

قضاء الفاضل بعلمه في الفقه الإسلامي

تأليف الدكتور
صبري السعدوي مبارك
كلية الشريعة - قسم الفقه
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الناشر
مكتبة الثقافة الدينية

جميع الحقوق محفوظة للناشر
الطبعة الأولى
١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

الناشر
مكتبة الثقافة الدينية
٥٢٦ شارع بن مسعود / القاهرة
ت: ٥٩٢٢٦٢٠ - ٥٩٢٨٤١١ / فاكس: ٥٩٣٦٢٧٧
ص.ب ٢١ توزيع الظاهر - القاهرة
E-mail: alsakafa_alDinaya@hotmail.com

٢٠٠٤/١٥٧٤٨	رقم الايداع
٩٧٧- ٣٤١ - ١٦٢ - ١	I.S.B.N الترقيم الدولي

قال تعالى:

”إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايِ
ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ
وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ“

{سورة النحل: ٩٠}

مقدمة

نحمدك اللهم حمداً يوافي نعمك ، ويكافئ مزيذك ، ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائك ، وصفوة خلقك ، سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين ، وأصحابه الهداة الراشدين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

اللهم إنا نبرأ إليك من الحول والطول ، ونسألك التوفيق لما ترضاه من العمل والقول ، ونعوذ بك أن نتكلف فلا نحسن ، أو نقول فلا نعلم ، أو نماري في الحق أو نجادل عن الباطل ، أو نتخذ العلم صناعة ، أو الدين بضاعة (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)^(١) ، (ربنا أغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ، ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ، ربنا إنك غفور رحيم)^(٢) .

لقد عني الوحي الكريم بالقضاء ، باعتباره دعامة كبرى من دعائم الحق والعدل ، ومن ثم فقد تولاه النبي - صلي الله عليه وسلم - بنفسه ، ونصّب القضاء في الأقاليم التي دخلت تحت لواء الإسلام ، وكذلك الخلفاء الراشون من بعده . قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(٣) - رحمه الله - : (الواجب اتخاذ ولاية القضاء ديناً وقربة ، فإنها من أفضل القربات)^(٤) . وقال الإمام أحمد^(٥) - رحمه الله - (لا بد للناس من حاكم ، أذهب حقوق الناس ؟) .

و لقد أفاضت كتب الفقه والقضاء في بيان طريق الوصول إلى الحق والعدل ودفع الظلم عن الناس ، بداية من تنصيب القاضي أو الحاكم وما يتصف به من صفات ، وما يتخذ من أعوان إلى البينات التي يتعرف بها على المحق من المبطل ، ويستند إليها في حكمه .

إلا أن البينات التي يقدمها المدعي أمام القاضي ليثبت بها دعواه منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، والمتفق عليه فيه اختلاف في تفاصيله ، وهذا

(١) البقرة / ٢٨٦ .

(٢) الحشر / ١٠ .

(٣) ابن تيمية الحرالي (٦٦١-٧٢٨ هـ) أبو الملبس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام من كبار فقهاء الحنابلة ولتمهم وحفاظهم ، برع في مختلف العلوم صنف كثيراً منها : الحسبة ، السياسة الشرعية ، القواعد النورانية ، فتاواه المشهورة [ذيل طبقات الحنابلة ٣/٣٨٧-٤٠٧-٢٠٥]

(٤) الاختيارات ٤٨٠ مطبعة دار العاصمة .

(٥) أبو عبد الله ، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (١٦٤-٢٤١) أحد الأئمة الأربعة ، ولد في بغداد ، قال أبو ثور : (أحمد بن حنبل أعلم ولقنه من اللوري) كان إمام المحدثين أبني بمحنة خلق للقرآن فأوذى وصبر حتى نصره الله ، صنف المسند ليه ثلاثون ألف حديث ، أخذ عنه البخاري ومسلم . [طبقات الحنابلة ١/٤-٢٠ ، للزركلي ٢٠٣/١] .

سمة من سمات مرونة الفقه الإسلامي الذي يعطي مجالاً أرحب للاجتهاد، وقدرة أوسع على استيعاب كل جديد في أي زمان و أي مكان.

فمن البيانات المتفق عليها: الإقرار، والشهادة، واليمين، والقسامة، والكتابة، ومن البيانات المختلف فيها: القرائن، والنكول، والقيافة، والفراصة، والقرعة، والعرف، والعادة ثم قضاء القاضي استناداً إلى علمه، وهو محل بحثنا بمشئنة الله تعالى. كما أنه قد ظهر حديثاً طرق أخرى للإثبات، كبصمات اليد، والبصمات الوراثية، وتحليل الأصوات، وغيرها، مما جعل وسائل الإثبات كثرت طرقها وتشعبت فروعها.

ولما كانت البيانات أو وسائل الإثبات وطرقها قد أفرست لها مؤلفات على سبيل الإجمال، فقد ظهرت أهمية إفراد كل وسيلة من هذه الوسائل بالبحث لاسيما التي لا تزال محل خلاف ونزاع، لاستقصاء آراء العلماء فيها وتمحيص أدلتهم، وللوقوف على دقائقها مما له أهمية كبيرة في مجال الدعاوى والبيانات.

فاستخرت الله تعالى للكتابة في موضوع " قضاء القاضي بعلمه " في الفقه الإسلامي؛ لأسهم بجهد المقل، متناولاً مسائله وأهم دقائقه، حيث لم أعتز على كتابة مستفيضة فيه، لا سيما أن ما كتب حوله إما أنه جاء ضمن مؤلف يتناول طرق أو وسائل الإثبات إجمالاً، وإما كتابة مختصرة جداً لا تفي بالغرض، ولقد شرح الله صبري للكتابة في هذا الموضوع، وإني لأرجو الله عز وجل أن يكون هذا العمل خالصاً لوجهه، معطياً الثمرة المأمولة منه.

ولقد قدمت للموضوع بمبحث تمهيدي في تعريف الإثبات وأهميته، وشروطه، والمبادئ التي تحكمه عالمقر، ونونين، وذلك في مطالب أربعة، ثم بدأت المبحث الأول بذكر طرق الإثبات والمراد بعلم القاضي، فبينت المراد بعلم القاضي وصورته، والحالات التي اتفق الفقهاء فيها على جواز قضاء القاضي فيها استناداً إلى علمه، ولما كان إقرار أحد الخصوم في مجلس الحكم بما عليه ولا يعلم بهذا الإقرار سوى القاضي، فهل يلزم أن يعضد هذا الإقرار بإحضار شهود يشهدون عليه حتى لا ينكر المقر إقراره ؟ فبينت أدلة القائلين بلزوم الشهادة على الإقرار وأدلة المكتفين بما سمعه القاضي من إقرار المقر، وذلك في مطالب أربعة. وفي المبحث الثاني ذكرت عدم جواز قضاء القاضي بعلمه وأدلة القائلين به من الكتاب والسنة والآثار والمعقور

ومناقشة هذه الأدلة وذلك في مطالب أربعة. وفي المبحث الثالث أوردت أدلة القائلين بجواز قضاء القاضي بناء على علمه من الكتاب والسنة والآثار والقياس والمعقول مع مناقشة هذه الأدلة. وفي المبحث الرابع وضحت آراء المجوزين لقضاء القاضي بعلمه في غير الحدود في مطلبين وفروع ثلاثة في الأدلة من السنة والآثار والمعقول. وفي المبحث الخامس بينت موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه في مطالب أربعة اختتمتها بمقارنة بين آراء الشرعيين والقانونيين. ثم أنهيت البحث بالرأي المختار في المبحث السادس في مطلبين: الأول جعلته نظرة في الآراء الفقهية السابقة، والثاني في الرأي الراجح في نظرنا، ثم - أتممت البحث بخاتمة ضمنيتها ملخصاً مع أهم النتائج وأنهيته بفهرس للمراجع والموضوعات.

ولقد سلكت في كتابتي منهجاً ضمنته ذكر أقوال أهل العلم المتفق عليها. والمختلف فيها مع توثيقها من مصادرها في المذاهب الأربعة، ومذهب ابن حزم الظاهري، وذكر أدلة كل قول وعزوها إلى مراجعها ومناقشتها، وتخريج الأحاديث والآثار، وبيان وجه الدلالة، وما ورد عليها من مناقشات واعتراضات أو ترجيحات، وبيان المفردات اللغوية الغريبة والترجمة للأعلام، وتجنب ذكر الآراء الشاذة، وتصوير كل مسألة قبل عرضها. ثم ختمت البحث بملخص مختصر وواف بأهم ما ورد فيه، وفهرست للمصادر والمراجع ثم لموضوعات البحث، فإن وفقت فيفضل الله ومنته وإن أخفقت فهذا جهد المقل، وإني لأرجو الله عز وجل أن لا أحرم أجر من اجتهد فأخطأ. وبالله التوفيق.

منهج البحث

مبحث تمهيدي: في حقيقة الإثبات وطرقه:

- المطلب الأول: تعريف الإثبات.

- المطلب الثاني: أهمية الإثبات في الفقه الإسلامي.

- المطلب الثالث: شروط الإثبات.

- المطلب الرابع: المبادئ التي تحكم الإثبات عند

القانونيين.

للمبحث الأول: طرق الإثبات والمراد بعلم القاضي:

- المطلب الأول: طرق الإثبات.
- المطلب الثاني: المراد بعلم القاضي وصورته.
- المطلب الثالث: محل النزاع بين الفقهاء.
- المطلب الرابع: الحالات التي اتفق للقاضي أن يحكم فيها بعلمه.
- المطلب الخامس: هل تلزم الشهادة على الإقرار في مجلس الحكم.

للمبحث الثاني: عدم جواز القضاء بعلم القاضي:

- أولاً: الأدلة من الكتاب.
- ثانياً: الأدلة من السنة.
- ثالثاً: الأدلة من الآثار.
- رابعاً: الأدلة من المعقول.
- المبحث الثالث: في المجوزين للقاضي أن يقضي بعلمه وأدلتهم:
- أولاً: الأدلة من الكتاب.
- ثانياً: الأدلة من السنة.
- ثالثاً: الأدلة من آثار الصحابة.
- رابعاً: الأدلة من القياس.
- خامساً: الأدلة من المعقول .

للمبحث الرابع : جواز قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود :

- المطلب الأول : القضاء في عموم الحقوق .
- المطلب الثاني : القضاء في المعاملات والقصاص والقتل دون بقية الحدود:
- أولاً : أدلتهم من السنة .

• ثانياً : أدلتهم من الآثار .

• ثالثاً : أدلتهم من المعقول .

المبحث الخامس : موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه :

- المطلب الأول : الإثبات الحر .

- المطلب الثاني : الإثبات المقيد .

- المطلب الثالث : الإثبات المختلط .

- المطلب الرابع : بين الشريعة والقانون .

المبحث السادس : (الرأي المختار) القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود
ويكون شاهداً في غيرها :

- المطلب الأول : نظرة في الآراء الفقهية السابقة .

- المطلب الثاني : الرأي الراجح في نظرنا .

الخاتمة .

الفهارس .

مبحث تمهيدي

في

حقيقة الإثبات وطرقه

يدور هذا المبحث حول مطالب أربع ، نتطرق إليها تباعاً وهي : تعريف الإثبات ، وأهمية الإثبات في الفقه الإسلامي ، وشروط الإثبات ، والمبادئ التي تحكم الإثبات عند القانونيين ، وذلك على النحو التالي ..

المطلب الأول

تعريف الإثبات

أولاً : تعريف الإثبات لغة :

الإثبات من ثَبَتَ الشيء ، يثبت ثباتاً وثبوتاً ، فهو ثابتٌ ، وثبتت ، وثبتت ، وثبتت ، والثَّبْتُ بالتحريك : الحجة والبينة ^(١) .

وفي حديث قتادة بن النعمان : (بغير بينة ولا ثبت) ^(٢) .
ونقول : لا أحكم بكذا ؛ إلا بثبت بفتح الباء ؛ أي بحجة ^(٣) أو دليل .
وأثبتته : عرفه حق المعرفة ، وأثبت حجته : أقامها وأوضحها ^(٤) .
فالحجة أو الدليل تؤدي إلى استقرار الحق لصاحبه بعد أن كان غير مستقر ^(٥) ؛ لأن الإثبات مأخوذ من قولهم : ثبت الشيء إذا دام واستقر فالإثبات إذن هو : تقويم الحجة ، أو البينة ، أو الدليل في أمر معين للتعريف به وإيضاحه . أو إبانة حق غير معلوم أو غير مستقر .

ثانياً : تعريف الإثبات اصطلاحاً :

يؤخذ من أقوال الفقهاء أن الإثبات له معنى عام ، ومعنى خاص . فأما المعنى العام فهو : إقامة الدليل على حق أو على واقعة من الوقائع ^(٦) ، وعرفه الجرجاني ^(٧) :

(١) لسان العرب لابن منظور ، فصل الثاء المثلثة ، باب الثاء ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ .

(٢) لم أعثر على تخريجه .

(٣) مختار الصحاح للرازي ، باب الثاء ، ص ٨١ ، ٨٢ ، دار الفكر بيروت - لبنان ، بدون تاريخ طباعة .

(٤) القاموس المحيط للفيروز آباد ، باب مع الباء والطاء والمصباح للمير القايومي باب الثاء فصل الباء وما يقتضيهما .

(٥) القاموس المحيط والمصباح للمير ، ومختار الصحاح ، المواضع السابقة .

(٦) الموسوعة الفقهية المصرية ، للجزء الثاني ، والموسوعة الفقهية الكويتية ، الجزء الأول مادة إثبات .

(٧) هو علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف الجرجاني (٧٤٠ - ٨١٦ هـ) قتيبه حنفي مشهور ، له مصنفات كثيرة ، منها كتاب التعريفات المشهور ، توفي بشيراز . (البدر اللطالع ٤٨٨/١ - ٤٩٠ ، والفتح المبين ٢١٠/٣) .

بأنه الحكم بثبوت شيء آخر^(١) . وبمعناه الخاص : إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق الشرعية على حق أو واقعة ترتب أثراً^(٢) .

وعُرف أيضاً بأنه : إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة من الوقائع^(٣) .

فيفهم من هذه التعريفات أن من يطلب حقاً من آخر ، عليه أن يقدم دليلاً على أن هذا حقه ، وأن المطالب به ممتنع من أدائه أو منكر له ، ويلزم أن يكون هذا الدليل معتبراً في نظر الشرع . ومن المعلوم أن من يطالب بحق له إنما يطالب بشيء على خلاف الأصل ، فالأصل براءة ذمة المدعى عليه ، وعلى من يدعي خلاف ذلك الإثبات ، وله أن يثبت ذلك بكل الطرق المشروعة التي تبين الحق وتظهره ، كما أنه إذا وجد مدع ومدعى عليه متنازعان فلا يمكن معرفة أي الخصمين هو المحق ، إلا عن طريق القضاء الذي يُرفع أمامه هذا النزاع لأنه أقدر على معرفة الطرق التي تظهر الحقيقة ، وعليه فلا تقبل دعوى لا نزاع فيها أو لا دليل عليها ، أو لم يكن لإثباتها غاية أو هدف .

والقانونيون يعرفون الإثبات بأنه : (إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية يترتب عليها آثار معنية)^(٤) ، ومنهم من عرفه بأنه : (إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة مدعى بها بكافة الطرق والإجراءات التي حددها القانون)^(٥) .

وإذا كان هناك تقارب بين التعريف القانوني والتعريف الشرعي ، إلا أن القانون قصر أدلة الإثبات على وسائل محدده ، فلا يجوز للمدعي أن يستخدم دليلاً لم يحدده القانون ، ولو كان هذا الدليل مظهراً لحقه ، بخلاف الشريعة الإسلامية التي تبيح للمدعي إثبات حقه بكافة الطرق متى كانت مشروعة وأدلة الإثبات في الشريعة أوسع نطاقاً من القانون ، ولذلك يمكن فهم الإثبات بأنه الطريق المشروع الذي يؤكد أحقية

(١) للتعريفات ص ٢٣ ، تحقيق الإبياري ، دار الكتاب العربي ، بيروت / ١٤١٣ هـ .

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي ، الجزء الثاني ، ص ٣١٦ . وسائل الإثبات في الشريعة د. محمد مصطفى الزحيلي ، ٢٣/١ ، مكتبة دار البيان ، الطبعة الأولى ١٤٠٢ هـ ، دمشق - بيروت .

(٣) الموضوع السابق .

(٤) الوجيز في أصول الإثبات ، د. عبد الرشيد ملمون ، الناشر دار للنهضة العربية ، ص ٣ ، وهذا التعريف يقسم الإثبات في القانون إلى قضائي ، وإثبات غير قضائي ، والفرق بينهما أن الأول مقصور على الأدلة التي حددها القانون ، وعلى ذلك فالتقاضي لا يكون حجة أمام إثبات القضاء .

(٥) الإثبات في المواد المدنية د. جميل الشراوي ، دار النهضة العربية ط ١٩٩٢م ، ص ٤ ، وأيضاً الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني د. أسامة روبي عبد العزيز ، ص ١١ ، شركة للنصر للطباعة ، القاهرة ، ط ٢٠٠١م ، والإثبات في المواد المدنية د. نبيل سعد ، ص ٨ ، ط ٢٠٠٠ م .

المدعي فيما يدعيه بأحد الوسائل الممكنة ، التي يستطيع بها الوصول إلى هذا الحق أمام القضاء ، أو يدفع به المدعى عليه دعوى المدعي ، فإن لم يستطع المدعي أن يقيم الدليل على صحة حقه ، تجرد هذا الحق من قوته أمام القاضي ، الذي لا يسعه أن يحكم للمدعي بغير دليل .

وإذا كان الدليل الذي يحتج به المدعي على إثبات حقه غير مقبول لبطلانه ، لا يمنعه ذلك من الاستدلال لحقه بطريق آخر .

ومن هنا تظهر أهمية الإثبات في الوصول إلى الحق المدعى به أو نفيه وهذا ما يظهر لنا في المبحث التالي .

المطلب الثاني

أهمية الإثبات في الفقه الإسلامي

تظهر أهمية الإثبات فيما يلي : -

- ١- هو الطريق لإحقاق حق المحق ، وإبطال ادعاء المبطل .
- ٢- هو المعيار الذي يميز الحق من الباطل ، والسمين من الغث - فهو الحاجز أمام الأقوال الكاذبة ، والدعاوى الباطلة ، كما يظهر من الحديث الشريف ، الذي يعد أساساً قوياً في الإثبات ، حيث قال المصطفى - صلى الله عليه وسلم - : " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى رجال دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " (١) . وفي رواية البيهقي : " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " (٢) . ووجه الدلالة من الحديث ، أنه لا يقبل الادعاء بدون دليل ، وإلا تطاول الناس على بعض ، واستبيحت الأعراض ، وغصبت الأموال ، ووقع العدوان على الأنفس والممتلكات ، وضاعت حقوق الضعفاء واستشرى الفساد في المجتمع وخيم عليه الظلم . فكل ادعاء يحتاج إلى

(١) صحيح مسلم كتاب الأتضية ، باب اليمين على المدعى عليه (٢٢٢٨) ، بهذا التلظ . وعند البخاري بهذا المعنى في كتاب تفسير القرآن (٤١٨٧) . وكذلك السنائي (على نحو ما ذكره البخاري) ، كتاب أدب القضاء ، باب عظة الحاكم على اليمين (٥٢٣٠) . وعند ابن ماجه بلفظ مسلم ، كتاب الأحكام ، باب البينة على المدعي (٢٣١٢) . وفي مسند أحمد من مسند بلي هاشم (٣٠٢٠) ، (٣١٢٢) ، (٣٢٥٢) .

(٢) جاء في عون المعبود شرح سنن أبي داود ، في حديث (٣١٣٧) ، لضى باليمين على المدعى عليه للفظ لمسلم ، عن ابن عباس ، وكذلك في فتح الباري . ولخرجه الطبراني عن ابن عمر ، والإسماعيلي عن ابن جريج . كما أخرجه البيهقي عن طريق عبد الله بن إريس ... عن ابن عباس أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال : " ولكن البينة على المدعي ، واليمين على من لكر " وهذه الزيادة ليست في الصحيحين وإنما صحت أ.هـ .

لدليل ، وكل قول لا اعتبار له إلا بالحجة والبرهان ، وكل حق يبقى ضعيفاً مهدداً بالضياح ، مجرداً من كل قيمة إذا لم يدعم بالإثبات .

قال محمد بن عبد الرحمن البخاري ^(١) الشهادة سبب إحياء الحقوق ، وقال نبينا - صلي الله عليه وسلم - : " أكرموا الشهود فإن الله يحيي بهم الحقوق " ^(٢) ، فالشهادة بمنزلة الروح للحقوق ، فالله أحيا النفوس بالأرواح الطاهرة ، وأحيا الحقوق بالشهادة الصادقة . وقال الشافعي ^(٣) - رحمه الله - : (الشهادة سبب قطع المظالم وتثبيت الحقوق) ^(٤) .

٣- البيئة المشروعة هي وسيلة القاضي ، وسنده في الأحكام التي تصدر عنه ، وهي وسيلة صاحب الحق في تأييد دعواه ، وإظهار حقه .

٤- تتأكد أهمية الإثبات أنه عام في جميع الحقوق ، عامة كانت أو خاصة ، مالية كانت أو أدبية ، متعلقة بالفرد أو الأسرة أو المجتمع . وهي ملجأ الأفراد في كل نزاع يعرض أمام القاضي ، وأهمية الإثبات دائمة دوام الزمان .

٥- الإثبات في شريعتنا الغراء نقل المجتمع نقلة حضارية ، فبعدما كان يلجأ الأفراد في المجتمعات القديمة والبدائية والقبلية إلى أخذ حقوقهم بأيديهم ، أصبحوا الآن أمام جهة عادلة يعرض عليها النزاع ، بل يتعين عليهم تقديم دعاويهم أمام الجهات القضائية المختصة ، فإذا حكم القضاء لصالح شخص بناء على أدلة الإثبات التي تدعم حقه كان هذا الحكم ملزماً لخصمه .

٦- كثير من الأفراد يفقدون حقوقهم ؛ نتيجة عجزهم عن تقديم الدليل الذي يثبتون به حقهم ، إما لفقدهم هذا الدليل ، أو لتقريطهم فيه ، ومن ثم يمكن القول بأن دليل الإثبات هو الوسيلة التي يعتمد عليها الفرد في حماية حقه . وقد بين الرسول الكريم - صلي الله عليه وسلم - أن الدعوى العارية عن

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن أحمد البخاري (ت ٥٤٦) نقيها لصوليا ، متكلما ، مفسرا ، مفتيا ، زاهدا ، من اهل بخارى قيل من تصانيفه (تفسير القرآن) ، قيل : في أكثر من ألف جزء (الجواهر المضيئة ٧٦/٢ ، الأعلام ١٩١/٦)

(٢) الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير للسيوطي ، دار الفكر ٢١٢/١ ، ونكر الله للخطيب في تاريخه ، وابن عساکر ، رقم (١٤٣١) ولم يرمض إليه بشي .

(٣) هو محمد بن إدريس بن شافع من بني عبد المطلب من قریش ، لحد الأئمة الأربعة ، جمع بين علوم الفقه والقراءات والأصول والحديث واللغة والشعر ، انتشر مذهبه بالحجاز والعراق ثم مصر ، التي توفي بها ، من تصانيفه : الأم ، والرسالة ، ولحکام القرآن وغيره ما . (الأعلام للزركلي ٢٦/٦ ، وتكررة للحافظ ٣٢٩/١ ، وطبقات الخطابة ٢٨٠/١ - ٢٨٤) .

(٤) احکام القرآن ١٢٥/٢ .

دليل يثبتها لا تكون مقبولة ، وإلا أدى ذلك إلى وقوع مفسد كثيرة تضيق فيها حقوق الناس وتنتهك حرماهم ، وتزهق أرواحهم ، وذلك بما للنفس البشرية من ميول للعدوان والتعدي على الآخرين ، قال عليه الصلاة والسلام : " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى رجال دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه " (١) . وقال صلى الله عليه وسلم - في قضية الحضرمي والكندي : " شاهدك أو يمينه ، ليس لك منه إلا ذلك " (٢) (٣) . فالقاضي لا يجوز له أن يصدر حكماً في دعوى بغير دليل يؤيد هذا الحكم.

٧- ولأهمية الإثبات فقد كان ولا يزال يلقي موضوعه عناية فائقة في شريعتنا الإسلامية ، وليس هناك أدل على ذلك من آية الدين في سورة البقرة، إلى جانب آيات عديدة وأحاديث نبوية كثيرة . فتلك الآية أرشد فيها الباري عز وجل عباده إلى أهم الطرق التي تحفظ بها حقوقهم من كتابة ، وشهادة ، وإقرار ، مما تتقطع معه الخصومات والمنازعات ، وتسلم المعاملات من النسيان ، قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه .. " (٤) الآية .

ونذكر ابن القيم^(٥) - رحمه الله - في كتابه الطرق الحكيمة جملة كبيرة من الطرق التي يتوصل بها القاضي إلى معرفة الحق والمحق ، مما يدل على ثراء الشريعة في هذا الجانب ثراءً كبيراً وأنها قد أولت وسائل الإثبات اهتماماً كبيراً ، فنذكر ابن القيم إلى جانب الشهادة والإقرار واليمين والقسامة والنكول طرقاً أخرى للإثبات منها ، الفراسة ، والحيل المباحة ، والقيافة ، وشهادة الواحد ، وشهادة أهل

(١) سبق تخريجه .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب الزهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن (٣٢٢٢) . مسلم ، كتاب الأيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة (١٩٧) . مسند أحمد ، كتاب مسند الأصابع ، باب حديث الأئمة بن قيس الكندي (٢٠٨٣٩) .

(٣) وفي هذه القضية أن رجلاً من حضرموت ، ورجلاً من كنده ، أتيا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال الحضرمي : إن هذا غابني على أرض لي ، ورثتها من أبي ، وقال الكندي : أرضي ، وفي يدي ، لا حق له فيها . فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - " شاهدك أو يمينه " قال : إنه لا يتورع عن شيء ، قال : " ليس لك إلا ذلك " ، رواه مسلم ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم ، من كتاب الأيمان ، وفي صحيح البخاري ، في باب إذا اختلف الراهن والمرتهن .. من كتاب الزهن .

(٤) البقرة / ٢٨٢ . قال ابن جريج : (من أدان فليكتب ، ومن باع فليشهد جامع الأحكام للقرطبي) ٣ / ٢٨٢ ، وتفسير ابن كثير ٣١٦ / ١ ، دار عالم للكتب .

(٥) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي النمشقي ، المعروف بابن قيم الجوزية ، (٦٩١ - ٧٥١ م) من كبار فقهاء الحنابلة ، تلميذ شيخ الإسلام ابن تيمية ، برع في التفسير والحديث والفقه الأصول وللصوف واللغة ، مصنفاته كثيرة منها : زلا المعاد ، اعلام المؤمنين ، الطرق الحكيمة ، حادي الأرواح ، مدارج السالكين ، (البدر الطالع ١٤٣ / ٢ - ١٤٦) .

الخبرة ، وشهادة المرأة ، ورد اليمين ، والحكم بالاستفاضة ، والحكم بالحسبة ، والقضاء بعلم القاضي ، وكتاب القاضي ، وغير ذلك .

وقال - رحمه الله - : (أي طريق استخرج بها العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم ، وأعدل أن يخص طرق العدل وإماراته وأعلامه بشيء ، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة ، وأبين أمارة^(١)) .

٨- ولأهمية الإثبات في حفظ الحقوق ، فقد قال القرطبي^(٢) في الجامع لأحكام القرآن تعليقاً على الآية السابقة في كتابة الدين : (قد يستلوح من هذه الآية دليل على أنه يجوز للإمام أن يقيم للناس شهوداً ويجعل لهم من بيت المال كفايتهم ، فلا يكون لهم شغل إلا تحمل حقوق الناس حفظاً لها ، وإن لم يكن ذلك ضاعت الحقوق وبطلت .. فإن قيل : هذه شهادة بالأجرة ؛ قلنا : إنما هي شهادة خالصة من قوم استوفوا حقوقهم من بيت المال ، وذلك كإرزاك القضاة والولاة ، وجميع المصالح التي تعن للمسلمين وهذا من جملتها .. وقد قال الله تعالى : " والعاملين عليها " ^(٣) ففرض لهم^(٤)) .

المطلب الثالث

شروط الإثبات

شروط الإثبات كثيرة وشرحها يحتاج إلى استفاضة ، ولكن محافظة على لب البحث ومقصده نبين فيما يلي أهمها : -

الشرط الأول : وجود دعوى تتقدم على البيئة :

لقوله تعالى : " ولا يَأْبَى الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دَعُوا " ^(٥) ، ووجه الدلالة من الآية أنه عز وجل علق الشهادة على الدعوة والطلب^(٦) ، فلا تقبل إلا بعد الدعوى وطلب

(١) للطرق الحكمية ص ١٦ ، ١٧ .

(٢) هو محمد أحمد بن أبي بكر بن فرح (١٦٧١هـ) لنيلسي قرطبي من كبار المفسرين ، توفي بمصر ، من تصانيفه الجامع لأحكام القرآن ، وفتاوى بامور الأخرى ، وغيرها (الأعلام للزركلي ٣٢٢/٥ ، النجاشي المذهب ٣١٧) .

(٣) التوبة / ٦٠ .

(٤) المجلد الثاني - ج ٣ - ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٦) نيل الأوطار للشوكلي، ٣٢٣/٨ .

المدعي^(١) إلا إذا كان هناك حق لآدمي لا يعلم به ، فيتقدم العالم به إلى القاضي قبل رفع الدعوى خشية ضياع حق هذا الآدمي الذي لا يعلم به^(٢) ، وهذا عملاً بقوله تعالى : " ولا تكتُموا الشهادة ومن يكتُمها فإنه آثم قلبه "^(٣) ، وبحديث النبي ﷺ : " ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها "^(٤) ، فالحديث أثبت على من يأتي بالشهادة قبل طلب المشهود له . وهذا لا يتعارض مع حديث خير الأنام ﷺ : " خير الناس قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ، ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون "^(٥) ، قال القرطبي ، لا تعارض بين الحديثين ، فالأخير محمول على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يراد به شاهد الزور ، فإنه يشهد بما لم يستشهد ، أي بما لم يتحمّله ولا حمّله .

الوجه الثاني : أن يراد به الذي يحمله الشرّ على تنفيذ ما يشهد به ، فيبادر بالشهادة قبل أن يسألها ، فهذه شهادة مردودة ؛ فإن ذلك يدل على هوى غالب على الشاهد .

الوجه الثالث^(٦) : ما قاله إبراهيم النخعي^(٧) : رواة طرق بعض هذا الحديث : كانوا ينهاوننا ونحن غلمان عن العهد والشهادات^(٨) ، فخير الشهداء هو من يبادر

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، د. محمد مصطفى الزحيلي ٤٨/١ .

(٢) كمن يأتي إلى ورثة الميت فيخبرهم — على وجه الحسبة — بأن لهم حقوقاً وأموالاً في مكان كذا ، أو عند فلان تركها مورثهم وهم لا يعلمون بها .

(٣) البقرة / ٢٨٣ .

(٤) عند البخاري بنفس المعنى ، كتاب الشهادات ، باب لا يشهد على شهادة جور (٢٤٥٨) ، وفي المناقب ، والرقائق (٥٩٤٩) ، ومسلم كتاب فضائل الصحابة (٤٦٠١) ، سنن الترمذي ، كتاب الشهادات ، باب ما جاء في الشهادات ، حديث زيد بن خالد الجهني (٢٢١٩) . ومسنّد أحمد ، من مسند الشاميين (١٦٤٢٥) .

(٥) صحيح البخاري عن عمران بن حصين كتاب الشهادات ، باب لا يشهد على شهادة جور (٢٤٥٧) ، وكتاب الإيمان والذنور ، باب إثم من لا يفي بالذنر (٦٢٠١) . سنن النسائي ، كتاب الإيمان والذنور ، باب الوفاء بالذنر (٣٧٤٩) . ومسنّد أحمد ، كتاب باقي مسند المكثرين (٩٨٢١) ، وأول مسند البصريين ، حديث عمران بن حصين (١٨٩٨٢) (٩٠٥٩) .

(٦) المجلد الثاني ، ٢ / ٤٠٠ .

(٧) هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود النخعي (٩٦-٥٠) ، فقيه تابعي كوفي مشهور (حلية الأولياء ٢١٩/٤-٢٤٠) ، وفیات الأعيان ٦/١ ، طبقات الفقهاء ص ٨٢) .

(٨) نقل الشوكاني في الليل ٢٣٦/٨ (ما ورد من حديث ابن مسعود في البخاري : كانوا يضربوننا على الشهادة أي قول الرجل : أشهد بالله ما كان إلا كذا على معنى الحلف ، فكره ذلك ..) .

بالشهادة قبل أن يطلب لها لإظهار حق قبل أن يندثر ويضيع على صاحبه ،
 وشرهم من كانت شهادته زوراً ، أو واقعة فيها الهوى ، أو أنه غير أهل لها .
 واشترط الفقهاء أن تتقدم الدعوى على البيئة ، جاء في درر الحكام (م ١٦٩٦)
 :تقدم الدعوى في حقوق العباد ، فلذلك لا تصح الشهادة في ذلك بلا سبق دعوى^(١) .
 وقال ابن عابدين^(٢) :وسبق الدعوى للبيئة هو شرط متفق عليه عند الفقهاء^(٣) .
 وقال المرداوي^(٤) في الإنصاف^(٥) : (إن الشهادة لا تسمع قبل الدعوى) ، مع
 التفصيل في ذلك على أساس ما إذا كان المدعى به هو حق الله تعالى أم لأنمي .
 والدعوى تحتاج إلى مدع ، وإن لم يكن مدع فلا تصح إلا في الحسبة في حق الله
 . . وبكل حق لأنمي غير معين .

الشرط الثاني : يتعين على القاضي أن يبدأ بسؤال المدعي عن بيئة تؤيد دعواه^(٦) :

وهذا هو ما يتفق وقول نبينا عليه الصلاة والسلام : " البيئة على المدعي .. " ^(٧) .

الشرط الثالث : أن تكون البيئة معقولة^(٨) والمعنى^(٩) ، وأن تنفك عما يكنبها^(١٠) :

فلا تتعارض مع العقل أو الشرع أو الحس أو الظن^(١١) ، فلا يعقل أن يقر شخص
 بقتل رجل مات قبل أن يولد ، أو يقر بأرث يد قطعها واليد صحيحة . فذلك مخالف
 لأمر محسوس ومشاهد ، وذكر ابن القيم (لا تسمع دعوى للمدعي التي يكنبها فيها
 الحس ، كمن ادعى على من في يده عبد أنه ابنه وهو أكبر من المدعي) ^(١٢) .

الشرط الرابع : أن تكون البيئة على من يدعي خلاف الأصل :

(١) ٢٤١/٤ ، دار الجيل بيروت . وجاء في درر الحكام (م ١٨٢٩) : يشترط في الحكم سبق الدعوى . وهو أنه يشترط في حكم
 القاضي في خصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء أحد على الآخر في ذلك للخصوص ، في أول الأمر ، ولا يصح الحكم الواقع من
 دون سبق دعوى . ويجوز أن يحضر وكيل عن صاحب الحق فإذا طعن في وكالته عليه أن يثبتها .

(٢) ابن عابدين (١٩٨-١٢٥٢هـ) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين ، دمشقي ، فقيه الديار الشامية ، إمام الحنفية
 في عصره ، صاحب رد المختار على الدر المختار المشهور بحاشية ابن عابدين ، له مؤلفات أخرى . (الأعلام للزركلي/٤٢٦) .

(٣) رد المختار ٣٥٨/٥ - ٣٦٢ .

(٤) هو علي بن سليم بن علاء الدين المرداوي (١٧-٨٨٥هـ) ، كان فقيها حافظاً لقروء مذهب الحنابلة ، حاز رئاسته مدة ،
 انتقل من مراد بلسطين موطن نشأته إلى دمشق ثم القاهرة ثم مكة ، له تصانيف كثيرة منها الإنصاف ، والتقيع وغيرها . (الأعلام
 للزركلي/٢٩٢/٤) .

(٥) ٤١٩/٢٨-٤٣٢ ، مع الشرح الكبير على المقنع . والظر المغني ٢٠٩/١٤ .

(٦) مغني المحتاج للخطيب ٤٠١/٤ .

(٧) سبق تخريجه .

(٨) للمرجع السابق .

(٩) للبدائع للكاساني ٢٧٣/٦ .

(١٠) الإنصاف مع الشرح على الإقناع ٤٦٤/٢٨ .

(١١) وسائل الإثبات للزحلي ٥٧/١ ، ٥٨ .

(١٢) الطرق الحكيمة ، ص ١٢٩ .

فالأصل في الإنسان براءة الذمة ، والأصل عدم المضارة ، والأصل في الإنسان الجهل بالشئ حتى يقوم عليه الدليل بالعلم ، والدليل على ذلك ما أخرجه البيهقي بسند صحيح كما قال الحافظ ^(١) : " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " ^(٢) ، كما أن قرائن الحال إذا شهدت بكنب المدعي لم يلتفت إلى دعواه ، قال المعصوم عليه السلام : " لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، لكن اليمين على المدعى عليه " ^(٣) ، ويفهم من هذا الشرط أن عبء الإثبات في الدعوى يكون على المدعي ، وهذا ما سنوضحه فيما بعد .

الشرط الخامس : لا تقبل الدعوى إلا من العدل المرضي عنه :

نقوله تعالى : " واشهدوا نوى عدل منكم " ^(٤) ، وقوله عز وجل : " ممن ترضون من الشهداء " ^(٥) ، قال القرطبي : " لما كانت الشهادة ولاية عظيمة ، ومرتبة منيفة ، وهي قبول قول الغير على الغير ، شرط تعالى فيها الرضا والعدالة " ^(٦) .

قال تعالى : " إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا " ^(٧) ، وقرئ فتبينوا ^(٨) ، وقال عليه السلام : " لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذي غمر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع ^(٩) لأهل البيت " ^(١٠) .

الشرط السادس : كون البينة واقعة في مجلس القضاء :

فإن وقعت خارج مجلس المحاكمة لا اعتبار لها ^(١١) ، ذلك أن الإثبات خارج مجلس القضاء لا يحصل به المقصود ، ولا تنقطع بها الخصومة ، كما أن هناك

(١) سبق تخريجه .

(٢) قبل الأوطار للشوكاني ٢٤٤/٨ . سبق تخريجه .

(٣) مسلم وأحمد وغيرهما ، سبق تخريجه .

(٤) لطلاق / ٢١ .

(٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٦) الأحكام للقرطبي ، للمجد الثاني ، ٣٩٦/١ .

(٧) للحجرات / ٦ .

(٨) قرأ حمزة والكميتي ((فتبينوا)) من التثنية . والباقي ((فتبينوا)) من التثنية . انظر أحكام القرآن للقرطبي ٣١٢/١٦ تفسير سورة الحجرات .

(٩) الفمر بكسر الفين الحقد ، والقانع : الذي يلق عليه أهل البيت .

(١٠) الترمذي ، كتاب الشهادات ، باب فمن لا تجوز شهادته — عن عائشة (٢٢٢١) ، أبو داود كتاب الأقضية ، باب من ترد شهادته ، عن عمرو بن شبة عن أبيه عن جده (٣١٢٥) . وفي ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من لا تجوز شهادته (٢٣٥٧) . وفي مسند أحمد ، مسند المكثرين من الصحابة (١٤١١) (٦٦٠٥) (٦٦٤٦) . وعبد الحاكم في مستدركه . والبيهقي في منته (لا تجوز شهادة ذي الظلة ولا ذي الحلة) عن أبي هريرة صحيح الإسناد .

(١١) ١٦٨٧م مجلة درر الحكم . و ١٦٨١م مجلة الأحكام العدلية .

من وسائل الإثبات ما لا تقوم به حجة إلا إذا صدر في مجلس القضاء ، وهذا يختص بمجلس القاضي .

وهذا الشرط يستثنى منه الأمور التي يتعذر فيها الإثبات في مجلس القضاء ككتاب القاضي إلى القاضي ، والشهادة على الشهادة ، وإرسال نائب القاضي لسماع أقوال الشهود أو المقربين . وذكر الكاساني (التوفيق بين الدعوى والبيئة إن كان في مجلس آخر ولم يقم ذلك في مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة) (١) .

الشرط السابع : أن لا يكون المدعي شاهداً ، وأن لا يكون حاكماً :
فلا يجوز أن يكون شاهداً لنفسه ، ولا حاكماً لنفسه .

الشرط الثامن : أن يكون الإثبات موافقاً للدعوى :

حيث أن الإثبات جعل لتصديق المدعي فيما يدعيه ، ويظهر حقه المتنازع فيه، فإذا رفعت الدعوى للوصول إلى حق معين ، أو لطلب الحكم في واقعة معينة ، فلا يمكن قبول البيئة المثبتة إذا كانت في أمر لا يتصل بموضوع الدعوى ، فإذا كانت الدعوى مثلاً قصد بها إثبات ملكية عقار في بلد ، فلا تقبل البيئة إذا كانت تتصل بملكية عقار في بلد آخر ولا توجد صلة بين العقارين . وهذا لأن الإثبات قد خالف الدعوى . ولهذا يلزم أن يكون الإثبات والدعوى منصبين على أمر واحد .

ولذلك قال أبو مسعود الكاساني (٢) في البدائع (٣) : (أن تكون الشهادة موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فإن خالفتها لا تقبل ، إلا إذا وفق المدعي بين الدعوى وبين الشهادة عند أماكن التوفيق ؛ لأن الشهادة إذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى ، والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة) .

الشرط التاسع : أن يكون الإثبات منتجاً في الدعوى :

(١) البدائع ٢٧٣/٦ .
(٢) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين (٥٨٧هـ) لقب بملك العلماء ، من أعلام الحنفية ، صاحب كتاب بدائع الصلائح ... الذي شرح فيه كتاب تحفة الفقهاء لأستاذه الميركادي . [الجواهر المضبوطة ٢/٢٤٤ ، الزركلي ٢/٢٧٠] .
(٣) ٢٧٣/٦ ، وانظر الشرح الكبير مع المقنع ٤٢٣/٢٨ .

وهو أن يكون له فائدة في إثبات الحق وصنور الحكم وإلزام الخصم ^(١)، ولذلك قال الشافعي - رحمه الله - : (إذا أقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت في يده أمس لم أقبل هذه البينة ؛ لأنه قد يكون في يده ما ليس له ، إلا أن يقيم بينة أنه أخذها - المدعى عليه - منه) ^(٢) ، فهذه الشهادة لم تؤد إلى المقصود وهو إثبات اليد الآن فهي غير منتجة في الدعوى .

الشرط العاشر : أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن :

فالإثبات المشكوك فيه لا عبرة به، قال تعالى: " وما شهدنا إلا بما علمنا " ^(٣)، وقال ابن عباس ^(٤): " سئل النبي ﷺ عن الشهادة ، فقال : " ترى الشمس " ؟ ، قال : " على مثلها فاشهد أو دع " ^(٥) ، فلا يشهد الشاهد إلا بما علمه برؤية أو سماع غالباً ، والشهادة جائزة ببقية الحواس كالذوق ، واللمس ، فإذا استندت إلى شك أو وهم فلا عبرة بها ، والبيئة هي ما يتبين بها الحق ويظهر ، فلا تكون كذلك إلا إذا كان مصدرها قوياً ، وإذا تعذر الوصول إلى اليقين ، فلا يمنع الأخذ بالظن القوي ، حيث يقوم مقام اليقين في كثير من الفروع . حديث ابن عباس يدل على أن الشهادة التي يطمئن إليها هي ما كانت عن علم يقين فيقتم .

الشرط الحادي عشر : أن يكون الإثبات موافقاً للمشرع :

فلا يقبل دليل لم يكن مشروعاً كاللجوء لإثبات الحق أو الواقعة عن طريق العرافين والكهان ، أو عن طريق المشعوذين ، والسحرة . كما يلزم مراعاة ما تتطلبه الشريعة من شروط في دليل الإثبات ، وفي المثبت ، وفي علاقة المثبت بطالب الإثبات ، وما هو مطلوب في التحمل والأداء لدليل الإثبات ، فقد أفردت كتب الفقه أبواباً عديدة في أدلة الإثبات ، فتكلمت عن محل وجوب الشهادة ، وحكم

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٥٢/١ .

(٢) المهذب للشافعي ٢١٣/٢ .

(٣) يوسف / ٨١ .

(٤) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، (٥٣ - ٦٨ هـ) ، حبر الأمة وترجمان القرآن ، أسلم صغيراً ولازم النبي - صلى الله عليه وسلم - بعد الفتح كان يجلس للعلم بوزع أيامه بين الفقه ، والتأويل والمنازعي ، ووقائع العرب ، كتب بصره في آخر عمره ، وتوفي بالطائف (التزكوي ٩٥/٤) .

(٥) تلخيص الحبير ، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل المصقلاني (٧٧٣ - ٨٥٢) ، ١٩٨/٤ رقم (٢١٠٧) نشر بالميدية المنورة ١٣٨٤م - ١٩٦٤م ، عن ابن عباس ، وصححه الحاكم ، وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول وهو ضعيف ، وقال لا يعرف إلا من رواية عبد الصمد بن علي ونقده به إبراهيم بن عبد الصمد عن أبيه . وذكر الحديث في خلاصة البدر المنير ، لعمر بن علي بن الملقن الأنصاري (٧٢٣ - ٨٠٤) - ٢٣٩/٢ ، رقم (٢٨٩٩) - مكتبة الرشد - للرياض - الطبعة الأولى - ١٤١٠ هـ ، وقال الحاكم صحيح الإسناد وضبطه للبيهقي .

كتابتها ، وكتمانها ، وشروط من تقبل شهادته ، وعدد الشهود في كل واقعة بحسبها ، وموانع الشهادة ، والشهادة على الشهادة ، وشهادة أهل الخبرة ، ونكرت الإقرار ، واليمين مع الشاهد ، والإنكار ، والقرائن ومدى قوتها ، والقافة ، والقسامة ، والكتابة ، وعلم القاضي .. الخ ، وما يدخل تحت هذه الطرق من وسائل جزئية وأنواع مختلفة ، وتفريعات ، وتفصيلات ، حتى أنه قد أفردت كتب في للدعوى والبيئات ، وطرق الإثبات من أظهرها كتاب الطرق الحكمية للعلامة ابن القيم الجوزية .

والحكم الذي يبنى على غير دليل شرعي هو حكم معلول ، بين خطؤه ، فيه قصور في الإجراءات ، يتعين رده أو نقضه (١).

قال الكاساني : (إذا خالف قضاء القاضي في فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الإجماع .. يردده لأنه وقع باطلاً قطعاً) (٢) ، وقال : (القضاء إنما ينفذ بالحجة وهي الشهادة الصادقة ، فإن كانت كاذبة يبين فلا ينفذ حقيقة) . وفي للقوانين الفقهية لابن جزي (٣) : (إذا أصاب الحاكم لم ينقض حكمه أصلاً وإن أخطأ فذلك على أربعة أوجه .. — نذكر الأول منها — أن يحكم بما يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فينقض هو حكم نفسه بذلك ، وينقضه القاضي الوالي بعده ، ويلحق بذلك الحكم بالقول الشاذ) (٤).

وفي مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٥) : (إذا حكم باجتهاده ، ثم بان خلاف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس جلي ، نقضه هو وغيره) . وفي المقنع مع الشرح الكبير (٦) : (إذا كان القاضي ممن يصلح للقضاء ، لم ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب ، أو سنة ، أو إجماعاً) .

(١) قال تعالى : " إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ " النساء / ١٠٥ .

(٢) البدائع ١٤ / ١٥ .

(٣) هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزي الكوفي (٦٩٣-٧٤١هـ) أبو القاسم فقيه أصولي لغوي، كتب في الفقه : للقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، وفي الأصول : تقريب الوصول إلى علم الأصول ، إلى جانب مؤلفات أخرى كثيرة ، (الأعلام للزركلي ٣٢٥/٥ - دار العلم للملايين - بيروت - ط ٥/سنة ٢٠٠٢م) ،

(٤) ص ١٩٤ ، مكتبة لسانة بن زيد - بيروت .

(٥) ٣٩٦/٤(٥) .

(٦) ٣٨٠/٢٨(٦) .

ومن العلماء ^(١) من قال : (أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه ؛ لأن عمر
 ﷺ يكتب إلى أبي موسى ^(٢) : لا يمنعك قضاء قضيتك بالأمس ، ثم راجعت نفسك
 فيه اليوم ، فهديت لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من
 التماسي في الباطل) ^(٣) ؛ خطأ فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع
^(٤) ، أما إذا كان القضاء وقع بناء على اجتهاد فلا ينقض ، فإنه روى عن عمر أنه
 قضى في المشتركة بإسقاط الأخوة لأبوين ، ثم شرك بينهم بعد ذلك فسنل فقال : "
 تلك على ما قضينا يومئذ ، وهذا على ما قضينا اليوم " ، يقول ابن القيم : (أخذ
 أمير المؤمنين في كلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق ، ولم يمنعه القضاء الأول
 من الرجوع إلى الثاني ، ولم ينقض الأول بالثاني ، فجرى أثمة الإسلام بعده على
 هذين الأصلين) ^(٥) .

حتى أن بعض الفقهاء من اختلف مع غيره في بعض أدلة الإثبات ، رأى أن
 القاضي إذا حكم بها نقض حكمه ، فقد قال أبو حنيفة : إذا حكم ببيع متروك
 التسمية ، أو حكم بين العبيد بالقرعة ، نقض حكمه . وقال محمد بن الحسين ^(٦) :
 إذا حكم بالشاهد واليمين ، نقض حكمه ^(٧) وخلاف العلماء في هذه المسألة مشهور
 والذي نراه راجحاً أن المسائل الاجتهادية إذا حكم فيها القاضي بحكم فلا ينقضه لا
 سيما إذا كان القاضي عدلاً ولم يحكم بجور ، وذلك لاستقرار الأحكام ، أما إذا
 عرضت له نفس المسألة في وقت آخر وظهر له أن يحكم فيها بغير الحكم الأول
 بناء على تجدد واجتهاده فيحكم فيها بناء على اجتهاده الجديد أما إذا كان حكمه
 خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع فينقضه لأنه في ذلك قد خالف شرطاً أساسياً

(١) أبو ثور ، الشرح الكبير ٣٨٢/٢٨ .

(٢) هو : أبو موسى الأشعري : (٢٣١ هـ - ٤٤ هـ) ، هو عبد الله بن قيس بن سالم من الأشعريين من اليمن ، صحابي شجاع
 من الولاة القاتحين ، استعمله النبي - صلى الله عليه وسلم - على زيد وعن ، وولاه عمر البصرة سنة ١٧ هـ ، فافتتح أصبهان
 والأموار وتوفي بالكوفة [الأعلام للزركلي ١١٤/٤ ، والإصابة ٤٤٢/١] .

(٣) سنن أبيه في الكبرى ١١٩/١٠ ، ١٥٠ . سنن الدار قطنى (لملى بن عمر أبو الحسن الدار قطنى ، البغدادى ٣٠٦ - ٣٨٥)
 ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ ، دار المعرفة ، بيروت (١٣٨٦ - ١٩٦٦ م) ، تلخيص الحبير ١٩٦/٤ ، خلاصة البحر المنير ٤٣٥/٢ ، نصب الرأية
 ٨١/٤ ، روى عن عبد الله بن حميد قول أنه ضعيف ، وروى من طرق أخرى لم ينكر أصحاب هذه الكتب ملها شيئاً .

(٤) الشرح الكبير ٣٨٢/٢٨ .

(٥) أعلام الموقعين ١١٩/١ ، ١٢٠ .

(٦) محمد بن الحسين (١٣١ - ١٨٩ هـ) ، هو محمد بن الحسين بن فرقد يتنسب إلى بني شيبان ، فقيه ، أصولي ، ثاني أصحاب أبي
 حنيفة بعد أبي يوسف ، من المجتهدين المنصبين ، نشر علم أبي حنيفة ، ولي القضاء ، ومات بالرقعة . له تصانيف كثيرة منها
 الجامع الكبير والجامع الصغير ، والمبسوط ، وغيرها (الأعلام للزركلي ٨٠/٦ ، والبداية والنهاية ٢٠٢/١) .

(٧) الشرح الكبير ٣٨١/٢٨ ، والمغني ٣٤/١٤ .

وهو إصدار الحكم بالاجتهاد وإنما يكون مع عدم النص، ويكون مفرطاً بتركه الكتاب والسنة أو مخالفة الإجماع، وهناك من يرى أنه لا ينقض الصواب منها^(١).

المطلب الرابع

المبادئ التي تحكم الإثبات عند القانونيين

استخلص القانونيون من قوانين الإثبات عدة مبادئ تحكم الأدلة في الدعوى المقامة أمام المحكمة وهي :

- ١- أن تكون الواقعة محل الإثبات محددة . ٢- وأن تكون ممكنة . ٣- وأن تكون متنازعة فيها . ٤- وأن تكون متعلقة بالدعوى . ٥- وأن تكون منتجة في الدعوى . ٦- وأن تكون من الجائز إثباتها^(٢).

وتتص المادة الرابعة من قانون البيانات الأردني على أنه : " يجب أن تكون الوقائع التي يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، ومنتجة في الإثبات ، وجائزاً قبولها " ، ويضيف القانونيون شرطين آخرين ، وهما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محل نزاع ، وأن تكون محددة .

ومن القانونيين من يحمل هذه الشروط في :

- ١- أن يكون الإثبات في واقعة متنازع عليها .
 - ٢- أن ينص القانون على الأثر القانوني للواقعة المراد إثباتها ، وهو المقصود من نص القانون أن تكون منتجة .
 - ٣- أن يكون مصدر العلم بالإثبات صحيحاً .
 - ٤- أن يكون الإثبات في مقر المحكمة أو جلسة المحاكمة .
 - ٥- أن يكون الإثبات قانونياً كلياً أو جزئياً ، فلا يقبل الإثبات بعلم القاضي^(٣).
- وبهذا يكون القانون قد حدد طرق الإثبات بالنص والحصص في الوقائع المدنية موسعاً تلك الطرق في الوقائع الجنائية على ما سنبينه في المبحث الخامس من هذا البحث .

(١) ينظر المعلق لأن قدامة المقنن ، والشرح الكبير ، والإصناف ٢٨٠ / ٢٨٨ - ٢٨٨ ، والمغلي ٣٤ / ٣٩ - ٣٩ .

(٢) الوجيز في أصول الإثبات . د. عبد الرشيد مأمون ، ص ٢٠ ، الناشر دار النهضة العربية .

(٣) السابق .

وهذه الشروط تقترب من الشروط التي أوردتها الشريعة الإسلامية إلا أن الشريعة أوردت إطاراً للإثبات يتحراه القاضي ، مع وجود وسائل إثبات عديدة ، وهذه الوسائل منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، وفي كل الأحوال يلتزم القاضي بالشروط التي أوردتها الشريعة لكل دليل من الأدلة ، مع التوسع في نطاق الإثبات في حقوق الأفراد ، والتضييق والتشديد في نطاق الحدود والجنايات .

المبحث الأول

في

طرق الإثبات ، وعلم القاضي

يتناول هذا المبحث طرق الإثبات ، والمراد بعلم القاضي، ومحل النزاع، وصورته والحالات التي اتفق للقاضي أن يحكم فيها بعلمه ، وهل تلزم الشهادة على الإقرار في مجلس الحكم ؟ ، وذلك في مطالب أربعة ، على النحو التالي ..

المطلب الأول

طرق الإثبات

الظاهر أن طرق إثبات الدعاوى منها ما هو محل اتفاق فقهاء المسلمين ، وهي الشهادة ، والإقرار ، وهناك من يضيف إلى ذلك اليمين، والنكول، قال ابن رشد: (والقضاء يكون بأربع: بالشهادة، واليمين، والنكول، وبالإقرار، أو بما يتركب من هذه)^(١) ومنها ما هو محل خلاف مثل القضاء بالشاهد ويمين المدعي ، والقضاء بامرأتين ويمين المدعي ، والقضاء بالشاهد الواحد ، والقضاء بالكتابة غير العربية، والقضاء بالقرائن ، والقضاء بالقيافة ، والقضاء بعلم القاضي ، والقضاء بقول أهل الخبرة ، والقضاء بشهادة اللوث ، وأيمان القسامة والقضاء بالعرف ، والقضاء بالقرعة ، إلى جانب ما جد حديثاً من القضاء بناء على بصمات اليد ، والبصمة الوراثية ، وتسجيل الأصوات ، والتعرف على الصور من خلال الوسائل المختلفة ، وغير ذلك .

(١) بداية المجتهد، ٢/٣٤٦

ولما كان علم القاضي طريقاً من طرق القضاء عند كثير من أهل العلم ، مما أوجد خلافاً واسعاً بينهم وبين الفقهاء الذين يرون أنه لا يجوز أن يكون طريقاً للقضاء ، بينما يتوسط فريق ثالث في الأخذ به بشروط معينة ، وهذا ما يدعوننا إلى بحث الموضوع عند كل فريق منهم وبيان أدلته ومناقشتها . ومن ثم يلزم أن نبين المراد بعلم القاضي وصورته ، وهو ما نوضحه في المطلب التالي .

المطلب الثاني

المراد بعلم القاضي وصورته

العلم : هو المعرفة ^(١) أي معرفة القاضي بالسبب الموجب للحكم .
وقيل هو ظنه المؤكد الذي يجوز له الشهادة مستنداً إليه ^(٢) ، قال شارح التحفة : والأصوب أن يقول : أي بالأعم من علمه حقيقة وظنه المؤكد ^(٣) . فالقاضي قد يشاهد الواقعة ، أو يعاين السبب ، أو يسمع الإقرار ، فيعرض عليه النزاع فيقضي بما علم .

وفي الفتاوى الفقهية، صرح الرافعي ^(٤) ، من أن مرادهم بقوله يقضي بعلمه غلبة الظن ^(٥) ، ونكر أيضاً: أن اليقين في القاضي ليس بشرط، وإنما الشرط غلبة الظن .. فالمراد بالعلم الظن المؤيد بقرينة تمثيلهم للقضاء به بما إذا ادعى عليه مالا وقد رآه القاضي أقرضه ذلك أو سمع المدعى عليه أقر بذلك، إذ رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد العلم بثبوت المحكوم به وقت القضاء ... وبما تقرر علم أن للقاضي الحكم بعلمه المستفاد من الخبر المتواتر بالأولى لأنه يفيد العلم القطعي ^(٥) . فعلم القاضي هو المعرفة المؤكدة ، برؤية أو سماع ، أو مشاهدة السبب الموجب للحكم في النزاع المعروض عليه ^(٦) .

(١) مختار الصحاح باب الميم ، فصل المين .

(٢) نهاية المحتاج ١٤٩/١٠ (جامع الفقهاء) . الفتاوى الفقهية ٢٩٠/٤ (جامع الفقهاء) .

(٣) الرافعي: هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي (٥٥٧-٦٢٢م-) ، شافعي من أهل قرطبة، ترجع نسبته على رفع بن خديج المصلي ، من مصنفاته، فتح العزيز في شرح الوجيز للغزالي (الأعلام للزركلي ٥٥/٤ ، وطبقات الشافعية للسبكي ٥٥/٤ ، ١١٩/٥) .

(٤) ٢٣٦/١ (٤) (جامع الفقهاء) .

(٥) الفتاوى الفقهية ٢٩٠/٤ .

(٦) من المعروف لدى الفقهاء أن علم القاضي نوعان : الأول : العلم بالأحكام الشرعية ، وهي أساس اختياره ، وإعداده وتصحيحه في منصب القضاء ، والثاني : العلم بحقيقة الدعوى ، وتفاصيل وقائعها ، وهذا ما يتحصل عليه إما عن طريق الشهود ، أو إقرار المدعى عليه ، أو للكتابة ، أو للقرائن المحيطة بالواقعة ، والعلم هنا علم ظني ، إما علم يكتبه بنفسه برؤية الحادثة المعروضة في

وعليه أن القاضي لا يحكم بعلمه - عند من قال بجواز قضائه - إلا إذا حصل له يقين بالسبب الموجب للحكم برؤية أو سماع لقول النبي ﷺ لا بن عباس ؓ : ترى الشمس على مثلها فاشهد أودع".

فالقاضي قد يكون لديه السبب القوي الموجب للحكم لأحد طرفي النزاع بمعرفته الواقعة أو الحادثة محل النزاع أو سماعه لها أو مشاهدته إياها ، فهي تقوم مقام البيئة .

وصورة ذلك :

أن القاضي إذا شاهد حادثة من الحوادث ، أو سمع شخصاً يقر بدين لآخر أمامه ، أو يبرئه ، أو يطلق امرأته الطلقة الثالثة ، فبانت منه ^(١) ، ثم رفعت إليه دعوى في هذه الحادثة أو في واقعة من هذه الوقائع ، أو ما يشبهها ، لكي يفصل فيها أو يصدر حكمه فيها ، فهل يجوز له أن يصدر حكمه في هذه الواقعة بناء على ما رآه بعينه أو سمعه بأذنه ؟ أم عليه أن يمتنع عن إصدار هذا الحكم ، ويكلف المدعي البيئة التي تثبت صحة دعواه .

لقد اختلف أهل العلم في ذلك خلافاً بيناً ، فمنهم من ذهب إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي في هذه الدعوى أو مثلها بعلمه ، ومنهم من رأى أنه يجوز له أن يقضي فيها بعلمه الشخصي ، وذهب فريق آخر إلى أنه لا يجوز له أن يقضي فيها بعلمه في الحدود ، مع جواز قضائه بعلمه فيما عداها ، وهذه الاتجاهات الثلاثة هي أظهر ما قيل في هذا الموضوع ، وهي محل بحثنا في المباحث التي ستأتي فيما بعد بمشيئة الله تعالى .

المطلب الثالث

محل النزاع بين الفقهاء

هل يقضي القاضي بعلمه أم لا؟ اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال في الجملة.

القضية ، أو بسماع الأقال ، أو معاينة محل الدعوى ، فهو علم ظني مؤكد . كما يرى بعض الفقهاء ، أو علم يقيني كما يراه آخرون .

(١) كان يرى رجلاً يقتل رجلاً آخر ، أو يسمع من يرمي آخر بالقاضية ، وقد يكون شاهد الواقعة أو الحادثة أو سمع بها قبل بلوغه وقبل ولايته ، أو بعد بلوغه وقبل ولايته ، أو بعد ولايته ولكن وقعت في مكان غير مكان ولايته ، أو أثناء المحاكمة بالإقرار ثم الإنكار ، لو في مكان ولايته ، ولكن بعد ولايته .

القول الأول: عدم جواز قضاء القاضي بعلمه وهو مذهب مالك، وظاهر مذهب أحمد، وقول محمد بن الحسن من الحنفية، وجماعة من السلف والخلف، وهو ما ذهب إليه النظام القضائي السعودي، وجميع قوانين الإثبات في الدول العربية. وعدم الجواز عندهم ليس للمنع المطلق، لكن خشية أن يفتح ذلك باباً لقضاة سوء فيظلمون الناس، وخشية أن يتهم للقاضي، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن البيئة محصورة في الشهادة واليمين. وفي سبيل ذلك حملوا الأدلة التي استشهدوا بها أكثر مما تحتمل.

القول الثاني: جواز قضاء القاضي بعلمه، وهو مشهور مذهب الشافعي، ورواية عند أحمد، وقول ابن حزم الظاهري، وقول أبو حنيفة الذي قيده بأن لا يحكم في حقوق الله، ولا فيما علمه قبل ولايته أو بعدها أو في غير محل عمله، وأستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها ما هو مبالغ فيه، ومنها ما هو معقول.

القول الثالث: جواز قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود وهو قول لابن حزم، وقول كثير من فقهاء الشافعية، ورواية عند أحمد، واستحسان مذهب الحنفية، وإليه ذهب كثير من العلماء، واستثنوا من الحدود ما كان فيه حق العبد غالباً.

وهذه الوجوه الثلاثة التي سنبرزها مع أدلتها ومناقشة كل دليل مع ذكر الراجح والمرجوح، ثم نبين موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه مع الموازنة بينه وبين الشريعة حتى ننتهي إلى الرأي الذي خلصنا إليه من هذا البحث - بمشيئة الله تعالى -.

المطلب الرابع

الحالات التي اتفق للقاضي أن يحكم فيها بعلمه

هناك عدة حالات اتفق الفقهاء على أنه يجوز للقاضي أن يحكم فيها بناءً على علمه وهي :

أولاً : اتفاقهم على أن القاضي يقضي بعلمه في الجرح والتعديل بالنسبة للشهود فإذا عدل عنده شاهد علم القاضي فسقه عمل بعلمه ولا يقضي بشهادته ، فيعمل بناء على علمه في عدالة الشهود أو جرحهم . وقبول علم القاضي في الجرح

والتعديل جائز عند الجمهور لنلا يؤدي إلى التسلسل فيه ^(١)، قال صاحب البهجة شرح التحفة : (وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم منهم من تجريح أو تعديل باتفاق العلماء) ^(٢) .

ثانياً : اتفقوا على أن القاضي يجوز له أن يقضي بعلمه فيما يحدث في مجلس حكمه فيما يتعلق بالدعوى المتنازع فيها أمامه كظهور لدد أو كذب من المتخاصمين أو حدوث تعدي بالضرب أو الجرح أو القذف ، فيحكم على المعتدى بما رآه أو سمعه ولا يحتاج الأمر إلى بيينة ^(٣).

قال السرخسي ^(٤) : (رجل قذف رجلاً قدام القاضي فله أن يضربه الحد ، وإن لم يشهد به غيره ؛ لأن العلم الذي يقع له بمعاينة السبب فوق العلم الذي يثبت له بشهادة الشاهدين) ^(٥).

ثالثاً : واتفقوا على أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه ، ولو مع البيينة ^(٦). قال الشربيني الخطيب ^(٧) : (ولا يقضي القاضي بخلاف علمه بالإجماع ، كما إذا شهد شاهدان بزوجة بين اثنين وهو يعلم أن بينهما محرمة أو طلاقاً بائناً ، فلا يقضي بالبيينة في ذلك ، لأنه لو قضى به لكان قاطعاً ببطلان حكمه ، والحكم بالباطل حرام) ^(٨) ، فإذا علم بطلاق أو بدين أو بإتلاف أو بقتل ثم قامت البيينة على ما يخالف علمه فلا يجوز له القضاء بالبيينة قطعاً ^(٩) أو عليه أن يعتزل نظر القضية أو يحيل المتداعيين إلى قاض آخر ويكون شاهداً . ودعوى الاتفاق أو

(١) تبصرة الحكام ٣٧/٢ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ١١٣/٦ ، دار الفكر . الفتاوى التنقيية ٢٩٠/٤ ، تحفة المحتاج شرح المنهاج ١٤٩/٩ . شرح منتهى الإرادات ٥١٩/٣ - قال : (ويعمل بعلمه في عدالة بيينة وجرحها) . المغني لابن قدامة ٣١/١٤ . كشف القناع ٢٧٠/٦ . (ولم يخالف في ذلك إلا الخطابة في رواية عندهم فقالوا : لا يعمل القاضي بعلمه في الجرح والتعديل خشية التهمة عليه) (للطريق الحكمة ص ١٩٤) ، وقال ابن المواز : (تقدم بيينة التعديل على علمه بالتجريح ورده ابن عبد البر بالإجماع) . (البيهجة شرح التحفة للتسولي ٤٠/١) .

(٢) البهجة شرح التحفة للتسولي ٤٠/١ ، ٤١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م.

(٣) (عالة الطالبين للبكري ٢٣٥/٤ ، قال : (من ظهر منه في مجلس حكمه ما يوجب تعزيراً عزره) - تبصرة الحكام ٢٤/٢ ، الخرشني على مختصر خليل ١٦٨/٧ ، وحاشية الرهوني على شرح الزركاني لمختصر خليل ٢٩٧/٧ ، ومجمع الأئمة ١٧٢/٢ .

(٤) للسرخسي (- ٤٨٣ هـ) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر المرخسي ، من مشرخص ، بخراسان ، ويلقب بشمخ الأئمة ، كان إماماً ورجة في الفقه الحنفي وشيع عنه أنه ألقى المبسوط من حفظه وهو مسجون في كنف (بنر) ، كتب في الأصول والفقه للزركلي ٣١٥/٥ - لفتح المبين ٢٩٤/١ ، ٢٩٥ .

(٥) المبسوط ١٢٤/٩ .

(٦) مغني المحتاج ٣٩٨/٤ ، نهاية المحتاج ٢٤٦/٨ ، تبصرة الحكام ٢٤٨/١ ، كشف القناع ١٩٧/٤ .

(٧) الشربيني : هو محمد بن أحمد الشربيني (- ٩٧٧ هـ) فقيه شافعي ، مشر ، لغوي ، من أهل القاهرة ، له تصانيف عدة منها مغني المحتاج في شرح المنهاج ، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع وغيرها . (الأعلام للزركلي ١/٦ ، وضررات للمذهب) .

(٨) مغني المحتاج ٣٩٨/٤ .

(٩) مسائل الإكبات للزحيلي ، ص ٥٦٤ .

الإجماع هنا غير صحيح ، فسيأتي الخلاف بين الفقهاء في قضاء القاضي بعلمه سواء فيما ذكر ، أو في الأموال ، أو في الحدود ، وغيرها .

قال الباجي ^(١) : تعلق بعض أصحابنا بقول النبي ﷺ فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، في أن القاضي لا يقضي بعلمه ، وهذا التعلق ليس بالبين ، لأنه لا يقضي بما سمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه ولا على قول من ينفيه ، فأما من يقول إنه يقضي بعلمه فإنه ينفذ ما علمه ولا ينظر إلى حجة الخصم ولا إلى ما شهد به عنده ، مما يخالف ذلك ، وأما من يمنع الحكم بعلمه فإذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر امتنع من الحكم في ذلك ، وشهد عند غيره بما في علمه ^(٢) .

والمسألة هنا أن القاضي يمتنع من القضاء في أمر يعلم خلافه يقيناً ولو جاء المدعي ببينة يثبت بها دعواه ، وهذا بخلاف ما ذكره جماعة من أهل العلم بأن القاضي يحكم في الدعوى استناداً إلى علمه الشخصي .

ذكر الإمام الشافعي : " أن شريحاً قد جاءه رجل يعلم له حقاً فسأله أن يقضي له به فقال انتني بشاهدين إن كنت تريد أن أقضي لك ، قال أنت تعلم حقي ، قال فاذهب إلى الأمير فأشهد لك " ^(٣) .

رابعاً : القاضي يحكم بما سمعه في ساحة المحكمة من إقرار الخصوم ؛ لأن هذه وظيفته ، فكل ما يتعلق بالنزاع المعروض عليه يكون طريقاً للقضاء قضى به ، ومن ذلك الإقرار ، والإقرار هو الاعتراف ^(٤) ، وهو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر ^(٥) ، أو هو الاعتراف على النفس بما يجب عليها ^(٦) ، وهو سيد الأدلة قديماً أو حديثاً ، وهو الذي ينهي النزاع ويقطعه أمام القاضي ، والأدلة عليه من

(١) الباجي : هو سليمان بن خلف بن سعد أبو الوليد الباجي (٤٠٣ - ٤٧٤هـ) نسبة إلى باجة بالاندلس ، مالكي ، من كبار محدثين ، ناظر ابن حزم الذي شهد له ، وكان سبباً في إبطاء كتب ابن حزم ، من تصانيفه الملتقى المنكور ، وشرح المدونة وغيرها . (الفبايح المنهبة ص ١٢٢ ، والأعلام للزركلي ١٢٥/٣) .

(٢) الملقى من شرح الموطأ ١٨٢/٥ ، كتاب الأقضية ، دار الكتاب الإسلامي .

(٣) الأم ، ١٢٠/٧ .

(٤) القاموس المحيط ، لسان العرب باب الرأه فصل القاف .

(٥) تبين الحقائق ٢/٥ ، مواهب الجليل ٢١٦/٥ ، تبصرة للحكام ٥١/٢ ، دار للكتب العلمية (جامع للفقهاء) ، ونهاية المحتاج ٦٤/٥ ، وكشاف القناع ٤٥٢/٦ .

(٦) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢١٧/٣ .

الكتاب والسنة كثيرة^(١)، فإذا استوفى الإقرار شروطه المشروعة ترتب عليه إظهار الحق وإلزام المقر بما أقر به ، وعلى القاضي أن يحكم بموجبه ، لأنه حجة كاملة بذاتها على خلاف الشهادة التي ليست حجة بذاتها ، ولا يثبت الحق بمجردا ولكن باقتران للقضاء بها .

فالإقرار حجة على المقر لا يتعداه إلى غيره ، ولذلك يقول الفقهاء : (البينة حجة متعدية على الغير والإقرار حجة قاصرة)^(٢) .

وقد ذكر الكاساني : (أن المقر في الإقرار على نفسه يبني الأمر على حقيقة الحال .. لأن الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه .. فإن إقرار المقر في مجلس القضاء لزمه موجب إقراره ، إذ لو لم يقبل إقراره ، لاحتاج القاضي أن يكون معه جماعة على الإقرار في كل حادثة ، وإجماع الأمة بخلافه)^(٣) ، والإقرار أقوى من الشهادة حيث أن القضاء بالشهادة يستند إلى الظن ، والقضاء بالإقرار يعتمد على العلم الحاصل بالإقرار . ولذلك يصح الرجوع عن الشهادة قبل الحكم ، ولا يصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء ولا بعده^(٤) .

وقال ابن فرحون^(٥) : (أعلم أن الإقرار من أقوى الأحكام وأشدّها وهو أقوى من البينة . ووجهه أنه إذا كان يستند القضاء إلى ظن فبان يستند إلى علم أولى ؛ لأن الحكم بالإقرار مقطوع به ، والحكم بالبينة مظنون ؛ ولأن الإقرار خبر صدق ، أو يرجح صدقه على كذبه لانتفاء تهمة للكذب وريبة الإكاذب ، وحقيقة إخبار عن كائن سابق فيقضي ثبوت المخبر به سابقاً على إخباره)^(٦) .

(١) معون الحكام ١٢٨ ، وبصرة للحكام ٣٩/٢ ، حاشية للدموثي ٣٩٧/٣ ، كشف القناع ٢٩١/٤ .

(٢) السبوت للسرخسي ١٣٥/١٧ .

(٣) دفع المصلح ٥١/٧ ، ٥٢ .

(٤) السبوت للسرخسي ١٨٥/١٧ .

(٥) هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن فرحون (٧١٩ - ٧٩٩هـ) لقيه مالكي ، ولي قضاء المدينة ، كان عالماً بالفتنة والأصول والفرائض وعلم القضاء ، له تصانيف منها : تمثيل المهمات في شرح جامع الأمهات ، والبصرة ، والديباج المنعبد في أعيان المنعبد . [الشذرات ٣٥٧/٦ ، ومعجم المؤلفين ٦٨/١ ، التزكّي ٥٢/١] .

(٦) بصرة للحكام ، ١٢٥/١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٣٠١هـ .

المطلب الخامس

هل تلزم الشهادة على الإقرار في مجلس الحكم ؟

إذا أقر المدعى عليه في مجلس القضاء ، وثبت بإقراره الحق المدعى به للمدعي، فهل يحكم القاضي للمدعي بمجرد سماعه الإقرار من المدعى عليه ، أم يعزز هذا الإقرار بإحضار شاهدين يشهدان على المقر ، ثم يحكم بقولهما ، وليس بالإقرار ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يحكم القاضي بإقرار المقر أمامه :

بل يحضر شاهدين يشهدا على المقر ويحكم بشهادتهما .

ذهب إلى ذلك الكرابيسي وجماعة من المالكية منهم ابن القاسم والقاضي من الحنابلة ^(١) واحتجوا لقولهم بأن سماع الإقرار والحكم به هو قضاء بعلم القاضي ، وعندهم لا يجوز القضاء بعلم القاضي ، كما يقولون ، وحجتهم : أن المقر يمكن أن يرجع عن إقراره أو ينكره ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بمجرد إقرار المقر خشية التهمة ، ولفساد القضاء ، ومن ثم فالشهود يشهدون على إقرار المقر إذا رجع أو أنكر إقراره، ويكون حكم القاضي هنا مبني على شهادة الشهود.

وحكى البخاري مذهب أهل الحجاز في ذلك بأنهم قالوا : الحاكم لا يقضي بعلمه شهد بذلك في ولايته أو قبلها ، ولو أقر خصم عنده لآخر بحق في مجلس القضاء فإنه لا يقضي عليه في قول بعضهم حتى يدعو بشاهدين فيحضرهما إقراره ^(٢)، وذكر صاحب الفتح أن هذا قول مالك وأبو علي الكرابيسي .

جاء في المغني لابن قدامة — رحمه الله — : (ولا خلاف في أن الحاكم له أن يحكم بالبينة والإقرار في مجلس حكمه ، إذا سمعه معه شاهدان ، فإن لم يسمعه

(١) تبصرة الحكام ٢٦/٢ ، الفروق ٤٧/٤ ، القوانين الفقهية ، لمغني ، كشاف النفع ، والطرق الحكيمة ، ص ١٦٣، ١٦٢ ، مكتبة دار البيان (جامع التفقه) .

(٢) الفتح بشرح صحيح البخاري ١٣/ ١٣٦ ، دار إحياء التراث العربي — بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٢م .

معه أحد ، أو سمعه شاهد ، فنص أحمد على أنه يحكم به . وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان ؛ لأنه حكم بعلمه (١).

وقال التسولي : (فإن كان الإقرار بعد جلوسه للحكومة وتقدمهما إليه ، فقال مالك وابن القاسم - وهو المشهور - لا يحكم حتى يشهد عليه عدلان ، وعليه العمل كما في ابن سلمون الكناني والمقيد وغيرهما ، وعليه فإحضار الشهود وقت جلوسه للحكومة واجب ، وقال أصبغ وسحنون ومطرف وابن الماجشون ، يجوز له أن يحكم عليه ، وعليه فإحضار الشهود مستحب ، وتمسكوا بقوله عليه السلام: "إنكم تختصمون لدي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع" الحديث . إذ لم يقل على نحو ما ثبت عندي ، وبه أخذ منذر بن سعيد القاضي (٢) .

وقال في " المتطية " : (قال الشيخ عبد الرحمن في مسائله : قول ابن القاسم أصح لفساد الزمان ، ولو أدرك عبد الملك وسحنون زماننا لرجعا عما قالاه ، ولو أخذ بقولهما لذهبت أموال الناس وحكم عليهم بما لم يقرؤا به) (٣).
القول الثاني : يحكم القاضي بالإقرار ، ولا يحضر شاهدين عليه ، ويكتفي بسماعه الإقرار :

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة في الراجح ، وعليه قضاة المدينة وبه قال سحنون وبعض المالكية (٤).
وجاء في المبسوط للسرخسي : (وإنما يقضي القاضي بالإقرار فقط) (٥) .
وجاء في فتح القدير : (لو أقام المدعي بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له ، فالقاضي يقضي بالإقرار لا بالبينة ؛ لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر) (٦).
وفي البدائع : (إذا كان إقراره في مجلس القضاء لزمه موجب إقراره) (٧).

(١) للمخني ٣٢/١٤ ، وأيضاً القولين الثغوية ص ١٩٤ ، والشرح الكبير ٤٢٤/٢٨ وما بعدها .

(٢) للبهجة شرح التحفة ، (٤٢/١) ، ط ٣ ، ١٢٩٧م / ١٩٧٧م ، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .

(٣) للتبصرة لأن لرحون ، ٤٦/٢ .

(٤) المحلاة ٥٥٢/٤ ، دار الكتب العلمية . الملتنقى شرح الموطأ ٢٠٩/٥ ، دار الكتاب الإسلامي . المبسوط ١٨٦/١١ ، دار المعرفة (جامع الفقه) . تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢٩٤/٤ . دار الكتاب الإسلامي . الطرق الحكمية ١٦٤ ، مكتبة دار البيان (جامع الفقه) ، فتاوى السبكي ٢٨٦/١ دار المعارف (جامع الفقه) .

(٥) للمبسوط للسرخسي ٨٤/٩ .

(٦) لابن الهمام ٥٠/٧ ، دار الفكر ، (جامع الفقه) .

(٧) ٥٢/٧ .

وقال السبكي : (وحكم القاضي بالإقرار حكمه بصحة الإقرار)^(١).

وذكر ابن القيم : (ولو أقر بالمدعى به في مجلس قضائه قضى ، وذلك قضاء بالإقرار لا بعلمه)^(٢).

وجاء في تحفة المحتاج : (ليس عمل القاضي بإقرار المدين وحكمه عليه بما أقر به قضاء على خلاف العلم)^(٣). وفي مغني المحتاج : (لو أقر في مجلس قضائه بشيء ، فله أن يقضي به قطعاً ، لكنه قضاء بالإقرار لا بالعلم)^(٤) .

وحجة هذا القول أن الإقرار أثبت من الشهادة وأقوى من النكول ورد اليمين ، وهو حجة قائمة بذاتها ، ويقضي القاضي به لأنه مؤتمن ، وإنما يراد من الشهادة معرفة الحق فعلمه أكثر من الشهادة .

القرجيج : والذي نراه راجحاً هو القول الثاني : لأن علم القاضي بالإقرار لا يقل عن علمه المستفاد من الشهود بل يزيد تيقناً ، والقاضي يقوم بواجبه في فصل النزاع المعروض عليه ، ويحكم بالحق متى ظهر له نصرة المظلوم ومنعاً للظلم أو ردعاً للظالم ؛ ولو قلنا أنه لا يحكم بالإقرار حتى يُشهد شاهدين للزم أن يشهد على الشاهدين شاهدين وهكذا يلزم منه الدور والتسلسل وهو باطل شرعاً .

كما أن القول بأن حكم القاضي بالإقرار في مجلس الحكم هو حكم بعلم القاضي فيه من التحكم والتعسف ما لا يخفى على أحد ، إلى جانب أنه لا يستند إلى دليل ، ويلزم التفريق بين القضاء بالإقرار في مجلس الحكم الذي يكون له من الهيئة والاعتبار ما لا يجعل الخصم يلقي بالإقرارات جزأاً وبين رؤية القاضي لواقعة أو حادثة خارج ساحة المحكمة ، مع الاعتبار أن القاضي يطمئن إليه في أحكامه للثقة فيه ، والأمانة ، والعلم ، وسموه إلى معالي الأمور واجتنابه سفاسفها . كيف وهو الذي ألقي على عاتقه مقاليد عظيمة جسيمة لإقرار العدل وواد الظلم !!! فإن لم تأتمنه على الحكم بالإقرار الواقع في مجلس الحكم تهمة وشكا فكيف تأتمنه على إقامة العدل ، وإنصاف المظلوم ، وإصدار الأحكام ؟

(١) الفتاوى السبكية ٣٨٦/١ .

(٢) الطرق المكيّة ، ص ١٦٤ .

(٣) لأن حجر الشيشي ، ١٤٩/١٠ دار إحياء التراث ، (جامع الفقه) .

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة لفاظ المنهاج ، للشربيلي الخطيب ، ٢٩٢/٦ ، دار الكتب العلمية ، (جامع الفقه) ، ٢٦٠/٨ .

وأما القول بإبعاد التهمة عن القضاة ، وسد الذريعة أمام قضاة السوء فهذا قول مبالغ فيه ، لأن القاضي مؤتمن كما ذكرنا ، وأن قضاؤه بموجب الإقرار هو قضاء بالإقرار وليس قضاء بعلم القاضي . وليس هناك أدل على ذلك من الحديث الذي رواه الجماعة عن أبي هريرة ، وزيد بن خالد أنهما قالا : " أن رجلاً من الأعراب ، أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، أنشدك الله ألا قضيت لي بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفاقه منه : نعم ، فأقضي بيننا بكتاب الله ، وأذن لي ، فقال رسول الله ﷺ : " قل " ، قال : إن ابني كان عسيفاً على هذا فزني بامرأته ، وإنني أخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمئة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : " والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وأغد يا أنيس - لرجل من أسلم - إلى امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها ، قال : فغدا عليها فاعترفت ، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت " ، وفي روايته الأكثرين ، فاعترفت فرجمها (١).

والشاهد من الحديث : قول النبي ﷺ : " وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فسلها ، فإن اعترفت فأرجمها " ، فاعترفت ، فرجمها ولم يقيد بأنه يكون اعترافها بحضور الناس (٢). ولم يشترط شاهدين أو أربعة شهود على إقرارها ، كما أن المالكية جوزوا للقاضي الحكم بعلمه في تأديب من أساء في المجلس ، أو تهجم على القاضي أو ضرب خصمه .

(١) المسيف : الأخير ، البخاري عن أبي هريرة ، وزيد بن خالد الجهلي ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور ، رقم (٢٤٩٨) ، كتاب الشروط (٢٥٢٣) ، وكتاب الأيمان والنذور (٦١٤٣) ، وكتاب الأحكام (٦١٥٦) ، وغيرها . ومسلم في كتاب الحدود (٣٢١٠) . والترمذي في الحدود (١٢٥٣) . والسنائي كتاب أداب القضاة (٥٣١٥) . وأبو داود كتاب الحدود (٣٨٥٥) . وابن ماجه كتاب الحدود (٢٥٣٩) . وأحمد كتاب مسند الشاميين (١٦٤٢٣) . مالك كتاب الحدود (١٢٩٣) ، والدارمي كتاب الحدود (٢٢١٤) . وبلل الأوطار للشوكاني (١٩٧-١٩٨) .

(٢) لب القاضي ، للماوردي ، ٣٧٨/٢ ، وبلل الأوطار للشوكاني ١/٩٩ ، ١٠٠ . قال : " حكى للقاضي عياض عن الشافعي في قول وأبي ثور أنه يجوز للحاكم في الحدود أن يحكم بما أقر به الخصم عده ، وأبى ذلك الجمهور " .

المبحث الثاني

في

عدم جواز القضاء بعلم القاضي

ذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في حد ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها، وإلى هذا ذهب شريح^(١) والشعبي ومالك^(٢)، وإسحاق^(٣)، وأبو عبيد^(٤)، ومحمد بن الحسن، وظاهر مذهب أحمد^(٥)، وقال أبو حنيفة: ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه؛ لأن حقوق الله تعالى عبادة على المساهلة والمسامحة. وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لا يحكم به، وما علمه في ولايته حكم به؛ لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته^(٦).

جاء في درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسروا^(٧): (واختلف في حكم القاضي بعلمه، قالوا: إن محمداً - رحمه الله - اعتبر علم القاضي .. وروى ابن سماعه^(٨) عنه أن القاضي لا يقضي بعلمه).

وجاء في مجلة درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، في أسباب الحكم التي تناولتها المادة ١٧٤٠: (إن علم القاضي بالشئ الذي سيحكم به هو من طريق

(١) شريح: هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، من أشهر القضاة في صدر الإسلام، ولي قضاء الكوفة، في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستغنى في أيام الحجاج فأعفاه سنة (٥٧٧-٧٧ هـ)، مات بالكوفة [الزركلي ١١١/٣]، وتهذيب التهذيب ٣٢٦/٤.

(٢) جاء في الموفقات للخمسي الغرناطي المالكي (أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحكم إلا على وفق ما سمع، لا على وفق ما علم، وهو أصل في ملج الحاكم أن يحكم بعلمه). دار المعرفة - بيروت ٢. مالك (٩٣-١٧٩): هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري، إمام دار الهجرة هو أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، أخذ العلم عن سابع مولى بن عمر، والزهرري، وربيعية الرأي، ونظرانهم، كان متحرراً في الحديث، فقيهاً مهيئاً لا يبالي أن يقول في الفتيا لا لري، امتحن من أمير المدينة جعفر بن عم المنصور العباسي والشعبي (ت ١٠٣ هـ) هو عامر بن شراحيل الشعبي الحميري، من التابعين، يضرب المثل بحفظه، ولد ومات بالكوفة (الزركلي ٢٥١/٣) حيث أبى أن يقبض بوقوع طلاق المكره فضرب وأذى. صف الموطأ، وتفسير غريب القرآن، والمعنونة وغيرها. [الديباج المذهب ١١-٢٨، ووفيات الأعيان ٤٣٩/١، الزركلي ٢٥٧/٥].

(٣) هو إسحاق بن راهوية (١٦١-٢٣٨ هـ) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد من تميم، طاف البلاد للعلم، قال فيه الخطيب البغدادي: (اجتمع له الفقه والحديث والحفظ والصديق، والورع والزهد)، عاش في نيسابور وتوفي بها (الزركلي ٢٩٢/١، وتهذيب التهذيب ٢١٦/١).

(٤) أبو عبيد: (١٥٧-٢٢٤ هـ) هو القاسم بن سلام، أبو عبيد، كان إماماً في اللغة والفقه والحديث، ولي قضاء طرمسوس. حل إلى طلب العلم بمصر وبغداد، وحج مكة وتوفي بها، له تصانيف منها: الأموال، والناسخ والمنسوخ [تكررة الحفاظ ٥/٢، وطبقات الحنابلة لأبي يعلى ٢٥٩/١، الزركلي ٧٦/١].

(٥) المغلي لأبن قدامة، ٣١/١٤.

(٦) ويلتزم بتصرة الحكام لأبن فرحون ٢٠٢/٢، (المطبعة العامرة الشرقية بمصر، ط ١٣٠١ هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

(٧) ٤١٤/٢ (٧).

(٨) ابن سماعه: (ت ٢٣٣ هـ) هو محمد بن سماعه بن عبد الله، أبو عبد الله، أخذ العلم عن أبو يوسف ومحمد، ولي القضاء في بغداد، كتب الوارد، وأنب القاضي وغيرها. [طبقات الفقهاء ١٣٨، الزركلي ٢٣٧/٢، ٢٤].

القضاء على رأي بعض العلماء .. إلا أن أكثر العلماء نظراً لفساد الزمان ، لا يعدون علم القاضي طريقاً للقضاء ، ومن أسباب الحكم ؛ لأن القاضي إذا حكم بعلمه يلقي نفسه تحت التهمة ، ويدعو إلى سوء الظن به .. فلذلك ليس للقاضي في هذا الزمن أن يحكم بعلمه .. وعليه لو حكم في دعوى بناء على علمه فلا يصح ذلك الحكم^(١).

وقال القرافي في الفروق : (القضاء عندنا وعند ابن حنبل يمتنع)^(٢) .

وقال محمد بن أحمد الفاسي في شرح ميارة : (وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم منهم باتفاق العلماء ، وفي سواهم مالك قد شدد ، في منع حكمه بغير الشهدا ، يعني أن القاضي يجوز له أن يحكم بما يعلم من عدالة الشهود وجرحهم .. وأما من عداهم فقد شدد مالك في منع استناده لعلمه وحكمه به)^(٣) .

وقال ابن رشد^(٤) في بداية المجتهد ونهاية المقتصد^(٥) : (واختلفوا هل يقضي [القاضي] بعلمه على أحد دون بيعة أو إقرار أو لا يقضي إلا بالدليل والإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضي إلا بالبيانات أو الإقرار ، وبه قال أحمد وشريح) .

جاء في تبصرة الحكام^(٦) لابن فرحون^(٧) : (قال سحنون وأباه ابن القاسم وأشهب^(٨) قال ابن راشد واختلف في حكمه بما أقر به الخصمان بين يديه ، فقال مالك وابن القاسم : لا يحكم بعلمه في ذلك) ولكن المتتبع لأقوال المالكية يجد أنهم مع قولهم لا يقضي بعلمه ، أنه يرفع الدعوى أو يحيلها إلى قاض آخر ويكون شاهداً بما علمه ، وسيأتي مزيد بيان لذلك في المبحث السادس . وقال ابن قدامة^(٩) -

(١) المجلد الرابع ، ص ٤٨٣ ، ٤٨٤ .

(٢) ٤٤٤/٤ . ٢ . القرافي (٦٢٦ - ٦٨٤ هـ) : هو أحمد بن إدريس أبو العباس شهاب الدين القرافي ، أصله من صليحة بالمغرب ، لكنه مصري المولد والمنشأ والوفاة ، ونسب إلى القرلة المجاورة لبحر الإمام الشافعي بالقاهرة ، فقيه مالكي فقهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك له تصانيف عدة منها للتروق (الزركلي ٩٤/١ ، ٩٥) .

(٣) ٢٩/١ .

(٤) سبق .

(٥) ٣٥٢/٢ .

(٦) ٤٦/٢ ، وعلى هامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام للشيخ ابن سلوم ، ٢٠٢/٢ : (أن القاضي : لا يحكم بعلمه في شيء من الأشياء كان مما أقر به أحد الخصمين لم لا) .

(٧) سبق .

(٨) أشهب : هو أشهب بن عبد العزيز العمري العامري الحجري (١٤٥ - ٢٠٤ هـ) صاحب مالك ، فقيه الديار المصرية في عهده ، وأشهب لقب له ، مات بمصر . [وفيات الأعيان ٧٨/١ ، الزركلي ٣٣٣/١] .

(٩) ابن قدامة : هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجعافيلي موفق الدين ، علامة مجتهد ، من أهل الشام ، برع في الفقه والقرآن عزوف عن الدنيا . ولد سنة ٥٤١ هـ وتوفي سنة ٦٢٠ هـ . من كتبه : للمنفى ، والكلالي ، والمقتل . (الزركلي ٦٧/٤) .

رحمه الله - في المغني^(١) : (ظاهر المذاهب - الحنبلي - أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها) ، وقال ابن قدامة المقدسي^(٢) في الشرح الكبير^(٣) : (وليس له الحكم بعلمه فيما رآه أو سمعه في غير مجلسه ، نص عليه ، وهو اختيار الأصحاب ، وهو المذهب بلا ريب) .
 وذهب المانعون من قضاء القاضي استناداً إلى علمه الشخصي إلى تعضيد أقوالهم بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول ، نبينها ونناقشها فيما يلي :

* أولاً: أدلتهم من الكتاب:

استدلوا بقول الله عز وجل : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة "^(٤).

وجه الدلالة : أن الله سبحانه وتعالى أمر بجلد القاذف وإن كان مشهوراً بالصدق والقاضي يعلم صدقه ، إذا لم يأت بالبيينة وهي الشهود الأربعة^(٥).

ويناقش : ذلك بأن استدلالهم ، بالآية الكريمة : " والذين يرمون المحصنات .. " لا دلالة فيها على منع القاضي من أن يصدر حكمه بناءً على علمه الشخصي ، وذلك لأن التعويل على الشهود في ثبوت الحق ، لا يمنع ثبوته بغيرهم ، حيث أنه من المعلوم به أن الموقوف متى أقر بما نسبته القاذف إليه ، سقط الحد عن القاذف ، ولو لم يأت بأربعة شهداء ، مع أن ذلك لم يذكر في الآية الكريمة . ومثله يقال في قوله تعالى : " فامتشهدوا عليهم أربعة منكم "^(٦)، ثم إن اشتراط أربعة شهداء في الآية الكريمة فيما يتعلق بالزنا دون سائر الحقوق ، ذلك من - رحمة الله - بعباده وسترأ لهم^(٧)، كما أن حد القذف مختلف فيه ، هل هو من حقوق الله فيقيم

(١) ٣٠/٤ المسألة (١٨٦٧) وانظر للكاتبي في فقه الإمام المجلد لحمد بن حنبل ٤/٤٦٤ . وهذا نص ابن قدامة ، وقال المرادوي : هو اختيار الأصحاب ، وهو المذهب بلا ريب... وعنه ما يدل على جواز ذلك . (الإتصاف مع الشرح الكبير ٢٨/٤٢٤).

(٢) هو عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي أبو الفرج شمس الدين (ت ٦٨٢) ، فقيه من أعيان الطبالة ، ولد توفي في دمشق ، أول من ولي قضائهما من الحنابلة ، وبقي فيه ١٢ عاماً لم عزل نفسه ، له تصانيف منها للشرح الكبير للمقنع (٣/٢٢٨) .

(٣) ٢٨/٤٢٤ ، المسألة (٤٨٧٧) وجاء في روضة الناظر لابن قدامة المقدسي ١/١٠٠ ، طبعة جامعة الإمام - الرياض ١٣٩٩ هـ : (الحاكم لا يحكم بعلمه إنما يحكم بالبيينة) ، وفي للكاتبي في فقه ابن حنبل ٤/٤٦٤ - بيروت - ١٤٠٨ هـ - ط ٥ ، المكتب الإسلامي - بيروت : (لم يجز أن يحكم بعلمه في حد ولا غيره) .

(٤) سورة النور / الآية ٤ .

(٥) المنتقى شرح الموطأ ٥/١٨٦ ، دار الكتاب الإسلامي . والنوار للبروق في أنواع الفروق للقرافي ٤/٤٥ .

(٦) النساء / ١٥ .

(٧) الأحكام للقرطبي ١٢/١٧٩ .

الإمام متى بلغه ولو لم يطلب ذلك المقذوف ، وإلى هذا ذهب الحنفية ؟ ، أم هو من حقوق الأدميين فلا يقيمه الإمام بمطالبة المقذوف ويسقط بعفوه ، أم هو قد اجتمع فيه الحقان وأيهما يغلب ؟

°ثانياً: أدلتهم من السنة ومناقشتها:

أولاً: قول الرسول ﷺ : " إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار " (١).

وجه الدلالة: إنما قضاء القاضي بما يسمع ، لا بما يعلم (٢) ، والمعنى أن حكم القاضي لا يصدر بناءً على مجرد علمه الشخصي ، بل بناءً على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من أدلة وبراهين (٣).

وفي الحديث أيضاً دلالة على إثم من باطل حتى استحق به في الظاهر شيئاً هو في الباطن حرام عليه ، وأن من احتال لأمر باطل بوجه من وجوه الحيل حتى يصير حقاً في الظاهر ويحكم له به ، أنه لا يحل له تناوله في الباطن ، ولا يرتفع عنه الإثم بالحكم وفيه أن المجتهد إذا أخطأ لا يلحقه إثم ، بل يؤجر كما في الحديث الصحيح : " وإن اجتهد فأخطأ فله أجر " (٤) (٥).

قال الشوكاني (٦) : (أن النبي ﷺ إنما يحكم بالظاهر في الأمور العامة ، فلو كان المدعى صحيحاً لكان الرسول أحق بذلك فإنه أعلم أن تجري الأحكام على ظاهرها مع أنه يمكن أن الله يطلعه على غيب كل قضية ؛ وسبب ذلك أن تشريع

(١) البخاري عن أم سلمة ، كتاب الشهادات من أقام البيعة بعد اليمين (٢٤٨٣) ، كتاب الحيل ، باب إذا غصب جارية (٦٤٥٢) ، كتاب الأحكام ، باب موعظة الإمام للخصوم (٦٦٣٤) . ومسلم كتاب الأضحية باب الحكم بالظاهر (٢٢٣١) . والنسائي ، كتاب أدب القضاة (٥٣٠٦) . وأبو داود ، كتاب الأضحية (٣١١٢) . وابن ماجه ، كتاب الأحكام (٢٣٠٨) . وأحمد ، كتاب بائي مسند الاختصار (٢٤٤٩٠) .

(٢) المغني ٣٢/١٤ ، والفرق للقرافي ٨٤/٤ ، عالم الكتب ، كشاف القناع للبهوتي ٤٩٤/٣ - دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢هـ . (٣) جاء في المواقفات للخمّي الغرناطي المالكي - دار المعرفة - بيروت : (أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحكم إلا على وفق ما سمع ، لا على وفق ما علم ، وهو أصل في منع الحاكم أن يحكم بعلمه) ، وقال ابن عبد البر القرطبي ، في الكافي ٥٠٠/١ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٧هـ : (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقوق ولا شيء) .

(٤) الحديث أخرجه أحمد في مسنده وأبو داود الترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة ، انظر الجامع الصغير للسيوطي ٨٨/١ رقم (٦٥٦) دار الفكر بيروت طبعة ١٩٨١/١٤٠١م .

(٥) نيل الأوطار للشوكاني ٣١٤/٨ ، الحلبي .

(٦) للشوكاني (١١٧٢-١٢٥٠هـ) هو محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، عالم جليل في التفسير والحديث والفقه والأصول ، ينسب إلى الزيدية وإن كان لا يتقيد بمذهب ، مصنفاته كثيرة منها ، فتح التفسير ونيل الأوطار شرح منقذ الأخبار ، وإرشاد الفحول في الأصول والسبل الجرار في الفقه وغيره كثير . [الليبر الطالع ٢١٤/٢-٢٢٤ ، والفتح المبين ١٤٤/٣-١٤٥ . الزركلي ٢٩٨/٦] .

الأحكام واقع على يده ، فكانه أراد تعليم غيره من الحكام أن يعتمدوا ذلك ، نعم لو شهدت البيئة مثلاً بخلاف ما يعلمه مشاهدة أو سماعاً أو ظناً راجعاً لم يجز له أن يحكم بما قامت البيئة (١).

قال الإمام الشافعي معلقاً على الحديث : (فقد أعلم رسول الله ﷺ الناس أنه إنما يقضي بينهم بما يظهر له ، وأن الله ولي ما غاب عنه وليستن به المسلمون فيحكموا على ما يظهر لهم ؛ لأن أحداً بعده من ولاة المسلمين لا يعرف صدق الشاهد أبداً ، إنما يحكم على الظاهر . وقد يمكن في الشهود الكذب ، والغلط ، ولو كان القضاء لا يكون إلا من جهة الوحي لم يكن أحد يقضي بعد النبي ﷺ ؛ لأن أحداً لا يعرف الباطن بعد رسول الله ﷺ) (٢).

ونوقش الحديث بأن القاضي يحكم بناء على ما يسمع فيما ليس فيه علم عنده ، فالحديث لم يتعرض لحالة ما إذا كان القاضي عنده علم تبطل به حجة الملحن في قوله ، وهذا فيما يتعلق بالحكام ، بخلاف النبي ﷺ فليس كغيره من الحكام لإمكان أن يطلع الله على ما غاب عنه بالوحي ، يدل على ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : " اختصم إلى النبي ﷺ رجلان ، فوقعت اليمين على أحدهما ، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عنده شيء ، قال : فنزل جبريل - عليه السلام - على النبي ﷺ فقال : إنه كاذب ، إن له عنده حقاً ، فأمره أن يعطيه حقه ، وكفارة يمينه معرفته أن لا إله إلا الله أو شهادته " (٣) (٤) .

كما أن النبي ﷺ مأمور بأن يحكم بالحق ، وبما أنزل الله عز وجل ، قال تعالى : " فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق .. " (٥) . وقال سبحانه وتعالى : " وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك .. " (٦) .

(١) نيل الأوطار ٢١٦/٨ ، ٣١٧ .

(٢) الأم ، ١١٩/٧ .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود والنسائي وفي إسناده عطاء بن المائب ، وقد تكلم فيه غير واحد . وفي مجمع الزوائد للهيتمي (١٠/ ٨٣ ، ط القاهرة - بيروت ١٤٠٧هـ) ، عن نس وأخرجه للزائر وأبو يعلى والطبراني ورجاله رجال الصحيح .

(٤) نيل الأوطار ٢٦٥/٨ .

(٥) المائدة / ٤٨ .

(٦) المائدة / ٤٩ .

قال طاووس^(١) وإبراهيم وشريح : (البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة)^(٢) .
 كما أنه يمكن أن يجاب بأن التتصيص على السماع لا ينفي كون غيره طريقاً
 للحكم ، على أنه يمكن أن يقال إن الاحتجاج بهذا الحديث للمجوزين أظهر ، فإن
 العلم أقوى من السماع ؛ لأنه يمكن بطلان ما سمعه الإنسان ، ولا يمكن بطلان ما
 يعمل به ، فحوى الخطاب تقتضي جواز القضاء بالعلم^(٣) .

قال السرخسي : (والقاضي الذي يقضي بعلمه أظهر الحق بحكمه ، وأنصف
 المظلوم من خصمه فهو في الجنة)^(٤) .

وقال الباجي في المنتقى شرح الموطأ^(٥) : (تعلق بعض أصحابنا بقول النبي
 ﷺ فأقضي له نحو ما أسمع منه ، في أن القاضي لا يقضي بعلمه ، وهذا التعلق
 ليس بالبين ، لأنه لا يقضي القاضي بما سمع منه مع علمه بخلافه) . وقال أيضاً :
 (وما علمه الحاكم ليس بموقوف على ما يسمع فمن يقضي له بل قد يعلم من
 حقوقه ما لا يسمعه منه ويسمع منه ما لا يعلم) .

ومن ثم فالحديث لم يدل على منع الحكم بعلم القاضي ، غاية ما فيه أنه أخبر أن
 القاضي يحكم على نحو ما يسمع ، ولم ينف ما عداه ، وخاصة أن الحديث علق
 العقوبة بقوله : " إنما أقطع له قطعة من النار " على ما سمعه ، لا على ما يعلمه .
ثانياً : وعن وائل بن حُجر قال : " جاء رجلٌ من حضرموت ورجل من كنده إلى النبي
 ﷺ فقال الحضرمي : يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي ، قال
 الكندي : هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق . فقال النبي ﷺ للحضرمي :
 " ألك بينة ؟ " قال : لا ، قال : " فلك يمينه " ، فقال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي
 على ما حلف عليه ، وليس يتورع من شيء ، قال : ليس لك منه إلا ذلك " ، فانطلق

(١) طاووس (٣٣-١٠٦هـ) هو طاووس بن كيسان الهمداني ، أصله فارسي ، ولد ونشأ في اليمن ، من كبار التابعين في ثقفة
 والحديث ، توفي حاجاً في المزدلفة وقيل منى [الأعلام ٣/٢٢٤] .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب الشهادات ، باب من أقام البينة بعد اليمين .

(٣) نيل الأوطار ٨/٣٢٦ .

(٤) المبسوط ١٦/٧٢ .

(٥) كتاب الأفضية ١٨٢/٥ ، ١٨٥ ، دار الكتاب الإسلامي .

ليحلف، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر الرجل: " أفأنتن حلف على مالٍ ليأكله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض " (١).

وجه الدلالة : أنه ﷺ قد حصر الحجة في البينة واليمين دون علم الحاكم وهو المطلوب (٢). حيث قالوا أن النبي ﷺ قال: " شاهدك أو يمينه ليس لك منه إلا ذاك " (٣)، وعليه إن لم يكن للمدعي شاهدان لم يكن له عند المدعي عليه سوى اليمين ، ومن ثم فإنه ليس للمدعي سوى الشهود أو يمين المدعي عليه . وأن علم القاضي ليس من قبيل الشهادة ، ولا من قبيل اليمين ، ولذلك فلا يجوز الحكم بمقتضاه .

مناقشة الدليل :

١- لفظ " شاهدك " لم يرد فيما أخرجه مسلم والبيهقي عن وائل بن حُجر ، وإنما ورد لفظ " بينتك " كما جاء في الحديث المذكور ، ووردت رواية أخرى عن الأشعث بن قيس قال : (كان بيني وبين رجل خصومة في بئر ، فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ فقال : " شاهدك أو يمينه " ، فقلت ، إنه إنن يحلف ولا يبالي ، فقال : " من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان " (٤).

وفي لفظ خاصمت ابن عم لي إلى رسول الله — صلى الله عليه وآله وسلم — في بئر كانت لي في يده فجددني، فقال رسول الله ﷺ: "بينتك أنها بئرك وإلا فيمينه " ، قلت : ما لي بينة ، وأن يجعلها يمينه ، تذهب بئري إن خصمني امرؤ فاجر ، فقال رسول الله ﷺ: " من اقتطع مال امرئ مسلم بغير حق لقي الله وهو عليه

(١) سبق تخريجه .

(٢) الفروق للقرافي ٨٤/٤ ، عالم الكتب .

(٣) المغني ٣٢/١٤ .

(٤) ينظره في مسند أحمد ، كتاب مسند الأنصاره باب حديث الأشعث بن قيس الكلدي — رضي الله عنه — رقم (٢٠٨٤٦) . والخازني كتاب المسافة (٢١٨٥) والخصومات (٢٢٣٩) ، وكتاب الزهني (٢٢٣٢) ، في الشهادات (٢٤٧٢) وغيرهما كثير . ومسلم كتاب الأيمان (١٩٧ ، ١٩٨) ، والترمذي ، كتاب البيوع (١١٩٠) ، وكتاب تفسير القرآن (٢٩٢٢) . وأبو داود ، الأيمان والذخور (٢٨٢٢) ، وكتاب الاكضية (٣١٤٠) .

غضبان" ، فأنزل الله تعالى : " إن الذين يشترون بعهد الله وإيمانهم ثمناً قليلاً .. " إلى آخر الآية (١).

٢- الروايتان لا تدلان على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، فالرواية الأولى ورد فيها اليمين والبينة ، وهي تعني عند جمهور الفقهاء شهادة الشهود . والرواية الثانية ورد فيها اليمين والشاهدان ، وكلا الروايتين لا تعني حصر طرق الإثبات في البينة واليمين فحسب ونفي ما عداهما . وبالتالي عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، فالروايتان لم يرد فيهما أن رسول الله ﷺ كان يعلم بموضوع النزاع وبصاحب الحق ، بدليل قوله : " ليس لك منه إلا ذاك " ، فالرسول ﷺ لم يقل هذا وهو عالم بالحق منهما من المبطل ، حتى يكون دليلاً على حكم الحاكم بعلمه ؛ بل المقصود منه أنه ليس للمدعي إذا لم يكن له دليل يثبت به دعواه سوى يمين المدعى عليه (٢) .

قال الشوكاني : (والحق الذي لا ينبغي العدول عنه أن يقال : إن كانت الأمور التي جعلها الشارع أسباباً للحكم كالبينة واليمين ونحوها ، أموراً تعبدنا الله بها لا يسوغ لنا الحكم إلا بها ، وإن حصل لنا ما هو أقوى منها بيقين ، فالواجب علينا الوقوف عندها والقيّد بها ، وعدم العمل بغيرها في القضاء كائن ما كان ، وإن كانت أسباباً يتوصل الحاكم بها إلى معرفة المحق من المبطل ، والمصيب من المخطئ غير مقصودة لذاتها بل لأمر آخر ، وهو حصول ما يحصل للحاكم بها من علم أو ظن ، وأنها أقل ما يحصل له ذلك في الواقع ، فكان الذكر لها لكونها طرائق لتحصيل ما هو المعتبر ، فلا شك ولا ريب أنه يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه ؛ لأن شهادة الشاهدين والشهود لا تبلغ إلى مرتبة العلم الحاصل عن المشاهدة أو ما يجري مجراها . فإن الحاكم بعلمه غير الحاكم الذي يستند إلى شاهدين أو يمين . ولهذا يقول المصطفى ﷺ " فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه ، إنما أقطع له قطعة من نار " الحديث (٣) ، فإذا جاز الحكم مع

(١) آل عمران / ٧٧ .
(٢) نيل الأوطار ، للشوكاني ، ٢٢٦/٨ .
(٣) نغم نكرة .

تجوز كون الحكم صواباً ، وتجوز كونه خطأ فكيف لا يجوز مع القطع بأنه صواب لاستناده إلى العلم اليقيني ولا يخفى رجحان هذا وقوته لأن الحاكم به قد حكم بالعدل والقسط والحق كما أمر الله تعالى (١).

وقال ابن القيم : (إن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ، ليقوم الناس بالقسط؛ وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات . فإذا ظهرت إمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان : فثم شرع الله ودينه . والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة ، وأبين أمارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها ؛ بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق : أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأبي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين . وليست مخالفة له) (٢).

وقال ابن حزم في (قول النبي ﷺ : " بينتك أو يمينه " ، ومن البينة التي لا أبين منها — علم الحاكم بالحق من المبتل ، وهذا يعتبر حجة عليهم ، أقرب من أن يكون حجة لهم ، فإنه قال : " بينتك " والبينة : اسم لما يبين الحق ، بحيث يظهر المحق من المبتل ، ويبين ذلك للناس ، وعلم الحاكم ليس ببينة) (٣).

٣— ومما يؤيد أن طرق الإثبات لا تكون قاصرة على الشهادة واليمين ، أنه من المتفق عليه أن القاضي يحكم بالإقرار والقسامة والكتابة والنكول وغيرها ، وله أن يحكم بالشاهد واليمين ، وهذه الأمور غير واردة في الحديث المحتج به ، وهذا مما يدل على أن الحديث ليس فيه دلالة على حصر طرق الإثبات في الشاهدين أو اليمين . حيث أثبتت الأئمة على جواز القضاء بغيرهما .

ثالثاً : ما رواه أبو داود وغيره عن معمر عن الزهري عن عروة ، عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ بعث أبا جهم على الصدقة، فلاحاه رجل في فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي ﷺ فأعطاهم الأرض ، ثم قال : " إني خاطب

(١) نيل الأوطار ، ٢٣٦/٨ .

(٢) الطرق للحكمة ١٦، ١٧ .

(٣) المحلى ٥٢٦/٨ ، المسألة (١٨٠٠) بذكره ابن القيم في الطرق للحكمة ص ٢٣٠ .

الناس ، ومخبرهم أنكم قد رضيتم ، أراضيتهم ؟ " قالوا : نعم . فصعد النبي ﷺ المنبر ، فخطب ، ونكر القضية ، وقال : " أراضيتهم ؟ " ، قالوا : لا . فهم بهم المهاجرون ، فنزل النبي ﷺ فأعطاهم ، ثم صعد ، فخطب الناس ثم قال : " أراضيتهم ؟ " ، قالوا : نعم ^(١) .

وجه الدلالة : هذا الحديث يبين أن النبي ﷺ لم يقضي بعلمه ، فالرسول ﷺ لو كان حاكماً بعلمه لألزمهم بما رضوا به أولاً . وهذا يدل على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ^(٢) .

المناقشة : هذا الحديث ليس فيه إلا مجرد وقوع الإخبار منه ﷺ بما وقع به الرضا من الطالبين للقود ، والاحتجاج بعدم القضاء منه — عليه الصلاة والسلام — عليهم بما رضوا به المرة الأولى راجع إلى أنه لم يكن هناك مطالب له بالحكم عليهم ^(٣) .

كما أنه ﷺ كان يجتهد في إرضائهم ، ويعزز هذا القصد أن أولياء المصاب جاءوا يطلبون القود ، فأراد الرسول الكريم ترضيتهم ليكفوا عن طلبهم ، فهذه القصة ليست من القضاء في شيء ، وإنما هي من باب السياسة الشرعية من الحاكم . والعمل على تأليف قلوب المسلمين ، وترسيخ مبادئ الأخوة ، وتقوية الإيمان في نفوسهم ، والصلح بين الخصوم ، عملاً بقوله تعالى : " والصلح خير " ^(٤) ، مما يقضي على أسباب الإحن التي قد تجد طريقها إلى صدورهم .

وحتى تكتمل عناصر الدعوى القضائية ، ولا يشوبها قصور ، يلزم أن يحضرها الخصوم — المدعي والمدعى عليه — خاصة إذا كانوا في بلد مجلس الحكم ، ويمكن كل منهما من تقديم حجته وأدلتها ، والرد على حجج خصمه ، ليظهر للقاضي المحق من المبطل ، وفي هذه الدعوى ، لم يحضر أبو جهم الخصم الثاني

(١) سنن النسائي ، كتاب القسامة ، باب السلطان يصاب على يده (٤٦٩٦) . وليو داود ، كتاب الديات ، باب العامل يصاب على يده خطأ (٣٩٣٠) . وابن ماجه ، كتاب الديات ، باب الجراح يقتدى بالقود (٢٦٢٨) . أحمد كتاب باقي مسند الأنصار ، باب باقي المسند السابق (٢٤٧٦٧) .

(٢) للمغني ١٤/٢٢٢ ، ٢٣ ، الفرق للقرني ٤٥/٤ ، عالم للكتب . بداية للمجتهد ونهاية للمقصد لابن رشد ٢/٣٥٢ .

(٣) لأهل الأوطار ٨/٣٣٥ .

(٤) للنساء / ١٢٨ .

المدعى عليه ، لسماع أوجه دفاعه ، كما لم يطلب خصمه إحضاره ، وقد كان موجوداً في البلد ، ولم يكن غائباً حتى يقال : أن ذلك يدخل في باب القضاء على الغائب . كما أن النبي ﷺ قدم مثلاً رائعاً في العفو والتسامح ؛ لأن المدعين كانوا قوماً جاهلين ، ولذلك لم يؤاخذهم رسول الله ﷺ بما صدر عنهم .

رابعاً : جاء في الصحيحين ^(١) في قصة هلال ^(٢) وشريك بن سحماء ^(٣) - حيث قنف الأول امرأته بالتأني أمام رسول الله ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام - : " البينة وإلا حد في ظهرك " ، فنزلت آية اللعان ، فتلاعن الزوجان ، وبين المصطفى ﷺ إن جاءت به على وصف كذا ، فهو لهلال - يعني الزوج - ، وإن جاءت به على وصف كذا فهو لشريك بن سحماء - يعني المقذوف - فجاءت به على النعت المكروه .

وجه الدلالة :

١- قال عليه الصلاة والسلام : " لو كنت راجماً بغير بيعة لرجمتها " ^(٤) ، فدل ذلك على أنه لا يقضي في الحدود بعلمه ؛ لأن رسول الله ﷺ لا يقول إلا حقاً ، وقد وقع ما قال فيكون العلم حاصلًا له ، ومع ذلك ما رجم ، وعلل بعدم البيعة ^(٥) .

٢- كما أنه ﷺ ، حكم به للذي أشبهه منها لعلمه بوقوع الزنا منها بحيث يعرفونه عن القيافة باعتبار الشبه وجعله لمشبهه .

(١) وهو ما أخرجه البخاري عن ابن عباس بن هلال بن أمية قنف لمرأته عند النبي - صلى الله عليه وسلم - بشريك بن سحماء ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " البينة وإلا حد في ظهرك " فقال : يا رسول الله ، إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يكتس البيعة ، فجعل النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : " البينة وإلا حد في ظهرك " ، فقال هلال : والذي بعثك بالحق إنني لصالح ولينزان إن ما يبرأ ظهري من الحد ، فنزل جبريل ، وأنزل عليه (والذين يرمون أزواجهم - فقرأ حتى بلغ ، إن كان من الصادقين) ، فالصرف النبي - صلى الله عليه وسلم - فأرسل إليهما فجاء هلال فشهد والنبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : " إن الله يعلم أن أحكما كاتب فهل متمكنا تائب " ثم قامت فشهدت ، فلما كان في الخامسة وثلاثين وقالوا إنها موجهة ، قال ابن عباس : فتكاثرت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ، ثم قالت لا أنضع قومي سائر اليوم ، فمضت فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " أبصروها فإن جاءت به لأحد الشيعتين سابع الأيتون خلع المائتين فهو لشريك بن سحماء " ، فجاءت به كذلك ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " لو لا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن " [تفسير ابن كثير ٢/٢٥٨] .

(٢) هلال بن أمية بن عامر بن قيس الأنصاري الوائلي ، شهد بدرًا وما بعد إلا تبوكا ، حيث كان أحد الثلاثة الذين خلفوا عنها فنزل فيهم قول الله تعالى : " وعلى الثلاثة الذين خلفوا .. التوبة / ١١٨ . [الإصابة ٣/٦٠٤ - ٦٠٦] .

(٣) شريك بن سحماء ، سحماء أمه ، وأبوه عبيد بن مغيث ، وقيل أنه متعب بن عجلان ، أخو البراء بن مالك من الرضاعة [الإصابة ٢/١٥٠] .

(٤) البخاري ، كتاب الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث (٤٨٥٥) ، وباب اللعان (٤٨٩٦) . ومسلم ، كتاب اللعان (٢٧٤١) ، (٢٧٥١) . والنسائي كتاب الطلاق (٢٣٤٩) . وأبو داود ، كتاب الطلاق ، باب اللعان (١٩١٨) . وابن ماجه كتاب الطلاق ، باب اللعان (٢٠٥٦) . وأحمد ، كتاب باقي مسند الأنصار ، باب حديث أبي مالك بن سهل بن سعد الساعدي - رضي الله عنه - (٢١٧٦٤) .

(٥) الفروق ٤/٤٤ ، وتهذيب الفروق ٤/٨٤ .

١- قال النبي ﷺ: " لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن " ، فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضاه فترك العمل بالبينة إنما يكون لمعارضة ما هو أقوى منه ، فقد ترك النبي ﷺ الحد في الملاعة من أجل أيمانها ، وترك العمل بالبينة لمعارضته ما هو أقوى منها ، لا يوجب الإعراض عنها إذا خلت من المعارض . والتلاعن أحد الأسباب الشرعية المانعة من حد القنف وحد الرجم والنزاع إنما هو في الحكم بالعلم دون أن يتقدمه سبب شرعي ينافيه .

قال ابن القيم - رحمه الله - : إن النبي ﷺ اعتبر الشبه في لحوق النسب ، وهذا معتمد القائف ، لا معتمد له سواء ، وقد قال النبي ﷺ في قصة المتلاعنين : " إن جاءت به أكحل العينين ، سابع الأكلتين ، خدج الساقين ، فهو لشريك بن سحماء " فجاءت به كذلك ، فقال النبي ﷺ: " لو لا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن " ، فاعتبر النبي ﷺ الشبه وجعله لمشبهه .

فإن قيل : فهذا حجة عليكم ، لأنه - مع صريح الشبه - لم يلحقه بمشبهه في الحكم ؛ قيل : إنما منع إعمال الشبه لقيام مانع اللعان ، ولهذا قال ﷺ: " لو لا الأيمان لكان لي ولها شأن " ، فاللعان سبب أقوى من الشبه ، قاطع النسب ، وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب ، فإنما ذاك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه ، ولهذا لا يعتبر مع الفراش بل يحكم بالولد للفراش ، وأن الشبه لغير صاحبه ، كما حكم النبي ﷺ في قصة عبد بن زمعة بالولد المتنازع فيه لصاحب الفراش ، ولم يعتبر الشبه المخالف له ، فأعمل النبي ﷺ الشبه في حجب سودة ، حيث انتفى المانع من إعماله في هذا الحكم بالنسبة إليها ، ولم يعمل في النسب لوجود الفراش (١) .

٢- كما يعترض على الاستدلال بأن المستثنين خلطوا بين جانتين ، الأولى: حديث الملاعة في قصة هلال وشريك ، والثانية : في امرأة أخرى ظهر منها الفساد وسوء الظن ، وقد نص على ذلك البخاري ومسلم ، فأخرج في باب : من

أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينة ، عن ابن عباس رضي الله عنه أنه ذكر المتلاعنين ، فقال عبد الله بن شداد : هي التي قال رسول الله ﷺ فيها : " لو كنت راجماً أحداً بغير بينة .. " ، لا ، تلك امرأة أعلنت ، - وفي رواية أخرى - عن ابن عباس : فلاعن رسول الله ﷺ بينهما ، فقال رجل لابن عباس في المجلس : هي التي قال النبي ﷺ : " لو رجمت أحداً بغير بينة لرجمت هذه " ، فقال : تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام سوء ^(١).

والحديث السابق يفيد أن حالة المرأة وهياتها قرينة على الزنا وهذا استنباط واستنتاج للقرينة وليس علماً ، فالرسول ﷺ لا يعلم زناها ^(٢).

فلا دلالة في الحديث السابق على منع القضاء بعلم القاضي . وبهذا يكون لا حجة في حديث هلال وشريك للمانعين من قضاء القاضي بعلمه ، والله أعلم .

خامساً : عن جابر رضي الله عنه يقال : أتى رجلٌ بالجعرانة منصرفة من حنين ، وفي ثوب بلال فضة ، والنبي ﷺ يقبض فيها يعطي الناس ، فقال ^(٣) : يا محمد أعدل ، فقال : " ويلك من يعدل إذا لم أعدل فقد خبت وخسرت إن لم أكن أعدل " ، فقال عمر : دعني يا رسول الله أقتل هذا المنافق ، فقال : " معاذ الله أن يتحدث الناس أني أقتل أصحابي ، إن هذا وأصحابه يقرءون القرآن ، لا يجاوز حناجرهم ، يمرقون منه كما يمرق السهم من الرمية " ^(٤).

وجه الدلالة :

أنه ﷺ ، كان يعلم المنافقين وكفرهم ، وسوء أفعالهم ، فلم يؤاخذهم بما يعلمه من طوياتهم الخبيثة ، ولا قضى بذلك عليهم ، فلم يحكم فيهم بعلمه ، ولم يقتل هذا المنافق

(١) البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الإمام اللهم بين (٤٩٠٤) . ومسلم ، كتاب اللعان ، (٢٧٥٠) .

(٢) الإتيان لمحمد مصطفى الزحيلي ، ص ٥٧٠ ، نقلاً عن طرق الإتيان للتكثير البيهقي ص ١٣٨ .

(٣) القتال هو ذو الخويصرة وهو من الخوارج ، ومن الثلاثة الذين لقتوا على قتل علي ومعاوية وعمرو بن العاص ، وقد نكل في موثمة النعيروان (البداية والنهاية ، لابن كثير ٢٧٨/٧ - ٣١٠) .

(٤) مسلم كتاب الزكاة ، باب ذكر الخوارج وصفاتهم (١٧٦١) ، وأحمد كتاب باقي مسند المكثرين ، مسند جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - (١٤٢٧٦) ، (١٤٢٩١) .

مع أنه يعلم كفره ، فدل ذلك على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، فقال مالك : وإنما كف رسول الله ﷺ عن المنافقين ليبين لأمته أن الحاكم لا يحكم بعلمه^(١).

المنافسة :

الحديث بعيد عن المطلوب ، وليس المقصود به امتناع الحاكم عن القضاء بعلمه ، ولكن غاية ما فيه :

- ١- امتناع النبي ﷺ عن قتل من كان ظاهره الإسلام ، وإن كان يطن الكفر ، كالمنافقين ذلك لمصلحة تأليف القلوب عليه لئلا تنفر عنه ، وقد أشار ﷺ إلى هذا المعنى بقوله لعمر : " معاذ الله أن يتحدث الناس أنني أقتل أصحابي " ، وهذه علة الامتناع عن قتلهم ، كما أن الأحكام تجري على الظاهر والله يتولى السرائر .
- ٢- إخبار الحاضرين من الصحابة بما يكون من أمر الخوارج ، وترك أحدهم بذلك لتلك العلة^(٢).

فقد كان نبينا ﷺ يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم ، ومع ذلك لم يحكم فيهم بعلمه مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة ، لئلا يقول الناس : إن محمداً يقتل أصحابه^(٣). مع أن الله عز وجل قال : " لنن لم ينته المنافقون والذين في قلوبهم مرض والمرجفون في المدينة لنغرينك بهم ثم لا يجاورونك فيها إلا قليلاً ، ملعونين أينما ثقفوا أخذوا وقتلوا تقتيلاً " ^(٤)، قال العلماء إذا أظهروا الكفر ، وأيضاً حتى لا يصير ذلك سنة متبعة بين الحكام فيرمي البريء بالنفاق ، وربما قتل ظلماً.

سادساً : عن عمار بن خزيمة^(٥) أن عمه حدثه وهو من أصحاب النبي ﷺ أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي واستتبعه ليقبض ثمن فرسه ، فأسرع النبي ﷺ وأبطأ الأعرابي ، فطفق الرجال يعترضون للأعرابي فيساومونه بالفرس ، ولا

(١) تفسير القرطبي ١/١٩٩ ، مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٩٥٢ م .

(٢) نيل الأوطار ٢٢٢/٨ .

(٣) الطرق للحكمة ص ٢٢٢ .

(٤) الأحزاب / ٦٠ ، ٦١ .

(٥) خزيمة بن ثابت بن لثابة بن ثعلبة بن عامر ، واسمه عبد الله بن جشم بن مالك الأوسي الأنصاري أول مشاهده لحد ، وحضر صفين لا يقتل ، حتى قتل عمار ، فقال باتت لي الضلالة ، سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : تقتله الفئة الباغية . [الإصابة ١/٢٥١ ، الزركلي ٢/٣٠٥] .

يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه حتى زاد بعضهم في السوم على ما ابتاعه به منه ،
فنادى الأعرابي رسول الله ﷺ إن كنت مبتاعاً هذا الفرس وإلا بعته ، فقام النبي
ﷺ حين سمع نداء الأعرابي ، فقال : " أو ليس قد ابتعته منك " ، قال الأعرابي : لا
والله ما بعته ، فقال النبي ﷺ : " قد ابتعته منك " ، فطفق الناس يلونون بالنبي
ﷺ وبالأعرابي وهما يتراجعان . فطفق الأعرابي يقول هلم شاهداً يشهد أنني قد
بعته ، فقال عليه السلام ، من يشهد لي فقال خزيمه ابن ثابت ، أنا أشهد أنك قد
بعته ، فقال - عليه السلام - : " من يشهد لي " ، فقال خزيمه : يا رسول الله أنا أشهد
لك ، فأقبل النبي ﷺ على خزيمه فقال : " ألم تشهد ؟ " ، قال : بتصديقك يا رسول الله
- وفي رواية " يا رسول الله تخبرنا عن خبر السماء فنصدقك أفلا نصدقك في
هذا - فجعل النبي ﷺ " شهادة خزيمه بشهادة رجلين " (١) . وجاء في المبسوط
للمرخسي أن النبي ﷺ أوفى الأعرابي الثمن ثم جحد الأعرابي استيفاء الثمن (٢) ،
وجاء في مصنف ابن أبي شيبة أن زرارة بن أبي أوفى وشريحاً أجازا شهادة
خزيمه وحده ؛ عملاً بقول النبي ﷺ (٣) .

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ يعلم أن الأعرابي غير صادق في دعواه ، ويعلم أنه ابتاعه منه ،
بقوله : " أو ليس ابتعته منك " ، ومع ذلك لم يحكم بعلمه ، مما يدل على عدم
جواز قضاء القاضي بعلمه (٤) .

المنافضة :

(١) النسائي ، كتاب البيوع ، باب التمهيل في ترك الاجتهاد على البيع ، حديث (٤٥٦٨) . وأبو داود ، كتاب الاقضية ، باب إذا
علم الحاكم صدق الشاهد الواحد ، حديث (٣١٣٠) . وأحمد مسند الانصار حديث (٢٠٦٦٥) ، (٢٠٨٧٨) .

(٢) ج ١١٤/١٦

(٣) للمصنف ٣٥١/٥ ، دار الفكر .

(٤) الفروق ٨٦/٤ .

١- أن النبي ﷺ لم يحكم في هذه الدعوى بعلمه ، لا لعدم جواز الحكم بما يعلمه الحاكم ؛ لكن لأنه ﷺ أحد طرفي الخصومة ، ولا يجوز للقاضي أن يكون خصماً وحكماً ، فلو حكم فيها لكان حاكماً لنفسه (١).

لكن يمكن أن يناقش هذا القول بأن النبي ﷺ يجوز له أن يحكم لنفسه ، لأنه أبعد في التهمة من القضاء لنفسه بالإجماع . ومن ثم إذا كان يجوز له أن يحكم لنفسه ، فمن باب أولى يجوز له أن يحكم لغيره .

لكن يجاب عن ذلك بأن النبي ﷺ ما حكم لنفسه ، لا لعدم جواز الحكم لنفسه بعلمه ، إنما حتى لا يكون ذلك تشريعاً يقتدى به فيه ، فيستغله قضاة السوء .

٢- أن الحديث ليس فيه ما يدل على أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الفرس من الأعرابي دون إرائته ، واختلف فيه هل هو حكم أم لا ؟ وهل جعل شهادة خزيمة بشهادتين حقيقة أو مبالغة ، وقد ذكر الخطابي (٢) أنه عليه الصلاة والسلام إنما سمى خزيمة ذا الشهادتين مبالغة لا حقيقة (٣).

وفي شرح سنن النسائي للسندي ، فحكم النبي ﷺ بذلك وشرع في حقه إما بوحى جديد ، أو بتفويض مثل هذه الأمور إليه منه تعالى ، والمشهور أنه رد الفرس بعد ذلك على الأعرابي فمات من ليلته عنده ، والله تعالى أعلم .

٣- وقال ابن القيم ، إن الإشهاد على البيع ليس بلازم (٤) ، ويمكن أن يكتفي بالشاهد الواحد ، إذا علم صدقه ، وليس هذا الحكم بالشاهد الواحد مخصوصاً بخزيمة ، دون من هو خير منه أو مثله من الصحابة ، فلو شهد أبو بكر وحده ، أو عمر ، أو عثمان ، أو علي ، أو أبي بن كعب لكان أولى بالحكم بشهادته وحده .. وقد قبل النبي ﷺ شهادة الأعرابي وحده على رؤية هلال رمضان ، وتسمية بعض

(١) نص المراجع السابق .

(٢) الخطابي (٣٦٩-٣٨٨هـ) هو حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي ، أبو سليمان . فقيه محدث من أهل بستان (من بلاد كابل) من نسل زيد بن الخطاب (أخي عمر بن الخطاب) له معالم المنن ، وشرح من أبي داود ، وغيرها كثير . توفي في بستان مرابطاً على شاطئ هيرمند . [الأعلام للزركلي ٢/٢٧٣] .

(٣) اللروق ٨٦/٤ .

(٤) الطرق للحكمية ، ص ٦٩ ، مكتبة دار البيان .

لفقهاء ، ذلك إخباراً لا شهادة .. ، وأجاز شهادة الشاهد الواحد في قضية السيد

وقبل ﷺ شهادة المرأة الواحدة في الرضاع كما جاء في الصحيحين (١) (٢) .

وإلى هذا المعنى ذهب ابن قدامة في المغنى ، وذكر أن ذلك روي عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وإسحاق وأبي أيوب ، رد على الطائفة المخالفة بحديث خزيمة ، وبأن النبي اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه ، وبأمره ﷺ عروة بن الجعد أن يشتري له أضحية ولم يأمره بالأشهاد ، وقد اشترى شاتين وباع إحداهما ولم ينكر عليه ترك الإشهاد (٣) .

سابعاً : ما أخرجه البيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ رأى عيسى بن مريم عليه السلام رجلاً يسرق ، فقال له عيسى - عليه السلام - : أسرقت ؟ قال : لا ، والذي لا إله إلا هو ، قال عيسى : آمنت بالله وكذبت عيني (٤) .

وجه الدلالة : أن عيسى عليه السلام ، لم يحكم عليه بعلمه وقبل يمين السارق مع أنه كان يقيناً ، ولو كان القضاء بالعلم مشروعاً لأقام عيسى عليه السلام حد السرقة . على هذا الرجل .

المنافضة : قال ابن حزم ما روى عن نبي الله عيسى بن مريم عليه السلام ، أن شرعه لا يلزمنا (٥) ، ويرد على ذلك بأن شرائع من قبلنا من الأنبياء لازمة لنا ما لم تنسخ (٦) .

(١) فمن عقبة بن الحارث : أنه تزوج أم يحيى بنت أبي أهاب ، فجاءت لمة موداه ، فقالت قد أرضعتكما ، فنكرت ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فأعرض عني ، قال فلحديث ، فنكرت ذلك له ، قال : فكيف ؟ وقد زعمت أن قد أرضعتكما ، فنهاه عنها البخاري ، عن عقبة بن الحارث ، كتاب الشهادات ، باب شهادة الإمام والمعيد ، حديث رقم (٢٤٦٥) ، وفي كتاب النكاح ، باب شهادة المرخصة (٤٧١٤) . والترمذي ، كتاب الرضاع ، باب ما جاء في شهادة للمرأة الواحدة (١٠٧١) ، وقال حديث حسن صحيح . والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - وغيرهم . والنسائي ، كتاب النكاح ، باب للشهادة في الرضاع (٣٧٧٨) . وأحمد كتاب مسند المنينين ، باب حديث عقبة بن الحارث رضي الله عنه - (١٥٥٢٢) ، وذكره في أربعة مواضع أخرى .

(٢) الطرق الحكيمة ٦٩ ، ٧٠ .

(٣) للمصالة ٣١٩٢ .

(٤) البخاري عن أبي هريرة ، كتاب أحاديث الأنبياء ، باب قول الله ولذكر في الكتاب مريم (٣١٨٨) . والنسائي كتاب أدب القضاء ، باب كيف يختلف الحاكم (٥٣٣٢) . وابن ماجه ، كتاب الكفارات ، باب من حلف له بالله فلا يرض (٢٠٩٣) . وأحمد كتاب بائي مسند المكثرين (٨٦١٥) . وأنظر طرح الترتيب للعراقي ٨٤/٨ دار إحياء الكتب العربية .

(٥) لمصلي بالآثار المسألة (١٨٠٠) ، ج ٥٢٦/٥ .

(٦) متسكل الآثار للطحاوي ١٢٨/٢ ، دار الكتب العلمية ، أحكام القرآن للجصاص ٦٤٤/٢ ، دار الفكر . الفصول في الأصول لنجصاص ٢٠/٢ ، وزارة الأوقاف الكويتية . المبسوط للمرخصي ١٤١/٨ . أحكام القرآن لابن العربي ٣٨/١ ، الكتب النادرة . معنى لأر قدامة ٢٣٥/٥ ، دار إحياء التراث العربي . كشف الأسرار لمعد العزير البخاري ٢١٢/٣ ، ٢١٣ ، دار الكتب - الإسلامية

وقال ابن القيم : احتج الأئمة الأربعة بشرع من قبلنا إن صح ذلك عنهم ^(١) ، وقال التفتازاني في شرح التلويح على التوضيح ^(٢) ؛ شرائع من قبلنا ، تلزمنا حتى يقوم الدليل على النسخ عند البعض لقوله تعالى : " فبهدهم اقتده " ^(٣) .

لكن هل كان القطع في السرقة شرع من كان قبلنا أم هو شرعنا خاصة ؟ أجاب عن ذلك ابن العربي ^(٤) ، في أحكام القرآن ^(٥) قائلاً : قيل : كان شرع من قبلنا استرقاق السارق . وقيل : كان ذلك إلى زمن موسى ، فعلى الأول القطع في شرعنا ناسخ للسرقة ، وعلى الثاني يكون تأكيداً له .. والصحيح أن الحد كان مطلقاً في الأمم كلها قبلنا ، ولم يبين النبي ﷺ كيفيته ، إذ قال : " يا أيها الناس إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وإذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " ^(٦) .

وخلاصة القول: أن عيسى عليه السلام لم يكن على يقين بأن فعل هذا الرجل كان سرقة ، لأنه كان مستفهماً ، ولأن ظاهر الأمر السرقة ، وهو على خلاف ذلك ، بدليل حلف الرجل بالله أنه لم يسرق ^(٧) ، كما احتج قوم بأن لا يجوز أن يحكم القاضي بعلمه في الحدود ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ومن ثم فلا حجة في الحديث في امتناع قضاء القاضي بعلمه ، والله أعلم .

قال ابن حزم : لو صح هذا الحديث ، فليس فيه أن عيسى عليه السلام أمره أن يحلف كذلك في خصومة ^(٨) ، وقد يخرج هذا الخبر على أنه رآه يسرق أي يأخذ الشيء مختفياً بأخذه ، فلما قرره حلف ، وقد يكون صادقاً ؛ لأنه أخذ ماله من ظالم

(١) الطرق الحكيمة / ٢٤٥ .

(٢) ٣٢/٢ ، مكتبة صبيح بمصر .

(٣) الأعلام / ٩٠ .

(٤) ابن العربي : (٤٦٨-٥٤٣هـ) هو محمد بن عبد الله بن محمد المعامري المعروف بابن العربي ، أبو بكر ، من كبار علماء المالكية ، صنف كتباً كثيرة في علوم التفسير والحديث والفقه ، منها : أحكام القرآن ، عارضة الأحوذ في شرح الترمذي . [الديباج المذهب ٢٨١-٢٨٤ ، الفتح المبين ٢٨/٢ - ٣٠ ، الزركلي ٢٣٠/٦] .

(٥) ١٢٠/٢ ، دار الكتب العلمية .

(٦) للبخاري ، ٧٧/١٢ ، ٨٥ ، مسلم (١٦٨٨) ، عن عائشة - رضي الله عنها - .

(٧) طرح التشريب ٨٥/٨ وقال لفتاحه من إقامة الحد عليه محتمل لأن تكون شريكته منع الحكم بالعمل مطلقاً ، ولأن تكون شريكته منع الحكم بالعمل في حدود الله تعالى وهذا منها .

(٨) المحلى ٤٦٥/٨ .

له (١) ويحتمل أنه لم يتحقق من السرقة (٢). وفي طرح التثريب : في الحديث احتمال صدق الحالف ، فاعله أخذ مال له فيه حق ، أو بإذن صاحبه ، أو لم يقصد الأخذ إلا للتقليب والنظر وصرفه إلى موضعه (٣).

*ثالثاً: أدلتهم من الآثار:

أولاً: ما روي عن أبي بكر الصديق - رضوان الله عليه - أنه قال : (لو وجدت رجلاً على حد من حدود الله ، لم أحده ولم أدع له أحداً حتى يكون معي غيري) (٤) .

ثانياً: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لعبد الرحمن بن عوف لو رأيت رجلاً على حد زنا أو سرقة وأنت أمير ، فقال شهادتك شهادة رجل . فقال عمر رضي الله عنه صدقت لو لا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبت آية الرجم بيدي (٥)، وعن علي رضي الله عنه نحو ما ورد عن عمر . فهذا يدل على أن علم القاضي لا يزيد عن اعتباره شاهداً وأنه لا يجوز له أن يحكم بمقتضى علمه وحده.

ثالثاً: ما روي عن طريق الضحاك . أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اختصم إليه فيما يعرفه ، فقال للطالب : إن شئت شهدت ولم أقض وإن شئت قضيت ولم أشهد (٦)، وقيل أنه تقضى إليه نفسان فقال أحدهما أنت شاهدي فقال إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد ، وهذا من كمال فقه الصحابة رضي الله عنهم فإنهم أفقه الأمة وأعلمهم بمقاصد الشرع . فهذا يدل على أن أمير المؤمنين كان يعلم بموضوع النزاع وبصاحب الحق فيه ولكنه لا يجوز له إلا أن يشهد به فقط إذا أراد الطالب شهادته ، أما إذا أراد حكمه باعتباره قاضياً فإنه لم يحكم بما يعلم وأن على المدعي أن يحضر البينة التي يثبت بها حقه ، فأمر المؤمنين قد خير المدعي في

(١) المحلى ٥٢٦/٨ .

(٢) طرح التثريب ٨٥/٨ .

(٣) ٨٦/٨ .

(٤) المحلى بالآثار المسألة (١٨٠٠) ج٨/٥٢٣، فتح الباري شرح صحيح البخاري ١٣/١٢٦، ط٢، ١٤٠٢م - دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

(٥) نفس المرجع السابق .

(٦) المرجع السابق ، والطرق للحكمة ص ٢٢٨ ، دار الفكر ، بيروت .

أن يشهد أمام قاض آخر ، أو أن يفصل في النزاع باعتباره قاضياً دون أن يحكم بما يعلم بل بالبينّة التي يسوقها المدعي .

رابعاً : صح عن شريح ^(١) أنه اختصم إليه اثنان فأتاه أحدهما بشاهد ، فقال لشريح وأنت شاهدي أيضاً ، ف قضى له شريح مع شاهده بيمينه ^(٢).

خامساً : روى عن عمر بن عبد العزيز : لا يحكم الحاكم بعلمه في الزنا ^(٣).
وسادساً : وصح عن الشعبي ^(٤): لا أكون شاهداً وقاضياً ^(٥).

المناقشة :

١- اعترض على هذه الآثار بأن الاحتجاج بها مختلف فيه من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، ثبت عن هؤلاء الصحابة خلاف ذلك ، كما سيأتي في موضعه ، حيث روي عنهم القضاء بعلم القاضي ، كما أنه لا حجة في قول أحد دون رسول الله ﷺ وأيضاً فإنه لا حجة في قول صحابي إذا عارضه صحابي آخر .

٢- هذه الآثار مروية في الحدود ، وقد كانوا يحتاطون في تنفيذها وإقامتها وإن ما روى عنهم في شأنها يحتمل إسقاطها للشبهة مقتفين في ذلك أثر رسول الله ﷺ في دفع الحدود ما وجد لذلك مدفعاً ، أو أدنى سبيل متما فعل مع ماعز بن مالك الأسلمي ، عندما أقر عنده بالزنا يقول له : " لعلك لمست ، لعلك قبلت أو غمرت أو نظرت ؟ وقوله : أشربت خمرأ ؟ أبك جنون ؟ " ^(٦) فلم يقم عليه الحد إلا بعد أن نفى ذلك كله وأقر بالزنا أربع مرات ، ذاكراً لما وقع بينه وبين الغامدية بالتفصيل والتشبيه المحسوس ^(٧). ودفع الحدود بالشبهات يظهر فيما أخرجه ابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : " ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً " ،

(١) سبق تخريجه ، ومن الآثار الأولى إلى الرابع في سنن البيهقي الكبرى ١٠/١٤٤ ، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ط ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م ، (أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي (٢٨٤ - ٤٥٨هـ) ، أثر أبو بكر ، وعمر مع عبد الرحمن بن عوف ، وشريح ، باب من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه .

(٢) فتح الباري الموضع السابق ، الطرق الحكمية ص ٢٢٨ ، دار الفكر ، بيروت ، المحلى ٨/ ٥٢٣ . وقال ابن حزم : صح عن شريح .

(٣) المحلى بالآثار - المسألة (١٨٠٠) - ٨/ ٥٢٣ .

(٤) الشعبي : (١٩ - ١٠٣هـ) ، هو عامر بن شريح الشعبي ، أصله من حمير ، ولد ونشأ بالكوفة ، وهو رواية لشريح بحفظه ، فقيه من كبار التابعين ، أخذ عنه أبو حنيفة وغيره . إنكره الحفاظ ١/ ٧٤ - البداية والنهاية ٩/ ٤٩ - الزركلي ٣/ ٢٥١] .

(٥) الطرق الحكمية ص ٢٢٨ ، دار الفكر ، بيروت ، المحلى ٨/ ٥٢٣ . ولقد بحثت في كتب الآثار فلم أجد لهذه الآثار - إلا في المواضع التي أشرت إليها ، وقد لفتج العلامة ابن القيم بهذه الآثار نقلاً عن المحلى لابن حزم .

(٦) ليل الأوطار ٧/ ١٠٦ - ١١٣ ، والأحاديث الواردة في ذلك كلها في الصحاح .

(٧) الفص المرجع السابق .

وروى الترمذي موقوفاً عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : " ادعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطئ في العفو ، خير من أن يخطئ في العقوبة " (١).

* رابعاً: أدلتهم من المعقول:

أولاً : إن حكم القاضي بعلمه يفضي إلى اتهام القاضي والحكم بما يشتهي ، ويحيل ذلك الحكم إلى علمه ، ولذلك لا يجوز له القضاء استناداً إلى علمه الشخصي ، فقد يعمد إلى رجل مستور الحال ويحكم عليه بالقتل الذي سمعه ، وقد يأتي بشخص آخر مجهول الحال يقيم عليه حد الزنا لعلمه بذلك ، وقد يفرق بين الرجل والمرأة ويحتج أنه سمعه يطلقها ، ويقضي على شخص بأداء الدين لآخر ويستند إلى ما سمعه منه من الإقرار ، والقاضي غير معصوم فيتهم بالقضاء بعلمه وخاصة إذا كان القضاء لصديقه أو قريبه ، وكل هذه القضايا — ولو كانت على الحق والعدل — ولكن انفراد القاضي بها دون بقية الناس يثير الشبهة في قضائه ويجعله في موضع الاتهام والطعن فيه ويعرضه إلى القيل والقال (٢).

ثانياً: قد يعمد قضاة السوء إلى إنزال الأحكام الجائرة بخصومهم وأعدائهم ، ويتخذون القضاء مطية للظلم والكيد ، وهذا ما دعا المتأخرين من المذاهب إلى الإفتاء بمنع القضاء بعلم القاضي (٣) لفساد أحوال القضاة عموماً ؛ لذلك يمنع القاضي من الحكم بعلمه سداً للزرائع ومنعاً للظلم والجور وقطعاً لثمتهم ، وحفظاً لهيبة القضاة واحترامهم . وأين ذلك من سيد الخلق ﷺ المنزه عن كل شائبة أو نقص ، وهو يرد التهمة عن نفسه ، ويقطع الشكوك ووسوسة الشيطان عن نفسي رجلين من الأنصار ، عندما مر عليهما ليلاً ومعه صفية بنت حيي ، فدعاهما ،

(١) روى غير واحد من الصحابة ، نيل الأوطار ١١٧/٧ ، ١١٨ ، وقال الشوكاني في نيل الأوطار (١١٨/٧) : والحدوث وإن كان فيه مقال ، فقد شد من عضده ما ذكرنا من روايات — فيصلح بعد للاحتجاج به على مشروعية دهر الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة .

(٢) رد المحتار . ابن عابدين ٤٢٣/٥ . الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨ . تهذيب الفروق ٨٦/٤ . المهذب للشيخ الزبيدي ٣٠٤/٢ . نيل الأوطار ٢٩٨/٨ . الشرح الكبير للدردير ١٥٨/٤ . للقرطبي للفقهاء لابن جزيه ٢٩٤ . المغني لابن قدامة ٢٢٣/١٤ منتهى الإرادات ٥١٩ . عالم الكتب ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٥٢/٢ . الشرح الكبير لابن قدامة ٤٢٨/٢٨ الطرق الحكمية ص ٢٥٤ محمد الزحيلي ، ومائل الإثبات ص ٥٧١ ، سامح السيد جاد — القضاء بعلم القاضي في الفقه والقانون ، مجلة لقانون والاقتصاد والملة ٥٩ مط جامعة القاهرة ١٩٨٢ م ، ص ٢٥٤ .

(٣) فتح الهاري بشرح صحيح البخاري ، لابن حجر ١٣٦/١٣ ، دفر إحياء التراث العربي ، ط ٢ ، سنة ١٤٠٢ هـ .

فقال : "إنما هي صفة" ، قالوا : سبحان الله؟ قال : "إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم" (١).

ثالثاً : أنه عليه الصلاة والسلام كان يعلم من المنافقين ما يبيع بماءهم وأموالهم لكنه لم يفعل ، لئلا يقول الناس أن محمداً يقتل أصحابه ، فقد نفى التهمة عن نفسه ، فنفىها عن من هو دونه هو من باب أولى .

رابعاً : وقد أجمع أهل العلم على أن للتهمة تأثيراً في بعض أحكام الشرع من ذلك أن القاتل عمداً لا يرث ممن قتله . ومنها رد شهادة الأب لابنه وبالعكس ، ومنها رد شهادة العبد لسيده ، والسيد لعبده ، ومنها رد شهادة العدو على عده ، ومنها أن المرأة المطلقة ترث من مطلقها الذي طلقها في مرض موته ، ومنها أن الحاكم لا يقبل حكمه على عده ، ولا يقبل إقرار المريض في مرض الموت لو ارثه . ومنها أنه لا يقبل قول المرأة على ضررتها أنها أَرْضَعَتْها ، وغير ذلك كثير (٢).

المناقشة : يمكن مناقشة هذه الأقوال :

١- بأن القضاء بعلم القاضي يفضي إلى التهمة ، ويؤدي إلى استغلال القاضي لمنصبه في تحقيق مآربه الشخصية من الصعب التسليم به ، ذلك بأن من يتولى القضاء يشترط فيه شروط كثيرة منها ، أن يكون مشهوراً بالصلاح والعفاف والصدق والعدل بحيث تكون أسباب التقى فيه موجودة وأسباب التهم فيه مفقودة ، مما يستبعد معه التهمة والريبة ، ولو سلمنا باحتمال وجود التهمة في القضاء بعلم القاضي ، فهي متصورة في البيانات الأخرى ومع ذلك لا يمنع العمل بها .

يقول الشوكاني في السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (٣) : (الحاصل أن الحاكم بعلمه حاكم بالعدل والحق ، والتعليل بالتهمة لا وجه له ، ولا التفات إليه ، فإن التهمة من الحكام العادلين العارفين بما شرعه الله المتعلقين لحجج الله سبحانه منفية ، ولا يعود عليهم من ذلك غرض يصلح لجعله علة أصلاً ، وليس محل النزاع هو الحاكم المتهم بل محل النزاع هو الحاكم الجامع للعلم بالكتاب

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود وأحمد في مسنده ، كلهم عن انس ، والبخاري ومسلم وابن ماجه كلهم عن صفية ، الجامع الصغير للسيوطي ٣١١/١ رقم (٢٠٣٦) .

(٢) فتح الباري ١٣/١٣٦ ، نيل الأوطار ٨/٣٢٤ ، ٣٢٤ .

(٣) جـ ٤ / ٢٧٢ ، مطابع الأهرام التجارية ، القاهرة .

والسنة وأسباب الحكم ، الذي يدري بالشيء على جليته وحقيقته ، فهو أبعد عن الريب وأنزله من أن يزن بعيب) .

٢- وما استدلوا به فيما يمنع فيه الحكم لمنع التهمة أو ما يحكم فيه بسبب التهمة لا يدخل في موضوع النزاع ، ومنه ما هو محل خلاف ، ومنه ما هو منصوص عليه ، وكثير منها في الحدود والحدود لها شروط في الحكم بها وإلا ذُرأت بالشبهات .

٣- ما كان موضع صلة قوية بين القاضي وأحد أطراف الخصومة كالقراية أو النسب أو الولاية مما يجنح به إلى المحاباة ، فمنع من القضاء بسبب ذلك .

٤- أن القاضي عندما يصدر حكماً يبين مستنده ، والأسباب التي بنى عليها هذا الحكم مما يتبين من خلاله للجهة القضائية الأعلى أو الرقابية أن القاضي قد جار في حكمه أم لا ؟ ويشترط الشافعية - كما سيأتي - أنه على القاضي إذا قضى في دعوى استناداً إلى علمه أن يبين ذلك في حكمه ، ويذكر أنه بنى حكمه في القضية على ما علمه .

٥- ويمكن القول بأن القضاة في صدر الإسلام كانوا على درجة عالية من الورع والتقوى والعلم والخوف من الظلم ، مما جعل الكثير منهم يهرب من ولاية القضاء ، بخلاف بعض القضاة في زماننا هذا ، فهم أشد حرصاً على طلب ولاية القضاء ، ومنهم من يحكم بغير ما أنزل الله ^(١) ؛ ولذلك فالتأخرون من الحنفية أفتوا بمنع القضاء بعلم القاضي لأن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشأ ، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة وكفاية ... وهذه الفتوى مأخوذة من رواية ابن سماعة عن الإمام محمد ^(٢) ، وقال ابن نجيم: الفتوى على عدم العمل

(١) ومنهم من يقولون تحت سطوة الحكام ليحكمون بغير العدل في ظل عدم استقلال القضاء ، ويظهر المحاكم الخاصة ، كما أن الفتوى تتغير بتغير الحوادث والزمان ، فيتمتع حصم مادة تجوز للقضاء بالعلم في هذا الزمان لكثرة من يتولى الحكم ممن لا يؤمن على ذلك .

(٢) رد المحتار (للكملة) ، ابن عابدين ٤٢٣/٥ ، ولنظر ٤٣٩/٥ ، دار الكتب العلمية .

بعلم القاضي في زماننا ^(١)، وقال الشافعي: لو لا قضاة السوء لقلتُ إن للحاكم أن يحكم بعلمه ^(٢)، وهذا في زمانهم ، فكيف يكون الأمر بما يجري في زماننا ؟ قال الأستاذ الزرقا : (في أصل المذهب الحنفي وغيره أن القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث ، أي أن علمه بالوقائع المتنازع فيها يصلح مستنداً لقضائه ، ويغني المدعي من إثبات مدّعاء بالبيئة ، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البيئة ، وفي ذلك أفضية ماثورة عن عمر وغيره .

ولكن لوحظ فيما بعد أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشا ، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة وعفة وكفاية ، بل الأكثر ترلقاً إلى الولاة ، وسعيّاً في استرضائهم ، وإحافاً في الطلب ، ولذلك أفتى المتأخرون بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع ، بل لابد من أن يستند قضاؤه إلى البيانات المثبتة في مجلس القضاء ^(٣) ، والذي عليه العمل وقوانين الدول العربية عامة أنه لا يحوز للقاضي أن يقضي بعلمه .

خامساً : إن القضاء بعلم القاضي قضاء في دعوى بدون بيئة ولا يمين ، ولذلك لا يكون القضاء صحيحاً ؛ لأن الشرع قتر الحكم بأحدها ^(٤).

ويجاب عن هذا القول — علاوة على ما سبق ذكره — بأنه لم يرد في الشرع حصر للبيانات التي تكون سبباً للحكم ، فالتنصيص على ما ذكر لا ينفي ما عداه . يقول الشوكاني : (إن كانت الأمور التي جعلها الشارع أسباباً للحكم كالبيئة واليمين ونحوهما أموراً تعبدنا الله بها ، لا يسوغ لنا الحكم إلا بها ، وإن حصل لنا ما هو أقوى منها بيقين ، فالواجب علينا الوقوف عندها والتقيّد بها ، وعدم العمل بغيرها في القضاء كائناً ما كان ، وإن كانت أسباباً يتوصل الحاكم بها إلى معرفة المحق من المبطل والمصيب من المخطئ غير مقصودة لذاتها بل لأمر آخر وهو حصول ما يحصل للحاكم بها من علم أو ظن وأنها أقل ما يحصل له ذلك في

(١) الأشباه والنظائر ص ٨٨ ، وانظر نيل الأوطار ٣٢٤/٨ . ابن نجيم (٩٧٠ هـ) : هو زين الدين بن إبراهيم الشيرازي اللجم ، مصري ، فقيه وأصولي حنفي ، له تصانيف كثيرة منها : (البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، والأشباه والنظائر ، وشرح المنار) . [شترات للذهب ٣٥٨/٨ ، والإعلام للزركلي] .

(٢) نيل الأوطار ، ٣٢٤/٨ .

(٣) المسئل للفتحي العام ٩٢٦/٢ .

(٤) نيل الأوطار ٣٢٦/٨ .

الواقع ، فكان الذكر لها ، لكونها طرائق لتحصيل ما هو المعتبر ، فلا شك ولا ريب أنه يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه (١) .

ومن ثم أن ما أورده المانعون مطلقاً من قضاء القاضي بعلمه لا يخلو من المآخذ والمناقشات ، التي لا تنتهض بها حجة المنع وتقييد سلطة القاضي في أن يحكم في دعاوى يثبت له فيها بالحس علم أقوى من أي بينة أخرى ، أمر غير مستساغ شرعاً ، وإلا يكون حكم بغير الحق الذي علمه ، مخالفاً في ذلك لحديث رسول الله ﷺ الذي رواه ابن ماجة وأبو داود عن بريده، أن النبي ﷺ قال: " القضاة ثلاثة : واحد في الجنة ، واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة ، فرجل عرف الحق ف قضى به ، ورجل عرف الحق و جار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار " (٢) .

ويظهر لنا أن آراءهم لم تكن بالقوة التي يسلم لهم بها حيث:

- ١- أنهم يجوزون القضاء بعلم القاضي ضمناً، إلا أنهم منعه خشية التهمة أو الجور.
- ٢- البيانات التي تكون حجة أمام القضاء لم تكن محصورة في أدلة معينة كما زعم بعضهم .
- ٣- معظم أدلتهم التي احتجوا بها هي في نطاق الحدود التي نذب الشارع إلى الستر فيها والاحتياط والدرء بالشبهات.
- ٤- لم يبينوا لنا ما هو الحكم في دعوى المظلوم الذي يعلم القاضي بحقه وأنه محق في دعواه؟.

(١) نزل الأوطار ٣٢٦/٨ ، الميل الجرار ٢٧٢/٢ ، والبهجة شرح للحفة للتسولي ، ٤٣/١ . دار المعرفة بيروت ، الطبعة الثالثة ، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة كلهم عن بريده، حديث صحيح ، الجامع الصغير للسيوطي ٢٦٤/١ ، ٢٦٥ رقم (٦١٨٩) .

المبحث الثالث

في

المجوزين للقاضي أن يقضي بعلمه وأدلتهم

ذهب جمع من فقهاء المسلمين إلى القول : بأنه يجوز للقاضي أن يصدر حكماً في الدعوى، بناء على ما انفرد به من علم شخصي يشكل دليلاً قوياً ، يستند إليه في حكمه، سواء كان ذلك يتعلق بحق من حقوق الله سبحانه وتعالى ، أو كان ذلك يتصل بحق من حقوق الأفراد، أو كان ذلك من الحقوق المشتركة بين الله وبين الأفراد، وهذا هو المشهور من مذهب الإمام الشافعي^(١)، وهو اختيار المزي في^(٢) وقد رجحه صاحب كتاب المذهب^(٣)، ونكره الأنصاري^(٤) في أسنى المطالب، وقال صرح به الشاشي^(٥)، و الماوردي^(٦)، و الروياني^(٧)، إلا أن الآخرين قالوا يندب الستر في أسباب الحدود والتعازير التي لله ، ومنعه الأذرع في المحكم وفي القاضي الفاسق الذي يكون فسقه ظاهر وعين للضرورة وقال أبو العباس وأبو علي ابن أبي هريرة يقضي في حقوق الله كحقوق الآدميين^(٨)،

- (١) الأم ، ٢٢٤/٦ ، دار المعرفة .
(٢) للمزي (١٧٥ - ٢٦٤هـ) : هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزي ، مصري ، أصله من مزينة ، صاحب الإمام للشافعي ، وناصر مذهبه ، كان زاهدا عالما مجتهدا ، قوي الحجة ، من كتبه (للجامع الكبير ، و الجامع الصغير ، والمختصر) .
(٣) طبقات الشافعية للمسكي ٢٢٩/١ ، ومعجم المؤلفين ٣٠٠/١ ، الزركلي ٣٢٩/١ .
(٤) المذهب للشرازي ، ٢٠٣/٢ ، دار الفكر ، بيروت .
(٥) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٣٠٧/٤ ، دار الكتاب الإسلامي ، والنظر التناوي للفقهاء الكبرى لابن حجر الهيثمي ٢٨٩/٤ ، المكتبة الإسلامية ، وأيضا ، حاشية الشرقاوي على التحرير ٤٢٤/٢ ، ونهاية المحتاج للمزي ٢٥٩/٨ ، وقال في ص ٢٦٠ : (وقد يحكم بعلمه في حدود الله تعالى كما قال جمع متأخرون ، كما إذا علم من مكلف أنه أسلم لم يظهر الردة ، فيقضي عليه بموجب ذلك ، قال البلقيني : وكما إذا اعترف في مجلس الحكم بموجب حد ولم يرجع عنه فيقضي فيه بعلمه ، .. ولما حدود الآدميين فيقضي فيها سواء المال والقود وحد التكلف . واستدل بقول المصطفى - صلى الله عليه وسلم - : " فإن اعترفت فأرجمها " ، ولم يتبدد بغيره للناس . انظر أيضا تحفة المحتاج في شرح المنهاج ١٤٩/١٠ . ومغني المحتاج في حل الفاظ المنهاج ٣٩٨/٤ ، وفيه قال الشيخ محمد شربيني الخطيب ، قال الربيع : كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ولا يوجب به مخافة قضاء للمو ، وحواشي للثرواني ٥٦/٩ ، دار الفكر بيروت .
(٥) الأنصاري (٨٢٣ - ٩٢٦هـ) : هو زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ، فقيه شافعي ، مفسر مصري ، ولي قضاء قضاء مصر ، مكثر من التصنيف ، من مؤلفاته (للفرع البنية في شرح البهجة للوردية) ، وأسنى للمطالب في شرح روض الطالب (للأعلام للزركلي ٤٦/٣) .
(٦) الشاشي : هو محمد بن علي الشاشي النخاس (٣٦٥هـ) ، من اكابر علماء عصره ، من أهل ما وراء النهر ، نشر مذهب الشافعي في بلاده (الزركلي ٢٧٤/٦) .
(٧) الماوردي (٣٦٤ - ٤٥٠) : علي بن محمد بن حبيب ، أبو الحسن الماوردي : أثنى قضاء عصره من العلماء للباحثين ، أصحاب التصانيف للكثرة للنافعة ، ولي القضاء في بلدان كثيرة ، من كتبه : أدب الدنيا والدين ، والأحكام السلطانية ، وأعلام النبوة . [التحفة ٢٨٥/٢ ، الزركلي ٣٢٧/٤] .
(٨) الروياني (٤١٥ - ٥٠٢) : عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد ، أبو المحاسن ، فخر الإسلام الروياني : فقيه شافعي ، من أهل رويان ، بلغ من مكانه في الفقه أن قال : لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي ، له تصانيف منها : (بحر الذهب ، ومناصيص الأعلام للشافعي ، والكافي) [وفيات الأعيان ٢٩٧/١ ، الزركلي ١٧٥/٤] .
(٩) للمذهب ٣٠٣/٢ ، دار الفكر ، بيروت ، أدب القاضي الماوردي ٣٧٠/٢ - ٣٧٢ .

واشترط الشافعية لقضاء القاضي بعلمه أن يكون القاضي مجتهداً ، وأن يبين مستنده بأن يقول قد علمت وحكمت بعلمي ، وممن قال أيضاً بجواز قضاء القاضي الإمام أحمد في رواية ^(٦) . وابن الماجشون ^(٧) ، واصبغ ^(٨) ، وسحنون من المالكية ^(٩) ، هو مذهب ابن حزم الظاهري ^(١٠) ، حيث جوز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً سواء أكان ذلك في الدماء أو القصاص أم الأموال أو الفروج أو الحدود ، وسواء أعلم بذلك قبل ولايته أم بعدها ، وأن أقوى ما يحكم به القاضي الحكم بعلمه ؛ لأنه يقين الحق ، ثم بالإقرار ثم بالبينة ^(١١) .

ونسب صاحب البحر الزخار هذا القول إلى العترة ، وقال نظام الدين البلخي في الفتاوى الهندية ^(١٢) : أما في الحدود الخالصة لله تعالى في الولوا لجية نحو حد الزنا ، والسرقة وشرب الخمر ، فيقضي بعلمه قياساً ، ولا يقضي بعلمه استحساناً ، وفي شرح الطحاوي إلا في السرقة ، فإنه يقضي بالمال دون القطع ، كذا في التتارخانية وفي القصاص وحد القذف ، يقضي بعلمه . أ.هـ .

وقد احتج هؤلاء الفقهاء بالكتاب والسنة والآثار المروية عن صحابة رسول الله ﷺ كما استدلوا أيضاً بالمعقول .

* أولاً : أبلغهم من الكتاب :

أولاً : قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين " ^(١٣) .
وجه الدلالة :

(١) المغني ٣١ / ١٤ ، والكاظمي ٤ / ٤٦٤ ، والشرح الكبير ٢٨ / ٤٢٤ ، الطرق الحكيمة ص ٢٢٨ وما بعدها ، أعلام الموقعين ١ / ٩٥ ، بدلية المجتهد لابن رشد ٢ / ٣٥٢ .

(٢) ابن الماجشون (ت ٢١٢هـ) : عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله اللبكي ، أبو مروان ابن الماجشون ، فقيه مالكي ، دارت عليه الفتا في زمانه ، وعلى أبيه قبله . أضر في آخر عمره . [الزركلي ٤ / ١٦٠] .

(٣) اصبغ (ت ٢٢٥هـ) : اصبغ بن الفرج بن سعيد بن دافع : فقيه من كبار المالكية بمصر ، قال ابن الماجشون : ما أخرجت مصر مثلاً أصبغ . وكان كاتب ابن وهب وله تصانيف [الزركلي ١ / ٣٣٣] .

(٤) سحنون : هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب الشافعي القيرواني (١٦٠-٢٤٠هـ) مالكي شامي ، من حمص ، شيخ عصره ، لم يلق مالكا ، ولكن أخذ عن أصحابه كابن القاسم وإسحاق ، من مصنفاته : لمونة التي جمع فيها فقه مالك . [الحيدج ص ١٦٠ ، الزركلي ٤ / ٣١] . الملتقى شرح الموطأ ١٨٥ / ٥ .

(٥) ابن حزم (٣٨٤-٤٥٦هـ) : علي بن أحمد بن محمد بن حزم الظاهري ، كان فقيهاً حافظاً مستنبط الأحكام من الكتاب والسنة ، انتقد كثيراً من العلماء والفقهاء ، وكان يقال : لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان . أشهر مصنفاته : (الفصل في الملل والأهواء والحل والمطى ، وجمهرة الأنساب) . [انظر الزركلي ٤ / ٢٥٤] .

(٦) للمحلى ٥٢٣ / ٨ ، للمسألة ١٨٠٠ .

(٧) ٣٣٩ / ٣ ، دار الفكر .

(٨) سورة النساء آية ١٣٥ .

أن الله عز وجل أمرنا أن نقيم العدل ، كل حسب استطاعته ، وأنه ليس من العدل أن يعلم القاضي بحق الله أو الفرد ثم يخذل صاحب هذا الحق ولا يستوفيه له من الجاني ، ولذلك يقول العلامة بن القيم ^(١) : (ليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك كل منهما على حاله) .

مناقشة هذا الاستدلال :

استدلّاهم بهذه الآية في هذا المقام غير مسلم لهم ، لأنها ليست في قضاء القاضي بعلمه ، وإنما أنزلت في شأن الشهود والشهادة ، بالإضافة إلى أن القاضي لم يحكم للمظلوم ، لأنه لم يأت للقاضي بدليل يحكم بمقتضاه ، فالحاكم غير ملام؛ لأن المظلوم لم يملك الحجة التي يستطيع القاضي عن طريقها أن يحكم بمقتضاها ^(٢) .

قال ابن القيم : (قال الآخرون : ليس في هذا محذور ، حيث لم يأت المظلوم بحجة يحكم له بها ، فالحاكم معذور ، إذ لا حجة معه يوصل بها صاحب الحق إلى حقه ، وقد قال سيد الحكام صلوات الله وسلامه عليه : " أنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض ، فاحسب أنه صادق ، فأقضي له ، فممن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه ، فإتما أقطع له قطعة من النار " ^(٣) .

ثانياً : قال تعالى : " ولا تقف ما ليس لك به علم " ^(٤) .

وجه الاستدلال :

أنه يجوز للإنسان أن يقفو ما له به علم . فإن الآية نهت أن يتبع الإنسان ما ليس له به علم ، وهذا يدل على جواز أن يتبع ما له به علم ، وحكم القاضي بعلمه يعد نوعاً من إتباع العلم ، ومن ثم يكون حكمه بعلمه جائزاً .

قال القرطبي : (فكل ما علمه الإنسان أو غلب على ظنه جاز له أن يحكم به) ^(٥) .

مناقشة هذا الاستدلال :

١- قول الله عز وجل : " ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولا " ، ذكر ابن كثير في تفسيره : (أن قتادة قال : لا تقل

(١) للطرق الحكمية ص ٢٣٠ .

(٢) للطرق الحكمية ص ٢٣٠ .

(٣) نفس المرجع السابق ، والحدث سبق تخريجه .

(٤) الإمراء / ٣٦ .

(٥) تفسير القرطبي

ما رأيت ولم تر ، وسمعت ولم تسمع ، وعلمت ولم تعلم فإن الله سائلك ، وقال العوفي : لا ترم أحداً بما ليس لك به علم ، وقال محمد بن الحنفية : يعني شهادة الزور ، ومضمون ما ذكره أن الله تعالى نهى عن القول بلا علم بل الظن الذي هو التوهم ، والخيال ، كما قال تعالى : "اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم" (١).

٢- أن هذا الاستدلال هو استدلال بمفهوم المخالفة ، وهو من ناحية الاحتجاج به مختلف فيه ، ومن ناحية أخرى لو سلمنا بالاحتجاج به فإن الذي تدل عليه الآية الكريمة ، هو التزام الصدق في الشهادة وغيرها .

ثالثاً : قول الله عز وجل : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " (٢).
رابعاً : قول الله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " (٣).

فهاتان الآيتان أوجبت على كل من علم أن شخصاً ارتكب جريمة الزنا أو جريمة السرقة أن يقيم الحد على الجاني ، إذا كان ممن له الحق في إقامة هذه الحدود ، والقاضي بحكم ولايته ومنصبه مأمور بذلك ؛ لأنه قد أوكل إليه إقامة الحدود ، وإذا كان للقاضي أن يحكم بعلمه في الحدود ، فمن باب أولى له الحق أن يحكم بذلك في الأموال .

مناقشة هذا الاستدلال :

١- استدلالهم بهاتين الآيتين غير مسلم لهم ، حيث أن آية الزنا وآية السرقة نزلتا لبيان العقوبة المقررة للزاني والسارق ، وليستا لبيان الطرق التي يحكم القاضي بمقتضاها .

٢- اختلف العلماء في جواز أن يحكم القاضي بعلمه في الحدود ، وأكثرهم يذهب إلى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه في الحدود الخالصة ، لما يلزم فيها من الستر ، ولتمكن الشبهة فيها باعتبار التهمة ، ولأنه يحتاط في درئها ما لم يحتاط في غيرها ، فالحدود تدرأ بالشبهات (٤).

* ثانياً : أدلتهم من السنة المطهرة :

(١) تفسير ابن كثير ٣/ ٣٩ ، دار عالم الكتب للرياض .

(٢) سورة النور / ٢ .

(٣) سورة المائدة / ٣٨ .

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت : لبنان ، ط ٣ ، سنة ١٤٠٦ هـ ، ١٩٨٦ م .

أولاً : أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة والبيهقي عن عائشة أم المؤمنين — رضي الله عنها وعن والدها — أنها قالت: دخلت هند بنت عتبة^(١) — امرأة أبي سفيان — على رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من التفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ إلا ما أخذت من ماله بغير علم ، فهل عليّ في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : " خذي من مائه بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك "^(٢).

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ حكم لهند بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف؛ لأنه صدّقها في دعواها ، لما علمه من شح أبي سفيان وبخله ، فلم يلتمس بينة لذلك ، ولم يطلب إحضاره ليعترف أو يقر بذلك ، وهذا مما يدل على مشروعية قضاء القاضي بعلمه .

المناقشة :

١ — نوقش هذا الاستدلال بأنه ضعيف جداً ، فإن هذا إنما هو فتيا من رسول الله ﷺ لا حكم ، ولهذا لم يحضر الزوج ، ولم يكن غائباً عن البلد ، والحكم على الغائب عن مجلس الحكم الحاضر في البلد ، غير ممتنع ، وهو يقدر على الحضور ولم يوكل وكيلاً : لا يجوز اتفاقاً . وأيضاً فإنها لم تسأله الحكم ، وإنما سألته : " هل يجوز لها أن تأخذ ما يكفيها ويكفي بنيتها ؟ " ، وهذا استفتاء محض ، فالاستدلال به على الحكم سهو^(٣).

(١) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن مناف القرشية الهاشمية امرأة أبي سفيان ، وأم معاوية، أسلمت يوم الفتح ، كان لها رأي وعقل ، شهدت أحد كافرة ، واختلف في وفاتها، فقيل في خلافة عمر وقيل غير ذلك . [الإصابة ٤/٢٥٠] .

(٢) صحيح البخاري ، كتاب البيوع (٢٠٥٩) ، وفي النفقات (٤٩٤٥) ، ومسلم في الأقضية (٢٢٣٣ ، ٢٢٣٤ ، ٢٢٣٥) والنسائي في أدب القضاء (٥٣٢٥) . وأبو داود في البيوع (٣٠٦٥ ، ٣٠٦٦) . وابن ماجة في التجارات (٢٢٨٤) . وأحمد في مسنده (٢٢٩٨٨) ، (٢٣٠٩٨) ، (٢٤٥٣١) ، (٢٤٧٠١) ، الدارمي في النكاح (٢١٥٩) والسنن الكبرى للبيهقي رقم (١٣١٨٣) مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ١٤١٤ هـ — ١٩٩٤ م .

(٣) للطرق الحكيمة / ٢٢٩ . وأنظر أنوار البروق في أنواع الفروق ٨٥/٤ ، وأنظر بدائع الصنائع ٢٧/٧ وما بعدها .

كما ورد في بعض نصوص الحديث أنها قالت : " وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم " (١) ، فهذا يؤكد على أنها تستفتي النبي ﷺ خوفاً من الوقوع فيما لا يحل ولا يجوز لها .

٢- أن النبي ﷺ لم يكافها البيئة (٢) ، والفتية تثبت شرعاً عاماً إلى يوم القيامة ، والقضاء في فرد لا يتعدى إلى غيره (٣) ، وقال الشوكاني في نيل الأوطار : قد أجيب عن الحديث أنه من باب الفتيا لا من القضاء وهو فاسد ؛ لأنه ﷺ لا يفتي إلا بحق (٤) .

٣- وناقش أبو مسعود الكاساني (٥) هذه المسألة باستفاضة في كتاب النفقة من كتابه البدائع (٦) ، وبين أن الفرض من القاضي في هذه المسألة ، على النحو الذي ورد في حديث هند ، هو على سبيل الإعانة ، وهو قول شريح ، وكان يقول به أبو حنيفة أولاً ، وهو قول إبراهيم النخعي . وهناك آخرون احتجوا بأن الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه (٧) ..

وقال أيضاً أبو مسعود : قد صح من أصلنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد . والحديث لا حجة لهؤلاء الآخرون إنما هو على سبيل الفتوى ، وأنه ﷺ ، أنه لم يقدّر لها ما تأخذه من مال أبي مفيان ، وفرص النفقة من القاضي تقديرها .. وقال أبو يوسف (٨) : البيئة على أصل أصحابها لا تسمع إلا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع . وما ذكره

(١) صحيح البخاري ، كتاب النفقات حديث رقم ٤٩٤٥ .

(٢) للفروق للقرافي ٤٥/٤ .

(٣) السابق .

(٤) ٣٦٣/٦ .

(٥) أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني ، علاء الدين (٥٨٧هـ) ، كان يسمى ملك العلماء ، من أعلام الحنفية ، صاحب كتاب بدائع الصنائع ، الذي شرح فيه كتاب تحفة الفقهاء لأستاذ الميرقلي . [الجواهر المضية ٢/٢٤٤ ، للزركلي ٢/٢٧٠] .

(٦) ٣٦٧/٧ وما بعدها .

(٧) انظر فتح نواري بشرح صحيح البخاري ١١٨ ، ١١٩ .

(٨) أبو يوسف (١٨١هـ) : هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ، القاضي الإمام . ولد بن عقبه الأصاري صاحب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أخذ الفتاوى عن أبي حنيفة ، وهو المتقدم من أصحابه جميعاً ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد ، وهو أول من سمي قاضي القضاة من تصانيفه (الخراج) ، (ولب القاضي) ، [الجواهر للمضنية/ ٢٢٠-٢٢٢ ، والبدلية واللاهية ١٨٠/١ ، للزركلي ١٩٣/٨] .

زفر^(١) أن بينتها تقبل في حق صحة الغرض غير سديد . . . فالغرض من القاضي في هذه الصورة ليس بقضاء بل كان إعانة لها على استيفاء حقها^(٢).

وقد يناقش هذا القول بأن البخاري بوب باباً لهذا الحديث بقوله من رأى للقاضي أن يحكم بعلمه في أمر الناس إذا لم يخف الظنون والتهمة ، وساق حديث هند ، وقال ابن حجر^(٣) بأن البخاري جَوَزَ للقاضي أن يحكم بعلمه مطلقاً ، وبرر ذلك بأن البخاري أخذه عن مشايخه ، وقال : إن ابن بطلال : احتج من أجاز للقاضي أن يحكم بعلمه بحديث الباب . ولكنه لم يتعقب ذلك وقال البعض أن الأغلب من أحوال النبي عليه السلام الحكم والإلزام فيجب تنزيل لفظه عليه^(٤).

ويرد على ذلك بأن ما ذكر في قصة هند أنه يعلم صدقها ، بل ظاهر الأمر أنه لم يسمع هذه القصة إلا منها فكيف يصح الاستدلال به على حكم الحاكم بعلمه ، قال ابن حجر : وما ادعى فيه بعيد ، فإنه لو لم يعلم صدقها لم يأمرها بالأخذ ، وإطلاعه على صدقها ممكن بالوحي دون من سواه ، فلا بد من سبق علم^(٥). لكن الأمر في المسألة يرتبط بتسريع وإقتداء ، وما يعلمه النبي ﷺ بالوحي لا يتوفر لغيره من الحكام ، والإقتداء به في هذه الحالة ممتنع لأنه لا حكم بغير بينة ، والبيئة المقبولة لها شروط ، سبق ذكرها — حتى يعول عليها في الحكم، والحكم بطريق الوحي هو من اختصاص النبي ﷺ.

ثانياً : قول رسول الله ﷺ: " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلساته ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " ^(٦).

(١) زفر (١١٠-١٥٨هـ) : هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري . أصله من أصبهان ، فقيه من تلاميذ أبي حنيفة ، تولى قضاء البصرة ، وبها مات ، وهو أحد الذين دولوا الكتب . [للجواهر المضية ١/ ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، والأعلام للزركلي ٢/ ٤٥٠] .

(٢) ٢٧/٧ . وذكر العراقي في طرح الترتيب (١٧٠/٧) دار إحياء كتب التراث) : أن الحديث استدل به للبخاري والخطابي على أنه يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه على أنه قضاء ، قال : وذلك أنه لم يكلفها البيئة فيما ادعته من ذلك إذا كان قد علم رسول الله صلى الله عليه وسلم — ما بينهما من الزوجية ، وأنه كان كالمستفيض عندهم بخل أبي سفيان . أ.هـ . والظاهر أنه لا حجة فيما ذكرنا ، لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — مشرع ومبتع ، والحكم لا يكون إلا بناء على دعوى قد استوفت شروطها وبيئة تمت عناصرها ، كما سبق ذكره في شروط الإكبات .

(٣) أحمد بن علي بن محمد المعروف بأن حجر العسقلاني (٧٧٤ - ٨٤٢ هـ) : أبو الفضل ، ولد بمصر ، من تصانيفه : فتح الباري شرح صحيح البخاري ، لسان الميزان ، تهذيب التهذيب في التراجم . [للبحر الطالع ١/ ٨٧ - ٩٢]

(٤) شرح صحيح البخاري ١٣/ ١١٩ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) صحيح مسلم عن أبي سعيد الخدري كتاب الإيمان ، حديث رقم (٧٠) ، وأخرجه البخاري في الجمعة رقم (٩٠٣) ، وأخرجه الترمذي في الفتن (٢٠٩٨) ، وأخرجه للنسائي في الإيمان وشركته (٩٢٢ ، ٩٢٣) ، أبو داود في الصلاة ٠٠٩٦٣٩ ، والملاحم (٢٧٧٧) ، وأخرجه ابن ماجه في إقامة الصلاة والسنة فيها (١٢٦٥) ، والفتن (٤٠٠٣) . وأخرجه أحمد في باقي مسند المكثرين (١٠٦٥) (١٠٧٣) (١١٠٤٢) (١١٠٩٠) ، (١١١١٤) (١١٤٤٢) .

وجه الدلالة :

أن كل مسلم مكلف أن يغير المنكر ما وسعه ذلك ، والقاضي يعتبر داخلاً في عموم الحديث فكان مكلفاً بإزالة المنكر . لأن منع المنكر وإزالته الذي يراه لا تقوم به بيعة أمامه ، فعدم جواز حكمه بمقتضى علمه فيه إهدار للمعاني والمقاصد السامية لهذا الحديث .

قال ابن القيم : فإذا رأى الحاكم وحده عدوان رجل على رجل وغصبه ماله ، أو سمع طلاقه لامرأته ، وعتقه لعبده ، ثم رأى الرجل مستمراً على إمساك زوجته ، أو بيع من صرح بعتقه ، فقد أقر على المنكر الذي أمر بتغييره^(١) ، وقال ابن حزم ، معلقاً على هذا الحديث : أنه صح فرضاً على الحاكم أن يغير كل منكر علمه بيده ، وأن يعطي كل ذي حق حقه وإلا فهو ظالم^(٢).

مناقشة الاستدلال :

ذكر ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية ما رد به الآخرون على ذلك بأن القاضي مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحيث لا تنطرق إليه تهمة في تغييره ، وأما إذا عمد إلى رجل مع زوجته وأمته لم يشهد أحد أنه طلقها ولا أعنتها البتة ، ولا سمع بذلك أحد قط ، ففرق بينهما ، وزعم أنه طلق وأعتق ، فإنه ينسب ظاهراً إلى تغيير المعروف بالمنكر ، وتنطرق الناس إلى اتهامه والوقوع في عرضه ، وهل يسوغ للحاكم أن يأتي رجل مستور بين الناس ، غير مشهور بفاحشة ، وليس عليه شاهد واحد بها ، فيرجمه ، ويقول : رأيته يزني ؟ أو يقتله ويقول : سمعته يسب ؟ أو يفرق بين الزوجين ، ويقول : سمعته يطلق ؟ وهل هذا إلا محض التهمة .

ولو فتح الباب — لا سيما لقضاة هذا الزمان — لو جد كل قاض — له عدو — السبيل إلى قتل عدوه ، ورجمه وتفسيقه ، والتفريق بينه وبين امرأته ، ولا سيما إذا كانت العداوة خفية ، لا يمكن عدوه إثباتها ، هذا بالإضافة إلى أن تغيير المنكر ليس من القضاء في شيء وإنما هو من باب الحسبة^(٣).

(١) الطرق الحكمية ص ٢٣١ .

(٢) المحلى بالآثار ، المسألة (١٨٠٠) ، ٥٢٧/٨ .

(٣) الموضع السابق .

ومن ثم فإن الحديث لا يدل على جواز قضاء القاضي بعلمه . ولكن لو وجدت مثل هذه الصور فإنه يوجد طريق آخر لمنعها ، وهو ما سنذكره - بمشيئة الله تعالى - في المبحث السادس .

ثالثاً : عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فسأل النبي المدعي البينة ، فلم يكن له بينة فاستحلف المطلوب ، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندي شيء ، فقال الرسول ﷺ : " قد فعلت ولكن غفر لك بإخلاصك قول لا إله إلا الله " . وفي رواية : " بل هو عندك أدفع إليه حقه " ، ثم قال : " شهادتك أن لا إله إلا الله كفارة يمينك " .

وفي رواية لأحمد : نزل جبريل - عليه السلام - على النبي ﷺ فقال : " إنه كاذب أن له عنده حقاً ، فأمر أن يعطيه ، وكفارة يمينه معرفة لا إله إلا الله " ^(١) . ومثله عن حماد بن سلمة عن ثابت البناني عن ابن عمر عن النبي ﷺ ^(٢) .

وجه الدلالة :

دلالة الحديث واضحة من أنه - عليه الصلاة والسلام - قد حكم على الجاني بعلمه ، وأمره أن يسلم المدعي حقه دون أن يعتد بيمين المدعي عليه ، واعتبر أن شهادته بأن لا إله إلا الله كفارة اليمين ، فهذا يدل على جواز أن يقضي القاضي بعلمه قبل اليمين من باب أولى .

مناقشة الدليل :

قال الشوكاني : أعله ابن حزم بأبي يحيى وهو مصدع المعرقب ، كذا قال ابن عساكر . وتعبه المزني بأنه وهم بل اسمه زياد ، كذا اسمه عند أحمد والبخاري وأبي داود في هذا الحديث ^(٣) ، قال الذهبي : فيه : مصدع أبو يحيى المعرقب عن عائشة ، صدوق قد تكلم فيه ^(٤) .

(١) إسناده أبي داود ، كتاب الأيمان والنفور (٢٨٥٠) . ولحمد في مسند بني هاشم (٢١٦٧) ، (٢٤٨٢) .

(٢) في مسند أحمد ، مسند المكثرين من الصحابة ، الحديث رقم / (٥١٢٤) ، (٥٧١٤) .

(٣) نزل الأوطار ٣٢٧/٨ ، الهابي الحلبي . وأعله أبو حاتم برواية شعبه عن عطاء بن السائب عن البخاري ، ابن عبيد عن أبي الزبير .

(٤) ينظر : تقريب التهذيب ٥٣٩/٢ . وفي من أبي داود روى الحديث حماد بن عطاء بن السائب عن أبي يحيى عن ابن عباس ، وعند أحمد رواه حماد بن سلمة ، عن عطاء بن السائب عن أبي يحيى ، عن ابن عباس ، ورواية حماد بن سلمة عن ثابت البناني عن ابن عمر .

ومع فرضية صحة الحديث إن ما علمه رسول الله ﷺ طريقه الوحي ، ولا يعمل بخلاف الوحي ، والعلم بطريق الوحي هو خاص بالنبي ﷺ فلا يقاس عليه غيره ، ولا يكون دليلاً في محل النزاع. فالحديث خارج عن موضع الاستدلال فلا يحتج به .

رابعاً : في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " كانت امرأتان معهما ابناهما ، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما ، فقالت لصاحبتها : إنما ذهب بابنك ، وقالت الأخرى : إنما ذهب بابنك ، فتحاكما إلى داود - عليه السلام - فقضى به للكبرى ، فخرجتا على سليمان بن داود ، فأخبرناه ، فقال : اثبتوني بالسكين أشقه بينكما . فقالت الصغرى لا تفعل ، رحمتك الله ، هو ابنها ، فقضى به للصغرى (١) .

وجه الدلالة :

ظهر قرينة الشفقة من الصغرى مع ما انضاف إلى ذلك من القرائن ما حصل له العلم بصدقها فحكم لها ، ولعله كان ممن سوغ أن يحكم بعلمه ، وقد ترجم النسائي على هذا الحديث حكم الحاكم بعلمه (٢) كما لم تكن هناك بينة ظاهرة من إقرار أو شهادة فمرجع الحكم إلى سليمان هو اجتهاده وعلمه .

مناقشة الاستدلال :

الظاهر من الحديث أن سليمان عليه السلام لمن يكن حكم في القضية بعلمه ، لأن العلم المراد في بحثنا هو المعرفة التي توافرت للقاضي ، والمؤكدة برؤية أو سماع أو مشاهدة للسبب الموجب للحكم في النزاع المعروض عليه ، أما الظاهر من الحكم في النزاع جاء وفق قرائن أحاطت بالواقعة من شفقة الصغرى على الصغير ، وذهاب الكبرى إلى الموافقة على شقه بالسكين لتشاركها الصغرى مأساتها في ولدها الذي ذهب به الذئب ، وما كان من سليمان إنما هو فراسة وحيلة لطيفة أظهر بها صدق الصغرى ، وأيدتها القرائن التي حفت بالقضية .

(١) البخاري ، كتاب الفرائض ، باب إذا دعت المرأة ابناً ، حديث رقم / ٦٢٧١ . ومسلم ، كتاب الأضحية حديث رقم / ٣٢٤٥ . والنسائي ، كتاب أدب القضاء الحديث رقم / ٥٣٠٧ ، ٥٣٠٨ ، ٥٣٠٩ ، ولحمد ، بالي مسند المكثرين ، حديث رقم (٧٩٣١) (٨١٢٤) .

(٢) تفسير القرطبي ٣١٢/١١ ، دار الشعب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٧٣ هـ ، المحقق أحمد عبد المولى البردولي .

وإذا قيل كيف حكم سليمان بعد حكم داود في القضية الواحدة ونقض حكمه ، والمجتهد لا ينقض حكم مجتهد آخر لا سيما في قضية واحدة، والجواب من أوجه : أحدها : أن داود عليه السلام لم يكن جزم بالحكم ، والثاني : أن يكن ذلك فتوى من داود لا حكماً ، والثالث : لعله كان في شرعهم نسخ الحكم إذا رفعه الخصم إلى حاكم آخر يرى خلافه ، والرابع : أن سليمان فعل ذلك حيلة إلى إظهار الحق ، وظهور الصدق . وفي شرح سنن النسائي للسندي ، وللحاكم استعمال الحيلة لمعرفة الصواب ، لكن لا يحكم إلا بوجهه فقط ، والخامس : امكان كون الولد بيد الكبرى وعجز الصغرى عن إقامة البينة ، وهذا ما تشهد له قاعدة الدعاوى الشرعية . والذي ينبغي أن يقال أن حكم سليمان لم يكن ناقضاً لحكم داود ، لأن داود عليه السلام إنما قضى به للكبرى لسبب ترجح عنده ^(١) ، وقد قال المولى تبارك وتعالى : " وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين . ففهمناها سليمان وكلاً أثينا حكماً وعلماً " ^(٢) .

خامساً : عن أبي نضرة من حديث حماد بن سلمة ، عن عبد الملك بن جعفر عن أبي نضرة عن سعد بن الأطول أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم وترك عيالاً قال : فأردت أن أنفقها على عياله فقال لي النبي : " أن أخاك محبوس بدينه ، فاقضه عنه " ، قلت يا رسول الله قضيت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة ، وليست لها بينة . قال : " أعطها فبأنها محقة " ^(٣) ، وفي لفظ : " إنها صادقة " وهذا أصرح في الدلالة من حديث أبي هريرة الذي سبق ذكره .

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ حكم لهذه المرأة بالدينارين مستنداً إلى علمه بأنها صاحبة الحق ، ولم يطلب منها أن تقيم البينة ، مما يدل على جواز أن يقضي القاضي استناداً إلى علمه .

مناقشة الدليل :

(١) انظر المواضع السابقة من شروح الأحاديث ، والموضع السابق من تفسير القرطبي .

(٢) الأنبياء ٧٨ ، ٧٩ .

(٣) في مسند أحمد / مسند الشاميين ، باب سعد بن الأطول — رضي الله عنه — رقم / ١٦٥٩٣ ، وأول مسند البصريين رقم ١٩٣١٩ . وابن ماجه في كتاب الأحكام رقم ٤٣٤ . والسنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١٤٢٧ .

الاستدلال بهذا الحديث لا يجوز الاستناد إليه لأنه ليس وارداً في معرض النزاع، وهو القضاء بعلم القاضي ، فليست فيه قضية فيها مدع ومدع عليه ، فالمرأة لم ترفع دعاها إلى رسول الله ﷺ بطلب الدينارين ، غاية ما فيه أنه كان استفتاء من سعيد بن الأطول لرسول الله ﷺ فيما ادعته المرأة ، وأمره الرسول بإعطائها إيراً لزمة المتوفى .

قال ابن القيم - رحمه الله - فهذا لا يدل على جواز قضاء القاضي بعلمه ، فإن المنع من ذلك إنما هو لأجل التهمة ، وهي معلومة الانتفاء من سيد الحكام ﷺ (١) كما قيل أن هذا الحكم إنما هو من خصائص الرسول ﷺ حيث علمه بطريق الوحي . وأجيب عليه بأن ادعاء الخصوصية لرسول الله ﷺ يحتاج إلى دليل ، ولا دليل . والأصل عدم الخصوصية ، وأما ما حكم به بين الناس فعلى الظاهر حكم به (٢).

سادساً : احتجوا بما في الصحيحين من حديث عقيل بن شهاب عن عمرة عن عائشة : أن فاطمة - رضي الله عنها - أرسلت إلى أبي بكر تسأله ميراثها من رسول الله ﷺ وذلك مما أفاء الله على رسوله بالمدينة وفنك، وما بقي من خمس خيبر ، فقال أبو بكر : إن رسول الله ﷺ قال : " لا نورث ، ما تركناه صدقة ، إنما يأكل آل محمد في هذا المال " ، وإني والله لا أغير شيئاً من صدقة رسول الله ﷺ ولأعلن فيها بما عمل رسول الله ﷺ وأبي أبو بكر أن ينفع إلى فاطمة منها شيئاً - ونكر الحديث (٣).

وجه الدلالة :

(١) الطرق الحكمية ص ٢٢٩ .

(٢) الأم للشامي ٩/٧ .

(٣) في البخاري كتاب فرض الخمس رقم ٨٦٢ ، والمقاب ٣٤٣٥ ، والمغازي ٣٧٢٠ ، ٣٩١٣ ، والفرائض ٦٢٣٠ . ومسلم في كتاب الجهاد والسير رقم ٣٣٠٤ ، ٣٣٠٥ ، والنسائي في كتاب قسم الفتي ٤٠٧٢ . وأبو داود في كتاب الخراج والإمارة والقياس رقم ٢٥٧٤ ، ٢٥٧٨ . وأحمد في مسند العشرة المبشرين بالجنة رقم ٥٠٥٢ ، ٥٠٥٣ . والسنن الكبرى للبيهقي ١٤٣/١٠ .

أن أبا بكر رفض أن يعطي فاطمة شيئاً مما تركه أبوها سيد الخلق أجمعين ﷺ ، مستنداً في ذلك إلى علمه الذي علمه من رسول الله ﷺ ، ولو كان الحكم من القاضي بعلمه غير جائز لما حكم أبو بكر في هذه الدعوى .

مناقشة الاستدلال :

هذا الاستدلال في غير محل النزاع ، وبعيد عن المراد ، فقد قال العلامة ابن القيم فيه : الاستدلال به سهو ، فإن أبا بكر ﷺ بعلم من دين الرسول أن هذه الدعوى باطلة ، لا يسوغ الحكم بموجبها ، بل دعواها بمنزلة دعوى استحقاق ما علم ، وتحقق دفعه بالضرورة ، بل بمنزلة ما يعلم بطلانه قطعاً من الدعاوى ، وسيدة نساء العالمين — رضي الله عنها — خفي عليها حكم هذه الدعوى ، وعلمه الخلفاء الراشدون ومن معهم من الصحابة ، فالصديق معه الحجة من رسول الله ﷺ فلم يسمع هذه الدعوى ، ولم يحكم بموجبها ، للحجة الظاهرة التي علمها معه عمر بن الخطاب ، والصحابة رضي الله عنهم ، فأين هذا من حكم الحاكم بعلمه ، الذي لم يقم به حجة على الخصم ؟ (١) .

سابعاً : للقاضي أن يقيم الحد بعلمه ، واحتجوا بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم " وقوله : " إذا زنت أمة أحكم فليجلدها ، وإن عانت فليجلدها ، ولا يثرب عليها ، فإن عانت فليبيعها ولو بصفير " ، وقد روي في بعض ألفاظ هذا الحديث : " فليقم عليها الحد " (٢) (٣) .

المناقشة :

يمكن مناقشة هذا القول بأنه لا دلالة في هذه الأخبار على ما ذهبوا إليه ، وذلك لأن قوله ﷺ : " أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم " هو كقوله تعالى : "

(١) الطرق الحكمية ص ٢٣٠ .

(٢) البخاري كتاب البيوع ، باب بيع العبد الزاني (٢٠٠٩) ، وفي مواضع أخر . مسلم كتاب الحدود ، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى (٣٢١٦) . أبو داود كتاب ، باب في الأمة تزني (٢٨٧٦) ، (١٣٢١) عن أبي هريرة ، دار المعرفة ، بيروت ، طبعة أولى ، ١٩٩٨ م . مصنف عبد الرزاق (١١-١٢٦) ٣٩٣/٧ (١٣٥٩٨) ، المكتب الإسلامي ، بيروت الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ هـ - سنن للبيهقي للكبرى ٢٤٤/٨ ، مكتبة دار الباز — مكة المكرمة ١٤١٤ هـ . سنن الدار كطني ١٦٠/٣ ، دار المعرفة بيروت ، ١٢٨٦ هـ - ١٩٦٩ م . والحديث في سنن ابن ماجه . ومسند أحمد . وموطأ مالك . وسنن الدارمي .

(٣) أحكام القرن للجصاص ٤١٦/٢ ، دار الفكر .

والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما " (١)، وقوله : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " (٢)، والمراد رفعه إلى الإمام لإقامة الحد . فالمخاطبون بإقامة الحد هم الأئمة ، فقوله عليه السلام : " أقيموا الحدود على ما ملكت أيماكم " هو على هذا المعنى .

وأما قوله عليه الصلاة وأتم التسليم : " إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها " فإنه ليس كل جلد حداً ؛ لأن الجلد قد يكون على وجه التعزير . فالمراد هنا هو التعزير . وقوله : " لا يثرب عليها " ، يعني : ولا يعيرها . ويدل على التعزير قوله ﷺ في الرابعة : " فليبعها ولو بضفير " ، ولم يأمر بجلدها ؛ لأنه لا يجوز تعطيل حدود الله تعالى ، فكان الأول ، والثاني ، والثالث تعزيراً ، والتعزير لا يسقط الحد . والتعزير لا ينبغي لمولاهما ، بل عليه أن يرفعها إلى الإمام بعد ذلك ، بل هو مأمور بالستر عليها لقول النبي ﷺ : " من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستر بستر الله ، فإن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه كتاب الله " (٣) (٤) .

ثامناً : ما رواه البيهقي في سننه أن رسول الله ﷺ اشترى فرساً من أعرابي ، فجحدته البائع ، فقال رسول الله ﷺ : " من يشهد لي ؟ " فقال خزيمة بن ثابت : يا رسول الله أنا أشهد لك ، فقال رسول الله ﷺ : " كيف تشهد ولم تحضر ؟ " فقال خزيمة : يا رسول الله تخبرنا عن خبر السماء فنصدقك ، أفلا نصدقك في هذا ؟ (٥)

وجه الدلالة :

أن رسول الله ﷺ حكم لنفسه بعلمه ، فمن باب أولى جواز حكمه للغير استناداً إلى علمه ، حيث يكون في الحال الأخير أبعد عن التهمة . وقد قال أبو داود في

(١) المائدة / ٣٨ .

(٢) النور / ٢ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤١٧/٣ .

(٤) موطأ مالك ٨٢٥/٢ (١٠٥٨) ، دار إحياء التراث العربي ، مصر (١٥٠٨) . وسنن البيهقي ٣٢٦/٢ ، مكتبة دار الباز ، مكة . والمستدرک للحاكم ٢٧٢/٤ ، قال صحيح على شرط الشيخين . دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م .

(٥) في سنن اللسان ، كتاب البيوع ، حديث رقم (٤٥٦٨) . ولي دود ، كتاب الاقضية (٢١٣٠) . وأحمد في مسند الأنصار ٢٠٨٧٨ (٢) ، ولسنن الكبرى للبيهقي ١٤٦/١٠ .

السنن : باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به ، ثم ساق حديث خزيمة بن ثابت .

مناقشة الاستدلال :

ما استدلوا به من حديث خزيمة لا يسلم لهم ؛ لأنه لا يجوز الاستناد إليه ، فلم يثبت أن رسول الله قد حكم لنفسه وليس فيه ما يدل على أن الرسول ﷺ أخذ الفرس قهراً من الأعرابي .

وسبق أن استدل غير المجوزين لقضاء القاضي بعلمه بهذا الحديث ؛ حيث أن النبي ﷺ يعلم أن الأعرابي غير صادق في دعواه ، وأخذ يلتمس البينة ، وسبق مناقشة الحديث في موضعه .

تاسعاً : استدلوا بما رواه عبادة بن الصامت أنه قال : بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في المنشط والمكره ، وأن لا ننازع الأمر أهله ، وأن نقوم أو نقول بالحق حيث كنا ، وأن لا نخاف في الله لومة لائم^(١) .

عاشراً : واستدلوا بما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " لا يمنعن أحدكم هيبة أن يقول في حق إذا رآه ، أو شاهده أو سمعه"^(٢) .

وجه الدلالة :

الحديثان يدلان على أن يقوم ، أو يقول كل مسلم بالحق ، والحكم بالعلم نوع من القيام بالحق فيكون مشروعاً ، لا سيما إن كان علم بهذا الحق عن طريق الرؤية أو السماع أو المعاينة ، فيكون ذلك قولاً بالحق وعملاً به ، لا يمنعه من ذلك هيبة الناس ، والقاضي هو أولى الناس بأن يقضي بما ثبت لديه من علم حصل له عن طريق الرؤية أو السماع أو المعاينة ، إرساء للعدل ، ومنعاً من الظلم .

المناقشة :

الحديثان لا يدلان على جواز أن يحكم القاضي بعلمه ، وإنما يدلان على ضرورة الجهر بقول الحق دون خوف مما قد يلحقهم من أذى ، وهذا بخلاف ما

(١) صحيح البخاري كتاب الأحكام ، باب كيف يدافع الإمام الناس (٦٦٩٠) . واللساني ، كتاب البيعة (٤٠٨٠) ، وابن ماجة كتاب الجهاد (٢٨٥٧) . وأحمد في مسند المكين (١٥٠٩٩) ، وموطأ مالك ، كتاب الجهاد (٨٥٣) .

(٢) مسند أحمد ، كتاب باقي مسند المكثرين ، باب مسند أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - (١٠٥٩٤) .

نحن بصددده وهو القضاء بعلم القاضي . كما أن الدليلان عامان في إقامة الحق والقول به ، قد خصصا بعدم حكم القاضي بعلمه بالأدلة التي استدل بها المانعون كما سبق .

إنما الدليل الذي يكون مؤثراً في التنازع هو الدليل الذي يتوجه إلى إلزام القاضي بأن يحكم بعلمه ، والمستدلون هنا بهذين الدليلين لم يقولوا بأن فيهما دليل ملزم للقاضي أن يقضي بعلمه ، وهذا مما يضعف حجتهم .

الحادي عشر : استدلت العلامة ابن حزم بقول رسول الله ﷺ : " بينتك أو يمينه " ، وأنه من البينة التي لا بينة أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه ، فهو في جملة هذا الخبر ^(١) .

المناقشة :

قال ابن القيم — رحمه الله — قول ابن حزم : (بينتك أو يمينه) ، دليل عليه أكثر مما هو دليل له ، فقله : " بينتك " البينة اسم لما يبين الحق بحيث يظهر المحق من المبطل وعلم القاضي ليس ببينة ^(٢) .

ومما سبق يتبين أن مستند أصحاب هذا القول مما أورده ، من أحاديث لم يعتمد على دليل قوي بل هي عموميات ، لا يترجح بها القول بجواز حكم القاضي بعلمه . ومن ثم فننقل إلى ما استدلوا به من الآثار ، والمعقول .

* ثالثاً : أدلتهم من آثار الصحابة :

أولاً : روي عن عروة عن مجاهد ، أن رجلاً من بني مخزوم استعدي عمر رضي الله عنه على أبي سفيان بن حرب ، أنه ظلمه حداً في موضع كذا وكذا ، فقال عمر رضي الله عنه : " إني لا أعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان ، فانتتني بأبي سفيان ، فأثاه به ، فقال عمر يا أبا سفيان ، أنهض بنا إلى موضع كذا وكذا ، فنهضوا ونظر عمر فقال يا أبا سفيان ، خذ هذا الحجر من هنا فضعه هاهنا ، فقال : والله لا أفعل ، فقال والله لنفعلن ، فقال : والله لا أفعل ، فعلاه بالدرة ، وقال : خذها لا أم لك فضعه هاهنا ، فإنك ما علمت قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان ووضعه

(١) للمطلي ٥٣٦/٨ ، للمسألة (١٨٠٠) .

(٢) الطرق الحكمية ص ٢٣٠ .

حيث قال : عمر ، ثم أن عمر استقبل القبلة فقال: اللهم لك الحمد حيث لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه وأذللته لي بالإسلام، قال : فاستقبل القبلة أبو سفيان، وقال : اللهم لك الحمد إذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الإسلام ما أذل به لعمر^(١) . ذكره البيهقي في سننه والقرافي أيضاً في الفروق من رواية صاحب الاستنكار^(٢) .

وجه الاستدلال :

يدل هذا الأثر على أن عمر بن الخطاب أصدر حكمه على أبي سفيان بأن ينقل الحجر من المكان الذي وُضع فيه إلى المكان الذي علم أنه الحق ، ولم يطلب من المدعي بينة على صحة دعواه ، لكنه استند في حكمه على سابق علمه الشخصي بأن المدعي محق في دعواه ، فلو كان القضاء غير جائز بعلم القاضي لما أقدم عمر على ذلك ، كما أن عمر استند في حكمه على ما علمه في صغره ، أي قبل ولايته الإمامة والحكم والقضاء ، فالعلم لا يتقيد بوقت الولاية ومكانها خلافاً لما ذهب إليه الحنفية الذين قصرُوا الحكم بعلم القاضي على زمن ولايته ومكانها .

المناقشة :

١- الظاهر من الأثر أن عمر رضي الله عنه لم يصدر حكماً على أبي سفيان ، وإنما أنكر عليه اعتدائه على المخزومي ، فهذا من باب إزالة المنكر وليس من باب القضاء . فعمر لم يطلب من المخزومي إقامة الدليل على صدق دعواه ، ولم يطلب من أبي سفيان الدفاع عن نفسه^(٣) . ويجاب عن ذلك بأن هذا توهم لا دليل عليه^(٤) ، فقضاء عمر استناداً إلى علمه واضح فالدعوى مكتملة الشروط حيث يوجد مدعي ومدعى عليه ومدع به ، ودليل إثبات يعلمه القاضي . وهذا من أقوى الأدلة التي نظرنا .

٢- لو سلمنا بأن هذا من باب قضاء القاضي بعلمه فإنه لا يجوز الاحتجاج به ، وذلك - لما سبق أن ذكرناه - أن عمر رضي الله عنه جواز قضاء القاضي بعلمه .

(١) السنن الكبرى للبيهقي ١٤٣/١٠ .

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٢١٨/٢٢ .

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٤٢٨/٢٨ ، المغني ٣١/١٤ .

(٤) وسائل الأئمة لمحمد الزحيلي ص ٥٧٧ .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن ما سبق أن عمر رضي الله عنه عارض قضاء القاضي بعلمه إنما ذلك في الحدود . وأثر عمر يرد على أبي حنيفة الذي منع قضاء القاضي بعلمه الذي حصل له في غير زمن ولايته .

* رابعاً: استدلالهم بالقياس:

قاسوا جواز حكم القاضي بعلمه على جواز ما اتفق عليه من حكمه بعلمه في التجريح والتعديل بالنسبة للشهود . فالحكم في غير التجريح والتعديل من باب أولى حيث أنه أقوى ثبوتاً .

وأجيب عن ذلك بأن هذا قياس مع الفارق ؛ لأنه في التجريح أو التعديل يحكم بعلمه نفيًا للتسلسل الحاصل إذا لم يحكم به لأنه يحتاج إلى بيينة تشهد بالجرح أو التعديل ، وتحتاج البيينة بيينة أخرى وهكذا . بخلاف صورة النزاع على أن هذا ليس حكماً ، وإلا لم يتمكن غيره من نقضه ، بل لغيره ترك شهادته ونفسيقه ، وإذا لم يكن حكماً لا يقاس عليه ^(١) . وقال المالكية ^(٢) إن العلم أفضل من الظن ، إلا إذا استلزمه التهمة وفساد منصب القضاء فيرجح الظن في القضاء ، ولذلك شرط الفقهاء ومنهم الشافعية — في القاضي أن يكون ظاهر التقوى والورع ، وأن يصرح بمستنده في الحكم خشية التهمة ^(٣) .

* خامساً: استدلالهم بالمعقول:

أولاً : قيل إذا كان القاضي له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين ^(٤) ، ولأنه لا وجه للتفرقة بين أن نقبل حكمه استناداً لعلمه في بعض الأمور ونرفضه في البعض الآخر .

ثانياً : وقد ذهب عمر بن عبد العزيز إلى القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في حد الزنا فقط ^(٥) ، ومفهوم المخالفة لذلك أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي فيما عدا حد الزنا .

(١) أنوار الفروق في أنواع البروق ، ٨٦/٤ ، عالم الكتب ، وانظر المنلى ١٣/١٤ ، دار عالم الكتب .

(٢) أنظر وسائل الإنبات دمع محمد الزحلي ، ص ٥٢٩ . المحلى لابن حزم الموضع السابق .

(٣) منى المحتاج ٣٩٨/٤ .

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٣٥٢/٢ ، مكتبة الرياض الحديثة .

(٥) المحلى للمسألة (١٨٠٠) .

وقد استدل، عمر بن عبد العزيز على رأيه بما ورد في قصة الملائنة ، وقول رسول الله ﷺ: " لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت هذه " .

ثالثاً : إن منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي يستلزم توقف الأحكام أو فسق الحكام . ومنها صور أن يعلم ولادة امرأة على فراش رجل فيشهد أنها مملوكته فإن قبل البينة مكنه من وطنها ، وهي ابنته ، وهو فسق ، وإلا حكم بعلمه ، وهو المطلوب ، ومنها أن يعلم قتل زيد لعمره فتشهد البينة بأن القاتل غيره ، فإن قتله قتل برئ ، وهو فسق ، وإلا حكم بعلمه ، وهو المطلوب . ومنها لو سمعه يُطلق امرأته ثلاثاً فأكرر فتشهدت البينة بواحدة إن قبل البينة مكن من الحرام ، وإلا حكم بعلمه^(١) . ومن ذلك لو علم الإمام استحقاق من طلب الزكاة جاز الدفع له ، وكذلك لو عاين القاضي اللوث كان له اعتماده ، وكذلك إذا أقر عنده بالطلاق الثلاث ثم يدعي زوجته ، أو يدعي أن فلاناً قتل أباه ، وهو يعلم أنه قتله غيره^(٢) ، ففي هذه القضايا لو أن القاضي استحلف المتهم لمكنه مما يزيد ، وإن لم يستحلفه وقف الحكم ، فإذا حكم بعلمه سلم من الأمرين^(٣) .

المناقشة :

١- اعترض على أن الحكم بالشاهدين حكم بغلبة الظن وأن ما تحقق بعلمه أولى أن يحكم به ، فيرد عليه بأننا نسلم بذلك ، ولكن النزاع في هذا الادعاء أمر مظنون أيضاً ، والظن في صدق الشهود أقوى من الظن في صدق القاضي لكثرة عدد الشهود وزيادة عندهم^(٤) .

ويجاب عن ذلك أن علم القاضي علم يقيني أما علم الشهود فهو ظني كما أن الفقهاء المجوزين وغيرهم قد وضعوا شروطاً تضيق من فسخ المجال لقضاء القاضي بعلمه الشخصي ، منها أنه لا يحكم بعلم حصل له قبل ولايته أو في غير مكانها ، ومنها أن يكون مجتهداً ويبين في مسوغة الحكم أنه حكم في القضية بناء

(١) للفرق ٤٦/٤ ، المبسوط ١٠٥/١٦ ، وبدائع الصلوات ٧/٧ .

(٢) مخني المحتاج ٣٩٨/٤ ، البابي الحلبي بمصر .

(٣) رسائل الإمام أحمد للرحلي ص ٥٧٩ .

(٤) دسامح هلا ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣ م .

على علمه ولا يحكم بعلمه في قضايا أحد طرفيها أقاربه ، أو أعدائه إلى غير ذلك من الشروط .

٢- أما ما استدل به عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه من جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقاً فيما عدا حد الزنا ، واستناده إلى قصة الملاعة ، فلا يصح الاستدلال به ؛ وذلك لأن القضاء كان بناء على قرائن ، وليس علم رسول الله ﷺ ولو سلمنا بأن رسول الله ﷺ قال هذا في شأن الملاعة فلا يجوز الاحتجاج به في جواز قضاء القاضي بعلمه ؛ لأن رسول الله لم يصدر حكمه في هذه القضية بناء على علمه ، وذلك لأنه قد تم اللعان بين هذه المرأة وزوجها ، واللعان من الأسباب الشرعية التي تستلزم عدم الرجم^(١) والنزاع إنما هو في الحكم بالعلم من دون أن يتقدم سبب شرعي ينافيه^(٢) كما أن القضاء بالحد لوجود أدلة على ثبوت جريمة الزنا لشبه المولود بالزاني ، ممتنع لوجود معارض أقوى وهو النص على الملاعة ، فإذا خلت الجريمة من المعارض ، فلا يمنع ذلك من الحكم فيها لوجود البينة .

ونخلص من هذا الرأي:

- أ- أنه أقوى من سابقه استدلالاً رغم المآخذ التي أخذت على بعضها .
- ب- أنه يحمي صاحب الحق الذي يعلم القاضي بحقه وصدق دعواه.
- ج- أنه يحول دون وقوع الظلم على المحق.
- د- أنه لا يعمل به في الحدود إلا القذف والمال في السرقة.
- هـ- أنه على القاضي أن يبين مستنده في عريضة الحكم، وينص فيها على أنه قضى في الدعوى بعلمه، وهذا يسد الباب أمام قضاة الجور، ويدفع الشبهة عن القاضي بعلمه.

(١) بول الأوطار ٨/٣٠٠ .

(٢) بول الأوطار ٨/٣٢٧ .

المبحث الرابع

في

جواز حكم القاضي بعلمه في غير الحدود

أختلف الفقهاء فيما يجوز للقاضي أن يحكم فيه بعلمه على قولين :

المطلب الأول

القضاء بعلمه في عموم الدعاوى المقامة أمامه

سبق أن ذكرنا قولاً يجوز للحاكم أن يحكم في جميع الحقوق متى تحقق له العلم بالواقعة المتداعى فيها سواء اكتسب هذا العلم عن طريق الرؤية أو السماع للأقوال أو معاينة المدعى به . في مجلس القضاء أو خارجه ، سواء كانت الحقوق موضع العلم تعلقت بالحدود أو القصاص أو حقوق مالية ، أو حقوق أسرية ، وهو قول ابن حزم ، ومشهور مذهب الشافعية ، ورواية عند أحمد ، وهو مذهب الحنفية قياساً ولا يروونه استحساناً في الحدود .

وهذا القول بينا أدلته في المبحث السابق ، وناقشناها بما يغني عن إعادة بحثها مرة أخرى .

المطلب الثاني

القضاء في المعاملات والقصاص والقذف دون بقية الحدود

يرى أنه يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه في القصاص والمعاملات المالية ، ونظام الأسرة ، وفي حد القذف ، وعدم جوازه في بقية الحدود إلا في السرقة فيقضي بعلمه بالمال فقط ولا يقطع للشبهة . وقد بينا — في سابقاً من المطلب الثاني في المبحث السابق — حجة من قال بإقامة الحدود بعلم القاضي والرد على ذلك . وهو مذهب الحنفية ، وقول كثير من الشافعية وأحمد في رواية ^(١) .

وقال عمر بن عبد العزيز لا يقضي الحاكم بعلمه في الزنا فقط ويجوز أن يقضي فيما عداه ، وسبق مناقشة هذا القول ، وقال بعض الشافعية : لا يحكم بعلمه

(١) جاء في المبدع لابن منلق ، ١٠/٦٢ — المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٠ هـ : (وعن أحمد يجوز ذلك إلا في الحدود).

في حقوق الله قولاً واحداً^(١)، وقال الربيع : كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء^(٢).

وقال الجصاص : " لا يحكم بعلمه في الحدود"^(٣).

وقال صاحب مجمع الأنهر في بشرح ملتقى الأبحر^(٤) : جاء في شرح مختصر الوقاية لأبي المكارم وهل يقضي القاضي بعلمه في حقوق العباد ؟ نعم إذا علم في مصره حال قضائه ، وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال : لا يقضي بعلمه في حقوق العباد — هي حق الله — كحد الزنا والشرب لا يقضي بعلمه ، وفي القصاص ، وحد القذف يقضي به ، وإذا علم بحقوق العباد قبل قضائه أو في غير مصره فحضر مصره ثم رفعت الحادثة إليه فعند الإمام لا يقضي بذلك العلم ، وعندهما يقضي .. أ.هـ .

وقال ابن حجر الهيتمي^(٥) صاحب تحفة المحتاج في شرح المنهاج^(٦) : قال جمع متأخرون : وقد يحكم بعلمه في حد الله تعالى كما إذا علم من مكلف أنه أسلم، ثم أظهر الردة ، فيقضي عليه بموجب ذلك ، قال البلقيني^(٧) : وكما إذا اعترف في مجلس الحكم بموجب حد ولم يرجع عنه فيقضي فيه بعلمه ، وإن كان إقراره سراً ، لخبر "فإن اعترفت فارجمها" ولم يقيد بحضرة الناس ، وكما إذا أظهر منه في مجلس الحكم على رؤوس الأشهاد نحو ردة وشرب خمر ، أما حدود الأئمة فيقضي فيها ، سواء المال ، والقود ، وحد القذف^(٨) ... أ.هـ . ويفهم من قوله أن القاضي لا يقضي بعلمه في غير الحدود التي ذكرها.

(١) مغني المحتاج ٣٩٩/٤ ، المذهب ٣٠٤/٢ .

(٢) مغني المحتاج ٣٩٩/٤ ، وفي فتح الوهاب للأصاري ٣٦٤/٢ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٨ هـ - (المحكم أن يحكم بعلمه خلافاً للكثير من الشافعية) .

(٣) المحكم للقرآن ١٢٢/٥ ، دار إحياء التراث - بيروت - ١٤٠٥ هـ .

(٤) نخي زاده (إدام) ١٦٧/٢ ، دار إحياء التراث العربي . للمبسوط ١٠٤/١٦ ، ١٠٥ . وبدائع الصنائع ٧/٦٧ ، ٥٢ ، وفي طرح للتريب للبرائي ١٧٠/٧ ، دار إحياء الكتب العربية ، الأظهر من قول الشافعي جواز القضاء بالعلم في غير حدود الله تعالى . وجاء في حواشي الشرواني ٥٦/٩ - دار الفكر بيروت : " الحاكم يحكم بعلمه إلا في حدود الله تعالى " .

(٥) ابن حجر الهيتمي (٩٠٩-٩٧٣ هـ) : لحمد بن حجر الهيتمي (أو الويثمي) شهاب الدين أبو العباس ، ولد في محلة أبي الهيثم بمصر ، تلقى علومه بالأزهر فبرع فيها خصوصاً فقه الشافعي . انتقل إلى مكة وصنف بها كتبه وبها توفي من تصانيفه (تحفة المحتاج شرح المنهاج) . [مجم المؤلفين ١٥٢/٢ ، الأعلام للزركلي ١/٢٢٣] .

(٦) ١٤٩/١ ، دار إحياء الكتب العربية .

(٧) ١٤٩/١٠ ، دار إحياء الكتب العربية .

(٨) ينظر : طرح التريب للبرائي (١٧٠/٧ ، دار إحياء الكتب العربية) . حيث قال : الأظهر من قول الشافعي جواز القضاء بالعلم في غير حدود الله تعالى وأيضاً نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشهاب الدين الرملي (٢٥٩/٨ ، ٢٦٠) قال : والظاهر أنه يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالى كحد الزنا ومحاربة أو سرقة ، أو شرب وكذا تعازيره لمسقوطها بالشبهة مع نيب سترها في الجملة ، إلا ما ظهر منه في مجاس حكمه ما يوجب تزييراً عزره ، أما حدود الأئمة فيقضي فيها سواء المال والقود وحد التنف،

جاء في إعانة الطالبين للبكري حل ألفاظ فتح المعين للملياري : (لا يقضي بعلمه في حدود أو تعزير الله تعالى كحد الزنا أو سرقة أو شرب لندب السر في أسبابها أما حدود الآدميين فيقضي فيها به سواء المال والقود وحد القذف وإذا حكم بعلمه لابد أن يصرح بمستنده فيقول علمت أن له عليك ما ادعاه وقضيت أو حكمت عليك بعلمي فإن ترك أحد هذين اللفظين لم ينفذ حكمه قاله الماوردي وتبعوه) (١) .

وفي معين الحكام (٢) : يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه على السكران إذا وجدت به أمارات السكر ولا يكون ذلك حذاً .

ومن لطائف ما ذكره الطرابلسي : (أنه حكى عن بعض قضاة العدل ، قال أصحاب هذا القاضي : وكنا معه في بعض الأمور في موكب حافل من وجوه الناس ، إذ عرض لنا فتى شاب قد خرج من بعض الأزقة يتمايل سكرأ ، فلما رأى موكب القاضي هابه وأراد الانصراف فخائته رجلاه فاستند إلى الحائط وأطرق ، فلما قرب القاضي رفع رأسه ثم أنشأ يقول :

ألا أيها القاضي الذي عم عدله	فأضحى به في العالمين فريداً
قرأت كتاب الله تستعين مرة	فلم أر فيه للشاربين حدوداً
فإن شئت أن تجلد فدونك منكباً	صبوراً على ريب الزمان جليداً
وإن شئت أن تعفو تكن لك منة	تروح بها في العالمين حميداً
وإن كنت مختاراً لحد فإن لي	لساناً على هجو الزمان جديداً

ويلظر أيضاً حاشية الجمل. سليمان بن منصور السجلي المصري (الجمل) ٣٤٨/٥، دار الفكر ، وحاشية البيهقي على المنهج ٣٥٤/٤، دار الفكر العربي .
(١) ٢٧٥/٤، دار إحياء الكتب العربية ، البابي الحلبي .
(٢) ص ١٢١، ١٢٢ .

وعدم جواز قضاء القاضي بعلمه في حدود الله الخالصة ، أنها تدراً بالشبهات، ويندب سترها إلا ما استثناء بعض الفقهاء بأسبابه على نحو ما ذكرنا آنفاً عنهم .

والجدير بالذكر أن الإمام أبا حنيفة لم يجر للقاضي أن يحكم بعلمه فيما قبل توليه منصب القضاء ، وفيما كان خارج مصره ، أو خارج نطاق اختصاصه ، وسبب التفرقة عنده بين علم القاضي بعد توليه القضاء أو في مكان اختصاصه أو إذا لم يكن متولياً منصب القضاء ، هو أن العلم الحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء ، فأشبهه البيئة القائمة فيه ، أو هو في معنى البيئة، والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه ، حاصل في وقت هو غير مكلف بالقضاء ، فلم يكن في معنى البيئة فلم يجر القضاء به، فهو الفرق بين العلمين^(١).

وقال الجصاص في أحكام القرآن^(٢): أبو حنيفة وأبو يوسف لا يقبلون قول الحاكم بما يوجب الحد لأنهما يقولان : لا يحكم بعلمه في الحدود ، قيل : ليس معنى ذلك أن قول الحاكم غير مقبول إذا قال : ثبت ذلك عندي ببيئة أو إقرار .. لأن قولهما أن ذلك مقبول ، إذا قال : قد شهد عندي شهود بذلك ، أو قال : أقر عندي بذلك . أما أنه لا يحكم بعلمه في الحدود لو أنه شاهد رجلاً على زنا أو سرقة أو شرب خمر لم يقر عليه الحد . أ.هـ

وقد استدل أصحابنا وبعض الشافعية ، بالأدلة التي استدلت بها المجوزون لحكم للقاضي بناء على علمه الشخصي في حقوق الأفراد ، وغيرها على النحو الذي ذكرناه في المبحث الثاني ، وأما استدلالهم على عدم جواز القضاء بعلم القاضي في الحدود الخالصة لله تعالى ، على النحو التالي :

استدلوا بالسنة المطهرة ، والآثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم ، كما استدلوا بالمعقول .

(١) المبسوط ١٢٤/٩ ، ١٢٥ ، معين الحكام ص ١٢١ . للبدائع ٧/٧ ، دار الكتب العلمية . ومجمع الأئمة في شرح ملتقى الأبحر لدماد لندي ١٦٧/٢ ، ١٦٨ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .
(٢) ٤١٦/٢ .

* أولاً: استدلالهم من السنة:

١- سبق ذكر من استدل لإقامة الحد بقول النبي ﷺ : " أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم " ، وبين أهل العلم من الحنفية أن هذا يشبه قوله تعالى : " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " ، والمراد رفعه إلى الإمام لإقامة الحد ، فهو على هذا المعنى (١) .

٢- روي عن رسول الله ﷺ في قضية الملاعة قوله : " لو كنت راجماً أحداً بغير بينة رجمت هذه " ، فيظهر من الحديث ، أنه ﷺ علم بزنا هذه ولم يحكم بعلمه ، وعليه تقاس الحدود الخالصة لله تعالى ، وقد تلحق القاضي التهمة بحكمه فيها بعلمه ، حيث لا مطالب بها ، والندب والستر فيها ، أما حقوق الأفراد فهناك من يطالب بها .

وسبق أن ذكرنا أن النبي ﷺ ترك إقامة الحد في الملاعة لوجود الشبه المولود بالزاني ، ولوجود معارض أقوى هو النص على الملاعة في القرآن الكريم .

المناقشة :

إلى جانب ما سبق أن ذكرنا في رابعاً من المبحث الأول ، أنه لا يصح الاستدلال بهذا الحديث في هذا المقام - قضاء القاضي بعلمه - لأن القضاء في هذه القضية مرجعه إلى القرائن وليس علم الرسول ﷺ حيث ظهرت على هذه المرأة أمارات الزنا ، وأن النبي ﷺ لم يحكم بعلمه لكونه قد حصل التلاعن ، وهو أحد الأسباب الشرعية الموجبة للحكم بعدم الرجم (٢) ، وقال الشوكاني أيضاً : على أنه لا يجب الحد بالتهم ولا شك أن إقامة الحد إضرار بمن لا يجوز الإضرار به ، وهو قبيح عقلاً وشرعاً فلا يجوز منه إلا ما أجازته الشارع كالحدود والقصاص وما أشبه ذلك بعد حصول اليقين (٣) .

(١) راجع ما سبق من المبحث الثاني سابقاً .

(٢) ليل الأوطار ٣٢٧/٨ .

(٣) المرجع السابق ١١٧/٧ .

٣- واستدلوا بحديث رسول الله ﷺ: " ادعوا الحدود بالشبهات "، وفي رواية: " ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً " (١)، وقالوا لما كان علم القاضي يورث شبهة في إثبات الحدود ؛ لأنها حقوق لله ويستوي الكافة فيها، وهذه الشبهة تكفي لدرء الحد وإسقاطه فلا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه فيها .

المناقشة :

حمل ابن حزم بشدة على الاحتجاج بهذا الحديث قائلاً : هذا باطل ما صح قط عن النبي ﷺ، ولا فرق بين الحدود وغيرها في أن يحكم في كل ذلك بالحق (٢)، وقال أيضاً : (أنه قد جاء عن طرق ليس فيها عن النبي ﷺ نص ولا كلمة وإنما هي عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها)، ثم أورد بعض الأسانيد التي ضعف بها هذا الحديث ، ثم قال بعد ذلك: (أن هذا اللفظ إن استعمل أدى إلى إبطال الحدود جملة على كل حال ، وهذا خلاف إجماع أهل الإسلام ، وخلاف الدين وخلاف القرآن والسنن ، لأن كل أحد هو مستطيع أن يدرأ كل حد يأتيه يقيمه فبطل أن يستعمل هذا اللفظ وسقط أن تكون فيه حجة) (٣) .

إلا أنه يمكن أن يرد على ذلك ، بأن الحديث روي عن أبي هريرة ، وعن عائشة عن ابن ماجة ، والترمذي وبطرق عدة فيها ضعف ، وقال الترمذي أنه قد روي موقوفاً ، وأن الوقف أصح ، وقد روي عن غير واحد من الصحابة رضي الله عنهم كما ذكر الشوكاني في نيل الأوطار (٤) ، فقد روي عن علي مرفوعاً ، ولكن فيه المختار بن نافع ، قال البخاري : منكر الحديث ، وأصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود : " ادعوا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم "، وعن عقبة بن عامر ومعاذ موقوفاً ، وروي منقطعاً وموقوفاً على عمر ، ورواه ابن حزم في كتاب الاتصال عن عمر موقوفاً عليه . قال الحافظ : وإسناده صحيح ، ورواه ابن أبي شيبة عن

(١) ذكره السيوطي في الجامع الصغير ٥٢/١ ، رقم (٣١٣) لابن أبي شيبة . وللترمذي . والحاكم في مستدركه . والبيهقي في شعب الإيمان عن عائشة ، وقال حديث صحيح . ورقم (٣١٧) لابن ماجة - عن أبي هريرة وقال حديث حسن .
(٢) المحلى بالآثار ٥٢٥/٨ ، المسألة (١٨٠٠) .
(٣) ٥٢٦/٢ ، المسألة (١٨٠٠) .
(٤) ١١٨/٧ (٤) .

طريق إبراهيم النخعي عن عمر بلفظ : (لأن أخطئ في الحدود بالشبهات ، أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات) . وفي مسند أبي حنيفة للحارثي عن طريق مقسم عن ابن عباس مرفوعاً ، بلفظ : " ادعوا الحدود بالشبهات " (١) .

قال الشوكاني : (وما في الباب وإن كان فيه المقال المعروف فقد شد من عضده ما ذكرناه فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهات ، وقد أخرج البيهقي وعبد الرزاق عن عمر أنه عذر رجلاً زنى في الشام وادعى الجهل بتحريم الزنا ، وكذا روى عنه عن عثمان أنهما عذرا جارية زنت وهي أعجمية ، وادعت أنها لم تعلم التحريم) (٢) .

ومن ثم لا يسلم لابن حزم فيما ذكره فالحديث تلقته الأمة بالقبول وعمل به جمهور الفقهاء في كل الأزمنة والأمكنة ، وليس من المتصور عقلاً أن يقول صحابي في قضية يمثل هذه الخطورة برأيه ، لإبطال حد من حدود الله ، لو لم يكن علمه من رسول الله ﷺ مع ثبوت صحته عن ابن مسعود ، ورفعته عن طريق ابن عباس . وذكره السيوطي صحته عن عائشة فيما رواه ابن أبي شيبة والترمذي والحاكم، وحسنه في رواية أبي هريرة عند ابن ماجه.

والمتابع لأحاديث الرسول ﷺ يسلم يقينا بصحة هذا الحديث ، بعد مراجعته لماعز في إقراره ، لعلك قبلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت ، لدرء الحد عنه ، ولم يثبت ذلك عنه ﷺ في الحقوق والأموال ، فلم يقل مثلاً لمن أقر بدين عليه ، لعله كان وديعة عندك فضاغت منك . (٣) .

وهذا حديث لابن عباس ، خرجه النسائي ، ورواه أبو داود وأحمد ، وقوى الحافظ إسناده . مما يعضد ما ذكرناه فعن ابن عباس : " أن رسول الله ﷺ لم يفت (أي لم يقدره بقدر ولا حده بحد) في الخمر حداً . وقال ابن عباس : شرب رجل فسكر ، فُلقي يميل في الفج ، فانطلق به إلى النبي ﷺ فلما حاذى بدار

(١) ينظر المرجع السابق ١١٨/٧

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) إسماعيل المسند ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٢٧٥ .

العباس انفلت فدخل على العباس فالتزمه ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك وقال: "أفعلها؟" ولما يأمر فيه بشيء .

قال الشوكاني : إنما لم يقر الحد على ذلك الرجل لكونه لم يقر لديه ولا قامت عليه بذلك الشهادة عنده ، .. فيكون في ذلك دليل على أنه لا يجب على الإمام أن يقيم الحد على شخص بمجرد إخبار الناس له أنه فعل ما يوجب ، ولا يلزمه البحث بعد ذلك لما قدمنا من مشروعية الستر وأولوية ما يدرأ الحد على ما يوجب . .. وذهبت العترة إلى أنه يحكم بعلمه في الأموال دون الحدود إلا في حد القذف فإنه يحكم فيه بعلمه ^(١).

*ثانياً: استدلالهم من الآثار:

أولاً : روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : (لو رأيت أحداً على حد لم أحده حتى يشهد عندي شاهدان بذلك) ^(٢).

ثانياً : روى أحمد بسند صحيح إلا أن فيه انقطاعاً : (لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله تعالى ما أخذته ولا دعوت له أحداً حتى يكون معي غيري) ^(٣) .

ثالثاً : روي في البخاري - تعليقاً - أن عمر قال لعبد الرحمن بن عوف: (أرأيت رجلاً على حد؟ قال: أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين. قال: أصبت) ^(٤) ^(٥).

وفي رواية ذكرها ابن القيم : " أرأيت لو رأيت رجلاً قتل ، أو شرب ، أو زنا ؟ قال : شهادتك شهادة رجل ، فقال له عمر : صدقت) ، وروي نحو هذا عن معاوية ، وابن عباس ^(٦) .

وجه الدلالة :

هذه الآثار تدل بمفهوم المخالفة على أن القاضي لا يحكم بعلمه في الحدود التي هي خالص حق الله تعالى أما في غيرها فيجوز أن يحكم فيها مستنداً إلى علمه الشخصي . وسبق أن ناقشنا هذه الآثار بما يغني عن إعادة القول فيها .

(١) نيل الأوطار ١٦٩/٧ .

(٢) تلخيص الحبير ١٩٧/٤ ، المدينة المنورة ، ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م ، نيل الأوطار ١٦٦ / ٩ .

(٣) نيل الأوطار ٣٢٨/٧ ، المحلى لابن حزم ٥٢٣/٨ .

(٤) مصنف عبد الرزاق ٤٣٠/٨ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢ هـ .

(٥) صحيح البخاري ٢٦٢٢/٦ ، دار ابن كثير اليمامة ، بيروت ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م .

(٦) الطرق الحكيمة ص ٢٢٨ ، والمحلى بالآثار لابن حزم ٥٢٣/٨ ، دار الفكر - سنن البيهقي الكبرى ١٤٤/١٠ .

* ثالثاً: استدلالهم بالمعقول:

أولاً: حدود الله تقبل الرجوع ولو بعد الإقرار بها من مرتكبها ، وفي هذا الحال لا يقام الحد للتعارض بين الإقرار والرجوع عنه ، ومثل ذلك يقال فيما علمه القاضي ويستوجب حداً ثم ينكره المتهم لم يكن للقاضي أن يقيم عليه الحد للتعارض بين ما علمه وإنكار المتهم (١).

ثانياً: الحدود الخالصة لله هي حق الله تعالى ويستوفيها الحاكم على سبيل النيابة وليس هناك من يطالب بها من الأفراد ، ولو فتح الباب للقاضي ليحكم فيها بمقتضى علمه ، لفتح باب التهمة على نفسه ، وهو مأمور بصون نفسه من مواطن الريب والشبهات ، هذا بخلاف حقوق الأفراد أو الحقوق المشتركة فهم يطالبون بها ومن ثم تنفي التهمة عن القاضي إذا حكم فيها بمقتضى علمه (٢).

المناقشة :

استدلالهم بالمعقول لا يسلم لهم فإن التهمة إذا كانت تنطبق على القاضي في إقامة الحدود بعلمه ، فسائر الحقوق الأخرى ليست بمناس عنها . وأما عدم جواز حكم القاضي بعلمه لإنكار المتهم لإقراره لدى القاضي منعاً لهذا التعارض ، فيجاب عن ذلك أنه ثبت بالنص أن الحدود تدرأ بالشبهات، واحتمال الشبهة وارد، فقد يقر المقر بالباطل، كما قد يتواطأ الشهود فيشهدون بغير الحق أو يخطئون الشهادة . روى الشعبي أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه، ثم أتياه برجل آخر، فقالا: إنما أخطأنا بالأول وهذا السارق، فأبطل شهادتهما على الآخر، وضمنهما دية الأول، وقال: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعكما (٣).

ونرى وجاهة هذا الرأي لأن الحدود تدرأ بالشبهات ويندب فيها السر والاحتياط.

(١) المبسوط ١٠٤/١٦ .

(٢) نص المرجع السابق .

(٣) رواه الشافعي في الأم ٤٩/٧ .

المبحث الخامس

في

موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه

مع أن الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية يترتب عليها آثار معينة^(١). وعلى الخصوم أن يلجأوا في إثبات حقوقهم إلى الطرق التي حددها القانون ، وتلك الطرق هي الكتابة ، وشهادة الشهود ، والقرائن ، وحجية الأمر المقضي ، والإقرار ، واليمين ، والمعينة ، والخبرة ، إلا أن تنظيم الإثبات عند القانونيين يتنازع اتجاهات ثلاثة، نبينها في المطالب التالية :

المطلب الأول

الإثبات الحر

وهو يقوم على إطلاق يد القاضي في البحث عن الحقيقة ، وله أن يلجأ إلى جميع الوسائل من أجل الوصول إليها ، ويتحرى الحقيقة بكافة الوسائل والحيل^(٢)، إذ يحق له أن يستدرج الخصم لينتزع الحقيقة منه ، وله أن يستعمل الحيل من أجل معرفة أين تقع الحقيقة ، وللقاضي أن يعتمد على علمه الشخصي ويمكنه أيضاً أن يعتمد على مدى ما يعهده في كل خصم من أمانة وثقة ، وبذلك يكون القاضي محققاً لأكبر قدر من العدالة . وهذا الاتجاه يشبه ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري^(٣).

وانتقد هذا المذهب بأنه يسلم الخصوم للقاضي ؛ لكي يفصل بينهم اعتماداً على نزاهة القاضي وعلى الثقة فيه ، ولكن القاضي بشر والبشر منهم النزيه وغير النزيه ، وربما يكون القاضي من النوع الثاني فلا تحقق العدالة ، كما أن تقديرات القضاة تختلف من قاضٍ لآخر ، فقد يضيع حق المحق ، وقد يراوغ الخصم

(١) الوجيز في أصول الإثبات ، د. عبد الرشيد مامون ، ص ٢، دار النهضة العربية ، مصر .

(٢) وهي الحيل المشروعة في الشريعة التي يستخرج بها الحق من لظالم القادر ، كما أشار إلى ذلك العلامة ابن القيم في الطرق الحكمية ص ٥٠ ، في دعوى المراكين الكبرى والصغرى بادعاء كل منهما أن الولد ولدها وأن الذئب ذهب بولد الأخرى ، ومسبق أن لشرنا إلى هذه القصة بجانب حيل أخرى بينهما في كتابية للطرق الحكمية وأعلام الموقعين .

(٣) ولعل أبرز من قال بهذا الاتجاه أيضاً العلامة ابن القيم ، كما سبق أن بينا ما يراه أن طرق الإثبات غير مقيدة ، فالقاضي يستند في حكمه إلى الحجج والبيّنات التي يراها تبين الحق وتظهره فإذا ظهرت إمارات للعدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله وبينه والله سبحانه أعلم ولحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وإماراته وأعلامه بشيء لم ينفي ما هو أظهر منها . ينظر طرق الإثبات الشرعي للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ١٤ ، طبعة ١٩٨٥ . نادي القضاة .

ويماطل ويطليل أمد النزاع أملاً في عرض النزاع على قاض آخر يختلف تقديره عن القاضي المعروض عليه النزاع (١).

المطلب الثاني

الإثبات المقيد

وهو يقوم على تحديد أدلة الإثبات على سبيل الحصر ، ويحدد قيمة كل دليل فلا يعطي القاضي لدليل قيمة أكبر من التي حددها القانون ، فالقاضي يقف من الدعوى موقفاً محايداً ، فلا يفصل فيها بناء على علمه الشخصي ، فلا يستمع إلا للخصم الذي يقدم دليلاً حدده القانون ، مع إعطاء الخصم الآخر فرصة مناقشته ، وذلك لبث الثقة في نفوس الخصوم ، ويطمنون إلى قضاء القاضي ، وبذلك يتحقق الاستقرار في المجتمع . وهذا يشبه ما ذهب إليه الذين قالوا بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه .

إلا أنه يعاب على هذا الاتجاه أنه يجعل دور القاضي سلبياً ، ويمنعه من الحكم بالحقيقة ، إذا كانت لدى الخصوم أدلة غير مدرجة في الوسائل التي حددها القانون (٢).

المطلب الثالث

المذهب المختلط

وهو يقوم على الجمع بين الاتجاهين السابقين ، أخذاً بمزاياهما ، وطرح عيوبهما ، فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي ، ومبدأ حصر أدلة الإثبات في الأدلة التي حددها القانون ، ولكنه يسمح للقاضي بتقدير قيمة كل دليل ، فمثلاً يجوز أن يأخذ بشهادة الشهود أو يحكم بعكسها ، أو يأخذ بشهادة القلة ويستبعد شهادة الغالبية فهو

(١) السابق ، ص ٦٠ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٧٠ . [وحياد القاضي يلمنه أن يقضي بلمه الشخصي عن وقائع الدعوى . . وهذا ما عبرت عنه المادة ١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بقولها : " لا يجوز للقاضي أن يحكم بناء على معلوماته الشخصية في الدعوى " . والسبب في ذلك : " أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل ، انتهى الأمر أن ينزل للقاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز ..] ص ٢٤ ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية د. محمد يحيى مطر ، الدار الجامعية ، ١٩٨٧ . ويرى السنهوري [الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ٢/٢١] " أن منع القاضي من الحكم بمعلوماته الشخصية يعد لتجبة لمبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى ، وليس إزعاجاً من مبدأ حياد القاضي " . إلا أن الأستاذ الدكتور / أحمد أبو الوفا ، يرى : " أن مبدأ منع القاضي من الحكم بمعلوماته الشخصية لا يتأتى من مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقوم في الدعوى ، وإنما يتأتى من أن ما شاهده للقاضي أو ما سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر حتماً في تقدير القاضي ، بل قد يشل هذا التقدير . وهو عندئذ يصلح أن يكون شاهداً في القضية ليقدر قاض آخر شهادته ، ولما لا يصلح أن يكون قاضياً ، ولا اعتبر قاضياً وشاهداً في وقت واحد " . [أحمد أبو الوفا / قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية - ١٩٨٠ ، ص ٢٢] .

حر في تكوين عقيدته ، ويتمتع بسلطة تقديرية بالنسبة للقرائن القانونية ، ويلزم بالأخذ بالدليل الكتابي طالما لم ينكر أو يطعن فيه بالتزوير ، وإذا عدل عن دليل إلى دليل آخر فعليه أن يقوم بتسبيب حكمه ودوافع عدوله ، ويؤدي هذا المذهب إلى استقرار المجتمع ، ويجعل الخصم في حالة اطمئنان ؛ لأنه يبعدهم عن تحكم القاضي ويخفف مساوئ الاتجاه المقيد في الإثبات ، وهذا المذهب هو المطبق في القانون المصري ^(١) ، الذي أخذت عنه معظم قوانين الدول العربية .

والجاري في أنظمة القوانين العربية لتحقيق مبدأ حياد القاضي أنه لا يجب على القاضي أن يقضي بعلمه الشخصي ، أي لا يستند إلى واقعة أو دليل معين يعلمه هو شخصياً دون أن يقدم له عن طريق الخصوم ، ولا يجوز له بالتالي أن يؤسس حكمه على هذه الواقعة أو ذلك الدليل ، إنما يؤسس حكمه بناء على الدليل الذي يقدمه أحد الخصمين في الدعوى ، ويكون مطابقاً للقانون ، وبحسب قيمة كل دليل ووفقاً للقواعد القانونية المنظمة لأدلة الإثبات ، وهو ما جرت عليه محكمة النقض المصرية ، حيث قضت بأنه متى كان المبدأ الأساسي الذي يحكم النظرية العامة في الإثبات هو مبدأ حياد القاضي فلا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي ^(٢) .

وإذا كان القانون المدني المصري يأخذ في الوقائع المدنية بالمذهب المختلط بين النظام الحر والمقيد ، فإن قانون الإجراءات الجنائية يأخذ بنظام الإثبات الحر أو المطلق إلا في بعض الاستثناءات — كما في جريمة الشريك في زنا الزوجة فلا يحكم فيها إلا بناء على توافر أدلة معينة كوجوده في حالة تلبس ، أو اعترافه ، أو أدلة كتابية تدل على ارتكاب الزنا ، أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم م ٢٧٦ عقوبات ، وكمحاضر المخالفات والإثبات في المواد غير الجنائية ، كإثبات الملكية في السرقة ، والعقود التي تقوم عليها جريمة خيانة الأمانة . وسبب الخلاف أن الدعوى الجنائية تمثل أهمية للمجتمع بينما الدعوى المدنية لا تهم إلا أطرافها . من حيث أن الجريمة تمثل عدواناً على المجتمع ،

(١) المرجع السابق د. عبد الرشيد مامون.

(٢) د. أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بلد ٤٠٤ ، ص ٦٥٤ ، نقض مدني — طعن رقم ٤٩ — جلسة ١٢/٤/١٩٨٧م ، سنة ٢٩/ص ٩٩٩ ، ونقض مدني رقم ١٠٩٧ ، جلسة ٢٠/٥/١٩٧٩ سنة ٣٠/٢/٥٣٩ د. سلامة — روبي عبد العزيز — الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات ٢٨/١ .

ومن ثم فالقاضي الجنائي عليه أن يتحرى وينقب عن الحقيقة بكافة الطرق والوسائل سواء كان منصوباً عليها في القانون أم لا ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٩١ ، إجراءات جنائية ، على أنه : (للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم أي دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة) ، كما أن الوقائع المدنية تنصب على أعمال قانونية ، بينما يتعلق الإثبات في المسائل الجنائية بوقائع نفسية أو مادية ، فحرية الإثبات فيها مكفولة لخصوم الدعوى من جانب وللقاضي من جانب آخر ، ومع هذا يشترط أن يكون الدليل الذي يحكم به القاضي قد طرح في الجلسة ، وألا يكون صدر تحت وطأة الإكراه أو التهديد به (م ٣٠٢) ، فالقاضي لا سلطان عليه في تكوين عقيدته إلا ضميره. جاء في المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية : (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ..) .

بيد أن هذه الحرية في الاقتناع يقيدتها شروط تسبب حكمه .

المطلب الرابع

بين الشريعة والقانون

اتضح لنا أن القانون الجنائي يأخذ بمبدأ حرية الإثبات إلا في بعض الأحوال ، فإنه يأخذ — على سبيل الاستثناء — بالمذهب المقيد . وفي القانون المدني يأخذ بالمذهب المختلط بين الحر والمقيد .

لكن الشريعة الإسلامية التي حظي فيها القضاء بتتظيم واسع ، قد أولت الإثبات أهمية كبرى ، باعتباره أساس الحكم فقد جمعت بين تقييد القاضي وحرية في الإثبات ، مع منحه حرية أوسع في ذات الوقت وصولاً للحق والعدل ، فكلما كان الحق متعلقاً بحقوق الأفراد ، فإنها أفسحت المجال في إثبات هذه الحقوق ؛ لأن الأفراد يمكنهم إثباتها بكل وسائل الإثبات المتاحة ، كما أنها تمكن للقاضي من أن يصلح بينهم ، كما فعل النبي ﷺ في بعض القضايا المعروضة عليه ، كما أن الأفراد الغالب أنهم لا يتسامحون في حقوقهم لحاجتهم إليها ، أما حقوق الله تعالى الخالصة ، فإن الشريعة تأخذ فيها بمبدأ الإثبات المقيد ، فقد حددت الطرق والشروط التي تثبت بها هذه الحقوق ، — ومن ثم تتشدد في الإثبات ؛ لأن هذه الحقوق تتعلق بالحدود التي رغب المشرع في الستر فيها على عباده ، ودرئها

بالشبهات والقصاص الذي حث فيه على العفو ، وتأخذ فيما عدا ذلك بنظام الإثبات الحر في كافة الجرائم الأخرى والتعازير ، ولذلك وجدنا جمعاً كبير من فقهاء الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الفقهية يذهبون إلى عدم جواز قضاء القاضي استناداً إلى علمه في الحدود على وجه خاص .

المبحث السادس

(الرأي المختار)

القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود ، ويكون شاهداً في غيرها .
نتناول في هذا المبحث ، نظرة في الآراء الفقهية السابقة في (مطلب أول) ، وما نرجحه في (مطلب ثانٍ) ، على النحو التالي :

المطلب الأول

نظرة في الآراء الفقهية السابقة

بعد عرضنا لأشهر ما دار حول قضاء القاضي استناداً إلى علمه الشخصي في دعوى مقامة أمامه ، يعلم فيها المحق من المبطل بناء على إقرار أو سماع أو مشاهدة أو معاينة . وتبين لنا آراء أهل العلم بين مجوز له بأن يقضي القاضي في الدعوى بعلمه وبين مانع لذلك ، أو مقيد له في هذا الجواز .. والمقيدون يقولون لا يقضي في الحدود عموماً على قول ، أو لا يقضي في حد الزنا فقط على قول آخر . وهناك من يضعون قيوداً آخر ، كالحنفية ، حيث ذهبوا إلى أن حكم القاضي يكون قاصراً على ما علمه في وقت ولايته وفي مصره . وذهب الشافعية إلى أن القاضي الذي يقضي بعلمه لا يقضي إلا إذا كان مجتهداً لا قاضي ضرورة، وأن ينص في عريضة الحكم على أنه حكم بناء على علمه .

ومع المآخذ التي أخذت على أكثر هذه الآراء فيمكن القول بأن جميعها لا يخلو من فوائد ، حيث أن الثمرة المستفادة من التخاصم هي تسليم الحق لصاحبه ، وهذا واجب القاضي ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب كما تقرر في الأصول^(١).

(١) السبل الجليل للمتفق على حقائق الأثرمار ، للشوكاني ٢٦٣/٤ ، ٢٦٤ ، مطابع الأهرام التجارية - القاهرة ، لجنة إحياء التراث الإسلامي بوزارة الأوقاف ، طبعة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨ م .

والقاضي الذي يحكم بعلمه ، معلوم لكل عاقل أنه إذا كان يعلم بالقضاء ويدري بالشيء على جليته وحقيقته ، فهذا مستند فوق ما يحصل له من الأسباب التي وردت في الكتاب والسنة ، فإن غاية ما يحصل للحاكم بشهادة الشهود ، أو يمين المنكر ، أو إقرار المقر هو مجرد الظن المختلف فيه قوة وضعفاً ، لأن الصدوق قد يكذب ، والمقر على نفسه قد يقر بالباطل لغرض ، ولكن لما كانت هذه أسباب شرعية وردت في الكتاب والسنة وأجمع عليها أهل الإسلام كان القضاء بها حقاً في ظاهر الشرع ، بينما ما يعلمه القاضي هو أقوى من الظن ، وأن الاستناد إليه مقم على الاستناد إلى الظن ، بل لا يبقى للظن تأثير مع وجود العلم أصلاً ، فالحاكم الذي حكم بما يعلمه قد حكم بالعدل والحق والقسط بلا شك ولا شبهة عند من ذهب إلى ذلك (١).

وإذا نظرنا إلى الواقع فإنه لو منعنا القاضي من إصدار حكمه استناداً إلى علمه الشخصي نكون بذلك أهدرنا جانباً مهماً من البيانات القوية ، وأمتنا الحقيقة التي يعرفها القاضي كما يعرفها صاحب الحق ، وحكمنا بناء على أدلة زائفة ، فقد جاء في نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي (٢)، فيما رواه أبو داود عن بريدة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : " القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة ، رجل عرف الحق ففضى به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقضى به ، ورجل في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ففضى للناس على جهل فهو في النار " ورواه الحاكم (٣) في المستدرک مع زيادة . وهناك جملة من الأحاديث والآثار في نفس المعنى .

فالقاضي علم بأسباب الحكم بنفسه ، فإذا حكم بغير علمه فلم يكن قاضياً بالحق . وترتب على حكمه أن تزهق الأرواح ، ويعاقب الأبرياء بلا جريرة ، أو يزج بهم

(١) المرجع السابق ٢٦٢/٤ .

(٢) ٤١/٥، دبر الحديث ، الزيلعي : (ت ٧٦٢هـ) : هو أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي ، من كبار الحنفية الحفاظ خرج أحاديث الهداية ، في كتابه نصب الرأية ، وخرج أحاديث الكشاف ، وهو غير الزيلعي صاحب شرح كلز السطائق ، توفي بالقاهرة . (للدرر الكاملة ٤١٧/٢ ، الزركلي ٤٧/٤) .

(٣) للحاكم (٢٢١ - ٤٠٥ هـ) : هو محمد بن عبد الله بن حموية ، المشير بالحكم ، من حفاظ الحديث والمصنفين فوته ، من نيسابور ، سمع بنيسابور وحدهما من نحو ألف شيخ وبغيرها من نحو ألف ، وثقه بابي علي بن أبي هريرة وأبي سويل الصطوكي . كان يرجع إليه في علل الحديث . لهم بالتدريج ، ودافع عنه المبكي . من تصانيفه المستدرک على الصحيحين ، وتاريخ نيسابور ، ومعرفة علوم الحديث . (طبقات الشافعية للمبكي ١٤/٢ ، الزركلي ٢٢٧/١) .

غياهب السجون ، ويفسق العدول ، ويحكم ببراءة المجرمين ، وهذا مما يثير العجب والدهشة ، ويقلص الثقة في القضاة والقضاء . قال السرخسي في المبسوط^(١): الذي يقضي بعلمه أظهر الحق بحكمه ، وأنصف المظلوم من خصمه فهو في الجنة .

وفي الجانب الآخر لو أجزنا للقاضي أن يصدر أحكامه استناداً إلى علمه الشخصي في الدعوى المعروضة عليه ، فلا يؤتمن معه وجود قضاة تحكمهم الشهوات والنزوات ، بل قد يكون منهم من يوالي ذا سلطان ، أو تحركه أطماع دنيوية ، أو يكون المحكوم له ولي والمحكوم عليه عدو ولا نعلم ذلك ، فيستغل هذا الجانب فيحيل البريء مذنباً والمذنب بريئاً ، إما انتقاماً لأمر في نفسه ، أو محاباة لغيره ، أو لمحرك لا يعلمه إلا الله ، فنفتح الباب على مصرعية ، أمام قضاة السوء فيلقون التهم جزافاً على الأبرياء فيتحولون من قضاة عدل وإنصاف ، إلى قضاة ظلم وجور ، والضحية هم أصحاب الحقوق ، وهذا أيضاً مما يثير العجب والدهشة ، كما أنه في أقل الأحوال لا يمكن القول بعصمة القضاة ، مهما تمتع معظمهم بالحيدة والنزاهة ، فالعصمة للأنبياء وحدهم . فقد يخطئ القاضي فيما رآه أو سمعه ، أو أنه قد يتبدل الحال بالنسبة للخصوم بعد ما توفى له من علم لصاحب الحق ، فقد يكون الدين وقى ما عليه من دين لدائنه ، وقد أقربه أمام القاضي من قبل ثم جاء الدائن يطالب به مرة أخرى ، أو رجع المقر عن إقراره بعد ما سمعه القاضي ، وإن كان ذلك ليس في كل الأحوال ، فقد يرى القاضي بنفسه القاتل ، أو يسمع القاذف ، ويتهم غيره ، وعلى كل إذا أبيح للقضاة أن يقضوا بالعلم الشخصي مع احتمال وقوع الخطأ أو وجود قضاة السوء فقد يتناول الحكم الدماء والأعراض والأموال ظلماً وهذا خطر عظيم .

ومن ثم فإذا وقفنا بين الجانبين — مع عدم ترجيح رأي على آخر ، للأسباب المذكورة وإن كنا نرى قوة أدلة المجوزين — فليس أمامنا سوى دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف ، والضرر الأخف هو عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، سداً لذريعة إهدار الحقوق واستباحة الدماء والأعراض والأموال وتعرض القضاة للتهم

والريب ، وحتى لا نعطي لقضاة السوء سيفاً يسلطونه على رقاب العباد ، فالضرر الذي يقع من المنع هو أخف بالقطع من الضرر الذي يترتب على الإباحة ، خاصة في زماننا الذي ضعف فيه الوازع الديني لدى الناس ، وتغير الزمان ، ولذلك يقول الإمام الشافعي رحمه : " أما قضاة اليوم فلا أحب أن أتكلم بذلك كراهية أن أجعل لهم سبيلاً إلى أن يجوروا على الناس " (١).

وقال الربيع : الذي يذهب إليه الشافعي أنه يحكم بعلمه ؛ لأن علمه أكبر من تأدية الشاهدين الشهادة إليه وإنما كره إظهار ذلك لئلا يكون القاضي غير عدل فيذهب بأموال الناس (٢).

وأيضاً روى الربيع عن الإمام الشافعي ، أنه كان يرى القضاء بالعلم ولا ييوح به مخافة قضاة السوء (٣).

وقال الشربيني الخطيب : (إذا شهد شاهدان أمام القاضي بزوجية بين اثنين وهو يعلم أن بينهما محرمة أو طلاقاً بائناً ، فلا يقضي بالبيننة في ذلك ؛ لأنه لو قضى به لكان قاطعاً ببطلان حكمه ، والحكم بالبطلان حرام) (٤) فإذا قامت البيننة على ما يخالف علمه فلا يقضي بها قطعاً وعليه أن يعتزل نظر القضية أو يحيل المتداعيين إلى قاضي آخر ويكون شاهداً .

فهذا هو الإمام الشافعي - رحمه الله - الذي نسب إليه القول بجواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي مطلقاً .

ولهذه الأسباب نجد أن المتأخرين من فقهاء الحنفية قد عدلوا وأجمعوا على الفتوى بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه .

ففي رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٥) : (الفتوى اليوم عند المتأخرين على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا ؛ لفساد قضاة الزمان ، كما في جامع الفصوليين) . وذكر صاحب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٦) : (إن أكثر

(١) الأم ١٢٠/٧ .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) مغني المحتاج ٣٩٨/٤ .

(٤) السابق .

(٥) ٤٣٩/٥ ، دار الكتب العلمية .

(٦) على حيدر ، المادة (١٧٤٠) ، ٤/٤٨٤ ، دار الجيل بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م .

العلماء نظراً لفساد الزمان لا يعدون علم القاضي طريقاً للقضاء ،ومن أسباب الحكم ؛ لأن القاضي إذا حكم بعلمه يلقي نفسه تحت التهمة ويدعو إلى سوء الظن به ويكره أن يوجب أحد سوء ظن الناس فيه .. فلذلك ليس للقاضي في هذا الزمان أن يحكم بعلمه وبما أن الفتوى على ذلك فلم تعد المجلة علم القاضي من أسباب الحكم) .

ولقد كان نبينا ﷺ يعلم حال المنافقين ولم يحكم عليهم بعلمه ، ولما رآه بعض الصحابة مع زوجته صفية بنت حيي قال: " رويدكما أنها صفية بنت حيي " لئلا تتطرق إلى نفوسهم تهمة له. ولقد تقم القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي سداً للزريعة وصوناً للقضاء والقضاة من مسالك التهم والريب ، وأخذاً بالاحتياط وهو من أهم مقاصد الشريعة الحكيمة العادلة^(١).

وفي نفس الوقت لا نترك صاحب الحق هملأ ، ولا نضرب صفحاً عن حقه الذي ثبت بدليل قاطع ، فعلى القاضي أن يعمل على ما يحقق مصلحة صاحب الحق ، الذي لم يعلمه إلا هو ، حتى يصل الحق إلى صاحبه، ويكون ما يعمل به علمه القاضي شخصياً له اعتباره ، حيث أنه مفتاح وصول الحق إلى صاحبه .

المطلب الثاني

ما نراه راجحاً .

فنرى أنه على القاضي الذي علم بحق صاحب الدعوى المقامة أمامه أن يتنحى عن الحكم فيها ، أو يرفعها إلى قاض آخر أو محكمة أخرى مختصة ، ويكون أمامها شاهداً ، أو مخاطباً إياها بما يعلمه بكتاب موثق مزيل بتوقيعه مختوماً بخاتم محكمته ، حتى لا يكون حاكماً وشاهداً في آن واحداً .

وهذا الذي نراه لم يكن منطلقاً من فراغ بل يؤيده آثار عن الصحابة ، والتابعين وقال به جمع من الفقهاء منهم الذين يرون عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي مطلقاً كمشهور مذهب المالكية .

(١) د. سامح جاد ، مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٢٧٩ .

ذكر ابن حزم في كتابه المحلى بالآثار: (روي عن أبي بكر الصديق قال: لو رأيت رجلاً علي حد لم أدع له غيري حتى يكون مع شاهد غيري .

وأن عمر قال لعبد الرحمن بن عوف : صدقت، وأنه روى نحو هذا عن معاوية ، وابن عباس^(١) . وهذا في الحدود والقصاص .

وقد صح عن شريح أنه أختصم إليه اثنان فأثاه أحدهما بشاهد، فقال لشريح: وأنت شاهدي أيضاً ، فقضى له شريح مع شاهده بيمينه .
وصح عن الشعبي : لا أكون شاهداً وقاضياً^(٢) .

وهذه الآثار تدل على أن القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي ، ولكنه يترك صاحب الحق حتى يجد له مخرجاً مشروعاً يقبل به دعواه . وليس هناك خير من الشهادة ، تستخرج بها الحقوق ، وتطمئن إليها النفوس ، وتستقيم بها الدعاوى ، وتستقر بها العدالة .

وفي المبسوط وفي الأم للشافعي وغيرهما^(٣) : روي عن الشعبي وشريح، أن شريحاً - رحمه الله - أتى برجل محق في دعواه يعلم بذلك شريح ، فقال شريح له: انت الأمير حتى أشهد لك، فقال : أنشدك بالله أن يذهب حقي، وأنت تعلم ، فقال : انت الأمير حتى أشهد لك .

قال الشافعي - رحمه الله - : اختلف الناس في علم القاضي على قولين .. الثاني: لا يقضي بشيء من علمه في مجلس الحكم ، ولا في غيره إلا أن يشهد شاهدان بشيء على مثل ما علم، فيكون علمه وجهله سواء إذا تولى الحكم فيأمر الطالب أن يحاكم، إلى غيره ، ويشهد هو له ، فيكون كشاهد من المسلمين ، ويتولى الحكم غيره ، وهكذا قال شريح^(٤) .

وفي شرح البخاري : إذا سمع رجلاً طلق امرأته طلاقاً بائناً ثم رفعته إليه فأنكر، فإذا حلفه فحلف ، لزم أن يديمه على فرج حرام فيفسق به ، فلم يكن له بد

(١) المسألة (١٨٠٠) ٥٢٤/٨ ، دار الفكر ، أنظر الطرق الحكمية ص ٢٢٨ ، تفسير القرطبي ١٥/١٩٠ ، ١٩١ .
(٢) المرجع السابق ، المبسوط ١٠٥/١٦ ، والأم ٢٢٢/٦ ، ولأنظر مصنف عبد الرزاق ٨/٢٤١ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٣ هـ .
(٣) للمبسوط ١٠٥/١٦ ، والأم ١١٩/٧ ، ٢٢٤/٦ .
(٤) للأم ٢٢٤/٦ .

من أن يقبل قوله ويحكم عليه بعلمه، فإن خشي التهمة فله أن يدفعه ويقم شهادته عليه عند حاكم آخر^(١).

وفي شرح ميارة للفاسي^(٢) قال سحنون ، قال ابن القاسم : سئل مالك عن الخصمين يتخاصمان إلى القاضي فيقر أحدهما لصاحبه بشيء ، وليس عند القاضي أحد غيره : ثم يجحد المقر ، أترى للقاضي أن يحكم عليه بإقراره ومقاله؟ فقال: لا ، إلا بينة تشهد على إقراره سوى القاضي أو يرفعه إلى من فوقه فيكون شاهداً لا حاكماً.

وقال أيضاً:

وعدلُ إن أدى على ما عنده خلافةُ منعه أن يردّه
وحقّه إنهاء ما في علمه لمن سواه شاهداً بحكمه^(٣)

وفي البهجة شرح التحفة للتسولي^(٤) : (إذا كان القاضي العالم - يخالف علمه شهادة العدل - رفع شهادته لمن سواه من القضاة وولاه السوق والأمرء ومن حكمه الخصمان حال كون القاضي شاهداً بحكمه .. وإذا شهد عند القاضي شهود عدول بما يعلم خلافه فلا يحل له أن يقضي بشهادتهم وينفع الخصمين عن نفسه ويكون شاهداً عند من يتحاكمان إليه ذكره ابن العطار .. وعن سحنون إذا تناقض ما شهدوا به مع ما يعمله القاضي فلا يحكم بشهادته ولا ينفذها ، ولا يحكم بشهادتهم ولا يردّها لظهور عدالتهم ولكن يرفع ذلك لمن فوقه ، ويشهد بما علمه وغيره بما علم ، وكذا لو شهد القاضي في قضية مع شاهد آخر لا يستقل الحكم به فإنه يرفع ذلك لمن فوقه).

ومن ثم فإننا نجد من الآثار وأقوال الفقهاء - إلى جانب أهمية الشهادة في الكتاب والسنة والإجماع - أن القاضي لا يحكم في دعوى مقامة أمامه بعلمه الشخصي ، بل يجعل بنفسه ، لإحقاق الحق وإبطال الباطل ، وإنصاف المظلوم من الظالم

(١) الشرح على الفتح ١١٨/١٢ .

(٢) ٣٠ / ١ ، دار للمعرفة .

(٣) قال القاسم في شرح ميارة ٢٠/١٥ في شرح ذلك : (يعني أن الشاهد العدل إذا أدى شهادته عند القاضي والقاضي يعلم خلاف ما شهد به ذلك العدل ، وليس للقاضي أن يرد شهادته ، لكونه يعلم خلاف ما شهد به ذلك العدل ، وذلك لأنه لا يحكم بعلمه ، ولكن يرفع القاضي فإنه لا يحكم بعلمه كما تقدم ، ولكنه يرفع ذلك لغيره على أنه شاهد لا حاكم .

(٤) ٤٤/١ ، دار للمعرفة للطباعة والنشر - بيروت - الطبعة الثانية ، ١٣٦٧هـ / ١٩٧٧م .

شريطة أن يرفع صاحب الحق دعواه أمام القاضي الذي يعلم حقه ، وأما في حال إزالة منكر سيقع فالقاضي : هو الذي يحرك الدعوى بناء على علمه الشخصي لمنع الحرام ، كمن بانته منه امرأته وهو يقيم معها ، أو من يبيع عبداً أعتق ، أو يعلم قاتل المجني عليه والمتهم غيره .

ومن ثم يترجح لدينا أن القاضي لا يقضي بعلمه ، وفي نفس الوقت لا يُغفل هذا العلم الذي فيه إنصاف لصاحب الحق ، وهنا يحيل الدعوى إلى جهة قضائية أخرى تنتظر الدعوى ويكون فيها شاهداً ، أو يكتب إلى هذه الجهة كتاباً موثقاً ، بشهادته ، وذلك لإحقاق الحق وإبطال الباطل .

* الخاتمة *

لالحق طرقاً توصل إليه بينتها ونظمتها الشريعة الحكيمة . فما على صاحب الحق المتنازع فيه إلا أن يسلك أي من هذه الطرق، ليثبت بها حقه أمام القضاء الذي ينصفه من خصمه ويأخذ له حقه ، لا سيما إذا كان الخصم ممتنع عن أداء الحق، أو مراوغ فيه، و أو منكر له.

١- ولما كان المدعي يدعي خلاف الأصل - فالأصل براءة ذمة المدعي عليه- فعلى المدعي عبء الإثبات أمام القضاء، ولذلك لا يقبل منه ادعاء لا دليل معه عليه، أو لم يكن لا نزاع فيه ، أو لا غاية ولا هدف من ورائه ، والقضاء لا يسعه أن يحكم في أدعاء بغير دليل؛ لأن الدعوى التي تجردت من الدليل هي دعوى فقدت قوتها وحجتها.

٢- ومن هنا تظهر أهمية الإثبات في الفقه الإسلامي، لأن به يحق الحق ويبطل الباطل، ويعرف به الغث من السمين، ويكون حاجزاً أمام الأقوال الكاذبة والدعاوى الباطلة، ومن ثم فقد أعلنت الشريعة قيمة البينات، وجعلت الشهادة بمنزلة الروح للحقوق، لأن بها تحيا الحقوق وتقطع المظالم.

كما أن البينات هي سند القاضي في أحكامه، ووسيلته في بيان قوتها، وطريقة في إلزام الخصم بما عليه. كما أنها تدخل في جميع الحقوق عامة كانت أو خاصة، وأنها دليل حضارة المجتمع وتقدمه، على خلاف المجتمعات القديمة والبدائية والقبلية التي لا وسيلة فيها لأصحاب الحقوق إلا أن يأخذوها بأيديهم، أو بالقوة، فمن عجز عن ذلك ربما ضاع حقه.

وبعد الإثبات وسيلة هامة في حماية الحق، فإن كثير من الأفراد الذين يفقدون حقوقهم إنما فقدوها لعدم وجود دليل يحمي هذا الحق أو لعجزهم عن تقييمه أو لتفريطهم فيه، حيث قال المصطفى ﷺ: " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر " وقال لأحد المدعين " شاهدك أو يمينه، ليس لك إلا ذلك".

٣- ولذلك فإن فقهاءنا العظام قد أولوا طرق الإثبات أهمية بالغة فأفردوا كل منها بالبحث والتقصي مع بيان كيفية الإثبات بها، فاتفقوا على بعضها، واختلفوا في

كثير منها، فذكروا الشهادة والإقرار والكتابة، واليمين والقسامة والنكول، ومنهم من توسع في ذلك فاعتبر من وسائل الإثبات أيضاً القرائن، والفراسة. والحيل المباحة، والقيافة، وشهادة الواحد، وشهادة أهل الخبرة، وشهادة المرأة، ورد اليمين، والحكم بالاستفاضة، والحكم بالحسبة، وكتاب القاضي، وقضاء القاضي بعلمه وغير ذلك باعتبار أن كل ما يبين الحق ويظهر العدل فهو من شرع الله ودينه. حتى ذهب بعض أهل العلم إلى أنه على الإمام أن يقيم ناساً شهوداً ويجعل لهم من بيت المال أرزاقهم، لا شغل لهم إلا تحمل حقوق الناس وحفظها، حتى لا تضيع حقوقهم أو تبطل، واحتج بقوله تعالى: "والعاملين عليها" وبآية الدين في سورة البقرة.

٤- ومن ثم قد بينا شروط الإثبات، لأهميتها في قبول الدعوى وذلك بأن توجد دعوى تتقدم على البيئة، ويبدأ القاضي بسؤال المدعي عن بيئته التي تؤيد دعواه، بشرط أن تكون البيئة منفكة عما يكذبها ويكون صاحبها عدل مرضى عنه، ولا تقبل إلا في مجلس القضاء، وأن لا يكون المدعي شاهداً أو حاكماً، وأن يكون دليل الإثبات موثقاً للدعوى ومنتجاً فيها، وموافقاً للشرع.

٥- ولما كان القاضي أحياناً قد يتحقق له وحده دون غيره العلم اليقيني، كأن يشاهد الحادثة محل النزاع أو يسمع شخصاً يقر أمامه بدين لآخر، أو رجل يطلق امرأته للطلق الثالثة فبانت منه، فهل يصدر حكمه في هذه الدعاوى بناءً على علمه الشخصي أو يمتنع عن الحكم فيها ويكلف المدعي البيئة التي تثبت صحة دعواه؟

٦- ومن ثم كان مدار بحثنا في هذا الموضوع الذي اختلف فيه أهل العلم بين مجوز لقضاء القاضي بعلمه، وبين ممانع، وبين مجوز له في غير الحدود. مع أنهم اتفقوا على جواز أن يقضي القاضي بعلمه في جرح وتعديل للشهود، وبما يصدر من الخصوم في مجلس حكمه كأن يقذف أحد الخصوم خصمه أو يضربه أو يجرحه مما لا يحتاج الأمر معه إلى بيئة، ولا يقضي بخلاف علمه، لأنه لو قضى به لكان قاطعاً ببطلان حكمه، والحكم بالباطل حرام، ويقضي بإقرار المدعي عليه إذا أقر بما عليه في مجلس القضاء، دون حاجة إلى تعضيد هذا الإقرار بشاهدين على نحو ما ذهب إليه جماعة من أهل العلم، وهو ما بيناه مناقشة وتفصيلاً.

٧- ثم ذكرنا المانعين لقضاء القاضي بعلمه وأقوالهم وأدلتهم في ذلك من القرآن، والسنة، والآثار، والمعقول. حيث احتجوا بأن القرآن الكريم أمر بجلد القاذف

ولو كان مشهوراً بالصدق، ما لم يأتي بأربعة شهود، ولكن ما لم يثبت بالشهود لا يمنع ثبوته بغيرهم، فإذا أقر المقتوف بما نسب إليه سقط عن القاذف الجلد.

واستدلوا من السنة بأن القاضي لا يصدر حكماً بناء على مجرد علمه الشخصي استناداً إلى قوله عليه الصلاة والسلام: "ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له نحو ما أسمع"، فلم يقل على نحو ما أعلم. وقد بينا أن هذا سنة من رسول الله ﷺ ليستن به الحكام. وغاية ما في الحديث أن القاضي يحكم على نحو ما يسمع، ولم ينف ما عداه مما يتوصل به إلى معرفة الحق. وأما الاستناد إلى أحاديث قال فيها النبي ﷺ للمدعي: "شاهدك أو يمينه"، وأن حصر الحجة فيهما، وعلم القاضي ليس أحدهما، فإن هذه الروايات لا تعني حصر وسائل الإثبات في البينة (الشهادة) واليمين؛ لأن النبي ﷺ كما ورد في هذه الروايات - لم يكن يعلم بالحق منهما من المبطل، كما أن مرتبة الشهود لا تبلغ مرتبة العلم الحاصل للقاضي بالمشاهدة أو الرؤية وما يجري مجراها. ولذلك قال ﷺ: "ممن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه، إنما أقطع له قطعة من نار" وأن أدلة الإثبات غير محصورة في الشاهدين أو اليمين بل جوزت الشريعة للقاضي أن يقضي بالإقرار وبالقسامة وبالكتابة وبالنكول وغيرها. وقد استدلوا بمجموعة أخرى من الأحاديث منها ما هو ليس من القضاء إنما هو مجرد إخبار منه ﷺ بالواقعة. من السياسة الشرعية لأن الدعوى القضائية التي لا تشوبها مقصور هي التي يلزم أن يحضرها الخصوم - المدعي والمدعى عليه - خاصة إذا كانوا موجودين في بلد مجلس الحكم. واحتجوا بأنه ﷺ لم يحكم في الملاعنة بالرجم مع الولد الذي أتت به وكان شبيهاً بالزاني وقال: "لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولي شأن". وبيننا أن المانع من الحكم بالشبه الذي علمه راجع إلى أن اللعان سبب أقوى من الشبه، ولم يقاومه سبب أقوى فإذا خلا الدليل من المعارض القوي فليس هناك ما يمنع من العمل به، كما احتجوا بأنه ﷺ لم يحكم في المنافقين بعلمه مع أنه يعلم كيدهم، وما تتطوي عليه بواطنهم الخبيثة، وبيننا أنه لم يحكم فيهم بعلمه ليعلم الحكام أن الأحكام تجري على الظاهر والله يتولى السرائر. وأيضاً احتجوا بوقائع كثيرة ذكرناها في موضعها وناقشناها.

كما استدلوأ بآثار الصحابة ؓ لكن الاحتجاج بها مختلف فيه، كما أن معظمها في الحدود، والحدود تدرأ بالشبهات. كما أنه لا حجة لقول الصحابي مع قول رسول الله ﷺ.

وأما استدلالهم بالمعقول في منع قضاء القاضي بعلمه نفياً للتهمة والشبهة، وخوفاً من قضاة السوء، ومنعاً من الجور والظلم، واتخاذ القضاء مطية للنيل من الخصوم والأعداء تحت مسمى القضاء بعلم القاضي، فمثل هذه الموانع لا يسلم بها إذا أحسن اختيار القضاة، وتوفرت فيهم شروط الولاية حيث تكون أسباب التقى فيهم موجودة وأسباب التهم مفقودة، كما أن القاضي منعاً للتهمة يبين في حكمه مستنده وأنه حكم في القضية بعلمه. كما أنه لا يحكم في قضية أحد أطرافها عدوه أو قريبه، ومن خلال المآخذ والمناقشات أتضح لنا أن ما أورده من أدلة لا يخلو من المآخذ ولا تقوم معه حجة المنع.

٨- وأما فريق المجوزين لقضاء القاضي بعلمه أيدياً رأيهم أيضاً بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول، فاحتجاجهم من القرآن كان بعيداً عن محل النزاع، وأما احتجاجهم بالسنة، فإنهم أدخلوا بعض فتاوى رسول الله ﷺ، بأنها حكم بالعلم، كاستفتاء هند بنت عتبة زوج أبي سفيان للنبي ﷺ أن هل لها أن تأخذ من مال زوجها دون علمه لتتفق على نفسها وولدها؟ حكما أنهم سفيان رجل بخيل لا يعطيها من النفقة ما يكفيها، واحتجوا بأمر الشارع للعامة بتغيير المنكر إذا رأوه وأن القاضي داخلاً في هذا العموم وناقشنا ذلك، بأن تغيير المنكر ليس من القضاء، وإنما هو من باب الحسبة. كما أنهم احتجوا بأمور قضى فيها النبي ﷺ، بمقتضى الوحي، ومن المعلوم أن العلم الذي طريقه الوحي هو خاص بالنبي ﷺ، وليس دليلاً في محل النزاع، واحتجوا بأدلة أخرى كثيرة ناقشناها في موضعها.

وأما استدلالهم بآثار الصحابة ومنها حكم عمر ؓ. على أبي سفيان أن ينقل حجراً من موضع كذا إلى كذا كان يعلمه عمر والمدعي في الصغر، فإن كان هذا أقوى الأدلة، ولكن يبدو أنه من قبيل إنكار المنكر على أبي سفيان، ولكن لو سلمنا بأنه قضاء بالعلم فقد سبق أنه ورد عن عمر في بعض القضايا ما يفيد معارضته لقضاء القاضي بعلمه.

وأما استدلالهم بالقياس على الجرح والتعديل فهذا قياس مع الفارق، فحكم القاضي بعلمه في الجرح والتعديل إنما هو من باب منع التسلسل إن لم يحكم به. وإنا لو منعنا القضاء بعلم القاضي للزم من ذلك توقف الأحكام، أو تفسير الحكام؛ لأنهم يعلمون الحق ويمكنون من الحرام، وأما الحدود فأكثر أهل العلم لا يرى أنه لا يقضي فيها القاضي بعلمه.

٩- وأما من ذهبوا إلى منع القاضي من الحكم بعلمه في الحدود لدرء الشبهة ولندب الستر فيها وهذا أمر معلوم، وقد سبق مناقشة أدلتهم عند من قال بجواز قضاء القاضي بعلمه، إلي جانب ما أوردناه من مناقشات لما لم يسبق ذكره.

١٠- وقد ذكرنا موقف القانون والقانونيين في الدول العربية. وهو عدم جواز قضاء القاضي بعلمه إلا أننا لاحظنا أن القانون يضيق في نطاق الإثبات في حقوق الأفراد ويتوسع فيه في الإجراءات الجنائية باعتبارها تمثل أهمية للمجتمع فهو في الأول يأخذ بالمذهب المختلط، وفي الثاني يأخذ بالمذهب للحر كما هو بين عندهم، وأوردنا خلاصة لها في بحثنا.

١١- وأما القضاء الإسلامي فقد حظي بتنظيم واسع في الإثبات، وخاصة في حقوق الأفراد لأنهم لا يتسامحون فيها، وأما حقوق الله تعالى فقد أخذت فيها الشريعة بمبدأ الإثبات المقيد حيث حددت الطرق والشروط التي تثبت بها هذه الحقوق، وإن منها ما يشرع فيه الستر على عباده، والدرء بالشبهة.

ومن ثم بعد عرضنا لأدلة كل قول ومناقشته واستقصاء جوانبه وظهر لنا لا حجة قوية لمن يجوز قضاء القاضي بعلمه. وإن كانت أدلة المجوزين أقوى من المانعين وهنا تظهر ثمرة البحث.

ثمرة البحث

وتسأل هل يرد القاضي صاحب الحق وهو يعلم يقيناً أنه محق في دعواه فيضيع حقه؟ أو يلزمه بتقديم بينته ولا بينة إلا التي يعلمها القاضي؟ أم يحكم له ويكون القاضي عرضة للتهم والظنون؟ ويفتح ذلك باباً لقضاة السوء والجور؟ فيتعرض بعض الأفراد لأحكام ليست من العدل في شيء بل هي الظلم والجور بعينه؟ أم يحكم القاضي بغير ما يعلمه فيكون حاكماً بالباطل؟ أم نمنعه من إصدار حكمه

فنكون أهدرنا جانباً هاماً من البيانات ؟ وأمتنا. الحقيقة التي يعرفها القاضي كما يعرفها صاحب الحق، فالضحية حينئذ هم أصحاب الحقوق، ومن ثم جاءت ثمرة هذا البحث توفيقاً بين هذه الأقوال.

فإذا كان القاضي وحده دون غيره هو الذي شاهد أو عاين أو سمع وقائع القضية المعروضة أمامه فعليه أن يتتبع عن نظرها والحكم فيها، ويحيلها إلى قاض آخر، أو محكمة أخرى مختصة، ويكون شاهداً أمامها أو كاتباً إليها بشهادته بكتاب موثق مزيل بتوقيعه وخاتم المحكمة، فهنا ينصر صاحب الحق، ويدفع عن نفسه التهمة، وهذا في غير الحدود التي حذب فيها الشارع الستر وأن تدرأ بالشبهة، فيما عدا حدا السرقة والقتل فيحكم في السرقة بالمال دون القطع، وفي القتل بالجلد لأنها حق العبد (على الراجح). وبذلك لا يكون القاضي قاضياً بعلمه، وإنما يقضي قاض آخر في موضوع، النزاع ويكون القاضي الذي عاين وقائع القضية شاهداً فيها عند غيره، وهذا هو ما ذهب إليه جمع من أهل العلم منهم المالكية الذين قالوا بعد جواز قضاء القاضي بعلمه، وبذلك ينصف المظلوم، ولا يبقى الظالم على الباطل أو الحرام كمن بانث منه امرأته وهو يقيم معها، أو من يبيع عبداً أعتق، أو يعلم القاضي قاتل المجني عليه والمتهم غيره.

ويمكن أن نخلص إلى نتيجة مفادها:

أ- إظهار الجوانب الإيجابية والمناقشات والمآخذ على الأدلة التي تم عرضها.
ب- جواز قضاء القاضي بما أقر به أحد المتداعيين أمامه في ساحة المحكمة، ولا يلزم أن يشهد على هذا الإقرار، وحكم القاضي بموجبه لا يعد من قضاء القاضي بعلمه.

ج- ظهر لنا من خلال هذا البحث أن جميع الاتجاهات الفقهية ترى - عند الأكثرين - أن قضاء القاضي بعلمه هو دليل، وحجة لا يمكن إغفالها. فالاتجاه الذي منعه على الإطلاق لم يمنعه إلا سداً للزريعة وهي ظلم قضاء السوء، وخشية تعريض القضية للتهمة، وأن الاتجاه الذي توسط في ذلك فجوزه فيما عدا الحدود ندباً وسترأ فيها، وأنها تدرأ بالشبهة، وأما الاتجاه المجوز له فقد قيده كثير من القائلين به بقيود منها ألا يكون القاضي قاضي ضرورة وأن ينص القاضي في

عريضة الدعوى على أنه حكم في القضية بناء على علمه الشخصي، ويبين فيها مستنده.

د- لكن من باب أن دفع المفسد مقدم على جلب المصالح ذهبنا إلى أن القاضي لا يقضي بعلمه في الوقائع التي عاينها بنفسه أو سمعها دون غيره، ولا يترك صاحب الحق يتلمس البيئة فيضيع حقه، حيث أن بينته لا توجد إلا عند القاضي وحده ، فاقترحنا أنه على القاضي أن يحيل دعواه إلى قاضٍ آخر، ويكون القاضي شاهداً، وبذلك يعان صاحب الحق في الوصول إلى حقه، ولا نفتتح الباب أمام قضاة السوء أو نجعل القاضي في موضع اتهام خاصة في زماننا هذا الذي ضعف فيه الوازع الديني .

وثمره ذلك:

أنا - مع الأخذ بما توصلنا إليه - نرى إعادة النظر في الأنظمة التي تمنع قضاء القاضي بعلمه:-

- ١- فتمنعه في الحدود، عدا القتل، والمال في السرقة .
- ٢- تجيزه في الحقوق الشخصية ثابتة المعالم، كما فعل عمر رضي الله عنه في الفصل بعلمه في تخوم الأرض بين المخزومي وأبي سفيان . وكما في الدعوى التي لا تحتل الانتظار كمنع علاقة محرمه بين زوج وزوجة بانته منه بينونه كبرى.
- ٣- أن ينص القاضي في عريضة الحكم على مستند حكمه، مع التصريح بأنه حكم في الدعوة بعلمه، وذلك منعا لأي شبهة.

- ٤- هذه القضايا تخضع لرقابة الجهات القضائية الأعلى، ويجوز الطعن فيها.
- هذا ما استطعت الوصول إليه بحثاً واستقصاءً، فإن وفقت فالحمد والمنة لله أولاً وأخيراً، وإن أخفقت فمن نفسي والشيطان واستغفر الله العظيم.
- وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وآله وصحبه أجمعين.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب.

نبين فيها :

القرآن الكريم

١- كتب التفسير وأحكام القرآن

٢- كتب الحديث وشروحه

٣- كتب الفقه وأصوله، والفقه المقارن ، مرتبة على النحو التالي :

أ. كتب الحنفية.

ب. كتب المالكية.

ج. كتب الشافعية.

د. كتب الحنابلة.

هـ. كتب الظاهرية.

٤- كتب اللغة والتراجم والأعلام.

٥- كتب عامة وحديثة وقانونية.

* وقد رتبنا المراجع القيمة وفقاً لسنة وفاة مؤلفها ، وأما الكتب العامة والحديثة

رتبناها وفقاً للترتيب الهجائي لأسماء مؤلفيها.

أولاً

القرآن الكريم

ثانياً

مراجع التفسير وأحكام القرآن

- ١- أحكام القرآن : أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، (٣٧٠) ، دار الفكر.
- ٢- مختصر تفسير البغوي: أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي (للشافعي)، (٥١٦)، المسمى معالم التنزيل ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ / ١٩٩٧م.
- ٣- أحكام القرآن : أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد (ابن العربي)، (٥٤٣)، دار الكتب العربية.
- ٤- الجامع لأحكام القرآن : محمد بن أحمد الأنصاري (القرطبي)، (٦٧١) ، دار الشعب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٣٧٣هـ / ١٩٥٣م.
- ٥- تفسير القرآن العظيم : أبو الفداء إسماعيل بن عمرو بن كثير القرشي (ابن كثير)، (٧٧٤)، دار عالم الكتب، الرياض ، ومؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.
- ٦- تيسير الكريم الرحمن، في تفسير كلام المنان: الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، (١٣٧٦)، جمعية إحياء التراث الإسلامي، دار الصميعي، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.

ثالثاً

مراجع الحديث وشروحه

- ٧- الموطأ: مالك بن أنس بن مالك الأصمعي ، (١٧٩)، دار إحياء العلوم، بيروت، ١٩٨٨م، ودار إحياء التراث العربي ، ١٩٨٥م، والشركة العالمية للبرامج، ١٩٩٣م.
- ٨- المسند: أحمد بن حنبل الشيباني، (٢٤١)، دار المعارف، مصر ، ١٩٨٠م، ومؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي ، والشركة العالمية للبرامج، ١٩٩٤م، والفتح الرباني، ترتيب مسند الإمام أحمد الشيباني، لأحمد عبد الرحمن البناء، دار شهاب، القاهرة.
- ٩- سنن الدارمي: عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي، (٢٥٥)، الشركة العالمية للبرامج ١٩٩٣م.
- ١٠- صحيح البخاري : محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، (٢٥٦)، دار القلم بيروت، ١٩٨٧م، ودار ابن كثير، اليمامة، ١٩٨٧م، قرص موسوعة الحديث الشريف، إصدار شركة حرف لتقنية المعلومات، الإصدار الثاني، ٢٠١١م، مصر ١٩٩٨م.
- ١١- صحيح مسلم : مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (٢٦١)، دار إحياء التراث العربي ، والشركة العالمية للبرامج ١٩٩٣م.
- ١٢- سنن ابن ماجة : أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجة، (٢٧٣)، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٧٥م ، والشركة العربية، ١٩٨٤م، والشركة العالمية للبرامج، ١٩٩٣م.
- ١٣- سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، (٢٧٥)، المكتبة العصرية، بيروت، وصحيح سنن أبو داود ، لمحمد ناصر الدين الألباني، مكتبة التربية العربي لدول الخليج، ١٤٠٩هـ، والشركة العالمية للبرامج ١٩٩٣م.
- ١٤- سنن الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، (٢٩٧)، دار الفكر، طبعة ١٩٨٣م، الشركة العالمية للبرامج، ١٩٩٣م.

- البشائر الإسلامية، ١٩٨٦م، والشركة العالمية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٣م.
- ١٦- شرح معاني الآثار : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، (٣٢١)، دار المعرفة، بيروت.
- ١٧- سنن الدار قطني: علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني، (٣٨٥)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م.
- ١٨- المستدرک علی الصحیحین: أبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري، (٤٠٥)،
- ١٩- السنن الكبرى: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، (٤٥٨)، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة.
- ٢٠- المنقّى شرح الموطأ : أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، (٤٩٤)، دار الكتاب الإسلامي.
- ٢١- نصب الراية لأحاديث الهداية: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، (٧٦٢)، دار الحديث ، مصر، طبعة ١٣٥٧هـ .
- ٢٢- خلاصة البدر المنير: عمر بن علي بن البلقيني الأنصاري، (٨٠٤)، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
- ٢٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري: شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، (٨٥٢)، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
- ٢٤- الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (٩١١هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م.
- ٢٥- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي محمد الكنانى العسقلاني (ابن حجر)، (٨٥٢)، مؤسسة قرطبة، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م.
- ٢٦- نيل الأوطار شرح منقّى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، (١٢٥٠)، الطبعة الأخيرة، البابي الحلبي.

مراجع الفقه وأصوله

أ- مذهب الفقه الحنفي:

- ٢٧- الفتاوى الهندية: فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي، (٢٩٥)، دار إحياء التراث العربي.
- ٢٨- الفصول في الأصول: أبو بكر بن علي الرازي، (٣٧٠)، وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٢٩- المبسوط للسرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي، (٤٩٠)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م، ودار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ٣٠- روضة القضاة وطريق النجاة: أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني، (٤٩٩)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ودار الفرقان، عمان، الطبعة الثالثة، ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
- ٣١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين بن مسعود الكاساني، (٥٨٧)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
- ٣٢- كشف الأسرار: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري، (٧٣٠)، دار الكتاب الإسلامي.
- ٣٣- القوانين الفقهية: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزئي الكلبى الغرناطى، (٧٤١)، مكتبة أسامة بن زيد، بيروت.
- ٣٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان به علي الزيلعي، (٧٤٣).
- ٣٥- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: علاء الدين الطرابلسي، (٨٤٤)، البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م، ومعه لسان الحكام في معرفة الأحكام: لابن الشحنة.

(الهام)، (٨٦١)، دار الفكر.

٣٧- درر الحكام شرح غرر الأحكام: محمد بن فرموزا (منلا خسروا)، (٨٥٥).

٣٨- الأشباه والنظائر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، (٩٧٠)، دار الكتاب الإسلامي.

٣٩- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخ زاده، (١٠٨٧)، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، وبهامشه الشرح المسمى بدر المتقى في شرح المتقى.

٤٠- حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين الشهير بابن عابدين، (١٢٥٢)، الطبعة الثانية، البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م.

ب- مراجع المذهب المالكي

٤١- المدونة الكبرى: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، (١٧٩)، دار الكتب العلمية.

٤٢- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، (٤٦٣)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ.

٤٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (٥٩٧)، مكتبة الرياض الحديثة، بدون تاريخ طبع.

٤٤- الفروق: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المشهور بالقرافي، (٦٨٤)، دار الفكر، بيروت.

٤٥- الموافقات: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (الشاطبي)، (٧٩٠)، دار المعرفة، بيروت.

٤٦- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد (ابن فرحون)، (٧٩٩)، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري

بين اليهم من العقود والأحكام ، لتشيخ أمين ستموي الحلبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٠١هـ، والمطبعة العامرة بمصر.

٤٧- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي (الخطاب)، (٩٥٤)، دار الفكر، بيروت.

٤٨- الخرشي على مختصر خليل شرح مختصر خليل: أبي عبد الله الخرشي المالكي، (١١٠١)، دار الفكر.

٤٩- شرح ميارة: محمد بن أحمد الفاسي (ميارة)، (١٠٧٢)، دار الفكر.

٥٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي شمس الدين، (١٢٣٠)، دار الفكر، بيروت.

٥١- البهجة شرح التحفة ومعه تحفة الحكام : علي بن عبد السلام التسولي، (١٢٥٨)، دار المعرفة، بيروت ، الطبعة الثالثة، ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م.

ج- مراجع المذهب الشافعي

٥٢- الأم: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، (٢٠٤)، دار المعرفة.

٥٣- الأحكام السلطانية : علي بن حمد بن حبيب البصري الماوردي، (٤٥٠)، دار الكتب العلمية.

٥٤- المذهب: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، (٤٥٦)، البابي الحلبي ، مصر، ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م.

٥٥- فتاوى السبكي: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، (٧٥٦)، دار المعارف.

٥٦- شرح التلويح على التوضيح: مسعود بن عمر عبد الله التفتازاني، (٧٩١)، مكتبة صبيح، مصر.

٥٧- الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (٩١١)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ / ١٩٩٠م.

- ٥٨- حاشية شرح المحلي على المنهاج مع حاشية قليوبي: أحمد البرلسي الملقب بعميرة، (٩٥٧)، البابي الحلبي.
- ٥٩- تحفة المحتاج في شرح المنهاج : أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، (٩٧٣)، دار إحياء التراث العربي.
- ٦٠- تحفة المحتاج في شرح المنهاج: ابن حجر الهيتمي، دار إحياء التراث العربي.
- ٦١- الفتاوى الفقهية الكبرى: ابن حجر الهيتمي، المكتبة الإسلامية.
- ٦٢- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد الشربيني الخطيب شمس الدين، (٩٧٧)، البابي الحلبي، ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م.
- ٦٣- حل ألفاظ فتح المعين: زين الدين بن عبد العزيز بن علي المعبري المليباري، (٩٨٧)، البابي الحلبي، مصر، ومعه كتاب إعانة الطالبين: أبو بكر السيد محمد شطا الدمياطي، البابي الحلبي.
- ٦٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المصري الشهير بالشافعي الصغير، (١٠٠٤)، دار الفكر.
- ٦٥- حاشية شرح المنهاج: أحمد بن أحمد القليوبي، (١٠٦٩)، مع حاشية عميرة، البابي الحلبي.
- ٦٦- حاشية الجمل : سليمان بن منصور العجيلي المصري (الجمل)، (١٢٠٤)، دار الفكر.
- ٦٧- حاشية البيجيرمي على المنهج: سليمان بن محمد البيجيرمي، (١٢٢١)، دار الفكر العربي.
- ٦٨- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: محمد بن علي الشوكاني، (١٢٥٠)، طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة، ١٤٠٤هـ، و ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
- ٦٩- أسنى المطالب شرح روض الطالب: أبي زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
- ٧٠- طرح التثريب: عبد الرحمن بن الحسين العراقي، دار إحياء التراث العربي.

د- مراجع المذهب الحنبلي

٧١- المغني: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي الدمشقي، (٦٢٠)، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م.

٧٢- المقنع : ابن قدامه، مطبعة هجر، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.

٧٣- الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامه، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م، والطبعة الخامسة، ١٤٠٨هـ.

٧٤- روضة الناظر: ابن قدامه، مطابع جامعة الإمام، الرياض، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.

٧٥- الشرح الكبير: شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن قدامه المقدسي، (٦٢٠)، مطبعة هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.

٧٦- الفتاوى الكبرى : تقي الدين أبو العباس احمد بن عبد الحليم بن تيميه، (٧٢٨)، دار الكتب العلمية.

٧٧- الاختيارات العلمية: ابن تيميه،

٧٨- أعلام الموقعين عن رب العالمين : أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، (٧٥١)، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.

٧٩- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ابن القيم، (٧٥١)، دار الفكر، بيروت.

٨٠- كتاب الفروع : الشيخ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد المقدسي الحنبلي، (٧٦٣)، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ومعه تصحيح الفروع : للمرداوي، (٨٨٥)، وحاشية ابن قنيس، (٨٦١).

٨١- المبدع : أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، (٨٨٤)، المكتب الإسلامي، بيروت، طبعة ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م.

٨٢- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، (٨٨٥)، مطبعة هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.

٨٣- منتهى الإرادات: القناوجي الحنبلي بن النجار، (٩٧٢)، مع حاشية المنتهى: عثمان بن أحمد النجدي، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م، مؤسسة الرسالة.

٨٤: الروض المربع : منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس البهوتي، (١٠٥٠)، بشرح زاد المستقنع: للجماوي، دار التراث، القاهرة.

٨٥- كشف القناع: البهوتي، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

د- مراجع المذهب الظاهري

٨٦- المحلى بالآثار: محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ظاهري)، (٤٥٦)، دار الفكر، بيروت.

خامساً

كتب اللغة والتراجم والأعلام

٨٧- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء: أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، (٤٣٠)، الطبعة الأولى، مكتبة الخانجي والسعادة، ١٣٥١هـ/ ١٩٣٢م.

٨٨- طبقات الحنابلة: أبو الحسن محمد بن أبي يعلى، (٤٥٨)، مطبعة أنصار السنة، ١٣٧١هـ/ ١٩٥٢م.

٨٩- تاريخ بغداد: الحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، (٤٦٣)، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

٩٠- طبقات الفقهاء: أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، (٤٧٦)، دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٧٠م.

٩١- لسان العرب: محمد بن بكر بن منظور المصري، (٧١١)، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.

- ٩٢-المصباح المنير: أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، (٧٧٠)، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة ١٩٨٧م.
- ٩٣-طبقات الشافعية الكبرى: تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب علي بن عبد الكافي السبكي، (٧٧١)، مطبعة البابي الحلبي، ١٩٦٤هـ/١٩٧٠م.
- ٩٤-البداية والنهاية: الحافظ بن كثير الدمشقي، (٧٧٤)، مكتبة المعارف، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩م.
- ٩٥-الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمرى المالكي، (٧٩٩)، الطبعة الأولى ١٣٥١هـ، وبهامشه نيل الابتهاج.
- ٩٦-التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني، (٨١٦)، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤١٣هـ.
- ٩٧-القاموس المحيط: أبو طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي الفيروز آبادي، (٨١٧)، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- ٩٨-الإصابة في تمييز الصحابة: شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني الشافعي (ابن حجر)، (٨٥٢)، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٩٩-شذرات الذهب في أخبار من ذهب: أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، (١٠٨٩)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١٠٠-البدر الطالع: محمد بن علي الشوكاني، (١٢٥٠)، دار المعرفة، بيروت.
- ١٠١-الأعلام: خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي، (١٣٩٦)، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٢م.
- ١٠٢-الجواهر المضية في طبقات الحنفية: محيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن أبي الوفاء القرشي الحنفي، مطبعة البابي الحلبي، ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.
- ١٠٣-الفتح المبين في طبقات الأصوليين: عبد الله مصطفى المراغي، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٣٦١هـ/١٩٤٧م.

١٠٠- مختار الصحاح : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، دار الفكر، بيروت.

سادسا

كتب عامة، وحديثة، وقانونية

١٠٥- الإثبات في المواد المدنية: د. جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م.

١٠٦- الإثبات في المواد المدنية: د. نبيل سعد، طبعة ٢٠٠٠م.

١٠٧- أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي: د. محمد بن عبد الرحمن الحقي، مطابع الفرزدق التجارية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

١٠٨- القضاء في عهد عمر بن الخطاب: د. ناصر بن عقيل الطريق، دار المدني، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

١٠٩- المدخل للفقه الإسلامي: د. محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م.

١١٠- الموسوعة الفقهية الكويتية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، وزارة الأوقاف، الطبعة الأولى، من ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م، إلى وقت كتابة هذا البحث.

١١١- الموسوعة الفقهية المصرية: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية المصرية، وزارة الأوقاف.

١١٢- الوجيز في أصول الإثبات: د. عبد الرشيد مأمون، دار النهضة العربية، مصر.

١١٣- الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني: د. أسامة روبي عبد العزيز، شركة النصر للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١م.

١١٤- الوسيط في شرح القانون المدني: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار النهضة العربية.

- ١١٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
- ١١٦- طرق الإثبات الشرعي: الشيخ أحمد إبراهيم، طبعة نادي القضاة، مصر، ١٩٨٥م.
- ١١٧- قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية: د. أحمد أبو الوفا، طبعة ١٩٨٠م.
- ١١٨- مجلة القانون والاقتصاد: كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- ١١٩- وسائل الإثبات في الشريعة: د. محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ.
- ١٢٠- قانون الإثبات السوداني.
- ١٢١- قانون الإثبات المصري.
- ١٢٢- القانون المدني السوري.
- ١٢٣- القانون المدني المصري. .

فهرس الموضوعات

الموضوع	المقدمة
١	مبحث تمهيدي : في حقيقة الإثبات وطرقه :
٦	المطلب الأول : تعريف الإثبات
٦	المطلب الثاني : أهمية الإثبات في الفقه الإسلامي
٨	المطلب الثالث : شروط الإثبات
١١	المطلب الرابع : المبادئ التي تحكم الإثبات عند القانونيين
١٩	المبحث الأول : طرق الإثبات والمراد بعلم القاضي :
٢٠	المطلب الأول : طرق الإثبات
٢٠	المطلب الثاني : المراد بعلم القاضي وصورته
٢١	المطلب الرابع : الحالات التي اتفق للقاضي أن يحكم فيها بعلمه ...
٢٣	المطلب الخامس : هل تلزم الشهادة على الإقرار في مجلس الحكم ...
٢٧	المبحث الثاني : عدم جواز القضاء بعلم القاضي :
٣١	أولاً : الأدلة من الكتاب
٣٣	ثانياً : الأدلة من السنة
٣٤	ثالثاً : الأدلة من الآثار
٤٩	رابعاً : الأدلة من المعقول
٥١	المبحث الثالث : في المجوزين للقاضي أن يقضي بعلمه وأدلتهم :
٥٦	أولاً : الأدلة من الكتاب
٥٧	ثانياً : الأدلة من السنة
٥٩	ثالثاً : الأدلة من آثار الصحابة
٧١	رابعاً : الأدلة من القياس
٧٣	خامساً : الأدلة من المعقول
٧٣	المبحث الرابع : جواز قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود :
٧٦	المطلب الأول : القضاء في عموم الحقوق
٧٦	المطلب الثاني : القضاء في المعاملات والقصاص والقذف دون بقية الحدود
٧٦	أولاً : أدلتهم من السنة
٨٠	ثانياً : أدلتهم من الآثار
٨٣	ثالثاً : أدلتهم من المعقول
٨٤	المبحث الخامس : موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه :
٨٥	المطلب الأول : الإثبات الحر
٨٥	المطلب الثاني : الإثبات المقيد
٨٦	المطلب الثالث : الإثبات المختلط
٨٦	المطلب الرابع : بين الشريعة والقانون
٨٨	

	المبحث السادس : (الرأي المختار) القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود ويكون شاهداً في غيرها :
٨٩	
	المطلب الأول : نظرة في الآراء الفقهية السابقة .
٨٩	
	المطلب الثاني : الرأي الراجح في نظرنا .
٩٣	
٩٧	 الخاتمة .
١٠٤	 قائمة المصادر .
١١٧	 الفهارس .

بسم الله الرحمن الرحيم



المصري
للطباعة

ت. ٧٢٤١٧٨٦ - ١٢٢٧٤٩٤٧٥