

الفصل الرابع أصول فى القضاء

ويشتمل على ما يأتى :

- الأصل الأول : العدل بين الخصمين
- الأصل الثانى : البينة على المدعى واليمين على من أنكر
- الأصل الثالث : حكم القاضى لا يحل حراما ولا يحرم حلالا
- الأصل الرابع : لا يقضى القاضى وهو غضبان
- الأصل الخامس : لا يقبل القاضى هدية ممن له خصومة فى الحال
- الأصل السادس : لا يقضى القاضى لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له
- الأصل السابع : الحكم بالاجتهاد الثانى للقاضى
- الأصل الثامن : جواز الطعن فى الأحكام

أصول فى القضاء

سنتكلم بمشيئة الله تعالى فى هذا الفصل عن عدة أمور تعد أصولاً فى القضاء ، بعضها متفق عليه بين العلماء ، وبعضها مختلف فيه ، وسنبين الاختلاف إن وجدناه فى شئ من هذه الأصول ، مدللين لآراء علمائنا رضى الله تعالى عنهم مرجحين بمشيئة الله تعالى ما نراه مستحقاً للترجيح .

وإليك الكلام عن هذه الأصول :

الأصل الأول : العدل بين الخصمين :

القاضى مأمور بالعدل والإنصاف بين المتحاكمين ، فيسوى بينهما فى الإذن بالدخول عليه معاً ، ولا يدخل أحدهما قبل الآخر ويرى بعض العلماء أن التسوية بينهما مستحبة فى دخولهما عليه وإقباله عليهما ، واستماعه منهما ، ويرى ابن أبى الدم الفقيه الشافعى أن ذلك واجب عليه ، ويرى كراهية القيام لهما جميعاً ، قال : فإنه قد يكون أحدهما شريفاً ، والآخر وضيعاً ، فإذا قام لهما علم الوضيع أن قيامه للشريف ، وكذلك يعلمه الشريف فيزداد نيتها ويزداد الوضيع كسراً وترك القيام لهما أقرب إلى العدل ، وأنفى للثهم (١) .

وقال ابن قدامة الفقيه الحنبلى المعروف : على القاضى العدل بين الخصمين فى كل شئ ، من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول

(١) أنب القضاء لإبراهيم بن عبد الله الهمداني الحموى المعروف بابن أبى الدم : ج ١

ص ٣٥٣ ، تحقيق ودراسة الدكتور محيى هلال السرحان .

عليه ، والالتفات إليهما ، والاستماع منهما وهذا قول شريح ، وأبى حنيفة ، والشافعي ، ولا أعلم فيه مخالفاً (١) .

وصرح بعض العلماء بوجوب التسوية بين الخصمين في القيام والجلوس ، والكلام ، والاستماع ، والنظر لهما حتى لو كان أحدهما مسلماً شريفاً الآخر كافراً ، لكن بعضاً آخر من العلماء يرى جواز رفع المسلم على النمي (٢) .

الأصل الثاني : البينة على المدعى واليمين على من أنكر :

وهذا الأصل تكلمنا عنه سابقاً بما فيه الكفاية عند الكلام عن نظام الفصل في الدعوى ، ولا حاجة تدعونا إلى إعادة ما قلناه هنا ، فليرجع إليه هناك .

الأصل الثالث : حكم القاضى لا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً :

هل القضاء إظهار لحكم الله تبارك وتعالى ، أو هو إثبات لحكم المدعى به وإنشاء له ، أو بعبارة أخرى : إذا حكم القاضى فى قضية من القضايا بشئٍ للمدعى فهل يصبح هذا الشئ الذى قضى به حلالاً للشخص الذى حكم له القاضى ، بصرف النظر عما إذا كُن الشخص يستحق ما قضى به القاضى فى الواقع ونفس الأمر أم لا ؟ أم لا بد لكى يكون الشئ الذى قضى به القاضى حلالاً أن يكون فى الواقع مستحقاً له فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى ؟

(١) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٤١ .

(٢) الغاية القصوى فى دراية الفتوى ، لعبد الله بن عمر البيضاوى ، تحقيق على محبى

الدين على القره داغى ، ج ٢ ، ص ١٠٠٩ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ،

ج ٤ ، ص ١٤٢ .

هذه مسألة من المسائل التي اختلف العلماء فيها ، وقبل أن نبين ما يراه علماؤنا رحمهم الله ، نحب في البداية أن نوضح الأمور التي يقضى فيها القاضى ، لكى يكون ذلك مدخلا لذكر آراء العلماء وأدلتها فى هذه المسألة .

الأمور التي يقضى القاضى فيها متنوعة وكثيرة نذكر منها هنا :

- ١- العقود ، كالزواج والبيع والإجارة والرهن وغير ذلك من العقود .
 - ٢- الفسوخ ، والمراد بها كل ما يرفع حكم العقد ، وهذا شامل للطلاق .
 - ٣- الملاك المرسلة : أى المطلقة عن إثبات سبب الملك ، كأن ادعى ملكا مطلقا فى دار ، أو فى أرض ، أو فى طعام ، من غير تعيين بشراء أو إرث .
 - ٤- الأملاك غير المرسلة : أى التي ذكر لها سبب معين ، كالزواج والبيع والإجارة .
- والشهادة - كما سبق بيانه - إحدى وسائل الإثبات التي يحكم القاضى بمقتضاها ، ولا بد من توفر شروط فى الشهود لكى تصح الشهادة ، وقد تكلمنا عن هذه الشروط وذكرنا آراء العلماء فى بعض الشروط المختلف فيها ، عند كلامنا عن البيئة بوصفها إحدى وسائل الإثبات .

فإذا ظهر أن الشهود لم تتحقق فيهم الشروط المطلوبة شرعا كأن تبين أنهم كفار فى الشهادة على المسلمين فى غير الوصية فى السفر

فإنه — بإجماع العلماء — لا ينفذ حكم القاضى لا ظاهراً ولا باطناً ،
ومعنى باطنا أى فيما بيننا وبين الله — تبارك وتعالى .

وأما إذا لم يظهر ما يمنع من قبول شهادة الشهود ، ولكنهم كانوا
فى الواقع شهود زور ، وطرفا القضية يعلمان أنهما شهود زور ، ولا
يعلم القاضى أنهما شهود زور فحكم بمقتضى شهادتهم بناء على ظنه
عدالتهم ، فهل حكم القاضى حينئذ ينفذ ظاهراً وباطناً ؟ أم أنه لا ينفذ إلا
ظاهراً فقط ، وعلى طرفى القضية أن يتبعا ما هو فى الحقيقة وواقع
المر حسب علمهما ؟ .

هذه مسألة اختلف حولها العلماء كما ذكرنا ، ولد اتفقوا على أن
حكم القاضى لا ينفذ باطناً إذا كان الشهود زور فيما يلى :

١- الأملاك المرسلة ، والدين الذى لم يبين سببه ، فلا ينفذ الحكم إلا
ظاهراً فقط بإجماع العلماء ، لأنه لا بد لثبوت الملك من سبب ،
وأسباب الملك كثيرة ، ولا يمكن القاضى تعيين شئ منها إلا
بالحجة المثبتة لذلك ، فلم يكن القاضى مكلفاً بالقضاء بالملك وإنما
هو مكلف بأنه يقصر يد المدعى عليه عن الشئ المدعى ، وذلك
نافذ منه ظاهراً ، فإما أن ينفذ باطناً بمنزلة إنشاء جديد ، فليس
للقاضى القدرة عليه بلا سبب شرعى ، وعلى هذا لا يحل للمقضى
له أن يستمتع بالجارية التى حكم له القاضى بملكيتها ولا يحل له أن
يأكل مما حكم به القاضى له ، ولا أن ينتفع به انتفاع المالك ، كأن
يلبسه إذا كان المقضى به من الملابس أو غير ذلك من أنواع
الانتفاع التى هى حق لمالك الشئ .

زفى نفس الوقت يحل للمقضى عليه أن يأكل من هذا الشيء أو يلبسه إذا كان مما يلبس ، أو ينتفع به المالك ، لكن يفعل ذلك سرا ، وإلا فسقه الناس ، ومثل الأملاك المرسلة الإرث .

٢- إذا كانت شهادة الزور فى الأملاك بسبب ، وذكر السبب وكان سبباً لا يمكن إنشاؤه كالإرث ، فلا ينفذ القضاء باطنا أيضاً باتفاق العلماء .

واختلف العلماء فى المحكوم فيه إذا كان من الأمور التى للقاضى مدخل فيها كالعقود والفسوخ ، كالزواج والطلاق على رأيين .

أحدهما : ما يراه أبو حنيفة ، وهو أن حكم القاضى إثبات الحكم المدعى وإنشاء له ، فيجوز أن ينفذ فيها ظاهراً وباطناً ، وربما عبر بعض الحنفية عن هذا بأن قضاء القاضى يغير الحكم عند الله .

الثانى : ما يراه جمهور العلماء ، وهو أن لا ينفذ القضاء بشهادة شهود الزور باطنا ، فحكم الحاكم - قاضياً أو غيره - لا يزيل الشيء عن صفته ، فلا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وربما عبروا عن هذا بأن قضاء القاضى لا يغير الأحكام الشرعية عن حقائقها الموضوعية عند الله تعالى ، وبأن القضاء ينبى على الحجة ، فإن كانت حجة حقيقة ظاهراً ، وباطناً ، نفذ الحكم ظاهراً وباطناً ، وإن كانت حجة فى الظاهر فقط لم ينفذ إلا فى الظاهر فقط .

ومن الجمهور مالك والأوزاعي ، والشافعى ، وأحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهوية ، وأبو ثور ، وداود الظاهرى ، وغير هؤلاء ،

ووافق الجمهور في هذا الرأي من الحنفية أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وزفر (١) .

فلو شهد شاهدان زورا بزواج رجل بامرأة وهى تنكر ، فحكم القاضى بصحة هذا الزواج بشهادة هذين الشاهدين عملا بظاهر عدالتهما إذا كان القاضى لا يرى وجوب البحث عن العدالة فى الشاهد بأن كان قاضياً حنفياً ، أو كان قاضياً يرى وجوب البحث عن عدالة الشهود ، كالمالكي والشافعى ، لكن عجزت المرأة عن تجريح الشاهدين ، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه يرى أنه يحل للرجل الذى حكم له القاضى بصحة الزواج أن يستمتع بالمرأة استمتاع الزوج بزوجته .

ويرى جمهور العلماء عدم جواز استمتاع المحكوم له بهذه المرأة ، لأنها ليست زوجته فى الواقع فيما بينه وبين الله ، وعليها أن تمتنع منه وتهرب ما أمكنها ، فلا يحل لها أن تمكن من نفسها ، وعليها أن تدفعه كما يدفع الصائل على البضع (٢) ، وقال العلماء عليها أن تصدده عن نفسها حتى لو قتلتها جاز لها ذلك .

(١) الاختيار لتعليل المختار ، ج ٢ ، ص ١٢٢ ، وحاشية السوقى ، ج ٤ ، ص ١٥٦ ، وأدب القاضى للخصاف شرح الجصاص ، ص ٢١٦ ، ومغنى النجاشى ، ج ٤ ، ص ٣٩٧ ، والمغنى ، ج ١ ، ص ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، وكشاف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٥٢ ، والشرح الصغير ، ج ٤ ، ص ٢٢٣ ، ولأشباه والنظائر لعبد الوهاب بن السبكي ، ج ٢ ، ص ٣٠٠ .

(٢) إذا شرع إنسان فى الاعتداء على إنسان آخر بضرب أو إرادة قتل ، أو نهب مال ، أو هتك عرض ، فهذه جريمة صيال ، وللمعتدى يسمى صائلاً ، والمعتدى عليه يسمى مصولاً عليه ، ويجوز للمصول عليه أن يدفع الصائل بكل وسيلة ولو باستعمال القوة على أن يتبع الأخف فالأخف ، وإذا أراد الاعتداء على العرض ولم يندفع إلا بقتله جاز قتله .

وكذلك لو أن رجلين تعمدا الشهادة زورا على رجل أنه طلق امرأة
ثلاثا ، والزوج منكر لذلك ، فقبل القاضى شهادتيهما طانا عدالتهما ،
ففرق بين الزوجين ، جاز عند أبى حنيفة لأحد الشاهدين زواجها بعد
انقضاء عدتها وهو يعلم بتعمده الكذب .

وجمهور العلماء يحرمون عليه ذلك ، لكن بعض فقهاء الحنفية
صرح بأن الفتوى فى الفقه الحنفى فى هذه المسألة كما يقول أبو يوسف
ومحمد ، وزفر ، وجمهور العلماء ، لا كما يقول أبو حنيفة نظرا
لظهور أدلة الجمهور بالنسبة لدليل أبى حنيفة ، على الرغم من مبالغة
السرخسى أحد أشهر علماء الحنفية فى كتابه " المبسوط " ومبالغة غيره
من علمائهم فى توجيه رأى أبى حنيفة (١) .

ما يشترط لنفاذ القضاء ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة :

يشترط شرطان لنفاذ القضاء ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة فى
الدعاوى التى يرى أنه ينفذ ظاهرا وباطنا فيها :

الشرط الأول : أن يكون المحل قابلا للحكم الذى قضى به القاضى
فلو لم يكن المحل قابلا للحكم فلا ينفذ الحكم باطنا باتفاق العلماء ، وذلك
كما لو ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها ، وشهد له شاهدان زورا بذلك
فحكم القاضى بالزوجية ومع أنه يعلم أن هذه المرأة محرمة على هذا
الرجل ، بسبب من أسباب التحريم ، ككونها زوجة لغيره ، أو معتدة
للغير ، أو مرتدة عن الإسلام والعياذ بالله تعالى ، أو أخته من الرضاع

(١) مجمع النهر فى شرح ملتقى الأبحر ، لعبد الله محمد بن سليمان النعروف بدمادافندى

فإن هذا الحكم لا يجوز تنفيذه باطنا ، لأن المحل غير قابل لإنشاء العقد عليه .

الشرط الثاني : عدم علم القاضى بأن الشهود شهود زور ، فلو كان القاضى يعلم أن هؤلاء الشهود شهود زور ، فإن الحكم لا يجوز تنفيذه أصلا ، لا فى الظاهر ولا فى الباطن ، وذلك لعدم تحقيق شرط صحة القضاء ، وهو الشهادة الصادقة فى غالب الظن عند القاضى .
ومثل الحكم بشهادة الزور ما لو حكم القاضى أيضاً بنكول المدعى عليه عن اليمين .

هذه وقد اختلف الرواية عن أبى حنيفة فى قضاء القاضى فى الهبة والدقة وبيع الشئ بعين فاحش ، وفى رواية عنه أن قضاء القاضى لا ينقذ باطنا ، لأن القاضى إنما يصير منشأ فيما له ولاية الإنشاء ، وليس له ولاية إنشاء التبرعات فى ملك الغير ، أو البيع بعين فاحش ، لأن هذا يعد تبرعاً (١) .

الاستدلال للأراء :

الاستدلال لرأى الجمهور :

استدل لرأى الجمهور بقول النبى ﷺ : " وإنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ،

(١) فتح القدير ، لابن الهمام ، وشرح العناية على الهداية ، ج ٧ ، ص ٧٠٦ ، والأصول القضائية فى المرافعات الشرعية ، للشيخ على قراعة ، ص ٣٠٦ ، الطبعة الثانية ، مطبعة النهضة .

فأقضى بنحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ،
فإنما أقطع له قطعة من النار " متفق عليه .

وفى رواية " فبكى الرجلان ، وقال كل منهما : حقى لك ، فقال
لهما النبي ﷺ : " أما إذا فعلتما فافتسما ، وتوخيا الحق ، ثم استهما ، ثم
تحللا " (١) .

وهذا يدحر فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئاً فحكم له القاضى
به (٢) .

الاستدلال لرأى أبى حنيفة :

استدل لرأى أبى حنيفة بالأدلة الآتية :

الدليل الأول : ما جاء عن على بن أبى طالب ؓ : أن رجلاً
خطب امرأة فأبى ، فادعى أنه تزوجها ، وأقام شاهدين بين يدي على
بن أبى طالب فقضى له بذلك ، فقالت المرأة إنهما شهدا بالزور ،
فزوجنى أنت منه ، فقد رضيت فقال على : شاهدك زوجاك ، وأمضى
النكاح " .

وجه الدلالة : أنه لو لم يتعقد العقد بين الرجل وهذه المرأة بقضاء
على لما امتنع على من العقد عند طلبها ورغبة الرجل فيها ، وقد كان
فى ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور (٣) .

(١) فتح البارى ، ج ١٣ ، ص ١٧٤ ، قال ابن حجر العسقلانى ذاكرا فوائد الحديث :
وفيه أنه ربما أذاه اجتهاده ﷺ إلى أمر فيحكم به ويكون فى الباطن بخلاف ذلك ،
لكن مثل ذلك لو وقع لم يقر عليه ﷺ لثبوت عصمته "

(٢) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ .

(٣) فتح القدير ، لابن الهملم ، ج ٣ ، ص ٣٥٤ .

مناقشة هذا الدليل : أجيب عن لاستدلال بهذا الأثر بأنه لم يثبت
عن علي عليه السلام ذلك ، بل لو صح ما نقل عن علي فلا حجة فيه ، لأن
علياً أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، ولم يجبهما إلى ما
طلبته من تزويجها به لأن في ذلك طعنا على الشهود ، وهذا لا يقبل إلا
بالبينة (١) .

الدليل الثاني : التفريق بين المتلاعنين ، فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فرق بين المتلاعنين ، مع احتمال أن يكون الرجل قد صدق فيما رماها
به من الزنا ، وكذلك يحتمل أن يكون الرجل كاذباً في اتهامها بالزنا
وهي الصادقة في نفي هذه الجريمة عن نفسها ، فإن كان هو الكاذب فلم
تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك لو كانت هي الكاذبة فلم تحرم عليه
أيضاً إلا بحكمه ، لأن وناها يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ،
والحكم بالتفريق ينفذ ظاهراً وباطناً ، لأنه يحرم على الزوج أن يجامع
زوجته التي لا عن منها ، ويحرم عليها كذلك أن تتمكن من نفسها ،
ويحل لها أن تتزوج غيره وتمكن هذا الغير من نفسها ، وهذا هو معنى
النفاذ في الباطن ، مع أن الباطن في هذه الحال مخالف للظاهر ، فهذا
دليل على أن حكم والكذب في هذه لقضية كذب في مسألة عظيمة
تستحق أن يعاقب الكذاب فيها عقوبة شديدة ، ولا نعلم من هو الكاذب ،
فاستحق الكاذب أن يفرق بينه وبين زوجة ، سواء أكان الكاذب هو
الزوج فاستحق أن يفرق بينه وبين زوجته ، أم كان هو الزوجة
فاستحققت أن يفرق بينها وبين زوجها .

(١) كشف القناع ، ج ٦ ، ص ٣٥٢ .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأمرين :

الأول : أن الفرقة فى اللعان تقع عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب ،
وأما حكم القاضى فى غير هذه الحال فلا يقع عقوبة ، فلا يصح القياس
على اللعان ، جود الفارق بينهما (١) .

الأمر الثانى : أن القاضى يفرق بين المتلاعنين لأنه يعلم أن
أحدهما كاذب قطعاً ، فهو ينشئ التفريق بينهما قاصداً متعمداً ، وأما ما
نحن فيه فليس كذلك لأن القاضى لا يعلم أن الشهود شهود زور على
الطلاق ، أو الزواج ، ولا تتوجه إرادته إلى الإنشاء ، وإنما يحكم
بناء على غالب ظنه أن البيعة التى شهدت أمامه بينة عادلة تظهر
الحق (٢) .

الدليل الثالث : أن القاضى قد قضى بحجة شرعية فى أمر من
الأمر التى له ولاية الإنشاء فيها فجعل الإنشاء تحزراً عن الحرام
والحديث الذى استدل به الجمهور وهو حديث : " إنما أنا بشر وإنكم
تختصمون إلى " صريح فى المال ، وليس النزاع فى الأموال ، بل
الأموال متفق على أن حكم القاضى فيها بناء على شهادة زور لا ينفذ
باطناً لا يملك دفع مال شخص إلى شخص آخر ، لكنه يملك إنشاء
العقود ، والفسوخ ، فإنه يملك بيع جارية شخص لشخص آخر ، حال

(١) فتح البارى ج ١٣ ، ص ١٧٥ ، وبداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٥٦٦ ، ٥٦٧ .
(٢) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية القسم
الثانى ، ص ٢٣٥ . للدكتور محمد نعيم ياسين .

الخوف من موتها للحفظ وحال غيبة سيدها ، ويملك إنشاء الزوج على الصغيرة التى لا يوجد لها ولى ويملك الفرقة بين الزوجين إذا ثبت أن الزوج به عيب العنة ^(١) ، فيجعل قضاء القاضى إنشاء أحترازا عن الحرام .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن شرط صحة الحكم وجود الحجة وإصابة المحل وإذا كانت البينة فى نفس الأمر شهود زور لم تحصل الحجة لأن حجة الحكم هى البينة العادلة ، فإن الشهادة إظهار الحق وحقيقة الحكم إنفاذ ذلك ، وإذا كان الشهود كذبة لم تكن شهادتهم حقا .

الدليل الرابع : لو لم نقل بنفاذ الحكم باطنا فلو حكم القاضى بالطلاق لبقيت المرأة حلالا للزوج الأول باطنا ولثانى ظاهرا ، فلو ابتلى بمثل ما ابتلى الأول حلت للثالث ظاهرا وهكذا ، فتحل لجمع متعدد فى زمن واحد ، ولا يخفى فحش هذا بخلاف ما إذا قلنا بنفاذ الحكم باطنا فإنها لا تحل إلا لواحد .

مناقشة هذا الدليل :

أجيب عن هذا بأن الجمهور إنما قالوا فى هذا : تحرم على الثانى إذا علم أن الحكم ترتب على شهادة الزور ، فإذا اعتمد الحكم وتعتمد الدخول بالمرأة فقد ارتكب محرما ، كما لو كان الحكم فى الأموال فأكل هذا المال الذى حكم له به ، ولو ابتلى الثانى بمثل هذا الإبتلاء كان حكم

(١) العنة : عدم القدرة على انتشار عضو التنكير .

الثالث كذلك ، والفحش إنما لزم من الإقدام على تعاطي المحرم ، فكان كما لو زنوا في الظاهر واحدا بعد واحد (١) .

الرأى الراجح :

من الواضح أن ما ذهب إليه الجمهور هو الرأى الصحيح فى هذه المسألة لعدة أمور : أولا : لقوة الاستدلال للجمهور بالحديث الصحيح .
ثانيا : لأن ما استدل به لأبى حنيفة رضي الله عنه - لم يصمد للطعون الموجهة إليه ، ويكفى فى البرهنة على أن ما يقول به جمهور العلماء هو الرأى الصحيح أن الفتوى فى المذهب الحنفى فى هذه القضية على خلاف ما يراه أبو حنيفة ، وأن أصحابه الثلاثة أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وزفر ، لا يرون ما يراه إمام المذهب ، وإنما يتفق رأيهم منع جمهور العلماء .

ثالثا : لا فرق فى الحلال والحرام بين مال واستمتاع بامرأة أجنبية فإذا كان حكم القاضى بشهادة الزور فى الأموال لا يحلها ، فكذلك يجب أن يكون الحكم فى الأبخاع ، قال الشافعى - رضي الله عنه - : " إنه لا فرق بين دعوى حل الزوجة لمن أقام بتزويجها شاهدى زور ، وهو يعلم كذبهما ، وبين من ادعى على حر أنه ملكه وأقام بذلك شاهدى زور ، وهو يعلم حره ، فإذا حكم له الحاكم بأنه ملكه لم يحل به يستره بالإجماع " .

(١) فتح البارى ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ .

رابعاً : القول بأن حكم الحاكم يحل ظاهراً وباطناً بجانب مخالفته
للحديث الصحيح فإنه يخالف أمرين قطعيين :

أحدهما : الإجماع السابق على عصر أبي حنيفة ، فلم ينقل عن
أحد من العلماء قبله - سواء أكان من الصحابة أم من التابعين - أنه
يرى ما يراه أبو حنيفة .

ثانيهما : القاعدة التي أجمع عليها العلماء ووافقهم أبو حنيفة ومن
يرى رأيه من الحنفية وهي " أن الإبزاع أولى بالاحتياط من
الأموال " .

وبعد ، فنستعير من ابن حزم عبارته في كتابه " المحلى " بعد أن
ذكر الحديث الذي استدل به جمهور العلماء ، فنقول : " فإذا كان حكمه
عليه الصلاة والسلام وقضائه لا يحل لأحد منا ما كان عليه حراماً ،
فكيف القول في قضاء أحد بعده ؟ " (١) .

ولا داعي لذكر بقية عبارة ابن حزم ، فقد يفهم منها الإساءة إلى
من يقول برأى أبي حنيفة ، ﷺ عن تعالى جميع علمائنا .

ويقول القرطبي : " شنعوا على من قال ذلك قديماً وحديثاً لمخالفة
الحديث الصحيح ، ولأن فيه سباً للملأ وابتذال الفروج ، وهي أحق
أن يحتاط لها وتصان " (٢) .

(١) المحلى ، لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ٦١٨ .

(٢) فتح الباري ، لابن حجر العسقلاني ، ج ١٣ ، ص ١٧٦ .

بقي أن نقول إن علماءنا رضی الله تعالى عنهم بينوا أن قضاء القاضى ينفذ ظاهرا وباطنا قطعا فى الأمور التى اتفق عليها العلماء وأما فى الأمور التى اختلف العلماء فيها ، كالشفعة مثلا ، فإن الحنفية يرون أنها تكون للشريك ، وللجار ، والجمهور يرون أنها لا تكون للشريك ، وكميراث نوى الأرحام فإن المالكية وجمهور فقهاء الشافعية لا يورثونهم ، والحنفية ، والحنابلة ، وبعض فقهاء الشافعية يقولون بتوريثهم ، نقول وأما فى الأمور التى اختلف العلماء فيها فهناك رأيان أصحهما عند بعض العلماء أن حكم القاضى فيها ينفذ ظاهرا وباطنا حتى لو كان الحكم لمن لا يعتقد صحة هذا الحكم . قال أصحاب هذا الرأى : حتى تتفق الكلمة ويتم الانتفاع ، وعلى هذا لو حكم قاض حنفى المذهب لشافعى بشفعة الجوار ، أو بالإرث بسبب أنه من نوى الأرحام ، حل للشافعى — كما قال بعض العلماء — الأخذ بهذا الحكم ، وليس للقاضى منعه من الأخذ بذلك ، ولا من الدعوى به إذا أرادها ، اعتبارا بعقيدة القاضى ، ولأن هذا الأمر من الأمور المجتهد فيها ، والاجتهاد إنما يكون — هنا — من القاضى لا من غيره (١) .

الأصل الرابع : لا يقضى القاضى وهو غضبان :

عن أبى بكر — رضي الله عنه — قال : سمعت النبى ﷺ يقول : " لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان " ، رواه الجماعة : البخارى ومسلم وأحمد بن حنبل ، والترمذى ، والنسائى ، وأبو داود ، وابن ماجه ، هذا

(١) إرشاد السارى لشرح صحيح البخارى ، لأحمد بن محمد القسطلانى ، ج ١ ،

الحديث الشريف يبين أصلا هاما في أصول القضاء الإسلامى ، وسب النهى - كما قال علماؤنا رحمهم الله - أن الحكم فى حال استيلاء الغضب على الحاكم قد يتجاوز بالحاكم إلى غير احق ، فمنع من ذلك ، وقالوا أيضا : النهى عن الحكم حال الغضب لما يحصل بسببه من التغيير الذى يخل به النظر فلا يحصل لاستيفاء الحكم على الوجه المطلوب شرعا .

وإذا كان النهى عن الحكم فى حال الغضب قد ورد عن رسول الله ﷺ فإن الفقهاء - رحمهم الله - عدوه بهذا المعنى إلى كل ما يحصل به تغير الفكر ، كالجوع ، والعطش المفرطين ، والوجع المزعج ، ومدافعة أحد الأخبثين ، وغلبة النعاس وشدة الخوف أو الحزن أو الهم أو السرور وسائر الأمور التى يتعلق بها للقلب تعلقا يشغله عن استيفاء النظر ، الذى يتوصل به إلى إصابة الحق فى الغالب وهو قياس مظنة ، على مظنة كما قال ابن دقيق العيد ^(١) : . أى استنباط معنى دل عليه النص ، فإنه لما نهى عن الحكم حال الغضب فهم منه أن الحكم لا يكون إلا فى حال استقامة الفكر ، فكان علة النهى للمعنى المشترك وهو تغير الفكر واختلاله ، والوصف بالغضب يسمى علة ، بمعنى أنه مشتمل عليه ، فألحق به ما فى معناه كالجائع والعطشان ^(٢) .

وبعبارة أخرى فإن اقتران النهى بالغضب يشير إلى أن العلة فى هذا النهى هي الغضب الذى يكون مظنة لتشويش الفكر ، ولما كان التشويش معنى مناسباً لهذا الحكم ومنضبطاً فقد جعله العلماء علة

(١) فتح البارى ، لابن حجر العسقلانى ، ج ١٣ ، ص ١٢٧ .

(٢) المصدر السابق ، ج ١٣ ، ص ١٢٧ .

بالإجماع ، ولهذا قال العلماء بتحريم قضاء القاضى فى كل حال يحصل له فيها تشويش الفكر بأى سبب من الأسباب ، قياسا على القضاء فى حال الغضب الذى ورد فيه النهى من رسول الله ﷺ ومثل هذا يسميه علماء الأصول دلالة النص على أن الوصف علة بطريق الإيماء أى بطريق التلميح .

وهنا يمكن أن يثار سؤال هو لماذا اقتصر رسول الله ﷺ (١) على ذكر الغضب ؟ وقد وجد أجاب العلماء بقولهم : وكان الحكمة فى الإقتصار على ذكر الغضب لاستيلائه على النفس ، وصعوبة مقاومته ، بخلاف غيره .

هذا وقد رأى بعض العلماء أنه يكره أن يقضى القاضى فى حال الغضب سواء أكان الغضب لنفسه أم لله تعالى ، لأن المحذور تشويش الفكر وهو لا يختلف بذلك ويرى البعض الآخر أن القضاء مكروه حال الغضب لنفسه وأما إذا كان الغضب لله تعالى فلا يكون مكروها فى هذه الحال ، كما بين بعض العلماء أن الكراهة تنفى إذا دعت الحاجة إلى الحكم فى الحال (٢) .

لو خالف القاضى فحكم فى حال الغضب :

تبين أن رسول الله ﷺ نهى الحاكم عن أن يحكم فى حال الغضب ، والسؤال الآن ، ماذا لو خالف القاضى النهى فحكم فى حال غضبه ؟

(١) أصول الفقه الإسلامى ، للأستاذ زكى الدين شعبان ، ص ١٥٣ .

(٢) نهاية المحتاج ، للرملى ، ج ٨ ، ص ٢٤٢ .

اختلف العلماء فيما لو قضى القاضى فى حال الغضب على الوجه
الآتى :

الرأى الأول : ما يراه جمهور العلماء ، وهو صحة القضاء حال
الغضب إن صادف الحق .

وقد استند هذا الرأى إلى ما رواه عبد الله بن الزبير عن أبيه ، أن
رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ فى شراح
الحره (١) ، التى يسقوا بها النخل ، فقال الأنصارى : سرح (٢) الماء
يمر ، فأبى عليه ، فاختصما عند رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ
للزبير : اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك ، فغضب الأنصارى ، ثم
قال : يا رسول الله ، أن كان ابن عمك (٣) . فتلون وجه رسول الله ﷺ
ثم قال للزبير : اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر (٤)
فقال الزبير — والله إنى لا أحسب أن هذه الآية نزلت إلا فى ذلك :
﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ .

وجه الاستدلال بالحديث : أن رسول الله ﷺ قضى للزبير بعد أن
أغضبه خصمه (٥) .

(١) الشراح — بكسر الشين — هى مسابيل النخل والشجر ، مفردا شرجة ، وإضافتها

إلى الحره لكونها فيها ، والحره — بفتح الحاء ، وهى أرض ذات حجارة سود .

(٢) سرح الماء — بفتح السين وتشديد الراء المكسورة — أى أرسله .

(٣) أن كان ابن عمك — بفتح البيرة — لأنه استفهام للاستنكار أى حكمت بهذا لكونه

ابن عمك ، قال العلماء : وإنما ترك ﷺ قتله بعد أن جاء فى مقاله بما يدل على أنه

ﷺ جار فى الحكم لأجل القرابة لأن ذلك كان فى أوائل الإسلام ، وقد كان النبى

ﷺ يتألف الناس إذ ذاك .

(٤) الجدر — بفتح الجيم وسكون الدال — هو الجدار ، والمراد به أصل الحائط .

(٥) قضاء الرسول ﷺ فى حال الغضب ليس ميرا للقاضى أن يقضى وهو غضبان ،

لأن الرسول ﷺ معصوم من أن يقضى بالباطل ، وأيضا لأن قضاءه حال الغضب

فى قصة الزبير لم يكن إنشاء لحكم وإنما كن تأكيدا للحكم الذى كان حكم به .

وكان الجمهور جعلوا ذلك قرينة صرفت النهى الموجود فى حديث : " لا يقضين حاكم بين اثنين وهو غضبان " من التحريم إلى الكراهة ، لكن يمكن أن يجاب عن هذا بما قاله الشوكانى : " ولا يخفى أنه لا يصح إلحاق غيره ﷺ به فى مثل ذلك ، لأنه معصوم عن الحكم بالباطل فى رضائه وغضبه بخلاف غيره فلا عصمة تمنعه عن الخطأ .

الرأى الثالثى : ما يراه بعض الحنابلة ، وهو أنه لا ينفذ الحكم فى حال الغضب ، واستدلوا بالنهى من رسول الله ﷺ عن القضاء فى حال الغضب والنهى يقتضى الفساد .

وقد أجيب عن هذا بأن النهى الذى يفيد فساد المنهى عنه هو ما كان لذات المنهى عنه ^(١) ، أو لجزئه ^(٢) أو لوصفه الملازم له ^(٣) ، لا المفارق كما هنا وكما فى النهى عن البيع حال النداء للجمعة ، وهذه قاعدة مقررة فى الأصول .

الرأى الثالث : التفصيل بين ما إذا كان الغضب قد طرأ على القاضى بعد أن استبان له الحكم فى القضية المعروضة عليه ، فلا يؤثر

(١) النهى لذات المنهى عنه كالنهى عن الزنا ، والغصب ، فالزنا لا يترتب عليه ثبوت النسب ولا حرمة المصاهرة بل يأتى فاعله ويستحق أن يعاقب .

(٢) كأن كان المنهى عنه قولاً ، والنهى عنه لخلل فى أركانه كالنهى عن بيع الميتة .

(٣) النهى للوصف الملام ، كالنهى عن الصوم يوم العيد ، والنهى عن البيع المشتمل على الربا فالنهى عن الصوم يوم العيد ليس لذات الصوم لأن الصوم عبادة فلا ينهى عنه لذاته ، وإنما النهى عنه للإعراض عن ضيافة الله تعالى فى هذا اليوم ، وكذلك النهى عن البيع المشتمل على الربا ليس لذات البيع بل لوجود الزيادة الخالية عن العوض .

الغضب فى صحة الحكم لأن الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر
الغضب فيه ، وبين ما إذا كان الغضب قد حصل للقاضى قبل أن يستبين
له الحكم فى القضية فيؤثر فى صحة الحكم (١) .

الأصل الخامس : لا يقبل القاضى هدية ممن له خصومة فى
الحال :

الرشوة : هى أخذ المال لإبطال حق ، أو تحقيق باطل والرشوة
من الأمور المحرمة ، لأنها من قبيل أكل أموال الناس بالباطل ، وهى
صفة اليهود ، وقال رسول الله ﷺ : " لعن الله الراشى والمرتشى فى
الحكم " ، رواه أحمد والترمذى وصححه .

وأما الهدية ، فقد صرح العلماء بأن الأولى سد بابها ، ثم إن كان
للمهدى خصومة فى الحال حرم على القاضى أن يقبل هديته كما بينا
سابقا حتى لو كان له عادة بالهدية لصدقة ، أو قرابة .

وبين العلماء أن القاضى يجب عليه أن لا يقبل هدية من لم تكن له
عادة قبل تولى القاضى منصبه ، حتى لو لم تكن له خصومة ، استنادا
إلى قول رسول الله ﷺ : " هدايا العمال غلول " وفى رواية " سحت ' ،
رواه الإمام أحمد ﷺ .

وأما إن كان المهدي لا خصومة له ، عادة بالهدية وأهدى قدر
عادته ومثل ما كان يهديه فقال العلماء : يجوز للقاضى حينئذ قبولها .

(١) نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٧٧ - ١٧٩ ، والمغنى ج ١ ، ص ٣٩٤ - ٣٩٥ ،
وجواهر الإكليل شرح مختصر خليل لصالح عبد السميع الأبي ، ج ٢ ، ص ٢٢٥ ،
دار إحياء الكتب العربية ونهاية المحتاج ، للرملى ، ج ٨ ، ص ٢٤٢ .

فإن أهدى أكثر من المعتاد أو أرفع مما كان يهديه ، كأن كان يهدى
المأكولات فأهدى الثياب ، لم يجز للقاضي قبول هديته (١) .

وبين بعض العلماء أن حكم الهدية بالمنافع المقابلة بالمال عادة
كسكنى بيت مثلا تأخذ حكم الهدية بالأعيان ، بخلاف غيرها كاستعارة
كتاب من كتب العلم كما بين البعض أيضا أن أكل القاضي حال كونه
ضيفا عند بعض من يخضعون لولايته يأخذ حكم الهدية له وتأخذ حكم
الهدية له ، وبين بعضهم أيضا أنه يجوز للقاضي أن يأخذ الهدايا من
رئيس الدولة إذا كانت الهدية من مال الرئيس بشرط أن يكون ذلك
معتادا لمثله ، وأن لا تؤثر الهدية في تغيير قلب القاضي عن التصميم
عن الحق ، وصرح بعض العلماء بأنه لا يلتحق بالقاضي في الأحكام
الخاصة بالهدية وقبولها المفتى والواعظ ، ومعلم القرآن والعلم ، وذلك
لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام بخلاف القاضي فحكمه ملزم ، قال الرملى
أحد كبار فقهاء الشافعية : " والأولى فى حقهم (يعنى المفتى ومن ذكرو
معه) إن كانت الهدية لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء ، والوعظ ،
والتعليم عدم القبول ، ليكون علمهم خالصا لله تعالى ، وإن أهدى إليهم
تحببا وتوددا لعلمهم وصلاحهم فالأولى القبول ، وأما إذا أخذ المفتى
الهدية ليرخص فى الفتوى فإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة
شديدة " (٢) .

(١) كفاية الخيار فى حل غاية الاختصار ، لنقى الدين الحصنى ، ج ٢ ، ص ٢٦٠ ، دار

إحياء الكتب العربية ، والروض المربع بحاشيته ، ج ٣ ، ص ٣٩٠ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٨ ، ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

والأولى كما صرح العلماء أن من جاز له قبول الهدية من القضاء أن يثيب عليها أى يعطى بدلها للمهدى ، أو يردها لمالكها ، أو يضعها فى بيت المال (الخزانة العامة للدولة) وسد باب القبول مطلقا كما صرح العلماء أيضا أولى حسما للباب (١) .

وفى نهاية الكلام عن الرشوة والهداية نحب أن نبين أن بعض العلماء يرى أن دفع المال لإبطال الظلم جائز للدافع حرام على الآخذ (٢) .

الأصل السادس : لا يقضى القاضى لنفسه ولمن لا تقبل شهادته له :

صرح العلماء بأنه لا يجوز للقاضى أن يحكم لنفسه ، كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، وحكم الحاكم لنفسه من خصائص رسول الله ﷺ لأنه معصوم من الهوى والغرض ، وبسبب ذلك من شأنه أن يعزز من أساء الأدب عليه فيما يتعلق بأحكامه التى حكم بها ، كأن يقول له : حكمت بالجور ، وما مائل هذا . وإذا عرضت حكومة لوالديه ، أو لأحد أولاده ، من لا تقبل شهادته له فقيه رأيان :

أحدهما : لا يجوز له أن يحكم فيها بنفسه ، وإن حكم لم ينفذ حكمه وهذا ما يراه أبو حنيفة والشافعى والمالكية وبعض فقهاء الحنابلة ، لأنه لا تقبل شهادته له فلم ينفذ حكمه ، كما لا ينفذ الحكم لنفسه .

(١) المصدر السابق ، ص ٢٤٤ .

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ، لمحمد الخرشي ، ج ٧ ، ص ٩٣ ، دار صادر بيروت .

الرأى الثانى : ينفذ حكمه ، وهو رأى بعض فقهاء الحنابلة ، وأبى يوسف صاحب أبى حنيفة ، وابن المنذر ، والمزنى ، وأبى ثور لأنه حكم لغيره أشبه الحكم للأجانب (١) ، قال الشيرازى : " وهذا خطأ ، لأنه متهم فى الحكم كما يتهم فى الحكم نفسه " (٢) .

لو كانت الخصومة بين والديه أو ولديه . أه والده ووالده :

للعلماء رأيان فى هذه المسألة :

أحدهما : لا يجوز له الحكم بينهما ، وهو ما يراه بعض فقهاء الحنابلة ، وأحد رأيين محتملين فى فقه الشافعية ، وقد علل لهذا الرأى ، بأنه لا تقبل شهادته لأحدهما على الآخر فلم يجر الحكم بينهما قياسا على الشهادة .

الرأى الثانى : يجوز له الحكم بينهما وهو كما يراه بعض فقهاء الشافعية وبعض فقهاء الحنابلة ، وقد علل لهذا الرأى بأن الخصمين عنده سواء فارتفعت تهمة الميل إلى أحدهما فأشبههما الأجانبين (٣) .

الأصل السابع : الحكم بالاجتهاد الثانى للقاضى :

إذا تغير اجتهاد القاضى قبل أن يحكم فى القضية فإنه يجب عليه أن يحكم بما تغير اجتهاده إليه ، ولا يجوز له أن يحكم باجتهاده الول ، لأنه

(١) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٧ ، والمغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٤ .
(٢) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٨٣ ، والشرح الصغير ، ج ٥ ، ص ١٩ ، ومغنى المحتاج ج ٤ ، ص ٣٩٣ ، واللباب فى شرح الكتاب لعبد الغنى الغنيمى ، ج ٤ ، ص ٩٠ ، مطبعة المدنى ، وأد القضاء لابن أبى الدم ، ج ١ ، ص ٤٠٤ ، والروض المربع بحاشيته ، ج ٣ ، ص ٣٩١ .

(٣) المغنى ، ج ١ ، ص ٤٨٣ ، والمهذب للشيرازى ، ج ٢ ، ص ٢٩٢ .

إذا حكم باجتهاده الأول فقد حكم بما يعتقد أو يغلب على ظنه أنه باطل .

وقال العلماء إنه إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ، ولا إجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من كان قبله في هذا المنصب لم ينقضه لمخالفته ، وقد استدلل العلماء على هذا بأن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على هذا ، فقد نقل عن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في مسائل باجتهاده ، وخالفه عمر رضي الله عنه ، ولم ينقض أحكامه ، وعلى بن أبي طالب - كرم الله وجهه - خالف عمر في اجتهاده ، فلم ينقض أحكامه (١) .

وروى أن عمر بن الخطاب لقي رجلا له خصومة فقال له : ما صنعت ؟ قال الرجل : قضى على وزيد بكذا ، قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، فقال الرجل : وما يمنعك والأمر إليك ؟ (يعنى أنه رئيس الدولة) قال : لو كنت أردت امرى كتاب الله أو إلى سنة نبيه لفعلت ، ولكن أردت إلى رأى والرأى مشترك ، ولم ينقض عمر ما قضى به على وزيد .

الأصل الثامن : جواز الطعن فى الأحكام فى بعض الأحوال :

تمهيد :

• هنا أمر يحسن التنبه عليه هو أنه يجب أن يتوفر الاحترام الكامل للأحكام التى تصدر عن القاضى ، سواء من طرفى الخصومة : المدعى والمدعى عليه ، أو غيرهما ، فهذا يؤدى إلى أن يحصل الاستقرار والثبات فى المراكز القانونية التى صدرت بشأنها الأحكام .

(١) المغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

لكن الأحكام التى يصدرها القضاة هى أحكام صادرة عن بشر ،
والبشر ليسوا معصومين من الخطأ إلا من عصم الله صاحب العزة
والجلال من الرسل والأنبياء ، ولهذا فاحتمال الخطأ فى الأحكام
القضائية وارد ، ولا بد من أن يكون هناك علاج وتصحيح للأخطاء التى
يمكن أن تقع فى الأحكام القضائية ، ولكى يحدث التوفيق - فى القوانين
الوضعية - بين إرادة الاستقرار والثبات فى المراكز القانونية التى
صدرت بشأنها الأحكام وبين إرادة تصحيح الأخطاء التى يمكن أن
تحدث من القضاة أجاز القانون الوضعى للخصوم أن يطلبوا من القضاة
إعادة النظر فى القضية محل الحكم ، باتباع وسيلة من الوسائل التى
نظمها القانون ، وهذه الوسائل تسمى فى الاصطلاح القانونى : طرق
الطعن فى الأحكام (١) .

وقد قسم القانونيون هذه الطرق إلى قسمين : طرق طعن عادية ،
وطرق طعن غير عادية أو استثنائية ، وأطلق على طرق الطعن العادية
هذا الوصف لأنه لا يشترط فى جواز ممارستها أسباب معينة ، بخلاف
طرق الطعن غير العادية فقد اشترط القانون أسبابا محددة لها .

فأما طرق الطعن العادية فهى : المعارضة ، والاستئناف ، وأما
الطرق غير العادية فهى : التماس إعادة النظر ، والطعن بالنقض ،
وإليك توضيح معنى كل طريق من هذه الطرق .

(١) مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات الجديد للدكتور عبد الباسط جمعى ، ص ٥٢٣

، دة الفكر العربى .

المعارضة : طريق طعن عادى فى الأحكام التى صدرت فى غيبة المحكوم عليه يرفع إلى نفس المحكمة التى صدر عنها الحكم المطعون فيه لا إلى محكمة أعلى ، ولهذا فإن المعارضة لا تعد درجة ثانية من درجات التقاضى (١) . وقد أصبحت المعارضة غير جائزة فى المسائل المدنية والتجارية .

الاستئناف : طرق طعن عادى به يطرح الخصم الذى صدر الحكم كليا أو جزئيا لغير صالحه القضية كلها ، أو جزءا منها أمام محكمة أعلى من المحكمة التى صدر عنها الحكم (٢) ، التماس إعادة النظر : طريق غير عادى يرفع إلى المحكمة التى أصدرت الحكم الملتمس فيه ، ويجوز أن ينظر من نفس القضاة الذين أصدروا الحكم موضوع الالتماس ، ولهذا لا يعد التماس إعادة للنظر درجة من درجات التقاضى .

ولأن هذا الطريق من طرق الطعن طريق غير عادى فإنه لا يجوز إلا لأسباب معينة وردت فى القانون على سبيل الحصر . ومن هذه الأسباب ما إذا حدث غش من الخصم (المطعون ضده) من شأنه أن يؤثر فى الحكم . ومنها ما إذا حال الخصم دون تقديم أوراق قاطعة فى الدعوى بشرط أن يحصل عليها الملتمس بعد صدور الحكم . ومنها حصول الملتمس على إقرار بأن الورقة ، أو الأوراق التى بنى الحكم عليها مزورة ، ومنها ما إذا قضى بعدم صدور الحكم بستزوير هذه

(١) أصول المرافعات للدكتور أحمد مسلم ، ص ٦٩٣ ، دار الفكر العربى .
(٢) قانون القضاء المدنى الكويتى ، فتحى والى ، ص ٣٩١ ، مطبعة جامعة الكويت .

الأوراق • ومنها إذا قُضى بعد صدور الحكم بأن الشادة التي بنى عليها مزورة •

الطعن بالنقض : طريق غير عادي من طرق الطعن في الأحكام فلا يجوز إلا بالنسبة إلى أحكام معينة وفي أحوال خاصة في غير نصابها الانتهائي •

وقد نص القانون على أسباب معينة هي التي تجيز الطعن بالنقض منها في القانون المصري إذا كان الحكم الذي يطعن فيه قد صدر مخالفا للقانون ، أو كان نتيجة خطأ في تطبيقه أو في تأويله (١) •

الحال في الفقه الإسلامي :

ما سبق كان بيانا لطرق الطعن في الأحكام في القانون الوضعي فإذا انتقلنا إلى الفقه الإسلامي نجد أن العدل المطلق هدف من أهداف القضاء في الإسلام ، ويقتضى هذا أن يبحث القاضي عن الحق ، فأينما وجده قضى به ، وإذا أخطأ القاضي في حكمه فخالف نصابا شرعيا من الكتاب الكريم ، صريح الدلالة أو السنة الشريفة صريحة الدلالة كذلك أو إجماعا من العلماء على حكم معين فلا بد من نقض هذا الحكم ، أي إبطاله ، وقد عبر فقهاؤنا القدامى بنقض الحكم ويريدون به إبطاله واعتباره كأنه لم يكن في صورة معينة ، سننكلم عنها فيما سيأتي قريبا إن شاء الله تعالى ، فليس المراد بالنقض في الفقه الإسلامي النقض عند

(١) بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام للدكتور عبد العزيز خليل بدوي ، ص ٥١٥ ، وما بعدها والقضاء في الإسلام وحماية الحقوق لنفس المؤلف ، ص ٧٩ وما بعدها •

القانونيين وهو أنه أحد طرق الطعن غير العادية ، يقصد به تقويم الاعوجاج القانوني في الحكم المطعون فيه ، وتوحيد فهم القضاة للقانون (١) . ونقض هذا الحكم أو طلب نقضه حق لكل من يعلم به ، بل واجب عليه ، سواء في هذا القاضي الذي أصدره ثم تبين له مصادمته للنصوص الشرعية ، أو أحد أطراف الخصومة ، بل لأي إنسان آخر ليس له صلة بالقضية أن يطلب نقض هذا الحكم ، استنادا إلى سلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وهي السلطة التي خولها الله تبارك وتعالى لكل فرد من أفراد المسلمين ليتحقق بذلك الرقابة التي تحقق الإصلاح في المجتمع .

هذا ، وسنختار التعبير عن هذه العملية باستئناف الأحكام دون التعبير بأى طريق آخر من طرق الطعن المعروفة في القانون الوضعي ، والتي أعطينا القارئ فكر: سريعة عنها .

الدليل على جواز الاستئناف في الأحكام القضائية حديث رسول الله ﷺ " البينة على المدعى " فهذا الحديث الشريف يفيد حكما عاما لكل الأحوال ، فليس مقصورا على حال معينة ، بل ينظم عامة الأحوال دون فصل بين ما قبل الحكم وما بعده (٢) .

وقد حاول بعض العلماء الاستدلال لجواز الاستئناف لكن أدلتهم كان بعضها غير واضح الدلالة ، وبعضها حديثا غير ثابت ، وبعضها

(١) للقضاء في الإسلام وحماية الحقوق ، للدكتور عبد العزيز خليل بديوي ، ص ٨٠ .

(٢) نظام القضاء في الإسلام ، لأستاذنا الدكتور إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٩٦ .

قولا لصحابي ، ومعروف أن قول الصحابي إن كان حجة عند بعض العلماء فليس حجة عند البعض الآخر .

فأما الدليل غير واضح الدلالة على جواز الاستئناف فهو ما جاء في صحيح البخاري ومسلم أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم الآخر - وهو أفضه منه - : نعم فأقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لي ، فقال رسول الله ﷺ : قل ، قال : إن ابني كان عسيفا (١) ، عند هذا فزني بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، (أي جارية صغيرة) 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 ، على ابنك مائة جلدة وتغريب عام ، واغد يا أنيس (٢) إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها ، فاعترفت ، فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت " (٣) .

فقد استدل البعض بهذا الحديث على جواز الاستئناف (٤) ولا نرى صحة الاستدلال بهذا الحديث على الاستئناف ، لأنه لم يصدر حكم من قاض في هذه القضية قبل أن ترفع إلى رسول الله ﷺ ، وإنما يبين

(١) عسيفا أي أخيرا .

(٢) تصغير أنس بضم الهمزة وفتح النون

(٣) صحيح مسلم ، بشرح النووي ج ١١ ، ص ٢٥٠ ، ونيل الأوطار ، ج ٨ ، ص ٢٨١ .

(٤) التراتيب الإدارية ، لعبد الحى الكنانى ، ج ١ ، ص ٥٦ .

الحديث أن الرجل أخبره بعض الناس أن على ابنه الرجم ، فافتدى منه بمائة شاة وجارية ، فسأل أهل العلم فأخبروه أن على ابنه جلد مائة وتغريب عام ، فأهل العلم الذين أخبروه إنما أفتوه بهذا الحكم ولم يكونوا قضاة أصدروا حكما قضائيا حتى يصح الاستدلال بالحديث .

وأما الحديث الذي لم يثبت ^(١) فهو ما رواه الإمام أحمد وغيره ، عن حنش بن المعتمر ، عن على بن أبي طالب قال : بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن ، فانتهينا إلى قوم قد بنوا زبية للأسد ^(٢) ، فبينما هم كذلك يتدافعون ، إذ سقط رجل فتعلق بآخر ، ثم تعلق الرجل بآخر ، حتى صاروا فيها أربعة ، فجرحهم الأسد ، فانندب له رجل بحرية فقتله ، وماتوا من جراحهم كلهم ، فقدم أولياء الأول إلى أولياء الآخر ، فأخرجوا السلاح ليقتلوا فأتاهم على ﷺ على تفيئة ذلك (أى على أثر ذلك) فقال : تريدون أن تقاتلوا ورسول الله ﷺ حى ؟ إني أفضى بينكم قضاء ، إن رضيتهم به فهو القضاء ، وإلا حجز بعضكم عن بعض ، حتى تأتوا النبى قضاء إن رضيتهم به فهو القضاء ، وإلا حجز بعضكم عن بعض ، حتى ، تأتوا النبى ﷺ : فيكون هو الذى يقضى بينكم ، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له ، من اجمعوا من قبائل الذين حفروا البئر ربع الدية ، وثلاث الدية ونصف الدية ، والية كاملة ، فلأول ربع الدية ،

(١) استدلل بهذا الحديث المستشار جمال صادق المرصفاوى ، انظر : نظام القضاء فى الإسلام ، له ، ص ١٥٢ ، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامى بالرياض ، ١٣٩٦ هـ .

(٢) الزبية : حفرة تحفر لصيد الأسد ، سميت بذلك لأنهم كانوا يحفرونها فى موضع عال .

لأنه هلك (١) من فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية وللثالث نصف الدية ،
 وللرابع الدية كاملة ، فأبوا أن يرضوا ، فأتوا النبي ﷺ وهو عند مقام
 إبراهيم (٢) فقصوا عليه القصة ، فقال أنا أقضى بينكم ، واحتبسى (٣) ،
 فقال رجل من القوم : إن عليا قضى فينا ، فقصوا عليه القصة مخأبجـره
 رسول الله ﷺ (٤) ، وزاد في بعض ألفاظه : " وجعل الدية على قبائل
 الذين ازدحموا " .

الحديث ضعيف :

وهذا الحديث ضعيف لأن حنشا راوى الحديث اختلف العلماء فى
 توثيقه (٥) ، ويكفى هذا عليا لم يحكم بينهم بصفته قاضيا ، لأن القاضى
 لا يخير الخصوم والحديث يبين أن عليا خيرهم ، وأيضا فإن الخصوم
 لم يترافعوا إلى علي ، وإنما هو الذى جاءهم عقب الحادثة ليقوم بالصلح
 بينهم ، أى أنه عرض نفسه ليكون حكما بينهم فقبلوا تحكيمه على شرط

(١) هلك — بتشديد اللام فى لغة بنى تميم — بمعنى أهلك ، فالفعل قد يتعدى بالهمزة
 فيقال : أهلكته وفى لغة بنى تميم يتعدى بنفسه ، فيقال هلكته ، واستهلكته ، المصباح
 المنير .

(٢) أى فى موسم الحج .

(٣) يقال فى اللغة : احتبى الرجل ، أى جمع ظهره وساقيه بثوب أو غيره وقد يحتبى
 بيديه .

(٤) مسند الإمام أحمد ، ج ٢ ، ص ٤٧٣ ، دار المعارف ، ١٩٤٧ م ، والسنة الكبرى
 للبيهقى ج ٨ ، ص ١١١ ، والمصنف لابن أبى شيبة ج ٩ ، ص ٤٠٠ .

(٥) قال الهيثمى بعد أن ذكر هذا الحديث فى " المجمع " وفيه حنش ، وتقه أبو داود ،
 وفيه ضعيف وبقية رجاله رجال الصحيح . لنظر هامش زاد المعاد لابن القيم ، ج ٥
 ص ١٤ ، تعليق لشعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط .

أنهم إذا لم يرضوا بما يحكم به فلا يلزمهم ، فلم يكن في هذه الحادثة حكم قاض حتى يمكن أن يقال إنه وجد الاستئناف (١) .

الحكم هل هو حكم قاض ؟

ويرى أن حكم على في هذه الحادثة لو ثبت الحديث يمكن أن يكون حكم قاض ، لأن عليا كان أرسله الرسول ﷺ إلى اليمن قاضيا ، كما هو معروف ، وكونه هو الذى أتاهم عقب الحادثة لا يغير الأمر من قاض إلى محكم ، لأن البيئة كانت سانحة لا تعقيد فيها ، والبساطة من على تجيز له - وهو القاضى - أن يذهب إلى الخصوم ، وخاصة إذا كان الأمر خطيرا جدا ، فقد كادت القبائل أن يسيل بعضها دم بعض .

وكونه خيرا أن يرضوا بما يحكم به أو ينتظروا - بعد حكمه - حتى يعرضوا الأمر على رسول الله ﷺ إذا لم يرضوا بما حكم ، فهذا أيضا مقبول من قاض فى مجتمع بسيط ، لم يوجد فيه تعقيد الإجراءات . فليست المشكلة فى هذه الأمور ، وإنما المشكلة أن الحديث لم يثبت ، ولو ثبت الحديث لكان من وجهة نظرنا دالا على الاستئناف .

وأما قول الصحابى ففى مصنف عبد الرزاق (٢) " أتى ابن مسعود برجل وجد مع امرأة فى لحاف ، ولم تقم البيئة على غير ذلك فضربه عبد الله أربعين (٣) ، وأقامه للناس ، فعضب قومه من هذا وانطلقوا إلى

(١) الدكتور إبراهيم عبد الحميد ، نظام القضاء فى الإسلام ، ص ٢٩٧ .

(٢) كان عمر بن الخطاب قد ولى عبد الله بن مسعود القضاء فى الكوفة .

(٣) نظام القضاء فى الإسلام ، لأستاذنا الدكتور إبراهيم عبد الحميد ، ص ٢٩٨ ،

وأصول الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور زكى الدين شعبان ، ص ٢٠٥ .

عمر رضي الله عنه ، عنه فقالوا : فضح منا رجلا ، فقال غمر : بلغني أنك ضربت رجلا من قريش ، قال عبد الله : أجل وقص عليه القصة ، فقال له عمر : رأيت ذلك ؟ قال : عمر : نعم ما رأيت ، فعند ذلك قال الشاكور : جئنا نستعديه عليه ، فاستفتاه " .

ويمكن الاستدلال بقول الصحابي أيضا بما ورد في كتاب عمر لأبي موسى الأشعري ، وهو قوله : " ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه كرشك أن تراجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل " (١) .

لكن قول الصحابي — حتى لو كان من اثنين — لا يعد حجة كما قال الشافعي في الجديد من مذهبه ، واختاره جمع من متأخري الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وأكثر المتكلمين .

هذا ، ويمكن القول بأن فقهاءنا القدامى تعرضوا لبحث موضوع استئناف الأحكام ، لكن ليس بهذا العنوان ، وإنما سموه بالدفع (٢) وما

(١) سبل السلام ج ٤ ، ص ١١٩ ، والأحكام السلطانية لمأوردى ، ص ٨٠ .
(٢) الدفع هو دعوى يثيرها المدعى عليه مناهضة للدعوى الأصلية ، كأن يدعى شخص على آخر أنه اقترض منه ألف جنية وطالبه بأدائها ، فدفع المدعى عليه هذه الدعوى بأداء هذا الدين إلى المدعى ، وحينئذ يصبح المدعى عليه مدعيا ، ويصبح المدعى مدعيا عليه .

وقال العلماء إنه إذا استطاع الدافع أن يثبت دعواه بإقرار المدعى ، أو بإقامته البينة اندفعت دعوى المدعى ، وإذا لم يستطع إثبات دعواه قام القاضي بتحليف المدعى الأصلي — بطلب من المدعى عليه — فإذا امتنع عن اليمين ثبت دفع المدعى عليه ، وبطلت الدعوى ، وإن حلف المدعى عادت الدعوى الأصلية ، وبين بعض فقهاء الحنفية أنه كما يصح دفع قبل الحكم يصح دفعها بعد الحكم يصح دفعها بعد الحكم في بعض الحالات .

محاضرات في المرافعات الشرعية ، ألقتها على طلبة المعهد العالي للقضاء بالسعودية للدكتور عبد العظيم شرف أفدين ، ص ٨٥ ، ٩٢ ، مكتوبة بالآلة الكاتبة .

قالوه فى دفع الدعوى بعد الحكم من القاضى ينطبق على الاستئناف لأنّه ليس إلا نظر فى الدعوى مرة ثانية ، غير أن الفقهاء القدامى لا يشترطون تغيير القاضى الذى سينظر فى الدعوى مرة أخرى كما هو الحال فى الاستئناف بوصفه طريقا الطعن فى الأحكام فى القوانين الوضعية (١) .

ومن يرجع إلى كتب الحنفية يجد فيها ما يفيد هذا ، فقد بين بعضهم أنه كما يصح الدفع عند القاضى الأول يصح عند قاض آخر ، وكما يصح قبل الإشهاد يصح بعده ، وقال ابن نجيم فى أشباهه (٢) بعد أن قرر هذا : " وهو المختار إلا فى ثلاث مسائل .

الأولى : إذا قال لى دفع ، ولم يبين وجهه لا يلتفت إليه .

الثانية : لو بين لكن قال : بينتى غائبة عن البلد ، لم يقبل .

الثالثة : لو بين دفعا فاسدا .

وفى الفقه المالكى نجد اختلافا بين فقّهائه فيما لو أتى المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها ، وطلب فسخ الحكم عنه ، عل ثلاثة آراء :

الأول : أنه تسمع البينة ، فإن شهدت بما يوجب الفسخ فسخ الحكم عنه ، وهذا ما يراه ابن القاسم .

(١) تاريخ القضاء فى الإسلام ، لمحمود بن محمد بن عرنوس ، ص ٢١٤ ، ٢١٥ ، الطبعة الأولى .

(٢) الأشباه والنظائر ، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، ص ٢٢٥ ، طبعة ١٩٦٨ ، وحاشية قرّة عيون الأخبار (تكملة حاشية ابن عابدين) لمحمد علاء ، ج ٧ ، ص ٤٩٠ .

الثانى : لا تسمع البينة ، وهذا ما يراه سحنون .

الثالث : إن قام البينة عند ذلك القاضى الحاكم نقضه ، وإن قام عند غيره لم ينقضه ، وهذا ما يراه ابن المواز (١) .

وإذا انتقلنا إلى فقه الشافعية نجد أنهم تكلموا عن أخذ منه مال بناء على شهادة الشهود ، ثم ادعاه ، فقالوا : تسمع دعواه وترجح بينته بملكه على بينة خصمه ، لأن له يدا سابقة على المال .

واختلف فقهاء الشافعية فيما لو حكم القاضى بإزالة يد شخص عن عين من الأعيان التى تحت يده ، بناء على بينة أقامها شخص آخر فحكم له القاضى بهذه البينة مستندا إلى ما قبل إزالة يده مع استدامته إلى وقت الدعوى ، واعتذر عن ذلك شهوده - مثلا - فيرى النوى أن على القاضى أن يسمع بينته وتقدم على بينة من حكم له القاضى بها ، لأن صاحب اليد قد أزيلت يده لعدم الحجة ، فإذا ظهرت الحجة حكم بها بخلاف ما إذا لم تستند بينته إلى ذلك ، أو لم يعتذر بما ذكر وتحوه فلا تقدم بينته .

ويرى القاضى حسين من فقهاء الشافعية أنه لا تسمع البينة ، فلا ينقض القضاء ، ونقل الهورى عن القاضى حسين أنه قال : أشكلت على هذا المسألة نيفا وعشرين سنة لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد وتزدد فيها وتزداد فيها جوابى ، ثم استقر على أنه لا ينقض (٢) .

(١) تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، ج ١ ، ص ٨٠٠ .

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٤٨١ .

ومع احترامنا الكامل لكلا الرأيين في الفقه الشافعي ، مع ميلنا إلى ما يراه الإمام النووي من ترجيحه حانب اليد الذي لم يكن معه بينة وقت نظر الدعوى ، ثم تيسر له بعد ذلك أن يثبت حقه بالبينّة ، نقول مع احترامنا لكلا الرأيين فإننا نستفيد من هذا الخلاف أن مبدأ الاستئناف يقول بعض الفقهاء به من الشافعية ، لأن الاستئناف ما هو إلا نظر للدعوى مرة ثانية ، وهذا ما حدث هنا في المسألة التي حكينا خلاف فقهاء الشافعية فيها .

وخلاصة ما تقدم أن استئناف الأحكام قال به فقهاؤنا القدامى ، بل عبر بعضهم بكلمة الاستئناف ، قال ابن القاص : " اتفق الجميع على أنه ليس للقاضي أن يتعقب حكم من كان قبله ، وعلى أنه إن رفع إليه قضية قاض وكان فاسقا ، أو مرتشيا أو ساقط العدالة لا يجوز قضاؤه كان عليه نقضه ، واستئناف الحكم بين الخصمين " (١) .

وقد قال باستئناف الأحكام بعض فقهاء الحنفية ، وبعض فقهاء المالكية ، وبعض فقهاء الشافعية ، وأقوى ما يمكن الاستدلال به لهذا قول رسول الله ﷺ " البينة على المدعى " فهو عام يشمل حالة ما قبل الحكم من القاضي ، وحالة ما بعد الحكم ، كما بينا ذلك فيما سبق .

متى ينقض الحكم ؟

نريد بالنقض هنا إبطال الحكم واعتباره كأن لم يكن ، وهو المعنى الذي يقصده فقهاؤنا القدامى عندما يتكلمون عن نقض الأحكام كما سبق أن بينا ، وهو من المعاني اللغوية لكلمة النقض .

(١) أدب القاضي ، لابن القاص ، ج ٥٢ ، ص ٣٧٢ .

ونحب فى البداية أن نبين أمرين :

أحدهما : أن العلماء متفقون على أنه ليس للقاضى أن يتعقب حكم من كان قبله من القضاة ، واتفقوا أيضا على أنه إن رفع إليه قضية قاض كان فاسقا ، أو مرتشيا ، أو ساقط العدالة لا يجوز قضاؤه ، فإنه يجب أن ينقضه ، وأن يستأنف الحكم بين الخصمين .

وكذلك اتفقوا على أنه إن رفع إليه قضاة قاض عدل فوجده قد خالف قرآنا أو سنة فإنه يجب عليه أن ينقضه ، وأن على القاضى أن يرده على نفسه أيضا إن كان قد أخطأ فى مثل ذلك (١) .

الأمر الثانى : أن العلماء صرحوا بأن حكم القاضى فى المسائل المجتهد فيها لا ينقض ، أى حكم قاض فى مسألة من المسائل الخلافية التى اجتهد العلماء فيها ، وكان لكل فريق رأى فيها ، فلا يصح لقاض آخر أن ينقض هذا الحكم .

قال ابن قدامة - الفقيه الحنبلى المشهور - بعد أن بين آراء العلماء وأدلتهم فى مسألة تولى المرأة عقد الزواج ، ورجح الرأى القائل بأن الزواج لا يصح إلا بولى ، ولا تملك المرأة تزوج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها فى تزويجها ، فإن فعلت لم يصح عقد الزواج ، قال ابن قدامة بعد أن بين ذلك : " فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم ، أو كان المتولى لعقده حاكما لم يجز نقضه " (٢) .

(١) أدب القاضى ، لأبى العباس أحمد بن أبى أحمد الطبرى ، المعروف بابن القاص ،

تحقيق الدكتور حسين خلف الجبورى ، ج ٢ ، ص ٣٧٢ ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩ .

(٢) المغنى ، لابن قدامة ، ج ٧ ، ص ٣٣٩ .

أمثلة للمسألة :

وذكر العلماء أمثلة للمسائل الخلاقية التي لا يصح للقاضي أن ينقض الحكم فيها إذا كان مخالفا لما يراه منها الحكم ببطلان خيار المجلس ومنع القصاص من القتل العمد بالمتقل ، وصحة الزواج بعبارة المرأة ، أو بشهادة ممن لم يتوفر فيه شرط العدالة ، وانه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب فالقاعدة المستقرة عند العلماء أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، وقالوا إن الدليل على هذه القاعدة إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ورووا أن أبا بكر حكم في مسائل خالفه فيها عمر ولم ينقض حكمه ، وحكم عمر في الجد في المراث أحكاما مختلفة .

وعلى العلماء هذه القاعدة بأن الاجتهاد الثاني ليس أولى من الاجتهاد الأول ، فلو أجزى نقض الأحكام الاجتهادية أدى هذا إلى عدم الاستقرار في الأحكام ، وفي ذلك مشقة شديدة تلحق بالناس ، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض وهم جرا (١) .

فالمسائل الاجتهادية — إن — لا ينقض قاض حكم قاض آخر فيها بل صرح الكاساني بأن القاضي لا يجب عليه نقض حكم في قضيته محل اجتهاد كان اجتهاده أداه إلى أن يحكم فيها برأى ، ثم تغير رأيه ، يقول الكاساني : " وإن قضى في حادثة وهي محل اجتهاد برأيه ، ثم رفعت إليه ثانيا فتحول رأيه بالعمل بترأى الثاني ، فلا يوجب هذا نقض الحكم بالرأى الأول ، لأن القضاء بالرأى قضاء مجمع على جوازه ،

(١) الأضواء والنظائر ، للسيوطي ، ص ١٠١ .

الاتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضي أن يقضى فى محل الاجتهاد ،
وبما يؤدى إليه اجتهاده ، فكان هذا قضاء متفقا على صحته ، ولا اتفاق
على صحة هذا الرأى الثانى ، فلا نقص المجمع عليه بالمختلف ولهذا لا
يجوز لقاض آخر أن يبطل هذا القضاء وقد روى عن أمير المؤمنين
عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى فى حادثة ثم قضى فيها بخلاف تلك
القضية فسئل فقال : تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ولو رفعت إليه
ثالثا فتحول رأيه إلى الأول يعمل به ، ولا يبطل قضاؤه بالرأى الثانى
بالعمل بالرأى الأول ، كما لا يبطل قضاؤه الأول بالعمل بالرأى
الثانى " (١) ، ويحسن هنا أن ننبه أن هناك فارقا بين تغيير الرأى فى
قضية من القضايا والخطأ فى الحكم فيها ، فتغير الرأى شئ والخطأ شئ
آخر ، والسؤال الآن : ما هو الحكم لو تبين خطأ القاضى ؟ هل يبقى
الحكم الذى صدر من القاضى - مع تبين خطئه ؟ أم ينقض أى يحكم
ببطلانه ؟

هذه قضية لعلماننا رضي الله عنه آراء فيها على الصورة الآتية التى سنذكرها
مع ملاحظة أن نقض الحكم واجب . إذا خالف الشرع - على القاضى
إذا رفعت إليه قضية حكم فيها قاض آخر فبان خطؤه ، وهو واجب
أيضا على القاضى الذى أصدر هذا الحكم إذا بان لهذا القاضى خطأ
نفسه ، كما بينا ذلك سابقا ، ولكن ما هو الخطأ الذى يبرر النقض ؟
إليك الآن بيانا لما يراه العلماء فى هذه المسألة .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ، ص ٥٠ .

الرأى الأول : إن كان الخطأ لمخالفة نص الكتاب ، أو السنة أو الإجماع ، نقض حكمه .

وهذا ما يراه فقهاء الحنابلة ، والشافعى وزاد إذا خالف قياسا جليا نقضه ، لا قياسا خفيا .

ونسب ابن قدامة - الفقيه الحنبلى المشهور - إلى أبى حنيفة ومالك القول بأن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف الإجماع ، قال ابن قدامة : ثم ناقضا (يعنى أبا حنيفة ومالكا) ذلك فقال مالك : إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه ، وقال أبو حنيفة : إذا حكم بحل متروك التسمية (أى فى الذبائح) أو حكم بين العبد بالقرعة نقض حكمه .

وبالرجوع إلى ما كتبه الحنفية نجد أنهم يقررون أن حكم القاضى لا ينقض إلا إذا خالف القرآن أو السنة المشهورة أو الإجماع .

ومثل بعض الحنفية للحكم المخالف للكتاب الكريم بالقضاء بحل متروك التسمية عمدا ، لأنه فى رأيهم مخالف لقوله تبارك وتعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ ويرى البعض الآخر من الحنفية أن الأحسن أن يمثل بالقضاء بتقديم الوارث على الدين لأن القرآن صريح فى وجوب تقديم الدين على توزيع الميراث .

ومثل الحنفية للحكم المخالف للسنة المشهورة بالقضاء بحل المطلقة ثلاثا ، بعقد الزوج الثانى بلا دخول حقيقى ، لأن هذا مخالف للحديث المشهور ، وهو حديث العسيلة (1) .

(1) روى عن عائشة زوج رسول الله ﷺ أن امرأة رفاعة أتت رسول الله ﷺ وقالت : يا رسول الله ، أنى كنت تحت رفاعة فطلقتى آخر التطليقات الثلاث ، وتزوجت -

ومثلوا للحكم المخالف للإجماع بطل متعة^(١) النساء^(٢) ونجد
الدردير أحد أشهر فقهاء المالكية يقرر أن حكم القاضي ينقض إذا خالف
إجماعا ، أو نصا ، أو قياسا جليا^(٣) .

==عبد الرحمن بن الزبير ، فوالله ما وجدت منه إلا مثل الهدية (هدية الثوب :
حاشية الثوب) فتبسم رسول الله ﷺ وقال : لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟
لا حتى تذوقى عسلته ويذوق عسلتك .

(١) معنى المتعة الزواج المؤقت بأمد معلوم أو أمد مجهور ، وسمى زواج المتعة لأن
المقصود منه مجرد التمتع لمدة معينة ، وقد أجمع العلماء على أن زواج المتعة كلن
مباحا مدة ثم نسخ حكم الإباحة فصارت محرمة ، وشذت فرقة الإمامية إحدى فرق
الشيعة الإمامية عن الإجماع فقالوا بأن المتعة لازالت مباحة .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ، لعبد الله بن محمد بن مودود ، ج ٢ ، ص ١٢٠ ، ومجمع
الأنهر ، ج ٢ ، ص ١٦٩ .

(٣) مثال الحكم المخالف للإجماع ما لو مات شخص وترك أخوة ، وجدا فحكم للقاضي بأن
الميراث كله للأخوة دون الجد ، فهذا الحكم مخالف للإجماع ، لأن علماء الأمة الإسلامية
على رأيين : رأى يقول بأن الجد يحجب الأخوة فى الميراث كما يحجبهم الأب ، فيكون
الميراث كله للجد ، ورأى يقول بأن الجد من الميراث بالكلية فلم يقل به أحد من العلماء
فمتى حكم بهذا قاض بناء على أن الأخ ينل بالبنوة والجد ينل بالأبوة والبنوة مقدمة على
الأبوة وجب نقض هذا الحكم ، ولو كان من قال بهذا مفتيا لم يجز تقليده .

ومعنى القياس الجلى هو ما قطع فيه بنفى تأثير الفارق بين المقيس والمقيس عليه ، أو
يبعد تأثيره ، فالأول هو قياس كقياس الضرب على التأنيف للوالدين ، الذى ورد
تحريمه فى قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ بجامع الإيذاء والثانى قياس
المساوى ، كقياس إحراق مال اليتيم على أكله ، فإن الفارق بين الضرب والتأنيف
وهو أن الضرب إيذاء بالفعل والتأنيف إيذاء بالقول ، لا يؤثر فى الحكم وهو حرمة
الضرب أى لا ينفىها ، والفارق بين الإحراق والأكل وهو أن الأول إتلاف بلا فائدة
بخلاف الثانى بعيد ، فلا ينفى الحرمة ، فلو حكم قاض بعدم تعزيز من ضرب أباه
لكون الضرب ليس حراما بطل حكمه وكذلك لو حكم بعدم تعزيز من أحرق مال يتيم
لكون الإحراق ليس حراما بطل حكمه ، وأما القياس الأدون فهو القياس الخفى ،
كقياس الذرة أو الأرز على القمح فى باب الربا بجامع الطعم فإن الفارق موجود وهو
كثرة الاقتيات فى القمح دون الذرة والأرز فالقياس الجلى يشمل الأولى والمساوى
كما صرح بذلك بعض علماء الشافعية فى كتب الفقه والأصول .
حاشية الشراوى على التحرير ، ج ٢ ، ص ٤٩٥ . مطبعة دار إحياء الكتب
العربية وحاشية الجمل على شرح المنهج ، ج ٥ ، ص ٣٥١ .

ومثل للحكم المخالف للنص بأن يحكم بالشفعة للجار ، وعلل لـه
بأن الحديث الصحيح وارد باختصاصها بالشريك دون الجار ، ولم يثبت
له معارض صحيح عند المالكية .

وكذلك ينقض الحكم عند المالكية إذا ضعف دليله ، ومثلوا لهذا
الحكم بغير الشهود العدول ، أو بالأقوال الضعيفة المردودة في المذهب
الفقهي الذي ينتمى إليه القاضى ، ومن ذلك عندهم الحكم بتوريث نوى
الأرحام والشفعة للجار (١) .

وبين بعض فقهاء الشافعية أن قضاء القاضى ينقض إذا تبين وجود
خطأ به ، والقاضى منصوب لى يحكم بين الناس بأحكام الشرع ،
وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها ، ووجودها يثبت عند
القاضى بطريق شرعى ، والخطأ محصور فى ثلاثة مواطن .

أحدها : أن يكون الخطأ فى الحكم الشرعى بأن يكون القاضى حكم
بحكم يخالف نصا ، أو إجماعا ، أو قياسا جليا .

فيجب نقضه لتحقق الخلل فى الحكم ، وليس معنى النقض هنا الحل
بعد العقد ، بل المعنى هو الحكم ببطلان الحكم المتقدم ، وبيان أنه لم
يقع صحيحا ، لأنه ليس بحكم الشرع ، والقاضى أو الحاكم إنما يثبت
الشرع فلا يكون حكمه صحيحا إلا إذا حكم بحكم الشرع ، وكلمة "
نقض الحكم " هنا فى هذا الموطن متمكنة ، لأن المقصود إبطال ذات
الحكم الذى صدر من القاضى .

(١) الشرح الصغير للرددير ج ٥ ، ص ٢١ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ،

الثانى : أن يكون الحكم مبنيا على سبب يظن القاضى وجوده ، وهو فى الواقع غير موجود ، كما لو حكم القاضى بشهادة زور ، وهو لا يعلم أنها شهادة زور ، فإذا تبين أنها شهادة زور فإن الحكم المبنى عليها ينقض فى بعض المواضع بالإجماع ، وفى بعضها بخلاف فيه بين العلماء .

والخطأ هنا فى السبب ووضع الحكم فى غير موضعه ، والنقض هنا معناه إبطال تعلق الحكم بذلك المحل ، وكلمة " نقض الحكم " فى هذا الموطن غير متمكنة ، وذلك لأنه لم ينقض الحكم فى ذاته لوجوده به وإنما نقض عن ذلك المحل وأخرج المحل عنه ، فالخطأ حصل فى السبب لا فى الحكم ، والمخطئ هنا هو الشاهد لا القاضى الذى أصدر الحكم ، وإن كان حصل للقاضى نوع من الخطأ وهو أنه ظن وجود السبب الحاصل بالشهادة .

الثالث : أن يكون الخلل فى الطريق ، كما لو حكم القاضى بشهادة كافرين ، فهذا الحكم لا يصح لاشتراط الإسلام فى الشاهد ، فإذا تبين أن الشاهدان كافران فإنه يجب نقض الحكم ، سواء كان المشهود به صحيحا أم لا ، لأن الحكم المعتبر شرعا هو ما كان ثابتا بطريقه الشرعى ، فإذا كان بغير الطريق الشرعى فقد حصل الخطأ فى الطريق فيجب نقضه ، والخطأ هنا حدث من القاضى فى اعتقاده عدالة الشهود ، وكلمة " نقض الحكم " هنا كهي فى الموطن الثانى ، وإن كان الفقهاء أطلقوا كلمة " النقض " على جميع المواطن وهو الصحيح (١) .

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ، ج ١ ، ص ٤٠٦ ، ويظهر لى أن هذا ما نقله عبد

الوهاب بن السبكي عن والده على بن عبد الكافي السبكي .

الرأى الثانى : ينقض القاضى جميع ما بان له خطؤه .

وهذا الرأى محكى عن أبى ثور ، وداود الظاهرى .

أدلة من قال بالنقض إذا خالف القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع :
وقد استدل من قال بنقض حكم القاضى إذا خالف الكتاب للكريم أو السنة
أو الإجماع بما يأتى :

أولا : قول الرسول ﷺ " من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو
رد " .

ثانيا : حديث معاذ لما أرسله رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيا قال
له : بم تحكم ؟ قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة
رسول الله ﷺ ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأىي لا آلوا ، قال :
الحمد لله الذى وفق رسول الله إلى ما يرضى الله ورسوله " .

فهذا الحديث الشريف بين أنه لا اجتهاد مع الكتاب والسنة فشرط
الحكم بالاجتهاد عدم النص (١) .

ثالثا : الإجماع قام على نقض الحكم إذا خالف أمرا مجمعا عليه
بين العلماء (٢) .

رابعا : ما روى أن عمر ﷺ كان يفاضل بين الأصابع فى النديّة ،
نظرا لتفاوت منافعها ، فلما روى له حديث عن رسول الله ﷺ فى
التسوية نقض حكمه ، رواه الخطابى فى المعالم .

(١) الشرح الصغير لأحمد الدردير ، ج ٥ ، ص ٢١ ، وحاشية الدسوقى على الشرح
الكبير ، ج ٤ ، ص ١٥٣ .

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٧ ، والمغنى ، ج ١١ ، ص ٤٠٤ .

خامسا : ما روى أن عليا عليه السلام نقض قضاء شريح في ابني عم
أحدهما أخ لأم بأن الميراث كله للأخ ، متمسكا بقوله تعالى :
﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾ فقال له علي : قال الله تعالى
﴿ وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد
منهما السدس ﴾ .

الاستدلال لعدم النقض في حال مخالفة القياس الخفي :

استدل لهذا بأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها بعضا لما استمر
حكم ، ولشق الأمر على الناس .

ومن المشهور عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه حكم بحرمان الأخوة
الأشقاء في المسألة المشتركة في الميراث (١) ، ثم شرك بينهم وبين
الخوة لأم بعد ذلك ، ولم ينقض قضاءه الأول ، وقال ذلك على ما قضينا
وهذا على ما نقضى (٢) .

هذا وقد صرح العلماء بأنه في حالة النقض يجب على القاضى أن
يبين السبب الذى نقض الحكم من أجله ، حتى لا ينسب للجور والسهوى
بنقضه الأحكام التى حكم بها غيره من القضاة (٣) .

دليل الرأى القائل بأن على القاضى أن ينقض أن ينقض جميع ما
بان له خطؤه :

(١) المسألة المشتركة في الميراث : إذا ماتت امرأة وتركت : زوجا ، وأما أوجده ،
واثنين فأكثر من الأخوة لأم ، وأخوة أشقاء واحدا أو أكثر ذكرا فقط ، أو ذكورا
وإناثا ، وقد سماها العلماء بالمشتركة لاشتراك الأخوة الشقاء مع الأخوة لأم الميراث
وتسمى الحمارية لقول الشقاء هب أن أبانا كان حمارا ، والحجرية ، أو اليمية ،
لقولهم : هب أن أبانا كان حمرا في اليم .

(٢) معنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٦ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار ، ج ٢ ، ص ١٢ ، والمعنى ج ١١ ، ص ٤٠٤ .

وأما الرأي القائل بأن على القاضى أن ينقض جميع ما بأن له خطؤه ، فيدل له ما رواه البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة أنه قال : قال رسول الله ﷺ : " بينما امرأتان معهما ابناها جاء الذئب فذهب بابن إحداهما ، فقالت هذه لصاحبتها : إنما ذهب بابنك ، وقالت الأخرى : إنما ذهب بابنك ، فتحاكما إلى داود عليه السلام ، فقضى به للكبرى ، فخرجتا إلى سليمان فأخبرتا ، فقال : انتونى بسكين أشقه بينكما نصفين ، فقالت الصغرى : لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى " (١) .

وفى ختام الكلام عن هذه المسألة تحب أن نبين أن هناك رأيا ضعيفا يذهب إلى أن القاضى لا ينقض حكمه إذا أخطأ ، واستند هذا رأى الغرب إلى ما رواه البخارى ومسلم عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " إذا حكم الحاكم (٢) فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، فإذا حكم واجتهد ثم أخطأ (٣) فله أجر " .

والجواب عن هذا الاستدلال أن هذا الحديث الشريف لا يدل على أن القاضى لا ينقض حكمه إذا أخطأ ، وذلك لأن المراد أن يكون الحاكم اجتهد فأخطأ الحكم الذى عند الله ﷻ فى نفس الأمر من الحق ، وهذا الخطأ لن نعلمه إلا يوم القيمة أو بوحى من الله تبارك تعالى ، والكلام

(١) سبل السلام ، للصنعانى ج ٤ ، ص ١١٩ .

(٢) أى إذا أراد الحكم ، بدليل قوله بعد ذلك : " فاجتهد " فإن الاجتهاد إنما يكون قبل الحكم .

(٣) أى لم يوافق ما هو عند الله تعالى من الحكم .

هنا في خطأ الحاكم الذي يظهر له في الدنيا من عدم استكمال الشروط التي يجب أن تتوفر في الحكم أو نحو ذلك (١) .

كما نحب أن نبين أن بعض فقهاء المالكية قسم ما أخطأ فيه القاضى إلى أربعة أقسام :

الأول : أن يكون قضاؤه مخالفا للكتاب - السنة وإجماع علماء الأمة .

الثانى : أن يكون قد أراد أن يحكم بمذهب معين فذهب فى حكمه إلى غير هذا المذهب .

الثالث : أن يكون قد اجتهد لنفسه فحكم بالرأى الذى يرى أنه صواب ، ثم تبين له بعد ذلك باحتماد ثان أن الصواب خلاف ما حكم به .

الرابع : أن يكون حكم فى القضية التى ينظرها بناء على ظن وتخمين بدون اجتهاد ولا رأى .

فأما حكم الأول فإنه يفسخ حكمه إذا خالف الحق المقطوع به ، فإذا لم يفسخ هو هذا الحكم حتى جاء بعده فإنه يجب على من أتى بعده أن يفسخ هذا الحكم ، لأنه مما يقطع ببطلانه ولا يجوز الإقرار عليه .

وأما القسم الثانى وهو إذا كان يقصد أن يحكم بمذهب معين فذهب فى حكمه إلى غير هذا المذهب فهذا يفسخه هو بنفسه ، ولا يفسخه من يتولى القضاء بعده ، وإنما لم يكن لغيره أن يفسخ هذا الحكم لأن ظاهره

(١) سبل السلام ، ج ٤ ، ص ١١٩ ، ١٢٠ .

الصحة إذا كان جارياً على مذهب بعض العلماء ، ولا يعلم خطؤه ، إلا من قوله هو فلم يكن للثاني سبيل إلى نقضه ، إلا إذا شهدت بينة حضرته وعلمت قصده في الحكم ودهابه عنه إلى سبيل الخطأ ، فإذا شهد شاهدان بذلك عند القاضي الثاني نقضه ولم يمضه .

وأما القسم الثالث فمذهب ابن القاسم وغيره أنه يرجع إلى الرأي الثاني الذي انتهى إليه باجتهاده الثاني ويفسخ الحكم الأول . ومذهب ابن الماجشون وسحنون وغيرهما أنه لا يجوز له أن يفسخ الحكم الأول .

وأما القسم الرابع وهو أن يكون قد حكم بناء على ظن وتخمين من غير نص أو اجتهاد في الأدلة فذلك باطل ، لأن الحكم بالظن فسق ، وظلم ، وخلاف الحق ، ويجب على القاضي الذي أصدر هذا الحكم أن يفسخه بنفسه ، كما يجب على غيره أن يفسخه إذا ثبت أنه حكم به على هذه الصورة (١) .

(١) معين الحكام على القضايا والأحكام لأبي إسحاق إبراهيم بن حسين بن عبد الرفيع ، تحقيق الدكتور محمد بن قاسم بن عياد ، الجزء الثاني ، ص ٦٣٨ ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت .

ثم أما بعد . فهذا ما يسر الله تبارك وتعالى كتابته في موضوع
النظام القضائي في الفقه الإسلامي ، وأدعو ﷺ أن ينفع بما كتبت ،
وأن يغفر لي ما قصرت وما أخطأت فيه ، ربنا آتنا في الدنيا حسنة
وفي الآخرة حسنة وقتنا عذاب النار ، رب اغفر لي ولوالدي
والمسلمين • وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه
، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين •

دكتور محمد رأفت عثمان

أستاذ الفقه المقارن

عميد كلية الشريعة والقانون السابق – بجامعة الأزهر