

حجية المحكم القضائي

بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة

« القسم الثاني »

الدكتور محمد نعيم ياسين
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

تقدم في العدد السابق نشر القسم الأول من بحث (حجية المحكم القضائي)، وقد تضمن ذلك القسم توضيح المقصود بالحجية القضائية، وبيان مظاهرها عند فقهاء المسلمين وعلماء القوانين، وبيان طائفة من القيود والاستثناءات التي ترد على مبدأ الحجية.

ويتضمن القسم الثاني من هذا البحث الكلام عن بقية القيود والاستثناءات التي ترد على مبدأ الحجية، وعن آراء الفقهاء والعلماء في الأسس الشرعية والقانونية التي انبنى عليها ذلك المبدأ، كما يتضمن خلاصة للبحث تشتمل على أهم الفوائد التي احتوى عليها بصورة عاقة.

خامساً : حدود وقيود تتعلق بالمحكم نفسه :

لا يكتسب المحكم القضائي حجيته في الفقه الإسلامي إلا إذا توفرت فيه شروط مخصوصة :

١ — أن تتقدمه خصومة ودعوى صحيحة: (١٢٩) إذا كان المحكم صادراً في حقوق العباد، فلا بد أن تكون حادثة تجري بين يدي القاضي من خصم على خصم، وإلا كان القضاء من قبيل الفتوى، فلا ينفذ ولا يكون ملزماً. لكن هذا ليس شرطاً فيما يصدره القاضي من أحكام تتعلق بحقوق الله تعالى؛ لأن تحصيل هذه الحقوق واجب على كل مسلم، قاضياً كان أو غيره، وكل مسلم له الحق في أن ينتصب خصماً مدافعاً عنها. وبناء

(١٢٩) ابن عابدين — الحاشية (مرجع سابق)، حـ ص ٤٢٤، ذكرنا الأنصاري — الاعلام والاهتمام (مرجع سابق)، ص ٣٧٣، مجلة الأحكام العدلية: المادة ١٨٢٩، ابراهيم عوض — القضاء في الإسلام (مرجع سابق)، ص ٢٤٨، علي قراعة — الأصول القضائية ص ٢٩٧ (مرجع سابق).

على هذا الشرط لم يعد فريق من الفقهاء أفعال القاضي وتصرفاته التي لا تسبقها خصومة بين طرفين من الأحكام، وبالتالي أجازوا للقاضي نفسه، ولمن يأتي بعده، أو لولي الأمر أن ينقضها أو يقدّمها، ولكن ذهب فقهاء الحنفية إلى أن سبق الخصومة لا يشترط في الأحكام القضائية الفعلية، وإنما يقتصر اشتراطه على الأحكام القولية، ولذلك عدّوا معظم أفعال القاضي التي تصدر بناءً على وظيفته من باب الأحكام التي تحوز الحجية ولا يجوز نقضها أو تعديلها. كذلك استثنى بعض الفقهاء من الشرط السابق الحكم الضمني، كما إذا شهد الشهود على خصم بحق، وذكروا اسمه واسم أبيه، وقضى القاضي بعد ذلك بالحق، كان هذا قضاءً بنسبه ضمناً، وإن لم يكن حادثة مخصوصة بالنسب، ويعتبر هذا القضاء عند هذا الفريق من الفقهاء حائزاً للحجية التي جعلت للأحكام القضائية، وإن لم تسبق دعوى، ولم يكن مطلوباً من أحد (١٣٠).

وإلى مثل ما تقدم من اشتراط سبق الدعوى والخصومة لصحة الحكم القضائي ذهب التشريعات الوضعية، فقررت أنه لا يصح حكم لم تسبقه دعوى وطلب مقدم من صاحب الشأن، وبناءً على ذلك لا تعد الأعمال الولائية (التي تقدمت الإشارة إليها في مطلع هذا المطلب) من قبيل الأحكام التي تحوز الحجية (١٣١).

٢ - أن يكون بصيغة تدل على الإلزام، لأن أهم وظائف الأحكام القضائية حسم النزاع بين المتخاصمين، وهذا الحسم لا يتحقق إلا بالإلزام (١٣٢)، فإذا رفع إلى قاض قضية امرأة تزوجت بغير ولي، فلم يزد على قوله: لا أجيز نكاحاً بغير ولي، من غير أن يقصد إلى فسخ هذا النكاح بعينه، فإن هذا ليس بحكم، ولمن يأتي بعده من القضاة أن يستقبل النظر فيه (١٣٣).

(١٣٠) ابن عابدين - الحاشية ح ٥ ص ٤٢٤، خير الدين الرملي - الآلية الدرية على جامع الفصولين (مرجع سابق)، ح ١ ص ٢٠، علي قراغة - الأصول القضائية ص ٢٩٧ (مرجع سابق).

(١٣١) عبد الباسط جيمي - شرح قانون الإجراءات المدنية (مرجع سابق)، ص ٤٦٢، أحمد مسلم - أصول المرافعات (مرجع سابق)، ص ٦٦٥، محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية ص ٦٠٨، أحمد نشأت - رسالة الإثبات ح ٢ ص ٢١٣.

(١٣٢) ابن قاضي سناوة - جامع الفصولين ح ١ ص ٢٠، زكريا الانصاري - الاعلام والاهتمام ص ٣٧٣، الخرشي - الشرح ح ٧ ص ١٦٧.

(١٣٣) الخرشي - الشرح ح ٧ ص ١٦٧.

وبالرغم من اتفاق الفقهاء على هذا الشرط، إلا أنهم اختلفوا في بعض الصيغ: أتدل على الإلزام، فتعتبر أحكاماً لا تنقض، أو أنها لا تدلّ عليه، ولا تحسم النزاع، فلا تعتبر أحكاماً، ويجوز نقضها وتغييرها بعد ذلك؟ من هذه الصيغ: قول القاضي «ثبت عندي أن لهذا على هذا كذا وكذا، أو ظهر عندي أو صح عندي أو علمت». اختلفوا في هذه الصيغ ونحوها على أقوال: فذهب فريق إلى أنها تعتبر حكماً قضائياً لا يجوز نقضه، لأن ثبوت الشيء لدى القاضي يستلزم الحكم بما ثبت عنده، فالثبوت وإن لم يكن حكماً في ذاته، إلا أنه يستلزمه، والقضاء بالشيء حكم بما يلزم منه. وذهب فريق آخر إلى أنه ليس بحكم؛ لأن الثبوت مغاير للحكم، إذ هو في حقيقته قيام الحجة على وجود السبب الشرعي، ولكن الحكم فصل الخصومة بقول ملزم، وهما امران متغايران؛ إذا الأول هو المرحلة حجة أن يبينه.. وإن لم يفعل جاز حكمه، غير أنه ترك موضع الإعذار إلى المقضي عليه عند القضاء (١٣٧).

القوانين الوضعية أقرب إلى المذهب الثاني من مذاهب فقهاء المسلمين، حيث تذهب إلى أن تسجيل البيانات وإثبات الشهادات والقرارات يعتبر من الأعمال الولائية التي يقوم بها القاضي بالإضافة إلى وظيفته الأساسية في حسم المنازعات، ولا تعتبر هذه الأعمال من قبيل الأحكام، ولا يكون لها حجيتها القضائية، ويجوز نقضها أو تعديلها (١٣٥).

٣ - إذا كان القاضي الذي أصدر الحكم ممن لم تتوفر فيه الشروط، وعين في منصب القضاء للضرورة، أي لعدم وجود من تتوفر فيه الشروط، ولضرورة الفصل بين المتخاصمين من الناس، فيجب على هذا القاضي أن يذكر في الحكم الصادر عنه السبب الذي بناء عليه، فإن لم يذكر مستنده لم يقبل حكمه ولم ينفذ، ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشافعية، وذهب جماعة إلى أن التسبب شرط في نقض الحكم، فمن نقض حكماً بحجة مخالفته للاوضاع الشرعية، وجب عليه بيان مستنده في هذا النقض، وإلا لم يكن نقضه حجة أبداً (١٣٦).

(١٣٤) ابن فرحون - تبصرة الحكام ج ١ ص ١١٤، (مرجع سابق).

(١٣٥) فنحسي والي - قانون القضاء المدني (مرجع سابق)، ج ١ ص ٢٧٩، العشماوي - قواعد المرافعات ص ٢٣٠ (مرجع سابق).

(١٣٦) السيوطي - الأشباه والنظائر ص ٥٢٣ (مرجع سابق)، المليباري - فتح المعين ص ١٣٧، ١٣٨ (مطبعة دار الكتب العربية ١٣٣١ هـ)، الخرشني - الشرح ص ١٦٣ (مرجع سابق).

وأما الاحكام القضائية الصادرة عن اهلها، والتي ليس فيها نقض لاحكام سابقة، فلا يشترط فيها ذكر الاسباب، ولكن يستحب ذلك، يقول الامام الشافعي في الام (واحب للمقاضي اذا اراد القضاء على رجل ان يجلسه ويبين له ويقول له: احتججت عندي بكذا، وجاءت البينة عليك بكذا، واحتج خصمك بكذا، فرأيت الحكم من قبل كذا، ليكون اطيب لنفس المحكوم عليه، وابتعد من التهمة، واحرى ان كان القاضي غفل عن موضع فيه حجة ان يبينه.. وان لم يفعل جاز حكمه، غير انه ترك موضع الإعذار الى المقضي عليه عند القضاء) (١٣٧).

وأما القوانين الوضعية فانها تشترط لصحة الحكم القضائي ان يكون مشتملا على ذكر الاسباب التي بني عليها، والا كان باطلا، ويجب أن تكون الاسباب جدية، وكافية، كما يجب ألا تكون متناقضة، بعضها مع بعض، او مع المنطوق (١٣٨) و يعتبر هذا شرطاً في جميع أنواع الاحكام القضائية، ولا يقتصر على نوع معين.

٤ - لا يكون للحكم القضائي حجته عند المالكية، إلا أن يسبق صدوره إعذار يوجهه القاضي لمن يريد الحكم عليه، بسبب توجه البينات عليه، ويقصدون بالاعذار ان يسأل القاضي من توجه عليه الحكم ببينة، هل عنده ما يبرح هذه البينة أو ما يسقط ما توجب عليه بالبينة التي أقامها الخصم الاخر (١٣٩)، قال الامام مالك رحمه الله: (وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتيهما، وفهم القاضي عنهما، وأراد أن يحكم بينهما، أن يقول لهما، أبقيت لكما حجة؟ فإن قالوا: لا، حكم بينهما، ثم لا يقبل منهما حجة بعد إنفاذ القضاء، وإن قال أحدهما: نعم، بقيت لي حجة، أنظره القاضي، ولم يزل على حجته عند ذلك القاضي، وعند غيره، مع بقاء ولايته، وبعدها، وينظر له في ذلك القاضي ومن ولي بعده، وهذا ما لم يظهر لده، فحينئذ يعجزه) (١٤٠). وهكذا فهم علماء المالكية من كلام الامام أن الاعذار واجب ملقى على عاتق القاضي، بحيث يكون التقصير فيه سبباً في فقدان

(١٣٧) الشافعي - الأم ح ٦٤ ص ٢٢٤، (مرجع سابق).

(١٣٨) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية (مرجع سابق)، ص ٦٢٨، أحمد مسلم - أصول المرافعات

(مرجع سابق)، ص ٦٧٠، ٦٧١، عبد الباسط جيمي - شرح قانون الإجراءات المدنية (مرجع سابق)،

ص ٤٧٢، قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م.

(١٣٩) علي العدوي - حاشيته على شرح الخرشي ص ٧ ص ١٥٨ (مرجع سابق).

(١٤٠) نقله ابن فرحون - انظر: تبصرة الحكام ح ١ ص ١٦٦ (مرجع سابق).

الحكم لحجته، ولكنهم استثنوا من ذلك ما لو غلب على ظن القاضي أن من يراد الحكم عليه عالم بحقه في الطعن والاعذار فإنه لا يكون واجباً حينئذ (١٤١). وللإعذار شروط وقيود واستثناءات عند علماء المالكية مفصلة في كتبهم (١٤٢).

وأما بقية علماء المذاهب الفقهية الإسلامية، فلم يوجبوا على القاضي إعذار من قامت الحجج ضده، ولكن بعضهم استحب له، ولو تركه لم يبطل قضاؤه ولم يفقد حجته (١٤٣).

وأما القوانين الوضعية فليس فيها ما يوجب على القاضي أن يعذر إلى الخصم الذي قامت الأدلة ضده، ولم يبق إلا الحكم عليه بمقتضى هذه الأدلة، ولكن المدافعة في الدعوى هي صميم نشاط الخصوم فيها، والدفع الشكلى والموضوعية والطلبات العارضة هي أدوات المدافعة في الدعوى، وللخصوم الحق في التعرض للحجج والأدلة والبيئات التي يقدمها الطرف الآخر وله أن ينقضها بدعوى تزويرها، أو كذبها أو غير ذلك، ولو أن قاضياً من القضاة منع أحد الخصوم من هذه الحقوق، وأصدر حكمه القضائي بعد ذلك، لم يكن لمثل هذا الحكم حجية قضائية، لأن من المقرر أن حق الخصوم في الدفاع أمام القاضي أصل من أصول التقاضي في التشريعات الوضعية، ومقتضى هذا الحق تمكين المدعي من بسط ادعاءاته وتدعيمها بما لديه من أدلة، والرد على الدفع التي يبيدها خصمه، وتمكين المدعى عليه من شرح دفاعه، وتدعيمه كذلك بما لديه من أدلة مضادة، وليس مبدأ المواجهة بين الخصوم إلا من مقتضيات هذا الحق، وقد صرح شراح القوانين الوضعية بأن أي حكم يصدر مخالفاً لهذا المبدأ يكون قد انطوى على مبرر قانوني لإبطاله، ويفقد حجته القضائية، ولا يصح الاحتجاج به (١٤٤).

(١٤١) أحمد الدردير - الشرح الكبير ج ٤ ص ١٤٨، (مطبعة عيسى الحلبي بمصر).

(١٤٢) انظر مثلاً: الدردير - الشرح الكبير ج ٤ ص ١٤٨، ابن فرحون - تبصرة الحكام (مرجع سابق) ج ١

ص ١٦٦، محمد علي بن حسين - تهذيب الفروق ط ١٣٤٦ هـ، ج ٤، ص ١٢٩، الأمير - حاشيته

(المطبعة البهية ١٣٠٤ هـ) ج ٢ ص ٣١٨.

(١٤٣) الشافعي - الأم (مرجع سابق) ج ٦ ص ٢٢٤.

(١٤٤) فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني (مرجع سابق)، ص ٥٦٣، أحمد مسلم - أصول المرافعات

ص ٣٧٦، ٣٧٧ (مرجع سابق).

٥ - ويشترط في الحكم القضائي حتى يتمتع بمظاهر الحجية السالفة الذكر في المطلب السابق أن لا يكون فيه أية مخالفة للكتاب الكريم أو السنة الشريفة أو الإجماع، وإذا صدر حكم قضائي فيه مثل هذه المخالفة، كان باطلا وليس لاحد أن يحججه أو ينفذه، وينقضه كل من رفع إليه.

وقد تقدم أن القضاء نافذ في المجتهديات، وليس لأحد أن ينقضه، ولا خلاف في هذا الأصل، ويعتبر من المجتهديات كل أمر يحتمل الاجتهاد، وإن لم يسبق للفقهاء أن تعرضوا له أو اجتهدوا فيه، ويكون الأمر كذلك إذا لم يكن فيه نص من الكتاب الكريم أو السنة الشريفة، ولم يكن فيه إجماع، فهذا إذا صدر فيه حكم قضائي من حاكم قادر على الاجتهاد كان نافذاً ولم يحز لأحد نقضه.

أما إذا لم يكن الأمر من المجتهديات، بأن كان فيه نص قاطع من القرآن الكريم أو حديث شريف قطعي في ثبوته أو دلالاته، أو كان فيه إجماع معتبر، فيجب أن يكون الحكم القضائي الصادر فيه غير مخالف للنص أو الإجماع، وإلا كان مهذرا للحجية، وباطلا، بل يجب إبطاله ونقضه على كل قاض يرفع إليه، لأنه منكر، والمنكر يجب تغييره (١٤٥)، ولأن الله أمر بالحكم بما أنزل، فقال سبحانه: (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله) (١٤٦)، وقال عمر رضي الله عنه: (ردوا الجهالات إلى السنن)، كما كتب إلى أبي موسى الأشعري يقول (لا يمنعك قضاء قضيت به، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء، وإن الرجوع إلى الحق أولى من التماسي في الباطل)، ولكن المقصود من ذلك هو الرجوع إلى الحق المقطوع به وليس الرجوع إلى الظني المحتمل (١٤٧). ومثال الحكم القضائي المخالف لنص قطعي من كتاب الله عز وجل الحكم الصادر بالزام المدعى عليه بالفوائد المستحقة عليه بسبب تأخره عن الدفع في الموعد المحدد للدين، فهذا حكم بجواز

(١٤٥) القرافي - الاحكام ص ٧٨، ابن البراز - الفتاوي البزازية ح ٥ ص ١٧٣، الماوردي - أدب القاضي ح ١ ص ٦٨٤، ٦٨٥ (مرجع سابق)، ابن أبي الدم - أدب القضاء (مرجع سابق) ص ١٢٦، إبراهيم عوض - القضاء في الاسلام (مرجع سابق) ص ٢٤٣.
(١٤٦) المائدة آية رقم ٤٩.
(١٤٧) الشيرازي - المهذب ح ٥ ص ٢٩٧ (مرجع سابق)، ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين ح ١ ص ١١٠، ١١١ (مرجع سابق).

التعامل بالربا المحرم بعدة نصوص قرآنية، وأحاديث شريفة. ومثلوا له أيضا بالحكم الصادر بإلزام الخصم بدفع ثمن متروك التسمية عمدا (١٤٨)، فهذا مخالف لظاهر قوله عز وجل: (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه، وإنه لفسق) (١٤٩). ومن القضاء المخالف للسنّة والإجماع الحكم على شارب الخمر بالبراءة لأنه لم يشرب في مكان عام، أو الحكم عليه بالسجن بدلاً من الجلد، فإن ذلك مخالف لما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أن شارب الخمر يعاقب بالجلد، فقد صح عنه أنه قال (من شرب الخمر فاجلدوه) (١٥٠). ومن القضاء المخالف للإجماع الحكم بجعل الميراث كله للأخ دون الجد، إذ الأمة على قولين لا ثالث لهما: المال كله للجد، أو يقاسم الأخ، أما حرمانه بالكلية فلم يقل به أحد، فمتى حكم به حاكم بناء على أن الأخ يدلي بالبنة، والجد يدلي بالأبوة، والأولى مقدمة، نقض هذا الحكم لمخالفته إجماع الأمة (١٥١).

ولا يكون الحكم القضائي بالوصف المذكور إلا إذا كان النص الذي خالفه قطعياً في ثبوته ودلالته، فإن كان ظنياً فيهما أو في أحدهما كان من المجتهدات، والقضاء بخلافه لا ينقض إلا أن يكون فيه خروج على جميع الاحتمالات الشرعية السائغة.

وبالرغم من اتفاق الفقهاء على الأصل المتقدم لكنهم اختلفوا في تطبيقه في كثير من الأحيان، فنجد بعضهم أحياناً يصف النص بأنه قطعي، وليس كذلك في حقيقة الأمر، أو عند غيره، وبعضهم يدعي الإجماع في أمر من الأمور، بينما لا يعترف الآخرون بهذا الإجماع المدعى، فمن اعتبره جعل الأحكام المخالفة له مستحقة للنقض ولا حجية لها، ومن لم يعتبره كذلك جعله من المجتهدات التي ينفذ القضاء فيها ولا ينقض، ومن أمثلة ذلك قول الحنفية بنقض الحكم الصادر بناء على شهادة الشاهد الواحد ويمن المدعي، لأنهم يعتبرون ذلك مخالفاً للنص (١٥٢)، وهو قول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) (١٥٣)، بينما يرى جمهور الفقهاء أن

(١٤٨) إبراهيم عوى - القضاء في الإسلام ص ٢٢٤ (مرجع سابق).

(١٤٩) الأنعام - آية رقم ١٢١.

(١٥٠) أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي - الزيلعي - نصب الرأية ج ٣ ص ٣٤٧، (ط ١ مصر ١٩٣٨ م).

(١٥١) القراني - الإحكام ص ١٣٠ (مرجع سابق).

(١٥٢) الصدر الشهيد - شرح أدب القاضي ج ٣ ص ١٢٣ (مرجع سابق).

(١٥٣) البقرة - آية رقم ٢٨٢.

الأحاديث الواردة في القضاء بالشاهد واليمين أحاديث صحيحة ومشهورة وقال بها كثير من الصحابة. ومن ذلك أيضاً قول المالكية بنقض الحكم بشفعة الجوار لمخالفة ذلك للحديث الصحيح الذي ورد باختصاصها بالشريك (١٥٤).

ومن جهة أخرى اختلف الفقهاء فيما يلتحق بالنصوص والإجماع من حيث كون مخالفته تستوجب نقض الحكم القضائي الذي وقعت فيه المخالفة:

أ — فذهب كثير من الفقهاء إلى أن مثل مخالفة النص مخالفة القياس الجلي (١٥٥): فلو حكم قاض على مسلم بناء على شهادة نصراني أو يهودي، فإن هذا الحكم ينقض، وليس له حجية، لأنه إذا كان الفاسق لا تقبل شهادته، ولا يحكم بناء عليها، فإن عدم قبول شهادة الكافر أولى، لأنه أشد فسوقاً، وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس، فينقض ذلك الحكم (١٥٦) والقياس الجلي هو ما يكون معناه في الفرع زائداً على معنى الأصل، مثل قوله تعالى: (فلا تقل لهما أف) (١٥٧)، فدل على تحريم الضرب بالقياس الجلي، وبعض العلماء ينكر أن يكون هذا قياساً، وإنما هو نص، وسماه بعضهم مفهوم الخطاب وفحوى الكلام، ودلالة النص، ومفهوم الموافقة (١٥٨).

ب — وذهب فقهاء الحنفية إلى أن كل حكم قضائي مبني على قول مهجور لبعض العلماء ينقض ولا يمد قضاء في المجتهديات، فإذا رفع إلى قاض آخر نقضه، لأن القول المهجور ساقط الاعتبار في مقابلة المشهور، ويقصدون بالقول المهجور القول المخالف لإجماع فقهاء الأمصار، وسماه الخصاص خلافاً، ونفى أن يكون اختلافاً، فإنه إذا أجمع فقهاء الأمصار

(١٥٤) القرافي — الإحكام ص ١٣١ (مرجع سابق).

(١٥٥) القرافي — الإحكام ص ١٣٢، الماوردي — أدب القاضي (مرجع سابق) ص ١٨٥، ابن أبي الدم — أدب القضاء ص ١٢٥ (مرجع سابق).

(١٥٦) نفسه .

(١٥٧) الإسراء — آية رقم ٢٣.

(١٥٨) انظر: الماوردي — أدب القاضي (مرجع سابق) ص ١٨٤، ٥٨٦، وفيه تفصيل لأنواع القياس، وماتعد مخالفته مستوجبة للنقض. وانظر في تفصيل هذا النوع من الدلالات: محمد أديب الصالح — مصادر التشريع الإسلامي (مرجع سابق) ص ٣٠٤ وما بعدها، ورسالته تفسير النصوص في الفقه الإسلامي — المجلد الأول ص ٥١٦. وما بعدها (مرجع سابق).

على شيء، فقول واحد يخالف قولهم يكون خلافا ولا يكون اختلافاً، فمتى قضى الحاكم بقوله كان القضاء حاصلًا في موضع الخلاف، والقضاء ينفذ في مواضع الاختلاف لا في مواضع الخلاف، فكان هذا الحكم باطلاً، ويكون للقاضي الثاني أن يبطله وينقضه (١٥٩). ومن أمثلة ذلك الحكم بإبطال حق في عقار لأن صاحبه أقام ثلاث سنين وهو لا يطلب حقه، فإنه إذا رفع هذا القضاء إلى قاضٍ آخر، وجب عليه أن يبطله، ويجعل الرجل على حقه في العقار، لأن القول بسقوط الحق بالتقادم — وهو ما استند عليه القاضي الأول — قول مهجور، يخالف لقول الجمهور من العلماء والفقهاء في الامصار فكان خلافاً لاختلاف، والقضاء في موضع الخلاف لا ينفذ، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر أبطله ولم ينفذه (١٦٠). ومنه أيضاً: ما لو تصرفت امرأة بالغة في مال نفسها، بأن أقرت بدين أو أوصت بوصايا بغير رضى زوجها فأبى ذلك فرفعها إلى القاضي فأبطل فعلها ثم ارتفعوا إلى قاضٍ آخر فإنه يبطل حكم ذلك القاضي وينفذ ما صنعت المرأة من ذلك، لأن بعض العلماء وإن قال إن تصرف المرأة لا ينفذ من غير رضى زوجها لكن هذا قول مهجور ولا يعتبر بمقابلة قول الجمهور من العلماء، بل هو مخالف لنص الكتاب الكريم، وهو قوله تعالى (فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين) (١٦١)، إذ حكم الله تعالى بصحة وصية المرأة من غير اعتبار إذن الزوج (١٦٢). ومن ذلك أيضاً الحكم بعدم وقوع الطلاق الثلاث إذا كان في حيض المرأة، أو أثناء حملها، أو قبل الدخول بها، فينقضه القاضي الثاني، لأنه مبني على قول مهجور (١٦٣). ومنه أيضاً الحكم بعدم تأجيل العنين حولاً، وفسخ النكاح بسبب العنة دون تأجيل، فإنه ينقض أيضاً لأن قول عامة العلماء تأجيل العنين حولاً كاملاً، والقول الآخر مهجور (١٦٤).

ح — وذهب المالكية إلى وجوب نقض كل حكم قضائي يخالف ما استقر من القواعد العامة في الشريعة، وإن كانت المسألة اجتهادية، وليس فيها نصوص قطعية ولا إجماع، وقد ضرب الإمام القرافي مثلاً حكم الحاكم في المسألة السريحية، وهي أنه إذا قال

(١٥٩) الصدر الشهيد — شرح أدب القاضي ح ٣ ص ١٠٩، ١١٠ (مرجع سابق).

(١٦٠) نفسه ح ٣ ص ١٣٢.

(١٦١) النساء — آية رقم ١١.

(١٦٢) الصدر الشهيد — شرح أدب القاضي ح ٣ ص ١٣٤ (مرجع سابق).

(١٦٣) نفسه ح ٣ ص ١٣٧.

(١٦٤) نفسه ح ٣ ص ١٣٩.

شخص لزوجته: إن وقع عليك طلاقى، فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم طلقها بعد ذلك، فالأصح لزوم الثلاث له، سواء طلقها ثلاثاً أو أقل من ذلك، فإذا ماتت أو مات هو، وحكم القاضي بالإرث لها أو منها، نقض حكمه، لأنه على خلاف القواعد، لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط، لأن حكمه إنما يظهر فيه، فشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطه لا يصح أن يكون في الشرع شرطاً، فلذلك ينقض حكم الحاكم في المسألة السريجية (١٦٥). ولكن اشترطوا لذلك أن لا يكون للقواعد معارض شرعي راجح عليها، فإن كان لها معارض راجح، فلا ينقض الحكم، إذا كان وفق ذلك المعارض الراجح، مثل القضاء بصحة عقد القراض والمساواة والسلم والحوالة، ونحوها، فإنها على خلاف القواعد والنصوص والقياس، ولكن ورد فيها أدلة خاصة مقدمة على تلك القواعد والنصوص العامة والأقيسة، فإذا وقع الحكم القضائي على وفق تلك الأدلة الخاصة لم ينقض، بل ينفذ (١٦٦).

د - وذهب الشافعية إلى أن الحكم القضائي ينقض إذا استند إلى اجتهاد مخالف لخبر الواحد الصحيح، إذا كان هذا الاجتهاد لا يتأتى إلا بناء على تأويل بعيد لذلك الخبر، ينبو الفهم عن قبوله، وقيل: إنه لا ينقض، ومثلوا له بقضاء الحنفي في مسألة خيار المجلس بنفيه، وفي العرايا وزكاة الجنين، وقالوا أيضاً: ينقض قضاء الحنفي في مسألة القتل بالمثل بعدم وجوب القصاص، وفي معظم مسائل الحدود والغصب، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: (أنقض قضاء من حكم لزوجته المفقود أن تنكح بعد تربص أربع سنين، وإن كان ذلك مذهب عمر رضي الله عنه) (١٦٧).

وهذا الذي ذهب الشافعية إليه، ووقع كثير من فقهاء المذاهب الأخرى في مثله، فقالوا بنقض الأحكام القضائية المخالفة لمذاهبهم، اعتقاداً منهم بضعف اجتهاد مخالفهم، يؤدي في الحقيقة إلى توسيع دائرة نقض الأحكام القضائية، وإضعاف مبدأ الحجية في بعض مظاهره، وهو مظهر نفاذ القضاء في المسائل الاجتهادية. وينبغي أن يحترم هذا المظهر بنقض النظر عن مدى اعتبار فقهاء المذاهب الاجتهادية، لأدلة بعضهم بضاً، لأن هذا المبدأ (نفاذ القضاء في المجتهديات) قامت عليه الأدلة الشرعية، التي من أهمها إجماع علماء الصحابة

(١٦٥) القراني - الإحكام ص ١٣١ (مرجع سابق).

(١٦٦) نفسه ص ٧٦.

(١٦٧) ابن أبي الدم - أدب القضاء ص ١٢٥ - ١٢٧ (مرجع سابق).

والتابعين ومن بعدهم، ولا يجوز مخالفته بحجة ضعف الأدلة، مادام صاحب القول من أهل الاجتهاد.

والذي ينبغي أن يدقق فيه، هو فحص القضية المعروضة، لمعرفة كونها من مسائل الاجتهاد أولاً، بالبحث عن النصوص الشرعية التي تناولتها، فإن تبين أنها لم تتناولها، أو تناولتها بصورة غير قطعية في دلالتها، أو كانت النصوص نفسها ظنية الثبوت، فينبغي أن تعتبر مسألة اجتهادية، وينبغي أن يحترم حكم القاضي فيها إذا كان ممن توفرت فيهم أهلية القضاء، فلا ينقض حكمه بناء على ضعف دليله إذا كان الرأي الذي اعتمده القاضي يتفق مع أحد الاجتهادات السابقة. وإذا كانت القضية مستحدثة، لم يسبق لها مثيل، ولم يسبق فيها أي اجتهاد للفقهاء، مع عدم تعلق أي دليل شرعي بها، وكان القاضي ممن له القدرة على الاجتهاد بوجه من الوجوه، فأى حكم يصدره فيها ينبغي أن يكون محترماً، وإن اعتبر ضعيف الحجة في نظر مجتهدين آخرين (١٦٨).

و يثور هنا تساؤل، طرح قديماً، واختلفت الأجوبة عليه، وهو أن القاضي المجتهد إذا قضى في حادثة لا يوجد فيها نص من الكتاب ولا من السنة، وفيها أقوال للمجتهدين القدامى، ولم يعتمد القاضي في قضائه على أى من الأقوال السابقة، وإنما استحدث قولاً جديداً أداه إليه اجتهاده، فهل ينفذ قضاؤه؟

بتين هذه المسألة الحسام الشهيد في شرحه كتاب الخصاص، فقال: (ثم القاضي إذا قضى في حادثة لا يوجد فيها نص من الكتاب ولا من الأخبار، ونقل فيها قول عن المتقدمين، فهذا على وجهين: إما أنه نقل فيها قول عن المتقدمين أنهم كانوا على ذلك القول، لكن من غير إجماع، بأن لم يبلغ الباقيين، ثم إن واحداً من المتأخرين قال فيها قولاً مخالفاً لقول المتقدمين، فقضى قاض بقول هذا المتأخر، نفذ قضاؤه، لأن الناس يتفاوتون في حدة الخاطر، فتصير المسألة مختلفة، فمتى قضى القاضي فيها بقول المتأخر، فقد قضى في محل الاجتهاد والاختلاف، فنفذ قضاؤه.

(١٦٨) انظر قريباً من هذا: القرافي - الأحكام ص ٧٨ (مرجع سابق).

وأما أن نقل فيها اختلاف بين المتقدمين على قولين، فقضى القاضي فيها بقول ثالث فهذا على وجهين: إما أن يكون ما قضى به خلاف علماء زمانه، أو يوافق قول علماء زمانه، ففي الوجه الأول لا ينفذ قضاؤه بالإجماع، وفي الوجه الثاني اختلفوا فيه: قال بعضهم: ينفذ، وقال بعضهم: لا ينفذ، وهذه مسألة أصولية، وهي: أن أهل العصر إذا اجتمعوا على شيء وانقرضوا، ثم خالفهم من بعدهم من العلماء، واتفقوا على قول خلاف ما اتفق عليه المتقدمون، هل يعتبر هذا؟ منهم من قال: يعتبر، ومنهم من قال: لا يعتبر.... ووجه البناء على هذه المسألة أن المتقدمين لما اختلفوا على هذين القولين، وتناظروا، فأتى كل واحد منهم بالدلائل والحجج، فقد أجمعوا على أنه ليس ههنا قول ثالث، فصار كما لو أجمعوا على قول واحد (١٦٩).

وهكذا يستنتج من كلام الحسام الشهيد أن المسألة الاجتهادية في أصلها، والتي سبق فيها اختلاف بين المجتهدين القدامى، تغدو مسألة إجماعية إذا تحدت فيها الأقوال السابقة، وثبت تلاقي أصحابها وتناظرهم حولها، وخرجهم بتلك الأقوال المحددة، أما إذا لم يثبت تلاقيهم ولا تناظرهم، فإن ذلك لا يدل على إجماعهم على انحصار حكم المسألة في الأقوال التي قيلت فيها، بل هي قابلة لأقوال جديدة إذا صدرت من أهلها القادرين على الاجتهاد.

د — لا خلاف في أن القاضي المجتهد يحكم بما يؤديه إليه اجتهاده في المسائل الاجتهادية، بعد أن يشاور المجتهدين من أهل بلده، وإنما تكون مشاورته ليكون رأياً لنفسه، ويزداد قناعة به، ولا يجب عليه اتباع من يشاورهم: فإن اتفقوا على شيء وكان رأيه كرايهم فصل الحكم بما اتفقوا عليه، وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقوال من الحق حسب اجتهاده، ولا ينظر إلى السن ولا إلى الكثرة، أما إذا كان رأيه مخالفاً لما ذهب إليه فقهاء بلده، فيجب عليه أن يقضي برأيه نفسه، لأنه يعتقد أن رأيه هو حكم الله في القضية، ولا يجوز له أن يخالف ما يعتقده، فإذا قضى برأيه غيره، وهو يعلم رأي نفسه، فقد قال أبو حنيفة: ينفذ قضاؤه ولا ينقض، وقال صاحبان: ينقض قضاؤه، وذكر في الفتاوى الهندية أن المفتى به في زمانه قول صاحبين، لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعل ذلك إلا لهوى باطل، لا لقصد

جميل (١٧٠)، ولكن ينبغي أن لا يتوجه مثل هذا الاتهام إلى القاضي المجتهد، إذ مادام قادراً على الاجتهاد وخالف ما هو معروف من اجتهاده، فينبغي أن يصح ذلك منه وينفذ، وأن يحمل على أنه كرر الاجتهاد، فأداه اجتهاد الآخر إلى مذهب غيره (١٧١).

والذي يتفق مع الأصل في أن المجتهد يتبع اجتهاده فيما يطبقه على نفسه من الأحكام، وفيما يحكم به بين الناس، هو أن لا يقيد القاضي إذا كان مجتهداً إلا بالنص والإجماع وما في معناها من قياس جلي أو قاعدة شرعية متفق عليها، ولعل المقصود بما نقل عن الصاحبين أن يحكم القاضي المجتهد برأي، ويصرح أنه خالف ما يعتقده حقاً حسب اجتهاده الخاص به، فهذا يحرم عليه ذلك، لأن الإنسان مكلف بتطبيق حكم الله عز وجل، لقوله تعالى: (إن الحكم إلا لله) (١٧٢)، وقوله أيضاً: (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) (١٧٣)، والمجتهد حكم الله في حقه هو ما يؤديه إليه اجتهاده، فإن تبين له الأمر في القضية، وكون لنفسه اجتهاداً فيها، وعدل عنه من غير مبرر، فينبغي أن لا يصح ذلك منه، وأن ينقض حكمه. أما إذا كان المجتهد معروفاً برأي في قضية، فحكم بخلافها في حادثة، واتبع مذهباً مخالفاً لما عرف عنه، فيحمل ذلك على تغير اجتهاده ولايتهم، بل الواجب عليه هو العمل بما أداه إليه اجتهاده ثانياً، وترك ما كان عليه اجتهاده أولاً (١٧٤).

هذا بالنسبة للمجتهد، وأما المقلد، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى التمييز بين صنفين من المقلدين: المقلد المحض الذي لا يقدر على الترجيح، والمقلد الذي يتمكن من ترجيح الأقوال المختلفة في المذهب الواحد:

ويرى جمهور الفقهاء أن الصنف الأول لا يجوز لهم أن يحكموا في الخصومات التي تعرض عليهم إلا بمعتمد المذهب، وهو الأقوال المفتى بها فيه، ولا ينفذ حكمه بالأقوال الضعيفة وغير المفتى بها، لأنه لا يستطيع الترجيح.

-
- (١٧٠) محمود عرنوس - تاريخ القضاء في الإسلام المطبعة المصرية/ ١٩٣٤ م ص ١٤٨، إبراهيم عوض - القضاء في الإسلام (مرجع سابق) ص ١٣٨.
(١٧١) محمود عرنوس - تاريخ القضاء في الإسلام ص ١٤٩ (مرجع سابق).
(١٧٢) يوسف - الآية رقم ٤٠.
(١٧٣) المائدة - آية رقم ٤٩.
(١٧٤) الغزالي - المستصفى ج ٢ ص ١٢١، (مرجع سابق).

وأما الصنف الثاني فله أن يقضي إما بقول الإمام أو بقول أحد أصحابه، وله أن يرجح بين الأقوال المختلفة في المذهب الواحد و يقضي بها.

فالجمهور يرى أن المقلد لا ينفذ قضاؤه إذا حكم بغير مذهبه، و يعللون ذلك بأنه لا يعدل عن مذهب إمامه إلا لهوى في نفسه، فيكون متهما، ولا يصح قضاؤه (١٧٥).

هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في مختلف المذاهب بالنسبة لحكم القاضي المقلد بغير مذهب إمامه، وأنه مستحق للنقض غير نافذ، وليس من حجة لهم سوى ما قيل من أن خروج القاضي عن مذهب إمامه قد يورث التهمة عليه، وأنه لم يفعل ذلك إلا بدافع غير نبيل، وأن القاضي يجب أن يحكم بما يعتقد أنه حق، وأن كل قاض مقلد يعتقد أحقية مذهب إمامه في الحادثة المعروضة، فهو الواجب تطبيقه عليها، وليس هناك دليل شرعي على ما ذهب إليه الجمهور، لا من الكتاب ولا من السنة، ولا من ممارسات الصحابة رضوان الله عليهم، بل أن انتماء المسلمين إلى مذاهب فقهية أمر حادث من الناحية العملية، بعد انصرام أكثر من ثلاثة قرون على هجرة الرسول عليه الصلاة والسلام (١٧٦)، ومن الناحية النظرية لا يوجد من أدلة الشرع ما يقتضي هذا الانتماء (١٧٧). والذين ألزموا القاضي بعدم الخروج عن مذهبه. إنما اعتبروا ذلك من السياسة التي لا تصلح أمور الناس إلا بها في وقت من

(١٧٥) إبراهيم عوض - القضاء في الإسلام (مراجع سابق) ص ٢٣٧، محمود عرنوس - تاريخ القضاء ص ١٤٩ (مراجع سابق).

(١٧٦) يقول أبو طالب المكي: (إن الكتب والمجموعات محدثة، والقرول في مقالات الناس والفتيا بمذهب الواحد من الناس، واتخاذ قوله والحكاية له في كل شيء، والتفقه على مذهب، لم يكن قديماً على ذلك في القرنين الأول والثاني، وبعد القرنين حدث فيهم شيء من التخرج، غير أن أهل المئة الرابعة، لم يكونوا مجتمعين على التقليد الخالص على مذهب واحد، والتفقه له والحكاية لقوله، كما يظهر من التبع بل كان فيهم العلماء العامة، وكان من خبر العامة أنهم كانوا في المسائل الإجماعية التي لا خلاف فيها بين المسلمين، أو جمهور المجتهدين لا يقلدون إلا صاحب الشرع، وكانوا يتعلمون صفة الوضوء والغسل والصلاة والزكاة ونحو ذلك من آياتهم أو معلمي بلدانهم، فيمشون حسب ذلك، وإذا وقعت لهم واقعة استفتوا فيها أي مفت وجدوا من غير تعيين مذهب - نقله عن أبي طالب المكي الدهلوي في الحجة البالغة - انظر: محمود عرنوس - تاريخ القضاء في الإسلام ص ٨١ (مراجع سابق).

(١٧٧) بل يرى بعض العلماء أن التقليد بمعنى اتباع الغير من غير دليل أسلوب بعيد عن الشرع والأدلة الشرعية ترفضه - انظر ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٩٠، وما بعدها (مراجع سابق).

الأوقات (١٧٨)، بل أشار الإمام الغزالي، وكذلك ابن قيم الجوزية إلى أن الأصول الشرعية تقتضي أن لا ينقض حكم القاضي المتبع إذا خرج عن مذهب إمامه، إلى مذهب غيره، لأنه يكون قد حكم في مجتهد فيه بما يحتمله، وقد تقدم أن الحكم في المجتهدات بأحد أقوال المجتهدين نافذ لا ينقض (١٧٩). وإذا لم يكن لذلك الاتجاه السائد من دليل سوى مقتضيات السياسة الشرعية، فإنه إذا تغيرت الأحوال وصار من الواجب تغيير تلك السياسة لصالح الناس، أو اكتشفت أساليب أخرى تحقق صلاحهم، فلا شك أن روح الشريعة لا تلزم المسلمين بالبقاء على أساليب لم يبق مبررها موجوداً كما كان. وإذا كان السبب في منع القاضي من القضاء بغير مذهبه هو سد الطريق عليه، حتى لا يحميد عن مذهبه المعروف محاباة أو معاداة لأحد الخصوم، فإن هذا المبرر لا يكون له أي وجود إذا ما ألزم القضاة جميعاً بقانون إسلامي استنبطه المجتهدون، واتفق عليه جمهورهم في فترة زمنية محددة، لأن خروج القاضي عن مذهبه كان إلى مذاهب وأقوال كثيرة ومتعددة، فيها المتشدد، وفيها المتساهل، وفيها المعتدل، وبإمكانه، والحال هذه، أن يختار من تلك الأقوال ما يوافق هواه، فيكون موضع تهمة في خروجه عن معتمد المذهب الذي ينتمي إليه. أما إذا حدد للقاضي الأحكام التي يسير عليها، وقام بهذا التحديد مجتهدو الأمة في عصر من العصور، لم يكن القاضي محل تهمة إذا خرج عن مذهبه إلى القانون المرتضى الذي أجازته كبار مجتهدي الأمة.

هـ — ويتعلق بهذا الموضوع معرفة حكم تقييد القاضي بقانون مأخوذ من الفقه الإسلامي، ومدى حجية الأحكام القضائية الصادرة بناء على هذا القانون:

لم ير جمهور فقهاء المسلمين جواز تقييد القاضي بمذهب معين يحكم فيه بين المتنازعين، وذلك لما تقدم من قولهم: إن المجتهد ملزم بتطبيق ما يؤيده إليه اجتهاده في المسائل الاجتهادية، والمقلد ملزم بمذهب إمامه، وقد نصوا بصورة مباشرة على هذه النتيجة الحتمية للأصلين السابقين، وقرروا أن الإمام ليس له أن يشترط على القاضي أن يحكم بمذهب معين، سواء كان القاضي مجتهداً أو مقلداً، وفي اثر هذا الاشتراط تترواح أقوالهم بين إبطال الشرط وبين إبطال عقد التولية (١٨٠).

(١٧٨) نقل ذلك عن ابن القيم الشيخ محمود بن عرنوس في تاريخ القضاء في الإسلام ص ٩٥، وانظر أيضاً الماوردي — أدب القاضي ح ١ ص ١٨٥ (مرجع سابق).

(١٧٩) انظر: الغزالي — المستصفى ح ١ ص ١٢١ (مرجع سابق).

(١٨٠) الماوردي — أدب القاضي (مرجع سابق) ح ٢ ص ١٨٧، ابن قدامة — المغني (مرجع سابق) ح ٩ —

وبالرغم من هذا فقد وجد في الواقع من علماء المذاهب التي اتجهت ذلك الاتجاه من خالفه، وأجاز تقييد القاضي بمذهب معين إذا كثر الخلاف والتعصب وفسد الزمان، وخيف من ركوب الهوى، واختلاف الأحكام، فهذا القاضي الشافعي ابن أبي الدم يروي عن قاضي القضاة الدامغاني أنه سئل عما إذا ولى القاضي الحنفي نائباً شافعيّاً وشرط عليه ألا يحكم إلا بمذهب أبي حنيفة، هل يصح؟ فقال: نعم، فإن قاضي القضاة أبا حازم ولى أبا العباس بن سريج القضاء ببغداد على ألا يقضي إلا بمذهب أبي حنيفة فالتزمه (١٨١). وهذا ابن فرحون ينقل عن القاضي أبي الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله ألا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته، ثم أورد انتقاد الشيخ أبي بكر الطرطوشي لهذا الصنيع ووصمه إياه بالجهل، ورد عليه بأن الزمان الذي صار إليه الناس، وقلة العلماء المجتهدين، يقتضي أن يقيد المقلدون، حتى لا تضطرب الأحكام، ويضيق صدر الناس بالاختلاف في القضايا من النوع الواحد، ووجه كلام الشيخ الطرطوشي بأن زمانه كان غنياً بالعلماء المجتهدين، أمثال ابن عبد البر والباجي وابن رشد وابن العربي والقاضي عياض وغيرهم، ثم أورد ابن فرحون شبهة لما ذكر الباجي حدث في عهد سحنون من علماء المالكية القدامى، فقد ذكر أن سحنون ولى رجلاً القضاء، وكان الرجل ممن سمع بعض كلام أهل العراق، فشرط عليه سحنون ألا يقضي إلا بقول أهل المدينة، ولا يتعدى ذلك (١٨٢).

وفي بلاد المغرب لما رأى الأمير يوسف بن عبد المؤمن، أمير تلك البلاد، في أواخر القرن السادس وأوائل القرن السابع الهجري، كثرة الخلاف بين الفقهاء، وما نشأ من ذلك من التعصب للمذاهب أمر برفض فروع الفقهاء، وأن الفقهاء لا يفتون إلا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية، ولا يقلدون أحداً، وأن تكون أحكام القضاة بما يؤدي إليه اجتهادهم في الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ولكن ذلك لم يدم طويلاً، وعاد الحال كما كان بعد وفاة ذلك الأمير (١٨٣).

== ص ١٠٩، ابن فرحون — تبصرة الحكماء ج ١ (مرجع سابق) ص ٢٢، ص ٢٣، ابن أبي الدم — أدب القضاء ص ٤٩ (مرجع سابق) السيوطي — الأشباه والنظائر ص ١١٦، ١١٧، محمود بن غزنوس — تاريخ القضاء ص ٩٣ (مرجع سابق).

(١٨١) ابن أبي الدم — أدب القضاء ص ٥٢ (مرجع سابق).

(١٨٢) ابن فرحون — تبصرة الحكماء ج ١ ص ٥٨، ٥٧ (مرجع سابق).

(١٨٣) محمود بن غزنوس — تاريخ القضاء في الإسلام ص ٨٥ (مرجع سابق).

هذه الأخبار وغيرها تدل على أن المنع من توحيد القانون الإسلامي الذي يحكم به القضاة بين الناس، ويفصلون به خصوماتهم لم يكن أمراً مجتمعاً عليه لا يخزم، وإنما هو أمر اجتهادي يخضع للترجيح بالمرجحات، ومن أهمها في هذا المجال مصلحة العباد، ودفع الاختلاف عنهم والفساد، ولا شك أن الزمان الذي تفسد قلوب أهله، ويشح فيه العلم، ويندر فيه وجود مجتهد يركن إليه في استنباط الأحكام، هو أولى الأزمنة في أخذ الناس بقانون واحد، يجمعه أكابر علماء الأمة في فترة من الفترات، فيتخيرون من اجتهادات الأئمة السابقين الأرجح في تقديرهم، والأقرب إلى تحقيق مصالح الأمة. هذا في المسائل التي يمكن أن يتطرق إليها الاجتهاد، وأما تلك التي تناولتها النصوص القاطعة والإجماع، فلا ينبغي فيها اتباع رأي أحد من الناس، وإنما ينص عليها كما وردت. وعندئذ يجب على القضاة أن يلتزموا ما يتفق عليه علماء الأمة، أو يتفق عليه أكثرتهم، وتكون الحجية بمظاهرها السالفة الذكر لكل حكم لا يخالف القانون المرتضى، وأما تلك الأحكام التي تخالف ذلك القانون فلا ينبغي أن يكون لها حجية، وإن استندت إلى أحد آراء الفقهاء السابقين، مادام هذا الرأي قد استبعد من القانون الموحد.

وقد يقول قائل: وهل يعني ذلك أن يجعل هذا القانون كالنصوص والاجماع والقياس الجلي بحيث لا تصح مخالفته من القضاة الموجودين عند صدوره واللاحقين؟

والجواب أن إلزام هذا القانون الذي يأمر به ولي الأمر المسلم يستمد من قاعدة أخرى هي وجوب طاعة الإمام فيما يأمر به مما ليس بمعصية، وللإمام أن يقيد المباح، أو يوجب العمل به على شخص أو جماعة، وله كذلك تعيين بعض الأفراد ليتحملوا القيام بفرض الكفاية، ويصبح الأمر عليهم فرض عين، وليس لأحد أن يعتذر عن الأمر بأنه مباح أو فرض كفاية، ولكن هذا الإلزام الذي يكتسبه هذا القانون يختلف اختلافاً جوهرياً عن الإلزام الذي هو صفة النصوص والاجماع، فهو إلزام مؤقت قابل لأن يعود كلياً أو جزئياً إلى عدم الإلزام، وللإمام المسلم مع مجلس الشورى الذي يتكون من علماء الأمة أن يجددوا الاجتهاد بين حين وآخر، ليتخيروا من الاجتهادات الفقهية ما هو أنفع للأمة، وأكثر مناسبة للظروف والمستجدات، وعندئذ يصبح الاجتهاد الجديد هو الملزم.

والقاضي المسلم إنما يستمد ولايته من تولية الإمام، وأقواله وأفعاله من غير هذه

التولية لا إلزام لها، بل هي مجرد فتاوي، للناس الأخذ بها أو تركها والأخذ بغيرها من فتاوي المجتهدين، وكما أن للإمام أن يقيد قائد جيشه باتباع مذهب معين أو بأوامر معينة، يلتزم بها أثناء الجهاد، فكذلك له أن يقيد قاضيه برأي اجتهادي معين يرى رجحانه بناء على مشورة العلماء، ولو أن الإمام أمر قائد جيشه بعدم إقامة الحدود في الغزو أخذاً بمذهب الحنفية والحنابلة في ذلك، لكان الواجب على القائد أن يطيع، وإن كان مالِكياً أو شافعياً، ولم يقل أحد من الفقهاء ببطلان تولية القائد الذي يشترط عليه مثل هذا الشرط، والقاضي لا يختلف عن القائد من حيث اكتساب الولاية من تولية الإمام، ولا ينبغي أن يكون بينهما فرق في ذلك.

و— وبالرغم من اتفاق الفقهاء على نفاذ القضاء في المجتهدات، إلا أن علماء الحنفية فرقوا بين نوعين من المجتهدات من حيث نفاذ القضاء فيها: ففرقوا بين أن يكون الاجتهاد واقعاً في سبب القضاء، وبين أن يكون الاجتهاد في نفس القضاء:

فلا خلاف في نفاذ النوع الأول على كل حال، وليس لأحد نقضه، ولا يتوقف نفاذه واكتسابه الحجية القضائية على إمضاء قاضٍ آخر، فلو قضى قاضٍ شافعي مثلاً بشهادة محدودين في قذف تابوا من معصيتهم (١٨٤)، فإنه ينفذ، وإذا رفع إلى قاضٍ آخر لا يراه، كأن يكون هذا القاضي حنفي المذهب، فإنه يجب عليه احترامه وإمضاؤه، وليس له أن يبطله، وإن كان الحنفية لا يرون توبة القاذف في حق الشهادة وتولي المناصب الشرعية، لأن القاضي الأول قضى في مجتهد فيه، وهو سبب القضاء، وهو أن شهادة هؤلاء هل تعتبر حجة للحكم أولاً؟ فالخلاف في سبب الحكم وليس في الحكم نفسه فينفذ. ومثال ذلك أيضاً أن يقضي شافعي ببطلان نكاح جرى بدون ولي، ثم يرفع إلى قاضٍ حنفي، فإنه ينفذ هذا القضاء، ولا ينقضه، لأن الاجتهاد واقع في المسألة المعروضة على القضاء، وليس في القضاء نفسه، فينفذ الحكم الصادر فيها، ولا يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر (١٨٥).

أما إذا كان الحكم نفسه مجتهداً فيه، فقد اختلف علماء الحنفية في اكتسابه الحجية

(١٨٤) أما إذا كان الشهود محدودين في قذف ولم يتوبوا، فإن الحكم بناء على شهادتهم لا يصح باتفاق الفقهاء، فيكون القضاء هنا في أمر غير مجتهد فيه، فلا ينفذ، ويبطله القاضي الثاني.

(١٨٥) المصدر الشهيد — شرح أدب القاضي مرجع سابق ج ٣ ص ١١٠، ١١١، علي قراءة — الأصول القضائية ص ٣٠٤ (مرجع سابق) إبراهيم عوض — القضاء في الإسلام ص ٢٤١ (مرجع سابق).

القضائية، ونفاذه بمجرد صدوره على قولين: الأول — أن هذا القضاء نافذ ولا يتوقف على إمضاء قاض آخر، وهو كالنوع الأول عند هذا الفريق، والثاني — أن هذا القضاء لا يكتسب حجية إلا أن يرفع إلى قاض آخر، فيمضيه، فإذا أمضاه أو نقضه، فإن الحكم الثاني يكتسب حجية، بحيث لا يجوز لأحد نقضه بعد ذلك.

ومن الأمثلة التي ذكرت على هذا النوع من القضاء، أن يكون القاضي الذي أصدر الحكم محدوداً في قذف، تاب من معصيته (١٨٦)، أو يكون فاسقاً ولم يتب، فإن الفقهاء اختلفوا في صحة قضاء المحدود في القذف إذا كان ذلك بعد توبته، وبها قال جمهور الفقهاء عدا الحنفية، والحنفية لا يرون ذلك، فكان القضاء نفسه مختلفاً فيه، فإذا لم يعرض على قاض آخر في حادثه وخصوصية صحيحة، ينفذ، ولكن إذا عرض على قاض آخر، كان لهذا القاضي أن ينقض الحكم الأول أو يمضيه، وفي كلتا الحالتين يكون القضاء الثاني مكتسباً للحجية القضائية، بحيث لا يجوز لقاض ثالث، ترفع إليه القضية مرة ثالثة، أن ينقضه (١٨٧).

هذا ولم أعثر على مسلك مشابه للفقهاء من المذاهب الأخرى في التفريق بين كون محل الاجتهاد سبب القضاء، وبين كونه القضاء نفسه. ويمكن توجيه ماذهب إليه الحنفية بأن القاضي المختلف في صحة قضائه، عندما يقضي في قضية غير مجتهد فيها لا يكون قضاء في محلّ اجتهاد، وإنما يحدث في الواقع قضاء مختلف في صحته في محل غير مجتهد فيه، وبعبارة أخرى، فإن نطق هذا القاضي بالحكم يحدث أمراً مجتهداً فيه لم يكن موجوداً قبل نطقه، فيحتاج إلى قضاء جديد فيه، ليكتسب الحجية. فالحنفية نظروا إلى المسألة من الناحية المنطقية، وليس فيها أدلة شرعية من نص أو إجماع، ولكنها دقة في تطبيق قاعدة نفاذ القضاء في المجتهدين.

وفي القوانين الوضعية يختلف الأمر عما كان عليه الحال في الحياة الإسلامية من

(١٨٦) أما إذا صدر القضاء عنه قبل توبته فإنه لا خلاف في بطلان القضاء وجوب نقضه، لأن المحدود في القذف قبل توبته لا يصلح لتول القضاء بالإجماع — انظر: الصدر الشهيد — شرح أدب القاضي حـ ٣ ص ١١١، ١١٢ (مرجع سابق).

(١٨٧) الصدر الشهيد — شرح أدب القاضي حـ ٣ ص ١١١، ١١٢ (مرجع سابق)، علي قراة — الأصول القضائية ص ٣٠٤ (مرجع سابق).

حيث النظام التشريعي المطبق: فبينما كان الناس يخضعون في الحياة الإسلامية لأصول موحدة للأحكام هي الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد، وكانت الثلاثة الأول منها تشتمل على أحكام محددة قطعية لاخلاف فيها، ليس لأحد أن يخالفها مهما كان، وأحكام أخرى يختلف فيها النظر الاجتهادي ويتباين، ليس شيء منها على التحديد والتعيين ملزماً، وإنما الملزم اختيار بعضها لتطبيقه على الواقعة المطلوب القضاء فيها، بناء على مرجحات معترف بها. نجد أن النظم الوضعية قد صاغت الأحكام في مواد قانونية محددة، يلتزم بتطبيقها القضاة على الوقائع المعروضة عليهم. ولكن قد يتصور في هذه النظم حدوث ما هو قريب في طبيعته مما كان يحدث بين الفقهاء المسلمين على نطاق أضيق، وهو الاختلاف في تفسير المادة القانونية التي يراد تطبيقها على الواقعة.

وأمام هذا الوضع في النظم الوضعية، فإن حجية الأحكام الصادرة عن القضاء يمكن تلخيصها بما يلي:

أ — الأحكام الابتدائية لاحجية لها أمام محاكم الدرجة الثانية، ويمكن نقضها وتغييرها بسبب تبني محاكم الدرجة الثانية تفسيرات مختلفة للقانون المطبق على الواقعة، ولكن ليس للمحاكم الأخرى من محاكم الدرجة الأولى أية سلطة على الأحكام القضائية، وإن كانت تتبنى تفسيرات مخالفة للقانون، والواقع أن هذه المحاكم تعد ممنوعة من حيث الاختصاص في النظر في القضايا التي صدرت فيها أحكام، وليس الأمر متعلقاً بالحجية كما يفهم من كلام كثير من شراح القوانين الوضعية، وإنما النظام قد خصص محاكم معينة لإعادة النظر في القضايا التي صدرت فيها أحكام ابتدائية، وهي محاكم الاستئناف، وهذه المحاكم أن تغير وتبدل في الأحكام الابتدائية، وقد تستند في ذلك إلى تفسيرات للمواد القانونية المطبقة مغايرة لتلك التفسيرات التي أخذت بها محاكم الدرجة الأولى.

ب — الأحكام الاستئنافية، وكذلك الأحكام الابتدائية التي صارت نهائية، ولايصح استئنافها، تظل ناقصة الحجية من حيث قابليتها للإبطال، إذا رفعت إلى محكمة أعلى تسمى محكمة النقض، ورأت هذه المحكمة أن تلك الأحكام لم تلتزم بالقواعد القانونية المقررة، أو رجحت تفسيرات معينة للقانون، لم تأخذ بها المحاكم التي أصدرتها، وليس لغیر محكمة النقض أن تنقض الأحكام التي وقع فيها مخالفة للقانون، أو خطأ في تأويله، وهو

ما تخالف فيه النظم الوضعيه أسلوب الفقهاء المسلمين، حيث يقرر هؤلاء أن لكل قاض تعرض عليه قضية فيها مخالفة لنص الكتاب أو السنة، أو للإجماع أو القياس الجلي، أن يبطل الحكم، بل يجب عليه ذلك إذا رفعت له القضية بصورة صحيحة، ولكن لا يختلف النظامان في أن الإبطال لا يكون إلا بناء على طلب أحد الخصوم في خصومة معينة.

وهناك محل آخر للاختلاف بين النظامين يتعلق باختصاص محكمة النقض: ففي النظم الوضعية تنحصر وظيفتها في الموافقة أو عدمها على تطبيق قاضي الموضوع للقانون، وليس من مهمتها بعد نقض الحكم نظر الموضوع، وإصدار حكم جديد بدلاً من الحكم المنقوض، ولكن القاضي المسلم الذي يرفع إليه حكم مخالف للكتاب أو السنة أو الإجماع، ينقض هذا الحكم، ويفصل في القضية بما يتفق مع كتاب الله، أو سنة الرسول عليه الصلاة والسلام.

ومع أن قرارات محكمة النقض تنحصر قيمتها، من الناحية النظرية، في الحوادث الخاصة التي ترفع إليها، ولكن قراراتها من الناحية الواقعية تقترب من القواعد القانونية، لما لهذه المحاكم في التنظيمات الوضعية من هيمنة كاملة على جميع المحاكم، مما يحدو بكل محكمة أن تلتزم بالتفسيرات المعروفة لمحاكمة النقض، خوفاً على أحكامها من الإبطال (١٨٨).

وبهذا تغدو المحاكم كلها، في ظل النظم الوضعية، محكومة باجتهادات محكمة النقض وتفسيراتها للقانون، وكل حكم يصدر عنها بناء على تفسير للقانون مغاير لاتجاه تلك المحكمة يكون مهدداً بالنقض والإبطال، إذا ما طلب الخصم صاحب الشأن ذلك من محكمة النقض.

لكن الحال في الفقه الإسلامي يختلف، إذ لا يعترف الفقهاء المسلمون لأي اجتهاد معين بالهيمنة على بقية الاجتهادات، مهما كان صاحب هذا الاجتهاد، بل تقدم خلافهم حول إعطاء مثل هذا الحق لولي الأمر، وإنما كلمتهم مجتمعة على أن الحكم القضائي هو

(١٨٨) محمد حامد فهمي - المرافعات المدنية ص ٧١٦ - ٧٢٠ (مرجع سابق)، فتحي الوالي - مبادئ قانون القضاء المدني ص ٦٣٢ - ٦٣٥ (مرجع سابق).

الذي يعطي للاجتهاد المنتخب للتطبيق على الحادثة، الرجحان والقوة على بقية الاجتهادات بالنسبة للنزاع المعروض.

هذا وقد تقدم ترجيحنا لما ذهب إليه بعض العلماء من جواز توحيد القانون الإسلامي الذي يطبقه القضاة على الخصومات والوقائع المعروضة عليهم، وتقدم تبرير ذلك، ومن المنطلق نفسه يمكن القول بجواز تقييد القضاة بتفسير معين للقانون المطبق عليهم، وعندئذ تكون الأحكام القضائية غير المتفقة مع ذلك القانون وذلك التفسير مهددة الحجية. وإن مما لاشك فيه أن أخذ الناس بأحكام واحدة أقرب إلى العدل بينهم من أخذهم باجتهادات مختلفة، تؤدي إلى نتائج قضائية مختلفة في الحوادث المتشابهة.

سادساً : حدود وقيود تتعلق بطرق الإثبات :

تقدم في المطلب السابق أن ما يظهر من شبهات حول البيئات التي بني عليها الحكم، لا يؤثر في حجيته، وكذلك ظهور بيئات جديدة، إذا لم يكشف هذا الظهور عن وقوع القاضي في خطأ في الحكم الذي صدر عنه. ويرد على هذا المظهر عدة استثناءات، يرجع بعضها إلى خطورة الأمر المحكوم به، مما يقتضي سقوط الحكم بالشبهة، أو يقتضي النظر في البيئات الجديدة، ويرجع بعضها إلى ظهور بطلان البيئات التي اعتمد عليها القاضي في حكمه، مما يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، لبطلان سببه، ويرجع بعضها الآخر إلى قبول عذر المحكوم عليه في عدم ذكر حجته قبل الحكم، وإعطائه الفرصة في ذكرها بعده. ويندرج تحت هذه الأصول عدة حالات وصور، ينظر فيها إلى البيئات الحادثة بعد الحكم، وينقص فيها الحكم بناء على ظهور حجج أقوى مما اعتمد عليه القاضي سابقاً، ومن ذلك:

١ - إذا كان الحكم القضائي قد صدر بناء على إقرار، فإن رجوع المقر عن إقراره يعتبر شبهة مؤثرة في الحكم إذا كان في حد أو قصاص، كما لو رجع المقر بالزني أو بشرب الخمر أو بالسرقعة عن إقراره بعد صدور الحكم عليه، فينقض الحكم بناء على هذا الرجوع، ولا يجلد صاحبه أو يقطع، بل إن الحكم ينقض، وإن بدىء بتنفيذ الحد على الجاني، إذا رجع المقر صراحة بالقول، أو ضمناً، كما لو هرب أثناء الجلد أو الرجم (١٨٩).

(١٨٩) الكتناوي - أسهل المدارك (ط) عيسى الحلبي) ح ٣ ص ١٦٨، ابن عابدين - الحاشية ح ١ ص ١٠، =

وانما استثنيت الحدود من القاعدة العامة المقتضية عدم جواز نقض الأحكام بما يطرأ من شبهات حول البينات، لأنها عقوبات جسيمة تشدد الشارع في إثبات موجباتها، ووردت النصوص الشرعية في وجوب درئها بالشبهات مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام: (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة) (١٩٠).

٢ — وذهب فقهاء المالكية إلى أن للمحكوم عليه في مسائل الدم والوقف والرق والنسب والزوجية أن يقوم بينته متى وجدها، وإن كان ذلك بعد الحكم عليه، إذا كان المحكوم به بإبطال الدم أو بقاء الرق أو عدم النسب أو بقاء الزوجية، بناء على عجز المدعي عن إثبات دعواه. مثال ذلك في الدم: أن يدعي شخص على آخر أنه قتل وليه، ويطالب بالبينة فيعجز عنها، فيحكم القاضي بعدم استحقاق القصاص، ولكن لا يعجز المدعي، بمعنى أنه لا يحكم بعدم سماع دعواه بعد ذلك إن وجد بينته، وإن منعه من القصاص، بحيث إذا وجد المدعي بينة بعد ذلك، قام بينته من جديد، واستحق القصاص على المدعي عليه، إذا كانت بينته مقبولة. ومثال ذلك في النسب أن يدعي إنسان أنه من ذرية فلان، ويعجز عن إقامة بينة تشهد له بذلك، فلا يحكم عليه القاضي بعدم سماع بينته في المستقبل إن وجدها، وإن كان واجبه أن يقضي بعدم ثبوت نسبه في الوقت الحاضر. ومثال ذلك في الوقف أن يدعي شخص أن شخصاً حبس عليه داراً، ولكنه يعجز عن إقامة البينة على دعواه، فيقضي عليه القاضي برفع يده عن الدار الآن، ولكن لا يحكم عليه بعدم سماع بينته إن وجدها في المستقبل. ومثاله في الزوجية أن تدعي امرأة أن زوجها طلقها، وعجزت عن إقامة بينة على الطلاق، فلا يحكم عليها بإبطال دعواها بعد ذلك إن وجدت بينة، وإن كان واجبه الآن أن يحكم ببقائها في عصمة زوجها (١٩١).

ذلك هو ما ذهب إليه جمهور علماء المالكية، وقد خالف فيه بعضهم، ورأوا أنه

== الإمام النووي — شرحه على صحيح مسلم ط ١ ح ١١ ص ١٩٢، محمد بن مفلح المقدسي — الفروع ط ٢ ح ٦ ص ٦٠، السرخسي — المبسوط ط ٣ ح ٩ ص ٩٤، الكاساني — البدائع ح ٧ ص ٦١. (١٩٠) رواه الترمذي — انظر صحيحه مع شرح عارضة الأحوذى ح ٦ ص ١٩٨، الزيلعي — نصب الرأيه ح ٣ ص ٣٠٩.

(١٩١) انظر هذه الأمثلة وأصل الاستثناء: الخرخشي — الشرح ح ٧ ص ١٦٠.

لا خصوصية للمستثنيات السابقة، وإنما الحكم في المسائل كلها واحد، وهو عدم سماع الدعوى والبينة بعد الحكم إلا لوجه، من نسيان أو عدم علم (١٩٢).

٣ — كذلك ذهب جمهور المالكية إلى قبول عذر المحكوم عليه في نسيانه البينة أو عدم علمه بها، إذا أقام الدليل على ذلك، و يعتبر يمينه عندهم دليلاً كافياً. وبناء عليه تنظر دعواه وتسمع بينته بعد الحكم، سواء كان صاحبها ناسياً لها أو غير عالم بها قبل صدور الحكم أو لم يكن (١٩٣).

٤ — إذا كان القضاء الصادر في الحادثة قضاء ترك، فقد ذهب جمهور علماء المسلمين إلى أنه ينقض بظهور بينات جديدة، تقتضي نقضه، وبذلك ينحصر ماتقدم ذكره في المطلب السابق من عدم تأثر الحكم القضائي بظهور بينات جديدة في قضاء الاستحقاق دون قضاء الترك، والمقصود بقضاء الترك أن يكون الحكم القضائي منصباً على تأكيد الواقع الذي يكون عند رفع القضية إلى القضاء، فلورفعت دعوى على شخص في يده عين ماله، يطلب فيها المدعي الحكم له باستحقاق تلك العين، ولم يستطع إحضار البينة، فاستحلف المدعي عليه، فحلف، ترك العين في يده، ويكون هذا قضاء ترك، أما إذا أحضر بينة مقبولة، فقتضى للمدعي كان هذا قضاء استحقاق، ولو أن المحكوم عليه في قضاء الترك أحضر بينة بعد الحكم، فقد ذهب الجمهور إلى وجوب النظر فيها، ونقض الحكم السابق إذا كانت بينته مقبولة شرعاً، والحكم له بالعين قضاء استحقاق في هذه المرة (١٩٤). أما بعد قضاء الاستحقاق فلا تسمع بينة يحضرها المحكوم عليه، إذا كان القضاء الأول مستوفياً شروطه، ومبني على بينات مستوفية الشروط أيضاً، وقد تقدم القول في ذلك.

هذا وقضاء الترك لا يكون إلا بعد عجز المدعي عن إحضار بينته، وتكليف المدعي عليه باليمين، وحلفه بالفعل، وإنما اختلف قضاء الترك بهذا عن قضاء الاستحقاق، لأن اليمين في الحقيقة، ليست طريقاً للقضاء، لأن المنكر إذا حلف بعد عجز المدعي عن البينة،

(١٩٢) علي العدوي — حاشيته على شرح الخرشي حـ ٧ ص ١٥٩ (مرجع سابق).

(١٩٣) الخرشي — الشرح (مرجع سابق) حـ ٧ ص ١٥٦، عيش — فتح العلي المالك حـ ٢ ص ٢٨٩ (مرجع سابق)، الإمام مالك — المدونة حـ ١٣ ص ١٧٥، وحـ ١٢ ص ١٣٧ (مرجع سابق).

(١٩٤) محمد علاء الدين — تكملة حاشية ابن عابدين حـ ٧ ص ٤٣٩ (مرجع سابق).

يترك الشيء المدعى في يده، لعدم قدرة المدعي على إثباته، ولا يعد هذا قضاء له بيمينه، وقد يسمى طريقاً للقضاء، باعتباره يقطع النزاع في الحال، ولكن الفرق بينه وبين طرق القضاء الحقيقية (من بيينة وإقرار ونكول)، أن هذه الطرق تقطع النزاع مطلقاً، بحيث لا تسمع الدعوى بعدها، ولا ينظر إلى البيئات الجديدة (١٩٥). أما القضاء بناء على اليمين، فيقطع الخصومة مؤقتاً إلى غاية إحضار البيينة (١٩٦).

وذهب بعض العلماء إلى أن الحكم بناء على اليمين يقطع الخصومة على الإطلاق، ولا يحق بعده للمحكوم عليه أن يقيم بيئات جديدة، ولا فرق عند هؤلاء بين قضاء التترك وقضاء الاستحقاق، من حيث تمتعهما بالحجية القضائية، وحجتهم أن اليمين حجة المدعي عليه، فلا تسمع بعدها حجة المدعي، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بيينة المدعي، وبأنه لو أقام البيينة لا تبقى له ولاية التحليف، فكذا إذا حلف لا تبقى له ولاية إقامة البيينة، والجامع أن حقه في أحدهما، فلا يملك الجمع بينهما (١٩٧). وبهذا قال ابن أبي ليلى وداود الظاهري (١٩٨).

واستدل جمهور الفقهاء بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (البيينة الصادقة أحب إلي من اليمين الفاجرة) (١٩٩)، ولا فرق بين أن تكون إقامة البيينة قبل الحلف أو بعده، أو قبل صدور الحكم أو بعد صدوره، فما دامت البيينة عادلة في الظاهر، فإن اليمين المناقضة لها تكون فاجرة، والبيينة أولى منها بالقبول، (٢٠٠)، ولأن البيينة هي الأصل في الاحتجاج، لأنها كلام صادر عن أجنبي بالنسبة للخصوم، أما اليمين فهي كالحلف عن البيينة، لأنها

(١٩٥) محمد علاء الدين - تكملة حاشية ابن عابدين حـ ٧ ص ٤٣٧ (مرجع سابق).

(١٩٦) الكاساني - البدائع (مرجع سابق) ح ٦ ص ٢٢٩، الخطيب الشربيني - مغني المحتاج (مرجع سابق)

حـ ٤ ص ٤٧٧، محمد علاء الدين - تكملة الحاشية (مرجع سابق) حـ ٧ ص ٤٣٨، منصور بن يونس -

كشف القناع حـ ٦ ص ٤٤٨.

(١٩٧) الكاساني - بدائع الصنائع (مرجع سابق) حـ ٦ ص ٢٢٩، ابن قدامة - المغني حـ ١٠ ص ٢٠١

(مرجع سابق).

(١٩٨) ابن قدامة - المغني (مرجع سابق) حـ ١٠ ص ٢٠١، السمناني - روضة القضاة (مرجع سابق)

ص ٢٩١، الإمام مالك - المدونة حـ ١٣ ص ١٧٥ (مرجع سابق).

(١٩٩) ذكر الخطيب الشربيني أن هذا القول حديث شريف مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وغراه إلى

البخاري بينما نسب ابن قدامة لعمر بن الخطاب - انظر: الخطيب الشربيني - مغني المحتاج حـ ٤ ص

٤٧٧ (مرجع سابق)، وابن قدامة - المغني حـ ١٠ ص ٢٠١ (مرجع سابق).

(٢٠٠) ابن قدامة - المغني حـ ١٠ ص ٢٠١ (مرجع سابق).

كلام الخصم صير إليها للضرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الحلف، فكأنه لم يوجد أصلاً (٢٠١)، إذا ليدل يبطل بالقدرة على المبدل، كبطلان التيمم بالقدرة على الماء، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل، وبما يدل على الفرق بينهما، أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها، ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها (٢٠٢).

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على هذا الأصل اختلفوا في بعض الصور التفصيلية: من ذلك إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة، وأريد تحليف المدعى عليه، فحلف، وحكم على المدعي، ثم أحضر المدعي بينة، فهل تقبل؟

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز للقاضي تحليف المدعى عليه مع اعتراف المدعي بأن له بينة حاضرة، ولأمانع من إحضارها إلى مجلس القضاء، أو سماعها، بل يجب عليه أن يطلب البينة، ثم يقضي. وقال أبو يوسف: إذا طلب الخصم استحلافه، فإنه يستحلفه، لأنه ربما يتوعد، ويقر، فيغني الخصم عن إقامة البينة وتعديل الشهود، ولكن لا يستحلف حتى يطلب الخصم ذلك، وهو قول الشافعي ورواية عن محمد. فإذا حلف المدعى عليه، وحلف، ثم أتى المدعي ببينته، وجب سماعها والحكم بناء عليها إذا كانت مقبولة شرعاً، ولا فرق بين بينة حاضرة وغائبة في ذلك (٢٠٣).

وذهب الحنابلة إلى قريب من قول أبي حنيفة وقالوا: ليس للمدعي أن يقول: لي بينة حاضرة وأريد يمينه، إلا إذا رضي بإسقاط بيئته، وقال: لي بينة حاضرة، ولا أريد إقامتها، وإنما أريد يمينه، وأكتفى بها، فيستحلف المدعى عليه (٢٠٤).

وأما المالكية فقد أخضعوا هذه الصورة لقاعدتهم العامة التي طبقوها على ظهور بينات جديدة بعد الحكم، ففرقوا بين حالتين: الأولى — أن يكون المدعي غافلاً عن بيئته عند الحكم، سواء أكان سبب هذه الغفلة النسيان أو عدم العلم، والثانية — أن يكون

(٢٠١) الكاساني — بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٢٩ (مرجع سابق).

(٢٠٢) ابن قدامة — المغني ج ١٠ ص ٢٠١، (مرجع سابق).

(٢٠٣) السمناني — روضة القضاة (مرجع سابق) ص ٢٩١، الخطيب الشربيني — مغني المحتاج (مرجع سابق) ج ٤ ص ٤٧٧.

(٢٠٤) ابن قدامة — المغني ج ٩ ص ٧٩ (مرجع سابق).

المدعي عالماً ببينته، واستحلف خصمه بالرغم من ذلك: ففي الحالة الأولى يمضي الحكم ولا ينقض، وليس للمدعي القيام بالبينة التي كان يعلم بها وقادراً على إقامتها قبل صدور الحكم. وفي الحالة الأخرى له الحق في إقامة البينة إذا حلف على أنه كان ناسياً لها، أولاً يعلم بها، قبل الحكم، ولا فرق في ذلك بين البينة القريبة والبعيدة. (٢٠٥) ولكن خالف مطرف وابن الماجشون، وقالوا قريباً من قول أبي يوسف من الحنفية، وذلك أن من استحلف رجلاً في حقه وهو عالم ببينته، وهي حاضرة معه فحلف له، لم يضره استحلافه إياه، وله القيام بها، ويقضي بها، لأن من حجته أن يقول: ظننت أنه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمين، وأنه يقر بالحق، ولكن يكون المدعي آثماً حين ألجأ خصمه إلى اليمين، وله بينة حاضرة (٢٠٦). وهذا الذي ذهب إليه مطرف وابن الماجشون من سماع البينة الحاضرة بعد الحلف يتصور قبل صدور الحكم، إذ ما دامت هذه البينة حاضرة، فلا داعي لانتظار صدور الحكم، ثم القيام بها من غير عذر للمدعي في التأخير.

ومن الصور التي اختلف فيها الفقهاء ما إذا قال المدعي: ليس لي بينة حاضرة، ولا غائبة، وكل بينة تشهد لي فهي كاذبة، واستحلف المدعى عليه، فحلف، ثم أقام المدعي بينة: فذهب أبو حنيفة (في رواية الحسن بن زياد عنه)، إلى أن القاضي يحكم بالبينة، وينقض الحكم السابق إذا صدر بناء على اليمين. وذهب محمد بن الحسن إلى أن القاضي لا يسمع من المدعي، ولا يحكم ببينته إذا كان قد صدر عنه مثل ذلك الكلام. وعند الشافعية في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها مثل قول أبي حنيفة، والثاني مثل محمد، والثالث: التفريق بين حالتين: الأولى — أن يكون هو استوثق بالبينة، فلا تسمع في هذه الحالة، لأنه يكون قد كذب بينته، والثانية — أن يكون غيره استوثق له بالبينة، فتسمع، لأنه يكون غافلاً عنها عندما اعترف بأن لا بينة له (٢٠٧).

وأما المالكية فيفهم من كلامهم أن المدعي إذا طلب إحلاف المدعى عليه، وأسقط

(٢٠٥) الإمام مالك — المدونة حـ ١٢ ص ١٣٧ (مرجع سابق)، وحـ ١٣ ص ١٧٥، ابن فرحون — تبصرة الحكام حـ ١ ص ٢٨٤، ٢٨٣ (مرجع سابق).

(٢٠٦) ابن فرحون — تبصرة الحكام حـ ١ ص ٢٨٤ (مرجع سابق).

(٢٠٧) السمناني — روضة القضاة ص ٢٩٢ (مرجع سابق).

بيئته التي يعلمها، أو كل بيئة سواء كان يعلمها أو لا يعلمها، فإنه لا يجوز له أن يقوم بها بعد تخليف المدعى عليه، لا قبل الحكم ولا بعده (٢٠٨).

وعند الخنابلة وجهان في المسألة السابقة: أحدهما — أن للمدعي القيام بيئته، وإن سبق أن أسقطها واكتفى بالخلف من المدعى عليه، والثاني — أنه ليس له ذلك، لأنه قد أسقط حقه في إقامتها (٢٠٩).

٥ — إذا ظهر من الحجج والأدلة ما يدل على بطلان البينات التي انبنى عليها الحكم القضائي، فلا خلاف في وجوب نقض الحكم السابق، والحكم بناء على البينات الجديدة أو الوضع الجديد بعد إغفال تلك البينات الباطلة، ولا خلاف في هذه القاعدة عند الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في بعض صورها التطبيقية. وما اتفقوا عليه، أن يظهر أن الشهود كانوا كفاراً، فلا خلاف في وجوب نقض الحكم عندئذ (٢١٠).

وما اختلفوا فيه ظهور كون الشهود شهود زور: فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب نقض الحكم المبني على شهادة الزور، لأنه متى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلاً فيلزم نقضه، لأنه تبين كذبهما فيما شهدا به، وبطلان ما حكم به (٢١١). وخالف في ذلك فقهاء المالكية، فلم يروا نقض الحكم في شهادة الزور، واعتبروها مثل الرجل في الشهادة، فيغرم ويعزر شاهد الزور عندهم، ولا ينقض الحكم (٢١٢).

واختلفوا أيضاً في نقض الحكم الذي ظهر أنه بني على شهادة فاسقين: فذهب الحنفية إلى أنه لا يجب نقض الحكم الذي أصدره القاضي بناء على شهادة فاسقين، إن لم

(٢٠٨) ابن فرحون — تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٨٤ (مرجع سابق).

(٢٠٩) ابن قدامة — المغني ج ٩ ص ٨٩ (مرجع سابق).

(٢١٠) الخرشي — الشرح (مرجع سابق) ج ٧ ص ١٦٤، الشيخ نظام جماعة من علماء الهند — الفتاوى الهندية

(مرجع سابق) ج ٣ ص ٣٤٥، ابن فرحون تبصرة الحكام ج ١ ص ٨١، ابن أبي الدم — أدب القضاء

ص ١٢٩ (مرجع سابق) ابن قدامة — المغني ج ٩ (مرجع سابق).

(٢١١) ابن قدامة — المغني ج ٩ ص ٢٦٢ (مرجع سابق).

(٢١٢) الشيخ الدردير — الشرح الكبير (مرجع سابق) ج ٤ ص ٢٠٦، ٢٠٧، عيش — منح الجليل ج ٤

ص ٢٨٨ (مرجع سابق).

يكن الفسق ناشئاً عن الوقوع في جريمة القذف (٢١٣)، لأنهم يرون أن العدالة ليست شرطاً في صحة أداء الشهادة، ولكنها شرط في وجوب قبولها على القاضي، فإن تحققت العدالة في الشهود، وتحققت معها بقية الشروط، وجب قبولها، وإن تحققت جميع الشروط دون العدالة لم يجب قبولها، وإذا قبلها القاضي يكون آثماً، لأنه منهي عن قبول شهادة غير العدول، لقوله تعالى (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين) (٢١٤)، ولكن الحكم يكون نافذاً، ولا يصح نقضه بعد إبرامه (٢١٥). وما ذهب إليه الحنفية أحد قولين منسوبين للإمام مالك بن أنس، وبه قال أشهب وسحنون من علماء المالكية (٢١٦). وهو قول مرجوح عند الشافعية (٢١٧).

وذهب الشافعية في القول الأصح عندهم، وابن القاسم من المالكية إلى أن الحكم القضائي لا ينقض إذا تبين أن الشهود فسقة، وهو قول منسوب إلى الإمام مالك أيضاً (٢١٨).

٦ — ينقض الحكم إذا أكذب المدعي نفسه، أو شهوده، ومثال الأول: أن يقول المدعي بعد أن حكم له بالمال: كنت كاذباً فيما ادعيت، أو لم يكن هذا المال ملكي، مشيراً إلى المال الذي حكم له به. ومثال الثاني: أن ينسب الكذب إلى شهوده، فيقول عنهم: إنهم كذبة، أما لو فسقهم بغير الكذب، كما لو قال عنهم: زناة أو شاربو خمر، أو آكلو ربا، فإن القضاء لا ينقض بذلك (٢١٩). نص على ذلك علماء الحنفية في كتبهم ولم

(٢١٣) لا خلاف بين الفقهاء في أن شهادة المحدود في قذف لا تقبل قبل توبته، لورود النص الخاص في ذلك، وهو قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء، فاجلدوهم ثمانين جلدة، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) النور/٢٣.

(٢١٤) الحجرات — آية رقم ٦.

(٢١٥) المرغيناني — الهداية (طبع الحلبي ١٩٣٧) ح ٣ ص ٨٦، الشيخ نظام — الفتاوى الهندية (مرجع سابق) ح ٣ ص ٤٥٠، علي قراعة — الأصول القضائية (مرجع سابق) ص ١٥٩.

(٢١٦) ابن فرحون — تبصرة الحكام ح ١ ص ٨١، ٨٠ (مرجع سابق).

(٢١٧) ابن أبي الدم — أدب القضاء ص ١٢٩ (مرجع سابق).

(٢١٨) ابن أبي الدم — أدب القضاء (مرجع سابق) ص ١٢٩، ابن فرحون — تبصرة الحكام ح ١ ص ٨٠ (مرجع سابق).

(٢١٩) الشيخ نظام — الفتاوى الهندية ح ٣ ص ٣٣٣ (مرجع سابق)، علي قراعة — الأصول القضائية ص ٣٦٢ (مرجع سابق).

أجد سواهم من تعرض لهذه المسألة. ولكن الحنفية اشترطوا لنقض الحكم بتكذيب المدعي نفسه أو شهوده، أن لا يمكن تأويل كلامه إلا بالتكذيب، وبطلان القضاء، فإن كان كلامه محتملاً لتأويل لا يبطل معه القضاء، لم يكن سبباً لنقض الحكم: ففرقوا مثلاً بين أن يقول المدعي عن العين المقضي له بها «لم تكن ملكي قط»، وبين أن يقول «هذه العين ليست ملكي»، فينقض الحكم في الأولى دون الثانية، لأن الأولى لا تفسر لكلامه فيها إلا بما يؤدي إلى بطلان الحكم، وفي الثانية يمكن تأويلها بما لا يتعارض مع الحكم الصادر قبلها، لأن قوله «ليست ملكي» يتناول الحال، وليس من ضرورة نفي الملك للحال انتفاؤه من الأصل، بخلاف اللفظ الأول، فإنه يدل على انتفاء الملك من الأصل، وقبل صدور الحكم (٢٢٠).

٧ - ذهب الذين قالوا بجواز القضاء على الغائب إلى أن للمحكوم عليه أن يقوم بحجته إذا عاد في خلال فترة معينة، فإذا طعن في الشهود، وبرهن على صحة طعنه، نقض الحكم، وكذلك إذا دفع بقضاء أو إبراء أو غير ذلك، وأقام عليه البينة قبل دفعه، ونقض الحكم الصادر عليه (٢٢١). ولذلك اشترط بعضهم على القاضي الذي يصدر الحكم على الغائب أن يبين الشهود ويسميهم، ليتمكن الغائب من الطعن فيهم إذا عاد، فإن لم يفعل كان للمحكوم عليه أن يطلب فسخ الحكم واستئناف النظر في القضية (٢٢٢).

أثر التغير الذي يطرأ على البيئات في القوانين الوضعية:

الأصل في القوانين الوضعية أنه لا يجوز إعادة النظر في الدعوى، ومناقشة ما فصل فيه حكم قضائي، وإن قدمت في الخصومة أدلة واقعية أو أسانيد قانونية لم يسبق إثارتها في الخصومة الأولى، إذا اتحد الموضوع والسبب المدعى والخصوم في كلتا الخصومتين (٢٢٣).

-
- (٢٢٠) الشيخ نظام وجامعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٣٣ (مرجع سابق).
(٢٢١) الخرشي - الشرح ج ٧ ص ١٧٣ (مرجع سابق)، ابن قدامة - المغني ج ٩ ص ١١٠ (مرجع سابق).
(٢٢٢) الخرشي - الشرح ج ٧ ص ١٧٣ (مرجع سابق).
(٢٢٣) فتحي والي - قانون القضاء المدني ج ٢ ص ٢٦٨ (مرجع سابق)، أحمد نشأت - رسالة الانبات ج ٢ ص ٢٠٥ (مرجع سابق).

ومع ذلك فإنه يمكن إعادة النظر في الدعوى بناء على ظهور بيانات جديدة في الحالات التالية :

١ - أمام محكمة الاستئناف، فإن هذه المحكمة أن تنقض الحكم الابتدائي اعتماداً على أدلة جديدة أثارها المحكوم عليه، ولم يسبق تقديمها أمام المحكمة الأولى. والحق أن هذا الاستثناء أصل في النظم الوضعية القضائية، يشمل جميع الأحكام، ولاعمل لمبدأ الحجية في مواجهته، وإنما يبدأ عمل هذا المبدأ بعد ذلك الأصل، وليس قبله. ومع هذا فإن هنالك مذهباً يرى أن قاضي الاستئناف ليس له أن ينظر في أي دفع أو دفاع أو دليل إثبات لم يكن قد طرح أمام محكمة أول درجة، وليس له إلا أن ينظر في المسائل والأدلة والدفع وأوجه الدفاع التي نظرت أمام تلك المحكمة، ولايزيد عليها ولكن قوانين وضعية منها القانون المصري أخذت بالمبدأ الذي يقرر الحق للاستئناف في النظر في أدلة إثبات وأوجه دفاع جديدة، لم تكن نظرت أمام المحكمة الابتدائية (٢٢٤).

٢ - يجوز للمحكمة نفسها التي أصدرت الحكم أن تعيد النظر في القضية، لمعالجة ماقد يرد من الخطأ في تقدير الوقائع التي بني عليها الحكم، وهو طريق للطعن في الأحكام القضائية اصطلاحاً على تسميته بالتماس إعادة النظر، ولايصح إلا في بعض الاحكام، وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن بطريق الاستئناف، وهي نوعان: الأحكام الصادرة بصفة نهائية من محاكم الدرجة الأولى، والأحكام الاستئنافية.

وهذا الطريق من الطعن له أسباب محددة تنصّ عليها القوانين الوضعية عادة، ولا تتركها لتقدير القاضي، ومن هذه الأسباب مايعود إلى طروء تغير على أدلة الإثبات، من ذلك: أن يقع من المحكوم له غش يتوجه إلى أحد مصادر معلومات القاضي أو يؤدي إلى منع المحكوم عليه من حرية الدفاع، بشرط أن يكون المحكوم عليه الملتمس لإعادة النظر في الحكم غير عالم بهذا الغش. ومنه أيضاً: أن يكون الحكم قد بني على أوراق ثبت فيما بعد تزويرها، أو ظهور أوراق قاطعة في الدعوى بعد صدور الحكم كان الخصم المحكوم له، قد احتجزها، أو حال دون تقديمها، إذا كان المحكوم عليه غير عالم بها قبل صدور الحكم (٢٢٥).

(٢٢٤) فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني ص ٥٩٩، ٦٠٠ (مرجع سابق).

(٢٢٥) نفسه ص ٦١٨ - ٦٢٤.

فإذا وجدت هذه الأسباب أو بعضها كان على المحكمة نفسها التي أصدرت الحكم أن تعيد النظر في القضية، وتصدر حكماً فيها بناء على الوقائع الجديدة، وهي أسباب، كما يظهر، تصلح جميعاً من الناحية الشرعية دواعي لإعادة النظر في القضية، ونقض الأحكام السابقة، إذ أن الحكم القضائي في تلك الحالات يتبين أنه قد ابتني على أسباب ثبت بطلانها، بما جدد من الوقائع، وهو ما يقتضي نقضه وإبطاله.

٣- تذهب كثير من القوانين الوضعية إلى إعطاء الحق للمحكوم عليه الغائب في أن يطعن في الحكم الغيابي في فترة محددة، ويسمى هذا الطريق من طرق الطعن بالمعارضة (٢٢٦).

وهناك بعض القوانين الحديثة لم تأخذ بنظام المعارضة طريقاً للطعن في الأحكام، واتخذت ترتيبات أخرى تتعلق بغياب الخصوم وحضورهم على نحو لا يصدر معه أي حكم غيابي، مثل القانون الكويتي والقانون الليبي.

وهذا المسلك للقوانين الوضعية قريب من مذاهب الفقهاء المسلمين، حيث ذهب فريق منهم إلى جواز الحكم على الغائب مع الاحتفاظ له بحق الطعن في الحكم الصادر عليه، وفريق يرى عدم جواز الحكم على الغائب إلا للضرورة (٢٢٧).

هذا ومن الجدير بالذكر أن القوانين الوضعية اتخذت في الأحكام الصادرة بناء على عین حاسمة حلفها المدعى عليه، مسلماً مخالفاً لما ذهب إليه معظم فقهاء الشريعة الإسلامية، فقررت أنه لا سبيل إلى نقض الحكم، إذا حصل الحلف فعلاً، بل ينتهي الأمر وينحسم النزاع نهائياً، وليس لمن وجه اليمين، وأردّها على موجهها أن يعود إلى محاصمة الخالف بأي شكل آخر، استناداً إلى أي دليل. وبناء عليه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين، بل قالوا: لو رفعت النيابة العامة الدعوى الجنائية على الخالف، بتهمة الحلف كذا (٢٢٨)، فإن

(٢٢٦) رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات ص ٨١٣ وما بعدها (مرجع سابق)، ضياء شبت خطاب - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ص ٢٩٢ وما بعدها (مرجع سابق).

(٢٢٧) تجدد تفصيل مذاهب الفقه الاسلامي في مسألة القضاء على الغائب عند: محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى - القسم الثاني ص ٩٦ - ١٣٨ (مرجع سابق).

(٢٢٨) لها الحق في ذلك، ولا يتناقض ذلك مع الحجية، اذ يشترط لسريان هذا المبدأ اتحاد الخصوم وفي المثال اختلفوا ولم يتحدوا.

من وجه اليمين لا يستطيع أن يدخل في الدعوى العمومية بصفته مدعياً مدنياً ليطالب بتعويضات (٢٢٩).

ووجهة نظر أهل القانون في هذا المسلك أن الخصم الذي يوجه لخصمه اليمين الحاسمة (٢٣٠)، يعتبر متنازلاً عن حقوقه، إذا حلف خصمه اليمين، سواء كان صادقاً أو كاذباً.

وما تقدم من أثر اليمين يترتب على الحلف مباشرة قبل صدور الحكم القضائي، فإذا صدر حكم مدني مبني على يمين حاسمة كان نهائياً لا يصح الطعن فيه بأي وجه: لا بطريق الاستئناف، ولا بطريق الالتماس، لأنه حاسم للنزاع نهائياً، إذ توجيه اليمين يفيد التنازل عما عداها من أوجه الإثبات (٢٣١).

وهذا الاتجاه الذي اتخذه القوانين الوضعية، وأعطت بموجبه للأحكام القضائية المبنية على اليمين الحاسمة، حجية مطلقة، لا يقف في مواجهتها أي تطور يحدث على البيّنات، متناقض تماماً مع ما ذهب إليه جمهور فقهاء المسلمين، كما أن فيه مبالغة ظاهرة، وفيه تقليد أعمى لعرف غريب عن مجتمعاتنا، وكان يسود الرومان قبل نشوء القضاء عندهم، حيث كان الفرد الذي ينازعه آخر في حقه يقترح عليه: إما تحكيم شخص ثالث محايد، وإما أن يحلف، فإذا قبل الخصم أخذ هذين الافتراضين، فإن القرار الناجم عن التحكيم أو القسم يكون أساسه الرضاء المتبادل، ويلزم الأطراف بهذه الصفة (٢٣٢). والحق أن الخصم الذي يقبل بتحليف خصمه لا يتنازل عن حقه في إقامة البيّنات الأخرى إلا مرغماً، لعدم علمه بها، ولو كان يعلمها لما طلب الحلف من خصمه، ولما أوكل الأمر إلى ضمير ذلك الخصم. فيتبين أن الرضى لم يكن سليماً، وإنما كان مشوباً بعيب الإكراه،

(٢٢٩) أحمد نشأت - رسالة الإثبات - ص ٩٧ - ٩٩ (مرجع سابق).

(٢٣٠) اليمين القضائية نوعان: حاسمة ومنتمية، والأولى هي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عند العجز عن إثبات حقه، حسماً للنزاع، وسميت حاسمة لأنها تحسم النزاع وتنتهي، والثانية هي التي للقاضى أن يوجهها لأحد الخصمين تنميماً للأدلة المقدمة إليه - أحمد نشأت - رسالة الإثبات - ص ٩٩ (مرجع سابق).

(٢٣١) أحمد نشأت - رسالة الإثبات - ص ٩٩، ١٠٣ (مرجع سابق).

(٢٣٢) وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي ص ١٦٥ (نشر منشأة المعارف - اسكندرية ١٩٧٤م).

وينبغي أن ينظر لهذا العيب، فتتاح الفرصة للمحكوم عليه أن يبرهن على كذب خصمه في اليمين، على أن لا يكون قصده كيدياً، ويعرف ذلك بالنظر إلى علم طالب الحلف ببيئاته أو عدم علمه بها، فإن كان الأول لم يسمح له بإقامتها بعد الحلف، وإن كان الآخر سمح له، وهو ما ذهب إليه فريق من فقهاء المسلمين، كما أشرنا إليه.

سابعاً : حدود وقبود حول إعفاء القاضي من المسؤولية عما يصدره من الأحكام:

تقدم أن القاضي لا يتحمل أية مسئولية مدنية أو جزائية عن الأخطاء التي يقع بها في أحكامه، وإن كانت هذه الأحكام مستحقة للنقض، لسبب من الأسباب الشرعية. ولكن هذا الإعفاء من المسؤولية يختص بحالة عدم التعمد في الجور في القضاء.

أما إذا تعمد القاضي الجور في حكمه، وأقر بذلك، أو قامت البيئة على ذلك، فإنه يكون مسئولاً عن الضرر الذي يلحقه بالمحكوم عليه، مدنياً وجزائياً، بالإضافة إلى إلغاء حكمه، فيقضي عليه بالضمان، ويعاقب على ذلك عقوبة مناسبة لجرمته، وذلك لظهور خيانتته فيما جعل أميناً فيه (٢٣٣). ومن عبارات الفقهاء في ذلك قول السرخسي في المبسوط: (إذا قضى القاضي بحد أو قصاص أو مال، وأمضاه، ثم قال: قضيت بالجور وأنا أعلم ذلك ضمنه في ماله وعزر وعزل عن القضاء) (٢٣٤).

أما القوانين الوضعية، فقد تقدم أنها تحرص في تنظيماتها لمرق القضاء أن توفر للقاضي الحماية من الخصوم وغيرهم، وأنها لا تحمله أية مسئولية مدنية أو جنائية على الأخطاء التي يقع فيها، وهو فصل بين الخصوم، هذا ولكنها سلكت مسلكاً مشابهاً لما ذهب إليه الفقهاء المسلمون، حيث قضت بمسئولية القاضي عما يتسبب به من ضرر للمحكوم عليه، إذا كان قد تعمد الإضرار به، وقد حددت القوانين الحالات التي يجوز للمحكوم عليه أن يخاصم

(٢٣٣) الشيخ نظام وجاعة من علماء الهند - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٤١، ٣٤٢ (مرجع سابق). عبد العزيز عامر - شرح قانون المرافعات الليبي ص ٢٧، ٢٨ (مرجع سابق)، محمد أبو فارس - القضاء في الإسلام ص ١٠١ (مرجع سابق).

(٢٣٤) نقله الدكتور عبد العزيز عامر في كتابة التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٢٦٨ ط ٤.

فيها القاضي، وهي في مجملها حالات لا تخرج عما ذهب إليه فقهاء المسلمين، يجمعها أن القاضي فيها يكون منحرفاً عن العدالة بقصد وسوء نية، وهذه الحالات هي:

أن يقع من القاضي في عمله غش، أو تدليس أو غدر، وهي أمور تنطوي على معنى تعتمد الانحراف عن العدالة لتحقيق منافع مادية للقاضي أو لغيره، وهناك حالة لم تشترط القوانين فيها التعمد، وهي وقوع القاضي في خطأ مهني جسيم يدل على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب، أو الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون (٢٣٥)، وهو أمر لا يبتعد كثيراً عما تقدم ذكره من أن الفقهاء المسلمين لا يرون حجية للأحكام الصادرة عن القضاة الجهلة.

ثامناً : حدود تتعلق بالمجال الذي تعمل فيه الحجية:

تقدم في المطلب السابق أن فريقاً من الفقهاء المسلمين ذهبوا إلى أن الحكم القضائي الصادر وفق الأصول والشروط الشرعية ينفذ ظاهراً وباطناً، إذا كان في موضوع للقاضي ولاية الإنشاء فيه، ولا بد من الإشارة هنا إلى أن الفقهاء يجمعون على أن الحكم القضائي لا يمتد أثره إلى تغيير الوصف الشرعي لما صدر فيه، إذا كان محله مما لا ولاية إنشائية للقاضي فيه، وذلك كالأحكام الصادرة في الأملاك المرسلة وما يلحق بها من ميراث وغيره، فلا خلاف بينهم في هذه الحالة أن حكم القاضي لا يكون نافذاً في الباطن إن لم يكن موافقاً لما اعتمد عليه من الظاهر، وأبو حنيفة في ذلك وغيره سواء (٢٣٦).

وهنا لابد من ذكر مذهب جمهور الفقهاء في أثر الحكم القضائي الصادر فيما للقاضي ولاية الإنشاء فيه، فقد ذهبوا إلى أن الحكم القضائي لا ينفذ في الباطن حتى يكون موافقاً للظاهر، فإن اختلفا نفذ الحكم في الظاهر دون الباطن، بمعنى أن حكم القاضي لا يغير

(٢٣٥) رمزي سيف - الوسيط ص ٦٠ وما بعدها (مرجع سابق). عبدالعزيز عامر - شرح قانون المرافعات الليبي ص ٢٦ وما بعدها (مرجع سابق).

(٢٣٦) الكاساني - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٥ (مرجع سابق)، ابن نجيم - البحر الرائق ج ١ ص ١٤ (مرجع سابق).

الحرام، فيجعله حلالاً للمحكوم له، ولا العكس، وإلى هذا ذهب الإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل والصاحبان من الحنفية (٢٣٧).

وبناء على ماتقدم فإنه إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فأقام على ذلك شاهدي زور، فقضى القاضي بالنكاح بينهما، والمدعي وشاهداه يعلمون أنه لا نكاح بينهما، نفذ قضاؤه في الظاهر والباطن عند أبي حنيفة، والمراد بالنفاذ ظاهراً أن يسلم القاضي المرأة إلى الرجل، ويقول لها: سلمني نفسك إليه فإنه زوجك، وبالنفاذ باطناً أن يحل له وطؤها، ويحل لها التمكين من نفسها فيما بينها وبين الله تعالى.

وأما جمهور الفقهاء فلا يرون نفاذ هذا القضاء في الباطن، وإن لم يكن للقاضي مفر من الحكم بالنكاح وأمرها بالالتحاق بزوجها، ولكن لا يحل للمحكوم له، أن يطأها، ولا يحل لها أن تمكته من نفسها (٢٣٨).

وكذلك لو أن شاهدي زور شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً، وهو منكر فقضى نقاضي بالفرقة بينهما، ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها عند أبي حنيفة ولم يحل له ذلك عند الجمهور (٢٣٩).

أما أدلة الإمام أبي حنيفة فقد تقدم ذكرها في المطلب السابق، وأما أدلة الجمهور فنلخصها فيما يلي:

١ — استدلوا بقول الله عز وجل: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) (٢٤٠)، ومؤدى معناها أنه لا يحل للمرء أن يأكل المال من غير الوجه الذي أباحه الله لأكله، وهكذا فإن طريق الحرام لا يحل لأحد أي حق من الحقوق، وقد ورد عن بعض الصحابة وكثير من التابعين تفسير

(٢٣٧) محمد نعيم ياسين — نظرية الدعوى — القسم الثاني ص ٢٣١.

(٢٣٨) نفسه

(٢٣٩) نفسه

(٢٤٠) البقرة — آية رقم ١٨٨.

الأكل بالباطل، والادلاء إلى الحكام لأكل الأموال بالإثم، بما يؤكد أن مايقضي به الحكام لايجل حراماً، ولا يحرم حلالاً (٢٤١).

٢ — واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (إنكم تحتصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار) (٢٤٢)، والحديث واضح في دلالة على أن حكم القاضي لايجل الحرام بوجه من الوجوه.

والظاهر رجحان ماذهب إليه جمهور فقهاء المسلمين، تشيئاً مع قوة الدليل، وتحقيقاً للمصلحة: ذلك أن أدلة الجمهور أقوى من حيث اعتمادهم على الكتاب والسنة فيما ذهبوا إليه، بوجوه قوية من الدلالات، ومن حيث ان الأخبار الواردة عن السلف في تفسير تلك النصوص القرآنية والنبوية كلها مجمع على أن حكم الحاكم لايدخل له في تغيير الوصف الشرعي للأشياء، ولأن ماذهبوا إليه أكثر تحقيقاً للمصالح ودفعاً للمفاسد، وأكثر تهذيباً للضمير الانساني المؤمن، وتنمية للملكة مراقبة الله عز وجل.

وأما هذا الأمر في القوانين الوضعية، فإنه لايقع تحت المجالات التي تتدخل فيها، إذ لاتعنى إلا بالأمور الظاهرة، وليس فيها باطن ينظر إليه، لأنها لاتنظم علاقة الانسان بالرب عز وجل، والتي منها يتصور انبثاق فكرة الحلّ والحزمة.

(٢٤١) الطبري — التفسير ح٣ ص ٥٥٠ (تحقيق محمود شاكر — مطبعة دار المعارف بمصر)، ابن كثير — التفسير

ح١ ص ٢٢٥ (مطبعة عيسى البابي الحلبي)

(٢٤٢) الإمام مسلم — صحيح مسلم بشرح النووي ح١٢ ص ٤ (مرجع سابق)

المطلب الرابع

في

أساس مبدأ الحجية القضائية

ذاك هو مبدأ الحجية، وتلك هي مظاهره، وحدوده، ولكن لماذا جعلت تلك الحجية للأحكام التي يصدرها القضاء، ولماذا لا يصح للقاضي أن يرجع عن قضائه؟

ولماذا لا يملك القاضي أن يبطل قضاء غيره؟ مع أن المعروف أن حق النقض والابطال يكون للسلطة التي كان لها حق الإصدار.

لقد افرقت وجهات نظر الفقهاء المسلمين في الإجابة عن هذه الاسئلة إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول :

أن الأخذ بذلك المبدأ ضروري جدا للحفاظ على مصلحة عامة، تتمثل في تدعيم مرفق القضاء ليستطيع القيام بمهامه في فض المنازعات وفصل الخصومات. ثم اختلفت عبارات أصحاب هذا الاتجاه في تفسير وجه المصلحة المقتضية للأخذ بذلك المبدأ:

فبعضهم أرجع ذلك إلى ضرورة المحافظة على ثقة الناس بالقضاء، وبالأحكام التي يصدرها، إذ لو كان للقضاة أن ينقضوا أحكام بعضهم بعضا من غير سبب شرعي، أو كان للقاضي أن يرجع عن قضائه إلى غيره، حسبما يشاء، وبدون سبب محدد، لأدى ذلك إلى عدم الوثوق بأحكام القضاء، وعزوف الناس عن التحاكم إليهم، وفي ذلك ينقل ابن فرحون عن بعض علماء المالكية قولهم: (لو كان له نقض هذا رأيه الثاني لكان له فسخ الثاني والثالث، ولا يقف على حد، ولا يثق أحد بما قضى له به، وذلك ضرر شديد)(٢٤٣)، وإذا

(٢٤٣) انظر: الغزالي - المستصفى ص ٢٠ ص ١٢٠ (مرجع سابق)، ابن فرحون - تبصرة الحكام ص ٧٢ (مرجع سابق).

انعدمت ثقة الناس بالقضاء، فقد يؤدي ذلك إلى اللجوء إلى وسائل أخرى غير التقاضي لتحصيل حقوقهم، فيكون ذلك سبباً في الفوضى والفساد والاحتكام إلى الهوى، يقول القاضي اسماعيل من علماء المالكية (يحمل القضاء على الصحة ما لم يثبت الجور، وفي التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن للقضاء، فإن القاضي لا يخلو من أعداء يرمونه بالجور، فإذا مات أو عزل قاموا يريدون الانتقام منه بنقض أحكامه، فلا ينبغي للسلطان أن يمكنهم من ذلك) (٢٤٤).

وهذا يدل على أن مبدأ الحجية يحول دون الذرائع الفاسدة التي تؤدي إلى الضرر بالقاضي والقضاء، وبالناس بعد ذلك.

وعلى بعضهم عدم جواز تعقب الأحكام القضائية السابقة، وعدم جواز النظر فيها من غير سبب شرعي، بأن ذلك ضروري ليتفرغ القضاء للنظر في الخصومات المستقبلية، ولا يتشاغل بخصومات عرضت عليه، وفصل فيها، ولو كان للقضاة تتبع أحكام بعضهم بعضاً، لكان ذلك سبباً لبطء الفصل في الخصومات الحادثة وتعطيلها، ولو بصورة جزئية. ومن جهة أخرى فإن مثل هذا التتبع، فيه قدح للقضاة، لأنه مظهر من مظاهر الشك في قدرتهم، وهو ما ينبغي أن يصابوا عنه ويحفظوا منه. ومن أقوال العلماء في هذا المعنى قول الماوردي (وجملة ذلك أن القاضي إذا تقلد عملاً لم يجب عليه أن يتعقب أحكام من قبله لأمرين: أحدهما: أن الظاهر منها نفوذها على الصحة والثاني أنه ناظر في مستأنف الأحكام دون ماضيها) (٢٤٥). كذلك نقل الماوردي عن جمهور البصريين أنهم قالوا: (لا يجوز للقاضي أن يتعقب أحكام من قبله لأمرين: أحدهما أنه يتشاغل بماض لم يلزمه عن مستقبل يجب عليه، والثاني: أنه يتتبع قدحاً في الولاية يتوجه عليه مثله) (٢٤٦).

وما ذكر تعليلاً لوجوب نفاذ حكم القاضي في الظاهر والباطن، وإن اختلفا،

(٢٤٤) ابن فرحون - تبصرة الحكم - ج ١ ص ٧٢ (مرجع سابق).

(٢٤٥) الماوردي - أدب القاضي - ج ١ ص ٦٩٠ (مرجع سابق).

(٢٤٦) نفسه - ج ١ ص ٦٩١.

استقرار معاملات الناس، والحيلولة دون تداخلها، ووقوعها فريسة الفوضى، وحتى يؤدي القضاء وظيفته في قطع الخصومات وحسم المنازعات (٢٤٧).

الاتجاه الثاني :

أن القضاة الكفيا جعل لهم في الشريعة حق الإنشاء لضرورة فصل الخصومات، ووضع حد للعدوان وأن الإجماع قد انعقد على إعطائهم هذا الحق، وذلك بانعقاده على اعتبار أن حكم الله عز وجل هو ما حكم به القاضي في مسائل الاجتهاد، فإذا حكم بحكم فقد أنشأ دليلاً شرعياً جديداً على قيام حقوق وواجبات، وهذا الدليل خاص، لتعلقه بكل حادثة بعينها، وهو مقدم على أي دليل عام تدخل تلك الحادثة في نطاقه.

ولتوضيح هذا الاتجاه في بيان أساس حجية الحكم القضائي، نثبت هنا عبارة صاحب هذا الاتجاه، وهو القراني من علماء المالكية، حيث قال :

(وإذا تقرر أن الله تعالى جعل لكل مكلف وإن كان عامياً جاهلاً، الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة، كما في النذر وتعليق الطلاق على سبب، فأولى أن يجعل الإنشاء للحكام مع علمهم وجلالتهم، لضرورة درء العناد، ودفع الفساد، وإخاد النائرة (٢٤٨)، وإبطال الخصومة...

وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الائمة قاطبة على أن حكم الله تعالى ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأمة، ويحرم على كل أحد نقضه، وهذا شيء نشأ بعد حكم الحاكم لاقبله، لأن الواقعة كانت قبل هذا قابلة لجميع الأقوال، ولأنواع النقوض والمخالفات، ولا نعني بالإنشاء إلا هذا القدر. (٢٤٩).

(٢٤٧) ابن نجيم - البحر الرائق ج١ ص ٧٤ (مرجع سابق)، ابن حجر - فتح الباري ج١ ص ١٥٠
(المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٨ هـ)
(٢٤٨) القراني - الإحكام ص ٣٨ (مرجع سابق)
(٢٤٩) نفسه

ثم يوضح القرافي اتجاهه بضرب المثل فيقول:

(مثل الحاكم والمفتي مع الله تعالى — ولله المثل الأعلى — مثال قاضي القضاة يولي شخصين: أحدهما نائبه في الحكم، والآخر ترجمان بينه وبين الأعاجم: فالترجمان يجب عليه اتباع تلك الحروف والكلمات الصادرة عن الحاكم، ويخبر بمقتضاها من غير زيادة ولا نقص، فهذا هو المفتي يجب عليه اتباع الأدلة بعد استقراؤها، ويخبر الخلائق بما ظهر له منها، من غير زيادة ولا نقص، إن كان المفتي مجتهداً، وإن كان مقلداً فهو نائب عن المجتهد في نقل مآلخصه إمامه لمن يستفتيه، فهو كلسان إمامه والمترجم عن جنانه. ونائب الحاكم في الحكم ينشيء من إلزام الناس وإبطال الإلزام عنهم مالم يقرره مستنبه الذي هو القاضي الأصيل، بل فوض ذلك لنائبه، فهو متبع لمستنبه من وجه، وغير متبع له من وجه: متبع له في أنه فوض له ذلك وقد امتثل، وغير متبع له في أن الذي صدر منه من الإلزام لم يتقدم مثله في هذه الواقعة من مستنبه، بل هو أصل فيه. فهذا مثال الحاكم مع الله تعالى، هو ممثّل لأمر الله تعالى في كونه فوض إليه ذلك، فيفعله بشروطه، وهو منشيء، لأن الذي حكم به تعين، وتعيينه لم يكن مقررأ في الشريعة، وليس إنشاؤه لأجل الأدلة التي تعتمد في الفتاوى، لأن الأدلة يجب فيها اتباع الراجح، وههنا له أن يحكم بأحد القولين المستويين على غير ترجيح، ولا معرفة بأدلة القولين، بل الحاكم يتبع الحجاج، والمفتي يتبع الأدلة، ولا يعتمد على الحجاج، والأدلة: الكتاب والسنة ونحوها، والحجاج البيئة والإقرار ونحوها. فهذا مثال الحاكم والمفتي مع الله تعالى، وليس له أن ينشيء حكماً بالهوى واتباع الشهوات، بل لابد أن يكون ذلك القول الذي حكم به قال به إمام معتبر لدليل معتبر....)(٢٥٠).

وفي جواب لسؤال عن سبب امتناع نقض الحكم في المختلف فيه يقول القرافي: (لما جعل الله تعالى للحكام أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكماً من الله تعالى في تلك الواقعة، وإخبار الحاكم بأنه حكم فيها كنص من الله عز وجل ورد خاص بتلك الواقعة، معارض لدليل المخالف لما حكم به الحاكم في تلك الواقعة..)(٢٥١).

(٢٥٠) القرافي — الإحكام ص ٣٠، ٣١ (مرجع سابق)

(٢٥١) نفسه ص ٦٦

ولما سئل القرافي عن قول بعض العلماء عن سبب الحجية وعدم النقض: إن نقضه يؤدي إلى بقاء الخصومات أو أمر آخر، أكد أن توجيهه السابق، وتحليله لحقيقة عمل القاضي أولى بالأخذ من أقوال الفقهاء، لأن هناك قاعدة في أصول الفقه وقواعد الشرع هي أنه إذا تعارض الخاص والعام، قدم الخاص على العام، وتخريج الأحكام على القواعد الأصولية أولى من إضافتها إلى المناسبات الجزئية (٢٥٢).

وهذا الذي ذهب إليه القرافي لا ينبغي أن يظن بأن له أدنى نسبة أو علاقة بالنظرية الدينية التي تعلل نشوء القضاء في روما، حيث كان الملك هو الكاهن الأكبر، وكان الكهنة هم القضاة، ينطقون بالحكم وينسبونه للآلهة في صورة معجزة ظهرت على ألسنتهم، وكان ذلك محاطاً بشكليات وطقوس ومراسم، يستخلص الكهنة من خلالها الحكم من القبس الإلهي، وتفسر هذه النظرية مبدأ الحجية بأنه مظهر للقدسية المسيغة على الحكم الصادر عن الكهنة، والتي تقتضي أن لا يطرح سؤال على الآلهة أكثر من مرة واحدة (٢٥٣).

ذلك أن عمل القاضي المجتهد في الإسلام مقيد بنصوص الكتاب والسنة، وبأصول لغوية وفقهية ومنطقية، كما أن عمله القضائي له حدود وقيود شرعية إذا خالفها كان حكمه القضائي فاقداً لحجيته، مستحقاً للإبطال، وكما قال القرافي: ليس له أن ينشيء حكماً بالهوى واتباع الشهوات، بل لابد من أن يكون ذلك القول الذي حكم به قال به إمام معتبر لدليل معتبر (٢٥٤).

ومن جهة أخرى فإن الاجتهاد في العرف الإسلامي رتبة علمية، يصل إليها المسلم بالجهد العلمي الخالص، الذي تظهر ثماره في إنتاج علمي منظور ومعروف، فيعترف الناس له بهذه الرتبة العلمية التي تؤهله لمنصب القضاء، وليس الاجتهاد منصباً كهنوتياً يتحكم فيه شخص أو أشخاص معينون.

وإذا كان لابد من مقارنة رأي القرافي بالنظريات القانونية المفسرة لمبدأ حجية الأمر

(٢٥٢) نفسه ص ٧٧

(٢٥٣) انظر تفصيل هذه النظرية عند: وجدي الراغب - النظرية العامة للعمل القضائي ص ١٦٦، ١٦٧ (مرجع سابق).

(٢٥٤) القرافي - الأحكام ص ٣١ (مرجع سابق).

المقضي، فإنه أقرب إلى تلك النظرية المسماة بنظرية القوة المنشئة للحكم، والتي ترى أن الحكم القضائي ينشئ أوضاعاً جديدة لم تكن قبل صدوره (٢٥٥). غير أن الفرق بين مذهب إليه القرافي وبين ما ذهبت إليه هذه النظرية يكمن في مصدر تلك القوة المنشئة في الحكم القضائي: فبينما يذهب بعض أنصار تلك النظرية إلى أن أساس تلك القوة يرجع إلى اتفاق أو عقد قضائي يتفق الخصوم بمقتضاه على عرض النزاع على القاضي (٢٥٦)، يرى القرافي فيما تقدم أن مصدر القوة المنشئة في الحكم القضائي يكمن في إعطاء القاضي الذي توافرت فيه الشروط الشرعية لتولي منصب القضاء الحق في التشريع بخصوص الحادثة موضع النزاع، والحكم القضائي عنده ليس إلا تعبيراً عن ذلك التشريع الخاص بتلك الواقعة. ولكن القاضي ليس له حق التشريع العام الذي يشمل الوقائع كلها، ولذلك لم يكن لأي قاض أن ينقض حكم قاض آخر استناداً لهذا الحق. وإنما يقتصر حقه على التشريع بخصوص النزاع المعروض عليه، ولحكمه الصادر فيه قوة التشريع من حيث عدم تمكن أي شخص من نقضه، إلا إذا خرج هذا القاضي عن حدوده في تشريعه الخاص المتمثل في حكمه القضائي.

وهذا الأساس الذي جعله القرافي لمبدأ حجية الحكم القضائي هو — فيما نعلم — أقوى أساس يمكن أن يستند إليه ذلك المبدأ، إذ أنه يعطي الحكم القضائي من القوة مالا يمكن معها التعرض له من أية جهة كانت، مادام صحيحاً، ولم ترد عليه أسباب النقض التي فصلناها في المطلب السابق، لأنه يضعه في مرتبة التشريع الخاص بحادثة النزاع، والتشريع لا ينتقض إلا بالنسخ، والنسخ لا يكون إلا من صاحب الشرع، ولانسخ بعد تمام الشريعة وانقطاع الوحي. أما الحالات التي تقدم ذكرها في المطلب السابق فإن الحكم فيها ينقض لأنه يتبين أنه لم يصدر صحيحاً، ولم يأخذ قوة التشريع من البداية.

أساس مبدأ الحجية عند علماء القوانين :

اختلف علماء القوانين الوضعية في تحديد الفلسفة التي يقوم عليها مبدأ الحجية اختلافاً كبيراً، تمثل في نظريات كثيرة، سبقت إشارة قريبة إلى بعضها، ونذكر فيما يلي بعضاً آخر منها:

(٢٥٥) وجدي راغب — النظرية العامة للعمل القضائي ص ١٨٤ وما بعدها (مرجع سابق)

(٢٥٦) نفسه ص ١٨٦.

١ — أخذ القانون الروماني بفكرة الحجية تلبية لحاجة استقرار الحقوق التي يؤكدها القضاء في أحكامه (٢٥٧).

٢ — نظرية العقد القضائي: ويرى أصحابها أنه يوجد شبه عقد بين طرفي الخصومة، يلتزمان بموجبه مقدماً بقبول الحكم ولو كان غير عادل. وقد هجرت هذه النظرية لقيامها على افتراض بعيد عن الواقع (٢٥٨)، مع أن لهذه النظرية أصلاً تاريخياً، حيث كان شعب روما القديم يلجأ إلى حل المنازعات القانونية بقرار تعاقدي، فكان الفرد إذا نازعه آخر في حقه يقترح عليه تحكيم فرد ثالث محايد، أو يترك القرار لخصمه بتوجيه القسم إليه، والقرار الناتج عن التحكيم أو القسم يلزم الطرفين، و يولد حقاً غير منازع فيه، وأما الأشكال الرسمية التي ظهرت بعد ذلك فلم تكن سوى تثبيت للقرار التعاقدي في حل النزاع تحت شكل منظم ومحدد (٢٥٩).

٣ — نظرية الحقيقة: ويرى أنصار هذه النظرية أن أساس مبدأ الحجية هو افتراض مطابقة ما يقرره الحكم للحقيقة وأن هذه قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس (٢٦٠).

ومع أن هذه النظرية هي النظرية السائدة في الفقه الفرنسي والمصري (٢٦١)، لكن هذا التفسير يتعارض مع ما ذهب إليه كثيرون من أن حجية الأمر المقضي تصاحب الحكم القضائي منذ ولادته (٢٦٢)، ولا تتوقف على صيرورته نهائياً باستنفاد جميع طرق الطعن، إذ أن افتراض إصابة الحكم للحقيقة يقتضي أن لا يقبل هذا الحكم استثناءً ولا معارضة ولا نقضاً ولا غير ذلك، لأن قبول الطعن فيه معناه قبول محاولة تغيير ما هو حق وعدل.

(٢٥٧) فتحي والي — قانون القضاء المدني ج ١ ص ٣٠٥ (مرجع سابق).

(٢٥٨) نفسه

(٢٥٩) وجدي راغب — النظرية العامة للعمل القضائي ص ١٦٥ (مرجع سابق).

(٢٦٠) فتحي والي — قانون القضاء المدني ج ١ ص ٣٠٧ (مرجع سابق)، وجدي راغب — النظرية العامة للعمل القضائي ص ١٩١ (مرجع سابق).

(٢٦١) انظر: المرجعين السابقين.

(٢٦٢) عبد الباسط جيمي — مبادئ المرافعات ص ٦١٥ (مرجع سابق)، فتحي والي — قانون القضاء المدني الكويتي ص ٧٧ (مرجع سابق)، رمزي سيف — الوسيط ص ١٣٢ (مرجع سابق).

٤ — وذهب كثير من علماء القانون إلى أن مصلحة استقرار المراكز والأوضاع القانونية التي تؤكدتها الأحكام القضائية تكمن وراء مبدأ حجية الأمر المقضي، وأن هذه المصلحة لا تحقق إلا أن يجعل للحماية القضائية المتمثلة في الأحكام التي تصدرها المحاكم حجية تكفل ضمان الاستقرار لما تؤكدته تلك الأحكام من الحقوق والمراكز القانونية، وإلا فلا بديل لذلك سوى وقوف المعاملات، وفقدان الثقة في حماية مرفق القضاء للناس (٢٦٣). وهذا الاتجاه في تفسير الدوافع الكامنة وراء التمسك بمبدأ الحجية قريب إلى حد بعيد من الاتجاه الذي تبناه كثير من فقهاء المسلمين في تعليل الأخذ بمبدأ الحجية.

(٢٦٣) أحمد نشأت — رسالة الاثبات حـ ٢ ص ٢٠٢ (مرجع سابق)، فتحي والي — قانون القضاء المدني حـ ١ ص ٣٠٨ (مرجع سابق) أبو الوفا — التعليق على نصوص قانون الاثبات ص ٢٩٩ (مرجع سابق).

الخلاصة

يتضح من البحث جملة من الفوائد هي :

١ - هناك عامل مشترك بين الفقه الإسلامي والشرائع الوضعية، هو اتفاقهما على ضرورة إعطاء الأحكام القضائية نوعاً من الحجية - بغض النظر عن مداها - لتحقيق استقرار الأحكام والحقوق وطمأنينة الناس وثقتهم بمرفق القضاء.

٢ - يختلف مفهوم الحجية في الفقه الإسلامي عن مفهومها في القوانين الوضعية، إذ هي عند الفقهاء المسلمين حل الأحكام القضائية على الصحة من حيث الظاهر، بينما هي في القوانين الوضعية اعتبار ما يقرره الحكم القضائي عنوان الحقيقة، وهي تعدّ عندها قرينة قانونية قوية جداً، بحيث لا تقبل اثبات عكسها، ولا تتاح فرصة لأحد في محاولة ذلك.

٣ - تتفاوت حجية الحكم القضائي في القوانين الوضعية بين مراحل مختلفة، تمر فيها الأحكام بعد صدورها لأول مرة، والحجية المطلقة لا تكون إلا للأحكام النهائية التي لا تقبل أي نوع من أنواع الطعون القانونية. وقبل ذلك تكون حجية قلقة غير مستقرة. بل هي حجية ضعيفة لدرجة أن للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم، ويطلب إعادة النظر في القضية أمام محكمة الدرجة الثانية، وإن لم يكن معه أي مستند جديد، أو فائدة ترجى. فإذا نفذت فرص الطعن جميعها بسبب استعمالها أو فوات أوانها صار الحكم ذا حجية مطلقة، بحيث لا يمكن المساس به.

أما عند الفقهاء المسلمين فالحجية لا تتفاوت بين مرحلة وأخرى، وإنما هي صفة ملازمة لكل حكم قضائي صدر عن قاض مختص وفق الأصول الشرعية، ولكنها حجية معتدلة، فلا هي بالضعيفة التي يستطيع الخصم معها أن يطعن في الحكم، ويطلب إعادة المحاكمة من غير فائدة مرجوة، ولا هي بالمطلقة التي يحصّن الحكم بها، بحيث لا يمكن النظر فيها أو نقضه، وإنما حجية ذات حدود، إذا جاوزتها أهدرت.

٤ - لحجية الحكم عند فقهاء المسلمين مظاهر وتطبيقات كلها تنبثق من وصف

الصحة الظاهرة التي أسبقوها على الحكم القضائي، من أهمها: عدم جواز تعقب القضاة والكشف عن أحكامهم الصادرة على وفق الشروط الشرعية، وعدم جواز رجوع القضاة عن أحكامهم التي أصدروها، ونفاذ القضاء في الأمور الاجتهادية، وعدم جواز نقضه لأي سبب من الأسباب، وجوب احترام الأحكام الصادرة وأخذها بعين الاعتبار عند إصدار حكم في قضية جديدة لها علاقة بالقضية السابقة، وعدم تأثير الحكم القضائي بما يطرأ على البينات من شبهات، وما يظهر من بينات جديدة، وهيمنة الحكم القضائي على الاعتقادات الخاصة للخصوم، وعدم مسئولية القاضي عن الأحكام الصادرة عنه، مهما تسبب عنها، إذا لم يعتمد الجور فيها، وبطلان الأحكام القضائية المناقضة لأحكام قضائية سابقة عليها، واعتبار الحكم القضائي نافذاً ظاهراً وباطناً عند بعض الفقهاء إذا كان مما يكون للقاضي فيه سلطة انشائية.

٥ - ليست تلك المظاهر والتطبيقات جميعها محل اتفاق بين الفقهاء المسلمين والقوانين الوضعية، ومما اختلفا فيه، جواز إعادة النظر في القضية التي صدر فيها حكم، حيث منع ذلك فقهاء المسلمين، إذا كانت الإعادة مجرد تلبية لرغبة الخصم، ولم يكن معه حجة جديدة، بينما تميز القوانين الوضعية كلها ذلك أمام محاكم الدرجة الثانية بناء على طلب الخصم.

وذلك مبني على اختلاف الطرفين في تقييم الحكم الصادر لأول مرة، فهو في القوانين الوضعية حكم عليه شبهة الخطأ أو الجور، وليس كذلك عند الفقهاء المسلمين، ولكنه صحيح وعادل حتى يقوم الدليل على خلاف هذا الاعتبار.

٦ - وهناك اتفاق بين مذاهب إليه فقهاء المسلمين، وما اعتمدته القوانين الوضعية في كثير من أصول المظاهر والتطبيقات السابقة لمبدأ الحجية، وإن كان بينهما اختلاف في نطاق كل مظهر من تلك المظاهر، ومن ذلك: اتفاقهما على وجوب احترام الحكم السابق، واعتباره مستنداً وحجة لطرفي الخصومة في أية دعوى ترفع بعد ذلك. ومنه عدم تأثير الحكم القضائي بالشبهات التي قد تحدث في البينات، وعدم تأثيره بما يظهر من بينات جديدة. ومنه موقف الطرفين من الأحكام التي تقضي بما يخالف حكماً سابقاً حائزاً على الحجية، حيث

يذهب إلى بطلان مثل هذه الأحكام. ومنه عدم مسئولية القاضي عما تتسبب فيه أحكامه التي لم يعتمد الجور فيها، وغير ذلك.

٧ — هنالك مجالات تظهر فيها حجية الحكم القضائي من وجهة النظر الإسلامية، ولا وجود لها في النظم الوضعية، مثل ظهور أثر هذه الحجية على اعتقادات أطراف الدعوى، ومثل أثرها في تحليل وتحريم ما يقرره الحكم، وذلك بسبب اختلاف طبيعة التشريع الإسلامي عن التشريعات الوضعية من حيث وجود الجانب الدياني في الأول، وعدم وجوده في الأخرى.

٨ — حجية الحكم القضائي عند الفقهاء المسلمين ليست مطلقة، ولا تصبح كذلك في أية مرحلة تكون عليها، ولكن لها قيود وحدود، ويرد عليها استثناءات، تستهدف في كثير من الأحيان تدارك ما يمكن تداركه من مقتضيات العدالة المهددة في الحكم السابق دون المساس باستقرار الحقوق والتعامل. وقد اتفقت التشريعات الوضعية مع الفقهاء المسلمين في كثير من تلك القيود، وإن كان الخلاف بينهما يكمن في الحد الذي يمكن أن تصل إليه الحجية، فبينما تصبح الحجية مطلقة لاتمس بمرور المواعيد المحددة للطعون، أو باستعمال هذه الطعون بالفعل، فإن الفقهاء المسلمين لا يرون إعطاء الحجية المطلقة للحكم القضائي بأية حالة، وخاصة في مقابلة الأدلة الشرعية القاطعة، كالنص الواضح من القرآن الكريم ومن السنة الصحيحة، وكالأجماع.

ووجهة نظر أهل القانون في منع تكرار الدعاوي عندما تصل إلى مرحلة معينة، أن ذلك تقتضيه ضرورة استقرار المعاملات.

والحق أن في ذلك مبالغة في صيانة جانب من المصالح، وهو استقرار التعامل، على حساب جانب آخر، هو طمأنينة العدالة. والصحيح أن تحقيق العدالة على الوجه الأتم يؤدي أيضاً إلى استقرار التعامل وهدوء النفس.

وأما احتمال قيام بعض مرضى القلوب باشغال القضاء بالنظر في قضايا سابقة خاسرة، فإن مثله موجود في أصل الأمر، وبدون النظر إلى الاعادة والتكرار، فكم من إنسان يرفع قضية، يعلم أنها خاسرة، يقصد بذلك كسب الوقت وتعطيل المعاملات، وينظر في

دعواه، ولا ترد بالرغم من ظهور بطلانها من أول نظرة، ولواتبع هذا المنطق لاقتضى أن تقفل المحاكم، ويسد باب القضاء، وهذا غير مقبول، لأن وسائل تحقيق المصالح والمقاصد الحسنة لا تخلو واحدة منها من إمكانية استغلالها، والحل ليس في إلغاء الوسائل كلها، ولكن في أخذ الاحتياطات اللازمة لمنع العابثين. وطبيعة الحياة في شتى نواحيها أن يتسلل المبطلون بين أصحاب الحقوق ليستفيدوا من المنافذ المفتوحة أصلاً للمحققين، ولا سبيل إلى منعهم من أول الأمر، ولكن النظام الجيد لا يعدم وسيلة لتصفيتهم وتمييزهم في نهاية الأمر، ومجازاتهم على ولوج باب ليس من حقهم دخوله. وهذا النوع من التفكير القانوني هو الذي اتجه إليه الفقهاء المسلمون في معالجة قضية الموازنة بين تحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، وبين تحقيق مصلحة استقرار المعاملات بين الناس.

٩ — ومما اتفق عليه الطرفان عدم إسباغ الحجية إلا على الأحكام القضائية دون بقية الأعمال التي تدخل في اختصاص القضاء، والتي لا يبرز فيها عنصر الفصل بين المتخاصمين، وكذلك عدم إسباغها إلا على الأحكام الصادرة عن له ولاية القضاء في حدود ولايته، وعمن تحققت فيهم صلاحية إصدارها، وعدم إسباغها إلا على الأحكام المستكملة لجميع الشروط، بالرغم من اختلاف الطرفين في اعتبار بعض الشروط.

١٠ — هنالك استثناءات ترد عند الفقهاء المسلمين على مبدأ عدم تأثر الحكم القضائي بما يظهر من بيانات جديدة أوسع إلى حد ما مما ذهبت إليه النظم الوضعية في هذا الباب، وإن اتفق الطرفان على ضرورة استثناء بعض الحالات من ذلك المبدأ.

١١ — لاختلاف بين فقهاء المسلمين، والتشريعات الوضعية في تحميل القاضي مسئولية ما يتعمد من الجور في أحكامه، والأضرار التي تنتج عن ذلك.

١٢ — اتفق كثير من علماء القوانين الوضعية مع فقهاء الإسلام على أن أساس مبدأ حجية الحكم القضائي يرجع إلى ضرورة احترام القضاء، وصيانه عن الابتذال، واستقرار الحقوق والمراكز الشرعية أو القانونية التي يقررها هذا المرفق، وحفظ هيئته، ليظل له فاعليته في فصل الخصومات، وإنهاء النزاعات. هذا مع وجود تفسيرات أخرى كثيرة عند بعض الفقهاء المسلمين، وكثير من علماء القوانين.

مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية

تصدر عن جامعة الكويت

رئيس التحرير
الدكتور عبد الله الغنيم

صدر العدد الأول في كانون ثاني (يناير) ١٩٧٥

تصل أعدادها الى أيدي نحو ١٢٥٠٠ قارئ

يحتوي كل عدد على حوالي ٢٥٠ صفحة من القطع الكبير تشتمل على :

- مجموعة من الأبحاث تعالج الشؤون المختلفة للمنطقة بأفلام عدد من كبار الكتاب المتخصصين في هذه الشؤون
- عدد من المراجعات لطائفة من أهم الكتب التي تبحث في الماضي المختلفة للمنطقة .
- أبواب ثمانية : تقارير - وثائق - يوميات - بيلبوجرافيا .
- ملخصات للأبحاث باللغة الانجليزية .

نمن العدد : ٤٠٠ ملى كويتي أو ما يعادلها في الخارج .

الاشتراكات : للأفراد سويًا ديناران كويتيان في الكويت ، ١٥ دولارا أمريكيا في الخارج (بالبريد الجوي)

للشركات والمؤسسات والدوائر الرسمية : ١٢ دينارًا كويتيا في الكويت ، ٤٠ دولارا أمريكيا

في الخارج (بالبريد الجوي) .

منشورات المجلة :

تصدر المجلة أيضا دراسات مستقلة متعلقة بشئون المنطقة صدر منها

١- كتاب التكامل الاقتصادي في الخليج العربي (د . محمد هشام خواجكية) ١٩٧٩

٢- كتاب آفاق التنمية الصناعية في دول الخليج العربي (د . عبد الاله أبو عياش) ١٩٧٩

٣- كتاب حقوق الطفل في دولة الكويت (د . بدرية العوضي) ١٩٧٩

٤- كتاب الاحصاءات الاقتصادية في المملكة العربية السعودية (بدوي خليل) ١٩٨٠

٥- دور جريدة قناة الجزيرة في أحداث عام ١٩٤٨ بصنعاء (سلطان ناجي) ١٩٨٠ .

سلسلة وثائق الخليج والجزيرة العربية لعام صدر منها

الكتاب الأول - وثائق الخليج والجزيرة العربية لعام ١٩٧٧ ١٩٧٩ .

العنوان : جامعة الكويت - كلية الآداب والتربية - الشويخ - دولة الكويت .

م . ب : ١٧٠٧٣ - الخالدبة

الهاتف : ٨١٦٨٠٧ - ٨١٦٧٩٩ - ٨١٦٨٢٤

جميع المراسلات توجه باسم رئيس التحرير .