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والبيهقي ووكيع، وقد تقدم تخريجه.

(٥) البابرتي: شرح العناية على الهداية ٦/٣٦٠ بهامش فتح القدير.

وقد نوقش هذا الاستدلال من قبل الإمام ابن الهمام من الحنفية فقال: "الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي ﷺ علياً اليمن و لم يكن مجتهداً فليس بشيء، فإنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه، ويثبت لسانه، فإنه كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد، وهو العلم والسداد، وهذا غير ثابت في غيره"[1] أي في غير سيدنا علي ﷺ".

**أما المعقول:**

فقالوا: إن المقصود من القضاء هو إيصال الحق إلى مستحقه، وهذا يحصل من القاضي الجاهل إذا عمل بفتوى غيره[2].

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن المفتي الناقل للفتوى لا يكون مفتياً، وإنما هو مخبر فقط على سبيل الحكاية، فيكون معمولاً بخبره لا بفتياه، والجاهل لا يصبح مفتياً عند سؤال العلماء عن مسألة حدثت عنده، لأنه سأل ليعمل بها في حق نفسه وهو مضطر لذلك، أما القاضي فهو يسأل ليلزم بها غيره، وهو غير مضطر لذلك فافترقا[3].

والذي يترجح في هذه المسألة هو رأي الجمهور من اشتراط العلم بالأحكام الشرعية، وليس اشتراط الاجتهاد المطلق، والعلم يحصل بدراسة آيات الأحكام، وأحاديث الأحكام مع دراسة مسائل الفقه من كتب المذاهب، وأصول الفقه، بالإضافة إلى التدرب على الأعمال القضائية وبخاصة في هذا الزمان الذي تعقدت فيه مسائل الحياة، وكثرت الحوادث والقضايا، وأصبحت العلوم تخصصات. فالذي يريد أن يتولى القضاء الشرعي مثلاً عليه التمرس والبحث والدراسة في مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وإرث وهبة ووصية وما إلى ذلك، والذي يريد القضاء الجنائي عليه البحث في مسائل الجنايات والقصاص، وهكذا يتقن القاضي تخصصه ويبدع، وتصبح لديه ملكة القضاء بالإضافة للعلم.

---

(١) شرح فتح القدير: ٦/٣٦٠.

(٢) الكاساني: البدائع ٣/٧، المرغيناني: الهداية مع الفتح ٦/٣٦٠.

(٣) انظر: في الرد على رأي الحنفية: ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٢، الماوردي أدب القاضي ١/٦٤٠.

ولا يفهم من عدم اشتراط الحنفية العلم بالأحكام أنهم يفضلون الجاهل على العالم فحاشاهم أن يقولوا ذلك، بل هم يفضلون العالم المجتهد، وقد قال الإمام الكاساني[1] عن تقليد الجاهل: «لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالأحكام، لأن الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح، بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر... »[2] ولكن إن قلد جاز، لأن تقليده جائز في نفسه فاسد المعنى في غيره.

**رأى القانون في شرط العلم بالأحكام الشرعية:**

تتفق القوانين العربية مع الشريعة في اشتراط العلم فيمن يتولى منصب الفصل في الخصومات، وقد جاء اشتراطهم هذا في تطلبهم أن يكون المتقدم للقضاء حاصلاً على إجازة القضاء الشرعي أو الشريعة أو القانون حسب الوظيفة القضائية التي سيشغلها.

يضاف إلى ذلك اشتراطهم التدرب على العمل القضائي، واجتياز مسابقة - امتحان- لاختيار أفضل المتقدمين للوظيفة القضائية[3].

---

(١) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين، ملك العلماء، إمام فقيه من أكابر فقهاء الحنفية، من مصنفاته: بدائع الصنائع، شرح تحفة الفقهاء، السلطان المبين في أصول الدين، ت٥٨٧هـ. انظر اللكنوي: الفوائد البهية ص٥٣.

(٢) بدائع الصنائع ٣/٧.

(٣) انظر: المادة ٣ قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني، المادة ١٨ من قانون السلطة القضائية الإماراتي، المادة ٣٧ من نظام القضاء السعودي الصادر سنة ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م.

# المقوم الثاني

# المحكـــــــوم له

وفيه مبحثان

المبحث الأول: التعريف بالمحكوم له وحالاته

المبحث الثاني: شروط المحكوم له .

## المبحث الأول

## التعريف بالمحكوم له وحالاته

### المطلب الأول

### التعريف بالمحكـــوم له

عرفت مجلة الأحكام العدلية المحكوم له في المادة ١٧٨٩ منها بقولها:

**"المحكوم له هو الذي حكم له"**

وهذا التعريف ليس سديداً؛ لأنه أدخل المعرف في التعريف وهذا يلزم منـه الـدور والتسلسل، فالتعريف لم يأت بجديد و لم يحدد لنا من هو المحكوم له.

وعرف المحكوم له: بأنه المدعي كما ذكر ذلك بعض الحنفية[١].

وهذا التعريف وإن كان يصدق على كثير مـن الأحكـام بـأن يكـون المدعـي هـو المحكوم له في ختام الدعوى وصدور الحكـم، إلا أنـه لا يصـدق علـى حـالات يكـون المحكوم له فيها هو المدعى عليه، وبالتالي لا يعتـبر هـذا التعريـف جامعـاً لكـل حـالات المحكوم له.

وقد عرف العلامة ميارة المحكوم له بأنه "كل من ثبت له حـق"[٢]. وهـذا تعريـف جيد إلا أنه يقصد معنى المحكوم له على حالة ثبوت الحق للمدعي، والحقيقة أن المحكوم

---

(١) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٦٣، الطحطاوي وحاشيته على الدر ٤٤/٣، ابن عـابدين: رد المحتار ٣٥٣/٥.

(٢) انظر: شرح ميارة على التحفة ١٧/١.

له قد يشمل المدعي في حالة، وقد يشمل المدعى عليه في حالات أيضاً.

ولذلك رأيت أن أفضل ما يمكن أن يقال في تعريف المحكوم لـه مـا يلـي: المحكـوم له: هو "من صدر الحكم في صالحه"[1]، فقولنا: "من" يشمل كل حـالات المحكـوم لـه سواء كان الشرع أو الحق العام أو الشخص العادي أو الاعتبارى، وسواء أكان بنيابـة شخص كالوصي والوكيل أو بالأصالة.

أما قيد. "أن يكون الحكم في صالحه" فقد وضع ليشمل المدعي في حالـة الحكـم لـه بما يدعيه، وكذلك المدعى عليه إذا أُصدر القرار من القاضي بأن لا وجه لإقامة الدعوى، أو الحكم بردها لعدم الخصومة، وما إلى ذلك. فإذا رفعت مدعيـة دعـوى إثبـات طـلاق ضد زوجها و لم تثبت دعواها، وحكم القاضي برد الدعوى، فالمحكوم له هو المدعى عليه هنا، لأن الحكم برد الدعوى يتضمن الحكم بأن الزوجية قائمة ما لم يثبت العكس.

## المطلب الثاني

## حالات المحكوم له

يختلف المحكوم له بحسـب نـوع الحق موضـوع الدعـوى، أو بـالتحديد موضـوع الحكم، فإذا كان الحق من حقوق العباد (ويدخل فيه ماكان مشتركاً بين حق الله وحق العبد ولكن حق العبد غالب) فإن المحكوم له يكون أحد نوعين:

**الأول**: الشخص العادي (أو ما يقال في الفقه "العبد")

---

(١) وعرفه أيضاً د. عبدالرحمن القاسم بقوله: "وهو من صار الحق بجانبه فكسب الدعوى وحكم لصالحه".

انظر: النظام القضائي الإسلامي ص٦٥، و لم نختر هذا التعريف لأن المحكوم له قد لا يكون الحق بجانبه، كما في بعض حالات رد الدعوى لسبب شكلي، أو لعدم الاختصاص المكاني، أو لانقضاء المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها، ففي مثل تلك الحالات الحكم لم يتطرق لأصل الحق محل النزاع، وإنما لمسألة أخرى مرتبطة بإجراءات المطالبة.

**الثاني**: الشخص الاعتباري (المعنوي) وذلك كالشركات والجمعيات والمؤسسات والأوقاف وغيرها.

أما إذا كان الحق من حقوق الشرع، أو ما يسمى بالحق العام، فهذا تمثله الدولة (النيابة العامة، المحتسب) كما يستطيع كل مسلم أن يدعي به ويطالب القضاء للتدخل لحمايته، وقد نص الفقهاء على أن حقوق الشرع لا يشترط لها الدعوى[1]، فالمدعي بالحق العام يعتبر شاهداً بما يدعيه[2].

وبما أن المحكوم له قد يكون -في الغالب- هو المدعي، وفي بعض الحالات المدعى عليه فمن الواجب حينئذ أن نحدد المراد بالمدعي والمدعى عليه.

**تحديد المراد بالمدعي والمدعى عليه:**

لقد بحث الفقهاء تعريف المدعي وتمييزه عن المدعى عليه، وذكروا لهما تعريفات متعددة لا داعي لبحثها ومناقشتها، ولكن نذكرها دون مناقشة باعتبارها قواعد تساعد على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، لأنه ليس من موضوع هذه الرسالة تحديد المدعي والمدعى عليه.

وبما أن الدعوى تعرف بأنها "طلب شخص حقاً له أو لمن يمثله أو حمايته في مجلس القضاء"[3] فإن أقرب تعريف يصدق على المدعي هو ذلك الشخص الذي يطلب حقاً أو له أو لمن يمثله أو حمايته في مجلس القضاء.

**وسيأتي تعريف قريب من هذا ضمن التعريفات والتقاليد التي سنذكرها فيما يلي:**

١- المدعي من لا يُجبر على الخصومة، والمدعى عليه من يُجبر عليها أو بتعبير آخر: المدعي من إذا تَرَكَ تُرِكَ، والمدعى عليه من إذا تَرَكَ لا يُتْرَكُ، بل يجبر على

---

(١) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٦١، ٦٢.

(٢) انظر: محمّد نعيم ياسين: نظرية الدعوى ١/٢٨٤، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٧٧٦.

(٣) انظر: عبدالناصر أبو البصل: نظام القضاء الشرعي ص١٧٧.

الخصومة[1].

٢- المدعي من لايستحق إلا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد[2].

٣- المدعي من يحتوي كلامه على الإثبات، والمدعى عليه من يحتوى كلامه على النفي[3].

٤- المدعي: هو من يشهد بما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه هو من يشهد بما في يد نفسه لنفسه، فهو منكر ومدعى عليه، وبذلك يفترق المدعي والمدعى عليه عن الشاهد والمقر، فالشاهد هو الذي يخبر عما في يد غيره لغيره، والمقر هو الذي يخبر عما في يد نفسه لغيره[4].

٥- المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي[5]، وهذا التعريف مشتق من حديث الرسول صلوات الله وسلامه عليه الذي يقول فيه: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[6].

٦- المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً، أو ديناً، أو حقاً والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه[7]. وهذا التعريف مشتق من تعريف الدعوى.

٧- المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[8] وهذه التعريفات إنما هي مبادىء وقواعد يشدد بها القاضي ليميز المدعي من المدعى عليه.

---

(١) انظر: المرغيناني: الهداية مع الفتح ١٤٤/٧، الكاساني: البدائع ٢٢٤/٦ ، الزيلعي: تبيين الحقائق ص٢٩١، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٢٩٠/٣ ، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٤، علي حيدر: شرح المجلة ١٥٣/٤.

(٢) السرخسي: المبسوط ٣٢/٧-٣٣، المراجع السابقة نفسها.

(٣) الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٨١/٤.

(٤) انظر: الكاساني: البدائع ٢٢٤/٦، الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٩١/٤.

(٥) وهذا هو تعريف الإمام محمّد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة.
انظر: المبسوط ٣١/١٧، الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٩١/٤، الشيخ نظام الفتاوى الهندية ٣/٤.

(٦) انظر البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبيِّنات، باب البينة على المدعي ٢٥٢/١٠.

(٧) الكاساني ٢٢٤/٦، الطرابلسي الحنفي: معين الحكام ص ٥٣.

(٨) المرغيناني: الهداية ١٤٦/٧، الزيلعي: تبيين الحقائق ٢٩١/٤.

## المبحث الثاني

## شروط المحكوم له

### المطلب الأول

### حضور المحكوم له مجلس الحكم

اشترط الفقهاء[1] في المحكوم له أن يكون حاضراً مجلس الحكم، وهذا أمر بديهي إذ لابد لبدء العملية القضائية من حضور المدعي لمجلس القضاء، وتقديم الدعوى بشروطها الشرعية ثم يطلب من القاضي الحكم له بما يدعيه.

فليس للقاضي من تلقاء نفسه أن يرسل إلى شخص ما، ويخبره بأنه مدعى عليه في قضية، المدعي فيها غير موجود أو غائب لم يدع، و لم يطلب حضور خصمه.

وللمحكوم له من حيث الحضور والغياب **عدة حالات نجملها فيما يلي:**

أ- حضور المحكوم له بنفسه، وذلك منذ بداية الدعوى حتى صدور الحكم فيها له بما يدعيه أو ببعضه.

ب- أن يحضر نائب عن المحكوم له[2] **وللنائب عدة صور:**

١- الوكيل

---

(١) انظر: ابن الغرس الفواكه البدرية ص٦٤، الكاساني: البدائع ٨/٧، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٠/٦، البابرتي: شرح العناية على الهداية ٤٠٠/٦.

(٢) انظر: الحصكفي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ١٩٨/٣-١٩٩.

٢- الوصي

٣- الولي

٤- القيم

٥- متولي الوقف

جـ- غياب المحكوم له دون أن يعين نائباً عنه، ومسألة الحكم للغائب هذه تحتاج إلى تفصيل **وبيانها على النحو التالي:**

الأصل أنه لا يجوز الحكم للغائب إذا لم يكن له من يمثله[١].

ونقل ابن الغرس الحنفي الإجماع على ذلك، أي المنع[٢]، والذي يظهر أن هذا الكلام يصدق على حالة ما إذا قام الحاكم من تلقاء نفسه وأحضر المدعى عليه، وحكم عليه لمدع غائب لم يحضر مجلس الحكم ولا من يمثله شرعاً، فالحكم هنا يعد باطلاً، وذلك لعدم سبق الدعوى، وعدم حضور من يدعي بتلك الدعوى.

إلا أنّ للفقهاء أحكاماً في مسألة الحكم للغائب تختلف من مذهب لآخر ما بين مضيق وموسع، لكنها في مجملها ترد حكاية الإجماع التي أوردها العلامة ابن الغرس.

**أولاً: مذهب الحنفية في الحكم للغائب[٣].**

ذهب الحنفية إلى اشتراط أن لايكون المحكوم له غائباً عن مجلس القضاء إلا إذا حضر عوضه من ينوب منابه، **والنيابة عنه نوعان:**

**النوع الأول:** إنابة الغائب شخصاً مكانه ويسمى الوكيل.

---

(١) انظر: الكاساني: البدائع ٨/٧، الحصكفي: الدر المختار ١٩٨/٣ مع حاشية الطحطاوي، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٦٥.

(٢) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٦٥.

(٣) انظر: المراجع السابقة نفسها، وانظر: ابن نجيم البحر الرائق ٢٨٠/٦، علي حيدر: شرح المجلة ٥٢٣/٤.

**النوع الثاني**: إنابة الشرع لشخص حاضر يقوم مقام الغائب، وفي ذلك يقول ابن الغرس عن هذا النوع: "أو باستنابة الشرع ذلك الحاضر عنه والأمر في المحجور المحكوم له، كالأمر في الغائب المحكوم له، فالمحجور نائبه في استنابة الشرع عنه هو وليه، والغائب وكيله الذي وكله أو الذي استنابه الشرع عنه ممن بينه (أي النائب) وبينه (الغائب) اتصال كالقرابة -ليسوغ الحكم لأحدهما (أي المحجور والغائب) بدعوى الآخر (أي النائب)[1].

ويفهم من كلام ابن الغرس أنه يجوز للحاكم أن يحكم للغائب إذا أقام له الدعوى نائب عنه، هذا النائب قد يكون منابأً من قبل الغائب وهو الوكيل، وتقدم الحديث عنه، وقد يكون منابأً من قبل الشرع -أي الحاكم- ولكن يختار المحكوم له من أقرباء الغائب كأبيه وابنه مثلاً ممن تهمهم مصلحته والدفاع عنه والحفاظ على ماله.

إذن: النتيجة التي نخلص إليها جواز الحكم للغائب عند الحنفية إذا أقيم له نائب عنه يدعي بحقه.

**ثانيا: مذهب المالكية في الحكم للغائب:**

نظم المذهب المالكي مسألة الحكم للغائب تنظيماً دقيقاً لم أجده في غيره من المذاهب، وقد لمست من هذا التنظيم مراعاة مقاصد الشريعة من حيث حفظ الحقوق واستقرار المعاملات. فالمسألة التي نحن بصددها غائب لم يُقِم وكيلاً عنه، فأراد شخص رفع الدعوى نيابة عنه، فما مدى جواز هذا العمل؟ يفرق المالكية في هذه المسألة بين عدة فروض[2].

**الفرض الأول**: أن يكون للمدعي (النائب عن الغائب) تعلق بالشيء المدعى فيه[3]

---

(١) الفواكه البدرية ص٦٤.

(٢) انظر: أصول هذه المسألة وفروضها في المصادر التالية: الحطاب: مواهب الجليل ١٤٦/٦، الزرقاني: شرح المختصر ومعه حاشية البناني ١٥٦/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٧٤/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٦٤/٤.

(٣) أي للمدعي حق في الشيء موضوع الدعوى.

وهو داخل في ضمانه ومطالب به.

ففي هذا الفرض يجوز للمدعي إقامة الدعوى عن الغائب، وله المخاصمة وإثبات ملك الغائب، والحصول للغائب على حكم بالشيء المدعى به.

**ومن أمثلة هذا الفرض ما يلي:**

١- المستعير عارية يغاب عليها[١]، فهذا اجتمع فيه أمران:

**الأمر الأول:** حق الانتفاع

**الأمر الثاني:** أنه ضامن للعارية إذا تلفت

٢- الغاصب إذا غصبه غاصب آخر، وصورة ذلك: "غصب زيد من عمرو شيئاً، ثم إن خالداً أراد أن يأخذ ذلك الشيء من زيد غصباً، أو بدعوى زور ونحو ذلك، فللغاصب -وهو زيد- أن يتوكل، لأنه يضمن ذلك الشيء[٢].

٣- الكفيل (الحميل) في حال إرادة المدين السفر وخشي ضياع الحق.

وصورة ذلك لزيد على عمرو دراهم، وقد ضمن خالد عمراً في تلك الدراهم، وكان زيد غائباً، وأراد المدين السفر، فللضامن أن يتوكل عن رب الدين ويمنعه من السفر[٣].

**الفرض الثاني:** أن يكون للمدعي حق في ذمة الغائب وليس ضامناً للشيء موضوع الدعوى، ويريد -أي المدعي- أن يستوفي ذلك الحق من الشيء موضوع الدعوى.

وفي هذا العرض تجوز إقامة الدعوى وإثبات الملك والحصول على حكم للغائب.

---

(١) يقصد بمصطلح يغاب عليها "في العارية عند المالكية إذا كانت مما يمكن إخفاؤه وتغييبه كالثياب والحلي، أما العارية التي لا يغاب عليها فهي مما لا يمكن إخفاؤه وتغييبه كالعقار والسفينة في المرسى والحيوان.

(٢) العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٧٥/٧.

(٣) العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٧٥/٧.

**ومن أمثلة هذا الفرض مايلي:**

١- المستأجر إذا غصبت العين المستأجرة، للمستأجر المخاصمة لأجل حَقّه في المنفعة ولا ضمان عليه.

٢- المستعير عارية لا يغاب عليها، له المخاصة لحقه في الانتفاع مع أنه غير ضامن.

٣- المرتهن: له إقامة الدعوى وإثبات ملك الرهن ليبيعه وليستوفي منه حقه.

٤- زوجة الغائب: فللزوجة أن تدعي وتقيم البينة على من جحد من غرماء زوجها، أن لزوجها عليهم ديوناً، فيحكم للغائب وتستوفي نفقتها، وللزوجة أيضاً إثبات ملك زوجها للدار والحكم له بها حتى يبيعها الحاكم ويحكم له بالمنفعة فيها.

٥- وكذلك الحكم بالنسبة لأقارب الغائب الذين تلزمه نفقتهم.

**الفرض الثالث:** إذا لم يكن للمدعي حق في الشيء المدعى به، وليس دائناً للغائب، ولا ضامناً للشيء موضوع الدعوى، فمن هذا الفرض ذكر الحطاب أنه ليس له إقامة الدعوى[1] ولا يحكم للغائب حينئذ.

**وقد مثل لهذا الفرض بما يلي:**

١- المودع: فإذا سرقت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل.

٢- الوكيل على شيء مخصوص: إذا وكل الوكيل على طلب آبق فأدركه في يد مشتر، فهذا الوكيل لا يمكن من إيقاع البينة على أنه للذي وكله حتى يقيم البينة أنه وكله على الخصومة فيه[2]

**الفرض الرابع:** وينتظم هذا الفرض عدة حالات:

١- إذا كان للغائب مال حاضر، وخيف عليه تلف، أو غصب.

---

(١) أي أن دائن الغائب له الادعاء بحق الغائب لاستيفاء دينه.

(٢) الحطاب: مواهب الجليل ١٤٧/٦.

٢- إذا كان للغائب دين على من يخشى فراره أو أراد سفراً بعيداً.

٣- إذا أراد شخص أن يدعي على الغائب بدعوى ومعه بينة زور.

ففي مثل تلك الحالات إذا أراد شخص قريب للغائب، أو أجنبي عنه أن يخاصم عنه احتساباً لله تعالى، من غير أن يكون وكيله، فهل يمكن من ذلك أم يمنع؟

**اختلفت الآراء في المذهب وأشهرها مايلي:**

**الرأي الأول:** يجوز أن يحكم الغائب بواسطة من يرفع عنه الدعوى حسبة لله تعالى، وهذا هو رأي ابن القاسم وبعض علماء المذهب، قال ابن المناصف[١]: "وعن ابن القاسم في سماع يحيى ما يدل على جواز القيام في حقوق الغائب لذوي قرابته وغيرهم، ممن يحتسب في ذلك إذا كان له وجه من كون ذلك حق لو ترك القيام به وأهمل لأدى إلى نسيانه بطول الزمان وموت الشهود الذين علم ذلك عندهم. فإذا علم ذلك فللسلطان إباحة القيام لمن رغب في ذلك، حتى يثبت بالشهادة عنده، ويصح ذلك الحق لديه، ليجده الغائب أو وكيله حجة متى قدم لذلك، من غير أن يحتاج فيه إلى إقامة شهود قد ماتوا أو نسوا، وما أشبه ذلك مما يتعذر طلبه بطول الزمان"[٢].

**الرأي الثاني:** لا يجوز لهم ذلك، ولا يمكنون من إقامة الدعوى والحكم للغائب إلا بوكالة وهو قول ابن الماجشون ومطرف.

**الرأي الثالث:** يمكنون من إقامة البينة فقط دون المخاصمة.

**الرأي الرابع:** يمكن الأب والابن فقط.

**الرأي الخامس:** يمكن الأقرباء والأجانب في العبد والدابة لفوتها وتغيرها وما عدا

---

(١) هو أبو عبدالله محمّد بن عيسى بن محمّد الأزدي كان من أعلم العلماء، فقيه مالكي، أديب لغوي، شاعر، من مصنفاته: تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، الإنجاد في الجهاد، الأحكام والشروط ت٦٢٠هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص ١٧٨.

(٢) تنبيه الحكام ص٢٦٧

ذلك لا يصح.

أما متأخرو المالكية فيرون عدم قبول الخصام في حق الغائب من غير وكالة، وهذا الذي جرى به العمل التونسي[1] كما قال الشيخ جعيط[2].

**ثالثاً: مذهب الشافعية في الحكم للغائب:**

الأصل في المذهب الشافعي عدم جواز الحكم للغائب دون وكالة منه، ولكن الشافعية أجازوا الدائن الغائب الادعاء والحصول على حكم، وذلك بشرط أن يكون الحق المدعى به منتقلاً للمدعي، فإذا لم يكن منتقلاً للمدعي، فإذاً لم يكن منتقلاً إليه، لا تصح دعواه ابتداء، وبالتالي لا يصح الحكم له، ففي حالة انتقال الحق إليه يصبح كالوارث فيما يدعيه من ملك مورثه[3].

وهذه المسألة أفرد لها بعض فقهاء الشافعية فصلاً مستقلاً في كتبهم أوردوا فيه بعض فتاوى علماء المذهب، فمن ذلك ما فعله شيخ الإسلام زكريا الأنصاري في عماد الرضا ببيان أدب القضاء، والإمام المناوي[4] في شرحه لعماد الرضا حيث جعلا الفصل السادس، في بيان من يدعي حقاً لغيره وليس هو وكيلاً عنه، ولا ولياً له، لكن مقصوده بالدعوى به أن يتوصل إلى حقه[5].

---

(١) انظر: الشيخ جعيط: الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية ص١٢.

(٢) هو الشيخ محمّد العزيز جعيط، شيخ الإسلام المالكي، مفتي الجمهورية التونسية من مصنفاته: الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، إرشاد الأمة ومنهاج الأئمة، مجالس العرفان ومواهب الرحمن، ت١٣٨٩هـ/١٩٧٠م.

انظر: محمّد محفوظ: تراجم المؤلفين التونسيين ٣٧/٢-٤١.

(٣) ابن الصلاح: الفتاوى ص٣١٧، الأنصاري: عماد الرضا، مخطوط ٧/أ.

(٤) هو الإمام عبدالرؤوف بن تاج العارفين، زين الدين، فقيه، شافعي، محدث من مصنفاته: شرح الجامع الصغير المسمى "فيض القدير" شرح عماد الرضا، طبقات الصوفية، ت١٠٢٩هـ. انظر: الشوكاني: البدر الطالع ٣٥٧/١.

(٥) شرح عماد الرضا ١٥٩/١هـ.، عماد الرضا٧/أ مخطوط.

والمثال الذي ذكر لهذه الحالة: رجل اشترى من آخر سهماً شائعاً من ملك وغالب البائع، فأثبت المشتري أن الملك لم يزل ملك أبي البائع إلى أن مات، وخلفه لورثته، وأثبت حصرهم، وأن البائع يخصه من الملك القدر المبيع، فادعى أخو البائع أن أباه وهبه ذلك الملك جميعه هبة صحيحة، وأقام بينة على ذلك، فأقام المشتري شاهداً واحداً في غيبة البائع أن الأب رجع في هبته، ففي هذه المسألة تسمع الدعوى، ويحلف المدعي مع شاهده، لأنه يدعي ملكاً لغيره منتقلاً إليه، فهو كالوارث فيما يدعيه لمورثه[1].

ولكن، هل يجوز للقاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب ليدعي بحقه الواقع؟ إن المذهب إذا كان قد منع المدعي من رفع الدعوى عن الغائب ولو كان دائناً له، إذا كان المدعى به لا ينتقل إليه، فمن باب أولى أن يمنع غير الدائن من رفع الدعوى؛ لعدم التوكيل، إلا أن الإمام تقي الدين السبكي[2] قد أفتى بما يجيز للقاضي أن يقيم مدعياً عن الغائب حيث يقول: "إذا كانت الدعوى لميت، أو غائب، أو محجور عليه، تحت نظر الحاكم أو بيت المال، فالقاضي الشافعي هو الذي يقيم من يدعي ذلك[3].

وذكر بعض الحنابلة أن الشافعي يوافق مذهبهم في الحكم للغائب تبعاً للحاضر[4].

---

(١) المراجع السابقة نفسها.

(٢) هو الإمام تقي الدين علي بن عبدالكافي السبكي من كبار فقهاء الشافعية في القرن الثامن، محدث، أصولي، محقق من مصنفاته: الإبهاج في شرح المنهاج "في الأصول" والابتهاج في شرح المنهاج في الفقه، وغيرها. ت٧٥٦هـ.

انظر: الإسنوي: طبقات الشافعية ٢/٧٥-٧٦، الشوكاني: البدر الطالع ١/٤٦٧- ٤٦٨.

(٣) المناوي: شرح عماد الرضا١/٩٥.

(٤) انظر: المقدسي: الشرح الكبير ١١/٤٦٠.

**رابعاً: مذهب الحنابلة في الحكم للغائب[1]:**

الأصل عند الحنابلة أنه لا يجوز الحكم للغائب، **ويستثنى من ذلك حالتان:**

**الحالة الأولى:** إذا كان الحكم للغائب تبعاً لمدع حاضر، ولذلك عدة أمثلة:

١- ادعى شخص ديناً أو عيناً لمورثه المتوفى عنه وعن وارث آخر غائب، والدين أو العين عند فلان (المدعى عليه) وأثبت المدعي الحق ببينة أو إقرار أو نكول، فحكم على المدين بالحق، فإن ذلك يعتبر حكماً للمدعي الحاضر وللغائب أيضاً تبعاً للحاضر.

٢- الحكم بوقف يدخل فيه من لم يوجد من الموقوف عليهم تبعاً.

٣- إثبات أحد الوكيلين الوكالة في غيبة الوكيل الآخر، تثبت له الوكالة تبعاً.

٤- سؤال أصله لغرماء الحجر على المفلس كسؤال الكل.

**الحالة الثانية:** في الحكم على الغائب وبيع ماله يسبقه ضرورة الحكم له بالملك؟ حتى يتسنى له الحكم عليه.

---

(١) انظر: المقدسي: الشرح الكبير ٤٥٩/١١-٤٦٠، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٩٨/٣-٤٩٩، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩٧.

## المطلب الثاني

## كون المحكوم له ممن تقبل شهادته للقاضي وتقبل شهادة القاضي له

الشرط الثاني من شروط المحكوم له أن يكون المحكوم له ممن تجوز شهادته للقاضي، وتجوز شهادة القاضي له. فإذا حكم القاضي لمن تجوز له شهادته كالأخ والأخت فإن حكمه يكون صحيحاً من هذه الناحية، وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء[1] أما حكمه لمن لا تجوز له شهادته **فقد وقع فيه اختلاف على النحو التالي:**

### الفرع الأول

### آراء الفقهاء في حكم القاضي لمن لا تجوز شهادته لهم

**- الرأي الأول:**

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز حكم القاضي لمن لا تجوز شهادته له، وهو مذهب الحنفية[2]، والراجح عند المالكية[3] والشافعية[4] والراجح عند الحنابلة[5] **وحجة**

---

(١) ابن حزم: مراتب الإجماع ص٦، ابن عابدين: العقود الدرية ٢٩٦/١.

(٢) السمرقندي: تحفة الفقهاء ٦٣٩/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٤٢/٥ ، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٢١٣/٣، الأنقروى محمّد بن حسين: الفتاوى ص٣٧٢.

(٣) ابن جزي: القوانين: الفقهية ص ١٩٦، ابن فرحون: التبصرة ٦٥/١، ميارة: شرح التحفة ١٦/١، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٣/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٦٢/٧. حاشية الشرح الكبير ١٥٢/٤.

(٤) الشيرازي: التنبيه ص ٢٥٢، الروياني: روضة الحكام، مخطوط ٤/أ، النووي: الروضة ١٤٥/١١، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٨/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٥) المجد ابن تيمية: المحرر ٢٠٥/٢، المقدسي: الشرح الكبير ٤٠٧/١١، شمس الدين ابن مفلح: الفروع ٤٥١/٦، برهان الدين بن مفلح: المبدع ٤٤/١٠.

**أصحاب الرأي الأول تتلخص بما يلي:**

**أولاً:** القياس على الشهادة إذ إن القاعدة في هذا الشأن "أن من لايصلح شاهداً لا يصلح قاضياً"[1] والقاضي لا يصلح شاهداً لنفسه ولا لأبيه وابنه. ومن نص على عدم قبول شهادته له وبالتالي لا يجوز أن يكون حاكماً لهم.

**ثانياً:** الحكم عند الحنفية عبادة، والعبادة ينبغي أن تكون خالصة لله سبحانة وتعالى، وبناء على ذلك لا يجوز أن يحكم القاضي لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادته له، لأن الحكم لهم حكم لنفسه من وجه، فلم يكن خالصاً لله تعالى[2].

**ثالثاً:** في حالة كون المحكوم ممن لا تجوز شهادته للقاضي فإن التهمة تكون متوافرة، والواجب على الحاكم أن يبتعد عن مواطن التهم، إضافة إلى أن التهمة في حكم الحاكم لنفسه أو لمن لا تجوز شهادته له أقوى وأظهر منها في شهادته لهم[3].

**رابعاً:** ثبت من فعل الصحابة -رضوان الله عليهم- عدم الحكم لأنفسهم في الوقت الذي كانوا فيه حكاماً، ولو كان ذلك جائزاً لما تركوه، فعمر بن الخطاب ﷺ تحاكم إلى زيد بن ثابت حينما خاصمه أبي بن كعب في حقوق بينهما، وحاكم علي رضي الله عنه يهودياً إلى شريح القاضي، وعن عثمان كذلك[4]، وهذا كله يدل على عدم جواز حكم الحاكم لنفسه.

أما حكم الرسول ﷺ لنفسه في القصة التي شهد له فيها خزيمة ﷺ فهذه من خصوصيات النبي ﷺ[5]، وغيره لا يقاس عليه، لأنها على خلاف الأصل في الشهادة في الحكم.

---

(١) انظر الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/٢١٣، ابن مفلح: المبدع ١٠/٤٤.

(٢) الكاساني: البدائع ٧/٨.

(٣) انظر: الزرقاني: شرح المختصر٧/١٤٣، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٨ ، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٤، الشوكاني: السيل الجرار ٤/٢٨٩.

(٤) انظر في ذلك: وكيع: أخبار القضاة ١/١٠٨-١٠٩، السرخسي: المبسوط ١٦/٧٣.

(٥) انظر: الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٣، المقدسي: الشرح الكبير ١١/٤٠٧، ابن مفلح: المبدع ١٠/٤٤.

**خامساً**: الحاكم مأمور بأن يحكم بين الناس، وهو وإن كان من الناس إلا أنه خارج عنهم من هذه الحيثية، لأن الحاكم (الحَكَم) لا يصدق عليه هذا المعنى، وهو أحد الخصمين[1] فلا بد من حاكم وخصوم ولا يجمع بينهما[2].

**الرأي الثاني:**

ويرى أصحابه جواز الحكم لمن لا تقبل شهادة القاضي له، وممن قال به من العلماء[3] أبو يوسف[4] من الحنفية[5]، وهو قول عند المالكية، وقال به أبو ثور[6] والمزني[7] وابن المنذر[8] من الشافعية، وهو رواية عن الإمام أحمد اختارها بعض الحنابلة.

---

(١) انظر: الشوكاني: السيل الجرار ٤/٢٨٩.

(٢) وحالة الجمع بين منصب الحكم والخصومة يصدق عليها قول الشاعر أبي الطيب المتنبي لسيف الدولة:

يا أعدل الناس إلا في مخاصمتي ... فيك الخصام وأنت الخصم والحكم

(٣) انظر آراء العلماء في المصادر: ابن راشد البكري: لباب اللباب ص ٢٥٤، ابن فرحون: التبصرة ١/٦٥، ميارة: شرح تحفة ابن عاصم ١/١٦، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٥٩، القفال: حلية العلماء ٨/١٢١، ابن قدامة: المغني ١٠/٤٨٣، المقدسي: الشرح الكبير ١١/٤٠٨، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٦/٤٥١، برهان الدين بن مفلح: المبدع ١٠/ ٤٤، المرداوي: الإنصاف ١١/٢١٦.

(٤) أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم، فقيه، محدث، من أصحاب أبي حنيفة، ولي قضاء بغداد، وهو أول من تسمى بقاضي القضاة زمن الرشيد، له الأمالي والنوادر، الخراج. ت١٨٣، انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص٢٢٥.

(٥) ينبغي التنبيه إلى أن كتب الحنفية المعتمدة -المتوافرة لدي- لم تنسب هذا القول لأبي يوسف، وإنما نسبه إليه ابن قدامة صاحب المغني ١١/٤٨٣، وتبعه المقدسي في الشرح الكبير ١١/٤٠٨.

(٦) أبو ثور: إبراهيم بن خالد الكلبي البغدادي، من أكابر الفقهاء، مجتهد، إمام ت٢٤٠هـ. ابن هداية الحسيني: طبقات الشافعية ص ٢٢-٢٣.

(٧) المزني: أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى، إمام ورع، زاهد قال عنه الشافعي: لو ناظر الشيطان لغلبه. كان من أصحاب الشافعي وتلاميذه الكبار، له المبسوط، المختصر المنثور، ت٢٦٤هـ، الإسنوي: طبقات الشافعية ١/٣٤-٣٥.

(٨) ابن المنذر: محمّد بن إبراهيم النيسابوري، فقيه مجتهد من الحفاظ، لم يقلد أحداً، من مصنفاته: الإجماع، الإشراف، الأوسط، ت٣١٠هـ، ابن هداية الله الحسيني: طبقات الشافعية ص٥٩.

وذهب ابن الماجشون[1] إلى عدم جواز حكم الحاكم لثلاثة:

١- زوجته (أي زوجة الحاكم )

٢- ابنه الصغير

٣- يتيمه الذي يلي ماله

ويجوز عنده للأباء والأبناء الكبار[2]، وقال بقوله هذا أيضاً أصبغ[3] في رواية عنه، وابن حبيب[4] أيضاً، **ولكنهما اشترطا شرطين:**

**الأول**: أن يحضر الشهود.

**الثاني**: أن تكون الشهادة ظاهرة وبحق ظاهر[5].

وذهب بعض المالكية أيضاً إلى جواز الحكم لمن لا تجوز شهادتهم للقاضي شريطة أن لايكون الحكم بصيغة الثبوت والإشهاد كقول الحاكم: ثبت عندي وشهد[6].

ومفهوم هذا الشرط أن القاضي إذا قال: حكمتُ وقضيتُ جاز حكمه لمن لا تقبل شهادتهم له أو شهادته لهم.

وذهب أصبغ في الرأي المشهور عنه[7]ـ وهو مقابل المختار في المذهب المالكي ـ إلى

---

(١) هو عبدالملك بن عبدالعزيز بن أبي سلمة، تفقه على الإمام مالك، وكان مفتي المدينة في زمانه، ناظر الشافعي، ت٢١٢هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص٥٦.

(٢) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص٣٠٢، البكري: لباب اللباب ص ٢٥٤.

(٣) أبو عبدالله أصبغ بن الفرج بن سعيد، إمام ثقة، فقيه، محدث، من مصنفاته كتاب الأصول، تفسير حديث الموطأ، آداب الصيام ت٢٢٥هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص ٦٦.

(٤) أبو مروان عبدالملك بن حبيب السلمي، فقيه، محدث، له مشاركة في عدد من العلوم، من مصنفاته، كتب في فضل الصحابة، غريب الحديث، تفسير الموطأ، ت٢٣٨، انظر ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص٦٩-٧٠.

(٥) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٠٢، البكري: لباب اللباب ص ٢٥٤، ابن فرحون تبصرة الحكام ٦٥/١.

(٦) انظر: المراجع السابقة نفسها.

(٧) ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٠٣، ابن راشد البكري: لباب اللباب ص ٢٥٤، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٦٥/١، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٣/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٥٢/٤.

جواز الحكم لمن لا تقبل شهادة القاضي لهم كما هو مذهب أبي ثور والمزني وابن المنذر المتقدم الذكر، **ولكن أصبغ اشترط شرطين:**

١- أن يكون الحاكم من أهل القيام بالحق، وليس من أهل التهمة.

٢- أن تتوافر باقي شروط الحكم من الشهادة الظاهرة وغيرها.

**الأدلة:**

احتج أصحاب مذهب جواز الحكم لمن لا تقبل شهادتهم للحاكم أو لا تقبل شهادة الحاكم لهم **بالأدلة التالية:**

**أولاً من السُّنة:** بما روي أن النبي ﷺ، كان ابتاع من أعرابي فرساً فأُعطي به الأعرابي أكثر، فأنكر أن يكون باعَ من النبي ﷺ، فأشهد خزيمة، فأنفذ النبي شهادته،وسمى خزيمة ذا الشهادتين[١].

ووجه الدلالة أنّ الرسول ﷺ قد حكم لنفسه على الأعرابي بشهادة خزيمة ﷺ.

ويعترض على هذا الاستدلال بأن هذا الحكم هو خصوصية للرسول ﷺ[٢] وشهادة الواحد بشهادة الاثنين خصوصية لخزيمة أيضاً فلا يتعدى الحكم إلى غيرها، ومَنْ مِنَ الناسِ مَن يشابه رسول الله صلوات الله وسلامه عليه، فهو المعصوم عن الخطأ والميل، وهو الذي لا ينطق عن الهوى.

**ثانياً: القياس على جواز الحكم للخليفة،** ولقاضي القضاة، وهم الذين ولوا القاضي ولاية الحكم بين الناس والتهمة في الحكم للخليفة أقوى بكثير من التهمة في الحكم للأقارب، فإذا جاز في الأولى، فأولى أن تجوز في الثانية[٣].

**ثالثاً: القياس على جواز الحكم لغير القرابة ممن تجوز شهادتهم للقاضي وذلك أن**

---

(١) انظر: أبو داود السجستاني: السنن، كتاب الأقضية باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به ٢٢/٤، وابن حنبل: المسند ١٨٩/٥.

(٢) الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٣) انظر: الزرقاني: شرح المختصر ١٤٣/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٥٢/٤.

**القاضي يجوز له الحكم للأجانب بشهادة أبيه وأخيه وابنه**، فهؤلاء يشهدون للأجنبي، ويجوز له الحكم بها، أي يحكم للغير بشهادة الأقارب، وبالتالي العكس جائز فيحكم للأقارب بشهادة غيرهم لهم[1].

**رابعاً: أما استدلال الجمهور على منع الحكم لمن لا يشهد له الحاكم بالقياس على الشهادة فهو غير مسلم**، فقد قال الإمام أصبغ في الرد عليه: "إن بين الشهادة والحكم فرقاً ظاهراً، وذلك أن الشهادة أمر مغيب الحقيقة عمن سوى الشاهد، إذا كان إنما يطلع على ذلك ويتلقى منه، فوجوب الحق موقوف على قوله، وبشهادته يتوصل الخصم إلى نيله، وإنما القاضي منفذ له بحكمه، ومَنْ كانت هذه صفته فلحصول التهمة فيه تأثير[2]، وليس كذلك إنفاذ الحاكم على شيء ثبت وتوجه به شهادة عامله، أو إقرار بيِّن، وما أشبه ذلك، لأن وجه الحكم فيما ثبت من الحقوق معلوم لا يجهل، ولا ينفرد الحاكم بعلمه انفراد الشاهد بعلم الشهادة، فعلى ذلك غير ممتنع إذا كان الحاكم عدلاً مأموناً أن يقضي فيما ثبت عنده من الحقوق لغيره، ممن لا تجوز له شهادته ابتداء"[3].

**خامساً: ومما يدل على أن الشهادة ليست كالحكم**، أن النبي ﷺ في قصة الأعرابي وشهادة خزيمة المتقدمة الذكر، قد فرق بين الشهادة والحكم، حيث لم يحكم لنفسه بشهادته التي علم، وهو الصادق والمصدوق إنما طلب شهادة غيره له، وتوقف حتى يثبت له الحق بشهادة غيره وهو خزيمة رضي الله عنه[4].

**الترجيح:**

بالنظر في أدلة الفريقين يترجح لدي -والله أعلم- اعتماد مذهب جمهور الفقهاء مع التنبيه إلى أن أدلة الفريق الثاني وحججه قوية وعلى جانب كبير من الصحة، إلا أن رأى

---

(١) ابن قدامة: المغني ٤٨٣/١١، المقدسي: الشرح الكبير ٤٠٨/١١.

(٢) أي أن التهمة تؤثر على الشاهد لا على الحاكم.

(٣) ابن المناصف: تنبيه الحكام ص٣٠٣.

(٤) ابن المناصف: تنبيه الحكام ص٣٠٣-٣٠٤.

جمهور الفقهاء أسلم وأحوط، وذلك لأن العملية القضائية حساسة جداً، ومن الواجب أن تحاط بضمانات تكفل العدالة، والاطمئنان إلى تلك العدالة من قبل طرفي النزاع.

وللحساسية المذكورة أهمية عظمى لم يغفلها الجمهور، إذ قالوا بأن الحاكم ممنوع من الحكم لمن لا تقبل له شهادته، وذلك للتهمة، مع أن الجمهور يقرون بأنه ليس كل القضاة تلحقهم التهمة، وكثير منهم عنده النزاهة في التعامل وفي إصدار الأحكام، ولكن لو كان الحكم صحيحاً والحق ظاهراً وحكم الحاكم لمن لا تجوز شهادته لهم، فإنه والحالة هذه تلحقه كل التهم بالمحاباة وغيرها ولن يطمئن المحكوم عليه لنتيجة الحكم، بل إننا قد نلجىء القاضي بأن يجور في الحكم فيحكم على من لا تجوز شهادته لهم، وذلك حتى لاتلحقه التهمة. ولماذا لا نريح القاضي ونفسيته من الدخول في الإحراج مع الآخرين وننفي عنه التهمة ولا نجيز أن يحكم لهم ابتداء؟

## الفرع الثاني

## رأي القانون في حكم القاضي لمن لا تقبل شهادته له

يتفق القانون مع الشريعة في هذه المسألة، وذلك ضماناً لحياد القاضي.

أما عن حالات المحكوم له الممنوعة **فهي على النحو التالي**[1]:

١- إذا كان المحكوم له نفس الحاكم، أو كان له منفعة مالية بسبب الحكم.

٢- إذا كان المحكوم له من أصول، أو فروع القاضي.

٣- إذا كان بين المحكوم له وبين القاضي قرابة أو مصاهرة من الدرجة الثالثة، وفي بعض القوانين حتى الدرجة الرابعة والسادسة كالقانون التونسي مثلاً[2].

---

(١) انظر: المادة ١٢٥ من قانون تشكيل المحاكم الشرعية، وهذه تقريباً تكاد تكون متشابهة في معظم قوانين الدول العربية، وانظر أيضاً الباب السادس الفصل ٢٤٨ من مجلة المرافعات التونسية.

(٢) جاء في الفصل ٢٤٨ من مجلة المرافعات ما يلي: "تحجر مباشرة الوظائف العدلية أصالة على الحكام...٣- في نوازل أقاربهم أو مصاهريهم بدون نهاية سلسلة النسب المستقيم وحواشيهم إلى الدرجة السادسة بالنسبة للأقارب، وإلى الدرجة الرابعة بالنسبة للأصهار".

٤- إذا كان بين المحكوم له وبين القاضي عداوة ظاهرة.

ويلاحظ أن القانون قد وسع من دائرة المنع لتشمل الإخوة وبعض الأقرباء وإن بعدت قرابتهم بالقياس لما عليه الحال في الشريعة.

يضاف إلى ذلك أن بعض القوانين قد أدخلت غير الأقرباء في المنع، بحيث شمل من اعتاد مؤاكلة القاضي ومساكنته وصديقه الحميم... ومن في حكمهم أيضاً[1].

## الفرع الثالث

## تفصيل حالات وصور المحكوم له الجائزة والممنوعة في المذاهب الفقهية[2]

**أولاً: في المذهب الحنفي:**

أجاز المذهب الحنفي للحاكم أن يحكم لمن ولاه -أي الإمام- ولولد الإمام أيضاً، وكذلك لقاضي القضاة.

**أما أقاربه:** فيجوز الحكم من القاضي لأخيه، وأخته، ولعمه، وعمته، ولخاله وخالته[3]، وذلك لأن شهادته لهم جائزة فكذلك الحكم. وقد ذكرت المادة ١٨٠٨ من مجلة الأحكام العدلية ما يشترط في المحكوم له من هذه الناحية فقالت: "يشترط أن لا يكون المحكوم له أحداً من أصول القاضي وفروعه، وأن لا يكون زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به وأجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته، بناء عليه ليس للقاضي أن يسمع دعوى أحد من هؤلاء ويحكم له".

وبناء على ذلك لا يجوز أن يكون المحكوم له أحد المذكورين في الصور والحالات

---

(١) انظر محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص١٢٣

(٢) باستثناء ما ذهب إليه المجيزون لحكم الحاكم لمن لا تجوز شهادته لهم لسبق الحديث عنها.

(٣) انظر: السمناني: روضة القضاة ١/٣٢٦-٣٢٧.

التالية[1]:

أ- إذا كان المحكوم له هو الحاكم نفسه، لأن الإنسان لا يصلح قاضياً في حق نفسه، وسواء كان حكم الحاكم لنفسه من كل وجه، أو من وجه ولغيره من وجه، والفرق بين الحالتين أنه إذا حكم لنفسه من كل وجه لم ينفذ، وإن أمضاه حاكم آخر، أما إذا حكم لنفسه من وجه دون وجه، فإن هذا الحكم لا ينفذ إلا بإمضاء حاكم آخر.

**ومما يلحق بهذه الصورة من المحكوم له الحالات التالية[2]:**

١- إذا كان القاضي موصى له أو وارثاً للمحكوم له، كما لو مات رجل وأوصى للقاضي بثلث ماله، وأوصى إلى رجل آخر، لم يجز للقاضي أن يحكم للميت بشيء من الأشياء، وكذلك لو كان القاضي أحد ورثة الميت لا يحكم للميت بشيء.

٢- إذا كان للقاضي على الميت دين، فلا يجوز أن يحكم للميت بشيء.

٣- لا يجوز للقاضي أن يحكم في أصل وقف أو غلته، مشروطة منفعة ذلك الوقف للقاضي بذاته.

٤- إذا كان القاضي وكيلاً لوصي الميت فليس له أن يحكم بشيء؛ لأن هذا الحكم من حيث الظاهر هو حكم للقاضي.

ب -إذا كان المحكوم له وكيلاً للحاكم، أو وكيل وكيله، وذلك فيما يخص الوكالة عند الحاكم.

جـ- إذا كان المحكوم له أباً للحاكم وإن علا، أي كالجد وأبي الجد، وكذلك وكيل أبيه يعامل معاملة الأب في المنع فيما يخص الوكالة عن أبيه وإن علا، ويلحق

---

(١) انظر: الحسن الأوزجندي: فتاوى قاضيخان ٤٤٩/٢، محمّد بن حسين الأنقروى الفتاوى الأنقروية ص٣٧٢ ، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٢١٣/٣، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣٦٦/٣-٣٦٧، الحموى: غمز عيون البصائر ٣٦٣/٢، ابن عابدين رد المحتار ٤٤٢/٥، ابن عابدين: العقود الدرية ٢٩٦/١، قراعة: الأصول القضائية ص٢٨٧.

(٢) انظر: الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣٦٧/٣، علي حيدر: شرح المجلة ٥٦١/٤.

بالأب والأم؛ لأنها أصله ولا تجوز شهادته لها[1]

د- إذا كان المحكوم له ابناً للحاكم وإن سفل، أي كابن الابن مهما نزل، وكذلك وكيل ابنه فيما يخص الوكالة عن ابنه.

هـ- إذا كان المحكوم له زوجاً للحاكم أو وكيلاً للزوج، **وهذه الحالة لها صورتان في المذهب الحنفي:**

**الأولى:** إذا كان الزوج قاضياً والمحكوم له الزوجة أو وكيلها، وهذا في اختصاصات القضاء جميعها.

**الثانية:** إذا كانت الزوجة قاضية والمحكوم له هو الزوج، وذلك في غير الحدود والقصاص.

و- يلحق بحالات الأب والابن والزوجة **المسائل التالية:**

١- لا يجوز أن يحكم القاضي لأب زوجته وأمها إذا كانت الزوجة وارثة، وهذه الحالة قيدها بعض فقهاء الحنفية بما إذا كانت الزوجة على قيد الحياة، وإلا فإن المنع يزول ويصح الحكم[2]. والتقييد بحالة كونها وارثة أصح من التقييد بالحياة أو الموت، وذلك لوجود التهمة في حالة الإرث.

٢- لا يجوز أن يحكم القاضي لزوجة الابن، والأب، والجد إذا كان الابن أو الأب أو الجد وارثاً، وقيد بعض فقهاء الحنفية المنع في حال حياة الأب والابن والجد، ولكن الذي رجحه بعض المتأخرين فهو جواز الحكم حال الحياة أو الوفاة في مثل تلك الحالات، إنما يكون المنع في حال كونهم وارثين لأزواجهم الأمر الذي يعود على القاضي بالمنفعة غير المباشرة، وفي صحة الحكم هذه يقول الشرنبلالي[3] الحنفي ما

---

(١) انظر الفتاوى الهندية، المرجع السابق نفسه، ابن عابدين: رد المحتار ٤٧٨/٥.

(٢) انظر: الحسن الأوزجندي: فتاوى قاضيخان ٤٤٩/٢، السمناني: روضة القضاة ٣٢٧/١.

(٣) هو حسن بن عمار بن علي، فقيه حنفي، من مصنفاته: نور الإيضاح في العبادات، حاشية على غرر الأحكام لملاخسرو، وغيرها. ت١٠٧٩هـ. انظر: المحبي: خلاصة الأثر ٢٩٢/١-٢٩٤.

نصه:

ويقضي لأم العرس حال حياتها وعرس أبيه وهو حي محرر
وبعد وفاة إن خلا عن نصيبه بميراث مقضي به فتبصروا[1]

٣- إذا تقدم إلى القاضي أبوه وأمه في قضية ما، فإنه والحالة هذه سيحكم في ختام القضية لأحدهما على الآخر، فيكون أحد أصوله محكوماً له. فهذه المسألة اختلف فيها علماء الحنفية إلى قولين: الأول بالمنع، والثاني بالجواز[2].

ز- إذا كان المحكوم له عبداً أو مكاتباً للقاضي، ويلحق بهذه الحالة فيما إذا وكل أحد الخصمين عبدَ القاضي أو مكاتبَه، إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم للوكيل على خصمه؛ لأن الحكم يقع للوكيل من حيث الظاهر.

ح- إذا كان المحكوم له عبداً أو مكاتباً لمن لا تقبل شهادتهم للقاضي.

ط- إذا كان المحكوم له قد وكل عنه أحد الذين لا تقبل شهادتهم للقاضي، وذلك لأن الحكم يقع للوكيل ظاهراً[3].

ي- إذا كان المحكوم له شريكاً للحاكم شركة عنان[4]، أو شركة مفاوضة[5]

---

(١) الحصكفي: المختار بهامش حاشية الطحطاوي ٣/٢١٤، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٤٢.

(٢) انظر: السمناني: روضة القضاة ١/٣٢٧.

(٣) الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٦٧.

(٤) شركة العنان: هي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما، والخسارة عليهما، أي الشركاء يشتركون في الربح والخسارة.
انظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٧٩٦.

(٥) شركة المفاوضة هي "أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط أن يكونا متساويين في رأس مالهما وتصرفهما ودينهما (ملتهما) ويكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع، وهذا هو معنى المفاوضة عند الحنفية. أما المالكية فمعناها عندهم أن تعقد الشركة على أن يكون كل شريك مطلق التصرف في رأس المال استقلالا دون حاجة إلى أخذ رأي شركائه حاضرين أم غائبين، بيعاً وأخذاً وعطاء وكراء وضماناً وتوكيلاً وكفالة وقراضاً وتبرعاً، وغيرها مما يحتاج إليه التجار من التصرفات... انظر الزحيلي: المرجع السابق ٤/٧٩٨-٨٠٠.

وكانت الخصومة في مال هذه الشركة.

ك- إذا كان المحكوم له أجيراً خاصاً عند القاضي، وكذا الحكم في الخادم والتابع[1].

ل- إذا كان المحكوم له ممن يتعيش بنفقة[2] الحاكم عليه، وذلك كالأخ الذي يتعيش بنفقة أخيه القاضي.

**شروط اعتبار هذه الأوصاف في المحكوم له:**

يشترط لاعتبار الحالات المتقدم ذكرها مانعة من الحكم لمن انطبقت عليه الأوصاف المذكورة أن تكون هذه الأوصاف موجودة وقت الحكم لا قبله ولا بعده[3].

فإن كان المحكوم له وقت الحكم ممن لا تقبل شهادته للقاضي، فإنه والحالة هذه لا يجوز أن يحكم القاضي له. أما إن كان الوصف وجد بعد الحكم فلا يضر أيضاً، وينبني على هذه القاعدة أنّ من كان الوصف موجوداً فيه وقت رفع الدعوى ثم زال حين إصدار الحكم، فإن المنع من الحكم له يزول، وهذا يعد تطبيقاً للقاعدة الفقهية التي تقول: "إذا زال المانع عاد الممنوع"[4] ومن الأمثلة على ذلك: إذا وكلت زوجة القاضي وكيلاً بالخصومة عنها في قضية ينظرها زوجها، ثم فارقها وانقضت عدتها، جاز للقاضي الحكم لوكيلها، وذلك لزوال وصف الزوجية عنها، الأمر الذي كان مانعاً من الحكم لها، والعكس صحيح، فإذا رفعت امرأة دعوى أمام قاضٍ ما، ثم تزوجها ذلك القاضي، فإنه يمتنع عليه الحكم لها، وكذلك الحكم لوكيلها.

---

(١) وذلك لعدم قبول شهادة هؤلاء لمستأجرهم (القاضي) انظر: الحصكفي: الدر المختار بحاشية رد المحتار ٤٧٩/٥.

(٢) انظر:المادة ١٨٠٨ من المجلة وشرحها لعلي حيدر ٥٦٠/٤.

(٣) انظر: علي قراعة: الأصول القضائية ٢٨٨.

(٤) هذه القاعدة هي المادة ٢٤ من مجلة الأحكام العدلية، انظر: أحمد الزرقاء: شرح القواعد الفقهية ص١٣٧-١٣٩، سليم باز: شرح المجلة ص٣٠.

كما يشترط لتطبيق المنع أن يباشر القاضي الحكم بنفسه، أو بواسطة خليفة عنه إذا لم يكن مأذوناً بالاستخلاف، فإذا كان السلطان قد أذنه بالإنابة والاستخلاف، فإن الحكم يكون صحيحاً، ويجوز للنائب أن يحكم للمذكورين في الحالات السابقة، وذلك لأن النائب يعتبر حينئذ نائباً عن السلطان، وفي حالة عدم الإذن من قبل السلطان بالإنابة، وقيام القاضي بالاستخلاف، فإن المستخلف هنا ممنوع من الحكم للمذكورين سابقاً؛ لأنه يعتبر نائباً عن القاضي، فحكمه كحكم القاضي سواء بسواء؛ والحل يكون حينيئذ بالترافع أمام قاض آخر في البلدة إن كان ثمة قاض آخر، وفي حالة عدم توافره، يرفع الأمر للسلطان لإنابة قاض آخر مكان القاضي الذي لا تجوز شهادته للمحكوم له أو لنفسه[1].

الاستثناءات الواردة على شرط عدم جواز حكم القاضي لنفسه أو لمن لا تقبل به شهادته في المذهب الحنفي:

**١- دعوى الإيصاء**: وصورة المسألة[2] رجل له على القاضي دين، أو على بعض أقاربه (أي أقارب القاضي) ممن لا تقبل شهادته له، فمات رب الدين، فادعى رجل أنه وصي الميت، وأقام بينة على ذلك عند هذا القاضي المديون، فحكم بوصايته، جاز الحكم له بالوصاية، فإذا دفع له الدين، فإن ذمة القاضي تبرأ حينئذ؛ لأنه دفع قيمة الدين لوصي الميت.

ومسألة جواز الحكم بالوصاية قبل دفع الدين للوصي إنما استند الحنفية فيها على الاستحسان[3]. ووجه الاستحسان أن القاضي في هذه الحالة يصلح أن يكون شاهداً

---

(١) انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٤٤١/٥-٤٤٢، علي حيدر: شرح المجلة ٥٦٢/٤، علي قراعة: الأصول القضائية ٢٨٨-٢٨٩.

(٢) انظر الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٢١٣/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٤٢/٥، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣٦٧/٣.

(٣) الاستحسان هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول. انظر: محمّد أبو زهرة: أصول الفقه ص٢٦٢.

للوصي[1]، فيصلح أن يكون قاضياً حسب قاعدة الحنفية في قياس القضاء على الشهادة، ولذلك لو دفع القاضي الدين لمدعي الوصاية قبل الحكم، ثم أحضر شهوده على الوصاية، فحكم القاضي بها، فإن حكمه يكون باطلاً، ولا يجوز الحكم له بالوصاية، وذلك لأن القاضي لا يصلح أن يكون شاهداً لمدعي الوصاية؛ لأنه سيشهد لنفسه، فالحكم بالوصاية يتضمن الحكم بالإبراء، وهذا في مصلحة الحاكم، فالتهمة موجودة.

٢- **دعوى النسب**: وذلك إذا كان مكان دعوى الوصاية السابقة الذكر دعوى النسب، وصورة المسألة[2]: جاء رجل وادعى أنه ابن الميت ووارثه، وأقام على ذلك بينة، فحكم القاضي بنسبه، **ففي هذه الحالة ينظر:**

أ- إن كان الحكم بالنسب بعد أن دفع القاضي الدين إليه، فلا يجوز والحكم باطل.

ب- إن كان قد حكم بنسبه ثم قضى إليه الدين، فهذه الحالة تصح، ويجوز الحكم حينئذ.

٣- **دعوى الوقف**[3]: يجوز للقاضي الحكم لوقف هو نفسه أحد المستحقين لريعة، وذلك بشرط أن يكون استحقاقه للريع بالوصف لا بالذات، وصورة المسألة أن يكون الوقف على علماء الشريعة والقاضي أحدهم، أو على قاضي بلد كذا، فتكون الأوصاف منطبقةً على القاضي، بخلاف التحديد الذاتي له، كأن يحدد اسم القاضي، ويذكر ضمن الموقوف عليهم، وهذا يعني أنه إذا حكم سيحكم لنفسه ظاهراً وحقيقة، وهو كما مر معنا ممنوع منه، وفي ذلك يقول الشرنبلالي:

ويقضي بوقف مستحق لريعه  بوصف القضا والعلم أو كان ينظر[4]

---

(١) انظر: الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٣/٢١٤.

(٢) انظرها في: الفتاوى الهندية ٣/ ٣٦٧-٣٦٨.

(٣) انظر: الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/٢١٤، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٤٢.

(٤) هذا البيت إنما هو تكملة للبيتين السابق ذكرهما في الحالة رقم (و) المتقدم ذكرها، وانظر هذه الأبيات في: الحصكفي: الدر المختار بحاشية الطحطاوي٣/٢١٤، وبحاشية ابن عابدين ٤/٤٤٢.

ويلحق بهذه الحالة أيضاً جواز حكم القاضي بالوقف، إذا كان ناظراً للأوقاف، وهي ما ذكره في البيت في قوله "أو كان ينظر".

**ثانياً: في المذهب المالكي:**

الأصل عند المالكية عدم جواز حكم القاضي لمن تجوز شهادتهم له وشهادته لهم[1] كما هو مذهب الجمهور، إلا أن المالكية يختلفون عن المذهب الحنفي في تفصيل من تجوز شهادة القاضي له أو شهادته للقاضي.

وبناء على ذلك وتجنباً للتكرار، أذكر فيما يلي الحالات التي يجوز أن يكون المحكوم له فيها أحد الذين لا تجوز شهادة الحاكم لهم. **وهذه الحالات هي:**

أ- إذا كان المحكوم له الحاكم نفسه، **واستثنى المالكية مسألتين:**

١- جواز الحكم لنفسه بمعاقبة من تناوله بالقول وآذاه بأن نسب إليه الظلم والجور في الأحكام. ويشترط لهذه المسألة شرطان[2]:

**الأول:** أن يكون القدح والذم في مواجهة القاضي لا في حالة غيابه.

**الثاني:** أن يكون بحضرة أهل مجلسه، أي في مجلس القضاء.

وقد علل فقهاء المالكية هذا الحكم بقولهم: "إن الجرأة على القضاء والحكام بمثل هذا توهين لأمرهم، وداعية إلى الضعف عن استيفاء الحقائق في الأحكام، فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجاوز والعفو[3].

٢-للحاكم أن يحكم لنفسه في الأموال بشرط أن يكون طريق الحكم إقرار

---

(١) انظر ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٠٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ص ١٩٦، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٦٥/١، ابن سلمون: العقد المنظم للحكام ٢٠٤/٢، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٣/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٦٢/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٥٢/٤.

(٢) انظر: الحطاب: مواهب الجليل ١٣٤/٦.

(٣) انظر: ابن رشد: البيان والتحصيل ١٦٦/٩-١٦٧، الحطاب: مواهب الجليل ١٣٤/٦.

المحكوم عليه[1]، فإذا كان قد استند في حكمه لنفسه على غير الإقرار كالشهادة وغيرها من البيانات، فإنه لايجوز له ذلك

وقد احتج المالكية بفعل سيدنا أبي بكر الصديق ﷺ حينما حكم بقطع يد "الأقطع" الذي سرق عقد زوجته أسماء واعترف بسرقته[2]. ولا فرق بين كون المسروق له أو لزوجته في هذا؛ لأن متاعها كمتاعه.

وقد اعترض العدوي[3] على الاستدلال بقصة أبي بكر ﷺ فقال: "هذا الاستدلال إنما يتم إذا كان العقد ملكاً لأبي بكر، وأن مالها كماله"[4].

هذا بالنسبة للحكم في الأموال أما الأعراض فقد ألحقها بعض المالكية بالأموال[5]، بل اعتبرها أولى؛ لأن فيها حقاً لله إضافة إلى حقه بخلاف المال.

ب- إذا كان المحكوم له أباً للحاكم وإن علا كالجد وأبي الجد.

جـ- إذا كان المحكوم له زوجة أب الحاكم وإن علا[6].

د- إذا كان المحكوم له أماً للحاكم، وإن علت كأم الأم.

هـ- إذا كان المحكوم له زوجاً لأم الحاكم[7].

و- إذا كان المحكوم له ابناً للحاكم، وإن نزل كابن الابن، وكلمة الابن تشمل

---

(١) انظر: الحطاب:مواهب الجليل ١٣٤/٦، الزرقاني:شرح المختصر١٤٣/٧ الخرشي:شرح المختصر ١٦٢/٧.

(٢) هذه الحادثة ذكرتها المصادر السابقة نفسها، وأسماء هي أسماء بنت عميس، صحابية جليلة تزوجها أبوبكر الصديق بعد استشهاد زوجها جعفر بن أبي طالب.
انظر: ابن حجر: الإصابة ٢٣١/٤.

(٣) العدوي: هو علي بن أحمد الصعيدي، إمام فقيه مالكي، درس ودرّس في الأزهر، من مصنفاته: حاشية على شرح الخرشي، وعلى شرح الزرقاني، وعلى شرح اللقاني على الجوهرة. ت١١٨٩هـ.
انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص ٣٤٢.

(٤) حاشية العدوى علي الخرشي ١٦٢/٧.

(٥) انظر: الحطاب: مواهب الجليل ١٣٤/٦.

(٦) خلافاً للحنفية.

(٧) خلافاً للحنفية.

البنت؛ لأن المقصود بالابن الفرعية.

ز- إذا كان المحكوم له زوجاً لبنت الحاكم.

حـ- إذا كان المحكوم له زوجةً لابن الحاكم.

ط- إذا كان المحكوم له أخاً للحاكم، فلا يجوز الحكم له إذا كان غير ظاهر العدالة، أو ممن يعولهم الحاكم.

ي- إذا كان المحكوم له أجيراً عند الحاكم -ولم يكن بائن العدالة- أو كان ممن يعوله الحاكم.

ك- إذا كان المحكوم له عبداً للحاكم أو معتقاً، أي أن الحاكم مولى المعتق -وكان العتيق غير مبرز العدالة- أو كان في عيال الحاكم.

ل- إذا كان المحكوم له صديقاً للحاكم، وقيد الصديق هنا بالصديق الملاطف[1]، وكان غير مبرز العدالة.

م- إذا كان المحكوم له شريكاً للحاكم، فلا يجوز الحكم له فيما فيه الاشتراك مطلقاً، سواء كانت الشركة في شيء معين، أو كانت شركة عنان أو مفاوضة. **أما إذا كان الحكم في غير مافيه الاشتراك ففيه تفصيل:**

١- إذا كانت الشركة بينهم مفاوضة أو عنان، فيجوز الحكم بشرط أن يكون الحاكم بارز العدالة.

٢- إذا كانت الشركة في شيء معين كدابة مثلاً، فيجوز الحكم له، دون اشتراط التبريز في العدالة.

والمسائل السابقة استنبطت بالقياس على الشهادة في جميعها[2]، وإذا وجدت حالة

---

(١) الصديق الملاطف هو الذي يسره ما يسرك ويضره ما يضرك، انظر: الخرشي، شرح المختصر ٧/١٨٠، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٦٩.

(٢) انظر: ابن فرحون: التبصرة ١/١٧٨-١٨١، الخرشي: شرح المختصر ومعه حاشية العدوي عليه ٧/١٧٩-١٨١، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/١٦٨-١٦٩.

من هذه الحالات، فإن الحاكم يمتنع من الحكم بها، وترفع إلى غيره من الحكام[1].

**ثالثاً: في المذهب الشافعي:**

الراجح في المذهب الشافعي جواز حكم القاضي لمن لا يتهم في حكمه لهم، أما حكمه لمن يتهم فيهم، أو لمن لا تجوز شهادته لهم[2] **ففي المذهب قولان:**

**الأول**: وهو الصحيح والمعتمد أنه لايجوز الحكم لهم.

**الثاني**: وهو مقابل الصحيح: أنه يجوز الحكم لهم، وذلك لأن القاضي أسير البينة، فلا تظهر منه تهمة. ولكن هذا الرأي لم يعتمده أئمة المذهب المحققون كالنووي وغيره[3] كما سبق النص عليه.

**مقارنة المذهب الشافعي مع غيره من المذاهب:**

يختلف المذهب الشافعي عن المذاهب الأخرى في بعض من يجوز الحكم لهم، **وهي عدة حالات نجملها فيما يلي:**

١- يجيز المذهب الشافعي أن يكون المحكوم له زوجة الحاكم[4]؛ لأن شهادة كل منهما للآخر جائزة، وعللوا جواز الشهادة بأن الحاصل بينهما -أي الزوجين- عقد يطرأ ويزول، فلا يمنع قبول الشهادة[5].

٢- كما يجيز أن يكون المحكوم له أخاً للحاكم، وفي هذا يتفق المذهب الشافعي

---

(١) ابن المناصف: تنبيه الحكام ص٣٠٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ص ١٩٦.

(٢) لم ينص الشافعية على قياس الحكم على الشهادة، لكن هذه المسألة واضحة من خلال مقارنة من يجوز الحكم له مع من يجوز أن يشهد له في باب الشهادات، وسيتضح ذلك الأمر أكثر بعد قليل عند الحديث على جواز الحكم للأخ والزوجة.

(٣) انظر: النووي: المنهاج مع شروحه: لابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج ٢٧٩/٤ ، والشربيني في مغني المحتاج ٣٩٣/٤، والمحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة عليه ٣٠٣/٤ ، والرملي في نهاية المحتاج ٢٤٤/٨.

(٤) انظر: عميرة: حاشيته على شرح المحلي على المنهاج ٣٠٣/٤

(٥) الشربيني: مغني المحتاج ٤٣٤/٤.

مع المذهبين الحنفي والحنبلي، ويختلف مع مذهب المالكية -إذا كان الحاكم غير بارز العدالة أو كان الشاهد في عيال الحكام.

٣- يجيز المذهب الشافعي أيضاً أن يكون المحكوم له صديقاً للحاكم، خلافاً للمالكية الذين لا يجيزون حكم الصديق لصديقه إلا إذا كان بارز العدالة، وكذلك الحنابلة الذين لا يجيزون شهادة الصديق لصديقه، إلا إذا كان عدلاً[١]. وبالتالي شهادة غير العدل لا تجوز لصديقه عند الحنابلة، وشهادة من ليس ظاهر العدالة لا تجوز عند المالكية، والحكم يقاس على الشهادة.

٤- يجيز الشافعية حكم المستأجر لأجيره وذلك لجواز شهادة الأجير للمستأجر والعكس[٢].

أما حالات وصور المحكوم له التي لم يجزها المذهب الشافعي[٣] **فهي:**

أ- إذا كان المحكوم له نفس الحاكم، **ويستثني من ذلك عدة صور هي**[٤]:

١- الحكم بالتعزير على من أساء الأدب عليه -أي الحاكم- فيما يتعلق بأحكامه، كقوله حكمت علي بالجور، وذلك لئلا يستخف به ويستهان بحكمه.

٢- الحكم لمحجور عليه، الحاكم وصيُّه، وصورة هذه المسألة أنّ وصي اليتيم قد تولى القضاء وبقي وصياً عليه، فإذا رفعت قضية توجه الحكم فيها لذلك اليتيم، فهل يحكم له؟ مع الأخذ بعين الاعتبار أن الحكم لليتيم يقع للحاكم نفسه من حيث

---

(١) انظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٥٥٣/٣.

(٢) الشربيني: مغني المحتاج ٤٣٤/٤.

(٣) انظر هذه الحالات والاستثناءات الواردة عليها في المصادر التالية:
الروياني: روضة الحكام ٤/أ-ب مخطوط، الشاشي: حلية العلماء ١٢١/٨-١٢٢ ، ابن أبي الدم: أدب القضاء ١٥٩، النووي: روضة الطالبين ١٤٥/١١، ابن النقيب: عمدة المسالك ص٢٤٥، قليوبي وعميرة: حاشيتهما على شرح الجلال المحلي ٣٠٣/٤، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٨/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٣/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٤/٨.

(٤) معظم هذه الاستثناءات إن لم تكن جميعها هي من استنباط العلامة البلقيني من أئمة الشافعية كما هو مذكور في المصادر السابقة نفسها.

الظاهر، هذه المسألة اختلف الرأي فيها عند علماء المذهب الشافعي إلى قولين[1]:

**القول الأول**: لابن الحداد[2] وابن الرفعة[3]، وذكر ابن أبي الدم أنه المشهور في المذهب[4]، ويرى أصحاب هذا القول عدم جواز حكم الحاكم لوصيه؛ لأنه كالحكم لولده، وأنه يقع للحاكم من حيث الظاهر.

**القول الثاني**: هو المعتمد في المذهب، والذي صححه واختاره النووي وابن أبي الدم والقفال[5] والروياني[6]، وعليه العمل في الأمصار[7].

ويرى أصحاب هذا القول جواز حكم الحاكم لليتيم الذي هو وصيه، وإن تضمن حكمه استيلاءه على المال المحكوم له وتصرفه فيه.

وحجة أصحاب هذا الرأي أن القاضي لو لم يكن وصياً، فإن الولاية -وهي أقوى من الوصاية- قد ثبتت له بتوليه القضاء، ولأن كل قاض هو ولي الأيتام.

---

(١) انظر الروياني: روضة الحكام ٤/أ، النووي: روضة الطالبين ١/١٤٦.

(٢) هو أبوبكر، محمّد بن أحمد بن محمّد الكناني، من كبار فقهاء الشافعية، من مصنفاته: الباهر في الفقه، جامع الفقه، أدب القضاء، الفروع المولدات، ت٣٤٤هـ. انظر: ابن هداية الله الحسيني: طبقات الشافعية ص ٧٠-٧١.

(٣) هو: أبو العباس، أحمد بن محمّد الأنصاري، من كبار فقهاء الشافعية في عصره، قال عنه ابن تيمية: رأيت شيخاً يتقاطر فقه الشافعية من لحيته، من مصنفاته: الكفاية في شرح التنبيه، المطلب في شرح الوسيط ت٧٣٥هـ. انظر: ابن هداية الله الحسيني: طبقات الشافعية ص٢٢٩، ابن حجر العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ١/٢٨٤ وما بعدها.

(٤) يقصد بالمشهور هنا، أي قبل أن يترجح لدى المتأخرين على أن ابن أبي الدم اعتمد القول الثاني بل إن ابن أبي الدم نفسه لم يرجحه، والمذهب الشافعي إنما يعول فيه على ما رجحه الرافعي والنووي شيخا المذهب.

(٥) القفال: أبو بكر، عبدالله بن أحمد بن عبدالله المروزي، شيخ الخراسانيين المراوزة له مشاركة في عدد من العلوم، من مصنفاته: شرح التلخيص، الفروع، ت٤١٧هـ. انظر: الإسنوى: طبقات الشافعية ٢/٢٩٨-٢٩٩.

(٦) شريح بن أبي معمر، أبو نصر الروياني، كان إماماً في الفقه، ولي القضاء بآمل طبرستان. من مصنفاته: روضة الحكام وزينة الأحكام. ت٥٠٥هـ. انظر: الإسنوى: طبقات الشافعية ١/٥٧٩-٥٧٠.

(٧) الروياني: روضة الحكام ٤/أ، ابن أبي الدم:أدب القضاء ١٦٠، النووي: روضة الطالبين ١١/١٤٦، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٤.

٣- إذا كان المحكوم له وقفاً، سواء شرط النظر فيها للحاكم، أو صار فيها النظر إليه بطريق العموم لانقراض ناظرها الخاص، فللحاكم الحكم بصحتها وموجبها وإن تضمن الحكم لنفسه في الاستيلاء أو التصرف.

وألحق بها أيضاً الحكم بإثبات وقف شرط نظره لقاض وجد وصفه في القاضي. ويستثنى من مسائل الأوقاف ما إذا كان الحاكم ناظراً خاصاً لجهة الوقف قبل تسلمه الولاية، أو مدرساً في مدرسة وقفية، وذلك لأنه خصم وسيحكم لنفسه حقيقة، ولكن إذا كان متبرعاً في إدارة الوقف أو متبرعاً في التدريس فيجوز[١].

٤- إذا كان المحكوم له بيت المال، سواء أكان الحاكم في القضية الحاكم العام (رئيس الدولة) أم القاضي[٢]، وهذه تجوز وإن كان الإمام الأعظم أوالقاضي يرتزقان منه، أو يكون فيه استيلاؤهما على المال المحكوم به بجهة الإمامة.

ب- إذا كان المحكوم له عبداً عند القاضي وكذلك المكاتب **ويستثنى من هذه المسألة مايلي**[٣]:

١- أن يحكم لرقيقه بجناية عليه قبل رقه، وصورة المسألة أن يقوم مواطن في الدولة الإسلامية[٤] بارتكاب جناية على ذمي، ثم يعمد الذمي المجني عليه بنقض العهد -أي عقد الذمة-، ويلتحق بدار الحرب، فيحارب المسلمين، فيسترق ويقع في ملك الحاكم، فإذا حكم له القاضي بالجناية التي ارتكبت ضده قبل رقه فالحكم يكون صحيحاً، فإن حكم له بمال يوقف هذا المال إلى أن يعتق، فإن مات وهو في قيد الرق صار ذلك المال فيئاً للمسلمين.

---

(١) انظر: الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٤/٨، الرشيدي: حاشيته على نهاية المحتاج ٢٤٤/٨.

(٢) انظر: الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٣/٤.

(٣) انظر: الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٨/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٤/٨، الشبراملسي حاشيته على نهاية المحتاج ٢٤٤/٨.

(٤) عبر عنه فقهاء الشافعية بقولهم: "حتى ملتزم على ذمي" ويقصدون بالملتزم الملتزم للأحكام الشرعية وهو المواطن المسلم بقرينة جعله مقابلاً للذمي.

٢- الحكم بكسب العبد، وصورة هذه المسألة: عبد موصى بإعتاقه، وكان للعبد كسب، فللحاكم أن يحكم لهذا العبد بكسبه وإن كان رقيقاً؛ لأن كسبه ليس للحاكم الوارث، وإنما للعبد نفسه. وكذلك الحكم في العبد المنذور إعتاقه.

جـ- إذا كان المحكوم له شريكاً للحاكم: ويمنع من الحكم له فيما فيه الشركة فقط أما غيرها فيجوز، ويلحق بالشركة الغنيمة بالغلول إلا إذا عفا عن حقه.

د- ويلحق بهذه الحالة شريك عبده ومكاتبه فيما فيه الشركة[١].

هـ- إذا كان المحكوم له أحد أصول الحاكم، وإن علو، أي كالأب والأم والجد والجدة، ويلحق بهم في الحكم شريك أصله أو مملوكه.

و- إذا كان المحكوم له أحد فروع الحاكم وإن نزلوا، كالابن وابن الابن ويلحق بهم مملوك أحدهم أو شريكه.

ز- إذا رفعت قضية لوالده على ولده، **اختلف في هذه المسألة الشافعية على قولين:**

**الأول:** مرجوح ويقضي بجواز الحكم لوالده على ولده.

**الثاني:** وهو الأصح، والمعتمد في المذهب، عدم جواز الحكم لوالده على ولده للتهمة والبعضية[٢].

وإذا وجدت حالة من الحالات السابقة فقد أوجب الشافعية على الحاكم أن يمتنع عن الحكم، وقالوا: إن الذي يحكم في مثل تلك الحالات شخص آخر من الأصناف التالية[٣]:

١- الإمام الأعظم (رئيس الدولة)؛ لأن له حق الحكم بين الناس.

٢- قاض آخر، سواء أكان معه في البلد أو في بلد آخر.

٣- نائب القاضي.

---

(١) النووي: الروضة ١١/١٤٥.

(٢) ابن أبي الدم: أدب القضاء ١٥٩، النووي: روضة الطالبين ١١/١٤٦.

(٣) النووي: روضة الطالبين ١١/١٤٦، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٩، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٣، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٤.

**رابعاً: في المذهب الحنبلي[1]:**

لا يختلف المذهب الحنبلي عن المذاهب الثلاثة التي تقدم تفصيل أحكام المحكوم له فيها، ولذلك لا ضرورة لإعادة ذكر الأحكام السابقة بالتفصيل، وإنما نذكر حالات المحكوم له باختصار، أما المسائل التي خالف فيها الحنابلة غيرهم فأبينها عند ذكر تلك المسائل.

القاعدة عند الحنابلة في المحكوم له: "القاضي لا يحكم لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادته له" وهذا هو المعتمد عندهم، فمن تجوز شهادته له يجوز أن يحكم له.

وعلى ذلك تكون حالات المحكوم له الممنوعة في المذهب الحنبلي[2] **هي:**

أ- إذا كان المحكوم له نفس الحاكم ويدخل في هذه الحالة حكمه لمورثه بجرح قبل اندماله، وكذلك لموكله فيما وكل فيه، ولا يجوز الحكم لهما حتى لو انحلت الوصية أو الوكالة، وذلك للتهمة ولتمكن إعادة الحال كما كان، أما حكمه ليتيمه فقد أجازه بعض الحنابلة، وفي حالة كون الحاكم وصياً على اليتيم قبل تولي القضاء ففي الحكم له قولان في المذهب: الأول بالجواز، والثاني بالمنع، إلا أنه إذا قمنا بالرجوع إلى أحكام الشهادة نجد أن الحنابلة يمنعون شهادة الولي والوصي لمن في حجره للتهمة.

ب- إذا كان المحكوم له مملوكاً للحاكم كله أو بعضه.

جـ- إذا كان المحكوم له زوجة الحاكم، وخالف الحنابلة في هذه المسألة جمهور الفقهاء، حيث منعوا الحكم لها وإن كانت الزوجية منقضية بالطلاق البائن أو بالخلع. وذلك لتمكن القاضي من الحكم لها ثم يعيدها، فالحنفية والمالكية يوافقون الحنابلة في

---

(١) انظر: ابن قدامة: المغني ٤٨٣/١١، المقدسي: الشرح الكبير ٤٠٧/١١، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٤٥١/٦، برهان الدين بن مفلح: المبدع ٤٤/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢١٦/١١-٢١٧، البهوتي: شرح المنتهى ٤٧٣/٣.

(٢) أخذت هذه الحالات من القياس على من لايشهد له المذكورة في باب موانع الشهادة. انظر: ابن قدامة: المغني ٦٤/١٢-٧٠، المقدسي: الشرح الكبير ٧١/١٢-٧٢، البهوتي: شرح المنتهى ٥٥٢/٣-٥٥٥.

منع الحكم للزوجية حال قيام الزوجية، فإذا انقضت الزوجية زال المانع، وجاز الحكم، أما الشافعية فيجيزون الحكم للزوجة حال الزوجية، ومن باب أولى حال انقضائها.

د- إذا كان المحكوم له من أصول القاضي كالأب وإن علا.

هـ- إذا كان المحكوم له من فروع القاضي وإن نزل، ويستثنى من ذلك أن الحنابلة أجازوا شهادة العدل لولده من زنا أو رضاع، وكذلك لوالده من زنا أو رضاع، وبالتالي يجوز الحكم لهم وذلك لانتفاء التهمة[1].

و- إذا كان المحكوم له شريكاً للحاكم، والمنع يتقيد فيما هو شريك فيه.

ز- إذا كان المحكوم له أجيراً عند الحاكم.

حـ- إذا كان المحكوم له مديناً للحاكم وكان مفلساً، فلا يجوز للحاكم أن يحكم له بمال؛ لأن في ذلك مصلحة للحاكم فكأنه حكم لنفسه.

ط- إذا كان المحكوم له وقفاً كالمسجد والمدرسة، والحاكم له استحقاق في ذلك، لأن الحاكم له مصلحة في الحكم فلا يجوز.

وإذا وجدت حالة من هذه الحالات، يمتنع على القاضي الحكم فيها، وإنما يحكم لهم قاضٍ آخر أو بعض خلفاء القاضي[2].

والذي يترجح لديَّ -والله أعلم- في مسألة من لا يجوز أن يكون محكوماً له -التي سبق بحثها- أن تجعل القاعدة العامة فيها قبول الشهادة وردها، فمن جاز للحاكم أن يكون شاهداً له صح حكمه له، ومن منع من الشهادة له منع من الحكم له. بالإضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار مسألة التهمة ومدى تأثيرها في القاضي. وبالتالي يمنع من الحكم لأشخاص تتوافر فيهم أسباب تؤثر في حياد القاضي غالباً كالصديق الملاطف وأخ الحاكم وغيرهم.

---

(١) انظر: البهوتي: شرح المنتهى ٥٥٣/٣.

(٢) المقدسي: الشرح الكبير ٤٠٧/١١، ابن مفلح: المبدع ٤٤/١٠.

ويلاحظ أيضاً أن الأسباب التي يُمْنَعُ القاضي من نظر الدعوى، إذا توافرت في أحد الخصوم، تختلف قوة تأثيرها من مكان أو مجتمع لآخر، فبعض المجتمعات الآن نجد فيها رابطةَ القرابةِ القبلية قويةً جداً، بحيث يتأثر القاضي أو يشعر بالحرج إذا قدمت له دعوى أحدُ أطرافها قريباً له من درجة معينة، في حين نجد مجتمعاً آخر لا يولي هذه الدرجة من القرابة ولا التي قبلها أي اهتمام، وبالتالي لا تؤثر في حياده، أو أن مظنة التأثر غير متوافرة، مع العلم أن الأصل في القضاة والحكام النزاهة، إلا أن هذه الإجراءات وقائية واحترازية فحسب.

# المقوم الثالث

# المحكـــــــوم عليه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالمحكوم عليه وحالاته وشروطه

المبحث الثاني: الحكم على الغائب في الفقه والقانون

## المبحث الأول

## التعريف بالمحكوم عليه وحالاته وشروطه

### المطلب الأول

### التعريف بالمحكوم عليه

عرفت مجلة الأحكام العدلية المحكوم عليه في المادة (١٧٨٨) بقولها "المحكوم عليه[١] هو الذي حكم عليه"

وهذا التعريف ليس بسديد، إن لم نقل إن المادة (١٧٨٨) لم تعرف المحكوم عليه، بالإضافة إلى لزوم الدور والتسلسل الناتج عن التعريف المذكور.

وعرفه بعض المالكية بأنه "كل من توجه عليه حق"[٢].

وهذا التعريف جيد إلا أنه يقصر معنى المحكوم عليه على حالات الحكم بالإلزام، أما الأحكام التي ليس فيها إلزام أو أحكام الترك فلا تدخل في التعريف، وبالتالي يعد ذلك قصوراً في التعريف، إلا إذا اصطلح على قصر معنى الحكم على مافيه إلزام أو

---

(١) مصطلح "المحكوم عليه" معروف عند الأصوليين، ويقصدون به "المكلف" بالحكم الشرعي، لأنه هو الذي يحكم على أفعاله بالقبول والرد، وكونها داخلة في دائرة المأمور به أو المنهي عنه أو غير داخلة. فالمكلف محكوم عليه باعتبار الفعل الذي يصدر عنه لا باعتبار ذاته، انظر: محمّد أبو زهرة: أصول الفقه ص ٣٢٧، محمّد زكي عبدالبر: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية ص ٦٨، محمّد الخضناوي: نظرات في أصول الفقه ص ١٤٥.

(٢) ذكر هذا التعريف كل من: ابن راشد البكري: لباب اللباب ص ٢٥٤، ابن فرحون تبصرة الحكام ٦٨/١، ميارة: شرح تحفة ابن عاصم ١٧/١.

حكم بحق معين.

أما الفقهاء المحدثون فلم يهتم غالبيتهم بتعريف الحكم أو المحكوم عليه، إلا أن بعضهم أورد تعريفاً للمحكوم عليه أخذاً من تعريف المالكية السابق ذكره، ومن ذلك ما ذهب إليه الأستاذ عبدالرحمن القاسم حيث عرف المحكوم عليه بأنه "من صار الحق عليه فصدر الحكم ضده فخسر الدعوى"[1] فقوله: "من صار الحق عليه" مأخوذ من تعريف المالكية، وقوله: "فصدر الحكم ضده" يفهم منه أن الحكم إما أن يكون مع الشخص أو ضده، فإذا كان ضده فهو محكوم عليه، أما قوله: "فخسر الدعوى" فهذا يتضمن أن المحكوم عليه له دعوى قد خسرها، وهذا يصدق على المدعي حينما يرفع الدعوى فلا يحكم له، أما قوله: "من صار الحق عليه" في أول التعريف فهذا يفيد أن الحق كان له ثم أصبح عليه وهذا غير سديد.

**التعريف المختار:**

نظراً لأن المحكوم عليه يكون في مقابل المحكوم له فإن تعريف المحكوم عليه يكون "مَنْ صدرَ الحكمُ القضائي في غير صالحه" فكما قلنا إن الذي صدر الحكم لمصلحته هو المحكوم له، فإن المحكوم عليه هو الذي صدر الحكم ضد مصلحته، وبذلك يشمل جميع حالات المحكوم عليه سواء أكان مدعياً و لم يثبت دعواه، أم لم يحكم له فهو محكوم عليه، أو كان مدعى عليه وثبتت الدعوى عليه، وحكم للمدعي بما يدعيه فهو محكوم عليه.

---

(١) النظام القضائي الإسلامي ص٦٤.

## المطلب الثاني

## حالات المحكوم عليه

المحكوم عليه من حيث ذاته لا يكون إلا الإنسان -أو العبد كما ذكر الفقهاء- وهذا التخصيص من فقهائنا مستند إلى تقسيمهم للحقوق إلى نوعين: حق الله وحق العبد، وأن حق الله أو « الشرع» قد يكون محكوماً له كما مر، أما أن يكون محكوماً عليه فلا، ولذلك قالوا بأن المحكوم عليه هو العبد دائماً[1]؛ لئلا يقعوا في المحظور، ويقال قد حكم على الشرع، في حين أن الشرع هو الذي يحكم له، لأنه النظام الواجب تطبيقه، لذلك قال كثير من الفقهاء: بأنّ دعوى الحسبة لا تشترط فيها الدعوى، والمدعي فيها هو الشاهد.

والذي يبدو -والله أعلم- أن هذا المنع لا مسوغ له، وذلك لأن قولنا: "حق الله" نعني به الحق العام أو المجتمع، والذي يمثله في النظام الحديث النيابة العامة أو الدولة، فإذا توجهت دعوى ضد بيت المال وحكم عليه ألا تسمع الدعوى بحضور ناظر بيت المال أو الشخص المباشر لإدارته؟ كما لو أخذ من مسلم أكثر مما وجب عليه من الزكاة، وأراد استردادَ ما أُخذ زائداً عن الحق، وأثبت ذلك ألا يحكم له؟

وكذلك إذا تسبب أحد موظفي الدولة بإحداث ضرر بمسلم بحكم الوظيفة العامة، ألا يمكن الحكم لهذا المتضرر بضمان الضرر على محدث الضرر بصفته الوظيفية؟ كل ذلك ممكن، ولا نقول حينئذ: إن المحكوم عليه هوالشرع أو حق الله؛ لأن الإضافة للشرع أو لله هنا لِعظَمِ خَطَرِ الحق وشمول نفعه. وفي جميع الحالات لا بد من الحكم في مواجهة شخص يمكنه الالتزام بالحكم فيما إذا كان دَفْعَ مبلغ من النقود، أو القيامَ بعملٍ، أو الامتناع عن عمل، أو توقيع عقوبة معينة، وهذا يختلف أيضاً

---

(١) انظر ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٦٦.

باختلاف المحكوم عليه، فإذا كانَ المحكوم عليه شخصاً معنوياً كالشركات والدولة ومؤسساتها فالحكم عليها يكون بما تقتضية طبيعتها، فقد يكون الحكم عليها بأداء مبلغ من المال، أو بالامتناع عن عمل، أو القيام بعمل، ولا يمكن الحكم على هذه المؤسسات بعقوبة مادية كالجلد مثلاً، لعدم تصور تطبيق تلك العقوبة عليها.

**والمحكوم عليه له حالتان**[1]:

**الحالة الأولى**: أن يكون المحكوم عليه متعيناً، أي محصوراً، وفي هذه الحالة قد يكون المحكوم عليه واحداً أو أكثر، كما لو اشترك عشرة أشخاص في قتل إنسان عمداً، وثبت لدى الحاكم ذلك، فإنه يحكم على جميعهم بالقصاص.

**الحالة الثانية**: أن يكون المحكوم عليه غير متعين، وذلك لعدم استطاعة الحصر، ومثل الفقهاء لذلك بالحكم بالحرية الأصلية[2]؛ لأن القضاء بالحرية الأصلية حكم على الناس كافة، فلو ادعى إنسان على آخر أنه عبده، ودفعت الدعوى بأن المدعى عليه حر الأصل (أي الحرية المطلقة) وأثبت المدعى عليه ذلك، وحكم القاضي بحريته، فبهذا الحكم يكون المدعي محكوماً عليه، كما أن جميع الناس يكونون محكوماً عليهم، ولهذا لا تسمع بعد الحكم دعوى العبودية على المحكوم له مطلقاً.

وقد مثل الفقهاء أيضاً بالحكم بالوقف بأنه على الناس كافة عند بعض الفقهاء، والمفتى به عند الحنفية أنه حكم جزئي وليس على الناس كافة[3].

---

(١) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٦٦، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٣/٥، علي حيدر: شرح المجلة ٥٢٢/٤، علي قراعة: الأصول القضائية ٣٦.

(٢) احترز بالحرية الأصلية المطلقة عن الحرية العارضة كالإعتاق وهذه الأخيرة الحكم فيها ليس على الناس كافة بل هو حكم جزئي الأثر، انظر: علي حيدر شرح المجلة ٥٢٢/٤.

(٣) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ٦٧، علي حيدر: شرح المجلة ٥٢٣/٤.

## المطلب الثالث

## شروط المحكوم عليه

**يشترط في المحكوم عليه الشروط التالية:**

**الشرط الأول:** أن يكون المحكوم عليه ممن تقبل شهادة الحاكم عليه[1].

وهذا الشرط يتضح ببيان المانع من شهادة الشاهد على المشهود عليه، والمانع كما بينه الفقهاء هو العداوة الدنيوية لا الدينية[2]، وبناء على ذلك لا يجوز أن يكون المحكوم عليه ممن بينه وبين الحاكم عداوة دنيوية. وإذا كان الفقهاء قد منعوا الحاكم من الحكم لمن لا تقبل شهادته لهم فقد أجازوا هنا الحكم على هؤلاء، فيجوز أن يحكم على ابنه وأبيه وكل من لا تقبل له شهادتهم[3]، فالقيد هو أن لايحكم لهم لا عليهم. قال البهوتي: "وكل من قلنا لا تقبل شهادته له كعمودي نسبه ومكاتبه فإنها -أي: شهادته- تقبل عليه؛ لأنه لا تهمة فيها"[4].

**رأي القانون:**

يتفق القانون الوضعي مع الشريعة في منع القاضي من الحكم على من بينه وبين

---

(١) انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٤/٥، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٦٨/١، ميارة: شرح التحفة ١٧/١.

(٢) العداوة: هي أن يبغض المحكوم عليه، بحيث يتمنى زوال نعمته، ويحزن بسروره، والفرح بمصيبته، واحترز بالعداوة الدنيوية عن الدينية، إذ يقبل الحكم من بينه وبين المحكوم عليه عداوة دينية، كالحكم على غير المسلم، لأن العداوة الدينية لا توجب رد الشهادة. انظر: ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٦/٥، الدسوقي حاشيته على الشرح الكبير ١٧١/٤، ابن أبي الدم: أدب القضاء ، ص١٦٠، الشربيني: مغني المحتاج ٣٤٥/٤، البعلي: المطلع على أبواب المقنع ص ٤١١، البهوتي: شرح المنتهى ٥٥٤/٣.

(٣) الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٣/٤، سليمان الجمل: حاشيته على شرح المنهج ٣٤٩/٥.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٥٥/٣.

المحكوم عليه عداوة ظاهرة فقط، ويخالف القانون الشريعة في باقي تفريعات المسألة.

- فالقانون لا يجيز النظر في الدعوى التي يكون بين القاضي وبين أحد الخصوم فيها عداوة ظاهرة، وبالتالي لا يجوز له حتى الحكم لعدوه، بينما الشريعة تجيز الحكم لعدوه لا عليه.

- في القانون لا يجوز أن يحكم علىمن لا تجوز شهادته لهم كأبيه وابنه، بينما في الشريعة يجوز الحكم على من لا تجوز شهادة القاضي لهم.

فقد منع القانون الحاكم من أن ينظر في دعوى يكون هو -أي القاضي- من أصل أو فروع أحد الخصمين، أو بينه وبين أحدهما قرابة أو مصاهرة من الدرجة الثانية أو الثالثة، وكذلك إذا كان بين القاضي وبين أحد الخصمين عداوة ظاهرة[1].

**الشرط الثاني**: أن يكون المحكوم عليه معيناً، أي أن لا يكون مبهماً، وهذا شرط بديهي؛ لأن الدعوى في الأساس لا تسمع إذا رفعت ضد مبهم، والفقهاء اشترطوا في الدعوى أن ترفع من معين على معين[2] ولأن الحكم إذا صدر ضد غير معين تعذر استيفاؤه.

وقد ظهر اشتراط التعيين في المحكوم عليه عند حديث الفقهاء على كتاب القاضي إلى القاضي بالحكم لينفذه، إذا كان المحكوم عليه يقيم في منطقة القاضي المرسل إليه الكتاب الحكمي. وفي ذلك يقول الخرشي[3]: "إن شرط الحكم بما في كتاب القاضي أن يكون مشتملاً على صفة المحكوم عليه الصفة الخاصة المميزة لموصوفها عن غيره من اسم أبيه واسم جده وحليته ومسكنه وصناعته..."[4].

---

(١) انظر المادة ١٢٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية والفصل ٢٤٨ فقرة ٨ من مجلة المرافعات التونسية.

(٢) انظر: المناوي: شرح عماد الرضا ١/٨٥-٨٦، ميارة: شرح التحفة ١/٢٠.

(٣) هو أبو عبدالله، محمّد بن عبدالله الخرشي، فقيه علامة، شيخ المالكية في عصره في مصر، من مصنفاته، شرح مختصر خليل. ت١١٠١هـ. انظر:ابن مخلوف: شجرة النور ٣١٧.

(٤) شرح مختصر خليل ٧/١٧١، وانظر أيضاً ابن حجر الهيتمي: فتح الجواد ٢/٣٣٨.

وإذا تخلف شرط التعيين في المحكوم عليه يبطل الحكم ولايلزم المحكوم عليه شيء، وقد ذكر ابن أبي الدم هذه المسألة بقوله: "إذا كان الكتاب الحكمي تضمن الحكم على محمّد بن عبدالله فقط من غير ذكر جد ولا حلية مميزة، ولا صفة مشهورة، فهذا الحكم باطل"[1] ويعلل هذا البطلان لكون "الحكم وقع على مبهم، غير معين لا بإشارة ولا باستقصاءِ وصفٍ، ولا بما يميزة عن غيره[2].

**رأي القانون:**

يتفق القانون مع الشريعة في اشتراط كون المحكوم عليه معيناً، وهو شرط متطلب منذ بداية رفع الدعوى، ولا تقبل إذا لم يكن المدعي والمدعى عليه معينين، كما هو في الشرع الدعوى ترفع من معين على معين، وقد جاء اشتراط القانون هذا الشرط عند تنظيم رفع الدعوى وقيدها حيث أوجب قانون أصول المحاكمات في لائحة الدعوى **أن تشتمل على:**

أ- اسم المدعي بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه.

ب- اسم المدعى عليه بالكامل ومهنته أو وظيفته ومحل عمله وموطنه واسم من يمثله بالكامل... وإذا لم يكن للمدعي عليه أو من يمثله محل عمل أو موطن معلوم فآخر محل عمل أو موطن أو محل إقامة كاملة...[3].

**الشرط الثالث:** أن يكون المحكوم عليه حاضراً[4] وهذا شرط عند الحنفية فقط الذين لم يجيزوا الحكم على الغائب، أما الجمهور فقد أجازوا ذلك وهذه المسألة تعرف بمسألة الحكم على الغائب وبيانها في المبحث التالي.

---

(١) أدب القضاء ص ٤٨٥-٤٨٦، النووي: روضة الطالبين١١/١٨٣.

(٢) ابن أبي الدم: المرجع نفسه ص٤٨٦.

(٣) انظر المادة ٥٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة ١١ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني.

(٤) انظر: الكاساني: البدائع ٨/٧، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٠/٦، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٩/٥.

## المبحث الثاني

## الحكم على الغائب في الفقه والقانون

**اختلف الفقهاء في مدى جواز الحكم على الغائب إلى مذهبين رئيسيين:**

**الأول**: المجيزون للحكم على الغائب، وهؤلاء منهم من أجازه مطلقاً ومنهم من أجازه في حالات دون أخرى.

**الثاني**: المانعون من الحكم على الغائب، وهؤلاء أيضاً منهم من منعه مطلقاً، ومنهم من أجازه في حالات معينة كالحنفية الذين آثرتُ أن أُفرد مذهبهم في الحكم على الغائب في مطلب مستقل.

### المطلب الأول

### المجيزون للحكم على الغائب

ذهب جمهور العلماء إلى جواز الحكم على الغائب[1]، وممن قال بهذا الرأي:

---

(١) انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ٤٧٢/٢، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٢٥٧، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١٠٧/١، الشاشي القفال حلية العلماء ١٤٦/٨، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٨٠، النووي: روضة الطالبين ١٧٥/١١، الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول ص ٣٧٤، الدمشقي: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٤٠٨، الهيتمي: فتح الجواد ٣٣٧/٢؛ تحفة المحتاج ٢٩٧/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٥٥/٨، ابن قدامة: المغني: ٤٨٥/١١، المجد ابن تيمية: ٢١٠/٢، الشيباني نيل المآرب ٤٥٨/٢، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٩٧/٣، ابن حزم: المحلى ٣٦٦/٩، الشوكاني: السيل الجرار ٢٩٢/٤.

المالكية، والشافعية، والحنابلة في الراجح عندهم، والظاهرية والأوزاعي[1]، والليث بن سعد[2] وأبو عبيد القاسم بن سلاّم[3]، وإسحاق بن راهويه[4]، وابن المنذر، واختلف النقل عن ابن شبرمة[5]، فقد روى عنه ابن حزم عدم جواز الحكم على الغائب[6] في حين نقل عنه ابن قدامة[7] وتبعه ابن حجر العسقلاني[8] في القول بجواز الحكم على الغائب[9].

---

(١) الأوزاعي: عبدالرحمن بن عمرو، إمام مجتهد مستقل، زاهد، محدث، قال النووي عنه: أجمع العلماء على إمامته وجلالته، وعلو مرتبته، روي عنه أنه أفتى في ثمانين ألف مسألة، كان أهل الشام والمغرب على مذهبه قبل انتقالهم إلى مذهب مالك رحمه الله، ولد سنة ٨٨هـ، وتوفي سنة ١٥٧هـ، انظر النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٢٩٨/١-٢٩٩، ابن سعد: الطبقات الكبرى ٤٨٨/٨، ابن الجوزي: صفوة الصفوة ٢٢٥/٤.

(٢) الليث بن سعد بن عبدالرحمن، أبو الحارث من تابعي التابعين، أحد الأئمة المجتهدين، قال الإمام أحمد: الليث كثير العلم، صحيح الحديث، فقيه البدن، عربي اللسان، يحسن القرآن والنحو ويحفظ الحديث والشعر، حسن الذاكرة، ولد سنة ٩٤هـ، وتوفي سنة ١٧٩هـ في القاهرة. انظر: ابن حجر: تقريب التهذيب ١٣٨/٢، النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٧٤/٢، وابن حبان: مشاهير علماء الأمصار ص ١٩١.

(٣) أبو عبيد القاسم بن سلاّم الهروي، البغدادي، ثقة فاضل عالم، لغوي، حجة، مفسر، فقيه، مصنف، له كتاب الأموال، وغريب الحديث وغيرها، توفي سنة ٢٢٤هـ. انظر: ابن حجر: تقريب التهذيب: ١١٧/٢، النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٢٥٧/٢، ابن خلكان: وفيات الأعيان: ٦٠/٤-٦٣.

(٤) إسحاق بن راهويه: هو أبو يعقوب بن إبراهيم التميمي المروزي، إمام حافظ، يعد من طبقة أحمد بن حنبل، ناظر الإمام الشافعي، له مصنفات منها: المسند، والتفسير، وتوفي سنة ٢٢٨هـ. انظر: الذهبي: سير أعلام النبلاء ٣٥٨/١١.

(٥) هو عبدالله بن شبرمة بن حسان الكوفي، قاضي، فقيه، مجتهد، محدث، قال عنه الثوري: وكان ابن شبرمة عفيفاً حازماً عاقلاً فقيهاً، ت١٤٤هـ. ت١٤٤هـ انظر: ابن حجر: التهذيب ٢٥٠/٥-٢٥١.

(٦) المحلى: ٣٦٦/٩.

(٧) المغني: ٤٨٥/١١.

(٨) هو أحمد بن علي بن حجر، أبو الفضل، فقيه شافعي، محدث من كبار المحدثين، من مصنفاته: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تقريب التهذيب تغليق التعليق، بلوغ المرام، تعجيل المنفعة وغيرها كثير، ت٨٥٢هـ. انظر: السخاوي: الضوء اللامع ٣٦/٢-٤٠.

(٩) فتح الباري: ١٧١/١٣.

**أدلة المجيزين:**

استدل المجيزون للحكم على الغائب بالكتاب والسنة، وأفعال الصحابة، والقياس، والمعقول.

**أولاً: الاستدلال بالقرآن الكريم:**

أ- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣٥].

ب- وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق:٢]. ففي هاتين الآيتين لم يخصَّ تعالى حاضراً من غائب. فصح وجوب الحكم على الغائب كما هو على الحاضر[١].

**مناقشة الاستدلال:**

ويتجه على الاستدلال بالآيتين السابقتين أنه استدلال بعموم الآية، ولا نص فيهما على جواز الحكم على الغائب، إضافة إلى أن سياق الآيات هو في حث الشاهد على أداء الشهادة ولو كانت على نفسه أو على أبيه وأمه، وأن لا يتأثر بالعاطفة والهوى، ولم يذكر أحد من المفسرين أنَّ هذه الآيات تدل على جواز الحكم على الغائب[٢].

**ثانيا: الاستدلال بالسنة:**

(أ) حديث عائشة رضي الله عنها أنَّ هند بنتَ عُتبةَ قالت: يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لايعلم فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[٣].

---

(١) ابن حزم: المحلى ٣٦٩/٩.

(٢) انظر: ابن العربي: أحكام القرآن ٥٠٧/١، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٤١٠/٥.

(٣) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ٥٠٧/٩، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه...، وكذلك ١٧١/١٣ كتاب الأحكام باب القضاء على الغائب، وأخرجه أيضاً مسلم: الصحيح (بشرح النووي) ٧/١٢، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعي، ابن حنبل: المسند ٣٩/٦، ابن ماجه: السنن ٧٦٩/٢، كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها.

ووجه الدلالة في هذا الحديث أنَّ الرسول ﷺ قضى لهند على أبي سفيان وهو غائب[1]، وقد استنبط من هذا الحديث جواز الحكم على الغائب الإمام البخاري[2] حينما ترجم في كتاب الأحكام « باب القضاء على الغائب»، ثم ذكر حديث هند المتقدم.

**مناقشة هذا الدليل:**

**وقد اعترض على هذا الدليل من ثلاثة أوجه:**

**الأول:** أن ما جرى لهند كان على سبيل الإفتاء وليس حكماً من النبي ﷺ، والذي يدل على ذلك أن النبي لم يحلفها يمين القضاء على الغائب، كما أنه صلى الله عليه وسلم لم يقدّر لها المحكوم به، ولم تجرِ الدعوى وفق شروطها[3].

وقد رُدَّ هذا الاعتراض بأن الفتوى لا يكون بها جزم، أما الحكم فيكون على سبيل الجزم كما في الحديث. ولو قال: لكِ أن تأخذي أو لابأس عليك أو نحوه ولم يقل: خذي لكان فتوى، فلما قطع بالأخذ كان حكماً لا فتوى[4].

**الثاني:** أن ما قاله الرسول ﷺ لم يكن حكماً على الغائب بل على حاضر، قال الإمام النووي "لأن هذه القضية كانت بمكة، وكان أبو سفيان حاضراً بها، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائباً عن البلد، أو مستتراً لا يقدر عليه، أو متعذراً، ولم

---

(١) انظر: ابن حزم: المحلى ٣٧٠/٩، ابن قدامة: المغني ٤٨٥/١١، الشربيني: مغني المحتاج ٤٠٦/٤، البابرتي: شرح العناية على الهداية ٤٠١/٦.

(٢) هو الإمام محمّد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، حبل الحفظ، إمام الدنيا، أمير المؤمنين في الحديث وكتابه الجامع الصحيح يعتبر أصح كتاب بعد القرآن ت٢٥٦هـ. انظر: ابن حجر العسقلاني: التقريب ١٤٤/٢.

(٣) وممن نص على أن حادثة هند هي فتوى لا حكم: الإمام النووي، والرافعي وابن شهبة وابن التركماني، وجماعة من المالكية والحنابلة، انظر: النووي: شرح مسلم ١٨/١٢، القرافي: الإحكام ص٢٧، ابن مفلح: المبدع ٦٢/١٠، ابن التركماني الجوهر النقي: ١٤١/١٠.

(٤) الشربيني: مغني المحتاج ٤٠٦/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٥٥/٨.

يكن هذا الشرط في أبي سفيان موجوداً، فلا يكون قضاء على الغائب[1]. ومما يؤيد هذا القول أن الإمام ابن حجر العسقلاني أورد حديثاً عن الشعبي "أن هنداً لما بايعت، وجاء قوله ولا يسرقن، قالت: قد كنت أصبت من مال أبي سفيان، فقال أبو سفيان: فما أصبت من مالي فهو حلال لك[2].

وقد اعترض ابن حجر على قولهم: إن أبا سفيان كان حاضراً باحتمال تعدد القصة، وأن ما أورده الشعبي وقع لما بايعت، ثم جاءت مرة أخرى فسألت عن الحكم، وتكون فهمت من الأول إحلال أبي سفيان لها مامضى، فسألت عما يستقبل[3].

ويؤيد ذلك ما روته فاطمة بن عتبة أن أبا حذيفة بن عتبة ذهب بها وبأختها هند يبايعان، فلما اشترط ولا يسرقن قالت هند: لا أبايعك على السرقة إني أسرق من زوجي، فكفّ حتى أرسل إلى أبي سفيان يتحلل لها منه فقال: أما الرطب فنعم وأما اليابس فلا[4].

قال الإمام ابن حجر: "والذي يظهر لي أن البخاري لم يرد أن قصة هند كانت قضاء على أبي سفيان وهو غائب، بل استدل بها على صحة القضاء على الغائب، ولو لم يكن ذلك قضاء على غائب بشرطه، بل لما كان أبو سفيان غير حاضر معها في المجلس وأذن لها أن تأخذ من ماله بغير إذنه قدر كفايتها، كان ذلك نوع قضاء على الغائب، فيحتاج مَنْ منعه أن يجيب عن هذا...[5]. وذلك لأن الذي يظهر من روايات الحديث الصحيحة المحتج بها أن الرسول ﷺ قد أذن لها أن تأخذ من ماله في غيابه، وفي هذا كفاية للاستدلال على صحة الحكم على الغائب على الأقل في مثل تلك الحالة.

---

(١) شرح صحيح مسلم ٨/١٢

(٢) أورده ابن حجر العسقلاني وقال رجاله رجال الصحيح إلا أنه مرسل، انظر فتح الباري ٥١٠/٩.

(٣) فتح الباري ٥١٠/٩.

(٤) انظر: الحاكم النيسابوري: المستدرك، كتاب معرفة الصحابة، ذكر فاطمة بنت عتبة ٦٧/٤.

(٥) فتح الباري ٥١١/٩

**الثالث**: من وجوه الاعتراض على الحديث: أن الرسول ﷺ حكم على أبي سفيان لعلمه بصحة ما ذكرت له هند، أي أنه كان مستنداً لعلمه في الحكم، والذي يدل على ذلك أن هنداً لم تقم بينة على ما ذكرت[1]. وأجيب عن ذلك بأن علم الحاكم ليس بأقل من البينة مع الاختلاف بين العلماء في القضاء بعلم القاضي واتفاقهم على القضاء بالبينة، فإذا جاز الحكم على الغائب بعلم القاضي فمن باب أولى أن يجوز الحكم عليه بالبينة[2].

(ب) استدلوا بالحكم على الغائب أيضاً بحديث أبي موسى الأشعري قال: كان رسول الله ﷺ إذا حضره الخصمان وتواعدا الحضور من الغد فوفى أحدهما ولم يف الآخر قضى للذي وفى على الذي لم يف[3] ووجه الدلالة أن الرسول ﷺ حكم على الغائب الذي لم يحضر مجلس الحكم.

(جـ) كما استدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي»[4] ووجه الدلالة أن النبي ﷺ لم يفصل بين كون الخصم حاضراً أو غائباً، ولأن الحجة وجدت على التمام وهي البينة فجاز القضاء بها من غير اشتراط حضور خصم[5].

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن ظاهر الحديث يدل على أن من ادعى شيئاً فعليه إقامة البينة، وليس هذا محل النزاع وإنما النزاع في مدى جواز الحكم على الغائب، وليس في الحديث ما يدل على نفي أو إثبات[6].

---

(١) انظر البابرتي: شرح العناية على الهداية ٤٠١/٦.

(٢) انظر: ابن حزم: المحلى ٣٧٠/٩.

(٣) هذا الحديث لم أجده في كتب الحديث التي بين يدي كالكتب الستة ومسند الإمام أحمد والسنن الكبرى للبيهقي، والذي أورده واستدل به كل من القاضي عبدالوهاب في الإشراف ص٢٨١ والبهوتي في شرح المنتهى ٤٩٧/٣، ولعلّي أجده مستقبلاً.

(٤) هذا الحديث تقدم تخريجه .

(٥) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق ١٩١/٤.

(٦) انظر: البابرتي: العناية على الهداية ٤٠١/٦.

(د) استدلوا أيضاً بحكم الرسول ﷺ على العرنيين الذين قتلوا الرعاء وسملوا أعينهم وفروا، فأتبعهم بقائف وهم غيب حتى أُدركوا واقتص منهم[1]. ووجه الدلالة أنّ النبي ﷺ لما بلغه ما فعلوه حكم عليهم بالقطع، وهم غيب عن المدينة، فكان حكماً منه ﷺ على الغائب.

(هـ) استدلوا أيضاً بحكم الرسول على أهل خيبر وهم غيب في مقتل عبدالله بن سهل رضي الله عنه، وتمام القصة كما رواها الإمام مسلم: "أنَّ محيصة بن مسعود وعبدالله بن سهل انطلقا قبل خيبر فتفرقا في النخل، فقتل عبدالله بن سهل، فاتهموا اليهود، فجاء أخوه عبدالرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة إلى النبي ﷺ، فتكلم عبدالرحمن في أمر أخيه وهو أصغر منهم، فقال رسول الله ﷺ: كبر الكبر أو ليبدأ الأكبر فتكلما في أمر صاحبهما، فقال رسول الله ﷺ: يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته قالوا: أمر لم نشهده كيف نحلف؟ قال فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم، قالوا: يا رسول الله قوم كفار، قال فوداه رسول الله ﷺ من قبله...[2] ووجه الدلالة أنّ النبي سمع الدعوى على اليهود وحكم بالقسامة وهم غائبون عن مجلس الحكم[3].

**ثالثا: الاستدلال بأفعال الصحابة وأقوالهم:**

أ- حكم عمر على أبي موسى الأشعري الذي ضرب رجلاً عشرين سوطاً وحلق شعره، فكتب إليه عمر: "إن فلاناً قدم علي فأخذني بكذا وكذا، فإن كنت قد فعلت ذلك به، فعزمت عليك إن كنتَ فعلت به ذلك في ملأ من الناس فعزمت عليك لما جلست له في ملأ من الناس حتى يقتص منك، وإن كنت فعلت به ذلك في خلاء لما

---

(١) قصة العرنيين والجزاء الذي حل بهم أخرجها البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ١١٢/١٢، كتاب الحدود باب سمر النبي أعين المحاربين. مسلم: الصحيح (بشرح النووي) ١٥٤/١١-١٥٥، كتاب القسامة، باب حكم المحاربين والمرتدين ١٢٩٦/٣.

(٢) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ٢٢٩/١٢-٢٣٠، كتاب الديات باب القسامة، ومسلم: الصحيح (بشرح النووي) ١٤٧/١١-١٤٨، كتاب القسامة والمحاربين، باب القسامة.

(٣) انظر: ابن حزم: المحلى ٣٧٦/٩، النووي: شرح صحيح مسلم ١٤٨/١١، القرطبي: أقضية النبي ص١٧-١٨.

جلست له في خلاء حتى يقتص منك.. إلخ الأثر[1] وهذا يدل على أنّ عمر قد قبل الدعوى على أبي موسى وهو غائب وحكم عليه بالقصاص وهو غائب أيضاً.

ب- حكم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان في المفقود أنّ امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج، قال ابن حزم: "وهذا كله قضاء على الغائب"[2].

جـ- حكم عمر بن الخطاب ﷺ على الأسيفع أسيفع جهينة بقسمة ماله بين غرمائه[3]. وقد اعترض ابن التركماني[4] على الاستدلال بقصة الأسيفع فقال "ليس فيه أن الأسيفع كان غائباً فيحمل على أنه كان حاضراً عند الدعوى، رغم أن البيهقي بوب لها بباب من أجاز القضاء على الغائب[5].

د- ماورد أن عمر كتب إلى أبي موسى "أنه بلغني أن ناساً من قبلك دعوا بدعوى الجاهلية... فإذا أتاك كتابي هذا فأنهكهم عقوبة في أموالهم وأجسامهم حتى يفرقوا إذ لم يفقهوا[6].

ووجه الدلالة أنّ عمر حكم عليهم وهم غائبون عن المدينة بل في ولاية أبي موسى.

---

(١) رواه ابن حزم في المحلى ٩/٣٧٠.

(٢) المحلى ٩/٣٧١وانظر أيضاً الشربيني: مغني المحتاج ٤/٤٠٦.

(٣) أخرج هذه القصة الإمام البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١١٤، كتاب أدب القاضي باب من أجاز القضاء على الغائب.

(٤) هو علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، إمام، عالم برع في أكثر العلوم كالفقه والتفسير والحديث والفرائض والتاريخ، من مصنفاته: بهجة الأعاريب بما في القرآن من الغريب، كتاب الضعفاء والمتروكين، الجوهر النقي في الرد على البيهقي، المعدن في أصول الفقه وغيرها. ت٧٤٥هـ. انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص١٢٣.

(٥) انظر: الجوهر النقي ١٠/١٤١، بهامش السنن الكبرى.

(٦) رواه ابن حزم: المحلى ٩/٣٧١.

هـ- صح عن عثمان ﷺ الحكم على الغائب إذا صح الحق قبله، قال ابن حزم "ولا يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك"[1] فإذا لم ينقل أن أحداً من الصحابة قد خالف عمر وعثمان في الحكم على الغائب فإنه يكون إجماعاً.

**رابعاً: القياس:**

أ- يقاس الحكم على الغائب بالحكم على الميت والصغير مع أنهما أعجز عن الدفع من الغائب، فالحكم على الغائب يجوز من باب أولى[2].

ب- بالقياس على المفقود، فالحنفية يقولون: الفتوى على النفاذ فيما إذا قضى على مفقود لا في مطلق الغائب[3].

**خامساً: المعقول:**

إن منع القاضي من الحكم على الغائب مطلقاً يؤدي إلى فساد أكبر بكثير من المنفعة التي ترجى من هذا المنع -وهي أن يحفظ للغائب حقه من أن يُدَّعى عليه بباطل- فمن مضار المنع أنه يؤدي إلى ضياع حقوق الناس التي أمر الشرع بالحفاظ عليها، وذلك أن باستطاعة أي إنسان التغيب والتواري عن مجلس الحكم، فإذا منعنا الحكم على الغائب فإننا نكون قد أجزنا تمرد المتمردين وكافأناهم، وحينئذ تبطل الأحكام الشرعية.

كما أن كثيراً من علماء الحنفية أنفسهم قد لمسوا مدى الحرج والضرر الذي وقع فيه الناس من جراء منع الحكم على الغائب، ومن ذلك ما قاله صاحب جامع الفصولين وفيه: "وينبغي للمفتي أن يفتي بجوازه رفعاً للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع[4]. ومن ذلك أيضاً إفتاء متأخري علماء الحنفية بحجية حكم

---

(١) المحلى ٣٦٩/٩، وانظر أيضاً الشربيني: مغني المحتاج ٤٠٦/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٥٥/٨.

(٢) انظر الرملي: المرجع السابق نفسه، الشربيني: المرجع السابق نفسه والصفحات نفسها.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق ١٨/٧.

(٤) ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ٤٤/١.

الحنبلي بطلاق امرأة غاب عنها زوجها، وتضررت من هذه الغيبة لعدم الإنفاق وغير ذلك من الأضرار[1].

وهذا كله يدل على جواز الحكم على الغائب بشروطه الشرعية التي تكفلُ تحقيق أكبر قدر من العدالة

## المطلب الثاني

## المانعون من الحكم على الغائب

ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بعدم جواز الحكم على الغائب، وأصحاب هذا القول هم: الحنفية[2]، والإمام الشافعي في قوله القديم[3] والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه والتي اختارها المجد بن تيمية[4] (وابن الماجشون من المالكية وابن أبي ليلى[5]،

---

(١) انظر: ابن عابدين: العقود الدرية ٢٩٧/١، خير الدين الرملي: الفتاوى الخيرية ٥/٢-٦.

(٢) انظر: المرغيناني: الهداية ومعها شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٠٠/٦، الزيلعي تبيين الحقائق ١٩١/٤، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٠/٦-٢٨١، ١٧/٧-٢٢ منلا خسرو: "درر الحكام شرح غرر الأحكام ٤١٠/٢، داماد: مجمع الأنهر ١٦٤/٢ ، الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٩٨/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٩/٥-٤١١، ابن عابدين: العقود الدرية ٢٩٦/١، علي حيدر: شرح المجلة ٥٧٧/٤.

(٣) ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٨٠، والقول القديم للشافعي هو مقابل القول الجديد. والقديم ما قاله الشافعي في العراق تصنيفاً في كتابه الحجة، أو إفتاء، ورواة القديم جماعة أشهرهم الإمام أحمد ابن حنبل والزعفراني وأبو ثور. وقد رجع الشافعي عن قوله القديم وقال: لا أجعل في حل من رواه عني، فالعمل الآن على الجديد إلا في سبع عشرة مسألة القول فيها على القديم، أما الجديد فهوالذي قاله الشافعي في مصر تصنيفاً أو إفتاء، ورواته: البويطي والمزني والربيع المرادي وحرملة ومحمد بن عبدالله بن عبدالحكم وغيرهم ومن كتبه على الجديد كتاب الأم. انظر النووي: المجموع شرح المهذب ٦٦/١-٧١، الشربيني: مغني المحتاج ١٣/١، الرملي: نهاية المحتاج ٤٣/١-٤٤.

(٤) المحرر في الفقه ٢١٠/٢.

(٥) هو أبو عيسى، عبدالرحمن بن أبي ليلى الأنصاري المدني من كبار فقهاء التابعين ت٨٦هـ. انظر النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٢٠٤/١، ابن حجر: التقريب ٤٥٦/١.

والشعبي[1] وسفيان الثوري[2] وابن شبرمة في رواية ابن حزم عنه)[3].

**أدلة المانعين:**

**استدل المانعون بالسنة وبأقوال الصحابة.**

## أولاً: من السنة:

أ- استدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»[4] ووجه الدلالة[5] من الحديث قوله ﷺ: "فإنما أقضي له على نحو ما أسمع" فهذا يدل على أنّ الخصمين حاضران بمجلس الحكم، فيسمع الرسول من الأول ومن الثاني، ولهذا حذرهم من أخذ ما ليس بحق إذا حكم له بناء على طلاقة لسانه وقدرته على إيراد الحجج وهو مبطل.

ويمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بأن هذا الحديث يصدق على حالة حضور

---

(١) هو عامر بن شراحيل الشعبي، أبو عمرو، الكوفي، تابعي روى عن عليّ وسعد بن أبي وقاص وغيرهما، محدث، فقيه، ت١٠٩هـ على خلاف في وفاته, انظر: ابن حجر العسقلاني: التهذيب ٥/٦٥-٦٩.

(٢) هو الإمام سفيان بن سعيد بن حبيب الثوري، كان من الحفاظ، فقيه، مجتهد قال عنه ابن عيينة: ما رأيت أحداً أعلم بالحلال والحرام منه، ت١٦١هـ. انظر ابن حبان البستي: مشاهير علماء الأمصار ص١٦٩-١٧٠، النووي: تهذيب الأسماء واللغات ١/٢٢٢.

(٣) انظر: ابن حزم: المحلى ٩/٣٦٦، القفال: حلية العلماء ٨/١٤٦-١٤٧، ابن قدامة: المغني ١١/٤٨٥، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ٢/٤٧٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ص ١٩٧، ابن حجر العسقلاني: فتح الباري ١٣/١٧١.

(٤) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ١٢/٣٣٩، كتاب الحيل باب قضية الحاكم لا تحل حراماً، ومسلم: الصحيح (بشرح النووي) ١٢/٤، كتاب الأقضية، ومالك في الموطأ (رواية يحيى الليثي) ص٥٠٩. كتاب الأقضية باب الترغيب في القضاء، وابن ماجه: السنن ٢/٧٧٧، كتاب الأحكام باب قضية الحاكم لا تحل حراماً، ابن حنبل: المسند ٦/٣٢٠.

(٥) ابن رشد: بداية المجتهد ٢/٤٧٢.

الخصمين، وليس فيه دلالة على وجوب الحضور، كما أنه لا يدل على عدم جواز الحكم على الغائب، فليس الاستدلال به في محل النزاع.

ب- استدلوا أيضاً بحديث علي ﷺ قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء فقال: «إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء» قال: فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد[1].

ووجه الدلالة في قوله ﷺ "فلا تقضين حتى تسمع من الآخر.." لأنه يدل على أن الخصمين حاضران مجلس الحكم، وليس للقاضي ان يحكم بقول أحدهما دون سماع من الآخر، وإذا منع القاضي من الحكم لأحد الخصمين الحاضرين حتى يسمع من الآخر، فمن باب أولى أن لا يحكم على الغائب[2].

**ويعترض على هذا الحديث من وجهين:**

**الوجه الأول:** من ناحية السند فقد قال ابن حزم: "أما الخبر عن رسول الله ﷺ فساقط، لأن شريكاً مدلس، وسماك بن حرب يقبل التلقين، وحنش بن المعتمر ساقط مطرح"[3].

**الوجه الثاني:** أن هذا الحديث على التسليم بصحته لا يدل على منع الحكم على الغائب، وأقصى ما يدل عليه أنه يتناول الحالة التي يحضر الخصمان فيها مجلس الحكم، والحاضر حكمه خلاف الغائب[4].

---

(١) أخرجه أبو داود: السنن ٤/١١، كتاب الأقضية باب كيف القضاء، وابن ماجه: السنن ٢/٧٧٤، كتاب الأحكام باب ذكر القضاة، الحاكم النيسابوري: المستدرك ٤/٩٤ كتاب الأحكام باب سماع القاضي للخصمين، البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١٤٠ كتاب آداب القاضي.

(٢) ابن التركماني: الجوهر النقي ١٠/١٤٠ بهامش السنن الكبرى.

(٣) انظر: المحلي ٩/٣٦٨.

(٤) انظر: البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١٤٠، ابن قدامة: المغني ١١/٤٨٥.

**ثانياً: الاستدلال بأقوال الصحابة:**

أ- روى ابن حزم من طريق عمرو بن عثمان بن عفان قال: أتى عمر بن الخطاب رجل قد فقئت عينه، فقال له عمر، تحضر خصمك، فقال له يا أمير المؤمنين أما بك من الغضب إلا ما أرى، فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيني خصمك معاً. فحضر خصمه قد فقئت عيناه معاً، فقال عمر: إذا سمعتَ حجة الآخر بانَ لك القضاء. قالوا: ولا يُعلَمُ لعمر في ذلك مخالف من الصحابة[1].

ووجه الدلالة أنّ عمر ﷺ رفض الحكم على الغائب حتى يحضر.وهذا يدل على عدم جواز الحكم على الغائب.

**ويعترض على هذا الاستدلال من وجهين:**

**الأول:** من ناحية صحة السند، ففي سند الأثر راويان هما محمّد الغفاري عن ابن أبي ذئب الجهني، قال ابن حزم عنهما "ولا يدرى من هما في خلق الله تعالى"[2] إضافة إلى أنه مروي عن عمرو بن عثمان بن عفان عن عمر بن الخطاب وعمرو بن عثمان لم يدرك سيدنا عمر؛ لأن عمرو بن عثمان ولد ليلة موت عمر[3] ﷺ فالأثر منقطع.

**الثاني:** ليس في الأثر ما يدل على منع الحكم على الغائب، وذلك لأن الرجل المدعى عليه كان حاضراً في المدينة، أتى بعدها، واتضح أن عينيه الاثنتين قد فقئتا، وبالتالي يسقط الاستدلال بالأثر.

ب- كما استدلوا بفعل التابعين كعمر بن عبدالعزيز وشريح أنهما منعا من الحكم على الغائب[4].

ويجاب عن ذلك أنهم إنما منعوا إذا كان حاضراً في البلد يتمكن من الحضور.

---

(١) رواه ابن حزم: المحلى ٣٦٨/٩.
(٢) ابن حزم: المحلى ٣٦٩/٩.
(٣)ابن حزم: المحلى ٣٦٩/٩.
(٤) ابن حزم المحلى ٣٦٨/٩.

**ثالثاً: الاستدلال بالمعقول:**

احتج الحنفية أيضاً على منع الحكم على الغائب بأن العملية القضائية تتم إما بالإقرار أو بالبينة، والبينة يحتاج إليها لقطع المنازعة، ولا توجد المنازعة إلا في حالة الإنكار[1] **وعندها تطلب البينة، فإذا سمحنا بالحكم على الغائب فإننا نكون قد وقعنا في مخالفتين:**

**الأولى:** أن الإنكار لم يوجد حتى يسوغ سماع البينة.

**الثانية:** أننا إذا اعتبرناه منكراً وسمعنا البينة، ثم حضر الغائب، **فإن المسألة تحتمل وجهين:**

**الأول:** أنْ يقر بالدعوى وبالتالي يكون اعتبارنا له منكراً غير صحيح.

**الثاني:** أن يطعن بالبينة التي استمعت ويبطل الحكم، وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد وأولاها بالاعتبار.

أضف إلى ذلك مايلحق الغائب من ضرر في الحكم عليه من استحقاق ماله وبيع عقاره، فإذا حضر ربما لا يجد المحكوم له حتى يطعن في الحكم، أو ربما يكون المحكوم له قد تصرف بالأموال و لم يبق منها شيء حتى يستوفيه، فالأولى صيانة حقوق الغائب عن الضياع.

ويعترض على استدلالهم بأن الغائب لا يحكم عليه إلا بشروط وبضمانات تحمي حقه، وله الطعن في الحكم إن كان ثمة مطعن، وإذا كان الغائب بحاجة لحفظ حقه فالحاضر أيضاً بحاجة لحفظ حقه، وربما يكون الشهود حاضرين الآن ويخشى من سفرهم أو موتهم إلى حين حضور الغائب، ولئلا يتخذ الغياب ذريعة لتعطيل الأحكام وضياع الحقوق تسمع الدعوى على الغائب.

**الرأي المختار:**

بعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها يتضح بجلاء أن القول بمنع الحكم على الغائب

---

(١) انظر: المرغيناني: الهداية مع فتح القدير ٦/٤٠٠.

مطلقاً ليس صحيحاً، ولذلك يترجح لدي -والله أعلم- القول بجواز الحكم على الغائب بالشروط الشرعية المعتبرة، وبعد أخذ الضمانات الكفيلة بحفظ حقوق ذلك الغائب، كما ينبغي التنبيه إلى ضرورة بذل كل المحاولات التي يكون من شأنها تبليغ المحكوم عليه (المدعى عليه) لائحة الدعوى وموعد المحاكمة ابتداء، والاستفادة في هذا المجال من وسائل الاتصال الحديثة من هاتف وصحافة، وبريد حديث بأنواعه، وذلك حتى لا يبقى للغائب حجة يحتج بها عند حضوره.

وبعض هذه الأمور تأخذ بها القوانين القضائية الحديثة حيث يبلّغ المدعى عليه نسخة من لائحة الدعوى -وإن كان في بلد بعيد-بواسطة الطرق الدبلوماسية، وذلك إذا عرف عنوانه، أما إذا كان مجهول محل الإقامة فيبلغ بواسطة الصحف المحلية، وفي هذا الأمر إعلان ونشر للدعوى، فلربما تصله نسخة من الصحيفة فيطلع على الإعلان أو يقرأه أحد أقاربه أو أصدقائه فيبلغه، فالأمر إذن أوسع وأسهل مما كان عليه الحال في العصور السابقة.

## المطلب الثالث

## تحقيق مذهب الحنفية في الحكم على الغائب

الأصل المفتى به عند الحنفية عدم جواز الحكم على الغائب، سواء كان غائباً عن المجلس وهو حاضر في البلد، أو غائباً عن البلد[1]. قال الإمام ابن نجيم[2]، والذي ظهر

---

(١) انظر الكاساني: البدائع ٨/٧، الزيلعي: تبيين الحقائق ١٩١/٤، ابن قاضي سماوة جامع الفصولين ٣٩/١، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٤٠٠/٦، منلا خسرو: درر الحكام ٤١٠/٢، داماد: مجمع الأنهر ١٦٤/٢، الحصكفي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي عليه ١٩٨/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٩/٥.

(٢) هو زين الدين إبراهيم بن نجيم، الحنفي، المصري، من كبار فقهاء الحنفية في عصره من مصنفاته: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، فتح الغفار شرح المنار في الأصول، الأشباه والنظائر، مجموعة رسائل، وغيرها. ت٩٧٠هـ. انظر: ابن العماد: شذرات الذهب ٣٥٨/٨.

لي من كلامهم -أي علماء المذهب- أن المذهب عند أصحابنا عدم صحة القضاء على الغائب...[1] ونقل أيضاً عن بعض علماء المذهب إجماع الحنفية على أنه لا يقضى على غائب[2]، وفي متون المذهب المعتمدة النص على عدم جواز الحكم على الغائب كقولهم: "ولا يقضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامة"[3].

ونقل عن بعض علماء المذهب حرمة القضاء على الغائب وأن القاضي إذا حكم آثم[4].

وقد فرق الحنفية بين منع الحكم على الغائب ابتداء وبين مصير الحكم إذا صدر، فقد نص في الدر المختار على "أن الحكم على الغائب لا يصح بل ولا ينفذ"[5] ولكن العلامة ابن عابدين قد رد قول صاحب الدر السابق وقال عن العبارة السابقة الذكر "هذه العبارة غير محررة؛ لأن نفي الصحة يستلزم نفي النفاذ، وأيضاً فالحكم صحيح، وإنما الخلاف في نفاذه..."[6] ورأي ابن عابدين هو المعمول به والذي مال إليه المتأخرون ومنهم ابن نجيم وغيره، والخلاف الذي ذكره ابن عابدين هو ما نقل عن بعض علماء المذهب قولهم في نفاذ القضاء على الغائب روايتان[7] فأفتى بعضهم بعدم النفاذ وبعضهم الآخر بالنفاذ وهو الذي اختاره السرخسي، وكذلك وقع الخلاف في النفاذ وعدمه، هل هو في حكم الحنفي على الغائب أم في حكم الشافعي والحنبلي.

---

(١) البحر الرائق ١٧/٧-١٨.

(٢) المرجع السابق نفسه.

(٣) وهذا النص يكاد يكون مجمعاً عليه في كتب الحنفية فقد نص عليه القدوري في متنه ص ١١٠، والمرغيناني في الهداية (٤٠٠/٦ مع فتح القدير) والموصلي في متنه المختار ٨٧/٢ مع الاختيار، والنسفي في متنه الكنز ١٩١/٤، مع تبيين الحقائق وكذلك الحصكفي في الدر المختار مع شرحه للطحطاوي ١٩٨/٣، ولابن عابدين ٤٠٩/٥ وملتقى الأبحر لعبد الرحمن داماد ١٦٤/٢، مع شرحه له المسمى مجمع الأنهر.

(٤) انظر: ابن عابدين: منحة الخالق على البحر الرائق ١٧/٧.

(٥) الحصكفي: الدر المختار ٤٠٩/٥ بهامش رد المحتار.

(٦) رد المحتار ٤٠٩/٥.

(٧) وهو ما نقل عن فتاوى ظهير الدين. انظر: ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ٣٩/١، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٤٠٢/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ١٧/٧.

فبعضهم قال: "نحن نفتي بعدم النفاذ كي لا يتطرقوا إلى إبطال مذهب أصحابنا"[1].

فالخلاف عند هذا الفريق في حكم غير الحنفي؛ لأن الحنفي أصلاً ممنوع من الحكم على الغائب[2].

وبعضهم قال بأن الخلاف أيضاً في نفاذ حكم الحنفي على الغائب.

وكما نرى أن الحنفية قد اختلفوا ووقع الاضطراب في قولهم في هذه المسألة بشكل ظاهر، وهذا ما قرره العلامة ابن قاضي سماونة[3] بعد أن ذكر ما يقارب خمس صفحات من خلافات الحنفية في الحكم على الغائب فقال: "وأقول قد اضطربت آراؤهم -أي علماء المذهب- وبيانهم في مسائل الحكم على الغائب وله، ولم يضف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر تبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال..."[4].

والذي أراه -والله أعلم- أن متأخري علماء الحنفية يرون نفاذ الحكم على الغائب إذا حكم به غير حنفي، وأن الحكم صحيح لا ينقض، ولكنه يحتاج إلى إمضاء قاض آخر غير الذي أصدره، وذلك للضرورة والحرج[5].

**رأي العلامة محمود ابن قاضي سماونه:**

يرى العلامة ابن قاضي سماونه جواز الحكم على الغائب حتى من القاضي الحنفي وذلك للحرج والضرورة، وقال في ذلك: "فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازاً وفساداً. فمثلاً لو طلق امرأته عند

---

(١) ابن نجيم: البحر الرائق ١٧/٧.

(٢) ابن عابدين: منحة الخالق على البحر الرائق ١٧/٧، رد المحتار ٤١٤/٥.

(٣) هو بدر الدين محمود بن إسرائيل بن عبدالعزيز الشهير بابن قاضي سماوة وورد أيضاً سماونة، فقيه حنفي، برع في كثير من العلوم من مصنفاته: جامع الفصولين، لطائف الإشارات في الفقه، عنقود الجواهر شرح المقصود في الصرف، ت٨١٨هـ. انظر: اللكنوي الفوائد البهية ص١٢٧.

(٤) جامع الفصولين ٤٣/١، ونقل كلامه أيضاً ابن نجيم في البحر الرائق ١٧/٧، وخير الدين الرملي في الفتاوى الخيرية ٥/٢، ولم ينسبه لابن قاضي سماونه.

(٥) انظر ابن الهمام شرح فتح القدير ٤٠٢/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ١٨/٧، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٩/٥، العقود الدرية ٢٩٦/١، خير الدين الرملي: الفتاوى الخيرية ٥/٢-٦.

العدول فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره وعن أن تسافر إليه هي أو وكيلها أو لمانع آخر... وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي، وغلب على ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه، فينبغي أن يحكم على الغائب وله، وكذا ينبغي للمفتي أن يفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع...[1] والحق أن هذا القول يعبر عن مدى تفهم المفتي لحاجات الناس، ورفع الحرج عنهم، وحفظ حقوقهم مما تقتضيه مقاصد الشريعة الإسلامية.

**الاستثناءات من مبدأ عدم جواز الحكم على الغائب عند الحنفية:**

**يستثنى من مبدأ عدم جواز الحكم على الغائب المسائل التالية:**

أ- إذا كان ما يدعيه المدعي على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه، فحينئذ يجوز الحكم على الغائب؛لأن الحكم على الحاضر في هذه الحالة حكم على الغائب[2] واستنبط علماء الحنفية من هذه الحالة قاعدة مفادها "كل من ادعي عليه حق لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب[3] ولهذه القاعدة أمثلة عديدة وصور كثيرة ذكر منها فقهاء الحنفية في كتبهم تسعاً وعشرين صورة **نختار منها مايلي:**[4]

١- أقام بينة أن له -للمدعي- على فلان الغائب مبلغ كذا، وأن هذا كفيل عنه بأمره، فإن القاضي يحكم على الغائب والحاضر.

---

(١) جامع الفصولين ١/٤٣-٤٤.

(٢) محمود الموصلي: الاختيار لتعليل المختار ٢/٨٧، الزيلعي: تبيين الحقائق ٤/ ١٩١ ، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٦/٤٠٣، ابن نجيم: البحر الرائق ٧/٢٠، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٩٩، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤١١.

(٣) ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤١١.

(٤) انظر هذه المسائل في: ابن الهمام: شرح فتح القدير ٦/٤٠٣-٤٠٤، الطحطاوى: حاشيته على الدر ٣/١٩٩-٢٠٠، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤١٢.

٢- ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه، وأنكر ذو اليد ذلك، فأقام البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها، فإن القاضي يحكم بها في حق الحاضر، والشراء من المالك سبب لا محالة للملكية.

٣- ادعى شفعة في دار، في يد إنسان، فقال ذو اليد: الدار داري ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعي البينة أن ذا الدار اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها، فالقاضي هنا يحكم بالشراء في حق ذي اليد والغائب.

٤- قذف محصناً فادعى عليه الحد، فقال القاذف: أنا عبد وعليّ حد العبيد، وقال المدعي المقذوف: بل أعتقك مولاك فعليكَ حد الأحرار، والمولى غائب، فأقام البينة على ذلك، تقبل هذه البينة، ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره، فالعتق سبب لكمال الحد.

٥- لو قال له: يا ابن الزانية، فقال القاذف: أمه أمةُ فلان، فأقام المقذوف بينة أنها بنت فلان القرشية يحكم بالنسب ويحد.

٦- لو أقام بينة أنه ابن عم الميت فلان، وأن الميت فلان بن فلان يجتمعان إلى أب واحد، وأنه وارثه فحسب، فالقاضي يحكم بالميراث والنسب على الغائب.

٧- رجل قتل رجلاً عمداً، وله وليان، غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه، وانقلب نصيبي مالاً وأنكر القاتل، فأقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويحكم بها على الحاضر والغائب جميعاً.

ب- إذا حضر المدعى عليه وأقر ثم غاب فإن القاضي يحكم عليه وهو غائب، وذلك لأن المقر ليس له أن يطعن في الإقرار وله الطعن في البينة.

وألحقَ بهذه الحالة علماءُ الحنفية ما إذا غاب المدعى عليه بعد أن قبلت البينة ضده، ثم عدلت البينة وهو غائب، فيحكم على الغائب في قول أبي يوسف وعلل ذلك بأنه أرفق بالناس[1].

(١) انظر ابن قاضي سماونه: جامع الفصولين ٣٩/١، ابن عابدين: رد المحتار ٤١٥/٥.

جـ- مسألة القضاء على المسخّر: وتعني هذه المسألة أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه[1].

**وللحنفية قولان في هذه المسألة:**

**القول الأول**: جواز الحكم على الغائب في حالة تنصيب وكيل عنه وهو المسخر، وبشرط أن يكون الغائب في ولاية القاضي، وممن قال بجواز الحكم على المسخر العلامة خواهر زاده[2]، مع ملاحظة أن هذا القول غير معتمد في المذهب[3].

**القول الثاني**: وهو المعتمد في المذهب أنَّ الحكم على المسخر لا يجوز إلا لضرورة **وهي في خمس مسائل**[4]:

**المسألة الأولى**: اشترى بشرط الخيار[5]، ثم أراد الرد في المدة، فتغيب البائع وتوارى حتى لا يقابل المشتري ويرد الصفقة، فطلب المشتري من القاضي أن ينصب وكيلاً عن البائع ليرده عليه، وهذا أحد ثلاثة أقوال في المذهب، وهو الراجح عندهم.
**وثانيها**: ليس للقاضي أن ينصب؛ لأن المشتري لم يأخذ كفيلاً من البائع لاحتمال غيبته.

**وثالثها**: يعذر القاضي للبائع، وينادى على بابه أن القاضي يقول: إن خصمك فلانٌ يريد الرد عليك، فإن حضرت وإلا نقضت البيع، فلا ينقضه بلا إعذار.

---

(١) المراجع السابقة نفسها.
(٢) هو العلامة محمّد بن الحسين البخاري المعروف بخُواهَر زادَهْ كان إماماً فاضلاً، من عظماء فقهاء الحنفية بما وراء النهر، من مصنفاته: المختصر، التجنيس، المبسوط قال اللكنوي: ومشاهير كتب الفتاوى مشحونة بذكره، ت٤٣٣هـ. انظر اللكنوي: الفوائد البهية ص١٦٣.
(٣) انظر، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٠/٧، ابن عابدين رد المحتار ٤١٥/٥.
(٤) انظر ابن قاضي سماونه: جامع الفصولين ٣٩/١، ابن نجيم، البحر الرائق ٢٠/٧، الحصكفي: الدر المختار مع رد المحتار ٤١٥/٥، الطحطاوي حاشيته على الدر ٢٠٠/٣-٢٠١.
(٥) خيار الشرط: هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة، ويثبت في العقود اللازمة القابلة للفسخ بتراضي الطرفين. انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٢٥٤/٤-٢٥٥.

**المسألة الثانية:** كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً فدينه على الكفيل. فغاب الطالب في الغد فلم يجد الكفيل، فرفع الأمر إلى القاضي فنصب وكيلاً عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه، يبرأ الكفيل[1].

**المسألة الثالثة:** علق المدين العتق أو الطلاق[2] على عدم قضائه اليوم، ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث، فإن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ويدفع الدين إليه، ولا يحنث، وعليه الفتوى.

**المسألة الرابعة:** وكذلك إذا جعل الزوج أمر زوجته بيدها إن لم تصل نفقتها غداً، فتغيبت الزوجة في الغد، وذلك لتوقع الطلاق عليه، فرفع الزوج أمره للقاضي، فإنه ينصب وكيلاً عنها يقبض لها النفقة.

**المسألة الخامسة:** إذا توارى الخصم واختفى في بيته: وصورة هذه المسألة قال رجل للقاضي: لي على فلان حق، وقد توارى عني في منزله، وطلب المدعي أن ينصب له وكيلاً، فالقاضي يبعث إلى دار المدعى عليه رسولاً مع شاهدين ينادي بحضرتهما ثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات: يا فلان بن فلان إن القاضي يقول لك احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم، وإلا نصبت لك وكيلاً، وقبلت بينته عليك، فإن لم يخرج نصب له وكيلاً، وسمع شهود المدعي، وحكم عليه بمحضر وكيله، وهذا هو رأي الإمام أبي يوسف رحمه الله وعليه العمل[3].

---

(١) القول في هذه المسألة هو خلاف ظاهر الرواية عند الحنفية، لكن المتأخرين منهم اقتصروا في كتبهم على إيراد القول الثاني المخالف لظاهر الرواية مما يدل على ترجيحهم له.انظر: الحصكفي: الدر المختار مع رد المحتار ٥/٤١٥.

(٢) وصورة المسألة أن المدين قال: زوجتي طالق إن لم أوفك الدين هذا اليوم.

(٣) هذا الإجراء معمول به في الأنظمة الحديثة في تبليغ المدعى عليه لائحة الدعوى وموعد المحاكمة، فإذا رفض الحضور أو توارى عن المُحضِر، فإنه يلصق بباب داره نسخة من التبليغ، فإن حضر كان به، وإلا يحاكم غيابياً. انظر الفصل الخاص بالتبليغات القضائية في قانون أصول المحاكمات الشرعية، وقانون أصول المحكمات المدنية، ومجلة المرافعات التونسية ، وانظر أحكام الحكم على الغائب في القانون في هذه الرسالة.

## المطلب الرابع

## شروط الحكم على الغائب عند مَنْ يقول به

**يشترط للحكم على الغائب عدة شروط نجملها بما يلي:**

١- تعسر إحضار المدعى عليه[١]، سواء امتنع عن الحضور وهو في البلد، أو كان غائباً غيبة يسمح فيها بالحكم على الغائب كما سنبين ذلك بالتفصيل.

٢- أن لا يكون المدعى به من حقوق الله تعالى، أي أن يكون موضوع الدعوى من حقوق العباد، فالحدود لا يحكم فيها على الغائب، وهذا عند الجمهور[٢] وذهب ابن حزم إلى عدم اشتراط هذا الشرط؛ لأن الحقوق كلها تثبت بالبينة، فلا فرق بين النوعين، واحتج الجمهور بأن حق الله مبني على المساهلة والإسقاط، ولأن الشرع حبب درءها بالشبهات، فإذا قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع[٣].

٣- أن تكون الدعوى مستكملة للشرائط الشرعية من حيث بيان المدعى به وتعيينه قدراً وجنساً ووصفاً، وباقي شروط الدعوى الصحيحة[٤].

٤- أن يكون للمدعى عليه مال أو وكيل أو كفيل في بلد الحكم، لأن ولاية القاضي واختصاصه محدد في منطقته وليس على جميع الناس، وهذا عند المالكية فقط، إذ لم يشترط بقية الفقهاء ذلك، لاستطاعة القاضي أن يكتب كتاباً بما ثبت عنده من بينة لقاضي البلد التي يقيم بها المحكوم عليه أو التي له بها مال[٥].

٥- أن يكون ثبوت الحكم بالبينة، وهذا شرط بدهي.

---

(١) انظر: البيضاوي: الغاية القصوى ١٠١٢/٢، الرملي: نهاية المحتاج ٢٥٥/٨، ٢٦٥.

(٢) انظر: الخرشي: شرح المختصر ١٧٢/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٦٢/٤، البيضاوي: الغاية القصوى في دراية الفتوى ١٠١٢/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٤١٥/٤، ابن قدامة ٤٨٦/١١.

(٣) انظر: ابن قدامة: المغني ٤٨٦/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٩٨/٣، ابن حزم المحلى ٣٦٩/٩-٣٧٠.

(٤) المراجع السابقة نفسها وكذلك الشربيني: مغني المحتاج ٤٠٦/٤.

(٥) انظر: ابن فرحون: التبصرة ١٠٦/١، العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٧٢/٧، الشربيني: مغني المحتاج ٤٠٩/٤.

٦- أن يحلف المحكوم له يمين الاستظهار، وتسمى عند المالكية بيمين القضاء ويمين الاستبراء، ويحلف المدعي هذه اليمين على سبيل الوجوب في حالة كون المدعى عليه غائباً أو يتيماً أو وقفاً أو صبياً أو مجنوناً أو على ميت[1]. وليمين الاستظهار صيغ ذكرها الفقهاء، فعند الحنفية أكملها ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧٤٦ منها والتي أوجبت حلفها في دعوى الدين التي تقام على التركة. وقد جاء في المادة الآنفة الذكر "فيحلفه الحاكم بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبرأه منه، ولا أحاله به على غيره، ولا أوفاه أحد، وليس للميت بهذا الحق رهن" وقد ذكر العلامة علي حيدر في شرحه لهذه المادة أكمل صيغة لهذه اليمين وهي: "أنه -أي المدعي- لم يستوف هذا الحق، أو أيّ مقدار منه قليلاً أو كثيراً، بنفسه أو بغيره بطريق الوكالة أوالأمر بالاستيفاء، ولا أبرأه من كل الدين أو من بعضه، ولا قبل حوالة علىغيره في كل الدين أو بعضه، ولا أوفى كله أو بعضه من طرف أحد، وليس للميت في مقابلة كل هذا الحق أو بعضه رهن[2]. أما صيغة اليمين عند المالكية فهي أن يحلف المدعي "أنه ما أبرأه ولا قبضه منه، ولا أحاله الغائب به، ولا وكل من يقضيه عنه في الكل ولا البعض"[3].

أما الشافعية فقد ورد عندهم أكثر من صيغة ليمين الاستبراء، أول هذه الصيغ أن يحلف المدعي "أن الحق الذي له على الغائب ثابت في ذمته إلى الآن، وأنه يجب تسليمه إلي"[4]. ووافق الشافعية على هذه الصيغة تقريباً الحنابلة[5].

---

(١) انظر: ابن فرحون: التبصرة ١/١٠٨، ٢١٩، الخرشي: شرح المختصر ومعه حاشية العدوي ٧/١٧٢-١٧٣، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٦٢-١٦٣، البيضاوي: الغاية القصوى ٢/١٠١٢، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٤٠٧، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٥٦، وكذلك البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٩٨، وقال: إن أصل مذهب الحنابلة أنها لا تجب، ولكن في المذهب رواية أنها تجب ورجحها المتأخرون وعليها العمل عندهم لفساد أحوال الناس. وانظر أيضاً: القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩٨.

(٢) علي حيدر: شرح المجلة ٤/٤٤٤، سليم باز: شرح المجلة ص١٠٩٩.

(٣) الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٤/١٦٢.

(٤) الشربيني: مغني المحتاج ٤/٤٠٧، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٥٦.

(٥) البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٩٨.

والصيغة الثانية الأكمل عند الشافعية هي أن يحلف المدعي أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه ولا من شيء منه ولا اعتاض ولا استوفى ولا أحال عليه هو ولا أحد من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أداؤه[1].

٧- أن يحضر المحكوم له كفيلاً، حفظاً لحق المحكوم عليه الغائب وهذا الشرط اشترطه الكرابيسي[2]، من الشافعية، أما الجمهور فلم يشترطوا ذلك[3].

**حد الغيبة التي يحكم فيها على المدعى عليه الغائب:**

**اختلف الفقهاء في حد الغيبة إلى أربعة أقوال على النحو التالي:**

**القول الأول: وهو للمالكية[4] وهؤلاء يقسمون الغيبة إلى ثلاثة أقسام:**

- **القسم الأول:** الغيبة القريبة، وهذه كاليومين والثلاثة وما قاربهما مع أمن الطريق، وفي رواية عن مالك حددت الغيبة القريبة بثلاثة أميال[5]. وحكم هذا القسم من أقسام الغيبة أن يعامل الغائب غيبة قريبة معاملة المدعى عليه الحاضر من حيث سماع الدعوى والبينة وحتى إصدار الحكم عليه.

**القسم الثاني:** الغيبة المتوسطة: وحد هذه الغيبة أن يكون الغائب على مسافة عشرة أيام مع الأمن، أو مسافة يومين مع الخوف.

**وحكم هذا القسم جواز الحكم على الغائب بشرطين:**

**الأول:** أن يحلف المحكوم له يمين القضاء.

---

(١) الشربيني: مغني المحتاج ٤٠٧/٤/٤ وانظر أيضاً الشاشي القفال: حلية العلماء ١٤٧/٨.

(٢) هو الإمام أبو علي الحسين بن علي بن يزيد البغدادي الكرابيسي، من معاصري الإمام الشافعي، ويعد أحفظ الناس لمذهبه، كان متضلعاً في الفقه والحديث والأصول ومعرفة الرجال ت٢٤٥هـ. انظر: الإسنوي: طبقات الشافعية ٢٦/١، ابن هداية الله الحسيني: طبقات الشافعية ص ٢٦.

(٣) الشاشي القفال: حلية العلماء ١٤٧/٨.

(٤) انظر: ابن فرحون: التبصرة ١٠٧/١-١٠٨، المواق: جواهر الإكليل ١٤٣/٦-١٤٤ بهامش مواهب الجليل، الزرقاني: شرح المختصر ومعه حاشية البناني ١٥٣/٧-١٥٤، الخرشي: شرح المختصر مع حاشية العدوي ١٧٢/٧-١٧٣، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٦٢/٤-١٦٣.

(٥) المواق: جواهر الإكليل ١٤٣/٦.

**الثاني**: أن لا يكون موضوع الحكم استحقاق عقار الغائب، ولذلك لا تسمع دعوى استحقاق عقار الغائب في الغيبة المتوسطة، أما غير دعوى الاستحقاق فتسمع، كما لو أقامت المرأة بينة أنها عادمة النفقة، أو أثبت أرباب الديون ديونهم على الغائب، وطلبوا الحكم ببيع عقار الغائب، واستيفاء الدين من ثمنه، جاز ذلك.

**القسم الثالث**: الغيبة البعيدة، وهذا الغيبة أبعد من المتوسطة، وقد مثلها فقهاء المالكية بالمسافة بين إفريقية والمدينة المنورة أو مكة أو المسافة بين خراسان والأندلس.

وحكم هذا القسم من الغيبة جواز الحكم على الغائب في كل شيء، سواء كان ديناً أو عرضاً أو حيواناً أو عقاراً، ولكن يشترط يمين القضاء للحكم بها.

**القول الثاني**: وهو الراجح عند الشافعية[1] وبمقتضاه فإن حد الغيبة هو التقدير بمسافة العدوى، أي المسافة البعيدة، وضابطها عند الشافعية المسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وإياباً إذا خرج من بيته مبكراً وعاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه بعد فراغ المحاكمة[2].

والعبرة في المحاكمة، المخاصمة المعتدلة من دعوى وجواب وإقامة بينة حاضرة وتحليف، والعبرة باليوم المعتدل، وكذلك العبرة بسير الأثقال لأنه منضبط[3].

**القول الثالث**: وهو قول الحنابلة والرواية المرجوحة عند الشافعية[4]، وبمقتضى هذا القول تعتبر الغيبة بمسافة القصر، وذلك لأن الشارع اعتبرها في مواضع من

---

(١) انظر ابن أبي الدم: أدب القضاء ص٢٧، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٩٨/٤، فتح الجواد ٣٣٧/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٤١٤/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٦٥/٨.

(٢) انظر ابن أبي الدم: المرجع السابق نفسه مع تعليق المحقق الأستاذ الدكتور محمّد الزحيلي على الصفحة ٢٧٨ هامش رقم (٢)

(٣) المراجع السابقة نفسها.

(٤) انظر: ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٩٨/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٤١٤/٤، ابن مفلح: الفروع ٤٥٩/٦، البهوتي: شرح المنتهى ٤٩٧/٣، الشيباني: نيل المآرب ٤٥٨/٢، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩٧.

الأحكام كقصر الصلاة وفطر المسافر الصائم.

وتحديد مسافة القصر عند الفقهاء حددت بمعيارين[1]: معيار الزمن ومعيار طول المسافة، فوفق معيار الزمن تكون مسافة القصر مسير يومين، أو يوم وليلة والمراد بيوم وليلة مسير أربع وعشرين ساعة.

أما تحديدها بالمسافة فهي تساوي أربعة برد، والبريد يساوي اثني عشر ميلاً، أو الأربعة برد تساوي ستة عشر فرسخاً، والفرسخ ثلاثة أميال إذن: الأربعة برد تساوي ثمانية وأربعين ميلاً في الحالين، والميل يساوي ثلاثة آلاف وخمسمائة ذراع، والذراع=٥٣ سنتمتراً وبالتالي تكون مسافة القصر بالأمتار= ٨٩٠٤٠ متراً أو ٨٩ كم.

**القول الرابع**: وهو للإمام الشوكاني، ويرى أنْ يفوض أمر تقدير المسافة للحاكم، فقال: "أما قدر مسافة الغيبة فينبغي تفويض النظر فيه إلى الحاكم المجتهد؛ لاختلاف الأحوال باختلاف الأشخاص والأحوال"[2].

ورأي الإمام الشوكاني رحمه الله جيد ووجيه، ذلك أن أحوال الناس في السابق ليست كهذه الأيام، وبخاصة من ناحية تطور وسائل النقل والمواصلات فالذي كان بعيداً في السابق أصبح الآن قريباً وفي متناول اليد، وما كان يحتاج إلى مسيرة يوم وليلة بسير الإبل أصبح الآن يحتاج إلى ساعة ونصف فقط بالمسير العادي بواسطة السيارة الصغيرة أو الحافلة الكبيرة (الباص)، ولا أقصد بكلامي هذا اعتماد آخر ما وصل إليه العلم الحديث في وسائل النقل، لأن ذلك ليس في إمكان غالبية الناس استخدامه بالإضافة إلى تكلفته، ولكن أرى أن يعتمد الوسط العادي لمحمل الناس، وهذا بلا منازع يحقق العدالة، ويؤدي إلى تيسير المعاملات ومواكبة الفقه الإسلامي لحاجيات الناس وفق الضوابط الشرعية، فما الداعي لقياس المسألة بسير الإبل على الرغم من أن

---

(١) انظر في ذلك ابن قدامة: المغني ٢/٩١، أحمد بك الحسيني: تقدير المسافات عند المسلمين ص٢٢،٢٩، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ١/٧٤-٧٥.

(٢) السيل الجرار ٤/٢٩٣.

واسطة النقل هذه لم تعد تستخدم في الغالب الأعم، والحكم يناط بالغالب لا بالنادر القليل.

**ما يلحق بالغائب في الحكم:**

ألحق بالغائب عند جمهور الفقهاء -عدا الحنفية- منْ كان دون مسافة القصر أو العدوى، ولو كان بجوار مجلس القضاء، ولكنه لم يحضر مجلس المحكمة، وتوارى عنه واستخفى، أو تمنع عن الحضور لتعززه بقوته وسلطانه، فهذا النوع وإن كان موجوداً في البلد التي فيها القاضي يلحق بالغائب ويحكم عليه بعد إعذاره؛ لئلا تضيع الحقوق وتتخذ الغيبة ذريعة للباطل[1].

## المطلب الخامس

## الحكم على الغائب في القانون

يعتبر مبدأ المواجهة بين الخصوم من أهم المبادىء المميزة للخصومة وطبقاً لهذا المبدأ لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه، أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه. ولذلك أوجب القانون تبليغ نسخة من لائحة الدعوى[2] التي يقدمها المدعي إلى المدعى عليه، ويجب أن تكون هناك فترة من الزمن بين تاريخ التبليغ وموعد جلسة النظر في الدعوى المقامة[3]، وذلك حتى لا يفاجأ بالدعوى، وليراجع حساباته، ويتمكن من الدفاع عن نفسه. ولذلك لا يجوز للمحكمة أن تبدأ السير في الدعوى

---

(١) انظر مسألة تواري المدعى عليه في: ابن قاضي سماونه: جامع الفصولين ٣٩/١، ابن فرحون: التبصرة ١٠٧/١، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٩٨/٤، فتح الجواد ٣٣٧/٢، الرملي: نهاية المحتاج ٢٦٦/٨، الشبياني: نيل المآرب ٤٥٨/٢.

(٢) انظر: محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات المدنية والتجارية ص١٨٤.

(٣) لائحة الدعوى وتسمى عريضة الدعوى أيضاً، يجب أن تتضمن بيانات عن الفرقاء وعناوينهم كاملة، وموضوع الدعوى ووقائعها وتاريخها وغير ذلك من البيانات المهمة التي أوجبها القانون.

قبل إتمام عملية التبليغ (الإعلان)، وإذا فعلت كان حكمها باطلاً، وللتبليغ أحكامه الخاصة ليس مجال بحثها هنا، سواء كان المدعى عليه موجوداً في البلاد أو خارجها، أو مجهول محل الإقامة، ويستفاد في مجال التبليغ من كل المجالات المتاحة من بريد وشرطة ومحضرين، ومحاكم ونشر في الصحف، واتباع الطرق الدبلوماسية للموجودين خارج البلاد وغير ذلك.

فإذا تم التبليغ وحضر الخصوم في الموعد المحدد، فإن المحاكمة تكون وجاهية والأحكام التي تصدر في هذه الحالة تكون أحكاماً حضورية.

ويعتبر الحكم وجاهياً إذا صدر بمواجهة الطرفين، أو إذا حضر المدعى عليه جلسة من جلسات المحاكمة أو أكثر، وتخلف بعد ذلك عن الحضور.

وإذا تم التبليغ وفق القانون، و لم يحضر المدعى عليه المبلغ موعد الجلسة، فإن القانون أجاز السير بمحاكمته غيابياً، وإصدار الحكم عليه وإن كان غائباً[1]. بشرط أن يطلب المدعي ذلك.

هذا بالنسبة للمحاكم الشرعية في الأردن، أما المحاكم النظامية فإنها لا تستعمل لفظ الحكم الغيابي إلا في الأحكام الجزائية، أما الأحكام المدنية فتستخدم فيها اصطلاح "الوجاهي" في حالة حضور الطرفين أو حضور المدعى عليه ولو جلسة من جلسات الدعوى، وبـ"مثابة الوجاهي" إذا تبلغ موعد الجلسة و لم يحضر[2].

ونخلص إلى القول: إن القانون يجيز الحكم على الغائب سواء أكان مستتراً في البلد أو خارجه بشرط أن يتم تبليغه نسخة من لائحة الدعوى وموعدها تبليغاً صحيحاً وفق القانون، وأرى أن ما ذهب إليه القانون موافق لما جاء في الشريعة بمجمله، حيث يعذر إلى المدعى عليه، فإن حضر وإلا حكم عليه غياباً، أما البعيد فهو بمثابة مجهول

---

(١) انظر: المادتين ١١، ١٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني والفصول ٦٩، ٧٠ من مجلة المرافعات المدنية التجارية التونسية.

(٢) انظر المادة ١٠٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والفصل ٤٩ من مجلة المرافعات المدنية التونسية، وكذلك المادة ٦٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

محل الإقامة، والذي اختلف إنما هو تقدم وسائل النقل والمواصلات التي قربت البعيد، وسهلت الاتصال، والشريعة لا تمنع تنظيم هذه المسألة كما في القانون، لأن في ذلك تحقيق أكبر قدر من العدالة، الأمر الذي تؤيده مقاصد الشريعة الإسلامية.

# المقوم الرابع

# المحكوم فيـــــه

ويتضمن تمهيداً وثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالحق ومصادره

المبحث الثاني: أنواع الحقوق وتقسيماتها

المبحث الثالث: تخصيص القضاء ببعض الحقوق

## تمهيد

المحكوم فيه أو موضوع الحكم القضائي بتعبير آخر، هو "الحقوق" بوجه عام، فالحكم لا يكون إلا بعد دعوى، والدعوى كما عرفت هي "طلبُ شخصٍ حقاً له أو لمن يمثله -أو حمايته، في مجلس القضاء"[1]. فالقاضي بعد أن ينظر في الدعوى ويستوفي الإجراءات، إما أن يحكم للمدعي بما طلب أو بجزء منه، أو يرد دعواه ولا يحكم له بشيء، فموضوع الحكم إذن هو الحق المدعى به، سواء أكان متعلقاً بالحق ذاته أم لا؛ لأن الذي يريد أن يثبت صحة العقد غايته التوصل إلى إثبات حقه فيه من حيث ترتب آثاره عليه. واللجوء إلى القضاء ورفع الدعوى، ومن ثم الحصول على حكم، هي الوسيلة التي قررها التشريع لحماية الحق[2]، سواء أكان الحق يتعلق بشخص معين أم بالمجتمع ككل، فبالحكم يثبت الحق ويصبح جاهزاً للتنفيذ جبراً بقوة الدولة[3].

وقد نص بعض علماء المذهب الحنفي والمذهب المالكي على أن المحكوم فيه هو الحقوق بوجه عام، فالسمناني[4] من الحنفية تحدث عن المقضي فيه باعتبار مصدر الحق، فقال: فأما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة، ومعان جمة، منها أقوال، ومنها أفعال، فأما الأقوال: فيقع القضاء فيها بما يلزمه تملك المال، ومنها ما

---

(١) انظر: عبدالناصر موسى: نظام القضاء الشرعي ص١٧٧.

(٢) انظر في حماية الحق: توفيق حسن فرج: الأصول العامة للقانون ص ٣٧٠ وما بعدها محمود نعمان: موجز المدخل للقانون ٢٦١، محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص ١٤٨ وما بعدها.

(٣) مؤيدات الحقوق في التشريع الإسلامي أشمل وأوسع منها في القانون الوضعي الذي حصر حماية الحق بالحماية القضائية فقط، وذلك أن التشريع الإسلامي الجزاء فيه دنيوي وأخروي، إضافة إلى نظام الحسبة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(٤) هو الإمام علي بن محمّد بن أحمد السمناني، من فقهاء الحنفية، برع في الفقه والتاريخ والشروط. من مصنفاته: روضة القضاة وزينة النجاة، ت٤٩٩هـ. انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص١٢٣.

يلزمه عقوبة، فالأول العقود كلها، والإقرارات والإيقاعات، وكل ما طريق ثبوته القول، ...، فنبدأ بما طريقه القول إلى العقود والإقرارات، فأول ذلك النوع: الرهن والتفليس، الحجر، الضمان والكفالة، الحوالة، الإجارة، المزارعة، المساقاة...إلخ.

"(وأما الأفعال: فتشتمل الجنايات والديات)[1]، قتال أهل البغي، المرتد، الصول..."[2]

وكما نرى من قول السمناني هذا، أنه قد جمع أصول المحكوم فيه ومصادره؛لأن الحقوق لا تنشأ إلا عن مصادر، وهي إما أقوال أو أفعال لها آثار محددة في التشريع.

فالذي يقول قولاً يتضمن تصرفاً قانونياً كالبيع أو الهبة أو الطلاق تترتب على هذا القول آثار، فتتولد الحقوق والالتزامات التي قررها الشرع على مثل ذلك التصرف، وكذلك الذي يقول قولاً يتضمن اعتداء على آخر كالقذف والسب والشتم يترتب عليه حق عام للمجتمع وللشخص المعتدى عليه، يتمثل هذا الحق بطلب إيقاع العقوبة على المعتدي، والأفعال كذلك لها تنظيم وآثار تترتب عليها.

أما المالكية فقد نص ابن راشد وابن فرحون وميارة على أن "المقضي فيه هو جميع الحقوق"[3] وقال ابن رشد الحفيد "اتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقاً لله أو حقاً للآدميين.."[4]. ويقصدون بذلك أن القضاء الإسلامي شامل لجميع المنازعات التي تقع في المجتمع مهما كان نوعها، بخلاف بعض الولايات الأخرى فمقصورة على المسائل التي خصصت للنظر فيها كالشرطة وغيرها.

---

(١) هذه العبارة موجودة في الهامش -هامش الكتاب المحقق- وهي من إحدى النسخ، و لم تثبت في المتن، وقد رأيت أن إدراج هذه العبارة في المتن هو الصواب خلافاً لما فعله محقق الكتاب؛ لأن الكلام بدون هذه العبارة يكون ناقصاً، فقد ذكر الأقوال في المتن و لم يذكر الأفعال، الأمر الذي كان مثبتاً في النسخة المذكورة في الهامش. روضة القضاة ١/٤٨.

(٢) روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ١/٤٧-٤٨.

(٣) انظر: ابن راشد: لباب اللباب ص ٢٥٤، ابن فرحون: التبصرة ١/٦٦، ميارة: شرح تحفة ابن عاصم ١/١٦.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٤٦١.

## المبحث الأول

## التعريف بالحق ومصادره

### المطلب الأول

### التعريف بالحـــــــق

**الحق في اللغة يدور على معان منها**[1]:

١- أحد أسماء الله الحسنى، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ﴾ [النور:٢٥]، وقوله: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ﴾ [لقمان:٣٠].

٢- الثابت الذي لا يسوغ إنكاره.

٣- الثبوت والوجوب، ومنه قوله تعالى:﴿ وَلَكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾ [غافر:٦].

٤- المالُ والملك.

٥- اليقينُ والصدق.

**أما في الاصطلاح الفقهي**: فلم يتحدث الفقهاء السابقون عن تعريف جامع مانع، وإنما فعل ذلك الفقهاء المحدثون، وأصح ما قيل في تعريف الحق تعريف أستاذنا

---

(١) انظر ابن منظور: لسان العرب ٤٩/١٠ وما بعدها، الفيومي: المصباح المنير ١٤٣/١-١٤٤. الجرجاني: التعريفات ٩٤، ابن مالك: إكمال الإعلام بتثليث الكلام ١٥٥/١، الرازي: مختار الصحاح ١٤٦-١٤٧، الفيروز آبادى: القاموس المحيط ٣٢١/١.

الزرقاء[1] وعنده الحق "اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً"[2].

وعرفه أيضاً أستاذنا فتحي الدريني[3] بأنه "اختصاص يقر به الشارع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة"[4].

ويظهر في تعريف الدريني أنه قريب من تعريف الزرقاء ويفترق عنه بإضافة قيد "تحقيقاً لمصلحة معينة" وذلك ليظهر الغاية من الحق.

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين أيضاً بأنه اختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطة أو تكليفاً لله على عباده أو لشخص على غيره[5]، ويظهر في هذا التعريف أيضاً اقتباسه من تعريف الأستاذ الزرقاء.

والتعريفات الثلاثة المتقدمة كلها صحيحة ومؤدية للمعنى المراد من كلمة "الحق"، إذا أطلقت في الاصطلاح الفقهي.

وبتحليل عناصر تعريف الحق يظهر المراد بالحق وشموليته[6].

**العنصر الأول: الاختصاص**[7] وهو علاقة تقوم بين المختص والمختص به، وقد يكون المختص بالحق هو الله سبحانه كما في حقوق الله "الحق العام"، كما قد يكون

---

(١) هو الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء: فقيه معاصر، عضو المجمع الفقهي، من مصنفاته المدخل الفقهي العام، الفعل الضار، شرح القانون المدني، الاستصلاح وغيرها.(الباحث).

(٢) المدخل الفقهي العام ٣/١٠.

(٣) هو الأستاذ محمّد فتحي الدريني، أستاذ، أصولي، فقيه، تخرج في الأزهر من مصنفاته: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، نظرية التعسف في استعمال الحق، المناهج الأصولية، وغيرها. (الباحث).

(٤) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص١٩٣.

(٥) عبدالسلام العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية ١/١٠٣.

(٦) انظر تحليل التعريف: الزرقاء: المدخل الفقهي ٣/١٠-١٢، الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص١٩٣-١٩٥.

(٧) ومعنى الاختصاص الاستئثار والانفراد، وقد رأيت أن العلامة الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ، صاحب المصباح المنير قد تحدث عن الحق بمعنى الاختصاص الوارد في التعريف فقال رحمه الله: وقولهم هو أحق بكذا يستعمل بمعنيين أحدهما: اختصاصه بذلك من غير مشاركة، نحو زيد أحق بماله، أي لا حق لغيره فيه. انظر: المصباح المنير ١/١٤٤.

شخصاً معيناً أو فئة من الناس.

ويشمل الاختصاص جميع الحقوق المالية منها كالديون المترتبة في الذمة، وغير المالية كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته.

وبقيد الاختصاص تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها كالإباحات العامة، ومن مثلها الاصطياد والاحتطاب من البرارى، وينبغي ملاحظة أن الإباحات العامة وإن خرجت من تعريف الحق بمعنى الاختصاص إلا أنها تشملها الحماية القضائية.

فالفقهاء قالوا: بأنه يثبت للإنسان فيها حق الانتفاع المجرد[1].

فإذا منع شخص من حق الانتفاع المذكور دون وجه حق، فإن له أن يرفع ظلامته للقضاء لرفع الظلم والتعدي عنه.

**العنصر الثاني**: أن الشرع هوالذي يقرر الاختصاص، وذلك لإضفاء صفة المشروعية على الاختصاص، ولأن نظرة الشرع هي أساس الاعتبار.

**العنصر الثالث**: اقتضاء الاختصاص سلطة أو تكليفاً. **فالسلطة نوعان:**

- **سلطة على شخص**: كحق الولاية على النفس، وحق حضانة الصغير.

- **وسلطة على شيء معين** كحق الملكية، وحق الانتفاع بالأعيان.

أما التكليف، فهو دائماً عهدة على إنسان، وهو ما عبر عنه بالأداء في بعض التعريفات، والأداء قد يكون إيجابياً كالقيام بعمل، أو سلبياً كالامتناع عن عمل. فالتعريف شامل لجميع الحقوق العامة (حقوق الله) كالعبادات والحدود....والحقوق الخاصة العينية والشخصية.

**العنصر الرابع**: **تحقيقاً لمصلحة معينة**، وهذا وإن كان يدخل في تقرير الشرع

---

(١) حق الانتفاع الذي يثبت في المباحات العامة كاستعمال الطرق والمراعي العامة يقابله "ملك المنفعة" وهو اختصاص كحق المستأجر في منافع المأجور وما شابه ذلك انظر: الزرقاء: المدخل الفقهي العام ١/٢٨٤-٢٨٥.

للاختصاص إلا أنه لا مانع من ذكره لبيان أهمية الغاية التي شرع الحق من أجلها، فإذا استخدم الحق في غير غايته كأن يتخذ وسيلة للإضرار بالجماعة، فإن صفة المشروعة تزول عن ذلك الاختصاص.

## المطلب الثاني

## مصادر الحـــــــق

لا بد لكل حق من مصدر ينشأ منه، فلا يتصور أن يكون لإنسان حق نشأ من فراغ، فمصدر الحق هو السبب المنشىء له[1]، ومصدر الالتزام هو الأمر أو الحادث الذي نشأ عنه الالتزام[2].[3].

وقد مر معنا في تعريف الحق أنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة... إلخ ولذلك يعتبر الشرع هو السبب الأساسي لكل الحقوق، وهو المصدر غير المباشر لإنشاء الحق في الفقه الإسلامي، وذلك لأن الشرع هو الذي يرتب الآثار على التصرفات والوقائع ويحدد تلك الآثار، فلا يمكن أن يدعي إنسان بأن له حقاً في شيء لم يعترف له الشرع أساساً بهذا الحق.

والشرع أيضاً بتقديره للحقوق قد ينشىء الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى، وذلك كإيجاب العبادات المختلفة، والنهي عن الجرائم، وإباحة الطيبات من الرزق، وتعتبر أدلة الشرع هنا أسباباً مباشرة للحقوق، كما قد يرتب الشرع الحقوق على أسباب يمارسها الناس في حياتهم كالبيع والزواج وغيرها[4].

ومصادر الحق في الشريعة الإسلامية باستثناء ما كان مصدره نص الشارع -

---

(١) محمّد الزحيلي: وسائل الإثبات ص ٦٩.

(٢) الزرقاء: المدخل الفقهي ٨٤/٣.

(٣) الحق الشخصي دائماً يقابله التزام، فهما وجهان لعملة واحدة.

(٤) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٢٢/٤-٢٣.

وكذلك في القانون- **يمكن ردها إلى الواقعة الشرعية على النحو التالي**[1]:

**الواقعة الشرعية (القانونية)**: هي كل حدث يترتب على وجوده أثر شرعي معين.

**وتقسم الواقعة الشرعية إلى قسمين:**

**القسم الأول: واقعة شرعية راجعة إلى محض الحدوث الكوني في هذه الأرض**، وتسمى عند القانونين "طبيعية" وهذا القسم من أقسام الواقعة لا علاقة لإرادة الإنسان فيه.

ومن أمثلته: الزلازل، الأمطار، هلال رمضان، أوقات الصلاة، ودوران الشمس، ومن هذا القسم أيضاً ما ينتج عن عمل إنسان فاقد الإرادة والأهلية كالمجنون والصغير غير المميز الذي يتلف مال الغير فيلزم بالضمان، كما تعتبر واقعة الميلاد والوفاة تنتج كلا منهما حقوقاً للورثة وللمولود والموصى له....إلخ. فهذه الوقائع يترتب على حدوثها آثار شرعية تنتج حقوقاً والتزامات رتبها الشارع، وإن لم يكن للإنسان إرادة في إحداثها.

**القسم الثاني: الوقائع التي تحدث بفعل الإنسان**: وهي الأعمال التي تصدر من الإنسان ويرتب الشرع عليها آثاراً.

**وتقسم هذا الوقائع إلى قسمين أيضاً:**

**الأول: الأعمال المادية**: وهي التي يرتب المشرع آثاراً على مجرد حدوثها من الإنسان دون النظر إلى إرادة محدثها، **وهذه بدورها تقسم إلى قسمين:**

**١- الفعل النافع**: هو عمل مادي يصدر من جانب واحد يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر دون سبب شرعي، كمن دفع ديناً يظنه على نفسه

---

(١) انظر في ذلك: السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٦٧/٢ وما بعدها، الزرقاء: المدخل الفقهي العام ٨٨/٣، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٢٤/٤، محمّد الزحيلي: وسائل الإثبات ص٦٩-٧٠، محمّد شكرى سرور: النظرية العامة للحقوق ص ١١١ وما بعدها. عبدالباقي البكري، ورفيقه: المدخل لدراسة القانون ص ٢٧١، محمود نعمان: موجز المدخل للقانون ص ٢٦٨.

ثم تبين أنه كان بريئاً منه، فيحق له الرجوع على الدائن القابض بما دفعه له وهو غير مستحق.

**٢- الفعل الضار:** وهو عمل ممنوع يضر بالغير، فيلزم فاعله بتعويض الضرر، كالتعدي على النفس أو المال.

**الثاني: التصرفات الشرعية:** والمراد بها اتجاه إرادة الإنسان المحضة إلى إحداث نتائج شرعية معينة.

وهذه التصرفات تقسم إلى قسمين:

١- تصرفات شرعية ترجع إلى إرادة الشخص منفرداً، وذلك كالوصية والوقف.

٢- تصرفات شرعية ترجع إلى اقتران إرادتين فأكثر لإحداث أثر شرعي وهذا هوالعقد الذي ينشأ بين طرفين.

**وتلخيصاً لما سبق نقول:** إن مصادر الحق في الفقه والقانون هي[1]:

١- الشرع (القانون)

٢- العقد

٣- الإرادة المنفردة

٤- الفعل النافع

٥- الفعل الضار

---

(١) انظر: الباب الأول من القانون المدني الأردني المواد ٨٧-٣١٢ وهي بعنوان مصادر الحقوق الشخصية.

## المبحث الثاني

## أنواع الحقوق وتقسيماتها

### المطلب الأول

### تقسيم الحقوق باعتبار من يضاف إليه الحق

**تقسم الحقوق بحسب هذا الاعتبار إلى أربعة أقسام[1] على النحو التالي[2]:**

**أولاً حق الله تعالى:**

**وهو:** ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى؛ لعظم خطره وشمول نفعه[3] وكذا يقال لـه "الحق العام" أو "حق المجتمع" وحق الله تعالى **بالتتبع يشمل المسائل التالية:**

---

(١) هذا في رأي عامة الفقهاء والأصوليين خلافاً للإمام الشاطبي الذي يرى تقسيم الحقوق إلى ثلاثة أقسام فقط هي: حق الله الخالص، وما اجتمع فيه حق الله وحق العبد والمغلب فيه حق الله، والثالث ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد هو المغلب، وهو بذلك أسقط قسم حق العبد الخالص، وحجته في ذلك أن كل حكم شرعي لا يخلو بحال عن حق الله تعالى، وهو جهة التعبد كما أن كل حكم شرعي فيه حق للعبد إما عاجلاً أو آجلاً. انظر: الشاطبي: الموافقات ٣١٧/٢ وما بعدها.

(٢) انظر: القرافي: الفروق ١٤٠/١ وما بعدها، التفتازاني: التلويح على التوضيح ٢/ ١٥١ وما بعدها، الخبازي: المغني في أصول الفقه ص ٣٣٥ وما بعدها، ابن نجيم: فتح الغفار بشرح المنار ٥٩/٣، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٢٤ وما بعدها، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٣/٥، الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته ١٣/٤، محمّد أبو زهرة: أصول الفقه ص٣٢٣ وما بعدها، محمّد زكي عبدالبر: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية ص ٦٣، محمّد الحفناوي: نظرات في أصول الفقه ص ١٤٢ وما بعدها.

(٣) ابن نجيم: فتح الغفار ٥٩/٣.

١- عبادات خالصة: كالإيمان با لله تعالى وما يتفرع عنه من الصلاة والصوم والحج والجهاد.

٢- عبادة فيها معنى المؤنة[١]: وذلك كصدقة الفطر، فهي عبادة من جهة التقرب إلى الله بالصدقة، وجهة المؤنة فيها وجوبها على الإنسان عن نفسه وعمن يعول كالنفقة.

٣- مؤنة فيها معنى العبادة: كوجوب عشر ما يخرج من الأرض العشرية، فالمؤنة باعتبار الأصل وهو الأرض، والعبادة باعتبار النماء، ولذا تصرف في مصارف الزكاة.

٤- مؤنة فيها معنى العقوبة: وذلك كالخراج، فالمؤنة فيه باعتبار الأصل وهو الأرض، والعقوبة فيه باعتبار الوصف، وهو التمكن من الزراعة من صاحب الأرض التي افتتحها المسلمون، لذا لا يجوز فرض الخراج على المسلم ابتداء إلا إذا اشترى أرضاً خراجية فإنه يلتزم بدفعه[٢].

٥- حق قائم بنفسه، ثابت بذاته من غير أن يتعلق بذمة عبد يؤديه بطريق الطاعة، وذلك كخمس الغنائم والمعادن، فالجهاد حق الله تعالى إعزازاً لدينه وإعلاءلكلمته، فما يغنم بسببه فهو كله حق الله تعالى، إلا أنّ الشارع الحكيم قد جعل أربعة أخماس الغنيمة للغانمين امتناناً وتفضلاً منه، واستبقى الخمس حقاً لله تعالى يلزمنا أداؤه طاعة وامتثالاً.

٦- عقوبات كاملة: كالحدود وهي حد الزنى، وحد القذف، وحد السرقة وحد الشرب، وحد الحرابة.

---

(١) المؤنة: من مأنت القوم أمْأَنُهم احتملت مؤنتهم، وهي الثقل والكلفة. انظر: الرازي: مختار الصحاح ٦١٢-٦١٣، الفيومي: المصباح ٥٨٦/٢، ابن نجيم: فتح الغفار ٦١/٣.

(٢) انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٥٤١/٥.

٧- عقوبات قاصرة: وذلك كحرمان القاتل من الميراث، والموصى له من الوصية، فالحرمان هو حق الله في مثل هذه الحالات؛ لأن المقتول لا ينتفع بمنع القاتل من الميراث، وسمّيت عقوبة قاصرة؛ لأن القاتل لم يلحقه ألم في بدنه ولا نقصان في ماله، فهو فقط منع من ثبوت ملك جديد (التركة).

٨- حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة: وذلك كالكفارات فهي عبادة من حيث الأداء؛ لأن الكفارة إما صيام أو عتق رقبة أو إطعام مساكين، وكلها عبادات، أما جهة العقوبة فهي من حيث الوجوب؛ لأن الكفارة لا تجب إلا بسبب ارتكاب الشخص الواجبة عليه فعلاً ممنوعاً كالقتل الخطأ، والظّهار والجماع في رمضان وغيرها، وسميت كفارة؛ لأنها تستر الذنبَ المرتَكب.

**ثانياً: حقوق العباد المحضة (حق الإنسان):**

**وحق العبد**: هو ما يتعلق به مصلحة خاصة للشخص الذي ثبت له الحق، فحق العبد لا يتعلق بالنظام العام، وإنما بمصلحة دنيوية خاصة بالإنسان، قال الإمام القرافي: "حق العبد مصالحه"(١).

ويفترق حق العبد عن حق الله في أن حق العبد يقبل الإسقاط، ويجري فيه التوارث، ولا يجري فيه التداخل، بخلاف حق الله الذي لا يقبل الإسقاط، ولا يجري فيه التوارث، ويجري فيه التداخل.

وأمثلة حق العبد كثيرة منها: حرمة مال الغير، الحق في الدية لورثة المجني عليه، والحق في أخذ بدل المتلفات أو المعوضات، والحق في تملك المشتري للمبيع وتملك البائع لثمنه، وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الدائن في استيفاء حقه من المدين.

---

(١) الفروق للقرافي ١/١٤٠.

**ثالثاً:ما اشترك فيه حق الله وحق العبد، وحق الله غالب:**

وقد مثل لهذا النوع من الحقوق بحد القذف[1] ففي هـذا الحد يجتمع حق الفرد وحق المجتمع، فجهة حق الفرد أن في تشريع الحد صيانة لعرضه ودفعاً للعار عنه.

وهذه مصلحة خاصة بالمقذوف، أما جهة الحق العام (حق الله) فهو صيانة أعراض الناس، وإخلاء العالم من الفساد ومنع التعدي[2].

ومن الأمثلة على هذا النوع من الحقوق أيضاً: عدة المطلقة، وعدة المتوفى عنها زوجها، حق الله فيها صيانة الأنساب عن الاختلاط، وهذا نفع عام للمجتمع، وحماية له من الفوضى، أما حق العبد فيها، فهو المحافظة على نسب أولاده من ضياعه أو نسبتهم إلى غيره، وحق الله غالب على حق الإنسان.

**رابعاً: ما اشترك فيه حق الله وحق العبد، وحق العبد هو المغلب:**

وقد مثل لهذا النوع بالقصاص من القاتل العمد، فجهة حق الله إخلاء العالم عن الفساد، وتأمين الأمن للمجتمع؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ**﴾ [البقرة:١٧٩]. وجهة حق العبد فيه شفاء غيظ أولياء المقتول وتطييب خاطرهم وإطفاء غضبهم وقد غلب فيه حق العبد، فيجوز له إسقاطه إلى بدل، أو العفو عنه، ويجري فيه الإرث، وهذه من صفات حق العبد.

---

(١) هذا عند الحنفية أما الشافعية والحنابلة فاعتبروا حد القذف حقاً خالصاً للمقذوف؛ لأن الجناية وقعت على عرضه، وعرضه حقه، فالعقاب حقه. انظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/١٥.

(٢) ومن مرجحات كون القذف مما يغلب فيه حق الله: ١- أن الإمام يستوفيه دون المقذوف. ٢- لا يصح فيه العفو. ٣- لا يورث ولا يجوز الاعتياض عنه. ٤- يجري فيه التداخل. ٥- لا يباح بإباحته. ٦- يتنصف بالرق. انظر ابن نجيم: فتح الغفار ٣/٦٠.

## المطلب الثاني

## تقسيم الحق باعتبار محل تعلقه

ويقسم الحق بهذا الاعتبار إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، وإلى حقوق متقررة، وحقوق غير متقررة، وحقوق مجردة، **وحقوق غير مجردة على النحو التالي:**

**أولاً: الحقوق المالية والحقوق غير المالية[1]:**

**أ- الحقوق المالية: وهي الحقوق التي تتعلق بالمال ومنافعه**، ومثالها حق تملك الأعيان، وحقوق الارتفاق، وحق استيفاء منفعة العين المؤجرة، وحق استيفاء الديون، والشفعة وغيرها.

**وتنقسم المالية إلى قسمين:**

**القسم الأول:** الحق الشخصي: وهو مطلب يقره الشرع لشخص على آخر، وبتحليل الحق الشخصي نجد أنه يتضمن أمرين[2]:

١- القيام بعمل لصالح صاحب الحق كحق المشتري في تسلم المبيع، وحق البائع في تسلم الثمن، فالبائع له حق على المشتري يقتضي قيام الأخير بعمل هو تسليم الثمن، وكذلك الأمر بالنسبة للمشتري له حق على البائع هو قيامه بتسليم المبيع.

٢- الامتناع عن عمل لمصلحة صاحب الحق، مثاله حق المودع على الوديع في

---

(١) انظر: ابن قدامة: المغني ٩٨/١٢، ١٢٧، الزرقاء: المدخل الفقهي العام ١٥/٣ وما بعدها، بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ص ٢٩٩، الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ١٨/٤-٢٠.

(٢) يقسم القانونيون مضمون الحق الشخصي إلى ثلاثة أمور: ١- أداء مبلغ في الذمة. ٢- القيام بعمل. ٣- الامتناع عن عمل. ولكننا أن أداء المبلغ يدخل في النوع الأول وهو القيام بعمل .

عدم استعمال الوديعة.

**القسم الثاني**: الحق العيني: وهو ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات، وذلك كحق الملكية، فإن المالك له سلطة التصرف بما يملك واستغلاله واستعماله.

فالحق العيني علاقة بين شخص وشيء معين، أما الحق الشخصي فعلاقة بين شخصين.

**ب- الحقوق غير المالية**: وهي التي ليست أموالاً ولا تعلق لها بالمال، وذلك كحق الولي في التصرف على الصغير، وحق القصاص، وحق الحضانة والطلاق لسبب مشروع، والحقوق السياسية والطبيعية كحق الانتخاب، وحق الحرية.

**ثانياً: الحقوق المتقررة والحقوق غير المتقررة**[1]:

**أ- الحقوق المتقررة**: الحق المتقرر هوالحق الذي يقوم بمحل يدركه الحس، سواء أكان الحق عيناً أو منفعة، ولصاحب الحق سلطة استعمال حقه بما يقتضيه الشرع.

ومن أمثلة الحقوق المتقررة: حق الملكية، وحق الانتفاع بالعين المؤجرة وحق الزوجية، وحق المسيل، وحق المرور...

**ب- الحقوق غير المتقررة**: وهذه على عكس السابقة، فالحق غير المتقرر: هو حق لم يقم بمحل وإنما هو مَكِنَة[2] قررها الشرع لشخص يستطيع من خلالها القيام بتصرف معين.

وذلك مثل حق الشفعة: وهو حق ممنوح شرعاً لشخص أن يتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكليف[3]، والشخص الذي يثبت له هذا

---

(١) انظر: إسماعيل العمري: الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ص٣٣، عبدالودود السريتي: استيفاء الحق بغير قضاء ص٣٧-٣٨.

(٢) بفتح الميم وكسر الكاف: ترد في اللغة بمعنى القدرة، والسلطان، والشدة، قال الفيومي: "ومكنته من الشيء تمكيناً جعلت له عليه سلطاناً وقدرة...، وله مكنة، أي: قوة وشدة.

(٣) الزرقاء: المدخل الفقهي ٢٤٧/١.

الحق هو الشريك والجار الملاصق[1]، فالشريك مثلاً له أن يستعمل حقه ويتملك العقار ويحل محل المشتري، فهو أولى بالعقار من المشتري الأجنبي، والحق يعطيه صفة الأولوية، وله أيضاً أن لا يستعمل هذا الحق.

ومن الأمثلة أيضاً الحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشيح وغيرها.

**ثالثاً: الحقوق المجردة والحقوق غير المجردة[2]:**

أ- **الحق المجرد:** هو الحق الذي لا يترك أثراً إذا تنازل عنه صاحبه، وإنما يبقى المحل المتعلق به الحق كما هو عند المكلف أو من ثبت الحق عليه بعد التنازل كما هو قبل التنازل، وبمعنى آخر إن التنازل عن الحق المجرد لا يغير شيئاً بالنسبة للحالة التي ثبت فيها مثل هذا الحق، ومثاله حق الشفعة السابق الذكر، فالشفيع (صاحب الحق) إذا تنازل عن حقه بتملك العقار المبيع لا يغير ذلك شيئاً في أحكام الصفقة؛ لأن المشتري بقي مشترياً ومتملكاً للعقار فلم يتأثر بالتنازل.

وكذلك حق الخيار، فإذا تنازل من ثبت له الخيار عن حقه تبقى الصفقة ملزمة ولا يتأثر المتعاقد الآخر من ناحية تغير المراكز القانونية.

ب- **الحق غير المجرد:** وهو الحق الذي يترك أثراً بالتنازل عنه بالنسبة لمن ثبت عليه الحق، ومثاله حق القصاص: فهذا الحق يجعل من ثبت عليه القتل عمداً غير معصوم الدم بالنسبة لصاحب الحق في القصاص، وهو ولي الدم، بالشروط الشرعية، ولكن إذا تنازل صاحب الحق في القصاص عن حقه، يتغير الحال بالنسبة للقاتل، فيصبح معصوم الدم بعد أن كان في حكم الأموات.

---

(١) هذا هو رأي الحنفية، أما عند الجمهور فتثبت الشفعة للشريك فقط.

(٢) انظر الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢١.

## المطلب الثالث

## تقسيم الحقوق بحسب قابليتها للإسقاط

تقسم الحقوق بهذا الاعتبار إلى حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط[1]، ومن أمثلة الحقوق التي تقبل الإسقاط حق الشفعة، وحق القصاص، وحق الخيار، ومن أمثلة الحقوق التي لا تقبل الإسقاط حق الحضانة وحق إقامة الحدود وغيرها.

هذا، ولم يضع الفقهاء السابقون ضابطاً يميز الحقوق التي تقبل الإسقاط من التي لا تقبله، إلا أن الشيخ أحمد الزرقاء[2] -رحمه الله تعالى- قد وضع ضابطاً ذكر فيه شروط ما يسقط من الحقوق، استنبطه من كلام الفقهاء وتعليلاتهم لما يسقط من الحقوق وما لايسقط، وكان استنباطه منصباً على المذهب الحنفي، **وخلاصة الضابط الذي وضعه ما يلي**[3]:

**يسقط من الحقوق ما توافرت فيه صفات أربع:**

١- أن يكون الحق غير متعلق بملكية عين، وذلك لأن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبل النقل، وعلى هذا الأساس حرم الإسلام السائبة[4]، ولا يصح الإبراء

---

(١) انظر: الزرقاء: المدخل الفقهي ١/٢٧٥-٢٧٦، ٢/١٠٢٥-١٠٢٦، بدران تاريخ الفقه الإسلامي ص ٢٠٠، السريتي: استيفاء الحق بغير قضاء ص٤٢ -٤٣.

(٢) هو الشيخ أحمد بن محمّد بن عثمان الزرقاء، فقيه حنفي، انتهت إليه الكلمة في المذهب، من مصنفاته: شرح القواعد الفقهية، ت١٣٥٧هـ. انظر: عبدالفتاح أبو غدة: مقدمة كتاب شرح القواعد ص١٣-٢٤.

(٣) انظر شرح القواعد الفقهية ص٢٠٨-٢١٢، مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي ٢/١٠٢٥.

(٤) السائبة هي الشيء الذي يخرجه مالكه إلى غير مالك، وقد حرمها الإسلام بنص القرآن بقوله تعالى: ﴿ما جَعَلَ اللهُ مِنْ بَحِيرَةٍ ولا سَائِبَةٍ وَلاَ وصِيلَةٍ ولا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣]، انظر: الزمخشري: أساس البلاغة ص ٣١٦

عن الأعيان عند الفقهاء، فلو كان لأحد عند آخر شيء مغصوب أو مودع فأبرأه عنه لا يصح الإبراء ويبقى مملوكاً لصاحبه، أما لو تلف في يد الغاصب، ووجب عليه ضمان قيمته فأبرأه المالك، يصح الإبراء؛ لأن الحق انتقل إلى الذمة وهذه تقبل الإسقاط[1].

٢- أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط، فلا يصح الإبراء من دين مثلاً قبل نشوئه، كما لايصح إسقاط الزوجة نفقتها التي لم تجب بعد، ولا إسقاط الجار حقه في الشفعة قبل إبرام عقد البيع، فالحق لم يثبت ولم يوجد حتى يسقط.

٣- أن يكون الحق غالباً للشخص الثابت له (مصلحة صاحبه خالصة أو غالبة) ولذلك لا يجوز إسقاط عقوبات الحدود بإسقاط المجني عليه أو الحاكم؛ لأنها حقوق الله "الحق العام" بخلاف القصاص يسقط بالإسقاط؛ لأنه حق العبد. وكذلك لا يجوز لوصي اليتيم ومتولي الوقف إسقاط حقوقهما في إدارة الأموال التي تحت أيديهما؛ لأنهما لا يعملان لأنفسهما، وكذلك إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة لا يجوز؛ لأنه ليس حقاً خالصاً لها بل للولد المحضون حق لا يقبل الإسقاط من قبل الأم أو الأب.

٤- أن لا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة، مثال ذلك قيام شخص ببيع شيء كان قد رهنه قبل البيع، فللمشتري الخيار في أن يفسخ البيع ويسترد الثمن، فلا يجوز للمشتري إسقاط حقه؛ لأن المرهون قد يباع قضائياً لاستيفاء الدين، فإذا صح إسقاط المشتري السابق حقه في الفسخ، يصبح حقه في تسلم المبيع حقاً احتمالياً محضاً، وهذا غرر فاحش غير مشروع[2].

ومن أمثلته أيضاً أنه لا يجوز للمطلق إسقاط حقه في عدة مطلقته.

٥- وذكر بعض الفقهاء المحدثين[3] وصفاً آخر هو أن لا يكون الشارع قد اعتبر في الحق وصفاً ذاتياً لمن ثبت له، وذلك مثل إسقاط المعتق حقه في الولاء على معتقه، وإسقاط الأب والجد حقهما في الولاية على الصغير.

---

(١) انظر: الزرقاء: المدخل الفقهي ١/٢٧٥-٢٧٦.

(٢) انظر: الزرقاء: المدخل الفقهي ٢/١٠٢٧ "هامش".

(٣) بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ص٣٠٠.

## المطلب الرابع

## تقسيم الحقوق بحسب المقدرة على استيفائها قضاء

**تقسم الحقوق بهذا الاعتبار إلى حق قضائي وحق ديانى[1]:**

**فالحق القضائي:** هو الحق الثابت في ذمة المدين بحسب الحقيقة والواقع، ولكن القاضي لا يستطيع الإلزام به لسببٍ مانعٍ من ذلك، كالعجز عن إثباته، أو للمنع من سماع الدعوى به بعد مرور مدة معينة.

**ومن أمثلة الحق الديانى:** الدين الذي لم يستطع صاحبه إثباته أمام القاضي ولم يعترف به المدين، لا نقول إن الحق ليس موجوداً أو غير مستحق، بل هو ثابت في ذمة المدين، وإن لم يمكن إلزامه به، وسوف يحاسب عليه أمام الله، ويجب على المدين المسارعة إلى قضائه.

فالأحكام القضائية تبنى على الظاهر، أما الأحكام الديانية فتبنى على الواقع والحقيقة، ومن هنا ظهرت الصفة الدينية والوازع الذاتي في الالتزام بالأحكام الشرعية.

---

(١) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢٢، الزرقاء: المدخل الفقهي العام ١/٥٨.

## المطلب الخامس

## تقسيم الحقوق باعتبار قابليتها للإرث

وتقسم الحقوق بحسب هذا الاعتبار إلى قسمين: حقوق تورث وتنتقل إلى الورثة، وحقوق لا تورث.

**أ- الحقوق التي تنتقل بالإرث[1]:**

**اتفق الفقهاء على اعتبار الأنواع التالية من الحقوق التي تورث:**

١- الأموال التي تعود ملكيتها للمورِّث سواء كانت عقارات أم منقولات.

٢- الأموال التي يستحقها المورث في ذمة الغير، وكذلك نصيبه من غلة الوقف، وإن لم يدخل حيازته، ولم يعين بذاته بعد، وكذلك حقه في الدية.

٣- الحقوق العينية التي بمعنى المال أو تابعة له، كحق الشرب والمرور والمسيل.

٤- خيارات الأعيان كخيار العيب وخيار التعيين.

وإلى هذا الحد من الحقوق يتفق الفقهاء كما قدمنا، ولكنهم اختلفوا في اعتبار بعض الحقوق من النوع الموروث. فذهب الحنفية إلى عدم اعتبارها حقوقاً موروثة، في حين ذهب الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبارها موروثة **وهي الحقوق التالية:**

**أ- المنافع: فالمستأجر إذا مات لا يقوم الورثة مقامه في الانتفاع بالعين المؤجرة عند**

---

(١) انظر: بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ص ٣٠١، محمّد عبدالمنعم حبشي: فقه التركات والمواريث: ص١١-١٣، أحمد محمّد داود: الحقوق المتعلقة بالتركة ص٢٧-٣١، السريتي: استيفاء الحق ص٤٤-٤٥.

الحنفية؛ لأن المنافع ليست بمال عندهم[1].

أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروها أموالاً موروثة وهي حقوق ثابتة.

٢- الخيارات الشخصية المحضة كخيار الشرط وخيار الرؤية، وكذلك يلحق بها حق الشفعة أو حق قبول الوصية، فعند الحنفية لا تورث وعند الجمهور تورث.

**ب- الحقوق التي لا تورث:**

اتفق الفقهاء على أن الحقوق الشخصية المحضة وهي التي تتعلق بشخص المورث وليست أموالاً، ولا في معنى المال أو تابعة له، هذه الحقوق لا تورث، وذلك مثل حق الولاية على النفس، وحق الحضانة.

وعند الحنفية المنافع والخيارات الشخصية من الحقوق التي لا تورث.

---

(١) انظر: الزرقاء: المدخل الفقهي ٣/٢٠٤ وما بعدها، المراجع السابقة نفسها.

## المبحث الثالث

## تخصيص القضاء ببعض الحقوق

الأصل في الشريعة الإسلامية أن القاضي كان يحكم في كل المنازعات التي ترد إليه بلا استثناء، ولكن منذ بدايات نشوء الدولة الإسلامية وتوسعها، وازدياد المشكلات وتعقد أمور الحياة، ظهرت الحاجة إلى تخصيص القضاء وتقييده بحسب المصلحة والحاجة التي تتطلب ذلك.

وقد أجاز الفقهاء تخصيص القاضي بالزمان والمكان ونوع الخصومة وأطراف النزاع[1]، والذي يهمنا في هذا المقام تخصيص القضاء وتقييده بالحكم ببعض الحقوق دون أخرى.

- اتفق الفقهاء[2] على جواز تقييد القاضي بأن يحكم ببعض الحقوق (تخصص موضوعي).

**وأساس التخصيص ببعض الحقوق الذي أجازه الفقهاء يمكن رده إلى ثلاثة أنواع:**

**النوع الأول:** التخصيص على أساس نوع الحق المحكوم فيه، فيجوز للحاكم تقييد

---

(١) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص٢٣٠، الحصكفي: الدر المختار مع رد المحتار لابن عابدين ٥/٤١٩، الحموي: غمز عيون البصائر ٢/٣٧١، الخرشي: شرح المختصر ٧/١٤٤-١٤٥، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٣٤-١٣٥، الماوردي: الأحكام السلطانية ص٧٠، ابن قدامة: المغني ١١/٤٨١.

(٢)انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ص٢٣٠، الحصكفي: الدر المختار مع رد المحتار لابن عابدين ٥/٤١٩، الحموي: غمز عيون البصائر ٢/٣٧١، الخرشي: شرح المختصر ٧/١٤٤-١٤٥، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٣٤-١٣٥، الماوردي: الأحكام السلطانية ص٧٠، ابن قدامة: المغني ١١/٤٨١.

القاضي بالحكم في الحقوق الزوجية، ومسائل الأحول الشخصية، أو المسائل الجنائية.

**النوع الثاني**: التخصيص على أساس القيمة المالية للحق المحكوم فيه، فيكون للحاكم أن يحكم بكل المنازعات التي لا يتجاوز الحق المدعى به فيها مقداراً معيناً.

**النوع الثالث**: التخصيص باعتبار أشخاص المنازعة، فيحكم القاضي بحق يتنازعه أشخاص معروفون، لا يتعدى النظر في غير هذه المنازعة.

**ومن أقوال فقهاء المذاهب في ذلك:**

١- قال ابن نجيم: القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات[١]

٢- وقال الحصكفي في الدر المختار: "ويتخصص بزمان ومكان الخصومة"[٢]

٣- قال العلامة الخرشي: "يجوز للإمام الأعظم أن ينصب قاضيين أو أكثر.... كل منهما أو منهم يحكم بنوع من أنواع الفقه كقاضي الأنكحة وما يتعلق بها، أو قاضي الشرطة، وقاضي المياه، وما أشبه ذلك... يجوز للخليفة أن يستثني على القاضي أن لايحكم في قضية بعينها، أولا يحكم بين فلان وفلان"[٣].

٤- وقال الشيرازي[٤]: ويجوز أن يجعل إلى أحدهما القضاء في حق، وإلى الآخر في حق....[٥].

---

(١) الأشباه والنظائر ص٢٣٠.

(٢) الدر المختار مع رد المحتار ٤١٩/٥.

(٣) شرح مختصر خليل ١٤٤/٧، وذكر الدردير ما هو قريب من هذا المعنى: الشرح الكبير ص ١٣٤-١٣٥.

(٤) أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، شيخ الإسلام علماً وعملاً، من أكابر فقهاء الشافعية، برع في الفقه والأصول والكلام والخلاف، من مصنفاته: المهذب، التنبيه، اللمع، النكت في الخلاف، المعونة في الجدل، ت٤٧٦هـ.انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٧٢/٢، الإسنوي: طبقات الشافعية ٨٣/٢-٨٤.

(٥) المهذب مع المجموع ١٢٨/٢٠.

٥- قال الإمام الماوردي: "فأما النظر الخاص: فهو أن يقلد النظر في المداينات دون المناكح والحكم بالإقرار من غير سماع بينة، أو في نصاب مقدر من المال لا يتجاوزه، فهذا جائز ويكون مقصورَ النظر على ما قلد. قال أبو عبدالله الزبيري[١]: "لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد، يحكم في مايتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها، ويفرض النفقات، ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له"[٢].

٦- قال النووي: "لو نصب قاضيين في بلد، وخص كلّاً بمكان أو زمان أو نوع جاز"[٣] وقال الشربيني[٤] في شرح عبارة "أو نوع": (أونوع) من الحكم كأن جعل أحدهما يحكم في الأموال، والآخر في الدماء والفروج (جاز) لعدم المنازعة بينهما[٥].

٧- قال ابن قدامة[٦]: ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل، فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال، نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها" وهذا في الاستخلاف.

وقال أيضاً: ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد، يجعل لكل واحد عملاً، فيولي أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم في المداينات، وآخر النظر في

---

(١) هو أبو عبدالله، الزبير بن أحمد، يتصل نسبة بالزبير بن العوام، من كبار علماء الشافعية البصريين، له كتاب الكافي والمسكتات، ت٣١٧هـ، انظر: الإسنوي: طبقات الشافعية ١/٦٠٦-٦٠٧.

(٢) أدب القاضي للماوردي ١/١٧٢-١٧٣.

(٣) المنهاج بهامش مغني المحتاج ٤/٣٧٩.

(٤) هو محمّد بن محمّد الشربيني الشافعي، الخطيب، إمام، فقيه، مفسر، أصولي، من مصنفاته: شرح المنهاج المسمى مغني المحتاج، السراج المنير، وغيرها. ت٩٧٧هـ.
انظر: ابن العماد: شذرات الذهب ٨/٣٨٤.

(٥) مغني المحتاج ٤/٣٧٩.

(٦) موفق الدين، عبدالله بن أحمد بن محمّد المقدسي، الجمّاعيلي، عالم فقيه، مجتهد، من مصنفاته: شرح مختصر الخرقي المسمى بالمغني، وله أيضاً روضة الناظر في الأصول، وكتاب التوابين، ت٦٢٠هـ.
انظر: ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب ٥/٨٨ وما بعدها

العقار.[1] ومسألة تخصيص القضاة تستند في أصلها إلى مبدأ النيابة، فالقاضي نائب عن الخليفة، فهو كالوكيل يقيد بما في عقد الوكالة[2].

كما أن مصلحة الأمة تقتضي ذلك، فالتخصص يجعل القاضي أقدر على معرفة حقائق المسائل ودقائقها، كما أن فيها تيسيراً على المتقاضيين؛ لأن عدد القضاة يكون أكثر، كما ورد ذلك في عهد الصحابة، فقد ورد عن عمر ﷺ أنه قال لأحد القضاة: "اكفني صغار الأمور" فكان يقضي في الدرهم والدرهمين[3]، كما ورد أنه منع القضاة من الحكم بالقتل إلا بإذنه[4].

وتخصيص القضاء المذكور آنفاً ملزم للقاضي لا يجوز له أن يتعداه، وإلا شاب حكمه البطلان[5].

والقانون الوضعي المطبق حالياً في معظم الدول العربية يتفق مع الشريعة في هذا المجال، فهناك المحاكم المدنية، والمحاكم الجنائية، والمحاكم الإدارية، والدستورية، ومحاكم الأحوال الشخصية، والمحاكم الخاصة غير أن الفارق بين القانون والشريعة أن الشريعة هي الحاكمة والمطبقة في جميع أنواع المحاكم وتخصصاتها، أما القانون فالمحاكم الشرعية أو محاكم الأحوال الشخصية تحكم بقواعد الشريعة، أما المحاكم الأخرى فقواعدها تختلف من قانون لآخر[6].

---

(١) المغني ٤٨١/١١.

(٢) انظر: الشيرازي: المهذب مع المجموع ١٢٨/٢٠.

(٣) سبق تخريج هذا الأثر في هذه الرسالة.

(٤) ابن فرحون: تبصرة الحكام ١٢/١.

(٥) انظر: المراجع السابقة، وكذلك: الماوردي: أدب القاضي ١٧٣/١.

(٦) انظر في مسألة الاختصاص القضائي: قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني المواد ٢، ٣، منه والمواد ٩٩-١١٠ من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢م وكذلك: عبدالباسط جميعي: نظرية الاختصاص ص ٣ وما بعدها، القشطيني: شرح أحكام المرافعات ١٢٩/١، الإنطاكي: أصول المحاكمات ص ٢٢٩ وما بعدها.

# المقوم الخامس

# المحكوم بـــــــه

ويتضمن تمهيداً ومبحثين:

المبحث الأول: الشرع الواجب التطبيق

المبحث الثاني: تقييد القاضي في مصادر أحكامه

## تمهيـــــد

**يطلق المحكوم به ويراد به أمران:**

**الأول**: الأدلة الشرعية التي استنبط القاضي حكـم الواقعـة المعروضـة أمامـه منهـا، وعلى هذا المعنى جرت كتب المالكيّة في الحديـث عـن المحكـوم بـه كقـول ابـن راشـد البكري[1]: "المقضي به وهـو الكتـاب والسـنة... إلخ" وكذلـك ابـن فرحـون[2]وتبعـه ميّارة[3] إذ يقولان: "المقضي به وهـو الحكـم مـن كتـاب الله....إلخ" وهـذا الاتجـاه في المعنى يوافق منطوق حديث النبي ﷺ حينما بعث معاذ بن جبل إلى اليمين قاضياً وقـال له: «إذا عرض لك قضاء؟ فقال: أقضي بكتـاب الله... »[4]فـالمقضي بـه هوالمحكـوم بـه وهو الذي تحدث عنه معاذ بن جبل، وبدأ بكتاب الله، ثم سنّة رسوله ﷺ.

**الثاني**: ما تتضمنه صيغة الحكم النهائيّة من إلزام للمحكوم عليه، أو إيقاع العقوبة عليه، أو استحقاق المحكوم له للحق المتنازع عليه، وبعبارة أخـرى المحكـوم بـه هـو مـا يتضمنـه قـرار القـاضي المتعلـق بموضـوع الدعـوى، ومثـال ذلـك: دعـوى الحـقّ العـام الشرعي المقامة ضدّ زوجين، يطلـب فيهـا المدعـي بـالحقّ العـام الشـرعي التفريـق بـين الزوجين المذكورين بسبب حرمة الرّضاع بينهما، فعند ثبوت هذه الدعوى يكون قرار القاضي النهائي مثلاً هو "حكمت بفسخ النكاح بين فـلان وفلانـة، أو بفسـخ نكـاح فلان على فلانة بثبوت الرضاع بينهمـا....إلخ" فـالمحكوم بـه هنـا هـو "فسـخ النكـاح" والمحكوم به في معناه الأخير هذا هو الذي استخدمه فقهاء الحنفية مع التوسع في معناه، فقد قسموا المحكوم به إلى أربعة أقسام: "حق الله، وحق العبد، وما اجتمـع فيـه الحقـان

---

(١) في لباب اللباب ص ٢٥٤.

(٢) في تبصرة الحكام ١/٤٤.

(٣) في شرحه على تحفة ابن عاصم ١/١٦.

(٤) تقدم تخريج هذا الحديث

وحق الله غالب، وما اجتمع فيه الحقّان وحق العبد غالب[1] وأدخلوا فيه أيضاً أنواع الحكم كالحكم بالموجب والحكم بالصحة[2].

وسنسير في هذا البحث وفق المفهوم الأول للمحكوم به، وذلك لموافقته لحديث معاذ المتقدّم، بالإضافة إلى أن المحكوم به بمعناه الثاني، سيأتي ذكره وتفاصيله في أنواع الحكم القضائي.

وفي المحكوم به كمقوم من مقومات الحكم القضائي تظهر الميزة الرئيسية للتشريع المطبّق في البلاد، وذلك أن القانون الذي تتبناه الدولة سواء كان تشريعياً سماوياً أم وضعياً لا تظهر قيمته ولا فائدته إلا عند حيّز التطبيق، فعندما تعرض القضيّة على القاضي يطبّق قواعد القانون عليها؛ ليظهر المحق من المبطل، وحكم القاضي ملزم للخصوم، وقابل للتطبيق بالقوة إذا أظهر المحكوم عليه ممانعة في أداء الحق الذي ألزمه القاضي به، إضافة إلى أن العمليّة القضائية وبالتحديد الحكم القضائي لا يتم إلا بوجود قانون (تشريع) يرجع إليه الحاكم؛ ليعرف حكم الواقعة التي تعرض أمامه، وقد بيّن الإمام ابن القيم هذه الأهميّة للمحكوم به (التشريع) بقوله: "الحاكم محتاج إلى ثلاثة أشياء، لا يصح له الحكم إلا بها، معرفة الأدلة، والأسباب والبيّنات.

فالأدلة: تعرفه الحكم الشرعي.

**والأسباب**: تعرفه ثبوته[3] في هذا المحل المعيّن، أو انتفاءه عنه.

**والبيّنات**: تعرفه طريق الحكم عند التنازع، ومن أخطأ في واحد من هذه الثلاثة أخطأ في الحكم[4].

---

(١) ابن الغرس: الفواكه البدرية: ٢٤ وما بعدها.

(٢) ابن الغرس: المرجع السابق نفسه ص٣٣ وما بعدها .

(٣) أي ثبوت الحكم في الواقعة المعروضة.

(٤) بحثت عن مصدر هذه المقولة فلم أجدها ولكن ذكرها ابن القاسم النجدي في حاشية الروض المربع ٥٢٢/٧.

## المبحث الأول

## الشرع الواجب التطبيق

### المطلب الأول

### الأدلة على وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء جميعاً على أن الشرع الواجب التطبيق هو شرع الله، وأنّه لا يحل الحكم إلا بما أنزل الله، لأنّه الحقّ وغيره جور وظلم[1].

والأدلة على ذلك من الكتاب والسنّة وفعل الصحابة كثيرة لا يستوعبها هذا البحث، ولكن نختار بعضها مما يدل على المطلوب:

**أولاً: الأدلة من الكتاب:**

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللَّـهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾ [النساء:٥٩].

ففي هذه الآية أمر للمؤمنين ﴿أَطِيعُواْ اللَّهَ﴾ أي اتبعوا كتابه و﴿أَطِيعُواْ الرَّسُولَ﴾ أي خذوا سنته ﴿وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ أي فيما أمروكم به من طاعة لا في معصية الله، ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّـهِ وَالرَّسُولِ﴾ أي إلى كتاب الله وسنّة رسوله،

---

(١) انظر: ابن حزم: المحلى ٣٦٢/٩، الكاساني: البدائع ٤/٧، ابن قدامة: المغني ٣٩٩/١١، البكري: لباب اللباب ص ٢٥٤.

وهذا أمر من الله عزّ وجلّ بأن كل شيء تنازع النّاس فيه من أصول الدين وفروعه، أن يردّ التنازع في ذلك إلى الكتاب والسنّة، كما قال تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [الشورى: ١٠] فما حكم به الكتاب والسنّة وشهدا له بالصحة فهو الحق، وماذا بعد الحقّ إلا الضلال، ولهذا قال تعالى: ﴿إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾ أي ردوا الخصومات والجهالات إلى كتاب الله وسنّة رسوله فتحاكموا إليهما فيما شجر بينكم، ومن لم يتحاكم في محل النزاع إلى الكتاب والسنّة، ولا يرجع إليهما في ذلك فليس مؤمناً بالله، ولا باليوم الآخر[١].

٢- قوله تعالى: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾ [النساء: ٦٥].

قال الإمام الرازي[٢]: "وفي هذه الآية دلالة على أن من ردّ شيئاً من أوامر الله تعالى، أو أوامر الرسول ﷺ، فهو خارج من الإسلام، سواء ردّه من جهة الشكّ فيه، أو من جهة ترك القبول والاقتناع من التسليم...[٣]، إذن قبول ما جاء به الرسول والحكم به واجب، وتركه حرام، والآية التي نحن بصددها حكمها باقٍ إلى يوم القيامة، وأحكام الشريعة هي قضاء وحكم للرسول ﷺ، لأنه المُبلغ عن ربه[٤].

٣- وفي معنى الآية السابقة قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلاَ مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلاَلاً مُّبِيناً﴾ [الأحزاب: ٣٦].

٤- وردت آيات كثيرة تأمر الرسول ﷺ بالحكم بما أنزل الله إليه، والأمر للرسول

---

(١) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم ٥١٨/١ بتصرف، وانظر: الرازي الجصّاص أحكام القرآن ٢١١/١.

(٢) هو أحمد بن علي، أبو بكر الرازي الجصّاص، كان إمام الحنفية في عصره، فقيه أصولي، مفسر، من مصنفاته: أحكام القرآن، كتاب في الأصول، أدب القضاء، شرح مختصر الطحاوي، ت٣٧٠هـ، انظر اللكنوي: الفوائد البهية ص ٢٧-٢٨.

(٣) أحكام القرآن ٢١٤/١.

(٤) انظر: الألوسي: روح المعاني مجلد ٢ ج ٧١/٩، القاسمي: محاسن التأويل ٢٧٣/٥، وكذلك ابن كثير: تفسير القرآن العظيم ٥٢٠/١.

هو أمر لأمته من بعده ومن ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لاَ يَعْلَمُونَ﴾ [الجاثية:١٨].

ب- ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾ [المائدة:٤٨].

جـ- ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة:٤٩].

د- ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللّهُ﴾ [النساء:١٠٥].

هـ- وردت آيات تحذر من الحكم بغير ما أنزل الله، وتعتبر الحاكم بغير ما أنزل كافراً وفاسقاً وظالماً لنفسه ولغيره، لأنّه تعدّى حدود الله، وإذا كان الحكم بغير ما أنزل الله محرّماً، فيكون ضدّه واجباً، وهو الحكم بما أنزل الله، ومن هذه الآيات:

- قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾.

- وقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.

- وقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [المائدة:٤٤-٤٥-٤٧].

وأصحّ ما قيل في تفسير هذه الآيات وبخاصّة الأولى منها: "أن الحكم بغير ما أنزل الله يتناول الكُفْرَين، الأصغر والأكبر بحسب حال الحاكم، فإن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله في هذه الواقعة وعدل عنه عصياناً، مع اعترافه بأنّه مستحق للعقوبة، فهذا كفر أصغر، وإن اعتقد أنّه غير واجب، وأنه مخيّر فيه، مع تيّقنه أنّه حكم الله، فهذا كفر أكبر، وإن جهله وأخطأه: فهذا مخطىء له حكم المخطئين"[1].

---

(١) ابن القيم: مدارج السالكين ١/٣٣٦-٣٣٧.

**ثانياً: الأدلة من السنّة:**

لا تقل دلالة السنّة على وجوب الحكم بما أنزل الله عن دلالة الكتاب، سواء أكانت السنّة عمليّة أم قوليّة، وذلك لأن السنّة[1] في الأصل هي من الوحي غير المتلو، كما أنّها بمنزلة التفسير والشرح لمعاني أحكام الكتاب، وراجعة في معناها إليه، فهي إمّا تفصيل مجمله، وبيان مشكله، وبسط مختصره، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النمل:٤٤] فلا تجد في السنّة أمراً إلا والقرآن قد دلّ عليه دلالة إجماليّة أو تفصيليّة[2] . ويقول الرسول ﷺ: «ألا إنّي أوتيت القرآن ومثله معه»[3].

ولذلك كانت حياة الرسول ﷺ تطبيقاً لما جاء في القرآن، فهو عليه الصلاة والسلام لا ينطق عن الهوى ونحن مأمورون باتباعه وطاعته، وأن نأتمر بأمره وننتهي عمّا نهانا عنه.

فبالنسبة للسنّة العملية فقد كانت تطبيقاً للحكم بما أنزل الله، وهذا واضح في أقضيّة النبي ﷺ الفعلية، كحكمه في القصاص والديات والرجم والوصايا والأحوال الشخصيّة من لعان وطلاق وإرث وغيرها[4].

أمّا السنّة القوليّة فنورد بعض الأحاديث التي تنص على الحكم بما أنزل الله في الكتاب والسنّة وغيرهما من مصادر التشريع.

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب الناس في حجّة الوداع فقال: «يا أيّها الناس إنّي قد تركت فيكم ما إن اعتصمتم به فلن تضلّوا أبداً،

---

(١) وتشمل السنّة بمعناها الواسع ما أثر عن الرسول ﷺ من قول وفعل وتقرير.

(٢) الشاطبي: الموافقات ٤/١٠-١٢.

(٣) أخرجه أبو داود: السنن ٥/١٠، كتاب السنة، باب لزوم السنة، ابن حنبل: المسند ٤/١٣١.

(٤) انظر في ذلك القرطبي: أقضية رسول الله ﷺ، ابن القيم: زاد المعاد.

كتاب الله وسنّة نبيه»[1] ووجه الدلالة من هذا الحديث أن المسلمين إذا أخذوا في أمور حياتهم وأحكامهم بغير كتاب الله وسنّة نبيه فإنّهم سيضلّون، ولذلك لا يجوز الحكم إلا بكتاب الله وسنّة نبيه ﷺ.

٢- قوله ﷺ لمعاذ حينما بعثه إلى اليمن قاضياً: «كيف تقضي إذا عرضَ لك قضاء" قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجده في كتاب الله؟ قال: أقضي بسنّة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجده في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي لا آلو، قال: فضرب بيده في صدري وقال: الحمد لله الذي وفّق رسولَ رسولِ الله ﷺ لما يرضي رسول الله ﷺ»[2].

ووجه الدلالة أن الرسول قد أقر معاذاً ووافقه على تعداده لمصادر الحكم عنده في القضاء، وهي الكتاب والسنّة والاجتهاد لما ليس فيه كتاب ولا سنّة.

٣- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ»[3]، ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الحكم بغير ما أنزل الله هو عمل ليس عليه أمر الإسلام، وبالتالي كل حكم بغير شرع الله هو حكم باطل مردود، ولذلك نجد الإمام مسلم بن الحجاج قد استنبط من هذا الحديث أن الأحكام التي ليست موافقة للشرع باطلة، وجعل عنوان الباب الذي ورد هذا الحديث فيه هو "باب نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور"[4].

٤- قوله ﷺ: «من حالت شفاعته دون حدّ من حدود الله فقد ضادَّ الله في

---

(١) أخرجه: البيهقي: السنن الكبرى ١١٤/١٠، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي، ابن حنبل: المسند ٢٦/٣، ابن ماجه: السنن ١٠٢٥/٢، كتاب المناسك، باب حجة رسول الله ﷺ.

(٢) تقدّم تخريجه .

(٣) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ٣٠١/٥، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، ومسلم: الصحيح (بشرح النووي) ١٦/١٢ كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور.

(٤) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١٦/١٢.

أمره»[1].

٥- قوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة إمام حكم بغير ما أنزل الله»[2].

ووجه الدلالة من هذين الحديثين أن حدود الله هي من حكم الله، والذي يقع فيها يبتغي تعطيل حكم الله، وهذا أمر نهى عنه الرسول ﷺ حينما شفع لديه أسامة بن زيد في المرأة المخزوميّة التي سرقت، فقام وقال: «والله لو أن فاطمة بنت محمّد سرقت لقطعت يدها»[3] وهذا كلّه يدل على أن حكم الله واجب التطبيق.

**ثالثا: أقوال الصحابة وأفعالهم:**

وأقوال صحابة رسول الله ﷺ في الأمر بالحكم بما أنزل الله **كثيرة نختار منها:**

١- ما رواه البيهقي عن أبي بكر ﷺ كان إذا ورد عليه خصم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي به قضي به بينهم، فإن لم يجد في الكتاب نظر هل كانت من النبي ﷺ فيه سنّة، فإن علمها قضى بها، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين[4] أي عن قضاء النبي فيها.

٢- وروى البيهقي أيضاً أن عمر بن الخطاب ﷺ كان يفعل مثل أبي بكر رضي الله عنه "فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنّة نظر هل كان لأبي بكر ﷺ فيه قضاء، فإن وجد أبا بكر ﷺ قد قضى فيه بقضاء قضى به، وإلا دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم

---

(١) أخرجه: الإمام أحمد بن حنبل: المسند ٢/٧٠-٨٢، أبو داود: السنن ٤/٢٣، كتاب الأقضية، باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها.

(٢) أخرجه الحاكم النيسابوري: المستدرك على الصحيحين ٤/٨٩، كتاب الأحكام وقال الحاكم عقبه: حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه، وقد تعقبه الذهبي وقال: سنده مظلم، وفيه عبدالله بن محمّد العدوي متهم، الذهبي: التلخيص بهامش المستدرك ٤/٨٩.

(٣) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ٧/٨٨، كتاب فضائل الصحابة، باب ذكر أسامة بن زيد، ومسلم: الصحيح ٢/١٣١٥، كتاب الحدود، باب قطع يد السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود.

(٤) أخرجه البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١١٤، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي.

فاستشارهم، فإذا أجمعوا على الأمر قضى بينهم"[1].

٣- روى البيهقي عن شريح أن عمر بن الخطاب ﷺ كتب إليه إذا جاءك أمر في كتاب الله عزّ وجلّ فاقض به، ولا يلفتنك عنه الرّجال، فإن أتاك ماليس في كتاب الله، فانظر سنّة رسول الله ﷺ فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، ولم يكن فيه سنّة رسول الله ﷺ، فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، ولم يكن فيه سنّة من رسول الله ﷺ، ولم يتكلم فيه أحد قبل، فاختر أي الأمرين شئت، إن شئت أن تجتهد برأيك ثم تقدّم فتقدّم، وإن شئت أن تأخر فتأخر ولا أرى التأخير إلا خيراً لك»[2].

٤- كما روي عن عبدالله بن مسعود أنّه قال: "إذا حضرك أمر لا تجد منه بداً فاقض بما في كتاب الله، فإن عييت فاقض بسنّة نبي الله، فإن عييت فاقض بما قضى به الصالحون، فإن عييت فأومي إيماء ولا تألُ فإن عييت فافرر منه ولا تستحي"[3].

٥- وقال ابن مسعود أيضاً: "أيّها الناس قد أتى علينا زمان لسنا نقضي ولسنا هنالك، فإن الله عزّ وجلّ قد بلغنا ما ترون، فمن عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض فيه بما في كتاب الله عزّ وجلّ، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله عزّ وجلّ، فليقض فيه بما قضى به رسول الله ﷺ، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله عزّ وجل، ولم يقض به رسول الله ﷺ، فليقض بما قضى به الصالحون، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله، ولم يقض به رسول الله ﷺ، ولم يقض به الصالحون، فليجتهد رأيه، ولا يقولنّ أحدكم إنّي أخاف وإنّي أرى، فإن الحلال بيّن، والحرام بيّن، وبين ذلك أمور مشتبهة، فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك"[4].

---

(١) أخرجه البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١١٥، الموضع السابق نفسه.

(٢) السنن الكبرى: ١٠/١١٥، كتاب القاضي، باب ما يقضي به القاضي.

(٣) أخرجه عبدالرزاق الصنعاني: المصنف ٨/٣٠١، كتاب البيوع، باب قضاء أصحاب محمّد ﷺ.

(٤) البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١١٥، الموضع السابق نفسه.

٦- وروى أيضاً مثل ذلك عن زيد بن ثابت وابن عبّاس وغيرهم[١].

فهذه الأدلة من الآيات القرآنيّة، والأحاديث النبويّة، والآثار الواردة عن الصحابة، وإجماعهم أيضاً ومن بعدهم، كل ذلك يدل دلالة واضحة وأكيدة على وجوب تحكيم الشرع، وأنّه وحده مصدر الأحكام القضائية وغير القضائية، وبدون ذلك تصبح الشريعة الإسلاميّة ما يتعلق بها من أدلة ونظم وأحكام مجرّد آراء نظريّة، أو مجرّد مرحلة زمنيّة تاريخية تدرس باعتبارها تراثاً مضى فحسب.

## المطلب الثاني

## مصادر الأحكام القضائية الشرعيّة

أمّا مصادر الأحكام التي يستند إليها القاضي في حكمه، والتي تعتبر حكمه فيها حكماً مستمداً من شريعة الله، فهي نفسها مصادر التشريع الإسلامي.

إلا أن الفقهاء قد ميّزوا بين نوعين من القضاء بحسب قدرتهم على الاجتهاد[٢]

**فالأول**: هو المجتهد، والثاني: المقلّد، ونرجىء بحث المقلّد إلى المبحث الثاني، ونقصر حديثنا على القاضي المجتهد فقط.

فإذا كان القاضي من أهل الاجتهاد فقد أوجب الفقهاء عليه أن يستقي أحكامه من مصادر التشريع الأصليّة مباشرة، ولا يجوز له التقليد، قال الإمام النووي: "ليس لمجتهد أن يقلّد مجتهداً لا ليعمل به ولا ليفتي به، ولا إذا كان قاضياً ليقضي به"[٣].

وبما أن المجتهد سيأخذ حكمه من مصادر التشريع، وهي متعدّدة بطبيعة الحال، فلا بدّ حينئذ أن يراعي ترتيب المصادر بحسب المنهج الذي ينتهجه ذلك المجتهد، وفي

---

(١) المرجع السابق نفسه.

(٢) انظر: الكاساني: البدائع ٤/٧-٥، ابن عابدين: شرح منظومة رسم المفتي ١٠/١، القرافي: الإحكام ص٢٠، ابن فرحون: التبصرة ٤٤/١-٤٥، ابن قدامة: المغني ٣٩٨/١١-٤٠٠.

(٣) روضة الطالبين ١٠٠/١١.

ذلك يقول ابن أبي الدم[1] مبيّناً بعض صفات من يتولّى القضاء، فينبغي أن يكون "قادراً على استخراج المعاني المفهومة من الألفاظ المنقولة عارفاً بطرق النظر، وترجيح الأدلة، قيّاساً فهماً، فطناً، قادراً على معرفة الأدلة ووضعها وترتيبها، وإقامتها على الأحكام المختلف فيها، متمكناً من ترجيح الأدلة بعضها على بعض"[2]

**أ- ترتيب المصادر في المذهب الحنفي[3]:**

**المصدر الأول:** كتاب الله تعالى.

**المصدر الثاني:** السنّة النبويّة سواء كانت متواترة أم مشهورة أم آحاداً.

**المصدر الثالث:** الآثار الواردة عن صحابة رسول الله ﷺ **وهذا المصدر له حالتان:**

- **الحالة الأولى:** أن يتّفق الصحابة على قول في المسألة، وبالتالي يكون عملهم إجماعاً لا يجوز لأحد أن يخالفهم في ذلك، وعلى القاضي الحكم به.

- **الحالة الثانية:** أن يختلف الصحابة في حكم المسألة إلى أقاويل محصورة، فهذا أيضاً يعتبر إجماعاً منهم على أن الحق لا يتعدّى ما قالوه، فلا يجوز لأحد أن يخالفهم ويبتدع شيئاً من رأيه، ولكنّه يختار أحسن الأقاويل ويحتكم به.

**المصدر الرابع:** الاجتهاد، بأن يجتهد القاضي في إيجاد حكم المسألة المعروضة أمامه، وأول شيء في الاجتهاد إعمال القياس، قال السرخسي[4]: "للقاضي أن يجتهد فيما لا نصّ فيه، وإنّه لا ينبغي أن لا يدع الاجتهاد في موضعه لخوف الخطأ، فإن ترك

---

(١) شهاب الدين، أبو إسحاق، إبراهيم بن عبدالله الهمداني، من أئمة الشافعية، فقيه، مؤرخ، من مصنفاته: أدب القضاء، شرح مشكل الوسيط، كتاب في التاريخ، ت٦٤٢هـ. انظر: طبقات الشافعية للإسنوي: ١/٥٤٦-٥٤٧.

(٢) أدب القضاء ص٨٠-٨١.

(٣) انظر: السرخسي: المبسوط ١٦/٨٣-٨٥، السمناني: روضة القضاة ١/١٠٨-١٠٩، السمر قندي: ميزان الأصول ص ٧٦، الكاساني: البدائع ٧/٤، الخبازي: المغني في أصول الفقه ص ١٨٣.

(٤) هو محمّد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر شمس الأئمة، إمام علامة، من كبار فقهاء الحنفية،ومن المجتهدين في المسائل عندهم، من مصنّفاته: كتاب المبسوط الذي أملاه وهو في السجن (البئر) وله كتاب في الأصول، وشرح السير الكبير،ت٤٩٠هـ، انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص ١٠٨-١٠٩.

الاجتهاد في موضعه بمنزلة الاجتهاد في غير موضعه...."[1] وقال في موضع آخر بأن القاضي مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نصّ فيه[2]، وقد استدلّ الحنفيّة على ترتيب هذه المصادر بحديث معاذ لما بعثه الرسول ﷺ قاضياً إلى اليمن، وبأقوال الصحابة وأفعالهم كأبي بكر وعمر وابن مسعود التي تقدّم ذكرها والحديث عنها.

إضافة إلى أن هذا الترتيب لمصادر الأحكام هو الذي يسير عليه إمام المذهب أبو حنيفة رحمه الله، وتعرف هذه المسألة بـ"أصول مذهب أبي حنيفة" فقد قال رحمه الله: "إنّي آخذ بكتاب الله إذا وجدته، فما لم أجده فيه، أخذت بسنّة رسول الله ﷺ والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات، فإذا لم أجده في كتاب الله، ولا سنّة رسول الله، أخذت بقول أصحابه من شئت، وأدع من شئت، ثم لا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيّب فعليّ أن أجتهد كما اجتهدوا"[3].

**ب- ترتيب المصادر في المذهب المالكي[4]:**

**المصدر الأول:** الحكم من كتاب الله

**المصدر الثاني:** السنة النبوية، وهي مرتبتين:

– **المرتبة الأولى:** السنّة التي صحبها عمل أهل المدينة، وهذه مقدّمة على أخبار الآحاد وعلى القياس أيضاً.

---

(١) المبسوط ٦٩/١٦.

(٢) المبسوط ٦٨/١٦.

(٣) البغدادي: تاريخ بغداد ٣٦٨/١٣، أبو زهرة: أبو حنيفة ٢٣٥، محمّد الخضري: تاريخ التشريع الإسلامي ص ١٩٦، أحمد إبراهيم: تاريخ التشريع ص ٣٦، محمّد علي السايس: تاريخ الفقه الإسلامي ص ٩٣-٩٤، محمّد الشيخ محمّد جابر: الفقه الإسلامي ١٢، محمّد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ١٧٢، عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ التشريع ص ٨٤.

(٤) البكري: لباب اللباب ص ٢٥٤، ابن فرحون: التبصرة ٤٤/١-٤٥، ميارة: شرح تحفة ابن عاصم ١٦/١.

- **المرتبة الثانية**: السنّة عموماً (التي لم يصاحبها عمل).

**المصدر الثالث**: الإجماع، وأَوْلى الإجماع إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

**المصدر الرابع**: أقضية الصحابة وأقوالهم، والمقصود بهذا المصدر أقضية الصحابة في حالة اختلافهم في المسألة، لأنهم إذا اتّفقوا على حكم ما، فإنّه يعتبر إجماعاً منهم والعمل يكون حينئذ بموجب الإجماع.

**وهذا المصدر على مرتبتين:**

- **المرتبة الأولى**: أقضية الصحابة التي صاحبتها الأعمال، وهذه يعمل بها في الأحكام ويقدّمها على غيرها.

- **المرتبة الثانية**: أقضية الصحابة التي لم يصاحبها عمل، وفي هذا النوع يتخير القاضي من أقوالهم ولا يخالفهم. وفي قول آخر عن المالكيّة، إنّه يجوز للقاضي أن يخرج عن أقوال الصحابة، التي اختلفوا فيها و لم يصاحبها عمل.

**المصدر الخامس**: إذا لم يجد القاضي حكم المسألة في المصادر السابقة، فإنّه يقضي حينئذ بما يؤدي إليه النظر والاجتهاد، وأوّل الاجتهاد القياس على الأصول السابق ذكرها.

**جـ- ترتيب المصادر في المذهب الشافعي**[1]:

**المصدر الأول**: القرآن الكريم.

**المصدر الثاني**: السنّة النبويّة.

**المصدر الثالث**: الإجماع.

**المصدر الرابع**: القياس.

أمّا أقضية الصحابة وأقوالهم فهي إن لم تنتشر فيهم وأصبحت إجماعاً فليس بحجّة،

---

(١) انظر: الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٦/٤.

وذلك لأن الصحابي غير معصوم عن الخطأ، ولكن يرجع إلى قولهم -رأي الصحابة- لترجيح أحد القياسين على الآخر، واختلاف الصحابة عند الشافعيّة كاختلاف سائر المجتهدين.

وهذا الترتيب هو منهج إمام المذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى الذي يقول في كتابه القيم "الرسالة: "و لم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد: الكتاب والسنّة والإجماع والآثار، وما وضعت من القياس عليها"[1].

ويقول رحمه الله مرتّباً الأدلة: "والعلم من وجهين: اتباع واستنباط، والاتّباع اتّباع كتاب، فإن لم يكن فسنّة، فإن لم تكن فقول عامّة سلفنا لا نعلم له مخالفاً"[2]، فإن لم يكن فقياس على كتاب الله، فإن لم يكن فقياس على سنّة رسول الله ﷺ، فإن لم يكن فقياس على قول عامّه سلفنا لا مخالف له....."[3].

**د- ترتيب المصادر في المذهب الحنبلي:**

قال الإمام ابن قدامة في المغني: "وإذا حدثت حادثة، نظر -أي القاضي- في كتاب الله، فإن وجدها وإلا نظر في سنّة رسوله، فإن لم يجدها، نظر في القياس فألحقها بأشبه الأصول بها لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل"[4] **ومن هذا النص يتبيّن أن ترتيب المصادر هو:**

**الأول:** الكتاب.

**الثاني:** السنّة.

**الثالث:** القياس على الكتاب والسنّة.

---

(١) الرسالة ص٥٠٨.

(٢) يقصد بذلك الإجماع.

(٣) اختلاف الحديث للشافعي نقلاً عن كتاب الرسالة ص٥١٢، بتحقيق أحمد شاكر.

(٤) المغني ٣٩٩/١١، وتبع صاحب المغني في هذا القول شمس الدين المقدسي في كتاب الشرح الكبير ٤٤٦/١١-٤٤٧.

فهو لم يذكر الإجماع ولا أقضية الصحابة مع العلم أن الحنابلة يعتبرون الحكم المخالف للإجماع باطلاً، إضافة إلى أن هذا الترتيب يخالف ترتيب الأدلة في أصول المذهب الحنبلي، والتي نعتقد أنّها أرجح في التطبيق ممّا ذكره ابن قدامة في المغني، والذي يمكن تخريجه على أنّه ذكر الأصول العامّة التي يؤيد بها حديث معاذ بن جبل[1].

أمّا أصول المذهب الحنبلي التّي كان الإمام أحمد يعتمد عليها في فتاويه واستنباطاته فهي خمسة أصول كما حدد ذلك العلامة ابن القيم[2] **وهي:**

**الأصل الأول: النصّ**: سواء كان نصّ الكتاب أو السنّة، فإذا وجد نصّاً في المسألة أفتى بموجبه، و لم يلتفت إلى ما خالفه، ولا إلى من خالفه كائناً من كان.

**الأصل الثاني: فتوى الصحابي**: إذا لم يعرف له مخالف من الصحابة.

**الأصل الثالث: فتاوى الصحابة**: إذا اختلفت في المسألة الواحدة، فيختار منها أقربها من الكتاب والسنّة، أي أنّه لا يخرج عن أقوالهم.

**الأصل الرابع: الأخذ بالحديث المرسل**[3] والحديث الضعيف[4] إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه وهذا يرجّحه على القياس.

**الأصل الخامس: القياس**: فإذا لم يجد حكم المسألة في المصادر الأربعة لجأ إلى القياس.

---

(١) حديث معاذ تقدّم ذكره وتخريجه.

(٢) إعلام الموقّعين ٢٣/١، وانظر أيضاً: إرشاد المسترشد إلى المقدم في مذهب أحمد ص ٨-٩، بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ص ١٤٥.

(٣) المرسل: هو الحديث الذي سقط من آخره من بعد التابعي وصورته أن يقول التابعي: قال رسول الله ﷺ أو فعل كذا...انظر: ابن حجر العسقلاني: شرح نخبة الفكر ص ٦٦-٦٧، ابن كثير: اختصار علوم الحديث مع شرحه لأحمد شاكر ص ٤٧-٤٩.

(٤) ليس المقصود بالضعيف الباطل والمنكر ولا فيمن روايته متهم، بل الحديث الضعيف عند الإمام أحمد من مقام الحسن انظر: المرجع السابق، فالمقصود بالضعيف هو الضعيف ضعفاً يسيراً ينجبر بالشواهد والمتابعات فيرقى إلى مرتبة الحسن لغيره.

ولكن هذا الترتيب في أصول المذهب المذكور آنفاً هو المعتمد عند المحقّقين من أصوليي المذهب، **وإنّما ترتيب الأدلة على النحو التالي**[1]:

- **المصدر الأول**: الإجماع.
- **المصدر الثاني**: الكتاب والسنّة المتواترة.
- **المصدر الثالث**: أخبار الآحاد، فيقدّم الصحيح ثم الحسن ثم الضعيف.
- **المصدر الرابع**: قول الصحابي.
- **المصدر الخامس**: القياس.

والذي جعلهم يقرّون الإجماع هو أن الإجماع دليل قاطع، ثابت في نفس الأمر، لا يقبل نسخاً ولا تأويلاً، ولا شكّ أن مستنده الكتاب والسنّة ، وهو كذلك قطعي معصوم؛ لأن الأمّة لا تجتمع على ضلالة.

وتلخيصاً لما سبق نجد أن مصادر الحكم القضائي هي مصادر التشريع نفسها بالنسبة للقاضي المجتهد، وهي كتاب الله، وسنّة نبيّه، وما استنبط منهما بواسطة الاجتهاد وإعمال الفكر فيهما.

---

(١) انظر: ابن قدامة: روضة الناظر ص ٢٠٨، الفتوحي: شرح الكوكب المنير ص ٦٣٢-٦٣٣، ابن قاسم النجدي: حاشية الروض المربع ١/١١.

## المبحث الثاني

## تقييد القاضي في مصادر أحكامه

### تمهيـــــــد

**قلنا:** إن الواجب على القاضي أن يحكم بما أنزل الله، وإن الفقهاء قالوا بأنّه يحرّم على القاضي المجتهد أن يقلّد أحداً، وأن عليه أن يحكم بالراجح عنده، ولا يجوز له غير ذلك.

أمّا إذا لم يتوافر المجتهد لتولّي القضاء، فقد أجاز فقهاء المذاهب الأربعة[1] تولّي المقلّد؛ لئلا تتعطّل مصالح النّاس، ولأن اعتبار شروط الحاكم يكون حسب الإمكان فيولّي الأمثل فالأمثل[2].

والقاضي المقلّد يحكم بالمشهور من مذهبه، وذلك لأنّه مبلغ علمه، ويجوز له الحكم بأي الأقوال في مذهبه إذا رجّحه الدليل، ويحرّم عليه أن يحكم بالهوى

---

(١) انظر في ذلك: ابن عابدين: رد المحتار ٣٦٥/٥، ابن فرحون: التبصرة ٤٥/١، الزرقاني: شرح المختصر ١٢٤/٧، الخرشي: شرح المختصر ٤١٠/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٣٠/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٣٧٧/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٢٨/٨، ابن مفلح: الفروع ٤٢٢/٦، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٦٥/٣، ابن قاسم النجدي: حاشية الروض المربع ٥١٩/٧.

وذهب الشوكاني من المتأخرين إلى حرمة التقليد وقال: « بأن نصب المقلّد للحكم بين عباد الله إذن له بالحكم بالطاغوت ..» السيل الجرار ٢٧٥/٤.

(٢) انظر: البهوتي: شرح المنتهى ٤٦٥/٣.

والتشهّي[1].

وذهب فريق من الحنفيّة والشافعيّة والمالكيّة إلى عدم جواز حكم المقلّد بغير الراجح من مذهب مقلّده، وبالتالي لا يجوز له أن يحكم بمذهب آخر غير مذهبه[2].

ونقل بعض أئمة الشافعيّة إجماع المحققين على عدم جواز تقليد غير الأئمة الأربعة[3] وذلك لأنّهم اعتنوا بتهذيب المسائل وتحريرها وتبويبها.

والحقيقة أن نقل هذا الإجماع ليس على إطلاقه؛ لأن تلاميذ الأئمة الأربعة قد رجّحوا أموراً غير التي رجّحها إمامهم، وذلك لظهور دليل آخر، أو لمقتضى شرعي أوجب ذلك، ولو قال في النقل المذاهب بدل الأئمة لكان أقرب إلى الصواب، لأن في مذاهب الفقهاء أقوالاً متعددة لا يتسع المجال للبحث فيها وترجيح أحدها وفق الدليل.

وأجمع كلمة رأيتها في مسألة اجتهاد القاضي وتقليده كلمة الإمام ابن هبيرة[4] والتي قال فيها: "وإنّما على القاضي في أقضيته أن يقضي بما يأخذه عنهم -أي عن المذاهب الأربعة- أو عن الواحد منهم، فإنه في معنى من كان أداه اجتهاده إلى قول قاله، وعلى ذلك فإنّه إذا خرج من خلافهم، متوخياً مواطن الاتفاق ما أمكنه، كان آخذاً بالحزم، عاملاً بالأولى، وكذلك إذا قصد في مواطن الخلاف توخّي ما عليه الأكثر منهم، والعمل بما قاله الجمهور دون الواحد، فأنه أخذ بالحزم مع جواز عمله

---

(١) داماد: مجمع الأنهر ١٧١/٢، القرافي: الإحكام ص ٢٠، الخرشي: شرح المختصر ١٤٠/٧، ابن أبي الدم: أدب القضاء ٩٦، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٦/١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٦٥/٣، ابن قاسم النجدي: حاشية الروض ٥١٩/٧.

(٢) انظر: منلا خسرو: درر الحكام شرح غرر الأحكام ٤١٠/٢، داماد: مجمع الأنهر ١٧١/٢، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ١٣٠/٤، الماوردي: أدب القاضي ١٨٥/١، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٩٦.

(٣) نقل هذا القول الإمامان ابن الصلاح وإمام الحرمين الجويني، انظر: المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٣/١.

(٤) هو الإمام يحيى بن محمّد الشيباني، فقيه حنبلي، أديب، مؤرخ، من مصنفاته: الإفصاح عن معاني الصحاح، الإشراف على مذهب أحمد، تلخيص إصلاح المنطق، ت ٥٦٠هـ. انظر: ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب ١٩١/٤-١٩٧

بقول الواحد، إلا أنني أكره له أن يكون من حيث إنّه قد قرأ مذهب واحد منهم، أو نشأ في بلدة لم يعرف فيها إلا مذهب إمام واحد منهم، أو كان أبوه أو شيخه على مذهب واحد منهم، فقصر نفسه على اتّباع ذلك المذهب، حتّى إنّه إذا حضر عنده الخصمان، وكان ما تشاجرا فيه مما يفتي الفقهاء الثلاثة بحكمه، نحو التوكيل بغير رضا الخصم، وكان الحاكم حنفياً، وعلم أن مالكاً والشافعي وأحمد اتّفقوا على جواز هذا التوكيل، وأن أبا حنيفة يمنعه، فعدل عمّا اجتمع عليه هؤلاء الأئمة الثلاثة، إلى ما ذهب إليه أبو حنيفة بمفرده من غير أن يثبت عنده بالدليل ما قاله، ولا أدّاه إليه الاجتهاد، فإنّي أخاف على هذا من الله عزّ وجلّ، أن يكون اتّبع في ذلك هواه، وأنّه ليس من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه، وكذلك إن كان القاضي مالكيّاً فاختصم إليه اثنان في سؤر الكلب، فقضى بطهارته مع علمه بأن الفقهاء كلّهم قضوا بنجاسته، وكذلك إن كان القاضي شافعيّاً فاختصم إليه اثنان في متروك التسمية عمداً، فقال أحدهما: هذا منعني من بيع شاة مذكاة، فقال الآخر: إنّما منعته من بيع الميتة، فقضى عليه بمذهبه، وهو يعلم أن الأئمة الثلاثة على خلافة، وكذلك إن كان القاضي حنبلياً فاختصم إليه اثنان فقال أحدهما: لي عليه مال، فقال الآخر: كان له عليّ مال فقضيته، فقضى عليه بالبراءة، وقد علم أن الأئمة الثلاثة على خلافه، فهذا وأمثاله ممّا توخى اتباع الأكثرين فيه عندي أقرب إلى الإخلاص وأرجح في العمل، ولو أجملت هذا القول و لم أذكره، ومشيت على الطريق التي يمشي عليها الفقهاء، يذكر كل منهم في كتاب صنفه أو كلام قاله أنّه لا يصحّ أن يكون قاضياً إلاّ من كان من أهل الاجتهاد، ثم يذكر شروط الاجتهاد، لحصل بذلك ضيق وحرج على الناس، فإن غالب شروط الاجتهاد قد فقدت في أكثر القضاة، وهذا كالإحالة والتناقض، وكأنّه تعطيل للحاكم وسدّ لباب الحكم وهذا غير مسلم[1].

(١) الإفصاح ٢/٣٤٣-٣٥٤، ونقلها عنه أيضاً الدمشقي: في رحمة الأمة ص ٤٠٣-٤٠٥.

## المطلب الأول

## مدى جواز إلزام القاضي بمذهب معيّن

**اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:**

**القول الأول:** للجمهور وهم المالكيّة في قول[1] رجّحه أبو بكر الطرطوشي[2] والشافعيّة في الراجح عندهم[3]، والحنابلة جميعاً[4]، والظاهريّة[5] والشوكاني من المتأخرين[6].

وأصحاب هذا القول يرون عدم جواز إلزام القاضي الحكم بمذهب معيّن، وإذا اشترط السلطان على القاضي الحكم بمذهب معيّن، أو المنع من الحكم بمذهب معين، فالشرط باطل وغير ملزم، وإذا كانت صيغة عقد التوليّة بتعليق ولاية القاضي على الحكم بالمذهب كأن يقول له: "وليّتك على أن تحكم بمذهب الشافعي، أو بأن لا تحكم بمذهب أبي حنيفة" ففي هذه الحالة تبطل التولية ويبطل الشرط تبعاً لها.

واحتجّ أصحاب هذا القول بالآيات التي توجب ردّ ما تنازع فيه النّاس إلى الله

---

(١) انظر: ابن فرحون: التبصرة ١/٤٥-٤٦، الحطاب: مواهب الجليل ٦/٩٣-٩٨، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٣٠، خعيط: الطريقة المرضية ص ٢٩٠.

(٢) هو أبو بكر محمّد بن الوليد القرشي الإسكندري، إمام، فقيه، حافظ، له مشاركة في كثير من العلوم، من مؤلفاته: سراج الملوك، مختصر تفسير الثعالبي، كتاب في البدع والحوادث، بر الوالدين، ت٥٢٠هـ، انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص ١٢٤-١٢٥.

(٣) انظر: الماوردي: أدب القاضي ١/١٨٧-١٨٩، الأحكام السلطانية ص ٦٨، الشيرازي: المهذب مع المجموع ٢٠/١٢٨، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٩٦-٩٧، الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٦٨-٢٦٩. الفتاوى الكبرى ٢/٢١٢.

(٤) انظر: الفراء: الأحكام السلطانيّة ص ٦٣، المقدسي: الشرح الكبير ١١/٣٨٣، المرداوي: الإنصاف ١١/١٦٩، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٦٣.

(٥) انظر: ابن حزم الظاهرى: النبذة الكافية في أحكام أصول الدين ص ٧٠-٧١، وابن حزم يرى حرمة التقليد على العامي والعالم سواء بسواء، والاجتهاد عنده واجب على الجميع.

(٦) انظر: الشوكاني: السيل الجرار ٤/٢٧٧.

ورسوله[1] لا إلى آراء فقهاء المذاهب، قال ابن قدامة: "ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه، وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً، لأن الله تعالى قال: ﴿فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص:٢٦]. والحق لا يتعيّن في مذهب، وقد يظهر له الحقّ في غير ذلك المذهب[2].

إن إلزام القاضي بمذهب يؤدي إلى تعطيل العقليّة الاستنباطيّة لديه، إذ يجب عليه البحث في المصادر ومراجعة أقوال الفقهاء والأخذ بأرجحها، كما يؤدى أيضاً إلى أن يحكم بخلاف ما يعتقد أنّه الحق من أقوالهم إذا كان خارجاً عن أقوال المذهب الذي ألزمه الحاكم به.

**القول الثاني**: ويرى أصحابه جواز اشتراط الحاكم على القاضي الحكم بمذهب معيّن وإلزامه به، والذين ذهبوا إلى هذا القول هم الحنفيّة[3]. والمالكيّة في قول نقل عن سحنون[4] ورجّحه المازري[5] وبعض المتأخرين[6]، وهو قول عند الشافعيّة نقل عن السبكي وعن بعض علماء المذهب[7]. **ومن نصوص الفقهاء التي تدل على ماذكرناه**

---

(١) انظر: هذه الآيات في المبحث الأول من هذا الفصل .

(٢) ابن قدامة: المغني ٤٨٣/١١، وكذلك المقدسي: الشرح الكبير ٣٨٣/١١.

(٣) انظر: ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٩٤، الحصكفي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ١٩٨/٣، الشرنبلالي: غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام ٢٧/٢، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٨/٥-٤٠٩.

(٤) هو أبو سعيد، عبدالسلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي، إمام، فقيه، حافظ، زاهد، اتفق على إمامته وجلالته، ومدونته عليها الاعتماد في مذهب المالكية، ت٢٤٥هـ، انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص ٦٩-٧٠.

(٥) هو أبو عبدا لله محمّد بن علي بن عمر التيمي، إمام، فقيه، محدّث، حافظ، طبيب، أصولي، خاتمة العلماء المحققين، من مصنفاته: شرح التلقين، شرح البرهان للجويني، المعلم بفوائد مسلم، الردّ على الإحياء للغزالي، وغيرها ، ت٥٣٦هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص ١٢٧-١٢٨..

(٦) ابن فرحون: التبصرة ٤٥/١-٤٦، الحطاب: مواهب الجليل ٩٨/٦، العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٤٠/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٣٠/٤، جعيط: الطريقة المرضية ص٢٨٩-٢٩٠.

(٧) انظر: ابن أبي الدم: أدب القضاء ص٩٦، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٨/٤-٢٦٩، الفتاوى الكبرى ٢١٢/٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٦/١-٢٩٧.

عنهم ما يلي:

**أولاً: نصوص المذهب الحنفي:**

١- ما نقله علماء المذهب بخصوص القاضي إذا كان مقلّداً وحكم بغير مذهبه، فالمفتى به، وهو قول الصاحبين، عدم نفاذ حكمه وعلّلوا ذلك بأن المقلّد فإنما ولاّه -أي السلطان- ليحكم بمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى مثلاً، فلا يملك المخالفة، فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم[١].

والأبلغ من ذلك أن الحنفية يذهبون إلى أن إلزام القاضي بمذهب معيّن يجوز حتّى بالنسبة للقاضي المجتهد، وإذا حكم خلاف رأيه وهو يعلم برأي نفسه أو نسي رأيه وحكم برأي غيره ثمّ تذكر، فعند أبي حنيفة ينفذ قضاؤه ويجوز، أمّا عند الصاحبين -أبي يوسف ومحمد بن الحسن- فحكمه غير نافذ، وذلك في رأيهم لأن المجتهد لا يترك رأيه إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وكذلك إذا نسي لاينفذ حكمه؛ لأن المقلّد -أي السلطان- ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره[٢].

٢- قال ابن قطلوبغا[٣]: "والذي يقول له السلطان: وليتك القضاء على مذهب فلان ليس له أن يتجاوز مشهور ذلك المذهب، إن كان مقلّداً، وليس له مجاوزة ذلك المذهب، مقلداً كان، أو مجتهداً، لأن التوليّة حصرته"[٤].

٣- قال الحصكفي[٥]: ولو قيّده السلطان بصحيح مذهبه، كزماننا تقيّد بلا

---

(١) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٩٧/٦، الشرنبلالي: غنية ذوي الأحكام ٤١٠/٢، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣٥٨/٣، ابن عابدين: ردّ المحتار ٤٠٨/٥.

(٢) المراجع السابقة نفسها.

(٣) هو زين الدين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا بن عبدالله المصري، فقيه، محدث، صوفي، مؤرخ، من طبقة أصحاب التخريج عند الحنفيّة من مصنفاته: موجبات الأحكام وواقعات الأيام، تخريج أحاديث أصول البزدوي، حاشية على التقريب لابن حجر، رجال الموطأ وغيرها ت٨٧٩هـ انظر: السخاوي: الضوء اللامع ١٨٤/٦-١٨٩.

(٤) موجبات الأحكام ص ١٩٤.

(٥) الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ١٩٨/٣.

خلاف لكونه معزولاً عنه "أي معزولاً عن غير ما قيّد به"[1].

٤- قال في المنظومة الوهبانيّة[2]: (من الطويل)

"ولو حكم القاضي بحكم مخالف مقلّده ما صحّ إن كان يذكر"[3]

فهذه النقول تفيد أن الحنفيّة بصريح العبارة يرون جواز إلزام القاضي بمذهب معيّن، سواء كان مجتهداً أم مقلداً، لأن لولي الأمر سلطة الإلزام بذلك..

**ثانياً: نصوص المذهب المالكي:**

١- نقل عن سحنون أنّه "ولّى رجلاً سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة"[4].

٢- ما نقله أبوالوليد الباجي[5] أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولّوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده[6].

٣- قال المازري: "وإن كان الإمام مقلّداً، وكان متّبعاً لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض فقلّد لم يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين النّاس بمذهب مالك، ويأمره أن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك، لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٨/٥.

(٢) المنظومة الوهبانية هي قصيدة على قافيّة الراء من البحر الطويل تبلغ ألف بيت في مذهب الحنفيّة، نظمها العلامة عبدالوهاب بن أحمد بن وهبان الدمشقي الحنفي الذي كان إماماً في العربيّة والفقه والقرآن والأدب، وله شرح عليها في مجلدين، توفي ابن وهبان سنة ٧٦٨هـ، انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص١١٣-١١٤.

(٣) ابن عابدين: ردّ المحتار ٤٠٩/٥.

(٤) ابن فرحون: التبصرة ٣٦/١.

(٥) هو أبو الوليد، سليمان بن خلف التميمي، الباجي، إمام، حافظ، حجّة، فقيه، أصولي، له مشاركة في كثير من العلوم، تولّى القضاء، من مصنفاته: إحكام الفصول في أحكام الأصول، التسديد إلى معرفة التوحيد، شرح الموطأ وغيرها ت٤٧٤هـ، انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص ١٢٠-١٢١.

(٦) ابن فرحون: التبصرة ٤٥/١، الحطاب: مواهب الجليل ٩٨/٦.

الناس بما عليه أهل الإقليم[1].

**ثالثاً: نصوص المذهب الشافعي:**

١- قال الإمام السبكي: "وليس له -أي القاضي- أن يحكم بشاذ أو غريب في مذهبه، وإن ترجح عنده؛ لأنه كالخارج عن مذهبه، فلو حكم بقول خارج عن مذهبه، وقد ظهر له رجحانه، جاز إلا أن يشترط الإمام عليه التزام مذهب باللفظ أو العرف، كقوله على قاعدة من تقدّمه[2]، فلا يصحّ الحكم؛ لأن التوليّة لم تشمله[3].

٢- "يشترط على كلّ مقلد العمل بمذهب مقلّده، فلا يجوز له الحكم بخلافه"[4].

٣- "نقل ابن الرفعة عن الأصحاب أن الحاكم المقلّد إذا بان حكمه على خلاف نصّ مقلّده نقض حكمه"[5].

٤- قال ابن أبي الدم: "فلو كان الإمام شافعيّاً، فشرط على نائبه الحنفي أن يحكم على مذهب الشافعي، فيحكم فيما اتّفق عليه الإمامان (المذهبان) وما اختلفا فيه لا يحكم فيه بشيء ،أمّا مذهب الشافعي فلأنّه لا يعتقده، وأمّا مذهب أبي حنيفة فلأنّه لم يفوض إليه"[6]. فعدم حكمه بالمذهب الحنفي وحكمه بما اتّفق عليه المذهبان يدلّ على أن شرط ولي الأمر معتبر، وإن كان ابن أبي الدم اعتبره بشكل جزئي.

أمّا أدلة القائلين بجواز إلزام القاضي بمذهب معيّن فإنّي أرجئها لحين الحديث عن أدلة جواز تقنين الأحكام الشرعيّة، وإلزام القاضي الحكم بها، وهي مسألة متفرّعة على مسألة إلزام القاضي بمذهب معيّن.

---

(١) مواهب الجليل المرجع السابق نفسه، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٣٠/٤.
(٢) أي أن يقول له: احكم بما كان يحكم به من تقدمك من القضاة.
(٣) ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الكبرى ٢١٢/٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٦/١.
(٤)الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٨/٤.
(٥)الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٦٩/٤.
(٦) أدب القضاء ٩٦.

## المطلب الثاني

## تقنين الأحكام الشرعيّة وإلزام القاضي به

### تمهيد

### في تحديد مفهوم التقنين

مصطلح التقنين مأخوذ من القانون، والقانون بمعناه العام يقابل الشريعة، فهو مجموعة القواعد العامة الملزمة التّي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، بغض النظر عن مصدر هذه القواعد[1].

فالتقنين على هذا الأساس هو وضع هذه القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة على شكل مواد مرتّبة ومبوّبة يرجع القاضي إليها عند التطبيق، فيقال مثلاً: قانون الأحوال الشخصيّة، وقانون العقوبات فكل من القانونين يعالج مسائل مختلفة عن الآخر.

ولا يهمنا كثيراً التسميّة بالقانون أو التقنين، وإنّما يهمّنا المبدأ الذي يقوم عليه هذا الأمر، وهو إلزام القاضي بقواعد محددة لا يخرج عنها، وإنّما يجتهد في تطبيقها، فبعض الدول تسمّي القانون "نظاماً"[2] كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، فهناك نظام القضاء الصادر بتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ-١٩٧٥م. ونظام الشركات لسنة ١٣٨٥هـ، ونظام الضمان الاجتماعي، ونظام المرور، ونظام العقوبات للجيش العربي

---

(١) انظر: في ذلك: عبدالباقي البكري: المدخل لدراسة القانون ص ١٧، محمود نعمان: موجز المدخل للقانون ص ٩-١٠.

(٢) مع العلم أن مصطلح النظام يختلف عن مصطلح القانون طبقاً لمنهج البحث القانوني، فالترتيب المعهود للتشريعات هو: الدستور ثم القانون ثم النظام ثم اللائحة، فالأنظمة عادّة تصدر عن السلطة التنفيذية ويشترط فيها ألا تخالف القانون الأعلى فيها كالدستور والقانون الأصلي التي انبثقت عنه تلك الأنظمة.

السعودي[1].

كما أن بعض الدول تسميّه تقنيناً فتقول التقنين المدني، وبعضها تسميّه مجلة كما هو الحال في تونس، فهناك مجلة المرافعات، ومجلّة الأحول الشخصية، وبعضهم يسميّه مرسوماً أو قراراً كما كان في الدولة العثمانيّة سابقاً قرار حقوق العائلة وغيرها من التسميّات.

والتقنين يتحقق بأن تجمع الأحكام الفقهيّة المتعلقة بموضوع من مسائل المعاملات أو غيرها ممّا يدخل في اختصاص القضاء فتصاغ هذه المجموعة وترتّب بصورة مواد ذات أرقام متسلسلة متتابعة في جميع الأبواب والفصول على غرار مجلّة الأحكام العدلية[2]، والقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية المعمول بها في الدول العربية الآن.

**الحكم الشرعي في التقنين:**

مسألة التقنين ظهرت حديثاً وبخاصّة في أواخر عهد الدولة العثمانية (١٨٣٩م/١٢٥٥هـ) حيث بدأ صدور القوانين الوضعيّة إلى جانب الشريعة الإسلامية ثم صدور مجلّة الأحكام العدلية (١٢٩٢هـ/١٨٧٦م) وهي تقنين في المعاملات مأخوذ من المذهب الحنفي.

ووفق مذهب الدولة العثمانية الرسمي (المذهب الحنفي) يجوز للسلطان إلزام القضاة بمذهب معيّن، وبالتالي يجوز إلزامهم بقانون مستمد من الفقه الإسلامي كما سبق ذكره في إلزام القاضي بمذهب معيّن.

أمّا بعد انقضاء عهد الدولة العثمانيّة وبعد استقلال الدول العربيّة عن الاستعمار

---

(١) انظر سرداً لبعض هذه الأنظمة في: د.سعود الدريب: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية ص٦٢٩-٦٣٠.

(٢) انظر: مصطفى الزرقاء: حتّى يخرج الفقه من عزلته ص ٣٤ وهو بحث منشور في مجلّة العربي الكويتيه عدد ٢٦٤ سنة ١٩٨٠م، علي الطنطاوي: الفتاوى ص ١٢٢، الزحيلي: جهود تقنين الفقه ص٢٦، محمّد زكي عبدالبر: تقنين الفقه ص ٢١، محمود نعمان: موجز المدخل للقانون ص ٨٢، توفيق حسن فرح: الأصول العامة للقانون ص ١٢٣.

الأوروبي، ظهرت موجة إصدار القوانين لتنظيم شؤون حياة الدول العربيّة الناشئة، وكان أول أثر من آثار الاستعمار في الدول العربيّة هو اقتباس القوانين عن قوانين الدول المستعمرة وبخاصة فرنسا حيث ازدهرت دراسة القانون فيها، وأول دولة أخذت بهذا الاتّجاه مصر، ثم تبعتها الدول العربيّة الأخرى باستثناء بضعة دول منها السعوديّة [1].

وعند ذلك ظهرت صيحات العلماء المسلمين ومن كانت عنده الغيرة على هذا الدين من القضاة والسياسيين والمفكرين وقادّة الحركات الإسلاميّة في بداية هذا القرن، هذه الصيحات تنادى بوجوب تحكيم شرع الله، واستمداد القوانين من الشريعة الإسلاميّة ونبذ تقليد الغرب، واستمداد التشريعات منه، وكانت هذه الدعوات تقابلها دعوات هدّامة تنادي بالأخذ عن الغرب في كل شيء حتّى في القوانين.

ومن هنا ظهرت مسألة التقنين إلى حيز الوجود وتبعاً لذلك قال الفقهاء المحدثون رأيهم في هذه المسألة، **وخلاصة تلك الآراء بيّنتها فيما يلي:**

**انقسمت آراء الفقهاء المعاصرين في مسألة التقنين إلى مذهبين:**

**المذهب الأول: المجيزون:**

فقد ذهب الجمهور العام من الفقهاء المعاصرين إلى جواز تقنين الأحكام الشرعيّة وإلزام القاضي بها، والفقهاء الذين أفتنوا بذلك أو أشاروا إليه في كتبهم كثيرون منهم:

١- الأستاذ الإمام محمّد عبده[2]: قال رحمه الله في التقرير الذي وضعه لإصلاح المحاكم الشرعيّة ما نصه: ".... يجب أن يوضع بين يدي لجنة من العلماء ليستخرجوا من الأحكام الشرعيّة ما فيه شفاء لعلل الأمة في جميع أبواب المعاملات، خصوصاً ما

(١) د. محمّد محمّد حسين: حصوننا مهدّدة من داخلها ص ١١١-١١٧، عبدالقادر عودة: الإسلام وأوضاعنا القانونيّة ٢٥، ٤٨، ٤٩، مصطفى الشقيري: في وجه المؤامرة على تطبيق الشريعة ص١٣.

(٢) هو محمّد عبده بن حسن خيرا لله، فقيه، مفسّر، متكلم، أديب، لغوي، من مصنفاته: رسالة التوحيد، تفسير القرآن (غير تام)، شرح مقامات بديع الزمان الهمداني، ت١٣٢٣هـ/ ١٩٠٥م، انظر: كحالة: معجم المؤلفين ٢٧٢، ٢٧٣.

لايمكن النظر فيه لغير المحاكم الشرعيّة من الأحوال الشخصية والأوقاف، ويكون ما يستخرجونه كتاباً شاملاً لكل ما تمسّ إليه الحاجّة في تلك الأبواب، ويضمّ إلى ما يستخلص في أبواب المرافعات الشرعيّة، ويصدر الأمر بأن يكون عمل القضاة عليه، فإذا أغمض عليهم أمر راجعوا فيه من يكون في وظيفة الحقانية أو الديار المصريّة.....[1] والأستاذ الإمام قال ذلك بعد أن رأى بنفسه معاناة البحث عن الحكم في الخلافيات وطرق الترجيح، مع ما يصاحب ذلك من ضعف القضاة في البحث والعلم، إضافة إلى ما يجده المسلمون من الحرج من جراء تطبيق مذهب واحد في حين تكون حلول مشكلاتهم في مذاهب أخرى أرجح دليلاً وأصلح تطبيقاً.

٢- الأستاذ العلامة محمّد رشيد رضا[2]: ويرى رشيد رضا رأي أستاذه محمّد عبده في هذه المسألة، وقد بثّ رأيه في عدد من الفتاوى التي نقلت عنه، ومن ذلك قوله في جواب سؤال مفاده إلى أي حدّ تمتد سلطة الحاكم في وضع القوانين؟

فأجاب إن حدود هذه السلطة منها سلبيّة، وهي عدم تعدّي حدود الله تعالى، فليس للحاكم أن يحل حراماً، أو يحرم حلالاً، أو يزيد في الدين عبادة، أو ينقص منه عبادة، أو يظلم شخصاً أو قوماً، أو يميز نفسه أو أسرته أو قومه على سائر الرعيّة لذاتهم فضلاً عن تميّز غيرهم، ومنها إيجابية كالالتزام بالعدل والمساواة في الحقوق، ومشاورة أهل الرأي من الأمة، ومراعاة قاعدة وجوب درء المفاسد وجلب المصالح[3].

ويقول أيضاً مبيّناً مصطلح القانون إنّه: "..... يتناول جميع ما يضعه أولو الأمر من الأحكام النظاميّة والسياسيّة، وتحديد عقوبات التعزير، وغير ذلك ممّا يحتاج إليه بشرط أن لا يخالف ما ورد في الشرع....."[4].

---

(١) مجلّة المنارج ٤ مجلّد ١٦ ص ٢٧٠.

(٢) هو محمّد رشيد بن علي رضا القلموني، محدّث، مفسّر، مؤرخ، أديب، يعدّ من مدرسة محمّد عبده الإصلاحيّة، من مصنّفاته: تفسير القرآن (غير تام)، الخلافة والإمامة العظمى، الوحي المحمدي، تاريخ الأستاذ محمّد عبده، ت١٣٥٤هـ/١٩٣٥م، انظر: كحالة معجم المؤلفين ٩/ ٣١٠.

(٣) فتاوى الإمام محمّد رشيد رضا ١٦٨/١، جمع صلاح الدين المنجد ويوسف خوري.

(٤)المرجع نفسه ١٦٨/١.

ويقول أيضاً: "وجملة القول أن كل بلايا المسلمين في علم الحقوق عندهم منبعها التقليد، وهي كثيرة جداً.....، ولا يمكن إخراجهم من هذه الهوّة أو إنقاذهم من هذا المضيق، إلا بنزع أغلال التقليد من أعناقهم، وكسر قيوده التي في أرجلهم، وحينئذ يتسنّى لهم في أي مملكة لهم فيها حكم، أن يؤلفوا لجنة من أهل العلم والرأي والمكانة في الأمّة، تصنع لهم القوانين والأحكام التّي تدرأ هذه المفاسد الكثيرة...."[1].

٣- الشيخ محمّد العزيز جعيط: يستخلص رأيه من كتابه: "الطريقة المرضيّة في الإجراءات الشرعية" حيث اختصر كتابه على صيغة مواد على غرار القوانين الحديثة، وجاء في المادة ٣٣٣ منها: "يجوز أن يشترط على القاضي أن لا يحكم إلا بمذهب معيّن...."[2] فالمسألة هذه لها في المذهب المالكي عدّة أقوال، وحينما يختار القول الأول فيها ويضعه على شكل مادّة قانونيّة وهي المادّة ٣٣٣ فإن ذلك يدلّ على أنّه يرى جواز إلزام القاضي بمذهب معيّن.

٤- العلامة أحمد محمّد شاكر[3] رحمه الله : ذكر رأيه في التقنين في دعوته إلى تحكيم شرع الله فقال في كتابه: "الكتاب والسنّة يجب أن يكونا مصدر القوانين في مصر". مخاطباً رجال القانون في مصر "ضعوا القوانين على الأساس الإسلامي الكتاب والسنّة..."[4] ثمّ وضع الخطّة العملية للتقنين فقال: "فالخطة العمليّة فيما أرى: أن تختار لجنة قويّة من أساطين رجال القانون وعلماء الشريعة، لتضع قواعد التشريع الجديد، غير مقيّدة برأي، أو مقلّدة لمذهب، إلا نصوص الكتاب والسنّة، وأمامها أقوال الأئمة وقواعد الأصول وآراء الفقهاء، وتحت أنظارها آراء رجال القانون كلهم، ثم يستنبط من الفروع ما تراه صواباً، مناسباً لأحوال الناس وظروفهم، ممّا يدخل تحت

---

(١) فتاوى الإمام محمّد رشيد رضا ٢/٦٣٠.

(٢) الطريقة المرضيّة ص (هـ ج) وص ٢٨٩-٢٩٠.

(٣) هو أحمد محمّد شاكر، الحسيني، محدّث، مفسّر فقيه، أديب، قاض، من مصنفاته: نظام الطلاق في الإسلام، الشرع واللغة، الباعث الحثيث، كلمة الحق، وغيرها، ت١٣٧٧هـ/١٩٥٨م، انظر: كحالة: معجم المؤلفين ١٣/٣٦٨.

(٤) الكتاب والسنّة يجب أن يكونا مصدر القوانين ص٣٠.

قواعد الكتاب والسنّة ولا يصادم نصّاً، ولا يخالف شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة"[1] ويرى أن "الاجتهاد الفردي غير منتج في وضع القوانين بل يكاد يكون محالاً أن يقوم به فرد أو أفراد، والعمل الصحيح المنتج هو الاجتهاد الاجتماعي، فإذا تبودلت الأفكار وتداولت الأراء ظهر وجه الصواب إن شاء الله"[2].

٥- العلامة أبو الأعلى المودودي[3] رحمه الله: يقول في فتوى له: "إذا كانت الهيئة التي تتولّى تدوين الأحكام الشرعيّة وتقنينها عن الاجتهاد والاستنباط تتكوّن من أصحاب العلم وذوي الفكر.....، والذين لم يتأثروا بالمبادىء المستوردة والأفكار غير الإسلاميّة، فإن مثل هذه الهيئة إذا قامت بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وإصدارها في أنظمة وقوانين يجوز إلزام المحاكم الشرعيّة بتطبيقها، كما يجوز للقاضي أن يحكم بمقتضى رأي هذه الهيئة المستمدّ من أحكام الفقه الإسلامي، ولو كان رأيه هو يخالف رأيها...."[4].

ويقترح أيضاً أن تعنى "جماعة من أهل العلم والخبرة بترتيب الأحكام في صورة مجلّة للأحكام، والحق أن العمل إذا تمّ على وضع مجلّة للأحكام كهذه فهي التي ستكون كتاب القانون لدولتنا في المستقبل"[5].

٦- العلامة محمّد أبو زهرة[6]: يقول رحمه الله "ونحن نرى أن استخلاص قانون

---

(١) المصدر نفسه ص٣٢.

(٢) المصدر نفسه ص٣٧.

(٣) هو الشيخ أبو الأعلى المودودي، من علماء الباكستان، ومن قادة الجماعة الإسلامية الإصلاحيّة فيها، له العديد من المؤلفات القيّمة منها: الربا، الإسلام ومعضلات الاقتصاد، الحجاب، القانون الإسلامي وطرق تنفيذه وغيرها، ت١٣٩٩هـ/١٩٧٩. انظر: محمّد خير رمضان يوسف: تتمة الأعلام للزركلي ٧٣/١. وأحمد العلاونة:ذيل الأعلام ص٣٩.

(٤) نقل هذه الفتوى د. عبدالرحمن القاسم في كتابه الإسلام وتقنين الأحكام ص ٣٠.

(٥) القانون الإسلامي وطرق تنفيذه ص ٦٦ باختصار.

(٦) العلامة محمّد أبو زهرة، من علماء مصر، ومن كبار العلماء المعاصرين، له مصنّفات كثيرة منها: أصول الفقه، مالك أبو حنيفة، الشافعي، أحمد، ابن تيمية، ابن حزم تاريخ المذاهب الفقهية، ت (١٣٩٤هـ)رحمه الله، الزركلي: الأعلام ٢٥/٦.

من الشريعة لم يعدّ أمراً سائغاً فقط، بل أصبح واجباً محتوماً لأنّنا نخشى أن يكون تقاصرنا في هذه الناحيّة مؤدياً إلى أن يدخل بلادنا قانون أجنبي لم ينبع من الإسلام..... والقاضي ملزم بتنفيذ ما يأمره وليّ الأمر بتنفيذه؛ لأن لولّي الأمر سلطان تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة...." [1].

٧- الشيخ علي الخفيف رحمه الله[2]: وقال بأن لولي الأمر أن يختار من المذاهب ما تطمئن إليه نفسه، ويرى المصلحة في اختياره حسب تقديره، لأن ولاية الحكم له ابتداء... ولأن القضاة نوابه وخلفاؤه، فله إلزامهم بالقضاء لما اختاره ورجّحه، وليس له مخالفته في ذلك ولو كان رأيهم على خلاف ما ألزموا به.... والأولى أن يوكل أمر التقنين إلى هيئة تتكّون من الفقهاء الموثوق بهم أهل النظر والبصر بالأمور....."[3].

٨- الشيخ حسنين مخلوف[4] رحمه الله: ويرى وجوب التقنين في هذا الزمان فيقول: "ولا شكّ أن في تقييد القضاء الشرعي بأحكام مستمدّة من المذاهب الفقهيّة المدونة القائمة على الأُصول الأربعة... ومفرغة في قالب قانوني متسق محكم ضماناً لتحقيق العدالة، وتيسيراً على القضاة وطمأنينة للمتقاضين، وبعداً عن مظان الريب ونوازع الشهوات وذلك كلّه مصلحة ظاهرة، توجب شرعاً أن نسلك في هذا الزمن بالأحكام الفقهية العمليّة مسلك التقنين المحترم الواجب التطبيق...."[5].

٩- الأستاذ العلامة مصطفى الزرقاء: ويرى -حفظه الله- أن التقنين ليس جائزاً

---

(١) مقدمة: الشيخ أبي زهرة لكتاب الإسلام وتقنين الأحكام ص (ن) بتصرف.

(٢) الأستاذ الشيخ علي الخفيف، من كبار علماء مصر، ومن الفقهاء المعاصرين، من مصنّفاته: المعاملات الشرعيّة، الشركات، الأحوال الشخصيّة، وغيرها، ت١٣٩٨هـ/١٩٧٨م. محمّد خير رمضان يوسف: تتمة الأعلام للزركلي ١/٣٨٥. أحمد العلاونة، ذيل الأعلام ص١٤٠.

(٣) نقلا عن: عبدالرحمن القاسم: الإسلام وتقنين الأحكام ص ٢٤ بتصرّف.

(٤) الشيخ حسنين محمّد مخلوف، من علماء مصر والأزهر الشريف، فقيه، أصولي، عيّن مفتياً للديار المصرية سنة ١٩٤٤م، من مصنّفاته: المواريث في الشريعة، صفوة البيان لمعاني القرآن، الفتاوى، انظر: مقدّمة كتاب الفتاوى بقلم علي الغاياتي ص٤-٧. تتمة الأعلام ١/١٤٠، ذيل الأعلام ص٧١.

(٥) نقلاً عن "الإسلام وتقنين الأحكام" لعبد الرحمن القاسم ص٢٦.

فحسب، وإنّما هو واجب، ويرى أن اشتراط كون القضاة مجتهدين في صدر الإسلام إنّما كان بحكم الضرورة على خلاف الأصل، وتلك حالة لابدّ منها ولا محيص عنها قبل أن تستقر قواعد الفقه وأصوله ومذاهبه.... أمّا بعد ذلك وقد استقرّ الفقه على قواعده ومذاهبه فلا يجوز أن يبقى القاضي حراً أيختار للحكم في كل قضيّة ما يراه هو حقاً وعدلاً، ولوكان هو من العلم والفقه في رتبة الاجتهاد بل يجب تقييده بنصوص معلنة للملأ لا يخرج عنها، وينحصر اجتهاده عندئذ في فهم النصّ وتفسيره وفقاً لقواعد الفهم والتفسير في أصول الفقه..."[1].

١٠- الشيخ علي الطنطاوي[2]: ويرى أن تقنين الأحكام أمر نافع، وتوحيد القضاء على اختيار أصحّ الأقوال.... بشرط أن نتخذ من الاحتياطات والنصوص القانونية ما يمنع الحكّام من التصرف بآرائهم فيما شرع الله من أحكام؛ لئلا يحرموا الحلال ويحلّوا الحرام[3].

١١- الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي قال حفظه الله: "لا مانع إطلاقاً كما بيّنا من صياغة الفقه الإسلامي صياغة في صورة مواد تسهّل على القاضي والمحامي والمواطن العادي"[4].

ويقول أيضاً: "والأفضل بسبب تعدّد آراء الفقهاء وضع تقنين موحد للأحكام الشرعيّة كمجلّة الأحكام العدليّة...."[5].

١٢- الأستاذ الدكتور محمّد فتحي الدريني: وقال -حفظه الله- ما نصّه "وليّ الأمر كما قال الأصوليون له حقّ -حقّ الإمامة- ما يختار من الأحكام المختلف فيها (الاجتهاديّة) حكماً يراه محققاً للمصلحة بوجه آكد، بعد استشارة أهل العلم والذكر

---

(١) انظر: حتى يخرج الفقه من عزلته ص٣٥، الفقه الإسلامي ومدارسه ٤٧، ٤٨.

(٢) الشيخ علي الطنطاوي، من علماء الشام، تولّى القضاء فيها، له العديد من المؤلفات منها: تعريف عام بدين الإسلام، تحقيق صيد الخاطر لابن الجوزي، الفتاوى، ذكريات (الباحث).

(٣) فتاوى علي الطنطاوي ص١٢٥، جمع مجاهد ديرانية.

(٤) جهود تقنين الفقه الإسلامي ص ٢٩.

(٥) الفقه الاسلامي وأدلته ٧٤٧/٦.

(شورى التشريع) وذلك ليرفع الخلاف في القضاء، ويحمل الناس على أن يخضعوا لهذا الحكم، لأن فيه وحدة المسلمين التشريعيّة والقضائية"[1].

**وممن يرى جواز التقنين العلماء التالية أسماؤهم:**

١٣- العلامة محمّد المرير[2] ويعدّ من أوائل من طالب بتقنين الأحكام الشرعيّة[3].

١٤- الشيخ أحمد فهمي أبو سنّة[4][5].

١٥- الشيخ عبدالوهاب الحافظ[6][7].

١٦- الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله آل الشيخ[8][9].

١٧- الأستاذ العلامة عبدالوهاب خلاف[10] يقول -رحمه الله- : "وعسى أن نخطو الخطوة الرابعة ونأخذ في سنّ قوانيننا الشرعيّة التّي تحقّق مصالح النّاس، وتساير

---

(١) هذه الفتوى هي إجابة منه حفظه الله على سؤال سألته إيّاه في عمّان -الأردن بتاريخ ١٠/ صفر ١٤١٢هـ الموافق لـ٢١/آب/١٩٩١.

(٢) هو الشيخ محمّد المرير، من علماء المغرب العربي، من مؤلفاته: الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية (الباحث).

(٣) الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية ١/١٠٠-١١١.

(٤) هو الشيخ أحمد فهمي أبو سنّة، من علماء الأزهر الشريف، متخصص في الأصول وفي الفقه المقارن، يدرس حالياً في جامعة أم القرى، من مصنفاته: العرف والعادة، الوسيط في أصول الحنفية، وغيرها (الباحث).

(٥) العرف والعادة ص ١٩٢، نقلاً عن محمّد زكي عبدالبر: تقنين الفقه الإسلامي ص ٥٩.

(٦) الشيخ عبدالوهاب الحافظ، من علماء الشام.

(٧) الإسلام وتقنين الأحكام ص ٢٨-٢٩.

(٨) عبدالعزيز بن عبدا لله آل الشيخ، من أحفاد الشيخ محمّد بن عبدالوهاب ومن علماء الحنابلة في المملكة العربية السعودية (الباحث).

(٩) انظر فتواه في: القاسم: الإسلام وتقنين الأحكام.

(١٠) هو الأستاذ الشيخ عبدالوهاب خلاف، من علماء مصر، فقيه، أصولي، من مصنّفاته: علم أصول الفقه، نور من القرآن، الأحوال الشخصيّة، مصادر التشريع فيما لا نصّ فيه، خلاصة تاريخ التشريعي الإسلامي، ١٣٧٥هـ/١٩٥٦م. الزركلي: الأعلام ٤/١٨٤.

روح العصر وتطوّراته، بما لا يخالف نصّاً في القرآن والسنّة الصحيحة ولو لم تكن مأخوذة من مذاهب السابقين"[1].

١٨- الأستاذ الشيخ بدران أبو العينين بدران[2][3].

١٩- أ.د. عبدالكريم زيدان[4]: ويرى جواز الإلزام بمذهب معيّن، ومن ثمّ جواز الإلزام بالتقنين، ويفضّل أن يؤخذ بالراجح من أقوال الفقهاء[5].

٢٠- أ.د. محمّد زكي عبدالبر[6]: ويرى جواز التقنين وإلزام القاضي به، وقد ألّف في التقنين كتاباً ضمّنه رأيه وأدلّته ومنهج التقنين[7].

٢١- الأستاذ محمّد مصطفى شلبي[8]: ويرى جواز التقنين، وأنّه على طريق الوحدة العربيّة لابدّ لها من توحيد القانون....."[9].

٢٢- الأستاذ محمّد سلام مدكور[10] - حفظه الله-: ويرى جواز التقنين ودعا

---

(١) خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي ص ١٠٤-١٠٥.

(٢) الأستاذ بدران أبو العينين بدران، من علماء مصر، عمل أستاذاً للشريعة في جامعة الإسكندرية وجامعة بيروت، من مصنفاته: تاريخ الفقه الإسلامي، العلاقات الاجتماعيّة بين المسلمين وغير المسلمين، أصول الفقه (الباحث).

(٣) تاريخ الفقه الإسلامي ص ١١٤-١١٥.

(٤) الأستاذ الدكتور عبدالكريم زيدان،من علماء العراق،عمل أستاذاً للشريعة في جامعة بغداد من مصنّفات: أحكام الذميّين والمتأمنين،مجموعة بحوث فقهيّة، الوجيز في أصول الفقه، أصول الدعوة (الباحث).

(٥) نظام القضاء في الشريعة الإسلاميّة ص ٢٥٠-٢٥١

(٦) د. محمّد زكي عبدالبر، من علماء مصر، عمل أستاذاً للشريعة بجامعة قطر، ونائب رئيس محكمة النقض المصريّة، من مصنّفاته: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، تقنين الفقه الإسلامي، نظريّة الفساد عند الحنفيّة، القبض في العقود الماليّة، وغيرها (الباحث).

(٧) تقنين الفقه الإسلامي ص ٦٢ وما بعدها.

(٨) هو الأستاذ محمّد مصطفى شلبي، من علماء مصر، عمل أستاذاً للشريعة في جامعة الإسكندرية من مصنفاته: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، تعليل الأحكام، أحكام الأسرة، وغيرها (الباحث).

(٩) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ص ٣١٧-٣١٩.

(١٠) هو الأستاذ محمّد سلام مدكور، من علماء مصر، عمل أستاذا للشريعة في جامعة القاهرة، له العديد من المصنفات الفقهية والأصوليّة منها: مباحث الحكم عند الأصوليين، الإباحة عند الأصوليين، القضاء في الإسلام، أحكام الجنين، مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام، وغيرها (الباحث).

إليه عن طريق لجان من ذوي الخبرة والعلم، فيتخيّرون من المذاهب الفقهيّة ما هو أصلح وأرفق بالناس وأرجح دليلاً[1]

٢٣- د. محمّد نعيم ياسين: يقول - حفظه الله-: "ولا شك أن الزمان الذي تفسد قلوب أهله، ويشحّ فيه العلم، ويندر فيه وجود مجتهد يركن إليه في استنباط الأحكام هو أولى الأزمنة في أخذ النّاس بقانون واحد، يجمعه أكابر علماء الأمة في فترة من الفترات، فيتخيّرون من اجتهادات الأئمة السابقين الأرجح في تقديرهم والأقرب إلى تحقيق مصالح الأمة"[2].

٢٤- د. عبدالرحمن القاسم: وقد ألف في مسألة التقنين بحثاً قيّماً خلص فيه إلى جواز التقنين وضرورته[3].

**المذهب الثاني: المانعون:**

يرى بعض الفقهاء المعاصرين عدم جواز تقنين الأحكام الشرعيّة وإلزام القضاة بها، ومن هذا المذهب كثير من علماء السعودية حتى إن "الملك عبدالعزيز ابن عبدالرحمن الفيصل آل سعود -رحمه الله- عرض أمر تلك الفكرة شورى على علماء المملكة منذ نصف قرن تقريباً، فاجتمع رأيه مع العلماء على ردها[4] ومن المعلوم أن غالبيّة علماء السعودية تفقّهوا على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ومذهب الحنابلة كما مرّ معنا لا يجيز إلزام القاضي بمذهب معيّن قولاً واحداً في المذهب.

إلا أن عدم التقيّد بمذهب واحد في السعوديّة ليس على إطلاقه كما يظهر -والله أعلم-، فقد صدر قرار الهيئة القضائيّة رقم (٣) في ١٣٤٧/١/٧هـ المقترن بالتصديق

---

(١) القضاء في الإسلام ص ١١٨-١٢٢.

(٢) حجيّة الحكم القضائي ص ٦٨.

(٣) الإسلام وتقنين الأحكام ص ٥٦١.

(٤) انظر: بكر أبو زيد: فقه النوازل ١/١/٢٣.

العالي بتاريخ ١٣٤٧/٣/٢٤هـ، ومما نصّ عليه هذا القرار ما يلي[١].

"فقرة -أ- أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل نظراً لسهوله مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلّة إثر مسائله".

**ونصّ القرار المذكور على الكتب المعتمدة في المذهب وهي:**

١- شرح منتهى الإرادات للبهوتي.

٢- شرح الإقناع المسمّى بكشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي أيضاً.

فما اتفق عليه الشرحان فهو المتّبع، وما اختلفا فيه فالعمل بما في المنتهى.

ثمّ صدر أمر ملكي بعد ذلك بسنتين حول ما يستدعي اجتماع أعضاء المحكمة، ونصّ على ما ورد في كتب مذهب الإمام أحمد بن حنبل يعمل به دون الحاجة إلى اجتماع أعضاء المحكمة،أمّا ما لم يرد به نصّ في كتب هذا المذهب، واستدعى الاجتهاد، فيتم ذلك باجتماع الأعضاء المذكورين[٢].

ونقول إزاء ذلك أليس هذا إلزاماً بمذهب معيّن، وإن لم يكن صريحاً كالقوانين المعمول بها في الدول العربيّة، وهل المسوغات التّي ذكرت في القرار والتي جعلت الهيئة تختار المذهب الحنبلي هل هي كافية وقوّية من حيث النظر؟

فقولهم إن مراجعة كتب المذهب الحنبلي سهلة، صحيح، ولكن هناك في المذاهب الأخرى كتب مراجعتها سهلة أيضاً، بل إن القانون مراجعته أسهل بكثير، والقول كذلك بأن مؤلفي كتب المذهب يذكرون الأدلّة إثر المسائل ليس أمراً مقتصراً على مؤلفي المذهب الحنبلي فهناك كتب لمختلف المذاهب تذكر الأدلّة إثر المسائل[٣].

---

(١) انظر: سعود الدريب: التنظيم القضائي في المملكة العربيّة السعودية ص٣١٣، ومحمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية ص١٧٠-١٧١.

(٢) سعود الدريب: التنظيم القضائي ص ٣١٢.

(٣) ولعلّ من محاولات التقنين في المذهب الحنبلي ما قام به الشيخ أحمد القاري رحمه الله من صياغة مجلة الأحكام الشرعية على غرار المجلّة العثمانية وهو عمل جليل أثابه الله عليه.

**وممن ذهب أيضاً إلى عدم جواز التقنين والإلزام به:**

١- الشيخ العلامة محمّد الأمين الشنقيطي[١] رحمه الله[٢].

٢- الشيخ عبدالله بن عبدالرحمن بن بسام[٣]: له رسالة "تقنين الشريعة أضراره ومفاسده"[٤].

٣- الشيخ بكر بن عبدالله أبو زيد[٥]، ألف بحثه "التقنين والإلزام" ضمن كتابه "فقه النوازل" ويرى في رسالته تلك عدم جواز التسمية بـ(التقنين) كما يرى عدم جواز صياغة الأحكام على صيغة تحاكي القوانين الغربيّة، وعدم جواز إلزام القاضي بقول مقنّن أو مذهب معيّن[٦].

وهناك عدد من العلماء يرون هذا الرأي وبخاصة في السعودية لم أقف على أقوالهم[٧].

**الأدلـــــة:**

**استدل المجيزون بأدلة كثيرة أهمها:**

١- قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللَّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنْكُمْ**﴾ [النساء:٥٩]، قال العلامة محمّد رشيد رضا: "وفوّض القرآن الأمر فيما

---

(١) العلامة الشنقيطي: أصله من بلاد شنقيط، وكان يدرس التفسير والفقه في المسجد النبوي الشريف في المدينة المنورة توفي بها ، كان آية في الذكاء والفقه والتفسير والحديث واللغة وغيرها، من مصنّفاته: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ت١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م الزركلي: الأعلام ٤٥/٦.

(٢) انظر: بكر أبو زيد: فقه النوازل ٤٣/١/١.

(٣) من علماء المملكة العربية السعودية، قاض، عضو هيئة التمييز، له رسالة: تقنين الشريعة أضراره ومفاسده "لم يتيسر لي الاطلاع عليها".

(٤) انظر: بكر أبو زيد: فقه النوازل ٢٣/١/١ هامش.

(٥) الشيخ بكر بن عبدالله أبو زيد: من علماء السعودية، عمل في وزارة العدل، وفي المجمع الفقهي، من مصنفاته: فقه النوازل، التقريب لفقه ابن القيم، ابن القيم حياته وآثاره، التعالم، وغيرها، (الباحث).

(٦) فقه النوازل ٩٦/١/١.

(٧) انظر: الزحيلي: جهود تقنين الفقه ص ٢٧.

يحتاج إليه من أمور الدنيا السياسيّة والقضائية والإدارية إلى أهل الرأي والمعرفة بالمصالح من الأمة بقوله: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ وقوله: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء:٨٣] ولهذا أمر بطاعة هؤلاء الذين سمّاهم أولي الأمر وهم أهل الشورى في الآية الأخرى فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، فهذا ما جاء به الإسلام، وهو هداية تامّة كاملة لا تعمل بها أمة إلا وتكون مستقلّة في أمورها، مرتقية في سياستها وأحكامها، يسير بها أهل الرأي والمعرفة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة التي يقتضيها الزمان والمكان، ومن ذلك أن يضعوا القوانين وينشروها في الأمّة، ويلزموا القضاة والحكّام باتّباعها والحكم بها..."[1].

ومعظم القائلين بجواز التقنين يستدلون بحقّ الطاعة الواجب للإمام على القضاة والرعيّة مصداقاً لقوله ﷺ: "السمع والطاعة على المرء فيما أحبّ أو كره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة" [2] فعلى القاضي أن يلتزم بمقتضى التقنين الذي أصدره ولي الأمر فإن وجد فيه ما يخالف الشرع أو "معصية" فلا يطبقه، وهذه ضمانة من الضمانات الشرعية في كل التصرفات التي يؤمر بها الإنسان من قبل أولياء الأمور.

٢- روى ابن حزم في "المحلّى" وسعيد بن منصور في "سننه" عن شعبة ابن التوأم قال: توفي أخ لنا في عهد عمر وترك إخوته وجدّه، فأتينا ابن مسعود فأعطى الجدّ مع الإخوة السدس، ثم توفي أخ لنا آخر في عهد عثمان وترك إخوته وجده فأتينا ابن مسعود فأعطى الجدّ مع الإخوة الثلث، فقلنا له: إنك أعطيت جدنا في أخينا الأول السدس وأعطيته الآن الثلث، فقال: إنما نقصي بقضاء أئمتنا[3].

---

(١) محمّد رشيد رضا: الفتاوى ٢/٦٢٥.

(٢) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح ٦/٨٢ و١١٥/٦، كتاب الجهاد باب السمع والطاعة و١٣/١٠٩ (مع الفتح).

(٣) أخرجه سعيد بن منصور: السنن ١/٤٩، كتاب الفرائض، باب ميراث الجد، وابن حزم: المحلّى ٩/٢٨٣-٢٨٥.

ووجه الدلالة من هذا الأثر أن سيدنا عبدالله بن مسعود كان يحكم في مسألة الجد والإخوة على عهد سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ بأن يأخذ الجدّ مع الأخوة السدس، وهو رأى سيدنا عمر في هذه المسألة[1]، وقد التزم ابن مسعود برأى سيدنا عمر؛ لأنه الإمام الأعظم ووليّ الأمر، وطاعته واجبة لذا قال: "إنّما نقضي بقضاء أئمتنا" وبعد وفاة سيدنا عمر وأصبح سيدنا عثمان بن عفان الإمام الأعظم تغير اجتهاد ابن مسعود وخالف ماكان يحكم به أيام سيّدنا عمر، والذي يظهر أن سيدنا عمر كان يبعث بكتبه يأمر فيها حكامه وقضاته بالحكم في مسائل معينة باجتهاد معين، يراه صواباً، ومن ذلك ما رواه سعيد بن منصور عن عبيد بن نضلة قال: كان عمر، وعبدالله يقاسمان بالجدّ مع الإخوة ما بينه وبين أن يكون السدس خير له من مقاسمة الإخوة، ثم إن عمر كتب إلى عبدالله إنّي لا أرانا قد أجحفنا بالجدّ فإذا جاءك كتابي هذا فقاسم به مع الإخوة ما بينه وبين أن يكون الثلث خيراً له من مقاسمتهم فأخذ بذلك عبدالله[2].

وكان عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- يلزم حكامه بكثير من المسائل الاجتهاديّة التي يرى أن الصواب فيها أو مصلحة الأمّة تتحقّق باتباع رأي معيّن، وإن خالفه بعض الصحابة، إلا أنّه يمضيه؛ كمسألة تقسيم أرض العراق وغيرها من المسائل التي تدل على الفهم العميق وحسن السياسة التي كان يتحلى بهما سيدنا عمر ﷺ.

٣- أن القضاة هم بمثابة وكلاء عن الإمام ونواب له، فالوكيل يتقيد في حدود الوكالة المعطاة له لا يتجاوزها، فإذا قيّده الإمام بقانون معين أو مذهب عليه التزامه بشروطه الشرعية.

٤- أن عدم تقنين الأحكام أو تحديدها مسبقاً "يتنافى مع مبدأ علنيّة الشرائع الذي يوجب أن يكون المكلّف في كل مجتمع نظامي (دولة) على علم مسبق بمصير أعماله وتصرفاته في حكم النظام الذي سيقضي به القاضي له أو عليه، وإلا كان

---

(١) رأى سيدنا عمر في مسألة الجدّ تغيّر أكثر من مرّة كما يبدو من الروايات عنه، ولكن يظهر من سياق الأثر المروي أنه في ذلك الوقت كان يرى أن يعطيه السدس.

(٢) سعيد بن منصور:السنن ١/٤٩، كتاب الفرائض، باب ميراث الجدّ.

القضاء فوضى، والمكلّف لا يعرف كيف يتصرف مطيعاً للنظام، لأنّه لا يستطيع أن يتنبأ مسبقاً بموقف القضاء من تصرفاته ما دام القاضي سيقضي باجتهاده هو واختياره، وليس بحكم معلن معروف[1].

وهذا المبدأ قرّره القرآن الكريم حيث قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ [الإسراء: ١٥]. وقوله جلّ شأنه: ﴿رُسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء:١٦٥]، فالله سبحانه قبل أن يحاسب الناس على أعمالهم بعث لهم الرسل ليبينوا لهم طريق الخير ليسلكوها، وطريق الشرّ ليجتنبوها، لأن الإنسان إذا عوقب على عمل لم يخبر ابتداء أنه ممنوع، سيتذرع ويحتج بعدم العلم، وهذا أمر منطقي لا يختلف بشأنه.

**أدلة المانعين[2]:**

استدل المانعون للتقنين بأدلّة القائلين بعدم جواز إلزام القاضي بمذهب معيّن وهم الحنابلة وفريق من الشافعية وفريق من المالكية كما مرّ معنا، وأهم هذه الأدلّة:

١- أن الله أمر عند التنازع بالردّ إلى الله والرسول وليس إلى قول مقنن كقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء:٥٩]. وكذلك الآيات التي تأمر بالحكم بالحقّ كقوله تعالى: ﴿فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص:٢٦] والحق لا يتقيد بمذهب أو قانون.

٢- أن في التقنين حجراً على اجتهاد القاضي.

٣- أنه يؤدي إلى أن يحكم القاضي بخلاف ما يعتقد وهو لا يجوز.

٤- أن التقنين لم يفعله السلف الصالح في القرون الأولى.

---

(١) مصطفى الزرقا: الفقه الإسلامي ومدارسه ص٤٨.

(٢) انظر: تفصيل أدلة المانعين: بكر أبو زيد: فقه النوازل ١/١/٥٥.

**خلاصة القول في التقنين:**

التقنين أمر حاصل، وواقع ماثل، فالدول العربية والإسلامية بلا استثناء تصدر القوانين، وذلك لازدياد الحاجة إلى تنظيم كثير من المسائل الواقعة في المجتمع.

والتخوّف من الإلزام بالتقنين لا داعي له إذا وضعت الشروط الشرعيّة والضوابط التي تحكم سيره من حيث استمداده، ومن حيث قواعد تطبيقه.

والتقنين الذي نادى به المجيزون يختلف عن الإلزام بمذهب معيّن، فالتقنين من حيث الأساس يجب أن يستند إلى الأدلة الشرعيّة ولا يخرج عنها، وما يرى القاضي فيه أنّه مخالف للشريعة بوجه قوى يمتنع من تطبيقه. أضف إلى ذلك أن الغالبية العظمى من المجيزين يرفضون مبدأ التقليد، ويرون أن الطريق السليم هو اتباع منهج الاجتهاد الجماعي في وضع التقنينات باتّباع الرأي الذي يؤيده الدليل الأقوى من الكتاب والسنّة، واستنباط الفروع ممّا يراه أهل الذكر صواباً مناسباً لحال النّاس وظروفهم، مما يدخل تحت قواعد الكتاب والسنة ولا يصادم نصاً، ولا يخالف شيئاً معلوماً من الدين بالضرورة"[1].

إن الفقهاء الذي قالوا بعدم جواز الإلزام بمذهب كانوا ينظرون بعين زمانهم حيث توافر المجتهدون بكثرة، ولم تكن أحوال الناس قد تغيرت، ومشكلات الحياة قد تعقدت، بل كان القاضي الواحد يكفي مدينة كبيرة كالكوفة وبغداد ودمشق، إضافة إلى أن الوازع الديني كان موجوداً لدى الناس حيث يلتزمون بما يفتيهم به المفتي مهما كان مذهبه، أمّا عندما ينعدم حتّى من يحفظ أقوال إمام معيّن بأدلته فما القول حينئذ، قال الإمام ابن فرحون في معرض مناقشته لما قاله أبو بكر الطرطوشي حيث منع إلزام القضاة بمذهب، قال: "وإنما قال أبو بكر هذا لوجود المجتهدين وأهل النظر في قضاة ذلك الزمان، فتكلّم على أهل زمانه، وكان معاصراً للإمام أبي عمر بن عبدالبر، والقاضي أبي الوليد الباجي، والقاضي أبي الوليد بن رشد، والقاضي أبي بكر ابن

(١) أحمد شاكر: الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدر القوانين ص٣٨.

العربي، والقاضي أبي الفضل عياض، والقاضي أبي محمّد بن عطية صاحب التفسير، وغير هؤلاء من نظرائهم، وقد عدم هذا النمط في زماننا من المشرق والمغرب"[1].

إن الفقهاء الذين أجازوا التقنين نظروا إلى واقع زمانهم، وكيف أن الدول قد أخذت بالاقتباس عن الغرب، فإذا لم نضع البديل -وبسرعة- فإن البلاد ستُحكَم بقوانين الغرب الكافرة، وبالفعل تمّ ذلك في معظم البلاد العربية والإسلاميّة، إذن فليكن القانون إسلاميّاً، ونرتكب أخفّ الضررين، والعبرة كما هو معلوم بالمعاني والحقائق لا بالشكليات، فالذي يهمنا مبدئياً أن يكون للقانون المحكوم به دليل من الكتاب والسنة، وليس مرجعه القانون الفرنسي الوضعي أو ما شابهه، فالقانون بحسب ماوضع له بمثابة مرشد للقاضي إلى حكم المسألة الذي رجحه مجموعة من علماء الأمة، فإذا أراد فهم النصّ أكثر فليجتهد وليبحث في مصدر المادّة من الكتاب والسنّة وما ذكره الفقهاء وفهموه من الأدلة، وعلى القاضي أيضاً أن يجتهد في التطبيق.

إنّ مبدأ علنية الشرائع الذي سبق ذكره هو مبدأ كان متبعاً في الدولة الإسلامية منذ استقرار المذاهب إلى عصرنا الحاضر تقريباً، وبيان ذلك أن البلد الذي يسود فيها مذهب معيّن كان أهله لا يقبلون التقاضي إلا أمام قاض من مذهبهم لاعتقادهم صحّة مذهبهم، وخطأ مذهب غيرهم، وإن كان فقهاء المذاهب يضعون في كتبهم اشتراط الاجتهاد في القاضي، وعند التطبيق تجد المؤلف نفسه متمذهباً -وإن كان إماماً كبيراً- يحكم وفق المذهب الذي يراه صواباً ويعتقده، فالمالكية مثلاً يعتقدون أن مذهب الإمام مالك هو الصواب، وأن أدلته صحيحه من الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة، فأحكام المذهب في كل أبواب الفقه الإسلامي معلومة لدى النّاس، وفي هذا تحقّق لعلنيّة التشريع، فإذا وقع نزاع بين اثنين، وكان هناك قاض مالكي وآخر حنفي، فإنّهما سيذهبان للقاضي المالكي دون الحنفي؛ لأن حكم المسألة المجرد عنده وعندهم معروف، وعليه أن يجتهد في تكييف الواقعة ومعرفة المحقّ من المبطل، ولذلك حينما ساد في الدول مذهب رسمي، اضطرت أن تعين نواباً للقاضي من مختلف المذاهب.

---

(١) تبصرة الحكام ١/٤٦.

وفي عصرنا الحاضر وقائع متشابهة، فالقانون المدني الأردني غالبيته من المذهب الحنفي؛ لأنه وريث مجلة الأحكام العدلية، وفيه مسائل من المذهب الحنبلي والمالكي اقتضتها مصلحة الناس، وهي أرجح دليلاً منها في المذهب الحنفي، هذا القانون اعتبر أصلاً للقانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، فجاء واضعو قانون الإمارات واقتبسوا القانون الأردني، لكنهم حذفوا منه ما يتعارض فيه مع المذهب المالكي السائد في الإمارات معارضة واضحة، ومثال ذلك شركة الوجوه يجيزها المذهب الحنفي والقانون الأردني، بينما حذفت كليا من القانون الإماراتي.

وفي الختام أقول إن إلقاء نظرة فاحصة إلى واقع الحياة ومستجداتها، وما يحدث في المحاكم، وما هو عليه أمر القضاة والمتقاضين والوكلاء المحامين، وما عليه أمر الأمة بأجمعها ليجعل أمر التقنين ضرورة لا بدّ منها، ولكنّ علينا الاعتناء بوضعه أولاً، كما علينا الاهتمام بالقضاة وتقويتهم، وتدريبهم وتوعيتهم، وتوعية المجتمعات، ونشر أحكام الشريعة من جديد، فالأمة الإسلامية غريبة في أوطانها تعيش في صراع ومعركة مع الغرب، هذا الصراع يستهدف إذابتها وإزالتها عن الوجود بشتى الوسائل.

# المقوم السادس

## أسباب الحكم (مستنداته)

وفيـــــه:

تمهيـد: في التعريف بالسبب

المبحث الأول: أسباب الحكم في الشريعة.

المطلب الأول: الإقرار.

المطلب الثاني: الشهادة.

المطلب الثالث: اليمين والنكول واليمين المردودة.

المطلب الرابع: الحكم بعلم القاضي.

المبحث الثاني: أسباب الحكم في القانون.

## التمهيد

## في التعريف بأسباب الحكم

**السبب في اللغة:**

**كلمة السبب في اللغة تطلق ويراد بها عدّة أشياء أهمها[1]:**

١- الحبل، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ**﴾ [الحج:١٥][2] والمعنى فليمدد بحبل إلى سماء ثمّ ليختنق به[3]. وسمّي الحبل سبباً؛ لأنّه يتوصل به إلى الماء[4].

٢- الطريق، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**فَأَتْبَعَ سَبَباً**﴾ [الكهف:٨٥] أي طريقاً، لأنه يتوصل بسلوك السبب (الطريق) إلى المقصود.

٣- الباب، لأنّه يدخل منه إلى المقصود أيضاً، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**لَّعَلِّي أَبْلُغُ الأَسْبَابَ . أَسْبَابَ السَّمَاوَاتِ فَأَطَّلِعَ إِلَى إِلَهِ مُوسَى**﴾ [غافر: ٣٦-٣٧] فأسباب السماوات أي أبوابها.

وأسباب السماء مراقيها وأبوابها ومنه قول الشاعر: (من البسيط)

ومن هاب أسباب المنيّة يلقها ... ولو رام أسباب السماء بسلّم[5]

---

(١) انظر: ابن منظور: لسان العرب ٤٥٨/١-٤٥٩، الفيومي: المصباح المنير: ٢٦٢/١، الرازي: مختار الصحاح ص ٢٨١، أبو يعلى الفراء: العدة في أصول الفقه ١٨٢/١-١٨٣.

(٢) وتمام الآية: ﴿مَنْ كان يظنُّ أنْ لنْ ينصرَهُ اللهُ في الدنيا والآخرةِ فَلْيَمْدُدْ بسببٍ إلى السماءِ ثـم ليقطعْ فلينظرْ هل يذهبنَّ كيدُه ما يغيظ﴾ [ الحج: ١٥]..

(٣) انظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم ٢١٠/٣.

(٤) الفراء: العدة في أصول الفقه ١٨٣/١.

(٥) البيت لزهير بن أبي سلمى، ديوانه: ص٤ (بشرح الشنتمري) وانظر أيضاً: ابن منظور: لسان العرب ٤٥٨/١.

ممّا تقدّم نجد أن الأصل في إطلاق السبب كما قال ابن منظور للحبل الذى يتوصل به إلى الماء، ثم استعير لكل ما يتوصّل به إلى شيء، وهذا واضح من إطلاقات كلمة السبب على الأشياء التي سبق ذكرها. وعلى ذلك نقول: إنّ السبب في اللغة يطلق على" كل شيء يتوصّل به إلى غيره"

**- السبب عند الأصوليين[1]:**

عرف السبب عند الأصوليين بأنّه "وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده وجود الحكم ومن عدمه عدم الحكم "، ومثال ذلك جعل النصاب سبباً في وجوب الزكاة، وغروب الشمس سبباً لوجوب صلاة المغرب، والسرقة سبباً لوجوب القطع.

والذي يهمّنا في تعريف السبب عند الأصوليين أن السبب أمر مهم في اعتبار الحكم فلولا وجود السبب لما كان الحكم موجوداً، فإذا لم تغرب الشمس بعد فصلاة المغرب لا تجب على المكلّف، وإذا لم يبلغ المال نصاباً فالزكاة لا تجب أيضاً.

**السبب في الاصطلاح القضائي:**

يقصد بأسباب الحكم الأدلة والحجج التي يستند إليهما القاضي في إصدار حكمه، وعُرفت أيضاً بأنها "عبارة عن القواعد التي تعين كيفية إظهار الحقّ وإثباته"[2].

وهذا المصطلح استخدمه فقهاؤنا السابقون، -رحمهم الله- وإن لم يتحدث أكثرهم عنه مباشرة، وأوضح من تحدّث عنه القاضي الإمام ابن أبي الدم حيث قال في معرض حديثه عن الكتاب الحكمي: "ولو لم يذكر القاضي الكاتب في كتابه سبب حكمه، بل قال: ثبت عندي بما يثبت بمثله الحقوق وحكمت بذلك، وإذا سأله المحكوم

---

(١) انظر: الفتوحي: شرح الكوكب المنير ص ١٣٩، خلاف: علم أصول الفقه ص ١١٧، الحفناوي: نظرات في أصول الفقه ص ١٢٨، محمّد زكي عبدالبر: الحكم الشرعي ص ٣١

(٢) انظر: علي حيدر: أصول استماع الدعوى ص ١٩١، عبداللطيف صلاح: شرح قانون المحاكمات ص ١٤٥.

عليه عن سببه، نظر: إن كان قد حكم عليه بإقراره لم يلزمه ذكره، وإن كان قد حكم عليه بالنكول ويمين الطالب لزمه ذكره...."[1].

فالأدلة والبيّنات والحجج كلّها مسميات لمعنى واحد، لأن الأدلة معرّفات وعلامات على وجود الحق، والبيّنات هي ما تبيّن وتظهر الحقّ، والحجة هي البيّنة.

وهذه كلّها أسباب وطرق يتوصّل القاضي بواسطتها إلى معرفة المحقّ من المبطل، وحينما تتمّ الحجّة وتقام البيّنة مستوفية شروطها لا يبقى للقاضي إلا إصدار حكمه استناداً إلى تلك الحجّة، ولا يجوز له أن يحكم دون مستند أو سبب وإلا كان حكمه بالتشهي، ولذلك نرى أن معنى سبب الحكم في الاصطلاح القضائي مشتقّ من المعنى اللغوي الذي تقدم ذكره.

وموضوع أسباب الحكم ومستنداته[2] ليس من موضوعات هذا البحث، وذلك لأن مسألة الأدلة والبيّنات مسألة طويلة ومستقلة تبحث بذاتها، ولكني سأقتصر هنا على إيراد أسباب الحكم إجمالاً لا تفصيلاً.

---

(١) أدب القضاء ص ٤٨٨.

(٢) مصطلح مستند الحكم يقابل مصطلح السبب، وقد استخدم مصطلح المستند من قبل بعض الفقهاء كالشيخ جعيط في كتابه الطريقة المرضيّة، الباب الثاني المواد ١٣٢ وما بعد، وكذلك ص٨١.

## المبحث الأول

## أسباب الحكم في الشريعة

### المطلب الأول

### الاعتراف (الإقرار)

**أ- تعريفه**: هو إخبار الإنسان عن حقّ عليه لآخر "وهذا تعريف مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٥٧٢، وعرف أيضاً بأنّه "الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقرّ ولو في المستقبل باللفظ أو ما في حكمه من كتابة أو إشارة أو سكوت، سواء كان الحقّ إيجابياً أو سلبياً"[(١)] أو إخبار الشخص عن ثبوت حقّ الغير على نفسه[(٢)].

**ب- مشروعيته**: ثبتت مشروعية الإقرار بالكتاب والسنّة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿**وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً**﴾ [البقرة:٢٨٢]. فإملاء الذي عليه الحق يعتبر ملزماً له، والإملاء إقرار من المملي بما عليه من حق[(٣)].

ومن السنّة ما روى البخاري عن أبي هريرة ﷺ في قصة العسيف "الأجير" الذي زنى بامرأة سيّده، وفيه قال الرسول ﷺ: «واغدُ يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"[(٤)] فالحديث ينص على ترتيب حكم الرجم على اعتراف المرأة، وهذا صريح في حجيّة الإقرار، وقد ثبت بأدلة من السنّة كثيرة لا حاجة لذكرها هنا.

---

(١) علي قراعة: الأصول القضائية ص ٦٢.

(٢) وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته ٧٨٠/٦، ومحمد الزحيلي: وسائل الإثبات ص ٢٣٦.

(٣) انظر: الجصاص: أحكام القرآن ٥٧٧/١.

(٤) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ١٣٧/٢، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا.

والإقرار ثابت الحجيّة بإجماع المسلمين على العمل به، ولم يخالف أحد في ذلك[1].

والحكم الثابت بالإقرار هو أقوى مرتبة من مراتب الأحكام، وكما يقال الاعتراف سيّد الأدلة، ولذلك نجد أن فقهاء الحنفيّة يعتبرون الحكم المستند إلى الإقرار حكماً على سبيل المجاز، وأن الحكم هنا هو قضاء إعانة أي أن القاضي يلزم المقرّ بإقراره فقط، وعلى ذلك يكون أثر الإقرار هو ثبوت الحق المقرّ به لا إثباته ابتداء، ولهذا أيضاً جوّزوا الحكم على الغائب المقرّ لأنه ليس له الطعن في الإقرار بخلاف البيّنات الأخرى[2].

**جـ- الشروط العامّة في الإقرار[3]:**

**١- يشترط في المقرّ أن يكون:**

- بالغاً.
- عاقلاً.
- مختاراً.
- معلوماً معيّناً غير مجهول جهالة فاحشة.
- غير متهم في إقراره.
- جاداً في الإقرار غير هازل.
- غير محجور عليه.

**٢- يشترط في المقر له أن يكون:**

- معلوماً غير مجهول جهالة فاحشة.

---

(١) انظر: الزيلعي:تبيين الحقائق ٣/٥، قاضي زادة: نتائج الأفكار ٢٨١/٦.

(٢) ابن عابدين: رد المحتار: ٤٠٩/٥، الرشيدي: المجاني الزهرية ص٨٠، علي قراعة: الأصول القضائية ص٦٩.

(٣) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق ٢/٥، قراعة: الأصول القضائية ص ٧٥، ابن جزي: القوانين الفقهيه ص٢٠٧، الشربيني: مغني المحتاج ٢٣٨/٢.

- محقق الوجود، كالإقرار بمبلغ هو ميراث للجنين بعد وجوده.

- أهلاً لاستحقاق المقرّ به.

- أن لا يكذب "المقر له" المقرّ في إقراره.

**٣- يشترط في المقر به أن يكون:**

- جائزاً شرعاً وعقلاً ولا يكذبه ظاهر الحال.

- معلوماً في الحالات التي يشترط لصحّة التصرف المعلومية.

- ذا قيمة وأهمية، فلو كان تافهاً كحبة قمح أو حفنة تراب فلا يصحّ عن بعض الفقهاء.

**٤- يشترط في صيغة الإقرار أن تكون:**

- منجزة، فلا يجوز أن تكون معلّقة على شرط.

- مفيدة ثبوت الحق المقرّ به على سبيل الجزم واليقين.

- أن تكون بالعبارة في حدود الله، وأن تكرّر أربع مرات إذا كان الإقرار بالزنا في بعض المذاهب.

## المطلب الثاني

## الشهادة

أ- **تعريفها:** هي "إخبار الشخص بحقّ لغيره على غيره بلفظ أشهد"[1].

ب- **مشروعيتها:** تثبت مشروعيّة الشهادة بالكتاب والسنّة.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وقوله: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢] فالإشهاد مطلوب هنا وذلك ليرجع إلى الشهود في حالة التنازع والاختلاف، لأن الشهود حضروا الواقعة، وسمّي الشاهد شاهداً؛ لأنّه يشهد ويحضر الواقعة التي يطلب منه الإخبار بما حدث فيها. يقول تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة:١٨٥].

ومن السنّة ما رواه البخاري عن الأشعث بن قيس قال: "كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال: شاهداك أو يمينه، فقلت: فإذاً يحلف ولا يبالي. فقال النبي ﷺ: «من حلف على يمين يستحق بها مالاً، وهو فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان» فأنزل الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً﴾ إلى قوله جلَّ شأنه ﴿وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[آل عمران:٧٧][2].

---

(١) الزحيلي: وسائل الإثبات ص ١٠٦، وانظر: أيضاً: الخرشي: شرح المختصر ٧/١٧٠، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٥٣٤-٥٣٥، قراعة: الأصول القضائية ص ١٤٤، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٧٧٧، وانظر: المادة ١٦٨٤ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ٥/٢٨٠، كتاب الشهادات باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، وقال النبي "شاهداك أو يمينه".

**جـ- الشروط العامّة للشهادة[1]:**

**١- يشترط في الشاهد:**

- البلوغ، وعند المالكيّة ورواية عن أحمد تقبل شهادة الصبي على مثله في الجراح.

- العقل والتيقظ وعدم الغفلة.

- الرشد.

- أن لايكون محدوداً في القذف.

- الحريّة.

- الإسلام، إذا كان المشهود عليه مسلماً، وقال الحنابلة بجواز شهادة غير المسلم على المسلم في الوصيّة في حالة السفر فقط.

- العلم بالمشهود به ومعاينته والتيقّن وعدم التخمين.

- العدالة، وعند الحنفيّة تقبل شهادة الفاسق.

- عدم التهمة، وهذه لها أسباب هي:

١- العداوة بالنسبة للمشهود عليه.

٢- القرابة بالنسبة للمشهود له.

٣- المنفعة بالنسبة للشاهد، وكذلك الحرص على الشهادة.

---

(١) انظر القدوري: متن القدوري ص١٠٧-١٠٨، الموصلي: الاختيار ٢/١٤٠، ابن الهمام: شرح فتح القدير ومعه شرحا العناية والكفاية على الهداية ٦/٤٧٣، ابن عابدين: ردّ المحتار ٥/٤٧٢، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٧٢، ابن عبد الرفيع:معين الحكام ٢/٦٤٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ص٢٠٢، ابن فرحون: التبصرة ١/١٧٢ وما بعدها، الخرشي: شرح المختصر ٧/١٧٥، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٦٥، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٣٦٠، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٤٢٧، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٧٧، وما بعدها، الكوهجي: زاد المحتاج ٤/٥٧٤، ابن قدامة: المغني ١٢/٥-١٠٠، المجد ابن تيمية: المحرر ٢/٢٤٧، علي حيدر: أصول استماع الدعوى ص١٩٢، الزحيلي: وسائل الإثبات ص ١٢٨-١٣٣، عبدالكريم زيدان: نظام القضاء ص ١٦٦-١٧٥.

- السلامة من العاهات المانعة من الشهادة، فلا تقبل شهادة الأعمى، وتقبل شهادة الأخرس عند مالك وذلك بإشارته المُفهمة، ولا تقبل عند الجمهور.

- الذكورة في الحدود والقصاص.

- العدد ولا تقبل شهادة الواحد إلا استثناءً، كما لايقبل أقلّ من اثنين في المعاملات في حدّ الزنا.

**٢- شروط نفس الشهادة وصيغتها:**

- أن تكون الصيغة بلفظ أشهد.

- أن تكون مسبوقة بالدعوى إذا كانت في حقوق العباد.

- أن تكون شهادة الشهود متفقة مع بعضها.

- أن تكون شهادة موافقة للدعوى.

- أن تكون الشهادة في مجلس القضاء.

**٣- يشترط في المشهود به:**

- أن يكون معلوماً.

وإذا صدرت الشهادة مستوفيّة شروطها فإن سبب الحكم يكون قد توافر، ممّا يتبعه صدور الحكم من الحاكم بشروطه.

## المطلب الثالث

## اليمين والنكول واليمين المردودة

**أ- تعريفها:** هي تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة صفاته[1] وهذه اليمين بوجه عام، أمّا اليمين القضائية فهي تأكيد ثبوت الحقّ أو نفيه بذكر الله تعالى أو صفة من صفاته[2].

**ب- مشروعيّة اليمين:** ثبتت بالقرآن والسنة:

فمن القرآن قوله تعالى: ﴿**لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ**﴾ [المائدة:٨٩]..

ومن السنّة قوله عليه الصلاة والسلام: «شاهداك أو يمينه»[3] وقوله عليه الصلاة والسلام: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[4].

**جـ- الشروط العامّة لليمين[5]:**

١- يشترط في الحالف:

- البلوغ.

---

(١) النووي: روضة الطالبين ٣/١١.

(٢) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٥٨٨/٦.

(٣) هذا الحديث تقدم تخريجه .

(٤) أخرجه البيهقي: السنن الكبرى ٢٥٢/١٠، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٥) ابن نجيم: البحر الرائق ٢٠٢/٧ وما بعدها، ابن عابدين: رد المحتار ٥٤٨/٥، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٠١-٢٠٢، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٨١-٩٩، ابن أبي الدم: أدب القضاء ٢١٧، الشربيني: مغني المحتاج ٤٧٣/٤-٤٧٩، ابن قدامة: المغني ١٦٢/١١، وما بعدها، البهوتي: شرح المنتهى ٤٩١/٣ وما بعدها، ابن قاسم النجدي: حاشية الروض ٤٦٤/٧، الزحيلي: وسائل الإثبات ٣٥٢-٣٥٤.

- العقل.

- الاختيار.

- أن يكون الحلف عن نفسه، لأن اليمين لا تُقبل بالنيابة.

- أن يحلف على البتات بالنسبة لفعل نفسه، ويحلف على العلم بالنسبة لفعل غيره.

- إذا كان الحالف هو المُدعّى عليه، فيشترط كونه منكراً للحقّ المدعى به.

٢- يشترط في المدعى به:

- أن يحتمل الإقرار به شرعاً من المدعى عليه.

- أن لايكون من حقوق الله الخالصة كالحدود.

٣- أن تتوجّه اليمين بطلب الخصم ولا يحلف دون طلب، وذلك بعد عجزه عن الإثبات.

٤- أن يكون صيغة اليمين الحلف بالله تعالى، وللفقهاء صيغ ذكرت في مصادرها.

٥- يشترط المالكيّة أن تكون بين المتخاصمين ظلمة وتعامل.

**النكول واليمين المردودة:**

إذا توافرت شروط اليمين السابق ذكرها، وطلب المدعي من القاضي تحليف المدعى عليه اليمين وحلفها بالفعل، فإن دعوى المدعي ترد، أمّا إذا رفض حلف اليمين وامتنع، وهو مايقال له النكول[1] عن حلف اليمين، **فهذه المسألة اختلف الفقهاء فيها:**

أ- فذهب الجمهور -وهم المالكيّة والشافعية والحنابلة في قول- إلى ردّ اليمين إلى

(١) يقال: نَكَل عنه ينكِلُ وينكُل نُكُولاً، ونَكِلَ: نكصَ وجبُنَ وامتنع، فيقال: نكل عن العدو، وعن اليمين، انظر: ابن منظور: لسان العرب ٦٧٧/١١، الفيومي: المصباح المنير ٦٢٥/٢.

المدعي، فإن حلف حكم له، وإن نكلَ رُدَّتْ دعواه.

فالجمهور لا يرون الحكم بالنكول[1].

ب- وذهب الحنفيّة والحنابلة إلى أنّ القاضي يحكم على المدعى عليه الناكل عن حلف اليمين، ولا تردّ اليمين إلى المدعي[2].

ولكل فريق من الفقهاء أدلته على ماذهب إليه، وأذكر هنا أهمّها فقط:

فقد استدل من قضى بردّ اليمين بحديث ابن عمر: "أنّ رسول الله ﷺ ردّ اليمين على طالب الحق"[3].

كما ثبت الحكم بردّ اليمين عن بعض الصحابة كعمر وعلي رضي الله عنهما[4].

واستدل من حكم بالنكول بالقرآن في قوله تعالى في آية اللعان: ﴿**وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ....**﴾ [النور:٨] فالمرأة الملاعنة إذا حلفت فإنها لا تحدّ، وإذا نكلت أقيم الحدّ عليها.

كما استدلوا بما رواه الإمام أحمد قال: "قدم عبدالله بن عمر إلى عثمان بن عفان ﷺ في عبد له، فقال عثمان: احلف أنّك ما بعت العبد وبه عيب علمته، فأبى ابن عمر أن يحلف فردّ عليه العبد[5]. وهذا حكم بالنكول.

---

(١) انظر: ابن جزي: القوانين الفقهية ص ١٩٨-١٩٩، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٤٧/٤، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٢١، الشربيني: مغني المحتاج ٤٦٨/٤-٤٧٩، ابن قدامة: المغني ١٢٤/١٢.

(٢) انظر: الكاساني: البدائع ٢٢٥/٦، ابن عابدين: رد المحتار ٥٤٩/٥-٥٥٠، البيهوتي: شرح المنتهى ٤٨٥/٣.

(٣) أخرجه الدارقطني: السنن ٢١٣/٤، كتاب الأقضية، والبيهقي: السنن الكبرى ١٨٤/١٠، كتاب الشهادات، باب النكول وردّ اليمين.

(٤) انظر: البيهقي: السنن الكبرى ١٨٣/١٠-١٨٤، كتاب الشهادات، باب النكول وردّ اليمين.

(٥) بعد البحث والتنقيب في مستند الإمام أحمد عن هذا الأثر، فلم أجده، وإنما ذكرته كتب الحنابلة: شرح المنتهى ٤٨٥/٣، كشاف القناع ٣٣٢/٦.

## المطلب الرابع

## حكم القاضي بعلمه

**علم القاضي**: هو اطلاع القاضي بنفسه ومعرفته لوقائع النزاع خارج مجلس الحكم.

فهل يجوز للقاضي أن يحكم على شخص بالرجم مثلاً أو بأي حكم آخر استناداً إلى علمه الشخصي، واطلاعه على الواقعة المستلزمة للحكم دون الاستناد إلى وسائل الإثبات العاديّة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلاّ أنهم اتّفقوا على عدم جواز حكم القاضي بخلاف علمه، وذهب جمهورهم إلى أنّه يحكم بعلمه في الجرح والتعديل بالنسبة للشهود، وكذلك حكمه بما يجري في مجلسه من وقائع[1].

أمّا غير ذلك فقد ذهب المالكيّة والحنابلة والشافعيّة في قول ومتأخرو الحنفية إلى عدم جواز حكم القاضي بعلمه مطلقاً[2].

وذهب الظاهرية والشافعية في قول، والحنابلة في رواية، والصاحبان من الحنفية إلى جواز حكم القاضي بعلمه مطلقاً[3]

وذهب بعض الحنفيّة إلى التفرقة بين علم القاضي المستفاد قبل توليّه القضاء فيقبل، وعلمه بعد توليّه فلا يقبل[4].

---

(١) انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ٢/٤٧٠، ابن فرحون: التبصرة ٢/٢٤، ابن قدامة: المغني ١١/٤٠٣، محمّد الزحيلي: وسائل الإثبات ص ٥٦٤-٥٦٥.

(٢) ابن عابدين: ردّ المحتار ٥/٤٣٨-٤٣٩، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٥٤، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٨، ابن قدامة: المغني ١١/٤٠٠، ابن مفلح: المبدع ١٠/٦١-٦٢، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٥٠.

(٣) ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٣٨، ابن حجر العسقلاني: فتح الباري١٣/١٣٨، ابن قدامة: المغني ١١/٤٠٠، ابن حزم: المحلى ١٠/٦٢٥.

(٤) ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٣٨.

وذهب آخرون إلى التفرقة بين الحكم بعلم القاضي في الحدود وغيرها فمنعوا الحكم بعلم القاضي في الحدود وأجازوه في غيرها[1].

أما أدلة المجيزين والمانعين فهي كثيرة لا مجال لذكرها الآن، ولكن أختار بعضها فقط:

**أ- أدلة المجيزين:**

١- استدلّوا بقضاء النبي لهند امرأة أبي سفيان على زوجها، وأنّه استند في حكمه إلى علمه الشخصي؛ لأنّه يعلم صفة أبي سفيان تلك[2].

٢- كما استدلوا بقصة سعيد بن الأطول والتّي فيها أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عيالاً قال: فأردت أن أنفقها على عياله فقال النبي ﷺ: «إن أخاك محتبس بدينه، فاقض عنه. قلت: يا رسول الله قضيت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليس لها بيّنة قال: أعطها فإنّها محقّة»[3].

٣- واستدلوا أيضاً بفعل بعض الصحابة كعمر بن الخطاب رضي الله عنه[4].

**ب- أدلة المانعين:**

١- استدلّوا بقوله ﷺ: «إنّما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع..... »[5] فالحديث يدلّ على أنه إنما يقضي بما يسمع لا بما يعلم.

٢- استدلوا كذلك بقصّة الأعرابي الذي اشترى منه الرسول ﷺ فرساً ثمّ جحد

---

(١) ابن عابدين: ردّ المحتار ٤٣٩/٥، الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٨/٤.

(٢) هذا الحديث تقدّم تخريجه ، وانظر: ابن قدامة: المغني ٤٠٠/١١، ابن حجر العسقلاني: فتح الباري ٥٠٧/٩.

(٣) أخرجه ابن ماجه: السنن ٨١٣/٢، والبيهقي: السنن الكبرى ١٤٢/١٠.

(٤) ابن قدامة: المغني ٤٠٠/١١-٤٠١.

(٥) تقدم تخريجه .

الأعرابي البيع، فطلب الرسول ﷺ من يشهد له فقام خزيمة وسمي ذا الشهادتين[1]. فالرسول يعلم كذب الأعرابي، و لم يحكم بعلمه بل طلب الشهود.

وهناك وسائل إثبات أخرى وأسباب للأحكام اختلف فيها، **من أمثلتها**[2]:

١- الحكم بالقرائن، مع ملاحظة أن النكول يعدّ من قبيل القرائن.

٢- الحكم بالقيافة[3].

٣- الحكم بالأدلة الكتابيّة[4].

٤- الحكم بالقسامة[5].

٥- الحكم بالخبرة والمعاينة.

٦- الحكم بالفراسة[6].

٧- الحكم بشاهد ويمين المدعي.

---

(١) هذا الحديث تقدم تخريجه .

(٢) انظر: أحكام هذه الوسائل: ابن القيم: الطرق الحكمية، ابن فرحون: تبصرة الحكام، الزحيلي: وسائل الإثبات.

(٣) القيافة: هي إلحاق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم، والقائف هو الشخص الخبير بمعرفة النسب عن طريق التشابه، وقد ذهب إلى جواز العمل بها مالك والشافعي وأحمد، انظر: القرافي: الفروق ١٢٥/٣، ابن فرحون: التبصرة ١٠٨/٢-١٠٩، الشربيني: مغني المحتاج ٤٨٨/٤، ابن القيم: الطرق الحكميّة ص ٢٥٢.

(٤) انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٨١/١٦.

(٥) القسامة: هي الأيمان تقسم على الأولياء في الدم، وصورتها أن يوجد قتيل بموضع لا يعرف قاتله ولا بينة، ويدعي وليّه قتله على شخص أو جماعة، وتوجد قرينة تشعر بتصديق الوليّ في دعواه، ويقال له اللوث، فيحلف الولي خمسين يميناً، ويثبت القتل، فتجب الديّة لا القصاص، وفي قول يجب القصاص، وهناك صورة أخرى للحلف، انظر: النووي: تهذيب الأسماء واللغات ٩٢/٤-٩٣.

(٦) الفراسة: هي الاستدلال بالأمر الظاهر على الأمور الخفيّة، أو هي كل أمر يشير إلى المطلوب على سبيل الترجيح لا اليقين، انظر: البوطي: محاضرات في الفقه المقارن ص ١٩٥، الزحيلي: وسائل الإثبات ص ٥٥٣.

## المبحث الثاني

## أسباب الحكم في القانون

أسباب الحكم بمعنى وسائل الإثبات في القانون الوضعي تكاد تتشابه إلى حدّ كبير في الأحكام العامّة مع وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، إلا أنّه وقع بعض الاختلاف من حيث اعتماد بعض الوسائل أكثر من بعض، ومن حيث وضع قواعد جديدة نوعاً ما، وإن كانت في مجملها قد نجد لها تخريجاً عند البحث في مذاهب الفقهاء، وهذا يصدق على وسائل الإثبات في المسائل المدنيّة، أما المسائل الجنائية فقواعد الإثبات المتبعة فيها في القانون الوضعي تخالف قواعد الإثبات في الشريعة الإسلاميّة، **وبيان ذلك على النحو التالي:**

**أ- مستندات الحكم وأسبابه في المسائل المدنية:**

جاء تنظيم أحكام الإثبات في القانون الأردني بالنسبة للمحاكم النظاميّة في قانونين رئيسين:

**الأول:** قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢[١].

**والثاني:** القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦[٢].

وذلك في الفرع الثالث من الفصل الرابع من الكتاب التمهيدي وتحت عنوان: إثبات الحقّ، ولكن القانون المدني لم يفصل أحكام الإثبات، وإنما عدد وسائل إثبات الحقّ، وذكر بعض القواعد العامّة ثمّ أحال إلى قانون البينات.

---

(١) نشر قانون البيانات على الصفحة ٢٠٠ من العدد ١١٠٨ من الجريدة الرسميّة بتاريخ ١٩٥٢/٥/١٧.

(٢) نشر القانون المدني على الصفحة ٢ من العدد ٢٦٤٥ من الجريدة الرسميّة بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

**ومستندات الحكم وفقاً لما جاء في القانونين السابقين هي:**

١- الأدلة الكتابية.

٢- الشهادة.

٣- القرائن وهي نوعان: قرائن قانونيّة، وقرائن قضائية.

٤- الإقرار.

٥- المعاينة والخبرة.

٦- اليمين[١].

- وكما ترى فقد وضع القانون الأدلّة الكتابية في المقام الأول وهي مقدمة على الشهادة، فلا يجوز أن يثبت بالشهادة ما كانت قيمته تزيد على عشرة دنانير وإنّما تثبت بالكتابة[٢]، وهنا يختلف القانون عن الشريعة في هذه المسألة.

- كما أنّ القانون لم يسمح بالحكم بناء على علم القاضي الشخصي[٣].

- اعتمد القانون شهادة الأخرس وحلفه بإشارته المعهودة، كما ردّ القانون كل شهادة تضمّنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه[٤]، وفي هذا تشابه مع الشريعة.

**ب- مستندات الحكم في المسائل الجنائيّة:**

القاعدة العامّة في الجنايات والجنح والمخالفات أنّ تقام البيّنة بجميع طرق الإثبات، ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصيّة[٥]، وليس عليه رقابة من محكمة التمييز في

---

(١) المادة ٧٢ من القانون المدني والمادة ٢ من قانون البينات.

(٢) المادة ٢٨ من قانون البينات مع ملاحظة أنّهم استثنوا المسائل التجاريّة من هذا النص.

(٣) المادة ٣ من قانون البينات.

(٤) المادتان ٨٠، ٨١ من القانون المدني.

(٥) انظر: المادة ٤٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنيّ رقم ٩ لسنة ١٩٦١ المنشور على الصفحة ٣٧ من العدد ١٥٣٩ من الجريدة الرسميّة بتاريخ ٣/١٦

ذلك[1]، أي أنّه حرّ في قَبُول وردّ أي بيّنة لم يقتنع بهـا، وفي هـذا المبـدأ المهـمّ تختلـف الشريعة عن القانون، لأن القاضي في الشرع ملزم باتّباع قواعد الإثبات المحدّدة سـلفاً، ولا يجوز له اتّباع غيرها، فلا يجوز إثبات الزنا إلا بأربعة شـهود، أمّـا في القـانون فقـد يأخذ بشهادة واحد، وقد لا يقتنع بشهادة عشرين، وإن طابقت الدعـوى؛ لأن الأمـر مبناه على قناعة القاضي.

**جـ- مستندات الحكم في المسائل الشرعيّة:**

**تستقي أحكام وسائل الإثبات في المحاكم الشرعيّة من المصادر التاليّة:**

١- قانون أصول المحاكمات الشرعيّة وبخاصة الفصل العاشر والحـادي عشـر منـه الذي تحدّث عن البيانات المواد ٥٦-٩٠.

٢- أحكام إثبات الحقّ في القانون المدني الأردني.

٣- ما لا يتعارض مـع مـا في المصدريـن السـابقين مـن مجلّـة الأحكـام العدليّـة في البينات والتحليف[2].

**وبناء على ذلك تكون مستندات الحكم في المحاكم الشرعيّة هي:**

١- الأدلة الكتابية: وهذه نوعـان: مسـتندات رسميّـة ينظمهـا موظفـون مختصـون وهذه أقوى الأدلة، ومستندات عرفيّة ينظمها الأشـخاص العـاديون بخطهـم وتوقيعهـم وبصمتهم.

٢- الشهادة.

٣- الإقرار.

---

(١) انظر: قرار محكمة التمييز (تمييز جزاء رقـم ٧٨-٨٥) المنشور في العـدد الأول والثـاني والثـالث مـن السنة الرابعة والثلاثين ١٩٨٦ ص٢٥٢ من مجلة نقابة المحامين.

(٢) انظر: المادة ١٤٤٨ من القانون المدني التي أبقت العمل بمجلة الأحكام العدليـة فيمـا لا يتعـارض مـع القانون المدني وعلى ذلك يكون الكتاب الرابع عشر والكتاب السادس عشر من المجلة معمول بهمـا وهما يتعلقان بالقضاء والدعوى والبينات.

٤- اليمين.

٥- الخبرة والمعاينة.

٦- القرائن.

مع ملاحظة أنّ أحكام الإثبات في المسائل الشرعيّة مستقاة من الشريعة الإسلامية وأغلبها مأخوذ من الفقه الحنفي المذهب الرسمي للمحاكم الشرعيّة في الأردن.

# الباب الثالث

## إصدار الحكم القضائي وآثاره

وفيه فصلان:

الفصل الأول: إصدار الحكم القضائي في الشريعة والقانون.

الفصل الثاني: آثار الحكم القضائي في الشريعة والقانون.

# الفصل الأول

## إصدار الحكم القضائي في الشريعة والقانون

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: إصدار الحكم في الشريعة

وفيه ثلاثة مطالب وتمهيد:

المطلب الأول: الشروط العامة لإصدار الحكم القضائي.

المطلب الثاني:الشروط الخاصة بنص الحكم (الفقرة الحكمية)

المطلب الثالث: الظروف الملابسة لإصدار الحكم القضائي.

المبحث الثاني: إصدار الحكم القضائي في القانون

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشروط العامة للحكم.

المطلب الثاني: المداولة وإصدار الحكم.

المطلب الثالث: النطق بالحكم وكتابته.

## تمهيـــــد

قلنا من قبل: إن المقصود الأعظم من وجود منصب القضاء هو إيصال الحقوق إلى أصحابها، والفصل في الخصومات والمنازعات، لـذا كـان الحكـم القضـائي هـو خاتمة المطاف، ونهاية الرحلة في التداعي أمام القضاء.

والأصل في الحكم القضائي الذي يفصل في النزاع أنه أمر نفساني، أي: هو الحـل الـذي يتكـون في ذهـن القـاضي، ولا يعلـم إلا بالتعبـير عنـه بـالقول، أو الكتابـة، أو الإشارة، أو بالفعل على حسب اختلاف الفقهاء في فعل القاضي.

فالتعبير عن هذا الحل وإظهاره للخصوم وللملأ، وإعلامهـم بـه هـو مـا يعـبر عنـه بإصدار الحكم، والقاضي إذا تكونت لديه قناعـة معينـة، وانقـدح في ذهنـه رأي محـدد بخصوص فصل النزاع الذي أمامـه، فـلا يجـوز لـه ابتـداء أن يصـدر حكمـه دون تـروٍ وتدقيق، ودون استكمال الإجراءات الشرعية المسـتلزمة قبـل إصـدار الحكـم، فـلا بـد للقاضي من التـأكد مـن اسـتيفاء الدعـوى المنظـورة أمامـه لجميـع الشـروط والأسـس الشرعية التي تؤهلها لأن يصدر فيها حكم ينهي النزاع، ويرفـع يـد المحكمـة عـن نظـر الدعوى المفصولة.

وبناء على مـا تقـدم فإننـا نـرى أن الحكـم القضـائي لا يصـدره القـاضي إلا بعـد التحقيق من أمور أهمها استيفاء الحكم للشروط المطلوبة فيه، ولذا فإن شروط الحكـم قد أدرجت ضمن الشروط العامـة للإصـدار، وذلـك تفاديـاً للتكـرار، ولارتباطهـا بـه ارتباطاً وثيقاً.

## المبحث الأول

## إصدار الحكم القضائي في الشريعة والقانون

### المطلب الأول

### الشروط العامة لإصدار الحكم القضائي

**الشرط الأول: الدعـوى:**

اشترط الفقهاء لصحة الحكم، أن تتقدمه وتسبقه دعوى صحيحة مسموعة شرعاً متعلقة بخصوص موضوع الحكم[1]. **وهذا الشرط إنما يطلب وفق الشرائط التالية[2]:**

١- أن يكون المحكوم فيه (موضوع الحكم) من حقوق العباد، وذلك لأن القاضي لا يجبر الناس على استيفاء حقوقهم، فلهم المطالبة بها ولهم تركها.

وهذا بخلاف حقوق الله التي لا تشترط فيها الدعوى، لأن كل إنسان يستطيع رفعها وتحريكها حسبة لله تعالى، ولأنها متعلقة النفع بالمجتمع ككل.

٢- أن يكون الحكم قولياً، فالحكم الفعلي لا تشترط فيه الدعوى، وإنما يقوم به القاضي بمقتضى الولاية.

---

(١) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص١٤٤-١٤٥، ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص١٠٤، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٩/٦، الأشباه والنظائر ٣٩٤/٢، الحموي: غمز عيون البصائر ٣٩٤/٢، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ١٥٧/٤، الرشيدي: حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج ٤٥/٨، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٩/٤.

(٢) الحموي: غمز عيون البصائر ٣٩٤/٢، ابن عابدين: رد المحتار ٣٩٦/٥، محمّد كامل الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص١٠٦-١٠٧، علي حيدر: شرح مجلة الأحكام ٦١١/٤.

٣- أن يكون الحكم القولي صريحاً، لأنه هو المقصود الأول من إصدار الحكم، أما الحكم الضمني فلا يشترط فيه سبق الدعوى.

والشرطان الأخيران إنما يعتبر وجودهما عند من يقول بالحكم الفعلي وبالحكم الضمني من الفقهاء، فمن لا يعتد بهما لا يشترطان عنده.

والدعوى قد عرفت سابقاً بأنها طلب شخص حقاً له -أو لمن يمثله- أو حمايته في مجلس القضاء[١].

**الشرط الثاني: الخصومة:**

اشترط فقهاء الحنفية أيضاً إضافة إلى الدعوى، أن تكون بين المتداعيين خصومة شرعية حقيقية، فإذا كانت الخصومة والدعوى صورية مفتعلة قصد بها المتداعيان التحايل للحصول على حكم، فلا يجوز للقاضي[٢] حينئذ سماع الدعوى، وعليه أن يمتنع عن إصدار الحكم، وإذا أصدر القاضي حكماً في مثل تلك الحالة فيعتبر ذلك منه إفتاء وليس حكماً[٣].

**الشرط الثالث: الحادثة:**

وهذا الشرط مرتبط بما قبله من الدعوى والخصومة، ومعنى اشتراط الحادثة في الحكم أن يكون موضوع الدعوى المراد إصدار الحكم فيها واقعة حقيقة في عالم الحس والمشاهدة، ولذلك لم يجز عند الحنفية الحكم في أمر لم يحدث بعد، وقد مثلوا لذلك

---

(١) انظر: عبدالناصر أبو البصل: نظام القضاء الشرعي ص١٧٧، محمّد نعيم ياسين: نظرية الدعوى ١/١٠١.

(٢) إذا علم القاضي علماً تاماً بصورية الخصومة بأن كان ذلك العلم قد وصل إليه بوسيلة إثبات معتبرة شرعاً.

(٣) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص١٣٨، ١٤٥، ١٤٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٩، ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص١٠٤-١٠٥، ابن عابدين: رد المحتار ٥/ ٣٩٦، محمّد الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص١٠٦.

فيما لو حكم القاضي الشافعي بموجب[1] بيع عقار، فإن هذا الحكم لا يعتبر حكماً بأن لا شفعة للجار، وذلك لأن مسألة الشفعة لم تقع بعد، فلعدم حادثة الشفعة وقت الحكم بالبيع، لم يكن منع الجار منها سائغاً، أما لو تنازعا في الشفعة، فحكم الشافعي بمنعه منها، كان ذلك حكماً معتبراً له حجيته لوقوع الحادثة[2].

**الشرط الرابع: وجود سبب للحكم (وسيلة إثبات):**

اشترط الفقهاء أيضاً أن يكون الحكم مستنداً إلى سبب وبينة معتبرة شرعاً[3]، فالدعوى التي لا تساندها أدلة تثبتها لا تعتبر، والحكم الذي لم يبن على البينة حكم بغير حق، وقد عبر الإمام ابن نجيم عن هذا الشرط من شروط الحكم بقوله: "أن يكون بحق كالقضاء بالبينة، أو اليمين، أو النكول، أو علم القاضي بشرطه، أو كتاب القاضي إلى القاضي بشرطه"[4].

والبينة في عرف الفقهاء هي التي تعرف القاضي وترشده إلى طريق الحكم عند التنازع[5]، ومتى أخطأها لم يصل إلى الحكم الصحيح.

**الشرط الخامس: أن تتم تزكية الشهود وتعديلهم قبل إصدار الحكم[6]:**

وهذه المسألة وإن كانت من مسائل الشهادة إلا أنها تعتبر من الشروط المطلوب تحققها قبل إصدار الحكم؛ لأن القاضي يتخذ فيها إجراء التعديل ويلحقه بقرار

---

(١) انظر معنى الحكم بالموجب في هذه الرسالة.

(٢) ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٠٥، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٩-٢٨٠.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٨٠، محمّد الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص ١٠٩، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٤/١٥٧.

(٤) البحر الرائق ٦/٢٨٠.

(٥) ابن القاسم النجدي: حاشية الروض المربع ٧/٥٢٢، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٥، ٧٨، القاري: مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ٥٩٣.

(٦) انظر: ابن عابدين: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٣١٦، الطرابلسي، الفتاوى الكاملية ص١٠٧، الدردير: الشرح الكبير ٤/١٥٧، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٩، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٢٩٩.

(حكم) أن البينة قد عدلت وقبلها القاضي، والراجح المفتى به لدى المذاهب الأربعة وجوب التزكية، وفي المذاهب آراء تقضي بعدم وجوبها اكتفاء بظاهر حال المسلمين[1] وقد بقي العمل بالتعديل والتزكية إلى أن جاءت الدولة العثمانية وألغت نظام العدول والتزكية، واكتفت بتحليف الشهود اليمين على صدق شهادتهم[2].

**الشرط السادس: ثبات الشهود على شهادتهم حتى إصدار الحكم[3]:**

إذا كانت طريق الحكم هي شهادة الشهود العدول، فإن الفقهاء قد اشترطوا لإصدار الحكم في هذه الحالة ثبات الشهود على شهادتهم، وإذا تراجع الشهود واختل نصاب الشهادة، امتنع القاضي عن إصدار الحكم بالاستناد إلى تلك الشهادة المرجوع عنها، ولا يجوز له اعتقادها؛ لأنها بطلت، وما يبنى على باطل يعتبر باطلاً. وذكر العلامة شمس الدين بن مفلح المقدسي[4] في تعليل عدم جواز الحكم بالشهادة المرجوع عنها، وأنها تعتبر لاغية بالرجوع، فقال: "وهذا قول عامة العلماء، لأنها -أي الشهادة- شرط الحكم فيشترط استدامتها إلى انقضائه..."[5].

**الشرط السابع: الطلب من المدعي[6]:**

اشترط الفقهاء أيضاً لإصدار الحكم أن يكون بناء على طلب من المدعي، وذلك بعد تزكية الشهود واستيفاء الحجج، والحكم قبل طلب المدعي ممتنع كامتناعه قبل

(١) انظر: في هذه المسألة: شويش الحاميد: عدالة الشاهد في القضاء الإسلامي ص٢٦٦.

(٢) انظر: محمّد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ص٧٤.

(٣) انظر: السرخسي: المبسوط ١٦/١٧٥، المجد بن تيمية: المحرر في الفقه ٢/٣٥٣، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ١٣٢، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٤٥٦، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٣١٠.

(٤) هو العلامة شمس الدين أبو عبدالله محمّد بن مفلح الحنبلي المقدسي، فقيه، محدث، أصولي، من مصنفاته كتاب الفروع، النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين بن تيمية، وغيرها. ت٧٦٣هـ. انظر ابن حجر: الدرر الكامنة ٤/٢٦١.

(٥) النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر في الفقه ٢/٣٥٣.

(٦) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٨٠، ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٩، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٥، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٢٩٩، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٤١، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٨٥، ابن قاسم النجدي: حاشية الروض المربع ٧/٥٣٩.

دعوى صحيحة، والسبب في ذلك أنّ موضوع الحكم هو الحق المدعى به، والذي يطالب به المدعي فهو حق له، والقاضي لا يستوفي هذا الحق إلا بعد أن يطلب المدعي منه ذلك.

وهذا الشرط إنما يطلب إذا كان موضوع الحكم من حقوق العباد، أما حقوق الله فلا يشترط فيها الطلب؛ لأن دعوى الحسبة يستطيع كل مسلم أن يطالب بالحكم بها، فمتعلق النفع بها عام.

**الشرط الثامن: حلف يمين الاستظهار من قبل المدعي[1]:**

اشترط الفقهاء على المدعي أن يحلف يمين الاستظهار (يمين القضاء)[2] **في الحالات التالية:**

١- إذا كان المدعى عليه غائباً.

٢- إذا كان المدعى عليه ميتاً (دعوى دين على تركة).

٣- إذا كان المدعى عليه يتيماً أو قاصراً دون سن البلوغ.

٤- إذا كان المدعى عليه وقفاً.

٥- إذا كان المدعى عليه مجنوناً.

ويمين الاستظهار أوالاستبراء إجراء واجب على المحكمة، أي أن القاضي يحلّف المدعي دون طلب من المدعى عليه، وبالتالي يكون موضع هذه اليمين قبل إصدار الحكم مباشرة.

---

(١) ابن فرحون: التبصرة ١/١٠٨-٢١٩، الدردير: الشرح الكبير ٤/١٦٢-١٦٣، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٤٠٧، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٥٦، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٩٨، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٥٤٨، سليم باز: شرح المجلة ص١٠٩٩.

(٢) انظر: صيغة يمين الاستظهار عند الفقهاء في هذه الرسالة.

**الشرط التاسع: الإعذار:**

الإعذار مصدر أعذر إعذاراً إذا بالغ في طلب العذر، والهمزة في أعذر للسلب، يقال أعذره، أي: لم يبق له عذراً، وليس المقصود به إثبات عذره[1].

ومن ذلك قول الرسول ﷺ "أعذر الله إلى امرىء أخَّر أجلَه حتى بلغ ستين سنة"[2] ومعنى الحديث أن الله سبحانه وتعالى "لم يترك له عذراً إذ أمهله هذه المدة. يقال: أعذر الرجل إذا بلغ الغاية في العذر"[3]. والمقصود بالإعذار في الاصطلاح القضائي: "سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم ببينة هل عنده ما يجرح هذه البينة أم لا؟[4] وفي تعريف آخر "الإعذار سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه[5]. وهذا التعرف الأخير أصح؛ لأنه يشمل جميع أنواع الطعون التي يمكن قبولها لإسقاط البينة. والإعذار قد يكون موجهاً للمدعى عليه كما قد يوجه للمدعي.

**- إعذار المدعى عليه:**

فإعذار المدعى عليه يكون في البينة الشاهدة عليه، فيسأله القاضي إن كان له مطعن أو قادح أو مدفع أو مقال في هذه البينة الشاهدة عليه، **ولهذه المسألة حالتان**[6]:

**الأولى**: أن يقول المدعى عليه: لا مطعن عندي، أو ليس عندي ما أقوله فيها. ففي هذه الحالة يحكم القاضي عليه فوراً؛ لأنه يعد بمثابة مقر بما جاءت به البينة ضدة.

**الثانية**: أن يقول: عندي مطعن، وعندي بينة تدفع قولهم، ففي هذه الحالة يؤمر بإحضار بينته، فإن طلب الإمهال يمهله القاضي، ويضرب له أجلاً بحسب اجتهاد القاضي، قال الإمام الباجي: والآجال في الإعذار مفصلة على ثلاثة أضرب: خمسة

---

(١) انظر: العدوي: حاشيته على الخرشي ١٥٨/٧.

(٢) انظر: البخاري: الجامع الصحيح، كتاب الرقاق، باب من بلغ ستين سنة فقد أعذر الله إليه في العمر، البخاري (مع الفتح) ٢٣٨/١١، ابن حنبل: المسند ٣٢٠/٢-٤١٧.

(٣) النووي: رياض الصالحين ص٨٥.

(٤) العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٥٨/٧.

(٥) ميارة: شرح تحفة ابن عاصم ٤٠/١، جعيط: الطريقة المرضية ص٦٣.

(٦) انظر: ابن عبد الرفيع: معين الحكام ٦٢٤/٢، ميارة: شرح التحفة ٤٠/١.

عشر، ثم ثمانية، ثم ثلاثة أيام تلوّماً... وإن طلب المدعى عليه جمع الآجال، نظر القاضي في ذلك، وفعل ما يؤدي إليه اجتهاده[1].

أم إن طلب تأجيله لمدة طويلة، كأن يدعي أن بينته بعيدة لم يمهل، ولا يقبل منه ذلك، مثالها: أن يقول وهو بمصر -مثلاً- إن بينته بالعراق ليطول به القضاء، فالقاضي هنا يحكم عليه، ومتى حضرت بينته كان له أن يقدمها للقاضي الذي حكم أو غيره، والواجب على القاضي أن يذكر في حكمه أن فلان المدعى عليه ذكر أن له بينة غائبة على بعد، فمتى حضرت كان على حجته[2].

**- إعذار المدعي:**

وذلك يكون بعد أن يقوم المدعى عليه بإيراد حججه وبيناته التي تطعن في بينة المدعي، حينئذ للمدعي الحق في الرد على ذلك الطعن الذي يسقط حجته ودعواه.

فالقاضي يقول للمدعي في هذه الحالة: ألك حجة تطعن في المطعن أو ألك بينة أخرى غير هذه؟[3] فإن قال: نعم، أحضرها، وإن قال: لا، حكم عليه فترد دعواه وتسقط بينته بعد أن يقبل القاضي الطعن بالبينة الأولى.

**- مشروعية الإعذار وحكمه عند الفقهاء**

الأصل في مشروعية الإعذار مستنبط من القرآن الكريم في الآيات التالية:

١- قوله تعالى: في قصة الهدهد مع سليمان حينما غاب عن عمله[4] فقال: ﴿لأُعَذِّبَنَّهُ عَذَاباً شَدِيداً أَوْ لأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾ [النمل:٢١].

٢- وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ [الإسراء:١٥].

٣- وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُواْ رَبَّنَا لَوْلا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا

(١) فصول الأحكام ص١٨٠-١٨١.

(٢) ابن عبد الرفيع: معين الحكام ٦٢٤/٢.

(٣) الخرشي: شرح المختصر ومعه حاشية العدوي ١٥٨/٧.

(٤) انظر القصة الواردة في سورة النمل: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٧٦/١٣ وما بعدها.

رَسُولاً﴾ [طه: ١٣٤].

٤- وقوله تعالى: ﴿رُسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّـهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥].

ووجه الدلالة من الآيات السابقة هو تنبيه من سيتخذ بحقه إجراء كالمحاسبة على الأعمال والعقوبة على ارتكابها، فالعدل يقتضي أن يُنذروا؛ لئلا يبقى لهم عذر. فسيدنا سليمان عليه السلام أعذر الهدهد بأنه سيعاقبه إن لم يأت بما يعتذر به عن التغيب، فلو عاقبه قبل إعذاره لأمكنه الاحتجاج بأن لديه ما يدفع عنه العقوبة، وكذلك في الآيات الأخرى. فالله سبحانه أقام الحجة على الأمم ببعث الرسل إليهم، وهذا من كمال حكمته وعدله سبحانه وتعالى، وقد استنبط فقهاء المالكية[١] من هذه الآيات مشروعية الإعذار، بأن القاضي إذا أراد الحكم على شخص، عليه أن لايعجل، بل يعذره بأن البينة قد قامت، فهل عنده ما يقوله فيها؟

وهذا الشرط يعتبر مبدأ من المبادىء التي تكفل أقصى درجات العدالة في نظام القضاء الإسلامي.

أما حكم الإعذار عند الفقهاء **فقد اختلف فيه على النحو التالي:**

- **أولاً**: ذهب المالكية إلى وجوب الإعذار، فإذا تخلف هذا الشرط يعتبر الحكم باطلاً[٢].

- **ثانياً**: ذهب الشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أن الإعذار يطلب من القاضي على

---

(١) انظر: الباجي: فصول الأحكام ص ١٨٠، ابن فرحون: التبصرة ١٣٢/١، ميارة: شرح التحفة ٤٠/١.

(٢) انظر: الباجي: فصول الأحكام ص ١٧٩، ابن عبد الرفيع: معين الحكام ٦٢٤/٢، ابن فرحون التبصرة ١٣٢/١-١٣٣، الحطاب: مواهب الجليل ١٣١/٦ وما بعدها. الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ١٤٨/٤، الخرشي: شرح المختصر ١٤٨/٧.

(٣) المناوى: شرح عماد الرضا ٢٩٩/١، ٦٣٨-٦٣٩، الرملي: نهاية المحتاج ٢٦٦/٨.

(٤) البهوتي: شرح المنتهى ٤٨٦/٣-٤٨٧، ابن قاسم النجدى: حاشية الروض المربع ٥٤١/٧-٥٤٢.

سبيل الندب والاستحباب وليس واجباً، ومن نصوصهم في ذلك ما يلي: جاء في شرح عماد الرضا: "فإذا طلبه -أي طلب المدعي من القاضي الحكم له- قال القاضي للخصم ندباً وقد أجلسه بين يديه تطييباً لخاطره: قد قامت عليك البينة بكذا وعدلت وأريد الحكم عليك، ألك دافع في هذه البينة أو قادح؟ فإن قال: نعم، ولم يثبته حكم عليه...."[1].

قال البهوتي: « (فإذا شهدت) عنده البينة (سمعها وحرم) عليه (ترديدها ويكره) له (تعنتها) أي: طلب زلتها (وانتهارها) أي زجرها، لئلا يكون وسيلة إلى الكتمان (ولا) يكره (قوله) أي الحاكم (للمدعى عليه: ألك فيها دافع أو مطعن) بل يستحب قوله: قد شهد عليك فإن كان لك قادح فبينه لي ...»[2].

**ثالثاً**: مذهب الحنفية -فيما ظهر لي والله أعلم- أنهم لايشترطون الإعذار قبل إصدار الحكم، وأن هذا الإجراء ليس واجباً على القاضي، بل يطلبه الخصم من تلقاء نفسه ففي العقود الدينية ما نصه «وسئل[3] أيضاً هل يشترط لقاضي الشرع الإعذار للخصم؟ وإن أعذر إليه فسوّف من وقت إلى وقت آخر ما الحكم فيه؟ فأجاب: إذا شهد الشهود بحق وزكوا، والخصم لم يبد دافعاً شرعياً حكم القاضي، وإن طلب المشهود عليه، أن يؤخر الحكم ليجيء بالدافع ، يمهل ثلاثة أيام ، فإن لم يجئ بالدافع قضى عليه »[4] . فمقتضى النص أن الذي يطلب هو المشهود عليه، ولا يفعل ذلك القاضي من تلقاء نفسه، وهذا الإجراء هو المعمول به عند متأخري الحنفية، ففي شرح مجلة الأحكام العدلية بهذا الخصوص مانصه: « إن إصدار الحكم بعد البينة كما ورد في المجلة هو في حال عدم قول المدعى عليه: إن لدى دفعاً، أما إذا قال المدعى عليه: إن

---

(١) المناوى: شرح عماد الرضا ١/٢٩٩.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٣/٤٨٦..

(٣) السؤال هنا موجه للشيخ حامد أفندي العمادي من علماء المذهب الحنفي في القرن الحادي عشر الهجري، له عدد من المؤلفات منها الفتاوى الحامدية التي قام بتلخيصها ابن عابدين وسماها العقود الدرية، وله أيضاً عدة رسائل متنوعة مخطوطة ومطبوعة. ت١١٧١هـ. انظر المرادي: سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر ٢/١١-١٩.

(٤) ابن عابدين: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١/٣٠٢..

لدي دفعاً، فالقاضي يمهله ثلاثة أيام...»[1].

والمعمول به في الدولة العثمانية بعد صدور قانون أصول المحاكمات الحقوقية وكذلك في المحاكم الأردنية الشرعية بالذات هو وجوب سؤال الطرفين عن أقوالهما الأخيرة قبل ختم المحاكمة، وقبل إصدار الحكم، وإذا لم يتم هذا الإجراء يعتبر الحكم باطلاً[2].

والحقيقة التي تظهر من خلال بحث هذه المسألة أن الإعذار ضروري جداً، وتسميته بالإعذار لهي تسمية صادقة ومعبرة عن المراد منها، وتطبيق هذا المبدأ فيه استنفاذ جميع الذرائع والحجج التي يمكن أن يحتج بها الخصوم، ولا يستطيع أحد أن يقول بعد الحكم: لم أعط فرصة أو مجالاً للدفاع عن نفسي أو إيراد حججي، فالإعذار يقطع اعتذارهم.

**الشرط العاشر: المشاورة:**

**اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:**

**القول الأول:** ذهب الحنفية[3] والمالكية في قول[4]، والشافعية[5] والحنابلة[6] إلى

---

(١) علي حيدر: شرح المجلة ٥٩٢/٤.

(٢) انظر: عبداللطيف صلاح: شرح قانون المحاكمات ٢٦٨/١، سليم باز: شرح قانون المحاكمات الحقوقية ص٢٦٣، محمّد العربي: مجموعة قرارات محكمة الاستئناف الشرعية ٢٦٤/٢، عبد الفتاح عمرو: القرارات القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية ص٢١.

(٣) انظر: السُّغدي: النتف في الفتاوى ٧٧٢/٢، السرخسي: المبسوط ٧١/١٦، السمناني: روضة القضاة ١٠٧/١، الكاساني: البدائع ٥/٧، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٧٠/٦-٣٧١، داماد أفندي: مجمع الأنهر ١٥٧/٢، ابن نجيم: البحر الرائق ٣٠٣/٦.

(٤) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص١٩٦، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٨٠/١٥، ابن فرحون: التبصرة ٢٩/١، الزرقاني: شرح المختصر ١٣٢/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٤٩/٧، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ١٣٩/٤.

(٥) الإمام الشافعي: الأم ٢٠٣/٦، الماوردي: أدب القاضي ٢٥٥/١، ابن أبي الدم أدب القضاء ص١١٠، النووي: روضة الطالبين ١٤٢/١١، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٢/٨.

(٦) ابن قدامة: المغني ٣٩٥/١١-٣٩٦، المجد ابن تيمية: المحرر ٢٠٥/٢، شمس الدين بن مفلح: الفروع ٤٤٥/٦، برهان الدين بن مفلح: المبدع ٣٦/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٠٨/١١.

استحباب مشاورة القاضي غيره من الفقهاء الذي يحضرهم مجلسه قبل إصدار الحكم في القضية التي ينظر فيها.

واستدل هؤلاء بأن الواجب على القاضي أن يحكم بالحق، وذلك بأن يستقي أحكامه من الكتاب ثم السنة ثم الإجماع ثم يجتهد، وهذا الأمر مذكور في حديث معاذ[1] حين بعثه الرسول ﷺ إلى اليمن قاضياً، ولم يذكر فيه المشاورة، وإنما هي تدخل ضمن الاجتهاد، إضافة إلى أن الرسول ﷺ والصحابة الكرام لم يلتزموا الشورى في الأقضية التي تعرض عليهم، ولكل واحد منهم طريقة مختلفة ترجع إلى اجتهاده، فبعضهم كان منهجه المشاورة، وبعضهم الآخر يفصل في النزاع ويصدر الحكم دون أي مشورة.

مع الملاحظة أن الصحابة حينما كانوا يبعثون القضاة إلى الأقاليم لم يكن مع هؤلاء مشاورون، وإنما المسألة راجعة إلى القاضي نفسه، وهي مستحبة، تعين القاضي على تفهم الأمور، قال الإمام أحمد: "لما ولي سعد بن إبراهيم[2] قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم[3] وسالم[4] يشاورهما، وولي محارب بن دثار[5] قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم[6] وحماد[7] ويشاورهما (قال): "ما أحسن هذا لو كان الحكام يفعلونه

---

(١) حديث معاذ رواه البيهقي وقد سبق تخريجه في هذه الرسالة.

(٢) هو سعد بن إبراهيم بن عبدالرحمن بن عوف، تولى قضاء المدينة المنورة، ت١٢٦هـ. انظر ابن حبان البستي: مشاهير علماء الأمصار ص١٣٦.

(٣) هو القاسم بن محمّد بن أبي بكر الصديق، أحد الفقهاء السبعة في المدينة المنورة، تابعي، ت١٠٧هـ. انظر: ابن الجوزي: صفوة الصفوة ٨٨/٢.

(٤) هو سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب، تابعي، من الفقهاء السبعة في المدينة، ت١٠٦هـ انظر: ابن الجوزي: صفوة الصفوة ٩٠/٢-٩١.

(٥) محارب بن دثار الشيباني، ولي قضاء الكوفة، فقيه، زاهد، ت١١٦هـ انظر: ابن حجر العسقلاني: تهذيب التهذيب ٤٩/١٠-٥٠.

(٦) هو الحكم بن عتبة الكندي، الكوفي، فقيه، عالم، قال ابن عيينة "ماكان بالكوفة بعد إبراهيم والشعبي مثل الحكم وحماد" ت١١٥هـ. وفي تاريخ وفاته خلاف. انظر: ابن حجر: تهذيب التهذيب ٤٣٣/٢-٤٣٤.

(٧) حماد بن أبي سليمان الأشعري الكوفي، فقيه محدث، مجتهد، شيخ أبي حنيفة، ت سنة ١٢٠هـ. انظر: ابن حجر: تهذيب التهذيب ١٦/٣-١٧.

يشاورون وينتظرون"[1]، ولأنه يتنبه بالمشاورة، ويتذكر ما نسيه بالمذاكرة، ولأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة، وقد يتنبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضي فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه؟.

**القول الثاني: وجوب المشاورة:** ذهب المالكية في قول آخر في المذهب إلى وجوب المشاورة على القاضي وبخاصة في المسائل المشكلة[2] ولكن وقع الاختلاف في نوع القاضي الذي يلزم بالمشاورة.

- فقال بعض أهل المذهب بإلزام كل قاض ولو كان مجتهداً.

- وقال بعضهم الآخر بأن الذي يلزم بذلك هو القاضي المقلد[3]. وهذا القول الأخير هو ما يقول به بعض الحنفية[4].

ومن أقوالهم التي تدل على الوجوب ما يلي:

قال الدردير: "(وأحضر) القاضي ولو مجتهداً (العلماءَ) ندباً، وقيل وجوباً (أو شاورهم) إن لم يحضرهم، وفي نسخة وشاورهم...."[5].

وقال ابن فرحون: "وأما إن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد فغرضه المشورة والتقليد..."[6].

وقال الكاساني الحنفي: "فأما إذا لم يكن -أي القاضي- من أهل الاجتهاد، فإن عرف أقاويل أصحابنا، وحفظها على الاختلاف والاتفاق، عمل بقول من يعتقد قوله حقاً على التقليد، وإن لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا."[7]

---

(١) ابن قدامة: المغني ١١/٣٩٥-٣٩٦، ابن مفلح: المبدع ١٠/٣٧.
(٢) الدردير: الشرح الكبير ٤/١٣٩.
(٣) الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٣٢.
(٤) الكاساني: البدائع ٧/٥.
(٥) الشرح الكبير ٤/١٣٩.
(٦) تبصرة الحكام ١/٤٥.
(٧) بدائع الصنائع ٧/٥.

ويمكن أن يستدل لهذا الفريق بقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ﴾ [آل عمران:١٥٩] باعتبارها أمراً، والأمر للوجوب كما هو مقرر عند الأصوليين.

وكذلك القاضي مأمور بالقضاء بالحق، ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة[١]، والقاعدة تقول "ما لا يتم الواجب إلا به واجب"، والواجب يتحقق بسؤال أهل العلم ومشاورتهم، إضافة إلى أن الواجب على الجاهل سؤال أهل العلم لقوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنْتُم لاَ تَعْلَمُونَ﴾ [الأنبياء:٧]..

**القول الثالث: عدم جواز المشاورة:** يرى ابن حزم الظاهري عدم جواز المشاورة للقاضي الجاهل، وقال في ذلك: "فإذا لم يكن عالماً بما لا يجوز الحكم إلا به، لم يحل له أن يحكم بجهله بالحكم، ولا يحل له إذا كان جاهلاً بما ذكرنا أن يشاور من يرى أن عنده علماً ثم يحكم بقوله؛ لأنه لا يدري أفتاه بحق أم بباطل، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء:٣٦] فمن أخذ بما لايعلم فقد قفا ما لا علم له به، وعصى الله عز وجل[٢].

**مشروعية المشاورة:**

ثبتت مشروعية المشاورة بالكتاب والسنة وفعل الصحابة.

**١- من الكتاب:**

- قوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ﴾ [آل عمران:١٥٩] قال الإمام الحسن البصري[٣] في هذه الآية "إن كان رسول الله ﷺ لغنياً عن مشاورتهم وإنما أراد أن يستنَّ بذلك الحكامُ بعده[٤].

---

(١) انظر السرخسي: المبسوط ١٦/٨٤.

(٢) المحلى ٩/٣٦٣.

(٣) هو الحسن بن أبي الحسن البصري من التابعين، فقيه، محدث، ت١١٠هـ. انظر: ابن حجر: تهذيب التهذيب ٢/٢٦٣-٢٧١.

(٤) انظر: ابن قدامة: المغني ١١/٣٩٦، الماوردي:أدب القاضي ١/٢٥٥، وعند البيهقي بلفظ "علمه الله سبحانه أنه ما به إليهم من حاجة ولكن أراد أن يستن به من بعده" السنن الكبرى ١٠/١٠٩.

**٢- ومن السنة:**

ما ثبت عن النبي ﷺ أنه كان يشاور أصحابه في كثير من الأمور، حتى قال أبو هريرة ﷺ: "ما رأيت أحداً كان أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ[١] **ومن ذلك**[٢].

أ- مشاورته للصحابة في أسرى بدر.

ب- وفي لقاء الكفار يوم بدر أيضاً.

جـ- وفي يوم الخندق وغيرها.

**٣-ومن فعل الصحابة:**

فقد شاور الصحابة في الوقائع المستجدة، وكذلك كان الخلفاء الراشدون لا ينظرون القضايا ولا يصدرون الأحكام إلا بحضور عدد من الصحابة، وثبت ذلك من فعل أبي بكر وعمر وعثمان وعلي، فقد كان عمر يحضر عنده عثمان وعلي وطلحة والزبير وعبدالرحمن بن عوف إذا نزل به الأمر شاورهم فيه[٣].

**أصول المشاورة:**

عملية المشاورة قبل إصدار الحكم ليست مسألة ثانوية عند الفقهاء، وإنما هي مسألة لها تنظيمها وأصولها، فهناك صفات في أهل المشورة، وكذلك أصول في كيفية الأخذ بقولهم.

---

(١) انظر: البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من يشاور ١٠/١٠٩، وانظر أيضاً: الإمام الشافعي الأم ٧/١٠٠، الماوردي: أدب القاضي ١/٢٥٥ وما بعدها.

(٢)انظر: البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب من يشاور ١٠/١٠٩، وانظر أيضاً: الإمام الشافعي الأم ٧/١٠٠، الماوردي: أدب القاضي ١/٢٥٥ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك: البيهقي: السنن: كتاب آداب القاضي، باب من يشاور ١٠/١١٠وكذلك نقل هذه الآثار: الماوردي: أدب القاضي ١/٥٧ وما بعدها، ابن قدامة: المغني ١١/٣٩٦، ابن مفلح: المبدع ١٠/٣٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٣٩.

**وهذه الأمور نبينها فيما يلي:**

فبالنسبة لأهل المشورة، يشترط فيهم أن يكونوا من أهل الفتوى والعلم بالأحكام الشرعية، والمعتبر فيهم شروط المفتي، وبناء على ذلك يجوز أن يشاور الأعمى والعبد والمرأة، وإن لم يجز أن يكون واحد منهم قاضياً -عند الجمهور-؛ لأن كل واحد منهم يجوز أن يستفتي ويفتي[1].

وقال الإمام الشافعي: "أحب للقاضي أن يشاور، ولا يشاور في أمر إلا عالماً بكتاب وسنة وآثار وأقاويل الناس، وعاقلاً يعرف القياس ولا يحرف الكلام ووجوهه...

ولا يشاوره إذا كان هذا مجتَمِعاً فيه حتى يكوم مأموناً في دينه، لا يقصد إلا قصد الحق عنده...."[2] وقال أيضاً رحمهُ الله : ولا ينبغي له أن يشاور جاهلاً؛ لأنه لا معنى لمشاورته، ولا عالماً غير أمين، فإنه ربما أضل من يشاوره، ولكنه يشاور من جمع العلم والأمانة....."[3].

وقد فضل الحنفية والمالكية[4] أن يكون الفقهاء المشاورون من مذهب القاضي فالمالكي يحضر فقهاء مذهبه وكذلك الحنفي، وذهب الشافعية والحنابلة[5] إلى أن القاضي يحضر الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم ، وينظر في أدلة كل فريق ليصل إلى الحق، وهذا الرأي أفضل من سابقه؛ لأن الحق لا ينحصر في مذهب، كما أن فيه ابتعاداً عن التعصب المذهبي.

---

(١) الماوردي: أدب القاضي ٢٦٤/١.

(٢) الأم ٦٠٣/٦.

(٣) الأم ١٠٠/٧.

(٤) انظر الكاساني: البدائع ٥/٧، الزرقاني: شرح المختصر ١٣٢/٧.

(٥) الشافعي: الأم ٢٠٣/٦/٧، النووي: الروضة ١٤٢/١١، ابن حجر الهيتمي: فتح الجواد ٣١٨/٢، ابن مفلح: المبدع ٣٦/١٠-٣٧، المرداوي: الإنصاف ٢٠٨/١١، ابن قاسم النجدي: حاشية الروض المربع ٥٢٧/٧.

ويكو ن التشاور في الأمور المشكلة، وفي النوازل، وفيما اشتبه على القاضي وجه الحكم فيه، أما ما فيه نص أو حكم معلوم فلا تشاور فيه[1]. وكيفية التشاور كما ذكرها السرخسي بأن ينظر القاضي في أقوال المشاورين، فإن اتفقوا أخذ بقولهم، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقاويلهم وأشبهها بالحق فأخذ به، فإن خالف رأيه رأيَهم واستحسن رأيَه قضى برأيه دون رأيهم، وذلك لأنَّ إجماعهم لا ينعقد بدون رأيه وهو واحد منهم، ولأن رأيه أقوى في حقه من رأي غيره، فلو قضى برأيه كان قاضياً بما هو الصواب عنده، وإذا قضى برأي غيره كان قاضياً بما عنده أنه خطأ، وقضاؤه بما عنده أنه هو الصواب أولى. هذا إذا كان القاضي من أهل اجتهاد الرأي. أما إذا لم يكن من أهل اجتهاد الرأي نظر إلى أفقههم عنده وأورعهم فقضى بفتواه[2].

أما عن إعلان المشاورة فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها تكون علنية، ولكن على الفقهاء المشاورين أن لا يبتدروا الاعتراض إلا فيما يجب نقضه، وإنما يتكلمون إذا سألهم القاضي[3]. وذهب الحنفية إلى ضرورة كون المشاورة سرية حفاظاً على هيبة القاضي في النفوس، قال السرخسي: "لا ينبغي للقاضي أن يدع المشاورة وإن كان فقيهاً، ولكن في غير مجلس القضاء[4]، وقال في مجمع الأنهر "لكن لا يشاور عند الخصوم بل يخرجهم أو يبعدهم ثم يشاور"[5] وفي قول الحنفية هذا إشارة واضحة لفكرة المداولة قبل إصدار الحكم في غرفة خاصة تسمى غرفة المشورة أو المداولة المعمول بها في كثير من القوانين الحديثة.

---

(١) انظر: الماوردي: أدب القاضي ١/٢٦٠-٢٦٣، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٢، ابن قدامة: المغني ١١/٣٩٧، ابن مفلح: المبدع ١٠/٣٧.

(٢) المبسوط ١٦/٨٤.

(٣) انظر: عثمان بن حسين المالكي: سراج السالك ٢/١٩٦، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٢، ابن مفلح: المبدع ١٠/٣٧.

(٤) السرخسي: المبسوط ١٦/٧١، السمرقندي (أبو الليث): خزانة الفقه ١/٤٠١.

(٥) داماد: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/١٥٧.

**الشرط الحادي عشر: أمر الخصوم بالصلح قبل إصدار الحكم:**

**ذهب الفقهاء في حكم هذا الإجراء إلى قولين:**

**القول الأول**[1]: ومقتضاه يأمر القاضي الخصوم بالصلح في حالة وجود اللبس والإشكال في القضية المنظورة، فالقاضي هنا لم يتكون في نفسه قرار معين يفصل به الخصومة، أما إذا نظر القاضي في الدعوى التي أمامه وسمع البينات وترجح لديه قرار معين فلا يجوز له الأمر بالصلح في هذه الحالة، وذلك لأن القاضي حينئذ عرف الظالم من المظلوم والمحق من المبطل، فلا يجوز له مساعدة الظالم، أو المبطل.

وممن قال بهذا القول: المالكية والحنابلة وابن حزم الظاهري وأبو عبيد بن سلام، غير أن المالكية استثنوا حالة يأمر القاضي فيها بالصلح وإن ظهر له وجه الحق في القضية، وهذه الحالة هي ما إذا كان إصدار الحكم يؤدي إلى تفاقم الأمر ووقوع الفتنة[2]، ففي هذه الحالة تكون المصلحة المرجوة من إصدار الحكم أقل من المفسدة التي ستحدث إذا صدر، فيرجح درء المفسدة على المصلحة المرجوحة.

**القول الثاني**: الأصل أن يأمر القاضي الخصوم بالصلح، فيأمر مرة أو مرتين، وتكون المرة بأن يردهما ويؤخر الفصل في الدعوى إلى أن يصطلحا، فإذا ردّهما مرتين ولم يصطلحا يصدر الحكم، لأن تأخير الحكم أكثر من مرتين يضر بصاحب الحق.

**ويتأكد الأمر بالصلح عند أصحاب هذا القول في حالتين:**

١- إذا اشتبه على القاضي وجه الحكم في القضية.

٢- إذا كانت الخصومة بين الأقرباء، جاء في المادة ١٨٢٦ من مجلة الأحكام العدلية "يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء، أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح..." وأصحاب هذا

---

(١) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص٤٦، ابن فرحون: التبصرة ٢/٥٢، ابن قدامة: المغني ١١/٣٩٩، ابن مفلح: المبدع ١٠/٦٠، ابن حزم: المحلى ٩/٤٢٢-٤٢٣.

(٢) ابن المناصف: تنبيه الحكام ص٤٦.

القول هم الحنفية[1]:

واستدلوا على الأمر بالصلح بقول سيدنا عمر بن الخطاب "ردو الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن" وفي رواية "ردوا الخصوم من ذوي الأرحام"[2].

واستدلوا أيضاً بما جاء في كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى معاوية وفيه: " وعليك بالصلح بين الناس ما لم يتبين لك فصل القضاء"[3].

**الشرط الثاني عشر: حضور الخصوم:**

وتفصيل هذا الشرط ذكرت أحكامه في موضوع المحكوم عليه والمحكوم له في الباب الثاني من هذه الرسالة، ولكن خلاصة هذا الشرط أنّ الحنفية اشترطوا في المحكوم عليه أن يكون حاضراً في مجلس الحكم، في حين أجاز الجمهور الحكم عليه إذا كان غائباً بشروط. أما حضور المحكوم له فالأصل أن يكون حاضراً، وهذا باتفاق الفقهاء، إلا أنّ بعض المذاهب أجازت الحكم للغائب تبعاً لحاضر، أو إذا اقتضت المصلحة والضرورة ذلك، كما هو الحال في المذهب المالكي.

---

(١) انظر: السرخسي: المبسوط ١٦/٦٦، ١١٠، علي حيدر: شرح المجلة ٤/٦٠٤.

(٢) انظر: عبد الرزاق الصنعاني: المصنف: كتاب البيوع، باب هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا ٨/٣٠٣-٣٠٨، البيهقي: السنن الكبرى ٦/٦٦، كتاب الصلح، باب ما جاء في التحلل.

(٣) أثر عمر هذا لم أجده في كتب الآثار والسنن التي بين يدي وإنما ذكره السرخسي في المبسوط ١٦/٦٦.

## المطلب الثاني

## الشروط الخاصة بنص الحكم (الفقرة الحكمية)

**أولاً: شروط نص الحكم:**

١- أن تكون الصيغة دالة على الحكم من حيث اختيار الألفاظ، ووضوحها ودلالتها على المحكوم به، والمحكوم عليه، والمحكوم له. فالمحكوم به إن كان منقولاً حاضراً في مجلس الحكم يشار إليه، أما إن كان غائباً فلا بدّ من وصفه وصفاً يتميز عن غيره، وكذلك العقار يوصف بما يتميز عن غيره، أما الديون فتذكر قيمتها فقط ومقدارها.

والمحكوم عليه يذكر بما يحصل به الإعلام والتميز عن غيره من اسم ولقب وحرفة ومسكن، وكذلك الأمر في المحكوم له[1].

٢- أن تكون الصيغة دالة على الحكم على سبيل الجزم والتأكيد، فلا يقبل التردد والشك فيها، كما إذا شهد الشهود عند القاضي بدين، أو عين أو عقار، وعدلوا فقال القاضي:

- أرى أن الحق حق المشهود له، أو

- لا أرى لك في هذه الدار حقاً، أو

- أظن أنّ الحق للمدعي، وما شابه هذه الألفاظ، فهذا كله لا يعتبر حكماً؛ لأن الحكم لا يتم بألفاظ الشكّ، والإلزامُ يحتاج إلى الجزم والتأكيد[2].

---

(١) انظر: الخرشي: سرح المختصر ١٧١/٧، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٤٦٦، الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٤/٤، ابن عابدين: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ١١٢/١.

(٢) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٨/٦، الحسن بن منصور الأوزجندي: فتاوى قاضيخان ٤٥٠/٢، الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند: الفتاوى الهندية ٣٣٢/٣، ابن الشحنة: لسان الحكام ص٢٢٢، علي حيدر: شرح المجلة ٥٢٠/٤.

٣- أن يكون نص الحكم (المحكوم به) موافقاً للدعوى والحجة. **وهذا الشرط يقتضي أن يحصل التوافق بين ثلاثة أمور:**

**الأول:** نص الدعوى المسموعة شرعاً، "الذي هو مطلوب المدعي" ومناط جواب المدعى عليه ويسمى "محل التنازع".

**الثاني:** مضمون الحجة المعتبرة شرعاً وهذه يشترط مطابقتها للدعوى ابتداء.

**الثالث:** نص الحكم وهذا ينبغي أن يوافق ويطابق الأمرين السابقين[١].

٤- أن يكون المحكوم به (نص الحكم) موافقاً للشريعة والحكم الذي يخالف الشريعة يوصف بالبطلان، وسيأتي تفصيل الشرط في باب بطلان الحكم القضائي[٢].

٥- أن لا يخالف المحكوم به شروط الإمام من حيث تقييد القاضي في الحكم.

وعلى القاضي مراعاة شرط الإمام في جميع أنواع الاختصاص، سواء أكان مؤسساً على قيمة المحكوم به فلا يتعداه، أو على أشخاص الخصومة، أو على نوع الحق، فلا يجوز للقاضي أن يحكم في مسألة قيمتها ألف درهم، وهو مقيد فيما دون الخمسمائة، أو إذا كان معيناً للحكم في مسائل الأحوال الشخصية فحكم في الجنايات وهكذا[٣].

٦- أن يذكر في نص الحكم أسبابه، ومستنداته، **والقاضي ملزم بالتسبيب في الحالات التالية:**

أ- في حالة نقض الأحكام[٤]، فإذا رفع للقاضي حكم صادر من قاض آخر فرأى أنّ الحكم يستحق النقض والإبطال فنقضه، فيشترط عليه حينئذ ذكر سبب الحكم

---

(١) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٨٩-٩١.

(٢) انظر: المقدسي: الشرح الكبير ٤١٣/١١.

(٣) انظر مسألة تقييد القاضي في الحكم في مبحث المحكوم فيه في هذه الرسالة، وانظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٢/٦.

(٤) انظر: الزرقاني: شرح المختصر ١٤٤/٧، الدردير: الشرح مع حاشية الدسوقي ١٥٣/٤، المناوي: شرح عماد الرضا ١٥٦/٢، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٧٩/٣.

بالنقض؛ لئلا ينسب إلى الجور والهوى، وذلك لأن أمر النقض عظيم لا يستهان به.

ب- في حالة اعتماد القاضي على علمه الشخصي كسبب للحكم، وذلك لدفع التهمة عنه. وطريقة التصريح بالسبب أن يقول للمنكر: قد علمت أنّ له عليك ما ادعاه، وحكمت عليك بعلمي[1].

جـ- أوجب الفقهاء تسبيب جميع الأحكام التي يصدرها حكام **من الأصناف التالية**[2]:

١- القاضي الفاسق وإن كان عالماً، وقد أوجب الفقهاء على هذا القاضي تسبيب أحكامه وبيان مستنده فيها؛ لأنه متهم بالخيانة ولا يوثق به لفسقه.

٢- القاضي الجاهل، وسبب وجوب التسبيب على هذا القاضي تهمة الخطأ، فقد يظن ما ليس بمستند للحكم مستنداً.

٣- القاضي المقلد الذي لم يتبحر في مذهب إمامه. وهذا أيضاً لتهمة الخطأ وإن كان نسبياً.

٤- قاضي الضرورة، وهو القاضي الذي فقد بعض شروط القاضي التي بينها الفقهاء في كتبهم، ومثّل له الشافعية بأن يولي سلطانٌ له شوكة فاسقاً أو مقلداً أو جاهلاً أو شخصاً لم تتوافر فيه الشروط، فأحكام هذا القاضي تنفذ للضرورة لئلا تتعطل مصالح الناس، فهذا القاضي يلزمه بيان مستنده في سائر أحكامه، ولا يقبل قوله حكمت بكذا من غير بيان مستنده وذلك لضعف ولايته، ولاتهامه بالخطأ والميل وغير ذلك مما يستلزم بيان الأسباب.

٥- المحكَّم، وهذا في قول بعض الشافعية، لأن المحكَّم قد لا يكون فقيهاً، حيث إن الفقهاء لم يشترطوا فيه شروط القاضي نفسها.

---

(١) المناوي شرح عماد الرضا ١/ ٣٠٠.

(٢) انظر: ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/ ١٩، الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/ ٢٦٧-٢٧٣، الرملي: نهاية المحتاج ٨/ ٢٢٨-٢٣٥، المناوي: شرح عماد الرضا ١/ ٣٠١. ٢/ ١٥٦.

د- جرت العادة بأن الكتب الحكمية التي تكتب من قاض إلى آخر ضمن حدود الدولة الإسلامية سابقاً كانت تحتوي على بيان المستندات والأسباب بالتفصيل، وقد أوجب بعض الفقهاء ذكر سبب الحكم إذا كان بالنكول أو يمين الطالب بخلاف ما ثبت بالإقرار[1].

**ثانياً: الألفاظ والصيغ التي تستخدم في الدلالة على الحكم**

**تمهيد:**

قلنا: إن الفقهاء اشترطوا في صيغة الحكم أن تكون ذات دلالة على إرادة الحكم، وقد ذكروا ألفاظاً معينة تدل على الحكم، فاتفقوا في بعضها، واختلفوا في الأخرى.

وقد اتفق الفقهاء[2] على أنّ قول القاضي: حكمتُ أو قضيتُ أو ألزمتُ، وما اشتق من هذه الألفاظ يعتبر حكماً قضائياً بلا خلاف، ولكن بعد استيفاء الشروط الشرعية من دعوى وحجة وغيرها.

**الفرع الأول: آراء الفقهاء في الألفاظ التي يتم الحكم بها.**

**اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:**

**القول الأول:** ذهب فريق من الحنفية إلى وجوب صيغة معينة في الحكم كقول القاضي قضيتُ أو حكمتُ أو أنفذت عليك القضاء. وهذا هو رأي شمس الإسلام محمود الأوزجندى ومعه فريق من الفقهاء وهذا الاشتراط ظهر في تعريف الحنفية للحكم بأنه "الإلزام في الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه شرعاً"فالمراد بالصيغة

---

(١) انظر: ابن أبي الدم: أدب القضاء ص٤٨٨-٤٨٩.

(٢) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص٨، الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ١٧٣/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٢/٥، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٩٤/١ وما بعدها، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٩/٤، المناوى: شرح عماد الرضا ٢٩٠/١، ابن مفلح: الفروع ٤٥٥/٦، المرداوي: الإنصاف ٢٢٢/١١.

المختصة، أي: الصيغة الشرعية كألزمت وحكمت وقضيت وأنفذت عليك القضاء[1].

**القول الثاني:** وهو قول الحنفية الثاني والراجح في المذهب وقول المالكية والشافعية والحنابلة[2] وذهبوا إلى عدم اشتراط لفظ معين في الدلالة على الحكم، وإنما يحصل بكل لفظ يدل على ماهية الحكم وحقيقته، فالعبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، قال الدردير: "الحكم لا يتوقف على لفظ حكمت بل يكون بكل ما دل على اللزوم"[3] وقال ابن أبي الدم: "إنما الحكم قوله لفظاً: حكمت بكذا أو بلفظ آخر يقوم مقامه..."[4]، وفيما يلي ذكر الألفاظ المستخدمة للدلالة على الحكم في كل مذهب.

**أ- ألفاظ الحكم في المذهب الحنفي[5]:**

١- حكمت بكذا، أو حكمت على فلان بكذا، أو حكمت لفلان بكذا.

٢- قضيت.

٣- ألزمت.

٤- أنفذت عليك القضاء.

---

(١) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٨، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٥، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٣٢، خير الدين الرملي: الفتاوى الخيرية ٢/٢٢.

(٢) انظر: ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٩١، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٧، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٥، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٣٢، الزرقاني: شرح المختصر ومعه حاشية البناني ٧/١٤٨، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٥٦، عثمان بن حسين: سراج السالك ٢/٢٠١، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١١٩، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٤، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٢٩٠، ابن مفلح: الفروع ٦/٤٥٥، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٧٣-٤٧٤.

(٣) الشرح الكبير ٤/١٥٦.

(٤) أدب القضاء ص ١١٩

(٥) انظر: ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٩١، ابن الغرس ص٨، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٧، ٢٨٠، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٥، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٣، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٣٢، خير الدين الرملي: الفتاوى الخيرية ٢/٢٢، علي حيدر: شرح المجلة ٤/٥٢٠.

٥- اطلب الذهب منه.

٦- ظهر عندي.

٧ صح عندي.

٨- أرى أن الحق للمدعي.

٩- قررت مبلغ كذا نفقة للمدعية.

### ب- ألفاظ الحكم في المذهب المالكي[1]

الأصل عند المالكية أنّ الحكم لا يتوقف على لفظ حكمت بل بأي لفظ يدل على الحكم. **ومن ذلك ذكروا بعض الألفاظ التي يصدر الحكم بها منها:**

١- حكمت.

٢- ألزمت فلاناً بكذا.

٣- نقلتُ مِلْكَ هذه السلعة لفلان، أو ملّكته إياها.

٤- فسخت عقد هذا النكاح، أو البيع، أو أبطلته.

٥- قررت ثبوت هذا النكاح.

٦- ثبت عندي أن هذا الشيء ملك لفلان.

### جـ- ألفاظ الحكم في المذهب الشافعي[2]

١- حكمت لفلان على فلان بكذا.

---

(١) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام ٩٤/١ وما بعدها، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٨/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٦٧/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٥٦/٤-١٥٧، عثمان بن حسين: سراج السالك ٢٠١/٢.

(٢) انظر: النووي: روضة الطالبين ١٣٩/١١، الأنصاري: شرح المنهج ٣٥٠/٥، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٩/٤، فتح الجواد: شرح الإرشاد ٣٢٦/٢، الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٤/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٥/٨، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٠/١.

٢- قضيت.

٣- نفذت الحكم له به.

٤- ألزمت خصمه الحق.

٥- اخرج من حقه.

٦- كلفتك أو ألزمتك الخروج منه.

٧- أمضيته.

٨- أجزته.

**د- ألفاظ الحكم في المذهب الحنبلي[1]**

١- حكمت.

٢- ألزمت.

٣- قضيت له به عليك.

٤- اخرج إليه منه.

٥- فسخ العقد.

٦- إذن القاضي في قضاء دين، أو في نفقة للرجوع بها، أو إذنه بوضع ميزاب، أو بناء، أو خشب على جدار؛ كلٌّ ذلك حكم بشروطه.

٧- إطلاق المحبوس.

٨- أمره بإراقة نبيذ.

٩- قيامه باستخدام القرعة فهي حكم لا سبيل إلى نقضها.

---

(١) انظر: ابن مفلح: الفروع ٦/٤٥٢-٤٥٥، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢٢، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٣/٤٧٣.

**الفرع الثاني: المسائل المختلف فيها في ألفاظ الحكم.**

**وهذا الفرع يحتوي على مسألتين:**

**المسألة الأولى:** أمر القاضي ومدى اعتباره حكماً.

**المسألة الثانية:** الثبوت وأحكامه في الفقه.

**المسألة الأولى: أمر القاضي ومدى اعتباره حكما:**

في هذه المسألة القاضي لا يقول: حكمت أو قضيت بكذا، ولكنه يأمر المدعى عليه مثلاً فيقول له: سلم الفرس للمدعي، أو يقول للجلاد بعد ثبوت القتل على الجاني: اقطعوا رأسه، أو ضعوه في السجن، وهكذا، **فهذه المسألة اختلف فيها الفقهاء إلى قولين على النحو التالي:**

**القول الأول:** وهو للشافعية ولفريق من الحنفية ووجه عند الحنابلة مرجوح، وهؤلاء قالوا بأنّ أمر القاضي ليس بحكم[1] ومن نصوصهم في ذلك:

- قال ابن أبي الدم بعد أن ذكر كلام الماوردي في الحبس أنه لا يعتبر حكماً إلا إذا قال القاضي: حكمتُ بحبسه... فقال ابن أبي الدم معقباً على ذلك: "وفي هذا إشارة إلى أن فعل الحاكم وأمره بالفعل ليس بحكم، وإنما قوله لفظاً: حكمت بكذا، أو بلفظ آخر يقوم مقامه، ويلزم عليه أنه لو ثبت عنده قصاص على قاتل عمداً عدواناً أجنبياً بالبينة العادلة في موضع يجب فيه القصاص، و لم يقل حكمت به، ثم أمر بقتله؛ أنّ أمره لا يكون حكماً، وهكذا أمره صاحبَ الدين بعد ثبوته أخذ دينه من مال المدين في موضع يجوز ذلك؛ أنه لا يكون حكماً، بل لا بد من اللفظ، وهذا عندي فيه تردد ظاهر لا يخفى تجاذب أطرافه على الفقيه"[2].

---

(١) انظر: ابن الشحنة: لسان الحكم ص ٢٢٢، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٨/٦، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١٥/١، الحموي: غمز عيون البصائر ٣٩٢/٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٢٠٥/٣، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١١٩، المرداوي: الإنصاف ٢٢٠/١١.

(٢) ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١١٩.

ويبدو أنّ هذا الرأي الذي نقله ابن أبي الدم عن الشافعية قد طرأ عليه تغيير، وذلك لأن من ألفاظ الحكم التي تتداولها كتب المذهب الشافعي قول القاضي للخصم: اخرج من حقه، أو ألزمتك الخروج من حقه، أو كلفتك، وهذه من صيغ الأمر.

- ومن نصوص المذهب الحنفي "جزم في العمادية وجامع الفصولين بأنه لا يكون حكماً"[1].

"وقال البزازي[2]: أمر القاضي ليس كقضائه...." وكذا قوله للمدعى عليه: سلّم هذه الدار بعد إقامة البرهان. وهذا نص على أنّ أمره لا يكون بمنزلة قضائه[3] وقد نص بعضهم أن القول بأن أمر القاضي حكم هو أحد قولين في المذهب[4]. أما نصوص الحنابلة فكقوله في الإنصاف: "إن ثبت عليه قودٌ لزيدٍ، فأمرَ بقتله، و لم يقل حكمتُ به، أو أمر ربَّ الدينِ الثابتِ أنْ يأخذه من مالِ المدين و لم يقل حكمتُ به، احتمل وجهين"[5]

**القول الثاني**: وهو القول الراجح عند الحنفية[6] وقول المالكية[7] والحنابلة[8] فعند الحنفية قال ابن نجيم "أمر القاضي حكم، كقوله:

- سلّم المحدودَ إلى المدعي.

---

(١) الحموي: غمز عيون البصائر ٣٩٢/٢.

(٢) هو: محمّد بن شهاب بن يوسف الكردي، فقيه حنفي من مصنفاته: الفتاوى البزازية، ت٨٢٧هـ. انظر اللكنوي: الفوائد البهية ص ١٨٧-١٨٨.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٨/٦.

(٤) الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٢٠٥/٣.

(٥) المرداوي: الإنصاف ٢٢٠/١١.

(٦) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ١٧٧/٦-٢٧٩، التمرتاشي: مسعفة الحكام ص ٣٧٩-٣٨٠، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٢٠٥/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٣/٥.

(٧) نسبة هذا المذهب للمالكية يفهم من نصوصهم، وأنهم لا يشترطون لفظاً معيناً في الدلالة على الحكم، والأمر دلالته قوية.

(٨) انظر: ابن مفلح: الفروع ٤٥٣/٦، المرداوي: الإنصاف ٢٢٠/١١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٧٤/٣، العاصمي: حاشية الروض المربع ٥٤٠/٧.

- والأمرُ بدفعِ الدينِ.

- والأمرُ بالحبسِ[1].

وهذا القول اتفق عليه معظم علماء الحنفية وعليه الفتوى، ولكن يستثنى من اعتبار أمر القاضي حكماً مسألة واحدة هي:

إذا أمر القاضي بصرف مبلغ من وقف الفقراء إلى فقير من قرابةِ الواقفِ. فهذا لا يعتبر حكماً، وإنما فتوى فيستطيع هو أو قاض آخر أنْ يصرف هذا المبلغ إلى فقير آخر.

أما الحنابلة فيقول شارح الروض المربع "أمر القاضي يحصلُ به الحكم عندهم، كقول القاضي: أعطه ولا تكلمه أو الزمه"[2].

والراجح في هذه المسألة اعتبار أمر القاضي حكماً إذا توافرت شروط الحكم، فليس المقصود بالحكم اللفظ فقط، إنما المقصود إنهاء النزاع، وفض الخلافات، وإيصال الحقوق لأصحابها، فبأي لفظ تم ذلك كان دالاً على الحكم بشرط الوضوح وعدم الإبهام، والله أعلم.

**المسألة الثانية: الثبوت وأحكامه في الفقه:**

هذه المسألة تعني يقول القاضي ثبت لديَّ دونَ قولهِ حكمتُ، وقد اختلف الفقهاء فيها اختلافاً كثيراً، وفي الصفحات التالية تفصيل هذه المسألة في كل مذهبٍ على حدة **وفق الترتيب التالي:**

- الثبوت عند الحنفية.

- الثبوت عند المالكية.

- الثبوت عند الشافعية.

---

(١) الأشباه والنظائر مع شرحه للحموي ٢/٣٩٢-٢٩٢.

(٢) النجدي العاصمي: حاشية الروض المربع ٧/٥٤٠.

- الثبوت الحنابلة.

- الأثر المترتب على الفرق بين الثبوت والحكم.

- صيغ الثبوت وأنواعه.

**١- الثبوت عند الحنفية:**

اختلف فقهاء الحنفية في الثبوت هل هو حكم أم لا، وقد كان للمتقدمين منهم رأي رجحه بعض المتأخرين، إلا أن متأخري الحنفية قد اتجهوا اتجاهاً آخر في هذه المسألة. **وتفصيل ذلك على النحو التالي:**

**أولاً:** ذهب متقدمو الحنفية إلى أنّ الثبوت حكم دائماً، فإذ قال القاضي بعد استيفاء الدعوى ومقتضياتها: ثبت عندي، أو ما يقوم مقام هذه العبارة، كقوله: صح عندي، أو ظهر عندي، أو علمت، أو وضح لدي،فهذا كله حكم.

وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى[(١)].

وقد ذكر أصحاب هذا الرأي أنّ الأفضل أن يبين القاضي في مثل هذه الحالة طريق الحكم فيما إذا كان الثبوت بالبينة أم بالإقرار؛ لأن الحكم ببينة يخالف الحكم بإقرار[(٢)].[(٣)]

والذي يظهر أن أصحاب هذا الرأي قد ذهبوا إلى ما ذهبوا إليه من اعتبار الثبوت

---

(١) انظر: الأوزجندي: فتاوى قاضي خان ٢/٤٥٠، ابن الشحنة: لسان الحكام ص ٢٢١-٢٢٢، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٥، ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٩١، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ١٥، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٧-٢٧٨، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢، علي قراعة: الأصول القضائية ص ٢٩٦.

(٢) ووجه مخالفة الحكم المستند للإقرار عن الحكم المستند إلى البينة أن الإقرار حجة قاصرة والبينة حجة متعدية، إضافة إلى أنّ رجوع الشاهد في البينة يوجب الضمان بخلاف الإقرار، انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق ومعه حاشية الشلبي عليه ٤/١٩١.

(٣) انظر: ابن الشحنة: لسان الحكام ص ٢٢١-٢٢٢، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٥، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٨.

حكماً، أنهم لم يعيروا اللفظ الذي ينطق به القاضي أي اهتمام للدلالة على الحكم، وأن المعول عليه هو حقيقة الحكم ومعناه، فإذا وجدت الشروط والأسباب لإصدار الحكم، وأصدره القاضي بالفعل بأي لفظ يدل عليه، كان حكماً ملزماً، فلا يشترط لفظ "حكمت"، والذي يدل على ذلك أنهم لا يعتبرون الثبوت حكماً إلا إذا كان بعد تقدم دعوى ومقتضياتها من البينات[1]. فإذا تخلفت هذه الشروط فلا نستطيع أن نطلق على ما أصدره القاضي صفة الحكم الممنوحة للفظ الثبوت.

**ثانياً: مذهب متأخري الحنفية في الثبوت:** انقسم متأخرو الحنفية في مسألة الثبوت هذه **إلى ثلاثة اتجاهات على النحو التالي:**

**الاتجاه الأول:** ويرى أتباعه أن الثبوت لا يعتبر حكماً مطلقاً[2]. وهذا ما هو متعارف عليه عند القضاة والموثقين، كما ذكر ذلك ابن الغرس، وتبعه في ذلك ابن عابدين[3].

**وقد علل أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بما يلي:**

أ- أن الثبوت ينقسم إلى نوعين:

- **النوع الأول:** الثبوت الذي اقترن به حكم.

- **النوع الثاني:** الثبوت المجرد عن الحكم.

وبما أن المقترن بالشيء والمجرد عن الاقتران به غير ذلك الشيء، وبالتالي فلا يكون واحد منها حكماً[4].

---

(١) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٨، محمّد صالح الرشيدي: المجاني الزهرية ص ١٥.

(٢) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ١٥، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٢.

(٣) هو محمّد أمين بن عمر بن عبدالعزيز، فقيه الشام، برع في كثير من العلوم يعتبر إمام الحنفية في عصره، من مصنفاته: رد المحتار على الدر المختار، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، حاشية على البحر الرائق، مجموعة رسائل وغيرها. ت١٢٥٢هـ. انظر: عبدالرزاق البيطار: حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر ٣/١٢٣٠.

(٤) ابن الغرس: المرجع السابق ص ١٥، الرشيدي: المرجع السابق ص ١٥.

ب- أن القضاة والموثقين حينما يكتبون في السجل يقولون: "ولما ثبت عنده حكم" [1] أي أنهم يرتبون الحكم على الثبوت، والثبوت يسبق الحكم، وبالتالي يكون الثبوت غير الحكم.

**الاتجاه الثاني**: ويرى أصحابه التفصيل في المسألة فقالوا: إذا وقع الثبوت على السبب لم يكن حكماً، وإذا وقع على المسبب كان حكماً[2].

ومثال وقوع الثبوت على السبب قول القاضي: ثبتَ عندي جريان العقد بين المتعاقدين، ومثال وقوعه على المسبب قوله: ثبتَ عندي ملك المشتري للمبيع.

**نقد هذا الاتجاه:**

وقد وجه لهذا الاتجاه انتقاد مهم حاصله: إذا كان كلاً من السبب والمسبب له صلاحية الدخول تحت الحكم، والثبوت قد يكون حكماً، فليس هناك حاجة لتخصيص أحدهما بإطلاق صفة الحكم عليه دون الآخر[3]، وبالتالي القول بأن الثبوت إذا وقع على سبب الحق، وهو في المثال المذكور عقد البيع، لا يكون حكماً، وإذا وقع على الحق نفسه، وهو ثبوت ملك المشتري للمبيع، يكون حكماً قول لا دليل عليه؛ إذ لا فرق يظهر بين قول القاضي ثبت عندي جريان عقد البيع بين المتعاقدين، وقوله ثبت عندي ملك المشتري للمبيع؛ لأن ملك المشتري للمبيع أثر مباشر لتمام العقد الصحيح.

وبالنظر إلى الاعتراض المذكور يلاحظ أنه اعتراض وجيه وقوي، ولكن ينبغي التنبيه على وجوب توافر الشروط المطلوبة في سبب الحق حتى يتساوى مع المسبب، لأنه قد يثبت لدى القاضي جريان العقد بين المتعاقدين، ولكن لايترتب أي أثر لهذا العقد لخلل فيه، والقاضي إذا قال: ثبت لدي جريان هذا العقد بين المتبايعين يكون أثبت الواقع الذي جرى أمامه، لا أنه حكم بما يترتب عليه. وهذه مسألة مهمة تختلف

---

(١) ابن الغرس: المرجع السابق ص ١٥، التمرتاشي: مسعفة الحكام ص ١٠٢ أ-ب، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٢/٥.

(٢) انظر: ابن الغرس الفواكه البدرية ص١٦، ابن عابدين: منحة الخالق على البحر الرائق ٢٧٨/٦.

(٣) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ١٦، الرشيدي: المجاني الزهرية ص ١٦.

باختلاف الصيغة التي استخدمها القاضي.

**الاتجاه الثالث** أصحاب هذا الاتجاه[1] يرون التفصيل أيضاً، فقالوا: إذا وقع الثبوت على مقدمات الحكم أو بعضها فليس بحكم[2]، وإذا وقع على غير ذلك فهو حكم.

وفي المثال التالي تتضح حقيقة هذا الرأي: إذا رفعت دعوى لدى القاضي بخصوص عقد بيع، وكان المقصود من تلك الدعوى الحكم للمشتري على البائع بالملك في العين المبيعة، فإذا قال القاضي بعد أن سمع البينة[3]: ثبت عندي جريان العين في ملك البائع ويده إلى حين البيع، وأن المبيعَ مقدور التسليم، فهذا الثبوت لا يعتبر حكماً، لوقوعه على المقدمات، وهي غير مقصودة من الدعوى[4].

ومن ذلك قولهم: ثبت أن لا مال للصغير -أو اليتيم- سوى العقد عند بيع عقارة[5].

وكذلك قولهم: ثبت عند القاضي أنّ العين بصفة الاستبدال شرعاً، وذلك في بيع عقار الوقف[6].

والذي يؤيد اتجاههم بأن الثبوت في حالة وقوعه على المقدمات لا يعتبر حكماً أنّ القضاة يرتبون الحكم على الثبوت، وبالتالي يكون الثبوت مقدمة للحكم، ومقدمة الشيء غيره مطلقاً.

---

(١) رائد هذا الاتجاه وأول من حقق هذه المسألة من متأخري الحنفية العلامة ابن الغرس.

(٢) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ١٦، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٢/٥، الرملي: الفتاوى الخيرية ١٩/٢.

(٣) تسمى هذه البينة ببينة الجريان وفائدتها التوصل إلى حكم القاضي بصحة البيع أو التصرف، وإذا لم توجد لا يحكم بالصحة وإنما يقضي بالموجب. انظر: الرشيدي المحاني الزهرية ص ١٧.

(٤) انظر: ابن الغرس: الفاكه البدرية ص ١٧.

(٥) وذلك فيما إذا أراد الوصي بيعَ عقار الصغير للإنفاق عليه، لأن بيع العقار الذي يملكه الصغير لا يجوز إلا إذا كان لا يملك مالاً ينفق منه..

(٦) إذا لم يكن العقار بالصفة المسوغة للاستبدال لا يجوز بيعه، ومن شروط تلك الصفة أن يخرج المكان المستبدل عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش.... انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٨/٦، الرشيدي: المحاني الزهرية ص ١٧.

**خلاصة رأي الحنفية في الثبوت:**

من خلال تتبع آراء الفقه الحنفي في هذه المسألة **نستنتج أنّ الراجح عند المتأخرين منهم أنّ للثبوت استعمالين اثنين:**

**الأول**: أنه حكم، وهو مذهب المتقدمين وظاهر المذهب.

**الثاني**: أنه ليس بحكم وهو ما تعارف عليه القضاة والموثقون في تخاطبهم وكتابتهم في السجلات.

وفي حالة وجود استعمالين للفظ واحد، فإننا نحتاج إلىمعيار يميز بينهما، أو تعريف لأحدهما يتميز به عن الآخر.

وقد قام العلامة ابن الغرس الحنفي بهذه المهمة خير قيام، وتبعه في ذلك الأمر معظم المحققين من متأخري الحنفية كابن عابدين في رد المحتار[1] وقد رأى ابن الغرس أن يعرف الثبوت الذي ليس بحكم، والذي يطلق عليه اسم الثبوت المجرد، فقال معرفاً إياه بأنه: "المعنى الذي يقوم بنفس القاضي في اعتبار مقدمات القضاء المسوغة لتوجهه شرعاً لحصولها عنده بطريقها أو اعتبار بعضها[2]. ثم اختصر هذا التعريف بقوله: والأوجز أنه يقال: الثبوت المجرد: اعتبار القاضي مقدمات الحكم أو بعضها[3].

**اعتراض ورده:**

وقد أورد ابن الغرس اعتراضاً مفادة: إذا كان ظاهر المذهب أن قول القاضي "ثبت عندي" دائماً حكم، فمن أين هذا التفصيل؟ وأن الثبوت له معنيان[4] وقد أجاب على هذا الاعتراض بجواب حاصله:

أنّ علماء الحنفية قد استعملوا الثبوت بمعناه الثاني -أي المجرد الذي ليس بحكم-

---

(١) ٣٥٣/٥.

(٢) الفواكه البدرية ص ١٨.

(٣) الفواكه البدرية ص ١٨.

(٤) المرجع نفسه ص١٩.

كثيراً في كلامهم ويدل على ذلك عدة أمور:

-منها: أنهم قالوا في دعوى الرد بالعيب وذكرِ أقسامه: إنه إذا لم يكن العيب ظاهراً فلا بد لصحة الدعوى به من ثبوت قيام ذلك العيب بتلك العين حال الدعوى، حتى تتوجه الخصومة على البائع، ويسوغ للقاضي قضاؤه به، وبغير ذلك الثبوت لا تكون الدعوى مسموعة، ولا يحصل التنازع.

والثبوت في الحالة هذه إنما هو بمعنى التحقق وهو غير الحكم قطعاً[1].

ويؤيد الاتجاه القائل بأن للثبوت استعمالين أحدهما غير الحكم، أن ابن نجيم الحنفي قد ذكر أنّ العلماء اختلفوا في الثبوت، فمنهم من قال: إنه حكم، ومنهم من قال: إنه ليس بحكم، ثم قال بعد ذلك ما نصه: "ثم اعلم أنّ الثبوت ليس بحكم اتفاقاً في مواضع ظفرت بها منها..."[2] ومن المواضع التي ذكرها هذه المسألة التي استدل بها ابن الغرس على استعمال العلماء للثبوت في غير معنى الحكم[3].

ومنها (أي من المواضع التي لا يعتبر الثبوت حكماً فيها):

"أنهم ذكروا في الحكم بالعقار أنه يشترط له أن يثبت عند القاضي بالبينة، أن العقار في يد المدعى عليه ولا يكفي في ذلك تصادقهما"[4].

ومنها: كتاب القاضي إلى القاضي بثبوت الحق على الخصم الذي في ولاية القاضي المكتوب إليه -بالبينة- في غيبة الخصم المشهود عليه، كما هو مقرر في كتب الفقه، فإنه ليس بحكم مطلقاً، بل هو مجرد تحقق[5].

وبالتالي نخلص إلى النتيجة التالية وهي ما ذكرناه قبل قليل أنه أصبح للثبوت عند

---

(١) ابن الغرس: الفواكه البدرية مع المجاني الزهرية للرشيدي ص١٩.

(٢) البحر الرائق ٦/٢٧٨.

(٣) البحر الرائق ٦/٢٧٨.

(٤) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص١٩.

(٥) ابن الغرس: الفواكه البدرية مع المجاني الزهرية للرشيدي ص١٩.

الحنفية **استعمالان:**

**الأول**: الذي بمعنى الحكم.

**الثاني**: الثبوت المجرد عن الحكم ويعرف: بأنه اعتبار القاضي مقدمات الحكم أو بعضها.

**٢- الثبوت عند المالكية:**

لم تتفق كلمة فقهاء المذهب المالكي في الثبوت هل هو حكم أم لا؟ وتعددت الآراء في المعتمد لدى المذهب، واختلفت النقول حتى عن الفقيه الواحد. **وفيما يلي خلاصة رأي المالكية في المسألة:**

**أولاً**: ذهب جمهور المالكية إلى أن الثبوت ليس حكماً. وهذا القول هو أحد القولين المشهورين في المذهب، بل هو الراجح والمعتمد عند محققي المذهب.

وممن قال به الإمام المازري[(١)]، والإمام ابن رشد في أحد قوليه[(٢)]، والقرافي[(٣)]، وابن عرفة[(٤)]، وابن عبدالسلام[(٥)]، والعلاّمة خليل في التوضيح[(٦)]، والرصاع

---

(١) وقد نقل أن الإمام المازري قد ألفّ جزءاً في الرد على بعض القرويين الذين يذهبون إلى أن الثبوت حكم. انظر: البناني حاشيته على الشرح الكبير ١٥٧/٤، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢١٧.

(٢) هو الإمام محمّد بن أحمد بن رشد القرطبي، إمام عالم، محقق، من كبار فقهاء المالكية من مصنفاته: البيان والتحصيل، والمقدمات، تهذيب مشكل الآثار. ت٥٢٠هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص١٢٩. أما ما نقل عن قولي ابن رشد في هذه المسألة فانظره في: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٧، البناني: حاشيته على الزرقاني ١٥٣/٧، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢١٧.

(٣) تحدث القرافي عن هذه المسألة في كتابيه الإحكام ص ٣٧، والفروق ٥٤/٤.

(٤) انظر: الرصاع: ص ٤٣٥، ٤٣٧، البناني: المرجع نفسه ١٥٣/٧.

(٥) محمّد بن عبدالسلام الهواري التونسي، قاضي الجماعة بها، فقيه علامة، من مصنفاته شرح مختصر ابن الحاجب وغيره، ت٧٤٩.هـ انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص٢١٠ أما ما نقل عنه في المسألة فانظره في البناني: المرجع السابق نفسه، جعيط: الطريقة المرضية ص ٣١٨.

(٦) نقل عن العلامة خليل أنه يقول بأن الثبوت ليس حكماً مطلقاً، كما ذكر ذلك عنه البناني: حاشيته على الزرقاني ١٥٣/٧، والدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٥٧/٤.

التونسي[1]، والزقاق[2]، وابن فرحون[3]، والبناني[4]، وغيرهم....[5] **وقد علل أصحاب هذا القول رأيهم بالحجج التالية:**

١- أن حقيقة الثبوت مغايرة لحقيقة الحكم، ومع تغاير الحقائق لا يمكن القول بأن الثبوت هو عين الحكم، فالثبوت عبارة عن نهوض الحجة السالمة من المطاعن، فمتى قامت البينة على شيء يقال في عرف الاستعمال: ثبت عند القاضي ذلك، أما الحكم فهو إنشاء كلام في النفس، وهذا الكلام النفساني إما إنشاء إلزام أو إطلاق في صور التنازع لمصالح الدنيا. فثبوت الحجة مغاير للكلام النفساني الإنشائي، وبالتالي الثبوت لا يعتبر حكماً[6].

٢- الثبوت رتبته أقل من رتبة الحكم في ترتيب العملية القضائية، ويأتي قبل

---

(١) هو محمّد بن قاسم الأنصاري التلمساني ثم التونسي، عرف بابن الرصاع، فقيه، متكلم لغوي، تولى إمامة جامع الزيتونه وخطابته من مصنفاته: شرح حدود ابن عرفة اختصار فتح الباري، شرح الأسماء النبوية، وغيرها. ت١٩٤هـ. انظر: القرافي: توشيح الديباج ص ٢١٦-٢١٧، السخاوي: الضوء اللامع ٢٨٧/٨ وما بعدها.

انظر شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٧.

(٢) هو أبو الحسن علي بن قاسم الزقاق التجيبي، إمام فقيه، متفنن في علوم شتى، من مصنفاته لامية في الأحكام تسمى بلامية الزقاق، وله منظومة في القواعد. ت٩١٢هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص ٢٧٤.

وقد ذكر الزقاق في منظومته في القواعد المسماة بالمنهج المنتخب إلى قواعد المذهب أن الراجح اعتبار الحكم مغايراً للثبوت، وليسا شيئاً واحداً فقال:

الحكم والثبوت شيء اتحد ... وقيل غيران نعم هذا أسد

انظر: الشنقيطي: إعداد المهج ص٢٥٥.

(٣) انظر: تبصرة الحكام ٩١/١-٩٣، ٤٠/٢.

(٤)هو أبو عبدالله محمّد بن الحسن البناني، إمام محقق، فقيه، من مصنفاته: حاشية على شرح الزرقاني، حاشية على مختصر السنوسي، شرح السلم، وغيرها. ت١١٩٤هـ.انظر: ابن مخلوف: شجرة النور ص٣٥٧.

انظر: حاشية البناني على شرح الزرقاني ١٥٣/٧.

(٥) انظر: ميارة: شرح التحفة ٩/١.

(٦) انظر: القرافي: الفروق ٥٤/٤، الإحكام ص ٣٧، محمّد علي حسين: تهذيب الفروق ٩٨/٤.

الحكم دائماً[1] فهو مقدم عليه، وكما يقول الحسن بن رحال المعداني: "فالثبوت هو الرتبة الأولى، والحكم هو الرتبة الوسطى، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة: [2] وعلى ذلك لا يكون الثبوت هو الحكم؛ لأن الثبوت يسبق الحكم، والحكم يبنى عليه، فهما مختلفان من حيث الماهية ومن حيث الترتيب في العملية القضائية.

٣- أن من شروط الحكم الإعذار، والإعذار كما هو مقرر في المذهب المالكي يأتي بعد الثبوت، ولا يمكن أن يسبقه، لأن الخصم لا يسأل عن شيء لم يثبت. جاء في تهذيب الفروق أن قول القاضي أعلم بثبوته أو باستقلاله، أو ثبت عندي ونحوه يكون بعد كمال البينة وقبل الإعذار فيها، لأن الإعذار فرع ثبوتها وقبولها[3].

٤- أن كل واحد من الثبوت والحكم أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه، والأعم من الشيء غيره بالضرورة، قال ابن عبدالسلام: "وليس قول القاضي" ثبت عندي كذا حكماً منه بمقتضى ما ثبت عنده فإن ذلك أعم منه[4].

ويكون الثبوت أعم من الحكم في حالة وجود الثبوت دون الحكم، كمسألة ثبوت هلال شوال ورمضان...، ويكون الحكم أعم من الثبوت في حالة وجود الحكم بدون الثبوت كمسألة الحكم بالاجتهاد[5].[6].

٥- أن مجال الثبوت غير مجال الأحكام، فالثبوت يدخل في العبادات، وفي المواطن التي لا يدخل فيها الحكم بالضرورة. ومن أمثلة ذلك ثبوت هلال رمضان وهلال شوال، وثبوت طهارة المياه ونجاستها، ويثبت عند الحاكم التحريم بين الزوجين بسبب الرضاع، وكذلك التحليل بسبب العقد، ومع ذلك لا يعتبر شيء مما ذكر حكماً وإنما

---

(١) وفي هذا يقول الإمام القرافي بوجوب تقدم الثبوت على الحكم، انظر: الفروق ٤/٥٤.

(٢) حاشيته على شرح ميارة ١/٩..

(٣) الشيخ محمّد علي حسين: تهذيب الفروق ٤/٩٨.

(٤) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/٩١، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢١٧.

(٥) القرافي: الفروق ٤/٥٤، محمّد علي حسين: تهذيب الفروق ٤/٩٨.

(٦) الحكم بالاجتهاد كما يراه القرافي هو إنشاء القاضي إلزاماً أو إطلاقاً للمحكوم عليه بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح والسبب الواقع في تلك القضية الواقعة. انظر: الإحكام ص ٢٢.

هو ثبوت فقط[1].

**ثانياً: القول الثاني في المذهب:** ويرى أصحابه أنّ الثبوت حكم أو جار مجرى الحكم، وقد نقل بعض فقهاء المذهب نقولاً تفيد أن هذا القول هو المشهور في المذهب فقد قال ابن عرفة عن القول الثاني الذي نحن بصدده "أنه كالمقضي به وهو ظاهر فهم ابن رشد المذهب"[2]، وقد نُقِلَ هذا القول عن بعض العلماء و لم تذكر أسماؤهم كقول الزقاق:

الحكمُ والثبوتُ شيءٌ اتحدْ وقيلَ غيران نعمْ هذا أسد[3]

إضافة إلى ما ذكر يرى بعض الفقهاء أن الخلاف في مسألة الثبوت والحكم خلاف لفظي لا أكثر، ومن ذلك قول ابن الشاط في تعقيبه على الفرق الخامس والعشرين بعد المائتين من فروق القرافي: "وقد يطلق على الثبوت حكم، فالأمر في ذلك لفظي"[4] وقول ابن الشاط هذا بناه على قول ابن القاسم بأن تقرير القاضي الحادثة أو سكوته ونحو ذلك حكم[5].

وذهب العلامة الزرقاني في شرحه لمختصر خليل -وأقره البناني على ذلك إلى أنّ القاضي إذا قال: ثبت عندي أنّ هذه الدار ملك لزيد، يعتبر ذلك حكماً إذا وقع بعد حصول ما يجب في الحكم من تزكية وإعذار وغيرها، لا قبله فليس حكماً[6].

وهذا القول في الحقيقة قول محقق دقيق، وهو يوافق المذهب من عدم اشتراط لفظٍ معين في إصدار الحكم القضائي؛ المهم استيفاء الشروط المستلزمة في الحكم.

---

(١) انظر: القرافي: الفروق ٥٤/٤، ابن فرحون التبصرة ٩٢/١، محمّد علي حسين: تهذيب الفروق ٩٨/٤، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢١٧.

(٢) انظر: البناني: حاشيته على الزرقاني ١٥٣/٧، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٢٠.

(٣) الشنقيطي: إعداد المهج ص ٢٥٥

(٤) إدرار الشروق على أنواء الفروق ٥٤/٤.

(٥) انظر: محمّد علي حسين: تهذيب الفروق ٩٨/٤.

(٦) الزرقاني: شرح مختصر خليل ومعه حاشية البناني ١٤٨/٧-١٤٩.

**ثالثاً: القول الثالث في المذهب المالكي ويرى أصحابه أن الأصل في الثبوت أنه ليس حكماً**، ولكن إذا وقع الثبوت على سبب الحكم، وتوافرت الشروط فإنه يعتبر حكماً، قال الإمام القرافي: "وإن قامت الحجة على سبب الحكم وكمل، وانتفت عنه الريبة، وحصلنا الشروط وجميع المطلوب فيه، فلا شك أنه يتعين على الحاكم على الفور أن يحكم؛ لأن أحد الخصمين ظالم، وإزالة الظلم واجبة على الفور، وإذا تعين على الحاكم في هذه الحالة الحكم، وظاهر حاله أنه فعل ما يجب عليه، فصار الحكم من لوازم الثبوت على هذا الوجه، فيجب أن يعتقد أنه حكم بناء على ظاهر الحال، فهذا معنى قول فقهاء المذهب أن المشهور أن الثبوت حكم[1].

وكما يبدو من النص أن القرافي يرى هذا الرأي وبذلك يكون له رأيان الأول أن الثبوت ليس حكماً والثاني أنه حكم.

ويبدو أن الإمام القرافي قد رجع عن رأيه الثاني، واعتمد الرأي الأول الموافق للمعتمد في المذهب، **والذي دل على ذلك ما يلي:**

١- أن الإمام القرافي قد ذكر رأيه الثاني في كتابه "الإحكام" ورأيه الأول في كتابه "الفروق" ولما كان كتاب الفروق قد ألفه بعد كتاب "الإحكام"[2] فيكون الرأي المعتمد في الكتاب الذي كتبه متأخراً وهو كتاب الفروق. وفي كتابه الفروق ذكر أنّ الثبوتَ ليس حكماً، وبين الفرق بينهما، ولم يذكر شيئاً عن رأيه الثاني الذي ذكره في كتابِ الإحكام؛ فيكون ما أقره أخيراً هو المعول عليه عنده.

٢- التشهير الذي ذكره الإمام القرافي في النص السابق، وفيه أن المشهور في المذهب أن الثبوت حكم رده الإمام ابن فرحون في التبصرة، وأيده في ذلك الرصاع في شرح حدود ابن عرفة. قال ابن فرحون: "وهذا التشهير مخالف لما نقله الشيخ تقي

---

(١) الإحكام ص ٣٨، وانظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٧.

(٢) الذي يدلنا على ذلك قوله في كتابه الفروق في آخر الفرق الرابع والعشرين وقد وضعت في هذا المقصد كتاباً سميته الإحكام في الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام.... الفروق ٤/٥٤.

الدين[1] عن مذهب مالك ﷺ أنّ الصحيح عندهم -أي الشافعية- وعند المالكية- أنه ليس بحكم، وقاله الشيخ سراج الدين أيضاً، وقال إنه التحقيق[2].

- ثم إنه بتحليل رأي القرافي الذي نحن بصدد دراسته **نجد أنه يستلزم الأمور التالية:**

أ- قيام الحجة وثبوتها على سبب الحكم.

ب- انتفاء الريبة ضد الحاكم بالنسبة لثبوت الحق المتنازع فيه.

جـ- استيفاء جميع الشروط المطلوبة لإصدار الحكم.

د- انتفاء الموانع.

ففي هذه الصورة دون غيرها لا مفر من القول بأن ما يصدره القاضي منهياً للنزاع هو الحكم، سواء قال: ثبت أو حكمت، لأن هذه من شروط الحكم أيضاً، فلا داعي لإطلاق العنان في بحث كون الثبوت حكماً أم لا؟ ما دمنا لا نشترط في الحكم لفظاً معيناً، ثم نشترط في الثبوت كل ما ذكرناه من مستلزمات.

**٣- الثبوت عند الشافعية**

**ماهية الثبوت عند الشافعية:**

الثبوت عند الشافعية يتعلق بالصيغة، أي بقول القاضي: ثبت عندي، أو صح، فإذا ثبت عند الحاكم بشهادة عدلين فقال: ثبت الحق عندي، ولم يقل حكمت أو ألزمت[3]. فهذا هو الثبوت وإن كان متوقفاً على الدعوى، وسواء كان الثابت الحق أم سببه.

---

(١) هو الإمام تقي الدين السبكي الشافعي تقدمت ترجمته.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ٩١/١، شرح حدود ابن عرفة ص ٤٣٧.

(٣) انظر ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٦١.

**آراء الشافعية في الثبوت:**

**للشافعية في هذه المسألة ثلاثة أقوال بيانها على النحو التالي:**

**القول الأول**[1]: أن الثبوت حكم، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني[2] وهذا القول مرجوح في المذهب، وعلل أصحابه مذهبهم بأن الثبوت حكم، لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جزماً.

**القول الثاني**: أن الثبوت لا يعتبر حكماً مطلقاً. وهذا القول هو أصح الأقوال في المذهب الشافعي، وهو الراجح عندهم، وقد صرح بتصحيح واعتماد هذا القول الإمام الماوردي، وأبو إسحاق الشيرازي، وشيخا المذهب الإمامان الرافعي[3] والنووي، وجمع غفير من علماء المذهب.

قال الإمام البلقيني: "وهو التحقيق والقول بخلافه مزيف"[4] إلا أنّ العز بن عبدالسلام يرى أن الأصل في الثبوت أنه ليس حكماً، لكن إذا قال الحاكم: متى أطلقت لفظ الثبوت، فإنما أعني به الحكم، كأنه قال: يكون حكماً[5].

---

(١) انظر الماوردي: أدب القاضي ١٠٣/٢، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٨٣، النووي: الروضة ١٨٥/١١.

(٢) هو أحمد بن محمّد الإسفراييني، أبو حامد، من كبار فقهاء الشافعية، من مصنفاته: التعليقة الكبرى، البناني في النوادر والغرائب. ت٤٠٦هـ. انظر: الإسنوي: طبقات الشافعية ٥٧/١-٥٨.

(٣) هوالإمام عبدالكريم بن محمّد الرافعي القزويني، كان إماماً في التفسير والفقه والحديث والأصول. وهو والنووي شيخا المذهب. من مصنفاته: شرح الوجيز الكبير المسمى بفتح العزيز، وآخر صغير، ت٦٢٤هـ. انظر: الإسنوي: الطبقات ٥٧١/١-٥٧٢.

(٤) المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩١/١، وانظر القول الثاني في: الماوردي: أدب القاضي ١٠٣/٢، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٦١، ١٦٣، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٦، النووي: الروضة ١٨٥/١١، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٩/٤، زكريا الأنصاري: شرح المنهج ٣٥٠/٥، الرملي: نهاية المحتاج ٤٥/٨، ٢٥٨، ٣١٠.

(٥) المناوي: شرح عماد الرضا ٣٢٠/١.

وقد استند أصحاب القول الثاني لما ذهبوا إليه بما يلي:

**أولاً**: أن الحكم هو الإلزام، والثبوت لا إلزام فيه، وبالتالي لا يكون حكماً[1].

**ثانياً**: قد يراد بالثبوت صحة الدعوى وقبول الشهادة، فهو بمثابة قول القاضي سمعت البينة وقبلتها، وهذا لا يعد حكماً [2].

وبالنظر في رأي الشافعية الآنف الذكر نجد أنهم قد بالغوا في عدم اعتبار الثبوت حكماً في كل حالاته، وذلك نابع من شدة تمسكهم بالألفاظ ودلالاتها الظاهرة دون التفات إلى حقيقة ما تطلق عليه تلك الألفاظ، وعمدتهم في ذلك قولهم أن لفظَ حكمتُ يتضمن الإلزام، ولفظ ثبتَ عندي لا يتضمن ذلك، وهذا الرأي وإن كان للأكثر كما سبق بيانه إلا أنه يعتبر أكثر المذاهب تشدداً وإغراقاً في الشكلية بالنسبة للحكم القضائي، ومع ذلك نجد بعض فقهاء الشافعية يثبتون بعض الحجية للثبوت. ومن ذلك قول شرّاح المنهاج للنووي "فإن صرح بالثبوت كان حكماً بتعديلها وسماعها، فلا يحتاج حاكم آخر إلى النظر فيها، وقولهم أيضاً" لو قال: ثبتَ عندي وقف هذا على الفقراء، لم يكن حكماً، ولكنه في معناه، فلا يصح رجوع الشاهد بعده[3] وكذلك أيضاً قولهم "وأما قوله -أي القاضي- ثبتَ عندي بشهادةِ فلان وفلان..إلخ كان هذا عندهم حكم به، أو حكم بقبول البينة، فيحمل مطلقه على الصحة، كما لو قال: حكمت وقضيت بالبينة غير ناصٍّ على أوصاف الشهود[4].

**والذي يستنتج من النصوص السابقة ما يلي:**

١- أن التصريح بالثبوت هو حكم بتعليل البينة وسماعها، ويترتب على هذا الحكم آثار، وأول أثر للحكم حجيته وإلزامه للقضاة الآخرين فقالوا: فلا يحتاج حاكم

---

(١) الماوردي: أدب القاضي ٢٠٣/٢.، ابن أبي الدم: المرجع السابق ص ٢٨٣، النووي: الروضة ١٨٥/١١، ابن حجر الهيتمي : فتح الجواد ٣٣٨/٢، الشربيني : مغني المحتاج ٣٩٤/٤.

(٢) النووي: الروضة ١٨٥/١١، الشربيني: المرجع السابق نفسه..

(٣) الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٩/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٥/٨.

(٤) ابن الصلاح: فتاوى ابن الصلاح ص ٢٨٧.

آخر إلى النظر في البينة المقدمة.

٢- قول القاضي: لو قال ثبتَ عندي وقف هذا على الفقراء، لم يكن حكماً، ولكنه في معناه."فقوله" لم يكن حكماً ولكنه في معناه" يدل على أنّ الثبوت ليس حكماً من جميع الوجوه، وهذا صحيح مبدئياً، ولكنه في معناه، أي: في بعض الوجوه أوبعض الحالات. وهو حكم في مثل حالتنا -بناء على كلامهم في المثال؛ لأن آثار الحكم ترتبت، وهي كما ذكروا عدم جواز رجوع الشاهد بعده، أي بعد الثبوت، وعدم الجواز هنا معناه عدم تأثير الرجوع على الحكم كما هو المذهب أن الحكم لا يبطل برجوع الشهود، وهذه من صفات الحكم.

ولسنا نقول: إن الثبوت هو الحكم في كل الحالات، ولا أنه ليس بحكم مطلقاً، ولكن توضع ضوابط وحدود بالنظر لحقائق الأمور لا ظواهرها، وأنقل هنا كلاماً نفيساً للعلامة ابن عبدالسلام -رحمه الله- من الشافعية إذ يقول: من قضى بأن لفظ الثبوت إخبار عن الحكم كلفظ القضاء والحكم فقد أخطأ؛ لأن اللفظ المتردد بين أمرين، إذا صدر من حاكم أو غيره، لم يجز حمله على أحدهما إلا أن يكون ظاهراً فيه لا يفهم منه عند الإطلاق سواه، ولفظ الثبوت قد يعبر عن حكم، ويعبر به كثيرون عن غيره، فمن أين لمن يقضي أن مطلق هذه اللفظة إنما أطلقها بالحكم. وحمل المجمل على أحد معنييه المتساويين غير جائز، فما الظن بحمله على المرجوح[1].

وابن عبدالسلام هنا يقر بأن لفظ الثبوت متردد بين أمرين الحكم وغير الحكم، وإن كان يرجح أنه في غير الحكم أكثر. وهو مقر أيضاً بأن بعض القضاة يعبرون بالثبوت، ويقصدون الحكم سواء بسواء، والأكثر يميزون بين الثبوت والحكم، ولذلك نقول: إن وجود من يعبر عن الحكم بالثبوت أحياناً يوجب التفصيل وإعطاء صفة كل حالة على حدة بالنظر للضوابط والأصول التي تحدد ماهية الحكم بغض النظر عن اللفظ المستخدم.

---

(١) انظر المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩١/١.

**القول الثالث:** وهو للإمام السبكي[1] ويرى التفصيل بين أن يثبت الحق أو يثبت سببه **على النحو التالي**[2].

إذا وقع الثبوت على سبب الحق لا يكون حكماً، ومن الأمثلة عليه فيما إذا قال القاضي: ثبت عندي أنّ زيداً وقف هذا على كذا، أو قوله أيضاً: ثبت عندي أنّ زيداً باع كذا أو وهبه...إلخ، فكل هذه الحالات وما شابهها ليست أحكاماً، ولا في معنى الأحكام أيضاً، وذلك لأن القاضي لم يحكم بصحة ما جرى عنده من الثبوت، ولذلك يتوقف الثبوت على نظر حاكم آخر لينظر إن كان الوقف أو البيع، أو الهبة -في الأمثلة السابقة- هل تمت صحيحة أم لا؟

أما إذا وقع الثبوت على الحق نفسه، فإنه والحالة هذه يعتبر في معنى الحكم.

ومثال ذلك قول الحاكم: ثبت عندي أنّ هذا وقف على زيد، أو موقوف عليه، أو ثبت عندي أن هذه زوجة فلان... ففي هذه الأمثلة الثبوت في معنى الحكم، ويأخذ أحكامه وإن لم توجد صورة الحكم فيه -أي اللفظ-، وعلى ذلك يكتسب الثبوت حجية الحكم، فيمتنع نقضه من قاض آخر إلا إذا كان مما ينقض به قضاء القاضي[3].

وقد علل اختلاف الحكم في الحالتين **بالاعتبارات التالية:**

١- أن الثبوت في الحالة الثانية يتعلق به حق الموقوف عليه، أو من كان الحق له كالزوجة ونحو ذلك.

---

(١) اضطرب النقل عن الإمام السبكي في هذه المسألة فقيل إنه اختار مرة أن الثبوت حكم مطلقاً، مع اعترافه بأن الأصح عند الأصحاب أنه ليس بحكم مطلقاً، واختار أنه حكم أيضاً إلا أنّ الثابت عند السبكي في فتاويه القول بالتفصيل كما سيبين في موضعه.

(٢) انظر رأي الإمام السبكي في: فتاوى السبكي ١٩٩/٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٣٢٠/١-٣٢١.

(٣) ومن أمثلة الحكم الذي ينقض أن يقول القاضي: ثبت عندي أنّ هذه الزوجة زوجت نفسها له، فمثل هذا الحكم ينقض عند الشافعية لعدم جواز تولي المرأة العقد بنفسها انظر: المناوي: شرح عماد الرضا ٣٢١/١.

٢- أنه لا يحتاج إلى نظر حاكم آخر ليحكم بصحته.

٣- أن الثبوت في الحالة الأولى كان بلفظ الصدور، وهو ليس بحكم قطعاً (أي إثبات سبب الحق) وهو في الحالة الثانية بلفظ المصدر أو اسم المفعول وهو في معنى الحكم.

وقد ترتب على هذا التفصيل اختلاف بعض الأحكام كأثر لاختلاف الثبوت عن الحكم أو توافقه له **ومن ذلك المسألتان التاليتان**[١]:

١- مسألة رجوع الشاهد بعد الثبوت، وأثرها على الحكم.

إذا كان الثبوت من القسم الثاني فهو كالرجوع بعد الحكم، أي لا يؤثر على حجيته ولا ينتقض به، وأما إذا كان من القسم الأول -ثبوت السبب- فإن رجوع الشاهد بعد الثبوت يمنع من إصدار الحكم.

٢- مسألة نقل الثبوت[٢]: اختار السبكي في القسم الثاني القطع بجواز النقل، أما في القسم الأول فيرى الخلاف والأولى جواز النقل.

وقد خالف فقهاء المذهب الشافعي الإمام السبكي فيما ذهب إليه وصرحوا بترجيح رأي المذهب خلافاً له، فقال ابن حجر الهيتمي ما نصه: وقوله ثبت عندي كذا، أو صح بالبينة العادلة، ليس بحكم وإن توقف على الدعوى أيضاً، سواء أكان الثابت الحق أم سببه خلافاً لما اختاره السبكي...[٣].

أما الرملي فقد ذكر رأي المذهب ورجحه إلا أنه قد أورد مجمل كلام السبكي ولم يعلق عليه، ثم صرح في أكثر من موضع أنه يرجح أنّ الثبوتَ ليس حكماً مطلقاً[٤].

---

(١) انظر: المناوى: شرح عماد الرضا ١/٣٢١-٣٢٣.

(٢) وهي مسألة خلافية في المذهب ومعناها أن يصدر القاضي الثبوت فيكتب في كتاب حكمي ثم يأخذه صاحب الشأن لقاض آخر ليعتمده أو لينفذه.

(٣) تحفة المحتاج ٤/٢٧٩.

(٤) انظر: رأيه في نهاية المحتاج ٨/٣٤٥، ٢٥٨، ٣١٠.

**خلاصة رأي الشافعية في الثبوت:**

للشافعية ثلاثة أقوال أصحها أنه ليس بحكم مطلقاً، الثاني: أنه حكم وهو رأي مرجوح، الثالث: في التفصيل بين ثبوت الحق فيكون حكماً، وبين ثبوت سببه فلا يكون، وهو رأي السبكي من المتأخرين.

**٤- الثبوت عند الحنابلة:**

لم يفصل الحنابلة في مسألة الثبوت كغيرهم من المذاهب، **وخلاصة رأيهم على النحو التالي:**

فرق الحنابلة بين نوعين من الثبوت:

**النوع الأول:** الثبوت الذي لا يعتبر حكماً، ومنه ثبوت الوقف، والبيع، والإجارة، وكذلك الثبوت المذكور في صفة السجل، وفي كتاب القاضي إلى القاضي قال ابن مفلح: "وثبوت شيء عنده ليس حكماً به[1].

**النوع الثاني:** الثبوت الذي يعتبر حكماً ، وذكر نوعين من هذا الثبوت:

**الأول:** إثبات الصفات، كالعدالة، والأهلية، والوصاية، والحضانة، ونظارة الوقف، فكل ذلك يعتبر أحكاماً .

**الثاني:** ثبوت سبب المطالبة عند القاضي ، وقد مثلوا له بفرض نفقة المثل، أو مهر المثل ، أو أجرة المثل ، فكل ذلك حكم من القاضي به[2].

**الرأي الراجح في مسألة الثبوت:**

أرى أنه إذا كانت القضية جاهزةً للنطق بالحكم، وتوافرت الشروط وانتفت الموانع بعد أن سمع القاضي البينةَ و لم يبق إلا أن يقول: حكمتُ، فقال: ثبتَ عندي أنّ

---

(١) انظر: الفروع ٤٥٨/٦، ٤٩٩، وكذلك المرداوي: الإنصاف ٢٢٧/١١.

(٢) انظر البهوتي : شرح المنتهى ٤٧٤/٣، القادي: مجلة الأحكام الشرعية ص ٥٩٢ المادتين ٢٠١٨، ٢٠١٩ .

لفلان على فلان كذا، أو أنّ الحقَّ لفلان، أو ما شابه ذلك فإنه يكون حكماً، لأن العبرة بالحقائق لا بالألفاظ إذا كانت هناك قرائن تدل على إرادة الحكم، وهذا يتضح في كل قضيةٍ على حدة لا بوجه عام. والله أعلم.

## ٥- الأثر المترتب على الفرق بين الثبوت والحكم:

الأثر المباشر لاعتبار الثبوت حكماً؛ أن تترتب آثار الحكم على الشيء محل الثبوت، وإذا لم يعتبر حكماً لم يترتب شيءٌ من ذلك، ولكن تترتب أحكام الثبوت المجرّد، **ويظهر ذلك في الأمور التالية:**

١- بالنسبة لحجية الحكم إذا قلنا: إن الثبوت حكم اكتسب الثبوت حجية الحكم، فيمتنع نقضه إلا في حالة وجود سبب من أسباب نقض الأحكام، ويصبح حينئذ حجة على الكافة.

أما إن قلنا: إنه ليس حكماً، فلا يكتسب تلك الحجية، ويكون لمن لا يرى رأي القاضي الذي أصدر الثبوت نقضه[١].

**حجية الثبوت:** ليس من المعقول أن لا يكون للثبوت المجرد أي أثر مطلقاً، فالمالكية والشافعية نصوا على حجية خاصةٍ للثبوت، فقال المالكية: إن الثبوت من القاضي العالم العدل، يغني القضاة عن إعادة النظر فيما ثبت، ما لم يحصل ما يوجب إعادة النظر. لا فرقَ في ذلك بينَ الثبوتِ المضاف إلى السبب، وبين الثبوتِ المضافِ إلى ما يحكم به...[٢] فالحجية هنا منصبة على ما ثبت بشرط أن يصدر الثبوت من قاض عدل عالم، وإلا فلا يعتدّ به.

أما الشافعية فقالوا: إن الثبوت وإن لم يكن حكماً إلا أنه يعتبر حكماً بتعديل البينةِ وقبولها وجريانِ ما شهدت به، وأثر هذا الثبوت اكتساب الحجية، وعدم الاحتياج لحاكم آخر للنظر في البينة[٣]- أو إعادتها إذا تغير الحاكم الذي سمعها.

---

(١) انظر: المناوي: شرح عماد الرضا ١/٢٩١.

(٢) جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٢٢.

(٣) الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٩، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٤، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٥.

٢- بالنسبة لرجوع الحاكم[١] : إذا اعتبرنا الثبوت حكماً امتنع رجوع الحاكم بعده، فيصير لازماً للقاضي بمجرد صدوره؛ لأنه بمثابة الحكم، أما إذا لم نعتبره حكماً فيجوز الرجوع عنه؛ لأنه ليس فاصلاً في النزاع.

٣- بالنسبة لرجوع الشهود: **وفي هذه المسألة نقطتان:**

**الأولى:** صحة الرجوع وإصدار الحكم، إذا اعتبرنا الثبوت حكماً، فلا يصح رجوع الشهود عن شهادتهم[٢]، ولا أثر له بالنسبة لنقض الحكم، أما إذا لم نعتبره حكماً، فإن رجوعهم يمنع من إصدار الحكم استناداً إلى تلك الشهادة التي رجعوا عنها، لأنهم أبطلوها قبل صدور الحكم، وبالتالي لم يكتسب ثبوت البينة الحجية المانعة من الرجوع.

**رأي الإمام السبكي:** يرى الإمام السبكي أنّ رجوع الشاهد بعد الثبوت يختلف حكمه باعتبار محل الثبوت، فإذا انصب الثبوت على الحق نفسه، فإنه يعامل معاملة الحكم فيكتسب حجية بذلك الاعتبار، وبالتالي لا يمنع رجوع الشاهد إصدار الحكم. أما إذا كان الثبوت منصباً على سبب الحق، فإنه والحالة هذه لا حجية له، وبالتالي يمنع رجوعُ الشاهد من إصدار الحكم[٣].

**الثانية:** مسؤولية الشهود في حالة الرجوع: إذا اعتبرنا الثبوت حكماً، ورجع الشهود عن شهادتهم غرموا وترتبت مسؤوليتهم، أما إذا لم يعتبر حكماً ورجع الشهود بعده وقبل إصدار الحكم فإنهم لا يغرمون[٤].

٤- بالنسبة لحضور شاهد الأصل من الغيبة، وبرؤه من المرض: إذا قلنا: إن الثبوت ليس بحكم، وحضر شاهد الأصل من الغيبة، أو برىء من المرض بعد أداء شهود الفرع الشهادة، وقبل الحكم، لم يعمل بشهادتهم، بل يجب على شاهد الأصل

---

(١) الجمل: حاشيته على شرح المنهج ٥/٣٥٠.

(٢) الرملي: نهاية المحتاج ٨/٣١٠، الجمل: حاشيته على شرح المنهج ٥/٤٠٤.

(٣) ابن حجر: تحفة المحتاج ٤/٢٧٩، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٢١-٣٢٢.

(٤) ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٦٢، الجمل: حاشيته على شرح المنهج ٥/٣٥٠.

أداء الشهادة ليعمل بها[1] . وأما إذا اعتبرناه حكماً، فلا حاجة لإعادة سماع الشهادة من شهود الأصل.

**٦- صيغ الثبوت وأنواعه:**

لصدور الثبوت من القاضي حالتان: الأولى أن يصدر مجرداً عن لفظ الحكم. والحالة الثانية أن يصدر مقترناً بصيغة حكم معين، وسنبحث فيما يلي الحالة الأولى، وهي صيغ الثبوت المجرد، أما المضاف للحكم فهو من قبيل الأحكام.

**أولاً**: الثبوت المضاف إلى سبب الحق[2] **وله عدة حالات**:

١- ثبوت جريان العقد والتصرف كالوقف أو البيع، أو الهبة أو النكاح ونحوها.

٢- ثبوت قيام البينة على العقد والتصرف. كقول القاضي ثبت عندي قيام البينة بعقد النكاح، وكذلك الإقرار كقول القاضي ثبت عندي الإقرار بالدين مثلاً.

وحقيقة الثبوت هنا تزكية البينة وتعديلها وقبولها.

ولا يفيد الثبوت هنا أن ما ثبت من عقد أو تصرف كان صحيحاً وملزماً، وذلك لأنه لم يتعرض للصحة وإنما تعرض لإثبات الجريان.

والراجح أنّ هذا الثبوت لا يتضمنه الحكم بالصحة، وذلك لأن الحاكم قد يثبت الشيء لينظر في كونه صحيحاً أو باطلاً وقد يثبت الشيء الباطل.

قال الإمام تقي الدين السبكي: "والحق الصحيح أنّ الثبوت ليس حكماً بالثابتِ بل غايته أن يكون حكماً بثبوته يعني بجريان العقد وصدوره[3].

---

(١) ابن أبي الدم: أدب القضاء ص١٦٢.

(٢) الوارد في تبصرة الحكام سبب الحكم "وفي شرح عماد الرضا وغيره" سبب الحق وأرجح كونها الأخيرة بالنظر للأمثلة.

(٣) انظر ابن فرحون: التبصرة ١/٨٩-٩٠، الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٩، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٤.

**ثانياً**: الثبوت المضاف إلى الحق نفسه[1]: وذلك كقول القاضي ثبت عندي أنّ هذه الدار وقف، أو ملك فلان، أو أنّ هذه المرأة زوجة فلان. وهذه الحالة كما ظهر سابقاً اعتبرها بعض العلماء حكماً أو بمثابة الحكم، فلا يتعرض لنقض هذا الثبوت إلا بتحقق سبب موجب لذلك.

## المطلب الثالث

## الظروف الملابسة لإصدار الحكم القضائي

**وفي هذا المطلب سنتحدث عن المسائل التالية:**

أولاً: مكان الإصدار.

ثانياً: علنية الإصدار.

ثالثاً: الهيئة المصدرة للحكم.

رابعاً: وقت الإصدار.

خامساً: تسجيل الحكم المصدر وكتابته.

**أولاً: مكان الإصدار:**

**أ- مواصفات مجلس الحكم:**

١- أن يكون مجلس الحكم واقعاً في نطاق ولاية القاضي[2]. وذلك لأن القضاء

---

(١) وكذلك الأمر هنا في التبصرة وردت "الثبوت المضاف إلى الحكم" وفي غيره وردت المضاف إلى الحق نفسه وأرجح الأخيرة. انظر: المراجع السابقة نفسها.

(٢) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٢/٦، الحموي: غمز عيون البصائر ٤٠١/٢، ابن عابدين: رد المحتار ٤١٩/٥، الماوردي: أدب القاضي ١٥٥/١، الشربيني: مغني المحتاج ٣٨٤/٤،الرملي: نهاية المحتاج ٢٣٠/٨، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٦٣/٣، القاري: مجلة الأحكام الحنبلية ص ٥٩٩، ٦٠٤.

يتقيد بالمكان والزمان، فلا يجوز للقاضي تجاوز حدود اختصاصه، وإلا فقد الحكم حجيته.

وقد علل الفقهاء هذا الحكم بكون القاضي في غير محل ولايته كالمعزول.

جاء في مغنى المحتاج "(فإن كان) أي القاضي (في غير محل ولايته فكمعزول) في أنه لا ينفذ حكمه لعدم قدرته على الإنشاء ثم"[1].

إضافة إلى ذلك فقد ذكر الفقهاء أنه إذا عين الإمام مكاناً بعينه كالمسجد، أو مجلساً معيناً في دار بأنه مجلس الحكم، واشترط على القاضي أن يحكم فيه، وعلى المتقاضين الحضور إلى هذا المكان، فلا يجوز للقاضي إصدار الحكم في غيره، ويعتبر كالمعزول خارجه. قال الماوردي: "لو قال -أي الإمام-: قلدتك على أن تحكم في الجامع بين من جاءك فيه صح، ولم يجز أن يحكم في غيره..."[2] وقال البهوتي: "فمن ولي القضاء بمجلس معين من مسجد أو غيره لم ينفذ حكمه إلا فيه، ولا يسمع بينة إلا فيه..."[3].

ومن ذلك يتضح أنّ الفقه الإسلامي قد سبق القوانين الوضعية في فكرة المحكمة، وتقييد القاضي بمجلس الحكم، وعدم جواز إصدار الأحكام خارجه.

٢- أن يكون مجلس الحكم في وسط البلد[4] إن أمكن، وذلك ليستوي أهل البلد في الذهاب إليه، ولرفع المشقة عن الناس إذا كان في طرف البلد لابتعاده عنهم.

٣- أن يكون فسيحاً رحباً[5]؛ لئلا يتأذى الخصوم والقاضي من ضيق المكان.

---

(١) الشربيني: مغني المحتاج ٣٨٤/٤.

(٢) أدب القاضي ١٥٩/١.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٤٦٣/٣.

(٤) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٣٠٢/٦، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢٧/١-٢٨، النووي: روضة الطالبين ١٣٨/١١، الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٠/٤، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٦/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤١/٨، ابن قدامة: المغني ٣٨٨/١١ ، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٦٩/٣، العاصمي النجدي: حاشية الروض المربع ٥٢٥/٧.

(٥) المصادر السابقة المذكورة في التعليق (٤).

٤- أن يكون بارزاً ظاهراً[١]؛ ليعرفه كل الناس، دون حاجة إلى البحث والتنقيب عن مكانه إذا كان بين الدور والمتاجر.

٥- أن يكون موضع المجلس لائقاً من الناحية الصحية، فلا يكون بقرب مكان يبعث روائح كريهة أو غباراً أو دخاناً وما يشابه ذلك، وذلك لئلا يشغل القاضي بذلك ويتأذى هو والخصوم[٢].

٦- أن يكون المجلس لائقاً بوظيفة القضاء التي هي أعظم المناصب وأجل المراتب[٣].

٧- أن لايحكم في الطريق وهو ماش أو راكب إذا لم يعين له مكان محدد يحكم فيه، وقد أجازه بعض الفقهاء استثناء. فعند المالكية: "لا ينبغي أن يحكم في الطريق إلا في أمر استغيث به فيه، فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن، فأما الحكم الفاصل فلا، وأجاز ذلك أشهب"[٤] وقال الحنفية ولا يحكم وهو ماش ولا راكب ولا بأس بالقعود على الطريق إذا كان لا يضيق على المارة[٥] مع ملاحظة أن القضاء في عهد الرسول والصحابة من بعده كان يتم أحياناً في الطريق، ومن ذلك بَوَّب البخاري في صحيحه «باب القضاء والفتيا في الطريق »[٦] إلا أن ذلك الأمر قد كان مستساغاً ولا غضاضة فيه يوم أن كانت المدن صغيرة والخصومات قليلة، بل إن أكثر الأحكام التي صدرت في الخصومات في القرن الأول كانت بمثابة الفتوى، لأن نفوس الناس في ذلك الوقت كانت تتقبل الحكم الشرعي، وتنصاع إليه مختارة؛ لتمكن الإيمان في تلك النفوس، أما بعد اتساع المدن، وكثرة العمران، وكثرة الخصومات، وضعف الوازع الديني مما أوجد الحاجة إلى تنظيم أحكام القضاء، واتخاذ مكان معين للحكم فيه، واتخاذ السجلات

---

(١)المصادر السابقة المذكورة في ص ٣٧٨ تعليق (٤).

(٢)المصادر السابقة المذكورة في ص ٣٧٨ تعليق (٤).

(٣)المصادر السابقة المذكورة في ص ٣٧٨ تعليق (٤).

(٤) ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢٨/١.

(٥) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٣٠٢/٦.

(٦) النظر: ابن حجر: فتح الباري ١٣١/١٣

والتوثيق، والحاجة إلى أكثر من قاض، وأكثر من معاون للقاضي من كتبة ومحضرين ورجال أمن وغيرهم، هذا كله جعل الحكم في الطريق غير ممكن في هذه الأيام.

**ب- الحكم في المسجد (اتخاذ المسجد داراً للحكم والقضاء):**

**اختلف الفقهاء في حكم اتخاذ المسجد للقضاء وإصدار الأحكام إلى قولين:**

**القول الأول:** جواز استخدام المسجد للقضاء، وإصدار الأحكام فيه، بل ذهب بعضهم إلى استحباب ذلك، وأصحاب هذا القول هم الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] وقول في المذهب الشافعي[4].

واستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة وآثار الصحابة والمعقول:

**١- من الكتاب:**

قوله تعالى: ﴿**وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُواْ الْمِحْرَابَ * إِذْ دَخَلُواْ عَلَى دَاوُودَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُواْ لاَ تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُمْ بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلاَ تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ**﴾ [ص: ٢١-٢٢].

ووجه الدلالة من هذه الآية أنّ الدعوى والخصومة بين المتداعيين وقعت أمام سيدنا داود في مسجده فقضى بينهما[5].

---

(١) انظر: السمناني: روضة القضاة ٩٨/١.

(٢) ابن الهمام: فتح القدير ٣٦٩/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٣٠٢/٦. انظر: القاضي عبدالوهاب: الإشراف ٢٧٨، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٤٢ وما بعدها، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢٦/١، ابن سلمون: العقد المنظم للحكام ١٩٣/٢.

(٣) انظر: ابن قدامة: المغني ٣٨٨/١١ وما بعدها. البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٦٩/٣، العاصمي النجدي: شرح الروض المربع ٥٢٥/٧.

(٤) انظر: ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٥٩، النووي: روضة الطالبين ١٣٨/١١.

(٥) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢٧/١.

**٢- من السنة:**

ثبت عن الرسول ﷺ أنه حكم في المسجد، ومن ذلك ما رواه مسلم والبخاري أن كعبَ بن مالك ﷺ تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى كشف سجف حجرته، ونادى كعب بن مالك فقال: يا كعب، قال: لبيك يا رسول الله، فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: قم فاقضه[١].

ففي هذا الحديث وقعت المطالبة في المسجد وجاء الرسول ﷺ وحكم بين المتقاضيين و لم ينكر عليهما الخصومة في ذلك المكان.

والأحاديث التي تدل على وقوع القضاء في المسجد كثيرة، منها حادثة اللعان والحكم بإيقاع حد الرجم على من اعترف به وغيره[٢].

**٣- آثار الصحابة:**

نقل ابن قدامة إجماع الصحابة على جواز الحكم في المسجد وثبوت ذلك من فعلهم[٣].

- قال الشعبي: رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضي بين الناس[٤].

- وقال مالك: القضاء في المسجد من الأمر القديم[٥] أي أنه معروف منذ عهد الرسول والصحابة وليس بمستحدث.

---

(١) انظر: البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ٧٣/٥، كتاب الخصومات باب كلام الخصوم بعضهم في بعض، مسلم الصحيح ١١٩٢/٣، كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين.

(٢) انظر: النووي: شرح صحيح مسلم ١٢٣/١٠، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٦٩/٦.

(٣) ابن قدامة: المغني ٣٨٨/١١.

(٤) ابن قدامة: المغني ٣٨٩/١١.

(٥) المدونة ١٤٤/٥، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٢٦/١، ابن قدامة: المغني ٣٨٩/١١

- ونقل الإمام المحدِّث ابن الهمام روايات كثيرة عن السلف الصالح -رضي الله عنهم- تدل كلها على أنهم كانوا يتخذون المسجد مجلساً للقضاء من غير نكير عليهم من أحد[1].

**٤- المعقول:**

- القضاء والحكم عبادة، فيجوز إقامتها في المسجد شأنه شأن الصلاة[2].

- المسجد مكان له حرمته فهو محل التواضع والإخبات، ومقر لتساوي العموم وذوي المواضع[3].

يضاف إلى كل ذلك أنّ المنع من الحكم في المسجد لم يرد به دليل معتبر.

**القول الثاني:** وهو الراجح في المذهب الشافعي، ويرون أن الحكم في المسجد واتخاذه مجلساً للقضاء مكروه كراهة تنزيه، واستثنى الشافعية حالة واحدة وهي ما لو صادف قضية حالة كونه في المسجد، فلا بأس بفصلها.

قال النووي: "ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها، فلا بأس بفصلها"[4] واستدلوا على قولهم هذا بما يلي:

١- أن المساجد لم تبن للخصومات وإنما بنيت للصلاة والذكر والعبادة، أما الخصومات فتقترن بالمعاصي كثيراً من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى، ويقول تعالى في المساجد: ﴿**فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالآصَالِ**﴾ [النور: ٣٦ ]

---

(١) انظر هذه الروايات في: ابن الهمام: فتح القدير ٦/٣٧٠، وانظر: السمناني: روضة القضاة ١/٩٨-٩٩، ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٨، الشوكاني: السيل الجرار ٤/٢٨٩.

(٢) المرغيناني: الهداية ٦/٣٧٠، مع فتح القدير.

(٣) ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٤٢.

(٤) روضة الطالبين ١١/١٣٩، وانظر: الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٦، فتح الجواد ٢/٣١٩، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٠، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤١.

٢- أن مجلس القضاء يحضره المشرك والحائض، فإذا اتخذنا المسجد مجلساً للقضاء فيمتنع على هؤلاء الحضور، فالمشرك نجس ممنوع من دخول المسجد؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلاَ يَقْرَبُواْ الْمَسْجِدَ....﴾ [التوبة:٢٨].

أما الحائض فلقوله ﷺ : «لا أحل المسجد لحائض ولا جنب»[١].

٣- لقد منع الرسول ﷺ رفع الصوت في المسجد ونشدان الضالة فيه، وقال لمن ينشد ضالته : «لا وجدت إنما بنيت المساجد لما بنيت له»[٢]، والقضاء في المسجد يمنع لذات العلة.

٤- قال رسول الله ﷺ: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سيوفكم وشراءكم وبيعكم»[٣]. فهذا الحديث نص في منع الحكم والقضاء في المساجد[٤].

٥- روي عن عمر ﷺ "أنه كتب إلى القاسم بن عبدالرحمن: :أن لا تقضي في المسجد لأنه يأتيك الحائض والجنب..."[٥].

٦- وأجاب الشافعية عن الأحاديث والآثار التي تثبت قيام الرسول والصحابة بالقضاء في المسجد أن ذلك وقع اتفاقاً ولحاجة و لم يقصدوا أن يجعلوا المسجد مكاناً للحكم[٦].

---

(١) أخرجه أبو داود في "السنن" ١/١٥٩، كتاب الطهارة، باب الجنب يدخل المسجد، وقريباً منه عند ابن ماجه في السنن ١/٢١٢،كتاب الطهارة باب ما جاء في اجتناب الحائض للمسجد.

(٢) أخرجه مسلم: الصحيح ١/٣٩٧، كتاب المساجد باب النهي عن نشد الضالة في المسجد.

(٣) أخرجه: ابن ماجه: السنن ١/٢٤٧، كتاب المساجد والجماعات باب ما يكره في المساجد والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٠٣ كتاب آداب القاضي، باب ما يستحب للقاضي من أن لا يكون قضاؤه في المسجد.

(٤) انظر: الشيرازي: المهذب مع المجموع ٢٠/١٣٢.

(٥) ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٨.

(٦) انظر: الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٦.

**المناقشة والترجيح:**

وقد رد الجمهور على الشافعية ما ذهبوا إليه **وأجابوا عن أدلتهم ومن ذلك:**

١- أن القول بأن المساجد بنيت للعبادة صحيح، ولكن القضاء عبادة أيضاً، وثبت فعله في المساجد عن الرسول وأصحابه وكفى بذلك حجة.

٢- أما القول بأن المشرك والحائض ممنوعان من دخوله فلا يسلم من النقد، لأن نجاسة المشرك نجاسة اعتقادية، وقد كان الرسول ﷺ يستقبل أهل الذمة والمشركين في المسجد ويقضي بينهم، ومن ذلك قصة وفد ثقيف حينما قدم على النبي ﷺ وأنزلهم في المسجد، وبنى لهم خياماً لكي يسمعوا القرآن، قال ابن القيم[١]: وفي قصة هذا الوفد من الفقه... جواز إنزال المشرك في المسجد، لاسيما إذا كان يرجى إسلامه[٢].وقال ابن قدامة: الذمي يجوز دخوله بإذن مسلم[٣]. أما الحائض فتستطيع أن توكل وكيلاً بالخصومة، أو يرسل إليها القاضي نائباً مع ملاحظة أنه ثبت عن النبي ﷺ أنه أجاز لعائشة رضي الله عنها دخول المسجد واللبث فيه لحاجة. قالت عائشة رضي الله عنها: قال لي رسول الله ﷺ : «ناوليني الخُمرة[٤] من المسجد، فقلت: إني حائض، فقال: إن حيضتك ليست في يدك»[٥].

وإضافة إلى ذلك أن القضاء والحكم لا يكون حيث يصلي الناس في وسط المسجد، وإنما فضل الفقهاء أن يكون في رحاب المسجد بحيث لا يتأذى المصلون، ولا يمنع أحد من الدخول إليه.

---

(١) هو الإمام شمس الدين محمّد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، فقه، أصولي، مفسر، من كبار تلاميذ ابن تيمية، من مصنفاته إعلام الموقعين، زاد المعاد، بدائع الفوائد، شفاء العليل، طريق الهجرتين وغيرها. ت٧٥١هـ. انظر العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ٤/٢١-٢٣.

(٢) انظر تفاصيل هذه القصة عند ابن القيم: زاد المعاد ٣/٥٥-٥٩.

(٣) ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٩.

(٤) الخُمرة هي سجادة أو حصير يضعه المصلي للصلاة أو للسجود عليه. انظر: الزمخشري: أساس البلاغة ص١٧٤.

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح ١/٢٤٥، كتاب الحيض باب الاضطجاع مع الحائض.

٣- أما منع رفع الصوت ونشدان الضالة فهو لعلة التشويش على المصلين، ولأنها مسألة تتعلق بشخص بعينه، وغاية ما هناك أن يزجر مَن رَفَع صوته من الخصوم ويعاقب، وبذلك يتجنب ما يشوش على الخصوم[١].

٤- أما الاستدلال بقوله ﷺ: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ... الحديث» فلم يثبت هذا الحديث عن الرسول ﷺ، لأن سنده ضعيف، والحديث ليس بصحيح كما قال البيهقي، وقال ابن الجوزي: إنه حديث لا يصح، وقال البزار ليس له أصل من حديثه، أي حديث ابن مسعود، لأنه رواه من طريقه، قال ابن حجر: وله طريق أخرى عن أبي هريرة واهية[٢]. فتلخص من ذلك أن الحديث لا يحتج به، بل ثبت ما يعارضه من دخول الصبيان في مسجد رسول الله ﷺ وإقراره ذلك.

٥- أما ما روي عن عمر في كتابه إلى القاسم بن عبدالرحمن فقد قال عنه ابن قدامة: "ولا نعلم صحة ماروووه عن عمر وقد روي عنه خلافه"[٣] أي أنه وردت روايات كثيرة تفيد أنه حكم في المسجد.

**الترجيح:**

بالنظر في أدلة الفريقين في هذا الموضوع يظهر بوضوح رجاحة أدلة الجمهور الحنفية والمالكية والحنابلة، والتي تدل على جواز الحكم في المسجد، ولكني أرى -والله أعلم- أن مسألة الحكم في المسجد مسألة إجرائية بحتة، أي أنّ النصوص الشرعية فيها لا تقضي بالبطلان إذا خولفت، فيجوز الحكم في المسجد، ويجوز في غيره من الأماكن بالشروط السابق ذكرها، ولكن القضاء في المسجد في عصر الصحابة ومن بعدهم ليس كالقضاء في أيامنا هذه، وذلك أن الدعاوى التي تعرض على القضاء كانت قليلة أولاً، وثانياً: لم يكن التداعي كما هو عليه الآن من لدد وتخاصم وتأجيلات، بل كان

---

(١) الشوكاني: السيل الجرار ٤/٢٨٩.

(٢) انظر: ابن حجر: التلخيص الحبير ٤/١٨٨، وانظر أيضاً: البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١٠٣، المطيعي: المجموع شرح المهذب ٢٠/١٤٤.

(٣) ابن قدامة: المغني ١١/٣٨٩.

القضاء أشبه ما يكون بالإفتاء، لأن الوازع الديني الذاتي كان يجعل المتقاضين يقبلون ما حكم به القاضي بمجرد الفتوى لا غير، فينصاع المحكوم عليه للحق راضياً دون منازعة.

يضاف إلى ذلك أن كثرة الأعداد والدعاوى واستحداث أنظمة جديدة في إجراءات التقاضي بحسب الحاجة الضرورة كاتخاذ السجلات، وتنظيم الاختصاصات، ووجود أعوان للقضاة من كتبة ومحضرين، كل ذلك أوجب أن يكون للقضاء مجلسٌ خاصٌ (محكمة) يحضر إليها المتداعون، وينظر القضاة الدعاوى فيها، ولذلك لا يمكن أن تقول للقاضي: احكم في المسجد وانقل سجلاتك معك، وكذلك الموظفين، مع إمكانية ذلك وجوازه أيضاً إذا كان تصميم المسجد الهندسي يحتوي على غرف وقاعة خاصة للمحكمة، فهذا لاغضاضة فيه كما هو الحال بإلحاق مدارس ومعاهد بالمساجد. أما أن يتخذ القاضي وسط المسجد حيث يصلي الناس مجلساً للحكم، فيتوافد إليه النساء والصبيان والرجال بأعداد كثيرة كما نشاهده في أيامنا هذه، فلا أظن أنّ القائلين بالجواز سيفتون بالفتوى نفسها لاختلاف مناط الحكم في كل عصر. والله أعلم.

**ثانيا: علنية الإصدار:**

علنية الإصدار تعني أن يصدر الحكم بحضرة أشخاص من غير الخصوم، وبالتالي تقتضي العلنية أن لا يصدر القاضي حكمه وهو جالس وحده.

وقد تطلب الفقهاء هذه العلنية في جميع جلسات المحاكمة منذ رفع الدعوى وحتى صدور الحكم فيها، وتتحقق العلنية إذا كان الحكم في المسجد وحضره الناس، ولكن بعض الفقهاء لم يكتفوا بهذه العلنية الطبيعية وإنما طلبوا إجراءات معينة يتخذها القاضي تتحقق بها العلنية، **هذه الإجراءات تتمثل فيما يلي:**

١- أن يحضر العلماء مجلس الحكم، وهذا الحضور تقدم ذكره في مسألة المشاورة، وبحضورهم تتحقق العلنية.

٢- أن يحضر القاضي شهوداً عدولاً بحيث تتم إجراءات الدعوى والتقاضي أمامهم حتى إصدار الحكم، وقد اختلف الفقهاء في حكم إحضار الشهود إلى قولين:

**القول الأول:** للمالكية في الراجح عندهم وبمقتضاه يجب على القاضي إحضار شهود ليحضروا المحاكمات ويشهدوها[١].

**القول الثاني:** يستحب للقاضي أن لا يجلس وحده، وأن يحضر الشهود، وهذا هو قول الحنفية[٢] والحنابلة[٣].

**ولمبدأ العلنية هذا عدة فوائد منها:**

أ- الاحتجاج بهم على الخصوم حيث يحفظون وقائع الجلسات والأحكام، ولذلك لا يستطيع الخصم إذا أقر أن يعود في إقراره وينكره، وكذلك إذا أصدر القاضي حكمه فلم يرض به الخصوم وجحدوه، فإن القاضي يستطيع أن يحضر الشهود الذي شهدوا واقعة إصدار الحكم.

ب- حفظ هيبة القضاء، لأن القاضي إذا جلس وحده فقد يطمع الخصوم به، ويتعالوا عليه، ولا يستطيع ضبط الجلسات.

جـ- ضمانة من ضمانات تحقيق العدالة حيث يرى القاضي أنه مراقب، وأن ما سيفعله سيصل إلى الجمهور وإلى الرأي العام، وبذلك يجد من المجتمع عوناً على نفسه وعلى الخصوم.

**ثالثا: هيئة الإصدار:**

**وفي هذا الموضوع سنتطرق لمسألتين:**

- **الأولى:** تكوين هيئة الإصدار.

---

(١) الحطاب: مواهب الجليل ١١٨/٦، الزرقاني: شرح المختصر مع حاشية البناني ١٣٢/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٤٩/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٣٩/٤.

(٢) ابن نجيم: البحر الرائق ٣٠٣/٦.

(٣) ابن قدامة: المغني ٣٩٨/١١-٣٩٩. برهان الدين بن مفلح: المبدع شرح المقنع ٤٤/١٠.

– **الثانية**: الوضع النفسي لهيئة الإصدار حال صدور الحكم وبيان هاتين المسألتين على النحو التالي:

**المسألة الأولى: تكوين هيئة الإصدار:**

المقصود بتكوين هيئة الإصدار عدد القضاة الذين يتولون إصدار الحكم القضائي. والأصل العام الذي اتفق عليه الفقهاء، أن يصدر الحكم من قاض واحد، بحيث ينظر الدعوى، ويسمع الأدلة، ثم يفصل فيها بحكمه.

وقد اختلف الفقهاء في مدى جواز تشكيل هيئة تنظر الدعاوى وتصدر الأحكام. تتكون هذه الهيئة من أكثر من قاض، كأن يعين السلطان قاضيين أو ثلاثة يشترط اجتماعهم معاً في نظر الدعاوى وإصدار الأحكام فيها، **واختلاف الفقهاء في هذه المسألة كان في اتجاهين:**

– **الاتجاه الأول**: عدم جواز إصدار الحكم من أكثر من قاض، وبالتالي جعلوا من شروط الحاكم أن يكون واحداً، وهذا الاتجاه هو القول الراجح عند المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3].

– وحجة أصحاب هذا الاتجاه أنّ تعيين أكثر من قاض يؤدي إلى تعطيل منصب القضاء وعرقلة سير العدالة، وذلك لأن اجتهاد كل قاض يختلف عن اجتهاد الآخر غالباً، وإصدار الحكم يتوقف على اتفاقهما، فلا تنفصل حينئذ الخصومات[4].

---

(١) النباهي: المرقبة العليا ص ٤، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/١٩، الحطاب: مواهب الجليل ٦/٩٠، الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٢٨، الخرشي: شرح المختصر ٧/١٤٤. الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/١٣٤-١٣٥.

(٢) انظر: البيضاوي: الغاية القصوى ٢/١٠٠٧، النووي: روضة الطالبين ١١/١٢٠-١٢١، الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٠، الفتاوى الكبرى ٤/٢٩٠-٢٩١، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٣١-٢٣٢، المطيعي: المجموع شرح المهذب ٢٠/١٢٨.

(٣) انظر: المقدسي: الشرح الكبير ٤/٢٩٠-٢٩١، ابن مفلح: الفروع ٦/٤٢٠، المرداوي: الإنصاف ١١/١٦٧-١٦٨.

(٤) انظر: المراجع السابقة نفسها.

إضافة إلى ذلك ولاية الحكم لاتتبعض؛ فإذا كان السلطان قد عين قاضيين، فهل يجوز أن يكون الواحد نصف قاض أو رُبعه أو ثُلثه؟

**الاتجاه الثاني**: جواز اشتراك قاضيين فأكثر في إصدار الحكم، وهذا الاتجاه يقسم إلى قسمين:

**القسم الأول**: الجواز مطلقاً وهو قول الحنفية[1] وقول عند الشافعية مرجوح[2]، وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٨٠٢) والتي تقول:

"ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها، وإذا فعل لا ينفذ حكمه..."[3].

**واحتج أصحاب هذا القول بما يلي**[4]:

١- أن ولاية إصدار الأحكام إنما هي نيابة عن الإمام الأعظم ويجوز له أن ينيب عنه أكثر من نائب، أي أنها بمثابة الوكالة، فإذا جاز توكيل اثنين أو ثلاثة عن الأصيل بحيث لا يتم التصرف إلا باجتماعهم، فكذلك يجوز تعيين قاضيين فأكثر.

٢- القياس على التحكيم: حيث أجاز جميع الفقهاء أن يكون الحكمان اثنين، فكذلك يجوز أن يلي القضاء اثنان وما زاد، وما الفرق بين التحكيم والقضاء إذا كان الهدف من النظامين فصل الخصومات ورفع المنازعات.

**القسم الثاني**: وذهب أصحابه إلى القول بجواز إصدار الحكم من قاضيين فأكثر في حالات محددة فقط وما عداها لا يجوز، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

---

(١) انظر: السمناني: روضة القضاة ١/٧٥، ١/٨٠-٨١، الأنقروي: الفتاوى الأنقروية ص ٣٧٠، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/ ٢٨١-٢٨٢، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٤، الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص ١٠٩.

(٢) الشيرازي: المهذب مع المجموع ٢٠/١٢٨.

(٣) انظر: شرح هذه المادة في : علي حيدر شرح مجلة الأحكام ٤/٥٥٣.

(٤) انظر: السمناني ١/٧٥، ٨٠-٨١، الأنقروي: الفتاوى الأنقروية ص ٣٧٠، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٤، الشيرازي: المهذب مع المجموع ٢٠/١٢٥.

أ- عند المالكية: حيث أجاز فقهاء المذهب المالكي إصدار الحكم من أكثر من قاض في حالة اقتصار تعيينهما للفصل في قضية واحدة على جهة الخصوص، أما التعيين للفصل في الخصومات لجميع الناس وعلى جهة العموم فلا يجوز كما هو الأصل في المذهب، واستدلوا على ذلك بقصة تحكيم سيدنا علي وسيدنا معاوية للحكمين لفصل النزاع الواقع بينهما[1].

ب- عند الشافعية[2] أجاز فقهاء الشافعية أيضاً إصدار الحكم من هيئة مكونة من أكثر من قاض في حالتين:

**الحالة الأولى**: إذا كان أعضاء الهيئة مقلدين لإمام واحد ولا أهلية لأحدهم في نظر ولا ترجيح.

**الحالة الثانية**: إذا شرط اجتماعهم على المسائل المتفق عليها.

وحجتهم في إجازة هاتين الحالتين انتفاء العلة التي من أجلها كان المنع من الإجازة أصلاً، ففي الحالتين السابق ذكرهما لا يقع اختلاف، ولا تتعطل القضايا، ويتم فصلها دون توقف على اتفاق أعضاء الهيئة؛ لأنهم ليسوا مجتهدين لتختلف وجهات نظرهم واجتهاداتهم.

جـ- عند الحنابلة: حيث يرى شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- جواز اجتماع أكثر من قاض لفصل القضايا، إذا كان فوقهما مَن يرد مواضع تنازعهما إذ يقول: "تولية قاضيين في بلد واحد، إما أن يكون على سبيل الاجتماع بحيث ليس لأحدهما الإنفراد كالوصيين والوكيلين، وإما على سبيل الانفراد، أما الأول فلا مانع منه إذا كان فوقهما من يرد مواضع تنازعهما، والثاني يجوز مطلقاً[3].

**الرأي الراجح**: بالنظر في أدلة الفريقين يتضح لنا أنّ المانعين من إصدار الحكم من

---

(١) انظر: الزرقاني: شرح المختصر ١٢٨/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٣٤/٤.

(٢) انظر: الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٠/٤، الفتاوى الكبرى ٢٩٠/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٣٨٠/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٧٢/٤.

(٣) ابن تيمية: الاختيارات الفقهية ص ٥٧٥، العاصمي النجدي: حاشية الروض المربع ٥٠٩/٧.

هيئة قضائية مكونة من عدة قضاة ليس لهم دليل نقلي في المنع، وإنما هو خشية الاختلاف المؤدي لتعطيل القضاء، وكذلك نستطيع القول بأن جواز إصدار الحكم من هيئة قضائية هو الراجح للأدلة التي ذكرها أصحاب القول بالجواز، ولكن يؤخذ بعين الاعتبار مسألة الاختلاف التي تمنع من صدور الحكم، والتي تنبه لها شيخ الإسلام ابن تيمية، وشرط أن يكون فوق القاضيين من يرد تنازعهما؛ وبرأيه نأخذ فنقول بجواز الإصدار من هيئة، ولكن بشرط أن يكون عددها وتراً بحيث يصدر الحكم بالأغلبية على سبيل الترجيح كما هو معمول به في النظم القضائية في عصرنا الحاضر، وبخاصة في المحاكم العليا.

**المسألة الثانية: الوضع النفسي لهيئة الإصدار حال صدور الحكم:**

لم يغفل فقهاء الشريعة الإسلامية الجانب النفسي للقاضي وهو يصدر الحكم، ذلك أن القاضي بشر يحس ويتألم ويتأثر. ولحساسية منصب القضاء والحكم بين الناس، وحرصاً على توخي العدالة وتطبيقها بدقة متناهية، كانت العناية بالجانب النفسي للقاضي أثناء نَظَرِهِ القضية وإصداره للحكم فيها، فإذا كان القاضي مشوش الفكر، غير مرتاح البال، وكان الجانب النفسي عنده مضطرباً، غير مستقر، فإن لهذه الحالة غير السليمة أثراً سلبياً على مجريات إصدار الحكم، فقد يتسرع القاضي، ويصدر الحكم دون روية وتفكير، أو نتيجة تفكيره الناقص المشوش فيكون عرضة للوقوع في خطأ فادح، وبالتالي الجور في الأحكام.

ولهذا كله وجه فقهاؤنا القضاة والحكام إلى ضرورة إصدار الحكم وهم في حالة طبيعية تامة من صفاء ذهن، وراحة بال، وراحة جسم وعقل، وهذا ما جعلهم ينصون في كتبهم على منع القاضي من الحكم وهو في حالة تشويش الفكر وتعكير المزاج، إذا كانت هذه الحالة تؤثر على نظر الدعوى وإصدار الحكم فيها، بغض النظر عن مصدر تشويش الفكر. جاء في التاج والإكليل: "لا يجلس للقضاء وهو على صفة يخاف بها

أن لا يأتي بالقضية صواباً، وإن نزل به في قضائه ترك، كالغضب والضجر..."[1] وهذا باتفاق الفقهاء، إلا أنهم مع هذا الاتفاق على المنع اختلفوا في درجته، فعند الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية يكره الحكم في هذه الحالة إلا أن يعظم التشويش فيحرم وعند الحنابلة يحرم الحكم في حالة التشويش[2].

وقد عدد الفقهاء أسباباً عديدة لتشويش الفكر عند القاضي **ومعظم ما ذكروه يتمثل بما يلي**[3]:

١- الغضب الكثير.

٢- الحزن.

٣- الجوع.

٤- العطش.

٥- النعس.

٦- المرض والوجع المؤلم.

٧- الحقن (وهو حصر الريح).

٨- الشبع الشديد (الكظظ).

٩- اللقس (بفتح اللام وفتح القاف وهو ضيق النفس).

---

(١) المواق: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ١٢٢/٦.

(٢) السعدي: النتف في الفتاوي ٧٧٢/٢، السمناني: روضة القضاة ٩٦/١-٩٧، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٧٠/٦، داماد أفندي: مجمع الأنهر ١٦٠/٢، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٥١، ابن سلمون: العقد المنظم للحكام ١٩٣/٢، الخطاب: مواهب الجليل ١٢٢/٦، الزرقاني: شرح المختصر ١٣٣/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٥١/٧، الشافعي: الأم ٩٩/٧، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص١١١، النووي: روضة الطالبين ١٣٩/١١، الهيتمي: تحفة المحتاج ٢٧٦/٤، الرملي: نهاية المحتاج ٢٤٢/٨، ابن قدامة: المغني ٣٨٧/١١، ابن مفلح: المبدع ٣٨/١٠-٣٩، المرداوي ٢٠٩/١١، ابن قاسم النجدي: حاشية الروض المربع ٥٥٨/٧.

(٣) المصادر السابقة المذكورة في التعليق (٢)...

١٠- الهم والغم.

١١- الضجر والملل والكسل.

١٢- الشعور بالبرد الشديد.

١٣- الشعور بالحر الشديد.

١٤- الحاجة الشديدة للنكاح (غلبة الشهوة).

١٥- الخوف.

١٦- الفرح الغالب.

١٧- الحقن (حقَنَ الرجلُ بولَه حبسَه وجَمعه فهو حاقن).

١٨- الحقب: (وهو احتياج الرجل للخلاء...)

١٩- ازدحام الناس الكثير بحيث لايستطيع فهم القضية بحضورهم وضوضائهم.

- وقد استدل الفقهاء على ماذهبوا إليه من منع القاضي من الحكم حالة تشويش الفكر بالكتاب والسنة والقياس.

**أ- فمن الكتاب:**

١- قوله تعالى: ﴿**يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِن جَاءَكُمْ فَاسِقُ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُواْ**﴾ [الحجرات:٦].

٢- وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا**﴾ [النساء:٩٤]. ووجه الدلالة من الآيتين أنّ الله أمر الناس بالتبيّن والتثبت في كل أمر[1] ومنها الحكم، ووجود ما يشوش الفكر يعطل هذا التثبت، ولهذا كان ممنوعاً من الحكم في تلك الحالة.

---

(١) الشافعي: الأم ٩٩/٧.

**ب- السنة والقياس:**

قوله ﷺ: «لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان»[1].

فالحاكم ممنوع من الحكم في حال الغضب بنص الحديث؛ لأن الغضب مظنة انحراف التفكير.

أما الأسباب الأخرى فقد قاسها الفقهاء على الغضب بجامع اتحاد العلة فيها. ومن أقوالهم في ذلك: قال الإمام الشافعي: "ومعقول في قول النبي ﷺ هذا أنه أراد أن يكون القاضي حين يحكم في حال لا تغير خلقه ولا عقله، والحاكم أعلم بنفسه، فأي حال أتت عليه تغير خلقه أو عقله انبغى له أن لا يقضي حتى تذهب"[2].

وقال ابن قدامة بعد أن ذكر الحديث: "فنص على الغضب، ونبه على ما في معناه من سائر ما ذكرناه"[3].

وقال النووي: "قال العلماء ويلتحق بالغضب كل حال يخرج الحاكم فيها عن سداد النظر واستقامة الحال..."[4].

وقال ابن عرفة: "اتفق العلماء على إناطة الحكم بأعم من الغضب، وهو الأمر الشاغل وإلغاء خصوص الغضب، وسموا هذا الإلغاء والاعتبار بتنقيح المناط"[5].

---

(١) حديث صحيح، أخرجه البخاري في صحيحه، فتح الباري ١٣٦/٣ كتاب الأحكام، باب هل يقضي القاضي وهو غضبان، وفي مسلم في الصحيح ١٥/١٢ من شرح النووي كتاب الأقضية باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان وأبو داود: السنن ١٦/٤ كتاب الأقضية باب القاضي يقضي وهو غضبان، والبيهقي: السنن الكبرى ١٠٥/١٠، كتاب آداب القاضي: باب لا يقضي القاضي وهو غضبان.

(٢) الأم ١٠٠/٧.

(٣) المغني ٣٨٨/١١.

(٤) شرح صحيح مسلم ١٥/١٢.

(٥) انظر: المواق: التاج والإكليل ١٢٢/٦.
ومعنى تنقيح المناط أن يكون الوصف المعتبر في الحكم مذكوراً مع غيره في النص، فينقح بالاجتهاد، حتى يميز ما هو معتبر مما هو ملغى، فالذي ذكر في نص الحديث هو الغضب، والحكم لم ينط بالغضب وحده وإنما أعم من ذلك. انظر: الشاطبي: الموافقات ٩٥/٤.

وإذا ألمت بالقاضي حالة من حالات تشويش الفكر فينظر، إن كانت يسيرة فلا يمنع من نظر الدعاوى وفصل الخصومات، فالغضب اليسير مثلاً غير مشوش، فيجوز القضاء مع وجوده[1] أما إن كان سبب التشويش ليس يسيراً، وبالتالي يعد من الحالات التي تم ذكرها سابقاً، فينظر حينئذ إن كانت الحالة موجودة قبل نظر الدعوى، فعلى القاضي أن لا ينظر في الدعوى حتى يزول السبب، فإن كان غاضباً فحتى يسكن ما به من غضب، وإن كان جائعاً فحتى يأكل، وكذلك في باقي الحالات، وإذا كانت الحالة قد تولدت أثناء نظر الدعوى فعليه التوقف، ويمتنع من إصدار الحكم حتى يزول السبب[2].

وإذا لم يتوقف القاضي ومضى في الإجراءات حتى أصدر الحكم، وهو على هذه الحالة، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى نفاذ حكمه إن وافق الصواب.

وفي قول عند الحنابلة أنه لا ينفذ[3].

**رابعاً: وقت الإصدار:**

إذا وصلت الدعوى المنظورة أمام القاضي إلى مرحلة إصدار الحكم فيها بحيث استكملت جميع الشروط التي تطلب لإصدار الحكم من حيث استيفاء إجراءات التقاضي والإثبات، ولم يبق إلا أن يقول القاضي: حكمت بكذا، فهل يصدر الحكم فوراً أم ينتظر ويجوز التأخير؟

الأصل العام الذي أجمع الفقهاء عليه هو وجوب إصدار الحكم فور توافر شروطه وانتفاء موانعه، وأن القاضي يأثم بتأخير إصدار الحكم، ولكن بعض المذاهب أجازت تأخير إصدار الحكم لأسباب تقتضي ذلك، في حين منع بعض الفقهاء تأخير الإصدار

---

(١) انظر: الشاطبي: الموافقات ١/٩٠، المواق: التاج والإكليل ٦/١٢٢.

(٢) انظر: السرخسي: المبسوط ١٦/٦٧-٧٨.

(٣) انظر: السمناني: روضة القضاة ١/٩٧-٩٨، الحطاب: مواهب الجليل ٦/١٢٢، النووي: روضة الطالبين ١١/١٣٩، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٢، ابن مفلح المبدع ١٠/٣٨-٣٩، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٠٩-٢١٠.

ولو كان هناك سبب، **وتفصيل ذلك على النحو التالي:**

١- ذهب الحنفية إلى عدم جواز تأخير إصدار الحكم بعد وجود شرائطه، وإذا تأخر القاضي في إصداره دون سبب فإنه يأثم، ويستحق العزل، ويعزر. وذهب بعضهم إلى أبعد من ذلك حيث قالوا بتكفير القاضي إذا أخر الحكم عمداً، و لم يره واجباً عليه[1].

وقد استثنى الحنفية من الأصل العام لعدم جواز تأخير الحكم أربع مسائل يجوز تأخير إصدار الحكم فيها، **وهذه المسائل هي**[2]:

**المسألة الأولى:** لرجاء الصلح بين الخصوم، وقد تقدم الحديث عن هذه المسألة في عرض الصلح على الخصوم قبل إصدار الحكم، سواء أكانت الخصومة بين الأقارب أم بين الأجانب على الراجح من قولي الفقهاء.

**المسألة الثانية:** إذا استمهل المدعي أو المدعى عليه، فاستمهال المدعي يكون لإحضار البينة إذا توجه الحكم عليه، واستمهال المدعى عليه يكون لإحضار الدفع لئلا يحكم عليه، وهذا الاستمهال له ضوابط وشروط حتى لا يتخذ ذريعة لتعطيل القضايا أو التهرب منه.

**المسألة الثالثة:** إذا تولد في نفس القاضي ريبة من البينات المقدمة في الدعوى، كأن يشهد عنده ثلاثة ثم يقول أحدهم قبل إصدار الحكم: أستغفر الله كذبت في شهادتي، فيسمعه القاضي دون أن يعينه بذاته، ويسألهم القاضي فيصرون على شهادتهم، فللقاضي حينئذ إخراجهم من عنده وينتظر حتى يتضح له وجه الحكم ويحكم.

**المسألة الرابعة:** للقاضي من تلقاء نفسه أن يؤخر إصدار الحكم إذا كان ينتظر قدوم فتوى بعث بها إلى علماء بلد آخر، و لم يعتمد على فتوى علماء بلده.

---

(١) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٢/٣٥٣-٣٥٤، مع شرحها للحموي، الحصكفي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ٣/٢٠٣-٢٠٤، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٢٣، سعيدي جلبي: حاشيته على شرح العناية ٦/٣٥٦.

(٢) المراجع السابقة نفسها.

وفي غير هذه الحالات لا يجوز للقاضي تأخير إصدار الحكم عند الحنفية.

٢- ذهب المالكية والحنابلة[١] إلى وجوب إصدار الحكم فور توافر شروطه وقد استثنى المالكية حالتين:

**الحالة الأولى**: إذا تردد القاضي في الأمر ولبّس عليه، و لم يظهر له وجه الحق في القضية، فلا يجوز له إصدار الحكم، بل عليه أن يؤخره؛ لأنه مأمور بالتثبت والحكم بالحق، ووافق الحنابلة في هذه الصورة.

**الحالة الثانية**: إذا رأى القاضي أنّ إصدار الحكم يؤدي إلى وقوع فتنة ومفسدة كبيرة، فله التأخير والأمر بالصلح.

٣- ذهب الشافعية إلى عدم جواز تأخير الحكم إلا برضا طرفي النزاع[٢].

ونقل ابن حزم عن الإمام الشافعي عدم جواز تأخير الحكم مطلقاً[٣].

٤- وذهب ابن حزم الظاهري إلى عدم جواز تأخير الحكم مطلقاً، وأن ما ذهب إليه الحنفية والمالكية غير صحيح، واحتج على ما ذهب إليه بقوله: "لم يأت قط عن رسول الله ﷺ أنه رد خصوماً بعدما ظهر الحق، بل قضى بالبينة على الطالب، وألزم المنكر اليمين في الوقت، وأمر المقر بالقضاء في الوقت. وقال الله تعالى: ﴿**كُونُواْ قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ**﴾ [النساء:١٣٥]، وقال تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى**﴾ [المائدة:٢]، وقال تعالى: ﴿**سَارِعُواْ إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ**﴾ [آل عمران:١٣٣]. فمن حكم بالحق حين يبدو إليه فقد قام بالقسط، وأعان على البر والتقوى[٤].

---

(١) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٤٦، ١٩٨، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/٥٥، ابن سلمون: العقد المنظم للمحاكم ٢/١٩٣، ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ١٠/٦٠، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٣/٤٨٧، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص ٦٠٥.

(٢) المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٠٠.

(٣) ابن حزم: المحلى ٩/٤٢٢.

(٤) ابن حزم: المحلى ٩/٤٢٢.

**والراجح في هذه المسألة** كأصل عام وجوب إصدار الحكم فور توافر شرائطه وانتفاء موانعه، ولكن يجوز للقاضي تأخير الحكم إذا كان في ذلك مصلحة شرعية معتبرة، كوجود ريبة، أو رجاء صلح، أو خشية وقوع فتنة، أو استمهال الخصوم برضاهم، وهذا كله يعود تقديره للقاضي بعد وضع قواعد إجرائية تضبط هذه المسألة لئلا يقع ضرر بالخصوم.

**خامساً: تسجيل الحكم:**

سبق الحديث عن علنية الإصدار وأن الأصل في الحكم أن يصدر بحضرة شهود بالإضافة لحضور العلماء للمشاورة، وكان من فوائد هذه العلنية إثبات الأحكام بإشهاد الشهود الذين حضروا الحكم.

وقد كانت الأحكام تصدر شفاهاً في بداية العصر الإسلامي، ولم تكن هناك حاجة لكتابتها إلى عهد معاوية بن أبي سفيان ﷺ حين حصلت حادثة في مصر مع قاضيها سليم بن عتر[1]. فقد اختصم ورثة في ميراث لديه فقضى بينهم، ثم تناكروا، فعادوا إليه فقضى بينهم، وكتب كتاباً بحكمه، وأشهد فيه شيوخ الجند، فكان أول القضاة بمصر سجل سجلاً للأحكام[2]. ثم أصبحت كتابة الأحكام والمحاضر أمراً واقعاً مقرراً نظراً لتغير ظروف الحياة وتعقدها، مما أوجد الحاجة للكتابة أكثر من الإشهاد، حيث تبقى الكتابة والشهود يموتون أو يغادرون، ولذلك أفرد الفقهاء في كتبهم أبواباً خاصة بالمحاضر والسجلات وبخاصة كتب القضاء والأحكام.

**- رأي الفقهاء في تسجيل الأحكام.**

اتفق الفقهاء على جواز تسجيل القاضي للحكم في السجل المعد لذلك، وكثير منهم جعله في درجة المندوب إلا أنهم اختلفوا في وجوب التسجيل وعدم وجوبه **وفق**

---

(١) سليم بن عتر التجيبي، ولاه معاوية على مصر منذ سنة ٤٠-٦٠هـ، انظر: إبراهيم العدوي: المختار من كتاب ولاة مصر وقضاتها للكندي: ص ٧٧.

(٢) انظر: المرجع السابق نفسه.

التفصيل التالي:

أ- مذهب الحنفية:

يفهم من كلام فقهاء الحنفية أن على القاضي تسجيل حكمه في سجله المحفوظ لديه دون طلب من الخصوم.

قال النسفي: "فإن شهدا على خصمٍ حاضرٍ حكم بالشهادة وكتب بحكمه، وهو المدعو سجلا"[1]. وقال ابن نجيم في شرح هذه العبارة: "لئلا ينسى الواقعة على طول الزمان، وليكون الكتاب مذكراً لها، وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لأنه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه"[2].

ب- مذهب المالكية:

- الأصل عندهم جواز قيام القاضي بتسجيل حكمه في سجل من تلقاء نفسه، ولا يجب إلا في حالة طلب أحد الخصمين ذلك. قال العلامة ميارة في شرح قول ابن عاصم:

وعندما ينفذ حكم وطلب تسجيله فإنه أمر يجب
وما على القاضي جناح لا ولا من حرج إن ابتداء فعلا

يعني أن القاضي إذا حكم على الخصم، وطلب أحد الخصمين من القاضي تسجيل الحكم، أي كتبه في سجل، أي: صك، فإن ذلك يجب على القاضي لمن طلبه؛ ليحصن به نفسه ما حكم له به، لما فيه من دفع مفسدة تجديد الخصومة، وتعنيت المطلوب فيها بعد انقضاء النزاع باستئنافه مرة أخرى، فإن فعله القاضي لنفسه من غير

(١) كنز الدقائق بها مش البحر الرائق ٣/٧، وانظر أيضاً: الحصكفي: الدر المختار ٢٠٩/٣ بهامش حاشية الطحطاوي.

(٢) البحر الرائق ٣/٧، وانظر كذلك: داماد أفندي: مجمع الأنهر ١٦٤/٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٢٠٩/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٣٣/٥.

أن يطلب به جاز"[1].

**ج- مذهب الشافعية[2]:**

الراجح في المذهب الشافعي استحباب تسجيل الحكم القضائي، إذا طلب أحد الخصوم ذلك، وفي قول مرجوح في المذهب، أنه يجب على القاضي تسجيل الحكم إذا طلبه أحد الخصوم، ويكتب الحكم عند الشافعية على نسختين إحداهما لمن طلب التسجيل، والأخرى تحفظ في ديوان الحكم. وقد استثنى الشافعية عدة حالات أوجبوا فيها على القاضي تسجيل حكمه، ولو لم يطلب أحد ذلك وهذه الحالات هي:

١- إذا تعلق الحكم بصبي أو

٢- مجنون، أو

٣- غائب، أو

٤- الوقف، أو

٥- الوصية، أو

٦- الإجارة الطويلة، أو

٧- الأموال العامة، أو

٨- الدين المؤجل في قول لبعض فقهاء الشافعية.

والذي يظهر أن الشافعية نظروا إلى أن التسجيل إنما هو لمصلحة الخصوم، فهو إذن حق خاص بهم إذا أرادوه طلبوه، وإذا كان أحد الخصوم ضعيفاً يحتاج إلى رعاية أو جهة عامة تقتضي المصلحة الاهتمام بها، ففي مثل هذه الحالات أوجبوا التسجيل

---

(١) ميارة: شرحه على تحفة الحكام ١/٥٠، وانظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٢٠٢.

(٢) انظر: النووي: روضة الطالبين ١١/١٣٩-١٤٠، الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٨٠، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٤-٣٩٥، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٤٥، الشبراملسي: حاشيته على نهاية المحتاج ٨/٢٤٥.

رعاية للمصلحة الشرعية.

**د- مذهب الحنابلة[1]:**

الراجح من مذهب الحنابلة وجوب تسجيل الحكم إذا طلب ذلك أحد الخصوم، وفي قول آخر في المذهب يقصر وجوب التسجيل في حالة ثبوت الحق بغير البينة، أما إن ثبتت بالبينة فلا يجب على القاضي التسجيل، وإنما يجوز له إجابة الطلب، والأولى أن يجعل التسجيل على نسختين نسخة يحتفظ بها الحاكم في ديوانه، والأُخرى تُدفع لطالبها لإبرازها عند الحاجة. والذي يظهر أن أكثر الفقهاء لم يوجبوا التسجيل اكتفاءً بالإشهاد أولاً، ولأن الحكم ينفذ في الحال عادة، فلا حاجة للكتابة حينئذ.

**- نموذج من تسجيلات الأحكام:**

نظراً لطول بعض نماذج التسجيلات التي ذكرها الفقهاء في كتبهم آثرت أن أضعها في ملحق خاص بها في آخر الرسالة فانظرها هناك.

---

(١) انظر المجد ابن تيمية: المحرر في الفقه ٢/٢٣، ابن قدامة: المغني ١١/٤٣٢ وما بعدها، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٧.

## المبحث الثاني

## إصدار الحكم القضائي في القانون

### المطلب الأول

### الشروط العامة للحكم في القانون

لابد للمحكمة قبل أن تصدر الحكم أن تتأكد من وجود بعض الشروط التي تطلبها القانون لاعتبار الحكم الصادر صحيحاً، وهذه الشروط متناثرة في ثنايا قانون الإجراءات **نجملها في النقاط التالية:**

١- أن يصدر الحكم في دعوى، أو الدعوى يجب أن تقدم مكتوبة في لائحة محتوية لبيانات عن المدعي والمدعى عليه والمدعى به وغير ذلك مما تطلبه القانون[١]، وباشتراط الدعوى تخرج القرارت المتعلقة بالأعمال الولائية التي تصدر بناء على طلب طرف واحد وليس بناء على دعوى كالتوثيقات.

٢- أن يصدر الحكم في خصومة حقيقة، والخصومة كما عرفها فقهاء قانون المرافعات هي "الحالة القانونية الناشئة عن مباشرة الدعوى أو الناشئة عن مجرد استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء"[٢].

---

(١) انظر المواد ٥٦-٥٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والمادة ١١ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني ، والفصل ٤٣ من مجلة المرافعات التونسية.

(٢) انظر: أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات ص ٣٢٥-٣٢٦، وانظر أيضاً: محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص ١٧٦.

**ويشترط لانعقاد الخصومة في القانون شرطان:**

**الأول**: أن يبلغ المدعى عليه نسخة من لائحة الدعوى، ولا يجوز أن تجري محاكمة شخص لم يتبلغ لائحة الدعوى تبليغاً يعتد به القانون.

**الثاني**: أهلية التقاضي بالنسبة لطرفي الخصومة.

وإذا تخلف أي من هذين الشرطين يعتبر الحكم معدوماً، أي أنه في أقصى درجات البطلان[1].

٣- أن يكون الحكم صادراً من هيئة لها صفة القضاء[2].

فالحاكم الذي يصدر الحكم القضائي يجب أن يكون متمتعاً بالصلاحية التي تؤهله لإصدار مثل ذلك الحكم، ولذلك إذا زالت هذه الصلاحية فإن الحكم يعتبر معدوماً أو باطلاً حسب درجة مخالفة القانون، فإذا أصدر الحكم شخص ليس قاضياً، لأي سبب كان، كما لو لم يصدر قرار تعيينه، أو أُحيل على التقاعد، أو عُزل من منصبه، فهذا يجعل الأحكام التي يصدرها في حكم المعدوم. وكذلك إذا كانت المحكمة مشكلة من ثلاثة قضاة، فأصدر الحكم قاض واحد أو اثنان.

٤- أن يُنهي أطراف الخصومة أقوالهم وإيراد بيناتهم ورفوعهم، وذلك حتى لا يُحرم أحد طرفي الخصومة من حقه في الدفاع عن نفسه، أو في إثبات حقوقه، وقد جرى العمل في المحاكم الشرعية في الأردن مثلاً على أن تقرر المحكمة سؤال الطرفين عن أقوالهما الأخيرة فإذا لم يقولا شيئاً أو كررا ما سبق لهم من قول، وأصروا عليه، فإن المحكمة تنتقل إلى الإجراء الذي يليه، وهو ما سيأتي في النقطة التالية، وإذا لم تسأل المحكمة الطرفين عن أقوالهما الأخيرة قبل إعلان ختام المحاكمة، فإن حكمها يستوجب النقض والإبطال[3].

---

(١) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٣٢٦، محمّد عبدالخالق: قانون المرافعات ص ١٩٨.

(٢) محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات ص ١٩٩، أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص٣٢ وما بعدها.

(٣) عبد اللطيف صلاح: شرح قانون المحاكمات ص ٢٦٨، ونظام القضاء الشرعي في المملكة الأردنية الهاشيمة ص ٢٦٩، وكذلك قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية رقم ١٩٨٤، محمّد حمزة العربي: قرارات محكمة الاستئناف ٢/٢١٤.

٥- يجب على المحكمة بعد انتهاء الطرفين من إيراد أقوالهم وبيناتهم ودفوعهم، أن تعلق ختام المحاكمة (ويُقال لها في بعض القوانين العربية قفل باب المرافعة، أو ختم المرافعة)، وقد نصت المادة ١٨٥ من قانون أصُول المحاكمات المدنية على ما يلي: "تعلق المحكمة ختام المحاكمة بعد الانتهاء من سماع البينات والمرافعات" وجاء في الفصل ١١٤ من مجلة المرافعات التونسية" يفتح الرئيس المرافعة ويديرها ويختمها عندما تتضح النازلة للمحكمة بوجه كاف.

وبعد إعلان ختام المحاكمة لا يجوز لأحد من أطراف الدعوى أن يقول شيئاً أو يُبدي دفعاً أو يقدم بينات جديدة[1]، وذلك لأن قفل باب المرافعة أو ختم المحاكمة يعني أن الدعوى صالحة -في هذه الحالة- لصدور الحكم فيها، وإنهاء النزاع، وقبل إعلان ختم المحاكمة لا يجوز إصدار الحكم أو النطق به وإلا عد باطلاً؛ لعدم استعمال الشروط والإجراءات المطلوبة قانوناً لإصدار الحكم[2].

والقاضي (أو هيئة المحكمة تسأل الطرفين عن أقوالهما الأخيرة وتعلن ختام المحاكمة، بعد أن يكون لدى هيئة الحكم قناعة بأن أسباب الحكم متوافرة، لإصدار الحكم كأن يقر الخصم، أو تثبت الدعوى بالنكول أو بأي سبب آخر.

وبعد إعلان ختام المحاكمة تصل الدعوى إلى مرحلة أُخرى هي المداولة.

---

(١) هذا هو الأصل العام، ولكن يستثنى من ذلك بعض حالات للضرورة كجواز طلب رد القاضي مثلاً، كما يجوز للمحكمة فتح المحاكمة للتثبت من أي أمر ترى أنه ضروري للفصل في الدعوى، انظر: المادة ١٥٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(٢) انظر: أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام: ٦٣، عبداللطيف صلاح: شرح قانون المحاكمات ص٢٦٨.

## المطلب الثاني

## المداولة وإصدار الحكم

المداولة[1]: هي المشاورة بين أعضاء المحكمة في منطوق الحكم وأسبابه، بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به[2] وإذا كانت المحكمة تتشكل من قاض منفرد فالمداولة تعني تفكر القاضي في أسباب الحكم ومنطوقه. وعلى هيئة المحكمة أن تدرس القضية المنظورة، وتدقق النظر فيها بدءاً بلائحة الدعوى والبينات والدفوع والتبليغات القضائية، وكل كلمة في ملف الدعوى حتى تتضح معالم القضية ويصدر الحكم فيها دون تردد أو شك.

**وللمداولة شروط تطلبها القانون وهذه الشروط هي[3]:**

١- أن تجري المداولة بشكل سري، وذلك لضمان حرية القضاة في إبداء آرائهم دون تشويش، وإذا قام أحد الأعضاء المشتركين في المداولة بإفشاء سرها، فإنه يكون معرضاً للمحاكمة التأديبية. وقد نص على سرية المداولة المادة ١٥٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والفصل ١٢١ من مجلة المرافعات التونسية.

٢- أن تكون المداولة مقتصرة على قضاة الحكم الذين سمعوا المرافعات، ولذلك لا يجوز أن يشترك فيها من ليس عضواً في الهيئة التي تنظر الدعوى، لأن المقصود من المداولة المناقشة والمدارسة بين الأعضاء الذين استمعوا المرافعة والدفوع والبينات، وذلك لتتضح أسباب الحكم وتنكشف الغوامض، ومن ثم يصدر الحكم.

---

(١) وتسمى في القانون التونسي بالمفاوضة.

(٢) أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٧٨.

(٣) انظر: محمود طهماز: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ٢٩٧/٢، وضياء شيت خطاب: فن القضاء ص ٩١، فتحي والي: قانون المدني الكويتي ص ٣٥٩-٣٦٠، الأنطاكي: أصول المحاكمات ٦٥٧-٦٥٨، عبداللطيف صلاح: شرح قانون المحاكمات ص ٢٦٩، أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٧٨-٨٤.

وقد نص على هذا الشرط المادة (١٥٩) من قانون أُصول المحاكمات المدنية في الفقرة الأولى منها التي تقول "تكون المداولة في الأحكام سرية، ولا يجوز أن يشترك فيها غير قضاة الحكم"

وكذلك نص الفصل ١٢١ من مجلة المرافعات التونسية على هذا الشرط، فجاء فيه "تكون المفاوضة سرية دون أن يحرر فيها أثر كتابي ولا يشارك فيها غير القضاة الذين تلقوا المرافعة..."

٣- أن تصدر الأحكام بإجماع الآراء أو بالأكثرية[١] وعلى القاضي المخالف أن يبين أسباب مخالفته في الأعم، وفي بعض القوانين العربية إذا لم تتوافر الأغلبية وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين، فيجب على الفريق الأقل عدداً أو الفريق الذي أحدث القضاة أن ينضم لأحد الرأيين الصادرين الأكثر عدداً وذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية[٢].

وينبغي ملاحظة أن المعمول به حالياً في الغالبية العظمى من الدول العربية بل والعالمية، الأخذ بنظامي القاضي الفرد وتعدد القضاة معاً، فالمحاكم العليا دائماً تتشكل من هيئة مكونة من عدد من الأعضاء وبحسب القانون المنظم لها.

ففي بعض الدول تنعقد من رئيس وأربعة قضاة، وبعضها تنعقد بوجود رئيس وعضوين، أي من ثلاثة أعضاء، أما المحاكم الابتدائية فهذه تختلف، فالقضايا البسيطة وهي التي تكون من اختصاص محاكم الصلح، أو ما تسمى بالمحكمة الجزئية، أو محكمة الناحية حسب الاصطلاح المستخدم في الدولة، فهذا النوع من المحاكم تتشكل المحكمة من قاضٍ منفرد، أما المحاكم الابتدائية والتي تختص بما يخرج عن اختصاص محكمة الصلح أو الناحية، فهذه تتشكل في الأصل من قاض منفرد، ولكن إذا نظرت قضايا كبيرة من حيث القيمة أو العقوبة فهذه تتشكل من ثلاثة قضاة، وفي بعض الدول من قاضيين[٣].

---

(١) المادة (١٥٩) من فقرة (٢) من قانون أُصول المحاكمات المدنية الأُردني، والفصل (١٢١) من مجلة المرافعات التونسية.

(٢) انظر كمثال لذلك القانون المصري، أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات ص ٨٠.

(٣) انظر: المادة ٢١ من قانون تشكيل المحاكم الشرعية الأردني، والمادة ٦، وكذلك قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني المادة ٥.

وإذا تمت المداولة واتضحت سبل الحكم فإن الدعوى تكون قد وصلت إلى مرحلة إصدار الحكم بالنطق به.

## المطلب الثالث

## النطق بالحكم وكتابته

إذا كانت المحكمة تتكون من قاض منفرد فسمع الدعوى والبينات والدفوع، واتضحت لديه أسباب الحكم، فسأل الطرفين عن أقوالهما الأخيرة فكررا ما سبق لهما من قول، ثم ختم المحاكمة، فالأصل أن يصدر الحكم فوراً وبشكل علني، أي بصوت مسموع في نفس الجلسة التي ختمت فيها المحاكمة.

وإذا كانت المحكمة تتكون من هيئة جماعية ، وتمت المداولة بينهم، وانتهت إلى رأي في القضية، فللمحكمة أن تصدر الحكم في نفس الجلسة التي ختمت فيها المحاكمة، ولها أيضاً أن تؤخر النطق بالحكم، ولكن يجب أن لا يتجاوز موعد النطق بالحكم مدة معينة، ففي قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ينبغي أن لا يتجاوز موعد النطق بالحكم ثلاثين يوماً ، من تاريخ الجلسة التي ختمت فيها المحاكمة[1].

أما قانون المحاكمات الشرعية فأوجب أن يصدر الحكم خلال عشرة أيام من تاريخ تفهيم الطرفين انتهاء المحاكمة[2] في حين لم تحدد بعض القوانين الحد الأقصى لجلسة النطق بالحكم كالقانون التونسي، إذ جاء في الفصل ١٩ من مجلة المرافعات "للمحكمة تأخير التصريح بالحكم لجلسة مقبلة معينة للتأمل"، وينبغي أن تكون جلسة النطق بالحكم علنية يحضرها الخصوم وغيرهم.

كما يشترط أن يصدر الحكم باسم رئيس الدولة أو الملك حسب قانون البلاد

---

(١) المادة ١٠١ من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(٢) المادة ١٥٨ فقرة ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

المعمول به[1].

- وينبغي أن يحضر جلسة النطق بالحكم القضاة الذين اشتركوا في المداولة. وإذا كان الحكم موقعاً من هيئة المداولة، وتغيب بعضهم فيجوز تلاوته من هيئة أُخرى على أن يؤرخ الحكم بتاريخ النطق به، وهذا ما قضت به المادة ٥٨ الفقرة ٤ من قانون المحاكمات المدنية.

والحكم الذي يتلى يشترط أن يكون مكتوباً شأنه شأن كل الأعمال القضائية المتسمة بالشكلية. وما يتلى في جلسة النطق بالحكم إنما هو مسودة الحكم، وهذه المسودة تشتمل على أسبابه ومنطوقه وتحفظ بملف الدعوى، ثم يصدر بعدها نسخة الحكم الأصلية. أما نسخة الحكم الأصلية **فتحتوى على البيانات التالية**[2]:

١- اسم المحكمة التي أصدرت الحكم.

٢- صدوره باسم رئيس الدولة أو السلطة السياسة في البلد.

٣- تاريخ ومكان إصدار الحكم.

٤- اسم القاضي الذي أصدر الحكم أو أسماء أعضاء هيئة الإصدار.

٥- أسماء الخصوم بالكامل، وبعض القوانين تشترط ذكر عناوينهم، وكذلك وكلاء الخصوم.

٦- ذكر نوع الحكم هل هو غيابي، أو وجاهي، أو بمثابة الوجاهي.

٧- أسباب الحكم ومستنداته، والنصوص القانونية التي استند إليها.

---

(١) قضت المادة ٢٧ من الدستور الأردني بوجوب صدور الحكم باسم صاحب الجلالة الملك، وإذا صدر بغير ذلك فإنه يعرض للبطلان. وانظر الفصل ٢٥٣ من مجلة المرافعات التونسية.

(٢) انظر المواد ١٠٣، ١٠٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية، والمادة ١٦٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. وفتحي والي: قانون القاضي المدني الكويتي ص ٣٦٢، وضياء شيت خطاب: فن القضاء ص ٩٣-٩٤، والفصل ١٢٣ من مجلة المرافعات التونسية وأحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ١١٢.

٨- منطوق الحكم (الفقرة الحكمية).

٩- ذكر درجة الحكم من حيث قبوله للاستئناف أو التمييز أو غير ذلك.

١٠- مصاريف الدعوى حسب الإمكان.

وهذه البيانات التي تذكر في نسخة الحكم تسمى بإعلام الحكم الذي يكون مسجلاً في سجل خاص به، ويعطى نسخة منه لمن يطلبه من الخصوم كما يحفظ في الدعوى نسخة أيضاً.

وتكون جميع نسخ إعلامات الأحكام سواء الصورة أو التي في السجل موقعة من القاضي ومؤرخة ومختومة بخاتم المحكمة.

# الفصل الثاني

## آثار الحكم القضائي في الشريعة والقانون

### المبحث الأول: آثار الحكم القضائي في الشريعة

ويتضمن تمهيداً ومطلبين:

المطلب الأول: الآثار العامة للحكم.

المطلب الثاني: حدود وآثار الحكم.

### المبحث الثاني: آثار الحكم في القانون:

ويتضمن تمهيداً ومطلبين:

المطلب الأول: أثر الحكم على الحق المحكوم به.

المطلب الثاني: فصل الخصومة وإنهاء النزاع.

## تمهيـــــــد

**الأثر في اللغة**[1]: بقيةُ الشيءِ والجمعُ آثار، جاء في لسان العرب: "والأَثَـــرُ - بالتحريك- ما بقي من رسم الشيء، والتأثير: إبقاء الأثر في الشيء، وأثَّرَ في الشيء: تركَ فيه أثراً"[2].

وآثار الحكم القضائي هي الأحكام والنتائج التي تترتّب على صدوره.

فالحكم القضائي شأنه شأن التصرفات الشرعيّة الأخرى التي رتّب الشارع على صدورها آثاراً معيّنة، هي النتائج التي ترتجى من إصدار تلك التصرفات.

ولنأخذ مثالاً على ذلك آثار العقد التي حددتها نظرية العقد في الشريعة، فسنجد أن للعقود آثاراً عامّة، وأخرى خاصّة، فالآثار العامّة هي الأحكام والنتائج التي يرتبها العقد، وتكون مشتركة بين جميع العقود كقاعدة فقهية على وجه التقريب، أمّا الآثار الخاصّة فهي الأحكام والنتائج التّي تترتّب على كل عقد بحسب موضوعه، فالبيع عقد والهبة عقد، لكن أثر عقد البيع أنّه ينقل الملكيّة بعوض في حين أثر عقد الهبة أنّه ينقل الملكية بلا عوض[3].

وبتطبيق هذه القاعدة على الحكم القضائي نجد أنها متشابهة، وأن للحكم القضائي نوعين من الآثار، خاصة وعامة، كما أن لآثار الحكم حدوداً معيّنة، وهذه الآثار هي التي تحدث عنها الفقهاء من حيث المضمون وإن لم يصرّحوا بتسميتها آثاراً للحكم القضائي.

إضافة إلى أنّ الفقهاء قد عاملوا الحكم من حيث الآثار في كثير من الأحيان معاملة العقد، فتحدثوا عن نفاذ الحكم ولزومه، كما هو الحال في حديثهم عن آثار العقد كاللزوم والنفاذ.

وبناء على ذلك سيكون بحث موضوع آثار الحكم القضائي **وفق الخطّة التالية:**

---

(١) انظر: الرازي: مختار الصحاح ص ٥، ابن منظور: لسان العرب ٤/٥، الفيومي: المصباح المنير ١/٤.

(٢) انظر: ابن منظور: لسان العرب ٤/٥.

(٣) انظر: الزرقاء: المدخل الفقهي العام ١/٤١٧، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢٣١.

## المبحث الأول

## الآثار العامة للحكم القضائي

### المطلب الأول

### الآثار العامة للحكم القضائي

**الأثر الأول:**

فصل الخصومة وإنهاء النزاع المتعلق بالحق المحكوم فيه، وعدم جواز إعادة طرح النزاع من جديد مستقبلاً.

سبق القول أن الغاية من وجود منصب القضاء هي إنهاء المنازعات وحل الخصومات، فلا يلجأ إلى القضاء إلا من اعتدي على حقّه، أو أراد تثبيت حقّه، أو حمايته، ولذلك يرفع الدعوى ويسير في الإجراءات حتّى يصدر الحكم الفاصل فيها، والذي ينهي الخصومة، حيث يظهر المحق من المبطل.

والدعوى إذا لم تفصل بحكم ينهي الخصومة تبقى أبد الدهر حتى يملّ الطرفان ويتركا الخصومة، وفي هذا استمرار للنزاع، أمّا حين يصدر الحكم فالمنازعة تنتهي، ويحصل صاحب الحق على حقه، ويمنع الخصم من معارضته لأن بيده حكماً قضائياً مؤيداً بقوّة الدولة يحمي حقّه الذي تضمنه الحكم.

ويؤيد ما ذكرناه أن تعريف القضاء عند كثير من الفقهاء، وكذلك تعريف الحكم، يتضمن عنصراً رئيسياً فيه ألا وهو فصل الخصومات ومن ذلك: قول الحصكفي في تعريف الحكم أنّه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات"[1].

---

(١) الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/٣٥٢.

وقول بعض الشافعية أن القضاء: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"[1]، وكذلك ما جاء في شرح منتهى الإرادات أن القضاء في الاصطلاح :(تبيينه) أي الحكم الشرعي (والإلزام به وفصل الحكومات) أي الخصومات"[2].

وإنتهاء النزاع والخصومة بعد صدور الحكم يعني عدم جواز طرحه مرة ثانية أمام القضاء، جاء في العقود الدريّة: "الدعوى متى فصلت مرّة بالوجه الشرعي لا تنقض ولا تعاد، حيث لا فائدة في إعادتها..."[3].

**الأثر الثاني: ثبوت الحق المحكوم به وتقويته:**

وهذا الأثر ناتج عن الأثر الذي قبله، ولكن المسألة التي تبرز هنا هي هل الحق المحكوم به أو الحكم الشرعي الذي ألزم القاضي المحكوم عليه موجود قبل الحكم القضائي؟ أم أن الحكم هو الذي أنشأه، وبعبارة أخرى هل الحكم القضائي مظهرٌ أم مثبت للأمر الشرعي؟

وفي الإجابة على هذا التساؤل نجد أن الفقهاء **قد اختلفوا إلى قولين في هذا الموضوع:**

**القول الأول**: وهو للجمهور[4]، ويرون أن الحكم القضائي مظهر للحق أو للأمر الشرعي وليس منشئاً، لأن المحكوم به كان ثابتاً قبل الحكم ودور الحكم يكمُن في إظهاره وتبيينه وإلزام الخصم به.

وهذه الفكرة عند بعض الفقهاء كانت تشكل عنصراً من عناصر تعريف القضاء

---

(١) انظر: الشربيني: مغني المحتاج ٣٧٢/٤.

(٢) البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣.

(٣) ابن عابدين: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢٩٨/١.

(٤) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية في ص ٨، الحصكفي: الدر المختار مع ردّ المحتار ٤٧٩/٥، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٢٠٢/٣، علي حيدر: شرح مجلة الأحكام العدلية ٦٠٧/٤، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٨٥-٢٨٧، الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول ص ٣٧٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٣٠٥/١.

والحكم، ومن ذلك قولهم أن "الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية، هو إظهار حكم الشرع في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه"[1].

وقد عرف الإمام البلقيني[2] الحكم بالموجب بأنّه "إظهار المتولّي قضاءه بأمر ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصاً أو عاماً على الوجه المعتبر عنده شرعاً"[3].

فقوله في التعريف "إظهار المتولي....إلخ" دلالة على أن الحكم ليس بإنشاء.

وقال الإمام الشافعي مبيناً حقيقة الحكم بأنه إخبار عن الأمر الشرعي وإظهار: "ألا ترى قضاء القاضي للرجل على الرجل إنّما أخبر به عن بيّنة ثبتت عنده، أو إقرار من خصم أقر به عنده فأنفذ الحكم فيه"[4] وقد نقل هذا المعنى الإمام الجويني فقال: "والحكم على مذهبنا ليس افتتاح أمر، وإنشاء شأن، وإنما هو إظهار ما تعذّر ممن هو مطاع متبع، فإذا حكم على زيد فمعناه ظهر له وجوب الحق عليه لعمرو، والشرع ألزمه اتّباعه، فكذلك إذا ظهرت البيّنة فأظهارها كان حكماً منه في هذا الركن[5].

واحتجّ أصحاب هذا القول: بأن المدعي إنّما يطلب حقّاً ثابتاً له قبل إصدار الحكم، والمدعي لا يدعي التملك ابتداء، إذ لو ادّعى التملّك ابتداء لكان معترفاً بأنّه مبطل في دعواه، إضافة إلى أنّ البيّنة مصدقة للمدعي في المدعى به حسب ادعائه، والحكم إمضاء لما شهدت به البيّنة، فإذا أنشأ القاضي حقاً بحكمه وأثبته للمدعي، كان ذلك الحق غير المدعى به، وغير المشهود به، لأن ما يطلبه المدعي وأحضر البيّنة شاهدة له به إنّما هي قبل الحكم لا به[6].

---

(١) انظر: المناوي: شرح عماد الرضا ٢٨٨/١.

(٢) هو عمر بن رسلان بن نصير القاهري (سراج الدين) فقيه، شافعي محدّث، أصولي، مجتهد من مصنفاته: الملمات برد المهمات، وغيرها، ت٨٠٥هـ، انظر: السخاوي: الضوء اللامع ٨٥/٦-٩٠.

(٣) انظر: الهيتمي: الفتاوى الكبرى ١٩٩/٢، المناوي:شرح عماد الرضا ٣٠٥/١.

(٤) الرسالة: ٤٢٠-٤٢١.

(٥) انظر: ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٨٥.

(٦) انظر: الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول ص ٣٧٢.

**القول الثاني**: وهو للإمام أبي حنيفة -رحمه الله- ويرى أن حقيقة الحكم إثبات للمحكوم به وإنشاء له[1]، وهذا القول المنقول عن أبي حنيفة لم يسلّم به فقهاء المذهب، فدافعوا عن الإمام ونفوا عنه هذا القول، وإن كان يفتي بأثره المترتّب عليه من حيث نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ، فقالوا: "التحقيق في هذه المسألة أن الحكم مظهر للأمر الشرعي وليس مثبتاً له، وما يفهم عن الحنفيّة من أن القضاء مثبت أخذاً من قول الإمام -رحمه الله- بنفوذ القضاء ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ بشهادة الزور ففهم قاصر، إذ الأمر الشرعي في مثل ذلك ثابت تقديراً، والقضاء يقرّره في الظاهر، لا أنّ القضاء أثبت أمراً لم يكن، وذلك أنّ الشرع قد يعتبر المعدومَ موجوداً أو الموجودَ معدوماً، كما في اعتباره الدخول موجوداً حكماً في إلحاق نسب ولد المشرقيةِ بالمغربي، فأجرى الممكن مجرى الواقع، لئلا يهلكَ الولدُ بانتفاءِ نسبهِ مع وجودِ العقد المفضي إلى ثبوته.

فتقدير الدخول مع إمكانه العقلي فضلاً عن العادي أولى من التسبب في الهلاك بنفي نسب الولد من الزوج.

وكذلك الحال في الحكم القضائي يصان عن النقض والإلغاء ما أمكن، وإذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم لم ينقض، وضمنوا ما تلف بشهادتهم، وذلك لأن رجوعهم يعتبر تناقضاً، ولا ينقض الحكم بالمتناقض كما لا يحكم به، أمّا الحكم بالشهادة التي رجع عنها بعد صدور الحكم، فإنّ تلك الشهادة تعتبر أقوى من رجوعهم لاتصالها بالحكم[2].

والحقيقة أن ما دافع به فقهاء الحنفيّة عن إمامهم لا يثبت؛ لأن الثابت عن الإمام أبي حنيفة أنّ القاضي يملك إنشاءَ الحقوق والأحكام ما دام المحل قابلاً، والقاضي غير عالم بزور الشهادة[3]، وهذا ينقض ما قالوه آنفاً.

---

(١) نفس المصدر والصفحة.

(٢) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٨-١٢ بتصرف، وانظر: ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٢/٥

(٣) انظر: ابن عابدين ردّ المحتار ٤٠٥/٥.

**وقد قسم الإمام النووي وبعض الحنابلة الحكم القضائي إلى نوعين[1]:**

**الأول**: ما كان من قبيل الإنشاء، أي إنشاء أمرٍ جديدٍ ومركز يرتّب الشرع عليه آثاراً تختلف عمّا كانت عليه قبل الحكم،وذلك كالحكم بالتفريق بين المتلاعنين، والحكم بفسخ النكاح للعيب، والحكم بالشفعة، والحكم بحل الشركة وغيرها.

**الثاني**: ما ليس إنشاءً، وإنّما تنفيذ لما قامت به الحجّة، أي إظهارٌ وتبيين للأمر الشرعي، سواء كان مالاً أو نكاحاً.

والذي يحدد نوعيّة الحكم هنا هو الشرع نفسه، إذ إن الشرع المنظم للحقوق هو الذي يقرّر في أي حالة يكون للقاضي إنشاء الأحكام، وفي أيها يكون عمله فقط الالتزام بما جاء في البيّنة.

**الأثر الثالث: القابلية للتنفيذ:**

وهذا الأثر هو الهدف الأساسي للحكم القضائي، وبمقتضاه تعود الحقوق إلى أصحابها، وتحقّق العدالة بترجمة الحكم الشرعي إلى واقع يعاش. فإذا لم يقبل الحكم التنفيذ، فإنّه يعتبر فاقداً لقيمته، وفي ذلك يقول سيدُنا عمر بن الخطاب ﷺ في رسالته إلى أبي موسى: "فإنّه لاينفعُ تكلمٌ بحقٍّ لا نفاذَ له"[2].

وقد تحدث الفقهاء عن هذا الأثر بلفظ النفاذِ والتنفيذِ، وهم يقصدون بمصطلح النفاذ ما يطلق عليه في الفقه القانوني حجيّةَ الحكم، فقولهم عن الحكم أنّه واجب النفاذ، أو أنّه نافذ، أي حجّة، ويستطيع المحكوم له تنفيذ المحكوم به جبراً على المحكوم عليه بقوة القانون.

ومن نصوص الفقهاء في هذه المجال قول النووي: "فإن تعذرَ جمع هذه الشروط

---

(١) النووي: روضة الطالبين ١١/١٥٢-١٥٣، النجدي: حاشية الروض المربع ٧/٥٤٠.

(٢) انظر: البيهقي: السنن الكبرى ١٠/١٥٠، وانظر: الزحيلي: أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ص٢٥٣، ومحمد نعيم ياسين: نظرية الدعوى ٢/٢٢٧.

فولّى سلطان له شوكة فاسقاً أو مقلداً نفذ قضاؤه للضرورة"[1] ومعنى النفاذ هنا العمل بنتيجة الحكم والتقيّد بمضمونه؛ لئلا تتعطل مصالح الناس.

وتنفيذ الحكم قد يتم في نفس المجلس الذي صدر الحكم فيه إذا كان المحكوم به حاضراً في المجلس.

كما قد يفوَّضُ التنفيذ للسلطة التنفيذية بواسطة قوّة الشرطة إذا رفض المحكوم عليه تنفيذ الحكم طواعيّة واختياراً.

ويجدر بالتنبيه إلى أن تنفيذ الأحكام يختلف من حكم لآخر بحسب نوع الحق المحكوم به، فإن كان من الحقوق العامّة كالحدود مثلاً فهذه يوكل أمرها لوليّ الأمر، أي الدولة، وهذه الحقوق لا تنفذ إلا إذا وجدت الشرائط الشرعية المطلوبة، وانتفت الموانع التي تمنع التنفيذ، كأن يكون من حكم عليه بالرجم مثلاً مريضاً أو حاملاً فينتظر لحين برئه. وتفصيل هذه الأمور يكون في الباب الخاص الذي ينظم الحدود في الفقه. فتنفيذ الأحكام لكل حقّ حسب نوعه لا يعتبر أثراً عامّاً للحكم، وإنّما هو أثر خاصّ يرجع إليه في مظانّه من كتب الفقه.

**- الحكم المعلّق:**

وقد يكون الحكم غير قابل للتنفيذ كونه معلّقاً على ثبوت شيء، وهذا الحكم يعتبر موقوف النفاذ على حصول الأمر المعلّق عليه، أو إجازته إن كان متوقفاً على الإجازة، وهذا النوع من الأحكام جائز عند الحنفيّة، والمالكيّة، ومن نصوصهم في ذلك:

قال السمناني: "اعلم أن أصحابنا قالوا:

يجوز أن يقف الحكم على إجازة حاكم البلد إذا كان حكم الحاكم به لا ينفذ فقالوا: لو أن الخليفة لم يجعل إلى القاضي أن يستخلف فاستخلف رجلاً فحكم لم يجز

(١) المنهاج مع شرحه نهاية المحتاج للرملي ٨/٢٢٨.

ذلك الحكم، فإن أجازه القاضي وأنفذه جاز إذا كان الحاكم به ممن لو كان حاكماً نفذ حكمه..... وقالوا: كل عقد لو تقدّم عليه الإذن نفذ، وإذا تأخر عنه الإذن انعقد موقوفاً على من له حقّ العقد، فجعل القضاء مثل ذلك، واعتبروا صفة الحاكم كما اعتبروا صفة العاقد أن يكون من أهل العقد، والمعقود له من أهل العقد، والمحل قابلاً للعقد"[1]

أمّا المالكيّة فقد نقل ابن فرحون عن المازري أنّه سئل "عن امرأة مجهولة طارئة على بلد فأتت إلى قاضيه فذكرت أنّ زوجها غاب عنها في بلدها غيبة منقطعة، ولا يعلم صدقها من كذبها، وشكت الضيعة، فما ترى في أمرها هل تطلق وتزوّج أم لا؟

فأجاب: إنّه يتثبّت في أمرها حتّى ييأس من العثور على صدقها أو كذبها، أو تثبت كونها طارئة من بلد بعيد يتعذّر معه الكشف عن حال الزوج، فتستحلف حينئذ اليمين الواجبة في مثل هذا، وأنّها صادقة فيما ذكرت، ويوقع الطلاق عليها، ويكتب لها الحاكم أنّه أوقع عليها الطلاق بشرط أن يكون الأمر كما ذكرت"[2].

وقد جعل ابن فرحون هذه المسألة وغيرها ممّا يماثلها تحت عنوان:

"الحكم المعلّق على شرط صدق المدعي...."[3]

**الأثر الرابع: اللزوم:**

اللزوم في اللغة يأتي بمعنى الثبات والدوام يقال: "لَزِمَ الشيءُ يلزَم لزوماً، ثَبَتَ ودام"[4].

واللزومُ في الاصطلاح القضائي له ارتباط قويّ بالمعنى اللغوي حيث يعني لزوم الحكمِ ثباتَه ودوامه، وهذا يظهر من خلال النظر في مظاهر اللزوم، كعدم جوازِ

---

(١) روضة القضاء ١٤٧/١.

(٢) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام ٩٧/١.

(٣)انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام ٩٧/١.

(٤) انظر: الفيومي: المصباح المنير ٥٥٢/٢.

الرجوع عن الحكم، وعدم جواز نقضه وغيرها.

وفكرة اللزوم في الحكم أيضاً تشابه الفكرة ذاتها في آثار العقود، حيث لا يستطيع أحدُ الطرفين بعد العقد التحلل من قيده، والرجوع عن العقد إلا وفق ما يقرره التشريع المنظم للقعد[1].

وقد نصّ الإمام ابن نجيم على اللزوم كأثرٍ للحكم القضائي بشكل جلي في مقدمة شرحه لكتاب القضاء من متن الكنز حيث قال:

"السابع: في أحكامه[2]، فمنها بالنسبة إلى الحكم اللزوم فليس لأحد نقضه حيث كان مجتهداً فيه ومستوفياً شرائطه الشرعيّة"[3].

وقال الإمام الشوكاني أيضاً مبيناً أساس اللزوم في الحكم في كتابه السيل الجرار: "إن مرجعَ لزومِ حكمِ الحاكم ووجوب امتثاله، وتحريم نقضه يرجع إلى كونه مطابقاً للحقّ، وعدم لزومه، وجواز نقضه، يرجع إلى كونه مخالفاً للحقّ"[4].

والحكم الذي استكمل شرائطه واستحقّ وصف اللزوم يشمل في نطاق لزومه الحاكم الذي أصدره، والحكامَ الآخرين، والمحكوم له، والمحكوم عليه، والمحكوم به أيضاً.

فلزوم الحكم للحاكم الذي أصدره يظهر في عدم جواز رجوعه عنه، ولزومه للحكّام الآخرين. يظهر في عدم جواز نقضه وفي وجوب احترامه، ولزوم الحكم للخصم المحكوم له وعليه يظهر في عدم جواز إعادة طرح النزاع من جديد، ولزوم الحكم وأثره على المحكوم به (الشرع المطبّق) يظهر في رفع الخلاف الفقهي إن كان ثمّة خلاف.

---

(١) انظر في لزوم العقد: الزرقا: المدخل الفقهي العام ١/٤٣٥-٤٤٤، والزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢٣٣.

(٢) أي أحكام القضاء.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/٢٨١.

(٤) السيل الجرار ٤/٣٠٣.

**وبيان ذلك في المسائل التالية:**

**المسألة الأولى: لزوم الحكم للمحكمة، وعدم جواز رجوع القاضي عن حكمه:**

إذا صدرَ الحكم بعد استيفاء الشروط المطلوبة فيه، فلا يجوز للقاضي الرجوع عنه، ويلزم الخصوم به، ويصبح جاهزاً لتنفيذ مضمونه، وذلك لتكتسب أحكام القضاء صفة الاستقرار والثبات، فإذا قال القاضي بعد أن أصدر الحكم: رجعتُ عن حكمي، أو رجعتُ عن قضائي، أو وقعت في تلبيس الشهود، أو غير ذلك ممّا يعدّ رجوعاً عن قراره فهذا كلّه لا يصحُّ والحكم ماض نافذ[1].

وقد استثنى الفقهاء من هذا المبدأ عدّة حالات يجوز فيها للقاضي الرجوع عن حكمه، والرجوع عن الحكم هو بمثابة نقض له، **وهذه الحالات هي**[2]:

**الحالة الأولى**: إذا ظهر للقاضي أنّه أخطأ في حكمه، والمقصود بالخطأ هنا هو الخطأ بالحكم الشرعي، **وهذا الخطأ على نوعين:**

– **النوع الأول**: الحكم المخالف للنص أو الإجماع أو القياس فهذا النوع ينقضه القاضي بنفسه ويرجع عنه بلا خلاف بين العلماء.

– **النوع الثاني**: أن يكون الخطأ في المسائل الاجتهاديّة التي اختلف الفقهاء في حكمها، وهذا النوع يعرف بتغيّر الاجتهاد، فالقاضي حينما يصدر حكمه ظن أنّ ما رآه هو الصواب، ولكنّه بعد الإصدار بحث واجتهد ورأى أنّ رأيه الأول خطأ فاجتهاده قد تغير إذن.

---

(١) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٣٩١/٢، الرملي: نهاية المحتاج ٣١٠/٨.

(٢) انظر: الحصكفي الدر المختار مع ردّ المحتار ٤٢٣/٥، ابن نجيم: البحر الرائق ومعه منحة الخالق على البحر الرائق ٢٨١/٦، الأشباه والنظائر معه غمز عيون البصائر ٣٤١/٣، الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٧٣/٣، ابن عابدين: ردّ المحتار ٤٢٣/٥، الفتاوى الهندية ٣٤١/٣.

**وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع إلى قولين:**

**القول الأول:** للجمهور[1] من الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة وهو قول مطرّف وابن الماجشون وسحنون من المالكيّة، يرون عدم جواز الرجوع عن الحكم في مثل هذه الحالة، وذلك لأن الحكم وقع صحيحاً وقت صدوره كما لو تغيّر اجتهاد المصلي في القبلة بعد ما صلى لا يعيد، وقد ثبت عدم جواز النقض بفعل الصحابة. فقد روي أنّ سيّدنا عمر قد حكم في المسألة المشتركة بإسقاط الأخوة من الأبوين في قضيّة، ثم شرك بينهم وبين الأخوة لأم في قضيّة أخرى بعدها. وسئل عن ذلك فقال: تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم[2].

**القول الثاني:** هو لابن القاسم من المالكية ولأبي ثور والظاهرية، ويرون أنّ للقاضي أن ينقض جميع ما بانَ له خطؤه من الأحكام، أي أنّه إذا حكم بحكم ورأى أنّه أخطأ فعليه أن يرجع عنه، وإن كان ممّا يجتهد فيه، قال ابن القاسم: "إذا قضى بقضية فيها اختلاف بين العلماء، ثم تبين له أنّ الحق في غير ما قضى به، فلينقض قضيته وإن كان أصاب بالأول قول قائل من أهل العلم"[3].

واستدل أصحاب هذا القول بكتاب سيّدنا عمر إلى أبي موسى الأشعري والذي جاء فيه: "ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أنْ تراجع فيه الحقّ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل"[4].

---

(١) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٣٩١/٢، البحر الرائق ٢٨١/٦، الطحطاوي، حاشيته على الدر ١٧٣/٣، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٠٤، ابن عبدالرفيع: معين الحكام ٦٣٨/٢، ابن سلمون: العقد المنظم للحكام ٢٠٢/٢، الحطاب: مواهب الجليل ١٣٨/٦، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ٤١١، وحكى اتفاق العلماء على عدم جواز النقض وليس بصحيح إذ الاختلاف واقع وانظر كذلك: ابن قدامة: المغني ٤٠٦/١١.

(٢) البيهقي: السنن الكبرى ٢٥٥/٦، كتاب الفرائض، باب الشركة.

(٣) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٠٤، البكري: لباب اللباب ص ٢٥٩، النباهي: المرقبة العليا ص ٨، الحطاب: مواهب الجليل ١٣٨/٦، ابن قدامة: المغني ٤٠٤/١١.

(٤) كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري، رواه البيهقي والإمام أحمد والدارقطني وغيرهم وقال عنه ابن القيم: وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، انظر: البيهقي =

أضف إلى ذلك أنّ هذا الحكم قد ظهر أنّه خطأ فوجبَ الرجوع عنه[1] وقد اشترط المالكيّة لتطبيق هذا القول بأن يبقى القاضي على ولايته فإن ماتَ أو عُزل أصبح الحكم حجّة ولا يجوز نقضه[2].

**الحالة الثانية:** إذا كان القاضي قد استند في حكمه على علمه الشخصي فله الرجوع عنه[3].

**الحالة الثالثة:** إذا حكم في مسألة اجتهاديّة بخلاف مذهبه عمداً أو سهواً، وكان الحاكم مقلداً، فهذا يرجع عن حكمه وينقضه، أما إن كان مجتهداً فلا[4].

**الحالة الرابعة:** إذا حكم في قضيّة مستنداً إلى بيّنة معيّنة كشهادة الشهود مثلاً، ثم ظهر بعد القضاء أنّ الشهود عبيد أو محدودون في قذف أو أي سبب يبطل الاستناد إلى شهادتهم في الحكم، ففي هذه الحالة يرجع القاضي عن حكمه، وإن لم يكن هذا السبب متعلقاً به، وذلك لظهور بطلان سبب الحكم[5].

**الحالة الخامسة:** إذا حكم القاضي بالظن والتخمين من غير نصّ إلى اجتهاد في الأدلة، والحكم بالظن فسق وظلم وخلاف الحق فعلى القاضي أن يرجع عنه ويفسخه ويجتهد في الحكم من جديد[6].

ويشترط لصحّة الرجوع عن الحكم في صيغة النقض أو الفسخ أن يصرح بالرجوع عن الحكم أو نقضه أولاً، وأن يصرحَ بالرجوع والفسخ، كما لايجوز له أن

---

= السنن الكبرى ١٠/١١٩، ١٥٠ وابن القيم: إعلام الموقعين ١/٨٥ وما بعدها، وابن قدامة: المغني ١١/٤٠٤، وابن حجر العسقلاني: التلخيص الكبير ٤/١٩٦.

(١) انظر: ابن قدامة: المغني ١١/٤٠٤.

(٢) انظر: ابن عبد الرفيع: معين الحكام ٢/٦٣٨، ٦٣٩، الحطاب: مواهب الجليل ٦/١٣٨.

(٣) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٢/٣٩١، ابن عابدين: ردّ المحتار ٥/٤٢٣.

(٤) الحصكفي: الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/٤٠٨-٤٠٩، ابن عبد الرفيع: معين الحكام ٢/٦٣٩، ابن غازي: الكليات الفقهية ٢/٧٨٤، المواق: التاج والإكليل ٦/١٣٨.

(٥) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٨١، الحموي: غمز عيون البصائر ٢/٣٤٢-٣٤٣.

(٦) انظر: ابن عبد الرفيع: معين الحكام ٢/٦٣٩، ابن مفلح: ٦/٤٤٧.

يرجع عن الحكم ويصدر حكماً بديلاً عنه بنفس الصيغة، كما لو قال مع الفسخ: وقضيت للآخر، قال ابن الماجشون: "لأنه لا يقضي حتى يضرب للمقضي عليه الآجال والحجج..."[1].

**المسألة الثانية: لزوم الحكم للقضاة كافة:**

يظهر أثر لزوم الحكم للقضاة الآخرين في وجوب احترامهم لذلك الحكم وعدم التعرض له، كما أن الأصل في الأحكام في الشريعة الإسلامية أنّها محمولة على الصحّة[2] ولا توصف بغير ذلك إلا بدليل معتبر.

**وقد تمثل لزوم الحكم لغير القاضي المصدر له في قيدين:**

**القيد الأول: عدم جواز تعقب أحكام القاضي السابق:**

والتعقيب إنما يكون في حالة انتهاء ولاية القاضي الذي أصدر الحكم ثمّ أتى بعده قاض آخر، وللفقهاء في هذه المسألة **اختلاف نبينه فيما يلي:**

١- ذهب المالكيّة والشافعيّة في أحد الوجهين، وهو المنقول عن الإمام الشافعي، والحنابلة في قول إلى أنّ أحكام القاضي العدل العالم لا تتعقّب، وكلها نافذة ولازمة إذا كانت مستكملة لشروط اللزوم والصحة[3].

قال ابن غازي: "كل قاض عدل عالم لا تتعقب أحكامه"[4] وقال ابن قدامة "وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله، لأن الظاهر صحتها وصوابها، وأنه لا يولى إلا من هو من أهل الولاية"[5].

---

(١) انظر: ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٠٤-٣٠٥، ابن عبد الرفيع: معين الأحكام ٢/٦٣٩-٦٤٠.

(٢) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحه للحموي ٢/٣٣٦، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص١٢٤.

(٣) انظر: النباهي: المرقبة العليا ص ٨-٩، ابن فرحون: تبصرة الحكام ١/٥٨، الخرشي: شرح المختصر: ٧/١٦٢-١٦٣، الشافعي: الأم ٦/٢٠٤، ابن أبي الدم ص١٢٤، النووي: روضة الطالبين ١١/١٢٩-١٥١، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢٣.

(٤) الكليات الفقهية ٢/٧٧.

(٥) المغني: ١١/٤٠٧.

وقال ابن أبي الدم: "إذا عزل وولّي آخر مكانه، فليس عليه أن يتعقب أحكام من قبله، لأن الظاهر من أحكامه الصحة"[1] وقال النووي: "ليس على القاضي تتبّع أحكام القاضي قبله، لأن الظاهر منها السداد"[2]، فهذه النصوص الفقهية، وغيرها تدل على أن أحكام القاضي العدل العالم المستوفية لشروطها المطلوبة فيها تكون حجة ولازمة للقضاة الآخرين، وفي ذلك استقرار للأحكام ولمعاملات الناس.

٢- ذهب الحنابلة في القول الثاني عندهم وهو الراجح، والشافعية في قول ثان إلى جواز تعقب أحكام القاضي السابق فما كان موافقاً للشريعة نفذ وما خالفها نقض[3].

٣- ذهب الحنابلة في قول ثالث إلى وجوب تعقب أحكام القاضي السابق[4] وتتبعها، غير أنّ فقهاء المذهب المحققين ردّوا هذا القول ورجّحوا الجواز فقط.

**القيد الثاني: عدم جواز نقض الحكم القضائي الصحيح:**

إذا رفع الحكم لقاض آخر على سبيل الطعن به، كما لو رأى المحكوم عليه أنّ الحكم غير صحيح، وأنّه قد أصابه ظلم من جرائه، فرفع الحكم لقاض آخر لينظر مدى موافقته للصواب والحق، أو أن القاضي الذي تولى حديثاً قام بتتبع أحكام القاضي الذي قبله، ففي هذه الحالات يمتنع على القاضي نقض أي حكم ليس مستوجباً للبطلان، فالأحكام الصحيحة لا تبطل بإبطال أحد كأصل عام إلا استثناء في حالات البطلان التي سيأتي ذكرها في باب بطلان الأحكام.

وفي ذلك يقول الإمام الشوكاني: "إذا كان الحاكم الذي حكم جامعاً للشروط المتقدمة فقد صار حكمه لازماً للمحكوم عليه يجب أن يتلقاه بالسمع والطاعة.... فإن

---

(١) أدب القضاء ص ١٢٤.

(٢) روضة الطالبين ١٢٩/١١.

(٣) انظر: ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٢٥، النووي: روضة الطالبين ١٢٩/١١، برهان الدين بن مفلح: المبدع شرح المقنع ٤٩/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٢٣/١١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٧٨/٣.

(٤) انظر: ابن مفلح: المبدع شرح المقنع ٤٩/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٢٣/١١.

كان هذا الحاكم المتأهل قد أصاب الحق في حكمه فلا شك ولا ريب أنّه لا يجوز لمسلم كائناً من كان أن يتعرض لنقض هذا الحكم بل لا يجوز لمسلم أن يترك الامتثال له فضلاً عن أن يحاول نقضه ومخالفته"[1].

والحكم القضائي إمّا أن يكون اجتهادياً أو غير اجتهادي، وغير الاجتهادي يكون في الأمور المنصوص عليها في الكتاب والسنة أو الإجماع أو القياس الجلي، فهذا الحكم الموافق لهذه الأدلة لا يمكن نقضه من أي أحد، أمّا المخالف لها فينقض بالاتفاق.

وكذلك الأمر في الحكم الاجتهادي، فإنه يكتسب صفة اللزوم ولا يجوز نقضه، وإن كان في مواضع اختلاف الفقهاء، وذلك لأن الخلاف قد رفع بالحكم، ثم إن الاجتهاد الثاني ليس بأولى من الاجتهاد الأول، وعلى ذلك وضعت القاعدة الفقهية التي تقول "الاجتهاد لا ينقض بمثله"[2] وهذه القاعدة أجمع عليها الصحابة[3] منذ عهد أبي بكر وعمر، فقد ورد أنّ أبا بكرٍ حكم في مسائل خالفه فيها عمر -رضي الله عنه- ولم ينقض حكمه. وقد أجمع الفقهاء أيضاً على هذا الحكم تبعاً لإجماع الصحابة[4]، وأساس ثبات الحكم الاجتهادي ولزومه هو الحفاظ على استقرار الأحكام ، فلو نقض القاضي الثاني حكم القاضي الأول، لجاز للثالث أن ينقض الحكم الثاني، والرابع ينقض حكم الثالث وهكذا لا تنتهي سلسلة النقض، فلا بدّ من إكساب الحكم الأول صفة اللزوم إن كان مستكملاً لشروط اللزوم والصحّة.

وعلى ذلك يكون الحكم الأول هو الصحيح المكتسب لصفة الحجيّة واللزوم، أمّا الثاني فلا، وقد نصّ الفقهاء على أنّ القاضي إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك، ثمّ

---

(١) السيل الجرار ٣٠٢/٤.

(٢) انظر: المادة ١٦ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) انظر: الهيتمي: الفتاوى الكبرى ٢١١/٢، أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية ص ١٠٣.

(٤) انظر: المراجع السابقة نفسها وكذلك: السمرقندي: ميزان الأصول ص ٧٥٦، ابن قاضي سماوه: جامع الفصولين ٢٠/١، ابن نجيم: البحر الرائق ٨/٧، ابن عابدين: ردّ المحتار ٣٩٤/٥، النباهي: المرقبه العليا ص ٨-٩، السيوطي: الأشباه والنظائر ص ١٠٢، المجد ابن تيمية: المحرر في الفقه ٢١٠/٢.

رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها، حتى لو قضى بإبطالها ونقضها ثم رفع إلى قاض آخر فإن هذا القاضي الثالث ينفذ قضاء الأول ويبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد؛ والقضاء في موضع الاجتهاد نافذ بالإجماع، فكان الثاني بقضائه مبطلاً للأول مخالفاً للإجماع، ومخالفة الإجماع ضلال وباطل، فلا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثالث أن يبطلها وينقضها -أي الأحكام والقضايا- وإن كان رأيه بخلاف ذلك"[1].

**المسألة الثالثة: لزوم الحكم من حيث أثره على المحكوم به (رفع الخلاف الفقهي):**

اتّفق الفقهاء[2]، على أن حكم الحاكم في المسائل الاجتهاديّة المختلف فيها بين الفقهاء يرفع الخلاف فيها، وتصبح لازمة متفقاً عليها بمقتضى الحكم.

ويقصد برفع الخلاف بالحكم القضائي "أنه لا يجوز للقاضي المخالف نقض الحكم فيها وليس معناه أنّ هذه الجزئية يصير الحكم فيها عند المخالف مثل ما حكم به فيها، إذ الخلاف بين العلماء موجود على حاله"[3] وكذلك الأمر بالنسبة للمفتي فلا يستطيع أن يقول فيما صدر به حكم أنّه باطل، وإنما له أن يفتي في غير الحادثة بما يراه، أما التي صدر بها حكم فلا يستطيع ذلك، **ومن الأمثلة على رفع الحكم للخلاف ما يلي**[4]:

١- إذا حكم حاكم بصحّة وقف المشاع، ثم رفعت الواقعة لمن كان يفتي ببطلانه، فلا يجوز له نقضه، وإنّما عليه أن ينفذه ويمضيه، فالخلاف في هذه الواقعة

---

(١) الرملي: الفتاوى الخيرية ٢/٢، وانظر: الكاساني: البدائع ١٤/٧.

(٢) انظر: الطحطاوي: حاشيته على الدر ٢٠٨/٣، الحموي: غمز عيون الصائر ٣١٢/٢-٣١٣، الرملي: الفتاوى الخيرية ١٤/٢-١٥، القرافي:الفروق ١٠٣/٢، الحطاب: مواهب الجليل ١٣٨/٦، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٨/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٦٦/٧، الدردير: الشرح الكبير ١٥٦/٤، جعيط: الطريقة المرضيّة ص٢٦١، الزركشي: المنثور في القواعد ص ٦٩، ابن مفلح: الفروع ٤٥٢/٦، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٤٧٤/٣، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص٥٩١، السعدي: إرشاد أولي البصائر ص ٢١١.

(٣) الزرقاني: شرح المختصر ١٤٨/٧.

(٤) انظر: القرافي: الفروق ١٠٣/٢، الخرشي: شرح المختصر ١٦٦/٧، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٨/٧.

يرتفع حتّى في المستقبل.

٢- إذا حكم حاكم بصحة عقد النكاح بين رجل قال للمرأة: إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها، فإذا رفع هذا العقد لقاض مالكي فلا يجوز له نقضه وإيقاع الطلاق.

والحكم الذي يرفع الخلاف هو الحكم الذي صدر صحيحاً مستوفياً لجميع شروطه، مع ملاحظة أنّ الحنفية يرون قصر رفع الخلاف على أحكام القضاة دون المحكّمين خلافاً للمالكية الذين لا يفرقون بين القاضي والمحكّم في هذا الأثر[1].

## المطلب الثاني

## حدود آثار الحكم القضائي

- أولاً: مدى تأثير الحكم على الصفة الحقيقية للنزاع (نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً).
- ثانياً: مدى تأثير الحكم على معتقدات الخصوم.
- ثالثاً: الأثر الكلّي والجزئي للحكم.

**أولاً: مدى تأثير الحكم على الصفة الحقيقية للنزاع (نفاذ القضاء ظاهراً وباطناً).**

هذه المسألة تعني: هل يعتبر الحكم القضائي عنوان الحقيقة، بحيث إن المحكوم له إذا كان قد أتى ببيّنة مزوّرة، واستطاع الحصول على المدعى به بموجب حكم القاضي المستند إلى تلك البيّنة الكاذبة، فهل يصبح المحكوم به حلالاً له مع أنّه غير محق، وفي الأصل هو محرم عليه؟ وبالعكس أيضاً فهل يصبح المحكوم به محرّماً على المحكوم عليه وفق بينة الزور والبهتان، مع أنّه في الأصل حلال عليه؟

---

(١) انظر: الحصكفي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ٣/٢٠٨، الدردير: الشرح الكبير ٤/١٣٦.

وهذه المسألة تعرف بمسألة نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً **وبيانها على النحو التالي**[1]:

أ- اتفق الفقهاء جميعاً على أن جميع الأحكام تنفذ ظاهراً، وهذه النقطة لا تحتمل الخلاف، لأن الحكم الحائز على الشروط الشرعيّة واجب النفاذ وملزم، إذ لا فائدة للحكم إذا لم يكن ملزماً، والأحكام عادة كلّها ملزمة، ونافذة من حيث الظاهر.

ب- اتّفق الفقهاء على أنّ حكم الحاكم ينفذ ظاهراً وباطناً إذا كان مبناه على أصل صادق، أي سبب صحيح معتبر كالشهادة الصادقة في حقيقتها، وكان الحكم في محل متفق عليه بين الفقهاء[2]، والسبب في ذلك أنّ الحكم مطابق للحقيقة.

جـ- اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم في الأملاك المرسلة ينفذ ظاهراً فقط، ولا ينفذ باطناً إذا كان مبناه على أصل كاذب كشهادة الزور مثلاً. والأملاك المرسلة هي الأملاك التي لم يذكر لها سبب معيّن للتملّك، لأن الملكيّة لابدّ لها من سبب[3].

والسبب في عدم نفاذ الحكم باطناً في الأملاك المرسلة هو تعذر إنشاء الحكم فيها،

---

(١) انظر أحكام هذه المسألة في المصادر والمراجع التالية: السرخسي: المبسوط ١٦/١٨٠-١٨٦، السمناني: روضة القضاة ١/٣٢٠، الكاساني: البدائع ٧/١٠، ابن الهمام: شرح فتح القدير مع الهداية ٦/٣٩٨، داماد: مجمع الأنهر ٢/١٧٠، منلاخسرو: درر الحكام ٢/٤٠٩، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٩٦-١٩٧، ابن عابدين: ردّ المحتار ٥/٤٠٥، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٠، النباهي: المرقبة العليا ص ٧، ابن فرحون: التبصرة ١/٥٩-٦٠، الحطاب: مواهب الجليل ٦/١٣٨، الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٤٨، الخرشي: شرح المختصر ٧/١٦٦-١٦٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٥٦، الشافعي: الأم ٧/٤٢، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٦٨، النووي: الروضة ١١/١٥٢-١٥٣، الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول ص ٢٧٤، الزركشي: المنثور في القواعد ٢/٦٩-٧٠، الدمشقي: رحمة الأمة ص ٤١، السيوطي: الأشباه والنظائر ص١٠٢، الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٨١، الشربيني: مغني المحتار ٤/٣٩٧، ابن قدامة: المغني ١١/٤٠٧-٤٠٩، المجد بن تيمية: المحرر في الفقه ٢/٢١٠، ابن مفلح: المبدع ١٠/٩٩-١٠٠، المرداوي: الإنصاف ١١/٣١٢-٣١٣، ابن حزم: المحلّى ٩/٤٢٢، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢/٣٣٨، ابن حجر: فتح الباري ١٣/١٧٥-١٧٧، الشوكاني: السيل الجرار ٤/١٨٨، فتح القدير ١/١٨٨، صديق خان: عون الباري ٤/١٢٥، القاسمي: محاسن التأويل ٣/١٢٨.

(٢) انظر: النووي: روضة الطالبين ١١/١٥٣.

(٣) منلا خسرو: درر الحكام في شرح غرر الأحكام ٢/٤٠٩.
الطحطاوي: حاشيته على الدر المختار ٣/١٩٧.

لأن أسباب التملّك كثيرة، ولا يمكن ترجيح أحدها على الأخرى بغير دليل، وبما أنّها مرسلة، فمتعذر إثبات سبب يخالف الواقع، لذا لا تنفذ إلا ظاهراً فقط.

ومثال هذه الحالة أن يدّعي ملكيّة شيء دون أن يذكر سبب تملّكه، ويأتي بشهود زور، لا يحل له أخذه، وكذلك إذا ادّعى أمة ولم يذكر سبب تملّكها لا يحلّ له وطؤها بالإجماع[1].

د- اتفق الفقهاء أيضاً أن حكم الحاكم بثبوت النكاح الذي بني على إقرار الطرفين عليه، وهما يعلمان أنه لا نكاح بينهما، لا ينفذ باطناً وإن نفذ ظاهراً، وذلك لأن الإقرار إنّما هو لإظهار عقد سابق على الحكم، ولا يكون الحكم إنشاء للعقد، فلا ينفذ حينئذ[2].

هـ- اختلف الفقهاء في حكم الحاكم إذا كان مبناه على أصل صادق ولكنّه في محل اختلاف الفقهاء. فذهب الجمهور في الراجح عندهم إلى نفاذه ظاهراً وباطناً، وذلك لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع، وذهب بعض الشافعيّة وبعض الحنابلة إلى نفاذه ظاهراً فقط[3].

و- اختلف الفقهاء في المسائل التي للقاضي ولاية إنشاء الأحكام فيها كالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق هل ينفذ حكمه باطناً وظاهراً في حالة كونه مستنداً إلى بيّنة زورٍ أم لا؟

**وللفقهاء في هذه المسألة قولان[4]:**

**القول الأول:** وهو لجمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكية والشافعيّة والحنابلة والظاهرية والأوزاعي وأبي ثور، وذهبوا إلى أن حكم القاضي لا ينفذ باطناً في مثل

---

(١) انظر: داماد: مجمع الأنهر ١٧١/٢.

(٢) انظر: السرخسي: المبسوط ١٨١/١٦.

(٣) انظر: النووي: روضة الطالبين ١٥٣/١١، الزركشي: المنثور في القواعد ٦٩/٢-٧٠، المرداوي: الإنصاف ٣١٢/١١.

(٤) انظر: المراجع السابقة المذكورة في أول بحث هذه المسألة

تلك الحالة، ولا يحلّ ما كان حراماً قبل الحكم، ولا يغيّر الشيء عن صفته الأصليّة، ويبقى ما بين المحكوم له وبين الله على صفته لا يؤثر عليه الحكم شيئاً.

**القول الثاني**: وهو للإمام أبي حنيفة، ولأبي يوسف في قوله الأول، وهو رواية عن الإمام أحمد، وقول لفريق من المالكية، (وقال به من الصحابة علي بن أبي طالب وابن عمر، ومن التابعين الإمام الشعبي[1]) وذهب أصحاب هذا القول إلى أنّ حكم القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً ويزيل الشيء عن صفته، بحيث يحلّ للمحكوم له، وإن كان قد حصل على الحكم ببينة مزورة، وذلك بالشروط التاليّة[2]:

١- أن يكون للقاضي ولاية إنشاء مثل ذلك التصرف.

٢- أنْ لا يعلم القاضي بأنّ الشهود كاذبون وشهادتهم زور.

٣- أن يكونَ محل المحكوم به قابلاً للإنشاء، فمثلاً إذا حكم القاضي بناء على شهادة الشهود (زوراً) بأنّ فلانة زوجة فلان وكانت المحكوم عليها أخته من الرضاعة، أو زوجة الغير، فهذا الحكم "المحل فيه" غير قابل لإنشاء الزواج، لأنّها على ذمّة الغير، أو العقد عليها محرّم، ولذلك الحكم هنا لا ينفذ باطناً.

**ومن الأمثلة: التي ذكرها الحنفية على هذا النوع ما يلي[3]:**

**المثال الأول**: رجل ادّعى على امرأة نكاحاً وهي تجحد، وأقام عليها شاهدي زور، فقضى القاضي بالنكاح بينهما، فعلى رأي أبي حنيفة ومن معه يحلّ للرجل وطؤها، ويحل للمرأة تمكينه من ذلك؛ لأن حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً، أمّا عند جمهور الفقهاء فإن هذه المرأة لا تكون زوجة للمحكوم له، ولا يحل وطؤها، ولا يحلّ لها تمكينه من ذلك، وعليها الامتناع ما أمكنها، فإن أكرهها فالإثم عليه دونها، وإن

---

(١) انظر: الجصاص: أحكام القرآن ١/٢٥٣.

(٢) انظر: الحصكفي: الدر المختار مع رد المحتار ٥/٤٠٥، الكاساني: بدائع الصنائع ٧/١٥، داماد: مجمع الأنهر ٢/١٧٠.

(٣) انظر هذه الأمثلة: السرخسي: المبسوط ١٦/١٨٠، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٠-٣٥٣، ابن قدامة: المغني ١١/٤٠٨-٤٠٩.

وطئها فعليه الحدّ عند فريق من الفقهاء؛ لأنّه وطئها وهو يعلم أنّها أجنبية، وعند الفريق الآخر يعتبر الحكم شبهة تدرأ الحد عنه.

**المثال الثاني**: لو تعمد رجلان الشهادة على رجل أنّه طلق امرأته، فقبل القاضي شهادتهما، وحكم بالتفريق بين الزوجين، فعلى رأي أبي حنيفة ومن معه يجوز لأحد الشاهدين أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها، وهو عالم بتعمده الكذب، وعند الجمهور لا يحل له ذلك، وهي باقية على ذمّة زوجها الأول باطناً، ويكره له أن يجتمع بها ظاهراً، أمّا زواجها من الثاني فلا يصح إذا كان يعلم حقيقة الحال، فإن وطئها الثاني فللفقهاء رأيان في وجوب الحد عليه؛ لأنّه وطىء امرأة الغير عالماً بذلك، فالحكم لا يُحلُّ الحرام ولا يحرِّمُ الحلالَ.

**الأدلـــــــــــة:**

**أدلة القول الأول (الجمهور):**

١- استدلوا بقوله تعالى: ﴿**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾ [البقرة:١٨٨].

قال ابن عباس: "هذا في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بينة، فيجحد المال ويخاصم إلى الحكّام، وهو يعرف أنّ الحقّ عليه، وهو يعلم أنه آثم آكل الحرام"[(١)].

وقوله تعالى: ﴿**بِالْبَاطِلِ**﴾ أي لا تأخذوها بالسبب الباطل الذي لم يبحه الله تعالى، وقوله: ﴿**وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ**﴾ تحتمل معنيين: الأول: تعطوها لحكام السوء على وجه الرشوة؛ ليعينوكم على أكل أموال الناس، والثاني: أن ترفعوا أمر هذه الأموال إلى الحكام على سبيل المخاصمة.

وقوله: ﴿**لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ...**﴾ يعني لتأكلوا بواسطة حكم الحكام الفاسد أموال النّاس.

---

(١) ابن كثير: التفسير ٢٢٤/١، القاسمي: التفسير ١٢٨/٣.

وقوله: ﴿وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ أي وأنتم تعلمون أنكم على الباطل، قال الراغب الأصفهاني: "إن خفى ظلمكم على الناس فإنه لا يخفى عليكم، تنبيهاً على أن الاعتبار بما عليه الأمر في نفسه، وما علمتم فيه لا بما يظهر"[1].

٢- استدلوا بقوله ﷺ: «إنّما أنا بشر وأنّه يأتيني الخصم، فلعلّ بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنّه صادق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النارِ فليأخذها أو ليتركها»[2].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنّ الرسول يخبر المتخاصمين أنه يحكم على حسب ما يسمع، فيحكم على وفق الحجّة المقدمة، فإن كانَ منْ حَكَمَ له غير محقّ، وأخذ المحكوم به، فإنّما أخذ قطعة من نار، ولو كان حكم الحاكم يحل الحرام، لما نهى الرسولُ ﷺ المحكوم له عن أخذ ما ليس بحقه وإن حكم له به، قال ابن حجر في فوائد هذا الحديث: "أن من احتال لأمر باطل بوجه من وجوه الحيل حتى يصير حقاً في الظاهر، ويحكم له به، أنّه لا يحل له تناوله في الباطن، ولا يرتفع عنه الإثم بالحكم"[3] وقد بوب الإمام البخاري لهذا الحديث بـ"باب من قضي له بحقّ أخيه فلا يأخذه فإن قضاء الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً"[4].

٣- روى البخاري عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: "كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك، فلمّا كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي، قد كان عهد إليّ فيه، فقام إليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى رسول الله ﷺ فقال

---

(١) الجصاص: أحكام القرآن ١/٢٥٠، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٣٨، الشوكاني: فتح القدير ١/١٨٨، القاسمي: محاسن التأويل ١/١٢٦-١٢٧ بتصرف.

(٢) هذا الحديث تقدم تخريجه.

(٣) فتح الباري ١٣/١٧٤.

(٤) البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ١٣/١٧٢، كتاب الأحكام، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، فإن قضاء الحاكم لا يحلّ حراماً ولا يحرم حلالاً، مسلم: الصحيح ٢/١٠٨٠ كتاب الرضاع، باب الولد للفراش.

سعد: يا رسول، ابن أخي، كان عهد إليّ فيه، وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي وُلِدَ على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: هو لك يا عبد بن زمعة، ثم قال رسول الله ﷺ: الولد للفراش، وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة، احتجبي منه، لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتّى لقي الله تعالى"[1].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنّ الرسول ﷺ حكم بالولد لعبد بن زمعة عملاً بالظاهر، وإن كان في نفس الأمر ليس من زمعة، ولهذا أمر ﷺ سودة بنت زمعة بالاحتجاب من الولد المحكوم به احتياطاً للباطن، لأنه رأى أن الولد يشبه عتبة بن أبي وقاص، وقد استدل بهذا الحديث على عدم نفاذ الحكم باطناً إذا كان الباطن خلاف الظاهر الإمامان الشافعي والبخاري رحمهما الله، فقد أورد البخاري هذا الحديث تحت نفس الباب الذي ذكر فيه حديث "إنما أنا بشر..." السابق أما الإمام الشافعي فقد قال أثناء شرحه لحديث « إنما أنا بشر»: ومثل هذا قضاؤه لعبد بن زمعه بالولد، وقوله لسودة احتجبي منه عندما رأى شبهاً بيناً فقضى بالظاهر وهو فراش زمعة[2] ولم يحكم الرسول بالولد لعتبة عملاً بالظاهر؛ لأنّه في هذا الأمر مأمور بالحكم بالظاهر ليتم الاقتداء به وتستقر المعاملات.

٤- استدل الجمهور أيضاً بالإجماع، فقد أجمع الفقهاء على أنّ حكم الحاكم لا يحلُّ حراماً ولا يحرم حلالاً، قال النووي: "والقول بأن حكم الحاكم يحل ظاهراً وباطناً مخالف لهذا الحديث الصحيح -أي حديث إنّما أنا بشر- وللإجماع السابق على قائله، ولقاعدة أجمع العلماء عليها ووافقهم القائل المذكور وهو أن الأبضاع أَوْلى بالاحتياط من الأموال"[3]. ومعنى قوله رحمه الله: أنّ القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً مخالف للحديث الصحيح السابق ذكره، وهو يختص بالأموال، ومخالف للإجماع السابق على أبي حنيفة، ومخالف أيضاً لقاعدة مجمع عليها، والمخالف أيضاً قال بها، وهي أنّ

---

(١) البخاري ومسلم المرجعين السابقين المواضع نفسها.

(٢) الأم: ٦/٢٠٠

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٤٠، ابن حجر: فتح الباري ١٣/١٧٦.

الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال.

وقال الإمام الشوكاني أيضاً: "ولا خلاف بين أهل العلم أن حكم الحاكم لا يحلّ الحرام ولا يحرّم الحلال"[1].

٥- استدلوا أيضاً بالقياس على الأملاك المرسلة، فقد أجمع العلماء على أنّ حكم الحاكم فيها لا يحلّل الحرام ولا ينفذ باطناً، بل إن العقود والفسوخ وبخاصّة النكاح والطلاق أولى بالحكم، لأن القاعدة المجمع عليها تقول "إن الاحتياط في الأبضاع أولى من الاحتياط بالأموال"[2].

٦- أن الحكم الذي بني على الشهادة وكانت هذه الشهادة كاذبة، فهو حينئذ بني على سبب باطل، وما بني على باطل فهو باطل لا يفيد حكماً.

٧- الحكم في حقيقته إنّما هو لإظهار الحقّ وليس لإنشائه، فهو لا يغير من حقيقة الشيء المظهر، فالقاضي بحكمه يظهر ويخبر عمّا جاء في الحجة (الشهادة مثلاً) فيتعلق حينئذ بالمخبر عنه على ماهو به، إن صادقاً فصدق، وإن كذباً فكذب، والكذب لا يبيح المحظور، إذ لو أباحه لاستوى الصدق والكذب وهو محال[3].

٨- قال ابن حزم: "وليت شعري ما الفرق بين هذا وبين من شهد له شاهدا زور في أمّه أنّها أجنبيّة وأنّها قد رضيت به زوجاً؟[4] يقصد بذلك أنّ حكم القاضي إذا نفذ ظاهراً أو باطناً لمن شهد له شاهدا زور أنّه زوج لفلانة، وهي ليست زوجته أصلاً، وبين من شهد له شاهدا زور على زوجة الغير أو أمّه أو أخته أنها زوجته، وأنها ليست بذات محرم، وذلك أنّ العلّة في جميع من ذكرت من النساء أنّه لا يباح له وطء إحداهن لعدم وجود سبب يفيد الحل كعقد الزواج.

---

(١) فتح القدير ١/١٨٨.
(٢) القرافي: الفروق ٤/٤٢.
(٣) الزنجاني: تخريج الفروع على الأصول ص ٣٧٤.
(٤) المحلّى ٩/٤٢٢.

**أدلة أصحاب القول الثاني (أبو حنيفة ومن قال بقوله):**

استدل الإمام أبو حنيفة على قوله بنفاذ الحكم في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً بما يلي:

١- بما روي أنّ رجلاً ادّعى على امرأة نكاحاً بين يدي علي ﷺ وأقام شاهدين، فقضى عليّ ﷺ بالنكاح بينهما، فقالت المرأة: والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين، اعقد بيننا حتى أحلّ له، فقال ﷺ: "شاهداك زوجاك"[(١)] . فدل هذا الأمر على أنّ النكاح ثبت بالحكم، وإن لم يكن ثابتاً من قبل، وهذا يدل أيضاً أن القاضي له ولاية الإنشاء في هذه الأحكام.

٢- ما روي عن النبي ﷺ أنه فرق بين المتلاعنين وقال لهما: "حسابكما على الله، الله يعلم أنّ أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها"[(٢)]، فالرسول ﷺ فد فرق بين المتلاعنين مع احتمال أن يكون الرجل قد صدق فيما رماها به، قال الطحاوي[(٣)] فلّما خفي الصادق منهما على الحاكم وجب حكم آخر، فحرم الفرح على الزوج في الباطن والظاهر، و لم يرد ذلك إلى حكم الباطن، فلما شهد في المتلاعنين ثبت أن كذلك الفُرَقُ كلُّها"[(٤)] أي أن الحاكم أنشأ الفُرقةَ مع أنَّ أحدهما كاذب، فولاية الإنشاء في هذه المسائل ثابتة.

٣- أن في القول بنفاذ الحكم ظاهراً أو باطناً حكمة بالغة، حيث تستقر العلاقات ولا تتضارب، ومن ذلك أنّه لن يجتمع رجلان على امرأة واحده أحدهما بنكاحٍ ظاهرٍ، والآخر بنكاحٍ باطن، ففي ذلك من القبح ما لايخفى والدين مصونٌ عن مثل

---

(١) السرخسي: المبسوط ١٨١/١٦، السمناني: روضة القضاة ٣٢١/١، ابن قدامة: المغني ٤٠٨/١١.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ١١٣٢/٢، كتاب اللعان، الطحاوي: في شرحه معاني الآثار ١٥٥/٤.

(٣) هو أحمد بن محمّد بن سلامة الأزدي الطحاوي، فقيه، حنفي، محدث، مؤرخ، من مصنفاته: شرح معاني الآثار، المختصر في الفقه، الشروط الصغير ت٣٢١هـ. انظر: اللكنوى: الفوائد البهية ص ٣١-٣٤.

(٤) شرح معاني الآثار ١٥٦/٤.

هذ القبح، ولا يكون القاضي بحكمه ممكناً من الزنا[1]، فالمرأة التي طلقت بشهادة الزور، ثم تزوجها آخر تكون معرضة لأن يطأها الاثنان بحسب القول الأول، فالزوج الأول باقٍ على زوجيته باطناً، فيحل له وطؤها، أما الثاني فهي زوجته ظاهراً ويلزمها بالوطء وهذا لا يجوز، وفي القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً تحرم على الأول وتحلّ للثاني ولا تحدث تلك المشكلة.

إضافة إلى ما فيه من ضرر على المرأة حيث تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة، فلا تحل للأول ظاهراً، وإلا تعرّضا للعقوبة لوجود الحكم بالتفريق، كما لا تحل للثاني باطناً ولا يحل لها تمكينه، ولا تستطيع الزواج من آخر، لأنها ما تزال زوجة الأول باطناً، فلا بدّ من دفع هذا الضرر بأن ينفذ الحكم ظاهراً وباطناً.

**المناقشة والترجيح:**

**ناقش الإمام أبو حنيفة أدلة القول الأول بما يلي:**

١- بالنسبة للاستدلال بالآية: ﴿**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**﴾ والحديث "إنما أنا بشر" السابق ذكرهما، فهما بالنص يدلان على عدم نفاذ الحكم باطناً في الأملاك المرسلة، ونحن نقول بذلك أيضاً، وذلك لأن الحاكم ليس له ولاية الإنشاء فيها، فلا وجه للاستدلال بهما على عدم نفاذه في العقود والفسوخ[2].

ويرد على هذا الاعتراض بأنّ الحديث جاء بلفظ العموم، ولذلك لا يجوز تخصيصه بالأموال دون غيرها، كما لا يجوز قصره على سببه، إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

٢- وقد اعترض أيضاً على الاستدلال بالحديث "إنما أنا بشر" بأنه يطبق حيث لا بيّنة ولا يمين، فهو يتعلق بسماع كلام الخصم[3] دونما بيّنة. ويجاب عن هذا الاعتراض

---

(١) السرخسي: المبسوط ١٨٣/١٦.

(٢) انظر: السرخسي ١٨٢/١٦، الطحاوي: شرح معاني الآثار ١٥٦/٤.

(٣) ابن حجر: فتح الباري ١٧٥/١٣.

بأنه اعتراض غير صحيح إذ ورد في الحديث قوله: "ألحن بحجته" أي أدلته، وكذلك قوله "فمن قضيت له" تعني الحكم لا غير.

٣- أمّا الاستدلال بالإجماع فيمكن أن يعترض عليه بأنه لم يثبت حيث روي عن علي وابن عمر والشعبي القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً.

٤- أمّا استدلالهم بالقياس على عدم نفاذ الحكم في الأملاك المرسلة فهو قياس مع الفارق؛ لأن الحاكم في الأملاك المرسلة ليس له ولاية الإنشاء في حين له هذه الولاية في العقود والفسوخ، ويجاب عن هذا الاعتراض بأن أبا حنيفة قرّر أن للقاضي ولاية إنشاء الأحكام في العقود والفسوخ؛ لئلا يقع المحكوم له والمحكوم عليه في الحرام[1] إذا تعمّد الكذب في البيّنة ليحصل على الحكم؛ وفي اعتبار الحكم منشئاً للحق ومبيحاً لما كان حراماً قبله بمثابة مكافأة لمن تعمد الافتراء وشهادة الزور والكذب التي تعدّ من الكبائر، والواجب هنا أن يعامل بنقيض مقصوده، وأن يقال له: إن الحكم لا يحلّل الحرام ولا يحرم الحلال علّه يرتدع.

**مناقشة الجمهور لأدلة أبي حنيفة وأصحاب القول الأول:**

١- بالنسبة للأثر المروي عن سيّدنا علي -ﷺ- فلم يثبت عنه ﷺ، وعلى فرض الثبوت فإنه ﷺ أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه، ولم يجبها إلى التزويج، لأن فيه طعناً على الشهود[2].

٢- أمّا الاستدلال باللعان فإنّ الفرقة إنّما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب، وهو أصل برأسه فلا يقاس عليه، قال ابن قدامة: "فأما اللعان فإنّما حصلت الفرقة به لابصدق الزوج، ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النكاح"[3].

٣- أمّا قوله بأن عدم القول بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً يؤدي إلى الفحش فقد

---

(١) انظر: السرخسي: المبسوط ١٨٢/١٦، ابن حجر: فتح الباري ١٧٦/١٣.
(٢) ابن قدامة: المغني ٤٠٩/١١، ابن حجر: فتح الباري ١٧٦/١٣.
(٣) ابن قدامة: المرجع السابق.

أجاب عنه ابن حجر العسقلاني بقوله: "إن الجمهور إنّما قالو في هذا: تحرم على الثاني مثلاً إذا علم أن الحكم ترتب على شهادة الزور، فإذا اعتمد الحكم وتعمد الدخول بها فقد ارتكب محرماً كما لو كان الحكم بالمال فأكله، ولو ابتلي الثاني كان حكم الثالث كذلك والفحش إنما لزم من الإقدام على تعاطي المحرم، فكان كما لو زنوا ظاهراً واحداً بعد واحد"[1].

**الترجيح:**

بالنظر في أدلّة الفريقين يتضح أنّ رأي الجمهور هو الراجح لقوّة أدلته، ولأنّه يتوافق مع خصيصة من خصائص الشريعة الإسلاميّة ألا وهي الاعتبار الرباني في الأحكام فليس الحكم القضائي عنواناً للحقيقة إلا إذا كان الظاهر مطابقاً للباطن، ولذا لا يحلّل الحرام ولا يحرّم الحلال.

غير أنّه ينبغي تقييد عدم نفاذ الحكم باطناً بالنسبة لمن يعلم حقيقة الأمر، أمّا من لا يعلم فإن له الأخذ بالظاهر، وينفذ حينئذ باطناً بالنسبة له، وذلك كأن يشهد اثنان على رجل أنه طلق امرأته فيحكم القاضي بالتفريق، مع أنه لايعلم أنهما يشهدان زوراً، والمرأة أيضاً لا تعلم حقيقة الأمر، فقد يطلقها الزوج وهي غائبه، ففي هذه الحالة يحلّ لها الزواج استناداً إلى الحكم بالتفريق، ولكن لا يجوز لأحد الشاهدين أن يتزوج بها، لأنهما يعلمان أنهما قد كذبا في شهادتهما، وبالتالي ينفذ الحكم على الزوج ظاهراً وباطناً وعلى الزوجة أيضاً، وذلك لتستقر المعاملات ولا تبقى المرأة معلقة، ويكون حكم القاضي من قبيل الإنشاءات للضرورة، إذ لا يمكن للزوج الذي حكم عليه بثبوت طلاقه منها أن يعاشرها معاشرة الأزواج؛ لأن الظاهر أنّه لم يعد زوجاً للمرأة، والناس جميعاً ملزمون بأحكام الظاهر وإلا حدثت الفوضى -والله أعلم.

**ثانياً: مدى تأثير الحكم على معتقدات الخصوم:**

لا يخلو حال المبتلى بالحكم (المحكوم له أو المحكوم عليه) أن يكون أحد شخصين:

(١) فتح الباري ١٣/١٧٦.

عامياً لا رأي له، أو فقيهاً له رأي واعتقاد في الحكم الشرعي للواقعة محل الحكم القضائي، وهذا يكون في المسائل الخلافية الاجتهادية، **وبيان ذلك على النحو التالي**[1]:

أ- إذا كان المبتلى بالحادثة عامياً لا رأي له فعليه أن يتبع حكم القاضي فيما يحكم به في تلك الحادثة، سواء كان الحكم بالحل أم بالحرمة.

ب- إذا كان المبتلى بالحادثة فقيهاً أو مجتهداً، فقد اختلف الفقهاء في حكمه على **النحو التالي**:

١- ذهب الحنفية إلى التفريق بين حالتين، حالة الحكم بالحلّ، وحالة الحكم بالحرمة:

- فإذا كان الفقيه يعتقد الحل وحكم القاضي بالحرمة فعليه أن يتّبع حكم الحاكم، ويترك رأي نفسه بلا خلاف، ومثال ذلك[2] ما لو قال رجل لامرأته أنت طالق البتّة، وهو يراها واحدة رجعية، فراجعها ورافعته إلى قاض يراها ثلاثاً، فجعلها ثلاثاً وفرّق بينهما، أو كان الزوج يراها واحدة بائنة، فتزوجها ورافعته إلى قاض يراها ثلاثاً وفرّق بينهما، ففي هذين المثالين ينفذ الحكم ظاهراً وباطناً ولا يحل للزوج المقام مع المرأة ولا يجوز لها أن تمكنه من نفسها.

- إما إذا كان الفقيه يعتقد الحرمة وجاء الحكم بالحل فقد اختلف فقهاء الحنفية في هذه الحالة إلى قولين[3]:

**القول الأول**: وهو لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله، وذهبا إلى أن هذه الحالة كسابقتها وأن عليه اتباع الحاكم، ويترك رأيه، ويحل له المحكوم به ظاهراً وباطناً.

**القول الثاني**: وهو لأبي يوسف رحمه الله، ويرى أن الفقيه لا يترك رأي نفسه ولا

---

(١) انظر: السُّغدي: النتف في الفتاوى ٢/٨٦٠-٨٦٢، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٤، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص١٦٩-١٧٠، السيوطي: الأشباه والنظائر ص١٠٢.

(٢) الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٣.

(٣) الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٣٥٤، السغدي:النتف في الفتاوى ٢/٨٦١.

يلتفت إلى إباحة القاضي فيما يعتقده حراماً.

وحجّة أبي حنيفة ومحمد أن حكم القاضي ملزم في حق الناس كافة، لا فرق بين عامي ومجتهد، والقاضي إنّما يحكم بأمر الشرع، وما يصبح مضافاً إلى الشرع فهو بمنزلة النص ولا يترك بالرأي، كما لا يصار إلى الاجتهاد مع وجود النص.

أما أبو يوسف فحجته أنّ المحكوم عليه ملزم بالحكم ظاهراً، أما المحكوم له فلا إلزام عليه؛ لأن القاضي لا يحكم إلا بناء على طلبه، فإذا كان المحكوم له يعتقد الحرمة فهو إذاً يعتقد أنّ القاضي مخطىء في حكمه بالحلّ، فعليه إذن أن لايتبع حكمه، وذلك في مقدوره واستطاعته.

ومثال هذه المسألة: ما لو قال رجل لامرأته أنت طالق البتّة، وهو يراها ثلاثاً، فرافعته إلى قاض يراها واحدة بائنة، أو واحدة رجعيّة، فجعلها واحدة بائنة، أو واحدة رجعيّة، نفذ هذا الحكم باطناً وظاهراً عند أبي حنيفة ومحمد، فيسع الزوج مراجعها أو أن يتزوجها، وعند أبي يوسف -رحمه الله- لا ينفذ هذا الحكم باطناً لما ذكرنا من التعليل.

٢- اختلف الشافعيّة في حكم القاضي في المسائل الاجتهادية إذا كان المحكوم له يرى خلاف **ما ذهب إليه القاضي إلى ثلاثة أقوال**[١]:

**القول الأول**: وهو الأصح وعليه أكثر فقهاء المذهب أنه ينفذ ظاهراً وباطناً، ومثال ذلك ما لو حكم القاضي الحنفي بالشفعة للجار، وكان المحكوم له شافعي المذهب، فينفذ هذا الحكم ظاهراً وباطناً، ويحل للشافعي الأخذ بهذه الشفعة، ولعل الحجّة لهذا القول هي رفع الحكم للخلاف، ولاستقرار المعاملات.

**القول الثاني**: هو للأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني[٢] ويرى أنه لا ينفذ في الباطن

---

(١) ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٦٩، النووي: الروضة ١١/١٥٤، السيوطي: الأشباه والنظائر ص١٠٢.

(٢) هو إبراهيم بن محمّد الإسفراييني، فقيه، شافعي، متكلّم، أصولي، ت سنة ٤١٨هـ بنيسابور، انظر: النووي: تهذيب الأسماء واللغات ١٦٩٢ .

لأن الحق عند الله واحد لا يتغير بحكم القاضي.

**القول الثالث**: وهو لبعض الشافعية ويرون أن الحكم لا ينفذ في الباطن إذا كان المحكوم له عالماً بالدليل، ولذلك لا يحلّ له الأخذ بشفعة الجوار في المثال السابق، أمّا إن كان عاميّاً فينفذ في حقه باطناً، وله الأخذ بالشفعة في تلك الحالة[1].

**ثالثا: الأثر الجزئي والكلي للحكم القضائي:**

يقصد بالأثر الجزئي للحكم: أن يختص الحكم بالواقعة التي صدر فيها وبأطراف النزاع فقط[2].

والأصل في الحكم القضائي أنه جزئي الأثر، فمن حيث الواقعة المحكوم بها يقتصر حكم القاضي في تلك الواقعة عليها فقط، ولا يتعدى لما ماثلها من الوقائع، وعليه أن يجتهد في كل مرة على حدة، فقد يحكم القاضي في واقعة معينة بحكم معين، ثم يتغير اجتهاده، فيحكم بما يخالفه، ولا يؤثر ذلك على ما سبق من أحكام.

وهو أيضاً جزئي الأثر من حيث أطراف النزاع، فلا يُلزم بالحكم غير المحكوم عليه، وهذا كأصل عام، إلا أنّ الفقهاء قد استثنوا حالات يكون الحكم فيها سارياً على غير المحكوم عليه **بيانها على النحو التالي:**

**أ- تعدي الحكم إلى غير المحكوم عليه في المذهب الحنفي[3]:**

الأصل كما قلنا: إنّ الحكم لا يتعدى المحكوم عليه، ولكن استثنى الحنفية عدّة حالات يتعدى الحكم فيها إلى غير المحكوم عليه هي:

١- الحكم بالحرية، وهذا الحكم يعتبر حكماً على الناس كافة، ولذلك لا تسمع

---

(١) المراجع السابقة نفسها.

(٢) انظر: الحطاب: مواهب الجليل ١٣٩/٦، الزرقاني: شرح المختصر مع حاشية البناني ١٤٩/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٦٧/٧، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٤٩.

(٣) انظر: ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٦٦-٦٧، ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٣١٨/٢-٣١٩، علي حيدر: شرح المجلة ٥٢٢/٤-٥٢٣.

دعوى الملك من أحد، بالإضافة إلى أن هذا الحكم يتضمن أحكاماً متعددة كأهلية الولاية والشهادة وغيرها، وحقيقة الحكم بالحرية الأصلية أنه حكم بعدم الرق تجاه المحكوم عليه، وإذا انعدم الرق تجاه شخص ينعدم في حق الكل، ولذلك كان حكماً على الكافة. ويلاحظ أنّ الحكم الذي يعتبر حكماً على الكافة إنما هو الحكم بالحرية الأصلية، أمّا الحكم بالحرية العارضة فلا يتعدى إلى غير المقضي عليه، فهو حكم جزئي.

٢- الحكم بالعتق بعد ثبوت ملك المعتق حتى إذا ادّعى شخص أنّ هذا العبد ملكه بعد الحكم المذكور، لا تسمع دعواه، ويعتبر حكماً على الكافّة، وهذا الحكم يكون حكماً بولاء العتاقة.

٣- الحكم بثبوت النكاح.

٤- الحكم بالنسب.

٥- الحكم بالوقف، وهذا الحكم اختلف فيه الفقهاء الحنفية فبعضهم قال بأنّه جزئي، والآخرون قالوا بأنه حكم على الكافة.

**ب- تعدّي الحكم إلى غير المحكوم عليه في المذهب المالكي[1]:**

الأصل في الحكم أنّه جزئي الأثر عند المالكية أيضاً، ولكنهم استثنوا حالات يكون الحكم فيها كلياً. **هذه الحالات هي:**

**١- الحكم بالصحة والحكم بالفساد:** وذلك كالحكم بصحة الحبس الخالي من الحيازة على المذهب الحنفي، والحكم بصحة الهبة في المشاع على المذهب المالكي، وكذلك الحكم بصحة الوصيّة للمعدوم على المذهب المالكي، ففي الحبس (الوقف) الخالي من الحيازة إذا أقام أحد الورثة دعوى ضدّ مقدّم الوقف أو أحد الموقوف عليهم، وطلب من القاضي الحكم بفساد الوقفية، لأنّه خال من الحيازة، وكان القاضي

(١) جعيط: الطريقة المرضية ٢٤٩-٢٥٠

حنفياً فحكم بصحة الوقف، أو مالكياً وحكم بفساده؛ فإن هذا الحكم يعمم جميع الموقوف عليهم وليس من رفعت الدعوى ضده فقط، والحكم في الوصية للمعدوم، وبصحة الهبة في المشاع كالحكم في الوقف.

٢- **الحكم بالتصفيق**[١]: كأن يطلب أحد المتشاركين في عقار غير قابل للقسمة من شركائه المتحدين معه في المدخل تصفيق العقار لعدم قبوله القسمة، فأجابه أحد الشركاء بالامتناع من تصفيق جمعية، ولا يحضر بقية الشركاء، فيحكم القاضي المالكي بتصفيق جميعه، فالحكم يعمّ المرافع وغيره[٢].

ويلاحظ أنّ هذه الحالات التي ذكرها المالكية ليست من قبيل تعدي الحكم إلى غير المحكوم عليه إلا من حيث الشكل فقط، ولكنها من حيث المضمون لا تعتبر كذلك، وذلك أنّ الفقهاء يقولون بأنّ الحكم على وارث حكمٌ على جميع الورثة إذا كان له نفس الصفة، وكذلك الأمر في الحالات السابق ذكرها إذا كان الذين تعدى الحكم إليهم متصفين بصفات المحكوم عليه المباشر والذي رافع في الدعوى، ومقتضيات العدالة توجب أن يعمّم الحكم عليهم فيعتبرون من ضمن المحكوم عليه، يسري عليهم ما يسرى عليه[٣].

---

(١) التصفيق هو بيع جميع العقار صفقة واحدة، وانظر في ذلك: حاشية البناني على الزرقاني ٦/٢٠٧.

(٢) جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٤٩.

(٣) انظر: ابن عابدين: العقود الدرية ١/٣٠٠-٣٠١، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٩٩، القاري: مجلة الأحكام الشرعيّة ص٥٩٧.

## المبحث الثاني

## آثار الحكم في القانون

### تمهيـــــــــد

لصدور الحكم القضائي آثار تتعلّق بالحق المحكوم به، وكذلك آثار تتعلق بالنزاع وإجراءات التقاضي، ذلك أن الحكم القضائي في القانون شأنه شأن الحكم القضائي في الشريعة، إنما وجد لحكمة معيّنة، وغاية لا تخفى على أحد، ألا وهي إنهاء النزاع، وفصل الخصومة، وذلك هو الأثر المباشر للحكم.

وينبغي ملاحظة أنّ آثار الأحكام في القانون نسبية، أي أنها لا تتجاوز أطراف النزاع الذي صدر الحكم في مواجهتهم، مع أنّ هذه النسبية لا تتعارض مع حجيّة الحكم التي يتمتع بها بعد صدوره صحيحاً، وكذلك لا تتعارض مع حق أي شخص يتضرّر من الحكم بأن يعترض عليه وفق قواعد القانون.

### المطلب الأول

### أثر الحكم على الحق المحكوم به

القاعدة العامة أن الحكم القضائي يكشفُ الحق ويعلنه ويقويه، بمعنى أنّ الحكم القضائي لا ينشىء حقوقاً للمتخاصمين، لأن إنشاء الحقوق ليس من وظائف القضاء، فالحكم الذي يقضي بإلزام المدين بدفع قيمة الدين الثابت في ذمته إنما ينصب على حق

ثابت قبل الحكم[1].

والحكم وإن كان لا ينشيء الحق إلا أنه يثبت للحق مزايا لم تكن قبل الحكم منها[2]:

١- تقوية الحق وتأكيده.

٢- قطع التقادم إن كان سارياً عليه، وتقويته ضد التقادم القصير، فالحق المحكوم به يحتاج إلى التقادم الطويل ليمنع سماع الدعوى به.

٣- تنفيذ الحكم جبراً متى كان قابلاً للتنفيذ.

وإذا كانت القاعدة العامة أنّ الحكم لا ينشيء حقوقاً أو مراكز جديدة للخصوم إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات يكون الحكم فيها منشئاً حقوقاً جديدة أو مراكز قانونية لم تكن من قبل، ولذلك كانت الأحكام القضائية من هذه الحيثية ثلاثة أنواع **على النحو التالي**[3]:

**النوع الأول**: أحكام مقررة، وهذه الأحكام هي الغالبة على أحكام القضاء، لأن الحكم يقرّر ماهو موجود ويكشفه، ويؤكده، فهو لا يضيف جديداً أو أمراً ليس موجوداً من قبل، ومن أمثلته: الحكم بصحة العقد، أو ببطلانه، والحكم بثبوت النسب.

**النوع الثاني**: الأحكام الإنشائية، وهذه الأحكام تنشئ مراكز جديدة لم تكن من قبل، وعلى ضوء التغير في المراكز القانونيّة، وإنشاء مراكز جديدة تنشأ حقوق تبعاً لذلك، لأن الحكم لا ينشيء الحق ابتداء، ومن أمثلة هذا النوع من الأحكام: أحكام التفريق بين الزوجين، وأحكام فسخ العقد، وأحكام حلّ أو تصفية الشركات....

---

(١) انظر: محمود طهماز: أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ٢/٣١٠، أبو الوفا: نظرية الأحكام ص٧٢٦، الإنطاكي: أصول المحاكمات ص ٧٠٠، عبد اللطيف صلاح: شرح قانون المحاكمات ص١/٢٩٢.

(٢) محمود طهماز: أصول المحاكمات ٢/٣١٠، الإنطاكي: أصول المحاكمات ٧٠٠.

(٣) محمّد عبدالخالق عمر: قانون المرافعات المدنية والتجارية ص ١٤٤-١٤٥.

**النوع الثالث**: أحكام الإلزام: وهذا النوع من الأحكام يكون المحكوم به هو إلـزام المحكوم عليه بـأداء معين، وذلـك كـالحكم علـى المسـتأجر بدفـع الأجـرة، أو بـإخلاء المأجور.

## المطلب الثاني

## فصل الخصومة وإنهاء النزاع

**أولاً: خروج القضية من عهدة المحكمة[1]:**

بمجرد صدور الحكم النهائي الفاصل في الخصومة، تنتهـي ولايـة المحكمـة في نظـر القضيّة، ويلزمها الحكم الصادر فيها، فلا يجوز للقاضي إعادة فتح المحاكمة أو الرجـوع عـن الحكـم أو تعديلـه أو الإضافـة عليـه، مـع التنبيـه إلى أن القـانون أجـاز للمحكمـة تصحيح الأغلاط الكتابية والحسابية الواردة في الحكم.

والأحكام التي لا يجوز الرجوع عنها هي الأحكام النهائية الفاصلـة في الخصومـة، أمّا الأحكام التمهيدية والقرارات الإعداديّة فيجوز الرجوع عنهـا ولا تكتسـب هـذه الحجية.

**ثانياً: حجيّة الشيء المحكوم به (قوّة القضية المقضية):**

تعني حجية الشيء المحكوم به أنّ للحكم الصادر بين الخصـوم حجيـة وإلزامـاً مـن حيث عدم جواز إعادة النزاع من جديد أمام المحكمـة الـتي أصـدرت الحكـم، أو أمـام غيرها إلا باتباع طريق من طرق الطعن في الأحكام.

وحجية الشيء المحكوم به تثبت لكل حكم قطعي موضوعي يفصـل في خصومـة،

---

(١) عبداللطيـف صـلاح: شـرح قـانون المحاكمـات ١/٢٩١-٢٩٢، الإنطـاكي: أصـول المحاكمـات ص٦٩٧-٦٩٨، أبوالوفا: نظرية الأحكام ص ٦٩٤ وما بعدها.

وبالتالي تحوز الأحكام النهائية والابتدائيّة والحضورية والغيابيـة حجيّـة الشـيء المحكـوم به.

وينبغي التفرقة بين حجية الشيء المحكوم به، وقوة الأمر المقضي، حيث إن حجيـة الشيء المحكوم به لا تمنع من الطعن بالحكم بالطرق العادية، كالاعـتراض علـى الحكـم الغيابي والاستئناف، وغير العادية كإعادة المحاكمة، أما قوّة الأمـر المقضـي فهـي مرتبـة يصل إليهما الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن بـالطرق العاديـة، وإن كـان يقبـل الطعن بالطرق غير الاعتيادية[1].

وحجية الأمر المقضي أو الشيء المحكوم به تعتبر قرينـة قانونيـة قاطعـة، ولكنهـا لا تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تأخذ بها من تلقاء نفسـها وإنمـا بنـاء علـى طلب الخصوم[2].

**الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي أو لقوّة الأمـر المقضي:**

هناك نوعان من الشروط يجب توافرها لاعتبار الحكـم حـائزاً علـى تلـك الحجيّـة هذه الشروط نصت عليها المادة ٤١ مـن قـانون البينـات الأردنـي والمـادة ٤٠٥، مـن القانون المدني المصري والمـادة ٥٠٢ مـن القـانون المدنـي العراقـي والمـادة ١٣٥١ مـن القانون المدني الفرنسي:

**١- الشروط الواجب توافرها في الحكم[3]:**

أ- أن يكون حكماً قضائياً صادراً من جهة مختصة به، وبذلـك لا تحـوز الفتـاوى ولا القرارات الإدارية، ولا القرارات الولائية هذه الحجيَّة.

ب- أن يكون الحكم قطعياً، والحكم القطعي هو الذي يحسم النزاع في موضـوع

(١) انظر: السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ٦٣٢/٢.
(٢) انظر: المادة ٤١ من قانون البينات الأردني، الصادر سنة ١٩٥٢.
(٣) انظر: السنهوري: الوسيط ٦٤٨/٢.

الدعوى أو في أحد أجزائه، وبالتالي الأحكام التمهيدية والقرارات الإعدادية، والأحكام الوقتيه لا تحوز هذه الحجيّة.

جـ- أن يكون التمسك في منطوق الحكم لا في أسبابه، والمنطوق هو فقرة الحكم التي تنص على فصل النزاع.

ونص المادة ٤١ التي ذكرت هذه الشروط هو "الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرنية..."

**٢- الشروط الواجب توافرها في الحق المحكوم به[١]:**

وهذه الشروط أيضاً استخلصت من المادة ٤١ والمواد المقابلة لها في القوانين العربية فقد جاء فيها: "لا تكون لتلك الأحكام هذه القوّة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً"

وبناء على ذلك يشترط لاعتبار الحكم حائزاً لحجية الشيء المحكوم به ثلاثة شروط هي:

أ- اتّحاد الخصوم: وذلك لأن الحكم له حجيّة نسبية تقتصر على أطرافه، فالعقد مثلاً لا يسري إلا على من كان طرفاً فيه، والشرط في الخصوم أيضاً أن تتحد صفاتهم، فلو اختلفت لم يحز الحكم حجيته، ومثال ذلك ما لو طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته ولياً عليه، فردت دعواه، فإن هذه الحكم لا يمنع الأب من أن يعود مطالباً بنفس الحق لنفسه بصفته أصيلاً لا ولياً.

ب- اتحاد المحل: والمقصود بذلك: الحق الذي صدر به الحكم، ومثاله صدور الحكم بالتعويض عن ضرر لحق المدعي يمنعه من المطالبة مجدّداً بالتعويض عن نفس الضرر، لأنّه قد حكم له بالتعويض عنه في المرّة الأولى.

---

(١) انظر: السنهوري: الوسيط ٦٧٥/٢ وما بعدها، عبداللطيف صلاح :شرح قانون المحاكمات ٢٩٤/١-٢٩٥.

جـ- اتحاد السبب: والسبب هو المصدر القانوني للحق المدعى به، سواء أكان عقداً أم إرادة منفردة أم فعلاً نافعاً أم ضاراً أم من القانون مباشرة.

فمطالبة المشتري للبائع بتسليمه العين المبيعة والحكم له بذلك مَصدرُه عقد البيع، فإذا لم يحكم له بذلك وعاد للمطالبة بها للسبب نفسه لا يقبل قوله، ويحتج عليه بالشيء المحكوم به، أما إذا عاد للمطالبة بسبب الحيازة والتقادم المكتسب فلا يمنع من ذلك، ولا يحتج بحجية الأمر المقضي؛ لأن سبب الحق في الحكم الأول مختلف عن السبب في الحكم الثاني.

وإذا طالب شخص بإبطال عقد بسبب الإكراه فردّت دعواه، فقام مرّة ثانية وطالب بالإبطال لسبب آخر كعدم الأهلية مثلاً، فإن دعواه تسمع، ولا يستطيع الخصم الدفع بحجية الأمر المقضي لاختلاف السبب[1]

(١) انظر: السنهوري: الوسيط ٢/٧٠٢.

# الباب الرابع

## أنواع الأحكام القضائية وبطلانها في الشريعة والقانون

وفيه فصلان:

الفصل الأول: أنواع الأحكام القضائية

الفصل الثاني: بطلان الأحكام القضائية

## الفصل الأول

## أنواع الأحكام القضائية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: أنواع الأحكام القضائية في الشريعة وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الحكم القولي والحكم الفعلي.

المطلب الثاني: الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك.

المطلب الثالث: الحكم القصدي والحكم الضمني.

المطلب الرابع: الحكم بالوجوب والحرمة والإباحة.

المطلب الخامس: الحكم بالصحة والحكم بالموجب.

- المبحث الثاني: أنواع الأحكام القضائية في القانون.

وفيه مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: تقسيمات الأحكام من حيث صدورها في مواجهة الخصوم وغيابهم.

المطلب الثاني: تقسيمات الأحكام من حيث لزومها للمحكمة.

المطلب الثالث: تقسيمات الأحكام من حيث قابليتها للطعن.

## المبحث الأول

## أنواع الأحكام القضائية في الشريعة

### المطلب الأول

### الحكم القولي والحكم الفعلي

**أولاً: الحكم القولي:**

**الحكم القولي**: هو الحكم الذي يصدر من القاضي بصيغة كلاميّة تدل على "الحكم"، سواء أكان بقوله حكمتُ أو قضيتُ أم بأي صيغة أخرى تدلّ على المطلوب، كما سبق بحث هذه المسألة في باب إصدار الحكم[1].

والحكم القولي هو الأصل في الأحكام القضائية، ويقابله الحكم الفعلي. ويشترط الفقهاء في الحكم القولي تقدم الدعوى بخلاف الحكم الفعلي فلا يشترط فيه ذلك[2].

أما القانون فقد أوجب على المحكمة تلاوة الحكم والنطق به في جلسة علنيّة سواءً كان حكماً موضوعياً أم فرعياً وإلا عدّ الحكم باطلاً[3].

---

(١) انظر : الألفاظ والصيغ التي تستخدم في الدلالة على الحكم.

(٢) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٩/٦، الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٣٩٤/٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٧٣/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٢/٥، ٤٢٤، الرملي: حاشيته على جامع الفصولين ١٦/١، الطرابلسي: الفتاوى الكاملّية ص ١٠٧، علي حيدر: شرح المجلة ٦١١/٤-٦١٢، قراعة: الأصول القضائية ص٢٩٦.

(٣) انظر: أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٩٢-٩٣، الإنطاكي: أصول المحاكمات ص ٦٦٢-٦٦٣. وانظر: الفصل ١٢١ من مجلة المرافعات التونسية.

**ثانياً: الحكم الفعلي (فعل القاضي):**

هناك فرق بين دلالة الفعل على صدور الحكم القضائي، وبين فعل القاضي المجرد ومدى اعتباره حكماً، فالأول يبحث في حالة وصول الدعوى إلى مرحلة إصدار الحكم فيها، ولكنّ القاضي لا يتلفظ بقول أو صيغة تدل على الحكم وإنما يقوم بفعل، يدل هذا الفعل على صدور الحكم الفاصل في النزاع، ومثال ذلك قيام القاضي بأخذ النقود من المدعى عليه وإعطائها للمدعي[1].

أمّا فعل القاضي المجرد فهو عادة لا يكون في نزاع، كقيام القاضي بتزويج امرأة لا وليّ لها، أو قيامه ببيع أو شراء أموال اليتامى، وما إلى ذلك.

وهذه المسألة لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء بل وقع فيها خلاف حتّى في المذهب الواحد، وفيما يلي تفصيل أحكام هذه المسألة:

**أقسام أفعال القاضي وتصرفاته:**

**تقسم الأفعال والتصرفات التي يقوم بها القاضي إلى نوعين:**

**النوع الأول:** الأمور التي يقوم بها وليست داخلة في نطاق ولاية القضاء، ومن أمثلة هذا النوع **ما يلي:**

١- تصرفات القاضي في مال موكله.

٢- قيامه بتزويج امرأة مكلّفة أذنته بتزويجها.

٣- تصرفات القاضي المتعلقة بإدارة وقف تحت نظره الخاص لا العام.

**حكم هذا النوع:** اتفق الفقهاء على أنّ هذا النوع من تصرفات القاضي لا يعتبر حكماً، ولا يكتسب حجيّة الأحكام، ففي المثالين الأولين كان القاضي يتصرف بمقتضى الوكالة لا بمقتضى الولاية العامّة،وفي المثال الثالث كانت صفة القاضي صفةً

(١) انظر: مسألة ركن الحكم القضائي في هذه الرسالة.

خاصةً في إدارة الوقف كما لو أصبح غيره ناظراً للوقف، وبالتالي لم يكن تصرفه بمقتضى الولاية العامّة[1].

**النوع الثاني:** ما يستفيده القاضي بولايته القضاء (أو ولايته العامّة) **وذلك مثل:**

١- قيامه بتزويج اليتيمة التي لا وليّ لها.

٢- قيامه ببيع مال المدين لقضاء الدين.

٣- قيامه بشراء أو بيع مال اليتيم الذي في ولايته.

٤- قيامه بقسمة العقار ونحوه.

**حكم هذا النوع:** اختلف الفقهاء في مدى اعتبار هذا النوع من تصرفات القاضي حكماً، ويمكن القول بأنهم انقسموا إلى فريقين: الأول: يرى أنّه حكم ويمثله جمهور الحنفيّة والحنابلة، والثاني: يرى أنّه ليس حكماً ويمثله المالكيّة والشافعيّة، وفيما يلي تفصيل آراء هذين الفريقين:

**الفريق الأول: (جمهور الحنفية والحنابلة):**

**أولاً: مذهب الحنفية:**

ذهب الحنفيّة[2] عدا ابن الغرس وبعض الفقهاء، إلى أنّ فعل القاضي يعتبر حكماً وذلك في المسائل التي تدخل في نطاق ولايته للقضاء، كتزويج القاضي للصغيرة التي لا وليّ لها، وكبيعه وشرائه مال الأيتام، وكذلك قسمته العقار ونحو ذلك، وممن نقل

---

(١) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٩، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٣، الرملي: حاشيته على جامع الفصولين ١/١٥-١٦، قراعة: ملخص الأصول القضائية ص ٢٤٦، ابن مفلح المبدع ١٠/٤٨، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢١، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٣/٤٧٤.

(٢) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣/١٨٣، ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٩٢، ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٢/٣٩٣، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/٢٠٤-٢٠٥، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٢٤، الرملي: حاشيته على جامع الفصولين ١/١٥-١٦، الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص ١٠٦، قراعة: ملخص الأصول القضائية ص ٢٤٦.

عنهم من الحنفية هذا القول جمع كثير منهم الإمام محمّد بن الحسن الشيباني، والسرخسي والأوزجندي[1] ومحمود بن أحمد بن مازة[2]، وابن نجيم، والحصكفي، والطحطاوي وعلي حيدر وغيرهم.

وقد استنبط الحنفيّة هذا الرأي من خلال بعض التطبيقات القضائية لأفعال القاضي، واكتسابها صفات الحكم، **ومن ذلك مايلي:**

١- لا يجوز للقاضي أن يزوج الصغيرة التي في ولايته من نفسه، وممن لا تقبل شهادته له.

٢- لا يجوز للقاضي أن يبيع مال اليتيم لنفسه كذلك.

ومن هذين المثالين اتضح أن فعله حكم وإن عري عن الدعوى، لأن بيعه لنفسه وزواجه لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له غير جائز، وكذلك الحكم يمنع منه لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له.

إلا أنّ بعض فقهاء الحنفيّة وعلى رأسهم العلامة ابن الهمام رأوا أنّ هذا التعليل لا يكفي لاعتبار فعل القاضي حكماً، وأنّ التعليل السليم لمثل الحالتين السابقتين أنْ يلحق القاضي بالوكيل، لا أن نعتبر فعله حكماً.

فشراء الوكيل لنفسه باطل، وأيضاً الوكيل بالنكاح لا يملك أن يزوّج من ابنه، إضافة إلى أنّ شروط الحكم غير متوافرة في فعله السابق كالدعوى والخصومة[3].

---

(١) هو الحسن بن منصور بن محمود، قاضيخان، الأوزجندي، كان إماماً كبيراً من أئمة الحنفية، من مصنفاته: الفتاوى المشهورة، الواقعات، شرح الزيادات، شرح أدب القضاء للخصاف، وغيرها، ت٥٩٢ هـ انظر: اللكنوي: الفوائد البهيّة ص ٦٤-٦٥.

(٢) هو محمود بن تاج الدين أحمد بن عبدالعزيز بن عمر بن مازة، إمام، فقيه، ورع، من المجتهدين في المسائل عند الحنفية له: المحيط، الذخيرة، والتجريد، وشرح الجامع الصغير، والفتاوى، وغيرها، ت٥٧٠هـ، انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص ٢٠٥.

(٣) ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٨٣/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٢٤/٥، الحموي: غمز عيون البصائر ٣٩٣/٢.

٣- ممّا يؤكد أن فعل القاضي بمثابة الحكم اكتساب فعله حجيّة تشابه حجيّة الحكم القضائي، من ذلك أن القاضي إذا قام بتزويج من هي في ولايته العامّة، فإن هذا العقد يكتسب الحجيّة من حيث إنه لو رفع إلى حاكم آخر لا يراه ليس له نقضه بل عليه تنفيذه، لأن الحكم يرفع الخلاف[١]. قال ابن عابدين: "ولا يلزم من هذا أنّه ليس لها خيار البلوغ كما لو زوّجها عصبة غير الأب والجد وحكم به القاضي، فإن حكمه بصحة العقد لا ينافي ثبوت خيار البلوغ[٢].

٤- القسمة: فإذا حضر الورثة إلى القاضي وطلبوا القسمة وكان بينهم وارث غائب أو صغير، والتركة عبارة عن عقار، ففي هذه المسألة اختلف علماء **الحنفيّة إلى قولين:**

**الأول:** للإمام أبي حنيفة، ويرى أنّ لا يقسم بينهم بإقرارهم حتى يقيموا بيّنة على الموت والمواريث، وأن لا يقضي على الغائب والصغير بقولهم، لأن قسمة القاضي قضاء منه.

**الثاني:** لأبي يوسف ومحمد، وقالا بجواز القسمة بإقرار الورثة[٣]

وبناء على ما تقدم يتضح أنّ الإمام أبا حنيفة يرى أنّ القسمة حكم، وإذا قسم القاضي العقار وفي الورثة غائب وصغير فإنّه يكون قضاء على الغائب أو على الصغير، وهذا ممتنع عنده، أمّا الصاحبان فيريان أنّ القسمة لا تعتبر حكماً، وبالتالي تجوز قسمة العقار وإن كان فيه غائب أو صغير.

٥- إذا باع القاضي ما وقفه المريض في مرض موته بعد موته لغرمائه، ثم ظهر مال آخر للميّت لم يبطل، وإنما يشتري بالثمن أرضاً توقف بدلاً عن الأرض التي بيعت للوفاء بدين الميت، بخلاف الوارث إذا باع الثلثين عند عدم الإجازة فإنّه لا يشتري بقيمة الثلثين أرضاً توقف، وذلك لأن فعل القاضي حكم أما فعل الوارث فليس

---

(١) الطرابلسي: الفتاوى الكامليّة ص ١٠٦، وانظر: ابن عابدين المرجع السابق.

(٢) ردّ المحتار ٥/٤٢٤.

(٣) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٦/٢٧٩، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٣.

بحكم[1].

٦- نقل ابن نجيم عن الذخيرة[2]: "أنّ الإمام إذا اشترى شيئاً من الغنيمة لنفسه لا يجوز شراؤه، وإن كان للغانمين فيه منفعة ظاهرة، لأن الإمام إنما يبيع الغنائم على وجه الحكم بين المسلمين، ولهذا لا تلزم العهدة عليه، فلو جاز بيعه من نفسه، كان ذلك حكماً من نفسه، وحكم الإمام والقاضي لنفسه لا يجوز[3].

٧- إذا تصرف القاضي في مال اليتيم فإنّه لا يضمن تلف المال إذا أقرضه لملىء، فتلف ماله (أي مال المقترض) أو مات مفلساً، بخلاف الأب أو الوصيّ فإنهما يضمنان المال، لأن فعل القاضي حكم فيه، ولولا ذلك لضمن القاضي[4].

وقد نوقشت هذه المسألة بأن عدم تضمن القاضي هنا هو من جهة كونه أميناً لا من جهة كون فعله حكماً، والأمين لايضمن إلا بالتعدي، ولذلك أمثلة كثيرة، منها أن المودع إذا دفع الوديعة إلى زوجته للحفظ فهلكت فلا يضمن، وكذلك إذا أمر بالحفظ في بيت من داره فحفظها في بيت آخر مساوٍ لهُ في الأمن، لم يضمن إذا تلف، ومع ذلك لا يقال إن فعله حكم[5].

ومن مجمل ما تقدم من التطبيقات العمليّة لفعل القاضي، وما يحاط به فعله من حجية وقوة من حيث إنهاء الخلاف، وعدم النقض والمنع من التصرف في حالات المنع من الأحكام، كل ذلك جعل فقهاء الحنفيّة يقولون بأن فعل القاضي بمثابة الحكم أو أنه حكم، والحنفيّة إذ يقولون ذلك لا يعدون الحكم الفعلي كسائر الأحكام سواء بسواء، لذا تراهم يتساهلون في شروطه فقالوا: لا تشترط له الدعوى ولا الخصومة وإنّما ذلك يشترط في الحكم القولي وهذا يدل على أنّهم لم يكونوا يلقون أحكامهم دون منهج بل وفق منهج علمي استنباطي يوافق قواعدهم.

---

(١) ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٣٩٤/٣ بهامش شرح الحموي.

(٢) الذخيرة: للإمام محمود بن مازة الذي سبقت ترجمته .

(٣) البحر الرائق: ٢٧٩/٦.

(٤) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٢٠-٢١.

(٥) المرجع السابق نفسه.

**رأي العلامة ابن الغرس من الحنفية:**

خالف العلامة ابن الغرس[1] جمهور الحنفية في اعتبار فعل القاضي حكماً وذهب إلى أنّ فعل القاضي لا يعتبر حكماً **وأيدّ رأيه بما يلي:**

١- أن فعل القاضي يفتقر إلى شروط الحكم الأخرى من الدعوى والإثبات وغيرها، وهذا الشرط ذكره ابن الهمام أيضاً الذي يرى أن تزويج القاضي للصغيرة ليس بحكم لانتفاء شرطه وهو الدعوى[2].

وقد ردّ فقهاء الحنفية هذا الشرط مسبقاً لأنهم لم يشترطوه في الحكم الفعلي، وإنما اشترطوه في الحكم القولي، وقد نبّه على ذلك ابن نجيم[3] في كتابيه البحر الرائق والأشباه والنظائر وكذلك الحموي في شرحه للأشباه[4].

٢- أن القاضي إذا تصرف في إدارة وقف في ولايته بأن أعطى قريب الواقف الفقير راتباً من غلة ذلك الوقف، ثم جاء قاض آخر، فإن للقاضي الثاني التصرف في غلة الوقف على غير ذلك الوجه، وله صرف ذلك الراتب بعينه إلى فقير آخر، ولو كان فعل القاضي حكماً لم يكن للقاضي الثاني ذلك، لأن فيه نقض حكم الأول[5].

والردّ على هذا الدليل أن فقهاء الحنفيّة متفقون على أن فعل القاضي في إدارة الوقف وصرف الغلة ليس بحكم مطلقاً، وقد نصوا جميعاً على أنّ مثل هذا التصرف مستثنى من اعتبار أفعال القاضي أحكاماً[6]، وذلك لأن القاضي يقوم مقام الواقف، ولأن هذه المسألة تدور على وفق شروط الواقفين ومقتضى المصلحة المتغيرة، فلا خلاف إذن بين ابن الغرس وغيره في هذه النقطة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير ١٨٣/٣، ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٢٢.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٩/٦، الأشباه والنظائر ٣٩٤/٣ بهامش شرح الحموي.

(٤) الحموي: غمز عيون البصائر ٣٩٤/٣.

(٥) ابن الغرس: الفواكة البدرية ص ٢١-٢٢.

(٦) ابن نجيم: الأشباه والنظائر ٣٩٤/٣، علي حيدر: شرح المجلة ٦١٢/٤.

ثمّ إن ابن الغرس قد ختم رأيه بحلّ وسط لهذه المسألة فقال: فإن وقع فصل القاضي على طريق الحكم المعتبر باستدعائه له في الجملة، وباب الإمكان واسع، فللقول بكونه حكماً والحال ما ذكر مساغ[1].

ومقتضى رأيه هذا أنّه إذا توافرت شروط الحكم من وجود الدعوى والسير بها حسب الأصول القضائية من الحجة والأدلة المعتبرة حتى تصل الدعوى إلى مرحلة الحكم، ثم يصدر القاضي فعلاً يدل على ذلك الحكم، فإنّه والحالة هذه يمكن القول بأن فعله حكم، مع التحفظ على ذلك، لأن الحكم عنده يشترط فيه صيغة مخصوصة.

إذا ادعي على شخص ما إيداع عين هي في يده الآن، وطالبه المدعي باستردادها وهو يجحدها، فأقام المدعي البيّنة على دعواه، وأن الوديعة في هذه العين التي في يده، فاستوفى القاضي ما لابد منه من إجراءات لإصدار الحكم، ثم أخذ العين من يد المدعى عليه، ودفعها للمدعي، فلا يبعد أن يكون هذا الفعل حكماً، وللنظر فيه مجال[2]. والمقصود بقوله وللنظر فيه مجال أنه يطلق على ذلك صيغة الحكم تجاوزاً، لأن الحكم يشترط له صيغة مخصوصة كحكمت وقضيت[3].

وأختم هذه المسألة عند الحنفية بقول العلامة الطحطاوي معقباً على رأي علماء المذهب في فعل القاضي إذ يقول: "ونصّ الإمام قاطع للشُّبَه فإنه نصّ في المبسوط عنه أنّه يكون حكماً، كما في مسألة التركة وقسمتها. والذي يظهر أنّ من قال: إنّه ليس بحكم بناه على قول الصاحبين، فإنهما قالا بقسمة التركة، وما ذاك إلا لكونه ليس حكماً[4].

**ثانياً: مذهب الحنابلة:**

مذهب الحنابلة في فعل القاضي كمذهب الحنفيّة السابق الذكر ولذلك سنختصر

---

(١) الفواكه البدرية ص ٢٢.

(٢) الفواكه البدرية -بتصرف يسير- ص٢٢-٢٣.

(٣) انظر: الرشيدي: المجاني الزهرية ص ٢٣.

(٤) حاشيته على الدر ٣/٢٠٥.

الكلام هنا قدر الإمكان.

قسم الحنابلة أفعال القاضي إلى قسمين: ما يستفيده بولايته العامّة فيعتبر حكماً، وما لا يستفيده بولايته العامّة فلا يعتبر كذلك، **وقد اختلف الحنابلة في القسم الأول إلى رأيين:**

**الأول:** أنه ليس بحكم، وهذا رأي غير معتمد في المذهب.

**الثاني:** أنّه يعتبر حكماً وهذا أصح الوجهين في المذهب كما نقل عن ابن تيمية[1]

وقد نصّ الحنابلة على تصرفات القاضي التي تعتبر أحكاماً **ومن ذلك:**

١- قولهم: قرعة الحاكم حكم لا سبيل إلى نقضها[2].

٢- قيامه بعقد العقود أو فسخها، ومن ذلك فسخ النكاح للعنّة أو للعيوب[3].

٣- الأمر بالحبس وإطلاقه المحبوس من الحبس حكم أيضاً[4].

٤- قسمة المال الشائع حكم[5].

٥- ذكر ابن مفلح فيمن أقر لزيد فلم يصدقه،وقلنا يأخذه الحاكم ثم ادّعاه المقر لم يصح، لأن قبض الحاكم بمنزلة الحكم بزوال ملكه عنه[6]، أي أن فعله تضمن حكماً ضمنياً هو زوال ملك المقر عن الشيء المقر به.

---

(١) انظر: ابن مفلح: الفروع ٦/٤٥٤-٤٥٥، برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٠/٤٨، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢٠-٢٢١، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٧٤، القاري: مجلة الأحكام الشرعيّة ٥٩١، المادة ٢٠١٤.

(٢) المراجع السابقة نفسها.

(٣) برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٠/٤٨، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢٠، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٧٥، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص ٥٩١.

(٤) ابن مفلح: الفروع ٦/٤٥٢-٤٥٣، المرداوي: الإنصاف ١١/٢١٧.

(٥) ابن مفلح: الفروع ٦/٤٥٤-٤٥٥، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢٠-٢٢١.

(٦) ابن مفلح: الفروع ٦/٤٥٥، برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٠/٤٨، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢١.

وقد ذهب الحنابلة إلى رأيهم هذا لما قرروه من حصانة وحجية لفعل القاضي أو الإمام، ولذلك قالوا إنه بمثابة الحكم، بل إنّهم تجاوزوا ذلك إلى إلحاق الحجيّة لفعل الإمام، كقولهم في بيع ما فتح عنوة: "إن باعه الإمام لمصلحة رآها صح؛ لأن فعل الإمام كحكم الحاكم، وأن ما فعله الأئمة ليس لأحد نقضه[1].

**الفريق الثاني**: "الذين يرون أنّ فعل القاضي ليس حكماً هم المالكية والشافعية"

**أولاً: مذهب المالكية:**

ذهب المالكية إلىأنّ فعل القاضي ليس حكماً بوجه عام إلا أنّ بعض متأخريهم قد فرق بين نوعين من فعل القاضي:

**النوع الأول**: أن يكون الفعل أو التصرف الذي يقوم به القاضي متوقفاً على حكم آخر قبله كالإبطال والفسخ، وفي هذه الحالة فقط يفيد فعل القاضي الحكم بالفسخ أو الإبطال ضمناً لا صراحة، أي أن فعل القاضي يكون دالاً على الحكم بطريق الالتزام[2] لا بطريق المطابقة[3] كما هو حال الحكم القولي[4].

ومن أمثلة هذا النوع: امرأة عقد عليها بعقد يستحق الفسخ، ولم يقع دخول في هذا العقد، ثم قام القاضي بتزويجها من آخر، فإن نفس العقد -الأخير- عليها يستلزم الحكم بفسخ نكاحها المتقدم[5]، وفسخ الحكم ونقل الملك حكم عند المالكية[6].

**النوع الثاني**: الفعل المجرد الذي لايتوقف على إبطال شيء أو فسخه، وهذا النوع هو الغالب على أفعال وتصرفات القاضي -غير المنازعات- ومن أمثلته فيما إذا باع

---

(١) انظر: ابن قدامة: المغني ١٨/٤، ابن مفلح: الفروع ٤٥٤/٦-٤٥٥.

(٢) دلالة الالتزام: هي دلالة اللفظ على لازم عقلي أو عرفي لمعناه، انظر: الدريني: المناهج الأصولية ٢٧٠.

(٣) دلالة المطابقة: هي دلالة اللفظ على كامل معناه الموضوع له، المرجع السابق ٢٧٩.

(٤) القرافي: الإحكام ص ٣٤، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٤٢.

(٥) المرجعين السابقين.

(٦) انظر: البناني: حاشيته على شرح الزرقاني ١٤٨/٧-١٤٩.

القاضي مال المفلس، أو مال اليتيم أو فعل عقداً من العقود، وسواء كان ذلك العقد أو التصرف ممّا يدخل في نطاق ولاية القاضي العامّة أو لا يدخل؛ فالظاهر من مذهب المالكيّة أنه ليس بحكم[1]، ولا يكتسب شيئاً من صفات الحكم، فلا يرفع الخلاف،ولغيره من القضاة أن ينظر في ذلك العقد أو التصرف، وله أنّ يبطله ويفسخه إن كان ثمّة ما يوجب الفسخ، وممن نصّ على ذلك المازري وابن فرحون والقرافي وغيرهم[2].

**ثانياً: مذهب الشافعيّة:**

ذهب الشافعية في الراجح عندهم إلى أنّ فعل القاضي ليس بحكم[3]، وذلك كما إذا باع أو زوج أو فعل عقداً من العقود، فهذه التصرفات لا تكتسب حجيّة، وإذا رفعت إلى غيره من القضاة فله نقضها.

والسبب في ذلك هو أن الشافعيّه يشترطون اللفظ في إصدار الحكم، والحكم يتضمن الإلزام أمّا الفعل فلا يتضمنه، ومسألة فعل القاضي ومدى اعتبار المذهب الشافعي له لم يُنص عليها صراحة في معظم كتب المذهب، إلا أنّها تتضح من معالجة فقهاء المذهب لبعض تصرفات القاضي، ومنها الحبس، وفيما يلي سنبين مذهب الشافعية في هذا المسألة.

فرق الإمام الماوردي في الحبس **بين حالتين**[4]:

**الأولى**: أن يقول القاضي حكمتُ بحبسه، فهذا حكم منه باجتهاده، فإذا وليّ قاض آخر جديد فلا يجوز له إطلاق المحبوس من السجن، لأن هذا الإطلاق يعتبر نقضاً لحكم القاضي الأول.

---

(١) الحطاب: مواهب الجليل ١٣٩/٦.

(٢) القرافي: الإحكام ص ٤٩-٥٠، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٧٣/١، الحطاب: مواهب الجليل ١٣٩/٦، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٤٦.

(٣) المناوي: شرح عماد الرضا ٣٠٥/١-٣٠٦.

(٤) أدب القاضي ٢٢٥/١.

**الثانية**: أن لا يقول: حكمتُ بحبسه وإنما يودعه السجن فقط، ففي مثل هذه الحالة يجوز إطلاق المحبوس، بل يجب (أي من قبل القاضي الجديد) ولكن على القاضي أنّ لا يعجل بإطلاقه حتى ينادي في الناس ثلاثة أيّام: إن القاضي قد حكم بإطلاق فلان من حبسه، فإن كان له خصم وقد حبس له فليحضر، ثم يطلقه بعد الثلاثة.

وقد استنتج الإمام ابن أبي الدم من كلام الماوردي أنّ فعل القاضي وأمره لا يعتبران من الأحكام بل لا بد من التلفظ بكلمة حكمتُ أو ما يقوم مقامها، في حين تردّد ابن أبي الدم نفسه في قبول ما ذكره الماوردي من التقيد بلفظ الحكم، وذلك في حالة تقديم الدعوى، وثبوتها، ثم لايقول القاضي حكمتُ وإنما يقوم بفعل أو يأمر به كالحبس مثلاً، وهو بذلك يعتبر قد حكم في النزاع، فهذه الحالة عند الماوردي لا تعتبر حكماً، وأما ابن أبي الدم فقد تردد في هذا الرأي وكأنّه يريد اعتبارها من قبيل الحكم[1]. ثم ذكر الماوردي أيضاً: "أنّ المحبوس إذا قال: حبسني تعدياً بغير حق ولغير خصم، فإنه يكون قد ادعى ما خالف الظاهر من أحوال القضاة، وحبسهُ حكم فلا ينقض إلا بيقين الفساد وعمل على بينة إن كانت[2]، فيفهم من كلامه الأخير هذا أنّ الحبس حكم، وإطلاق المحبوس نقض للحكم، فلا يكون إلا بسبب موجب للنقض، وقد اعتبر الإمام ابن أبي الدم[3] كلام الماوردي الأخير مناقضاً لكلامه الأول، لكونه قد اعتبر الحبس حكماً، وقال في كلامه الأول: إن الحبس لا يكون حكماً، إلا إذا نطق القاضي بلفظ: "حكمتُ بالحبس" وهذا تناقض.

ثم جاء الإمام ابن الرفعة وأجاب عن المناقضة التي ذكرها ابن أبي الدم بقوله: "إن الحبس بالحقّ حكم بالحقّ، لا حكم بالحبس، وكلامه الثاني في الحبس لا في الحقّ"[4] ويفهم من هذا أنّ كلام الماوردي الأخير إنما هو في حالة تلفظ القاضي بالحكم بالحبس، وبالتالي فهو حكم فلا تناقض في كلامه.

---

(١) ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١١٩.
(٢) أدب القاضي ١/٢٢٥.
(٣) أدب القضاء ص ١١٩.
(٤) المناوي: شرح عباد الرضا ١/٣٠٦.

إضافة إلى ما سبق من رأي الشافعيّة، قسم بعض الشافعيّة **تصرفات القاضي إلى أربعة أقسام:**

١- ما هو حكم قطعاً وهو الحكم بالصحة والحكم بالموجب.

٢- ما ليس بحكم كسماع الدعوى والجواب والبينة ونحوها.

٣- ما ليس بحكم على الأصح كما لو باع أو زوج.

٤- ما هو حكم على الأشبه كما لو فسخ نكاحاً أو بيعاً[1].

فيكون فعله ليس حكماً إلا حالة الفسخ في النكاح والبيع، وباقي العقود بشرط وجود الدعوى والنزاع في هذه الحالة.

**الحكم الفعلي في القانون:**

قوانين الإجراءات لا تعترف بالحكم الفعلي بمفهومه السابق ذكره عند الفقهاء، فالأحكام في القانون هي أحكام قوليّة يشترط كتابتها والنطق بها وإلا كانت باطلة، بل إن أي مخالفة لإجراءات التقاضي قد تبطل ذلك الإجراء وما بني عليه أيضاً.

إلا أن التصرفات التي يجريها القاضي مما أذن له بفعله لا تعتبر أحكاماً، وإنما تعتبر تصرفات موثقة توثيقاً له أعلى قوة في وسائل الإثبات.

فالقانون كما هو الحال عند بعض الفقهاء لا يعتبر حكماً إلا ما توافرت فيه الشروط، كتقدم الدعوى والنزاع، إضافة إلى الشروط الشكليّة التي يتطلبها القانون.

---

(١) المرجع السابق نفسه.

## المطلب الثاني

## الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك

### تمهيـــــــــد

المدعي بحسب الأصل يرفع دعواه إلى القضاء، مطالباً بحق له قِبَلَ غيره، وعليه أن يُحضرَ ما يثبت استحقاقه للحقّ المطالب به، وعلى القاضي أن يتخذ الإجراءات الشرعية في نظر الدعوى التي أمامه؛ ليصل في النهاية إلى إصدار حكمه فيها، **والمدعي حينئذ يكون له إحدى حالتين:**

**الحالة الأولى:** أن يثبت ما ادعاه واستحقاقه له، وبالتالي يحكم القاضي له بذلك.

**الحالة الثانية:** أن لا يتمكن من إثبات دعواه، وبالتالي لا يحكم القاضي له بما يدّعيه؛ لأن الواجب على القاضي أنْ ينهي النزاع، ويمنع المدعي من معارضة المدعى عليه، لأنّه ظهر مبطلاً وليس محقاً في دعواه.

فالحكم الصادر في الحالة الأولى يسمّى الحكم بالاستحقاق، وفي الحالة الثانية يسمّى الحكم بالترك.

**أولاً: الحكم بالاستحقاق[1]:**

عرفت مجلة الأحكام العدلية قضاء الاستحقاق بإنه "إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله: "حكمتُ أو أعط الشيء الذي ادّعى به عليك"[2].

ونستطيع القول بأن حكم الاستحقاق: هو الحكم الذي يلزم الحاكمُ فيه المحكوم

---

(١) انظر: الحموي: غمز عيون البصائر ٢/٣٣٠، علي حيدر: شرح مجلة الأحكام ٤/٥١٩-٥٢٠.

(٢) انظر: المادة ١٧٨٦ من مجلة الأحكام العدلية.

عليه بالحق المحكوم فيه إذا كان شيئاً معيناً كالدين والعين[1] ويقال له حكم استحقاق، لأن المحكوم له (المدعي سابقاً) ثبت أنّه يستحق المحكوم به (الحق المدعى به سابقاً).

ويقال أيضاً "قضاء ملك"، لأن القاضي حكم باختصاص المحكوم له بالمحكوم به، أي حكم بالملك له.

ويقال أيضاً "قضاء إلزام" أو "حكم إلزام"؛ لأن القاضي ألزم المحكوم عليه بالمحكوم به.

وخلاصة القول أنّ الحكم القضائي إذا كان قد صدر لصالح المدعي سمّي الحكم حينئذ بقضاء الاستحقاق[2]

**ثانياً: الحكم بالترك[3]:**

عرفت مجلة الأحكام أيضاً الحكم بالترك بأنه "منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام بقوله: ليس لك حق، أو أنت ممنوع عن المنازعة"[4].

ويكون الحكم بالترك حينما ينظر القاضي في الدعوى التي أمامه ويستوفي إجراءات التقاضي كاملة، ويصل إلى نتيجة مفادها أن المدعي غير محقّ في دعواه، إذ لم يستطع إثباتها، وبالتالي يحكم القاضي على المدعي بمنعه من معارضة المدعى عليه وإلزامه بترك النزاع.

---

(١) العين: هو الشيء المعين المشخّص، كالبيت والحصان والسيارة، وتقسم الأعيان إلى قسمين: أعيان ذات قيمة وهذه تعتبر مالاً، وأعيان غير ذات قيمة فلا تعتبر مالاً، والأعيان ذات القيمة تقسم إلى منقومة، أي: مباحة الانتفاع شرعاً وغير متقومة غير مباحة الانتفاع، كما تقسم إلى مثلية وقيمية. وإلى منقولة وغير منقولة.
أما الدين: فهو ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل، انظر: في ذلك: المادة ١٥٨-١٥٩، من مجلة الأحكام العدلية بشرح باز ص٧٣-٧٤، وكذلك الزرقا: المدخل الفقهي العام ٣/١٧٠-١٧١، فقيه تفصيل الكلام على الدين والعين.

(٢) انظر: علي حيدر: شرح المجلة ٤/٦٢٨.

(٣) انظر: علي حيدر: شرح المجلة ٤/٥٢١، ٤/٦٢٨، سليم باز: شرح المجلة ١١٦١.

(٤) المادة ١٧٨٦ من المجلة.

فالحكم بالترك يكون لصالح المدعى عليه، ولذا يكون المدعي محكوماً عليه، والمدعى عليه محكوما له، في حين يكون المدعي هو المحكوم له، والمدعى عليه محكوماً عليه في قضاء الاستحقاق.

**أمثلة على الحكم بالترك:**

١- في الدين: كأن يدعي زيد على عمرو عشرة دنانير مثلاً، فينكر المدعى عليه عمرو، ويعجز المدعي زيد عن الإثبات، ويحلف المدعى عليه بالطلب اليمين، أو لا يطلب زيد تحليف عمرو فحينئذ يحكم القاضي على المدعي بترك النزاع، كأن يقول له: "إنّك ممنوع من معارضة عمرو".

٢- في العين التي في يد المدعى عليه: فإذا عجز المدعي عن الإثبات، وحلف المدعى عليه اليمين بعد الطلب، فإن العين تبقى في يد المدعى عليه، ويحكم القاضي على المدعي بمنعه من معارضة المدعى عليه.

٣- وكذلك الحال إذا كانت العين في يد شخص ثالث، وادّعاها اثنان وعجزا عن الإثبات، وحلف الشخص الثالث صاحب اليد لكليهما، فإن القاضي يحكم بالترك ويمنعهما من معارضة الشخص الثالث المدعى عليه.

ينبغي ملاحظة العلاقة بين سبب الحكم ونوعيته، فأساس التفرقة بين الحكم بالاستحقاق، والحكم بالترك، مستندة إلى وسائل الإثبات المتّبعة في إثبات الحق المدعى به أو نفيه، ولذلك إذا كان سبب الحكم ومستنده هو إقرار المدعى عليه أو البينة، أو النكول، فإنّ الحكم يكون حكم استحقاق وإلزام؛ لأن الحاكم يلزم المدعى عليه بإقراره أو بما ثبت عليه بالبينة، أما إذا عجز المدعي عن الإثبات وحلف المدعى عليه كان الحكم حكم ترك[1].

(١) انظر: فارس الخوري: أصول المحاكمات ص ٣٦٤-٣٦٥.

**أثر التفرقة بين الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك[1]:**

يظهر أثر التفرقة بين النوعين من الأحكام **في ناحيتين:**

**الناحية الأولى:** من حيث الحجيّة، إذ يكتسب الحكم بالاستحقاق حجيّة مطلقة، حيث يمتنع على القاضي أن ينظر القضية التي حكم فيها بالاستحقاق بنفس الخصوم، فلا يمكن أن يصبح المحكوم عليه في الحكم بالاستحقاق محكوماً له، وامتناع إعادة النظر في الحكم بالاستحقاق يكون إذا صدر الحكم مستوفياً للشروط الشرعيّة المطلوبة فيه، وعند ذلك يكون متمتعاً بالحجية والثبات.

أمّا الحكم بالترك فلا يكتسب تلك الحجيّة، حيث يجوز للمحكوم عليه أن يعيد طرح النزاع من جديد إذا حصل ما يثبت حقه، وبالتالي يجوز أن يصبح المحكوم عليه محكوماً له في حكم جديد بالاستحقاق، وهذا مبناه في الأساس على اختلاف الحكمين في الماهيّة، فالحكم بالاستحقاق أقوى بكثير؛ لأن فيه جانباً إيجابياً وهو الإثبات ثم الوصول إلى الحكم بالاستناد إلى السبب، وهو وسيلة الإثبات، أما الحكم بالترك فهو حكم سلبي، حيث لم يستطع المدعي إثبات دعواه، وقد يتمكن في المستقبل، لذا كان له أن يعيد طرح النزاع من جديد.

**الناحية الثانية:** من حيث ادعاء الغير ملكيّة المحكوم به، تسمع دعوى الشخص الثالث (الغير) ملكيّة المحكوم به، أو الحق المتنازع عليه في حالة الحكم بالترك، أمّا في حالة الحكم بالاستحقاق فلا يقبل من الغير ادعاء الملكيّة إلا في حالة واحدة، وهي ادعاء تلقي الملك من المحكوم له في قضاء الاستحقاق.

فإذا ادعى زيد على عمرو حصاناً له عنده، وأثبت زيد مدعاه، ثم حكم له القاضي باستحقاق الحصان، فجاء شخص ثالث وادعى أنّ الحصان ملكه، في هذه الحالة لا يقبل قوله إلا إذا ادعى أنّ المحكوم له زيد قد باعه الحصان، أو ملّكه إياه بأحد أسباب الملكية.

---

(١) نفس المرجع.

أمّا إذا لم يستطع زيد إثبات دعواه، وحكم عليه بالترك، فإنّه يجوز للشخص الثالث أن يدعي ملكية الحصان، ولو لم يدع تلقي الملك من قبل عمرو المقضي له في الحكم بالترك.

وهذا مبناه في الأساس على اكتساب الحكم بالاستحقاق مبدأ الحجيّة والثبات بخلاف الحكم بالترك.

**رأي القانون في الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك:**

يتفق القانون مع الشريعة في موضوع الحكم بالاستحقاق تعريفاً وموضوعاً وآثاراً من حيث الحجيّة وغيرها.

أمّا الحكم بالترك فلا يعترف به القانون؛ لأن الحاكم عند نظره الدعوى لابدّ أن يصدر حكماً ينهي به النزاع، وتخرج القضية من حوزة المحكمة، فإذا أثبت المدعي دعواه فإنّ القاضي يحكم له بالحق موضوع الدعوى، أمّا إذا لم يستطع إثبات الدعوى وحلف المدعى عليه اليمين، أو لم يطلب المدعي تحليفه، فإن القاضي لا يحكم بالترك، وإنّما يحكم بردّ الدعوى، فيكون حكم القاضي نوعان: إمّا حكم بالاستحقاق، أو حكم بالردّ، وللحكم بالردّ حجيّته كالحكم بالاستحقاق من حيث عدم جواز إعادة طرح النزاع من جديد أمام القضاء بنفس الخصوم ونفس الموضوع، ولا يجوز إعادة النظر في الأحكام في القانون إلا بشروط محدّدة جداً وضمن مواعيد محدّدة أيضاً، وذلك لضمان استقرار الأحكام القضائية. وتسمى حجيّة الأحكام في القانون من حيث عدم جواز إعادة طرح النزاع الصادر به حكم فاصل "حجية الأمر المقضي" أو "القضية المقضية"[1].

ولذلك وضعت قوانين الإجراءات العربية الحديثة قواعد للتقاضي وللطعن في الأحكام، كالاستئناف والتمييز وإعادة المحاكمة واعتراض الغير، وغير ذلك ممّا يمنع إعادة طرح النزاع مرّة أخرى بعد أن يصبح الحكم باتاً متمتّعاً بالحجية المطلقة.

---

(١) انظر: فارس الخوري: أصول المحاكمات ص ٣٦٥، الإنطاكي: أصول المحاكمات ص ٥٨٤.

## المطلب الثالث

## الحكم القصدي والحكم الضمني

**أولاً: الحكم القصدي:**

الحكم القصدي: هو الحكم الصادر بالحق المدعى به، فالمدعي حينما يرفع دعواه إلى القضاء فإنما يطالب بحقه، فإذا حكم القاضي بما طلبه المدعي فإنَّ نصَّ الحكم يكون متضمناً للحق الذي يطالب به المدعي، والذي حدث بسببه النزاع المستلزم الالتجاء إلى القضاء، فالمقصُود الأول من الحكم هو فصل النزاع وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وبالتالي الحكم القصدي: هو ما تضمنه الحكم وقصد إليه قصداً أولياً أصلياً، ويسمى عند بعض الفقهاء لذلك "الحكم الصريح"[1].

فإذا رفعت امرأة دعوى نفقة على زوجها، فنظرت المحكمة في الدعوى، وسارت في الإجراءات حتى صدر الحكم على الزوج بأن يدفع لزوجته خمسين ديناراً شهرياً - مثلاً- نفقة شهرية، فالحكم بالنفقة ومقدارها خمسون ديناراً، هو المقصود الأول من الحكم، والذي من أجله رفعت الزوجة دعواها.

**ثانيا: الحكم الضمني[2]:**

هو حكم يستفاد من الحكم القصدي الصريح بطريق اللزوم. فهو ليس مراداً من إصدار الحكم بالقصد الأول، وإنما هو حكم يستنبط من الحكم الصريح بطريق التتبع واللزوم.

---

(١) وممن سماه بذلك علي حيدر في شرحه على مجلة الأحكام العدلية ٦١٢/٤.

(٢) انظر ابن الغرس: الفواكه البدرية مع المجاني الزهرية ص ٥٢-٥٣، ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٣٨٤/٢-٣٨٥، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٧٩/٦، ابن عابدين: رد المحتار ٤٢٤/٥، علي حيدر: شرح المجلة ٦١٢/٤، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٧٨، وانظر أيضاً مسألة الحكم بالصحة وبالموجب في هذه الرسالة.

وقد عرّف الحكم الضمني عند بعض الفقهاء، **ومن ذلك:**

١- قول العلاّمة ابن الغرس الحنفي: "فـإنّ القضـاء الضمـني هـو مـا لابـد منـه في القضاء القصدي"[١].

٢- قول الشيخ جعيط في تعريف الحكم الضمني عند الحنفية أنه "عبارة عما دخل القضاء فيه ضمناً، لا قصداً"[٢].

٣- تعريف د.محمد نعيـم ياسـين: "وهـو الحكـم الـذي يكـون المحكـوم فيـه غـير مقصود، بل هو داخل ضمن المدعى المحكوم به قصداً"[٣].

وهذه التعريفات صحيحة في ذاتها ولكن التعريـف الـذي اخترتـه في أول الكـلام على الحكم الضمني أدق بخاصة من التعريفين الأول والثاني.

**ومن الأمثلة على الحكم الضمني[٤]:**

أ- إذا شهد الشهود على خصم غائب بحق معين، وذكروا اسمه واسم أبيه وجده، فحكم القاضي بذلك الحق على ذلك الخصم، فإنّ حكم القاضي يكون حكمـاً بـالحق المحكوم به قصداً، وحكماً بنسب المحكوم عليه ضمناً.

ب- إذا رفعت الزوجة على زوجها دعوى نفقة، فحكم لها بالنفقة عليـه، يكـون الحكم القصدي هو الحكم بالنفقة، والحكم الضمني هو الحكم بالزوجية بين الزوجـين، وكذلك الحكم بنفقة الولد هو حكم بنسبه ضمناً.

جـ- إذا أقام أحد دعوى على آخر بأنه -أي المدعى عليـه- كفيـل للديـن الـذي

---

(١) الفوكه البدرية ص ٥٣.

(٢) الطريقة المرضية ٢٧٨.

(٣) نظرية الدعوى ٢٢٢/٢

(٤) انظر هذه الأمثلة في: ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحمـوي ٣٨٤/٢-٣٨٦، ابـن الغـرس: الفواكه البدرية ص ٥٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٢٤/٥-٤٢٥، علي حيدر: شرح المجلـة ٦١٢/٤، قراعة: الأصول القضائية ص ٢٩٧.

للمدعي في ذمة فلان بأمره، فأقرّ المدعى عليه بالكفالة إلا أنه أنكر الدين، فأثبت المدعي الدين، وحكم القاضي به، فإن هذا الحكم يكون حكماً على الكفيل قصداً، وعلى الأصيل الغائب ضمناً.

**التفرقة بين الحكم القصدي والضمني:**

نستطيع القول بأنّ أساس التفرقة هو محتوى الحكم من حيث شموله للحق الذي طالب به المدعي، والذي أراه -والله أعلم بالصواب- أنه يمكننا التمييز بين النوعين من الأحكام على اعتبار طريق الدلالة الموصلة لمعنى الحكم من الناحية الأصولية[1]، **وبيان ذلك على النحو التالي:**

**أولاً**: يعتبر الحكم قصدياً في المعاني التي تستفاد من نصه وعباراته بطريق دلالة العبارة، ودلالة العبارة عند الأصوليين هي "دلالة اللفظ على المعنى أو الحكم المقصود من سوقه أو تشريعه أصالة أو تبعاً[2].

وعلى ذلك يكون الحكم القصدي هو الحكم الذي تدل ألفاظه على المعنى المقصود من سوقه وإصداره أصالة أو تبعاً. "فإذا قصد القاضي -بناء على أساس الدعوى- إلى معنى فأورد نصاً يعبر عن ما يريد إصداره كان ذلك النص عبارة في ذلك المعنى لوجود القصد إليه وسوق الكلام من أجله[3].

**ثانياً**: يعتبر الحكم ضمنياً: في المعاني والأحكام المستفادة من عبارات الحكم بطريق دلالة الإشارة، ودلالة الإشارة: هي "دلالة اللفظ على حكم غير مقصود ولا

---

(١) أقصد بالناحية الأصولية قواعد استنباط الأحكام بطريق دلالة الألفاظ على معانيها. وقد اخترت منهج الحنفية في الدلالات الذي يقسم فيه هذه الدلالات إلى دلالة عبارة، وإشارة، ونص، وذلك لأن هذه الدلالات تصلح في التطبيق على البحث المختار أعلاه، أما تقسيم غير الحنفيه للدلالات إلى منطوق ومفهوم، فلا تصلح لهذا البحث من حيث التطبيق صلاحية منهج الحنفية، وعلى كل حال هي محاولة جديدة وحسب.

(٢) انظر: أحكام دلالة الإشارة في: الدريني: المناهج الأصولية ص ٢٧٥ وما بعدها، محمّد أديب صالح: تفسير النصوص ٤٧١/١، حسنين محمود حسنين: تفسير النصوص ص ٤٥.

(٣) المراجع السابقة نفسها.

سيق له النص، ولكنه لازم للحكم الذي سيق لإفادته الكلام...[1] أو هي دلالة اللفظ على حكم غير مقصود من سوق الكلام أصالة أو تبعاً، ولكنه لازم للمعنى الذي ورد الكلام لإفادته....[2]

ومثال ذلك: الحكم بالنفقة للزوجة، يدل بعبارته على حكم النفقة واستحقاقها، ويدل بإشارته على الحكم بالزوجية، لأن الحكم بالزوجية لازم ذاتي للحكم بالنفقة، وكذلك الحكم بالنفقة للصغير هو حكم بالنسب بطريق الإشارة.

وإنني بناء على ما تقدم أوثر تسمية الحكم الضمني بالحكم الإشاري، وذلك لأن التسمية بالضمني توهم أن دلالة الحكم القصدي على الحكم الضمني إنما هي دلالة تضمن، والحقيقة أنها دلالة إشارة، فدلالة التضمن هي دلالة اللفظ على جزء معناه الذي وضع له، كاستعمال البيع في الدلالة على الإيجاب فقط[3]. أما الحكم الضمني فهو حكم آخر يستفاد بكامله بطريق اللزوم من نص الحكم القصدي.

أما آراء الفقهاء في مدى اعتبار هذا التقسيم، فلا خلاف في اعتبار الحكم القصدي الصريح، لأنه هو المقصود الأعظم من القضاء، فهو الذي يفصل النزاع وينهي الخصومات. أما الحكم الضمني الإشاري فقد اعتبره الحنفية والشافعية[4] حجة وملزماً لمن صدر ضده الحكم، ونفاه المالكية، فقد قال الشيخ جعيط رحمه الله: "ومن الجلي أنّ هذا الحكم الضمني، ليس حكماً عند المالكية، وكيف يكون حكماً، والنسب والزوجية عندنا، في الفرعين اللذين تقدما، غير مشهود بهما... وحينئذ فالحكم الضمني من قبيل الحكم المختلف فيه، فللقاضي المالكي أنْ يحكم بعدم النسب في الفرع الأول[5]. والحقيقة أنّ الحكم الإشاري هو حكم على سبيل المجاز، ولكن له حجية من حيث الإثبات، فهو دليل قوي على ما تضمنه، سواء أكان قصداً أم إشارة،

---

(١) البخاري: كشف الأسرار على أصول البزدوي ٦٨/١.

(٢) حسنين محمود: تفسير النصوص ص ٤٥-٤٦

(٣) الدريني: المناهج الأصولية ص ٢٦٩

(٤) انظر المراجع السابقة نفسها، وكذلك: الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٥/٤.

(٥) الطريقة المرضية ص ٢٧٨-٢٧٩.

والقول بأنّ الشهادة لم تتضمنه غير صحيح؛ لأن الشاهدين حينما يشهدان يذكران في شهادتهما اسم المشهود عليه أو له كاملاً كما يعرفان، ولذلك إذا كان التعريف بالمشهود له أو عليه عن طريق الإشارة إليه في مجلس الحكم، لا يعتبر ذلك حكماً إشارياً ضمنياً عند الحنفية، وقد أوردوا مثالاً لذلك. فإذا "ادعى عليّ: أن لي على أحمد ابن محمّد بن أحمد كذا درهماً، وهو هذا، فشهد شهوده أن هذا أحمد بن محمّد بن أحمد وله عليه كذا، يثبت المال لا النسب، إذ المدعي وشهوده ليسوا بخصم في إثبات النسب فلا يثبت، ويثبت المال لوجود الإشارة إليه[1]. والمعمول به في المحاكم حالياً أنّ الذي يريد إثبات نسبه، ويحضر حكماً ذكر فيه النسب، يعتبر ذلك دليلاً على صحة النسب، فيستند القاضي إلى الحكم الأول في إصدار الحكم الثاني باعتبار الأول من الأدلة الرسمية القوية.

**اثر التفرقة بين الحكم القصدي الصريح والحكم الضمني (الإشاري)**

١- في الحكم القصدي الصريح يشترط سبق الدعوى والخصومة واستيفاء إجراءات التقاضي كافة، أما الحكم الإشاري الضمني فلا يشترط فيه الدعوى ولا الخصومة[2].

٢- في الحكم الضمني يتساهل بما لا يتساهل في الحكم القصدي[3]، بالإضافة إلى عدم اشتراط الدعوى، تساهل الفقهاء في شمول الحكم الضمني لما لم يحل بعد. ومن ذلك أن يحكم قاضٍ شافعي بموجب عقد إجارة، وبذلك يمتنع على القاضي الحنفي الحكم بفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين، لأن حكم الشافعي بالموجب هو حكم بانسحاب بقاء الإجارة ضمناً، فإن اعترض على ذلك بأنّ الحكم ببقاء الإجارة بعد

---

(١) الحموي: غمز عيون البصائر ٢/٣٨٥.

(٢) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٧٩، ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٢/٣٨٤، ابن عابدين: رد المختار ٥/٤٢٤، الرملي: حاشيته على جامع الفصولين ١/١٦، الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص ١٠٧، علي حيدر: شرح المجلة ٤/٦١٢، قراعة: الأصول القضائية ص ٢٩٧.

(٣) محمّد نعيم ياسين: نظرية الدعوى ٢/٢٢٣.

الموت هو حكم بالموت قبل وجوده فيكون باطلاً، أجيب بأنّ الحكم ببقاء الإجارة بعد الموت حكم ضمني، والفقهاء يغتفرون في الضمنيات ما لا يغتفرون في القصديات[1].

**الحكم الضمني في القانون:**

الأصل في القانون أن يعبر القاضي عمّا يحكم به بألفاظ صريحه واضحة، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يستخلص من الحكم الصريح حكماً ضمنياً، سواء من منطوق الحكم أو من أسبابه، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية " أنّ إلغاء الحكم الابتدائي الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع يتضمن ضرورة رفض هذه الدعوى، دون حاجة إلى التصريح بذلك، وكذلك إذا حكمت المحكمة بجواز الرجوع في هبة نتيجة لولادة طفل للواهب، ولم تكن صحة هذه الولادة محل نزاع، فليس للموهوب له أن يثير هذا النزاع فيما بعد، أو أن يطعن بالتزوير في شهادة الطفل؛ ليصل إلى القول بعدم جواز الرجوع في الهبة[2].

(١) الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٩٥ بتصرف.
(٢) أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٣٦٤-٣٦٥

## المطلب الرابع

## الحكم بالوجوب والتحريم والإباحة

### تمهيـــــــد

بما أنَّ الحكم القضائي موضوعه الحق المتنازع عليه، وهو موضوع الدعوى في الأصل، فإذا صدر الحكم القضائي فإنما يتضمن غالباً الحكم بثبوت الحق للمحكوم له.

والحق في الشريعة الإسلامية منشَؤُهُ الحكم الشرعي[1] كما قرر ذلك الأصوليون.

وقد عرف الحكم بأنه: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء، أو التخيير، أو الوضع، ويقسم إلى قسمين: حكم تكليفي، وحكم وضعي، فالتكليفي يقسم إلى: واجب، ومندوب، ومباح، وحرام، ومكروه، والوضعي يقسم إلى: سبب، وشرط، ومانع، والصحة، والفساد، والبطلان[2].

وبناء على ما تقدم فإن الحاكم حينما يصدر حكمه بالحق لمدعي به فإنما يتضمن ذلك حكماً شرعياً، وقد قال كثير من الفقهاء "إن الحاكم لا يحكم إلا بحكم شرعي"[3].

**والأحكام الشرعية التي يحكم بها القاضي هي[4]:**

**١- الوجوب:** وذلك كحكمه بوجوب دفع الزوج النفقة لزوجته أو لمطلقته في العدة.

**٢- التحريم:** وذلك كالحكم بثبوت وقوع الطلاق من الزوج على زوجته، وهذا

---

(١) انظر: الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص ٧٠.

(٢) انظر: تعريف الحكم الشرعي وأقسامه في هذه الرسالة.

(٣) انظر: ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٠٢، القرافي: الإحكام ص ١١، العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٣٨/٧.

(٤) المراجع السابقة نفسها، وانظر: ابن نجيم: رسالة الحكم بلا تقدم دعوى ص٢٨٧ من مجموع رسائله.

يقتضي حرمة البقاء معها ومعاشرتها.

٣- **الإباحة**: وذلك كمن أحيا أرضاً ثم تركها، فحكم القاضي بإباحتها وردها مواتاً بعد زوال الإحياء قطعاً للنزاع بين الناس، ويصير المحكوم عليه الأول واحداً من الناس في جواز إحيائها من جديد.

٤- **الصحة**: وذلك كالحكم بصحة عقد أو تصرف صدر ممن يملكه، وحكم القاضي بالصحة يعني أنّ ذلك التصرف الصحيح صالح لترتب الآثار الشرعية عليه.

٥- **الفساد**: وذلك كالحكم بفساد عقد من العقود لسبب من أسباب الفساد بحسب اختلاف المذاهب في هذه المسألة، وبخاصة مذهب الحنفية حيث يرتبون على الفساد بعض الآثار.

٦- **البطلان**: وذلك كالحكم ببطلان عقد النكاح، حيث لا يرتب أي أثر عليه، كالعقد على المحرمات.

٧- **الشرطية**: كالحكم بمرور حول كامل بالنسبة لوجوب الزكاة، أو الحكم بثبوت الإحصان بالنسبة للزاني.

٨- **المانعية**: وذلك كالحكم بثبوت القتل بالنسبة للوارث، وبالتالي يمنع من الميراث.

٩- **السببية**: الحكم بثبوت انعقاد العقد، وبالتالي يكون سبباً للتمسك.

**هذا وينبغي ملاحظة مسألتين:**

**الأولى**: أن الأحكام الشرعية من وجوب وحرمة وإباحة وسببية ومانعية وغيرها لا يشترط ذكرها بالنص في الحكم القضائي، وإنما تستخلص من معنى الحكم ودلالته، بالإضافة إلى أن الأحكام المذكورة آنفاً تتداخل في بعضها بحيث يجري كل واحد من الأحكام التكليفية الخمسة في الأحكام الوضعية الثانية، فالواجب في مسألة قد يكون شرطاً في أخرى، وسبباً لثالثة؛ ومانعاً في رابعة، وهكذا، ومثال ذلك كما قال الشيخ

عليش[1] "الواجب كالصلاة شرط في كمال الإيمان وسبب للعدالة، ومانع من القتل لتركها، وصحيحة إن وافقت الشرع وفاسدة إن خالفته"[2].

**والحكم المتعلق بعقد الزواج يأخذ عدة أحكام:**

فهو واجب وملزم لمن أنكره[3]، وحرام لمن ثبت الرضاع بينهما، وهو شرط للإحصان فهل يحصن غير المتزوج، وهو صحيح إن وافق الشرع، وباطل أو فاسد إن خالفه، وهو سبب لإباحة الاستمتاع، وسبب لثبوت النسب.

**الثانية**: أن الحاكم لا يحكم بالندب ولا بالكراهة، وذلك لأن المقصود من القضاء هو سد باب الخصومات ودرء الظلامات، وهذا لا يتم إلا بالإلزام، والحكم بالندب أو الكراهة لا إلزام فيهما، فالندب والكراهه حقيقتهما التردد بين جواز الفعل وجواز الترك، وبالتالي لا تنتهي الخصومة[4].

أما الإباحة ففيها إلزام وحسم لمادة النزاع بالنسبة لمن كان مختصاً بملك الأرض المحياة، وبالتالي تكون حكماً.

---

(١) هو أبو عبدالله محمّد بن أحمد عليش، شيخ المالكية في مصر ومفتيها، له مشاركة في كثير من العلوم كالفقه والأصول والتوحيد، من مصنفاته : شرح مختصر خليل، شرح مجموع الأمير، حاشية على كبرى السنوسي، فتاوى، ت١٢٩٩هـ.انظر: ابن مخلوف شجرة النور الزكية ص ٣٨٥.

(٢) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ٤٦/١.

(٣) وذلك بعد إثباته بوسائل الإثبات الشرعية.

(٤) انظر: ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ١٠٣، القرافي: الإحكام ص ١٢.

## المطلب الخامس

## الحكم بالصحة والحكم بالموجب

**أولاً: الحكم بالصحة:**

الصحة في اللغة: خلاف السقم، وذهاب المرض[1]، والصحة في البدن حالة طبيعية تجرى أفعاله معها على المجرى الطبيعي[2].

أما في الاصطلاح فصحة التصرف تعني بأنه صدر بحيث تترتب آثاره عليه[3].

**تعريف الحكم بالصحة:**

عرفه ابن حجر الهيتمي بأنه "عبارة عن إظهار المتولي قضاءه بنحو حكمت، في أمر يثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها، أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً"[4].

وهذا التعريف مستقى من تعريف السبكي[5]، والذي اعتمده البلقيني[6] من بعده. وتعريفهم للحكم بالصحة هو "إظهار قضاء من له ذلك، بنحو حكمت، في أمر قابل للقضاء به، فثبت عنده وجوده بشروطه الممكن ثبوتها، أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على الوجه المعتبر عنده شرعاً[7].

---

(١) ابن منظور: لسان العرب ٥٠٧/٢.

(٢) الفيومي: المصباح المنير ٣٣٢/١.

(٣) ابن فرحون: تبصرة الحكام ٨٣/١.

(٤) الفتاوى الكبرى الفقهية ١٩٨/٢.

(٥) هو تقي الدين سبقت ترجمته.

(٦) هو الإمام عمر بن رسلان بن نصير البلقيني الشافعي، محدث، فقيه، أصولي، متكلم، من مصنفاته: ترجمان شعب الإيمان، معرفة الملمات برد المهمات وغيرها. ت٨٠٥هـ. انظر السخاوي: الضوء اللامع ٨٥/٦، الشوكاني: البدر الطالع ٥٠٦/١.

(٧) المناوي: شرح عماد الرضا ٣٠٢/١، ابن فرحون: التبصرة ٨٢/١.

**قيود التعريف ومحترزاته:**

فقوله في التعريف: "قضاء": ويقصد الحكم، وبذلك يخرج الثبوت.

وقوله: "من له ذلك" يقصد به الحاكم، ويشمل القاضي، والإمام الأعظم، ونواب القاضي الذين لهم ولاية إصدار الأحكام، وكذلك المحكَّم، وقضاة أهل البغي بشرط أن لا يستحلوا دماءنا.

وبقوله: "قابل للقضاء به" يخرج ما لا تدخله الأحكام القضائية كالعبادات وبقوله: "ثبت عنده..." يشمل ثبوت سبب الحكم بالبينة الكاملة، وبشاهد، ويمين عند من يقول به من الفقهاء، وبالإقرار وبعلم القاضي، وباليمين المردودة بعد النكول، وبالنكول عند من يقول بذلك من الفقهاء.

وقوله: "أن ذلك الأمر صدر من أهله... إلى قوله شرعاً" هذه الفقرة من التعريف هي التي تتضمن الحكم بالصحة[1].

وقد عرف الحكم بالصحة أيضاً الشيخ جعيط فقال: "الحكم بالصحة عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من أهله في محله، على الوجه المعتبر عنده شرعاً"[2].

وواضحٌ أنّ هذا التعريف الأخير مستمد من التعريفات السابقة وكلها صحيحة.

**شروط الحكم بالصحة:**

بما أن الحكم بالصحة يتعلق بالتصرف أو العقد الذي اختلف فيه هل هو صحيح، أم فاسد؟ فإن شروط الحكم بالصحة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمحكوم به، **وأهم هذه الشروط هي**[3]:

١- ثبوت أهلية المتعاقدين للقيام بالتصرف.

---

(١) انظر: المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٠٢-٣٠٣، ابن فرحون: التبصرة ١/٨٢.

(٢) الطريقة المرضية ص ٢٧١.

(٣) المناوي: شرح عماد الرضا ١/٢٠٣، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٧١.

٢- إثبات وجود الصيغة الشرعية المعتبرة في مثل ذلك العقد أو التصرف.

٣- إثبات الملك والحيازة، في المعقود عليه للعاقد (أي أنّ التصرف في محلّه)، عند المالكية والشافعية[١].

وإذا وقع الحكم بالصحة مستوفياً لشروطه، فإنه يكون في أعلى درجات الأحكام، و لم يخالف في حجيته واعتباره أحد من الفقهاء.

**ثانياً: الحكم بالموجب:**

الموجب في اللغة من الوجوب وهو اللزوم والثبوت، والموجب بكسر الجيم وهو السبب، والموجَب بفتح الجيم هو المسبَّب[٢]، وموجَب الشيء -بفتح الجيم- عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء[٣].

أما تعريف الحكم بالموجب في الاصطلاح القضائي فهو: "إظهار المتولي قضاءه بأمر ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصاً أو عامّاً على الوجه المعتبر عنده شرعاً[٤].

والحكم بالموجب لم يكن معروفاً في أوائل العصور الإسلامية، ولكنه عرف عند المتأخرين. قال ابن الغرس: "وذكرُ الموجب في القضاء لا يعرف للسلف، وإنما كانت الأقضية صرائح، فيقال مثلاً قضى له بالدار، بالفرس، بأن يسلمه العين المبيعة، بأن يقبضه دينه... ثم تعورف القضاء بالموجب توسعة وتسترّاً وهرباً..."[٥] ويقصد بقوله تسترّاً وهرباً أنّ القاضي يقول حكمت بموجب هذا العقد أو التصرف، وبذلك يتهرب من التصريح بعين المحكوم به، إذ ربما لا يكون منطبقاً على القواعد الشرعية[٦]، وهذا

---

(١) ابن فرحون: التبصرة ٨٢/١.

(٢) الفيومي: المصباح المنير ٦٤٨/٢، ابن منظور: لسان العرب ٧٩٣/١.

(٣) ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الكبرى ١٩٨/٢-١٩٩.

(٤) الهيتمي: الفتاوى ١٩٩/٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٣٠٤/١.

(٥) الفواكه البدرية ص ٢٥.

(٦) الرشيدي: المجاني الزهرية ص ٢٥.

الأمر لم يكن إلا بعد أنْ وجدت بدعة تعدد القضاة، فهناك القاضي الشافعي، ثم الحنفي، ثم المالكي، ثم الحنبلي، وهذا التعدد كان مدعاةً لتضارب الأحكام أحياناً، فوجدت نظرية الحكم بالموجب للحيلولة دون إهدار الأحكام الصادرة عن القضاة[1] وإن اختلفت مذاهبهم؛ لأن القاضي يحكم بالصحة إذا قامت عنده البينة العادلة باستيفاء العاقد شروط العقد المراد الحكم به، وإذا لم تقم البينة باستيفاء تلك الشروط حكم بموجبه.

والأصل أن الموجب والمقتضى أمر واحد لا يختلفان[2]، ولكن هذا الكلام يصدق على الحالات التي حدثت في بداية نشوء نظرية الموجب، والذي رجحه المحققون من المتأخرين أنّ الموجب يختلف عن المقتضي، من حيث إن المقتضي لا ينفك عن العقد، في حين أن الموجب قد ينفك. ومثال ذلك عقد البيع، مقتضاه انتقال ملكية المبيع للمشتري بعد لزوم البيع، أما موجبه فكالرد بالعيب[3].

فالأول بعد لزوم العقد لا ينفك عن البيع، أما الثاني فقد ينفك فالمشتري قد يرد، وقد يمضي العقد حتى مع وجود العيب، فالخيار له، وبذلك نخلص إلى القول بأن الحكم بالموجب أعم من المقتضي.

**أنواع الحكم بالموجب:**

- **يقسم الحكم بالموجب عند الشافعية إلى نوعين[4]:**

**النوع الأول:** الظاهر، ويكون ذلك في حالة استحضار آثار العقد أو التصرف كلها وتعيينها في نص الحكم.

**النوع الثاني:** الخفي، وهو على عكس الأول، وذلك بأن لا تذكر جميع آثار

---

(١) انظر: د. محمّد سعود المعيني: مقدمة كتاب موجبات الأحكام ص١٣.

(٢) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٢٦.

(٣) ابن عابدين: رد المحتار ٣٩٧/٥-٣٩٨، المناوي: شرح عماد الرضا ٣٠٥/١.

(٤) المناوي: شرح عماد الرضا ٣٠٤/١-٣٠٥.

العقد، بل يذكر بعضها فقط.

ويستثنى من هذا النوع ما إذا كان القاضي مقلداً لمذهب مرتبط به فحكم بالموجب دون ذكر جميع الآثار، ففي هذه الحالة يعتبر الحكم ظاهراً وليس خفياً؛ لأن آثار العقد في مذهب القاضي الملتزم به تكون في حكم المعلومة أو المفترضة ضمنياً.

**ويقسم الحكم بالموجب عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام[1]**

**القسم الأول**: إذا كان الموجب أمراً واحداً: وذلك كالحكم بالأملاك المرسلة[2] والطلاق والعتاق، فلا موجب للأملاك المرسلة سوى ثبوت ملك الرقبة في العين للمدعي، وفي الطلاق موجبه انحلال قيد العصمة، وفي العتاق ثبوت الحرية في العبد.

**القسم الثاني**: إذا كان الموجب أموراً يستلزم بعضها بعضاً في الثبوت.

ومثال ذلك ما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به، فأنكر الدين فأثبته وحكم بموجب ذلك.

**فالموجب هنا أمران:**

**الأول**: لزوم الدين للغائب.

**الثاني**: لزوم أدائه على الكفيل؛ لأنه مقر بالكفالة.

والأمر الثاني يستلزم الأول في الثبوت، ولا يتصور انفكاك الثاني عن الأول في الثبوت؛ لأنه لا يمكن التنازع والتخاصم بين الدائن والكفيل في الدين، كما لا يمكن أن يثبت عند القاضي وجوب أداء الدين على الكفيل، دون أن يثبت عنده شغل ذمة الأصيل بالدين، فإذا قضى بالموجب في مثله، فقد قضى بالأمرين معاً لاستلزام ثانيهما أولهما كما تقدم[3].

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٣٩٨/٥، وكذلك ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٣٩.

(٢) الأملاك المرسلة أي المطلقة عن ذكر السبب، ويقابلها الأملاك المقيدة التي تنتقل فيها الأعيان من ملك المالك الأول إلى الثاني بواسطة السبب. انظر: الرشيدي: المجاني الزهرية ص ٣٩.

(٣) ابن الغرس: الفواكه البدرية مع المجاني الزهرية ص٤١.

**القسم الثالث**: إذا كان الموجب أموراً لا يستلزم بعضها بعضاً في الثبوت عند القاضي، وإنما هي مما يقبل الانفكاك في الثبوت.

ومثال ذلك أن يهب ابنه عيناً من الأعيان ويسلمه إياها. فالموجب هنا أمور منها: خروج العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له، ومنها: أن الواهب لا يملك الرجوع في هبته في المذهب الحنفي؛ لأن قرابة المحرمية من موانع الرجوع في هبته في المذهب، أما عند الشافعي فيجوز للواهب الرجوع في هبته، ولا تعتبر تلك القرابة مانعاً من موانع الرجوع عندهم، فالأمر الأول وهو خروج الملك لا يستلزم الأمر الثاني في الثبوت.

فإذا حكم شافعي بموجب عقد هبة كالمثال المتقدم، ثم رجع الواهب بعد الهبة والتسليم بمدة طويلة، ورفعت الحادثة إلى القاضي الحنفي، وعلم بحكم الشافعي فيها، فحكم الحنفي ببطلان الرجوع **كما هو مذهبه فينظر**:

إن كان التداعي عند القاضي الأول يتعلق بانتقال العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له، اقتصر حكم القاضي بالموجب على ذلك ولا يتعداه إلى غيره، وبالتالي لا تكون مسألة جواز الرجوع عن الهبة وعدمه داخله في الحكم[1]. أما إن تعلق الحكم بالأمرين معاً، بأن حصل التنازع فيهما، وصدر الحكم شاملاً لهما، فليس للقاضي الثاني أن يحكم بخلافه، لأنه يعتبر نقضاً للحكم الأول.

**شروط الحكم بالموجب:**

١- ثبوت أهلية المتعاقدين للتعاقد.

٢- وجود الصيغة المعتبرة للتصرف.

٣- ثبوت ملك المالك المتصرف وحيازته، وبهذا الشرط قال فريق من

---

(١) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٤٦-٥٠، جعيط: الطريقة المرضية ص ٢٧٦. الرملي: نهاية المحتاج ٤١٦/٥.

الشافعية[1]، بينما يذهب المالكية[2] وبعض الشافعية إلى عدم اشتراط ثبوت الملك والحيازة؛ لأنها من شروط الحكم بالصحة لا الحكم بالموجب، ويكتفى للحكم بالموجب ثبوت الشرطين الأول والثاني فقط.

٤- يشترط الحنفية للحكم بالموجب في حقوق العباد أن ترفع الدعوى، والمخاصمة، ثم إثبات الدعوى بالحجة المطابقة لها، فالموجب الذي يحكم به القاضي الحنفي هو ما حصل بسببه نزاع استلزم الرفع للقضاء، وليس للقاضي أن يتبرع بالحكم فيما يتخاصم إليه فيه[3].

## المقارنة بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب:

### أ- الفروق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب[4]

هناك فروق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب أبداها علماء الشافعية على وجه الخصوص، وهذه الفروق **باختصار نبينها فيما يلي:**

**الفرق الأول:** أنّ الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر مطلقاً، والحكم بالموجب منصب إلى ثبوت صدور ذلك الشيء، والحكم على من صدر منه بموجب ما صدر منه.

وهذا الفرق الذي ذكره الإمام البلقيني لم يسلم من الاعتراض، إذ معنى ما ذكر أن الحكم بالصحة ينصب على إنفاذ العقد، والحكم بالموجب ينصب على أثر ذلك العقد الصادر، فإذا حكم بالصحة فإنما يحكم بالآثار، لأن معنى الصحة هو ترتب آثار العقد أو التصرف، فإذا كان الحكم بالموجب ينصب على الآثار، فإن الحكم بالموجب

---

(١) الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٥/٤.

(٢) ابن فرحون تبصرة الحكام ٨٨/١.

(٣) ابن الغرس: الفواكه البدرية ص ٥٠.

(٤) ابن فرحون: التبصرة ٨٤/١، العراقي: الحكم بالصحة والحكم بالموجب، مخطوط ١/أ. السيوطي: الأشباه والنظائر ص ٥٢٩، الهيتمي: الفتاوى الكبرى ٢٠٤/٢-٢٠٥. المناوى: شرح عماد الرضا ٣١٠/١. د. محمّد المعيني: مقدمة كتاب موجبات الأحكام ص ٤٦-٥٦.

يكون متضمناً للحكم بالصحة، وإلا لما ترتبت الآثار.

**الفرق الثاني**: العقد الصادر إذا كان صحيحاً بالاتفاق، وإنما الخلاف في موجبه، فالحكم بالصحة فيه لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذي حكم بالصحة. أما إذا حكم بالموجب فيمتنع على الثاني العمل بموجبه.

**الفرق الثالث**: إذا كان المطلوب في الدعوى إلزام المدعى عليه بما أقر به، أو قامت به عليه بينة، فالحكم فيها بالإلزام هوالحكم بالموجب ولايكون بالصحة، لكن يتضمن الحكم بالوجوب الحكم بالصحة.

**الفرق الرابع**: الحكم على الزاني أو السارق يدخله الحكم بالموجب لا بالصحة.

**الفرق الخامس**: الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط، والحكم بالموجب لا يقتضي استيفاء الشروط، وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم، والحكم على المصدر بما صدر منه.

**الفرق السادس**: الحكم بتنفيذ الحكم المختلف فيه يكون بالصحة، سواء أكان من الموافق أو المخالف، أما الحكم بالموجب فلا يكون إلا من الموافق، أما المخالف فلا؛ لأنه يؤدي به إلى الحكم بما لا يعتقده صواباً.

**الفرق السابع**: لو تنازع متبايعان وحكم القاضي الشافعي أو المالكي بتحالفهما، فإن ذلك الحكم يكون بالإلزام لا بصحة التحالف، لأن التحالف قبل وقوعه من المتحالفين لا يحكم بصحته، كذلك الأمر في كل يمين وإلزام فيما لم يقع بعد، فالحكم به يكون بالإلزام لا بالصحة.

**الفرق الثامن**: إذا حكم القاضي الحنفي بموجب عقد بيع، بعد ثبوت ملك البائع وأنه من أهل التصرف، فإن هذا الحكم لا يتضمن الحكم بصحة البيع، وإذا قبض المشتري المبيع فإنه يكون حكماً بالملك، لأن موجب البيع الفاسد عند الحنفية والمالكية حصول الملك.

فلو علم القاضي الشافعي، فساد البيع، وحصول الملك، وطلب المشتري منه -أي من الشافعي- الحكم بالملك، أو بموجب ما جرى، حَكَمَ له بالموجب، ولا يحكم له بصحة البيع ولا بصحة القبض، لأنه لم يقع في الأصل قبض صحيح.

**ب- ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب[1]:**

**يتساوى الحكمان في عدة أمور منها:**

١- أن الحكمين يجوزان الحجية القضائية، فلا ينقضان إلا إذا خالفا النص أو الإجماع أو القياس الجلي، أي أن الحكم الاجتهادي سواء أكان بالصحة أم بالموجب لا ينقض.

٢- جواز نقل الحكمين وإن بعدت المسافة، بخلاف الحكم بسماع البينة، حيث يشترط لقبول نقلها أن تكون المسافة بينه وبين سامع البينة مساوية لما تقبل فيه الشهادة على الشهادة.

٣- إذا رجع الشهود بعد الحكم يغرمون، سواء أكان بالصحة أم بالموجب.

٤- إذا حكم القاضي الحنفي بموجب إخراج القيمة في الزكاة، ويعني هذا الموجب سقوط الفرض بذلك، أو حَكَم بصحة إخراج القيمة، ففي مثل هذه الحالة يمتنع على الساعي ولو كان غير حنفي - مطالبة المالك بإخراج غير القيمة.

**جـ- ضابط الحكم بالصحة والموجب:**

قال الإمام البلقيني: "إن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك الشيء، وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد صحته، كان الحكم بالصحة مانعاً للخلاف، وكان الحكم بالموجب رافعاً، وقوّى الموجب حينئذ"[2].

وكلام الإمام البلقيني تحقيق جيد، وذلك أن القاضي في الأصل يحكم فيما يحصل

---

(١) ابن فرحون: التبصرة ٨٦/١، المناوي: شرح عماد الرضا ٣١٦/١.

(٢) السيوطي: الأشباه والنظائر ص ٥٢٩.

به التنازع، وترفع بسببه الدعاوى في حقوق العباد، فإذا حكم القاضي بشيء ما، وكان هذا الحكم لا يتوصل إليه إلا باستلزام أمر قبله، كان الحكم بذلك الشيء حكماً ضمنياً في الأمور التي تتقدمه، فإذا حكم بأثر من آثار العقد، كان هذا الأثر لا يترتب إلا بعد الحكم بصحة العقد، فإنْ حَكَم القاضي بالأثر المذكور يكون حكماً بالصحة ضمناً.

## المبحث الثاني

## أنواع الحكم وتقسيماته في القانون

### المطلب الأول

### تقسيم الأحكام من حيث صدورها في مواجهة الخصوم وغيابهم

تقسم الأحكام بحسب هذا الاعتبار إلى أحكام وجاهية، وأحكام غيابية.

**فالحكم الوجاهي:** هو الحكم الذي يصدر في حالة حضور الطرفين جلسات المحاكمة جميعها.

ويلحق بهذا النوع مالو حضر المدعى عليه جلسة ثم غاب بعدها.

والقانون الحديث لم يجز محاكمة أي شخص ما لم يتبلغ نسخة من لائحة الدعوى وموعد نظرها. ولا يمكن للمحكمة أن تنظر في الدعوى إلا بعد أن تقرر أن التبليغ قد وقع صحيحاً، سواء عن طريق المحضر، أو بالإلصاق على باب مسكن المدعى عليه، أو عن طريق الصحف.

وبعد اعتماد التبليغ، وعدم حضور المدعى عليه؛ فإنّ المحكمة تسير بالدعوى وإن كان غائباً، فيعتبر الحكم الصادر "غيابياً" في المحاكم الشرعية والجنائية، أما المحاكم المدنية فيسمى الحكم عندهم "بمثابة الوجاهي". ومن النصوص القانونية في ذلك نص المادة ٢٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية، وفيها "يعتبر الحكُم وجاهياً" إذا صدر بمواجهة الطرفين، أو إذا حضر المدعى عليه جلسة من جلسات المحاكمة أو أكثر وتخلف بعد ذلك عن الحضور، وفيما عدا ذلك يكون الحكم غيابياً...

ونص المادة ٦٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على ما يلي:

فقرة١: لا يجوز أن تجرى المحاكمة إلا وجاهياً أو بمثابة الوجاهي.

فقرة٢: "إذا حضر أي من فرقاء الدعوى في أية جلسة، كانت الخصومة وجاهية (اعتبارية) بحقه ولو تخلف بعد ذلك، ولا يقبل حضوره فيما بعد إذا كانت القضية معدة للفصل".

وجاء في الفصل ٤٩ من مجلة المرافعات التونسية ما يلي: وإذا لم يحضر المطلوب بعد بلوغ الاستدعاء إليه بنفسه أو بواسطة محام، فإنه يحكم في النازلة كما لو كان حاضراً.

## المطلب الثاني

## تقسيم الأحكام من حيث لزومها

## وعدم إمكانية الرجوع عنها من قبل القاضي

تقسم الأحكام بحسب هذا الاعتبار إلى أحكام قطعية، وأحكام غير قطعية (وقتية)

**أولاً: الحكم القطعي:**

وهو الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في أحد أجزائه أو في مسألة متفرعة عنه، سواء تعلقت هذه المسألة بالقانون أو بالوقائع[1].

فيدخل في الحكم القطعي حكم المحكمة بالحق المدعى به لأنه يحسم النزاع، وكذلك الحكم بصحة الأدلة الكتابية المقدمة في الإثبات، والحكم أيضاً برد الدفع

(١) أبو الوفاء: نظرية الأحكام ص ٤٩٥، الإنطاكي: أصول المحاكمات ص ٦٤٥، طهماز: أصول المحاكمات ٣١٣/٢

ببطلان لائحة الدعوى. وهذه الأحكام تعتبر قطعية بمعنى أنّ المحكمة لا تستطيع الرجوع عنها، وعليها الالتزام بها، وإن لم ترفع يدها -أي المحكمة- عن القضية.

**ثانياً: الحكم غير القطعي (الحكم الوقتي)**[1]:

وهو الحكم الذي يصدر بطلب وقتي، أو باتخاذ تدبير تحفظي مؤقت. وبالتالي ينظم الحكم الوقتي مراكز الخصوم تنظيماً مؤقتاً إلى أن يتم الفصلُ في الخصومة بحكم في موضوع الدعوى، ومثال الأحكام الوقتية، الحكم بتعيين حارس قضائي على المال موضوع النزاع القائم، وكذلك الحكم بإحالة الأوراق القضائية إلىالخبير الفني، أو إلقاء الحجز التحفظي على مال المدين، أو منعه من السفر، وغيرها من الإجراءات التي تتخذها المحكمة، وتستطيع الرجوع عنها ما دامت القضية منظورة لديها.

والتقسيم إلى هذين النوعين من الأحكام قريب من التقسيم الذي كان متبعاً في المحاكم العثمانية سابقاً، والذي ما زال متبعاً في المحاكم الشرعية الأردنية، وبمقتضاه تقسم القرارات التي تصدر أثناء رؤية الدعوى حتى ترفع الدعوى يدها عنها **إلى أربعة قرارات**[2].

**الأول**: القرار الإعدادي: وهو ما تتخذه المحكمة ويكون مضمونه تدبيراً أو إجراء يسهل تحقيق الدعوى ورؤيتها، ويمهد لنتيجة الحكم فيها. ومثاله القرارات التي تتضمن إحالة موضوع من موضوعات الدعوى إلى خبير، أو تقرير إجراء الكشف والمعاينة.

**الثاني**: القرار المؤقت: وهو الذي يتضمن تدبيراً مؤقتاً لحين الفصل في الدعوى بصورة قطعية، وأكثر هذه القرارات تكون على سبيل الاجراءات التحفظية، كقرار إلقاء الحجز التحفظي الاحتياطي، ومنع المدين من السفر، أو تقديم كفالة لحين صدور الحكم، وكذلك الحكم بتوقيف العمل في البناء حتى يتم الفصل في النزاع.

وهذين النوعين من القرارات الإعدادي والمؤقت يقابلان الحكم الوقتي في التقسيم

---

(١) انظر المراجع السابقة نفسها.

(٢) عبد اللطيف صلاح: شرح قانون المحاكمات ٢٦٦/١.

الحديث ولهما أحكامه نفسها.

**الثالث**: قرار القرينة، وهو قرار تصدره المحكمة ويشعر بنتيجة الحكم، فهو من إطلاق كلمة قرينه عليه يدل على أنه يستنتج منه اتجاه المحكمة في إصدار الحكم النهائي الفاصل في النزاع.

ومن أمثلة قرار القرينة، قرار المحكمة باعتبار المدعي عاجزاً عن الإثبات، فهذا القرار يعني أن المدعى عليه -بعد طلب المدعي- إما أنه سيحلف اليمين وبالتالي يخسر المدعي دعواه، أو أنه سينكل عن حلفها وبالتالي يكسب المدعي الدعوى[1].

وقرار القرينة ملزم للمحكمة لا تستطيع الرجوع عنه.

**الرابع**: القرار القطعي أو قرار الحكم: وهذا هو القرار الذي تفصل به الخصومة وتنتهي به الدعوى في المحكمة وهو الحكم الأخير فيها.

وهذا أيضاً كما هو معلوم لا يجوز الرجوع عنه.

## المطلب الثالث

## تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن

تقسم الأحكام بحسب هذا الاعتبار إلى أحكام ابتدائية وأحكام انتهائية، وأحكام حائزة لقوة الشيء المحكوم به، وأحكام باتة[2].

**أولاً: الحكم الابتدائي:**

هو الحكم الذي يقبل الطعن بطريق الاستئناف.

---

(١) انظر: قرار محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية رقم ١٦٦١٤ ص١٤٠ من مجموعة القرارات القضائية جمع الشيخ عبد الفتاح عمرو.

(٢) انظر أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٣٧٠-٣٧١، طهماز: أصول المحاكمات ٣١٢/٢.

وسمي حكماً ابتدائياً؛ لأنه يصدر من محكمة الدرجة الأولى، أو المحكمة الابتدائية في اصطلاح آخر.

**ثانياً: الحكم الانتهائي:**

وهو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف، ويشمل هذا النوع الأحكام التي تصدر من محاكم الدرجة الأولى التي تقبل الاستئناف وفق نصاب معين، وأحكام محاكم الدرجة الثانية، أي أحكام محاكم الاستئناف، وكذلك أحكام المحكمة الشرعية في بعض الدول لا تقبل الاستئناف، وإنما تقبل النقض أو التمييز مباشرة كالأردن وسوريا[1].

**ثالثاً: الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به:**

وهو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية وهي المعارضة والاستئناف، وإن كان يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية، وهي التماس إعادة النظر (إعادة المحاكمة) والنقض (التعقيب والتمييز).

**رابعاً: الحكم البات[2]:**

وهو الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، فهو حكم لا يقبل الاستئناف ولا التعقيب (النقض) ولا المعارضة والاعتراض ولا التماس إعادة النظر.

---

(١) الوضع في الأردن أنّ التقاضي في المحاكم الشرعية على درجة واحدة محاكم ابتدائية ومحكمة استئناف فقط، والاستئناف يعني هنا النقض أو التعقيب أو التمييز حسب التسميات المتداولة، أما في سوريا فإن أحكام المحاكم الشرعية لا تقبل الاستئناف وإنما تقبل النقض مباشرة. انظر: نظام القضاء الشرعي ص١٦٥-١٦٦، الإنطاكي: أصول المحاكمات ص ٧٢٤-٧٢٥.

(٢) من المستحسن أن نذكر أنّ الإمام النووي (٦٧٦هـ) رحمه الله قد استخدم مصطلح الحكم البات بمعنى الفاصل في النزاع. انظر: روضة الطالبين ١١/١٢٥.

**وهناك تقسيمات أخرى للأحكام منها:**

**أولاً: الحكم الإجرائي والحكم الموضوعي[1]:**

١- الحكم الموضوعي: هو الحكم الذي يفصل في الطلبات والدفوع الموضوعية في الدعوى. ومن أمثلته الحكم الذي يلزم المحكوم عليه بالأداء المطلوب في الدعوى.

٢- الحكم الإجرائي: هو الحكم الذي يفصل في مسائل الإجراءات والمرافعات التي تثار أثناء سير الدعوى. ومن أمثلته الحكم المتعلق بالاختصاص أو بصحة أو بطلان إجراء معين.

**ثانياً: التقسيم بحسب موضوع الحكم:**

وتقسم إلى أحكام مدنية، وأحكام جنائية، وأحكام تجارية، وأحكام شرعية، وأحكام إدارية، والذي يحدد نوع الحكم هنا المسألة المحكوم بها، والتي رفعت الدعوى بسببها، وهذه الأمور تحددها القوانين المنظمة لتلك الموضوعات، فالقانون المدني يحدد المسائل المدنية والمعاملات، والقانون التجاري يحدد المسائل التجارية، والقانون الجنائي "قانون العقوبات" والإجراءات الجنائية وما يلحق بها تحدد الجنايات والجرائم، وقانون الأحوال الشخصية يحدد المسائل الشرعية والأحوال الشخصية وهكذا.

---

(١) وجدي راغب: مذكرات في قانون المرافعات ص ٢٣٥.

# الفصل الثاني

## بطلان الأحكام القضائية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: بطلان الحكم القضائي في الشريعة.

المبحث الثاني: بطلان الحكم القضائي في القانون.

## المبحث الأول

## بطلان الحكم القضائي في الشريعة

### المطلب الأول

### التعريف بالبطلان في اللغة والاصطلاح

**التعريف بالبطلان في اللغة:**

البطلان في اللغة[1] من بَطَلَ الشيءُ يَبطُلُ بُطْلاً وبُطُولاً وبُطْلاناً فهو باطل. **وتأتي هذه الكلمة لعدة معان في اللغة أهمها:**

١- الفاسد.

٢- الساقط حكمه.

٣- نقيض الحق وضده.

٤- ضد الثبوت.

٥- الهدر ومنه قولهم: ذهب دمه بطلاً، أي: هدراً.

٦- الطريق غير المشروع. كقوله تعالى: ﴿**لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ**﴾ [النساء:٢٩].

---

(١) انظر: ابن منظور: لسان العرب ٥٦/١١، ابن مالك: إكمال الإعلام بتثليث الكلام ٦٩/١، الفيومي: المصباح المنير ٥١/١-٥٢، الرازي: مختار الصحاح ص ٥٦.

والباطل: كل ما نهى الله ورسوله عنه من القمار وغير ذلك[1].

٧- استخدم القرآن لفظ الإبطال بمعنى ترتب الثواب الأخروي على العمل.

فقال عز وجل: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تُبْطِلُواْ صَدَقَاتِكُم بِالْمَنِّ وَالأَذَى﴾ [البقرة:٢٦٤].

وهذه المعاني اللغوية للبطلان لها ارتباط وثيق بالمعنى الاصطلاحي **كما سيأتي:**

**المعنى الاصطلاحي للبطلان:**

يعتبر مصطلح البطلان من المصطلحات الأصولية، حيث يعدُّه كثير من الأصوليين من أقسام الحكم الشرعي الوضعي.

وقد عرِّف البطلان بتعريفات متعددة معظمها متقاربة وتؤدي المعنى المراد من البطلان، **ومن ذلك التعريفات التالية:**

١- البطلان هو عدم ترتب آثار العمل عليه، سواء في الدنيا أو الآخرة[2].

٢- الفساد والبطلان معناهما كون الشيء لم يستتبع غايته[3].

٣- الباطل هو الذي لا يترتب أثره عليه[4].

٤- الباطل هو "ما لا يعتمد به ومالا يقيد شيئاً"[5].

وهذا التعريفات المذكورة جارية على مصطلح الجمهور في إطلاق لفظ البطلان والفساد بمعنى واحد وباعتبارهما لفظين مترادفين، خلافاً للحنفية الذين يفرقون بين

---

(١) ابن فارس: حلية الفقهاء ص ١٢٣.

(٢) الشاطبي: الموافقات ١/٢٩٢-٢٩٥.

(٣) الإسنوي: نهاية السول ١/٩٧.

(٤) السبكي: الإبهاج شرح المنهاج ١/٦٨، الفتوحي: شرح الكوكب المني صر ١٤٩.

(٥) الجرجاني: التعريفات ص ٤٣، وقد وردت في التعريف كلمة "لا يعتمد به" ولعلها تصحفت من النساخ، وأرى أن الصواب "لا يعتد به" والله أعلم.

البطلان والفساد[1] **على النحو التالي:**

١- الباطل: "هو ماكان فائت المعنى من كلِّ وجهٍ، مع وجود الصورة. والفاسد هو ماكان مشروعاً في نفسه فائت المعنى من وجه"[2]

٢- الباطل: هو مالم يشرع بأصله أو ما لم يشرع بالكلية، والفاسد ما شرع بأصله دون وصفة. وقيل الفساد: عدم موافقة الفعل ذي الوجهين الشرع وصفاً، فقط بأن يكون عدم موافقة الشرع لخللٍ في الوصف لا في الأصل، أما البطلان فالخلل يصيب الأصل[3].

وسبب الفساد عند الحنفية ملازمة وصف غير مشروع للأصل المشروع، أما البطلان فسببه الإخلال بالأصل، كانعدام محل التصرف، كبيع الميتة والدم، أو لانعدم أهلية التصرف كبيع المجنون مثلاً[4].

وتقسيم الحنفية للفاسد الباطل إنما هو في المعاملات فقط، أما العبادات فالباطل والفاسد بمعنى واحد عندهم.

والبطلان كما رأينا هو جزاء لمخالفة شرعية في التصرف، ولذلك لايعد البطلان من مؤيدات الشرعية في كل تصرف مهما كان، والحنفية حينما فرقوا بين الفساد والبطلان نظروا إلى درجة المخالفة الشرعية وأين موقعها في التصرف، فليست كل المخالفات بدرجة واحدة، ولهذا نجد الفقهاء الآخرين كالشافعية والحنابلة قد فرَّقوا بين الباطل والفاسد في بعض المسائل[5]، وذلك مراعاة لدرجة جسامة المخالفة المرتكبة، فعلى سبيل المثال الحج عند الشافعية يبطل بالردة، ويفسد بالجماع. وهذا تفريق بين

---

(١) انظر: السبكي: الإبهاج ٦٩/١، الإسنوي: التمهيد ص ٥٩، الفتوحي: شرح الكوكب المنير ص ١٤٨-١٤٩، المطيعي: سلم الوصول ٩٦/١-٩٧.

(٢) السمر قندي: ميزان الأصول ص ٣٩.

(٣) السبكي: الإبهاج ٦٩/١، الإسنوى: التمهيد ص ٥٩، المطيعي: سلم الوصول ٩٦/١-٩٧.

(٤) السمرقندي: ميزان الأصول ص ٣٩.

(٥) انظر حصر هذه المسألة التي يفرق فيها بين البطلان والفساد عند الشافعية في الإسنوي: التمهيد ص٥٩.

الباطل والفاسد.

وقد ذكر بعض الأصوليين أن أكثر المسائل التي حكموا عليها بالفساد إذا كانت مختلفاً فيها بين العلماء، والتي حكموا عليها بالبطلان إذا كانت مجمعاً عليها، أو الخلاف فيها شاذ[1].

أما المحدثون فقد تحدثوا عن البطلان وفق مصطلح الفقهاء المتقدمين. وأجمع تعريفٍ للبطلان هو تعريف أستاذنا مصطفى الزرقاء -حفظه الله-، إذ يعرفه بأنه "عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع"[2].

فالتصرف قد يوجد من الناحية الحسية المادية، وهي ما عبر عنه في بعض تعريفات الحنفية بقولهم: "مع وجود الصورة" أي أن صورة التصرف موجودة في الواقع، أما في اعتبار الشارع فهي في حكم المعدوم، وأشبه ما تكون بجسد لا روح فيه.

وبناءً على ما تقدم من تعريفات للبطلان نستطيع القول بأن الحكم القضائي الباطل هو الحكم الذي فقد اعتبار الشارع له بحيث لا تترتب الآثار الشرعية عليه، وإن كان موجوداً في الحس والواقع.

ولذلك استحق الحكم الباطل النقض والإعادة وعدم الاعتداد به، إضافة إلى أن الفقهاء نفوا عن الحكم الذي به خلل ما، أن يرتب أي أثر كالنفاذ واللزوم ورفع الخلاف أو قطع الخصومة ابتداء.

والمقصود بالبطلان والنقض والفسخ عند الفقهاء أن هذا الحكم ظهر بطلانه، فهو بمثابة إعلان لبطلان الحكم، وليس المقصود من ذلك أن الحكم انعقد ويحتاج إلى نقض، فالحكم الباطل في أصله غير معتبر، ولم ينعقد ابتداء. ولذلك قال عز الدين بن عبدالسلام: "التعبير بالنقض فيه تسامح "أي أنه لم يصح من أصله.[3].

---

(١) الفتوحي: شرح الكوكب المنير ص ١٤٩.

(٢) المدخل الفقهي العام ٦٤٣/٢.

(٣) انظر الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٦/٤، المناوى:شرح عماد الرضا ٣٣٧/١.

ومن استقراء حالات بطلان الأحكام القضائية التي تحدث عنها الفقهاء نجد أنها ترجع إلى خلل في الإجراءات الموصلة إلى الحكم، أو إلى خلل في الحكم ذاته. هذا الخلل يعتبر مخالفة للشرع الذي أوجب نظاماً معيناً تسير الدعوى فيه لتصل إلى مرحلة إصدار الحكم الصحيح، فوضعت الشروط والأركان والموانع وغيرها، فإذا لم يتبع ذلك النظام كان البطلان جزاء تلك المخالفة.

وإذا كان الخلل أو المخالفة في نفس الحكم مستلزماً للبطلان،فإن الخلل الحاصل في شرط أو إجراء قضائي سابق على إصدار الحكم يعتبر سبباً لإبطال الحكم أيضاً تطبيقاً للقاعدة التي تقول: « إن ما بني على باطل فهو باطل».. فالمحكمة مثلاً إذا سمعت دعوى، وسارت فيها بشكل صحيح حتى وصلت إلى البينة، فسمعت شهادة الشهود، وكانت الشهادة باطلة لسبب ما، ثم أكملت إجراءات نظر الدعوى حتى أصدر الحكم، فهذا الحكم يعتبر باطلاً؛ لأنه استند إلى سبب باطل، وهو الشهادة، فيبطل كل إجراء اتخذته المحكمة بعد سماع الشهادة حتى صدور الحكم، وعلى القاضي أن يبدأ إجراءاته من النقطة التي نقض الحكم من أجلها، ولا يعيد الإجراءات الصحيحة السابقة على البطلان، فمثلاً الحكم الذي استكمل إجراءاته وشروطه كلها باستثناء الإعذار -عند المالكية- يعتبر باطلاً؛ لتخلف الإعذار. لذا أوجب الفقهاء على القاضي مصدر الحكم نفسه، أو لمن يرفع إليه ذلك الحكم أن ينقضه، ويتخذ إجراء الإعذار فقط، ثم يحكم، ولا يعيد كل ما سبق من إجراءات صحيحة. وهذه المسألة أخذت بها النظم القضائية الحديثة، مما يدلنا على مدى الدقة التي كانت لفقهاء الشريعة الإسلامية في استنباطهم الأحكام الإجرائية التي تكفل العدالة وسهولة التقاضي واختصار إجراءاته.

## المطلب الثاني

## الأصل الشرعي العام للبطلان

نستطيع القول بأن الأدلة التي أوجبت الحكم بما أنزل الله، وحرمت مخالفة أحكام الشريعة كافية بذاتها للقول ببطلان تلك الأحكام المخالفة. ولكن وردت نصوص شرعية تعتبر أصلاً أصيلاً لنظرية البطلان العامة في الشريعة وليست للحكم القضائي فحسب، وبيان ذلك على النحو التالي: النص العام الذي قرر بطلان كل ما خالف الشريعة هو حديث الرسول ﷺ والذي يقول فيه: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» رواه مسلم، وفي رواية أخرى "من أحدث في أمرنا هذا ماليس منه فهو مردود" رواه البخاري ومسلم[1]. ويقصد بقوله "رد" أي: مردود باطل غير معتد به[2]. وهذا هو المعنى المراد من بطلان الأحكام.

ويعتبر هذا عند علماء الإسلام قاعدة عظيمة من قواعد الدين الإسلامي[3].

فقد عده الإمام أحمد يوازى ثلث العلم، يريد بذلك أنه أحد القواعد الثلاث التي يرد إليها جميع الأحكام وهي هذا الحديث، وحديث الحلال بيّن والحرام بيّن، وحديث الأعمال بالنيات[4].

وبناء على هذا الحديث يعتبر كل حكم يخالف أمر الرسول، أو يخالف ما عليه الرسول ﷺ، أي يخالف الشريعة ويناقضها، وليس جارياً على نهجها فهو باطلاً مردوداً، وقد استنبط عدد من الأئمة الأعلام من هذا الحديث بطلان الأحكام المخالفة

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث .

(٢) النووي: شرح صحيح مسلم ١٦/١٢.

(٣) النووي: شرح صحيح مسلم ١٦/١٢: فتح الباري ٣٠١/٥، ابن دقيق العيد: شرح الأربعين النووية ص ٢١.

(٤) انظر: صديق حسن خان: عون البارى ٣٦/١ .

للشرع الشريف منهم:

**أولاً: الإمام المحدث مسلم بن الحجاج النيسابوري**[1] فقد ترجم لهذا الحديث بعنوان "باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور"، وهذا صريح في النص على أنه استنبط من هذا الحديث بطلان الأحكام ونقضها. فهذا الباب هو الباب الثامن من كتاب الأقضية في صحيح الإمام مسلم[2].

**ثانياً: الإمام أحمد بن الحسين البيهقي**[3] فقد ترجم لهذا الحديث بقوله: "باب من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نصاً أو إجماعاً أو ما في معناه رده على نفسه وعلى غيره"[4] ثم ذكر حديث مسلم الذي نحن بصدده.

إضافة إلى هذا الحديث هناك أدلة أخرى يستنبط منها بطلان الأحكام المخالفة للشريعة نختار منها:

١- استنبط الإمام البخاري بطلان الأحكام الجائرة، أو المخالفة لأهل العلم من حديث ابن عمر الذي قال فيه: "بعث النبي ﷺ خالد ابن الوليد إلى بني جذيمة، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا فقالوا "صبأنا صبأنا" فجعل خالد يقتل ويأسر، ودفع إلى كل رجل منا أسيره فأمر كل رجل منا أن يقتل أسيره. فقلت: -أي ابن عمر- والله لأقتل أسيري، ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره، فذكرنا ذلك للنبي ﷺ ، فقال : اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد مرتين، فقد ترجم البخاري لهذا الحديث بقوله "باب إذا قضى الحاكم بجور أو خلاف أهل العلم فهو رد"[5] ووجه الاستدلال من الحديث

---

(١) أمير المؤمنين في الحديث وكتابه الجامع الصحيح يعد أصح كتاب بعد كتاب البخاري، ت رحمه الله سنة ٢٦١هـ. انظر: ابن حجر: التقريب ٢/٢٤٥.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/١٦.

(٣) من أكابر فقهاء الشافعية، ومن كبار المحدثين، قال إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي عليه إلا البيهقي فإن له المنة على الشافعي نفسه...ت ٤٥٨هـ. انظر: ابن هداية الله الحسيني: طبقات الشافعية ص ١٥٩-١٦٠.

(٤) السنن الكبرى ١٠/١١٩.

(٥) صحيح البخاري مع الفتح ١٣/١٨١.

أن فعل خالد باطل وإن كان مجتهداً فيه؛ لكونه لم يستفسر عن مرادهم بقولهم صبأنا، وأن فعل ابن عمر صواب. فالرسول ﷺ تبرأ من فعل خالد؛ لكونه باطلاً غير صحيح.

٢- قال الإمام الشاطبي[١] كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل[٢] واستدل على ذلك بأدلة منها قوله تعالى: ﴿**وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيراً**﴾ [النساء:١١٥].

فمخالفة السبيل الذي عليه المؤمنون هي مخالفة للشريعة، وهذه المخالفة تؤدي إلى جهنم وساءت مصيراً؛ ولا يؤدى إلى هذا المصير إلا العمل غير المشروع وهو الباطل.

٣- قال عمر بن عبدالعزيز "ما من طينة أهون علي فكاً، وما من كتاب أيسر علي رداً من كتاب قضيت به ثم أبصرت أن الحق في غيره ففسخته"[٣].

٤- قال ابن أبي ذئب[٤]: قضى سعد بن إبراهيم على رجل بقضية برأي ربيعة بن أبي عبد الرحمن[٥]، فأخبرته عن النبي ﷺ بخلاف ما قضى به فقال لربيعة: هذا ابن أبي ذئب، وهو عندي ثقة، يخبرني عن النبي ﷺ بخلاف ما قضيت به ، فقال له ربيعة : قد اجتهدت ومضى حكمك،فقال سعد: واعجباً أنفذ قضاء سعد ابن أم سعد وأرد قضاء رسول الله ﷺ بل أرد قضاء ابن أم سعد، وأنفذ قضاء رسول الله ﷺ، فدعا بكتاب

---

(١) هو إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، أبو إسحاق، فقيه، إمام، أصولي، محقق مجدد، له كتاب الموافقات الذي لا نظير له وكتاب الاعتصام ت رحمه الله سنة ٧٩٠هـ. انظر: ابن مخلوف: شجرة النور الزكية ص٢٣١.

(٢) الموافقات ٣٣٣/٢.

(٣) البيهقي: السنن الكبرى ١١٩/١٠-١٢٠.

(٤) هو محمّد بن عبدالرحمن بن أبي ذئب، من عباد أهل المدينة وقرائهم وفقهائهم ت ١٥٩هـ انظر: ابن حبان البستي: مشاهير علماء الأمصار ص ١٤٠.

(٥) هو ربيعة بن أبي عبد الرحمن، أبو عثمان، يقال له ربيعة الرأي، من فقهاء أهل المدينة وحفاظهم، وعنه أخذ الإمام مالك الفقه ت١٣٦هـ. انظر: البستي مشاهير علماء الأمصار ص٨١، ابن حجر: التقريب ٢٤٧/١.

القضية فشقه وقضى للمقضي عليه[1]. فالقاضي سعد -رحمه الله- حينما ظهر له أن حكمه مخالف للسنة نقضه وأبطله، وحكم بما يوافق السنة، وهذا من كمال فهمه والتزامه بأحكام الشريعة .

## المطلب الثالث

## المصطلحات المستخدمة للدلالة على البطلان

تعددت المصطلحات التي استخدمها الفقهاء للدلالة على بطلان الحكم القضائي، وبلغت حوالي العشرين، وهي في الحقيقة تزيد على ذلك.

فإحصاء كل ما كتب متعذر، وذكر القليل يغني عن الكثير، وهذه المصطلحات سأذكرها دون شرح يذكر مع الإحالة إلى المصدر الذي ذكر فيه المصطلح.

١- البطلان، الباطل، الإبطال، أبطلته[2].

٢- عدم النفاذ، لا ينفذ قضاؤه[3].

٣- عدم الصحة، لم يصح، غير صحيح[4].

٤- عدم الجواز[5].

---

(١) انظر: ابن القيم: إعلام الموقعين ٢/٢٨١-٢٨٢.

(٢) القدوري: المتن ص ١١١، السمرقندي: عيون المسائل ص١٣، ٣١٦، السرخسي: المبسوط ١٦/٨٤، النووي: الروضة ١١/١٢٠، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٤١.

(٣) السرخسي: المبسوط ١٦/٩٣، السمرقندي: خزانة الفقه ص ٤٠٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٧، النووي: الروضة ١١/٩٧، الهيتمي: الفتاوى ٤/٢٩٨.

(٤) الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٣، النباهي: المرقبة العليا ص ٤، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٤/١٢٩، النووي: الروضة ١١/٩٧، ابن مفلح: المبدع ١٠/٦٠.

(٥) السرخسي: المبسوط ١٦/١١٠، السمرقندي: خزانة الفقه ص ٤٠٠، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص٣٧-٣٨، الدردير: الشرح الصغير ٤/٢١٩.

٥- عدم الاستقرار، لا يستقر حكمه[١].

٦- النقض، نقضته[٢].

٧- الرد، مردود[٣].

٨- الفسخ، فسخته[٤].

٩- النبذ[٥].

١٠- النسخ[٦].

١١- الطرح[٧].

١٢- الإلقاء[٨].

١٣- الانعدام، "الراجح أنه كالعدم"[٩].

١٤- عدم الاعتبار، "ولا يعتبر القضاء والمترتب عليها"[١٠].

---

(١) ابن فرحون: التبصرة ١/٥٦.

(٢) انظر: السرخسي: المبسوط ١٦/١١١، السمرقندي: خزانة الفقه ص ٤٠١، السمناني: روضة القضاة ١/٧٦-٧٧، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٧-٣٨، الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٤٤، النووي: الروضة ١١/ ١٥٠-١٥١، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٤١.

(٣) انظر: مسلم الصحيح بشرح النووي ١٢/١٦، البخاري مع الفتح ١٣/١٨١، السرخسي: المبسوط ١٦/٨٤، السمرقندي: عيون المسائل ٣١٧، السمناني: روضة القضاة ١/٧٦، النباهي: المرقبة العليا ص ٤، ابن فرحون: التبصرة ١/٥٨.

(٤) انظر: الباجي: فصول الأحكام ص ١٦٧، ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٧-٣٨، ابن فرحون: التبصرة ١/٥٨، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٤١.

(٥) انظر: الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٤٤، الخرشي: شرح المختصر ٧/١٦٢، الدردير: الشرح الصغير ٤/٢٢٠، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٥١.

(٦) السغدي: النتف في الفتاوى ٢/٧٨٢.

(٧) الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٤٤، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/١٥٢.

(٨) الدسوقي: المرجع نفسه.

(٩) المعداني: حاشيته على شرح ميارة على التحفة ١/٤٠.

(١٠) ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٠٤.

١٥- الرجوع عن الحكم، رجعت عن حكمي[١].

١٦- الخطأ[٢].

١٧- عدم الإمضاء، لم يمضه[٣].

١٨- ليس بشيء، ليس حكمه بشيء[٤].

١٩- الهدم، "القضاء لا يُهدم بالقضاء..."[٥].

٢٠- لا يعد حكما[٦].

مع ملاحظة أن هناك مصطلحات أخرى تدل على إعادة النظر في الحكم الباطل[٧] أو تعقبه وتتبعه، ولكن يهمنا في هذا البحث ما يتعلق ببطلان الحكم.

## المطلب الرابع

## بطلان الحكم القضائي لاختلال في صفة الحكم

**الفرع الأول: بطلان الولاية:**

القاعدة في هذه المسألة أن كل ما يمنع من تولية القضاء ابتداء يمنعها دوماً، فينعزل المتولي إذا طرأ عليه مانع ما[٨]، قال السمناني في هذا الموضوع: "اتفق أصحابنا -أي

---

(١) السرخسي: المبسوط ٨٤/١٦، السمرقندي: عيون المسائل ص ٣١٧.

(٢) السرخسي: المبسوط ٨٥/١٦.

(٣) السمناني: روضة القضاة ٣٢٣/١.

(٤) الشوكاني: السيل الجرار ٣٠٤/٤.

(٥) السغدي: النتف في الفتاوى ٨٥٩/٢-٨٦٢.

(٦) الرملي: الفتاوى الخيرية ١٢/٢.

(٧) انظر: بحث استئناف الأحكام الباطلة للدكتور عبدالحكيم أحمد شرف ص١٨٥ وما بعدها المنشور في مجلة الشريعة والقانون التي تصدرها جامعة صنعاء، العدد الثاني ١٩٧٩م.

(٨) الرملي: نهاية المحتاج ٢٣٢/٨، ابن مفلح: الفروع ٤٣٦/٦، المرداوي: الإنصاف ١٨١/١١-١٨٢.

الحنفية- أن كل صفة لو كان عليها لم يصح أن يتولى الحكم، إذا صار إليها يبطل حكمه فيما يستقبل[1]. ولذلك يجب أن يكون الشخص الذي يصدر الأحكام جائزاً على الأوصاف والشروط المطلوبة فيه، وإذا تخلف شرط فإنه يصبح غير صالح لإصدار الحكم، وبالتالي تفقد أحكامه التي يصدرها صفة الحجية والإلزام، وتعتبر باطلة غير منتجة آثارها.

ولذلك نجد أن الفقهاء قد نصوا على أن القاضي إذا كان غير صالح للقضاء، وليس أهلاً لتولي هذه الولاية، فأحكامه باطلة كلها، سواء وافقت الحق أم لم توافق[2]. وأوجبوا على من يتولى الحكم بعده أن ينقض كل أحكامه، ويستأنف النظر في الحكومات ابتداء. ومن نصوصهم في ذلك "يجب على القاضي أن ينقض جميع أحكام من قبله إذا كان غير أهل وإن أصاب فيها"[3].

وقولهم كذلك: "إذا ولي من لم تجتمع فيه الشروط مع العلم بحاله لم ينفذ قضاؤه وإن أصاب... واستثنى بعضهم أحكام قاضي الضرورة..."[4].

"تنقض أحكام من لا يصلح للقضاء كلها..."[5].

**بذل الرشوة لتولي القضاء يبطل الولاية ابتداءً:**

إذا كان القاضي قد وصل إلى منصب القضاء بالتوسط وبذل الرشاوى، فإن أحكامه تكون باطلة لبطلان عقد ولايته، قال ابن نجيم: "إذا تقلد القاضي القضاء برشوة لم تصح توليته، ولو قضى لم تنفذ أحكامه، وعليه الفتوى"[6] وعند المالكية إذا

---

(١) روضة القضاة ١/١٥٠.

(٢) انظر: الشيرازي: التنبيه ٢٥٣، النووي: الروضة ١١/٩٧-١٥١، الهيتمي: الفتاوى الكبرى ٤/٢٩٨، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٣٧، المقدسي: الشرح الكبير ١١/٤١٥، ابن مفلح: الفروع ٦/٤٥٧، برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٠/٥٠، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢٥.

(٣) المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٣٧.

(٤) النووي: الروضة ١١/٩٧ بتصرف.

(٥) النووي: الروضة ١١/١٥١.

(٦) البحر الرائق ٦/٢٨٤، وانظر داماد: مجمع الأنهر ٢/١٥٢.

سأل التولية ودفع مالاً ليحصل على الولاية فولايته باطلة، وأحكامه مردودة لا تنفذ ولو وافقت الحق[1].

**انعدام الولاية يؤدى إلى بطلان الحكم:**

ونقصد بذلك أن الشخص الذي أصدر الحكم إذا لم تكن له ولاية إصداره، فإن ذلك الحكم يعتبر باطلاً، ومن ذلك إذا كان القاضي ممنوعاً من الاستخلاف، فخالف ذلك واستخلف شخصاً آخر في قضية ما، فحكم فيها الخليفة بحكم صحيح من حيث الشروط والأركان وموافقة الحق، ولكن هذا الحكم يعتبر باطلاً عند فريق من الفقهاء[2]، وذلك لعدم وجود الولاية التي تؤهله لإصدار الحكم، بينما يرى بعض الحنفية أن هذا الحكم يكون موقوف النفاذ على إجازة القاضي الأصيل وإنفاذه. قال السرخسي: "إذا استخلف القاضي بغير أمر الإمام، لم يجز قضاء خليفته إلا أن ينفذ هو قضاء خليفته، فحينئذ ينفذه كما لو قضى به بنفسه؛ لأن نفوذه برأيه"[3].

أ-وإذا كان القاضي له صلاحية الاستخلاف بأن سمح له الإمام بذلك، فاستخلف شخصاً لا يصلح للقضاء، فأحكامه باطلة لعدم توافر الشروط المطلوبة فيه، وليس لانعدام الولاية.

ب- إذا أصدر الوالي أو الأجير حكماً قضائياً، ولم تكن له صلاحية الإصدار، كأن يكون القاضي الأصيل مولى من قبل الخليفة، فحكم الوالي أوالأمير يعتبر باطلاً لعدم الولاية[4].

جـ- إذا أصدر المحكَّم حكماً فيما هو ممنوع من الحكم فيه كالحدود، فحكمه باطل أيضاً[5].

---

(١) ابن فرحون: التبصرة ١١/١، العدوي: حاشيته على الخرشي ١٣٨/٧، الدردير: الشرح الكبير ١٣١/٤.
(٢) انظر: السمناني: روضة القضاة ١٤٥/١، الحطاب: مواهب الجليل ١٠٥/٦، النووي: الروضة ١٢٠/١١.
(٣) النووي: الروضة ١٢٠/١١.
(٤) ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٤٣٠/٢.
(٥) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٤٠٨/٦-٤٠٩، ابن مفلح: الفروع ٤٤٠/٦.

هـ- كما أن القاضي يعتبر فاقد الولاية إذا عزل منهـا، وذلـك يتحقـق بـأن يعزلـه السلطان الذي ولاه، كما ينعزل بعزل نفسه، أو إذا أصيب بمـانع مـن موانـع اسـتمرار الولاية كما سيأتي، ولكـن القـاضي إذا عـزل مـن قبـل السـلطان فـإن أحكامـه تعتـبر صحيحة حتى يصل إليه كتاب العزل، أمـا بعـد وصولـه فإنهـا تعتـبر باطلـة ولا يملـك إنشاء الأحكام[1].

**الفرع الثاني: اختلال الشروط الذاتية في الحاكم:**

اتفق الفقهاء على أن الحكم القضائي يعتبر باطلاً إذا كان الحاكم الذي أصـدره غـير مسلم، سواء أكان مشركاً أو ذمياً، لأن الكافرين ليست لهم ولاية على المسلمين[2].

أما إذا تولى الحاكم وهو مسلم ثم ارتد، فـإن أحكامـه الـتي أصدرهـا حـال ردتـه باطلة بالاتفاق لانخرام شرط الإسلام، إضافة إلى أن الردة مبطلة لولايته فيصبح معـزولاً عن الحكم[3].

**فقدان شرط الحرية:**

يعتبر الحكم باطلاً إذا تولى القـاضي وهـو ليـس حـراً، كمـا تبطـل الأحكـام الـتي يصدرها إذا طرأت العبودية عليه كأن استحقت رقبته لغيره، أو أسره العدو فاسـترقوه،

---

(١) انظر: السرخسي: المبسوط ١٦/٩٣، السمناني: روضة القضاة ١/١٤٩-١٥٠، ابن الشـحنة: لسـان الحكـام ص٢٢٣، النـووي: روضـة الطـالبين ١١/١٢٥-١٢٦، الشـربيني: مغـني المحتـاج ٤/٣٨٠-٣٨١، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٣١-٢٣٣.

(٢) انظر: السمرقندي: خزانـة الفقـه ص٤٠٠، ابـن نجيـم: البحـر الرائـق ٦/٢٨٣، الحمـوي: غمزعيـون البصائر ٢/٣٩٦، منلاخسرو: درر الحكام ٢/٤٠٩، النباهي: المرقبة العليا ص٤، الحطـاب: مواهـب الجليل ٦/٨٧-٨٨، الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٢٣، الخرشـي: شـرح المختصـر ٧/١٣٨-١٣٩، النـووي: الروضـة ١١/٩٧، المنـاوى: شـرح عمـاد الرضـا ١/٣٣٧، المقدسـي: الشـرح الكبـير ١١/٤١٥، ابن مفلح: المبدع ١٠/٥٠.

(٣) ابن الشـحنة: لسـان الحكام ص ٢٢٣، ابـن نجيـم: البحـر الرائـق ٦/٢٨٢، ابـن عـابدين: رد المحتـار ٥/٣٥٤-٣٥٥، النووي: الروضة ١١/١٢٥-١٢٦، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٣٢-٢٣٣.

وبطلان الأحكام هنا إنما هو لبطلان الولاية[1].

**بطلان الحكم لاختلال شرط التكيف (كمال الأهلية):**

إذا ولي القاضي ابتداء وهو غير مكلف كالصبي والمجنون فولايته باطلة ابتداء وأحكامه كذلك باطلة، وكذلك تعتبر أحكام القاضي باطلة إذا طرأ عليه مايخل بشرط التكليف ومن ذلك[2]:

- إذا زال عقله وأصيب بالجنون، وأغمي عليه، حيث جعل الشافعية الإغماء مبطلاً للولاية ويحتاج حينئذ إلى تجديد الولاية.

- إذا أصيب بالغفلة والنسيان، وأدى ذلك إلى اختلال رأيه من كبر السن ونحوه، قال النووي: "لا يصح قضاء مغفل اختل رأيه ونظره بكبر أو مرض ونحوهما"[3].

**بطلان الحكم لاختلال شرط سلامة الحواس:**

- إذا أصيب القاضي بعاهة أفقدته بعض حواسه المهمة كالبصر والنطق والسمع، فهذه الإصابة ستؤثر على مدى اكتساب أحكامه التي يصدرها للحجية وترتيب الآثار، **وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:**

أ- ذهب الحنفية[4] والشافعية[5] إلى أن القاضي إذا أصيب بالعمى أو الخرس أو

---

(١) انظر: السمناني: الروضة ١/١٤٩-١٥٠، ابن الشحنة: لسان الحكام ص٢٢٣، منلا خسرو: درر الحكام ٢/٤٠٩، النباهي: المرقبة العليا ص٤، الزرقاني: شرح المختصر ص١٢٣/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٣٨-١٣٩.

(٢) انظر المراجع السابقة نفسها، وانظر أيضاً: النووي: الروضة ١١/١٢٥-١٢٦، الهيتمي: تحفة المحتاج ٤/٢٧٠، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٨٠-٣٨١، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٣٢-٢٣٣، ابن مفلح: الفروع ٦/٤٣٦، المرداوي: الإنصاف ١١/١٨١-١٨٢.

(٣) روضة الطالبين ١١/٩٧.

(٤) انظر: السمناني: الروضة ١/١٤٩-١٥٠، الشحنة: لسان الحكام ص٢٢٣، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٤.

(٥) النووي: الروضة ١١/١٢٥-١٢٦، الهيتمي: التحفة ٤/٢٧٠، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٨٠-٣٨١، الرملي: النهاية ٨/٢٣٢-٢٣٣.

الصمم، فإن أحكامه لا تنفذ وتعتبر باطلة، وذلك لأن هذا الخلل في الحواس يزيل الولاية.

ب- ذهب المالكية[1] إلى أن القاضي إذا أصيب بعاهة واحدة كالعمى أو البكم، ثم حكم، فإن كان صواباً نفذ حكمه، وإن كان غير صواب نقض، أما إذا أصيب بعاهتين كأن أصبح أصم وأبكم، أو أصم وأعمى، فلا تنفذ أحكامه، وتعتبر باطلة.

**بطلان الحكم لاختلال شرط العلم بالأحكام الشرعية:**

ذهب المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى عدم جواز توليه الجاهل، وأوجبوا عزله، وإذا حكم فأحكامه مردودة جميعها، سواء وافقت الحق أم لم توافق، فالحاكم الجاهل (غير العالم) آثم بجميع أحكامه، وإن وافقت الصواب، وتعتبر باطلة؛ لأن إصابة الحق بها اتفاقية وليست عن اجتهاد، والدليل على ذلك قوله ﷺ: «القضاة ثلاثة: قاض في الجنة، وقاضيان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، واللذان في النار: رجل عرف الحق فجار في الحكم، ورجل قضى في الناس على جهل»، وفي رواية «وقاض قضى بجهل فهو في النار»[5].

ووجه الدلالة أن الذي حكم وأصاب وهو جاهل كان من الصنف الذي يدخل النار، وهذا يدل على أن إصابته للحكم اتفاقية، ومع ذلك استحق الوعيد، فأحكامه لذلك باطلة، فما كل مرة يصيب الحق، والقضاة نُصّبوا لإحقاق الحق والاجتهاد في إصابته، وذلك بواسطة علومهم التي اكتسبوها، بالإضافة إلى العقل الذي وهبهم الله إياه.

وينبغي التنبيه إلى أن المالكية جعلوا أحكام الجاهل باطلة إذا لم يشاور الفقهاء، أما إذا شاور

---

(١) عثمان بن حسين: سراج السالك ١٩٨/٢.

(٢) انظر: ابن فرحون: التبصرة ٥٨/١، الحطاب: مواهب الجليل ٨٩/٦، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٥٢/٤.

(٣) الهيتمي: التحفة ٢٦٢/٤، الرملي: النهاية ٢٢٤/٨.

(٤) المقدسي: الشرح الكبير ٤١٥/١١، ابن مفلح: المبدع ٥٠/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٢٥/١١.

(٥) هذا الحديث أخرجه أبو داود في السنن ٥/٤، كتاب الأقضية، باب القاضي يخطىء، والترمذي: السنن ٦١٣/٣، كتاب الأحكام: باب ما جاء في القاضي، وابن ماجه: السنن ٧٧٦/٢، كتاب الأحكام باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، والحاكم: المستدرك على الصحيحين ٩٠/٤ كتاب الأحكام.

فتنفذ أحكامه الموافقة للصواب.

**بطلان الحكم لاختلال شرط العدالة (الفسق):**

إذا اختل شرط العدالة في القاضي بأن تولى القضاء وهو عدل، ثم طرأ الفسق عليه، أو ولي ابتداء وهو فاسق، فإن أحكامه التي أصدرها حال فسقه تعتبر باطلة، ومردودة في قول الجمهور[1].

وهو الذي قال به الشافعية والحنابلة وفريق من المالكية، نقل عن ابن القاسم وهو قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف في رواية النوادر عنهم. قال السمرقندي[2] ولو أن قاضياً قضى بقضاء وهو قاضي سوء، مرتشٍ أو فاسق فلم يُعلم ذلك إلا بعد حين، قال أبو حنيفة: أبطلت قضاياه. هكذا روى عنه الحسن بن زياد[3].

أما المفتى به عند الحنفية فلا يعتبر الفسق مبطلاً للولاية بوجه عام. قال ابن نجيم: "صحة تولية الفاسق، وعدم عزله لو فسق هو ظاهر المذهب كما في الهداية، وهو قول عامة المشايخ وهو الصحيح..."[4].

إلا أن الحنفية خالفوا هذه القاعدة في مسألة فسق القاضي بسبب الرشوة وخلاصتها على النحو التالي:

**- بطلان الحكم بسبب ارتكاب القاضي جريمة الرشوة:**

إذا قبض القاضي رشوة من أجل إصدار الحكم، فإنه يصبح فاسقاً بهذا العمل؛

---

(١) انظر: ابن راشد البكري: لباب اللباب ص٢٥٩، الخطاب: مواهب الجليل ٦/٨٧-٨٨، الزرقاني: شرح المختصر ٧/١٣٨-١٣٩، الهيتمي: التحفة ٤/٢٧٠، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٨٠-٣٨١، الرملي: النهاية ٨/٢٣٢-٢٣٣، ابن مفلح الفروع ٦/٤٥٧، المرداوي: الإنصاف ١١/٢٢٥.

(٢) هو الليث بن محمّد السمرقندي، فقيه، مفسر، إمام من أئمة الحنفية فيما وراء النهر من مصنفاته: تفسير القرآن، عيون المسائل، خزانة الفقه، بستان العارفين وغيرها، ت٣٩٣هـ وفيه خلاف. انظر: اللكنوي: الفوائد البهية ص٢٢٠.

(٣) عيون المسائل ص٢١٣

(٤) البحر الرائق ٦/٢٨٤.

لأنه ارتكب محرماً، سواء قضى بحق أم بباطل[1]، أما القضاء بالحق فهو واجب عليه، فلا يحل له أخذ المال عليه، وأما القضاء بالباطل فحرام دون بذل مال، فكيف إذا بدل له المال؟ فأشد حرمة.

**وقد اختلف فقهاء الحنفية في أحكام القاضي المرتشي إلى ثلاثة أقوال:**

**القول الأول**[2]: أن أحكامه صحيحة ونافذة. وقال بهذا القول بعض علماء الحنفية[3]، وهو قول ضعيف في المذهب، والحجة لهذا القول أن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق أنها توجب فسق القاضي، وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل في الراجح لدى المذاهب، إذن فولايته قائمة وقضاؤه بحق، فلا داعي للحكم بعدم النفاذ[4].

**القول الثاني**[5]: أن حكمه فيما ارتشى فيه باطل، وإن حكم بالحق. وهذا قول شمس الأئمة السرخسي، ورجحه ابن نجيم. وحجة أصحاب هذا القول أن القاضي إذا ارتشى فهو عامل لنفسه، بمعنى أنه حكم لنفسه من حيث المضمون، وحكم الحاكم لنفسه باطل، فظهر من ذلك أن خصوص هذا الفسق مؤثر في عدم نفاذ الحكم وسبب لبطلانه.

إضافة إلى ما ذكر نقل بعض علماء الحنفية الإجماع على أن حكم القاضي فيما ارتشى فيه باطل غير نافذ[6].

---

(١) ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٥٨/٦.

(٢) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٥٨/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٥/٦.

(٣) كالبزدوي وابن الهمام.

(٤) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٥٨/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٣٨٥/٦.

(٥) السمناني: روضة القضاة ٨٨/١، الأوزجندى: فتاوى قاضيخان ٤٥٠/٢، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٨٤/٦-٢٨٥، منلا خسرو: درر الحكام ٤٠٤/٢، داماد: مجمع الأنهر ١٥٢/٢، الحموي: غمز عيون البصائر ٢٦٣/١.

(٦) المراجع السابقة نفسها.

**القول الثالث**[1]: أن أحكام القاضي المرتشي باطلة غير نافذة كلها، سواء أكانت التي ارتشى بسببها أم غيرها، فقد نقل عن أبي حنيفة أنه قال: "لو قضى القاضي زماناً بين الناس ثم علم أنه مرتش، ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه"[2].

ولا يشترط أن يكون القاضي قد قبض الرشوة قبل الحكم، فقد يقبضها بعده، كما ينسحب البطلان على حكم القاضي إذا ارتشى ابن القاضي، أو من لا تجوز شهادته له؛ ليعين المرتشي عند القاضي، مع علم القاضي بذلك، كما أبطل الفقهاء الحنفية الحكم الصادر من القاضي الشافعي إذا كان القاضي الحنفي قد أحال الدعوى إليه ليحكم فيها بمذهبه بناء على رشوة قدمت إليه؛ ليحيلها لذلك القاضي، كما يبطل حكم القاضي إذا أخذ البواب رشوة على إدخال الخصوم إليه، وعلم القاضي بذلك[3].

**- بطلان الحكم لخلل في تشكيل هيئة الإصدار:**

إذا كانت هيئة الإصدار مشكلة من أكثر من قاض، كأن يشترط السلطان أن يصدر الحكم من قاضيين أو ثلاثة، فانفرد أحدهم بالإصدار، فإن هذا الحكم يعتبر باطلاً، ولا بد من اجتماعهم على الحكم ليصبح جائزاً، وهذا هو قول الحنفية[4] خلافاً للجمهور الذين يشترطون كون القاضي واحداً.

---

(١) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير ٦/٣٥٨، ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٨٤، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٧.

(٢) ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٨٥.

(٣) انظر: الأوزجندي: فتاوى قاضيخان ٢/٤٥٠، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٥٨-٣٥٩، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٨٣.

(٤) السمناني: الروضة ١/٨٠، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ١/١٤، الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص١٠٩.

**بطلان أحكام المرأة:**

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز تولي المرأة القضاء، وإذا حكمت فحكمها باطل، إلا إذا عوملت معاملة قاضي الضرورة عند الشافعية، فإذا كان القاضي امرأة، فإن شرط الذكورة يعتبر متخلفاً، وبالتالي بطلان الولاية، ومن ثم بطلان الحكم[1].

أما عند الحنفية فحكمها جائز في المعاملات، أما الجنايات والحدود فغير نافذ وباطل إلا إذا رفع إلى حاكم فأمضاه ونفذه[2].

## المطلب الخامس

## حالات بطلان الحكم لسبب المحكوم به

### تمهيـــــــــد:

مر معنا في مسألة المحكوم به كمقوم من مقومات الحكم القضائي أن الأدلة الشرعية عموماً هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وما استنبط منها، وأن القاضي ملزم بالحكم بما أنزل الله، وهو ما دلت عليه الأدلة الشرعية المذكورة؛ لأنها موارد استخراج الأحكام الشرعية.

وقد اتفق الفقهاء جميعاً على أن الحكم المخالف لما أنزل الله باطل، ولكن وقع بعض الاختلاف في تحديد ما يعتبر مبطلاً من المخالفة، وفي تحديد المحكوم به الذي وقعت المخالفة لما جاء به.

---

(١) انظر ما سبق في اشتراط الذكورة في القاضي وانظر أيضاً: المرقبة العليا ص٤، الحطاب: مواهب الجليل ٦/٨٧-٨٨، الخرشي: شرح المختصر ٧/١٣٩.

(٢) انظر: الكاساني: البدائع ٧/٣، ابن نجيم: البحر الرائق ٧/٥، داماد: مجمع الأنهر ٢/١٦٨.

وبيانه على النحو التالي:

**١- بطلان الحكم لمخالفته النص (الكتاب والسنة) :**

**أ- مخالفة الكتاب (القرآن الكريم)[١] :**

إذا وقع الحكم مخالفاً لنص القرآن الكريم فإنه يعتبر باطلاً غيرَ معتبرٍ باتفاقِ الفقهاء، ويشترط للحكم ببطلان الحكم في هذه الحالة أن يكون النص قطعي الدلالة، لا يقبل تأويلاً، أو كان تأوليه بعيداً متكلفاً ينبو الفهم عن قبوله، وقيد الحنفية عدم قبول التأويل بأن لا ينقل عن سلف الأمة أي تأويل للنص موضوع الحكم، ويقصدون بسلف الأمة العلماء الذين سبقوا الأئمة المجتهدين، وبالتحديد الذين سبقوا الإمام الشافعي ومالك -رحمهما الله- كالصحابة والتابعين[٢].

وكذلك ينقض الحكم إذا حكم القاضي بمقتضى نص ثم بانَ أنه منسوخ، أو بعمومه ثم ظهر أنه مُخَصَّصٌ بدليل آخر.

**ومن الأمثلة على بطلان الحكم لمخالفته نص القرآن ما يلي:**

- في المذهب الحنفي يمثل للحكم الباطل المخالف لنص القرآن بحكم القاضي

---

(١) انظر: المرغيناني: الهداية مع شرح فتح القدير والعناية والكفاية ٣٩٣/٦، الزيلعي تبيين الحقائق ١٨٨/٤، ابن نجيم: البحر الرائق ٨/١، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ٢٤/١، منلا خسرو: درر الحكام ٤٠٨/٢، الحصكفي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي ١٩٤/٣، الحموي: غمز عيون البصائر ٣١٠/٢، ابن عابدين: رد المحتار ٣٩٤/٥-٤٠٠، ابن عبدالرفيع: معين الحكام ٦٣٨/٢، القرافي: الإحكام ص ٣٦، ابن فرحون: التبصرة ٥٦/١، الرصاع: شرح حدود ابن عرفة ٤٤٢، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٤/٧، الخرشي: المختصر ١٦٢/٧- الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٥٣/٤، الشافعي: الأم ٢٠٤/٦، الماوردي: أدب القاضي ٦٨٥/١، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٢٥، الزركشي: المنثور في القواعد ٦٩/٢، الهيتمي: التحفة ٢٨٠/٤، الرملي: النهاية ٢٤٦/٨، المناوي: شرح عماد الرضا ٣٣٦/١، ابن قدامة: المغني ٤٠٣/١١، ابن مفلح: الفروع ٤٥٦/٦، برهان الدين ابن مفلح: المبدع ٤٩/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٢٣/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٧٨/٣، الشوكاني السيل الجرار ٣٠٢/٤.

(٢) انظر: الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٩٤/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤/٥.

الشافعي جواز عقد نكاح على امرأة زنى بها والده. وحجة الحنفية في ذلك أن هذا الحكم مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء:٢٢]. فالنكاح الوارد في الآية هو الوطء، فالمزني بها موطوءة من قبل الأب، فتحرم على الابن. ولهذا كان حكم الشافعي بحلها للابن باطلاً[١].

- ومثل الحنفية أيضاً لمخالفة الحكم لنص القرآن، بحكم القاضي الشافعي بلزوم ثمن متروك التسمية عمداً، وعند الحنفية يعتبر ميتة يحرم بيعها؛ لأنه يخالف ظاهر قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام:١٢١] فالواو هنا للعطف، والضمير في "إنه" يعود للأكل المأخوذ من "لا تأكلوا".

أما الإمام الشافعي فحجته قوله تعالى: ﴿أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ﴾ فهذه الآية تبين المحرمات، وقد جعل الله المحرم ما أهل لغير الله به، وليس متروك التسمية المسكوت عليه عمداً، أما قوله تعالى في الآية الأولى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ فوجهها الشافعي بأن الواو للحال، أي حال كونه فسقاً، ولا يكون فسقاً إلا بالإهلال بعد ذكر الله[٢].

- أما المالكية فقد مثلوا للحكم المخالف للقرآن، بأن يحكم القاضي مستنداً إلى شهادة الكافر، وهذا الحكم باطل كونه مخالفاً لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢]. أي من المسلمين، وكذلك مثلوا له بالحكم بمساواة البنت لأخيها في الميراث[٣] فهو مخالف لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١].

---

(١) انظر: ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموى ١/٢٣٠-٢٣١.

(٢) انظر: الشربيني: مغني المحتاج ٤/٢٧٢، وكذلك الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٩٤، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٠٠.

(٣) انظر: القرافي: الفروق ٤/٤١، الدردير: الشرح الكبير ٤/١٥٣.

**ب- مخالفة الحكم للسنة[1]:**

يعتبر الحكم باطلاً أيضاً إذا كان مخالفاً للسنة المطهرة المتمثلة بالأحاديث النبوية، وما جاء فيها من أحكام، وهذا أيضاً باتفاق الفقهاء ولكن اختلفوا في نوع الحديث الذي يعتبر الحكم باطلاً إذا خالفه على النحو التالي:

- ذهب الحنفية -ورواية مرجوحة عند الحنابلة- إلى أن الحكم يعتبر باطلاً إذا خالف السنة المتواترة أو المشهورة، أما الآحاد فلا يبطل الحكم بمخالفتها.

- وذهب الجمهور[2] من المالكية والشافعية والحنابلة إلى بطلان الحكم إذا خالف السنة، سواء أكانت متواترة أم مشهورة أم آحاداً، ولكن بشرط أن تكون صحيحة السند مقبولة في الاحتجاج بها.

**ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء على أحكام باطلة لمخالفتها للسنة ما يلي:**

- مثال ذلك عن الحنفية الحكم بتحليل المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى بمجرد عقد المحلل عليها بلا دخول أو وطء، وهذا مخالف لحديث العسيلة المشهور[3].

ومن أمثلة بطلان الحكم لمخالفته للسنة عند المالكية[4] الحكم بصحة النكاح بغير ولي؛ لأنه يخالف قول الرسول ﷺ: «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها

---

(١) انظر الكاساني: البدائع ٤/٧، الزيلعي : تبيين الحقائق ١٨٩/٤، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٩٣/٦، منلا خسرو: درر الحكام ٤٠٨/٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٩٤/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٠/٥-٤٠١، المرداوي: الإنصاف ٢٢٣/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٧٨/٣.

(٢) الرصاع: شرح حدود ابن عرفة ص ٤٤٢، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٥٣/٤، عثمان ابن حسين: سراج السالك ٢٠١/٢، الهيتمي: التحفة ٢٨٠/٤، الشربيني: مغني المحتاج ٣٩٦/٤، الرملي: النهاية ٢٤٦/٨، ابن مفلح: المبدع ٤٩/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٢٣/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٧٨/٣.

(٣) انظر: الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٩٤/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٠/٥ وحديث العسيلة هو قول النبي: «لا حتى تذوقي عسيلته كما ذاق الأول» انظر: البيهقي: السنن الكبرى ٣٣٤/٧.

(٤) انظر: القرافي: الفروق ٤٠/٤.

باطل باطل باطل»[1]. ومن الأمثلة عند الحنابلة[2] الحكم بقتل المسلم بالكافر، فهو يعتبر باطلاً لمخالفة قول النبي ﷺ: «ألا لا يقتل مؤمن بكافر» وفي رواية «مسلم بكافر»[3].

**٢- بطلان الحكم لمخالفة الإجماع:**

اتفق الفقهاء على أن الحكم المخالف للإجماع يعتبر باطلاً، وذلك لأن الإجماع معصوم، لا يقول إلا حقاً، ولا يحكم إلا بحق، فخلافه يكون باطلاً قطعاً، والباطل لا يقرر في الشرع[4]. والمقصود بالإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي[5]، وقيد الحنابلة بطلان الحكم في مخالفة الإجماع القطعي، أما الظني كالإجماع السكوتي، فلا ينقض الحكم بمخالفته على الراجح في المذهب[6].

ومن أمثلة الحكم الباطل المخالف للإجماع حكم القاضي باختصاص الأخ بالإرث وحرمان الجد، ووجه مخالفة الإجماع أن الأمة كلها على قولين:

أحدهما مقاسمة الجد للأخوة، وهذا قول أكثر الفقهاء، والثاني: اختصاص الجد بالإرث وحرمان الأخ، ولم يقل أحد من الأئمة بحرمان الجد[7]؛ ولذلك يكون الحكم باختصاص الأخ خارقاً لإجماع الأمة.

---

(١) رواه البيهقي: السنن الكبرى ١١١/٧، كتاب النكاح باب لانكاح إلا بولي.

(٢) المرداوي: الإنصاف ٢٢٣/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٧٨/٣.

(٣) أخرجه الترمذي: السنن ٤٣٢/٢-٤٣٣، كتاب الأحكام: باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر.

(٤) انظر: الزيلعي: تبيين الحقائق ١٨٩/٤، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٩٣/٦، ابن قاضي سماوة: جامع الفصولين ٢٤/١، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠١/٥، القرافي: الإحكام ص ٣٦، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٤/٧، الخرشي: شرح المختصر ١٦٣/٧، الدردير: الشرح الكبير ١٥٣/٤، الشافعي: الأم ٢٠٤/٦، الماوردي: أدب القاضي، الرملي: النهاية ٢٤٦/٨، المناوي: شرح عماد الرضا ٣٣٦/١.

(٥) ابن عابدين: رد المحتار ٤٠١/٥.

(٦) المرداوي: الإنصاف ٢٢٤/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٣٧٨/٣.

(٧) الزرقاني: شرح المختصر ١٤٤/٧-١٤٥، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠١/٥.

ومن الأمثلة أيضاً على مخالفة الإجماع الحكم بحل نكاح المتعة وصحته، فهو حكم باطل لمخالفته إجماع الصحابة على فساده[1].

**٣- بطلان الحكم لمخالفته القياس:**

ذهب المالكيةُ والشافعيةُ وقول عند الحنابلة إلى بطلان الحكم الصادر خلاف القياس الجلي، وهو ما يعم قياس الأولى والمساوي، أما القياس الخفي فلا ينقض الحكم بمخالفته[2].

- وذهب الحنابلة في الراجح عندهم والظاهرية إلى عدم بطلان الحكم المخالف للقياس[3]. ولعل ذلك يرجع عند الحنابلة أن القياس من باب الاجتهاد، والاجتهاد ماض لا ينقض باجتهاد مثله، إلا إذا وجد نص، ومخالفة النص تبطل الحكم بالإجماع، أما الظاهرية فلأنهم لا يعترفون بحجية القياس مطلقاً، ولذلك لا يعتبر من الأدلة الشرعية عندهم، ولا يحل الحكم به.

أما المذهب الحنفي فلم أعثر على نص يبين رأيهم في الحكم المخالف للقياس، مع أنهم من أشد المتحمسين لحجيته، إلا ما ذكره الإمام الماوردي من أن أبا حنيفة يقول ببطلان الحكم إذا خالف القياس الجلي[4]. ويغلب على الظن أن سبب عدم ذكر القياس في كتب الحنفية أن القياس الجلي لا بد له من مستند من النصوص حتى يقاس عليها، ولذلك يعتبر الحكم المخالف للقياس مخالفاً للنص ابتداء، أما الحكم خلاف القياس الخفي فهو من قبيل الحكم الاجتهادي وهذا لا ينقض عندهم والله أعلم.

---

(١) الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٩٤/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠١/٥.

(٢) القرافي: الفروق ٤٠/٤، ابن فرحون: التبصرة ٥٦/١، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٥/٧، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٥٣/٤، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٢٥، الزركشي: المنثور في القواعد ٦٨/٢، ابن مفلح: الفروع ٤٥٦/٦، برهان الدين بن مفلح: المبدع ٤٩/١٠.

(٣) ابن مفلح: الفروع ٤٥٦/٦، برهان الدين بن مفلح: المبدع ٤٩/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٢٤/١١، ابن حزم: المحلى ٣٦٣/٩.

(٤) الماوردي: أدب القاضي ٦٨٦/١.

**٤- بطلان الحكم لمخالفته القواعد الكلية:**

ذهب الإمام عز الدين بن عبدالسلام والإمام القرافي، وتبعهما بعض المالكية والشافعية إلى أن الحكم الذي يخالف القواعد الكلية في الفقه الإسلامي يعتبر باطلاً، بشرط أن لا يكون لهذه القواعد معارض راجح عليها[١].

وقد مثل المالكية للحكم المخالف للقواعد بالمسألة السريجية[٢]. وخلاصة هذه المسألة: أن رجلاً قال لامرأته: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم طلقها واحدة ومات، فأفتى الإمام ابن سريج[٣] بعدم لزوم الثلاث تطليقات، وبأن المرأة ترث منه، وحجته في ذلك أنه يرى عدم صحة اجتماع الشرط مع المشروط. أما المالكية فيرون وقوع الثلاث، وعدم جريان التوارث بينهما، وذلك لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط، ولذلك يعتبر الحكم بصحة التوارث باطلاً، وفق هذه المسألة.

**٥- بطلان الحكم لعدم الدليل عليه:**

يعتبر الحنفية الحكم باطلاً إذا كان مصدره قولاً لا دليل عليه، لعدم جواز الحكم بلا دليل، ومثّلوا له بحكم القاضي بسقوط الدين عمن ثبت في ذمته بسبب التقادم، أي لتأخر الدائن بالمطالبة لعدة سنوات، فليس هناك دليل شرعي يدل على ذلك الحكم[٤].

---

(١) انظر: العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام ٢/٥٧، القرافي: الفروق ٤/٤٠، وانظر أيضاً: ابن فرحون: التبصرة ١/٥٦، العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ٧/١٦٣، الهيتمي: التحفة ٤/٢٨٠، الرملي: النهاية ٨/٢٤٦.

(٢) انظر القرافي: الإحكام ٣٧، الفروق ٤/٤٠، ابن فرحون: التبصرة ١/٥٦، الزرقاني: شرح المختصر مع حاشية البناني عليه ٧/١٤٥، العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ٧/١٦٣، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٣٩.

(٣) هو القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج، شيخ الشافعية في عصره، وعنه انتشر فقه الشافعي في الآفاق ت٣٠٦هـ، انظر: الحسيني: طبقات الشافعية.

(٤) انظر: القدوري: متنه ص١١٠، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٦/٣٩٣ ومعه شرح العناية على الهداية للكرلاني، المناوي: شرح عماد الرضا ١/٣٣٦-٣٣٧.

**٦- بطلان الحكم لمخالفته عمل أهل المدينة.**

وإلى هذا ذهب المالكية[١] فقالوا: إنَّ الحكم المخالفَ لعمل أهل المدينة أو إجماعهم يعتبر باطلاً، ومثلوا له بحكم القاضي بثبوت خيار المجلس في العقد، فهذا الحكم يعتبر باطلاً عند المالكية لكونه مخالفاً لعمل أهل المدينة الذي بمقتضاه يلزم العقد، وإن لم يفترق المتعاقدان ولا يثبت خيار المجلس[٢].

**٧- بطلان الحكم لمخالفته لأقوال الفقهاء:**

يعتبر الحنفية الحكم في موضع الخلاف بما يخرج عن أقاويل الفقهاء كلهم باطلاً، وذلك لأن الحق لا يعدو أقاويلهم، والحكم الخارج عنها يعتبر حكماً بغير الحق، فهو باطل[٣].

ويرى الإمام السبكي أن الحكم المخالف للمذاهب الأربعة باطل؛ لأنه بحكم المخالف للإجماع، وذلك أن المذاهب الأربعة قد استقر الأمر عليها، ومخالفتها نقض لذلك الاستقرار[٤].

**٨- بطلان الحكم لمخالفته المذهب:**

**أ- مخالفة الحكم للمذهب الرسمي الملزم للقاضي:**

يرى الحنفية وبعض الفقهاء الذين يرون جواز إلزام القاضي بمذهب معين، وفي زماننا الإلزام بالتقنينات المستمدة من الشريعة، يرى هؤلاء أن الحكم الذي يخالف المذهب أو القانون الواجب التطبيق يعتبر باطلاً، وذلك لكون القاضي معزولاً عن

---

(١) انظر: الزرقاني: شرح المختصر مع حاشية البناني عليه ١٤٥/٧، العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٦٣/٧.

(٢) يرى المالكية والحنفية عدم ثبوت خيار المجلس، أما الشافعية والحنابلة فيقولون بثبوته. انظر: الكاساني: البدائع ١٣٤/٥، ابن رشد: بداية المجتهد ١٦٩/٢.

(٣) انظر: الكاساني: البدائع ٤/٧.

(٤) المناوي: شرح عماد الرضا ٣٣٧/١.

الحكم بغير ذلك المذهب[1].

**ب- بطلان حكم المقلد بخلاف مذهبه:**

إذا كان القاضي مقلداً مجتهداً، وحكم في حادثة ما، فظهر أنَّ حكمه على خلاف نص مقلده، فالحكمُ يعتبر باطلاً[2]، وذلك أنَّ القاضي الذي ليس بمجتهد فرضه التقليد والمشورة[3].

## المطلب السادس

## حالات بطلان الحكم لسبب يتعلق بطرفيه (المحكوم له وعليه)

**أولاً: بطلان الحكم الغيابي: غياب المحكوم عليه أو له:**

ذهب أكثر الحنفية في الراجح عندهم إلى بطلان الحكم على الغائب، وفي قول آخر في المذهب يقع الحكم موقوف النفاذ على إمضاء قاض آخر، وقد ألحق المحكوم له بالمحكوم عليه في عدم جواز الحكم إلا بحضورهما[4].

**ثانياً: بطلان الحكم لجهالة المحكوم له أو المحكوم عليه وعدم التعريف بهما:**

يقع الحكم باطلاً إذا أصدره القاضي على شخص مبهم أو مجهول غير معين لا بالإشارة أو بذكر الأوصاف التي تميزه عن غيره، وكذلك ينسحب حكم البطلان إذا

---

(١) انظر: الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٩٨/٣، ابن عابدين: رد المحتار ص ٤٠٩، الهيتمي: الفتاوى الكبرى ٢١٢/٢، المناوي: شرح عماد الرضا ٢٩٦/١.

(٢) ابن نجيم: البحر الرائق ٩/٧-١٠، الهيتمي التحفة ع/٢٦٩.

(٣) ابن فرحون: التبصرة ٤٥/١.

(٤) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ١٧،٣/٧، الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٧٣/٣-١٩٨، الرملي: الفتاوى الخيرية ١١/٢، ابن عابدين: رد المحتار ٤٠٩/٥.

صدر لمحكوم له مبهم غير معين بالإشارة أو بالوصف[1].

**ثالثا: بطلان الحكم لوجود العداوة بين المحكوم عليه والقاضي:**

إذا حكم القاضي على شخص بينه وبينه عداوة دنيوية يعتبر حكمه باطلاً[2]. قال ابن غازي[3]: كل قاض حكم على من لا تجوز شهادته عليه رُدَّ حكمه[4].

**رابعا: بطلان الحكم لكون المحكوم له لا تقبل شهادته للقاضي:**

نص فقهاء المذاهب الأربعة على عدم جواز الحكم لمن لا تجوز شهادة القاضي له، أو شهادته للقاضي، ولذلك يعتبر الحكم باطلاً في هذه الحالة، فحكم القاضي لأصوله كالأب وإن علا، وفروعه كالابن وإن سفل، وكذلك لنفسه ولزوجته يعد باطلاً غير نافذ[5].

**خامسا: بطلان الحكم لإقرار المحكوم له بما يبطله بعد صدوره[6]:**

إذا أقر المحكوم له بعد صدور الحكم بأنه باطل، فإن الحكم يبطل حينئذ، إلا في

---

(١) انظر: ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٤٨٦.

(٢) انظر: الطحطاوي: حاشيته على الدر ١٧٤/٣-١٧٥، ابن غازي: رد المحتار ٣٥٦/٥-٣٥٧، العقود الدرية ٣١٥/١، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٣/٧، العدوي: حاشيته على الخرشي ١٦٢/٧، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٦٠، ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٢٣٢، ابن مفلح: الفروع ٤٥٢/٦، المرداوي: الإنصاف ٢١٧/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٧٣/٣.

(٣) هو أبو عبدالله محمّد بن أحمد بن غازي المكناسي، إمام فقيه، حجة، من مصنفاته: تقييد على البخاري، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، الكليات في الفقه وغيرها ت٩١٩هـ. انظر: القرافي: توشيح الديباج ص ١٧٦-١٧٩، ابن مخلوف: شجرة النور ص ٢٦٧.

(٤) الكليات في الفقه ٧٩٦/٢.

(٥) انظر: القدوري: متنه ص ١١١، السمرقندي: خزانة الفقه ص ٤٠٢، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٢١٣/٣-٢١٤، الحموي: غمز عيون البصائر ٣٥٨/٢-٣٥٩، ابن عابدين: العقود الدرية ٢٩٦/١، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣٦٦/٣-٣٦٧.

(٦) ابن المناصف: تنبيه الحكام ص ٣٠٢، ابن جزي: القوانين الفقهية ص ١٩٦، القرافي: الفروق ٤٣/٤، الحطاب: مواهب الجليل ١٣٤/٦-١٣٥، الزرقاني: شرح المختصر ١٤٣/٧، العدوي: حاشيته على شرح الخرشي ١٦٢/٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ١٥٢/٤، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٥٩، النووي: الروضة ١٤٥/١١، الرملي: النهاية ٢٤٢/٨، المناوي: شرح عماد الرضا ٣٤٠/١، المجد ابن تيمية: المحرر: ٢٠٥/٢، ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٢٣٢، ابن مفلح: الفروع ٤٥١/٦، المرداوي: الإنصاف ٢١٦/١١، البهوتي: شرح المنتهى ٤٧٣/٣.

حالة واحدة وهي الحكم بالحرية الأصلية؛ لأنه حكم محصن لا يقبل النقض[1].

وكذلك الحال إذا قال المدعي بعد الحكم له: كنت كاذباً فيما ادعيت يبطل الحكم.

وإذا قال أيضاً: لم يكن ملكي (أي المحكوم به) يبطل الحكم، أما إذا قال بعد الحكم ليس ملكي، فلا يبطل، لأن القول الأول يتضمن الإقرار ببطلان الحكم وعدم صحته؛ لأن المحكوم به ليس للمحكوم له قبل صدور الحكم. أما القول الثاني فلا يعتبر مبطلاً للحكم؛ لأنه يتضمن نفي الملك في الحال وليس في الماضي، فقد يكون ملكه وبعد الحكم وهبه أو باعه لشخص آخر[2].

## المطلب السابع

## حالات بطلان الحكم لخلل في أصول التقاضي وإجراءاته

**أولاً: بطلان الحكم لعدم وجود الدعوى:**

من المعلوم أن الحكم القضائي يشترط لاعتباره سبق رفع الدعوى.

والحكم الذي يصدر دون دعوى يعتبر باطلاً، بل منعدماً لعدم توافر مقوماته[3].

**ثانياً: بطلان الحكم لعدم توافر الخصومة الحقيقة:**

إذا كانت الدعوى المنظورة أمام القاضي صورية، وليس بين المتداعيين خصومة

---

(١) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق ٦/٢٨١، الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٢/٤٩.

(٢)انظر: الأوزجندي: فتاوى قاضيخان ٢/٤٣٧-٤٤٢، الشيخ نظام: الفتاوى الهندية ٣/٢٣٣، الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص ١٠٨.

(٣) انظر: ابن نجيم: الرسائل ص ٢٩٦، رسالة القضاء بلا تقدم دعوى، ابن عابدين رد المحتار ٥/٣٩٨، الرملي: الفتاوى الخيرية ٢/١٢، الطرابلسي، الفتاوى الكاملية ص ١١٣.

حقيقية في الباطن، فإن الحكم الصادر فيها يعتبر باطلاً[1]؛ لأنَّ الحكمَ في الأصلِ هو فصلُ الخصومة، وبما أن الخصومة غير موجودة فالحكم غير موجود.

**ثالثاً: بطلان الحكم لعدم طلب الخصم (تخلف إجراء):**

إذا حكم القاضي بعد سماع البينة من غير أن يطلب المدعي الحكم له بما يدعيه، فحكمه باطل غير نافذ لعدم الطلب[2].

**رابعاً: بطلان الحكم لعدم الإعذار:**

إذا حكم القاضي دون إعذار فإن المالكية يعتبرون هذا الحكم باطلاً، ولكن بطلانه نسبي، حيث يبطل من مرحلة الإعذار فما بعدها، ولذلك على القاضي مصدر الحكم أو غيره أن ينقض الحكم ويستكمل الإجراءات، فيعذر الخصم ثم يصدر الحكم، وقد جعل فقهاء المالكية الحكم بلا إعذار معدوماً[3].

**خامساً: بطلان الحكم لعدم حلف يمين الاستظهار (يمين القضاء):**

إذا صدر الحكم وكان في الحالات التي يجب فيها على المحكوم له (المدعي) حلف يمين الاستظهار، ولم يحلفها من توجهت عليه، أو نسي القاضي هذا الإجراء، فإن هذا الحكم يعتبر باطلاً[4].

**سادساً: بطلان الحكم لعدم التعديل والتزكية:**

إذا أوجب السلطان على القضاة أن لا يصدروا الحكم إلا بعد تعديل البينة وتزكيتها، فخالف القاضي هذا الأمر، وحكم دون تعديل أو تزكية، فإن حكمه يعتبر

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٤/٥، الرملي: الفتاوى الخيرية ١٣/٢، الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص١٠٦.

(٢) الهيتمي: فتح الجواد ٢٣٦/٢.

(٣) انظر: الحطاب: مواهب الجليل ١٣١/٦، ميارة شرح التحفة مع حاشية المعداني عليه ٤٠/١، الخرشي: شرح المختصر ١٥٨/٧، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٤٨/٤.

(٤) الزرقاني: شرح المختصر ١٥٤/٧، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٦٢/٤-١٦٣.

باطلاً لنقصان إجراء معين أوجبه السلطان[1].

**سابعاً: بطلان الحكم لعدم الاختصاص:**

إذا خالف القاضي قواعد الاختصاص القضائي الملزم بإصدار الحكم ضمنها، فحكمه يعتبر باطلاً غير نافذ[2]. وذلك في جميع أنواع الاختصاص؛ لأن القاضي حينئذ يكون فاقداً لولاية الإصدار، أو بتعبير آخر يكون معزولاً عند الحكم في غير محل الاختصاص.

**وبناء على ذلك يعتبر الحكم باطلاً في الحالات التالية:**

١- إذا كانت المخالفة لقواعد الاختصاص المكاني بأن صدر الحكم خارج حدود الولاية، أو خارج المكان المحدد للإصدار (خارج قاعة المحكمة المسجد مثلاً).

٢- إذا كانت المخالفة لقواعد الاختصاص الزماني، بأن كان القاضي مولى للحكم في يومين في الأسبوع، أو في فترة محددة من اليوم، أو كانت ولايته لسنة واحدة فقط، فحكم خارج هذه الأوقات يبطل حكمه.

٣- إذا كانت المخالفة لقواعد الاختصاص القيمي، بأن كان القاضي مقيداً في الحكم بالدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائة دينار، فحكم في دعوى قيمتها ألف دينار.

٤- إذا كانت المخالفة لقواعد الاختصاص النوعي، بأن كان القاضي مخصصاً للحكم في الأموال، فحكم في الجنايات، أو كان مخصصاً للحكم في الأحوال الشخصية فحكم في الأموال.

---

(١) ابن عابدين: العقود الدرية ١/٢٩٨.

(٢) السمناني: الروضة ١/٧٣، ١/١٥٣، ابن الشحنة: لسان الحكام ص ٢٢٢، ابن نجيم: الأشباه والنظائر مع شرحها للحموي ٢/٤٠١-٤٠٢، ابن عابدين: العقود الدرية ١/٣٠١، الماوردي: أدب القاضي ١/١٥٦، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٠١، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٣٨٤، الرملي: النهاية ٨/٢٣٥، البهوتي: شرح المنتهى ٣/٤٦٣، الشيباني: نيل المآرب ٢/٤٤٦، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص ٥٩٩.

٥- إذا كانت المخالفة لقواعد الاختصاص الشخصي، بأن كان القاضي مخصصاً للحكم بين النساء، فحكم بين الرجال، أو العكس، أو كان ممنوعاً من الحكم بين أشخاص معينين فخالف ذلك.

**ثامناً: بطلان الحكم للتقادم:**

إذا منع السلطان القضاة من سماع الدعوى بعد مرور خمس عشرة سنة على المطالبة، فخالف القاضي هذا المنع، وسمع الدعوى، وحكم بها، فإن هذا الحكم يعتبر باطلاً لمخالفة أمر السلطان الواجب النفاذ، وعلل الفقهاء هذا الحكم بأن القاضي الممنوع من سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة، يعتبر معزولاً عن الحكم بالنسبة لتلك الدعوى إذا مرت المدة[1].

**تاسعاً: بطلان الحكم بالحدس والتخمين:**

أوجب الفقهاء على القاضي أن يصدر حكمه بعد اجتهاد وبحث وتـرو، وبخاصة إذا كان في الدعوى لبس وغموض، ولذلك إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد فلم ينظر في الأدلة، و لم يجتهد، وإنما حكم بما عنَّ علىباله دون امتناع بأن هذا هو الحق، أو حكم بالتخمين والحدس، ثم ظهر بعد ذلك أنه حكم بالحق، ففي هذه الحالات يعتبر الحكم باطلاً؛ لأن القاضي لم يصب الحق عن اجتهاد، وإنما كانت إصابته اتفاقية[2].

وكذلك الحال إذا اشتبه على القاضي وجه الحق في الدعوى، و لم يتضح له سبيل الحكم فيها، فتعجل الأمر قبل التبين والظهور، ثم يصح حكمه أيضاً وإن أصاب[3].

---

(١) الرملي: الفتاوى الخيرية ٦/٢.

(٢) انظر: السمرقندي: تحفة الفقهاء ٧٣٧/٣، ابن قُطلوبُغا: موجبات الأحكام ص ٧٠، ميارة: شرح التحفة ٢٦/١، ابن مفلح: الفروع ٤٤٧/٦، المرداوي: الإنصاف ٢٠٩/١١.

(٣) برهان الدين بن مفلح: ٦٠/١٠.

**عاشراً: بطلان الحكم لصدوره والقاضي مشوش الفكر:**

**اختلف الفقهاء في هذا المسألة إلى ثلاثة أقوال على النحو التالي:**

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء[1] من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى نفاذ الحكم القضائي إذا صدر والقاضي مشوش الفكر بسبب غضبٍ أو جوعٍ أو ضجرٍ أو أي سبب يشوش الفكر، مع اتفاقهم على كراهة الحكم في هذا الحال مع صحته ونفاذه إن وافق الحق. واستدل أصحاب هذا القول بفعل النبي ﷺ في قصة الزبير بن العوام حينما خاصمه رجل أنصاري عند رسول الله ﷺ في شراج[2] الحرة التي يسقون بها النخل، فقال الرسول ﷺ للزبير: «اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك. فغضب الأنصاري فقال: أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: يا زبير اسق ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر... » إلخ الحديث[3] ووجه الدلالة في هذا الحديث أن الرسول حكم للزبير وهو غضبان فيدل على جواز ذلك.

وقد نوقش هذا الدليل بأنه لا حجة فيه؛ لأن الرسول ﷺ معصوم، ولا يخرجه غضبه عن الحق، فلا يقول في الغضب إلا كما يقول في الرضا[4].

**القول الثاني:** ذهب بعض المالكية[5] إلى أن الحكم لا يعتبر باطلاً إذا صدر والقاضي مشوش الفكر إلا في حالة واحدة، وهي إذا بلغ الغضب، أوما يدهش العقل مبلغاً عظيماً يؤدي إلى انحراف القاضي عن جادة الصواب.

---

(١) انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير ٣٧٠/٦، داماد: مجمع الأنهر ١٦٠/٢، الخرشي: شرح المختصر ١٥١/٧، النووي: الروضة ١٣٩/١١، الرملي: النهاية ٢٤٢/٨، ابن قدامة: المغني: ٣٧٨/١١، ابن حجر العسقلاني: فتح الباري ١٣٨/١٣.

(٢) الشراج بكسر الشين، جمع شرجة بفتحها وهي سيل الماء. انظر: الفيومي: المصباح المنير ٣٠٨/١.

(٣) أخرجه البخاري: الجامع الصحيح (مع الفتح) ٣٤/٥، كتاب المساقاة، باب سكر الأنهار وسكر الأنهار سدها وغلقها، وأخرجه أيضاً في كتاب التفسير، باب فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ٢٥٤/٨، وأخرجه أحمد بن حنبل في المسند ٥/٤.

(٤) ابن حجر: فتح الباري ١٣٨/١٣، صديق خان: عون الباري ٤٤٩/٦.

(٥) الدردير: الشرح الصغير ٢٠٥/٤.

**القول الثالث:** وقال به فريق من الحنابلة[1] ويرون أن حكم القاضي إذا صدر وهو مشوش الفكر من غضب أو جوع يعتبر باطلاً غير نافذ. واستدل أصحاب هذا القول بحديث الرسول ﷺ والذي يقول فيه:«لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان "وفي رواية" لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان»[2] ووجه الدلالة من الحديث أنه نهى عن الحكم حال الغضب. والقاعدة تقول إن النهي يقتضي الفساد[3]. فالحكم حال الغضب منهي عنه، فهو فاسد إذن. والذي يترجح عندي في هذا المسألة أن المقصود بالغضب الذي يبطل الحكم بسببه هو الغضب الشديد الذي يخرج صاحبه عن التكليف، وهو من صنف الغضب الذي لايقع به الطلاق، بحيث إذا عاد القاضي إلى حالته الطبيعية ندم على كل كلمة قالها، ورجع عنها أو أنكر وقوعها منه، ولذلك الخطأ في حكم القاضي الغضبان نسبته عالية إذا قيس بحالة الهدوء.

**حادي عشر: بطلان الحكم لعدم تحديد المحكوم به:**

إذا حكم القاضي بشيء معين كالمنقولات و لم يشر إلى المحكوم به، إذا كان حاضراً في المجلس، أو لم يذكر أوصافه بما يتميز عن غيره فالحكم هنا باطل غير نافذ، وذلك لعدم قابليته للتنفيذ، وللجهالة في المحكوم به[4].

**ثاني عشر: بطلان الحكم لسبق إبداء القاضي رأيه في الحادثة:**

إذا حكم القاضي المجتهد في حادثة له فيها رأي مقرر قبل حكمه في تلك الحادثة، فحكم بغير رأيه وهو لا يعلم، ثم ظهر أن حكمه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل الحادثة، فحينئذ لا ينفذ حكمه ويعتبر باطلاً[5].

---

(١) انظر: ابن مفلح: المبدع ٣٩/١٠، المرداوي: الإنصاف ٢٠٩/١١-٢١٠.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: ابن حجر: فتح الباري ١٣٨/١٣، صديق خان: عون الباري ٤٥٠/٦.

(٤) الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص ١١٢، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٤٩٠.

(٥) ابن عابدين: رد المحتار ٣٩٥/٥.

## المطلب الثامن

## حالات البطلان لخلل في أسباب الحكم (البينات)

إذا حدث خلل في سبب الحكم الذى استند إليه القاضى في الإصدار، وكان هـذا الخلل مؤدياً إلى بطلان ذلك السبب وعدم الاعتداد به، فإن الحكم الذي بُني عليه يعتبر باطلاً؛ لأنه بُني على سبب باطل.

وقد نص الفقهاء على حالات يعتبر الحكم فيها باطلاً لبطلان البينات، وأوجبوا فيها نقض الحكم، واستئناف الدعوى من النقطة التى وقع البطلان عندها.

**ومن هذه الحالات المنصوص عليها ما يلى:**

**أولاً: بطلان الحكم لسبب يتعلق بشهادة الشهود:**

أ- ثبوت بطلان الشهادة لفسق الشاهد، أو رقه أو كذبه، أو كفره إذا ثبت بالبينة أن الشهود الذين قبلت شهادتهم في الدعوى عبيد أو كفار، أو أنهم كانوا دون البلوغ (صبيان)، فإن الحكم في هذه الحالات يعتبر باطلاً، ووجب النقض؛ لثبوت بطلان سببه.

ويبطل الحكم أيضاً إذا ثبت كذب الشهود في شهادتهم عند المالكية. ومثلوا لهذه الحالة فيما إذا شهد الشهود بأن فلاناً قتل فلاناً، فاقتص منه، ثم قدم الشهود بقتله حياً. أو شهدوا أن فلاناً زنى فحد، ثم تبين أنه محبوب من قَبْلِ ذلك الزنا.[1]

ب) بطلان الشهادة لثبوت مانع من موانع الشهادة. ومن ذلك ثبوت العداوة بين الشاهد والمشهود عليه، أو ثبوت القرابة المانعة من الشهادة بين الشاهد والمشهود

---

(١) انظر: الخرشي: شرح المختصر ٢٢٠/٧، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٠٦/٤.

له[1]. قال ابن غازي: "كل قاض حكم بشهادة من لا تجوز شهادته على المحكوم عليه رد حكمه"[2]

جـ) بطلان الحكم بعدم الشهود. إذا كان القاضي غير مشهور بالعدل، وكان الحكم غيابياً، و لم يذكر أسماء الشهود وأوصافهم في محضر حكمه، فإن ذلك الحكم يعتبر باطلاً، وذلك لاحتمال التهمة منه، وبتسمية الشهود تزول التهمة، وتتحقق ضمانة المحكوم عليه الغائب؛ ليتمكن من الطعن في البينة إذا كان له ما يطعن فيها.[3]

د) رجوع الشاهد عن شهادته وأثره في بطلان الحكم:

اختلف الفقهاء في أثر رجوع الشاهد عن شهادته التي استند القاضي إليها في إصدار حكمه، **وبيان ذلك فيما يلي:**

**القول الأول:** لجمهور الفقهاء[4] وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ويرون أن رجوع الشاهد عن شهادته لا يبطل الحكم بوجه عام، مع الاتفاق على أن الشهود ضامنون لما يتلف في جميع الحالات، والحكم القضائي عند الجمهور نوعان من حيث المحكوم به، إما حكم بالمال أو بإيقاع عقوبة حد أو قصاص، فإن كان المحكوم به مالاً، فلا ينقض الحكم، سواء نفذ أم لا، فإن لم ينفذ فللمحكوم له استيفاء المال المحكوم به، ويضمن الشاهد ما تلف للمحكوم عليه.

---

(١) انظر الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٤-١٧٥، ابن عابدين: رد المحتار ٥/٣٥٦-٣٥٧، العقدود الدرية : ١/٣١٥، الطرابلسي: الفتاوى الكاملية ص ١٠٦..

(٢) ابن غازى: الكليات الفقهية ٢/٨٠٠، الكلية رقم ٢٢٨

(٣)ابن فرحون: التبصرة ٢/٤٧، الزرقاني: شرح المختصر٧/١٥٤

(٤) انظر: القدورى: المتن ص ١٠٩، السغدي: النتف في الفتاوى ٢/٨٠٤، الكساني البدائع ٦/٢٨٣، ابن نجيم: البحر الرائق ٧/١٢٨، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٣،٢٦١، ابن عابدين: العقود ١/ ٣٢١، الخرشي: شرح المختصر ٧/ ٢٢٠ ، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/ ٢٠٦، ٢٠٧. القفال: الشاشي: حلية العلماء ٨/٣١٣، ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ١٦٧، النووى: الروضة ١١/٢٩٦ ، الهيتمي: فتح الجواد ٢/ ٣٤٠، تحفة المحتاج ٤/ ٢٣٦، الرملي: النهاية ٨/٣١٠، المجد ين تيمية: المحرر في الفقه ٢/٢٤٤-٣٤٧، ابن مفلح: الفروع ٦/٥٩٩ برهان الدين ابن مفلح: المبدع ١٠/٢٧١-٢٧٣.

أما إن كان المحكوم به عقوبة، فإن رجوع الشاهد لا يعتبر مبطلاً للحكم، وإنما يعتبر شبهة تدرأ الحد والعقوبة، فلا تنفذ العقوبة حينئذمع تعزير الشاهد، وإذا كان رجوع الشاهد بعد تنفيذ الحكم، فالشهود الذين رجعوا عن شهادتهم ضامنون لما يصيب المحكوم عليه.

ويرى المالكية في الراجح عندهم أن رجوع الشاهد يبطل الحكم في العقوبات والدماء، والحقيقة أنَّ الجمهور متفقون على عدم تنفيذ العقوبة إذا رجع شاهد الإثبات، وهذا بمثابة النقض. **وحجة أصحاب القول الأول ما يلي:**

١- روى الشعبي رحمه الله أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده، ثم أتيا بعد ذلك بآخر فقالا:

أوهمنا إنما السارق هذا، فقال علي رضي الله عنه: لا أصدقكما على هذا الآخر وأضمنكما دية يد الأول، ولو أني أعلمكما فعلتما ذلك عمداً قطعت أيديكما."[1]

وفي هذا دليل على أن للرجوع أثراً على الشاهد الذي رجع فقط، حيث ضمن ما أتلف بشهادته، ولو أن علياً- رضي الله عنه- نقض الحكم لكان عليه أن يقطع يد الثاني. ولذلك تبين أن الحكم الأول ماضٍ لم ينقض.

٢- أن الشاهد حينما رجع عن شهادته، كان في كلامه الثاني (الرجوع) مناقضاً لكلامه الأول (الشهادة)، وبما أن القاضي لا يحكم بالكلام المتناقض،والكلام الأول (الشهادة) ترجح على الرجوع بالحكم.

٣- إذا فتح باب نقض الحكم لرجوع الشاهد، فإن هذا يؤدي إلى ما لا يتناهى من النقض والإبرام، فالشاهد إذا رجع يبطل الحكم، ثم يرجع عن الرجوع فيبطل الرجوع، وهكذا، ولذلك يضمن الشاهد ما أتلفه بشهادته، ويستقر الحكم وتستقر معه المعاملات.[2]

---

(١) هذا الأثر ذكره السرخسي في المبسوط ١٦/١٧٨، ولم أجده في كتب الآثار التي بين يدي.

(٢) انظر: السرخسي: المبسوط١٦/١٧٩، الطحطاوي: حاشيته على الدر ٣/١٧٣،٢٦١

**القول الثاني**:[1] وهو لسعيد بن المسيب[2] والأوزاعي ويرون أن رجوع الشهود يبطل الحكم القضائي ويمكن أن يستدل لهم بأن رجوع الشاهد إنما هو إقرار بكذبه في الشهادة ودليل على بطلانها، والحكم المبني على سبب باطل يعتبر باطلاً، كما أن ثبوت كذب الشخص إقرار بعدم عدالته.

**القول الثالث**: وهو لحماد بن أبي سليمان، ويرى التمييز بين حالتين[3]

– **الحالة الأولى**: إذا كانت حال الشاهدين يوم الرجوع أحسن من حالهما يوم الشهادة من حيث العدالة والاستقامة، ففي هذه الحالة يصدقا، والقاضي يبطل حكمه المستند إلى شهادتهما.

–**الحالة الثانية**: إذا كانت حالة الشاهدين يوم الرجوع مثل حالهما يوم شهدا أو دون ذلك، لم يصدقهما القاضي، ولم يقبل رجوعهما، وبذلك لا يبطل الحكم.

وقد كان أبو حنيفة يقول بهذا القول ثم رجع عنه.

وحجة هذا القول: أن الشهادة والرجوع خبران، وكل واحد من الخبرين متردد بين الصدق والكذب، ويترجح جانب الصدق بالعدالة وحسن حال المخبر، فإن كانت عدالته عند الرجوع أظهر وحاله أحسن، فيترجح جانب الصدق على الكذب بجلاء ووضوح، والظاهر من رجوع الشاهد أنه توبة واستدراك لما وقع فيه من التفريط والكذب، والقاضي يتبع الظاهر والله يتولى السرائر.

وإذا كانت حال الشاهد عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة، فهنا يقع التساوي ويُصار إلى الترجيح، فالقول الأول هو الشهادة يترجح على الثاني، وهو الرجوع

---

(١) انظر القفال: حلية العلماء٨/٣١٣، ابن مفلح: المبدع١٠/٢٧٢، ابن مفلح: النكت والفوائد السنية٢/٣٤٦.

(٢) هو الإمام سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي، ولد في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو من سادات التابعين فقهاً، وورعاً وعبادة، وزهادةً وعلماً ت٩٣هـ. انظر: البستي: مشاهير علماء الأمصار ص ٦٣.

(٣) انظر: السرخسي: المبسوط١٦/١٧٨، ابن مفلح: النكت والفوائد٢/٣٤٥.

بأشياء منها أنه السابق، وكذلك اتصاله بالحكم، وثالثاً إن الشيء لا ينقضه ما هو مثله أو دونه، ولكن ينقضه ما هو فوقه، وبذلك يظهر وجه هذا القول ببطلان الحكم إذا كانت حال الشهود عند الرجوع أحسن منها حال الشهادة.[1]

**ثانياً: بطلان الحكم لاستناد القاضي في إصداره إلى علمه الشخصي:**

ذهب جمهور الفقهاء [2] إلى بطلان الحكم القضائي إذا كان القاضي قد استند في إصداره على علمه الشخصي المكتسب خارج مجلس الحكم، وممن نص على البطلان المالكية[3]، سواء أكان الحكم متعلقاً بالحدود أم بالأموال. قال ابن غازي:"كل قاضى حكم بعلمه من غير استناد لشيء رد حكمه"[4]،ومذهب الحنابلة أيضاً قريب من مذهب المالكية في رد حكم القاضي المستند إلى علمه الشخصي.[5]

أما الحنفية[6] فقد أجازوا حكم القاضي بعلمه الشخصي في الأموال وليس في الحدود، إذ إنهم لا يجيزون إثباتها بعلم القاضي، وإنما بالطرق المحددة لها شرعاً.

**ثالثاً: بطلان الحكم لكونه بخلاف علم الحاكم:**

إذا كان القاضي يعلم حقيقة النزاع الماثل أمامه، ويعلم المحق من المبطل، إلا أن البينة المقدمة في الإثبات أتت بخلاف ما يعلمه القاضي فحكم بموجبها، فالحكم يعد باطلاً، ومثال ذلك أن تشهد البينة عند القاضي بنكاح من يعلم بينونتها، أو ملك من يعلم عدم ملكه له، ثم يحكم وفق تلك البينة، فالحكم كما قلنا يعتبر باطلاً؛ لأن القاضي نفسه يعلم أنه حكم بغير الحق.[7]

---

(١) السرخسي: المبسوط١٦/١٧٩.

(٢) انظر أحكام هذه المسألة في هذه الرسالة.

(٣) الخرشي: شرح المختصر٧/١٦٨، الدردير: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي٤/١٥٤.

(٤) الكليات الفقهية٢/٧٩٠، الكلية رقم٢٢٥.

(٥) ابن القيم: الطرق الحكمية ص٢٣٠وما بعدها.

(٦) ابن عابدين: رد المحتار٥/٤٣٩، العقود الدرية١/٣٠٤.

(٧) البهوتي: شرح المنتهى٣/٤٨٧، القاري: مجلة الأحكام الشرعية ص٦٠٠

## المبحث الثاني

## بطلان الحكم القضائي في القانون

### المطلب الأول

### التعريف بالبطلان

البطلان في القانون كما هو الحال في الشريعة يعتبر من أقوى مؤيدات القاعدة القانونية، سواء أكانت موضوعية أم إجرائية، وذلك لأن القاعدة إذا خولفت وتم الاعتراف بهذه المخالفة بترتيب آثار التصرف المخالف لتلك القاعدة، فإن هذا الاعتراف يفقدها أهم صفة تميز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد ألا وهي صفة الإلزام، فالبطلان إنما هو مؤيد لذلك الإلزام.

وللبطلان نظرية عامة تطبق في فروع القانون كافة، فهناك أحكام البطلان في المعاملات المدنية كالتي تبحث في العقد الباطل والتصرفات الباطلة، وهناك قواعد للبطلان فيما يتعلق بالقرارات الإدارية وغيرها.

أما القوانين الإجرائية كقانون المرافعات وأصول المحاكمات، فقد بحثت البطلان بالنسبة للعمل الإجرائي الذي تطلبه القانون في أصول التقاضي بالإضافة لبطلان الأحكام نفسها من الناحية الموضوعية، وبطلان العمل الإجرائي، ولذلك تنتظم نظرية البطلان في القوانين الإجرائية وهو ما سنبحثه في هذا المبحث.

**التعريف بالبطلان:**

عرف بعض كتاب المرافعات البطلان بأنه "تخلف ركن أو شرط موضوعي أو شكلي في العمل الإجرائي، ويتمثل جزاء البطلان في عدم الاعتداد بأثر العمل بحيث لا يستفيد منه من قام به، ولا يضار به من اتخذ في مواجهته"[1] ولا يخلو هذا التعريف من عيوب إذ إن تخلف ركن أو شرط إنما هو سبب للبطلان لا البطلان نفسه.

وقد عُرّف البطلان أيضاً" بأنه وصف يلحق العمل القانوني نتيجة مخالفته لنموذجه القانوني، ويؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون لو تم صحيحاً.[2] وهذا التعريف صحيح وجيد، وهو في محتواه يماثل فكرة البطلان في الشريعة الإسلامية، بل هو مستمد منها وإن لم يصرِّح بذلك فقهاء القانون، فالفكرة معروفة في الشريعة منذ نزلت وحياً من الله سبحانه وتعالى.

**التفرقة بين بطلان الأحكام وانعدامها:**

يفرق الفقه القانوني بين الحكم الباطل، والحكم المنعدم، مع أن كليهما ناتج عن عيبٍ أو خللٍ فيه، كتخلف ركن أو شرط جوهري أو شكل معين تطلبه القانون فيه، إلا أنه في المنعدم يكون الخلل جوهرياً ومؤدياً إلى هدم كيان الحكم لجسامة الخلل، أما في الحكم الباطل فلا يعدو أن يكون صائبة أصابته، دون أن تمتد إلى انعقاده، فيغدو باطلاً وليس منعدماً، فحالات الانعدام أشد وأعنف من حالات البطلان، وأكثر خروجاً على أحكام القانون منها.[3]

أما أثر التفرقة بين الحكم المنعدم والحكم الباطل، فتتمثل بأن الحكم الباطل يعتبر قائماً مرتباً كل آثاره القانونية إلى حين الحكم ببطلانه،أما الحكم المعدوم فهو من اسمه منعدم غير مرتب أي أثر قانوني عليه، وفي الحكم الباطل لا بد من رفع دعوى للطعن

---

(١) انظر: محمّد عبد الخالق عمر: قانون المرافعات ص٢٤٣

(٢) انظر: وجدي راغب: الموجز في مبادىء القضاء المدني ص٢٩٤-٢٩٥ فتحي والي:نظرية البطلان ص٧.

(٣) انظر: أبو الوفا: نظرية الأحكام ص٣٢٠

في الحكم بالبطلان، أما في الحكم المنعدم فلا يحتاج لهذه الدعوى بل يكفي التمسك بانعدامه وعدم اعتباره.[1]

## المطلب الثاني

## علاقة بطلان الأحكام بمبدأ تعدد درجات التقاضي

يأخذ النظام القضائي الحديث بتعدد درجات القضاء، **وهو في الغالبية العظمى يكون على درجتين:**

**الدرجة الأولى:** وهي عادة تتمثل بأحكام محاكم البداية

**الدرجة الثانية:** وهي تتمثل بمحاكم الاستئناف

أما محكمة التمييز أو ما تسمى بمحكمة التعقيب (النقض) فليست درجة من درجات التقاضي، وإنما هي محكمة قانون وظيفتها رقابة تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، ولذا تختلف عن محكمة الاستئناف أن الأصل في التمييز أن تنظر الدعوى تدقيقاً لا مرافعة، إلا في حالات استثنائية في حين يكون الأمر في محكمة الاستئناف بأن تنظر الدعوى منذ البداية وحتى إصدار الحكم، أي يعاد طرح النزاع مرة أُخرى لدى تلك المحكمة الأعلى درجة.

ومن هنا فالحكم حينما يصدر من المحكمة الابتدائية ينتظر مدة من الزمن تصل إلى ثلاثين يوماً، يجوز خلالها للمحكوم عليه وللمحكوم له في بعض الحالات أن يطلب استئناف الحكم لدى المحكمة الأعلى درجة ليطمئن إلى سلامة الإجراءات وصحة الحكم.

ولذلك يجب على من يدعي بطلان الحكم أن يتمسك بالبطلان عن طريق الطعن

---

(١) انظر: أبو الوفا: نظرية الأحكام ص٣٣١

فيه بالوسيلة المقررة لذلك قانوناً، ويشترط عندئذ أن يبدي سبب البطلان في لائحة الطعن مع سائر الدفوع[1].

فمبدأ الطعن وجد لتلافي الخطأ المحتمل الذي قد يصدر عن القاضي إما في الإجراء أو في التقدير بأن أخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة التي أمامه[2].

أما الطعن بطريق التمييز أو التعقيب فيظهر فيه بجلاء حالات أو أسباب لبطلان الأحكام. إذ إن الطعن في الحكم يقصد به الطاعن الوصول إلى بطلانه، وإظهار ما فيه من أخطاء، وقد نص القانون على الحالات التي يجوز فيها الطعن بطريق التمييز (التعقيب) **وهي على النحو التالي**[3]:

١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه، أو تأويله.

٢- إذا وقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

٣- إذا صدرت أحكام نهائية متناقضة في نصها، وكانت صادرة بين نفس الخصوم وفي ذات الموضوع والسبب.

٤- إذا لم يبن الحكم على أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة التمييز أن تمارس رقابتها.

٥- إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب، أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه.

٦- إذا كان في الحكم والإجراءات المتخذة في الدعوى مخالفة صريحة للقانون، أو كان في أصول المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة، فعلى محكمة التمييز أن تنقض

---

(١) انظر عبدالباسط جميعي ومحمد إبراهيم: مبادىء المرافعات ص ٥٩٥.

(٢) فتحي والي: قانون القضاء المدني الكويتي ص٣٧٦.

(٣) وقد نصت على هذه الحالات المادة ١٩٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والفصل ١٧٥ من مجلة المرافعات التونسية.

الحكم من تلقاء نفسها وإن لم يطلب الخصوم.

٧- إذا صدر الحكم مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي للمحكمة.

٨- إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية دون أن يمثل تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

## المطلب الثالث

## حالات بطلان الأحكام في القانون

سبق القول بأن البطلان يكون نتيجة خلل يصيب الحكم أو يصيب إجراء سابقاً له يؤدي إلى التأثير على الحكم نفسه، فيفقد قوة إنتاج الآثار المترتبة عليه فيما لو صدر صحيحاً موافقاً للقانون، وهذا الخلل قد يؤدي إلى البطلان، وقد يؤدي إلى انعدام الحكم كلياً، ولذلك سنذكر حالات بطلان الحكم وفي ضمنها حالات الانعدام، لأنها كلها ناتجة عن الخلل الذي يؤثر على الحكم. وذلك على النحو التالي[1].

**أولاً: بطلان الحكم لخلل في صفة القاضي، وهذا يكون بأشكال متعددة منها:**

أ- بطلان الولاية أو انعدامها، كأن يصدر الحكم شخص ليس قاضياً وفق نظام تعيين القضاة، فالذي لم يصدر بتعيينه إرادة ملكية أو مرسوم من قبل المختص بإصداره لا يعتبر قاضياً، وكذلك الذي لم يحلف اليمين القانونية لا يعتبر قاضياً، وقد يكون الشخص قاضياً ثم يطرأ عليه ما يبطل ولايته، كأن يُعزل أو يُوقف عن العمل، ففي هذه الحالات يعتبر الحكم منعدماً وليس فقط باطلاً.

ب- إذا صدر الحكم من هيئة وقع خلل في تشكيلها، كأن تكون مشكلة من ثلاثة قضاة فيصدر الحكم اثنان، أو يشترك في المداولة من ليس من قضاة الحكم.

---

(١) انظر هذه الحالات في فتحي والي: قانون القضاء المدني ص٣٧٧-٣٧٩، أبو الوفا: نظرية الأحكام ص ٣٢١-٣٣٠.

جـ- إذا وجد في القاضي سبب من أسباب رد القاضي، وعدم صلاحيته كسبق إبداء الرأي، ووجود القرابة الحميمة بين القاضي وأحد الخصوم، أو وجود عداوة بينهما، إلى آخر أسباب الرد وعدم الصلاحية.

**ثانياً: بطلان الحكم لمخالفته الاختصاص، وهذا الخلل يكون في حالتين:**

أ- إذا كان الحكم خارجاً عن ولاية القضاء كأعمال السيادة مثلاً.

ب- إذا كان الحكم مخالفاً لقواعد الاختصاص النوعي، كأن تُصدر المحكمة الإدارية حكماً مدنياً أو جنائياً أو أحوال شخصية، فالاختصاص النوعي من النظام العام.

**ثالثاً: بطلان الحكم لخلل في الدعوى والخصومة وهذا الخلل قد يحدث في الصور التالية:**

أ- عدم وجود الدعوى، فلا حكم بلا دعوى بداهة.

ب- عدم انعقاد الخصومة، وذلك يتحقق بتخلف مبدأ المواجهة بين الخصوم، والذي يقتضي ابتداء إعلان الخصم وتبليغة نسخة من لائحة الدعوى، وموعد الجلسة، فإذا حكم على شخص وكان الإعلان (التبليغ) باطلاً يعد الحكم باطلاً أيضاً؛ لعدم انعقاد الخصومة، كما يعتبر باطلاً إذا كانت الخصومة غير موجودة بين طرفي النزاع، كأن يصدر الحكم بوجوب النفقة على شخص لم تثبت الزوجية بينه وبين المدعية مثلاً.

جـ- عدم توافر أهلية التقاضي كأن يصدر الحكم فاقد الأهلية دون أن يمثل تمثيلاً صحيحاً في الدعوى، أو يصدر الحكم ضد شخص توفي أثناء الدعوى و لم يمثل فيها تمثيلاً صحيحاً، أو ضد شركة لم تنشأ بعد.

**رابعاً: بطلان الحكم لخلل في شكله، وهذا يقع في صور منها:**

أ- تخلف شرط الكتابة[1] فالقانون لا يعتد بالحكم إلا إذا كان مكتوباً وإلا اعتبر منعدماً.

---

(١) تنص المادة ١٠٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني على أن يكون مكتوباً ومؤرخاً وموقعاً من القاضي...

ب- إذا صدر الحكم و لم يوقع القاضي الذي أصدره.

جـ- إذا تخلف بيان مهم كعدم ذكر المحكوم لـه، أو المحكـوم عليـه، أو لم يتضمـن أي قرار يدل على صدور الحكم.

**خامسا: يعتبر الحكم باطلاً إذا كان قد سبق الفصل في الدعوى وصدر بها حكم حاز قـوة القضية المقضية[1] بشروطها.**

**سادسا: إذا تجاوز القاضي سلطته وصلاحيته في الحكـم**، كـأن يحكـم بمـا لم يطلبـه الخصوم أو بأكثر منه.

**سابعا: إذا بني الحكم على إجراء باطل**، لأن ما بُني على باطل فهو باطل.

**ثامنا: إذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون**، كأن طبق على الواقعة قاعدة قانونية لا تنطبق عليها، فيعتبر الحكم باطلاً، وعلى محكمة النقض أن تصحح مسار المحكمة.

**تاسعا: إذا كان الحكم مبنيا على سبب باطل** مـن حيـث البينـات كـتزوير البينـات مثلاً، وعلى من يدعي التزوير إثباته.

هذه مجمل أسباب بطلان الأحكام ويمكن ردها كلها إلى مخالفـة القـانون، وذلـك لأن النظم القضائية الحديثة قد نصت على إجراءات التقاضي كافة، وعلى القـاضي أن يسير في إجراءات الدعوى وفق الخط المرسوم له، وليس له مـن مجـال للاجتهـاد إلا في نطاق ضيق أغلبه في استخلاص وقائع الدعوى، وتطبيق القواعد القانونيـة عليهـا، بعـد إثباتها بخلاف الشريعة الإسلامية التي جعلت للقاضي مجالاً للاجتهاد والمخالفـة بشـرط أن يكون لعلمه دليل يؤيده.

على أن غالبية أسباب البطلان وأحكامه في القانون لا تخالف الشـريعة الإسـلامية بل لها سند من أحكام الفقه واجتهادات فقهـاء القضـاء في الإسـلام، ممـا يجعـل القـول بسبق الشريعة للقوانين الحديثة في أدق التنظيمات المعروفة حديثاً.

---

(١) انظر المادة ٤١ من قانون البينات الأردني.

## الخاتمـــــــــــــة

**بعد هذا التطواف والبحث في الحكم القضائي يمكننا تسجيلَ أهم ما ورد فيه في النقاط التالية:**

١- للحكم القضائي في الشريعة الإسلامية نظرية متكاملة، بفروعها وأغصانها، وهي بذلك تعبّر عن تنظيم دقيق محكم كباقي النظم الإسلامية.

٢- الحكم القضائي: هو ما يصدر عن القاضي ومَن في حكمه، فاصلاً في الخصومة متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقرير معنى في محل قابل له.

٣- الحكم القضائي في ذاته إنما هو إلزام بحكم شرعي أو بقاعدة قانونية، وهو عبارة عن الحل الذي يتكون في نفس الحاكم للنزاع الماثل أمامه.لا يعرف هذا الحل إلا بترجمته واقعاً ملموساً على شكل قول أو فعل.

٤- اتفق الفقهاء على أنّ ما يصدر عن القاضي فاصلاً في الخصومة يعتبر حكماً. وكذلك الأمر في القانون الوضعي، واختلف الرأي في اعتبار التصرفات الأخرى الصادرة عن القضاء هل هي أحكام، أم أعمال إدارية، أم أنها ذات طبيعة خاصة؟

٥- الحكم القضائي يتميز بالإلزام، وأنه صادر في خصومة، وبذلك يفترق عن الفتوى والعمل الإداري والتشريعي.

٦- لا بد لوجود الحكم القضائي من مقومات ستة هي: الحاكم، والمحكوم له، والمحكوم عليه، والمحكوم فيه، والمحكوم به.وأسباب الحكم.

٧- الحاكم هو الشخص الذي يصدر عنه الحكم القضائي وقد يكون السلطان (رئيس الدولة) أو القاضي، أو المحكّم أو من يفوضه السلطان بإصدار الأحكام.

٨- أجازت الشريعة للسلطان إصدار الحكم بخلاف القانون الوضعي حيث لا يجيز ذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

٩- يشترط في الحاكم الإسلام والبلوغ والتكليف وسلامة الحواس والعدالة والذكورة والعلم بالأحكام الشرعية.

١٠- المحكوم له: هو من صدر الحكم في صالحه، ويشترط في المحكوم له.

أ- حضور مجلس المحاكمة ويجوز استثناء الحكم للغائب في حالات محددة.

ب ـ أن يكون المحكوم له فمن تقبل شهادته للقاضي وتقبل شهادة القاضي له.

١١- المحكوم عليه هو من صدر الحكم في غير صالحه، ويشترط فيه:

أ- أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي وتقبل شهادة القاضي له.

ب- أن يكون معيناً.

جـ- أن يكون حاضراً، وفي الحكم على الغائب خلاف الراجح جوازه وفق شروط معينة.

١٢- المحكوم فيه هو جميع الحقوق بحسب الأصل، ويجوز تخصيص القضاة للحكم ببعضها.

١٣- المحكوم به هو الشرع الواجب التطبيق وهو الشريعة الإسلامية قولاً واحداً بلا خلاف، وفي تقييد الحكم وفق مذهب معين خلاف بين الفقهاء، وكذلك الحكم وفق تقنين الأحكام الشرعية، إلا أنّ أكثر الفقهاء المحدَثينَ رجحوا جواز إلزام القاضي بقانون مستمد من الشريعة.

١٤- أسباب الحكم هي أدلة إثبات الحق المحكوم فيه، وهي الإقرار والشهادة واليمين والنكول واليمين المردودة وعلم القاضي والكتابة.

١٥- يشترط لإصدار الحكم القضائي سبق الدعوى، والخصومة، والحادثة ووجود سبب للحكم، وتزكية البينة، وثبات الشهود على شهادتهم، والطلب من المدعي، وحلف يمين الاستظهار في بعض الحالات، والإعذار، ومشاورة القاضي للفقهاء، وعرض الصلح على الخصوم وحضورهم للمحاكمات.

١٦- ويشترط في الفقرة الحكمية (نص الحكم) أن تكون دالة على الحكم من حيث اختيار الألفاظ ووضوحها ودلالتها على المحكوم به والمحكوم عليه والمحكوم له، كما يشترط أن تكون الصيغة على سبيل الجزم لا تردد فيها، وأن تكون موافقة للدعوى والبينة المقدمة، وأن لا تخالفَ الشريعةَ الإسلامية المحكوم بها، وأن لا تخالف شروط الإمام من حيث تقييد القاضي في الاختصاصات، وأن تحتوي على أسباب الحكم ومستنداته في حالات معينة.

١٧- اتفق الفقهاء على أنّ لفظ "حكمتُ وقضيتُ وألزمتُ" وما شابه هذه الألفاظ تدل على الحكم، أما الثبوت والأمر فقد اختلف فيه ما بين مضيق وموسع.

١٨- يشترط في مجلس إصدار الحكم أن يكون ضمن حدود ولاية القاضي، وأن يكون لائقاً بمنصب القضاء، وفي الحكم في المسجد خلاف بين الفقهاء.

١٩- اختلف الفقهاء في مسألة إصدار الحكم من قاضيين فأكثر، فاشترط بعضهم أن يكون القاضي واحداً، وأجاز آخرون الإصدار من هيئة قضائية.

٢٠- ينبغي أن يكون القاضي مُصدِرُ الحكم في وضعٍ نفسيٍ مطمئن، ويمتنع عليه الحكم وهو في حالة غضب، أو ضجر، أو جوع، أو أي حالة تشوش فكره.

٢١- للحكم القضائي آثارٌ عامة وخاصة، أما العامة فتتمثل في فصلِ الخصومة وإنهاء النزاع، وثبوت الحق وتقويته، وقابليته للتنفيذ بالقوة، وبلزوم الحكم القاضي الذي أصدره، وللقضاة الآخرين، ورفعهِ للخلاف الفقهي في المسألة التي صدر

الحكم فيها.

٢٢- ليس للحكم أي تأثير على الصفة الحقيقية للنزاع عند جمهور الفقهاء فلا يُحل حراماً ولا يحرم حلالاً. أما عند أبي حنيفة فله هذه الصفة في العقود والفسوخ فقط، كما أن الحكم لا يتعدى أطراف الدعوى الصادر فيها.

٢٣- الحكم قد يكون قولياً وقد يكون فعلياً كما قد يكون باستحقاق المدعي لما ادعاه أو بعدم استحقاقه له، ويعني ذلك ترك الخصومة، وقد يكون الحكم أيضاً قصدياً مباشراً، وقد يكون إشارياً (ضمنياً) يستفاد من الحكم القصدي، وقد يتضمن منطوق الحكم بصحة الشيء أو التصرف المتنازع فيه، وقد يكون بموجب ذلك التصرف وبين النوعين مواضع اتفاق واختلاف وضِّحَت في حينها.

٢٤- الحكم الباطل هو الحكم الذي لا تترتب عليه آثاره الشرعية.

٢٥- القاعدة العامة في البطلان: "كل ما خالف الشريعة فهو باطل" عملاً بقول النبي ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد».

٢٦- ويعتبر الحكم باطلاً إذا اختل شرط جوهري من شروطه العامة أو من شروط أحد مقوماته، كما إذا اختلت شروط الحاكم، أو المحكوم به، أو المحكوم له، أو المحكوم عليه، أو كان صادراً في غير الاختصاص، وما إلى ذلك.

فالبطلان هو جزاء خلل أصاب الحكم ذاته أو أحد مقوماته.

هذا باختصار شديد مجمل ما ورد في الرسالة لا يغني عن تتبع الجزئيات الواردة فيها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

# الملحـــق

ويحتوي على نماذج من تسجيلات الأحكام مما ذكر في كتب الفقهاء القدامى:

**نموذج١: المصدر: ابن أبي الدم: أدب القضاء، ص٥٢٤-٥٢٧.**

**بسم الله الرحمن الرحيـــــم**

لما كان بتاريخ كذا وكذا، حضـر مجلس الحكـم العزيـز بمدينـة كـذا حرسـها الله تعـالى، وسـائر بـلاد المسـلمين، لـدى الحـاكم بهـا يومئـذ، وبسـائر أعمالهـا وجندهـا وضواحيها، وما يتصل بها، وبَعُدَ من جملة أعمالها، بالولاية الصحيحة الشرعية المتصلة الأسباب بالمواقف الشريفة النبوية الطاهرة الزكية المسـتنصرة بـا لله تعـالى، ضـاعف الله جلالها، وأسبغ ظلالها، سيدنا القاضي الإمام، ويذكر من ألقابه ونعوته ما يليق بـه، ثـم يقول: متكلم جائز كلامه، مسموعة دعواه على الوضع الشرعي عن فلان بن فلان بن فلان، وأحضر بحضوره/ فلان/ بن فلان بن فلان، فادعى فـلان المبـدوء بذكـره، علـى فلان المثنى بذكره، أن المتكلم عنه فلاناً، مالك مستحق لجميع الدار الفلانية التي بهـذه المدينة بمحلة كذا من موضع كذا، حدهـا كذا وكذا، ويذكـر حدودهـا الأربعـة، ثـم يقول: هي ملك المتكلم عنه بجميع حقوقها وحدودها، وأنّ فلاناً الحاضر مستول عليها غصباً وتعدياً، والمتكلم عنه يستحق إزالة يـده عنهـا، وتسـليمها إليـه، وسـأل الحـاكم سؤاله عن ذلك، فسأل الحاكم المسمى، أيده الله تعالى، المدعى عليه عن دعواه، وأمـره بالجواب عنها فأجاب بإنكار جميع الدعوى، وذكر أنّ هذه الدار المشار إليها المحـدودة

ملكه، وبيده وتصرفه، وأن المتكلم عنه لا يستحق تسليمها، ولا تسليم شيء منها. ثم أحضر المدعي بينة، هي فلان وفلان، شهدا بعد الاستشهاد الشرعي شهادة متفقة لفظاً ومعنى، أنّ يد هذا المدعى عليه على هذه الدار المتنازع فيها يد عادية، يد غصب وعدوان، فسمع الحاكم شهادتهما، وقبلها بما رأى معه قبولها بعد ثبوت عدالتهما عنده (هذا إن عرف عدالتهما وإن جهلها وطلب استزكاءهما، وزكاهما عدلان، أو أربعة عدول، كتب ذلك) وكتب: فأمر الحاكم المدعى عليه تسليم الدار المشار إليها إلى المدعي، بعد أن سأله عن معارض، إنْ كان عنده، أو حجة دافعة يحضرها، فلم يأت بدافع ولا معارض، هذا شرح ما جرى في التاريخ المقدم ذكره.

**نموذج٢: ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ٤٣٢-٤٣٦.**

**بسم الله الرحمن الرحيـــم**

التوقيع: حسبي ربي، وعليه توكلي، يقول أبو بكر بن محمّد بن علـي بـن حفـص الحلواني، القاضي بكورة سمرقند، ونواحيها بالنيابـة، مـن قبـل الشـيخ القـاضي الإمـام الأعلى الزاهد قاضي القضاة، علاء الدين، صـدر صـدور الإسـلام، والمسـلمين، نـاصر الحق وإمام المؤمنين أبي بكر بن محمود ابن مسعود بن عبدالحميد الشعبي، وهـو يومئـذ متـولي أمـر القضـاء، والأحكـام والأوقـاف، بكـورة سمرقنـد، ونواحيهـا وسـائر كـور الممالك، بما وراء النهر، حاطها الله من قبل الخاقان العادل المعظم عـلاء الدولـة والديـن عين الملة والمسلمين، كهف الأمة في العالمين ملك الترك والصين، تـاج بغـداد قراخـان، أبي شجاع، محمّد بن سليمان بن داود بـن برهـان، خليفـة الله، أمـير المؤمنـين، حضـر مجلس القضاء قِبَلي بسـمرقند في يـوم الخميـس الثـامن عشـر مـن شـوال، سـنة عشـرة وخمسمائة، الشيخ الفقيه الصابر، أبو خلف بـن أبـي معـاذ بـن أبـي القاسـم الطـبري، وأحضر معه الفقيه محمّد بن محمّد بن الفاتح الخجندي، فادعى هذا الذي حضر، علـى هذا الذي أحضره معه، أنّ هذا الذي حضر وكيل من قِبَلِ المسماة آسية بنت سـنقراق ابن بكجة الحاجب، كان أبوها أنها وكلته بالدعـاوى، والخصومـات، وإقامـة الحجـج والبينات، وتنجيز القضايا والسجلات والبياعات والأشرية، وكيلاً مخاصِماً، ومخاصَمـاً عليه، يقيم البينةَ، وتقامُ عليه، والتوكيل من تحت يده من شـاء بمثـل وكالتـه هـذه، مـا خلا الإقرار والتعديل لشهود الخصم، وأنه قَبِلَ منها هذه الوكالة، وهـذا الـذي حضـر معه، مائتا درهـم غطريفية، جيدة سود معدودة، حقاً واجباً، ديناً لازماً عليه، وأن هـذا الذي حضر وكيل عنها اليوم على الوجوه المذكورة فيه، فواجـب عليـه، الخـروج عـن هذا المال، لهذا الذي حضـر ليقبضـه لموكلتـه هـذه، إذ هـو في علـم مـن ذلـك وطالبـه

بذلك، وسأل مسألته عن ذلك، فسئل، فأجاب: لا أعلم وكالة هذا المدعي فأحضر هذا المدعي نفراً، ذكر أنهم شهوده على هذه الوكالة، وهم أحمد بن محمّد بن أبي الحسن الخجندي، وهو شاب إلى الكهولة تام القدّ أصهب اللون، وافر اللحية، به آثار الجَدَري، نازل في سكة شيرقودن. والشيخ الفقيه عمر بن أبي بكر بن ساعد الساعدي، شاب أسمر اللون، نازل في دار الجوزدانية ويوسف بن أبي أحمد بن عبدالله الحران الخجندي، وهو شاب إلى الكهولة أصهب ربعة وافر اللحية، نزل في خان منسوب إلى الشيخ أبي بكر العلاف برأس الطارق، فشهد هؤلاء الشهود جميعاً، الواحد منهم بعد الآخر، عقيب دعوى المدعي هذا، والجواب بالإنكار، من هذا المدعى عليه، على التوكيل والقول إن المسماة آسية بنت سنقراق بن بكجه الحاجب، كان أبوها. وكلت هذا الذي حضرَ، وأقامته مقام نفسها، في الدعاوى والخصومات، والوجوه المذكورة في محضر هذه الدعاوى، وأشار إلى هذا المدعي، وإلى محضر هذه الدعوى وكالة صحيحة، وأنّ هذا الذي حضر قَبِلَ منها هذه الوكالة، خطاباً شفاهاً وأشار إلى هذا المدعي، وأنه عرف هذه الموكلة، وقت هذا التوكيل، وأن هذا المدعي، وأشار إليه، وكيلٌ من جهتها، على الوجه الذي ادعى مأذون من جهة موكلته هذه أن يوكل من تحت يده من شاء، بمثل هذه الوكالة إلا في الإقرار، وتعديل من يشهد لخصمها عليها، وأشار كل واحد منهم في جميع مواضع الإشارة، فأتوا بهذه الشهادة كذلك على وجهها، ساقوها على سَنَنِها، شهادةً صحيحة مستقيمة اللفظ والمعنى، موافقة لهذه الدعوى فسمعتها ورجعت في التعريف عن أحوال الشهود إلى المزكين الذين وقع الاعتماد عليهم في ذلك فنسّبوا جميعاً إلى العدالةِ، وجوازِ الشهادةِ، وقَبُول القولِ، فقبلتُ شهادتهم، لإيجاب الشرع قبولها، وثبت عندي بشهادتهم ما شهدوا به، على ما شهدوا به، وأعلمت المدعى عليه هذا، بثبوت ذلك، مكنته من إبداء الدافع، فلم يأت بدفع، ولا بمخلّص، وظهر عندي عجزه عن ذلك، فسألني هذا المدعي، الحكم له، بثبوتِ هذه الوكالة، فاستخرت الله تعالى، وسألته العصمة عن الزيغ والزلل، وعن وقوع الخلل، وقضيت لهذا المدعي على المدعى عليه بثبوت هذا التوكيل، من قبل المسماة آسية بنت سنقراق بن بكجة الحاجب، كان أبوها، أنها وكلته، وأقامته مقام

نفسها في الوجوه المبينة والشرائط المذكورة فيه، وكالة صحيحة، وأنه قبل منها هذه الوكالة خطاباً، وكون هذا المدعي وكيلاً من جهتها، في مجلس قضائي بين الناس بسمرقند، حكماً أبرمته، وقضاء نفذته وأحكمته، وتوليت كتب هذا الذكر وأشهدت عليه حضور مجلس، وذلك في العشر الأول من ذي القعدة، سنة عشرة وخمسمائة.

يقول محمّد بن علي بن أبي حفص الحلواني: هذا السجل كتبته بيدي، وجرى الأمر على ما بين فيه مني وعني، ومضمونه: حكمي وقضائي، وكتبت التوقيع على صدره، وهذه الأسطر الثلاثة بيدي.

**نموذج٣: ابن قطلوبغا: موجبات الأحكام ص ٤٢٦-٤٢٨.**

**بسم الله الرحمن الرحيـــم**

وبخط القاضي علامة مصدرة بالحمد، أشهد على نفسه الكريمة سيدنا العبد الفقير إلى الله تعالى، إلى آخر ألقابه، وتسميته، وبيان كونه قاضي القضاة، أو أحد الخلفاء، ثم الدعاء له، وبعده من حضر مجلس حكمه، وقضائه، وهو نافذ القضاء، والحكم قاضيها. وذلك في اليوم المبارك، وبخط القاضي الكذا، من كذا، ثم بخط الموثق سنة كذا، أنه حضر مجلس قضائه في اليوم المذكور، بخطه الكريم، فلان بن فلان، وأحضر معه فلان بن فلان فادعى هذا الذي حضر، على هذا الذي أحضره معه، كذا كذا (ديناراً) إلى قوله، وسأل مسألته عن ذلك.

فسئل المدعى عليه، فأجاب بالإنكار، فأحضر هذا المدعي، أو المدعي هذا نفراً، ذكر أنهم شهوده، على هذا الدين، وهم فلان بن فلان الفلاني، وفلان بن فلان الفلاني، وسأله الاستماع إلى شهادتهم، فأجابه إلى ذلك، واستشهدهم، فشهد هؤلاء الشهود عنده، بكذا وكذا، الواحد منهم بعد الآخر، وأتوا بهذه الشهادة على وجهها، وساقوها على سننها، شهادة صحيحة مستقيمة الألفاظ والمعاني، موافقة لهذه الدعوى، أشار كل واحد منهم إلى موضع الإشارة، كما بين. وعدّلوا بتعديل فلان وفلان، أو ورجع في التعريف عن أحوالهم، إلى من وقع عليه الاعتماد في ذلك، فنسبوا جميعاً إلى العدالة، وجواز الشهادة، وقبول القول، وقبلها قبول مثلها، لإيجاب الشرع قَبولَها، من الوجه الذي بين، وثبت عنده بشهادة هؤلاء الشهود ما شهدوا به، وأعلم المدعى عليه هذا، بثبوت ذلك عنده، ومكنه من إيراد الدفع ليورد دفعاً لهذه الدعوى (إن كان) له فيها دفع، فلم يأت بالدفع، ولا أتى بمخلص. وظهر عنده عجزه عن ذلك، أو فاعترف أن لا دفع له في ذلك.

فسأله هذا المدعي المشهود له، الحكم على هذا المشهود عليه، بما ثبت عنده من ذلك فاستخار الله تعالى، وحكم لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، بثبوت إقرار هذا المدعى عليه، بالمال المذكور مبلغه، وجنسه وصفته، وعدده، ديناً لازماً، وحقاً واجباً، بالسبب الصحيح، ولهذا المدعي بشهادة هؤلاء الشهود المسمين المعدلين، بمحضر من المدعي والمدعى عليه، هذين في وجههما، مشيراً إلى كل واحد منهما، في مجلس قضائه، وحكماً أبرمه، وقضاء نفذه، مستجمعاً شرائط الصحة، والنفاذ وألزم المحكوم عليه هذا، بإيفاء هذا المال المذكور، مبلغه، وجنسه، وصفته، وعدده فيه، إلى هذا المحكوم له. وترك المحكوم عليه وكل (ذي) حجة، ودفع على حجته، ودفعه، وأشهد على نفسه الكريمة بذلك، في التاريخ المشار إليه أعلاه، المهيأ بخطة الكريم أعلاه، شرفه الله تعالى، وأعلاه، صلى الله على سيدنا محمد، وآله وصحبه وسلم.

# قائمة المصادر والمراجع


- الآمدي: سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي الآمدي (٦٣١هـ). الإحكام في أصول الأحكام تعليق عبدالرزاق عفيفي ط١-١٣٨٧هـ، مؤسسة النور، الرياض.
- إبراهيم: محمد إبراهيم (مؤلف مشارك) مبادئ المرافعات: انظر جميعي.
- الإبياني: محمد زيد الإبياني(١٩٣٦م) مختصر مباحث المرافعات الشرعية مطبعة البسفور -مصر.
- الأزهري: أبو منصور محمد بن أحمد (٣٧٠هـ) تهذيب اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون مطابع سجل العرب - القاهرة، الدار المصرية للتأليف، (١٩٦٤).
- أسد: محمد أسد (ليوبولد فايس) منهاج الإسلام في الحكم.
- الإسنوي: جمال الدين عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي (٧٧٢هـ) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد حسن هيتو، ط٢، ١٩٨١م مؤسسة الرسالة - بيروت.
- طبقات الشافعية، تحقيق عبدالله الجبوري ط١ -١٩٧٠م مطبعة الإرشاد بغداد.
- نهاية السول في شرح منهاج الأصول، المطبعة السلفية ١٣٤٥هـ - القاهرة.
- الأصفهاني: (الراغب) أبو القاسم الحسين بن محمد (٥٠٢هـ) المفردات في غريب القرآن تحقيق محمد سيد كيلاني، ط - دار المعرفة بيروت. د.ت.
- الأصفهاني: (أبو الثناء) شمس الدين محمود بن عبدالرحمن بن أحمد الأصفهاني (٧٤٩هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق محمد مظهر بقا، ط ١-١٩٨٦م -١٤٠٦هـ، جدة - دار المدني.
- الأنصاري: شيخ الإسلام زكريا بن محمد (٩٢٦هـ) شرح المنهج، مطبوع مع حاشية الجمل عليه.
- عماد الرضا ببيان أدب القضا، مخطوط من مكتبة الأوقاف ببغداد.
- الإنطاكي: رزق الله الإنطاكي (معاصر)، أصول المحاكمات في المواد المدنيّة والتجارية، مط - الداودي - دمشق ١٩٨٥-١٩٨٦م.
- الأوزجندي: فخر الدين الحسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني (٥٩٢هـ)، فتاوى قاضيخان، مطبوع بهامش الفتاوى الهنديّة -ط٢- المطبعة الأميرية ببولاق مصر ١٣١٠هـ.
- البابرتي: أكمل الدين محمد بن محمود (٧٨٩هـ)، شرح العناية على الهداية مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام.
- الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (٤٧٤هـ)، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام تحقيق د.محمد أبو الأجفان، طبع الدار العربية للكتاب ليبيا - المؤسّسة الوطنيّة للكتاب تونس ١٩٨٥.
- باز: سليم رستم، شرح قانون المحاكمات الحقوقيّة ط ٢ -١٩١١م- المطبعة الأدبية -بيروت.

- شرح المجلة، طبعة مصورة في بيروت عام ١٩٨٦ عن الطبعة الأولى في الآستانة.
- البخاري: محمد بن إسماعيل (٢٥٦هـ) الجامع الصحيح تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي مطبوع مع فتح الباري (الطبعة السلفية).
- البخاري: عبدالعزيز بن أحمد البخاري (٧٣٠هـ)، كشف الأسرار عن أصول البزدوي دار الكتاب العربي - بيروت ١٩٨٤ مصورة.
- بدران: بدران أبو العينين بدران (معاصر)، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيّة - بيروت.
- البرديسي: محمد زكريا (معاصر)، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع - مصر ١٩٨٥.
- البستي: محمد بن حبان (٣٥٤هـ) مشاهير علماء الأمصار، تصحيح ما نفرد فلا يشهمر طبعة مصورة - دار الكتب العلمية بيروت.
- أبو البصل: عبدالناصر موسى، نظام القضاء الشرعي في المملكة الأردنية وأصول التقاضي فيه، رسالة ماجستير (مرحلة ثالثة) مقدمة لكلية الدراسات العليا قسم القضاء الشرعي في الجامعة الأردنية ١٩٨٨م.
- البغدادي: القاضي عبدالوهاب بن علي بن نصر (٤٢٢هـ ) ، الإشراف على مسائل الخلاف . مطبعة الإدارة ـ تونس .
- البغدادي: أبو بكر أحمد بن علي الخطيب (٤٦٣هـ) تاريخ بغداد، دار الكتاب العربي - بيروت.
- البكري: أبو عبدا لله محمد بن عبدا لله ابن راشد القفصي (٧٣٦هـ) لباب اللباب، المطبعة التونسية - تونس- ١٣٤٦هـ.
- البكري: عبدالباقي (معاصر) المدخل لدراسة القانون، معهد الإدارة العامة - الموصل.
- البناني: محمد بن الحسن (١١٩٤هـ) حاشية على شرح الزرقاني، مطبوع بهامش الشرح المذكور.
- البهاري: محب الله بن عبدالشكور (١١١٩هـ)، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، مطبوع بهامش المستصفى للغزالي (دار صادر).
- البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس (١٠٥١هـ) شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهي لشرح المنتهي) عالم الكتب، بيروت.
- كشاف القناع عن متن الإقناع مطبعة الحكومة - الرياض.
- البيجوري: إبراهيم البيجوري، حاشيته على متن السنوسية، المطبعة الحميدية المصرية - مصر ١٣١٥هـ.
- البيضاوي: قاضي القضاة عبدا لله بن عمر البيضاوي (٦٨٥هـ) الغاية القصوى في دراية الفتوى، تحقيق علي القرة داغي، دار الإصلاح للطبع -الدمام- السعودية.
- منهاج الوصول إلى علم الأصول مطبوع مع شرح الإسنوي والسبكي.
- البيطار: عبدالرزاق البيطار (١٣٣٥هـ) حلية البشر في أعيان القرن الثالث عشر تحقيق: محمد بهجة البيطار مطبوعات المجمع العلمي العربي - دمشق ١٩٦٣م.
- البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي (٤٥٨هـ) السنن الكبرى، طبعة مصورة عن طبعة دائرة المعارف العثمانية الهند عام ١٣٤٤هـ، دار الفكر - بيروت د.ت.

- ابن التركماني: علي بن عثمان المارديني (٧٥٠هـ) الجوهر النقي في الرد على البيهقي مطبوع بهامش السنن الكبرى للبيهقي.
- الترمذي: أبو عيسى محمد عيسى بن سورة (٢٧٩هـ) سنن الترمذي، طبعة إستانبول - تركيا (الكتب الستة).
- التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر (٧٩٢هـ)، التلويح على التوضيح، دار الكتب العلميّة - بيروت-.
- التمرتاشي: أبو عبدالله محمد بن عبدالله الغزي، مسعفة الحكام على الأحكام، مخطوط من مكتبة الأسد دمشق (المكتبة الظاهرية سابقاً) وهو مطبوع أيضاً - طبعة سقيمة مع رسائل ابن نجيم.
- التنبكتي: أحمد بابا، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، طبعة حجرية/ المطبعة الجديدة بفاس - المغرب ١٣١٧هـ.
- التهانوي: الشيخ المولوي محمد أعلى بن علي، كشاف إصلاحات الفنون (موسوعة اصطلاحات العلوم الإسلامية) شركة خياط للكتب والنشر -بيروت- ١٩٦٦م.
- ابن تيميه: مجدالدين عبدالسلام أبو البركات (٦٥٢هـ) المحرر في الفقه، مطبعة السنة المحمدية، مصر، ١٩٥٠م - ١٣٦٩هـ، المسودة في أصول الفقه (ألف قسماً منها وأكمل قسماً آخر ولده شهاب الدين عبدالحليم ثم حفيده شيخ الإسلام أحمد بن عبدالحليم) تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي - بيروت.
- ابن تيميه: أحمد بن عبدالحليم (شيخ الإسلام) (٧٢٨هـ) الاختيارات الفقهية، طبع دار المعرفة - بيروت.
- جابر: محمد الشيخ محمد جابر، الفقه الإسلامي مع حكمة التشريع ط.١، ١٣٤٩هـ، المطبعة السلفية، القاهرة.
- الجرجاني: علي بن محمد الشريف (٨١٦هـ) التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت ١٩٨٧.
- حاشية السيد على التصورات.
- شرح السيد على متن المواقف في علم الكلام للإيجي مطبعة الحاج محمد أفندي -إستانبول- تركيا.
- ابن جزي: محمد بن أحمد بن جزي الكلبي (٧٤١هـ)، القوانين الفقهية، نشر: عباس الباز، مكة المكرمة.
- الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي (٣٧٠هـ) أحكام القرآن، طبعة دار الكتاب العربي - بيروت- مصورة عن الطبعة الأولى، مطبعة الأوقاف الإسلامية في دار الخلافة العثمانية ١٣٢٥هـ.
- جعيّط: الشيخ محمد العزيز جعيّط، الطريقة المرضيّة في الإجراءات الشرعيّة، ط، مطبعة الإرادة، تونس.
- ابن جماعة: عزالدين بن جماعة الشافعي (٨٢١هـ) تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام تحقيق د.فؤاد عبدالمنعم أحمد، مطابع الدوحة - قطر.
- الجمحي: محمد بن سلام (٢٣١هـ) طبقات الشعراء، دار النهضة، بيروت، طبعة مصوّرة من مطبعة ليدن ١٩١٣هـ.

- الجمل: سليمان الجمل الشافعي: حاشية الجمل على شرح المنهج لشيخ المنهد لشيخ الإسلام الأنصاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة مصوّرة عن طبعة الميمنية بمصر ١٣٠٥هـ.
- الجمل: د.يحيى الجمل، الأنظمة السياسيّة المعاصرة دار النهضة، بيروت.
- جميعي: د.عبدالباسط جميعي، نظرية الاختصاص، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٥م.
- مبادئ المرافعات، بالاشتراك مع د.محمد محمود إبراهيم دار الفكر العربي، مصر ١٩٨٧.
- ابن الجوزي: جمال الدين عبدالرحمن (٥٩٧هـ) صفة الصفوة، تحقيق محمود فاخوري - محمد قلعجي، ط.١، ١٩٦٩م، دار الوعي، حلب.
- الجوهري: إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبدالغفور عطار، دار الكتاب العربي، مصر، ١٣٧٧هـ.
- الحاكم: أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، مصورة عن الأصلية الهندية.
- حبشي: د.محمد عبدالمنعم، فقه التركات والمواريث، مذكرات ألقيت على طلبة كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات ١٩٨٣م.
- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (٤٥٦هـ)، المحلى، طبع، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، ط، ١-١٣٥١هـ.
- مراتب الإجماع، دار الكتب العليمة، بيروت.
- النبذة الكافية في أصول الدين دار الكتب العلمية، بيروت.
- حسنين: د.حسنين محمود حسنين، تفسير النصوص، دار الصفا، مصر، ١٩٨٠.
- حسين: الشيخ محمد علي بن حسين المالكي، تهذيب الفروق والقواعد السنيّة في الأسرار الفقهية، مطبوع بهامش الفروق للقرافي، دار المعرفة، بيروت.
- الحسيني: أبو بكر بن هداية الله الحسيني (١٠١٤هـ) طبقات الشافعية، تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة -بيروت ط٢-١٩٧٩م.
- الحسيني: أحمد بك، تقدير المسافات عند المسلمين، بعناية بسام عبدالوهاب الجابي، دار البصائر - دمشق.
- الحصكفي: محمد بن علي بن محمد الحصني (علاء الدين الحصكفي) (١٠٨٨هـ) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع رد المحتار لابن عابدين -دار المعرفة ١٩٧٩م، وكذلك مع حاشية الطحاوي عليه.
- الحصني: تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني الشافعي: (من علماء القرن التاسع) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ط٢، منشورات المكتبة العصرية -بيروت- صيدا.
- الحطاب: أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي (٩٥٤هـ) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الطبعة الثانية - ١٩٨٧م- بروت، مصورة عن طبعة مصر مطبعة السعادة ١٣٢٨هـ.
- الحفناوي: د.محمد إبراهيم، نظرات في أصول الفقه، دار الحديث- القاهرة.
- الحموري: أحمد بن محمد الحنفي: غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ط١-١٩٨٥-١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية - بيروت.

- ابن حنبل: الإمام أحمد بن حنبل الشيباني (٢٦٤هـ) المسند، المكتب الإسلامي، دار صادر - بيروت.
- الحنبلي: أحمد حمدان، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي بيروت.
- الحنبلي: عبدالحي بن العماد (١٠٨٩هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، مكتبة القدس - القاهرة- ط١، ١٣٥٠هـ.
- الحنبلي: شاكر الحنبلي، أصول الفقه الإسلامي، مطبعة الجامعة السورية ١٩٤٨م.
- حيدر: علي حيدر أفندي، أصول استماع الدعوى، طبع بيروت.
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ( شرح المجلة) تعريب فهمي الحسيني، مكتبة النهضة - بيروت- بغداد.
- خان: أبو الطيب صديق حسن خان البخاري القنوجي، عون الباري لحل أدلة صحيح البخاري، تقديم عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، مطابع الدوحة -قطر-١٩٤٨م.
- الخبازي: جلال الدين أبو محمد عمر بن محمد (٦٩١هـ) المغني في أصول الفقه تحقيق د.محمد مظهر بقا، ط١-١٤٠٣هـ، منشورات مركز البحث العلمي - جامعة أم القرى - مكة المكرمة.
- الخرشي: محمد بن عبدالله (١١٠١هـ) شرح الخرشي على مختصر خليل، دار صادر -بيروت- مصورة عن طبعة بولاق - مصر- ١٣١٨هـ.
- الخضري: محمد الخضري بك، تاريخ التشريع الإسلامي، ط٨، المكتبة التجارية الكبرى - مصر- ١٩٦٧هـ.
- خطاب: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، من منشورات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم - معهد البحوث بغداد- ١٩٨٤م.
- الخطيب: د.أنور الخطيب: المجموعة الدستورية، القسم الأول: الدولة والنظم السياسية طبع دار العلم للملايين - بيروت.
- خلاف: عبدالوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي دار القلم - الكويت.
- السياسة الشرعية (أو نظام الدولة الإسلامية) مؤسسة الرسالة - دمشق-بيروت.
- علم أصول الفقه، ط١٢، دار القلم - الكويت- ١٩٨٧م.
- ابن خلدون: عبدالرحمن بن محمد خلدون (٨٠٨هـ)، المقدمة، طبع بيروت، مصورة عن الطبعة المصرية.
- ابن خلكان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد (٦٨١هـ) وفيات الأعيان وأبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر -بيروت.
- خليل: د.محسن خليل، القانون الدستوري والأنظمة الساسية طبع مصر، دون ذكر المطبعة، ١٩٨٧م.
- خوري: فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، ط٢ الدار العربية للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، ١٩٨٧-١٤٠٧هـ.
- الدارقطني: علي بن عمر (٣٠٦هـ) سنن الدارقطني تصحيح عبدالله اليماني، دار المحاسن - القاهرة- ١٩٦٦م.

- داماد: عبدالرحمن أفندي دامان المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المطبعة العثمانية -١٣٢٧هـ.
- أبو داود = السجستاني.
- داود: أحمد محمد علي: الحقوق المتعلقة بالتركة، مطابع وزارة الأوقاف -عمان -الأردن.
- ابن أبي الدم: شهاب الدين أبو إسحاق إبراهيم بن عبدالله (٦٤٢هـ)، أدب القضاء (الدرد المنظمات في الأقضية والحكومات) تحقيق د.محمد الزحيلي، دار الفكر -دمشق ط٢، ١٩٨٦م-١٤٠٢هـ.
- الدردير: أبو البركات أحمد الدردير (١٢٠١هـ) الشرح الصغير، تحقيق د.مصطفى كمال وصفي، منشأة المعارف - مصر ١٣٩٢هـ.
- الشرح الكبير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه.
- الدريب: د.سعود بن سعد الدريب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، مطابع حنيفة -الرياض، ط١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
- الدريني: الدكتور محمد فتحي عبدالقادر الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده مؤسسة الرسالة - بيروت ط٣، ١٩٨٤م.
- الفقه الإسلامي المقارن، المطبعة الجديدة، دمشق، ط٨٦٢-١٩٨٧م.
- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي دار الكتاب الجديد، ط١-١٩٧٥ دمشق.
- الدسوقي: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ) حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير للدردير، طبع عيسى البابي الحلبي - القاهرة.
- الدمشقي: أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن العثماني الشافعي، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، قطر، إدارة الشؤون الدينية ١٩٨١م.
- الدواليبي: د.محمد معروف، المدخل إلى أصول الفقه، ط٥، دار العلم للملايين-بيروت- ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.
- الزبياني: النابغة الذبياني: ديوان النابغة الذبياني بتصحيح الشيخ عبدالرحمن سلام مطبعة المصباح بيروت - ١٣٤٧هـ -١٩٢٩م.
- الذهبي: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (٧٤٨هـ) سير أعلام النبلاء، إشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة -ط٣، ١٩٨٥، بيروت.
- التلخيص، مطبوع بذيل المستدرك للحاكم.
- الرازي = الجصاص.
- الرازي: أبو الحسين أحمد بن فارس، حلية الفقهاء، تحقيق د.عبدالله التركي، الشركة المتحدي للتوزيع -بيروت ط١-١٩٨٣.
- الرازي: فخر الدين محمد بن عمر (٦٠٦هـ)، المحصول في علم الأصول، تحقيق د.طه جابر العلواني، ط١-١٣٩٩م-١٩٧٩م، نشر جامعة محمد بن سعود - الرياض.
- الرازي: زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر (٦٦٦هـ) تقريباً، مختار الصحاح، تحقيق حمزة فتح الله وترتيب: محمود خاطر، مؤسسة الرسالة -بيروت -١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

- راغب: د.وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني ط١-١٩٧٧م، دار الفكر العربي -مصر، النظرية العامة للعمل القضائي منشأة المعارف -الإسكندرية ١٩٧٤.
- الربيعة: د.عبدالعزيز، السبب عند الأصوليين، رسالة دكتوراه، نشر لجنة البحوث والتأليف، جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض.
- الرحموني: د.محمد الشريف الرحموني، الرخص الفقهية من الكتاب والسنة، أطروحة دكتوراه دولة مقدّمة لجامعة الزيتونة عام ١٩٨٥-١٩٨٦.
- ولاية الرد، بحث منشور في النشرة العلمية للكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين عدد٦، ١٤٠٣/١٤٠٤هـ-١٩٨٣/١٩٨٢.
- الرحيلي: د.رويعي بن راجح الرحيلي، فقه عمر بن الخطاب في الجنايات والحدود، نشر مركز البحوث العلمية جامعة أم القرى -طبع دار الغرب- بيروت.
- ابن رشد: أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي (الجد) (٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة تحقيق د. محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٩٨٤م.
- ابن رشد : محمد بن رشد القرطبي (الحفيد) (٥٩٥هـ ).
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط٧، ١٩٨٥م، دار المعرفة -بيروت.
- الرشيدي: أحمد بن عبدالرزاق المغربي (١٠٦٩هـ)، حاشيته على نهاية المحتاج للرملي مطبوع بهامش نهاية المحتاج.
- الرشيدي: محمد صالح بن عبدالفتاح الجارم الحنفي، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية مطبوع بذيل الفواكه البدرية - مطبعة النيل- مصر.
- الرصاع: أبو عبدالله محمد الأنصاري: (٨٩٤هـ) شرح حدود الإمام ابن عرفة المطبعة التونسية، ط١٣٥٠هـ، تونس.
- رضا: محمد رشيد رضا، مجلة المنار، فتاوى الإمام محمد رشيد رضا، جمع د.صلاح الدين المنجد ويوسف خوري دار الكتاب الجديد -بيروت.
- الرملي: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة (الشافعي الصغير) (١٠٠٤هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي -بيروت، طبعة مصورة عن طبعة القاهرة سنة ١٣٥٧هـ -١٩٣٩.
- الرملي: خير الدين الرملي الحنفي، الفتاوى الخيرية، طبع دار المعرفة بيروت ط٢-١٩٧٤م، مصورة عن طبعة بولاق في مصر ١٣٠٠هـ.
- الزاوي: الطاهر أحمد، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة الدار العربية للكتاب -ليبيا- تونس ط٣، ١٩٨٠م.
- الزبيدي: أبو بكر محمد بن الحسن (٣٧٩هـ)، طبقات النحويين واللغويين تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، ط١-١٩٥٤م، مطبعة الخانجي الكتبي-مصر.
- الزبيدي: محب الدين أبو الفيض محمد مرتضى الحسيني الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، طبع دار ليبيا، بنغازي، مصورة في دار صادر بيروت.
- الزحيلي: د.وهبة مصطفى، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة -بيروت ط١-١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.

- الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق ط١، ١٩٨٤م.
- الزحيلي: د.محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، طبع مؤسسة الوحدة - دمشق ١٩٨١-١٩٨٢م.
- التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، طبع دار الفكر - دمشق.
- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، طبع مكتبة دار البيان - دمشق-بيروت ١٩٨٢/ط١.
- الزرقا: مصطفى بن أحمد (الأب)، شرح القواعد الفقهية، طبع دار الغرب الإسلامي -بيروت ط١.
- الزرقا: مصطفى بن أحمد (الابن) المدخل الفقهي العام (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) ج٢، مطبعة طربين -دمشق ج١، مطبعة ألف باء -١٩٦٨م.
- الفعل الضار والضمان فيه، ط١-١٩٨٨م دار القلم بيروت دار العلوم - دمشق.
- الفقه الإسلامي ومدارسه (غير منشور) مخطوط.
- حتى يخرج الفقه من عزلته: مقال في مجلة العربي الكويتية.
- الزرقاني: عبدالباقي الزرقاني (١٠٩٩هـ) شرح مختصر خليل المطبعة البهية المصرية -١٣٠٧هـ.
- الزركشي: بدر الدين محمد بن بهادر (٧٩٤هـ) المنثور في القواعد تحقيق د.تيسير فائق أحمد، ط١-١٩٨٢-مؤسسة الخليج - الكويت.
- الزركلي: خير الدين، الأعلام (قاموس تراجم) دار العلم للملايين -بيروت ط٤/١٩٨٩م.
- الزقاق: علي بن قاسم التجيبي: المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، مطبوع مع إعداد المهج للشنقيطي.
- الزمخشري: جار الله أبو القاسم محمد بن عمر (٥٣٧هـ) أساس البلاغة، دار صادر-دار بيروت ١٣٨٥هـ-١٩٦٥م.
- الفائق في غريب الحديث، تحقيق علي البجاوي ومحمد أبو القضل إبراهيم مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر ط٢.
- الزنجاني: أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد (٦٥٦هـ) تخريج الفروع على الأصول تحقيق د.محمد أديب صالح، ط٢ مؤسسة الرسالة -بيروت.
- أبو زهرة: الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي - مصر.
- أبو حنيفة آراؤه - عصره، دار الفكر العربي - مصر.
- أبو زيد: بكر بن عبدالله، فقه النوازل، طبع الرياض.
- زيدان: د.عبدالكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ط١، ١٩٨٤، مطبعة العاني، بغداد.
- الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (٧٤٣هـ) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ط١، المطبعة الأميريّة ببولاق ١٣١٤هـ.
- الساعاتي: أحمد عبدالرحمن البنا، الفتح الرباني، دار الشهاب - القاهرة.
- السايس: محمد علي، تاريخ الفقه الإسلامي، مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح - مصر.
- السبكي: علي بن عبدالكافي (٧٥٦هـ) الإبهاج في شرح المنهاج، وأكمله ولده تاج الدين عبدالوهاب (٧٧١هـ) دار الكتب العلميّة - بيروت ط١، ١٩٨٤م،
- فتاوى السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت.

- السجستاني: أبو داود سليمان بن الأشعث (٢٧٥هـ)، السنن طبعة تركيا - إستانبول (الكتب الستة).
- السخاوي: شمس الدين محمد بن عبدالرحمن (٩٠٢هـ) الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، منشورات دار ومكتبة الحياة -بيروت.
- السرخسي: محمد بن أبي سهل شمس الدين (٤٩٠هـ) المبسوط، ط٢، دار المعرفة - بيروت.
- سرور: د.محمد شكري، النظرية العامة للحق، القاهرة ط٢، ١٩٧٢م.
- السريتي: د.عبدالودود محمد، استفتاء الحق بغير قضاء، مؤسسة الثقافة الجامعيّة - الاسكندريّة.
- ابن سعد: محمد بن سعد بن منيع (٢٣٠هـ) الطبقات الكبرى، تحقيق إحسان عباس -دار صادر- دار بيروت- ١٩٦٠م.
- سعد: د.إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف الإسكندريّة.
- السعدي: عبدالرحمن بن ناصر، إرشاد أولي البصائر والألباب، مكتبة المعارف، الرياض ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، القواعد والأصول الجامعة، مكتبة المعارف الرياض.
- السغدي: أبو الحسن علي بن الحسن بن محمد الحنفي (٤٦١هـ) النتف في الفتاوى، تحقيق د.صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة -بيروت، دار الفرقان -عمان ط٢ ع.ع١/١٩٨٤م.
- ابن سلام = الجمحي.
- ابن سلمون: محمد عبدالله الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام مطبوع بهامش التبصرة لابن فرحون، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ابن قاضي سماوة: (سماونة) محمود بن إسرائيل (٨١٨هـ) جامع الفصولين، ط١، المطبعة الكبرى ببولاق، مصر - ١٣٠٠هـ.
- السمرقندي: أبو الليث نصر بن محمد أحمد (٣٧٣هـ) خزانة الفقه، تحقيق د.صلاح الدين الناهي، ط١، ١٣٨٥هـ/١٩٦٥م، شركة الطبع والنشر الأهليّة، بغداد.
- عيون المسائل، تحقيق د.صلاح الدين الناهي، مطبعة أسعد، بغداد ١٣٦٦هـ-١٩٦٧.
- السمرقندي: علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد (٥٣٩هـ)، تحفة الفقهاء، تحقيق د.محمد زكي عبدالبر، نشر إدارة إحياء التراث الإسلامي - قطر.
- ميزان الأصول في نتائج العقول، تحقيق د.محمد زكي عبدالبر ط١، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤، مطابع الدوحة الحديثة - قطر.
- السمناني: أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد (٤٩٩هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق د.صلاح الدّين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت - دار الفرقان - عمان ط٢-١٩٨٤م.
- السنهوري: د.عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي - بيروت، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دار الفكر -بيروت.
- ابن سهل: القاضي أبو الأصبغ عيسى بن سهل الجياني (٤٨٦هـ) الإعلام بنوازل الأحكام، تحقيق أنس العلاني، أطروحة دكتوراه مرحلة ثالثة بإشراف محمد الشاذلي النيفر، الكليّة الزّيتونيّة ١٩٨٢م.
- السيوطي: جلال الدين عبدالرحمن (٩١١هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلميّة - بيروت ط١، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

- بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، ط١/١٩٦٤، مطبعة عيسى البابي الحلبي -القاهرة.
- الشاشي: سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، تحقيق د.ياسين درادكة، مكتبة الرسالة الحديثة ١٩٨٩م ط١.
- ابن الشاط: سراج الدين أبو القاسم بن عبدالله الأنصاري (٧٢٣هـ) إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع بهامش الفروق للقرافي - دار المعرفة -بيروت.
- الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي (٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبدالله دراز، دار المعرفة -بيروت.
- الشافعي: الإمام محمد بن إدريس (٢٠٤هـ) الأم (مع مختصر المزني)، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة -دار الفكر- بيروت ١٩٨٣.
- الرسالة (في أصول الفقه) تحقيق أحمد شاكر، دار الكتب العلميّة (مصورة) عن الطبعة المصريّة.
- شاكر: أحمد محمد، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، دار الكتب العلميّة -بيروت.
- الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدر القوانين في مصر المكتبة السلفية - القاهرة - ١٩٨٦.
- الشبراملي: أبو الضياء نور الدين علي بن علي (١٠٨٧هـ)، حاشيته على نهاية المحتاج للرملي، مطبوع بهامش الشرح المذكور -دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ابن الشحنة: أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن الشحنة الحنفي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط٢، ١٩٧٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر.
- الشربيني: محمد الخطيب (٩٨٨هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الخير - بيروت - دمشق.
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الفكر - بيروت.
- شرف: د.عبدالحكيم أحمد شرف: بحث: استئناف الأحكام الباطلة والمبنية على إجراءات باطلة في الشريعة وقانون المرافعات، منشور في مجلة الشريعة والقانون بجامعة صنعاء - العدد الثاني ١٩٧٩.
- الشرنبلالي: أبو الإخلاص حسن بن عمار بن علي (١٠٦٩هـ)، غنية ذوي الأحكام في بغية دور الحكام، مطبوع بهامش درد الحكام لملاخسرو - المطبعة المعاصرة - مصر.
- الشريعة: عبيدالله بن مسعود المحبوبي الحنفي المعروف بصدر الشريعة (٧٤٧هـ)، التوضيح لمتن التنقيح، مطبوع بهامش التلويح للتفتازاني، دار الكتب العملية - بيروت.
- الشقيري: عبدالسلام، في وجه المؤامرة علي تطبيق الشريعة الإسلامية، دار الوفاء -المنصورة - مصر.
- الشلبي: الشيخ شهاب الدين أحمد (الحنفي)، حاشية على تبيين الحقائق، مطبوع بهامش الشرح المذكور -طبعة بولاق، مصر ١٣١٤.
- شلبي: د.محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقاعدة الملكيّة والعقود فيه. دار النهضة العربية - بيروت.
- الشنتمري: أبو الحجاج يوسف سليمان (الأعلم الشنتمري)، شرح ديوان زهير بن أبي سلمى، المكتبة التجارية - مصر.
- الشنقيطي: أحمد بن أحمد المختار، إعداد المهج للاستفادة من المنهج، المطبعة الأهلية - قطر، منشورات إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر -١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (١٢٥٥هـ)، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع مطبعة السعادة - القاهرة، ط١، ١٣٤٨هـ.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية - بيروت ط١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- فتح القدير (تفسير)، دار الفكر - بيروت ط٣، ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الفكر - بيروت ط١، ١٩٨٢م.
- الشيباني: محمد بن الحسن (١٨٩هـ) الجامع الصغير، مطبوع مع النافع الكبير للكنوي، عالم الكتب - بيروت ط١/١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- الشيباني: عبدالقادر بن عمر ابن أبي تغلب، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تحقيق د. محمد سليمان الأشقر. مكتبة الفلاح -الكويت.
- الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (٤٧٦هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، إعداد عماد الدين أحمد، عالم الكتب -بيروت، ط١، ١٩٨٣م.
- - صالح: د.محمد أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي - بيروت - دمشق ط٣، ١٩٨٤م.
- الصاوي: أحمد بن محمد المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مطبوع مع الشرح المذكور، منشأة المعارف، الاسكندريّة.
- ابن الصلاح: أبو عثمان بن عبدالرحمن الشهرزوري (٦٤٣هـ) فتاوى ابن الصلاح، تحقيق عبدالمعطي القلعجي.
- صلاح: عبداللطيف صلاح، شرح قانون المحاكمات الحقوقيّة، مطبعة مدرسة الأيتام - القدس ١٩٢٤م
- الصنعاني: عبدالرزاق بن همام (٢١١هـ)، المصنف، المجلس العلمي -بيروت ط١، ١٩٧١م.
- الطبري: محمد بن جرير (أبو جعفر) (٣١٠هـ)، تاريخ الرسل والملوك، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف - مصر ١٩٧٠م.
- الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي (٣٢١هـ)، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلميّة-بيروت.
- الطحطاوي: أحمد الطحطاوي الحنفي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار، دار المعرف، بيروت، مصورة عن طبعة بولاق، القاهرة ١٢٥٤هـ .
- حاشية على مراقي الفلاح للشرنبلالي، دار المعرفة - بيروت.
- الطرابلسي: محمد كامل بن مصطفى بن محمود الحنفي، الفتاوى الكاملية في الحوادث الطرابلسيّة، مطبعة محمد أفندي مصطفى - مصر ١٣١٣هـ.
- الطنطاوي: الشيخ علي (معاصر) فتاوى علي الطنطاوي، جمع وترتيب مجاهد ديرانية، دار المنارة - جدة.
- طهماز: المستشار محمود، أصول المحاكمات في المواد المدنيّة والتجاريّة مطبوعات جامعة حلب - مديريّة الكتب والمطبوعات الجامعيّة.

- الطوفي: سليمان بن عبدالقوي الصرصري الحنبلي البلبل في أصول الفقه، ط١، مؤسسة النور للطباعة والتجليد، الرياض ١٣٨٣هـ.
- ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز (١٢٥٢هـ).
- رد المحتار على الدر المختار، ط٢، ١٩٧٩، دار الفكر-بيروت، مصورة عن طبعة الحلبي ١٩٦٦ مصر
- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ط٢- المطبعة العامرة ببولاق ١٣٠٠هـ .
- مجموعة رسائل ابن عابدين، دار المعرفة -بيروت، مصورة عن طبعة مصر.
- منحة الخالق على البحر الرائق، مطبوع مع البحر الرائق.
- ابن عاشر: عبدالواحد بن عاشر الأندلسي، متن ابن عاشر (المرشد المعين على الضروري من علوم الدين)، مطبوع مع شرح مبارة المسمى بالدر الثمين.
- العبادي: د.عبدالسلام داود، الملكيّة في الشريعة الإسلاميّة، ط١-١٩٧٤، مكتبة الأقصى -عمان.
- عبدالباقي: محمد فؤاد، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم دار الفكر بيروت، ١٩٨٧م-١٤٠٧هـ.
- عبدالبر: د.محمد زكي، تقنين الفقه الإسلامي، ط٢، ١٩٨٦-منشورات دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، الحكم الشرعي والقاعدة القانونية، ط١-١٩٨٢،دار القلم -الكويت.
- عبدالجبار: القاضي عبدالجبار أحمد المعتزلي (٤١٥هـ)، طبقات المعتزلة، دار المطبوعات الجامعية-مصر-١٩٧٢.
- ابن عبدالرفيع أبو إسحاق إبراهيم بن حسن (٧٣٣هـ)، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق د.محمد قاسم عياد، دار الغرب الإسلامي -بيروت ط١-١٩٨٩م.
- ابن عبدالسلام: أبو محمد عز الدين عبدالعزيز السلمي ((سلطان العلماء)) (٦٦٠هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلميّة-بيروت.
- عبدالفتاح: د.عزمي عبدالفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، ط١-١٩٨٣م القاهرة.
- عبده: الإمام محمد عبده: رسالة التوحيد، بتصحيح رشيد رضا، مطبعة المنار - مصر، ١٣٢٦هـ.
- العدوي: الشيخ حسن العدوي (١١٨٩هـ)، حاشيته على شرح الخرشي، مطبوع بهامش الشرح المذكور.
- ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبدالله، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة - بيروت.
- العربي: محمد حمزة العربي، المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعيّة في المملكة الأردنية الهاشميّة من ١٩٧٣/٧/١-١٩٨٣/٦/٣٠م.، دار الفرقان - عمان ط١-١٩٨٤.
- العسقلاني: الإمام أحمد بن علي بن حجر (٨٥٢هـ) الإصابة في تمييز الصحابة، مكتبة المثنى - بغداد، مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٢٨هـ، مطبعة السعادة مصر.
- تقريب التهذيب، بتعليق عبدالوهاب عبداللطيف دار المعرفة - بيروت ط٢، ١٩٧٥م.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير بتصحيح عبدالله هاشم يماني، طبعة مصر سنة ١٣٨٤هـ، دون ذكر المطبعة.

- تهذيب التهذيب، دار صادر، بيروت، مصورة عن ط١، في مجلس دائرة المعارف العثمانية الهند سنة ١٣٢٦هـ.
- شرح نخبة الفكر، مؤسسة مناهل العرفان - مكتبة الغزالي - دمشق.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري إخراج محب الدين الخطيب -محمد فؤاد عبدالباقي، دار المعرفة - بيروت، مصورة عن الطبعة السلفية مصر.
- لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي بيروت.
- ابن العماد = الحنبلي.
- عمر: د.محمد عبدالخالق عمر، قانون المرافعات المدنيّة والتجاريّة، محاضرات ألقيت في جامعة الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٨٢-١٩٨٣.
- عمرو: الشيخ عبدالفتاح عايش عمرو، القرارات القضائية في أصول المحاكمات الشرعيّة حتى عام ١٩٩٠م دار يمان للنشر والتوزيع عمان - ط١-١٩٩٠م.
- عنبر: محمد عبدالرحيم عنبر، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربيّة ١٩٧٤- مصر.
- عودة: الشهيد عبدالقادر عودة، الإسلام وأوضاعنا القانونيّة، نشر الاتحاد الإسلامي العالمي للمنظمات الطلابيّة - الكويت.
- العيد: الإمام ابن دقيق العيد (٧٠٢هـ)، شرح متن الأربعين النووية، ط لبنان، دون ذكر التاريخ أو ا لطبعة.
- ابن غازي: أبو عبدالله بن غازي المكناسي (٩١٩هـ)، الكليات الفقهيّة، تحقيق د.محمد أبو الأجفان، أطروحة دكتوراه المرحلة الثالثة بإشراف محمد الشاذلي النيفر، الكليّة الزّيتونيّة للشريعة وأصول الدّين.
- ابن الغرس: محمد بن محمد بن محمد بن خليل المصري الحنفي (٩٣٢هـ) الفواكه البدريّة في الأقضية الحكمية، مطبعة النيل-مصر.
- الغزالي: محمد بن محمد (٥٠٥هـ)، المستصفى، دار صادر، بيروت طبعة مصورة عن الطبعة الأولى ١٣٢٢ ببولاق-مصر.
- الفاسي: تقي الدين، العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين، تحقيق محمد حامد الفقي، مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٨٦م.
- الفتوحي: محمد بن أحمد بن عبدالعزيز ((تقي الدين ابن النجار)) (٩٧٢هـ) طبعتان: شرح لكوكب المنير الأولى: بتحقيق محمد حامد الفقي، ١٩٥٣، مطبعة السنة المحمديّة - القاهرة وتقع في مجلد واحد.
- الثانية: بتحقيق د.محمد الزحيلي ونزيه حمّاد، دار الفكر -دمشق، ١٩٨٠-١٤١١هـ، وتقع في أربعة أجزاء.
- الفرّاء: القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الحنبلي (٤٥٨هـ)، العدة في أصول الفقه، تحقيق د.أحمد بن علي سير المباركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١-١٩٨٠م.
- الأحكام السلطانيّة، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلميّة-بيروت.
- فرح: د.توفيق حسن، الأصول العامة للقانون، دار النهضة العربيّة -بيروت ١٩٧١م.

- ابن فرحون: برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن فرحون اليعمري (٧٩٩هـ) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلميّة - بيروت، مصورة عن الطبعة الأولى بالمطبعة العامرة، مصر ١٣٠١هـ.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق د.محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث -مصر القاهرة- ١٩٧٢.
- فهمي: د.محمد حامد، المرافعات المدنيّة والتجارية، دار المعارف -الإسكندرية.
- الفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب (٨١٧هـ)، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز تحقيق محمد علي النجار، طبع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - القاهرة -١٣٨٥هـ.
- القاموس المحيط، طبعتان:
- الأولى: طبع في القاهرة وتقع في أربعة أجزاء.
- الثانية: طبعة مؤسسة الرسالة -بيروت- دمشق وهي في مجلد واحد فقط ١٩٨٨م.
- الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير الشرح الكبير المكتبة العلميّة - بيروت.
- القاري: أحمد بن عبدالله، مجلة الأحكام الشرعيّة، تحقيق د.عبدالوهاب أبو سليمان ود. محمد إبراهيم أحمد علي ط١-١٤٠١هـ-١٩٨١، مطبوعات تهامة - السعوديّة.
- القاسم: د.عبدالرحمن عبدالعزيز القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعوديّة، مطبعة المدني- القاهرة ط١، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.
- النظام القضائي الإسلامي، ط١، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م، مطبعة المدني، القاهرة.
- القاسمي: محمد جمال الدين١٩١٤م)، محاسن التأويل (تفسير القاسمي) تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار الفكر -بيروت ط٢، ١٣٩٨هـ-١٩٧٨.
- ابن قدامة: موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد (٦٣٠هـ) المغني على مختصر الخرقي، دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.
- روضة الناظر وجنة المناظر.
- القدوري: أبو الحسين أحمد بن محمد (٤٢٨هـ) متن القدوري في الفقه على مذهب الإمام أبي حنيفة ط٣، ١٣٧٧هـ-١٩٥٧م، طبع مصطفى البابي الحلبي - مصر.
- قرّاعة: علي محمود قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعيّة ط٢، ١٩٢٥، مطبعة النهضة - مصر.
- قرّاعة: محمود علي، ملخص الأصول القضائية، مكتبة - مصر- ١٩٧٧.
- القرافي: شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي (٦٨٤هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام تعليق محمود عرنوس، ط١، ١٩٣٨م، مطبعة الأنوار-مصر.
- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق) دار المعرفة - بيروت.
- القرافي: بدر الدين محمد بن يحيى (١٠٠٨هـ)، توشيح الديباج وحلية الابتهاج تحقيق أحمد الشتيوي.
- القرطبي: أبو عبدالله محمد بن فرح المالكي (٤٩٧هـ) أقضية رسول الله ﷺ ط٢، ١٩٨٢، دار الوعي، حلب سورية.

- القرطبي: أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري (٦٧١هـ) الجامع لأحكام القرآن، دار الكاتب العربي ط٣-١٩٦٧م، من طبعة دار المكتب المصريّة.
- القشطيني: د.سعدون ناجي، شرح أحكام المرافعات، مطبعة العاني - بغداد ١٩٧٨م.
- ابن قطلوبغا: قاسم بن قطلوبغا الحنفي (٨٧٩هـ)، موجبات الأحكام وواقعات الأيام تحقيق د.محمد سعود المعيبي، مطبعة الإرشاد-بغداد ١٩٨٣.
- القونوي: الشيخ قاسم (٩٧٨هـ)، أنيس الفقهاء، تحقيق د.أحمد الكبيسي،دار الوفاء جده، السعودية.
- ابن القيم: أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي (ابن قيّم الجوزيّة) (٧٥٠هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعيّة، تقديم محمد محيي الدين عبدالحميد، المؤسسة العربيّة للطباعة والنشر، ١٩٦١م، مصر القاهرة، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، دار الفكر -بيروت ط١-١٩٥٥م، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العربي-بيروت، ١٩٧٢م.
- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود (٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م-بيروت.
- ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن كثير الشافعي (٧٧٤هـ) تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير) دار المعرفة-بيروت.
- كحالة: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مطبعة الترقي - دمشق ١٩٥٧م، المستدرك على معجم المؤلفين مؤسسة الرسالة -بيروت ١٩٨٥م.
- الكفوي: أبو البقاء الكفوي، الكليات، المطبعة العامرة، مصر ١٢٨٧هـ.
- الكوهجي: عبدالله بن حسن الحسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق عبدالله الأنصاري، نشر إدارة الشؤون الدينيّة - قطر ط١.
- ابن اللحام: علي بن محمد بن علي البعلي الحنبلي، المختصر في أصول الفقه. تحقيق د. محمد مظهر بقا، دار الفكر ـ دمشق ، ١٩٨٠م.
- اللكنوي: أبو الحسنات محمد عبدالحي الهندي (١٣٠٤هـ) الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفة -بيروت، مصورة عن طبعة مصر ١٣٢٤هـ.
- النافع الكبير شرح الجامع الصغير عالم الكتب، ط١٩٨٦-١٤٠٦هـ، بيروت.
- أبو ليل: الدكتور محمود أحمد، التحكيم وأثره في حل الخصومات في ضوء الشريعة، مجلة دراسات الجامعة الأردنية م١٢، عدد٨، ١٩٨٥م.
- القضاء بعلم القاضي، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، م١٣، عدد١، ١٩٨٦م.
- ابن ماجه: أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجه تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، طبعة إستانبول - (الكتب الستة).
- مالك: الإمام مالك بن أنس (١٥١٦٤) المدونة الكبرى برواية سحنون التنوخي، دار صادر -بيروت، مصورة عن مطبعة السعادة، مصر ١٣٢٣هـ، الموطأ برواية، يحيى الليثي تحقيق أحمد راتب عرموش، دار النفائس - بيروت.

- ابن مالك: محمد بن مالك الجياني (٦٧٢هـ)، إكمال الإعلام بتثليث الكلام، برواية محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي (١٥٧٠٩)، تحقيق سعد الغامدي، ط١، ١٩٨٤، مكتبة المدني جدة.
- المالكي: عثمان بن حسين بري الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك ط١٩٧٢م-١٣٩٢هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي- مصر.
- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الشافعي (٤٥٠هـ) أدب القاضي تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد-بغداد ١٩٧١م-١٣٩١هـ.
- الأحكام السلطانيّة والولايات الدينيّة، دار الكتب العلميّة - بيروت.
- المحاميد: شويش هزاع، عدالة الشاهد في القضاء الإسلامي، رسالة ماجستير من كليّة الشريعة الجامعة الأردنية.
- المحبي: محمد أمين بن فضل الله (١١١٠هـ)، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر مكتبة خياط- بيروت.
- محفوظ: محمد محفوظ: تراجم المؤلفين التونسيين، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٨٤م.
- المحلي: جلال الدين الشافعي، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين بهامش حاشيتي قليوبي وعميرة طبع الهند، الورتي.
- بن مخلوف: محمد بن محمد مخلوف،شجرة النور الزكيّة في طبقات المالكيّة ط١، المطبعة السلفية - القاهرة ١٣٤٩هـ.
- مخلوف: حسنين، محمد فتاوى شرعيّة ط٢، ١٩٧١م، مطبعة المدني، القاهرة.
- مدكور: محمد سلاّم ، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربيّة، القاهرة.
- المرادي: محمد خليل المرادي، سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر مكتبة المثنى - بغداد.
- المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الرجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي ط١، ١٩٥٨.
- تصحيح الفروع، مطبوع مع الفروع لابن مفلح - عالم الكتب بيروت.
- موسى: د.فاروق عبدالعليم، القضاء في الشريعة الإسلامية، ط١-١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، عالم المعرفة - جدّة السعوديّة.
- المرغيناني: برهان الدين أبو الحسن علي بن عبدالجليل (٥٩٣هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبوع مع فتح القدير، دار إحياء التراث، بيروت.
- المرير: سيدي محمد المرير، الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية.
- مسلم: الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٦١هـ)، صحيح الإمام مسلم، استخدمت طبعتين: الأولى مع شرح النووي مؤسسة مناهل العرفان دمشق والثانية: بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، طبعة إستانبول تركيا، (الكتب الستة).
- المطيعي: محمد بخيت (مفتي الديار المصريّة سابقاً)، سلم الوصول لشرح نهاية السول، عالم الكتب، بيروت ١٩٨٢، مصورة عن طبعة المطبعة السلفيّة ١٣٤٣هـ، القاهرة.
- المطيعي: محمد بخيت، المجموع شرح المهذب التكملة الثانية، دار الفكر - بيروت.

- المعداني: الحسن بن رحال (١١٤٠هـ)، حاشيته على شرح مبارة على التحفة، بهامش الشرح المذكور - الطبعة البهية مصر (٣١٥هـ).
- معلوف: لويس، المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق - بيروت ط٢٦، ١٩٨٢م.
- ابن مفلح: شمس الدّين أبو عبدالله محمد بن مفلح المقدسي (٧٦٣هـ)، كتاب الفروع، عالم الكتب، ط٣، ١٩٨٢ بيروت.
- النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدّين ابن تيمية مطبعة السنة المحمديّة، ١٣٦٩هـ-١٩٥٠م مطبوع بهامش المحرر.
- ابن مفلح: أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد (٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي -بيروت، دمشق، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.-.
- المقدسي شمس الدّين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة (٦٨٢هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، مطبوع مع المغني لابن قدامة، دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨٢م.
- الملاح: أبو الفضل محيي الدين بن حسن، عمدة الحاكم ومن يتردد إلى المحاكم، مطبعة التضامن، القاهرة، ١٣٤٦هـ.
- ابن المناصف: محمد بن عيسى (٦٢٠هـ) تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام إعداد: عبدالحفيظ منصور، دار التركي للنشر-تونس ١٩٨٨م.
- المناوي: عبدالرؤوف بن علي زين الدين القاهرة (١٠٣٥هـ)، شرح عماد الرضا ببيان أدب القضا، تحقيق: عبدالرحمن عبدالله بكير الدار السعوديّة للنشر والتوزيع جدّة، ط١-١٩٨٦م.
- ابن المنذر: الإمام محمد بن المنذر (٣١٨هـ)، الإجماع، تحقيق د.فؤاد عبدالمنعم أحمد، مطابع الدوحة الحديثة، ط١-١٤٠١هـ-١٩٨١م.
- ابن منصور: الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (٢٢٧هـ)، سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ط١-١٩٨٥م، دار المكتب العلميّة-بيروت.
- ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (٧٧١)، لسان العرب، دار صادر-بيروت.
- المواقّ: أبو عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب.
- المودودي: الشيخ أبو الأعلى، القانون الإسلامي وطرق تنفيذه، دار القلم - الكويت.
- الموصلي: محمود بن مودود الحنفي (٦٠٦)، الاختيار لتعليل المختار تحقيق محمود أبو دقيقة، دار المعرفة - بيروت.
- ميارة: محمد بن أحمد ميارة الفاسي المالكي (١٠٧٢هـ)، الدر الثمين والمورد المعين، دار الفكر - بيروت، مياري الصغرة (وهي الشرح الصغير لمتن ابن عاشر)، تونس.
- شرح تحفة ابن عاصم، المطبعة البهية المصريّة، ١٣١٥هـ، القاهرة.
- النباهي: أبو الحسن بن عبدالله بن الحسن المالقي (٧٩٣هـ)، المرقبة العاليا فيمن يستحق القضاء والفتيا (تاريخ قضاة الأندلس) نشرة إ.ليفي بروفنسال، دار الكاتب المصري، القاهرة ١٩٤٨.
- النجدي: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي (١٣٩٢هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ١٣٩٧، المطابع الأهلية، الرياض.

- ابن نجيم: زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري الحنفي (٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، طبعتان:
- الأولى: مع شرحها للحموي، دار الكتب العلميّة ط١، بيروت ١٤٠٠هـ، ١٩٨٥م.
- الثانية: الأشباه دون الشرح، دار الكتب العلميّة مجلد واحد.
- رسائل ابن نجيم تقديم خليل الميس، دار الكتب العلميّة، ط١-١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط٢، دار المعرفة بيروت.
- فتح الغفار شرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة ١٩٣٦م.
- النسائي: أبو عبدالله أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، طبعة إستانبول-تركيا-(الكتب الستة).
- نظام: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهنديّة (العالمكيريّة) ط٣، دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، مصورة عن الطبعة الأصلية بولاق.
- نعمان: المحامي محمود نعمان، موجز المدخل للقانون، دار النهضة العربيّة - بيروت.
- نقابة: نقابة المحامين الأردنية، المبادئ القانونيّة لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقيّة القسم الأول، طبع جمعيّة عمال المطابع القانونيّة - عمان.
- ابن النقيب: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن النقيب المصري عمدة السالك وعدة الناسك، بعناية عبدالله الأنصاري، طبع ونشر إدارة الشؤون الدينية-قطر.
- النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (٦٧٦هـ) تهذيب الأسماء واللغات، دار الكتب العلميّة - بيروت، طبعة مصورة عن الطبعة المنيرية مصر.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ط٢-١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- رياض الصالحين، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني المكتب الإسلامي بيروت.
- شرح صحيح مسلم، طبعة مصورة مؤسسة مناهل العرفان - بيروت.
- المجموع شرح المهذب، دار الفكر - بيروت.
- مصورة عن طبعة المصريّة.
- هاشم: د.محمود هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي - القاهرة.
- ابن هبيرة: الوزير عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد الحنبلي (٥٦٠هـ) الإفصاح عن معاني الصحاح، مطابع المؤسسة السعيدية - بالرياض.
- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي (٨٦١هـ)، فتح القدير للعاجز الفقير، دار إحياء التراث العربي - بيروت، مصورة عن الطبعة المصريّة.
- الهيتمي: أبو العباس أحمد بن حجر شهاب الدين المكي (٩٧٦هـ) تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المطبعة الوهبية - مصر، ١٢٨٢هـ.
- الفتاوى الكبرى الفقهيّة، دار الكتب العلميّة - بيروت ١٩٨٣م-١٤٠٣هـ.
- فتح الجواد بشرح الإرشاد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٤٧هـ، المنهاج القويم شرح المقدمة الحضرميّة تحقيق د.مصطفى البغا - مصطفى الخن، علي الشربجي طبع دمشق الشركة المتحدة.

- هيتو: د.محمد حسن، الوجيز في أصول التشريع الإسلامي مؤسسة الرسالة - بيروت.
- هيرتزوك: بيتر المرافعات المدنيّة في فرنسا (طبع لندن) باللغة الانجليزية.
- الواحدي: علي بن أحمد، أسباب النزول، مطبعة الباب الحلبي.
- والي: د.فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٧م.
- مبادئ قانون القضاء المدني منشأة المعارف-الإسكندرية.
- وصفي: د.مصطفى كمال وصفي، النظام الدستوري الإسلامي.
- أبو الوفا: الدكتور أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنيّة والتجارية، ط٢-١٩٥٣، مطابع رمسيس، الإسكندرية.
- نظرية الأحكام في القانون المرافعات ط٦-١٩٨٩ منشأة المعارف، الإسكندرية.
- وكيع: محمد بن خلف بن حيان (٣٠٦هـ)، أخبار القضاة، تحقق عبدالعزيز المراغي، مكتبة الاستقامة - القاهرة ١٩٤٧م.
- ياسين: د.محمد نعيم عبدالسلام، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ط١، دار الفرقان - عمان ١٩٨٤م.
- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنيّة والتجارية، مطبعة القوات المسلحة الأردنية، منشورات وزارة الأوقاف ١٩٧٣م.

# فهرس المحتويات


**شكر وتقدير** ..... ٥

**تقديم: الدكتور محمد نعيم ياسين** ..... ٧

**المقدمة** ..... ١١

## الباب الأول

## التعريف بالحكم القضائي وماهيته

الفصل الأول : ***التعريف بالحكم القضائي*** ..... ١٧

تمهيد ..... ١٩

**المبحث الأول: التعريف بالحكم في اللغة** ..... ٢١

**المبحث الثاني: التعريف بالحكم في الاصطلاح** ..... ٢٥

المطلب الأول: التعريف بالحكم عند المناطقة والمتكلمين ..... ٢٥

أولاً: تعريف الحكم عند المناطقة ..... ٢٥

ثانياً: تعريف الحكم عند المتكلمين ..... ٢٥

ثالثاً: أقسام الحكم عند علماء الكلام ..... ٢٦

أ- الحكم العقلي ..... ٢٦

ب- الحكم العادي ..... ٢٧

المطلب الثاني: التعريف بالحكم عند الأصوليين ..... ٢٨

المطلب الثالث: تعريف الحكم عند الفقهاء..... ٣٣
المطلب الرابع: التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي..... ٣٤
**الفرع الأول:** التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي في الفقه الإسلامي.. ٣٤
تمهيد..... ٣٤
أولاً: تعريف الحنفية للحكم القضائي..... ٣٥
ثانياً: تعريف المالكية للحكم القضائي..... ٣٩
ثالثاً: تعريف الشافعية للحكم القضائي..... ٤٥
رابعاً: تعريف الحنابلة للحكم القضائي..... ٤٧
خامساً: تعريفات الفقهاء المحدثين للحكم القضائي..... ٤٨
سادساً: التعريف المختار للحكم القضائي..... ٥٢
شرح مفردات التعريف..... ٥٣
موازنة بين التعريفات السابقة..... ٥٤
**الفرع الثاني:** تعريف الحكم في الاصطلاح القضائي في القانون..... ٥٥
الاصطلاحات المستخدمة في القانون للدلالة على الحكم..... ٥٦
التعريف المختار للحكم في القانون..... ٦٠
**الفصل الثاني : ماهية الحكم القضائي**..... ٦١
**المبحث الأول: ماهية الحكم القضائي وركنه**..... ٦٣
المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي..... ٦٣
المطلب الثاني: ركن الحكم القضائي..... ٦٥
**المبحث الثاني: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً**..... ٦٦
المطلب الأول: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً

في رأي فقهاء الشريعة..... ٦٦
أولاً: فصل الخصومات..... ٦٦
ثانياً: الأعمال الولائية التي تدخل في اختصاص القضاء..... ٦٧
المطلب الثاني: التصرُّفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها
أحكاماً في القانون..... ٧٦
**الفرع الأول:** العمل القضائي وضوابطه..... ٧٧
ضوابط العمل القضائي..... ٧٧
أولاً: وجود منازعة معيّنة أو مركز خلافي يستلزم تدخل القضاء ٧٧
ثانياً: أن يصدر من هيئة قضائية معتمدة..... ٧٨
ثالثاً: أن يكون هذا العمل صادراً وفق إجراءات وشكل معين
فرضه القانون..... ٧٨
**الفرع الثاني:** العمل الولائي وطبيعته ونطاقه..... ٧٩
أولاً: طبيعة الأعمال الولائيّة..... ٧٩
ثانياً: نطاق الأعمال الولائية: «التطبيق على القضاء الشرعي»... ٨١
أ- أعمال التوثيق والتصديق..... ٨١
ب- ولاية القضاء في إعطاء الإذن وإصدار الأوامر..... ٨٣
جـ- ولاية القضاء في الرقابة والضبط..... ٨٤
مسائل مختلف فيها بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية.... ٨٤
**الفرع الثالث:** فائدة التمييز بين الحكم والأمر الولائي (بين العمل
القضائي والعمل الولائي)..... ٨٦
**المبحث الثالث: تمييز الحكم القضائي عن الفتوى والعمل التشريعي
والقرار الإداري وحكم المحكّم**..... ٨٨

المطلب الأول: الفرق بين الحكم والفتوى..... ٨٨
تعريف الفتوى..... ٨٨
الفرق بين الحكم والفتوى..... ٨٩
المطلب الثاني: الفرق بين الحكم القضائي والعمل التشريعي والقرار
الإداري..... ٩٢
المطلب الثالث: الفرق بين الحكم القضائي وحكم المحكَّم..... ٩٣

## الباب الثاني

## مقومات الحكم القضائي

*المقوم الأول: الحكم* ..... ١٠١
تمهيد..... ٩٩
**المبحث الأول: السلطان (رئيس الدولة)**..... ١٠٤
المطلب الأول: مدى جواز إصدار السلطان للأحكام في الشريعة..... ١٠٤
الأدلة على جواز حكم السلطان..... ١٠٥
أولاً: الأدلة من القرآن الكريم..... ١٠٥
ثانياً: الأدلة من السُّنة..... ١٠٦
ثالثاً: الأدلة من فعل الصحابة..... ١٠٧
رابعاً: المعقول..... ١٠٨
المطلب الثاني:مدى جواز إصدار السلطان للأحكام القضائية في القانون ١٠٩
مسألة الفصل بين السلطات..... ١١٠
موقف الشريعة من مبدأ الفصل بين السلطات..... ١١٢

**المبحث الثاني: أصحاب الولايات التي لها سلطة الفصل في الخصومات وإصدار الأحكام**..... ١١٥
المطلب الأول: القضاة..... ١١٥
أدلة تعيين القضاة..... ١١٦
١- من السُّنة..... ١١٦
٢- أما فعل الصحابة..... ١١٧
٣- المعقول..... ١١٧
المطلب الثاني:أصحاب الولايات التي لمتوليها إصدار الأحكام عدا القضاء. ١١٩
أولاً: الوزارة ..... ١١٩
النوع الأول: وزارة التفويض..... ١٢٠
النوع الثاني: وزارة التنفيذ..... ١٢١
النوع الثالث: وزارة الاستشارة..... ١٢١
ثانياً: الإمارة..... ١٢١
ثالثاً: هناك ولايات في الدولة لأصحابها الفصل في الأحكام
بعضها جزئي وبعضها عام..... ١٢٢
رابعاً: الولاية المستفادة من إرادة الخصوم..... ١٢٣
**المبحث الثالث: شروط الحاكم (القاضي)**..... ١٢٤
تمهيد..... ١٢٤
المطلب الأول: شرط الإسلام..... ١٢٧
موقف القانون من اشتراط الإسلام في القاضي..... ١٢٨
المطلب الثاني: شرط التكليف (كمال الأهلية)..... ١٣٢
رأي القانون في هذا الشرط..... ١٣٤

المطلب الثالث: شرط الحرية..... ١٣٥
المطلب الرابع: شرط سلامة الحواس..... ١٣٦
المطلب الخامس: شرط العدالة..... ١٣٧
شرط العدالة في القانون..... ١٤٠
المطلب السادس: الذكورة..... ١٤١
رأي القانون بهذا الشرط..... ١٤٤
المطلب السابع: العلم بالأحكام الشرعية..... ١٤٥
رأى القانون في شرط العلم بالأحكام الشرعية..... ١٥٠
**المقوم الثاني: المحكوم له**..... ١٥١
**المبحث الأول: التعريف بالمحكوم له وحالاته**..... ١٥٣
المطلب الأول: التعريف بالمحكوم له..... ١٥٣
المطلب الثاني: حالات المحكوم له..... ١٥٤
تحديد المراد بالمدعي والمدعى عليه..... ١٥٥
**المبحث الثاني: شروط المحكوم له**..... ١٥٧
المطلب الأول: حضور المحكوم له مجلس الحكم..... ١٥٧
أولاً: مذهب الحنفية في الحكم للغائب ..... ١٥٨
ثانياً: مذهب المالكية في الحكم للغائب..... ١٥٩
ثالثاً: مذهب الشافعية في الحكم للغائب..... ١٦٣
رابعاً: مذهب الحنابلة في الحكم للغائب..... ١٦٥
المطلب الثاني: كون المحكوم له ممن تقبل شهادته للقاضي وتقبل شهادة
القاضي له..... ١٦٦

الفرع الأول: آراء الفقهاء في حكم القاضي لمن لا تجوز شهادته لهم. ١٦٦
الفرع الثاني: رأي القانون في حكم القاضي لمن لا تقبل شهادته له ١٧٢
الفرع الثالث: تفصيل حالات وصور المحكوم له الجائزة والممنوعة
في المذاهب الفقهية ..... ١٧٣
**المقوم الثالث: المحكوم عليه** ..... ١٩٣
**المبحث الأول: التعريف بالمحكوم عليه وحالاته وشروطه**..... ١٩٣
المطلب الأول: التعريف بالمحكوم عليه..... ١٩٣
المطلب الثاني: حالات المحكوم عليه..... ١٩٥
المطلب الثالث: شروط المحكوم عليه..... ١٩٧
رأي القانون..... ١٩٩
**المبحث الثاني: الحكم على الغائب في الفقه والقانون**..... ٢٠٠
المطلب الأول: المجيزون للحكم على الغائب..... ٢٠٠
أدلة المجيزين..... ٢٠٢
المطلب الثاني: المانعون من الحكم على الغائب..... ٢٠٩
أدلة المانعين..... ٢١٠
الرأي المختار..... ٢١٣
المطلب الثالث: تحقيق مذهب الحنفية في الحكم على الغائب..... ٢١٤
رأي العلامة محمود ابن قاضي سماونه..... ٢١٦
الاستثناءات من مبدأ عدم جواز الحكم على الغائب عند الحنفية.. ٢١٧
المطلب الرابع: شروط الحكم على الغائب عند مَنْ يقول به..... ٢٢١
حد الغيبة التي يحكم فيها على المدعى عليه الغائب..... ٢٢٣

ما يلحق بالغائب في الحكم..... ٢٢٦
المطلب الخامس: الحكم على الغائب في القانون..... ٢٢٦
المقوم الرابع: المحكوم فيه..... ٢٣١
**المبحث الأول: التعريف بالحق ومصادره**..... ٢٣٣
المطلب الأول: التعريف بالحق..... ٢٣٣
المطلب الثاني: مصادر الحق..... ٢٣٦
**المبحث الثاني: أنواع الحقوق وتقسيماتها**..... ٢٣٩
المطلب الأول: تقسيم الحقوق باعتبار من يضاف إليه الحق..... ٢٣٩
أولاً: حق الله تعالى..... ٢٣٩
ثانياً: حقوق العباد المحضة (حق الإنسان)..... ٢٤١
ثالثاً: ما اشترك فيه حق الله وحق العبد، وحق الله غالب..... ٢٤٢
رابعاً: ما اشترك فيه حق الله وحق العبد، وحق العبد هو المغلب..... ٢٤٢
المطلب الثاني: تقسيم الحق باعتبار محل تعلقه..... ٢٤٣
أولاً: الحقوق المالية والحقوق غير المالية..... ٢٤٣
ثانياً: الحقوق المتقررة والحقوق غير المتقررة..... ٢٤٤
ثالثاً: الحقوق المجردة والحقوق غير المجردة..... ٢٤٥
المطلب الثالث: تقسيم الحقوق بحسب قابليتها للإسقاط..... ٢٤٦
المطلب الرابع: تقسيم الحقوق بحسب المقدرة على استيفائها قضاء..... ٢٤٨
المطلب الخامس: تقسيم الحقوق باعتبار قابليتها للإرث..... ٢٤٩
أ- الحقوق التي تنتقل بالإرث..... ٢٤٩
ب- الحقوق التي لا تورث..... ٢٥٠

**المبحث الثالث: تخصيص القضاء ببعض الحقوق** ..... ٢٥١
*المقوم الخامس: المحكوم به* ..... ٢٥٥
تمهيد ..... ٢٥٧
**المبحث الأول: الشرع الواجب التطبيق** ..... ٢٥٩
المطلب الأول: الأدلة على وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ..... ٢٥٩
أولاً: الأدلة من الكتاب ..... ٢٥٩
ثانياً: الأدلة من السنّة ..... ٢٦٢
ثالثاً: أقوال الصحابة وأفعالهم ..... ٢٦٤
المطلب الثاني: مصادر الأحكام القضائية الشرعيّة ..... ٢٦٦
أ- ترتيب المصادر في المذهب الحنفي ..... ٢٦٧
ب- ترتيب المصادر في المذهب المالكي ..... ٢٦٨
جـ- ترتيب المصادر في المذهب الشافعي ..... ٢٦٩
د- ترتيب المصادر في المذهب الحنبلي ..... ٢٧٠
**المبحث الثاني: تقييد القاضي في مصادر أحكامه** ..... ٢٧٣
تمهيد ..... ٢٧٣
المطلب الأول: مدى جواز إلزام القاضي بمذهب معيّن ..... ٢٧٦
أولاً: نصوص المذهب الحنفي ..... ٢٧٨
ثانياً: نصوص المذهب المالكي ..... ٢٧٩
ثالثاً: نصوص المذهب الشافعي ..... ٢٨٠
المطلب الثاني: تقنين الأحكام الشرعيّة وإلزام القاضي به ..... ٢٨١
تمهيد ..... ٢٨١

في تحديد مفهوم التقنين..... ٢٨١
الحكم الشرعي في التقنين..... ٢٨٢
الأدلة..... ٢٩٣
خلاصة القول في التقنين..... ٢٩٧
*المقوم السادس: أسباب الحكم (مستنداته)*..... ٣٠١
التمهيد..... ٣٠٣
في التعريف بأسباب الحكم..... ٣٠٣
السبب في اللغة..... ٣٠٣
السبب عند الأصوليين..... ٣٠٤
السبب في الاصطلاح القضائي..... ٣٠٤
**المبحث الأول: أسباب الحكم في الشريعة**..... ٣٠٦
المطلب الأول: الاعتراف (الإقرار)..... ٣٠٦
المطلب الثاني: الشهادة..... ٣٠٩
المطلب الثالث: اليمين والنكول واليمين المردودة..... ٣١٢
الشروط العامّة لليمين..... ٣١٢
النكول واليمين المردودة..... ٣١٣
المطلب الرابع: حكم القاضي بعلمه..... ٣١٥
أ- أدلة المجيزين..... ٣١٦
ب- أدلة المانعين..... ٣١٦
**المبحث الثاني: أسباب الحكم في القانون**..... ٣١٨
أ- مستندات الحكم وأسبابه في المسائل المدنيّة..... ٣١٨

ب- مستندات الحكم في المسائل الجنائيّة..... ٣١٩
جـ- مستندات الحكم في المسائل الشرعيّة..... ٣٢٠

## الباب الثالث

## اصدار الحكم القضائي

الفصل الأول : ***اصدار الحكم القضائي في الشريعة والقانون***..... ٣٢٥

تمهيد..... ٣٢٧

**المبحث الأول: إصدار الحكم القضائي في الشريعة والقانون**..... ٣٢٨

المطلب الأول: الشروط العامة لإصدار الحكم القضائي..... ٣٢٨

الشرط الأول: الدعوى..... ٣٢٨

الشرط الثاني: الخصومة..... ٣٢٩

الشرط الثالث: الحادثة..... ٣٢٩

الشرط الرابع: وجود سبب للحكم (وسيلة إثبات)..... ٣٣٠

الشرط الخامس:أن تتم تزكية الشهود وتعديلهم قبل إصدار الحكم... ٣٣٠

الشرط السادس: ثبات الشهود على شهادتهم حتى إصدار الحكم... ٣٣١

الشرط السابع: الطلب من المدعي..... ٣٣١

الشرط الثامن: حلف يمين الاستظهار من قبل المدعي..... ٣٣٢

الشرط التاسع: الإعذار..... ٣٣٣

- إعذار المدعى عليه..... ٣٣٣

- إعذار المدعي..... ٣٣٤

- مشروعية الإعذار وحكمه عند الفقهاء..... ٣٣٤

الشرط العاشر: المشاورة..... ٣٣٧
مشروعية المشاورة..... ٣٤٠
أصول المشاورة..... ٣٤١
الشرط الحادي عشر: أمر الخصوم بالصلح قبل إصدار الحكم.... ٣٤٤
الشرط الثاني عشر: حضور الخصوم..... ٣٤٥
المطلب الثاني: الشروط الخاصة بنص الحكم (الفقرة الحكمية)..... ٣٤٦
أولاً: شروط نص الحكم..... ٣٤٦
ثانياً: الألفاظ والصيغ التي تستخدم في الدلالة على الحكم..... ٣٤٩
***الفرع الأول***: آراء الفقهاء في الألفاظ التي يتم الحكم بها..... ٣٤٩
أ- ألفاظ الحكم في المذهب الحنفي..... ٣٥٠
ب- ألفاظ الحكم في المذهب المالكي ..... ٣٥١
جـ- ألفاظ الحكم في المذهب الشافعي ..... ٣٥١
د- ألفاظ الحكم في المذهب الحنبلي ..... ٣٥٢
***الفرع الثاني***: المسائل المختلف فيها في ألفاظ الحكم..... ٣٥٣
المسألة الأولى: أمر القاضي ومدى اعتباره حكماً..... ٣٥٣
المسألة الثانية: الثبوت وأحكامه في الفقه..... ٣٥٥
١- الثبوت عند الحنفية..... ٣٥٦
٢- الثبوت عند المالكية..... ٣٦٢
٣- الثبوت عند الشافعية..... ٣٦٧
٤- الثبوت عند الحنابلة..... ٣٧٣
الرأي الراجح في مسألة الثبوت..... ٣٧٣

٥- الأثر المترتب على الفرق بين الثبوت والحكم..... ٣٧٤
المطلب الثالث: الظروف الملابسة لإصدار الحكم القضائي..... ٣٧٧
أولاً: مكان الإصدار..... ٣٧٧
أ- مواصفات مجلس الحكم..... ٣٧٧
ب- الحكم في المسجد (اتخاذ المسجد داراً للحكم والقضاء). ٣٨٠
المناقشة والترجيح..... ٣٨٤
ثانيا: علنية الإصدار..... ٣٨٦
ثالثاً: هيئة الإصدار..... ٣٨٧
المسألة الأولى: تكوين هيئة الإصدار..... ٣٨٨
المسألة الثانية: الوضع النفسي لهيئة الإصدار حال صدور الحكم.. ٣٩١
أ- فمن الكتاب..... ٣٩٣
ب- السنة والقياس..... ٣٩٤
رابعاً: وقت الإصدار..... ٣٩٥
خامساً: تسجيل الحكم..... ٣٩٨
رأي الفقهاء في تسجيل الأحكام..... ٣٩٨
نموذج من تسجيلات الأحكام..... ٤٠١
**المبحث الثاني: إصدار الحكم القضائي في القانون**..... ٤٠٢
المطلب الأول: الشروط العامة للحكم في القانون..... ٤٠٢
المطلب الثاني: المداولة وإصدار الحكم..... ٤٠٥
المطلب الثالث: النطق بالحكم وكتابته..... ٤٠٧

الفصل الثاني : آثار الحكم القضائي في الشريعة والقانون..... ٤١١
تمهيد..... ٤١٣
**المبحث الأول: آثار الحكم القضائي في الشريعة** ..... ٤١٤
المطلب الأول: الآثار العامة للحكم القضائي..... ٤١٤
المسألة الأولى: لزوم الحكم للمحكمة، وعدم جواز رجوع القاضي
عن حكمه..... ٤٢٢
المسألة الثانية: لزوم الحكم للقضاة كافّة..... ٤٢٥
القيد الأول: عدم جواز تعقب أحكام القاضي السابق..... ٤٢٥
القيد الثاني: عدم جواز نقض الحكم القضائي الصحيح..... ٤٢٦
المسألة الثالثة: لزوم الحكم من حيث أثره على المحكوم به (رفع
الخلاف الفقهي)..... ٤٢٨
المطلب الثاني: حدود آثار الحكم القضائي..... ٤٢٩
أولاً: مدى تأثير الحكم على الصفة الحقيقية للنزاع ..... ٤٢٩
ثانياً: مدى تأثير الحكم على معتقدات الخصوم..... ٤٤٠
ثالثاً: الأثر الجزئي والكلي للحكم القضائي..... ٤٤٣
أ- تعدي الحكم إلى غير المحكوم عليه في المذهب الحنفي..... ٤٤٣
ب- تعدّي الحكم إلى غير المحكوم عليه في المذهب المالكي... ٤٤٤
**المبحث الثاني: آثار الحكم في القانون**..... ٤٤٦
تمهيد..... ٤٤٦
المطلب الأول: أثر الحكم على الحق المحكوم به..... ٤٤٦
المطلب الثاني: فصل الخصومة وإنهاء النزاع..... ٤٤٨

أولاً: خروج القضية من عهدة المحكمة..... ٤٤٨
ثانياً: حجيّة الشيء المحكوم به (قوّة القضية المقضية)..... ٤٤٨
الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي
أو لقوّة الأمر المقضي..... ٤٤٩
١- الشروط الواجب توافرها في الحكم..... ٤٤٩
٢- الشروط الواجب توافرها في الحق المحكوم به..... ٤٥٠

## الباب الرابع

## أنواع الأحكام القضائية وبطلانها في الشريعة والقانون

الفصل الأول: *أنواع الأحكام القضائية*..... ٤٥٥

**المبحث الأول: أنواع الأحكام القضائية في الشريعة**..... ٤٥٧
المطلب الأول: الحكم القولي والحكم الفعلي..... ٤٥٧
أولاً: الحكم القولي..... ٤٥٧
ثانياً: الحكم الفعلي (فعل القاضي)..... ٤٥٨
أقسام أفعال القاضي وتصرفاته..... ٤٥٨
الفريق الأول: (جمهور الحنفية والحنابلة)..... ٤٥٩
أولاً: مذهب الحنفية..... ٤٥٩
ثانياً: مذهب الحنابلة..... ٤٦٤
الحكم الفعلي في القانون..... ٤٦٩
المطلب الثاني: الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك..... ٤٧٠
تمهيد..... ٤٧٠

الفريق الثاني..... ٤٦٦
أولاً: الحكم بالاستحقاق..... ٤٧٠
ثانياً: الحكم بالترك..... ٤٧١
أمثلة على الحكم بالترك..... ٤٧٢
أثر التفرقة بين الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك ..... ٤٧٣
رأي القانون في الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك..... ٤٧٤
المطلب الثالث: الحكم القصدي والحكم الضمني..... ٤٧٥
أولاً: الحكم القصدي..... ٤٧٥
ثانياً: الحكم الضمني..... ٤٧٥
التفرقة بين الحكم القصدي والضمني..... ٤٧٧
أثر التفرقة بين الحكم القصدي الصريح والحكم الضمني ..... ٤٧٩
الحكم الضمني في القانون..... ٤٨٠
المطلب الرابع: الحكم بالوجوب والتحريم والإباحة..... ٤٨١
تمهيد..... ٤٨١
والحكم المتعلق بعقد الزواج يأخذ عدة أحكام..... ٤٨٣
المطلب الخامس: الحكم بالصحة والحكم بالموجب..... ٤٨٤
أولاً: الحكم بالصحة..... ٤٨٤
تعريف الحكم بالصحة..... ٤٨٤
قيود التعريف ومحترزاته..... ٤٨٥
شروط الحكم بالصحة..... ٤٨٥
ثانياً: الحكم بالموجب..... ٤٨٦

أنواع الحكم بالموجب..... ٤٨٧
شروط الحكم بالموجب..... ٤٨٩
المقارنة بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب..... ٤٩٠
أ- الفروق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب ..... ٤٩٠
ب- ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب..... ٤٩٢
جـ- ضابط الحكم بالصحة والموجب..... ٤٩٢
**المبحث الثاني: أنواع الحكم وتقسيماته في القانون**..... ٤٩٤
المطلب الأول: تقسيم الأحكام من حيث صدورها في مواجهة
الخصوم وغيابهم..... ٤٩٤
المطلب الثاني: تقسيم الأحكام من حيث لزومها وعدم إمكانية الرجوع
عنها من قبل القاضي..... ٤٩٥
أولاً: الحكم القطعي..... ٤٩٥
ثانياً: الحكم غير القطعي (الحكم الوقتي)..... ٤٩٦
المطلب الثالث: تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن..... ٤٩٧
أولاً: الحكم الابتدائي..... ٤٩٧
ثانياً: الحكم الانتهائي..... ٤٩٨
ثالثاً: الحكم الحائز لقوة الشيء المحكوم به..... ٤٩٨
رابعاً: الحكم البات..... ٤٩٨
الفصل الثاني: ***بطلان الأحكام القضائية***..... ٥٠١
**المبحث الأول: بطلان الحكم القضائي في الشريعة**..... ٥٠٣
المطلب الأول: التعريف بالبطلان في اللغة والاصطلاح..... ٥٠٣

التعريف بالبطلان في اللغة..... ٥٠٣
المطلب الثاني: الأصل الشرعي العام للبطلان..... ٥٠٨
المطلب الثالث: المصطلحات المستخدمة للدلالة على البطلان..... ٥١١
المطلب الرابع: بطلان الحكم القضائي لاختلال في صفة الحكم..... ٥١٣
الفرع الأول: بطلان الولاية..... ٥١٣
الفرع الثاني: اختلال الشروط الذاتية في الحاكم..... ٥١٦
بطلان الحكم لاختلال شرط التكيف (كمال الأهلية)..... ٥١٧
بطلانُ الحكم لاختلال شرط سلامة الحواس..... ٥١٧
بطلان الحكم لاختلال شرط العلم بالأحكام الشرعية..... ٥١٨
بطلان الحكم لاختلال شرط العدالة (الفسق)..... ٥١٩
بطلان الحكم بسبب ارتكاب القاضي جريمة الرشوة..... ٥١٩
بطلان الحكم لخلل في تشكيل هيئة الإصدار..... ٥٢١
بطلان أحكام المرأة..... ٥٢٢
المطلب الخامس: حالات بطلان الحكم لسبب المحكوم به..... ٥٢٢
تمهيد..... ٥٢٢
١- بطلان الحكم لمخالفته النص (الكتاب والسنة)..... ٥٢٣
٢- بطلان الحكم لمخالفة الإجماع..... ٥٢٦
٣- بطلان الحكم لمخالفته القياس..... ٥٢٧
٤- بطلان الحكم لمخالفته القواعد الكلية..... ٥٢٨
٥- بطلان الحكم لعدم الدليل عليه..... ٥٢٨
٦- بطلان الحكم لمخالفته عمل أهمل المدينة..... ٥٢٩

٧- بطلان الحكم لمخالفته لأقوال الفقهاء..... ٥٢٩
٨- بطلان الحكم لمخالفته المذهب..... ٥٢٩
أ- مخالفة الحكم للمذهب الرسمي الملزم للقاضي..... ٥٢٩
ب- بطلان حكم المقلد بخلاف مذهبه..... ٥٣٠
المطلب السادس: حالات بطلان الحكم لسبب يتعلق بطرفيه ..... ٥٣٠
أولاً: بطلان الحكم الغيابي: غياب المحكوم عليه أو له..... ٥٣٠
ثانياً: بطلان الحكم لجهالة المحكوم له أو المحكوم عليه وعدم التعريف بهما..... ٥٣٠
ثالثاً: بطلان الحكم لوجود العداوة بين المحكوم عليه والقاضي.... ٥٣١
رابعاً: بطلان الحكم لكون المحكوم له لا تقبل شهادته للقاضي... ٥٣١
خامساً: بطلان الحكم لإقرار المحكوم له بما يبطله بعد صدوره.... ٥٣١
المطلب السابع: حالات بطلان الحكم لخلل من أصول التقاضي وإجراءته.. ٥٣٢
أولاً: بطلان الحكم لعدم وجود الدعوى..... ٥٣٢
ثانياً: بطلان الحكم لعدم توافر الخصومة الحقيقة..... ٥٣٢
ثالثاً: بطلان الحكم لعدم طلب الخصم (تخلف إجراء)..... ٥٣٣
رابعاً: بطلان الحكم لعدم الإعذار..... ٥٣٣
خامساً: بطلان الحكم لعدم حلف يمين الاستظهار (يمين القضاء). ٥٣٣
سادساً: بطلان الحكم لعدم التعديل والتزكية..... ٥٣٣
سابعاً: بطلان الحكم لعدم الاختصاص..... ٥٣٤
ثامناً: بطلان الحكم للتقادم..... ٥٣٥
تاسعاً: بطلان الحكم بالحدس والتخمين..... ٥٣٥

عاشراً: بطلان الحكم لصدوره والقاضي مشوش الفكر..... ٥٣٦
حادي عشر: بطلان الحكم لعدم تحديد المحكوم به..... ٥٣٧
ثاني عشر: بطلان الحكم لسبق إبداء القاضي رأيه في الحادثة..... ٥٣٧
المطلب الثامن: حالات البطلان لخلل في أسباب الحكم (البينات)..... ٥٣٨
أولاً: بطلان الحكم لسبب يتعلق بشهادة الشهود..... ٥٣٨
ثانيا: بطلان الحكم لاستنار القاضي في اصداره لعلمه الشخصي.. ٥٤٢
ثالثاً: بطلان الحكم لكونه بخلاف علم الحاكم..... ٥٤٢
**المبحث الثاني: بطلان الحكم القضائي في القانون**..... ٥٤٣
المطلب الأول: التعريف بالبطلان..... ٥٤٣
التعريف بالبطلان..... ٥٤٤
التفرقة بين بطلان الأحكام وانعدامها..... ٥٤٤
المطلب الثاني: علاقة بطلان الأحكام بمبدأ تعدد درجات التقاضي..... ٥٤٥
المطلب الثالث: حالات بطلان الأحكام في القانون..... ٥٤٧
**الخاتمة**..... ٥٥١
**الملحق**..... ٥٥٥
**المراجع**..... ٥٦٢
**فهرس المحتويات**..... ٥٨١