

حجّية المحكم القضائي

بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة

« القسم الأول »*

الدكتور محمد نعيم ياسين
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

بين يدي البحث :

القضاء من أخطر الوظائف التي تقوم بها الدولة، وقد عده الاسلام من أهم وظائف الخلافة في الأرض، فقال عز وجل: (ياداود إنا جعلناك خليفة في الأرض، فاحكم بين الناس بالحق، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله)(١).

وأساس خطورته الغاية السامية التي نيط به تحقيقها، وهي الحكم بين المتخاصمين بالحق والعدل، المتمثل في شرع الهدى الذي أودعه الله عز وجل في كتابه الكريم، وفي سنة رسوله محمد عليه الصلاة والسلام، وإعادة ما أصابه الخلل من الأوضاع والعلاقات إلى نصابه، وإلزام الأطراف كلهم بالوضع الذي يرضى عنه خالقهم، فيكون بذلك إجابة لنداء الربّ جل وعلا، حيث قال: (ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر)(٢).

* القسم الثاني من هذا البحث يتبع في العدد القادم إن شاء الله تعالى

(١) ص آية رقم ٢٦

(٢) النساء آية رقم ٥٩

ولكن آية وظيفة لا يمكن أن تظهر فاعليتها، أو ثمر ثمارها، وتحقق غاياتها، إن لم يكن لها من الدعم والتأييد ما يوضع أعمالها ومنجزاتها موضع الاحترام والإلزام والتنفيذ في الواقع، فكيف بوظيفة يتوقف عليها فصل الخصومات وقطع المنازعات، ووضع حد للخلافات التي تعد نتيجة ضرورية لاجتماع الناس، وتعاملهم، واحتكاك بعضهم ببعض؟!!

ولقد عرف علماء الاسلام هذه الحقيقة فأكدوا من أول الأمر في أبحاثهم الدائرة حول القضاء أنه يقوم على إلزام الخصوم، واستحقاق التنفيذ، والحصانة من الإبطال أو التغيير إلا في مواضع مستثناة، فصلوها وحددوها. حتى إنهم أدخلوا هذا المعنى في تعريف القضاء نفسه، فقالوا في تعريفه (إنه صفة حكيمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي)(٣)، وقال آخرون منهم: (إنه الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام)(٤)، والنفوذ والإلزام يقتضيان حصانة من الإبطال والنقض، وإلا فلا نفاذ لقضاء باطل أو منقوض.

وبهذه الخاصية للقضاء فرق الفقهاء بينه وبين الافتاء، الذي هو مجرد الاخبار عن حكم الشارع دون إلزام للمستفتي(٥).

بل إن اختيارهم للفظ القضاء ليكون اسما لهذه الوظيفة ينطوي على إرادة هذا المعنى، لأن أصل معناه في اللغة القطع والفصل وإحكام الشيء وإمضاؤه، والفراغ منه وإنهاؤه، والقاضي معناه في اللغة: القاطع للأمر المحكم لها(٦).

غير أنه يمكن أن يقال: إن القضاء الذي يمنح تلك القوة، ويستحق ذلك الدعم، هو الذي يلتزم فيه بالغاية التي حددها له الشارع الحكيم، وهي معرفة الحق ووضعها في مكانه، فإن حاد عن هذه الغاية لم يكن له تلك الحجية الشرعية. إلا أن هذا الأمر، وإن بدا سهلاً

-
- (٣) الرصاع التونسي - شرح حدود ابن عرفة الطبعة الأولى ١٣٥٠هـ ص ٤٣٣، الخطاب - مواهب الجليل ج٦ ص ٨٦ (طبع ١٣٢٩هـ)
 - (٤) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج١ ص ١٢ (مطبعة الحلبي ١٩٥٨م)
 - (٥) القرافي - الاحكام في تمييز الفتاوى من الاحكام وتصرفات القاضي والإمام ص ٥ طبع ١٩٣٨م (الطبعة الأولى)، الخطيب الشربيني - معني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (طبعة الحلبي ١٩٣٣م) ج١ ص ٣٧٢، ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين ج١ ص ٣٦ طبع ١٩٦٨م.
 - (٦) انظر: لسان العرب ومختار الصحاح مادة قضي.

من الناحية النظرية، لكنه أكثر تعقيداً عند التطبيق في الواقع، لأن معرفة الحق مبناه على معرفة حكم الشارع في القضية، وهذه المعرفة مبنية في أكثر الأحيان على الاجتهاد، والاجتهاد مبني على اختلاف وجهات النظر، وكذلك معرفة صاحب الحق مبني على دراسة الواقع وحجاج الخصوم، وقوة البَيِّنات والدلائل. وكل ذلك قد يشمل كثيراً من الاحتمالات، وقد يكون عرضة للوقوع تحت تأثير كثير من المؤثرات، فيطول — بذلك — البحث عن الحق وصاحبه، وبخاصة إذا صادفت القضية انساناً مباحكاً أو جاهلاً أو ماكرًا، فيؤدّي ذلك إلى مفسدة عامة، هي فقدان الثقة في القضاء، وعدم اطمئنان النفوس لما يصدر عنه من أحكام تكون عرضة للنقص والتغير، وعدم استقرار التعامل بين الناس بسبب ذلك القلق، فكيف يمكن التوفيق بين هذه الاعتبارات، وتحصيل المصالح ودفع المفسدات في خصم هذه المتشابكات؟.

لاشك في أن أحسن النظم القضائية هو الذي يوصل عند التطبيق إلى أبعد مدى في الحفاظ على الهدفين السابقين: حماية كلمة القضاء، ومن ثم اطمئنان نفوس الناس لما تمنحهم هذه الكلمة من الحقوق، وانطلاقهم للتعامل بها على أسس ثابتة مستقرة موثوق بها، والهدف الثاني: ضمان العدالة باكتشافها أولاً، وتوزيعها على أصحابها ثانياً.

فماذا كان موقف فقهاء الاسلام من هذه القضية؟ وكيف توصلوا باجتهاداتهم واستنباطاتهم الشرعية إلى التوفيق بين الغايتين السابقتين، والمصلحتين المعبرتين؟ وكيف استطاعوا إقامة التوازن — الذي يعد بحق خصيصة بارزة من خصائص الاسلام — بين مصلحة الفرد، المتمثلة في حقه في الحصول على العدالة مهما كان طريقها شاقاً وطويلاً، وبين مصلحة الجماعة، المتمثلة في استقرار التعامل بين أفرادها، والثقة في أحكام قضاتها؟

الإجابة عن هذا السؤال هي غاية هذا البحث. وأما موضوعه، الذي نرجو بيانه أن يوصلنا إلى تلك الغاية، فهو مدى الحجية التي جعلها فقهاء المسلمين للأحكام القضائية، والحالات التي يؤخذ فيها بهذه الحجية، والحالات التي يضحى فيها بها من أجل الحق والعدالة.

وتتبعاً للفائدة، سنشير بعون الله تعالى، إلى الحلول التي تبنتها القوانين الوضعية،

ووضحها شراحها، هذه القضايا، وإلى الكيفيات التي اتخذوها في التوفيق بين مقتضيات العدالة، ومقتضيات الاستقرار.

خطة البحث :

وفي سبيل ذلك نتبع في معالجة هذا البحث الخطة التالية:

- ١- توضيح المقصود بحجية الحكم القضائي.
 - ٢- بيان مظاهر حجية الحكم القضائي وفروعها التطبيقية.
 - ٣- بيان الحدود والقيود والاستثناءات التي ترد على مبدأ حجية الحكم القضائي.
 - ٤- آراء الفقهاء والعلماء في الأسس الشرعية والقانونية التي انبنى عليها مبدأ الحجية.
- ونجعل لكل موضوع من هذه الموضوعات مطلباً خاصاً به، ونختم البحث بخلاصة نُصّمتها ملخصاً لأهمّ الفوائد التي اشتمل عليها البحث.

ومن الله العليّ القدير نستمد العون، وعليه سبحانه وتعالى نتوكل.

المطلب الأول في مفهوم حجية الحكم القضائي

الحكم القضائي :

الحكم القضائي عند العلماء المسلمين هو (فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي على سبيل الإلزام)(٧). ومعنى «فصل الخصومة» الحل الذي يقع في نفس القاضي

(٧) انظر هذا التعريف وشرحه في نظرية الدعوى - محمد نعيم ياسين - القسم الثاني ص ٢٠٣، نشر وزارة الاوقاف الأردنية.

للنزاع المعروض عليه، بناء على تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع، ويعبر عنه بقول أو فعل، يتضمن الالتزام لكل من الخصمين بالأوضاع الحقوقية التي يراها القاضي في ذلك الحل (٨).

والأحكام الشرعية التي يطبقها القاضي على النزاع، قد يأخذها بصورة مباشرة من دليل شرعي تفصيلي، كنص آية كريمة، أو حديث شريف، وقد يستنبطها القاضي باجتهاده المبني على القياس أو غيره من المصادر الفرعية.

وأما معرفة الوقائع فمسبل القاضي إليها حجاج الخصوم من بينات وإقرار وأيمان وقرائن، ونحو ذلك من وسائل الإثبات المعتمدة.

وثمره الحكم القضائي هي خروج كل من طرفي الخصومه بمراكز شرعية جديدة تختلف عن تلك التي كانوا عليها قبل صدور الحكم، إما زيادة، وإما نقصا، وقد تكون الزيادة مجرد تقوية للاوضاع السابقة.

والحكم القضائي في الفقه الاسلامي لا ينتج تلك الثمرة إلا بشروط، فصلها الفقهاء، من أهمها: أن يتقدم الحكم خصومة ودعوى صحيحة، وأن يصدر الحكم بصيغة تدل على الإلزام، وأن يكون واضحاً في تحديد المحكوم والمحكوم له، وأن يكون في حضرة الخصوم، وأن يصدر عن قاض صحيح التولية (٩).

مفهوم الحجية في الشريعة الإسلامية:

الحل الذي يعلنه القاضي المسلم لخصومة معروضة عليه، يبينه على مقدمات وقائع، تندرج تحت أحد نوعين اثنين هما:

أولاً — الوقائع التي يدعيها أطراف الخصومة، ويكشف عنها الشهود وطرق

(٨) ابن فرحون — تبصرة الحكام جـ ١ ص ١١٧ طبع ١٩٥٨، القرافي — الاحكام ص ٨ (مرجع سابق).

(٩) انظر تفصيل هذه الشروط في نظرية الدعوى — القسم الثاني ص ٢٠٦ وما بعدها، نشر وزارة الاوقاف الاردنية.

الاثبات الأخرى. والثاني - الحكم الشرعي الذي يأخذه القاضي من المصادر الشرعية من كتاب أو سنة أو اجتهاد؛

والحكم القضائي هو محصلة تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع التي يدعيها الخصوم وتكشف عنها البيّنات.

وبهذا يتبين أن الحكم القضائي عمل بشري يدخل عليه احتمال الخطأ، كما يدخل على غيره من أعمال البشر. والخطأ يحتمل أن يرد عليه من جهتين: الأولى - جهة اكتشاف الحكم الشرعي أثناء طلبه من مصادره الشرعية. الثانية - جهة تقدير الوقائع التي ادعاها أطراف الخصومة، وتكشف عنها التحقيق والنظر في الحجج الشرعية.

فهذان احتمالان لا يسلم منهما أي حكم قضائي، مهما كانت براءة القاضي الذي قضى به، ولو أخذنا بعين الاعتبار في الأحكام، لتعطل القضاء، ولما نفذ أي حكم يصدر عنه، ولعمت الفوضى بين العباد. لهذا كان لا بد من حمل الأحكام القضائية على الصحة، وإهمال مقتضى هذين الاحتمالين، ويؤيد سلامة هذا الاتجاه في تقدير الحكم القضائي سلامة حال القاضي من حيث الشروط المطلوبة لتعيينه، وسلامة أسلوب الإصدار من الناحية الشكلية باستكمال الشروط الشرعية المطلوبة في الأحكام القضائية.

من هذا المنطلق تحدد مفهوم حجية الحكم القضائي عند فقهاء المسلمين، بأن الظاهر من كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية الصحة وتحقيق العدالة، وبالتالي استحقاق التنفيذ، وبناء على هذا الظاهر لا يلبي طلب أحد بإعادة النظر في القضية، ولا بتأجيل تنفيذ الحكم، أو نقضه، إذا كان هذا الطلب مبنياً على مجرد احتمال، ولم يقترن بدليل مقبول يقتضي فائدة جديدة من الاعادة (١٠).

ومن صرح بهذا المعنى من الفقهاء المسلمين الماوردي، والقاضي ابن أبي الدم من الشافعية، وابن فرحون من المالكية. ومن عباراتهم في ذلك قول الماوردي: (الظاهر من

(١٠) العقبي - تكملة المجموع ج ٢٠ ص ٢٨٣ (نشر المكتبة السلفية - المدينة المنورة)

أحكام القاضي نفوذها على الصحة(١١)، وعبارة ابن أبي الدم قريبة من هذا(١٢)، ومنه قول ابن فرحون: (يحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور)(١٣).

ومفهوم الظاهر — كما هو عند علماء أصول الفقه الإسلامي — يقتضي أن يصار إليه، ويعمل بما يدل عليه من أحكام وحقوق، ولا يجوز تركه إلى غيره إلا بدليل يدل على جواز الترك. ولكنه قابل للتغيير إذا قامت أدلة وقرائن تقتضي ذلك(١٤).

ومقتضى قول الفقهاء بحمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر، أن هذا الحكم يجب تنفيذه والعمل به، وعدم إعادة البحث فيه لغير دليل، واعتباره حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه، وهناك مقتضيات أخرى سيأتي تفصيلها في المطلب الثاني من هذا البحث إن شاء الله تعالى.

ومن جهة أخرى فإن حمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر يقتضي أن لا يعتبر ذلك الحكم مقدسا إلى درجة لا يمكن معها نقضه، وإنما هو معرض للنقض والتغيير إذا قامت أدلة قوية على مجانبته للصواب والحق(١٥)، لأن روح الإسلام وقواعده تأبى أن تعترف بأي وضع يتبين بأدلة كافية أنه باطل، لأن الباطل منكر، والمنكر يجب تغييره، وإلى هذا أشار الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتابه إلى أبي موسى الأشعري حيث قال: (إن الحق قديم لا يبطله شيء، وإن الرجوع إلى الحق أولى من التماذي في الباطل)(١٦).

-
- (١١) الماوردي — أدب القاضي ح ١ ص ٦٩١ (مطبعة الارشاد — بغداد — تحقيق محيي هلال سرحان)
(١٢) ابن أبي الدم — أدب القضاء ص ٨١ (مطبعة زيد بن ثابت ١٩٧٥ م)
(١٣) ابن فرحون — تبصرة الحكام ح ١ ص ٧٤ (مرجع سابق).
(١٤) انظري في مفهوم الظاهر: محمد أديب الصالح — مصادر التشريع الاسلامي ص ٢٣٢، ط ١ وتفسير النصوص ح ١ ص ٢٢٢، ط ٢.
(١٥) المعقبى — تكملة المجموع ح ٢٠ ص ١٣٨ (مرجع سابق)
(١٦) من كتاب عمر لأبي موسى الأشعري: رواه الدارقطني من طريقين — سنن الدارقطني ح ٤ ص ٢٠٦ طبع ١٩٦٦، البيهقي — السنن الكبرى طبع ١٣٥٥ هـ ح ٤ ص ١٥٠، الصنعاني: سبل السلام ح ٤ ص ١٦٢ طبع ١٣٤٥ هـ.

مفهوم الحجية في القوانين الوضعية:

قاعدة الحجية في القوانين الوضعية، وعند شرحها، نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم القضائي، و يعتبر بمقتضاها متضمناً قرينة لا تقبل الدليل العكسي على أنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع (١٧). وعرفها بعضهم بأنها فكرة قانونية مؤداها أن الحكم القضائي، إذ يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة، فإنه يحوز الاحترام، سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى، بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها الحكم مرة أخرى تعين عدم قبولها، وإذا ما أثير ما قضى به الحكم أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد (١٨).

ففي القوانين الوضعية لاسبيل إلى إبطال حكم قضائي إذا صدر مستوفياً لشروطه من حيث الشكل، حتى وإن تبين بالدلائل القطعية تنكبه عن طريق الحق.

ولكن يخفف من هذا المسلك القانوني المشدد في إضفاء الاحترام الزائد على الأحكام القضائية، النظام الوضعي المتبع في التقاضي، حيث يتيح الفرصة أمام المتخاصمين للتقاضي أكثر من مرة في الخصومة الواحدة. ومع أن شرح القوانين الوضعية لا يرون في هذا المسلك مساساً بحجية الحكم القضائي، ويفرقون بين ما يسمى عندهم بقوة الأمر المقضي، وبين ما يسمى بحجية الأمر المقضي، وأن الأولى أمر زائد على الثانية، حيث يعنى صيرورة الحكم نهائياً غير قابل للظعن فيه (١٩)، فإننا نؤيد بعض علماء القانون الفرنسيين الذين يرون أن الحكم لا يتمتع بحجية الأمر المقضي حتى يصبح نهائياً، وغير قابل للظعن فيه (٢٠)، لأن الحجية، إذا كانت — كما يقولون — قرينة لا تقبل الدليل العكسي على أن الحكم قضى بالحق والعدل، فإن هذا المعنى يقتضي أن لا يجوز طرح القضية مرة أخرى، لأمام المحكمة

(١٧) رمزي سيف — الوسيط في شرح قانون المرافعات ط ٣ ص ٧٢٥، ٧٢٦، أبو الوفا — التعليق على نصوص قانون الإثبات ط ١ ص ٢٣١

(١٨) فتحي والي — قانون القضاء المدني ح ١ ص ٢٦٧ (طبع ١٩٧٧ م).

(١٩) عبد الباسط جيمي ومحمد محمود إبراهيم — مبادئ المرافعات ص ٦١٥ طبع ١٩٧٨ م، فتحي والي — قانون القضاء المدني ح ١ ص ٢٧٤ (سابق).

(٢٠) فتحي والي — قانون القضاء المدني ح ١ ص ٢٧٤ (مرجع سابق)

التي أصدرته، ولا المحاكم الأخرى سواء أكانت استثنائية أم نقضية، ولو جاز لكان معنى ذلك أن لمحاكم الدرجة الثانية تغيير ما هو حق وعدل في اعتبار القانون، ولا يقول بهذا أحد.

هذا وإن ترجيحنا للقول القائل بعدم الحجية للأحكام غير النهائية لا يعني أنه يجوز لأية محكمة أخرى أن تغيرها أو تعيد النظر فيها، بل هذا لا يتعارض مع حصر جواز إعادة النظر في الأحكام بنوع معين من المحاكم، كذلك التي تسمى بمحاكم الاستئناف، ويكون ذلك من باب تحديد الاختصاص، ومخالفته لا تكون مخالفة لبدأ الحجية، ولكن مخالفة لقواعد الاختصاص، ونتيجة هذه المخالفة بطلان الحكم الصادر عن المحاكم التي تصدر عنها.

وبناء على ما تقدم يتضح أن حجية الحكم القضائي تتفاوت عند القوانين الوضعية في قوتها بين مرحلة وأخرى، من مراحل الحكم، فبينما تبدأ ضعيفة جداً بل منعدمة، كما قال بعض علماء القانون، وذلك بعد صدورها لأول مرة، فإنها تغدو نهائية وقاطعة لا يجوز المساس بها، بعد استنفاد الخصوم لجميع فرصهم للطعن بالحكم.

وأما في الفقه الإسلامي، فالأمر مختلف، من حيث أن قوة الحجية التي يتمتع بها الحكم القضائي الصادر وفق الشروط الشرعية، لا تختلف قوة وضعفاً باختلاف المراحل التي يمر فيها الحكم، وإنما يجوز الحكم القضائي الصحيح حجية ذات قوة محددة من أول الأمر، وهي اعتباره محققاً وعادلاً من حيث الظاهر، وهذه القوة تكفي لجعله مستحقاً للتنفيذ، وهذه الحجية يجب على كل القضاة احترامها، ولا يستثنى منهم أحد، بل يجب على جميع الحكام مراعاتها، وليس لأحد منهم أن ينقض الحكم القضائي الصادر وفق الشروط الشرعية.

المطلب الثاني

مظاهر حجية الحكم القضائي وتطبيقاتها

إن حمل الأحكام القضائية على الصحة في الظاهر، يستوجب احترامها، وترتيب آثارها عليها، وعدم تعطيل العمل بها بحجة الاحتمالات التي لم تقم عليها أدلة معتبرة في الشرع. ويظهر هذا الاحترام في عدة مظاهر نوه بها الفقهاء في كتبهم، هي:

المظهر الأول : عدم تعقب القاضي لأحكام القضاة السابقين:

ليس للقاضي أن ينظر في الأحكام التي صدرت عن غيره من القضاة الذين سبقوه، إذا كان أولئك القضاة قد تحققت فيهم جميع شروط التولية من عدالة وعلم وغير ذلك، قال ابن فرحون (فأما العالم العادل، فلا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها، إن عرض فيها عارض بوجه خصومة، فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا، وإن سأله الخصم ذلك....)(٢١). وهذا المظهر للحجية مقيد بما إذا لم يقم أحد الخصوم بطلب النظر في حكم من الأحكام، ولم يكن معه حجة تدل على أن الحكم كان باطلاً أو ظالماً. أما مجرد طلب الخصم إعادة النظر في حكم قضائي لا يميز للقاضي تلبية طلبه، إلا إذا كان مع المتظلم بينة تشهد بصحة دعواه.

على أن بعض فقهاء الشافعية يرى أنه يجوز للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة الذين سبقوه، وإن لم يكن ذلك واجباً عليه، زيادة في الاحتياط، حتى إذا ما وجد حكماً فيه سبب من أسباب النقض الشرعية، نقضه، وهذا قول أبي حامد الاسفراييني من الشافعية.

ولكن بقية علماء الشافعية وجميع فقهاء المالكية لا يميزون للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة السابقين من غير متظلم معه بينة شرعية تدل على استحقاق الحكم للنقض، لسببين:

(٢١) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج ١ ص ٧٤ (مرجع سابق)

الأول: أنه لا يجوز للقاضي أن يتشاغل بماض لم يلزمه ولم يكلف بالنظر فيه، عن مستقبل يجب عليه، والثاني: أنه يتضمن معنى القدرح في القضاة السابقين، لأن الظاهر، كما تقدم، نفوذ أحكامهم على الصحة، ويجب صيانة القضاة عن الابتدال، ومرفق القضاء عن الوهن (٢٢).

وإذا لم يجز للقاضي أن يتعقب أحكام القضاة الذين سبقوه في منصب القضاء، وانتهت ولايتهم، فإنه من باب أولى أن لا يمكن القاضي من النظر في أحكام القضاة الآخرين، الذي لا يزالون في ولايتهم، إذ الضرر من تتبع أحكامهم أشد من تتبع أحكام القضاة السابقين، وقد نص بعض علماء المذهب المالكي على أنه: إذا اشتكى على القاضي في قضية حكم بها، ورفع ذلك إلى الأمير، فإن كان القاضي مأموناً في أحكامه، عدلاً في أحواله، بصيراً بقضائه، فليس للأمير أن يعرض له في ذلك، ولا يقبل شكوى من شكاه، ولا يجلس الفقهاء للنظر في قضائه، فإن ذلك من الخطأ إن فعله، ومن الفقهاء إن تابعوه على ذلك. وإن كان عنده متهماً في أحكامه، أو غير عدل في حاله، أو جاهلاً بقضائه فليعزله وليؤت غيره، ولو فعل ذلك الأمير مخالفاً لهذا الأصل، فأجلس الفقهاء، وأمرهم بالنظر في تلك الحكومة، وتابعوه على جهله ومخالفته، أو أكرهوا على النظر، فأرأوا فسخ ذلك الحكم ففسخه الأمير، وردّ قضيته إلى رأي الفقهاء، فالرأي أنه يجب على كل قاض ينظر في الحكم بعد ذلك أو يرفع إليه أن يضي الحكم المفسوخ، ويفسخ الحكم الذي أبرمه الأمير ثانياً، والفسخ الذي تكلفه الأمير والفقهاء باطل، إلا أن يكون الأول مخالفاً لقطعي من كتاب أو سنة أو إجماع، فيمضي الفسخ، ويحيز ما فعله الأمير (٢٣)، وجاء في الفتاوى الهندية: (ليس للسلطان أن يأمر القاضي بإعادة النظر في القضية أمام العلماء) (٢٤)، فهذه النصوص الفقهيّة تدل على أنه ليس لأحد أن يتعقب الأحكام التي يصدرها القاضي، حتى وإن كان ذلك المتعقب هو

(٢٢) الشافعي - الام - ج ٦ ص ٢٠٨ (بولاقي ١٣٢٤هـ). الماوردي (مرجع سابق) - ج ١ ص ٦٩١، ابن أبي الدم - أدب القضاء (مرجع سابق) ص ٨١، ابن فرحون - تبصرة الحكام (مرجع سابق) - ج ١ ص ٧٤، الخرشني - الشرح - ج ٧ ص ١٦٣ المطبعة الأميرية ١٣١٧هـ.

(٢٣) ابن فرحون - تبصرة الحكام - ج ١ ص ٧٩ (مرجع سابق).

(٢٤) الشيخ نظام وجامعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية - ج ٥ ص ١٣٦ (ط ٣) - بيروت ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

الأمير أو الخليفة، إلا أن يتظلم منه متظلم معه بينة مقبولة تدل على مخالفة الحكم للكتاب أو السنة أو الاجماع.

وفي القوانين الوضعية لا يصح تعقب الأحكام القضائية بدون متظلم، وإن كان المتعقب هو المحكمة الأعلى، إذ القاعدة فيها أن النظر في خصومات الناس لا يكون إلا بناء على إرادتهم. كذلك لاخلاف في أن الطعن في الأحكام يجب أن يوجه ممن له مصلحة في توجيهه، وإلا فلا يسمع ولا ينظر(٢٥).

ولكن القوانين الوضعية تميز تعقب الحكم القضائي الابتدائي، إذا طلب ذلك الخصم، وإن لم يكن معه أية حجة جديدة يريد أن يطرحها أمام القاضي الجديد (قاضي الاستئناف). وهذا مما تخالف فيه القوانين الوضعية الاجتهادات الفقهية الاسلامية، إذ لا يصح عند فقهاء المسلمين إعادة النظر في حكم قضائي صادر وفق الشروط الشرعية، إلا إذا طلب خصم ذلك واستعد لتقديم الحجج والبيانات الدالة على استحقاق الحكم للنقض بوجود بعض الأسباب الموجبة لذلك، ومن هنا نص الفقهاء المسلمون على أن الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي، مستوفية لشرائطها الشرعية، فلا تنقض ولا تعاد. (٢٦)

ومن هذه الناحية يتبين أن الفقه الاسلامي أكثر اعتباراً لحجية الحكم القضائي، وحفظ حرمة الوظيفة القضائية من القوانين الوضعية، إذ يرى الفقهاء في مجرد إعادة النظر في قضية من غير ضرورة أو حاجة أو فائدة جديدة ابتداءً ينبغي أن يصاب عنه القضاء.

المظهر الثاني: عدم جواز رجوع القاضي عن قضائه بعد صدوره صحيحاً:

ليس للقاضي، في الفقه الإسلامي، أن يحكم في حادثة، ثم يرجع عن حكمه، أو يبطله، بناء على تجديد اجتهاده، ولو فعل لم ينتقض الحكم، سواء أكان رجوعه بناء على تغير

(٢٥) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٤٨ (مطبعة فتح الله إلياس بمصر - ١٩٤٠م).

عبد الباسط جيمي - شرح قانون الاجراءات المدنية (دار الفكر العربي ١٩٩٦م) ص ٤٩٦.

(٢٦) محمد زيد الأبياني - مباحث المرافعات والتوثيقات والدعاوي الشرعية - الطبعة الثانية ١٣٣١هـ/١٩١٣م ص ٤٨.

اجتهاده في استنباط الحكم الشرعي الذي طبقه على الخصوم أم كان بناء على تغير اجتهاده في تقدير الظروف والقرائن وتزكية الشهود وقوة الحجج والبيّنات ونحو ذلك (٢٧). وما جاء في الفتاوى الهندية (إذا قال القاضي بعد ما قضى في حادثة رجعت عن قضائي أو أبطلت حكمي، أو وقفت على تلبيس الشهود، وأراد أن يبطل حكمه، لا يعتبر هذا الكلام منه، والقضاء ماض على حاله، إذا كان بعد دعوى صحيحة، وشهادة مستقيمة، وعدالة الشهود ظاهرة) (٢٨).

وهذا المظهر للحجية، كسابقه، مقيد بقيود وحدود، فإن تعدها لم يعد للحكم حجية. وسيأتي تفصيل هذه القيود والحدود في المطلب التالي بإذن الله تعالى، ولكن نكتفي هنا بالإشارة إلى أن القاضي ليس له أن يرجع عن قضائه إلا إذا كان فيه خطأ بين وصریح، ولا يوجد من فقهاء الاسلام من قال به، فإن وجد فقيه واحد قال به، لم يكن للقاضي الذي أصدره أن ينقضه، وإن رأى أن غيره من الآراء أحسن منه (٢٩).

ومع أن بعض فقهاء المالكية أجاز للقاضي أن يفسخ حكماً أصدره إلى ما هو أحسن منه وأصوب، ولكن الراجح في المذهب عندهم أنه لا يجوز للقاضي ذلك، لأنه لو أجاز ذلك للقاضي لكان له فسخ الحكم الثاني إلى حكم ثالث، والثالث إلى رابع.. وهكذا، ولأنه ذلك على حد، وعندئذ لا يثق أحد بما يصدر عنه من أحكام، وذلك ضرر شديد ظل القاضي في منصبه، وأراد أن يغير حكمه الصادر عنه، أما إذا عزل ثم وُلّي. فليس له نقض الأحكام التي أصدرها قبل العزل بخلاف (٣١).

والأصل الشرعي لهذا المظهر سنة الرسول العملية وبعض الأخبار والأقضية المأثورة

(٢٧) الشافعي - الأم ح ٦ ص ٢٠٧، ٢٠٨ (مرجع سابق)، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية ح ٣ ص ٣٣٢ (مرجع سابق)، الأبياني - مباحث المرافعات ص ١٨٣ (سابق)، علي قرعه - الاصول القضائية ص ٣١٠ طبع سنة ١٩٢١ م.

(٢٨) الشيخ نظام - الفتاوى الهندية ح ٣ ص ٣٣٢، ٣٣٣ (سابق).

(٢٩) القرافي - الاحكام ص ١٧٤ (سابق)، ابن فرحون ح ١ ص ٧١ (مرجع سابق)، الماوردي أدب القاضي ح ١ ص ٦٨٢ (مرجع سابق).

(٣٠) ابن فرحون (سابق) ح ١ ص ٧١.

(٣١) ابن فرحون - تبصرة الاحكام ح ١ ص ٧١ (مرجع سابق)

عن بعض الصحابة والتابعين: فقد ذكر عن الشعبي رحمه الله أنه قال (كان رسول الله صل عليه وسلم يقضي بالقضاء، ثم ينزل القرآن بغير الذي قضى، فلا يرد قضاءه، ويستأنف)، قال الخصاص تعليقاً على هذا الخبر: (فهذا دليل على أن القاضي إذا قضى بالاجتهاد في حادثة ليس فيها كتاب ولا سنة، ثم تحول عن رأيه فإنه يقضي في المستقبل، ولا ينقض ذلك الذي كان منه برأيه الأول)(٣٢).

ومن أخبار الصحابة الدالة على ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه حكم في مسألة المشتركة بحكم لم يشرك فيه بين الاخوة لأُم والأخوة الأشقاء، وبعدها بعام واحد عرضت عليه قضية مماثلة، فشرک فيها بينهم بالتساوي، فلما سئل عن ذلك قال: (تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا)(٣٣).

ومن أخبار التابعين في ذلك ما ذكر عن القاضي شريح رحمه الله تعالى أنه كان يقضي بالقضاء، ثم يرجع عنه، فيقضي بخلافه، ولا يرد ما كان قضى به أولاً، وشريح كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما، فما فعله فالظاهر أنه فعله سماعاً منهما(٣٤).

وفي القوانين الوضعية يعتبر خروج المنازعة من ولاية المحكمة أثراً من آثار الحكم القضائي، فلا يملك القاضي سحب الحكم الذي أصدره، ولا إحداث أي تغيير فيه أو إضافة إليه(٣٥).

وهناك استثناءات يجوز فيها للقاضي الذي أصدر الحكم أن يعيد النظر في القضية، ويصدر فيها حكماً جديداً، أو يصحح الخطأ الحاصل في الحكم، وسنعرض لهذه الاستثناءات في المطلب القادم إن شاء الله تعالى.

(٣٢) المصدر الشهيد - شرح أدب القاضي - ج ٣ ص ١٦٧، ١٦٨ (الطبعة الأولى ١٩٧٧ م مطبعة الارشاد ببغداد).

(٣٣) الماوردي - أدب القاضي - ج ١ ص ٦٨٤. (مرجع سابق)

(٣٤) المصدر الشهيد - شرح أدب القاضي - ج ٣ ص ١٦٨، ١٦٩. السرخسي - المبسوط - ج ١٦ ص ٨٥ (مطبعة السعادة ١٣٢٤ هـ).

(٣٥) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية (سابق) ص ٦٣٧، أبو هيف المرافعات المدنية ص ٥٧٣ (المعارف/١٩١٥ م). جيمي، شرح قانون الاجراءات المدنية ص ٤٧٩ (مرجع سابق).

المظهر الثالث : نفاذ القضاء في المجتهديات وعدم تأثره باختلاف الاجتهاد:

إذا صدر حكم قضائي في حادثة معينة، ورفع هذا الحكم إلى قاض آخر، وجب على الآخر احترام الحكم الصادر، وعدم نقضه، إذا كان موضوعه مجتهداً فيه، وليس فيه ما يخالف نصاً قطعياً من القرآن أو السنة، أو إجماعاً معتبراً، وليس فيه ظلم واضح صريح لاشك فيه، فينفذ كل ما فيه خلاف وآراء فقهية، وإن كان القاضي الثاني لا يرى رأي القاضي الأول في المسئلة التي صدر الحكم فيها (٣٦)، وهذا كله إذا كان الحكم الأول قد صدر من قاض صحيح التولية وفق الشروط الشرعية، وضمن اختصاصه المنصوص عليه في كتاب التولية (٣٧).

وهذا الأصل متفرع عن قاعدة فقهية، وهي أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، لأن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الأول، ولأن نقض الاجتهاد بالاجتهاد يؤدي إلى مفسدة عامة، حيث لا يستقر حكم من الأحكام، إذ يكون معرضاً للنقض بتغير الاجتهاد، والنقض معرض للنقض كذلك.. وهلم جرا، وفي ذلك مفسدة عظيمة، كذلك فإن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار هذا الأصل: فقد حكم أبو بكر رضي الله عنه في مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولم ينقض حكمه، وقد مر حكم عمر في المشاركة بعدم المشاركة بين نوعي الاخوة، ثم حكمه بالمشاركة بينهم جميعاً من غير أن ينقض ما حكم به في المرة الأولى، كما يروى عنه أنه قضى في ميراث الجدة بأحكام مختلفة، ولم يكن يرجع عن أفضيته الأولى.

(٣٦) بقول القرافي في كتابه القيم «الإحكام» [أجمت الامة قاطبة على أن حكم الله تعالى هو ما حكم به القاضي في مسائل الاجتهاد، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة، ويحرم على كل أحد نقضه] ص ٢٨.

(٣٧) السنناني - روضة القضاة ص ٣٢٣ (مطبعة أسعد - بغداد ١٩٧٠م)، احمد بن محمد التميمي - الفواكه العديدة ح ٢ ص ١٤١، ١٨٤ ط ١ ١٩٦٠م، ابن البزاز الكردي - الفتاوى البزازية ح ٢ مطبوع على هامش الفتاوى الهندية ح ٥ ص ١٧٣، القرافي الإحكام ص ٢٨، ابن فرحون - نبصرة الأحكام ح ١ ص ٧١، الشافعي - الأم ح ٦ ص ٢٠٧، ٢٠٨ (سابق)، الماوردي - أدب القاضي ح ١ ص ٦٨٢ (سابق)، علي قراة - الأصول القضائية ص ٣٠٤ (سابق)، ابراهيم نجيب عوض - القضاء في الاسلام ص ٢٣٩ ط ١٩٧٥م.

وبناء على هذا الأصل لو حكم قاض حنفي ببطان خيار المجلس، أو بمنع القصاص في القتل بالمثل، أو بصفة النكاح بدون ولي، ثم عرض قضاؤه على قاض آخر لا يرى صحة هذه الاجتهادات الفقهية، فليس له أن ينقض تلك الأحكام، ولو نقضها، لكان نقضه لها مستحقاً للنقض لو عرض على قاض آخر (٣٨).

أما القوانين الوضعية فتفترض أن كل حكم صادر من محكمة نظرت القضية لأول مرة، هو حكم عليه شبهة الخطأ أو الجور، فيجوز التظلم منه الى محكمة أعلى درجة من المحكمة التي أصدرته، ولا تحيد القوانين الوضعية عن هذه الفكرة إلا في أحوال محصورة يبين فيها أن الحكم غير قابل للاستئناف، وهي الأحوال التي يكون فيها موضوع الدعوى صغيراً أو تافهاً بحيث لا يتحمل المصاريف التي يتكبدها الخصوم في الاستئناف (٣٩).

وهذه الفكرة السائدة في القوانين الوضعية تختلف اختلافاً ظاهراً عما هو الحال في الفقه الاسلامي، حيث يتفق الفقهاء على أن كل حكم صادر عن قاض صحيح التولية ومستوف للشروط الشرعية يعتبر صحيحاً مالم تقم قرينة أو بيعة تدل على وجود الخطأ فيه أو الجور، ولا يجوز أبداً أن يعاد النظر في الأحكام مالم تقم مثل تلك البيئات والقرائن.

وفي القوانين الوضعية تنظيمات خاصة لنقض الأحكام أو تغييرها، والأصل فيها أنه ليس لقاض أن ينقض أحكاماً صادرة عن قاض آخر إلا بوساطة الطرق القانونية المحددة، وبغير هذه الطرق يمتنع بصورة مطلقة على أي قاض آخر أن يتعرض لأحكام أصدرها غيره، مهما يكن عيبها كبيراً، أو خطأها ظاهراً (٤٠). ولقاضي الاستئناف أن ينقض الحكم الأول بناء على اجتهاد خاص في تفسير القانون المطبق على المنازعة، أو بناء على ظهور أدلة جديدة أو بطلان الأدلة السابقة، والمحكمة النقض أن تنقض الأحكام بناء على تبنيها لاجتهاد خاص في تفسير القانون مخالف لاجتهادات المحاكم الأخرى، بل إن

(٣٨) السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١١٣ (دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي)

(٣٩) أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٢٢، ٦٢٣. (سابق)

(٤٠) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٤٥ (مرجع سابق).

اجتهادات محكمة النقض في تفسير القانون تغدو من الناحية الواقعية هي السائدة والملتزم بها لدى قضاة المحاكم الأخرى (٤١).

وفي القوانين الوضعية يصبح الحكم ذا حصانة مطلقة من النقض أو حتى مجرد إعادة النظر فيه إذا استنفذ الخصوم جميع طرق الطعن باستعمالها فعلاً، أو بفوات مواعيدها القانونية، مهما ظهر خطأها أو جورها بعد ذلك. وهذه الفكرة أيضاً تختلف عما ذهب إليه فقهاء المسلمين، إذ كلهم مجمعون على أن الحكم القضائي إذا وقع فيه الخطأ أو الجور وقام على ذلك أدلة مقبولة شرعاً وجب نقضه وإبطاله، وسيأتي تفصيل ذلك بإذن الله تعالى.

المظهر الرابع : احترام الأحكام السابقة واعتبارها في القضايا الحادثة:

وإذا كان من الواجب على القاضي أن يحترم أحكام القضاة الآخرين، فإنه مطالب أيضاً بتنفيذها والعمل بها وأخذها بعين الاعتبار عند إصدار أحكام جديدة، ويشير إلى ذلك قول ابن فرحون المتقدم (و العادل العالم من القضاة لا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجوز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة)، والتجوز لها يعني تصحيحها واعتبارها في الخصومات الحادثة بعد ذلك. ويقول الحسام الشهيد: (إذا قضى بقول البعض وحكم بذلك، ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها...)(٤٢).

بل ذهب الفقهاء إلى أن كل قاض رفعت إليه قضية قضى فيها مرتين بحكمين مختلفين، ملزم بإبطال الحكم الثاني، وإمضاء الحكم الأول، إذا كان صادراً في مسألة مجهد فيها، ولا يجوز له أن يعتمد الحكم الثاني، وكل حكم صدر بعد الأول مخالفاً له، لا يكون له أية حصانة قضائية، ويجب نقضه إذا عرض على القضاء في خصومة جديدة (٤٣).

(٤١) عبد الباسط جيمي ومحمد محمود إبراهيم - مبادئ المرافعات ص ٦٦ (مرجع سابق). فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني ص ٦٣٣ - ط ٢ دار النهضة العربية ١٩٧٥م.

(٤٢) الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي (سابق) ص ٣٠، و١١٠، وانظر مثل ذلك في أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٨١ (سابق).

(٤٣) الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي ص ٣٠، و١١٠ (سابق)، السناني - روضة القضاة ص ٣٢٣ (سابق).

والقوانين الوضعية تذهب إلى مثل ماتقدم، وتقضي بأن على القضاة احترام ماحكم به سابقاً، واعتباره لأي من الخصوم مستنداً وحجة في أية دعوى ترفع بعده، وذلك تحقيقاً لاستقرار الحماية القضائية التي يمنحها الحكم القضائي لأحد الخصوم(٤٤). ومن هذا المنطلق جعلت القوانين مخالفة الحكم لمبدأ الحجية سبباً من الأسباب التي يمكن لمحكمة النقض (التمييز) أن تستند إليها في حكمها بنقض ذلك الحكم المخالف(٤٥).

المظهر الخامس : عدم تأثير الحكم القضائي بما يحدث بعد صدوره من الشبهات في البيانات التي استند إليها:

إذا صدر الحكم القضائي، وكان مبنياً على شهادة شهود عدول في الظاهر، ومستوفياً للشروط الأخرى، ثم حدث بعد ذلك بعض الشبهات حول شهادة الشهود، لم يؤثر ذلك على الحكم، وظل لازم التنفيذ، وقد قالوا في هذا المعنى: (الشك يدفع الحكم قبل صدوره، ولا يرفعه بعده)(٤٦). ومثال تلك الشبهات التي لا تؤثر في الحكم أن يرجع الشهود عن شهاداتهم، أو يرجع بعضهم، ويعترفوا أنهم كانوا كاذبين، فلو فعلوا ذلك لم ينتقض الحكم سواء أكان رجوعهم قبل استيفاء الحق المقضي به أم بعده. ولكن إذا كان الرجوع قبل الاستيفاء في الحدود أو القصاص لم يجز الاستيفاء، لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهات، لقول الرسول عليه أصالة والسلام: (ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة)(٤٧)، ولا شك في أن رجوع الشهود شبهة ظاهرة، فينتقض الحكم لهذا السبب(٤٨).

(٤٤) فتحي والي - قانون القضاء المدني - ح ١ ص ٢٦٩، ٢٧٢. (مرجع سابق).

(٤٥) ضياء شبت خطاب - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ص ٣٤٠ طبع ١٩٧٣ بغداد، وانظر: فتحي والي - قانون القضاء المدني الكويتي ص ٤١٧ ط ١٩٧٧، ولكن لابد من ملاحظة أن هذا السبب لا يتحقق إلا إذا وصلت حجية الحكم القضائي إلى مرحلة قوة الأمر المقضي، ولم يعد بالإمكان الطعن فيها بالطرق العادية - انظر المرجعين السابقين.

(٤٦) محمد علاء الدين عابدين - قرة عيون الاخبار (تكملة رد المحتار) ح ١ ص ١٤ (المطبعة العثمانية ١٣٢٧هـ)

(٤٧) الترمذي - صحيح الترمذي مع عارضة الأحوذى ح ٦ ص ١٩٨ (دار العلم للجميع).

(٤٨) ابن قدامة - المغني ح ٩ ص ٢٤٦ ط ١٩٨٠ الرياض.

ومع أن الحكم لا ينتقص برجوع الشهود، إلا إن الشهود يغرمون ما كانوا سبباً في تفويته من الحق على المحكوم عليه (٤٩).

هذا وإن عدم انتقاض الحكم برجوع الشهود هو مذهب جمهور فقهاء المسلمين، وهو المعتمد في المذاهب الأربعة، وقد خالفهم في ذلك بعض فقهاء التابعين والظاهرية، ورأوا أن الحكم ينقض برجوع الشهود عن شهادتهم، لأن الشهادة سبب الحكم، فإذا بطلت الشهادة بطل الحكم، ضرورة أنه إذا بطل السبب بطل المسبب، كما لو تبين أن الشهود كانوا كفاراً. ومن الفقهاء من قال بتقص الحكم إذا رجع الشهود قبل الاستيفاء، ولا ينقض بعده (٥٠). وأما جمهور الفقهاء فقد رأوا أن الحكم قد استوفى شروطه، وانبنى على شهادة صحيحة مستوفية الشروط، والرجوع يحتمل الصدق كما يحتمل الكذب، فهو ظني، فلا يؤثر في الحكم الذي انبنى على سبب مؤكد، ورجوع الشهود اعتراف منهم بأنهم فسقة، والفاسق لا ينقض الحكم بقوله، ولو نقض الحكم بالرجوع لجاز نقض الرجوع بالرجوع عنه أيضاً. . وهلم جرا وفي ذلك مفسدة كبيرة على الناس، وانتزاع الثقة في القضاء والشهادات. ومن جهة أخرى فإن الرجوع إقرار وهو حجة قاصرة، ولا يسري أثره إلا على المقر، ولا يصيب الآخرين، ولذلك ذهب القائلون بعدم النقص إلى وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد الحكم، سواء أكان المشهود به مالا أم غيره، وسواء أكانت العين قائمة أم تالفة، فيجب على من رجع التعويض على المحكوم عليه، لأنه أتلّف عليه ماله وفوت عليه مصلحته، وأما الطرف المحكوم له، فيسلم له المحكوم به، لأن الحكم باق كما تقدم (٥١).

وهذا الذي اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة في الرجوع خاص بما عدا حالة شهادة الزور، فإنه إذا ثبت بالدليل أن الشهادة كانت زوراً كاعتراف الشهود بذلك وجب نقض

-
- (٤٩) الأبياني - مباحث المرافعات الشرعية ص ١٣٦، ابن قدامة - المغني ح ٩ ص ٢٤٦ (مرجع سابق)
(٥٠) ابن حزم - المحل ح ٩ ص ٤٢٩ (منشورات المكتب التجاري - بيروت). (ابن قدامة - المغني ح ٩ ص ٢٤٦ (مرجع سابق). العقبى - تكملة المجموع ح ٢ ص ٢٧٨ (مرجع سابق).
(٥١) انظر تفصيل أحكام الرجوع عن الشهادة، ومذاهب الفقهاء وأدلتهم في هذه المسألة عند محمد مصطفى الزحيلي في رسالته القيمة (وسائل الاثبات) - القسم الثاني ص ٧٨١ - ٧٨٧. رسالة دكتوراة مطبوعة على السنانسل.

الحكم عند فريق من الفقهاء، خلافا للمالكية حيث لا يرون نقض الحكم في شهادة الزور أيضاً، وإنما ينفذ الحكم عندهم، و يعاقب شاهد الزور بالغرامة والتعزير(٥٢).

ومن الشبهات التي لا تؤثر على الحكم الصادر بناء على الإقرار، رجوع المقر عن إقراره بعد صدور الحكم، وذلك في حقوق الأدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدراً بالشبهات كالزكاة والكفارات، فإنه لا يؤثر على الحكم، بل لا ينظر إليه وإن صدر قبل الحكم، لتعلق حق المقر له بالمقر به(٥٣)، وأقوال الفقهاء وإن كانت مطلقة لا تحدد وقت الرجوع، لكنه يشمل الرجوع بعد الحكم من باب أولى(٥٤).

ومن الشبهات التي لا تؤثر على البينات تغير حال الشاهد بعد الحكم: فلو طرأ الفسق أو العداوة بعد الحكم، لم يؤثر عليه ولم يمنع من تنفيذه وكذلك لو غير الشاهد أقواله بعد الحكم زيادة أو نقصاً فلا أثر لهذا التغيير على الحكم، فلو شهد بأن الدين مئة، فحكم به، ثم شهد بأنه كان أخطأ في المبلغ، وأنه مثنان أو خسون، لم ينظر إلى كلامه، و يبقى الحكم على حاله(٥٥).

المظهر السادس : عدم تأثر الحكم القضائي بما يظهر بعد صدوره من بينات لا تدل على خطأ فيه:

يختلف أثر ظهور بينات جديدة لم يطلع عليها القاضي عند إصدار حكمه باختلاف دلالاتها: فإذا دلت هذه البينات على خطأ وقع فيه القاضي عند إصدار حكمه، وكانت

(٥٢) ابن قدامة المغني - ج٩ ص ٢٦٢ (مرجع سابق)، محمد الزحيلي - وسائل الاثبات - القسم الثاني ٧٨٦. رسالة دكتوراه مطبوعة على السنانسل.

(٥٣) الكاساني - بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٢ ط ١٩١٠، ابراهيم الشيرازي - المهذب ج٢ ص ٣٤٦، وانظر المادة ١٥٨٨ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥٤) على قراة - الأصول القضائية ص ١٤٠ (مرجع سابق).

(٥٥) ابن حزم - المحل ج٩ ص ٤٢٩ (مرجع سابق)، الشيرازي - المهذب ج٢ ص ٣٤٣ (مرجع سابق)، محمد الزحيلي - وسائل الاثبات ص ٧٧٢ (مرجع سابق).

دلالتها على ذلك قطعية ليس فيها احتمال، وجب نقض الحكم، لأن ما ابتنى على خطأ كان خطأ مستحقاً للنقض. ولكن إذا لم تدل هذه البيئات على أن القاضي كان قد وقع في الخطأ، أو وجد احتمال معتبر في دلالتها على ذلك، بأن كان حكمه سليماً ولو من بعض الوجوه، والسبب الذي بناه عليه سليماً ولو على بعض الاحتمالات فإن ظهور البيئات الجديدة، والحال هذه، لا أثر له على ذلك الحكم في الراجح (٥٦). ذكر ذلك السيوطي في الأشباه والنظائر، وذكر أنه لم ير نقلاً في هذه المسألة، وماتقدم هو ترجيحه الخاص به. غير أن هذا الذي رجحه السيوطي هو ما يفهم من بيان القرافي لنواقض الحكم القضائي، حيث اقتصر في تحديد أسباب النقض على ما يؤدي إلى كشف الخطأ في الحكم نفسه بكونه خالف نصاً أو إجماعاً، أو الخطأ في سببه كالحكم بشهادة كفار، أو بيينة مزورة فيفهم من ذلك البيان أن كل ما يستجد من البيئات، أو التغيير فيها، إذا كان لا يؤدي إلى كشف خطأ في الحكم أو سببه، فإنه لا يؤثر على الحكم، بل يبقى صحيحاً واجب التنفيذ ملزماً لأطراف الخصومة (٥٧).

ومما يتفق مع هذا الفهم بعض الفروع الفقهية الدالة عليه ومنها: الوجه الرابع الذي ذكره ابن فرحون من وجوه طلب المحكوم عليه فسخ الحكم عنه، وهو أن يأتي المحكوم عليه بيينة لم يعلم بها، فإن سحنون من علماء المالكية ذهب إلى أن القاضي لا يسمعها وينفذ الحكم كما صدر أولاً، وكذلك الوجه الثامن، وهو أن يقول المحكوم عليه: كنت أغفلت حجة كذا، فإن القاضي لا يقبل منه ذلك، ولا ينقض الحكم قولاً واحداً (٥٨) ومن ذلك فتوى الشيخ عليش في «رجل ادعى أنه يستحق ثلث قطعة أرض يمتلكها جماعة، بسبب الإرث عن جدته لأبيه، ورفع دعواه إلى القاضي، فأنكروا، فادعى أن له بيينة ثم اعترف بأنه عجز عن إقامتها فحكم القاضي بعدم استحقاقه شيئاً فيها ثم نازع هذا المحكوم عليه وأراد إقامة

(٥٦) المعقبى - تكملة المجموع - ٢٠٠ ص ٢٨٣ (مرجع سابق)، السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١١٧ (مرجع سابق).

(٥٧) السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١١٧ (مرجع سابق).

(٥٨) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج ١ ص ٨١، ٨٠ (مرجع سابق).

بينة»، حيث أفتى بأنه لا تسمع دعواه ولا بينته إلا لعذر يحلف عليه، كنسيان بينة أو عدم علمه بها، ولا بد من يمينه على دعوى النسيان أو عدم العلم (٥٩).

فيتحصل من تلك الفروع أن الحكم القضائي لا يؤثر عليه قيام بينات جديدة بعد صدوره صحيحاً، وإن تعارضت مع البينات التي حكم القاضي بناء عليها، ما لم يتم المحكوم عليه الدليل على نسيانه لها أو عدم علمه بها، فإن صرح بعلمه لها، أو لم يستطع إقامة الدليل على نسيانه لها أو عدم علمه بها لم يسمع منه القاضي، وهذا ما نقل عن الإمام مالك في المدونة (٦٠)، ولكن تقدم أن سحنون يرى عدم النظر في البينات الجديدة التي تظهر بعد إصدار الحكم السليم، سواء أكان عالماً بها أم لم يكن.

ويتفق مع هذا الاتجاه الرأي الفقهي القائل بعدم جواز إيداء الدفع بعد صدور الحكم القضائي، لأن الدفع إذا كان مثبتاً ليس إلا ظهور نوع جديد من البينات، فإن كان لا يؤدي إلى كشف خطأ في الحكم القضائي، فهو مثل البينات الجديدة التي لا تؤدي إلى إبطال الحكم السابق. والقول بعدم جواز الدفع بعد الحكم هو رأي عند الحنفية، وهناك رأي آخر مفاده جواز إيداء الدفع بعد الحكم بشروط من أهمها أن يتضمن الدفع إبطال الحكم القضائي إذا ثبت، وذلك كما لو ادعى المدعي داراً بالإرث من أبيه، وبرهن على ذلك، فقضي له بها، وبعد ذلك ادعى المدعى عليه أنه اشترى هذه الدار من مورث المدعي، صح هذا الدفع ونقض به الحكم الأول. ويرى الشيخ زيد الأبياني رأياً وسطاً بين القولين السابقين، وقريباً مما ذكر عن فريق من فقهاء المالكية، وهو أنه: إن كان ما يستند عليه الدفاع خفياً، ولم يمكن الحصول عليه وقت السير في الدعوى، كان الدفع مقبولاً، ونقض به الحكم، وأما إذا كان ما يستند عليه غير خاف فلا يقبل منه. هذا بالنسبة للدفع الموضوعي (٦١)، فإنه لا يصح إيدأؤه بعد الحكم، ولكن قبله، فإن أبداه بعد الحكم لم يسمع دفعه، وبقي الحكم القضائي نافذاً (٦٢).

(٥٩) الخرشني - شرح الخرشني - ص ٧٥٦ (مرجع سابق)، الشيخ عليش - فتح العلي المالك - ص ٢٨٩، مطبوع مع تبصرة الحكام (مرجع سابق).

(٦٠) المدونة - ص ١٣٧ و - ص ١٢٧ (طبعة مصورة عن طبعة دار السعادة ١٣٢٣هـ).

(٦١) وهو ما يقصد به إبطال دعوى المدعي بنحو الدفع بإبراء أو قضاء أو حوالة أو بيع أو هبة.

(٦٢) محمد علاء الدين عابدين - قرعة عيون الأختيار - ص ٢٦، ٢٧، و - ص ٤٥٧ (مرجع سابق)، ابن =

وفي التشريعات الوضعية يدخل في معنى حجية الامر المقضي أنه لا يجوز للقاضي أن يعيد النظر في قضية سبق أن أصدر حكماً فيها، بناء على ظهور أدلة جديدة لم يسبق له أن اطلع عليها عند اصدار الحكم، كما لا يجوز له إعادة النظر فيها من أجل توجيه اليمين الحاسمة، ولأن أجل طلب استجواب الخصم بأمل الحصول على إقراره (٦٣). لهذا إذا رفع شخص دعوى ملكية على أساس عقد بيع اشترى بموجبه المال محل النزاع، واستند إلى ورقة مكتوبة، ورفضت الدعوى، فلا يجوز له إعادة رفع الدعوى على أساس عقد البيع نفسه مستنداً إلى دليل إثبات آخر (٦٤). ومع هذا فإن الأحكام الابتدائية يجوز نقضها أمام محكمة الاستئناف ببيانات جديدة أو دفع جديدة (٦٥). ويجوز للمحكمة نفسها التي أصدرت الحكم أن تعيد النظر في البيئات والحجج التي بني عليها الحكم إذا ثبت تزويرها. (٦٦)

المظهر السابع : خضوع اعتقادات الخصوم الخاصة في المجتهادات لحكم القاضي:

يعني هذا المظهر أنه يجب على الخصوم الالتزام بحكم القاضي، وإن كان حكمه مبنياً على اجتهاد مخالف لمذهبيهما أو مذهب أحدهما، ولا أثر في ذلك لدرجة المتقاضي في الاجتهاد، والعامي والفقير سواء في وجوب الالتزام بحكم القاضي، جاء في الفتاوى الهندية (إذا كان الحكم القضائي بخلاف ما يعتقده المحكوم له أو المحكوم عليه، وجب عليه أن يتبع حكم القاضي، ويترك رأي نفسه، سواء كان عامياً أو مجتهداً، وسواء كان الحكم

-
- نجيم - الأنبياء والنظائر ص ٨٩ ط ١٣٢٢ مصر، والبحر الرقيق ح ٣ ص ٢٣١ (مطبعة دار الكتب العربية ١٩٣٣ مصر) علي حيدر أفندي - أصول استماع الدعوى ص ١٢٠، ١١٩ (مطبعة الترقى بدمشق ١٩٢٣ م) المادة ١٨٤٠ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٦٣) أحمد نشأت - رسالة الانبيات ح ٢ ص ٢٠٥ طبع ١٩٧٢ (نشر دار الفكر العربي)، فتحى والى - قانون القضاء المدني ح ١ ص ٢٦٨ (مرجع سابق).
- (٦٤) فتحى والى - قانون القضاء المدني ح ١ ص ٢٦٨. (مرجع سابق).
- (٦٥) أحمد مسلم - أصول المرافعات طبع ١٩٦٩ مصر ص ٥٦٢، أبو الوفا - نظرية الدفع ص ٢٢٠، ٢١ الطبعة الرابعة، عبد الباسط جيمي - شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٤١٤. (مرجع سابق).
- (٦٦) فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدني (مرجع سابق)، ص ٦٢٣.

بالحرمة وهو يعتقد الحل أو العكس(٦٧). وبناء على ذلك قال العلماء: لو أن فقيهاً قال لامرأة: أنت طالق البتة وكان يرى هذه الصيغة من صيغ التطلاق بالثلاث الذي لا تصح فيه الرجعة قبل نكاح شخص آخر، ورفعت زوجته عليه دعوى بأنه فعل ما يقتضي الرجعة، فقضى القاضي بالرجعة بناء على الاجتهاد الذي يرى هذه الصيغة تطليقة واحدة، وسع ذلك الفقيه أن يقيم مع زوجته، ويرجعها إليه، ويلتزم بالحكم ولا يلتزم باجتهد نفسه، وكذلك إذا كان اعتقاد المطلق الذي قال لامرأته: أنت طالق البتة، أن هذه الصيغة تفيد التطلاق واحدة، فخطب امرأته وتزوجها على مهر جديد وشهود، ثم رافعه إلى القاضي فجعلها ثلاثاً، وفرق بينهما، فإنه لا يسع الزوج أن يقربها ولا يسع المرأة أن تمكته (٦٨) وكذا كل قضاء مما يختلف فيه الفقهاء من تحريم أو تحليل أو اعتقاد أو أخذ مال أو غير ذلك ينبغي للمتفقه المقتضي عليه الأخذ بقضاء القاضي، وأن يدع رأيه، ويلزم نفسه ما الزمه القاضي، ويأخذ ما أعطاه(٦٩).

ولاخلاف في أن من لا علم له، إذا حدثت له حادثة، فسأله عنها الفقهاء فأفتوه فيها بحلال أو حرام، وقضى عليه قاضي المسلمين بخلاف ذلك، وهو ما يختلف فيه الفقهاء، فينبغي له أن يأخذ القضاء، ويدع عنه ما أفتاه الفقهاء. وهذا بخلاف ما لو تغيرت الفتوى، ولم تقتصر بقضاء، فليس لها ما للحكم القضائي من أثر الالتزام السابق، فلو أن فقيهاً عالماً قال لامرأته: أنت طالق البتة، وهو يرى أن هذه الصيغة ثلاث، فأمضى رأيه فيها فيما بينه

(٦٧) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية ج٣ ص ٣٥٤ (مرجع سابق).
(٦٨) الفرق عند الفقهاء بين هذه المسألة، ومسألة عدم نفوذ الأحكام في الباطن، كما لو كان الشهود زوراً، وشهدوا على زوج رجل من امرأة، فقضى القاضي بالزواج حيث لا يجل لأحدهما معاشرة الآخر، بأن كلا منهما في مسألة شهادة الزور متيقن من خطأ القاضي، والخطأ ثابت عندهما في طريق الحكم وهي الشهادة، بينما في المسألة الأخرى لا يوجد خطأ مقطوع به، وإنما اختلاف في الاجتهاد والرأي، وحكم القاضي يقطع الخلاف: انظر: الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي ج٣ ص ١٨٥، ١٨٦، (مرجع سابق).

(٦٩) يرى بعض الفقهاء أن المجتهد يتبع رأي القاضي إذا كان القضاء عليه وليس له، فإن كان القضاء له يتبع اجتهاد نفسه ولا يتبع اجتهاد القاضي وهو قول أبي يوسف من مجتهدي الحنفية، وتابعه في ذلك الخصاف في أدب القاضي - الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي ج٣ ص ١٨٦ (مرجع سابق)، وهذا الرأي ليس فيه أي تجاوز لمبدأ حجية الحكم القضائي، لأن المحكوم عليه ليس له أي سبيل للتخلص من الحكم أو الحيلولة دون تنفيذه وأما إعطاء الحق للمحكوم له بعدم الالتزام، فإنه لا يندش الحجية، إذ لكل إنسان أن يتنازل عن حقه.

وبينها، وعزم أنها حرمت عليه، ثم رأى رأي عمر بن الخطاب في ذلك، وأنها تطليقة واحدة، وأنه يملك الرجعة، وجب عليه إمضاء رأيه الأول الذي كان عزم عليه من امرأته، ولايردها زوجة له برأى حدث منه. والفرق بين القضاء والفتوى، أن قضاء القاضي يهدم الرأي، والرأي لا يهدم القضاء ولا يهدم الرأي(٧٠).

ومن الفروع التي بناها فقهاء الشافعية على هذه القاعدة أن رجلا لو خال زوجته ثلاثاً، ثم تزوجها الرابعة بلا محل، لاعتقاده أن الحلق فسخ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح، قال أبو حامد الغزالي: (إن حكم حاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها، وإن تغير اجتهاده)، وقال في تعليل ذلك (إنما يفعل ذلك لمصلحة الحكم، فإنه لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لنقض النقض ولتسلسل فاضطربت الأحكام ولم يوثق بها)، ثم قال (وإن لم يحكم حاكم فالمختار وجوب المفارقة لما يلزم في إمساكها من الوطء الحرام على معتقده)(٧١).

ومن تلك الفروع التي خرجت على أن القضاء يهدم الرأي وليس العكس، ما حكاه القاضي الشافعي ابن أبي الدم في أدب القضاء عن الأصحاب، أن الحنفي إذا خلل خراً، فآتلفها عليه شافعي لا يعتد طهارتها بالتخليل، فترافعا إلى قاض حنفي، وثبت ذلك عنده بطريقه، فقضى على الشافعي بضمائها، لزمه ذلك قولاً واحداً، حتى لو لم يكن للمدعي بينة، وطلبه بعد ذلك بأداء ضمائها، لم يجز للمدعي عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء، لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم، والاعتبار في الحكم باعتقاد القاضي دون اعتقاده(٧٢). ومن ذلك أيضاً قضاء القاضي الحنفي بالشفعة للجار والمقضي عليه شفوعي، فينفذ ظاهراً وباطناً، ويحل للشفوعي الأخذ بهذه الشفعة(٧٣).

وفي القوانين الوضعية لايتأتى مثل ذلك المظهر من مظاهر الحجية، لأنها لا

(٧٠) أحمد بن محمد التميمي - الفواكه العديدة - ج ٢ ص ١٤١ (مرجع سابق)، الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي - ج ٣ ص ١٨٧ (مرجع سابق).

(٧١) الغزالي - المستصفي - ج ٢ ص ١٢٠، ط ١٩٣٧ م السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١١٤ (مرجع سابق).

(٧٢) ابن أبي الدم، أدب القضاء ص ١٣٤. السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١١٤.

(٧٣) ابن أبي الدم - أدب القضاء ص ١٣١ (مرجع سابق).

تتدخل في اعتقادات الناس الشخصية، وإنما تلزمهم بالأحكام القضائية وتنفذهما عليهم بغض النظر عن كونها تتعارض مع اعتقاداتهم أولاً، ولا تبحث بعد ذلك في مواقفهم الخاصة بهم من هذه الأحكام، وسبب ذلك هو الاختلاف الواضح بين طبيعة القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية حيث لا تعني الأولى إلا بتنظيم العلاقات الخارجية بين أفراد وجماعات الناس، ولا تهتم بمقائدهم أو أخلاقهم الشخصية، بينما يتدخل الإسلام بأحكامه في جميع أنشطة الشخصية الإنسانية الداخلية والخارجية، وترتبط عنده المظاهر الخارجية للسلوك الإنساني بالدوافع الذاتية لذلك السلوك، النابعة من القلب أو العقل، وذلك لأن الذي شرع الأحكام الإسلامية هو الله عز وجل، وهو القادر على مراقبة النشاط الإنساني بمظهره الخارجي المتجسد على الجوارح، وبجذوره الداخلية المغروسة في الفكر والاعتقاد، وهو الذي سيحاسب على ذلك كله، ويجازي عليه في الآخرة، ولكن لا يستطيع أي مشرع بشري أن يدعي أنه قادر على أن يحكم العوامل الداخلية للنفس البشرية. وإنما يقتصر سلطانه على السلوك الخارجي وأعمال الجوارح.

المظهر الثامن : انتفاء مسئولية القاضي عما يصدره من الأحكام إذا لم يعتمد الجور فيها:

لاخلاف بين فقهاء المسلمين في أن القاضي لا يسأل مدنياً ولا جنائياً عن الأحكام التي يصدرها وفق أصولها وشروطها الشرعية، والتي لا تستحق النقض وفق ماتقدم من مظاهر الحجية.

بل ذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك، في حماية القاضي تمكيناً للعلماء من القيام بواجبهم في الفصل بين المتخاصمين دونما تأثير أو ضغط بأي شكل من الأشكال، وذلك أنهم قرروا أن لامتسولية مدنية ولا جزائية على القاضي فيما أخطأ فيه من الأحكام القضائية مما يستحق النقض والذي سنفصل حالاته في المطلب التالي إن شاء الله تعالى، فبالرغم من قولهم بوجود نقض الحكم في تلك الحالات، لكنهم نفوا عن القاضي أية مسئولية مادام الخلل الحادث في الحكم لم يكن عن تعمد من القاضي، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخلل

في حق من حقوق الله تعالى، وبين أن يكون في حق من حقوق العباد. ومع ذلك فإن هذا الحق لا يذهب هدراً، فإن كان في حقوق الله عز وجل، كما لو قضى في حد الزنى، أو السرقة، أو شرب الخمر، وما أشبه ذلك، ثم ظهر بعد القضاء أن الشهود كانوا كفاراً، ففي هذه الحالة يكون التعويض على المتضرر من بيت مال المسلمين، لأن القاضي إنما يعمل في حقوق الله عز وجل لصالح جماعة المسلمين، فيكون الضمان على المسلمين، وبيت المال فيه مال المسلمين، فيكون الضمان فيه.

أما إذا كان خطأ القاضي في حق العبد، فالسألة على وجهين: الأول: أن يكون الخطأ مما يمكن تداركه ورده، كما لو قضى بمال أو ضيعة أو دار، أو بطلاق، ثم ظهر أن الشهود كفار مثلاً، ففي هذه الحالة يصحح الوضع، ويؤخذ الحق من المحكوم له، ويرد للمحكوم عليه، الوجه الثاني: أن يكون الخطأ مما لا يمكن تداركه أو رده، بأن قضى بالقصاص، واستوفي، ففي هذه الحالة تجب الدية في مال المحكوم له. وفي كلا الوجهين لا يسأل القاضي عن الخطأ (٧٤).

والقوانين الوضعية سلكت مسلكاً قريباً من مسلك الفقهاء المسلمين في عدم تحميل القاضي مسئولية ما يقع فيه من الخطأ، إذا لم يصاحب هذا الخطأ سوء نية، بأن لم يكن متعمداً، ولم يكن الخطأ جسيماً (٧٥). وهناك حالات تجوز فيها مخاصمة القضاء، سنشير إليها في المطلب التالي بإذن الله تعالى.

(٧٤) الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي - ٣ ص ١٦١ (مرجع سابق)، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية - ٣ ص ٣٤١، ٣٤٢ (مرجع سابق)، الإمام مالك - المدونة - ١٢ ص ١٤٩ (مرجع سابق)، ابن فرحون - تبصرة الحكام - ١ ص ٧٦ (مرجع سابق)، إبراهيم عوض - القضاء في الإسلام - ٢٥٠، ٢٥١، عبد العزيز عامر - التعزير في الإسلام - ٢٦٨ (الطبعة الرابعة).

(٧٥) فتحي والي - قانون القضاء المدني - ٢ ص ٢٦٩ (مرجع سابق)، العشماوي - قواعد المرافعات - ٣٣ و ٧٦ (المطبعة النموذجية بمصر)، أحمد مسلم - أصول المرافعات - ٤٤ (مرجع سابق)، رمزي سيف - الوسيط - ٥٨ وما بعدها (مرجع سابق)، عبد العزيز عامر - شرح قانون المرافعات الليبي - ٢٦ وما بعدها (نشر مكتبة غريب ١٩٧٦ م).

المظهر التاسع : نفاذ الحكم القضائي في الظاهر والباطن إذا كان موضوعه أمراً للقاضي ولاية الانشاء فيه:

وهذا المظهر من مظاهر الحجية لم يقل به سوى أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وبيانه: أن المحكوم فيه نوعان: النوع الأول: ما يكون للقاضي فيه ولاية إنشاء، بمعنى أن إنشاء مثل هذا الأمر داخل في اختصاصه بشروط معينة، كالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق، فالقاضي يملك أن يبيع مال الشخص حال خوف هلاكه للحفظ، وملك إنشاء النكاح على الصغيرة، والفرقة على العنين(٧٦). النوع الثاني: أن يكون المحكوم فيه أمراً ليس للقاضي أن ينشئه في الأصل، كما في الأملاك المرسلة والميراث وغيره، فليس له أن يدفع مال فلان لفلان، وليس له أن يورث فلانا إن لم يكن فيه سبب من أسباب الإرث.

فأما النوع الثاني فلا خلاف بين الفقهاء أن الحكم فيه لا ينفذ إلا في الظاهر، ولا ينفذ في باطن الأمر، بمعنى أن حكم القاضي في هذه الأمور لا يغير الواقع ولا يجل حراماً أو يحرم حلالاً.

وأما النوع الأول فهو الذي فيه الخلاف، وقد ذهب أبو حنيفة إلى أن حكم القاضي في هذا النوع ينفذ في الظاهر والباطن، وإن كان في الباطن بخلاف ما استند إليه الحاكم من الظاهر. والامام أبو حنيفة في هذا يخالف جمهور فقهاء المسلمين ومنهم أصحابه محمد وأبو يوسف(٧٧).

وبناء على ذلك إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها، فأنكرت، فأقام على ذلك شاهدي زور، فقضى القاضي بالنكاح بينهما، والمدعي وشاهدها يعلمون أنه لا نكاح بينهما، فإن أبا حنيفة يرى أن قضاء القاضي نافذ في الظاهر، بحيث يجب على القاضي أن يسلم المرأة إلى الرجل، ويقول لها: سلمني نفسك إليه، فإنه زوجك، ويقضي بالنفقة، وأنه نافذ في

(٧٦) من لا خسرو- درر الحكماء (المطبعة الشرقية ١٣٠٤ هـ - ٩ ص ٤٠٩، ابن عابدين - الحاشية حـ ص ٤٠٩ (مرجع سابق).

(٧٧) الكاساني - البدائع حـ ٧ ص ١٥ (مرجع سابق)، ابن نجيم - البحر الرائق حـ ٧ ص ١٤ (مرجع سابق).

الباطن بحيث يحل للمدعي وطء الزوجة، ويحل لها تمكينه، ولا حرمة على أي منهما بسبب ذلك، ولكن المدعي والشهود آثمون بسبب آخر، وهو الكذب وشهادة الزور والافتراء على الناس. وكذلك قال أبو حنيفة في رجلين استأجرتهما امرأة، فشهدا لها على زوجها زوراً أنه طلقها ثلاثاً، ففرق القاضي بينهما بناء على ذلك، ثم تزوجها أحد الشاهدين: إن الشاهدين يأثمان إثماً عظيماً، ولكن الفرقة تمضي بينهما، أما الإثم فبسبب شهادة الزور، وهي من أعظم الكبائر، وأما مضي الفرقة، فلأن الحكم صدر عن دليل صادق من حيث الظاهر، وبناء عليه لا يحل للزوج أن يعاشر الزوجة، ولا يحل لها أن تتزوج بزواج آخر قبل انقضاء العدة، وبعدها يحل لها أن تتزوج زوجاً آخر، وإن كان هذا الزوج أحد الشاهدين، أو شخصاً يعلم بحقيقة الحال. فأبو حنيفة يرى في مثل هذه الأحكام أنها أحكام تنشئ الحقوق وتولدها من بعد أن لم تكن في الحقيقة وواقع الأمر.

ويعتمد الإمام أبو حنيفة في هذا على ما روي عن الإمام علي رضي الله عنه أن رجلاً خطب امرأة، وهو دونها في النسب والحسب، فأبت أن تتزوجه، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين عند الإمام علي، فقالت: والله ماتزوجني يا أمير المؤمنين اعقد بيننا عقداً حتى أحل له، فقال علي: قد زوجك الشاهدان، وقضى عليها بالنكاح. ووجه دلالة هذا الخبر أن قول الإمام علي «قد زوجك الشاهدان» وعدم تجديد الزواج بينهما، مع موافقة المرأة على ذلك، ورغبة المدعي فيها، يدل على أن النكاح قد انعقد بينهما بحكم القاضي، ولو أن الإمام عليا كان يرى أن حكمه لا يؤدي إلى إنشاء النكاح بينهما على فرض كون الشهادة زوراً لاستجاب لطلبها، وعقد بينهما عقداً جديداً، احتياطاً، لتحصينها من الوقوع في الزنى.

كذلك استدل لأبي حنيفة بأن المصلحة تقتضي نفاذ حكم القاضي في الباطن والظاهر معاً، لأن القضاء إنما شرع لقطع المنازعة بين الخصوم من كل وجه، ولو قلنا بعدم نفاذ حكم القاضي في باطن الأمر لما أدى القضاء وظيفته، ولما كان قاطعاً للخصومة وحاسماً للنزاع من كل وجه. ومن جهة أخرى، فإن المصلحة تقتضي ذلك، حتى لا يؤدي اختلاف الحكم بين الظاهر والباطن إلى نتائج فاحشة السوء لا تتناسب مع مبادئ الشريعة، إذ لو حكم القاضي بالطلاق بناء على شهادة الزور ولم ينفذ الحكم في الباطن لبقيت المرأة حلالاً لزوجها الأول في الباطن، ولزوجها الجديد في ظاهر الأمر، ولو ابتلى الثاني بمثل ما ابتلى به الأول لحلت للشالث بالإضافة إلى من سبقه، ولأصبحت حلالاً لجمع من الرجال في زمن

واحد، وهذه نتيجة لا يقبلها شرع الله، ولا يحل هذا الإشكال إلا القول بالنفاذ في الباطن والظاهر جميعاً (٧٨).

أما القوانين الوضعية، فإنها في أغلب الأحيان تكون مقررة لوجود حق، وليست منشئة لحقوق لم تكن، وبخاصة في المواد المدنية والتجارية، وقد تكون منشئة في مسائل الأحوال الشخصية، كالحكم بالتفريق بين الزوجين (٧٩). وسواء كانت مقررة لحق سابق أو منشئة لحق جديد، وسواء كان الحكم القضائي مطابقاً للواقع أو مجانباً له، فإنه واجب النفاذ، ولا تتدخل التشريعات الوضعية في موقف الخصوم الاعتقادي من الأثر الذي أنشأته الأحكام القضائية، فلو أن قاضياً أصدر حكماً لصالح شخص مابناء على أوراق مزورة لم يستطع اكتشافها، فإن القوانين لا تتدخل في وصف تصرف هذا الشخص المزور بالحل أو بالحرمة.

المظهر العاشر: بطلان الأحكام القضائية المخالفة لمبدأ الحجية:

اتفق الفقهاء على أن الحكم القضائي الصادر في مواضع الاجتهاد لا يجوز نقضه مادام سليماً، ومبناه كذلك، فإن قام أحد القضاة بنقضه أو حكم بخلافه فرفع الأمر إلى قاضٍ ثالث وجب على هذا الأخير أن ينقضه ويمضي الحكم الأول لأن الحكم الثاني صدر غير صحيح بسبب تعرضه لحكم صحيح واجب التنفيذ، قال السمناني: (ويفند ما فيه خلاف بين الفقهاء فإن نقضه الثاني، ثم ارتفع إلى ثالث نفذ قضاء الأول، وأبطل قضاء الثاني... مثل طلاق المكره، إذا أبطله قاضٍ ثم رفعه إلى قاضٍ آخر فواقعه ثم رفع إلى ثالث

(٧٨) مذهب أبي حنيفة في نفاذ الحكم القضائي في باطن الأمر فصلته كتب الحنفية مثل: بدائع الصنائع ٧ ص ١٥ (مرجع سابق)، والبحر الرائق ٧ ص ١٤ (مرجع سابق)، ودرر الأحكام ٢ ص ٤٠٩ (مرجع سابق)، وحاشية ابن عابدين ٥ ص ٤٠٦ (مرجع سابق)، وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣ ص ١٧٥ وما بعدها (مرجع سابق).

(٧٩) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية ص ٦٤١، ٦٤٣ (مرجع سابق).

نفيذ الأول وأبطل الثاني) (٨٠) وقال الحسام الشهيد: إذا قضى بقول البعض، وحكم بذلك، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ هذه القضية ويمضيها، حتى لو قضى بإبطالها ونقضها، ثم رفع إلى قاضٍ آخر، فإن هذا القاضي الثالث ينفذ قضاء الأول، ويبطل قضاء الثاني، لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد، والقضاء في المجتهدين نافذ بالاجماع، فكان الثاني بقضائه ببطلان الأول مخالفاً للإجماع، ومخالفة الإجماع ضلال وباطل، فلا يجوز الاعتماد عليه، فعلى القاضي الثالث أن يبطلها وينقضها، وإن كان رأيه بخلاف ذلك، ويستقبل الأمر استقبالا في الحوادث التي ترفع إليه (٨١).

ولقد ذهبت التشريعات الوضعية إلى عين ما قرره فقهاء المسلمين في هذه المسألة، حيث قررت أنه إذا صدر حكم نهائي على خلاف حكم سابق حاز حجية الأمر المقضي، يرفع الأمر إلى محكمة النقض، فتلغي الحكم الثاني وتقرر نفاذ الحكم الأول (٨٢). كذلك يجوز للخصم أن يدفع بحجية الشيء المحكوم به في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو في الاستئناف، ويترتب على نجاح الدفع منع المحكمة من إعادة النظر في المنازعة مرة أخرى. (٨٣)

والفرق بين الشريعة والقانون في هذا الموضوع ليس في أصل القاعدة، وإنما في وسائل إعمالها، فبينما يرى الفقهاء المسلمون أنه يجب على كل قاضٍ ترفع إليه خصومة ضمن اختصاصه، ويكتشف أن الحكم السابق الصادر في هذا القضية مخالف لحكم سليم أسبق منه، أن يبطل ذلك الحكم وينفذ الحكم الأول. وعلى أية حال فإن تخصيص القضاء بالزمان والمكان والقضايا أمر جائز في الشريعة، ونص على جوازه كثير من فقهاءنا، وبناء عليه يجوز تخصيص النظر في القضايا التي سبق صدور أحكام فيها، بقاضٍ معين أو بمحكمة معينة، ويكون عندئذٍ نظر غير ذلك القاضي في هذه القضايا باطلاً، والأحكام الصادرة عنه لاحجية لها، ولا يجوز تنفيذها، مادامت صادرة من قاضٍ غير مختص بالنظر فيها.

-
- (٨٠) السمناني - روضة القضاة ص ٣٢٣، ٣٢٤ (مرجع سابق).
(٨١) الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي - ص ١١٠، وانظر: ابن فرحون - ص ٧٩.
(٨٢) أحمد نشأت - رسالة الإثبات - ص ٢٠٧ طبع ١٩٧٢ م.
(٨٣) عبد الباسط جعبي - شرح قانون الاجراءات ص ٤٨٢.

المطلب الثالث

في

الحدود والقيود والاستثناءات التي ترد على مبدأ الحجية

حجية الحكم القضائي ليست مطلقة في الفقه الإسلامي، ولكنها مقيدة بقيود، ومشروطة بشروط، وكل مظهر من مظاهرها السابقة له حدود لا يتجاوزها، وترد عليه بعض الاستثناءات، وفيما يلي بيان تلك القيود والحدود والاستثناءات.

أولاً - لا يتمتع بالحجية من الاعمال القضائية سوى الأحكام:

لا يتمتع بالحجية، بالمعنى المتقدم، جميع التصرفات التي تصدر عن القضاة، وإنما يختص بذلك الأحكام منها، وأما التصرفات الأخرى، التي يقوم بها القضاة فليس لها الحجية التي للأحكام، ويجوز نقضها، والرجوع عنها، سواء من القاضي الذي أصدرها، أو من غيره ممن لهم ولاية ذلك، ولا يكون التصرف الذي يصدر عن القاضي حكماً إلا إذا توفرت فيه شروط معينة، وللفقهاء خلاف كثير حول هذه الشروط، ومن ثم اختلفوا فيما يعتبر حكماً وما لا يعتبر، وبناء عليه اختلفوا فيما يتمتع بالحجية من تصرفات القضاة وما لا يتمتع بها.

وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى أن معظم الأفعال التي يقوم بها القاضي بصفته الوظيفية، أي باعتباره قاضياً، مما هو داخل في اختصاصه حسب كتاب التولية، يعتبر حكماً قضائياً، يجوز الحجية، ولا يجوز للقاضي الذي أصدره الرجوع عنه، ولا لغيره أن ينقضه، إذا لم يقم فيه سبب من أسباب النقض الشرعية: فالعقود التي يجريها القاضي، من بيع وشراء ونحوهما في أموال اليتامى والغائبين والمجانين، وكذلك النكاح الذي يجريه على من بلغ الحلم من الأيتام، وعلى من هو تحت الحجر، ومن ليس لها ولي، كل ذلك وأمثاله مما يصدر عن القاضي يعتبر أحكاماً لا يجوز نقضها إذا صدرت وفق الشروط الشرعية (٨٤).

(٨٤) ابن عابدين - الحاشية ح ٥ ص ٤٢٣ (مرجع سابق)، خير الدين الرملي - اللآلئ الدرية في الفوائد =

وأما المالكية فقد اعتبروا معظم أفعال القاضي التي يقوم بها دون سابق خصومة ودعوى من خصم على خصم، ليست أحكاماً قضائية، ويجوز نقضها من أصحاب الاختصاص، كما يجوز للقاضي الرجوع عنها للمصلحة، وقد ذكر القرافي من المالكية عشرين نوعاً من تصرفات القضاة، لا تعد أحكاماً، ويجوز نقضها والرجوع عنها (٨٥).

تصرفات قضائية لا تعتبر أحكاماً :

وفيما يلي نذكر بعض الأنواع التي ذكرها القرافي، ولم يعتبرها من الأحكام القضائية:

١ - العقود التي يقوم بها القضاة، كالبيع والشراء في أموال الغائبين والمجانين، فهذه التصرفات لا تعد أحكاماً قضائية عند المالكية، ولغير من أصدرها أن ينظر فيها: فإن وجدها بالثمن البخس، أو بدون أجره المثل، فله تعديل ذلك ليوافق الأوضاع الشرعية قال القرافي: (ولا تكون هذه التصرفات في هذه الأعيان والمنافع حكماً في نفسها البتة، نعم قد تكون حكماً في غيرها، بأن تتوقف هذه التصرفات على إبطال تصرفات متقدمة عليها، كبيع العين من رجل بعد أن بيعت من رجل آخر والحاكم يعلم ذلك حيث يقتضي ذلك فسخ العقد الأول ظاهراً) (٨٦) ولكن علماء الحنفية يرون أن العقود التي يقوم بها القاضي بمقتضى ولايته، تعتبر أحكاماً قضائية ولا يجوز نقضها إذا صدرت وفق الشروط الشرعية، وخالف في ذلك بعضهم، إذ الشرط في صحة الحكم القضائي أن تتقدمه خصومة ودعوى صحيحة، وليس في هذه التصرفات دعوى ولا خصومة. إلا أن جمهورهم لم يشترطوا سبق الدعوى والخصومة في الحكم القضائي الفعلي فصححوه وإن لم يتقدمه دعوى

الخيرية ج ٢ ص ٢٠، (مطبوعة بديل جامع الفصولين ط ١ سنة ١٣٠٠هـ)، الأبياني - مباحث المراد - الشرعية ص ١٧٨ (مرجع سابق)، علي قراة - الأصول القضائية ص ٢٩٦ (مرجع سابق).
(٨٥) القرافي - الإحكام ص ١٧٧ - ١٩٢ (مرجع سابق)، ابن فرحون - تبصرة الحكام ج ١ ص ٩١ - ٩٥ (مرجع سابق).
(٨٦) القرافي - الإحكام ص ١٧٧ (مرجع سابق).

ولاخصومة. لكن لاختلاف عندهم فيما إذا قام القاضي بالفعل بصفته الشخصية
لابصفته الوظيفية فلا يعد حكماً، وهو في ذلك كبقية الناس كما لو وكله شخص
بيعه داره أو وكلته امرأة بتزويجها (٨٧)

٢- إثبات الصفات في الذوات نحو ثبوت العدالة عند حاكم أو ثبوت الجرح أو أهلية
الحضانة ونحو ذلك فهذه ليست أحكاماً ويجوز نقضها.

٣- ثبوت أسباب المطالبات نحو: ثبوت مقدار قيمة التلغف في التلغفات وإثبات الديون
على الغرماء، وإثبات النفقات للأقارب والزوجات ونحوه، فإن إثبات الحاكم لجميع
هذه الأسباب ليس حكماً، ولغيره من الحكام أن يغير مقدار تلك الاجرة وتلك النفقة
وغيرها من الاسباب المقتضية للمطالبة.

٤- إثبات الحجج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق نحو كون الحاكم يثبت
عنده التحليف ممن يتعين عليه الحلف، وثبوت اقامة البيئات ممن أقامها، وثبوت
الاقرار من الخصوم، ونحو ذلك، فإن هذه الحجج توجب ثبوت أسباب موجبة
لاستحقاق مسبباتها، ولا يلزم من كون الحاكم اثبتها أن يكون حكماً، بل لغيره أن
ينظر في ذلك، فيقره أو يبطله، بل إذا اطلع على شيء من ذلك تعقبه، ولا يكون ذلك
الاثبات السابق مانعاً من تعقب الخلل في تلك الحجج.

وهذا الذي ذهب اليه القرافي وتابعه فيه ابن فرحون في اثبات الحجج هو
القول الراجح عند المالكية والشافعية (٨٨)، وذلك لان الثبوت في حقيقته مغاير
للحكم، حيث هو قيام الحجة على وجود السبب الشرعي، بينما الحكم هو فصل
الخصومة وحسم النزاع كما تقدم، ولا يكون كذلك إلا إذا كان صادراً بصيغة
الإلزام (٨٩)، وليس الثبوت كذلك، نعم الثبوت هو المرحلة الأولى في طريق إيصال

(٨٧) علي قراعة - الأصول القضائية ص ٢٩٦ (مرجع سابق)، الأبياني - مباحث المرافعات (مرجع سابق)، ص ١٧٧، ١٧٨.

(٨٨) ابن فرحون - نبصرة الأحكام ح ١ ص ١١٤، زكريا الأنصاري - الإعلام والاهتمام ص ٣٧٠، مطبعة
الترقي بدمشق، الخطيب الشربيني - معنى المحتاج ح ٤ ص ٣٩٤ (مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٥٨م)

(٨٩) من شروط صحة الحكم أن يكون بصيغة تدل على الإلزام، انظر: ابن قاضي سماوه - جامع الفصولين
(مرجع سابق)، ح ١ ص ٢٠، الخرشني - الشرح (مرجع سابق)، ح ٧ ص ١٦٧، زكريا الأنصاري -
الإعلام والاهتمام (مرجع سابق)، ص ٣٧٧، الخطيب الشربيني - معنى المحتاج ح ٤ ص ٣٩٤
(مرجع سابق).

الحقوق إلى أصحابها، ولكنها مغايرة للحكم، إذ هو المرحلة التالية بعد الثبوت والمرحلة السابقة للتنفيذ(٩٠).

وذهب فريق من علماء الحنفية والمالكية والشافعية الى أن قول القاضي ثبت عندي أن لهذا على هذا كذا وكذا، وما في معناه، كقوله ظهر عندي أوصح عندي أو علمت يعتبر حكماً قضائياً لا يجوز نقضه. وتعتبر هذه الصيغ وأمثالها ملزمة عند هذا الفريق من الفقهاء، وذلك لان ثبوت الشيء لدى القاضي يستلزم الحكم به، والقضاء بالشيء حكم بما يلزم فيه(٩١).

٥ - تنفيذات الأحكام الصادرة عن القاضي فيما تقدم الحكم فيه من قاضٍ آخر، وذلك لأن التنفيذ مرحلة ثالثة وأخيرة في طريق إيصال الحقوق إلى أهلها، وهي مرحلة تالية لمرحلة الحكم بالشيء، فإذا كان القاضي ينفذ حكم نفسه، فإن ذلك يعني إلزام الخصم وحسبه، وأخذ المال من يده بالقوة، ودفعه للمحكوم له، ونحو ذلك، وهذا أمر يختلف عن الحكم تماماً، لأن الحكم هو الحل الذي يقع في نفس القاضي للنزاع المعروض، والذي يعبر عنه بأقوال ملزمة، والتنفيذ يلحقه(٩٢).

ولكن ذهب فريق من فقهاء المذاهب الأخرى غير المالكية إلى اعتبار التنفيذ حكماً قضائياً(٩٣).

والذي يظهر أن هذا الاختلاف كان نتيجة لتعدد وظائف القضاء في الماضي، حيث كان يجعل لبعضهم سلطة تنفيذ الأحكام بعد صدورها، ولا يتصور حدوث هذا الخلاف إذا جعل التنفيذ من اختصاص سلطة أخرى، كما هو الحال في معظم التنظيمات السياسية المعاصرة، حيث تأخذ مبدأ الفصل بين السلطات وهو مبدأ لا يتعارض مع مبادئ الإسلام.

(٩٠) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج١ ص ١١٤ (مرجع سابق).

(٩١) انظر هذا الرأي عند: ابن قاضي سماوة - جامع الفصولين ج١ ص ٢٠ (مرجع سابق)، ابن الشحنة الحلبي - لسان الحكام ص ٩ طبع ١٢٩٩هـ. ابن فرحون - تبصرة الحكام ج١ ص ١١٤ (مرجع سابق)، زكريا الأنصاري - الإعلام والاهتمام ص ٣٧٣ (مرجع سابق).

(٩٢) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج١ ص ١١٦ (سابق).

(٩٣) زكريا الأنصاري - الإعلام والاهتمام ص ٣٧٣ (مرجع سابق)، ابن عابدين - حاشية ابن عابدين (مرجع سابق)، ح٥ ص ٣٥٣، ابن الشحنة - لسان الحكام ص ٩ (مطبعة جريدة البرهان بالاسكندرية ١٢٩٩هـ).

وعلى أية حال فإن هذا الخلاف لا أثر له في مدى سريان مبدأ الحجية على الأحكام، حيث إن التنفيذ يتعلق بحكم قضائي سابق متفق على تحقق وصف الحكمية فيه، وهذا الحكم متمتع بالحجية، ومعنى الحجية وجوب الإمضاء والتنفيذ، فسواء اعتبر التنفيذ حكماً أو لم يعتبر، فإنه لازم، و يأخذ لزومه من تمتع الحكم الذي يراد تنفيذه بالحجية بلا خلاف.

٦- تصرفات الحكام بتعاطي أسباب الاستخلاص ووصول الحقوق الى مستحقيها من الحبس والاطلاق وأخذ الكفلاء الأملياء، وأخذ الرهون لذوي الحقوق، فهذه التصرفات كيفما تقلبت لا تعد أحكاماً لازمة عند المالكية، ولغير الأول من الحكام تغيير ذلك وإبطاله بالطرق الشرعية على ما تقتضيه المصلحة. وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى خلاف ذلك، فقررُوا أن هذه الأفعال أحكام لا يجوز لغير القاضي الأول تغييرها ولا يصح الرجوع عنها، وذلك انطلاقاً من أصلهم المتقدم ذكره في أن ما يفعله القاضي بمقتضى ولايته يعتبر حكماً ولا يجوز نقضه (٩٤).

٧- التصرفات في أنواع الحجج، كأن يقول القاضي لأحد الخصوم: لا أسمع البينة، لأنك حلفت قبلها مع علمك بها وقد تركت على إحضارها فلغيره من الحكام أن يفعل ما تركه عند المالكية.

٨- تولية النواب في الأحكام ونصب الكتاب والقسام والترجمين والمقومين وأمناء الحكم للآيتام وإقامة الحجاب ونصب الأمناء في أموال الغائبين والمجانين، فهذا وما أشبهه ليس بحكم عند علماء المالكية.

٩- إثبات الصفات في الذوات الموجبة للتصرف في الأموال، كالترشيد، وإزالة الحجر عن المفلسين والمجانين والمبذرين ونحو ذلك، فليس ذلك بحكم يتعذر نقضه، بل لغير من قرره أن ينظر في تلك الأسباب ومتى ظهر له وتحقق عنده ضد ما تحقق عند الأول نقض ذلك وحكم بضده، فله أن يطلق المحجور عليه، وأن يحجر على من أطلقه القاضي الأول، لان ذلك إثبات صفة لا إنشاء حكم.

هذه هي بعض التصرفات التي كان القضاة المسلمون يقومون بها بالإضافة إلى

(٩٤) محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى القسم الثاني ص ٢١٤ (مرجع سابق).

إصدار الأحكام القضائية بالمعنى الخاص الدقيق، وليست الحجية إلا لهذه الأخيرة عند جمهورهم.

وأما مسلك القوانين الوضعية فيه شبه كبير من مسلك جمهور فقهاء المسلمين، ذلك أن للقاضي في النظم الوضعية القضائية سلطة أخرى بجانب سلطته القضائية تسمى السلطة الولائية. وبمقتضى هذه السلطة تصدر عن القضاة أوامر وقرارات لا تسمى أحكاماً إلا تجوزاً وتساهلاً، لأنها لا تصدر من أجل حسم خصومة بين متنازعين، وقد عرف بعض علماء القانون العمل الولائي بأنه عمل يتخذ في ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره عن قاض منوط به إصدار الأحكام القضائية، ولكنه في أساسه عمل إداري لا يتمتع بكثير من المميزات التي تكون للعمل القضائي (٩٥).

وقد اجتهد علماء القانون في محاولة التفريق بين العمل القضائي والعمل الولائي اللذين يصدران عن القاضي بمقتضى وظيفته العامة. والسائد عندهم أن العمل الولائي هو ذلك العمل الذي يتخذه القاضي بعيداً عن أي نزاع. وبناء عليه إذا كان التصرف الذي يصدر عن القاضي نتيجة فض خصومة أو نزاع قائم بين شخصين حول حق من الحقوق بتقريره لاحدهما والزمام الآخر بأدائه، فهو حكم قضائي، أما إذا كان التصرف مجرد إجراء أو تدبير لا يستهدف حسم خصومة ولا تقرير حق، وإنما يقصد به المحافظة على وضع قائم أو صيانة مصلحة لأحد الأفراد على أساس تقدير الظروف، فهو عمل ولائي، وذكروا من ذلك عدة أنواع مثل: إثبات الشهادات الأفراد، أو إثبات إقرارات الخصوم واتفاقاتهم. ومنه أيضاً ما يقوم به القضاء من الأمر باتخاذ إجراءات معينة وقيمة أو تحفظية بعيداً عن أي نزاع، كالأمر بوضع الاختام على التركات أو المحال التجارية، وإقامة حراس بقصد حماية الحقوق المعرضة للخطر، ومنه أيضاً الأعمال التي تصدر عن القضاء بقصد صيانة أو استثمار أموال عديمي الأهلية أو الغائبين (٩٦).

(٩٥) العشماوي - قواعد المرافعات ص ٢٢٩، ٢٣٠ (مرجع سابق).

(٩٦) عبد الباسط جبري - شرح قانون الإجراءات المدنية ص ١٤٦، ١٤٧ (مرجع سابق)، محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٠-٢٢ (مرجع سابق)، العشماوي - قواعد المرافعات (مرجع سابق)، ص ٢٢٨ - ٢٣٢.

هذا وقد ذهب علماء القوانين الوضعية إلى أن من أهم الآثار التي تنبني على التفريق بين الأعمال القضائية والأعمال الولائية، هو أن الأولى هي التي تحوز الحجية بحيث لا يصح الرجوع عنها، ولا يصح نقضها إذا صدرت وفق الأصول والشروط القانونية فالعمل الولائي مع التسليم بوجوب تنفيذه واحترامه، لكنه ليس ذا حصانة من التغيير والتبديل، أو حتى النقض الكلي من القاضي الذي أصدره، أو غيره ممن لهم الاختصاص (٩٧).

ثانياً: القضاة الذين لا تعقب أحكامهم ولا تنقض هم الذين يصح منهم القضاء:

لا يصح القضاء من أحد حتى تتوفر فيه شروط معينة، فصلها الفقهاء، أهمها العلم والعدالة، ومنها العقل والبلوغ والحرية والإسلام (إذا كان القضاء بين المسلمين)، والبصر والسمع والنطق، والذكورة (على خلاف بين الفقهاء في قضاء المرأة فيما سوى الحدود والقصاص)، وعدم المصلحة الشخصية، وعدم التولي بالرشوة، وعدم طلب القضاء (٩٨)، وفي كثير من هذه الشروط خلاف بين الفقهاء (٩٩)، فمن عده من الشروط بنى على فقدانه جواز تعقب أحكام القاضي، وإبطال ما يستحق النقض منها، ومن لم يعتبره كذلك أسبغ عليه الحجية بمعناها المتقدم ومظاهرها السابقة.

وللفقهاء تفصيل وخلاف حول قيمة أحكام القضاة، الذين وضعوا في منصب القضاء دون أن تتوفر فيهم بعض الشروط المطلوبة لصحة التولية (١٠٠)، ولصحة القضاء نفسه:

- (٩٧) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٢ (مرجع سابق)، عبد الباسط جعبي - شرح قانون الاجراءات المدنية (مرجع سابق)، ص ١٤٨، مذكرات في سلطة القاضي الولائية ص ٢٦، ٢٧.
- (٩٨) انظر: أبو يعلى - الأحكام السلطانية ص ٦٠ - ٦٢ (ط ١٩٦٦ م)، ابن رشد - بداية المجتهد ص ٤٩٦ (طبع ١٩٦٩ م)، عمر بركات - فيض الإله المالك ص ٢ - ٣٣٨ (طبع ١٩٥٥ م) - القاهرة، علي قراة - الأصول القضائية ص ٢٨٤، الأبياني - مباحث المرافعات الشرعية ص ١٧٩ (مرجع سابق).
- (٩٩) انظر تفصيل الخلاف بين الفقهاء في شروط القضاء عند: محمد أبو فارس - القضاء في الإسلام (طبع عمان ١٩٧٨) ص ٣٢ وما بعدها.

(١٠٠) الأصل أنه لا يجوز تولية قاض لم تتوفر فيه الشروط ولكن قد تحدث ضرورة لذلك، وجئولى منصب

١ - فذهب أبو جنيفة ومالك وبعض الخنابلة إلى أن القاضي الجاهل، إذا كان عدلاً، تتصفح أحكامه كلها ويكشف عنها، فما كان منها صواباً، وليس فيه تعارض مع نص قطعي أو إجماع، وليس فيه جور بين، فإنه يمضى ولا ينقض، وما كان منها خطأً بيناً يرد ولا ينفذ (١٠١). وهذا الأصل متفق عليه عند المالكية، ولكن فصل بعض علمائهم: فرأى أن الحكم الذي يمضى هو الصواب مما لا يسوغ فيه الاجتهاد، فإن كان فيما يسوغ فيه الاجتهاد يرد ولا ينفذ، (١٠٢) لأن الحكم في مثل هذه المسائل لا يستند فيه الجاهل إلا إلى حدسه وتخمينه، والقضاء بالحدس والتخمين باطل لا قيمة له. وفرق بعضهم بين القاضي الجاهل الذي اعتاد على مشاورة أهل العلم، وبين الجاهل الذي لا يشاور، والحكم في المشاور عند هذا الفريق هو ماتقدم، وأما الذي لا يشاور فتنبض أحكامه كلها. وهناك فريق أكثر تساهلاً يرى أن أحكام الجاهل تنفذ كلها إلا الخطأ البين، سواء كان القاضي مشاوراً أو غير مشاور، وسواء كان قضاؤه موافقاً لقطعي الكتاب والسنة، أو موافقاً لقول أحد الفقهاء في المسائل الاجتهادية. (١٠٣)

وذهب الشافعية وبعض علماء الخنابلة إلى أن أحكام الجاهل تنقض كلها، ولا حاجة للكشف عنها، ولا فرق فيها بين الخطأ والصواب، لأن وجود قضاء الجاهل كعدمه (١٠٤).

والراجع أن حكم القاضي الجاهل إن أصاب فيه نفذ، ولا فائدة في إبطاله، مادام الحق قد وصل إلى مستحقه، بل قالوا: لو أن الحق وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير

القضاء من ينقضه بعض الشروط، وهو ما يسمى بقاضي الضرورة، فإذا انقطع العلماء مثلاً فقد بولى الجاهل، وكذلك قد بولى على أنه عالم فيتبين أنه جاهل - الخريزي، الشرح ح ٧ ص ١٦٢، ١٦٣ (مرجع سابق).

(١٠١) ابن فرحون - تبصرة الحكام ح ١ ص ٧٤ (مرجع سابق)، أحمد بن محمد التميمي - الفواكه العديدة ح ٢ ص ١٨٤. (مرجع سابق).

(١٠٢) خلافاً لقضاء العادل العالم، فقد سبق أن حكمه في المجتهدات نافذ بلا خلاف.

(١٠٣) ابن فرحون - تبصرة الحكام (مرجع سابق)، ح ١ ص ٧٤، الخريزي - الشرح ح ٧ ص ١٦٢، ١٦٣ (مرجع سابق).

(١٠٤) الشيرازي - المهذب (مرجع سابق)، ح ٢ ص ٢٩٧، أحمد بن محمد التميمي - الفواكه العديدة ص ١٨٥، ١٨٩ (مرجع سابق).

حكم جاز، ولم ينقض فعل القهر الذي استعمل في ذلك، بل اتفق الفقهاء على أن لصاحب الحق أن يأخذ حقه قهراً أو خفية إذا كان المدين منكرأ ولم يكن معه بينة، وأمنت الفتنة (١٠٥). وكذلك إذا كان وصول الحق إلى المستحق أثراً من آثار قضاء قاض جاهل، فينبغي أن لا ينقص قضاؤه، يقول النووي: (من لأهلية له من القضاة والولاية إذا حكموا بحق أو أمروا به أو دفعوا منكرأ أو نهوا عنه، أو تصرفوا لمجانين أو غياب أو أيتام، أو أقاموا في ولاياتهم بما يوافق الحق والصواب، فإننا ننفذه تحصيلاً لمصالح الإسلام، فإننا لو أبطلناها لاشتد الضرر وعظم الخطئ) (١٠٦).

٢ — أما فيما يتعلق بشرط العدالة، فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أن حكم القاضي الفاسق ينفذ إذا أصاب فيه، وإن كان فسقه يجعله مستحقاً للغزل (١٠٧).

وذهب الشافعية إلى أن الفاسق لا تجوز توليته أصلاً، وأن توليته تقع باطلة إن وجدت، وأحكامه لا تنفذ.

٣ — وإذا كان سبب الفسق هو الارتشاء في القضاء، فإن الحكم الصادر في موضع الرشوة باطل، ولا يحل لأحد القضاة أن ينفذ ذلك الحكم، ولكن يرده ويطلبه، ولم يختلف العلماء في هذا، أما إذا تولى القضاء بالرشوة فالراجح أن قضاءه باطل غير نافذ، وقيل: ينفذ منه ما صدر وفق الأصول والشروط الشرعية (١٠٨) وذهب بعض الفقهاء إلى أن المتولي

(١٠٥) وتسمى هذه المسئلة عند الفقهاء بمسألة الظفر بالحق، ولعرفة تفصيل الآراء فيها يمكن الرجوع إلى: ابن نجيم — البحر الرائق ج٧ ص ١٩٢، الشيخ عيش — منح الجليل ج٤ ص ٣٢١ (المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٩٤هـ)، الفزالي — الوجيز ج٢ ص ٢٦٠ (مطبعة الآداب سنة ١٣١٧هـ، منصور بن يونس — كشاف القناع ج٤ ص ٢١١ (ط ١ المطبعة الشرقية سنة ١٣١٩هـ).

(١٠٦) نقله عن النووي أحمد بن محمد التميمي في (مرجع سابق)، الفواكه العديدة ج٢ ص ١٨٩، وانظر ابن قدامة — المغني ج٩ ص ٥٨ (مرجع سابق).

(١٠٧) ابن رشد — بداية المجتهد (مرجع سابق)، ج٢ ص ٤٩٦، علي قراعة — الأصول القضائية ص ٢٨٥، السمناني — روضة القضاة ص ٣٢٦ (مرجع سابق).

(١٠٨) الصدر الشهيد — شرح أدب القاضي ج٢ ص ٦٤ (مرجع سابق)، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند — الفتاوى الهندية (مرجع سابق)، ج٥ ص ١٣٥، علي قراعة — الأصول القضائية ص ٢٨٥ (مرجع سابق)، السمناني، روضة القضاة (مرجع سابق)، ص ٣٢٦. مثلاً مسكين — شرحه على كنز الدقائق ص ١٩٦ (ط ١ الجنسية مصر/ ١٣٢٨ هـ)

بالشفعاء كما تتولى بالرشوة، ينقض قضاؤه (١٠٩)، ورجح بعضهم أن قضاء المتولي بالشفعاء نافذ إذا توفرت فيه الشروط وسلم من النواقض. (١١٠).

هذا ما قيل عن الحكم بالرشوة، ولكن ينبغي في هذا الصدد ملاحظة ما ذكره العلماء في أحوال الراشي والمرتشي، حيث يكون الاثنان آثمين إذا كانت الرشوة من أجل أكل حقوق الناس (١١١)، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام (لعن الله الراشي والمرتشي) (١١٢). ويكون الاثم على المرتشي دون الراشي إذا كانت الرشوة لتحصيل حق لا يستطيع معطيها أن يحصله غيرها. وبناء على ذلك ينبغي أن يقتصر عدم نفاذ الحكم القضائي على الحالة الأولى، وهي التي يعطى فيها القاضي الرشوة ليحكم بغير الحق. أما إذا اعطي الرشوة ليقضي بالحق، فقضى به، فينبغي أن لا يبطل القضاء، ولكن يجب عزل القاضي بالفسق بأخذ الرشوة، وذلك لما تقدم من أن القضاء إذا كان بالحق لم يجز نقضه، لوصول الحق إلى مستحقه، تقتّر هذه النتيجة، ولكن لا يقر القاضي على جريمته، بل يعاقب بالتعزير والطرده.

٤ — إذا كان سبب فسق القاضي هو الجور في الأحكام، فلا خلاف بين العلماء في وجوب نقض ماتبين الجور فيه، إذا الجور لا يقر، لأنه منكر، والمنكرين، فيغيره من يدهم الأمر في ذلك، ولكن اختلفوا في الأحكام العادلة التي يحكم بها القاضي المشهور بظلمه، فرأى بعضهم أن هذه الأحكام لاحجية لها ويجب نقضها، لوجود الشك فيها، حيث لا يؤمن حيف أمثال هؤلاء القضاة، وذهب آخرون إلى أنها لا تنقض، لأن الحق وصل فيها إلى مستحقه، ولا يهمل إن كان ذلك عن طريق قاض جائر أو عن طريق قاض عادل (١١٣).

(١٠٩) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند — الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٣٥.

(١١٠) علي قراة — الأصول القضائية ص ٢٨٥.

(١١١) عمر بركات — فيض الإله المالك ج ٢ ص ٣٤٠ (مرجع سابق)، الخطيب الشربيني — مفني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٤ (مرجع سابق).

(١١٢) الترمذي وقال عنه: حسن صحيح — الجامع الصحيح ج ٣ ص ٦٢٢ الصنعاني — سبل السلام ج ٤ ص ١٦٩، سنن أبي داود ج ٣ ص ٤٠٩.

(١١٣) ابن فرحون — تبصرة الحكام (مرجع سابق)، ج ١ ص ٧٤، أحمد بن محمد التميمي — الفواكه العديدة (مرجع سابق)، ج ٢ ص ١٨٤، الخرفي — الشرح ج ٧ ص ١٦٢. (مرجع سابق).

هـ - إذا كان الحكم صادراً عن امرأة وليت على القضاء، فقد ذهب الجمهور إلى أن قضاءها يرد ولا ينفذ منه شيء، وذهب الحنفية إلى أن قضاءها نافذ في كل ما تجوز شهادتها فيه من الأمور فيصح قضاؤها، و ينفذ في الأموال، ومسائل الأحوال الشخصية، ولا يستثنى عندهم من ذلك سوى قضايا الحدود والقصاص. وذهب الطبري إلى أن المرأة ينفذ قضاؤها إذا صدر مستوفياً شروطه، سواء أكان في الحدود والقصاص أم في بقية الأمور. ووجهة نظره أن الأصل أن كل من يأتي منه الفصل بين الناس، وانتهاء خصوماتهم فحكمه جائز (١١٤).

وبناء على الأصل الذي تقدمت الإشارة إليه، والذي التزمه بعض الفقهاء، وهو أن الحكم إذا كان صواباً ينفذ، لوصل الحق إلى مستحقه ينبغي أن يصار إلى القول بحجية حكم المرأة إذا وافق الشرع. وبناء على هذا تكون الذكورية شرطاً في التولية، وليست شرطاً في صحة الحكم نفسه.

٦ - والقاضي الذي تنفذ أحكامه وتحوز الحجية هو المختص، حسبما ورد في كتاب التولية. والاختصاص يتعلق بالزمان والمكان والنوع والمذهب، فإن وقع القضاء ضمن الاختصاص، كان نافذاً وحائزاً للحجية، إذا استكمل الشروط الأخرى، وإلا - بأن وقع خارج اختصاص القاضي - لم يكن له قيمة ولم يحز الحجية:

أ - فإذا ولي السلطان قاضياً، وخصمه بزمان معين، بأن قال له: وليتك القضاء من تاريخ كذا إلى تاريخ كذا، فليس له أن يقضي في غير الزمن المعين، فإن فعل لم يكن لقضائه قيمة، وهو في ذلك كبقية الناس ليس له القضاء إلا أن يحكمه الخصوم في قضيتهم، وتتوافر شروط التحكيم، فيكتسب ولايته من اتفاق الإرادتين.

ب - وكذلك إذا ولي السلطان قاضياً، وخصمه بمكان معين، فإن حكمه لا يكون نافذاً إلا في دائرة اختصاصه المكاني، فإن قضى في مكان آخر، لم ينفذ قضاؤه ولم يكن حجة على أحد.

(١١٤) ابن رشد - بداية المجتهد - ص ٢٤٩٦، ٤٩٧ (مرجع سابق).

جـ - وكذلك إذا ولى السلطان قاضياً، وخصه بنظر نوع معين من القضايا، كالأحوال الشخصية مثلاً، أو قضايا الارث أو الوقف، أو غير ذلك فليس للقاضي أن يقضي في غير ما خصص له، فإن فعل لم يكن حكمه ذا حجية، ولا قيمة له.

هذا ولا خلاف بين الفقهاء في جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والموضوعات (١١٥).

وفي القوانين الوضعية لا تكون للحكم أية حجية إذا صدر من شخص ليس له ولاية القضاء، أو من شخص له ولاية القضاء خارج حدود ولايته، أو في مسألة تخرج عن ولاية القضاء كما لو صدر في عمل من أعمال السيادة، أو في مواجهة شخص لا يخضع لولاية قضاء الدولة، أو من محكمة استثنائية خارج حدود ولايتها (١١٦).

وفصل علماء القانون إذا كان الحكم قد صدر من محكمة غير مختصة: فإن كان اختصاص المحكمة بما يعد تجاوزه مخالفة للنظام العام، لم يكتسب الحكم الصادر مع هذا التجاوز الحجية القضائية، وإلا، بأن كان اختصاص المحكمة مما لا يعد تجاوزه مخالفاً للنظام العام، فلا تأثير لهذه المخالفة على الحجية. ويعد من النوع الأول الاختصاص النوعي، كأن تنظر محكمة مدنية قضية تعد من اختصاص المحاكم الجنائية، أو من اختصاص المحاكم الإدارية، فهذا التجاوز الاختصاصي يعد مخالفة للنظام العام، ولا يكتسب الحكم الصادر معه أية حجية قضائية. أما الاختصاص المحلي، فلا يعد تجاوزه مخالفة للنظام العام، ولا يفقد الحكم الصادر مع هذا التجاوز حجيته القضائية (١١٧)، كما لو نظرت محكمة الأحدي قضية تعد من اختصاص محكمة حولي.

(١١٥) أبو يعلى - الأحكام السلطانية (مرجع سابق)، ص ٦٨، الأبياني - (مرجع سابق)، مباحث المرافعات ص ١٨٢، علي قراعه - الأصول القضائية ص ٢٩٣، محمد سلام مدكور - القضاء في الإسلام ص ٥٣، ٥٢ (الطبعة العالمية بالقاهرة)، محمد أبو فارس - القضاء في الإسلام ص ٧٢ (مرجع سابق).
(١١٦) فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني ص ٥٦١ (مرجع سابق).
(١١٧) أحمد نشأت - رسالة الإثبات ح ٢ ص ٢١٧ - ٢٢٤ (مرجع سابق).

ثالثاً - حدود وقبود تتعلق بالمقضي له:

لا ينفذ قضاء القاضي، ولا يجوز أي قدر من الحجية، إذا كان الشخص الذي صدر الحكم لصالحه ممن لا تقبل شهادته للقاضي، وذلك ضماناً لحياده، وعدم تأثره بأي نوع من المؤثرات، وإبعاداً له عن مواطن الشبهات.

وبالرغم من اتفاق الفقهاء على هذه القاعدة، إلا أنهم اختلفوا في تطبيقها، وتحديد الأشخاص الذين لا تقبل شهادة بعضهم لبعض. وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تقبل شهادة الوالد للولد وإن سفل، ولا الولد للوالد وإن علا، ولا شهادة الزوج لزوجته، ولا الزوجة للزوج، وعند الشافعي تقبل شهادة الزوج لزوجته، وتقبل شهادة الأخ والعم والخال والعم عند الجمهور خلافاً للمالكية، حيث قالوا: لا تقبل شهادة الأخ والعم والصديق، إلا إذا كانوا مشتهرين بعد التهم متفوقين فيها، كذلك لا تقبل الشهادة للعزيز المفلس ولا للشريك إذا كان مال الشركة هو موضوع الشهادة، ولا شهادة الوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه (١١٨).

فبناء على رأى الجمهور في المسألة السابقة، لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه، ولا لوكيله أو وكيله ووكيله، ولا يصح قضاء الزوجة لزوجها، بناء على الرأى القائل بجواز تولية المرأة القضاء، ولا يصح قضاؤه لشريكه إذا كانت الخصومة في مال الشركة. وكل قضاء وقع في هذه الصور كان باطلاً، ولم ينفذ، وليس له أى مظهر من مظاهر الحجية، وعلى كل قاض يرفع إليه الأمر بعد ذلك أن يبطله (١١٩).

وفي القوانين الوضعية حالات نصت عليها، وقررت أن القاضي لا يكون مؤهلاً فيها ولا صالحاً لإصدار حكم قضائي في النزاع المعروض على المحكمة، من ذلك:

أ - إذا كان القاضي قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.

(١١٨) فصل هذا الموضوع الدكتور محمد مصطفى الرحيل في رسالة الدكتوراه المعنوية بـ (وسائل الإثبات) - ص ١١٥، ١١٦ (مرجع سابق) وانظر: عمر بركات - فيض الإله المالك (مرجع سابق)، ص ٣٤٠، أبو بعل - الأحكام السلطانية ص ٧٣ (مرجع سابق) العزيز عبد السلام - قواعد الأحكام - ص ٣٧١ (دار الشرق للطباعة/ القاهرة/ ١٩٦٨ م).
(١١٩) الأبياني - مباحث المرافعات (مرجع سابق)، ص ١٨٠، ١٨١.

ب — إذا كان القاضي وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه، أو قيماً، أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو بالقيم عليه، أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة، أو بأحد مدرائها، وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.

ج — إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه مصلحة في الدعوى (١٢٠).

فإذا وجد في القاضي إحدى هذه الصفات، وحكم بالرغم من ذلك، فإن حكمه لا يكون حائزاً حجية الأمر المقضي، ويجوز رفع دعوى ببطالته (١٢١).

فيتين من هذا أن القوانين الوضعية اتخذت نفس المبدأ الذي يسود الفقه الإسلامي من حيث عدم صلاحية القاضي للحكم عندما يكون له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة، وأن حكمه في هذه الحالة لا يتمتع بالحماية التي تكون للأحكام القضائية، والخلاف بينهما ينحصر في تقدير الحالات التي يمكن أن يتأثر فيها القاضي، وقد تقدم أن مثل هذا الخلاف قد حدث بين فقهاء المسلمين أنفسهم.

رابعاً : حدود وقيود تتعلق بالمحكوم عليه:

لا يجوز الحكم القضائي الحجية إلا إذا توافر في المحكوم عليه شروط هي:

أ — أن لا يكون بينه وبين القاضي أي نوع من العداوة، فإن كان جاز الحكم له، ولم يجز الحكم عليه، فإن حكم عليه بالرغم من ذلك، فقام المحكوم عليه ووطن في الحكم بالعداوة، وأثبت ذلك، وجب نقض الحكم (١٢٢).

(١٢٠) العشاوي — قواعد المرافعات ص ١٤٥، أحمد مسلم — أصول المرافعات (مرجع سابق)، ص ٤٦.
(١٢١) فتحي والي — مبادئ قانون القضاء المدني (مرجع سابق)، ص ٥٦٢، ٥٦٣. العشاوي — قواعد المرافعات (مرجع سابق)، ص ١٥٣.
(١٢٢) ابن فرحون — تبصرة الأحكام (مرجع سابق)، ص ١٠٥، أبو يعلى — الأحكام السلطانية (مرجع سابق)، ص ٧٣، الحزبن عبد السلام — قواعد الأحكام (مرجع سابق)، ص ٢٠٧. محمد سلام مدكور — القضاء في الإسلام ص ٦٣ (مرجع سابق).

ب — أن يكون حاضراً عند الحكم، فإن كان غائباً، فقد اختلف الفقهاء في ذلك: فذهب الحنفية إلى بطلان القضاء على الغائب البعيد الذي يعرف مكانه من غير ضرورة. ويرى فقهاء المذاهب الأخرى جواز القضاء على الغائب في حقوق العباد دون حقوق الله عز وجل. وبالرغم من تصحيح جمهور الفقهاء القضاء على الغائب، إلا أنهم لم يجعلوا للحكم الصادر عليه من الحجية ما للحكم الصادر على الحاضر: فالملكية — وهم ممن أجازوا الحكم على الغائب بشروط محددة — يرون أن للغائب إذا حضر الحق في معارضة بينات المدعي، كتجريح الشهود ونحو ذلك، وله أن يقدم دفعه، فإن كانت مقبولة، نقض بها الحكم السابق، ونقضت آثاره، فإن لم يعترض من الغائب على الحكم في فترة معينة، نفذ الحكم، ولم يجز بعد ذلك نقضه (١٢٣).

والشافية يرون أن الغائب المحكوم عليه له الحق في إبداء أي نوع من أنواع الدفع الموضوعية، بعد حضوره، ولو لم تكن معه بينات، فله عندئذ تخليف المحكوم له، فلو حضر المحكوم عليه بعد غيبته، وادعى على المحكوم له إبراء أو قضاء أو حوالة، سمعت دعواه، وله تخليف المدعي المحكوم له. (١٢٤)

ح — ولا يكون الحكم القضائي نافذاً إلا إذا كان المحكوم عليه معلوماً، فإن كان مجهولاً لم يعتبر الحكم، ولم يجز أية حجية، وذلك لأن الحكم لا يصح إلا أن يكون ملزماً، ولا يتأتى الإلزام على المجهول (١٢٥).

والقوانين الوضعية تذهب مذهباً قريباً جداً من مسلك الفقهاء المسلمين:

أ — فهي تقرر أنه إذا كان للقاضي أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد أطراف الدعوى كان هذا القاضي غير صالح للنظر في القضية، ووجب تنحيته عنها، فإن حكم كان للمحكوم عليه الحق في طلب نقض الحكم (١٢٦).

(١٢٣) الشيخ عليش — فتح العلي المالك (مرجع سابق)، ص ٢٠١، ابن فرحون — تبصرة الحكام ح ١ ص ١٣٥ (مرجع سابق).

(١٢٤) الشيرازي — المهذب ح ٢ ص ٣٠٣ (مرجع سابق).

(١٢٥) الأبياني — مباحث المرافعات ص ١٨١ (سابق).

(١٢٦) العشماوي — قواعد المرافعات (مرجع سابق)، ص ١٤٥، ١٥٣، فتحي والي — مبادئ قانون القضاء المدني — ص ٥٦٢، ٥٦٣ (مرجع سابق).

ب - وفي حالة غياب الخصم تذهب القوانين الوضعية مذهباً قريباً من مذهب الحنفية في التقليل من صدور الأحكام الغيابية، ولكنها لاتمنعها، حيث أجازت ذلك بقيود من أهمها: عدم جواز الحكم على الغائب إلا بعد إعلانه ودعوته للحضور إلى المحكمة، مهما كان بعيداً، وتذهب بعض التشريعات إلى وجوب إعلانه مرة أخرى بعد تغيبه، حتى إذا ما صدر الحكم، كان بمثابة الحكم الحضورى، ولم يكن للمحكوم عليه معارضته إذا رجع من غيبته. وبعضها يغير المدعى بعد الاعلان للمرة الأولى بين إعلان خصمه مرة أخرى، بحيث إذا لم يحضر يكون الحكم حضورياً، وليس للغائب حينئذ حق الاعتراض على الحكم، وبين أن يحكم عليه، بعد إعلانه للمرة الأولى، بشرط أن يبقى للغائب الحق في الاعتراض على الحكم إذا رجع من غيبته.

وهذه الاتجاهات في التشريعات الوضعية اتجاهات حديثة آلت إليها، بعد أن كانت التشريعات القديمة أقرب إلى مذهب جمهور الفقهاء المسلمين في تصحيح الحكم على الغائب، وإعطائه حق الاعتراض إذا رجع من غيابه. وخلاصة ما آلت إليه، مما يتعلق بموضوع الحجية أن الأحكام التي تصدر في غيبة المحكوم عليه نوعان: بعضها يكون بمثابة الحكم الوجاهي، ويمحوز الحجية كاملة، ولا يجوز الاعتراض عليه إلا بطرق الطعن التي أجازتها القوانين. وبعضها لا يحوز تلك الحجية كاملة، وإنما يكون قابلاً لاعادة النظر فيه أمام المحكمة التي أصدرته، إذا طلب ذلك المحكوم عليه، ويسمى هذا النوع من الطعون بالمعارضة (١٢٧).

ح - لا يحوز الحكم أي مظهر من مظاهر الحجية إذا كان أحد طرفي الخصومة ليس

(١٢٧) عبد الباسط جيمي - شرح قانون الإجراءات المدنية ص ٤٩٢ وما بعدها، أحمد مسلم - أصول المرافعات ص ٦٨٩ وما بعدها، رزق الله أنطاكي - الوجيز في أصول المحاكمات ص ٣٣٥ (مطبعة الجامعة السورية سنة ١٩٥٧م)، أبو هيف - المرافعات المدنية ص ٥٩٢ (مرجع سابق). محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية (مرجع سابق)، ص ٤٧٦، قانون المرافعات العراقي - المادة ٥٨ - قانون المرافعات المصري: المواد ٨٢، ٨٤، ٨٥، أصول المحاكمات السوري: المواد ١١٦، ١١٧، ١١٤.

له أي وجود قانوني، كما لورفعت الدعوى على شركة لم تتكون بعد، أورفعت على شخص متوفى(١٢٨).

وهذا الشرط قريب من شرط المعلومية الذي نص الفقهاء على وجوب تحققه في المحكوم عليه، لأن المعلومية أمر يفترض وجود الشخص في الواقع، ثم تحديده بحيث يتميز عن غيره من الأشخاص، فإن كان الشخص غير موجود في الواقع لم يتحقق شرط المعلومية الذي اشترطه الفقهاء المسلمون.

(١٢٨) فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني ص ٥٦٢ (مرجع سابق).