

أبو عبدالرحمن الكردي

نظام القضاء
في الشريعة الإسلامية

تأليف
الدكتور عبدالكريم زيدان

مؤسسة الرسالة ناشرون

مزيد من الكتب وفي جميع المجالات

زوروا

منتدى إقرأ الثقافي

[/HTTP://IQRA.AHLAMONTADA.COM](http://iqra.ahlamontada.com) الموقع:

فيسبوك:

[HTTPS://WWW.FACEBOOK.COM/IQRA.AHLAMONT
/ADA](https://www.facebook.com/iqra.ahlamontada)



نظام القضاء
في الشريعة الإسلامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انتشار بالواد الطيف

بمجمع الحقوق محفوظة للناس

الطبعة الثالثة

١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م

طبعة جديدة مستعملة ومصححة

ISBN 9953-32-161-2

مؤسسة الرسالة ناشرون



دمشق - سوريا

مرب : 30597

كروت - لبنان

هاتف : ٥٤٦٧٣٠ - ٥٤٦٧٣١

فاكس : ٥٤٦٧٣٢ (٩٦١)

مرب : ١٧٤٢٠

Resalah
Publishers

Tel: 546720 - 546721

Fax: (961) 1 546722

P.O.Box: 117460

Beirut - Lebanon

E-mail:

resalah@resalah.com

Web site:

http://www.resalah.com

حقوق الطبع محفوظة © ٢٠٠٥ م لا يُسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو
أي جزء منه بأي شكل من الأشكال أو حفظه ونسخه في أي نظام
ميكانيكي أو إلكتروني يمكن من استرجاع الكتاب أو أي جزء منه.
ولا يُسمح باقتباس أي جزء من الكتاب أو ترجمته إلى أي لغة أخرى
دون الحصول على إذن خطي مسبق من الناشر.

Ⓐ

نظام القضاء
في الشريعة الإسلامية

تأليف
الدكتور عبد الكريم زيدان

مؤسسة الرسالة ناشرون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فهذا كتاب في «نظام القضاء في الشريعة الإسلامية» حرصت أن أبين فيه معالم هذا النظام وجوانبه المهمة مستمداً هذا البيان من كتاب الله تعالى وسنة نبيه محمد ﷺ وما كتبه فقهاء الشريعة في موضوع القضاء.

وقد بحثت مواضيع نظام القضاء على وجه بعيد عن الإيجاز المخمل والإسهاب الممل والإحاطة بالجزئيات... لأن سلوك سبيل الحرص على الإحاطة بالجزئيات يسلمنا بالتأكيد إلى منهج الإطالة والإسهاب وهو ما لا نريده في هذا الكتاب.

واللّٰه تعالى أسأل أن يوفقني دائماً إلى خدمة شريعته وبيان معانيها وأنظمتها وأحكامها للناس، وأن يجعل عملي في تأليف هذا الكتاب وإخراجه للناس خالصاً لوجهه الكريم وأن يثيبني عليه يوم الدين، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وأن ينفع به المسلمين وصى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين.

بغداد في ١١ جمادى الآخرة ١٤٠٣ هـ

١٩٨٣/٣/٢٥ م

المؤلف

الدكتور عبد الكريم زيدان

المقدمة

١ - الأحكام الشرعية المستفادة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ومن المصادر المعتمدة شرعاً في هذه الأحكام تكوّن بمجموعها القانون الإسلامي الذي يحكم جميع شؤون الحياة وينظم مختلف العلاقات بين الناس، ويقرر ما للأفراد وما للمجتمع من حقوق يجب احترامها، وما عليهم من التزامات يجب أداؤها.

٢ - والمطلوب من الأفراد في المجتمع الإسلامي تنفيذ هذا القانون الإسلامي والوقوف عند حدوده وعدم مخالفة أحكامه. والأصل في هذا التنفيذ أن يكون عن رضا واختيار لا عن جبر وإكراه، وهذا واضح ومفهوم بالنسبة للمسلم، لأنه آمن بالله رباً وبالإسلام ديناً وبمحمد ﷺ نبياً ورسولاً، ومقتضى هذا الإيمان أن يرضى بأحكام الإسلام وينفذها عن رضا واختيار، وأما بالنسبة لغير المسلم الموجود في دار الإسلام، من ذمي أو مستأمن، فإنّ تنفيذ القانون الإسلامي بالقدر الذي يخصه ويتعلق به، ينبغي أن يكون أيضاً تنفيذاً اختيارياً، لأنّ الذمي والمستأمن قد التزما أحكام الإسلام باختيارهما: هذا بموجب الأمان المؤقت ما دام في دار الإسلام، وذاك بموجب عقد الذمة^(١).

٣ - وتنفيذ القانون الإسلامي والوقوف عند حدوده وعدم مخالفته واحترام الحقوق التي أثبتتها للناس والقيام بما أوجبه عليهم من التزامات، كل ذلك يستلزم، بداهة، معرفة هذا القانون، لأنّ المعرفة بالشيء تسبق تنفيذه كما هو معلوم.

وقد سهّل الإسلام للناس سبل معرفة أحكامه حيث أوجب على العلماء تعليم الناس أحكام الشرع، وأمر ولاة الأمور بنشر الإسلام وبيان معانيه وأحكامه، وإيجاد العلماء والمفتين وبشهم في أنحاء البلاد للتعليم والإفتاء، وأوجب على من لا يعرف أحكام الإسلام التي تخصه أن يسأل عنها من يعرفها، قال تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر أن كتتم لا تعلمون﴾.

(١) انظر تفصيل هذه المسألة في كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام.

٤ - ومهمة العلماء والمفتين تبليغ الناس ابتداء أحكام الإسلام وإخبارهم بها إذا سألوهم عنها. وبهذا يسهل على الناس تنفيذ أحكام الإسلام ويؤمل منهم عدم مخالفتها. فإذا لم يتحقق هذا المأمول وتلك الأفراد في تنفيذ أحكام الإسلام، أو لم ينفذوها، وتجاوزوا على حقوق الآخرين ولم يحترموها، كان لزاماً على الدولة الإسلامية أن تحملهم على الوقوف عند حدود القانون الإسلامي وعدم الاعتداء على حقوق الآخرين وإلا عاقبتهم بالعقوبة الشرعية التي يستحقونها. والجهة التي تقوم بذلك فتُلزم الأفراد باحترام حقوق الآخرين وتعاقبهم على مخالفة أحكام الإسلام باسم الدولة الإسلامية هي جهة القضاء، ولذلك قالوا في تعريف القضاء بأنه «إخبار عن حكم الشرع على سبيل الإلزام»^(١) وهذا هو الفرق بين القضاء والإفتاء، فالمفتي يخبر عن الحكم الشرعي دون أن يلزم المستفتي أو غيره بتنفيذه وإنما يترك له التنفيذ يقوم به باختياره، أما القاضي فإنه يخبر عن الحكم الشرعي ويلزم من يتعلق به هذا الحكم بتنفيذه أو يأمر القاضي من ينفذه عليه ولو جبراً.

٥ - هل القضاء ضروري للناس

ويمكن أن نسأل هنا: هل القضاء ضروري للناس؟ أو في الأقل هل يحتاج الناس إليه؟ الجواب: نعم بكل تأكيد، ولذلك لم يخل مجتمع قط من جهة تقضي بين الناس على أي نحو من أنحاء الحكم والقضاء، وسبب ذلك «أن الظلم في الطباع فلا بد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم»^(٢).

٦ - وقد يقال، إن الإسلام يهذب النفوس ويملأ القلوب بخشية الله ويحمل المسلم على طاعة الله وعدم مخالفة شرعه فلا يعتدي على حقوق الآخرين وإنما ينصفهم من نفسه، فهل تبقى الحاجة إلى القضاء قائمة أيضاً بالنسبة للمجتمع الإسلامي؟ والجواب: نعم بكل تأكيد، لأن المسلم يظل غير معصوم من الوقوع في المعصية ومخالفة القانون الإسلامي مهما بلغ عمق إيمانه وصفاء إسلامه، وإن كان احتمال العصيان منه قليلاً وصدور المعصية والمخالفة منه نادراً. والدليل على ذلك أن المجتمع الإسلامي في عهد الرسول الكريم ﷺ، وهو خير المجتمعات الإسلامية على الإطلاق، وقعت فيه مخالفات للقانون الإسلامي، ولذلك باشر

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ١ ص ١٢.

(٢) المجموع شرح المهذب للنووي ج ٨ ص ٣٩١.

النبي ﷺ القضاء بنفسه^(١)، وولاه غيره خارج المدينة فقد بعث ﷺ علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى اليمن قاضياً، وبعث أيضاً معاذ بن جبل قاضياً إلى اليمن، وبعث عتاب بن أسيد قاضياً إلى مكة^(٢).

٧ - هل في الشريعة الإسلامية نظام للقضاء؟

وإذا كان القضاء مما يحتاجه الناس في كل مجتمع، فإن الشريعة الإسلامية لم تغفل عنه، وإنما شرعت الأحكام اللازمة لإيجاد مؤسساته ومقوماته، وبيّنت الشروط اللازمة فيمن يتولى سلطاته كما بينت أصول القضاء وإجراءاته وضوابطه وقواعده وغير ذلك من الأمور التي لها علاقة بالقضاء، وهذه كلها تكوّن ما نسميه «نظام القضاء في الشريعة الإسلامية».

٨ - منهج البحث

ونظام القضاء في الشريعة الإسلامية يقوم على جملة أركان ومرتكزات، فهو يستلزم وجود من يقوم بحسم الخصومات وفض المنازعات، وهذا هو القاضي، وهو الركن الأول من أركان نظام القضاء الإسلامي.

والقاضي إنما يحسم الخصومة إذا رفعها إليه أصحاب الشأن بدعوى معينة فينظر فيها وفقاً لأصول استماع الدعوى ووسائل إثباتها. فالدعوى وأصول استماعها ووسائل إثباتها هي الركن الثاني من أركان نظام القضاء الإسلامي.

والقاضي بعد أن ينظر في الدعوى يصدر حكمه فيها لحسم النزاع والخصومة، فالحكم هو الركن الثالث من أركان نظام القضاء الإسلامي.

وحسم الخصومات بين الناس قد يكون عن طريق التحكيم أو ولاية المظالم أو الحسبة، فالتحكيم وولاية المظالم والحسبة من مرتكزات نظام القضاء الإسلامي ومن جوانبه المهمة.

وبناء على ما تقدم فسيكون منهج البحث على أساس تخصيص باب على

(١) كتاب أفضية الرسول ﷺ، تأليف الشيخ عبد الله محمد بن فرج المالكي القرطبي، جمع مؤلف الكتاب فيه أفضية الرسول ﷺ في مختلف القضايا.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٤، وبدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢، الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٢ ص ١٠٠، ١٠١، ١٠٧.

حدة لكل واحد من أركان ومرتكبات نظام القضاء في الشريعة الإسلامية مع باب تمهيدي للتعريف بالقضاء وبيان حكمه وحكمته على النحو التالي مع خاتمة للكتاب:

الباب التمهيدي - تعريف القضاء وبيان حكمه وحكمته .

الباب الأول - القاضي .

الباب الثاني - الدعوى وأصول استماعها ووسائل إثباتها .

الباب الثالث - الحكم .

الباب الرابع - التحكيم .

الباب الخامس - ولاية المظالم .

الباب السادس - الحسبة .

الخاتمة .



الباب التمهيدي

تعريف القضاء وبيان حكمه وحكمته

- ٩ - تعريف القضاء في اللغة^(١).
- القضاء في اللغة يعني الحكم والفصل والقطع. يقال: قضى يقضي قضاء فهو قاضٍ إذا حكم وفصل. والقاضي القاطع للأمور المحكم لها، الذي يقضي بين الناس بحكم الشرع. ويرد لفظ القضاء على وجوه كثيرة منها:
- ١ - الوجوب والوقوع مثل قوله تعالى: ﴿قضى الأمر الذي فيه تستفتيان﴾.
 - ٢ - الإتمام والإكمال، مثل قوله تعالى: ﴿فلما قضى موسى الأجل﴾ وقوله تعالى: ﴿أئما الأجلين قضيت﴾.
 - ٣ - العهد والإيصاء مثل قوله تعالى: ﴿إذ قضينا إلى موسى الأمر﴾.
 - ٤ - الأمر، مثل قوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً﴾.
 - ٥ - الخلق والتقدير، قال تعالى: ﴿فقضاهن سبع سموات﴾.
 - ٦ - العمل، مثل قوله تعالى: ﴿فاقض ما أنت قاضٍ﴾.
 - ٧ - الأداء، يقال: قضى الدائن دينه، أي أدى دينه.
- ١٠ - تعريف القضاء في الاصطلاح الشرعي:
- أما القضاء في الاصطلاح الشرعي، فقد عرفوه بتعاريف كثيرة منها:

(١) بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروزآبادي ج ٢ ص ٢٧٥ - ٢٧٩، لسان العرب لابن منظور ج ٢ ص ٤٧ - ٤٩، المعجم الوسيط ج ٢ ص ٧٤٩.

- أ - أنه فصل الخصومات والمنازعات^(١) .
- ب - هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام^(٢) .
- ج - هو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله^(٣) .
- د - هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص^(٤) .
- هـ - القضاء قول ملزم يصدر عن ولاية عامة^(٥) .

١١ - الاختلاف في التعاريف لفظي لا حقيقي :

وهذه التعاريف للقضاء، وإن بدت وكأنها مختلفة، إلا أنها في الحقيقة متفقة لا مختلفة، واختلافها ينصب على ما أظهره كل تعريف أو أخفاه من معاني أو مقومات القضاء، إلا أن ما أخفاه كل تعريف من مقومات القضاء تضمنه ما أظهره هو من هذه المقومات، فالتعريف الأول مثلاً أظهر عنصر الخصومات وفصلها وأخفى العناصر الأخرى التي يتضمنها معنى القضاء، ولا شك أن الخصومات وفصلها يستلزم وجود العناصر الأخرى لمفهوم القضاء، لأن الخصومات تستلزم وجود خصمين أو أكثر، وأن الفصل بين هؤلاء الخصوم يكون بحكم الله، أي بموجب حكم الشرع، أي القانون الإسلامي. وهذان العنصران - أي وجود خصمين فأكثر وحكم الله - ذكرهما صراحة التعريف الثالث. ثم إن الفصل في هذه الخصومات لا بد أن يكون على سبيل الإلزام وإلا لما حصل الفصل في هذه الخصومات، وعنصر الإلزام صرح به التعريف الثاني وهكذا.

١٢ - التعريف المختار

والتعريف الذي يمكن وضعه واختياره للقضاء بمعناه الاصطلاحي هو أن

- (١) شرح أدب القاضي للشيخ حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة ج ١ ص ١٢٦، وأدب القاضي تأليف الفقيه المعروف «الخصاف» الحنفي.
- (٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٢، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل للحطاب ج ٦ ص ٨٦.
- (٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشريني ج ٤ ص ٣٧٢.
- (٤) رد المحتار شرح در المختار المسمى بحاشية ابن عابدين، تأليف الفقيه المشهور ابن عابدين الحنفي ج ٥ ص ٣٥٢.
- (٥) الفتاوى الهندية في فقه الحنفية ج ٣ ص ٣٠٧.

يقال: «القضاء في الاصطلاح هو الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة». وأريد بالكيفية المخصوصة: كيفية رفع الدعوى إلى القاضي، والأساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والترافع أمام القاضي، ووسائل الإثبات للحق المدعي به، ووسائل دفع الدعوى، والتي على أساس هذه الوسائل للإثبات والدفع للدعوى يصدر القاضي حكمه الحاسم للنزاع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، هذه الأحكام التي تكوّن ما نسميه بـ «القانون الإسلامي» كما ذكرت ذلك في المقدمة.

١٣ - مشروعية القضاء

قلنا إن القضاء ضروري للمجتمع، وأن أي مجتمع بلا استثناء يحتاج إلى القضاء سواء كان مجتمعاً إسلامياً أو غير إسلامي. ولهذا أمر الإسلام بالقضاء، قال تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾^(١). وبأمره النبي ﷺ بنفسه الشريفة حيث قضى في خصومات الناس، وأرسل بعض أصحابه قضاة إلى خارج المدينة المنورة كما ذكرنا من قبل^(٢)، ولهذا أجمع العلماء على مشروعية القضاء وقالوا إن القيام به من فروض الكفايات معللين ذلك بأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فيكون واجباً كفايئاً كالجهاد والإمامة^(٣).

١٤ - القضاء من وظائف الخلافة الشرعية

وقد قال الفقهاء، بعد قولهم إن القضاء من فروض الكفايات، إنه من الوظائف الداخلة تحت الخلافة الشرعية لأنه منصب للفصل بين الناس في الخصومات بموجب الأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة ولهذا كان الخلفاء في صدر الإسلام يباشرونه بأنفسهم ولا يجعلون القضاء إلى من سواهم. وأول من دفعه إلى غيره وفوضه فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فولّى أبا الدرداء معه بالمدينة، وولى شريحاً بالبصرة، وولى أبا موسى الأشعري في الكوفة وكتب له في ذلك كتابه المشهور الذي تدور عليه أحكام القضاء، وإنما صار الخلفاء يقلدون القضاء لغيرهم، مع أنه من وظائف الخلافة ومما يتعلق بهم،

(١) سورة المائدة: الآية ٤٩.

(٢) انظر الفقرة (٦) السابقة.

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٩ ص ٣٤.

لقيامهم بالسياسة العامة وكثرة انشغالهم بالجهاد والفتوحات وسد الثغور وحماية البيضة وإدارة شؤون الدولة الأخرى، فاستخلفوا في القضاء من يقوم به نيابة عنهم^(١)، فنصب القاضي، إذن، أمر واجب، لأنه يقوم بواجب شرعي وهو القضاء الذي هو من وجائب الخليفة ووظائف الخلافة ولكنه لا يمكنه القيام بهذا الواجب لما ذكرناه من انشغاله بأمور مهمة أخرى فاحتاج إلى نائب يقوم مقامه في أداء هذا الواجب، وهذا النائب هو القاضي^(٢).

١٥ - فضل القضاء

وإذا كان القضاء مشروعاً وهو من فروض الكفايات فلا بد أن يكون من القربات في الإسلام وذا فضل غير منكور، بل وله فضل عظيم كما صرح الفقهاء، إذ قالوا إن للقضاء فضلاً عظيماً معللين ذلك بأن القضاء وسيلة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ونصرة المظلوم وردع الظالم عن ظلمه وإيصال الحق إلى أهله وإصلاح بين الناس وحكم بالحق، والله يحب من يقضي بالحق. قال تعالى: ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين﴾^(٣). والواقع أن فضل القضاء عظيم ويدل على ذلك أن المخطئ فيه مأجور كالمصيب فيه وإن تفاضلا في مقدار الأجر ما دام المخطئ يقصد الحق في قضائه ويجتهد في الوصول إليه.

جاء في الحديث الصحيح المتفق على صحته عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»^(٤).

١٦ - التحذير من القضاء والهرب منه

وإذا كان القضاء مشروعاً وله فضل كبير وأنه من أعظم القربات ومن فروض الكفايات، فقد يبدو لأول وهلة أن من غير المفهوم، ومما يدعو إلى الدهشة والعجب ورود التحذير منه وفرار الفقهاء وهربهم منه. ولكن عند التأمل في هذا التحذير، ومعرفة السبب يزول العجب، ذلك أن القضاء بالرغم من فضله العظيم،

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٠ - ٢٢١.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣.

(٣) المغني ج ٩ ص ٣٤، والآية في سورة المائدة: الآية ٥.

(٤) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان وضع محمد فؤاد عبد الباقي ج ٢ ص ١٩٥.

فأن فيه خطراً عظيماً، لما يخاف فيه على من يتولاه أن لا يبذل كل جهده المستطاع للوصول إلى الحق في حكمه، أو لا يكون أهلاً لولاية القضاء، أو لا يمكنه القضاء بالحق لتدخل ذوي السلطة في شؤونه ومع هذا يستمر بمباشرة القضاء مع عجزه عن الحكم بالحق، ومن أجل هذه الأمور ونحوها كان في تولي القضاء خطر جسيم نوه به العلماء بناء على ورود الحديث الشريف بالتحذير منه، وكان قصدهم من ذلك التنويه الذي بنوه على ما ورد في الحديث الشريف من تحذير من القضاء، هو أن لا يتطلع إلى منصب القضاء من ليس أهلاً له ولا قادراً عليه، وحتى لا يحرص عليه من هو أهل له ما دام لم يتعين عليه تولي القضاء.

ومن الأحاديث النبوية الشريفة التي تحذر من تولي القضاء وتذكر بمخاطره، الحديث الذي رواه الإمام الترمذي في جامعه أن النبي ﷺ قال: «من ولي القضاء أو جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين»^(١). ففي هذا الحديث الشريف إشارة واضحة إلى ما في تولي القضاء من خطر جسيم لما يخاف فيه من هلاك دين الرجل إذا تولى القضاء وهو غير أهل له، أو لم يحكم بالحق. وعلى هذا ينبغي أن لا يتشوف إليه المسلم ولا يحرص عليه^(٢).

ولا يجوز حمل هذا الحديث الشريف على التحذير من القضاء بصورة مطلقة وبالنسبة لجميع المسلمين، لأن القضاء من فروض الكفايات فلا بد من وجوده في المجتمع كما هو الشأن في الفروض الكفائية فلا يتصور ورود التحذير منه بمعنى المنع من مباشرته وقبول ولايته بالنسبة لجميع المسلمين، لأن هذا يكون من باب التناقض والشريعة منزهة عن التناقض. فالتحذير، إذن، الوارد في الحديث الشريف الذي رواه الإمام الترمذي ونحوه من الأحاديث الأخرى، موجه إلى من لا يقدر على النهوض بمسؤولية القضاء وأن لا يتقدم إلى طلبه، وأن لا يقبله إذا عرض عليه، كما أن التحذير موجه أيضاً إلى من يعرض عليه منصب القضاء وهو أهل له أن يفحص مدى قدرته على النهوض بمتطلبات القضاء وواجباته فيقدم أو يحجم في ضوء هذا الفحص، والإحجام دائماً أفضل إذا لم يتعين عليه قبول القضاء بأن وجد غيره من هو كفوء لتولي القضاء.

(١) تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي ج ٤ ص ٥٠٥.

(٢) فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي ج ٦ ص ٣٨.

١٧ - أما هرب بعض العلماء من منصب القضاء لما عرض عليهم^(١) فهذا لا يدل على أن القضاء بذاته غير مشروع، وأن الفرار منه ومن قبول ولايته هو المطلوب دائماً من المسلم، فقد بيّنا دلالة الأحاديث الشريفة من التحذير منه، وإنما يدل هرب بعض العلماء من القضاء على تخوفهم من تولي القضاء لعدم وثوقهم بقدرتهم عليه أو لرغبتهم في السلامة من التعرض لمخاطر القضاء بالرغم من علمهم وورعهم، ولا شك أنّ للمسلم أن يحتاط لنفسه ويطلب السلامة لها فلا يقبل ولاية القضاء وإن كان أهلاً لها ما دام لم يتعين عليه قبول هذه الولاية.

١٨ - طلب ولاية القضاء

وإذا كان القضاء مشروعاً ومن فروض الكفايات وله فضل عظيم وأن التحذير منه لا يعني تركه مطلقاً، فهل يجوز للمسلم أن يطلب ولاية القضاء لنفسه إذا كان أهلاً لهذه الولاية؟ والجواب على ذلك: لا ينبغي للمسلم أن يطلب ذلك لأن الأصل العام في تولي الوظائف العامة في دار الإسلام هو المنع، يدل على ذلك الحديث الشريف عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أنه قال: «دخلت على ذلك النبي ﷺ أنا ورجلان من بني عمي، فقال أحدهما: يا رسول الله أمرنا على بعض ما ولاك الله تعالى، وقال الآخر مثل ذلك، فقال النبي ﷺ: «إنا والله لا نولي هذا العمل أحداً سألته أو أحداً حرص عليه»^(٢). ولا شك أن منصب القضاء يندرج في مضمون هذا الحديث الشريف لأنه من جملة أعمال الدولة ووظائفها العامة. وبالنسبة لوظيفة القضاء بالذات ورد الحديث الشريف عن رسول الله ﷺ: «من طلب القضاء واستعان عليه وكُل إليه، ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله ملكاً يسدده»^(٣). وهذا الحديث واضح الدلالة في المنع من طلب القضاء، لأن من يطلبه يفقد تسديد الملك له، وما فقد هذا التسديد إلا لصدور شيء منه لا يحمد

(١) قال ابن قدامة في المغني: أريد أبو قلابة على قضاء البصرة فهرب إلى اليمامة: المغني ج ٩ ص ٣٥. وجاء في بدائع الكاساني، أن الإمام أبا حنيفة رحمة الله تعالى رفض تولي القضاء لما عرض عليه حتى ضرب على ذلك: بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٤.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي، انظر تيسير الوصول إلى أحاديث الرسول لابن الديبع الشيباني ج ٢ ص ٣٨.

(٣) عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق للعظيم أبادي ج ٩ ص ٢٩٤.

عليه وهو طلبه القضاء. ففي الحديث الشريف تحريض وحث على الامتناع من طلب ولاية القضاء، إضافة إلى المنع العام من طلب وظائف الدولة كما ذكرنا.

١٩ - مراتب طلب القضاء

ومع أن الأصل العام في طلب ولاية القضاء هو المنع، إلا أن هذا المنع ليس واحداً بالنسبة لكل الطالبين، فقد يكون بدرجة التحريم أو بدرجة الكراهة. وقد يزول هذا المنع لسبب طارئ فيصير الطلب مباحاً، بل وقد يصير مندوباً أو واجباً لتعلق مصلحة عامة به أو لمعنى معين يقتضي الندب. وعلى هذا يمكن تقسيم حكم طلب القضاء ومراتبه على النحو التالي^(١):

أولاً: - التحريم: وهذا بالنسبة للجاهل بأمور القضاء، وبالنسبة للعالم بالقضاء ولكن يطلبه ليعين الظلمة ويقضي لهم بما يشتهون، أو ليأكل أموال الناس بالباطل. ثانياً - الكراهة: وهذا بالنسبة لمن يصلح للقضاء ولكن غيره أصلح منه. وبالنسبة أيضاً لمن كان غنياً لا يحتاج إلى رزق القضاء لسد حاجته ويوجد من هو مثله في الأهلية والصلاحيّة لوظيفة القضاء.

ثالثاً - الإباحة: وهذا بالنسبة لمن قصد بطلبه القضاء دفع الأذى عن نفسه وكان صالحاً لتولي القضاء. وبالنسبة للفقير صاحب العيال وهو بحاجة إلى الكسب لسد حاجته وحاجتهم، فيباح له طلب تولي ولاية القضاء ما دام أهلاً لهذه الولاية وقادراً على القيام بواجبها.

رابعاً - الندب: وهذا بالنسبة لمن لا يتعين عليه تولي القضاء ولكنه يعلم أن توليه منصب القضاء أنفع للمسلمين من غيره لكونه أصلح له وأقدر عليه من غيره.

خامساً - الوجوب: وهذا بالنسبة لمن تعين عليه تولي القضاء ووجب عليه تقلده لأنه وحده الصالح له القادر عليه. فيجب عليه، كما يقول الفقيه ابن فرحون المالكي: «السعي في طلبه وتحصيله لتعين القيام بهذا الفرض عليه»^(٢).

(١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٥ - ٣٦، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ١ ص ١٦، رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٨، بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٤٠٣، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج ٦ ص ١٠٠ - ١٠٣.

(٢) ويقول الفقيه علاء الدين السمرقندي بالنسبة لمن تعين للقضاء لعدم وجود من يصلح له غيره، «ولكن لا ينبغي أن يطلب لأنه ربما لا يقلد فيذهب ماؤه وحرمة عليه» تحفة الفقهاء للسمرقندي ج ٣ ص ٦٣٦.

٢٠ - حكم قبول منصب القضاء^(١)

قلنا إن القضاء من فروض الكفايات وأن الأصل العام في طلب توليه المنع، وبيئاً مراتب الطلب من جهة التحريم وعدمه ولكن ما حكم قبول منصب القضاء بالنسبة للمسلم إذا عرض عليه هذا المنصب؟ الجواب: أن حكم القبول هذا يختلف باختلاف حال المسلم والظروف المحيطة به وما يتعلق بقبوله أو يترتب عليه من مصلحة أو مفسدة، على النحو التالي:

أولاً - الوجوب: وهذا بالنسبة لمن تعين عليه القيام بالقضاء وتولي منصبه، نظراً لعدم وجود من يصلح للقضاء غيره.

ثانياً - الندب: وهذا بالنسبة لمن يترتب على قبوله منصب القضاء تحقيق مصلحة عامة ونفع عام للمسلمين لكونه أقدر على مسؤوليات القضاء من غيره وأثبت من غيره على متطلباته وأصلح له من غيره علماً وورعاً. وأرى أن الندب هنا يتأكد، بل ويصل إلى ما يقرب من درجة الوجوب، لأن الشريعة الإسلامية تحرص على تحقق النفع العام، ولكن لعدم تعين قبول القضاء بالنسبة لمن ذكرنا لوجود من هو صالح للقضاء، قال أهل العلم بأن القبول مندوب هنا. ولكن هذا لا يمنع من القول بتأكد الندب واقترابه من درجة الوجوب لما يترتب على هذا القبول من مصلحة عامة ونفع عام.

ثالثاً - الحرمة: وهذا بالنسبة لمن علم من نفسه العجز عنه أو عدم الإنصاف فيه بالرغم من معرفته بالقضاء، لما يعلم من نفسه الضعف الذي يؤدي به إلى اتباع الهوى أو مهادنة السلطان أو عدم القدرة على مقاومته.

رابعاً - الكراهة: وهذا بالنسبة لمن كان صالحاً للقضاء ولكن هناك من هو أصلح منه له، ويمكن تولية هذا الأصلح إذا هو لم يقبل ولاية القضاء.

خامساً - الإباحة: إذا كان هو وغيره سواء في الصلاحية للقضاء ولا يوجد في واحد منهم ما يرجح قبوله.

٢١ - حكمة القضاء

أما حكمة مشروعية القضاء، فقد أشرنا إلى بعضها عند كلامنا عن فضل

(١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٥ - ٣٦، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٠٦.

القضاء، ولا بشس من ذكر كلمة الفقيه ابن فرحون المالكي التي نقلها عن بعض الفقهاء في موضوع حكمة القضاء، قال رحمة الله: «وأما حكمته فرفع التهارج ورد النوائب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. قاله ابن رشد وغيره»^(١).

٢٢ - كيف تتحقق حكمة القضاء

وحكمة القضاء التي ذكرناها يمكن تحقيقها بتوافر ما يأتي:

أولاً -: القاضي الصالح لمنصب القضاء القادر على القيام بمسؤولياته، وهو الذي تتوفر فيه شروط القاضي التي سنذكرها فيما بعد.

ثانياً - الحكم بالعدل: وهذا يستلزم حرص القاضي على الحكم بالعدل وقصده له وإرادته إياه وعزمه عليه وإصداره له بالفعل. وأن يكون نظر القاضي في الدعوى من حين رفعها إليه إلى حين صدور الحكم فيها وفقاً لقواعد الترافع ووسائل الإثبات الشريعة التي سنذكرها فيما بعد.

ثالثاً - استقلال القاضي: بمعنى أن يكون القاضي بعيداً عن تدخل أصحاب النفوذ والسلطان في شؤون عمله حتى يتمكن من إصدار حكمه العادل وفقاً لاجتهاده وبناء على البيانات المقدمة إليه.

رابعاً -: إظهار المساندة للقاضي قولاً وفعلاً من قبل رئيس الدولة والحكومة، والإعلان عن معاقبة كل من يحاول التأثير عليه بأي شكل كان ومن قبل أي شخص كان ومهما كان مركزه ونفوذه في الدولة. إن هذا الإعلان من الحكومة ومن رئيس الدولة والجدية في تنفيذه يعطي القضاء والقضاة هبة واحتراماً ويشعر القاضي بحماية الدولة له، فيصمد أمام أي نفوذ فلا يتأثر به لأن الدولة أقوى من أي فرد وليس أي فرد بأقوى من الدولة، فيمضي القاضي قدماً في عمله الشريف متوخياً الحق والعدل حسب اجتهاده دون تلفت إلى أحد أو خوف من أحد وإنما يراقب الله وحده ويخافه وحده، فيطمئن الناس إلى حكمه ولا يطمع ظالم في حيفه ولا يخشى صاحب حق من ضياع حقه بسبب ظلم القاضي وميله إلى خصمه المبطل.

(١) التبصرة لابن فرحون ج ١ ص ١٣.

خامساً :- أن يكون القاضي تحت رقابة الإمام المشروعة أو تحت رقابة من يخوله مثل قاضي القضاة، على أن تكون هذه الرقابة على الوجه المشروع حتى لا تسلب هذه الرقابة حق القاضي في الاستقلال في إصدار الأحكام وفقاً لاجتهاده، وعلى أن تكون هذه الرقابة جدية يشعر القاضي بجديتها فتدفعه إلى المزيد من الاهتمام بعمله والحرص على إجادته. وعلى أن لا يكتفي الإمام بالرقابة الجدية وإنما عليه أن يقدم هو أو من يخوله الإرشادات والتوجيهات التي يراها ضرورية في ضوء ما يحس به ويتكشف له في أثناء مراقبته للقاضي أو في ضوء ما يرفع له من معلومات حول عمل القضاة في الدولة.



الباب الأول

القاضي

٢٣ - تمهيد ومنهج البحث

وظيفة القضاء من وظائف الدولة العامة التي يتعلق بها النفع العام فلا بد أن تناط بالكفوء الصالح لها القادر عليها حتى تؤدي هذه الوظيفة الغرض من وجودها وهو قطع الخصومات وردع الظالم ونصرة المظلوم وإيصال الحق إلى أهله . . . والصالح للقضاء يعرف بتوافر شروط معينة فيه ، فما هي هذه الشروط؟ ومن الذي يعينه في هذه الوظيفة؟ وما هي إجراءات التعيين؟ وما نطاق ولايته القضائية؟ ومن هم أعوانه في عمله القضائي؟ وما هو النمط المطلوب للقاضي من حيث السيرة والسلوك؟ وهل يستحق على عمله أجراً من بيت المال؟ وما علاقته بالدولة بعد أن قلده وظيفة القضاء؟ وما مدى مسؤوليته عن عمله القضائي وإصدار الأحكام؟ وكيف تنتهي ولايته؟

إن الوفاء بالإجابة على هذه الأسئلة المتعلقة بالقاضي على نحو متسلسل واضح غير مشوش يقتضي لنا تقسيم هذا الباب إلى جملة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول - شروط القاضي .

الفصل الثاني - الجهة التي تعين القاضي .

الفصل الثالث - إجراءات التعيين .

الفصل الرابع - ولاية القاضي .

الفصل الخامس - أعوان القاضي .

الفصل السادس - سلوك القاضي ورزقه .

الفصل السابع - علاقة القاضي بالدولة .

الفصل الثامن - مسؤولية القاضي .

الفصل التاسع - انتهاء ولاية القاضي .

الفصل الأول

شروط القاضي

٢٤ - تمهيد وتعداد الشروط

قال الفقهاء: يشترط فيمن يولى القضاء أن يكون بالغاً عاقلاً حراً مسلماً عدلاً مجتهداً ذكراً سليم الحواس، مع شروط أخرى ذكروها. والواقع أن هذه الشروط ليست كلها محل اتفاق بين الفقهاء، ففي بعضها شيء من الاختلاف سنشير إليه عند شرحنا لهذه الشروط.

٢٥ - أولاً - شروط البلوغ والعقل والحرية^(١)

إن وظيفة القضاء تحتاج إلى العقل الناضج المدرك، ولا يتأتى هذا قبل البلوغ، وينعدم قطعاً مع الجنون، فمن البديهي، إذن، اشتراط البلوغ والعقل، بل أن بعض الفقهاء لم يكتف بمجرد العقل الذي يتعلق به التكليف، بل قال هذا البعض من الفقهاء: ينبغي أن يكون من يتولى وظيفة القضاء «صحيح الفكر جيد الفطنة، بعيداً عن السهو، والغفلة، يتوصل بذكائه إلى وضوح المشكل وحل المعضل»^(٢). أما اشتراط الحرية فلأن القضاء من باب الولايات، وليس للعبء أهلية لأدني الولايات فلأن لا يكون أهلاً لولاية القضاء، وهي أعلى من غيرها، أولى.

٢٦ - ثانياً - شرط الإسلام^(٣)

أما اشتراط الإسلام فمرده أن القضاء ولاية ولا تجوز ولاية الكافر على

(١) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥، بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٤، مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٨٧.

(٢) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٨٣، المحل لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٣، الحطاب ج ٦ ص ٨٧، كشاف القناع ج ٤ ص ١٧٣، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٥.

المسلم، قال تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾. ثم إن القاضي يطبق أحكام الشرعية الإسلامية، وهي دين، وتطبيق الدين يحتاج إلى إيمان به من قبل من يطبقه، وخوف من الله يمنعه من الحيدة عن التطبيق السليم لأحكامه، ولا يتأتي ذلك من غير المسلم الذي لا يؤمن بهذا الدين، الإسلام، بل ربما حمله كفره بالإسلام على تعمد مخالفة أحكامه أو العبث بها. ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الإسلام فيمن يتولى القضاء على المسلمين.

٢٧ - أما تولية القضاء لغير المسلم على غير المسلمين، فقد منعها ولم يجزها جمهور الفقهاء لأن شرط الإسلام، عندهم، شرط ضروري لا بد منه فيمن يولى القضاء سواء كان قضاؤه على المسلمين أو على غير المسلمين^(١).

٢٨ - وذهب الحنفية إلى جواز تقليد الذمي - وهو غير مسلم - القضاء على أهل الذمة، وعللوا ذلك بأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة، والذمي من أهل الشهادة على الذميين فهو، إذن، أهل لتولي القضاء عليهم، وكونه قاضياً خاصاً بهم لا يقدح في ولايته ولا يضر، كما لا يضر تخصيص القاضي المسلم بالقضاء بين أفراد جماعة معينة من المسلمين^(٢).

٢٩ - والراجح هو قول الجمهور، فلا يجوز أن يتولى سلطة القضاء في دار الإسلام إلا المسلم، سواء كان قضاؤه على المسلمين أو على غير المسلمين، لأن القانون الواجب التطبيق في دار الإسلام هو القانون الإسلامي، وهو دين، كما قلنا، ولا يصلح لتطبيقه إلا المؤمن به وهو المسلم. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن دار الإسلام تقوم على أساس مبدأ وحدة القانون ووحدة جهة القضاء، والقانون الواجب التطبيق الذي تطبقه جميع محاكم دار الإسلام هو القانون الإسلامي، فإذا أجزنا لغير المسلم أن يتولى القضاء فبأي قانون يحكم؟ إذا قلنا يحكم بقانون ديانته بالنسبة لغير المسلمين كنا بهذا القول قد خرجنا على مبدأ وحدة القانون في دار الإسلام وخرجنا أيضاً على وحدة القضاء إذ تعدد جهات القضاء فتكون بعضها للمسلمين وبعضها لغير المسلمين. وإذا قيل إن الذمي يحكم

(١) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين دار الإسلام ص ٥٩٦.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ج ٥ ص ٤٩٩، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٧، رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٤١٤ - ٤١٥، ٤٨٢.

بالقانون الإسلامي قلنا إنَّ الذمي لا يصلح لهذا التطبيق لأنه يكفر بالإسلام ولا يؤمن به ديناً، وكفره هذا قد يحمله على مخالفته.

٣٠ - اعتراض ودفعه

وقد يقال إن مراعاة أهل الذمة فيما يعتقدونه من أمور ديانتهم كالنكاح، هذه المراعاة تقتضي أن يتولوا القضاء فيما بينهم فتعين الدولة قاضياً منهم ليقضي في قضاياهم لا سيما وأن القاعدة الفقهية تقول «أمرنا بتركهم وما يدينون» وهي قاعدة أخذ بها الفقهاء. والجواب: أن مراعاة أهل الذمة في أمور مناهجاتهم وما يعتقدونه من أمور ديانتهم مكفولة في الشريعة الإسلامية في ضوء ما يدينون به وإلى الحد الذي تراه الشريعة الإسلامية جديراً بالرعاية. ولكن لا تستلزم هذه الرعاية تولية القضاء لغير المسلم ولو كان قضاؤه على أهل ملته لما قلناه سابقاً. وأما قاعدة «أمرنا أن نتركهم وما يدينون» فهي لا تقتضي توليتهم القضاء ولا تعني هذا المعنى وإنما تعني عدم التعرض لعقيدتهم وما يدينون به وعدم إكراههم على اعتناق دين الإسلام.

٣١ - ويلاحظ هنا أن مراعاة الشريعة الإسلامية لما يعتبرونه من أمور ديانتهم كالنكاح لا يعني أن الشريعة الإسلامية تأمر القاضي المسلم بالرجوع إلى أحكام ديانتهم عن طريق الإحالة إلى ديانتهم، وإنما قررت الشريعة الإسلامية لهم أحكاماً موضوعية يطبقها القاضي المسلم باعتبارها جزءاً من القانون الإسلامي واستمدها منه مباشرة ولا يطبقها باعتبارها جزءاً من قانون ديانتهم^(١).

٣٢ - هذا، ويبدو أن قول الحنفية في جواز تقليد الذمي القضاء على الذميين هو، في الواقع، تقليد رئاسة وزعامة وليس تقليد ولاية قضاء. وقد أشار إلى هذا المعنى الفقيه المعروف الإمام الماوردي إذ قال: «وقال أبو حنيفة يجوز تقليده - أي تقليد الذمي - القضاء بين أهل دينه. وهذا وإن كان عرف الولاية بتقليده جارياً، فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس تقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا للزومه عليهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم، وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ»^(٢).

(١) أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ص ٥٢٦ وما بعدها.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٢.

٣٣ - ثالثاً : - شرط العدالة^(١)

العدالة شرط لمن يتولى القضاء، وهو عند الفقهاء الامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر والترفع عما يقدر في المروءة، ولذلك لا يولى القضاء فاقد العدالة، أي الفاسق، ويستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ وجه الدلالة بهذه الآية الكريمة أن الله تعالى أمر بالتبين عند قول الفاسق، ولا يجوز أن يكون القاضي ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه. وأيضاً فإن الفاسق لا يصلح أن يكون شاهداً فمن الأولى أن لا يكون قاضياً.

وقال فقهاء الحنفية، العدالة ليست شرطاً لتولي القضاء، وإنما هي شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق القضاء وتنفيذ أحكامه إذا لم يجاوز فيها حدود الشرع.

٣٤ - رابعاً - شرط الاجتهاد

واشترطوا في القاضي أن يكون مجتهداً، وبهذا قال الإمام مالك والشافعي والحنابلة، وحثهم أن القضاء أكد من الإفتاء، لأنه إفتاء وإلزام، والمفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً، فالقاضي أولى أن لا يكون مقلداً. واحتجوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَأَن أَحْكَم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ وما أنزل الله يعرفه العالم المجتهد لا المقلد^(٢).

٣٥ - وقال فقهاء الحنفية: الاجتهاد ليس شرطاً لتولي القضاء لأنه يمكن للقاضي غير المجتهد أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء، ولأن الغرض من القضاء فصل الخصومات فإذا أمكن ذلك بالتقليد جاز، وهو ممكن بالرجوع إلى فتاوى العلماء وأقوالهم^(٣).

٣٦ - وقال بعض العلماء: يجوز تقليد القضاء للمقلد عند الضرورة فيقضي بفتوى غيره الذي قلده أو بالمشهور من مذهبه^(٤) ولكن إذا وجد المجتهد فلا يجوز

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٩ ص ٤٠، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٦٣٥ بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٤٠ - ٤١، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرمل ج ٨ ص ٢٢٦.

(٣) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٣، والمغني ج ٩ ص ٤١.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٤ - ٢٥.

تولية المقلد لأنه لا ضرورة لتوليته مع وجود المجتهد. وهذا القول هو الذي نرجحه.

٣٧ - خامساً - شرط الذكورة

والذكورة شرط عند جمهور الفقهاء فلا يجوز عندهم تقليد المرأة القضاء، وحجتهم الحديث النبوي الشريف: «ما أفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة» وبأن المرأة لا تصلح للإمامة العظمى أي رئاسة الدولة ولا الولاية على البلدان، ولهذا لم ينتقل عن النبي ﷺ ولا عن أحد من خلفائه الراشدين من بعده أنهم ولّوا امرأة قضاءً ولا ولاية بلد، ولو جاز ذلك لوقع مرة واحدة ولم يخلُ منه جميع البلدان غالباً. وأيضاً فإن القاضي يحتاج إلى مخالطة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم، والمرأة في الأصل ممنوعة من مخالطة الرجال لما يخاف عليها من الفتنة بسبب هذه المخالطة التي لا ضرورة لها^(١).

٣٨ - وقال فقهاء الحنفية: يجوز أن تكون المرأة قاضية في غير الحدود والقصاص لأنه لا شهادة لها في هذه الجنايات ولها شهادة في غيرها، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة^(٢).

٣٩ - وذهب الإمام ابن جرير الطبري إلى أن الذكورة ليست شرطاً لتولي القضاء لأن القضاء كالإفتاء، والإفتاء لا يشترط له شرط الذكورة فكذا القضاء، وعلى هذا يجوز للمرأة أن تكون قاضية في الأموال وغيرها أي في جميع الأمور، والقضايا بلا استثناء، كما جاز لها أن تكون مفتية في جميع الأمور في الأموال وغيرها. وبهذا القول قال فقهاء المذهب الظاهري، فقد جاء في المحلى لابن حزم الظاهري «وجاز أن تلي المرأة الحكم، وهو قول أبي حنيفة. وقد روي أن عمر بن الخطاب ولّى الشفاء - امرأة من قومه - السوق. فإن قيل قد قال ﷺ: «لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة» قلنا إنما قال ذلك رسول الله ﷺ في الأمر العام الذي هو الخلافة، ولم يأت نص في منعها أن تلي بعض الأمور»^(٣).

(١) المغني ج ٩ ص ٣٩ - ٤٠، المجموع شرح المهذب في فقه الشافعية ج ١٨ ص ٣٦٣.

(٢) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٤، فتح القدير ج ٥ ص ٤٥٤، روضة القضاء ج ١ ص ٥٣.

(٣) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٢٩ - ٤٣٠، بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٨٤.

٤٠ - سادساً - شرط سلامة الحواس

واشترطوا في القاضي سلامة الحواس، فقالوا يجب أن يكون متكلماً سمياً بصيراً، لأن الأخرس لا يمكنه النطق ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصمين، والأعمى لا يعرف المدعى من المدعي عليه. وقال بعض الشافعية يجوز أن يكون القاضي أعمى، ولهم في الأخرس الذي تُفهم إشارته قولان^(١).

وقال المالكية لو وُلِّي الأعمى والأصم القضاء وأصدروا أحكاماً، فإن أحكامهم هذه تنفذ ولكن يجب عزلهم^(٢). ومعنى ذلك أن المالكية يشترطون سلامة الحواس في القاضي، ولكن لو خولف هذا الشرط وعُين الأعمى ونحوه وباشر القضاء فإن المالكية، كما يبدو، رعاية لمصالح الناس، واستقراراً للأمور، وحرمة للقضاء، قالوا بنفاذ أحكامهم حتى لا يتحمل الناس أخطاء من بيدهم سلطة تعيين القضاة، إلا أن هذه المراعاة لا تعني جواز استمرار بقاء القاضي في ولايته بالرغم من فوات شرط سلامة الحواس فيه.

٤١ - سابعاً - شروط أخرى

وقال الفقهاء: ينبغي أن يكون القاضي قوياً من غير عنف، ليناً من غير ضعف، لا يطمع القوي في باطله، ولا ييأس الضعيف من عدله، ذا فطنة وتيقظ، لا يؤتى من غفلة، ولا يخدع لغرة، عفيفاً ورعاً، بصيراً، بعيداً عن الطمع. . إلى آخر ما قالوه^(٣). ولا شك أن هذه الشروط مرغوب فيها، بل ولازمة للقاضي، وعلى الجهة التي تعين القضاة وتختارهم أن تلاحظ هذه الصفات فيمن يراد تعيينهم للقضاء وأن تجعل هذه الصفات إذا عرفوها مرجحات في الاختيار عند التزام التساوي في الشروط الأولى التي ذكرناها، فيمن يراد تعيينهم للقضاء.



(١) المغني ج ٩ ص ٤١، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٢٦.

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج ٦ ص ٩٩.

(٣) المغني ج ٩ ص ٢١.

الفصل الثاني

الجهة التي تعين القاضي

٤٢ - تمهيد

لا يستطيع كل شخص أن يباشر القضاء بمحض رغبته وينصب نفسه قاضياً يحكم بين الناس حتى ولو كان مستجمعاً لشروط ولاية القضاء، لأن القاضي يقوم بوظيفة القضاء التي هي من وظائف الخلافة كما قلنا، فهو نائب عن الخليفة في عمله القضائي، وهذا يعني أن وظيفة القضاء من وظائف الدولة، فلا بد أن يتولاها الشخص بتعيين ممن يملك سلطة التعيين باسم الدولة، وهذا هو الخليفة أو من يخوله سلطة التعيين نيابة عنه. وإذا كان الخليفة أو من يخوله سلطة تعيين القضاة، هو الجهة المختصة ذات الولاية في تعيين القضاة، فقد يطرأ شيء جديد يؤثر في ولاية هذه الجهة في تعيين القضاة، كما لو تغلب أحدهم على إقليم من أقاليم دار الإسلام واستقل به عن سلطان الخلافة، فهل يملك هذا المتغلب ولاية تقليد القضاء؟ وهل يجوز تلقي هذا التقليد منه؟ ثم قد يتغلب سلطان كافر على دار الإسلام أو على إقليم منها، فهل يجوز للمسلم أن يتقلد القضاء منه فيرضى بتعيينه؟ وهل يجوز لأهل الرأي والعلم أن يختاروا من بينهم قاضياً يقضي في أمورهم ويرفضون تعيين المتغلب الكافر لمن يختاره للقضاء؟ هذه الأمور وغيرها، هي التي نتناولها في هذا الفصل، مبتدئين بالخليفة، إذ هو في الأصل، الجهة التي تملك تعيين القضاة.

٤٣ - أولاً - الخليفة

الأصل أن الخليفة، أو السلطان، أي رئيس الدولة، هو الذي يعين القاضي، لأن القضاء في الأصل من واجبات الخليفة، كما ذكرنا من قبل، ولكن لانشغاله بأمور الدولة العامة جاز له أن ينوب غيره في مهمة القضاء، وهذا النائب هو القاضي. فالقاضي إذن يعينه الخليفة ولا يجوز له أن يترك منصب القضاء شاغراً،

لأن تعيين القضاة من واجبات الخليفة بعد أن تعذر عليه القيام بوظيفة القضاء بنفسه كما قلنا^(١).

٤٤ - ولكن هل يشترط في السلطان - رئيس الدولة - أن يكون عادلاً لا جائراً حتى يجوز للمسلم العدل أن يتقلد القضاء منه؟ قال الفقهاء: ليس عدل السلطان شرطاً لجواز تقلد القضاء منه، واستدلوا بأن فقهاء التابعين، على علمهم وعدالتهم، تقلدوا القضاء من الحجاج بن يوسف الثقفي، وكان أميراً وناثباً عن الخليفة في تعيين القضاة، مع ما كان في الحجاج من جور وظلم. ولكن يشترط لجواز تقلد القضاء من السلطان الجائر أو نائبه الجائر تمكن القاضي من الحكم والقضاء بالحق، فإذا لم يستطع ذلك لتدخل السلطان الجائر بشؤون القضاء فلا يجوز تقلد القضاء منه لأن مقصود ولاية القضاء لا يحصل^(٢).

٤٥ - ثانياً - نائب الخليفة

يجوز للخليفة أن يختار شخصاً ويفوض إليه اختيار القضاة وتعيينهم، ولكن لا يجوز لهذا المختار أن يختار نفسه للقضاء ويعين نفسه لمنصبه، كما لا يجوز له أن يختار ويعين والده أو ولده بوظيفة القضاء، وعللوا ذلك بأن هذا هو مقتضى القياس على وكالته في الصدقة بمال وأنه لا يجوز له أخذ هذه الصدقة لنفسه ولا دفعها إلى والده أو ولده. ولكن يمكن أن يقال إن والده وولده داخلان في عموم التفويض، فله أن يقلدهما القضاء إن كانا أهلاً لذلك^(٣).

٤٦ - ثالثاً - الأمير الباغي أو الأمير المتغلب:

قد ينفصل بلد عن سلطة الخليفة بأن يتغلب على هذا البلد شخص وينصب نفسه أميراً عليه على وجه الخروج والبغي على سلطة الخليفة الشرعية، فهل يجوز للمسلم العدل أن يتقلد القضاء من هذا الأمير الباغي المتغلب الخارج عن سلطان الخليفة العدل؟ وهل يصبح هذا المتغلب ذا ولاية شرعية في تعيين القضاة؟ ذهب الفقهاء إلى جواز تقلد القضاء منه بالرغم من بغيه وعدوانه على سلطة الخليفة

(١) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٣٧، الخطاب ج ٦ ص ٩٩، المجموع ج ١٨ ص ٧٦٣.

(٢) شرح أدب القاضي لابن مازة ج ١ ص ١٢٩ - ١٣٠، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٠٧، ابن فرحون ج ١ ص ٢١.

(٣) المغني ج ٩ ص ١٠٦.

الشرعي، ومعنى قولهم هذا أنهم يعترفون بالسلطة الفعلية والولاية الفعلية لهذا الأمير الباغي على تعيين القضاة، إلا أن هذا لا يعني الجواز الشرعي للباغي على الخليفة أو الاستقلال عنه أو فصل الأقاليم عن سلطانه. والحكمة في الجواز الذي ذهب إليه الفقهاء هي رعاية مصالح المسلمين بارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما، لأن المسلم العدل إذا امتنع عن تولي القضاء من قبل الأمير الباغي تولاه الجائر الفاسق وفي هذا ضرر بالمسلمين، ولهذا قال بعض السلف: إن لم يقض لهم خيارهم قضى لهم أشرارهم.

وهذا قول صحيح لأن المسلم العدل إذا لم يقبل تقلد القضاء من الأمير الباغي فإن هذا الأمير يعين الجاهل والفاسق في منصب القضاء وفي هذا ضرر واضح، أما إذا تولى القضاء المسلم الصالح للقضاء فإنه يمكن تحقيق أكبر قدر ممكن من المصلحة وحفظ الحقوق للمسلمين.

ويلاحظ هنا أن الجواز الذي ذكرناه وبيئنا علته مشروط بتمكن القاضي من الحكم بالعدل وبالحق، أما إذا تعذر عليه ذلك لتدخل الأمير الباغي في شؤونه فإنه لا يجوز تقلد القضاء منه، وإذا تقلده ظاناً بأنه سيتمتع بالاستقلال في عمله القضائي ولكن تبين له أن الأمير يتدخل في عمله، فإن على هذا القاضي أن يستقيل من وظيفته لأن مقصود القضاء وهو الحكم بالعدل لم يتحقق ولم يحصل.

٤٧ - رابعاً - الحاكم الكافر

قد يتغلب الكفار على بلاد المسلمين ويعينون لها والياً كافراً، أو يدخل بلد إسلامي في سلطة حاكم كافر عن طريق القهر أو الضم، فهل يجوز للمسلم تقلد وظيفة القضاء من هذا الحاكم الكافر ليقضي بين المسلمين؟

قبل الجواب نأتي بنصوص الفقهاء التي وقفنا عليها في هذه المسألة:

أ - جاء في الفتاوى الهندية في فقه الحنفية: الإسلام ليس بشرط فيمن يعين القاضي^(١).

ب - وفي الدر المختار شرح تنوير الأبصار: «ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ولو كان كافراً، ذكره مسكين وغيره، إلا إذا كان يمنعه

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٠٧.

من القضاء بالحق فيحرم»^(١).

ج - وفي حاشية ابن عابدين على الدر المختار: «إذا ولى الكافر عليهم - أي على المسلمين الذين احتل الكفار بلادهم - قاضياً ورضيه المسلمون صحت ولايته»^(٢).

د - وفي فتح القدير لابن الهمام الحنفي: «وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار... يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً ليقضي بينهم أو يكون هو الذي يقضي بينهم»^(٣).

هـ - وقال الفقيه العز بن عبد السلام الشافعي: «ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة، فالذي يظهر، إنفاذ ذلك كله جلباً للمصالح العامة ودفعاً للمفاسد السابقة»^(٤).

٤٨ - ويخلص لنا من هذه النقول الفقهية التي نقلناها من الفقه الحنفي والشافعي، أن المسلمين إذا ابتلوا بحكم الكفرة أن عليهم أن يعالجوا مسألة القضاء فيما بينهم على النحو التالي في ضوء هذه النقول الفقهية:

١ - أن يختاروا أميراً عليهم إذا أمكنهم ذلك، ويعين هذا الأمير قاضياً عليهم يختاره هو بنفسه أو بمشاورة أهل العلم والرأي أو يقوم هو نفسه بالقضاء فيما بينهم.

٢ - فإن لم يمكنهم اختيار أمير عليهم ليعين لهم قاضياً، وكان لا بد من وجود قاض في البلد وأن الحاكم الكافر سيقوم حتماً بالتعيين، ففي هذه الحالة، أرى أن يقوم أهل الرأي والعلم من المسلمين بترشيح الصالح للقضاء، والسعي لدى الحاكم الكافر لتعيينه. فإذا قبل ترشيحهم وعينه قاضياً، صار كأنه تقلد القضاء منهم لا من الحاكم الكافر، ويحصل به مقصود القضاء.

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٣٦٨.

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص ٣٦٨.

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ٤٦١.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ج ١ ص ٨١.

٣ - وإذا رفض الحاكم الكافر ترشيحهم، وقام هو باختيار شخص وعينه قاضياً على المسلمين، ففي هذه الحالة ينظر: فإن كان الذي اختاره أهلاً للقضاء فعلى هذا الشخص المختار قبول تقلد القضاء وعلى المسلمين الرضا به، وعليه أن يحكم بالحق بموجب شرع الإسلام. أما إذا كان الشخص المختار للقضاء غير أهل له أو هو أهل للقضاء ولكن يعلم أن الحاكم الكافر يتدخل في شؤون القضاة وأنه يمنعهم من الحكم بالشرع الإسلامي فعلى هذا الشخص المختار أن يرفض التعيين.

٤ - إذا رضي الشخص الذي اختاره الحاكم الكافر لمنصب القضاء وتقلد القضاء منه، وكان غير أهل للقضاء لجهله بالأحكام الشرعية أو لفسقه أو لتنفيذه أهواء الحاكم الكافر، أو كان هو غير مسلم، ففي هذه الأحوال يجب على المسلمين عدم رفع دعاوهم إلى هذا القاضي وإنما عليهم اللجوء إلى التحكيم، فيحكمون مسلماً عدلاً عالماً بالشرع ليحكم في قضاياهم.

٥ - وإذا عين الحاكم الكافر مسلماً للقضاء وهو أهل له إما بترشيح من المسلمين أو باختيار منه ابتداءً وبإشراف المعين أعمال القضاء ثم أخذ الحاكم الكافر بالتدخل في شؤونه وحرفه عن منهج الحق وحمله على الحكم حسب أهوائه وبما يخالف أحكام الشرع، أقول على القاضي، في هذه الحالة، أن يستقيل من وظيفته، وعلى المسلمين أن يلجأوا إلى التحكيم لحل قضاياهم إلى أن يعين القاضي الصالح.

٤٩ - خامساً - أمراء الأقاليم وقضائهم

يجوز لأمراء الأقاليم، وهم يعتبرون نواب الخليفة، أن يعينوا القضاة في أقاليمهم إذا أذن لهم الخليفة بذلك. وكذلك يجوز لقاضي الإقليم الذي عينه الخليفة أن يعين قاضياً على بعض نواحي الإقليم إذا رأى حاجة لذلك وكان الخليفة قد أذن له بذلك^(١).

٥٠ - سادساً - قاضي القضاة

جاء في البداية والنهاية للإمام ابن كثير «قال أبو يوسف: فلما وليت القضاء -

(١) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٣٧ - ١٣٨، مغني المحتاج ج ٤ ص ٢٧٧، تبصرة الحكام ج ١ ص ٢١.

وكان أول من ولاه القضاء الهادي - وهو أول من لقب قاضي القضاة، وكان يقال له قاضي قضاة الدنيا لأنه كان يستنيب في سائر الأقاليم التي يحكم فيها الخليفة... إلخ»^(١).

ويفهم من قول الإمام ابن كثير أن منصب قاضي القضاة مستحدث في عهد الدولة الإسلامية وأن أول من عين فيه هو الفقيه المشهور أبو يوسف صاحب أبي حنيفة رحمهما الله تعالى، وأن صاحب هذا المنصب يملك سلطة تعيين القضاة في أنحاء الدولة عن طريق التفويض والإذن من الخليفة.

٥١ - سابعاً - أهل الرأي والعلم

ويجوز عند الضرورة اختيار القاضي من قبل أهل الاختيار وهم أهل العلم والرأي في بلد لا قاضي فيه ولا يمكن لأهله التحاكم إلى قاض قريب منهم، ولا يوجد خليفة للمسلمين، فيجوز لأهل الاختيار في هذا البلد وهم أهل الرأي والعلم أن يختاروا شخصاً من بينهم يولونه القضاء، وإذا وجد الخليفة فيما بعد فلا يجوز لهذا القاضي المختار الاستمرار في القضاء إلا إذا أذن له الخليفة الجديد بذلك^(٢).



(١) البداية والنهاية لابن كثير ج ١٠ ص ١٨٠

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٤٠، الخطاب ج ٦ ص ٩٩.

الفصل الثالث

إجراءات التعيين وما يعقبه

٥٢ - تمهيد:

قبل أن يصدر الخليفة أو من يخوله أمراً بتعيين من وقع عليه الاختيار قاضياً، يقوم بالتحري والسؤال عنه للتأكد من صلاحيته وأهليته للقضاء.

ثم إذا صدر الأمر بالتعيين لزم القاضي المعين القيام بالتمهيدات اللازمة لوظيفته الجديدة، ثم يتبع ذلك منه مباشرة بعض ما له علاقة بوظيفته. وهذا ما نبينه تباعاً في هذا الفصل.

٥٣ - كيفية اختيار الصالح للقضاء

قال الفقهاء: على الخليفة أن يعين الكفو الصالح لمنصب القضاء. ولكن كيف يعرف الخليفة الكفو الصالح للقضاء حتى يعينه لهذا المنصب الخطير؟ قالوا: إذا كان الخليفة نفسه يعرف الشخص الصالح للقضاء فله أن يعمل بعلمه ويعين هذا الشخص قاضياً. أو يعلم الخليفة الصالح للقضاء بسؤال أهل العلم والمعرفة، فإذا أرشده إلى الصالح الكفو ودلوه عليه جاز له أن يأخذ بإرشادهم ودلالاتهم ويعين من أشاروا به عليه. وللخليفة أن يتأكد من صلاحية من أشاروا به عليه فيأمر بإحضاره أمامه ويسأله ما يشاء من الأسئلة ليتأكد من علمه ومعرفته بأمور القضاء. وللخليفة أن يسأل عن عدالة من يريد تعيينه قبل أن يعينه، فإذا فرغ الخليفة من تحريه واطمئن إلى عدالة الشخص وأهليته للقضاء أصدر أمره بتعيينه قاضياً^(١).

(١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٨.

٥٤ - وضع الضوابط والقواعد لتعيين القضاة

ما ذكرناه في الفقرة السابقة هو بعض ما ذكره الفقهاء بصدد إجراءات تعيين القضاة وما يفعله الخليفة قبل إصدار أمر التعيين. ولا نرى مانعاً من وضع ضوابط محددة وقواعد واضحة لتعيين القضاة في الوقت الحاضر في ضوء الظروف المستجدة وبناء على مقتضيات المصلحة المشروعة. فمن هذه الضوابط الشهادة العلمية التي تعتبر قرينة على كفاءة صاحبها العلمية، وكذلك لا مانع من إجراء إمتحان للمتقدمين لوظيفة القضاء بما له علاقة بالقضاء ولا يسوغ الجهل به. ولا مانع أيضاً من إجراء المقابلة للناجحين في الامتحان ليتبين للجهة المختصة بالتعيين لياقتهم البدنية وسلامة حواسهم. وكذلك نرى التحري عن عدالة المراد تعيينه بعد ثبوت كفاءته العلمية وبخاصة في الامتحان وفي المقابلة. هذه بعض الضوابط التي لا تخالف المقرر شرعاً، في موضوع تعيين القضاة.

٥٥ - التقديم بطلبات التعيين

وكذلك لا نرى مانعاً من جعل اختيار القاضي وتعيينه مسبقاً بالطلب التحرير لهذا التعيين، وأن يدرج في طلبه جميع المعلومات الضرورية التي يحددها ولي الأمر والتي تعرف بشخصية طالب التعيين وتعين على التحري المطلوب عنه وعن عدالته وسيرته. وتقديم هذا الطلب للتعيين لا يناقض ما ذكرناه من قبل من أن الأصل عدم طلب تولي الوظائف العامة، وأن القاعدة هي طالب الولاية لا يولي، لأن تقديم مثل هذا الطلب هو بناء على طلب ولي الأمر للأكفاء للقضاء أن يتقدموا بطلباتهم، لأن هذا الطلب يؤدي إلى تسهيل معرفة الصالح للقضاء وبالتالي إلى تعيينه وفي هذا مصلحة مؤكدة للمسلمين، والشرع يأمر بما فيه مصلحة للمسلمين مع خلوه من المفسدة.

٥٦ - ما يفعله القاضي بعد صدور أمر تعيينه.

على الشخص الذي صدر أمر تعيينه قاضياً أن يتأهب للسفر إلى محل عمله الذي عين فيه إن كان غير بلد سكناه، وعليه قبل أن يسافر أن يتعرف على كل ما يحتاج إلى معرفته من أحوال البلد الذي سيعمل فيه، فيعرف مثلاً من فيه من العلماء وأهل الفضل والعدالة.

٥٧ - ولا بأس بإخبار أهل البلد بيوم قدومه عليهم ليتلقوه، فإذا وصل إلى

البلد أمر مناديه فنأدى فى البلد أن فلاناً قدم عليكم قاضياً فاجتمعوا لقراءة أمر تعيينه، ثم يبين للناس مواعيد جلوسه للقضاء^(١).

٥٨ - التسليم والتسلم

ويقوم القاضي الجديد بإجراءات التسليم والتسلم مع القاضي السابق، فيتسلم منه الوثائق، وهي وثائق الناس من المحاضر وهي نسخ ما ثبت عند القاضي السابق فيما نظره من الدعاوى.

ويتسلم أيضاً السجلات وهي نسخ ما حكم به القاضي السابق، وما أودعه الخصوم من حجج ووثائق تعزيراً لادعاءاتهم^(٢).

٥٩ - ما ينظره القاضي بعد التسليم والتسلم^(٣)

فإذا فرغ القاضي الجديد من إجراءات التسليم والتسلم فإن أول ما ينظره فى مجلس القضاء دون طلب من أحد قضايا المحبوسين لعدم إيفائهم ما عليهم من ديون خشية أن يكون فيهم من لا يستحق البقاء فى السجن فيتحقق فى أمرهم ويخرج من السجن من يستحق الإخراج كما لو كان قد أوفى دينه الذى فى ذمته ومع هذا بقى فى السجن بغير وجه حق، أو أنه ثابت الفقر وذو عسرة فلا معنى لسجنه. ثم ينظر القاضي بدون طلب من أحد فى أمر الأوصياء الناظرين فى أموال اليتامى والمجانين، وتفارقة الوصية بين المساكين، فيقصدهم القاضي بالنظر فىبقى منهم القوي الأمين على وصايته ويضم إليه من يعينه إن كان وصياً ضعيفاً ويعزله أن كان فاسقاً.

ثم ينظر القاضي الجديد فى أمر الضوال واللقطة التى تولى القاضي السابق حفظها فيبيع ما فى بيعه مصلحة ويحفظ ثمنه لصاحبه ويبقى ما يرى فيه مصلحة إلى أن يظهر صاحبه.



(١) المغنى ج ٩ ص ٤٤.

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٤ - ٤٥.

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٤ وما بعدها.

الفصل الرابع ولاية القاضي

٦٠ - تمهيد:

وظيفة القضاء هي الفصل في خصومات الناس وحسم منازعاتهم والنظر في قضاياهم. ولكن هل يستطيع القاضي أن يباشر هذه الوظيفة بالنسبة لجميع الخصومات والقضايا، وبالنسبة لجميع الناس وبالنسبة لجميع الأماكن؟ الجواب على ذلك يعرف من معرفة مركز القاضي ومدى ولايته وسلطته في نظر ما ذكرناه من خصومات وقضايا. إن القاضي، كما ذكرنا من قبل، يعتبر نائب الخليفة الذي عينه، والنائب يستمد ولايته على ما أتى به من منبئه وبالحدود التي يحدد بها هذه الولاية، وعلى هذا فإن القاضي، وهو نائب الخليفة، يستمد ولايته القضائية من الخليفة وبالحدود التي يحدد بها هذه الولاية، ومن هنا كانت ولاية القاضي في نظر ما يدخل في أعمال القضاء ووظائف القضاء، تقبل هذه الولاية التقييد والإطلاق والعموم والخصوص من حيث الزمان والمكان والخصوم والخصومات، ومن هنا تنوعت ولاية القاضي على هذا الأساس، أساس التقييد والإطلاق وهذا ما نبينه في هذا الفصل.

٦١ - التقليد العام والتقليد الخاص

يستعمل الفقهاء اصطلاح التقليد العام واصطلاح التقليد الخاص للدلالة على مدى ولاية القاضي وسلطته في رؤية دعاوى الناس، فإذا عين الخليفة قاضياً على إقليم ليقضي بين عموم أهله وفي جميع خصوماتهم المدنية والجزائية وفي جميع الأوقات فتقليد القضاء لهذا القاضي في هذه الحالة هو تقليد عام، أما إذا عين الخليفة قاضياً بقيود معينة من حيث المكان أو الزمان أو نوع الخصومات أو نوع الخصوم فتقليد القضاء لهذا القاضي في هذه الحالة هو تقليد خاص. والتقييد الذي صار به تقليد القاضي تقليداً خاصاً هو الذي يُعرف عند الفقهاء بـ (تخصيص

القضاء). ولما كانت القيود التي تقيد بها ولاية القاضي، قيوداً متنوعة، فإن التقليد الخاص أو تخصيص القضاء هو الآخر يكون أنواعاً متعددة وهذا ما نذكره في الفقرات التالية.

٦٢ - أنواع التقليد الخاص^(١)

والتقليد الخاص، أو تخصيص القضاء، أنواع متعددة بتعدد القيود وأنواعها كما قلنا وهذه الأنواع هي:

٦٣ - النوع الأول - تخصيص القضاء من حيث المكان

ويقصد به تحديد صلاحية القاضي بمكان معين بحيث لا يملك القاضي ولاية القضاء خارج هذا المكان، كما لو عين القاضي ليقضي في جانب الكرخ من بغداد فقط، فلا تمتد ولايته القضائية إلى الرصافة.

٦٤ - ويلاحظ هنا أن سعة المكان أو ضيقه من حيث المساحة لا يؤثران في صحة تخصيص القضاء من حيث المكان، حتى لو عين القاضي ليقضي بين أهل محلة معينة فقط من جانب الكرخ جاز تعيين هذا القاضي بهذا التقييد، لأن القضاء، كما قالوا، يعم ويخص ولا حد لتخصيصه.

٦٥ - النوع الثاني - تخصيص القضاء من حيث الزمان

ومعناه تقييد ولاية القاضي بالقضاء في أيام معينة دون غيرها، كما لو عين في جانب الكرخ ليقضي بين أهله في أيام السبت والاثنين والخميس فقط من كل أسبوع.

٦٦ - النوع الثالث - تخصيص القضاء من حيث الأشخاص

ومعناه تقييد ولاية القاضي بالقضاء بطائفة معينة من الناس، كما لو عين القاضي ليقضي بين الأجانب المقيمين في بغداد، أو ليقضي في قضايا الأحداث من أهل بغداد، فسلطة القاضي في هذه الحالة لا تمتد إلى غير من ذكرت من أجانب أو أحداث، حتى أنه لو حكم في قضايا غير هؤلاء فإن حكمه لا ينفذ.

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٥، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٥٥ وما بعدها، والأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٠ مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤١٩، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٣٥.

٦٧ - النوع الرابع تخصيص القضاء بنوع من الخصومات

وهذا التخصيص أنواع كثيرة، فقد تقيد ولاية القاضي بالنظر في القضايا الجزائية دون المدنية، وقد يقيد أيضاً بنوع من القضايا الجنائية دون غيرها كالقتل فقط، أو يقيد بنوع من القضايا المدنية مثل التقييد بدعاوى العقار، أو بدعاوى الدين، أو بمسائل الأحوال الشخصية فقط أو بنوع من مسائل الأحوال الشخصية كدعاوى النكاح والطلاق فقط. كما يمكن أن يقيد بنوع من الدعاوى التي لا تزيد قيمتها عن مبلغ معين مثل ألف دينار وهكذا.

٦٨ - النوع الخامس - تخصيص القضاء بخصومة معينة وخصوم معينين

ويجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على خصومة معينة وخصوم معينين هم أطراف هذه الخصومة فلا يجوز للقاضي أن يقضي في غير هذه الخصومة وأطراف هذه الخصومة. وتبقى ولاية القاضي قائمة ما دام التشاجر بين أطرافها باقياً، فإذا قضى فيها القاضي ونطق بالحكم فيها انتهت ولايته، حتى لو أن أطراف هذه الخصومة حصلت فيما بينهم خصومة أخرى لا يجوز للقاضي الذي نظر خصومتهم الأولى أن يقضي في هذه الخصومة الجديدة إلا بإذن جديد ولاية جديدة ممن يملك إعطاءها^(١). فكان القاضي ينزل تلقائياً بمجرد انتهائه من نظر الخصومة وإصداره الحكم فيها.

٦٩ - النوع السادس - تخصيص القضاء من جهة مرور الزمان

وقد يخصص القضاء بمرور الزمان، بمعنى أن الخليفة يقيد ولاية القاضي من جهة عدم مضي مدة معينة على الحق المدعى به، فلا يملك القاضي ولاية النظر في الدعاوى التي مرَّ على الحق الذي تعلق به مدة معينة يحددها الخليفة. وتعليل هذا القيد أو جوازه هو اعتبار مضي هذه المدة قرينة على وفاء الحق واستيفائه، أو قرينة على عدم وجود هذا الحق المدعى به، نظراً لعدم المطالبة به طيلة هذه المدة. وعلى هذا الأساس أقر الفقهاء في الدولة العثمانية ما كان يفعله سلاطين هذه الدولة من منع القضاة من سماع الدعاوى التي مضي عليها خمس عشرة سنة. ويعلل الفقهاء مشروعية هذا المنع بأن القضاء يقبل التخصيص بالمكان

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٠، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٥٣.

والزمان فيقبل التخصيص أيضاً بمرور الزمان. جاء في الدر المختار في فقه الحنفية: «القضاء مظهر لا مثبت، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة، حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فسمعتها لا ينفذ»^(١). وفي دعوى الوقف إذا مضي عليها ثلاث وثلاثون سنة بلا عذر لا تسمع هذه الدعوى، وهذا ليس مبنياً على منع السلطان وإنما هو منع من الفقهاء^(٢).

٧٠ - مدى ولاية القاضي في نظر دعاوى نفسه وأقاربه^(٣)

ليس للقاضي ولاية النظر في الدعاوى التي هو طرف فيها، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، وترفع مثل هذه الدعاوى إلى غيره من القضاة. وكذلك لا ينظر القاضي في الدعاوى التي يكون طرفاً فيها أحد أقاربه، مثل أولاده وأبويه. إلا أن بعض الفقهاء من المالكية وسع دائرة الأقارب، ومنع القاضي من رؤية دعاواهم بالرغم من بعد قرابتهم منه فقالوا: «ولا ينبغي - أي القاضي - أن يحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه وإن رضي الخصم». ومعلوم أن قرابة العشيرة أوسع دائرة وأبعد قرابة من قرابة الوالدين والأولاد والإخوة، والحكمة من منع القاضي من سماع هذه الدعاوى أمر واضح هو نفي التهمة عن القاضي وإزالة الشكوك عن أمانته وعدالته.

٧١ - مدى ولاية القاضي في نظر خصومة السلطان

الخليفة أو السلطان هو الذي يعين القاضي، والقاضي إنما يستفيد ولاية القضاء من الخليفة الذي عينه لأنه نائبه في القضاء ووكيله فيه، والقاعدة هي أن قضاء الوكيل لموكله غير جائز، فهل يترتب على هذا التكليف عدم ولاية القاضي في نظر خصومة الخليفة سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، ما دام هذا الخليفة أو السلطان هو الذي عينه؟ والجواب على ذلك: لا، فإن ولاية القاضي تمتد إلى السلطان، فيملك القاضي ولاية النظر في دعاويه سواء كان مدعياً أو مدعى عليه بالرغم من أنه هو الذي عين هذا القاضي. قال الفقيه الماوردي: «فإذا أراد الإمام

(١) الدر المختار وشرحه لابن عابدين ج ٥ ص ٤١٩.

(٢) رد المختار وشرح الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٢٢.

(٣) المغني ج ٩ ص ١٠٧، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٤١٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٨٢، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للخطاب ج ٥ ص ١٣٤.

محاكمة خصمه جاز أن يحاكمه إلى قضائه لأنهم ولاية في حقوق المسلمين وإن صدرت عنه ولايتهم^(١). ويؤيد ذلك السوابق القديمة، فإن علياً رضي الله عنه قلد شريحاً القضاء وخاصم عنده في واقعة، وأن يهودياً رفع دعواه على هارون الرشيد أمام القاضي أبي يوسف، فسمع أبو يوسف خصومة اليهودي عليه مع أن هارون الرشيد هو الذي عين أبا يوسف في وظيفة القضاء^(٢).

٧٢ - أما كون القاضي يعتبر نائباً عن السلطان ومنه يستمد ولايته في القضاء وأن قضاء النائب أو الوكيل لموكله غير جائز، فهذا كله لا يدل على سلب القاضي ولايته على دعاوى السلطان، ذلك أن قولنا إن القاضي نائب عن السلطان الذي عينه، يعني أنه نائب عنه في القيام بواجب القضاء، وليس هو بنائب عنه في حق خاص بالخليفة. فنيابته عن الخليفة، إذن، ليست مثل نيابة الأفراد فيما بينهم في حقوقهم الخاصة، فلا تنطبق عليهم قاعدة: قضاء الوكيل لموكله لا يجوز.

وأما استمداد القاضي ولايته من الخليفة الذي عينه، فإن هذا الاستمداد في الحقيقة هو من عامة المسلمين الذين اختاروا الخليفة وصار يمثلهم في حقوقهم ومنها حقهم في ولاية القضاء. فإذا قلنا إن القاضي يستمد ولايته من الخليفة الذي عينه، فإن هذا القول يصح باعتبار أن الخليفة يمثل عامة المسلمين وأنه في تعيينه للقاضي يكشف عن إرادتهم في هذا التعيين، فهو بمنزلة الرسول عنهم في تقليده القضاء لمستحقه، أو هو بمنزلة النائب عن عامة المسلمين في استعمال حقهم في ولاية القضاء وتقليده للآخرين. فإذا عين الخليفة قاضياً فإن هذا القاضي يستمدها ممن يملكها وهم عامة المسلمين وليس من الخليفة إلا باعتبار أنه نائب عمّن يملكها وهم عامة المسلمين، وعلى هذا التكييف لا مانع من أن يقضي القاضي في خصومة الخليفة، لأنه يقضي بولاية عامة المسلمين ويعمل في حقوقهم^(٣).

٧٣ - هل يقضي الخليفة مع وجود القاضي؟

الخليفة هو الذي يعين القاضي، إلا أن هذا التعيين لا يسلبه حقه في القضاء بين الناس، لأن القضاء من واجباته الأصلية، وإنما جاز له أن ينيب عنه غيره فيه

(١) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٤١٧.

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣١٩.

(٣) البدائع ج ٧ ص ١١٦، أدب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج ٣ ص ٢٦٣ - ٣٦٤.

للضرورة كما قلنا، فإذا اتسع له الوقت ورأى المصلحة في مباشرة القضاء بنفسه في بعض الأحيان أو في بعض الخصومات فلا مانع من ذلك، لأنه يباشر ما يملكه أصلاً وأن هذا المملوك له لا يزول إذا عين أحداً للقضاء، ولهذا صرح الفقهاء بقضاء الخليفة. قال الفقيه ابن عابدين: «للسلطان أن يقضي بين الخصمين»^(١). وقال أيضاً: «وقدمنا أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح نفاذه»^(٢). وقال أيضاً نقلاً عن الأشباه: «قضاء الأمير جائز مع وجود قاضي البلد إلا أن يكون القاضي مولى من الخليفة»^(٣). وفي بداية المجتهد: «لا خلاف في جواز حكم الإمام الأعظم»^(٤).

٧٤ - تعدد القضاة في البلد الواحد ومدى ولايتهم^(٥)

يجوز تعدد القضاة في البلد الواحد، إما على وجه العموم وإما على وجه الخصوص، فإذا عين الخليفة جملة قضاة في بلدة واحدة، وكانت ولاية كل واحد منهم عامة من حيث المكان في البلد ومن حيث الزمان والخصوم والخصومات، فإن كان واحد من هؤلاء القضاة يملك هذه الولاية العامة. فإذا رفعت إلى واحد منهم قضية اختص هو بالنظر فيها دون غيره لأنه يملك النظر فيها لولايته العامة ولأنها رفعت إليه قبل غيره.

٧٥ - أما إذا عين الخليفة كل واحد من القضاة على ناحية معينة من البلد، فهذا تقليد للقضاء على وجه الخصوص فيختص كل قاضٍ بالنظر في قضايا ناحيته.

٧٦ - وكذلك يكون تقليد القضاء مخصوصاً، أي على وجه الخصوص، أي مقيداً، إذا عين الخليفة كل قاضٍ بولاية عامة على كل البلد ولكن لينظر في دعاوى معينة، كأن يقيد أحدهم بدعاوى المال، وآخر بدعاوى الأحوال الشخصية، وآخر بدعاوى الجرائم، وهكذا. وإنما جاز ذلك لأن ولاية القضاء نيابة عن الخليفة، فيجوز أن تكون وفقاً لحدود هذه الاستنابة وقيودها.

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٣٦٧.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٠٩.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٠٩.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٨٤.

(٥) أدب القاضي للمواردي ج ١ ص ١٥٧ وما بعدها، المجموع في فقه الشافعية ج ١٨ ص ٣٦٤، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩.

٧٧ - هل يجوز تعدد القضاة في المحكمة الواحدة؟

الأصل أن لكل محكمة قاضياً واحداً يقضي بين الناس، وهذا هو الذي جرى عليه العمل في عهود الإسلام المختلفة، وإن كان من المرغوب فيه أن يشاور القاضي أهل الاجتهاد فيما يرفع إليه من دعاوى، بل إن الفقيه الماوردي قال: «فالقاضي مأمور بالمشاورة في حكمه وقضاياه»^(١). ثم قال الماوردي: «ولا يعول القاضي على مشاورة الواحد حتى يجمع بين عدد ينكشف بمناظرتهم ما غمض، ويتوصل بها إلى ما خفي، ولا يقلدهم وإن كانوا عدداً حتى يصل إلى علم الحجة بما يقتضيه الدليل ويوجبه التعليل»^(٢). فالمشاورة، إذن، لا تعني تعدد أعضاء المحكمة وأنها لا تنعقد إلا بهم، كما لا تعني المشاورة أن القاضي ملزم بأدائهم حتى ولو اجتمعوا على رأي واحد، وهذا ما صرح به الفقيه الماوردي حيث قال: «ولا يقلدهم وإن كانوا عدداً»، ولم يفصل في المنع من تقليدهم إن كانوا متفرقين في آرائهم أو مجتمعين. ويدل على أنه يريد عدم تقليدهم وإن اجتمعوا على رأي واحد، أنه قال في تعليل المنع من التقليد: «لأنه - أي القاضي - لم يؤمر بالمشاورة للتقليد، وإنما أمر بها لأمرين (أحدهما) ليتوصل بها إلى معرفة ما لم يصل إليه من الأدلة. (الثاني) ليستوضح بمناظرتهم طرق الاجتهاد والتوصل إلى غوامض المعاني»^(٣).

٧٨ - ولكن هل يفهم مما ذكره الفقيه الماوردي أنه لا يجوز تشكيل المحكمة من أكثر من قاضٍ واحد يتمتع كل منهم بسلطة قضائية، ولكن الأحكام لا تصدر عنهم، بعد نظرها مجتمعين، إلا بإجماع آرائهم أو بأكثريتها؟

الجواب في نظري بالنفي، لأن الفقهاء قالوا: «القاضي نائب عن الإمام الذي ولاه، ووكيل من قبله»^(٤). وقالوا أيضاً إن تقليد القضاء يعتبر «استنابة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان عن اجتماع أو انفراد»^(٥). وعلى هذا التكييف لمركز القاضي القانوني وهو أنه نائب ووكيل عن الإمام الذي قلده القضاء، وأنه يجوز

(١) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٢٦٠.

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٣) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٢٦٨ - ٢٦٩.

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧١.

(٥) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٥٨.

تعدد النواب والوكلاء عن الموكل فيما وُكِّلهم فيه، وأن لهؤلاء الوكلاء أن يباشروا سلطتهم النيابية عن موكلهم مجتمعين إن قيدهم بالاجتماع، ومنفردين إن أذن لهم فيه^(١). فإن الإمام إذا عين ثلاثة قضاة للمحكمة وقيدهم بنظر الدعاوى مجتمعين بحيث لا تنعقد المحكمة إلا بهم جميعاً، وأن الأحكام لا تصدر إلا باتفاقهم أو بأراء أكثريتهم، كان تقليد القضاء لهم بهذه القيود تقليداً صحيحاً. لأن القضاء يقبل التقييد، كما قلنا من قبل، وأن القضاء ولاية ووكالة عن الإمام، كما قلنا، والوكالة تقبل الإطلاق والتقييد وأن الوكيل ملزم بتنفيذ وكالته بالقيود التي قيده بها الموكل^(٢).



(١) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٨٧.
(٢) كشف القناع في فقه الحنابلة ج ٣ ص ٤٨٠، المهذب للشيرازي ج ١ ص ٣٥٢.

الفصل الخامس

أعوان القاضي

٧٩ - تمهيد .

يحتاج القاضي في وظيفته القضائية إلى أعوان يعينونه على تمشية أعمال القضاء، وهؤلاء هم الموظفون والمستخدمون في دائرة القاضي . كما يحتاج القاضي إلى من يستشيرهم من أهل العلم والفقهاء في القضايا التي تعرض عليه والأحكام الشرعية المناسبة لها، فمن هؤلاء الأعوان؟ هذا ما نبينه في الفقرات التالية مبتدئين بأهل المشاورة من العلماء .

٨٠ - أولاً - جماعة من أهل العلم والفضل^(١)

يتخذ القاضي جماعة من أهل العلم والفضل يشاورهم فيما يعرض عليه من قضايا وما ينبغي لها من أحكام شرعية مناسبة . وهذه المشاورة مطلوبة من القاضي وإن كان عالماً . وعلى هذا النهج جرى الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من القضاة، فقد كان سعيد بن إبراهيم قاضي المدينة يجلس بين القاسم وسالم، وهما من فقهاء المدينة، يشاورهما . والغرض من المشاورة تنبيه القاضي إلى ما عسى أن يكون قد فاته أو نسيه مما له تعلق بالدعوى أو مؤثر في الحكم مع بيان رأيهم في الحكم المناسب . وقد اشترطوا فيهم أن يكونوا من أهل الاجتهاد والعدالة حتى يمكنهم الدلالة على الحكم الشرعي للقضية .

٨١ - ويجلسهم القاضي معه في مجلس القضاء . وقال الحنفية: إن

(١) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٢٦١ - ٢٦٥ ، ابن مازة، المرجع السابق، ج ١ ص ٣٥٧ ، المغني ج ٢ ص ٥٢ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٢٠ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٧ ، المواق ج ٦ ص ١١٧ .

القاضي، وإن استحب له أن يجلس العلماء معه في مجلس القضاء ولكن لا يشاورهم في أثناء المرافعة بين الخصوم. وقال بعض فقهاء المالكية لا ينبغي للقاضي أن يكون معه في مجلس قضاؤه من يشغله عن النظر في الدعوى والمرافعة فيها وإن كانوا أهل فقه لأن حضور هؤلاء مجلسه يدخل عليه الحصر والاهتمام بهم دون الاهتمام بالدعوى والخصوم، ولكن إذا انتهت المرافعة ورفعت الجلسة جاز له أن يشاورهم، أما بعد إعلان ختام المرافعة فينبغي أن يشاورهم في مجمل الدعوى ووسائل إثباتها والحكم المناسب لها. وهذا الرأي هو ما نرجحه، ولكن مع هذا أرجح جلوسهم في مكان في مجلس القضاء بحيث لا يشغل حضورهم ذهن القاضي ويصرفه عن الإصغاء للخصوم وسماع حججهم أو يدخل عليه الحصر بسبب حضورهم، لأن حضورهم يجعلهم يحيطون علماً بتفاصيل الدعوى ويستطيعون تنبيه القاضي إلى ما يستحق التنبيه في حينه.

٨٢ - ثانياً - أعوان القاضي الآخرون^(١)

وهؤلاء الأعوان منهم الكاتب، والحاجب، والبواب، والمترجم، والجلواز، والشهود، والأجراء، وصاحب السجن، والمزكون، والمؤدبون، وغيرهم. ونذكر فيما يلي شيئاً عن وظائف هؤلاء للتعريف بهم.

٨٣ - أ - كاتب القاضي

وهو الذي يكتب بين يدي القاضي حسب ما يملئ عليه القاضي. وقد قال الفقهاء: عن هذا الكاتب أن يكون عدلاً وعلى قدر كاف من الفقه والدراية.

٨٤ - ب - الحاجب

وهو الذي يقدم الخصوم إلى القاضي ليقضي في خصومتهم بحسب أسبقيتهم في الحضور أو على حسب ترتيب رؤية دعاواهم. ويقال للحاجب صاحب المجلس وقد يسمى بالعريف.

(١) المغني ج ٩ ص ٧٣، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٥٩ - ٦٥، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٢٠ - ٣٢١، روضة القضاة وطريقة النجاة ج ١ ص ١٢٠ - ١٣٢، الخطاب، المصدر السابق ج ٦ ص ١١٨، التاج والإكليل لشرح مختصر خليل للمواق ج ٦ ص ١١٨، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٣٩.

٨٥ - ج - البواب

ومن وظيفته إعلام الناس بوقت جلوس القاضي للحكم، وإعلامهم بوقت راحته، وإخبار القاضي بمن يريد الدخول عليه والغرض من ذلك حتى إذا أذن له القاضي بالدخول أدخله، وإلا لم يدخله.

٨٦ - د - المترجم

ويتخذ القاضي مترجماً عدلاً أو مترجمين اثنين أو أكثر عدولاً على اختلاف بين الفقهاء في العدد المطلوب. فإن لم يكن عند القاضي مترجم خاص ترجم له عند الحاجة ثقة مأمون ومترجمان أفضل من الواحد. ويجوز ترجمة المرأة العدل عند الحاجة. ويقوم هؤلاء المترجمون بترجمة أقوال المدعين أو المدعى عليهم أو الشهود إذا كان القاضي لا يعرف لغتهم.

٨٧ - هـ - الجلواز

وقد قال الفقيه السمناني: عن الجلواز بأنه هو الذي يقوم على رأس القاضي ويقيم الخصوم إذا انتهت الخصومة ليخرجوا من مجلس القضاء.

٨٨ - و - الشهود

وهؤلاء يحضرهم القاضي وجوباً ليشهدوا على الإقرارات التي تصدر من الخصوم ويحفظوها كما صرح بذلك فقهاء المالكية، وقالوا هو المعتمد والمشهور في المذهب، جاء في «مواهب الجليل لشرح مختصر خليل» للحطاب: «قال في التوضيح: وإذا كان المشهور، أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان فيكون إحضار الشهود واجباً وإلا فلا فائدة في جلوسه».

وقال الدسوقي المالكي في حاشيته تعليقاً على القائلين بإحضار الشهود وجوباً، قال: «هو المعتمد خلافاً لمن قال يندب إحضارهم» ولكن لا يشترط إحضار الشهود المقامين عند القاضي للشهادة على إقرار الخصم^(١). فيفهم من هذا أن من أعوان القاضي وجود شهود يحضرون مجلسه أو يكونون قريبين منه بحيث يمكن أن يستدعيهم القاضي عند الحاجة، وهؤلاء هم الشهود المقامون عنده.

(١) الحطاب، المرجع السابق، ج ٦ ص ١١٨، الدسوقي، المرجع السابق ج ٤ ص ١٣٩.

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي: «وينبغي له - أي للقاضي - أن يحضر شهوده مجلسه ليستوفي بهم الحقوق وتثبت بهم الحجج والمحاضر، فإن كان ممن يحكم بعلمه، فإن شاء أدناهم منه، وإن شاء باعدهم منه بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد، فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا به»^(١). فيفهم من هذا، أن من أعوان القاضي عند الحنابلة، الشهود يحضرهم القاضي مجلسه ليقوم بالشهادة على ما ذكره صاحب المغني.

٨٩ - ز - الأجراء:

ووظيفتهم إحضار الخصوم إلى مجلس القضاء إذا استدعى عليهم أصحاب الحقوق. وينبغي أن يكونوا من ذوي الدين والأمانة والبعد عن الطمع.

٩٠ - ح - المزكون:

وهؤلاء رجال عدول يختارهم القاضي دون علم الناس لتزكية الشهود بعد السؤال عنهم.

٩١ - ط - المؤدبون:

وهؤلاء نفر من الرجال الأكفاء يكونون في مجلس القضاء ليزجروا من ينبغي زجره من المتخاصمين أو من غيرهم إذا أساءوا الأدب في مجلس القضاء، ولهم الحق في إخراجهم من المجلس إذا لم يكفوا عن إساءتهم.

٩٢ - ك - أهل الخبرة:

وهؤلاء يختارهم القاضي من أهل العدالة والأمانة والخبرة في الأمور التي تدخل في أعمال القضاء وتحتاج إلى خبرة معينة، مثل تقويم الأشياء وإجراء قسمة العقار والمنقول.

٩٣ - ل - صاحب السجن:

صاحب السجن، أو السجنان، عده الفقيه السمناني من جملة أعوان

(١) المغني ج ٩ ص ٥٢، وسيأتي بحث مسألة حكم القاضي بعلمه.

القاضي، ومن واجباته أن يرفع إلى القاضي كل يوم أحوال المحبوسين وما يجري في السجن، حتى يزيل الظلم ويطلق من لا يستحق البقاء في السجن.

٩٤ - من يختار أعوان القاضي

ويلاحظ أن أعوان القاضي، من جهة اختيارهم، صنفان:

الصنف الأول: يختارهم القاضي بنفسه، مثل أهل العلم والفقهاء الذين يستشيرهم القاضي في أمور الدعوى. والمزكون الذي يزكون الشهود لدى القاضي بعد أن يسألوا عنهم. والشهود الذين يشهدون على أقارير الخصوم في مجلس القضاء، والمترجم الذي يترجم له أقوال الخصوم والشهود الذين لا يعرف القاضي لغتهم.

الصنف الثاني: تعينهم الدولة عن طريق من له حق التعيين كالوزير والأمير أو من يفوضه الخليفة أمر تعيينهم. وهؤلاء هم الكاتب، والحاجب، والبواب، والجلواز، والأجرياء، وصاحب السجن، والمؤدبون.

٩٥ - رزق أعوان القاضي:

ورزق أعوان القاضي الذين تعينهم الدولة يكون من بيت المال، قال الفقيه السمناني، وهو يتكلم عن بواب القاضي، ورزقه: «ويكون رزقه من بيت مال المسلمين بحسب كفايته، وكذلك سائر أعوان القاضي حتى لا يأخذ ما لا يجب أخذه، وهم كالقاضي في ذلك لأنهم في مصالح المسلمين، فكما لا يجوز للقاضي أن يأخذ من أحد الخصوم شيئاً فكذلك أعوانه»^(١).

والظاهر أن ما قاله الفقيه السمناني من تخصيص رزق من بيت المال لأعوان القاضي إنما ينصرف على من تعينهم الدولة ولا ينصرف قوله إلى من لا تعينهم الدولة، وإنما يختارهم القاضي كأهل العلم الذين يستشيرهم في الدعاوى التي ينظرها، وكالمزكين الذين يختارهم لتزكية الشهود بعد السؤال عنهم، وكالشهود الذين يحضرهم القاضي لسماع أقارير الخصوم في مجلس القضاء. وأرى تخصيص مكافآت أو مرتبات شهرية لهؤلاء من بيت المال على حسب ما يراه ولي الأمر من

(١) روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ص ١٣٢.

وجوه المصلحة، وقد تكون في بعض الحالات المكافآت أولى من المرتبات الشهرية الدائمة، وقد يكون العكس حسب الظروف والأحوال.

٩٦ - مراقبة القاضي لأعوانه

وعلى القاضي أن يراقب أعوانه ليضمن على حسن قيامهم بواجباتهم المناطة بهم. قال الفقيه السمناني: «وينبغي للقاضي أن يشرف على كاتبه وأصحاب مسائله وأمنائه»^(١).

ويقاس على ما ذكره السمناني في مسألة مراقبة القاضي لكاتبه سائر أعوانه، فعليه أن يراقبهم حتى تحملهم هذه المراقبة على أداء واجباتهم الوظيفية. هذا وأن مراقبة القاضي لأعوانه تختلف باختلاف أعمالهم، فمراقبة القاضي لكاتبه مثلاً تكون بالنظر إلى ما يكتبه حسبما يمليه عليه بين الحين والحين، ومراقبته للسجان، إذا اعتبرناه من أعوانه على رأي بعض الفقهاء كما اخترنا ذلك، تكون بزيارة السجن وتفقد أحوال المسجونين وهكذا.



(١) روضة القضاة للسمناني ج ١ ص ١٢٠، ١٣٢.

الفصل السادس

سلوك القاضي ورزقه

٩٧ - تمهيد

مركز القاضي مهم وخطير، لأنه هو يفصل بين الناس فينبغي أن يكون محل ثقة الناس واحترامهم له والاطمئنان إلى عدالته في الحكم. ولا يستطيع القاضي أن ينال هذه المنزلة عند الناس إلا بالدليل الملموس يقدمه للناس في سلوكه المرضي البعيد عن الشبهات، وفي صرامته في التمسك بعدالة الحكم بين الخصوم. وقد نبّه الفقهاء رحمهم الله تعالى إلى ذلك وذكروا ما ينبغي أن يتعد عنه القاضي في سلوكه وسيرته وأعماله، ولا شك أن ما ذكروه هو على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، والقاعدة في سلوكه أن يكون مرضياً لا تثار حوله وبسببه الشكوك، ونذكر فيما يلي ما قالوه.

٩٨ - منعه من أعمال التجارة

قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: «وأكره له - أي للقاضي - البيع والشراء خوف المحاباة والزيادة، ولأنه إذا باع واشترى لم يؤمن أن يسامح ويحابى فتميل نفسه عند المحاكمة إلى مسامحة ومحاباة من سامحه وحاباه»^(١). ويقاس على البيع والشراء سائر أعمال التجارة الأخرى، حسب الظروف والأحوال.

٩٩ - جواز اشتغاله بما لا يشغله عن أعمال القضاء

وإذا أمنت المحاباة فيما يباشره من أعمال التجارة أو مزاولة بعض الأعمال والحرف خارج أوقات وظيفة القضاء، فقد ينظر إلى ذلك من جهة مدى تأثير هذه الأعمال على عمله القضائي وإنجاز البت في دعاوى الناس، فإن وجد أن هذه

(١) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٢٣٧ - ٢٣٨.

الأعمال تشغله عن واجبات وظيفته لم يجز له مباشرتها، وإذا وجد أنها لا تشغله عن أعمال وظيفته، وليس فيها محذور المحاباة والمسامحة التي تنعكس على محاكمة الخصوم في دعاوهم أمامه، فلا بأس من اشتغاله بها على رأي بعضهم. قال السمناني: «الحاكم أجير المسلمين فلا ينبغي له أن يتشاغل بمتجر يقطعه عن النظر في أمورهم، فإن نظر في متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عمّا أسند إليه جاز»^(١).

١٠٠ - الراجح في اشتغال القاضي

والراجح، منع القاضي من مزاولة أية مهنة أو أعمال حتى ولو كان ذلك خارج أوقات وظيفته، لأن في هذا الاشتغال مظنة التهمة ومسامحة الناس له على أمل أن يسامحهم في قضاياهم إذا عرضت عليه، والنفس ضعيفة أمام إغراء المال ولو جاء عن طريق ظاهره الحل كطريق المسامحة والمحاباة. كما أن الانشغال بأي عمل كان لا يكون غالباً إلا على حساب عمل القاضي وتفرغه لهذا العمل. إن عمل القضاء يحتاج إلى صفاء الذهن وكثرة النظر، بل وإدامته في كتب الفقه، والتفكير في قضايا الناس لمعرفة الحكم الصحيح فيها، فإذا اشتغل بأي عمل فإن هذا العمل سيشغله عن عمله القضائي قليلاً أو كثيراً ويأخذ جزءاً من تفكيره ووقته وجهده، وفي هذا ضرر على الناس. ولكن إذا منعنا القاضي من مزاولة أي عمل فيجب أن توفر له الدولة الرزق الكافي له كما سنذكره.

١٠١ - الهدية للقاضي ممنوعة

الأصل في الهدية جوازها إن لم يكن استحبابها من المهدى وجواز قبولها من المهدى له، بل هي من وسائل المودة المرغوب فيها شرعاً بين المسلمين. وفي الحديث الشريف «تهادوا تحابوا». ولكن مع هذا الأصل فإن الاستثناء عدم قبولها إذا كان في هذا القبول مفسدة، ومن ذلك قبول القاضي للهدية. فقد قال الفقهاء: لا يقبل القاضي الهبة من أحد الخصمين لأنها تورث تهمة المحاباة، بل قالوا تكره الهدية إلى القضاة مطلقاً، أي سواء من الخصمين أو من غيرهما. ولما ردّ عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى الهدية، قيل له: إن النبي ﷺ كان يقبل

(١) روضة القضاة للسمناني ج ١ ص ٦٥٨.

الهدية . فقال عمر : كانت للنبي ﷺ هدية ، ولنا رشوة ، لأنه كان يتقرب المسلمون بهذه الهدية للنبي ﷺ لنبوته ، ولأنه ﷺ معصوم مما يخاف من الهدية على غيره^(١) . ويقاس على الهدية كل منفعة يقدمها إليه أهل البلد الذي يقضي فيه .

١٠٢ - أخلاق القاضي

وبالإضافة إلى ما تقدم ينبغي أن يكون القاضي مهيباً وقوراً بعيداً عما يثلم المروءة ولا يليق بالقضاء ، قليل المداخلة والعلاقات مع الناس حتى لا يتأثر بها فيحابي في قضائه من أجلها . وأن لا يغشى مجتمعات الناس التي لا تناسبه ، وأن لا يمازح ويضحك الآخرين في مجالسهم أو مجلسه ، لأن كل ذلك ينزع المهابة والوقار منه ، والقاضي بحاجة إلى الهيبة والوقار . وكذلك عليه أن يكون كلامه من النوع العالي الخالي من الغلظة والفحش أو الاستهزاء والاستعلاء على الآخرين .

١٠٣ - رزق القاضي واختلاف الفقهاء فيه

يراد برزق القاضي ما يتقاضاه من مرتب شهري من بيت المال لقاء عمله في وظيفة القضاء . وهنا نلاحظ أن بعض الفقهاء ذهب إلى كراهية أخذ القاضي أجره على عمله إذا لم يكن محتاجاً إلى أخذ الأجرة . وذهب بعض أصحاب الشافعي والفقهاء المازري المالكي إلى أن من تعين عليه تولي القضاء وكان في غنى عن أخذ الأجرة لم يجز له أن يأخذ شيئاً من بيت المال لقاء عمله في القضاء ، ولكن مع الحاجة يجوز .

وقال الفقيه ابن قدامة الحنبلي في موضوع رزق القاضي بعد أن ذكر أقوال الفقهاء في هذه المسألة : «والصحيح جواز أخذ الرزق عليه - أي على عمل القضاء - بكل حال ، لأن أبا بكر رضي الله عنه لما ولي الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين . وأن عمر رضي الله عنه رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق لمن تولي القضاء ، ولأن بالناس حاجة إليه ، فلو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق»^(٢) . وبهذا القول أخذ جمهور الفقهاء^(٣) .

(١) المغني ج ٩ ص ٣٧ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٠ ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير

للسياغي ج ٢ ص ١١٩ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٣٧ .

(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٠ ، روضة القضاة ج ١ ص ٨٥ - ٨٦ ، الروض النضير ج ٤ ص ١١٩ .

١٠٤ - القول الراجح

والراجح ما قاله ابن قدامة ووافقته عليه جمهور الفقهاء، فيجوز للقاضي أخذ الأجرة على عمله، بل وينبغي أن يعطى ما يكفيه من بيت المال حتى لا يتطلع إلى ما عند الناس وحتى يتفرغ إلى عمله القضائي وهو هادئ البال مكفي المؤونة هو ومن يعول وأن يعطى أكثر من الكفاية إلى حدود التوسعة عليه حتى ينصرف تماماً إلى عمله، يؤيد ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى معاذ بن جبل وإلى أبي عبيدة لَمَّا بعثهما إلى الشام: «انظرا رجالاً من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله»^(١). فالإمام الراشد عمر رضي الله عنه يذهب في رزق القاضي إلى أكثر من حدود الكفاية إلى حدود التوسعة ليرضى القاضي ويقنع وينصرف إلى عمل القضاء الخطير وهو رضي النفس هادئ البال لا تشغله حاجات العيش عن عمله النبيل، وهذا هو النظر السديد والسياسة الرشيدة التي ينبغي أن يلاحظها ولادة الأمور عند تحديد رزق القاضي. ونضيف هنا إلى هذا القول العام في ضرورة التوسعة على القاضي في رزقه، أن على الدولة أن تهيء للقاضي مسكناً مريحاً يحل فيه ويخصص هذا المسكن لكل قاضي يعين في كل بلد فيه قضاء ومحكمة، سواء كان السكن فيه بأجرة مناسبة أو بالمجان.



(١) المغني ج ٩ ص ٣٧، الخطاب ج ٦ ص ١١٥، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٣٨.

الفصل السابع

علاقة القاضي بالدولة

١٠٥ - تمهيد

الدولة ممثلة برئيسها الخليفة هي التي تقوم بتعيين القاضي وتمنحه صلاحية وسلطة القضاء المطلقة أو المقيدة على النحو الذي بيناه من قبل. فإذا تم تعيينه وبإشراف أعمال وظيفته حسب علمه واجتهاده بدا وكأنه مستقل عن الدولة لا تربطه بها رابطة ولا علاقة، ولكن الحقيقة غير ذلك إذ يبقى مرتبطاً بالدولة باعتباره من عمالها وموظفيها ويباشر أعمال وظيفته تحت رقابتها عن طريق الخليفة أو من يخوله. ثم إن للخصوم الحق في الدعوى التي ينظرها القاضي، أن يرفعوا شكاوهم من القاضي إلى الخليفة أو من يخوله، ويسمع الخليفة هذه الشكوى ويحقق فيها. فالقاضي إذن في وظيفته هو بين الاستقلال والمراقبة مع إمكانية الشكوى منه، وعلى هذا سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث (الأول) في استقلال القاضي و (الثاني) في مراقبة القاضي و (الثالث) في الشكوى من القاضي.

المبحث الأول استقلال القاضي

١٠٦ - التدخل في شؤون القاضي لا يجوز

القضاء إخبار عن حكم الشرع على وجه الإلزام، والذي يقوم بهذا الإخبار هو القاضي فلا يجوز لأحد كائناً من كان أن يتدخل في عمل القاضي ليحرفه عن الإخبار الصحيح عن حكم الشرع الصحيح وإلا كان مضاداً للشرع الشريف.

والإسلام يأمر بالحكم بالعدل. قال تعالى: ﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾. فلا يجوز لأحد كائناً من كان أن يتدخل في أعمال القاضي ليحرفه عن الحكم بالعدل وإلا كان مضاداً للشرع الشريف.

والحكم بالعدل من وجائب الخليفة، والقاضي نائبه في أداء هذا الواجب الشرعي فلا يجوز أن يتدخل في أعمال القاضي ليحرفه عن أداء هذا الواجب وإلا كان مضاداً للشرع الشريف.

١٠٧ - القضاء دين يحاسب عليه القاضي

والقضاء بالنسبة للقاضي دين يحاسب عليه، فإذا قضى بالحق وهو القضاء وفقاً للشرع الذي يعرفه دخل الجنة، وإذا حكم خلافاً للشرع دخل النار، فمن حق القاضي أن يرفض التدخل في أعماله ليحرفه عن الحكم وفقاً للشرع لأنه إذا فعل ذلك دخل النار وأضاع الجنة. جاء في الحديث الشريف عن النبي ﷺ: «القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»^(١).

(١) سنن أبي داود وشرحه عون المعبود ج ٧ ص ٤١٧ - ٤١٨.

١٠٨ - استقلال القاضي في قضائه حق له أم واجب عليه؟

وإذا كان القضاء دين يحاسب عليه القاضي فمن حقه أن يرفض التدخل في شؤون عمله القضائي حتى لا يتعرض إلى سخط الله إذا سمح بهذا التدخل، وقد روينا الحديث الذي فيه أصناف القضاة وأن الذي يدخل الجنة هو الذي يقضي بالحق الذي عرفه. وهذا الحق في الاستقلال مصدره الشرع الإسلامي وليس هو هبة من أحد، وما كان مصدره الشرع لا يملك أحد أن يسلبه أو يبطله.

وإذا كان استقلال القاضي حق له مصدره الشرع إلا أن هذا الحق في جذوره وأصوله هو واجب شرعي على القاضي، ومما يدل على أنه في حقيقته واجب هو عدم قدرة القاضي أن يتنازل عن استقلاله في القضاء، ولو كان حقاً خالصاً له مثل باقي الحقوق الشخصية لأمكنه التنازل عنه. فالقاضي، عليه التزام شرعي هو أن يصدر أحكامه وفق الشرع حسب اجتهاده حتى أنه لا يجوز له تقليد غيره فيما يصدره من أحكام، فإذا كان التقليد ممنوع عليه في الأصل فكيف يسوغ له السماح بالتدخل في عمله القضائي أو التنازل عن استقلاله في إصدار الحكم؟ فالقاضي إذن ملزم شرعاً أن يبقى مستقلاً وحرراً في إصداره الحكم حسب اجتهاده وهذا ما نريد به (استقلال القاضي) الذي قلنا إنه حق له وأن حقيقة وجوه هذا الحق هو الوجوب الشرعي على القاضي بالتمسك بهذا الاستقلال وعدم التفريط به.

١٠٩ - تدخل ولي الأمر في عمل القاضي معصية

وتدخل ولي الأمر في عمل القاضي معصية، والقاعدة في الشريعة الإسلامية «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»، وقد جاء في الحديث الذي رواه الإمام البخاري في صحيحه في باب طاعة الأمراء: «السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»^(١).

١١٠ - قول الفقيه أشهب في استقلال القاضي

وقد نقل عن الفقيه المالكي المعروف أشهب، أنه قال: «من واجبات القاضي أن يكون مستخفاً بالأئمة» وقد فسرت عبارته: أي مستخفاً بتوسطاتهم في النوازل وشفاعتهم فيها وفي إنفاذ الحق عليهم وعلى ذويهم، وليس المراد

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ١٣ ص ١٢١ - ١٢٢.

أنه مستخف بحقوق الأئمة في تقرير الطاعة العامة^(١).

١١١ - على القاضي أن يستقيل إذا فقد استقلاله

وإذا أصر ولي الأمر على التدخل في شؤون القاضي، ولم يستطع القاضي الحفاظ على استقلاله في إصدار الحكم وجب عليه أن يستقيل من وظيفته.

١١٢ - الشأن في حكام المسلمين عدم التدخل في شؤون القضاء

والواقع أن ولاة أمور المسلمين العارفين بمعاني الإسلام الواقفين عند حدوده لا يتدخلون في شؤون القضاء ولا يأمرّون القضاة بإصدار الأحكام حسب أهوائهم، لأن تدخلهم في شؤون القضاء على هذا الوجه معصية لله وظلم للرعية، والشأن في ولاة الأمر أنهم لا يعصون الله عن قصد واصرار واستمرار على هذا العصيان، ولذلك كان القضاة في صدر الإسلام وعهوده الأولى يتمتعون باستقلال في عملهم القضائي ويحكمون حتى على الخلفاء في خصوماتهم إذا ظهر أن الحق عليهم، وبهذه الحصانة للقاضي من تدخل ولي الأمر في شؤونه يطمئن الناس على حقوقهم ولا يخافون جور السلطان ولابغي ذوي الجاه والنفوذ لأن القاضي ينصفهم منهم.

١١٣ - اعتراض ودفعه

وقد يعترض علينا بأن الخليفة أو السلطان يملك ولاية القضاء بين الناس، وله أن يباشر هذه الولاية فعلاً وهذا يؤدي إلى هدم استقلال القضاة، ويؤدي إلى جمع السلطة القضائية والسلطة التنفيذية بيد الخليفة، وفي هذا من الخطر على حقوق الناس ما لا يمكن إنكاره.

١١٤ - والجواب على ذلك أن الخليفة أو السلطان عندما يباشر القضاء فعلاً فإنه يخضع في هذه المباشرة لما يخضع له القضاة الآخرون من جهة ضوابط المرافعة ووسائل الإثبات وقواعد الحكم، ومن هذه القواعد والضوابط عدم جواز نظر القاضي في قضية هو فيها مدعٍ أو مدعى عليه، أو أحد خصومها من لا تجوز الشهادة له... إلخ.

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص ١٩٧.

١١٥ - ثم إن كثيراً من أصحاب الحقوق والذين أصابتهم المظالم من أصحاب النفوذ والجاه، هؤلاء يرغبون في نظر الخليفة في قضاياهم لما يرجونه من استخلاص حقوقهم بواسطة نظراً لمركز الخليفة ونفوذه وخوف الآخرين منه .

١١٦ - وأيضاً فإن حق الخليفة في مباشرة القضاء لا يعني أن الخليفة يستعمل هذا الحق، فإن الواقع هو أن الخليفة لا تسمح له ظروفه وأعماله القيام بالقضاء، والسوابق القديمة تؤيد ذلك .

١١٧ - ومع هذا كله يمكن القول الآن بناء على المصلحة المرسله وسد الذرائع، عدم جواز قيام السلطان بوظيفة القضاء دعماً للتهمة عن نفسه وخوفاً من انحرافه إلا في حالة تشكي بعض الرعية من أصحاب النفوذ في المجتمع، فيجوز في هذه الحالة وأشباهاها أن يتولى السلطان القضاء وينظر هذه الشكوى ويفصل فيها وتكون له صفة «ولي المظالم» وهي وظيفة قضائية ستتكم عنها فيما بعد .

١١٨ - استقلال القاضي لا يمنع إرشاده

واستقلال القاضي لا يمنع إرشاده من قبل السلطان لأن الاستقلال لا يستلزم منع الإرشاد واستبعاده، والسلطان من واجبه تفقد أحوال القضاة في ضوء ذلك له أن يقدم ما يراه لازماً من نصائح وإرشادات في عملهم القضائي، وقد تعتبر هذه الإرشادات بمنزلة القواعد والتعليمات للقضاة ومن أمثلتها الشهيرة في تاريخ القضاء في الإسلام رسالة الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى قاضيه أبي موسى الأشعري . فقد جاء فيها: «أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له . آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً، ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمدأ ينتهي إليه، فإن بيّنه أعطيته بحقه وإن أعجزه ذلك استحلتت عليه القضية فإن ذلك هو أبلغ في العذر وأجلى للعماء . ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل . والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور أو مجلوداً في حد أو ظنياً في ولاء أو قرابة فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك

مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ثم قايِس الأمور عند ذلك واعرف
الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق. وإياك والغضب
والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة أو الخصوم فإن القضاء في
مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر فمن خلصت نيته في الحق
ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن تزئِن مما ليس في نفسه شأنه الله،
فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً.

قال الإمام ابن القيم بعد أن ذكر هذه الرسالة: وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء
بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى
تأمله والتفقه فيه^(١).



(١) اعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٧١ - ٧٢.

المبحث الثاني الرقابة على القاضي

١١٩ - من واجب الخليفة أن يراقب القاضي :

قلنا إن الخليفة هو الذي يعين القاضي، فالقاضي نائبه ووكيله في القيام بواجب القضاء وفصل الخصومات بين الناس بالعدل ومن حق الموكل أن يراقب نائبه أو وكيله ليتأكد من حسن قيامه بما وكله فيه وبما ينظر فيه من أمور. ثم إن من واجب الخليفة أن يراقب نوابه جميعاً من قضاة وأمرأه ليضمن أن سير أعمالهم على الوجه المشروع، وبهذا صرح الفقهاء فقالوا: «وينبغي للإمام أن يتفقد قضاة ونوابه فيتصفح أفضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس وعلى الإمام والقاضي الجامع لأحكام القضاء أن يسأل الثقات عنهم»^(١).

١٢٠ - لا تعارض بين استقلال القاضي والرقابة عليه

ولا تعارض بين استقلال القاضي وبين الرقابة عليه، لأن استقلاله لا يستلزم عدم مراقبته ولا يمنحه الحصانة من هذه الرقابة، ولأن القاضي يبقى نائباً للخليفة وللنائب أن يراقب نائبه كما قلنا. ثم إن مباشرة الحقوق أو القيام بالواجبات لا تتعارض ولا تتصادم إذا قام بها أصحابها، فالقاضي إذا كان من حقه أو واجبه الاستقلال في القضاء فإن من حق الخليفة أو من واجبه مراقبة القاضي، فكل منهما يمضي في أداء واجبه، أو في التمتع بحقه دون تصادم ما دام ذلك على الوجه المشروع ودون تعدي الحدود.

١٢١ - من سبل الرقابة تصفح أحكام القاضي :

ويمكن أن يراقب ولي الأمر أو من يخوله عمل القاضي ومدى سلامته

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٧، المواق ج ٦ ص ١١٤.

ومدى كفاءة القاضي عن طريق النظر في أفضيته وأحكامه التي يصدرها، فإن كانت سائغة ولا تخالف الشرع لا في المضمون ولا في وسائل الإثبات فإن ذلك يدل على صلاحية القاضي للعمل بوظيفته، وإن بدت على خلاف ذلك كان ذلك دليلاً على عدم صلاحيته للقضاء أو في الأقل يكون بحاجة إلى التنبيه والتذكير ليحسن حاله وكفاءته.

ومما يدل على أن من طرق الرقابة النظر في أحكام القاضي ما ذكرناه في الفقرة السابقة من قولهم: «وكذلك قاضي الجماعة، فينبغي له أن يتفقد قضائه ونوابه فيتصفح أفضيتهم»، فقولهم: «فيتصفح أفضيتهم» تعني فحص هذه الأفضية للتأكد من سلامتها ومشروعيتها باعتبار أن قاضي القضاة مرجعاً قضائياً وله علم بأمور القضاء.

١٢٢ - من دواعي الرقابة الإسراع في حسم الدعاوى

إن من حاجة أصحاب الحقوق إيصالها إليهم بأسرع وقت ممكن عن طريق القضاء، وهذا يتطلب الإسراع في حسم الدعاوى وعدم تأخير هذا الحسم بدون مبرر شرعي، وقد يتلصق القاضي في الحسم ويتباطئ فيه بدون مبرر، مع أن واجبه الإسراع في الحسم حتى يصل الحق إلى صاحبه بأقصر مدة ممكنة وعدم تمكين الظالم من ظلمه ولا شك أن رقابة الخليفة أو قاضي القضاة على القاضي وتذكيره بضرورة الإسراع في الحسم يؤدي عادة إلى بذل الجهد المستطاع من قبل القاضي للإسراع في الحسم وفصل الخصومات وهو مطلب أكده الفقهاء وجعلوا التفريط فيه سبب كاف لعزل القاضي، فمن أقوالهم في هذا الموضوع: «لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه». وقولهم: «القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزّر ويعزل»^(١).

١٢٣ - من ثمرات الرقابة إبقاء الصالح وإقصاء الفاسد

هذا وإن من ثمرات الرقابة على القضاة، إبقاء الصالح منهم وإقصاء الفاسد لأن الرقابة الجدية تكشف عن حال القاضي وسيرته ومدى كفاءته لوظيفة القضاء. فإذا تبين أن في بقاءه مفسدة لعدم كفاءته العلمية، أو لعدم إنصافه وعدله أو لقلّة

(١) رد المحتار ج ٥ ص ٤٢٣.

ورعه وكثرة طمعه، أو لتأخيره الفصل في الدعاوى بدون مبرر، أو لعدم مراعاته التسوية بين الخصوم، وجب عزله أو ترجح أو جاز حسب دواعي ومبررات العزل، قال الفقيه الحطاب المالكي: «ويجب تفقد الإمام حال قضائه فيعزل من في بقائه مفسدة وجوباً فورياً، ومن يخشى مفسدته استحباباً. . وإن وجد الإمام أفضل منه فله عزله لتولية الأفضل»^(١). ويبدو لي أن الأولى والأفضل عدم عزل الفاضل لوجود الأفضل، بل وأرى عدم جواز عزل القاضي الفاضل المستجمع لشروط تولية القضاء في الابتداء وفي الحال بحجة وجود الأفضل، لأن هذا يؤدي إلى زعزعة القضاء والقضاة، ويمنع الاستقرار، ويكون مبرراً لأصحاب الأهواء للإيقاع بالقضاة لأتفه الأسباب بحجة وجود الأفضل، فبدأً لذريعة هذا الفساد يمنع العزل بحجة وجود الأفضل. وعلى كل حال فإن قول الفقيه الحطاب بجواز عزل الفاضل لوجود الأفضل يكشف لنا عن مدى حرص فقهاءنا على المصلحة العامة وإقامة العدل بين الناس إلى حد تجويزهم عزل الفاضل لوجود الأفضل، باعتبار أن الأفضلية التي يتمتع بها القاضي ترجع إلى كفاءته العلمية وإلى ورعه وحرصه على العدل، وكل ذلك يفيد الناس ويحقق مصالحهم المشروعة على أساس الشرع والعدل. ولكن هذا لا يمنع القول بمنع العزل الذي ذهبنا إليه لما يخشى من مفسد هذا العزل بناءً على قاعدة سد الذرائع لأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح.



(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ١١٥.

المبحث الثالث الشكوى من القاضي

١٢٤ - تبرير الشكوى من القاضي

قلنا إن الغرض من الرقابة على القاضي التأكد من حسن حاله وقضائه وقيامه بواجب وظيفته على الوجه المطلوب، ولكن قد تقصر هذه الرقابة عن الوصول إلى هذا الهدف لأنها مهما كانت جدية ودائمة فلا يمكن أن تكون محيطة بجميع أحوال وتصرفات القاضي، ومن أجل هذا فقد أجاز الفقهاء التشكي من القضاة، فيجوز للخصوم في القضية التي ينظرها القاضي أن يتشكى أحدهم منه متهماً إياه بالانحياز إلى خصمه مثلاً، أو متهماً إياه بوجود عداوة معه، أو بوجود علاقة معينة مع خصمه تمنع من جواز قيامه بالنظر في هذه الخصومة، كعلاقة القرابة أو المنفعة. أو يتشكى أحد الخصوم من ارتكابه الظلم في نظره في خصومته ونحو ذلك من التهم، ولهذا فقد جاز سماع هذه الشكوى إذا رفعها المشتكي إلى ولي الأمر.

١٢٥ - إجراءات سماع الشكوى والنظر فيها

فإذا رفعت هذه الشكوى إلى الخليفة أو إلى غيره ممن خوله الخليفة سماعها والنظر فيها، قام بالتحقيق في هذه الشكوى والتحري عن أحوال المشكو منه والسؤال من الثقة عنه، فإذا ظهرت استقامته ونزاهته وكذب الشكوى ضده أبقاه في منصبه ووظيفته، وإن ظهر صدق الشكوى ضده وكانت الشكوى مما يقدح في صلاحية القاضي في البقاء في وظيفته مثل تعمد الحكم بالباطل ومخالفة الشرع عزله الخليفة^(١). وإذا كان الأمر لا يقتضي العزل كما لو ادعى المشتكي أن بينه وبين القاضي عداوة، فيكفي في هذه الحالة، إذا ترجح لدى المشكو عنده وجود مثل هذه العداوة أن يأمر بنقل الدعوى إلى قاض آخر.

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٧، ٧٩.

١٢٦ - حماية القضاة من المشتكين المبطلين

إلا أنه قد يتجرأ أهل الباطل على مقام القاضي الزيه العادل فيشكونه بالباطل عند ولي الأمر لتجريحه والمس بكرامته والسعي في إيدائه ثم عزله فينبغي للخليفة أو من يخوله النظر في الشكوى من القضاة أن يدرك ذلك ويأخذ الحيطة من الشكاوى الكاذبة حماية للقاضي ورعاية لمنصبه الخطير وردعاً للمبطلين، ولهذا قال بعض فقهاء المالكية: «لا يعزل من اشتهرت عدالته بتظاهر الشكوى ضده، لأن في عزله مع اشتهار عدالته فساد للناس على قضاتهم».

١٢٧ - كيفية تنظيم الشكوى من القضاة:

والذي أراه في هذا المقام، مقام الشكوى من القضاة وواجب حمايتهم من المبطلين مع إقرار مبدأ جواز الشكوى من القضاة، أن يقوم الخليفة - أو السلطة التنفيذية - بوضع الضوابط والقواعد والإجراءات الواجب اتباعها عند الشكوى من القضاة، وذكر الأسباب والمبررات التي تجيز الشكوى بحيث لا تقبل الشكوى إلا لهذه الأسباب، مع وضع جزاءات مناسبة في حالة ظهور كذب المشتكي كذباً بيناً واضحاً، على أن يلاحظ في ذلك كله السهولة واليسر وعدم التعقيد حتى تؤدي هذه الإجراءات والقواعد غرضها المزدوج وهو:

أولاً: إمكان رفع الشكوى ضد القاضي عند وجود السبب بسهولة ويسر.

الثاني: حماية القاضي من المبطلين بما تضعه من أسباب معينة لإمكان رفع الشكوى، ومن جزاءات رادعة إذا ظهر كذب المشتكي.



الفصل الثامن مسؤولية القاضي

١٢٨ - تمهيد

القاضي يحكم باجتهاده، والمجتهد يصيب ويخطئ، وخطأه قد يصيب الناس في أموالهم ونفوسهم، فما حكم هذا الخطأ بالنسبة لمسؤولية القاضي؟ بمعنى هل يسأل عنه القاضي أو لا يسأل عنه؟ وإذا سئل عنه فما هي شروط هذه المسؤولية ومداهها؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه في هذا الفصل.

١٢٩ - لا مسؤولية في الخطأ السائع

إذا كان خطأ القاضي في حكمه خطأً سائغاً مألوفاً في الأمور الاجتهادية فإن القاضي لا يسئل عنه ولا عن آثاره، فلا يضمنه من ماله ولا يضمنه بيت المال، قال الفقيه ابن فرحون: «ولا شيء على القاضي، لأن خطأ السلطان في الأموال على الاجتهاد هدر»^(١). ويبدو لي أن عدم مسؤولية القاضي لا تنحصر في الأموال فقط وإنما تتعداها إلى النفوس أيضاً ما دام حكمه صدر عن اجتهاد سائع.

١٣٠ - المسؤولية في الخطأ الفاحش

وإذا كان خطأ القاضي من الخطأ الفاحش الذي لا يحتمله الاجتهاد السائع المقبول فإن القاضي يسأل عن خطأه هذا وما سببه للغير من أضرار كما لو حكم بشهادة أطفال غير مميزين أو حكم بشهادة مجانين وهو يعلم أنهم مجانين^(٢).

١٣١ - المسؤولية في الخطأ المتعمد

وإذا كان خطأ القاضي في قضائه مرده تعمده الخطأ والجور والانحراف عن

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٩٢.

(٢) الورد البسام في رياض الأحكام للشيخ عبد العزيز الثميني ص ١٠٨ - ١٠٩.

مقتضى العدل وقضى بما لا يلزم شرعاً، واعترف بذلك أو ثبت ذلك عليه بالبينة المقبولة لزمه الضمان في ماله وعوقب بالعقوبة التي يستحقها ويعزل من وظيفته وولايته، ولا تجوز في المستقبل ولايته للقضاء ولا شهادته حتى وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما ارتكبه في حق الله^(١).

١٣٢ - المسؤولية في خطأ القاضي في أسباب الحكم^(٢)

وإذا أخطأ القاضي في أسباب الحكم كما لو قبل شهادة من لا تقبل شهادته لخفاء ذلك عليه ثم أصدر حكمه بناء على هذه الشهادة، فحكم الخطأ يكون على النحو التالي:

أ - إذا كان المحكوم فيه حقاً من حقوق العباد وهو مال لا يزال قائماً رده القاضي إلى المحكوم عليه، وإن كان هذا المال هالكاً فالضمان على المحكوم له، لأن القاضي قضى له وعمل له فكان خطأه عليه ليكون الخراج بالضمان.

ب - إذا كان المحكوم فيه حقاً ليس بمال - كالطلاق والعتاق - بطل الحكم وعادت المرأة إلى زوجها والعبد إلى سيده.

ج - وإذا كان المحكوم فيه من حقوق الله تعالى الخاصة كقطع يد السارق ورجم الزاني المحصن فإن الحكم لا ينفذ لأنه باطل، أما إذا نفذ فإن الضمان لهما في بيت المال، لأن القاضي فيما قضى فيه من عقاب عليهما إنما عمل لمنفعة عامة المسلمين لما في هذا العقاب من زجر، فكان خطأه عليهم ليكون الخراج بالضمان فيؤدي هذا الضمان من بيت مالهم، أي من بيت مال المسلمين ولا يضمن القاضي شيئاً.

د - وإذا كان المحكوم فيه من الحقوق التي يجتمع فيها الحقان، وحق العبد فيها هو الغالب كالقصاص في القتل والجروح وقطع الأطراف فإن القصاص لا يجب على القاضي لأنه مخطئ وإنما تجب الدية في بيت المال على إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي لأن القاضي نائب عن المسلمين ووكيل لهم، وخطأ

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٩، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ج ١٢ ص ٥١٨ - ٥١٩.

(٢) الكاساني في بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦، روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ج ١ ص ١٥٧، المغني ج ٩ ص ٢٥٥ - ٢٥٦.

الوكيل في حق موكله على الموكل لا على الوكيل، ولأن خطأ القاضي يكثر لكثرة تصرفاته والقضايا التي ينظرها، فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه عليه أو على عاقلته يعتبر إجحافاً به وبهم فافتضى ذلك التخفيف عنه وعنهم بجعل الدية في بيت المال. وهناك رواية ثانية في المذهب الحنبلي تجعل الدية على عاقلة القاضي مخففة ومؤجلة لما روي أن امرأة ذُكرت عند الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بسوء فأرسل إليها فأجهزت، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فشاور الصحابة فقال بعضهم لا شيء عليك إنما أنت مؤدب، وقال علي رضي الله عنه: عليك الدية، فقال عمر: عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك، يعني قريشاً، لأنهم عاقلة عمر. وأيضاً فإن ما حكم به القاضي من خطأ في القصاص يعتبر من خطأه الذي تحمله عاقلته كخطأه. في غير الحكم والقضاء إلا أن العاقلة لا تحمل الكفارة وتكون في ماله. وللإمام الشافعي قولان في هذه المسألة كالروايتين اللتين ذكرناهما في المذهب الحنبلي.



الفصل التاسع انتهاء ولاية القاضي

١٣٣ - تمهيد

ولاية القاضي في القضاء تنتهي وتزول فلا شيء في الحياة الدنيا يدوم، فكل شيء فيها إلى الفناء . . . وزوال ولاية القاضي وانتهائها قد تكون بعزله وقد تكون بانعزاله وقد تكون باستقالته، وإذا لم يحصل واحد من هذه الأسباب زالت عنه وظيفة القضاء بالموت. وعلى هذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين (الأول) لعزله وانعزاله و (الثاني) لاستقالته.

المبحث الأول عزل القاضي وانعزاله

١٣٤ - هل يملك الخليفة عزل القاضي؟

إذا عين الخليفة قاضياً فهل يملك عزله متى شاء حتى مع صلاح حاله وكفاءته لوظيفة القضاء؟
للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: نعم، يجوز للخليفة أن يعزله وهذا قول الحنفية والظاهرية والمالكية، والراجح عند الحنابلة، والشافعية، إلا أن الشافعية قيدوا ذلك بوجود المصلحة في العزل وعدم تعيين تولي القضاء على القاضي المراد عزله.
القول الثاني: ليس للخليفة عزل القاضي وهذا هو القول المرجوح عند الحنابلة والشافعية

١٣٥ - أدلة القول الأول

أولاً: القاضي يستمد ولايته من عامة المسلمين، لأنهم هم الذين أسندوا إليه ولاية القضاء فهو في الحقيقة نائبهم ووكيلهم فيها، وما دور الخليفة في إصدار أمره بتعيين القاضي أو عقده ولاية القضاء له إلا بمنزلة الرسول عن عامة المسلمين. ثم إن عامة المسلمين أذنوا للخليفة دلالة بعزل القاضي كما أذنوا له بتعيينه وتعيين من يخلف القاضي المعزول إذا ما رأى المصلحة في عزله وتعيين غيره بدله، فعزل القاضي في الحقيقة لم يتم من قبل الخليفة وإنما من قبل عامة المسلمين الذين أذنوا له بذلك. وهذه هي حجة الحنفية وتوجيههم جواز عزل القاضي، وتكييفهم لمركز القاضي ودور الخليفة في عملية العزل^(١).

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص١٦، الفتاوى الهندية ج٣ ص٣١٧.

١٣٦ - ثانياً: ثبت أن النبي ﷺ بعث علياً رضي الله عنه إلى اليمن قاضياً ثم صرفه عن ولاية القضاء حين حجة الوداع ولم يرجع إلى اليمن بعدها. وهذا دليل حق الإمام في عزل القاضي. وهذه هي حجة الظاهرية^(١).

١٣٧ - ثالثاً: القاضي في نظر المالكية يعتبر نائب الإمام أو الخليفة الذي ولاه وظيفة القضاء، فمركزه الشرعي مركز النائب والوكيل، والموكل يملك عزل وكيله فكذا الخليفة يملك عزل القاضي الذي ولاه ولاية القضاء لأنه نائبه ووكيله، وهذه هي حجة المالكية^(٢). وهي أيضاً حجة الشافعية في قولهم الراجح مضيفين إليها قولهم إن عقد تقليد القضاء من العقود الجائزة لا اللازمة لأنه استنابة كالوكالة ويجوز للمنيب عزل نائبه^(٣).

١٣٨ - رابعاً: أن الخلفاء الراشدين عزلوا قضاتهم، فقد عزل عمر بن الخطاب قاضيه على البصرة وعين مكانه كعب بن سوار، وولى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أبا الأسود الدؤلي ثم عزله. ثم إن الخلفاء الراشدين كانوا يعهدون بولاية القضاء إلى بعض أمراء الأمصار ثم يعزلونهم، فعزل القاضي الذي لا يملك إلا ولاية القضاء أولى بالجواز. وأيضاً فإن عزل القاضي لا ضرر فيه على الناس لأن الخليفة عادة لا يعزل قاضياً إلا ويولي آخر مكانه. وهذه هي حجة الحنابلة في قولهم الراجح^(٤).

١٣٩ - أدلة القول الثاني :

أولاً: أن عقد تقليد القضاء للقاضي إنما عقده الخليفة لمصلحة المسلمين، فلا يملك الخليفة نقض هذا العقد بعزل القاضي مع صلاح حاله^(٥).

ثانياً: أن القاضي بتقلده القضاء صار قاضياً من جهة الله تعالى فلا ينعزل بعزل الخليفة له. وهذه حجة الشيخ القفال رحمه الله وهو من فقهاء الشافعية^(٦).

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥ - ٤٣٦.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨.

(٣) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٨٠، تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨.

(٤) المغني ج ٩ ص ١٠٣ - ١٠٤.

(٥) المغني ج ٩ ص ١٠٣.

(٦) أدب القاضي لابن أبي الدم ص ٤٨.

وبلاحظ هنا أن المقصود بكلام القفال رحمه الله أن القاضي صار قاضياً من جهة الله تعالى، معناه أن القاضي يباشر القضاء بولاية عامة المسلمين ولمصالحهم العامة. لأن ما يضاف إلى الله تعالى في اصطلاح الفقهاء عندما يتكلمون عن الحقوق والولايات يعنون به حق عامة المسلمين وما يتعلق بمصالحهم العامة. ويقرب من قول القفال قول الفقيه الرملي الشافعي رحمه الله تعالى: «ولأن الإمام إنما يولي القضاء نيابة عن المسلمين»^(١).

١٤٠ - القول الراجع

والراجع هو قول الجمهور، فللخليفة الحق في عزل القاضي الذي ولاه هو أو غيره وظيفه القضاء للأدلة التي ساقوها وذكرناها عنهم، ولكن هذا الرجحان الذي نذهب إليه مقيد بوجود المصلحة الشرعية في عزل القاضي لأن تصرف الإمام منوط بالمصلحة فإذا عري منها لم يجز ديانة. ولأن في عزل القاضي - كما يقول الفقيه ابن عرفة المالكي - (توهيناً لحرمة القضاء)^(٢). ولكن مع هذا كله لو عزل الخليفة القاضي بلا مصلحة ظاهرة كما لو عين بدلة من هو أقل منه كفاءة وصلاًحاً فإن العزل ينفذ مع إثم الخليفة^(٣).

١٤١ - إعفاء القاضي من القضاء لبلوغه سنأ معينة

وإذا تحرى الخليفة المصلحة في عزل القاضي فهل من موجبات المصلحة عزله أو اعفاؤه من وظيفة القضاء لبلوغه سنأ معينة تكون قرينة على عجزه عن ممارسة القضاء، أو يترك ذلك إلى حصول العجز الفعلي المشهود الذي يبرر إعفائه، من وظيفة القضاء؟ لم أقف على قول للفقهاء في هذه المسألة أي إنني لم أجد أحداً صرح بأن بلوغ القاضي سنأ معينة يقضي عزله باعتبارها قرينة على عجزه. ومع هذا، يبدو لي أن من الممكن تعيين مثل هذه السن التي تكون قرينة على عجز القاضي عن ممارسة وظيفة القضاء مع جواز تمديدتها إلى مدة معينة أخرى إذا رغب القاضي واقتنع الخليفة أو من يخوله بقدرته على أعمال القضاء.

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٨ ص ٢٣٤.

(٢) مقاصد الشريعة للشيخ محمد طاهر بن عاشور ص ١٩٨.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٨ ص ٢٣٤.

١٤٢ - هل ينعزل القاضي بموت الخليفة أو عزله؟

والجواب أن الفقهاء جميعاً متفقون على أن موت الخليفة لا يؤدي إلى انعزال القاضي، ويعلمون ذلك بأن القاضي هو، في الحقيقة، نائب ووكيل عن الأمة لا عن الخليفة حسب التكليف الذي ذكرناه عن الحنفية لكل من مركز الخليفة والقاضي ودور الخليفة في عملية عزل القاضي. أما على رأي غير الحنفية الذين يصرحون بأن القاضي نائب ووكيل عن الخليفة، فإنهم يعلمون عدم انعزال القاضي بموت الخليفة بأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم عينوا قضاة في زمانهم فلم ينزلوا بموتهم. ولا شك أن عمل الخلفاء الراشدين يمكن الاحتجاج به شرعاً لا سيما إذا لم يظهر له مخالف كما في مسألتنا هذه. ثم إن القول بانعزاله بموت الخليفة ضرر ظاهر بالمسلمين لشغور منصب القاضي إلى أن يعين الخليفة الجديد قاضياً جديداً، والضرر مرفوع في الشريعة بحكم الشريعة، ورفعها يتم ببقاء القضاة في مناصبهم وعدم انعزالهم بموت الخليفة^(١).

١٤٣ - ولا ينعزل القاضي إذا خلع الخليفة أو تنازل هو عن الخلافة جبراً أو رضاً واختياراً^(٢) لأن هذا الخلع أو التنازل لا يكون أكثر من الموت، وموت الخليفة لا يؤدي إلى انعزال القاضي فكذا خلعه أو تنازله.

١٤٤ - متى ينفذ عزل القاضي؟

قلنا إن الراجح هو جواز عزل القاضي من قبل الخليفة لمصلحة يراها، ولكن متى يعتبر عزل الخليفة للقاضي نافذاً؟ هل يعتبر نافذاً من تاريخ صدور أمر العزل أم من تاريخ تبلغ القاضي به؟

والجواب على ذلك لا يعتبر عزل القاضي نافذاً إلا من تاريخ تبلغه بالعزل كما لو تسلم أمر العزل التحريري. ويترتب على ذلك أن أحكام هذا القاضي المعزول التي أصدرها بعد صدور أمر العزل وقبل تسلمه أمر العزل تعتبر صحيحة. ولا شك أن هذا القول يصون مصالح الناس^(٣).

وعن الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا ينعزل وإن علم بعزله وبلغه أمر

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٣، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٨ ص ٢٣٤.

(٢) روضة القضاة للسمناني ج ١ ص ١٥١.

(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٧ - ٧٨، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣١٧.

العزل حتى يتقلد غيره القضاء بدله صيانة لحقوق العباد. ولأن أبا يوسف رحمه الله تعالى اعتبر القاضي بمنزلة إمام الجمعة، وإمام الجمعة إذا عزل لا ينعزل ولو بلغه أمر العزل حتى يعين بدله إمام آخر ويباشر عمله فعلاً. والواقع أن أساس قول الإمام أبي يوسف هو رعاية مصلحة الناس وعدم إبقاء منصب القاضي شاغراً، ولكن يمكن القول بانعزال القاضي إذا بلغه أمر العزل إذا كان في منطقتة قاض آخر يمكن للناس مراجعته في قضاياهم.

١٤٥ - تغيير حال القاضي وأثره في عزل القاضي وانعزاله

إذا تغير حال القاضي بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من مباشرة عمل القضاء، أو ثبوت تعمدته الجور أو ثبوت تعمدته مخالفة أحكام الشرع، أو ثبوت ارتشائه، أو ظهور عدم كفائته بكثرة أخطائه، فإنه في هذه الأحوال يستحق العزل ويتعين على الإمام عزله^(١).

١٤٦ - ولكن هل ينعزل القاضي بنفس الفسق ونحوه من موجبات عزله إذا تحقق واحد منها في القاضي أم لا ينزل حتى يعزله الخليفة؟ قال الفقيه المازري المالكي: الراجع عدم العزل حتى يعزله الإمام. وقال غيره من فقهاء المالكية ينعزل بنفس الفسق ونحوه من موجبات العزل ولا يشترط لانعزاله عزل الخليفة له^(٢).

١٤٧ - والراجع عندي أنه ينعزل بالجنون دون توقف على صدور أمر الخليفة بعزله لأنه مع الجنون لا يحتمل بقاءه ولا مصلحة في هذا البقاء، وأما في غير الجنون من موجبات العزل، فأرى عدم انعزاله حتى يعزله الخليفة استقراراً للأحكام ورعاية لمصلحة الناس.

١٤٨ - انعزال القاضي بانتهاج الدعوى

إذا كان تقليد القضاء لشخص تقليداً خاصاً ليقضي في خصومة معينة وبين أطراف هذه الخصومة، فإنه ينعزل بحسم هذه الخصومة وانتهائها كما ذكرنا عند كلامنا عن ولاية القاضي^(٣). ولهذا لو تجدد لنفس هؤلاء الخصوم دعوى أو

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٤، تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨ - ٧٩.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) الفقرة ٦٨ ص ٤١.

خصومة جديدة لم يكن للقاضي الذي نظر خصومتهم الأولى أن ينظر خصومتهم الجديدة إلا بتقليد جديد أي بتعيين جديد لوظيفة القضاء لانعزاله من هذه الوظيفة بانتهاء الخصومة الأولى .

١٤٩ - عزل للقاضي أم إجازة دراسية؟

جاء في الفتاوى الهندية في فقه الحنفية: «ومن حق السلطان أن ينظر إلى هذا القاضي إذا مضى عليه حول فيقول: «لا فساد فيك ولكن أخشى عليك أن تنسى العلم، فعذ وادرس العلم ثم عد إلينا حتى نقلدك ثانياً»^(١).

والمواقع أن هذا القول الوارد في الفتاوى الهندية يثير عدة أسئلة منها:

أ - القضاء كما نعلم هو تطبيق الفقه على وقائع الحياة عن طريق رفع هذه الوقائع إلى القاضي ليحكم فيها، وهذا الحكم يتطلب علماً وفقهاً من القاضي وتتبعاً ودراسة مستمرة منه، لأن دعاوى الناس لا تنتهي وليست هي من نمط واحد لا سيما إذا كان القاضي ذا ولاية مطلقة في نظر دعاوى الناس، أي ينظر الدعاوى الجزائية والمدنية، فكيف يخاف على مثل هذا القاضي نسيان العلم وهو مضطر إلى مذاكرته والاستزادة منه حتى يستطيع أن يحكم في القضايا المرفوعة إليه؟

ب - ثم إن مضي الحول مدة قصيرة لا تكفي لنسيان القاضي للعلم حتى يجوز تسريحه من وظيفته ليدرس ويرجع .

ج - ثم ما هي المدة التي يعطاها القاضي للدراسة والاستزادة من العلم؟

د - وهذه الإجازة للدراسة هل تعتبر عزلاً للقاضي، أم إجازة يحتفظ معها بوظيفته، حتى إذا عاد بعد اتمام دراسته عاد إلى وظيفته تلقائياً بمجرد إعلام الخليفة بعودته؟ أم أن عليه أن يخبر الخليفة أو نائبه بعودته ليصدر له أمر تعيين جديد؟

١٥٠ - الراجح عندي أن المقصود أو المراد من نص الفتاوى الهندية هو حالة أو حالات معينة، وليس هو على العموم وبالنسبة لجميع القضاة الذين يعينهم الخليفة، ولو كان هذا هو المقصود لصار ذلك معروفاً وشائعاً. أما هذه الحالة أو الحالات التي يتعلق بها قول الفتاوى الهندية فهي حالة ما إذا عين الخليفة قاضياً، ثم بعد مضي سنة على تعيينه ظهر للخليفة أن في هذا القاضي ضعفاً في كفايته

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣١٧.

العلمية بنتيجة فحص قضاياها وأحكامه أو التحري عنه كما ذكرنا في كلامنا عن الرقابة على القاضي، فمن حق السلطان في هذه الحالة أن يسرحه من وظيفة القضاء ليتفرغ للدراسة وحتى لا تشغله أعمال وظيفته عن الدراسة الهادئة المستمرة المجدية . ولأنه إذا كان في حاجة إلى الاستزادة من العلم، وأبقي في وظيفته مع الطلب منه أن يدرس ويستزيد علماً، فإن هذا قد يؤدي إلى عدم وفائه بأعمال وظيفته وعدم وفائه بالدراسة، وفي ذلك ضرر على الناس إذ قد يصدر فيها أحكاماً دون دراية وتأمل لانشغاله بتعليم نفسه .

كما أنني أرى أن تسريحه من وظيفته يعتبر عزلاً وليس اجازة، بدليل أنه إذا عاد صدر أمر تعيينه مجدداً وهذا هو المفهوم من قول الفتاوى الهندية « . . . ثم عد إلينا حتى نفلدك ثانياً » لأن التقليد ثانياً يعني التعيين مجدداً .

أما كيف يتأكد السلطان من إكمال القاضي دراسته وزيادة علمه وصيرورته أهلاً للقضاء، فهذا متروك للسلطان فله أن يتوسل بكل الوسائل الممكنة التي تدله على كفاءة الشخص العلمية عند إرادة تعيينه للقضاء ابتداء، وقد أشرنا إليها من قبل .



المبحث الثاني استقالة القاضي

١٥١ - هل للقاضي أن يستقيل؟

قلنا إن الخليفة يملك حق عزل القاضي لأنه هو الذي عينه، فكذلك يجوز للقاضي عزل نفسه بأن يستقيل من وظيفة القضاء، لأن قبوله لوظيفة القضاء لا يجعلها لازمة له على نحو لا يستطيع الفكاك والخلاص منها، لأنه بمنزلة الوكيل أو النائب عن الخليفة أو عن الأمة على اختلاف التكيف لمركزه عند الخلفاء، والوكيل له أن يستقيل من وكراته.

١٥٢ - الأفضل عدم الاستقالة

ومع قول الفقهاء إن من حق القاضي أن يستقيل، إلا أنهم قالوا: الأفضل أن لا يستقيل بدون عذر مشروع كالمرض أو تعذر قيامه بواجب القضاء لتدخل ولي الأمر بشؤونه، ونحو ذلك من الأعذار والأسباب الداعية إلى الاستقالة، ويعلمون ذلك بأن بقاءه في الوظيفة مع قدرته على القيام بواجباتها على الوجه المشروع مصلحة مؤكدة للناس يجب أن لا يفوتها عليهم باستقالته بدون عذر مشروع، ولكن مع هذا لو استقال فعلاً لا لعجز فيه ولا لعذر مقبول فإن استقالته صحيحة ونافذة لأنه يباشر حقاً له وهو حق الاستقالة باعتباره وكيلاً وللوكيل حق الاستقالة كما قلنا^(١). اللهم إلا إذا تعين عليه البقاء في وظيفة القضاء لعدم وجود الصالح لهذه الوظيفة، فلا يجوز له أن يستقيل في هذه الحالة.

١٥٣ - متى تعتبر الاستقالة نافذة

وإذا كان للقاضي أن يستقيل من وظيفته، واستقال فعلاً بأن رفع استقالته إلى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٦، روضة القضاة ج ١ ص ١٥١، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٨١١، أدب القاضي لابن أبي الدم ص ١٨ تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٨.

الخليفة الذي ولاه القضاء فمتى يعتبر مستقياً؟ قالوا: يعتبر مستقياً إذا سمع الخليفة استقالته أو بلغه كتاب الاستقالة، فقد جاء في الفتاوى الهندية: «القاضي إذا قال عزلت نفسي أو أخرجت نفسي عن القضاء وسمع السلطان ينزل. أما بدون سماع السلطان فلا وكذلك إذا كتب كتاباً إلى السلطان إني عزلت نفسي، وأتى كتاب السلطان صار القاضي معزولاً»^(١).

١٥٤ - الراجع في تاريخ نفاذ الاستقالة

والذي أراه أن القاضي لا ينزل وتعتبر مستقياً بمجرد وصول كتاب استقالته إلى الخليفة أو الجهة التي تقدم إليها الاستقالة لأن طبيعة عمل القاضي وكونه يتعلق بمصالح الناس وقضاياهم، وأنه يعمل بولاية المسلمين ولمصلحتهم كما يقول فقهاء الحنفية، كل ذلك يجعل وكالته عنهم من نوع خاص لا تشبه وكالة الأفراد فيما بينهم، وبالتالي يكون من الإضرار بالمصلحة العامة اعتبار القاضي مستقياً واستقالته نافذة بمجرد رفع استقالته إلى الخليفة أو إسماعه إياها شفاهاً. وإنما يجب اعتباره مستقياً من تاريخ إخباره بقبول استقالته تحريراً، على أن يتم هذا الإخبار خلال مدة مناسبة من تاريخ رفعه الاستقالة مثل مدة شهر، وإذا لم يخبر القاضي خلال هذه المدة بقبول استقالته اعتبرت استقالته مقبولة في نهاية هذه المدة، وعلى أن يكون للخليفة أو من يخوله حق رفض الاستقالة إذا وجد المبرر الشرعي مثل عدم وجود البديل للقاضي المستقيل. ولكن ينبغي أن لا يتعسف الخليفة في رفضه الاستقالة بحجة عدم تيسر من يعينه بدلاً عن القاضي المستقيل، ومن ضروب التعسف الإصرار على تعيين مثل القاضي المستقيل في جميع صفاته من العلم والدراية وحسن السمعة والورع ونحو ذلك، لأن المنظور إليه في تعيين القاضي توفر الشروط المطلوبة فيه بالحد الأدنى المقبول من هذه الشروط وليس حدها الأعلى النادر الوجود.



(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣١٧.

الباب الثاني

الدعوى وأصول استماعها ووسائل إثباتها

١٥٥ - تمهيد ومنهج البحث

القاضي لا ينظر منازعات الناس وخصوماتهم إلا إذا رفعوها إليه في دعوى طالبين الفصل فيها. والقاضي ينظر في الدعوى وفق قواعد وضوابط معينة هي التي نسميها أصول استماع الدعوى. والدعوى تثبت عند القاضي بوسائل معينة معتبرة شرعاً هي التي نسميها وسائل إثبات الدعوى أو وسائل الإثبات أو طرق الإثبات أو دلائل الإثبات.

وعلى هذا سنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول - الدعوى

الفصل الثاني - أصول استماع الدعوى.

الفصل الثالث - وسائل إثبات الدعوى أو وسائل الإثبات.

الفصل الأول للدعوى

١٥٦ - تعريف الدعوى

الدعوى في اللغة اسم ما يدعى، ودعوى فلان كذا أي قوله والجمع دعاوى^(١).

والدعوى في الاصطلاح: قول مقبول عند القاضي يقصد به قائله طلب حق معلوم قبل غيره حال المنازعة، أو دفعه عن حق نفسه^(٢).
وقال صاحب المغني: الدعوى في الشرع إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته^(٣).

١٥٧ - عناصر الدعوى:

ومن تعريف الدعوى في الاصطلاح الشرعي يتبين لنا أنها تستلزم وجود الأمور التالية وهي عناصر الدعوى:

الأول - طالب الحق ويسمى المدعي.

الثاني - المطلوب منه الحق ويسمى المدعى عليه.

الثالث - الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه ويسمى المدعى به.

الرابع - القول الذي يصدر من المدعي أمام القاضي لإخباره بأن له في ذمة المدعى عليه ذلك الحق الذي يطالب به. وهذا القول يسمى الدعوى.
ونذكر فيما يلي تعاريف هذه العناصر الأربعة لضرورة معرفتها.

(١) المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٤٦.

(٢) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٤١.

(٣) للمغني لابن قدامة الحنبلي ج ٩ ص ٢٧١.

١٥٨ - أولاً - تعريف المدعى والمدعى عليه والفرق بينهما

إن معرفة المدعى والمدعى عليه والتفريق بينهما دون لبس واشتباه، من الأمور الضرورية الواجب معرفتها من قبل القاضي ومن قبل الخصوم، حتى يمكن تطبيق الحديث النبوي الشريف «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وعلى هذا لا بد من معرفة من هو المدعي الذي عليه البينة، ومن هو المدعى عليه الذي عليه اليمين إذا أنكر دعوى المدعي. وفي هذا المجال قيل جملة تعاريف وضوابط لمعرفة كل منهما والتفريق بينهما.

وما يعين على معرفة المدعي والمدعى عليه معرفة الفرق بينهما، لا سيما وأن هذا الفرق قد يدق ويخفى ولا يظهر لأول وهلة، إذ ليس كل طالب مدعياً وليس كل مطلوب منه مدعى عليه. ولهذا أدخل الفقهاء في تعاريفهم لهما بعض الضوابط للتفريق بينهما.

١٥٩ - تعريف المدعي والمدعى عليه:

قيلت تعاريف كثيرة للمدعي والمدعى عليه، منها:

- أ - المدعي من يثبت شيئاً، والمدعى عليه من ينفي شيئاً^(١).
- ب - المدعي من يدعي أمراً باطناً خفياً، والمدعى عليه من يدعي أمراً ظاهراً جلياً^(٢).
- ج - المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف^(٣).
- د - المدعي من إذا ترك دعواه ترك فلا يجبر عليها، والمدعى عليه بخلافه أي يجبر عليها^(٤).
- هـ - المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق في ذمته، والمدعى عليه من ينكر ذلك^(٥).

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٤٧.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٥٠.

(٣) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٧٥.

(٤) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٤٢.

(٥) المغني ج ٩ ص ٢٧١.

١٦٠ - ثانياً - تعريف المدعى به .

المدعى به هو الحق الذي يطالب به المدعى، فهو موضوع الدعوى. ولا خلاف بين الفقهاء أن القاضي إذا كان تقليده عاماً، أي له ولاية مطلقة للنظر في جميع القضايا، أن لهذا القاضي الحق في نظر كافة الحقوق المدعى بها سواء كانت مالية أو غير مالية، وسواء وردت هذه الحقوق في قضايا جزائية أو مدنية. قال الفقيه ابن رشد وهو يتكلم عن مدى ما يملكه القاضي من ولاية الحكم، قال: «واتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق، كان حقاً لله أو حقاً لآدميين، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى»^(١).

وقال الفقيه المالقي الأندلسي: «إن للقضاة إقامة الحدود والنظر في جميع الأشياء من إقامة الحقوق وتغيير المنكر والنظر في المصالح»^(٢).

وقال الفقيه ابن فرحون نقلاً عن ابن سهيل، مرتضياً هذا المقول عنه: «اعلم أن خطة القضاء أعظم الخطط قدراً وأنها إليها المرجع في الجليل والحقير بلا تحديد وأن على القاضي مدار الأحكام وإليه النظر في جميع وجوه القضاء من القليل والكثير وأنه يختص بالنظر في الجراحات والتدميات...». ثم قال ابن فرحون: ناقلاً عن بعض الفقهاء قولهم، مرتضياً له: «وللقاضي النظر في جميع الأشياء إلا في تعيين الخراج»^(٣).

وقال العلامة ابن خلدون في مقدمته: «واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة للمسلمين بالنظر في أحوال المحجور عليهم من المجانين واليتامى وأهل السفه وفي وصايا المسلمين وأوقافهم وتزويج الأيتام عند فقد الأولياء على رأي من رآه والنظر في مصالح الطرقات والأبنية وتصفح الشهود»^(٤).

هذا وإنني قد أكثرت من النقول عن الفقهاء فيما ينظره القاضي ليعرف مدى

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٨٤ - ٣٨٥، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٦٦ وما بعدها.

(٢) تاريخ قضاة الأندلس للفقيه أبي الحسن النباهي المالقي الأندلسي ص ٦.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٨.

(٤) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢١.

سعة الحق المدعى به الذي يصلح أن يكون موضوع الدعوى . ولكن مع هذه السعة فهناك أشياء لا يمكن أن تكون موضوع دعوى وبالتالي لا يملك القاضي رؤيتها وإصدار الحكم فيها وهذه هي المذكورة في الفقرة التالية .

١٦١ - ما لا يصلح أن يكون مدعى به

لا تدخل العبادات في سلطان القاضي وولايته فلا يملك النظر فيها وبالتالي لا تصلح أن تكون موضوعاً للدعوى، أي مدعى به . وإنما تصلح أن تكون موضوعاً للفتيا والاستفتاء، فليس للقاضي أن يحكم أن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة، أو أن هذا الماء نجس أو طاهر . ويلحق بالعبادات أسبابها، فلا تدخل هذه الأسباب في الدعاوى التي ينظرها القاضي ويصدر فيها الأحكام . وعلى هذا إذا شهد بهلال رمضان شاهد واحد فأثبته حاكم شافعي ونادي في المدينة بالصيام، لا يلزم ذلك الشخص الذي يتبع المذهب المالكي لأن ذلك فتياً لا حكم^(١) .

١٦٢ - ثالثاً - تعريف الدعوى

القول الذي يصدر من المدعي أمام القاضي لإخباره بأن له حقاً معيناً في ذمة المدعى عليه وأنه يطالبه به ويريد من القاضي الحكم له به على المدعى عليه، هذا القول يسمى (الدعوى) كما ذكرنا من قبل .

١٦٣ - صيغة الدعوى

لا توجد صيغة معينة للدعوى بحيث لا تجوز الدعوى ولا تقبل إلا بها، وإنما القاعدة هنا هي : كل كلام يفيد ما قلناه في تعريف الدعوى فإنه يصلح أن يكون صيغة للدعوى . ويتحقق في الكلام إفادة ما قلناه وبالتالي يصلح أن يكون صيغة للدعوى، إذا تضمن الأمور التالية^(٢) :

أولاً -

أن تكون عبارة الدعوى مشتملة على ما يفيد تيقن المدعي وجزمه بثبوت ما يدعيه من حق لدى المدعى عليه، ولهذا لو ذكر المدعي ما يفيد الشك والظن لم

(١) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤٨ .

(٢) أصول استماع الدعوى الحقوقية تأليف الأستاذ علي حيدر أفندي ص ٣، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية تأليف الشيخ علي قراة ص ١٥ - ١٦ .

تصح دعواه كما لو قال: أظن أن لي عند فلان المدعى عليه ألف دينار أو قال: أشك أن لي عنده ألف دينار، لم تصح دعواه في الحالتين، لأن الصيغة غير صحيحة.

ثانياً -

أن يذكر المدعي في صيغة دعواه أنه يطالب المدعى عليه بالحق الذي يدعيه سواء كان هذا الحق ديناً أو عيناً منقولاً أو عقاراً. فإذا لم يذكر ذلك في صيغة دعواه كما لو قال: لي على فلان مائة درهم وسكت لم تقبل دعواه ما لم يقل: وإني أطلب المدعى عليه بهذا الحق وأطلب من القاضي الحكم لي به عليه.

والسبب في لزوم ذكر المطالبة بالحق المدعى به والطلب من القاضي أن يحكم له به عليه، هو أن الحق حق المدعي، فما لم يطلبه لا يُطلب له.

ثالثاً -

أن يذكر المدعي في دعوى العقار أن المدعى عليه هو واضع يده عليه، لأن الخصم الذي تقام عليه الدعوى هو واضع اليد على العقار، فما لم يذكر في صيغة دعواه ذلك لم يعلم أن المدعى عليه هو خصمه في هذه الدعوى. وبالتالي لا يجب عليه الجواب ولا تصح هذه الدعوى.

رابعاً -

على المدعي أن يذكر في صيغة دعواه المتعلقة بالمنقول الموجود في يد المدعى عليه عبارة (بغير حق) ولا بد من ذكر هذه العبارة لدفع أي شك في أن هذا المنقول بيده بحق كما لو كان مرهوناً لديه فتكون يده عليه بحق فلا يكون خصماً للمدعي.

١٦٤ - أنواع الدعوى من حيث صحتها^(١)

الدعوى من حيث صحتها وعدم صحتها أنواع، فقد تكون صحيحة إذا استجمعت شروط الصحة، وقد تكون فاسدة إذا كانت صحيحة في أصلها إلا أن

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٥٤٤، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٢٧ - ١٢٩، أصول استماع الدعوى الحقوقية للأستاذ علي حيدر أفندي ص ٤٣ - ٤٥.

في بعض أوصافها خللاً. وقد تكون باطلة. فالدعوى من حيث صحتها إذن ثلاثة أنواع، ونضيف إليها نوعاً رابعاً هي دعوى الحسبة، لأن في هذه الدعوى لا يطلب المدعي حقاً لنفسه وإنما يطالب بحق الله تعالى. ونذكر فيما يلي شيئاً عن كل نوع.

١٦٥ - النوع الأول - الدعوى الصحيحة

وهي التي تحققت فيها شروط الصحة، وأهم هذه الشروط هي:

أ - أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه عاقلاً، فلا تصح دعوى المجنون ولا الدعوى عليه ولا دعوى الصبي الذي لا يعقل ولا الدعوى عليه.

ب - أن يكون الحق المدعى به معلوماً ويدخل في ولاية القضاء وتجري عليه الأحكام.

ج - أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لا يكون مستحيلاً عقلاً ولا عادة، فالمستحيل العقلي كما لو ادعى أن فلاناً ابنه مع أنه أكبر سناً منه، أي من المدعي، والمستحيل العادي كما لو ادعى فقير مشهور بالفقر أنه أقرض فلاناً المشهور بالغنى أموالاً طائلة دفعة واحدة.

د - أن تكون الدعوى ملزمة للمدعى عليه بشيء على فرض ثبوتها فإذا لم تكن كذلك لا تسمع الدعوى لعدم صحتها. ومثال ذلك أن يدعي شخص بأنه فقير وأن فلاناً من سكنة محلته غني واسع الغنى ويطلب الحكم عليه بشيء من ماله. فهذه الدعوى لا تصح ولا تسمع لأنه في حالة ثبوت ادعاء المدعي لا يلزم المدعى عليه بشيء.

هـ - أن تكون صيغة الدعوى بالشكل الصحيح المقبول.

١٦٦ - النوع الثاني - الدعوى الفاسدة

وهي الدعوى الصحيحة أصلاً إلا أنها غير مشروعة باعتبار بعض أوصافها الخارجية كما لو كان المدعى به مجهولاً. وفي هذه الحالة لا يردها القاضي ولا يباشر سماعها وإنما يطلب من المدعي تصحيحها فإذا صححها وأزال فسادها قبلها القاضي كما لو عيّن المدعي المدعى به وأزال جهالته، فإذا لم يصلح المدعي دعواه الفاسدة ردها القاضي، ولكن لا يستلزم هذا الرد سقوط حق المدعي في

إقامة الدعوى مرة ثانية، إذ له أن يرفعها إلى القاضي بعد أن يصلح دعواه لتكون صحيحة مقبولة^(١).

١٦٧ - النوع الثالث - الدعوى الباطلة

وهي الدعوى الغير الصحيحة أصلاً ولا يترتب عليها حكم لأن إصلاحها غير ممكن، كما لو ادعى زيد أن فلاناً من سكنة محلته موسر وأنا فقير معسر وأطلب الحكم لي عليه بصدقة^(٢).

١٦٨ - النوع الرابع - دعوى الحسبة

الحسبة في اللغة الحساب. ويقال فعله حسبة، أي فعله مدخراً أجره عند الله تعالى. واحتسب الأجر عند الله تعالى أي أدخره واحتسب بكذا أجراً عند الله، أي فعله مدخراً أجره عند الله. والاسم: الحسبة - بكسر السين - وهي الأجر. واحتسب عليه كذا، أي أنكره عليه^(٣).

والحسبة في الاصطلاح، أمر بمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن منكر إذا ظهر فعله^(٤).

١٦٩ - وفي نطاق نظام القضاء يراد بدعوى الحسبة، تلك الدعوى التي يتقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطلب بها حقاً خاصاً لنفسه، وإنما يطلب بها حقاً لله تعالى، ويكون هو مدعياً وشاهداً في آن واحد في هذه الدعوى، كما لو ادعى شخص بأن فلاناً طلق زوجته ثلاثاً وهو لا يزال يعاشرها معاشرة الأزواج ويطلب التفريق بينهما.

١٧٠ - وإنما جازت دعوى الحسبة مع عدم وجود حق خاص بالمدعي يطالب به لنفسه، لأن الحسبة كما قلنا أمر بمعروف ونهي عن منكر، فهي بهذا المعنى من فروض الكفاية، وقد تتعين على الشخص المعين إذا لم يوجد غيره يستطيع القيام بها. وحيث أن بعض القضايا التي تجري فيها الحسبة تتعلق بحق الله

(١) أصول استماع الدعوى الحقوقية، المرجع السابق، ص ٤٣ - ٤٤.

(٢) أصول استماع الدعوى الحقوقية، المرجع السابق، ص ٤٤ - ٤٥.

(٣) الصحاح للجوهري ج ١ ص ١١١ - ١١٢، المعجم الوسيط ج ١ ص ١٧٣.

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٩١، نهاية الرتبة في طلب الحسبة للشيرازي ص ٦.

تعالى فقط ولا تتم الحسبة فيها على الوجه المطلوب إلا بصدور حكم من القاضي بشأنها، أجاز الفقهاء للمحتسب التقدم إلى القاضي بدعوى الحسبة باعتباره مدعياً وشاهداً في آن واحد لأنه يدعي بما يشهد به ولا تتم دعواه بدون شهادته. وقد غلب في استعمال الفقهاء إطلاق شاهد الحسبة دون إطلاق مدعي الحسبه على من يتقدم إلى القاضي بدعوى الحسبة^(١).

١٧١ - ومن دعاوى الحسبة دعوى التفريق بين الزوجين بسبب الطلاق أو الخلع أو الإيلاء أو الظهار أو المصاهرة أو الرضاع. وكذلك دعوى الوقف إذا كان الوقف على الفقراء أو على المسجد ولم يكن الوقف على قوم بأعيانهم. ومن دعاوى الحسبة أيضاً دعوى النسب على رأي بعض الفقهاء. ومن دعاوى الحسبة أيضاً دعاوى الحدود عدا دعوى القذف والسرقة^(٢).



(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٦٣.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٨٣ - ٨٤، رد المحتار ج ٥ ص ٥٤٢.

الفصل الثاني

أصول استماع الدعوى أو أصول المرافعات

١٧٢ - تمهيد

إن رفع الدعوى إلى القاضي ونظره فيها والترافع أمامه بشأنها إلى أن يصدر الحكم المناسب فيها، كل ذلك يجري بحسب قواعد وضوابط معينة يلتزم بها أصحاب الشأن في الدعوى كما يلتزم بها القاضي نفسه. وهذه القواعد والضوابط تسمى عادة باسم «أصول استماع الدعوى» أو «أصول المرافعات» أو «قواعد المرافعات» أو «أصول التقاضي» أو «قواعد التقاضي» وهذه الأسماء ونحوها وإن تعددت فلها مسمى واحد هو مجموعة القواعد والضوابط والأصول الواجب مراعاتها من قبل أصحاب الشأن والقاضي في الدعاوى من حين رفعها إلى القاضي إلى حين صدور الحكم فيها.

والغرض من هذه القواعد والأصول تنظيم عملية القضاء وجعلها معروفة للمتخاصمين وعلى نحو من السهولة والوضوح وتيسير التوصل إلى إظهار الحق وإثباته وإيصاله إلى صاحبه بطريق مأمون خال من الخطأ والعتار والتطويل وبأقصر وقت ممكن قدر الإمكان.

١٧٣ - منهج البحث

يباشر القاضي عمله القضائي في مكان معين وفي وقت معين، فمكان القضاء وزمانه هو المبحث الأول من مباحث الفصل. والقاضي عند جلوسه للقضاء فعلاً يحضر مجلسه جملة من الأعوان والموظفين، ويلتزم الحاضرون جميعاً بأداب معينة ما داموا يحضرون مجلس القضاء، فمجلس القضاء ومن يحضره هو موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل. ثم إن الدعوى يرفعها عادة أصحاب العلاقة فيها مباشرة، كما قد يرفعها وكلائهم، فالدعوى وكيفية رفعها هي موضوع المبحث

الثالث من هذا الفصل . وبعد رفع الدعوى تأتي مرحلة المرافعة فيها، ولكن تسبق هذه المرحلة في الحقيقة، مرحلة الإعداد للمرافعة فعلاً مثل تبليغ الخصوم بالحضور ونحو ذلك، فمقدمات الترافع تكون موضوع المبحث الرابع من هذا الفصل . فإذا حضر الخصوم جرت المرافعة بحضور الخصمين، فالترافع بحضور الخصمين هو موضوع المبحث الخامس من هذا الفصل . ثم إن المدعى عليه قد يكون غائباً فهل تقام عليه الدعوى؟ وكيف تجري مرافعته وهو غائب؟ هذا ما سنبحثه في المبحث السادس من مباحث هذا الفصل .

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا الفصل إلى ستة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول - مكان القضاء وزمانه

المبحث الثاني - مجلس القضاء وآدابه ومن يحضره

المبحث الثالث - رفع الدعوى إلى القاضي

المبحث الرابع - مقدمات المرافعة

المبحث الخامس - المرافعة بحضور الخصمين

المبحث السادس - المرافعة مع غياب أحد الخصمين



المبحث الأول مكان القضاء وزمانه

أوصاف مكان القضاء

١٧٤- لا بد للقاضي من مكان معين معروف يباشر فيه عمله القضائي، وهذا المكان يجب أن يكون مريحاً للقاضي وللخصوم، ويصل إليه الناس بسهولة ويسر، وقد ذكر الفقهاء بعض الأوصاف لمكان القاضي، فقالوا: يستحب أن يكون مكان القاضي في وسط البلد، وفي موضع بارز ليعرفه من أراده من مستوطن أو غريب، وأن يكون فسيحاً لا يضيق بالخصوم ولا يسرع إليهم فيه الملل، وأن يكون مصنوعاً من أذى البرد والحر ومن كل ما يؤذي كالروائح الكريهة والدخان والغبار^(١) ونحو ذلك كالأصوات المزعجة.

ومن أوصاف مكان القضاء أيضاً أن يكون مهيباً يناسب منصب القاضي وحرمة القضاء، قال الفقيه الرملي الشافعي وهو يتكلم عن مكان القاضي الذي يقضي فيه: «... ولائقاً بوظيفة القضاء التي هي أعظم المناصب وأجلّ المراتب بأن يكون على غاية من الحرمة والجلالة والأبهة»^(٢).

١٧٥ - القضاء في بيت القاضي

وذهب الفقهاء إلى جواز قيام القاضي بالقضاء في بيته عند الضرورة وفي هذه الحالة يجب عليه أن يفتح أبوابها ويجعل سبيلها سبيل المواضع المباحة من غير منع ولا حجاب^(٣).

(١) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٤٣، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٥٩ مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٩٠.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٢٤١.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣٤، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٢٠.

١٧٦ - القضاء في المسجد واختلاف الفقهاء فيه :

ويجوز القضاء في المسجد على رأي كثير من الفقهاء، فقد فعله غير واحد من السلف مثل شريح والحسن والشعبي، وروي عن عمر وعثمان وعلي أنهم كانوا يقضون في المسجد، وبهذا قال الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل وإسحاق وابن المنذر وفقهاء الحنفية .

وقال الإمام الشافعي يكره القضاء في المسجد لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد، ولأن القاضي يأتيه الذمي والحائض والجنب، ويجري بين المترافعين وأصحاب الدعوى لغط وتجاهد، ولم تشيد المساجد إلى مثل هذا، بل يجب أن تصان منه .

واحتج المجيزون بأن إجماع الصحابة على جوازه . وقال الإمام مالك القضاء في المسجد من أمر الناس القديم، ولأن القضاء قرابة وطاعة وإنصاف بين الناس فلا يكره في المسجد . وما رواه الإمام الشافعي عن عمر رضي الله عنه قد روي خلافه . وأما الحائض فلها أن توكل عنها إذا احتاجت إلى القضاء، والجنب يغتسل ويدخل، والذمي يجوز دخوله المسجد بإذن من المسلم . وقد كان النبي ﷺ يجلس في مسجده مع حاجة الناس إليه للقضاء والفتيا وغير ذلك من حوائجهم، وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق في المسجد وربما رفعوا أصواتهم^(١) .

١٧٧ - الراجع في مسألة القضاء في المسجد

والذي نرجحه، قول الإمام الشافعي لما قاله واحتج به، وهذا يستلزم إعداد مكان معين للقضاء يجلس فيه القاضي ويتلقى دعاوى الناس ويحكم فيها، ويحفظ في هذا المكان وثائق ومستمسكات وسجلات الدعوى، وليس من الممكن أن يكون المسجد مكاناً لذلك، إذ لم تشيد المساجد لحفظ وثائق الناس وسجلات خصوماتهم لا سيما وقد كثرت دعاوى الناس وخصوماتهم . نعم يجوز عند الضرورة القصوى القضاء في المسجد، وعلى أن لا يطول أمد هذه الضرورة بالسعي الحثيث لإزالة أسبابها وإيجاد المكان الملائم للقضاء .

(١) المغني ج ٩ ص ٤٥ - ٤٦، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٩٠، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٤ - ٣٥،

أدب القضاء أبي الدم ص ٦٤، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣١٩ - ٣٢٠.

١٧٨ - أوقات القضاء وأيام العطل^(١)

قال الفقهاء: يجب على القاضي أن يعين أوقات جلوسه للقضاء وسماع دعاوى الناس والنظر فيها، على أن تكون ساعات عمله غير مرهقة له. قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: «ينبغي للقاضي أن يكون جلوسه للقضاء في ساعات من النهار لأنني أخاف أن يكثُر من ساعات الجلوس فيخطئ، وليس عليه أن يُتعب نفسه نهاره كله». وقد قال بعض الفقهاء: لا ينبغي أن يجلس القاضي في أيام العيدين وما قارب ذلك كيوم عرفة ويوم التروية. وكذلك يوم الجمعة على ما قاله بعض المتأخرين، لأن القاضي - كما قال الفقيه ابن مازة -: «لا بد له من يوم يستريح فيه حتى لا يملّ أو ينظر في أموره». وقال الفقيه السمناني: «وللقاضي أن يخصص نفسه بزمان يصرفه في مصالحه وحوائجه ويعين للقضاء يوماً يكون قد صرف إليه وسعه، وليس عليه صرف زمانه أجمع إلى القضاء». ولكن استثنى من هذه الأيام - حيث يجوز القضاء فيها - القضايا التي يخاف فيها الفوات ولحوق الضرر فتقتضي التعجيل فينظرها القاضي حتى في هذه الأيام.

١٧٩ - تنظيم أوقات القضاء وعطله

والواقع أن تعيين عمل القاضي وساعات عمله اليومية وأيام عطله التي يتعطل فيها عن القضاء ليستريح ويتفرغ إلى حوائجه وأشغاله الخاصة، كل ذلك من الأمور الاجتهادية المتروكة لولي الأمر، فهو الذي يقررها ويحددها ويعينها في ضوء مصلحة الناس وتحقيق الراحة الضرورية للقاضي، على أن يكون الأصل والقاعدة في تحديد أيام القضاء وساعات العمل اليومية ابتداءً وانتهاءً وأيام العطل الرسمية أمراً عاماً لجميع القضاة في جميع أنحاء دار الإسلام مع جواز الاستثناء لبعض المناطق وللبعض الدعاوى إذا اقتضت الضرورة أو المصلحة ذلك.



(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٦، ابن مازة ج ١ ص ٢٥٠، روضة القضاة للسمناني ج ١ ص ١٦١.

المبحث الثاني

مجلس القضاء

١٨٠ - من يحضر مجلس القضاء

إذا جلس القاضي للقضاء في الأوقات المحددة لعمله، حضر مجلسه أعوانه مثل كاتبه ومترجمه وحاجبه وأهل مشورته من أهل العلم. وينبغي للقاضي أن يجلس كاتبه بين يديه ليشهد ما يكتب ويشافهه بما يملئ عليه.

وجاء في المغني للإمام ابن قدامة الحنبلي: ينبغي للقاضي أن يحضر شهوده مجلسه، فإن كان القاضي ممن يحكم بعلمه أجلسهم حيث يشاء بحيث يستطيع استدعاءهم إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه ليشهدوا بذلك، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقرّ منهم مقرّ ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا عليه بذلك^(١).

١٨١ - حالة القاضي في مجلس القضاء

وإذا جلس القاضي في مجلسه للقضاء فيجب أن يكون في حالة نفسية هادئة رضية حتى يكون مستعداً تمام الاستعداد لسماع الدعاوى وما يقدمه الخصوم من بينات ودفوع، وبهذا جاء الحديث الشريف الصحيح عن النبي ﷺ: «لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان». فنصّ ﷺ ونبّه على ما في معناه، ولهذا قال الفقهاء: ينبغي أن يكون القاضي خالياً من الجوع الشديد والعطش والفرح الشديد والحزن والهم العظيم والوجع المؤلم ومدافعة الأخبثين أو أحدهما، والنعاس، لأن هذه الأشياء ونحوها مثل الغضب من جهة تأثيرها في حالة القاضي النفسية وحضور ذهنه لمقتضيات الدعوى واستعداده المطلوب لسماع أقوال الخصمين^(٢).

(١) المغني ج ٩ ص ٥٢، وسيأتي فيما بعد الكلام عن حكم القاضي بعلمه.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للسقلاي ج ١٣ ص ١٣٦ - ١٣٧ المغني ج ٩ ص ٤٤ -

٤٥، الروض النضير ج ٤ ص ١١٨، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٥.

١٨٢ - سمت القاضي في مجلس القضاء

قال الفقهاء: ينبغي أن يكون القاضي في مجلس القضاء غاض البصر كثير الصمت قليل الكلام، يقصر كلامه على سؤال أو جوابه، ولا يرفع بكلامه صوتاً إلا لزجر أو تأديب، وأن يلزم العبوس من غير غضب، وأن يكون جلوسه بسكينة ووقار، وأن لا يتضحك ولا يتكلم بما لا علاقة له بأمور الدعوى التي ينظرها، وأن لا يتشاغل بالحديث في مجلس قضاؤه وإن أراد بذلك إجمام نفسه وإراحتها وإنما له أن يرفع الجلسة ويترك مجلس قضاؤه لفترة مناسبة إذا أراد ذلك، أي إذا أراد إجمام نفسه وإراحتها لبعض الوقت^(١).

١٨٣ - لباس القاضي في مجلس القضاء

قال الفقهاء يجب أن يكون مجلس القضاء مهيباً وأن يكون القاضي على وضع يزيد من هيئته حتى في نوع وهيئة لباسه. قال الفقيه الماوردي، وهو يتكلم عن لباس القاضي في مجلس الحكم: «وإن كان القاضي مماًزجاً لأبناء الدنيا تميز عنهم بما يزيد في هيئته من لباس لا يشاركه غيره فيه... وأن يتميز بما جرت به عادة القضاة من القلانس والعمائم السود والطبالسة السود»^(٢).

١٨٤ - مراعاة الأدب في مجلس القضاء

مجلس القضاء ليس نادياً ولا مقهى يباح فيه الكلام والتصرفات كما يشتهي الإنسان، وإنما هو مكان جدّ وسكينة ووقار وقضاء وفصل بين الناس في خصوماتهم بالإخبار الملزم عن شرع الله، فلا مجال فيه، إذن، للعبث والتطاول وسوء الأدب والكلام القبيح من قبل الحاضرين سواء كانوا من خصوم الدعوى أو الشهود أو من غيرهم. وعلى هذا إذا صدر من أحد الخصميين ما لا يليق ولا يناسب مجلس القضاء نظر إليه القاضي شزراً تأديباً له، وله أيضاً أن يرفع صوته عليه تأديباً له. وإذا نهى القاضي أحد الخصميين عن الكلام فلم يمثل لأمر القاضي جاز للقاضي أن يأمر أحد أعوانه بإخراجه تأديباً له. وإذا صدر من أحد الخصوم ما يسيء إلى خصمه أو إلى أحد الشهود أو إلى أهل المشاورة أو إلى أحد

(١) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٤٤، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٦.

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٤٢ - ٢٤٣.

المستمعين، أو إلى القاضي نفسه، فإن من حق القاضي أن يوقع عليه عقوبة تعزيرية تناسب إساءته^(١).

١٨٥ - أدب الخصوم في الكلام في مجلس القضاء

ولا يتكلم الخصمان إلا إذا وجّه القاضي الكلام أو السؤال إليهما أو أذن لهما، فيتكلم من أذن له القاضي بالكلام وعلى خصمه أن يستمع ولا يقاطع خصمه أثناء كلامه، فإذا انتهى من كلامه جاز له أن يستأذن القاضي ليتكلم أو ليرد على خصمه، فإن أذن له تكلم، وإن لم يأذن له سكت.

والقاضي يسمع لكلام الخصمين دون ضجر ولا ملل ولا انتهار إلا أن يكون منهما لفظ فينهرهما أو يتهر اللاغظ منهما^(٢).



(١) تبصرة الأحكام ج ١ ص ٤٣ - ٤٦، الخطاب، المرجع السابق، ج ٦ ص ١٠٤.

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٥٤ - ٢٥٨.

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

رفع الدعوى إلى القاضي

١٨٦ - المحكمة المختصة برفع الدعوى إليها

ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى، وهذه المحكمة في الأصل هي محكمة محل إقامة المدعى عليه، وعلى هذا فإن على المدعي أن يرفع دعواه إلى قاضي البلد أو المحل الذي يقيم فيه عادة المدعى عليه. جاء في واقعات المفتين في الفقه الحنفي: «إذا كان في المصر قاضيان، كل واحد منهما في محلة على حدة فوَقعت الخصومة بين رجلين أحدهما في محلة، والآخر في محلة أخرى، والمدعي يريد أن يخاصمه إلى قاضي محلته والآخر ياباه. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: العبرة للمدعي. وقال محمد: «لا، بل للمدعى عليه، وعليه الفتوى». وفي نفس الكتاب: «ولو تنازع الجندي والبلدي في قضية، وأراد كل منهما أن يحكم قاضيه، فالعبرة لقاضي المدعى عليه» ولكن إذا تعلقَت الدعوى بعقار أو منقول موجود في غير بلد المدعى عليه فإن المحكمة المختصة بنظر الدعوى ويرفع إليها المدعي دعواه هي محكمة محل هذا الشيء من منقول أو عقار على رأي بعض فقهاء المالكية، وقال فريق آخر من المالكية تبقى محكمة محل إقامة المدعى عليه هي المختصة بنظر الدعوى وإليها ترفع، فقد جاء في كتاب الحطاب: «إذا كان الشيء المدعى فيه غير بلد المدعى عليه، فقال ابن الماجشون الخصومة حيث المدعى فيه. وقال مطرف وأصبغ حيث المدعى عليه»^(١).

(١) واقعات المفتين تأليف قدرى أفندي الحنفي ص ٢١٩، منح الجليل لشرح مختصر خليل ج ٦ ص ١٤٦، ورد المختار ج ٥ ص ٥٤٢، تبصرة الحكام ج ١ ص ٨٣ - ٨٤.

وهل يلزم المدعي بدفع رسم معين أي مبلغ معين من المال - عند رفع دعواه إلى القاضي للنظر فيها وإصدار الحكم المناسب فيها؟ يبدو لي أن مرفق القضاء في دار الإسلام لا تأخذ عليه الدولة أجرة، باعتبار أن القضاء من وظائف الخلافة الشرعية وأنه قربة من القربات، لأن القاضي يقضي بين الناس بالحق وهو شرع الإسلام، ويرد الظالم عن ظلمه ويوصل الحق إلى مستحقه، وهذا مما يأمر به الإسلام. وهذا الذي نذهب إليه تؤيده السوابق التاريخية، فلم ينقل إلينا أن الناس كانوا يدفعون رسماً عن دعاوهم التي يرفعونها إلى القضاة، كما أن هذا المعنى يفهم من قول الفقيه ابن مازة رحمه الله تعالى وهو يتكلم عن أجرة القسام، قال رحمه الله: «... وأجر القضاة في مال بيت المال، فكذا أجر أعوانه - أي أعوان القاضي - فصار القسام بمنزلة الكاتب، وأجر الكاتب في مال بيت المال، فكذا أجر القاسم». ثم قال: «إن القضاء قربة وطاعة لله تعالى لأنه دفع الظلم عن المظلوم، فصار القضاء نظير تعليم القرآن وتعليم الفقه ونحوهما، ولا يجوز أخذ الأجر على هذه الأعمال فكذا على القضاء»^(٢).

١٨٨ - كيفية رفع الدعاوى والترتيب في رؤيتها

ترفع الدعاوى شفاهاً إلى القاضي، بأن يحضر أصحابها فيدخلهم الحاجب على القاضي، الأسبق فالأسبق في الحضور فإذا دخل سأل عن دعواه ونظر فيها. أو أن القاضي يأمر كاتبه أو غيره بكتابة أسماء أصحاب الدعاوى بتسلسل الأسبقية في الحضور ثم يدخلهم الحاجب الواحد بعد الآخر حسب تسلسل أسمائهم، ويسأل القاضي كل داخل منهم عن دعواه وينظر فيها. فالترتيب في رؤية الدعاوى يكون بترتيب دخولهم على القاضي المبني على أساس أسبقيتهم بالحضور.

ويقول الكاساني إن عرف بلاده جرى على أن كاتب القاضي يقوم بكتابة دعاوى الناس بذكر اسم المدعي والمدعى عليه وموضوع الدعوى والشهود ويضع كل دعوى في محفظة، ويجمع دعاوى كل شهر ومحافظها في محفظة على حدة

(١) الرسم - كلمة مولدة، والمقصود به مال تفرضه الدولة لقاء خدمة من قبلها مثل رسم البريد ورسم القضاء، المعجم الوسيط ج ١ ص ٣٤٥.

(٢) ابن مازة، المرجع السابق، ج ٤ ص ١٠٤، روضة القضاة ج ١ ص ١٧١.

ويقدمها للقاضي، فيقوم القاضي بالتحري عن شهود كل دعوى وتزكيتهم تمهيداً لمرافعة الدعوى^(١).

١٨٩ - والواقع أن كيفية رؤية دعاوى الناس والترتيب في رؤيتها هي من الأمور الاجتهادية، التي تخضع إلى ما يراه القاضي أو ما يراه ولي الأمر في ضوء المصلحة العامة وتحقيق السهولة واليسر في نظر الدعاوى على وجه العدل. ومما لا شك فيه أن ما يحقق ذلك هو جعل أساس تقديم الدعوى إلى القاضي أن تكون مكتوبة بنسختين يذكر المدعي فيهما اسمه واسم خصمه وموضوع الدعوى ووسيلة إثباته، ثم يقدم هاتين النسختين إلى القاضي فيؤشر عليهما ويوقع عليهما مؤرخة ويأمر كاتبه أو غيره بتسجيلهما. ويعتبر التسجيل في سجل الدعاوى هو الأساس في ترتيب رؤية الدعاوى. وإذا كانت الدولة تستوفي رسماً عن كل دعوى فيكون تأشير القاضي على عريضة الدعوى إيذاناً باستيفاء الرسم عنها. ويعتبر تاريخ استيفاء الرسم هو تاريخ تقديمها ثم يذهب بها إلى صاحبها إلى كاتب القاضي أو غيره ليسجل دعواه في سجل الدعاوى، ويضع لها تاريخاً للمرافعة حسب كثرة أو قلة الدعاوى حسب توجيه القاضي. وتسلم النسخة الثانية من عريضة الدعوى إلى المدعي عليه عند تبليغه بالحضور أو في مجلس القضاء.

١٩٠ - الترتيب في نظر الدعاوى، وتركه للضرورة

أشرنا في الفقرة السابقة، إلى كيفية رفع الدعاوى، وأن الترتيب في رؤيتها من قبل القاضي يكون على أساس الأسبقية في حضور المدعين إلى مجلس القضاء، أو إلى تسلسل أسمائهم في قائمة أسماء المدعين التي يحررها كاتب القضاء أو من يكلفه من أعوانه بكتابة أسمائهم حسب حضورهم. أو على أساس الأسبقية في كتابة دعاوهم من قبل كاتب القاضي كما ذكرناه نقلاً عن الإمام الكاساني.

١٩١ - ولكن مع التزام القاضي بهذا الترتيب في رؤية الدعاوى للمساواة بين الناس والعدل في نظر دعاوهم، إلا أن للقاضي أن يترك هذا الترتيب فيقدم دعاوى أصحاب الأعدار الذين لا يستطيعون الانتظار إلى أن تأتي نوبتهم في رؤية القاضي لدعاوهم، كالمسافرين ومن له مهمة عاجلة يخشى تضرره منها إذا تأخر نظر

(١) المغني ج ٩ ص ٨٣، الكاساني ج ٧ ص ١٢، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٢١.

القاضي في قضيته إلى أن يأتي دوره في نظر قضيته . ولكن صاحب المغني قيّد جواز تقديم قضايا المسافرين على غيرهم وإن كانوا مسبوقين بغيرهم ، بقلة عددهم ، أي عدد المسافرين ، أما إذا كانوا كثرة بحيث إذا قدم القاضي قضاياهم تضرر الآخرون ، فإن القاضي لا يخرق قاعدة الترتيب في رؤية دعاوى الناس لأن الضرر لا يرفع بإضرار الآخرين^(١) .

١٩٢ - من يرفع الدعوى إلى القاضي

الأصل أن صاحب الحق هو الذي يرفع الدعوى إلى القاضي إذا كان أهلاً لمباشرة هذا الحق بأن تتوافر فيه الشروط اللازمة لأن يكون مدعياً بأن يكون بالغاً عاقلاً غير محجور عليه لسفه ونحوه .

ولكن مع هذا يجوز لصاحب الحق أن يوكل غيره ليرفع دعواه نيابة عنه إلى القاضي ويترافع فيها نيابة عنه أيضاً ، وهذا النائب أو الوكيل هو المسمى بالوكيل بالخصومة .

ويشترط لصحة هذه الوكالة أن يكون صاحب الحق الموكل كامل الأهلية فإن كان ناقصها أو عديمها ناب عنه في إقامة الدعوى وليه الشرعي .

١٩٣ - الوكيل بالخصومة

التوكيل في الخصومة لإقامة الدعوى نيابة عن المدعي أو للمترافع عنه أو عن المدعى عليه أمام القاضي أمر جائز ، وسواء كانت الوكالة بأجر أو بغير أجر ، إلا أنها إن كانت بغير أجر ، فهي إحسان ومعروف من الوكيل تلزمه إذا قبل التوكيل واستمر في الوكالة^(٢) .

وقد صرح الفقهاء بجواز الوكالة في الخصومة ، فقد قال الفقيه السمناني : إن الوكيل إذا صحت وكالته جاز للقاضي أن يسمع دعواه والدعوى عليه فيما يصح أن يتولاه لغيره ، لأن النبي ﷺ وكّل عمرو بن أمية الضمري في تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان فعقد للنبي ﷺ عليها . وهو عمل الناس في جميع الأمصار^(٣) .

(١) المغني ج ٩ ص ٨٣ - ٨٤ ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٢١ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٣ .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٥٦ ، ١٥٨ .

(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٥٦ ، روضة القضاة ج ١ ص ١٨١ .

١٩٤ - توكيل الوكيل غيره

ليس للوكيل في دعوى معينة أن يوكل غيره فيما وكل هو فيه إلا أن يكون الموكل قد فوض إليه ذلك وأذن له به، أو أن الوكيل المذكور لا يلي مثل ما وكل فيه بنفسه وعلم الموكل بذلك^(١).

١٩٥ - الجعل في الوكالة بالخصومة

والمقصود بالجعل في الوكالة في الخصومة أن يجعل الموكل لوكيله جعلاً معيناً مثل كذا دينار يستحقه إذا نجحت دعواه وصدر الحكم له، ولا يستحق شيئاً إذا لم تنجح الدعوى ولم تثبت. فهذا الاشتراط ومدى جوازه محل اختلاف بين الفقهاء، فبعضهم أجازه مشبهاً له بمجاعة الطبيب على البرء والشفاء، وهذا جائز فكذا يجوز الجعل في الوكالة. وقد روي عن الإمام مالك أنه كرهه، كما روي عنه أنه أجازه، وقد وجّه أصحاب مالك قوله بالكراهة بأن المرافعات في الدعوى قد تطول ولا يتحقق غرض الموكل الجاعل ويذهب عمل الوكيل مجاناً. ووجهوا قوله بالجواز أن الضرورة وحاجة الناس إلى مثل هذه الوكالة تدعو إلى جوازها^(٢).

١٩٦ - انتهاء الوكالة بالخصومة

تنتهي الوكالة بالخصومة بموت الموكل أو موت من وُكِّل عليه أو عزل نفسه أو عزل من وكله أو بلوغ من وُكِّل له من الصغار أو موتهم. هذا ما ذكره الفقيه السمناني رحمه الله تعالى^(٣). ولكن فيما قاله شيء من التفصيل والتوضيح، فالوكالة بالخصومة إذا تعلق بها حق الوكيل كما لو كانت بعوض لم يكن للموكل عزل وكيله إلا إذا ظهر غش الوكيل. وكذلك إذا تعلق بالوكالة حق للغير فلصاحب الحق أن يمنع الموكل من عزل وكيله. وكذلك لا ينعزل من الوكالة إذا مات الموكل وكانت الدعوى قد أوشكت على الانتهاء، ويوشك القاضي أن يصدر الحكم، وليس للورثة عزله في هذه الحالة^(٤).

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٥٩.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٥٨.

(٣) روضة القضاة للسمناني ج ١ ص ١٨١ - ١٨٢.

(٤) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٥٥ - ١٥٧.

١٩٦ (مكرر) رفع الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة:

قلنا في الفقرت السابقة إنَّ صاحب الحق أو وكيله أو وليه الشرعي هو الذي يرفع الدعوى إلى القاضي للمطالبة بحقه، وهذا القول يسري على الدعوى المدنية والجزائية. ولكن هل يجوز رفع الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة كما يجري الآن حيث تقوم الدولة بتعيين (النائب العام) أو (المدعي العام) وتعين نواباً له وتنيط بهم ملاحقة الجرائم والمجرمين ورفع الدعاوى الجزائية عليهم والمطالبة بإنزال العقاب بهم؟ يبدو لي أنَّ الجواب بالإيجاب، لأن الجرائم أفعال محرمة شرعاً فهي معاصي وضرر بمصلحة الأفراد والمجتمع وفساد في الأرض، والشريعة الإسلامية تأمر بإزالة الضرر والفساد، فمن واجب ولي الأمر أن يتخذ كافة الوسائل المباحة لتحقيق هذا الغرض، ومن هذه الوسائل تعيين هيئة النيابة العامة لتقوم بمهمة ملاحقة الجرائم ورفع الدعاوى على المجرمين، وتعتبر وهي تمارس عملها هذا نائبة عن المجتمع والفرد المتضررين بالجريمة.

كما أن في كل جريمة حق لله سواء كان هذا الحق خالصاً لله أو معه حق العبد، وحق الله ما تعلق به نفع العامة فهو حق المجتمع، فيجوز تعيين نائب عن المجتمع ليرفع الدعوى على المجرم.



المَبْحَثُ الرابع

مقدمات المرافعة

١٩٧ - تمهيد:

قبل أن يباشر القاضي المرافعة فيسمع دعوى المدعي وبيئته، ودفوع المدعى عليه أو إقراره، يقوم القاضي بإحضار المدعى عليه إذا لم يحضر من تلقاء نفسه. فإذا حضر هو وخصمه مجلس القاضي لزم القاضي التسوية بينهما، وأجلسهما أمامه والتزم الخصوم بجملة آداب، وهذا ما نبينه في هذا المبحث.

١٩٨ - إحضار المدعى عليه إلى مجلس القضاء إذا كان في بلد القاضي:

إذا حضر المدعى عليه إلى مجلس القضاء من تلقاء نفسه إجابة لطلب المدعي وكان حضوره في موعد رؤية الدعوى، نظر القاضي في الدعوى لحضور الطرفين، ولم يحتج إلى دعوته من قبله لأنه حضر مع المدعي وحصل المقصود.

أما إذا لم يحضر المدعى عليه إلى مجلس القضاء ولم يستجب لطلب المدعي بالحضور معه إلى القاضي، وتقدم المدعي إلى القاضي بطلب إحضار المدعى عليه، فإن القاضي يجيبه إلى طلبه، والقاعدة في إحضار الخصم من قبل القاضي هي: «أن يدعوه بأرفق الوجوه وأجمل الأقوال لأنه يدعوه إلى حكم الله ودينه» كما يقول الفقيه السمناني^(١)، وتكون هذه الدعوة له بالحضور بأساليب شتى منها: أن يرسل القاضي أحد أعوانه مع المدعي لإحضار المدعى عليه، أو أن يختتم للمدعي على طين أو شمع بخاتمه المعروف أو بكتاب من القاضي ويسلمه له ليكون علامة استدعاء القاضي للمدعى عليه إذا أراه المدعي هذه العلامة، أو أن

(١) روضة القضاة ج١ ص١٧١.

يجمع القاضي بين الأمرين فيبعث أحد أعوانه مع المدعي مع تسليمه الختم. فإذا بلغ استدعاء القاضي المدعى عليه بالحضور إلى مجلس القضاء بإحدى الكيفيات التي ذكرناها، وجب على المدعى عليه أن يحضر إلى مجلس القضاء في الموعد المطلوب، أو أن يرسل عنه وكيلًا بالخصوصة. وإذا أراد المدعى عليه أن يسلم الحق إلى المدعي حالاً جاز ذلك، وكان على المدعي أن يخبر القاضي بذلك ويتنازله عن دعواه وعن إحضار المدعى عليه.

أما إذا امتنع المدعى عليه عن الحضور ولم يسلم الحق للمدعي فإن القاضي بالخيار: إن شاء أن يحضره جبراً بأهل القدرة من أعوانه، وإن شاء أن يطلب من صاحب الشرطة أو من أمير البلد إحضاره. فإذا تم إحضاره عززه القاضي على امتناعه بما يليق به من التعزير إن لم يبين عذراً مقبولاً عن تخلفه عن الحضور كالمرض ونحوه، ثم تجري المرافعة حضورياً. ويجوز للقاضي أن لا يطلب إحضار المدعى عليه جبراً إذا بلغه استدعاؤه له بالحضور ولم يحضر، ويجري القاضي المرافعة بحقه غيابياً ويصدر الحكم وفق إجراءات معينة سنذكرها فيما بعد^(١).

١٩٩ - حضور المرأة وإحضارها إلى مجلس القضاء

والقاضي يحضر المرأة إذا ادعى عليها أحد بحق كما يحضر الرجل إذا كانت برزة، فإن لم تكن برزة فلا يحضرها ولكن يرسل إليها من يسألها عن دعوى خصمها. أما إذا كانت هي صاحبة الحق وهي مخدرة غير برزة، فلها أن تعلم القاضي بأنها تريد إقامة الدعوى على خصمها وأنها تطلب من القاضي إجابة طلبها هذا، وفي هذه الحالة يرسل القاضي إليها شاهدين وبعض الوكلاء فتوكل في ذلك ويشهد الشهود عليها. ثم يتقدم الوكيل بالدعوى نيابة عنها بما تدعيه من حق على خصمها. فإن وجب عليها أداء يمين حتى يمكن القضاء به للوكيل لها فإن القاضي يرسل إليها من يسأل عن ذلك ويستوفي اليمين منها ما دام اليمين يجب عليها^(٢).

٢٠٠ - إحضار المدعى عليه إذا كان في غير بلد القاضي

وإذا كان المدعى عليه يقيم في غير بلد القاضي، وكان بلد المدعى عليه

(١) روضة القضاة ج ١ ص ١٧٢ - ١٧٧، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٢٢، ابن أبي الدم ص ٧٩ - ٨٠، ٩١، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٠٢، ابن مازة ج ٢ ص ٣٠٤.

(٢) روضة القضاة ج ١ ص ١٧٧.

داخلاً في ولاية القاضي وصلاحيته المكانية وليس فيه نائب له، فإن القاضي يكتب إلى أمير بلد المدعى عليه لإحضاره إلى مجلس القضاء في يوم المرافعة. أما إذا كان بلد المدعى عليه خارجاً عن ولاية القاضي وصلاحيته المكانية فإن القاضي لا يملك سلطة إحضاره بواسطة أمير البلد، وإنما له أن يجري محاكمته غيابياً إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك كما سنذكره فيما بعد^(١).

٢٠١ - جلوس الخصوم بين يدي القاضي

فإذا حضر الخصوم مجلس القضاء، جلسوا بين يدي القاضي على بعد مناسب منه بحيث يستطيع أن يسمع كلامهم ويستطيعون أن يسمعوا كلامه دون حاجة إلى رفع الصوت. وجلوسهم لا بد منه حتى أن القاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا يسمع الجواب من المدعى عليه وهما قائمان، بل لا بد من جلوسهما حتى يسمع كلامهما، وبهذا جاءت السنة النبوية. فقد روى الإمام أبو داود في سننه عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أنه قال: «قضى رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي». وكلمة (قضى) تعني: حكم وأوجب. وهذا الحديث دليل على مشروعية قعود الخصوم بين يدي القاضي^(٢)، بل ويدل على وجوب القعود خلافاً لما يدعيه البعض من أن وقوف الخصوم هو من آداب القضاء ومجلس القضاء. وقد أورد الفقيه الماوردي في كتابه أدب القاضي، خيراً عن علي رضي الله عنه وفيه قوله: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً... وفيه قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول»^(٣).

والواقع أن جلوس الخصمين هو أكثر طمأنينة وراحة لهما من الوقوف لا سيما وقد تطول المرافعة فيطول وقوفهما ولا يخفى ما في ذلك من المشقة والتعب عليهما.

٢٠٢ - التسوية بين الخصمين

القاضي مأمور بالتسوية بين الخصمين فيما يقدر عليه من أمور التسوية

(١) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ١٢٣، ٣٢٦، ٣٢٨، تبصرة الحكام ج ١ ص ٨٣ - ٨٤.

(٢) سنن أبي داود وشرحه عون المعبود ج ٩ ص ٤٩٨ - ٤٩٩.

(٣) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٥٤ - ٢٥٨.

ومعانيها ومظاهرها، والقاعدة هنا هي (كل شيء يقدر على التسوية بينهما فيه لا يعذر بتركه) فمن ذلك، أن القاضي يسوي بينهما في النظرة ولين الكلام والبشاشة فلا يتسم لأحدهما ويعيس في وجه الآخر، ولا يظهر الاهتمام والإصغاء لأحدهما دون الآخر، ولا يكلم أحدهما بلغة لا يفهمها الآخر ما دام قادراً على الكلام بلغة يفهمها الخصمان كلاهما.

ويفعل القاضي ذلك بين جميع المتخاصمين حتى أنه يجب عليه أن يسوي بين الأب وابنه، والخليفة والرعية، وبين المسلم وغير المسلم^(١).

٢٠٣ - وصية عمر بن الخطاب إلى قاضيه بالتسوية بين الخصوم:

إن التسوية بين الخصمين في مجلس القضاء، ضرورة لحسن التقاضي، لأنها تبعث الطمأنينة في نفوس المتخاصمين وتجعلهما يتكلمان دون خوف ولا تلعثم ويقدمان كل ما عندهما من بينات ودفوع مما يعين على ظهور الحق وإظهاره. ولأهمية أمر التسوية بين الخصوم، أوصى به الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبا موسى الأشعري عندما ولاه قضاء البصرة، فقد كتب له: «أس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يئأس ضعيف من عدلك»^(٢).

٢٠٤ - قضاة الإسلام يساوون بين الخصوم

وقد سار قضاة الإسلام على هذا النهج الشديد، نهج التسوية بين الخصوم، الذي أوصى به عمر بن الخطاب وغيره من الخلفاء الراشدين، وقد حفظ لنا التاريخ نماذج ساطعة من أخذ القضاة بالتسوية بين الخصوم حتى لو كان أحدهم هو أمير المؤمنين. فقد أقام بعض الناس دعوى على الخليفة أبي جعفر المنصور عند قاضي المدينة محمد بن عمران، عندما قدم أبو جعفر حاجاً، فاستدعاه القاضي وأجلسه مع خصومه وقضى عليه لهم وأمره بإنصافهم. ولما انصرفوا قال له المنصور: جزاك الله عن دينك أحسن الجزاء. وحصل أيضاً للخليفة العباسي المهدي إذ تقدم مع خصوم له إلى قاضي البصرة عبد الله بن الحسين العنبري فلما

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٢٤.

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٤١، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٤٢.

رآه القاضي مقبلاً أطرق إلى الأرض حتى جلس المهدي مع خصومه مجلس المتحاكمين حتى انقضت المحاكمة^(١).

٢٠٥ - لا مصلحة للقاضي في خرق مبدأ التسوية بين الخصوم

والواقع أن القاضي لا مصلحة له مطلقاً في خرق مبدأ التسوية بين الخصوم لأن وظيفته التحري عن الحق والحكم به والحرص عليه، فهو لا يهمنه إن ظهر أن الحق مع هذا الخصم أو ذلك لأن همه منصب على إظهار الحق لا على الجانب الذي يظهر له الحق، ومن أجل هذا كان عليه أن يظهر حياده التام بين الخصمين عن طريق الالتزام الصارم بالتسوية بينهما في النظرة والنبذة ورفع الصوت وخفضه ولين الكلمة وخشونتها، وبالالتفاتة إليهما، وإظهار الاهتمام بهما والإصغاء إليهما، حتى لا يبدو عليه أي ميل لأحدهما دون الآخر. فليس عنده إلا الدعوى وما يثبتها أو يدفعها وفي ضوء ذلك يصدر حكمه، فلا يخاف أي خصم من حيف القاضي وقلة إنصافه.



(١) أدب القاضي لابن أبي الدم ج ١ ص ٨٥ - ٨٦ وهامش رقم (٣) في ص ٨٦.

المَبْحَثُ الخَامِسُ

المرافعة بحضور الخصمين

٢٠٦ - القاضي يعظ الخصمين قبل المرافعة

في اليوم المقرر لنظر الدعاوى والترافع فيها يجلس القاضي في مجلس القضاء وبين يديه رقاع الدعاوى التي ينظرها في ذلك اليوم، ثم يدعو الخصوم حسب ترتيبهم وتسلسل تسجيل أسمائهم، فيدخل المدعي وخصمه المدعى عليه ويجلسان أمام القاضي، وقبل أن يسأل القاضي المدعي عن دعواه يعظ الخصمين محذراً من الخصومة بالباطل لأن الخصومة بالباطل توقع في سخط الله تعالى. ثم يأمرهما بالتؤدة والوقار ويسكن جأش المضطرب منهما ويؤمن روع الخائف.

٢٠٧ - بدء المرافعة بسؤال القاضي المدعي عن دعواه

ثم يسأل القاضي المدعي عن دعواه ويأمر كاتبه بكتابتها في رقعة بنفس ألفاظ المدعي بلا زيادة ولا نقصان، وهذا إذا لم يكن الكاتب قد كتب دعوى المدعي قبل دخوله مجلس القضاء، إذ لو كان قد كتبها من قبل لما كانت حاجة في إعادة كتابتها. وكذلك إذا كان المدعي قد قدم دعواه مكتوبة وسلمها إلى الكاتب، فلا حاجة إلى إعادة كتابتها في مجلس القضاء. وفي جميع الأحوال إذا ظهر للقاضي أن الدعوى فاسدة فإن القاضي ينبه المدعي ويقول له: دعواك هذه فاسدة فاذهب وصححها، وهذا من القاضي على سبيل الإفتاء لا القضاء. وإذا كانت صحيحة مضى القاضي في نظر الدعوى والمرافعة.

٢٠٨ - سؤال القاضي للمدعي عليه عن جوابه على الدعوى.

ثم يتوجه القاضي بالسؤال إلى المدعي عليه ويقول له: ادعى عليك المدعي هذا ما سمعته وهو كذا وكذا فماذا تجيب عنه؟ فإذا قال المدعي عليه: أطلب نسخة من دعوى المدعي لأقرأها على مهل وأفهمها جيداً وأنفكر بما فيها ثم أجيب

عليها، أجابه القاضي إلى طلبه وأمر بكتابة نسخة له من دعوى المدعي^(١) وأمهله مدة مناسبة للإجابة. فإذا انتهت المهلة وأحضر الجواب، أو أن المدعى عليه لم يستمهل وأراد الجواب على الدعوى في الحال فلا يخلو جواب المدعى عليه من واحد من ثلاثة أمور: إما أن يقر بما يدعيه المدعي، وإما أن ينكر ما يدعيه المدعي، وإما أن يمتنع عن الجواب فلا يقر ولا ينكر، ولكل واحد من هذه المواقف حكمه الخاص به على النحو التالي:

٢٠٩ - أولاً - إقرار المدعى عليه.

إذا أقرّ المدعى عليه، كتب إقراره بلفظه لا يزيد فيه ولا ينقص منه، وأمره بأداء ما أقرّ به.

٢١٠ - ثانياً - إنكار المدعى عليه

أما إذا أنكر المدعى عليه فإن القاضي يثبت إنكاره في الرقعة التي أثبت فيها دعوى المدعي، على أن يكون كتابة إنكاره بنفس ألفاظه بلا زيادة ولا نقصان. ثم يسأل القاضي المدعي قائلاً: هل لك بينة على دعواك؟ فإن كانت له بينة حاضرة وطلب المدعي من القاضي سماعها، سمعها القاضي في الحال وكتب فيها محضراً، وإن استمهل لإحضارها أمهله القاضي المدة المناسبة. وسواء قدم المدعي بينة في الحال أو بعد المهلة التي أعطيها ولم يطعن فيها المدعى عليه أو ادعى أن فيها مطعناً وعجز عن إثباته ثبتت الدعوى. وإذا قال المدعي بعد إنكار المدعى عليه وسؤال القاضي له عن بينته: لا بينة لي، أو قدم بينة غير مقبولة، عرض القاضي عليه تحليف خصومه المدعى عليه اليمين، فإن طلب تحليفه حلفه القاضي، فإذا حلف ردت دعوى المدعي، وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين ثبتت دعوى المدعي.

ويلاحظ هنا أن المدعى عليه إذا حلف اليمين ورددت دعوى المدعي فإن المدعي لا يقبل منه بعد ذلك تقديم بينة، إلا أن الفقيه ابن حزم الظاهري استثنى من ذلك «تواتراً يوجب صحة العلم يقيناً أنه حلف - أي المدعى عليه - كاذباً،

(١) ذكرنا في الفقرة (١٩٩) أن من الأفضل تقديم الدعوى بنسختين تعطى واحدة منها إلى المدعي عليه قبل المرافعة.

فيقضي عليه بالحق أو يقر بعد أن يكون حلف فيلزمه ما أقر به^(١).

٢١١ - ثالثاً - الامتناع عن الجواب

وإذا امتنع المدعى عليه عن الجواب فلم يقر ولم ينكر وإنما سكت ولم يجب اعتبر ناكلاً، فيقضي للمدعي ما ادعى به مع يمينه^(٢).

٢١٢ - علانية المرافعة

المرافعة بين الخصوم وسماع الدعاوى والبيانات والدفع وإصدار الأحكام في الدعاوى التي انتهت مرافعاتها، كل ذلك يجري علانية في مجلس القضاء، ويجوز لمن يرغب من عامة الناس حضور مجلس القضاء لمشاهدة ذلك وكل ما يجري فيه. وهذا، في الحقيقة أمر مفهوم بداهة، فقد مرَّ بنا أن كثيراً من الفقهاء أجاز القضاء في المسجد، والمسجد محل عام للعبادة يحضره من شاء من الناس للتعبد فيه، فلهم، إذن، أن يسمعوا ترافع الخصوم فيه أمام القاضي. وذكرنا أيضاً إجازة الفقهاء للقاضي أن يباشر القضاء في بيته للضرورة بشرط أن يفتح أبواب داره ويجعلها محلاً عاماً أثناء قيامه بالقضاء، حتى يدخلها من يشاء، بل إن حضور الناس لمجلس القضاء لسماعهم ما يجري فيه من تقديم البيانات والدفع، صار أمراً مألوفاً لا يستساغ تركه، فقد جاء في روضة القضاة للسمناني «وقد شاهدت قاضياً على باب دار الخلافة المعظمة يقضي في دهليز باب النوبة، والخصوم قيام بين يديه، وأعوان الشرطة والعامة والهدهاد - صاحب مسائل القاضي - يسمعون ما يجري ويجتمعون على ذلك ولا ينكر القاضي على أحد... وشيخنا قاضي القضاة رحمه الله يبلغه ذلك من أعوانه على الحكم ودقيق ما يجري فلا ينكر على خليفته ولا غيره حتى صار ذلك شرعاً مألوفاً يعتقد أن غيره لا يجوز»^(٣).

٢١٣ - سرية المرافعة

وإذا كان الأصل في المرافعة أن تكون علانية لا خفاء فيها ويحضرها من

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٧١، المسألة ١٧٨٢.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٣ - ٤٩، ١٥٩ - ١٦٣ وأدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٦١ - ٢٦٢، ابن أبي الدم ص ٨٨ وما بعدها، وابن مازة، المرجع السابق، ج ١ ص ٣١٥ وما بعدها.

(٣) روضة القضاة لسمناني ج ١ ص ١٣٤.

يشاء الحضور، فإنه قد يرى القاضي المصلحة في جعلها سرية لا يحضرها أحد من الناس، بل وحتى أعوانه فتبقى مقتصرة عليه وعلى أطراف الدعوى فقط، ويدل على هذا ما ذكره الفقهاء. فقد قال الفقيه السمناني: وإن كان الجلواز ثقة فلا بس أن يقف يسمع، وبعده أولى لأن الخصومة تكون في أمور ربما كانت شنة بين الرجال والنساء أو مضحكة لا يؤمن أن يؤدي ذلك إلى ما يكره^(١). فإذا جاز إبعاد الجلواز - وهو من أعوان القاضي - عن حضور الجلسة ومرافعاتها خشية سماعه ما يكره الخصوم إذاعته وانتشاره، فمن باب أولى جواز منع العامة من حضور المرافعة إذا رأى القاضي المصلحة الشرعية تقضي بذلك، أو إذا طلبها الخصوم ورأى القاضي أن طلبهم مقبول. وفي الفتاوى الهندية: «وإذا جلس الخصمان بين يدي القاضي، ورأى القاضي أن يأمر صاحب المجلس ليقوم ببعده منه حتى لا يعرف ما يدور بين الخصمين وبين القاضي... فعل ذلك. والحاصل أن القاضي يعمل ما فيه النظر في أمور الناس والاحتياط»^(٢).

وهذا الكلام، واضح الدلالة، في أن للقاضي أن يعمل ما فيه مصلحة وما فيه احتياط، ولا شك أن جعل المرافعة سرية لما يخشى من وقوف الناس على ما ينبغي كتمانها من أمور الدعوى والخصوم هو من النظر للخصوم ومن رعاية مصلحتهم المشروعة.

٢١٤ - مرافعة الأعجمي

إذا ترفع إلى القاضي أعجميان لا يعرف القاضي لغتهما، أو ترفع إليه أعجمي لا يعرف لغته، وآخر يعرف لغته، فلا بد من مترجم عنهما. ولا يقبل القاضي الترجمة عنهما إلا من اثنين عدلين عند الشافعي والحنابلة، وعن الإمام أحمد بن حنبل رواية أخرى أن الترجمة تقبل من واحد وهذا قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله، والحجة لهذا القول أن الترجمة لا تفتقر إلى لفظ الشهادة فيجزئ فيها الواحد كما هو الحال في الأخبار في الديانات. واحتج من اشترط العدد في الترجمة أنها نقل ما خفي على الحاكم إليه فيما يتعلق بالخصمين فوجب فيه العدد كالشهادة، ويفارق أخبار الديانات فإنها لا تتعلق بالمتخاصمين، أما الترجمة فإنها

(١) روضة القضاة ج ١ ص ١٣٤.

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٢١.

شهادة أو كالشهادة فتحتاج إلى اثنين عدلين، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الإقرار بالحقوق المدعى به. فإن كان يتعلق بالحدود والقصاص فلا بد من عدلين ذكرين، وإن لم يتعلق بها جازت الترجمة من رجل وامرأتين. وإن قلنا يكفي في الترجمة واحد فلا بد من عدالته، وعلى هذا القول، أي الكفاية بواحد، تقبل ترجمة المرأة بمفردها إذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة. ولا يشترط في الترجمة لفظ (أشهد)^(١).

٢١٥ - الرجح في مسألة الترجمة

والذي نميل إلى ترجيحه قبول الترجمة من واحد إذا كان حاذقاً وخبيراً في الترجمة وعدلاً موثقاً بعدالته سواء كان ذكراً أو أنثى، لأن هذا هو الأيسر والأرفق بالناس، ولأن المترجم لا عمل له سوى نقل معنى كلام المدعي أو نقل معنى كلام المدعى عليه بلغة القاضي.

٢١٦ - طلبات الخصوم أثناء المرافعة.

قد يطلب الخصوم بعض الطلبات أثناء المرافعة في الدعوى، مثل طلب الحجز الاحتياطي، أو تأجيل المرافعة لإحضار بيّنة، أو طلب قسمة مال معين، أو معاينة شيء تعلق به النزاع، فما مصير هذه الطلبات؟ الأصل أن القاضي يجيب طلبات الخصمين إذا تعلقت بالدعوى وكان لهذه الطلبات مبرر شرعي مقبول. وتتكلم فيما يلي عن طلبين (الأول) طلب الحجز الاحتياطي (والثاني) تأجيل المرافعة.

٢١٧ - طلب الحجز الاحتياطي^(٢)

يجوز للمدعي عند رفع الدعوى إلى القاضي أو في أثناء المرافعة أن يطلب من القاضي إصدار قراره بالحجز الاحتياطي على المدعى فيه موضوع الدعوى، ويبقى هذا الحجز قائماً وناظراً إلى انتهاء المرافعة وإصدار الحكم النهائي في الدعوى، صيانة لحق المدعي من الضياع.

إلا أنه يشترط لإجابة طلب المدعي بالحجز الاحتياطي وجود سبب يقوي دعواه مثل شهادة العدل أو المرجو تزكيته.

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٠ - ١٠١.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٧٩ - ١٨١.

٢١٨ - آثار الحجز الاحتياطي .

وإذا صدر قرار القاضي بالحجز الاحتياطي فإن آثاره تختلف باختلاف المدعى فيه الذي تعلق الحجز به على النحو التالي :

أ - إن كان عقاراً فإن أثر الحجز فيه أن يمنع من في يده العقار من إجراء أي تصرف فيه يخرج من حيازته له، كما يمنع هذا الحجز من إجراء التصرفات الفعلية التي تُزيل عنه هيأته وحالته الحاضرة أثناء رفع الدعوى كالبناء والهدم ونحو ذلك من دون أن ترفع يده عن العقار .

ب - وإن كان المدعى فيه - موضوع الدعوى - الذي تعلق به الحجز حيواناً بيد المدعى عليه أو في يد غيره فإن نفقة الحيوان تكون على من يستحقه أما غلته فتكون لمن هو في يده لأن هلاكه يكون عليه فتكون الغلة له لأن الغنم بالغرم . وهناك رأي آخر عند المالكية أن هلاك الحيوان يكون على من يستحقه فتكون الغلة له وتكون النفقة عليه .

ج - وإن كان المدعى فيه الذي تعلق به الحجز مما يسرع إليه الفساد كاللحم والفواكه الطرية وما أشبه ذلك فإن القاضي يأمر أميناً يبيعه ويضع ثمنه في يد عدل يأخذ منه من يستحقه في نتيجة الدعوى .

د - أما العروض وسائر الأموال المنقولة التي لا يخشى عليها الفساد والتلف، فالظاهر أنها تبقى في يد المدعى عليه إلى نتيجة الدعوى، مع إعلامه جواز التصرف فيها على نحو يتلفها أو يخرجها من حيازته لها . ويجوز، على ما أرى، أن يقرر القاضي إيداعها في يد أمين عدل قياساً على ما قالوه في ثمن ما يباع مما يخشى عليه التلف أنه يوضع هذا الثمن في يد عدل .

٢١٩ - تأجيل المرافعة .

قد يؤجل القاضي المرافعة إذا رأى حاجة لهذا التأجيل، كما لو أراد معاينة شيء له تعلق بالدعوى، أو للتحري عن عدالة الشهود . كما أن للخصمين، المدعي والمدعى عليه، طلب التأجيل لإحضار بينة تؤيد الدعوى أو تدفعها . فإذا طلب التأجيل أحد الخصمين، أجاب القاضي طلبه إذا وجد ما يبرر هذا الطلب، فيؤجل المرافعة إلى مدة مناسبة . فإذا انقضى الأجل ولم يأت من طلب التأجيل ما وعد بآتيانه وطلب مهلة أخرى أجاب القاضي طلبه إذا رأى مسوغاً لذلك .

وللقاضي تمديد الأجل وتكرير الإمهال أكثر من مرة إذا رأى مبرراً شرعياً لذلك .
أما مدة الأجل فمتروك لتقدير القاضي واجتهاده^(١) .

٢٢٠ - الأجل الإلزامية

وإذا كان القاضي يستطيع تأجيل المرافعة للمصلحة والحاجة حسب اجتهاده، فإن الخصمين من حقهم أن يطلبوا التأجيل لسبب يقبله القاضي، فإن هناك آجالاً إلزامية يجب على القاضي الأخذ بها ويجب على الخصوم قبولها. ومن هذه الآجال الإلزامية، الأجل الذي يضره القاضي إلى المجنون جنوناً حادثاً فيعزل عن زوجته سنة واحدة فإن شفي من جنونه خلال السنة بقيت له زوجته، وإن بقي على جنونه حكم القاضي بالتفريق بينهما وانتهت دعوى التفريق التي أقامتها الزوجة .

والمفقود إذا رفعت زوجته الدعوى إلى القاضي طالبة التفريق من زوجها، أجل القاضي الدعوى والمرافعة فيها أربع سنوات من تاريخ العجز عن خبره بعد البحث عنه، فإن جاء خلال هذه المدة فالتكاح باقٍ والدعوى تبطل، وإن انقضت المدة ولم يأت، حكم القاضي بالتفريق بينهما .

والمترد إذا رفع أمره إلى القاضي أجله القاضي ثلاثة أيام فإن تاب خلالها ورجع عن رده أطلق سراحه وسقط عنه عقاب المترد، وإن أصر على رده عوقب بعقوبة المترد^(٢) .

٢٢١ - التعجيل بعد التأجيل

وإذا انقضت الآجال التي ضربها القاضي بناء على طلب أحد الخصمين ولم يأت الخصم المؤجل ما وعد بإتيانه، ولم يأت بعذر يوجب له تأجيلاً آخر فإن القاضي يصدر قراره بتعجيل هذا الخصم، أي اعتباره عاجزاً عن تقديم بينته التي تثبت الدعوى إن كان هو المدعي، أو تثبت دفعه إن كان هو المدعى عليه، ثم لا يسمع القاضي منه بعد ذلك حجة ولا بينة إذا أتى بها سواء كان هذا المُعَجَّز هو المدعي أو المدعى عليه .

إلا أن القاضي لا يصدر قراره بالتعجيل في ثلاث دعاوى هي : دعوى العتق،

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٦٦ وما بعدها .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٧٤ - ١٧٥ .

والطلاق، والنسب. فيجوز لمن عجز عن تقديم بينته في هذه الأشياء الثلاثة أن يقدمها إذا عثر عليها ويقبلها منه القاضي^(١).

٢٢٢ - إسقاط الدعوى مؤقتاً

وإذا قضى القاضي على المدعي بإسقاط دعواه لعدم تقديم البينة بالرغم من إمهاله وتأجيل المرافعة لذلك من دون إصدار قرار بتعجيزه، فإن للمدعي الحق في رفع دعواه مرة أخرى وينظرها القاضي ويسمع بينته إذا قدمها^(٢).

٢٢٣ - ختام المرافعة

ولا يصدر القاضي حكمه في الدعوى إلا بعد سماع كافة حجج الخصمين ويقرر ختام المرافعة بعد أن يقول الخصمان: لم يبق لنا قول نقوله ولا حجة ندلي بها. وفي هذا يقول الإمام مالك: إذا أدلى الخصمان بحجتيهما وفهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما: أبقيت لكما حجة؟ فإن قال: لا، حكم بينهما ثم لا يقبل منهما حجة بعد إنفاذ القضاء، أي بعد إصدار الحكم، وإن قال أحدهما أو كلاهما بقيت لي حجة، أمهله القاضي ما لم يظهر لده ومماطلته وتسويفه فحيث يقرر القاضي عجزه عن تقديم بينته أو دفعه^(٣). وقال الفقيه ابن فرحون: «ولا يحكم القاضي على أحد إلا بعد أن يسأله: أبقيت لك حجة؟ فيقول: لا»^(٤).



(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٧٦ - ١٧٧.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٧٦.

(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٦٦.

(٤) تبصرة الحكام ج ١ ص ٨٥.

المَبْحَثُ السَّادِسُ

المرافعة مع غياب أحد الخصمين

٢٢٤ - تمهيد

إذا رفع المدعي دعواه إلى القاضي، وفي اليوم المحدد للمرافعة، قد لا يحضر المدعي، فهل يجري القاضي المرافعة بغيابه إذا طلبها المدعي عليه؟ وقد يحضر المدعي ولا يحضر المدعى عليه بالرغم من تبليغه بالحضور، فهل يجري القاضي المرافعة بغيابه إذا طلبها المدعي؟ ثم إن المدعى عليه قد يكون خارج بلد القاضي، فهل يمكن للمدعي أن يرفع دعواه عليه إلى هذا القاضي ويطلب مرافعته بالرغم من كونه خارج بلد القاضي وغائباً عن مجلسه؟ هذه الحالات من غياب أحد الخصمين ومدى تأثيرها في إجراء المرافعة، هو ما نبحثه في هذا المبحث.

٢٢٥ - (أولاً) - المرافعة مع غياب المدعي

إذا رفع المدعي دعواه إلى القاضي بأن سجلها الكاتب في سجله، أو في رقعة على حدة، كما أشرنا من قبل، وفي اليوم المحدد للمرافعة لم يحضر المدعي، فإن القاضي لا ينظر دعواه ويتركها للمراجعة، أي لمراجعة المدعي، ويدل على ذلك ما ذكره الفقيه الماوردي إذ قال رحمه الله تعالى: «فلو نودي صاحب رقعة - يعني اسم المدعي المذكور على رقعته - فلم يحضر، كرر النداء ثلاثاً، فإن لم يحضر أخرجت رقعة غيره ونودي صاحبها. فإن حضر صاحب الرقعة الأولى، وقد حضر صاحب الرقعة الثانية، فإن كان حضوره قبل الشروع في النظر بين الثاني وخصمه قدم الأول عليه وإن شرع في النظر لم يقطع النظر واستوفاه ثم نظر للأول بعده...»^(١). ويؤيد ذلك أنهم قالوا إن المدعي هو من إذا

(١) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٢٩٣ - ٢٩٤.

ترك دعواه فلا يجبر عليها، وإن المدعى عليه بخلافة يجبر عليها^(١). ولكن مع هذا يمكن القول، إن لولي الأمر، أن ينظم مسألة ترك المدعي دعواه، من جهة ما يترتب على ذلك من سقوط دعواه إذا لم يراجعها خلال مدة معينة، وأن للمدعى عليه الحق في طلب سماع دفعه لدعوى المدعي لرد هذه الدعوى، ونحو ذلك من وجوه تنظيم هذه المسألة بما يكفل المصلحة للجميع ويصون القضاء من العبث والاشتغال بما لا يفيد.

٢٢٦ - ثانياً - المرافعة مع غياب المدعى عليه^(٢)

والمدعى عليه الغائب قد يكون مقيماً في غير بلد القاضي، أو يكون مقيماً في بلد القاضي، ونذكر فيما يلي كيفية المرافعة في هاتين الحالتين.

٢٢٧ - الحالة الأولى - المدعى عليه يقيم خارج بلد القاضي.

سبق وأن قلنا إن محكمة بلد المدعى عليه هي المختصة بنظر الدعوى التي ترفع عليه باعتبارها هي صاحبة الصلاحية المكانية بالنسبة للدعوى المرفوعة على المدعى عليه المقيم في بلدها إلا إذا تعلقت الدعوى بشيء موجود في بلد آخر غير بلد المدعى عليه، ففي هذه الحالة تختص محكمة محل هذا الشيء - من عقار أو منقول - في نظر الدعوى والترافع أمامها بشأن هذه الدعوى بغض النظر عن بلد المدعى عليه، على رأي بعض الفقهاء. وقد لاحظت أن الفقهاء - من غير الأحناف - الذين يجيزون القضاء على الغائب - كالشافعية والحنابلة - يجيزون رفع الدعوى على الغائب أمام قاضٍ لا ولاية له على بلد هذا الغائب المدعى عليه حتى ولو كانت الدعوى لا تتعلق بشيء موجود في بلد القاضي، محتجين بأن القاضي لا يملك الولاية على إحضار المدعى عليه الغائب، فيجوز له، إذن، سماع الدعوى وبينه المدعي مع غياب المدعى عليه وعدم ولاية المحكمة على بلده حفظاً لحق المدعي من الضياع.

٢٢٨ - وإذا عرف ما ذكرناه، فإن القاضي يجوز له سماع دعوى المدعي على خصمه الغائب وإجراء المرافعة ضده بالرغم من كونه يقيم في غير بلد القاضي

(١) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٤٢.

(٢) المغني ج ٩ ص ١٠٩ وما بعدها، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٠٢ وما بعدها، روضة القضاة ج ١ ص ١٩٤.

ولا ولاية للقاضي على بلده بشرط أن تكون دعواه متعلقة بحقوق الأدميين لا بحقوق الله وأن لدى المدعي بينة على دعواه.

٢٢٩ - وللقاضي عند سماعه الدعوى على الغائب وإجراء المرافعة مع

غيابه، خياران:

الأول - أن يسمع دعوى المدعي وبينته ويكتب بها قاضي بلد المدعى عليه ليحكم بها، ما دام قد وثق هذه البينة.

الثاني - أن يحكم بالبينة المقبولة عنده بعد أن يسمعها ثم يكتب قاضي بلد المدعى عليه بحكمه لتنفيذه على المدعى عليه.

ويلاحظ هنا أن القاضي في هذا الخيار الثاني لا يحكم للمدعي بعد سماعه بينته وقبولها إلا بعد إخلافه بالله - إن كان الحق بالذمة - أنه ما قبضه ولا شيئاً منه ولا أبرأه منه ولا من شيء منه. وإن كان الحق في عين قائمة أحلفه بالله أن ملكه عليه باقٍ ما زال عنها ولا عن شيء منها. وتحليف المدعي مع بينته هو مذهب الشافعية وإحدى الروايتين في المذهب الحنبلي. والحجة لهذا القول هي أن المدعي يجوز أن يكون قد استوفى حقه، وأن الغائب لو كان حاضراً لأمكنه أن يدعي إيفاء حق المدعي ويطلب تحليفه اليمين إذا عجز عن إثبات الإيفاء، فمع هذا الاحتمال، ولكون القاضي مأموراً بالاحتياط في حق الغائب فإنه يحلف المدعي اليمين على عدم استيفائه حقه بالرغم من تقديمه البينة. والقول الثاني في المذهب الحنبلي هو الاكتفاء بقبول بينة المدعي وعدم تحليفه اليمين للحديث النبوي الشريف «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» والمدعي قدم البينة فلا يطالب معها باليمين، لأنها بينة عادلة فلا تجب معها اليمين كما لو كانت البينة على المدعى عليه الحاضر.

٢٣٠ - قدوم الغائب

وإذا قدم الغائب قبل الحكم استدعي للحضور، فإن استمهل القاضي أمهله المدة المناسبة ليقدم دفعه، فإذا قدم دفعه أو جرح شهود المدعي أو ادعى الإيفاء أو الإبراء، فإذا أثبت ما ادعاه برئ من الدعوى، وإن عجز عن الإثبات كان له تحليف المدعي ثم يصدر القاضي حكمه.

٢٣١ - أما إذا حضر الغائب بعد صدور حكم القاضي، وقدم بينة مقبولة

تدفع دعوى المدعي فإن القاضي يصدر قراره بإبطال الحكم الذي أصدره. أما إذا

عجز المدعى عليه من إثبات دفعه فله تحليف المدعي اليمين، فإذا حلف بقي الحكم صالحاً للتنفيذ وإذا نكل أبطل القاضي الحكم الذي أصدره وبرئ المدعى عليه من الحكم.

٢٣٢ - الحالة الثانية - المدعى عليه يقيم في بلد القاضي

وإذا كان المدعى عليه في بلد القاضي وبلغ بالحضور بأعوان القاضي وامتنع عن الحضور وتوارى عن الأنظار وتغيب، فإن للقاضي أن يحضره جبراً، فإذا لم يرد إحضاره جبراً أو أراده ولم يمكن هذا الإحضار الجبري، فإن القاضي يجري المرافعة في الدعوى مع غياب المدعى عليه، متبعاً الإجراءات التالية:

أ - يأمر أحد أعوانه بأن ينادي على باب المدعى عليه بأنه إذا لم يحضر إلى مجلس القضاء يوم كذا فإن القاضي سيحاكمه غيابياً ويصدر عليه حكمه.

ب - إذا أصرَّ المدعى عليه على عدم الحضور، باشر القاضي المرافعة مع غياب المدعى عليه، فيسأل المدعي عن بيئته، فإن قال: عندي بينة أمره القاضي بتحديد دعواه وسمع بيئته، فإذا قبل القاضي هذه البينة حكم على المدعى عليه بالمدعى به بعد النداء على بابه بأنه سيحكم عليه ويجري مجرى الغائب في إنفاذ الحكم عليه إلا أن القاضي لا يحلف المدعي أنه ما استوفى الحق الذي يدعيه كما يحلفه لو كان المدعى عليه الغائب خارج بلد القاضي، والسبب في هذا التفريق أن المتغيب في البلد الممتنع من الحضور وإن عومل معاملة الغائب عن بلد القاضي إلا أنه يفترق عنه بقدرته على حضور مجلس القضاء بعد أن استدعي إليه وتبلغ بالدعوى، فيستطيع إذا حضر أن يخاصم المدعي ويطلب تحليفه، بينما الغائب عن بلد القاضي لا يقدر على ذلك.

أما إذا قال المدعي: لا بينة لي، فإن القاضي بعد أن يسمع الدعوى يعيد النداء على باب المدعى عليه ثانية بأنه سيحكم عليه بالنكول عن اليمين إذا لم يحضر. فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد هذا النداء حكم القاضي بنكوله عن اليمين، وردَّ اليمين على المدعي وحكم له بما ادعى به إذا حلف اليمين.

٢٣٣ - هرب المدعى عليه بعد سماع البينة:

إذا هرب المدعى عليه بعد سماع البينة لم يؤثر هربه في الحكم، وكان

للقاضي أن يقضي عليه وينفذ الحكم الذي يوجه عليه إذا كانت البينة مقبولة. وإن كانت مما يجب على المدعي اليمين مع البينة، استحلف القاضي المدعي لأنه يستحلفه وإن لم يطلب ذلك خصمه المدعى عليه في مواضع منها الدين على الميت والشفعة.

٢٣٤ - تعليق وتعقيب على ما تقدم

أرى أن من الضروري اعتبار تبليغ المدعى عليه حقيقة أو حكماً أمراً لازماً لا بد منه لإجراء المرافعة، إذا بهذا التبليغ تتحقق التسوية بين مركز المدعي ومركز المدعى عليه، والمساواة أساس العدل، كما أن بهذه التسوية يمكن أن يدلي كل منهما بما عنده من حجج وبيانات وبالتالي يكون حكم القاضي سليماً مبنياً على هذه البيانات. والتبليغ حقيقة يكون بإعلام المدعى عليه بالدعوى وموعد مرافعتها، والتبليغ حكماً يكون بإعلامه بالدعوى وموعد مرافعتها بوسائط النشر، وفي الحاضر بالجرائد اليومية أو الإذاعة. وعلى هذا فإذا اشترط ولي الأمر لسماع الدعوى وسماع البينة تبليغ المدعى عليه حقيقة أو حكماً كان اشتراطه سائغاً شرعاً لا سيما وأن بعض الفقهاء كالحنفية لا يجيزون القضاء على الغائب، فإذا تم التبليغ أمكن إجراء المرافعة غيابياً بحق المدعى عليه إذا لم يحضر المرافعة حفظاً لحقوق الناس من الضياع، ولأنه تبلغ ولم يحضر فهو المضيع لحقه والمتسبب في عدم إسماع حجته للقاضي أو دفعه لحجة خصمه.

كما أرى لزوم رفع الدعوى إلى محكمة بلد المدعى عليه إلا إذا تعلقت الدعوى بعقار أو منقول فيجوز رفعها إلى محكمة بلد هذا الشيء، أو كانت الدعوى تتعلق بحق نشأ عن عقد أو واقعة فيجوز رفع الدعوى إلى محكمة محل هذا العقد أو الواقعة مع بقاء إمكان رفع الدعوى إلى محكمة محل إقامة المدعى عليه.



القَضْلُ الثَّالِثُ

وسائل الإثبات

٢٣٥ - تمهيد

إذا رفع المدعي دعواه فإن القاضي بعد أن يطلب من المدعي أن يبين دعواه يسأل المدعى عليه عما يدعيه فإن أقرَّ به ثبت بإقراره الحق الذي يدعيه المدعي وصدر الحكم به . وإذا أنكر المدعى عليه ما يدعيه المدعي طلب القاضي من المدعي أن يقدم بينته التي يثبت بها ما يدعيه، كالشهود العدول مثلاً، فإن قدم البينة ثبتت الدعوى وصدر الحكم بها، وإن عجز المدعي عن تقديم البينة عرض عليه القاضي حق تحليف خصمه اليمين فإن طلب تحليفه وحلف المدعى عليه رد القاضي الدعوى، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين اعتبره القاضي مقرأً ضمناً وثبت عليه الحق الذي يدعيه المدعي وصدر الحكم به إما بمجرد نكوله أو بعد رد اليمين على المدعي وحلفه كما سنبينه فما بعد.

٢٣٦ - فوسيلة إثبات الحق الذي يدعيه المدعي قد تكون إقرار المدعى عليه أو بينة المدعي كشهوده العدول، أو نكول المدعى عليه عن حلف اليمين . وهناك وسائل أو دلائل أخرى لإثبات الحق المدعى به وإن كان فيها بعض الاختلاف بين الفقهاء في مدى حجيتها في الإثبات، وهذه الوسائل المختلف فيها هي علم القاضي، القرائن، القسامة، القيافة، القرعة . وعلى هذا سنقسم هذا الفصل إلى مباحث ونخصص لكل وسيلة من وسائل الإثبات مبحثاً على حدة . ثم أختتم هذا الفصل بالكلام عن تعارض البيئات التي يقدمها المدعي والمدعى عليه وذلك في مبحث أخير على النحو التالي :

المبحث الأول - الإقرار .

المبحث الثاني - الشهادة .

- المبحث الثالث - اليمين والنكول عنها .
- المبحث الرابع - علم القاضي .
- المبحث الخامس - القرائن .
- المبحث السادس - القسامة .
- المبحث السابع - القيافة .
- المبحث الثامن - القرعة .
- المبحث التاسع - تعارض النيات .

المَبْحَثُ الأوَّل

الإقـرار

٢٣٧ - تعريف الإقرار وبيان ماهيته

الإقرار هو الاعتراف . وعند الفقهاء هو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر ولو في المستقبل . إلا أنه ليس إخباراً محضاً وإنما هو في الحقيقة إخبار من وجه وإنشاء من وجه . وقد يغلب هذا الوجه على ذلك فتترتب آثار معينة على هذا الأساس ، ولهذا لو أقرت امرأة بالزوجية لرجل صح هذا الإقرار وثبتت الزوجية بينهما وترتبت أحكامها وإن لم يوجد شهود وقت الإقرار ، لأن الإقرار إخبار من وجه كما قلنا ، وهذا الوجه هو الغالب والمنظور إليه في مثالنا هذا ، ولو اعتبرناه إنشاء لما صحَّ لأن النكاح لا يصح بدون شهود . ولو أقرَّ لوارثه بدين وهو مريض مرض الموت لم يصح ذلك لكونه تبرعاً في المرض فيأخذ حكم الوصية ، ولا وصية لوارث ، وما ذلك إلا لاعتبار الإقرار هنا إنشاءً ولو كان إخباراً لصحَّ مثل هذا الإقرار^(١) .

٢٣٨ - ركن الإقرار

ركن الإقرار هو اللفظ الدال على ثبوت الحق للغير على نفس المقر ، نحو أن يقول : لفلان عندي ألف دينار . ويقوم مقام اللفظ ويأخذ حكمه إشارة الأخرس المفهومة ، كما لو قيل للأخرس : هل تقر أنك مدين لفلان بكذا مبلغ؟ فيحرك رأسه حركة تدل على الإقرار والاعتراف . ويقوم مقام اللفظ أيضاً الكتابة مثل أن يكتب بيده بمحضر قوم ثم يقول لهم : اشهدوا عليّ بما فيه ، فذلك لازم له وإن لم يقرأه عليهم . وكذلك لو كتب رسالة لرجل غائب أن لك عليّ كذا دينار لزمه ذلك ، فإن جحدته وقامت البينة أنه كتبه لزمه واعتبر ذلك منه إقراراً بما ذكره^(٢) .

(١) ردالمحتار ج ٥ ص ٥٨٨ ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية للشيخ علي قراة ص ٦٢ - ٦٥ .

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٤٠ .

٢٣٩ - حجة الإقرار

لا خلاف في أن الإقرار حجة، وقد ثبتت حجيته بالكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ﴾ . . . وشهادة الإنسن على نفسه هو إقراره بالحق الذي عليه. ومن السنة النبوية الشريفة أن النبي ﷺ قبل من ماعز والغامدية إقرارهما بالزنا وعاملهما بموجبه في إقامة الحد عليهما. ولهذا أجمع أهل العلم على أن الإقرار حجة، لا سيما وأن العاقل لا يقر على نفسه بشيء إلا وهو صادق، ومن ثم كان جانب الصدق في الإقرار أرجح من الكذب فيصدق المقر.

٢٤٠ - إلا أن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره فيؤاخذ به المقر وحده دون سواه لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه^(١).

٢٤١ - حكم الإقرار

حكم الإقرار ظهور ثبوت المقر به لا إثباته بواسطته ابتداءً، فإذا أقر شخص لزيد بأن له عنده ألف دينار، فمعنى ذلك أن هذا الإقرار كشف لنا بأن هذا الدين ثابت في ذمة المقر لزيد في الماضي بسبب من الأسباب الشرعية غير الإقرار كالقرض مثلاً، وليس الإقرار هو الذي أثبت هذا الدين. ومعنى ذلك أيضاً أن المقر به يثبت للمقر له بدون حاجة إلى قبول منه ولا تصديق، لأن الإقرار إخبار وهو لا يحتاج في ثبوته إلى تصديق وقبول، إلا أن الإقرار يعتبر في حق الرد إنشاء فيرتد بالرد ويبطل به^(٢).

٢٤٢ - وإذا توافرت في المقر الشروط المطلوبة لزمه ما أقر به من مال أو قصاص ولا ينفعه الرجوع إلا إذا أقر بحد فله الرجوع، كما لو أقر بالزنا والسرقة، ولكن يلزمه مال السرقة لا الحد^(٣).

٢٤٣ - شروط صحة الإقرار^(٤)

لصحة الإقرار الذي يترتب عليه حكمه جملة شروط منها ما يتعلق بالمقر،

(١) المغني ج ٥ ص ١٣٧ - ١٣٨، الأصول القضائية لعلي قراة ص ٦٦ - ٦٧.

(٢) الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ٦٩.

(٣) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٤١.

(٤) المغني ج ٥ ص ١٤١، الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ٧٥ وما بعدها، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٤٩.

ومنها ما يتعلق بالمقر به، ومنها ما يتعلق بالمقر له، نذكرها فيما يلي:

٢٤٤ - أولاً - شروط المقر

أ - يشترط في المقر أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً. وعلى هذا لا يصح إقرار المجنون ولا إقرار الصبي المميز إلا إذا كان مأذوناً له بالتجارة فيصح إقراره بكل ما كان سبيله التجارة، ولا يصح إقراره بما عدا ذلك. وكذلك لا يصح إقرار المكره، قال ﷺ: «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». ولأن الإكراه دليل على كذب المقر المكره.

ب - ويشترط في المقر أن يكون في حالة صحو لا سكر فلا يصح إقرار السكران مطلقاً عند الجمهور، أي سواء كان سكره بطريق مباح كما لو شرب دواء فأسكره أو شرب المسكر مكرهاً، أو كان سكره بطريق محظور كما لو شرب المسكر مختاراً عالماً بأنه مسكر.

وعند الحنفية ومن وافقهم يعتبر من شرب المسكر بطريق محظور بمنزلة الصاحي فيؤاخذ بإقراره إلا في إقراره بالردة أو بارتكابه الحدود التي هي من حقوق الله تعالى الخالصة. وكذلك الوكيل بالطلاق إذا طلق وهو سكران أو أقرّ بأنه طلق لم يعتبر إقراره.

ج - أن لا يكون المقر متهماً في إقراره لأن التهمة تخل برجحان جانب الصدق على جانب الكذب في إقراره كما لو أقرّ المريض مرض الموت لو ارثه بدين فإنه لا يصح ولا يجب الدين لأنه متهم فيه لجواز أنه أثر بعض الورثة على بعض بقريته مرضه مرض الموت.

٢٤٥ - ثانياً - شروط المقر به

ويشترط فيه أن لا يكون محالاً عقلاً أو شرعاً. فالمحال العقلي كما لو أقرّ بأن فلاناً أقرضه مائة دينار في اليوم الفلاني وقد تبين أن فلاناً هذا قد مات قبل هذا اليوم. أو أقرّ بأنه ابن فلان المدعي مع أنه أكبر منه سنّاً.

والمحال شرعاً كما لو مات شخص وترك ابناً وبناتاً وأقرّ الابن بأن الميراث بينهما بالسوية. فهذا إقرار باطل لا يؤاخذ به الابن، لأن الشرع حكم بأن للذكر مثل حظ الانثيين.

٢٤٦ - ثالثاً - شروط المقر له

ويشترط في المقر له أن يكون ممن يثبت له الحق فإن لم يكن كذلك لم يصح الإقرار له، كما لو أقرَّ لبهيمه أو لدار بشيء لم يصح إقراره وكان باطلاً لأن الدار أو الدابة لا تملك المال مطلقاً. ويشترط أيضاً إن كان المقر له أهلاً للاستحقاق أن لا يكذب المقر في إقراره.

٢٤٧ - ادعاء المقر بما يبطل إقراره

قلنا إن الإقرار لا يصح من المكره وزائل العقل، فمتى أقرَّ بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن الأصل عدم الإكراه، إلا أن تكون هناك قرينة على الإكراه كالقيد والحبس فيكون القول قوله مع يمينه. ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال إقراره لم يقبل قوله إلا ببينة لأن الأصل السلامة حتى يثبت غيرها، أي حتى يثبت أنه كان زائل العقل^(١).



(١) المنعي ج ٥ ص ١٣٩.

المَبْحَثُ الثَّانِي

الشَّهَادَةُ

٢٤٨ - تمهيد ومنهج البحث

الشهادة هي إحدى وسائل إثبات الحق المدعى به، بل قال بعض الفقهاء: هي أكد الحجج والطرق لأنه لا خلاف في وجوب العمل بها في الحدود والقصاص والأموال والفروج»^(١). ولهذا فإن كثيراً من الفقهاء إذا أطلقوا اسم (البينة) فإنهم يريدون بهذا الاسم (البينة) الشهادة باعتبار أنها أظهر من غيرها في إظهار الحق وإثباته.

وحيث أن مواضيع الشهادة كثيرة ومتشعبة، ولغرض الإحاطة بمعالمها البارزة بسهولة ووضوح فقد رأيت جعل هذا المبحث في مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول - تعريف الشهادة وتحملها وأدائها.

المطلب الثاني - شروط الشاهد.

المطلب الثالث - نصاب الشهادة.

المطلب الرابع - مسؤولية الشاهد.

(١) روضة القضاة وطريق النجاة ج ١ ص ١٩٦.

المَطْلَبُ الأوَّل

تعريف الشهادة وتحملها وأداؤها

٢٤٩ - تعريف الشهادة

الشهادة في اصطلاح الفقهاء إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير. وتسمى (البينة) لأنها تبين ما في النفس وتكشف الحق فيما اختلف فيه^(١).

٢٥٠ - حكم تحمل الشهادة وأدائها

تحمل الشهادة وأداؤها من فروض الكفاية، لقوله تعالى: ﴿ولا يَأْبَى الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا﴾. وقوله تعالى: ﴿ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾. ولأن الشهادة أمانة فيلزم أداؤها كسائر الأمانات. فإن قام بتحمل الشهادة وأدائها اثنان سقط الفرض عن الجميع، وإن امتنع الكل عن ذلك أثموا، وإنما يَأْثِمُ الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع، فإن كان عليه ضرر من التحمل أو الأداء، أو كان ممن لا تقبل شهادته لم يلزمه ذلك لقوله تعالى: ﴿ولا يَضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن المسلم لا يلزمه أن يضر نفسه لينفع غيره. وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه تحمّل الشهادة لأن مقصود الشهادة لا يحصل به. وإذا لم يكن عليه ضرر في تحمّل الشهادة، وشهادته تقبل ودعي إلى تحمّلها وامتنع، فهل يَأْثِمُ بامتناعه إذا وجد غيره ممن يمكنه تحمّل الشهادة؟ وجهان عند الحنابلة: (أحدهما) يَأْثِمُ لأنه قد تعين عليه تحمّل الشهادة بدعائه إلى تحمّلها ولأنه منهي عن الامتناع لقوله تعالى: ﴿ولا يَأْبَى الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا﴾. (والوجه الثاني) لا يَأْثِمُ لوجود غيره فلم

(١) المغني ج ٩ ص ١٤٧، الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ١٤٤ - ١٤٥.

يتعين في حقه كما لو لم يدع^(١).

٢٥١ - ولا يجوز كتم الشهادة إذا دُعي الشاهد لأدائها من قبل من له علاقة بها، لأن عدم استجابته لأداء الشهادة إذا ما دُعي لها، يعتبر امتناعاً منه عن أداء الشهادة، وهذا الامتناع بمنزلة كتم الشهادة، وكتم الشهادة بلا عذر كبيرة من الكبائر يجب على المسلم أن لا يقع فيها، وقد روى ابن حجر الهيثمي في زواجه حديثاً، قال عنه إن النبي ﷺ قاله، ورواه عنه الطبراني، وهذا الحديث هو: «من كتم شهادة إذا دُعي إليها كان كمن شهد بالزور»^(٢).

٢٥٢ - شروط قبول الشهادة وكيفية أدائها^(٣)

يشترط لقبول الشهادة جملة شروط هي:

أولاً - توافر شروط معينة في الشاهد سنذكرها فيما بعد.

ثانياً - تقدم الدعوى بالحق المشهود به.

ثالثاً - طلب المدعي أداء الشهادة من الشاهد.

رابعاً - إذن القاضي للشاهد بأداء شهادته.

خامساً - نطق الشاهد بكلمة «أشهد» في مستهل شهادته ولا يقوم غيرها مقامها كقوله «أعلم» أو: «أتحقق». وقال الفقيه ابن حزم: لا يشترط ذلك، فلو قال الشاهد للقاضي: أنا أخبرك، أو: أنا أقول لك، أو: أنا أعلم، ولم يقل: أشهد، فكل ذلك سواء وكل ذلك شهادة.

سادساً - أن يقتصر الشاهد في شهادته على ما ادعاه المدعي.

سابعاً - أن يؤدي الشاهد ما تحمله من الشهادة مصرحاً به بلفظه، فلا يقبل من الشاهد أن يقول: أشهد بمثل ما شهد به هذا الشاهد، بل لا بد من تصريحه هو بما تحمله وقت أدائه الشهادة.

(١) المغني ج ٩ ص ١٤٦ - ١٤٧، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٢٩.

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر لابن حجر الهيثمي ج ٢ ص ١٦١.

(٣) للمغني ج ٩ ص ٨٧ - ٨٨، الطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٢٥، بدائع الصانع ج ٧ ص ١٠، تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٣٧ المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٣٤، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٥٢ - ٣٥٤، تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٩ - ٥١.

ثامناً - أن ينقل الشاهد ما سمعه أو رآه إلى القاضي من إقرار أو بيع أو إتلاف أو قبض أو غير ذلك، لا أن يشهد بما يستنتجه هو مما رآه فيقول مثلاً على سبيل الاستنتاج: أعتقد أو أرجح أن المدعى عليه بناء على ما رأيت أو سمعت أنه مدين للمدعي بمبلغ كذا. لأن تكييف الوقائع وما يستنتج منها وما يترتب عليها من آثار وأحكام، كل ذلك متروك لتقدير القاضي واجتهاده لأنه من صميم وظيفته القضائية، وليس ذلك من واجب الشاهد، لأن واجب الشاهد نقل ما رأى وسمع من وقائع إلى القاضي بناء على طلب المدعي.

تاسعاً - تفريق الشهود وتحليفهم. فقد قال الفقهاء: إذا ارتاب القاضي بالشهود، فله أن يفرقهم ويسأل كل شاهد عن شهادته على حدة، فإن اختلفوا سقطت شهادتهم، وإن اتفقوا حكم بها القاضي إن عرف عدالتهم وإلا بحث عن عدالتهم قبل أن يحكم بشهادتهم. وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه فرق بين الشهود وسمع كل شاهد على حدة.

ويبدو لي أن الراجح دائماً هو سماع شهادة الشهود متفرقين لأن ذلك أحوط، والقاضي ملزم بالأخذ بالأحوط. أما تحليف الشهود، فقد حكى الفقيه ابن حزم الأندلسي القول بتحليف الشهود عن ابن وضاح وقاضي الجماعة في قرطبة، وقال ابن حزم أيضاً وروي عن محمد بن وضاح أنه قال: أرى لفساد الناس أن يحلف الحاكم الشهود. وقال ابن القيم: وإذا كان للحاكم أن يفرق الشهود إذا ارتاب بهم فأولى أن يحلفهم إذا ارتاب بهم.

والراجح لي تحليف الشاهد دائماً لأن التحليف يحمل الشاهد على قول الصدق ويجعله يتحرج من كتمان الحقيقة، وأن يكون التحليف قاعدة ثابتة يلتزم بها القضاة جميعاً سواء ارتابوا بالشهود أو لم يرتابوا.

٢٥٣ - هذا وأن القاضي يسمع شهادة الشهود سواء حضر الخصم أو لم يحضر، إلا أنه إذا حضر في الجلسة التالية للمرافعة قرأ عليه القاضي شهادات الشهود، فإن كان له قول أو مطعن في شهاداتهم بيّنه ونظر فيه القاضي، وإذا طلب الخصم إعادة سماع الشهادة بمحضره لم يجبه القاضي إلى طلبه لأنه كان عليه أن يحضر، وحيث أنه لم يحضر فلا حق له في إعادة شهادة الشهود لئلا يسمعها منهم مباشرة.

٢٥٤ - فإذا أدلى الشهود بشهاداتهم كتبها القاضي أو أمر بكتابتها، فيكتب

شهادة كل شاهد مع كتابة اسمه ولقبه وقبيلته ومسكنه ومسجده الذي يصلي فيه وتاريخ شهادته ثم يرفع ذلك ويحفظه في إضبارة الدعوى، أو في رقعة الدعوى.

٢٥٥ - هذا ويلاحظ هنا أن شهادة الشهود إذا كانت صحيحة وعرف القاضي عدالة الشهود، فإنه يتوجه إلى المشهود عليه ويقول له: قد شهد عليك الشهود بكذا وكذا فإن كان عندك ما يقدر في شهادتهم فيبينه لي، فإن سأل الإمهال أمهله القاضي اليوم واليومين والثلاثة، فإن جاء بعد المهلة بما يجرح شهادة الشهود قام القاضي بالتحقيق عن هذا الجرح وإن لم يأت بما يقدر بشهادتهم أو بعدالتهم حكم القاضي عليه لأن الحق قد وضح وانكشف على وجه لا إشكال فيه فيجب إصدار الحكم وعدم تأخيره.

٢٥٦ - شهادة الحسبة

قلنا إن الشاهد يؤدي شهادته بعد تقدم الدعوى بالحق المشهود به، واستدعاء المدعي أداء الشهادة من الشاهد. إلا أن هناك حالات يتقدم فيها الشاهد ابتداءً ومن تلقاء نفسه لأداء شهادته دون تقدم أو سبق دعوى ولا طلب من أحد لأداء هذه الشهادة، وهذا النوع من الشهادة الجائزة هي التي تسمى (بشهادة الحسبة) حيث يكون الشاهد مدعياً كما هو شاهد في نفس الوقت.

وقد عرّف الفقهاء شهادة الحسبة بأنها عبارة عن أداء الشاهد شهادة تحملها ابتداءً لا بطلب طالب ولا بتقدم دعوى مدع. ومعنى حسبة، أي احتساباً لله تعالى^(١).

٢٥٧ - الأمور التي تقبل فيها شهادة الحسبة

تقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى مثل حد الزنا والشرب والسرقة وقطع الطريق، كما تقبل في الزكاة والعتاق والوصية للفقراء والوقف عليهم وعلى المصالح العامة، كما تقبل شهادة الحسبة في الطلاق والعدة وحرمة المصاهرة والرضاع والخلع^(٢).

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٠٢.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٤٠٢ - ٤٠٣.

٢٥٨ - الشهادة على الشهادة^(١)

والمقصود بالشهادة على الشهادة، أن يشهد شاهد أن غيره يشهد بالحق الفلاني. وهذه الشهادة جائزة بإجماع العلماء في الأموال وما يقصد به المال، ولا تقبل في الحدود، وهذا قول النخعي والشعبي والحنابلة والحنفية. وقال الإمام مالك والشافعي في قول وأبو ثور: تقبل في الحدود وفي كل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بالشهادة على الشهادة في المال وغيره. ورد المانعون بأن الحدود مبنية على الترو والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار. والشهادة على الشهادة فيها شبهة، فإنه يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الأصل، وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الأصل وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل فوجب أن لا تقبل فيما يندري بالشبهات.

أما القصاص فظاهر كلام الإمام أحمد وهو المذهب عند الحنابلة أنها لا تقبل في القصاص لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة. وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل لأن القصاص حق لآدمي لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به فأشبهه الأموال. أما ما عدا الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق فإنها تقبل فيها.

٢٥٩ - شروط الشهادة على الشهادة^(٢)

لجواز الشهادة على الشهادة جملة شروط هي:

الشرط الأول - أن تتعذر شهادة الأصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان وما أشبه ذلك، وبهذا قال الحنابلة ومالك وأبو حنيفة والشافعي. وذهب الإمام محمد صاحب أبي حنيفة إلى جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات. واحتج الأولون بأن سماع شهادة الأصل أحوط للشهادة لأن سماعها من الأصل معلوم، وصدق شاهدي الفرع مظنون، والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن. كما أن في شهادة الفرع ضعفاً ليس في شهادة الأصل، إذ يرد إليها احتمالان: احتمال غلط شاهدي الأصل، واحتمال

(١) المغني ج ٩ ص ٢٠٦ - ٢٠٧، الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ١٩٨ - ١٩٩، ٢٠٥.

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٠٦ - ٢١٠، علي قراة، المرجع السابق ص ٢٠٠ - ٢٠٥.

غلط شاهدي الفرع فينبغي أن لا تقبل إلا عند عدم شاهدي الأصل كسائر الأبدال .
كما أن الشهادة الأصل تثبت نفس الحق، وهذه تثبت الشهادة عليه .

الشرط الثاني - أن تتحقق شروط قبول الشهادة كالعدالة وغيرها في كل واحد من الأصل والفرع لأن الحكم مبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما . هذا ويجوز أن يعدل شاهدا الفرع شاهدي الأصل ويقوم القاضي بالبحث عن عدالة شاهدي الفرع إذا لم يعرفهما .

الشرط الثالث - أن يشهد على شهادة كل أصل رجلان أو رجل وامرأتان، لأن شهادة كل أصل حق يراد إثباته أمام القاضي، ولا يثبت الحق أمامه بدون نصاب شهادة كامل . ويجوز أن يكون شاهدا الفرع شاهدين على شهادة كل أصل .
الشرط الرابع - أن يقول الأصل للفرع: أشهد على شهادتي، لأنه نائب عنه فلا بد من الإنابة والأمر بالشهادة على شهادته .

الشرط الخامس - أن يعين شاهدا الفرع شاهدي الأصل ويسميانهما وفائدة هذا الشرط لإمكان البحث عن عدالتهما وليتمكن المشهود عليه من الطعن فيهما إن كان عنده مطعن في عدالتهما .

٢٦٠ - الشهادة على النفي

الشهادة تنبئ عن المشاهدة المترتب عليها العلم بالمشهود به، وهذا لا يحصل بالنفي، ومن ثم كان الأصل أن الشهادة على النفي لا تقبل، ولكن إن كان النفي شرطاً لإثبات المشروط جازت الشهادة عليه كما لو ادعى أنه وارث الميت فلان فقالت الشهود إنه لا وارث وأرث له سواء قبلت هذه الشهادة وإن قامت على النفي وهو عدم وجود وارث للميت غير المدعي، لأنها في الحقيقة لإثبات الإرث له بواسطة إثبات شرطه، وهكذا الحكم في كل شهادة قامت على نفي هو شرط لثبوت شيء آخر فإنها تقبل لأنها في الحقيقة للإثبات، والعبرة للمقاصد لا للألفاظ . وكذلك إذا تواتر النفي جازت الشهادة عليه كما لو شهد بأن فلاناً كان في البصرة في اليوم القلاني ولم يكن في بغداد وثبت ذلك بالتواتر قبلت الشهادة عليه لأن ما ثبت بالتواتر يكون ثابتاً بالضرورة، والثابت بها لا يدخله الشك، وإن لم يتواتر النفي لا تقبل الشهادة عليه^(١) .

(١) الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

٢٦١ - الجعل على الشهادة

قال الحنابلة: إذا لم تكن للشاهد حاجة إلى أن يأخذ عوضاً مالياً على شهادته فليس له أخذه على أداء الشهادة لأنه أداء فرض. وإن لم تكن له كفاية، ولم يتعين عليه أداء الشهادة حلّ له أخذ العوض على أداء شهادته. وإذا تعينت عليه الشهادة وكان محتاجاً احتتمل جواز أخذ الجعل (أي الأجرة أو العوض المالي)، واحتتمل عدم الجواز لثلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين وبهذا الاحتمال أخذ الإمام الشافعي^(١).



(١) المغني ج ٩ ص ١٥٨.

المطلب الثاني شروط الشاهد

٢٦٢ - تعداد شروط الشاهد

يشترط في الشاهد لقبول شهادته، مع الشروط الأخرى للشهادة، أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً غير متهم في شهادته، بصيراً متكلماً، وفي بعض هذه الشروط اختلاف بين الفقهاء، نبيته عند شرح هذه الشروط.

٢٦٣ - شرح شروط الشاهد^(١)

أولاً - أن يكون الشاهد بالغاً عاقلاً، فلا تقبل شهادة المجنون باتفاق الفقهاء لأنه لا يعقل، كما لا تقبل شهادة الصبي الذي لم يبلغ عند جمهور الفقهاء. وقال الإمام مالك، وهو رواية عن الإمام أحمد: تقبل شهادة الصبيان في الجراح فيما بينهم إذا شهدوا قبل تفرقهم عن الحالة التي تجارحوا عليها لأن الظاهر صدقهم وضبطهم، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا، إلا أن يكونوا قد أشهدوا الشهود العدول على شهادتهم قبل أن يتفرقوا. واحتج من اشترط البلوغ بأن الشهادة مقبولة في كل شيء بالآية الكريمة: ﴿وَأَشْهَدُوا عَلَیْهَا لَأَنْ يُقْبَلُ مِنْكُمْ﴾ والآية الكريمة: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾. فأخبر تعالى أن الكاتم لشهادته آثم، والصبي لا يأثم فدل على أنه لا يصلح أن يكون شاهداً، ولأن الصبي لا يخاف من مآثم الكذب فلا يمتنع عنه فلا تحصل الثقة بقوله، ولأن الصبي لا يقبل إقراره على نفسه ومن

(١) المغني ج ٩ ص ١٥٨ وما بعدها، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٩٣ وما بعدها، شرح أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١١ وما بعدها، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٣٠، تبصرة الأحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٥٧ - ٨٦٣ و ص ٢١٦، ٢١٧، ٢٥٦، موطأ مالك بشرح الزرقاني ج ٣ ص ٣٩٦، روضة القضاة ج ١ ص ٢٠٠ وما بعدها، أدب القاضي لابن مازة ج ٣ ص ٣ وما بعدها.

لا يقبل إقراره على نفسه لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون .

٢٦٤ - ثانياً - أن يكون عالمًا بما شهد به :

ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه الشاهد، قال تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقال تعالى: ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم إنَّ السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولاً﴾ ومدرك العلم الذي تقع به الشهادة غالباً الرؤية والسمع، والذي يقع بالرؤية هو الأفعال كالإتلاف وشرب الخمر، وأما ما يحصل بالسمع فمثل العقود وغيرها من الأقوال فيحتاج الشاهد إلى أن يسمع الشاهد كلام المتعاقدين أو كلام المتكلمين ولا يشترط رؤيتهم إذا عرف أصواتهم يقيناً. وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز من الشاهد حتى يشاهد المشهود عليه .

٢٦٥ - وقد يكون مسند علم الشاهد ما يعلمه بالاستفاضة، أي فيما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في القلب كما ذكره الفقيه الخرقى الحنبلي وهذا يقتضي أن تكثر به الأخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم، إلا أن بعض الحنابلة قال إنه يكفي أن يسمع الشاهد من اثنين عدلين ويسكن قلبه ويطمئن إلى خبرهما لأن الحقوق تثبت بقول اثنين .

٢٦٦ - وقد أجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالاستفاضة في النسب والولادة، إلا أنهم اختلفوا فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة فيما عدا النسب والولادة، فعند الحنابلة ومن وافقهم تجوز الشهادة بالاستفاضة على النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والموت والعتق والولاء والولاية، واحتج الحنابلة لقولهم بأن الأشياء التي ذكروها وقالوا عنها: تجوز فيها الشهادة بالاستفاضة، هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتهم أو مشاهدة أسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب. وقال الإمام مالك: ليس عندنا من يشهد على أحباس رسول الله ﷺ إلا بالسمع. وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا تقبل الشهادة بالاستفاضة إلا في النكاح والموت.

٢٦٧ - ثالثاً - أن يكون الشاهد مسلماً

ويشترط في الشاهد أن يكون مسلماً إذا كان المشهود عليه مسلماً وهذا باتفاق الفقهاء فيما عدا وصية المسلم في السفر حيث أجاز الحنابلة أن يشهد غير

المسلم على وصية المسلم في السفر إذا لم يوجد شهود مسلمون لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾. وعلل الحنابلة هذا الجواز بهذا النص للضرورة، ويقولهم قال جمهور فقهاء أهل الحديث، كما قال به الإمام الثوري والأوزاعي والظاهرية. وقول هؤلاء هو الصحيح، حتى أن الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى قال: «إذا حكم الحاكم بعدم جواز شهادة غير المسلم على وصية المسلم في السفر فإن حكمه يجب أن ينقض لمخالفته لنص الكتاب بتأويلات غير مقبولة»^(١). وقال ابن تيمية أيضاً، كما ينقل عنه تلميذه ابن القيم: «وقول الإمام أحمد: قبول شهادتهم في هذا الموضع هو ضرورة، يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً أو سفراً»^(٢).

٢٦٨ - والذي أميل إلى ترجيحه أن شهادة غير المسلم على المسلم تجوز في كل ضرورة في حضر أو سفر ولا تقتصر الضرورة على وصية المسلم في السفر، ويترك للقاضي تقدير الضرورة التي تجوز فيها شهادة غير المسلم على المسلم.

٢٦٩ - أما إذا كان المشهود عليه غير مسلم فإن شهادة غير المسلم تجوز عليه عند الحنفية ومن وافقهم، وقال غير هؤلاء من الفقهاء لا تجوز شهادة غير المسلم عليه، والراجح قول الحنفية^(٣).

٢٧٠ - رابعاً - أن يكون الشاهد عدلاً.

والعدل هو الذي تعادل أحواله في دينه وأفعاله، أما في الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة وأن يجتنب كل ما يخل بالمروءة. وقال بعض المالكية: من كان أكثر حاله الطاعة وهي الغالب من أحواله وهو مجتنب الكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل. وقال الفقيه ابن حزم الظاهري: العدل هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة، والكبيرة هي ما سماها رسول الله ﷺ كبيرة أو ما جاء فيه الوعيد، والصغيرة ما لم يأت فيه الوعيد.

(١) الاختيارات لابن تيمية ص ٢١٢ - ٢١٣.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٧١.

(٣) انظر مؤلفنا أحكام الذميين والمسامين في دار الإسلام ص ٥٧٧ - ٥٨١.

٢٧١ - كيف تعرف عدالة الشاهد^(١)

إذا علم القاضي عدالة الشاهد قبل شهادته . وإذا علم أنه فاسق لم يقبل شهادته، وإذا طعن المشهود عليه بشهادة الشاهد وجرحه بمفسق وأثبت طعنه وتجرّحه ردّ القاضي شهادته، وإذا عجز عن إثبات طعنه وجب على القاضي أن يقوم بالتحري والبحث عن عدالة الشاهد، فإذا تبين له بعد البحث والتحري أنه عدل قبل شهادته وإن تبين له أنه غير عدل ردّ شهادته .

٢٧٢ - وإذا كان الشاهد مستور الحال لا يعرفه القاضي عدلاً ولا فاسقاً ولم يطعن فيه المشهود عليه، فما السبيل إلى معرفة عدالته لقبول شهادته؟ خلاف بين الفقهاء نوجزه كما يلي:

٢٧٣ - أولاً - ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أن المسلم المستور شهادته مقبولة بلا حاجة إلى بحث عن عدالته وحجته أنه مسلم، والظاهر من حال المسلم العدالة، ولهذا قال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «المسلمون عدول بعضهم على بعض» فيجوز البناء على هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم في شهادته وعدالته، وما لم تتعلق شهادته بالحدود والقصاص لأن هذه يحتاط لها وتندري بالشبهات فيجب التحري والبحث عن عدالته في هذه الحالة، وهذا البحث عن عدالته هو ما يعرف بتزكية الشهود كما سنبينه فيما بعد .

٢٧٤ - ثانياً - وذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبي حنيفة إلى وجوب تزكية الشاهد المستور حتى تثبت عدالته أو فسقه سواء كانت شهادته تتعلق بحدّ أو قصاص أو غيرهما وسواء طعن الخصم في شهادة الشاهد وعدالته أو لم يطعن، لأن التحري أقوى من الاكتفاء بالظاهر وأولى منه لما فيه من الاحتياط، ولقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ ولا نعلم أنه مرضي حتى نعرفه عدلاً أو نتحرى عن عدالته فيظهر لنا أنه عدل . وأما قول سيدنا عمر رضي الله عنه: «المسلمون عدول» فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك من وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة .

(١) المغني ج ٩ ص ٦٣ - ٦٥، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١١، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٥٦، ابن مازة، المرجع السابق، ج ٣ ص ٣.

قلنا إن جمهور الفقهاء يوجبون البحث والتحري عن عدالة الشاهد الذي لا يعرف القاضي عدالته ولا فسقه، وهذا التحري يطلق عليه الفقهاء تزكية الشهود كما قلنا. ويتم بإجراءات معينة خلاصتها أن القاضي بعد أن يسمع شهادة الشهود يأمر كاتبه بكتابة أسمائهم وكناهم ونسبهم ويرفعون في النسب بما يتميزون به عن غيرهم، ويكتب صنائعهم وموضع مساكنهم ومساجدهم التي يصلون فيها حتى يمكن السؤال من جيرانهم وأهل محللتهم وسوقهم ومسجدهم. ويكتب أيضاً ألوانهم وما يتميزون به من طول أو قصر أو بياض أو سواد، كل ذلك على سبيل الاحتياط ودفعاً للالتباس ويكتب أيضاً اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق المدعى به، وإنما يكتب ذلك لئلا يوجد مانع من قبول شهادة الشاهد للمشهود له أو قبولها على المشهود عليه ولو كان الشاهد عدلاً، ويذكر قدر الحق المدعى به لأنه قد يكون الشاهد مقبول الشهادة في الحق اليسير دون الجسيم. ويكتب كل ذلك في رقع ويعطي لكل واحد من المزكين أو من يسمون بـ: «أصحاب المسائل» أو «أرباب المسائل» وهؤلاء جماعة عند القاضي يثق بهم وهم محل أمانته وثقته ويقومون بالتحري عن عدالة الشهود. وقد قال الفقهاء: ينبغي أن يكون هؤلاء (أي أصحاب المسائل) غير معروفين لئلا يقصدهم الناس بهدية أو رشوة، وأن يكونوا أصحاب عفاف وذوي عقول وافرة أبرياء من الشحناء والبغضاء، غايتهم الوقوف على الحقيقة، لا يميلون إلى شاهد ولا إلى مشهود له أو عليه، ثقة أمنا، أصحاب ورع ودين.

٢٧٦ - وبعد أن يتسلم أصحاب المسائل الرقع من القاضي يذهبون ويسألون عن عدالة الشهود سراً ممن يعرفهم من جيرانهم أو من أهل سوقهم ومحللتهم أو مسجدهم، فإذا رجع هؤلاء فأخبر اثنان منهم بعدالة الشاهد قبل القاضي شهادته وإن أخبراه بجرحه وعدم عدالته رد شهادته، وإن أخبره أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بعث آخرين فإن انضم واحد من هؤلاء إلى جانب التعديل قبل شهادة الشاهد وإن انضم إلى جانب الجرح ردَّ شهادة الشاهد، وإنما لم يكتف بتعديل الواحد أو جرحه لأن النصاب المقبول في الجرح والتعديل للشاهد اثنان، لأنه

(١) المغني ج ٩ ص ٦٣ - ٦٩، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣ - ٤٠، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٩٣ - ١١٢، الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢١٢ - ٢١٥.

شهادة، ونصاب الشهادة اثنان ولذلك لا بد فيه من لفظ «أشهد» وهذا مذهب الحنابلة والشافعي ومحمد بن الحسن. وروي عن الإمام أحمد بن حنبل أنه يقبل الجرح والتعديل من واحد، وهذا مذهب أبي حنيفة باعتبار أن ما يقوله المزكي هو خبر لا شهادة فيقبل من الواحد كالرواية وبدون لفظ الشهادة.

٢٧٧ - وفائدة التزكية السرية التي ذكرناها هو التباعد عن هتك المسلم وصون حال المزكي. ومتى أسفرت النتيجة عن جرح الشاهد، قال القاضي للمدعي: هات شاهداً آخراً ولا يقول له إن الشاهد قد جرح. فإن فرغ القاضي من التزكية السرية فإن شاء اكتفى بها وإن شاء جمع معها التزكية العلنية فيجمع القاضي بين المزكي والشاهد ويسأل المزكي عن الشاهد فإذا قال عنه إنه عدل مقبول الشهادة فقد زكاه. ويجوز أن يكون المزكي في العلن هو المزكي في السر إن توافرت فيه شروط الشهادة كما يجوز أن يكون غيره.

٢٧٨ - وإذا شهد عند القاضي مجهول الحال فقال المشهود عليه هو عدل فهل يكفي هذا القول عند القاضي ولا يلزمه البحث عن عدالته أم لا بد من التحري والبحث؟ قولان عند الفقهاء:

القول الأول - يقبل القاضي شهادته لأن البحث عن شهادته لحق المشهود عليه وقد اعترف بعدالة الشاهد فيأخذ القاضي باعترافه وإقراره ولا يلزمه البحث عن عدالته.

القول الثاني - لا بد من البحث عن عدالته لأن اعتبار العدالة في الشاهد من حق الله تعالى وهي لا تثبت بقول الواحد ولو كان هو المشهود عليه فلا بد من التحري والبحث وإثباتها بشهادة اثنين. والدليل على أن العدالة من حق الله تعالى أن الخصم لو رضي أن يحكم عليه القاضي بشهادة فاسق لم يجز الحكم بهذه الشهادة.

٢٧٩ - هل تجوز شهادة الفاسق في بعض الأحيان:

قلنا إن الشرط في قبول الشهادة أن يكون الشاهد عدلاً، وبيننا مفهوم العدالة وطريقة معرفة وجودها في الشاهد، ونسأل هنا: هل يجوز قبول شهادة الشاهد الفاسق في بعض الأحيان أو في بعض الحالات؟ والجواب على ذلك كما يلي:

إن إسقاط شهادة الشاهد الفاسق إنما كانت لكون الفسق مظنة كذب الفاسق

لا سلب أهليته، فإذا علم كونه صادقاً فقد انتفت مظنة كذبه التي هي العلة في منع قبول شهادته، وإنما يعلم كونه صادقاً مع فسقه بوجود قرائن تدل على ذلك وتبعث على الاطمئنان على أنه صادق. ففي هذه الحالة ينبغي قبول شهادته. أما تقديره القرائن الدالة على صدق الفاسق فأمر متروك إلى القاضي حسب تقديره واجتهاده. فيكون الفرق بين الفاسق المقبول للشهادة للقرائن الدالة على ترجيح جانب الصدق فيه وبين الشاهد العدل الثابتة عدالته هو أن الفاسق لا تقبل شهادته إلا بالقرائن الدالة على صدقه، بينما العدل الثابتة عدالته تقبل شهادته بلا قرائن. هذا وأن ما قلناه نعتبره سائغاً، وقولاً مقبولاً، في حالة غلبة الفسق على الناس وتعذر إثبات عدالة الشاهد^(١).

٢٨٠ - الشرط الخامس: عدم اتهام الشاهد في شهادته. فيجب أن لا يكون الشاهد متهماً في شهادته بأن يقع الشك في صحة شهادته على وجه يرجح كذبه. ومبعث هذا الشك والارتياب أسباب كثيرة، منها:

٢٨١ - أ - العداوة

إذا كان الشاهد عدواً للمشهد عليه امتنع قبول شهادته في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك والشافعي وأحمد بن حنبل. وقال أبو حنيفة إن العداوة لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة. وعند الظاهرية، إذا لم تخرجه عداوته للمشهد عليه إلى ما لا يحل فشهادته جائزة عليه لأنه عدل، وإن كانت عداوته له تخرجه إلى ما لا يحل فهي جرحة فيه ترد شهادته لكل أحد وفي كل شيء. وحجة الظاهرية قوله تعالى: ﴿ولا يجرمتمكم شئان قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ فالله سبحانه وتعالى في هذه الآية يأمرنا بالعدل على أعدائنا، فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو له فشهادته مقبولة.

٢٨٢ - واحتج الجمهور بالحديث الشريف «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه» والغمر الحقد، ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقربة القريبة، وتخالف الصداقة فإن في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفعاً لغيره بمضرة نفسه، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا، ولهذا لو شهد العدو لعدوه لجازت هذه الشهادة

(١) انظر الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج ٤ ص ٨٨.

لعدم التهمة . ويلاحظ هنا أن العداوة المانعة للشهادة هي العداوة الدنيوية لا العداوة الدينية، ولهذا جازت شهادة المسلم على غير المسلم لأن الدين يمنع من شهادة الزور^(١).

٢٨٣ - ب - جلب المنفعة

ومن أسباب اتهام الشاهد على وجه يترجح عدم صدقه، جلب المنفعة للشاهد بشهادته أو دفع ضرر عنه بهذه الشهادة، مما يجعل الشك قائماً في شهادته وبالتالي عدم قبولها.

ومن أمثلة ذلك شهادة الدائنين لمدينهم المفلس بدين له على الغير، وشهادتهم لمدينهم الميت بدين أو مال له على الغير، وكشهادة الكفيل للمكفول عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه، فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه.

وقد عدَّ الإمام مالك شهادة الصديق لصديقه من أنواع الشهادة المردودة لما فيها من تهمة جلب المنفعة، وقد ردَّ على هذا القول الفقيه ابن قدامة الحنبلي وقال: تقبل شهادة الصديق لصديقه في قول عامة أهل العلم.

وعند الحنفية والأوزاعي لا تقبل شهادة الأجير لمستأجره في شيء وإن كان عدلاً استحساناً، وقال الثوري: هي جائزة مقبولة إذا كان لا يجر إلى نفسه نفعاً بهذه الشهادة.

وعند الظاهرية تقبل شهادة الصديق لصديقه والأجير لمستأجره لأن المنظور إليه عندهم هو عدالة الشاهد فإن كان عدلاً قبلت شهادته على الآخرين بغض النظر عن الصداقة وعلاقة القربى أو الاستئجار أو غير ذلك من العلائق التي اعتبرها غير الظاهرية موانع من قبول الشهادة بحجة التهمة فيها بسبب هذه الموانع^(٢).

(١) المغني ج ٩ ص ١٨٥ - ١٩٣، اختلاف الفقهاء لأبي جعفر الطحاوي ج ١ ص ١٩٤ - ١٩٦، روضة القضاة ص ٢٠٠ وما بعدها، سنن أبي داود وشرحه عون المعبود ج ١ ص ٩ - ١٠، المحل ج ٩ ص ٤١٥ وما بعدها، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسياغي ج ٤ ص ٨٣ - ٨٨.

(٢) المغني ج ٩ ص ١٩٤، المحل لابن حزم ج ٩ ص ٤٨١.

٢٨٤ - ج - الشركة والوكالة

لا تقبل شهادة الشاهد للمشهود له إذا كان شريكاً له أو وكيلاً له فيما هو شريك فيه أو وكيلاً فيه . فإن كانت شهادتهما في غير ما ذكرنا قبلت لانتفاء التهمة .

٢٨٥ - د - القرابة

لا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا ، وهذا مذهب مالك والشافعي والحنفية وهو ظاهر مذهب الحنابلة ، خلافاً للظاهرية حيث يجيزون ذلك ما دام الشاهد عدلاً كما أشرنا في الفقرة السابقة .

ويلاحظ هنا أن شهادة الأخ لأخيه جائزة عند جماهير أهل العلم كما جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي ، ولا يصح القياس على الوالد والولد لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ .

ويلاحظ هنا أيضاً أن شهادة أحد الوالدين على ولده مقبولة ، نص على ذلك الإمام أحمد بن حنبل ، وهذا قول عامة أهل العلم لقوله تعالى : ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين﴾ ولأنه لا تهمة في مثل هذه الشهادة فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبي ، بل هي أولى^(١) .

٢٨٦ - هـ - الزوجية

فلا تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا المرأة لزوجها ، وبهذا قال الشافعي ومالك وأبو حنيفة . وأجازها أبو ثور وشريح وغيرهما . وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته لأنه لا تهمة في حقه ، ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي لذلك متهمة بشهادتها له . واحتج المانعون بأن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة ، فكان في شهادة كل منهما للآخر منفعة له .

وعند الظاهرية تجوز الشهادة بين الزوجين ، لكل واحد منهما للآخر أو عليه ما دام عدلاً^(٢) .

(١) المغني ج ٩ ص ١٩١ وما بعدها .

(٢) المغني ج ٩ ص ١٩٣ ، المحلى ج ٩ ص ٤١٥ .

٢٨٧ - سادساً السلامة من بعض العاهات

ويشترط في الشاهد أن يكون بصيراً، فإن كان أعمى لم تقبل شهادته عند أبي حنيفة والشافعي، وحجتهم أن الأصوات تتشابه فلا يحصل اليقين بمن يشهد عليه الأعمى. وأجاز شهادة الأعمى مالك وأحمد وابن أبي ليلى، وحجتهم أن الأقوال مدركها السمع، والأعمى يسمع، إلا أنه لا يجوز له أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه بيقين. وأجاز شهادة الأعمى أيضاً فقهاء المذهب الظاهري^(١).

٢٨٨ - واشترط الحنابلة أن لا يكون الشاهد أخرساً فإن كان لا تقبل شهادته لعدم اليقين بدلالة إشارته. وإنما قبلت إشارته في شؤونه الخاصة به للضرورة، ولا ضرورة هنا لأداء الشهادة على الغير. وقال مالك والشافعي: تقبل شهادة الأخرس ما دامت إشارته مفهومة الدلالة^(٢). وهذا ما نرجحه لأن الحاجة قد تدعو لشهادة الأخرس كما في حالة عدم وجود غيره يقوم بتحمل الشهادة وأدائها.



(١) المحل ج ٩ ص ٤٣٣، المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٩ ص ١٨٩ - ١٩٠.

(٢) المغني ج ٩ ص ١٩٠ - ١٩١.

المطلب الثالث

نصاب الشهادة^(١)

٢٨٩ - تمهيد

يختلف نصاب الشهادة المقبولة من حيث عدد الشهود وجنسهم باختلاف ما تتعلق به الشهادة. وإذا كان هذا الاختلاف، من حيث الأصل، متفق عليه بين الفقهاء، إلا أنهم يختلفون في بعض فروعه وتطبيقاته، ولهذا لا بد من بيان أنصبة الشهادة حسبما تتعلق به وأقوال الفقهاء في هذه الأنصبة.

٢٩٠ - أولاً - نصاب الشهادة على الزنا

لا يقبل في الشهادة على الزنا إلا أربعة رجال عدول مسلمين وأن تثبت عدالتهم بالبحث والتحري حتى على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله، لأن الزنا من الحدود، والحدود تجب فيها تزكية الشهود عند أبي حنيفة.

وعند الظاهرية يجوز أن يكون مكان كل شاهد من شهود الزنا امرأتين عدلين.

٢٩١ - ثانياً - نصاب الشهادة في بقية الحدود والقصاص

أما في بقية الحدود وهي القذف والسرقة والحراقة وشرب الخمر والردة، وكذلك القصاص، فإن نصاب الشهادة المقبول الذي تقبل به الشهادة هو شهادة رجلين وأن تثبت عدالتهما بالبحث والتحري، أي عن طريق تزكية الشهود، وهذا حتى على قول أبي حنيفة.

(١) المغني ج ٩ ص ١٤٧ - ١٥٧، الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٦٦ - ٧٥ نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٨٢ - ٢٨٦، المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ وج ١١ ص ١٤٣، ٣٨٩، روضة القضاة ص ٢٠٨ - ٢١٠، ابن أبي الدم ص ٣٩٣ - ٣٩٥.

وعند الظاهرية تقبل في هذه المواضع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة. وروي عن عطاء وحماد أنهما قالوا: تقبل في هذه الحدود والقصاص شهادة رجل وامرأتين قياساً على الشهادة في الأموال. ولكن ردّ على هذا القول بأن هذه الجرائم مما يحتاط في إثباتها وأنها تندرج بالشبهات فلا تشبه الشهادة في الأموال.

٢٩٢ - ثالثاً - نصاب الشهادة في غير الحدود والقصاص والأموال

وفي غير الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق والرجعة والعتاق والإيلاء والظهار والنسب والتوكيل وأشبه ذلك، فالمعول عليه في مذهب الحنابلة أن لا بد من شهادة رجلين ولا تقبل في هذه المسائل شهادة النساء بحال، وهذا مذهب الشافعية أيضاً، وقال الحنفية: نصاب الشهادة في هذه المسائل رجلان أو رجل وامرأتان، وهذا أيضاً مذهب الظاهرية إلا أنهم قالوا أيضاً بجواز شهادة أربع نسوة بدلاً من رجلين أو رجل وامرأتين.

٣٩٣ - رابعاً - نصاب الشهادة في الأموال.

وفي الأموال وحقوقها كالقروض والإتلافات والأروش والدييات والبيوع والإيجارات والعقود المالية وقتل الخطأ وكل جراحة لا توجب إلا المال وأشبه ذلك، فإن نصاب الشهادة في هذه المسائل هو رجلان أو رجل وامرأتان وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والحنفية والمالكية وغيرهم. قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾. . . إلى قوله تعالى: ﴿واشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾.

٢٩٤ - خامساً - الشاهد الواحد ويمين المدعي.

يرى أكثر أهل العلم ثبوت المال لمدعيه بشاهد واحد ويمين المدعي، روي ذلك عن الخلفاء الراشدين الأربعة وهو قول عمر بن عبد العزيز وشريح ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وأحمد بن حنبل. وقال الشعبي والنخعي والأوزاعي والحنفية لا يجوز للقاضي أن يقضي في المال بشاهد واحد ويمين المدعي، وحجة هؤلاء الآية الكريمة: ﴿واشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾. والحكم بشهادة الشاهد الواحد ويمين المدعي

زيادة على نص الآية، وزيادة على النص نسخ، ونسخ القرآن بأخبار الأحاد لا يجوز، ولأن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي.

٢٩٥ - واحتج القائلون بجواز الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي في مسائل الأموال بجملة أدلة، منها ما يأتي:

أ - الأحاديث الشريفة التي ورد فيها أن رسول الله ﷺ قضى بالشاهد الواحد ويمين المدعي، ومن هذه الأحاديث، عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد. رواه الإمام مسلم وأحمد وأبو داود وابن ماجه. وفي رواية لأحمد إنما كان ذلك في الأموال. وعن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق وقضى به علي رضي الله عنه في العراق. رواه أحمد والدارقطني، وذكره الترمذي. وهناك أحاديث أخرى بهذا المعنى ذكرها الإمام الشوكاني في كتابه نيل الأوطار.

ب - تعلقهم بالآية الكريمة: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم . . الآية﴾ لا يصلح حجة لهم لأن القرآن لم يذكر الرجلين، والرجل والمرأتين لبيان طريق الحكم وإنما ذكر هذين النوعين من الشهود لبيان ما تحفظ به الحقوق على وجه النصيحة والإرشاد. ومن المعلوم أن ما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر، ذلك أن طرق الحكم أوسع من طريق حفظ الحقوق بالشاهدين أو بالشاهد والإمرأتين. ألا يرى أن الحاكم يحكم بالنكول، وباليمين المردودة، وهما ليسا شاهدين ولا شاهداً وامرأتين؟ وإذا قيل إن الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي لا وجود ولا ذكر لهما في القرآن، فيقال أيضاً إن الحكم بالنكول وباليمين المردودة لا ذكر لهما في القرآن الكريم ولم يقل أحد أن الحكم بهما مخالف للقرآن الكريم أو زيادة على نصوصه.

ج - الحكم بشهادة الشاهد الواحد ويمين المدعي هو حكم بكتاب الله، لأن مثل هذا الحكم حق، والحكم بالحق مما أمر الله سبحانه به. أما أنه حق فلأن رسول الله ﷺ وخلفاء الراشدين من بعده حكموا به ولا يحكمون بباطل، وأما أنه حكم بكتاب الله فلقوله تعالى: ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله﴾. وقوله تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾. فالحكم بشاهد واحد ويمين المدعي مما أراه الله إياه قطعاً.

د - ذكر القرآن الكريم الشاهدين والشاهد والمرأتين في معرض بيان طرق حفظ الحقوق لا في معرض بيان طرق الحكم كما قلنا من قبل . وحتى لو قيل إنها وردت لبيان طريق الحكم فإن القرآن الكريم بذكره هذين النوعين من البيئات لم يوجب الحكم بهما فقط ولم يمنع الحكم بغيرهما من البيئات .

هـ - قولهم إن القول بجواز الحكم بالشاهد الواحد ويمين المدعي زيادة على النص الوارد بالشاهدين والشاهد والمرأتين، والزيادة على النص نسخ، والنسخ بأخبار الآحاد لا يجوز، هذا القول غير صحيح لأن النسخ هو الرفع والإزالة، والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع، والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين أو بالشاهد والمرأتين .

و - احتجاجهم بحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» احتجاج ضعيف، ذلك أن أحاديث الحكم بشاهد واحد ويمين المدعي أصح وأشهر من هذا الحديث وتقدم عليه لخصوصها وعمومه . ثم إن اليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه حيث لم يترجح المدعي بشيء وليس عنده إلا مجرد الدعوى فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمة، فإذا ترجح جانب المدعي بالشاهد كان هو الأولى باليمين لقوة جانبه بذلك . فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعيين . ولذلك إذا نكل المدعى عليه عن اليمين ردت اليمين على المدعي لقوة جانبه بهذا النكول من المدعى عليه .

ومما يدل أيضاً على أن هذا الحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ليس للحصر هو أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة أو تلفها، وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة .

٢٩٦ - سادساً - الشاهد الواحد

ذهبت طائفة من قضاة السلف إلى الحكم بشهادة الشاهد الواحد إذا علم صدقه من غير يمين المدعي، ومن هؤلاء القضاة شريح وزرارة بن أبي أوفى . فإذا علم القاضي صدق الشاهد الواحد جاز له الحكم بشهادته . وقد ذهب إلى هذا المذهب الفقيه ابن القيم محتجاً بأن النبي ﷺ أجاز شهادة الشاهد الواحد في قضية السلب . ففي الحديث الشريف «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» وقد أجاز النبي ﷺ شهادة الشاهد الواحد لأبي قتادة بأنه هو قتل أحد المشركين وبالتالي

يكون له سلبه كما استدل ابن القيم رحمه الله تعالى بأن النبي ﷺ قبل شهادة المرأة الواحدة في الرضاع مع أنها شهدت على فعل نفسها^(١).

٢٩٧ - سابعاً - قبول قول المدعي وحده

قول المدعي وحده هو ادعاء فليس هو من قبيل الشهادة المعهودة، ومع هذا فإن المالكية قالوا: يجوز الحكم بقول المدعي وحده إذا ترجح صدقه بالعوائد وقرائن الأحوال أو لاتصافه بالأمانة واشتهاره بذلك، أو بغير ذلك من وجوه ترجيح صدقه. وقبول قوله وحده، عند المالكية، يكون بدون يمينه في بعض المواضع، ومع يمينه في مواضع أخرى. فمن ذلك قولهم يقبل قول الزوج إنه أنفق على زوجته إذا كان مقيماً معها إذا ادعت أنه لم ينفق عليها لشهادة العرف له. (ومنها) يقبل قول المرأة أن عدتها انقضت ولا يمين عليها إذا كان الزمن ممكناً لانقضاء العدة (ومنها) إذا ادعى المودع ردّ الوديعة فالقول قوله مع يمينه مع أنه مدعي، وإنما ترجح قوله لأنه استأمنه والأمين مصدق (ومنها) لو ادعى البائع أنه باع بالدرهم وقال المشتري بل باع مقايضة بسلعة فالقول قول البائع لقوة قرينة صدقه لأن الدرهم هي الأثمان وبها يقع البيع^(٢).

٢٩٨ - ثامناً - شهادة النساء منفردات

لا خلاف في قبول شهادة النساء المنفردات وهدهن دون أن يكون معهن شهادة رجال. ومن هذه المواضع التي تقبل فيها شهادة النساء وهدهن، عند الحنابلة: الولادة، والاستهلال، والرضاع، والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبقارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة.

وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادتهن على الرضاع لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلا يثبت بالنساء منفردات كالنكاح. ولكن يرد على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن النبي ﷺ أجاز شهادة امرأة على الرضاع كما سيأتي. كما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في استهلال المولود عند الولادة بحجة أنه يكون بعد الولادة، وخالفه في ذلك صاحبه

(١) الطرق الحكيمة ص ٧٧ - ٧٨.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٣١١ - ٣١٣.

أبو يوسف ومحمد وأكثر أهل العلم لأنه يكون حال الولادة ويتعذر حضور الرجل فأشبهه الولادة نفسها.

٢٩٩ - وكل موضع ذكرناه في أعلاه وقلنا إن الحنابلة أجازوا فيه شهادة النساء منفردات فإنهم قالوا: تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة والحجة لقولهم هذا ما رواه عقبة بن الحارث أنه قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي أهاب، فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، فجئت إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فأعرض عني، ثم ذكرت له ذلك فقال: «وكيف وقد زعمت ذلك» متفق عليه. وروى حذيفة أن النبي ﷺ قال: «يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة» ولأن المشهود به معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات.

فإن شهد الرجل بذلك، أي في المواضع التي أجاز فيها شهادة النساء منفردات، فقد قال الحنابلة بقبول شهادة الرجل وحده لأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل الواحد كالرواية^(١).



(١) المغني ج ٩ ص ١٥٥ - ١٥٧.

المطلبُ الرَّابِعُ

الرجوع عن الشهادة ومسؤولية الشهود

٣٠٠ - تمهيد

قد يرجع الشهود عن شهادتهم، مكذبين أنفسهم بالشهادة التي أدوها، أو مدعين غلطهم فيها، فما هي الآثار التي تترتب على رجوعهم عن شهادتهم، بالنسبة لهم ولأطراف الدعوى؟ ثم قد يتعمد الشاهد الكذب ويشهد زوراً ثم يفتضح أمره، فما هي مسؤولية هذا الشاهد زوراً؟ هذا ما نبينه في هذا المطلب.

٣٠١ - حالات الرجوع عن الشهادة وما يترتب عليها^(١)

إذا شهد الشهود ثم رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها، فالحكم كما يلي:

أولاً - أن يرجعوا عن شهادتهم قبل أن يصدر القاضي حكمه ففي هذه الحالة لا يجوز الحكم بشهادتهم التي رجعوا عنها في قول عامة أهل العلم.

٣٠٢ - ثانياً - أن يرجع الشهود بعد صدور الحكم وقبل استيفاء الحق المحكوم به. وفي هذه الحالة ينظر: فإن كان المحكوم به عقوبة كالحدود والقصاص لم يجز استيفاؤه لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ورجوع الشهود من أعظم الشبهات، ولم يتبين استحقاقها ولا سبيل إلى جبرها فلم يجز استيفاؤها لو رجع الشهود قبل الحكم. وتختلف عن المال فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهدين عوضه بينما الحد أو القصاص لا ينجر بإيجاب مثله على الشاهدين لأن العقاب إنما شرع للزجر والتشفي لا للجبر. وإن كان المشهود به مالاً استوفى لم ينقض حكمه. وحكي عن سعد بن المسيب والأوزاعي أنهما قالاً: ينقض الحكم وإن استوفى الحق، لأن الحق ثبت بشهادتهما، فإن رجعا زال ما ثبت به الحكم فينقض الحكم

(١) المغني ج ٩ ص ٢٤٥ - ٢٥١.

كما لو تبين أنهما كانا كافرين. واحتج القائلون بعدم النقض بأن حق المشهود له وجب له فلا يسقط برجوعهما، لأن هذا الرجوع ليس بشهادة ولا بإقرار من صاحب الحق، ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى إذا رجع الشهود لأنها تدرأ بالشبهات.

٣٠٣ - ثالثاً - أن يرجع الشهود بعد استيفاء الحق المحكوم به، وفي هذه الحالة لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له بشيء سواء كان المشهود به مאלاً أو عقوبة لأن الحكم قد تمّ باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه.

٣٠٤ - مسؤولية الشهود عن رجوعهم عن الشهادة

أما مدى مسؤولية الشهود عن رجوعهم عن الشهادة ففيه تفصيل نجمله على النحو التالي:

أ - إن كان المشهود به إتلافاً يجري فيه القصاص كالقتل والجرح، نظرنا: فإن قال الشهود تعمدنا الشهادة عليه زوراً حتى يقتل ثم رجعنا عن شهادتنا بعد أن تمّ قتله، فإن على هؤلاء الراجعين عن شهادتهم القصاص عند الحنابلة، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي والشافعي. وقال الحنفية: لا قصاص على الشهود لأنهم لم يباشروا الإتلاف فأشبهوا حافر البئر إذا تلف فيه شيء.

وحجة القائلين بالقصاص من الشهود الراجعين عن شهادتهم، أن قولهم هو قول الإمام علي رضي الله عنه ولا مخالف له في الصحابة، ولأن الشهود تسبوا إلى قتله أو قطع بعض أعضائه فيلزمه القصاص، ويفارق حفر البئر بأنه لا يفضي إلى القتل غالباً.

أما إذا قال الشهود: قد أخطأنا في الشهادة ولذلك رجعنا عنها، فلا قصاص عليهم وإنما عليهم الدية في أموالهم لأن العاقلة لا تحمل دية المقر المعترف.

٣٠٥ - ب - وإذا كان المشهود به مאלاً وقد استوفاه المحكوم له فلا يرجع به عليه المحكوم عليه سواء كان المال قائماً أو تالفاً وإنما يرجع به على الشهود الراجعين عن شهادتهم في قول أكثر أهل العلم منهم الإمام مالك والحنابلة والحنفية وهو قول الشافعي في القديم، وقال في الجديد لا يرجع على الشهود بشيء، وحجته أنه لم يوجد منهم إتلاف للمال ولا عدوان منهم عليه فلا يضمنانه كما لو ردت شهادتهم. وحجة القائلين برجوع المحكوم عليه بما غرمه للمحكوم

له بأن الشهود بشهادتهم أخرجوا ماله من يده بغير حق فلزمهم الضمان، لأنهم تسبوا إلى إتلاف ماله بشهادتهم عليه فيلزمهم ضمان ما تلف بسببهم.

٣٠٦ - شاهد الزور

شهادة الزور من أكبر الكبائر، نهى الله عنها مع نهيه عن الأوثان قال تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾. وفي السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة في النهي عن شهادة الزور وبيان جسامه جرمها وما يستحقه صاحبها من العذاب العظيم، فمن هذه الأحاديث الشريفة عن أبي بكر رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر» ثلاثاً؟ قالوا: بلى يا رسول الله. قال: «الاشراك بالله وعقوق الوالدين، وجلس وكان متكئاً، فقال: ألا وقول الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت^(١).

٣٠٧ - وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن القاضي يعزر شاهد الزور إذا انكشف له وثبت لديه أنه شهد زوراً عمداً، ومع التعزير له التشهير به أيضاً. وقد روي هذا العقاب بشاهد الزور عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي والحنابلة. أما نوع التعزير ومقداره فمتروك إلى تقدير القاضي، فله أن يعزره بالإهانة والتوبيخ أو بالجلد أو بالحبس، إلا أنه إذا اختار الجلد فلا يزيد على عشر جلدات عند الحنابلة ولا يزيد على ثلاث وثلاثين جلدة عند الشافعي. فأما التشهير به بين الناس فإنه يوقف في سوق إن كان من أهل السوق، وفي قبيلته إن كان من أهل القبائل، ويقول الشخص الموكل بشاهد الزور وهو يطوف به في السوق أو في قبيلته: إن القاضي يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه. وبهذا النمط من التشهير بشاهد الزور قال الحنابلة والشافعي.

والواقع أن كيفية التشهير ومدته متروكان إلى القاضي إذ ليس في التشهير تقدير شرعي، ولكن لا يجوز للقاضي أن يختار نوعاً من التشهير فيه مخالفة لنص شرعي كما لو فعل بشاهد الزور ما يدخل في المثلة كأن يسخم وجهه أو يجدهع أنفه أو يحلق نصف رأسه^(٢).

(١) التجريد الصريح لاحاديث الجامع الصحيح تأليف الحسين بن المبارك ج ٢ ص ٢.

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٦٠ - ٢٦٢، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٦٠ - ٣٦٨.

٣٠٨ - مسؤولية شاهد الزور .

شاهد الزور يقاضى أمام القاضي عما تسببه من ضرر بشهادته الكاذبة على المحكوم عليه، ولهذا فإذا ادعى شخص على شاهدي زور بأنهما شهدا عليه زوراً وبشهادتهما حكم عليه القاضي فإن القاضي، بناء على هذه الدعوى، يحضرهما، فإن اعترفا حكم عليهما بالعقاب والضمان اللذين يستحقانهما، وإن أنكرا وللمدعي بينة على إقرارهما بأنهما شهدا زوراً فإن القاضي يسمع هذه البينة فإن قبلها حكم بمقتضاها على الشاهدين، وإن لم يكن للمدعي بينة أو قدم بينة غير مقبولة وطلب من القاضي تحليفهما اليمين فإن القاضي لا يجيب طلبه ولا يحلفهما، لأن تحليفهما يعني إمكان إقامة الدعوى من قبل كل مشهود عليه على الشهود للنكاية بهم بحجة أنهم شهدوا زوراً، وفي هذا امتهان للشهود العدول، وربما امتنع الناس عن تحمل الشهادة وأدائها، وهذا مذهب الحنابلة وهو قول الإمام الشافعي، وقال عنه صاحب المغني: لا نعلم فيه مخالفاً^(١).

٣٠٩ - هل تقبل شهادة شاهد الزور التائب؟

إذا تاب شاهد الزور توبة نصوحاً فهل تقبل شهادته باعتبار أنه صار مرضي الشهادة ومن الشهود العدول؟ ذهب الحنابلة إلى أنه إذا مضت مدة مناسبة على توبته وظهرت عليه آثار هذه التوبة، وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته، وبهذا قال الإمام أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور. وقال الإمام مالك لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه العودة إلى الزور. ولكن المذهب الأول القائل بالقبول أولى، لأن التائب من الذنب كمن لا ذنب له، وقد تاب توبة نصوحاً وظهرت آثارها في صدقه بعد مضي مدة مناسبة على توبته فلا وجه لعدم قبول شهادته بعد هذه التوبة النصوح، وقول الإمام مالك لا يؤمن من عودته إلى شهادة الزور، يمكن أن يقال عنه بأن هذا احتمال، ومجرد الاحتمال دون أن يعضده دليل لا يمنع من قبول شهادته، يدل على ذلك أن سائر التوابين لا يؤمن منهم العود إلى ذنوبهم وبالتالي سقوط عدالتهم وعدم قبول شهادتهم ومع هذا فإن شهادة هؤلاء التائبين مقبولة ولم يؤثر فيها احتمال العودة إلى ذنوبهم القديمة^(٢).

(١) المغني ج ٩ ص ٦٣.

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٦٢.

المَبْحَثُ الثَّالِثُ

اليمين والنكول عنها

٣١٠ - تمهيد

إذا أثبت المدعي دعواه بإقرار المدعى عليه، أو بالشهادة المعتبرة أو بغيرهما من دلائل الإثبات حكم له القاضي بما ادعاه، وإذا عجز عن الإثبات عرض عليه القاضي تحليف خصمه المدعى عليه، لأن التحليف حقه، فإذا طلب تحليفه عرض القاضي على المدعى عليه اليمين فإن حلفها ردَّ القاضي الدعوى وإذا نكل عن اليمين حكم القاضي عليه بما ادعاه المدعي، أمنا بمجرد نكوله عن اليمين أو بعد أن يحلف المدعي اليمين إذا ردها عليه المدعى عليه على رأي بعض الفقهاء. فاليمين، والنكول عنها من وسائل إثبات الدعوى، وهذا ما نريد بيانه في هذا المبحث.

٣١١ - المقصود باليمين

المقصود باليمين، اليمين الشرعية، التي تعرض على المدعى عليه، وهي الحلف بالله تعالى في قول عامة أهل العلم، إذ لا يجوز الحلف بغير الله تعالى، قال ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت». وهذه اليمين هي اليمين الشرعية والمشروعة في حق كل مدعى عليه منكر لادعاء المدعي سواء كان مسلماً أو غير مسلم، عدلاً أو فاسقاً، رجلاً أو امرأة لقوله ﷺ: «اليمين على المدعى عليه»^(١). وكذلك، المدعي، يحلف بالله إذا ردَّ عليه اليمين المدعى عليه كما سنيته فيما بعد.

٣١٢ - لا يحلف أحد عن غيره

واليمين لا تدخلها النيابة فلا يحلف أحد عن غيره، ولهذا لو كان المدعى

(١) المغني ج ٩ ص ٢٢٦ وما بعدها.

عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف وليه المقامة عليه الدعوى نيابة عن الصغير، وإنما يقف الأمر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون، وكذلك لا يحلف هذا الولي إذا ادعى حقاً لمن هو تحت ولايته، وأنكر المدعى عليه الحق المدعى به ولم تكن للمدعي، الولي، بينة ونكل المدعى عليه عن اليمين وردها على المدعي ليحلف هو، فلا يحلف الولي ولكن تقف اليمين إلى أن تكمل أهلية من هو تحت ولاية الولي وتنتهي هذه الولاية^(١).

٣١٣ - لا إثم على الحالف الصادق:

ومن توجهت عليه اليمين جاز له الحلف إذا كان صادقاً في حلفه ولا إثم عليه لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً. وقد حلف عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي بن كعب رضي الله عنه على نخيل ثم وهبه له وقال: خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة. ومن هنا قال البعض إن الحلف أولى ما دام الحالف صادقاً لأن في الحلف تخليص حقه ومنع خصمه من أكل حقه ظلماً، وفي هذا المنع عون له على الخير. وقال بعضهم إن افتداء يمينه، أي عدم الحلف وترك الحق المدعى به إلى مدعيه هو الأولى^(٢).

٣١٤ - الحقوق التي تجري فيها اليمين^(٣)

الحقوق نوعان: حق الله، وحق الآدمي. وحق الآدمي ينقسم إلى قسمين:
 الأول - ماهو مال أو المقصود منه المال، فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم.
 الثاني - ما ليس بمال ولا المقصود منه المال كالقصاص وحد القذف، والنكاح والطلاق والرجعة والعق والنسب والولاء.

وفي هذا القسم روايتان في المذهب الحنبلي (الأولى) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين. قال الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى: لم أسمع ممن مضى أنهم جوزوا اليمين إلا في الأموال والعروض خاصة. وهذا قول

(١) المغني ج ٩ ص ٢٣٤ - ٢٣٥.

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٣) المغني ج ٩ ص ٢٣٧ - ٢٣٩، الشيخ قراعة، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

الإمام مالك ونحو هذا قول الإمام أبي حنيفة، لأن هذه الأشياء الست التي ذكرناها لا يدخلها البذل، والشرط عند أبي حنيفة فيما يستحلف عليه المدعى عليه أن يكون مما يجوز فيه البذل، مع جواز الإقرار به. (الرواية الثانية) في المذهب الحنبلي أنه يستحلف في كل حق آدمي، وهذا قول الشافعي لقول النبي ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وهذا عام في كل مدعى عليه، وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى فيجوز أن يحلف المدعى عليه في كل حق لآدمي دون اقتصار على دعوى الأموال. وبقول الشافعي قال أيضاً الإمام أبو يوسف والإمام محمد صاحب أبي حنيفة فعندهما يستحلف المدعى عليه في كل حق لآدمي يجوز الإقرار به سواء جاز به البذل أو لم يجز.

٣١٥ - حقوق الله، وهي نوعان:

النوع الأول - الحدود، فلا تشرع فيها يمين، ولا خلاف في هذا لأنه لو أقر المتهم ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلي سبيله من غير يمين، فعدم استحلافه مع عدم إقراره أولى.

ولكن إذا ادعى سرقة ماله من قبل فلان ليضمنه المال الذي سرقه سمعت دعواه وجاز له أن يستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله وهو الحد، أي العقوبة.

النوع الثاني - الحقوق المالية مثل دعوى جابي الزكاة على رب المال أن الحول قد انقضى على أمواله وكمل نصابها. فعند الحنابلة القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف. وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف لأنها دعوى مسموعة أشبه بحق الآدمي. وقد رُدَّ على هذا القول بأن هذا حق الله فأشبه الحد، ولأن الزكاة عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة.

٣١٦ - شروط وجوب اليمين على المدعى عليه^(١)

يشترط لوجوب اليمين على المدعى عليه جملة شروط:

أولاً - إنكاره الحق المدعى به، فلو كان مقرراً به لم تجب اليمين عليه.

(١) الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢٣٦ - ٢٣٩.

ثانياً - أن يطلب المدعي تحليفه اليمين، فلو لم يطلب المدعي تحليفه لم تجب اليمين عليه، لأن اليمين حق المدعي، ولا يجبر الإنسان على استعمال حقه أو المطالبة به.

ثالثاً - أن تكون الدعوى صحيحة، فلو كانت فاسدة لا تجب اليمين على المدعى عليه ولو وجهت إليه فامتنع لا يعتبر ناكلاً، لأن النكول المعتبر يكون في الدعوى الصحيحة لا الفاسدة.

رابعاً - أن يكون المدعى به مما يجري فيه الاستحلاف على النحو الذي بيّناه.

٣١٧ - تحليف المدعي^(١)

الأصل أن المدعي إذا أقام بينته المعتبرة شرعاً حكم له القاضي بموجب بينته هذه ولا يطلب منه حلف اليمين مع بينته التي أقامها. إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات حيث يوجه القاضي اليمين على المدعي بعد إقامته البينة على ما ادعاه وقبل أن يصدر الحكم. ومن هذه الاستثناءات:

أولاً - من ادعى حقاً على ميت إضافة لتركته في مواجهة أحد الورثة، وأثبت دعواه فإن القاضي يحلفه بالله، من غير طلب من الوصي أو الوارث، قائلاً: والله ما استوفيت ديني من المديون الميت ولا من أحد أداه إليّ عنه ولا قبض لي قابض بأمرى ولا أبرأته منه ولا شيئاً منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندي به ولا شيء منه رهن.

وهذه اليمين ليست لحق الوارث وإنما هي للتركة لجواز أن يكون للميت دائن آخر أو موصى له فيحلفه القاضي احتياطاً وإن لم يطلب الخصم، وهذه اليمين واجبة حتى لو لم يحلفه القاضي وحكم له لم ينفذ حكمه.

ثانياً - المرأة إذا طلبت من القاضي أن يفرض لها نفقة في مال الزوج الغائب فإن القاضي يحلفها بالله أنه ما أعطاها نفقتها حين خرج ولم يترك لها مالاً ولم يطلقها.

(١) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ١٤، قراة، ص ٢٣٦ - ٢٣٩.

٣١٨ - نكول المدعى عليه عن اليمين، وتكليفه

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين اعتبر نكوله إقراراً دلالة، إلا أنه إقرار فيه شبهة، لأن المدعى عليه بامتناعه عن حلف اليمين يعطي دليلاً وإن لم يكن قاطعاً على أنه كان كاذباً في إنكاره، إذ لو كان صادقاً لما امتنع عن اليمين الصادقة المباحة المشروعة مع ما فيها من دفع الضرر عن نفسه وماله، ومن ثم كان نكوله، كما قلنا إقراراً دلالة ولكن فيه شبهة لأنه ليس قاطعاً في دلالة على المعنى الذي قلناه، لأن نكوله قد يحمل على البذل، أي بذل الحق المدعى به، مع عدم وجوبه عليه لأن المسلم العاقل قد يتحرج من اليمين تورعاً من الحلف أو خوفاً من عاقبة اليمين أو ترفعاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره، ولوجود هذين الاحتمالين في النكول، قال الإمام أبو حنيفة إن النكول يحتمل الإقرار والبذل، ورثب على قوله هذا أنه اشترط في الحق الذي يستحلف عليه المدعى عليه ويحصل فيه النكول أن يكون الحق مما يجوز فيه البذل والإقرار ولا يكفي فيه صحة الإقرار به. أما الصحابان أبو يوسف ومحمد فقد غلبا فيه معنى الإقرار فاشترطا في الحق الذي يجري فيه الحلف والنكول أن يكون مما يصح فيه الإقرار فقط ولا يشترط أن يصح فيه البذل أيضاً. وبناء على هذا الاختلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه في تكليف النكول اختلفوا في بعض المسائل، فقال أبو حنيفة: لا يجري فيها التحليف لعدم صحة البذل فيها بينما أجاز التحليف فيها الصحابان لصحة الإقرار فيها، من ذلك النكاح. فلو ادعى رجل على امرأة أنها زوجته وهي تنكر ولا بينة له وطلب تحليفها على نفي دعواه، أو تدعى امرأة على رجل أنها زوجته وهو ينكر وطلبت تحليفه اليمين على نفي دعواها، ففي هاتين الصورتين لا يحلف المنكر منهما عند الإمام أبي حنيفة، ويحلف عند الصحابين لما قلناه من اختلافهم في تكليف النكول^(١).

٣١٩ - رد اليمين على المدعي^(٢)

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، فهل يقضي عليه القاضي بالحق المدعى

(١) المغني ج ٩ ص ٢٣٥، الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ٢٤٢ - ٢٤٣.

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٣٥ - ٢٣٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١٩٠ - ١٩١، الفتاوى النهديّة ج ٤ ص ١٤.

به، أم أنه يرد اليمين على المدعي فإن حلف حكم القاضي له بما ادعاه، وإن نكل ردّ دعواه؟ في المسألة أقوال:

أولاً - القول الأول: يقضي القاضي بالحق المدعى به على المدعى عليه إذا نكل عن اليمين ولا يردها القاضي على المدعي، وهذا قول الإمام أحمد بن حنبل إذا كان المدعى به مالاً أو المقصود منه المال. أما غير المال وما لا يقصد به المال كالقصاص فلا يقضي به بالنكول، بل يرد القاضي اليمين على المدعي فإن حلف حكم القاضي له وإن نكل رد القاضي دعواه. وقال الإمام: مالك ترد اليمين على المدعي في دعاوى الأموال خاصة.

ثانياً - القول الثاني: لا ترد اليمين على المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه وهذا في الأموال. أما في القصاص، فإنه يقضي بالنكول إذا كان القصاص فيما دون النفس، وأما في القصاص في النفس فإن المدعى عليه لا يحلف وإنما يحبس المتهم لحمله على الإقرار. وهذا كله عند الإمام أبي حنيفة وحجته أن الشرط في اعتبار النكول أن يكون فيما يجري فيه البذل، وما دون النفس يجري فيه البذل، وأما في القصاص في النفس، فإنه لا يجري فيه البذل فلا يستحلف به المدعى عليه فلا يعتبر نكوله ولهذا لو قال شخص لآخر اقتلني فقتله وجب عليه القصاص إذا أراد أولياء القتل، ولهذا لا يجري فيه الاستحلاف، فلا نكول فيه. وأما عند الصحابين فإن القاضي يقضي بالنكول ولا يرد اليمين، إلا أن القضاء هنا لا يكون الحكم بالقصاص من القاتل وإنما بأداء الدية لأن النكول إقرار فيه شبهة، والقصاص يسقط بالشبهات.

ثالثاً - القول الثالث: ترد اليمين على المدعي، وهذا قول الإمام الشافعي في جميع الدعاوى، فإذا نكل المدعى عليه عن اليمين، قال له القاضي: لك رد اليمين على المدعي، فإن طلب ردها على المدعي أجاب القاضي طلبه ووجب على المدعي الحلف، فإن حلف حكم القاضي له، وإن نكل ردّ القاضي دعواه.

والحجة لهذا القول الحديث الشريف الذي رواه الدارقطني، وفيه أن النبي ﷺ ردّ اليمين على طالب الحق ولأنه إذا نكل المدعى عليه ظهر صدق المدعي وقوي جانبه، فتشرع اليمين في حقه، كالمدعي إذا شهد له شاهد واحد قوي جانبه، فإذا حلف استحق ما ادعاه وحكم القاضي له به. وأيضاً فإن نكول المدعى عليه قد يكون لتورعه عن الحلف وترفعه عنه مع علمه بصدقه في إنكاره

للمدعى به فلا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل، فإذا حلف كانت يمينه دليلاً لترجح جانب صدقه وبالتالي الحكم له بما ادعاه.

٣٢٠ - لا تقبل اليمين بعد صدور الحكم

إذا ردت اليمين على المدعي فحلف وحكم القاضي له، فعاد المدعى عليه وأراد أن يحلف لم يقبل منه ذلك. وكذلك لو أراد الحلف بعد الحكم عليه بنكوله لم يقبل منه، لأن الحكم قد تمّ فلا ينقض كما لو قامت به بيينة^(١).



(١) المغني ج ٩ ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

المَبْحَثُ الرَّابِعُ

علم القاضي

٣٢١ - تمهيد

المقصود بعلم القاضي، الذي نتكلم عنه في بحثنا هذا، علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها، فهل يصلح علمه بهذه الأمور سبباً لحكمه ومستنداً له أم لا؟ للجواب على هذا السؤال يجب التفريق بين حالتين:

الحالة الأولى - علم القاضي الذي حصل عليه في مجلس القضاء .

الحالة الثانية - علمه الذي حصل عليه خارج مجلس القضاء .

٣٢٢ - الحالة الأولى : علم القاضي المتحصل عنده في مجلس القضاء

إذا حصل القاضي على علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها في مجلس القضاء، كما لو أقر المدعى عليه بالدعوى أو نكل عن اليمين بعد أن وجهها إليه القاضي، فإن القاضي يحكم بموجب علمه بوقائع الدعوى ودلائل ثبوتها، ولا يشترط أن يشارك القاضي في علمه وسماعه لوقائع الدعوى ودلائل ثبوتها في مجلس القضاء شاهدان أو أكثر، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد^(١). وهو ما قال به الشافعية أيضاً محتجين بأن النبي ﷺ قال، كما جاء في الحديث: «فإن اعترفت فارجمها» ولم يقيده بأن يكون اعترافها - أي بالزنا - بحضور الناس أو بحضور شاهدين أو أكثر^(٢).

٣٢٣ - وينبغي، في رأينا أن لا يكون خلاف في صحة حكم القاضي بعلمه

(١) جاء في المغني ج ٩ ص ٥٥ : ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والإقرار في مجلس حكمه إذا سمعه شاهدان، فإن لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد فنص أحمد على أنه يحكم به .

(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٩٨ - ٤٩٩ .

المتحصل لديه في مجلس القضاء بناء على ما يسمعه من وقائع الدعوى والبيانات والأدلة التي يقدمها أطراف الدعوى، وإقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين، لأن مجلس القضاء يحضره الناس عادة، وحتى إذا لم يحضره أحد من الناس فهناك أعوان القاضي مثل أهل مشاورته من أهل العلم، وكاتبه، وحاجبه، وغيرهم وهؤلاء يسمعون ما يجري في مجلس القضاء ويشاركون القاضي في سماعه وعلمه، ويندر أن يخلو مجلس القضاء من أحد ممن ذكرنا، وحتى لو فرضنا خلو مجلس القضاء من أحد ممن ذكرنا ولم يوجد فيه إلا القاضي والخصوم فإن القاضي إذا حكم بناء على ما سمعه وعلمه من أقوال الخصوم وبياناتهم وأقاريرهم فإن حكمه صحيح لأن الحديث الصحيح الذي احتج به الشافعية حجة على كل من يشترط لصحة حكم القاضي أن يسمع معه شاهدان أو أكثر بينة المدعي أو إقرار المدعى عليه^(١).

٣٢٤ - الحالة الثانية: علمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء:

وهذه الحالة هي علم القاضي المتحصل عنده خارج مجلس القضاء كما لو سمع القاضي شخصاً يطلق امرأته ثلاثاً خارج مجلس القضاء، أو رأى القاضي شخصاً أتلف مال شخص خارج مجلس القضاء، فهل يجوز للقاضي أن يحكم بما علمه من طلاق الأول فيقضي بالتفريق بينه وبين زوجته إذا طلبت الزوجة ذلك، ويحكم بضممان المال المتلوف على من أتلفه؟ هنا نجد اختلافاً بين الفقهاء في هذه المسألة ونذكر فيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

٣٢٥ - أولاً: مذهب الظاهرية:

وعندهم يجب على الحاكم أن يحكم بعلمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء في الديون والقصاص والأموال والفروج والحدود، وسواء علم بذلك قبل توليه وظيفة القضاء أو بعد توليه القضاء، بل قالوا: إن حكم القاضي بعلمه هو أقوى ما حكم به لأنه يقين. واحتجوا أيضاً بأن الحاكم يحكم بعلمه بالجرح والتعديل بالنسبة للشهود، فكذلك ينبغي أن يقضي بعلمه بين الخصوم، واحتجوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله﴾، وليس من القسط أن يترك

(١) جاء في المغني ج ٩ ص ٥٥. وقال القاضي: لا يحكم به - أي بإقرار المدعى عليه في مجلس الحكم - حتى يسمعه معه شاهدان لأنه حكم بعلمه.

الظالم على ظلمه لا يغيره وهو عالم بظلمه، وأن يعلم طلاق امرأة ويترك مطلقها يعاشرها معاشرة الأزواج»^(١).

٣٢٦ - ثانياً: مذهب الشافعية^(٢):

وهم يفرقون بين حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى، فإذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق الآدميين، فعندهم في المذهب الشافعي قولان:

القول الأول: لا يجوز أن يحكم القاضي بعلمه لقوله ﷺ للحضرمي: «شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك». ولأنه لو جاز له الحكم بعلمه لكان علمه كشهادة اثنين ومن ثم ينعقد النكاح به وحده، ولا قائل به، ولأن الحكم بعلمه يدعو إلى التهمة، وقد يستغله قضاة السوء فيحكمون على البريء. قال الربيع: كان الشافعي يرى القضاء بعلم القاضي ولا يبوح به مخافة قضاة السوء.

٣٢٧ - القول الثاني: وهو القول الأظهر عند الشافعية وهو اختيار المزني أن القاضي يقضي بعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام، كما روي عنه: «لا يمنع أحدكم هيئة الناس أن يقول في حق إذ رآه أو علمه أو سمعه». ولأنه إذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود، وهو غير متيقن من صدقهم وضبطهم فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه ورآه وهو على علم به أولى بالجواز.

٣٢٨ - أما إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق الله تعالى فعند الشافعية قولان أيضاً، والذي عليه أكثر الشافعية وهو القول الأظهر أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه لقول أبي بكر رضي الله عنه: «لو رأيت رجلاً على حد لم أحده، أي لم أعاقبه بعقوبة الحد، حتى تقوم البينة عندي» ولأنه مندوب إلى ستره، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات.

٣٢٩ - ثالثاً: مذهب الحنابلة^(٣):

وظاهر مذهب الحنابلة أن القاضي لا يقضي بعلمه في حد ولا غيره، وسواء

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٢٦ - ٤٢٩.

(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٩٨، المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٣٨٩، الرملي، المرجع السابق، ج ٨ ص ٢٤٧.

(٣) المغني ج ٩ ص ٥٣ - ٥٥.

ما علمه قبل توليه القضاء أو بعده. والحجة لظاهر مذهب الحنابلة قول النبي ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع». فدل على أنه إنما يقضي بما يسمع لا بما يعلم. وقال ﷺ في قضية الحضرمي والكندي: «شاهدك أو يمينه، ليس لك منه إلا ذلك». ومعنى الحديث الشريف أن النبي ﷺ قال للمدعي: «قدّم شاهدك لتثبت دعواك، فإن لم يكن عندك شاهدان، فلك تحليف خصمك اليمين».

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما: أنت شاهدي. فقال: إن شتتما شهدت ولم أحكم، أو أحكم ولا أشهد. واحتجوا أيضاً بأن القضاء بعلم القاضي يؤدي إلى تهمته كما قد يؤدي إلى الحكم بما يشتهي.

٣٣٠ - وردوا على من أجاز للقاضي القضاء بعلمه محتجاً بأن النبي ﷺ قال لهند امرأة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» بأن هذا من رسول الله ﷺ فتيًا وليس حكماً بدليل أن النبي ﷺ أفتى في حق أبي سفيان بدون حضوره ولو كان حكماً عليه لم يحكم عليه في غيبته.

وقالوا أيضاً: إن الاحتجاج بشهادة الشهود مع عدم التيقن بصدقهم يجعل الحكم بعلم القاضي أولى لأنه مبني على اليقين. هذا الاحتجاج غير مقبول عند الحنابلة ويردونه بقولهم: إن الحكم بشهادة الشهود العدول لا يفرض إلى التهمة بخلاف حكم القاضي بعلمه. وأما جواز حكم أهل العلم بعلمهم في الجرح والتعديل بالنسبة لرواة الأحاديث، فهذا إنما جاز ليقطع التسلسل لأنه إذا لم يعملوا بعلمهم يلزم من ذلك التسلسل لأن كل مزكٍ يحتاج إلى من يزكيه.

٣٣١ - رابعاً: مذهب الحنفية^(١):

قالوا: يحكم القاضي بعلمه في حقوق العباد إذا استفاد هذا العلم في أثناء ولايته القضاء. أما في الحدود الخالصة لله تعالى مثل حدّ الزنا وشرب الخمر فلا يقضي بعلمه استحساناً، إلا في السرقة فيقضي بالمال دون قطع يد السارق. وفي القصاص وحدّ القذف يحكم القاضي بعلمه.

(١) اختلاف الفقهاء للطحاوي ج ١ ص ٢٢١ - ٢٢٢، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٣٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٢٢، رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٢٣.

٣٣٢ - أما إذا علم القاضي بواقعة قبل توليه القضاء ثم عرضت عليه الواقعة بعد توليه القضاء، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقضي بعلمه، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يقضي بعلمه. ولو علم بحادثة في بلد ليس هو قاضٍ فيه ثم رجع إلى بلده الذي هو قاضي فيه ثم رفعت إليه تلك الحادثة وأراد أن يقضي بعلمه فهو على الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه.

٣٣٣ - وقد لخص الفقيه الحنفي الشهير ابن عابدين مذهب الحنفية في هذه المسألة بعبارة وجيزة مختصرة فقال: وأصل المذهب الجواز بعمل القاضي بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا لفساد القضاة. وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم: الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا.

٣٣٤ - خامساً: مذهب المالكية^(١):

ذهب الإمام مالك وأكثر أصحابه إلى أن القاضي لا يقضي بعلمه في أي مدعى به سواء علمه قبل توليه القضاء أو بعده.

وحجة المالكية قول رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون إليّ». الحديث. فدل ذلك على أن القضاء يكون - كما يقول القرافي - بحسب المسموع لا بحسب المعلوم.

واحتجوا أيضاً بقوله ﷺ: «شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك» فحصر الحجة في البينة واليمين دون علم الحاكم.

واحتجوا أيضاً بأن القاضي إذا قتل أخاه بحجة علمه بأنه قاتل أنه كالقتل العمد لا يرث منه شيئاً للتهمة في الميراث فتقيس عليه بقية الصور بجامع التهمة.

٣٣٥ - مناقشة الأقوال وأدلتها:

أ - حديث: إنكم تختصمون إليّ. إلخ الذي احتج به الحنابلة وغيرهم، وقالوا: قد ورد فيه: «فأقضي على نحو ما أسمع» ولم يقل ﷺ بما أعلم. يمكن أن يجاب عليه بأن التنصيص على السماع لا ينفي كون غيره - مثل علم القاضي - طريقاً صحيحاً أيضاً للحكم، بل يمكن أن يقال إن هذا الحديث الشريف حجة

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٩٢، نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٩٨، الطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٧٢ - ١٧٣، الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤٤ - ٤٥.

للمجيزين لأن العلم أقوى من السماع، لأنه يمكن بطلان ما سمعه الإنسان ولا يمكن بطلان ما يعلمه، ففحوى الخطاب تقتضي جواز القضاء بعلم القاضي.

٣٣٦ - ب - الحديث الشريف الذي فيه: «شاهدك أو يمينه وليس لك إلا ذلك» الذي احتج به بعض المانعين، يمكن أن يجاب عليه بأن التنصيص على ما ذكر لا ينفي على ما عدها وعبارة «ليس لك إلا ذلك» لا تدل على أن النبي ﷺ قد علم المحق من المبطل حتى تكون هذه العبارة دليلاً على عدم حكم الحاكم بعلمه، بل المراد من هذه العبارة أن المدعي ليس له من المدعى عليه المنكر إلا اليمين ما دام ليس للمدعي بينة^(١).

٣٣٧ - ج - قال الفقيه الشوكاني: إن ما جعله الشارع أسباباً للحكم كالشهود واليمين والنكول عن اليمين ونحوها إن كانت أموراً تعبدنا الله بها لا يسوغ لنا الحكم إلا بها ولا يسوغ لنا الحكم بغيرها، فيجب في هذه الحالة الوقوف عندها وعدم تجاوزها. وإن كانت أسباباً يتوصل بها إلى معرفة المحق من المبطل - وهذا هو واقعها - فإنه يجوز الحكم بعلم القاضي لأن علمه طريق لمعرفة المحق أقوى من طريق الشهادة التي تفيد الظن، بينما علم القاضي يفيد اليقين أو ما هو أقوى من الظن قطعاً^(٢).

٣٣٨ - القول الراجح:

الراجح، عندي، عدم جواز حكم القاضي بعلمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء لما يأتي:

أولاً: الأحاديث التي احتج بها المانعون أقوى في الدلالة لقولهم من الأحاديث التي احتج بها المجيزون لقولهم.

٣٣٩ - ثانياً: الآثار الكثيرة المروية عن الصحابة الكرام والدالة على منع الحاكم من الحكم بعلمه، والصحابة أعلم من غيرهم بمقاصد الشريعة والمعاني المرادة بأحاديث رسول الله ﷺ. فقد ثبت عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس المنع من ذلك ولا يعرف لهم في الصحابة

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٨٦ - ٢٨٩.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٨٩.

مخالف. وقد ذكرنا الخبر المروي عن أبي بكر رضي الله عنه حيث قال: لو وجدت رجلاً على حدٍّ من حدود الله لم أحده حتى تقوم البينة عندي. وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لعبد الرحمن بن عوف: أرأيت لو رأيت رجلاً يقتل أو يسرق أو يزني؟ قال: أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين. قال عمر: أصبت. وعن علي رضي الله عنه مثله. وهذا كله من فقه الصحابة رضي الله عنهم فإنهم أفتوا الأمة وأعلمهم بمقاصد الشرع وأحكامه وحكمته. ومن حكمته أن التهمة مؤثرة في الأحكام وهذا هو الدليل الآخر الذي يرجح ما رجحناه ونذكره فيما يلي.

٣٤٠ - ثالثاً: اعتبار التهمة، فالتهمة ينظر إليها في الشرع ويقام لها وزن واعتبار وتؤثر في ترتيب الأحكام، ولهذا فهي تؤثر في الشهادات والأقضية والأقارير، وفي طلاق المريض. ومن هنا لم تقبل بعض الشهادات مع أن أصحابها عدول لا يقدح في عدالتهم سوى تهمة التأثير بالقرابة أو العداوة بين الشاهد والمشهود عليه. وكذلك لا يقضي القاضي إلى من لا تقبل شهادته له للتهمة، أي خوفاً من انحيازه في الحكم إلى المقضي له لقرابة بينهما ونحو ذلك، كما لا يقبل حكم القاضي لنفسه للتهمة. ولا يصح إقرار المريض مرض الموت للتهمة، ولا يقبل قول المرأة على ضررتها أنها أرضعتها للتهمة.

ولقد كان النبي ﷺ، وهو سيد الحكام، يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم ولا يحكم بينهم بعلمه مع براءته ﷺ عند الله وملائكته وعباده من كل تهمة لئلا يقول الناس إن محمداً يقتل أصحابه^(١).

٣٤١ - رابعاً: منع القاضي من الحكم بعلمه، يقطع الطريق على حكام السوء ويمنعهم من الحكم على البريء المستور لعداوة بينهم وبينه، أو تنفيذاً لأهوائهم أو طاعة لولي الأمر الظالم فلا يستطيعون أن يحكموا على بريء بحجة علمهم. وما أحسن قول الإمام الشافعي رحمه الله: «لولا قضاة السوء لقلنا إن للحاكم أن يحكم بعلمه»^(٢). وهذا ما انتهى إليه ابن عابدين الحنفي إذ قال: «وأصل المذهب - أي المذهب الحنفي - الجواز بعمل القاضي بعلمه، والفتوى

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٧٩ - ١٨٠.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٨٨.

على عدمه في زماننا لفساد القضاة» وهذا أيضاً ما انتهى إليه الإمام ابن حجر العسقلاني في شرحه لصحيح البخاري، بعد أن استعرض أقوال المجيزين والمانعين حيث ختم قوله ومناقشاته مرجحاً قول المانعين، فقال: «فيتعين حسم مادة تجويز القضاء بالعلم - أي بعلم القاضي»^(١).

٣٤٢ - خامساً: ما يقدمه الخصوم لإثبات الدعوى أو دفعها يمكن مناقشته والنظر فيه وتقويمه قبل أن يصدر الحكم، أما إذا جوزنا للقاضي الحكم بعلمه فإن معنى ذلك أنه يصدر الحكم بناء على هذا العلم دون أن يتمكن الخصوم من مناقشة ما استند إليه القاضي أو الطعن فيه وبيان ما يرد عليه أو ينقضه مع احتمال ذلك كله، لأن علم القاضي الذي يحصل عليه خارج مجلس القضاء معرض للخطأ لأنه غير معصوم وما يعلمه عن طريق السمع أو الرؤية قد يتطرق إليه الخطأ في هذا المسموع أو المرئي لعدم ضبطه ما سمع أو ما رأى أو لعدم إحاطته بالقرائن والظروف والأحوال التي صدر فيها المسموع أو المرئي، أو لعدم انتباه القاضي انتبهاً كافياً لما سمع أو لما رأى مما قد يُقوّت عليه بعض ما سمع أو ما رأى فيكون علمه ناقصاً وبالتالي حكمه غير صحيح، وهذا كله إذا نزهنا القاضي عن الهوى والابتعاد عن مظان الاتهام. ففي تجويز الحكم للقاضي بعلمه مع هذه الاحتمالات الواردة ظلم للمحكوم عليه وإجحاف بحقه في الدفاع عن نفسه وتفويت لحقه في مناقشة ما استدل به القاضي في حكمه. وهذا كله يدعو إلى منع القاضي من الحكم بعلمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء.



(١) فتح الباري لشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ١٣ ص ١٣٩، ١٦٠.

المبحث الخامس القرائن

٣٤٣ - تمهيد:

يراد بالقرائن الأمارات والعلامات التي يستدل بها على وجود شيء أو نفيه، كما لو شوهد شخص يخرج من دار مدعوراً وييده سكين ملطخة بالدماء وعند دخول الناس الدار وجدوا شخصاً مذبوحاً فيستدلون بما رأوه من حال الشخص الخارج من الدار على أنه هو القاتل الذي باشر القتل بنفسه مع أنهم لم يشاهدوا ذلك بأنفسهم. أو يوجد المتاع المسروق في بيت شخص فيستدل بذلك على أن هذا الشخص هو السارق أو أن السارق أودعه إياه أو أن صاحب البيت اشتراه من السارق.

فهل تعتبر القرائن طريقاً من طرق القضاء ووسيلة من وسائل النفي والإثبات عند صدور الأحكام بحيث يصح للقاضي أن يأخذ بها ويجعلها مستنداً لحكمه؟ هذا ما نجيب عليه في هذا المبحث.

٣٤٤ - الشارع اعتبر القرائن ولم يهدرها:

والواقع أن الشرع الإسلام اعتبر القرائن ولم يهدرها بدليل ترتيب الأحكام عليها لأن الشرع الإسلامي لا يهمل واقعاً ذا دلالة معينة، ولا يرفض نتيجة صحيحة دلت عليها قرينة صحيحة.

وقد دلّ على اعتبار القرائن الكتاب والسنة وأقوال السلف الصالح من فقهاء وقضاة، ونذكر فيما يلي بعضاً من هذه الدلائل.

٣٤٥ - أولاً - أدلة القرآن الكريم على اعتبار القرائن:

أ - قال تعالى في قصة يوسف: ﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل والله المستعان على ما تصفون﴾.

قال الإمام القرطبي في تفسيره: استدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات والأخذ بها في مسائل من الفقه كالقسامة وغيرها. وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بما رآه من سلامة القميص وعدم تمزقه حتى روي أنه قال لهم: متى كان هذا الذئب حكيماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص؟^(١).

٣٤٦ - ب - الشاهد الذي ذكر الله تعالى شهادته في قصة يوسف ولم ينكرها، بل حكاها مقررأ لها، يدل على اعتبار القرائن وعدم إهدارها، قال تعالى: ﴿واستبقا الباب وقدت قميصه من دبرٍ وألفيا سيدها لدا الباب، قالت ما جزاء من أراد بأهلك سوءاً إلا أن يسجن أو عذاب أليم. قال هي روادني عن نفسي وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين. وإن كان قميصه قد من دبرٍ فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبرٍ قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم﴾ فتوصل زوج المرأة بشق قميص يوسف إلى تمييز الصادق من الكاذب^(٢).

٣٤٧ - ثانياً - أدلة السنة النبوية:

ومن السنة النبوية أن رسول الله ﷺ حكم بقول القافة وجعل القيافة دليلاً على أدلة ثبوت النسب وليس هنا إلا مجرد الأمارات والعلامات، وقد أخذ الخلفاء الراشدون بهذا النهج، أي اعتبار القيافة، من أدلة ثبوت النسب، وأخذ بها مالك وأحمد والشافعي وغيرهم^(٣). والأخذ بالقيافة دليل على اعتبار القرائن.

وفي السنة النبوية أيضاً أن النبي ﷺ أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها، وجعل وصفه لعفاصها ووكائها قائماً مقام البيعة، وهذا ما ذهب إليه مالك^(٤).

٣٤٨ - ثالثاً - من أقضية الصحابة رضي الله عنهم:

حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه دون نكير من أحد بإقامة حد الزنا على امرأة ظهر حملها ولا زوج لها اعتماداً على القرينة الظاهرة، وهذا ما ذهب

(١) تفسير القرطبي ص ٩ ص ١٤٩ وما بعدها.

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٦.

(٣) أقضية الرسول ﷺ للشيخ محمد فرج المالكي ص ١١٢، والطرق الحكمية ص ١٠.

(٤) أقضية الرسول ﷺ ص ١٠٣، الطرق الحكمية ص ١٠، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٠٤.

إليه مالك وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه . كما حكم عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما بوجوب الحدِّ برائحة الخمر في فم الرجل أو قيئه خمراً اعتماداً على القرينة الظاهرة، وهذا مذهب مالك وأصحابه^(١) .

٣٤٩ - مدى اعتبار القرائن عند الفقهاء :

أخذ الفقهاء بالقرائن واعتبروها وسيلة من وسائل الإثبات وطريقاً من طرق الحكم، فمنهم من صرح بالأخذ بها والتعويل عليها كما نجد ذلك في مذهب مالك، فمن ذلك قول الفقيه المالكي ابن فرحون في تبصرته: إن من طرق القضاء في المذهب المالكي الأخذ بالقرائن . ويقرب من مذهب المالكية في التصريح بالأخذ بالقرائن مذهب الحنابلة، كما نقل الفقيه ابن القيم الحنبلي وبيّنه في كتابه الطرق الحكمية . إلا أن فريقاً من الفقهاء من المذاهب الأخرى لا يصرحون بالأخذ بالقرائن ولكن نجدهم في الواقع يرتبون أحكاماً على أساس اعتبارهم للقرائن، من ذلك قولهم بانعقاد البيع بالمعاطاة من غير لفظ اكتفاء بالقرائن والأمارات الدالة على الرضا . ومنها قولهم في إقرار المريض مرض الموت لوأرثه بدين عليه إنه لا يقبل هذا الإقرار للتهمة بقرينة مرضه وقربته من المقر له . ومنها قولهم في الركاز: إذا كان عليه علامة المسلمين فهو لقطعة، وإن كان عليه علامة الكفار فهو ركاز^(٢) .

٣٥٠ - اعتراض ودفعه :

وقد يعترض على اعتبار القرينة بالحديث الشريف «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فليس في الحديث غير البينة فهي التي يعول عليها ويؤخذ بها في القضاء . والجواب على ذلك أن القرينة الظاهرة تدخل في مفهوم البينة التي يبنى عليها الحكم، لأن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره . «ولا تنحصر - كما يقول العسقلاني - في الشهادة، بل كل ما كشف الحق فهو بينة»^(٣) .

وعلى هذا فالبينة قد تكون شهادة مقبولة أو نكولاً عن يمين وقد تكون قرينة أو شاهد الحال الذي هو من أنواع القرينة . فقول النبي ﷺ: «البينة على المدعي

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٦، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٨٨ - ٩١ .

(٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٢١، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١١٨ .

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ٣ ص ١٦٠ .

واليمين على من أنكر» معناه أن على المدعي أن يقدم ما يبين ويكشف صحة دعواه ويظهرها، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له. وعلى هذا فإن من قصر مفهوم البينة على الشهود لم يعرف ما ينطوي عليه اسم البينة من معنى. ومما يؤيد ذلك أن البينة لم تأت قط في القرآن الكريم مراداً بها الشهود، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان. وعلى هذا فإن الشهود من البينة والقرينة من البينة، وقد تكون القرينة في بعض المواضع أقوى دلالة على صدق المدعي في دعواه من دلالة الشاهدين على ذلك^(١).



(١) الطرق الحكمية ص ٢١، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١١٨.

المبحث السادس

القسامة^(١)

٣٥١ - تعريف القسامة:

القسامة مصدر أقسم قسماً ومعناه حلف حلفاً، والمراد بها عند الفقهاء: الإيمان المكررة في دعوى القتل بشروط معينة.

٣٥٢ - متى تجب القسامة:

القسامة لا تجب إذا عرف القاتل وشهد الشهود على جرمه، وتقدم أولياء القتيل بدعواهم إلى القاضي وقدموا له بينتهم. وإنما تجب القسامة إذا لم يعرف القاتل وكان هناك لوث في هذا القتل، أي شبهة، يغلب على الظن الحكم بمقتضاها وأنها تثمر صدق الدعوى. فالقسامة، إذن، لا تثبت بمجرد دعوى أولياء القتيل أن فلاناً أو جماعة ارتكبوا جريمة القتل، بل لا بد مع ادعائهم وجود اللوث، أي الشبهة، التي تسند ادعاءهم.

٣٥٣ - وقد اختلف العلماء في الشبهة التي تثبت بها القسامة، فمنهم من قال أن يشهد شاهد واحد على إقرار المقتول قبل أن يموت بأن فلاناً قتله، أو يشهد شاهدان على وجود عداوة بين القتيل وبين المدعى عليهم أو عليه، أو وجود تهديد للقتيل منه أو منهم، أي من المدعى عليه أو من المدعى عليهم، ونحو ذلك من الشبهات. ومن صور اللوث أو الشبهة، أن يوجد القتيل في محلة أو قبيلة أو قرية خارج المصر ولا يعرف قاتله، وبهذه الصورة أخذ الحنفية في باب القسامة وجعلوها شبهة تجيز لأولياء القتيل معها التقدم إلى القاضي بدعوى القتل والمطالبة

(١) النهاية لابن الأثير ج ٤ ص ٦٢، المغني ج ٨ ص ٦٤ وما بعدها، نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٤ - ٣٩، المحلى ج ١١ ص ٧٦، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ وما بعدها، سبل السلام ج ٣ ص ٣٤٥ وما بعدها، الهدية والعناية وفتح القدير ج ٨ ص ٣٨٣ وما بعدها.

بالقسامة متهمين أهل تلك المحلة أو القرية التي وجد فيها قتيلاً.

٣٥٤ - كيفية جريان القسامة وما يثبت بها عند الحنفية:

إذا وجد اللوث في جريمة القتل، كما لو وجد قتيلاً في محلة أو قرية وبين أهلها وبين القتل عدواة ولم يعرف قاتله، وتقدم أولياء القتل بادعائهم إلى القاضي طالبين منه إجراء القسامة في دعواهم، فإن القاضي يجيبهم إلى طلبهم إذا رأى توافر شروط القسامة وصحة الدعوى، فيختار أولياء القتل خمسين رجلاً من أهل تلك المحلة أو القرية يحلفون بالله أنهم ما قتلوه ولا يعرفون قاتله، فإذا حلفوا لزمتهم الدية وإن لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقرؤا. وهذه الكيفية هي التي قال بها فقهاء الحنفية وقالوا عنها إنها هي المروية عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأنه قضى بها دون مخالف من الصحابة فكان إجماعاً.

٣٥٥ - وهناك كيفيات أخرى للقسامة قال بها الحنابلة والشافعية والمالكية وغيرهم، إلا أن الكيفية التي ذكرها الأحناف نصرها صاحب سبل السلام وقال عنها: وإلى هذا - أي الكيفية التي أخذ بها الحنفية في القسامة - جنح البخاري، أي صاحب الصحيح، وذلك لأن الروايات اختلفت في ذلك في قصة الأنصار ويهود خيبر فيرد المختلف إلى المتفق عليه من أن اليمين على المدعى عليه^(١).



(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٣ ص ٣٤٨.

المبحث السابع

القيافة^(١)

٣٥٦ - تعريفها:

القيافة هي الاستدلال بشبه الإنسان لغيره على النسب، والذي يعرف بالقدرة على القيافة يسمى (القائف)، والجمع القافة. وقد عرف بنو مدلج من قبائل العرب بالقيافة واشتهروا بها ولكنها، أي القيافة، ليست مقصورة عليهم.

٣٥٧ - الاختلاف في اعتبار القيافة:

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار القيافة في إثبات النسب، فالجمهور كالمالكية والشافعية والحنابلة يأخذون بالقيافة في ثبوت النسب، وقال أبو حنيفة: لا يجوز الاعتماد على القيافة أصلاً في أية صورة من الصور لأنه حرز وتخمين فلا يجوز.

واحتج الجمهور بحديث عائشة رضي الله عنها، وفيه أن النبي ﷺ دخل عليها يوماً مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: «ألم تَرَي أن مجزز المدلجي نظر أنفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض». ولولا جواز الاعتماد على القافة لما سُرَّ به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه، ولأن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعاً، ولأنه حكم بظن غالب ورأي راجح ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين.

٣٥٨ - ثبوت نسب اللقيط بقول القافة واختلاف الفقهاء فيه:

إذا ادعى نسب اللقيط اثنان ولا بينة لأحدهما، أو كان لكل منهما بينة ولكن

(١) المغني ج ٥ ص ٦٩٩ - ٧٠٢، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٠٨ وما بعدها، بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥٢، مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٢٢ وما بعدها الفروق للقرافي ج ٣ ص ١٢٥ - ١٢٦.

تعارضتا وسقطتا، فإن القاضي يعرض اللقيط ومعه المدعيان على القافة ثم يحكم القاضي بإلحاق نسب اللقيط بمن ألحقته به القافة من المدعيين. وقال صاحب المغني الحنبلي: وهذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والليث والأوزاعي والشافعي وأبو ثور. وقال أصحاب الرأي - الحنفية ومن وافقهم - لا حكم للقافة ويلحق اللقيط بالمدعين جميعاً لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين، فإن الشبه قد يوجد بين الأجنب وينتفي بين الأقارب، ولهذا روي عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال: يا رسول الله امرأتي ولدت غلاماً أسود. فقال ﷺ: «هل لك من إبل؟» قال: نعم. قال: «ما ألوانها؟» قال: حمر. قال: «فهل فيها من أورك؟» قال: نعم. قال: «أتى أنها ذلك؟» قال: لعل عرقاً نزع. قال ﷺ: «وهذا لعل عرقاً نزع». قالوا ولو كان الشبه كافياً لاكتفي به في ولد الملاعنة وفيما إذا قرأ أحد الورثة بأخ فأنكره الباكون.

٣٥٩ - واحتج الحنابلة لقولهم بالأخذ بقول القافة، بحديث عائشة الصحيح الذي ذكرناه في الفقرة السابقة، وبعمل سيدنا عمر رضي الله عنه بالقافة دون إنكار من أحد. والحديث الذي احتجوا به لمنع القول بالقيافة هو حجة عليهم، لأن إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه له وعزمه على نفي نسبه منه لهذا السبب يدل على أن العادة خلافه وأن في طباع الناس إنكاره وأن ذلك إنما يوجد نادراً. ثم إن ضعف الشبه على نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته، فإن النسب يحتاج لإثباته ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه بحيث لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة.

٣٦٠ - عدد القافة:

وإذا قلنا بالأخذ بالقافة واعتماد قول القائف فهل يكفي قائف واحد أو لا بد من اثنين؟ ظاهر كلام الإمام أحمد بن حنبل أنه لا يقبل إلا قول اثنين لأنه قول يشبث به النسب فأشبهه الشهادة. وقال بعض الحنابلة: يقبل قول الواحد. وإذا تعارض قول قائف مع قول قائف آخر سقط القولان.

٣٦١ - قول القائف إذا اتصل به حكم:

إذا ألحق القائف اللقيط أو غيره بشخص وصدر الحكم بنسبه من هذا الشخص بناء على قول القائف، فإن هذا الحكم لا ينقض بقوله قائف آخر يخالف قول القائف

الأول. ومثل هذا إذا حَكَمَ المتداعيان قائفاً في لقيط وارتضيا حكمه فألحقه بأحدهما، فإن قول القائف هنا لا ينقض بقول قائف آخر، لأن قول هذا القائف بتحكيمة يجري مجرى حكم الحاكم، وحكم الحاكم لا ينقض بمخالفة غيره له.

٣٦٢ - ولكن لو ألحقه القائف بواحد من المتنازعين ثم أقام الآخر بينة أنه ولده، حكم القاضي له به وسقط قول القائف لأنه بدل فيسقط بوجود الأصل - البينة هنا - كالتيتم مع الماء. هذا ما ذكره صاحب المغني الحنبلي دون أن يفصل فيما إذا كان إلحاق القائف نسب اللقيط بأحد المتنازعين كان نتيجة عرض القاضي موضوع النزاع على القائف أم أنه كان نتيجة تحكيم المتنازعين للقائف، أو أن المتنازعين عرضاه على القائف لا على وجه التحكيم له وإنما على وجه الاستئناس برأيه. ويبدو لي أن إطلاق القول من صاحب المغني يعني أنه يعم جميع الحالات، بمعنى أن القاضي ما دام لم يصدر حكمه بإلحاق نسب اللقيط ممن ألحقه به القائف، فإن القاضي يقضي بموجب البينة المعتبرة، كالشهود مثلاً، ولا يقضي بموجب قول القائف. ولكن إذا صدر حكم القاضي بناء على قول القائف فلا تسمع بينة أخرى بإلحاقه بنسب شخص آخر لأن هذا يعني نقض الحكم الأول، والأحكام لا تنقض بمخالفة غيرها لها ما دامت أحكاماً سائغة.

٣٦٣ - ثبوت النسب بقول القافة لا يثبت به كفر ولا رق.

إذا ألحقت القافة نسب اللقيط بكافر أو رقيق لم يحكم القاضي بكفره ولا رقه لأن الحرية والإسلام ثبتتا للقيط بحكم ظاهر الدار، أي دار الإسلام فلا يزول ذلك عنه بمجرد الشبه والظن، كما لا يزول هذا المعنى - الحرية والإسلام - بمجرد ادعاء نسبه من قبل شخص كافر أو رقيق لا بينة له به ولكن لا ينازعه أحد فيه فإن نسب اللقيط يثبت من مدعيه هذا ولكن دون أن يثبت له دين مدعيه غير المسلم ولا رقه. وهذا الذي قلناه صرح به الفقهاء، فقد قال الأحناف: «واللقيط حر لأن الأصل في بني آدم الحرية لأنهم من آدم وحواء وهما حران. والرق إنما هو لعارض الكفر والأصل عدم العارض، ولأن الدار، دار الإسلام، دار الأحرار ولأن الحكم للغالب، والغالب فيمن يسكن بلاد الإسلام الحرية، وهو المروي عن عمر وعلي»^(١). وقال الشافعية: «إذا وجد لقيط في دار الإسلام حكم بإسلامه تبعاً

(١) العناية والهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٤١٧.

لدار، ولأن دار الإسلام فيها مسلمون فيمكن أن يولد ذلك اللقيط لمسلم»^(١).

وعلى هذا فيبقى قول القائف مقبولاً في ثبوت نسب اللقيط من الكافر ويقضي القاضي بموجبه، ولكن لا يثبت للقيط دين الكافر الذي ألحق به بالتبعية له. لتعليل الفقهاء الذي ذكرناه ولأن إلحاق نسب اللقيط بمن ألحقته به القافة هو شيء نافع للصغير وقائم على قول القائف المقبول.

ولكن ليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر ثبوت الكفر للقيط لجواز أن يكون اللقيط مسلماً تبعاً لأمه بأن كان أبوه كافراً وأسلمت أمه، ولأن الإسلام ثبت له بحكم ولادته بدار الإسلام كما ذكرنا فلا يزول هذا عنه بإلحاق نسبه من الكافر لإمكان أن يكون ولد الكافر مسلماً.

٣٦٤ - القافة أقوى من المدعي المنفرد:

المدعي المنفرد هو من يدعي نسب اللقيط منه ولا بينة له على ذلك ولا ينازعه في ادعائه أحد. والقاضي يحكم لهذا المدعي بنسب اللقيط منه ويلحقه به، ولا ينتقض هذا الحكم بادعاء نسبه من قبل مدع منفرد آخر. ولكن لو أقام الآخر الدعوى لإلحاق نسبه منه محتجاً بالقافة، فإذا قبل القاضي دعواه وعرضه على القافة فإن ألحقته به حكم القاضي بلحقه به وثبوت نسبه منه وانقطاع نسبه من الأول وانتراعه منه وتسليمه إلى الثاني، لأن قول القافة بينة شرعية مقبولة في إلحاق النسب ويزول بها وينتقض الحكم الثابت بمجرد دعوى المدعي المنفرد الذي لا ينازعه أحد في ادعائه ولكن لا بينة له على ما يدعيه.

٣٦٥ - القافة تلحق اللقيط بأثنين:

عند الحنابلة إذا ادعى اللقيط اثنان فألحقتهما القافة بهما، لحق بهما نسبه وكان ابناً لهما في حق الميراث، فيرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد. وقال الشافعي: إذا ألحقت القافة نسب الصغير بأكثر من واحد كائنين مثلاً سقط ادعاء المدعين ولم يؤخذ بقول القافة محتجاً بأن هذا مروى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبأنه لا يمكن جعله ابناً لرجلين، فإذا ألحقته القافة بهما تبين لنا يقيناً كذبهما فيسقط قولهما وادعاهما، ولأن المدعين لو اتفقا

(١) مغني المحتاج ج ٢ ص ٤٢٢.

على جعل اللقيط ابناً لكل منهما لم يثبت ذلك باتفاقهما، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام البينة على دعواه سقطت البينتان، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما. وعند الإمام مالك يعتبر ابناً لهما، أي للمدعيين به بناء على قول القافة ويكون على كل واحد منهما نصف نفقته وجميع مؤونته، فإذا بلغ خيّر في موالة من شاء منهما فيكون ابناً له خاصة. وهناك قول في المذهب المالكي لا يقبل قول القائف في إلحاق نسب اللقيط باثنين ويدعى قافة آخرون لإلحاقه بأصحهما شبيهاً به.



المبحث الثامن القرعة

٣٦٦ - هل القرعة من وسائل الإثبات :

القرعة قد تميز الحقوق وتعينها كما في القسمة بين الشركاء . والقرعة تعين من يتمتع بالحق من بين المتساوين في شروط التمتع به .

ومن أجل هذا أمكن اعتبار القرعة من وسائل الإثبات وطريقاً من طرق الحكم ولكن درجتها متأخرة عن وسائل الإثبات التي بينها من قبل ، ولهذا نجد الفقيه ابن فرحون المالكي يفرد للقرعة باباً في كتابه تبصرة الحكام باسم «القضاء بالقرعة» .

٣٦٧ - دليل مشروعيتها :

القرعة مشروعة في مواضع سنبينها بعد قليل . ودليل مشروعيتها أن النبي ﷺ قد استعملها في تعيين الخصوم الذين يبدأون بالحلف قبل غيرهم كما سنبينه . وكان ﷺ يقرع بين أزواجه في السفر . واستعملت القرعة في شرائع الأنبياء السابقة . وقال تعالى عن زكريا عليه السلام وكفالتة لمريم ﴿وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم﴾ . وعن نبي الله يونس عليه السلام ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾ كما أن في استعمال القرعة في مواضعها دعماً للثمة ودفعاً للضغائن ، والشريعة الإسلامية تحرص على مثل هذه الأمور .

٣٦٨ - متى يجري الأخذ بالقرعة .

قال الفقيه القرافي في فروقه : اعلم أن من تعينت المصلحة أو الحق في جهته فلا يجوز الاقتراع بينه وبين غيره ، ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دعماً للضغائن والأحقاد ، والرضا بما جرت به الأقدار . ثم ضرب الفقيه القرافي بعض الأمثلة التي تجري فيها القرعة فقال : «فهي مشروعة

في الحضانة، والزوجات في السفر، والخصوم عند الحكام، وفي عتق العبيد إذا أوصى بعتقهم^(١).

٣٦٩ - القرعة لتعيين من يحلف أولاً من الخصوم.

روى الإمام البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ عرض على قوم اليمين فأسرعوا، فأمر أن يُسَهَم بينهم في اليمين أيهم يحلف. وقال الخطابي في تفسير هذا الحديث كما ينقله عنه العسقلاني: إذا توجهت اليمين على اثنين وأرادا الحلف، وتنازعا أيهما يبدأ، فلا يقدم أحدهما على الآخر بالتشهي، بل بالقرعة، وهو المراد بقوله: فليستهما، كما جاء في بعض الروايات، أي: فليقتراعا. وقيل صورة الاشتراك في اليمين أن يتنازع اثنان عيناً ليست في يد واحد منهما ولا بينة لواحد منهما فيقترع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واستحقها^(٢).

وبهذا الحكم أخذ الإمام علي رضي الله عنه في قضية خصمين ترافعا إليه في عين تنازعاها، كل يدعيها لنفسه فأمر بالاقتراع بينهما على الحلف، فأيهما خرجت له القرعة حلف أولاً وأخذ ما ادعاه^(٣).

٣٧٠ - القرعة بين ملتقطي اللقيط.

إذا التقط اللقيط اثنان وتناولاه تناولاً واحداً، وكان كل واحد منهما ممن يقر اللقيط في يده لو انفرد بتناوله، فهما سواء فيه، فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به، وأن تشاحا أقرع بينهما لأنه لا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو، فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز فيتعين الإقراع بينهما كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام بالقرعة. والرجل والمرأة سواء، ولا ترجح المرأة هنا كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه لأنها هناك رجحت لشفتها ولأنها تحضنه بنفسها وأبوه يحضنه بأجنبية، وهنا في مسألة التقاط اللقيط هي عنه أجنبية ويحضنه إذا أخذه

(١) الفروق للقرافي ج ٤ ص ١١١ - ١١٣.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ٥ ص ٢٨٥ - ٢٨٦.

(٣) سبل السلام شرح بلوغ المرام ج ٢ ص ١٨٠.

بأجنبية فاستويا وهذا مذهب الحنابلة، وبمثله قال الإمام الشافعي ومالك في الاقتراع بين الملتقطين إذا تساويا ولم يرجح أحدهما الآخر بأسبقية التقاط أو بغيره^(١).

٣٧١ - القرعة في الحضانة .

إذا اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وكانوا في درجة واحدة في استحقاق الحضانة للصغير ولم يتفقوا فيما بينهم على واحد منهم يسلمون له الحضانة ولا ينازعونه فيها، ورفعوا الأمر إلى القاضي، فإنه يعين المستحق للحضانة بالقرعة فمن خرجت له قضى الحاكم له بحق الحضانة دون غيره^(٢).

٣٧٢ - القرعة في تعيين سهام الشركاء :

تجري القرعة بين الشركاء ليعين القاضي سهام كل منهم وهذا في قسمة الإيجاب التي تجري بواسطة القضاء، في حالة عدم اتفاق الشركاء على القسمة، ورفعوا قضيتهم إلى القضاء. وهذه القسمة الإيجابية عن طريق القضاء تلزم - كما يقول الحنابلة - بإخراج القرعة لأن قرعة قاسم القاضي الذي يباشر القسمة بإشراف القاضي بمنزلة حكمه فيلزم بإخراجها كما يلزم حكم القاضي. وكذلك قال المالكية في إجراء القرعة لتعيين سهام الشركاء في أموالهم المشتركة إذا ما توافرت شروط القسمة. وأجاز هذه القرعة الحنفية أيضاً قائلين بأنها جازت استحساناً وإن كان القياس بأبائها، ووجه الاستحسان هو تطيب القلوب ودفع تهمة الميل لأحد الشركاء ولأن هذا هو ما يعمله الناس من القديم وحتى الآن دون إنكار^(٣).

٣٧٣ - القرعة بين متداعيين في عين :

إذا ادعى اثنان ملكية عين هي في يد شخص ثالث فأقرَّ بها لأحدهما مبهماً وقال لا أعلم عينه، فإن القاضي يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فالعين المدعى

(١) المغني ج ٥ ص ٦٩١ - ٦٩٢، مغني المحتاج ج ٢ ص ٤١٩، تذكرة الحكام، ج ٢ ص ١٠٦.

(٢) المغني ج ٧ ص ٦٢٤.

(٣) الهداية والعناية وفتح القدير ج ٨ ص ١٤ - ١٦، المغني ج ٩ ص ١٢٣ - ١٢٥، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٠٦، القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣٩٣.

بها تكون له، ولكن هل يحلف؟ على وجهين، والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين^(١).

٣٧٤ - الإقراع في العتق:

وتجري القرعة في حالة من يعتق في مرض موته ما يملكه من رقيق ثم يموت، ولا يخرجون من ثلث تركته فإنه يقرع بين الرقيق فيعتق منهم بقدر الثلث، نص على ذلك الإمام أحمد^(٢).

٣٧٥ - القرعة في الطلاق:

قال الحنابلة: إذا طلق رجل امرأة من نسائه لا بعينها فإنها تخرج بالقرعة لغرض حلّ الزوجات الباقيات له. وبه قال الحسن وأبو ثور. وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي: له أن يختار أيتها شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يملك إيقاعه ابتداءً وتعيينه، فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه.

وقال الحنابلة أيضاً إذا طلق واحدة من نسائه ولكنه نسيها فإنها تعين بالقرعة ويثبت حكم الطلاق عليها. وكذلك قالوا: إذا طلق ثم مات ولم يعرف التي طلقها فإنه يقرع بين نسائه ليعرف التي وقع عليها الطلاق لتخرج من الميراث ويبقى الميراث للباقيات^(٣).



(١) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣٩٣.

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٣٩٥.

(٣) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٢٥١ وما بعدها.

المبحث التاسع تعارض البيئات^(١)

٣٧٦ - تمهيد:

ينظر القاضي دعاوى الناس التي يرفعونها إليه ويصدر أحكامه فيها بناء على البيئات التي يقدمها أطراف الدعوى. فصاحب البيئة المقبولة هو الذي يصدر الحكم لصالحه بناء على بيئته المقبولة، أما صاحب البيئة المردودة فهو الذي يصدر الحكم لغير صالحه. ولكن يحدث أن كلاً من طرفي الدعوى يقدم بيئة مقبولة، فكيف يتصرف القاضي إزاء هاتين البيئتين؟ هل يقبلهما مع تعارضهما، أم يرفضهما ويردهما؟ أم يقبل إحدهما ويرد الأخرى؟ هذا ما نجيب عليه في هذا المبحث.

٣٧٧ - القواعد التي تحكم البيئات المتعارضة:

هناك قواعد معينة تحكم موضوع تعارض البيئات، يلتزم القاضي بمراعاتها واعتبارها، وفي ضوءها يقبل أو يرفض هذه البيئات المتعارضة أو يرجح فيما بينهما فيأخذ الراجح ويترك المرجوح، ونبين فيما يلي هذه القواعد.

٣٧٨ - القاعدة الأولى - العمل بالبيئتين:

إذا كانت البيئتان مقبولتين والعمل بهما ممكناً، ولا رجحان لإحدهما على الأخرى بحيث يدعو إلى قبول الراجحة فقط ورفض المرجوحة، فإنه في هذه الحالة يأخذ القاضي بالبيئتين ويقضي بين الخصوم بموجبهما، ومثاله: لو تنازع اثنان على مال وكان كل منهما ذا يد على المال المتنازع فيه المدعى به وأقام كل

(١) الطرق الحكمية ص ٢١، تبصرة الحكام ج ١ ص ٣٠٩ - ٣١١، المغني ج ٣ ص ٢٧٥ - ٢٨٣، علي قراة ص ١٩٣ - ١٩٧، أصول استماع الدعوى ص ١٩٣ - ١٩٧، الطريقة الواضحة إلى البيئات الراجحة ص ٤.

منهما البينة على أن المال له وحده، فإن القاضي يعمل بالبينتين ويحكم باشتراكهما في المال مناصفة.

وكذلك لو كان المال في يد شخص ثالث وأقام كل منهما البينة على أن المال له على وجه الإنفراد والاستقلال فإن القاضي يحكم باشتراكهما في المال مناصفة.

٣٧٩ - القاعدة الثانية - العمل بالبينة الراجعة.

إذا تعذر العمل بالبينتين عمل القاضي بالبينة الراجعة، والترجيح بين البيئات يكون بأمر، منها:

٣٨٠ - أ - الترجيح بالتواتر:

شهادة التواتر ترجح في كل حال على الشهادة غير المتواترة سواء أقامها المدعي أو المدعى عليه، وسواء كان التواتر مثبتاً أو نافياً في الأموال وغيرها.

فإذا أقامها المدعي عمل القاضي بمقتضاها ولم يقبل إبطالها بيينة المدعى عليه ولو قال إنها متواترة، لأن التواتر الأول الذي أقامه المدعي أفاد اليقين فلا يكون شهود الآخر إلا كاذبين. ولكن لو قدر أن المدعي والمدعى عليه استندا إلى التواتر ولم يسمع القاضي بينة أحدهما وإنما قدم كل منهما جماعة كثيرة لتشهد له، فإن القاضي يمعن النظر في أفراد الجماعتين فيقبل الجماعة التي يلحظ فيها استكمال شروط التواتر، فيقبل شهادة أفرادها ولأنها تفيد اليقين ويعمل بها.

هذا ويلاحظ هنا أن التواتر ليس له عدد معين ولكن كونه جمعاً غفيراً لا يجوز العقل تواطهم على الكذب هو شرط في التواتر.

٣٨١ - ب - ترجح بيينة الخارج على بيينة الداخل:

والمقصود بالداخل هو ذو اليد وهو من كان المدعى به في تصرفه بحيث ينتفع به. والخارج خلافه. وعلى هذا من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بيينة، فإن القاضي يرجح بيينة الخارج، أي المدعي على بيينة الداخل، أي المدعى عليه وهو ذو اليد، لقوله عليه الصلاة والسلام: «البيينة على المدعي واليمين على من أنكر».

٣٨٢ - ج - ترجح البيينة الناقلة على البيينة المستصحبة فلو شهد

الشهود بأن هذه الدار لفلان الذي بناها قبل سنتين ولا نعلم خروجها من ملكه إلى الآن. وشهد شهود المدعى عليه بأنه اشتراها من المدعى بعد ذلك، رجحت هذه الشهادة الأخيرة بينة المدعى عليه وقبلها القاضي دون الأولى لأنها بينة ناقلة علمت ما لم تعلمه البينة الأولى المستصحبة، بينة المدعى.

٣٨٣ - د - الترجيح بكثرة العدد والاشتهار بالعدالة:

قال بهذا الترجيح فريق من فقهاء المالكية، والحجة لهذا الترجيح بأنه سبيل الترجيح في قبول الأخبار المروية، فينبغي أن يكون كذلك في قبول الشهادات وترجيحها، وبأن قبول الشهادة مبني على غلبة ظن صدق الشهود، فإذا قوي هذا الظن بكثرة عدد الشهود أو باشتهار عدالتهم فينبغي أن يكون التعويل على شهاداتهم والترجيح لها لا على الشهادة الأخرى التي لم يبلغ أصحابها مبلغهم في العدد واشتهار العدالة.

إلا أن مذهب الحنابلة خلاف هذا النهج في الترجيح، فلا ترجيح عندهم لإحدى البينتين على الأخرى بكثرة العدد أو باشتهار العدالة، والحجة لهم أن الشهادة مقدره في الشرع كالدية فلا تختلف بالزيادة أو باشتهار العدالة ما دام الشهود عدولاً.

٣٨٤ - القاعدة الثالثة - تهاثر البيئات.

وإذا تعذر العمل بالبينتين، وتعذر الترجيح فيما بينهما، تهاثرت، أي تساقطت ولم يعمل بها جميعاً، لأن بعضها يبطل بعضاً للتعارض الذي لا يمكن معه التوفيق أو للاستحالة أو لعدم المشروعية. ومن أمثلة هذا التعارض الذي يؤدي إلى إسقاط الشهادات وعدم اعتبارها:

١ - شهد شاهدان أن زيداً قتل عمراً في الكوفة في يوم النحر من أيام عيد الأضحى، وشهد آخران أن زيداً قتل عمراً في بغداد في اليوم الأول من رمضان فلا يعمل بإحدى هاتين الشهادتين لأن أحدهما كذب يقيناً ولا نعلم أيهما الكاذب.

٢ - ادعى رجلان على امرأة في قيد الحياة بالزوجة أما هي فإنها أنكرت دعوى الاثنين، فأقام كل منهما البينة وأثبت دعواه، فإن بينتهما متهاثرتان ولا تقبلان، لأن المحل غير ممكن للاشتراك بينهما فيه لأن الشرع يحرم أن تكون المرأة تحت زوجين في آن واحد، وعلى هذا فإن القاضي يصدر حكمه برد دعوى الرجلين ويمنعهما من الاتصال بها.

الباب الثالث

الحكم

٣٨٥ - تمهيد وبيان منهج البحث :

إذا فرغ القاضي من سماع حجج وبيانات ودفع أطراف الدعوى، وأعلن ختام المرافعة، وجب عليه إصدار الحكم المناسب في الدعوى دون تأخير. وهذا الحكم يستمد من الشريعة الإسلامية لأنها هي قانونه الواجب التطبيق. ولكن هل يجب على القاضي إصدار هذا الحكم بصيغة معينة؟ ثم هل من طبيعة هذا الحكم أن يعطي الحق للمحكوم له في المحكوم به ظاهراً وباطناً، حتى ولو كان لا يستحقه في حقيقة الأمر؟ ثم هل يجوز نقض هذا الحكم بعد صدوره؟ ومن ينقضه؟ والحكم بعد هذا وذاك، إذا لم ينقض أو أبرم بعد نقضه، فكيف يتم تنفيذه ومن الذي يقوم بهذا التنفيذ؟ هذه الأمور وغيرها مما له علاقة بالحكم هي موضوع هذا الباب، الذي نقسمه إلى الفصول التالية :

الفصل الأول - القانون الواجب التطبيق .

الفصل الثاني - إصدار الحكم .

الفصل الثالث - طبيعة الحكم .

الفصل الرابع - نقض الحكم وإبرامه .

الفصل الخامس - تنفيذ الحكم .

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق

٣٨٦ - القانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق :

القانون الإسلامي هو الشريعة الإسلامية، فهي القانون الواجب التطبيق الذي يستمد منه القاضي أحكامه في جميع الدعاوى التي ينظرها بدون استثناء، سواء كانت جزائية أو مدنية، وسواء كان أطراف الدعوى من مواطني دار الإسلام أو أجانب عن هذه الدار، وسواء كانوا جميعاً مسلمين أو غير مسلمين أو خليطاً من هؤلاء وأولئك، فولاية القانون الإسلامي تمتد على هؤلاء جميعاً وعلى جميع دعاوهم بلا استثناء كما قلت. ولا يجوز للقاضي المسلم أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية، لأنها قانونه الذي يطبقه. قال الفقيه ابن حزم الأندلسي: «ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله ﷺ وهو الحق، وكل ما عدا ذلك فهو باطل وظلم لا يحل الحكم به وينسخ أبداً إذا حكم به حاكم». قال تعالى: ﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾. وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَمِنُوا بِمَا نُزِّلَ عَلَى مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْحَقُّ مِنْ رَبِّهِمْ﴾^(١).

وما صرح به الفقيه ابن حزم هو قول فقهاء المسلمين وعوام المسلمين جميعاً، لأن وجوب الحكم بما أنزل الله مما يعرفه كل مسلم وبالضرورة ولا يسع أي واحد أن يجهره، لأن الله سبحانه وتعالى قال في كتابه الكريم الذي يتلوه المسلمون في آيات ثلاث متعاقبة:

﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾.

﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾.

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٢.

﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾ .

٣٨٧ - المقصود بالقانون الإسلامي :

قلنا إن القانون الإسلامي هو الشريعة الإسلامية، وهذه الشريعة بمعناها الدقيق ليست سوى وحي الله باللفظ والمعنى وهو القرآن، وبالمعنى دون اللفظ وهو السنة النبوية الشريفة .

وحيث أن نصوص القرآن والسنة أشارت إلى مصادر معتبرة يمكن أن تستقى منها الأحكام الشرعية كالإجماع والقياس، فإن هذه الأحكام التي تستفاد من هذه المصادر تعتبر من الشريعة الإسلامية أيضاً باعتبار أن نصوص القرآن والسنة دلت على هذه المصادر وأذنت باستخراج الأحكام منها .

وعلى هذا فإن مفهوم الشريعة الإسلامية أصبح بهذا التوسع والاصطلاح يشمل الأحكام الشرعية المستفادة من نصوص القرآن والسنة والمستفادة من المصادر التي دلت عليها نصوص القرآن والسنة، وهذه الأحكام بنوعيتها، هي مفهوم القانون الإسلامي الذي يحكم به القاضي باعتبار أن هذا القانون هو الشريعة الإسلامية كما أشرنا من قبل .

٣٨٨ - هل يجوز تقييد القاضي بمذهب معين :

قلنا إن قانون القاضي هو القانون الإسلامي، وهذا هو القانون الواجب التطبيق. والقانون الإسلامي هو الشريعة الإسلامية، وإن هذه الشريعة في الاصطلاح هي مجموعة الأحكام الشرعية المستفادة من القرآن والسنة والمصادر الشرعية المعتمدة الأخرى التي دلَّ عليها القرآن والسنة . ومن هذا يتضح بجلاء ووضوح أن تقييد القاضي بمذهب معين وإلزامه بوجوب الحكم بهذا المذهب الفقهي دون سواه . يعني جعل قانونه الواجب التطبيق هو أحكام هذا المذهب وليس أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا لا يجوز، لأن الشريعة الإسلامية بمفهومها الذي بيناه أكبر وأوسع من أي مذهب فقهي، وليس أي مذهب فقهي أكبر وأوسع من الشريعة الإسلامية أو مساوياً لها، يوضح ذلك أن المذاهب الفقهية هي وجوه لتفسير نصوص القرآن والسنة واجتهادات معينة لاستنباط الأحكام من مصادر المعتمدة، ولا يمكن أن يكون وجه معين من وجوه التفسير أو اجتهاد معين من اجتهادات الفقهاء لاستنباط الأحكام هو الوجه الوحيد لتفسير نصوص الشريعة

الإسلامية أو الاجتهاد الوحيد لاستنباط أحكامها. ولهذا نص الفقهاء على أنه لا يجوز تقييد القاضي بمذهب معين ولا أن يشترط عليه ذلك عند تقليده ولاية القضاء. قال الإمام ابن قدامة الحنبلي «ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه، وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً، لأن الله تعالى قال: ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ والحق لا يتعين في مذهب وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب. فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط. وفي فساد التولية وجهان»^(١).

ويقول الحنابلة: قال ابن فرحون المالكي «وعلل بطلان شرط الحكم بمذهب معين، بأن هذا الشرط شرط ينافي مقتضى العقد، لأن عقد تولية القضاء، يقضي بأن يحكم القاضي بالحق الذي عنده، وهذا الشرط يمنعه من ذلك لأنه يلزمه بالحكم بمذهب معين وإن ظهر له الحق في غير هذا المذهب»^(٢).

وكذلك نص الفقيه الماوردي على بطلان شرط تقييد القاضي بالحكم بمذهب معين، وعلل البطلان بأن هذا الشرط يمنعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد^(٣).

٣٨٩ - ضرورة الاجتهاد للقاضي :

وإذا كان تقييد القاضي بمذهب معين لا يجوز، وأن القانون الإسلامي بمعناه الواسع الذي بيناه هو القانون الواجب التطبيق فإن الاجتهاد يبدو ضرورياً لحسن فهم النصوص وللقدررة على استنباط الأحكام من مصادرها حتى يتمكن القاضي من معرفة الحكم المناسب والصحيح للدعوى التي ينظرها.

٣٩٠ - ولضرورة الاجتهاد للقاضي قال الفقهاء: يشترط لتولي القضاء أن يكون المراد توليته مجتهداً، وقد نصوا على هذا الشرط في كتبهم كالحنابلة والشافعية والمالكية وقالوا لا يجوز تعيين المقلد لوظيفة القضاء إلا عند الضرورة حيث لا يوجد المجتهد. أما الحنفية فقد جعلوا الاجتهاد شرطاً للأولية وليس

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٦.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٢٢.

(٣) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٨٧ - ١٨٨.

شروطاً لصحة تولية غير المجتهد القضاء، معللين ذلك بتعذر وجود المجتهد في كل زمان ومكان^(١).

٣٩١ - متى يقضي القاضي باجتهاده:

هذا، وأن القاضي إنما يقضي باجتهاده لا باجتهاد غيره إذا لم يجد الحكم المناسب للواقعة التي ينظرها لا في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع. فعليه، إذن، أن يفتش عن الحكم في كتاب الله وسنة رسوله فإن وجده أخذ به، وإن لم يجده تحول إلى الإجماع، فإن وجد الحكم فيه أخذه، وإن لم يجده تحول إلى الاجتهاد بأنواعه كالقياس والمصلحة.

٣٩٢ - والدليل على هذا النهج وضرورة التزام القاضي به ما يأتي:

أولاً - روى أبو داود أن رسول الله ﷺ أرسل معاذاً إلى اليمن قاضياً، وقال له: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بكتاب الله. قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟» قال: فبسنة رسول الله. قال: «فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟» قال: اجتهد برأيي ولا آلو. فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله^(٢).

ثانياً - الرجوع إلى الإجماع إذا لم يجد القاضي الحكم المناسب للواقعة لا في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ، والدليل على ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى قاضيه شريح: إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله فانظر سنة رسول الله ﷺ فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة عن رسول الله ﷺ فانظر ما أجمع عليه الناس فخذ به^(٣).

هذا ويلاحظ هنا أن الإجماع لم يذكر في حديث معاذ لأن الإجماع كمصدر للأحكام لم يظهر إلا بعد وفاة رسول الله ﷺ، أما في حياته لم يكن الإجماع مصدراً للأحكام وإنما كان المصدر هو الوحي وفقه الوحي وليس شيئاً غيره.

(١) المغني ج ٩ ص ٤٠ - ٤١، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٦٣٦ - ٦٤١، تبصرة الحكام ج ١ ص ٤٤، المبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٦٧ - ٧٢، رد المحتار ج ٤ ص ٤٢٤.

(٢) سنن أبي داود ج ٩ ص ٥٠٩ - ٥١٠.

(٣) سنن الدارمي ج ١ ص ٦٠.

٣٩٣ - الالتزام بترتيب مصادر الأحكام:

فعلى القاضي المجتهد أن يلتزم بهذا النهج السديد وهذا الترتيب المشروع في الرجوع إلى مصادر الأحكام الشرعية لمعرفة الحكم الشرعي الذي ينطبق على الدعوى التي ينظرها، وأن يبذل كل جهده في الوصول إلى الحكم الصحيح حسب اجتهاده، لأن الذي عليه، كما يقول الفقيه الماوردي أن «يعمل على اجتهاد نفسه لا على اجتهاد غيره»^(١). بمعنى أن القاضي إنما يقضي باجتهاده لا باجتهاد غيره ما دام أن الحكم غير منصوص عليه في الكتاب والسنة وغير موجود في الإجماع.

٣٩٤ - قانون القاضي المقلد:

وإذا تعذر وجود المجتهد لتقليده ولاية القضاء، جاز تولية المقلد للضرورة ونفذ قضاؤه، وعلى هذا نص الفقهاء، وعللوا ذلك بالضرورة، وقالوا إن عليه أن يحكم بالمشهور من مذهبه^(٢).

ولكن هل يجوز إلزام القاضي المقلد بالحكم بمذهب معين، سواء كان مذهبه الذي يقلده أو مذهب آخر؟ ورد عن الإمام سحنون المالكي أنه ولي رجلاً القضاء وشرط عليه أن لا يقضي إلا بقول أهل المدينة وكأنه يقصد مذهب الإمام مالك.

٣٩٤ (مكرر) - هل يجوز لولي الأمر إلزام القضاة بمذهب معين؟

وإذا جاز تعيين المقلد غير المجتهد لوظيفة القضاء للضرورة، فهل يجوز لولي الأمر تقييد القضاة المقلدين المعينين بمذهب معين بحيث لا يحكمون إلا بموجبه؟ الظاهر لي الجواز، فيجوز لولي الأمر أن يختار مذهباً معيناً ويلزم القضاة باتباعه في قضائهم، وقد ذكرنا في الفقرة السابقة النقل عن سحنون الفقيه المالكي أنه ولي رجلاً القضاء وشرط عليه أن يتبع مذهب أهل المدينة، وسحنون فقيه من قدماء فقهاء المذهب المالكي، وعمله هذا يستأنس به في مسألتنا هذه. ولا يقال قد يوجد قضاة مجتهدون فكيف يصح إلزام الجميع بما فيهم القضاة المجتهدون

(١) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٨٤.

(٢) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٧، تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤.

بمذهب معين؟ والجواب أن الغالب على القضاة التقليدي، وأن وجود المجتهد فيهم شيء نادر جداً والعبرة دائماً للغالب لا للنادر.

ثم إن مقتضيات المصلحة العامة المشروعة واستقرار الأحكام ووحدتها في الدولة وإبعاد القضاة عن مواطن الاتهام بالميل إلى أحد الخصوم، وجعل القضاء يسير على نهج منظم معروف للخصوم وللناس كل هذا ونحوه يرجح القول بجواز تقييد ولي الأمر للقضاة بمذهب معين وهذا ما كان يجري في زمن الدولة العثمانية، وهي دولة كانت تسيير وفق المذهب الحنفي الذي اتخذته مذهباً رسمياً لها وقتنت بعض أحكام هذا المذهب في مسائل المعاملات وجعلت هذا التقنين قانونها المدني الذي سمته مجلة الأحكام العدلية، وقد كانت الدولة العثمانية تلتزم القضاة بالأخذ بالفقه الحنفي في سائر أقطار الدولة.

٣٩٥ - هل يجوز تقنين الأحكام الفقهية:

وإذا جاز لولي الأمر تقييد القضاة بمذهب معين للمصلحة وللضرورة على النحو الذي ذكرناه في الفقرة السابقة، فهل يجوز لولي الأمر تقنين الأحكام الفقهية التي احتواها المذهب الفقهي الذي ألزم القضاة بالأخذ به؟ والجواب: نعم يجوز ذلك عن طريق اختيار نخبة من أهل الفقه والصلاح والدين لتقنين هذه الأحكام الفقهية. وأرى أن لا تقتصر على تقنين أقوال مذهب معين، وإنما تأخذ بالراجح من أقوال الفقهاء من مختلف المذاهب الإسلامية المعتمدة على أن يكون مستند الرجحان كتاب الله وسنة نبيه ﷺ وفقه السلف الصالح وعلى رأسهم الصحابة الكرام وعلى رأس الصحابة الخلفاء الراشدين.

٣٩٦ - القانون الواجب التطبيق بالنسبة لغير المسلمين:

قلنا إن الشريعة الإسلامية هي القانون الإسلامي الواجب التطبيق الذي يطبقه القاضي المسلم على جميع المتخاصمين الذين يرفعون دعاوهم إليه سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين. وعلى هذا دلّ القرآن الكريم وقاله المفسرون وصرح به الفقهاء. ففي كتاب الله قوله تعالى: ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق﴾. وقوله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك﴾. وهذا بالإضافة إلى الآيات الكريمة التي توجب الحكم بما أنزل الله مطلقاً، ومنها قوله تعالى: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾. وقد قال المفسرون في تفسير هذه

الآيات إنها توجب الحكم بما أنزل الله سواء كان الحكم بين المسلمين أو بين غير المسلمين^(١).

ومن أقوال المفسرين الصريحة في وجوب الحكم بين غير المسلمين بأحكام الإسلام التي أنزلها الله تعالى، ما قاله شيخ المفسرين الإمام الطبري في تفسير قوله تعالى: ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾ فقد قال رحمه الله: «أي احكم يا محمد بين أهل الكتاب والمشركين بما أنزل إليك من كتابي وأحكامي في كل ما احتكموا فيه إليك»^(٢).

٣٩٧ - والفقهاء المسلمون من مختلف المذاهب الإسلامية صرحوا بما صرح به المفسرون من وجوب الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية في قضايا غير المسلمين. ويلاحظ هنا أن أحكام الشريعة التي تطبق على غير المسلمين هي نفسها التي تطبق على المسلمين إلا في استثناءات قليلة يختلف الفقهاء في مداها، وأن هذه الاستثناءات مستندها الشريعة الإسلامية نفسها ودلائلها وليس مستندها الإحالة إلى شرائع غير المسلمين^(٣).

٣٩٨ - اعتراض ودفعه:

وقد يقال إن القاعدة الفقهية هي: (تركهم وما يدينون). فكيف نحكم عليهم بالقانون الإسلامي، أي بالشريعة الإسلامية؟ والجواب أن قاعدة تركهم وما يدينون، تعني أن لا نتعرض لهم بأمور ديانتهم وعقيدتهم فلا نلزمهم بتركها جبراً ولا نكرههم على اعتناق الإسلام، لأن اعتناقه يكون عن رضا واختيار لا عن جبر

(١) تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦١، ٦٦، تفسير الرازي ج ١٢ ص ١١، تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٨٦، تفسير المنار ج ٦ ص ٣٩٩ - ٤٠٧، ٤٢٠.

(٢) تفسير الطبري ج ٦ ص ٢٦٨.

(٣) اختلاف الفقهاء للطحاوي ج ١ ص ٢٤٢ - ٢٤٥، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٢، ٤٢٥، ابن مازة - المرجع السابق - ج ٤ ص وما بعدها، شرح الأزهار في فقه الزيدية ج ٢ ص ٢٦٨، البدر الزخار ج ٥ ص ٣٦٦، المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٣٥ كشف القناع ج ١ ص ٧٣١ - ٧٣٢، شرح منتهى الإرادات ص ٧٤٣، الأم للشافعي ج ٤ ص ١٢٩ - ١٣١، وج ٥ ص ٢٥٥، المهذب ج ٢ ص ٢٧٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢١١، المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٢، ج ٦ ص ١٧٩، إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بخيت المطيعي ص ٢١.

وإكراه. قال تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ فهذه القاعدة، إذن، لا تعني أن القاضي المسلم لا يطبق عليهم القانون الإسلامي الواجب التطبيق في دار الإسلام والساري المفعول على جميع من فيه وعلى جميع ما يرفع إلى القاضي من دعاوى. ثم إن ما يدخل في ولاية القاضي هو ما له علاقة بأمر المعاملات لا العبادات، أما يتصل بأمر العقيدة، فهذه متروكة لهم حسب ما يدينون به ويعتقدونه. أما المعاملات فهذه لا شأن لديانتهم فيها. ثم إن إجماع الفقهاء ونصوص الشريعة دلت على أن القاضي المسلم يحكم في قضايا غير المسلمين بأحكام القانون الإسلامي، أي الشريعة الإسلامية، فلا تقوى قاعدة (تركهم وما يدينون)، وقد فسرنا معناها الصحيح، على هدم هذا الإجماع الفقهي أو نسخ تلك النصوص الواضحة الدلالة على وجوب الحكم بالشريعة الإسلامية من قبل القاضي المسلم في جميع القضايا المرفوعة إليه. فالنظر السليم، إذن، يقضي لعمل بقاعدة (تركهم وما يدينون) في دائرتها الصحيحة وهي: تركهم وما يدينون من أمور العبادة والشعائر الدينية، وما يتصل بالعقيدة، ونعمل بالنصوص الشرعية القاضية بالحكم عليهم بالشريعة الإسلامية فيما عدا أمور العبادات والعقيدة.

٣٩٩ - هذا، وقد قلنا بان هناك جملة استثناءات تخص غير المسلمين، يختلفون فيها مع المسلمين، إذ ينفردون بأحكام خاصة بهم، إلا أن مراد هذه الاستثناءات، كما قلنا، الشريعة نفسها فهي التي راعت ما يدينون به إلى الحد الذي رأته يستحق الرعاية فخصتهم ببعض الأحكام مثل ميراثهم، فقد يتوارثون بما لا يتوارث به المسلمون، وقد تصح بعض أنكحتهم مع أنها لا تصح بين المسلمين.

وعلى هذا الأساس عالج الفقهاء المسلمون قضايا غير المسلمين فوضعوا لها قواعد موضوعية وأحكاماً تفصيلية مستمدة من الشريعة الإسلامية نفسها، ولم يضعوا لها قواعد إسناد تحيل إلى شريعتهم أو إلى قانون آخر غير الشريعة الإسلامية، وهذا المنهج من الفقهاء يخالف منهج القوانين الوضعية عند معالجتها لقضايا ذات عنصر أجنبي، حيث تضع لها قواعد إسناد لتدل على القانون الواجب التطبيق سواء كان هذا القانون المحال إليه أجنبياً أو قانوناً وطنياً هو قانون القاضي. وكذلك تضع هذه القوانين الوضعية قواعد إسناد داخلية لتدل على القانون الواجب التطبيق لحكم قضايا رعاياها في بعض المسائل ذات العنصر الديني إذا كانت الدولة تتعدد فيها القوانين بسبب اختلاف الدين بين المواطنين. والسبب في مسلك الفقهاء

المسلمين الذي أشرنا إليه - وهو أنهم عالجوا قضايا غير المسلمين بقواعد موضوعية وأحكام تفصيلية وليس بوضع قواعد إسناد - هو أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بأي قانون غير قانونها ولا تقر بمزاحمته لها، ومن المعروف في قواعد القانون الدولي الخاص، أن نظرية الإحالة في هذا القانون تقوم على أساس الاعتراف بمزاحمة القانون الاجنبي للقانون الوطني، ولهذا إذا أشار القانون الوطني إلى أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بناء على نظرية الإحالة، فإن هذا القانون هو الذي يطبقه القاضي ولو أنه قانون أجنبي. وتعليل رفض الشريعة الإسلامية والفقهاء المسلمين لنظرية الإحالة هو أن الشريعة الإسلامية شريعة إلهية أنزلها الله تعالى لتكون شريعة لليشير عموماً ويلزم تطبيقها على الجميع كلما أمكن التطبيق، وحيث أن تطبيقها في دار الإسلام ممكن لأن الولاية للإسلام وأهله، فيجب تطبيقها على جميع من في دار الإسلام مسلمين أو غير مسلمين مواطنين أو أجانب، وقد أشار فقهاؤنا رحمهم الله تعالى إلى هذا المعنى فقد قال أبو يوسف رحمه الله صاحب أبي حنيفة: «ولأن الأصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية، وأمكن في دار الإسلام فلزم التنفيذ فيها»^(١). وإذا كان في قضايا غير المسلمين عنصر ديني يستحق الرعاية فإن الشريعة الإسلامية هي التي تقوم بمراعاته إلى الحد الذي تراه واجب الرعاية ثم تضع الأحكام المناسبة لهذه القضايا دون أن تحيلها إلى شرائعهم لاستفادة الأحكام منها، ويكون ما تضعه الشريعة من أحكام خاصة بغير المسلمين في هذه الحالة جزءاً من القانون الإسلامي الذي يطبقه القاضي المسلم.



(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٣١١.

الفصل الثاني

إصدار الحكم

٤٠٠ - المشاورة قبل إصدار الحكم:

قلنا في مبحث أعوان القاضي، إن القاضي يتخذ له بطانة من أهل العلم يشاورهم في أمور القضاء والدعاوى التي ينظرها. ويشترط فيهم أن يكونوا من أهل العدالة والاجتهاد إن أمكن وإلا فيكفي فيهم أن يكونوا على قدر من العلم يستحقون معه أن يشاوروا.

٤٠١ - وهذه المشاورة من القاضي لهؤلاء مندوب إليها ولو كان القاضي عالماً، لأن فيها فائدة مؤكدة للقاضي لأنها تساعد على انكشاف ما غمض أو خفي عليه، ويستبين بها أوجه الاجتهاد في المسألة وما قيل فيها من أقوال أهل العلم والراجح من هذه الأقوال. وإنما كان في المشاورة هذه الفوائد لأن الإحاطة بجميع العلوم وأقوال الفقهاء متعذرة على الشخص الواحد، وقد يتنبه واحد من أهل المشاورة إلى الحكم الصحيح في القضية فيشير به إلى القاضي فيأخذ به.

٤٠٢ - ولكن القاضي على كل حال غير ملزم بأخذ ما يشيرون به عليه، لأن القاضي يحكم باجتهاده لا باجتهادهم، إلا أنه يمكن أن يستفيد مما يدلون به من حجج وآراء يقتنع بها فيأخذ برأيهم عن اقتناع لا عن تقليد محض. وإذا حكم القاضي باجتهاده بعد مشاورته لهم فليس لأحد من أهل المشاورة أن يرد عليه أو ينكر عليه وإن خالف حكمه اجتهادهم^(١) لأن القاضي، كما قلنا، يحكم باجتهاد نفسه لا باجتهاد غيره، وواجبه أن يستشير ويسمع آراءهم، وحسبهم أن يدلوا بآرائهم وحججهم، ثم بعد ذلك يكون للقاضي حرية اختيار الحكم المناسب للقضية التي ينظرها وشاور فيها.

(١) المغني ج ٩ ص ٥٢، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٢٦٧ - ٢٦٨.

٤٠٣ - التعجيل في إصدار الحكم :

الغرض من نصب القاضي فصل الخصومات وحسم المنازعات، وكلما كان الفصل سريعاً أو في وقت قصير كان ذلك أحسن لأن صاحب الحق لا يتأخر وصول الحق إليه، ولا يطول انتظاره. ولكن السرعة في إصدار الحكم والتعجيل به لا يعني السرعة في سماع الحجج والبيانات على وجه يمنع استيعاب القاضي لها أو تفهمه لها أو يمنع التدقيق في الدعوى مما يؤثر في سلامة ما يكونه القاضي من رأي حولها، وإنما نعني بالتعجيل في إصدار الحكم عدم التأخر في تهيئة مقدمات الحكم، مثل تأخير إجراء المرافعة، أو تأجيلها بلا مبرر، أو تأخير سماع بينات الخصوم ودفعهم، أو التأخر في إصدار الحكم بعد إعلان ختام المرافعة. ولهذا إذا تم سماع البيئات ولم يبق ما يقال وجب على القاضي إصدار الحكم بلا تأخير لا سيما إذا طلبه الخصوم. ولهذا قال الفقهاء إن من الفروق بين ناظر المظالم وبين القاضي، أن لناظر المظالم من التأنى والإمعان في الكشف والتحري ما ليس للقاضي فله أن يؤخر الفصل في القضية وإصدار الحكم فيها ولو طلبه الخصوم، بينما لا يسوغ هذا التأخير للقاضي^(١).

٤٠٤ - صيغة الحكم وألفاظه :

اشترط بعض الفقهاء أن يقول القاضي في قرار حكمه «قضيت أو حكمت بكذا وكذا» أو يقول: «أنفذت على المدعى عليه القضاء بكذا» حتى أنه لو قال بدلاً عن ذلك «ثبت عندي أن لهذا المدعي فلان على هذا المدعى عليه فلان كذا وكذا» فإن هذه العبارات والألفاظ لا تعتبر من قبيل الحكم الذي يصدره القضاة وبالتالي لا يكون واجب التنفيذ عند الشافعية في الراجح من أقوالهم، وإليه ذهب بعض الحنفية، ولكن المقبول عند الأحناف ما جاء في الفتاوى الهندية «والصحيح أن قوله حكمت وقضيت ليس بشرط، وأن قوله ثبت عندي يكفي ويعتبر حكماً»^(٢).

والراجح هو ما جاء في الفتاوى الهندية فلا يشترط لصحة الحكم الذي يصدره القاضي أن يكون بصيغة أو ألفاظ محددة وإنما الشرط أن يكون بصيغة وألفاظ واضحة الدلالة في القطع والحسم والبت وخالية من الإبهام والغموض.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٩، والأحكام السلطانية لأبي يعلى الخنيلي ص ٦٣.

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٣٢، الرملي ج ٨ ص ٢٤٠، ابن أبي الدم ص ١٢٢.

٤٠٥ - كتابة الحكم وتسليم نسخة منه إلى المحكوم له :

يكتب القاضي أو كاتبه بأمر منه وقائع الدعوى وبينات الخصوم ودفوعهم، وهذا المكتوب هو الذي يسميه الفقهاء «المحضر» فإن زاد عليه كتابة قرار الحكم سمي «السجل». ويكتب القاضي أو يأمر كاتبه بكتابة نسختين من المحضر والسجل. ويعطي القاضي نسخة من قرار الحكم إلى المحكوم له، ويحتفظ بالنسخة الثانية من المحضر وقرار الحكم عنده في ديوان المحكمة مختوماً عليها بختم القاضي ومكتوباً على رأس كل محضر وسجل اسم الخصمين ويضعها في حرز، وما يجتمع عند القاضي يضم بعضه إلى بعض ويكتب عليه محضر كذا في شهر كذا في سنة كذا حتى يسهل عليه أو غيره الرجوع إليه عند الحاجة^(١).



(١) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٩٥ - ٣٩٦.

الفصل الثالث

طبيعة الحكم^(١)

٤٠٦ - تمهيد:

إذا صدر حكم القاضي كان واجب التنفيذ وصار من حق المحكوم له أن يطلب تنفيذه واستيفاء ما تضمنه من حقوق له دون أن يكون لأحد الحق في منعه من هذا الاستيفاء، باعتبار أن الحكم كشف الحق الثابت للمحكوم له، فالقاضي لم ينشئ الحق للمحكوم له وإنما أظهره وأعلنه وألزم المحكوم عليه به، لأن للقاضي ولاية الإلزام بما يثبت عنده من حقوق للمدعين بها.

وإذا جاز للمحكوم له استيفاء الحق الذي تضمنه الحكم له بحماية الدولة ودون أن يكون لأحد الحق في منعه من هذا الاستيفاء، إلا أننا نسأل هنا، إذا كان المحكوم له، في الحقيقة، غير محق في دعواه ولا يستحق الحق الذي حكم به القاضي له، فهل حكم القاضي يحل للمحكوم له ما حكم به القاضي له بالرغم من أنه لا يستحقه؟ وهل يبقى الشيء المحكوم به، في هذه الحالة، حراماً على المحكوم له لا يجوز له أخذه بالرغم من صدور حكم القاضي له به؟ أم أن حكم القاضي يرفع صفة التحريم عن الشيء المحكوم به ويصيِّره حلالاً للمحكوم له؟ هذا ما نبينه في الفقرات التالية، وهذا البيان هو المعنى المقصود من بيان طبيعة الحكم.

٤٠٧ - أولاً - طبيعة الحكم بالأموال:

حكم القاضي في الأموال لا يزيل الشيء عن صفته التي هو عليها في

(١) المغني ج ٩ ص ٥٧، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٥٧، روضة القضاة ج ١ ص ٣٢٠ - ٣٢٣، التاج والإكليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج ٦ ص ١٣٨ - ١٣٩، شرح الزرقاني على موطأ مالك ج ٣ ص ٣٨٤ - ٣٨٥، الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤١، مغني المحتاج إلى شرح المنهاج للمرمل ج ٨ ص ٢٤٦.

الحقيقة من حلّ أو حرمة، فهو لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً على من علم حقيقته في باطن الأمر، لأن القاضي إنما يحكم بما ظهر له وهو ما أمره الشرع به ويقدر عليه. وقد قال عليه السلام: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ فلعن 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». وما قلناه إجماع من أهل العلم، في الحكم في الأموال. وعلى هذا فإذا حكم القاضي لشخص في مال لا يستحقه، فإن هذا المال يبقى حراماً على المحكوم له لأنه لا يستحقه، وإن حكم القاضي لا يرفع صفة التحريم عن هذا المال للمحكوم له.

٤٠٨ - ثانياً - طبيعة الحكم في العقود والفسوخ:

أما العقود وفسخها كالنكاح والطلاق والبيع والشراء ونحوها، إذا حكم القاضي فيها حسب الظاهر له، وهو خلاف الباطن، كما لو حكم بشهادة الزور وهو لا يعلم أنها زور، فقد ذهب جمهور العلماء، منهم مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور إلى أن الأموال والفروج وسائر العقود والفسوخ سواء لأنها حقوق، كلها تدخل تحت قوله عليه السلام: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه».

٤٠٩ - وقال الإمام أبو حنيفة إن حكم القاضي في العقود وفسخها كالنكاح والطلاق والبيع والشراء، ينفذ - أي حكم القاضي - ظاهراً وباطناً ويجعل الحلال حراماً والحرام حلالاً، حتى لو أن شاهدين شهدا زوراً بطلاق امرأة وفرق بينهما القاضي، وانقضت عدتها جاز لأحد الشاهدين أن ينكحها، لأن فرقتهما بحكم القاضي هي فرقة عامة بحق الكافة، وحكمه حكم في حق الكافة، فيدخل فيهم الشاهد وغيره، وإن كانت المرأة في الباطن وحقيقة الأمر لم يطلقها زوجها وأن الشاهد بطلاقها زوراً يعلم ذلك. وذهب أبو يوسف ومحمد صاحبنا أبي حنيفة إلى قول الجمهور، فعندهما أن حكم القاضي لا يغير صفة الشيء المحكوم به وأنه يبقى على ما كان عليه عند الله من حلّ وحرمة بالنسبة لمدعيه وبالنسبة لمن يباشره إذا كان على علم بحقيقته، وأن حكم القاضي إنما ينفذ في الظاهر فقط ولا يحل لمن علم الحقيقة والباطن أن يتصرف خلاف هذا الباطن.

٤١٠ - القول الراجح:

وقول الجمهور هو الراجح والصحيح، والحجة له ما احتج به الجمهور

وذكرناه عنهم، ولأن حكم القاضي في حقيقته إنما هو كاشف للحق وليس منشئاً له، فإذا أخطأ في كشف حقيقة الشيء المحكوم به بأن جعله حلالاً وحقاً للمحكوم له أو بالنسبة للكافة وهو في الحقيقة خلاف ذلك، فإن هذا الحكم لا يزيل صفة هذا الشيء لأن كشفه غير صحيح. وأيضاً بالقياس على الأموال بطريق الأولى، لأن الأموال شأنها أقل من شأن الفروج والأعراض، فإذا لم يؤثر فيها حكم القاضي وإنما تبقى على ما كانت عليه من حل وحرمة فأولى أن تكون الأبخاع هكذا فتبقى على صفتها الأولى من حل أو حرمة إذا حكم القاضي بخلاف هذه الصفة. وأيضاً فإن قاعدة «الأبخاع أولى بالاحتياط من الأموال» والتي يأخذ بها الأحناف وغيرهم تقضي أن يكون النكاح والطلاق كالأموال، فلا يزيل الحكم فيها الصفة التي كانت المرأة عليها من حل أو حرمة بالنسبة لمن علم الحقيقة وباطن الأمر.



الفصل الرابع

نقض الحكم وإبرامه

٤١١ - تمهيد:

إذا صدر حكم القاضي مستوفياً شروط صحته من حيث صيغته ومن حيث سلامته مما يدعو إلى نقضه كان حكماً لازماً واجب التنفيذ. وإذا أعيد النظر فيه، فإن كان مستحقاً للنقض، نقض وإلا أبرم. فما هي القواعد والضوابط التي يسترشد بها القاضي المختص فينقض في ضوءها بعض الأحكام ويبرم البعض الآخر؟ ثم ما هي الجهة التي تملك حق النقض والإبرام؟ وهل يتم ذلك بطلب أو بدونه؟ للإجابة على هذه الأسئلة نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: (الأول) في قواعد النقض والإبرام (والثاني) الجهة التي تملك النقض والإبرام.

المبحث الأول

قواعد النقض والإبرام^(١)

٤١٢ - القاعدة الأولى - الاجتهاد لا ينقض بمثله :

ويترتب على هذه القاعدة، بالنسبة لنقض الأحكام، نتيجتان :

النتيجة الأولى - أن ما حكم به القاضي بناء على اجتهاده السائغ المقبول في المسائل الاجتهادية، ليس له نقضه باجتهاده الجديد في المسألة التي حكم فيها^(٢).

النتيجة الثانية - لا يسوغ لأي قاضٍ أن ينقض باجتهاده حكماً اجتهادياً أصدره قاضٍ آخر ما دام هذا الحكم قد صدر عن اجتهاد سائغ مقبول، لأن الاجتهاد السابق لا ينقضه اجتهاد لاحق من قاضٍ آخر، لأنه لا مزية لاجتهاد الثاني على اجتهاد الأول ما دام الاثنان سائغين. وإذا نقض القاضي الثاني باجتهاده حكم القاضي الأول الذي أصدره باجتهاده، كان نقض الثاني مستحقاً للنقض، لأن القضاء في المسائل الاجتهادية حسب اجتهاد القاضي هو قضاء نافذ بالإجماع فلا يجوز التعرض له بالنقض من قبل قاضٍ آخر يريد نقضه بحجة أنه مخالف لاجتهاده هو. وعلى هذا النهج السديد والمسلك القويم سار قضاة السلف الصالح من عهد

(١) المغني ج ٩ ص ٥٦ - ٥٧، التاج والإكليل بشرح مختصر خليل للحطاب ج ٦ ص ١٣٥، أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ٦٨٥ - ٦٩٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٢٥، أدب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج ٣ ص ١٠٩ - ١١٠، ١٦٧ - ١٦٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٧٠ - ٧٥، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٥٦ - ٣٥٨، روضة القضاة ج ١ ص ٣١٩ - ٣٢٣، الفروق للقرافي ص ٤٠، ٤١، ٥٢، مغني المحتاج إلى شرح المنهاج للمرملی ج ٨ ص ٢٤٦، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسياعي ج ٤ ص ١٢٤.

(٢) يرى الفقهاء جواز نقض الحكم من قبل القاضي الذي أصدره في حالات معينة سنذكرها فيما بعد، ولهذا قلت هنا إن الحكم الاجتهادي الذي يصدره القاضي لا يجوز له نقضه باجتهاده الجديد.

الصحابة ومن بعدهم من عصور التابعين . وبناء على ما تقدم إذا نقض حكم القاضي الأول قاض ثانٍ وكان حكم الأول اجتهادياً، كان على القاضي الثالث إذا رفع إليه الأمر أن يبطل هذا النقض ويرد القضية إلى حكمها الأول. قال الفقيه المعروف القرافي المالكي: «مما ينقض نقض ما لا ينقض، فإذا قضى قاض بأن ينقض حكم الأول وهو مما لا ينقض، نقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ ويقر الأول. وكذلك لو فسخ الثاني الحكم بالشاهد واليمين رده الثالث لأن النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متيقن»^(١).

٤١٣ - والواقع أن صيانة الأحكام الاجتهادية، التي صدرت عن اجتهاد سائغ، من النقض، سواء كان هذا النقض ممن أصدرها - على رأي الفقهاء الذين يجيزون نقض الحكم من قبل القاضي الذي أصدره في حالات معينة - أو نقضها من قبل القضاة الآخرين، يؤدي إلى استقرار الأحكام ووثوق الناس بها، وإنهاء الخصومات، وقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يتذرعون بالاجتهاد لنقض أحكامهم أو لنقض أحكام غيرهم وهم في الحقيقة يريدون محاباة من يكون النقض لمصلحتهم. ثم إذا جوزنا نقض الحكم الاجتهادي السائغ بحكم اجتهادي آخر، فيجب أيضاً تجويز نقض الحكم الاجتهادي الثاني بحكم اجتهادي ثالث وهكذا، وهذا غير مقبول فلا يجوز قطعاً للتسلسل. ولهذا قال بعض فقهاء الزيدية في هذا المعنى «إذا أخطأ الحاكم فحكم بخلاف اجتهاده هو مما يجوز على قول بعض المجتهدين فإنه لا يفسخه، ويحكم بالمستقبل بما يؤدي إليه اجتهاده والوجه في عدم النقض ما يؤدي إليه من التسلسل بنقض النقض من الآخرين فتفوت مصلحة نصب الحاكم من فصل الخصومات لعدم الوثوق بالحكم».

٤١٤ - القاعدة الثانية - السوابق القضائية لا تقيد القاضي ولا تلزمه:

إذا قضى القاضي في مسألة اجتهادية بحكم معين، فإنه لا يتقيد به في القضايا المماثلة للقضية الأولى، فله أن يحكم فيها بحكم جديد إذا تغير اجتهاده في هذه القضايا وبالتالي لا يجوز له أن ينقض حكمه الجديد بحجة حكمه القديم. وكذلك لا يجوز لغيره من القضاة نقض حكمه القديم بحجة اجتهاده الجديد، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، كما لا يجوز لغيره من القضاة نقض حكمه الجديد بحجة

(١) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤٣.

مخالفته لحكمه القديم لأن السوابق القضائية لا تقيد القاضي . وعلى هذا النهج سار قضاة السلف . فقد روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لم يورث الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم باعتبار الأخيرين أصحاب فرض وأن الأولين عصبية وحيث لم يبق من التركة شيء لاستغراق أصحاب الفروض سهام المسألة الإرثية فلم يبق شيء للأخوة الأشقاء لأنهم عصبية يأخذون الباقي من التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، وحيث لم يبق شيء من التركة، كما قلنا، فلا يستحقون شيئاً. ثم عرضت على سيدنا عمر مسألة مشابهة للمسألة الأولى فشرك سيدنا عمر الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في فرضهم باعتبارهم يشتركون معهم في الأم الواحدة . . فجاء الأخوة الأشقاء الأولون وقالوا: لِمَ لم تورثنا وورثت أمثالنا؟ فقال سيدنا عمر رضي الله عنه قولته المشهورة: تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي .

وعلى هذا فليس من مبررات نقض حكم القاضي مخالفته لما حكم به في قضية سابقة مماثلة لهذه القضية .

٤١٥ - القاعدة الثالثة - ينقض الحكم المخالف للنص أو الإجماع :

فإذا حكم القاضي بحكم يخالف نص القرآن أو السنة الصحيحة أو الإجماع فإن هذا الحكم يستحق النقض . وقد أضاف القرافي في فروقه أن من موجبات النقض مخالفة الحكم للقياس الجلي السالم عن المعارضة، أو مخالفته لقاعدة من القواعد العامة الشرعية السالمة عن المعارض^(١) . وبناء على ما تقدم، فإن حكم القاضي إذا رفع لقاوضٍ آخر لينقضه، فإنه ينقضه إذا خالف ما ذكرناه، ويمضيه ويبرمه إذا لم يخالف ذلك .

٤١٦ - القاعدة الرابعة - تنقض أحكام قضاة الجور والسوء إذا كانت جائرة :

ذهب جمهور المالكية إلى أن القاضي الجائر في أحكامه، إذا كان معروفاً في ذلك وكان غير عدل في سيرته وحاله، وسواء كان ذا علم أو ذا جهل فإن

(١) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤٠ . ويبدو لي أن القياس الجلي السالم عن المعارضة وكذا القاعدة العامة السالمة عن المعارض، هما محل إجماع، إذ يندر الخلاف فيهما .

أحكامه ترد وتنقض سواء كانت في حقيقتها صواباً أو خطأ لأنه لا يؤمن حيفه إلا ما عرفنا من أحكامه أن حكمه صواب، والبينة التي استند إليها حكمه بينة سليمة مستقيمة عادلة، فإن حكمه هذا يمضي ولا يرد. وقال بعض المالكية إن أقضية قضاة السوء جائزة ما عدلوا فيه منها، وينقض منها ما تبين فيه الجور، أو قامت حوله الريبة. وقال بعض آخر من فقهاء المالكية، في القاضي الجائر ثلاثة أقوال:

الأول - تنقض أحكامه مطلقاً، وهذا قول ابن القاسم.

الثاني - حمل أقضيته على الصحة ما لم يثبت الجور.

الثالث - يمضى من أحكامه ما عدل فيه ولم تحصل فيه ريبة، ويفسخ ما ثبت فيه الجور إن استريب.

٤١٧ - ولنا على ما ذكره فقهاء المالكية في قضاة الجور والسوء ملاحظتان:

الملاحظة الأولى - أن القاضي الجائر المعروف بالجور والسوء يستحق العزل حالاً لتخليص الناس من جوره. ولكن يبدو أن المالكية قدروا في أنفسهم احتمال استمرار قاضي الجور في وظيفته وعدم عزله لأي سبب كان فقالوا ما قالوه لتخليص الناس من شروره.

الملاحظة الثانية - أن تنفيذ وتطبيق آراء الفقه المالكي على اختلافها على أحكام قضاة الجور والسوء، تستلزم عرض أحكامهم جميعاً على جهة معينة: قاضٍ واحد أو جملة قضاة، ليفحصوا هذه الأحكام ويدققوا فيها وفي أسباب ثبوتها التي استندت إليها، فينقضوا منها ما يستحق النقض، ويرموا منها ما يستحق الإبرام.

والمالكية، شأنهم في ذلك شأن بقية فقهاء المذاهب الأخرى، لم يقولوا بتعيين وتحديد جهة معينة تنظر في الأحكام لنقضها أو إبرامها، كما سندر ذلك، وإنما قالوا بجواز نقض الأحكام إذا عرضت على قاضٍ آخر أو إذا قام هو من تلقاء نفسه بفحصها فينقضها أو يبرمها في ضوء مبررات النقض والإبرام حسب قواعد كل مذهب فقهي في النقض والإبرام.

٤١٨ - القاعدة الخامسة - التهمة تؤثر في حكم القاضي وتعرضه للنقض:

لأن القاعدة كما يقول القرافي: «إن التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة» وهي، أي التهمة، مختلفة المراتب، فأعلى رتب التهمة، معتبر

إجماعاً مثل حكم القاضي لنفسه، فإن هذا الحكم ينقض بلا خلاف بين الفقهاء. وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً إذ لا تأثير له في سلامة حكم القاضي مثل حكمه لجيرانه وأهل بلدته. والوسط من التهم مختلف فيه: هل يلحق بالأول فينقض الحكم به، أم يلحق بالثاني فلا يؤثر في الحكم ولا ينقض به؟ وأصلها قول رسول الله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين»، أي متهم. قال ابن يونس في الموازية: كل من لا تجوز شهادته له لا يجوز حكمه له. وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى: لأن حكم الحاكم لازم للمقضى عليه فهو أولى بالرد من الشهادة^(١).

٤١٩ - وعلى هذا فإن من موجبات النقض توافر التهمة في حق القاضي، ولكن هل يكفي مجرد وجود التهمة لنقض حكم القاضي حتى ولو كان بذاته صحيحاً وسليماً؟ أم لا بد من أن يظهر معيماً وغير سليم بسبب هذه التهمة؟ يبدو لي أن حكم القاضي يجب نقضه إذا وجدت التهمة المعتبرة دون حاجة إلى فحص الحكم والتأكد من تأثيره بما دعا إلى التهمة، فإذا حكم القاضي مثلاً لنفسه أو لولده نقض حكمه دون حاجة للنظر في الحكم لمعرفة كونه حقاً أو باطلاً. وتعليل هذا المسلك الذي نقول به، أي نقض الأحكام للتهمة المعتبرة دون حاجة إلى فحصها، هو لضبط الأحكام، وإبعاد الحكام عن مواطن الشكوك، وجعل الناس يتقون بحكامهم ويطمثون بأحكامهم.

٤٢٠ - القاعدة السادسة - تدقق أحكام قليل الفقه ومن لا يشاور فيبرم منها الصحيح وينقض منها ما كان خطأً بيناً:

فقد جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي: «وأما القاضي العدل الجاهل فإن أفضيته تكشف، فما كان منها صواباً أمضي، وما كان منها خطأً بيناً لم يختلف فيه رُذ». ثم قال ابن فرحون: «وفي الوثائق المجموعة إذا كان القاضي من أهل العدل إلا أنه عرف أنه لا يشاور في أحكامه فإنها تتصفح، فما كان منها موافقاً للسنة نفذ. . . ويفسخ منها ما كان خطأً بيناً»^(٢).

(١) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤٣.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧٣. ويبدو أن القاضي يعرف بقلة علمه أو بعدم مشاورته لأهل العلم عن طريق الرقابة عليه، على النحو الذي بيناه من قبل، انظر الفقرات ١١٩ - ١٢٣.

٤٢١ - القاعدة السابعة: إذا كان الحكم المنقوض صحيحاً فإن الحكم الناقض ينقض ويبرم الحكم المنقوض:

وقد أشار الفقيه المالكي إلى هذا المعنى في فروقه، فقال رحمه الله تعالى: «مما ينقض نقض ما لا ينقض، فإذا قضى قاضٍ بأن ينقض حكم الأول (أي حكم القاضي الذي أصدر الحكم) وهو مما لا ينقض، نقض الثالث (أي نقض القاضي الثالث) حكم الثاني (أي حكم القاضي الثاني) لأن نقضه خطأ، ويمضي الأول...»^(١).



(١) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤٣، وهذا النقض الثاني أي نقض النقض يشبه تصحيح قرار محكمة التمييز - محكمة النقض والإبرام - ذلك القرار الذي تصدره بشأن الحكم الذي نظرته وقررت نقضه أو إبرامه، ويراد بتصحيح القرار نقض قرارها هذا لأسباب معينة تستدعي هذا النقض الثاني.

المبحث الثاني

الجهة التي لها حق النقض والإبرام

٤٢٢ - تمهيد:

لم يحدد الفقهاء الجهة التي لها وحدها دون غيرها حق نقض الأحكام وإبرامها، وإنما أجازوا ذلك للقاضي الذي أصدر الحكم ولغيره من القضاة كما سنبينه فيما بعد، ثم نبين رأينا في كيفية تنظيم نقض الأحكام وإبرامها في ضوء ما قاله الفقهاء أنفسهم وبما يحقق المصلحة للناس.

٤٢٣ - أولاً - ينقض الحكم من أصدره:

إذا أصدر القاضي حكماً في قضية ثم ظهر له أن هذا الحكم خطأ ويتعين نقضه قام هو بنقضه، وبهذا صرح الفقهاء. فقد قال الفقيه الرملي الشافعي:

«وإذا حكم باجتهاده ثم بان كون ما حكم به خلاف نص الكتاب أو السنة المتواترة أو الأحاد أو بان خلاف الإجماع أو خلاف قياس جلي... نقضه وجوباً، أي أظهر بطلانه وإن لم يترافع إليه هو وغيره، بنحو: نقضته أو فسخته أو أبطلته»^(١).

وقال الفقيه أبو طالب من فقهاء الزيدية: «وعندي إذا أخطأ وحكم بما يخالف الكتاب والسنة والإجماع فإنه ينقضه ويرجع عنه»^(٢). وقال ابن فرحون المالكي: «فصل (في نقض القاضي أحكام نفسه) وله ذلك إذا ظهر له الخطأ»^(٣).

(١) الرملي، المرجع السابق، ج ٨ ص ٢٤٦.

(٢) الروض النضير شرح المجموع الفقهي ج ٤ ص ١٢٤.

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧١.

٤٢٤ - ثانياً - ينقض الحكم غير من أصله:

وكما أن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقض حكم نفسه، فإن لغيره من القضاة أن ينقضوا أحكام غيرهم، إذا رفعت إليهم هذه الأحكام، أو نظروها من تلقاء أنفسهم، كما لو نظر القاضي الجديد أحكام سلفه كما سنبينه بعد قليل.

ومن أقوال الفقهاء الدالة على ما قلناه، قول الفقيه الرملي الذي نقلناه عنه في الفقرة السابقة حيث قال: ينقض الحكم من أصله وغيره وكذلك صرح الفقيه القرافي بأن للقاضي أن ينقض حكم غيره. فقال رحمه الله: «إذا قضى قاض أن ينقض حكم الأول وهو مما لا ينقض نقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ ويقر الأول، وكذلك لو فسخ الثاني الحكم بالشاهد واليمين رده الثالث لأن النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متعين»^(١).

٤٢٥ - هل تنقض الأحكام وتبرم بطلب أو بدونه^(٢):

بيئنا فيما سبق الحالات التي ينقض فيها الحكم والحالات التي يبقى فيها الحكم ولا ينقض، كما بيئنا الجهة التي لها حق النقض والإبرام، ونسأل هنا هل يتم النقض والإبرام بطلب من أصحاب الشأن أم يتم ذلك بدون طلبهم؟ الجواب يتبين مما يأتي.

٤٢٥ - أولاً: قلنا فيما سبق إن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقضه بنفسه إذا ظهر له مخالفته لنص الكتاب أو السنة. ومعنى ذلك أن هذا النقض يتم بدون طلب من أصحاب الشأن، ويجوز من باب أولى أن ينقضه إذا طلب ذلك أصحاب الشأن والعلاقة بالحكم.

٤٢٦ - ثانياً: لا يجب على القاضي الجديد أن ينظر أحكام القاضي السابق الذي حلّ هو محله في وظيفته، لأن الظاهر جريان أحكام القاضي السابق على وجه الصحة والصواب. إلا إذا تظلم محكوم عليه من حكم أصدره عليه القاضي السابق، فإن على القاضي اللاحق الجديد أن ينظر في تظلمه وتفحص حكم سلفه القاضي الذي أصدره. فإذا رآه مستحقاً للنقض، كما لو كان مخالفاً للقرآن،

(١) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤٠.

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٨، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٦٩٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٨١ - ٩٢.

نقضه . وإذا رآه على وفق الشرع وسالماً من العيوب أمضاه وأبرمه . ومن هنا يعلم بأن القاضي الجديد لا ينظر في أحكام من سبقه من القضاة في محل وظيفته، على وجه الوجوب، إلا إذا تقدم أصحاب العلاقة بالحكم بطلب ذلك .

٤٢٧ - ثالثاً: إذا لم يطلب من القاضي أحد من أصحاب الشأن النظر في أحكام من سبقه، وأراد القاضي أن يتعقب أحكام من سبقه ويتفحصها، فله ذلك، فما رآه من هذه الأحكام موافقاً للشرع أمضاه وأبرمه، وما كان مخالفاً للشرع على وجه لا يسوغ قبوله وكان في حق الله تعالى نقضه، لأن له النظر في حقوق الله تعالى، وإن كان الحكم في حق آدمي لم ينقضه، كما صرح الحنابلة، إلا بمطالبة صاحبه، لأن القاضي لا يستوفي حقاً لمن لا ولاية له عليه بغير مطالبة صاحب الحق، فإن طلبه صاحب الحق نقضه إن كان مستحقاً للنقض، وإلا أمضاه وأبرمه .

٤٢٨ - ويبدو أن المالكية لا يفرقون بين حق الله وحق الآدمي بالنسبة لنقض الحكم في حالة نظر القاضي في الحكم بدون طلب، فقد قالوا: «وقد يذكر القاضي في حكمه الوجه الذي بني عليه حكمه فيوجد مخالفاً لنص أو إجماع فيتوجب فسخه»^(١) . ومعنى ذلك أنه إذا وجد صحيحاً أمضاه وأبرمه، وإذا وجد مستحقاً للنقض نقضه، دون أن يصرحوا بفرق بين ما له علاقة بحق الله أو بحق الآدمي . ومذهب الشافعية، كما يبدو، كمذهب المالكية، فقد قالوا: «فإن تعقب ذلك - أي تعقب القاضي الجديد أحكام سلفه - أو رفعت إليه نظر فيها، فما وجد فيها مخالفاً للنص أو للإجماع أو القياس الجلي أبطله»^(٢) .

٤٢٩ - رابعاً: ذكرنا عن المالكية أنهم قالوا بتدقيق وفحص أحكام القاضي العادل قليل الفقه، وأحكام من لا يشاور في أحكامه، وأن أحكام هؤلاء تدقق، فما وجد منها صحيحاً أبرم، وما وجد منها خطأ يبتأ نقض، وكذلك قلنا عنهم إنهم يقولون بنقض الحكم الناقض إذا كان الحكم المنقوض صحيحاً . ولكن من يقوم بتدقيق هذه الأحكام فيمضي ما يستحق الإمضاء وينقض ما يستحق النقض؟ يبدو لي أن الذي يقوم بذلك هو الخليفة، أو نائبه، أو من يخوله، وسواء كان ذلك يطلب من أصحاب الشأن بالأحكام أو بدون طلب منهم، يدل على ذلك ما ذكره

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧٣ .

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٢٢٤ .

ابن فرحون المالكي: «وينبغي للإمام أن يتفقد أحوال القضاة فإنهم قوام أمره ورأس سلطانه وكذلك قاضي الجماعة، فينبغي له أن يتفقد قضائه ونوابه فيتصفح أفضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس. وعلى الإمام والقاضي الجامع لأحكام القضاء أن يسأل الثقة عنهم»^(١).

٤٣٠ - تنظيم نقض الأحكام وإبرامها:

عرفنا فيما سبق أن القاضي نفسه يملك حق نقض أو إبطال حكمه الذي أصدره إذا كان مخالفاً للكتاب والسنة، وأن غيره من القضاة لهم أيضاً حق نقض أحكام غيرهم إما من تلقاء أنفسهم أو بناء على طلب من أصحاب الشأن. ومن الواضح أن توزيع اختصاصات نقض الأحكام وإبرامها إلى جهات متعددة وإلى القاضي الذي أصدر الحكم، وعدم وجود جهة مختصة لها وحدها حق نقض الأحكام وإبرامها، أن حالة كهذه تؤدي إلى شيء من المتاعب لأصحاب الحقوق كما تؤدي إلى عدم استقرار الأحكام وإلى الاضطراب في تنفيذها، وقد يستغل ذلك أصحاب الأهواء والنفوس المريضة من القضاة ومن أصحاب النفوذ فينقضون الحكم الصحيح بحجة مخالفته للشرع الحنيف. ولا شك أن الشريعة الإسلامية ترفض التلاعب في أحكامها وترفض السماح لأصحاب الأهواء أن يستغلوا مثل هذا الوضع. فهل يمكن في ضوء أقوال الفقهاء وبالتخريج على أقوالهم في نقض الأحكام وإبرامها أن نضع نظاماً خاصاً لنقض الأحكام وإبرامها بما يحقق المصلحة العامة ولا يخالف الشرع؟

٤٣١ - والجواب، بالإيجاب ويتم ذلك على النحو التالي:

أولاً - يجوز لولي الأمر أن يعين قاضياً أو أكثر يكون له أو لهم وحدهم دون غيرهم حق النظر في الأحكام التي يصدرها القضاة فينقضونها إن كانت مستحقة للنقض ويبرمونها إن كانت مستحقة للإبرام. وفي حالة نقض الحكم يجب على الجهة الناقضة أن تصدر الحكم الصحيح في الدعوى، ولا يجوز النظر فيه مرة ثانية إلا وفق إجراءات وشروط معينة ومن قبل جهة معينة أخرى، أو من قبل نفس الجهة التي أصدرته.

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٧، المواق، المرجع السابق، ج ٦ ص ١١٤.

ثانياً - ويجوز لولي الأمر أن يختار تنظيمياً آخر فيعين قاضياً أو أكثر للنظر في الدعاوى بدرجة أولى، ويعين قضاة آخرين ينظرون في الأحكام التي صدرت بدرجة أولى فيفسخونها إن كانت مستحقة للفسخ، ويؤيدونها ويمضونها إن كانت مستحقة للإمضاء، وفي حالة الفسخ يصدرن أحكاماً جديدة محلها. ثم هذه الأحكام الجديدة والتي أبرموها ترفع إلى الجهة المختصة بنقض وإبرام الأحكام فتتقض المخالف للنص المستحق للنقض وتبرم الصحيح.

٤٣٢ - والدليل على جواز ما ذكرته أن الفقهاء أجازوا أن ينظر في حكم القاضي قضاة آخرون متعددون، فقد جاء في كتاب أدب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة: «... ففي الوجه الأول، فالقاضي الذي رفعت إليه القضية ينقضها ولا ينفذها، حتى لو نفذها ثم رفعت إلى قاض ثالث، فالثالث ينقضها. وفي الوجه الثاني إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك ثم رفعت إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها، حتى لو قضى بإبطالها ونقضها ثم رجع إلى قاض آخر فإن هذا القاضي الثالث ينفذ قضاء الأول ويبطل قضاء الثاني لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد»^(١). وقال الفقيه القرافي في فروقه: «فإذا قضى قاض بأن ينقض حكم الأول وهو مما لا ينقض نقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ ويقر الأول. وكذلك لو فسخ الثاني الحكم بالشاهد واليمين ردها الثالث لأن النقض في مواطن الاجتهاد خطأ ونقض الخطأ متعين»^(٢). ويمكن أن يستخلص من هذا القول، أنه من الممكن لولي الأمر أن يعين ثلاثة أنواع من القضاة ويجعل اختصاصهم على النحو التالي:

النوع الأول - قضاة يصدرن الأحكام في الدعاوى التي ينظرونها، ولا يحق لهم إعادة النظر فيها لأي سبب كان، ونسميهم اصطلاحاً (قضاة الدرجة الأولى).

النوع الثاني - قضاة ينظرون في أحكام قضاة الدرجة الأولى، كلها أو بعضها، ويكون من صلاحيتهم إبرام وتأييد هذه الأحكام إن رأوها صحيحة، وفسخها وإصدار بدلها أحكاماً جديدة، إن رأوها تستحق الفسخ، ونسمي هذا النوع من القضاة (قضاة الدرجة الثانية) أو قضاة الاستئناف.

(١) ابن مازة، المرجع السابق، ج ٣ ص ١٠٩ - ١١٠.

(٢) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤١.

النوع الثالث - قضاة ينظرون في بعض أحكام قضاة الدرجة الأولى، وفي جميع أو معظم أحكام قضاة الدرجة الثانية، فما رأوه موافقاً للشرع أبرموه، وما كان مخالفاً للشرع نقضوه. وفي حالة النقض، يصدر عن الأحكام المناسبة بدل الأحكام المنقوضة، إلا إذا رأوا إعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لتنظر فيها على الوجه الذي يأمر به قضاة هذا النوع ونسبهم (قضاة الدرجة الثالثة) أو قضاة النقض والإبرام.

٤٣٣ - والدليل على جواز حصر ولاية النظر في الأحكام وفسخها ونقضها وإبرامها بالقضاة الذين يعينهم ولي الأمر لهذه الأغراض ومنع غيرهم من القضاة النظر في هذه الأحكام حتى ولو كانوا هم الذين أصدروها، أقول الدليل على ذلك هو ما ذكرناه في أبحاثنا السابقة من أن القضاء يمكن تخصيصه في الزمان والمكان ونوع الخصومات.

٤٣٤ - أما كيفية النظر في الأحكام الصادرة، فهذا أيضاً يمكن تنظيمه بوضع ضوابط معينة من قبل ولي الأمر على النحو التالي:

أولاً - الأحكام الصادرة من قضاة الدرجة الأولى.

وهذه تُجَعَلُ على نوعين: (النوع الأول) المتعلقة بحقوق الله تعالى، وهذه يجب رفعها إلى قضاة النقض والإبرام. (والنوع الثاني) في حقوق الآدميين، وهذه ترفع إلى قضاة الدرجة الثانية بطلب من المحكوم عليهم. ولهم إذا أرادوا أن يرفعوها رأساً إلى قضاة النقض والإبرام.

ثانياً - الأحكام الصادرة من قضاة الدرجة الثانية.

وأحكامهم، إما تأييد وإبرام أحكام قضاة الدرجة الأولى، وإما أحكام جديدة أصدرتها بدلاً عن الأحكام التي فسحوها وأبطلوها. وهذه الأحكام يرفع منها وجوباً إلى قضاة النقض والإبرام إذا كانت تلك الأحكام متعلقة بحقوق الله. فإن كانت متعلقة بحقوق الآدميين فلا ترفع إلى قضاة النقض والإبرام إلا بطلب من أصحابها.

ثالثاً - أحكام قضاة النقض والإبرام.

وأحكام هؤلاء القضاة، هي التي تصدر في الأحكام المرفوعة إليهم من قضاة الدرجة الأولى والدرجة الثانية، وتكون على نوعين: (الأول) إبرام الأحكام

الصحيحة (والثاني) نقض الأحكام لمخالفتها للشرع . ، وفي هذه الحالة إما أن يصدر هؤلاء القضاة أحكاماً جديدة وصحيحة بدلاً من المنقوضة ، وإما أن يعيدوها إلى محكمتها التي أصدرتها لتعيد النظر فيها في ضوء ما يرسمه لها حكم النقض ثم تصدر حكمها فيها ويتبع بشأن هذا الحكم ما ذكرناه في الفقرات السابقة .

٤٣٥ - هذا وأن الأحكام التي يصدرها قضاة النقض والإبرام لا يجوز إعادة النظر فيها إلا في أحوال محددة وعلى سبيل الحصر يحددها ولي الأمر، ويكون طلب إعادة النظر فيها من قبل أصحاب الشأن وضمن مدة محددة، ويرفع إلى نفس قضاة النقض والإبرام، أو إلى هيئة خاصة من غيرهم مهمتها إعادة النظر في هذه الأحكام.



الفصل الخامس

تنفيذ الحكم (١)

٤٣٦ - تمهيد:

إذا أصدر القاضي حكمه بثبوت الحق المدعى به لصاحبه، يرد السؤال هنا عن الجهة التي تقوم بتنفيذ الحكم إذا رفض المحكوم عليه التنفيذ رضاء، لأن الغرض من إصدار الحكم تنفيذه، إذ بهذا التنفيذ ينحسم النزاع ويصل الحق إلى صاحبه، فمن يقوم بالتنفيذ؟ أو ما هي الجهة التي تقوم بالتنفيذ؟

٤٣٧ - القاضي ينفذ حكمه بنفسه:

إذا أصدر القاضي حكمه فإنه ينفذه بنفسه إن أمكن ذلك، أو بالكتابة إلى غيره من القضاة إذا استلزم التنفيذ الاستعانة بالآخرين. قال الفقيه الماوردي: «فإذا ثبت عليه عند القاضي حق وهو حاضر استوفاه منه لمستحقه ولم يكتب به إلى غيره»^(٢).

٤٣٨ - وعلى هذا فإذا كان المحكوم به عقاراً أو حيواناً أو عروضاً استحقه المحكوم له وأُلزم المحكوم عليه بتسليمه إليه، فإن امتنع عن التسليم قام القاضي بتسليمه بنفسه إذا أمكن التسليم كما لو كان المحكوم به عقاراً معروفاً ظاهراً.

٤٣٩ - وإذا كان المحكوم به ديناً في ذمة المحكوم عليه أمره القاضي بأدائه إلى المحكوم به، فإن أبي وكان موسراً أمر القاضي بحبسه. ويبقى في الحبس حتى يقوم بإيفاء الدين، وإن كان معسراً وثبت إعساره لم يأمر القاضي بحبسه وإن كان قد حبسه هو أو سلفه القاضي السابق أمر بإطلاق سراحه.

(١) المغني ج ٩ ص ٤٧، ٩٢ - ٩٧، ج ٧ ص ٦٩٠ - ٦٩١، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٨٩، الفروق للقرافي ج ٤ ص ٤١، المجموع شرح المذهب ج ١٨، ص ٢٧٠، ٢٨٩ - ٢٩٠، تبصرة الحكام ج ١ ص ١٧.

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ١ ص ١٤٩.

٤٤٠ - وإن كان المحكوم به قصاصاً استوفاه ولي القتل إن أمكنه ذلك وقدر عليه، فإن لم يقدر على الاستيفاء أمره القاضي بتوكيل غيره حتى يستوفيه عنه. أما العقوبات الأخرى، فقد قالوا لا يقيم الحدود إلا الإمام أو من فوض إليه الإمام ذلك بدليل أنه لم يقم حدّ على عهد رسول الله ﷺ إلا بإذنه، ولا في أيام الخلفاء الراشدين إلا بإذنه، لأنه حق الله تعالى يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه الحيف فلم يجز بغير إذن الإمام.

وذهب بعض الحنابلة إلى أن استيفاء العقوبات من حدود وقصاص في النفس وما دون النفس يكون بواسطة شخص يعين لهذا الغرض ويرزق من بيت المال، لأن استيفاء الحدود والقصاص من المصالح العامة فيرزق من يقوم بها من بيت المال. وهذا ما نرجحه، لا سيما وأن بعض العقوبات كقطع اليد تحتاج إلى الدقة في التنفيذ مع القدرة عليه فلا بد أن يكون من يقوم به قادراً عليه وكفوئاً له، ولهذا قال بعض الشافعية: «فإن كان - أي القصاص - في الطرف لم يمكّن منه، لأنه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يجني عليه مما لا يمكن تلافيه».

٤٤١ - القاضي يكتب إلى غيره لينفذ حكمه:

وقد يكون قيام القاضي بتنفيذ حكمه عن طريق الكتابة به إلى قاضٍ آخر ينفذه، فقد قال الشافعية وغيرهم: يجوز للقاضي الذي أصدر الحكم أن يكتب إلى قاضٍ آخر في بلد القاضي الذي أصدر الحكم أو إلى قاضي بلد آخر بالحكم الذي أصدره ليقوم بتنفيذه، واحتجوا لهذا بما رواه الضحاك، قال: كتب إليّ رسول الله ﷺ: أن أوث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها. واحتجوا أيضاً بأن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذه الكتابة كما لو كان المحكوم به موجوداً في بلد القاضي المكتوب إليه بالحكم.

ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي الآخر إذا عرف المكتوب إليه خط القاضي الكاتب وختمه، ولا حاجة في هذه الحالة إلى أن يشهد على كتاب القاضي الأول شاهدان كما ذهب إلى هذا بعض الفقهاء^(١).

٤٤٢ - ويجوز للقاضي الذي أصدر الحكم أن يكتب بحكمه إلى قاضٍ آخر

(١) المجموع ج ١٨ ص ٣٩٩ - ٣٠٠.

معين أو غير معين، كما لو قال في كتابه: «إلى كل من وصله كتابي من قضاة المسلمين» من غير تعيين قاض باسمه أو بوصفه، ويلزم من وصله كتاب القاضي أن يقبله وينفذه، وبهذا قال الحنابلة وأبو ثور واستحسنه الإمام أبو يوسف^(١).

٤٤٢ - تعيين قاضٍ خاصٍ للتنفيذ:

وإذا كان للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينفذه بنفسه أو بالكتابة إلى غيره من القضاة، فهل يجوز حصر التنفيذ بقضاة معينين لهذا الغرض وظيفتهم تنفيذ الأحكام على وجه لا يشاركهم في وظيفة التنفيذ غيرهم؟

والجواب على ذلك أن الأصل هو أن القاضي مهمته إصدار الأحكام لا تنفيذها إلا إذا فوض إليه ذلك كما ورد في كتاب سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى معاذ بن جبل «فاقض إذا فهمت وأنفذ إذا قضيت» مما يدل على أن سيدنا عمر رضي الله عنه فوض إليه ولاية التنفيذ مع ولاية القضاء. قال الفقيه ابن فرحون: «أما ولاية القضاء، فقال القرافي: هذه الولاية متناولة للحكم لا يندرج فيها غيره... بل الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا إنشاء - أي إنشاء الحكم - وأما قدرة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكماً، فقد يفوض إليه التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته»^(٢). وبناء على ما ذكرناه، فيجوز لولي الأمر تعيين قضاة خاصين لتنفيذ الأحكام، لا يجوز لغيرهم القيام بالتنفيذ، لا سيما وأن القضاء يجوز تخصيصه بالمكان والزمان ونوع الخصومات والولايات. فيقوم هؤلاء القضاة بالتنفيذ بأنفسهم أو بالكتابة إلى قضاة التنفيذ الآخرين في خارج مناطقهم. . على أن يجوز لهم مكاتبة قضاة المناطق التي لا يوجد فيها قضاة خاصين بالتنفيذ، كما ينبغي إعطاء صلاحية التنفيذ للقاضي الذي أصدر الحكم إذا لم يوجد في منطقته قاضٍ خاصٍ للتنفيذ.

٤٤٣ - وسائل حمل المحكوم عليه على التنفيذ:

من الوسائل التي قد تحمل المدين المحكوم عليه على التنفيذ، منعه من السفر، وحبسه، وهذا ما نص عليه الفقهاء.

٤٤٤ - أولاً - منع المحكوم عليه من السفر:

(١) المغني ج ٩ ص ٩٤ - ٩٦.

(٢) ابن فرحون ج ١ ص ١٧.

قال الأحناف يجوز للدائن الطلب من القاضي منع المدعى عليه من السفر قبل أن يصدر الحكم في الدعوى إلا إذا وكل المدين المدعى عليه وكيلاً عنه بالخصومة وأعطى كفيلاً بما قد يحكم به عليه^(١). فإذا كان هذا جائزاً ومن حق المدعي الدائن قبل أن يثبت حقه بحكم الحاكم فمن باب أولى أن يكون هذا الحق للدائن المحكوم له، فله، إذن، أن يطلب من القاضي إصدار قراره بمنع المحكوم عليه من السفر قبل أن يؤدي إليه حقه المحكوم به.

٤٤٥ - ثانياً - حبس المدين^(٢) :

إذا كان المحكوم به ديناً في ذمة المدين المحكوم عليه وهو مستحق الأداء حالاً، طلب القاضي منه الأداء حالاً فإذا أداه فيها، وإن لم يؤده نظر القاضي : فإن كان في يده مال ظاهر أمره بالأداء منه، وإن لم يجد له مالاً ظاهراً، وادعى الإعسار وصدقه الدائن المحكوم له لم يأمر القاضي بحبسه ووجب إنظاره وإمهاله لقوله تعالى : ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ وإن كذبه الدائن المحكوم له بدعواه الإعسار، فلا يخلو إما أن يكون قد عرف للمحكوم عليه مال أو لم يعرف، فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن معارضة كالقرض، أو عرف له أصل مال سوى هذا، فالقول قول الدائن المحكوم له مع يمينه فإذا حلف أنه ذو مال أمر القاضي بحبسه حتى تشهد البيئة بإعساره.. قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرى الحبس في الدين، منهم مالك والشافعي وأبو عبيدة وسوار وعبد الله بن الحسن، وهذا قول الحنابلة أيضاً.

ومن الواضح أن حبس المدين المحكوم عليه ليس هو تنفيذ الحكم وإنما هو وسيلة لحمله على التنفيذ إذا ترجع وجود مال عنده.

٤٤٦ - الحجر على المدين :

إذا طلب المحكوم له أو المحكوم لهم - إذا كانوا متعددين - الحجر على مدينهم المحكوم عليه، نظر القاضي في أمواله وأحصاها، فإن رآها وافية كافية لديونهم لم يجب طلبهم وأمر المحكوم عليه بإيفائهم ديونهم المحكوم بها، فإن رفض الإيفاء أمر القاضي بحبسه فإن استمر على الرفض وصبر على الحبس أمر

(١) ابن مازة، المرجع السابق، ج ٣ ص ٤٣٦.

(٢) المغني ج ٤ ص ٤٥٠ - ٤٥٣، المحلى ج ٨ ص ١٧٢.

القاضي بقضاء دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء ديونه باعه فعلاً وأوفى الدائنين. وأما إذا كانت ديونه حالة، وأمواله لا تفي بأدائها فإن القاضي يحجر عليه بناء على طلب المحكوم به. ويترتب على الحجر جملة أحكام منها: منعه من التصرف بأمواله إلا بشروط وقيود لا تضر بالدائنين المحكوم لهم، ومنها أن للقاضي أن يبيع أمواله لإيفاء ديونه المحكوم بها. والأصل في جواز الحجر على المدين وبيع أمواله، كما يقول الحنابلة، ما رواه كعب بن مالك أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وباع ماله^(١).

٤٤٧ - بيع أموال المدين المحكوم عليه:

يبادر القاضي بعد الحجر على المدين، أو بعد امتناعه عن الأداء مع وجود مال له، يبادر القاضي إلى بيع ماله لإيفاء الدين للمحكوم له، وإذا كان الدائنون متعددين أوفاهم جميعاً من ثمن المبيع، وإن لم تف أثمان أموال المدين المبيعة بوفاء جميع ديون الدائنين قسّمها عليهم القاضي قسمة الغرماء بنسبة ديونهم.

٤٤٨ - ولكن هل تباع جميع أموال المدين؟

ويمكن أن يرد سؤال هنا: هل تباع جميع أموال المدين المحكوم عليه لإيفاء ديون الدائن أو الدائنين المحكوم لهم؟ والجواب: لا. فقد استثنى الحنابلة داره التي يسكنها التي لا غنى له عن سكنها، وبهذا قال أبو حنيفة رحمه الله. ويبدو أن هذا هو قول الظاهرية أيضاً لأن الفقيه الظاهري ابن حزم الأندلسي قال: «يباع من ماله ما يفضل عن حاجته لسداد ديونه» ودار السكن التي لا غنى للمدين عن سكنها تعتبر من حاجته. وقال الإمام مالك والشافعي: تباع دار سكنه ويكتري بدلها، وقد رُد عليه هذا بأن دار السكن تقاس في عدم بيعها على ثبائه التي لا تباع لحاجته إليها^(٢). وقول الحنابلة ومن وافقهم هو ما نرجحه، ولأن في بيع دار السكن، ضرر جسيم بالمدين المحكوم عليه، إذ أنه سيأكل ثمنها ولا يبقى عنده ما يشتري به سكناً له.

(١) المغني ج ٤ ص ٤٠٩، ٤٣٧.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ج ٤ ص ٣١٨، المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٤ ص ٤٠٩، ٤٤٢ - ٤٤٥، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٧٤.

الباب الرابع

التحكيم

٤٤٩ - تمهيد:

قد لا يلجأ صاحب الحق إلى المحاكم لاستخلاص حقه عن طريق القضاء وإنما يؤثر الاتفاق مع خصمه لتحكيم من يرضونه ليحكم بينهم بعد أن ينظر في خصومتهم ويسمع بيناتهم. وبهذا التحكيم يحسم النزاع فيتحقق الغرض من اللجوء إلى القضاء، ولهذا كان التحكيم من مرتكزات نظام القضاء في الإسلام، لأنه سبيل مشروع للفصل بين المتنازعين والقضاء فيما بينهم، كما يفصل القاضي في محكمته بين المتنازعين. وسنعرف فيما يلي ماهية التحكيم وشروطه وأحكامه.

٤٥٠ - تعريفه:

التحكيم لغة جعل الحكم فيما لك لغيرك، يقال حكّمته في مالي إذا جعلت إليه التحكم فيه، وحكّمت الرجل، أي فوضت الحكم إليه.

أما التحكيم في الاصطلاح الفقهي فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، أو هو تصيير الغير حاكماً فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس، وفي حق غيرهما كالمصلح. وركنه اللفظ الدال عليه مثل: احكم بيننا أو جعلناك حكماً، أو حكّمناك في كذا مع قبول الآخر، أي قبول المحكّم (بفتح الكاف)^(١).

٤٥١ - دليل مشروعيته^(٢):

قال تبارك وتعالى في القرآن الكريم: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٢٨، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٧.

(٢) سنن النسائي ج ٨ ص ١٩٩، أدب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج ٤ ص ٥٨، المغني ج ٩ ص ١٠٧-١٠٨، المجموع شرح المهذب ج ١٨ ص ٣٦٣، السنن الكبرى للبيهقي ج ١ ص ١٤٤.

من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما ﴿١﴾ . والمقصود بالآية الكريمة أن يحكم الزوجان حكماً لا اختيار المقام واستمرار الزوجية بإزالة الخلاف بينهما إن أمكن وإلا فاختيار الفرقة . فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى . وقد جاء في الحديث الذي أخرجه النسائي أن النبي ﷺ قال لأبي شريح : إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم؟ فقال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين . قال النبي ﷺ : ما أحسن هذا . فما لك من الولد؟ قال : لي شريح وعبد ومسلم قال ﷺ : من أكبرهم؟ قال : شريح . قال ﷺ : فأنت أبو شريح .

وهناك آثار عن أصحاب رسول الله ﷺ منهم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، تدل على جواز التحكيم ، فسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما خصم أبي بن كعب في أرض حكماً زيد بن ثابت فحكم بينهما . وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكن قاضياً .

٤٥٢ - شروط الحكم^(١) :

يشترط في الحكم أن يكون أهلاً للقضاء ، ومن هذه الشروط أن يكون مسلماً إذا كان الخصوم الذين حكموه مسلمين أو ذميين ، لأن غير المسلم لا يملك أهلية الشهادة على المسلمين فلا يملك أهلية الحكم عليهم من طريق أولى ، لأن أهلية الحكم أعلى من أهلية الشهادة ، ولكن لو كانوا ذميين وحكموا ذمياً ليفصل في خصومتهم جاز تحكيمهم ، لأن الذمي له أهلية الشهادة على الذميين والقضاء عليهم . وهذا الشرط يجب تحققه في الحكم من وقت تحكيمه إلى وقت إصداره الحكم .

٤٥٣ - ما يجوز فيه التحكيم :

أولاً - ذهب الحنفية إلى أن التحكيم لا يجوز في حدود الله ولا في القصاص ولا في الدية على العاقلة ويجوز في غيرها ، معللين ذلك بأن حكم المحكم بمنزلة الصلح ، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٧ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨ ، ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٥ ص ٤٢٨ ، ابن مازة ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٦٣ - ٦٤ ، تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٦ .

فلا، والقصاص والحد لا يجوز استحقاقهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما^(١).

٤٥٤ - ثانياً: ذهب المالكية إلى أن التحكيم يجري في الأموال وما في معناها ولا يجوز في حدود الله ولا في القصاص ولا في طلاق أو نسب ولا في عتاق أو ولاء. وإنما استثنيت هذه الأشياء من دائرة التحكيم الجائز عندهم لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين وهم لم يرضوا بحكم الحكم^(٢).

٤٥٥ - ثالثاً: أما الشافعية، فقد ذهب فريق منهم إلى أن التحكيم يختص بجوازه بالأموال وعقود المعاوضات ولا يجوز في الحدود والقصاص والنكاح واللعان لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلا يجوز فيها التحكيم. وذهب فريق آخر من الشافعية إلى أن التحكيم يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام. وهذا القول هو الذي نصره صاحب مغني المحتاج الشافعي المذهب حيث قال: «والصحيح عدم الاختصاص لأن من صحَّ حكمه في مال صحَّ حكمه في غيره»^(٣).

٤٥٦ - رابعاً: أما الحنابلة فقالوا لا يجوز التحكيم في النكاح واللعان والحدود والقصاص ويجري في غيرها، لأن لهذه القضايا مزية على غيرها فاخص الإمام بالنظر فيها، ونائبه - أي القاضي - يقوم مقامه. وقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها، أي يجري التحكيم في هذه الأربعة أيضاً، ومعنى ذلك أن التحكيم يجري في جميع القضايا^(٤).

٤٥٧ - الرجوع عن التحكيم^(٥):

لكل من الطرفين الرجوع عن التحكيم قبل شروع الحكم في أمر التحكيم،

(١) ابن مازة، المرجع السابق، ج ٤ ص ٦٣ - ٦٤.

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٥، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٣٦.

(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٨، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٨٠ - ٣٨١، المجموع ج ١٨ ص ٣٦٣ - ٣٦٤.

(٤) المغني ج ٩ ص ١٠٨.

(٥) المغني ج ٩ ص ١٠٨، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، ابن مازة ج ٤ ص ٥٩ - ٦٠، تبصرة الحكام ج ١ ص ٥٥ - ٥٦، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٩.

لأنه صار حكماً برضاها فأشبه ما لو رجع الموكل عن التوكيل قبل التصرف فيما وكل فيه . وإذا رجع أحد الخصوم بعد شروع الحكم في موضع التحكيم، ففيه قولان: (أحدهما) يصح الرجوع ويبطل التحكيم لأن الحكم لم يصدر حكمه فأشبه رجوع الخصم قبل شروع الحكم في موضع التحكيم . (الثاني) ليس له الرجوع، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد من الخصمين إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه ويرضيه رجع عن التحكيم قبل إصدار الحكم فيبطل المقصود من التحكيم .

٤٥٨ - لزوم حكم الحكم ونفاذه:

وإذا أصدر الحكم حكمه في موضوع النزاع الذي جرى فيه التحكيم فهل يلزم هذا الحكم الطرفين بمجرد صدوره ويصير نافذاً في حقهما فلا يملك أي واحد منهما رده؟ قال الحنفية والحنابلة والمالكية بالإيجاب، فحكم الحكم، عندهم، بصدوره يصير لازماً و نافذاً في حق الطرفين فلا يملك أحدهما رده^(١) .

٤٥٩ - وللشافعية قولان: (الأول) لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامهما به بعد صدوره، فهو كالفتيا، لأنه لما وقف أمر التحكيم وما يتمخض عنه من إصدار الحكم على رضاها في الابتداء وجب أن يقف نفاذ الحكم أيضاً على رضاها في الانتهاء، أي بعد إصداره، وهذا قول الفقيه المزني (الثاني) والقول الثاني عند الشافعية وهو قول أكثرهم أن حكم الحكم يكون لازماً لهما بمجرد صدوره ولا يتوقف على رضاها لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله» والوعيد باللعة دليل على لزوم الحكم بحقهما . ولأن ما جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي الذي ولاه الإمام وهذا القول الثاني هو القول الأظهر في المذهب الشافعي على ما ذكره صاحب مغني المحتاج^(٢) .

٤٦٠ - قانون الحكم:

ويحكم الحكم بما يحكم به القاضي المسلم، وهو القانون الإسلامي أي

(١) المغني ج ٩ ص ١٠٧، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٩٩، ابن فرحون ج ١ ص ٥٥، ٥٦ .

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٨٢، المجموع ج ١٨ ص ٣٦٣، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩ .

الشريعة الإسلامية. ويأخذ بوسائل الإثبات الشرعية التي يأخذ بها القاضي المسلم كالشهادة والإقرار والنكول عن اليمين. ولذلك قال الحنفية: إذا قضى الحكم بالدية في جريمة القتل الخطأ على القاتل الذي لم يقر بالقتل فإن هذا الحكم لا يجوز، وعللوا ذلك بقولهم: «لمخالفته للشرع فإن الدية في القتل الخطأ على العاقلة إلا أن يكون القاتل أقرّ بالقتل خطأ فيجوز الحكم عليه»^(١).

٤٦١ - نقض حكم الحكم وإبرامه^(٢):

ولا ينقض حكم الحكم إلا بما ينقض به قضاء غيره من قضاة المسلمين، فإن كان موافقاً للشرع فلا ينقض لأنه حكم صحيح لازم صدر وفقاً لقواعد الشرع فصار مثل أحكام قضاة المسلمين. وهذا مذهب الحنابلة والشافعية والمالكية. وقال الحنفية: يجوز لقاضي المسلمين نقض حكم الحكم إذا رفع إليه إذا كان مخالفاً لرأيه وللحق عنده، ويعللون ذلك بأن المحكم له ولاية على من حكمه وليس له ولاية على غيرهما، فيكون حكمه بالنسبة للقاضي بمنزلة الصلح في حقه، فكان له أن يرده إذا كان مخالفاً لرأيه، ويبرمه ويمضيه إذا كان موافقاً لرأيه، وهذا بخلاف حكم القاضي إذا رفع إليه فإنه لا يرده ولو كان مخالفاً لرأيه ما دام في أمر مجتهد فيه، لأن القاضي له ولاية على الناس كافة فكان قضاؤه حجة في حق الجميع فلا يكون للقاضي أن يرد حكم غيره من القضاة إذا صادف القضاء محله كما لو كان في مسألة مجتهد فيها وإن خالف رأيه.

٤٦٢ - تنفيذ حكم الحكم:

الأصل أن حكم الحكم ينفذه الخصم المحكوم عليه برضاه لأنه رضي بتحكيم الحكم، فإذا رفض فإن المحكوم له يستطيع أن يرفع الحكم إلى القاضي ليقره ويأمر بتنفيذه إذا رآه حكماً سائغاً شرعاً، وينقضه إذا رآه مستحقاً للنقض شرعاً على النحو الذي بيناه في نقض الأحكام وإبرامها.

٤٦٣ - وإذا أراد المحكوم له تنفيذ الحكم بواسطة قاض من قضاة المسلمين

(١) أدب القاضي للخصاف وشرحه لابن مازة ج ٤ ص ٦٤.

(٢) المغني ج ٩ ص ١٠٨، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٩، ابن فرحون ج ٩ ص ٥٦، أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٨٤، ابن مازة ج ٤ ص ٦٠ - ٦١.

جاز له أن يطلب من الحكم أن يكتب له بالحكم الذي أصدره كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين أو إلى القاضي الذي اختاره المحكوم له . وعلى القاضي المكتوب له أن يقبل كتاب الحكم وينفذه، لأن الحكم يعتبر كالقاضي، فهو نافذ الأحكام فيلزم قبول كتابه كما يقبل كتاب القاضي المعين من قبل الإمام^(١).



(١) المعني ج ٩ ص ١٠٨.

الباب الخامس

ولاية المظالم أو قضاء المظالم

٤٦٤ - تمهيد:

ولاية المظالم أو قضاء المظالم نوع من أنواع القضاء وفصل الخصومات، لا يختلف عن القضاء العادي، الذي تكلمنا عنه، من ناحية القانون الواجب التطبيق ووسائل الإثبات، وإنما يختلف عنه في بعض الأمور التي سنينها في هذا الباب ومن أجل هذا الاختلاف أفردته الفقهاء في البحث.

٤٦٥ - التعريف:

المظالم جمع مظلمة وهي اسم لما أخذه الظالم منك^(١). وفي اصطلاح الفقهاء: ولاية المظالم وظيفة قضائية، إلا أنها أوسع من وظيفة القاضي العادي لأنها كما يقول ابن خلدون «ممتزجة من سطوة السلطة ونصف القضاء»^(٢).

٤٦٦ - طبيعة ولاية المظالم:

ومن تعريفها الاصطلاحي يظهر لنا أنها ليست وظيفة قضائية بحتة كما أنها ليست وظيفة من وظائف السلطة التنفيذية البحتة، وإنما هي ذات طبيعة مزدوجة من هاتين السلطتين: التنفيذية والقضائية. ويدل على هذا الازدواج أن اختصاصات والي المظالم اختصاصات واسعة تشمل ما يدخل في صلاحية وسلطة القضاة، كما تشمل ما يدخل في اختصاص الأمراء ورجال السلطة التنفيذية، كما سنرى بعد قليل. ولهذا فإن والي المظالم يملك صلاحية وسلطة القاضي، كما يملك صلاحية وسلطة الأمير أو صاحب السلطة التنفيذية فيما يتعلق بمباشرة أعماله التي تدخل في

(١) لسان العرب ج ١٥ ص ٢٦٧، الصحاح للجوهري ج ٥ ص ١٩٧٧.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٢.

دائرة ولايته. ومما يدل على أن ولاية المظالم لها شيء من طبيعة وصلاحيات وظائف السلطة التنفيذية أن الفقيه ابن فرحون المالكي جعلها من أقسام الإمارة التي يندرج القضاء من ضمنها فقال رحمه الله:

«وأما الولايات التي يندرج القضاء في ضمنها فهي أنواع:

النوع الأول.. النوع الثاني.. النوع الثالث: الإمارة، وهي على أربعة أقسام: القسم الأول.. القسم الثاني.. القسم الثالث.. القسم الرابع: ولاية النظر في المظالم وله من النظر ما للقضاة وهو أوسع منهم مجالاً^(١).

٤٦٧ - أسماء من يتولى قضاء المظالم:

ويطلق على من يتولى ولاية المظالم أسماء متعددة منها: ولي المظالم، وصاحب المظالم، وناظر المظالم، وقاضي المظالم. فهذه الأسماء على تعددها إلا أن المسمى لها واحد وهو ذلك الشخص الذي يملك سلطة الفصل في الخصومات التي تدخل في نطاق هذه الولاية.

٤٦٨ - شروط من يتولى قضاء المظالم:

قالوا: يشترط فيمن يتولى ولاية المظالم أن يكون جليل القدر نافذ الأمر عظيم الهيئة ظاهر الفقه قليل الطمع، كثير الورع^(٢). ولكن مع هذه الشروط يجب توافر شروط من يتولى القضاء، وهي الشروط التي تكلمنا عنها عند كلامنا عن القاضي وشروط من يعين لمنصب القضاء.

٤٦٩ - الخلفاء يباشرون قضاء المظالم:

وقد كان الخلفاء الأولون يباشرون هذا النوع من القضاء - قضاء المظالم - بأنفسهم لأنهم أقدر من غيرهم على قمع الظالم ورد الحق إلى أهله. وقد استمرت مباشرتهم لهذه الولاية إلى عهد الخليفة العباسي المهدي، فكان آخر من جلس للنظر في المظالم. هذا وكان بعض الخلفاء يجعل هذه الولاية إلى بعض قضاة كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع قاضيه أبي إدريس الخولاني^(٣).

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٠ - ٢١.

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الخنيلي ص ٥٨، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٣.

(٣) ابن خلدون في مقدمته ص ٢٢٢.

٤٧٠ - من يعين قاضي المظالم؟

ولاية المظالم وظيفة ذات طبيعة مزدوجة، تجمع بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، والخليفة هو الذي يعين القاضي، كما رأينا، كما هو يعين الأمراء وأصحاب السلطة التنفيذية كالوزراء والولاة ونحوهم، فمن الطبيعي، إذن، أن يعين الخليفة والي المظالم. إلا أن التعيين لهذه الوظيفة قد يكون بالعقد الصريح وقد يكون بصورة ضمنية أي بدون تقليد خاص لهذه الولاية كما لو عين الخليفة أمير إقليم أو وزير تفويض، فلهؤلاء ولاية النظر في الأمور العامة بحكم ولايتهم، ولهم بعموم هذه الولاية حق النظر في المظالم ويتمتعون بسلطة والي المظالم دون حاجة إلى تقليد خاص أو إذن خاص من الخليفة لهم لمباشرة ولاية المظالم. وقد يعينه الخليفة بوظيفة والي المظالم على وجه التخصيص لهذه الوظيفة فيباشرها على أساس هذا التعيين^(١).

٤٧١ - اختصاصات قاضي المظالم^(٢):

دائرة اختصاصات والي المظالم واسعة جداً تتجاوز صلاحيات القاضي العادي من ناحية نوع القضايا التي يراها، ومن ناحية حقه في نظر القضايا دون حاجة إلى متظلم يرفعها إليه إلى فروق أخرى سنذكرها فيما بعد.

قال الفقيه الحنبلي أبو يعلى ومثله الشافعي الماوردي وهما يتكلمان عن صلاحيات والي المظالم، قالوا: ويشمل النظر في المظالم:

٤٧٢ - أولاً: النظر في تعدي الولاة على الرعية، فيتصفح عن أحوالهم ليقويهم إن أنصفوا ويكفهم أن عسفوا ويستبدل بهم إن لم ينصفوا.

ومعنى ذلك أن على والي المظالم، ومن تلقاء نفسه، وبدون وجود متظلم أن ينظر في تعدي الولاة على الرعية، فيتصفح عن أحوالهم وسيرتهم، فإن رآهم منصفين قائمين بالعدل قواهم وأيدهم وإن رآهم جائرين وعظهم وأمهلهم ليرجعوا إلى العدل في سيرتهم أو نحاهم عن مناصبهم على حسب ما يراه من وجوه

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٥٨، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٣، تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٢.

(٢) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٦١ - ٦٣ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٦ - ٧٩.

المصلحة وما تقتضيه الحال . وهذا كله إذا كان الخليفة نفسه هو الذي يباشر ولاية المظالم، أو يباشرها نائبه أمير الإقليم، أما إذا كان الذي يباشرها شخص عين مخصوصاً لولاية المظالم فإنه، على ما يبدو، يرفع ما يراه إلى الخليفة لينظر في الأمر أو يرفع إلى أمير الإقليم ما يراه من نوابه من تعديت، أما إذا رفع شخص ظلامته ضد الوالي أو ضد الأمير فإن والي المظالم يحكم في هذه الظلامة ويلزم تنفيذ حكمه فيها.

٤٧٣ - هذا وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا قدم عليه الوفد من بلد إسلامي سأله عن أحوالهم وأحوال أميرهم وسيرته معهم، وهل يدخل عليه الضعيف ويعود المريض وهل هو محمود السيرة عندهم؟ فإن قالوا: نعم، حمد الله، وإن قالوا: لا، كتب إليه أن أقبل، لينظر فيما بلغه عنه. وكان من سياسة عمر رضي الله عنه أنه كان يأمر عماله، أي ولاة الأمصار والأقاليم أن يحضروا موسم الحج فإذا اجتمعوا قال رضي الله عنه: أيها الناس إنني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أضراركم ولا من أموالكم إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم وليقسموا فيثكم بينكم فمن فُعل به غير ذلك فليقم. هذا وإن عمر رضي الله عنه أول من عين شخصاً مخصوصاً لاقتصاص أخبار الولاية وتحقيق الشكاوى التي تصل إلى الخليفة عن ولاته، وكان هذا الشخص المخصوص لهذه الأمور هو محمد بن مسلمة^(١).

٤٧٤ - الخليفة مسؤول عن ظلم ولاته للرعية:

وبناء على هذه السياسة الرشيدة التي اتبعها عمر رضي الله عنه، استقامت أمور الراعي والرعية، وعلى ولاة الأمور السير عليها، فإذا بلغ ولي الأمر عن طريق والي المظالم أو علمه بنفسه أو بإخبار مباشرة له أن أحد موظفيه أو نوابه ارتكب مظلمة نحو أي شخص فإن على ولي الأمر أن يقتص منه حتى تطمئن الرعية على حقوقها ويرتدع الموظفون من الظلم، وإلا صار ولي الأمر شريكاً للظالم في ظلمه، لأن هذا الظالم، وهو موظف في الدولة، إنما قام بظلمه وتعديه بقوة الدولة وبحكم وظيفته ومنصبه، فإذا تركه ولي الأمر يعيث ويظلم فكأنه هو

(١) التراكيب الإدارية للشيخ عبد الحي الكتاني ج ١ ص ٢٦٧ - ٢٦٨، وطبقات ابن سعد ج ٥ ص ٢١١.

الذي يدفعه ويشجعه على الظلم، ولهذا قال سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أبما عامل لي ظلم أحداً فبلغتني مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته»^(١).

٤٧٥ - ثانياً - رد مظالم الدولة في جباية الضرائب:

وينظر والي المظالم في تعسف موظفي الدولة في جباية الضرائب كالخراج والعجزية والعشور وكذلك زكاة الأموال الظاهرة كالزروع والحيوانات، فإذا ظهر حيف للرعية في جباية ما ذكرناه رده إلى أصحابه لأنه أخذ منهم ظلماً. قال أبو يعلى والماوردي وهما يعددان من يشمله نظر والي المظالم، وينظر فيه:

«جور العمال فيما يجتبونونه من الأموال فيرجع فيه إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة فيحمل الناس عليها ويأخذ العمال بها. وينظر فيما استزادوه فإن رفعوه إلى بيت المال رده وإن أخذوه لأنفسهم استرجعه لأربابه».

٤٧٦ - ثالثاً:

وينظر والي المظالم في حسن قيام كتاب الدواوين بأعمالهم، ويقاس عليهم سائر موظفي الدولة، فيراقب والي المظالم موظفي منطقتهم ليتأكد من حسن قيامهم بأعمالهم في حدود صلاحيته التي خولها له الخليفة عند تعيينه في ولاية المظالم.

٤٧٧ - رابعاً:

هذا ومن واجبات والي المظالم رد الغصوب إلى أصحابها وهي نوعان على ما ذكره الفقيه أبو يعلى الحنبلي والفقيه الماوردي الشافعي:

النوع الأول - غصوب سلطانية قد تغلب عليها ولاية الجور كالأملك المغصوبة على أربابها تعدياً على أهلها. فإن علم بها والي المظالم عند تصفح الأمور أمر بردها قبل التظلم إليه. وإن لم يعلم بها فهي موقوفة على تظلم أربابها. ويجوز أن يرجع فيها عند تظلمهم إلى ديوان السلطنة، فإذا وجد فيه ذكر قبضها عن مالكة وأمر بردها إليه ولم يحتج إلى بيعة تشهد به وكان ما وجد في الديوان كافياً.

النوع الثاني من الغصوب - ما تغلب عليه ذوو الأيدي القوية وتصرفوا فيه

(١) طبقات ابن سعد ج ١٥ ص ٢٢٠.

تصرف المالكين بالقهر والغلبة. فهو موقوف على تظلم أربابه ولا ينتزع من أحدهم إلا بأحد أربعة أمور: إما الاعتراف الغاصب، وإما بعلم والي المظالم فيجوز له أن يحكم عليه بعلمه، على اختلاف فيه، وإما ببينة تشهد على الغاصب بغصبه أو تشهد للمغضوب منه بملكه، وإما بتظاهر الأخبار التي ينتفي عنها التواطىء. لأنه كما جاز للشهود أن يشهدوا في الأملاك بتظاهر الأخبار كان حكم ولاة المظالم بذلك أحق من غيرهم.

٤٧٨ - خامساً:

وينظر والي المظالم في الوقوف وهي عامة وخاصة. أما العامة فيبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم ليجربها على سبيلها ويمضيها على شروط واقفيها. وأما الوقوف الخاصة فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها لوقوفها على خصوم متعينين، فيعمل عند التشاجر فيها على ما ثبتت به الحقوق عند الحكام.

٤٧٩ - سادساً:

وينظر والي المظالم في تنفيذ ما وقف من أحكام القضاة لضعفهم عن إنفاذه وعجزهم عن المحكوم عليه لتعززه وقوة يده، أو لعلو قدره وعظيم خطره فيكون والي المظالم أقوى يبدأ وأنفذ أمراً فينفذ الحكم على من توجه عليه بانتزاع ما في يده أو بإلزامه بالخروج عما في ذمته.

٤٨٠ - سابعاً:

النظر فيما عجز عنه الناظرون في الحسبة من المصالح العامة كالمجاهرة بمنكر ضعف المحتسب عن دفعه، والتعدي في طريق عجز عن منعه والتحفيف في حق لم يقدر على رده ف يأخذهم بحق الله تعالى في جميعه ويأمر بحملهم على جميعه.

٤٨١ - ثامناً:

النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه، ولا يجوز أن يحكم بينهم بما لا يحكم به الحكام والقضاة. وربما اشتبه حكم المظالم على الناظرين فيها فيجورون في أحكامهم ويخرجون إلى الحد الذي لا يسوغ منها.

٤٨٢ - حياة محكمة المظالم:

ناظر المظالم هو صاحب السلطة في محكمة المظالم، فهو الذي يسمع البيئات والدفع ويصدر الأحكام بناء على ما سمعه ووفقاً لاجتهاده. إلا أن مجلس حكمه، وهو ينظر فيما هو من اختصاصه، يحضره أصناف قال عنهم الفقيه أبو يعلى والفقيه الماوردي: «ويستكمل مجلس نظره بحضوره خمسة أصناف لا يستغني عنهم ولا يتنظم نظره إلا بهم:

الأول: الحماة والأعوان لجذب القوي وتقويم الجريء.

الثاني: القضاة والحكام لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما يجري في مجالسهم بين الخصوم.

الثالث: الفقهاء ليرجع إليهم فيما أشكل ويسألهم عما اشتبه وأعزل.

الرابع: الكتاب ليثبتوا ما جرى بين الخصوم وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق.

الخامس: الشهود ليشهدهم على ما أوجبه من حق وأمضاه من حكم^(١).

٤٨٣ - قانون والي المظالم ووسائل إثباته:

يعتبر والي المظالم من قضاة المسلمين وإن كان أوسع صلاحية منهم، وقضاة المسلمين يحكمون بالقانون الإسلامي، أي بالشرعة الإسلامية، فهو مثلهم يحكم بهذه الشرعة الغراء. وتثبت الحقوق عنده بما تثبت به عند قضاة المسلمين وقد ذكرناها.

قال الفقيه أبو يعلى الحنبلي وهو يتكلم عما ينظر فيه والي المظالم: «النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه، ولا يجوز أن يحكم بينهم بما لا يحكم به الحكام والقضاة». ومن الواضح أن الذي يحكم به الحكام والقضاة المسلمون هو أحكام الشرعة الإسلامية سواء ما تعلق منها بالموضوع أو بوسائل الإثبات التي تكلمنا عنها فيما سبق.

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٦٠ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٥.

٤٨٤ - أيام عمل قاضي المظالم:

إذا كان والي أو قاضي المظالم، ينظر في المظالم كجزء من عمله الموكول إليه وهو الإمارة وما تقتضيه من النظر في الأمور العامة، فإنه يعين له يوماً للنظر في المظالم ويعلم الناس بهذا الموعد، أي في يوم جلوسه للنظر في المظالم. أما إذا كان معيناً لقضاء المظالم على وجه الخصوص دون أن يناط به عمل آخر أو يلحق له قضاء المظالم بعمله الأصلي، فإنه في هذه الحالة يباشر ولايته في نظر المظالم في جميع الأيام عدا أيام العطل التي ذكرناها في بحثنا عن القاضي. قال الفقيه أبو يعلى الحنبلي: «وإذا نظر في المظالم من انتدب لها جعل لنظره يوماً معروفاً، يقصده فيه المتظلمون، ليكون ما سواه من الأيام لما هو موكول إليه من السياسة والتدبير إلا أن يكون من عمال المظالم المتفردين بها، فيكون مندوباً للنظر في جميع الأيام»^(١).

٤٨٥ - الفروق بين قاضي المظالم وبين غيره من القضاة^(٢):

هناك جملة فروق بين ناظر المظالم وبين غيره من قضاة المسلمين نوجزها فيما يلي:

أولاً - أن لقاضي المظالم من فضل الهيبة وقوة السلطة ما ليس للقضاة الآخرين، في كف الخصوم عن التجاحد ومنع الظلمة من التغالب والتجاذب.

ثانياً - أن نظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز فيكون الناظر فيه أفصح مجالاً وأوسع مقالاً.

ثالثاً - أن ناظر المظالم يستعمل شيئاً من الإرهاب ويكشف الأسباب بالأمارات الدالة وشواهد الأحوال فيصل به إلى معرفة المحق ومعرفة المبطل، مما يضيق ذلك على الحكام والقضاة إذ لا يستطيعون الاسترسال بالاستدلال ووسائل الكشف بالقدر الذي يستطيعه ناظر المظالم.

رابعاً - أن ناظر المظالم يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ويأخذ من ظهر عدوانه

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٦٠.

(٢) المرجع السابق ص ٦٣ - ٤٦، والأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٩ - ٨٠.

بالتقويم والتهذيب، لمكانة ناظر المظالم ونفوذه وسلطانه مما لا يستطيع أن يفعل مثله القضاة الآخرون.

خامساً - أن له من التأييد في ترداد الخصوم عند اشتباه أمورهم ليمعن في الكشف عن أسبابهم وأحوالهم، ما ليس للحاكم إذا سألهم أحد الخصمين فصل الحكم فلا يسوغ أو يؤخره الحاكم ويسوغ أن يؤخره والي المظالم.

سادساً - أن لناظر المظالم أن يرد الخصوم إذا أعضلوا إلى وساطة الأمناء ليفصلوا التنازع بينهما صلحاً عن تراضٍ، وليس للقاضي ذلك إلا عن رضا الخصمين بالرد.

سابعاً - يسمع ناظر المظالم من شهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة في شهادات المعدلين.

ثامناً - أنه يجوز لناظر المظالم تحليف الشهود عند ارتيابه بهم إذا بذلوا أيمانهم طوعاً ويستكثر عددهم ليزول عنه الشك وينتفي عنه الارتياب وليس كذلك الحكام.

تاسعاً - يجوز لناظر المظالم أن يبتدئ باستدعاء الشهود ويسألهم عما عندهم من تنازع الخصوم، وعادة الحكام والقضاة تكليف المدعي إحضار بيته ولا يسمعونها إلا بعد مسأله.



الباب السادس

الحسبة

٤٨٦ - تمهيد:

الحسبة، نظام من أنظمة الإسلام، يقوم على أساس مسؤولية المسلم عن إزالة المنكر وفعل المعروف، وله شيء من خصائص القضاء وسلطته، ولذلك فإنه يمكن اعتباره ضمن نطاق نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ومن جملة مرتكزات هذا النظام. فالحسبة ليست غريبة عن نظام القضاء ولا بعيدة عنه، وإنما هي كما قال الفقهاء عنها «واسطة بين أحكام القضاء وأحكام المظالم»^(١).

٤٨٧ - منهج البحث:

نقسم هذا الباب إلى فصلين (الأول) للتعريف بالحسبة وبيان أدلة مشروعيتها (والثاني) لبيان أركان الحسبة.



(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٢.

الفصل الأول

تعريف الحسبة ودلائل مشروعيتها

٤٨٨ - تعريف الحسبة لغة واصطلاحاً:

الحسبة في اللغة تدل على العَدّ والحساب. ويقال احتسب بكذا إذا اكتفى به، واحتسب على فلان الأمر إذا أنكره عليه، واحتسب الأجر على الله بمعنى ادخره لديه. والحسبة من الاحتساب، والاحتساب يستعمل في فعل ما يحتسب عند الله.

ومعناها في الاصطلاح الفقهي «أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله»^(١). ويقول عنها ابن خلدون: «هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين، يعين لذلك من يراه أهلاً له، فيتعين فرضه عليه ويتخذ الأعوان على ذلك»^(٢).

٤٨٩ - دليل مشروعيتها^(٣):

دل على مشروعيتها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، فكل آية وردت في موضوع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تعتبر من أدلة مشروعية الحسبة، لأنها كما ذكرنا، تقوم على أساس الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فمن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر، وأولئك هم المفلحون﴾ وقوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾. وقوله تعالى: ﴿كُتِّم

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣١، وأبو يعلى الخنيلي ص ٢٦٨.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٥.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٢٨ ص ١٢٥ - ١٢٧، إحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٢٦٩ وما بعدها.

خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر. وقوله تعالى : ﴿الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر﴾ .

وفي السنة النبوية أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أي على مشروعية الحسبة، من ذلك الحديث الشريف عن النبي ﷺ : «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان»^(١). وفي حديث آخر عن رسول الله ﷺ : «لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم»^(٢). وفي حديث آخر عن النبي ﷺ : «أفضل شهداء أمتي رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك»^(٣). وفي حديث آخر : «أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر»^(٤).

٤٩٠ - درجة مشروعيتها :

الحسبة، من فروض الكفاية، وفرض الكفاية إذا قام به البعض سقط وجوبه عن الآخرين لأن المطلوب وجوده في المجتمع بغض النظر عن القائم به، وليس الغرض منه قيام كل فرد به. ولكن قد تصير الحسبة فرض عين إذا تعينت على شخص بعينه لعدم وجود من يقوم بها غيره. كما تصير واجبة على المسلم إذا عينه ولي الأمر محتسباً، فيلزمه القيام بها وعدم التشاغل عنها.



(١) أخرجه الخمسة إلا البخاري، وهذا لفظ مسلم، انظر تيسير الوصول تأليف ابن الدبيع الشيباني ج ١ ص ٣٣.

(٢) رواه البزار، انظر الجامع للصغير للسيوطي ج ٢ ص ٣٤٤ رقم الحديث ٧٢٢٣.

(٣) رواه الغزالي في إحيائه، وقال عنه العراقي رواه الحسن البصري مرسلًا، انظر الإحياء ج ٢ ص ٢٧٣.

(٤) رواه الإمام أحمد، انظر الجامع الصغير للسيوطي ج ١ ص ١٦١ رقم الحديث ١٣٤٦.

الفصل الثاني أركان الحسبة

٤٩١ - تمهيد:

الحسبة تستلزم من يقوم بها وهذا هو المحتسب . وتستلزم من تجري عليه وهذا هو المحتسب عليه . وتستلزم ما تجري فيه الحسبة وهذا هو المحتسب فيه . وما يقوم به المحتسب هو الذي يسميه الفقهاء الاحتساب فأركان الحسبة أربعة: المحتسب، والمحتسب عليه، والمحتسب فيه، والاحتساب وستكلم عن كل واحد منها في مبحث على حدة.

المبحث الأول

المحتسب

٤٩٢ - المحتسب والمتطوع:

المحتسب هو من يقوم بالاحتساب، أي بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولكن شاع عند الفقهاء إطلاق هذا الاسم - المحتسب - على من يعينه ولي الأمر للقيام بالحسبة. وأطلقوا عليه أيضاً اسم «والي الحسبة». أما من يقوم بالحسبة من دون تعيين ولا تكليف من ولي الأمر، فقد أطلق عليه الفقهاء اسم «المتطوع» ثم بينوا الفرق بينهما، كما سنذكره فيما بعد.

٤٩٣ - ولاية المحتسب والمتطوع:

الحسبة، أمر بمعروف، ونهي عن منكر، وهي مما طلبته الشريعة الإسلامية من المكلفين، وعلى هذا، فإن المحتسب والمتطوع يستمد كلاهما الولاية على القيام بأمر الحسبة من الشرع الإسلامي، لأن المسلم مكلف بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والقاعدة الشرعية هي: (حيثما يوجد التكليف الشرعي توجد معه الولاية الشرعية للمكلف حتى يقوم بما كُلف به). إلا أنه في حالة قيام ولي الأمر بتنظيم أمور الحسبة في المجتمع، حتى لا تكون الأمور فوضى بدون ضوابط، فإن المعين للحسبة من قبل ولي الأمر، وهو المحتسب، يملك، عند ذلك، من الولاية والصلاحيات في أمور الحسبة أكثر مما يملكه غيره من أحاد المسلمين، فهو، إذن، أكثر صلاحية من المتطوع لأنه معين لها، وقائم مقام ولي الأمر في هذا العمل. ولكن مع هذا يبقى المحتسب كالمتطوع يستمد الولاية الشرعية على قيامه بالحسبة من الشرع الإسلامي وكل الذي استزاده بالتعيين لها اتساع الصلاحية واستعمال قوة الدولة في عمله، فولايته أكبر وصلاحيته أوسع من ولاية المتطوع مع فروق أخرى بينهما سنذكرها فيما بعد.

٤٩٤ - الفروق بين المحتسب والمتطوع^(١) :

أولاً - الاحتساب على المحتسب صار واجباً عليه بحكم تعيينه من قبل ولي الأمر، أما وجوبه على غيره من المسلمين فهو من قبيل الفروض الكفائية ولهذا لا يجوز للمحتسب التشاغل عنه بعد أن نعين عليه بسبب تعيينه له، لأنه عين لهذا الغرض واستؤجر عليه فلا بد من التفرغ له والقيام به. أما المتطوع فإنه مأمور به باعتباره واجباً كفائياً، والواجب الكفائي إذا قام به البعض سقط عن الآخرين، لأن المنظور إليه في الواجب الكفائي حصوله في الجماعة وليس حصوله من فرد بعينه.

ثانياً: أن المحتسب عين للاستعداد إليه وطلب العون منه عند الحاجة، ومن ثم تلزمه إجابة من طلب ذلك منه بخلاف المتطوع فإنه لم يعين لذلك.

ثالثاً - على المحتسب أن يبحث عن المنكرات الظاهرة حتى يتمكن من إزالتها، ويبحث عما ترك من أمور المعروف الظاهرة حتى يأمر بإقامتها، أما المتطوع فلا يلزمه مثل هذا الشيء.

رابعاً - للمحتسب أن يستعين على أداء مهمته بالأعوان بالقدر الذي يحتاجه منهم لأداء مهمته وليس للمتطوع ذلك.

خامساً - للمحتسب أن يعزر على المنكرات الظاهرة ولا يتجاوزها إلى إقامة الحدود، وليس للمتطوع ذلك.

سادساً - للمحتسب أن يأخذ على عمله أجراً من بيت المال وليس للمتطوع ذلك.

سادساً - للمحتسب أن يجتهد في المسائل المبنية على العرف فيقر منها ما يراه صالحاً للإقرار غير مخالف للشرع، وينكر منها ما يراه مستحقاً للإنكار لمخالفته للشرع. وليس للمتطوع مثل هذا الاجتهاد.

٤٩٥ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين المحتسب والقاضي :

أولاً - يجوز الادعاء أمام المحتسب في حقوق الأدميين والطلب منه حسمها

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الخنيلي ص ٢٦٨ - ٢٦٩.

الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣١ - ٢٣٢.

وإيصال الحقوق المدعى بها في هذه الدعاوى إلى أصحابها، وهذه الدعاوى وهي قليلة جداً ثلاثة أنواع:

النوع الأول - تتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن.

النوع الثاني - تتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن.

النوع الثالث - تتعلق بعطل أو تأخير في دين مستحق الأداء مع القدرة على

الوفاء.

وإنما جاز للمحتسب أن ينظر في هذه الدعاوى دون غيرها لأنهما كما قالوا: «لتعلقها بمنكر ظاهر هو منصوب لإزالته، واختصاصها بمعروف بيّن هو مندوب إلى إقامته». وللمحتسب في هذه الدعاوى أن يلزم المدعى عليه أداء الحق الذي وجب عليه إلى مستحقه إذا ثبتت هذه الحقوق بإقرار المدين بها مع قدرته على الوفاء، لأن في تأخير الوفاء مع القدرة عليه منكر هو منصوب لإزالته.

٤٩٦ - وهذه الدعاوى الثلاثة التي يجوز للمحتسب رؤيتها، يجوز أيضاً للمقاضي رؤيتها لأنها داخلة في أعماله وصلاحيته، وبهذا القدر يتفق المحتسب والقاضي، إلا أنهما يختلفان بما يأتي:

أ - ليس للمحتسب سماع الدعاوى التي تخرج عن نطاق الدعاوى الثلاث التي ذكرناها، بخلاف القاضي، حيث تمتد ولايته إلى سماع الدعاوى الأخرى من غير الأنواع الثلاثة.

ب - المحتسب ينظر في الحقوق المعترف بها كما أشرنا في الدعاوى الثلاث، أما ما يدخله التجاحد والتناكر فلا ينظره المحتسب لأن الحق لا يثبت عند ذلك إلا ببينة من المدعي أو تحليف المدعى عليه المنكر اليمين فينكل عن الحلف، وهذا من عمل القاضي واختصاصه وليس من عمل المحتسب واختصاصه.

ج - للمحتسب أن يأمر بما هو معروف في الشرع وينهى عما هو منكر في الشرع وإن لم يرتفع إليه في ذلك خصم ولم يتقدم إليه أحد بدعوى وليس للمقاضي ذلك إلا برفع دعوى ومطالبة خصم.

د - للمحتسب من ولاية السلطة وقوة الأعوان فيما يتعلق بالمنكرات الظاهرة ما ليس للقضاة لأن الحسبة، كما يقول الفقهاء، موضوعة على الرهبة فلا يجافها

الغلظة واتخاذ الأعوان، أما القضاء فموضوع لإنصاف الناس واستماع البيئات حتى يتبين المحق من المبطل، فكان الملائم له الأناة والوقار والبعد عن الخشونة والغلظة والرهة.

هـ - للمحتسب أن يأمر بمعروف وينهى عن منكر لا يدخلان في وظائف القاضي كالأمر بالصلاة في أوقاتها، والأمر بصلاة الجمعة والجماعات وينهى عن منكرات المساجد والأسواق ونحو ذلك مما لا تجري فيه أحكام القضاء ولا ينظر فيه القاضي^(١).

٤٩٧ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين المحتسب وناظر المظالم^(٢):

وقد ذكر الفقهاء أن بين المحتسب وناظر المظالم شبيهاً وفرقاً، أما الشبه فمن وجهين (الأول) أن موضوعهما مستقر على الرهبة المختصة بسلطة السلطنة وقوة الصرامة (والثاني) جواز التعرض فيهما لأسباب المصالح والتطلع إلى إنكار العدوان الظاهر.

وأما الفرق بينهما فمن وجهين أيضاً (الأول) أن النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاة، والنظر في الحسبة موضوع لما رفه عنه القضاة، ولذلك كانت رتبة المظالم أعلى ورتبة الحسبة أخفض (والثاني) يجوز لوالي المظالم أن يحكم ولا يجوز لوالي الحسبة أن يحكم^(٣).

٤٩٨ - شروط المحتسب^(٤):

اشترط الفقهاء جملة شروط في المحتسب، وهي في الحقيقة شروط مطلوبة في كل من يقوم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولكن هذه الشروط توافرها في المحتسب ألزم وأكثر ضرورة.

٤٩٩ - أولاً: أن يكون مكلفاً، لأن غير المكلف لا يلزمه أمر ولا يجب

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ج ٢٨ ص ٦٩ وما بعدها، أبو يعلى، المرجع السابق، ص ٢٦٨ -

٢٧١، الماوردي، المرجع السابق، ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٢) الماوردي، المرجع السابق، ص ٢٣٣، أبو يعلى ص ٢٧٠ - ٢٧١.

(٣) الماوردي، المرجع السابق، ص ٢٣٣، أبو يعلى ص ٢٧٠ - ٢٧١.

(٤) إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٣٧٤ - ٢٨٤.

عليه تكليف . والمكلف في اصطلاح الفقهاء هو البالغ العاقل . وهذا في الحقيقة شرط وجوب الاحتساب على المسلم، أما إمكان الحسبة وجوازها فلا يستلزم إلا العقل حتى أن الصبي المميز وإن لم يكن مكلفاً ولكن له إنكار المنكر وليس لأحد منعه من ذلك، لأن احتسابه من القربات وهو من أهلها كالصلاة التي له أن يقيمها، وليس حكم احتسابه حكم الولايات حتى يشترط له التكليف . وعلى هذا لو عين ولي الأمر صبيّاً مميّزاً لوظيفة الاحتساب، وقام هذا الصبي بها، فإن احتسابه مقبول وليس لأحد منعه منه أو الاعتراض عليه .

٥٠٠ - ثانياً: أن يكون مسلماً وهذا شرط واضح ومفهوم لأن في الحسبة نصرة للدين فلا يكون من أهل النصرة له من هو جاحد لأصل الدين .

٥٠١ - ثالثاً: أن يكون مأذوناً له بالاحتساب من الإمام أو نائبه، وهذا الشرط محل نظر، ذلك أن المحتسب إذا عينه ولي الأمر لوظيفة الاحتساب، فهذا التعيين ينطوي على الإذن والسماح له بالقيام بأمر الحسبة والاحتساب، أما إذا لم يعينه الإمام، وأراد المسلم نفسه القيام بأمر الحسبة، وهو الذي سماه الفقهاء «المتطوع» فإن هذا الشرط - شرط إذن الإمام - ليس مطلوباً في كل نوع من أنواع الاحتساب إذ لا دليل على ذلك، بل إن الأدلة تدفعه، لأن على كل مسلم أن يقوم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا كان قادراً عليه دون حاجة إلى إذن الإمام، ويؤيد ذلك أن السلف الصالح كانوا يقومون بالحسبة دون استئذان أو إذن من الإمام، بل إن الحسبة تجري حتى على الإمام فكيف يحتاج القائم بها إلى إذن منه للإنكار عليه؟

ولكن يمكن إن يقال أن على المتطوع استحصال الإذن من ولي الأمر عن قيامه ببعض أنواع الحسبة التي تحتاج إلى استعمال القوة واتخاذ الأعوان والقيام بالتعزيرات البدنية كالضرب والجلد فهذا الشرط - شرط الإذن من الإمام - في هذه الحالة له وجه مقبول لابتنائه على المصلحة ودفع الضرر ولمنع الفوضى في المجتمع بحجة الاحتساب .

٥٠٢ - رابعاً: العدالة، وهذا شرط قال به بعض الفقهاء ولم يشترطه آخرون . ولكن مما لا شك فيه أن المحتسب كلما كان على قدر كبير من التدين والعدالة والورع والترفع عن الصغائر فضلاً عن الكبائر وعن كل ما يقدر في المرءة، مع تمسكه بالسنن النبوية في القول والعمل واللباس والهيئة والسيرة

والأخلاق، كلما كان - كما يقول الفقهاء - «أزيد في توقيره وأنقى للطعن في دينه»^(١) وبالتالي يكون احتسابه مؤثراً ومقبولاً ولو جاء عن طريق القهر والقوة.

٥٠٣ - العلم :

ويشترط في المحتسب أن يكون عنده من العلم ما يعرف به المعروف فيأمر به، والمنكر فينهي عنه، حسب الموازين الشرعية، ويدخل في حد العلم المشروط في المحتسب علم المحتسب في مواقع الحسبة وحدودها ومجاريها وموانعها ليقف عند حدود الشرع فلا يتجاوزها فيفسد أكثر مما يصلح فيفوت المقصود من الحسبة. وقال الفقيه الشيرازي: يجب أن يكون المحتسب فقيهاً عارفاً بأحكام الشرع ليعلم ما يأمر به وينهى عنه فإن الحسن ما حسنه الشرع والقبیح ما قبحه الشرع ولا مدخل للعقول في معرفة المعروف والمنكر إلا بكتاب الله عز وجل وستة نبيه ﷺ^(٢).

ولكن هل يشترط في المحتسب أن يكون مجتهداً؟ الجواب بالإيجاب إذا قلنا إن للمحتسب أن يحمل الناس على رأيه في الأمور الاجتهادية المختلفة، أما إذا قلنا ليس للمحتسب ذلك فإن الاجتهاد ليس شرطاً له وإنما يكفي أن يكون عالماً بالمنكرات التي لا اختلاف فيها حتى ينهى عنها وعالماً بالمعروف الذي لا خلاف في كونه معروفاً حتى يأمر به.

٥٠٤ - ولكن هل يشترط في المحتسب أن يكون عارفاً بالصنائع الدنيوية والمهن والحرف التي يباشرها الناس؟

إن المحتسب يراقب هذه المهن والحرف ولا يمكنه أن يتأكد من خلوصها من الغش والاحتيال إلا إذا كان عارفاً أو على قدر من المعرفة الضرورية بهذه الصنائع والحرف والمهن، وبدون ذلك قد يصعب عليه الاحتساب في هذه الحرف إذا كان جاهلاً بها لا سيما وأن بعض الفقهاء ذهب إلى حد القول بأن المحتسب يمتحن بعض أصحاب المهن العلمية مثل الكحال - طبيب العيون - ليتأكد من صلاحيته لهذه المهنة. قال الفقيه الشيرازي عبد الرحمن بن نصر: «وأما الكحالون فيمتحنهم المحتسب فمن وجده ممن امتحنه عارفاً بتشريح عدد طبقات العين . .

(١) الشيرازي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، ص ٨.

(٢) مجموع فتاوي ابن تيمية ج ٢٨، ص ١٣٥ - ١٣٦، الشيرازي، ص ٦.

وكان خبيراً بتركيب الأكحال وأمزجة العقاقير أذن له المحتسب بالتصدي لمداواة أعين الناس»^(١).

٥٠٥ - والواقع أن تكليف المحتسب بمعرفة هذه الصنائع أو اعتبار المعرفة بها شرطاً لتعيينه محتسباً هو من قبيل اشتراط ما يندر تحققه، والبديل عن هذا الشرط هو تمكين المحتسب من اتخاذ الأعوان الأكفاء والخبيرين بالصنائع، فيسألهم عنها وعن أصحابها، وهم يخبرونه عنها وعن أصحابها وفي ضوء هذا الإخبار وذلك السؤال يستطيع المحتسب أن يقوم بواجب الاحتساب في المهن والحرف وأصحابها عن علم ومعرفة بها، وقد أشار إلى هذا الأسلوب الفقيه الشيرزي حيث قال: «يجوز للمحتسب أن يجعل لأهل كل صنعة عريفاً من صالح أهلها، خبيراً بصناعتهم بصيراً بغشوشهم وتدليساتهم مشهوراً بالثقة والأمانة، يكون مشرفاً على أحوالهم ويطلعه بأخبارهم»^(٢).

٥٠٦ - كما يجوز اتباع طرق أخرى غير التي ذكرها الفقيه الشيرزي على النحو التالي:

أ - تعيين محتسبين متعددين بعدد المهن وأن يكون كل محتسب عارفاً بالحرفة المكلف بالاحتساب فيها مع توافر الشروط الأخرى في المحتسب، فيكون مثلاً لمهنة التجارة محتسب عارف بالتجارة، وللحدادة محتسب عارف بالحدادة وهكذا. وكذلك في المهن الفنية والعلمية كالطبابة والصيدلة ونحوهما فيكون المحتسب طبيباً أو صيدلانياً بالإضافة إلى توافر الشروط الأخرى في المحتسب.

ب - أو تعيين محتسب عام يساعده عدد من المحتسبين العارفين بالمهن التي ذكرناها في الفقرة (أ) إن وجدوا، وإلا فيستعان بعدد كافٍ من الخبراء الأمناء الثقة أصحاب معرفة ودراية بالصنائع والمهن المختلفة يرجع إليهم المحتسب العام في معرفة توافر الشروط المطلوبة في أصحاب هذه المهن، وأنهم يقومون بها على الوجه الصحيح السليم، وفي ضوء ما يشيرون به عليه يكون احتسابه في هذه المهن وأصحابها. أن قيام هؤلاء الخبراء بتقديم خبرتهم إلى المحتسب يكون عن طريق تكليف ولي الأمر لهم مع تخصيص مكافآت شهرية لهم.

(١) الشيرزي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) الشيرزي، المرجع السابق، ص ١٢.

٥٠٧ - سادساً - القدرة:

ويشترط في المحتسب أن يكون قادراً على الاحتساب باليد واللسان وإلا وقف عند الإنكار القلبي. فيشترط في المحتسب، أن يكون صحيح الجسم والأعضاء، سمياً بصيراً، متكلماً، حتى يستطيع أن يقوم بوظيفة الاحتساب. أما القدرة فيما وراء ذلك، فهي، عادة متحققة فيمن يعينه ولي الأمر لأن المحتسب عندما يقوم باحتسابه ووظيفته، فإن الدولة تسنده، والدولة أقوى من كل فرد أو مجموعة أفراد. ولكن لو قدر أن المحتسب وجد نفسه وحيداً بعيداً عن الاستعانة بقوة الدولة وسلطانها، فعليه في هذه الحالة أن يتصرف في ضوء ما عنده من قوة وقدرة، فإن رأى نفسه عاجزاً عن تنفيذ احتسابه باليد انتقل إلى القول، وإذا رأى أن القول لا يفيد، بل ربما أضره سكت وانتقل إلى الإنكار القلبي. هذا بالنسبة إلى المحتسب الذي تعينه الدولة، أما المتطوع، فهو في حاجة دائماً إلى فحص قوته وقدرته، ويقدر قوته وقدرته يقوم باحتسابه باليد أو باللسان أو بالقلب، لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ولأن القاعدة العامة الثابتة هي قوله تعالى:

﴿فاتقوا الله ما استطعتم﴾.

٥٠٨ - آداب المحتسب^(١):

ذكر الفقهاء جملة من الآداب التي يجب على المحتسب التحلي بها حتى ينجح في عمله ويؤدي واجبه على الوجه المرضي المقبول، فمن هذه الآداب:

أ - على المحتسب أن يقصد باحتسابه وجه الله ومرضاته ولا يقصد باحتسابه السمعة والجاه والمنزلة عند الناس. والواقع أن المسلم مطلوب منه إخلاص النية في جميع أعماله وأحواله، والله تعالى لا يقبل من المسلم إلا ما كان مشروعاً وخالصاً لوجهه. والمحتسب بقدر إخلاصه يظفر بعون الله تعالى وتأييده، ويقبل الناس، عادة، احتسابه.

ب - وعلى المحتسب أن يلزم نفسه بالصبر والحلم بالإضافة إلى بقية الأخلاق الحسنة، لأن الغالب، أن من يقوم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يلحقه الأذى من الناس، فإن لم يكن حليماً صبوراً كان ما يفسده أكثر مما

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٢٨ ص ١٣٦ - ١٣٨، إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٢٩٢ - ٢٩٤، الشيزري ص ٧ - ١٠.

يصلحه، ولهذا فقد أخبرنا الله تعالى بأن لقمان أوصى ابنه بالصبر على ما يصيبه بسبب أمره بالمعروف والنهي عن المنكر. قال تعالى: ﴿وأمر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك إن ذلك من عزم الأمور﴾.

ج - وعلى المحتسب أن يكون رفيقاً في أمره ونهيه بعيداً عن الغلظة والفضاضة. جاء في الحديث الشريف «إن الله رفيق يحب الرفق في الأمر كله» وقال تعالى: ﴿ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك﴾. وقال تعالى موصياً نبيه موسى وأخاه هارون إذ أرسلهما إلى فرعون: ﴿فقولا له قولا لينا لعله يتذكر أو يخشى﴾.

د - وعلى المحتسب أن يقلل علاقاته مع الناس حتى لا يكثر خوفه من انقطاعها، وأن يقطع طمعه من الخلائق حتى لا ينحدر إلى مهاوي الملق والمداهنة، وأن لا يقبل هداياهم، فضلاً عن رشواهم التي هي سحت وحرام، وأن يلزم أتباعه وأعوانه بما التزمه هو من أخلاق وآداب. وإذا علم أن أحداً من أعوانه وأتباعه خرج على هذا النهج السديد عزله وأبعده عنه «حتى تنتفي عن المحتسب الظنون وتنجلي عنه الشبهات» كما قال فقهاؤنا رحمهم الله تعالى.



المبحث الثاني المحتسب عليه^(١)

٥٠٩ - من هو المحتسب عليه؟

المحتسب عليه هو كل إنسان يباشر أي فعل يجوز أو يجب فيه الاحتساب، ويسمى المحتسب عليه أو المحتسب معه.

ويشترط في المحتسب عليه أن يكون بصفة يصير الفعل الممنوع منه في حقه منكراً وإن لم يكن معصية يحاسب عليها ديانة. وعلى هذا لا يشترط فيه أن يكون عاقلاً بالغاً، فالمجنون مثلاً إذا صدر منه ما يدل على إرادته وقصده الزنا وجب الاحتساب عليه، والصبي المميز أو غير المميز إذا شرب أحدهما الخمر أو أراد شربها وهمّ بذلك وجب الاحتساب عليه وحيل بينه وبينها، وإن كان فعل المجنون والصبي لا يعتبران من المعاصي التي يحاسب عليها ديانة.

٥١٠ - أصناف المحتسب عليهم:

قلنا إن المحتسب عليه هو كل إنسان يباشر فعلاً يجوز أو يجب فيه الاحتساب، وعلى هذا فإن كل فرد في المجتمع بلا استثناء يمكن أن يكون محتسباً عليه إذا صدر منه ما تجري فيه الحسبة. إلا أن هناك بعض الأصناف في المجتمع التي يمكن أن يرد التساؤل بالنسبة لجريان الاحتساب عليهم، وكيفية هذا الاحتساب، فمن هذه الأصناف:

٥١١ - أولاً - الأقارب:

والأقارب، لا سيما الأب والأم، إذا صدر عن أحدهما ما يجري فيه الاحتساب، فعلى الولد المحتسب في إجراءات الاحتساب على والده أو أمه أن يقف

(١) إحياء علوم الدين للإمام الغزالي ج ٢ ص ٢٨٧ - ٢٨٨.

عند بيان الحكم الشرعي والموعظة الحسنة والتخويف من الله تعالى، ولا يتجاوز ذلك إلى الوسائل الأخرى كالكلام الغليظ، والضرب، رعاية لحق الأبوة والأمومة ودون تفریط بواجب الاحتساب. وهكذا الأمر مع بقية الأقارب من جهة ملاحظة ورعاية القرابة ولكن دون رعاية قرابة الأبوين.

٥١٢ - ثانياً - القضاة وأعوانهم:

قال الفقهاء: وينبغي للمحتسب أن يتردد إلى مجالس القضاة والحكام ومتى رأى رجلاً يسفه في مجلس القضاء أو يخرج عن حدود الأدب ونظام المجلس أو يطعن على القاضي في كلمة، أو لا ينقاد إلى حكمه عزره المحتسب على ذلك. وكذلك إذا رأى المحتسب أن القاضي قد اشتاط على رجل غضباً أو شتمه أو احتد عليه في كلامه، ردعه المحتسب على ذلك ووعظه وخوفه بالله، فإن القاضي لا يجوز له أن يحكم وهو غضبان ولا يقول هجراً ولا يكون فظاً غليظاً. وكذلك يكون أعوان القاضي الذين بين يديه في عدم الغضب، أو في عدم شتم الآخرين^(١). وكذلك إذا لم يجلس القاضي للقضاء بدون عذر وقد حضر الخصوم فللمحتسب أن يدعوه لذلك أو يخبر الخصوم بعدم انعقاد المحكمة لينصرفوا^(٢).

٥١٣ - ثالثاً - الأمراء ورجال السلطة التنفيذية:

ويقصد المحتسب مجالس الأمراء والولاة ورجال السلطة التنفيذية، ويأمرهم وينهاهم ويعظهم ويذكرهم في ضوء ما يراه منهم من تقصير في واجبهم أو في منكر يصدر منهم. ويدعوهم إلى الشفقة على الرعية والإحسان إليهم. وليكن المحتسب في قوله وفي ردعهم عن الظلم لطيفاً لين القول، يلاحظ منزلة الحكم والسلطان التي يمكن أن تحمل صاحبها على رفض قولهم وعلى العزة بالإثم ولا سبيل إلى منع هذا المحذور إلا بالموعظة الحسنة والقول اللطيف، ولكن بشرط إيضاح الحق وعدم المداهنة فيه مطلقاً، وقد أمر الله تعالى موسى وهارون عليهما السلام حين أرسلهما إلى فرعون ﴿فقولا له قولاً لنا لعله يتذكر أو يخشى﴾ ومن المعلوم أن موسى عليه السلام قال لفرعون ما أمره الله به من لزوم الإيمان بالله

(١) الشيزري، المرجع السابق ص ١١٤ - ١١٥.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٤٧ - ٢٤٨.

وعبادته وحده، فالموعظة الحسنة واللين في القول ونحو ذلك لا يتنافى مع الصراحة في الحق والوضوح الكامل فيه^(١).

٥١٤ - رابعاً - أصحاب المهن المختلفة:

ويجري الاحتساب على جميع أصحاب المهن والحرف المختلفة بلا استثناء لأن للشريعة الإسلامية حكمها في هذه الحرف وفي كيفية مباشرتها من قبل أربابها وفي كيفية مباشرتهم لهذه المهن والصنائع حتى يتأكد المحتسب من أنهم يباشرون أعمالهم على نحو مرضي سليم لا يلحق أي ضرر بالناس. وقد بلغ فقهاؤنا رحمهم الله تعالى من دقة الملاحظة بمختلف الصنائع والمهن وكيفية مباشرتها على الوجه الصحيح مبلغاً عظيماً جداً مما يسهل على المحتسب عمله، لأنه باطلاعه على ما كتبه الفقهاء في مختلف المهن والصنائع يمكنه أن يعرف كيفية محاسبة أصحاب هذه المهن ومدى توافر الشروط المطلوبة في صحة عملهم. فمن ذلك ما ذكره الفقيه المشهور بابن الأخوة، فقد قال رحمه الله تعالى: فصل في الحسبة على الفرانين والخبازين، قال: «وينبغي أن يأمرهم المحتسب برفع سقائف أفرانهم ويجعل في سقوفها مناسف واسعة للدخان ويأمرهم بكنس بيت النار وغسل المعاجن وتنظيفها. ولا يعجن العجان بقدميه ولا بركبتيه ولا بمرفقيه لأن في ذلك مهانة للطعام وربما قطر في العجين شيء من عرق إبطيه أو بدنه ولا يعجن إلا وعليه ملحفة ضيقة الكمين ويكون ملثماً أيضاً لأنه ربما عطس أو تكلم فقطر شيء من بصاقه أو مخاطه في العجين، ويشد على جبينه عصابة بيضاء لئلا يعرق فيقطر منه شيء، ويحلق شعر ذراعيه لئلا يسقط منه شيء في العجين... ويلزمهم أن لا يخبزوه حتى يختمر فإن الفطير يثقل في الميزان والمعدة... ولا يخرجون الخبز من بيت النار حتى ينضج نضجاً جيداً من غير احتراق»^(٢).

٥١٥ - خامساً - غير المسلمين:

ويجري الاحتساب على غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام، من ذميين

(١) الأحكام السلطانية ص ١١٥ - ١١٦.

(٢) كتاب معالم القرية في أحكام الحسبة لابن الأخوة، نقلًا عن كتاب الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية تأليف محمد المبارك ص ٩٠ - ٩١، وابن الأخوة هذا هو محمد بن محمد القرشي المتوفى سنة ٧٢٩ هـ.

ومستأمنين، فلا يسمح لهم بإظهار ما فيه طعن وتشهير بالإسلام وأهله أو استهزاء
بدينهم الإسلام لأن ذلك يناقض النظام العام الإسلامي. ولا يقال إن هذا المنع
يخالف قاعدة «تركهم وما يدينون» لأن معنى هذه القاعدة أن لا نتعرض لهم في
أمر عقيدتهم ولا في كيفية عبادتهم في معابدهم ولا نكرههم على الإسلام، ولا
تعني أن نتركهم يعلنون في دار الإسلام ما يناقض الإسلام مثل شتم الإسلام
وأهله، أو إعلان الكفر به ورمي نبيه ﷺ بالكذب ونحو ذلك فإن هذه الأمور لا
تجوز في دار الإسلام ويمنعون منها.



المبحث الثالث المحتسب فيه

٥١٦ - ما هو المحتسب فيه؟

قلنا في تعريف الحسبة إنها أمر بمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن منكر إذا ظهر فعله، وهذا هو موضوع الحسبة، وهو المسمى «المحتسب فيه» أو «ما تجري فيه الحسبة».

والمنكر ما نهت الشريعة عنه نهي تحريم أو كراهة، أو كان مباحاً في أصله ولكن لاقترانه ببعض الأشياء أو لوقوعه في ظرف معين صار محظوراً لما يؤدي إلى مفسدة وضرر. والمعروف ما أمرت به الشريعة الإسلامية أمر إيجاب أو ندب.

ولا يشترط في المنكر في موضوع الحسبة أن يكون معصية في حق فاعله يحاسب عليه ديانة وإنما يكفي فيه أن يكون هذا الفعل منهيّاً عنه شرعاً، فالمجنون مثلاً، إذا ظهر منه أنه يريد الزنا فإنه يمنع منه ويحال بينه وبين الزنا وإن كان الزنا في حقه لا يعتبر معصية يحاسب عليها، لأن الزنا منكر بذاته، فيمنع المجنون منه.

فالمتنظر إليه في المنكر الذي يجري فيه الاحتساب أن يكون مما نهت عنه الشريعة بغض النظر عن فاعله، أو كان في أصله مباحاً ولكن لاقترانه ببعض الأشياء جعله محظوراً سداً لذريعة الفساد، مثل بيع السلاح في أيام الفتن، أو بيع العنب لمن يصنعه خمراً.

٥١٧ - اتساع موضوع الحسبة:

ومن هذا العرض يتبين لنا مدى اتساع موضوع الحسبة أو ما يجري فيه الاحتساب لأنه يشمل المعروف والمنكر بالمعنى الذي بيناه.

وقد أشار الفقهاء إلى هذه السعة التي يجري فيها الاحتساب، فقال الفقيه المشهور باسم ابن الأخوة: «والمحتسب من نصبه الإمام أو نائبه لينظر في أحوال

الرعية والكشف عن أمورهم ومصالحهم وبياعاتهم ومأكولاتهم ومشروبهم وملبوسهم ومساكنهم وطرقهم وأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر».

وقال ابن خلدون وهو يتكلم عن المحتسب: «ويبحث عن المنكرات ويعزر ويؤدب على قدرها، ويحمل الناس على المصالح العامة مثل المنع من المضايقة في الطرقات ومنع الحماليين وأهل السفن من الإكثار في الحمل، والحكم على أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة ما يتوقع من ضررها على السابلة والضرب على أيدي المعلمين في المكاتب وغيرها في الإبلاغ في ضربهم للصبيان المتعلمين»^(١).

وقال الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى: «فأما الغش والتدليس في الديانات، فمثل البدع المخالفة للكتاب والسنة وإجماع سلف الأمة من الأقوال والأفعال مثل إظهار المكاء والتصدية في مساجد المسلمين ومثل سب جمهور الصحابة وجمهور المسلمين أو سب أئمة المسلمين ومشايخهم وولادة أمورهم المشهورين عند عموم الأمة بالخير، ومثل التكذيب بأحاديث النبي ﷺ التي تلقاها أهل العلم بالقبول، ومثل رواية الأحاديث الموضوعة المفتراة على رسول الله ﷺ، ومثل الغلو في الدين بأن ينزل البشر منزلة الإله، ومثل تجويز الخروج عن شريعة النبي ﷺ... وأما المحتسب فعليه أن يعزر من أظهر ذلك قولاً أو فعلاً»^(٢).

٥١٨ - أمثلة على سعة المحتسب فيه:

أولاً - في أمور العقيدة:

من أظهر عقيدة باطلة، أو أظهر ما يناقض ما عرف من الدين بالضرورة من أمور الإيمان ومعاني الإسلام، أو ما كان يخالف النصوص الصريحة القطعية الثبوت والدلالة والتي لا تحتمل تأويله الباطل الذي يدعو إليه المبطل أو يدعيه، أو ابتدع بدعة في الدين مزقت الإجماع أو خالفت النصوص الصريحة، وجب على المحتسب الإنكار على مظهر ذلك والداعي إليه وتحذير الناس منه ولزوم تأديبه وردعه فإن لم يرتدع رفع أمره إلى ولي الأمر أو إلى قاضي المسلمين لمعاقبته.

(١) نقلاً عن كتاب الحسبة للأستاذ عبد الرزاق الحضان ص ٢٨.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ٢٢٥.

ويدخل في أمور العقيدة تفسير الملاحظة والباطنية لآيات القرآن بما لا تحتمله مطلقاً^(١).

٥١٩ - ثانياً - العبادات :

مثل ترك صلاة الجمعة من قبل أهل قرية أو بلد مع توافر شروط إقامتها فيأمرهم المحتسب بإقامتها وعدم تركها. ومثل ترك الأذان أو الزيادة فيه بما لم يأت به الشرع، ومثل المخالفة لهيئات العبادات الثابتة شرعاً مثل الجهر في صلاة الأسرار، والأسرار في صلاة الجهر، أو الزيادة في الصلاة، وعدم الطمأنينة بها على وجه يخل بصحتها، وكالإفطار في رمضان علناً. فعلى المحتسب أن يجري الاحتساب فيما ذكرناه أمراً أو نهياً^(١).

٥٢٠ - ومما يتصل بالعبادات، قال الفقهاء ينبغي للمحتسب أن يمتحن المؤذنين بمعرفة أوقات الصلوات، فمن لم يعرف ذلك منعه من الأذان حتى يعرفها^(٢).

وقالوا أيضاً: ويشرف المحتسب على الجوامع والمساجد، وهي محلات عبادة المسلمين، ويأمر خدمتها بتنظيفها ومنع اتخاذها محلاً للبيع والشراء أو عمل صناعات^(٣).

٥٢١ - وينهى المحتسب عن قراءة القرآن الكريم في الطرق والدروب والأسواق وأبواب المساجد كوسيلة لسؤال الناس الصدقة، فقد نهت الشريعة الإسلامية عن ذلك، وما نزل القرآن الكريم للتكسب به بهذه الكيفية^(٤).

٥٢٢ - ثالثاً - المعاملات :

مثل العقود المحرمة، والقمار، وغش المبيعات وتدليس الأثمان، والبيوع والأشربة الفاسدة التي منعت منها الشريعة الإسلامية ولو رضي بها المتعاقدان، فإذا كان النهي الشرعي عنها محل اتفاق بين الفقهاء وجب على والي الحسبة المنع منها

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٢٨ ص ١٠٥ - ١٠٦.

(٢) الأحكام السلطانية - لأبي يعلى ص ٢٧٧.

(٣) (٤) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٢٧١ - ٢٧٢، ٢٧٦ - (٣٦٨، ٣٦٩) الشيزري، المرجع السابق ص ١١٠ - ١١١.

والزجر عليها، وكذلك يفعل إذا كان الخلاف في تحريمها ومنعها ضعيفاً أو لا دليل عليه مثل نكاح المتعة. وكذلك يمنع المحتسب تصرية المواشي لتبدو كثيرة الدر واللبن فإن هذا منهي عنه ونوع من التدليس. ويمنع المحتسب من التطفيف والبخس في المكايل والموازين، ويجوز له إذا استراب بموازين السوق ومكايلهم أن يختبرها ويعايرها وأن يضع عليها علامة معروفة لا يتعامل العامة إلا بها. وللمحتسب أن يقوم باختيار الدالين في السوق فيقر منهم الأمانة ويمنع الخونة، دفعاً للإضرار عن الناس.

٥٢٣ - رابعاً - ما يتعلق بالطرق:

ومن منكرات الطرق، التي تجري فيها الحسبة، بناء الدكاك في الطرق ووضع الأخشاب فيها، أو وضع السلع والأطعمة على أرصفة الطرق وذبح الحيوانات عليها وتلويث أرض الطريق أو رصيفه بدماء الذبائح وما في أحشائها من أقدار، وطرح القمامة في الدروب والأزقة والطرقات وإلقاء قشور الفواكه مثل قشور البطيخ والموز ونحو ذلك مما يؤدي بالسائرين إلى الانزلاق والسقوط، ومثل رمي المياه القذرة في الطريق، أو ربط الحيوانات فيه ونحو ذلك مما فيه ضرر على الناس، لأن الشريعة الإسلامية تنهى عن كل ضرر وإضرار بالناس وتمنع من بقاء الضرر وتأمّر برفعه وإزالته ولو كان قديماً لأن الضرر لا يكون قديماً وعلى المحتسب ملاحظة ذلك والزجر عنه وإزالته بعد وقوعه^(١).

٥٢٤ - خامساً - ما يتعلق بالحرف والصناعات.

وقد ذكر الفقهاء، وهم يتكلمون عن الحسبة، جميع الحرف والمهن والصناعات التي كانت موجودة في زمانهم، وبينوا كيفية الاحتساب فيها إذا لم تتوفر فيها الشروط المطلوبة التي ذكروها وبينوها أيضاً في كل حرفة وصناعة، ويمكن تلخيص أقوالهم واستخلاص الضوابط في كل صناعة مما قالوه على النحو التالي:

أ - من حيث المكان:

يجب أن يكون مكان الحرفة أو الصناعة ملائماً ومناسباً ولا ضرر فيه على

(١) الشيزري، المرجع السابق، ص ١١ - ١٢.

الناس، فلا يجوز أن يكون دكان الحداد في سوق الأقمشة مثلاً، ولا محل السمكري بين البيوت والدور المسكونة فإن هذا يؤذيهم. وأن يكون المكان فسيحاً ونظيفاً وتتوفر فيه كافة الشروط الصحية المطلوبة وهذا يختلف باختلاف نوع الحرفة ونوع الصناعة.

ب - من حيث أدوات الحرفة :

وقد نص الفقهاء على أن أدوات كل حرفة يجب أن تكون صالحة لها وبحالة جيدة وتؤدي المقصود منها ودون إضرار بالناس. وقد برع فقهاؤنا رحمهم الله تعالى في بيان مقاييس جودة هذه الأدوات وصلاحياتها حتى كأنهم أرباب هذه الصنائع ومحترفوها، ونذكر على سبيل المثال ما ذكره الفقيه الشيرازي في مقالة الزلابية، قال: «ينبغي أن يكون مقلى الزلابية من النحاس الأحمر الجيد» ثم بين الفقيه الشيرازي كيفية إعداده، فقال رحمه الله: فيحرق فيه النخالة ثم يدلكه بورق السلق إذا برد ثم يعاد إلى النار ويجعل فيه قليل من عسل ويوقد عليه حتى يحترق العسل ثم يجلى بعد ذلك بمدقوق الخبز ثم يغسل ويستعمل فإنه ينقى من وسخه ووزنجاره»^(١).

ج - من حيث المصنوع والمبيع :

فيجب أن يكون خالياً من الغش والتدليس، فلا تخلط الحنطة بالتراب، ولا الطحين بغيره من المواد الغريبة، وأن توضع العلامات المميزة لكل صنف أو نوع إذا اتحد الجنس، فينقط لحم المعز مثلاً - كما قال الفقهاء - بنقط الزعفران حتى يعرف ويميز من لحم الضأن وأن تبقى أذنان المعز معلقة على لحومها إلى آخر البيع^(٢). والواقع أن الغش حرام وممنوع في جميع البياعات والمصنوعات وعلى المحتسب ملاحظة ذلك والإنكار عليه. وفي الحديث الشريف «من غش فليس منا»^(٣).

٥٢٥ - سادساً - ما يتعلق بالأخلاق والآداب :

ويجري الاحتساب فيما له علاقة بمقتضيات الأخلاق والآداب والفضيلة،

(١) الشيرازي، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٢) الشيرازي، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٣) رواه الترمذي، انظر الجامع الصغير للسيوطي ج ٢ ص ٥٤٠ ورقم الحديث ٨٨٧٩.

فيمنع المحتسب مما يناقض ذلك، مثل الخلوة بالأجنبية في الطرقات والمنعطفات إذا ارتاب وقامت القرائن على الريبة، ومثل التطلع على الجيران من السطوح والنوافذ، ومثل جلوس الرجال في طرقات النساء وأماكن خروجهن أو تجمعهن للتحرش بهن بالقول والنظر، ومثل تكشف النساء في الطرقات بإظهار العورات وما لا يحل كشفه شرعاً. وللمحتسب أن يمنع من عرف من الرجال بالفجور من معاملة النساء، قال الفقيه أبو يعلى الحنبلي: «وإذا كان من أهل الأسواق من يختصب معاملة النساء راعى المحتسب سيرته وأمانته فإذا تحقق منه أقره على معاملتهن، وإن ظهرت منه الريبة وبان عليه الفجور منعه من معاملتهن، وأدبه على التعرض لهن»^(١).



(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي ص ٢٩٠.

المبحث الرابع

الاحتساب^(١)

٥٢٦ - معنى الاحتساب:

نريد بالاحتساب القيام فعلاً بالحسبة كأن يأمر المحتسب شخصاً بعمل معين بكيفية معينة، أو يزيل المحتسب بيده منكرأ معيناً كأن يكسره أو يمزقه.

٥٢٧ - ما يتم به الاحتساب:

الاحتساب الكامل يتم بإزالة المنكر تماماً ومحوه فعلاً ولو بالقوة عند الاقتضاء، وإذا لم يستطع المحتسب إزالة المنكر فعلاً بيده أو بأعوانه، لأي سبب كان، انتقل إلى القول بأن يأمر صاحب المنكر بإزالته بالأمر الصريح أو بالتخويف من إصراره على المنكر أو بالوعظ الحسن والقول المؤثر، فإن عجز عن ذلك كما لو كان في قوله أذى له مع بقاء المنكر انتقل إلى الإنكار القلبي، وهذا هو ما دلّ عليه الحديث الشريف والذي سبق وأن ذكرناه «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان».

(١) إحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٢٨٩ - ٢٩٢.

الخاتمة

وبعد، فهذا ما يسّره الله تعالى من أبحاث في نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، آملاً أن أكون بهذا العمل البسيط قد قدمت خدمة متواضعة إلى الشريعة الإسلامية، شريعة الله، في بيان بعض معانيها وجوانبها، فإن كان ما ذكرته أو رجحته أو اقترحته صواباً فهو محض فضل الله عليّ فله الحمد والمنة، وإن كان فيه خطأ أو زلل فهو من نفسي، والله ورسوله بريثان منه وأستغفر الله، وهو حسبي ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم والحمد لله رب العالمين.

الفهارس

- فهرس الآيات .
- فهرس الأحاديث .
- فهرس المراجع .
- فهرس الموضوعات .

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
٧	٤٣	النحل	﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾
١١	٤١	يوسف	﴿قضى الأمر الذي فيه تستفتيان﴾
١١	٢٩	القصص	﴿فلما قضى موسى الأجل﴾
١١	٢٨	القصص	﴿أيما الأجلين قضيت فلا عدوان علي﴾
١١	٤٤	القصص	﴿إذ قضينا إلى موسى الأمر﴾
١١	٢٣	الإسراء	﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً﴾
١١	١٢	فصلت	﴿فقضاهن سبع سموات في يومين﴾
١١	٧٢	طه	﴿فاقض ما أنت قاض﴾
١٦١ - ١٣	٤٩	المائدة	﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾
٢١٢ - ٢٠٧			
١٤	٤٢	المائدة	﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين﴾
٢٤	١٤١	النساء	﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾
٢٦	٦	الحجرات	﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾
٥٩	٥٨	النساء	﴿وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾
١٥٧ - ١٣٦	١٣٥	النساء	﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾
١٤١	٢٨٢	البقرة	﴿ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا﴾
١٤١	٢٨٢	البقرة	﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه أثم قلبه﴾
١٤١	٢٨٢	البقرة	﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
١٤٩	٢٨٢	البقرة	﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾
١٤٩	٢	الطلاق	﴿واشهدوا ذوي عدل منكم﴾
١٥٠	٨٦	الزخرف	﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولاً﴾
١٥٠	٣٦	الإسراء	﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فاصابتكم مصيبة الموت﴾
١٥١	١٠٦	المائدة	﴿ممن ترضون من الشهداء﴾
١٥٢	٢٨٢	البقرة	﴿ولا يجرمنكم شأن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾
١٥٥	٨	المائدة	﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه . . ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونوا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾
١٦١، ١٦٠	٢٨٢	البقرة	﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾
١٦٧	٣٠	الحج	﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل والله المستعان على ما تصفون﴾
١٨٥	١٨	يوسف	﴿واستبقا الباب وقَدَّتْ قميصه من دُبُرٍ وألقيا سيدها لدى الباب قالت ما جزاء من أراد بأهلك سوءاً إلا أن يسجن أو عذاب أليم . قال هي راودتني عن نفسي وشهد شاهد من أهلها إن كان قيمصه قُدٌّ من قُبُلٍ فصدقت وهو من الكاذبين . وإن كان قميصه قُدٌّ من دُبُرٍ فكذبت وهو من الصادقين ، فلما رأى قميصه قُدٌّ من دُبُرٍ قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم﴾
١٨٦	٢٨ - ٢٥	يوسف	

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
٢٠٧	٢	محمد	﴿وَأَمِنُوا بِمَا نُزِّلَ عَلَى مُحَمَّدٍ وَهُوَ الْحَقُّ مِنْ رَبِّهِمْ﴾
٢١٢ - ٢٠٧	٤٤	المائدة	﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾
٢٠٧	٤٥	المائدة	﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾
٢٠٨	٤٧	المائدة	﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾
٢١٢	٤٨	المائدة	﴿فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾
٢١٤	٢٥٦	البقرة	﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾
٢٤٤	٢٨٧	البقرة	﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾
٢٤٧	٣٥	النساء	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾
٢٦٥	١٠٤	آل عمران	﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾
٢٦٥	٧١	التوبة	﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾
٢٦٦ - ٢٦٥	١١٠	آل عمران	﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾
٢٦٦	٤١	الحج	﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ﴾
٢٧٦	١٦	التغابن	﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾
٢٧٧	١٧	لقمان	﴿وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَنْهَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأَصْبِرْ عَلَى مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾
٢٧٧	١٥٩	آل عمران	﴿وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ﴾
٢٨٠ - ٢٧٧	٤٤	طه	﴿فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَيْنًا لَعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَى﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
١٥	من وُلِّي القضاء أو جُعِل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين عن أبي موسى الأشعري قال: دخلت على النبي ﷺ أنا ورجلان من بني عمي، فقال أحدهما: يا رسول الله أمرنا على بعض ما ولاك الله تعالى، وقال الآخر مثل ذلك، فقال النبي ﷺ: إنا والله لا نولِّي هذا العمل أحداً سأله أو أحداً حرص عليه .
١٦	من طلب القضاء واستعان عليه وكُلَّ إليه، ومن لم يطلبه ولا استعان عليه أنزل الله ملكاً يسدهه .
٢٧	لا يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة .
٥٤	تهادوا تحابوا القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار .
٥٩	السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحبَّ وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة .
٢٠٢ ، ١٦٢ ، ١٦١ ، ٩٠	البينة على المدعي واليمين على من أنكر .
١٠٣	لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان .
١١٥	قضى رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً... وفيه: فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقص حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول .
١١٥	رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .
١٣٧	لا ضرر ولا ضرار .
١٤١	لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه .
١٥٥	عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد .
١٦١	

- وفي رواية لأحمد إنما كان ذلك في الأموال ١٦١
- أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق ١٦١
- من قتل قتيلاً له عليه بيّنة فله سلبه ١٦٢
- تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما. فجنحت إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فأعرض عني، ثم ذكرت له ذلك، فقال: وكيف وقد زعمت ذلك ١٦٤
- قال النبي ﷺ: ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ ثلاثاً. قالوا: بلى يا رسول الله. قال: الإشراف بالله وعقوق الوالدين، وجلس وكان متكئاً. فقال: ألا وقول الزور، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت ١٦٧
- من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت ١٦٩
- اليمين على المدعى عليه ١٦٩
- لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه ١٧١
- فإن اعترفت فارجمها ١٧٧
- شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك ١٧٩ - ١٨٠ - ١٨١
- لا يمنع أحدكم هيئة الناس أن يقول في حق إذا رآه أو علمه أو سمعه ١٧٩
- إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع ١٨٠ - ١٨١
- عن عائشة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ دخل عليها مسروراً تبرق أسارير وجهه، وقال: ألم تري إلى مجزز المدلجي نظر أنفاً إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض ١٩١
- عن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال يا رسول الله امرأتي ولدت غلاماً أسود. فقال النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم. قال: ما ألوانها؟ قال: حمر. قال: فهل فيها من أورك؟ قال: نعم. قال: أتى أناها ذلك؟ قال: لعل عرقاً نزع. قال ﷺ: وهذا لعل عرقاً نزع ١٩٢
- أن رسول الله ﷺ أرسل معاذاً إلى اليمن قاضياً وقال له: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بكتاب الله. قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟» قال: فبسنة رسول الله. قال: «فإن لم تجد بسنة رسول الله ولا في كتاب الله؟» قال: أجتهد برأيي ولا آلو. فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله.» ٢١٠

- إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجّيته 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 ٢٢٢
- لا تقبل شهادة خصم ولا ضنين ٢٣٠
- عن الضحاك قال: كتب إليّ رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ٢٤٢
- أن النبي ﷺ قال لأبي شريح: «إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكئني أبا الحكم؟» قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين. قال النبي ﷺ: «ما أحسن هذا. فما لك من الولد؟» قال: لي شريح وعبد ومسلم. قال ﷺ: «من أكبرهم؟» قال: شريح. قال ﷺ: «فأنت أبو شريح» ٢٤٨
- من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فقلبه، وذلك أضعف الإيمان ٢٦٦ - ٢٨٩
- لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم ٢٦٦
- أفضل شهداء أمتي رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك ٢٦٦
- أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر ٢٦٦
- إن الله رفيق يحب الرفق في الأمر كله ٢٧٧
- من غش فليس منا ٢٨٧

فهرس المراجع

أولاً - القرآن الكريم وتفسيره:

- ١ - القرآن الكريم
- ٢ - تفسير الطبري - جامع البيان عن تأويل في القرآن - للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ.
- ٣ - تفسير القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٧٦١هـ.
- ٤ - التفسير الكبير - للإمام الفخر الرازي، أبي عبد الله محمد بن عمر بن حسين القرشي المتوفى سنة ٦٠٦هـ.
- ٥ - تفسير ابن كثير للإمام إسماعيل بن كثير القرشي المتوفى سنة ٧٧٤هـ.
- ٦ - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني لأبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي المتوفى سنة ١٢٧٠هـ.
- ٧ - تفسير المنار - للمرحوم محمد رشيد رضا.
- ٨ - بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروزبادي.

ثانياً - كتب الحديث وفقهه:

- ٩ - فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ.
- ١٠ - التجريد الصريح لأحاديث الجامع الصحيح تأليف أبي العباس زين الدين أحمد الشهير بالحسين بن المبارك.
- ١١ - اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان وضع محمد فؤاد عبد الباقي.
- ١٢ - تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي للإمام الحافظ أبي العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري.
- ١٣ - عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي.
- ١٤ - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك.

- ١٥ - النهاية في غريب الحديث والأثر للإمام ابن الأثير المتوفى سنة ٦٠٦هـ .
- ١٦ - فيض القدير شرح الجامع الصغير للعلامة المناوي .
- ١٧ - سنن الدارمي للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي المتوفى سنة ٢٥٥هـ .
- ١٨ - سنن النسائي تأليف الحافظ أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣هـ .
- ١٩ - الجامع الصغير من حديث البشير النذير للحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ .
- ٢٠ - سبل السلام شرح بلوغ المرام للعلامة محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ .
- ٢١ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار تأليف الشيخ الإمام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ .
- ٢٢ - تيسير الوصول إلى جامع الأصول للإمام عبد الرحمن بن علي المعروف بابن الديع الشيباني الزبيدي المتوفى سنة ٩٤٤هـ .
- ٢٣ - أفضية الرسول ﷺ للشيخ عبد الله بن محمد أبي فرج المالكي القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ .
- ٢٤ - السنن الكبرى للبيهقي، تأليف الإمام الحافظ الفقيه أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (نسبة إلى يهق وهي من قرى نيسابور). توفي سنة ٤٥٨هـ .
- ٢٥ - الطبقات الكبرى تأليف محمد بن سعد .

ثالثاً - كتب الفقه :

أ - فقه الحنفية :

- ٢٦ - المبسوط تأليف الإمام شمس الأئمة أبي بكر محمد السرخسي .
- ٢٧ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧هـ .
- ٢٨ - الهداية شرح بداية المبتدي، كلاهما تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ .
- ٢٩ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرني المتوفى سنة ٧٨٦هـ .
- ٣٠ - فتح القدير تأليف الشيخ كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١هـ .

- ٣١ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار تأليف الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ.
- ٣٢ - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ محمد أمين الشهرير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ.
- ٣٣ - واقعات المفتين تأليف قدرى أفندي.
- ٣٤ - شرح أدب القاضي للخصاف تأليف برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة المتوفى شهيداً سنة ٥٣٦هـ.
- ٣٥ - روضة القضاة وطريق النجاة للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد السمناني المتوفى سنة ٤٩٩هـ.
- ٣٦ - الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية تأليف جماعة من علماء الهند في القرن الحادي عشر للهجرة.
- ٣٧ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان تأليف زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم.

ب - فقه الشافعية:

- ٣٨ - كتاب الأم لإمام المذهب الشافعي محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ.
- ٣٩ - المهذب للشيرازي وهو الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن علي المتوفى سنة ٤٧٦هـ.
- ٤٠ - الأشباه والنظائر في الفروع تأليف جلال الدين السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ.
- ٤١ - مغني المحتاج إلى معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد بن أحمد الشربيني المتوفى سنة ٩٧٧هـ.
- ٤٢ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للعلامة شمس الدين بن شهاب الدين أحمد الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤هـ.
- ٤٣ - المجموع شرح المهذب تأليف العلامة محيي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ.
- ٤٤ - أدب القاضي تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي المتوفى سنة ٥٤٠هـ.
- ٤٥ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية تأليف أبي الحسن علي بن محمد الماوردي.
- ٤٦ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام تأليف سلطان العلماء عز الدين بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٦٠هـ.
- ٤٧ - أدب القضاء تأليف شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي الشافعي المتوفى سنة ٦٤٢هـ.
- ٤٨ - إحياء علوم الدين للإمام الغزالي الشافعي المتوفى سنة ٥٠٥هـ.

ج - فقه الحنابلة :

- ٤٩ - المغني تأليف الإمام أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ.
- ٥٠ - كشاف القناع عن متن الإقناع تأليف الشيخ منصور بن إدريس الحنبلي المتوفى سنة ١٠٥١هـ.
- ٥١ - شرح منتهى الإرادات تأليف الشيخ منصور بن يونس البهوتي.
- ٥٢ - الأحكام السلطانية تأليف القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٧هـ.
- ٥٣ - القواعد في الفقه الإسلامي تأليف الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥هـ.

د - فقه المالكية :

- ٥٤ - الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل . والمختصر تأليف الإمام الجليل أبي الضياء سيدي خليل المتوفى سنة ٧٧٦هـ.
- ٥٥ - وصاحب الشرح هو أبو البركات سيد أحمد بن محمد الشهير بالدردير المتوفى سنة ١٢٠١هـ.
- ٥٦ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير . والدسوقي هو شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ.
- ٥٧ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام تأليف الإمام ابن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩هـ.
- ٥٨ - مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل تأليف أبي عبد الله محمد المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ.
- ٥٩ - التاج والإكليل لمختصر خليل تأليف أبي عبد الله الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ.
- ٦٠ - الفروق تأليف الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد الشهير بالقرافي .

هـ - المذاهب الأخرى :

- ٦١ - كتاب المحلى في فقه الظاهرية تأليف الفقيه الشهور ابن حزم الظاهري المتوفى سنة ٤٦٠هـ.
- ٦٢ - في فقه الزيدية - الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير تأليف شرف الدين الحسين بن أحمد السياغي الصنعاني المتوفى ١٢٢١هـ.
- ٦٣ - فقه الزيدية - شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار للإمام عبد الله بن أبي القاسم الشهير بابن مفتاح المتوفى سنة ٨٧٧هـ.

و - كتب الفقه العام والفقه المقارن:

- ٦٤ - اختلاف الفقهاء للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري .
- ٦٥ - مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام الإمام ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ .
- ٦٦ - الاختيارات لشيخ الإسلام ابن تيمية .
- ٦٧ - الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١هـ .
- ٦٨ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد للفقهاء المشهور ابن رشد المتوفى سنة ٧٩٥هـ .
- ٦٩ - إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية .
- ٧٠ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأماص تأليف الإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ .
- ٧١ - الزواجر عن الكبائر تأليف أحمد بن حجر الهيتمي .
- ٧٢ - نهاية الرتبة في طلب الحسبة تأليف عبد الرحمن بن نصر الشيزري المتوفى سنة ٥٨٩هـ .
- ٧٣ - معالم القرية في طلب الحسبة تأليف محمد بن محمد القرشي المشهور بابن الأخوة المتوفى سنة ٧٢٩هـ .

ز - كتب التاريخ:

- ٧٤ - البداية والنهاية تأليف الإمام ابن كثير .
- ٧٥ - مقدمة ابن خلدون تأليف عبد الرحمن بن محمد بن خلدون .
- ٧٦ - تاريخ قضاة الأندلس للفقهاء أبي الحسن النباهي المالقي الأندلسي .

ح - كتب اللغة:

- ٧٧ - لسان العرب تأليف ابن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ .
- ٧٨ - الصحاح للجوهري تأليف إسماعيل بن حماد الجوهري .
- ٧٩ - المعجم الوسيط تأليف جماعة من العلماء بمجمع اللغة العربية بمصر .

ط - الكتب الحديثة:

- ٨٠ - أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام تأليف الدكتور عبد الكريم زيدان .
- ٨١ - الترايب الإدارية تأليف الشيخ عبد الحي الكتاني .
- ٨٢ - إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة تأليف الشيخ محمد بخيت المطيعي .
- ٨٣ - الأصول القضائية في المرافعات الشرعية تأليف الشيخ علي قراعة .
- ٨٤ - أصول استماع الدعوى الحقوقية تأليف الأستاذ علي حيدر أفندي .
- ٨٥ - الورد البسام في رياض الأحكام تأليف الشيخ عبد العزيز بن الحاج إبراهيم الشميني .
- ٨٦ - مقاصد الشريعة للشيخ محمد طاهر بن عاشور .

فهرس الموضوعات

الفقرات والمواضيع

الصفحة

٥

تقديم

١٠ - ٧

المقدمة ومنهج البحث

فقرة ١ - الأحكام الشرعية هي القانون الإسلامي. فقرة ٢ - الواجب على الأفراد تنفيذ القانون الإسلامي. ٣ - تنفيذ القانون الإسلامي يستلزم معرفته. ٤ - العلماء يعلمون الناس أحكام الإسلام لينفذوها اختياراً وإلا أجبروا على تنفيذها عن طريق القضاء. ٥ - هل القضاء ضروري للناس؟ ٦ - القضاء ضروري لكل مجتمع بلا استثناء ودليل ذلك. ٧ - هل يوجد في الشريعة الإسلامية نظام للقضاء؟ ٨ - منهج البحث.

٢٠ - ١١

الباب التمهيدي

تعريف القضاء وبيان حكمه وحكمته

٩ - تعريف القضاء لغة ١٠ - تعريفه في الاصطلاح الشرعي ١١ - الاختلاف في التعاريف لفظي لا حقيقي ١٢ - التعريف المختار ١٣ - مشروعية القضاء ١٤ - القضاء من وظائف الخلافة الشرعية ١٥ - فضل القضاء ١٦ - التحذير من القضاء والهرب منه ١٧ - تعليل هرب العلماء من قبول القضاء ١٨ - طلب ولاية القضاء ١٩ - مراتب طلب القضاء ٢٠ - حكم قبول منصب القضاء ٢١ - حكمة القضاء ٢٢ - كيف تتحقق حكمة القضاء.

٨٦ - ٢١

الباب الأول

القاضي

٢١

٢٣ - تمهيد ومنهج البحث

الفصل الأول

شروط القاضي

- ٢٤ - تمهيد وتعداد الشروط ٢٥ - الشرط الأول: البلوغ والعقل والحرية ٢٦ - الشرط الثاني: الإسلام ٢٧ - تولية القضاء لغير المسلم عند جمهور الفقهاء ٢٨ - رأي الحنفية ٢٩ - الراجح في مسألة تولية غير المسلم منصب القضاء ٣٠ - اعتراض ودفعه ٣١ - كيف راعت الشريعة الإسلامية ديانة غير المسلم ٣٢ - توجيه قول الحنفية في جواز تولية غير المسلم وظيفه القضاء ٣٣ - الشرط الثالث من شروط القاضي: العدالة ٣٤ - الشرط الرابع: الاجتهاد ٣٥ - رأي الحنفية في شرط الاجتهاد ٣٦ - تقليد القضاء للمقلد عند الضرورة ٣٧ - الشرط الخامس - المذكورة ٣٨ - رأي الحنفية في جواز تولية المرأة منصب القضاء ٣٩ - رأي الظاهرية والطبري في تولية المرأة منصب القضاء ٤٠ - الشرط السادس: سلامة الحواس ٤١ - شروط أخرى.

٣٤ - ٢٩

الفصل الثاني

الجهة التي تعين القاضي

- ٤٢ - تمهيد ٤٣ - أولاً: الخليفة يعين القاضي ٤٤ - هل يشترط في الخليفة العدالة وعدم الجور ٤٥ - ثانياً: نائب الخليفة ٤٦ - ثالثاً: الأمير الباغي أو المتغلب ٤٧ - رابعاً: الحاكم الكافر ٤٨ - المستخلص من أقوال الفقهاء في مسألة جواز أو عدم جواز تعيين القاضي المسلم من قبل الحاكم الكافر ٤٩ - خامساً: أمراء الأقاليم وقضااتها ٥٠ - سادساً: قاضي القضاة ٥١ - سابعاً: أهل الرأي والعلم.

٣٧ - ٣٥

الفصل الثالث

إجراءات التعيين وما يعقبه

- ٥٢ - تمهيد ٥٣ - كيفية اختيار الصالح للقضاء ٥٤ - وضع الضوابط لتعيين القضاة ٥٥ - التقدم بطلبات التعيين ٥٦ - ما يفعله القاضي بعد صدور تعيينه ٥٧ - إخبار أهل البلد بيوم قدوم القاضي الجديد ٥٨ - التسليم والتسلم بين القاضي الجديد وبين القاضي السابق ٥٩ - ما ينظره القاضي من تلقاء نفسه بعد التسليم والتسلم.

الفصل الرابع

ولاية القاضي

- ٦٠ - تمهيد ٦١ - التقليد العام والتقليد الخاص ٦٢ - أنواع التقليد الخاص
 ٦٢ - النوع الأول: تخصيص القضاء من حيث المكان ٦٤ - يصح
 تخصيص القضاء من حيث المكان مهما كانت سعته ٦٥ - النوع
 الثاني: تخصيص القضاء من حيث الزمان ٦٦ - النوع الثالث:
 تخصيصه من حيث الأشخاص ٦٧ - النوع الرابع: تخصيصه بنوع
 من الخصومات ٦٨ - النوع الخامس: تخصيصه بخصومة معينة ٦٩
 - النوع السادس - تخصيص القضاء من جهة مرور الزمان ٧٠ -
 مدى ولاية القاضي في نظر دعاوى نفسه وأقاربه ٧١ - مدى ولاية
 القاضي في نظر خصومة السلطان ٧٢ - كون القاضي نائباً للسلطان
 لا يسلبه ولاية النظر في خصومته ٧٣ - هل يقضي الخليفة مع
 وجود القاضي؟ ٧٤ - تعدد القضاة في البلد الواحد ٧٥ - تعددهم
 مع تخصيصهم من حيث المكان ٧٦ - تعددهم مع تقييد كل منهم
 بنوع من الدعاوى ٧٧ - هل يجوز تعدد القضاة في المحكمة
 الواحدة؟ ٧٨ - يجوز تعدد القضاة في المحكمة الواحدة بحيث لا
 تعقد إلا باجتماعهم ودليل ذلك.

الفصل الخامس

أعوان القاضي

- ٧٩ - تمهيد ٨٠ - أولاً: جماعة من أهل العلم ٨١ - محل جلوسهم ٨٢ -
 ثانياً: أعوان القاضي الآخرون ٨٣ - أ: كاتب القاضي ٨٤ - ب:
 الحاجب ٨٥ - ج: البواب ٨٦ - د: المترجم ٨٧ - ه: الجلواز ٨٨ -
 و: الشهود ٨٩ - ز: الأجراء ٩٠ - ح: المزكون ٩١ - ط: المؤدبون
 ٩٢ - ي: أهل الخبرة ٩٣ - ل: صاحب السجن ٩٤ - من يختار أعوان
 القاضي ٩٥ - رزق أعوان القاضي ٩٦ - مراقبة القاضي لأعوانه.

الفصل السادس

سلوك القاضي ورزقه

- ٩٧ - تمهيد ٩٨ - منعه من أعمال التجارة ٩٩ - جواز اشتغاله بما لا يشغله عن

أعمال القضاء ١٠٠ - الراجح في اشتغال القاضي ١٠١ - الهدية للقاضي ممنوعة ١٠٢ - أخلاق القاضي ١٠٣ - رزق القاضي واختلاف الفقهاء فيه ١٠٤ - القول الراجح .

٧٠ - ٥٧

الفصل السابع

علاقة القاضي بالدولة

٥٧

١٠٥ - تمهيد

٦٣ - ٥٩

المبحث الأول

استقلال القاضي

١٠٦ - التدخل في شؤون القاضي لا يجوز ١٠٧ - القضاء دين يحاسب عليه القاضي ١٠٨ - استقلال القاضي، حق له أم واجب عليه؟ ١٠٩ - تدخل ولي الأمر في عمل القاضي معصية، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ١١٠ - قول الفقيه أشهب في استقلال القاضي ١١١ - على القاضي أن يستقيل إذا فقد استقلاله ١١٢ - ولي الأمر العادل لا يتدخل في شؤون القاضي ١١٣ - اعتراض ودفعه ١١٤ - الدفع الأول ١١٥ - الدفع الثاني ١١٦ - الدفع الثالث ١١٧ - يجوز منع السلطان من مباشرة القضاء ١١٨ - استقلال القاضي لا يمنع إرشاده .

٦٧ - ٦٥

المبحث الثاني

الرقابة على القاضي

١١٩ - من واجب الخليفة أن يراقب القاضي ١٢٠ - لا تعارض بين استقلال القاضي وبين الرقابة عليه ١٢١ - من سبل الرقابة تصفح أحكام القاضي ١٢٢ - من دواعي الرقابة الإسراع في حسم دعاوى الناس ١٢٣ - من ثمرات الرقابة إبقاء القاضي الصالح وإقصاء الفاسد .

٧٠ - ٦٩

المبحث الثالث

الشكوى من القاضي

١٢٤ - تبرير الشكوى من القاضي ١٢٥ - إجراءات سماع الشكوى والنظر فيها ١٢٦ - حماية القاضي من المشتكين المبطلين ١٢٧ - كيفية تنظيم الشكوى من القضاة .

٧٣ - ٧١

الفصل الثامن

مسؤولية القاضي

١٢٨ - تمهيد ١٢٩ - لا مسؤولية في الخطأ السائغ ١٣٠ - المسؤولية في الخطأ الفاحش ١٣١ - المسؤولية في الخطأ المتعمد ١٣٢ - المسؤولية في الخطأ في أسباب الحكم.

٨٦ - ٧٥

الفصل التاسع

انتهاء ولاية القاضي

٧٥

١٣٣ - تمهيد

٨٣ - ٧٧

المبحث الأول

عزل القاضي وانعزاله

١٣٤ - هل يملك الخليفة عزل القاضي؟ للفقهاء قولان ١٣٥ - أدلة القول الأول: الدليل الأول ١٣٦ - الدليل الثاني ١٣٧ - الدليل الثالث ١٣٨ - الدليل الرابع ١٣٩ - أدلة القول الثاني ١٤٠ - القول الراجح ١٤١ - إعفاء القاضي من وظيفة القضاء لبلوغه سنأ معينة ١٤٢ - هل ينعزل القاضي بموت الخليفة أو عزله؟ ١٤٣ - لا ينعزل القاضي بخلع الخليفة ١٤٤ - متى ينفذ عزل القاضي؟ ١٤٥ - تغير حال القاضي وأثره في عزله ١٤٦ - هل ينعزل القاضي بفسقه؟ ١٤٧ - القول الراجح ١٤٨ - انعزال القاضي بانتهاء الدعوى التي نظرها ١٤٩ - عزل للقاضي أم إجازة دراسية؟ ١٥٠ - الراجح في هذه المسألة.

٨٦ - ٨٥

المبحث الثاني

استقالة القاضي

١٥١ - هل للقاضي أن يستقيل؟ ١٥٢ - الأفضل عدم الاستقالة ١٥٣ - تاريخ نفاذ الاستقالة ١٥٤ - الراجح في تاريخ نفاذ الاستقالة.

٢٠٣ - ٨٧

الباب الثاني

الدعوى وأصول استماعها ووسائل إثباتها

٨٧

١٥٥ - تمهيد ومنهج البحث

الفصل الأول

الدعوى

- ١٥٦ - تعريف الدعوى ١٥٧ - عناصر الدعوى ١٥٨ - أهمية تعريف المدعي والمدعى عليه لمعرفة الفرق بينهما ١٥٩ - تعريف المدعى والمدعى عليه ١٦٠ - تعريف المدعى به ١٦١ - ما لا يصلح أن يكون مدعى به ١٦٢ - تعريف الدعوى ١٦٣ - صيغة الدعوى ١٦٤ - أنواع الدعوى من حيث صحتها ١٦٥ - النوع الأول: الدعوى الصحيحة ١٦٦ - النوع الثاني: الدعوى الفاسدة ١٦٧ - النوع الثالث: الدعوى الباطلة ١٦٨ - النوع الرابع: دعوى الحسبة ١٦٩ - المقصود بدعوى الحسبة ١٧٠ - لماذا أجاز الفقهاء دعوى الحسبة؟ ١٧١ - موضوع دعوى الحسبة.

الفصل الثاني

أصول استماع الدعوى

١٧٢ - تمهيد ١٧٣ - منهج البحث

المبحث الأول

مكان القضاء وزمانه

- ١٧٤ - أوصاف مكان القضاء ١٧٥ - القضاء في بيت القاضي ١٧٦ - القضاء في المسجد واختلاف الفقهاء في جوازه ١٧٧ - الراجح في مسألة القضاء في المسجد ١٧٨ - أوقات القضاء أيام العطل ١٧٩ - تنظيم أوقات القضاء وعطله.

المبحث الثاني

مجلس القضاء

- ١٨٠ - من يحضر مجلس القضاء؟ ١٨١ - حال القاضي في مجلس القضاء ١٨٢ - سمت القاضي في مجلس القضاء ١٨٣ - لباس القاضي في مجلس القضاء ١٨٤ - مراعاة الأدب في مجلس القضاء ١٨٥ - أدب الخصوم في الكلام في مجلس القضاء.

١١٢ - ١٠٧

المبحث الثالث

رفع الدعوى إلى القاضي

١٨٦ - المحكمة المختصة برفع الدعوى إليها ١٨٧ - رسم الدعوى ١٨٨ - كيفية رفع الدعاوى والترتيب في رؤيتها ١٨٩ - هذه الكيفية من الأمور الاجتهادية ١٩٠ - ترك الترتيب في نظر الدعوى عند الضرورة ١٩١ - من أمثلة ترك الترتيب في نظر الدعوى للضرورة ١٩٢ - من يرفع الدعوى إلى القاضي ١٩٣ - الوكيل بالخصومة ١٩٤ - توكيل الوكيل غيره ١٩٥ - جعل في الوكالة بالخصومة ١٩٦ - انتهاء الوكالة بالخصومة ١٩٦ - مكرر رفع الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة .

١١٧ - ١١٣

المبحث الرابع

مقدمات المرافعة

١٩٧ - تمهيد ١٩٨ - إحضار المدعى عليه إلى مجلس القضاء إذا كان في بلد القاضي ١٩٩ - حضور المرأة وإحضارها إلى مجلس القضاء ٢٠٠ - إحضار المدعى عليه إذا كان في غير بلد القاضي ٢٠١ - جلوس الخصوم بين يدي القاضي ٢٠٢ - التسوية بين الخصمين ٢٠٣ - وصية عمر بن الخطاب إلى قاضيه بلزوم التسوية بين الخصوم ٢٠٤ - قضاة الإسلام يساؤون بين الخصوم ٢٠٥ - لا مصلحة للقاضي في خرق مبدأ التسوية بين الخصوم .

١٢٦ - ١١٩

المبحث الخامس

المرافعة بحضور الخصمين

٢٠٦ - القاضي يعظ الخصمين قبل المرافعة ٢٠٧ - بدء المرافعة بسؤال القاضي المدعي عن دعواه ٢٠٨ - سؤال القاضي المدعى عليه عن جوابه على ما ادعاه المدعي ٢٠٩ - أولاً: إقرار المدعى عليه بالمدعى به ٢١٠ - ثانياً: إنكار المدعى عليه ٢١١ - امتناع المدعى عليه عن الجواب ٢١٢ - علانية المرافعة ٢١٣ - سرية المرافعة ٢١٤ - مرافعة الأعجمي ٢١٥ - الراجع في مسألة الترجمة والترجمان ٢١٦ - طلبات الخصوم أثناء المرافعة ٢١٧ - طلب الحجز الاحتياطي ٢١٨ - آثار الحجز الاحتياطي ٢١٩ - تأجيل المرافعة ٢٢٠ - الآجال الإلزامية ٢٢١ - التعجيل بعد

التأجيل ٢٢٢ - إسقاط الدعوى مؤقتاً ٢٢٣ - إعلان ختام المرافعة .

١٢٧ - ١٣١

المبحث السادس

المرافعة مع غياب أحد الخصمين

٢٢٤ - تمهيد ٢٢٥ - أولاً: المرافعة مع غياب المدعى ٢٢٦ - ثانياً: المرافعة مع غياب المدعى عليه ٢٢٧ - الحالة الأولى المدعى عليه الغائب خارج بلد القاضي ٢٢٨ - الشرط في سماع الدعوى وإجراء المرافعة في هذه الحالة ٢٢٩ - للقاضي خياران عند سماعه الدعوى في هذه الحالة ٢٣٠ - قدوم الغائب قبل صدور الحكم ٢٣١ - قدوم الغائب بعد صدور الحكم ٢٣٢ - الحالة الثانية: المدعى عليه الغائب يقيم في بلد القاضي ٢٣٣ - هرب المدعى عليه بعد سماع البيئة ٢٣٤ - تعليق وتعقيب على ما تقدم .

١٣٣ - ٢٠٣

الفصل الثالث

وسائل الإثبات

١٣٣ - ١٣٤

٢٣٥ - تمهيد ٢٣٦ - تعداد وسائل الإثبات

١٣٥ - ١٣٨

المبحث الأول

الإقرار

٢٣٧ - تعريف الإقرار وبيان ماهيته ٢٣٨ - ركن الإقرار ٢٣٩ - حجية الإقرار ٢٤٠ - الإقرار حجة قاصرة ٢٤١ - حكم الإقرار ٢٤٢ - متى يجوز الرجوع عن الإقرار ٢٤٣ - شروط صحة الإقرار ٢٤٤ - أولاً: شروط المقر ٢٤٤ - (مكرر) ثانياً: شروط المقر به ٢٤٦ - ثالثاً: شروط المقر له ٢٤٧ - إدعاء المقر بما يبطل إقراره .

١٣٩ - ١٦٨

المبحث الثاني

الشهادة

٢٤٨ - تمهيد ومنهج البحث ١٣٩

١٤١ - ١٤٧

المطلب الأول

تعريف الشهادة وحكم تحملها وأدائها

٢٤٩ - تعريف الشهادة ٢٥٠ - حكم تحملها وأدائها ٢٥١ - لا يجوز كتم الشهادة ٢٥٢ - شروط قبول الشهادة وكيفية أدائها ٢٥٣ - القاضي يسمع

- شهادة الشهود سواء حضر الخصم أو لم يحضر ٢٥٤ - القاضي يكتب
 شهادة الشهود ٢٥٥ - للمشهد عليه الطعن في شهادة الشهود ٢٥٦ -
 شهادة الحسبة ٢٥٧ - الأمور التي تقبل فيها شهادة الحسبة ٢٥٨ -
 الشهادة على الشهادة ٢٥٩ - شروط الشهادة على الشهادة ٢٦٠ -
 الشهادة على النفي ٢٦١ - الجعل على الشهادة .

١٥٨ - ١٤٩

المطلب الثاني

شروط الشاهد

- ٢٦٢ - تعداد شروط الشاهد ٢٦٣ - شرح شروط الشاهد: أولاً: أن يكون
 بالغاً عاقلأً ٢٦٤ - ثانياً: أن يكون عالماً بما شهد به ٢٦٥ - مستند
 علم الشاهد الاستفاضة ٢٦٦ - صحة الشهادة بالاستفاضة ٢٦٧ -
 ثالثاً: أن يكون الشاهد مسلماً ٢٦٨ - صحة شهادة غير المسلم
 على المسلم في مواضع معينة ٢٦٩ - شهادة غير المسلم على غير
 المسلم ٢٧٠ - رابعاً: أن يكون الشاهد عدلاً ٢٧١ - كيف تعرف
 عدالة الشاهد إذا طعن فيها المشهود عليه؟ ٢٧٢ - إذا كان الشاهد
 مستوراً ولم يطعن فيه المشهود عليه فللفقهاء أقوال في هذه الحالة
 ٢٧٣ - أولاً: مذهب الإمام أبي حنيفة ودليله ٢٧٤ - ثانياً: مذهب
 الجمهور وجوب تزكية الشاهد المستور وبيان أدلتهم ٢٧٥ -
 إجراءات تزكية الشاهد ٢٧٦ - اتفاق أو اختلاف المزكين ٢٧٧ -
 فائدة التزكية السرية ٢٧٨ - هل تكفي تزكية المشهود عليه للشاهد؟
 ٢٧٩ - هل تجوز شهادة الفاسق في بعض الأحيان؟ ٢٨٠ - الشرط
 الخامس: عدم اتهام الشاهد في شهادته ٢٨١ - أسباب اتهام
 الشاهد: أ - العداوة، واختلاف الفقهاء فيها وبيان رأي أبي حنيفة
 والظاهرية وأدلتهم ٢٨٢ - أدلة الجمهور في رد الشهادة بسبب
 العداوة ٢٨٣ - ب - جلب المنفعة، وأقوال الفقهاء في رد شهادة
 الشاهد بسببها ٢٨٤ - ج - الشركة والوكالة و رد الشهادة بسببها
 ٢٨٥ - د - القرابة و رد الشهادة بسببها ٢٨٦ - هـ - الزوجية و رد
 الشهادة بسببها ٢٨٧ - الشرط السادس: سلامة الشاهد من بعض
 العاهات ٢٨٨ - ما اشترطه الحنابلة في موضع السلامة من
 العاهات .

١٦٤ - ١٥٩

المطلب الثالث

نصاب الشهادة

٢٨٩ - تمهيد ٢٩٠ - أولاً: نصاب الشهادة على الزنا ٢٩١ - ثانياً - نصاب الشهادة في بقية الحدود والقصاص ٢٩٢ - ثالثاً: نصاب الشهادة في غير الحدود والقصاص والأموال ٢٩٣ - رابعاً: نصاب الشهادة في الأموال ٢٩٤ - خامساً: شهادة الشاهد الواحد ويمين المدعي، واختلاف الفقهاء في قبولها، وبيان أدلة المانعين ٢٩٥ - أدلة المجوزين لقبول شهادة الشاهد الواحد ويمين المدعي، وبها يتبين رجحان قولهم ٢٩٦ - سادساً: قبول شهادة الشاهد الواحد ٢٩٧ - سابعاً: قبول قول المدعي وحده ٢٩٨ - ثامناً: شهادة النساء منفردات ٢٩٩ - قبول شهادة المرأة الواحدة.

١٦٨ - ١٦٥

المطلب الرابع

الرجوع عن الشهادة ومسؤولية الشهود

٣٠٠ - تمهيد ٣٠١ - أولاً: الرجوع عن الشهادة قبل صدور الحكم ٣٠٢ - ثانياً: الرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم ٣٠٣ - ثالثاً: الرجوع عن الشهادة بعد استيفاء الحق المحكوم به ٣٠٤ - مسؤولية الشهود عن رجوعهم عن الشهادة - أ - إذا كان المشهود به إتلافاً يجري فيه القصاص ٣٠٥ - ب - إذا كان المشهود به مالا ٣٠٦ - شاهد الزور ٣٠٧ - تعزير شاهد الزور ٣٠٨ - مسؤولية شاهد الزور ٣٠٩ - هل تقبل شهادة شاهد الزور التائب؟

١٧٥ - ١٦٩

المبحث الثالث

اليمين والنكول عنها

٣١٠ - تمهيد ٣١١ - المقصود باليمين ٣١٢ - لا يحلف أحد عن غيره ٣١٣ - لا إثم على الحالف الصادق ٣١٤ - الحقوق التي تجري فيها اليمين: أولاً - حقوق الأدميين وأقوال الفقهاء فيها ٣١٥ - ثانياً - حقوق الله وأقوال الفقهاء فيها ٣١٦ - شروط وجوب اليمين على المدعى عليه ٣١٧ - تحليل المدعى ٣١٨ - نكول المدعى عليه عن اليمين، وتكليف هذا النكول ٣١٩ - رد اليمين على المدعي، وأقوال الفقهاء فيه: أولاً -

القول الأول، ثانياً - القول الثاني، ثالثاً - القول الثالث ٣٢٠ - لا تقبل اليمين بعد صدور الحكم .

١٨٤ - ١٧٧

المبحث الرابع

علم القاضي

٣٢١ - تمهيد ٣٢٢ - الحالة الأولى : علم القاضي المتحصل عنده في مجلس القضاء ٣٢٣ - ينبغي أن لا يكون خلاف في حكم الحالة الأولى ٣٢٤ - الحالة الثانية : علمه المتحصل عنده خارج مجلس القضاء واختلاف الفقهاء في حكمها ٣٢٥ - أولاً - بيان مذهب الظاهرية ٣٢٦ - ثانياً - مذهب الشافعية : إذا كان المدعى به متعلقاً بحقوق الآدميين فعندهم قولان : القول الأول ٣٢٧ - القول الثاني للشافعية ٣٢٨ - مذهب الشافعية إذا كان المدعى به متعلقاً بحقوق الله ٣٢٩ - ثالثاً - مذهب الحنابلة ٣٣٠ - دفاع الحنابلة عن مذهبهم وردهم على مخالفهم ٣٣١ - رابعاً - مذهب الحنفية : قولهم في علم القاضي المتحصل عنده أثناء توليته القضاء ٣٣٢ - قول الحنفية في علم القاضي قبل توليته القضاء ٣٣٣ - تلخيص ابن عابدين لمذهب الحنفية ٣٣٤ - خامساً - مذهب المالكية ٣٣٥ - مناقشة الأقوال وأدلتها : مناقشة احتجاجهم بحديث إنكم تختصمون إليّ... إلخ ٣٣٦ - مناقشة احتجاجهم بحديث شاهدك أو يمينك ٣٣٧ - مناقشة الفقيه الشوكاني لمخالفه ٣٣٨ - القول الراجح، وأدلة الرجحان : أولاً - ما احتج به المانعون أقوى في الدلالة مما احتج به المجيزون ٣٣٩ - ثانياً - آثار الصحابة تدل على منع القاضي من الحكم بعلمه ٣٤٠ - ثالثاً - دفع التهمة عن القاضي تقضي بمنعه من الحكم بعلمه ٣٤١ - رابعاً - منع القاضي من الحكم بعلمه يمنع حكام السوء من ظلم الناس ٣٤٢ - تجويز الحكم بعلم القاضي يعني عدم إمكان مناقشته فيما استدل به وهذا ظلم بالمحكوم عليه، والظلم ممنوع شرعاً .

١٨٨ - ١٨٥

المبحث الخامس

القرائن

٣٤٣ - تمهيد وبيان المقصود بالقرائن ٣٤٤ - الشريعة الإسلامية اعتبرت القرائن

ولم تهدرها وأدلة ذلك ٣٤٥ - أولاً - الأدلة من القرآن الكريم: أ - من قصة يوسف ٣٤٦ - ب - من قصة يوسف أيضاً ٣٤٧ - ثانياً - الأدلة من السنة النبوية ٣٤٨ - ثالثاً - من أفضية الصحابة الكرام ٣٤٩ - مدى اعتبار القرائن عند الفقهاء ٣٥٠ - اعتراض ودفعه .

١٨٩ - ١٩٠

المبحث السادس

القسامة

٣٥١ - تعريف القسامة ٣٥٢ - متى تجب القسامة ٣٥٣ - اختلاف الفقهاء في الشبهة التي تثبت بها القسامة ٣٥٤ - كيفية إجراء القسامة وما يثبت بها عند الحنفية ٣٥٥ - كيفية أخرى للقسامة عند غير الحنفية، ولكن الراجح قول الأحناف .

١٩١ - ١٩٥

المبحث السابع

القيافة

٣٥٦ - تعريف القيافة ٣٥٧ - اختلاف الفقهاء في اعتبار القيافة ٣٥٨ - ثبوت نسب اللقيط بقول القافة واختلاف الفقهاء فيه وذكر أدلة المانعين ٣٥٩ - أدلة المثبتين لنسب اللقيط بقول القافة ٣٦٠ - عدد القافة المطلوب لثبوت النسب ٣٦١ - قول القائف إذا اتصل به حكم الحاكم ٣٦٢ - هل البينة (الشهادة) تنقض قول القائف؟ ٣٦٣ - ثبوت النسب بقول القافة لا يثبت به كفر ولا رق ٣٦٤ - قول القافة أقوى من ادعاء المدعي المنفرد ٣٦٥ - القافة تلحق اللقيط باثنين، والحكم في هذه الحالة عند الفقهاء .

١٩٧ - ٢٠٠

المبحث الثامن

القرعة

٣٦٦ - هل القرعة من وسائل الإثبات؟ ٣٦٧ - دليل مشروعيتها ٣٦٨ - متى يجري الأخذ بالقرعة ٣٦٩ - القرعة لتعيين من يحلف أولاً من الخصوم ٣٧٠ - القرعة بين ملتقطي اللقيط ٣٧١ - القرعة في الحضانة ٣٧٢ - القرعة في تعيين سهام الشركاء ٣٧٣ - القرعة بين متداعيين في عين ٣٧٤ - الإقراع في العتق ٣٧٥ - القرعة في الطلاق .

٢٠٣ - ٢٠١

المبحث التاسع

تعارض البيئات

٣٧٦ - تمهيد ٣٧٧ - القواعد التي تحكم البيئات المتعارضة ٣٧٨ - القاعدة الأولى: العمل بالبيئتين ٣٧٩ - القاعدة الثانية: العمل بالبيئة الراجحة ٣٨٠ - أ - الترجيح بالتواتر ٣٨١ - ب - ترجيح بيئة الخارج على بيئة الداخل ٣٨٢ - ج - ترجيح البيئة الناقلة على البيئة المستصحبة ٣٨٣ - د - الترجيح بكثرة العدد والاشتهار بالعدالة ٣٨٤ - القاعدة الثالثة: تهاثر البيئات.

٢٤٥ - ٢٠٥

الباب الثالث

الحكم

٢٠٥

٣٨٥ - تمهيد وبيان منهج البحث

٢١٥ - ٢٠٧

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق

٣٨٦ - القانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق ٣٨٧ - المقصود بالقانون الإسلامي ٣٨٨ - هل يجوز تقييد القاضي بمذهب معين؟ ٣٨٩ - ضرورة الاجتهاد للقاضي ٣٩٠ - لا يجوز تعيين المقلد في منصب القضاء إلا عند الضرورة ٣٩١ - متى يقضي القاضي باجتهاده ٣٩٢ - الدليل على أن رجوع القاضي إلى اجتهاده يكون إذا لم يجد الحكم في الكتاب أو في السنة أو في الإجماع ٣٩٣ - ضرورة الالتزام بترتيب مصادر الأحكام عند الرجوع إليها ٣٩٤ - قانون القاضي المقلد الذي يحكم به ٣٩٤ (مكرر) - هل يجوز لولي الأمر إلزام القضاة بمذهب معين؟ ٣٩٥ - هل يجوز تقنين الأحكام الفقهية؟ ٣٩٦ - الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق بالنسبة لغير المسلمين، وبهذا صرح المفسرون ٣٩٧ - اعتراض ودفعه ٣٩٩ - لغير المسلمين بعض الأحكام الخاصة بهم بموجب الشريعة الإسلامية وليس عن طريق الإحالة إلى شرائعهم الدينية.

٢١٧ - ٢١٩

الفصل الثاني

إصدار الحكم

٤٠٠ - المشاورة قبل إصدار الحكم ٤٠١ - فائدة المشاورة ٤٠٢ - المشاورة معلمة وغير ملزمة للقاضي ٤٠٣ - التعجيل في إصدار الحكم ٤٠٤ - صيغة الحكم وألفاظه ٤٠٥ - كتابة الحكم وتسليم نسخة منه إلى المحكوم له .

٢٢١ - ٢٢٣

الفصل الثالث

طبيعة الحكم

٤٠٦ - تمهيد وبيان المقصود بطبيعة الحكم ٤٠٧ - أولاً: طبيعة الحكم بالنسبة للأموال ٤٠٨ - ثانياً: طبيعة الحكم بالنسبة للعقود والفسوخ عند الجمهور ٤٠٩ - ثالثاً: رأي الإمام أبي حنيفة في أثر الحكم في العقود والفسوخ ٤١٠ - القول الراجح .

٢٢٥ - ٢٣٩

الفصل الرابع

نقض الحكم وإبرامه

٢٢٥

٤١١ - تمهيد

٢٢٦ - ٢٣١

المبحث الأول

قواعد النقض والإبرام

٤١٢ - القاعدة الأولى: الاجتهاد لا ينقض بمثله ٤١٣ - مبررات القاعدة ٤١٤ - القاعدة الثانية: السوابق القضائية لا تلزم القاضي ٤١٥ - القاعدة الثالثة: ينقض الحكم المخالف للنص أو للإجماع ٤١٦ - القاعدة الرابعة: تنقض أحكام قضاة الجور والسوء ٤١٧ - ملاحظات حول القاعدة الرابعة ٤١٨ - القاعدة الخامسة: نقض الأحكام بسبب التهمة ٤١٩ - هل يكفي مجرد التهمة لنقض الحكم بالرغم من صحته وسلامته؟ ٤٢٠ - القاعدة السادسة: تدقق أحكام قليل الفقه ومن لا يشاور فيبرم منها الصحيح وينقض منها ما كان خطأ بيناً ٤٢١ - القاعدة السابعة: ينقض الحكم الناقض إذا كان الحكم المنقوض صحيحاً.

المبحث الثاني

٢٣٣ - ٢٣٩

الجهة التي لها حق النقض والإبرام

٤٢٢ - تمهيد ٤٢٣ - أولاً: ينقض الحكم من أصدره ٤٢٤ - ثانياً: ينقض الحكم غير من أصدره ٤٢٥ - هل تنقض الأحكام وتبرم بطلب أو بدون طلب؟ ٤٢٥ - (مكرر) - أولاً: يتم النقض بدون طلب ٤٢٦ - ثانياً: لا يجب على القاضي الجديد أن ينظر في أحكام من سبقه ٤٢٧ - ثالثاً: يجوز للقاضي أن ينظر في أحكام من سبقه من تلقاء نفسه فيبرم الصحيح وينقض المخالف للشرع إذا كان في حق الله ٤٢٨ - المالكية والشافعية لا يفرقون بين حق الله وحق الآدمي، عند نظر القاضي في أحكام من سبقه من تلقاء نفسه ٤٢٩ - من يدقق وينقض ويبرم أحكام قليل الفقه ومن لا يشاور؟ ٤٣٠ - تنظيم نقض الأحكام وإبرامها ٤٣١ - يمكن وضع نظام لتنظيم نقض الأحكام وإبرامها في ضوء ما قاله الفقهاء ٤٣٢ - الدليل على جواز النظام المقترح لتنظيم نقض وإبرام الأحكام ٤٣٣ - الدليل على جواز حصر ولاية النقض والإبرام بقضاة مخصوصين ٤٣٤ - بيان كيفية النظر في نقض وإبرام الأحكام ٤٣٥ - ما يصدره حكام النقض والإبرام، لا يعاد النظر فيها إلا بشروط معينة.

الفصل الخامس

٢٤١ - ٢٤٥

تنفيذ الحكم

٤٣٦ - تمهيد ٤٣٧ - القاضي الذي أصدر الحكم هو الذي ينفذه ٤٣٨ - كيفية التنفيذ إذا كان المحكوم به عقاراً أو منقولاً ٤٣٩ - تنفيذ المحكوم به إذا كان ديناً ٤٤٠ - تنفيذ العقوبات ٤٤١ - القاضي يكتب إلى غيره لينفذ حكمه ٤٤٢ - تعيين قاضٍ خاصٍ للتنفيذ ٤٤٣ - وسائل حمل المحكوم عليه على التنفيذ ٤٤٤ - أولاً: منعه من السفر ٤٤٥ - ثانياً: حبس المدين ٤٤٦ - الحجر على المدين ٤٤٧ - بيع أموال المدين المحكوم عليه ٤٤٨ - هل تباع جميع أموال المدين المحكوم عليه؟ وأقوال الفقهاء في ذلك.

٢٤٧ - ٢٥٢

الباب الرابع

التحكيم

٤٤٩ - تمهيد ٤٥٠ - تعريف التحكيم ٤٥١ - دليل مشروعته ٤٥٢ - شروط الحكم (المحكم) ٤٥٣ - ما يجوز فيه التحكيم: أولاً - بيان مذهب الحنفية ٤٥٤ - ثانياً - مذهب المالكية ٤٥٥ - ثالثاً - مذهب الشافعية ٤٥٦ - رابعاً - مذهب الحنابلة ٤٥٧ - الرجوع عن التحكيم ٤٥٨ - لزوم حكم الحكم ونفاذه ٤٥٩ - مذهب الشافعية في لزوم حكم الحكم ٤٦٠ - قانون الحكم الذي يحكم به ٤٦١ - نقض حكم الحكم وإيرامه ٤٦٢ - تنفيذ حكم الحكم ٤٦٣ - يجوز للحكم أن يكتب إلى القضاة لتنفيذ حكمه .

٢٥٣ - ٢٦١

الباب الخامس

ولاية المظالم أو قضاء المظالم

٤٦٤ - تمهيد ٤٦٥ - تعريف ولاية المظالم ٤٦٦ - طبيعة ولاية المظالم ٤٦٧ - أسماء من يتولى قضاء المظالم ٤٦٨ - شروط من يتولى قضاء المظالم ٤٦٩ - الخلفاء يباشرون قضاء المظالم ٤٧٠ - من يعين قاضي المظالم ٤٧١ - اختصاصات قاضي المظالم ٤٧٢ - أولاً: النظر في تعديت الولاية على الرعية ٤٧٣ - عمر بن الخطاب رضي الله عنه يحاسب ولاته ٤٧٤ - الخليفة مسؤول عن ظلم ولاته للرعية ٤٧٥ - ثانياً: رد مظالم الدولة في جباية الأموال ٤٧٦ - ثالثاً: ينظر قاضي المظالم في كيفية قيام الموظفين بأعمال ووظائفهم ٤٧٧ - رابعاً: يرد والي المظالم الغصبوات إلى أصحابها ٤٧٨ - خامساً: وينظر في الأوقاف ليجعلها حسب شروط الواقفين ٤٧٩ - سادساً: وينظر والي المظالم في تنفيذ ما لم ينفذ من أحكام القضاة ٤٨٠ - سابعاً: النظر فيما عجز عنه الناظرون في الحسبة ٤٨١ - لا يخرج قاضي المظالم عن موجب الحق ومقتضاه ٤٨٢ - هيئة محكمة المظالم ٤٨٣ - قانون قاضي المظالم الذي يحكم به، ووسائل الإثبات التي يأخذ بها ٤٨٤ - أيام عمل قاضي المظالم ٤٨٥ - الفروق بين قاضي المظالم وبين غيره من القضاة.

٢٦٣ - ٢٨٩

الباب السادس

الحسبة

٢٦٣

٤٨٦ - تمهيد ٤٨٧ - منهج البحث

٢٦٥ - ٢٦٦

الفصل الأول

تعريف الحسبة ودليل مشروعيتها

٤٨٨ - تعريف الحسبة لغة واصطلاحاً ٤٨٩ - دليل مشروعيتها ٤٩٠ - درجة مشروعيتها.

٢٦٧ - ٢٨٩

الفصل الثاني

أركان الحسبة

٢٦٧

٤٩١ - تمهيد.

٢٦٩ - ٢٧٧

المبحث الأول

المحتسب

٤٩٢ - المحتسب والمتطوع ٤٩٣ - ولاية المحتسب والمتطوع ٤٩٤ - الفروق بين المحتسب والمتطوع ٤٩٥ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين المحتسب والقاضي ٤٩٦ - تحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما ٤٩٧ - أوجه الاتفاق والاختلاف بين المحتسب وناظر المظالم ٤٩٨ - شروط المحتسب ٤٩٩ - أولاً: أن يكون مكلفاً ٥٠٠ - ثانياً: أن يكون مسلماً ٥٠١ - ثالثاً: أن يكون مأذوناً من الخليفة أو ولي الأمر ٥٠٢ - رابعاً: العدالة ٥٠٣ - خامساً: العلم ٥٠٤ - هل يشترط فيه العلم بجميع الصنائع؟ ٥٠٦ - اتباع أسلوب في تعيين المحتسبين يحقق فيهم المعرفة بجميع الصنائع ٥٠٧ - سادساً: القدرة ٥٠٨ - آداب المحتسب.

٢٧٩ - ٢٨٢

المبحث الثاني

المحتسب عليه

٥٠٩ - من هو المحتسب عليه ٥١٠ - أصناف المحتسب عليهم ٥١١ - أولاً: الأقباب ٥١٢ - ثانياً: القضاة وأعوانهم ٥١٣ - ثالثاً: الأمراء ورجال السلطة التنفيذية ٥١٤ - رابعاً: أصحاب المهن والحرف المختلفة ٥١٥ - خامساً: غير المسلمين.

٢٨٨ - ٢٨٣

المبحث الثالث

المحتسب فيه

- ٥١٦ - ما هو المحتسب فيه؟ ٥١٧ - اتساع موضوع الحسبة (المحتسب فيه)
 ٥١٨ - أمثلة على سعة المحتسب فيه، أولاً: في أمور العقيدة ٥١٩ -
 ثانياً - العبادات ٥٢٠ - مما يتصل بالعبادات ٥٢١ - ثالثاً: المعاملات
 ٥٢٢ - رابعاً: ما يتعلق بالطرق ٥٢٣ - خامساً: ما يتعلق بالحرف
 والصناعات ٥٢٤ - سادساً: ما يتعلق بالأخلاق والآداب.

٢٨٩

المبحث الرابع

الاحتساب

- ٥٢٥ - معنى الاحتساب ٥٢٦ - ما يتم به الاحتساب

٢٩١

الخاتمة

٢٩٣ - ٣٢٦

فهارس الكتاب

٢٩٥ - ٢٩٧

فهرس الآيات

٢٩٩ - ٣٠١

فهرس الأحاديث

٣٠٣ - ٣٠٧

فهرس المراجع

٣٠٩ - ٣٢٦

فهرس الموضوعات

