

الكتاب السادس عشر
القضاء

الكتاب السادس عشر القضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العادل في حكمه . المجيب لدعوة المضطرين من عباده . وهو الذي يقضي بالحق بين خلائقه وأمر بالحكم بما أنزل على أشرف رسله والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبدالله أفضل أنبيائه . وعلى آله وأصحابه المجاهدين في سبيله .

مشروعية القضاء : ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة إذ ورد في الكتاب الكريم ﴿ إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون ﴾ ﴿ وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾ (الولولجية) .

إن كل نبي قد أمر بذلك وقد بعث الله الرسل من أجل ذلك وقد عمل الخلفاء الراشدون والعلماء العاملون بذلك وقد استقامت الأرض والسماء بالقيام بالقضاء وأن القضاء هو نيابة عن الخلفاء الراشدين وإقامة لحدود رب العالمين .

مقدمة

في حق القضاء ويشتمل على مقدمة وأربعة أبواب

يقتضي ذلك معرفة ستة أشياء : فضائل القضاء ومشروعيته ومحاسنه وحكمته وصفة قبول القضاء وأركان القضاء .

معناه : القضاء من القضية وأصله قضاي وحيث جاءت الياء بعد الألف قلبت الياء همزة وجمعه أقضية (رد المحتار) .

للقضاء لغة معان كثيرة وهو الإلتقان والاحكام والإبلاغ والأداء والإنهاء والصنع والتقدير وتفصيل ذلك المذكور في مجمع الأنهر . أما معناه الشرعي فقد ذكر في المادة ١٧٨٤ .

وقد أمر النبي ﷺ بالقضاء كما أمر النبي داود عليه السلام بذلك في قوله تعالى ﴿فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى﴾ (الفتح).

السنة: قد نصب النبي ﷺ علياً ومعاداً قاضين لليمن (الفتح).

محاسن القضاء: لو لم يكن قضاء لما أمكن الإستحصال على الحقوق ولبقي حق صاحب الحق في يد وذمة المبطل فالقاضي نائب عن الشارع في أخذ حق المظلوم من الظالم وفي إيصال الحق لمستحقه وفي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

إن القضاء بالحق هو أقوى الفرائض وأفضل العبادات بعد الإيمان بالله تعالى وقد ورد في القرآن الكريم ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ أي بالعدل الذي أمر الله به ﴿إن الله يحب المقسطين﴾ أي يحفظهم ويعظم شأنهم، وهل أشرف للإنسان من محبته تعالى (معين الحكام).

وقد ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام حديث (إن عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة) الولوالجية.

كما: أنه قد ورد في الحديث الشريف (إن القضاة يحشرون مع الأنبياء والرسل) (فتح القديين).

ولذلك قد كان القضاء والولاية في زمن الرسول عليه السلام وفي زمن خلفائه الراشدين يتحمل أعباؤها على طريق العبادة ومع ذلك فإن في القضاء خطراً عظيماً فلم يقبله بعض المتقين الأخيار ومنهم الإمام الأعظم.

إجماع الأمة: وقد أجمعت الأمة على مشروعية القضاء (الفتح).

حكمة القضاء: هي عبارة عن رفع التهاجر ورد النوائب وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (معين الحكام).

صفة قبول القضاء: وقبول القضاء على خمسة أوجه:

١ - واجب، إذا عين أحد للقضاء ولم يكن غيره أهلاً له فقبول القضاء واجب عليه لأنه إذا لم يقبل القضاء يؤدي ذلك إلى تضييع الحقوق كما أنه بعدم قبوله القضاء يتولى القضاء غيره ممن لم يكن أهلاً له ويترتب على ذلك ضرر كبير وفساد عظيم ودفع ذلك فرض صيانة لحقوق العباد وقبول القضاء في هذه الحالة يكون أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر وإنصافاً للمظلوم من الظالم (شرح المجموع لابن مالك).

وفي هذا الحال يكون قبول القضاء واجباً عليه كما أنه يحق للحكومة إجباره على القبول.

٢ - مستحب، إذا كان من يصلح للقضاء متعددين وكان أحدهم أصلح من غيره في أمور القضاء وفي القيام بالأمور المهمة القضائية فيجب قبوله.

٣- أن يكون مخيراً في قبول القضاء، إذا كان أشخاص عديدون متساوون في الصلاح للقضاء وفي القيام بأموره فإذا كلف أحدهم بذلك فله أن يقبل وله أن يعتذر ويمتنع وقبول أحدهم يسقط الوجوب عن الآخر.

٤- إذا كان أحد صالحاً للقضاء وكان آخر أصلح وأقوى منه فقبوله للقضاء مكروه.

٥- أن يكون قبول القضاء حراماً، إذا كان أحد يعلم عجزه عن القضاء وعدم استطاعته لمراعاة العدل فيحرم عليه قبول القضاء (مجمع الأنهر) فلذلك فتقليد الجاهل الملوث أو المتلبس بالأشياء الموجبة للفسق أو القاصد الانتقام أو الراغب في أخذ الرشوة حرام (شرح الطريقة المحمدية).

وقد ورد في الحديث الشريف (بأن المبتلي بالقضاء كالمذبح بلا سكين) ووجه الشبه في ذلك بأن السكين تفرق البدن ظاهراً وتزيل الروح باطناً أما الذبح بلا سكين كالحنق فتأثيره باطن غير ظاهر والقضاء كذلك، والقضاء وإن كان في الظاهر منصباً وجاهاً لمن يتولاه إلا أنه في الباطن هلاك (الدر المنتقى وشرح الطريقة للخادمي).

أركان القضاء: أركان القضاء ستة، الحكم، المحكوم به المحكوم له، المحكوم عليه، القاضي، الطريقة، وقد عرف الأول في المادة ١٧٨٦ والثاني في المادة ١٧٨٧ والثالث في المادة ١٧٨٩ والرابع في المادة ١٧٨٨ والخامس في المادة ١٩٨٥، وأما السادس وهو الطريق وأسباب القضاء فنأتي به على الوجه الآتي:

طريق القضاء وأسباب الحكم، إن طريق القضاء أي طريق القاضي للحكم يختلف باختلاف المحكوم به وهو أن طريق القضاء في حقوق العباد عبارة عن الدعوى والحجة، والحجة عبارة عن البينة والإقرار واليمين والنكول عن اليمين وعلم القاضي على قول، والقسامة والقرينة القاطعة انظر شرح المادة ١٧٤٠.

في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية

المادة (١٧٨٤) - (القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية)

القضاء بوزن السخاء وهو لغة بمعنى الحكم والحاكمية وجمعه أفضية ومعنى أصل القضاء القطع والفصل (١) وقد تفرعت المعاني السائرة من ذلك والحكم والقاضي يعرف في المواد الآتية:

المادة (١٧٨٥) - (القاضي هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة).

إيضاح القيود:

توفيقاً للأحكام المشروعة، أما إذا حكم القاضي بالجور أي بخلاف الحق ففي حكمه هذا أربع صور:

الصورة الأولى: أن يحكم خطأ في حق العبد فإذا حكم القاضي خطأ في حق العبد فإذا كان تدارك ورد الخطأ ممكناً ويرد المال المحكوم به للمحكوم عليه.

مثلاً إذا حكم القاضي أن هذا المال لزيد بعد استماع الشهود والتعديل والتزكية ثم ظهر بعد الحكم أن الشهود عبيد أو محدودون بحد القذف وان شهادتهم لذلك غير مقبولة فيعيد القاضي المال للمحكوم عليه، أما إذا كان الحكم غير ممكن تداركه ورده كأن ينفذ حكم القصاص فلا يقاص المقضي له ولكن يلزمه الدية من ماله إلا أنه يجب أن يثبت هذا الخطأ بالبينة أو بإقرار المحكوم له أما إقرار القاضي فلا حكم له ولا يبطل الحكم الذي حكم به.

الصورة الثانية: أن يحكم في حق العبد جوراً عن عمد فإذا حكم القاضي جوراً عن عمد أو أجرى الحكم ثم أقر القاضي بأنه حكم جوراً فيلزم الضمان من مال القاضي ويعزل ويعزر لأن القاضي يكون قد جنى وأتلف مال الغير.

(١) قال في المصباح واستعمل العلماء القضاء في العبادة التي تفعل خارج وقتها المحدود شرعاً والاداء إذا فعلت في الوقت المحدود قال وهو مخالف للوضع اللغوي لكنه اصطلاحى للتمييز بين الوقتين قال بعضهم: إن القضاء عبارة عن وجود جميع الموجودات في العالم العقلي مجتمعة ومجملة في سبيل الابداع والقدر عبارة عن وجودها الخارجي مفصلة واحداً بعد واحد.

الصورة الثالثة: أن يحكم القاضي خطأ في حقوق الله كأن يحكم القاضي بحد الزنا أو بحد السرقة ويجري الحكم ثم يثبت بطلان القضاء كظهور الشهود بأنهم أرقاء فالضمان يجب على بيت المال.

الصورة الرابعة - أن يحكم القاضي جوراً عن عمد في حقوق الله فإذا حكم القاضي جوراً عن عمد في حقوق الله وأجرى الحكم ثم أقر بذلك فيلزم الضمان من مال القاضي ويعزل القاضي ويعزر لأنه قد جنى وأتلف المال (رد المحتار).

لأجل فصل وحسم، ويكون هذا بيان صاحب الحق وبمنع غير المحق وإلزامه، مثلاً إذا ثبتت دعوى المدعي يبين أن الحق للمدعي ويلزم المدعي عليه لكونه مبطلاً.

المنسوب من طرف السلطان، وبهذا التعبير يخرج المحكم لأنه للمحكم أن يفصل الدعوى أو المخاصمة كما هو مبين في الباب الرابع ولكنه لم يكن منصوباً من طرف السلطان بل هو منصوب من الطرفين المتخاصمين، وبهذا التعبير يشار إلى حكم المادة ١٨٠٠.

ويتفرع على لزوم نصب القاضي من طرف السلطان المسألتان الآتيتان.

المسألة الأولى - إذا حكم السلطان العادل في دعوى حسب الأحكام المشروعة فيصح حكمه وينفذ لأن نفاذ حكم القاضي هو ناشئ لكونه مأموراً بالحكم من طرف السلطان ولكونه وكيلاً عنه فنفاذ حكم السلطان بطريق الأولى.

المسألة الثانية - إن نصب قاضٍ من موظف غير مأذون من السلطان بنصب القضاة كالوالي والعامل غير صحيح ولا ينفذ حكم ذلك القاضي المنسوب من قبله كما أن حكم المادة ١٨٠٥ التي لا تجوز نائب القاضي غير المأذون بالاستنابة هي مبيّنة على ذلك فلذلك وبما أن في زماننا ولاية الولايات غير مأذونين بالحكم كما أنهم لم يؤذّنوا بنصب القضاة فالقضاة المنصوبون من قبلهم تبطل أحكامهم «رد المحتار».

وإن الأصول المرعية الآن أن القضاة الشرعيين يعينون من طرف السلطان بعد ترشيحهم من طرف شيخ الإسلام.

المادة (١٧٨٦) - (الحكم هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين: القسم الأول هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت أو أعط الشيء الذي ادعى به عليك ويقال له قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق والقسم الثاني هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق أو أنت ممنوع عن المنازعة ويقال لهذا قضاء الترك).

والحكم بضم الحاء وسكون الكاف لغة بمعنى المنع وتسمية القاضي بالحاكم لمنعه المبطل من

الابطال، مثلاً إذا حكم على المدعى عليه بعد المرافعة الشرعية والثبوت بعشرة دنانير يكون قد منع المدعى عليه من عدم إعطاء حق المدعي فلذلك يقال قد حكم القاضي أي أنه وضع الحق في أهله أي في يد صاحبه ومنع الغير المحق من الإبطال (معين الحكام).

والحكم في اصطلاح الفقهاء هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها على الوجه المخصوص.

وقيد الوجه المخصوص هو لإخراج الصلح الذي يجري بين الخصمين لأن المقصود من الوجه المخصوص هو ألفاظ القاضي كالزمت أو حكمت أو أنفذت القضاء عليك (رد المحتار).

وإن عدم ذكر هذا القيد في المجلة الوارد في رد المحتار هو للسبب الآتي وهو أن قطع الطرفين المنازعة بينهما صلحاً يخرج بعبارة القاضي كما أنها تخرج بعبارة المحاكمة لأن الصلح هو عقد يرفع النزاع بالتراضي بين الطرفين كما هو مصرح في المادة (١٥٣١).

وهذا الحكم على قسمين ووجه الانحصار هو أن المدعي إما أن يظهر محقاً في دعواه أو مبطلاً فإذا ظهر محقاً يقضى له بقضاء الاستحقاق وإذا ظهر مبطلاً يقضى له بقضاء الترك.

القسم الأول: هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم بكلامه كقوله حكمت أو قضيت أو الزمت فاعطى الذي ادعى به عليك لهذا المدعي أو سلمه أو ادفع الدين الذي ادعى به عليك (الحموي).

قيل في المجلة (كقوله) لأنه لو قال القاضي إن لهذا المدعي حقاً عندك وقد ثبت عندي بإقرارك أو بالبيّنة وظهر ذلك أو صح أو قال قد علمت أن لهذا المدعي عندك كذا حقاً فهو حكم أما لو قال القاضي إنني أظن أن لهذا المدعي حقاً عندك كذا أو اني أرى أن له حقاً عندك فلا يكون حكماً لأن الحكم لا يتم بألفاظ الشك (الخاتية).

ويقال لهذا القضاء قضاء إلزام وقضاء استحقاق وقضاء ملك وان قسم قضاء الإلزام والاستحقاق هو كما يستدل من ألفاظه يكون في حالة ظهور حق المدعي عند المدعى عليه وبعبارة آخر إذا حكم المدعى عليه بشيء كالدين والعين.

مثلاً، إذا ادعى المدعي بعشرة دنانير ديناً وأثبت دعواه بالبيّنة فأمر القاضي بعد الإثبات والتزكية المدعى عليه بأن يؤدي للمدعي عشرة دنانير فيكون هذا القضاء قضاء استحقاق وبه يظهر أن المدعي مستحق للعشرة الدنانير.

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً وعدم نفاذه.

إذا كانت دعوى الاستحقاق حقة فلا شبهة بأنها نافذة ظاهراً وباطناً أما إذا كانت باطلة فهي استحقاق ظاهر لا باطن. مثلاً إذا ادعى أحد على آخر باطلاً بعشرة دنانير وأثبت دعواه بشهود زور وحكم القاضي في الدعوى لعدم اطلاعه على كذب الشهود وأخذ المدعي من المدعى عليه ذلك

المبلغ فيحرم ذلك المبلغ على المحكوم له كالمال المصوب ولا يجعل حكم القاضي ذلك المال حلالاً له .

كذلك إذا ادعى أحد كذباً أن ثياب غيره له وأثبت ذلك وحكم القاضي لعدم اطلاعه على كذب الشهود وأخذ المحكوم له الثياب فلا يحل له لبس تلك الثياب لأنه لا يجوز لأحد أن يأخذ مال آخر بلا سبب مشروع كما هو مذكور في المادة (٩٠٧) .

كذلك لو ادعى أحد أن منكوحة غيره هي منكوحته وأنه تزوجها قبلاً وأثبت ذلك بشهود زور فلا يحل له الخلوة مع المرأة المذكورة كما أنه لا يحل لها أن تتمكن من نفسها وتستفصل هذه المسألة في شرح المادة (١٨٢٧) .

القسم الثاني - هو منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام كقوله: ليس لك حق أو أنت ممنوع عن المنازعة مع المدعى عليه ويقال لهذا قضاء الترك .

أنواع قضاء الترك، ان قضاء الترك في حالة عدم ثبوت دعوى المدعي على ثلاثة أوجه .

الوجه الأول: يكون في الدين وهو أن يدعي المدعي عشرة دنانير مثلاً فينكر المدعى عليه ويعجز المدعي عن الإثبات ويحلف المدعى عليه بالطلب اليمين أو لا يطلب المدعي تحليف المدعى عليه فيحكم القاضي على المدعي قائلاً (إنك ممنوع من معارضة المدعى عليه) فيكون هذا الحكم قضاء ترك .

الوجه الثاني: يكون في العين التي في يد شخص ثالث، مثلاً إذا ادعى اثنان ملكية الفرس التي في يد شخص آخر مستقلاً وعجز كلاهما عن الإثبات وحلف ذو اليد اليمين لكليهما فيحكم القاضي بقضاء الترك ويتعبر آخر تبقى الفرس كالأول في يد ذي اليد المدعى عليه ولا يحكم في هذه القضية بقضاء الاستحقاق أي لا يحكم للشخص الثالث بالقول (إن هذه الفرس لك) حتى أنه لو أقام المدعيان بعد ذلك البيّنة فيحكم بالفرس للمدعيين (ابن عابدين على البحر ورد المحتار) لأنه للمدعي إثبات دعواه ولو بعد حلف المدعي عليه اليمين كما هو مذكور في شرح المادة (١٨١٩) .

الوجه الثالث: يكون في العين التي في يد عمرو قائلاً: إنها ملكي وعجز عن الإثبات وحلف القاضي بالطلب عمراً باليمين فيحكم بعد ذلك بقضاء الترك يعني يخاطب القاضي المدعي زيداً قائلاً له (إنك ممنوع من معارضة عمرو) وفي هذا الحال تبقى الدكان في يد عمرو كالسابق . والدليل والسبب لهذا القضاء هو وضع اليد (أبو السعود المصري في الشهادات) .

والفرق بين قضاء الاستحقاق وقضاء الترك على وجهين:

الوجه الأول - إن المقضى عليه بقضاء الاستحقاق في حادثة لا يكون مقضياً له ابداً في تلك الحادثة، أما المقضى عليه بقضاء الترك في حادثة فيجوز أن يقضى له إذا أثبت دعواه بالبيّنة في تلك الحادثة .

مثلاً إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: إنه مالي وأنكر المدعى عليه وحلف اليمين بالطلب وحكم على المدعى بقضاء الترك فإذا أقام بعد ذلك البيّنة على دعواه يحكم له .

الوجه الثاني - إذا ادعى الشخص الثالث بأن المحكوم به هو ماله فتسمع دعواه في قضاء الترك ولا تسمع في قضاء الاستحقاق ما لم يدع تلقى الملك من جهة المقضي له فحينئذ تسمع .

مثلاً إذا ادعى زيد المال الذي في يد عمرو قائلاً: إنه مالي وأثبت مدعاه وحكم لزيد ثم ادعى بكر على زيد أن المال المذكور ماله فلا تسمع ما لم يدع قائلاً: قد اشترت ذلك المال من زيد بعد الحكم (الدرر المنتقى قبيل الفصل في التنازع بالأيدي والحموي).

المادة (١٧٨٧) - (المحكوم به هو الشيء الذي ألزمه القاضي المحكوم عليه وهو إيفاء المحكوم عليه حق المدعي في قضاء الإلزام وترك المدعي المنازعة في قضاء الترك).

المحكوم به هو الشيء الذي يلزم به القاضي أو المحكم المحكوم عليه وهو إيفاء حق المدعي في قضاء الإلزام والامتناع عن منازعة المدعي في قضاء الترك .

إلزام - هو لفظ يستعمل حسب أصول الصك الشرعي في الحكم الذي يصدر بناء على إقرار المدعى عليه إلا أن التعبير المذكور في هذه المادة لم يستعمل في هذا المعنى .

أنواع المحكوم به . يقسم المحكوم به إلى أربعة أقسام:
القسم الأول: يكون حق الله محضاً كحد الزنا وحد الشرب .
القسم الثاني: يكون حق العبد محضاً كالعشرة الدنانير التي يحكم بها بناء على دعوى زيد على عمرو .

القسم الثالث: هو أن يجتمع الحقان معاً ويكون حق العبد غالباً كالقصاص والتعزير .

القسم الرابع: أن يجتمع الحقان معاً ويكون حق الله غالباً كحد القذف وحد السرقة .

شرط المحكوم به، وشرط المحكوم به أن يكون معلوماً (رد المحتار) لأن المحكوم به عبارة عن المدعى به وقد مر في المادة (١٦١٩) أنه يجب أن يكون المدعى به معلوماً .

المادة (١٧٨٨) - (المحكوم عليه هو الذي حكم عليه).

المحكوم عليه هو الذي حكم عليه من طرف القاضي أو من طرف المحكم والمحكوم عليه يكون دائماً إنساناً .

أنواع المحكوم عليه، أما أن يكون المحكوم عليه متعيناً وهذا يكون إما واحداً أو أكثر من

واحد. مثلاً لو اشترك عشرة أشخاص في قتل إنسان عمداً، وتعبير آخر لو أطلق هؤلاء العشرة بنادقهم على ذلك الشخص وأصابوه جميعاً وقتل وادعى عليهم جميعاً فلدى الثبوت يحكم بالقصاص على جميعهم.

كذلك لو أن عشرين شخصاً اغتصبوا كيلة حنطة من أحد وادعى صاحب المال على العشرين شخصاً وأثبت دعواه فله أن يستحصل الحكم على جميعهم.

كذلك لو ادعى أحد حق المرور في طريق خاص عائدة لعشرة أشخاص وأثبت دعواه أو عجز عن الإثبات ونكل هؤلاء عن حلف اليمين فله أن يستحصل حكماً عليهم.

وأما أن يكون غير متعين كالحكم بالحرية الأصلية لأن الحكم بالحرية الأصلية حكم على كافة الناس: مثلاً لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إنك عبدي وادعى المذكور أنه حر الأصل وأثبت حرية الأصل وحكم القاضي بحريته فهذا الحكم يكون المدعي محكوماً عليه كما أن كافة الناس يكون محكوماً عليهم فلذلك لا تسمع بعد الحكم دعوى أحد عليه بأنه عبد.

أما الحكم بالحرية العارضة أي الإعتاق فليس حكماً على كافة الناس بل هو حكم جزئي. والحكم بالوقف حكم على كافة الناس عند بعض الفقهاء إلا أنه حسب القول الصحيح والمفتى به ليس بحكم على سائر الناس فعليه لو حكم بوقفية عقار في قضية ثم ظهر بعد ذلك مدع وادعى أن ذلك العقار ملكه فتقبل دعواه وتسمع بيئته كما أنه لو ظهر متول آخر وادعى وقفية ذلك العقار لوقف آخر تسمع بيئته (رد المحتار) أنظر شرح المادة (١٦٧٦).

المادة (١٧٨٩) - (المحكوم له هو الذي حكم له).

أي الذي حكم له في حقوق العباد.

يجب أن يجوز المحكوم له ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يدعي المحكوم له إذ لا يحكم له بدون سبق دعوى منه.

الشرط الثاني: حضوره مجلس الحكم بالذات أو حضور وكيله أو حضور نائبه كوليّه أو وصيه

إذا كان محجوراً فعليه لا يجوز الحكم للغائب.

الشرط الثالث: أن تكون دعواه صحيحة (الطحاوي بزيادة).

مثلاً إذا ادعى أحد على آخر بألف درهم من جهة القرض وأقر المدعي عليه بذلك وألزمه القاضي بدفع ذلك فتكون الألف درهم هي الدراهم المحكوم بها ويكون الملمزم بدفعها هو المحكوم عليه ويكون المدعي هو المحكوم له.

أما في حقوق الله المحضة فالمحكوم له هو الشرع كما أن المحكوم له في الحقوق الغالب فيها حق الله - الشرع ولا يشترط فيها الدعوى وتسمع الشهادة بلا دعوى فيها انظر شرح المادة (١٦٩٧).

المادة (١٧٩٠) - (التحكيم هو عن عبارة اتخاذ الخصمين آخر حاكماً برضاها، لفصل خصومتها ودعواها ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة).

التحكيم لغة تفويض الحكم لشخص وشرعاً هو عبارة عن اتخاذ الخصمين أي المدعي والمدعى عليه واحداً أهلاً للحكم حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها.

إيضاح القيود:

الخصمين: وعبرة الخصمين هنا هي بمعنى الفريقين المتخاصمين وهي عامة وتشمل ما إذا كان كل واحد من الفريقين واحداً أو متعدداً كأن يكون المدعي اثنين والمدعى عليه اثنين (رد المحتار) (آخر) كما يجوز أن يكون الآخر محكماً واحداً يجوز أيضاً أن يكون متعدداً كما يفهم ذلك من المادة (١٨٤٨).

أهلاً للحكم، يشترط أن يكون المحكم وقت التحكيم وقت الحكم أهلاً للقضاء، فعلى ذلك لو انتخب الخصمان صبياً وحكم في حال صباه أو بعد البلوغ بناء على التحكيم السابق فلا يصح حكمه ولا ينفذ انظر المادة (١٧٩٤) (التنوير).

ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة ومحكم من باب التفعيل بصيغة اسم المفعول أما المحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المكسورة من باب التفعيل بصيغة اسم الفاعل فقد استعمل عنها في هذه المادة تعبير الخصمين.

وركن التحكيم: إيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر ويكون الإيجاب بالألفاظ التي تدل على التحكيم كقول: قد حكمناك أو نصبناك حاكماً (التنوير).

المادة (١٧٩١) - (الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب من قبل القاضي للمدعى عليه الذي لم يمكن إحضاره للمحكمة).

الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب من قبل القاضي للمدعى عليه الذي لم يحضر للمحكمة مختاراً ولم يمكن إحضاره للمحكمة جبراً ويطلق عليه الخصم المتواري وصورة نصب الوكيل المسخر محرر في المادة (١٨٤٤).

الباب الأول

في حق القضاة ويحتوي على أربعة فصول

الفصل الأول

(في بيان أوصاف القضاة)

سببين في هذا الفصل شيان :

الأول: أوصاف القاضي :

أولاً - يجب أن يكون القاضي فيها مستقيماً أميناً مكيناً متيناً انظر المادة الآتية :
ثانياً - يجب أن يكون وافقاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل
وحسم الدعاوي الواقعة توفيقاً لهما ومع ذلك لو كانت هذه الأوصاف مفقودة في القاضي ونصب
قاضياً مع كونه غير لائق للقضاء وحكم على الوجه الشرعي يصح حكمه .

الثاني: شروط القاضي والشروط المذكورة في المادة (١٧٩٤) فإذا كان القاضي غير حائز
لتلك الشروط فحكمه باطل كما سببين ذلك في شرح المواد الآتية :

وحيث ان أمور القضاء من أهم أمور العامة واحتياج الناس له عظيم فيجب الاعتناء بأمر
القضاة ولذلك لا يجوز تعيين كل أحد قاضياً ويجب وجود بعض شروط وأوصاف في القاضي
(الجوهرة بزيادة).

المادة (١٧٩٢) - (ينبغي أن يكون القاضي حكيماً فهِمياً مستقيماً وأميناً مكيناً
متيناً).

حكيم - بمعنى الشخص المتصف بالحكمة والحكمة تأتي بمعان عديدة كالعدل والتقوى والعدل
ويجوز هنا إرادة المعاني الثلاث فيجب أن يكون القاضي حكيماً أي عادلاً لأن رب العالمين قد أمر في
كتابه العزيز بقوله: ﴿إن الله يأمر بالعدل، إن الله يحب المقسطين﴾ فلذلك يجب أن لا يوجه القضاء
لغير العادل كما أنه مجرم على من يعلم أنه لا يمكنه مراعاة العدل في أحكامه قبول القضاء كما بين
أنفاً.

والعدل بفتح العين وسكون الدال هو عدم الجور والإنصاف في الحكم، ويتعبر آخر

إن العدل بالنسبة للقاضي هو الحكم بالحق وبالنسبة للوالي هو الإنصاف بدون غدر.

والعادل اسم فاعل من الباب الثاني ويطلق تعبير عدل على الرجل الودود.

قاص - يجب أن يكون القاضي حكيماً أي متقياً وصالحاً غير فاسق لأنه لا يؤمن الفاسق على القضاء الذي هو من أهم الأمور لفسقه وعدم مبالاته في دينه كما بين نبذة من ذلك في أول الكتاب وكما سيفصل في شرح المادة (١٧٩٤).

يجب أن يكون القاضي حكيماً أي عاقلاً لأن العقل قوة للنفس والنفس بتلك القوة تكون مستعدة للعلوم والإدراكات (الكليات).

والعقل بتعريف آخر هو نور روحاني تدرك النفس الإنسانية به العلوم الضرورية والنظرية يبتدئ وجوده حينما يستكمل الجنين خلقته في رحم أمه ثم يتزايد وينمو تدريجاً حتى البلوغ.

فلذلك يجب أن لا يوجه القضاء إلى ناقص العقل أو للأحمق لأن الأحمق لا يقدر على إيفاء لوازم العدل لقلة عقله والحمق بضم الحاء والميم بمعنى قلة العقل.

الأحمق بوزن أحمر صفة من الباب الخامس وهو يطلق على الغافل الذي لا يعلم الخير من الشر والحسن من السيء.

والعلامات التي تدل على الحمق هي طول اللحية والتلفت إلى الجوانب كثيراً والمعجلة في الأمور بدون النظر إلى عواقبها ونتائجها وقد ورد عن عيسى عليه السلام أنه قال (إنني أبرأت الأكمة والأبرص بإذن الله أما الأحمق فلم استطع أن أبرئه) (أبو السعود).

وقد قال العلماء: إن دواء الحمق هو الموت وقد ذكر في بحث الكنايات من المطول بأن عرض الفقا وعظم الرأس بصورة مفرطة تدل على بلاهة الرجل. (فيها) من الفهم بوزن وهم أما الفهم بوزن الكتف فتطلق على الرجل الفطين ويجب أن يكون القاضي فهِمياً أي عالماً بوجوه الفقه بل عالماً بالسنة وآثارها (الزيلعي). ولا يليق تقليد أحد القضاء ما لم يكون عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي لأن النبي عليه الصلاة والسلام حينما قلد قضاء اليمن معاذاً امتحنه سائلاً إياه: (بماذا ستحكم يا معاذ؟ فأجابه معاذ بكتاب الله، فقال له: فإذا لم تجد في كتاب الله بماذا تحكم؟ فأجابه بسنة رسوله، فقال: وإذا لم تجد في سنة رسوله؟ فأجابه اجتهد، فقال له: الحمد لله الذي وفق رسول رسوله لما يرضى به رسوله؟) (الولولجية) ولم يذكر معاذ إجماع الأمة الذي هو أحد الأدلة الأربعة لأن الإجماع لم يكن في عهد النبي عليه السلام حجة (فتح القدير).

ولما كان القاضي مأموراً بالحكم وفقاً للحق والعدل فيقتضي للتمكن من الحكم على هذا الوجه أن يكون عالماً بالوجوه المذكورة لأن الحوادث محدودة والنصوص معدودة فلا يجد القاضي نصاً لتطبيقها في كل حادثة فيحتاج لاستنباط المعنى من النصوص ولا يتيسر ذلك إلا للعالم الاجتهادي (الولولجية في الفصل الأول من آداب القاضي).

فلذلك يجب على الجاهل ألا يقبل القضاء لأنه قد ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام (قاض في الجنة وقاضيان في النار) والمقصود من القاضيين هو القاضي الجاهل الذي يحكم عن جهل والقاضي العالم الذي يحكم عن جور، وقول المجلة في المادة الآتية ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي تطبيقاً لهما هو لإيضاح الفهم وتفصيل بعد الإجمال.

وكما أنه يلزم أن يكون القاضي عالماً بالفقه على الوجه المار ذكره يجب أيضاً أن يكون صاحب قريحة يدرك بها عادات الناس لأن كثيراً من الأحكام مبنية على العرف والعادة (الزيلعي). ولذلك قد ورد في الكتاب الذي ارسله الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري (أعرف الاشباه والأمثال وقس الأمور عند ذلك) (الولولجية).

يجب أن يكون القاضي فهياً أي فطيناً وأن يستجمع أثناء المحاكمة فهمه وذهنه لأن فصل الخصومة يتوقف على تفهم كلام الطرفين لأنه من المحتمل حينما يقرر المدعي دعواه أن يلفظ كلاماً يدل على إبطاله في دعواه وفي هذا الحال لو أثبتت الدعوى بشهود فلا يحكم بها.

كذلك يحتمل أن يفوه المدعي عليه بكلام يعد إقراراً وفي هذا الحال لا يحتاج لطلب البينة من المدعي فعليه إذا لم يستجمع القاضي فهمه وبيانه في استماع كلام الطرفين ويقف على معنى أقوالهما تضييع افاداتهما ولا يحصل فائدة منها ولهذا السبب قد كتب الخليفة عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قائلاً (الفهم الفهم) وقد كرر الكلام للتأكد قائلاً (فرغ خاطرک وفهمک حتى تفهم الشيء المطلوب) - (الولولجية).

وان قول المجلة في المادة (١٨١٢) ينبغي للقاضي ألا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكير هي مبنية على ذلك.

ويشار بقوله أن يكون فهياً بأن القاضي إذا لم يكن فهياً أي عالماً بل كان جاهلاً جاز حكمه لأن المقصود إيصال الحق إلى مستحقه وهذا يكون بالعمل بفتوى الغير أيضاً (مجمع الأنهر) حتى ان الجاهل المتقي أولى من القاضي العالم الفاسق وينبغي للقاضي الجاهل أن يستفتي من الغير ويحكم كما جاء في المادة (١٨١١) وليس له أن يحكم عن جهل.

وقد ورد في إحدى معروضات شيخ الإسلام أبي السعود في أوائل العهد العثماني (بما أنه يوجد تساوي في العدالة ظاهراً بين قضاة زماننا فقد صدر الأمر بترجيح الأفضل في العلم والديانة والعدالة على غيره) أما الطحطاوي فيقول في معرض جوابه على أبي السعود (ان هذا التساوي كان موجوداً في ذلك العصر أما في هذا الزمن (عصر الطحطاوي) في حال عدم التساوي في العدالة فمن الذي يرجح؟ (الدر المختار ورد المحتار).

إن مذهب أكثر الأئمة الحنفية هو على هذا الوجه أما عند الإمام الشافعي رحمه الله فالعلم شرط من شروط القضاء فإذا فوض القضاء لجاهل فلا يكون قاضياً وحكم القاضي باطل (الحنانية).

مستقيماً. مأخوذ من الاستقامة وهي بمعنى الاعتدال.

ينبغي أن يكون القاضي مستقيماً وبمعنى آخر أن لا يكون محتالاً معانداً يأخذ الهدايا والرشوة وأن لا يكون من الناس المختلي الشرف فإذا كان القاضي من الناس المختلي الشرف أي بأن كان محدوداً بحد القذف فلا يجوز قضاؤه أصلاً وإذا كانت فيه صفات مخلة بالإستقامة كأن يكون محتالاً أو معانداً أو مرتشياً فلا ينبغي توجيه القضاء إليه وإذا وجه إليه فينبغي عزله لأنه لا يؤمن اسناد القضاء الذي هو من أهم الأمور إلى أشخاص متصفين بتلك الصفات.

ينبغي أن يكون القاضي معتدلاً، والمعتدل اسم فاعل من الاعتدال وهو بمعنى أنه متصف بتوسط الحالة، كتوسط جسم الإنسان بين الطول والقصر، وكذلك ينبغي أن يكون القاضي شديداً من غير عنف وليناً في غير ضعف وعبوساً بلا غضب ومتواضعاً من غير وهم كما سيبين آتياً (الفتح) ولا يجوز أن يكون القاضي سعي الخلق، جاف الطبع، قاسي القلب، فظاً شديداً في كلامه في صورة فاحشة جباراً متكبراً مقبلاً بالغضب معانداً.

أميناً، يطلق على الرجل الموثوق به والمعتمد عليه المأمون من نقيصة الضرر والخيانة وعبرة الأمين الواردة في صورة يوسف قد فسرت بمعنى مؤتمن على كل شيء.

ينبغي أن يكون القاضي بريئاً من نقيصة الغدر والخيانة فلذلك يجب عدم توجيه القضاء إلى الرجل المعروف بالغدر والخيانة فإذا وجه إليه القضاء وهو أمين ثم اتصف بعد ذلك بالغدر والخيانة فيجب عزله لأن فسق القاضي موجب لعزله وليس باعثاً على الانعزال (الزيلعي).

مكيناً، بوزن فعيل يطلق على صاحب المنزلة والمكانة، وعبرة مكين الواردة في سورة يوسف قد فسرت بالمعنى ذي المكانة والمنزلة ولذلك ينبغي أن يكون القاضي مكيناً أي ذا مكانة وشرف ولا يكون أرعن أو من أسافل الناس وادانيها.

متيناً، مأخوذ من المتانة، والمتانة بوزن سلامة وهي أن يكون الشيء صلباً ومحكماً. والمتين هو من اسما الله الحسنى. وهي مأخوذة من ذلك وهي بمعنى قوي شديد، يعني ينبغي أن يكون القاضي قوياً شديداً من غير عنف وعبوساً بلا غضب لأن المقصود من القضاء هو دفع الفساد وإيصال الحقوق لأربابها واقامة حقوق الله ولذلك فهو من أهم الأمور وأقوى الواجبات فالأولى بالقضاء هو الأقدار والأوجه والأهيب والأصبر الذي يتحمل المصائب التي تأتي له من جهة الناس (الزيلعي).

أما إذا كان القاضي شديداً بعنف فهو فظ وغلظ مع أنه ينبغي أن لا يكون فظاً وغلظاً. والفظ بفتح الفاء وتشديد الظاء المعجمة يطلق على سعي الخلق، والغلظ يطلق على الرجل الجاف الطبع والقاسي القلب (شرح الشبائل لعل القاري).

ومقابل الفظ والغلظ أن يكون ضحوك الوجه حلو الكلام ويجب على القاضي أن يعامل من يحضر أمامه بالحسنى.

ولما كان القضاء ذا أهمية عظمى فيجب على أولياء الأمر الذين لهم سلطة نصب القاضي أن يتفحصوا الأهل للقضاء وينصبوه، وقد ورد عن النبي عليه الصلاة والسلام حديث شريف ورد ذكره في الزيلعي والدرر والحديث الوارد في الزيلعي هو «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين» وتوجد أحاديث شريفة أخرى بهذا المعنى، وقد ورد ذكرها في كتاب آداب القاضي في فتح القدير.

ينبغي أن يكون القاضي عالماً دينياً والذي ينتخب قاضياً غير حائز لهذه الشروط والأوصاف يكون قد ارتكب باطلين أولهما توجيه القضاء إلى غير مستحقه، الثاني منعه مستحقه.

المادة (١٧٩٣) - (ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الفقهية وعلى أصول المحاكمات ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقاً لها).

ينبغي أن يكون القاضي واقفاً على المسائل الشرعية والفروع الفقهية وعلى أصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقاً لها وأن يكون متورعاً ومتديناً.

فقهية - أي النسوبة للفقه، والفقه عند عامة العلماء هو اسم للعلم الخاص بالدين وليس اسماً لكل علم، والفقه هنا بالمعنى الوارد في المادة الأولى من المجلة؛ وللفقه معنى آخر بمعنى العلم بكتاب الله وسنة رسوله وبمقتضياتها وإشاراتهما وإجماع الأمة، والفقه بهذا المعنى مخصوص بالمجتهدين.

ولما كان هذا العصر خالياً من المجتهدين فالفقيه بهذا المعنى أي إيجاد قاض مجتهد متعذر فلذلك لا يكون مقصوداً هذا بالمعنى، حتى أنه من النادر وجود فقيه بالمعنى الوارد في المادة الأولى من المجلة، حتى قد ورد في تقرير المجلة الجملة الآتية: (قد أصبح الآن نادراً وجود ذوات ماهرين في العلوم الشرعية) وبذلك قد أظهرت الهيئة التي وضعت المجلة أسفها على ذلك منذ ثلاثين سنة أن باب الاجتهاد لم يسد ولكنه منسد لأنه منذ عصور لم يظهر شخص يجمع في نفسه العلوم اللازمة للمجتهد فانسد باب الاجتهاد بالضرورة.

وقد كان في الأوائل ينتخب للقضاء الذوات المبرزون في الاقتدار وقد كان القضاء في العصر الثالث عشر الهجري الذي ادركناه يوجه لعوام الناس وقد دام هذا الحال خمساً وعشرين أو ثلاثين سنة إلا أنه في سنة ٣٣١ قد منع توجيه القضاء لغير المأذونين من مدرسة القضاء، ولذلك ليس من اللائق تقليد القضاء للجاهل العدل والعالم الغير عدل وليس لها أن يتقلدها (الخاتمة).

إن العامي المحض غير أهل للقضاء إذ ينبغي للقاضي أن يتصف بالعلم والفهم والأهلية للقضاء، وأقل علم ينبغي للقاضي أن يتصف به هو أن يكون قادراً على استيعاب الحوادث والمسائل الدقيقة بصورة جيدة، وأن يكون حائزاً النصاب على طرق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب ومن صدور المشايخ، وأن يكون قادراً على تطبيق الأحكام المذكورة على الدعاوى والوقائع، فلذلك لا يجوز تقليد القضاء الذي هو أشرف الوظائف إلى الأشخاص الغير واقفين على صغار أمور

المعيشة (الخادمي على الطريقة).

ينبغي، ويستفاد من تعبير ينبغي أنه لا يشترط أن يكون القاضي عالماً إذ عند الأئمة الحنفية يجوز أن يكون القاضي غير عالم وفي هذه الصورة يحكم بفتوى غيره إذ أن الجاهل التقى أولى بالقضاء من العالم الفاسق (الخانية والفتح).

أما عند الإمام الشافعي إذا وجه القضاء إلى غير عالم فلا ينفذ قضاؤه وحكمه (الخانية).

المادة (١٧٩٤) - (يلزم أن يكون القاضي مقتدرًا على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي).

يلزم أن يكون القاضي مقتدرًا على التمييز التام وأهلاً للشهادة ليكون أهلاً للقضاء. وعلى ذلك فالذي لا يكون أهلاً للشهادة لا يكون أهلاً للقضاء كما أن الأهل للشهادة أهل للقضاء لأنه بهاتين الصفتين تثبت الولاية على الغير إذ بشهادة الشاهد يلزم القاضي على الحكم أنظر المادة (١٨١٣) وبما أنه بسبب حكم القاضي يلزم خصم المدعي فأصبح كلاهما من باب واحدما مستفاد من الآخر (الزيلي).

فعلية وبما أنه حسب المادة (١٧٠٢) لا تقبل شهادة العدو على عدوه فلذلك لا يصح حكم القاضي على عدوه ولا ينفذ حتى أنه لو أثبت المحكوم بعد حكم القاضي عداوة القاضي له يبطل حكم القاضي.

وتثبت العداوة بالذف والجرح وقتل الولي وما أشبه ذلك وليست بالمخاصمة وحيث لا يجوز قضاء العدو على عدوه فإذا كان القاضي مأذوناً بالاستنابة فيستتيب أنظر المادة (١٧٠٩).

أما عند بعض العلماء فإذا كان القاضي عادلاً فينفذ حكمه على عدوه «رد المحتار».

بناء عليه لا يجوز قضاء وحكم الصغير والعبد والمعتوه والأعمى والأخرس والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي، وقد ذكر في المادة (١٧٨٤) بأن القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمة فعبارة القضاء الواردة في هذه المادة تحمل على المعنيين أي أنه لا يجوز أن يكون هؤلاء قضاة كما أنه لا يجوز حكمهم، وبما أنه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والأعمى فإذا قلد أحدهم القضاء فهو غير جائز كما أن حكمهم غير جائز أيضاً فإذا كان القاضي حين تقليده القضاء بصيراً وطراً عليه العمى وحكم وهو أعمى يبطل حكمه.

فلذلك إذا حكم قاض مدة ثم ظهر أنه أعمى أو عبد تبطل الأحكام التي حكمها لأنه كما لا تقبل شهادة هؤلاء لا يقبل قضاؤهم أنظر المادة «١٦٨٦».

أما إذا نصب أحد القضاة وهو بصير ثم طراً عليه العمى فلا ينزل عن القضاء فلذلك إذا

أبصر بعد ذلك وحكم يكون حكمه نافذاً أي أنه بطرؤه العمى أو الصمم على القاضي لا ينزل القاضي بل يستحق العزل ولذلك فحكمه بعد زوال العمى صحيح.

أما العدالة وعدم الفسق فليست من شروط القضاء، وقد قال أكثر عظماء علماء الحنفية بجواز قضاء الفاسق ولذلك فحكم القاضي الفاسق إذا لم يتجاوز الحد الشرعي يكون نافذاً، أما بعض أكابر العلماء كالخفاف والكرخي والطحطاوي فقد قالوا بعدم جواز أهلية القاضي الفاسق المرتشي لأنه لا يؤمن القاضي الفاسق بفسقه فعلى هذا القول إذا نصب قاض فاسق أو مرتش وحكم في قضية فحكمه غير جائز «الخانية».

وقد قال الإمامان رحمهما الله تعالى: أنه إذا ولي القضاء فاسق لا تصح توليته، كما أنه إذا صار فاسقاً أو مرتشياً بعد توليته فينزل عن القضاء «الخانية ورد المحتر والولولجية».

إن بعض أفاضل العلماء كابن كمال وابن ملك والعيني قالوا: إن الفتوى لاسياً في هذا الزمان، على قول الإمامين إلا أن صاحب رد المحتار قال بأنه إذا أفتى بذلك واعتمد هذا القول، لاسياً في هذا الزمن، وجب انسداد باب القضاء فهو يقصد أن إيجاد قاض غير فاسق مشكل وأن القاضي الكامل المستقيم نادر.

إلا أن أكثر علماء الحنفية كما ذكر آنفاً قالوا: إن عدم الفسق ليس من شروط القضاء فعلى ذلك إذا كان القاضي حين توليته عادلاً ثم فسق يستوجب العزل إلا أنه لا ينزل بمجرد الفسق حتى أنه لو حكم بعد الفسق وأصاب في حكمه جاز سواء أكان ذلك القاضي مرتزقاً من بيت المال أو لا.

ووالي الولاية هو كالقاضي فإذا فسق استوجب العزل ولا ينزل ما لم يعزل من السلطان لأن لإنسان لا يخلو من ارتكاب المحرمات وغير منزه عنها (الولولجية والخانية).

أما إذا شرط حين تولية القاضي أنه يصبح منعزلاً عن القضاء إذا جار فيعزل في حالة الجور «الشبلي» انظر شرح المادة (٨٣).

ويفهم من التفصيلات الأنفة أن عدالة القاضي حسب القول المختار شرط أولوية وليس شرط صحة ومع هذا فاللائق عدم تولية القضاء لفاسق «الزيلي».

الفصل الثاني

في بيان آداب القاضي

الآداب جمع أدب والأدب في الأصل بسكون الدال مأخوذ من الأدب وهو بمعنى دعوة الناس للطعام (الفتح).

وبما أن الخصال الجميلة تدعو الإنسان لعمل الخير فقد قيل عنها آداب والآداب عبارة عن

التخلق بالأخلاق الجميلة والخصال المستحسنة في معايشة ومعاملة الناس (رد المحتار والجوهرية).
وآداب القاضي هو التزام الأمور التي ندهبها الشرع كبسط العدل ودفع الظلم وترك الميل
والمحافظة على الحدود الشرعية والجري على سنن السنة (الهندية).

المادة (١٧٩٥) - (يجتنب القاضي في مجلس الحكم الأفعال والأوضاع التي
تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة)

يجتنب القاضي في مجلس الحكم الأفعال والأوضاع التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء
لنفسه وملاطفة أحد الخصمين أو غيرهما مما يزيل مهابة المجلس لأن عمر رضي الله عنه حينما
نصب شريحاً شرط عليه ألا يشتغل بالبيع والشراء وألا يأخذ الرشوة.

في مجلس الحكم: ليس قيماً احترازياً لأن اللائق بالقاضي الذي يأخذ مرتباً من بيت المال أن
يحتز من البيع والشراء حتى في غير مجلس الحكم وأن يوكل وكلياً لتسوية مصالحه وأن لا يعلم أن
هذا الوكيل وكيل القاضي لأنه يحتمل أن الناس يتساهلون معه في البيع والشراء لكونه قاضياً
فبيعه منه بأنقص من القيمة ويشترى ما يبيعه بأزيد من القيمة ومع ذلك فمباشرة القاضي في غير
مجلس القضاء لعقود المعاوضة كالبيع والشراء ليس بمكروه (الفتح ومجمع الأنهر والولولجية).

البيع والشراء لنفسه؛ لأن للقاضي أن يشتري لليتيم وأن يبيع مال الميت المدين فلذلك قيد
بهذا القيد (مجمع الأنهر).

وليس تقييد الملاطفة بمجلس الحكم قيماً احترازياً لأن الملاطفة تزيل مهابة القاضي فلذلك
ينبغي ألا يلاطف القاضي أحداً في أي محل «الدرر المنتقى».

ويجب على القاضي أن يجتنب المزاح والهزار وأن يتمسك بالوقار وأن لا يكالم أحداً من
الطرفين أثناء التقاضي بغير أمور القضية لأن الملاطفة والمكالمة على ذلك الوجه تزيل مهابة القضاء
(الزيلعي).

ومع أن الملاطفة مشروعة فقد منع القاضي منها. ومشروعية الملاطفة ثابتة بالسنة الشريفة وفي
ذلك أحاديث عديدة. والملاطفة هي الإنسباط مع الغير بدون إيذاء أحد وهي غير الاستهزاء
والسخرية وقد نهي عن الإفراط والمداومة على الملاطفة لأنها تورث الضحك وقسوة القلب وتسقط
المهابة والوقار وتؤدي إلى الإيذاء في أكثر الأوقات.

أما المزاح السالم من الأمور الغير المشروعة فهو مباح فقد أجراه النبي ﷺ على الندرة في
تطبيب النفوس والمؤانسة وهو سنة مستحبة فاعلم هذا فإنه مما يعظم الاحتياج إليه «شرح الشرائع
لعلي القاري».

صورة جلوس القاضي أثناء الحكم ووجود أهل العلم في مجلسه: ينبغي على القاضي تعظيماً

لأمر القضاء أن يحكم وهو مستو في الجلوس ولا بأس أن يحكم وهو متكئ إذ بالإتكاء يستريح القاضي فيحسن رأيه ولا ينبغي أن يحكم وهو ماش لأنه إذا كان مشغولاً بالمشي لا يجتمع له رأي .

ينبغي على القاضي ألا يجلس وحده لأن عثمان رضي الله عنه كان لا يحكم ما لم يكن في مجلسه أربعة من الصحابة كما أن أبا بكر رضي الله عنه كان يحضر عمر وعثمان وعلياً في مجلس قضاؤه فلذلك على القاضي أن يوجد أشخاصاً عديدين من الفقهاء في مجلسه وأن يتشاور معهم كما أن جلوس القاضي وحده يجعله عرضة لهمة الرشوة والغدر «فتح القدير» ومع ذلك فإذا كان القاضي عالماً فلا بأس من جلوسه وحده أما إذا كان جاهلاً بأمور القضاء فيجب عليه إحضار أهل العلم بمجلسه لأن القاضي الذي لا يكون عالماً لا يؤمن خوفاً من ضياع الحق فوجود أهل العلم في مجلسه يكون منه فائدة إذ يبهونه إلى الحق ويرشدونه إلى الطريق وعلى القاضي أن يجلس أهل العلم بقربه «الزليعي» .

كتاب القاضي : يجب أن يكون كاتب القاضي أميناً صالحاً وواقفاً على أصول ضبط القضايا وتنظيم الإعلانات حتى لا يفسد الإعلام الذي يجره لإخلاله ببعض الشروط والقاضي يجلس كاتبه في موضع مناسب لمنعه من أخذ الهدايا أو إجراء عمل آخر .

ويضبط هذا الكاتب ادعاء الطرفين ومدافعتها وشهادة الشهود .

خدمة القاضي والمحضرون : يجب على القاضي أن يوجد لديه أثناء المرافعة خدمة ليمنعوا الناس من الكلام الغير اللازم ومن إجراء أعمال مخلة بآداب مجلس القضاء لأن التكلم بأمور غير لازمة في حضور القاضي يكسر حرمة القاضي وصيانة ماء وجهه واجبة «الولولجية» ويجب أن يقف هؤلاء الخدمة في محل بعيد عن القاضي لأن وجود هؤلاء هو للمهابة ووقوفهم بعيداً مما يزيد المهابة «الزليعي» .

ثياب القاضي : كما أنه يجب على القاضي أن يبادر إلى المحاكمة وهو في أعدل الأحوال يجب عليه أيضاً أن يلبس أحسن الثياب فلبس القاضي ثياباً غير نظيفة أو ممزقة مما يخل بمهابته «الخانية» .

الشهود السامعون : بما أنه يجب عند الإيجاب إثبات حكم القاضي فيجب على القاضي أن يوجد في مجلسه شهوداً من أهل العدل ومن السامعين «الزليعي» .

وإن سبب ذكر المجلة في المادة «١٨١٥» لزوم إجراء المحاكمة علناً هو لهذا السبب .

بواب المحكمة : يوقف القاضي على باب المحكمة بواباً وهذا البواب يمنع مهاجمة أصحاب المصالح إلى غرفة القاضي ويدخلهم بترتيبهم وليس للبواب أن يأخذ شيئاً من أصحاب المصالح لإدخالهم إلى غرفة القاضي .

المادة (١٧٩٦) - (القاضي لا يقبل هدية أحد من الخصمين)

القاضي لا يقبل هدية أحد من الخصمين وكذا رشوتها لأن قبول الهدية والرشوة يؤدي إلى

مراعاة المهدي ويؤدي إلى الإخلال بالعدالة والحال أن القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين كما ذكر في المادة «١٧٥٩» «مجمع الأنهر بزيادة».

قاعدة: قبول الهدية التي سببها الولاية حرام لأن الرسول عليه الصلاة والسلام لما علم بأخذ أحد موظفي بيت المال هدية خطب على المنبر قائلاً: «لو قعد في بيت أمه وأبيه هل كان يهدى له» «البخاري».

كما أن الخليفة عمر رضي الله عنه لما رأى أحد مأموري بيت المال عائداً بهدايا كثيرة سأله قائلاً: من أين أخذت هذه فأجابه إنها هدايا فحينئذ تلا عليه قول الرسول وضبط الهدايا المذكورة لبيت المال وقد قال الخليفة عمر بن عبد العزيز إن الهدايا كانت هدايا في عهد الرسول أما في زماننا فقد أصبحت رشوة «رد المحتار وفتح القدير».

ولذلك لا يجوز قبول الهدية من غير الأصدقاء والمعارف لأن الهدية المذكورة لم تكن إلا رشوة مستورة «جلاء القلوب للبركوي».

إن كل هدية يأخذها موظف في وظائف الحكومة هي بمثابة الهدية التي يأخذها القاضي (الفتح).

أقسام الهدية: الهدية تنقسم إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الهدية تكون حلالاً للجانبين وهي الهدايا التي تهدي إلى غير القاضي والموظف كهدايا الأحباء بعضهم إلى بعض وليس للقاضي والموظف في أحد وظائف الحكومة أن يأخذ هدية من أحد الناس من هذا النوع أي أن أخذ الهدية التي تعاطيها حلال ومشروع بين الناس هو حرام ورشوة للقاضي والموظف والهدية التي هي موضوع البحث في هذه المادة هي هذا النوع من الهدايا.

القسم الثاني: الهدايا المحرمة على الجانبين كالهدية للإعانة على الباطل فيأثم المعطي والأخذ ويكونان مرتكبين الحرام ويجب رد الهدية إلى معطيها وهذا النوع من الهدايا محرم على القاضي وعلى الناس الآخرين.

القسم الرابع: الهدية التي تعطى من الدافع لخوفه من المدفوع إليه على نفسه أو ماله ويحل للدافع إعطاء هذه الهدية ويحرم أخذها لأن دفع الضرر عن الغير واجب ولا يجوز أخذ المال لإجراء الواجب «رد المحتار ومثله في الفتح».

إيضاح القيود:

من الخصمين: إن تعبير من الخصمين لم يكن احترازياً لأنه ليس للقاضي أن يقبل هدية من غير الخصمين ويحرم على القاضي قبول الهدية سواء كانت الهدية كثيرة أم قليلة وحتى لو كانت حقيرة وسواء كانت قبل الحكم أو بعد الحكم.

هدية: وتعبير هدية ليست للاحتراز من الاستعارة والاستقراض واشتراء المال بطريق المحاباة

والرشوة إذ ليس للقاضي أن يستعير أو يستقرض أو يشتري مالا من أحد بأقل من قيمته الحقيقية وأن يقبل رشوة من المحق أو المبطل من الطرفين.

المعاملة التي تجري في حق الهدية التي يأخذها القاضي، يجب على القاضي رد الهدية التي أخذها لصاحبها لأنه حسب حكم المادتين (٨٩٠ و ٨٩١) من المجلة إذا كان المال المغصوب موجوداً يجب رده إلى صاحبه عيناً وإذا كان مستهلكاً يجب رده بدلاً، أما إذا كان صاحب الهدية غير معلوم أو كان معلوماً وكان رد الهدية إليه متعذراً لوجوده في محل بعيد فيعتبر القاضي تلك الهدية لقطعة ويضعها في بيت المال لأن إعطاء الهدية للقاضي هو لكونه قاضياً ونائباً فالهدية من حيث المعنى هي للعمامة فيجب وضعها في بيت المال المعد لمنافع العمارة ويكون هذا المال في بيت المال لقطعة يرد إلى صاحبه عند ظهوره (الفتح والعناية).

أما إذا وجد القاضي أن رد الهدية التي أعطيت له من بعض أحبائه توجب تأذيمهم فله أن يقبلها بعد دفع تمام قيمتها.

مستثنى، للقاضي أن يقبل الهدايا من ثلاثة أشخاص:

١ - للقاضي أن يقبل هدية من الشخص الذي قلده القضاء والذي مرتبته فوق مرتبة القاضي مثلاً، لو عين قاضي ولاية نواباً عنه في دائرة قضائه وأهدى القاضي لنوابه هدايا فلهم أن يقبلوها ولكن ليس للنواب أن يهدوا ذلك القاضي. كذلك لشيخ الإسلام الذي يعين قضاة للمدن أن يهدي القضاة الذين عينهم (الأشباه).

٢ - للقاضي أن يأخذ هدية من أقربائه ذوي الرحم المحرم بشرط أن لا تكون له قضية (العناية) لأن رد هدية ذي الرحم المحرم يوجب قطع الرحم وهو حرام، ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينها مهادة قبل القضاء وأن لا يكون وعبرة النهاية تدل على أن المهادة بينها قبل القضاء شرط لقبوها كالأجنبي (العناية).

٣ - للقاضي أن يقبل من محبه وصديقه الذي اعتاد إهداءه قبل نصبه قاضياً هديته التي لا تكون زيادة عن المعتاد لأن سبب تلك الهدية لم يكن للقضاء بل قياماً بالعادة ولا يتوهم فيها الرشوة، والعادة تثبت بالمرّة الواحدة (الحموي).

ويشترط أن لا يكون للمهدي دعوى فإذا كان له دعوى فالقاضي يرد كل تلك الهدية لأن سبب تلك الهدية القضاء (الزيلعي وجمع الأنهر).

وعلى هذا الوجه وبعد فصل دعواه وانتهاء دعاويه وخصوماته لا يجوز قبول هدية من اعتاد الإهداء (رد المحتار) كما أنه إذا أهدى الشخص الذي اعتاد الإهداء للقاضي قبل تقلده القضاء هديته التي اعتادها فإدائها للقاضي الزيادة بسبب القضاء أما إذا كانت الزيادة وأقعة في المعنى وليس في المقدار وكان غير ممكن رد الزيادة فإدائها للقاضي جميعها.

مثلاً، إذا اعتاد واحد أن يهدي القاضي قبل تقلده القضاء حلة من الكتان فأهداه بعد

القضاء حلة من الحرير فيرد القاضي جميع تلك الحلة .

لأنه لا يمكن التمييز ما لم يكن قد تزايد مال المهدي ففي تلك الحال يقبل الزيادة (رد المحتار) والرشوة هي المال الذي يدفع بشرط الإعانة أما الهدية فهي المال الذي يدفع بلا شرط الإعانة .
والرشوة تقسم إلى أربعة أقسام :

١ - الرشوة المحرمة على الآخذ والمعطي كالرشوة التي تعطى للقاضي ليحكم له ويأثم المعطي في إعطاء الرشوة على ذلك الوجه ولو كان محقاً في دعواه ويأثم القاضي إذا حكم لذلك الرجل بناء على الرشوة التي أخذها ولو كان الراشي محقاً في دعواه ويكون ملعوناً .
٢ - الرشوة المحرمة على الآخذ وغير المحرمة على الدافع كما لو دفع أحد رشوة لأحد لخرقه على نفسه أو ماله أو دفع أحد لآخر رشوة لتحقيقه طمعه في ماله وبقصد تخليص بعض ماله منه فأخذ الرشوة من طرف الآخذ حرام وممنوع (الولولجية) ولكن ليس محرماً إعطاؤها أنظر المادة (٢١) .

٣ - لو كان لأحد أمر محق فيه عند وال فادى أحد الأشخاص غير الموظفين مالا ليقوم له بإتمام ذلك الأمر فيحل دفع ذلك وأخذه لأنه وإن كانت معاونة الإنسان للآخر بدون مال واجبة فأخذ المال مقابل المعاونة لم يكن إلا بمثابة أجره (الولولجية بتغيير يسير) .

٤ - أن يكون أخذه وإعطاؤه حلالاً حيث لم يكن رشوة بل بدل إيجار وهو كما ذكر في مثال القسم الثالث، وهو إذا استأجر أحد آخر ليقوم له بشغل ما لوقت المساء بكذا درهماً فاستخدام ذلك الرجل في ذلك الشغل آخر مباح (الخانية) .

حرمة الرشوة - والرشوة حرام شرعاً وحرمتها ثابتة بالكتاب والسنة وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ وتصدير الخطاب بالنداء والتنبيه للاعتناء بمضمون ما ورد بالآية الكريمة، والمقصود من الباطل الأسباب المخالفة للشرع الشريف كالأشياء التي لم يبحها كالغصب والسرقة والخيانة والقمار وعقود الربا ومن يفعل ذلك عدواناً أي إفراطاً في التجاوز عن الحد وإتياناً بما لا يستحقه ﴿فسوف نصليه ناراً﴾ (تفسير أبي السعود في سورة النساء). وقد ورد في آية جلييلة أخرى ﴿أكلون للسحت﴾ أي الحرام كالرشوة من (سحته) إذا استأصله لأنه مسحوت البركة (القاضي) .

السنة، قد ورد في السنة الشريفة حديث (لعن الله الراشي والمرثي والرائش) والراشي هو الدافع للرشوة والمرثي هو الآخذ لها والرائش هو الواسطة بين الراشي والمرثي (الولولجية) .

وقد ورد في حديث شريف آخر (وقبول القاضي الرشوة كفر) (الجامع الصغير من كتب الحديث) وفي حديث آخر (لعنة الله على الراشي والمرثي) .

واللعنة في اللغة بمعنى الطرد وفي العرف تستعمل في طرد الله عز وجل شخصاً من رحمته فإذا

كان اللعن من طرف الله فيقصد به القطع في الدنيا من الخير والتوفيق والابعاد في الآخرة من اللطف والرحمة (شرح الآمال) فاذن يكون معنى الحديث الشريف المذكور أن الله عز وجل قد قطع الراشي والمرتشي من الخير والتوفيق في الدنيا وأبعده من اللطف والإحسان في الآخرة ولذلك فأخذ الرشوة وإعطاؤها محرم أنظر المادة (٣٤).

فالجرأة على هذه الأفعال الباطلة والباعثة للجنة شرعاً ناشئة عن ظلمة القلب لأن صاحب القلب المستنير يستنير بهدى الهداية فينظر في عواقب الأمور ويمنع نفسه فيقول في نفسه أن الدنيا ظل زائل وخيال باطل (العيني شرح البخاري) إذ ان الدنيا غير باقية لأحد ومال الدنيا لا يبقى لأحد ﴿ومن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره﴾.

وقد خطب الرسول عليه السلام في حجة الوداع فقال: (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمه يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا وستلقون ربكم فيسألكم عن أعمالكم) (الحديث). ثم قال الأهل بلغت مرتين (البخاري).

لو كان على العبد دائق وله عمل سبعين نبياً ما دخل الجنة حتى يؤدي ذلك الدائق، ويعطي لصاحب الدائق في دائقه سبعمائة صلاة مقبولة فلا يرضيه بذلك (تذكرة القرطبي).

وعندما مرض النبي عليه السلام وأصبح غير قادر اتكأ على أولاد عمه علي بن أبي طالب والفضل بن العباس رضي الله عنهما وصعد إلى المنبر وخطب قائلاً: أيها الناس (من كان له علي دين؟؟).

فطلب منه أحد الناس ثلاثة دراهم فأداها النبي له.

إذا حكم القاضي بالرشوة سواء أكان حكمه قبل أخذه الرشوة أو بعد أخذ الرشوة ففي ذلك اختلاف على ثلاثة أقوال.

١ - فعلى قول إن حكم القاضي صحيح إذا كان موافقاً للمسألة الشرعية سواء في الدعوى التي ارتشى فيها أو التي لم يرتش فيها وبأخذ الرشوة لا يبطل الحكم لأن حاصل أخذ الرشوة هو فسق القاضي وبما أن فسق القاضي لا يوجب انعزاله فولاية القاضي باقية، وإذا كان قضاؤه بحق يلزم نفاذ قضاؤه^(١).

٢ - وعلى قول آخر لا ينفذ حكم القاضي في الدعوى التي ارتشى فيها حتى لقد ورد في الخانية: بأن القاضي لو أخذ رشوة وحكم بحكمه غير نافذ بالإجماع ولو كان حكمه بحق لأن القاضي في هذه الصورة يكون قد استؤجر للحكم والاستئجار للحكم باطل لأن القضاء واجب على القاضي في «الولولجية آداب القاضي».

(١) (يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا افسدوا علينا ديننا وشريعة نبينا محمد رسول الله ﷺ لم يبق منهم إلا الاسم والرسم (رد المحتار) وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاض ضرورة إذ لا يوجد قاض فيها علمنا من البلاد الا وهو راشٍ أو مرتشٍ (رد المحتار في التحكيم))

٣ - وعلى قول ثالث: إنه لا ينفذ حكم القاضي المرتشي في جميع الدعاوى التي حكم بها هذا القول هو قول بعض علماء الحنفية كالخفاف والطحاوي المذكور في المادة «١٧٩٤».

لا يملك المرتشي الرشوة ولو قام المرتشي بالأمر الذي ندبه إليه الراشي تماماً فلذلك إذا كان مال الرشوة موجوداً فيرد عيناً وإذا كان مستهلكاً فيرد بدلاً وإذا كان الراشي توفي فيرد إلى ورثته بالحكم بالرد على هذا الوجه تخليص المرتشي من حكم الضمان الديني أما الخلاص من الحكم بخروفي وهو الأشم واستحقاق النار فلا يحصل إلا بالتوبة والاستغفار «الدر المنتقى في الغصب رد المحتار».

كذلك إذا توفي المرتشي فلا يملك وارثه الرشوة ويلزمه إعادتها إلى الراشي حتى أنه إذا توفي رجل الذي كسبه حرام فيجب على ورثته أن يتحروا أصحاب ذلك المال الحرام فيردوه إليهم وإذا يجدهم أن يتصدقوا بذلك المال «الهندية في الباب العشرين في البيوعات المكروهة».

ارتشاء أقرباء القاضي وأعوانه، إذا أخذ ابن القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه رشوة فإذا كان ك بأمر من القاضي أو برضائه فهو في حكم ارتشاء القاضي ونفذ الحكم وعدم نفاذه المبني على ك الارتشاء يجري فيه الاختلاف المار ذكره وأما إذا كان القاضي لا يعلم بارتشاء هؤلاء فينفذ ثم القاضي ويجب على هؤلاء المرتشين أن يردوا الرشوة التي أخذوها إلى أصحابها «الشبلي نانية».

المادة (١٧٩٧) - (لا يذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين).

لا يذهب القاضي إلى ضيافة أحد الخصمين العامة أو الخاصة لأن تلك الضيافة قد أديت نبي وليس للقاضي أن يتنفع بأموال الناس بلا بدل كما أن ذهاب القاضي إلى ضيافة أحد سمين تؤذي الخصم الآخر وتكون سبباً للارتباب في القاضي «الولولجية والعناية والفتح».

ويفهم من منع الضيافة بصورة مطلقة أن المنع عام سواء أكانت ضيافة المتخاصمين عامة أو نية وسواء أكان بين القاضي وأحد الخصمين قرابة أو كانت الكلفة مرفوعة بينها.

ذهاب القاضي إلى ضيافة غير المتخاصمين، للقاضي أن يذهب إلى ضيافة غير المتخاصمين انت عامة لأنه ليس فيها تهمة وفي الحديث الشريف «فكوا العاني وأجيبوا الداعي» «البخاري ح المجمع» وبذلك يكون قيد المتخاصمين قيماً احترازياً.

أما إذا كانت الضيافة خاصة فلا يذهب القاضي لأنها تكون ضيافة للقاضي وبهذا الاعتبار لا كلمة (متخاصمين) قيماً احترازياً.

إذا كان يعلم أن المنيف لا يترك الضيافة مع علمه بعدم حضور القاضي فتكون الضيافة وإلا فخاصة وهذا هو القول المختار وقد قبله قاضي خان على هذا الوجه، أما عند بعض فإن ضيافة الوليمة والختان هي عامة وما عداها فخاصة وقد قال ابن الهمام: إن هذا القول

مستثنى، إلا أن للقاضي أن يجيب دعوة اثنين:

أولاً: له أن يجيب دعوة محرمه ذي الرحم فعليه إذا كانت بين القاضي والمضيف قرابة فللقاضي أن يجيب الدعوة بلا خلاف لأن في هذه الاجابة صلة رحم (الزيلي ومجمع الأنهر والحانية والعناية) إلا أنه يجب أن لا يكون المضيف أحد المتخاصمين كما بينا آنفاً.

ثانياً: للقاضي أن يجيب الضيافة الخاصة لمن اعتاد تضييفه قبل أن يتولى القضاء كما هو الحال في الهدية انظر شرح مادة (١٧٩٦) إلا أنه يشترط أن لا يكون للمضيف قضية عند القاضي أما إذا كان المضيف اعتاد تضييف القاضي قبل توليته القضاء في الشهر مرة فدعاه بعد تولي القضاء في الأسبوع مرة فلا يجيب الدعوة كما أنه لا يجيب الدعوة إذا حضر طعاماً في الضيافة أكثر من معتاده ما لم يكن قد تزايد مال المضيف (رد المحتار).

ذهاب القاضي إلى عيادة المريض وشهود الجنائز، وتعبير الضيافة للاحتراز من شهود الجنائز وعبادة المريض إذ للقاضي شهود الجنائز وعبادة المريض إلا أنه لا يمكث في محل الزيارة وقتاً كثيراً ولكن من اللائق إذا كان المريض أحد الخصمين أن لا يذهب إلى عيادته (مجمع الأنهر).

المادة (١٧٩٨) - (يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن كقبوله دخول أحد الطرفين إلى بيته، والاختلاء مع أحدهما في مجلس الحكم، والإشارة لأحدهما باليد أو بالعين أو بالرأس، أو التكلم مع أحدهما كلاماً خفياً، أو تكلمه مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر).

يجب على القاضي أن لا يعمل أعمالاً تسبب التهمة وسوء الظن كقبوله دخول أحد الطرفين إلى بيته، والاختلاء مع أحدهما في مجلس الحكم أو في محل آخر، والإشارة لأحدهما باليد أو بالعين أو بالرأس أو التكلم مع أحدهما كلاماً خفياً، أو تكلمه مع أحدهما بلسان لا يفهمه الآخر، أو بالقيام لأحدهما، أو بالضحك في وجه أحدهما أو بإرشاد أحدهما أثناء المحاكمة لأنه يوجد في كل حال من هذه الأحوال ميل لأحد الطرفين وجور على الطرف الآخر فيجب على القاضي الإحتراز من ذلك لأنه بذلك يسبب انكسار قلب الخصم الآخر إذ ان المدعي إذا رأى ميل القاضي إلى خصمه يحمله ذلك على ترك دعواه ويوجب ذلك ضياع حقه (شرح المجمع والولولجية).

إلا أنه للقاضي أن يزور الأشخاص الذين ليس لهم عنده قضايا وأن يقبلهم في بيته في شأن مصالحهم الأخرى.

ضيافة القاضي للمتخاصمين: بما أنه ليس للقاضي أن يقبل أحداً في بيته بصورة مطلقة فليس له قبول أحد من الخصمين بلا دعوة كما أنه ليس له أن يدعوها ويضيفها في بيته (فتح القديس) أما إذا أضاف القاضي الخصمين معاً وقبلهما في بيته في وقت واحد فلا بأس في ذلك (رد المحتار).

ليس للقاضي أن يصيح في وجه أحد الخصمين أما إذا تجرأ أحد الخصمين على إساءة الأدب فللقاضي تأديبه وتعزيره حتى إنه إذا تشاتم المتخاصمان في حضور القاضي ولم ينتهيا بنهيه فالقاضي مخير إن شاء حبسهما تعزيراً وإن شاء عفا عنهما.

أما إذا شتم أحد الخصمين الآخر وتكلم بحقه كلاماً مخلاً بالناموس فليس للقاضي تعزير الشاتم ما لم يطلب المشتوم ويدعي ذلك لأن هذا التعزير هو من حق المشتوم ويشترط في حقوق الناس سبق الدعوى انظر المادة (١٨٢٩) (الولولجية).

تعليم القاضي الدعوى وتلقي الشهادة. إذا أمر القاضي اثنين بتعليم الطرفين دعواهما وخصومتها فلا بأس في ذلك على قول الإمام (رد المحتار والفتح) كما أنه لا يجوز تلقين الشاهد في الخصوصيات التي يعلم أن زيادة العلم فيها لا تفيد (الفتح).

إذا استولت الحيرة والهيبة على الشاهد فترك شرطاً من شروط الشهادة كعدم ذكره لفظاً أشهد فيجوز للقاضي أن يقول له هل تشهد بذلك انظر المادة (١٦٨٩) إلا أن جواز هذا التلقين مشروط بأن لا يكون في موضع تهمة، والتلقين في موضع تهمة غير جائز بالإتفاق (الفتح) مثلاً إذا ادعى المدعي ألف وخمسة درهم وشهد الشاهد بألفي درهم فيما أن شهادته سترد بحكم المادة (١٧٠٨) فللقاضي أن يسأل الشاهد بقوله: يحتمل أن المدعي قد أبرأ المدعى عليه من خمسمائة درهم فاستفاد الشاهد من ذلك وقال: نعم إن المدعي قد أبرأ المدعى عليه من خمسمائة درهم وقد بقي للمدعي ألف وخمسمائة درهم فالتلقين على هذا الوجه غير جائز بالإتفاق كما أنه لا يجوز تلقين أحد الخصمين (رد المحتار).

تكلم أعوان القاضي مع الطرفين كلاماً خفياً: لا يجوز أن يتكلم أعوان القاضي أي كتبه وخدمته مع الطرفين بشأن من شئون دعواهما وكذلك يجب على القاضي ألا يتكلم مع الطرفين في خصوص دعواهما خارج مجلس المحاكمة (رد المحتار والولولجية).

قبول القاضي الإستدعاء: ليس للقاضي أن يقبل أثناء التداعي والمرافعة استدعاء من أحد وله قبول ذلك بعد المحاكمة، ولا يأخذ بما فيه إلا إذا أقر صريحاً (الدر المختار)

المادة (١٧٩٩) - (القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزم عليه أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلاس الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب إليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس)

القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين:

قد بين في كتب اللغة معان كثيرة للعدل إلا أنه في هذا المقام يناسب معنيان من معاني العدل.

الأول: العدل بمعنى المساواة إذ يقال: قسموا بينهم على العدل أي على المساواة. وتفريع المجلة العدل هو بهذا المعنى، وبتعبير آخر ان القاضي مأمور بالمساواة بين الخصمين إذ ورد في الحديث الشريف (إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في الجلوس والنظر والإشارة ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر).

وقد ورد في الكتاب الذي أرسله الخليفة عمر بن الخطاب إلى القضاة في زمانه أن (أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك) (فتح القدير).

كما أن عدم المساواة بين الخصمين يوجب كسر قلب أحد الخصمين إذ أن القاضي لو توجه إلى أحد الخصمين يوجب ذلك أن يتجرأ على خصمه ويكون من نتيجته انكسار همة الخصم وضياع حقه في النتيجة (مجمع الأنهر والزليعي).

وقد ورد في الآية الجليلة ﴿فلا تخشوا الناس واخشوني﴾ وفي ذلك نهي للقضاة من الخوف من غير رب العباد ومن مراعاة خاطر والمداهنة (القاضي).

بناء عليه يلزم على القاضي أن يراعي العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمة كإجلال الطرفين وإحالة النظر وتوجيه الخطاب إليهما ولو كان أحدهما من الأشراف والآخر من آحاد الناس أو كان أحدهما أباً والآخر ولده أو كان أحدهما صغير السن والآخر كبيره أو كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم فإذا راعى القاضي المساواة التامة بين الخصمين فلا يأمل الشريف ميل القاضي إلى جانبه لشرفه ووجاهته كما أن آحاد الناس لا يخاف من أن يجور به القاضي لضعفه بالتزام خصمه على هذه الصورة يتصل الجميع بحقوقهم (الولولجية في آداب القاضي).

ليس للقاضي أن يفتي أحد الطرفين أي أن يبدي رأياً لأحد الخصمين في المسألة التي يتخاصمان بها ولذلك قد ورد في المادة (١٨١٥) من المجلة (أن القاضي لا يفشي رأيه قبل الحكم) وأن اراءة القاضي الطريق لأحد الخصمين بقوله ادع كذا أو اطلب كذا غير جائز ومكروه ولكن للقاضي أن يفتي في مجلس الحكم أو في غيره لغير الخصمين في الأمور المتعلقة بالعقائد أو في المعاملات أي أن له أن يبين للسائل المسألة الشرعية (رد المحتار).

ليس للقاضي أن يقوم لأحد الخصمين أما إذا أقام لكليها فجائز (الدر المنتقى).

لا ينبغي للقاضي أن يجلس أحد الخصمين إلى يمينه وأن يجلس الآخر إلى يساره لأن جهة اليمين ترجح على جهة اليسار فيكون قد أخل بواجب المساواة بينهما ولهذا الشرف فقد خصص النبي عليه السلام جهة اليمين للصحابي أبي بكر الصديق.

الموقع الذي يجب أن يكون فيه الطرفان في حضور القاضي وصورة جلوسهما:

على القاضي أن يجلس الطرفين أمامه في موقع قريب يستطيع به سماع صوتهما العادي بدون

أن يكون محتاجاً لأن ينصت باهتمام أو يحتاج لرفع الصوت وهذا يقدر بمسافة ذراعين ويمنع القاضي الطرفين من رفع صوتها فلا يجلسها في جانب واحد لأنه في هذه الصورة يكون أحدهما أقرب للقاضي من الآخر فلا يكون في جلوسها مساواة (الزيلي ورد المختار والعناية والفتح).

يجب على الخصمين أن يجلسا في حضور القاضي كجلوس المصلي حين التشهد فإذا أرادا الجلوس متربعين أو بصورة أخرى فللقاضي منعها تعظيماً للقضاء ولم يكن معروفاً وقوف المتخاصمين في حضور القاضي كما هو الحال في زماننا وقد حدث ذلك مؤخراً لظهور الاحتياج إلى ذلك وإن الناس في أحوالهم وأدابهم مختلفون وقد ظهر في هذا الزمن بعض أمور وظهر بعض السفهاء فللقاضي أن يجري العمل بمقتضى الحال الذي يراه مناسباً يجلس من يستحق الجلوس ويوقف من يستحق الوقوف ويعطي كل إنسان ما يستحق ولا يجب أن يفهم من هذا أن للقاضي إجلاس أحد الخصمين وإيقاف الخصم الآخر.

فإذا ساوى القاضي بين الخصمين على هذا الوجه وأصدر حكمه بحق فلا يؤاخذ إذا مال قلبه لأحد الطرفين (الزيلي) أي لا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

الثاني: العدل بمعنى عدم الجور وهو إجراء الأمر والحال المستقيم الذي توجهه النفوس والعقول لأن القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين فهو مجبور أن يحكم لمن له الحق. ولذلك يجب على القاضي أن يخاف الله أحكم الحاكمين والعزير ذا الإنتقام وأن يحكم بالحق فلا يتبع هواه أو يراعي مثلاً خاطر أحد من أهل بلده أو أن يخاف أحداً من أهل النفوذ ذوي السيطرة فيحكم بتأثير ذلك.

ينبغي للقاضي أن لا يحنذل لوم لائم أو طعن طاعن وأن لا يرغب في شيء وأن لا يراعي خاطر أحد فلا ينحرف في حال من الأحوال عن إجراء العدل وأن لا يطرق طريق التحيز ويجب أن يحكم مرجحاً في حكمه طاعة الرب وطمعاً في جزيل الثواب وهرباً من العذاب الأليم وأن يتبع الحكمة.

وبما أن المسلم وغير المسلم متساويان في المعاملات وفي أمر العدل فيجب الحكم عند إجراء المحاكمة للطرف المحق منها. وقد حكم النبي عليه السلام على مسلم قتل ذمياً بالقصاص (مجمع الأنهر).

احترام القاضي، يجب على الطرفين أن يحترما القاضي الحرمة اللائقة وأن يجتنبوا الأفعال والأقوال المخلة بالأداب فلذلك لو قال المحكوم عليه للقاضي (قد حكمت لخصمي لأنك أخذت رشوة منه) فالقاضي يعزره.

الفصل الثالث

في بيان وظائف القاضي

المادة (١٨٠٠) - (القاضي وكيل من قبل السلطان بإجراء المحاكمة والحكم).

فلذلك ينبغي أن يعين القاضي بأمر سلطاني وحق عزل ونصب القاضي هو للسلطان صاحب الولاية العظمى أو لمن يأذنه السلطان بذلك أنظر شرح المادة (١٥٨٧) وإن القاضي الذي ينصب من طرف شخص مأذون بنصب القاضي يعتبر نصبه كما بين ذلك في شرح المادتين (١٨٠٥ و ١٨٠٩) ألا يرى أن الوكالة بتوكيل آخر صحيحة كما ذكر ذلك في شرح المادة (١٤٥٩) كما أن الوكيل الذي يوكل من وكيل يكون وكيل الموكل كما جاء في المادة (١٤٦٦) ولا يكون وكيل الوكيل .

وكون القاضي وكيلاً من طرف السلطان في إجراء المحاكمة والحكم لا يمنعه من أن يحكم في دعوى للسلطان أو على السلطان حتى ان القضية التي تكونت بين الخليفة هارون الرشيد وبين نصراني قد فصلت من طرف الإمام أبي يوسف القاضي المنسوب من هارون الرشيد وحكم فيها على هارون الرشيد كما ان القاضي شريحاً قد فصل في القضية التي تكونت بين الخليفة علي كرم الله وجهه وبين يهودي وحكم في نتيجة الدعوى علي (رد المحتار ومجمع الأنهر).

وتتفرع على كون القاضي وكيلاً على الوجه المشروح ثلاث مسائل:

١ - ان الوكالة تنقيد وتتخصص كما هو مذكور في المادة ١٤٥٦ والقضاء يتقيد ويتخصص أيضاً كما سيوضح في المادة الآتية .

٢ - كما ان للموكل أن يعزل وكيله كما هو مبين في المادة ١٥٢١ فللسلطان أيضاً أن يعزل القاضي سواء وجدت أسباب للعزل كفسق القاضي أو ارتشائه أو ظلمه أو لم توجد كما أن للسلطان عزل القاضي ولو لم يكن ذا أهلية أكثر منه (رد المحتار).

٣ - للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة كما هو مذكور في المادتين (١٥٢٢ و ١٥٢٣) كذلك للقاضي أن يستقيل من القضاء وينعزل من القضاء حين اطلاع السلطان على استقالته ولا ينعزل ما لم يطلع الملك على الاستقالة .

مستثنى، ينعزل الوكيل بوفاة الموكل كما هو مبين في المادة ١٥٢٧ أما القاضي فلا ينعزل بموت السلطان والفرق هو: تصرفات السلطان هذه هي للعموم وللمصلحة العامة فوفاته لا ينعزل وكيله القاضي أما الموكل فهو عامل لنفسه فوفاته يسقط حقه فوجب انعزال وكيله .

المادة (١٨٠١) - (القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان أو المكان واستثناء بعض الخصومات، مثلاً القاضي المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط

وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة أو بعد مرورها، وكذلك القاضي المنصوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء آخر، والقاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للقاضي أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها، أو كان القاضي بمحكمة مأذوناً باستماع بعض الخصوصات المعينة ولم يكن مأذوناً باستماع ما عدا ذلك فله أن يسمع الخصوصات التي أذن بها فقط وأن يحكم فيها وليس له استماع ما عداها والحكم بها، وكذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما أن رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر أوفق فليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد وإذا عمل لا ينفذ حكمه).

يتقيد ويتخصص القضاء بصور خمس: بالزمان والمكان وبعض الخصوصات، وباستثناء بعض الأشخاص. والعمل بقول مجتهد في المسائل الخلافية لأن القاضي وكيل من قبل السلطان لاجراء المحاكمة كما ذكر في المادة الأنفة فالوكالة تتقيد بالقيود والشرط الذي يقيدها الموكل. ان المادة الأنفة هي بحكم السبب والعلة هذه المادة كما أن القضاء قابل للتعليق والإضافة كما ذكر في شرح المادة (٨٣).

تقيد القضاء بالزمان، مثلاً القاضي المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلول تلك السنة فإذا حكم فلا ينفذ حكمه لأنه لم يكن قاضياً قبل حلول السنة، وينصب في زماننا قضاة للحرمين الشريفين في ابتداء شهر المحرم من كل سنة وعليه فليس لذلك القاضي المنصوب أن يحكم قبل حلول محرم تلك السنة كما أن نواب الشرع بتاريخ هذه السنة كان نصهم يجري على هذا الوجه أي أنه في سنة كذا في شهر كذا أو في يوم كذا من شهر كذا يوجه نيابة قضاء المدينة الفلانية إلى شخص ولم يكن لذلك الشخص أن يحكم قبل حلول ذلك اليوم من ذلك الشهر أما الآن فقد رفع التوقيت وأصبح يوجه القضاء منجزاً.

وكذلك ليس له أن يحكم بعد مرور تلك السنة فإذا حكم فلا ينفذ حكمه لأنه بمرور السنة قد انعزل عن القضاء، أما في زماننا فلا يقيد على الوجه المذكور في هذا المثال بحيث يكون القضاء باطلاً بعد مرور سنة أو سنتين وإن يكن أن قضاء الحرمين يقيد في زماننا باعتبار مبدأ التعيين إلا أنه لا يعتبر باعتبار الانتهاء^(١).

(١) هذه الأصول كانت جارية في أبان الحكم العثماني وقد ترك العمل بها أخيراً كما أن بلاد الحرمين قد استقلت وأصبحت تابعة للدولة العربية الحجازية (المغرب).

سبب توقيت القضاء، ان سبب توقيت القضاء هو كما بين في كتاب القضاء من الكتب الفقهية وبينت نبذة منه في كتاب القضاء في شرح المادتين «١٧٩٢ و١٧٩٣».

لأنه من المقتضى أن يكون القضاة من أصحاب اليد الطولى في العلوم العديدة فإذا اشتغل أولئك الذين هم أصحاب الفضل والكمال بأمر القضاء دائماً فلا يتسع وقتهم لتتبع العلوم الأخرى والاشتغال بها فينتج من ذلك أن يطرأ ضعف على علمهم بالعلوم الأخرى ما عدا علم الفقه فلذلك رؤي من الموافق أن يشتغل هؤلاء مدة معينة في القضاء وأن يعودوا بعد ذلك إلى تدريس العلوم الأخرى.

حتى أنه كان في السابق في زمن الحكم العثماني يعنى الاعتناء الزائد في تقليد القضاء إلى أصحاب الفضل والكمال فيقلد القضاء للعلماء الأعلام والصلحاء المحترمين ممن كان مستجيزاً ومجيزاً للعلوم المختلفة والفنون التي لا تحصى، وقد كان هؤلاء الأفاضل يعتذرون عن قبول القضاء حتى لا يجرمون من العلوم المختلفة والفنون التي لا تحصى ولذلك كان يقلد القضاء لسنة واحدة لمدة موقته حتى يقلد القضاء لأهله ومستحقه وإجابة طلب أصحاب الفضل والكمال منهم ليمكنوا من الاشتغال بالعلوم والفنون وإلا فتوجيه القضاء بدون توقيت ليس مخالفاً للشرع، وقد بين في المادة ١٨١٨ أن القاضي اشريحاً رضي الله عنه قد اشتغل بالقضاء مدة ثمانين سنة كما أنه في هذا الزمن يوجد قضاة قد اشتغلوا في القضاء أكثر من عشر سنوات بلا عزل حتى ان حضرة والدي المبجل الذي كان من افاضل العلماء وأكابر الصلحاء الحاج محمد امين أفندي المدرس العام في جامع بايزيد قد عين في سنة ١٣٠٤ لأمر الشرع بأزمير وقد خدم أكثر من عشرين سنة، بلا انفصال، تلك الوظيفة بكمال الاستقامة كالوظائف التي خدمها في السابق^(١).

وفي زماننا يوجد مدرسة خاصة تدرس فيها العلوم المقتضية لهذه المناصب القضائية بما فيه علم الفقه ويعين خريج المدارس قاضياً فلم يبق سبب لتوقيت القضاء كما أنه قد تولد من توقيت القضاء على هذا الوجه مفاصد كثيرة فلذلك رفع التوقيت بتاريخ سنة ١٣٣١ وكان القاضي يبقى في وظيفته مستمراً ما دام يحسن القيام بها.

كذلك ليس للقاضي الذي يعين ليحكم في يومين في الأسبوع أن يحكم في أيام أخرى.

تقييد القضاء بالمكان: وكذلك القاضي المنسوب في قضاء يحكم في جميع محلات ذلك القضاء إذ أن المصير ليس بشرط نفاذ القضاء فلذلك للقاضي أن يحكم في القرى الداخلة ضمن قضائه (رد المحتار).

ولكن ليس له أن يحكم في قضاء آخر وهذا المثال في هذه الفقرة الأخيرة مثال على التقييد بالمكان فعلى ذلك لو ذهب قاضي بلدة إلى قسبة غير تابعة للقضاء المذكور وحكم في قضية تتعلق

(١) عن أبي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول اشغلناك بالعلم اذهب فاشتغل ثم اتنا (فتح القدير).

بأحد أفراد أهالي القضاء على شخص آخر مع كونه لم يعين مولياً أو حكماً في تلك القضية فلا يصح حكمه ولا ينفذ، وفي زماننا جميع القضاء مقيد بالمكان وقد قصر وخصص ولاية كل قاض من الشرع بقضاء مخصوص فلذلك ليس لقاضي قضاء أن يحكم في قضاء آخر. مثلاً لقاضي دمشق أن يحكم في دمشق فقط وليس له أن يحكم في القضاء الملحق بمركز الولاية كما أنه ليس له أن يحكم في الألوية الملحقة بالولاية كما أن قاضي قضاء حمص له أن يحكم ضمن قضاء حمص وليس له أن يحكم في قضاء حماة.

مستثنى - إذا صدر حكم من قاض ونقض الحكم تمييزاً وعهد بفصل القضية إلى قاض آخر بموجب حكم مجلس التدقيقات الشرعية فيجوز ذلك حيث قد صدرت الإرادة السنية بذلك وقد بينت هذه المسألة مفصلاً في شرح المادة (٨٤٩).

القاضي المنصوب على أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل آخر ولا يوجد تقييد في زماننا مثل هذا التقييد الوارد في هذا المثال.

تقييد القضاء باستثناء بعض الخصوصيات: لو صدر أمر سلطاني بأن لا تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة فليس للقاضي أن يسمع تلك الدعوى ويحكم بها فإذا حكم فلا ينفذ حكمه لأن ذلك القاضي لم يكن قاضياً في تلك المسألة فلذلك إذا اختلف الطرفان في مسألة وجود نهي عن رؤية تلك الدعوى فإذا أثبت المحكوم عليه النهي فلا يسمع القاضي الدعوى وإلا فالقول قول القاضي أنظر المادة ٩ (رد المحتار).

وهذه الخصوصيات على قسمين:

القسم الأول: خصوصيات عامة، وإن المادة ١٦٦٠ وما يتلوها من المواد هي من هذا القبيل حيث قد منع القضاة من سماع الدعوى التي تركت عشر أو خمس عشرة سنة وهذا عام مهما كان الطرفان في تلك القضية، وتعبير آخر هي خصوصيات عامة باعتبار الطرفين.

مسائل متفرعة عن تقييد القضاء باستثناء بعض الخصوصيات:

١ - إذا ادعى المدعي قائلاً: إنني أطلب العشرة دنانير التي أقرضت لك قبل خمس عشرة سنة وانكر المدعى عليه الدعوى فيقول القاضي للمدعي لا اسمع دعواك ويرد دعواه فعليه إذا استمع القاضي بينة من المدعي بداعي عدم ادعاء المدعى عليه وجود مرور الزمان المانع من سماع الدعوى وحكم بعد التزكية بالعشرة دنانير فيكون حكمه باطلاً لأنه ليس للقاضي باعتباره قاضياً أن يسمع هذه الدعوى أما إذا حكم القاضي من قبل الخصمين فله أن يسمع هذه الدعوى باعتباره حكماً (الحموي) لأن عدم استماع الدعوى التي فيها مرور زمن هو واقع بالمنع السلطاني وهذا المنع هو خاص في حق القاضي وليس في حق الحكم.

٢ - قد منع القضاة من تسجيل وقف المدين بإرادة سلطانية فلذلك إذا وقف مدين ماله ولو في حال صحته بقصد تهريب أملاكه من دائنيه ثم توفي ولم يوجد له مال يكفي لأداء دينه فللدائنين

أن يطلبوا من القاضي نقض الوقف وأن يستوفوا مطلوبهم من تلك الأملاك فإذا لم ينقض القاضي الوقف وحكم بلزومه وسجله ينفذ حكمه ولا يعتبر تسجيله.

٣ - قد منع القضاة من سماع دعوى المواضعة والاسم المستعار في العقارات أي في الأملاك الصرفة والمستغلات والمسققات الموقوفة ولذلك لو استمع القاضي الدعوى وقبل الشهود الذين أقامهم المدعي على كون الفراغ مواضعة وحكم القاضي بعد التعديل والتركية بأن الفراغ مواضعة لا ينفذ حكمه كما أنه إذا كلف المدعى عليه اليمين ونكل عن الحلف وحكم القاضي بالمواضعة لا ينفذ حكمه.

٤ - قد منع القضاة من سماع دعوى الفراغ بالوفاء في الأرض الأميرية وفي الأراضي الوقفية التي هي من قبيل التخصيصات إذا لم يكن مدرجاً شرط الوفاء في سند الفراغ وهذا المنع مبني على الإرادة السنية الصادرة في ٢٦ صفر سنة ١٢٧٨ فلذلك لو استمع القاضي تلك الدعوى وقبل البيّنة أو حلف اليمين وحكم فلا ينفذ حكمه.

٥ - لا تسمع دعوى الفراغ مجاناً بشرط الإعاشة ما لم يكن الشرط المذكور مدرجاً في السند فإذا كان مدرجاً فالدعوى مسموعة وهذا المنع مستند على الإرادة السنية الصادرة في ١٨ صفر سنة ١٣٠٦ وعلى ذلك لو سمعت الدعوى مع عدم ذكر ذلك الشرط في سند الفراغ وحكم فلا ينفذ الحكم. ١٣٤

٦ - قد منع القضاة من سماع دعوى فراغ الأراضي الأميرية مجاناً بشرط الإعاشة.

٧ - لا تسمع دعوى الرهن والشرط والوفاء والاستغلال غير المذكورة في السند. مثلاً لو باع البائع ملكه قطعياً وسلم المشتري سند مبيعة على الأصول ثم ادعى أن المبيع كان رهناً أو كان وفاء أو استغلالاً أو كان بشرط كذا فلا تسمع الدعوى حسب المادة ١٩ من نظام الأملاك كما أنه يوجد دعاوى أخرى ممنوعة قد بيّنت في شرح الباب الثاني من الدعوى.

أو كان القاضي بمحكمة مأذوناً باستماع بعض الخصوصات المعينة فله أن يسمع الخصوصات التي أذن بها وأن يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها أي غير المأذون باستماعها والحكم بها.

ومحكمة الأوقاف ومحكمة القسام المشكلتان في الأستانة في العهد العثماني هما هذا من القبيل.

أما في زماننا فلم يمنع قضاة الشرع في الولايات العثمانية من فصل أي قضية شرعية وإن يكن قد صدر في ٢٥ رمضان سنة ١٢٩٢ أمر مبني على قرار من شورى الدولة العثمانية بلزوم رؤية دعاوى الأراضي الأميرية في مجالس أخرى إلا أنه لا يوجد في الأمر المذكور قيد يمنع قضاة الشرع من سماع تلك الدعاوى بالصورة المذكورة في هذه الفقرة كما أنه لم يصدر أمر سلطاني يمنع القضاة الشرعيين من استماع تلك القضايا، ولذلك إذا فصلت المحاكم الشرعية دعاوى الأراضي بحق وأصدرت حكمها فيها فالإعلامات الشرعية التي صدرت تصدق من دائرة الفتوى العالية.

أما دعاوى القسامة والدية والأرش والقصاص والغرة وحكومة العدل والطلاق والنكاح والنفقة والوقف فاستاعها عائد للمحاكم الشرعية فقط ولا تسمع تلك الدعاوى في المجالس الأخرى.

القسم الثاني: الخصوصيات الخاصة بالمسائل المتفرعة عنها هي:

أولاً - لو صدر أمر سلطاني (بأن لا تسمع دعوى فلان).

ثانياً - لو صدر أمر سلطان بـ (أن لا تسمع دعوى فلان إلى الوقت الفلاني) فليس للقاضي أن يسمع تلك الدعوى إلى ذلك الوقت وإذا استمع القاضي تينك الدعويين المذكورتين في هاتين المسألتين لا ينفذ حكمه.

ثالثاً - لو صدر أمر سلطاني بـ (أن لا ينصب بعد فلان نائباً للقاضي) فعينه قاضي بلدة نائباً عنه فاستمع بعض الدعاوي وحكم بها لا ينفذ حكمه.

رابعاً - المولي، لو تعين مولي من طرف السلطان لأن يفصل مثلاً دعوى الأراضي المتكونة بين زيد وعمرو فللمولي المذكور فقط أن يفصل في تلك الدعوى وليس له أن يفصل دعاوي الأشخاص الآخرين كما أنه ليس له أن يفصل الدعاوي الأخرى المتكونة بين زيد وعمرو.

تقييد القضاء بالعمل بقول مجتهد في المسائل الشرعية الخلافية:

كذلك لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد أي باجتهد مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس أرفق ولصلحة القطر أوفق فعلى القاضي أن يحكم برأي واجتهد ذلك المجتهد.

وقد ورد في تقرير المجلة (انه من الواجب العمل بأمر إمام المسلمين بالعمل بأحد القولين في المسائل المجتهد فيها) فعلى ذلك ليس للقاضي أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد فإذا عمل وحكم لا ينفذ حكمه لأنه لما كان القاضي غير مأذون بالحكم بما ينافي ذلك الرأي فلم يكن القاضي قاضياً للحكم بالرأي المذكور.

والمذاهب المشهورة هي الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي ولما كان أكثر رعايا الدولة العثمانية متمذهبين بالمذهب الحنفي فقد أمر قضاة الشرع بالحكم بموجب المذهب الحنفي ويوجد في العراق والحجاز واليمن مسلمون متمذهبون بالمذاهب الأخرى.

أما المسائل التي تتكون بين الأهالي المقلدة للمذاهب الأخرى ويرى مناسباً فصلها توفيقاً لأحكام مذهبهم فلهم أن يعينوا حكماً ليفصل في دعاويهم ولهذا الحكم أن يحكم بموجب أحكام المذهب المنسوب له وهذا الحكم يصدق من طرف القاضي الحنفي المنسوب من قبل السلطان.

وقد قسم المجتهد إلى ثلاثة أقسام:

الأول - مجتهد في الشرع كالأئمة الأربعة وهم الإمام الأعظم والشافعي ومالك والحنبلي.

الثاني - مجتهد في المذهب كالإمام أبي يوسف ومحمد وسائر الأصحاب الحنفية.

الثالث - مجتهد في المسائل كالخفاف والطحطاوي والكرخي والحلواني والسرخسي والبزدوي

وقاضياخان.

وعبارة مجتهد الواردة في هذه الفقرة هي مستعملة بمعنى يشمل المجتهدين الثلاثة. إذا أمر السلطان قضاة الشرع بالعمل بالمذاهب الأخرى في بعض المسائل فيصح الأمر وتجب الطاعة له لأنه أمر بما ليس بمعصية ولا مخالف للشرع بيقين وطاعة أولي الأمر في مثله واجبة (الأنقروبي في القضاء).

وقد أمر السلاطين العثمانيون القضاة بالعمل في بعض المسائل بغير المذهب الحنفي فمثلاً لا يجوز في المذهب الحنفي بيع عقار المفقود الذي لا يخشى خرابه لكن السلطان سليمان قد أمر ببيع عقار المفقود، والقضاة الحنفية يحكمون حتى الآن بموجب ذلك فلذلك لو ظهرت حياة المفقود بعد بيع العقار فله أخذ ثمن المبيع أما إذا بيع العقار بغبن فاحش فلمفقود أن يفسخ البيع. أنظر المادة (٥٨) (معروضات أبي السعود بزيادة).

إن منافع المصوب غير مضمونة مطلقاً عند الإمام الأعظم المجتهد في الشرع والامامين أبي يوسف ومحمد المجتهدين في المذهب إلا أن متأخري الفقهاء أهل التخريج والترجيح الحنفية شاهدوا تعدي الناس على أموال الأيتام والأوقاف فافتوا بلزوم الضمان فيهما قطعاً للأطباع الفاسدة. أنظر شرح المادتين (٣٩ و ٥٩٦) إلا أن الإفتاء يجب أن يكون على فتوى الإمام الشافعي المجتهد في الشرع وان القول الذي قيل في المجلة بعدم ضمان منافع المصوب فيما عدا المعد للاستغلال وأموال الأوقاف والأيتام فيؤمل قريباً أن يعمل بقبول الإمام الشافعي بسبب زيادة التعدي على الحقوق فتصبح منافع المصوب مضمونة.

وقد مرّ في المجلة مسائل كثيرة متفرعة على التقييد في هذه الصورة الرابعة، وقد صار بيانها وتوضيحها أثناء الشرح إلا أنه من الفائدة ذكر بعض أمثلة هنا.

أولاً - قد بين في شرح المادة (١٧٩) من المجلة إذا كان الإيجاب واحداً لا يتعدد البيع بتفصيل الثمن فقط حسب قول الإمام الأعظم وقد قال الإمامان بتعده إلا أن المجلة قد قبلت القول الأول.

ثانياً - قد قال الإمام الأعظم بعدم جواز خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام وأما الإمامان فقد قالا بجواز خيار الشرط مهما بلغ من الأيام بشرط أن تكون المدة معلومة وقد اختارت المجلة في المادة (٣٠٠) قول الإمامين.

ثالثاً: تنعقد الإقالة بالإيجاب والقبول ولو كان أحدهما بصيغة الماضي والآخر بصيغة الماضي على رأي الشيخين كما ذكر في شرح المادة (١٩١) أما عند الإمام محمد فلا تنعقد وقد قبلت المجلة قول الشيخين.

رابعاً - قد قبلت المجلة في لزوم الاستصناع قول الإمام أبي يوسف كما بين ذلك في شرح المادة (٣٩٢).

خامساً - إذا أجاز صاحب المال إجارة الفضولي بعد مرور مدة من الإجارة فعند الإمام محمد رحمه الله يعود بدل الإجارة الذي يخص مدة قيل الإجارة للفضولي وبدل الإجارة بعد الإجازة إلى

صاحب المال وقد قبلت المجلة هذا الرأي في المادة (٤٤٧).

سادساً - إذا توفي المحيل في الحوالة المقيدة قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته فعند الإمام زفر لا يحق لدائني المحيل أن يتدخلوا بالمحال به أما عند الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف ومحمد يعود المحال به إلى تركة المتوفي ويقسم غرامة بين الدائنين وقد قبلت المجلة في المادة (٦٩٢) قول الإمام زفر.

الترتيب الذي يجب على القاضي أن يعمل به في أقوال الفقهاء: إذا صدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد فحكم القاضي برأي مجتهد آخر باطل أما إذا لم يكن أمر سلطاني بترجيح رأي أحد المجتهدين في الأقوال المختلفة فعلى القاضي والمفتي أن يعمل على الوجه الآتي:

أولاً - يعملان بقول الإمام الأعظم رحمه الله سواء كان أحد الإمامين مشتركاً في ذلك الرأي أو غير مشترك لأنه كان من التابعين (الولولحية) ولأنه رأى الصحابة وزاحم التابعين في الفتوى فقله أشد وأقوى ما لم يكن اختلاف عصر وزمان.

مستثنى - أما في المسائل الآتية الذكر فيعمل بقول الإمامين:

١ - يفتى ويعمل في المسائل المتعلقة بأمر القضاء والشهادة برأي الإمام أبي يوسف رحمه الله لأنه قد اشتغل بالقضاء فعلاً وحصل على زيادة تجربة فيه إذ ليس الخبر كالعيان (الجموي وشرح رسم المفتي).

٢ - إذا كان سبب الاختلاف ناشئاً عن تغير الزمان فيعمل بقول الإمامين كالحكم بظاهر العدالة. أنظر شرح المادة (١٧١٦).

٣ - يعمل بقول الإمامين في المسائل التي أجمع فيها المتأخرون على قولها كالزراعة والمساقاة كما أنه قد ذكر في كتاب الشركة أيضاً بأنه قد صدر الأمر السلطاني بالعمل بقول الإمامين.

٤ - إذا رجح المتأخرون قولاً بأن قالوا: إن الفتوى على قول الإمام أبي يوسف أو على قول الإمام محمد يعمل بذلك القول. وألفاظ الترجيح هي كقولهم، وعليه الفتوى، أو به يفتى أو به تأخذ، أو وعليه الاعتياد، أو وعليه عمل اليوم. أي عليه عمل الناس في هذا الزمن الحاضر أو وعليه عمل الأمة، أو وهو الصحيح، أو وهو الأصح، أو هو الأظهر أو وهو الأشبه، أي الأشبه بالمنصوص رواية والراجح دراية فيكون عليه الفتوى، أو وهو الأوجه، أو وهو المختار وبه جرى العرف وهو المتعارف وبه أخذ علماءنا وما أشبه ذلك من الألفاظ ومع ذلك فإن بعض هذه الألفاظ أكد من الألفاظ الأخرى فإن لفظ الفتوى أكد من لفظ الأصح والأشبه ولفظ وبه يفتى أكد من لفظ الفتوى عليه كما أن لفظ الأصح أكد من لفظ الصحيح ولفظ أحوط أكد من لفظ احتياطي فعليه إذا صرح أحد المشايخ بأن قول غير الإمام هو القول المفتى به فعلى القاضي أو المفتي أن يأخذ بذلك القول، أما إذا كان القولان مصححين ولم يكن تصحيح أحدهما أكد من الآخر فللقاضي أن يحكم بأيهما كما أن للمفتي أن يفتي بأيهما (الدر المختار ورد المحتار).

وقد ذكر في كتاب الوقف من كتاب الدر المختار بأنه إذا وقف المشاع القابل للقسمة فالوقف

جائز عند الإمام أبي يوسف لأن الإمام المذكور لا يشترط التسليم في الوقف أما عند الإمام محمد فالوقف غير جائز لأنه يشترط التسليم في الوقف وبما أن كلا القولين قد صحح بلفظ الفتوى فالمقلد (القاضي الحنفي) مخير إن شاء حكم بصحته وإن شاء حكم ببطلانه وإذا حكم بأحد القولين مرجحاً ذلك القول فلا يجوز له أن يحكم في تلك الحادثة بالقول الآخر إلا أن له أن يحكم بالقول الآخر في حادثة أخرى.

ثانياً: إذا لم يوجد رواية عن الإمام الأعظم في مسألة يعمل بقول الإمام أبي يوسف.

ثالثاً: إذا لم يوجد رواية عن الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف في مسألة يعمل بقول الإمام محمد.

رابعاً: يعمل بقول الإمام زفر والإمام الحسن بن زياد رحمهما الله.

وليس للقاضي أو المفتي أن يخالف هذا الترتيب ما لم يكن أحدهما صاحب ملكة يمكن بها أن يطلع على قوة الدليل كالشايخ الذين هم من أصحاب الترجيح إذ ليس على هؤلاء أن يأخذوا بقول الإمام الأعظم على الإطلاق بل لهم أن ينظروا إلى الدليل وأن يرجحوا القول الذي يرونه أنه راجح حسب اجتهادهما (رد المحتار).

ولذلك فإن أصحاب الترجيح قد رجحوا حيناً أقوال الإمام أبي يوسف ومحمد على قول الإمام الأعظم كما أنهم قد رجحوا قول الإمام زفر على الأقوال الأخرى في سبع عشرة مسألة فوجب علينا متابعة ترجيح هؤلاء لأنهم أهل النظر في الدليل من الأقوال.

فالقاضي يحكم بالقول الصحيح والمفتي به في مذهبه ولا يحكم بالقول الضعيف وغير المفتي به لأن جهة الصحيح هي الحق وطرف الضعيف هو خلاف الحق فالحكم بالقول الضعيف هو حكم بغير الحق واتباع للهوى وهذا حرام بالإجماع (شرح رسم المفتي والدر المختار).

فلذلك إذا حكم القاضي بالقول الضعيف لا ينفذ وينقض حكمه.

سؤال: إن القول الضعيف يتقوى بالقضاء فإذا كيف نقضه؟

الجواب: المقصود بالقضاء هو قضاء المجتهد (رد المحتار) لا سيما أن سلاطين الدولة العثمانية ينصبون القضاة والمفتين بشرط أن يحكموا بالقول الصحيح ولذلك إذا حكموا بخلاف القول الصحيح فلا ينفذ حكمهم.

إن هذه التفصيلات هي في صورة حكم القاضي الحنفي على مذهبه. أما إذا حكم القاضي بأحد المذاهب الثلاثة مخالفاً مذهبه. مثلاً بأن يحكم القاضي الحنفي بالمذهب الشافعي أو القاضي الشافعي بالمذهب الحنفي فهذا الحكم نافذ عند الإمام الأعظم وعليه الفتوى سواء كان الحكم سهواً أو نسياناً أو عمداً، ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين لأن رأيه يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده أخطأ فليس واحد منها خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في مجتهد فيه فينفذ حتى لو حكم

القاضي يفتوى ثم تبين أن تلك الفتوى مخالفة لمذهبه ينفذ قضاؤه وليس له أو لقااض خلافه أن ينقض ذلك الحكم انظر شرح المادة (١٨٣٨) (البرازية عن شرح الطحطاوي والحموي والفتح) أما عند الإمامين فالحكم غير نافذ وقد ذكر في المحيط أن الفتوى على قول الإمامين كما أنه قد رجح في فتح القدير وفي الشرنبلالي قولهما (شرح المجمع لابن ملك).

ويجب أن يعلم بأنه إذا نصب القاضي من طرف السلطان بأن يحكم على المذهب الحنفي فليس له أن يحكم بمذهب آخر كما مر ذكره فإذا حكم فحكمه باطل لأن القاضي معزول عن القضاء بالنسبة إلى هذا الحكم (رد المحتار ورسم المفتي).

إن القاضي مكلف أن يتحرى المسائل الشرعية من الكتب الشرعية المعتمدة وأن يحكم بموجبها وليس له أن يحكم قياساً حتى لو أن القاضي قاس مسألة على مسألة أخرى وحكم بموجب ذلك القياس ثم ظهرت رواية خلاف الحكم وتبين خطؤه في الحكم فللمحكوم عليه أن يخاصم القاضي والمدعي يوم القيامة. يخاصم القاضي لأنه ليس في هذا الزمن أحد من أهل الإجتهد والقدرة على ذلك وقد أتم القاضي باجتهاده ويخاصم المدعي لأنه قد أخذ مال المدعي عليه بغير حق ويجب عليه أن يعيد المال الذي أخذه إلى المقتضى عليه إذ أن اعتماد المدعي على أمر القاضي غير المشروع لا يخلصه من الضمان (رد المحتار والحموي).

خامساً: إن الكتب الفقهية مقسمة إلى ثلاثة أقسام وهي المتون والشروح والفتاوى.

مسائل المتون ترجح على مسائل الشروح لأن مسائل المتون قد أصبحت متواترة كما أن مسائل الشروح مقدمة على مسائل الفتاوى والحكم على ذلك سواء صحح القولان أو لم يصححا. أما لو ذكر في المتن مثلاً مسألة ولم يذكر عنها بأنها صحيحة وذكر عن المسألة الواردة في الشرح أنها صحيحة فتقدم المسألة الواردة في الشرح لأن ذكر المسألة في المتن هو تصحيح التزامي، أما التصحيح الوارد عن الشرح فهو تصحيح صريح والتصحيح الصريح مقدم على التصريح الالتزامي (رسم المفتي).

سادساً: إذا ذكر في الكتب الشرعية قولان وأثبت أحدهما بذكر دليله فهو مرجح لأن التعليل يفيد ترجيح المعلل.

سابعاً: إذا كان أحد القولين قياسياً والآخر استحسانياً فيرجح القول الاستحسانى إلا أنه ستنى من ذلك مسائل عديدة وهذه المسائل هي المذكورة في أجناس الناطق وهي إحدى عشرة مسألة وقد أوصلها نجم الدين السيفي إلى اثنين وعشرين مسألة وقد ذكرها ابن نجيم في كتابه شرح المنار (رسم المفتي).

ثامناً: إذا كان يوجد اختلاف بين العلماء في المسائل الوقفية فيحكم القاضي بالقول الأنفع لوقف إذ أن الوقف غير لازم عند الإمام الأعظم ولازم عند الإمامين فالقاضي نفعاً للوقف يحكم وجب قول الإمامين ويحكم بالوقف وتسجيله.

تاسعاً: إذا اختلف في الروايات والتصحيح يجب العمل بظاهر الرواية (رد المحتار) لأن المسائل الفقهية الحنفية هي على ثلاث طبقات:

الأولى - مسائل الأصول، ويقال لها ظاهر الرواية وهي المسائل المذكورة في كتب الإمام محمد الستة وهي المبسوط والزيادات والجامع الصغير والسير الصغير والجامع الكبير والسير الكبير. وإنما سميت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد روايات الثقة فهي ثابتة عنه ومتواترة أو مشهورة عنه.

الثانية - مسائل النواذر، وهذه لم تذكر في الكتب الستة المذكورة وهي مذكورة في الكتب الأخرى أما في الكتب المنسوبة للإمام محمد كالهارونيات والكيسانيات والجرجانيات والرقيات وأما مذكورة في كتاب حسن بن زياد ويقال لها غير ظاهر الرواية لأنها لم ترَ عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة.

الثالثة - مسائل الواقعات، وهي لم ترَ عن المجتهد في الشرع والمذهب بل هي المسائل التي استنبطها المجتهدون المتأخرون وهي أجوبة على أسئلة وقعت لهم (رد المحتار).

فعلى ذلك ليس للقاضي أن يحكم بما يخالف ظاهر الرواية وبالرواية الشاذة ما لم يصرح بأن الفتوى هي على خلاف الظاهر. أما إذا لم يوجد في ظاهر الرواية شيء فيتعين أن يحكم بخلاف ظاهر الرواية (رسم المفتي).

المادة (١٨٠٢) - (ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها وإذا فعل لا ينفذ حكمه انظر المادة (١٤٦٥).

ليس لأحد القاضيين المنصوبين لاستماع دعوى أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها فإذا استمع تلك الدعوى وحكم بها لا ينفذ حكمه لأن السلطان قد شرط اجتماع رأيين لتأمين الإصابة في الحكم والحكم المخالف للأمر السلطاني مردود انظر مادتي (١٤٦٥ و ١٨٠١).

والنصب للحكم معاً أما أن يكون صراحة كما هو مذكور في هذه المادة أن يعين وينصب السلطان شخصين معاً قاضيين لبلدة ليحكمها معاً وأما أن يكون دلالة كأن ينصب السلطان قاضيين لمحكمة وفي هذه الصورة لا يحق لأحدهما الحكم وحده ما لم ينصب للقضاء ويصرح في أمر تعيينها إن لكل الحق أن يحكم مستقلاً وفي هذه الصورة فاللائق أن ينفذ حكم أحدهما فقط (جامع الفصولين).

يعني إذا نصب قاضيان على أن يكون لكل منهما الحق في استماع الدعوى مستقلاً فلكل منهما أن يحكم مستقلاً ومن جملة هؤلاء القضاة المنصوبين على هذا الوجه قاضي عسكر الأستانة وقاضي القسم العمومي وقاضي الأستانة ومعاون قاضي الأستانة وقضاة الحرمين المحترمين ومعاونيهم إذ أن قاضي العسكر مأذون بالحكم كما أن قاضي القسم مأذون بالحكم أيضاً وكذلك قضاة الحرمين

مأذونون بالحكم وكذا معاونوهم مأذونون بالحكم أيضاً.

وفي المحاكم الشرعية التابعة للدولة العثمانية جار من القديم أصول القاضي المنفرد ولا يوجد في تلك المحاكم قاضيان منصوبان ليحكم على هذا الوجه؛ وإن يكن أن لبعض المحاكم الشرعية مشاورين ومعاونين كالصدرين وقاضي الأوقاف إلا أن هؤلاء المشاورين والمعاونين عندما يفصلون القضايا يفصلون مستقلين بدون اشتراك القاضي معهم.

المادة (١٨٠٣) - (إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاض وطلب آخر المرافعة في حضور قاض آخر في البلدة التي تعدد قضاتها ووقع الاختلاف بينهما على هذا الوجه يرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه)

إذا طلب أحد الخصمين المرافعة في حضور قاض وطلب آخر المرافعة في حضور قاض آخر في البلدة التي تعدد قضاتها وكان كل منهم مأذوناً أن يحكم في قسم من البلدة ووقع الاختلاف بينهما يرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه على قول الإمام محمد المفتي به لأن الأصل براءة الذمة وان المدعى عليه طالب سلامة نفسه بدفع دعوى المدعي أما المدعي فهو راغب في أخذ حق من المدعى عليه وبما أنه يوجد شبهة عند طلب سلامة نفسه في القاضي الذي اختاره المدعي وفي ان ذلك القاضي ربما ينحاز إلى إثبات دعوى خصمه الغير المحقة فمن الأولى مراعاة رغبة المدعى عليه من مماشاة المدعي (تعليقات ابن عابدين على البحر) أما عند الإمام أبي يوسف فيرجح القاضي الذي اختاره المدعي (واقعات المفتين).

والقصد من عبارة، في البلدة التي تعدد قضاتها، هم القضاة المأذون كل واحد منهم بالحكم في أحد أقسام البلدة كقضاة الأستانة إذ أن في الأستانة قاضياً لاستانبول وقاضياً للغلطة وقاضياً لأيوب وقاضياً لاسكي دار. مثلاً لو أقام مدع مقيم في محلة الشهزاده في الأستانة دعوى على مدعي عليه مقيم في اسكي دار وطلب المدعي استماع دعواه لدى قاضي استانبول وطلب المدعى عليه استماع الدعوى في محضر قاضي اسكي دار وحصل اختلاف بينهما على هذا الوجه فتسمع الدعوى عند قاضي الأسكي دار كما أنه لو كان في بلدة قضاة للمذاهب الأربعة، كما كان الحال في القاهرة سابقاً، وطلب المدعي استماع الدعوى لدى القاضي المالكي فيرجح القاضي الذي اختاره المدعى عليه. (البحر).

كذلك إذا حدثت دعوى بين جندي وبين أحد الأفراد فيعتبر قاضي المدعى عليه يعني إذا كان المدعي جندياً والمدعى عليه من غير الجنود فيجب استماع الدعوى بينهما لدى القاضي الذي اختاره المدعى عليه أما إذا كان المدعي غير جندي والمدعى عليه جندي فالدعوى ترى في حضور قاضي العسكر إلا أنه في زماننا لا يوجد للجنود قضاة مخصوصون لدعاوي الحقوق فلذلك لدعاوي الجنود ترى أمام القاضي العمومي (الواقعات والحانية بزيادة).

أما إذا كان القضاة المتعددون في بلدة مأذوناً كل واحد منهم أن يستمع قضايا جميع انحاء تلك البلدة وحصل اختلاف بين المدعي والمدعى عليه على هذا الوجه فيرجح القاضي الذي اختاره

المدعي لأنه لما كان المدعي هو منشئ الخصومة فله إن شاء إنشاء الخصومة عند هذا القاضي أو ذلك القاضي الآخر ولا يقال له: لا تنشئ الخصومة في حضور هذا القاضي وانشئها عند ذلك القاضي (تعليقات ابن عابدين على البحر) كقاضي عسكر الروملي وقاضي القسم العمومي فعلى ذلك لو أراد المدعي المرافعة أمام قاضي عسكر الروملي وأراد المدعي عليه المرافعة أمام قاضي القسم العمومي فتجري المحاكمة أمام قاضي عسكر الروملي الذي اختاره المدعي.

المادة (١٨٠٤) - (إذا عزل قاضٍ إلا أنه لعدم وصول خبر العزل إليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوى في تلك المدة صح حكمه ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل إليه).

إن انعزال القاضي مشروط بوصول خبر العزل إليه فلذلك إذا عزل قاضٍ ولم يصله خبر العزل مدة واستمع وفصل بعض الدعاوى في تلك المدة يكون حكمه صحيحاً حيث لم ينعزل القاضي بعد لأن ثبوت حكم خطاب الشارع في حق المخاطب مشروط ببلوغ الخطاب المذكور لذلك المخاطب وخطاب هذا القاضي مشروط فيه ذلك (الولولجية)^(١).

والحكم في الوكالة أيضاً على هذا الوجه كما بين في المادة (١٥٢٣).

ولكن لا يصح حكمه بعد وصول خبر العزل إليه ولو لم يحضر خلفه لتسلم القضاء منه لأنه في هذه الصورة قد انعزل القاضي من القضاء والتحق بالرعايا ولم يبق له ثمة من صفة فحكمه باطل.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة فقال بعضهم: بأن القاضي لا ينعزل بمجرد وصول خبر العزل إليه واشتروا وصول خلفه وقال بعضهم بأن القاضي إذا وقف على عزله بكتاب أو بخبر ينعزل عن القضاء ولا يشترط وصول خلفه وقد قبلت المجلة القول الثاني (الحموي).

الخلاصة - ان القاضي ينعزل بتبليغه أمر السلطان بعزله تحريراً أو شفاهاً أو بوصول خلفه. كذلك إذا شرط في أمر تعيين القاضي أن لا يمثل القاضي في الأحكام والقضايا أمر أحد وخالف القاضي هذا الشرط ينعزل.

وتدل هذه المادة على جواز عزل القاضي ولو لم يكن مرتكباً أعمالاً سيئة توجب عزله كالارتشاء والظلم حتى أنه لو نصب قاضٍ على أن لا ينعزل فيجوز عزله وكما يجوز العزل منجزاً يجوز العزل معلقاً بالشرط فلو قال السلطان للقاضي: إنك معزول (حينها يرد أمري اليك بعزلك)

(١) إن أوامر ونواهي الله عز وجل يكلف بها الإنسان عند تبليغه تلك الأوامر والنواهي. ان البشر الذي يعيش في حال وحشية في جزيرة منقطعة ولم تصل إليهم الأحكام الإلهية ولم يعلموا بالأنبياء والرسل المرسلين لم يكونوا مكلفين إلا بتوحيد الباري فقط أما التكاليف الأخرى فهم غير مكلفين بها وقد ورد في الآية الكريمة (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً).

فعلق عزل القاضي على ورود أمره فلا ينزل القاضي ما لم يصل إليه الأمر السلطاني سواء وصله خبر العزل قبل وصول الأمر أو لم يصله أنظر المادة (٨٢) وشرحها لأن العزل معلق بالشرط فإذا لم يوجد الشرط لا يثبت العزل (الحموي والولولجية والفتح).

والحاصل أن القاضي ينزل بالعزل فإذا لم يتعرض لعزله وجاء بعد أيام قاض آخر معين قاضياً لذلك القضاء فالظاهر والأشبه هو أن لا يكون القاضي الأول معزولاً (واقعات المفتين وفتح القدير والحموي).

ويكون القاضي الثاني قاضياً مستقلاً أيضاً.

المادة (١٨٠٥) - (للقاضي إذا كان مأذوناً بنصب وعزل النائب أن ينصب آخر نائباً عنه وأن يعزله وإذا لم يكن مأذوناً فليس له عمل ذلك ولا ينزل نائبه بعزل أو موت القاضي بناء عليه إذا توفي قاضي قضاء فلنائبه أن يستمع الدعاوى التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها إلى أن يأتي قاض غيره راجع المادة (١٤٦٦).

إذا كان القاضي مأذوناً من قبل السلطان بنصب وعزل النائب فله حق قبل وصوله إلى محل مأموريته، أن ينصب آخر نائباً وله بعد ذلك أن يعزله في أي وقت شاء كما أنه لو كان هذا النائب مأذوناً من طرف القاضي بأن ينصب نائباً عنه وأن يعزله فللنائب أيضاً أن ينصب نائباً وأن يعزله.

وبما أن القضاء يتخصص ويتقيد بالزمان والمكان وبيعض خصوصيات فكذلك يتقيد ويتخصص قضاء هذا النائب مثلاً لو خصص القاضي المأذون بنصب النائب بقوله له لا تسمع دعوى فلان وفلان ونصبه نائباً عنه فليس لذلك النائب استماع دعوى هؤلاء فإذا استمع وحكم فلا ينفذ.

والاذن بنصب النائب يكون على وجهين:

الوجه الأول - يكون صراحة كالقول للقاضي وكل من شئت واعزل من شئت.

الوجه الثاني - يكون دلالة كقول السلطان للقاضي قد نصبتك قاضياً للقضاة (الدر المختار) لأن الذات الذي ينصب قاضي قضاة من طرف الخليفة هو مأذون دلالة بالاستخلاف والعزل لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاء تقليداً وعزلاً (العناية).

ويستعمل في زماننا بدلاً من تعبير قاضي القضاة قاضي عسكر الأناضول (١) وقد كان هؤلاء قضاة العسكر إلى زمن قريب ينصبون ويعزلون نواب الشرع استناداً على هذه المسألة الشرعية أما الآن فقد نزعت هذه الصلاحية من قضاة العسكر وأصبح القضاة ينصبون بإرادة سلطانية بعد

(١) أي في زمن تأليف الكتاب أما الآن فقد ألغيت في تركيا جميع المحاكم الشرعية وقامت محلها المحاكم النظامية التي تحكم بموجب قانون سويسرا المدني (المغرب).

انتخابهم من شيخ الإسلام كما أن قاضي مصر هو قاضي القضاة لجميع القطر المصري وهو ينصب في كل محل من محلات القطر نواباً عنه (١).

أما إذا كان القاضي غير مأذون بنصب وعزل النائب فليس له إجراء ذلك حتى لو حصل له عذر شرعي يقضي بتعيين نائب عنه كالمرض والسفر لأنه قد نصب قاضياً فقط ولم يفوض بتعيين قضاة (الهداية).

أما إذا كان القاضي مأذوناً بنصب النائب فقط وغير مأذون بعزله فله أن ينصب نائباً وليس له عزله بل يكون عزله عائداً للسلطان (العناية والخانية). وهو كوكيل وكل بإذن الموكل فإنه لا يملك عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصاء إلى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضا الموكل بذلك دلالة لعجزه (البحر).

والنائب الذي ينصب من قاض غير مأذون بنصب النائب ينفذ حكمه في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى - إذا نصب قاض غير مأذون بنصب نائب نائباً عنه وحكم ذلك النائب في حضور القاضي كان الحكم جائزاً وناظراً لأن الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضياً عنه (العناية).

المسألة الثانية - إذا نصب القاضي الغير المأذون بنصب نائب نائباً عنه وحكم النائب في غياب القاضي ثم أجاز القاضي ذلك الحكم صح الحكم أنظر مادة (٥٤) كالوكيل بالبيع إذ لم يكن مأذوناً بالتوكيل فوكل غيره وباع الثاني عند غيبته فأجاز الأول بيعه جاز عندنا وكذلك القاضي إذا أجاز الحكم في المجتهديات (الخانية).

المسألة الثالثة - إذا فصل أحد دعوى توفيقاً للأصول الشرعية ثم أجاز القاضي الحكم صح لأن المقصود وجود رأي القاضي وهو حاصل في هذه المسألة (البحر) إلا أنه يشترط أن يكون النائب المذكور حائزاً للصفات التي يشترط وجودها في القاضي فلذلك لو كان هذا النائب صيباً أو مجنوناً أو رقيقاً وحكم وأجاز القاضي حكمه فلا يصح (الخانية). لأن الإجازة تلحق الحكم الموقوف ولا تلحق الحكم الباطل والمعدوم قيل الاذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم يختلفا في الجواز وعدمه (أي جاز الاذن والانابة في الانتهاء دون الابتداء) واجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء وان الحكم الذي أذن به القاضي في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيداً به (العناية).

وإذا كان القاضي مأذوناً بنصب النائب فنصب نائباً عنه فلا ينعزل النائب بانعزال القاضي أو

(١) هذا حينما كانت مصر تابعة للدولة وحيث أن مصر قد استقلت بعد الحرب العامة فالقضاة الشرعيون فيها يعنون بأمر ملكي من ملك مصر بعد انتخابهم من وزير الحفانية (المغرب).

موته لأن النائب في الحقيقة هو منصوب من طرف الخليفة وليس منصوباً من القاضي المتوفي أنظر المادة (١٤٦٦) لأن الوكيل ليس له أن يوكل إلا بإذن وبعد الإذن تكون الولاية منسوبة للموكل حتى أنه ليس للوكيل عزله (الحموي).

أما إذا أصدر السلطان أمراً صريحاً بأنه إذا توفي القاضي أو عزل ينعزل النائب ففي تلك الحال ينعزل النائب بموت القاضي أو عزله (الحموي).

كذلك لا ينعزل النائب لعزل القاضي له ما لم يكن القاضي مأذوناً بعزل النائب أيضاً كما هو مأذون بنصبه كما وضح في الفقرة الأنفة.

بناء عليه لو كان قاضي قضاء مأذوناً بنصب النائب ونصب في حال حياته نائباً عنه ثم توفي القاضي فلنائبه أن يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها إلى أن يأتي غيره وأن يحكم أيضاً بعد وصول القاضي الجديد ولا يحتاج حكم النائب لأن يجيزه القاضي حسب الصورة المذكورة في المسألة الثالثة آنفاً. وقد قال بعض الفقهاء أنه إذا عزل السلطان القاضي ينعزل نائبه أيضاً أما المجلة فقد اختارت في هذه المادة القول بعدم الانعزال (واقعات المفتين ورد المحتار).

المادة (١٨٠٦) - (للنائب أن يحكم بالبينة التي استمعها القاضي وللقاضي أيضاً أن يحكم بالبينة التي استمعها نائبه وهو أنه إذا استمع القاضي بيته في حق دعوى واخبر بها النائب فله أن يحكم بإخبار القاضي من دون أن يعيد البينة وإذا استمع النائب المأذون بالحكم بيته في خصوص ما وانهى إلى القاضي فللقاضي أن يحكم من دون أن يعيد البينة وأما إذا لم يكن مأذوناً بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للقاضي أن يحكم بانهاؤها وعليه أن يستمع البينة بالذات).

للنائب أن يحكم بالبينة التي استمعها القاضي وللقاضي أيضاً أن يحكم بالبينة التي استمعها نائبه على رأي بعض الفقهاء وهو أنه إذا استمع قاض بيته في حق دعوى واخبر بها النائب فله أن يحكم بإخبار القاضي بتلك البينة من دون أن يعيدها وكذلك إذا استمع النائب المأذون بالحكم بيته في خصوص ما وانهى إلى القاضي سماعه البينة وأخبره بذلك فللقاضي أن يحكم بتلك البينة من دون أن يعيدها أما عند بعض الفقهاء فيجب في الصورتين أن لا يحكم القاضي أو النائب بل يجب إعادة البينة (واقعات المفتين).

أما إذا لم يكن النائب مأذوناً بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف كأن يدقق دعوى المدعي ووجود شهود لديه موافقين لدعواه فقط فليس للنائب أن يحكم بتلك القضية كما أنه ليس للقاضي أن يحكم بانهاؤها المتعلقة بالدعوى وسماع البينة ويلزمه أن يستمع البينة بالذات (الخانية).

مثلاً إذا أمر القاضي آخر أن يستمع الدعوى التي أقامها شخص على آخر ويستمع شهوده وإقراره وتزكية شهوده واستمع الأمور ذلك وأنهى للقاضي بأن المدعى عليه قد أقر على هذا الوجه فليس للقاضي أن يحكم بذلك حتى لو كان القاضي مأذوناً بنصب النائب لأن القاضي لم يستمع ذلك وإن فائدة التدقيق والاستكشاف الوارد في هذه الفقرة هو تحقيق وتدقيق هل لدى المدعي شهود على دعواه، وهل هو كاذب، وإذا كان لديه شهود، فهل شهادتهم موافقة للدعوى، أو غير موافقة وهل هم عدول، أو غير عدول وما أشبه ذلك.

أما إذا شهد ذلك الشخص المودعة إليه هذه الأمور على إقرار المدعى عليه مع شخص آخر في حضور القاضي فيحكم بموجب تلك الشهادة بعد التعديل والتزكية.

إن المجلة قد خصصت هذه المسألة بالقاضي ونائبه لأنه لا يجري حكم هذه المسألة بين القاضي المعزول والمنصب وهو أنه: إذا استمع القاضي دعوى وبيّنة وجرى تعديل وتزكية الشهود وعزل القاضي قبل حكمه في القضية فليس للقاضي الذي ينصب بدلاً عنه أن يحكم بتلك البيّنة بل يلزمه أن يستمع الدعوى والبيّنة بالذات، حتى أنه إذا استمع قاضٍ دعوى وبيّنة وعزل عن القضاء قبل الحكم ثم نصب ثانياً قاضياً بتلك البلدة فليس له أن يحكم بالبيّنة التي استمعها سابقاً بل عليه أن يستمع مجدداً لأن الأمر الأول قد انتهى بالعزل (الولولجية في الفصل الحادي عشر من الشهادات).

المادة (١٨٠٧) - (للقاضي في قضاء أن يستمع دعوى الأراضي التي هي في قضاء آخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعوى).

للقاضي عند بعض الفقهاء في قضاء أن يستمع دعوى الأراضي أو العقار التي هي في قضاء آخر بشرط أن يكون المدعى عليه موجوداً في دائرة قضاء ذلك القاضي حتى ولو كان المدعى عليه دخل في دائرة قضاء ذلك القاضي مسافراً لأنه لو نصب قاضٍ لدمشق فلا يكون معنى ذلك أن القاضي نصب قاضياً على أهل دمشق الأصليين ولم يقل له أنت قاضٍ على أهالي دمشق الأصليين بل يكون منصوباً قاضياً على جميع سكان دمشق الأصليين والطارئين والموجود في دمشق مسافراً ولو كان أولئك المسافرون من أهالي بغداد أو حلب فهي عامة وشاملة.

وليست هذه المسألة خاصة بالأراضي فقط إذ إن الحكم في جميع العقار هو على هذا الوجه فلذلك لو وضعت المجلة عبارة عقار بدلاً من عبارة أراضي لكان أشمل.

أما عند بعض الفقهاء فيشترط في دعوى العقار أن يكون العقار موجوداً ضمن قضاء القاضي: أما المجلة فقد اختارت القول الأول، وقد قال صاحب البحر في صدد هذا القول: إحد من فهم خلافه إذ يكون غلطاً (الحموي ورد المحتار وابن عابدين على البحر وواقعات المفتين).

ولكن يلزم بيان حدود تلك الأراضي وذلك العقار حين الدعوى والشهادة الشرعية على الوجه الذي ذكر في المادة (١٦٢٣) من كتاب الدعوى فعليه إذا استمع القاضي تلك الدعوى وحكم بها يكتب القاضي بتنفيذ حكم الإعلام للقاضي الموجود في قضاة العقار إذ ان القاضي الذي يوجد في دائرته ذلك العقار يأخذ العقار من المحكوم عليه بموجب ذلك الحكم ويسلمه للمحكوم له.

وكذلك لقاضي القضاء أن يفصل دعاوي الدين ودعاوي الأموال المنقولة في حق الأشخاص المقيمين في دائرة قضاة ولو كانوا موجودين مؤقتاً، مثلاً لو أقيمت قضية دين أو منقول أمام قاضي دمشق من شخص من أهالي بغداد على شخص من أهالي بغداد مقيمين في دمشق مؤقتاً وحكم قاضي دمشق في تلك القضية صح حكمه.

كذلك لو ذهب شخص من أهالي دمشق إلى بغداد فأقام أحد أهالي بغداد عليه دعوى دين أمام قاضي بغداد وحكم قاضي بغداد بتلك القضية فليس للمحكوم عليه أن يمتنع عن قبول الحكم بداعي أن قاضي بغداد ليس بقاض على دمشق أما إذا لم يكن المدعى عليه مقيماً في دائرة قضاء قاض ولو على وجه المسافرة فلا يصح حكم القاضي عليه فعلى ذلك لو أقام مدع قضية دين في محكمة حلب على شخص مقيم في حمص فليس للقاضي حلب أن يدعوا المدعى عليه للمحاكمة وأن يحضره جبراً أو يفصل الدعوى في غيابه في حضور الوكيل المسخر لعدم إمكان جلبه جبراً أنظر المادة (١٨٠١).

المادة (١٨٠٨) - (يشترط أن لا يكون المحكوم له أحداً من أصول القاضي وفروعه وأن لا يكون زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به وأجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناء عليه ليس للقاضي أن يسمع دعوى أحد من هؤلاء ويحكم له).

ليس للقاضي أن يحكم لنفسه أو لمن لا تجوز شهادتهم له فإذا حكم لا ينفذ حكمه لأن في ذلك تهمة (رد المحتار).

فلذلك يشترط أن لا يكون المحكوم له أحداً من أصول القاضي وفروعه وأن لا يكون زوجته أو وكيله أو وكيل وشريكه في المال الذي سيحكم به شركة عنان أو شركة مفاوضة أو وكيله في ذلك المال أو وكيل أصوله أو فروعه أو وكيل وكيلهم أو أجيره الخاص أو من يتعيش بنفقته، بناء عليه ليس للقاضي أن يسمع دعوى أحد هؤلاء ويحكم له وقد ذكر في المادة (١٧٠٠) بأنه لا تجوز شهادة هؤلاء للقاضي.

وكذلك لو أوصى أحد بثلث ماله للقاضي ولآخر ثم توفي فليس للقاضي أن يحكم بأي شيء لذلك المتوفي كما أنه لو كان القاضي أحد ورثة ذلك المتوفي فليس له أن يحكم له.

كذلك لو وكل أحد ابن القاضي ليخاصم أحداً فليس للقاضي أن يحكم في القضية التي توكل فيها ولده كما أنه لو نصب ابن القاضي وصياً على يتيم فليس للقاضي أن يحكم لذلك اليتيم .

كذلك لو كان ابن القاضي موصى له فليس للقاضي أن يحكم حكماً في صالح الموصى فقط، كذلك لو كان القاضي وكيل وصي الميت فليس له أن يحكم بشيء لأن هذا الحكم من حيث الظاهر هو حكم القاضي (رد المحتار).

كذلك ليس للقاضي أن يحكم في أصل وقف أو في غلته مشروطة منفعة ذلك الوقف للقاضي مثلاً لو أقام متولي وقف مشروطة غلته لقاضي البلدة دعوى على آخر في حق عقار مدعياً أن ذلك العقار هو من مستغلات الوقف فإذا استمع القاضي تلك الدعوى وسمع البيّنة وحكم بها فلا ينفذ حكم القاضي فإذا كان في تلك البلدة قاض آخر مأذوناً باستماع دعاوى الأوقاف فتجري المحاكمة في حضور ذلك القاضي وإذا لم يوجد قاض آخر تجري المعاملة توفيقاً للمادة الآتية .

وعبارة، ليس للقاضي أن يستمع دعوى هؤلاء هي نفي مرتبط بالحكم ولنفيه وليس مرتبطة بالاستماع ولنفيه .

فلذلك للقاضي أن يستمع دعوى هؤلاء وأن يجري مرافعاتهم فإذا ظهر له أن الحق في يد الاخصام فللقاضي أن يحكم للاخصام ضد هؤلاء إذ ليس في هذا الحكم تهمة كما أنه قد ذكر في شرح المادة (١٧٠٠) بأن شهادة القاضي على هؤلاء جائزة وإذا ظهر للقاضي أن الحق لهؤلاء لا يحكم لهم ويوصى هؤلاء أن يعملوا بموجب المادة الآتية .

مستثنى، للقاضي أن يحكم بالوصاية ولو كان القاضي مديناً للمتوفى، مثلاً لو كان القاضي مديناً لزيد المتوفى بخمسين ديناراً وجاء أحد أعمام ذلك القاضي وادعى في مواجهة الخصم بأنه الوصي المختار على المتوفى زيد وأثبت ذلك فللقاضي أن يحكم بوصايته وإذا أدى القاضي بعد حكمه هذا دينه الخمسين ديناراً لذلك الوصي يبرأ من دينه . أما إذا دفع القاضي دينه لذلك الوصي بمجرد ادعائه الوصاية قبل أن يحكم بوصايته ثم أقام الوصي دعوى لإثبات وصايته فليس للقاضي استماع تلك الدعوى والحكم بها (وبخلاف الوكالة عن غائب فإنه لا يجوز القضاء بها إذا كان القاضي مديناً للغائب سواء أكان قبل الدفع أو بعده) (رد المحتار) .

ولكن للقاضي أن يحكم لأقربائه ومخارمه الذين تجوز شهادته لهم كحماته وزوجة أبيه ولو كان حكمه لحماته في حياة زوجته أو حكمه لزوجة أبيه في حياة أبيه .

حكم العدو على عدوه، قد ذكر في التنوير أنه يشترط أن لا تكون عداوة دنيوية بين القاضي والمحكوم عليه وقد خالفه بذلك صاحب الوهبانية وقال بعدم اشتراط ذلك . أما صاحب رد المحتار فقد قال من يقول بجواز شهادة العدو على عدوه يقول بجواز حكم القاضي العدل على عدوه ومن يقول بعدم جواز شهادة العدو على عدوه يقول بعدم جواز حكم القاضي على عدوه ولو كان قاضياً عادلاً، وعلى هذا القياس ولأن المجلة في المادة (١٧٠٢) قد اختارت القول القائل بعدم جواز

شهادة العدو على عدوه على الإطلاق فيجب أن يقال بأنه لا يجوز حكم القاضي على عدوه ولو كان القاضي عدلاً، أما اللائق فهو انه إذا حكم القاضي على عدوه بعلمه لا ينفذ حكمه أما إذا حكم على عدوه في محاكمة علنية وفي مجلس الحكم بحضور الناس بطلب الخصم الشرعي وبشهادة الشهود العدول وبعد تحقق أسباب الحكم الموجبة فحكم القاضي جائز (لسان الحكام).

المادة (١٨٠٩) - (إذا كان لأحد دعوى مع قاضي بلدته أو أحد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فإن كان في تلك البلدة قاض غيره تحاكماً إليه وإن لم يكن في تلك البلدة قاض غيره ترافعا في حضور حكم نصباه برضاها، أو في حضور نائب ذلك القاضي إن كان مأذوناً بنصب النائب، أو في حضور قاضي البلدة المجاورة لبلدتهم فإن لم يرض الطرفان بإحدى هذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان).

إذا كان لأحد دعوى مع قاضي بلدته أو أحد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابعة ففي ذلك خمسة وجوه:

الوجه الأول - ان كان في تلك البلدة قاض غيره تحاكماً إليه كقاضي العسكر وقاضي القسام في الأستانة فدعوى قاضي العسكر على أحد ترى في حضور قاضي القسام ودعوى قاضي القسام ترى في حضور قاضي العسكر وللقاضي الآخر أن يجلب المدعى عليه إلى المحكمة جبراً بناء على دعوى المدعي ولا يشترط رضا الطرفين في هذا حسب الفقرة الأخيرة من هذه المادة.

الوجه الثاني - وإن لم يكن في تلك البلدة قاض غيره ترافعا في حضور حكم نصباه برضاها إذا رغبا في ذلك ونصب الحكم في هذا الوجه متوقف على رضا الطرفين ولا يجبر الآخر على المرافعة في حضور الحكم الذي نصبه أحدهما.

الوجه الثالث - أو في حضور نائب ذلك القاضي إن كان مأذوناً بنصب النائب ولا يشترط رضا الطرفين للمرافعة في حضور هذا النائب فلذلك للنائب إحضار المدعى عليه جبراً إلى المحكمة بناء على دعوى المدعي وإذا كان إحضاره غير ممكن يحكم عليه غيابياً حسب الأصول.

فعلى ذلك لو حكم نائب القاضي للقاضي الذي أنابه أو لأحد منسوبيه الذين ورد ذكرهم في المادة الأنفة فحكمه صحيح ونافذ، لأن النائب الذي ينصب من طرف قاض مأذون بالإنبابة يكون منصوباً من طرف السلطان انظر المادة (١٨٠٥) وشرحها (رد المحتار).

الوجه الرابع: أو في حضور قاضي البلدة المجاورة لبلدتهم وهذا يكون برضا الطرفين واتفاقهما فلذلك يجب أن يذهب الطرفان إلى دائرة القاضي برضاها وعليه فليس للمدعي أن يراجع قاضي قضاء آخر وأن يطلب منه إجبار المدعى عليه إلى الحضور إلى دائرة قضائه كما أنه لا يجوز الحكم عليه غيابياً انظر المادة (١٨٠١).

وللقاضي الآخر الذي يراجع الطرفان على هذا الوجه أن يستمع دعوى ذينك المتداعيين وليس له أن يقول لهما اني لست قاضي بلدتكم فلا استمع دعواكما كما بين ذلك في شرح المادة ١٨٠٧ .

الوجه الخامس: فإن لم يرض الطرفان بإحدى هذه الصور استدعيا مولي من قبل السلطان. لا يشترط رضاء الطرفين في الوجه الأول والثالث الوارد ذكرهما آنفاً، إلا أنه يشترط رضاء الطرفين في الوجه الثاني والرابع كما أشير إلى ذلك في الشرح أما حق استدعاء المولي فهو عائد للمدعي وليس لاستدعاء المدعى عليه أو آباءه حكم.

المولي: هو القاضي ينصب لفصل دعاو معينة بسبب وجود محذور من فصل قاضي ذلك المحل لها أو لوجود مانع كالموانع التي ورد ذكرها في هذه المادة فلذلك لو نصب مولي من طرف السلطان لفصل دعوى فليس للمدعى عليه أن يمنع عن المرافعة في حضور ذلك المولي وللمولي أن يدعوى المدعى عليه إلى الحضور إلى المحكمة وأن يجبره على ذلك عند الاقتضاء وأن يعين وكيلاً مسخراً حال غيابه ويجري المحاكمة ويحكم في القضية.

المادة (١٨١٠) - (يجب على القاضي أن يراعي الأقدم فالأقدم ولكن إذا كانت الحال والمصلحة تقضي بتعجيل دعوى وردت مؤخراً يقدم رؤيتها)

يجب على القاضي أن يراعي الأقدم فالأقدم في رؤية الدعوى يعني يرى دعوى من جاء أولاً ودعوى من جاء ثانياً بعد ذلك ويجب عليه مراعاة هذا الترتيب فلذلك يأمر القاضي أحد أمثائه ليعلم بواسطته ترتيب حضور أصحاب المصالح إلى المحكمة وهذا الأمين يجزر من جاء أولاً وثانياً وثالثاً ويدخل حين المحاكمة من جاء أولاً كما أنه يدخل من جاء ثانياً وهلم جراً (الزيلي والهندية).

كذلك إذا كان في المحكمة دعاوى كثيرة وغير ممكن فصلها في يوم واحد فيفصل دعوى واحدة لكل مدع حسب الترتيب المذكور وليس له أن يفصل دعاوي عديدة لمدع واحد وأن يؤجل دعاوى المدعين الآخرين.

أما إذا كان أرباب القضايا قليلين وكان ممكناً فصل جميع القضايا في يوم واحد فللقاضي أن يرى دعاوى عديدة لمدع واحد.

محل الإنتظار. للقاضي أن يعين لأرباب المصالح الذين ينتظرون فصل دعاويهم محل انتظار للرجال ومحل انتظار آخر للنساء ولا يجمع بينهما في محل واحد حتى أن القاضي لو عين يوماً مخصوصاً لرؤية قضايا النساء يكون أوفق للحال (الهندية).

أما إذا كانت دعوى امرأة على رجل ودعوى رجل على امرأة فيحضر كلاهما أثناء المرافعة انظر المادة (١٧٩٩) وشرحها.

ولكن إذا كان تعجيل دعوى وردت مؤخراً - من إيجاب الحال والمصلحة كأن يكون صاحبها غريب الديار أو غيره من الأسباب المشروعة فيقدم رؤيتها على غيرها من الدعاوي . ويعد غريباً من كان بعيداً عن أهله وعياله أي الذي لا يستطيع بعد المرافعة أن يذهب وينام عند أهله وعياله .

المادة (١٨١١) - (يجوز استفتاء القاضي من غيره عند الحاجة).

فلذلك إذا اشتبه القاضي في مسألة ولم يفهمها يستشير علماء بلدته شفاهاً أو يستشير لدى الإيجاب علماء بلدة أخرى مكاتبة فإذا وافق رأي هؤلاء العلماء رأي القاضي فيحكم القاضي بموجب ذلك أما إذا لم يكن للقاضي أي رأي وعلم في المسألة فيجب عليه أن يعمل بقول وفتوى أولئك العلماء وإذا اختلف هؤلاء العلماء فيعمل القاضي بقول الأفقه والأكثر ديانة .

والمفتي عند الأصوليين هو عبارة عن المجتهد وكل من لم يكن مجتهداً فليس بمفتي فذلك إذا سئل واستفتى أحد من العلماء عن مسألة شرعية وكان غير مجتهد فيجب على ذلك المفتي أن يجيب على الفتوى بطريق النقل من الكتب الشرعية المتداولة والمنسوبة إلى المجتهدين فلذلك فالمفتي المعينون رسمياً من طرف الحكومة العثمانية قد اتخذوا أصولاً حين تحريرهم الفتوى أن يحرروا في طرف الفتوى مأخذها والكتاب المنقولة عنه تلك المسألة الشرعية نحو كتب محمد بن الحسن وغيرها من التأليف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور (فتح القدير).

أوصاف المفتي:

أولاً: يجب أن يكون المفتي صالحاً وحسب القول المختار لا يعمل بفتوى المفتي الفاسق ولا تجوز فتواه لأن الفتوى من أمور الدين وقول الفاسق في الدين غير مقبول حيث قد ظهرت خيانة الفاسق للدين (الفتح) وإن عناية الباري عز وجل في تحقيق الواقعات الشرعية تحصل بالطاعة لله تعالى وبالمسك بحبل التقوى وقد ورد في الكتاب الكريم ﴿واتقوا الله ويعلمكم الله﴾ .

إن من يعتمد على رأي من اتخذ المعاصي ديدنا له في إخراج دقائق كنوز الفقه يكون قد اعتمد على من لا يعتمد عليه إذ ان من لا يستنير بنور الله لا نور له (رد المحتار).

ثانياً: يجب أن يكون المفتي متيقظاً وواقفاً وعالمياً بحيل ودسائس الناس، والأحسن للمفتي أن يجمع المستفتي مع خصمه وبعد البحث معها يعطى الفتوى لمن يظهر الحق في جانبه وأن يقول في فتواه: إذا كانت المسألة كذا فالحق لك وإذا كانت كذا فالحق للخصم لأنه في هذه الحال يختار المستفتي الصورة النافعة له ولا يعجز عن إثباتها بالزور.

ثالثاً: يجب على المفتي أن يحترز من وكلاء الدعاوي المعاندين للحق لأنه لا يرضى هؤلاء إلا ثبات دعوى موكلهم على أي وجه كان ولهم مهارة في الحيل والتزوير وقلب الكلام وتصوير الباطل في صورة الحق فإذا استحصل على فتوى يصل إلى غرضه الفاسد بالتغلب على خصمه قهراً وعليه فلا يحل للمفتي إعانة ذلك على الضلال فلذلك قيل أن من يجهل أهل زمانه فهو جاهل فأحد هؤلاء

الوكلاء يسأل المفتي عن أمر شرعي إلا أن المفتي المتيقظ يفهم من قرائن الأحوال أن قصده من ذلك الوصول إلى غرضه الفاسد كما شاهدنا كثيراً والحاصل أن غفلة المفتي يحصل منها ضرر عظيم في هذا الزمان (رد المحتار في أوائل القضاء).

رابعاً: يجب أن لا يكون المفتي أصم فإذا كان منصوباً من قبل الحكومة للإفتاء فيجب أن يكون صحيح السمع لأنه لا يمكن لكل سائل أن يجر سؤاله على ورقة وأن يقدمها للمفتي كما أنه يحضر الطرفان المتخاصمان في حضور المفتي ويصدر كلام من أحدهما يؤيد إبطاله فإذا كان لا يسمع ذلك فيؤدي فتواه على الكلام الذي سمعه فيضيع حق خصمه أما إذا كان المفتي غير منصوب للفتوى فلا ضرورة لأن يكون صحيح السمع لأن فتواه هي عبارة عن بيان الحكم الشرعي وتكفي في ذلك الإشارة فقط ولا شك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه.

ومسألة وجوب إفتاء المفتي بأي قول من الأقوال من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء قد وضحت في شرح المادة (١٨٠١) فليرجع إليها.

وفي زماننا (١) يوجد في دار الخلافة العلية. (٢) دائرة للفتيا وهي منقسمة إلى دائرتين فأحدهما غرفة الفتوى ويرأسها الموظف المسمى برئيس المسودين وأخرها تسمى غرفة الإعلامات ويرأسها ميمز الإعلامات الشرعية وفي هاتين الغرفتين يشغل عدد من الذوات من العلماء والفقهاء أصحاب اليد الطولى في العلول الآلية والعالية وأكثرهم من المدرسين للعلوم الشرعية وجميع هؤلاء هم تحت نظارة وإدارة الذات المسماة بأمين الفتوى. ويعتني في الأكثر في انتخاب هذا الخبر أن يكون أميناً فوق العادة وفقهياً ومتورعاً وفاضلاً.

ولم تشكل دار للفتوى كهذه للإفتاء قبل ظهور الدولة العثمانية فالشرف العظيم بتأسيس هذه الدار يعود إلى هذه الدولة وقد كان قبل تأسيس دار الفتوى أن يستفتي المستفتون من العلماء ويعملوا بالفتاوى التي يستحصلون عليها.

والمسألة التي يستفتي فيها من دار الفتوى يجاب عليها إما شفاهاً أو تحريراً، والجواب التحريري على قسمين:

القسم الأول، تعطى الفتوى على ظهر ورقة السؤال على طريق الشرح؛ وهذا الشرح يجتم ميمز الإعلامات الشرعية التي هي أحد شعب دار الفتوى التابعة لها.

القسم الثاني؛ تعطى صرة فتوى شريفة وتحتوي على توقيع شيخ الإسلام ويطلق عليها فتوى.

والاستفتاءات التي تحصل من محاكم الأستانة الشرعية وملحقاتها تحصل على الوجه الآتي وهو

(١) أي في زمان نشر الكتاب سنة ١٣٣٠ هجرية (المغرب).

(٢) أي الأستانة.

أن يرسل محضر الدعوى صحة كاتب المحكمة مع الطرفين إلى دار الاستفتاء ويؤخذ الجواب شفاهاً ثم يصدر القاضي حكمه استناداً على تلك الفتوى. وقد استفتيت دار الاستفتاء هذه في بعض الأحوال من قبل دول أوروبا في بعض المسائل الغامضة الحفوقية.

المادة (١٨١٢) - (ينبغي للقاضي أن لا يتصدى للحكم إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكير كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم).

ينبغي للقاضي أن لا يتصدى للحكم الغير ظاهر الأسباب إذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة التفكير في المحاكمة والحكم كالغم والغصة والغضب والسرور والجوع والعطش وامتلاء المعدة وغلبة النوم أو أن يكون مأخوذاً بأحد الأخبثين وأن لا يكون متأدياً بشدة الحرارة أو بشدة البرودة (فتح القدير والحياة) لأنه قد روي عن النبي الكريم عليه السلام: (لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان) (البخاري).

فإذا تصدى القاضي للحكم في هذه الأحوال يمكن أن يخطئ في تطبيق الدعوى على المسألة الشرعية والحال أن القاضي مأمور بالعدل بين الخصمين حسب المادة (١٧٩٩).

كذلك يجب على القاضي أن لا يمكث في المحاكمة مدة طويلة وأن لا يجهد ويتعب نفسه، أما إذا كانت أسباب الحكم ظاهرة وبينة فللقاضي أن يحكم حتى في تلك الحالات كإقرار المدعى عليه بدعوى المدعى.

والغم؛ بفتح الغين وتشديد الميم بمعنى الغصة وجمعه غموم ومادة الغم بمعنى الستر والتغطية وإطلاقها عن الحزن لأنه يستر سرور القلب.

والغصة، بضم الغين وتشديد الصاد بمعنى الضيق الذي يحصل للقلب فتكون الغصة في هذه الحال عطف تفسير للغم.

الغضب، بفتح حاء الغين وقد فسر ابن كمال الوزير الغضب في سورة الفاتحة على الوجه الآتي: هو تعسير يحصل عند غليان دم القلب لإرادة الانتقام وأول الغضب غليان الدم وغايته إيصال الضرر إلى المغضوب عليه (اه).

المادة (١٨١٣) - (يجب على القاضي أن يجري التدقيق في المرافعات مع عدم طرح الدعاوي في زوايا الإهمال).

يعني يجب على القاضي أن يجري التدقيقات في الدعوى المنظورة أمامه مع عدم طرح الدعوى في زوايا الإهمال. انظر المادة (١٨٢٨). يعني يجب عليه أن يستمع الدعوى بكل دقة وانتباه وأن

يجري التدقيقات التي يقتضيها نوع الدعوى إلا أنه يجب عليه أيضاً الإسراع في فصل الدعوى وإجراء التدقيق في الدعوى كما هو مبين في المادة (١٨١٦) باستجواب المدعي وسؤال القاضي عن القيود والشروط التي تقتضيها تلك الدعوى وتفهمها وتحقيق صحتها ثم استجواب المدعى عليه بعد التحقيق من صحتها فإذا كان جواب المدعى عليه إقراراً فيها وإذا كان إنكاراً يستمع البينة وأسباب الثبوت.

يجب على القاضي وهو يجري المحاكمة على هذا الوجه أن لا يهدد أو يخيف الطرفين لأن الخوف يوقع الطرفين في حيرة ويقطع حجتها (الهندية).

المادة (١٨١٤) - (يضع القاضي في المحكمة دفترًا للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الدفتر الإعلانات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر وإذا عزل سلم السجلات المذكورة إلى خلفه إما بنفسه أو بواسطة أمينه).

يضع القاضي في المحكمة دفترًا للسجلات ويقيد ويحرر في ذلك الدفتر الإعلانات والسندات التي يعطيها بصورة منتظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر لأن القاضي يسلم نسخة عن الإعلانات والسندات لمن حكم له وبما أنه يحتمل أن يزيد أو ينقص ذلك الشخص في ذلك الإعلام أو تلك السندات فلا يؤمن له لذلك ووجب أن تقيد تلك الإعلانات والسندات في الدفتر المحفوظ لدى القاضي حتى يرجع إليه (الزيلي).

تعريف السجل وتقسيمه:

والمقصود من السجل هنا هو الدفتر الكبير الذي يضبط ويقيد فيه وقائع الناس والحكم الذي يحكمه القاضي والحجة التي يصدرها على أحد.

ومن الموافق تقسيم هذه السجلات إلى أربعة أقسام:

أولها: سجل نصب الوصي.

ثانيها: سجل نصب القيم للأوقاف.

ثالثها: سجل تقدير النفقات

رابعها: سجل الإعلانات الخاوية للحكم، إذ انه إذا قسمت الجهات إلى هذه الأقسام الأربعة يسهل الرجوع إليها لدى الحاجة بخلاف ما إذا خلط الكل فإن في الكشف عنه حينئذ عسراً شديداً (الفتح).

والإعلامات جمع اعلام والاعلام يطلق على الورقة المحتوية على حكم القاضي الشرعي وإمضائه وختمه وهذا الاعلام يحتوي على صورة دعوى المدعي مع الأدلة التي استند عليها وصورة جواب المدعى عليه، وإذا كان حاوياً دفعاً، أسباب ثبوت الدفع، وأن يشتمل في ختامه على ذكر

الأسباب الموجبة للحكم كما هو مبين في المادة (١٨٢٧) مع بيان كيفية الحكم، وسيذكر في شرح المادة (١٨٢٧) بعض أصول في حق تنظيم الإعلّامات.

السندات، جمع سند ومعنى السند المعتمد والملجأ وإطلاق السند على البرهان هو بهذا المعنى إذ ان المدعي يستند عليه والمعتمد أعم من الحس والمعنى والمقصود من السند هنا الحجة.

الحجة، وتطلق الحجة في زماننا على الورقة التي لا تحتوي حكماً بل تحتوي على إقرار أحد الطرفين وتصديق الآخر وختم وإمضاء القاضي الذي نظمها في رأس الحجة خلافاً للإعلام الذي يوقع القاضي ختمه وإمضاءه في أسفله وإطلاق سند على تلك هو مبني على أن صاحبها يستند عليها لدى الحاجة ويتخذها دليلاً لإثبات مدعاه.

للحجج أنواع عديدة وبعضها هو ما يأتي:

حجج الاستدانة والبيع القطعي وبيع الاستغلال والفراغ القطعي والفراغ بالوفاء وفك الوفاء والإقالة والإجارة والكفالة وحرالة الدين، والهبة والتسليم وتحميل الشهادة والوكالة ونفي الملك والمصالحة وإثبات الرشد والإبراء وعقد المزارعة وعقد المساقاة وعقد المضاربة ونصب الوصي وغيرها.

قد ألفت كتب للصكوك تحتوي على صورة تنظيم وتحرير الإعلّامات والسندات الشرعية وبذلك قد ربطت كيفية تنظيم الإعلّامات والسندات الشرعية إلى قاعدة سالمة إلا أن كتابة النموذج عن ذلك في كتابنا هذا خارج عن الموضوع، والحاصل أن سجلات المحاكم المحفوظة على هذا الوجه والبريئة من التزوير والتصنيع معمول بها عند المحاكم لدى الاقتضاء كما هو مذكور في المادة (١٧٣٨).

وقد نشر في ٤ جمادى الأولى سنة ١٢٩٦ تعليقات سنّية تتضمن صورة تنظيم الإعلّامات والسندات التي يعمل بمضمونها بلا بينة بالإعلّامات والسندات التي تنظم توفيقاً لتلك التعليقات يعمل بمضمونها بلا بينة.

أما الإعلّامات والسندات التي نظمت قبل صدور تلك التعليقات فقد قررت هيئة المجلة الملقاة طلب شهود لإثباتها وستنقل آتياً عين القرار المذكور.

والبينة هي عبارة عن الشهادة الشرعية وهذه إما أن تكون على أصل الحق أو على حكم القاضي بعد المحاكمة الشرعية بأن حكم القاضي بكذا فالشهادة على الصورة الثانية تكون شهادة على مضمون الإعلّام (رد المحتار).

بما أن المقصود من الإعلّام والسند هو أن يستند عليه صاحب الحق وأن يؤمن حقه فلا يحتاج لمحاكمة ثانية أو إثبات أصل حقه ثانية وأن لا يتكلف لإثبات مضمون الإعلّام الذي استحصل عليه وأخذ إعلّام ثان فإذا لم يعمل بمضمون الإعلّامات والسندات بلا بينة فيكون الاستحصال على

الاعلام والسندات غير واف بالمقصود كما أن وفاة الشهود أو الذين يشهدون على مضمونه أو غيبتهم أو عروض أحوال أخرى توجب في بعض الأحوال أن يصحح الاعلام والسند بلا حكم بالمرة .

وفي هذا الحال إذ كان لدى المقرض شاهدان على اقراضه وتسليمه القرض فلا يحتاج لأخذ حجة كما أنه لو أخذ حجة وليس لديه شاهدان يشهدان على مضمونها فلا يستفيد شيئاً من تلك الحجة فلذلك قد أصبح من الضروري أن يعمل بمضمون الاعلامات والسندات بلا بيّنة، وعلى هذه الصورة فالحكم جائز بالسجلات التي وجدت على هذه الصورة سالمة من الحيلة والفساد إلا أنه لا يجوز أن يعمل بقول القاضي المعزول المجرد لأن القاضي يصحح بانعزاله ملحقاً بأفراد الأهالي وشهادة الفرد غير مقبولة ولا سيما أنها شهادة على فعله أنظر مادتي (١٥٨٥ و ١٧٠٤)(الزيلي بزيادة).

ويفهم من بيان الزيلي ان هذا القاضي حتى لو شهد بعد عزله مع آخر فترد شهادته أيضاً ومع أن قارئ الهداية قد أفنى بقبول شهادة القاضي على حكمه بعد عزله مع شهادة آخر وقد تبعه في ذلك ابن نجيم إلا أن المجلة في المادة (١٧٠٣) قد قبلت قول الزيلي (رد المحتار بزيادة).

وإذا عزل القاضي سلم السجلات المذكورة إلى خلفه القاضي أما بنفسه أو بواسطة أمينه وإذا لم يسلمها يطلب القاضي اللاحق تلك السجلات من سلفه ويكفي أن يكون هذا الأمين واحداً وبتعبير آخر يأخذ تلك السجلات من سلفه بأمين عادل، إلا أن الأحوط أن يأخذها بأمينين .

ويجب تسليم تلك السجلات من السلف إلى الخلف سواء أكانت السجلات المذكورة مشتراة من مال بيت المال أو من مال القاضي أو مال أصحاب المصالح ففي الأحوال الثلاثة يجب تسليمها للخلف فإذا كانت مشتراة بمال بيت المال فسبب وجوب التسليم أن وجود السجلات المذكورة في يد القاضي المعزول كان لكونه قاضياً وليس بصفته الشخصية ولكون صفة القضاء قد انتقلت لغيره وإذا كانت السجلات المذكورة مشتراة من مال القاضي أو من أموال الخصوم فسبب وجوب التسليم هو أن القاضي لم يشترها تمولاً بل اشتراها تديناً كما أن وضع الخصوم تلك السجلات تحت يده هو بسبب صفة القضاية (الزيلي).

الفصل الرابع

ويتعلق بصورة المحاكمة

المادة (١٨١٥) - (يجري القاضي المحاكمة علناً ولكن لا يفشي الوجه الذي

سيحكم به قبل الحكم).

يجري القاضي المحاكمة بين الخصمين علناً أي أنه لا يمنع الأشخاص الذين يحضرون

المحاكمة لسماعها من الحضور ويثبت لزوم إجراء المحاكمة علناً بدليلين:

أولاً - قد ذكر في شرح المادة (١٧٩٥) بأنه يقتضي إثبات حكم القاضي لدى الإيجاب فلذلك يقتضي حضور أشخاص أثناء المحاكمة ليكون شهود منهم عند اللزوم.
ثانياً - قد بين في شرح المادة المذكورة بأن وجود القاضي في مجلس الحكم منفرداً موجب للتهمة.

ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم لأنه إذا تمت المحاكمة ووجد سبب وشروط الحكم فالقاضي مجبور بإصدار الحكم فوراً حسب ما جاء في المادة (١٨٢٨) أما إذا لم يكمل القاضي المحاكمة فيكون الشكل الذي يختم به المحاكمة غير معلوم كما أنه لا يعلم الحق في جانب أي منها فإفشاء القاضي الحكم قبل إتمام المحاكمة هو تهمة في حق القاضي.

ومع أن المحاكمة تجري علناً إلا أن المشاورة والمذاكرة في القضية تجري خفية فعليه إذا كانت الدعوى التي تجري فيها المحاكمة محتاجة للمشاورة ويحتاج القاضي إلى أن يتذاكر فيها مع أهل العلم فيذاكرهم خفية ولا يذاكرهم علناً لأن المذاكرة العلنية تزيل مهابة المجلس وتوجب اتهام الناس القاضي بالجهل وتجري المذاكرة في ذلك اما في غرفة أخرى أو بإخراج الناس من غرفة المحاكمة.

المادة (١٨١٦) - (إذا أتى الطرفان إلى حضور القاضي لأجل المحاكمة يكلف المدعي أولاً بتقرير دعواه وإن كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور تقرأ فيصدق مضمونها من المدعي. ثانياً يستجوب القاضي المدعى عليه وهو أن يسأله بقوله: إن المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فماذا تقول).

إذا أتى الطرفان إلى حضور القاضي لأجل المحاكمة يسألها القاضي بقوله أيكما المدعي، عند أبي يوسف، فيكلف المدعي أولاً بتقرير دعواه توفيقاً للأصول المبينة في كتاب الدعوى ويجرّه على الورق (الخانية).

إذا دخل الطرفان للمحاكمة في مجلس القاضي فليس لهما طرح التحية عليه فإذا حيياه فلا يلزم القاضي رد التحية عليهما ومع ذلك إذا أراد القاضي رد السلام يقابل قولها السلام عليكم بقوله: وعليكم ويكتفي بذلك أما الشهود فلهم أن يجيبوا القاضي وأن يرد القاضي تحيتهم (الخانية).

والمدعي اما أن يحضر إلى المحكمة بالذات ويقيم دعواه؛ واما أن يحضر أحداً فيوكله ويسجل وكالته؛ واما أن يحضر الوكيل حاملاً حجة توكيل صادرة من القاضي ومصدقة من دائرة الفتوى ويدعي بالوكالة. أما إذا حضر أحد للمحكمة آخر وادعى قائلاً: إن هذا وكيل عن فلان الغائب وأن لي في ذمة الغائب كذا درهماً وأقر المذكور بالوكالة فلا يصح إقراره حتى أنه لو أراد المدعي بعد هذا الاقرار أن يقيم البينة ويثبت مطلوبه من الغائب في مواجهة هذا الوكيل فلا تقبل «الخانية بزيادة».

ويلزم المدعي حسب هذه الفقرة أن يقرر دعواه وأن يوضحها وليس للقاضي أن يعاون المدعي في تصحيح دعواه كما أنه إذا طلب المدعي من المدعى المحاسبة ليتمكن من بيان المدعى به وإظهاره وامتنع المدعى عليه فلا يجبر المدعى عليه على المحاسبة لأن معاونته القاضي للمدعي في تصحيح دعواه فيه تهمة للقاضي وانكسار لقلب الطرف الآخر إلا أنه إذا أمر القاضي أحداً من أهل العلم أن يعلم المدعي الذي لا يعلم الدعوى والخصومة - الخصومة وعلمه فهو جائز عند أبي يوسف لأن القاضي منصوب للنظر في أمور العباد والنظر في هذا الأمر هو أحياء للحقوق حتى أنه لو شهد ذلك الشخص الذي علم المدعي الخصومة تقبل شهادته «واقعات المفتين».

كذلك ليس للقاضي أن يعين الشهود الذين أقامهم الطرفان في أداء شهادتهم لأن في ذلك إعانة لأحد الخصمين ويوهم ميل القاضي لأحدهما فيوجب كسر قلب الخصم الآخر إلا أن أبا يوسف يستحسن إعانة الشهود في غير موضع التهمة وقد مرت تفصيلات ذلك في شرح المادة «١٦٨٩». أما في موضع التهمة فليس للقاضي إعانة الشهود.

مثلاً لو ادعى المدعي ألف درهم وشهد الشهود بألف وخمسة دراهم فإن ذلك موجب لرد الشهادة بحكم المادة «١٧٠٨» فإذا لقن القاضي الشهود قائلًا: يحتمل أن المدعي قد أبرأ المدعى عليه من خمسين درهم ففهم الشهود مغزاه وشهدوا بأن المدعي أبرأه من خمسين درهم وبقي في ذمته ألف درهم حالاً فلا يجوز هذا التلقين والتوفيق «الشبلي».

وإن كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور تقرأ فيصدق مضمونها من المدعي (١) ومن الأصول وضع امضاء أو ختم المدعي على محضر الدعوى للتصديق وإذا اكمل المدعي بعض النقصان الوارد في ضبط دعواه فيجب إضافة ذلك إلى الضبط ثم ينظر القاضي بعد ذلك في دعوى المدعي وفي ذلك احتمالات ثلاثة:

الاحتمال الأول: أن تكون دعوى المدعي فاسدة وغير قابلة للتصحيح وفي هذه الحالة لا يحتاج لأخذ جواب المدعى عليه على الدعوى لأن سبب الجواب مفقود (الطحطاوي) وفي هذه الصورة يقول القاضي للمدعي إن دعواك فاسدة فلا تسمع ويخرجه من المجلس. مثلاً إذا ادعى المدعي قائلًا: قد سلمت هذا الرجل المال الفلاني في المحل الفلاني وديعة وقد تلف في يده بلا تعد ولا تقصير فاطلب الحكم عليه بالبدل. فيما أن هذه الدعوى غير صحيحة حسب المادة (٧٧٧) كما أنها غير قابلة للتصحيح فلا حاجة لاستجواب المدعى عليه ويرد القاضي دعوى المدعي.

كذلك لو ادعى المدعي قائلًا: إن هذا المدعى عليه قد وهبني كذا مالاً إلا أنه لم يسلمني إياه فاطلب إجباره على التسليم. فيما أن دعواه هذه حسب حكم (المادة ٨٣٧) غير صحيحة كما أنها غير قابلة للتصحيح فيرد القاضي الدعوى بدون استجواب المدعى عليه.

(١) إن هذه الأصول هي المرعية الآن في المحاكم الشرعية فيضبط كاتب المحكمة قبل المحاكمة دعوى المدعي وجواب المدعى عليه عليها

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: إن هذا الرجل قد أعار ماله إلى فلان وبما أنني قريب له فليعزني إياه. فيها أن هذه الدعوى حسب المادة (١٦٣٠) فاسدة وغير قابلة للتصحيح فيردها القاضي بدون استجواب المدعى عليه.

الاحتمال الثاني: أن تكون دعوى المدعي موافقة للأحكام الشرعية وصحيحة وفي هذه الصورة يستجوب القاضي ثانياً المدعى عليه وهو أن يسأله بقوله: إن المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول (مجمع الأنهر).

وبتعبير آخر ليس للقاضي سؤال المدعي عن أسباب ثبوت دعواه قبل استجواب المدعى عليه لأنه إذ أقر المدعى عليه بدعوى المدعي يكون الإقرار سبباً للحكم وإذا أنكر تكون الشهادة سبباً للحكم ويوجد فرق في الحكم بهذين السببين (الدرر).

الاحتمال الثالث: أن تكون دعوى المدعي غير صحيحة يعني فاسدة إلا أنها قابلة للتصحيح كان يكون المدعى به مجهولاً وفي هذه الصورة يقول القاضي: صحح دعواك. إذن يستجوب القاضي في هذه الحال ثانياً المدعى عليه بعد أن يصحح المدعي دعواه أولاً ولا يستجوب المدعى عليه قبل تصحيح المدعي لدعواه لأن المدعي لا يستحق جواب المدعى عليه إلا بعد تصحيح الدعوى (الزيلعي).

مثلاً: لو ادعى المدعي قائلاً: قد أقرضت هذا المدعى عليه بضعة دنانير لا أعرف مقدارها فليؤدها لي فيها أن هذه الدعوى بحكم المادة (١٧١٩) غير صحيحة إلا أنها قابلة للتصحيح فيقول القاضي للمدعي: كم ديناراً أقرضت ثم عد وبين ذلك وصحح دعواك).

صورة ضبط الدعوى: يضبط ويحمر القاضي أو يستكتب كاتبه خلاصة دعوى المدعي وإفادته وإجابة المدعى عليه بصورة لا تغير ماهية إفادتها وليس له أن يكتب خلاصة تغير أو تحرف إفادات الطرفين بصورة تغير الأحكام لأنه في هذا الحال إذا بدلت أقوال الطرفين في خصوص الدعوى والانكار والمدافعة وأفرغت بشكل آخر تتبدل النتائج والأحكام وينتج عن ذلك ضرر الطرفين.

مثلاً لو ادعى المودع على المستودع قائلاً: (قد أودعتك كذا وديعة في المحل الفلاني وسلمتها لك فاطلب منك أن تعيدها لي) فأجاب المدعى عليه منكرًا دعواه قائلاً: إنك لم تودعني أي شيء مطلقاً فإذا حرر هذا الانكار بالضبط بأن المستودع قد أنكر الوديعة يكون ذلك باعثاً لضرر المدعي لأنه إذا أثبت المدعي الايداع والتسليم بعد انكار المستودع الوديعة بقوله لم تسلمني شيئاً مطلقاً ثم ادعى بعد ذلك المستودع رد الوديعة فلا تقبل دعواه للتناقض فلذلك إذا لم يضبط انكار المدعى عليه بذكر اللفظ الذي قاله واكتفى بأن حرر في الضبط بأن المستودع قد انكر الوديعة ونسيت صورة انكاره للمستودع أن يثبت الرد إذ أن إثبات الرد مقبول حسب محضر الدعوى وينتج عن ذلك ضرر المودع.

كذلك لو أجاب المستودع على دعوى المودع بقوله: ليس لك عندي وديعة وحرر في الضبط بأنك لم تودعني شيئاً مطلقاً يتضرر المدعى عليه أيضاً حيث لا يمكنه دفع الدعوى بإثبات إعادة الوديعة.

المادة (١٨١٧)- (إذا أقر المدعى عليه الزمه القاضي بإقراره وإذا أنكر طلب البينة من المدعي).

إذا أقر المدعى عليه بدعوى المدعي الزمه القاضي بإقراره أي الزم المدعى عليه بإقراره أنظر المادة (١٥٨٧) لأنه في هذا الحال تكون قد حصلت حجة ملزمة للحكم.

قد ذكرت المجلة في هذه المادة عبارة الزمه القاضي بإقراره أما في المادة الآتية فقد ذكرت عبارة حكم القاضي لأن استعمال لفظ الحكم في الدعاوي الثابتة بالإقرار هو استعمال مجازي لأن المقر به يلزم المقر بمجرد الإقرار وهذا اللزوم لا يتوقف على حكم القاضي. والقضاء بهذه الصورة عبارة عن الزام للخروج من مقتضى الإقرار. أما البينة فليست حجة بنفسها كالإقرار وحجيتها تحصل بحكم القاضي لأن الشهادة خبر فهو محتمل للصدق والكذب وبحكم القاضي يسقط احتمال الكذب ويكون دليلاً للدعوى.

وبما أن الإقرار حجة في نفسه والبينة لم تكن حجة في نفسها فإذا أثبت وقوع الإقرار في غير مجلس القاضي يكون الإقرار المذكور موجباً للالزام بعكس الشهادة إذ لو ثبت وقوع الشهادة في غير حضور القاضي فلا يكون وقوعها موجباً للالزام «البحر» وليس للمدعى عليه إذا أقر بدعوى المدعي وحكم القاضي بموجب إقراره وادعى بعد ذلك بأنه كان كاذباً في إقراره أن يطلب تحليف المدعي على الوجه المبين في المادة (١٥٨٩) أما إذا أقر المدعى عليه بدعوى المدعي في حضور القاضي ورجع قبل حكم القاضي بالزامه بإقراره وادعى بأنه كان كاذباً في إقراره وطلب تحليف المدعي على عدم كذبه في إقراره فيحلف المدعي على عدم كذبه في إقراره فيحلف المدعي حيث أن وقوع الإقرار في مجلس القاضي لا يرفع احتمال الكذب فيه ويحتمل الكذب في الإقرار الواقع في حضور القاضي كما يحتمل ذلك في الإقرار الواقع في غياب القاضي «الخيرية» إلا أنه كما ذكر في الخيرية إذا حكم على المدعى عليه بموجب إقراره المذكور فلا يجري التحليف بعد ذلك.

وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي أو سكت أو قال لا أقر ولا أنكر فيها أن ذلك يعد إنكاراً يطلب القاضي من المدعي البينة على دعواه إذ قد روي عن النبي عليه السلام أنه خاطب مدعياً بقوله «ألدريك بينة. فأجاب المدعي بلا: فقال النبي الكريم لك تحليف المدعي عليه» وبتعبير آخر بترتيبه اليمين على عدم البينة دل على لزوم طلب البينة أولاً لتمكين المدعي من الاستحلاف «الدرر في الدعوى».

فلذلك لو قال المدعي إن بينتي في داخل المدينة أو في مجلس المحكمة إلا أنني أطلب تحليف المدعي عليه ثم أقيم الشهود بعد ذلك فاذا كانت بينته حاضرة في مجلس الحكم لا يلتفت إلى قوله

بالإتفاق ولا يحلف المدعى عليه وإذا كانت بيئته حاضرة في المدينة فلا يحلف المدعى عليه على رأي الإمام الأعظم لأن مشروعية اليمين مترتبة أولاً على عدم البينة «ثانياً» ان اليمين خلف عن البينة فلا يصار إلى الحلف الذي هو اليمين مع وجود الأصل الذي هو البينة ما لم يحصل العجز (الولولجية) أما إذا كان الشهود في محل سفر بعيد أو كانوا مرضى فللمدعي أن يكلف المدعى عليه اليمين بالإجماع «الشربنلاي ومجمع الأنهر وواقعات المفتين».

والبينة اما أن تقام على أصل الحق وقد بين هذا في كتاب البيئات أو تقام لإثبات حكم القاضي وتتوضح هذه في شرح المادة (١٨٢١) «البهجة».

ويستفاد من عبارة. وإذا أنكر. حكمان:

الحكم الأول: يجوز للمدعى عليه إنكار الدعوى فإذا لم يكن للمدعي عند المدعى عليه حق وكان مبطلاً في دعواه فللمدعى عليه إنكار الدعوى أما إذا كان للمدعي حق عند المدعى عليه أو كان المدعى عليه واقفاً وعالمًا بحق المدعي فلا يجوز له الإنكار.

إلا أنه في المسألتين الآتيتي الذكر للمدعى عليه أن ينكر دعوى المدعي ولو كان واقفاً على حق المدعي الذي في ذمته.

المسألة الأولى - دعوى العين - إذا ادعى المشتري قائلاً إن المال الذي اشترته منك فيه كذا فللبائع ولو كان واقفاً على العيب القديم أن ينكر وجوده حتى يثبت المشتري العيب القديم ويرده إليه ليتمكن بدوره أن يرده للبائع.

المسألة الثانية - لو وصي المتوفي أن ينكر دين المتوفي ولو كان عالمًا بذلك (الشربنلاي).

الحكم الثاني: لا تقام البينة على المقر بل يجب إقامتها على المنكر وقد بين في شرح المادة (١٧٧٦) أنه إذا ثبتت الدعوى بالبينة وبالإقرار معاً يحكم فيها بالإقرار.

مثلاً؛ إذا ادعى المدعي قائلاً للمدعى عليه. إن لي في ذمتك عشرة دنانير وأجابه المدعى عليه؛ نعم ان لك في ذمتي هذا المبلغ فلا يقبل من المدعي بعد هذا الإقرار إثبات دعواه بالبينة إلا أنه يجوز في المواضع التي يتوقع فيها ضرر غير المقر إذا لم تقم البينة إقامة البينة كالأستحقاق وفي المسائل الآتية (عبد الحليم في الدعوى والأشياء).

المسألة الأولى - إذا ادعى أحد ديناً من التركة في مواجهة أحد الورثة وأقر ذلك الوارث فللمدعي لتعدية الحكم أي لجعله سارياً على باقي الورثة أن يثبت دعواه بالشهود انظر مادة (١٦٤٢) (الحموي).

المسألة الثانية - للمدعي إثبات الوصاية بالشهود ولو أقر المدعى عليه بها.

مثلاً؛ إذا ادعى المدعي قائلاً: إنني وصي عن فلان المتوفي وإن للمتوفي المذكور في ذمة

المدعى عليه كذا درهماً فليردها إلي فللمدعي أن يثبت وصايته بالبينة ولو أقر المدعى عليه بالوصاية لأنه إذا دفع إليه المال اعتماداً على الإقرار فقط لا تبرأ ذمته من الدين إذا أنكر الوارث الوصاية .

أما لو دفع بعد البرهان فتبرأ ذمته .

المسألة الثالثة - للوكيل بقبض الوديعة أن يثبت وكالته بالبينة ولو أقر المستودع بها، مثلاً لو أقر المستودع بوكالة الوكيل بقبض الوديعة فللوكيل إثبات وكالته (الوقعات). كذلك للوكيل بقبض الدين أن يثبت وكالته ولو أقر المدين بوكالته؛ إذ لو دفع الدين للوكيل بلا بيينة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة .

المسألة الرابعة- إذا أقر المرجوع إليه عند الإستحقاق بالإستحقاق وأقام الراجع البينة على الإستحقاق تقبل، وللمرجوع إليه الرجوع على بائعه إذ أن الحكم وقع بيينة لا بالإقرار لأنه محتاج إلى إثبات الإستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه (البحر).

المسألة الخامسة - إذا أقر الأب والوصي بالدعوى المقامة على الصغير فللمدعي مجبور بإقامة البينة «الحموي»^(١).

المسألة السادسة - إذا ادعى العقار الذي في يد المدعى عليه قائلاً أنه ملكي فيجب على المدعى عليه أن يثبت وضاعة يده على العقار المذكور ولو أقر المدعي بوضاعة يد المدعى عليه انظر المادة (١٧٥٤) «الحموي» .

المسألة السابعة - إذا أجر أحد ماله لآخر ثم بعد تأجيره أجره لشخص آخر فادعى المستأجر الأول على المستأجر الثاني في حضور المؤجر وأقر المؤجر بأنه أجر العقار أولاً للمستأجر الأول وأنكر المستأجر الثاني للمستأجر الأول أن يقيم البينة على مدعاه (الأشباه).

المسألة الثامنة- إذا أقر أحد الورثة للموصى له فللموصى له أن يثبت مدعاه في مواجهة هذا المقر (الأشباه).

المسألة التاسعة - إذا أقر الوكيل بالبيع بقبض الثمن من المشتري وأراد المشتري إقامة البينة لإثبات تأدية الثمن المذكور للوكيل تقبل (الوقعات).

المسألة العاشرة - للمدعي أن يثبت دينه على المحجور المدين أو السفية ولو أقر بالدين انظر المادة (١٥٧٦).

أوصاف الشهود وأشكالهم . للقاضي أن يذكر في محضر الدعوى أسماء الشهود الذين أقامهم المدعي وأسماء الخصوم ونسبهم وأشكالهم وأوصافهم ومحل إقامتهم وإنما يجب أن يجتنب ذكر الأوصاف الموجبة للخجل أو العار كأن يصفهم بالأعور أو الأحمق أو الأحمق .

(١) لو خصم الأب في الصبي فأقر لا يخرج عن الخصومة ولكن البينة عليه مع اقراره بخلاف الوصي وأمين القاضي إذا أقر خرج عن الخصومة . (الأشباه).

يضبط القاضي أقوال الشهود ويقابلها بالدعوى فإذا وجدها موافقة يقبلها وإلا فيردها انظر المادة «١٧٠٦». فهؤلاء الشهود اما أن يسمعهم بالذات القاضي الذي استمع الدعوى وسيحكم بها، وقد بين تفصيل ذلك في ذلك في كتاب البيئات والتحليف، واما أن يحكم بالدعوى والبيئة التي استمعها قاض غيره. ويطلق على هذه الصورة الثانية الكتاب الحكمي، وسيفصل الكتاب الحكم في اللائحة الآتية الذكر.

ملحق

في حق كتاب القاضي إلى القاضي

وتحتوي على مقدمة وستة مباحث وخاتمة

المقدمة

في إيضاح كتاب القاضي، إلى القاضي. وبيان بعض الاصطلاحات الفقهية.

المسألة الأولى: كتاب القاضي إلى القاضي وتعبير آخر الكتاب الحكمي هو الكتاب الذي يرسله قاضي بلدة إلى قاضي بلدة أخرى يتضمن ادعاء أحد على آخر غائباً وليس له وكيل حاضر في بلدة ذلك القاضي واستماع القاضي للدعوى والبيئة وإجراء الترقية، ويطلق على القاضي المرسل الكتاب. القاضي الكاتب؛ وعلى القاضي المرسل إليه. القاضي المكتوب إليه.

قيل وليس له وكيل لأنه لو كان للغائب وكيل بالخصومة فالدعوى تقام في مواجهته وتسمع البيئة والقاضي يصدر الحكم «الهندية».

إن هذا الكتاب لا يتضمن في الحقيقة حكماً أو قضاء بل هو عبارة عن نقل الشهادة فتسميته بالكتاب الحكمي هو باعتبار ما يؤول إليه (رد المحتار والزيلعي).

قيل لأن هذا الكتاب هو في الحقيقة عبارة عن نقل الشهادة: لأن الكتاب الحكمي ينقل شهادة الأصول كتنقل شهود الفروع بشهادتهم شهادة شهود الأصول (الشبلي) فلذلك لا حاجة لإحضار الخصم في ذلك (الولولجية).

سؤال - ما دام أن القاضي الكاتب يستمع دعوى المدعي وبيئته فكان يجب عليه أن يحكم في الدعوى وفي هذا الحال لا يحتاج إلى الكتاب الحكمي؟

الجواب - لا يجوز الحكم على الغائب إذ قد بين في المادة (١٨٣٠) بأنه يشترط حين الحكم حضور الطرفين (رد المحتار).

وعدم جواز الحكم على الغائب هو على رأي الأئمة الحنفية أما عند الأئمة الثلاثة الآخرين فلا يشترط حضور الخصم حين الدعوى والحكم على الغائب جائز فلذلك إذا استمع القاضي الذي يرى جواز الحكم على الغائب الدعوى في غياب المدعي وحكم بها وعرض هذا الحكم على قاض آخر بعدم جواز الحكم على الغائب فيجب على القاضي الثاني أن يقبل هذا الحكم وينفذه انظر مادة (١٨٣٢). (الزيلعي والفتح).

المسألة الثانية: إن شهود الأصل هم الذين يشهدون على أصل دعوى المدعي في غياب المدعى عليه أو غياب نائبه بحضور القاضي الكاتب كما أن شهود الطريق هم الذين يشهدون على الكتاب الحكمي في حضور القاضي المكتوب إليه على أن الكتاب هو كتاب القاضي الفلاني.

المسألة الثالثة: القياس هو عدم قبول كتاب القاضي إلى القاضي لأن القاضي الكاتب لو ذهب بالذات إلى مجلس القاضي المكتوب إليه وذكر له الأمور التي تدرج في كتاب القاضي فلا يعمل القاضي المكتوب إليه بقوله لأن القاضي هو من آحاد الناس في بلدة القاضي المكتوب إليه وعلى ذلك يكون عدم عمل القاضي بذلك الكتاب بطريق الأولى لأنه يجوز تزوير الكتاب كما أن الخط والخاتم يتشابهان ووجه الاستحسان هو تجويز الإمام علي كرم الله وجهه ذلك.

إذ أن شاهد صاحب الحق يكون حيناً في بلدة ويكون الخصم في بلدة أخرى فيكون الجمع بينهما متعذراً فيصبح صاحب الحق محتاجاً للكتاب الحكمي وبشهادة شهود الطريق تنتفي شبهة التزوير وقد ورد في المادة (٣٢) من المجلة أن الحاجة إذا كانت عمومية تنزل منزلة الضرورة (فتح القدير والزيلعي).

سؤال - لصاحب الحق أن يثبت حقه بطريق الشهادة على الشهادة أمام قاضي البلدة التي يقيم فيها صاحب الحق فعلى ذلك إذا حمل شهود الأصل شهود الطريق الشهادة فيشهد شهود الطريق في حضور قاضي البلدة التي يقيم بها المدعى عليه بطريق الشهادة على الشهادة فينال صاحب الحق حقه بدون حاجة إلى كتاب القاضي المخالف للقياس؟

الجواب - إن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة بطريق الشهادة على الشهادة كما أنه يحتاج في الشهادة على الشهادة إلى تعديل شهود الأصل وهو منذر لا سيما في بلاد الغربية أما في كتاب القاضي فيجري تعديل شهود الأصل من طرف القاضي الكاتب فلذلك يحتاج إلى الكتاب الحكمي (الزيلعي والدر وفتح القدير).

سؤال - بما أنه قد جوز في المادة (١٨٣٤) من المجلة الحكم الغيابي فلم يبق ثمة حاجة إلى كتاب القاضي للقاضي.

الجواب - إن جواز الحكم الغيابي مشروط بأن يكون المدعى عليه الغائب مقيماً في دائرة القاضي الذي سيصدر الحكم ويتعذر إحضار الخصم كما هو مبين في شرح (١٨٣٢).

المبحث الأول

في بيان شروط الكتاب الحكمي

المسألة الرابعة: في الكتاب الحكمي:

أولاً- يشترط في الكتاب الحكمي عند الإمام الأعظم أن يكون بين القاضي المكتوب إليه مسافة سفر أي مسافة ثماني عشرة ساعة؛ والحكم في الشهادة على الشهادة أيضاً على هذا الوجه (التنوير) وعليه فإرسال قاضيين لم تكن بينهما تلك المسافة كتاباً حكماً غير جائز ولا يعمل به.

أما عند الإمام محمد فيجوز للقضاة أن يرسلوا لبعضهم كتاباً حكماً ولو كانوا في مدينة واحدة مثلاً لو كان شخص قاضياً على قسم من بلدة وآخر قاضياً على القسم الآخر منها فلهما إرسال كتاب حكمي إلى بعضهما (الولولجية).

أما عند الإمام أبي يوسف فيجوز الكتاب الحكمي على مسافة بحيث إذا كان شهود الأصل في مكان لا يتمكنون من العودة إلى بيوتهم في مساء ذلك اليوم فيما إذا أرادوا الذهاب للشهادة في محل أصل الدعوى.

وقد قال الامام مالك بذلك والقول المفتى به هو قول الإمام أبي يوسف «الفتح».

ثانياً- يشترط أن يكتب الكتاب الحكمي من طرف القاضي المنسوب من قبل السلطان سواء كان هذا القاضي قاضي بلدة صغيرة أو مدينة كبيرة ولا يقبل الكتاب الحكمي الذي كتبه المحكم ولا يعمل به «التنوير ورد المحتار».

ثالثاً- يشترط حين كتابة الكتاب الحكمي أن يكون للقاضي المكتوب إليه الولاية فلذلك لو كتب القاضي الكتاب وقال في كتابه (إن كتابي هذا لكل قاض مسلم يصل إليه) فوصل ذلك الكتاب إلى قاض لم يكن قاضياً حين تحرير ذلك الكتاب بل نصب قاضياً بعد ذلك التاريخ فلا يقبل الكتاب لأنه لم يكن لذلك القاضي ولاية وقت الخطاب (رد المحتار).

رابعاً- يشترط أن يقبل الكتاب الحكمي من القاضي المخاطب به بالذات ولا يجوز قبوله من نائبه كما أنه إذا كان الخطاب في الكتاب الحكمي إلى نائب القاضي وصرح فيه باسمه فيشترط قبول الكتاب من النائب المذكور وليس لمستنيبه قبوله إذ ان الكتاب يجب أن يقبل من المكتوب إليه فقط «رد المحتار».

خامساً- يشترط في الكتاب الحكمي وجود خمسة معالم، وتعبير آخر من المعلوم للمعلوم في المعلوم وللمعلوم عليه والمعلوم الأول: القاضي الكاتب، والثاني: القاضي المكتوب إليه، والثالث:

المدعي به، والرابع: المدعي، والخامس: المدعى عليه. «الشبلي». فلذلك يلزم أن يكون معلوماً في الكتاب الحكمي اسم ونسب وشهرة القاضي الكاتب والقاضي المكتوب إليه ودعوى المدعي التي أقامها أمام القاضي الكاتب وأن يكون معلوماً في تلك الدعوى المدعي والمدعى عليه بموجب المادة «١٦١٧» وأن يكتب اسم ونسب وشهود الأصل الذين شهدوا في تلك الدعوى وانهم شهدوا في دعوى فلان بن فلان بن فلان الصحيحة بعد الاستشهاد شهادة صحيحة متفقة اللفظ والمعنى وأنه تحقق بأن الشهود المذكورين عدول ومقبولو الشهادة أولاً بالتركية سراً ثانياً بالتركية علناً (١) وأن يكتب اسم ونسب وشهود الطريق.

فلذلك لا يعمل بالكتاب الحكمي الذي لم يذكر فيه اسم أب وجد المدعي والمدعى عليه والشهود.

ويجب تعريف المدعي على هذا الوجه بأقصى درجة حتى لا ينتحل أحد اسم الآخر ويأخذ ماله بغير حق (الولوالجية).

كذلك تعريف شهود الأصل أولى حتى يتمكن المشهود عليه الغائب من معرفة أنسابهم حتى إذا أراد الطعن في بعضهم ليمكن من التفريق بين الشاهد المطعون فيه من غيره، أما إذا لم يكتب القاضي الكاتب اسم ونسب وشهود الأصل على الوجه المذكور وكتب (ان الشهود عدول وشهدوا بذلك الحق عندي بعد الاستشهاد وقد زكيتهم وعدلتهم سراً وعلناً) فيكفي ذلك.

فلذلك إذا كتب الكتاب الحكمي بقوله من فلان إلى فلان فلا يقبل كما أنه لو كتب من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل أيضاً ما لم تكن كنية مشهورة كأبي حنيفة، كذلك لو ذكر الاسم ولم يذكر الأب إلا أنه نسب إلى قبيلة فلا يصح الكتاب الحكمي، أما لو ذكر اسم أب الشاهد وجده وترك ما عدها فيصح بالإجماع (الولوالجية).

سادساً - يشترط أن يكون عنوان الكتاب داخل الكتاب أيضاً فلذلك إذا ترك العنوان في داخل الكتاب واكتفى بتحريه في ظاهر الكتاب فلا يجوز كما أنه يجب أن يكون العنوان في الظاهر أيضاً وقد قال بعض الفقهاء: إن لزوم وجود العنوان في باطن الكتاب هو كان للعرف عند متقدمي الفقهاء وان العرف بيننا أن يكون العنوان ظاهر الكتاب فلذلك إذا لم يكن العنوان في الباطن فيكفي العنوان الذي في ظاهر الكتاب ويجوز العمل بذلك الكتاب (الزبلي).

وفي الحقيقة أن العرف والعادة في الوقت الحاضر هكذا:

سابعاً - يشترط أن يكون الكتاب الحكمي مؤرخاً فإذا شهد الشهود على تاريخ الكتاب

(١) لأن القاضي المكتوب إليه محتاج إلى أن يقضي وإنما يمكنه القضاء إذا ظهرت عدالة الشهود فإن لم يكتب عدالة الشهود فلا بأس به لأن القاضي المكتوب إليه الكتاب يتفحص عن حال الشهود الذين شهدوا عند القاضي بالحق فمتى ظهرت العدالة حينئذ يقضي «الولوالجية» قالوا لو كتب وأقام شهوداً عدولاً عرفتهم بالعدالة وسألوا عنهم عدولاً فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم (الفتح).

الحكمي غير المؤرخ لا يقبل «الشبلي»، وفائدة التاريخ هي أن القاضي المكتوب إليه الذي سيتلقى كتاباً مؤرخاً يدقق في هل أن القاضي الكاتب هو قاض بتلك البلدة بتاريخ كتابه أم لا (الدرر) فإذا ظهر له أن القاضي لم يكن قاضياً بتاريخ الكتاب بل كان قاضياً بعد ذلك فلا يعمل بالكتاب .

ثامناً - يشترط أن يكون الكتاب الحكمي في غير الحقوق التي تدرأ بالشبهات كالحد والقود وعليه فلا يجوز الكتاب الحكمي في دعاوى القصاص مثلاً لو كتب قاض في دعوى قصاص كتاباً حكماً وحكم القاضي المكتوب إليه بموجب ذلك الكتاب فلا ينفذ حكمه .

ويقبل الكتاب الحكمي في القرض والدين ولو كان مؤجلاً^(١) والعقار وفي جميع المنقول كالحيوانات والثياب على القول المختار والمفتى به^(٢) وفي المغصوب والأمانة والمضاربة والشفعة والوكالة والإخراج عن الكفالة والنكاح والطلاق والوصية والنسب والوراثة والقتل الموجب للمال «الولوالجية» .

يجب تعريف المدعى به وتوصيفه لأنه إذا كان المدعى به غير حاضر في مجلس الحكم ومشار إليه ولم يجر تعريفه وتوصيفه يكون غير معلوم ودعوى المجهول غير صحيحة حسب المادة (١٦١٩) .

وقد ذكر في المادة «٦٢٦» من المجلة أن الدين يعلم ببيان الجنس والنوع والقدر والوصف ولا يحتاج للإشارة كما أن العقار يعلم بالتحديد ولا يحتاج فيه للإشارة حسب المادة «١٦٢٣» .

كذلك إذا عرف المنقول من طرف المدعي بدرجة نهائية وذكر أنه في يد فلان الغائب فيكون معلوماً ويجوز فيه أيضاً الكتاب الحكمي «الدر والشربلالي والتقدير» .

كذلك لو ادعى رجل دعوى نكاح على امرأة أو ادعت امرأة دعوى نكاح على رجل وطلب كتاباً حكماً فيعطيان، كذلك لو ادعت امرأة دعوى طلاق على زوجها الغائب وطلبت من القاضي كتاباً حكماً فعلى القاضي أن يجيئها إلى ذلك . كذلك إذا كانت الدار المنازع فيها في محل المدعى عليه أو في محل القاضي الكاتب أو كانت في بلدة أخرى فيجوز الكتاب الحكمي لأنه حسب المادة «١٨٠٧» يجوز لقاضي بلدة أن يفصل في دعوى عقار كائن في بلدة أخرى .

ولنورد بعض أمثلة لإيضاح هذه المسألة :

لو أن خالداً الذي هو من أهالي دمشق كفل دين كمال لجمال بأمر كمال ثم بعد ذلك أدى خالد المبلغ المذكور لجمال وقبل أن يرجع على كمال بما آداه سافر كمال إلى بلدة أخرى بعيدة مدة السفر كحلبل فلخالد أن يدعي في حضور قاضي بلدته أي قاضي دمشق قائلاً: إنه قد كفل دين كمال

(١) ويكتب في الدين المؤجل ويبين الأجل ليطالبه إذا حل هناك «الفتح» .

(٢) وفي بعض الأقوال غير جائز في المنقول، لأن الشرط فيما ينقل الإشارة إليه من المدعي والشهود فإذا انعدم هذا الشرط لا تقبل الدعوى والبينة «الولوالجية في آداب القاضي» .

لجمال بأمر كمال وقد أدى المكفول إلى جمال وأن يثبت دعواه هذه بالبيّنة وللقاضي أن يرسل تلك البيّنة بعد التعديل والتركيبة إلى قاضي البلدة الأخرى التي هي حلب. كذلك لخالد أن يذهب إلى قاضي بلدته ويدعي قائلاً: «إنني كفلت دين جمال الذي هو من أهالي البلدة الفلانية البعيدة مدة السفر الذي في ذمة كمال وهو كذا درهماً وبعد كفالي المذكورة قد أخرجني جمال من الكفالة إلا أنه قد أنكر إخراجه لي وطلب مني المبلغ المذكور وإذا ذهبت إلى تلك البلدة يطالبني بذلك فلذلك أطلب استماع بيتي على كون جمال قد أخرجني من الكفالة وأعطني كتاباً حكماً» فإذا ادعى ذلك وسمعت البيّنة يعطى الكتاب .

تاسعاً - يشترط أن يكتب الكتاب الحكمي استناداً على استماع الشهود عليه فلا يجوز للقاضي الكاتب أن يكتب الكتاب الحكمي بناء على علمه كما أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه فلذلك لو كتب القاضي كتاباً حكماً للقاضي المكتوب إليه قائلاً فيه: «إن هذا المدعي له في ذمة المدعى عليه الغائب من جهة القرض عشرة دنانير وان ذلك معلوم لدي لوقوع الاقراض والتسليم في حضوري» «الحموي» فلا يجوز .

عاشراً - يجب أن يكون كتاب القاضي إلى القاضي في المسائل التي تتوجه الخصومة فيها على الخصم ولا يجوز في المسائل التي لا تتوجه فيها الخصومة .

مثلاً لو توجه أحد إلى القاضي وقال له «قد كنت مديناً لزيد بن عمرو بن بكر الغائب المقيم في البلدة الفلانية وقد أدبت له الدين تماماً أو أنه أبرأني من ذلك الدين وأنه يحتمل إذا ذهبت إلى تلك المدينة أن يطالبني بذلك الدين وان شهودي على الأداء أو الإبراء موجودون هنا فاستمع شهودي وأرسل كتاباً حكماً إلى قاضي بلدة دائني المذكور» فعند أبي يوسف لا تستمع الشهود ولا يعطى له كتاب حكمي خلافاً لمحمد .

أما لو قال ذلك الشخص: إنني أدبت ذلك الدين للدائن أو ان الدائن أبرأني منه إلا أنه ينكر الأداء أو الإبراء وقد طالبني بذلك المبلغ فالزمي للمخاصمة أمام قاضي البلدة الفلانية فاطلب كتاب القاضي لإثبات دفع دعواي فتسمع شهوده ويعطى له كتاب القاضي «الولولجية في الفصل الحادي عشر من الشهادات والحموي وفتح القدير» .

حادي عشر - يشترط أن يوقف القاضي الكاتب شهود الطريق على مضمون كتاب القاضي حيث إن الشهود المذكورين سيشهدون أمام القاضي المكتوب إليه على مضمون كتاب القاضي فلا يمكنهم الشهادة دون العلم. وقد فصلت كيفية الشهادة في المسألة العشرين وإيقافهم على كتاب القاضي يكون بقراءة الكتاب عليهم أو بتفهمهم مندرجاته .

ثاني عشر - يشترط بعد طي الكتاب الحكمي وتحتيمه في مواجهة شهود الطريق تسليم الكتاب إلى المدعي، على قول أبي يوسف المفتى به، ولزوم التختيم هو لمنع توهم التغيير (الزبلي) ولزوم تختيم الكتاب في مواجهة شهود الطريق هو ليتمكن الشهود المذكورون من الشهادة بأنه جرى

التختم في حضورهم ولا يعتبر الختم الذي في داخل الكتاب الحكمي أو في ذيله فلو أنكر ختم القاضي الذي على الكتاب أو كان الكتاب الحكمي مكشوفاً فلا يقبل ولو كان في ذيل الكتاب خاتم القاضي (رد المحتار والولوجية).

إلاً أنه لو شهد الشهود المذكورون على مضمون الكتاب الحكمي على الوجه المذكور في المسألة التاسعة عشرة فيقبل الكتاب ولو لم يكن فيه ختم وحتى لو كان الكتاب في يد المدعي (رد المحتار).

أما عند الإمام فيجب تسليم الكتاب الحكمي في مجلس الحكم للشهود وعلى ذلك لو سلم الكتاب للشهود في غير مجلس الحكم فلا يصح والكتاب الذي لا يكون في يد المدعي على الوجه المذكور ويكون في يد الشهود لا يشترط أن يكون محتوماً ظهره على القول المفتى به (رد المحتار).

ثالث عشر - إذ كان سيرسل وكيل المدعي لطلب الحق في الكتاب الحكمي يحلف المدعي على الوجه الآتي:

وهو أنه إذا كان كتاب القاضي في حق مال وكان المدعي الذي يطلب ذلك الحق لا ينوي الذهاب إلى بلدة المدعى عليه بالذات بل يرغب في ارسال وكيل عنه لأخذ ذلك المال وتحصيله فالقاضي الكاتب يحلف هذا المدعي على أنه لم يأخذ ولم يقبض بالذات المال الذي يطلبه من الغائب كلاً أو بعضاً ولم يبريء ذمة الغائب المذكور من ذلك المال أو من دعواه أو من كافة الدعاوي وأنه لا يعلم أن رسوله أو وكيله قد قبض كل المال أو بعضه من المدعى عليه؛ لأنه من الجائز أن يدعي المدعى عليه الغائب دفعاً في حضور القاضي المكتوب إليه تأدية ذلك المال على ذلك الوجه ولم يكن لديه بيينة ويوجه اليمين على المدعي فإذا حلف المدعي ابتداء اليمين على هذا الوجه يندفع الدفع فتقصر المسافة (الدر).

المسألة الخامسة - لا يشترط أن يكون الكتاب الحكمي في حق شاهدين فلذلك يجوز أن يكون في حق شاهد واحد وبيان ذلك هو لو كان لأحد مقيم في بلدة دين في ذمة آخر مقيم في بلدة أخرى وكان له شاهد في تلك البلدة وشاهده الآخر في البلدة الأخرى وطلب سماع دعواه وشاهده من قاض تلك البلدة فالقاضي يستمع الدعوى والشاهد الواحد ويعطى كتاب القاضي والمدعي يثبت دعواه بالشاهد الواردة شهادته في كتاب القاضي وبالشاهد الآخر المقيم في بلدة القاضي المكتوب إليه (الحموي).

المسألة السادسة - إذا كان الكتاب الحكمي لم يجر فيه اسم القاضي بل حرر فيه عبارة قاضي البلدة الفلانية وكان لتلك البلدة قاض واحد فيكفي إضافة القاضي ونسبته إلى تلك البلدة ولا يشترط ذكر اسم وشهرة القاضي المذكور حيث أن كون قاضي البلدة المذكورة واحداً فيإضافة القاضي إلى محل ولايته يحصل التعريف، أما إذا كان للبلدة المذكورة قضاة متعددون فلا يكفي الإضافة للبلدة (رد المحتار).

المسألة السابعة - لا يزكي القاضي المكتوب إليه شهود الأصل الذين زكوا سراً وعلناً من القاضي الكاتب أما في الشهادة على الشهادة يجب تزكية شهود الأصل وشهود الفرع (الشرنبلالي).

المسألة الثامنة - يكتب عنوان كتاب القاضي على أربعة أوجه:

أولاً: يكتب الابتداء بالتعميم فلا يكتب اسم القاضي المكتوب إليه ونسبه بل يكتب (لكل قاض يصل إليه كتابي هذا) وهو كاف عند أبي يوسف والعمل عليه.

ثانياً: يكتب الإبتداء بالتخصيص فيكتب اسم ونسب وشهرة القاضي المكتوب إليه فيقال (إلى قاضي غزة - السيد عبد الحي بن عبد الرحمن... آل الحسيني) ويصح ذلك.

ثالثاً: يخصص الإبتداء ثم يعمم فيقال (إلى قاضي بلدة غزة السيد عبد الحي بن عبد الرحمن... آل الحسيني وإلى كل قاض يصل إليه كتابي هذا) ويصح ذلك أيضاً، وإذا كتب الكتاب على الوجه الثالث فلكل قاض يصل إليه الكتاب المذكور أن يعمل به (الشبلي).

رابعاً: يعمم الإبتداء ثم يخصص فيقال «إلى كل قاض يصل إليه كتابي هذا وإلى قاضي بلدة غزة السيد عبد الحي بن عبد الرحمن... آل الحسيني» وكتابته على هذا الوجه تكفي عند الإمام الثاني وقد رجح هذا القول في الفتح والخلاصة (رد المحتار).

المسألة التاسعة - إذا لم يصل شهود الطريق إلى القاضي المكتوب إليه بسبب مرضهم أثناء السفر وبقائهم أو رجوعهم إلى بلدتهم أو ذهابهم إلى بلدة أخرى واشهدوا آخرين على شهادتهم فإذا شهد الذين اشهدوا بطريق الشهادة على الشهادة على الكتاب الحكمي فتقبل شهادتهم (الدرر والولولجية).

المسألة العاشرة - يكتب كتاب القاضي تطبيقاً على الصورة الآتية:

إلى قاضي حلب السيد عمر بن جمال بن كمال حسيبي أو لكل قاض من قضاة المسلمين يصل إليه كتابي هذا: ان حسنا من أهالي حلب الذي أعلم بالذات أن اسم ابيه يونس واسم جده أحمد وان حسنا الذي أثبت بالشهود المعدلة ان اسم ابيه يونس واسم جده أحمد ادعى في حضوري في محكمة دمشق^(١) ان الدار المحدودة بحدودها الأربعة كذا الكائنة في بلدة حلب في محلة الجمالية هي ملكه الصريح وأن عليا ابن محمد بن حسن المقيم في حلب البعيدة مدة السفر^(٢) الثابت والمتحقق ذلك بيينة شرعية واضع اليد عليها بغير حق ولا وجه شرعي وأن المدعى عليه المذكور ينكر أن الدار

(١) قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يصح التعريف في قولها وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه إلى قبيلة أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفاً بالإتفاق وإن كان مشهوراً لا يحتاج إلى هذا «الفتح».

(٢) وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافاً في المسألة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي «الفتح».

المذكورة ملك للمدعي وأن لديه شاهدين على دعواه هذه هما فلان بن فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان موجودان هنا، وأن وجوده مع الشاهدين المذكورين في محكمة البلدة الموجود بها المدعى عليه المذكور متعذر فطلب استماع شاهديه المذكورين وان انهى ذلك إلى حضوركم الكريم بطريق كتاب القاضي فاخطر بجلب شاهديه فحضر فلان بن فلان بن فلان من أهالي محلة الصالحية التاجر^(١) وفلان بن فلان بن فلان من أهالي المحلة المذكورة واوصافها طويلا القائمة سوداوا العيون سود اللون واللحية وبلغ عمرهما تخميناً خمسين سنة، لأجل الشهادة إلى مجلس الحكم ولدى استشهادهما شهد بعد بيان حدود الدار الأربعة على الوجه الشرعي بين الدار المحدودة والمذكورة هي ملك ومال المدعي المذكور وان المدعى عليه الغائب على المذكور واضع يده عليها بغير حق واننا شاهدان على ذلك ونشهد به وشهدا على هذا الوجه متفقي اللفظ والمعنى وقد زكى الشاهدان المذكوران من التجار المنسوين إليهم وهما فلان بن فلان وفلان بن فلان ثم جرت تزكيتهما بالمواجهة علناً فتحقق أنها عدلان ومقبولا الشهادة، وقد حرر هذا الكتاب توضيحاً وتوصيفاً يجريان المعاملة على المتوال المشروح وقد اشهدت شاهدي الطريق فلان بن فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان على أن هذا الكتاب هو كتابي وأن الخاتم الذي في ذيله هو خاتمي وقرئ كتابي هذا عليها وأفهمها مضمونه وقد وضعت في حضور شاهدي الطريق المذكورين امضائي وشهرتي التي هي عبارة قاضي دمشق أحمد عاصم بن محمد زكي بن مصطفى في ذيل كتابي هذا وختمت ذيله بخاتمي المنقوش باسم كذا وطويت بحضورهما كتابي هذا ووضعت في مغلف واقفلت خارج المغلف وختمت خارج المغلف بختمي المذكور وختمته أيضاً باختام شاهدي الطريق المذكورين وارسلته إلى جانبكم العالي صحبة المدعي المذكور.

الامضاء

في رمضان سنة

قاضي دمشق أحمد عاصم بن محمد زكي بن مصطفى

الختم

أحمد عاصم

المسألة الحادية عشرة: ان تختيم ظاهر الكتاب الحكمي أي تختيم مغلفه من قبل الشهود موجب زيادة التوثيق (الشبلي).

في الناذج المذكورة في الكتب الفقهية لكتاب القاضي ومن الجملة في الشبلي قد ذكر فيها اسم القاضي الكاتب وشهرته في أول كتاب القاضي فيذكر عبارة من قاضي دمشق فلان بن فلان بن فلان إلى قاضي حلب فلان بن فلان بن فلان وقد كان ذلك من عادات التحرير في ذلك الزمن أما الآن فالعادة أن يكتب اسم وشهرة القاضي المكتوب إليه في مبدأ التحرير واسم وشهرة القاضي الكاتب في ذيله وقد حررنا هذا النموذج اتباعاً لعادة التحرير في هذا الزمن.

(١) والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم إلى مصلاه وحرفته ان تاجرا فتاجر أو مزارعاً فمزارع والمقصود تعريف الشهود «فتح القدير».

المسألة الثانية عشرة: إذا لم يكن كتاب قاض فلا تقبل شهادة شهود الطريق ولو شهدوا على كافة الأحوال التي يجب ذكرها في الكتاب الحكمي المذكورة في المسألة التاسعة عشرة (الدر المنتقى والشبلي).

المبحث الثاني

في حق وظائف القاضي المكتوب إليه

المسألة الثالثة عشرة: لا يشترط عند أخذ القاضي المكتوب إليه كتاب القاضي حضور المدعى عليه أثناء ذلك لأن هذا الكتاب هو عائد للقاضي المكتوب إليه وخاص به وبمجرد قبول الكتاب لا يترتب أي حكم. كذلك لا يلزم البينة عند أخذ القاضي المكتوب إليه الكتاب الحكمي، وتعبير آخر لا يلزم استشهاد شهود الطريق ولكن ليس للقاضي بدون حضور الخصم وبدون تحقق أن الكتاب هو كتاب القاضي أن يفتح الكتاب المذكور وأن يعمل به أي أن يحكم على المدعى عليه لأن كتاب القاضي للقاضي هو بمنزلة الشهادة على الشهادة والقاضي لا يقبل الشهادة على الشهادة إلا في حضور الخصم (الزبلي والدرر ورد المحتار) بخلاف سماع القاضي الكاتب فإنه جاز بغيبة الخصم لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزاً بغيبته (العناية).

قال في المحيط: الأولى أن يكون الفتح في حضرة الخصم وأن فتح بغير محضر منه جاز (السيد الجلبلي).

المسألة الرابعة عشرة: إذا حضر القاضي المكتوب إليه الخصم بطلب المدعي يسأله القاضي هل هو فلان بن فلان المحرر اسمه بكتاب القاضي والذي استمع عليه البينة من طرف القاضي الكاتب فإذا أقر الخصم بأنه ذلك الشخص أو أنكر وأثبت المدعي بالشهود أنه هو الخصم المذكور اسمه في كتاب القاضي وزكى الشهود سراً وعلناً يطلب من المدعي تقرير دعواه ثم يستجوب المدعى عليه فإذا أقر المدعى عليه بالمدعى به يلزمه بإقراره. وفي هذه الحالة لا يبقى ثمة حاجة إلى كتاب القاضي ولا لشهود الطريق لأنه كما ذكر في المسألة الأتفة ان كتاب القاضي إلى القاضي هو بمنزلة الشهادة على الشهادة وللقاضي أن يستمع الشهادة على الشهادة في حالة إنكار المدعى عليه وفي كتاب القاضي الحال على هذا المنوال (الولوالجية). أما إذا أنكر المدعى عليه المدعى به ينظر القاضي المكتوب إليه إلى الختم المختوم على غلاف كتاب القاضي الذي سلم له في ذلك الوقت أو قبل ذلك الوقت من طرف شهود الطريق أو من طرف المدعي فإذا وجده صحيحاً غير منكسر يريه للمدعى عليه فإذا أقر المدعى عليه بأن الكتاب المذكور هو كتاب القاضي الكاتب فلا حاجة لشهود الطريق والقاضي يفتح الكتاب المذكور ويتلوه على المدعى عليه ويحكم على المدعى عليه بموجبه (فتح القدير والشبلي).

أما إذا أنكر المدعى عليه أن الكتاب المذكور هو كتاب القاضي الكاتب فبعد أن يقرأه القاضي

في مواجهة المدعى عليه وشهود الطريق يستشهد شهود الطريق وصورة الشهادة المذكورة في المسألة التاسعة عشرة، وان أول من سأل على كتاب القاضي البيهنة سوار بن عبدالله البخاري .
ولكن عند الخصاص يجب فتح الكتاب بعد شهادة شهود الطريق وإجراء تركيتهم «الشبلي وفتح القدير والعناية» .

فإذا شهد الشهود بقولهم إن هذا الكتاب هو كتاب قاضي البلدة الفلانية فلان بن فلان بن فلان آل كذا قد قرأه علنياً في مجلس الحكم وختم الغلاف في حضورنا وسلمه لنا «على قول الإمام الأعظم» أو سلمه إلى المدعي «على قول الإمام أبي يوسف» يسأل القاضي المدعى عليه ماذا تقول في شهادة هؤلاء الشهود فإذا قال المدعى عليه ان الشهود صادقون في شهادتهم أو عدول في شهادتهم فيكون ذلك إقراراً منه بالكتاب الحكمي فيحكم عليه بناء على إقراره بموجب الكتاب الحكمي أما إذا قال المدعى عليه بأن هؤلاء الشهود شهود زور أو قال إنهم عدول وأنكر الكتاب الحكمي فالقاضي لا يحكم فوراً بموجب الكتاب الحكمي بل يزكي الشهود سراً وعلناً ويحقق عدالتهم فإذا أثبت أن الشهود عدول يفتح القاضي ذلك الكتاب في محضر المدعى عليه والشهود ويتلوه على المدعى عليه ويحكم عليه بموجب ذلك الكتاب. أنظر المادة (١٧١٦) (رد المحتار والشبلي)، أما إذا لم تثبت عدالة شهود الطريق فيرد القاضي شهادة الشهود ويطلب من المدعي شهود طريق آخرين إذا كان لديه ذلك (الولولجية) وإذا لم يكن لديه شهود آخرون يخلف الخصم .

المسألة الخامسة عشرة - إذا امتنع المدعى عليه من الحضور إلى المحاكمة تجري المعاملة بموجب المواد (١٨٣٣ و ١٨٣٤ و ١٨٣٥) «الخانية» .

المسألة السادسة عشرة: إذا ادعى المدعى عليه بأن المدعي قد أبرأه من المدعى به أو من كافة الدعاوي أو ادعى تسليم المدعى به للمدعي يعمل بموجب المادة (١٦٣٢) .

المسألة السابعة عشرة: يحكم القاضي المكتوب إليه بموجب رأيه ومذهبه ولو كان رأيه ومذهبه مخالفاً لرأي القاضي الكاتب لأن ذلك هو حكم ابتداء (الولولجية) مثلاً لو كان القاضي الكاتب حنفي المذهب والقاضي المكتوب إليه شافعي المذهب فالقاضي المكتوب إليه يحكم بموجب أحكام مذهبه ولا يكون مجبوراً لأن يعمل برأيه ومذهب القاضي الكاتب والحال ان الأمر عكس ذلك في حكم القاضي كما هو مبين في شرح المادة (١٨٣٨) (الزيلي والولولجية) .

المسألة الثامنة عشرة: إذا وجد في الكتاب الحكمي أمر مخالف لما شهد به شهود الطريق يرد القاضي المكتوب إليه كتاب القاضي (الزيلي) .

المسألة التاسعة عشرة: إذا ادعى المدعى عليه بأنه لم يكن الشخص الذي شهد عليه شهود الأصل في حضور القاضي الكاتب وتعبير آخر أنه لم يكن فلان بن فلان بن فلان المذكور اسمه في الكتاب الحكمي وإن أباه وجدته هما مسميان باسم آخر فعلى المدعي أن يثبت بالبينة أن المدعى عليه هو الشخص المذكور اسمه في الكتاب الحكمي لأن القاضي وان كان عالماً من الكتاب الحكمي بأن المدعي هو صاحب الحق المدعى به إلا أنه لم يعلم من هو المطلوب منه فوجب على الطالب أن يقيم

البينة لتعيين المطلوب منه حتى يتعين المدعى عليه ويقتدر القاضي على الحكم عليه (الولواجية). كذلك لو ادعى الخصم أن اسمه ونسبه وصفته وقبيلته موافقة لاسم وصفة وقبيلة المدعى عليه إلا أنه يوجد في القبيلة المذكورة شخص بعين الاسم والنسب والصفة وأثبت ذلك فتندفع خصومة المدعي وليس للقاضي أن يعمل بذلك الكتاب الحكمي حتى يعرف الرجل المطلوب فيه لأنه لم يتعين هو مطلوباً وإذا لم يثبت ذلك فيحكم القاضي عليه «الشبلي» لأنه تعين مطلوباً فانصب خصماً (الولواجية). وإن قال أنا فلان بن فلان وليس لهذا علي شيء لم يقبل منه ذلك لأنه أقر أن المكتوب في الكتاب هو فلا يكون جوده الحق حجة له «الولواجية».

المبحث الثالث

في حق كيفية الشهادة على كتاب القاضي

المسألة العشرون: تكون الشهادة على الكتاب الحكمي على ثلاث درجات:

الدرجة الأولى - أن يشهد شهود الطريق على مندرجات كتاب القاضي وهو قولهم: إنا نشهد أن هذا الكتاب هو كتاب قاضي البلدة الفلانية فلان بن فلان بن فلان آل كذا وان هذا المدعي في مجلس حكم القاضي المذكور قد ادعى أن له في ذمة المدعى عليه من جهة القرض مائة دينار واستشهد بالشهود المذكور اسمهم ونسبهم في كتاب القاضي وقد شهد الشهود المذكورون متفقي اللفظ والمعنى بأن لهذا المدعي في ذمة هذا المدعى عليه مائة دينار وأن القاضي الكاتب المذكور قد زكى الشهود سراً وعلناً وتحقق له أنهم عدول مقبولو الشهادة وقد حرر القاضي القول المذكور في هذا الكتاب بعد ذلك وتلاه في حضورنا وختمه وسلمه لنا (أو لهذا المدعي) في مجلس الحكم واننا نشهد بذلك وشهود عليه فهذه الشهادة مقبولة بالاتفاق.

الدرجة الثانية - وهي أن لا يشهد شهود الطريق على مندرجات الكتاب بل يشهدون على أن (هذا الكتاب هو كتاب قاضي بلدة كذا فلان بن فلان بن فلان وقد قرأه وختمه في حضورنا وسلمه لنا، أو لهذا المدعي في مجلس الحكم). فالشهادة على هذا الوجه تقبل بالاتفاق.

الدرجة الثالثة - هو أن لا يشهد الشهود على مندرجات الكتاب وعلى قراءته وتختيمه بحضورهم بل يشهدون (بأن الكتاب هو كتاب قاضي البلدة الفلانية) وهو أنه إذا لم يكن كتاب القاضي في يد المدعي بل سلم من القاضي الكاتب لشهود الطريق وكان في يد هؤلاء الشهود فإذا شهد الشهود بقولهم (ان هذا الكتاب كتاب قاضي البلدة الفلانية فلان بن فلان) فيقبل ذلك عند الإمام أبي يوسف ولا يشترط أن يكون الكتاب المذكور محتوماً وأن يشهد الشهود بأن القاضي ختمه بحضورهم كما أنه لا يجب أن يشهد الشهود بقول ان القاضي الكاتب قرأه عليهم في مجلس حكمه وسلم الكتاب إليهم وقد رجح الإمام السرخسي قول الإمام أبي يوسف تسهلاً على الناس (الزيلي والشبلي ورد المحتار والدر المنتقى وفتح القدير).

المبحث الرابع

في حق جواز كتاب القاضي أكثر من درجة

المسألة الحادية والعشرون: إذا كان الخصم حين وصول كتاب القاضي إلى القاضي المكتوب إليه ذهب إلى بلدة قاض آخر كأن يعلم الخصم ورود الكتاب الحكمي بحقه فيفر إلى مدينة أخرى فللقاضي المكتوب إليه أن يكتب للقاضي الثالث كتاباً حكماً بطلب المدعي وهو أن القاضي الأول المكتوب إليه يقبل كتاب القاضي الأول الكاتب ويستمتع شهادة شهود الطريق توفيقاً للمسائل السالفة وبعد تزكية الشهود يعلم الكيفية للقاضي الثالث مع درج كتاب القاضي الأول عيناً أو خلاصة (الولولجية) وإذا لزم الأمر أن يكتب كتاب آخر من القاضي الثالث إلى القاضي الرابع فتجري المعاملة على هذا الوجه «الفتح».

المسألة الثانية والعشرون: وكما يكتب القاضي الكاتب الأول عن المعلومات الثابتة بحضوره أي أن الشهود قد شهدوا بأن للمدعي حقاً عند المدعى عليه فكذلك القاضي الكاتب الثاني يكتب الكيفيات الثابتة بحضوره أي أنه يكتب بأنه قد ثبت لديه أن الكتاب الحكمي هو كتاب القاضي الكاتب الأول، أما إذا رجع الخصم إلى بلدة القاضي المكتوب إليه قبل أن يكتب الكتاب إلى القاضي الثالث فليس للقاضي أن يحكم عليه بموجب شهود الطريق الذين استمعهم في غيابه بل المدعي مجبور على إقامة الشهود مرة أخرى، لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وإنما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (فتح القدير).

المسألة الثالثة والعشرون: ليس للقاضي الثاني قبل أن يثبت لديه على الوجه الآنف الذكر بأن الكتاب هو كتاب القاضي الكاتب الأول أن يلف الكتاب المذكور ويكتب للقاضي الثالث. لأن الشهود لم يشهدوا على الكتاب فلا يلزمه ذلك (الولولجية).

المسألة الرابعة والعشرون: إذا وجد قاض ثالث في بلدة كائنة بين بلدة المدعي وبين البلدة التي يقيم فيها الخصم وطلب من قاضي بلدته أن يكتب لقاضي البلدة الثالثة بأن يكتب كتاباً حكماً له لقاضي البلدة الثانية فيجيبه القاضي إلى ذلك حيث أنه إذا أخذ كتاباً لقاضي بلدة الخصم فلا يجد شهود الطريق فعلى القاضي أن يجيبه، لأن الإنسان قد يتبل بهذا (الولولجية).

المسألة الخامسة والعشرون: يكتب القاضي المكتوب إليه الأول الكيفية إلى القاضي المكتوب إليه الثاني بعد استماع شهود الطريق وتزكيتهم وإذا أراد يذكر في كتابه مندرجات الكتاب الحكمي الأول وإن شاء درج خلاصته كما أنه يبين المعاملات التي جرت في حضوره كاستماع الشهود.

المسألة السادسة والعشرون: إن هذا القاضي المكتوب إليه الثاني يوفق معاملاته على المسائل المندرجة في المبحث الثاني.

المبحث الخامس

في الأحوال المبطله لكتاب القاضي

المسألة السابعة والعشرون: إذا سقط القاضي الكاتب من أهلية القضاء بوفاته أو بعزله أو بجنونه أو بحده بحد القذف أو بطرود العمى عليه قبل أن يقرأ القاضي المكتوب إليه الكتاب الحكمي يبطل الكتاب المذكور لأن الكتاب الحكمي هو بمنزلة الشهادة على الشهادة فكما تبطل شهادة شهود الفرع إذا توفي شهود الأصل قبل أداء شهود الفرع شهادتهم يبطل أيضاً كتاب القاضي إذ ما يمنع القضاء بشهادة يمنع القضاء بكتابة (رد المحتار) أما إذا توفي القاضي الكاتب أو جن بعد أن قرأ القاضي المكتوب إليه الكتاب على الوجه المذكور في المسألة فلا يبطل حكم الكتاب (التنوير).

المسألة الثامنة والعشرون: إذا جاء القاضي الكاتب إلى بلدة القاضي المكتوب إليه قبل حكم القاضي المكتوب إليه بالكتاب الحكمي فلا يعمل بعد ذلك بالكتاب الحكمي ولا يحكم به كالحال في شهود الفرع إذ أنه إذا حضر شهود الأصل قبل شهادة شهود الفرع فلا يستشهد بشهود الفرع (واقعات المفتين).

المسألة التاسعة والعشرون: إذا فقد القاضي المكتوب إليه أهلية القضاء بوفاته أو جنونه ينظر: فإذا كان عنوان الكتاب خاصاً بالقاضي المتوفي يبطل الكتاب الحكمي وإذا كان عنوان الكتاب عاماً بعد التخصيص لا يبطل، وعند أبي يوسف ان الكتاب إذا خصص بعد التعميم لا يبطل وقد رجح صاحب الخلاصة والفتح هذا القول (رد المحتار) وإذا كان عنوان الكتاب ابتداء محرراً على وجه التعميم فلا يبطل أيضاً.

المسألة الثلاثون: لا يبطل الكتاب الحكمي بوفاة الخصم سواء كان المتوفي المدعي أو المدعى عليه لأن وارثه أو وصيه قائم مقام المتوفي، إن كان التاريخ بعد موت المطلوب أو قبله لأن الوارث خلف المورث والوصي نائب الميت «الولولجية» وإذا كان الورثة عديدين فحضور بعضهم يكفي. أنظر المادة «١٦٤٢» «الولولجية».

المسألة الحادية والثلاثون: لا يبطل الكتاب الحكمي بوفاة شاهد الأصل (الدر المختار).

المبحث السادس

في حق رسالة القاضي إلى القاضي والإخبار الشفاهي

المسألة الثانية والثلاثون: لا تقبل الرسالة يعني إذا لم يرد كتاب إلى القاضي الثاني من القاضي

الأول بل جاء أحد من قبل القاضي الأول إلى القاضي الثاني رسوياً وبلغ القاضي الثاني المعلومات التي يجب ذكرها في الكتاب الحكمي وأثبت وقوع التبليغ من طرف الرسول فليس للقاضي الثاني أن يحكم بذلك^(١).

المسألة الثالثة والثلاثون: لا يقبل الأخبار الشفاهي وهو أنه لو ذهب قاضي بلدة بالذات إلى قاضي بلدة أخرى وأخبر القاضي الثاني المعلومات التي يجب درجها في الكتاب الحكمي فلا يعمل القاضي الثاني بها «الولولجية».

خاتمة

في حق صورة الإعلام الذي يصدره القاضي المكتوب إليه بناء على كتاب القاضي

المسألة الرابعة والثلاثون: إن فلان بن فلان بن فلان المقيم في محلة كذا في دمشق مسافراً قد استدعى في استدعائه الذي قدمه بأن له في ذمة فلان بن فلان المقيم في المحلة المذكورة أربعين ديناراً من جهة القرض وطلب الحكم له بأخذها وقد دعى الطرفان إلى المحكمة حسب الأصول وحضرا بالذات ولدى السؤال من المدعي المذكور عن دعواه أجاب أن له في ذمة المدعى عليه الحاضر فلان من جهة القرض أربعين ديناراً وطلب الحكم له بها.

ولدى استجواب المدعى عليه أنكر دعوى المدعي بالكلية فطلب من المدعي إثبات دعواه فقدم كتاباً مطروفاً معنوناً ومختوماً فوق ظرفه بختم أحمد عاصم ومحرفاً على ظرفه أنه من قاضي حلب فلان بن فلان بن فلان وأنه كتاب لكل قاض من قضاة المسلمين الذي يصل إليه الكتاب.

ولدى سؤال المدعى عليه أنكر أن الكتاب المذكور مكتوب من قبل أحمد عاصم قاضي مدينة حلب فأجاب المدعي المذكور بأنه يثبت ذلك بشاهدي الطريق فلان بن فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان الوارد اسمهما في الكتاب الحكمي والذي يظهر ذلك عند فض الكتاب فاستشهد الشاهدان اللذان أحضرهما في مواجهة الطرفين فشهدا متفقي اللفظ والمعنى قائلين: إننا شاهدان ونشهد بأن هذا الكتاب هو كتاب قاضي حلب السيد أحمد عاصم بن فلان بن فلان وقد قرأه في مجلس الحكم علينا وأشهدنا على ذلك وقد طوى الكتاب المذكور في حضورنا ووضع في الغلاف وأقفل الغلاف في حضورنا وختمه بختمه المنقوش بأحمد عاصم وعنونه إلى قاضي دمشق فلان بن فلان ابن فلان وإلى كل قاض من قضاة المسلمين يصل إليه كتابي هذا ثم سلمه بعد ذلك إلى

(١) الفرق بين الرسالة وبين الكتاب هو أن الكتاب من القاضي الكاتب كالحطاب بنفسه للقاضي المكتوب إليه والكتاب وجد منه من موضع القضاء فكان الخطاب موجوداً منه من موضع القضاء ليكون حجة أما في الرسالة فالرسول ينقل خطاب المرسل والنقل اقتصر على هذا الموضع فثبت خطاب المرسل في هذا الموضع والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعية «الولولجية» وفرق وهو أنه ورد الأثر إلى جواز الكتاب وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس «العناية».

هذا المدعي وإنما نشهد على هذا الخصوص على هذا الوجه وإنما شاهدان على ذلك فسئل المشهود عليه (المدعى عليه) عن قوله في حق الشاهدين فأفاد بأنها كاذبان في شهادتهما فصارت تزكيتها أولاً سراً من فلان وفلان وبعده علناً وبالمواجهة من فلان وفلان فهم أنها عدلان ومقبولا الشهادة وبحضور المدعي والمدعى عليه وشاهدي الطريق فض الكتاب الحكمي وقرئ فوجد أنه يتضمن كذا وقد ثبت بأن القاضي الكاتب هو لم يزل قاضي حلب بشهادة الشهود العدول المقبولي الشهادة الثابت ذلك بتزكيتهم سراً وعلناً وهم فلان وفلان أو بإقرار المدعى عليه فلذلك قد حكم على المدعى عليه أن يعطي المبلغ المدعى به الأربعين ديناراً للمدعي المذكور ونبه عليه تحريراً في شهر سنة ختم.

المادة (١٨١٨) - (إن أثبت المدعي دعواه بالبينة حكم القاضي له بذلك وإن لم يثبت يبق له حق اليمين فإن طلبه كلف القاضي المدعى عليه اليمين بناء على طلبه)

إن أثبت المدعي دعواه بالبينة أي إذا شهد الشهود وجرت تزكيتهم سراً وعلناً فظهر أنهم عدول ومقبولو الشهادة حكم القاضي بذلك. انظر المادة (١٧١٦) لأن هذا المدعي قد نور دعواه ودعما بالبينة وإن يكن أنه يحتمل ويتوهم كذب الشهود في شهادتهم إلا أنه لا يمكن التحقيق في حق البشر أكثر من ذلك لأن علم الغيب خاص بالله عز وجل وإصابة الحقائق مرفوعة عنا والطريق لوصولنا إلى الحقائق هي البينة فقط (الولواجية).

إن إصدار الحكم بعد البينة كما ورد في المجلة هو في حال عدم قول المدعى عليه أن لدي دفع أما إذا قال المدعى عليه ان لدي دفع فالقاضي يمهله ثلاثة أيام فإذا لم يقدم دفعه في ظرف تلك المدة يحكم عليه بموجب البينة.

إن هذا الحكم يصدر على المدعى عليه ولو كانت المحاكمة في مواجهة وكيل المدعى عليه أو وصي المتوفي المدعى عليه فعلى ذلك إذا أقيمت البينة في مواجهة وكيل المدعى عليه يحكم القاضي على الموكل الغائب ولا يحكم على الوكيل.

كذلك لو كان للمدعى عليه تركة وأقيمت البينة في مواجهة الوصي أو الوارث فيحكم القاضي على المتوفي وليس على الوصي أو الوارث ويبين في الإعلام بأنه قد حكم على الموكل الغائب أو على الميت في مواجهة الوكيل أو الوصي.

وإذا اجتمعت البينة والإقرار يحكم القاضي بالإقرار وهو أنه إذا أثبت المدعي دعواه بالبينة ثم أقر بعد ذلك المدعى عليه بدعوى المدعي يحكم القاضي بالإقرار ولا يحكم بالبينة لأن البينة لا تقام على المقر بل تقام على المنكر كما بين ذلك في شرح المادة (١٨١٨) «البحر».

وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي ولم يثبت المدعي دعواه بالبينة أي عجز عن إقامتها فيبقى للمدعي عند المدعى عليه حق اليمين فإذا طلب المدعي يمين المدعى عليه كلف القاضي بناء

على طلب المدعي اليمين للمدعى عليه ثلاث مرات على الصور المبينة في شرح مادتي (١٧٤٨ و١٧٤٩) لأن النبي ﷺ سأل المدعي بقوله (هل لديك بينة فأجابه المدعي بلا فقال له لك اليمين فأجابه المدعي أن خصمي يحلف اليمين ولا يبالي فأجابه النبي ليس لك إلا هذا). أي إقامة البينة أو اليمين فصار اليمين حق لإضافته بلام التمليك.

وبما أن المدعى عليه ينكر حق المدعي ويرغب في إتلافه فالشارع قد مكن المدعي من اتواء وإهلاك نفس المدعى عليه بتحليفه اليمين الغموس والكاذبة لأن اليمين الفاجرة تجعل البلاد بلقماً.

إن إظهار العجز عن البينة يكون على وجهين:

الوجه الأول: أن لا يكون لدى المدعي شاهد.

الوجه الثاني: أن يكون شهوده غائبين أي غير موجودين في البلدة التي يقيم فيها القاضي وللمدعي في هذين الوجهين أن يحلف خصمه اليمين (الولولجية في آداب القاضي). أما إذا قال المدعي أن شهودي حاضرون في مجلس الحكم وإنني سأقيمهم بعد حلف خصمي اليمين أو قال ان شهودي موجودون بالبلدة أي البلدة التي يقيم فيها القاضي وبعد حلف خصمي اليمين سأحضرهم فلا يلتفت لطلبه ويؤمر بإحضار بيته. أما إذا قال المدعي ان لدي بينة إلا انني عاجز عن إقامتها لأن الشهود لا يلبون دعوتي فله في هذه الحالة تحليف خصمه (الولولجية في الحادي عشر من الشهادات) بطلب المدعي، يشترط شرطان لاعتبار يمين المدعى عليه:

الشرط الأول: أن يحلف اليمين بطلب الخصم وقد بين في المادة (١٧٤٦) أن الخصم يحلف بطلب المدعي فقط فعلى ذلك لو أراد القاضي تحليف المدعى عليه فقال المدعي لا تحلفه فليس للقاضي تحليفه.

الشرط الثاني: أن يكون اليمين بتكليف من القاضي فلذلك إذا حلف المدعى عليه اليمين بدون طلب وتكليف من القاضي فلا حكم لذلك اليمين ويحلف مرة أخرى. انظر المادة (١٧٤٧) إلا أنه يحلف الخصم في خمسة مواضع بلا طلب كما هو محرر في المادة «١٧٤٦» (مجمع الأنهر والولولجية في الفصل الحادي عشر من الشهادات والدرر وعبد الحلیم في الدعوى).

لزوم اليمين على المدعى عليه، يفهم من هذه المادة أنه يلزم المدعى عليه اليمين وعليه فلو قال المدعى عليه للمدعي، انك تدعي علي بعشرة دنانير فإذا حلفت على ذلك فأؤديها لك فحلف المدعي اليمين وسلمه المدعى عليه العشرة دنانير بناء على ذلك الشرط فللمدعى عليه أن يسترد ذلك (الحانية) ولا يجب على المدعي اليمين بعد حلف المدعى عليه اليمين.

مستثنى: إلا أنه قد ذكر في شرح المادة (٨٩١) أنه يلزم المدعي والمغصوب منه اليمين في مسألة واحدة. «الحموي».

المادة (١٨١٩) - (فإن حلف المدعى عليه اليمين أو لم يحلفه المدعى منع القاضي المدعى من معارضة المدعى عليه).

إذا حلف المدعى عليه اليمين بطلب المدعي وعلى الوجه المبين في مادتي «١٧٤٨ و ١٧٤٩» أو أن المدعي لم يحلف المدعى عليه اليمين منع القاضي المدعى من معارضة المدعى عليه وإذا كلف المدعى عليه لحلف اليمين وكان لديه شبهة في الشيء الذي ادعى به عليه فاللائق به إرضاء خصمه وأن لا يحلف اليمين للاحتراز من الوقوع في الحرام بحلف اليمين الكاذبة.

والإرضاء يتصور على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يعطي المدعي مالاً فداء لليمين ويكون هذا المال بعضاً مثل المدعى به وبعضاً أقل منه وفي الأغلب يكون الصلح على أقل من المال المدعى به (الدرر مثلا مسكين) ولذلك فقد حصل فرق بين هذا الوجه الأول وبين الوجه الثاني الآتي الذكر.

الوجه الثاني: الصلح عن اليمين على مال كأن يدعي أحد على آخر عشرين ديناراً فينكر المدعى عليه ويكلفه المدعي لحلف اليمين فيؤدي للمدعي عشرين ديناراً فداء لليمين أو يؤدي عشرة دنانير فيرضى المدعي وهو جائز، كذلك إذا صولح عن اليمين المذكورة بعشرة دنانير أو عشرين ديناراً ورضي المدعي بذلك صح الصلح؛ ويروى أنه أقيمت دعوى على الصحابي عثمان ذي النورين رضي الله عنه بأربعين درهماً فافتدى يمينه بإعطاء مقدار من المدعى به ولم يحلف اليمين فقيل له: لماذا لم تحلف اليمين وأنت صادق؛ فأجاب إنني أخاف أن أصاب بمصيبة ثم يقول الناس: إنه أصيب لحلف اليمين الكاذبة (عبد الحليم) فإذا افتدى المدعى عليه اليمين على هذا الوجه أو صالح على اليمين فليس للمدعي بعد ذلك تحليف المدعى عليه لأنه يكون قد أسقط حق خصومته مقابل المال الذي أخذه.

الوجه الثالث: أن يؤدي المدعى عليه للمدعي عشرة دنانير ويشترى منه اليمين بتلك العشرة دنانير والإرضاء على هذا الوجه غير جائز وللمدعي بعد ذلك أن يحلف المدعى عليه اليمين لأن الشراء عبارة عن عقد تملك مال مقابل مال واليمين ليس بمال «الدرر في الدعوى».

أما إذا لم يرضَ الخصم وأصر على طلب يمين المدعى عليه فإذا كان رأي المدعى عليه أن للمدعي حقاً عنده فلا يحلف ويؤدي المدعى به وإذا كان رأيه أن المدعي مبطل في دعواه فيجوز له حلف اليمين «البحر».

نتيجة اليمين: إذا حلف المدعى عليه اليمين على هذا الوجه فتقطع الخصومة بينه وبين المدعي حتى يقيم المدعي بينة ولا يبطل حق المدعي بحلف المدعى عليه اليمين إلا أنه إذا لم يستطع المدعي أن يقيم بينة بعد ذلك موافقة لدعواه فليس له أن يخاصم المدعى عليه مرة أخرى أما إذا أقام المدعي بعد الحلف بينة موافقة لدعواه فتقبل، ويثبت حق المدعي على إقامة البينة بعد حلف المدعى عليه اليمين على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: هو أن الخليفة عمر الفاروق رضي الله عنه قد قبل بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه اليمين، وقول القاضي شريح أن اليمين الفاجرة أحق بالرد من البينة العادلة (الدرر في الدعوى).

الوجه الثاني: إن اليمين بدل وخلف عن البينة فإذا حصلت القدرة على الأصل بطل الخلف.

الوجه الثالث: إن طلب المدعي يمين المدعى عليه ليس بدليل على عدم وجود بينة لديه لأنه من الجائز أن يبتنه غائبة عن البلدة أو أنها حاضرة في البلدة إلا أنها ليست في مجلس الحكم «مجمع الأنهر».

مثلاً إذا ادعت امرأة على آخر بأن البستان الذي في يده ملكها فأجابها المدعى عليه ان البستان المذكور هو في الحقيقة ملكها إلا أن زوجها فلاناً قد باعه البستان المذكور فضولاً بثمان معلوم وقبض الثمن وبعد ذلك قد أجزت البيع المذكور مع وجود شرائط الإجازة وأنكرت المدعية ذلك وعجز المدعى عليه عن الإثبات فحلف المدعية اليمين فإذا أقام البينة بعد ذلك تقبل «الفيضية».

اليمين كذباً: قد اختلف في هل أنه يظهر كذب المدعى عليه في يمينه إذا أثبت المدعي دعواه بإقامة الشهود بعد حلف المدعى عليه اليمين: فعند أبي يوسف يظهر كذبه. لأن نفيض اليمين وضده قد ثبت بشهادة عادلة، أما عند محمد فلا يظهر كذبه. لأن البينة من حيث الظاهر وإن كانت حجة إلا أنها في الحقيقة ونفس الأمر شهادة لا يعلم صدقها من كذبها، وفي هذه الصورة يحتمل أن يكون المدعى عليه صادقاً في يمينه وإن الشهود كاذبون. فلذلك إذا ادعى المدعي على المدعى عليه بعشرة دنانير وأنكر المدعى عليه فحلف المدعى عليه بالطلب على أنه لم يكن مديناً للمدعي ثم أقام المدعي البينة على أن له عشرة دنانير في ذمة المدعى عليه وأثبت ذلك فعند محمد لا يكون المدعى عليه حائثاً في يمينه أي ظاهراً كذبه في اليمين التي حلفها ولا يستحق العقاب الذي يستحقه شاهد الزور.

والمذهب المفتى به هو: أنه إذا ادعى المدعي دعوى دين بلا بيان السبب والمدعى عليه حلف اليمين على المدعى به بعد الإنكار ثم أقام المدعي البينة فيظهر كذب المدعى عليه في اليمين التي حلفها ويستحق العقاب في هذا الحال^(١).

أما إذا ادعى المدعي الدين مبيئاً سببه وأنكر المدعى عليه الحاصل قائلاً أنه غير مدين للمدعي وحلف اليمين على الحاصل ثم أقام المدعي البينة على سبب الدين فلا يظهر كذب المدعى عليه في يمينه لأنه من الجائز مع وجود القرض الذي هو سبب الدين أن يكون الدين استوفى من

(١) تصح دعوى الدين بلا بيان السبب كما بين في شرح المادة (١٦٢٧).

المدين أو أبرئ منه (تعليقات ابن عابدين على البحر)^(١).

مستثنيات. الدعاوي التي تلزم فيها اليمين:

تلزم اليمين على المنكر في كل دعوى أما عند الامامين فلا تلزم اليمين بطريق الاستثناء في موضعين في الحدود واللعان.

أما في النكاح وفي غيره الذي سيجري ذكره آتياً فتلزم اليمين وقد بين قاضي خان بأن الفتوى على قول الامامين رحمهما الله (الدرر في الدعوى).

أما عند الإمام الأعظم فكما لا تلزم اليمين في الموضوعين المذكورين لا تلزم أيضاً في النكاح والرجعة والقيء والاستيلاء والرق والنسب والولاء (البحر).

والاختلاف في التحليف في هذه الخصوصات هو إذا لم يكن مقصوداً فيها المال. أما إذا كان المال مقصوداً فيها فتلزم اليمين بالإجماع (الشرنبلالي). مثلاً تلزم اليمين السارق في السرقة الموجبة للحد فإذا نكل عن الحلف يضمن المال المسروق ولا يلزمه حد السرقة.

إيضاحات

النكاح - لا تلزم اليمين على نفس النكاح أو على الرضاء بالنكاح سواء أكان المدعى عليه الزوج والمنكر الزوجة أو كانت المدعية الزوجة والمنكر الزوج، مثلاً إذا ادعى رجل على امرأة قائلاً: إنني كنت تزوجتك فأنكرت المرأة ولم يكن لديه شاهد فلا تحلف المدعى عليها على أنها لم تزوج نفسها لهذا الرجل، كذلك إذا ادعت امرأة على رجل قائلة: كنت زوجتك نفسي وقد تزوجتني وأنكر الزوج دعواها فلا يحلف المدعى عليه على عدم تزوجه تلك المرأة.

الرجعة - إذا ادعى أحد الزوجين بعد العدة على الآخر قائلاً: انه راجع أثناء العدة وأنكر الآخر فلا يلزم اليمين عند الإمام الأعظم. أما إذا ادعى الزوج الرجعة أثناء العدة فيثبت الرجوع في الحال.

في الإيلاء - إذا ادعى أحد الزوجين بعد مدة الإيلاء الرجوع مدة الإيلاء وأنكر الآخر فلا تلزم اليمين أما إذا اختلفا في مدة الإيلاء فيثبت القىء بقول الزوج.

الاستيلاء - أي طلب ولد بأن يدعي أحد من الأمة والمولى أو الزوجة والزوج أنها ولدت منه ولداً حياً أو ميتاً كما في قاضي خان لكن في المشاهير ان دعوى الزوج والمولي لا تتصور لأن النسب ثبت بإقراره ولا غيره بإنكارها بعده، يمكن أن يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما دل عليه تصويره كما في القهستاني.

(١) ولو قال المدعي للمدعى عليه أحلف وأنت بري من هذا الحق الذي ادعيت أو أنت بري من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت لأن قوله أنت بري يحتمل البراءة للمال ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل إبراء بالشك (البحر).

الرق - إذا ادعى أحد على رجل مجهول الحال قائلاً، إنك رقيقى أو ادعى رجل مجهول الحال على رجل قائلاً: أنت سيدي وأنكر الآخر فلا تلزم اليمين.

النسب: لو ادعى أحد على آخر قائلاً: أنت ولدي أو أنت أبي وأنكر الآخر فلا تلزم المنكر اليمين (١).

المادة (١٨٢٠) - (إذا نكل المدعى عليه عن اليمين حكم القاضي بنكوله وإذا قال بعد حكم القاضي بنكوله أحلف لا يلتفت إلى قوله).

بعد ذلك إذا نكل المدعى عليه عن حلف اليمين الذي كلف أول مرة بحلفها يحكم عليه بنكوله لأن النكول عند الإمام الأعظم بذل وعند الإمامين إقرار (الدر المتقى).

يجوز الحكم على المدعى عليه إذا نكل أول مرة عن حلف اليمين الذي كلف بحلفه لكن الأولى أن يكلف اليمين ثلاث مرات كما هو مذكور في شرح المادة الآتية.

ويستفاد من أحكام هذه المادة من المجلة أنه يجب أن يكون النكول في حضور القاضي وأن يكون الناكل نفس المدعى عليه وان قول وكيله ان موكلي لا يحلف اليمين غير معتبر إذ لا تجري الوكالة في النكول عن اليمين كما أن النكول في غير مجلس القاضي لا يعتبر^(٢).

إيضاح البذل: معنى البذل ترك المنع لدفع الخصومة يعني إعطاء المال المدعى به وإباحته (الدر في الدعوى).

مثلاً إذا ادعى المدعي عشرة دنانير من ذمة المدعى عليه وأنكر المدعى عليه ولدى تكليفه بالطلب لحلف اليمين نكل عن الحلف، فعند الإمام الأعظم يعد هذا النكول بذلاً للعشرة دنانير في سبيل دفع الخصومة أي فداء لتلك وإباحتها للمدعي أي أن المدعى عليه صادق في إنكاره أصل الدين وبتعبير آخر أن المدعى عليه غير مدين في نفس الأمر مطلقاً للمدعي، وعدم حلف اليمين هو فداء بالعشرة دنانير وإباحته تلك للمدعي، وبتعبير آخر قول المدعى عليه إني أرجح إعطاء العشرة دنانير على حلف اليمين صادقاً لأنه لو عد نكول المنكر عن حلف اليمين إقراراً فيكون معنى ذلك أنه قد كذب بقوله، أنه غير مدين للمدعي مع كونه كان مديناً وارتاب الكذب الحرام،

(١) ولاء، سواء كان ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة بأن يدعي أحد من المعروف والمجهول على الآخر أنه معتقه أو موله فلا يلجأ عند الإمام في هذه الأمور لأن المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول جعله بذلاً وإباحة صيانة عن الكذب الحرام والبذل لا يجري في هذه الأمور. «مجمع الأنهر».

(٢) أما إذا حرر في وكالة الوكيل المعين من المدعى عليه (أنه مأذون بأن يبين ويخبر القاضي بنكوله عن حلف اليمين في حال توجه اليمين عليه) وقال الوكيل المذكور في المحاكمة «إني أبين حسب وكالتي أن موكلي ناكل عن اليمين» فهل يقبل ذلك؟ وهل يمكن أن يقال إن ذلك جائز حيث انه يجوز التوكيل في الخصومات التي يقدر على إجرائها وهو بيان الموكل بالذات في حضور المحكمة وانه لهذا السبب للموكل أن يوكل في ذلك؟

فصيانه من إصااق تهمة الكذب بالمدعى عليه وإحساناً للظن به نقول إن المدعى عليه صادق في إنكاره أصل الدين وإن عدم حلفه اليمين مبني على بذله وفداء المدعى به .

سؤال - ما دام أن النكول بذلك وفداء وإباحة فيجب أن لا يملك المدعى به قبل القبض انظر مادة (٥٧) مع أن الأحكام التي تصدر بناء على النكول تنفذ جبراً؟

الجواب - إنه وإن يكن النكول عن اليمين عند الإمام الأعظم هو فداء إلا أنه ليس فداء وإباحة من كل وجه بل هو فداء فيه شبهة الإقرار فلذلك يجوز أخذه جبراً من المدعى عليه .

إيضاح الإقرار - أما عند الإمامين فنكول المدعى عليه عن حلف اليمين هو اعتراف بمعنى قول المدعى عليه انني مدين للمدعي بعشرة دنانير، وبذلك يظهر كذبه في إنكاره السابق وعلى كل فإذا كان النكول بذلاً وفداء فيستحق المدعي المدعى به كما أنه إذا كان إقراراً فهو مسبب للحكم على المدعى عليه بموجب المادة «٧٩» مجمع الأنهر .

وإذا قال بعد حكم القاضي بنكوله أحلف لا يلتفت إلى قوله بعد ذلك لأنه يكون قد أبطل بنكوله حق تحليفه فلا ينقض الحكم بقوله هذا «الدرر في الدعوى» أي لا يطرأ خلل على الحكم السابق .

إيضاح القيود:

بعد الحكم، أما إذا لم يتصل بالنكول حكم القاضي فلا يلزم شيء وعليه فإذا كلف القاضي المدعى عليه ثلاث مرات لحلف اليمين ونكل المدعى عليه عن الحلف وقال المدعى عليه بعد ذلك أحلف اليمين قبل الحكم عليه فيحلف ولا يقال له بما أنك نكلت عن الحلف فقط سقط حق اليمين إذ ليس في التحليف على هذه الصورة نقض للقضاء كما أنه لا يوجب فساداً «الدرر» .

أما إذا حكم بنكوله وصدر الإعلام بذلك ثم فسخ أو نقض الحكم وأعيدت المحاكمة ثانية وأراد المدعى عليه حلف اليمين فيحلف المدعى عليه اليمين إذا كان النقض أو الفسخ واقعاً بسبب أن اليمين الذي كلف المدعى عليه لحلفه مخالف للشرع، أما إذا كان النقض أو الفسخ لأسباب أخرى فهل للمدعى عليه أن يحلف أو ان القاضي يحكم عليه مرة ثانية بنكوله السابق؟ فالظاهر ان له حق الحلف إلا أنه يجب للحكم على هذا الوجه إيجاد مسألته .

وعدم إيجاب شيء يكون النكول بذلاً هو ظاهر لأن البذل أي فداء المال إنما يتحقق بحكم القاضي .

كذلك لا يوجب النكول شيئاً لكونه إقراراً لأن النكول إقرار فيه شبهة البذل أي ان كونه بذلاً وعرضاً عن اليمين لا يوجب المال بانفراده أما الإقرار الصريح الذي ليس فيه شبهة البذل فهو حجة في نفسه وحد ذاته ولا تتوقف حجيته على حكم القاضي بالنكول والشهادة وإن القضاء فيه مجاز وإعانة «ابن عابدين على البحر» .

لا يلتفت إلى قوله بعد ذلك، أما إذا دفع الدعوى بعد نكوله عن حلف اليمين على هذا الوجه فيقبل دفعه على قول ولا يقبل على قول آخر.

مثلاً إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: «إن هذه الفرس التي في يدك هي فرسي» فأنكر المدعى عليه ولدى تحليفه بالطلب نكل عن الحلف فحكم القاضي بأن الفرس للمدعي فادعى المدعى عليه بعد ذلك قائلاً «إني اشتريت الفرس قبل الخصومة من المدعي وأقام البيّنة على ذلك فيقبل ادعاؤه على قول ويحكم بالفرس للمدعي» «ابن عابدين على البحر» ولا يقبل هذا الدفع على قول ما لم يدع المدعى عليه أنه اشترى الفرس من المدعي بعد الحكم «الحموي في القضاء».

المادة (١٨٢١) - (يجوز الحكم والعمل بلا بيّنة بمضمون الإعلام والسند اللذين أعطيا من طرف قاضي محكمة إذا كانا سالمين من شبهة التزوير والتصنيع وموافقين للأصول).

قد نظم بتاريخ ٤ جمادى الأولى سنة ١٢٩٦ تعليقات من جمعية المجلة المملغة محتوية على خمسة وعشرين بنداً بتنظيم السندات الشرعية ليكون جائزاً العمل والحكم بها بلا بيّنة وقد صدرت الإرادة السنية بالعمل بها بناء على طلب المشيخة الإسلامية ذلك وقد حررت هذه التعليقات في ختام كتابنا هذا.

وقد حررت المسألة الآتية من الجمعية المذكورة لتكون ملحقاً لهذه التعليقات وهي: إن الإعلامات والسندات التي نظمت وأعطيت قبل نشر تلك التعليقات السنية لا يجوز الحكم بمضمونها بلا بيّنة بل يلزم طلب البيّنة على مضمونها - انتهى.

وموافقة الاعلام لأصوله يكون بالحكم به طبقاً للمسائل والأحكام الشرعية موافقة الحجة أيضاً للأصول يكون بمطابقتها للمسائل والأحكام المذكورة.

أما الإعلامات والسندات التي أعطيت بصورة مخالفة للمسائل والأحكام الشرعية فلا يعمل ولا يحكم بها.

إن موافقة الإعلامات والحجج لأصولها يجري التصديق عليها من دائرة الفتوى «أولاً» ومن مجلس التدقيقات الشرعية «ثانياً» فإذا كان موافقاً صدق عليه وإذا كان مخالفاً ينقض.

إن الإعلامات غير الموافقة لأصولها المشروعة هي كالأعلام الذي يصدره القاضي في قضية استمع فيها شهوداً ولم يزكهم كما أن السندات غير الموافقة لأصولها المشروعة كالحجة التي تتضمن فراغ أحد الأرض أميرية في تصرفه أو مستغلات موقوفة لآخر ولا يكون حين الفراغ إذن من صاحب الأرض أو من المتولي فلا يعمل بحجج مثل هذه الحجج كما أنه لا محل لطلب بيّنة لإثبات مضمونها لأنها باطلة ولو ثبت مضمونها.

صورة إثبات مضمون الحجج والإعلامات: إذا كان الإعلام أو السند موافقاً لأصوله إلا أنه غير سالم من شبهة التزوير والتصنيع فتطلب البيّنة، وهذه البيّنة اما أن تكون لإثبات أصل الحق وهي ظاهرة، واما أن تكون لإثبات مضمون الحجة والإعلام وهو أن يشهد الشهود: إنه في التاريخ الفلاني قد حكم القاضي فلان بن فلان الذي كان قاضياً في هذه البلدة في مجلس حكمه بعد المرافعة الشرعية قائلاً في حكمه خطاباً لهذا المدعى عليه. قد حكمت أن تؤدي هذا المال لهذا المدعي أي اننا كنا حاضرين في ذلك المجلس وقد سمعنا ذلك تقبل شهادتهم ولا يكلف هؤلاء الشهود بيان كيفية ثبوت الحق في حضور القاضي الأول «أبو السعود» حتى لو قال هؤلاء الشهود اننا استمعنا حكم القاضي في مجلس حكمه ولم يقل لنا القاضي كونوا شهوداً على ذلك لا يمنع ذلك من قبول شهادتهم.

أما إذا شهد الشهود بأنهم لم يسمعوا الحكم في مجلس الحكم في حضور المترافعين بل سمعوه في محل آخر أي غير مجلس الحكم بأن قال القاضي لهم انه حكم بذلك وأخبرهم بحكمه فلا تصح شهادتهم أنظر شرح المادة «٦٨٨». مثلاً لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك من جهة كذا كذا درهماً حتى انني قد أقمت الدعوى عليك لدى القاضي وأثبت ذلك وحكم القاضي عليك بأداء المبلغ المذكور لي وأنكر المدعى عليه ذلك بالمرّة فللمدعي أن يثبت حكم القاضي له بذلك بإقامة الشهود ولا يشترط أن يكون في يده اعلام شرعي من طرف القاضي «البهجة»^(١).

أما إذا لم يشهد الشهود بأنهم سمعوا حكم القاضي في حضور المترافعين بل شهدوا أن القاضي قد أخبرهم في غير مجلس الحكم بأنه حكم بكذا فلا تصح شهادتهم أنظر شرح المادة (١٦٧٨).

المادة (١٨٢٢) - (إذا لم يجب المدعى عليه لدى استجوابه على الوجه المبين آنفاً بقوله: لا، أو نعم، وأصرّ على سكوته يعد سكوته إنكاراً وكذلك لو أجاب بقوله لا أقرّ ولا أنكر يعد جوابه هذا إنكاراً أيضاً وتطلب البيّنة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً).

إذا لم يجب المدعى عليه لدى استجوابه على الوجه المحرر آنفاً أي في المادة (١٨١٠) بقوله: لا، أو نعم، أي لم يجب جواباً فيه إقرار بدعوى المدعي أو إنكار لها وأصرّ على سكوته بلا عذر فيعد سكوته إنكاراً وتسمع البيّنة عليه أنظر المادة (٦٧).

بلا عذر- إذا سكت المصاب لعلّة في لسانه أو سمعه لعدم اقتداره على التكلّم أو لعدم سماعه الكلام فلا يعد سكوته إنكاراً.

(١) أما في زماننا فحسب التعليقات السنية يوجد في المحاكم الشرعية محضرو اعلام لجميع القضايا التي تفصلها المحاكم الشرعية فإذا ادعى أحد صدور حكم كهذا من المحاكم الشرعية فيقتضى سؤال تلك المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم عن ذلك وإجراء العمل على موجب الجواب الذي يؤخذ من قاضي تلك المحكمة.

التوكيل الذي لا يجوز فيه إقرار الوكيل أو إنكاره معتبر، مثلاً لو وكل آخر وكيلاً عنه في القضية المقامة عليه من آخر على أن لا يكون إقراره وإنكاره جائزاً فالوكيل المذكور يكون مجبوراً على السكوت وعدم الإجابة على دعوى المدعي وتقام البيّنة عليه (البحر).

وكذلك لو أجاب المدعي عليه بقوله: لا أقرّ بدعوى المدعي ولا أنكرها فيعد جوابه هذا عند الإمام الأعظم ومحمد إنكاراً أما عند أبي يوسف فلا يعد إنكاراً ويجبس حتى يجيب على دعوى المدعي.

وتطلب بيّنة مطابقة من المدعي في صورتين كما ذكر آنفاً في المادة (١٨١٧) فإذا أثبت فيها وآلاً فيحلف خصمه اليمين أنظر المادة (٧٦) فإذا حلف المدعي عليه يمنع المدعي من المعارضة وإذا نكل عن الحلف ثبتت دعوى المدعي.

المادة (١٨٢٣) - (لو أتى المدعي عليه بدلاً من الإقرار أو الإنكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعمل على وفق المسائل التي ذكرت في كتابي الدعوى والبيّنات).

إيضاح القيود:

ويستفاد من قوله، المدعى عليه أن الدفع يستمع إذا بين من المدعى عليه أما الدفع من غير المدعى عليه فغير صحيح.

مستثنى: إلا أنه في بعض المسائل يستمع دفع الدعوى من غير المدعى عليه، مثلاً إذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللوارث الآخر دفع الدعوى كما هو مصرح في المادة «١٦٤٢».

كذلك يسمع الدفع من البائع ولو لم تكن الدعوى عليه «الحموي».

مثلاً لو ادعى أحد المال الذي اشتراه وقبضه آخر من زيد بأنه ماله وأثبت ذلك وأخذه فلزيد أن يقيم الدعوى على المحكوم له ويدعي قائلاً: إنك كنت بعثني المال المذكور فإذا أثبت زيد ذلك ينقض الحكم لأن زيداً قد تضرر من الدعوى التي تكوّنت بين المدعي والمدعى عليه بسبب أن للمشتري بعد أخذ المال منه أن يرجع على البائع ويسترد الثمن.

قد بين في كتاب الدعوى الدفع الصحيح من الدفع الغير الصحيح فلذلك إذا بين المدعي عليه أنه سيدفع دعوى المدعي يسأله القاضي عن دفعه فإذا بين دفعاً صحيحاً يمهل إلى مجلس ثانٍ ولا يعجل بإعطاء الحكم حتى لا يعرض قضاءه للنقض لأنه يجب صيانة القضاء عن النقض بقدر الإمكان (الولولجية). وإذا كان الدفع الذي بيّنه المدعى عليه فاسداً فلا يلتفت القاضي إليه بل يصدر الحكم الشرعي المقتضي (رد المحتار والحموي).

قد بين في كتاب البيّنات المسائل التي تتعلق بنصاب الشهادة وكيفية أدائها وتركيتها وصور

ترجيح البيتين اللتين تقامان من كلا الطرفين.

يعمل على وفق المسائل، وكيفية وصورة التوفيق تجري على الوجه الآتي:

عند تقرير المدعي دعواه فعند المدعى عليه ثلاثة أحوال اما أن يقر، أو ينكر، والسكوت أيضاً داخل في الإنكار بحكم المادة (١٨٢٢) أو يدفع الدعوى فإذا أقر المدعى عليه فحكم ذلك مبن في المادة (١٨١٧) وإذا أنكر أو سكت فحكم ذلك أيضاً مذكور في المواد (١٨١٧ و١٨١٨ و١٨١٩) ولم يبق هنا جهة محتاجة للإيضاح سوى دفع الدعوى ولنبادر إلى إيضاحها:

وهو أنه إذا ادعى المدعي بألف درهم من جهة القرض فدفع المدعى عليه الدعوى بقوله: إنني أدبت المبلغ المذكور أو أنك أبرأتني من الدين المذكور فهذا الدفع مشروع بموجب المادة (١٦٣١) ففي هذا الحال إذا أنكر المدعي هذا الدفع على الوجه المبين في المادة (١٦٣٢) فيطلب بيّنة من المدعى عليه فإذا أثبت المدعى عليه هذا الدفع تندفع دعوى المدعي وإذا عجز عن الإثبات فيحلف المدعي بطلب المدعى عليه على كونه لم يستوف الدين المذكور فإذا نكل المدعي عن الحلف يثبت دفع المدعى عليه ويمنع المدعي من دعواه وتختتم الدعوى في هذه المرحلة أما إذا حلف المدعي اليمين فيندفع دفع المدعى عليه وترجع في هذه الصورة دعوى المدعي الأصلية ويقتضي تدقيق دعواه. ودفع المدعى عليه في هذا المثال هو إقرار بحكم المادة (١٥٨٦) فيلزم المدعى عليه بإعطاء المبلغ المذكور للمدعي أنظر المادة «١٨١٧» وتنتهي القضية في هذه المرحلة أيضاً. كذلك إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذه الفرس التي في يدك هي ملكي فأجابه المدعى عليه: قد اشترت هذه الفرس منك بعشرة دنانير وأوفيتك الثمن كاملاً فتطلب البيّنة من المدعى عليه وهذا الطلب ليس مخالفاً لحكم المادة (٧٦) لأنه قد بين في شرح المادة «١٦٣٣» أنه يكون المدعى عليه في دفع الدعوى مدعياً والمدعي مدعى عليه فإذا أثبت المدعى عليه دفعه بالبيّنة أو أقر المدعي بالدفع المذكور فيها والآ يحلف المدعي بالطلب فإذا حلف اليمين تعود دعوى المدعي الأصلية وهذا الدفع هو إقرار بالمدعى به بحكم المادة «١٥٨٣» فلا يحتاج لإقامة شهود أو أسباب ثبوتية أخرى بل يحكم للمدعي بالفرس المذكورة. كذلك لو أجاب المدعى عليه على دعوى المدعي المبيّنة في المثال الثاني بقوله: إنك أبرأتني من هذه الدعوى وأنكر المدعي الإبراء فتطلب البيّنة من المدعى عليه فإذا أثبت المدعى عليه الإبراء فيها وإذا عجز عن الإثبات يحلف المدعي على عدم إبرائه المدعى عليه من هذه الدعوى فإذا نكل المدعي عن حلف اليمين يثبت الإبراء ويمنع المدعي من دعواه وتنتهي هذه الدعوى في هذه المرحلة. أما إذا حلف المدعي اليمين فتعود دعوى المدعي الأصلية وتطلب من المدعي البيّنة على أن الفرس المذكورة ملكه لأن ادعاء المدعى عليه إبراء المدعى له من الدعوى ليس إقراراً بالمدعى به أنظر المادة «١٥٨٢» فإذا أثبت المدعي دعواه بالبيّنة يحكم بموجبها وإذا عجز عن الإثبات يحلف المدعى عليه بالطلب فإذا حلف ويمنع المدعي من المعارضة وإذا نكل يحكم على المدعى عليه بالمدعى به.

كذلك لو ادعى أحد الحانوت الذي في يد آخر قائلاً: إن هذا الحانوت ملكي لأنني اشترته

من علي وان هذا المدعى عليه وضع يده بغير حق فاطلب أخذه منه فأجاب المدعى عليه قائلاً إن هذا الحانوت هو ملكي قد اشتريته من حسن أو أنه موروث لي عن أبي فأنا واضع اليد عليه على هذا الوجه فتطلب البيّنة أولاً من المدعي بموجب المادة «١٧٥٨» أما إذا ادعى ذو اليد أنه اشترى الحانوت المذكورة من علي فتطلب البيّنة في هذه الحالة أولاً من ذي اليد المدعى عليه .

المادة (١٨٢٤) - (ليس لأحد الطرفين أن يتصدى للكلام ما لم يتم الطرف الآخر كلامه وإذا تصدى يمنع من قبل القاضي).

ليس لأحد الطرفين أن يتصدى للكلام ما لم يتم الطرف الآخر كلامه وادعاه فإذا تصدى يمنع من طرف القاضي ويؤمر بالسكوت لأنه إذا تصدى الطرفان للكلام معاً يشوشان على القاضي ولا يفهم كلامهما ولا يكون في هذا الحال مقتدرًا على فصل الدعوى فعلى ذلك ليس للمدعى عليه أن يتصدى للجواب على الدعوى ما لم يقرر المدعي دعواه ويوضحها وكذلك ليس للمدعي أن يتصدى لدفع الدفع قبل أن يتم المدعى عليه دفعه ويوضح ويتم جوابه «الزليعي» .

والقاضي يستمع أولاً دعوى المدعي توفيقاً للمادة «١٨١٦» وبوفق هذه الدعوى على إحدى المسائل الشرعية فيستوضح القيود والشروط المقتضية .

مثلاً إذا ادعى المدعي قائلاً: إن هذا الرجل قد غضب مني شاة واستملكها فيجب على القاضي أن يسأل المدعي عن زمان ومكان الغضب وعن قيمتها في زمان ومكان الغضب لأنه كما بين في كتاب الغضب تلزم قيمة المال المعضوب في زمان ومكان الغضب وعليه فيجب على القاضي أن لا يستوضح من المدعى عليه قبل أن يستوضح دعوى المدعي وقبل أن يفهمها كاملاً ثم بعد ذلك يستمع جواب المدعى عليه وبعد أن يتحقق ان الجواب المذكور إقرار أو إنكار أو دفع يجري القاضي المعاملة التالية المقتضاة .

كذلك لو ادعى المدعي قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد أخذ بدل إيجار حانوتي الفلاني فليؤده لي فلا تكمل الدعوى بذلك ويقتضي الاستيضاح من المدعي قبل استجواب المدعى عليه فيسأله ، بأي صفة أخذ المدعى عليه بدل الإيجار؟ وهل أخذ الإيجار فضولاً بعد أن أجرت الحانوت؟ أو انك وكلته بالقبض فأخذ البدل؟ أو انك وكلته بالتأجير فاجر الحانوت بالوكالة وقبض الاجرة؟ أم أجر الحانوت فضولاً فأجزت الإجارة مع وجود شرائط الإجازة فقبض الإيجار؟ أم أجر الحانوت فضولاً فأجزت الإجارة بعد انقضاء مدة الإيجار مثلاً وأخذ الاجرة بعد ذلك؟ فبعد أن يوضح المدعي هذه الجهات ويصحح دعواه ويتمها يستجوب القاضي المدعى عليه .

المادة (١٨٢٥) - (يوجد القاضي في المحكمة ترجماناً موثقاً به ومؤتمناً لترجمة كلام من لا يعرف اللغة الرسمية من الطرفين).

يوجد القاضي في المحكمة ترجماناً موثقاً به ومؤتمناً لترجمة كلام من لا يعرف لغة القاضي من الطرفين أو الشهود.

أما عند أبي يوسف فتقبل ترجمة الترجمان غير العادل والأعمى ولا تقبل عند الإمام (أبو السعود).

لذلك يقبل عند أبي يوسف ترجمة ترجمان واحد لترجمة ادعاء المدعي وجواب المدعى عليه وشهادة الشهود لأنه خبر ولا يشترط فيها الشهادة ولفظ الشهادة (أبو السعود في الشهادة).

إلا أنه رعاية للإحتياط يجب أن لا يقل عدد المترجمين عن اثنين أنظر المادة (٧١) وشرحها.

المواضع التي يقبل فيها قول واحد.

- ١ - يقبل قول الواحد في الترجمة.
- ٢ - في التزكية السرية.
- ٣ - في تقويم المتلفات.
- ٤ - في جرح الشهود.
- ٥ - في تقدير الارشد.
- ٦ - في مسألة الاختلاف في صفة المسلم فيه بعد احضاره.
- ٧ - في اخبار افلاس المحبوس في مسألة اطلاق المحبوس من أجل الدين.
- ٨ - في أخبار عيب المبيع.
- ٩ - في أخبار رؤية الهلال.
- ١٠ - في أخبار الموت للشاهدين.
- ١١ - في الديانات على العموم كطهارة الماء ونجاسة وحل الطعام وحرمة.
- ١٢ - في اخبار عزل الوكيل.
- ١٣ - في حجر المأذون.
- ١٤ - في اخبار شخص بتزويج وليه له.
- ١٥ - في اخبار الشفيع بالبيع.

ويكفي في المسائل الخمس عشرة المذكورة اخبار عدل واحد (أبو السعود في الشهادة).

وكما يكون الترجمان رجلاً يكون امرأة أيضاً في المسائل والأحوال التي تقبل شهادة النساء فيها إلا أنه يجب عند الشيخين الحرية والعدالة والثقة فيها أما في المسائل التي لا تقبل فيها شهادة النساء فلا تقبل فيها ترجمتها «الهندية وأبو السعود».

المادة (١٨٢٦)- (يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في

الصلح فإن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح وإن لم يوافقا أتم المحاكمة).

يوصي ويخطر القاضي بالمصالحة الطرفين مرة أو مرتين في المخاصمة الواقعة بين الأقرباء، والأقرباء هم الأخوة وبنو الاعمام أو بين الأجانب المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح ولا يستعجل بالحكم حتى أنه لو قضى القاضي بحق يكون ذلك سبباً لحصول العداوة بين المدعي والمدعى عليه فتكون المصالحة أولى لدفع هذا المحذور (واقعات المفتين والعناية) مرة أو مرتين، ويشار بذلك إلى أن القاضي لا يوصي الطرفين بالمصالحة أكثر من مرتين لأن في ذلك أضراراً بصاحب الحق «العناية».

فإذا وافق الطرفان على الصلح صالحهما القاضي توفيقاً للمسائل الوارد ذكرها في كتاب الصلح ويصدر الاعلام بالصلح؛ وتعبير آخر يقبل القاضي الصلح الذي تقرر بين الطرفين ويصدقه إذا كان موافقاً لأحكام الشرع وأحكام المجلة، أما إذا كان مخالفاً فلا يقبله ولا يصدق.

مثلاً إذا ادعى المدعي عشرة دنانير مصالحة المدعى عليه على اثني عشر ديناراً فلا يقبل القاضي هذا الصلح كما أنه إذا تصالح المدعي والمدعى عليه على دعوى عشرة دنانير على أن يفرغ المدعى عليه للمدعي أرضاً اميرية فلا يقبل القاضي هذا الصلح قبل إذن صاحب الأرض باجراء الفراغ المذكور ولا يصدق له .

وإذا لم يوافق الطرفان على الصلح أو لم يكن لهما رغبة في إجراء الصلح فلا يكلفهما الصلح بل يكمل المحاكمة وعليه أن يحكم لمن قامت الحجة له وليس للقاضي أن يترك دعوى الطرفين ويلج ويبرم عليهما بإجراء الصلح «العناية» لأنه يشترط في امثال هذا الصلح رضاء وموافقة الطرفين لأن الصلح كما عرف في المادة (١٥٣١) هو عقد يرفع النزاع بين الطرفين بالتراضي فالصلح الذي يجري بإكراه غير معتبر. وقد ذكر في كتاب الإجارة في شرح المادة (٦٠٧) أن مشائخ المسلمين قالوا وافتوا أنه يجبر الطرفان على إجراء الصلح على نصف البدل في دعوى المال الذي تلف في يد الأجير المشترك إلا أن المجلة لم تقبل هذا الإيجاب.

المادة (١٨٢٧) - (بعد ما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاماً حاوياً للحكم والبيئة مع الأسباب الموجبة له فيعطيه للمحكوم له ويعطى لدى الإيجاب نسخة منه للمحكوم عليه أيضاً).

بعد ما يتم القاضي المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين حكمه بلسان لين وينفذ هذا الحكم حيناً ظاهراً وباطناً وحيناً ظاهراً لا باطناً. فإذا كان الحكم مبنياً على الشهادة وعلى أسباب ثبوتية حقيقية فينفذ بالاتفاق ظاهراً أي ينفذ فيما بعد بيننا وينفذ أيضاً باطناً أي ينفذ عند الله تعالى «العناية».

مثلاً، إذا تزوج أحد امرأة في محضر شهود وكانت زوجته المنكوحه على الوجه المذكور فأنكرت المرأة النكاح فادعى الزوج زوجيته منها وأثبت ذلك بالشهود العدول وحكم القاضي بالزواج بعد التعديل والتركية فينفذ هذا الحكم ظاهراً كما ينفذ باطناً أيضاً؛ أما إذا كان الحكم مبنياً على شهادة الزور فقد اختلف في ذلك.

فعند الإمام إذا كان الحكم مبنياً على شهادة الزور فهو محل قابل للنفذ في العقود كالبيع والنكاح وفي الفسوخ كالأقالة والطلاق وينفذ ظاهراً وباطناً إذا لم يكن القاضي عالماً بكون الشهود شهود زور؛ ولأبي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهراً وباطناً فبأمر الله تعالى أولى والقاضي مأمور بذلك منه جل وعلا «الفتح».

البيع، مثلاً إذا ادعى أحد على آخر قائلاً قد اشترت منك دارك هذه بقيمتها الحقيقية بكذا ديناراً و أثبت ادعائه بشهود زور واستحصل على حكم بذلك وادى الثمن فيحل للمحكوم له المذكور سكنى الدار المذكورة «العناية».

أما إذا أثبتت الدعوى في الهبة والصدقة التي هي من التبرعات وفي البيع بأقل من قيمته الحقيقية بشهود زور وصدر الحكم بذلك فتوجد روايتان عن الإمام المشار إليه في حق نفاذ الحكم باطلاً ففي رواية لا ينفذ الحكم باطناً لأن القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير كما أن البيع بأقل من قيمته الحقيقية تبرع من وجه «رد المحتار».

النكاح، إذا أثبت أحد بشهود زور بأن امرأة هي زوجته وحكم القاضي بذلك فإذا كانت المرأة محل نكاح فينفذ هذا الحكم ظاهراً كما أنه ينفذ باطناً؛ وهو قول أبي يوسف الأول خلافاً لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر «العناية».

وينفذ ظاهراً لأن القاضي يأمر المرأة بقوله لها: سلمى نفسك لهذا الرجل لأنه زوجك وتلزم نفقة تلك المرأة على ذلك الرجل.

وينفذ باطناً إذ تصبح تلك المرأة حلالاً لذلك الرجل، كما أنه لو ادعت الزوجة النكاح وأنكر الزوج وأثبتت الزوجة النكاح بشهود زور فالحكم أيضاً على هذا المنوال «العناية».

الفسوخ، والمقصود من الفسوخ الشيء الذي يرفع حكم العقد فهي تشمل الاقالة والرد بالعبء والطلاق «شرح المجمع».

الطلاق، لو أثبتت امرأة بشهود زور أن زوجها طلقها ثلاث طلقات بائنة وبعد أن استحصلت على الحكم بالطلاق تزوجت بعد العدة بزواج آخر فيحل له الاستمتاع بها ولو علم بحقيقة الحال كما أنه يحل للمرأة تمكينه حتى أنه يجوز ويحل لأحد أولئك الشهود الزور التزوج بها (الفتح). ودليل نفاذ القضاء على هذا الوجه ظاهراً وباطناً هو. أن رجلاً ادعى بحضور أمير المؤمنين علي كرم الله وجهه التزوج بامرأة فأثبت الرجل الزواج بها بعد إنكار المرأة العقد فحكم علي

كرم الله وجهه بأنها زوجة للمدعي فقالت المرأة لعلي عليه السلام إنني لست زوجة للمدعي وما دمت أنك حكمت بذلك فأجر عقدنا فأجابها لا حاجة لتجديد العقد فشاهدك زوجها.

قيل، إذا كان المحل قابلاً للنفاد؛ لأنه إذا كان المحل غير قابل للنفاد فلا ينفذ مثلاً لو قال أحد تزوجتها فهي زوجتي وكانت المرأة التي يعينها محرمة لكونها معتدة الغير فالحكم الذي يكون على هذه الصورة لا ينفذ باطناً فإذا أثبت المدعي ذلك بشهود زور وهو عالم بأنها محرمة فلا تحل تلك المرأة للمدعي.

كذلك لو ادعى المدعي كذباً أن امرأة المنكوحة لغيره زوجته وأثبت ذلك بشهود زور واستحصل على حكم بالزوجية فلا ينفذ الحكم باطناً ولا تحل المرأة المذكورة له.

قيل، إذا لم يكن القاضي عالماً بكذب الشهود، لأن القاضي إذا كان عالماً بكذب الشهود فالحكم الذي يصدره لا ينفذ باطناً كما أن الظاهر لا ينفذ ظاهراً أيضاً.

اليمين الكاذبة، كذلك لا ينفذ الحكم باطناً المبني على يمين كاذبة.

وعليه فإذا ادعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً وأنكر الزوج ذلك ولم تستطع الزوجة الإثبات وحلف الزوج على أنه لم يطلقها وأخذ الحكم عليها بالطاعة فلا ينفذ هذا الحكم باطناً فإذا كان طلقها حقيقة طلاقاً ثلاثاً فليس لها بعد هذا الحكم أن تمكث عنده ولا يحل لها أخذ شيء من ميراثه.

قيل، في العقود وفي الفسوخ، أما في الأملاك المرسلة فلا ينفذ باطناً بالإجماع لأنه يجب أن يكون للملك سبب وبما أنه لا تكون بعض الأسباب أولى من الأسباب الأخرى من جهة مزاحمة الأسباب فلا يمكن جعل السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء (الدرر).

ودعوى الدين بدون ذكر السبب في حكم الأملاك المرسلة أيضاً فلذلك إذا أثبت بشهود الزور بدون ذكر السبب لا ينفذ.

كذلك الإرث في حكم الأملاك المرسلة.

كذلك النسب لا ينفذ الحكم باطناً بالإجماع.

والحاصل أن النفاذ باطناً عند الإمام الأعظم يجري في الأمور القابلة للانشاء بسبب كالبيع والنكاح والإجارة ولا يجري في غير القابلة للانشاء كالأملاك المرسلة والإرث والنسب.

أما عند الإمامين وزفر والأئمة الثلاثة فالأحكام التي تقع بناء على شهادات شهود زور تنفذ ظاهراً إلا أنها لا تنفذ باطناً.

فلذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً: قد اشتريت فرسك هذه منك بقيمتها الحقيقية بعشرة دنائير وأنكر المدعى عليه البيع فأثبت المدعي دعواه بشهود زور وحكم له القاضي بالفرس فأخذ

الفرس ودفع العشرة الدنانير، وكانت العشرة الدنانير قيمة الفرس الحقيقية، فلا تحمل تلك الفرس للمدعي .

كذلك لو ادعى رجل على امرأة بأنها زوجته المنكوحة وأثبت دعواه بشهود زور واستحصل حكماً عليها بالزوجية فلا يحل للرجل الإستمتاع بتلك المرأة كما أنه لا يحل للزوجة تمكينه من ذلك .

وفي جميع الأمثلة التي سبق بيانها بأنه يحل فيها على رأي الإمام الأعظم هي حرام على رأي الإمامين والفتوى على قول الإمامين لأن شهادة الزور وإن كانت حجة ظاهر إلا أنها ليست حجة باطناً والقضاء والحكم ينفذ بقدر مقدار الحجة (رد المحتار) . يعني أن القضاء والحكم مظهر ولم يكن مثبتاً لأن المحكوم به كان قبل القضاء ثابتاً وإنما الحكم أظهره فقط «رد المحتار» .

قيل، إذا كان الحكم مبنياً على شهادة الزور، لأنه إذا ظهر أن الشهود ممن لا تقبل شهادتهم كالعبيد والمحدودين في القذف فلا ينفذ الحكم باطناً «الفتح» .

وفهم الطرفين ذلك وبالحكم والتفهم على الوجه المذكور يتم القضاء والحكم، أما تنظيم الإعلام وإعطاؤه فليس من متمات الحكم حتى إنه لو أخذ القاضي المال المحكوم به من المحكوم عليه وسلمه للمحكوم له حال صدور الحكم فيصح ذلك^(١) .

بلسان لين، فاللائق الاعتذار للمحكوم عليه حتى لا ينكسر قلبه ولا يسيء الظن بالقاضي فيخاطبه القاضي قائلاً (قد دفقت صورة إنكارك ومدافعاتك إلا أن الحكم الشرعي هو كذا وقد حكمت عليك على هذا الوجه ولا يمكن العمل بغير ذلك) مع تفهمه الأسباب الموجبة للحكم كما هو مبين آنفاً .

وينظم إعلاماً حاوياً للحكم والبيئة مع الأسباب الموجبة له ويعطى ذلك الإعلام للمحكوم له ويعطى لدى الإيجاب نسخة أخرى منه للمحكوم عليه أيضاً، إذن يجب بيان الأسباب الموجبة للحكم في الإعلام حتى يقف المحكوم عليه على تلك الأسباب فلا يظهر أن القاضي قد حار عليه وظلمه فيتظلم للناس من القاضي لأن «من يسمع يخل» والعامّة كثيراً ما تحمل بشرف القاضي ونزاهته مع كونه يكون بريء الذمة . فإذا كان من الممكن إقامة الحق بدون كسر القلب فالأولى إجراء ذلك وكما أنه يجب على القاضي أن يحترز من أن يطعن الناس في حقه بحق وأن لا يجري الأعمال التي توجب الطعن في حقه يجب عليه أن يحترز أيضاً من إجراء الأفعال التي توجب الطعن في حقه بغير حق لأنه يوجد أناس يظنون بأن تلك الطعون موافقة للحقيقة فيتلوث شرف القاضي .

ويعطى الإعلام للمحكوم له لسببين (الأول) حتى لا ينسى الحكم المذكور بطول الزمن ومرور الأوان «الثاني» ليتمكن المحكوم له من إبراز الحكم للموظف كي يجري الحكم لأنه لو ذهب

(١) أما في هذا الزمن فإجراء الحكم على هذا الوجه ممنوع قبل إعطاء الإعلام .

المحكوم عليه بعد الحكم إلى بادة قاض آخر أو كان الحكم في مواجهة وكيل المحكوم عليه المقيم في مدينة أخرى فيجب إجراء ذلك الحكم من قاض آخر ولا يمكن لهذا القاض الآخر أن يجري الحكم ما لم يطلع على الإعلام (الزيلي).

كما أنه يلزم إعطاء نسخة من الإعلام إلى المحكوم عليه حتى يقف على كيفية المحاكمة والحكم وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقاً لأحكام الشرع وأصول المحاكمة أو لم يكن موافقاً (الدر المختار) وليتمكن من استئناف أو تمييز الحكم إذا رغب في ذلك.

الأسباب الموجبة؛ هي المسألة الشرعية التي بنى عليها الحكم والشهادة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين المبتنى عليه الحكم الواقع.

أما ذكر أسماء الشهود وألفاظ الشهادة في الإعلام فقد قال الفقهاء أنه إذا بنى الحكم على الشهادة فلا يلزم ذكر أسماء الشهود في الإعلام وصور شهادتهم بل يكفي أن يقال قد ثبت بشهادة الشهود العدول المقبولي الشهادة والمزكين سراً وعلناً، أما إذا ثبتت الدعوى بطريق الشهادة على الشهادة فيجب أن يذكر في الإعلام الشهود الأصول.

وقد سئل أبو السعود السؤال الآتي «هل يكفي أن يكتب أن الشهود قد شهدوا طبق دعوى المدعي؟» فأجاب (أنه يكفي في كتاب الشهادات الإجمال إذا كان القاضي من أشرف العلماء وألا يقتضى التفصيل) وبما أنه يقبل في هذا الزمن الشهادات بداعي أنها موافقة للدعوى مع أنها لم تكن موافقة فلذلك يجب كتابة صورة الشهادة في الإعلام.

صورة تنظيم الإعلام: يلزم القاضي حين تنظيم الإعلام أن يدقق محضر الدعوى مرة بعد أخرى ويطبق ذلك حتى لا يحصل خلل في الإعلام بأن يكون مخالفاً للمحضر «الولولجية في آداب القاضي». وبعد أن يذكر في الإعلام صورة دعوى المدعي وتاريخ ومضمون السندات التي أبرزها لإثبات مدعاه والأسباب الثبوتية التي بينها وصورة إنكار المدعى عليه أو كيفية دفعه والأدلة التي قدمها لإثبات دفعه ثم يبين كيفية الحكم والإلزام.

يعني يجب أن يحتوي الإعلام على الأمور الآتية:

١ - دعوى المدعي .

إذا سرد المدعي مدعياته في جلسات عديدة يدقق القاضي في جميعها ويطوي (أولاً) المكررة منها فإنه لا فائدة في ذكر المكرر بل إنه يوجب الصعوبة والتشويش حين تدقيق الإعلام استئنافياً أو تمييزاً «ثانياً» يخرج الإفادات الغير اللازمة في الدعوى لأن ذكر إفادات غير مفيدة في الدعوى اشتغال بالعبث ويوجب ذلك الإشكال عند تدقيق الإعلام استئنافاً أو تمييزاً «ثالثاً» يكتب إفادات المدعي التي بينها في الجلسات العديدة في محل واحد.

٢ - جواب المدعى عليه :

إذا أجاب المدعى عليه أجوبة في جلسات عديدة فيدقق القاضي جميعها ويطوي أولاً المكرر منها؛ ثانياً. يخرج الأجوبة التي لا تتعلق بحل الدعوى، ثالثاً، يكتب أجوبة المدعى عليه المتعلقة بالدعوى التي أجاها في جلسات عديدة في مكان واحد.

٣ - أسباب ثبوت الدعوى.

فإذا كانت الأسباب المذكورة الإقرار فيجب كتابته عيناً لأنه يحتمل أن يظن القاضي كلاماً لا يعد إقراراً، وإذا كانت الأسباب المذكورة أوراقاً وسندات فيجب على القاضي أن يذكرها عيناً في الإعلام؛ أما إذا كان في تلك الأوراق جهات لا تتعلق بالدعوى فلا يجب درجها، وإذا كانت الأسباب المذكورة شهادة فيجب كتابة صورة شهادتهم عيناً لأنه من الجائز أن تكون صورة الشهادة غير مثبتة للدعوى ويظن القاضي أنها موافقة لها كما أنه يجب كتابة أسماء الشهود وأوصافهم وأنه جرت تزكيتهم سراً وعلناً وإن التزكية علناً كانت في حضور الطرفين والشهود، وإذا كانت الأسباب المذكورة اليمين أو النكول عن اليمين فيجب بيان صورة اليمين الذي كلف القاضي الخصم ليحلفه لأنه يحتمل أن تكون اليمين الذي كلف الخصم ليحلفها غير موافقة لأصولها ويكون حلف المدعى عليه اليمين أو نكوله لا يشكل سبباً للحكم.

ومن قواعد الصلح أن يذكر في الحكم الشرعي المبني على الإقرار عبارة إلزام وفي الحكم المبني على الشهادة لفظ التنبيه وذلك إذا ادعى المدعي قاتلاً: إن لي في ذمتك عشرة دنانير فأقر المدعى عليه بأنه مدين للمدعي بعشرة دنانير فيكتب في الإعلام عبارة (قد ألزمت المدعى عليه بأن يدفع للمدعي العشرة دنانير وإذا أنكر المدعى عليه دعوى المدعي وأثبت المدعي دعواه بالبينة فيكتب في الإعلام (قد نهت المدعى عليه بأن يدفع للمدعي المبلغ المذكور).

وقد ذكر في شرح المادة (١٨١٤) بأنه قد ألفت نماذج بكيفية تنظيم وتحرير الإعلانات الشرعية وطبعت ونشرت وربطت صورة تنظيمها بقواعد منتظمة.

المادة (١٨٢٨) - (لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إذا حضرت أسباب الحكم وشروطه بتامها).

أي يكون واجباً على القاضي في هذا الحال أن يحكم فوراً بمقتضى تلك الدعوى فإذا أصر ذلك يكون آثماً بترك الواجب ويستحق العزل، فلذلك إذا أصر القاضي الحكم خوفاً من المدعى عليه أو أمر المدعي بالصلح فاضطر المدعي لمصالحة المدعى عليه بناء على أمر وإلحاح القاضي يأثم القاضي «واقعات المفتين والحموي» وقد بين في المواد «١٧٤٠ و ١٧٤١ و ١٧٤٢» أسباب الحكم كما أنه بين في المواد الآتية شروطه ولكن للقاضي تأخير الحكم في أربع مسائل.

المسألة الأولى: إذا كان عند القاضي شبهة في الشهود فله تأخير الحكم وتجسس أحوال

الشهود. مثلاً إذا أثبت المدعي دعواه بالشهود وجرت تزكيتهم سرّاً وعلناً على الأصول فاشتبه القاضي بسبب مشروع في أن الشهود شهود زور فيتجسس أحوالهم ويرسل أحد أمنائه إلى الأشخاص الموثوقين الكلمة الذين لهم اختلاط بالشهود ويتفحص أحوالهم جيداً، فعليه لو شهد الثلاثة شهود في دعوى فسمع القاضي أحدهم قبل الحكم يقول (استغفر الله قد شهدت كذباً) ولم يميز القائل ولدى سؤالهم أجابوا أنهم باقون على شهادتهم فلا يحكم القاضي بتلك الشهادات ويخرج أولئك الشهود من مجلسه ويجري التدقيق والبحث في حقهم فإذا ظهر له أنهم أناس سوء فيرد شهادتهم، ويجب في هذا الزمن الإعتناء الزائد في ذلك إذ أن الشهود يزكون من أناس لا تقبل شهادتهم^(١).

المسألة الثانية: إذا تأمل القاضي وقوع الصلح بين الطرفين فله تأخير الحكم بناء على ذلك الأمل سواء كان الطرفان أقرباء أو أجنبان انظر المادة «١٨٢٦». لأن القضاء يورث الحقد والعداوة بين الناس فيجب الإحتراز من ذلك بقدر الإمكان.

المسألة الثالثة: إذا طلب المدعي الإمهال لإقامة الشهود لإثبات دعواه فيمهل. كما أنه إذا ثبت المدعي دعواه فدفع المدعى عليه الدعوى وطلب الإمهال لإثبات دفعه فيسأل القاضي المدعى عليه عن دفعه فإذا وجده صحيحاً أمهله، أما إذا لم يكن صحيحاً فلا يجيبه انظر شرح المادة (١٨٢٣).

المسألة الرابعة: إذا استفتى القاضي علماء بلدته في مسألة ولم يعتمد على الفتوى التي أفتوها واستفتى من علماء بلدة أخرى فله تأخير الحكم حتى ترد إليه الفتوى (رد المحتار والأشباه والحموي).

(١) فإن أقام المدعي باثنين منهم في اليوم الثاني وشهدا على ذلك تقبل شهادتهما ويقضى بالمال لأنه لما أعاد في اليوم الثاني تبين أن الراجع غيرهما فيقضى بشهادتهما لأنه لا تهمة فيها (الولولجية في الفصل الخامس من الدعوى).

الباب الثاني

في الحكم ويشتمل على فصلين

الفصل الأول

في بيان شروط الحكم

يذكر في هذا الفصل شرطان، أولهما سبق الدعوى، الثاني، حضور الطرفين حين الحكم. المادة (١٨٢٩) - (يشترط في الحكم سبق الدعوى. وهو أنه يشترط في حكم القاضي في خصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أول الأمر ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى).

يشترط في الحكم الصريح القول سبق الدعوى الصحيحة أي يلزم في الحكم وجود الخصومة الشرعية. لأن القاضي لا يعلم حقوق الناس كما أنه لا يجبر الناس على استيفاء حقوقهم (الزيلي في باب الاختلاف في الشهادة) وللناس أن يطالبوا بحقوقهم أو أن يتركوها وليس للقاضي حق التداخل في ذلك.

إذا كانت الخصومة الشرعية موجودة في الظاهر وفي نفس الأمر أيضاً فالدعوى والحكم صحيحان. أما إذا كانت الخصومة موجودة في الظاهر فقط وغير موجودة في نفس الأمر فقد اختلف في جواز الحكم المبني على ذلك. فعند بعض العلماء لا يجوز هذا الحكم وعليه لو علم القاضي أنه لا توجد خصومة حقيقية بين الطرفين وأن الدعوى التي أقامها بعضها على البعض ظاهراً هي وسيلة للاستحصال على حكم بطريق الاحتيال فلا يستمع الدعوى فإذا استمعها القاضي مع علمه بذلك فلا يعتبر الحكم الذي ترتب على تلك الدعوى، أما إذا حكم القاضي بدون علم بذلك فهو معذور وينفذ قضاؤه، وهذا الحكم جائز عند بعض الفقهاء فعلى ذلك لو وكل أحد آخر بطلب جميع حقوقه التي في البلدة الفلانية والادعاء بها وكان موكله غائباً وأراد إثبات وكالته فادعى الوكيل المذكور في حضور القاضي أن لموكله في ذمة المدعى عليه عشرين درهماً (حيث لا يمكنه إثبات وكالته رأساً ما لم يدع بمثل هذه الدعوى) وادعى في دعواه المذكورة أنه وكيل عن صاحب الحق فأقر المدعى عليه بأنه مدين لصاحب الحق إلا أنه أنكر وكالة الوكيل فللوكيل إثبات وكالته وبمحكم بموجبها (الحموي). كما أنه يحصل إثبات هلال رمضان والعديد في زماننا هذا ضمن دعوى كهذه.

ويشترط في حكم القاضي بخصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك الخصوص في أول الأمر ولا يصح الحكم من دون سبق دعوى. مثلاً لو ادعى أحد أنه وكيل عن فلان الغائب في الخصوص الفلاني وأراد إثبات أمر بدون وجود خصم يدعى ذلك الحق فلا يقبل (الحموي).

إيضاحات:

الحكم الصريح، أما في الحكم والقضاء الضمني فلا يشترط سبق الدعوى والخصومة وذلك:

أولاً: إذا شهد الشهود على الخصم الغائب في حق وذكروا اسم المشهود عليه واسم أبيه وحكم القاضي بذلك الحق فيكون قد حكم ضمناً بالنسب مع أنه لا توجد دعوى بالنسب أنظر مادة (٥٤) «الحموي».

ثانياً: إذا شهد الشهود أن فلانة زوجة فلان قد وكلت زوجها في الأمر الفلاني في الدعوى المقامة على الخصم المنكر وحكم بالتوكيل فيكون قد حكم ضمناً بالزوجية بينهما.

ثالثاً: لو وكل أحد آخر في الخصومة عنه في الدعوى المتكونة بينه وبين فلان على أن تكون الوكالة المذكورة معلقة على دخول شهر رمضان وادعى الوكيل المذكور لموكله حقاً بناء على الوكالة المذكورة فأقر المدعى عليه بالوكالة إلا أنه أنكر دخول رمضان فأقام الوكيل شهوداً على رؤية هلال رمضان فيثبت هلال رمضان ضمن ثبوت الوكالة «الحموي».

رابعاً: إذا قام أحد دعوى على آخر قائلاً: إنك قد كفلت الدين الذي ثبت في ذمة فلان بأمره فأقر المدعى عليه بالكفالة بالأمر إلا أنه أنكر الدين فأثبت المدعي الدين وحكم القاضي على المدعى عليه فيكون هذا الحكم حكماً على الكفيل قصداً وعلى الأصيل الغائب ضمناً حال كونه لم تسبق دعوى على الأصيل الغائب. وقد بأمره الوارد في هذه المسألة لا تأثير له على هذا الحكم ولكن له تأثير ودخل في رجوع الكفيل على الأصيل «الحموي».

الحكم القولي، أما الحكم الفعلي فلا يحتاج للدعوى وذلك إذا كان فعل القاضي محل الحكم فلا يشترط في ذلك الحكم سبق الدعوى.

مثلاً لو زوج القاضي الصغير الذي ليس له ولي أو باع مال اليتيم أو قسم عقاره أو اشترى مالاً لليتيم فهو حكم فعلي، ولا يشترط في هذه الأحكام الفعلية الدعوى الصحيحة حتى لو عرض الأمر إلى قاض آخر يرى عدم صلاحية القاضي لتزويج الصغير فليس لذلك القاضي أن ينقض حكم القاضي بتزويج الصغير كما بين في شرح المادة «١٨٣٨» (رد المحتار).

مستثنى - إن فعل القاضي في المسألتين الآتيتين ليس بحكم.

المسألة الأولى - إذا أذن ولي الصغيرة القاضي بتزويج الصغيرة فزوجها القاضي فلا يكون فعل القاضي حكماً بل يكون وكالة عن الولي.

المسألة الثانية - لو أعطى القاضي غلة الوقف الموقوفة على الفقراء لفقير فلا يعد هذا الفعل حكماً وله أن يعطي غلة ذلك الوقف الأخرى لفقير آخر «الدر المختار».

متعلق بحقوق الناس، أما في الأحكام المتعلقة بحقوق الله عز وجل فلا يشترط سبق الدعوى فيها كالطلاق حتى لو شهد شاهدان لدى القاضي أن فلاناً قد طلق زوجته ثلاثاً وأنه يعاشرها فيحكم القاضي بالطلاق ويفرق بينهما.

المادة (١٨٣٠) - (يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم عند النطق بالحكم بعد إجراء محاكمة الطرفين مواجهة حضورهما في مجلس الحكم، ولكن لو ادعى أحد على آخر خصوصاً وأقرّ به المدعى عليه ثم غاب قبل الحكم عن مجلس الحكم فللقاضي أن يحكم في غيابه بناء على إقراره، كذلك لو أنكر المدعى عليه دعوى المدعي، وأقام المدعي البيّنة في مواجهة المدعى عليه ثم غاب المدعي عليه عن مجلس الحكم أو توفي قبل التزكية والحكم فللقاضي أن يزكي البيّنة ويحكم بها).

كما أنه يشترط حسب المادة «١٦١٨» حضور الطرفين حين المحاكمة فكذلك يشترط حضورهما في مجلس المحاكمة حين الحكم أو حضور نائبهما يعني يلزم حضورهما في مجلس الحكم حين النطق بالحكم بعد إجراء المحاكمة بين الطرفين مواجهة لأنه لا يحكم للغائب في غيابه كما أنه لا يحكم عليه في غيابه سواء كان غائباً عن مجلس الحكم أو كان غائباً عن البلدة (الجوهرة).

إلا أنه في المسألتين الآتيتين لا يشترط حضور المدعى عليه حين الحكم:

المسألة الأولى - لو ادعى أحد على آخر خصوصاً وأقرّ به المدعى عليه ثم غاب قبل الحكم عن مجلس الحكم فللقاضي أن يحكم في غيابه بناء على إقراره أي يلزم الغائب المقر بإقراره لأنه في حالة إقرار المدعى عليه بدعوى المدعي لا يكون القضاء والحكم قضاء في نفس الأمر بل يكون في الحقيقة إعانة للمقضى له (السبلي). حيث ان حجية الإقرار غير متوقفة على حكم القاضي سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً أو إبراء، فعلى ذلك إذا كان المقر به عيناً وأقرّ الشخص الآخر الواضع اليد على ذلك المال بأنه ملك المدعي فيأمر القاضي الشخص المذكور بتسليم العين المذكورة للمدعي، وإذا كان المقرّ به ديناً فالمحكوم له يأخذ ذلك حينها يظهر بمال للمحكوم عليه من جنس مطلوبه «رد المحتار والفتح».

كذلك إذ أبرأ المدعي المدعى عليه من دعواه في حضور القاضي ثم تعيب المدعى عليه فللقاضي إعطاء الإعلام بالإبراء، والحكم الذي يكون على هذا الوجه يكون حكماً وجاهياً فلا يعترض عليه ولا يقام دفع ضده. لأنه لا يوجد طريق شرعي لرفع ذلك الإقرار والإبراء ما لم يدع بأنه ادعى المبلغ بعد الإقرار، وقد بين في المادة «١٨١٧» بأنه لا يسمع ادعاء الكذب في الإقرار

بعد صدور الحكم فلذلك لا يجوز الاعتراض في هذه المسألة على الحكم بادعاء الكذب في الإقرار، ولكن هل يجوز له الاعتراض على الحكم بدعوى أن الإقرار أو الإبراء كان مواضع بينهما؟

المسألة الثانية - كذلك لو أنكر المدعى عليه دعوى المدعي وأقام المدعي البينة في مواجهة المدعى عليه ثم تغيب المدعى عليه عن مجلس الحكم أو توفي قبل التزكية والحكم فللقاضي على رواية عند الإمام أبي يوسف، الحكم في غيابه بعد تزكية البينة سراً وعلناً وتحقق أن الشهود عدول مقبولو الشهادة. ويعد الحكم في هذه المسألة أيضاً حكماً على الحاضر.

والحكم غيباً على المدعى عليه في هذه المسألة الثانية مروية عن الإمام أبي يوسف وقد اختارها المجلة لأن هذه الرواية أرفق بالناس وقد رجحت من طرف الخصاف أنظر المادة «١٨٠١» وشرحها (الخانية والولوالجية).

ويلزم تبليغ الحكم الذي يصدر على الوجه المذكور في المسألة إلى المدعى عليه وله الاعتراض على الحكم بأن يطعن في الشهود أي أن يدفع الدعوى. ويكفي حضور نائب الطرفين حين الحكم. والنواب تسعة أنواع:

النوع الأول: وكيل المدعى عليه سواء كان وكيلاً للخصومة والدعوى كأن يوكل المدعى عليه وكيلاً ليجيب على الدعوى المقامة عليه من المدعي وأن يترافع معه وأن يترافع في مواجهة هذا الوكيل وأن يحكم القاضي في القضية. أو أن يكون وكيلاً لأجل القضاء وذلك هو الوكيل الذي يعين للحكم عليه بعد إقامة البينة من المدعي على الموكل عليه فإذا غاب الموكل بعد تعيين وكيل على هذا الوجه فيعطى الحكم الشرعي في مواجهة هذا الوكيل.

النوع الثاني: وصي الميت سواء أكان وصياً مختاراً أو وصياً منصوباً لأن الميت غائب ووصيه يقوم مقامه حقيقة (رد المحتار). وولي الصغير ووصي الوصي هما من هذا القبيل.

فترى الدعوى في مواجهة هؤلاء فإذا لزم الحكم عليهم فيحكم على الموكل الغائب أو الميت و الصغير ويبين أن الحكم على الغائب كان في مواجهة وكيله وعلى الميت أو الصغير في مواجهة وصيه أو وليه ولا يصدر الحكم على الوكيل أو الوصي أو الولي بالذات.

النوع الثالث: متولي الوقف، فيحكم القاضي في الأمور المتعلقة بالوقف على الواقف وقد بينت صورة ذلك في شرح المادة «٩٢٨» ويحكم في الأمور المتعلقة بالوقف على الوقف «رد المحتار» النوع الرابع: أن ينوب أحد الورثة عن باقي الورثة وتفصيل ذلك قد بين في شرح المادة «١٦٤٨».

النوع الخامس: يكون أحد شريكي الدين حتى في غير الإرث حصماً عن الآخر عند الامامين ونائباً وقول الامامين هذا هو استحساني (الخانية).

مثلاً لو ادعى أحد من آخر قائلاً: إن لي ولفلان الغائب بالاشترك في ذمة هذا المدعى عليه

عشرة دنانير وأثبت ذلك فالقاضي يحكم على المدعى عليه بالعشرة دنانير إلا أن المدعي يأخذ عند إجراء الحكم حصته الخمسة دنانير فقط وأما الخمسة الأخرى فيأخذها الغائب عند قدومه فإذا جاء الغائب وصدق المدعي الحاضر يجري حكم مادتي «١١٠١ و ١١٠٥» (جامع الفصولين).

وصورة الدين المبيّنة في هذا النوع الخامس أن يكون الدين للمدعي ولشريكه الغائب. أما الصورة الأخرى فتبيّن في النوع السادس.

أما عند الإمام الأعظم فلا يكون أحد الشريكين في الدين خصماً عن الآخر في غير الإرث. وقول الإمام الأعظم قياسي أنظر شرح المادة «١٦٤٣». ولذلك فإذا ادعى أحد الاستحقاق في عقار يتصرف به أربعة أشخاص في مواجهة إثنين منهم وأثبت دعواه فيلزمه أن يثبت دعواه أيضاً في مواجهة الاثنين الآخرين. إذا لم يكن الاشتراك غير حاصل من الإرث ولم يكن المدعى عليهما الاثنان هما الواضعي اليد فقط (فتاوى ابن السعود في الشهادة).

ويحكم القاضي في المثال المذكور أنفاً بالخمسة دنانير حصّة المدعي فقط ولا يحكم بمجموع العشرة دنانير وعند قدوم الغائب يكون مخيراً على الوجه المبين في المادتين (١١٠١ و ١١٠٥).

النوع السادس: أن يكون أحد المدينين نائباً عن المدين الآخر تجاه الدائن؛ مثلاً لو كان لأحد عشرة دنانير في ذمة زيد وعمرو فدعى عمرو إلى المحاكمة في غياب زيد وأثبت الدائن أن له في ذمة الاثنين عشرة دنانير فيحكم على زيد وعمرو بإداء العشرة دنانير على رواية من الإمام الأعظم، وفي رواية أخرى عن الإمام الأعظم وقد قال بها الإمام أبو يوسف أيضاً: انه يحكم بحصّة عمرو فقط ولا يسري الحكم على زيد الغائب.

النوع السابع: الأجنبي الذي في يده مال الميت على رأي بعض المشايخ، مثلاً لو وهب الميت في مرض موته جميع ماله لشخص وسلمه له أو أوصى به ثم توفي فدعوى الدين على المتوفي تسمع مواجهة ذلك الشخص الأجنبي الموهوب له أو الموصى له وبذلك يكون الأجنبي نائباً عن المتوفي وعند بعض المشايخ لا يكون ذلك الأجنبي خصماً في تلك الدعوى والقاضي يعين خصماً أي وصياً عن الميت ويستمع بينة مدعي الدين.

النوع الثامن: يكون بعض الموقوف عليهم خصماً عن البعض الآخر إذا كان الوقف ثابتاً، أما إذا لم يكن ثابتاً وأريد إثبات الوقفية فلا يكون خصماً «رد المحتار والدر المختار».

مثلاً إذا كان وقف موقوفاً على اخوين فتوفي أحد الموقوف عليها فبقي الوقف تحت يد الموقوف عليه الحي مع أولاد المتوفي فاقام الأخ الحي على أحد أولاد أخيه المتوفي بأن الوقف مشروط للأولاد بطناً بعد بطن فتسمع هذه الدعوى والبيّنة ولو كان باقي أولاد الأخ غائبين والمدعى عليه الواحد يعد خصماً عن الآخرين ونائباً عنهم.

النوع التاسع: النائب حكماً^(١) وهو أن يكون الشيء المدعى به على الغائب سبباً في كل

(١) أي بأن يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم «الفتح».

الأحوال للشيء المدعى به على الحاضر وقول، في كل الأحوال هو للاحتراز من الذي يكون سبباً في حال وغير سبب في حال آخر كما سيبين قريباً وكذلك قد احترز بقول (سبب) من أن يكون شرطاً كما سيوضح ذلك قريباً.

مثل أنه قد احترز في هذا النوع التاسع (من الذي يكون سبباً في حال وغير سبب في حال آخر) لأنه في هذه الصورة يقبل في حق الحاضر فقط ولا يقبل في حق الغائب؛ مثلاً لو ادعى أحد على امرأة قائلاً: (ان زوجك فلاناً قد وكلني بالذهاب بك إليه وسأذهب بك وادعت الزوجة أن زوجها طلقها ثلاثاً، وأقامت البينة وأثبتت مدعاها فتقبل هذه البينة في حق الوكيل الحاضر لقصر يده عن الزوجة ولا يقبل في حق الغائب ولا يثبت الطلاق بذلك^(١)).

كذلك إذا كان سبباً للبقاء وقت الدعوى فقط فلا يقبل مطلقاً.

مثلاً؛ لو باع أحد ماله بيعاً فاسداً لآخر وسلمه له ثم ادعى على المشتري بطلب فسخ البيع بناء على فساده فادعى المشتري بأنه باع المبيع إلى فلان وأنه لم يبق للبائع حق فسخ البيع حسب المادة «٣٧٢» فلا يقبل ادعاء المشتري هذا في دفع دعوى البائع الحاضر المحاكمة في طلب فسخ البيع كما أنها لا تقبل في حق شراء الغائب لأن نفس البيع لم يكن سبباً لبطلان حق الفسخ إذ من الجائز أن يكون قد أقبل البيع بعد البيع للغائب حتى أن الشهود لو شهدوا على بقاء البيع لحين الدعوى فلا يقبل لأنه مادام أنه لم يكن خصماً لإثبات نفس البيع فلا يكون خصماً لإثبات بقاءه لأن البقاء تابع للإبتداء (رد المحتار).

قد ذكر عند إيضاح الفرع التاسع أنه احترز بقيد سبب من الشرط لأنه إذا كان الشيء الذي ادعاه المدعي على الغائب شرطاً للشيء الذي ادعاه على الحاضر فينظر.

فإذا كان الغائب يتضرر بالشرط فلا تقبل بينة المدعي لا على الحاضر ولا على الغائب. مثلاً لو ادعت امرأة على زوجها قائلة: قد علقت طلاقي على تطليق فلان الغائب لزوجته وأرادت إقامة البينة على تطليق الغائب لزوجته فلا تقبل.

أما إذا لم يتضرر الغائب بالشرط فيقبل مثلاً لو ادعت الزوجة على زوجها قائلة: قد علقت

(١) فإن المدعي هنا على الغائب هو الطلاق ليس سبباً لا محالة لما يدعي على الحاضر وهو قصر يد بانعزاله عن الوكالة لأنه قد يتحقق الطلاق بدون انعزال وكيل ثان لا يكون هناك وكالة أصلاً وقد يتحقق موجباً للانعزال بأن كان بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق فمن حيث أنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر خصماً عن الغائب ومن حيث أنه قد يكون سبباً قبلنا البينة في حق الحاضر بقصر يده وانعزاله (رد المحتار) رجل في يده دار بيعت بجنتها دار فاراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك إنما هي لفلان فأقام الشفيع البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضي بالشراء لا في حق الحاضر ولا حق الغائب لأن المدعي شيطان والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لأنه لو فسخ بعد الشراء وإزالتها عن ملكه بسبب من الأسباب لا يكون له شفعة وإنما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو أقام البينة على البقاء لم تقبل أيضاً لما ذكرنا (الفتح).

طلاقي على دخول فلان الغائب في بيته وقد دخل الغائب المذكور في بيته وأقامت البينة على ذلك فتقبل لأنه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال في الشرط أيضاً تقبل مطلقاً كما في النسب منهم على اليزدوي لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضاً «الزيلي ورد المختار».

وهذا النوع التاسع يكون على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون الحق الذي يدعيه المدعي على الحاضر والغائب شيئاً واحداً ويتفرع على ذلك المسائل الآتية:

المسألة الأولى - إذا ادعى المدعي الدار التي في يد المدعى عليه قائلاً: إنها ملكي وأنكر المدعى عليه فأثبت المدعي فاقام المدعي الخارج الذي يدعي ملكية الدار بينة تثبت أنه اشترى الدار المذكورة من مالكها فلان الغائب فيحكم بموجب هذه البينة المدعى عليه والغائب معاً حتى أنه لو حضر الغائب وأنكر البيع فلا يعتبر لأن الاشتراء من المالك «وهو الأمر المدعى به في هذه المسألة» هو سبب للملكية بلا شك وقد ادعت الملكية في ذلك من الحاضر (الدر المختار ورد المحتار والزيلي والعناية).

قد ذكر في تصوير الدعوى عبارة، من مالكها، لأن مجرد الشراء لا يثبت الملكية للمشتري إذ من الجائز أن يكون بائع المبيع غير مالك بأن يكون فضولياً في بيعه (رد المحتار).

المسألة الثانية - لو ادعى أحد الدار التي في يد آخر قائلاً: إن هذه الدار التي في يد المدعى عليه كانت ملكاً لفلان الغائب وقد اشتراها منه واني شفيع بها واطلبها بالشفعة وادعى ذو اليد أن تلك الدار ملكه أصلاً وإنه لم يشترها من أحد فإذا اقام المدعي بينة تثبت أن المدعى عليه قد اشترى الدار المذكورة من الغائب المذكور فيحكم بتلك البينة المدعى عليه والغائب معاً لأن المدعى به شيء واحد في هذه الدعوى وهو الدار كما أن الشراء المدعى به على الغائب في هذه الصورة هو سبب لثبوت الشيء المدعى به على الحاضر لأن الشراء من المالك هو سبب لا محالة للملكية المشتري (الزيلي).

المسألة الثالثة - لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمة فلان الغائب عشرة دنانير وأن هذا المدعى عليه هو كفيل على ذلك بأمره وأثبت الدين والكفالة فيحكم على الغائب والحاضر معاً لأنها كالمعاوضة لو لم يقل بأمره لا يقض على الغائب (رد المحتار والزيلي).

المسألة الرابعة - لو ادعى أحد على آخر قائلاً: إن هذا المدعى عليه مع فلان الغائب قد كفلا الدين العشرة دنانير المطلوبة لي من ذمة فلان كما انهما قد كفلا بعضها بالمال وأثبت دعواه وحكم القاضي فيكون هذا الحكم حكماً على الكفيل الغائب وعلى المدين الغائب أيضاً «الحانية».

المسألة الخامسة - لو ادعى أحد في مواجهة آخر قائلاً: إن هذا المدعى عليه قد كفل جميع الدين الذي يثبت لي في ذمة فلان وأن في ذمة فلان المكفول المذكور عشرة دنانير قبل الكفالة وهي

في ذمته للآن وأثبت ذلك فيكون الحكم على الكفيل الحاضر وعلى المكفول عنه الغائب ولا يلزم تجديد الدعوى وإثباتها ثانية عند حضور الغائب كما أنه لا يلزم في هذه الدعوى أن يذكر أن هذا الكفيل قد كفّل بأمر الغائب. ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره بخلاف الأولى لأن الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل ما لم توجهه على الأصيل فصار كأنه علق الكفالة بوجود المال على الأصيل فانصب عن الغائب خصماً «رد المحتار».

وقد ورد في الخانية: رجل باع من رجلين متاعاً بألف درهم وكل واحد منها كفيل عن صاحبه بأمره فإنه يقضي له على الحاضر بألف درهم وإذا حضر الغائب لم يكن للمدعي أن يأخذه إلا بخمسائة وهي الأصلية لأن القضاء على الكفيل بألف قضاء على الأصيل أما القضاء على الأصيل لا يكون قضاء على الكفيل، وفي مسألتنا القضاء على الأول في النصف الذي كان كفياً كان قضاء على الغائب أما القضاء عليه فيما كان اصيلاً لا يكون قضاء على الغائب.

المسألة السادسة- لو قال أحد لآخر: مهبا بعث لفلان فهو علي ثم ادعى بعد ذلك قائلاً: قد بعث الشخص المذكور فرسي بألف درهم فادها لي حسب كفالتك وأثبت البيع فيحكم على المشتري بالشراء ويحكم على المدعى عليه بالألف درهم «رد المحتار».

المسألة السابعة- لو قال أحد لآخر: اكفني على المبلغ الذي سيقرضني إياه هذا الرجل فكفله على هذا الوجه ثم ادعى الكفيل على المكفول عنه قائلاً: إن ذلك الرجل قد اقترضك عشرة دنانير وسلمها لك وقد ادبتها للدائن بكفالتك عنك فادها لي وأثبت الاقراض والإيفاء فيحكم بالاقتراض وتأدية الكفيل ويأخذ الكفيل من المكفول عنه العشرة دنانير «رد المحتار».

المسألة الثامنة- إذا أثبت الكفيل بالأمر أيضاً الدين في مواجهة الأصيل فيحكم على المكفول عنه بإداء المكفول به للمدعي كما أنه يكون قد حكم على الدائن الغائب بأنه قد استوفى مطلوبه (رد المحتار).

المسألة التاسعة- إذا ادعى المحال له أن له ديناً عند فلان عشرة دنانير وأنه أحال المبلغ المذكور على هذا الرجل وأن ثلاثتهم قد قبلوا الحوالة وأثبت ذلك فثبت مشغولية ذمة الغائب بالدين كما أنه يحكم على المذكور بإيفاء المحال به (رد المحتار).

المسألة العاشرة- لو ادعى أحد على آخر قائلاً: كان لفلان في ذمتك عشرة دنانير وقد حولت ذلك الرجل علي بالمبلغ المذكور وبعد أن قبلت الحوالة بأمرك قد أوفيت المحال به له وانني ارجع عليك وأثبت ذلك بالبينة فكما أنه يثبت قبض الغائب يلزم أيضاً الحكم على المدعى عليه بإداء المبلغ المذكور.

وفي هذه الصورة قد قبلت البينة على الغائب وثبت الحق على الغائب والحاضر معاً ويجب على الغائب عند قدومه أن يؤدي الحق الثابت عليه ولا يلتفت إلى إنكاره كما أنه لا يكون المدعي ملزماً لإعادة البينة (رد المحتار والزليعي).

الوجه الثاني: أن يكون الشيء الذي يدعيه من الحاضر والغائب حقين غير قابل انفكاكهما؛ مثلاً لو قتل أحد آخر عمداً وكان للمقتول وليان وكان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فادعى الولي الحاضر أن الولي الغائب قد عفا عن القاتل في حصته وأن حصته أي الحاضر قد انقلبت إلى مال وانكر القاتل ذلك، فإذا أقام المدعي البينة على ذلك فتقبل ويحكم بها على الغائب والحاضر معاً «الزيلي» .

المادة (١٨٣١) - (إذا حضر المدعى عليه بالذات إلى مجلس الحكم بعد إقامة البينة في مواجهة وكيله فللقاضي أن يحكم بتلك البينة على المدعى عليه وبالعكس إذا حضر وكيل المدعى عليه المجلس بعد إقامة البينة في مواجهة المدعى عليه فللقاضي أن يحكم بتلك البينة على الوكيل).

إذا حضر المدعى عليه بالذات مجلس الحكم بعد إقامة البينة في مواجهة وكيله فللقاضي أن يحكم بتلك البينة على المدعى عليه ولا حاجة لإعادة البينة مرة ثانية في مواجهة المدعى عليه وبالعكس إذا حضر وكيل المدعى عليه المجلس بعد إقامة البينة في مواجهة المدعى عليه فللقاضي أن يحكم بتلك البينة في مواجهة الوكيل على المدعى عليه ولا حاجة لإعادة البينة مرة ثانية في مواجهة الوكيل انظر شرح المادة (١٨٣٠).

كذلك إذا حضر وارث المدعى عليه مجلس الحكم بعد إقامة البينة في مواجهة المدعى عليه المورث قبل وفاته فيحكم القاضي بتلك البينة على المتوفي في مواجهة الوارث المذكور، أما إذا كان وارث المتوفي غائباً وغير معلوم محل إقامته فينصب القاضي بطلب الخصم وكيلاً له ويحكم القاضي بتلك البينة في مواجهة الوكيل المذكور.

كذلك إذا بلغ الصغير بعد إقامة البينة في مواجهة وليه أو وصيه فيحكم القاضي بتلك البينة على ذلك الصغير البالغ.

إيضاحات:

إن تعبير (بينة) ليس احترازياً إذ الحكم في جزء البينة هو على هذا المنوال أيضاً. فكما أن إقامة كل البينة معتبر فإقامة جزء منها معتبر أيضاً، مثلاً لو أقام المدعي في مواجهة وكيل المدعى عليه شاهداً واحداً وأقام في مواجهة المدعى عليه بالذات شاهداً آخر فهو جائز كما أنه لو أقام في مواجهة المورث شاهداً وأقام شاهداً آخر في مواجهة الورثة بعد وفاة المورث فيقبل.

كذلك لو نصب أحد وكيلين في دعوى مقامة عليه فأقام المدعي في مواجهة أحد هذين الوكيلين شاهداً وفي مواجهة الوكيل الآخر شاهداً آخر فيقبل «الهندية» .

كذلك لو كان للمتوفي وصيان وأقام المدعي في مواجهة أحدهما شاهداً وأقام في مواجهة الوصي الثاني شاهداً آخر فيقبل (الأنقروي والهندية والخانية).

المادة (١٨٣٢) - (للقاضي في الدعوى التي توجه الخصومة فيها إلى جميع الورثة أن يحكم بالبينة التي أقيمت في مواجهة أحد الورثة إذا غاب ذلك الوارث قبل الحكم على الوارث الآخر الذي أحضر في الدعوى ولا حاجة إلى إعادة البينة).

للقاضي في الدعوى التي توجه الخصومة فيها إلى جميع الورثة، وهي الدعوى التي سبق تفصيلها في المادة «١٦٤٣» أن يحكم بالبينة التي أقيمت في مواجهة أحد الورثة إذا غاب ذلك الوارث قبل الحكم على المتوفي في مواجهة الوارث الآخر الذي أحضر في الدعوى ولا حاجة لإعادة البينة في مواجهة الوارث الآخر انظر شرح المادة «١٣٨».

الفصل الثاني

في بيان الحكم الغيابي

يجوز عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى الحكم على الغائب لأنه قد ثبت وظهر الحق عند القاضي بالبينة وقد ورد في الحديث الشريف (إن البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ولم يشترط حضور المدعى عليه فاشترط حضور المدعى عليه هو زيادة بل دليل (الفتح).

مثلاً إذا ذهب المدعي إلى حضور القاضي وادعى أن له في ذمة زيد الغائب عشرين ديناراً وأثبت ذلك بالبينة بدون تعيين وكيل مسخر على الغائب فللقاضي أن يحكم على الغائب بأداء المبلغ المذكور.

أما الأئمة الحنفية فقد أجمعوا واتفقوا على عدم جواز الحكم على الغائب (رد المحتار)، سواء كان غائباً عن مجلس الحكم وحاضراً في البلدة أو كان غائباً عن البلدة. لأن النبي ﷺ قال لعلي كرم الله وجهه (لا تحكم لأحد الأخصام ما لم تسمع كلام الخصم الآخر لأنك عند سماعك كلام الآخر تعرف ماذا يجب أن تحكم به أي أنه يعلم كيفية الحكم بعد كلام المدعى عليه فإذا أقر يحكم بإقراره، وإذا أنكر وثبت المدعي يحكم عليه بالبينة ولا سيما أن الحكم هو لقطع النزاع فإذا لم يحضر الخصم فلا يكون نزاع لعدم العلم بإنكاره فإذا لم يحضر الخصم الآخر لا يصح الحكم الذي هو بمعنى قطع النزاع كما أنه إذا لم يحضر الخصم مجلس الحكم يكون إقراره وإنكاره محتملاً وبما أن أحكام الإقرار والإنكار مختلفة فيكون في هذا الحال وجه القضاء مشتبهاً فيه لأن الحكم بالإقرار اختصار والحكم بالبينة تعدية كما بين في شرح المادة (٧٨) «الزبلي والشبلي».

فلذلك لو كان لأحد في ذمة آخر عشرة دنانير وراجع الدائن القاضي وأثبت دينه في غياب المدعى عليه عن مجلس الحكم ببينة عادلة فلا يحكم القاضي على المدعى عليه الغائب.

إن المادة (١٨١٨) متفرعة على عدم جواز الحكم على الغائب كما أن المادة «١٨٣٠» متفرعة عن ذلك.

الحكم غياباً على مذهب الشافعي: إذا حكم القاضي الشافعي الذي يميز الحكم على الغائب، على الغائب فينفذ حكمه كما أنه لو حكم القاضي الحنفي المذهب الذي يميز مذهبه الحكم على الغائب على الغائب اتباعاً للمذهب الشافعي فينفذ الحكم المذكور على أصح الرواية المروية عن الأصحاب الحنفية انظر المادة «١٨٠١» (الولوالجية).

وبما أن المحاكم الشرعية في زماننا تصدر أحكاماً غيابية على الخصم الغير المتواري المقيم في بيته أو المشتغل في وظيفته أو أعماله وبما أن الحكم الغيابي المبحوث عنه في المادة «١٨٣٤» من المجلة هو حق الخصم المتواري على رأي الأئمة الحنفية فأكثر الأحكام الغيابية في زماننا توافق مذهب الشافعي.

إلا أن اصدار الحكم الغيابي في المذهب الشافعي يتوقف «أولاً» على ثبوت الدعوى بالبينة. (ثانياً) على تحليف المدعي احتياطاً يمين استظهار على الوجه الآتي وهو: أن المدعى به هو حق لازم أداؤه على الغائب. وفي هذه الحالة قد أصبح تليفق في هذه الأحكام الغيابية يعني أن إصدار الحكم الغيابي على الخصم الغير المتواري هو على مذهب الإمام الشافعي وإصدار الحكم بلا يمين هو على مذهب الإمام الحنفي ولذلك يرد سؤال على هذه الأحكام بعدم جواز التليفق.

إن الأصل والقاعدة هو عدم جواز الحكم على الغائب فإذا لم يكن ممكناً إحضار الخصم أي إجباره على الحضور إلى المحاكمة فإن ذلك يستوجب ضياع حق المدعي فلزمت المحاكمة والحكم غيابياً دفعاً للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع وقد أفق خواهر زاده بجواز الحكم الغيابي على الخصم المتواري فقط «رد المحتار».

وإن شرط استماع الدعوى على الغائب في مواجهة الوكيل المسخر الذي ينصبه القاضي الوارد ذكره في المواد الآتية، أن يكون الغائب مقيماً داخل ولاية ذلك القاضي فليس لقاضي دمشق أن ينصب وكيلاً مسخراً على المدعى عليه المقيم في مدينة بغداد وأن يحكم عليه في مواجهة ذلك الوكيل انظر المادة «١٨٠١» وشرحها «رد المحتار».

المادة (١٨٣٣) - (يدعى المدعى عليه بناء على طلب واستدعاء المدعي إلى المحكمة من قبل القاضي فإذا امتنع عن الحضور إلى المحكمة وعن إرسال وكيل من دون أن يكون له عذر شرعي يحضر إلى المحاكمة جبراً).

يدعى المدعى عليه بناء على طلب واستدعاء المدعي أي بعد إجراء الأصول المبينة في شرح المادة «١٦١٨» إلى المحاكمة من قبل القاضي بواسطة محضر المحكمة.

وكانت أصول هذه الدعوى في الأوائل أن يرسل المحضر إلى المدعى عليه فيبلغه شفاهياً ويحضر الخصم إلى مجلس القاضي فإذا لم يجب المدعى عليه الدعوة التي تبلغها من المحضر المرسل من قبل القاضي فيصبح ذلك المدعى عليه مستحقاً للتعزير (واقعات المفتين) أما في زماننا فدعوة الخصم إلى المحاكمة تحصل بإرسال ورقة تدعى (دعوتية) تبلغ إلى المدعى عليه بواسطة المحضر كما سيذكر ذلك في المادة (١٨٣٤). الآتية الذكر. ويؤدى للمحضر أجره مناسبة وهذه الأجرة تلزم المدعي عند بعض الفقهاء وعند بعض الفضلاء تلزم المدعى عليه المتمرد عن الحضور وقد أفتى مشايخ المسلمين بالقول الثاني. وفي نتيجة الفتاوي توجد فتوى شريفة بذلك.

أما التمرد فيفهم على الوجه الآتي: وهو أن القاضي يرسل ابتداء محضراً للمدعى عليه فيدعوه للمحاكمة وأجرة هذا المحضر تلزم المدعي فإذا تمرد المدعى عليه عن الحضور للمحاكمة وامتنع عن ذلك فيجري الإشهاد على تمرده فإذا أرسل القاضي بعد ذلك المحضر ثانياً فتلزم أجره المحضر في المرة الثانية على المدعى عليه لتمرده استحساناً للزجر «النتيجة».

وقد وضحت الخانية التمرد على الوجه الآتي:

يأخذ المدعي مراسلة محتومة بختم القاضي لتبليغها للخصم تتضمن دعوته إلى المحاكمة ويبلغ المدعي هذه المراسلة لخصمه ويفهمه بأنها من قبل القاضي فإذا رد الخصم المراسلة وامتنع عن الحضور إلى مجلس القاضي فيجري المدعي الإشهاد على الإمتناع والتمرد وإذا سكت الخصم بأن لم يرد ولم يجب أو وعد بالإجابة ثم خالف بعد ذلك فيعد متمرداً فالقاضي يحضر المدعى عليه جبراً بواسطة المحضر أو الشرطي ويأخذ الأجرة من المدعى عليه زجراً له ويعزره لتمرده.

والأجرة المذكورة تختلف بنسبة المسافة التي يقطعها المحضر يعني إذا كان المدعى عليه في داخل البلدة التي توجد فيها المحكمة فتكون أجره المحضر أقل من أجرته فيما إذا كان المدعى عليه مقيماً خارج البلدة.

فإن امتنع عن الحضور وعن إرسال وكيل إلى المحاكمة من دون أن يكون له عذر شرعي كأن يكون المدعى عليه مريضاً أو امرأة مخدرة فيحضر إليها جبراً.

ويستعين القاضي بالوالي وبأفراد الشرطة في إحضار المدعى عليه «رد المختار والولوالحجية».

أما إذا كان المدعى عليه مريضاً بحيث إذا جاء المحاكمة ماشياً يوجب ذلك اشتداد مرضه أو كان امرأة مخدرة فلا يجبر على الحضور توفيقاً للمادة «١٩» وفي هذا الحال إذا كان القاضي مأذوناً

بنصب النائب يرسل نائبه مع المدعي إلى المريض أو المخدرة ويستمتع دعواه ويفصل فيها. ولكن لا يجوز إجبار أحد من أجل إحضار المدعى عليه، يعني لا يجوز لأحد أن يجبر آخر لإحضار خصمه إلى مجلس الحكم. فلذلك إذا كانت المدعى عليها زوجة فليس للمدعي أن يقول لزوج المدعى عليها احضر زوجتك للمحاكمة وأن يجبره على إحضارها ولكن يجبر الكفيل بالنفس لإحضار المكفول عنه إذا كان الكفيل مقتدرًا على إحضاره «انظر المادة «٦٤٢»».

المادة (١٨٣٤) - (إذا امتنع المدعى عليه من الحضور من إرسال وكيل إلى المحكمة ولم يمكن جلبه وإحضاره يدعى إلى المحاكمة بطلب المدعي بأن يرسل إليه ثلاث مرات ورقة الدعوى المخصوصة بالمحكمة في أيام مختلفة فإن لم يحضر أيضاً يفهمه القاضي بأنه سينصب له وكيلًا وسيسمع دعوى المدعي وبينته فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد ذلك إلى المحاكمة ولم يرسل وكيلًا نصب القاضي له وكيلًا يحافظ على حقوقه وسمع الدعوى والبينة في مواجهة الوكيل المذكور ودققها فإذا تحقق أنها مقارنة للصحة حكم بالدعوى بعد الثبوت)

إذا امتنع أو اختفى المدعى عليه من الحضور ومن إرسال وكيل إلى المحكمة ولم يمكن جلبه أو إحضاره جبراً حسب المادة الأتفة، ويدعى الخصم المتواري، يدعى إلى المحاكمة بطلب المدعي بأن يرسل إليه ورقة إحضار يذكر فيها اليوم الذي يجب حضوره فيه إلى المحاكمة مع بيان اسم وشهرة المدعي وترسل هذه الورقة إليه على ثلاث مرات ويفهم المدعى عليه فيها بأنها مرسله له من القاضي وانه مدعو للمحاكمة فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد دعوته ثلاث مرات على الوجه المشروح فيه يفهمه القاضي بأن يرسل رسالة له: بأنه سينصب عنه وكيلًا وأنه سيستمع دعوى المدعي وبينته في مواجهة ذلك الوكيل، ويفهم من ظاهر العبارة أن هذا التفهيم يكون بإرسال رسالة بعد إرسال ثلاث دعوات للحضور. وقد كانت هذه مرعية لوقت قريب في المحاكم الشرعية إلا أنه قد ألغي أخيراً أصول إرسال رسالة للمدعى عليه بعد الدعوات الثلاث. وقد قال جميع فقهاء الحنفية بجواز الحكم غياباً على الخصم المتواري ولم تكن هذه المادة مبينة على قول الإمام الشافعي «رد المحتار والولولجية والحموي».

وترسل ورقة (الدعوتية) ثلاث مرات للمدعى عليه كما هو مذكور في المجلة ويخطر في كل دفعة منها على الوجه السالف الذكر ويجوز إرسال الدعوتيات الثلاثة يوماً بعد يوم كما أنه يجوز أن يكون بين كل دعوتية والأخرى يومين أو ثلاثة.

ومن الأصول كتابة ورقة الدعوتية على الوجه الآتي:

إلى فلان بن فلان المقيم في المحلة الفلانية في الشارع الفلاني في الدار نمرة كذا الذي يمتهن حرفة كذا. قد تقدم استدعاء من أحمد بن سلمان إلى هذه المحكمة يدعي فيها عليك بدين عشرة دنانير وقد طلب حضوركم إلى هذه المحكمة وقد عينت الساعة الفلانية من اليوم الفلاني لإجراء المحاكمة بينكما فأخطرك بلزوم الحضور إلى المحكمة في تلك الساعة أو بإرسال وكيل عنك وفي حال عدم إجابتك سيعين وكيل مسخر عنك وتجري المحاكمة في غيابك وسيحكم عليك في حال ثبوت الدعوى. وهذا هو الإخطار الأول أو الثاني أو الثالث إليك.

لزوم إرسال ورقة الدعوتية ثلاث مرات:

قد حرر في المجلة لزوم إرسال الدعوتية وتبليغها للمدعى عليه ثلاث مرات استنباطاً من النقل الآتي الذكر الذي ذكره الفقهاء.

ذكر في شرح أدب القاضي: لو قال رجل للقاضي: لي على فلان حق وقد تواری عني في منزله فالقاضي يكتب إلى الوالي في إحضاره فإن لم يظفر به وسأل الطالب الختم على بابه فإن أتى بشاهدين أنه في منزله وقال رأيناه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم على منزله لا إن زاد عن ثلاثة. والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي فاذا ختم وطلب المدعي أن ينصب له وكيل بعث القاضي إلى داره رسوياً مع شاهدين ينادي بحضرتها ثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان إن القاضي يقول لك احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت لك وكياً وقبلت بينته عليك فإن لم يخرج نصب وكياً وسمع شهود المدعي وحكم عليه بمحضر وكيله، انتهى ملخصاً (رد المحتار).

إن كيفية التبليغ الذي قبلته المجلة لم يكن مطابقاً تماماً لهذا النقل.

وتكرار التبليغ ثلاث مرات هو للاحتياط في بعض المسائل ومشعر بالأولوية كتكليف القاضي المنكر لحلف اليمين ثلاث مرات أنظر شرح المادة (١٧١٨). فإذا كان تبليغ ورقة الدعوتية ثلاث مرات هو من هذا القبيل فالإكتفاء بواحدة منها موجب للتسهيل، وقد ورد في الخانية في مبحث فصل فيما يقضي في المجتهدات وما ينفذ قضاؤه فيه وما لا ينفذ. إذا سمع القاضي البينة على الغائب الذي ليس له وكيل وحكم عليه بالحكم ينفذ كما ذكر ذلك السرخسي وخواهر زاده.

والمقصد من هذه الإيضاحات أنه إذا كان من الجائز الحكم غيابياً على الغائب بعد تبليغ دعوة واحدة الرجاء أن تعدل المادة على هذا الشكل ويسهل الأمر على الناس.

فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد ذلك إلى المحاكمة ولم يرسل وكياً إليها فينصب القاضي له وكياً يحافظ على حقوقه وسمع الدعوى والبينة في مواجهته ودققها فإذا تحقق أنها مقارنة للصحة حكم بعد الثبوت على الغائب في مواجهة الوكيل المذكور لأن القاضي مأمور بإيصال الحقوق إلى مستحقيها ولا يمكن القاضي إيصال الحق بغير هذا الوجه (الولولجية) وإذا لم يحكم القاضي غيابياً على هذه الصورة فيؤدي ذلك إلى تضييع الحقوق (الفتح).

وكيلاً يحافظ على حقوقه: وظيفة الوكيل المسخر هي عبارة عن إنكار المدعى به بالنيابة عن الغائب وبما أنه تقام الحجة والبيّنة على المنكر فيكون قد فتح بهذا الإنكار طريق لإثبات الدعوى إذ ليس للوكيل المسخر أن يدفع بالنيابة عن موكله أي ليس له أن يدفع الدعوى بقوله إن موكلي قد دفع المبلغ المدعى به أو أن المدعي قد أبرأ موكلي وليس له أن يتصدى لإثبات هذا الدفع أو تكليف المدعي لحلف اليمين لأن الدفع من صفة المدعي ولا يعين للمدعي وكيل مسخر كما أن هذه الدفوع صادرة عن الوكيل المسخر الذي ليس له أي علم بحقيقة الأمر إذ يكون الدفع المذكور كذباً محضاً منه فليس له إجراء هذه المعاملات في مجلس القضاء .

سؤال - إن الوكيل المسخر ينكر حق المدعي على المدعى عليه الغائب مع عدم علمه بأن له حقاً أو لم يكن له حق فيكون إنكاره غير مطابق لنفس الأمر؟

الجواب - عدم حق المدعي هو بمقتضى المادة الثامنة بهذا الاعتبار لا يكون الإنكار الواقع كذباً .

مثلاً إذا ادعى المدعي عشرة دنانير من جهة القرض فلم يجب المدعى عليه الدعوة ورؤيت الدعوى في مواجهة الوكيل المسخر فيطلب من المدعي بيّنة مطابقة لدعواه إذ ليس للوكيل المسخر أن يقرّ عن الغائب وإذا أقرّ يلزم القاضي للغائب بإقراره فإذا أثبت المدعي بشهود ان له في ذمة الغائب عشرة دنانير. وجرت تزكية الشهود سراً وعلناً وتبين أنهم عدول ومقبولو الشهادة فيحكم بتحصيل المبلغ المذكور من المدعى عليه الغائب. وإذا حضر المحكوم عليه فله دفع لدعوى بقوله: قد أديت لك هذا المبلغ أو أنك أبرأتني من كافة الدعاوى أو ان للشهود في الدعوى جر مغنم كذا أو دفع مغرم كذا وبذلك يكون حق المدعى عليه محفوظاً في دفع الدعوى والظن في حق الشهود أنظر المادة «١٦٣٦» .

كذلك إذا ادعى المدعي على المدعى عليه قائلاً: إنه اشترى منه ماله الفلاني وأدى له الثمن وأنه امتنع عن تسليم المبيع وأثبت دعواه هذه في مواجهة الوكيل المسخر فيحكم القاضي على المدعى عليه بتسليم المال المذكور للمدعي .

ويلزم في الدعاوى التي تقام على الغائب وفي الشهادة عليه ذكر اسم الغائب واسم أبيه وجده كما بين ذلك في المادة (١٦٩٠). أما إذا لم يثبت المدعي دعواه أي لم يكن لدى المدعي بيّنة لإثبات دعواه فلا يحكم على الغائب لأن أسباب الحكم كما ذكر شرحاً في أول كتاب القضاء هي عبارة عن الإقرار والشهادة واليمين والنكول عن اليمين. وبما أنه لا يوجد إقرار في هذه الحالة كما أن اليمين والنكول عن اليمين يشترط في المادة (١٧٤٤) أن يكون في حضور القاضي وبما أنه لا توجد أيضاً بيّنة فلا يكون إثبات للدعوى وفي هذه الصورة إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه وقال إنني أكلف خصمي اليمين وأطلب الحكم عليه معلقاً على نكوله عن اليمين حين اعتراضه على الحكم فلا يلتفت إليه لأن التعليق على النكول عن اليمين ليس من أسباب الحكم ففي هذه الحال للمدعي أن يترصد لخصمه وعند ظهوره من اختفائه يطلب من القاضي إحضاره جبراً ويكلفه

لحلف اليمين حتى أنه لو تحقق أن المدعى عليه مختف في بيته فللقاضي أن يرسل إلى بيته رجالاً ونساء فالرجال يقفون على الباب ويمنعون فراره وتدخل امرأة ثقة إلى البيت وتفتش جميع أنحاء الدار وتفتش النساء والرجال والخدمة لعله يكون قد تزيا بزى النساء. «الحانية».

الحكم الغيابي في المحاكم الشرعية:

وقد قرر في مجلس التدقيقات الشرعية أنه إذا لم يكن إحضار المدعى عليه إلى المحاكمة جبراً فبعد إرسال ثلاث دعوتيات للمدعى عليه كما هو مبين في مواد المجلة في فصل الحكم الغيابي يقتضى نصب وكيل مسخر وإعطاء حكم غيابي في حق المدعى عليه. وإذا لم يستطع المدعي إثبات دعواه في مواجهة الوكيل المسخر وطلب المدعي تحليف خصمه يرسل مأذوناً إلى المدعى عليه لتحليفه اليمين حسب الأصول ويكلف لحلف اليمين ويُدْرَج كيفية الحلف أو النكول عن الحلف في محضر المأذون ويصدر الحكم بعد ذلك.

إن المسائل التي يجوز فيها نصب وكيل مسخر عند الحنفية خمس وهي:

المسألة الأولى - الخصم المتواري وقد بين هذا في شرح هذه المادة.

المسألة الثانية - إذا اشترى أحد مالا من آخر على أن يكون مخيراً وأراد فسخ العقد في مدة الخيار ورد البيع وكان البائع غائباً ومتواريماً فراجع المشتري القاضي ويطلب نصب وكيل عن الغائب ويرد المبيع لذلك الوكيل.

المسألة الثالثة - إذا كان المكفول له متواريماً ينصب وكيل عنه، مثلاً لو كفل أحد نفس آخر على أنه إذا لم يسلمه غداً يكون كفيلاً بالدين الذي في ذمته وكان الطالب غائباً في اليوم المشروط فيه التسليم ولم يجده الكفيل ليسلمه المكفول فللكفيل أن يراجع القاضي وأن يطلب نصب وكيل عن الطالب. وللقاضي نصب وكيل عند الإمام أبي يوسف والكفيل يسلم المكفول للوكيل.

المسألة الرابعة - إذا حلف المدين قائلاً. إذا لم أوف ديني غداً فامرأتى طالق ثلاثاً وكان يريد إيفاء الدين في ذلك اليوم وكان الدائن غائباً فللدائن أن يراجع القاضي ويطلب نصب وكيل عن الغائب ويوفي الدين له ولا يحث المدين في يمينه:

وعند بعض الفقهاء لا حاجة لنصب وكيل في هذه المسألة بل يؤدي الحالف دينه للقاضي ولا يحث ويكون باراً وصادقاً في يمينه. أما إذا لم يكن هنالك قاض فيحث الحالف في يمينه وتطلق امرأته «رد المحتار».

المسألة الخامسة - لو قال أحد لامرأته إذا لم أوصل لك نفقتك فطلاقك في يدك فتغييت واختفت المرأة حتى لا يوصل زوجها النفقة إليها وتطلق نفسها فللزوجة أن يراجع القاضي وأن يطلب نصب وكيل منه للمرأة ويسلمه النفقة.

المادة (١٨٣٥) - (يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح للمدعى

عليه).

يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح أي في مواجهة الوكيل المسخر للمدعى عليه وذلك أن ينظم القاضي إعلاماً شرعياً محتوياً على حكم القاضي ويسلم الإعلام المذكور المحكوم إليه إلى الموظف المكلف بإجراء الحكم ويستخرج هذا الأمر صورة عن الإعلام المذكور ويرسلها إلى المحكوم عليه. أو أن القاضي ينظم الحكم الغيابي من نسختين فيسلم نسخة منه حسب المادة «١٨٢٧» إلى المحكوم له ويرسل النسخة الأخرى بواسطة محضر المحكمة إلى المحكوم عليه ويؤخذ من المحكوم عليه إيصالاً بحصول تسليم الإعلام إليه وتبليغه له فإذا لم يعترض المحكوم عليه الذي بلغ له الحكم الغيابي فينفذ الحكم المذكور وإذا اعترض على الحكم يؤخذ تنفيذه لنتيجة الاعتراض كما هو مبين في المادة الآتية.

وبما أن الاعتراض على الحكم هو دفع للدعوى فليس في الأحكام الشرعية مدة مخصوصة له يعني ليس في الأحكام الشرعية أنه إذا اطلع المحكوم عليه على الحكم الغيابي يجب الاعتراض على الحكم في مدة ثلاثة أشهر أو في مدة ثلاث سنوات وأنه لا يسمع الاعتراض بعد ذلك. فلذلك يستمع دفع الدعوى ما لم يمنع استماع الدعوى بحصول مرور الزمن.

المادة (١٨٣٦) - (إذا حضر المحكوم عليه غياباً إلى المحكمة وتشبث

بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه الموجب وإذا لم يتشبت بدفع الدعوى أو تشبث ولم يكن تشبثه صالحاً للدفع ينفذ ويجري الحكم الواقع).

إذا حضر المحكوم عليه غياباً إلى المحكمة وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه الموجب أنظر المادة (١٨٤٠).

وإن الأصوال لتثبت المحكوم عليه غياباً لدفع الدعوى هي على الوجه الآتي: وهو أن المحكوم عليه يقدم استدعاء للمشيخة الإسلامية ملفوفاً بها إعلام الحكم الغيابي وهذا الاستدعاء يحول أولاً إلى دائرة الفتوى العلية ويحول من هناك إذا وجد لزوم إلى مجلس التدقيقات الشرعية فيشرح عليها المقضى ثم يحول الاستدعاء المذكور إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.

يفهم من المادة (١٨٣٤) أنه يشترط في الحكم على الغائب أن تثبت دعوى المدعي بالبيّنة فلذلك إذا حضر المدعى عليه ودفع الدعوى بقوله: كنت أديت المبلغ المحكوم به للمدعي أو أن المدعي كان أبراني منه أو كان أبراني من كافة الدعاوى أو أن للشهود كذاجر مغنم أو كذا دفع مغرم فله أن يدفع الحكم المذكور. وتجري المعاملة في حق هذه الدفوع على موجب المادتين «١٦٣٣» و«١٧٢٤» أما إذا ادعى المدعي أن له في ذمة الغائب عشرة دنانير وأثبت ذلك بالشهود وحكم

للمدعي بذلك بعد التعديل والتركية فأنكر المدعى عليه في اعتراضه الذي قدمه ضد الحكم المذكور الدين فلا يعد هذا الإنكار دفعاً ولا يلزم استماع الشهود مرة ثانية .

وإن لم يتثبت المحكوم عليه غياباً بدفع الدعوى أو تثبت ولم يكن تشبته صالحاً للدفع ينفذ ويجري الحكم الغيابي .

والتثبت غير الصالح للدفع هو كما بين آنفاً أن ينكر المدعى عليه المدعى به بعد أن يكون الحكم الصادر عليه غياباً مبنياً على شهادة تزكوا سرّاً وعلناً .

خلاصة البابين الأول والثاني

القضاء، يجيء بمعنى الحكم والحاكمة .

الحكم، هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها .

أقسام الحكم، على وجهين .

الوجه الأول: الحكم الوجاهي والحكم الغيابي،

الوجه الثاني: أما أن يكون لصالح المدعي ويطلق عليه قضاء الاستحقاق، وأما أن يكون لصالح المدعى عليه ويطلق عليه قضاء الترك . والفرق بينهما: (أولاً) أن المقضى عليه بقضاء الاستحقاق لا يجوز أن يقضى له في تلك الحادثة أما في قضاء الترك فيجوز ذلك «ثانياً» إذا ادعى الشخص الثالث أن المال المحكوم به هو ماله . فلا تسمع هذه الدعوى في قضاء الاستحقاق وتسمع في قضاء الترك .

شرط الحكم، (١) سبق الدعوى الصحيحة في الحكم الصريح (٢) حضور الطرفين حين الحكم أو نائبهما^(١) .

شروط الحكم الغيابي: (١) أن يتمتع المدعى عليه عن الحضور إلى المحكمة وعن إرسال وكيل عنه لها وأن يكون غير ممكن جلبه وإحضاره . (٢) أن يرسل إليه من طرف القاضي ورقة إحضار على ثلاث مرات في أيام مختلفة . (٣) أن ينصب القاضي وكيلاً عن الخصم المتواري وأن يستمع دعوى المدعي في مواجهة ذلك الوكيل .

حكم الحكم الغيابي، أن ينفذ الحكم المذكور إن لم يعترض المدعى عليه أو إذا اعترض وكان اعتراضه غير صالح للقبول، أن يبلغ الإعلام الغيابي للمدعى عليه .

(١) والنائب هو، أولاً، الوكيل، ثانياً، وصي الميت، ثالثاً، متولي الوقف، رابعاً، أحد الورثة، خامساً، أحد شريكي الدين (عند الأمامين)، سادساً، أحد اللدنيين للداثين، سابعاً، الأجنبي الذي في يده مال للميت ثامناً، بعض الموقوف عليهم بالوقف الثابت، تاسعاً انائب حكماً .

تعريف القاضي هو الذات المنصوب من قبل السلطان ليفصل ويحسم الدعاوي الحادثة بين الناس توفيقاً لقواعدها المشروعة.

أوصاف القاضي: أن يكون؛ حكيماً، فهيماً، مستقيماً، أميناً، متيناً، مكيناً واقفاً على المسائل الفقهية وأصول المحاكمة، ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة توفيقاً لها.

شرائط القاضي وآدابه: «١» أن يكون مقتدراً على التمييز التام «٢» وأن يجتنب الأفعال الموجبة سوء الظن بحقه. «٣» وأن يجتنب في مجلس المحاكمة الأفعال الموجبة إزالة مهابة المجلس. «٤» وأن يجتنب قبول هدية أحد الطرفين. «٥» وأن لا يقبل ضيافة أحد الطرفين.

الباب الثالث

في حق رؤية الدعوى بعد الحكم

إن رؤية الدعوى بعد الحكم فيها تكون على ثلاث صور:

الصورة الأولى: أن يكون الحكم الواقع غيابياً فيعترض عليه بطريق دفع الدعوى وقد مر بيان ذلك في المادة (١٨٣٦).

الصورة الثانية: أن ينقض ذلك الحكم من دائرة الفتوى العلية أو من مجلس التدقيقات الشرعية فترى الدعوى استثناءً وهذا سنذكر في مادتي (١٨٣٨ و ١٨٣٩).

مثلاً إذا دقت دائرة الفتوى العلية أو مجلس التدقيقات الشرعية في إعلام صادر على شخص ونقض لمخالفته للشرع فترى الدعوى استثناءً مرة ثانية.

الصورة الثالثة: ترى الدعوى مرة ثانية بطريق إعادة المحاكمة على الوجه المبين في المادة (١٨٤٠).

المادة (١٨٣٧) - (لا يجوز رؤية وسماع الدعوى تكراراً التي حكم وصدور إعلام بها توفيقاً لأصولها المشروعة أي الحكم الذي كان موجوداً فيه أسبابه وشروطه) .

لا يجوز للقاضي الذي أصدر حكماً في دعوى رؤية وسماع تلك الدعوى تكراراً التي حكم وصدور إعلام بها توفيقاً لأصولها المشروعة أي الحكم الذي كان موجوداً فيه أسبابه وشروطه المبينة في المادة (١٨٤٠) وفي موادها التابعة إذا كان الطرفان هما ذاتهما في الدعوى السابقة ولم يضيف شيئاً على ادعائهما ومدافعتهما السابقة لأنه لو جاز استماع الدعوى ثانياً لجاز استماعها ثالثاً ورابعاً مما يوجب عدم استقرار الحكم كما أن استماع الدعوى ثانياً والحكم بها كالأول ليس فيه من فائدة بل يكون استغلالاً بالعبث.

إيضاح القيود:

إذا حكم وصدور الإعلام؛ والحكم كاف لعدم استماع الدعوى مرة ثانية ولا يشترط تنظيم إعلام بالحكم أي إذا حكم في دعوى حسب أصولها المشروعة ولم يعط ثمة إعلام بها بالحكم فلا ترى الدعوى ثانية.

مثلاً لو ادعى أحد الدار التي في يد آخر أنها ملكه فأنكر المدعى عليه الدعوى ولم يستطع المدعي إثبات مدعاه وحلف المدعى عليه بالطلب فنكل المدعى عليه عن الحلف وصدر الحكم الشرعي فليس للمدعى عليه بعد ذلك أن يدعي قاتلاً: إنني اشترت الدار المذكورة منك وأن يثبت ذلك فإذا ادعى أنه اشتراها منه قبل القضاء فلا تقبل الدعوى منه. أما إذا ادعى الشراء بعد القضاء فتقبل.

قاعدة: إذا قضي على شخص في شيء فلا تسمع بعد ذلك دعوى الشخص المذكور في ذلك الشيء ما لم يقيم ذلك الشخص بينة على إبطال القضاء.

والفقرة الثانية من هذه المسألة هي المسألة المبينة في هذه المادة كما أن الفقرة الثانية منها هي المسألة المذكورة في المادة «١٨٤٠» (واقعات المفتين).

فلذلك إذا سمع القاضي الدعوى ثانية وفصل بها وحكم لصالح المحكوم عليه فلا يصح حكمه ولا ينفذ.

كذلك إذا حكم القاضي في قضية حسب أصولها المشروعة وبناء على دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة ثم رجع عن حكمه بقوله: قد رجعت عن حكمي أو أبطلت حكمي أو انني اطلعت على تلبس وتزوير الشهود فلا يصح رجوعه «رد المحتار والأشباه».

توفيقاً لأصولها المشروعة، أما إذا ظهر أن حكم القاضي هو خلاف للمشروع وأنه أخطأ فيلزم عليه الرجوع عن الحكم، مثلاً لو حكم القاضي الحنفي المذهب بصحة الهبة في الحصة الشائعة القابلة للقسمه ثم ظهر له خطأه فيجب فسخ ونقض هذا الحكم «الحموي».

وعليه فلو حكم القاضي بعد الدعوى الصحيحة والشهادة المستقيمة وأخطأ في حكمه وثبت خطأه بإقرار الشاهد أو المحكوم له فينقض الحكم ولا ينقض الحكم بقول القاضي: إنني أخطأت في حكمي أي بمجرد قوله بل يجب ثبوت وتحقق الخطأ كما ذكر آنفاً.

مثلاً لو استمع القاضي الدعوى وبعد استشهاد الشهود وتزكيتهم حكم في القضية بالموجب الشرعي وحرر في الإعلام ذلك ثم قال القاضي إنني حكمت بدون تزكية الشهود سراً وعلناً وإن كتابة ذلك في الإعلام خطأ فلا يلتفت إلى قوله.

إذا كان الطرفان هما ذاتهما، مثلاً إذا حكم على ذي اليد بالملك المطلق فالحكم يكون على ذي اليد المذكور وعلى من تلقى الملك منه بالذات أو الواسطة ولا يكون حكماً على كافة الناس وبما أن الحكم هو على الأشخاص المذكورين فلا ترى الدعوى ثانية من المحكوم عليه بعد الحكم المذكور كما أنها لا ترى ثانية بناء على دعوى الأشخاص المذكورين.

مثلاً لو ادعى محمد الفرس التي باعها علي لعمر وباعها عمر لعثمان وباعها عثمان لحسن، إنها ملكه وأقام الدعوى على ذي اليد حسن وادعى حسن أن هذه الفرس له قد اشتراها من عثمان وأن

عثمان اشتراها من عمر وأن عمر اشتراها من علي وأثبت كلاهما مدعاه وحكم لمحمد بالفرس المذكورة توفيقاً للمادة «١٧٥٨» فيكون هذا الحكم على حسين وعلى عثمان الذي تلقى حسن الملك عنه وعلى عمر الذي تلقى عثمان الملك عنه، وعلى علي الذي تلقى عمر الملك عنه فلذلك لا تقبل دعوى عثمان أو عمر أو علي بأن الفرس المذكورة ملكه لأنه لا يجوز بموجب هذه المادة رؤية واستماع الدعوى تكراراً التي حكم فيها موافقاً للشرع.

إذا لم يصف الطرفان شيئاً على ادعائهما ومدافعتهما السابقة، أما إذا بين المدعى عليه بعد الحكم عليه دعواً صحيحاً فتسمع الدعوى ثانية وقد ذكر في شرح المادة (١٦٣١) بعض مسائل عن الدفع بعد الحكم كما أنه سيذكر في المادة (١٨٤٠) مسائل أخرى.

المادة (١٨٣٨) - (إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى يحقق الحكم المذكور فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإلا يستأنف).

إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة وبين للقاضي جهة عدم موافقته لأصوله المشروعة وطلب استئناف الدعوى أي طلب تدقيق الحكم الذي صدر ابتداء ثانية فيدقق الحكم استئنافاً حسب طلبه ويحقق استئنافاً في الحكم الذي صدر ابتداء فإذا وجد موافقاً لأصوله يصدق وبذلك يظهر أن ادعاء المحكوم عليه أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة غير حقيقي، وإذا عرض حكم قاض على قاض آخر وجرت المرافعة الشرعية في حضور القاضي الثاني فدقق القاضي في الحكم وظهر له أن الحكم الأول موافق للشرع وصدق الحكم فيسمى هذا التصديق «تنفيذاً» (رد المحتار).

وسبب تصديق ذلك هو أن فسخ الحكم الموافق للشرع والحكم ثانية كالحكم الأول ليس فيه فائدة بل يكون اشتغالاً بالعبث، ويكفي أن يكون الحكم موافقاً لأصوله المشروعة، أن يكون موافقاً لمذهب القاضي الأول.

فلذلك لو كان القاضي الأول شافعي المذهب فحكم بموجب مذهبه ثم عرض هذا الحكم استئنافاً على القاضي الحنفي فلا ينقض القاضي الحنفي ذلك الحكم ولو كان مخالفاً لمذهبه بل يصدقه كذلك لو كان القاضي الأول حنفياً وحكم بموجب مذهبه وعرض الحكم ثانية على القاضي الشافعي فليس للقاضي الثاني المذكور نقض الحكم بل عليه تنفيذه لأنه حسب المادة (١٦) من المجلة (الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد) لأن الإجتهد الأول قد تأيد بالقضاء والحكم فهو يرجع على اجتهاد القاضي الثاني ولأنه يجب أن يحمل القضاء والحكم على الصحة بقدر الإمكان فلا ينتقض بالشك (ابن ملك والأشباه والحموي وتكملة البحر والدرر في القضاء).

ما لم يكن حكم القاضي الأول مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة أو إجماع الأمة وفي هذه الحالة

يجب إبطال الحكم الأول ورده كما سيوضح آتياً.

إذا كان الحكم موافقاً لمذهب القاضي الأول والقاضي الثاني فالأمر ظاهر إذ أنه إذا عرض حكم قاض على قاض آخر فلا يخلو الحكم من أن يكون أحد الأقسام الثلاثة الآتية:

القسم الأول: أن يكون الحكم مخالفاً للنص أي مخالفاً للكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع وفي هذا الحال يرد الحكم ويبطل على كل حال لأنه حسب المادة (١٤) من المجلة (لا مسأغ للإجتهد في مورد النص). «البحر والتكملة»^(١).

الأحكام المخالفة للكتاب هي:

كأن يحكم القاضي الشافعي بحل أكل لحم الحيوان التي تركت التسمية عليه عمداً حين ذبحه لأن هذا الحكم يخلل الحرام الذي حرمه الله تعالى في قرآنه الكريم بقوله ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ فهو مخالف للنص فإذا عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي يبطله (العناية والفتح).

كذلك الحكم عليه بحلية ملك يمين زوجة الأب أو موطوءة الأب لأن هذا الحكم مخالف لنص الآية الجليلة ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ فإذا عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي فسخه ويبطله كما أن الحكم المذكور مخالف للسنة المشهورة والإجماع^(٢).

وكذلك إذا حكم القاضي في الشج الواقع في الحمام بشهادة النساء فقط وعرض هذا الحكم على قاض ثان فينقضه «رد المحتار».

كذلك لو حكم القاضي على إجبار المدين على إيجار نفسه لآخر وإيفاء الدين من أجرته وعرض هذا الحكم على قاض آخر فينقضه لمخالفته لقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾.

الأحكام المخالفة للسنة المشهورة:

إذا عين ولي القتل رجلاً من أهالي المحلة أنه قاتل مورثه وحلف اليمين يحكم على ذلك

(١) والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريتته التي وطئها الأب فلو حكم قاض بجواز ذلك نقضه من رفع إليه. والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور أي جل الناس وأكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا إذا حكم القاضي على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه فإذا حكم قاض بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه «العناية».

(٢) فلو قضى القاضي بحل أم امرأته كان باطلاً فلا ينفذ «الفتح».

الرجل بالقصاص عند الإمام مالك فإذا حكم القاضي المالكي بقصاص رجل على هذا الوجه وعرض هذا الحكم على قاض حنفي فلا ينفذ هذا الحكم بل يفسخه ويطله لأن هذا الحكم مخالف للحديث الشريف القائل (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) الذي هو بمآل المادة «٧٦» من المجلة.

كذلك إذا حكم القاضي الشافعي في دعوى بشاهد واحد وبيمين المدعي وعرض هذا الحكم على القاضي الحنفي فيطله القاضي الحنفي ولا ينفذ، كما هو مذكور في التنوير حيث أنه مخالف للسنة المشهورة، وكما ذكر في الولوالجية. لأنه مخالف لنص القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾.

كذلك لو طلق أحد زوجته المدخول بها طلاقاً ثلاثاً ثم زوجت الزوجة المذكورة للحل بزواج آخر فطلقت من الزوج الآخر قبل الدخول وحكم بحلية زواجها من زوجها الأول فإن اشترط الدخول ثابت في حديث العسيلة «العناية».

الأحكام المخالفة للاجماع:

كان يعرض الحكم الذي أصدره قاض في مسألة اجتهادية على قاض آخر فيحكم القاضي الآخر بإبطال الحكم الأول.

وكالحكم بسقوط الدين لترك المدعي الدعوى بضع سنوات فإنه لا دليل شرعي يدل على ذلك (العناية).

القسم الثاني: الحكم الذي يجب امضاؤه وتنفيذه على كل حال.

وهو الحكم الواقع في محل الإجتهد الذي يكون الخلاف فيه في نفس المسألة وسبب القضاء؛ فيجب تنفيذ هذا الحكم ولو كان القاضي لا يعلم أنه حكم في محل الإجتهد «العناية والسعد والشبلي والفتح» لأن القاضي الأول منصوب للقضاء من قبل السلطان وللسلطان ولاية على كافة الناس فكما أن حكم السلطان بالذات حجة في حق كافة الناس فحكم القاضي المنصوب من قبله هو حجة أيضاً على كافة الناس فليس لأحد نقض حكمه (الزيلعي في التحكيم) لأن القاضي الثاني هو أحد كافة الناس فليس له صلاحية في نقض حكم القاضي الأول كما أنه لا رجحان لاجتهاد على اجتهاد الآخر وبلحوق الحكم على الاجتهاد الأول ترجح على الاجتهاد الثاني وتفوق عنه وتدني الاجتهاد الثاني فلا ينقض الاجتهاد الراجح بالمرجوح «الزيلعي».

حتى أنه لو أبطل القاضي الثاني الحكم الذي هو من هذا القبيل وعرض حكم القاضي الثاني المتضمن إبطال الحكم الأول على قاض ثالث فيطل القاضي الثالث حكم القاضي الثاني وينفذ حكم القاضي الأول لأن القاضي الأول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهادات نافذ بالإجماع فكان القضاء من الثاني مخالفاً للاجماع فيكون باطلاً (الشبلي). وفي الجامع الصغير. وما اختلف فيه الفقهاء فحوى به القاضي ثم جاء قاض آخر ويرى غير ذلك امضاه (الزيلعي) ولو قضى

في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي بصير متفقاً (الفتح) أقوى لا يصح الحكم في هذا الزمن بهذا . أنظر المادتين (١٨٠١ و٩٧٠) من المجلة .

مثلاً تقبل شهادة المحدودين بالقذف بعد توبتهم عند الإمام الشافعي فلو حكم القاضي الشافعي في قضية بشهادة هؤلاء وعرض هذا الحكم على قاض حنفي فيجب عليه امضاؤه وتنفيذه مع كون هذا الحكم غير جائز عند القاضي الحنفي . وليس للقاضي الحنفي أن يفسخ ويبطل ذلك الحكم بداعي أنه مخالف لمذهبه .

كذلك لو حكم قاض شافعي في دعوى امرأة بشهادة زوجها وشهادة أجنبي آخر بجواز الحكم بهاتين الشهادتين على مذهب الإمام الشافعي ثم عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي الذي يقول بعدم جواز ذلك حسب مذهبه فيجب عليه امضاء وتنفيذ ذلك الحكم لأن القاضي الأول قد حكم في أمر مجتهد فيه لأن المجتهد فيه سبب للقضاء لأن الخلاف في هل أن شهادة هؤلاء تكون سبباً للحكم أو لا تكون أي في سبب الحكم . وليس في نفس الحكم أما الخلاف في نفس الحكم فسيبين في القسم الثالث .

وأمثلة القسم الثاني كثيرة (الحموي) .

وهذا القسم الثاني على نوعين أيضاً :

النوع الأول - أن يكون حكم القاضي الأول موافقاً لمذهبه كأن يكون القاضي الأول مثلاً شافعيًا ويحكم حكماً موافقاً لمذهبه فإذا عرض هذا الحكم على القاضي الحنفي فينفذه .

النوع الثاني - أن يكون حكم القاضي الأول مخالفاً لمذهبه وموافقاً لمذهب آخر كأن يحكم القاضي الأول الحنفي المذهب حكماً مخالفاً لمذهبه وموافقاً لمذهب الشافعي مثلاً فقد اختلف في حق انفاذ هذا الحكم كما فصل في شرح المادة «١٨٠١» .

القسم الثالث - أن يكون نفس الحكم مجتهد فيه والخلاف في نفس الحكم . وهذا الحكم لا يكون نافذاً بعد وجوده على رأي بعض المجتهدين ويتوقف نفاذه على امضائه وتنفيذه من قاض ثان والصحيح هو هذا .

وعلى ذلك إذا عرض هذا الحكم على قاض ثان يكون مخيراً إن شاء امضاه وإن شاء نقضه فإذا امضاه فليس لقاض ثالث أن يبطله كما أنه إذا ابطله القاضي الثاني فليس للقاضي الثالث أن يجيزه وينفذه .

والمختلف فيه هنا هو نفس القضاء :

فإذا عرض الحكم على القاضي الثاني فلا يلزم القاضي الثاني تنفيذه كما هو الحال في القسم الثاني بل للقاضي إن شاء نقضه ويكون هذا التنفيذ من قبيل القسم الثاني وإن شاء ابطله وفي هذا الحال يبطل الحكم «رد المحتار والزيلعي» وعليه إذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقيق

الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر فإن امضى ليس للثالث نقضه لأن قضاء الثاني هو الذي وقع مجتهداً فيه أعني قضاء الأول (الفتح). اقول هذا المثال لا يصح إلا بقطع النظر عما اختارته المجلة في كتاب الحجر.

وإذا ظهر لدى التحقيق أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة فيستأنف أي أنه يبطل الحكم الأول ويفصل في القضية حسب أصولها المشروعة.

سواء كانت عدم الموافقة لأسباب ذكرها المحكوم عليه أو كانت الأسباب التي بينها المحكوم عليه غير واردة وتحقق أنه غير موافق للأصول من جهة أسباب أخرى لم يبينها المحكوم عليه فيبطل الحكم الأول. لأن الحكم الغير موافق للأصول هو مخالف لحكم العدالة وظلم وإزالة الظلم واجبة وتقريره وتبنيته حرام.

وقد وضع في زماننا أصول لكيفية استئناف الأحكام الشرعية وستذكر في شرح المادة الآتية .

وبعد نقض الحكم من دائرة الفتوى العالية أو من مجلس التدقيقات الشرعية لا يحكم في القضية من دائرة الفتوى المذكورة أو من المجلس المذكور حيث لم يكونا حائزين صلاحية القضاء في ذلك بل ترسل القضية إلى المحكمة الأولى أو تحال لمحكمة أخرى ليحكم فيها ثانياً على أن تراعي المحكمة الأسباب التي أوجبت نقض الحكم.

تذكر المسائل الآتية مثلاً على بعض الاعلامات التي نقض الحكم فيها لعدم موافقتها لاصولها المشروعة .

١ - قد نقض الاعلام الحاوي للحكم الذي صدر بناء على دعوى وصي صبي ادعى فيها أن للصبي المذكور ارثاً عن ابيه عشرة دنانير في ذمة المدعى عليه واثبت ذلك وكانت أسباب نقض الحكم المذكور هي ما يأتي :

أولاً: لم يذكر سبب الدين مع أنه يلزم في هذه الدعوى ذكر السبب لأنه إذا كان الدين موروثاً وكان للمتوفي وارث آخر فتخصيص الصبي بالمطلوب المذكور هو بإجراء تقسيم التركة بين الورثة وتخصيص الدين المذكور بالصبي مع أن تقسيم الدين باطل بموجب المادة «١١٢٣» .

ثانياً: لم يشهد الشهود على وفاة المورث ولم يشهدوا بأن المورث قد عين هذا المدعي وصياً مع لزوم ذكر ذلك .

٢ - ادعى أحد على آخر قائلاً: إنني سلمت أبك كذا وديعة قيمتها عشرة دنانير ولم يعدها إلي وتوفي مجهلاً وأثبت ذلك وبعد التزكية حكم للمدعي بأخذ عشرة دنانير من التركة. وقد نقض هذا الحكم للسبب الآتي.

وهو أن المدعي وشهوده لم يبينوا قيمة الوديعة في زمن التجهيل أي بدلا حين وفاة المستودع مجهلاً بل بينوا قيمتها حين الإيداع «جامع الفصولين» .

المادة (١٨٣٩)- (إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق دعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي الحكم يدقق الاعلام المذكور فاذا كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإلا ينقض).

إذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع من قبل قاض في حق الدعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي الحكم يدقق الاعلام المذكور فإن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق وإن كان غير موافق ينقض؛ والتدقيقات التمييزية تجري، أولاً: في دائرة الفتوى العلية فإذا كان الاعلام موافقاً للشرع الشريف يجرر على طرف الاعلام عبارة، أنه موافق لأصوله، ويختتم بالختم الرسمي العائد لمميز الاعلام الشرعية ويعاد إلى صاحبه. وإذا كان غير موافق للشرع فينقض ويجرر على الاعلام حيناً عبارة، أن صكه وسبكه؛ أي أن الحكم الشرعي الصادر غير موافق لمسألته الشرعية نظراً للاعلام؛ أو يجرر أن الحكم غير خال من الخلل؛ أي بدون تفصيل وبيان أسباب الخلل ويبين أحياناً أسباب الخلل والنقض ويختتم هذا الشرح بالختم المذكور ويعاد للمحكمة التي أصدرت الحكم لرؤية الدعوى مرة أخرى.

ثانياً: تجري التدقيقات التمييزية في مجلس التدقيقات الشرعية.

والأصول المقررة لصورة الاستئناف والتمييز توضح على الوجه الآتي:

أصول الاستئناف والتمييز: بموجب التعليقات السنوية الصادرة في ٢٢ المحرم سنة ١٣٠٠ في حق تمييز واستئناف الأحكام الشرعية. إن مرجع تمييز الاعلام الشرعية هي دائرة الفتوى ومجلس التدقيقات الشرعية فالاعتراضات المتعلقة بالصك والسك تدقق في دائرة الفتوى والاعتراضات التي تكون خارجة عنها أي موافقة الاعلام الشرعي للضبط وموافقة الضبط للأصول المشروعة يدقق تمييزاً من مجلس التدقيقات الشرعية.

تمييز واستئناف الأحكام الصادرة من محاكم شرعية الخارج^(١): لا تنفذ الأحكام الصادرة في حق الأيتام والمجانين والمعتهين والأوقاف قبل تمييزها.

كذلك إذا ميز الاعلام المتعلق بالمخالعة والطلاق وفسخ النكاح يفرق بين الزوجين لنتيجة التمييز ويمنعا من جميع المعاملات الزوجية ولا يعطى للزوجة إذن بالزواج من آخر لنتيجة التمييز.

ومستدعي التمييز اما أن يكون المحكوم له أو المحكوم عليه فإذا كان المحكوم عليه فله اعتباراً من تاريخ تبليغ الاعلام له بموجب الأصول أن يعترض على الحكم بظرف ثلاثة أشهر فإذا اعترض بعد ذلك فلا يسمع اعتراضه ومستدعي التمييز المحكوم عليه يقدم لائحته الاعتراضية مع صورة الاعلام المصدقة مع استدعاء إلى الحكومة المحلية وترسل الأوراق المذكورة من الحكومة

(١) أي محاكم الولايات ما عدا محاكم الأستانة إذ تعد خارج بلاد الأستانة خارجاً (المغرب).

المحلية إلى باب الفتوى ويؤخر تنفيذ الاعلام لنتيجة القرار. وإذا كان مستدعي التمييز المحكوم له يقدم أصل الاعلام أو صورته المصدقة إلى الحكومة المحلية وترسل إلى باب الفتوى فإذا وجد باب الفتوى أن الاعلام الشرعي موافق لأصوله المشروعة يصدق وإذا كان غير موافق يجرر على هامش الاعلام المعاملة الإيجابية أي أسباب عدم الموافقة ولزوم رؤية الدعوى استثناءً أو عدم لزومها أو أن دفع المحكوم عليه مسموع أو غير مسموع ويختم بختم امانة الفتوى الرسمي وختم مدير الاعلامات الشرعية ويعاد إلى محله بواسطة مقام المشيخة الإسلامية وترى الدعوى في محله تكراراً واستثناءً^(١)

أما إذا اعترض في اللائحة الاعتراضية، أو في استدعائه الاعتراض بأن مضمون الإعلام خلاف للواقع فهذه الإعلامات التي يتوقف إجراء التدقيقات على أمور خارجة عن الصك والسبك يجرر على هامشها أو ظهرها مقتضاها من جهة الصك والسبك وتختم ويبيّن لزوماً لحوالها لمجلس التدقيقات الشرعية لإجراء التدقيقات الخارجية في الأمور السالفة الذكر.

ومجلس التدقيقات الشرعية يدقق في الدعاوي المحولة إليه ويبيّن نتيجة تدقيقاته بتقرير يقدمه لمقام الفتوى.

إن الدعاوي التي يرى باب الفتوى أو مجلس التدقيقات الشرعية رؤيتها استثناءً إذا كانت قيمتها خمسة آلاف قرش أو أقل من ذلك فترى في المحكمة الأولى التي حكمت في الدعوى وأما دعاوي الدين وغيره التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف قرش والدعاوي التي لها أهمية كدعاوي النكاح والطلاق إذا رؤيت بداية في محكمة القضاء فترى استثناءً في محكمة اللواء الشرعية وإذا فصلت بداية في محكمة اللواء الشرعية تفصل استثناءً في محكمة الولاية الشرعية وإذا حكم بداية فيها من محكمة الولاية الشرعية فترى استثناءً في أقرب محكمة ولاية شرعية وإذا رؤيت بداية في محكمة ولاية شرعية مجاورة للاستانة ترى لدى قاضي العسكر.

ولكن إذا كان المدعى به أزيد من خمسة آلاف قرش ورضي الطرفان برؤية الدعوى استثناءً في المحكمة الأولى ففي هذا الحال ترى الدعوى استثناءً في المحكمة الأولى.

تميز واستئناف الأحكام الصادرة من محاكم الاستانة: إن الدعاوي التي تحول إلى محكمة استامبول الشرعية وإلى محاكم البلاد الثلاثة تفصل بداية في تلك المحاكم وإذا طلب أحد الطرفين أثناء المحاكمة نقل الدعوى من محكمة إلى أخرى فيرد طلبه وتحول السندات الصادرة من محكمة استامبول والبلاد الثلاثة إلى باب الفتوى لتطبيق أختامها وتدقيق صكها وسبكها ما عدا الأحكام التي تصدر من الحضور العالي^(٢) والمعاملة التي تجري في حق السندات الشرعية العائدة لمحاكم شرعية الخارج تطبق بحق هذه الإعلامات.

(١) والمقصود من الاستئناف هنا هو المعنى اللغوي أي الاستمرار في رؤية الدعوى ثانية من المحكمة الابتدائية وليس معناه الإصطلاحي أي رؤية الدعوى في محكمة أعلى من المحكمة الابتدائية (المعرب).

(٢) يقصد بذلك الأحكام التي يصدرها شيخ الإسلام «المعرب».

إذا نقض إعلام شرعي صادر من محكمة استئناف الشرعية أو محاكم البلاد الثلاثة من باب الفتوى أو من مجلس التدقيقات الشرعية فإذا كان النقض ناشئاً عن نواقص لا توجب تكرار المرافعة فتكمل المحكمة التي أصدرت ذلك الحكم تلك النواقص وتصدر الأعلام ثانياً وإذا كان النقض من المواد الموجبة لتكرار المرافعة فيحول الإعلام إلى المحكمة التي أصدرته لتكرار المرافعة في الدعوى أما إذا طلب أحد الطرفين إجراء المرافعة في الحضور العالي فتحول تلك الدعوى إلى الحضور العالي .

المادة (١٨٤٠) - (كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم يصح بعد الحكم بناء عليه إذا بينّ وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتها في حق هذا الخصوص، مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثه له من أبيه وأثبت ذلك ثم ظهر بعد الحكم سند معمول به بينّ أن أبا المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول واندفعت دعوى المدعي).

كما يصح دفع الدعوى قبل الحكم بموجب المادة «١٦٣١» يصح أيضاً بعد الحكم وحتى بعد إجراء الحكم بناء عليه إذا بينّ وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتها في حق الخصوص المذكور فإذا ثبت دفعه يفسخ ويبطل الحكم الأول ويمنع المدعي من معارضة المدعي عليه .

مثلاً إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثه له من أبيه وأثبت ذلك فحكم القاضي له بالدار المذكورة ثم ظهر بعد الحكم بيّنة عادلة أو سند معمول به يبيّن أن والد المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد تسمع دعوى ذي اليد وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول واندفعت دعوى المدعي .

وتقبل دعوى إعادة المحاكمة عند الفقهاء في المحاكم الشرعية ما لم يكن القاضي ممنوعاً من سماعها بوقوع مرور الزمن .

كذلك إذا ادعى أحد على آخر قائلاً: إن لي في ذمتك حقاً كذا ديناراً فأجابه عليه قائلاً إنك وكلت فلاناً بقبض المبلغ المذكور مني واني قد أدبت المبلغ المذكور للشخص المذكور فأنكر المدعي التوكيل وعجز المدعي عليه عن الإثبات وحلف المدعي اليمين وحكم على المدعي عليه بعد ذلك بدفع المبلغ المذكور وأخذ المحكوم له من المحكوم عليه المبلغ المذكور به فإذا أقام المحكوم عليه بعد ذلك البيّنة على التوكيل فله استرداد المبلغ المذكور عليه أنظر شرح المادة «١٨٢٠» .

مستثنى - يستثنى من قاعدة يصح دفع الدعوى بعد الحكم .

بعض مسائل :

المسألة الأولى - المسائل الخمسة وقد بينت في المادة «١٦٣٧» فلذلك إذا ادعى أحد بالمال الذي في يد آخر وأثبت أنه ماله أو أخذه من المدعى عليه بعد الحكم فإذا ادعى المحكوم عليه بعد ذلك أن المال المذكور وديعة في يده وأثبت ذلك فلا يقبل ادعاؤه «الحموي» . كذلك إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: انه مالي واثبت مدعاه وحكم القاضي للمدعي بذلك فادعى المحكوم عليه على المحكوم له قائلاً: إنك أقررت قبل إقامة الدعوى عليّ بأنه لا حق لك في ذلك المال . أو انك أمرت فلاناً بطلب شراء المال المذكور مني فطلب شراءه لا يقبل، أما لو أتى بهذا الدفع قبل الحكم فيقبل انظر مادة «١٦٣١» (الحموي والواقعات) .

المسألة الثانية - لو ادعى أحد أنه ابن عم لأبوين للمتوفي وطلب الميراث وأثبتته وحكم القاضي بذلك فادعى المدعى عليه بعد الحكم أن المدعي قد أقرّ بأنه عم لأم للمتوفي فلا يسمع هذا الادعاء بعد الحكم لتأكده بالقضاء أما قبل القضاء فيسمع .

الباب الرابع

(في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم)

بما أن المحكم من أنواع الحكام والقضاة فقد ذكر في كتاب القضاء ولكن حيث أن حكم المحكم أدنى من حكم القاضي فقد أخر ذكره عن القاضي، وبما أن حكم المحكم أدنى من حكم القاضي فإذا كان حكم المحكم مخالفاً لمذهب القاضي فيبطله القاضي بعكس حكم القاضي فإنه إذا عرض على قاضٍ آخر فعلى القاضي الآخر تنفيذه كما ذكر في شرح المادة «١٨٣٨» كما أن حكم المحكم يحصل بعد رضا الخصمين.

أما حكم القاضي فلا يشترط فيه رضا الخصمين «الزيلي».

المادة (١٨٤١) - (يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس).

وكذلك يجوز التحكيم في دعاوى الطلاق والنكاح والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيع.

وجواز التحكيم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع.

الكتاب، ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ الآية وقد نزلت هذه الآية الكريمة في حق التحكيم بين الزوجين «رد المحتار والزيلي» وما دام قد جاز التحكيم في حق الزوجين فهذا الجواز يدل على جواز التحكيم في سائر الحقوق والدعاوى «الولولجية».

السنة، قد أوصى النبي الكريم بني قريظة أن يحكموا عنهم سعد بن معاذ وقد أجمع صحابة النبي رضوان الله عليهم على جواز التحكيم وقد حكموا بينهم كما هو مذكور في شرح المادة (٣٢٢).

أما التحكيم في حقوق الله كحد الزنا وحد السرقة فغير جائز لأن إجراء الطرفين التحكيم بينهما هو بمنزلة عقد الصلح وبما أنه ليس لها ولاية على دمائها فليس لها إباحة دمائها (الزيلي).

كذلك لا يجوز التحكيم على القول الصحيح في القصاص لأنه وإن يكن أن الغالب في القصاص هو حق العبد إلا أن فيه حق لله أيضاً وكذلك لا يجوز التحكيم في حد القذف على القول المختار.

مثلاً لو تصالح الطرفان على لزوم الحد أو القصاص فلا اعتبار لهذا الصلح كما أنه لو حكم الطرفان أحداً لفصل دعوى القصاص وحكم المحكم على أحدهما بالقصاص فحكمه غير صحيح.

ركن التحكيم، هو إيجاب المتخاصمين بقولهما للمحكم «احكم بيننا أو اننا نصبناك حكماً» وقبول المحكم ولا يشترط ذكر لفظ التحكيم حتماً أنظر المادة الثالثة. فعليه إذا لم يقبل المحكم التحكيم فلا يجوز حكمه ما لم يجدد التحكيم.

شروط التحكيم. أولاً: أن يكون الطرفان أي المحكمان عاقلين فلذلك لا يجوز تحكيم الصبي أو المجنون.

ثانياً: أن يكون الحكم أهلاً للشهادة كما هو مشروط في القاضي أنظر المادة «١٧٩٤» لأن الحكم هو بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للمحكم بين الطرفين فلذلك يجب أن يكون المحكم حائزاً للشروط المشروطة وجودها في القاضي.

فكما أنه لا يجوز أن يكون الصبي والعبد والأعمى والمحدود في القذف قضاة لا يجوز أيضاً أن يكون هؤلاء محكمين «الولولحية». أما لو حكم فاسق أو امرأة فقد جاز لأنهما أهل للشهادة ولكن الأولى عدم نصب الفاسق محكماً. (الزيلعي ورد المحتار).

ويشترط بقاء أهلية المحكم وقت التحكيم وبين التحكيم والحكم فلذلك لو حكم الطرفان صبياً وبعد بلوغه حكم فلا ينفذ حكمه مع أنه في الشهادة ينظر في الأهلية وقت الإداء ولا ينظر فيها إلى وقت الإداء والتحمل معاً «رد المحتار» فلذلك لو تحمل الصبي المميز الشهادة قبل البلوغ وأداها عند البلوغ تقبل.

ثالثاً: أن يكون الحكم معيناً فلذلك لو قال الطرفان إننا حكمنا الشخص الذي يصادفنا أولاً في الطريق أو أول من يدخل المسجد فلا يصح التحكيم.

ولا يشترط أن يكون المحكم شخصاً يعرفه الطرفان أو من معارفهما فلو عين المتخاصمان شخصاً لا يعرفانه حكماً فهو جائز.

رابعاً: أن لا يعلق التحكيم على شرط أو يضاف إلى وقت على قول وهو القول المفتى به (الخانية).

فلذلك لو حكم المتخاصمان أحداً بقولهما إذا جاء الشهر الفلاني فأحكم بيننا أو إذا جاء الغد فأحكم بيننا فلا يصح انظر شرح المادة «٨٢».

المادة (١٨٤٢) - (لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز إلى غيرهما ولا يشمل خصوصاتها الأخرى)

لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكمه به الخصمان فقط ولا يتجاوز إلى غير الخصمين ولا يشمل خصوصاتها الأخرى أي

الخصومات التي لم يحكما بها.

وفي هذه المادة ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: نفوذ الحكم في حق الخصمين المحكمين لأن حكم المحكم هذا قد صدر عليها بولاية شرعية فكما أنه لو عزل قاض بعد حكمه لا يبطل حكمه فكذلك لا يبطل حكم المحكم أيضاً كما أن حكم المحكم ليس بأدنى من صلح الطرفين فكما أنه ليس للطرفين بعد صلحهما بالتراضي وتمام الصلح بينهما الرجوع عن الصلح كما جاء في المادة (١٥٥٦) فليس لهما الرجوع عن حكم المحكم بطريق الأولى «الزيلي» إلا أن نفاذ الحكم مشروط بموافقة الحكم المذكور للشرع الشريف ويجب أن تكون أسباب الحكم المذكور كأسباب حكم القاضي مبنياً على البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين «الزيلي» والولولة في الشهادات في الحادي عشر».

فعلى ذلك للمدعي إذا عجز عن إثبات دعواه أمام المحكم أن يطلب تحليف خصمه اليمين فإذا حلف المدعى عليه اليمين فليس للمدعي أن يطلب بعد ذلك تحليفه اليمين أمام القاضي. أما إذا حكم بعد مرافعة الطرفين قائلاً: رأبي كذا بدون أن توجد أحد أسباب الحكم على أحد الطرفين فلا ينفذ حكمه.

الحكم الثاني: هو أن حكم المحكم لا يسري على غير الخصمين ويستفاد هذا الحكم من اللفظ فقط وأسباب عدم سريان الحكم على غير الخصمين هي: لأن المحكم ليس له ولاية على غير الخصمين لأن صلاحية المحكم للحكم إنما حصلت باصطلاح واتفاق الخصمين فقط. فالخصمان ليس لهما ولاية على غير أنفسهما، أما صلاحية القاضي للحكم فهي ممنوحة من قبل السلطان الذي له الولاية العامة على كافة الناس فالقاضي المنصب من طرف السلطان له ولاية عامة على كافة الناس (الزيلي) ويتفرع على هذا الحكم المسائل الآتية:

المسألة الأولى: لو توفي أحد وترك عشرة ورثة واتفق دائن المتوفي زيد مع أحد ورثة المتوفي عمرو على نصب محكم لفصل دعاوى الدين الذي يدعى على الميت فأثبت زيد في حضور المحكم ومواجهة عمرو الدين الذي له في ذمة المتوفي بالبينة وحكم المحكم بموجبها فهذا الحكم لا يشمل التسعة الورثة الغائبين مع أنه لو صدر هذا الحكم من طرف القاضي المنصب من قبل السلطان لكان سارياً على الورثة التسعة بموجب المادة (١٦٤٢).

المسألة الثانية: لا يتجاوز حكم المحكم بالرد بالعيب إلى بائع البائع «١» كما أنه لا يتعدى حكمه الغائب مع أنه قد بين في شرح المادة «١٣٠» إن حكم القاضي يشمل الغائب في بعض الأحوال «رد المحتار».

(١) فلو حكاه في عيب بالمبيع قضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يراضى البائع الأول والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول «الفتح».

مثلاً لو اتفق الطرفان المتخاصمان على إجراء التحكيم في الدعوى التي يدعيها المدعي بطلب مبلغ من المدعى عليه حسب الكفالة ونصبا حكماً فادعى المدعي في حضور الحكم قائلاً: إن المدعى عليه قد كفل الدين العشرة دنانير المطلوبة لي من ذمة زيد الغائب بأمره ولدى إنكار المدعى عليه أقام المدعي البينة على مطلوبه العشرة دنانير من زيد وعلى كفالة المدعى عليه لزيد المذكور وحكم المحكم لدى التعديل والتزكية على المدعى عليه فيكون الحكم مقصوراً على الكفيل فقط ولا يسري على المكفول عنه زيد مع أنه لو كانت هذه المحاكمة والحكم قد صدرتا من قبل القاضي لسرى الحكم على المكفول عنه وشمله بموجب شرح المادة (١٨٣٠).

المسألة الثالثة: لو تحاكم المشتري مع الوكيل بالبيع أمام المحكم في دعوى رد المبيع بالعيب وثبتت الدعوى بالبينة وحكم المحكم بالرد بالعيب فليس للوكيل بالبيع أن يرد المبيع إلى موكله فيما إذا كان مثل ذلك العيب ممكناً حصوله بعد البيع، أما إذا كان غير ممكن الحصول ففي رد الوكيل روايتان. «الفتح».

مستثنى - يسري حكم المحكم في المسألة الآتية الذكر على غير الطرفين وذلك: لو حكم أحد الشركاء مع مدين لأولئك الشركاء أحداً وحكم المحكم على ذلك الشريك فحكمه يتعدى ويتجاوز إلى الشريك الغائب لأن حكم المحكم هو كالصلح والصلح هو من أفعال التجار ليكون كل شريك من الشركاء قد رضي بالصلح وبحكم المحكم الذي هو بمعنى الصلح «رد المحتار والحموي».

الحكم الثالث: لا يشمل خصوصاتها الأخرى لأن نفوذ حكم المحكم في الخصوص الذي حكمه به هو لأن للحكم ولاية شرعية على المتخاصمين في ذلك الخصوص فيكون حكمه في الخصوصات التي ليس له ولاية شرعية فيها حكماً فضولياً، مثلاً لو وجد نزاع بين اثنين في حق دار وفرس وعشرة دنانير ديناً فنصبا محكماً ليفصل بينهما في النزاع على الدار فليس لهذا المحكم أن يفصل في النزاع الحاصل على الفرس ولا العشرة دنانير الدين.

المادة (١٨٤٣) - (يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب حكيمين أو أكثر لخصوص واحد ويجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكماً)

يجوز تعدد المحكم يعني يجوز نصب حكيمين أو أكثر كما جاز نصب حكم واحد وكما جاز تعدد القضاة المنصوبين من قبل السلطان انظر المادة «١٨٠٢» كما أنه يجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكماً أي أن لكل منهما أن يعين حكماً من قبله.

المادة (١٨٤٤) - (إذا تعدد المحكمون على ما ذكر آنفاً يلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد منهم أن يحكم وحده).

أي يجب اتفاقهم كلهم في الحكم ولا يجوز لأحد أن يحكم وحده لأن الطرفين قد رضيا برأي

الإثنين ولم يرضيا برأي واحد منهما والرضاء برأيها ليس رضاء برأي أحدهما. لأن الحكم أمر محتاج للرأي والمشاورة «الولولجية».

كذلك لو حكم أحدهما حكماً والآخر حكم حكماً مخالفاً له فلا يصح الحكمان «الزيلي» ورد المحتار.

أما إذا كان المحكمون أكثر من اثنين وكانوا ثلاثة أو أربعة وأذن المتخاصمان المحكمين بالحكم بأكثرية الآراء فالظاهر في الشرع هو أنه لما كان يلزم أن يكون المحكمون معلومين كما ذكر في شرح المادة «١٨٤١» وكان في هذه الصورة مجهولاً من يشكل الأكثرية منهم - عدم صحة الحكم لمجهولية الحكم.

المادة (١٨٤٥) - (إذا كان المحكمون مأذونين بالتحكيم فلهم تحكيم آخر وإلا فلا)

لأن الإذن هو توكيل كما هو مذكور في المجلة وفي هذه الصورة يكون الطرفان قد وكلا المحكمين بالتحكيم فلا شبهة في جواز ذلك بحكم المادة «١٤٩٥».

أما إذا كان المحكمون غير مأذونين بالتحكيم فليس لهم أن يحكموا كالقاضي فإنه إذا كان مأذوناً بالإجابة فله أن ينيب عنه وإذا لم يكن مأذوناً فليس له أن ينيب انظر مادة (١٨٠٥).

أما إذا حكم المحكمون بلا إذن ثم أجاز الطرفان ذلك التحكيم جاز لأن الإجازة اللاحقة هي بحكم الوكالة السابقة بموجب المادة (١٤٥٣).

المادة (١٨٤٦) - (إذا تقييد التحكيم بوقت يزول بمرور الوقت، مثلاً الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم بعد مرور ذلك الشهر فإذا حكم فلا ينفذ حكمه)

إذا تقييد التحكيم بوقت يزول التحكيم بمرور ذلك الوقت وينعزل المحكم كما جاز توقيت القضاء على هذا الوجه كما جاء في المادة «١٨٠١».

مثلاً الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم إلا في مدة ذلك الشهر وليس له أن يحكم بعد انقضاء ذلك الشهر كما أنه لا يجوز له أن يحكم قبل حلول ذلك اليوم وكما أنه لا ينفذ حكمه إذا حكم قبل حلول ذلك اليوم لا ينفذ حكمه أيضاً إذا حكم بعد مرور ذلك الشهر.

ويفهم من عبارة «لا ينفذ» ومن حكم المادة (١٨١٥) أن الطرفين لو أجازا هذا الحكم ينفذ.

(المادة ١٨٤٧) - (لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ولكن إذا حكمه الطرفان وأجازه القاضي المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب يكون بمنزلة نائب هذا القاضي حيث قد استخلفه).

لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم أي سواء كانا متفقين معاً أو كان العزل من أحدهما ولم يرض الآخر لأنه لما كان المحكم مقلداً من الطرفين جاز عزله منها كما جاز عزل القاضي من قبل السلطان قبل الحكم (الولولجية في آداب القاضي) وعلى ذلك فيكون التحكيم من العقود الغير اللازمة في حق الطرفين كشركة المضاربة والشركة والوكالة بلا التماس الطالب انظر المادة (١١٤).

سؤال: بما أن التحكيم يثبت بتراضي الطرفين فيجب أن يثبت العزل أيضاً بتراضيها حتى يكون ذلك كفسخ العقد؟

الجواب: من الجائز أن لا يثبت العقد إلا باتفاق الطرفين وأن ينفرد أحد الطرفين بفسخ ذلك العقد كالمضاربة والشركة (الزلمي والشيلي).

وعلى ذلك للطرفين عزل المحكم ولو شرطاً عدم عزله واتفقا على ذلك إذ ليس لهذا الشرط حكم كما أنه لو شرط عدم عزل القاضي المنصوب من قبل السلطان جاز عزله انظر شرح المادة (١٨٠٤).

فلذلك لو حاكم المحكم الطرفين وقال إنني أرى المادعي محقاً في دعواه. فعزله المدعى عليه قبل الحكم وحكم المحكم بعد ذلك للمدعي فلا ينفذ الحكم.

كذلك لو حكم الطرفان حكماً ليفصل الست الدعاوي المتكونة بينهما ففصل هذا الحكم قضية أو قضيتين لصالح أحد الطرفين وحكم على الآخر فعزل المحكوم عليه المحكم فيصح عزله في حق الدعاوي الأخرى ولا يحق للمحكم الحكم بها أما حكمه في الدعاوي التي حكم بها فباق ونافذ قبل الحكم، أما لو عزلاه بعد الحكم فلا يبطل حكمه لأن هذا الحكم قد صدر من ذي ولاية شرعية فكما أنه لا يبطل حكم القاضي بعزله بعد الحكم فلا يبطل حكم المحكم أيضاً كما أن حكم المحكم لم يكن أدنى من الصلح الذي يعقده الطرفان وحيث لا يجوز لأحد الطرفين الرجوع عن الصلح بعد تمامه فليس له أيضاً الرجوع عن حكم المحكم.

الخلاصة: إن المحكم ينعزل بإحدى صور ثلاث:

أولاً: ينعزل بعزله وقد ذكر بهذه المادة.

ثانياً: ينعزل بانتهاء مأموريته وهذا يكون إذا كان التحكيم مؤقتاً بوقت ومر ذلك الوقت كما بين في المادة (١٨٤٦).

ثالثاً: سقوط أهلية المحكم عن أهلية الشهادة كأن يطرأ عمى قبل الحكم على المحكم.

فإذا قال المحكوم عليه أثناء وجود المحكم في مجلس الحكم وقيامه انك لم تحكم بيننا وقال المحكم قد حكمت بينكما فيصدق المحكم ما دام باقياً في مجلس الحكم لأنه ما دام تحكيم المحكم باقياً فهو كالقاضي المقلد فيكون قد حكى الأمر المقتردر على استثنائه.

ولذلك فهو مالك للإقرار ويعد إقراره إنشاء. أما إذا قال المحكم بعد عزله من قبل أحد الطرفين وبعد قيامه من مجلس الحكم: إنني حكمت بينكما فلا يصدق لأنه ينعزل بقيامه من مجلس الحكم كانهزاله بالعزل وفي هذه الحالة لا يكون مقترراً على إنشاء الحكم كما أنه لا يكون مقترراً على الإقرار (الزيلعي والولولجية في آداب القاضي).

ولكن إذا حكمه الطرفان وأجاز القاضي المنسوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب هذا التحكيم يكون بمنزلة نائب هذا القاضي لأنه استخلفه. وكما أنه ليس للطرفين عزل القاضي أو عزل نائبه فليس لها عزل هذا المحكم.

المادة (١٨٤٨) - (كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به. فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الإمتناع عن قبول حكم المحكمين بعد حكم المحكمين حكماً موافقاً لأصوله المشروعة).

كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين هم في داخل قضائهم كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به فقط.

ويوجد في هذه المادة فقرتان حكيمتان:

الفقرة الأولى: لزوم حكم المحكمين في حق الأخصام المحكمين وهذه الفقرة هي عين الحكم الذي جرى تفصيله في شرح المادة (١٨٤٢).

الفقرة الثانية: لزوم حكم المحكمين في الخصوص الذي حكموا به وقد بينت هذه الفقرة أيضاً بصورة مفصلة في شرح المادة المذكورة في مبحث الحكم الثالث.

فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الإمتناع عن قبول حكم المحكمين بعد حكم المحكمين حكماً موافقاً لأصوله المشروعة (الولولجية في آداب القاضي). إلا أنه يشترط أن لا يكون المحكوم له أحد أصول المحكم أو فروعه أو زوجته أي أنه ليس للمحكم أن يحكم لهؤلاء إلا أنه له أن يحكم عليهم.

والحكم في القاضي أيضاً على هذا الوجه كما مر ذكره في المادة (١٨٠٨) «رد المحتار والولولجية».

المادة (١٨٤٩) - (إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان فإذا كان موافقاً للأصول صدقه وإلا نقضه)

إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان أو على محكم ثان ليدقق الحكم مرة ثانية فإذا كان موافقاً للأصول صدقه لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول والحكم ثانية بذلك.

وفائدة تصديق حكم المحكم من قبل القاضي هو: أنه لو عرض هذا الحكم على قاض آخر يخالف رأيه واجتهاده رأي المحكم فليس له نقضه لأن إمضاء وقبول القاضي لحكم المحكم هو بمنزلة الحكم ابتداء من القاضي؛ أما إذا لم يصدق القاضي على حكم المحكم فيكون من الممكن للقاضي الآخر أن ينقض حكم المحكم (الزليعي) فإذا حكم المحكم حكماً غير موافق للأصول ينقضه القاضي والمحكم الثاني.

وعدم موافقة حكم المحكم للأصول يكون على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون حكم المحكم خطأ لا يوافق أي مذهب من المذاهب؛ وبتعبير آخر أن يكون حكم المحكم غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي ولا يوافق رأي أي مجتهد من المجتهدين والعلماء.

وبما أن الحكم الذي يكون على هذه الصورة ظلم واجب رفعه فيرفع هذا الحكم وينقض ويمحكم القاضي في القضية على وجه الحق.

الوجه الثاني: أن يكون حكم المحكم موافقاً لمذهب أحد المجتهدين إلا أنه يكون غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي الذي عرض عليه حكم المحكم. وفي هذه الصورة ينقض القاضي ذلك الحكم لأن ولاية المحكم مقصورة على الطرفين المتخاصمين وحكم الحكم في ذلك لا يرفع خلاف المسائل الخلافية أي أن حكم المحكم معتبر في حق الطرفين فقط والمحكم في حق سائر الناس هو كآحاد الناس وبما أن المحكم لم يحكم من طرف القاضي فلا يكون القاضي ملزماً بتنفيذه بعكس القاضي فحيث أن له ولاية عامة فحكمه يرفع الإختلاف وينفذ في حق كافة الناس كما ذكر في شرح المادة «١٨٣٣».

إن المحكم ليس كالقاضي في بعض المسائل ونذكر هنا بعضها على الوجه الآتي (رد المحتار).

المسألة الأولى: يشترط لصحة حكم المحكم رضاه المحكمين (بكسر الكاف) أما حكم القاضي فيصح ولو لم يرض به المدعى عليهم.

المسألة الثانية: لا يجوز التحكيم في الدية عن الحد والقود والعاقلة مع انه يجوز حكم القاضي في ذلك.

المسألة الثالثة: للمحكمين عزل المحكم قبل الحكم وليس لهما عزل القاضي.

المسألة الرابعة: لا يتعدى حكم المحكم في الرد بالعيب بائع البائع أما حكم القاضي فيتعدى إذا كان مبنياً على بينة.

المسألة الخامسة: إذا كان حكم المحكم مخالفاً لرأي القاضي فيبطله، أما حكم القاضي فلا يبطله قاض آخر ما لم يكن مخالفاً للكتاب أو السنة أو إجماع الأمة.

المسألة السادسة: لا يلزم الوقف بحكم المحكم ولا يرتفع لخلاف والعكس في حكم القاضي إذ يلزم ويرفع الخلاف.

المسألة السابعة: لا يجوز عند أبي يوسف تعليق وإضافة التحكيم.

المسألة الثامنة: لا يكتب المحكم للقاضي كتاباً حكماً كما أنه لا يكتب القاضي إلى المحكم كتاباً حكماً.

المسألة التاسعة: لا يتعدى حكم المحكم الصادر في مواجهة أحد الورثة إلى الورثة الآخرين كما أنه لا يتعدى حكمه على الوكيل بالبيع برد المبيع بخيار العيب إلى الموكل كما أن حكم المحكم لا يسري على كافة الناس في دعاوى النسب والحرية والنكاح والولاء «رد المحتار».

المادة (١٨٥٠) - (إذا أذن الطرفان المحكمين اللذين أذناهما في الحكم توفيقاً لأصوله المشروعة بتسوية الأمر صلحاً إذا نسباً ذلك فتعتبر تسوية المحكمين الخلاف صلحاً وهو أنه إذا وكل أحد الطرفين أحد المحكمين والآخر المحكم الآخر بإجراء الصلح أيضاً على الوجه المذكور في الخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المدرجة في كتاب الصلح فليس لأحد الطرفين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح والتسوية».

إذا أذن الطرفان المتخاصمان المحكمين اللذين أذناهما في الحكم توفيقاً لأصوله المشروعة بتسوية الأمر صلحاً إذا نسباً ذلك فتعتبر تسوية المحكمين الخلاف صلحاً لأنه قد ذكر في المادة «١٤٥٩» من المجلة أنه يصح أن يوكل أحد غيره في الخصومات التي يقدر على إجرائها بالذات فلذلك كما أنه يجوز للطرفين أن يتصالحا بالذات فلها توكيل المحكمين بالصلح ويصح الصلح من المحكمين إلا أنه يجب أن يضيف المحكمون الصلح لموكليهم حتى يصح الصلح.

وهو أنه إذا وكل أحد الطرفين أحد المحكمين والآخر المحكم الآخر لإجراء الصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه تتصلح المحكمان بإضافة عقد الصلح إلى موكلهم وكان الصلح موافقاً للأحكام المشروعة فليس لأحد الطرفين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح والتسوية لأنه حسب المادة «١٥٥٦» إذا تم الصلح فليس لأحد الطرفين الرجوع عنه.

المادة (١٨٥١) - (إذا فصل أحد الدعوى الواقعة بين شخصين بدون أن

يحكم في ذلك ورضي الطرفان بذلك وأجازا حكمه ينفذ حكمه راجع المادة
«١٤٥٣»

لأن الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة إلا أنه يشترط أن يكون هذا الشخص
اهلاً لأن يكون محكماً أنظر شرح المادة «١٧٩٠».

ويشترط لنفوذ حكم هذا الشخص بإجازة الطرفين أن يكون الحكم المذكور موافقاً لأصوله
المشروعة فلذلك لو أجاز الطرفان الحكم الغير الموافق لأصوله المشروعة فلا ينفذ لأن الإجازة تلحق
الصحيح والموقوف ولا تلحق الباطل. ألا يرى أن الفضولي لو باع مال الآخر ببيع باطل وأجاز
صاحب المال البيع لا يجوز. تم بإذنه تعالى.

الصواب متى كثر فقد غلب ولا عبرة للمغلوب بمقابلة الغالب فإن أمور الشرع مبنية على
الأغلب «الولوالجية في آداب القاضي».